

The Right to Water in Investment Treaty Arbitration and Its Impact on Jurisdiction and Applicable Law

Farshad Geravand * 

Ph.D, International Law, University of Tehran, Tehran, Iran

Abstract

The right to water in investment arbitration has been one of the most contentious issues before investment arbitration tribunals in recent decades. The privatization of public services, including water and sanitation, and assigning them to foreign investors has caused the right to water as a vital benefit being repeatedly raised in investment arbitrations. However, due to tribunals' narrow interpretation of jurisdiction and applicable law, this fundamental human right has been considered irrelevant and ignored, and this has fueled the legitimacy crises in investment arbitration. This research seeks to indicate the potentiality of more protection of the right to water through balancing the states international obligations in the two areas of investment law and human rights law. Proposed methods for integrating human rights with investment law include the correct interpretation of jurisdictional clauses and the applicable law based on the treaties interpretation principles, systematic integration and the inclusion of new clauses in investment agreements.

Keywords: Right to Water, International Investment Arbitration, Jurisdiction, Applicable Law, Systemic Integration.


* Corresponding Author: farshad.human@gmail.com

How to Cite: Geravand, F., "The Right to Water in Investment Treaty Arbitration and Its Impact on Jurisdiction and Applicable Law", The Quarterly Journal of Public Law Research, 24(75), (2022), 331-367.

Doi: 10.22054/QJPL.2022.63301.2668

حق بر آب در داوری معاهداتی سرمایه‌گذاری و آثار آن بر شروط صلاحیتی و قانون حاکم

دانش‌آموخته دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه تهران، تهران، ایران

فرشاد گراوند* 

چکیده

طرح حق بر آب در داوری سرمایه‌گذاری یکی از مناقشه‌انگیزترین مباحث پیش روی دیوان‌های داوری در چند دهه اخیر بوده است. خصوصی‌سازی خدمات عمومی از جمله آب و فاضلاب و سپردن آنها به سرمایه‌گذاران خارجی موجب شده تا حق بر آب بعنوان یک منفعت عمومی و حیاتی بارها در داوری‌های سرمایه‌گذاری مطرح شود. با تفسیر مضیق محاکم از شروط صلاحیتی و قانون حاکم، این حق بنیادین بشری در برخی موارد نامربوط و نادیده تلقی شده و این امر به بحران مشروعیت در داوری سرمایه‌گذاری دامن زده است. این جستار می‌کوشد تا امکان حمایت بیشتر از حق بر آب را از طریق برقراری تعادل بین تعهدات بین‌المللی دولت‌ها در دو عرصه حقوق سرمایه‌گذاری و حقوق بشر نشان دهد و در پایان روش‌هایی را برای ادغام این دو از جمله تفسیر درست شروط صلاحیتی و قانون حاکم با تکیه بر اصول تفسیر معاهدات، تلفیق سیستمیک و گنجاندن بندهای جدید در موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری پیشنهاد کند.

واژگان کلیدی: حق بر آب، داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، شروط صلاحیتی، قانون حاکم، تلفیق سیستمیک.

مقدمه

از دهه ۱۹۹۰ میلادی به تشویق بانک جهانی و صندوق بین‌المللی پول برخی از کشورهای در حال توسعه بویژه در آمریکای لاتین، پروژه‌های مربوط به صنعت آب و فاضلاب را به شرکت‌های بزرگ چندملیتی در قالب موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری واگذار نمودند. در خلال فرایند واگذاری، مشکلات فراوانی ایجاد شد. عمده این مشکلات در کشور آرژانتین همزمان با بحران اقتصادی این کشور در سال ۲۰۰۲ بود. سرمایه‌گذارهای خارجی گاه تعرفه آب مصرفی را در داخل این کشورها بالا می‌بردند و مردم از بابت پرداخت هزینه بالای آب مصرفی اعتراضات گسترده‌ای را راه‌اندازی می‌کردند و دولت‌ها به ناچار مجبور به فسخ یکجانبه موافقتنامه‌های دوجانبه و یا قراردادهای سرمایه‌گذاری می‌شدند.^۱ اغلب اختلاف ناشی از این موارد به مرجع داوری ایکسید ارجاع می‌شد. از طرفی ایکسید، اختلافات ارجاع شده را عمدتاً بر مبنای موافقتنامه دوجانبه سرمایه‌گذاری داوری می‌کند و از طرف دیگر دولت‌های سرمایه‌پذیر، دفاعیات خود را بر مبنای دفاع از حقوق بشر و حق بر آب مردم تحت قلمرو خود قرار می‌دهند و همین امر بحث‌های نظری و عملی فراوانی را در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری مطرح کرده است.

دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری معمولاً از اختیار صلاحیتی محدودی برخوردارند و در زمان رسیدگی به دعاوی سرمایه‌گذاری بویژه در موارد مربوط به مصادره غیرمستقیم و یا در بررسی حقوق خارج از حوزه سرمایه‌گذاری خارجی، قانون حاکم را نیز شدیداً مضیق تفسیر می‌نمایند. عملکرد این محاکم در لحاظ نمودن نظم و یا منافع عمومی از جمله حق بر آب که منافع اشخاص ثالث نیز نامیده می‌شود قابل انتقاد است. این امر منجر به بحران مشروعیت در رژیم داوری سرمایه‌گذاری و خروج بعضی از دولت‌های آمریکای لاتین از کنوانسیون ایکسید نیز شده است.^۲ این نوشتار تلاش دارد تا آثار فضای سرمایه‌گذاری خارجی در صنعت آب را بر تلفیق منافع سرمایه‌گذاری

1. Maude Barlow and Tony Clarke, *Blue Gold: The Battle against Corporate Theft of the World's Water* (Stoddart: Toronto, 2002) at 22.

2. Leonie Timmers, "The Protection against Expropriations in Venezuela: A Right to Property in Theory?", In: Freya Baetens, *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives* (Cambridge University Press, 2013) at 143.

(حقوق سرمایه گذار خارجی) با غیرسرمایه گذاری (تعهدات حقوق بشری دولت‌های سرمایه‌پذیر) در چارچوب صلاحیت و قانون حاکم در داوری معاهداتی سرمایه‌گذاری مورد بررسی قرار دهد. این پژوهش ادعا دارد که فضای سرمایه‌گذاری در صنعت آب مختصاتی دارد که می‌تواند به داوران کمک کند تا در زمان رسیدگی و مواجهه با تراحم همزمان بین دو هنجار بتوانند ضمن اتخاذ یک رویکرد تلفیقی، مساله را هم در مرحله تعیین صلاحیت و هم در مرحله ماهیت یا تفسیر قانون حاکم حل کنند. انجام این مهم امر نسبتاً دشواری است؛ چراکه نیل به رویکرد تلفیقی به معنای برتری دادن رویکرد سیستمیک^۱ بر رویکرد خودبسنده^۲ در حقوق بین‌الملل بوده که خود مستلزم معرفت عمیقی است که داوران در زمان رسیدگی باید راجع به کلیت نظام حقوق بین‌الملل داشته باشند. چراکه غایت نهایی هر دوی این شاخه‌ها یعنی حقوق سرمایه‌گذاری و حقوق بشر دفاع از حقوق فرد در برابر دولت است. لذا بواسطه ظرفیت‌های موجود در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری می‌توان شروط صلاحیتی و قانون حاکم را به نحوی تفسیر نمود که نه تنها حقوق سرمایه‌گذار خارجی تضییع نشود بلکه تعهدات حقوق بشری دولت‌ها نیز رعایت شده و نقض نگردد.

ضرورت این تحقیق از آن جهت است که کثیری از مردمان جهان نگران کمبود آب بعنوان بارزترین منبع حیاتی بوده و کرامت انسانی آنها لگدمال می‌شود. قربانی عمده این وضعیت، زنان و کودکان هستند. این نگرانی برای دانشمندان، سیاستمداران، حقوقدانان، وکلا و داوران بین‌المللی بسیار جدی‌تر می‌باشد. این پژوهش ادعا دارد که برای جلوگیری از بحران یادشده رویکرد فردمحور در بحث مدیریت آب باید با رویکرد دولت‌محور جایگزین گردد.

رویکرد فردمحور با تکیه بر مفهوم حق بر آب بهترین نوآوری در مدیریت آب تلقی شده و موجب می‌شود تا تنگناهای صلاحیتی و قانون حاکم در بررسی حق بر آب در داوری‌های سرمایه‌گذاری مانع از آن نشود که جایگاه آب بعنوان یک حق بشری به یک کالای اقتصادی تقلیل یابد و ابعاد مهم انسانی آن نادیده گرفته شود. بحث بررسی حق بر آب بارها در داوری‌های سرمایه‌گذاری مطرح شده است ولی برخلاف مفهوم

1. Systemic.
2. Self-contained.

حق بر آب که مورد مطالعات فراوانی قرار گرفته است، مطالعه نحوه برخورد با حق بر آب در دادرسی‌های داوری سرمایه‌گذاری (که شمار آنها روبه فزونی است) و آثار آن بر شروط صلاحیتی و قانون حاکم بطور خاص در متون پژوهشی داخلی و خارجی به نحو مشخصی که راهگشای داوران در رسیدگی‌های داوری باشد مورد کنکاش نبوده است. این نوشتار ضمن معرفی مقدماتی حق بر آب، در بخش اول به بررسی شروط صلاحیتی و نقد رویکرد مضیق در داوری‌های سرمایه‌گذاری بویژه ایکسید پرداخته و در بخش دوم قانون حاکم و نحوه تفسیر آن در محاکم داوری سرمایه‌گذاری را مورد بحث قرار می‌دهد. در بخش پایانی، تعارض هنجارها و بحث تعارض سیستمیک بین حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری و حقوق بشر مطرح می‌شود و راه حل تلفیق سیستمیک با استناد به ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات وین جهت حل این تعارض ارائه می‌گردد. در این پژوهش تمرکز اصلی بر دعاوی معاهداتی یا ناشی از موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها بوده و به دعاوی سرمایه‌گذاری ناشی از قراردادهای پرداخته نمی‌شود.

۱. حق بر آب در داوری معاهداتی سرمایه‌گذاری

در زمان تدوین منشور بین‌المللی حقوق بشر (اعلامیه جهانی حقوق بشر (۱۹۴۸)، میثاق حقوق مدنی و سیاسی (۱۹۶۶)، میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی (۱۹۶۶)) چون که بحران آب در دنیا جدی نبوده و بحث ضرورت آب یک بحث بدیهی فرض شده است؛ بنابراین نیازی به ذکر آن بعنوان یک حق قانونی مطرح نبوده است. لکن اهمیت حیاتی آب با ظهور بحران جهانی آب بویژه از اوایل دهه ۷۰ میلادی مطرح شد. اعلامیه استکهلم در ۱۹۷۲ و سپس کنوانسیون منع انواع تبعیض علیه زنان (۱۹۷۹) و کنوانسیون حقوق کودک (۱۹۸۹) (گرچه دو کنوانسیون اخیر معطوف به گروه‌های خاصی بودند) صراحتاً حق بر آب را مورد شناسایی قرار دادند. اتفاق مهم دیگر دو تفسیر عام با اهمیت بود. تفسیر عام شماره ۱۴ از ماده ۱۲ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و مهمتر از آن تفسیر عام شماره ۱۵ از مواد ۱۱ و ۱۲ همان میثاق توسط کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی بود که تفسیر اخیر صراحتاً حق بر آب را بعنوان یک حق مستقل مطرح نمود. پیرو تفسیر عام شماره ۱۵، بسیاری از

دولت‌ها حق بر آب را وارد نظام حقوق داخلی خود نمودند و سپس شورای حقوق بشر ابتدا کارشناس مستقل و سپس گزارشگر ویژه در خصوص حق بر آب را در سال ۲۰۰۸ نصب نمود. بعلاوه، این حق در کنفرانس‌های متعدد دیگری نیز به رسمیت شناخته شد. در حال حاضر در ادبیات غنی که در خصوص این حق تولید شده است کمتر نویسنده‌ای پیدا می‌شود که به جایگاه حقوقی این حق معترض باشد. این امر در داوری‌های مربوط به حق بر آب نیز به همین روال بوده است.^۱ احتمالاً علت اصلی این باشد که آب منبعی محدود و جانشین‌ناپذیر بوده که حیات انسان‌ها، جانوران و گیاهان بدون آن غیرممکن است.

