

## شفافیت سرمایه گذاری خارجی، بازتعریف اصل شفافیت در حقوق بین الملل سرمایه گذاری

سید علی حسینی آزاد<sup>۱</sup>

دکترای حقوق بین الملل عمومی از دانشگاه

علامه طباطبائی، تهران، ایران

پوریا عسکری<sup>۲</sup>

دانشیار گروه حقوق عمومی و بین الملل

دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه

طباطبائی، تهران، ایران

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۱/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۷/۲۵

### چکیده

در دیدگاه سنتی حقوق بین الملل سرمایه گذاری، شفافیت همواره به عنوان تعهدی برای دولت میزبان و در جهت حمایت هر چه بیشتر از سرمایه گذاری خارجی تعریف می شود. این وجه از شفافیت در حقوق بین الملل سرمایه گذاری به عنوان یک قاعده به رسمیت شناخته شده است. در عصر حاضر و با بالا گرفتن گفتمان هایی مانند مبارزه با فساد، حقوق بشر، حکمرانی مطلوب، مسئولیت اجتماعی شرکت ها و حکمرانی شرکتی، گرایشی جدید در حقوق بین الملل سرمایه گذاری ایجاد شده است که شفاف بودن را از سرمایه گذار خارجی نیز طلب می کند. امکان شکل گیری و پیدایش چنین تعهدی و تحمیل آن بر سرمایه گذار خارجی، محل بحث این نوشتار است.

مقاله حاضر با تکیه بر روشی توصیفی - تحلیلی به بررسی اسناد و رویه های موجود در حقوق بین الملل

\* - نوع مقاله: پژوهشی

۱- نویسنده مسئول: saha\_110@yahoo.co.uk

2- pouria.askary@gmail.com

DOI: 10.22067/LOWECON.2022.49021.0

سرمایه‌گذاری پرداخته است تا ارزیابی کند که آیا در نظم کنونی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری می‌توان تعهد به شفاف بودن را برای سرمایه‌گذار خارجی شناسایی کرد؟  
بررسی‌ها در نهایت نشان می‌دهد که جامعه‌ی جهانی به سمت شناسایی و تقویت تعهدات عمده‌ای برای سرمایه‌گذاران خارجی و از جمله شفافیت پیش می‌رود و این نگرش جدید سرمایه‌گذار خارجی را از اینکه صرفاً موضوع حمایت واقع شود خارج کرده و موضوع تکلیف نیز قرار می‌دهد.

**واژگان کلیدی:** اصل شفافیت، سرمایه‌گذاری خارجی، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، مسئولیت سرمایه‌گذار، مقابله با فساد

## مقدمه

مباحث و مطالعات راجع به اصل شفافیت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری همچون سایر حوزه‌های حقوق بین‌الملل سابقه‌ای دیرین و تا حدی ثابت یافته دارد. اما آنچه تعریفی از تعهد به شفاف بودن می‌باشد، همواره بر شانه‌ی دولت میزبان خودنمایی کرده است که در راستای فراهم آوردن هرچه بیشتر حمایت از سرمایه‌گذار خارجی تعبیر و تأویل می‌شود. در ادبیات کنونی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، عمدتاً بحث شفافیت به تعهد دولت میزبان به رعایت شفافیت در قوانین، به مقررات و برخورد با سرمایه‌گذاری خارجی اختصاص دارد که تحت عنوان شفافیت تنظیم‌گری<sup>۱</sup> از آن یاد می‌شود که همانا شفافیت در سه مورد شفافیت سازمانی،<sup>۲</sup> شفافیت تصمیمات و قانونگذاری<sup>۳</sup> و شفافیت در فرآیندها<sup>۴</sup> است.<sup>۵</sup> لذا، این تعهدی برای دولت میزبان است که زمینه‌های قانونی و فرآیندی شفاف در موضوعات مربوط به سرمایه‌گذاری ایجاد کند (UNCTAD, 1999: 50). این برداشت از شفافیت است که سرمایه‌گذار را قادر می‌سازد تا خود را با سیاست‌های

1- Regulatory transparency

2- Institutional transparency

3- Legislative transparency

4- Procedural transparency

۵- شفافیت سازمانی به شفافیت عملکرد متداول سازمان‌ها و نهادهای رسمی اشاره می‌کند. شفافیت قانونگذاری یا شفافیت در تصمیم‌سازی حکایت از شفاف بودن فرآیند هنجارآفرینی و نتایج تصمیمات اتخاذی در نظام حقوقی دارد و شفافیت رویه‌ای یا شفافیت در فرآیندها، به معنی شفاف بودن چگونگی اعمال و اجرای قواعد حقوقی، اداری و قوانین موجود توسط دادگاه‌ها و مراجع رسمی است (Ruscilla, 2015: 2).

اقتصادی کشور مقصد وفق دهد و همچنین پیامدهای اقتصادی فعالیت خود را ارزیابی کند (Laverde, 2011: 117).

در حالت فقدان شفافیت، سرمایه‌گذار نمی‌تواند از قوانین و رویه‌های کشور میزبان مطلع شود و در نتیجه سرمایه‌گذاری او ممکن است در معرض ریسک‌هایی مانند توقیف، اخذ خسارت، ممنوعیت فعالیت و حتی سلب مالکیت قرار گیرد. به همین دلیل، این شکل از تعهد به شفافیت در راستای حمایت بیشتر از سرمایه‌گذاری خارجی پدید آمده است. بنابراین، در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، اصل شفافیت به عنوان اصلی در راستای آگاه‌سازی سرمایه‌گذار خارجی از موانع، چالش‌ها و ضعف‌های موجود بر سر راه سرمایه‌گذاری در کشور میزبان است که به سرمایه‌گذار این امکان را می‌دهد تا با مطالعه قوانین و مقررات دولت میزبان، تصمیم لازم برای انجام سرمایه‌گذاری را اتخاذ نماید (Ansari Mahyari and Raisi, 2018: 56). مجموعه‌ی این بررسی‌ها باعث ایجاد انتظارات مشروعی برای سرمایه‌گذار می‌شود (ICSID Case No. ARB/15/1, Award of 2 December 2019: para. 263) که به عنوان یک اصل، رعایت آن برای دولت میزبان لازم است و همچنین یکی از مبانی توجیه لزوم شفافیت در رویه و عملکرد دولت‌ها، به خصوص در پیوند با اصل رفتار عادلانه و منصفانه محسوب می‌شود (Askari, 2015: 121 and Marshall, 2007: 15).

علاوه بر آنچه گفته شد، در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به شفافیت به عنوان یکی از عناصر دادرسی عادلانه نیز توجه شده است (Lam and Ünüvar, 2019: 783). همچنین، در این زمینه تحولاتی در خصوص قواعد شکلی آیین دادرسی مراجع فیصله‌ی اختلافات سرمایه‌گذاری صورت پذیرفته است (Subedi, 2008: 212).

۱- در پرونده زیر نیز هرچند نقض اصل شفافیت توسط مرجع داوری احراز نشد؛ اما ارتباط آن را با اصل رفتار عادلانه و منصفانه می‌توان دید.

Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/1), Award of 2 December 2019, para. 315

برای مطالعه در خصوص ارتباط شفافیت با شرط رفتار عادلانه و منصفانه بنگرید به:

Shamsaei, Mohammad and Seyed Ali Hosseiniyazad (2021). "The Role of Transparency in Interpretation of the FET Standard in International Investment Law", *Public Law Studies Quarterly*, Vol. 51, Issue 2, pp. 797-817

آنچه بیان شد، تعریف سنتی و معمول شفافیت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری است. شفافیت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در مفهوم سنتی خود، صرفاً به تعهدات دولت میزبان در جهت فراهم ساختن هرچه بیشتر حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی محدود می‌شود.<sup>۱</sup> این شکل از تعهد به رعایت شفافیت مورد تأیید مراجع داوری و حل اختلاف سرمایه‌گذاری نیز واقع شده است. حتی در مواردی که در موافقت‌نامه‌ی دوجانبه‌ی سرمایه‌گذاری یا سایر موافقت‌نامه‌های فی-مابین ذکر صریحی از تعهد به رعایت شفافیت برای دولت میزبان در میان نیست، باز هم مراجع داوری متعدّد اصل مزبور را در سیاق سایر اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری مانند اصل انتظارات مشروع و اصل رفتار عادلانه و منصفانه تفسیر کرده و رعایت آن را از ملزومات اصول برشمرده شده دانسته‌اند.<sup>۲</sup>

