





University of Tehran Press

The Role and Function of General Principles of Law in International Investment Law

Alireza Ebrahimgol¹✉ | Mohsen Nikbin² 

1. Corresponding Author; Assistant Prof., Department of Public and International Law, Faculty of Law, University of Tehran (Farabi College), Qom, Iran. Email: Alirezaebrahimgol@hotmail.com
2. Ph.D Student in International Law, Faculty of Law, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: mohsenikbin@ut.ac.ir

Article Info	Abstract
<p>Article Type: Research Article</p> <p>Pages: 619-639</p> <p>Received: 2020/09/12</p> <p>Received in revised form: 2020/12/19</p> <p>Accepted: 2021/01/30</p> <p>Published online: 2023/06/22</p> <p>Keywords: <i>general principles of law, international investment law, economic development agreements, bilateral investment treaties, principle of legitimate expectations, governing law, interpretation.</i></p>	<p>Longstanding disputes over general principles of law as enumerated in Article 38 of the ICJ Statute has led some to consider these principles as an independent source of international law while others reduce their function to mere gap-filling in non-liquet situations. Nevertheless, international investment law and investor-state arbitrations have proved to be a fertile ground for the influence of general principles. This seeming evolution of the role and functions of general principles as regards international investment law is the subject of this paper.</p>
<p>How To Cite</p>	<p>Ebrahimgol, Alireza; Nikbin, Mohsen (2023). The Role and Function of General Principles of Law in International Investment Law. <i>Public Law Studies Quarterly</i>, 53 (2), 619-639. DOI: https://doi.com/10.22059/JPLSQ.2021.309420.2548</p>
<p>DOI</p>	<p>10.22059/JPLSQ.2021.309420.2548</p>
<p>Publisher</p>	<p>University of Tehran Press. </p>



جایگاه و کارکرد اصول کلی حقوق در حقوق بین الملل سرمایه گذاری

علیرضا ابراهیم گل^۱ | محسن نیک‌بین^۲

۱. نویسنده مسئول؛ استادیار، گروه حقوق عمومی و بین الملل، دانشکده حقوق، پردیس فارابی دانشگاه تهران، قم، ایران.

رایانامه: Alirezaebrahimgol@hotmail.com

۲. دانشجوی دکتری حقوق بین الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: mohsenikbin@ut.ac.ir

اطلاعات مقاله	چکیده
نوع مقاله: پژوهشی	در عین اختلافات موجود در خصوص اصول کلی حقوق مقبول ملل متمدن، به عنوان سومین منبع مندرج در بند نخست ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری که منجر شده از یک سوی، برخی پایبندان به نص بند مزبور، اصول کلی حقوق را منبع اصلی و مستقل حقوق بین الملل بیندازند و برخی از سوی دیگر، جایگاه آن را به پایه ابزار رفع خلأ حقوقی تنزل دهند، جایگاه و کارکرد این اصول در حقوق بین الملل سرمایه گذاری و دعاوی میان دولت-سرمایه گذار خارجی اعتلا یافته است. در مقاله پیش رو، به شواهد اعتلای جایگاه اصول در این شاخه از حقوق بین الملل پرداخته خواهد شد.
صفحات: ۶۱۹-۶۳۹	
تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۶/۲۲	
تاریخ بازنگری: ۱۳۹۹/۰۹/۲۹	
تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۱۲/۱۱	
تاریخ انتشار برخط: ۱۴۰۲/۰۴/۰۱	
کلیدواژه‌ها: اصل انتظارات مشروع، اصول کلی حقوق، تفسیر، حقوق بین الملل سرمایه گذاری، قانون حاکم، موافقت نامه های توسعه اقتصادی، معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری.	
استناد	ابراهیم گل، علیرضا؛ نیک‌بین، محسن (۱۴۰۲). جایگاه و کارکرد اصول کلی حقوق در حقوق بین الملل سرمایه گذاری. <i>مطالعات حقوق عمومی</i> ، ۵۳ (۲)، ۶۱۹-۶۳۹. DOI: https://doi.com/10.22059/JPLSQ.2021.309420.2548
DOI	10.22059/JPLSQ.2021.309420.2548
ناشر	مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.



۱. مقدمه

لرد مک‌نر بود که برای نخستین بار در مقاله مهم خود با موضوع اصول کلی حقوق مقبول ملل متمدن، محدوده کارکرد جدیدی را برای شق «ج» بند نخست ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری پیش‌بینی کرد. او معتقد بود که اصول کلی حقوق، می‌تواند به‌مثابه یک نظام حقوقی در قراردادهای بی‌شمار میان شرکت‌های تبعه دولت‌های دارای سرمایه و مهارت کافی با دولت‌های دیگری که در عین برخورداری از منابع طبیعی کافی، در سرمایه یا مهارت انسانی دچار کاستی هستند، به‌کار گرفته شود. از منظر او، «این انتخاب برای برخی کشورها همچون انگلستان یا ایتالیا که به قدر کافی نظام حقوقی خود را مدرنیزه کرده‌اند، کاربرد ندارد. بنابراین، این دولت‌ها در قرارداد میان خود، قانون یک طرف را به‌عنوان قانون حاکم قرار داده یا هر بخش از قرارداد را ذیل قانون یکی از دو کشور قرار می‌دهند. از این‌رو بیشتر، قراردادهایی مطرح‌اند که سطح نظام حقوقی دو کشور از حیث محتوا و توسعه‌یافتگی، اختلاف فاحشی داشته باشد؛ همچون قراردادی میان انگلستان و یا عمده دولت‌های قاره آمریکا شمالی با بسیاری از دولت‌های آسیایی» (McNair, 1957: 1). موضوع این قراردادها، توسعه منابع معدنی و نفتی، ایجاد خط لوله نفت و یا آماده‌سازی زمین‌های بایر برای کشاورزی است و مک‌نر به‌صورت خلاصه آنها را موافقت‌نامه‌های توسعه اقتصادی^۱ یا قراردادهای امتیازی^۲ نامیده است (McNair, 1957: 2). با اینکه بسیاری از پژوهشگران از مطالعات تاریخی در حوزه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری غافل بوده یا به‌اجمال از آن سخن گفته‌اند (دالزر و شروتر، ۱۳۹۳: ۲۵)، برخی استادان، به طلوع سرمایه‌گذاری خارجی از مشرق موافقت‌نامه‌های توسعه اقتصادی یا قراردادهای امتیازی، اشاره کرده‌اند (پیران، ۱۳۹۳: ۴۸). با آنکه قضایای هم‌چون عمون (در قضایای فلات قاره دریای شمال و بارسلونا تراکشن)، تاناکا (در قضیه آفریقای جنوب غربی) یا عمیق‌تر از همه ترینداد (در قضیه کارخانه‌های تولید خمیر کاغذ) در نظرهای جداگانه یا مخالف خود، هرگز از جایگاه اصول کلی حقوق غافل نبوده‌اند، دیوان بین‌المللی دادگستری، چنانکه شایسته منبعی هم‌تراز با معاهده و عرف باشد، در آرا و نظریات مشورتی خود به اصول کلی حقوق نپرداخته است. از این‌روست که برخی محققان، به‌درستی، اصول کلی حقوق را منبعی فراموش‌شده خوانده‌اند (امین‌زاده و علیزاده، ۱۳۹۲: ۱۵۵) و برخی دیگر حتی در منبع بودن آن، تشکیک کرده‌اند (D'aspremont, 2018: 167). اما جایگاه اصول کلی حقوق، در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، به نظر، متفاوت است. به دیگر بیان، اصول کلی حقوق، از یک سوی، در شکل‌دهی به قواعد سرمایه‌گذاری خارجی نقش‌آفرین است (Sornarajah, 2010: 86) و از دیگر سوی، در داوری‌های میان دولت‌ها و اتباع خارجی جایگاه برجسته‌ای یافته است (Schreuer, 2009: 608). حال باید پرسید که اگر جایگاهی که مک‌نر در اواسط سده بیستم برای اصول کلی حقوق مطرح کرد،

1. Economic Development Agreements

2. Concessions

کماکان در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری قابل مشاهده است، چه مصادیقی برای آن چه او اعتلای جایگاه و کارکرد اصول کلی حقوق خوانده وجود دارد؟

در پاسخ به این پرسش، در مقاله حاضر به جایگاه و کارکرد اصول کلی حقوق در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری اشاره خواهد شد. در این زمینه در بخش نخست، به مطالعه مسئله اعتلای جایگاه اصول کلی حقوق و در بخش دوم به بررسی شواهد اعتلای کارکرد اصول کلی حقوق در این شاخه از حقوق بین‌الملل خواهیم پرداخت.

