



منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری؛ تفوق قوانین داخلی



محمد عاکفی قاضیانی* - دکتر موسی عاکفی قاضیانی -

This is an open access article under the CC BY license (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

چکیده

حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به عنوان یک نظام حقوقی، از نظام‌های فرعی یا تخصصی حقوق بین‌الملل عمومی شناخته می‌شود. فارغ از ماهیت این نظام حقوقی، هنجارها و قواعد آن برای سالیان متمادی نسبت به دولت‌ها و سرمایه‌گذاران (اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی) اعمال گشته است. در خصوص منابع این نظام هنوز در میان علمای حقوق اجماع به وجود نیامده است؛ برخی در پرتو منابع مقرر در ماده (۳۸) اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را تعریف می‌نمایند و گروهی با تفاوت‌هایی، نظم دیگری را برای منابع این نظام حقوقی ترسیم نموده‌اند. به هر روی، کماکان منابع این حوزه به نحوی مستدل و مستند تبیین نشده است. در جهت اثبات چنین درکی، این مقاله بدنبال ارائه پاسخ به این سوال است که «منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری کدام است و هر کدام از این منابع چه نقشی در تکامل قواعد حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری داشته‌اند؟». از این رو با روش توصیفی-تحلیلی و با جمع‌آوری اطلاعات به شیوه کتابخانه‌ای، در راستای اثبات این فرضیه قدم برداشته شده که قوانین داخلی کشورها، معاهدات، حقوق بین‌الملل عرفی و اصول کلی حقوقی از منابع اصلی این حوزه محسوب می‌شود و منابع فرعی آن نیز شامل تصمیمات قضائی و آموزه‌های مولفین می‌باشد. در همین راستا پس از بیان مقدمه، پیشینه پژوهش، مبانی نظری و تاریخچه بحث، به آزمون فرضیه مقاله پرداخته شده و در پایان این نتیجه حاصل شده که قوانین داخلی همچنان مهم‌ترین منبع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری است و دیگر منابع اصلی و فرعی در حقیقت نقش تکمیلی برای قوانین داخلی کشورها را ایفاء می‌نمایند.

کلیدواژگان: قوانین داخلی، معاهدات، مقررات بین‌المللی، حقوق عرفی، تصمیمات قضائی.

* نویسنده مسئول، دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه قم، قم،

ایران. / ایمیل: M.Akefi@stu.qom.ac.ir

— استادیار گروه حقوق دانشگاه پیام نور، البرز، ایران.

مقدمه

حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری عرصه‌ای منظم و قاعده‌مند است؛ به این معنی که قواعد حقوقی و غیر حقوقی بر این عرصه حاکمیت دارد و چارچوب اقدامات دولت‌ها و سرمایه‌گذاران را تعیین می‌کند. می‌توان برای سرمایه‌گذاری خارجی قواعد و مقررات فنی، اخلاقی، فقهی و غیره نیز برشمرد، ولیکن این مقاله ناظر به منابع قواعد حقوقی می‌باشد. منبع اصلی این قواعد، قوانین داخلی کشورها است و معاهدات در این میان بیشتر نقش تدوین قواعد حقوقی را ایفاء می‌کنند. به عبارت دیگر، اینکه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری از نظام‌های فرعی حقوق بین‌الملل عمومی محسوب می‌شود، به معنی این نیست که لزوماً باید سلسله مراتب یکسانی از حیث منابع حقوقی داشته باشند. تفاوت اساسی این سیستم با نظام حقوق بین‌الملل عمومی در مرتبه اول ناشی از همین نقش قوانین داخلی کشورهاست. قوانین داخلی از قدیم بر این عرصه حکمرانی انحصاری داشته‌اند و در دهه‌های گذشته نیز قوانین داخلی کشورها (بویژه کشورهای توسعه یافته) در آزادسازی سرمایه‌گذاری^۱ و اعمال شیوه‌های جذب حداکثری سرمایه‌گذاری، الگوی دولت‌های در حال توسعه بوده است. ویژگی این مقاله نیز همین است که سلسله‌مراتب نسبتاً دقیق‌تری از منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری ارائه می‌دهد.

پرسش کلیدی این مقاله این است که بدانیم: «منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری کدام است و هر کدام از این منابع چه نقشی در تکامل قواعد حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری داشته‌اند؟». برای نیل به این مقصود و با روش توصیفی-تحلیلی و با شیوه کتابخانه‌ای، این مقاله در راستای اثبات این فرضیه نگاشته شده که منابع اصلی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری از جمله قوانین داخلی کشورها، معاهدات، حقوق عرفی و اصول کلی حقوقی هستند و در ادامه این منابع فرعی یعنی تصمیمات قضائی و آموزه‌های مولفین قرار دارد. از این میان دو منبع اصلی که نقش برجسته‌تری برایشان ذکر شده، قوانین داخلی کشورها و همچنین اقدامات سازمان‌های بین‌المللی است که ذیل منبع معاهدات تعریف می‌شود.

در این سیر پس از ارائه پیشینه پژوهش، مبانی نظری و تاریخچه، ابتدا بخشی پیرامون قوانین داخلی کشورها آورده شده که در آن اهمیت این منبع و استدلال حقوقی برای جایگاه آن ارائه شده است؛ در ادامه به بررسی تحلیلی معاهدات بین‌المللی، که از جمله مبنای اصلی اقدامات سازمان‌های بین‌المللی و هم نتیجه آن می‌باشد پرداخته شده است. نقش حقوق عرفی، اصول کلی حقوقی و دیگر منابع فرعی حقوق بین‌الملل در این رابطه ذیل عناوین مستقل مورد مطالعه قرار گرفته و در پایان نیز نتیجه‌گیری و اثبات فرضیه تحقیق ارائه شده است.

^۱ Investment liberalization

۱- پیشینه پژوهش

تاکنون مقاله فارسی مستقلی در این خصوص به چاپ نرسیده است. نویسنده معروف سورنا راجا^۱ (۲۰۱۰) در کتاب خود «حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری خارجی» که در انتشارات کمبریج به چاپ رسیده، منابع این حوزه را از جمله معاهدات، عرف، اصول کلی حقوقی و نهایتاً تصمیمات قضائی دانسته است. برخی نویسندگان ایرانی چون دکتر ضیائی بیگدلی (۱۳۹۳) در کتاب «حقوق بین‌الملل عمومی» در رابطه با منابع حقوق بین‌الملل عمومی بطور کلی، علیرغم ذکر منابع به نظم ماده (۳۸) اساسنامه دیوان، شیوه دیگری را مطلوب می‌دانند و ترجیحشان بر قرار گرفتن قواعد آمره در رأس سلسله مراتب منابع حقوق بین‌الملل بوده و در نهایت اصول کلی حقوقی را ذکر کرده‌اند. برخی دیگر چون دکتر حسین پیران (۱۳۹۳) در کتاب «مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی» نیز اساساً منبعی چون اصول کلی حقوقی را در حوزه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، در زمره منابع فرعی تلقی نموده‌اند. خصوصیت مقاله حاضر اما این است که صرفاً بر مقوله ماهیت منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری متمرکز است و نظمی نوین از منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را به شیوه مستدل و مستند ارائه می‌دهد و قوانین داخلی کشورها را در رأس هرم سلسله مراتب منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری دانسته و برای این امر نیز ادله متقن ارائه می‌دهد. همچنین به اهمیت تصمیمات قضائی در این حوزه و تفاوت آن با حقوق بین‌الملل عمومی نیز بطور مستقل پرداخته شده است.

