

حقوق بین الملل و سرمایه گذاری خارجی در پرتو رویه داورى بین المللى

دکتر پوریا عسکری

دبیاچه

دکتر محسن محبی



مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی

تهران - ۱۳۹۵

سرناسه	عسکری، پوریا، ۱۳۵۸ -
عنوان و نام پدیدآور	: حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داوری بین‌المللی / پوریا عسکری ؛
با دیباچه‌ی محسن محبی.	
مشخصات نشر	: تهران: موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۵.
مشخصات ظاهری	: ۳۷۶ ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۸۰۴۰-۱۴-۹
وضعیت فهرست‌نویسی: فیا.	
موضوع	: سرمایه‌گذاری خارجی (حقوق بین‌الملل)
موضوع	: سرمایه‌گذاری خارجی -- قوانین و مقررات.
موضوع	: داوری بین‌المللی تجاری -- دعاوی
شناسه افزوده	: محبی، محسن، مقدمه‌نویس
رده‌بندی کنگره	: ۱۳۹۴ ج ۷ / ۴۵ K۳۸۳۰
رده‌بندی دیویی	: ۳۴۷/۰۹۲
شماره کتابساز ملی	: ۴۱۴۴۳۹۵

عنوان	: حقوق بین‌الملل و سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو رویه داوری بین‌المللی
مؤلف	: دکتر پوریا عسکری
ناشر	: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش
نوبت چاپ	: اول
تاریخ چاپ	: ۱۳۹۵
شمارگان	: ۵۰۰
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۸۰۴۰-۱۴-۹
بها	: ۱۲۰,۰۰۰ ریال
حق هرگونه چاپ و نشر برای ناشر محفوظ است.	

تهران - خیابان کریم‌خان‌زند - خیابان سنایی - خیابان نهم - خیابان گیلان - پلاک ۵ - کدپستی ۱۵۸۵۷۴۳۱۱۱

صندوق پستی: ۱۵۸۷۵/۴۵۳۹ تلفن: ۸۸۱۱۵۸۱-۴ نمایر: ۸۸۱۱۵۸۰

Website: www.sdil.ac.ir

Email: publication@sdil.org

سخن فاشر

نقش رویه بین‌المللی در شکل‌گیری و تحول حقوق بین‌الملل کاملاً مورد پذیرش قرار گرفته است. به لحاظ ساختار و ماهیت نظام حقوق بین‌الملل، اگر حقوق بین‌الملل را اساساً حقوق مبتنی بر رویه بین‌المللی بدانیم چندان به خطا نرفته‌ایم. رویه بین‌المللی، عنصر سازنده قاعده حقوق بین‌الملل عرفی است، بخش عمده هر معاهده بین‌المللی، پردازش مکتوب رویه طرف‌های متعاقد آن معاهده است، و به هنگام تفسیر هر قاعده بین‌المللی، رویه نقش تعیین‌کننده دارد. رویه بین‌المللی حتی قادر است به حیات قاعده حقوقی موجود خاتمه بخشد و قاعده‌ای جدید را جایگزین قاعده قبلی سازد. وحدت تابع و واضع در نظام حقوق بین‌الملل، موضوعیت نداشتن آشکال در خلق قواعد حقوق بین‌الملل به رویه بین‌المللی قابلیت بسیار را اعلام می‌نماید.

در این میان رویه قضایی بین‌المللی که از آبشخور منطق حقوقی و استدلال منطقی سیراب می‌شوند در قلمرو وسیع‌تر از اصحاب هر پرونده قضایی و داوری، اعتماد جامعه بین‌المللی را به خود جلب کرده و به توسعه بخش‌های مختلف حقوق بین‌الملل مؤثر واقع می‌شود. حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری از جمله حوزه‌هایی است که به‌شدت تحت تأثیر آرای داوری بین‌المللی بوده است. نهادهایی مثل ایکسید، اتاق بازرگانی بین‌المللی و دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده آمریکا در توسعه و تحول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری تأثیری شگرف داشته‌اند.

کتاب «حقوق بین‌الملل و سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو رویه داوری بین‌المللی» که به قلم جناب آقای دکتر پوریا عسکری به رشته تحریر درآمده، و به «مانند» جناب آقای دکتر محسن محبی مزین گشته، تکوین و توسعه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را در قالب رویه داوری بین‌المللی مورد تجزیه و تحلیل قرار داده است. در این کتاب به ویژه پویایی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در بستر داوری بین‌المللی در ابعاد مختلف و در موضوعات گوناگون بحث شده است. تلاش آقای دکتر عسکری که به کشف و چارچوب‌بندی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری خارجی پرداخته، ارزشمند و قابل قدردانی است.