۲. جایگاه اصول کلی حقوق در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

جایگاه اصول کلی حقوق در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری چیست؟ گفتار پیش روی، بر بررسی دو مسئله ابتدای آرای داوری سرمایه‌گذاری بر اصول کلی حقوق (صدور رأی داوری، مستند به اصول کلی حقوق) در قسمت نخست و پیدایش اصول کلی حقوقی جدید و خاص در زمینه سرمایه‌گذاری در قسمت دوم متمرکز خواهد بود.

۲.۱. صدور رأی داوری سرمایه‌گذاری، مستند به اصول کلی حقوق

بنا شدن رأی داوری بر اصول کلی حقوق را تا به حال، هیچ پژوهش مستقلی به‌عنوان نماد اعتلای جایگاه اصول کلی حقوق در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، موضوع بررسی قرار نداده است. با این حال، تأکید برخی استادان از جمله گریگوری تونکین مبنی بر اینکه «اصول کلی حقوق نمی‌تواند مبنای منحصر حقوقی برای اتخاذ تصمیم [مرجع بین‌المللی] باشد» (Tunkin, 1975: 106) و البته رویکرد مؤید دیوان بین‌المللی دادگستری در این زمینه، به نظر نگارندگان، موارد نقض این گزاره را در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، به نماد اعتلای جایگاه اصول کلی حقوق، در این رشته از حقوق بین‌الملل بدل می‌سازد. در این قسمت، به دو رأی، نخست در دیوان ایکسید و سپس در دیوان داوری دعاوی ایران-ایالات متحده پرداخته خواهد شد که صرفاً با استناد به اصول کلی حقوق صادر شده‌اند.

۲.۱.۱. رأی داوری در دعاوی شرکت اینسیزا علیه دولت السالوادور

رأی مشهور مرکز بین‌المللی برای حل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) در دعاوی شرکت اینسیزا و ایسولیتانا علیه دولت السالوادور، از مهم‌ترین نشانه‌های اعتلای جایگاه اصول کلی حقوق در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در شکل ابتدای رأی دیوان داوری بر این اصول کلی به‌شمار می‌رود. دیوان در این قضیه با توجه به بند ۳ ماده ۱۱ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان اسپانیا (دولت متبوع شرکت اینسیزا) و السالوادور

مبنی بر حاکمیت قواعد و اصول عموماً پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل بر دآوری، به مطالعه اصول کلی حقوق پرداخته است. داوران ایکسید، در دعوی اینسیزا، اصول کلی حقوق را در کنار معاهده و عرف، منبع مستقل یا مستقیم حقوق بین‌الملل خوانده و بی‌آنکه بیش از این ماهیت اصول کلی حقوق را بررسی کنند، به تعریف این اصول پرداخته‌اند: «اصول کلی حقوق، قواعد عمومی به‌شمار می‌آیند که بر آنها اجماع وجود دارد که استانداردها و قواعد رفتاری جهان شمولی هستند که لازم است همواره اعمال شوند. و [همچنین] از منظر نویسندگان ، [اصول کلی حقوق] قواعد حقوقی پنداشته می‌شوند که نظام‌های حقوقی دولت‌ها بر آنها استوار شده‌اند» (ICSID, 2006: para. 227). در رأی مورد بحث، دیوان به اصول کلی حقوقی حسن نیت، عدم قابلیت استماع عمل غیراخلاقی خواهان^۱، سیاست عمومی بین‌المللی^۲ و ممنوعیت دارا شدن بلاجهت (ناعادلانه) توجه کرده و در تمامی موارد، خواهان دعوا را ناقض این اصول تلقی کرده و بر همین اساس اقدام به صدور رأی کرده است: «این دیوان تنها می‌تواند عدم صلاحیت خود را جهت استماع ادعای اینسیزا اعلام کند؛ زیرا این سرمایه‌گذاری، شایسته بهره‌گیری از حمایت معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری نیست» (ICSID, 2006: para. 239). چنانکه از این پاره از رأی مورد بحث برمی‌آید، دیوان پس از بیان ماهیت اصول کلی حقوق، رأی خود را مبنی بر عدم صلاحیت، صرفاً بر این اصول استوار ساخته و از ذکر هرگونه دلیل دیگر خودداری کرده است. علاوه بر این، دیوان دآوری برای اثبات هر یک از اصول پیش گفته، به دکتترین ارجاع کرده است؛ امری که در نوع خود بسیار بدیع به نظر می‌رسد.

۲.۱.۲. رأی دآوری در دعوی سی-لند سرویس علیه سازمان بنادر و کشتیرانی ایران

یکی از مهم‌ترین نمونه‌های توسل دیوان دعوی ایران-ایالات متحده به اصول کلی حقوق، استناد آن به اصل کلی ممنوعیت دارا شدن بلاجهت (ناعادلانه) در دعوی سی-لند سرویس علیه سازمان بنادر و کشتیرانی ایران است. در این پرونده، شرکت سی-لند، بخشی از خواسته خود را بر اصل ممنوعیت دارا شدن بلاجهت استوار کرد و بر این اساس، تقاضای غرامت از سازمان بنادر و کشتیرانی کرد. دیوان در بررسی اصل مزبور آورده است: «مفهوم دارا شدن بلاجهت، از حقوق رم ریشه می‌گیرد که در آن مفهوم یادشده به صورت وسیله منصفانه‌ای پدید آمد تا مواردی را در برگیرد که در آن موارد کلی، اقامه دعوا برای احقاق حق، در دسترس نیست. مفهوم مزبور در اکثریت عظیم نظام‌های حقوق داخلی کشورهای جهان به صورت قانون مدون درآمده یا از نظر قضایی پذیرفته شده و با چنان وسعتی قبول شده است که من باب شباهت در مجموعه اصول کلی حقوقی که جهت اعمال در دسترس دیوان‌های بین‌المللی قرار دارند وارد

1. Nemo auditur propiam turpitudinem allegans
2. Principle of International Public Policy

شده است منطبق اصلی قاعده مزبور، برقرار کردن تعادل بین دو نفر است که یکی از آنها بدون سببی به ضرر دیگری دارا شده است قاعده مزبور، متضمن پرداخت غرامت [است] دیوان‌های بین‌المللی در مواردی به اصل دارا شدن بلاجهت متوسل شده‌اند. لازم است که یک طرف به ضرر طرف دیگر دارا شده و این هردو باید ناشی از پیامد همان عمل یا رویداد باشد. برای دارا شدن، باید توجیهی وجود نداشته و از طریق قرارداد یا طرق دیگر، وسیله‌ای در اختیار طرف زیان‌دیده نباشد که وی با استفاده از آن بتواند از طرفی که دارا شده مطالبه خسارت کند» (IUSCT, 1984: para. 60). دیوان، در بررسی اصل ممنوعیت دارا شدن بلاجهت، دریافت که هرچند بنا بوده که در ظرف شش سال، تأسیساتی توسط شرکت سی-لند به نفع سازمان بنادر ایجاد شود و در پایان آن مدت، پس از سرمایه‌گذاری سه میلیون دلاری، شرکت مزبور، سود مناسبی حاصل کند و سپس، تأسیسات را به سازمان مزبور تحویل دهد؛ لیکن به دلیل نابسامانی‌های دوران انقلاب، تنها در ساخت ترمینال کانتینر توفیق یافته است. با این حال، چون ترمینال مزبور از سال ۱۹۷۹ در اختیار سازمان بنادر و کشتیرانی قرار گرفته بوده، دیوان در رأی خود، صرفاً با استناد به اصل ممنوعیت دارا شدن بلاجهت «با توجه به مدارک معدودی که در مورد استفاده و انتفاع [سازمان بنادر] از تأسیسات، تسلیم شده است» ایران را محکوم به پرداخت غرامت منصفانه به مبلغ ۷۵۰ هزار دلار کرد (IUSCT, 1984: para. 147).