۲- مبانی نظری

«در علم حقوق منبع به شکل یا فرمی که قاعده در آن جای می‌گیرد اطلاق می‌شود. یک قاعده حقوقی با عنایت به قالبی که به خود می‌گیرد در یکی از دسته‌بندی‌های مرسوم منابع قرار خواهد گرفت. از شناخته‌شده‌ترین تقسیم‌بندی‌های منابع حقوق، تقسیم آن‌ها به منابع صوری و ماهوی است. غالب حقوقدانان منبع صوری را فرایندی می‌دانند که یک قاعده حقوقی اعتبار خودش را از آن اخذ می‌نماید. در حالی که منبع ماهوی مفهوم و مضمون اساسی یک قاعده به شمار می‌آید» (Barzegarzadeh, 2020: 30). در این مقاله منظور از منابع، منابع صوری (رسمی) است که در مورد حقوق بین‌الملل عمومی، امروزه عموماً ذیل ماده (۳۸) اساسنامه دیوان تعریف می‌شود؛ البته ماده (۳۸) اساسنامه نه تنها فهرست نهایی برای منابع حقوق بین‌الملل تلقی نمی‌گردد، بلکه داعیه انحصاری بودن و کمال هم نداشته و ندارد، اما به هر حال این سند از سوی اعضای ملل

¹. Sornarajah

². Formal source

³. Substantive or Material sources

متحد به رسمیت شناخته شده و امروزه از سوی محاکم بین‌المللی به نحو گسترده‌ای مورد استناد، تفسیر و اعمال قرار می‌گیرد و از این رو بعنوان مبنای بحث از منابع دانسته می‌شود» (Thirlway, 2019: 3-5). لذا ماده (۳۸) اساسنامه در بحث از منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری صرفاً نقطه آغاز تلقی می‌شود. «در حقیقت چگونگی شکل‌گیری و توسعه قواعد حقوقی در سطح بین‌المللی بمیزان زیادی تابع حوزه‌های مختلف حقوقی است و در هر حوزه می‌تواند متفاوت باشد؛ برای مثال ممکن است در یک نظام فرعی حقوقی (اغلب با معاهدات باشد و در دیگری عرف یا آرای محاکم قضائی نقش تعیین‌کننده ایفاء نماید. در تمامی این نظام‌های فرعی اما نگاه به منابع از دریچه تئوری سنتی منابع حقوق بین‌الملل است و نظام‌های فرعی از جمله حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، هر یک صرفاً «ترکیب منابع»^۱ خود را دارند» (Tams, 2012: 321).

از منابع حقوق سرمایه‌گذاری قواعد حقوقی بدست می‌آید؛ «قاعده حقوقی، قاعده‌ای الزام‌آور است که بمنظور ایجاد نظم و استقرار عدالت بر زندگی اجتماعی انسان حکومت می‌کند و اجرای آن از طرف دولت تضمین می‌شود» (Katouzian, 2014: 59). قواعد حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در واقع همان «قواعد حقوقی حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی است که عمدتاً شامل قواعد رفتاری و حمایتی از سرمایه‌گذاری‌های خارجی می‌باشد که تحت عنوان «اوضاع و احوال سرمایه‌گذاری»^۲ از آن یاد می‌شود» (Sauve, 2006: 7).

۳- تاریخچه موضوع

در ابتداء مقوله سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو حق حاکمیت سرزمینی هیچ منبعی جز قوانین داخلی کشورها نداشت و تنها با گذر زمان بود که نحوه رفتار دولت‌ها با سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو ملاحظات گوناگون حقوق بین‌الملل (عرفی) و حقوق بین‌الملل بشر تغییر نمود و یا بواسطه معاهدات به انقیاد درآمد؛ «از زمره اولین قواعد (عرفی) حقوق بین‌الملل که شکل‌گیری حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری بشکل امروزی را کلید زد، مفهوم حمایت دیپلماتیک از اتباع و اموالشان بود» (Subedi, 2020: 28-33). امروزه به اعتقاد اغلب نویسندگان «مهم‌ترین منبع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری، آرای قضائی و داوری‌های بین‌المللی و حقوق بین‌الملل عرفی است» (Ziaee, 2015: 196). اما واقعیت این است که معاهدات سرمایه‌گذاری تنها از اواسط قرن بیستم رواج پیدا کرده است؛ لیکن قواعد حقوق بین‌الملل

¹. subsystem

². Sources mix of investment law

³. Investment climate

سرمایه‌گذاری قرن‌ها پیش از رواج معاهدات سرمایه‌گذاری مدرن نیز وجود داشته و مقررات آن نسبت به سرمایه‌گذاران و تجار اعمال می‌شده^۱ و تاکنون نیز بر خلاف دیگر حوزه‌ها (چون حقوق بین‌الملل و حقوق بشر) نتوانسته از یک معاهده بین‌المللی عام و لازم‌الاجراء بهره‌مند گردد. این واقعیت، اعتقاد به معاهدات بعنوان برترین منبع در این نظام حقوقی را بمیزان زیادی تضعیف می‌نماید. کما اینکه با افزایش شمار معاهدات سرمایه‌گذاری و شکل‌گیری محاکم داوری بین‌المللی، نقش تصمیمات قضائی و داوری نیز در این حوزه پررنگ‌تر شده و دیگر نمی‌توان به آسانی ادعا نمود که تصمیمات این نهادها صرفاً در زمره «وسائل فرعی برای تعیین قواعد حقوقی» مطابق ماده (۳۸) اساسنامه دیوان محسوب می‌شود؛ «امروزه آرای قضائی و داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی نه منبعی ثانویه، بلکه خصوصاً در جریان حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری، به منابع اولیه برای تبادل نظر و استناد از سوی محاکم تبدیل شده‌اند» (Schill, 2009: 355).

۴- منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

۴-۱- قوانین داخلی

وضعیت حقوق سرمایه‌گذاری با حقوق بین‌الملل متفاوت است؛ در حوزه سرمایه‌گذاری رقابت میان کشورها برای جذب سرمایه‌گذاری‌های خارجی از میدان واحد و تمام‌شدنی سرمایه‌های جهانی است؛ «البته دولت‌ها ممکن است به ارتقای زیرساخت‌های خود در جهت جذب سرمایه‌گذاری‌های بیشتر روی آورند، اما واقعیت این است که قابلیت‌های طبیعی هر کشوری مشخص و محدود است و بدین جهت رقابت میان کشورها نهایتاً معطوف به مقررات سرمایه‌گذاری است؛ یعنی مقررات داخلی که مشوق اصلی برای جذب سرمایه‌های خارجی می‌باشد» (Reisman, Arsanjani, 2006:409-410). قسمت مهمی از مقررات ناظر بر سرمایه‌گذاری خارجی را باید در قوانین داخلی کشورها جستجو نمود. قوانینی که غالباً نسبت به سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی بطور یکسان اعمال می‌شود و البته از قدیمی‌ترین منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود. «حق دولت‌ها در کنترل ورود سرمایه خارجی به کشور و اعمال صلاحیت قضائی بر فعالیت سرمایه‌گذاران خارجی از ابعاد حاکمیت ملی است. اعمال این حقوق از سوی کشور میزبان تنها زمانی مقید و مشروط خواهد بود، که کشور میزبان به برخی الزامات معاهداتی در رابطه با حقوق سرمایه‌گذاران خارجی در مرحله پذیرش، تأسیس و یا استانداردها و

^۱ «انتقال سرمایه از یک نقطه به نقطه دیگر جهان در سطحی محدود از قدیم‌الایام وجود داشته است. پس از قرون وسطی در اروپا و آغاز عصر صنعت، اروپا توجه خود را به سایر نقاط جهان معطوف نمود... در بسیاری موارد نظام استعمار از طریق بنگاه‌های تجاری به سرزمین‌های جدید راه پیدا می‌کرد و کمپانی هند شرقی از برجسته‌ترین مثال‌های آن است...» (Piran, 2014: 35).

قواعد رفتار با بیگانگان در حقوق بین‌الملل^۱ ملزم شده باشد» (Shihata, 2010: 195-198). امروزه «بیش از ۴۰ دولت قوانین خاص مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی تصویب کرده‌اند و بیش از هفتاد کشور نیز قوانین مصوب جداگانه‌ای در زمینه سرمایه‌گذاری دارند» (Investment Policy Hub, 2020). البته رویکرد دولت‌ها در تدوین قوانین و مقررات سرمایه‌گذاری خارجی، با توجه به ملاحظات سیاسی، نگرش اقتصادی، اهداف توسعه و تعریفشان از منافع ملی، یکسان نبوده و بشکل قابل ملاحظه‌ای متفاوت است.