توجه صرف به مفاهیم سنتی شفافیت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نمی‌تواند ضامن اجرای دقیق اصل حکومت قانون در حقوق بین‌الملل باشد و از این جهت به نظر می‌آید رویکردی متفاوت به شفافیت در این عرصه لازم است. اخیراً فقدان شفافیت در برخی عملکردهای سرمایه‌گذاران خارجی موجب شده است که از وجهه‌ی حمایتی که حقوق سرمایه‌گذاری به نفع سرمایه‌گذار دارد، سوء استفاده‌هایی شود. به عنوان مثال در قالب سرمایه‌گذاری اقدام به پولشویی یا فساد شده و در نتیجه این ایده قوت گرفته است که تعهد به شفافیت را باید از سرمایه‌گذار نیز طلب

۱- برای دیدن ابعاد مختلف اصل شفافیت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری - که البته تمام آن جوانب در قالب سنتی مطرح شده و قصد حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی را دارند - بنگرید به:

UNCTAD, *Transparency*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012, pp. 1-3

۲- برای نمونه، بنگرید به:

Metalclad Corporation v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), Award of August 30, 2000, paras. 74, 88 and 94; MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/01/7), Award of May 25, 2004, para. 114; Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award of May 29, 2003, para. 154; Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, London Court of International Arbitration Case No. UN3467, Final Award of 1 July 2004, para. 184; and Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Award of August 27, 2008, para. 178

کرد.<sup>۱</sup>

بنابراین، باید دید آیا می‌توان با تعریفی جدید از شفافیت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری آن را بعنوان یک تعهد از سوی سرمایه‌گذار در مقابل دولت میزبان نیز مطالبه کرد؟ این مقاله در صدد تبیین چنین مفهومی از شفافیت بعنوان یک تعهد حقوقی بین‌المللی برای سرمایه‌گذار خارجی و پاسخ به این سؤال است که آیا به موجب حقوق بین‌الملل بطور کلی و حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری بطور خاص، می‌توان تعهدی مبنی بر شفافیت مالی، تجاری و سرمایه‌ای برای سرمایه‌گذار قائل بود؟ بنابراین، در راستای پاسخ به این سؤال، مقاله در دو قسمت اصلی طراحی شده است. در قسمت نخست، به بررسی اسناد بین‌المللی موجود می‌پردازد و سپس، رویه‌ی داوری سرمایه‌گذاری را مورد بررسی قرار می‌دهد.

### ۱ - شفافیت سرمایه‌گذاری در اسناد حقوقی بین‌المللی

در این قسمت با بررسی معاهدات بین‌المللی و سایر اسناد قراردادی بین‌المللی مانند موافقت-نامه‌های دوجانبه و چندجانبه‌ی سرمایه‌گذاری سعی شده است امکان وجود تعهد به شفافیت برای سرمایه‌گذار ارزیابی شود. در واقع چرایی طرح این موضوع بررسی تعهد مزبور در نگاه قراردادی و اثبات گرایانه است که آیا در حقوق بین‌الملل موضوعه چنین امری وجود دارد یا خیر؟

#### ۱ - ۱. اسناد حقوقی الزام‌آور

##### ۱ - ۱ - ۱. معاهدات چندجانبه‌ی بین‌المللی

کنوانسیون جلوگیری از تأمین مالی تروریسم ملل متحد،<sup>۲</sup> علاوه بر مقررات کیفری در خصوص مجازات جرایمی که موضوع اصلی آن سند می‌باشد، در قالب ماده‌ی ۱۸ دولت‌ها را ملزم می‌نماید

۱- به عنوان مثال، در پرونده‌ی الکس جنین علیه استونی، سرمایه‌گذار خارجی که در کشور میزبان مشغول بانکداری بود، از ارائه‌ی شفاف نام سهامداران عمده‌ی خود و گردش‌های مالی غیرعادی که داشت به کشور میزبان خودداری می‌کرد. در نهایت نیز، مرجع داوری به موجب عدم شفافیت عملکرد او را مخالف موافقت‌نامه‌ی سرمایه‌گذاری اعلام کرد و آن را مشمول حمایت ندانست (ICSID Case No. ARB/99/2, Award of June 25, 2001: para. 353).

2- International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, Adopted by the General Assembly of the United Nations in resolution 54/109 of 9 December 1999.

که اقدام به اتخاذ تدابیر متنوعی به منظور پیش‌گیری و ممانعت از تأمین مالی فعالیت‌ها یا گروه‌های تروریستی نمایند. از مهمترین این اقدامات بالا بردن شفافیت در مبادلات مالی خود و نظارت بهتر بر مبادلات و گردش‌های مالی است (Klein, 2009: 4). بنابراین، این کنوانسیون نیز تعهداتی را در خصوص شفاف‌سازی هرگونه انتقال و جابجایی پولی، مالی و از جمله، سرمایه‌گذاری، برای دولت‌ها ایجاد می‌کند.

کنوانسیون مبارزه با ارتشاء مقامات دولتی خارجی در مبادلات تجاری بین‌المللی<sup>۱</sup> یکی از مهمترین اسناد بین‌المللی اقتصادی است که چارچوب حقوقی الزام‌آوری را جهت رعایت شفافیت در مبادلات تجاری بین‌المللی ایجاد می‌کند (Turnes and Ernst, 2015: 2). این کنوانسیون در سطح منطقه‌ای، از جمله، در سازمان کشورهای آمریکایی<sup>۲</sup>، شورای اروپا<sup>۳</sup> و اتحادیه‌ی آفریقا<sup>۴</sup> مورد توجه قرار گرفته است. کنوانسیون مبارزه با ارتشاء با ابراز نگرانی در خصوص گسترده‌ی پدیده‌ی ارتشاء در مبادلات بین‌المللی اعم از تجارت و سرمایه‌گذاری، بر آن است که این پدیده نگرانی‌های جدی اخلاقی و سیاسی را موجب شده، مسائلی چون حکمرانی مطلوب و توسعه‌ی اقتصادی را به چالش کشیده و باعث انحراف رقابت سالم اقتصادی بین‌المللی می‌شود (The OECD Anti-Bribery Convention, 1997). بارزترین تکلیفی که این کنوانسیون بر

1- Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Adopted by the OECD Negotiating Conference on 21 November 1997.

کنوانسیون در حال حاضر ۴۴ عضو دارد که طیفی از کشورهای قدرتمند اقتصادی را از تمام قاره‌های جهان در بر می‌گیرد. بنگرید به،

<http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/WGBRatificationStatus.pdf> (last visited on: 20/05/2020)

2- Organization of American States, Inter-American Convention Against Corruption, Adopted on March 29, 1996.

3 . The Council of Europe: Criminal Law Convention on Corruption, Strasbourg, 27.I.1999; and **Civil Law Convention on Corruption**, Strasbourg, 4.XI.1999.

4- The African Union (AU) Convention on Preventing and Combating Corruption, adopted on July 01, 2003.

بند دوم ماده‌ی ۱۹ این کنوانسیون بیان می‌دارد که «دولت‌های عضو با روح همکاری بین‌المللی به ایجاد و توسعه‌ی همکاری‌های منطقه‌ای، قاره‌ای و بین‌المللی به منظور جلوگیری از عملکردهای فسادآمیز در مبادلات تجاری بین‌المللی خواهند پرداخت». همچنین، در بند سوم ماده‌ی ۳، شفافیت و پاسخگویی به عنوان یکی از اصول اساسی کنوانسیون بیان شده است که پیرو آن نیز در ماده‌ی ۹ دولت‌های عضو متعهد به انجام اقدامات لازم در جهت تضمین حق دسترسی به اطلاعات شده‌اند.