۲.۲. پیدایش اصل کلی حقوقی جدید یا خاص حوزه سرمایه‌گذاری

برخی از استادان حقوق بین‌الملل برآن‌اند که تعداد اصول کلی حقوقی، پیوسته در حال افزایش است. اصول کلی جدید، از نظر آنان، می‌تواند برآمده یا ناشی از معاهدات بین‌المللی باشد. با این حال، به نظر نویسندگان دیگری همچون ولفروم، افزایش تعداد اصول، و به‌طور کلی مقوله اصول جدید، لزوماً ارتباطی با معاهدات بین‌المللی ندارد (Wolfrum, 2012: para. 59). بعضی دیگر، خاستگاه اصول کلی حقوقی جدید را پاره‌ای ابزارهای حقوقی نرم همچون قانون نمونه داوری تجاری آنسیترال پنداشته‌اند. به بیان اینان، به مجرد اینکه این ابزارهای غیرالزام‌آور به تصویب دولت‌ها برسد، به نوبه خود در پیدایش اصول کلی حقوقی جدید مؤثر خواهند بود (Hirsch, 2012: 28). با این حال، اصول کلی حقوقی، همان‌گونه که در گزارش نخست گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در مورد اصول کلی حقوق آمده است، به همان میزان که می‌تواند ریشه در نظام‌های حقوقی داخلی (ملی) داشته باشد، ممکن است ناشی از فرایند استنتاج یا انتزاع از معاهدات یا عرف باشد (ILC, 2019: para. 253). به دیگر بیان، چه‌بسا قاعده‌ای معاهده‌ای، کلیت یابد و به اصل تبدیل شود و اصل مزبور، در حوزه دیگری از حقوق بین‌الملل عام نیز

مورد استناد قرار گیرد.^۱ پیدایش اصول کلی حقوقی جدید یا خاص حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، از مسائلی است که می‌تواند به بهترین نحو بازنمای اعتلای جایگاه اصول کلی حقوق در این شاخه از حقوق بین‌الملل باشد. اصولی مانند انتظارات مشروع یا لزوم پرداخت غرامت در صورت سلب مالکیت، به نظر از مفاهیمی محسوب می‌شوند که فرایند اصل شدن را در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری طی کرده‌اند. در این قسمت، به دو مورد از مهم‌ترین نمایندگان اصول کلی حقوقی جدید یا خاص حوزه سرمایه‌گذاری، اصل کلی حقوقی انتظارات مشروع و لزوم پرداخت غرامت در صورت سلب مالکیت پرداخته خواهد شد.

۲.۲.۱. اصل کلی حقوقی انتظارات مشروع

در دهه اخیر، در مواد متعدد، آرای مراجع داوری بین‌المللی با موضوع اختلافات میان دولت‌ها و سرمایه‌گذاران خارجی به مفهوم انتظارات مشروع پرداخته‌اند. رویکردی که به درستی، به مثابه روشی با هدف تسهیل اعمال استانداردهای مبهم معاهدات سرمایه‌گذاری، آماج نقد قرار گرفته است (بهمنی و تقوی، ۱۳۹۶: ۴۷۸). مفهوم انتظارات مشروع «به موقعیتی مربوط می‌شود که رفتار یک طرف معاهده، انتظارات معقول و موجهی را برای سرمایه‌گذار ایجاد می‌کند تا با اتکا بر رفتار یادشده عمل کند؛ به نحوی که پایبند نبودن [دولت] به آن رفتار موجب تحمیل خساراتی بر سرمایه‌گذار شود» (UNCITRAL, 2006: para. 147). به دیگر بیان، هر شخص که در نتیجه رفتار دولت، انتظار مشخصی نسبت به رفتار آینده آن دولت بیابد، می‌تواند توقع داشته باشد که آن انتظارات جز در صورت وجود دلایل قانع‌کننده، برآورده شود (Snodgrass, 2006: 31). تکرار استناد به مفهوم انتظارات مشروع، که فاقد پشتوانه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و عرف -جز به‌عنوان پاره‌ای از استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه- است، فرض اصل کلی حقوق بودن آن را تقویت می‌کند، چراکه حقوق بین‌الملل، فاقد مفهومی با عنوان انتظارات مشروع است؛ آنچه با عنوان انتظارات مشروع، در دعاوی سرمایه‌گذاری شناخته می‌شود، در قیاس با حقوق اداری داخلی ایجاد شده است (Rajput, Malhotra, 2019: 302). دکتین نیز، در موضوع اصل کلی حقوق پنداشتن مفهوم انتظارات مشروع، دوپاره است؛ یک پاره، مفهوم انتظارات مشروع را بیشتر نزدیک به ابزار تفسیر می‌پندارند و پاره‌ای دیگر، قاطعانه از اصل کلی حقوق بودن آن سخن گفته‌اند (Monebhurrin, 2015: 554). از نظر دسته اخیر، مطالعه تطبیقی دقیق نظام‌های حقوقی داخلی -خاصه

۱. با این حال، شایان یادآوری است که اصل و قاعده حقوقی از یکدیگر متمایزند. اصل را باید مولد و خاستگاه قاعده حقوقی پنداشت که از حیث کلی بودن، دائمی بودن، جهان شمولی، همگانی بودن و در نهایت، برخورداری از تضمین دولتی با قاعده متفاوت است.

۲. صرف توقع سرمایه‌گذار خارجی، به هیچ روی، موجب پایبندی دولت میزبان نیست؛ بلکه این توقعات، باید در پاسخ به رفتار دولت و متکی بر آن شکل گیرد تا بتواند انتظارات مشروع پنداشته شود.

در حقوق اداری، وجود اصول کلی حقوق با محتوای مشابه با انتظارات مشروع را اثبات می‌کند. در این زمینه، بسیاری از نویسندگان (Ostřanský, 2018: 93-98)، پاره‌ای آرای داورى سرمایه‌گذاری (ICSID, Wälde, 2006: para: 128-129) و برخی داوران همچون پروفیسور ولده در نظریه جداگانه خود (Wälde, 2006: para: 27) برای اثبات اصل کلی حقوق بودن مفهوم انتظارات مشروع، به مطالعه تطبیقی پرداخته‌اند. به بیان این گروه، مفهوم انتظارات مشروع، هم در نظام کامن‌لا و هم در نظام حقوق نوشته، مورد بحث قرار گرفته و شبهه‌ای در اصل بودن آن -در معنای شق «ج» بند نخست ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری- نیست. افزون بر این برخی پژوهش‌ها حکایت از شناسایی این اصل کلی حقوق در نظام‌های حقوقی دیگر از جمله در ایران دارد (زارعی و بهنیا، ۱۳۹۰: ۱۶۵). بر این اساس، باید گفت که جز اندکی نویسندگان که هنوز در اصل کلی بودن مفهوم انتظارات مشروع، تشکیک می‌کنند -و البته همزمان نوید پیدایش این اصل را در آینده می‌دهند- (Potestà, 2013: 98)، عمده استادان قائل به وجود اصل کلی حقوقی حمایت از انتظارات مشروع هستند. به بیان دیگر، انتظارات مشروع، از اساس، مفهومی است برآمده از حقوق اداری که از طریق دعاوی سرمایه‌گذاری، به حقوق بین‌الملل انتقال یافته است.

رویه داورى در دعاوی سرمایه‌گذاری نیز، هر روز بیشتر به سوی اصل کلی حقوق پنداشتن مفهوم انتظارات مشروع، تمایل می‌یابد. در موضوع مفهوم انتظارات مشروع، عمدتاً به آرای صادره در قضایای مثال کلد^۱، تکمید^۲ و همچنین ثاندربرد^۳ و نظر مخالف پروفیسور ولده -داور منتخب ثاندربرد- ارجاع می‌شود. با این حال، آنچه این دسته از آرا را از رأی دیوان ایکسید در دعوی گلد رزرو علیه ونزوئلا متمایز می‌سازد، ارجاع صریح دیوان در رأی اخیر به اصول کلی حقوق است. دیوان ایکسید در رأی خود، بر آن بود که اقدامات دولت ونزوئلا، در قبال سرمایه‌گذاری شرکت گلد رزرو دچار کاستی‌هایی در زمینه شفافیت، انسجام، پیش‌بینی‌پذیری و حسن نیت بوده است. اما آنچه رأی صادره در قضیه گلد رزرو را به مفهوم انتظارات مشروع پیوند می‌دهد، این است که از منظر داوران، برای سرمایه‌گذار، با اعتماد به اظهارات مقامات رسمی دولت ونزوئلا، انتظارات مشروعی در خصوص موضوع سرمایه‌گذاری ایجاد شده است؛ انتظاراتی که به سد تغییر خلق الساعه قوانین ونزوئلا و لغو امتیازات، برخورد کرده است. دیوان، در قضیه گلد رزرو برای نخستین بار در تاریخ خود، اعلام کرد که: «مفهوم انتظارات مشروع را در سنت‌های حقوقی متفاوتی می‌توان یافت؛ براساس [این مفهوم]، ممکن است منطقاً و قانوناً در نتیجه رفتار ثابت و یا

1. Metalclad Corporation v The United Mexican States, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, 30 August 2000.
2. Tecnicas Medioambientales TECMED S.A. v Mexico, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, 29 May 2003.
3. International Thunderbird Gaming Corporation v The United Mexican States, UNCITRAL Award, 26 January 2006.