می‌توان قوانین داخلی را در زمره اعمال یکجانبه دولت‌ها دانست؛ «دولت‌ها خود را بوسیله اعمال یکجانبه متعهد می‌سازند و خود را نسبت به اعمال یکجانبه دولت‌های دیگر ذیحق می‌دانند؛ با وجود این اثری از اعمال یکجانبه در ماده (۳۸) اساسنامه وجود ندارد؛ تاکنون نیز به «حدود و ثغور و عناصری که ظهور قوانین داخلی کشورها بمثابه جلوه‌ای از اعمال یکجانبه دولت در حقوق بین‌الملل را ترسیم نماید کمتر پرداخته شده است» (Mbengue, 2012: 183). بعضاً ادعا می‌شود که اعمال یکجانبه دولت‌ها (از جمله قوانین، بیانیه‌ها، بخش‌نامه‌ها و یا در مواردی حتی اظهارات مسئولین) حائز اهمیت حقوقی چندانی نمی‌باشد؛ لذا در منابع مندرج در ماده (۳۸) اساسنامه نیز به آن پرداخته نشده است؛^۲ اما این تصویری نادرست است. بعنوان مثال می‌توان از دکترین مونرو^۳ یاد کرد که «تبعات گسترده بین‌المللی بدنپال داشت و روزولت^۴ نیز در راستای همین دکترین توسل به زور برای اخذ طلب‌های اتباع ایالات متحده را مشروع دانست» (Akinsanya, 1984: 252-306)؛ لذا این اعمال بمیزان زیادی عرصه حقوق بین‌الملل را تحت تأثیر قرار می‌دهد؛ از این‌رو تلقی وجهه‌ای از این‌گونه اعمال بعنوان منبع تعیین‌کننده حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، امری بعید

^۱. International law rules regarding the treatment of aliens.

^۲. به دلیل انواع پرشمار اعمال یکجانبه دولت‌ها در حقوق بین‌الملل، ارائه تعریفی واحد از آن‌ها دشوار است؛ مثلاً شناسایی، اعتراض، الحاق به یک معاهده و غیره، همگی در زمره اعمال یکجانبه محسوب می‌شوند. برخی معتقدند که اصولاً اعمال یکجانبه نیاز به تعریف ندارد و مقوله‌ای «خود-تعریف» است... این هوگو گروسیوس بود که برای نخستین بار از اعمال یکجانبه در قالب «قول»، بعنوان منبع تعهد سخن بمیان آورد (Haddadi, Karimi, 2018: 291-294).

^۳. برخی این اعمال را معاهدات نیمه‌کاره (inchoate treaty) دانسته‌اند که نیازمند قبول از سوی طرف مقابل است. باید متذکر شد که این تلقی از اعمال یکجانبه دولت‌ها در منظومه حقوق بین‌الملل عمومی است و در حوزه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری قضیه متفاوت است.

^۴. دکترین مونرو نخستین دکترین تدوین شده دولت آمریکا بشمار می‌رود که در سال ۱۸۲۳ و در هفتمین پیام سالانه جیمز مونرو رئیس‌جمهور آمریکا خطاب به کنگره اعلام شد و بر دو اصل «تشکیل مستعمرات جدید و ممنوع بودن دخالت سیاسی دولت‌های اروپایی در قاره آمریکا» استوار بود.

^۵. Franklin D. Roosevelt

نیست و «اساساً متودولوژی حقوق بین‌الملل بر رویه دولت‌ها بنا می‌شود و آن‌ها خود تشخیص می‌دهند که چگونه خود را متعهد سازند» (Haddadi, Karimi, 2018: 290).

اعمال یکجانبه دولت‌ها «هرچند قاعده حقوقی - بمعنی خاص کلمه - و منبع مستقل حقوق بین‌الملل عمومی محسوب نمی‌شود، اما برای عاملان آن‌ها دارای اعتبار و آثار مشخصی است؛ البته به شرطی که به قصد ایجاد تعهد صادر شده باشد. دیوان بین‌المللی نیز در قضایای نظریه مشورتی مدارس اقلیت‌های یونانی در آلبانی و آزمایش‌های هسته‌ای انواعی از اعلامیه‌های یکجانبه را حائز اعتبار حقوقی و دارای ماهیت الزام‌آور بین‌المللی دانسته است» (Bigdeli, 2014: 175). لذا قوانین داخلی که با هدف تولید الزام حقوقی (در سطح بین‌المللی) وضع می‌شود، صرفاً اعلامیه یا بیانیه‌ای یکجانبه محسوب نمی‌شوند و ماهیت «قانون تصویب شده یکجانبه که تعهد بین‌المللی ایجاد می‌کند» یا «اعمال یکجانبه سخت» را پیدا کرده و بدین خاطر باید میان این قوانین و اعمال یکجانبه دولت‌ها در معنای متداول حقوق بین‌الملل قائل به تمایز شد. با کمال تعجب، این ویژگی مهم قوانین داخلی در مطالعات نهادهای تخصصی بین‌المللی چون برنامه مطالعاتی کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به «اعمال یکجانبه دولت‌ها» مورد اغفال بوده است؛ حال آنکه قوانین داخلی، واقعیتی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری است» (Mbengue, 2012:191-200).

اساساً این قوانین داخلی است که مفهوم انتظارات مشروع سرمایه‌گذاران را بوجود می‌آورد؛ به عبارت دیگر «انتظارات مشروع سرمایه‌گذاران مبتنی بر چارچوب حقوقی تعهدات (اعم از رویه، قوانین و سیاست‌ها) و اظهارات صریح یا ضمنی مسئولین دولت میزبان است و تخطی دولت میزبان از این تعهدات منجر به نقض استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه خواهد شد» (Dolzer, Schreuer, 2012: 145). قابلیت قوانین داخلی در ایجاد انتظارات مشروع، منوط به وجود هیچ معاهده یا قاعده عرفی حقوق بین‌الملل نیست؛ بلکه صرف تصویب قوانین دولت میزبان منجر به ایجاد این انتظارات خواهد شد و «دولت‌ها نیز بموجب اصل حسن نیت موظف به مراعات انتظارات مشروع سرمایه‌گذاران می‌باشند» (Buga, 2018: 372-373).

¹. Minority Schools in Albania, Advisory opinion of 6 April 1935.

². Nuclear Tests Case (Australia v. France) Judgment of 20 December 1974.

³. عالیجناب بینگهام، منشاء این دکترین را در انصاف (fairness) دانسته است؛ انصاف در اینجا بمعنی این ایده است که قول‌ها (promises)، رویه‌های عملی و سیاست‌ها، بواسطه ارتباطی که با رفتار منصفانه دارند، منجر به شکل‌گیری انتظارات مشروع می‌گردند. رک:

R. v IRC ex parte MFK Underwriting [1990] 1 All ER 91, 111. See also, Council of Civil Service Unions v. Minister for the Civil Service [1985] AC 374, 415.