کشورهای عضو در جهت شفاف‌سازی امور مالی و حسابداری‌های مربوط به تاجران و شرکت‌هایی که در مبادلات تجاری بین‌المللی نقش دارند، بار می‌کند را در ماده ۸ می‌توان دید. به موجب این ماده، به منظور مبارزه‌ی مؤثر با ارتشاء، هر طرف متعاقد بایستی اقدامات لازم را در جهت نگهداری و حفظ گزارش‌ها و سوابق، افشای صورت‌های مالی، استانداردهای حسابداری و حسابرسی معمول دارد تا از این طریق مانع ایجاد حساب‌های مخفی،<sup>۱</sup> انجام مبادلات مخفی یا ناشناخته، ثبت و نگهداری مخارج ساختگی و غیرواقعی، تحمیل بدهی‌های غیرواقعی با اهدافی نادرست، و همچنین استفاده از اسناد جعلی توسط شرکت‌های ذیربط به منظور ارتشاء مقامات دولتی خارجی بشود. دولت متعهد است شرکت‌ها را ملزم به ارائه‌ی میزان کامل بدهی‌های احتمالی خود در صورت‌های مالی بکند. ( Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 2009: para. X: A(ii)

گروه ویژه‌ی اقدام مالی در راستای اهداف مبارزه با فساد و تأمین مالی تروریسم پیش‌آهنگ مقرراتی در لزوم شفافیت برای سرمایه‌گذاران می‌باشد. در توصیه‌نامه‌ی این نهاد بین‌المللی آمده است:

کشورها بایستی اقدامات لازم را جهت پیشگیری از سوءاستفاده از اشخاص حقوقی به منظور پولشویی یا تأمین مالی تروریسم انجام دهند. کشورها بایستی تضمین کنند که اطلاعات کافی، صحیح و منظم درخصوص مالکیت مؤثر و کنترل اشخاص حقوقی در دست باشد تا بتوان از سوی مقامات صلاحیتدار در بازه‌های زمانی مشخص به آنها دسترسی پیدا کرد. به طور خاص، کشورهایی که به اشخاص حقوقی اختیار صدور سهام بی‌نام<sup>۲</sup> یا اسناد در وجه حامل<sup>۳</sup> را می‌دهند یا به آنها مجوز انتخاب سهامداران یا مدیران خود را داده‌اند، بایستی اقدامات مؤثری صورت دهند تا اطمینان حاصل شود که این نهادها به منظور پولشویی یا تأمین مالی تروریسم مورد سوءاستفاده قرار نمی‌گیرند. دولت‌ها بایستی اقداماتی را به منظور تسهیل دسترسی به اطلاعات راجع به مالکیت و مدیریت اشخاص حقوقی مدنظر قرار دهند (FATF, 2012-2019: para. 24).

1- Off-the-books accounts

2- Bearer shares

3- Bearer share warrants

شورای حقوق بشر سازمان ملل متحد نیز از سال ۲۰۱۴ معاهده‌ای با موضوع تنظیم فعالیت‌های شرکت‌های چندملیتی و دیگر بنگاه‌های بازرگانی در ارتباط با حقوق بشر تدوین کرده که پیش‌نویس اصلاحی آن در سال ۲۰۱۹ ارائه شده است.<sup>۱</sup> در پیش‌نویس این معاهده، تعهداتی برای سرمایه‌گذاران خارجی که در قالب شرکت‌های فراملی یا بنگاه‌های تجاری ظاهر می‌شوند در رابطه با رعایت حقوق بشر افراد سرزمین محل فعالیت پیش‌بینی شده است. در این معاهده نیز مقرراتی درخصوص شفافیت عملکردی دیده می‌شود.

#### ۱- ۱- ۲. موافقت‌نامه‌ها و قراردادهای سرمایه‌گذاری

موافقت‌نامه‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری قدیمی، توجه کمتری به مسئولیت‌ها و تعهدات سرمایه‌گذاران داشتند و عمدتاً بر تعهدات دولت میزبان تکیه می‌کردند.<sup>۲</sup> اما، با ملاحظه‌ی موافقت‌نامه‌های مؤخر می‌توان ردپایی از تعهد به شفافیت را برای سرمایه‌گذار مشاهده کرد.<sup>۳</sup> برخی موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی مؤخر، اعم از موافقت‌نامه‌های آزادی تجارت<sup>۴</sup> و یا موافقت‌نامه‌های دوجانبه‌ی سرمایه‌گذاری،<sup>۵</sup> تعهداتی را برای سرمایه‌گذار در قالب شفافیت عملکردی درج کرده‌اند. به عنوان مثال، در ماده‌ی ۳ موافقت‌نامه‌ی دوجانبه‌ی سرمایه‌گذاری بین‌کرواسی و جمهوری آذربایجان بیان شده است که دولت میزبان از این اختیار - به عنوان یک حق - بهره‌مند است که اطلاعات لازم را از سرمایه‌گذاران (سرمایه‌گذاران بالقوه‌ی آینده) راجع به «سابقه‌ی اداره‌ی شرکت آنها و عملکردشان به عنوان سرمایه‌گذار» مطالبه کند. عنوان این ماده نیز

1- Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and other Business Enterprises, Revised Draft 16.7.2019. available at: [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG\\_RevisedDraft\\_LBI.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/OEIGWG_RevisedDraft_LBI.pdf) (last visited on: 09/07/2020)

۲- به نظر می‌رسد فلسفه‌ی چنین رویکردی این باشد که هرچه این اسناد اطمینان خاطر بیشتری به سرمایه‌گذار بدهد، بهتر می‌تواند موجب گردش سرمایه میان دولت‌های طرف آن بشود (UNCTAD, 2012: 30).

۳- البته باید توجه داشت که در همه‌ی موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری، تعهد کلی سرمایه‌گذار به رعایت قوانین دولت میزبان بیان می‌شود.

4- Free trade agreement (FTA)  
5- Bilateral investment treaty (BIT)



«دسترسی به اطلاعات سرمایه‌گذار و شفافیت» است. به موجب این ماده، دولت میزبان با حصول شرایطی می‌تواند اطلاعات راجع به سرمایه‌گذار را در اختیار عموم قرار بدهد ( Azerbaijan - Croatia BIT, 2007: Art. 3).<sup>۱</sup> برخی موافقت‌نامه‌ها از این نیز فراتر رفته‌اند و مسئولیت‌های بیشتری را برای سرمایه‌گذار پیش‌بینی کرده‌اند. موافقت‌نامه‌ی آزادی تجارت میان ایالات متحده و استرالیا از این دست است. این موافقت‌نامه برای دولت میزبان این حق را به رسمیت شناخته است که از تمام سرمایه‌گذارها، حتی سرمایه‌گذاران فعلی، درخصوص سرمایه‌گذاری و در رابطه با «عملکرد منصفانه و با حسن نیت سرمایه‌گذار درخصوص قوانین کشور میزبان» اطلاعاتی بخواهد (the USA and the Government of Australia Free Trade Agreement, 2005: Art. 11.14(2)).<sup>۲</sup> قسمت دوم این بند بسیار قابل توجه است؛ از این جهت که شفافیت عملکردی کامل را درخصوص اجرای قوانین و مقررات کشور میزبان برای سرمایه‌گذار مقرر می‌دارد. نظیر چنین تعهداتی را در موافقت‌نامه‌های تجاری و سرمایه‌گذاری نیز می‌توان دید که نمونه‌ی آن موافقت‌نامه‌ی مشارکت اقتصادی میان دولت‌های اروپایی و دولت‌های حوزه‌ی کارائیب است.<sup>۳</sup> در ماده‌ی ۷۲ این سند تحت عنوان رفتار سرمایه‌گذار آمده است که:

طرف اروپایی و دولت‌های کارائیب امضاکننده با هم همکاری خواهند کرد و در قلمروی خود اقدامات لازم، از جمله قانون‌گذاری، را به این منظور مبذول می‌دارند که: الف) تضمین نمایند سرمایه‌گذاران از هرگونه ایجاب، وعده یا تأدیبه‌ی وجوه ناروا یا دیگر منافع موهوم مشابه بصورت مستقیم یا با واسطه به هریک از مقامات دولتی یا اعضای خانواده‌ی آنها یا اصناف بازرگانی یا سایر افراد نزدیک به مقامات رسمی، خودداری کنند، اعم از اینکه برای خود آن فرد

1- Full text of BIT is available at: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/229/download> (last visited on: 14/04/2020)

2- Full text of FAT is available at: [https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/australia/asset\\_upload\\_file148\\_5168.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/australia/asset_upload_file148_5168.pdf) (last visited on: 14/04/2020)

3- The Economic Partnership Agreement (EPA) between the CARIFORUM States, of the one part, and the European Community and its Member States, of the other part, 2008.