وعده‌های شریک حقوقی، برخی انتظارات برای شخص خصوصی ایجاد شود، خاصه زمانی که این شریک، عنصر حقوق عمومی باشد که شخص خصوصی بدان وابسته است» (ICSID, 2014: para. 576). از نظر داوران در این رأی، در حقوق آلمان^۱، فرانسه^۲، آمریکای جنوبی^۳ و -به تازگی- انگلستان، مفاهیم مشابهی برای انتظارات مشروع وجود دارد. با این تدبیر، دیوان، مفهوم انتظارات مشروع را یک اصل کلی حقوق مقبول ملل متمدن پنداشته است (ICSID, 2014: para. 575-576)؛ گزاره‌ای که برای نخستین بار در رأی صادره در یک دعوای سرمایه‌گذاری ابراز شده است.

۲.۲.۲. اصل کلی حقوقی لزوم پرداخت غرامت در صورت سلب مالکیت

از لزوم پرداخت غرامت در صورت ضبط، ملی‌سازی، مصادره و به‌طور کلی سلب مالکیت اموال سرمایه‌گذار خارجی به‌عنوان یک اصل کلی حقوق مقبول ملل متمدن یاد شده است (Schreuer, 2009: 609). در اثبات این گزاره، پاره‌ای آرای داوری سرمایه‌گذاری قابل استفاده‌اند. برای مثال در دعوای بنونوتی و بونفانت علیه کنگو، دیوان اعلام کرد که «اصل [لزوم پرداخت] غرامت در صورت ملی‌سازی، مطابق با قانون اساسی کنگو و نیز اصلی عموماً پذیرفته‌شده در حقوق بین‌الملل است...» (ICSID, 1980: para. 4.64). مفهوم لزوم پرداخت غرامت در صورت سلب مالکیت، بر بنیان دسته‌ای از اصول کلی حقوق، استوار شده است. نخستین اصل کلی حقوق که مبنای پرداخت غرامت در صورت سلب مالکیت پنداشته می‌شود، اصل کلی ممنوعیت دارا شدن بلاجهت است. برخی از این نیز فراتر رفته و اصل ممنوعیت دارا شدن بلاجهت را یکی از قواعد اولیه حقوق بین‌الملل پنداشته‌اند (Juratiwitsch & Shaerf, 2019: 231). به هر روی، اصل ممنوعیت دارا شدن بلاجهت، در آرای بسیاری در زمینه سرمایه‌گذاری مورد استناد قرار گرفته و چنانکه گفتیم، نمونه‌هایی از ابتنای رأی داوری سرمایه‌گذاری بر این اصل، در آرای دیوان داوری دعوای ایران-ایالات متحده نیز دیده می‌شود. دومین اصلی که به‌عنوان مبنای اصل کلی حقوقی لزوم پرداخت غرامت در صورت سلب مالکیت مورد توجه قرار گرفته، اصل احترام به حقوق مکتسبه است. هرچند بسیاری از حقوقدانان کشورهای در حال توسعه و حقوق بین‌الملل سوسیالیستی (سویت) از جمله تونکین، در وجود اصلی تحت عنوان احترام به حقوق مکتسبه تشکیک کرده‌اند، در جایگاه اصل مزبور در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، شکی نیست. چنان که برخی نویسندگان، برآن‌اند که معاهدات سرمایه‌گذاری، از اساس، برای بهتر و مطلوب‌تر نمودن فضای سرمایه‌گذاری و جلوگیری از کاهش یا از بین رفتن حقوق مکتسبه و امتیازاتی که سرمایه‌گذار خارجی تحصیل کرده، ایجاد شده‌اند (دالزر و شروتر، ۱۳۹۳: ۲۷۹). اصل حق

1. Vertrauensschutz
2. Confiance légitime
3. Confianza legitima

مالکیت و یا اصل احترام به مالکیت خصوصی سومین اصل از مجموعه اصولی است که به‌عنوان مبنای اصل حقوقی پرداخت غرامت در صورت سلب مالکیت، بدان ارجاع کرده‌اند. مراد از حق مالکیت به‌مثابه اصل، مفاد ماده ۱۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر است که اشعار می‌دارد: «هر کس حق دارد که خود، تنها یا در مشارکت با دیگران، از مالکیت اموال، برخوردار باشد ... [و] از هیچ کس نمی‌توان خودسرانه سلب مالکیت کرد». افزون بر سه اصل پیشین، که در حقیقت، اصول زیربنایی اصل لزوم پرداخت غرامت در صورت سلب مالکیت پنداشته می‌شوند، برخی نویسندگان به مطالعه تطبیقی قوانین سرمایه‌گذاری خارجی کشورها نیز دست زده‌اند. براساس این بررسی، علی‌رغم فقدان ضابطه یکسان در تعیین میزان غرامت در قوانین مورد بررسی، همه آنها، در اصل لزوم پرداخت غرامت در صورت سلب مالکیت، مشترک‌اند (Sornarajah, 2010: 424). بر این اساس، اگر روش اصلی شناسایی اصول کلی حقوق با منشأ حقوق داخلی - چنانکه در گزارش دوم کمیسیون حقوق بین‌الملل در موضوع اصول کلی حقوق آمده - از دو مرحله اطمینان از وجود اصل در نظام‌های اصلی حقوقی و اعتلای آن به درجه اصل کلی حقوقی قابل اعمال در سطح بین‌المللی تشکیل شود (ILC, 2020: para. 19)، مطالعه تطبیقی قوانین سرمایه‌گذاری خارجی دولت‌ها نشان از وجود اصل لزوم پرداخت غرامت در برابر سلب مالکیت است؛ هرچند در مورد ضابطه پرداخت غرامت، اجماعی وجود نداشته باشد (Sornarajah, 2010: 424-425).

۳. کارکردهای اصول کلی حقوق در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

در این قسمت به دو کارکرد ویژه اصول کلی حقوق در رفع خلأ و تفسیر در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری پرداخته خواهد شد. کارکرد نخست اصول کلی حقوق، در حقیقت رفع خلأ در زمینه قانون حاکم و کارکرد دوم، تفسیر استانداردهای حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری است که خاص این شعبه از حقوق بین‌الملل است. مباحث پیش روی، به ترتیب به مطالعه این دو کارکرد اختصاص یافته است.

۱.۳. رفع خلأ حقوقی در زمینه قانون حاکم

خلأ حقوقی^۱ یا خلأ قانونی را به‌منزله علت، باید از وضعیت فقدان قاعده حقوقی^۲ به‌عنوان معلول بازشناخت. در حقیقت، خلأ حقوقی ممکن است در فرایند اعمال مستقیم معاهده یا عرف و در نتیجه عدم کفایت آنها در آن موضوع خاص کشف شود و به اعلام وضعیت فقدان قاعده حقوقی از سوی یک مرجع رسیدگی بینجامد (Mosler, 1984: 94). اما، فقدان قاعده حقوقی، به‌عنوان پیامد خلأ حقوقی، ممکن است در دو صورت پیش

1. Lacunae, Gap

2. Non liquet

این عبارت لاتین، به‌صورت تحت‌اللفظی یعنی «روشن نیست».

می‌آید: در صورت نخست، دادگاه هیچ قاعده قابل اعمالی را در حقوق داخلی یا بین‌المللی - نمی‌یابد و در صورت دوم، دادگاه نمی‌تواند در میان قواعد موجود، قاعده قابل اعمال را شناسایی کند. در هر دو صورت، آن ادعا را به دلیل فقدان حقوق قابل اعمال موجود، نمی‌توان تأیید یا رد کرد (Roberts & Sivakumaran, 2018: 98). مهم‌ترین کارکرد اصول کلی حقوق که بر آن اجماع نیز وجود دارد، رفع خلأ حقوقی است و یکی از اصلی‌ترین جولانگاه‌های این کارکرد اصول در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، رفع خلأ در زمینه قانون حاکم^۱ است؛ مقوله‌ای که به‌عنوان یکی از شواهد اعتلای کارکرد اصول کلی حقوق در این نوشتار بررسی می‌شود. این کارکرد، البته چنانکه در گزارش نخست گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز آمده است، سابقه‌ای کهن‌تر از تلاش کمیته مشورتی حقوقدانان در تدوین اساسنامه دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری دارد (ILC, 2019: para. 78). سرمایه‌گذار خارجی به دلایل مختلفی از جمله ناآشنایی با قانون دولت میزبان یا ناکافی بودن مقررات آن یا حتی احتمال بی‌ثباتی و تغییر در آن، صلاح نمی‌داند که قرارداد فیما بین خود و دولت میزبان، تحت مدیریت قانون آن دولت قرار گیرد؛ بر این اساس، انتخاب اصول کلی حقوق برای این سرمایه‌گذار، انتخابی مطلوب‌تر است. در سه مبحث پیش روی، این کارکرد اصول کلی حقوق را در موافقت‌نامه‌های توسعه اقتصادی و داورهای مرتبط، در مراجع رسیدگی به دعاوی سرمایه‌گذاری (با تأکید بر ایکسید و دیوان داورای دعاوی ایران-ایالات متحده) و در پایان در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری مطالعه خواهیم کرد.