⁴. برداشت حقوقی از «حسن نیت» در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری «حمایت از تحقق انتظارات مشروع سرمایه‌گذاران است». دولت‌ها منطقاً نمی‌توانند با توجیهاتی چون ابهام در قوانین، از التزام به (ادامه در صفحه بعد)

در دعاوی سرمایه‌گذاری نیز قوانین داخلی جایگاهی برجسته دارد. بطور کلی «چهار وضعیت حقوقی راجع به قانون حاکم بر دعاوی متصور است؛ اول، قانون داخلی؛ دوم، حقوق بین‌الملل؛ سوم، موافقی که بموجب موافقت‌نامه، حقوق داخلی و بین‌الملل توأمان لازم‌الاجراء باشد؛ و نهایتاً حالتی است که هیچ موافقت‌نامه‌ای ناظر به حقوق دارای اولویت برای حل و فصل دعاوی حاصل نشده باشد. در حالت اول نسبت به اعمال قوانین داخلی بعنوان منبع اصلی برای حل و فصل دعاوی هیچ شکمی وجود ندارد؛ در حالت دوم نیز قوانین داخلی در کنار حقوق بین‌الملل و در پرتو اصل حاکمیت و صلاحیت سرزمینی دولت‌ها نقش اساسی ایفاء می‌کند. در دو فرض آخر نیز حقوق بین‌الملل نقش نظارتی یا تکمیلی را در کنار نقش اصلی حقوق داخلی ایفاء می‌کند. این شکل از تعامل به خوبی در سه قضیه داوری نفتی علیه جمهوری لیبی تجلی یافته که در بیان محکمه داوری «امتیازات نفتی اعطاء شده باید مطابق قوانین کشور لیبی که با اصول حقوق بین‌الملل همخوانی دارد تفسیر و اجراء گردند...»^۱ (Kjos, 2013:158-206). لذا حقوق داخلی در دعاوی سرمایه‌گذاری همواره شانه به شانه حقوق بین‌الملل حرکت می‌کند و وصف بین‌المللی این دعاوی، مانعی برای اعمال قوانین داخلی بمثابه قانون حاکم بر دعاوی محسوب نمی‌شود.

بنابر این کاملاً متصور است که سرمایه‌گذاری خارجی بدون هرگونه معاهده و یا توسل به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، در کشورها تأسیس گردد و مورد حمایت حقوقی نیز قرار گیرد؛ اما آیا می‌توان فرض نمود که سرمایه‌گذاری خارجی بدون استفاده از قوانین دولت میزبان، و صرفاً با استناد به معاهدات و یا دیگر منابع حقوق بین‌الملل، از مرحله پذیرش تا مرحله پایانی، بطور کامل و با رعایت تمامی جوانب حقوقی اجرائی گردد؟ البته در جهان معاصر پاسخ به این سوال منفی خواهد بود؛ ضعف منبع معاهدات، در مقایسه با قوانین و مقررات داخلی کشورها بمیزان زیادی ناشی از این واقعیت است که اساساً «تاکنون نظام‌مندسازی مقوله سرمایه‌گذاری خارجی در سطح بین‌المللی به ندرت محقق شده و آنچه بشکل موافقت‌نامه‌های متنوع در این عرصه وجود دارد چیزی فراتر از تنظیم رفتار دولت‌ها نسبت به سرمایه‌گذاری‌های خارجی نیست» (Shihata, 2010: 195). حال آنکه بسیاری از جنبه‌های حقوقی سرمایه‌گذاری، چون تعهدات سرمایه‌گذاران و یا دولت‌های متبوع ایشان در برابر دول میزبان، از جنبه‌های اساسی و عمدتاً مورد اغفال در این اسناد بوده و همین کاستی‌هاست که جایگاه معاهدات را بعنوان منبع برتر و اصلی در این حوزه حقوقی تضعیف می‌نماید.

(ادامه از صفحه پیش) پیشنهادهای یکجانبه‌ای که سرمایه‌گذار خارجی با حسن نیت آن‌ها را بمثابه اعمال یکجانبه الزام آور ذیل حقوق بین‌الملل تلقی نموده سر باز زنند (Mbengue, 2012: 212).

^۱ (i) British Petroleum Exploration Co. (BP) v Libyan Arab Republic, Award, 1973 and 1974; (ii) TOPCO v Libya, Award on the Merits; and (iii) LIAMCO v Libya, Award.

قوانین داخلی را در این رابطه به دو دسته تقسیم می‌نمایند؛^۱ قوانین و مقررات خاص سرمایه‌گذاری است، مانند قوانین حمایت از سرمایه‌گذاری و بیمه سرمایه‌گذاری؛^۲ سایر قوانین داخلی، که هرچند اختصاصاً بمنظور سرمایه‌گذاری تصویب نشده‌اند ولی اهمیت آنها برای سرمایه‌گذاری خارجی اگر بیشتر از قوانین خاص نباشد، کمتر نیست. مانند قوانین و مقررات مالیاتی، ارزی، بانکی، گمرکی، اقامت بیگانگان و غیره (Piran, 2014: 155). آیا قوانین عمومی و کیفری کشورها در رابطه با سرمایه‌گذاری‌های خارجی از اهمیت بیشتری برخوردار است یا قوانین خاص و معاهدات؟ واضح است که برای مثال در مواقعی که ابعادی از سرمایه‌گذاری خارجی تهدید علیه امنیت ملی، نظم اجتماعی و یا سلامت تلقی گردد، غالباً تمامیت مقوله سرمایه‌گذاری خارجی مستقیماً تحت تأثیر قوانین و مقررات عمومی و کیفری قرار می‌گیرد و در این حالت قواعد حقوقی برخاسته از منابع بین‌المللی صرفاً کاربرد تکمیلی و ثانویه خواهد داشت.

۲-۴- معاهدات

«معاهدات از منابع اصلی در بر دارنده قواعد سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشند. قسمت اعظم عرف بین‌المللی ناظر بر سرمایه‌گذاری خارجی نیز در قالب این معاهدات و دیگر اسناد با ماهیت حقوق نرم تدوین یافته است» (Shihata, 2010: 199). در بحث از معاهدات اما مقوله طرح‌ها و اقدامات سازمان‌های بین‌المللی نیز در بخش مجزایی بیان شده است؛ چرا که «از حیث منبع شناسی، بطور کلی تصمیمات سازمان‌های بین‌المللی نیز ذیل منبع معاهدات تعریف می‌شود» (Thirlway, 2019: 26-28).

۱-۲-۴- معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری

اولین معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مدرن در سال ۱۹۵۹ بین آلمان و پاکستان منعقد شد. از دهه هشتاد شمار معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری افزایش یافت، چرا که کشورهایی که پیش از آن معاهدات سرمایه‌گذاری امضاء نمی‌کردند (از جمله چین) شروع به انعقاد این معاهدات نمودند. شمار این معاهدات امروزه به بیش از ۲۵۰۰ مورد می‌رسد (IIA Issues Note, 2018: 2). «این افزایش روند انعقاد معاهدات دوجانبه موجب پیچیدگی بیشتر این معاهدات و البته تکامل ساختاری آن‌ها شده است. البته تفاوت‌هایی در این معاهدات مشاهده می‌شود که بیشتر از رویکرد دولت‌ها نشأت می‌گیرد. برای مثال، معاهدات دوجانبه ایالات متحده به جهت مقررات خود در آزادی، حمایت و توسعه سرمایه‌گذاری از دیگر معاهدات متمایز است. در راستای هماهنگ‌سازی مقررات معاهدات دوجانبه تاکنون گرایشاتی وجود داشته است؛ مثلاً معاهده نفتا (NAFTA)؛ که بعد از انعقاد آن کانادا معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خود با کشورهای در حال توسعه را با الهام از ساختار فصل یازده نفتا که مقررات سرمایه‌گذاری را در بر داشت منعقد

¹. North America Free Trade Agreement, 1994.

کرده است» (Shihata, 2010: 201-204)!

در نبود یک معاهده چندجانبه سرمایه‌گذاری با قابلیت اعمال در سطح جهانی، روند فزاینده امضای این اسناد میان دولت‌ها تداوم دارد که البته منجر به پیچیدگی بیش از پیش این معاهدات خواهد شد؛ چرا که استانداردهای رفتاری چون شرط دولت کامله الوداد، خاصیت اشاعه^۲ استانداردهای رفتاری به دولت‌های ثالث و اتباعشان را دارد و مقتضی است که دولت‌ها در جریان تدوین معاهدات جدید، به تعهدات خود ذیل معاهدات پیشین توجه داشته و از آن‌ها غافل نباشند. بدین منظور دولت‌ها برای مثال، ارائه هر یک از استانداردهای رفتاری در هر معاهده را تنها محدود به یک یا چند حوزه اقتصادی می‌نمایند (Cai, 2012: 387).