Full text of agreement is available at: <https://ec.europa.eu/world/agreements/downloadFile.do?fullText=yes&treatyTransId=12969> (last visited on: 07/04/2020)

4- Behaviour of investors

باشد یا برای شخص ثالث. این عمل باید با این هدف انجام شده باشد که آن مأمور رسمی یا شخص ثالث مرتکب فعل یا ترک فعلی در رابطه با اجرای وظایف رسمی شود و یا به منظور تحصیل هر گونه منفعت در رابطه با سرمایه گذاری خود یا هر گونه مجوز، پروانه، قرارداد یا سایر حقوق مربوط به سرمایه گذاری اقدام کند، مرتکب مسئول قلمداد خواهد شد؛ ب) [تضمین نمایند که] اعمال سرمایه گذران منطبق با قوانین کار مقرر از سوی سازمان بین‌المللی کار باشد؛ ج) [تضمین نمایند که] سرمایه گذاران، سرمایه گذاری خود را به نحوی مدیریت و هدایت نمی کنند که بطور متقالبانه از تعهدات زیست محیطی و کارگری خود که از سایر موافقت‌نامه‌های مجری میان دو طرف، بگریزند؛ د) [تضمین نمایند که] سرمایه گذاران در مواقع لزوم اقدام به تأسیس و ابقای انجمن‌های محلی ارتباطی بخصوص در پروژه‌هایی که متضمن فعالیت‌های سنگین مبتنی بر منابع طبیعی است، بکنند تا در حد ممکن از اختصاص منافی که به طرف دیگر تحت تعهدات خاص تعلق می‌گیرد، امتناع نوزند یا از آن نگاهند.<sup>۱</sup>

قراردادهای سرمایه گذاری که میان دولت میزبان و شرکت سرمایه گذار منعقد می‌شود نیز در مواردی حاوی تعهداتی است که نشان از شفافیت دارد. به عنوان نمونه، قرارداد مشارکت میان شرکت اکتشافی اکسیدنتال<sup>۲</sup> و شرکت ملی نفت اکوادور حاوی مقرراتی بود که بعدها نقض آن از سوی سرمایه گذار به تأیید دیوان داوری رسید. به موجب بند ۱ ماده‌ی ۱۶ این قرارداد «هرگونه

۱- نمونه‌هایی از موافقت‌نامه‌های جدید سرمایه گذاری که به بیان تعهد به شفافیت برای سرمایه گذار پرداخته‌اند به ترتیب زیر است:

Azerbaijan - Syrian Arab Republic BIT (2009), Art. 3;

Montenegro - Azerbaijan BIT (2011), Art. 4;

Azerbaijan - Czech Republic BIT (2011), Art. 3.

در موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه گذاری دولت ایران به رغم جدید بودن از حیث تاریخ انعقاد آنها، چنین تعهداتی دیده نمی‌شود. بعنوان مثال بنگرید به:

Iran, Islamic Republic of - Singapore BIT (2016), Art. 14

Iran, Islamic Republic of - Japan BIT (2016), art. 14

Iran, Islamic Republic of - Slovakia BIT (2016), art. 13; and

Iran, Islamic Republic of - Russian Federation BIT (2015).

Full text of all documents are available at:

<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/13/azerbaijan> (last visited on: 14/04/2020)

2- Occidental Petroleum Corporation

انتقال یا اختصاص سهام از سوی سرمایه‌گذار به شخص ثالث باید با اطلاع و با مجوز دولت اکوادور باشد». ( 1999 Participation Contract between OPEC and PetroEcuador for the exploration and exploitation of hydrocarbons in Block 15 of the Ecuadorian Amazon region) شرکت اکسیدنتال بدون اطلاع دولت اکوادور و اخذ مجوز، ۴۰ درصد از سهام خود را به شرکتی دیگر به نام آلبرتا<sup>۱</sup> منتقل کرد ( ICSID Case No. ARB/06/11, Award of Oct. 5, 2012: para. 306) که این امر توسط مرجع داوری نقض قرارداد مشارکت شناخته شد.<sup>۲</sup> شرکت اکسیدنتال «همچنین تعهدات دیگری نظیر پرداخت مالیات‌ها و کسورات قانونی اکوادور، گزارش‌های دوره‌ای برخی اطلاعات خاص، ایجاد روابط حسنه با اجتماع و حمایت از محیط زیست را به موجب قرارداد مشارکت بر عهده داشت» ( ICSID Case No. ARB/06/11, Award of Oct. 5, 2012: para. 116).

### ۱ - ۲. اسناد بین‌المللی غیر الزام‌آور

در نظام حقوقی بین‌المللی اسناد متعددی وجود دارد که به شفافیت سرمایه‌گذار توجه کرده‌اند. اگرچه که این اسناد عمدتاً اسنادی غیر الزام‌آور هستند اما نباید از تأثیر عمیق آنها بخصوص در حوزه‌ی حقوق بین‌الملل اقتصادی بر عملکرد و سیاست‌های دولت‌ها و سایر فعالان اقتصادی غافل ماند. یکی از مهم‌ترین اسنادی که در خصوص لزوم شفاف بودن عملکرد سرمایه‌گذاران خارجی حاوی مقررات دقیق و مفصلی است؛ اصول راهنمای سازمان همکاری و توسعه‌ی اقتصادی<sup>۳</sup> برای

#### 1- Alberta Energy Corporation

۲- طبق رأی صادره، «به علت عدم توجه شرکت تولید و اکتشاف اکسیدنتال به مجوز لازم از سوی وزارتخانه برای انتقال حقوق به موجب قرارداد تخصیص منافع، بند اول ماده‌ی ۱۶ قرارداد مشارکت را نقض نموده و در نتیجه‌ی این نقض، میزان خسارت تعیینی به عنوان محکوم‌به، به میزان ۲۵ درصد کاهش خواهد یافت» ( ICSID Case No. ARB/06/11, Award of Oct. 5, 2012: para. 876 (iv)).

۳- سازمان همکاری و توسعه‌ی اقتصادی ( Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)) سازمانی بین‌المللی است که با هدف توسعه و ارتقای رفاه و برابری اقتصادی برای همگان در سال ۱۹۶۱ تأسیس شده است. این سازمان با همکاری دولت‌ها، سیاست‌گذاران و شهروندان اقدام به تدوین و تنظیم استانداردهای بین‌المللی در جهت حل معضلات اقتصادی، اجتماعی و زیست‌محیطی می‌کند. سازمان در حال حاضر ۳۶ عضو و ۵ شریک کلیدی دارد که همه از قدرتمندترین اقتصادهای جهان به شمار می‌روند.

شرکت‌های چندملیتی است. این سند، توصیه‌نامه‌ای است که خطاب به آن دسته از شرکت‌های فراملی تدوین شده که از سوی دولت‌های عضو سازمان یا برای آنها فعالیت می‌کنند.<sup>۱</sup> سند یادشده حاوی اصول و استانداردهای غیرالزام‌آوری است که به منظور ایجاد رفتار تجاری مسئولانه در سطح جهانی در راستای هنجارها و قواعد بین‌المللی تدوین شده است. اصول راهنما، تنها کد جامع مربوط به رفتار مسئولانه‌ی تجاری است که دولت‌ها عزم جدی به ترویج آن دارند و توافقی چندجانبه از آن حمایت می‌کند. در ۴ مه ۲۰۱۰، چهل و دو دولت عضو و غیرعضو سازمان همکاری و توسعه‌ی اقتصادی حمایت خود را نسبت به اعلامیه‌ی سازمان در خصوص سرمایه‌گذاری بین‌المللی و شرکت‌های چندملیتی ابراز نمودند. آنها اقدام به همکاری برای به روز کردن اصول راهنما کردند تا جوابگوی تغییرات پدید آمده در چشم‌انداز سرمایه‌گذاری بین‌المللی و شرکت‌های فراملی باشند. تغییرات توافق شده بر این هدف استوار بود که نقش مستمر اصول راهنما به عنوان سند پیش‌تاز بین‌المللی در خصوص ترویج رفتار مسئولانه‌ی تجاری تضمین شود. اصول راهنمای به روز شده و تصمیمات مرتبط با آن با حمایت ۴۲ دولت مزبور در ۲۵ مه ۲۰۱۱ در پنجاهمین نشست سالانه‌ی وزرا به تصویب سازمان رسید (OECD, 2011: 3).

به موجب ماده‌ی ۳ این سند، شرکت‌ها ملزم هستند بطور منظم و با دقت اطلاعات راجع به کلیه‌ی فعالیت‌ها، ساختار، وضعیت مالی، مالکیت و مدیریت خود را منتشر کنند. این اطلاعات در مورد خود شرکت باید به صورت جامع و کلی و در خصوص معاملات و کسب و کار باید به صورت موردی باشد. هدف از پیش‌بینی این ماده، ارتقاء درک دقیق عملکرد و فعالیت‌های شرکت‌های چندملیتی است (OECD, 2011: 28; para. 28).

چنین رویکردی در تعدادی دیگر از اسناد غیرالزام‌آور نیز وجود دارد. از مهم‌ترین این اسناد می‌توان به «استانداردهای ملل متحد راجع به مسئولیت‌های شرکت‌های فراملی و بنگاه‌های تجاری

بنگرید به:

<https://www.oecd.org/about/> (last visited on: 26/06/2020)

۱- شرکت‌ها در زمینه‌ی توسعه و استفاده از رویکردهای تنظیم‌گری و داوطلبانه‌ی مقرر در اصول راهنما به منظور نیل به سیاست‌های لازم، بایستی بعنوان شرکای تجاری دولت‌ها قلمداد شوند (OECD, 2011: p. 2; para. 21).

