

## معیار سببیت و تعیین غرامت ناشی از تخلف از شروط معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی در پرتو رویه داورى سرمایه‌گذاری

محسن محبی \*

حسن فرج مهرابی \*\*

(DOI) : 10.22066/CILAMAG.2022.252561

(DOR) : 20.1001.1.2251614.1401.39.67.1.9

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۳/۰۸

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۲۹

### چکیده

این مقاله در صدد یافتن ضابطه جبران خسارت وارده به سرمایه‌گذار خارجی ناشی از نقض معاهده بین‌المللی دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری در مواردی غیر از سلب مالکیت است. مطالعه رویه داورى به‌عنوان منبع مهم حقوق سرمایه‌گذاری خارجی نشان می‌دهد که به‌طور کلی میزان غرامت در این موارد با توجه به ضابطه جبران خسارت مندرج در رأی پرونده کارخانه کورزو و نیز موازین مربوطه در طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها تعیین می‌شود. در مورد نحوه اعمال این ضابطه، اگر نقض شروط معاهده منجر به سلب مالکیت شده باشد، غرامت قابل پرداخت، همانند سلب مالکیت غیرمشروع محاسبه می‌شود. در غیر این صورت، میزان غرامت با توجه به رابطه سببیت میان رفتار متخلفانه دولت میزبان و خسارات وارده به سرمایه‌گذار تعیین می‌شود. علی‌رغم انسجام نسبی آرای محاکم در مورد ضابطه تعیین میزان غرامت در این موارد، نحوه احراز رابطه سببیت در رویه داورى سرمایه‌گذاری به‌شدت متشتت بوده و به پیش‌بینی‌پذیری نظام داورى سرمایه‌گذاری آسیب می‌زند.

### واژگان کلیدی

حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، پرداخت غرامت، نقض شروط معاهده، کارخانه کورزو، رابطه سببیت، رویه داورى سرمایه‌گذاری

\* استادیار دانشکده حقوق، هیات و علوم سیاسی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران  
sd.mohebi@gmail.com

\*\* نویسنده مسئول، دانش‌آموخته دکتری حقوق نفت و گاز دانشگاه شهید بهشتی  
h.faraj.mehrabi@umail.leidenuniv.nl



## مقدمه

تا کنون در مورد سلب مالکیت از سرمایه‌گذار خارجی و ضابطه حاکم بر جبران خسارت ناشی از آن، مطالعات متعددی انجام شده است.<sup>۱</sup> اما تعهدات دولت میزبان در معاهدات سرمایه‌گذاری محدود به احترام به حقوق مالکیت سرمایه‌گذار خارجی و عدم سلب مالکیت مگر در شرایط معین نیست، بلکه دایره این تعهدات، گسترده‌تر بوده و مواردی نظیر رفتار ملی، رعایت استانداردهای حداقلی رفتار با بیگانگان از جمله رفتار عادلانه و منصفانه و مواردی از این دست را نیز شامل می‌شود؛ لذا این امکان وجود دارد که اقدامات ناقض معاهده‌ای که دولت میزبان مرتکب آن می‌شود، علی‌رغم آنکه منجر به بروز خسارت به سرمایه‌گذار خارجی می‌شود، در قالب سلب مالکیت از سرمایه‌گذار نباشد. در این موارد، محاکم داوری در واقع با وضعیتی روبه‌رو هستند که نقض معاهده رخ داده است، اما سرمایه‌گذاری همچنان در اختیار خواهان قرار دارد یا از نظر محکمه، سلب مالکیتی رخ نداده است.

از طرف دیگر، بررسی اولیه موافقت‌نامه‌های دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری بین‌المللی نشان می‌دهد که این معاهدات عموماً واجد ضابطه پرداخت غرامت در مورد سلب مالکیت هستند اما در مورد نقض سایر تعهدات مندرج در موافقت‌نامه، مقررات خاصی را در مورد نحوه جبران خسارت وضع نمی‌کنند؛ لذا این ابهام برای طرفین داوری و همچنین مراجع رسیدگی‌کننده به وجود می‌آید که در صورت احراز مسئولیت دولت میزبان، میزان غرامت باید با توجه به چه ضابطه‌ای تعیین شود. در واقع این سؤالها مطرح است که اولاً چه ضابطه‌ای حاکم بر تعیین غرامت قابل پرداخت به سرمایه‌گذار زیان‌دیده در مواردی غیر از سلب مالکیت است و این ضابطه چگونه تعیین می‌شود. ثانیاً نحوه اعمال این ضابطه در رویه داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی تا کنون به چه ترتیب بوده است. این مقاله در صدد یافتن پاسخ به سؤالات فوق است.

بدین ترتیب، ابتدا به‌طور مختصر به بیان مطالبی در رابطه با نقض معاهدات سرمایه‌گذاری در

۱. برای مثال، ن.ک: محبی، محسن؛ مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین‌المللی، شهر دانش، ۱۳۹۴؛ موحد، محمدعلی؛ درس‌هایی از داوری‌های نفتی: ملی‌کردن و غرامت، کارنامه، ۱۳۹۳؛ علی‌دوستی شهرکی، ناصر؛ «جبران خسارت سلب مالکیت در سرمایه‌گذاری خارجی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، شماره ۴۶-۴۷، بهار و تابستان ۱۳۸۸؛ نیکجاه، جواد؛ جبران خسارت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، شهر دانش، ۱۳۹۵؛ یزدانی، غلامرضا، محسن محبی و محمد امامی؛ «معیار محاسبه خسارت ناشی از نقض قرارداد سرمایه‌گذاری در فقه اسلامی و رویه داوری بین‌المللی»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۱۳، بهار و تابستان ۱۳۹۵؛ محبی، محسن و حسن فرج‌مهرایی؛ «روش‌های ارزیابی غرامت ناشی از سلب مالکیت در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، ارائه‌شده در همایش ملی تجلیل از مقام علمی استاد محمدجعفر جعفری لنگرودی، پاییز ۱۳۹۸.

Marboe, Irmgard, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, 2017; Sabahi, Borzu, Birch, Nicholas, "Comparative Compensation for Expropriation", In: S. Schill, Stephan (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010.

زمینه تعیین ضابطه مشخص برای تخلفاتی غیر از سلب مالکیت پرداخته می‌شود. سپس ضمن مطالعه آخرین تحولات در رویه داوری، به جستجوی ضابطه قابل اعمال بر تعیین غرامت ناشی از تخلفات غیر از سلب مالکیت پرداخته می‌شود. در این اثنا، با توجه به نقش کلیدی رابطه سببیت میان فعل متخلفانه و ضرر در تعیین این گونه خسارات، مطالبی نیز در رابطه با چگونگی احراز این رابطه در حقوق بین‌الملل عمومی و نیز رویه داوری سرمایه‌گذاری بیان خواهد شد.

## ۱. فقدان ضابطه مشخص برای جبران خسارات ناشی از نقض تعهدات غیر از سلب مالکیت در معاهدات

از دهه ۹۰ میلادی به بعد، تعداد پرشماری از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری میان دولت‌ها در سراسر دنیا منعقد شده که حمایت قابل توجهی از سرمایه‌گذاری‌های خارجی به همراه داشته است.<sup>۲</sup> این حمایت‌ها شامل گستره وسیعی از تعهدات در برابر سرمایه‌گذاران خارجی متبوع دولت یا دولت‌های متعاقد دیگر است که علاوه بر تعهد به عدم سلب مالکیت مگر در موارد معین، شامل تعهد به رفتار ملی، تعهد به رفتار عادلانه و منصفانه و تضمین اجرای شروط مندرج در معاهده نیز هست. بسیاری از این معاهدات متضمن مقررات خاصی برای تعیین غرامت برای سلب مالکیت هستند که عموماً تحت تأثیر فرمول *هال* بوده و به‌واقع از آن الهام گرفته‌اند.<sup>۳</sup> بر اساس این ضابطه، غرامت مورد نظر برای جبران خسارت سرمایه‌گذار زیان‌دیده باید واجد سه خصوصیت فوری بودن، کافی بودن و مؤثر بودن باشد؛ به این معنی که غرامت باید بدون هیچ‌گونه

۲. بر اساس اطلاعات منتشرشده از سوی آنکتاد، تا ژانویه ۲۰۲۰، تعداد ۲۸۹۷ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان دولت‌ها به امضا رسیده است. ن.ک:

<<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>>, last seen 30th May 2020.

۳. فرمول *هال* برگرفته از نام وزیر خارجه وقت ایالات متحده است. آقای *هال* در خلال مذاکرات برای حل و فصل اختلاف میان ایالات متحده و مکزیک که در پی انقلاب مکزیک در اوایل قرن بیستم رخ داد و منجر به ملی کردن اموال و دارایی‌های سرمایه‌گذاران امریکایی در مکزیک شد، طی نامه‌ای به مقام هم‌سطح خود در مکزیک اعلام می‌کند که غرامت قابل پرداخت سرمایه‌گذاران امریکایی باید سریع، کافی و مؤثر باشد. برای مطالعه بیشتر، ن.ک: پیران، حسین؛ *مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی*، گنج دانش، ۱۳۸۹، ص ۲۵۳؛

Hackworth, Green, *Digest of International Law*, Government Printing Office, vol. III, 1942, p. 658.

با این حال باید متذکر شد که ضابطه مذکور تماماً توسط آقای *هال* پایه‌گذاری نشد، بلکه نشانه‌های این ضابطه پیش از وی نیز وجود داشت و در واقع این ضابطه در طول زمان، رشد و تکامل پیدا کرده است. برای مثال، محکمه داوری در قضیه *دعاوی کشتی داران نروژی* در ۱۹۲۲ مقرر کرد که خوانده باید در ازای سلب مالکیت، غرامت عادلانه بپردازد؛ محکمه داوری مقصود خود از غرامت عادلانه را این‌طور بیان کرد که باید فوری و کاملاً برابر با ارزش دارایی‌های سلب مالکیت‌شده در بازار باشد.

*Norwegian Shipowners' Claims*, Norway v. United States of America, Award of 13 October 1922; Lipson, Charles, *Standing Guard: Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, University of California Press, 1985, p. 80; Dawson, Franck, Weston, Burns, "Prompt, Adequate and Effective: A Universal Standard of Compensation?", *Fordham Law Review*, vol. 30, 1962, p. 729.

تأخیر غیرمعقولی پرداخت شود (فوری)، برابر با ارزش عادلانه بازار برای دارایی تصاحب‌شده بلافاصله پیش از ملی‌کردن باشد (کافی)، و به ارزی پرداخت شود که به راحتی در بازار قابل مبادله بوده و متناسب با جبران خسارت وارده باشد (مؤثر).<sup>۴</sup> شروط سه‌گانه فرمول *هال* تقریباً بدون تغییر در معاهدات مربوطه سرمایه‌گذاری خارجی که از دهه ۱۹۹۰ میلادی به بعد منعقد شدند، تکرار شده است<sup>۵</sup> و آن‌ها را با عباراتی هرچند متفاوت به‌عنوان ضابطه گرامت در برابر سلب مالکیت پذیرفته‌اند.<sup>۶</sup>

اما همان‌طور که بیان شد، ضابطه مندرج در معاهده صرفاً برای جبران خسارت ناشی از سلب مالکیت وضع شده است و در مورد سایر تعهدات، معاهدات سرمایه‌گذار مقررات مشخصی برای جبران خسارت ندارند. از این رو ضابطه مذکور بر این پیش‌فرض استوار است که ارزش اموال سرمایه‌گذار برای وی زائل شده و اکنون باید از وی جبران خسارت شود؛ لذا مراجع داوری برای تعیین گرامت قابل پرداخت دست به ارزشیابی اموال سلب مالکیت شده می‌زنند. این در حالی است که تخطی دولت میزبان از شروط مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری غیر از سلب مالکیت، ماهیتاً متفاوت با سلب مالکیت است و آثاری که از خود به جا می‌گذارد نیز تبعاً متفاوت است، به طوری که برای مثال، نقض رفتار عادلانه و منصفانه لزوماً منجر به از بین رفتن کل ارزش اموال مربوطه برای سرمایه‌گذار خارجی یا از دست رفتن کنترل مؤثر بر سرمایه‌گذاری نمی‌شود، بلکه احتمالاً باعث کاهش ارزش بخشی از آن شده یا جریان درآمد سرمایه‌گذاری را متأثر می‌کند. بنابراین نمی‌توان همان ضابطه‌ای را که برای سلب مالکیت استفاده می‌شود، عیناً و بدون کم و کاست در مورد نقض سایر شروط یک معاهده سرمایه‌گذاری نیز لازم‌الاجرا دانست.

از سوی دیگر می‌توان موضوع پرداخت گرامت در مورد این دو قسم نقض معاهده را از جهت دیگر نیز متفاوت از یکدیگر دانست. در مورد سلب مالکیت، این امکان وجود دارد که اقدام دولت میزبان از سوی محکمه داوری، قانونی یا غیرقانونی تلقی شود. رویه داوری سرمایه‌گذاری

۴. برای مطالعه بیشتر، ن.ک:

Dawson, Franck, Weston, Burns, *op.cit.*, pp. 736-740; American Law Institute, *Restatement of the Law Third / The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 2, 1987, p. 712.

۵. برای مثال، ن.ک: ماده (۱) معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان آتریش و بنگلادش (۲۰۰۰)؛ ماده ۴ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان اندونزی و اردن (۱۹۹۹)؛ ماده ۵ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان بریتانیا و کرواسی (۱۹۹۷)؛ ماده ۵ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان آرژانتین و بریتانیا (۱۹۹۰)؛ ماده (۲) ۱۴۵ معاهده تجارت آزاد میان نیوزلند و چین (۲۰۰۸)؛ ماده ۴ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان اتیوپی و سودان (۲۰۰۰).

6. Sabahi, Borzu, Birch, Nicholas, *op.cit.*, p. 760.

محبی، محسن؛ *دیوان داوری دعوی ایران ایالات متحده آمریکا: ماهیت، ساختار، عملکرد، فردا*، ۱۳۸۳، ص ۴۸۲.  
برای مثال، ن.ک: ماده ۴ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان روسیه و ترکیه (۱۹۹۷)، ماده (۲) ۴ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان آلمان و چین (۲۰۰۳)، ماده ۵ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان پاکستان و مصر (۲۰۰۰) و نیز ماده ۶ معاهده نمونه دوجانبه سرمایه‌گذاری ایالات متحده آمریکا (۲۰۱۲).

بین‌المللی نشان داده است که این امر در تعیین ضابطه جبران خسارت تأثیرگذار است؛ به این ترتیب که اگر اقدامات دولت علیه سرمایه‌گذار خارجی یک نوع سلب مالکیت غیرقانونی تلقی شود، ضابطه تعیین‌شده در معاهده سرمایه‌گذاری مربوطه از نظر برخی قابل اعمال نیست، چرا که این مقررات مختص به محاسبه خسارت در سلب مالکیت‌های قانونی بوده و در رابطه با سلب مالکیت‌های غیرقانونی حاکمیتی ندارند. برای مثال، محکمه داوری ایکسید در پرونده ای.دی.سی علیه مجارستان مقرر کرد:

«معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری تنها متضمن ضابطه تعیین غرامتی است که در سلب مالکیت‌های قانونی قابل پرداخت است و نمی‌توان آن را بر تعیین خسارت قابل پرداخت در موارد سلب مالکیت غیرقانونی نیز به کار برد زیرا این اقدام منجر می‌شود که غرامت قابل پرداخت در ازای سلب مالکیت قانونی از خسارت ناشی از سلب مالکیت غیرقانونی قابل تمایز نباشد».<sup>۷</sup>

این رویه توسط برخی مراجع داوری که بعد از این رأی تشکیل شدند نیز تأیید شد.<sup>۸</sup> بر این اساس، در سلب مالکیت‌های غیرقانونی، مراجع مذکور برای تعیین خسارت به ضابطه موجود در حقوق بین‌الملل عرفی و مشخصاً رأی دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در پرونده کارخانه کورزو<sup>۹</sup> و همچنین طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها<sup>۱۰</sup> رجوع می‌کنند؛ لذا ضابطه مورد اعمال

7. *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006, para. 481.