به هر حال، امروزه این معاهدات بر روابط حقوقی سرمایه‌گذاری میان اکثر دولت‌ها و اتباعشان حکومتی ندارد؛ چرا که برای تحقق چنین آرمانی، امضای حداقل چندین هزار معاهده دوجانبه دیگر ضرورت دارد. در نبود این تعداد از معاهدات، این قوانین داخلی کشورهاست که در کنار حقوق عرفی، نقش تعیین‌کننده را در سرمایه‌گذاری‌هایی ایفاء می‌نماید که هنوز تابع هیچ یک از این معاهدات نمی‌باشد. این واقعیت، حداقل در شرائط فعلی، تلقی معاهدات به عنوان برترین منبع در قلمرو حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را منتفی می‌سازد.

۲-۲-۴- معاهدات چندجانبه سرمایه‌گذاری

علی‌رغم تلاش‌های بین‌المللی صورت گرفته برای شکل‌گیری یک معاهده بین‌المللی جامع سرمایه‌گذاری خارجی، چنین معاهده‌ای وجود ندارد و تنها محدود معاهداتی که صرفاً به برخی حوزه‌های مشخص سرمایه‌گذاری می‌پردازند منعقد شده است. این اسناد یک فصل خاص یا صرفاً ماده یا موادی را به مقوله سرمایه‌گذاری اختصاص داده‌اند. «این معاهدات بعنوان اسناد اصلی در حل و فصل اختلافات بین سرمایه‌گذار و دولت میزبان مبنی و محور قرار گرفته‌اند. رایج‌ترین این معاهدات عبارت است از: نفتا (۶۱ مورد اختلاف) و معاهده منشور انرژی (۱۱۴ مورد اختلاف). از مهمترین معاهدات جهانی که مقررات مفصلی در خصوص سرمایه‌گذاری در خود جای داده، معاهده منشور انرژی می‌باشد. «فصل سوم این معاهده به حمایت و توسعه سرمایه‌گذاری اختصاص دارد. این فصل عمدتاً از فضای کلی معاهدات دوجانبه منعقد شده بوسیله کشورهای عضو اتحادیه اروپا الهام گرفته است؛ اما از برخی خصایص متهورانه نیز برخوردار می‌باشد؛ مثل ماده مربوط به «بیشترین تلاش»^۴ در جهت جلوگیری از اعمال تبعیض در مرحله قبل از

۱. موافقتنامه آمریکا-مکزیک-کانادا (USMCA) در سال ۲۰۱۸ جایگزین نفتا شد.

۲. Multiplying effect

۳. Energy Charter Treaty (ECT), 1994.

۴. بند (۲) ماده (۱۰) معاهده منشور انرژی.

سرمایه‌گذاری^۱ و تصریح این قصد که این ماده در آینده تبدیل به یک تعهد الزام‌آور حقوقی گردد» (Mirvaisi, 2014: 241-242).

«با توسعه همکاری‌های منطقه‌ای، شکل‌گیری مقررات سرمایه‌گذاری خارجی از طریق اسناد چندجانبه گسترش پیدا کرد. از اولین این موارد، موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری و چرخش آزاد سرمایه میان کشورهای عرب (۱۹۷۳)، موافقت‌نامه متحدالشکل برای سرمایه‌گذاری سرمایه‌های عربی (۱۹۸۰)، موافقت‌نامه آ.سه. آن برای توسعه و حمایت از سرمایه‌گذاری (۱۹۸۷) و پروتکل آن می‌باشد. امروزه حدود ۱۸۷ موافقت‌نامه چندجانبه وجود دارد که مقررات راجع به سرمایه‌گذاری را در خود جای داده‌اند» (Investment Policy Hub, 2020). «شاید مهم‌ترین موافقت‌نامه چندجانبه منطقه‌ای که به قواعد سرمایه‌گذاری پرداخته، نفتا باشد که در فصل یازده به قواعد رفتاری با سرمایه‌گذاری خارجی پرداخته است. مقررات این فصل، از مقررات معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایالات متحده الگو گرفته و رویکرد لیبرال این معاهده، در تعدادی از معاهدات تجارت آزاد بعدی نیز منعکس شد. بطور خاص رویکرد نفتا، به مرحله پیش از سرمایه‌گذاری است که در کنار برخی دیگر از معاهدات باعث شدند که وجود چنین مقرراتی معمول شود. موافقت‌نامه تجارت آزاد آمریکای مرکزی (CAFTA)^۲ و اتحادیه تجارت آزاد اروپایی^۳ از جمله این معاهدات است» (Shihata, 2010: 205-206).

۳-۲-۴- طرح‌ها و اقدامات سازمان‌های بین‌المللی

نهادهای بین‌المللی، تدابیر و سیاست‌های کلی برای قاعده‌مندسازی سرمایه‌گذاری اتخاذ نموده‌اند. البته این اقدامات را نمی‌توان بعنوان جایگزینی برای معاهدات الزام‌آور محسوب نمود؛ اما به هر حال، تصمیمات سازمان‌های بین‌المللی بر مبنای اختیاراتی که معاهدات موسس به آن‌ها تفویض نموده و بموجب پذیرش چنین معاهداتی از سوی دولت‌ها، نسبت به آن‌ها الزام‌آور است (Thirlway, 2019: 27). تاکنون فعالیت‌های زیادی برای شکل‌گیری یک معاهده جامع سرمایه‌گذاری خارجی در جریان بوده است. سازمان‌های اصلی فعال در این رابطه، سازمان ملل، بانک جهانی و سازمان توسعه و همکاری اقتصادی بوده‌اند؛

کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل (UNCITRAL)^۴ در این عرصه نقش آفرینی کرده و معاهده‌ای در رابطه با شفافیت داوری در اختلافات مبتنی بر معاهدات بین سرمایه‌گذاران و دولت‌ها، در مجمع عمومی در سال ۲۰۱۴ به تصویب رسید که تحت عنوان «معاهده موریس» شناخته می‌شود و مقرراتی در رابطه با ایجاد چارچوبی مشخص برای دسترسی عموم به اطلاعات

¹. Pre-entry model

². Central America Free Trade Agreement (CAFTA), 2004.

³. Convention Establishing the European Free Trade Association (EFTA), 1960, revised at 21 June 2001.

⁴. United Nations Commission on International Trade Law, 1966.

پرونده‌های داوری سرمایه‌گذاری را نیز در بر دارد. کنفرانس تجارت و توسعه سازمان ملل (UNCTAD) نیز اقداماتی داشته است و بطور پیوسته در زمینه سرمایه‌گذاری به ارائه گزارش پرداخته و در همین راستا سند گزارش چارچوب سیاست سرمایه‌گذاری برای توسعه پایدار سال ۲۰۱۵ منتشر شد؛ از سال ۲۰۱۲ که این سند برای اولین بار تهیه شد، مورد مراجعه بسیاری از سیاست‌گذاران در جهت تهیه سیاست‌های ملی سرمایه‌گذاری و همچنین مذاکره برای موافقت-نامه‌ها قرار گرفته است (Investment Policy Framework for Sustainable Development, 2015: 30).

بانک جهانی از دیرباز نسبت به توسعه و افزایش سرمایه‌گذاری خارجی گرایش داشته است. «از سال ۱۹۹۱ کمیته توسعه بانک جهانی تدوین سندی با عنوان «چارچوب حقوقی برای ترویج سرمایه‌گذاری خارجی» را درخواست کرد که بدنبال آن «دستورالعمل رفتار با سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی» تهیه شد» (Shihata, 2010: 208-210).

مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ICSID) بموجب کنوانسیون ایکسید در سال ۱۹۶۵ بوجود آمد و ۱۵۳ کشور این معاهده را تصویب کرده‌اند (ICSID Convention, Regulations and Rules, 2006). تاکنون تعدادی از کشورها از قبیل هند، برزیل، مکزیک، لهستان و ایران کماکان به عضویت این کنوانسیون درنیامده‌اند؛ «احراز صلاحیت رسیدگی مطابق کنوانسیون دو مرحله‌ای است. اولاً، کشور میزبان و کشور متبوع سرمایه‌گذار باید از اعضای کنوانسیون باشند؛ ثانیاً، برای حل و فصل اختلاف لازم است که طرفین نسبت به رسیدگی ایکسید توافق داشته باشند» (Lowenfeld, 2008: 537). این نهاد از حیث تعداد پرونده‌ها در سطح جهانی بسیار فعال بوده و «در قریب به سی سال، به بیش از ۷۰۰ شکایت شرکت‌های سرمایه‌گذار علیه دولت‌های میزبان رسیدگی کرده است» (Fakheri, 2020: 30). به دستور رئیس بانک جهانی، تأسیس یک آژانس بین‌المللی نیز بمنظور بهبود شرایط و بیمه سرمایه‌گذاری آغاز شد و کنوانسیون میگا در سال ۱۹۸۵ به تصویب رسید. مخاطرات تحت پوشش آژانس اعم از: (۱) انتقال ارز، (۲) سلب مالکیت و اقدامات مشابه، (۳) نقض قرارداد، (۴) جنگ و آشوب داخلی می‌باشد (MIGA Operational Policies 2015: Part.1(1)(4)).

سازمان همکاری اقتصادی و توسعه نیز یک مجموعه دستورالعمل برای شرکت‌های چندملیتی در سال ۲۰۰۰ تصویب کرد. این دستورالعمل‌ها اگرچه الزام‌آور نمی‌باشند، ولیکن در قضایایی

¹. United Nations Conference on Trade and Development, 1964.

². World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, 1992.

³. Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)

مورد استناد برخی محاکم قرار گرفته‌اند. «همچنین در سال ۲۰۱۱ دستورالعمل جدید رفتاری صادر شد که در جهت ایجاد برخی تعهدات حقوق نرم برای شرکت‌های چندملیتی در حوزه‌های محیط زیست، حقوق بشر، توسعه پایدار و غیره قدم برداشته است» (Subedi, 2016: 57).

نهادهای بین‌المللی نظیر سازمان تجارت جهانی، سازمان جهانی کار^۱ (ILO)، عفو بین‌الملل^۲، برنامه توسعه ملل متحد^۳، برنامه گزارش جهانی^۴ (GRI)، کنون بین‌المللی و کلا^۵، موسسه حقوق بین‌الملل^۶ و کار گروه مجمع جهانی اقتصاد^۷ اقداماتی در قالب حقوق نرم و همچنین برنامه‌های عمدتاً داوطلبانه‌ای را در جهت نظام‌مند سازی ابعاد مختلف سرمایه‌گذاری دنبال داشته‌اند. به هر حال هیچکدام از این اقدامات تاکنون به امضای یک معاهده چندجانبه سرمایه‌گذاری با قابلیت اعمال در سطح جهانی نیانجامیده است.

۳-۴- حقوق عرفی

«عرف منبع قدیمی و اصلی حقوق بین‌الملل بوده و امروزه بسیاری از حقوقدانان، بویژه آنها که متعلق به کشورهای آنگلو ساکسون هستند بر این باورند که عرف بین‌المللی مهمترین منبع حقوق بین‌الملل است» (Yan, Torkamani, 2010: 263). «در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی وجود دارد که تاثیر عمده‌ای بر روابط بین سرمایه‌گذاران و دولت‌ها دارد. اصول مهمی مانند حاکمیت دولت‌ها، حمایت دیپلماتیک و حاکمیت بر منابع طبیعی از این قواعد هستند» (Piran, 2014: 62). همچنین برخی معاهدات به قواعد عرفی ارجاع می‌دهند؛ برای مثال «در نفتا سه کشور متمدن تصمیم گرفتند که دو استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» و «امنیت و حمایت کامل» را بدین نحو تفسیر کنند که دولت میزبان را فراتر از آنچه در حقوق عرفی راجع به حمایت از سرمایه‌گذاری وجود دارد ملزم ننماید» (Dolzer, Schreuer, 2012: 166).

حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در حقوق بین‌الملل عرفی از مفهوم حمایت دیپلماتیک و نحوه رفتار با بیگانگان نشأت می‌گیرد؛ «برای مثال در قضیه دیالو^۸ دیوان حق حمایت دیپلماتیک دولت گینه در حمایت از تبعه خود را به رسمیت شناخت. حمایت دیپلماتیک اصلی‌ترین حمایت

¹ OECD Guidelines for Multinational Enterprises, 2011.

² International Labour Organization, 1919.

³ Amnesty International, 1961.

⁴ United Nations Development Programme, 1965.

⁵ Global Reporting Initiative, 1997.

⁶ International bar Association, 1947.

⁷ Institut de Droit International, 1873.

⁸ World Economic Forum Task force.

⁹ Ahmadou Sadio Diallo (Guinea vs. Democratic Republic of the Congo), 2007, ICJ.

از سرمایه‌گذاران خارجی در حقوق بین‌الملل عرفی است» (Binder et al., 2009: 341-362). استانداردهای حمایتی در حقوق بین‌الملل عرفی اما مانعی برای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی نیز بشمار می‌آید. «زیرا اولاً، شرکت‌ها از شخصیت حقوقی متمایزی بعنوان تابعین حقوق بین‌الملل برخوردار نیستند. ثانیاً، حمایت دیپلماتیک بعنوان یک شیوه رایج حقوق بین‌الملل عرفی در حمایت از منافع سرمایه‌گذاران خارجی، اثرگذاری نسبتاً ناکارآمدی داشته است. ثالثاً، توافقی بین دولت‌ها در خصوص استانداردهای حقوق عرفی در چگونگی رفتار با سرمایه‌گذاری خارجی وجود ندارد. همین کاستی‌ها موجب شکل‌گیری معاهدات سرمایه‌گذاری و نهادهای داوری شده است» (Binder et al., 2009: 341-362).

در حقوق بین‌الملل، عرف اصولاً ناظر به دولتهاست و رفتار دولت با اتباع خود یا دیگر کشورها به تنهایی نمی‌تواند موجب قواعد عرفی باشد؛ وانگهی «برای تحقق قاعده عرفی مشارکت حداقل دو دولت در رویه رفتاری واحد شرط است» (Thirlaw, 2019: 104)، Woundenberg, (2012: 43)؛ بدین ترتیب رفتارها و مقررات دولتهایی که در طول قرن‌ها پذیرای سرمایه‌گذاری خارجی بوده‌اند و در برهه‌های گوناگون تسهیلات ویژه‌ای مقرر می‌داشته‌اند را نباید در قواعد بین‌الملل عرفی جستجو نمود؛ زیرا این تدابیر، موردی و مختص به یک دولت بوده و لزوماً در میان دو یا چند دولت بطور مشترک تداوم نیافته است. این مقررات هر ماهیتی که داشته، تنها ذیل همان منبع اصلی، یعنی قوانین داخلی کشورها (اعمال یکجانبه) قابل تعریف است؛ فارغ از اینکه چنین رفتارهایی بعداً تداوم داشته و یا بشکل قواعد عرفی درآمده باشد یا خیر.