وحید اشتیاقی

فهرست اجمالی مطالب

۲۹	دیباچه
۳۹	آغاز سخن
۴۵	فصل نخست: حقوق بین الملل و حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری خارجی
۴۶	گفتار نخست: مفهوم سرمایه گذاری خارجی در معاهدات بین المللی و رویه داوری
	گفتار دوم: معاهدات سرمایه گذاری و تفسیر آنها بر مبنای حقوق بین الملل در رویه
۶۱	داوری بین المللی
	گفتار سوم: حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری از طریق داوری بین المللی
۷۵	و قانون حاکم بر حل اختلاف
	فصل دوم: حقوق بین الملل و استانداردهای حمایت از سرمایه گذاری خارجی در پرتو رویه داوری بین المللی
۱۱۳	گفتار نخست: رفتار عادلانه و منصفانه
۱۱۴	گفتار دوم: حمایت کامل و امنیت
۱۲۷	گفتار سوم: شرط فراگیر
۱۳۴	گفتار چهارم: دسترسی به عدالت
۱۴۴	گفتار پنجم: شرایط ضرورت و فورس مازور
۱۴۹	گفتار ششم: اقدامات خودسرانه، نامعقول یا تبعیض آمیز
۱۶۴	گفتار هفتم: رفتار ملی
۱۷۳	گفتار هشتم: رفتار ملت های کامل التوداد
۱۸۵	

فصل سوم: حقوق بین الملل و سلب مالکیت از سرمایه گذاران خارجی در پرتو

۲۱۱

رویه داوری بین المللی

۲۱۲

گفتار نخست: ملاحظات کلی

گفتار دوم: حقوق بین الملل و مشروعیت سلب مالکیت از سرمایه گذاران خارجی

۲۳۰

در پرتو رویه داوری بین المللی

۲۵۳

گفتار سوم: سلب مالکیت غیر مستقیم از منظر حقوق بین الملل و رویه داوری بین المللی

فصل چهارم: مسئولیت و غرامت در حقوق بین الملل و رویه داوری بین المللی

۲۷۵

اختلافات ناشی از سرمایه گذاری

گفتار نخست: از بین حقوق بین الملل در خصوص مسئولیت دولت و رویه مراجع

۲۷۷

داوری بین المللی

گفتار دوم: مسئولیت و تعهدات سرمایه گذاران و شرکت های فراملی از منظر حقوق

۲۸۹

بین الملل و نقش دولت متبوع آنها

۳۱۸

گفتار سوم: غرامت و خسارت در حقوق بین الملل و رویه داوری بین المللی

فرجام سخن: تبیین جایگاه حقوق بین الملل در حقوق سرمایه گذاری خارجی

۳۶۱

فهرست منابع و مآخذ

۳۷۱

نمایه

فهرست تفصیلی مطالب

۲۱	فهرست آراء
۲۸	نشانه‌های اختصاری
۲۹	دیباجه
۳۹	آغاز سخن
۴۵	فصل نخست: حقوق بین‌الملل و حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی
۴۵	پیشگفتار
۴۶	گفتار نخست: مفهوم سرمایه‌گذاری خارجی در معاهدات بین‌المللی و رویه داورى
۴۶	مقدمه
۴۹	مبحث نخست: مفهوم و تعریف سرمایه‌گذاری در معاهدات بین‌المللی
۵۱	مبحث دوم: مفهوم و تعریف سرمایه‌گذاری در دیدگاه مراجع داورى بین‌المللی
۵۱	یک: رویه داورى بین‌المللی و تعریف سرمایه‌گذاری در کنوانسیون ایکسید
۵۵	دو: رویه داورى بین‌المللی و تعریف سرمایه‌گذاری در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری
۶۰	نتیجه‌گیری
	گفتار دوم: معاهدات سرمایه‌گذاری و تفسیر آنها بر مبنای حقوق بین‌الملل در رویه
۶۱	داورى بین‌المللی
۶۱	مقدمه
۶۳	مبحث نخست: معاهدات سرمایه‌گذاری و اهمیت آنها
۶۳	یک: اقسام معاهدات سرمایه‌گذاری
۶۴	دو: اهمیت معاهدات سرمایه‌گذاری
۶۵	مبحث دوم: حقوق بین‌الملل و تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری در رویه داورى بین‌المللی
۶۵	یک: متدولوژی مراجع داورى بین‌المللی در تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری
۶۵	۱. تفسیر مطابق کنوانسیون وین حقوق معاهدات