نسبت به حقوق بشر»<sup>۱</sup> «اصول راجع به سرمایه‌گذاری کشاورزی مسئول در خصوص احترام به حقوق، معیشت و منابع»<sup>۲</sup> «اصول راهنمای سرمایه‌گذاری بین‌المللی»<sup>۳</sup> «اصول استوایی»<sup>۴</sup> «اصول ملل متحد راجع به سرمایه‌گذار مسئول»<sup>۵</sup> «اصول راهنمای ملل متحد در خصوص کسب و کارها و حقوق بشر»<sup>۶</sup> و در نهایت، «موافقت‌نامه‌ی مدل سرمایه‌گذاری برای توسعه‌ی پایدار»<sup>۱</sup> اشاره کرد.

1- Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003), para. 10

2- UNCTAD, FAO, IFAD and the World Bank, Principles for Responsible Agricultural Investment that Respects Rights, Livelihoods and Resources, February 22, 2010, Principle 3

۳ . ICC Guidelines for International Investment, 2016

Available at: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/01/ICC-Guidelines-For-International-Investment-2016.pdf> (last visited on: 17/04/2020)

#### 4- The Equator Principles

اصول استوایی یک چارچوب مدیریت خطر (risk management framework) است که از سوی بنگاه‌ها و مؤسسات مالی ((the Equator Principles Financial Institutions (EPFIs)) اتخاذ شده و هدف از آن تشخیص، ارزیابی و مدیریت خطرات محیطی و اجتماعی ناشی از پروژه‌ها است و همچنین انگیزه‌ی اولیه‌ی پشت آن این است که یک استاندارد حداقل رفتاری در خصوص مراقبت مقتضی و نظارت به منظور حمایت از تصمیم‌سازی‌های مسئول خطر باشد. اصول استوایی به صورت جهانی در خصوص تمام بخش‌های صنعتی و با محوریت چهار بخش اصلی مالی اعمال می‌شود که این چهار بخش عبارتند از: خدمات مشاوره تأمین مالی پروژه، تأمین مالی پروژه، وام‌های شرکتی مرتبط با پروژه و وام‌های پل (Bridge Loans). \* در حال حاضر تعداد ۱۰۵ مؤسسه‌ی مالی از ۳۸ کشور در سرتاسر جهان رسماً اصول استوایی را پذیرفته‌اند که این مؤسسات در واقع اکثریت پروژه‌های مالی بین‌المللی را در میان بازارهای توسعه‌یافته و در حال ظهور به خود اختصاص می‌دهند.

See: <https://equator-principles.com/about/> (last visited on: 17/04/2020)

\* وام‌های پل، اصطلاحاً به وام‌های کوتاه‌مدتی اطلاق می‌شود که به مشتری تا زمان تأمین مالی اصلی اعطا می‌شود. از این جهت آن را «پل» می‌نامند که دسترسی سریع به مقداری نقدینگی را فراهم می‌آورد و فاصله‌ی زمانی تا زمان اعطای وام اصلی را پوشش می‌دهد. (Marcus, 1995: 275)

#### 5- Principles for Responsible Investment

اصول مذکور کاملاً داوطلبانه بوده و آرمانی است که اجرای آنها در عملکردهای سرمایه‌گذاری توصیه می‌شود. این اصول حالت یک بیانیه‌ی اخلاقی دارد که در راستای معرفی سرمایه‌گذار مسئول تدوین شده است.

6- The Human Rights Council, “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework”, resolution 17/4 of 16 June 2011.

Text is available at: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_EN.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf) (last visited on: 18/04/2020)

بررسی این اسناد نشان می‌دهد که توصیه‌هایی نظیر لزوم شفافیت در ماهیت سرمایه‌گذاری، وضعیت مالی، مدیریت و مالکیت سرمایه‌گذاری، شفافیت در فعالیت‌ها، لزوم پاسخگو بودن و منع فساد و مقابله با آن، تضمین شفافیت در راستای حکمرانی مطلوب و مراقبت‌های زیست‌محیطی و توسعه‌ی اجتماعی، شفافیت اطلاعاتی و شفافیت مالی برای سرمایه‌گذار بطور منظم در همه‌ی آنها دیده می‌شود. علاوه بر آنچه گفته شد، در خصوص مشروط‌سازی<sup>۲</sup> در حقوق بین‌الملل پولی، اخیراً در پاسخ به انتقادهایی که به آن می‌شود، (Herrmann and Dornacher, 2017: 58; and Herdegen, 2013: 452-453) توجه به مقوله‌ی شفافیت مالی گسترش یافته است. یکی از تلاش‌هایی که بسیار شدت گرفته است توجه به این است که مفهوم مشروط‌سازی متضمن چند اصل مهم، از جمله شفافیت، باشد (Herrmann and Dornacher, 2017: 58). اگر چه که بسیاری از این اسناد الزام آور نیستند؛ اما همه با هدفی مشترک تنظیم شده‌اند تا نمایانگر خیزش جامعه‌ی جهانی به سوی شناسایی و طراحی تعهدات بیشتر و مستقیم‌تر برای سرمایه‌گذاران خارجی و از جمله تعهدات مربوط به شفافیت برای آنان باشد (UNCTAD, 2012: 35).

## ۲ - شفافیت سرمایه‌گذاری خارجی در رویه‌ی داوری سرمایه‌گذاری

در رویه‌ی داوری سرمایه‌گذاری نیز به سان اسناد جدیدتر بین‌المللی که در بالا مورد اشاره قرار گرفت، گرایش به سمت ترسیم موازنه‌ای مجدد میان منافع سرمایه‌گذار و دولت میزبان دیده می‌شود. مراجع داوری به این سمت مایل شده‌اند که سرمایه‌گذاری‌های غیرقانونی یا نامشروع و مخصوصاً آن دسته که از طریق فساد، حيله و تقلب و یا اعمال غیرقانونی ایجاد شده‌اند را از

1- IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development, 2006, art. 28

این سند توسط مؤسسه‌ی بین‌المللی توسعه‌ی پایدار منتشر شده است.

### 2- Conditionality

مشروط‌سازی به معنی یک سلسله شرطی است که از جانب صندوق بین‌المللی پول برای تداوم اعطای وام به یک دولت تعیین می‌شود. شروط مزبور، دولت وام‌گیرنده را به اجرای برنامه‌های اقتصادی و مالی ویژه متعهد می‌سازد تا مشکلات تراز پرداخت‌ها را برطرف کند (Herdegen, 2013: 452).

سیطره‌ی حمایت‌های موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری خارج کنند (Tamada, 2015: 104). در رویه‌ی داوری سرمایه‌گذاری مؤخر به کرات دیده می‌شود که همواره صحبت از مسئولیت سرمایه‌گذار بخصوص در رابطه با انطباق با قوانین کشور میزبان شده<sup>۱</sup> است که «شفافیت» نیز در زمره‌ی این مسئولیت‌ها قرار می‌گیرد.

از آراء داوری صادره می‌توان تعهداتی را برای سرمایه‌گذار به منظور رعایت شفافیت عملکردی و مالی استخراج کرد که عمدتاً بر پایه‌ی سه موضوع اصلی انطباق با قانون محلی، شفافیت مالی و مالکیتی و ممنوعیت فساد استوار است. در ادامه به هر مورد جداگانه پرداخته می‌شود.

## ۲ - ۱. شفافیت در انطباق با قانون کشور میزبان

در پرونده‌ی فراپورت<sup>۲</sup> که یکی از دفاعیات اصلی خواننده، عدم رعایت قانون داخلی توسط سرمایه‌گذار است، در قسمتی به شفافیت نیز توجه شده است. دیوان داوری در این پرونده بیان می‌دارد که «بر اساس مطالعات انجام شده توسط کارشناسان مالی، سرمایه‌گذار، فراپورت، به این نتیجه رسیده بود که تنها راه ممکن برای اینکه نشان دهد سرمایه‌گذاری وی سودمند است، این بوده که بطور محرمانه مدیریت و کنترل پروژه را ساماندهی کند به نحوی که خود او می‌دانسته این کار با قوانین فیلیپین سازگار نیست» (ICSID Case No. ARB/03/25, Award of August 16, 2007: para. 398). این پنهان‌کاری و عدم شفافیت به زعم دیوان به آن دلیل بوده است که سرمایه‌گذار می‌دانسته اقدام او بر خلاف قانون است (SID Case No. ARB/03/25, Award of August 16, 2007: para. 398). همچنین، دیوان اشاره می‌کند که «فراپورت عمداً و با آگاهی از طریق انتشار اوراق سهام محرمانه از قانون فرار کرده است» (SID Case No. ARB/03/25, Award of August 16, 2007: para. 401).