۴-۴- اصول کلی حقوقی

ماده (۳۸) اساسنامه این اصول را در شمار منابع اصلی حقوق بین‌الملل ذکر می‌کند، اما غالباً «اعتقاد به دائره محدود ایفاء نقش برای این منبع بوده و برخی نویسندگان نیز آن را در زمره منابع فرعی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری ذکر کرده‌اند» (Piran, 2014: 64). «غالب استدلال‌هایی که راجع به اعمال اصول کلی حقوقی در حوزه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری ارائه شده، بر خود این اصول بنیان نهاده شده است (یعنی یک نوع دور منطقی وجود دارد). برای مثال، اصل پرداخت غرامت بدنبال سلب مالکیت اموال بیگانگان را مرتبط با مفاهیمی چون دارا شدن ناعادلانه و بلاجهت و اصل برابری دانسته‌اند. به هر حال در رویه محاکم داوری این اصول بطور گسترده بکار رفته و چارچوبی کلی را برای اعمال قواعد حمایت از سرمایه‌گذاری فراهم کرده است» (Somarajah, 2010: 85-87). «در مقام حل تعارضات راجع به نحوه اعمال تعهدات نیز این

^۱. رفتار یک دولت اگرچه برای شکل‌گیری قاعده عرفی کفایت نمی‌کند؛ اما واقعیت این است که می‌تواند سرآغازی برای رویه‌ای بین‌المللی و مشترک میان دولتها باشد (Woundenberg, 2012: 36).

اصول نقش حائز اهمیتی ایفاء می‌کند؛ از جمله اصل قاعده خاص، اصل قاعده موخر و اصل قاعده برتر که تقریباً هرگونه از این قسم تعارضات را می‌توان بوسیله آن‌ها حل کرد» (Calamita, 2013: 179).

«هنجارهای برگرفته از اصول کلی حقوقی از هنجارهای ضعیف تلقی می‌شود و توانایی مقابله با هنجارهای برخاسته از دیگر منابع مبتنی بر اراده دولت‌ها (قوانین داخلی، معاهدات و عرف) را ندارند» (Sornarajah, 2010: 87). بسیاری از این اصول چون «قیح سلب مالکیت خصوصی بدون ضرورت نفع عمومی، از نظام‌های داخلی وارد حقوق بین‌الملل شده است» (Piran, 2014: 65). به عبارت دیگر، برای این اصول نیز غالباً منبعی جز قوانین داخلی کشورها (در معنای عام خود) قابل تصور نیست. عبارت مشهور «مورد قبول ملل متمدن» در متن ماده (۳۸) اساسنامه نیز موید همین نکته است؛ آیا باید اصول مورد قبول یک «ملت» را خارج از منبعی جز قوانین داخلی حاکم بر همان سرزمین جستجو نمود؟

۵-۴- دیگر منابع فرعی

«ماده (۳۸) (۱) (د) اساسنامه و تمایز میان تصمیمات قضائی و آموزه‌های مولفین در بستر زمانی تدوین شده که اهمیت آموزه‌های مولفین دوچندان می‌بود؛ امروزه با افزایش تعداد محاکم بین‌المللی، تصمیمات این نهادها از اهمیت فزاینده‌ای در قیاس با آموزه‌های مولفین برخوردار شده است. وانگهی قضات و داوران خود از میان مولفین و حقوقدانان برجسته هستند؛ در پرتو ارائه نظرات تفصیلی نیز محتویات آموزه‌های مولفین بیش از پیش مدنظر قرار می‌گیرد و بدین ترتیب مواضعشان مستقیماً در بخشی از آرای دیوان منظور می‌گردد. از این رو تمایز سنتی میان آموزه‌های مولفین و تصمیمات قضائی کم رنگ‌تر از گذشته است» (Thirlway, 2019: 132-133).

«علی‌ایحال تصمیمات محاکم گرچه در تئوری سنتی منابع حقوق بین‌الملل منبعی فرعی محسوب می‌شود، اما در فرآیند استناد و شور دعاوی سرمایه‌گذاری به منبعی اولیه تبدیل شده است» (Schill, 2009: 355). «حقوق بین‌الملل، محاکم را ملزم به پیروی از رویه قضائی نمی‌داند؛ وانگهی مجموعه پرونده‌های حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نیز موید عدم لزوم متابعت از رویه قضائی در این نهادهاست» (Brabandere, 2012: 286)؛ اما «محاکم داوری بطور گسترده‌ای برای تفسیر مقررات، تشریح نیات طرفین و استنباط رأی، به تصمیمات پیشین استناد می‌کنند و این به

¹. Lex specialis derogat legi generali

². Lex posterior derogat legi priori

³. Lex superior derogat legi inferiori

⁴. از جمله ماده ۵۳ (۱) کنوانسیون ایکسید که مقرر داشته: «آرای داوری که از سوی این نهاد صادر می‌شود نسبت به طرفین الزام‌آور است؛» تلویحاً ارزش رویه قضائی برای احکام صادر شده بموجب سازکار این کنوانسیون را نفی می‌کند.

رویه عملی محاکم داوری سرمایه‌گذاری تبدیل شده است» (Schill, 2009: 355). «این توسل گسترده به رویه قضائی در استدلال‌ها، البته بمعنای شکل‌گیری تکلیف حقوقی بدین امر نیست؛ در حقیقت التزام واقعی به رویه قضائی و لزوم تکامل قواعد حقوقی بر اساس استدلال‌های موجود در آرای پیشین، اساساً با التزام حقوقی به تبعیت از رویه قضائی (مشابه رویه دادگاه‌های کشورهای کامن‌لا) متفاوت است» (Brabandere, 2012: 286).

«آموزه‌های مولفین و تصمیمات محاکم، بمیزان زیادی در جهت شکل‌گیری حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری خارجی قابل تغییر است. از جمله، بسیاری از حمایت‌های حقوقی از سرمایه‌گذاری‌ها و همچنین شکل‌گیری برخی از سازکارهای حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری در نتیجه اعمال فشار شرکت‌های چندملیتی و در راستای خارج ساختن دعاوی سرمایه‌گذاری از گستره صلاحیت عام حقوق داخلی بوده است. لذا عمده قواعد حقوقی منبعث از آموزه‌های مولفین و تصمیمات محاکم، مبتنی بر منابع ضعیف است و چنین قواعدی همواره در این مظان قرار دارد که تحت تأثیر مولفه‌های غیرحقوقی بوجود آمده است» (Somarajah, 2010: 52-136).

نتیجه‌گیری

تعاریف متداول از منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در پرتو ماده (۳۸) اساسنامه دیوان که در سال ۱۹۲۰ و بدنبال شکل‌گیری جامعه ملل تصویب شده، چندان دقیق نمی‌باشد. در این حوزه کماکان هیچ معاهده الزام‌آور جهانی به تصویب نرسیده و از این جهت با حقوق بین‌الملل عمومی که معاهدات جهانی چون کنوانسیون‌های لاهه، میثاق جامعه ملل و منشور ملل متحد را تجربه نموده تفاوت اساسی دارد.

مجموعه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی نیز بیش از آنکه مستقیماً در توسعه قواعد حاکم بر این قلمرو نقش داشته باشند، ماهیت تدوین این قواعد را داشته و حاکمیت کامل همین قواعد و رفتارهای به رسمیت شناخته شده فعلی در سرتاسر گیتی نیز منوط به انعقاد چند هزار معاهده دیگر است. امضای این حجم از معاهدات البته به وجود اراده سیاسی و اقتصادی در میان آحاد دولت‌ها نیازمند است.

انعقاد یک معاهده چندجانبه جهانی اگرچه گامی مهم به سوی توسعه سرمایه‌گذاری می‌باشد، ولیکن در این رابطه کماکان بررسی‌های بیشتر و همچنین شکل‌گیری رویکرد قدرتمند بین‌المللی نیاز است. فعالیت‌های سازمان‌های بین‌المللی در این زمینه اگرچه دستاورد مورد انتظار را نداشته، ولیکن به توسعه قواعد حقوقی حاکم بر رفتار با سرمایه‌گذاری خارجی کمک کرده است.

¹. Ratio Decidendi

². Stare Decisis

مجموعه استانداردهای حقوق بشری، محیط زیستی و هماهنگ با اهداف توسعه پایدار که از سوی جامعه جهانی مطالبه می‌شود و بیش از پیش مورد توجه نهادهای بین‌المللی قرار گرفته نیز موید همین معنی است.