لازم به ذکر است که معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مربوطه (قبرس - مجارستان) هیچ‌گونه اشاره‌ای به محدودبودن ضابطه غرامت مندرج در معاهده به موارد سلب مالکیت قانونی ندارد. عبارت سلب مالکیت در ماده ۴ این معاهده بدون هیچ‌گونه قیدی بیان شده است. رأی دیوان داوری نیز تفسیر جامعی از ماده مذکور ارائه نمی‌دهد. دیوان داوری ایکسید در این پرونده صرفاً اعلام کرد که ماده مربوطه در معاهده، تنها ناظر بر سلب مالکیت‌های قانونی است. از نظر محکمه داوری، معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری موضوع پرونده در زمینه ضابطه پرداخت غرامت در ازای سلب مالکیت‌های غیرقانونی دچار خلأ است؛ لذا مقررات حقوق بین‌الملل عرفی برای پرکردن این خلأ به کار گرفته می‌شود. همان، بندهای ۴۸۲-۴۸۱.

برای مطالعه نظر مخالف، ن.ک:

*British Caribbean Bank Limited v. The Government of Belize*, PCA Case No. 2010-18, Award, 19 December 2014, paras. 241, 260, 261.

در این رأی آمده است: «دیوان داوری همچنین نمی‌تواند بپذیرد که مفهوم پذیرفته‌شده ضابطه ارزش عادلانه بازار، تنها در مورد پرونده‌های به اصطلاح «سلب مالکیت قانونی» ساخته و پرداخته شده است. ماده ۵ معاهده مقرر می‌دارد: غرامت باید برابر با ارزش عادلانه اموال سلب مالکیت‌شده در بازار باشد. استفاده از عبارت «باید» به روشنی بیانگر آن است که نباید روش دیگری برای محاسبه غرامت به کار گرفته شود».

۸. برای مثال، ن.ک:

*Siemens A.G v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007, para. 352; *Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 20 August 2007, para. 8.2.3; *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/15, Award, 28 July 2015, paras. 758, 759.

9. *The Factory at Chorzów, Germany v. Poland*, Judgement, 13 September 1928, PCIJ Rep. Series A. No. 17, paras. 47, 48.

10. International Law Commission, *Report on the Work of its Fifty-Third Session*, UN Doc. A/56/10, 2001, Arts. 34-36.

آن‌ها برابر است با ترمیم کامل خسارت ناشی از سلب مالکیت غیرقانونی به طوری که کلیه آثار ناشی از اقدام متخلفانه از بین برود.<sup>۱۱</sup> چنین استانداردی برخلاف فرمول *هال* مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری، اصولاً مستلزم اعاده وضع به حال سابق است، یعنی اموال سلب مالکیت شده به صاحب‌اش بازگردانده شود و اگر چنین امری امکان‌پذیر نیست، معادل پولی اعاده وضع، یا ترکیبی از اعاده وضع و خسارت مالی در ازای اعاده وضع، به‌عنوان غرامت ناشی از اقدام متخلفانه دولت تعیین شود.<sup>۱۲</sup> اما در مورد نقض شروط معاهده غیر از موارد مربوط به سلب مالکیت، چنین تقسیم‌بندی موضوعیت ندارد. هر گونه تخطی از این دست شروط موجبات مسئولیت بین‌المللی دولت را فراهم می‌آورد و نمی‌توان قائل به دسته مشروع برای این قسم تخلفات شد.

## ۲. رویه داوری در تعیین ضابطه محاسبه غرامت ناشی از نقض تعهدات، غیر از

### سلب مالکیت

بنا به مراتب فوق، مشخص شد که پیدا کردن قاعده کلی برای تعیین ضابطه جبران خسارت ناشی از نقض تعهدات، غیر از سلب مالکیت، دشوارتر از موارد مربوط به سلب مالکیت است، چرا که تقریباً تمامی معاهدات سرمایه‌گذاری که تا کنون منعقد شده‌اند صرفاً حاوی شرایط جبران خسارت از زیان دیده در برابر سلب مالکیت هستند و در مورد جبران خسارت ناشی از نقض سایر شروط مندرج در معاهده، حکم خاصی نداشته و ساکت هستند. از سوی دیگر، ضابطه مندرج در معاهده برای جبران خسارت ناشی از سلب مالکیت نیز اصولاً برای تعیین غرامت ناشی از نقض

البته برخی نیز معتقدند که مواد طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها و همچنین ضابطه پرونده کارخانه کورزو تنها در رابطه بین دو دولت قابل اعمال است و نمی‌توان از همان مقررات در رابطه میان دولت با سایرین از جمله اشخاص خصوصی استفاده کرد.

برای مطالعه بیشتر، ن.ک:

Douglas, Zachary, "Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitrations and ICSID", In: Crawford, James *et al.* (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010, p. 829.

برای مطالعه متن و شرح مواد ۳۱ تا ۳۶ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها مربوط به جبران خسارت، ن.ک: کمیسیون حقوق بین‌الملل؛ *مسئولیت بین‌المللی دولت: متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل*، ترجمه: علیرضا ابراهیم‌گل، شهر دانش، ۱۳۹۲، ص ۱۸۳ به بعد.

۱۱. گفتنی است که در پرونده‌هایی که در آن محکمه داوری مقرر کرده است که سرمایه‌گذاری صورت گرفته تنها به دلیل فقدان پرداخت غرامت مناسب، غیرقانونی به شمار می‌رود، رویه محاکم متمایل به اعمال همان ضابطه غرامت مذکور در معاهده آمده است و در آن موارد به حقوق بین‌الملل عرفی رجوع نمی‌کنند. برای مثال، ن.ک:

*Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/04/3 and 04/4, Award, 16 June 2010, paras. 8-25, 12-43, 12-53, 13-93; *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award, 22 August 2016, paras. 639, 640, 646.

۱۲. برای مطالعه بیشتر در مورد این ضابطه، ن.ک: زایدل - هوهن‌فلدرن، *ایگناتس: حقوق بین‌الملل اقتصادی*، سیدقاسم زمانی، چاپ پنجم، شهر دانش، ۱۳۹۱، ص ۲۹۹.

سایر تعهداتی که منجر به سلب مالکیت نشده‌اند سازگار نیست؛ لذا نمی‌توان همان‌طور که در مورد سلب مالکیت و فرمول *هال* انجام می‌شود، با مطالعه این معاهدات به یک قاعده کلی برای تعیین ضابطه قابل اعمال برای جبران خسارت این دست تخلفات دست یافت. با این حال، مذاقه در رویه داور سرمایه‌گذاری حاکی از آن است که مراجع رسیدگی‌کننده ضابطه غرامت را در این موارد به صلاحدید خود تعیین کرده و در عین حال برای این منظور، خود را ملزم به حرکت در چارچوب حقوق بین‌الملل عرفی می‌دانند.

## ۲-۱. تعیین ضابطه محاسبه غرامت به صلاحدید مرجع داور

بررسی رویه داور سرمایه‌گذاری نشان می‌دهد که مراجع داور اصولاً معتقدند که فقدان حکم خاص در معاهده فی مابین در مورد تعیین ضابطه جبران خسارت در صورت نقض یکی از شروط معاهده به منزله آن است که محکمه داور باید به صلاحدید خود ضابطه قابل اعمال را تعیین کرده و متناسب به آن نیز خسارت مورد نظر را محاسبه کند.<sup>۱۳</sup> برای مثال، در پرونده *اس.دی. میپرس علیه کانادا* محکمه داور که تحت *نفتا* تشکیل شده بود دولت خوانده را به نقض تعهد به رفتار عادلانه و منصفانه محکوم کرد و در مورد ضابطه تعیین خسارت برای خواهان بیان داشت که تدوین‌کنندگان معاهده *نفتا* با عدم تعیین روش مشخص برای ارزیابی غرامت در مواردی غیر از سلب مالکیت، در واقع این موضوع را در اختیار محکمه قرار داده‌اند تا ضابطه تعیین غرامت متناسب با اوضاع و احوال خاص هر پرونده را با توجه به اصول حقوق بین‌الملل و همچنین مقررات *نفتا* تعیین کند.<sup>۱۴</sup>

علاوه بر این، محکمه داور پرونده *فلدمن علیه مکزیک* نیز از همین رویه پیروی کرد و ضمن استناد به پرونده فوق‌الذکر و همچنین پرونده معروف *پاپ اند تالبوت*، شناسایی ضابطه تعیین خسارت در مورد نقض‌های غیر از سلب مالکیت را در صلاحدید محکمه داور دانست تا آنچه را که رویکرد معقولی نسبت به مسئله تعیین خسارت متناسب با مقررات *نفتا* می‌داند اعمال کند.<sup>۱۵</sup>

این رویه داور مختص به پرونده‌هایی که تحت مقررات *نفتا* به داور ارجاع شده‌اند نبوده، بلکه در سایر مراجع داور نیز به همین ترتیب عمل شده است. برای مثال، در پرونده *اس.ام.ایس*

13. McLachlan, Campbell et al., *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2nd Edition, 2017, p. 334.

14. *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, NAFTA Arbitration Under the UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 13 November 2000, para. 309; *Ibid.*, Second Partial Award, 21 October 2002, para. 94.

15. *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002, para. 197.

علیه آرژانتین، محکمه داورى به صراحت تعیین خسارت در نقض‌های غیر از سلب مالکیت با توجه به صلاحیت خود را تأیید کرد. از نظر این محکمه داورى، مرجع رسیدگی‌کننده ابتدا باید به این سؤال پاسخ دهد که ضابطه قابل اعمال برای تعیین خسارت در احوال حاکم بر اختلاف چیست. سپس اذعان می‌دارد که معاهده مربوطه هیچ‌گونه راهنمایی در رابطه با معیار متناسب برای تعیین خسارت یا غرامت در رابطه با رفتار عادلانه و منصفانه و نقض سایر استانداردهای مندرج در معاهده غیر از سلب مالکیت ندارد. از دیدگاه این محکمه، این مشکل مشترک برای اکثر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و سایر موافقت‌نامه‌ها مانند نفتا است که در مورد معیار و نحوه جبران خسارت ناشی از نقض‌های غیر از سلب مالکیت، مقررات خاصی وضع نکرده‌اند. در نهایت نیز مقرر می‌دارد که در این شرایط، محکمه داورى باید با اعمال صلاحیت خود، ضابطه‌ای را که به بهترین نحو متناسب با ماهیت نقض ارتکاب یافته می‌داند تعیین کند.<sup>۱۶</sup>

بنابراین، رویه مراجع داورى سرمایه‌گذاری در این گونه موارد حاکی از آن است که تعیین ضابطه متناسب به عهده محاکم گذاشته شده است و هر محکمه باید به صورت موردی و با در نظر گرفتن اوضاع و احوال هر پرونده به طور مشخص اقدام به تعیین این ضابطه کند. از این رو ضابطه مذکور معین و مشخص نبوده و مراجع داورى می‌توانند در این مورد انعطاف لازم را داشته باشند، اگرچه این موضوع باعث می‌شود از انسجام آرای داورى سرمایه‌گذاری بین‌المللی کاسته شود.<sup>۱۷</sup>

## ۲-۲. اعمال صلاحیت مراجع داورى در چارچوب حقوق بین‌الملل عرفی

همان‌طور که بررسی شد، رویه داورى نشان می‌دهد مراجع داورى، در صورت سکوت معاهده، تعیین ضابطه حاکم را برای محاسبه غرامت ناشی از نقض تعهدات غیر از سلب مالکیت در معاهدات سرمایه‌گذاری مطابق با صلاحیت خود مجاز می‌دانند. اما به هر ترتیب، محکمه داورى سرمایه‌گذاری بین‌المللی در اعمال صلاحیت خود نیز باید در چارچوب حقوق بین‌الملل حرکت کرده و نمی‌تواند ضابطه‌ای را خارج از آن تعیین کند؛ لذا در این موارد مراجع داورى به سیاق مرسوم در حقوق بین‌الملل عمومی، در صورت سکوت معاهده مربوطه در موردی خاص به منبع دیگر حقوق بین‌الملل یعنی عرف بین‌المللی رجوع کرده و قواعد عام مسئولیت دولت‌ها را اعمال می‌کنند. مطالعه رویه داورى سرمایه‌گذاری بین‌المللی نشان می‌دهد که این مراجع در صورت احراز مسئولیت بین‌المللی دولت در اثر نقض یکی از شروط معاهده (غیر از سلب مالکیت)، میزان

16. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/08, Award, 12 May 2005, para. 409; *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, para. 421.

17. Sabahi, Borzu, "The Calculation of Damages in International Investment Law", In: Kahn, Philippe, Wälde, Thomas (eds.), *Les Aspects Nouveaux du Droit des Investissements Internationaux*, Nijhoff, 2007, p. 588.



خسارت را با استناد به ضابطه مندرج در رأی پرونده کارخانه کورزو و نیز مقررات طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها تعیین می‌کنند.<sup>۱۸</sup>

برای مثال، در پرونده *ام‌تی‌دی علیه شیلی*، محکمه داوری در شرایط مشابه اقدام به اعمال ضابطه کارخانه کورزو نمود و مقرر داشت: «معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مربوطه، ضابطه تعیین غرامت در مورد سلب مالکیت را معین کرده است، [که برابر است با] سریع، کافی و مؤثر (ماده ۴ج). [اما] این معاهده مقرر نکرده است که ضابطه تعیین غرامت برای نقض معاهده به دلایل دیگر چیست. خواهان پیشنهاد کرد که ضابطه قدیمی که توسط دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در پرونده کارخانه کورزو تأیید شد اعمال شود [که مقرر می‌دارد]: غرامت باید «تمامی آثار به‌جامانده از اقدام متخلفانه را محو کرده و شرایطی را بازسازی کند که به احتمال زیاد می‌توانست در صورت عدم ارتکاب آن اقدام به وجود آید.» خواننده نیز به اعمال این ضابطه اعتراضی نکرده است ... بنابراین محکمه داوری ضابطه غرامتی را که خواهان پیشنهاد داده است برای تعیین خسارت وارده اعمال می‌کند.<sup>۱۹</sup>

همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در رأی مذکور، طرفین پرونده در مورد ضابطه قابل اعمال با یکدیگر اختلافی نداشتند و لذا این توافق ضمنی آن‌ها در تصمیم دیوان نیز مؤثر بوده است. اما رویه داوری در مواردی که در خصوص ضابطه قابل اعمال میان طرفین پرونده توافقی وجود نداشته است نیز به همین ترتیب عمل کرده است. برای مثال، محکمه داوری در پرونده *رن هلدینگ علیه اسپانیا* نیز در رأی ۳۱ مه ۲۰۱۹ خود ضمن محکوم کردن دولت خواننده به نقض بند (ج) ماده ۱۰ معاهده منشور انرژی مبنی بر تعهد به رفتار عادلانه و منصفانه،<sup>۲۰</sup> با اشاره به این موضوع که در معاهده منشور انرژی تنها ضوابط تعیین غرامت در ازای سلب مالکیت مشخص شده است، مقررات حقوق بین‌الملل عرفی را در تعیین خسارت قابل پرداخت به سرمایه‌گذار در ازای نقض سایر تعهدات تحت معاهده مذکور غیر از سلب مالکیت، حاکم بر قضیه دانسته است.<sup>۲۱</sup> همچنین در پرونده *انرون علیه آرژانتین*، محکمه داوری پس از آنکه دولت میزبان را به دلیل نقض رفتار عادلانه و منصفانه و نیز شرط فراگیر مندرج در معاهده مسئول تشخیص داد، در مورد ضابطه قابل اعمال برای تعیین غرامت مناسب چنین مقرر کرد: «معاهده مربوطه، خساراتی را که سرمایه‌گذار در ازای نقض استانداردهای رفتاری غیر از سلب مالکیت، یعنی رفتار عادلانه و

18. Dumberry, Patrick, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, Kluwer Law International, 2013, p. 301.

19. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/O1/7, Award, 25 May 2004, para. 238.

20. *9REN Holding S.a.r.l. v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/15, Award, 31 May 2019, paras. 307-311.

21. *Ibid.*, para. 373.