۲.۳. در موافقت‌نامه‌های توسعه اقتصادی و داورهای مرتبط

نخستین راهکار موافقت‌نامه‌های توسعه اقتصادی برای رفع کاستی‌های نظام حقوقی دولت میزبان و همچنین تأمین امنیت سرمایه‌گذاری، ارجاع صریح به اصول کلی حقوق است. تعداد معتناهایی از موافقت‌نامه‌های توسعه اقتصادی مشتمل بر این بند هستند. با این حال، لازم است دو شکل ارجاع صریح از یکدیگر تفکیک شود. صورت نخست، که در برخی از امتیازنامه‌های دهه ۳۰ میلادی مشاهده می‌شود، ارجاع صریح و یک‌مرحله‌ای به اصول کلی حقوق است. برای مثال در بند «و» ماده ۲۲ امتیازنامه ۱۹۳۳ میان دولت ایران و شرکت نفت انگلیس و ایران، آمده است: «حکم حکمیت، مستند بر اصول قضایی مذکور در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان داورای دائمی بین‌المللی بوده و قابل تجدیدنظر نخواهد بود» (شرکت ملی نفت ایران، ۱۳۳۰: ۲۱). مشابه این مقرر را می‌توان در ماده ۱۶ از امتیازنامه منعقدشده میان حاکم قطر و شرکت نفت انگلیس و ایران در سال ۱۹۳۵ نیز مشاهده کرد که در آن مقرر شده است: «رأی داورای باید مطابق با اصول حقوقی آشنا به نزد ملل متمدن باشد» (Tuson & Quick, 1992: 295). چنانکه مشاهده می‌شود، این بند مشتمل بر ارجاع صریح و بی‌قیدوشرط به اصول کلی حقوق است. شیوه

1. To Fill Lacunae in Governing Law

دوم از ارجاع صریح به اصول کلی حقوق را می‌توان ارجاع دوم‌مرحله‌ای نامید. آغازگر این رویکرد، ماده ۴۶ از قرارداد شرکت ملی نفت ایران و کنسرسیوم نفت در سال ۱۹۵۴ است که در آن آمده بود: «نظر به اینکه طرف‌های این قرارداد تابع ملیت‌های مختلف‌اند، تعبیر و تفسیر و اجرای این قرارداد تابع اصول حقوقی خواهد بود که بین ایران و کشورهای دیگر این قرارداد در آن کشورها تأسیس شده‌اند مشترک باشد و در صورتی که چنین اصول مشترکی وجود نداشته باشد، تابع اصول حقوقی خواهد بود که مورد قبول کشورهای متمدن به‌طور عموم باشد (از جمله اصولی که دادگاه‌های بین‌المللی طبق آن عمل کرده باشند)» (Cattan, 1967: 58). همچنین ماده ۴۰ قرارداد شرکت ملی نفت ایران و شرکت آگیپ میزاریا در سال ۱۹۵۷ نیز به اصول مشترک میان حقوق ایران و ایتالیا و در فقدان آن به «اصول حقوقی معمولاً شناخته‌شده توسط ملل متمدن و به‌ویژه اصولی که دادگاه‌های بین‌المللی طبق آن عمل کرده باشند» ارجاع کرده است (Lalive, 1964: 1001). این فرمول دوم‌مرحله‌ای -اصول حقوقی مشترک و در فقدان آن، اصول کلی حقوق مقبول ملل متمدن- در دهه ۵۰ میلادی، در برخی قراردادهای نفتی دیگر همچون قرارداد سال ۱۹۵۸ میان شرکت نفتی ژاپنی-عربی^۱ و حاکم کویت نیز تکرار شده است (Tuson & Quick, 1992: 837).

راهکار دوم، ارجاع ضمنی به اصول کلی حقوق در موافقت‌نامه‌های توسعه اقتصادی است. توضیح آنکه، در ارجاع به اصول کلی حقوق در موافقت‌نامه‌های توسعه اقتصادی نخستین، گاهی استناد به کارکرد تفسیری این اصول -خاصه، اصل حسن نیت- دیده می‌شود. برای مثال در ماده ۸۹ از قرارداد امتیازی دولت اتحاد جماهیر شوروی در سال ۱۹۳۰ با شرکت انگلیسی لِنَا گلدفیلدز^۲ مقرر شده است: «طرفین، روابط خود در خصوص این توافق‌نامه را بر اصل صداقت و حسن نیت و همچنین تفسیر معقول از شروط قرارداد نهاده‌اند» (Nussbaum, 1953: 51). همچنین در ماده ۱۷ از امتیازنامه نفتی ابوظبی در سال ۱۹۳۹ نیز آمده است: «حاکم و شرکت، هر دو اعلام می‌کنند که این موافقت‌نامه را با حسن نیت و صداقت اجرا و آن را با روشی معقول تفسیر خواهند کرد» (Saeed Al-Otaiba, 1982: 16). چنانکه از مواد اشاره‌شده برمی‌آید، در این نمونه‌ها اصول کلی حقوق، نه به‌صورت صریح، بلکه صرفاً به‌عنوان اصول حاکم بر تفسیر مدنظر بوده است. با این حال، شکل ارجاع به اصول کلی حقوق و صریح یا ضمنی بودن آن، چندان در آرای داوری مؤثر نبوده است. برای مثال در داوری موسوم به لِنَا گلدفیلدز، رأی داوران با استناد به ماده ۸۹ از امتیازنامه، به اعمال اصول کلی حقوق مقبول ملل متمدن بود. شرکت لِنَا مدعی بود که نقض امتیازنامه توسط دولت شوروی، ناقض اصل کلی حقوقی ممنوعیت دارا شدن بلاجهت است. به دیگر بیان «خواننده دعوا، پول یا اموال قابل تقویمی را در اختیار دارد که متعلق به خواهان است و خوانده

1. Japanese Arabian oil Company
2. The Lena Goldfields Arbitration

بر آن اموال، حق عادلانه‌ای ندارد». دیوان داوری احراز کرد که این اصل در حقوق قاره‌ای از جمله نظام حقوقی شوروی، ماده ۸۱۲ از قانون مدنی آلمان، و حتی نظام کامن‌لا همچون حقوق اسکاتلند و انگلستان شناسایی شده است و از این روی، ترجیح داد که رأی خود را بر اصل ممنوعیت دارا شدن بلاجهت استوار کند. در داوری ابوظبی نیز، لرد آسکیث^۱ (سرداور)، بر آن بود که در عین حاکمیت صوری قانون دولت میزبان -قانون ابوظبی-، چنین مجموعه‌ای از اساس، ناموجود بوده و در حقیقت، آنچه در ابوظبی وجود دارد نظام قضایی کاملاً مصلحت‌اندیشانه‌ای است که حول محور قرآن شکل گرفته است. او سپس با استناد به ماده ۱۷ از امتیازنامه -اینکه طرفین، موافقت‌نامه را با حسن نیت و صداقت اجرا و آن را با روشی معقول تفسیر خواهند کرد- اعلام کرد: «ماده ۱۷ قرارداد، مانع می‌گردد که ... حقوق داخلی هیچ کشوری مناسب پنداشته شود. محتوای آن ماده، دعوت و در حقیقت توصیه به اعمال اصولی است که ریشه در عقل سلیم و رویه مشترک میان عموم ملل متمدن -صورتی از حقوق طبیعی مدرن^۲- دارد. تصور نمی‌کنم که در این خصوص، اختلافی میان طرفین باشد» (ICLQ, 1952: 251).

۳.۳. در ایکسید و دیوان داوری دعاوی ایران-ایالات متحده

مسئله قانون حاکم یا قانون قابل اعمال در ایکسید در ماده ۴۲ از کنوانسیون حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دول دیگر مورد توجه قرار گرفته است. در این ماده آمده است: «۱. دادگاه، دعوا را بر طبق قواعد حقوقی که مورد تراضی طرفین قرار گرفته است، رسیدگی می‌کند. در صورتی که توافقی در این مورد نباشد، طبق قانون دولت متعاقد طرف دعوا (شامل مقررات مربوط به تعارض قوانین آن دولت) و نیز آن دسته از قواعد حقوق بین‌الملل که قابل اجرا باشد، تصمیم خواهد گرفت. ۲. دیوان نمی‌تواند اعلام کند که به‌علت اجمال یا سکوت یا ابهام قانون نتوانسته است حکم مسئله را بیابد. ۳. مقررات بندهای ۱ و ۲ به اختیار دیوان در اتخاذ تصمیم بر اساس اصول کدخدامشانه و وجدان سلیم، به شرط تراضی قبلی طرفین، لطمه نخواهد زد».