بحران جهانی آب و عدم دسترسی ۷۸۵ میلیون انسان به آب آشامیدنی تمیز و کافی^۲ و همچنین ماهیت نابرابر توزیع منابع آب آشامیدنی موجب شده تا بحث حمایت از افراد و گروه‌هایی که دسترسی آسان به آب ندارند همواره بعنوان یک مشکل حاد و لاینحل جلوه نماید. تبلور این حمایت در طرح مفهوم حق بر آب نمایان بوده که بعنوان یک حق بشری ظهور یافته و بحث تعهدات دولت‌ها را در برابر شهروندان خود و حتی در برابر کشورهای همسایه نیز مطرح نموده است.^۳

شاید اغراق نباشد اگر با توجه به اهمیت حیاتی حق بر آب بر این عقیده باشیم که دیگر حق‌های بشری بدون وجود حق بر آب بی‌معنا خواهند بود. در حال حاضر کشورهای در حال توسعه معمولاً برای ساماندهی زیرساخت‌های مربوط به آب آشامیدنی و فاضلاب اقدام به خصوصی‌سازی پروژه‌های مربوط به تامین خدمات عمومی نموده و آنها را به بخش خصوصی و سرمایه‌گذارهای خارجی برون‌سپاری می‌نمایند؛ گرچه برون‌سپاری این پروژه‌ها هرگز به معنای برون‌سپاری تعهدات حقوق بشری دولت‌ها در برابر مردمان تحت حاکمیت آنها نمی‌باشد. چونکه معاهدات و قراردادهای سرمایه‌گذاری معمولاً در شروط حل و فصل اختلاف، رجوع به داوری را بجای محاکم داخلی دولت میزبان انتخاب می‌کنند، لذا تزامم بین تعهدات دولت از

1. William Schreiber, "Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations", *Natural Resources Journal*, Vol. 48. Issue 2, (2008), p. 441.

2. "Fact Sheet on Water", World Health Organization, (2019), at 1.

3. Eyal Benvenisti, "Right to Water, International Protection", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (2010), at 1.

جنبه رعایت حقوق اقتصادی و اجتماعی مردم و تعهدات آن در برابر سرمایه‌گذار خارجی اجتناب‌ناپذیر می‌شود.

هم‌اینک بطور کلی پذیرفته شده که دولت‌ها مکلفند تضمین نمایند که عملکرد شرکت‌های خصوصی خارجی که در داخل سرزمین‌شان مشغول به فعالیت هستند در چارچوب تعهدات سه‌گانه حمایت، رعایت و اجرای حقوق بشر، منجر به نقض حقوق بشر شهروندان نمی‌شود و این شرکت‌های سرمایه‌گذار نیز می‌توانند در ترویج و حمایت از حقوق بشر ایفای نقش نمایند.^۱

بحث قضاوت حق بر آب و تعهدات دولت‌ها و حتی تعهدات سرمایه‌گذار خارجی در خصوص حق بر آب مردم در دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری بارها مطرح شده است. بالطبع طرح حق بر آب در داوری سرمایه‌گذاری با این تصور که هیچگونه ارتباطی به وادی سرمایه‌گذاری ندارد و در چارچوب صلاحیت دیوان‌های سرمایه‌گذاری نمی‌گنجد و دیوان نمی‌تواند بحث‌های حقوق بشری را مورد بررسی قرار دهد، امروزه کاملاً مردود است. برعکس تا میزانی که یک حق بشری از جمله حق بر آب در یک پروژه سرمایه‌گذاری تاثیرگذار باشد و یا شدیداً از پروژه تاثیر بپذیرد باید جزئی از اختلاف محسوب شده و داوری‌پذیر^۲ باشد. دلیل این است که دولت‌ها به موجب حقوق بین‌الملل نمی‌توانند از تعهدات خود در برابر مردم و گروه‌های مقیم در سرزمین خود در حمایت از حقوق بشر بطور کلی و تامین حق بر آب به مثابه یکی از حق‌های بشری چشم‌پوشی نمایند و بر همین مبناست که معمولاً در داوری‌های سرمایه‌گذاری به اینگونه از تعهدات به مثابه دفاع و توجیه در برابر موارد نقض استانداردهای حمایت از سرمایه‌گذاری استناد می‌کنند. بنابراین، تعهدات دولت‌ها نه تنها آنها را از نقض حقوق شهروندان خود باز می‌دارد بلکه وظیفه جلوگیری از نقض آن حقوق توسط دیگران از جمله شرکت‌های سرمایه‌گذار خصوصی را نیز بر آنها بار می‌کند.^۳ از این‌رو دیوان‌های سرمایه‌گذاری بعضاً با پذیرفتن استدلال دولت‌ها در این

1. David Gaukrodger, "Business Responsibilities and Investment Treaties", (15 January 2020), Consultation paper by the OECD Secretariat, at 28.

2. Arbitrable.

3. John Ruggie, "Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework", Principle I(A)(1), (2011) <<http://www.ohchr.org>, accessed 17 August (2021).

زمینه یا از مسئولیت آنها از جهت نقض تعهداتشان در برابر سرمایه گذار خارجی چشم پوشی می کنند و یا میزان خسارات پرداختی توسط آنها را کاهش می دهند.^۱

۲. صلاحیت در داوری معاهداتی سرمایه گذاری

ارزیابی صلاحیت و دامنه آن اولین و بنیادی ترین مساله در تمامی نظام های حل و فصل اختلاف است. محاکم بین المللی اعم از قضایی یا داوری باید از اختیار خاص برای تصمیم گیری برخوردار باشند. در حقوق بین الملل که فاقد یک مرجع حل و فصل عالی جهانی با صلاحیت عام و اجباری است، صلاحیت هر دادگاهی برای تصمیم گیری بر اساس اختیاراتی است که توسط اطراف اختلاف به آن دادگاه قبلا اعطا شده و یا بعدا می شود. بنابراین، موضوع صلاحیت در داوری سرمایه گذاری نیز یکی از عناصر حیاتی در چارچوب حقوق ناظر بر داوری سرمایه گذاری است.

بحث صلاحیت در موافقتنامه های دوجانبه بستگی به نحوه تنظیم شرط صلاحیتی در آنها دارد. چونکه حقوق بین الملل سرمایه گذاری به دلیل جبهه بندی های مختلف اقتصادی هنوز نتوانسته از یک معاهده بین المللی لازم الاجرا بهره مند شود.^۲ از این رو یک شرط صلاحیتی مدل یا نمونه در این حوزه وجود ندارد. بعلاوه، بحث صلاحیت در رسیدگی های داوری و قضایی به قدری اهمیت دارد مادامیکه بحث صلاحیت و دامنه آن مشخص نشود، مرجع حل و فصل نمی تواند نسبت به مابقی مراحل یعنی مرحله ماهیت و در نهایت مرحله تعیین خسارت و هزینه ها اقدام کند. عبارت دیگر هرگونه بحث در مورد جایگاه احتمالی استدلال های حقوق بشری بطور کلی و حق بر آب به طور خاص در رسیدگی داوری می تواند فقط زمانی مطرح و پذیرفته شود که دادگاه مأموریت خود را در چارچوب یک اختلاف خاص با تعیین دامنه صلاحیت و

1. Moshe Hirsch, "Conflicting Obligations in International Investment Law: Investment Tribunals' Perspective", in Yuval Shany and Tomer Broude, eds., *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity* (Hart Publishing, 2008) at 232.

۲. سید یاسر ضیایی، «جایگاه تعهدات زیست محیطی در حقوق بین الملل سرمایه گذاری»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، (۱۳۹۲)، شماره ۴۲، ص ۶.

محدودیت‌های آن تعیین نماید.^۱ این پیامد ناشی از چارچوب قانونی ناظر بر داوری سرمایه‌گذاری به طور خاص و داوری بطور عام است. مضاف بر آن در میان نهادهای حل و فصل اختلافات بین‌المللی یک نوع تقسیم کار و یا چندپارگی نهادی وجود دارد،^۲ بطوریکه به طور سنتی دیوان‌های سرمایه‌گذاری خود را برای رسیدگی به دعاوی حقوق بشر صالح نمی‌دانند. لکن گرچه هر دادگاه یا دیوان از صلاحیت خاصی برخوردار است اما دیوان‌های سرمایه‌گذاری نمی‌توانند براحتی اختلافات را صرفاً بر مبنای معاهدات سرمایه‌گذاری رسیدگی نمایند و حقوق بشر را نادیده بگیرند.^۳ تجزیه و تحلیل صلاحیت در این نوشتار با توضیح مبانی، محدودیت‌ها و دامنه صلاحیت در داوری سرمایه‌گذاری انجام می‌شود.

۱-۲. مبانی صلاحیت در داوری سرمایه‌گذاری

در حقوق بین‌الملل اصولاً اصل بر عدم صلاحیت دادگاه‌ها است و در صورت داشتن صلاحیت اعم از داوری و قضایی، دامنه آن معمولاً محدود و مشخص است. هیچ دادگاه یا سیستم دادگستری عمومی یا با صلاحیت عام و اجباری وجود ندارد.^۴ دلیل این است که یک قدرت متمرکز بین‌المللی که عملکرد قضایی را از طریق یک سیستم منسجم عالی قضایی اعمال نماید وجود ندارد. بنابراین تجسم قدرت قضایی از نه بالا بلکه از پایین بوده و مبتنی بر رضایت و توافق دولت‌ها است. هم اصل و هم قاعده اساسی در دادرسی بین‌المللی این است که مبنای صلاحیت، رضایت طرفین اختلاف است.^۵ صلاحیت قبل از هر چیز به معنای یک قدرت یا اختیار قانونی است که معطوف

1. Pierre M. Dupuy and Jorge. E. Viñuales, "Human Rights and Investment Disciplines: Integration in Progress", in M. Bungenberg, et al, International Investment Law (Baden: Nomos, 2012) at 21.

2. Joost Pauwelyn, "Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands", Michigan Journal of International Law, 25, (2004), at 915.

3. Eric De Brabandere et al, "Non-state Actors, State-Centrism and Human Rights Obligations", Leiden Journal of International Law, 22(1), (2009), at 14.

