

## تأثیر شرایط و وضعیت‌های مربوط به دولت میزبان در ارزیابی خسارات ناشی از نقض معاهدات سرمایه‌گذاری

منصور وصالی محمود \*

(DOI) : 10.22066/CILAMAG.2022.249228

(DOR) : 20.1001.1.2251614.1401.39.67.3.1

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۱۱/۰۶

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۸/۱۰

### چکیده

عوامل گوناگونی می‌توانند ارزیابی خسارت ناشی از نقض استانداردهای حمایتی معاهدات سرمایه‌گذاری را در داورهای سرمایه‌گذاری تحت تأثیر قرار دهند که دسته‌ای از آنها مربوط به دولت میزبان است. این مقاله به مطالعه بحران اقتصادی دولت و همه‌گیری جهانی، وضعیت اقتصادی سیاسی دولت میزبان سرمایه‌گذار و تعهدات خارج از معاهده سرمایه‌گذاری دولت و نیز تأثیر این عوامل در محاسبه خسارت در دعاوی سرمایه‌گذاری می‌پردازد.

بحران اقتصادی دولت در صورتی که منجر به اقداماتی از سوی دولت برای مقابله با بحران شود که اصولاً ناقض تعهدات دولت در معاهدات سرمایه‌گذاری باشد، می‌تواند در قالب ضرورت به‌عنوان رافع وصف متخلفانه عمل دولت مطرح شود. در بسیاری از معاهدات سرمایه‌گذاری، شروطی در خصوص اقدامات منع‌نشده دولت وجود دارد که موجب شکل‌گرفتن بحث ارتباط این مقرره با مقررات حقوق بین‌الملل عرفی در خصوص عوامل رافع وصف متخلفانه عمل دولت می‌شود. دیوان‌های داور به راه‌حل روشنی در خصوص نحوه تعامل این دو دسته از مقررات نرسیده‌اند.

مسئله تأثیر وضعیت کلی اقتصادی دولت میزبان و همچنین تعهدات خارج از معاهده سرمایه‌گذاری دولت نیز به‌عنوان مبانی تعدیل خسارات مطرح شده است. به نظر می‌رسد در چشم‌انداز آینده موضوع مقاله، تحولاتی با توجه به دعاوی احتمالی آینده در راه باشد.

### واژگان کلیدی

جبران خسارت، بحران اقتصادی، ضرورت، توسعه، معاهدات سرمایه‌گذاری، داور سرمایه‌گذاری



## مقدمه

انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری که رویه‌ای رایج در دهه‌های اخیر شده است<sup>۱</sup> امکان طرح دعوای مستقیم سرمایه‌گذار علیه دولت را در نتیجه نقض استانداردهای حمایتی این معاهدات فراهم کرده است.<sup>۲</sup> امروزه دعوای ناشی از نقض استانداردهای حمایتی، دعوای غالب در چارچوب داوری‌های سرمایه‌گذاری شده است. علی‌رغم اینکه معاهدات سرمایه‌گذاری سلب مالکیت را نیز مورد توجه قرار داده‌اند، دعوای ناشی از سلب مالکیت و ملی کردن در مقایسه با دعوای ناشی از نقض تعهدات حمایتی مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری، کمتر در این داوری‌ها مطرح می‌شود.<sup>۳</sup> همواره یکی از مهم‌ترین مباحث حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، ارزیابی خسارت ناشی از نقض استانداردهای حمایتی این معاهدات توسط دولت بوده است.<sup>۴</sup> به دلیل عدم توجه معاهدات سرمایه‌گذاری به معیارهای ارزیابی خسارت در دعوای غیر از سلب مالکیت، معیارهای گوناگونی از جمله معیار علیت یا معیار ارزش عادلانه بازار توسط دیوان‌های داوری اعمال شده است. با در نظر گرفتن ابعاد گوناگون و گسترده دعوای سرمایه‌گذاری و شرایطی که این دعوای در آن‌ها مطرح می‌شود، تعیین خسارت نباید منحصرأ با اعمال صرف معیارهای ارزیابی صورت گیرد. خسارت قابل پرداخت به سرمایه‌گذار نمی‌تواند از ضرر بالفعل سرمایه‌گذار فراتر رود.<sup>۵</sup> علاوه بر این، گاهی لزوم انعطاف دیوان‌های داوری در فرایند تعیین خسارت و در نتیجه، کاهش خسارت پیش می‌آید.

در ارتباط با شرایط و وضعیت دولت میزبان سرمایه‌گذاری، معیارها و عوامل گوناگونی

۱. در خصوص شکل‌گیری و تحول معاهدات سرمایه‌گذاری، از جمله ن. ک: *دالزر، رودلف و کریستف شروتر؛ اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری*، ترجمه: سیدقاسم زمانی و به‌آذین حسینی؛ چاپ سوم، شهر دانش، ۱۳۹۳، فصل اول؛ ایگناتس، زابیل هوهن فلدرن؛ *حقوق بین‌الملل اقتصادی*، ترجمه: سیدقاسم زمانی؛ چاپ چهارم، شهر دانش، ۱۳۸۵، صص ۳۱۰-۳۰۸.

۲. اقامه مستقیم دعوا از سوی سرمایه‌گذار علیه دولت، یکی از ویژگی‌های بدیع داوری در چارچوب معاهدات سرمایه‌گذاری است. در خصوص چارچوب و ویژگی‌ها و فرایند این نوع داوری، از جمله ن. ک: *لیو، جولیان دی ام و دیگران؛ داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی*، ترجمه: محمد حبیبی مجنده؛ دانشگاه مفید، ۱۳۹۱، صص ۷۹۹-۷۵۹.

۳. محبی، محسن؛ «گرامت در دعوای ناشی از قرارداد سرمایه‌گذاری (غیر از سلب مالکیت)»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، شماره ۱۶، ۱۳۸۸، ص ۲۱۹.

۴. در خصوص معیار و میزان خسارت در اختلافات سرمایه‌گذاری، از جمله ن. ک: محبی، محسن و حسن فرج‌مهرایی؛ «روش‌های ارزیابی غرامت ناشی از سلب مالکیت در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، *فصلنامه علمی دانشنامه‌های حقوقی*، شماره ۲، بهار ۱۳۹۸، صص ۲۳۸-۲۴۷؛ پیران، حسین؛ *مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی*، چاپ سوم، گنج دانش، ۱۳۹۳، صص ۲۶۰-۲۵۱؛ حاتمی، علی و اسماعیل کریمیان؛ *حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه‌گذاری*، چاپ دوم، تیسرا، ۱۳۹۴، صص ۳۳۳-۳۳۴.

5. Sabahi, Borzu, et al., "Principles Limiting the Amount of Compensation", In: Beharry, Christina L., *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Brill-Nijhoff, 2018, p. 325.

می‌تواند خسارت ارزیابی‌شده را تحت تأثیر قرار دهند: می‌توان دسته‌ای از وضعیت‌ها و شرایط مربوط به دولت میزبان را شناسایی کرد که دولت برای کاهش میزان خسارت مطالبه‌شده از سوی سرمایه‌گذار می‌تواند به آن‌ها استناد کند؛ شرایطی چون بحران اقتصادی دولت یا شرایط همه‌گیری جهانی بیماری‌ها، شرایط عمومی اقتصادی دولت، و نیز روبه‌روبودن دولت میزبان با تعهدات بین‌المللی غیر از تعهدات مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری.

این مقاله به دنبال مطالعه شرایط و وضعیت‌های مربوط به دولت میزبان سرمایه‌گذاری که می‌تواند در محاسبه میزان غرامت سرمایه‌گذار مؤثر واقع شود، و نیز نحوه و حدود تأثیر عینی این وضعیت‌ها بر ارزیابی خسارت در داوری‌های سرمایه‌گذاری است.

## ۱. دفاع ضرورت<sup>۶</sup>

ضرورت در حقوق، مخمسه و وضعیت دشواری با مختصاتی فراتر از موقعیت عادی و نیز چارچوب معمول پیش‌بینی‌شده در قانون است که مشمول قواعد خاص خود است.<sup>۷</sup> حتی برخی نویسندگان بیان کرده‌اند که شاید ضرورت، قدرتمندترین مفهوم حقوقی باشد، چرا که می‌تواند وصف عملی را که در حالت عادی غیرقانونی شناخته می‌شود دگرگون کند.<sup>۸</sup>

لزوم اتخاذ اقدامات لازم برای حفظ منافع اساسی زیست‌محیطی دولت<sup>۹</sup> یا مقابله با بحران مالی یا اقتصادی دولت، از وضعیت‌های عینی رایج مورد استناد در بحث ضرورت در حقوق بین‌الملل بوده است. همچنین با توجه به وقوع همه‌گیری جهانی<sup>۱۰</sup> کرونا در دو سال اخیر، امکان استناد به ضرورت برای معافیت از مسئولیت در این مورد نیز مطرح شده است.

## ۱-۱. بحران اقتصادی به‌عنوان ضرورت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری و

### رویه داوری

در این سال‌ها دعاوی داوری سرمایه‌گذاری دربرگیرنده وضعیت ضرورت بسیار رایج بوده‌اند و در آینده نیز احتمالاً رایج‌تر خواهند شد.<sup>۱۱</sup> در این میان در رویه داوری سرمایه‌گذاری، بحران

6. Necessity

7. Sabahi, Borzu, et al., *op.cit.*, p. 335.

8. Ohlin, Jens D., May, Larry, *Necessity in International Law*, Oxford University Press, 2016, p. 1.

9. به‌عنوان مثال، دعاوی معروفی که استناد به ضرورت برای حفاظت از منافع زیست‌محیطی در آن مطرح شده است، دعاوی پروژه گابچیکو ناگیماروس بین مجارستان و اسلواکی نزد دیوان بین‌المللی دادگستری است. ن.ک:

Paddeu, Federica, *Justification and Excuse in International Law: Concept and Theory of General Defences*, Cambridge University Press, 2018, pp. 401-404.

10. Pandemic

11. *Ibid.*, p. 44.

اقتصادی بیشترین مصداق استناد به ضرورت و شرایط مشابه بوده است.