- ۶۸ ۲. تفسیر مضیق یا مؤثر
- ۶۹ ۳. قواعد حامی برای تفسیر
- ۶۹ الف: ذکر موارد خاص و مستثنا شدن سایر موارد
- ۷۰ ب: تفسیر در پرتو سایر معاهدات
- ۷۱ ۴. توسل به کارهای مقدماتی
- ۷۱ دو: جایگاه تصمیمات داوری سابق (رویه داوری)
- ۷۴ نتیجه‌گیری
- گفتار سوم: حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری از طریق داوری بین‌المللی و قانون
- ۷۵ حاکم بر حل اختلاف
- ۷۵ مقدمه
- مبحث نخست: داوری اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری میان دولت‌ها و
- ۷۹ سرمایه‌گذاران خارجی
- ۷۹ یک: ماهیت و سیر تحول داوری بین‌المللی
- ۸۵ دو: درج شرط مراجعه به داوری در سرمایه‌گذار و دولت در معاهدات سرمایه‌گذاری
- ۸۶ سه: گذاری بر مؤسسات و نهادهای داوری
- ۸۶ ۱. داوری موردی
- ۸۷ ۲. داوری نهادی
- ۸۸ الف: داوری نهادی خارج از ایکسید
- ۹۰ ب: داوری ایکسید
- مبحث دوم: تبیین جایگاه حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی در تعیین قانون حاکم
- ۹۴ بر ماهیت اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری
- یک: قانون حاکم بر داوری اختلافات ناشی از قراردادهای میان سرمایه‌گذاران
- ۹۵ خارجی و دول میزبان آنها
- دو: قانون حاکم در دیوان داوری ایران - ایالات متحده در دعاوی ناشی از
- ۹۹ سرمایه‌گذاری
- ۱۰۱ سه: قانون حاکم بر داوری اختلافات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری
- ۱۰۸ نتیجه‌گیری