4 Romano Cesar et al., The Oxford Handbook of International Adjudication (Oxford University Press, 2014) at 134.

5. Clara Reiner and Christoph Schreuer, "Human Rights and International Investment Arbitration", in: Pierre-Marie Dupuy et al, Human Rights in

به انجام یک فعالیت خاص یعنی کارکرد قضایی است. صلاحیت در داوری سرمایه‌گذاری در واقع به مثابه قدرت تصمیم‌گیری محکمه‌داری راجع به یک پرونده خاص است. مبانی صلاحیت در داوری نیز بر اساس رضایت طرفین دعوی است. بطور کلی چه در داوری سرمایه‌گذاری و چه در داوری تجاری، صلاحیت دیوان‌های داوری بر اساس رضایت طرفین راجع به یک اختلاف خاص ارزیابی می‌شود.^۱ بدون چنین رضایتی دیوان داوری از قدرت، اختیار و یا صلاحیت لازم برای تصمیم‌گیری برخوردار نخواهد بود. اگر دیوان داوری فاقد صلاحیت بوده و یا محدوده صلاحیتی خود را بدرستی ارزیابی نکند بعداً شناسایی و اجرای حکم صادره از آن با مشکل مواجه می‌شود.^۲ بعلاوه، حکم صادره اگر تحت مقررات کنوانسیون ایکسید صادر شده باشد می‌تواند به موجب ماده ۵۲ همین کنوانسیون ابطال گردد.^۳

در داوری تجاری، رضایت به داوری بطور معمول در موافقت‌نامه‌های داوری که طی یک بند در قراردادهای تجاری گنجانده شده درج می‌شود. این شکل از اعلام رضایت به داوری می‌تواند در زمانی که موافقت‌نامه‌های داوری طی یک بند در قراردادهای سرمایه‌گذاری درج شود نیز ابراز گردد. با این حال حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری اسلوب‌های بیشتری را برای ابراز رضایت طرفین به داوری ارائه می‌دهد که به شرح زیر هستند: ۱- دولت‌ها می‌توانند رضایت خود را برای داوری که نوعی ایجاب یا پیشنهاد داوری است در نظام حقوق داخلی خود بگنجانند؛ ۲- اسلوب دیگر ذکر همان ایجاب یا پیشنهاد در موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری است. در این

International Investment Law and Arbitration (Oxford University Press, 2009) at 83.

1. Dupuy, 2012, op. cit. at 56.

2. Gary Born, International Commercial Arbitration, Vol. 1 (Kluwer Law International, 2009) at 2001-2.

۳. ماده ۵۲ کنوانسیون ایکسید: ۱- هر یک از طرفین می‌تواند ضمن تقاضای کتبی خطاب به دبیر کل، درخواست ابطال حکم را به استناد یک یا چند مورد از موارد زیر بنماید: الف- در صورتیکه دیوان صحیحاً تشکیل نشده باشد، ب- در صورتیکه دیوان به وضوح از اختیارات خود تجاوز کرده باشد، پ- در صورتیکه یکی از اعضای دیوان رشوه گرفته باشد، ت- در صورتیکه یکی از قواعد اساسی آیین دادرسی شدیداً نقض شده باشد و ث- در صورتیکه دلایل مبنای صدور حکم بیان نشده باشد.

تحقیق، تمرکز بحث در مورد صلاحیت دیوان‌های داوری بر اساس موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری بعلت شیوع بیش از حد آنها می‌باشد. در زمینه معاهدات سرمایه‌گذاری، رضایت یک دولت با یک ایجاب یا پیشنهاد باز برای داوری اختلافات احتمالی بیان می‌شود که معمولاً راجع به یک گروه خاص و تعریف شده از سرمایه‌گذاری‌های مندرج در موافقتنامه دوجانبه و خطاب به سرمایه‌گذاران تبعه دولت (های) طرف موافقتنامه است.^۱ این رضایت توسط دولت‌ها پیش از بروز هرگونه اختلاف، به گروهی از سرمایه‌گذاران خارجی اعطا می‌شود که بطور جداگانه مشخص نمی‌باشند اما مشخصات کلی آنها در موافقتنامه دوجانبه تعیین می‌شود. لکن رضایت به داوری در کل باید توسط هر دو طرف دعوا بیان شود. ایجاب یا پیشنهاد داوری در موافقتنامه دوجانبه به تنهایی مبنای صحیحی برای صلاحیت دیوان نیست زیرا فقط رضایت یک طرف یعنی دولت سرمایه‌پذیر را بیان می‌کند.^۲ این پیشنهاد باید توسط یک سرمایه‌گذار پذیرفته شود. بطور معمول این امر با ارجاع دعوی به داوری صورت می‌پذیرد، اگرچه برخی از معاهدات سرمایه‌گذاری ممکن است حاوی اشارات صریحی به این موضوع باشد که این امر مستلزم تحقق شرایط خاصی است. تنها زمانی که سرمایه‌گذار موافقت خود را برای داوری اعلام کند، رضایت هر دو طرف بخوبی فراهم گردیده و به نوعی صلاحیت دیوان به نحو معتبری احراز می‌گردد.

۲-۲. محدودیت‌های صلاحیتی در داوری سرمایه‌گذاری

صلاحیت دیوان‌های داوری در اختلافات مبتنی بر معاهدات سرمایه‌گذاری موقوف به دامنه شروط صلاحیتی، میزان رضایت و محدودیت‌های ناظر بر آن است. بطور معمول محدودیت‌های صلاحیتی را می‌توان به چهار نوع تقسیم کرد: ۱- صلاحیت شخصی، مربوط به طرفین اختلاف، ۲- صلاحیت زمانی راجع به مسائل مربوط به زمان و ۳-

1. Jack J. Coe, "The Mandate of Chapter 11 Tribunals – Jurisdiction and Related Questions", in: Todd Weiler, NAFTA Investment Law and Arbitration: Current Practice, Future Prospects (Transnational Publishers, 2004) at 219.

2. Hege Elisabeth Veenstra-Kjos, "Counter-claims by Host States in Investment Dispute Arbitration 'Without Privity,'" in: Kahn, Philippe and Walde, Thomas, New Aspects of International Investment Law (Brill, Nijhoff: The Netherlands, 2007), at 602.

صلاحیت موضوعی مرتبط با موضوع دعوی و ۴- صلاحیت مکانی.^۱ تمرکز این تحقیق بر صلاحیت موضوعی است. این امر دقیقاً تعیین می‌کند که طرفین موافقت کرده‌اند که چه اختلافاتی را به داوری ارجاع نمایند و در نهایت چه موضوع یا موضوعاتی باید تحت صلاحیت دیوان‌های داوری قرار بگیرد. شروط صلاحیتی مندرج در موافقتنامه‌های دوجانبه معمولاً از منظر صلاحیت موضوعی به سه نوع تقسیم می‌شوند: الف- شروط صلاحیتی استاندارد، ب- شروط صلاحیتی مضیق و پ- شروط صلاحیتی موسع. شروط صلاحیتی استاندارد شروطی هستند که رضایت به داوری را محدود به اختلافات مربوط به مفاد اساسی موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری می‌نمایند.^۲

صلاحیت محاکم داوری بر مبنای این شروط صرفاً شامل اختلافاتی است که از یک موافقتنامه خاص نشأت گرفته و مربوط به اقداماتی است که به یک دولت و یا سرمایه‌گذاری‌های خاصی مربوط بوده و در قالب این عبارات «مربوط به»، «در ارتباط به»... تنظیم می‌شوند. هنگام تجزیه و تحلیل دامنه صلاحیت موضوعی در این شروط، روشن می‌شود که بسیاری از این شرط‌ها منحصراً اختلافات مربوط به "ادعاهای سرمایه‌گذارها" در مورد نقض استانداردهای حمایت از آنها را شامل می‌شود که توسط دولت سرمایه‌پذیر صورت گرفته و مربوط به سرمایه‌گذاری‌های مشخص است. به بیان دیگر این معاهدات رضایت به داوری را صرفاً محدود به "اختلافاتی نموده‌اند که ناشی از نقض قواعد ماهوی موافقتنامه است" و شروط صلاحیتی مندرج در آنها منحصراً نقض "استانداردهای ماهوی حمایت از سرمایه‌گذار" در یک معاهده سرمایه‌گذاری خاص را شامل می‌شود. نمونه این نوع را می‌توان در ماده ۱۲ موافقتنامه بین کانادا - اروگوئه به شرح ذیل پیدا نمود: «هر گونه اختلاف بین یک طرف متعاقد و سرمایه‌گذار طرف متعاقد دیگر، مربوط به ادعای سرمایه‌گذار مبنی بر اینکه اقدامی که طرف متعاقد سابق انجام داده یا از انجام آن استنکاف نموده نقض این موافقتنامه است و سرمایه‌گذار از این نقض متحمل زیان و خسارت شده است».^۳ نوع دوم، شروط

1. Fry D. James, "International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity", 18 Duke J. Comp. Intl. Law, (2007), at 143.

2. Christoph Schreuer et al., The ICSID Convention: A Commentary (Cambridge University Press, 2009) at 236.

3. Canada-Uruguay BIT, 1997, Article. 12.

صلاحیتی مضیق هستند که محدود کننده دامنه صلاحیتی بوده؛ بطوریکه منحصر به یک یا برخی از استانداردهای حمایتی تضمین شده در یک موافقتنامه دوجانبه خاص است. بطور معمول دامنه صلاحیت یک دیوان بر اساس یک شرط صلاحیتی محدود صرفاً به «سلب مالکیت و میزان غرامت ناشی از سلب مالکیت» محدود می‌شود.^۱ نمونه این شرط در ماده (۱) ۹ موافقتنامه دوجانبه بین لهستان - قبرس یافت می‌شود که طبق آن: «هرگونه اختلاف بین هر یک از طرف‌های متعاقد و سرمایه‌گذار طرف متعاقد دیگر "در مورد مصادره سرمایه‌گذاری" تا حد امکان باید توسط طرفین اختلاف به شیوه دوستانه‌ای حل و فصل شود.^۲ در این شرط، موضوع صلاحیت صرفاً متمرکز بر مصادره سرمایه‌گذاری است. نوع سوم و نهایی شروط صلاحیتی را موسع می‌نامند. متن این شروط، صلاحیت گسترده‌ای را به دیوان‌های داوری اعطا می‌کنند. عبارت‌های استفاده شده در این شروط عبارتند از: «هرگونه اختلاف مربوط به سرمایه‌گذاری» یا «هرگونه اختلاف حقوقی مربوط به و یا ناشی از سرمایه‌گذاری». هدف از طراحی آنها بیان اراده و رضایت دولت‌ها به داوری به شیوه‌ای "گسترده و نامحدود" است.^۳ ماده ۹ موافقتنامه دوجانبه مابین لیتوانی - نروژ یک نمونه از آنهاست که مقرر می‌دارد: «هرگونه اختلافی که بین سرمایه‌گذار یک طرف متعاقد و طرف متعاقد دیگر در رابطه با سرمایه‌گذاری در قلمرو طرف دیگر قرارداد حادث شود».^۴ همواره دامنه واقعی شروط صلاحیتی، موضوع مناقشه برانگیزی است؛ بویژه در جاییکه دعوی بر مبنای سایر موجبات حقوقی از جمله حقوق بشر و نه موافقتنامه دوجانبه مطرح شده است.

به‌رغم وجود مناقشات فراوان در خصوص صلاحیت و دامنه آن معمولاً این خود محاکم هستند که مبادرت به احراز صلاحیت خود و تعیین دامنه آن می‌کنند. این امر به دکترین «صلاحیت در تعیین صلاحیت»^۵ مشهور است که به موجب آن دادگاه‌ها و دیوان‌ها مجاز هستند تا در مورد همه ایرادات صلاحیتی از جمله احراز صلاحیت و یا تعیین دامنه آن تصمیم‌گیری کنند؛ مساله‌ای که در بندهای ۱ و ۲ ماده ۴۱ کنوانسیون

1. ST-AD v. Bulgaria, UNCITRAL, PCA Case No. 2011- 06, Award on Jurisdiction, (18 July 2013), at para. 372.

2. Cyprus - Poland BIT, 1992, Article 9(1).

3. Schruer, Ibid. at 233.

4. Lithuania - Norway BIT, 1992, Article 9.

5. Competence-Competence.

ایکسید^۱ به روشنی تعریف شده است. اگر یک دیوان داوری در امر احراز صلاحیت و تعیین دقیق دامنه آن دچار خطا شود مرجع تجدیدنظری وجود ندارد تا بتواند اشتباهات مرجع بدوی را اصلاح کند. البته حکم صادره اگر در چارچوب کنوانسیون ایکسید صادر شده باشد می تواند باطل شود و یا در صورت درخواست اجرای آن در یک حوزه قضایی متفاوت از محل داوری، غیرقابل اجرا شده و یا در دادگاه های محل داوری ابطال شود. گرچه هر کدام از اینها منوط به وجود شرایط خاصی است. بنابراین دامنه دقیق صلاحیت همیشه به متن شرط صلاحیت مندرج در یک معاهده سرمایه گذاری خاص بستگی دارد. در نتیجه در هر مورد، جمله بندی شرط صلاحیتی از اهمیت بالایی برخوردار است و نباید براحتی نادیده گرفته شود.