### الف. ضرورت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

مطابق قواعد عام مسئولیت دولت در حقوق بین‌الملل، در دسته‌ای از شرایط، دولت‌ها می‌توانند به معاذیر رافع وصف متخلفانه عمل بین‌المللی استناد کنند. این عوامل شامل مواردی چون دفاع مشروع، ضرورت، اضطرار،<sup>۱۲</sup> اقدامات متقابل، فورس ماژور و رضایت دولتی که عمل متخلفانه علیه آن انجام شده می‌شود.<sup>۱۳</sup>

از میان این معاذیر، دو عنوان فورس ماژور و ضرورت در دعاوی سرمایه‌گذاری می‌توانند قابلیت بیشتری برای اعمال داشته باشند. فورس ماژور در دعاوی اخیر سرمایه‌گذاری چندان مورد استناد واقع نشده و بیشتر در گذشته در حل و فصل اختلافات در چارچوب کمیسیون‌های دعاوی مورد استناد واقع شده است،<sup>۱۴</sup> ولی ضرورت در برخی دعاوی اخیر داوری سرمایه‌گذاری مورد استناد قرار گرفته است. در حالی که دولت می‌تواند در مواردی که نقض تعهد، تنها راه حفظ منافع او در مقابل خطرات مهم و پایدار باشد به ضرورت استناد کند، فورس ماژور می‌تواند در مورد وقایع پیش‌بینی‌نشده خارج از کنترل دولت که انجام تعهد را برای دولت اساساً غیرممکن می‌کنند مورد استناد قرار گیرد. در اغلب موارد می‌توان تفاوت این دو مفهوم را به عنصر خواست (اختیار)<sup>۱۵</sup> دولت منتسب کرد: فورس ماژور رافع عنوان متخلفانه عمل در موردی است که نیرویی غیرقابل مقاومت یا واقعه‌ای پیش‌بینی‌نشده و خارج از کنترل دولت موجب نقض تعهد از سوی دولت می‌شود و بنابراین انجام تعهد در این حالت باید غیرممکن باشد. اما در مورد ضرورت، اجرای تعهد، حداقل در مقام نظر غیرممکن نیست و دولت به‌طور اختیاری عمل ناقض تعهد را انجام می‌دهد اما به گونه‌ای که برای حفظ منافع‌اش در مقابل خطر پایدار و مهم ضروری است.<sup>۱۶</sup> مطابق ماده ۲۵ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص مسئولیت دولت‌ها در قبال اعمال متخلفانه بین‌المللی، دولت نمی‌تواند در خصوص عمل ناقض تعهد بین‌المللی خود به ضرورت استناد کند، مگر آنکه این عمل دولت تنها راه حفظ یک منفعت اساسی در مقابل یک

۱۲. اضطرار (distress) مطابق ماده ۲۴ پیش‌نویس مواد راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت، به شرایطی اطلاق می‌شود که در وضعیت اضطراری هیچ راه معقول دیگری برای حفظ جان شخص فاعل عمل یا اشخاص تحت حفاظت او وجود نداشته است.

۱۳. ن.ک: مواد ۲۰ تا ۲۵ پیش‌نویس مواد راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت.

14. Bjorklund, Andrea, "Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure", In: Muchlinski, Peter, et al. (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008, p. 461.

15. Volition

16. Bjorklund, Andrea, *op.cit.*, pp. 461-462.

خطر پایدار و مهم باشد و دیگر اینکه این عمل به منافع اساسی دولت یا دولت‌های دیگر که تعهد بین‌المللی در قبال آن‌ها وجود داشته، یا به جامعه بین‌المللی دولت‌ها به‌عنوان یک کل زیانی وارد نکند.<sup>۱۷</sup>

علاوه بر قواعد نظام عام مسئولیت دولت، معاهدات سرمایه‌گذاری نیز گاهی استناد به ضرورت را طی شروط خاصی پیش‌بینی کرده‌اند. از جمله این شروط، شرط استناد به اقدامات منع نشده<sup>۱۸</sup> است که می‌تواند در مواقع خاصی برای محافظت از نظم عمومی و منافع اساسی دولت مورد استناد قرار گرفته و دولت را از مسئولیت نقض معاهده معاف کند.<sup>۱۹</sup> البته این شروط به‌ندرت حاوی ارجاع صریح و خاص به بحران اقتصادی یا منافع اقتصادی دولت هستند.<sup>۲۰</sup> این شرط در بسیاری از معاهدات سرمایه‌گذاری درج شده است، از جمله ماده ۱۱ معاهده دوجانبه ایالات متحده - آرژانتین که مقرر می‌دارد: «معاهده مانع اعمال ترتیبات ضروری توسط هر یک از طرفین برای حفظ نظم عمومی، اجرای تعهداتش در ارتباط با حفظ و استقرار صلح و امنیت بین‌المللی یا حفاظت از منافع امنیتی اساسی خود نخواهد بود».<sup>۲۱</sup>

در خصوص منشأ این عامل رافع وصف متخلفانه دولت باید گفت که در قرن نوزدهم، ضرورت، اغلب بر حق ذاتی دولت به حفاظت از خود که بر حقوق شخصی دولت‌های دیگر برتری داشت مبتنی بود.<sup>۲۲</sup> بنابراین ضرورت به‌عنوان رافع وصف متخلفانه عمل دولت، اصولاً در چارچوب روابط بین دولت‌ها توسعه یافته و تسری کامل قواعد آن به روابط میان دولت و سرمایه‌گذار با دشواری‌هایی روبه‌رو خواهد بود.

### ب. استناد به بحران اقتصادی به‌عنوان ضرورت در رویه داوری سرمایه‌گذاری

در سال‌های اخیر، دسته‌ای از دعاوی که در آن‌ها بحران اقتصادی به‌عنوان ضرورت مطرح شده، دعاوی علیه دولت آرژانتین در داوری ایکسید بوده‌اند. آرژانتین در دعاوی علیه شرکت‌های

۱۷. ن.ک: ماده ۲۵ پیش‌نویس مواد راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت.

18. Non-Precluded Measures (NPM)

۱۹. درباره این شروط به‌طور کلی، ن.ک:

Prodromou, Z., *The Public Order Exception in International Trade, Investment, Human Rights and Commercial Disputes*, Kluwer Law International, 2020, ch. 4.

20. Salacuse, Jeswald W., *The Law of Investment Treaties*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2015, p. 379.

21. Treaty between the United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment (1991), Art. 11.

از نمونه‌های دیگر این مقرر می‌توان این موارد را ذکر کرد: ماده ۱۳ معاهده دوجانبه تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری ۲۰۱۶ ایران و ژاپن، ماده ۱۱ معاهده تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری ۱۹۸۵ چین و سنگاپور.

22. Crawford, James, *State Responsibility: the General Part*, Cambridge University Press, 1st Edition, 2013, p. 305.

امریکایی به مادهٔ مربوط به اقدامات منع‌نشده در معاهدهٔ دوجانبهٔ سرمایه‌گذاری آرژانتین - ایالات متحده (ماده ۱۱) استناد کرد.

بحران اقتصادی که موج عظیمی از دعاوی سرمایه‌گذاری را علیه آرژانتین به راه انداخت، بین سال‌های ۱۹۹۹ و ۲۰۰۲ آغاز شد. بحران اقتصادی عموماً به دلیل وقایعی بود که منجر به دیون خارجی و بحران پرداخت‌ها شد. در واکنش به این وقایع، دولت آرژانتین سیاست‌های اقتصادی خاصی از جمله تصویب قانون اضطرار در ۲۰۰۲ و بازنگری در قراردادهای خود با سرمایه‌گذاران خارجی را در پیش گرفت.

علی‌رغم اینکه وقایعی که منجر به استناد دولت آرژانتین به ضرورت در این دعاوی شد یکسان بود، دیوان‌های داوری و نیز کمیته‌های ابطال آرای ایکسید در این باره دیدگاه واحدی نداشتند. بر این مبنا، از جمله بارزترین آرای غیرمستجم و بعضاً متعارضی که در داوری‌های سرمایه‌گذاری در خصوص دعاوی ناشی از وقایع یکسان صادر شده است، آرای صادره در دعاوی سرمایه‌گذاری علیه دولت آرژانتین دانسته شده<sup>۲۳</sup> که ناشی از تفاوت تفاسیر از مقررۀ ماده ۱۱ معاهدهٔ سرمایه‌گذاری آرژانتین - ایالات متحده و تفسیر ضرورت تحت حقوق بین‌الملل عرفی است.<sup>۲۴</sup>

تحلیل دعاوی سرمایه‌گذاری راجع به دولت آرژانتین نشانگر آن است که ضرورت اقتصادی می‌تواند تحت دو نظام حقوقی متفاوت مطرح شود: این امر ممکن است بر مبنای مقررۀ مرتبط در معاهدات سرمایه‌گذاری تحت عنوان اقدامات منع‌نشده، اقدامات استثنائیه،<sup>۲۵</sup> اقدامات (تدابیر) حفاظتی<sup>۲۶</sup> و شرط تخطی از تعهد<sup>۲۷</sup> یا بر مبنای حقوق بین‌الملل عرفی و در شکل دفاع ضرورت مطرح شود.<sup>۲۸</sup>

در خصوص اینکه از میان این دو مبنا کدام‌یک اولویت خواهد داشت، از میان آرای داوری صادرشده در دعاوی راجع به آرژانتین، تنها دیوان داوری در دعاوی *ال.جی.اند.ئی* نقش قاعدهٔ معاهده‌ای را شناسایی کرد و با اولویت‌دادن به مقررۀ معاهده به این نتیجه رسید که آرژانتین از ۱ دسامبر ۲۰۰۱ تا ۲۶ آوریل ۲۰۰۳ در دورهٔ بحران به سر برده که در طول آن، تصویب قوانینی

۲۳. محبی، محسن و سهیلا ابراهیمی؛ «لزوم تشکیل رکن تجدیدنظر در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، *فصلنامهٔ تحقیقات حقوقی*، دورهٔ ۲۲، شماره ۸۷، آذر ۱۳۹۸، ص ۳۶۲.

۲۴. همان، ص ۳۶۳.

25. Excepted Measures

26. Safeguards

27. Derogation Clause

28. Reinisch, August, "Necessity in Investment Arbitration", *Netherland Yearbook of International Law*, vol. 41, 2010, p. 148.

برای حفظ نظم عمومی و محافظت از منافع امنیتی اساسی ضروری بود.<sup>۲۹</sup> دیوان داوری در این دعوا معتقد بود که مسئولیت ناشی از عمل دولت آرژانتین در کنار مقررۀ معاهده باید بر مبنای ماده ۲۵ طرح کمیسیون نیز ارزیابی شود.<sup>۳۰</sup>

شرایط ایجادشده برای دولت آرژانتین، کارکرد دولت و امنیت کشور و رفاه مردم را تحت تأثیر قرار داده بود، اما دیوان‌های داوری که به دعاوی علیه آرژانتین رسیدگی می‌کردند اعتقاد داشتند سرمایه‌گذاری خارجی باید در اولویت ملاحظات دولت باشد.<sup>۳۱</sup> به‌عنوان مثال، دیوان داوری در رأی *سی‌ام‌اس* اگرچه بروز مشکلات اقتصادی را تأیید کرد، آن را رافع وصف متخلفانه عمل دولت آرژانتین ندانست.<sup>۳۲</sup>

دیوان‌های داوری در آرای *سمپرا*، *سی‌ام‌اس* و *انرون* برخلاف دیوان داوری در رأی *ال‌جی‌اندئی* علیه آرژانتین معتقد بودند که حالت ضرورت ابتدائاً باید مطابق حقوق بین‌الملل عرفی ارزیابی شود. یک دلیل این استدلال این بود که مقررۀ مورد استناد در معاهده، شرایط استناد به وضعیت ضرورت را بیان نکرده بود و دیوان‌ها تعریف و شرایط ضرورت را در خارج از معاهده جستجو می‌کردند.<sup>۳۳</sup> به‌عنوان مثال، دیوان داوری در رأی *سمپرا* به‌صراحت بیان کرد که از آنجا که معاهده شرایط و عناصر حالت ضرورت را بیان نکرده، باید به حقوق بین‌الملل عرفی مراجعه شود.<sup>۳۴</sup> دیوان داوری در رأی *سی‌ام‌اس* نیز اظهار داشت که ضرورت به‌طور موقت، وصف متخلفانه را مطابق حقوق بین‌الملل منتفی می‌کند و بنابراین توجه شایسته‌ای به مقررۀ معاهده نکرد.<sup>۳۵</sup> رأی *سمپرا* با این نتیجه‌گیری که عمل دولت آرژانتین شرایط ضرورت را در حقوق بین‌الملل عرفی ندارد، نیازی به بررسی این موضوع مطابق معاهدۀ سرمایه‌گذاری ندید و ماهیت مقررۀ مربوط را تعریف‌نشده تلقی کرد.<sup>۳۶</sup> کمیته ابطال رأی *ایکسید*، این نتیجه‌گیری را منجر به اعمال حقوق بین‌الملل عرفی به جای معاهده دانست.<sup>۳۷</sup>

29. *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 of 3 October 2006, paras. 226-228.