از سوی دیگر جایگاه قواعد عرفی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری با جایگاه شناخته شده برای این منبع ذیل حقوق بین‌الملل عمومی بمیزان زیادی متفاوت است و دایره محدودتری برای اعمال دارد؛ دلیل اصلی تنزل جایگاه عرف در این حوزه این است که برخلاف حقوق بین‌الملل عمومی، اشخاص نیز از تابعین حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری بشمار می‌آیند و از این رو، بسیاری از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در این حوزه موضوعیت ندارد.

اهمیت رویه قضائی و آموزه‌های مولفین در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری بمراتب بیشتر از حقوق بین‌الملل عمومی است، اما عواملی چون اعمال نفوذ و تأثیر شرکت‌های چندملیتی در ایجاد و عملکرد نهادهای داوری و این واقعیت که بسیاری از مولفین بطور رسمی یا موقت با این شرکت‌ها یا نهادهای وابسته‌شان قراردادهای همکاری دارند، موجب تضعیف جایگاه این منابع در مقایسه با دیگر منابع شده است.

در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری که برخلاف حقوق بین‌الملل تابعین آن شامل اشخاص نیز می‌باشد و اساساً با هدف حمایت از سرمایه‌گذاری و اتباع خارجی توسعه یافته، از دیرباز قوانین داخلی کشورها نقش اصلی را ایفاء نموده است. لذا در فرض نبود هیچ‌یک از دیگر منابع نیز، قوانین داخلی به تنهایی قادر به تشویق، توسعه، تأسیس، حمایت و رسیدگی به دعاوی سرمایه‌گذاری است و اینکه ادعا شود که دیگر منابع تنها نقش تکمیلی برای عملکرد قوانین داخلی را در این زمینه دارند، ادعایی گزاف نیست و حداقل در جهان معاصر عکس این فرض صادق نیست. همچنین نقش ابتکارات قوانین داخلی برخی دولت‌ها در پیشبرد و توسعه استانداردهای حقوقی سرمایه‌گذاری قابل کتمان نیست و البته چنین نوآوری‌هایی منطقی‌اً منحصر به دولت‌های توسعه یافته نیز نمی‌باشد.

References

1. Akinsanya, A. A. (1984). *Multinationals in a Changing Environment: A Study of Business-government Relations in the Third World*. New York: Praeger.
2. Barzegarzadeh, A. (2020). Functioning and Status of Judicial Decisions in the Jurisprudence of the International Court of Justice. *International Studies Journal (ISJ)*, 17(2), 27-51, doi: <https://dx.doi.org/10.22034/isj.2020.118191> (In Persian)
3. Bigdeli, M. R. Z. (2014). *Public International Law*. 47th Edition. Tehran: Gang-e-Danesh Publications. (In Persian)

4. Binder, C., Kriebaum, U., Reinisch, A. and Wittich, S. (2009). *International Investment Law for the 21st Century; Essays in Honour of Christoph Schreuer*. Oxford, Oxford University Press.
5. Brabandere, E. D. (2012). *Arbitral Decisions As a Source of International Investment Law*. In *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*. Edited by Tarcisio Gazzini and Eric De Brabandere, 245-288. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
6. Buga, I. (2018). *Subsequent Practice and Treaty Modification*. In *Conceptual and Contextual Perspectives on the Modern Law of Treaties*. Edited by Michael J. Bowman and Dino Kritsiotis, 363-391. UK: Cambridge University Press.
7. Calamita, N. J. (2013). *International human rights and the interpretation of international investment treaties: Constitutional considerations*. In *Investment Law within International Law- Integrationist Perspectives*. Edited by Freya Baetens, 164-184. UK: Cambridge University Press.
8. Cai, L. (2012). Where does China Stand: the Evolving National Treatment Standard in BITs?. *The Journal of World Investment and Trade*. 13(3), 373-389, doi: <https://doi.org/10.1163/221190012X637736>
9. Dolzer, R., Schreuer, C. (2012). *Principles of International Investment Law*. 2nd Edition. Oxford: Oxford University Press.
10. Fakheri, M. (2020). The USA and the Challenge of the WTO Dispute Settlement Body. *International Studies Journal (ISJ)*, 17(1), 21-39, doi: <https://dx.doi.org/10.22034/isj.2020.112954> (In Persian)
11. Haddadi, M., Karimi, S. (2018). Unilateral Acts of States as a Source of International Obligation in International Law. *Legal Research Quarterly*. 21(81), 289-313, doi: <https://dx.doi.org/10.22034/jlr.2018.111145.1048> (In Persian)
12. ICSID, International Centre for Settlement of Investment Disputes, (2006), ICSID Convention Regulations and Rules, (28 January 29, 2020) at <http://icsidfiles.worldbank.org/ICSID/ICSID/StaticFiles/basicdoc/basic-en.htm>
13. Investment Policy Framework for Sustainable Development, 2015, UNCTAD. (UNCTAD/DIAE/PCB/2015/5). Retrieved from https://unctad.org/system/files/official-document/webdiaepcb2016d2_en.pdf
14. Investment Policy Hub, International Investment Agreement Navigator, (28 January

- 29, 2020), at <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/by-country-grouping>
15. Katouzian, N. (2014). *Introduction to the Science of Law and Survey of the Iranian Legal System*. 92nd Edition. Tehran: Enteshar Co. **(In Persian)**
16. Kjos, H. E. (2013). *Applicable Law in Investor-State Arbitration*. UK: Oxford University Press.
17. Lowenfeld, A. F. (2008). *International Economic Law*. 2nd Edition. Oxford: Oxford University Press.
18. Mbengue, M. M. (2012). *National Legislation and Unilateral Acts of States*. In *International Investment Law: The Sources of Rights and Obligations*. Edited by Tarcisio Gazzini and Eric De Brabandere. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers. 183-214.
19. Mirvaisi, A. (2014). *Foreign Investment Law in the light of Bilateral Investment Treaties*. Tehran: Paris Publications. **(In Persian)**
20. Piran, H. (2014). *The Law of International Investment*. 2nd Edition. Tehran: Ganje Danesh Publications. **(In Persian)**
21. Reisman, W. M., Arsanjani, M. H. (2006). *The Question of Unilateral Governmental Statements as Applicable Law in Investment Disputes*. In *Völkerrecht Als Wertordnung – Common Values in International Law. Essays in Honour of Christian Tomuschat*, Edited by Pierre-Marie Dupuy et al. Germany: N. P. Engel, Kehl am Rhein.
22. Thirlway, H. (2019). *The Sources of International Law*. 2nd Edition. Oxford: Oxford University Press.
23. Sauve, P. (2006). *Trade and Investment Rules: Latin American Perspectives*, Chile: United Nations Publication.
24. Schill, S. W. (2009). *The Multilateralization of International Investment Law*. UK: Cambridge University Press.
25. Shihata, I. F. I. (2010). *Regulation of Foreign Investment*. In *International Sustainable Development Law*. 2, Edited by A. F. Maniruzzaman, Aaron Schwabach, Arthur John Cockfield, A. Dan Tarlock, John C. Dernbach and Gabriela Maria Kutting, 195-213. United Kingdom: Eolss publishers.
26. Sornarajah, M. (2010). *The International Law on Foreign Investment*. 3rd Edition. New

York: Cambridge University Press.

27. Subedi, S. P. (2016). *International Investment Law*. 3rd Edition. Oxford, UK: Hart Publishing Ltd.
28. Tams, C. J. (2012). *The Sources of International Investment Law: Concluding Thoughts*. In *International Investment Law the Sources of Rights and Obligations*. Edited by Tarcisio Gazzini, Eric De Brabandere, 319-330. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.
29. Yan, K. K., Torkamani, H. S. (2010). International Investment Treaties and the Formation, Application, and Transformation of Customary International Law Rules. *International Law Review*. 26(41), 263-291, doi: <https://dx.doi.org/10.22066/cilamag.2009.17293> (In Persian)
30. Ziaee, S. Y. (2015). Status of Environmental Obligations in International Investment Law. *Public Law Research*. 15(42). 191-224. (In Persian)