منصفانه یا نقض شرط فراگیر مستحق دریافت آن است مشخص نکرده است. در فقدان روش جبران خسارت مورد توافق که به واسطه مذاکره مجدد قراردادها یا هر روش دیگری حاصل می‌شود، ضابطه مناسب برای ترمیم خسارت تحت حقوق بین‌الملل برابر با پرداخت غرامت زیان‌های وارده به طرف متضرر، به همان ترتیبی است که دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در پرونده کورزو معین کرده است: «...»<sup>۲۲</sup>

علاوه بر این، محکمه داورى در پرونده بریتیش کاربین بانک علیه بلیز نیز ضمن محکومیت دولت خوانده به نقض رفتار عادلانه و منصفانه،<sup>۲۳</sup> در رابطه با ضابطه قابل اعمال برای تعیین غرامت مربوط به این اقدام متخلفانه دولت مقرر کرد در فقدان حکم خاص در معاهده، ضابطه موجود در حقوق بین‌الملل عرفی به همان ترتیبی که در رأی پرونده کارخانه کورزو و همچنین مواد ۳۱ تا ۳۵ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها آمده است اعمال می‌شود.<sup>۲۴</sup> در بسیاری موارد دیگر نیز مراجع داورى به همین ترتیب عمل کرده و این رویه را تقویت کرده‌اند.<sup>۲۵</sup>

### ۳. رویه داورى در نحوه اعمال ضابطه حقوق بین‌الملل عرفی برای تعیین غرامت ناشی از نقض تعهدات غیر از سلب مالکیت

با شناسایی نحوه تعیین و ضابطه محاسبه غرامت ناشی از نقض تعهدات غیر از سلب مالکیت در داورى سرمایه‌گذاری بین‌المللی، این سؤال پیش می‌آید که مراجع داورى به چه ترتیب اقدام به اعمال این ضابطه می‌کنند و آیا در همه موارد نسبت به آن رویکرد یکسانی اتخاذ کرده‌اند؟ مطالعه رویه داورى سرمایه‌گذاری بین‌المللی حاکی از آن است که مراجع داورى رویکرد یکسانی نسبت به اعمال ضابطه تعیین غرامت موجود در حقوق بین‌الملل عرفی در این خصوص ندارند و اصولاً به دو ترتیب عمل می‌شود؛ اگر آثار اقدام متخلفانه، مشابه یا به منزله سلب مالکیت باشد، به طوری که ارزش آن اموال را برای سرمایه‌گذار به کلی از بین ببرد، همانند پرونده سلب مالکیت غیرمشروع با آن برخورد می‌شود؛<sup>۲۶</sup> اما اگر اقدام متخلفانه منجر به سلب مالکیت نشده باشد، تنها

22. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007, para. 359.

23. *British Caribbean Bank Limited v. The Government of Belize, op.cit.*, para. 284.

24. *Ibid.*, paras. 288-292.

25. *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, op.cit.*, paras. 311-315; *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, para. 122; *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, op.cit.*, para. 238; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008, paras. 776,777; *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Award, 28 March 2011, paras.148-150.

26. *McLachlan, Campbell et al., op.cit.*, p. 340.

خساراتی از زیان دیده جبران می‌شود که متناسب به اقدام متخلفانه دولت باشد؛<sup>۲۷</sup> لذا مسئله رابطه سببیت به‌طور جدی مورد توجه محکمه دآوری قرار می‌گیرد. در این قسمت، هریک از شرایط فوق به تفصیل بررسی می‌شود.

### ۳-۱. در مواردی که اقدام متخلفانه عملاً منجر به سلب مالکیت شد

در فضای سرمایه‌گذاری بین‌المللی، سلب مالکیت به اشکال مختلف روی می‌دهد و در برخی موارد، علی‌رغم آنکه قصد اولیه دولت سلب مالکیت نبوده است، تدابیری که اتخاذ کرد، عملاً منجر به سلب مالکیت شد و لذا از این لحاظ نمی‌توان میان سلب مالکیت و غیر آن تفاوتی قائل شد.<sup>۲۸</sup> در این مورد، رویه دآوری به‌وضوح موضع خود را مشخص کرده و به سرمایه‌گذار خارجی اجازه داده است که حتی با وجود آنکه دولت میزبان محکوم به سلب مالکیت نشده است، خساراتی را دریافت کند که در صورت سلب مالکیت نیز می‌توانست دریافت کند.<sup>۲۹</sup> برای مثال، در پرونده سی‌اِم‌اِس علیه آرژانتین، محکمه دآوری دولت میزبان را ناقض تعهد به رفتار عادلانه و منصفانه تشخیص داد. اما در زمینه نحوه جبران خسارت مقرر کرد: «محکمه دآوری بر این باور است که ماهیت نقض‌های رخ داده به‌صورت یک جا و روی هم‌رفته مستلزم رجوع به ضابطه ارزش عادلانه بازار است. علی‌رغم آنکه این ضابطه اصولاً در موارد سلب مالکیت اعمال می‌شود، این امر بدان معنی نیست که نمی‌توان از آن ضابطه در نقض‌هایی غیر از سلب مالکیت نیز استفاده کرد؛ [به‌ویژه] اگر آثار آن اقدامات منجر به خسارات مهم و بلندمدتی شوند». همان‌طور که ملاحظه می‌شود، محکمه دآوری عملاً ضابطه مربوط به جبران خسارات ناشی از سلب مالکیت را در نقض تعهدی غیر از سلب مالکیت نیز اعمال کرده است؛ صرفاً به این دلیل که آثار به‌جامانده از اقدام متخلفانه دولت میزبان مشابه به آثار سلب مالکیت بوده است. البته این اقدام محکمه دآوری مورد اعتراض دولت خواننده قرار گرفت و متعاقب صدور رأی، به‌موجب ماده ۵۲ کنوانسیون ایکسید درخواست ابطال آن را به کمیته ابطال ایکسید ارائه کرد. از جمله ادعاهای

۲۷. تفاوت میان این دو رویکرد و به بیان بهتر، اختلاف میان میزان خساراتی که در اثر نقض تعهد به رفتار منصفانه و عادلانه حکم داده می‌شود و خسارات ناشی از سلب مالکیت، بسته به این مهم است که سرمایه‌گذاری مربوطه تا چه میزان از اقدام دولت میزبان متأثر شده است. برای مطالعه بیشتر در مورد تفاوت این دو رویکرد، ن.ک: *Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi v. Argentine Republic, op.cit., para. 8.2.8.*

۲۸. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ن.ک: Weiler, Todd, Miguel Diaz, Luis, "Causation and Damages in NAFTA Investor-State Arbitration", In: Weiler, Todd (ed.), *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, Brill – Nijhoff, 2004, p. 192.

۲۹. برای مطالعه نظر مشابه، ن.ک: عسکری، پوریا؛ حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه دآوری بین‌المللی، شهر دانش، ۱۳۹۴، ص ۳۴۰.

30. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, op.cit., para. 410*

دولت خوانده در این درخواست، ابطال این بود که محکمه داورى استدلال كافی برای محاسبه خسارات ناشی از تعهد غير از سلب مالکیت با ضابطه قابل اعمال برای سلب مالکیت ارائه نکرده است.<sup>۳۱</sup> اما کمیته ابطال در نهایت تصمیم محکمه داورى ایکسید را تأیید کرد.<sup>۳۲</sup>

این‌گونه تصمیمات در سایر پرونده‌های داورى نیز مسیوق به سابقه بوده و به همین مورد فوق ختم نمی‌شود. برای مثال، محکمه داورى در پرونده *آزوریکس علیه آرژانتین* نیز به همین ترتیب رفتار کرد و علی‌رغم آنکه دولت میزبان به دلیل نقض رفتار عادلانه و منصفانه مسئول شناخته شده بود، به دلیل شباهت آثار به‌جامانده از این اقدام متخلفانه به مصادره اموال سرمایه‌گذار، محکمه داورى غرامت مناسب را با توجه به ارزش عادلانه آن سرمایه‌گذاری در بازار معین کرد.<sup>۳۳</sup> علاوه بر آن، محکمه داورى در پرونده *انرون علیه آرژانتین* نیز تقریباً به همین ترتیب عمل کرد. در این پرونده، محکمه داورى اقدامات دولت میزبان را برابر با سلب مالکیت تلقی نکرد و صرفاً دولت میزبان را به دلیل نقض تعهد به رفتار عادلانه و منصفانه و شرط فراگیر مندرج در معاهده، مسئول قلمداد نمود.<sup>۳۴</sup> در زمینه تعیین خسارات قابل پرداخت نیز این محکمه ضمن آنکه با اشاره به پرونده‌های پیشین از جمله پرونده *ایس‌دی. می‌رس، ضابطه کارخانه کورزو* را قابل اعمال دانست، مقرر کرد: «در مواردی، خط تمیز میان سلب مالکیت غیرمستقیم و نقض رفتار عادلانه و منصفانه می‌تواند بسیار باریک باشد و در این شرایط، ضابطه تعیین غرامت برای هر دو طرف این خط نیز می‌تواند مشابه با یکدیگر باشد. با توجه به ماهیت نقض‌های رخ داده به صورت یکجا و روی‌هم‌رفته که منجر به ایجاد مسئولیت [برای دولت خوانده] شده است، محکمه داورى معتقد است که در این پرونده، اعمال ارزش عادلانه بازار برای تعیین میزان غرامت، مناسب به نظر می‌رسد».<sup>۳۵</sup>

در پرونده *آناتولی استاتی و دیگران علیه قزاقستان* نیز محکمه داورى رویکرد مشابهی اتخاذ کرد. در این پرونده محکمه داورى ابتدا با تحلیل جامع و همراه با جزئیات از اقدامات دولت

31. *Ibid.*, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 September 2007, para. 152.

32. *Ibid.*, para. 157.

33. *Azurix Corp. v. The Argentine Republic, op.cit.*, para. 424.

34. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, op.cit.*, paras. 246, 277.

35. *Ibid.*, para. 363.

مشابه این رویکرد همچنین در پرونده *کریستالکس علیه ونزوئلا* نیز اتخاذ شد. محکمه داورى با توجه به آنکه نقض رفتار منصفانه و عادلانه باعث شده بود سرمایه‌گذاری مربوطه بی‌ارزش شود، عملاً فرقی میان جبران خسارت ناشی از نقض آن تعهد و سلب مالکیت قائل نشد و با رجوع به حقوق بین‌الملل عرفی ضابطه غرامت کامل را، آن‌طور که در رأی پرونده کارخانه کورزو و طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها آمده است مبنای کار قرار داد. اما در نهایت با چرخش عجیب، بدون آنکه توضیح زیادی در این مورد داده باشد، ضابطه مذکور را معادل با معیار ارزش عادلانه بازار یکسان تلقی کرد و در صدد محاسبه غرامت بر اساس ارزش عادلانه سرمایه‌گذاری در بازار برآمد.

*Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award, 4 April 2016, paras. 846-849.

قزاقستان علیه خوانده‌ها و با در نظر گرفتن مجموعه آن اقدامات در کنار یکدیگر، دولت خوانده را به دلیل نقض بند ۱ ماده ۱۰ معاهده مربوطه مبنی بر تعهد به رفتار عادلانه و منصفانه مسئول شناخت<sup>۳۶</sup> اما از آنجا که اقدامات متخلفانه دولت در نهایت منجر به مصادره سرمایه‌گذاری خواهان‌ها شده بود، محکمه داورى مقرر کرد که می‌تواند از ضابطه مندرج در ماده ۱۳ معاهده مذکور در خصوص سلب مالکیت برای تعیین تاریخ و ضابطه ارزیابی خسارت به‌عنوان راهنما برای تعیین غرامت قابل پرداخت در ازای نقض تعهد به رفتار عادلانه و منصفانه بهره‌برداری کند.<sup>۳۷</sup>

گذشته از پرونده‌های فوق، در برخی موارد و در شرایطی که خواهان مدعی نقض شروط متعددی از معاهده مربوطه در کنار مسئله سلب مالکیت است، محکمه داورى حتی وارد رسیدگی به مقوله مسئولیت دولت میزبان در رابطه با نقض‌های غیر از سلب مالکیت هم نشده است، بلکه ابتدا به ادعای سلب مالکیت رسیدگی کرده و تنها در صورتی که آن را احراز نکند وارد رسیدگی به سایر ادعاها می‌شود. در واقع مراجع داورى در این شرایط این امر را مفروض می‌انگارند که خسارت ناشی از سلب مالکیت پوشش‌دهنده هرگونه خسارت دیگری است که می‌تواند در صورت بروز سایر تعهدات مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری به خواهان وارد شده باشد. برای مثال، در پرونده شرکت بین‌المللی نفت کاراتیوب و دیوینچی صلاح هورانی علیه قزاقستان که در خصوص اختلاف میان سرمایه‌گذاران و دولت میزبان در رابطه با قرارداد اکتشاف میدان نفتی در قزاقستان در محکمه داورى ایکسید مطرح شده بود، محکمه داورى ابتدا دولت میزبان را به نقض معاهده و سلب مالکیت غیرقانونی محکوم و سپس در رأی ۲۷ سپتامبر ۲۰۱۷ خود اعلام کرد: «با توجه به تصمیم اعضای اکثریت [محکمه داورى] مبنی بر خاتمه غیرقانونی قرارداد که به منزله سلب مالکیت غیرقانونی است و خسارات مربوط به آن نیز باید پرداخت شود، محکمه داورى ضرورتی به تحلیل و تصمیم‌گیری در خصوص ادعاهای دیگر خواهان در مورد نقض سایر تعهدات توسط

36. *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan, SCC Case No. V 116/2010, Award, 19 December 2013, paras. 941-1095.*

37. *Ibid.*, paras. 1459-1469.

البته در این پرونده خواهان‌ها ادعای سلب مالکیت را هم مطرح کرده بودند، اما در رسیدگی به این ادعا، محکمه داورى معتقد بود از آنجا که در قسمت‌های قبلی رأی خود، دولت میزبان را در قبال نقض تعهد به رفتار عادلانه و منصفانه مسئول شناخته بود، نیازی ندید که دیگر به مسئله سلب مالکیت به‌طور دقیق وارد شود و مقرر نمود «تنها در صورتی لازم است که به مسئله سلب مالکیت احتمالی رسیدگی شود که هرگونه خسارت ادعایی از سوی خواهان‌ها، به‌موجب نقض تعهد به رفتار عادلانه و منصفانه به وجود نیامده باشد». از آنجا که خسارات وارده، همگی به سبب نقض تعهد مذکور به وجود آمده بودند، محکمه داورى بیان داشت که نیازی نیست بررسی شود که آیا اثر مشابهی به‌موجب نقض ماده ۱۳ معاهده منشور انرژی (سلب مالکیت) به وجود آمده است یا خیر؛ هرچند که در رابطه با تعیین ضابطه جبران خسارات وارده از مقررات مندرج در معاهده در مورد پرداخت غرامت مربوط به سلب مالکیت الهام گرفت.

*Ibid.*, paras. 1205-1208.

خوانده از جمله رفتار عادلانه و منصفانه نمی‌بیند».<sup>۳۸</sup>

لازم به ذکر است که مبنای اصلی محاسبه خسارت ناشی از نقض شروط معاهدات سرمایه‌گذاری غیر از سلب مالکیت به واسطه تشبیه آن به سلب مالکیت در رویه داوری، شباهت آثار ناشی از اقدام متخلفانه دولت خوانده با سلب مالکیت است. در غیر این صورت و در شرایطی که اقدامات دولت میزبان منجر به از بین رفتن ارزش سرمایه‌گذاری برای خواهان نشده باشد، مراجع داوری روش دیگری را برای محاسبه غرامت قابل پرداخت در نظر می‌گیرند. این نکته در پرونده *ال.جی.اند.ای علیه آرژانتین* به خوبی توسط محکمه داوری ایکسید روشن شد. از نظر این محکمه داوری، تصمیماتی که در آرای داوری فوق گرفته شد همگی مبتنی بر این واقعیت بود که اقدامات دولت خوانده در واقع به مثابه سلب مالکیت بوده است؛<sup>۳۹</sup> لذا در مواردی که این شرایط وجود ندارد، نمی‌توان از ضابطه مربوط به سلب مالکیت برای محاسبه خسارات وارده بر سرمایه‌گذار در اثر نقض تعهدات معاهداتی غیر از سلب مالکیت بهره جست.<sup>۴۰</sup> این رویه در پرونده *لمیر علیه اوکراین* هم مورد استناد قرار گرفت و محکمه داوری ضمن اشاره به این امر که معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مربوطه میان اوکراین و ایالات متحده، تنها ضابطه تعیین خسارت در مورد سلب مالکیت را تعیین کرده و در مورد نقض تعهد به رفتار عادلانه و منصفانه ساکت است، به تاسی از رأی پرونده *ال.جی.اند.ای علیه آرژانتین*، مقرر نمود که نمی‌توان از ضابطه مربوط به سلب مالکیت در محاسبه غرامت ناشی از نقض تعهد به رفتار عادلانه و منصفانه در این پرونده استفاده کرد زیرا نقض صورت گرفته به منزله از بین رفتن کل ارزش اموال سرمایه‌گذار نبوده است.<sup>۴۱</sup> اما مسئله اینجاست که در این قسم موارد، مراجع داوری چگونه باید میزان غرامت قابل پرداخت به سرمایه‌گذار زیان دیده را معین کنند، که در ادامه به آن پاسخ داده خواهد شد.