30. *Ibid.*, paras. 245-246.

31. Sornarajah, M., *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2015, pp. 312-313.

32. *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005, paras. 320-321.

33. Martin, Antoine, "Investment Disputes after Argentina's Economic Crisis: Interpreting BIT Non-Precluded Measures and the Doctrine of Necessity under Customary International Law", *Journal of International Arbitration*, Vo. 29, No. 1, 2012, p. 53.

34. *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award of 28 September 2007, para. 376.

35. *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, *op.cit.*, paras. 379-382.

36. *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, *op.cit.*, para. 388.

37. *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, *op.cit.*, Decision of 29 June 2010 on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award, para. 208.

### ج. تأثیر بحران اقتصادی دولت بر ارزیابی خسارت

از جمله موضوعاتی که دیوان‌های داوری در مورد آن نتوانسته‌اند به پاسخ واحد و قاطعی برسند مسئله جبران خسارت در موردی است که دولت در دعاوی ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری می‌تواند ضرورت را اثبات کند.

در دعوی سی.ام.اس دولت آرژانتین ادعا می‌کرد در صورتی که دیوان اعتقاد داشته باشد عمل دولت آرژانتین از مصادیق معاذیر رافع وصف متخلفانه است خسارت نیز قابل مطالبه نخواهد بود.<sup>۳۸</sup> دیوان دیدگاه دولت آرژانتین را نپذیرفت و با اینکه ضرورت را از معاذیر رافع وصف متخلفانه می‌دانست، اعتقاد داشت که تعهد جبران خسارت پس از دوره بحران منتفی نمی‌شود.<sup>۳۹</sup> اما کمیته ابطال ایکسید بدون اینکه رأی صادره را ابطال کند، بیان کرد که دیوان می‌بایست ابتدا اثر استناد به ماده ۱۱ معاهده را بررسی می‌کرد؛ اعمال ماده ۱۱ مانع از حکم به نقض معاهده از سوی آرژانتین می‌شد و بنابراین پرداخت هرگونه خسارتی نیز برای طول دوره ضرورت منتفی می‌شد.<sup>۴۰</sup>

به نظر می‌رسد دیوان داوری در دعوی انرون نیز این دیدگاه را پذیرفته که حتی در صورت صدور رأی به وجود حالت ضرورت، تعهد پرداخت خسارت در جای خود باقی می‌ماند.<sup>۴۱</sup> مبنای این رویکرد این است که از تحمیل زیان اقتصادی بر سرمایه‌گذاری که در وقوع حالت ضرورت تأثیری نداشته است، پرهیز شود.<sup>۴۲</sup>

دیوان داوری در دعوی ال.جی.اند.ئی در این خصوص به ابهام در ماده ۲۷ طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل (عدم تأثیر وضعیت ضرورت بر لزوم جبران خسارت) اشاره کرد، اما نیازی به حل این ابهام ندید زیرا ماده ۱۱ معاهده پاسخگوی این ابهام بود. دیوان در این دعوا آرژانتین را در طول دوره بحران، معاف از مسئولیت دانست. به نظر دیوان، دوره ضرورت تا زمانی که میزانی از ثبات اقتصادی از دست‌رفته باز می‌گشت، باقی بود. در نتیجه، دولت آرژانتین از پرداخت خسارت برای دوره ضرورت معاف شد.<sup>۴۳</sup> بنابراین دیوان اثر حالت ضرورت بر خسارت را محاسبه کرد و خسارات

38. *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, *op.cit.*, para. 306.

39. *Ibid.*, para. 392.

40. *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, *op.cit.*, Decision of 25 September 2007 of the Ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, paras. 145-146.

41. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/01/3, Award of 22 May 2007, para. 345.

42. Kent, Avidan, Harrington, Alexandra, "The Plea of Necessity under Customary International Law: A Critical Review in Light of the Argentine Cases", In: Brown, Chester, Miles, Kate (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011, p. 261.

43. *LG&E energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, *op.cit.*, Decision on Liability of 3 October 2006, para. 226.



دورهٔ ضرورت از مجموع خسارات کسر شد.<sup>۴۴</sup>

رویکردها در خصوص قابلیت مطالبهٔ خسارت برای دورهٔ اضطرار به دو دسته قابل تقسیم است. رویکرد اول به مسئلهٔ جبران خسارت، عدم الزام دولت به پرداخت خسارت است. این رویکرد در برخی موارد می‌تواند موجه باشد،<sup>۴۵</sup> کما اینکه مشروع بودن دفاع دولت باید در ارزیابی خسارت تأثیر داشته باشد.<sup>۴۶</sup>

عدم تأثیر وضعیت ضرورت بر لزوم جبران خسارت مادی که در ماده ۲۷ طرح کمیسیون اشاره شد، مبتنی بر این فرض است که ضرورت متضمن انتخاب ارادی دولت در انجام عمل متخلفانه است<sup>۴۷</sup> و نمی‌تواند دولت را از پرداخت خسارت معاف کند. اگر این ماده بر دعاوی سرمایه‌گذاری قابل اعمال باشد در واقع استناد به ضرورت، هیچ تأثیری بر نتیجهٔ دعوا نخواهد داشت.

رویکرد دوم در این خصوص، تعلیق تعهد دولت به جبران خسارت به جای منتفی شدن تعهد پرداخت خسارت است. این رویکرد مبتنی بر این ایده است که شناسایی عدم تخلف دولت از تعهد بین‌المللی خود نیز مزایایی برای دولت دارد و اعتبار دولت را افزایش می‌دهد.<sup>۴۸</sup>

درج شرط جواز استناد به اقدامات منع‌نشده در مورد منافع امنیتی اساسی دولت در برخی معاهدات سرمایه‌گذاری نیز نشانگر این نکته است که نویسندگان این معاهدات به دنبال اثری فراتر از اثر استناد به ضرورت در حقوق عام مسئولیت بین‌المللی دولت بوده‌اند، و گرنه اصولاً نیازی به درج آن در معاهدات سرمایه‌گذاری وجود نداشت.

این نتیجه‌گیری با توجه به استدلال آرای کمیتهٔ ابطال ایکسید نیز قابل تأیید است. کمیته‌های ابطال آرا در دعاوی سی‌ام‌اس و سمپرا اعتقاد داشتند که اقدامات مطابق مقررهٔ معاهده منجر به نقض معاهده نخواهد شد و بنابراین هیچ خسارتی در قبال این اقدامات برای دورهٔ اضطرار قابل مطالبه نخواهد بود.<sup>۴۹</sup>

44. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic, op.cit.*, Award of 25 July 2007, paras. 107-108.

45. Bjorklund, *op.cit.*, pp. 514-515.

46. Kulick, Andreas, *Global Public Interest in International Investment Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 209.

47. Crawford, *op.cit.*, p. 319.

48. Bjorklund, *op.cit.*, p. 515.

49. *Sempra Energy International v. Argentine Republic, op.cit.*, Decision of 29 June 2010 on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award, paras. 114-115; *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, op.cit.*, Decision of 25 September 2007 of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, paras. 133, 146.

## ۱-۲. همه‌گیری جهانی (پاندمیک) و اقدامات اضطراری دولت‌ها

با وقوع همه‌گیری جهانی ناشی از بیماری کرونا، بسیاری از دولت‌ها مجبور به اتخاذ اقداماتی برای حفظ سلامت عمومی و مقابله با این بیماری شدند که بعضی از این اقدامات ممکن است در مقام نظر در تعارض با تعهدات دولت‌ها در خصوص سرمایه‌گذاری خارجی باشد. محدودیت فعالیت‌های تجاری یا کنترل فعالیت‌های تجاری به گونه‌ای که در بعضی موارد حتی متضمن الزام بنگاه‌های تجاری به تولید کالاهای ضروری در این دوران یا اقدام دولت برای کنترل بنگاه‌های تجاری استراتژیک بوده<sup>۵۰</sup> می‌تواند بسیاری از بنگاه‌های تجاری را که تحت حمایت معاهدات سرمایه‌گذاری هستند تحت تأثیر قرار دهد.

اگرچه تا کنون در چارچوب معاهدات سرمایه‌گذاری رأی در این خصوص صادر نشده تا رویکرد دیوان‌های داوری به نحوه تأثیر اقدامات اضطراری دولت‌ها برای مقابله با همه‌گیری‌ها در احراز مسئولیت و ارزیابی خسارات نقض معاهده در بوتۀ آزمایش قرار گیرد، مطالعه مختصر امکان یا عدم امکان استناد به ضرورت از سوی دولت‌ها در این فرض، چالش‌های پیش روی نظام داوری سرمایه‌گذاری را در این باره آشکار خواهد کرد.

مسئله اقدامات اضطراری دولت در مقابله با همه‌گیری‌ها می‌تواند در چارچوب اختیارات انتظامی دولت در چارچوب معاهدات سرمایه‌گذاری یا شروطی مانند استثنائات وارد بر تعهدات دولت (برای حفاظت از سلامت عمومی و...) نیز تحلیل شود که در این صورت اصولاً اگر استناد به این اختیارات از سوی دیوان داوری موجه تلقی شده و پذیرفته شود، دیگر مسئله ارزیابی خسارت مطرح نخواهد بود.<sup>۵۱</sup> با توجه به حدود موضوع مقاله حاضر، در اینجا به این موضوع صرفاً از دیدگاه دفاع ضرورت یا شروط راجع به اقدامات منع‌نشده در معاهدات نگریسته خواهد شد.

برخی معاهدات سرمایه‌گذاری حاوی شروطی راجع به اقدامات منع‌نشده برای رودررویی با شرایط استثنایی و خاص هستند که در این صورت ممکن است دولت‌ها به این نوع شروط برای معافیت از مسئولیت اقدام کنند. اما رویه داوری سرمایه‌گذاری در خصوص استناد به این شروط (به‌ویژه با توجه به دعوی آرژانتین) نشان می‌دهد که تفسیر دیوان‌های داوری از این شروط و اثر چنین شروطی بر تعیین مسئولیت و ارزیابی خسارت یکنواخت نیست و رویه داوری سرمایه‌گذاری به نتیجه واحدی راجع به چنین شروطی نرسیده است.