اتفاق نظر کلی در مورد اینکه آیا شروط موسع صلاحیتی، دادگاه ها را در مورد ادعاهای ناشی از نقض قرارداد صالح می کند، وجود ندارد. در این مجال، هدف پرداختن به جزئیات بحث نیست. اما باید توجه داشت که شروط موسع صلاحیتی نه تنها ادعاهای نقض معیارهای ماهوی معاهدات سرمایه گذاری را شامل می شود بلکه ادعاهایی را نیز بر مبنای سایر موجبات قانونی در صورت تاثیر گذاری آنها بر سرمایه گذاری ها در بر می گیرد و می تواند فراتر رفته و به ادعاهای خارج از نقض معاهده از جمله ادعای نقض حق بر آب گسترش یابد. از این رو این تحقیق به مشاوران حقوقی دولت های سرمایه پذیر و میزبان توصیه می کند تا در هنگام تنظیم موافقتنامه های دوجانبه سرمایه گذاری معمولاً شروط صلاحیتی را به شیوه ای موسع تنظیم و نگارش نمایند تا بحث منافع عمومی از جمله حقوق بشر و محیط زیست بی ارتباط با سرمایه گذاری جلوه نکند.

۱. ماده ۴۱ کنوانسیون ایکسید: ۱. صلاحیت دیوان بوسیله خود آن دیوان تعیین می شود. ۲. اعتراض هر یک از طرفین نسبت به اینکه دعوی در صلاحیت نبوده و یا بنا به دلایل دیگر در صلاحیت دیوان نیست، بوسیله دیوان مورد رسیدگی قرار می گیرد و دیوان تعیین می کند که آیا به موضوع صلاحیت، ابتدا بعنوان امر مقدماتی رسیدگی نماید و یا در ضمن رسیدگی به ماهیت اختلاف، نسبت به آن اظهار نظر خواهد کرد.

۲-۳. دامنه صلاحیت و تعهد دولت‌های سرمایه‌پذیر در تامین حق بر آب دامنه صلاحیت می‌تواند برای هر دو طرف دعوا امکان استناد به استدلال‌های حقوق بشری را فراهم نماید. دولت‌های سرمایه‌پذیر گاه در مقام دفاع از حقوق بشر مردم قلمرو خود و گاه برای توجیه نقض حقوق سرمایه‌گذار خارجی به حقوق بشر استناد می‌کنند. در اکثر مواقع این دفاعیات در برابر اتهامات مطروحه از سوی سرمایه‌گذار خارجی در خصوص نقض استانداردهای حمایتی مندرج در معاهده مانند رفتار عادلانه و منصفانه و یا مصادره و حتی در برخی شرایط نقض قرارداد است. در مقابل این امکان برای سرمایه‌گذارهای خارجی نیز فراهم است. دامنه استناد به تعهدات حقوق بشری و یا بطور خاص حق بر آب توسط دولت‌های سرمایه‌پذیر البته گسترده‌تر است. اگر آنها بتوانند استدلال خود را به کرسی بنشانند، با سهولت بیشتری می‌توانند نقض استانداردهای حمایت از سرمایه‌گذار خارجی را توجیه کنند و از این طریق از مسئولیت ناشی از این تخلفات تبری جسته یا حداقل خسارت کمتری را بابت چنین نقض‌هایی پرداخت نمایند.^۱

دولت‌های سرمایه‌پذیر مکلفند تا تعهدات سه‌گانه رعایت، حمایت و اجرای حقوق بشر را در سطح بین‌المللی ایفا نمایند. آنها می‌توانند به موجب این تعهدات خاص، استدلال خود مبنی بر حمایت از حق بر آب شهروندان را در رسیدگی‌های داوری مطرح کنند. اگر فعالیت سرمایه‌گذارهای خارجی باعث نقض حق بر آب شود، مسئولیت حمایت از حق بر آب توسط دولت سرمایه‌پذیر باید در داوری سرمایه‌گذاری لحاظ شود. بعنوان مثال حمایت احتمالی از حق بر آب مردم که گاه منافی با منافع سرمایه‌گذار خارجی است می‌تواند بعنوان بخشی از تعهد به حمایت از حق بر آب دولت در برابر مردم سرزمین خود در نظر گرفته شود.^۲ بنابراین حق بر آب در اینجا نه تنها حق افراد ساکن در قلمرو آنها محسوب می‌شود بلکه همزمان تعهد دولت سرمایه‌پذیر از جهت حمایت از حقوق بشر نیز به شمار می‌آید. اگر معاهده

1. Ursula Kriebaum, "Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration", *The Journal of World Investment & Trade*, 10(5), (2009), at 674.

2. Bree Farrugia, "The Human Right to Water: Defenses to Investment Treaty Violations", 31 *Arbitration International*, (2015), at 262.

سرمایه‌گذاری دارای یک شرط صلاحیتی باشد که صرفاً محدود به مفاد ماهوی معاهده نباشد، در این صورت دولت سرمایه‌پذیر می‌تواند همان موافقتنامه‌ای را که سرمایه‌گذار ادعاهای خود را بر اساس آنها استوار نموده است، مورد استناد قرار دهد. حال اگر دولت سرمایه‌پذیر برای توجیه نقض معاهده سرمایه‌گذاری به تعهد حق بر آب خود استناد کند هیچ دلیلی وجود ندارد دیوان داوری که بر مبنای موافقتنامه سرمایه‌گذاری تاسیس شده اساساً از لحاظ نمودن چنین استدلالی صرف‌نظر کند. بعلاوه، موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری خود مخلوق حقوق بین‌الملل بوده و تفسیر و اجرای آنها قاعداً نمی‌تواند جدا و مستقل از منابع حقوق بین‌الملل صورت پذیرد.^۱

بنابراین تا زمانی که استدلال حمایت از حق بر آب مورد استناد یک دولت سرمایه‌پذیر معادل نقض معاهده سرمایه‌گذاری باشد، این استدلال‌ها در حیطه صلاحیت مربوط به "اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری" قرار می‌گیرند. با این وصف، دیوان صلاحیت می‌یابد تا به بررسی قوت و اثربخشی این استدلال‌ها پردازد و در نهایت پاسخ نهایی با بررسی قانون حاکم در مرحله رسیدگی ماهوی بدست می‌آید. اختلافات مربوط به خصوصی سازی خدمات مربوط به آب اغلب در چارچوب داوری ایکسید رخ داده است. دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری که تحت کنوانسیون ایکسید تشکیل می‌شوند هم بین‌المللی و هم موردی هستند؛ موردی از این جهت که برای بررسی یک مورد خاص ایجاد شده‌اند و بین‌المللی هستند زیرا در دو لایه از معاهدات بین‌المللی ریشه دارند: یکی در کنوانسیون ایکسید و دیگری معمولاً در موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها. از این رو تحت قواعد حقوق بین‌الملل عمل می‌کنند و به روشنی از دیوان‌های داوری تجاری بین‌المللی متمایز می‌شود زیرا گروه اخیر تحت قوانین ملی و کنترل نظام قضایی داخلی عمل می‌کنند. در داوری ایکسید نوعی صلاحیت عمومی ویژه اعضای کنوانسیون ایکسید وجود دارد. لیکن بعد از این مرحله وارد دو لایه دیگر یعنی صلاحیت ناشی از موافقتنامه دوجانبه بین دو دولت و همچنین رضایتنامه کتبی طرفین دعوا می‌شویم. بنابراین احراز صلاحیت توسط داوری ایکسید معمولاً مستلزم یک رضایت سه لایه‌ای است.

1. Tarcisio Gazzini, *Interpretation of International Investment Treaties* (London: Hart Publishing, 2016) at 212.

دیوان باید تشخیص دهد که اولاً این قضیه در صلاحیت کنوانسیون و اسناد مربوطه ایکسید است؛ ثانیاً در محدوده تعریف شده توسط موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری قرار دارد؛ ثالثاً موضوع متنازع فیه با رضایت کتبی خاص طرفین اختلاف به داوری ایکسید ارجاع شده است. به چندین شیوه می‌توان استناد به استدلال‌های حق بر آب دولت‌های سرمایه‌پذیر را تشریح نمود. نخست وقتی که سرمایه‌گذاران مرتکب نقض حق بر آب می‌شوند، دولت‌های سرمایه‌پذیر می‌توانند استدلال کنند که دعوای آنها غیرقابل استماع است. دوم، دولت سرمایه‌پذیر می‌تواند استدلال کند زمانیکه بین تعهدات ناشی از معاهده سرمایه‌گذاری و تعهدات حقوق بشری آن تزاخم و تضاد هنجاری وجود دارد، تعهدات سرمایه‌گذاری باید در پرتو حقوق بشر تفسیر شوند. مورد سوم این است که استانداردهای حمایت از سرمایه‌گذارها و سرمایه‌گذاری‌ها باید مطابق و سازگار با تعهدات حقوق بشری دولت سرمایه‌پذیر تفسیر شود. در نهایت، دولت سرمایه‌پذیر می‌تواند تأثیر حقوق بشر در کاهش غرامت برای نقض استانداردهای حمایت از سرمایه‌گذار را نیز ادعا کند. با این وصف، ارزیابی دقیق تأثیر تعهد به حمایت از حق بر آب در مرحله ماهوی انجام می‌شود، البته به شرطی که قبلاً دیوان صلاحیت خود را احراز نموده باشد.

دیوان داوری در قضیه فونیکس/اکشن بدرستی ملاحظه نمود که الزامات صلاحیتی کنوانسیون ایکسید و موافقتنامه دوجانبه سرمایه‌گذاری "جدا از حقوق بین‌الملل عمومی و اصول کلی آن قابل قرائت و تفسیر نیست".^۱ بررسی پرونده‌های مربوط به حق بر آب نشان می‌دهد که از سال ۲۰۰۲ تا ۲۰۱۷، روند داوری ایکسید اندک اندک رو به سمت ادغام حقوق بشر با حقوق سرمایه‌گذاری داشته است. به این معنا که استدلال‌های حقوق بشری توسط دولت‌های سرمایه‌پذیر مربوط به حقوق اقتصادی و اجتماعی مردم بوده است که از طرف کشورهای میزبان که متهم به نقض موافقتنامه دوجانبه سرمایه‌گذاری بوده بعنوان دفاعیه مطرح شده‌اند. در مورد حقوقی که طبق میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی تضمین شده‌اند، دولت‌ها موظفند تا اقدامات لازم را با هدف دستیابی تدریجی به تحقق کامل این حقوق انجام دهند. در

1. Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009, para. 78.