فصل دوم: حقوق بین الملل و استانداردهای حمایت از سرمایه گذاری

۱۱۳

خارجی در پرتو رویه داوری بین المللی

۱۱۳

پیشگفتار

۱۱۴

گفتار نخست: رفتار عادلانه و منصفانه

۱۱۴

مقدمه

مبحث نخست: ماهیت رفتار عادلانه و منصفانه در قیاس با حداقل استانداردهای

۱۱۵

حقوق بین الملل در رفتار با بیگانگان

۱۲۰

مبحث دوم: محتوای هنجاری رفتار عادلانه و منصفانه از دیدگاه مراجع داوری بین المللی

۱۲۱

یک: معافیت، ثبات و انتظارات مشروع سرمایه گذار

۱۲۳

دو: معافیت از تبعیضات قراردادی

۱۲۴

سه: دادرسی منصفانه

۱۲۵

چهار: حسن نیت

۱۲۶

پنج: آزادی از اجبار

۱۲۶

نتیجه گیری

۱۲۷

گفتار دوم: حمایت کامل و امنیت

۱۲۷

مقدمه

مبحث نخست: ماهیت استاندارد حمایت کامل و امنیت در قیاس با استانداردهای

۱۲۸

حقوق بین الملل

۱۲۸

یک: حقوق بین الملل به مثابه غایت حمایت کامل و امنیت

۱۲۹

دو: حقوق بین الملل به مثابه حداقل استاندارد

۱۲۹

سه: حقوق بین الملل و برابری با استاندارد حمایت کامل و امنیت

۱۳۰

مبحث دوم: محتوای هنجاری حمایت کامل و امنیت از دیدگاه مراجع داوری بین المللی

۱۳۰

یک: حمایت کامل و امنیت محدود به تأمین امنیت فیزیکی

۱۳۲

دو: حمایت کامل و امنیت فراتر از تأمین امنیت فیزیکی

۱۳۲

۱. در دسترس بودن نظام قضائی

۱۳۳

۲. امنیت حقوقی

۱۳۳

نتیجه گیری

۱۳۴

گفتار سوم: شرط فراگیر

- ۱۳۴ مقدمه
- ۱۳۵ مبحث نخست: شرط فراگیر و دلایل محدودیت اجرای آن بر مبنای حقوق بین‌الملل
- ۱۳۸ مبحث دوم: دامنه شمول شرط فراگیر از دیدگاه مراجع داوری بین‌المللی
- ۱۴۰ یک: تعهدات تجاری محض
- ۱۴۲ دو: تعهدات قراردادی
- ۱۴۳ نتیجه‌گیری
- ۱۴۴ گفتار چهارم: دسترسی به عدالت
- ۱۴۴ مقدمه
- ۱۴۴ مبحث نخست: ماهیت و محتوای هنجاری استاندارد دسترسی به عدالت از دیدگاه مراجع داوری بین‌المللی
- ۱۴۷ مبحث دوم: استاندارد دسترسی به عدالت و مبحث مصونیت دولت در پرتو حقوق بین‌الملل
- ۱۴۸ نتیجه‌گیری
- ۱۴۹ گفتار پنجم: شرایط ضرورت و فورس‌ماژور
- ۱۴۹ مقدمه
- ۱۵۰ مبحث نخست: ماهیت و محتوای شرایط ضرورت و فورس‌ماژور از دیدگاه حقوق بین‌الملل
- ۱۵۰ یک: فورس‌ماژور
- ۱۵۲ دو: اضطرار
- ۱۵۳ سه: ضرورت
- ۱۵۷ مبحث دوم: رویه مراجع داوری و قضائی بین‌المللی در خصوص شرایط ضرورت و فورس‌ماژور
- ۱۶۳ نتیجه‌گیری
- ۱۶۴ گفتار ششم: اقدامات خودسرانه، نامعقول یا تبعیض‌آمیز
- ۱۶۴ مقدمه
- ۱۶۴ مبحث نخست: معنا و مفهوم اقدامات خودسرانه، نامعقول یا تبعیض‌آمیز از دیدگاه مراجع داوری بین‌المللی
- ۱۶۴ یک: معنا و مفهوم اقدامات خودسرانه و نامعقول

- ۱۶۵ ۱. رهیافت نخست: رهیافت مبتنی بر شوک و شگفتی
- ۱۶۶ ۲. رهیافت دوم: رهیافت مبتنی بر رعایت تشریفات قانونی
- ۱۶۸ دو: معنا و مفهوم اقدامات تبعیض آمیز
- ۱۷۰ مبحث دوم: ماهیت شروط عدم اختلال در قیاس با موازین حقوق بین الملل
- ۱۷۰ یک: رابطه میان شروط عدم اختلال و رفتار عادلانه و منصفانه
- ۱۷۱ دو: رابطه میان شروط عدم اختلال و حقوق بین الملل عرفی
- ۱۷۳ نتیجه گیری
- ۱۷۳ گفتار هفتم: رفتار ملی
- ۱۷۳ مقدمه
- ۱۷۴ مبحث نخست: ماهیت استاندارد رفتار ملی از دیدگاه حقوق بین الملل
- ۱۷۴ یک: ملاحظات کلی
- ۱۷۶ دو: استاندارد رفتار ملی و قصد و نیت تبعیض آمیز
- ۱۷۸ مبحث دوم: محتوای هفتاد و یک استاندارد رفتار ملی از دیدگاه مراجع داوری بین المللی
- ۱۷۸ یک: ملاحظات کلی
- ۱۸۲ دو: قصد و نیت تبعیض آمیز
- ۱۸۴ نتیجه گیری
- ۱۸۵ گفتار هشتم: رفتار ملت های کامل الت الوداد
- ۱۸۵ مقدمه
- ۱۸۷ مبحث نخست: مبانی نظری و تاریخی شرط ملت های کامل الت الوداد
- ۱۸۹ یک: تدوین شرط ملت های کامل الت الوداد در کمیسیون حقوق بین الملل
- ۱۹۱ دو: درج شرط رفتار ملت های کامل الت الوداد در معاهدات بین المللی
- ۱۹۱ ۱. شرط رفتار ملت های کامل الت الوداد در معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری
- ۱۹۲ ۲. شرط رفتار ملت های کامل الت الوداد در سایر اسناد بین المللی
- ۱۹۳ مبحث دوم: کاربرد استاندارد شرط رفتار ملت های کامل الت الوداد از دیدگاه مراجع داوری بین المللی
- ۱۹۳ یک: مسائل ماهوی
- ۱۹۵ دو: مسائل شکلی
- ۲۰۰ مبحث سوم: تجزیه و تحلیل رویه داوری بر مبنای حقوق بین الملل
- ۲۰۰ یک: شرط ملت های کامل الت الوداد و تفسیر معاهدات
- ۲۰۲ دو: شرط ملت های کامل الت الوداد و موضوع و هدف معاهدات سرمایه گذاری