50. Cristani, Federica, "How the Coronavirus Crisis Challenges International Investment (Customary) Law Rules: Which Role for the Necessity Defense?", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 53, No. 1, 2021, p. 91.

51. در دعوی متعددی در رویه داوری سرمایه‌گذاری، از جمله در دعوی تکمید، فیلدمن، متایکس و سالوکا، دیوان‌های داوری اعمال اختیارات انتظامی حاکمیتی دولت را در صورت بروز خسارت به سرمایه‌گذار خارجی مستلزم پرداخت خسارت ندانستند. ن.ک: بهمنی، محمدعلی و علی شهبازیان؛ «حمایت از حق بر سلامت در دعوی سرمایه‌گذاری ناشی از بیماری‌های فراگیر جهانی با تکیه بر کووید-۱۹»، *مجله تحقیقات حقوقی*، دوره ۲۳ (ویژه‌نامه حقوق و کرونا)، تابستان ۱۳۹۹، ص ۲۶۰.

در صورتی که امکان استناد به شروطی مانند اقدامات منع‌نشده از سوی دولت به هر دلیلی وجود نداشته باشد، مثلاً معاهده سرمایه‌گذاری فاقد چنین شرطی باشد، امکان طرح دفاع ضرورت مطرح خواهد شد. تقریباً در همه دعاوی بعد از ۲۰۰۰ علیه آرژانتین در داوری سرمایه‌گذاری، دولت آرژانتین به شدت بحران که تهدیدکننده موجودیت دولت بود و نیاز به مقابله با شرایط پیش‌آمده استناد کرد که تنها راه حفاظت از منافع اساسی در برابر این خطر قریب‌الوقوع، اتخاذ اقدامات صورت‌گرفته (تصویب قانون اضطرار و...) بود.<sup>۵۲</sup>

شیوع بیماری‌های همه‌گیر مانند کرونا با توجه به ابعاد جهانی این پدیده که تهدیدی برای سلامت جمعیت هر دولتی است می‌تواند به‌عنوان خطری حتمی و جدی برای دولت تلقی شود<sup>۵۳</sup> که امکان استناد به ضرورت را ممکن سازد. علاوه بر این، تصمیم سازمان بهداشت جهانی مبنی بر طبقه‌بندی همه‌گیری جهانی به‌عنوان امر اضطراری سلامت عمومی متضمن دغدغه بین‌المللی<sup>۵۴</sup> و اقدامات اضطراری دولت‌ها برای مقابله با گسترش بیماری، همگی نشان‌دهنده آن است که همه‌گیری جهانی کرونا تهدیدکننده منافع اساسی دولت است.<sup>۵۵</sup>

با توجه به ماهیت استثنایی و فوق‌العاده همه‌گیری جهانی، برخی نویسندگان معتقدند دیوان‌های داوری در صورت مواجهه با مسئله همه‌گیری باید سلامت و زندگانی شهروندان در مواجهه با خطر فوق‌العاده را به‌عنوان هدف دکتترین ضرورت در نظر گیرند.<sup>۵۶</sup> برای مشاهده تأثیر استناد به اقدامات اتخاذشده برای مقابله با همه‌گیری جهانی کرونا باید به انتظار آرای داوری در آینده ماند تا مشخص شود که رویه حاصل از دعاوی احتمالی آینده در این باره تا چه میزان از رویه دیوان‌های داوری رسیدگی‌کننده به دعاوی آرژانتین فاصله خواهد گرفت.

## ۲. شرایط سیاسی و اقتصادی دولت میزبان

در سال‌های اخیر، بحث در خصوص ایجاد تعادل میان کارکرد نظارتی دولت و منافع سرمایه‌گذار، توجه بسیاری به خود جلب کرده است. یکی از ابعاد این موضوع در خصوص استانداردهای حمایتی معاهدات سرمایه‌گذاری است. برخی از این استانداردها نسبی هستند و به استاندارد که مطابق آن با سرمایه‌گذاران داخلی یا سرمایه‌گذاران تبعه دولت‌های ثالث رفتار می‌شود بستگی دارند، اما برخی دیگر مانند استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه و نیز تعهد حمایت و امنیت کامل، از این نظر معیارهایی مطلق ارائه می‌کنند. آیا این معیارها برای همه دولت‌ها صرف‌نظر از سطح

52. Cristani, Federica, *op.cit.*, pp. 104-105.

53. *Ibid.*, p. 112,

54. Public Health Emergency of International Concern

55. *Ibid.*

56. Katsikis, Dimitrios, “‘Necessity’ due to COVID-19 as a Defence to International Investment Claims”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, Issue 1, Winter 2021, p. 69.

توسعه‌یافتگی، اوضاع و احوال اقتصادی و فضای سرمایه‌گذاری در زمان سرمایه‌گذاری یکسان هستند یا خیر؟ معدودی از دیوان‌های داوری، ملاحظاتی چون سطح توسعه اقتصادی و ثبات سیاسی را در رأی خود لحاظ کرده‌اند.<sup>۵۷</sup>

گاهی در داوری سرمایه‌گذاری، فضای سرمایه‌گذاری در زمان نقض تعهدات دولت میزبان تأثیر بسزایی در تعیین ارزش سرمایه‌گذاری که سرمایه‌گذار که از آن محروم شده دارد، بررسی شرایط سیاسی - اجتماعی و نیز فضای سرمایه‌گذاری در کشور میزبان، داوران را در درک میزان مواجهه سرمایه‌گذار با ریسک در زمان وقوع خسارت ناشی از نقض معاهده یاری می‌کند. دیوان‌های داوری باید به جای استفاده از دسته‌بندی‌های مبهم مانند «بازار نوظهور» برای اندازه‌گیری میزان ریسک سرمایه‌گذاری در کشور میزبان، از معیارهای عینی‌تر برای ارزیابی ریسک جهت تشخیص مسئولیت و ارزیابی خسارت استفاده کنند.<sup>۵۸</sup>

## ۲-۱. رویکرد دیوان‌های داوری به تأثیر شرایط سیاسی و اقتصادی دولت میزبان در دعاوی سرمایه‌گذاری

دیوان‌های داوری به‌طور کلی دو رویکرد متفاوت به تأثیر وضعیت اقتصادی دولت میزبان و سطح توسعه‌یافتگی آن در دعاوی سرمایه‌گذاری داشته‌اند و عوامل مذکور را در دو مرحله متفاوت در رسیدگی‌های خود در نظر گرفته‌اند: در برخی موارد، دیوان‌های داوری در تصمیم خود راجع به مسئولیت دولت میزبان به این عوامل، و در دسته دیگر، به عواملی چون وضعیت اقتصادی و سطح توسعه در مرحله ارزیابی خسارت ناشی از نقض معاهده توجه کرده‌اند.<sup>۵۹</sup>

در خصوص مورد اول، به‌عنوان مثال، دیوان داوری در *دعوی پارکرینگر علیه لتونی*، رأی به نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه نداد. به نظر دیوان، سرمایه‌گذار از انتظارات مشروع خود محروم نشده بود تا منجر به نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه شود.<sup>۶۰</sup> به نظر دیوان، لتونی از گذشته خود به‌عنوان بخشی از اتحاد جماهیر شوروی، در حال گذار به عضویت در اتحادیه اروپا بود و تغییرات در قوانین بعد از انعقاد قرارداد سرمایه‌گذاری باید برای هر سرمایه‌گذاری محتمل می‌نمود، و خواهان با وجود احتمال عدم ثبات در لتونی در دوره گذار، با تصمیم به سرمایه‌گذاری،

57. Kriebaum, Ursula, "Are Investment Treaty Standards Flexible Enough to Meet the Needs of Developing Countries?", In: Baetens, Freya (ed.), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*, Cambridge University Press, 2013, pp. 331-335.

58. Ginsburg, Robert, "Country Risk Analysis and Investor-State Dispute Settlement: A New Approach", *Georgetown Journal of International Law*, vol. 50, 2019, p. 428.

59. Kriebaum, Ursula, *op.cit.*, p. 333.

60. *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award of 11 September 2007, para. 346.

در واقع خود را در معرض ریسک قرار داد.<sup>۶۱</sup> همچنین در دعوی *ال.جی.اند.ئی*، دیوان با لحاظ اوضاع اقتصادی دولت آرژانتین، استاندارد پایین‌تری از رفتار عادلانه و منصفانه را اعمال کرد؛ هرچند باز هم رأی به نقض این استاندارد از سوی دولت آرژانتین داد.<sup>۶۲</sup>

رأی دیگری که شرایط اقتصادی سیاسی دولت میزبان به‌وضوح در آن لحاظ شد، مربوط به سال ۲۰۱۵ در دعوایی علیه دولت آلبانی است. به اعتقاد دیوان داوری در این دعوا، اثبات نقض تعهد رفتار عادلانه و منصفانه بودن داشتن رویکردی متعادل به ارزیابی رفتار دو طرف دعوا ناممکن است؛<sup>۶۳</sup> در زمان انجام سرمایه‌گذاری وضعیت آلبانی آشفته و از نظر زیربنایی و چارچوب حقوقی در وضعیت ناپایداری بود و خواهان نیز از این شرایط آگاه بود.<sup>۶۴</sup>

## ۲-۲. تأثیر شرایط اقتصادی دولت میزبان بر ارزیابی خسارت

برخی دیوان‌های داوری پس از صدور حکم به وقوع نقض استانداردهای معاهدات سرمایه‌گذاری توسط دولت میزبان، به سطح توسعه‌یافتگی دولت و نیز شرایط اقتصادی، اجتماعی و سیاسی دولت در تصمیم خود راجع به خسارت توجه کرده‌اند.

یکی از آرای که با توجه به سطح توسعه دولت میزبان و شرایط سیاسی، اقتصادی و اجتماعی، میزان خسارت کاهش داده شده، رأی *ای.ام.تی* علیه زئیر است. در این دعوا سرمایه‌گذار در نتیجه تخریب اموالش در طول شورش‌ها و اعمال خشونت‌آمیز متحمل خساراتی شد و دیوان داوری دولت زئیر را ناقض تعهد حمایت و امنیت کامل دانست اما در مرحله ارزیابی خسارت، دیوان اوضاع بی‌ثبات سیاسی و فضای تجاری را در نظر گرفت. دیوان بر این عقیده بود که علی‌الخصوص عدم‌النفع و بهره نمی‌تواند همانند فرضی که این سرمایه‌گذاری در کشوری با فضای سرمایه‌گذاری باثبات صورت گرفته بود، به نفع سرمایه‌گذار مورد حکم قرار گیرد.<sup>۶۵</sup>

در دعوی *اس.ام.اس* علیه آرژانتین، دولت ضمن چندین سند حقوقی، تضمیناتی برای تنظیم بهای انتقال گاز طبیعی داده بود که در طول دوره بحران، ابتدا این تضمینات را معلق کرده و سپس آن‌ها را لغو کرد. دیوان در هنگام ارزیابی نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه به وضعیت اقتصادی دولت آرژانتین اشاره کرده و اظهار داشت که این بحران آن‌چنان شدید نیست که آرژانتین را از مسئولیت معاف کند یا رافع عمل متخلفانه دولت آرژانتین باشد. با این حال

61. *Ibid.*, paras. 335-336.