چارچوب تعهد دولت‌ها به "تحقق تدریجی"^۱ حقوق مزبور، تأکید زیادی بر مفهوم "حداقل تعهدات اصلی"^۲ برای اطمینان از ایفای حداقلی هر یک از حقوق وجود دارد. بدون تردید تامین حق بر آب مردم جزء حداقل تعهدات اصلی است. از اولین احکامی که داوری ایکسید در حوزه حق بر آب صادر نموده می‌توان به رای آگواس دل توناری^۳ اشاره داشت. این پرونده مربوط به افزایش بی رویه قیمت آب بود که از جانب سرمایه‌گذار خارجی صورت گرفت و بسیاری از افراد را از دسترسی به آب محروم نمود. دستاورد قضایی در این پرونده مربوط به پذیرش لایحه دوست دادگاه^۴ با محتوای دفاع از حق بر آب شهروندان بولیویایی از طرف یک سازمان مردم نهاد بود. قبول این لایحه قبل از اصلاح قواعد داوری ایکسید و درج بند ۲ ماده ۳۷ مبنی بر پذیرش لایحه دوست دادگاه بود.^۵ گرچه این لایحه در زمان صدور حکم نهایی مورد نظر قرار نگرفت، لیکن باب طرح حقوق بشر مردم یک کشور را در داوری سرمایه‌گذاری باز کرد. جالب اینکه شورای حقوق بشر ملل متحد بعد از مورد نظر قرار نگرفتن محتوای لایحه مذکور در زمان صدور حکم نهایی، حکم صادره را تهدیدی برای نظم منصفانه و دموکراتیک بین‌المللی وصف نمود.^۶

1. Progressive Realization.
2. Minimum Core Obligations.
3. Aguas del Tunari, S.A. v Republic of Bolivia, ICSID, No. ARB/02/3, 21 October 2005.
۴. در روند رسیدگی به یک پرونده ممکن است شخصی حقیقی یا حقوقی و یا گروه خاصی که طرفیتی در پرونده ندارد، به صرف بهره‌مندی از اطلاعات یا تخصصی که می‌تواند به روند اجرای عدالت و فهم بهتر دادگاه از قضیه کمک کند، داوطلبانه به دادگاه مراجعه نموده و بعضاً لایحه‌ای را با عنوان دوست دادگاه به ثبت برساند. در صورت موافقت دادگاه، شخص یا گروه مزبور بعنوان دوست دادگاه دانسته‌های خود را در اختیار دادگاه قرار خواهد داد.
۵. ماده ۳۷ قواعد داوری ایکسید (۲): پس از مشورت با هر دو طرف، دیوان ممکن است به شخص یا نهادی که طرف اختلاف نیست (در این قواعد «شخص ثالث» نامیده می‌شود) اجازه دهد تا دادخواست کتبی خود را در مورد موضوعی که در حیطه‌ی دعوی قرار دارد، تسلیم دیوان نماید. در بررسی اینکه آیا چنین دادخواستی ثبت شود دیوان باید از جمله موارد زیر را تا میزانی در نظر داشته باشد که: الف- لایحه شخص ثالث به دیوان در تعیین امور حکمی یا موضوعی مربوط به دادرسی با ارائه دیدگاه، دانش یا بینش خاصی که متفاوت از دیدگاه طرفین اختلاف است، کمک خواهد کرد. ب- لایحه شخص ثالث به موضوعی در محدوده اختلاف بپردازد. پ- شخص ثالث منفعت قابل توجهی در دادرسی دارد.

6. NGO Petition to Participate as Amicus Curiae, (n14), para. 2.

7. Human Rights Council, 13th Session, 2015, at 22.

قضیه مهم دیگر در داوری ایکسید مربوط به دعوای آزوریکس علیه آرژانتین است. در این قضیه، آرژانتین به اقدامات تنظیمی خود در جهت حمایت از حق بر آب شهروندان اشاره نمود و دیوان ضمن پذیرش این استدلال به "معیار تناسب" برگرفته از رویه دیوان اروپایی حقوق بشر استناد نمود^۱ و استدلال آرژانتین را بخاطر بحث صلاحیتی رد نکرد و در واقع این نیز خود یک دستاورد مهم بود. رویه قضایی جالب توجه دیگر پرونده سوئز و ویوندی علیه آرژانتین است، جاییکه دولت خواننده معتقد بود که تعهدات حقوق بشری خود برای تضمین حق بر آب شهروندانش به نوعی بر تعهدات این دولت به موجب موافقتنامه سرمایه‌گذاری در برابر سرمایه‌گذار خارجی رجحان دارد و وجود مسلم حق بر آب به طور ضمنی نشان می‌دهد که آرژانتین از این اختیار برخوردار است تا تعهدات خود را بر مبنای موافقتنامه دوجانبه سرمایه‌گذاری به نفع حق بر آب شهروندان نادیده بگیرد.

در این قضیه، دیوان ضمن احترام به تعهد دولت آرژانتین در رعایت حق بر آب عنوان نمود که هیچ مبنایی وجود ندارد که تعهد یک دولت در خصوص حق بر آب باید بر تعهدات همان دولت به موجب موافقتنامه دوجانبه سرمایه‌گذاری رجحان داشته باشد. دیوان معتقد بود که آرژانتین باید به نحوی عمل می‌کرد تا به هر دو نوع تعهدات خود احترام بگذارد. دیوان در واقع با پذیرش ضمنی حق بر آب و تایید رعایت و احترام به آن بر وجود حق بر آب صحه گذاشت.^۲ در نهایت مهمترین حکمی که از منظر بحث صلاحیتی در حوزه حق بر آب بسیار حائز اهمیت است قضیه اورباسور علیه دولت آرژانتین است. بر خلاف تمامی قضیه‌های یاد شده که دولت‌های سرمایه‌پذیر صرفاً در مقام خواننده و دفاع ظاهر شدند در این قضیه برای اولین بار دولت سرمایه‌پذیر نه تنها در مقام خواننده بلکه با طرح دعوی متقابل در مقام خواهان نیز ظاهر شد. آرژانتین ادعا نمود که قصور سرمایه‌گذار خارجی در انجام سرمایه‌گذاری موجب نقض

1. Azurix CORP. v the Argentine Republic, ICSID, No. ARB/01/12, 2006, para. 322.

2. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, and Vivendi Universal, S.A. v The Argentine Republic, ICSID, No. ARB/03/19, Decision on Liability, 2010: para. 262.

حقوق بین‌الملل که حق بر آب را نیز شامل می‌شود گردیده است.^۱ اهمیت این رای در این است که داوری ایکسید برای اولین بار یک دعوی متقابل بر مبنای حقوق بشر و یا حق بر آب را پذیرفته است. دیوان در واقع ادعای اورباسور جهت نقض تعهدات سرمایه‌گذاری توسط آرژانتین و ادعای این دولت جهت نقض حقوق بشر توسط اورباسور را هر دو ناشی از سرمایه‌گذاری تلقی نمود و خود را برای پذیرش هر دو دعوی صالح دانست.^۲ بنابراین رویه قضایی در داوری ایکسید حاکی از آن است که در اکثر موارد حق بر آب یا نادیده گرفته شده و یا بطور جدی پذیرفته نشده است اما تمایل تدریجی نسبت به تلفیق حقوق بشر در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری وجود داشته و این مهم در رای اورباسور نمود شگفت‌انگیز و امیدوارکننده‌ای داشته است. از این رو حتی اگر تصمیمات داوری بعنوان عناصر قاطع و معتبری در استدلال یا نتیجه‌گیری دادگاه‌های آتی لحاظ نشوند، دیوان‌های داوری یاد شده در انجام رسالت کلی خود یعنی توسعه هماهنگ و متوازن حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در جهت لحاظ نمودن تعهدات حقوق بشری مردم، دولت‌های سرمایه‌پذیر بدرستی ایفای نقش کرده‌اند.

۳. قانون حاکم در تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری

گرچه فضای سرمایه‌گذاری در صنعت آب از ظرفیت محدودی برای اثرگذاری بر تفسیر موسع از شروط صلاحیتی در موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری برخوردار است اما می‌تواند جهت فهم و تفسیر بهتر از قانون حاکم موثرتر واقع شود. روشن است که صلاحیت محدود الزاما قانون حاکم را محدود نمی‌کند و این مطلب در گزارش چندپارگی کمیسیون حقوق بین‌الملل آمده است: «صلاحیت اکثر دیوان‌های بین‌المللی محدود به انواع خاصی از اختلاف یا اختلافات ناشی از معاهدات خاصی است. با این همه، صلاحیت محدود به معنای محدودسازی دامنه قانون حاکم در تفسیر و اجرای آن

1. Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v the Argentine Republic, ICSID, No. ARB/07/26, December 2016, para. 36.

2. Ibid. para. 1143.

معاهدات نیست»^۱. بنابراین توسل به قوانین منتج از سایر شاخه‌های حقوق بین‌الملل در یک اختلاف سرمایه‌گذاری عمدتاً به قوت استدلال طرفین اختلاف بستگی دارد گرچه اعمال آن منوط به تصمیم دیوان داوری و همچنین توان آن برای برقراری ارتباط بین حقوق حمایت از سرمایه‌گذاری و منابع حقوقی خارج از حقوق سرمایه‌گذاری باقی می‌ماند.^۲ فضای داوری در صنعت آب می‌تواند تعامل بین حقوق سرمایه‌گذاری و دیگر زیرشاخه‌های حقوق بین‌الملل را تبیین نماید و بطور خودکار به فهم مسائلی که مرتبط به دعوی سرمایه‌گذاری هستند تسری پیدا کند و یک تفکر سیستمیک و وحدت‌گرا را در حقوق بین‌الملل ایجاد نموده و امکان تعامل بالقوه بین رژیم‌های حقوقی را ممکن سازد.^۳ حق بر آب می‌تواند بعنوان بخشی از قانون حاکم در داوری سرمایه‌گذاری مطرح شود.

قانون حاکم عبارت است از قواعد حقوقی که دادگاه‌ها در تصمیم‌گیری راجع به یک دعوی حقوقی آنها را بکار می‌گیرند.^۴ در ضمن ظهور حق بر آب در بحث قانون حاکم از مجرای استناد محاکم به قانون داخلی دولت سرمایه‌پذیر و تعهدات بین‌المللی این دولت در حوزه حمایت، رعایت و اجرای حقوق بشر جلوه می‌کند. چراکه حق بر آب معمولاً در قوانین داخلی دولت‌ها به اشکال متفاوت وارد شده است. بحث قانون حاکم بر اختلافات سرمایه‌گذاری گرچه بی‌ارتباط با دامنه شرط صلاحیت نیست ولی متفاوت از آن است. حتی در مواردی که یک ادعای حقوق بشری و یا محیط زیستی خارج از محدوده صلاحیت دیوان داوری سرمایه‌گذاری بنظر برسد، قواعد حقوق بشری و یا محیط زیستی می‌توانند در بررسی یک ادعای سرمایه‌گذاری از طریق فراهم

1. Martti Koskeniemi, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission (Helsinki, Erik Castren Institute, 2007) at 45.

2. Andrew Newcombe and Lluís Paradell, Law and Practice of Investment Treaties (The Hague: Kluwer Law International, 2009) at 88-9.

3. Arthur Watts KCMG, "The Importance of International Law", in M Byers (ed), The Role of Law in International Politics, Essays in International Relations and International Law (Oxford University Press, 2000) at 6-7.

4. Pauwelyn, Ibid. at 461.

نمودن زمینه لازم برای تفسیر قانون حاکم و قواعد حقوق سرمایه گذاری مرتبط باشند.^۱ امکان درهم آمیختگی قانون حاکم با صلاحیت از تنوع مقرراتی نشات می گیرد که قانون حاکم بر مبنای آنها تعیین می شود و همچنین در برخی معاهدات همین مقرر هر دوی قانون حاکم و صلاحیت را تعیین می کند.

چارچوب حقوقی که بر یک سرمایه گذاری قابل اعمال باشد از سه لایه تشکیل می گردد. اول، مقررات قراردادی است البته اگر سرمایه گذاری از طریق قرارداد با دولت سرمایه پذیر و یا دستگاه های دولتی صورت گرفته باشد. دوم، قانون داخلی که می تواند قانون داخلی دولت سرمایه پذیر و یا احتمالاً مربوط به یک دولت دیگر باشد. سوم، حقوق بین الملل است که تمامی منابع آن مطابق با ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری^۲ را در بر می گیرد. این ترکیب و چینش قانون حاکم که در اغلب موافقتنامه های دوجانبه سرمایه گذاری وجود دارد، برگرفته و به تاسی از ماده ۴۲(۱) کنوانسیون ایکسید^۳ است. حق بر آب می تواند ناشی از یک معاهده لازم الاجرای حقوق بشری همانند میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و یا بطور استثنائی ناشی از حقوق بین الملل عام باشد. قانونی که دیوان های داوری سرمایه گذاری اعمال می کنند معمولاً در موافقتنامه سرمایه گذاری مربوطه قبلاً درج شده و از لحاظ منطقی موافقتنامه سرمایه گذاری بطور ضمنی منبع اولیه برای تعیین قانون حاکم تلقی می شود.