### ۳-۲. در مواردی که اقدام متخلفانه به سر حد سلب مالکیت نرسیده است

در مواردی که دولت خوانده به دلیل نقض شروط معاهده سرمایه‌گذاری غیر از سلب مالکیت در برابر سرمایه‌گذار خارجی مسئول شناخته شده و آثار اقدامات وی نیز به سر حد سلب مالکیت

38. *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/13/13, Award of the Tribunal, 27 September 2017, para. 948.

39. لازم به توضیح است که منظور از «به مثابه سلب مالکیت» به معنی سلب مالکیت غیرمستقیم نیست، بلکه مقصود نتیجه حاصل از اقدام متخلفانه دولت است که منجر به از بین رفتن حقوق سرمایه‌گذاری شده است؛ مشابه با نتیجه‌ای که در اثر سلب مالکیت نیز رخ می‌دهد. محکمه داوری در این پرونده به صراحت ادعای خواهان مبنی بر سلب مالکیت غیرمستقیم را رد کرده است. ن.ک:

*Ibid.*, para. 35.

40. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25 July 2007, paras. 34-39.

41. *Joseph Charles Lemire v. Ukraine, op.cit.*, para. 148.

نرسیده باشد، رویهٔ داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی نشان می‌دهد که میزان غرامت قابل پرداخت با توجه به رابطهٔ سببیت میان فعل متخلفانهٔ دولت و خسارات وارده تعیین می‌شود. برای مثال، محکمهٔ داوری در پروندهٔ *فیلدمن علیه مکزیک*، دولت خوانده را به دلیل رفتار تبعیض‌آمیزی که با شرکت خواهان داشت به نقض تعهد به رفتار ملی محکوم نمود اما ادعای خواهان مبنی بر سلب مالکیت علیه دولت میزبان به اثبات نرسید. محکمهٔ داوری به منظور تعیین غرامت، ضمن اشاره به این مطلب که معاهدهٔ مربوطه (نفتا) تنها در مورد سلب مالکیت ضوابط و شرایط جبران خسارت را معین کرده و در مورد نقض سایر شروط معاهده از جمله تعهد به رفتار ملی مقررات خاصی وضع نکرده است، این پرونده را نیز از موارد سلب مالکیت مستثنا دانست و بالتبع از توسل به ضابطهٔ مندرج در معاهده برای پرداخت غرامت در ازای سلب مالکیت به منظور اعمال آن در موارد نقض سایر شروط معاهداتی امتناع کرد؛ به‌ویژه آنکه در این پرونده خسارات وارده به سر حد سلب مالکیت نرسیده و اقدامات دولت خوانده نیز به مثابه سلب مالکیت نبود؛ لذا از نظر محکمهٔ داوری، میزان غرامت باید به *اندازهٔ کافی مرتبط با*<sup>۴۲</sup> اقدامات متخلفانهٔ دولت میزبان بوده و تنها باید برابر با خساراتی تعیین شود که عملاً به سرمایه‌گذار وارده شده است.<sup>۴۳</sup> به همین دلیل، با عنایت به اینکه کسب و کار خواهان حتی بدون توجه به اقدامات متخلفانهٔ دولت میزبان هم چندان سودآور نبوده و دورنمای مناسبی برای آن تصور نمی‌شد، محکمهٔ داوری ادعای خواهان را مبنی بر خسارت عدم‌النفع نپذیرفت.<sup>۴۴</sup>

در این راستا همچنین می‌توان به پروندهٔ *م.تی.دی. علیه شیلی* نیز اشاره کرد که در آن دولت خوانده به دلیل نقض تعهد به رفتار عادلانه و منصفانه مسئول شناخته شد. در این پرونده نیز محکمهٔ داوری به سکوت معاهدهٔ دوجانبهٔ سرمایه‌گذاری مربوطه در خصوص ضابطهٔ قابل اعمال برای جبران خسارت در مواردی غیر از سلب مالکیت اشاره<sup>۴۵</sup> و در ادامه نیز تأیید نمود که خواهان هزینه‌های مختلفی را برای سرمایه‌گذاری در شیلی متحمل شده است که بعضاً به دلیل نقض معاهده توسط دولت خوانده بلااثر و در واقع تلف شده‌اند. اما تنها بخشی از این هزینه‌های صورت‌گرفته را تحت عنوان «هزینه‌های مجاز»، معادل با مبلغ ۲۱۴۶۹۵۸۸٫۳۲ دلار، به منظور ارزیابی خسارات قابل پرداخت به خواهان لحاظ نمود. با این حال، این پایان کار نبود. محکمهٔ داوری در این پرونده در راستای نظریهٔ سببیت برای جبران خسارت، مقرر کرد که ارزش باقی‌ماندهٔ سرمایه‌گذاری و اموال برای خواهان و همچنین خساراتی که منتسب به ریسک کسب و کار هستند باید از میزان مبلغی که تحت عنوان «هزینه‌های مجاز» محاسبه شده بود، کسر

42. Adequately Connected.

43. *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States*, *op.cit.*, para. 194.

44. *Ibid.*, paras. 198-201.

45. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, *op.cit.*, para. 238.

شود.<sup>۴۶</sup> از نظر محکمه دآوری، بخشی از هزینه‌هایی که خواهان متحمل شده بود، به سبب تصمیمات تجاری خود وی ایجاد شده و ارتباطی به اقدامات متخلفانه دولت میزبان نداشت.<sup>۴۷</sup> در نتیجه مقرر نمود که خود خواهان نیز باید بخشی از این هزینه‌های مجاز را متحمل شود و نمی‌توان آن‌ها را به دولت منتسب نمود. به همین دلیل به میزان ۵۰٪ از مبلغ تعیین شده به‌عنوان خسارت را، پس از کسر ارزش باقی‌مانده سرمایه‌گذاری، از مبلغ نهایی کسر نمود.<sup>۴۸</sup> در واقع این اقدام محکمه دآوری باعث شد که مسئولیت جبران خسارات وارده به خواهان که به دولت میزبان تحمیل می‌شود، تنها محدود به خساراتی باشد که مستقیماً به سبب اقدامات متخلفانه دولت پدید آمده است و هر آنچه فاقد رابطه سببیت با اقدام متخلفانه است، مانند موارد منتسب به رفتار خواهان، از آن مستثنا شود.<sup>۴۹</sup>

به این ترتیب، دولت خوانده تنها تا میزانی مسئول پرداخت غرامت است که زیان وارده به سرمایه‌گذار خارجی در اثر نقض تعهد معاهداتی مربوطه توسط دولت به وجود آمده باشد. توجه به مسئله رابطه سببیت در این دست تخلفات از این مهم نشأت می‌گیرد که اقدامات سرمایه‌گذار خارجی در اثر تدابیر دولت متوقف نشده و سرمایه‌گذاری وی به کلی از بین نرفته است؛<sup>۵۰</sup> لذا لازم است به جای محاسبه ارزش کل سرمایه‌گذاری، به دقت بررسی شود که زیان وارده تا چه میزان منتسب به تدابیر اتخاذ شده از سوی دولت بوده است.<sup>۵۱</sup> لکن در مواردی که سلب مالکیت به‌طور کلی رخ داده است، این رابطه مفروض تلقی می‌شود و لذا بحث زیادی در مورد آن در نمی‌گیرد.<sup>۵۲</sup> اما اینکه مقصود از رابطه سببیت چیست و رویکرد حقوق بین‌الملل به‌طور کلی، و رویه دآوری

46. *Ibid.*, paras. 239-241.

47. *Ibid.*, para. 242.

48. *Ibid.*, para. 243

لازم به ذکر است که محکمه دآوری هیچ‌گونه توضیحی در مورد اینکه چگونه به رقم ۵۰٪ رسیده است ارائه نکرد.

49. البته تصمیم محکمه دآوری در این خصوص، با اعتراض دولت خوانده نزد کمیته ابطال ایکسید مواجه شد. دولت شیلی معتقد بود که محکمه دآوری دلایل کافی برای توجیه تقسیم مسئولیت به‌صورت مساوی ارائه نکرده است. اما در نهایت کمیته ابطال ضمن تأیید رأی متذکر شد که محاکم دآوری واجد صلاحیت لازم برای تخمین نحوه تقسیم مسئولیت هستند و با توجه به اوضاع و احوال پرونده، از این جهت ایرادی به رأی صادره وارد نیست. برای مطالعه بیشتر در این رابطه، ن.ک:

*MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, op.cit.*, Annulment Proceeding, Decision on Annulment, 21 March 2007, paras. 98-101.

50. Kaj, Hobér, "Fair and Equitable Treatment – Determining Compensation", *Transnational Dispute Management*, vol. 4, Issue 6, 2007, p. 5.

51. Smutny, Abby Cohen, "Some Observations on the Principles Relating to Compensation in the Investment Treaty Context", *ICSID Review- Foreign Investment Law Journal*, vol. 22, Issue 1, 2007, p. 20.

52. البته در این مورد می‌توان قائل به یک استثنا شد و آن رأی دآوری در پرونده *بایواتر علیه تانزانیا* است که در آن محکمه دآوری مسئله سببیت را عنصر کلیدی در اعمال ضابطه کارخانه کوزرو دانست و مقرر داشت که برای محاسبه خسارت ناشی از هرگونه تخلف از معاهده، اعم از سلب مالکیت غیرقانونی یا نقض سایر شروط، باید مورد توجه قرار بگیرد. ن.ک:

*Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, op.cit.*, paras. 778-780, 804.



سرمایه‌گذاری به‌طور مشخص، نسبت به آن چیست، نیاز به بررسی بیشتری دارد.<sup>۵۳</sup>

### الف. رابطه سببیت در حقوق بین‌الملل عمومی

علی‌رغم آنکه مسئله سببیت در مقوله جبران خسارت نقش کلیدی دارد،<sup>۵۴</sup> ادبیات موجود در حقوق بین‌الملل در رابطه با سببیت چندان غنی نیست و جز چند مورد محدود،<sup>۵۵</sup> حقوق‌دانان در مباحث مربوط به مسئولیت بین‌المللی و جبران خسارت به‌طور دقیق به آن نپرداخته‌اند. در رویه مراجع قضایی و داوری بین‌المللی هم مسائل مربوط به سببیت، وابسته به حقایق مختص به همان پرونده بوده و هر محکمه داوری یا دادگاه بین‌المللی آن را با توجه به صلاحدید خود تعیین می‌کند تا آنکه هنجارهای معین و از پیش تعیین‌شده‌ای را در عمل پیاده نماید.<sup>۵۶</sup> در عمل حتی داوران بیشتر تحت تأثیر مفهوم سببیت در نظام حقوقی‌ای هستند که در آن پرورش یافته‌اند؛ به‌طوری که داوران برآمده از نظام حقوقی کامن‌لا در ادبیات خود بیشتر از معیارهای «نزدیکی»<sup>۵۷</sup> یا «دوری»<sup>۵۸</sup> استفاده کرده<sup>۵۹</sup> و داوران حوزه حقوق رومی-ژرمنی از مفاهیمی چون «شرط لازم»<sup>۶۰</sup> یا «کافی‌بودن»<sup>۶۱</sup> رابطه سببیت بهره‌جسته‌اند.<sup>۶۲</sup> از لحاظ سنتی، برخی آرای بین‌المللی

<sup>۵۳</sup> لازم به ذکر است که در اینجا منظور از سببیت، رابطه میان فعل متخلفانه و زیان وارده به سرمایه‌گذار خارجی است، نه رابطه سببیت میان فعل متخلفانه بین‌المللی و اقدامات دولت که معمولاً در مقوله «انتساب» فعل متخلفانه به دولت و احراز مسئولیت بین‌المللی آن به کار می‌رود. البته در مقوله انتساب در حقوق بین‌الملل عمومی هم رابطه سببیت حقیقی میان فعل متخلفانه و مسئولیت بین‌المللی دولت کمتر مورد توجه قرار می‌گیرد و آنچه در کانون تمرکز قرار دارد، هنجارهای حقوقی موجود در خصوص احراز انتساب یک عمل به دولت است.

<sup>۵۴</sup> برای مطالعه بیشتر در مورد اهمیت نقش رابطه سببیت در جبران خسارت در حقوق بین‌الملل، ن.ک: Shelton, Dinah, "Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility", *American Journal of International Law*, vol. 96, Issue 4, 2002, pp. 839, 844-849.

<sup>۵۵</sup> برای مثال، ن.ک:

Bollecker-Stern, Brigitte, *Le Préjudice Dans la Théorie de la Responsabilité Internationale*, Pedone, 1973, pp. 227-359; Kolliopoulos, Alexandros, *La Commission d'Indemnisation des Nations Unies et le Droit de la Responsabilité Internationale*, L.G.D.J., 2001, pp. 387-421; d'Argent, Pierre, *Les Réparations de Guerre en Droit International Public*, L.G.D.J., 2002, pp. 622-659.

<sup>۵۶</sup> برای مثال، ن.ک:

*Joseph Charles Lemire v. Ukraine, op.cit.*, para. 156.

حتی از دیدگاه برخی، مسئله سببیت اصولاً امر ذهنی است و نمی‌توان قائل به هنجارهای عینی برای آن شد. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ن.ک:

Bollecker-Stern, Brigitte, *op.cit.*, p. 189.

**57.** Proximity.

**58.** Remoteness.

**59.** *Administrative Decision No. II*, United States-Germany Mixed Claims Commission, Reports of International Arbitral Awards, VII UNRIAA, 1923, p. 30.

**60.** *Conditio Sine Qua Non*.

**61.** Adequacy.

به ترکیبات کلی چون «سیر توالی طبیعی امور»<sup>۶۳</sup> یا «توالی طبیعی و عادی امور» نیز اشاره کرده‌اند.<sup>۶۴</sup> به دلیل تنوع شرایطی که ممکن است در پرونده‌های مختلف وجود داشته باشد، طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها تلاش نکرده است تا معیار مشخص در مورد نحوه احراز رابطه سببیت برای جبران خسارت جهت اعمال در همه پرونده‌ها ارائه کند، بلکه این موضوع را به مراجع رسیدگی‌کننده واگذار کرده است تا با توجه به اوضاع و احوال هر پرونده در مورد آن تصمیم‌گیری کنند.<sup>۶۵</sup> کمیسیون حقوق بین‌الملل در تفسیر ماده ۳۱ خود در رابطه با سببیت به ذکر چند پرونده که در هر کدام از آن‌ها هم رویکرد متفاوتی نسبت به سببیت اتخاذ شده است بسنده کرده و در نهایت هم بیان داشته است مسئله برقراری رابطه سببیت لزوماً در همه انواع نقض‌های حقوق بین‌الملل یکسان نیست.<sup>۶۶</sup> تنها استنادی که در مورد احراز رابطه سببیت بیان کرده آن است که سبب مربوطه نباید خیلی دور از خسارت وارده باشد.<sup>۶۷</sup>

اما مذاقه در حقوق بین‌الملل نشان می‌دهد که مراجع و حقوق‌دانان بین‌المللی اقبال کمتری نسبت به پذیرش رابطه سببیت مستقیم نشان داده‌اند و بیشتر متمایل به پذیرش مفهوم سبب نزدیک بوده‌اند. سر هرش لاتریاچت سببیت مستقیم را برای تعیین خسارت در حقوق بین‌الملل مناسب نمی‌داند زیرا مطابق این نظریه به‌سختی می‌توان اصل پذیرفته‌شده پرداخت خسارت ناشی از عدم‌النفع را توجیه کرد.<sup>۶۸</sup> برخی دیگر نیز اساساً به تقسیم‌بندی خسارات مستقیم و غیرمستقیم ایراد وارد کرده و بیان داشته‌اند که حد و مرز خسارات غیرمستقیم در این تقسیم‌بندی مشخص نیست و می‌تواند هر آنچه را در دایره خسارات مستقیم نباشد در بر بگیرد.<sup>۶۹</sup> از این رو

62. Gattini, Andrea, "Breach of the Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ's Genocide Judgment", *The European Journal of International Law*, vol. 18, No. 4, 2007, p. 708.