- ۲۰۳ سه: حق مراجعه به داوری به مثابه حقی ماهوی
- ۲۰۳ چهار: شرط ملت‌های کامل‌الوداد و احترام بیشتر به ترتیبات ناشی از معاهدات بین‌المللی
- ۲۰۴ پنج: رضایت شفاف و بی‌ابهام دولت برای رجوع به داوری
- ۲۰۷ شش: شرط ملت‌های کامل‌الوداد و محدودیت‌های مربوط به مصالح عمومی
- ۲۰۸ نتیجه‌گیری

فصل سوم: حقوق بین‌الملل و سلب مالکیت از سرمایه‌گذاران خارجی در پرتو

- ۲۱۱ رویه داوری بین‌المللی
- ۲۱۱ پیش‌گفتار
- ۲۱۲ گفتار نخست: ملاحظات کلی
- ۲۱۲ مقدمه
- ۲۱۳ مبحث نخست: بیان ضرورت و جامع از سلب مالکیت و جایگاه حقوق بین‌الملل
- ۲۱۵ یک: مفهوم و محتوا، سلب مالکیت در معاهدات و رویه داوری بین‌المللی
- ۲۱۸ دو: مصادره و سلب مالکیت از دیدگاه استانداردهای حقوق بین‌الملل
- ۲۲۰ سه: رابطه میان حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل در اختلافات ناشی از سلب مالکیت
- ۲۲۰ مبحث دوم: گستره حمایت از حقوق مالکانه از منظر حقوق بین‌الملل در رویه داوری بین‌المللی
- ۲۲۷ مبحث سوم: سلب مالکیت حقوق قراردادی در مقابل نقض قرارداد
- ۲۳۰ نتیجه‌گیری
- ۲۳۰ گفتار دوم: حقوق بین‌الملل و مشروعیت سلب مالکیت از سرمایه‌گذاران خارجی
- ۲۳۰ در پرتو رویه داوری بین‌المللی
- ۲۳۰ مقدمه
- ۲۳۱ مبحث نخست: مشروعیت سلب مالکیت از دیدگاه حقوق بین‌الملل و معاهدات سرمایه‌گذاری
- ۲۳۱ یک: مشروعیت سلب مالکیت از منظر حقوق بین‌الملل عام
- ۲۳۴ دو: مشروعیت سلب مالکیت در معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری
- ۲۳۴ مبحث دوم: شرایط مشروعیت سلب مالکیت در حقوق بین‌الملل از دیدگاه مراجع داوری بین‌المللی
- ۲۳۴ یک: هدف عمومی
- ۲۳۸ دو: عدم تبعیض
- ۲۴۲ سه: فرآیند قانونی

۲۴۳	چهار: غرامت
	مبحث سوم: سلب مالکیت نامشروع و ضابطه غرامت در حقوق بین الملل از دیدگاه
۲۴۷	مراجع داوری بین المللی
۲۵۲	نتیجه گیری
۲۵۳	گفتار سوم: سلب مالکیت غیر مستقیم از منظر حقوق بین الملل و رویه داوری بین المللی
۲۵۳	مقدمه
۲۵۳	مبحث نخست: مفهوم و عناصر سلب مالکیت غیر مستقیم در رویه داوری بین المللی
۲۵۳	یک: باب مفهوم سلب مالکیت غیر مستقیم
۲۵۶	۱. سادۀ خزنده
۲۵۸	۱. ترک فعل
۲۵۸	۳. اقدامات انتقامی
۲۶۳	دو: عناصر اصلی در سلب مالکیت غیر مستقیم
۲۶۳	۱. شدت مداخله در حقوق مالکانه
۲۶۵	۲. اقدامات مصادره ای، نپرداختن به سود دولت باشند
۲۶۶	۳. تأثیر بر سرمایه گذار
۲۶۷	۴. شفافیت
۲۶۸	۵. حمایت از انتظارات مشروع سرمایه گذار
۲۶۹	مبحث دوم: احراز سلب مالکیت غیر مستقیم در آراء داوری بین المللی
۲۷۰	یک: افزایش بی رویه مالیات
۲۷۰	دو: گرفتن اموال شخص ثالث
۲۷۱	سه: مداخله در قرارداد
۲۷۱	چهار: نقض حقوق منبعت از قرارداد
۲۷۱	پنج: مداخله در مدیریت سرمایه گذاری
۲۷۲	شش: لغو یا عدم صدور مجوز
۲۷۳	نتیجه گیری