بر این اساس و با توجه به متن ماده ۴۲، بدو می‌توان گفت که محمل اصلی توسل به اصول کلی حقوق در مرکز داوری ایکسید، ماده ۴۲ و به‌ویژه بخش اخیر از بند نخست آن -آن دسته از قواعد حقوق بین‌الملل که قابل اجرا باشد- است. در مورد دامنه اصطلاح قواعد حقوق بین‌الملل مندرج در بند نخست ماده ۴۲، دو رویکرد وجود دارد؛ رویکرد نخست که بیشتر پژوهشگران حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری بدان قائل‌اند، این است که قواعد حقوق بین‌الملل در این ماده، تمامی منابع مندرج در بند نخست ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری -معاهده، عرف و اصل کلی حقوق- را در برمی‌گیرد (Schreuer,)

1. Lord Asquith of Bishopstone
2. Modern Law of Nature

604: 2009). با این خوانش، ماده ۴۲، دربرگیرنده دامنهای است که یک سوی آن، قانون ملی دولت میزبان و سوی دیگر، حکومت انحصاری حقوق بین الملل است. در میانه این طیف، امکان انتخاب اصول کلی حقوق، رویه های صنعتی و به ندرت، قواعد عدالت طبیعی یا انصاف نیز وجود دارد. رویکرد دوم، رویکردی اقلیتی است که با توجه به تمایز نسخه های انگلیسی و اسپانیولی کنوانسیون ایکسید در برابر متن فرانسوی آن، قواعد حقوق بین الملل مندرج در ماده ۴۲ را، در معنای اصول حقوق بین الملل به کار می برد. توضیح آنکه، از یک سوی، متن انگلیسی^۱ و اسپانیولی^۲ اصطلاح مزبور، مبین قواعد و یا هنجارها و از سوی دیگر، متن فرانسه^۳، متضمن اصول حقوق بین الملل است. بنابراین، از نظر اکثریت، اصطلاح قواعد حقوق بین الملل، در معنای حقوق بین الملل استعمال شده است. بر این اساس، در دیوان دوری ایکسید، اصول کلی حقوق، خواه به عنوان یکی از منابع اصلی حقوق بین الملل (بخش اخیر از بند نخست ماده ۴۲) و خواه به مثابه مهم ترین ابزار مانع از اعلام وضعیت فقدان قاعده حقوقی (بند ۲ ماده ۴۲)، می تواند مجال عرض اندام بیابد. در دیوان دوری دعاوی ایران-ایالات متحده نیز، مسئله قانون حاکم و یا قانون قابل اعمال در ماده ۵ بیانیه دولت الجزایر درباره حل و فصل دعاوی توسط دولت ایالات متحده آمریکا و دولت جمهوری اسلامی ایران (بیانیه حل و فصل دعاوی ۱۹۸۰) آمده است: «هیأت دوری، اتخاذ تصمیم درباره تمامی موارد را براساس رعایت قانون انجام خواهد داد و مقررات حقوقی و اصول حقوق تجارت و حقوق بین الملل را به کار خواهد برد و در این مورد، کاربردهای عرف بازرگانی، مفاد قرارداد و تغییرات اوضاع و احوال را در نظر خواهد گرفت» (مرکز امور حقوقی بین المللی، ۱۳۹۰: ۱۲۷). اولین نکته در خصوص ماده ۵ از بیانیه حل و فصل دعاوی، اختیار مطلق داوران و دیوان دوری در انتخاب قانون حاکم بر دعواست. به دیگر بیان، برخلاف کنوانسیون ایکسید، با اختیار مطلق که بیانیه به دیوان دوری دعاوی داده است، داوران می توانند از اساس به انتخاب قانون حاکم توسط طرفین دعوا، پایبند نمانند و نظر خود را اعمال کنند (Hanessian, 1989: 316). این مسئله موجب شده است که دیوان موضوع بحث، در موارد فراوانی، اصول کلی حقوق را بر اعمال قوانین داخلی ایران، ایالات متحده و گاهی کشور ثالث، ترجیح دهد. با این حال، در رویه دیوان دوری، چنانکه از آرای آن برمی آید - هرچند در آراء، کمتر با جزئیات به روش انتخاب قانون حاکم پرداخته شده است- اصول کلی حقوق، پس از اصول غیرملی ناشی از قرارداد میان طرفین، جایگاه دوم را به عنوان قانون حاکم داراست (Crook, 1989: 286). دیوان، با ارجاع به بدنه شناخته شده اصول کلی حقوق، از جمله اصول دارا شدن بلاجهت یا فورس ماژور، در موارد فراوانی به حل و فصل اختلافات پرداخته است؛ هرچند اصول کلی حقوقی اعمال شده در دیوان دوری برای رفع مسئله خلاً در زمینه قانون حاکم، به این دو اصل، محدود نمی شود (Crook, 1989: 296-298).

1. Rules of International Law
2. Normas de derecho internacional
3. Principes de droit international

۴.۳. در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری

آن دسته از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری که مسئله قانون حاکم را صریحاً مورد توجه قرار داده‌اند، اغلب در دو فرمول به این موضوع پرداخته‌اند: فرمول نخست، شیوه‌ای است که برخی آن را بند یا مقررۀ مرکب^۱ خوانده‌اند (Begic, 2005: 28). بند مرکب، که در حقیقت مشتمل بر چند منبع به‌عنوان قوانین حاکم بر معاهده است، به اشکال مختلف تنظیم می‌شود. این بند، در گسترش یافته‌ترین شکل، اغلب شامل قانون دولت میزبان (و تبعاً قواعد تعارض قوانین آن)، متن معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، قواعد و اصول حقوق بین‌الملل و همچنین هرگونه توافقنامه سرمایه‌گذاری میان دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی است. برای مثال ماده ۸ از معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری فرانسه و آرژانتین (۱۹۹۱)، مقرر می‌کند: «رکن داور، باید براساس مقررات این موافقت‌نامه، قانون دولت متعاهدی که طرف اختلاف قرار گرفته است (شامل مقررات تعارض قوانین)، مفاد قرارداد خاص انعقاد یافته در ارتباط با سرمایه‌گذاری و همچنین اصول حقوق بین‌الملل در این خصوص، اتخاذ تصمیم نماید». صورت تقلیل یافته این بند نیز که صرفاً معاهده و اصول کلی حقوق بین‌الملل را در برمی‌گیرد، برای نمونه در بند ۵ ماده ۱۸ موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری ایران و ژاپن (۲۰۱۶) قابل مشاهده است: «رأی داور برای طرف‌های اختلاف، قطعی و لازم‌الاتباع خواهد بود. رأی داور باید طبق این موافقت‌نامه و اصول حاکم حقوق بین‌الملل صادر گردد...»؛ به همین ترتیب، بند ۴ ماده ۱۱ موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری میان ایران و قبرس (۲۰۰۹) مقرر می‌کند: «دیوان داور بر طبق مفاد این موافقت‌نامه و قواعد و اصول قابل اعمال حقوق بین‌الملل در مورد اختلاف، رأی خواهد داد». همچنین در بند ۷ ماده ۱۰ موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری اسلواکی و کنیا (۲۰۱۶) می‌خوانیم: «در خصوص مسائل موضوع اختلاف باید براساس مقررات این موافقت‌نامه و اصول عموماً پذیرفته‌شده حقوق بین‌الملل اتخاذ تصمیم گردد».

جز عبارت‌پردازی بخش پایانی این بندها، اصول حاکم حقوق بین‌الملل، قواعد و اصول قابل اعمال حقوق بین‌الملل و اصول عموماً پذیرفته‌شده حقوق بین‌الملل - که به نظر، بر مفهوم واحدی دلالت دارند، تفاوت عمده‌ای میان آنها موجود نیست. از این رو تفاوت در لفظ‌پردازی، مانعی فراروی موضوع مطالعه این قسمت از نوشتار حاضر محسوب نمی‌شود. مسئله مهم، کارکرد اصول کلی حقوق در رفع خلأ در زمینه قانون حاکم است که در فرمول موسوم به بند مرکب، با عنوان اصول کلی حقوق بین‌الملل، مورد توجه قرار می‌گیرد.