1- See: Tokios Tokelès v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/02/18) Award of July 26, 2007; Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/03/26, Award of August 2, 2006); Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/4, Award of February 7, 2005; Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines (ICSID Case No. ARB/03/25), Award of August 16, 2007

2- Fraport

در قضیه‌ی پلاما<sup>۱</sup> تأکید زیادی بر شفافیت در قالب تعهد سرمایه‌گذار شده است. در این پرونده، دولت بلغارستان به عنوان خواننده در خصوص تعهد سرمایه‌گذار به حسن نیت در قراردادها، اعتقاد داشت که اصل حسن نیت از جمله «شامل تعهد به اطلاع‌رسانی تمام وقایعی که مربوط به اتخاذ تصمیم راجع به انعقاد قرارداد است»، می‌باشد (ICSID Case No. ARB/03/24, Award of August 27, 2008: para. 136). بر اساس نظر دیوان در این پرونده، حتی بدون تصریح قراردادی یا قانونی، اگر سرمایه‌گذاری قوانین دولت میزبان را رعایت نکند، نمی‌تواند از حمایت موافقت‌نامه‌ی بین‌المللی سرمایه‌گذاری بهره‌مند شود (Tamada, ICSID Case No. 113: 2015). از این روی، دیوان تأکید می‌کند که «معاهده‌ی منشور انرژی بایستی به نحوی تفسیر شود که همسو با هدف ترویج احترام به حکومت قانون باشد» (ICSID Case No. ARB/03/24, Award of August 27, 2008: para. 139) که به عنوان مقاصد خود معاهده نیز آورده شده است (Energy Charter Secretariat, 2004: 14). در نهایت، دیوان با اشاره به عملکرد شفاف بیان می‌دارد که «تعهد سرمایه‌گذار به ارائه‌ی اطلاعات مرتبط و مقتضی در رابطه با سرمایه‌گذار و سرمایه‌گذاری به دولت میزبان»، از جمله تعهداتی است که سرمایه‌گذار بر اساس اصل حسن نیت بر عهده داشته و بر خلاف آن عمل کرده است (ICSID Case No. ARB/03/24, Award of August 27, 2008: para. 144). «این تعهد زمانی اهمیت بیشتری می‌یابد که اطلاعات مزبور برای تنفیذ سرمایه‌گذاری توسط دولت میزبان ضرورت داشته باشد» (ICSID Case No. ARB/03/24, Award of August 27, 2008: para. 144).

در پرونده‌ای دیگر، که موضوع تقلب نظام‌مند<sup>۲</sup> در خصوص تأسیس ایستگاه‌های بازرسی وسایل نقلیه مطرح بود، دیوان بیان داشت که به دلایل متعدد، به ویژه به دلیل عدم انطباق سرمایه‌گذاری با قانون دولت میزبان، دارای صلاحیت نمی‌باشد (ICSID Case No. ARB/03/26, Award of August 2, 2006).

## ۲-۲. تعهد به شفافیت مالی و شفافیت در مالکیت

در پرونده پلاما، موضوع عدم افشای هویت سهام‌داران از سوی سرمایه‌گذار مطرح بود. در این

1- Plama

2- Systematic



پرونده سرمایه‌گذار عنوان می‌داشت که تعهدی به افشای این اطلاعات نداشته است. با این حال، دیوان بیان داشت که در اوضاع و احوال پرونده‌ی حاضر به موجب اصل حسن نیت تعهد به آگاه نمودن دولت میزبان وجود داشته و «خودداری عمدی از ارائه‌ی اطلاعات در تعارض با اصل حسن نیت است» ( ICSID Case No. ARB/03/24, Award of August 27, 2008: para. 145).

در پرونده‌ی دیگری، بانک مرکزی استونی از بانک سرمایه‌گذار خارجی<sup>۱</sup> خواسته بود تا اطلاعات راجع به هویت بزرگترین سهامداران خود و اطلاعات راجع به مبادلاتی که غیرعادی به نظر می‌رسید را در اختیار او قرار دهد ( ICSID Case No. ARB/99/2, Award of June 25, 2001: para. 101). این درخواست از سوی سرمایه‌گذار با ادعاهایی مانند ذیحق نبودن دولت ( ICSID Case No. ARB/99/2, Award of June 25, 2001: paras. 86 & 87) خوانده که اعتقاد داشت نگرانی بانک استونی و امتناع سرمایه‌گذار از ارائه‌ی اطلاعات درخواستی، دلیل موجهی برای لغو مجوز فعالیت است ( ICSID Case No. ARB/99/2, Award of June 25, 2001: para. 103)، در نهایت به دلیل استنکاف از ارائه‌ی اطلاعات و نیز ترازنامه‌های مالی و گردش‌های غیرمعمول پولی، اقدام به لغو پروانه‌ی فعالیت سرمایه‌گذار کرد.<sup>۲</sup>

در ادامه، هرچند دیوان برخی عملکردهای بانک مرکزی استونی را در لغو پروانه‌ی فعالیت سرمایه‌گذار به چالش کشید ( ICSID Case No. ARB/99/2, Award of June 25, 2001: para. 364) اما در کل بر این باور بود که بانک مرکزی در محدوده‌ی صلاحدید قانونی خود عمل کرده است ( ICSID Case No. ARB/99/2, Award of June 25, 2001: para. 363). با وجود اینکه دیوان داوری در این پرونده نحوه‌ی لغو پروانه را قابل انتقاد دانست؛ اما آن را نقض موافقت‌نامه‌ی دوجانبه‌ی سرمایه‌گذاری تشخیص نداد ( ICSID Case No. ARB/99/2, Award of June 25, 2001: para. 365). به عقیده‌ی دیوان، هیچ تردیدی وجود ندارد که

1- Estonian Innovation Bank (EIB)

۲- علاوه بر موارد فوق، خواننده در این دعوی ادعا می‌کرد که پروانه‌ی فعالیت سرمایه‌گذار نیز با ارائه‌ی اطلاعات نادرست مالی اخذ شده است. ( ICSID Case No. ARB/99/2, Award of June 25, 2001: para. 112)

تقاضای بانک استونی برای اطلاعات سهامداران و گردش‌های مالی غیر معمول سرمایه‌گذار بر اساس قانون صحیح بوده است ( ICSID Case No. ARB/99/2, Award of June 25, 2001: para. 353).

### ۲-۳. تعهد به عدم فساد

پس از انعقاد کنوانسیون مبارزه با فساد سازمان همکاری و توسعه اقتصادی «به طور مستدل می‌توان گفت که اجماعی بین‌المللی شکل گرفت که فساد و ارتشاء در تضاد با سیاست‌های عمومی بین‌المللی می‌باشد» (Sheppard, 2003: 235). از اینرو، هرگاه موافقت‌نامه‌ی سرمایه‌گذاری در نتیجه‌ی فساد و یا برخلاف قانون دولت میزبان یافته باشد، دولت میزبان می‌تواند و لازم است که از غیرقانونی بودن موافقت‌نامه مطلع گردد (Tamada, 2015: 120). در دعوی فراپورت بیان شد که سرمایه‌گذار با اطلاعات جعلی و متقلبانه برنده‌ی قرارداد شد و به همین علت می‌توان گفت کل سرمایه‌گذاری بر اساس امتیازی غیرقانونی بنا گردیده است ( ICSID Case No. ARB/11/12, Award of December 10, 2014: para. 214). در این پرونده خواننده همواره بر فساد بودن سرمایه‌گذاری تکیه می‌کرد و اظهار می‌داشت که سرمایه‌گذار در موارد متعددی برای اخذ مجوزهای لازم اقدام به رشوه دادن به مقامات دولتی کرده است (CSID Case No. ARB/11/12, Award of December 10, 2014: para. 227). خواننده اظهار می‌داشت که به عنوان مثال، «در خصوص اجرای پروژه‌ی ترمینال ۳، سرمایه‌گذار در فساد و تقلب مشارکت داشته یا از آن آگاه بوده است» ( ICSID Case No. ARB/11/12, Award of December 10, 2014: para. 225). وقتی خواهان اصرار می‌ورزید که تحت هر شرایطی بایستی تمام قسمت‌های سرمایه‌گذاری چندگانه‌ی وی از حمایت موافقت‌نامه‌ی دوجانبه‌ی سرمایه‌گذاری بهره‌مند شود، در مقابل، خواننده بیان می‌داشت که بر اساس نظریه‌ی «یکپارچگی سرمایه‌گذاری»، «فساد در یک بخش سرمایه‌گذاری، کل آن را فاسد می‌کند» ( ICSID Case No. ARB/11/12, Award of December 10, 2014: para. 213). در نهایت نیز دیوان بر همین مبنا فعالیت را مشمول حمایت موافقت‌نامه‌ی سرمایه‌گذاری ندانست و در نتیجه خود را فاقد