فصل چهارم: مسؤولیت و غرامت در حقوق بین الملل و رویه داوری بین المللی

۲۷۵

اختلافات ناشی از سرمایه گذاری

۲۷۵

پیشگفتار

گفتار نخست: موازن حقوق بین‌الملل در خصوص مسئولیت دولت و رویه مراجع

۲۷۷ داوری بین‌المللی

۲۷۷ مقدمه

مبحث نخست: قابلیت اعمال طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل بر اختلافات ناشی از

۲۷۹ سرمایه‌گذاری خصوصی

مبحث دوم: قابلیت انتساب فعل متخلفانه به دولت در حقوق بین‌الملل و کاربرد آن

۲۸۰ در آراء مراجع داوری بین‌المللی

مبحث سوم: مسئولیت دولت در موارد کوتاهی در حمایت از منظر حقوق بین‌الملل

۲۸۷ مراجع داوری بین‌المللی

۲۸۹ نتیجه‌گیری

گفتار دوم: مسئولیت و تعهدات سرمایه‌گذاران و شرکت‌های فراملی از منظر

۲۸۹ حقوق بین‌الملل و نقش دولت متبوع آنها

۲۸۹ مقدمه

مبحث نخست: در باب مفروض و رایج مسئولیت سرمایه‌گذاران و شرکت‌های

۲۹۱ فراملی در حقوق بین‌الملل

۲۹۱ یک: مسئولیت سرمایه‌گذاران و شرکت‌های فراملی

۲۹۲ دو: تعریف مسئولیت اجتماعی بین‌الملل سرمایه‌گذاران و شرکت‌های فراملی

۲۹۴ مبحث دوم: تعهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاران و شرکت‌های فراملی