62. *LG&E energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic op.cit.*, Decision on Liability of 3 October 2006, para. 139.

63. *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/11/24, Award of 30 March 2015, para. 634.

64. *Ibid.*, para. 625.

65. *American Manufacturing & Trading Inc. v. Republic of Zaire*, Case No. ARB/93/1, Award of 21 February 1997, paras. 6.04-6.11, 7.14, 7.15, cited in: Kriebaum, Ursula, *op.cit.*, pp. 338.

دیوان داوری در زمان ارزیابی خسارت، به بحران اقتصادی آرژانتین توجه کرد و چگونگی تأثیر یک تضمین حقوقی را در شرایط اقتصادی در حال فروپاشی مورد بحث قرار داد و عنوان کرد که نمی‌توان تضمینات حقوقی ارائه‌شده از سوی دولت را نادیده گرفت، ولی از سوی دیگر نمی‌توان واقعیت اقتصادی را نیز که زیربنای اداره صنایع بود نادیده گرفت.<sup>۶۶</sup> در نتیجه از نظر دیوان داوری، اگرچه شرایط اقتصادی مانع اجرای تعهد حقوقی نبود، شرایط واقع‌شده تأثیر ملموسی بر شیوه اعمال قاعده حقوقی داشت. به نظر دیوان داوری، وضعیت پیش‌آمده مصداق فورس ماژور نبود که چاره‌ای برای آن نباشد، اما در هر صورت این وضعیت بر جریان عادی تجارت و سرمایه‌گذاری تأثیرگذار بود و هر دو طرف به گونه‌ای معقول در هزینه‌های بحران اقتصادی شریک بودند و بنابراین برخی پیامدهای ناشی از بحران را در ارزیابی و تعیین خسارت در این دعوا مؤثر دانست.<sup>۶۷</sup>

افزون بر این آرای داوری سرمایه‌گذاری باید به تأملات دیگری نیز که در خصوص ایجاد تعادل بین منافع سرمایه‌گذار و وضعیت اقتصادی دولت در تعیین خسارت صورت گرفته اشاره کرد: در نظر جداگانه *براونلی* در *دعوی سی‌ام،ئی علیه جمهوری چک*، علاوه بر اینکه رویکرد دیوان داوری به ارزیابی خسارت با توجه به معاهده سرمایه‌گذاری هلند و جمهوری چک نقد شده، نکاتی در خصوص توجه به وضعیت اقتصادی دولت و تعهدات دولت نسبت به شهروندانش در تعیین خسارت مطرح می‌شود: «معاهده سرمایه‌گذاری تنها وسیله‌ای برای درج شرط داوری نیست. همچنین دعوایی که واقع شده، صرفاً برای حمایت از اموال سرمایه‌گذار به نحوی منفعلانه نیست؛ دعوا راجع به یک جریان سرمایه‌گذاری خارجی با توجه به مقررات معاهده است. هر گونه ارزیابی رویکرد تجاری به جبران خسارت در رسیدگی‌ها باید با توجه شایسته به خصیصه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری همراه باشد؛ در این زمینه پافشاری بر اینکه این موضوع منحصرأً تجاری است یا اینکه منافع مورد بحث، بیش و کم صرفاً منافع سرمایه‌گذار است، غیرقابل قبول است. این رویکرد، برخی خصائص اساسی روابط معاهده‌ای را نادیده می‌گیرد. عنصر اول در این مورد، اهمیت این نکته است که خواننده در این رسیدگی‌ها دولت دارای حاکمیت است که مسئول رفاه مردمش است. این به معنای اعطای امتیازی به دولت چک نیست، بلکه به معنی شناسایی شاخصه و مسئولیت‌های دولت است. دولت جمهوری چک، بنگاه تجاری نیست».<sup>۶۸</sup> از دیدگاه *براونلی* «اینکه نتیجه پذیرش معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری شکل مسئولیتی را به خود بگیرد که

66. *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005, para. 165.

67. *Ibid.*, para. 356.

68. Separate Opinion on the Issues at the Quantum phase of *CME v. Czech Republic* by Ian Brownlie, 14 March 2003, paras. 72-74.

احتمال بروز آثار فاجعه‌بار برای معیشت و رفاه اقتصادی مردم<sup>۶۹</sup> جمهوری چک را داشته باشد، به‌واقع شگفت‌انگیز خواهد بود.<sup>۷۰</sup>

نظر جداگانه برائلی یکی از معدود مواردی دانسته شده است که در آن اصل تناسب<sup>۷۱</sup> در موضوع جبران خسارت توسط یکی از داوران در حوزه داوری سرمایه‌گذاری مورد توجه قرار گرفته است.<sup>۷۲</sup> در این میان باید اهداف دولت‌ها از انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری را نیز یادآور شد: دولت‌های میزبان با انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری در پی پیشبرد توسعه کشور خود از طریق تسهیل جریان ورود سرمایه‌گذاری خارجی به قلمرو خود هستند تا از این رهگذر، ورود منابع به کشور، اشتغال‌زایی، انتقال فناوری، آموزش و ارتقای مزیت‌های نسبی از مسیر تقویت صنایع داخلی، دسترسی به بازار بین‌المللی، افزایش گردش مالی و افزایش درآمدهای مالیاتی تسهیل شود.<sup>۷۳</sup>

### ۳. تعهدات بین‌المللی خارج از معاهده سرمایه‌گذاری دولت

در سال‌های اخیر، نحوه تعامل معاهدات سرمایه‌گذاری و تعهدات بین‌المللی دیگر دولت‌های میزبان از مسائل بسیار مورد توجه در حقوق بین‌الملل و مباحث داوری سرمایه‌گذاری بوده است. در پی این بحث، ناگزیر تأثیر یا عدم تأثیر تعهدات غیر معاهده سرمایه‌گذاری در ارزیابی خسارت ناشی از نقض معاهده سرمایه‌گذاری که با استناد دولت به تعهدات بین‌المللی دیگر خود صورت می‌گیرد نیز باید مطالعه شود. معاهدات دوجانبه و چندجانبه سرمایه‌گذاری منعقد بین دولت‌ها اگرچه در حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری در چارچوب این معاهدات نقش اصلی را دارند، در منظومه بزرگ‌تر منابع تعهدات بین‌المللی دولت‌ها قرار می‌گیرند. گاهی ممکن است ارتباط بین

۶۹. طبق آنچه در نظر جداگانه پروفیسور برائلی آمده است، در حالی که میزان خسارت ادعایی خواهان در این دعوا ۴۹۵٫۲ میلیون دلار بود، درآمد ناخالص ملی جمهوری چک حدود ۵۳٫۹ میلیارد دلار و بنابراین خسارت مورد ادعای خواهان حدود یک درصد درآمد ناخالص ملی این کشور بود.

70. Separate Opinion on the Issues at the Quantum phase of *CME v. Czech Republic* by Ian Brownlie, *op.cit.*, para. 78.

۷۱. اصل تناسب می‌تواند به‌عنوان راهکاری برای حل تعارض بین منافع و حقوق متفاوت استفاده شود. ن.ک: Kingsbury, Benedict, Schill, Stephan, "Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest- The Concept of Proportionality", In: Schill, Stephan (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, 1st ed., Oxford University Press, 2010, pp. 75 et seq.

72. Alrashid, Meriam N., "The Arbitral Tribunal's Discretion in Quantifying Damages", In: Laird, Ian, et al. (eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 8, Juris Publishing, 2015, p. 341.

۷۳. بهمنی، محمدعلی و حسن فرج‌مهرابی؛ «ضوابط جبران خسارت ناشی از سلب مالکیت از سرمایه‌گذار خارجی از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۱، شماره ۳، پاییز ۱۴۰۰، ص ۸۶۸.

تعهدات بین‌المللی مختلف به صورت تعارض در مقام اجرا یا تفسیر قابل تصور باشد<sup>۷۴</sup> و اجرای یک تعهد، مستلزم نقض تعهد دیگری باشد؛<sup>۷۵</sup> با توجه به اینکه تعارض یا تناقض معاهدات نیز صورت‌های مختلف دارد،<sup>۷۶</sup> اصولاً فی‌نفسه هیچ تعارضی در معنای تناقض مثلاً بین قواعد حقوق بشر و تعهدات مربوط به حمایت از سرمایه‌گذاری وجود ندارد.<sup>۷۷</sup>

می‌توان تأثیر تعهدات خارج از معاهدات سرمایه‌گذاری دولت‌ها بر تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری و سنجش نقض و عدم نقض تعهدات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری و نهایتاً امکان تأثیرگذاری بر ارزیابی خسارت را با ارائه تقسیم‌بندی از حوزه‌های تعهدات بین‌المللی دولت‌ها که تأثیرشان در سال‌های اخیر در رویه داورى معاهدات سرمایه‌گذاری مطرح شده مطالعه کرد.

### ۳-۱. تعهدات زیست‌محیطی بین‌المللی دولت‌ها

مسئله تأثیر تعهدات بین‌المللی زیست‌محیطی دولت در ارزیابی خسارات نقض تعهدات راجع به استانداردهای حمایتی معاهدات سرمایه‌گذاری از چالش‌های مهم داورى سرمایه‌گذاری است. رویه داورى در چارچوب معاهدات سرمایه‌گذاری دربردارنده نمونه‌هایی از بحث تأثیر این تعهدات بر ارزیابی یا تعدیل خسارت قابل مطالبه توسط سرمایه‌گذار است.

مسئله تأثیر تعهدات زیست‌محیطی دولت بر تعیین خسارت، در یکی از دعاوی سرمایه‌گذاری علیه دولت کاستاریکا مطرح شد که دولت کاستاریکا در توجیه نقض معاهده سرمایه‌گذاری به تعهد خارج از معاهده سرمایه‌گذاری استناد کرد. دعوای مذکور راجع به مصادره حقوق مالکانه خواهان در ناحیه سانتا النا<sup>۷۸</sup> (که به منظور توسعه برای استراحت‌گاه توریستی خریداری شده بود) در شمال غربی کاستاریکا بود که به‌عنوان منطقه‌ای با تنوع زیست‌محیطی بالا و پوشش گیاهی و جانوری متنوع که بسیاری از گونه‌های این پوشش گیاهی و جانوری مختص همان ناحیه‌اند شناخته می‌شود.<sup>۷۹</sup> دولت کاستاریکا پیش از ورود دیوان به مرحله تعیین خسارت، در توجیه سلب مالکیت، شرحی از پایبندی خود به تعهدات زیست‌محیطی بین‌المللی و نیز منحصر به فرد بودن

۷۴. «گاه دو یا چند معاهده که با یکدیگر سازگاری کامل دارند، به هنگام اجرا یا تفسیر بعضی از مقررات آن معاهدات، همدیگر را دفع می‌کنند. چنین تناقضاتی در معاهدات بازرگانی یا اقتصادی به‌وفور دیده شده است.» فلسفی، هدایت‌الله؛ حقوق بین‌الملل معاهدات، چاپ پنجم، نشر نو، ۱۳۹۵، ص ۶۴۵.