صلاحیت خواند.<sup>۱</sup>

یکی دیگر از دعاوی که مسأله‌ی فساد در آن مطرح شد، دعوی میان شرکت زیمنس<sup>۲</sup> و دولت آرژانتین بود. شرکت زیمنس هرچند در سال ۲۰۰۷ در رأی صادره علیه آرژانتین پیروز شد و دیوان داوری ایکسید دولت آرژانتین را برای سلب مالکیت انجام شده به پرداخت ۲۱۸ میلیون دلار به زیمنس محکوم کرد (ICSID Case No. ARB/02/8, Award of January 17, 2007: (para. 403(4)) اما آرژانتین با ادعای فساد از دیوان داوری ایکسید درخواست بازنگری در رأی کرد. دولت آرژانتین استدلال می‌کرد که شرکت زیمنس در مناقصه‌ی مربوط به قرارداد فناوری اطلاعات با پرداخت رشوه به مقامات دولتی مرتکب فساد شده است. آرژانتین استدلال کرده بود که سرمایه‌گذاری در خصوص قرارداد فناوری اطلاعات از طریق تقلب به دست آمده است و دیوان نمی‌تواند قراردادی را تأیید کند که مخالف با سیاست عمومی بین‌المللی بوده و چنین سرمایه‌گذاری نمی‌تواند تحت حمایت موافقت‌نامه‌ی سرمایه‌گذاری آلمان و آرژانتین قرار بگیرد. تنها یک سال پس از ثبت درخواست بازنگری توسط آرژانتین، دو طرف اعلام داشتند که از کل فرآیند بازنگری مجدد صرف نظر می‌کنند. هزینه‌ی این توافق برای شرکت زیمنس گذشتن از رأی ۲۱۸ میلیون دلاری خود بود (Yackee, 2011: 3). این نتیجه‌ی غیر قابل انتظار شاید نشان از آن دارد که اگر پرونده مجدد باز می‌شد، احتمال پذیرش ادعای آرژانتین وجود می‌داشت (Yackee, 2011: 3).

در پرونده‌ی یک شرکت اماراتی که برنده قرارداد پیمانکاری فروشگاه‌های معاف از مالیات<sup>۳</sup> در دو فرودگاه کنیا شده بود؛ ادعای فساد از دو طرف مطرح شد. خواننده دعوی ادعا داشت که سلب مالکیت اموال سرمایه‌گذار به این دلیل بوده است که از طریق آن معاملات فاسد و پنهانی انجام می‌شده است. خواهان نیز اعتراف کرد که برای برنده شدن در قرارداد، مبلغ هنگفتی را به

۱- در پرونده‌ی دیگر میان همین طرف‌ها باز این سؤال مطرح شد که آیا فساد در بخشی از سرمایه‌گذاری و غیرقانونی بودن آن، می‌تواند باعث شود که دیوان نسبت به آن قسمت اعلام عدم صلاحیت کند و در قسمت‌های دیگر وارد ماهیت شود. (ICSID Case No. ARB/03/25, Award of August 16, 2007, Dissenting Opinion of Mr. Bernardo M. Cremades: para. 40)

2- Siemens

3- Duty Free

رئیس جمهور کنیا، بعنوان هدیه پرداخت کرده است. دیوان داوری بیان داشت که «در پرتو قوانین داخلی و کنوانسیون‌های بین‌المللی راجع به فساد، و در پرتو تصمیمات دادگاه‌ها و دیوان‌های داوری در این خصوص، این دیوان به اقناع رسیده است که ارتشا بر خلاف سیاست عمومی بین‌المللی اکثر - اگر نه همه - دولت‌ها بوده و به عبارتی می‌توان گفت بر خلاف سیاست عمومی فراملی<sup>۱</sup> است. بنابراین، ادعاهای مبتنی بر قراردادهای فاسد یا قراردادهایی که با فساد تحصیل شده است، نمی‌تواند از سوی این مرجع داوری تصدیق شود» ( , ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4 October 2006: para. 157). بنابراین، نظر به اینکه موافقت‌نامه‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری معمولاً حاوی مقرراتی صریح راجع به ممنوعیت یا محدودیت اعمال مبتنی بر فساد نمی‌باشد، داوری سرمایه‌گذاری توانسته است با کاربرد دو مفهوم «سیاست‌های عمومی بین‌المللی»<sup>۲</sup> و «اصول کلی حقوق»<sup>۳</sup>، موضوع ممنوعیت فساد در سرمایه‌گذاری را وارد رویه‌ی داوری سرمایه‌گذاری کند (Tamada, 2015: 121).<sup>۴</sup>

### نتیجه‌گیری

بی‌گمان در جامعه‌ی جهانی کنونی و در شرایط رشد روزافزون روابط اقتصادی میان دولت‌ها، سرمایه‌گذاری خارجی از اهمیت بی‌نظیری در روابط اقتصادی کشورها برخوردار است. این اهمیت و توجه به حدی است که حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری با محوریت حمایت از سرمایه‌گذار خارجی بنا شده و تداوم یافته است. با این حال، گسترش روابط مبتنی بر سرمایه‌گذاری‌ها و قدرتمند شدن شرکت‌های چندملیتی سرمایه‌گذار، ضرورت به نظم کشیدن فعالیت‌های سرمایه‌گذار را بیش از پیش نمایان می‌سازد. به همین دلیل، جامعه‌ی جهانی دریافته است که نمی‌تواند

- 1- Transnational public policy
- 2- International public policy
- 3- General principles of law

۴- به عنوان نمونه، نگاه کنید به:

Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador; and World Duty Free v. The Republic of Kenya (ICSID Case Nv ARB/00/07, Award of October 4, 2006) and Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Award of August 27, 2008, para. 143

تمام حمایت‌ها را متوجه سرمایه‌گذار خارجی کند و در مقابل، دولت میزبان و سایر افراد ذینفع را از هر حمایتی بی‌بهره کند.

لزوم رعایت حکومت قانون در کشور میزبان و ظهور مفاهیمی چون حکمرانی شرکتی باعث شده است که جامعه‌ی جهانی نگاه سنتی خود را از حمایت از سرمایه‌گذاری به سوی نگاهی مدرن و مبتنی بر مسئولیت سرمایه‌گذاری بگرداند. این تغییر نگرش در حقوق سرمایه‌گذاری کنونی به وضوح دیده می‌شود و سرمایه‌گذار خارجی که دیگر از زیر چتر حمایت محض خارج شده، در شرایطی قرار گرفته است که باید در قبال فعالیت‌های متنوع و متعدد خود در زمینه‌ی حقوق بشر، محیط زیست، فساد و توسعه‌های اجتماعی و اقتصادی پاسخگویی کشور میزبان باشد. یکی از برجسته‌ترین تعهداتی که در این نگاه مدرن به سرمایه‌گذاری وجود دارد، لزوم شفافیت عملکردی سرمایه‌گذار است. به تعبیر دیگر، سرمایه‌گذار موظف است فعالیت‌های خود را برای کشور میزبان شفاف‌سازی کند.

نگاهی به حقوق موضوعه‌ی معاهده‌ای نشان می‌دهد که اخیراً معاهدات و موافقت‌نامه‌های متعددی منعقد شده است که شفافیت در مبادلات سرمایه‌گذاری یا تجاری را در رأس توجهات خود قرار داده است. وجود این اسناد در کنار اسنادی نرم و غیرالزام‌آور، ضمن اینکه حقوق بین‌الملل را در برگیرنده‌ی قواعدی مفصل و منظم در این رابطه کرده است، خود گواهی بر حرکت جامعه‌ی جهانی به سمت شناسایی تعهد به شفافیت برای سرمایه‌گذار خارجی است. در موافقت‌نامه‌های دوجانبه‌ی سرمایه‌گذاری نیز، به خصوص آنها که در دو دهه‌ی اخیر منعقد شده‌اند؛ با تغییر رویکردی قابل توجه، شروط و تعهداتی درخصوص شفافیت عملکرد سرمایه‌گذار خارجی در برابر دولت میزبان قید شده است.