63. *Maninat Case*, France v. Venezuela, X UNRIAA, 1902, p. 81.

64. *Eisenbach Brothers v. Germany*, United States-Germany Mixed Claims Commission, VII UNRIAA, 1925, p. 199.

65. Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility, Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, p. 31.

66. ILC Commentary to Art. 31, para. 10.

67. *Ibid.*

این راهنمایی‌های اندک در مورد معیار صحیح برای احراز رابطه سببیت در حقوق بین‌الملل باعث شده است برخی حقوق‌دانان بر این نظر باشند که می‌توان از تحلیل‌های موجود در حقوق خصوصی در این رابطه بهره برد. از نظر این حقوق‌دانان، ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری که به دیوان اجازه می‌دهد به «اصول کلی حقوقی شناخته‌شده توسط ملل متمدن» توجه کند، مبنای مناسبی برای توسط به اصول و معیارهای رابطه سببیت در حقوق خصوصی برای تعیین میزان غرامت به شمار می‌رود. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ن.ک:

McLachlan, Campbell *et al.*, *op.cit.*, p. 336.

68. Lauterpacht, Hersch, *Private Law Sources and Analogies of International Law: With Special Reference to International Arbitration*, Longmans Green, 1927, pp. 219, 220.

69. Bollecker-Stern, Brigitte, *op.cit.*, pp. 204-205.

مراجع و حقوق‌دانان بین‌المللی از پذیرش مفهوم سبب نزدیک که در کامن‌لا وجود دارد برای احراز رابطه سببیت جهت تعیین غرامت استقبال بیشتری کرده‌اند.<sup>۷۰</sup> برای مثال، کمیسیون

۷۰. برای مثال، ن.ک:

*Samoan Claims*, Germany, Great Britain, United States., IX UNRIAA, 12 October 1902, p. 23; *Irene Roberts Case*, United States v. Venezuela, IX UNRIAA, 1903-1905, p. 204; *Administrative Decision No. II*, op.cit., p. 29; *Naulilaa Case*, Portugal v. Germany, 2 UNRIAA, 31 July 1928, p. 1011; *Lighthouses Arbitration*, France v. Greece, XII UNRIAA, 24/27 July 1956, p. 155; *Shufeldt*, U.S. v. Guatemala, 11 UNRIAA, 1930, p. 1081; *Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, Decision No. 7, Guidance Regarding Jus ad Bellum Liability, 27 July 2007; *Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, Ethiopia v. Eritrea, Final Award, Ethiopia's Damages Claims, 17 August 2009.

البته در کنار این موارد باید به رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده ژنوسید (بوسنی و هرزگوین علیه صربستان) نیز اشاره کرد که در آن دیوان، برخلاف پرونده‌های فوق، برای تعیین غرامت ناشی از نقض ماده ۱ کنوانسیون منع ژنوسید توسط صربستان مبنی بر عدم جلوگیری از ارتکاب ژنوسید، روی به اعمال معیار سببیت مستقیم آورد و مقرر نمود: «... سؤال اینجاست که آیا رابطه سببیت مستقیم و قطعی کافی میان فعل متخلفانه، [یعنی] نقض تعهد به جلوگیری از ژنوسید، توسط خوانده و زیان وارد به خواهان، شامل همه انواع خسارات اعم از مادی و معنوی، وجود دارد یا خیر. چنین رابطه‌ای تنها در صورتی برقرار می‌شود که دیوان بتواند با توجه به کلیت پرونده با درجه کافی از اطمینان به این نتیجه برسد که ژنوسید در سربرنیکا می‌توانست واقعاً پیشگیری شود اگر خوانده مطابق با تعهدات حقوقی‌اش تحت کنوانسیون عمل کرده بود. اما دیوان مشخصاً نمی‌تواند به این نتیجه برسد».

*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Judgment, I.C.J. Reports, 2007, para 462.

در نهایت، دیوان برای جبران خسارت، دولت خوانده را ملزم به پذیرش و اعلام مسئولیت خود نمود (satisfaction). البته باید به این نکته هم اشاره کرد که در این پرونده، دولت خواهان در خلال برگزاری جلسات استماع، بخشی از خواسته خود را مبنی بر مطالبه خسارت پولی در ازای نقض تعهد مندرج در ماده ۱ کنوانسیون مسترد کرده بود. (Genocide, ICJ CR 2006/11, p. 26, paras. 18-20). برخی حتی معتقدند که تصمیم دیوان در این رابطه به شدت تحت تأثیر اوضاع و احوال خاص حاکم بر پرونده و ترغیب دو دولت به کنارگذاشتن اختلافات گذشته و اتخاذ رویکرد دوستانه و همکاریانه نسبت به آینده بوده است. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ن.ک:

Gill, Terry. "The 'Genocide' Case: Reflections on the ICJ's Decision in Bosnia and Herzegovina v. Serbia", *The Hague Justice Journal*, vol. 2, 2007, p. 47.

به طور کلی، نسبت به این تصمیم دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص خسارت، انتقادهای زیادی وارد شده است. برای مثال، ن.ک:

Gattini, Andrea, op.cit.; Tomuschat, Christian, "Reparation in Cases of Genocide", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, Issue 4, 2007.

به این نکته نیز باید اشاره کرد که دعاوی طرح‌شده در دیوان بین‌المللی دادگستری به ندرت به مرحله تعیین خسارت رسیده‌اند تا دیوان عملاً نیاز به تصمیم‌گیری در مورد نحوه احراز رابطه سببیت برای تعیین خسارت داشته باشد. در بسیاری از موارد، موضوع تعیین خسارت معمولاً به مرحله بعدی رسیدگی موکول شده است و پس از صدور رأی، دو دولت با یکدیگر به نحوی مصالحه کرده و پرونده مختومه شده است. برای مثال، ن.ک:

*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua*, Nicaragua v. United States of America, Merits, Judgment, I.C.J. Reports, 1986, p. 143, para. 284.

لازم به ذکر است که دیوان بین‌المللی دادگستری اخیراً در رأی ۹ فوریه ۲۰۲۲ در پرونده فعالیت‌های نظامی در قلمرو کنگو (جمهوری دموکراتیک کنگو علیه اوگاندا) در خصوص معیار رابطه سببیت مجدداً به تصمیم خود در پرونده ژنوسید ارجاع داده است. دیوان در این رأی که در حوزه توسل غیرقانونی به زور و خسارات ناشی از آن صادر شده، مقرر نمود که خواهان باید رابطه سببیتی را که به اندازه کافی مستقیم و حتمی است به اثبات برساند. البته دیوان به همین جا اکتفا نکرده و در ادامه نیز با

گرامات سازمان ملل متحد در پرونده دعوی کارگران مصری، صراحتاً اعمال ضابطه شرط لازم برای احراز رابطه سببیت را منتفی می‌داند.<sup>۷۱</sup> این کمیسیون همچنین در رسیدگی به شکایات مربوط به خسارات ناشی از حمله عراق به کویت نیز تأکید می‌کند که رایج‌ترین معیار در حقوق بین‌الملل برای احراز رابطه سببیت میان اقدام دولت و خسارت وارده جهت تعیین میزان گرامت، معیار «سبب نزدیک» است.<sup>۷۲</sup>

نظریه سبب نزدیک مشتمل بر دو عنصر مهم «پیش‌بینی‌پذیری»<sup>۷۳</sup> و «توالی طبیعی امور»<sup>۷۴</sup> است که حتی بعضاً در معنای واحد هم به کار گرفته می‌شوند. در اثر به‌کارگیری نظریه سبب نزدیک، «تکلیف به پرداخت گرامت تنها در مورد خساراتی است که بتوان آن‌ها را از لحاظ حقوقی پیامدهای یک فعل متخلفانه دانست. منظور از این خسارات، مواردی است که به‌طور طبیعی در اثر آن عمل ایجاد می‌شوند، یا یک فرد معقول در شرایط مختلف و در زمان ارتکاب اصولاً قادر به پیش‌بینی نتایج احتمالی یا اراده شده آن است».<sup>۷۵</sup> اعمال این نظریه باعث می‌شود رابطه بین فعل متخلفانه و خسارت قابل جبران را در گستره وسیع‌تری نسبت به رابطه خسارات مستقیم، تجزیه و

اشاره به توضیحات ماده ۳۱ پیش‌نویس مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها افزوده است که گرامت تنها برای خساراتی باید پرداخت شود که خیلی دور از توسل غیرقانونی به زور نباشد.

*Armed Activities on the Territory of the Congo, Democratic Republic of the Congo v. Uganda, I.C.J. Judgment, 9 February 2022, paras. 381-384.*

لذا ملاحظه می‌شود که مسأله نزدیک بودن خسارت قابل جبران بخشی انکارناپذیر از تحلیل رابطه سببیت میان فعل متخلفانه و زیان وارده در حقوق بین‌الملل است.

**71.** *Egyptian Workers' Claims*, Report, Final Report and Recommendations made by the Panel of Commissioners, Jurisdictional Phase, UN Doc. S/AC.26/1995/R.20/Rev/1, para. 214, In: Lauterpacht, E., Greenwood, C.J., Oppenheimer, A.G. (eds.), *International Law Reports*, Cambridge University Press, vol. 117, 2000.

**72.** *Report and Recommendations Made by the Panel of Commissioners Concerning Part One of the First Instalment of Individual Claims for Damages above US \$100,000 (Category "D" Claims)*, UN Doc. S/AC.26/1998/1, para. 50; See also: *Report and Recommendations Made by the Panel of Commissioners Concerning Part One of the First Instalment of Individual Claims for Damages Up to US \$100,000 (Category "C" Claims)*, UN Doc. S/AC.26/1994/3, p. 21.

لازم به ذکر است که در این موارد، کمیسیون گرامات سازمان ملل علی‌رغم آنکه احراز کرد معیار سبب نزدیک در حقوق بین‌الملل به‌عنوان معیار مرسوم جهت احراز رابطه سببیت میان اقدام متخلفانه دولت و خسارت وارده به کار گرفته می‌شود، در نهایت دولت عراق را صرفاً مسئول پرداخت گرامت برای خساراتی دانست که مستقیماً از اقدامات آن دولت به بار آمده بود. این امر از آن جهت بود که از یک سو قطعنامه شماره ۶۸۷ شورای امنیت صراحتاً به خسارات مستقیم ناشی از اقدامات دولت عراق ارجاع داده بود و از سوی دیگر، با توجه به آنکه در رسیدگی‌های کمیسیون دولت عراق حضور فعالی نداشت، به جهت رعایت اصل انصاف، کمیسیون، محدودکردن دایره خسارات را به مواردی که مستقیماً ناشی از اقدامات دولت بودند، معیار مناسب‌تری برای تعیین خسارت در رسیدگی به این شکایات دانست.

**73.** Foreseeability.

**74.** Natural Sequence.

**75.** Cheng, Bin, *General Principles of Law as Applied to International Courts and Tribunals*, Cambridge: Grotius Publications, 2006, p. 253.

تحلیل کرد. از طرف دیگر، گستره این خسارات بی‌انتهای نیست، بلکه صرفاً محدود به زیان‌هایی است که در اثر فعل متخلفانه به وجود آمده و قابل انتساب به آن است، نه تمام نتایج و آثاری که ممکن است از فعل متخلفانه به بار آمده باشد. لزوم نزدیکی خسارات به فعل متخلفانه باعث می‌شود مرجع رسیدگی‌کننده نتواند به غرامتی رأی دهد که تناسبی با زیان وارده ندارد.<sup>۷۶</sup>

به‌طور کلی تحلیل رابطه سببیت واجد دو مرحله اصلی است. در مرحله نخست، سعی می‌شود با بررسی دقیق حقایق پرونده، رابطه سببیت میان فعل یا ترک فعل متخلف با خسارات وارده کشف شود (رابطه سببیت حقیقی). در مرحله دوم اما به مسائلی مانند دوری یا نزدیکی سبب و به بیان دقیق‌تر محدوده مسئولیت متخلف پرداخته می‌شود تا مشخص شود وی باید مسئولیت کدام‌یک از پیامدهای اقدام متخلفانه‌اش را به عهده بگیرد (رابطه سببیت حقوقی).<sup>۷۷</sup>

### ب. رابطه سببیت در رویه داوری سرمایه‌گذاری

علی‌رغم مطالب فوق، به هر ترتیب این اصول سببیت نیستند که میزان خسارت را تعیین می‌کنند؛ مهم نحوه اعمال آن‌ها توسط مراجع رسیدگی‌کننده است. مراجع داوری معمولاً اصول مشابهی را در مورد سببیت اعمال می‌کنند اما به نتایج کاملاً متفاوتی می‌رسند. در واقع، شناخت اصول سببیت به‌تنهایی کافی نیست و رویکرد دکترینالی که به نحوه اعمال آن‌ها وارد می‌شود نیز تعیین‌کننده است.<sup>۷۸</sup> بررسی‌های انجام‌شده در رویه داوری به شرح ذیل نشان می‌دهد که تشتت حاکم بر نحوه اعمال رابطه سببیت برای تعیین غرامت، تأثیر چشمگیری در میزان غرامت قابل پرداخت داشته است و از طرف دیگر، انسجام و پیش‌بینی‌پذیری نظام داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی را نیز متأثر کرده است.

76. Crawford, James, *op.cit.*, pp. 227, 236, 237; Kantor, Mark, *Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods and Expert Evidence*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2008, p. 107; Ripinsky, Sergey, "Damnum Emergens and Lucrum Cessans in Investment Arbitration: Entering through the Back Door", In: Bjorklund, Andrea *et al.* (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues III - Remedies in International Investment Law: The Emerging Jurisprudence of International Investment Law*, London, The British Institute of International and Comparative Law, 2008, p. 136.

77. Stapleton, Jane, "Unpacking 'Causation'", In: Cane, Peter *et al.* (eds.), *Relating to Responsibility: Essays in Honour of Tony Honoré on his 80th Birthday*, Hart Publishing, 2001, pp. 166, 167.

همین رویکرد در اصول حقوق مسئولیت غیرقراردادی اروپایی نیز رعایت شده است. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ن.ک: *Principles of European Tort Law*, Chapter 3, Sections 1, 2, available at: <<http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/283/PETL.pdf>>, last seen 28th February 2020.

البته شناسایی این دو مرحله، در عمل با مشکلات و پیچیدگی‌های خاص خود همراه است و بعضاً مراجع بین‌المللی به‌اشتباه این دو مرحله را با یکدیگر ادغام یا تنها به یکی از آن‌ها توجه داشته‌اند. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ن.ک:

Hamer, David, "'Factual Causation' and 'Scope of Liability': What's the Difference", *Modern Law Review*, vol. 77, No. 2, 2014, p. 155; Plakokefalos, Ilias, "Causation in the Law of State Responsibility and the Problem of Overdetermination: In Search of Clarity", *The European Journal of International Law*, vol. 26, No. 2, 2015, pp. 486-491.

78. Paasivirta, Esa, *Participation of States in International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes*, Lakimiesliiton Kustannus, 1990, p. 302, footnote 65.