1. Channel Tunnel v. UK and France, PCA, Partial Award, 30 January 2007, para. 152.

۲. ماده ۳۸ اساسنامه دیوان: دیوان بین المللی دادگستری که مأموریت دارد اختلافاتی را که به آن رجوع می شود بر طبق حقوق بین الملل حل و فصل نماید، موازین زیر را اجرا خواهد کرد: الف- عهدنامه های بین المللی اعم از عمومی و خصوصی که به موجب آنها قواعدی معین شده که طرفین اختلاف آن قواعد را صریحاً به رسمیت شناخته اند؛ ب- عرف بین المللی بعنوان رویه ای کلی که به صورت قانون پذیرفته شده است؛ پ- اصول کلی حقوقی که مقبول ملل متمدن است. ت- با رعایت حکم ماده ۵۹، تصمیمات قضایی و عقاید برجسته ترین حقوقدانان ملل مختلف به منزله وسایل فرعی برای احراز قواعد حقوقی.

۳. ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید: ۱. دادگاه دعوی را بر طبق مقررات قانونی که مورد تراضی طرفین قرار گرفته است، رسیدگی می نماید. در صورتیکه توافقی در این مورد نباشد، بر مبنای قانون کشور متعاقد طرف دعوی (شامل مقررات مربوط به تعارض قوانین آن کشور) و نیز آن دسته از مقررات حقوق بین الملل که قابل اجرا باشد، تصمیم خواهد گرفت.

عموماً موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری بطور خاص مشخص می‌کنند که کدام قانون و یا قانون‌های را طرفین انتخاب کرده‌اند گرچه قانون حاکم تعیین شده در موافقتنامه سرمایه‌گذاری همیشه تنها قانون حاکم نخواهد بود.

دیوان داوری ایکسید در قضیه AAPL اظهار می‌دارد: «قابل ذکر است که معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری یک نظام حقوقی خودبسنده و بسته نبوده و به تنهایی در تعیین قواعد ماهوی اثرگذار نخواهد بود؛ بلکه این امر باید در بافت قضایی وسیعتری بررسی شود که قواعد مربوط به دیگر منابع از آن نشأت گرفته و از طریق اسلوب‌های تفسیری ترکیب می‌شوند و یا از طریق اشاره مستقیم به برخی از قواعد فرعی مربوط به حوزه حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی ممکن می‌شود».^۱ در ضمن اگر حق بر آب در نظام حقوق داخلی یک کشور وارد شده باشد می‌توان بدان نیز استناد نمود چراکه به موجب حقوق بین‌الملل، سرمایه‌گذاری نباید با نقض حقوق داخلی دولت سرمایه‌پذیر همراه باشد. تنها در صورتی استناد به حقوق داخلی ممنوع است که این امر در تضاد با حقوق بین‌الملل و یا برای فرار از اجرای تعهدات بین‌المللی باشد. بعلاوه، قواعد داوری از جمله قواعد داوری ایکسید، ابزار اضافی ایکسید و قواعد داوری آنسیترا نیز در تعیین قانون حاکم نقش دارند.

بعنوان نمونه ماده ۴۲(۱) کنوانسیون ایکسید مقرر می‌دارد: «دادگاه دعوی را بر طبق مقررات قانونی که مورد تراضی قرار گرفته است، رسیدگی می‌نماید. در صورتیکه توافقی در این مورد نباشد، بر مبنای قانون کشور متعاقد طرف دعوی و نیز آن دسته از مقررات حقوق بین‌الملل که قابل اجرا باشد تصمیم خواهد گرفت». بنابراین محاکم داوری سرمایه‌گذاری می‌توانند به حقوق بشر بعنوان بخشی از قانون حاکم استناد نموده که نمونه آن قضیه تکمد علیه مکزیک است. نظر به اینکه در این قضیه موافقتنامه دوجانبه امکان استناد به حقوق بین‌الملل را مهیا نموده بود، دیوان توانست به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر استناد نماید.^۲ همین اوصاف در قضیه سئور علیه آرژانتین اتفاق افتاد. زمانیکه آرژانتین نقض قرارداد سرمایه‌گذاری را با عنوان حمایت از حقوق بشر

1. Asian Agricultural Products Ltd v Republic of Sri Lanka, ICSID Case No ARB/73/3, Final Award (27 June 1990), para. 21.

2. Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID, No. ARB (AF)/00/2, paras. 46 & 150.

مردم خود بویژه حق بر آب توجیه نمود، دیوان داوری صراحتاً اعلام نمود که حقوق بشر بطور عام و حق بر آب بطور خاص یکی از منابعی است که دیوان باید بر مبنای آنها این اختلاف را حل و فصل نماید. چراکه در وهله اول، این حقوق در نظام حقوق داخلی آرژانتین تضمین شده‌اند و در وهله دوم بخشی از اصول کلی حقوق بین‌الملل را تشکیل می‌دهند. دیوان اضافه می‌کند که دسترسی به آب آشامیدنی از منظر دولت یک خدمت عمومی جهت تامین یک نیاز اساسی و از منظر شهروندان یک حق بنیادین است. بنابراین نظام حقوقی یک دولت می‌تواند و باید به مقامات دولتی این حق را بدهد تا نقش مشروع خود را در طرح‌ریزی، نظارت، کنترل و حفاظت از منافع عمومی ایفا نمایند.^۱ دیوان در نهایت اشاره داشت که رسالت واقعی خود را در برقراری توازن بین تعهد دولت‌ها به حمایت از حقوق بشر و حقوق سرمایه‌گذاری خارجی می‌داند. علاوه بر کنوانسیون ایکسید دیگر معاهدات چندجانبه سرمایه‌گذاری از جمله ماده ۲۶(۶) معاهده منشور انرژی^۲ و ماده ۱۱۳۱ معاهده نفتا^۳ مقرر می‌دارند که دیوان داوری باید دعوی را بر مبنای خود معاهده و قواعد و اصول قابل اعمال حقوق بین‌الملل رسیدگی نماید. بنابراین علی‌الاصول تمام حقوق بین‌الملل که برای طرفین اختلاف لازم الاجرا است می‌تواند بخشی از قانون حاکم بوده که فراتر از مفاد موافقتنامه سرمایه‌گذاری مرتبط، اصول کلی حقوقی و حقوق بین‌الملل عرفی است.^۴ برخی نویسندگان معتقدند که گرچه ممکن است یک معاهده لازم الاجرای سرمایه‌گذاری به حقوق بشر و یا دیگر منافع عمومی اشاره‌ای نکند، بازهم قانون حاکم می‌تواند تعهدات و قواعد عرفی مرتبط با این مسائل را شامل شود.^۵

1. SAUR International S.A. v. République Argentine, ICSID, No. ARB/04/4, para. 330.

۲. ماده ۲۶ منشور انرژی: ۶. دیوانی که طبق بند (۴) این ماده تشکیل شده است، در مورد موضوعات مورد اختلاف مطابق با این معاهده و قواعد و اصول قابل اجرا در حقوق بین‌الملل تصمیم‌گیری خواهد کرد.

۳. ماده ۱۱۳۱ معاهده نفتا: ۱. دیوانی که به موجب این بخش تشکیل شده است، در مورد موضوعات مورد اختلاف، مطابق با این موافقتنامه و قواعد قابل اجرای حقوق بین‌الملل تصمیم‌گیری خواهد کرد.

4. Phoenix Action, Ltd. v. the Czech Republic, Ibid, paras. 77-8.

5. Christoph Schreuer and Ursula Kriebaum, "From Individual to Community Interest in International Investment Law", In Ulrich Fastenrath et al. (eds), From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honor of Bruno Simma (Oxford University Press, 2011) at 1049.

با این همه، دیوان‌های داوری در ابتدا به سختی قائل به ارتباط بین قانون حاکم بر دعوی و قوانین مرتبط و منتج از سایر زیرشاخه‌های حقوق بین‌الملل از جمله حقوق بشر بودند ولی بتدریج این رویکرد در حال تحول است. بعنوان نمونه، دولت آرژانتین به تعارض محتمل بین تعهدات این دولت به موجب موافقتنامه سرمایه‌گذاری با تعهداتش به موجب حقوق بشر در قضیه‌های آزوریکس علیه آرژانتین^۱ و زیمنس علیه آرژانتین^۲ استناد نمود. دیوان‌های داوری در این دو قضیه حق بر آب را زیر سوال نبردند لکن با بهانه عدم ارائه توضیح کافی از طرف آرژانتین آن را نادیده گرفتند.

در قضیه *بای ووترگواف*، دولت تانزانیا و دوستان دادگاه در لایحه ارسالی خود پیشنهاد دادند تا حقوق بشر و توسعه پایدار بعنوان عواملی تلقی شوند که ماهیت و دامنه مسئولیت سرمایه‌گذار خارجی را مشروط نموده و حقوق و تعهدات بین سرمایه‌گذار خارجی و دولت سرمایه‌پذیر را نیز متوازن نماید. تانزانیا نیز در دفاعیات خود اقداماتش را در جهت حمایت از حق بر آب شهروندانش عنوان و استدلال کرد که در این زمینه نه تنها تعهد اخلاقی بلکه احتمالاً تعهد حقوقی داشته است.^۳ دیوان اعلام نمود که اقدامات دولت تانزانیا هرگز از روی سوء نیت نبوده و در تصمیم‌گیری خود به نحوی رای به جبران خسارت داد که وزن و اعتبار بیشتری به دفاعیات تانزانیا بخشید.^۴ بعلاوه، تعیین قانون حاکم همچنین می‌تواند از برداشت ذهنی داوران در خصوص دامنه واقعی قانون حمایت از سرمایه‌گذاری نیز متأثر شود. بنابراین بافت اختلافات سرمایه‌گذاری مربوط به آب با بهره‌گیری از عناصر تلفیق‌کننده می‌تواند به شفاف‌سازی دیگر قواعد حقوق بین‌الملل که در حل و فصل دعوی ارتباط پیدا می‌کند و به نوعی با قلب مساله ارتباط دارند کمک کند. در قضیه اورباسور علیه آرژانتین، دیوان داوری دریافت که تعهد دولت میزبان به تضمین حق بر آب و بهداشت یکی از اهداف خصوصی سازی و سرمایه‌گذاری حاضر بوده و در نتیجه تأیید کرد که حمایت از یک حق بنیادین یعنی حق بر آب چارچوبی را فراهم می‌کند که خواهان‌ها می‌توانند انتظارات خود را در

1. Azurix, op. cit., para. 261.

2. Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID case no. ARB/02/8, Award, February 6, 2007, paras. 57, 312, 354.

3. Biwater Gauff (Tanzania) LTD. v United Republic of Tanzania, ICSID, No. ARB/05/22, 2008, para. 434.

4. Ibid. paras. 515, 516.

داخل آن مطرح نمایند.^۱ بعلاوه در این قضیه نکته بسیار مهم این بود که دیوان در استدلالات خود از همان ابتدا این تفکر قدیمی را کنار گذاشت که تعهدات حقوق بشری فقط بر عهده دولت‌ها بوده و بازیگران غیردولتی در این زمینه تکلیفی ندارند.^۲ دیوان اظهار داشت که شرکت‌های خصوصی که در عرصه بین‌المللی فعالیت می‌کنند همانطور که از حقوق بهره‌مند هستند باید تکالیف نیز داشته باشند.^۳ دیوان ادامه می‌دهد که کرامت هر انسان و حق بر مسکن مناسب و شرایط زندگی تعهدی است بر دوش همگان یعنی اشخاص خصوصی و عمومی بوده که نباید اقدامی انجام دهند که با هدف نقض حقوق یادشده باشد.^۴ در این رای، کاملاً این نکته روشن شد که محاکم داوری سرمایه‌گذاری می‌توانند به بحث‌های حقوق بشری ورود پیدا کرده و حتی به جزئیات نیز بپردازند و محدودیت‌های ناظر بر قانون حاکم و شروط صلاحیتی را مانع تلقی نکنند.