۳.۵. تفسیر استانداردهای حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

آنچه کارکرد اجماعی تفسیری اصول کلی حقوق را به حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری مرتبط می‌سازد، تفسیر استانداردهای حاکم بر این شاخه از حقوق بین‌الملل است. این مسئله در نوشته حاضر به‌مثابه اعتلای کارکرد اصول کلی حقوق بررسی خواهد شد. توضیح آنکه، اصول کلی حقوق، با تفسیر استانداردهای گسترده رفتاری مندرج در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، مانند استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، مفهوم مصادره غیرمستقیم، حمایت و امنیت کامل، رفتار ملی و یا شرط فراگیر، در تحول پیوسته این استانداردها نقش‌آفرین بوده‌اند (Schill, 2012: 157). برخی، البته این کارکرد را تحت عنوان نقش حقوق داخلی در تفسیر استانداردهای حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری مطالعه کرده‌اند (Rajput & Malhotra, 2019: 298)؛ تعبیری که به دلیل فرو کاستن اصول کلی حقوق به حقوق داخلی، چندان پذیرفته نیست. برای مثال یکی از استانداردهای مبهم حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه است که به مدد اصول کلی حقوق، می‌تواند چارچوب مشخص‌تری بیابد. برای تفسیر عادی استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، اغلب اصطلاح، به مفهوم عادلانه از یک سوی و منصفانه از سوی دیگر شکسته می‌شود و مفسر به تحلیل معنای این دو می‌پردازد؛ مسئله‌ای که چندان به روشن شدن مفهوم این استاندارد منتهی نخواهد شد. طبعاً، ناکامی این شکل از تفسیر، به تشنگی مراجع داوری سرمایه‌گذاری منتهی می‌شود. از این رو لازم است از معنای عادی استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه گذر کنیم و با استناد به اصول کلی حقوق موضوع بند نخست ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، بکوشیم تا دامنه و معنای این استاندارد را دریابیم. این رویکرد، در بیان دیوان ایکسید در قضیه مریل اند رینگ در مورد محتوای استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه قابل مشاهده است: «دیوان، لازم به تأکید می‌داند که اصول کلی حقوق نیز در این بحث نقش‌آفرین‌اند. حتی اگر دیوان، ادعای خوانده را بپذیرد که حسن نیت، ممنوعیت رفتار خودسرانه، تبعیض و دیگر مسائل برآمده در این قضیه، براساس بند نخست ماده ۱۱۰۵ نفتا یا حقوق بین‌الملل، تعهدات مستقل به‌شمار نمی‌روند و همچنین ممکن است بخشی از حقوق [بین‌الملل] عرفی نیز نباشند، این مفاهیم، تا حد زیادی بیان اصول کلی حقوق و طبعاً بخشی از حقوق بین‌الملل‌اند. حسن نیت و ممنوعیت رفتار خودسرانه، بی‌شک، تجلی اصول کلی‌اند و امروزه از هیچ مرجع رسیدگی نمی‌توان خواست که این تعهدات بنیادین حقوق بین‌الملل را نادیده انگارند. دسترسی به محیط حقوقی امن نیز رابطه نزدیکی با این اصول و شفافیت دارد؛ هرچند خود به‌زودی به یک استاندارد بدل خواهد شد» (ICSID, 2010: para.187). بر این اساس، هرچند درج استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، آن را به تعهد معاهده‌ای تبدیل می‌کند، کماکان برای تعیین دامنه و مفهوم آن، نیاز به اصول کلی حقوق وجود دارد. پروفیسور شیل برای دستیابی به دامنه

و مفهوم استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، به اصل کلی حقوقی حکومت قانون، توسل جسته است (Schill, 2012: 162). چنانکه می‌دانیم، براساس اصل حکومت قانون، فرد، عنصری با حقوق معین پنداشته می‌شود که لازم است همواره در تصمیم‌سازی مقامات رسمی، موضوع توجه باشد. به بیان دیگر، حکومت قانون به‌عنوان مبنای اصل تناسب، همواره در پی ایجاد توازن صحیح میان منافع فرد و منافع جامعه است. حکومت قانون، مستلزم تفکیک قوا و خاصه وجود دادگستری مستقل است که بتواند به اعتراض‌ها نسبت به افعال دولت رسیدگی کند. علاوه بر این، در مورد اصول ثبات، پیش‌بینی‌پذیری و انسجام، رویه روشنی در داوری‌های سرمایه‌گذاری شکل گرفته است. در رأی صادره در قضیه سی ام اس، داوران اعلام کردند: «بی‌شک... محیط حقوقی و بازرگانی باثبات، عنصر ضروری رفتار عادلانه و منصفانه است» (ICSID, 2005: para. 274). همچنین در قضیه متال کلد (ICSID, 2000a: para. 99) و تکمید (ICSID, 2003: para. 154) پیش‌بینی‌پذیری، یکی از اصول اساسی حاکم بر روابط دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی پنداشته شده است. افزون بر این در قضیه ام تی دی، دیوان، همگن نبودن (عدم انسجام) رفتار دو رکن یک دولت نسبت به سرمایه‌گذار واحد را نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه خوانده است (ICSID, 2004: para. 163). این سه اصل، توانسته‌اند تا حد زیادی چارچوب معنایی استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه را مشخص کنند. با این حال، کار بدین جا ختم نمی‌شود. در دعاوی متعدد، نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، دربرگیرنده نقض اصل رسیدگی اداری عادلانه و تبعاً نزاکت قضایی پنداشته شده است (ICSID, 2000b, para. 98). به دیگر بیان، استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، با مفهوم رسیدگی (دادرسی) عادلانه به‌عنوان یکی از اصول حقوق اداری و اساسی تمامی نظام‌های توسعه‌یافته حقوق نیز مرتبط است.

۴. نتیجه‌گیری

با رشد بدنه معاهده‌ای و عرفی حقوق بین‌الملل عام، اصول کلی حقوق، به‌عنوان یکی از منابع اصلی مندرج در بند نخست ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، به‌نحو فزاینده‌ای به‌سوی متروک شدن در حرکت است. این موضوع، موجب شده است که پس از گذشت چند دهه از نظریات حقوق‌دانان مکتب سوسیالیستی (سویت) مانند تونکین یا حتی اندیشمندانی چون کلسن، دوباره نویسندگانی همچون ژان داپرمون^۱، در منبع حقوق بین‌الملل بودن این اصول تشکیک کنند. با این حال، کماکان قضاتی همچون ترینداد در نظریات جداگانه خود در برخی قضایای مطروحه در دیوان از جمله کارخانه‌های تولید خمیر کاغذ، می‌کوشند تا اصول کلی حقوق را لااقل در حوزه‌های جدیدی مانند حقوق بین‌الملل محیط

1. Jean D'aspromont

زیست زنده نگه‌دارند. آنچه با مطالعه مقاله مشهور مک‌نر به ذهن خطور می‌کند، این است که در میانه سده بیستم، استادانی همچون او، متوجه جایگاه و کارکرد متفاوت اصول کلی حقوق در زمینه قراردادهای میان دولت با سرمایه‌گذاران خارجی و آنچه او خود *موافقت‌نامه‌های توسعه اقتصادی* خوانده، بوده‌اند. بررسی بیشتر نشان می‌دهد که حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری امروز نیز تا حد زیادی این جایگاه و کارکرد متفاوت اصول کلی حقوق را به ارث برده است. در این نوشتار، به اثبات همین گزاره پرداخته شد. به دیگر بیان، در دعاوی میان دولت و سرمایه‌گذار خارجی، مواردی وجود دارد که رأی داور، صرفاً به استناد یک یا چند اصل کلی حقوق صادر شده‌اند؛ امری که در نوع خود، منحصر به فرد و بدیع به‌شمار می‌رود. علاوه بر آن، دانستیم که در فقدان یک معاهده فراگیر سرمایه‌گذاری، در این رشته از حقوق بین‌الملل، اصول کلی حقوقی جدیدی پای به عرصه وجود نهاده‌اند که پیش‌تر کسی آن‌ها را نمی‌شناخت. همین اصول، امروزه بسیاری از اختیارات دولت‌ها را محدود می‌کنند. بنابراین حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، در عرصه منابع، با حقوق بین‌الملل عام همراه نیست؛ نه تنها در آرای داور مرتبط با آن، ارجاع مؤثر به اصول کلی حقوق ادامه دارد، بلکه این آراء، اکنون محل تولد اصول کلی جدید و خاص حوزه سرمایه‌گذاری - همچون اصل کلی حقوقی انتظارات مشروع - نیز هستند. علاوه بر جایگاه، براساس این نوشتار، کارکرد اصول کلی حقوق نیز در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری اعتلا یافته است. اگر با بازگشت به مذاکرات کمیته مشورتی حقوقدانان، علت درج اصول کلی حقوق در میان منابع حقوق بین‌الملل را رفع خلاء حقوقی ببینیم، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری برخلاف حقوق بین‌الملل عام، به‌صورت شایسته‌ای از این اصول برای رفع خلاء - خاصه در زمینه قانون حاکم - مدد جسته است. این رویکرد، که از *موافقت‌نامه‌های توسعه اقتصادی* آغاز شده، اکنون در آرای داور سرمایه‌گذاری و همچنین معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری به‌عنوان ابزار به نسبت جدید برای برآوردن خواسته‌های دولت‌های میزبان و خاصه سرمایه‌گذار خارجی، مشهود است. افزون بر این، کارکرد سنتی اصول کلی حقوق در مقوله تفسیر، به دلیل نیاز فزاینده به تفسیر استانداردهای حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری مانند استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، پیوسته مورد توجه مراجع داور سرمایه‌گذاری بوده است؛ امری که توانسته از تحمیل بی‌قید و شرط و گهگاه فاقد چارچوب این استانداردها بر دولت‌های میزبان بکاهد. بنابراین حقوق بین‌الملل یکی از معدود شعب حقوق بین‌الملل است که می‌تواند خط بطلانی بر انگاره بی‌اثری اصول کلی حقوق به‌مثابه یکی از منابع اصلی و مستقل حقوق بین‌الملل بکشد.