برای مثال، در پرونده *بیواتر علیه تانزانیا*، مسیر احراز رابطه سببیت برای تعیین خسارت، آن طور که در حقوق بین‌الملل عمومی به شرح فوق مرسوم است رعایت شد. در این پرونده، محکمه داورى معتقد بود که خواهان پرونده برای اثبات ادعای خود در خصوص استحقاق دریافت غرامت باید ثابت کند که ارزش سرمایه‌گذاری وی از بین رفته است و اقدامات معترض‌عنه دولت میزبان «سبب واقعی و نزدیک»<sup>۷۹</sup> چنین کاهش ارزش یا از بین رفتن کلی آن بوده است.<sup>۸۰</sup> منظور از سبب واقعی همان رابطه سببیت حقیقی و مقصود محکمه داورى از سبب نزدیک نیز همان رابطه سببیت حقوقی میان فعل متخلفانه و زیان وارده است. در ادامه رسیدگی نیز پس از بررسی حقایق پرونده، محکمه داورى به این نتیجه رسید که هیچ رابطه سببیت حقیقی میان اقدامات معترض‌عنه (که حتی نقض معاهده هم شناخته شده بود) و زیان وارده به سرمایه‌گذار وجود ندارد، بلکه خسارات مذکور همگی در نتیجه عواملی غیر از اقدامات متخلفانه دولت تانزانیا حادث شده بودند؛ لذا خواهان را مستحق دریافت غرامت ندانست.<sup>۸۱</sup> در واقع محکمه داورى تشخیص داد که حتی اگر اقدام متخلفانه دولت هم نبود، خواهان در همین وضعیت فعلی قرار می‌گرفت. با توجه به عدم احراز رابطه سببیت حقیقی، مسئله رسیدگی به رابطه سببیت حقوقی و بحث نزدیکی یا دوری سبب در این پرونده، سالبه به انتفای موضوع شد و لذا محکمه داورى هم به آن نپرداخت.<sup>۸۲</sup>

در پرونده *لمیر علیه اوکراین* هم مسیر فوق به شکل صحیحی از سوی محکمه داورى پیگیری شد؛ مضاف بر آنکه با احراز رابطه سببیت حقیقی، محکمه داورى وارد رسیدگی به مسئله احراز رابطه سببیت حقوقی هم شد. در این پرونده، دولت خواننده به موجب رأی داورى ۱۴ ژانویه ۲۰۱۰ به دلیل نقض رفتار عادلانه و منصفانه از باب انکار عدالت مسئول شناخته شد.<sup>۸۳</sup> اما در مورد تعیین میزان غرامت، محکمه داورى با پذیرش نظر دولت خواننده مقرر نمود به دلیل تأثیر بحران اقتصادی سال ۲۰۰۸ بر اقتصاد دنیا و همچنین اوکراین، نظریات کارشناسی موجود در پرونده تا آن زمان کارایی خود را از دست داده و لازم است در رابطه با خسارات وارده، ارزیابی مجددی صورت گیرد. از این رو مسئله تعیین میزان غرامت قابل پرداخت، به مرحله بعدی داورى موکول شد.<sup>۸۴</sup> محکمه داورى در رأی ۲۸ مارس ۲۰۱۱ خود به‌دقت هر چه تمام‌تر به مسئله رابطه

79. Actual and Proximate Cause.

80. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, *op.cit.*, para. 787.

81. *Ibid.*, para. 798.

82. برای مطالعه بیشتر در مورد نظر محکمه داورى در خصوص کاربرد رابطه سببیت برای احراز خسارت، تمایز آن با مقوله انتساب فعل متخلفانه به دولت و همچنین تحلیل نظریه مخالف داور منتخب خواننده، ن.ک:

Bjorklund, Andrea K., "Causation, Morality, and Quantum", *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 32, No. 2, 2009, pp. 435-450.

83. *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, *op.cit.*, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010, paras. 356, 357, 385, 419-422, 513.

84. *Ibid.*, paras. 423-425.

سببیت میان فعل متخلفانه و خسارات وارده برای تعیین میزان غرامت پرداخت. از نظر محکمه داوری در این رأی، احراز رابطه سببیت مستلزم آن است که سه عامل فعل متخلفانه (سبب)، زیان (نتیجه)، و رابطه منطقی بین این دو نزد محکمه به اثبات برسد.<sup>۸۵</sup> در رابطه با دو عامل اول، محکمه داوری به تصمیم پیشین خود ارجاع و مقرر نمود که احراز فعل متخلفانه و تحلیل خسارات وارده به خواهان در تصمیم سال ۲۰۱۰ برای اثبات این دو عامل کافی است.<sup>۸۶</sup> اما در مورد رابطه سببیت میان این دو، بررسی مفصلی انجام داد. از نظر محکمه داوری اگر بتوان اثبات کرد که در سیر توالی طبیعی امور، سبب مشخصی منجر به نتیجه معینی خواهد شد، می‌توان قائل به این فرض شد که رابطه سببیت میان این دو عامل وجود دارد. اما در خصوص احراز رابطه سببیت حقوقی، محکمه داوری مقرر نمود که اگر متخلف قادر به پیش‌بینی این امر بود که اقدام متخلفانه وی طی سیر طبیعی امور به بروز خسارت خواهد انجامید، آن سلسله اسباب، «نزدیک» تلقی خواهند شد.<sup>۸۷</sup> در واقع از نظر محکمه داوری پیش‌بینی‌پذیری عنصر اساسی در احراز رابطه سببیت نزدیک است و هر آنچه را که متخلف در زمان ارتکاب فعل متخلفانه می‌توانست در اثر اقدام خود پیش‌بینی کند، سبب نزدیک به شمار خواهد رفت. در ادامه نیز محکمه داوری با اعمال این اصول بر حقایق پرونده، رابطه سببیت حقیقی<sup>۸۸</sup> را احراز و دامنه آن را تا جایی که برای دولت خوانده قابل پیش‌بینی بود گسترش داد<sup>۸۹</sup> و غرامتی معادل با ۸,۷۱۷,۸۵۰ دلار در ازای نقض رفتار عادلانه و منصفانه برای خواهان تعیین کرد.<sup>۹۰</sup>

85. *Joseph Charles Lemire v. Ukraine, op.cit.*, Award, para. 157.

86. *Ibid.*, paras. 158-162.

87. *Ibid.*, paras. 169,170.

۸۸. موضوع این پرونده، خسارت ناشی از برگزاری تبعیض‌آمیز برخی مناقصات مربوطه به اختصاص امواج رادیویی بود. به اعتقاد خواهان، رفتار متخلفانه دولت خوانده موجب شده است که سود ناشی از برنده‌شدن در مناقصات و در نتیجه، گسترش شرکت خود را از دست بدهد. محکمه داوری برای احراز رابطه حقیقی لازم دانست دو موضوع اصلی به اثبات برسد: نخست آنکه «اگر مناقصات فرضاً در شرایط عادلانه و منصفانه برگزار شده بود و خواهان در آن‌ها شرکت می‌کرد، او (و نه برخی دیگر از شرکت‌کنندگان) می‌توانست [برنده مناقصه شود] و امواج موضوع اختلاف را به دست آورد». دوم آنکه «با [به‌دست‌آوردن] این امواج، آقای لیمیر می‌توانست گالا رادیو (شرکت خواهان) را به شرکت فرستنده امواجی که پیش‌بینی کرده بود ارتقا دهد: یک ارائه‌کننده موج FM در سطح ملی برای موسیقی، به‌علاوه یک شبکه AM دیگر برای رادیو گفتگو». محکمه داوری در نهایت با بررسی دقیق حقایق پرونده، هر دو رابطه فوق را احراز کرد. البته محکمه داوری به این نکته هم اذعان داشت که نظر به عدم برگزاری مناقصات به‌طور حتم نمی‌تواند پیش‌بینی کند که صد درصد این اتفاقات رخ می‌داد و چنین انتظاری از خواهان نمی‌رود. صرف اینکه خواهان بتواند اثبات کند رخ دادن وقایع فوق در صورت عدم ارتکاب فعل متخلفانه محتمل (و نه صرفاً ممکن) می‌بود، قادر به دریافت خسارت است. ن.ک:

*Ibid.*, paras. 169-171, 248.

89. *Ibid.*, paras. 172-202, 208, 247-252.

90. *Ibid.*, Section V.

لازم به ذکر است که این رأی تنها توسط اکثریت داوران امضا شد و داور منصوب‌شده از سوی خوانده، نظریه مخالف جداگانه‌ای را به ثبت رساند.

در پرونده *ایس.دی. میرس علیه کانادا*، محکمه داوری کمی از رویه فوق فاصله گرفت. در این پرونده دولت خوانده به دلیل نقض تعهد به رفتار ملی و همچنین رفتار عادلانه و منصفانه، مسئول شناخته شد اما درخواست خواهان برای محاسبه خسارت بر اساس ارزش عادلانه سرمایه‌گذاری مربوطه در بازار را رد کرد، چرا که از نظر محکمه داوری، بین سلب مالکیتی که بر اساس مقررات معاهده مربوطه (نفتا) به صورت قانونی صورت می‌گیرد، و اقدام متخلفانه‌ای که به طور غیرقانونی و برخلاف تعهدات مندرج در معاهده انجام می‌شود، تفاوت وجود دارد؛ لذا معیار مندرج در معاهده برای جبران خسارت ناشی از سلب مالکیت قانونی، تنها برای سلب مالکیت اعمال می‌شود و نمی‌توان از آن برای تخلفاتی که منجر به سلب مالکیت نشده‌اند استفاده کرد.<sup>۹۱</sup>

محکمه داوری در ادامه با توسل به ضابطه کارخانه کورزو و همچنین مواد طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، به احراز رابطه سببیت برای تعیین خسارت پرداخت و مقرر نمود: «گرامت تنها برای خسارتی قابل پرداخت است که ثابت شود رابطه سببیت کافی میان آن خسارت و نقض مقررات مشخصی از نفتا وجود داشته است. خسارت اقتصادی که *ایس.دی.ام.آی* [خواهان] مطالبه کرده است، [تنها در صورتی قابل پرداخت است که] ثابت شود این خسارت ناشی از نقض نفتا بوده است، نه سایر اسباب».<sup>۹۲</sup> در ادامه رسیدگی به پرونده و در دومین رأی جزئی که در سال ۲۰۰۲ صادر شد، محکمه داوری در خصوص رابطه سببیت مذکور توضیحات بیشتری ارائه و مقرر کرد که خسارت وارده نباید خیلی دور بوده و نقض معاهده نیز باید «سبب نزدیک»<sup>۹۳</sup> به ورود زیان باشد.<sup>۹۴</sup> به این ترتیب که اگر ایجاد اختلال در فرایند سرمایه‌گذاری توسط دولت، به‌عنوان سبب نزدیک، منجر به از بین رفتن منافع مالی خواهان شده باشد، وی می‌تواند غرامتی معادل با آن خسارات دریافت کند.<sup>۹۵</sup> خسارات ادعایی خواهان در این پرونده برابر بود با ارزش فعلی جریان خالص درآمدی که در اثر تدابیر دولت کانادا مبنی بر بستن مرز با ایالات متحده از بین رفته بود، به‌علاوه خسارت ناشی از «تفویت فرصت».<sup>۹۶</sup> در خصوص مورد اخیر، خواهان مدعی بود که وی پول به‌دست‌آمده از سرمایه‌گذاری‌اش را می‌توانست در جای دیگری سرمایه‌گذاری یا از آن در مصارف دیگری استفاده کند که اکنون این امر منتفی و از این لحاظ متضرر شده است.<sup>۹۷</sup> محکمه داوری برای این منظور، چارچوب حقوقی برای ارزیابی خسارت و همچنین عوامل و شواهدی را که طرفین ارائه کرده بودند در نظر گرفت و تشخیص داد که این روش مناسب برای محاسبه

91. *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, op.cit.*, paras. 307-309.

92. *Ibid.*, para. 316.

93. Proximate Cause.

94. *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada, op.cit.*, Second Partial Award, paras. 121, 140.

95. *Ibid.*, paras. 121, 122.

96. Loss of Opportunity.

97. *Ibid.*, para. 148.



غرامت در این پرونده به شمار می‌رود، هرچند ممکن است مرجع دیگری در شرایط متفاوت به گونه دیگری عمل کند.<sup>۹۸</sup> علی‌رغم پذیرش قسمت اول ادعای خواهان در مورد خسارت، محکمه داوری به خسارت ناشی از تفویض فرصت رأی نداد و آن را نوعی خسارت تبعی تلقی کرد که خارج از توالی طبیعی امور و در نتیجه خارج از دایره خسارات قابل جبران است.<sup>۹۹</sup> البته این امر به این معنا نیست که محکمه داوری خسارت عدم‌النفع را به کلی نفی کرده باشد، بلکه از دیدگاه این مرجع، خسارت عدم‌النفع تنها جایی قابل جبران است که خیلی دور از فعل متخلفانه نباشد که در این پرونده چنین است.<sup>۱۰۰</sup> از نظر این محکمه، «درآمد ناشی از آنچه می‌توانست با پول تحصیل شود، بر اساس حدس و گمان بوده و بسیار دور [از فعل متخلفانه دولت] است».<sup>۱۰۱</sup>

اما در رابطه با دیگر عنصر نظریه رابطه سببیت نزدیک، یعنی پیش‌بینی‌پذیری، نظریه محکمه داوری این پرونده، با آنچه در حقوق بین‌الملل عمومی بررسی شد متفاوت است. داوران این پرونده معتقد بودند که مسئله پیش‌بینی‌پذیری، امری تأثیرگذار در برقراری رابطه سببیت یا تعیین میزان غرامت به شمار نمی‌رود. از دیدگاه محکمه، پیش‌بینی‌پذیری تنها در دعاوی قراردادی ملاک عمل قرار می‌گیرد. اما مسئله نقض تعهدات مندرج در معاهده در اثر فعل متخلفانه، بیش از آنکه تخلف قراردادی باشد، مربوط به مسئولیت غیرقراردادی دولت میزبان می‌شود و از این رو مسئله قابلیت پیش‌بینی و محدودیت خسارت به آن چیزی که برای طرفین قابل پیش‌بینی بود، موضوعیت ندارد، بلکه آنچه مبنای تعیین خسارت قرار می‌گیرد نظریه سببیت به همان ترتیبی است که پیش‌تر بیان شد؛ به‌صرف اینکه رابطه سببیت برقرار بوده و نقض معاهده نیز سبب دوری برای خسارات وارده به شمار نرود، کافی است و خسارات مربوطه باید جبران شود.<sup>۱۰۲</sup> اما برای احراز اینکه یک سبب دور است یا نزدیک، نه به معیار پیش‌بینی‌پذیری، بلکه به معیار مشابه دیگری تحت عنوان اموری که «به طرز معقولی مورد انتظار است»<sup>۱۰۳</sup> توسل جست.<sup>۱۰۴</sup> سپس با تفسیری که این معیار ارائه نمود، خسارات تبعی راه، برخلاف رأی پرونده لیمیر، به کلی از دایره خسارات قابل جبران خارج کرد.<sup>۱۰۵</sup> بررسی سیر استدلالی محکمه داوری در این پرونده نشان می‌دهد که ظاهراً اندکی معیارهای احراز رابطه سببیت حقیقی و حقوقی را خلط کرده است، چرا که از یک سو خسارات تبعی را به دلیل آنکه خارج از سیر توالی طبیعی امور است به کلی قابل

98. *Ibid.*, para. 142.

99. *Ibid.*, paras. 150-152.

100. *Ibid.*

101. *Ibid.*, para. 161.

102. *Ibid.*, paras. 154.160.

103. Reasonably Anticipated.

104. *Ibid.*, para. 156.

105. *Ibid.*, paras. 157-160.

جبران نمی‌داند؛ سپس بدون توجه به نتیجه این گزاره، خسارات مذکور را، بی آنکه حتی نیازی به این کار باشد، مجدداً در مرحله احراز رابطه سببیت حقوقی بررسی می‌کند و این بار، با کنارگذاشتن معیار پیش‌بینی‌پذیری، خسارات تبعی را خارج از دایره آنچه به طرز معقولی مورد انتظار بود لحاظ کرده و قابل جبران نمی‌داند.