۴. تعارض هنجارها و راهکارها

فضای سرمایه‌گذاری در حوزه آب می‌طلبد که گاه تعارض بالقوه و واقعی در تفسیر قانون حاکم و کاربرد روش‌های رفع تعارض توسط محاکم داوری ایجاد شود. اساساً حقوق بین‌الملل خود بعنوان یک نظام حقوقی متشکل از رژیم‌های حقوقی مختلف است که گاه با همدیگر همپوشانی دارند. از جمله آنها می‌توان به رژیم حقوقی سرمایه‌گذاری، رژیم حقوقی محیط زیست و رژیم حقوق بشر اشاره داشت. تجلی این رژیم‌ها از طریق معاهدات، حقوق عرفی و یا سایر اقدامات تنظیمی است. گاه همپوشانی بین این رژیم‌ها خود را در قالب تعارض هنجارها که در واقع همان تعارض بین "قواعد معاهداتی و عرفی" است نشان می‌دهد. در این نوشتار، بحث تعارض قواعد حقوق سرمایه‌گذاری با قواعد حقوق بشری و یا گاه دیگر قواعد موجود در سایر

1. Urbaser, op. cit., 2017, paras. 623-4.

۲. فرشاد گراوند، «حق بر آب در پیکره حقوق بین‌الملل و حمایت از آن در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، سال (۱۳۹۹)، دوره ۵۰، شماره ۴، ص ۱۸.

3. Urbaser, op. cit., 2017, paras. 1194-1195.

4. Ibid., 2017, paras. 1199.

شاخه‌های حقوق بین‌الملل که در داوری سرمایه‌گذاری حادث می‌شوند مطرح می‌گردد.^۱

تعارض هنجارها در معنای وسیع وضعیتی است که کاربرد یک معاهده، اهداف یک معاهده دیگر را بدون اینکه بین مفاد آنها تضاد وجود داشته باشند عقیم می‌سازد.^۲ به نوعی تعارض واقعی شامل وضعیتی است که کاربرد یک هنجار مانع اجرای هنجار دیگر می‌شود.^۳ این تعارض‌ها قابل حل هستند. در وضعیتی که در توجیه نقض قوانین حمایت از سرمایه‌گذاری به رعایت قوانین مندرج در سایر منابع حقوقی از جمله حقوق بشر استناد می‌شود ما شاهد تعارض بالقوه هنجارها می‌باشیم که امکان حل آن از طریق تفسیر معاهده وجود دارد. اسلوب حل تعارض هنجارها در معنای وسیع آن متضمن تفسیر با اشاره به منابع حقوقی خارج از حقوق سرمایه‌گذاری است که محتوای معیارهای حمایت از سرمایه‌گذاری را روشن می‌کنند و با فرض عدم تعارض سعی می‌کنند تا تعارض را از شیوه‌های تفسیر غایت‌انگاران، موثر و تکاملی و یا از طریق اصل تلفیق سیستمیک مندرج در ماده ۳۱(۳) (ج) عهدنامه حقوق معاهدات وین^۴ برطرف نماید. در صورتیکه اسلوب‌های تفسیری یادشده تعارض بالقوه در قانون حاکم را از میان بردارد تعارض شکل واقعی به خود می‌گیرد و آنگاه شیوه‌های حل تعارض حقوق بین‌الملل عام مجال پیدا می‌کنند.

شورای حقوق بشر اخیراً طی گزارشی خواستار تغییر نگرش در نحوه برخورد با مسائل حقوق بشری در متن موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری و در نحوه داوری در ایکسید

1. International Law Commission (ILC), Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, in Report of the International Law Commission, 58th Session (2006), UN Doc A/61/10 (2006), paras 251-254.

2. Joost Pauwelyn, "Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter- Connected Islands", Michigan Journal of International Law, 25, (2004), at 175-176.

3. Rüdiger Wolfrum and Nele Matz, "Conflicts in International Environmental Law", International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics, 7, (2007) at 309.

۴. ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات وین: ۱- همراه با سیاق عبارت، به موارد زیر نیز توجه خواهد شد:

ج- هر قاعده مرتبط حقوق بین‌الملل که در روابط بین طرف‌های معاهده قابل اعمال باشد.

شد. این شورا با ابراز نگرانی از اینکه ایکسید شدیداً در موسسه‌های قدرتمند اقتصادی مستحیل شده است خواستار ایجاد مجدد یک نظام حل و فصل اختلاف مبتنی بر اصول مندرج در کنوانسیون ۱۹۶۹ حقوق معاهدات وین شد.^۱ چونکه قواعد کنوانسیون یادشده عرفی هستند آنها می‌توانند صرفنظر از اینکه برخی دولت‌ها کنوانسیون مزبور را تصویب نموده باشند قابلیت اجرایی پیدا کنند.^۲ دیوان‌های داوری از این امکان بهره‌مند هستند تا اسلوب‌های تفسیر را برای لحاظ نمودن حقوق بشر در داوری اختلافات سرمایه‌گذاری بکار بندند. در این خصوص سه روش متفاوت یعنی الف- اصل تفسیر سیستمیک، ب- تفسیر در پرتو هدف و موضوع موافقتنامه سرمایه‌گذاری و پ- تصویب اعلامیه جداگانه جهت ایضاح مفاد و اهداف موافقتنامه سرمایه‌گذاری مطرح است. شماری از نویسندگان در تایید ادعای فوق اذعان دارند که موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری نمی‌توانند در خلاء و جدا از قواعد حقوق بشری که بخشی از نظم حقوقی بین‌المللی تلقی می‌شوند اعمال شده و مورد تفسیر قرار گیرند.^۳

الف- اصل تفسیر سیستمیک

در روش تلفیق سیستمیک تفسیر موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری باید در فضایی گسترده‌تر یعنی با لحاظ بافت کلی و هدف و موضوعی که در مقدمه آن وجود دارد و با در نظر داشتن تمامی حقوق قابل اعمال میان طرفین موافقتنامه صورت بگیرد. این روش که تفسیر موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری را در پرتو قواعد کنوانسیون حقوق معاهدات وین تجویز می‌نماید در قضیه اورباسور بکار گرفته شد. دیوان در آن قضیه پذیرفت که حق بر آب باید همتراز با دیگر قواعد حقوق بین‌الملل از جمله حقوق بشر تفسیر شود.^۴ دیوان در این خصوص به رای تولیپ ریل/ استیت که ارتباط حقوق

1. UNGA "Report of the Independent Expert on the Promotion of a Democratic and Equitable International Order", (2011), at 1.

2. Tamar Meshel, "Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond", 6 J. Intl. Dispute Settlement 2, (2015), at 303.

3. J Krommendijk and J Morijn, "Proportional' by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration' in P-M Dupuy et al, Human Rights in International Investment Law and Arbitration (Oxford University Press, 2009) at 427.

4. Urbaser, op. cit. para. 1200.

بشر با حقوق بین‌الملل را موسع ارزیابی نموده بود اشاره کرد. این رای در واقع روش تلفیق سیستمیک را اعمال نموده است.^۱ نمونه دیگر قضیه سوئز است که دیوان در این قضیه بطور ضمنی برای آرژانتین این اختیار را قائل شد تا تعهدات سرمایه‌گذاری را در حمایت از تعهدات حقوق بشری (حق بر آب) نادیده بگیرد، گرچه در ادامه ترجیح بین این دو نوع از تعهدات را در حقوق بین‌الملل بی‌وجه دانست ولی در نهایت اعلام داشت که اجرای این دو نوع از تعهدات توسط دولت آرژانتین ناهمگون، متضاد و مانع الجمع نبوده و آرژانتین باید هر دو گونه آنها را رعایت می‌کرد.^۲ نمونه دیگر از این رویکرد را دیوان بین‌المللی دادگستری در رای سکوها اعمال نمود. دیوان عبارت "منافع ملی ضروری امنیتی" را طبق ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات وین با عنایت به سایر منابع حقوق بین‌الملل و همچنین حقوق بین‌الملل عام که کاربرد زور را منع می‌نماید تفسیر نمود.^۳

ب- تفسیر در پرتو هدف و موضوع موافقتنامه سرمایه‌گذاری

شیوه یا اسلوب دوم تفسیر همان اثرپذیری قانون حاکم از سایر شاخه‌های حقوق بین‌الملل است. دیوان داوری ایکسید در قضیه SPP در زمان صدور حکم نهایی خود ضمن استناد به کنوانسیون ۱۹۷۲ یونسکو، محتوی استاندارد انتظارات مشروع برای پرداخت غرامت به سرمایه‌گذار خارجی را در بحث تعیین میزان غرامت به نفع دولت مصر محدود و مضیق تفسیر نمود.^۴ بنابراین هنجارهای حقوق بشری بعنوان بخشی از حقوق بین‌الملل بر فهم دیوان از مفاد موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری واجد اثر شدند. در واقع در این شیوه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در ارتباط سیستمیک با دیگر قواعد حقوق بین‌الملل از جمله حقوق بشر کارکرد مناسب پیدا می‌کند. از این رو طبق روش دوم گرچه یک دیوان داوری ممکن است تنها راجع به موافقتنامه دوجانبه

1. Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v Republic of Turkey, ICSID, No. ARB/11/28, 2013, paras. 88-92.

2. Suez, op. cit. para. 262.

3. Islamic Republic of Iran v. United States of America, (Oil Platforms), ICJ Reports, Merits, (2003): paras. 40-1.

4. Southern Pacific Properties (SPP) (Middle East) Limited v Arab Republic of Egypt, ICSID, ARB/84/3, May 20, 1992, paras. 159-164.

سرمایه‌گذاری صلاحیت رسیدگی داشته باشد لیکن موافقتنامه مزبور باید در ارتباط با حقوق بشر تفسیر و اعمال شود. این رویه مسیر فراخی را پیش روی داوران قرار می‌دهد تا حقوق بشر را در جریان تفسیر تعهدات مندرج در موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری مدنظر قرار دهد. در نسل قدیم موافقتنامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری اغلب ذکری از حقوق بشر و یا سایر منافع عمومی به میان نمی‌آمد. از این رو آنکتاد اقداماتی را که دولت‌ها برای مقابله با این چالش باید انجام دهند عنوان کرده است. این اقدامات عبارتند از: روشن شدن مفاد معاهده از طریق تفسیرهای معتبر، تجدید نظر در معاهدات از طریق الحاقیه‌ها، جایگزینی معاهدات قدیمی با معاهدات جدید از طریق مذاکره مجدد، فسخ یا تجدید معاهدات به صورت یکجانبه یا با رضایت متقابل.^۱

پ- تصویب اعلامیه جداگانه و مشترک جهت ایضاح مفاد و اهداف موافقتنامه سرمایه‌گذاری

سومین و آخرین اسلوب همان تصویب اعلامیه مشترک و یکجانبه تفسیری است. این اسناد ضمن تنویر معنای برخی از مفاد معاهده جهت تضمین اینکه حمایت از سرمایه‌گذاری نباید دیگر اهداف گسترده عمومی را نقض نماید به همراه موافقتنامه سرمایه‌گذاری منعقد می‌شوند. در فرایند انعقاد معاهدات، دولت‌ها باید محض احتیاط چنین اسنادی را تصویب نمایند. چنین اسناد تفسیری می‌تواند شمار اختلافات را کاهش داده و پیش‌بینی‌پذیری بهتری را در خصوص احکام صادره بدست دهد. در نهایت، نظر به اینکه مبانی و محتوی هر دو شاخه از حقوق بشر و حقوق سرمایه‌گذاری بخش‌های مهمی از حقوق بین‌الملل عمومی را تشکیل می‌دهند لذا عقل و منطق حکم می‌کند تا آنها به شیوه‌ای سیستمیک تفسیر و بر اساس اصول کلی حقوق بین‌الملل هدایت شوند.