۲۹۵ یک: حقوق کار

۲۹۹ دو: حقوق بشر

۳۰۳ سه: حقوق محیط زیست

۳۰۷ چهار: تعهد عدم مداخله در امور سیاسی دولت میزبان

۳۰۷ پنج: تعهد در خصوص توسعه اقتصادی

مبحث سوم: نقش دول متبوع و سازمان‌های بین‌المللی در اجرای تعهدات

۳۰۸ سرمایه‌گذاران و شرکت‌های فراملی

۳۰۸ یک: اعمال کنترل فرامرزی توسط دولت متبوع سرمایه‌گذاران و شرکت‌های فراملی

۳۰۹ ۱. مسئولیت دولت متبوع در موارد کوتاهی از اعمال کنترل بر شرکت‌های فراملی

۳۱۳ ۲. وظیفه دولت در خصوص کنترل اتباع در خارج از کشور

۳۱۵ ۳. مسئولیت دولت و وظیفه جبران خسارت قربانیان

دو: نقش سازمان‌های بین‌المللی در نظارت بر اجرای تعهدات سرمایه‌گذاران

۳۱۵

و شرکت‌های فراملی

۳۱۶

نتیجه‌گیری

۳۱۸

گفتار سوم: غرامت و خسارت در حقوق بین‌الملل و رویه داورى بین‌المللی

۳۱۸

مقدمه

۳۱۹

مبحث نخست: تمایز کاربردی میان غرامت و خسارت

۳۲۰

یک: غرامت

۳۲۲

دو: خسارت

۳۲۳

مبحث دوم: استانداردهای تعیین غرامت و خسارت

۳۲۳

یک: پرداخت غرامت در ازای سلب مالکیت

۳۲۴

۱. حقوق بین‌الملل عرفی و استاندارد غرامت

۳۲۵

۲. حقوق بین‌الملل عهدنامه‌ای و استاندارد غرامت

۳۲۶

۳. رویه داورى بین‌المللی و استاندارد غرامت

۳۲۶

الف: روش مبنی بر ارزش انتقال

۳۲۶

ب: ارزش جایگزینی

۳۲۷

ج: ارزش دفتری

۳۲۷

د: روش محاسبه درآمد نقدی تنزیل شده با تنزیل نقدینه

۳۳۳

دو: خسارت نقض حقوق بین‌الملل و نقض قرارداد

۳۳۴

۱. نقض حقوق بین‌الملل

۳۳۵

الف: رفتار ملی و عدم تبعیض

۳۳۶

ب: رفتار عادلانه و منصفانه

۳۳۷

یکم: خسارت نقض رفتار عادلانه و منصفانه

۳۳۷

دوم: دادرسی منصفانه و استنکاف از اجرای عدالت

۳۳۸

سوم: انتظارات مشروع سرمایه‌گذار

۳۳۹

۲. خسارت نقض قرارداد

۳۴۱

مبحث سوم: ملاحظات مربوط به کاربرد صلاحدید و انصاف

۳۴۱

یک: کاربرد انصاف و صلاحدید در رویه داورى بین‌المللی

۳۴۲

دو: ملاحظه وضعیت اقتصادی دولت خوانده

۳۴۵

نتیجه‌گیری

فرجام سخن: تبیین جایگاه حقوق بین‌الملل در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی ۳۴۷

یک: اعمال حقوق بین‌الملل در داوری اختلافات میان سرمایه‌گذاران خارجی

۳۴۹ و دول میزبان آنها

۳۵۱ دو: منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

۳۵۱ ۱. معاهدات

۳۵۳ ۲. عرف

۳۵۴ الف: قواعد عهدنامه‌ای موجب شکل‌گیری و توسعه قواعد عرفی هستند

۳۵۶ ب: قواعد عهدنامه‌ای، چهره مدون قواعد عرفی‌اند

۳۵۶ ج: قواعد عرفی، در تشریح و تکمیل قواعد عهدنامه‌ای کاربرد دارند

۳۵۷ ۳. صور کلی حقوقی

۳۵۸ ۴. تدابیر مراجع قضائی و داوری و عقاید علمای برجسته علم حقوق

سه: حقوق بین‌الملل، به‌عنوان بستر حقوق سرمایه‌گذاری خارجی و داوری

۳۵۹ اختلافات دسی‌اران

۳۶۱ فهرست منابع و مآخذ

۳۷۱ نمایه

دیباچه

۱. حقوق بین الملل سرمایه گذاری فرزند زمانه خویش است، برآمده از حضور گسترده شرکت های تجاری چند ملیتی در عرصه بین المللی و برخاسته از شبکه وسیع معاهدات دوجانبه حمایت از سرمایه گذاری. می توان - و باید - پرسید که مؤلفه های تشکیل دهنده این حقوق بین الملل سرمایه گذاری چیست؟ منابع و مبانی آن کدام است؟ قواعد و اصول آن چگونه است؟ ضمانت اجرای آن چیست؟ برای پاسخ به این سؤالات باید اولاً کنشگران حقوق بین الملل سرمایه گذاری را شناخت. ثانیاً اصول و قواعد این رژیم حقوقی، شناسایی و معرفی گردد و جنبه های فنی آن بحث شود.

۲. کنشگران و متدافعان اصلی حقوق بین الملل سرمایه گذاری، عبارتند از کشور میزبان (کشور سرمایه پذیر)، سرمایه گذار خارجی، و کشور متبوع سرمایه گذار (کشور سرمایه فرست). شاید گفته شود که کشور سرمایه پذیر، جایگاهی در روابط کشور میزبان و سرمایه گذار خارجی ندارد؛ اما با توجه به اینکه سرمایه گذاری خارجی در پرتو معاهدات دوجانبه بین دولت متبوع او و دولت سرمایه پذیر انجام می شود، باید دولت متبوع سرمایه گذار را نیز در شمار کنشگران حقوق بین الملل سرمایه گذاری نام برد. روابط دولت ها، تابع حقوق بین الملل است، اما روابط حقوق بین اشخاص حقوقی و دولت ها تابع مجموعه ای از اصول و قواعد حقوقی است که «حقوق بین الملل سرمایه گذاری» نامیده می شود.