در پرونده بیلکن علیه کانادا، محکمه داوری رویکرد دیگری نسبت به مسئله رابطه سببیت داشت و معیار متفاوتی برای احراز این رابطه جهت جبران خسارت اعمال کرد. موضوع این پرونده مربوط به پروژه ساخت پایانه دریایی در استان نو اسکوتیا<sup>۱۰۶</sup> کانادا بود که به دلیل گزارش منفی که در پی بررسی آثار محیط‌زیستی آن از سوی دولت صادر شده بود، منتفی اعلام شد. اما خواهان مدعی بود که مقررات محیط‌زیستی کانادا خودسرانه، تبعیض‌آمیز و غیرمنصفانه اعمال شده است. محکمه داوری دولت خوانده را ابتدا در رأی اولیه خود ناظر بر مسئولیت، به نقض تعهد به رفتار ملی و همچنین استانداردهای حداقلی رفتار با سرمایه‌گذار خارجی تحت نقتا محکوم کرد<sup>۱۰۷</sup> و سپس در رأی ۱۰ ژانویه ۲۰۱۹ خود میزان غرامت قابل پرداخت را منوط به احراز رابطه سببیت میان نقض‌های ارتکاب‌یافته و خسارات وارده دانست. این محکمه در تحلیل خود از رابطه سببیت در حقوق بین‌الملل بیان داشت که باید درجه بالایی از حتمیت برای احراز این رابطه وجود داشته باشد. داوران این پرونده با اشاره به رأی پرونده کارخانه کورزو و همچنین رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده ژنوسید<sup>۱۰۸</sup> مقرر نمودند که از نظر محکمه داوری، مرجع رسیدگی‌کننده برای احراز رابطه سببیت باید با درجه کافی از قطعیت<sup>۱۰۹</sup> به این نتیجه برسد که سرمایه‌گذاران در صورت رعایت معاهده مربوطه (نقتا) توسط دولت متحمل خسارت ادعایی نمی‌شدند (مانند رأی پرونده ژنوسید)؛ یا اینکه محکمه داوری متقاعد شود خسارت ادعایی به احتمال زیاد<sup>۱۱۰</sup> در فقدان نقض معاهده توسط خوانده، به سرمایه‌گذاران وارد نمی‌شد (مانند رأی پرونده کارخانه کورزو).<sup>۱۱۱</sup> برای احراز این موارد، محکمه داوری به حقایق پرونده توجه کرد و در صدد برآمد تا ویژگی‌های پروژه، شرایط اعطای مجوز و مجوزهای بعدی را که صادر شده بودند بررسی کند.<sup>۱۱۲</sup> پس از استماع دیدگاه‌های طرفین در خصوص موارد فوق، محکمه داوری تحلیل

106. Nova Scotia.

107. *Bilcon of Delaware et al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015, para. 742.

108. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, *op.cit.*, para. 462.

109. With a Sufficient Degree of Certainty.

110. In All Probability.

111. *Bilcon of Delaware et al. v. Government of Canada*, *op.cit.*, Award on Damages, 10 January 2019, paras. 110, 114.

112. *Ibid.*, para. 135.

خود از حقایق پرونده را نیز ارائه و مقرر نمود اگرچه امکان واقع‌بینانه‌ای وجود دارد که در فرض عدم ارتکاب نقض معاهده توسط خوانده، مجوز محیط‌زیستی برای پروژه مربوطه صادر می‌شد، نمی‌توان گفت که این مجوز به احتمال زیاد یا با درجه بالایی از قطعیت حاصل می‌شد؛ بنابراین رابطه سببیت میان نقض صورت‌گرفته و خسارات ادعایی را احراز نکرد<sup>۱۱۳</sup> و به همین دلیل هرگونه ادعای خوانده در رابطه با خسارت عدم‌النفع را مردود اعلام کرد.<sup>۱۱۴</sup> همان‌طور که ملاحظه می‌شود، در این پرونده محکمه داورى اساساً به مسئله دورى یا نزدیکی سبب توجهی نکرده و مقوله رابطه سببیت را در فضای دیگری تحلیل کرده است. در نتیجه استنادردی با آستانه بالاتر نسبت به آنچه مراجع داورى فوق‌الذکر در نظر داشتند در این پرونده اعمال و به این ترتیب، دایره خسارات قابل جبران کوچک‌تر شد.

درجه بالاتر از پیچیدگی رویه داورى در تحلیل از رابطه سببیت برای تعیین میزان خسارت قابل پرداخت به سرمایه‌گذار خارجی را می‌توان در رأی دیوان داورى ایکسید در پرونده *ال‌جی‌اند‌ای علیه آرژانتین* پیدا کرد. در این پرونده، محکمه داورى در رأی مربوط به مسئولیت، اقدامات دولت آرژانتین را در ایجاد برخی تغییرات و مقررات گذاری در حوزه انرژی و توزیع گاز، مغایر با تعهدات مندرج در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مربوطه شناخت و دولت آرژانتین را به سبب نقض تعهد به رفتار عادلانه و منصفانه، شرط فراگیر و همچنین تعهد به رفتار غیرتبعیض‌آمیز با سرمایه‌گذار خارجی مسئول شناخت.<sup>۱۱۵</sup> اما در رابطه با میزان خسارت، محکمه داورى در رأی بعدی خود ضمن مردود دانستن محاسبه غرامت بر اساس ارزش عادلانه بازار، به دلیل آنکه این خسارات در اثر سلب مالکیت به وجود نیامده بودند،<sup>۱۱۶</sup> تعیین غرامت را منوط به احراز رابطه سببیت میان خسارات واقعی وارده به سرمایه‌گذار و فعل متخلفانه دولت خوانده دانست.<sup>۱۱۷</sup> از نظر این محکمه داورى اقدامات متخلفانه دولت آرژانتین سبب شده بود که میزان درآمد حاصل از اجرای پروژه برای شرکت سرمایه‌گذار و در نهایت، سودی که میان سهام‌دارانش توزیع می‌کند، به‌شدت کاهش یابد.<sup>۱۱۸</sup> از این رو به منظور تعیین خسارت، محکمه داورى بر آن

113. *Ibid.*, paras. 168-175.

114. *Ibid.*, para. 276.

115. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, *op.cit.*, Decision on Liability, 3 October 2006, paras. 132-139, 175.

116. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, *op.cit.*, Award, paras. 33-40.

117. *Ibid.*, para. 45.

118. البته محکمه داورى در بررسی‌های خود، به برخی از اوضاع و احوال حاکم بر پرونده از جمله آنکه ارزش سرمایه‌گذاری شرکت *ال‌جی‌اند‌ای* پس از بحران اقتصادی آرژانتین نوسان داشته و تدابیر اتخاذی دولت، منجر به آثار منفی دائمی بر ارزش سهام خواهان نشده است توجه کرد.

*Ibid.*, para. 47.

شد تا علت تامه کاهش سود قابل تقسیم میان سهام‌داران شرکت مذکور را بیاید و مقرر نمود: «اگر تضمین‌های اساسی که در خصوص چارچوب مقررات‌گذاری برای [توزیع] گاز داده شده بود حفظ می‌شد، میزان سودی که نصیب خواهان‌ها می‌شد، بیشتر می‌بود. بدین ترتیب، محکمه داوری معتقد است که خسارات واقعی که به سبب اقدامات دولت [به خواهان‌ها] وارد شد، برابر است با میزان سودی که می‌توانست بدون اتخاذ آن تدابیر توسط دولت نصیب خواهان‌ها شود».<sup>۱۱۹</sup>

اما این محکمه نه تنها تحلیل کافی از چگونگی احراز رابطه سببیت ارائه نمی‌دهد، بلکه همان توضیحات اندکی هم که ارائه می‌کند به پیچیده‌تر شدن این موضوع دامن می‌زند. داوران این پرونده از یک سو، به دلیل آنکه در اوضاع و احوال حاکم بر این پرونده، سبب نزدیک به خسارات وارده به سرمایه‌گذار خارجی را تدابیر دولت آرژانتین، که منجر به تغییر در نرخ تعرفه‌ها شد، تشخیص دادند، ادعای دولت خوانده مبنی بر وجود رابطه سببیت میان خسارات وارده و بحران اقتصادی که کل آرژانتین را درگیر کرده بود، مردود دانستند.<sup>۱۲۰</sup> از سوی دیگر، ادعای خواهان در رابطه با خسارت عدم‌النفع را نیز رد کردند، چرا که از نظر محکمه داوری، حتمیت لازم برای احراز آن خسارت وجود نداشت و هرگونه تصمیم‌گیری در این خصوص، صرفاً مبتنی بر حدس و گمان بود.<sup>۱۲۱</sup> همان‌طور که ملاحظه می‌شود، این محکمه در رابطه با احراز رابطه سببیت، دو معیار نزدیکی و حتمیت ضرر وارده را یکجا و در کنار هم مبنای کار قرار داد و از طرفی ادعای خوانده مبنی بر تأثیر بحران اقتصادی بر خسارت را به دلیل نزدیک‌نبودن نادیده می‌گیرد؛ از سوی دیگر نیز خسارت عدم‌النفع را به دلیل حتمی‌نبودن مردود اعلام می‌کند. توضیحات ناکافی در رابطه با تحلیل محکمه داوری از رابطه سببیت به این پیچیدگی دامن زد و مشخص نیست که آیا اساساً محکمه داوری این دو مفهوم نزدیکی سبب و حتمی‌بودن خسارت را در معنای یکسان به کار برده است یا منظور دیگری از کاربرد آن‌ها داشته است. مبهم و ناکافی‌بودن نظر محکمه داوری در خصوص رابطه سببیت میان فعل متخلفانه و خسارات وارده، محدود به این پرونده نمی‌شود. بسیاری از مراجع داوری دیگر نیز به راحتی از کنار تحلیل رابطه سببیت برای تعیین میزان غرامت می‌گذرند و با استفاده از مفاهیم و واژگان کلی، یا حتی بدون هیچ‌گونه توضیح، صرفاً نتیجه نهایی نظر خود در مورد میزان خسارت را بیان می‌کنند.<sup>۱۲۲</sup>

بنا به مراتب فوق، به نظر می‌رسد برخلاف نظر برخی که معتقدند در این گونه موارد برای

119. *Ibid.*, para. 48

120. *Ibid.*, para. 50.

121. *Ibid.*, para. 51.

۱۲۲. برای مثال، ن.ک:

*MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, op.cit.*, Decision on Annulment; *Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, op.cit.*

احراز رابطه سببیت، یک سری قواعد کلی مورد توجه مراجع داوری قرار می‌گیرد که بر اساس آن‌ها تنها خسارات مستقیمی که از رابطه سببیت نزدیک حاصل شده‌اند مبنای محاسبه غرامت گرفته و به خسارت عدم‌النفع توجهی نمی‌شود،<sup>۱۲۳</sup> بررسی رویه داوری به شرح فوق نشان می‌دهد که آرای متعارض مختلفی در این خصوص صادر شده و نمی‌توان قائل به رویه واحد برای مراجع داوری سرمایه‌گذاری در این خصوص شد. همچنین گسترده بودن حوزه اختیارات داوران در تعیین و اعمال ضابطه جبران خسارت ناشی از نقض تعهدات غیر از سلب مالکیت، اگرچه از نظر برخی لازم بوده و باعث می‌شود مراجع داوری از انعطاف لازم برای تعیین غرامت در رسیدگی به پرونده‌های مربوط به تخلفات غیر از سلب مالکیت برخوردار باشند،<sup>۱۲۴</sup> نباید اعمال این صلاحیت به نحوی باشد که انسجام داوری سرمایه‌گذاری را خدشه‌دار کند. همان‌طور که ملاحظه شد، در مواردی که نقض تعهد منجر به سلب مالکیت نشده است، مراجع داوری رویکرد متفاوتی نسبت به رابطه سببیت داشته‌اند. این امر تأثیر مستقیم بر میزان غرامت قابل پرداخت دارد زیرا در نتیجه تحلیل محکمه داوری از رابطه سببیت میان اقدام متخلفانه خوانده و خسارات وارده بر سرمایه‌گذار، دامنه خسارات قابل جبران تعیین می‌شود و لذا هر آنچه معیار اتخاذی محکمه آستانه بالاتری داشته باشد، غرامت کمتری به سرمایه‌گذار خارجی تعلق می‌گیرد.

این در حالی است که مراجع داوری سرمایه‌گذاری قادرند با توسل به اصول و رویه حاکم بر رابطه سببیت در حقوق بین‌الملل عمومی، دامنه این تشدد آرا را کاهش دهند. حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی در هر حال، ریشه در حقوق بین‌الملل عمومی دارد و این امکان از لحاظ حقوقی برای مراجع داوری وجود دارد که از رویه موجود در حقوق بین‌الملل عمومی برای جلوگیری از تعارض آرا بهره‌جوید. به‌طور کلی مراجع داوری سرمایه‌گذاری رویکرد مثبتی نسبت به استناد به رویه سایر مراجع بین‌المللی از جمله دیوان بین‌المللی دادگستری در تصمیمات خود دارند.<sup>۱۲۵</sup> اگرچه مراجع داوری التزامات خاص معاهدات سرمایه‌گذاری را در قیاس با حقوق بین‌الملل عمومی در نظر می‌گیرند،<sup>۱۲۶</sup> در بسیاری از موارد از ظرفیت موجود در حقوق بین‌الملل

**123.** Dai, Tamada, "Assessing Damages in Non-Expropriation Cases Before International Investment Arbitration", *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 52, 2009, pp. 330-332.

**124.** Sabahi, Borzu, *op.cit.*, pp. 579, 588.

**125.** Pellet, Alain, "2013 Lalive Lecture: The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration", *ICSID Review*, vol. 28, No. 2, 2013, pp. 231- 235.

**۱۲۶.** برای مثال، در زمینه حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران خارجی، مراجع داوری اگرچه تصمیم دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده *بارسلونا ترکشن* را محترم شمرده و در جای خود قابل اعمال می‌دانند، در زمینه حمایت از حقوق سرمایه‌گذار خارجی مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری مربوطه، تفسیر خاص خود را از رابطه سهام‌داران با شرکت ارائه می‌کنند که متضمن حمایت بیشتری از آن‌ها در برابر دولت‌های میزبان است. ن.ک:

*CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, *op.cit.*, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003, paras. 42-48; *Tokios Tokelė s v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004, para. 54; *Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/2, Decision

عمومی برای تفسیر معاهدات یا اعمال مفاهیم حقوقی مانند اصل ضرورت و تأثیر آن در مسئولیت دولت استفاده کرده‌اند.<sup>۱۲۷</sup> در زمینه رابطه سببیت میان فعل متخلفانه و زیان وارده به سرمایه‌گذار نیز نمی‌توان قائل به ویژگی خاصی شد که آن را از سایر موارد مطروحه در حقوق بین‌الملل عمومی متمایز کند؛ لذا ارجاع به آن منبع حقوقی در تعیین خسارت وارده به سرمایه‌گذار خارجی توسط مراجع داوری بلامانع به نظر می‌رسد.

### نتیجه

با توجه به مطالب فوق می‌توان بیان داشت که فقدان ضابطه خاص برای تعیین خسارت در موارد نقض تعهدات غیر از سلب مالکیت در معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی توسط دولت میزبان باعث نمی‌شود که مراجع رسیدگی‌کننده قادر به صدور حکم به جبران خسارت در آن موارد نباشند، بلکه رویه داوری سرمایه‌گذاری نشان داده است که این مراجع به صلاحدید خود ضابطه حاکم بر تعیین میزان غرامت را تعیین می‌کنند. اما این اعمال صلاحدید در چارچوب حقوق بین‌الملل عمومی قرار دارد و ضابطه قابل اعمال برای جبران خسارت با توجه به حقوق بین‌الملل عرفی تعیین می‌شود. بررسی رویه داوری در این خصوص نشان می‌دهد که جبران خسارت ناشی از نقض شروط معاهدات سرمایه‌گذاری غیر از سلب مالکیت با توجه به ضابطه مندرج در رأی پرونده کارخانه کورزو و نیز توجه به مواد طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها صورت می‌گیرد؛ در نتیجه برابر است با غرامت کامل یا همان ترمیم کامل خسارات وارده از طریق اعاده وضع به حال سابق یا از طریق پرداخت معادل پولی آن به نحوی که کلیه آثار اقدامات متخلفانه دولت محو

on Jurisdiction, 11 May 2005, paras. 141,142; *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, and LG&E International Inc v. Argentine Republic*, op.cit., Decision on Jurisdiction, 30 April 2004, para. 53; *Gami Investments Inc. v. Mexico*, UNCITRAL, Final Award, 15 November 2004, para. 31; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Jurisdiction, 11 May 2005, paras. 151, 153; *BP America Production Company and others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/8, Decision on Preliminary Objections, 27 July 2006, para. 218.

۱۲۷. برای مثال، ن.ک:

*Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 June 1990, para. 40; *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, para. 111, footnote 41; *Methanex Corporation v. United States of America*, UNCITRAL, Final Award, 3 August 2005, paras. 19,20; *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Decision on Annulment, 25 March 2010, para. 141; *Merrill and Ring Forestry L.P. v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, Award, 31 March 2010, para. 141; *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, Award, 18 May 2010, para. 129; *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, 5 October 2012, para. 792; *Antoine Goetz et consorts v. Republique du Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, 10 February 1999, para. 99; *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Decision on Jurisdiction, 22 February 2006, para. 82, footnote 16; *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003, paras. 119,120, footnote 137.