نتیجه‌گیری

حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری صحنه تعارض بین منافع عمومی و خصوصی است و به تبع آن داوری سرمایه‌گذاری نیز در تلاش برای تعیین هویت خود و برقراری تعادل بین

1. UNCTAD, "International Investment Policymaking in Transition: Challenges and Opportunities of Treaty Renewal", IIA Issues Note No. 4. Geneva, (2013), at 15.

آنها می‌باشد. جهت خروج از بحران مشروعیت، داوری سرمایه‌گذاری باید ضمن پرداختن به جنبه‌های خصوصی اختلاف سرمایه‌گذاری به ابعاد عمومی آن نیز پردازد. پرداختن به ابعاد عمومی اغلب خارج از دامنه صلاحیتی و قانون حاکم در محاکم داوری سرمایه‌گذاری تلقی شده است. این امر گرچه برآمده از ساختار نامتوازن و نامتقارن موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری جلوه داده شده که همواره حمایت از سرمایه‌گذار خارجی را در اولویت قرار می‌دهد لکن عمدتاً معلول نداشتن رویکرد سیستمیک و منسجم نسبت به ساختار حقوق بین‌الملل و همچنین تفسیر مضیق از شروط صلاحیتی و قانون حاکم توسط داوران است. مشکل پیش‌روی دولت‌های سرمایه‌پذیر در دفاع از حق بر آب ناشی از شروط صلاحیتی مضیق و همچنین بی‌اطلاعی داوران از ساختار سیستمیک حقوق بین‌الملل عمومی است.

در رسیدگی به اختلافات سرمایه‌گذاری، داوران باید رویکردهای مضیقی را که ویژه داوری تجاری بین‌المللی است کنار گذاشته و با توجه به مختصات کلی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، شروط صلاحیتی و قانون حاکم را به نحوی تفسیر نمایند که نقض حق بر آب مرتبط و ناشی از سرمایه‌گذاری تلقی شود و تعهدات حقوق بشری دولت میزبان نیز جهت حمایت از حقوق بشر مردم سرزمین خود مورد ملاحظه قرار گیرد. این پژوهش نشان می‌دهد صلاحیت محدود الزاماً منجر به محدودیت در قانون حاکم نمی‌شود و دیگر تعهدات ناشی از سایر شاخه‌های حقوق بین‌الملل همانند حق بر آب و یا حق بر محیط زیست می‌توانند در مرحله ماهوی و صدور حکم لحاظ شوند.

دیوان‌های داوری ایکسید گرچه همواره همزیستی بین تعهدات سرمایه‌گذاری با تعهدات حقوق بشری را تایید نموده‌اند و حق بر آب را حتی در مرحله صلاحیت منکر نشده‌اند ولی معمولاً دفاع دولت سرمایه‌پذیر را یا در مرحله صدور حکم نهایی نادیده گرفته و یا صرفاً در مرحله تعیین خسارت تاحدودی مدنظر داشته‌اند. لکن در پرونده‌های اخیر که نمونه بارز آن رأی اورباسور است بر وجود حق بر آب و دعوی تقابل ناشی از نقض آن کاملاً صحه گذاشته شده است. به‌رغم رویکرد مضیق داوران در تفسیر شروط صلاحیتی، اهمیت حیاتی حق بر آب موجب شده تا یک بنیان تئوریک محکم برای تلفیق حقوق بشر بویژه حق بر آب با حقوق سرمایه‌گذاری در عرصه

داوری از مجرای قاعده عرفی اصل تلفیق سیستمیک مندرج در کنوانسیون حقوق معاهدات وین در حال نضج گرفتن باشد.

طبق یافته‌های این تحقیق، رعایت همزمان این دو نوع از هنجارها الزاماً مانع‌الجمع نبوده؛ چراکه علاوه بر داشتن مشابهت در مبانی و محتوی، غایت نهایی حقوق سرمایه‌گذاری و حقوق بشر حمایت از فرد در برابر قدرت دولت است. این دغدغه به تدریج در نسل جدید موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری از طریق اشاره به رعایت حقوق بشر در مقدمه آنها، درج راهنماهای تفسیری و حمایت از روندهای که به دنبال برقراری رابطه بین هنجارهای مختلف بوده لحاظ شده است.

تعارض منافع

تعارض منافع وجود ندارد.

ORCID

Farshad Geravand



<https://orcid.org/0000-0001-7066-8055>

منابع

مقاله‌ها

- ضیایی، سید یاسر، «جایگاه تعهدات زیست‌محیطی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال پانزدهم، شماره ۴۲، (۱۳۹۳).
- گراوند، فرشاد، «حق بر آب در پیکره حقوق بین‌الملل و حمایت از آن در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره ۵۰، شماره ۴، (۱۳۹۹).

References

Books

- Barlow, Maude & Clarke, Tony, *Blue Gold: The Battle against Corporate Theft of the World's Water* (Toronto: Stoddart, 2002).

- Born, B. Gary, *International Commercial Arbitration*, Vol. 1 (The Netherlands: Kluwer Law International, 2009).
- Reiner, Clara & Schreuer, Christoph, “Human Rights and International Investment Arbitration”, In: Pierre-Marie Dupuy et al, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Oxford University Press, 2009).
- Coe, Jack J. Jr. “The Mandate of Chapter 11 Tribunals – Jurisdiction and Related Questions”, In: Todd Weiler, *NAFTA Investment Law and Arbitration: Current Practice, Future Prospects* (New York: Transnational Publishers, 2004).
- Dupuy, P. M & J. E. Viñuales, “Human Rights and Investment Disciplines: Integration in Progress”, In M. Bungenberg, et al, *International Investment Law* (Baden: Nomos, 2012).
- Krommendijk, J. & Morijn, J, “Proportional’ by What Measure(s)? Balancing Investor Interests and Human Rights by Way of Applying the Proportionality Principle in Investor-State Arbitration’ in P-M Dupuy et al, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (Oxford University Press, 2009).
- Hirsch, Moshe, “Conflicting Obligations in International Investment Law: Investment Tribunals’ Perspective”, In Yuval Shany and Tomer Brode, eds., *The Shifting Allocation of Authority in International Law: Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity* (London: Hart Publishing, 2008).
- Martti, Koskenniemi, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Report of the Study Group of the International Law Commission* (Helsinki: Erik Castren Institute, 2007).
- Newcombe, A. & Paradell L., *Law and Practice of Investment Treaties* (The Hague: Kluwer Law International, 2009).
- Schreuer, Christoph, & Kriebaum, Ursula, “From Individual to Community Interest in International Investment Law”, In Ulrich

Fastenrath *et al.* (eds), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honor of Bruno Simma* (Oxford University Press, 2011).

- Timmers, Leonie, “The Protection against Expropriations in Venezuela: A Right to Property in Theory”? in: Freya Baetens, *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives* (Cambridge University Press, 2013).
- Schreuer, Christoph et al., *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2009).
- Romano, Cesare, et al., *The Oxford Handbook of International Adjudication* (Oxford University Press, 2014).
- Gazzini, Tarcisio, *Interpretation of International Investment Treaties* (London: Hart Publishing, 2016).
- Veenstra-Kjos, Hege Elisabeth, “Counter-claims by Host States in Investment Dispute Arbitration ‘Without Privity’”, In: Kahn, Philippe and Walde, Thomas, *New Aspects of International Investment Law* (The Netherlands: Brill, Nijhoff, 2007).
- Watts, KCMG, Arthur, “The Importance of International Law”, in M Byers (ed), *The Role of Law in International Politics, Essays in International Relations and International Law* (Oxford University Press, 2000).

Articles

- Benvenisti, Eyal, “Right to Water, International Protection”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, (2010).
- De Brabandere, Eric, et al, “Non-state Actors, State-Centrism and Human Rights Obligations”, *Leiden Journal of International Law*, 22(1), (2009).
- Gaukrodger, David, “Business Responsibilities and Investment Treaties”, Consultation paper by the OECD Secretariat, 15 January, (2020),
- Farrugia, Bree, “The Human Right to Water: Defenses to Investment Treaty Violations”, *Arbitration International*, 31, (2015).

- James, D. Fry, “International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law’s Unity”, 18 Duke J. Comp. Intl. Law, (2007).
- Kriebaum, Ursula, “Human Rights of the Population of the Host State in International Investment Arbitration”, The Journal of World Investment & Trade, 10(5), (2009).
- Meshel, Tamar, “Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond”, J. Intl. Dispute Settlement, 6, (2015).
- Pauwelyn, Joost, “Bridging Fragmentation and Unity: International Law as a Universe of Inter-Connected Islands”, Michigan Journal of International Law, 25, (2004).
- Schreiber, William, “Realizing the Right to Water in International Investment Law: An Interdisciplinary Approach to BIT Obligations”, Natural Resources Journal, Vol. 48. Issue 2, (2008).

Cases

- Asian Agricultural Products Ltd v Republic of Sri Lanka, ICSID Case No ARB/73/3, Final Award (27 June 1990).
- Aguas del Tunari, S.A. v Republic of Bolivia, ICSID, No. ARB/02/3.
- Azurix CORP. v The Argentine Republic, ICSID, No. ARB/01/12.
- Biwater Gauff (Tanzania) LTD. v United Republic of Tanzania, ICSID, No. ARB/05/22.
- Channel Tunnel v. UK and France, PCA, Partial Award, 30 January 2007.
- Islamic Republic of Iran v. United States of America, ICJ, merits, Judgement, 2003.
- Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID, No. ARB (AF)/00/2.

- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, and Vivendi Universal, S.A. v The Argentine Republic, ICSID, No. ARB/03/19.
- SAUR International S.A. c. République Argentine, ICSID, No. ARB/04/4.
- Tulip Real Estate and Development Netherlands B.V. v Republic of Turkey, ICSID, No. ARB/11/28.
- Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. The Argentine Republic, ICSID, No. ARB/07/26.
- Phoenix Action, Ltd. v. the Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, April 15, 2009.
- Southern Pacific Properties (SPP) (Middle East) Limited v Arab Republic of Egypt, ICSID, ARB/84/3, May 20, 1992.
- Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID case no. ARB/02/8, Award, February 6, 2007.
- ST-AD v. Bulgaria, UNCITRAL, PCA Case No. 2011- 06, award on jurisdiction (18 July 2013).

Documents

- Ruggie, John, “Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations ‘Protect, Respect and Remedy’ Framework”, Principle I(A)(1), (2011), <http://www.ohchr.org>, accessed 17 August 2021.
- “Fact sheet on water”, World Health Organization, 2019. Available at <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/drinking-water>.
- International Law Commission (ILC), ‘Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, in Report of the International Law Commission, 58th Session (2006)’ UN Doc A/61/10 (2006).
- UNGA ‘Report of the Independent Expert on the Promotion of a Democratic and Equitable International Order, 2011.

<https://www.ohchr.org/EN/Issues/IntOrder/Pages/IEInternationalorderIndex.aspx>.

- UNCTAD, "International Investment Policymaking in Transition: Challenges and Opportunities of Treaty Renewal," (2013), IIA Issues Note No. 4. Geneva, available at [unctad.org › webdiaepcb2013d9_en](http://unctad.org/webdiaepcb2013d9_en).