۷۵. پیشین؛ ص ۶۴۴.

۷۶. پیشین؛ ص ۶۴۵.

77. De Brabandere, Eric, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*, Cambridge University Press, 2014, p. 136.

78. Santa Elena

79. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award of 17 February 2000, para. 15.



ناحیهٔ سانتا النا از نظر اکولوژیک و نیز پیش‌زمینهٔ اختلاف طرفین ارائه داد.<sup>۸۰</sup> دیوان داوری بر این عقیده بود که در حالی که مصادره به دلایل زیست‌محیطی می‌تواند در راستای هدف عمومی و مشروع تلقی شود، صرف اینکه اموال خواهان برای این منظور مصادره شده، بر ماهیت یا معیار خسارت تأثیر نخواهد گذاشت. از نظر دیوان، اقدامات زیست‌محیطی منجر به سلب مالکیت، مشابه هر اقدام دیگر منجر به مصادره است که ممکن است دولت در راستای اجرای سیاست‌های خود انجام دهد و در هر حال، تعهد جبران خسارت به جای خود باقی است.<sup>۸۱</sup> بنابراین دیوان داوری در ارزیابی خسارت، توجهی به تأثیر تعهد بین‌المللی خارج از معاهدهٔ سرمایه‌گذاری نکرد.

### ۳-۲. تعهدات بین‌المللی حقوق بشر

بخش قابل توجهی از تعامل معاهدات سرمایه‌گذاری و تعهدات بین‌المللی دیگر دولت‌ها در ارتباط با معاهدات حقوق بشر شکل می‌گیرد. در معاهدات حقوق بشر، قاعدهٔ حقوقی بر عمل حقوقی برتری دارد و با آنکه دولت‌ها در این باره در قبال یکدیگر متعهد می‌شوند، تعهدات‌شان باید در روابط میان هریک از دولت‌های طرف معاهده و اشخاصی که در حیطهٔ صلاحیت آن دولت قرار گرفته‌اند به اجرا درآید.<sup>۸۲</sup> با توجه به اینکه معاهدات حقوق بشر و معاهدات سرمایه‌گذاری موضوع واحدی ندارند تا بتوان قواعد تعارض معاهدات را در روابط بین این دو دسته از معاهدات اعمال کرد،<sup>۸۳</sup> طرح این مسئله و مطالعهٔ نحوهٔ نگرش دیوان‌های داوری به آن واجد اهمیت می‌شود. دولت‌ها نمی‌توانند در معاهدات سرمایه‌گذاری تعهداتی را بپذیرند که ناقض تعهدات حقوق بشری‌شان باشد.<sup>۸۴</sup> با این حال، علی‌رغم اینکه شاید از نگاه نظری تعارض ذاتی و تناقض معاهدات سرمایه‌گذاری و معاهدات حقوق بشر چندان قابل تصور نباشد، تعارض در مقام اجرا همچنان منتفی نیست و اجرای تعهدات بین‌المللی حقوق بشر در مواقعی می‌تواند به‌طور بالقوه دولت را در معرض نقض معاهدات سرمایه‌گذاری قرار دهد.

در رویهٔ داوری سرمایه‌گذاری، گاهی دولت‌های خواننده در پاسخ به ادعای نقض استانداردهای حمایتی معاهدات سرمایه‌گذاری به تعهدات حقوق بشری خود استناد کرده‌اند. یکی از دعاوی

80. *Ibid.*, para. 34.

81. *Ibid.*, paras. 71-72.

82. فلسفی؛ همان، ص ۶۸۰.

83. ماده ۳۰ معاهدهٔ ۱۹۶۹ راجع به حقوق معاهدات، عنوان «اجرای معاهدات متوالی متضمن موضوع یکسان» را دارد. ن.ک: پیشین، صص ۶۵۲-۶۴۷.

84. سیفی، سیدجمال و آرش بهزادی پارسى؛ «رابطه میان حقوق سرمایه‌گذار خارجی و تعهدات بین‌المللی حقوق بشر و محیط‌زیست»، *مجلهٔ حقوقی بین‌المللی*، سال سی‌وششم، شمارهٔ ۶۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۸، ص ۴۴.

سرمایه‌گذاری دربردارنده این بحث، دعوای زیمنس علیه آرژانتین است: دولت آرژانتین بر آن بود که رأی دیوان به سود خواهان، متضمن بی‌توجهی به اسناد بین‌المللی حقوق بشر است. آرژانتین توجه دیوان را به اصلاح قانون اساسی خود در ۱۹۹۴ جلب کرد که طی آن جایگاه اساسی بسیاری از اسناد بین‌المللی حقوق بشر شناسایی شد.<sup>۸۵</sup> دیوان داوری استدلال آرژانتین با ارجاع به اسناد حقوق بشر را به دلیل اینکه شرح و توسعه پیدا نکرده بود، فاقد تأثیر در ماهیت دعوا دانست.<sup>۸۶</sup>

اگرچه دیوان داوری در دعوای زیمنس ادعای آرژانتین را در خصوص لزوم عدم اعمال معیار ارزش عادلانه بازار نپذیرفت، برخی نویسندگان این امر را به دلیل نقص استدلال دولت آرژانتین می‌دانند و نه عدم امکان طرح استدلالی موفق در این خصوص. دیوان در این دعوا بیان کرد که ارجاع به اسناد بین‌المللی حقوق بشر بدون شرح و توسعه کافی نمی‌تواند ارتباطی با ماهیت دعوا داشته باشد.<sup>۸۷</sup> بنابراین شاید عدم تأثیر ارجاع به تعهدات حقوق بشری از سوی آرژانتین به این دلیل بوده که دولت آرژانتین صرفاً ارجاعی کلی به تعهدات حقوق بشری خود داشت و به‌طور خاص و عینی اثبات نکرد که چگونه عدم نقض استانداردهای معاهده با مبانی ادعایی خواهان می‌توانست منجر به نقض تعهدات بین‌المللی راجع به حقوق بشر شود.

یکی از مهم‌ترین دعاوی که در رویه داوری سرمایه‌گذاری در خصوص تأثیر تعهدات بین‌المللی دولت (در حوزه حقوق فرهنگی) بر ارزیابی خسارت وجود دارد، دعوای *اس.پی.پی* علیه مصر است که ناشی از موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری بین دولت مصر و *اس.پی.پی* با هدف ساخت چندین مجموعه گردشگری در اطراف اهرام مصر و ساحل دریای مدیترانه بود. دولت مصر در ۱۹۷۶ و ۱۹۷۷ توسعه و ساخت این بناها را تأیید کرد و ساخت آن‌ها در اواسط ۱۹۷۷ آغاز شد.<sup>۸۸</sup> ساخت این طرح با مخالفت‌های سیاسی در مصر روبه‌رو شد و مخالفان طرح معتقد بودند که ساخت این طرح، تهدیدی برای آثار باستانی کشف‌نشده است.<sup>۸۹</sup> دولت مصر طی اقداماتی در ۱۹۷۸ ناحیه مورد نظر برای ساخت طرح را جزء اموال عمومی اعلام و تأییدات قبلی احداث طرح را لغو کرد.<sup>۹۰</sup> *اس.پی.پی* این امر را منجر به نقض تعهدات مصر دانست. دولت مصر اعتقاد داشت لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون یونسکو در ۱۹۷۵ مستلزم لغو پروژه اهرام بود و به مواد ۴ و ۵

85. *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award of 17 January 2007, para. 75.

86. *Ibid.*, para. 79.

87. Liberti, Lahra, "The Relevance of Non-Investment Treaty Obligations in Assessing Compensation", In: Dupuy, Pierre-Marie, et al., (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp. 559-560.

88. *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award of 20 May 1992, paras. 58-61.

89. *Ibid.*, para. 62.

90. *Ibid.*, para. 65.

کنوانسیون یونسکو (حاوی تعهدات راجع به حمایت از میراث فرهنگی) استناد می‌کرد.<sup>۹۱</sup> دیوان داوری ادعای دولت مصر را که بر مبنای کنوانسیون یونسکو طرح را لغو کرده بود رد کرد زیرا از دیدگاه دیوان، تعهد به حفظ آثار باستانی تنها پس از پذیرش تعیین زمین‌های اهرام به‌عنوان اموال مورد حمایت مطابق کنوانسیون یونسکو در ۱۹۷۹ ایجاد شد. بر این مبنای دیوان کنوانسیون یونسکو را به خودی خود برای توجیه اقدام منجر به مصادره نپذیرفت، اگرچه لغو طرح به‌عنوان سلب مالکیت مشروع پذیرفته شد که در قبال آن باید خسارت پرداخت می‌شد. در عین حال دیوان پذیرفت که پس از اینکه درخواست مصر برای ورود زمین‌های اهرام به‌عنوان اموال مورد حمایت از سوی کمیته میراث جهانی پذیرفته شد، دولت مصر اختیار داشت که طرح مذکور را ناسازگار با تعهدات خود در کنوانسیون یونسکو بداند.<sup>۹۲</sup>

### ۳-۳. تعهدات دولت‌های عضو اتحادیه اروپا

تحولات سال‌های اخیر در مقررات اتحادیه اروپا در راستای گسترش صلاحیت اتحادیه به مسائل تجاری، آثار دامنه‌داری بر حقوق سرمایه‌گذاری در چارچوب اتحادیه اروپا<sup>۹۳</sup> داشته است. تعامل و ارتباط حقوق اتحادیه اروپا و معاهدات سرمایه‌گذاری، معطوف به تعارض تعهدات دولت‌های عضو اتحادیه اروپا در چارچوب معاهدات بنیادین اتحادیه اروپا و تعهدات دولت‌های عضو اتحادیه در چارچوب معاهدات سرمایه‌گذاری است.

در نتیجه اجرایی‌شدن معاهده لیسبون (۲۰۰۷)<sup>۹۴</sup> در ۲۰۰۹ تحولات گسترده‌ای درباره موضوعات مرتبط با سرمایه‌گذاری در حقوق اتحادیه اروپا ایجاد شد که این تحول از جمله ناشی از اصلاحات در مقررۀ ماده ۲۰۷ معاهده کارکرد اتحادیه اروپا<sup>۹۵</sup> دانسته شده که بر اساس آن سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی وارد حوزه‌های سیاست تجاری مشترک و در نتیجه جزئی از صلاحیت اتحادیه شد<sup>۹۶</sup> که متعاقب آن اختیار انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری با کشورهای ثالث از

91. *Ibid.*, para. 150.

92. *Ibid.*, para. 156.