شود. مراجع داوری سرمایه‌گذاری در نحوه اعمال این ضابطه با توجه به اوضاع و احوال هر پرونده، متفاوت عمل کرده‌اند؛ به طوری که اگر نقض تعهد عملاً منجر به سلب مالکیت یا از بین رفتن کل ارزش مال شده باشد، با آن به مثابه یک پرونده سلب مالکیت برخورد می‌کنند و خسارات وارده را به همان ترتیبی تعیین می‌کنند که در پرونده‌های سلب مالکیت تعیین می‌شود. با توجه به غنای رویه داوری سرمایه‌گذاری در این خصوص، مراجع داوری در آرای خود به انسجام نسبی رسیده‌اند و تقریباً می‌توان پیش‌بینی کرد که با توجه به اوضاع و احوال هر پرونده، محکمه داوری ضابطه غرامت کامل را به چه ترتیبی اعمال خواهد کرد. اما در مورد پرونده‌هایی که در آن اقدامات متخلفانه دولت به سر حد سلب مالکیت نرسیده و تنها بخشی از اموال یا درآمد آتی سرمایه‌گذار را متأثر کرده است، رویه داوری به شدت متشتت به نظر می‌رسد. علی‌رغم آنکه مراجع داوری عموماً معتقدند در این شرایط، میزان غرامت قابل پرداخت باید با توجه به رابطه سببیت میان فعل متخلفانه و زیان وارده تعیین شود و دولت تنها ملزم به جبران خساراتی باشد که به سبب اقدامات وی به وجود آمده است، در نحوه احراز رابطه سببیت، اختلاف نظر چشمگیری در رویه داوری سرمایه‌گذاری وجود دارد. برخی محاکم به تأسی از حقوق بین‌الملل عمومی معیار رابطه سببیت نزدیک را ملاک عمل قرار داده‌اند و دایره خسارات را با توجه به پیش‌بینی‌پذیری آن در زمان ارتکاب گسترش داده‌اند، اما برخی دیگر معیاری با آستانه بالاتر برگزیده و تنها در صورتی که ورود خسارات ادعایی به سبب فعل متخلفانه، حتمی یا با درجه بالایی از قطعیت باشد، به آن رأی می‌دهند. تعداد دیگری از مراجع نیز یا در توضیحات اندک خود از رابطه سببیت، مفاهیم موجود در این خصوص، اعم از سبب حقیقی و حقوقی همچنین نزدیک بودن و حتمیت را با یکدیگر خلط کرده‌اند، یا به طور کلی هیچ‌گونه توضیح خاصی نداده و صرفاً نتیجه نهایی را در قالب مبلغ مشخص یا درصد کاهش از خسارات برآوردشده ارائه کرده‌اند. بنابراین به نظر می‌رسد رویه داوری در این قسمت از انسجام لازم برخوردار نیست. علی‌رغم آنکه مرجع داوری باید در هر پرونده به طور موردی و متناسب با اوضاع و احوال خاص آن پرونده رسیدگی کند، این بدان معنی نیست که می‌تواند اصول احراز رابطه سببیت در حقوق بین‌الملل را نادیده بگیرد یا از ارائه تحلیل مناسب در مورد نحوه تعیین میزان غرامت از باب سببیت به راحتی بگذرد، بلکه لازم است که مراجع داوری، ضمن توجه به ضرورت ارائه تحلیل از رابطه سببیت برای تعیین میزان خسارت، اصول موجود در حقوق بین‌الملل عمومی را مبنای کار قرار دهند تا از تشتت موجود در رویه کاسته و آن را به سمت انسجام و پیش‌بینی‌پذیری بیشتر هدایت کنند.

## منابع:

## الف. فارسی

## - کتاب

۱. پیران، حسین؛ مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی، گنج دانش، ۱۳۸۹.
۲. زایدل - هوهن‌فلدرن، ایگناتس؛ حقوق بین‌الملل اقتصادی، ترجمه: سیدقاسم زمانی، شهر دانش، ۱۳۹۱.
۳. عسکری، پوریا؛ حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داورى بین‌المللی، شهر دانش، ۱۳۹۴.
۴. کمیسیون حقوق بین‌الملل؛ مسئولیت بین‌المللی دولت: متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل، ترجمه: علیرضا ابراهیم‌گل، شهر دانش، ۱۳۹۲.
۵. محبی، محسن؛ دیوان داورى دعاوى ایران ایالات متحده امریکا: ماهیت، ساختار، عملکرد، فردافر، ۱۳۸۳.
۶. محبی، محسن؛ مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داورى بین‌المللی، شهر دانش، ۱۳۹۴.
۷. موحد، محمدعلی؛ درس‌هایی از داورى‌های نفتی: ملی‌کردن و غرامت، کارنامه، ۱۳۹۳.
۸. نیکجاه، جواد؛ جبران خسارت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، شهر دانش، ۱۳۹۵.

## - مقاله

۱. علیدوستی شهرکی، ناصر؛ «جبران خسارت سلب مالکیت در سرمایه‌گذاری خارجی»، فصلنامه دیدگاه‌های حقوقی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، شماره ۴۶-۴۷، بهار و تابستان ۱۳۸۸.
۲. محبی، محسن و حسن فرج‌مهرایی؛ «روش‌های ارزیابی غرامت ناشی از سلب مالکیت در داورى سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، ارائه‌شده در همایش ملی تجلیل از مقام علمی استاد محمدجعفر جعفری لنگرودی، پاییز ۱۳۹۸.
۳. یزدانی، غلامرضا، محسن محبی و محمد امامی؛ «معیار محاسبه خسارت ناشی از نقض قرارداد سرمایه‌گذاری در فقه اسلامی و رویه داورى بین‌المللی»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۱۳، بهار و تابستان ۱۳۹۵.



ب. انگلیسی و فرانسه

- Books

1. Bollecker-Stern, Brigitte, *Le Préjudice Dans la Théorie de la Responsabilité Internationale*, Pedone, 1973.
2. Bjorklund, Andrea K., "Causation, Morality, and Quantum", *Suffolk Transnational Law Review*, vol. 32, No. 2, 2009.
3. Cheng, Bin, *General Principles of Law as Applied to International Courts and Tribunals*, Cambridge: Grotius Publications, 2006.
4. Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge University Press, 2002.
5. d'Argent, Pierre, *Les Réparations de Guerre en Droit International Public*, L.G.D.J., 2002.
6. Dumberry, Patrick, *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, Kluwer Law International, 2013.
7. Hackworth, Green, *Digest of International Law*, Government Printing Office, 1942.
8. Kantor, Mark, *Valuation for Arbitration: Compensation Standards, Valuation Methods And Expert Evidence*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2008.
9. Kolliopoulos, Alexandros, *La Commission d'Indemnisation des Nations Unies et le Droit de la Responsabilité Internationale*, L.G.D.J, 2001.
10. Lauterpacht, Hersch, *Private Law Sources and Analogies of International Law: With Special Reference to International Arbitration*, Longmans Green, 1927.
11. Lipson, Charles, *Standing Guard: Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, University of California Press, 1985.
12. Marboe, Irmgard, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, 2nd Edition, 2017.
13. McLachlan, Campbell *et al.*, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2007.
14. Paasivirta, Esa, *Participation of States in International Contracts and Arbitral Settlement of Disputes*, Lakimiesliiton Kustannus, 1990.

- Articles

1. Dawson, Franck, Weston, Burns, "Prompt, Adequate and Effective: A Universal Standard of Compensation?", *Fordham Law Review*, vol. 30, 1962.
2. Dai, Tamada, "Assessing Damages in Non-Expropriation Cases Before International Investment Arbitration", *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 52, 2009.

3. Douglas, Zachary, "Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitrations and ICSID", In: Crawford, James *et al.* (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford University Press, 2010.
4. Gattini, Andrea, "Breach of the Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ's Genocide Judgment", *The European Journal of International Law*, vol. 18, No. 4, 2007.
5. Gill, Terry. "The 'Genocide' Case: Reflections on the ICJ's Decision in Bosnia and Herzegovina v. Serbia", *The Hague Justice Journal*, vol. 2, 2007.
6. Hamer, David, "'Factual Causation' and 'Scope of Liability': What's the Difference?", *Modern Law Review*, vol. 77, No. 2, 2014.
7. Kaj, Hobér, "Fair and Equitable Treatment – Determining Compensation", *Transnational Dispute Management*, vol. 4, Issue 6, 2007.
8. Pellet, Alain, "2013 Lalive Lecture: The Case Law of the ICJ in Investment Arbitration", *ICSID Review*, vol. 28, No. 2, 2013.
9. Plakokefalos, Ilias, "Causation in the Law of State Responsibility and the Problem of Overdetermination: In Search of Clarity", *The European Journal of International Law*, vol. 26, No. 2, 2015.
10. Ripinsky, Sergey, "Damnum Emergens and Lucrum Cessans in Investment Arbitration: Entering Through the Back Door", In Bjorklund, Andrea *et al.* (eds.), *Investment Treaty Law: Current Issues III - Remedies in International Investment Law: Emerging Jurisprudence of International Investment Law*, London, The British Institute of International and Comparative Law, 2008.
11. Sabahi, Borzu, "The Calculation of Damages in International Investment Law", In: Kahn, Philippe, Wälde, Thomas (eds.), *Les Aspects Nouveaux du droit des Investissements Internationaux*, Nijhoff, 2007.
12. Sabahi, Borzu & Birch, Nicholas, "Comparative Compensation for Expropriation", In: S. Schill, Stephan (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010.
13. Shelton, Dinah, "Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility", *American Journal of International Law*, vol. 96, Issue 4, 2002.
14. Stapleton, Jane, "Unpacking 'Causation'", In: Cane, Peter *et al.* (eds.), *Relating to Responsibility: Essays in Honour of Tony Honoré on His 80th Birthday*, Hart Publishing, 2001.
15. Smutny, Abby Cohen, "Some Observations on the Principles Relating to Compensation in the Investment Treaty Context", *ICSID Review - Foreign Investment Law journal*, vol. 22, Issue 1, 2007.
16. Tomuschat, Christian, "Reparation in Cases of Genocide", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 5, Issue 4, 2007.

17. Weiler, Todd, Miguel Diaz, Luis, "Causation and Damages in NAFTA Investor-State Arbitration", In: Weiler, Todd (ed.), *NAFTA Investment Law and Arbitration: Past Issues, Current Practice, Future Prospects*, Brill – Nijhoff, 2004.

- Cases

1. *9REN Holding S.a.r.l v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/15/15, Award, 31 May 2019.
2. *ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, 2 October 2006.
3. *Administrative Decision No. II*, United States–Germany Mixed Claims Commission, Reports of International Arbitral Awards, VII UNRIAA, 1923.
4. *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA and Terra Raf Trans Trading Ltd v. Kazakhstan*, SCC Case No. V 116/2010, Award, 19 December 2013.
5. *Antoine Goetz et Consorts v. Republique du Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, Award, 10 February 1999.
6. *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*, Judgment, I.C.J. Reports, 2007.
7. *Armed Activities on the Territory of the Congo, Democratic Republic of the Congo v. Uganda*, I.C.J. Judgment, 9 February 2022.
8. *Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka*, ICSID Case No. ARB/87/3, Award, 27 June 1990.
9. *ATA Construction, Industrial and Trading Company v. Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No. ARB/08/2, Award, 18 May 2010.
10. *Azurix Corp. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006.
11. *Bernhard von Pezold and Others v. Republic of Zimbabwe*, ICSID Case No. ARB/10/15, Award, 28 July 2015.
12. *Bilcon of Delaware et al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Jurisdiction and Liability, 17 March 2015.
13. *Bilcon of Delaware et al. v. Government of Canada*, PCA Case No. 2009-04, Award on Damages, 10 January 2019.
14. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008.
15. *BP America Production Company and Others v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/8, Decision on Preliminary Objections, 27 July 2006.
16. *British Caribbean Bank Limited v. The Government of Belize*, PCA Case No. 2010-18, Award, 19 December 2014.

17. *Camuzzi International S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/2, Decision on Jurisdiction, 11 May 2005.
18. *Caratube International Oil Company LLP and Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/13/13, Award of the Tribunal, 27 September 2017.
19. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003.
20. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/08, Award, 12 May 2005.
21. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/08, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 25 September 2007.
22. *Compania de Aguas del Aconquifa S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 20 August 2007.
23. *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Decision on Jurisdiction, 22 February 2006.
24. *Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/2, Award, 4 April 2016.
25. *Egyptian Workers' Claims*, Report, Final Report and Recommendations made by the Panel of Commissioners, Jurisdictional Phase, UN Doc. S/AC.26/1995/R.20/Rev/1, In: Lauterpacht, E., Greenwood, C.J., Oppenheimer, A.G. (eds.), *International Law Reports*, Cambridge University Press, vol. 117, 2000.
26. *Eisenbach Brothers v. Germany*, United States–Germany Mixed Claims Commission, VII UNRIAA, 1925.
27. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, May 22, 2007.
28. *Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, Decision No. 7, Guidance Regarding Jus ad Bellum Liability, 27 July 2007.
29. *Eritrea-Ethiopia Claims Commission*, Ethiopia v. Eritrea, Final Award, Ethiopia's Damages Claims, 17 August 2009.
30. *Gami Investments Inc. v. Mexico*, UNCITRAL, Final Award, 15 November 2004.
31. *Gemplus S.A., SLP S.A., Gemplus Industrial S.A. de C.V. v. The United Mexican States*, ICSID Case Nos. ARB(AF)/04/3 and 04/4, Award, 16 June 2010.
32. *Irene Roberts Case*, United States v. Venezuela, IX UNRIAA, 1903-1905.
33. *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010.
34. *Joseph Charles Lemire v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/06/18, Award, 28 March 2011.

35. *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, and LG&E International Inc v Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Jurisdiction, 30 April 2004.
36. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, 3 October 2006.
37. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Inc v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Award, 25 July 2007.
38. *Lighthouses Arbitration, France v. Greece*, XII UNRIAA, 24/27 July 1956.
39. *Maninat Case, France v. Venezuela*, X UNRIAA, 1902.
40. *Marvin Roy Feldman Karpas v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award, 16 December 2002.
41. *Merrill and Ring Forestry L.P. v. Canada*, ICSID Case No. UNCT/07/1, Award, 31 March 2010.
42. *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000.
43. *Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL*, Final Award, 3 August 2005.
44. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America, Merits, Judgment*, I.C.J. Reports, 1986.
45. *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002.
46. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/O1/7, Award, 25 May 2004.
47. *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/O1/7, Annulment Proceeding, Decision on Annulment, 21 March 2007.
48. *Naulilaa Case, Portugal v. Germany*, 2 UNRIAA, 31 July 1928.
49. *Norwegian Shipowners' Claims, Norway v. United States of America*, Award of 13 October 1922.
50. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award, 5 October 2012.
51. *Report and Recommendations Made by the Panel of Commissioners Concerning Part One of the First Instalment of Individual Claims for Damages above US \$100,000 (Category "D" Claims)*, UN Doc. S/AC.26/1998/1.
52. *Report and Recommendations Made by the Panel of Commissioners Concerning Part One of the First Instalment of Individual Claims for Damages Up to US \$100,000 (Category "C" Claims)*, UN Doc. S/AC.26/1994/3.

53. *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Decision on Annulment, 25 March 2010.
54. *Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/5, Award, 22 August 2016.
55. *Samoan Claims*, Germany, Great Britain, United States, IX UNRIAA, 12 October 1902.
56. *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, NAFTA Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award, 13 November 2000.
57. *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada*, NAFTA Arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules, Second Partial Award, 21 October 2002.
58. *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Jurisdiction, 11 May 2005.
59. *Shufeldt, U.S. v. Guatemala*, 11 UNRIAA, 1930.
60. *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/02/8, Award, 6 February 2007.
61. *The Factory at Chorzów*, Germany v. Poland, Judgement, 13 September 1928, PCIJ Rep. Series A No. 17.
62. *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003.
63. *Tokios Tokelés v. Ukraine*, ICSID Case No. ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April 2004.