منابع

۱. فارسی

الف) کتابها

۱. پیران، حسین (۱۳۹۳)، *مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی*، تهران: گنج دانش.
۲. دالزر، رودلف؛ شروتر، کریستف (۱۳۹۳)، *اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری*، ترجمه سید قاسم زمانی و به‌آذین حسینی، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۳. شرکت ملی نفت ایران (۱۳۳۰)، *اسناد نفت*، تهران: اداره کل انتشارات و تبلیغات شرکت ملی نفت ایران.
۴. مرکز امور حقوقی بین‌المللی (۱۳۹۰)، *گزارش آرای دیوان داورى دعوى ایران-ایالات متحده*، ج ۱، تهران: معاونت تنقیح ریاست جمهوری.

ب) مقالات

۵. امین‌زاده، الهام؛ علیزاده، مسعود (۱۳۹۲)، «اصول کلی حقوقی و حاکمیت دولت‌ها: مشارکت منبع فراموش شده در ساخت حقوق بین‌الملل»، *فصلنامه حقوق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۳، ش ۱، ص ۱۷۱-۱۵۵.
۶. بهمنی، محمدعلی؛ تقوی، نجمه (۱۳۹۶)، «مبانی دگرترین انتظارات مشروع در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۸، ش ۲، ص ۴۹۷-۴۷۵.
۷. زارعی، محمدحسین؛ بهنیا، مسیح (۱۳۹۰)، «تأملی بر امکان اعمال اصل انتظار مشروع در دیوان عدالت اداری»، *فصلنامه راهبرد*، سال بیستم، ش ۶۱، ص ۱۸۹-۱۵۳.

۲. انگلیسی

A) Books

1. Begic, Taida (2005), *Applicable Law in International Investment Disputes*, Utrecht: Eleven International Publishing.
2. Cattani, Henry (1967), *The Law of Oil Concessions in the Middle East and North Africa*, New York: Oceana Publications.
3. Saeed Al-Otaiba, Mana (1982), *The Petroleum Concession Agreements of The United Arab Emirates (1939-1981 Abu Dhabi)*, Vol. 1, 1939-1971, London: Croom Helm.
4. Schreuer, Christoph H. (2009), *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press.
5. Sornarajah, Muthucumaraswamy (2010), *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge: Cambridge University Press.
6. Tuson, Penelope and Quick, Emma (1992), *Arabian Treaties*, Vol. 2 (1600-1960), London: Archive Editions.

B) Articles

7. Crook, John R. (1989), "Applicable Law in International Arbitration: The Iran-U.S. Claims Tribunal Experience", *American Journal of International Law*, Vol. 83, No. 2, , pp. 278-311.
8. D'aspromont, Jean (2018), "What Was not Meant to be: General Principles of Law as a Source of International Law", in: Riccardo Pisillo Mazzeschi and Pasquale De Sena (eds.), *Global Justice, Human Rights and the Modernization of International Law*, Springer, pp. 163-184.
9. Hanessian, Grant (1989), "General Principles of Law in the Iran-U.S. Claims Tribunal", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 27, No. 2, pp. 309-352.
10. Hirsch, Moshe (2012), "Sources of International Investment Law", in: Andrea K. Bjorklund, and August Reinisch (eds.), *International Law and Soft Law*, Edward Elgar, pp. 9-38.
11. Juratowitch, Ben and Shaerf, James (2019). "Unjust Enrichment as a Primary Rule of International Law", in: Mads Andenas et al (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Brill/Nijhoff, pp. 227-246.
12. Lalive, Jean-Flavien (1964), "Contracts between a State or a State Agency and a Foreign Company", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 13, No. 3, pp. 987-1021.
13. McNair, Arnold (1957), "General Principles of Law recognized by Civilized Nations", *British Yearbook of International Law*, XXXIII, pp. 1-19.
14. Mosler, Hermann (1984). "General Principles of Law", in: Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 7, North-Holland Publishing Company, pp. 89-104.
15. Nitish Monebhurrun (2015), "Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela: Enshrining Legitimate Expectations as a General Principle of International Law", *Journal of International Arbitration*, Vol. 32, No, 5, pp. 551-562.
16. Nussbaum, Arthur (1951), "The Arbitration between The Lena Goldfields, Ltd. And The Soviet Government", *Cornell Law Quarterly*, Vol. 36, No. 1, pp. 31-53.
17. Ostřanský, Josef (2018), "An Exercise in Equivocation: A Critique of Legitimate Expectation as a General Principle of Law under the Fair and Equitable Treatment Standard", in: Andrea Gattini, Attila Tanzi and Filippo Fontanelli (eds.), *General Principles of Law and Investment Arbitration*, Brill Nijhoff, pp. 344-477.
18. Potestà, Michele (2013), "Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 28, No. 1, pp. 88-122.
19. Rajput, Aniruddha & Malhotra, Sarthak (2019), "Legitimate Expectations in Investment Arbitration: A Comparative Perspective", in: Mahendra Singh and Niraj Kumar (eds.), *the Indian Yearbook of Comparative Law 2018*, Springer, pp. 297-318.
20. Roberts, Anthea & Sivakumaran, Sandesh (2018), "Theory and Reality of the Sources of International Law", in: Malcolm Evans (ed.), *International Law*, Oxford University Press, pp. 89-132.
21. Schill, Stephen (2012), "General Principles of Law and International Investment Law", in: Tarcisio Gazzini, and Eric De Brabandere (eds.), *International Investment Law*, Brill/Nijhoff, pp. 133-181.

22. Snodgrass, Elizabeth (2006), "Protecting Investor's Legitimate Expectations: Recognizing and Delimiting a General Principle", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 21, Issue. 1, pp. 1-58.
23. Tunkin, G. I. (1975), "International Law in International System", in: *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, Vol. 147, Brill, pp. 1-218.
24. Wolfrum, Rüdiger (2012), "General International Law (Principles, Rules and Standards)", in: Rüdiger Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Online), Oxford University Press.

C) Documents

25. International Law Commission (2019), "First Report on General Principles of Law (A/CN.4/732)", by the Special Rapporteur Marcelo Vázquez-Bermúdez.
26. International Law Commission (2020), "Second Report on General Principles of Law (A/CN.4/741)", by the Special Rapporteur Marcelo Vázquez-Bermúdez.

D) Awards

27. CMS Gas Transmission Company v The Argentine Republic, Award, ICSID Case No. ARB/01/8, 12 May 2005, para. 274.
28. Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB(AF)/09/1, 22 September 2014.
29. Inceysa Vallisoletana, S.L. v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/03/26, August 2, 2006.
30. International Thunderbird Gaming Corporation v The United Mexican States, UNCITRAL Award, 26 January 2006.
31. International Thunderbird Gaming Corporation v The United Mexican States, Award, 26 January 2006, Separate Opinion of Thomas Wälde, para. 27.
32. Ltd. Benvenuti et Bonfant srl. v The Government of the People's Republic of the Congo, Award, ICSID Case No. ARB/77/2, 8 August 1980.
33. Merrill and Ring Forestry L.P. v. Canada, ICSID Case No. UNCT/07/1, 31 March 2010.
34. Metalclad Corporation v The United Mexican States, Award, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, 30 August 2000 (A).
35. MTD Equity Sdn Bhd., MTD Chile S.A. v Republic of Chile, Award, ICSID Case No. ARB/01/7, 25 May 2004.
36. Sea-Land Service, Inc. v The Government of the Islamic Republic of Iran, Ports and Shipping Organization, Award, IUSCT Case No. 33 (135-33-1), 22 June 1984.
37. Total S.A. v The Argentine Republic, Decision on Liability, ICSID Case No. ARB/04/1, 27 December 2010.
38. Waste Management v. United Mexican States (II) ICSID Case No. ARB(AF)/00/3, 27 Sept 2000 (B).