93. Intra-EU

94. معاهده لیسبون در واقع به گونه‌ای جایگزین طرح قانون اساسی اتحادیه اروپا است که تغییرات حقوقی، رویه‌ای و نهادی مهمی در اتحادیه اروپا به همراه داشت. معاهده لیسبون از جمله دربرگیرنده اصلاح دو سند اساسی اتحادیه اروپا (معاهده مؤسس جامعه اروپا که با اجرایی‌شدن معاهده لیسبون، معاهده کارکرد اتحادیه اروپا نامیده می‌شود و معاهده راجع به اتحادیه اروپا) است:

(Fairhurst, John, *Law of the European Union*, 11th Edition, Pearson, 2016, p. 27.)

95. Treaty on the Functioning of the European Union

96. سیفی، سیدجمال و علی حسنخانی؛ «حقوق اتحادیه اروپا و معاهدات سرمایه‌گذاری اعضا؛ با تأکید بر پیمان لیسبون»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال سی‌ونهم، شماره ۵۹، پاییز و زمستان ۱۳۹۷، صص ۴۱-۴۲.

اعضای اتحادیه به اتحادیه منتقل خواهد شد.<sup>۹۷</sup>

یکی از عواملی که در ارتباط با این تغییر سیاست تحول‌ساز بوده، قضیه *آخمیا* است که صدور رأی از سوی دیوان دادگستری اتحادیه اروپا را نیز به همراه داشت.<sup>۹۸</sup> در ۲۰۰۴ دولت اسلواکی در راستای اصلاح نظام سلامت و بهداشت خود، آغاز به آزادسازی بازار بیمه سلامت کرد اما در ۲۰۰۶ پس از وقوع تغییراتی در دولت، این آزادسازی به‌طور جزئی لغو شد و توزیع سود شرکت‌های خصوصی بیمه سلامت ممنوع شد.<sup>۹۹</sup> این ممنوعیت سپس از طریق رأی دادگاه در اسلواکی مخالف قانون اساسی شناخته شد.<sup>۱۰۰</sup> *آخمیا* بر مبنای تأثیر منفی اقدامات قانونگذاری اسلواکی بر سرمایه‌گذاری *آخمیا*، داوری علیه اسلواکی را در چارچوب معاهده سرمایه‌گذاری و بر مبنای چون سلب مالکیت غیرمستقیم، نقض تعهد رفتار عادلانه و منصفانه آغاز کرد.<sup>۱۰۱</sup> با صدور رأی به سود سرمایه‌گذار، اسلواکی درخواست ابطال رأی داوری را در مقر داوری (فرانکفورت) مطرح کرد. با رد دعوا در مرحله نخست و تجدیدنظرخواهی دولت اسلواکی، دادگاه فدرال آلمان از دیوان دادگستری اتحادیه اروپا درخواست رأی مقدماتی<sup>۱۰۲</sup> در خصوص تعارض مقررۀ حل و فصل اختلاف معاهده با مقررات اتحادیه کرد. به نظر دیوان دادگستری اتحادیه اروپا، مقررۀ حل و فصل اختلاف موجود در معاهده، ناقض حقوق اتحادیه بود چرا که به دیوان‌های داوری (که جزئی از نظام قضایی اتحادیه اروپا نیستند) اختیار تفسیر و اجرای حقوق اتحادیه را بدون امکان تضمین اجرای مؤثر مقررات اتحادیه اروپا می‌داد. به نظر دیوان دادگستری اتحادیه اروپا ماده راجع به حل و فصل اختلاف در معاهده سرمایه‌گذاری تأثیر منفی بر اقتدار حقوق اتحادیه دارد.<sup>۱۰۳</sup>

در راستای تحولات اخیر در حوزه حقوق سرمایه‌گذاری در درون اتحادیه اروپا، قضیه *واتن‌فال* نیز روایتی دیگر از مسائل غامض قانون حاکم و صلاحیت دیوان‌های داوری در اختلافات سرمایه‌گذاری درون اتحادیه اروپا است. در ۲۰۱۲ *واتن‌فال* به‌عنوان شرکت سوئدی فعال در حوزه انرژی در آلمان در واکنش به تصمیم دولت آلمان مبنی بر کنارگذاشتن انرژی هسته‌ای به دنبال حادثه اتمی ۲۰۱۱ در فوکوشیمای ژاپن، دعوایی بر مبنای معاهده منشور انرژی علیه آلمان تحت

۹۷. پیشین، ص ۴۲.

۹۸. لازم به ذکر است که دیوان دادگستری اتحادیه اروپا در قضیه دیگری (PL Holdings) نیز در اکتبر ۲۰۲۱ تصمیمی مشابه تصمیم خود در قضیه *آخمیا* اتخاذ کرد و رویه خود را در آن قضیه ادامه داد:

*Republiken Polen v. PL Holdings Sàrl*, Judgment of the Court of Justice of the European Union (Grand Chamber), 26 October 2021.

۹۹. *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, (formerly *Eureka B.V. v. The Slovak Republic*), Award of 7 December 2012, para. 7.

۱۰۰. *Ibid.*, para. 35.

۱۰۱. *Ibid.*

۱۰۲. Preliminary Ruling

۱۰۳. *Slowakische Republik v. Achmea B.V.*, Judgement of the Court of Justice of the European Union (Grand Chamber), 6 March 2018, paras. 56-58.

داوری ایکسید آغاز کرد. *واتن‌فال* همچنین در دادگاه قانون اساسی آلمان به تصمیم دولت اعتراض کرد.

از نظر تعیین و ارزیابی خسارت، این تعارض در مقام اجرا بین معاهده سرمایه‌گذاری و حقوق اتحادیه و اولویت‌دادن به حقوق اتحادیه یا معاهده سرمایه‌گذاری می‌توانست متضمن نتایج متفاوتی در ارزیابی خسارت باشد.<sup>۱۰۴</sup> با این حال، داوری *واتن‌فال* با مصالحه اطراف دعوا پیش از صدور رأی نهایی داوری خاتمه یافت.<sup>۱۰۵</sup>

به هر روی، مسئله تأثیر تعهدات اعضای اتحادیه اروپا بر تعهدات آن‌ها در چارچوب معاهدات سرمایه‌گذاری (که به‌طور بالقوه می‌تواند تأثیر یا عدم تأثیر تعهدات دولت‌ها مطابق حقوق اتحادیه را در ارزیابی خسارت نقض معاهده سرمایه‌گذاری مطرح کند) در سال‌های اخیر در برخی دعاوی سرمایه‌گذاری مطرح شده است.

یکی از معروف‌ترین دعاوی در این زمینه، دعوی میکولا است که در آن یک سرمایه‌گذار سوئدی با تکیه بر معافیت‌ها و مشوق‌های مالیاتی در رومانی سرمایه‌گذاری کرد و با پیوستن رومانی به اتحادیه اروپا در ۲۰۰۷، دولت رومانی به دلیل ممنوعیت یارانه دولتی مطابق مقررات اتحادیه اروپا، این مشوق‌ها را لغو کرد. پس از طرح دعوا در داوری از سوی سرمایه‌گذار سوئدی در چارچوب معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری سوئد و رومانی، دیوان داوری معتقد بود که تعارضی میان تعهدات دولت رومانی وجود ندارد چرا که نقض معاهده سرمایه‌گذاری پیش از لازم‌الاجرا شدن الحاق رومانی به اتحادیه اروپا صورت گرفته و تا پیش از لازم‌الاجرا شدن الحاق به اتحادیه، دولت رومانی مشمول مقررات اتحادیه اروپا نبوده است؛<sup>۱۰۶</sup> نهایتاً به نظر دیوان، دولت رومانی هرچند در راستای جمع بین دو سیاست متفاوت (تداوم نظام تسهیلات اعطایی و حمایت از منافع دارندگان مجوز برخورداری از تسهیلات برای توسعه برخی مناطق محروم رومانی از یک سو و پیوستن به اتحادیه اروپا از سوی دیگر) تلاش کرده بود، به دلیل عدم شفافیت و ابهام در نحوه خاتمه مشوق‌های اعطاشده، ضابطه رفتار عادلانه و منصفانه را نقض کرده بود.<sup>۱۰۷</sup> با این ملاحظات، دیوان داوری تعهد دولت میزبان مطابق حقوق اتحادیه اروپا را در ارزیابی خسارت دخیل نکرد و حتی ادعای دولت رومانی را مبنی بر اینکه پیوستن به اتحادیه اروپا برای خواهان‌ها نیز مزایایی داشته و این امر باید در ارزیابی خسارت تأثیر داشته باشد رد کرده و بیان کرد که

**104.** Damjanovic, Ivana, Quirico, Ottavio, "Intra-EU Investment Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty in Light of Achmea and Vattenfall: A Matter of Priority", *Columbia Journal of European Law*, vol. 26, Issue 1, 2019, p. 102.

**105.** *Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, Discontinuation Order of 9 November 2021, paras. 313-317.

**106.** *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I]*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award of 11 December 2013, para. 319.

**107.** *Ibid.*, para. 864.

دولت رومانی نتوانسته میزان چنین مزایایی برای خواهان‌ها را اثبات کند.<sup>۱۰۸</sup> با این حال، اهمیت کلی مسئله نحوه تعامل تعهدات دولت‌های عضو اتحادیه اروپا مطابق معاهدات سرمایه‌گذاری و تعهدات آن‌ها مطابق حقوق اتحادیه اروپا و پیامد آن برای ارزیابی خسارت همچنان به جای خود باقی خواهد بود.

### نتیجه

در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، مبانی تعدیل خسارات ناشی از نقض استانداردهای حمایتی توسط دولت در ارتباط با چندین عامل مطرح شده است که برجسته‌ترین عوامل مرتبط با شرایط و وضعیت‌های مربوط به دولت میزبان در این مقاله مطالعه شد. این مطالعه ضمن تحلیل مبانی این عوامل و شرایط، به رویکرد دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری به تأثیر یا عدم تأثیر این عوامل در تعدیل خسارت نیز توجه کرد.

عامل نخستی که می‌تواند به‌طور بالقوه به‌عنوان مبنای تعدیل خسارت مطرح شود، استناد به وضعیت ضرورت از سوی دولت است. استناد به ضرورت در مواردی چون بحران‌های اقتصادی در رویه داوری و نیز مواردی چون مقابله با همه‌گیری‌ها در ادبیات اخیر حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری مطرح شده است. به نظر می‌رسد حقوق بین‌الملل عرفی اصولاً نباید جایگزین مقررات معاهداتی خاص در این داوری‌ها شود، مگر در نقش تکمیلی و فرعی در موارد خاص. دیوان‌های داوری که به دعاوی ناشی از بحران اقتصادی آرژانتین رسیدگی کردند غالباً در مورد رابطه شرط اقدامات منع‌نشده در معاهده و معاذیر رافع وصف متخلفانه در حقوق بین‌الملل عرفی این موضوع را نادیده گرفتند و نهایتاً هنوز رویکرد یکنواختی به تفسیر شروطی مانند شرط اقدامات منع‌نشده و استناد به ضرورت در داوری سرمایه‌گذاری پدیدار نشده است.