یکی دیگر از موضوعات حایز اهمیت در حقوق بین‌الملل، ضرورت مبارزه با فساد است. عزم جامعه‌ی جهانی برای زدودن فساد از سیمای جوامع بشریت، موجب شده است که سرمایه‌گذار خارجی نیز با انبوهی از تعهدات متضمن شفافیت در رابطه با مسائل پولی و مالی روبرو شود. سرمایه‌گذار خارجی در این خصوص، ضمن اینکه باید بطور شفاف نشان دهد که سرمایه‌گذاری او بر پایه‌ی فساد (ارتشاء یا اجبار) ایجاد نشده و نیز فعالیت‌های جاری او فسادانگیز نیست، علاوه بر آن باید همکار فعالیت‌های ضد فساد کشور میزبان باشد. این همکاری یک سری شفافیت‌های مالی، حسابرسی، عملکردی و مالیاتی را به دنبال خواهد داشت.

بنابراین دیده می‌شود که حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری کنونی آمادگی کاملی به منظور شناسایی تعهد به شفافیت بر عهده سرمایه‌گذار خارجی را کسب کرده است. چه بسا در عمل نیز اجرای این قواعد مشاهده می‌شود. با این حال، نباید از خاطر برد که اقدامات فعلی جامعه جهانی در رابطه با نظم بخشیدن فعالیت‌های سرمایه‌گذار خارجی و شفافیت بیشتر، هرچند آغازی خوشایند و امیدبخش است اما قطعاً برای نیل به هدف کافی نخواهد بود و نیازمند اقدامات جدی‌تر و تلاش‌های بیشتر بخصوص در سطح قانون‌گذاری ملی است.

## References

### Books

- [1] Askari, Pouria (2015), *the Law of Foreign Investment in International Arbitration Practice*, Tehran, the SD Institute of Law Research and Study. (in persian)
- [2] Herdegen, Matthias (2013). *Principles of International Economic Law*, Oxford University Press.
- [3] Herrmann, Christoph and Corinna Dornacher (2017). *International and European Monetary Law: An Introduction*, Switzerland, Springer.
- [4] Klein, Pierre (2009). *International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism*, United Nations Audiovisual Library of International Law.
- [5] Subedi, Surya P. (2008). *International Investment Law; Reconciling Policy and Principle*, Oxford, Hart Publishing.

### Articles

- [1] Ansari Mahyari, Alireza and Leila Raisi (2018), "International Standards of Foreign Investment Protection", *Journal Encyclopedia of Economic Law*, No. 13. (in persian)
- [2] Lam, Joanna and Güneş Ünüvar (2019). "Transparency and participatory aspects of investor-state dispute settlement in the EU 'new wave' trade agreements", *Leiden Journal of International Law*, Vol. 32.
- [3] Laverde, Santiago D. (2011). "Analysis of the Principle of Transparency with Special Reference to Its Implications for the Procedure of International Investment Arbitration", *Criterion Jurídico Santiago de Cali*, Vol. 11, No. 1.
- [4] Marcus, Stephen A. (1995). "Bridge Loan Financing: The Syndicator's Perspective", *Journal of Affordable Housing & Community Development Law*, Vol. 4, No. 4.
- [5] Marshall, Fiona (2007). "Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements", *Issues in International Investment Law Background Papers for the 2007-2008* International Institute for Sustainable Development.

- [6] Ruscalla, Gabriele (2015). "Transparency in International Arbitration: Any (Concrete) Need to Codify the Standard?", *Groningen Journal of International Law*, Vol. 3, No. 1.
- [7] Shamsaei, Mohammad and Seyed Ali Hosseiniyazad (2021). "The Role of Transparency in Interpretation of the FET Standard in International Investment Law", *Public Law Studies Quarterly*, Vol. 51, Issue 2. (in persian)
- [8] Sheppard, Audley (2003). "Interim ILA Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards", *Arbitration International*, Vol. 19, Issue 2.
- [9] Tamada, Dai (2015). "Host States as Claimants: Corruption Allegations." In: Shaheez Lalani, Rodrigo Polanco Lazo (eds), *Role of the State in Investor-State Arbitration*, Brill Nijhoff publishers.
- [10] Turnes, Paloma B. and Ricardo Ernst (2015). "A framework for transparency in international trade", *Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa*, Vol. 21.
- [11] Yackee, Jason W. (2011). "Investment Treaties and Investor Corruption: An Emergent Defense for Host States", *Virginia Journal of International Law*, Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1181.

#### International instruments

- [1] Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, Adopted by the OECD Negotiating Conference on 21 November 1997, Entry into force 15 February 1999
- [2] FATF (2012-2019), International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation, FATF, Paris, France, para. 24
- [3] ICC Guidelines for International Investment, 2016
- [4] International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, Adopted by the General Assembly of the United Nations in resolution 54/109 of 9 December 1999
- [5] International Institute for Sustainable Development, IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development, 2006.
- [6] Norms on the Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2 (2003)
- [7] Organization of American States, Inter-American Convention against Corruption, Adopted on March 29, 1996
- [8] Recommendation of the Council for Further Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions, 26 November 2009
- [9] The African Union (AU) Convention on Preventing and Combating Corruption, adopted on July 01, 2003
- [10] The Council of Europe: Criminal Law Convention on Corruption, Strasbourg, 27.I.1999; and Civil Law Convention on Corruption, Strasbourg, 4.XI.1999
- [11] The Economic Partnership Agreement (EPA) between the CARIFORUM

States, of the one part, and the European Community and its Member States, of the other part, 2008.

- [12] The Human Rights Council, “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework”, resolution 17/4 of 16 June 2011.
- [13] UNCTAD, FAO, IFAD and the World Bank, Principles for Responsible Agricultural Investment that Respects Rights, Livelihoods and Resources, February 22, 2010
- [14] OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD Publishing, 2011

#### **BITs & FTAs**

- [1] [Azerbaijan - Croatia BIT \(2007\)](#)
- [2] [Azerbaijan - Czech Republic BIT \(2011\)](#)
- [3] [Azerbaijan - Estonia BIT \(2010\)](#)
- [4] [Azerbaijan - Syrian Arab Republic BIT \(2009\)](#)
- [5] [Iran, Islamic Republic of - Singapore BIT \(2016\)](#)
- [6] [Iran, Islamic Republic of - Japan BIT \(2016\)](#)
- [7] [Iran, Islamic Republic of - Slovakia BIT \(2016\)](#)
- [8] [Iran, Islamic Republic of - Russian Federation BIT \(2015\)](#)
- [9] Montenegro - [Azerbaijan BIT \(2011\)](#)
- [10] North American Free Trade Agreement Mexico City, DF, Ottawa, ON, Washington, DC, 17 December 1992
- [11] the United States of America and the Government of Australia Free Trade Agreement, 1 January 2005  
United States of America - [Azerbaijan BIT \(1997\)](#)

#### **International reports**

- [1] UNCTAD (1999), Fair and equitable treatment, UNCTAD Series, Vol. III, United Nations Publications, New York and Geneva.
- [2] UNCTAD (2012), Transparency, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II.
- [3] Energy Charter Secretariat (2004). The Energy Charter Treaty and Related Documents. A Legal Framework for International Energy Cooperation, An Introduction to the Energy Charter Treaty
- [4] Peterson, Luke E. (2004), Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making, International Institute for Sustainable Development, 2004

#### **Cases**

- [1] Alex Genin and others v. Republic of Estonia (ICSID Case No. ARB/99/2), Award of June 25, 2001
- [2] Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines (ICSID Case No. ARB/03/25), Award of August 16, 2007



- [3] Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines (ICSID Case No. ARB/11/12), Award of December 10, 2014
- [4] Inceysa Vallisoletana S.L. v. Republic of El Salvador (ICSID Case No. ARB/03/26, Award of August 2, 2006)
- [5] Lucchetti, S.A. and Lucchetti Peru, S.A. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/4, Award of February 7, 2005
- [6] Metalclad Corporation v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), Award of August 30, 2000;
- [7] MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/01/7), Award of May 25, 2004
- [8] Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, London Court of International Arbitration Case No. UN3467, Final Award of 1 July 2004
- [9] Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Award (Oct. 5, 2012)
- [10] Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24), Award of August 27, 2008
- [11] Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award of January 17, 2007
- [12] Stadtwerke München GmbH, RWE Innogy GmbH, and others v. Kingdom of Spain (ICSID Case No. ARB/15/1), Award of 2 December 2019
- [13] Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award of May 29, 2003
- [14] Tokios Tokelès v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/02/18) Award of July 26, 2007.
- [15] World Duty Free Company Limited v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award, 4 October 2006