ملاحظات راجع به وضعیت اقتصادی و سطح ثبات اقتصادی کشور میزبان که اصولاً از هر سرمایه‌گذاری انتظار می‌رود در تصمیم خود به سرمایه‌گذاری در کشور میزبان در نظر گیرد، باید مورد توجه دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری نیز باشد و داوری سرمایه‌گذاری نباید تبدیل به مرجعی برای پاسخگویی به مطالبات سوداگران سرمایه‌گذاران خارجی شود؛ دولت‌های میزبان نباید هزینه‌های نامتعارف سرمایه‌گذاران خارجی را بپردازند. بنابراین تعدیل متناسب خسارت با لحاظ واقعیت‌های اقتصادی دولت میزبان که ناشی از نقض تعهد دولت میزبان نیست ضروری است.

همچنین تعهدات دولت‌ها در چارچوب معاهدات سرمایه‌گذاری باید همواره در چارچوب کلی‌تر نظام تعهدات حقوق بین‌الملل در نظر گرفته شود. نظام ضمانت اجراها و نظام حل تعارض

108. *Ibid.*, para. 1173.

تعهدات دولت‌ها در حقوق بین‌الملل آن‌چنان توسعه نیافته است که برای همه حوزه‌های تعهدات بین‌المللی، سازوکار ضمانت اجرای متناظر با آن تعهدات به‌طور کامل وجود داشته باشد تا دولت‌ها در همه موقعیت‌ها قادر به پیش‌بینی تعارض در مقام اجرا و نیز مقایسه کامل پیامدهای نقض تعهدات خود باشند و بعضی تعهدات خود را در مقایسه با تعهدات دیگر اولویت بخشند. رویکرد مبنی بر عدم تأثیر مطلق تعهدات خارج از معاهدات سرمایه‌گذاری در ارزیابی خسارات ناشی از نقض استانداردهای حمایتی معاهدات سرمایه‌گذاری حتی می‌تواند به‌عنوان تنبیه دولت میزبان به دلیل توجه به تعهدات بین‌المللی دیگر (که حتی گاهی تعهدات مهم‌تر از منظر تقسیم‌بندی تعهدات بین‌المللی بر مبنای ذی‌نفعان این تعهدات، مانند معاهدات حقوق بشر و محیط‌زیست هستند) تلقی شود. در نهایت در خصوص چشم‌انداز آینده موضوع مقاله حاضر می‌توان گفت با توجه به احتمال طرح دعاوی ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری به دنبال اقدامات دولت‌ها در مقابله با فراگیری جهانی ویروس کرونا، شاید دور از انتظار نباشد که یکی از تحولات آینده نزدیک داوری سرمایه‌گذاری به دگرگونی تفسیر دیوان‌های داوری از شروط معاهده‌ای راجع به اقدامات منع‌نشده دولت‌ها یا نحوه برخورد با استناد دولت‌های میزبان سرمایه‌گذاری به وضعیت ضرورت مرتبط باشد.

## منابع:

## الف. فارسی

## - کتاب

۱. ایگناتس، زایدل هوهن فلدرن؛ حقوق بین‌الملل اقتصادی، ترجمه: سیدقاسم زمانی؛ چاپ چهارم، شهر دانش، ۱۳۸۵.
۲. پیران، حسین؛ مسایل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی، چاپ سوم، گنج دانش، ۱۳۹۳.
۳. حاتمی، علی و اسماعیل کریمیان؛ حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه‌گذاری، چاپ دوم، تیسرا، ۱۳۹۴.
۴. دالزر، رودلف و کریستف شروتر؛ اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، ترجمه: سیدقاسم زمانی و به‌آذین حبیبی؛ چاپ سوم، شهر دانش، ۱۳۹۳.
۵. فلسفی، هدایت‌الله؛ حقوق بین‌الملل معاهدات، چاپ پنجم، نشر نو، ۱۳۹۵.
۶. لیو، جولیان دی ام و دیگران؛ داوری تجاری بین‌المللی تطبیقی، ترجمه: محمد حبیبی مجنده؛ دانشگاه مفید، ۱۳۹۱.

## - مقاله

۱. بهمنی، محمدعلی و حسن فرج‌مهرابی؛ «ضوابط جبران خسارت ناشی از سلب مالکیت از سرمایه‌گذار خارجی از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۱، شماره ۳، پاییز ۱۴۰۰.
۲. بهمنی، محمدعلی و علی شهبازیان؛ «حمایت از حق بر سلامت در دعاوی سرمایه‌گذاری ناشی از بیماری‌های فراگیر جهانی با تکیه بر کووید-۱۹»، مجله تحقیقات حقوقی، دوره ۲۳ (ویژه‌نامه حقوق و کرونا)، تابستان ۱۳۹۹.
۳. سیفی، سیدجمال و آرش بهزادی پارسا؛ «رابطه میان حقوق سرمایه‌گذار خارجی و تعهدات بین‌المللی حقوق بشر و محیط‌زیست»، مجله حقوقی بین‌المللی، سال سی‌وششم، شماره ۶۱، پاییز و زمستان ۱۳۹۸.
۴. محبی، محسن و حسن فرج‌مهرابی؛ «روش‌های ارزیابی غرامت ناشی از سلب مالکیت در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، فصلنامه علمی دانشنامه‌های حقوقی، شماره ۲، بهار ۱۳۹۸.
۵. محبی، محسن و سهیلا ابراهیمی؛ «لزوم تشکیل رکن تجدیدنظر در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۲۲، شماره ۸۷، آذر ۱۳۹۸.
۶. محبی، محسن؛ «غرامت در دعاوی ناشی از قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی (غیر از سلب مالکیت)»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۱۶، ۱۳۸۸.



ب. انگلیسی

- Books

1. Alrashid, Meriam N., "The Arbitral Tribunal's Discretion in Quantifying Damages", In: Laird, Ian, *et al.* (eds.), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, vol. 8, Juris Publishing, 2015.
2. Bjorklund, Andrea, "Emergency Exceptions: State of Necessity and Force Majeure", In: Muchlinski, Peter *et al.*, *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, 2008.
3. Crawford, James, *State Responsibility; the General Part*, Cambridge University Press, 2015.
4. Corckett, Antony, "Stabilisation Clauses and Sustainable Development: Drafting for the Future", In: Brown, Chester, Miles, Kate (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011.
5. D. Ohlin, James, May, Larry, *Necessity in International Law*, Oxford University Press, 2016.
6. Daseking, Christina *et al.*, *Lessons from the Crisis in Argentina*, International Monetary Fund, 2004.
7. De Brabandere, Eric, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law: Procedural Aspects and Implications*, Cambridge University Press, 2014.
8. Fairhurst, John, *Law of the European Union*, 11th Edition, Pearson, 2016.
9. Kent, Avidan, Harrington, Alexandra, "The Plea of Necessity under Customary International Law: A Critical Review in Light of the Argentine Cases", In: Brown, Chester, Miles, Kate (eds.), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press, 2011.
10. Kingsbury, Benedict, Schill, Stephan, "Public Law Concepts to Balance Investors' Rights with State Regulatory Actions in the Public Interest-The Concept of Proportionality", In: Schill, Stephan (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press, 2010.
11. Kriebaum, Ursula, "Are Investment Treaty Standards Flexible Enough to Meet the Needs of Developing Countries?", In: Baetens, Freya (ed.), *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*, Cambridge University Press, 2013.
12. Kulick, Andreas, *Global Public Interest in International Investment Law*, 1st ed., Cambridge University Press, 2012.
13. Liberti, Lahra, "The Relevance of Non-Investment Treaty Obligations in Assessing Compensation", In: Dupuy, Pierre-Marie *et al.* (eds.),

*Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009.

14. Paddeu, Federica, *Justification and Excuse in International Law: Concept and Theory of General Defences*, Cambridge University Press, 2018.
15. Prodromou, Z., *The Public Order Exception in International Trade, Investment, Human Rights and Commercial Disputes*, Kluwer Law International, 2020.
16. Sabahi, Borzu, *et al.*, "Principles Limiting the Amount of Compensation", In: Beharry, Christina L., *Contemporary and Emerging Issues on the Law of Damages and Valuation in International Investment Arbitration*, Brill-Nijhoff, 2018.
17. Salacuse, Jeswald W., *The Law of Investment Treaties*, 2nd ed., Oxford University Press, 2015.
18. Sornarajah, M., *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2015.

#### - Articles

1. Cristani, Federica, "How the Coronavirus Crisis Challenges International Investment (Customary) Law Rules: Which Role for the Necessity Defense?", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 53, Issue 1, 2021.
2. Damjanovic, Ivana, Quirico, Ottavio, "Intra-EU Investment Dispute Settlement under the Energy Charter Treaty in Light of Achmea and Vattenfall: A Matter of Priority", *Columbia Journal of European Law*, vol. 26, Issue 1, 2019.
3. Ginsburg, Robert, "Country Risk Analysis and Investor-State Dispute Settlement: A New Approach", *Georgetown Journal of International Law*, vol. 50, 2019.
4. Katsikis, Dimitrios, "Necessity' due to COVID-19 as a Defence to International Investment Claims", *ICSID Review -Foreign Investment Law Journal*, vol. 36, Issue 1, Winter 2021.
5. Martin, Antoine, "Investment Disputes after Argentina's Economic Crisis: Interpreting BIT Non-Precluded Measures and the Doctrine of Necessity under Customary International Law", *Journal of International Arbitration*, vol. 29, No. 1, 2012.
6. Reinisch, August, "Necessity in Investment Arbitration", *Netherland Yearbook of International Law*, vol. 41, 2010.

#### - Cases

1. *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13, (formerly *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*), Award of 7 December 2012.

2. *American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire*, Case No. ARB/93/1, Award of 21 February 1997.
3. *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005.
4. *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Cases No. ARB/01/8, Decision of 25 September 2007 of the ad hoc Committee on the Application for Annulment.
5. *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award of 17 February 2000.
6. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID case No. ARB/01/3, Award of 22 May 2007.
7. *Enron Creditors Recovery Corp. Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision of 30 July 2010 on the Application for Annulment.
8. *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A., S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania [I]*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award of 11 December 2013.
9. *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 of 3 October 2006.
10. *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc., v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Award of 25 July 2007.
11. *Mamidoil Jetoil Greek Petroleum Products Societe S.A. v. Republic of Albania*, ICSID Case No. ARB/11/24, Award of 30 March 2015.
12. *Parkerings-Compagniet AS v. Lithuania*, ICSID Case No. ARB/05/8, Award of 11 September 2007.
13. *Republiken Polen v. PL Holdings Sàrl*, Judgment of the Court of Justice of the European Union (Grand Chamber), 26 October 2021.
14. *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award of 28 September 2007.
15. *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision of 29 June 2010 on the Argentine Republic's Application for Annulment.
16. Separate Opinion on the Issues at the *Quantum phase of CME v. Czech Republic* by Ian Brownlie, 14 March 2003.
17. *Siemens A.G. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award of 17 January 2007.
18. *Slowakische Republik v. Achmea B.V.*, Judgement of the Court of Justice of the European Union (Grand Chamber), 6 March 2018.
19. *Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3, Award of 20 May 1992o

20. *Vattenfall AB and Others v. Federal Republic of Germany*, ICSID Case No. ARB/12/12, Discontinuation Order of 9 November 2021.