۳. حقوق سرمایه گذاری عرصه ملاقات حقوق بین الملل و حقوق خصوصی است. بنابراین مؤلفه های اصلی این رژیم حقوقی، همان اصول و قواعد حقوق خصوصی و حقوق بین الملل است. این نکته محتاج بسط بیشتری است. قرارداد سرمایه گذاری علی الاصول معطوف به حقوق خصوصی است اما به دو دلیل حقوق بین الملل هم در آن مؤثر و با آن مرتبط است. نخست، یک طرف این قرارداد، دولت یا مؤسسه دولتی است - ولو در چهره اعمال تصدی - که موضوعاً و حکماً تابع حقوق بین الملل است و ناگزیر مجموعه قواعد و اصول مربوط به خود را به همراه می آورد. دوم، سرمایه گذاری خارجی در پرتو معاهدات دوجانبه یا چندجانبه تشویق و حمایت از سرمایه گذاری بین دولت ها انجام می شود که چون موضوعاً در عرصه حقوق بین الملل تنظیم و امضا می شوند، راه برای

ورود اصول و قواعد ذریبط حقوق بین‌الملل به سرمایه‌گذاری خارجی باز می‌شود. البته حقوق بین‌الملل به طور سنتی عرصه کنش دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی بوده و هست. اما رونق بازار سازمان‌های بین‌المللی در ۶۰ سال گذشته از یکسو، و انعقاد پی‌درپی معاهدات دوجانبه و چندجانبه سرمایه‌گذاری بین‌المللی و حضور وسیع شرکت‌های فراملی در روزگار ما از سوی دیگر، حقوق بین‌الملل را با کنشگران جدیدی روبه‌رو کرده و آن را در معرض تجربه تازه‌ای نهاده است. به علاوه، رنگ باختن حاکمیت دولت‌ها در مقابل حقوق فردی، و مطرح شدن مسائل بشری و انسانی در حقوق بین‌الملل، عرصه فراخ سابق را برای نابیناستی حقوق بین‌الملل تنگ کرده و مرزهای آن را از یک نظام حقوقی که صرفاً مذهب‌دار تنظیم روابط دولت‌ها و بعداً روابط سازمان‌های بین‌المللی بوده، بسی گسترده‌تر کرده است. حقوق بین‌الملل در روزگار ما علاوه بر موضوعاتی که از قبل بر عهده آن بوده، - مسائلی - قبیل توسعه پایدار، حقوق شرکت‌های فراملی، حقوق محیط زیست، محاکمه سران دولت‌ها، میراث مشترک بشری در بستر دریاها هم می‌پردازد. امروزه می‌توان علاوه بر حقوق بین‌الملل بشر و حقوق بشردوستانه، از حقوق بین‌الملل اقتصادی و حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نیز سخن گفت. سخن کوتاه - پارادایم حقوق بین‌الملل، مرتباً در حال تحول است. چالشی را رقم زده است. در این پارادایم، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نیز جای خود را دارد.

۴. منابع و مبانی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری همان است که حسب مورد، در حقوق خصوصی یا حقوق بین‌الملل وجود دارد؛ اما شبکه وسیع معاهدات دوجانبه و چندجانبه برای تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری (تا پایان سال ۲۰۰۰ تعداد این معاهدات به سه هزار معاهده نزدیک شده است) و نیز رویه داوری بین‌المللی در عرصه سرمایه‌گذاری، دو منبع مهم‌تری است که چارچوب اصلی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را می‌سازد. اصول و قواعد حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نیز از ترکیب و تلاقی حقوق بین‌الملل و حقوق خصوصی حاصل می‌شود و چهره‌های دیگری از همان اصول و قواعد این دو رشته اصلی حقوقی است. به عنوان نمونه، تعهدات سرمایه‌گذار خارجی که معمولاً در قالب یک شرکت تجاری مستقل یا با مشارکت شرکت‌های داخلی عمل می‌کند، تابع حقوق خصوصی است؛ اما وقتی همین اصول به عرصه سرمایه‌گذاری بین‌المللی می‌آیند، ابعاد تازه‌تری می‌یابند. مثلاً مبنای اصلی مسئولیت قراردادی یا مسئولیت مدنی سرمایه‌گذار خارجی در مقابل دولت میزبان (سرمایه‌پذیر) همان است که در نظریه عمومی تعهدات بیان

شده، متتها طبیعت و موضوع قرارداد سرمایه‌گذاری که ناظر به ثروت‌های طبیعی و منافع عمومی کشور میزبان است، بر قلمرو حقوق و تعهدات سرمایه‌گذار و حتی ضمانت اجرای آن اثر می‌گذارد. تکلیف سرمایه‌گذار به حسن نیت و اتخاذ روش بهینه در عملیات سرمایه‌گذاری، رعایت الزامات محیط‌زیست، رعایت حقوق بشر و نیز رعایت الزامات توسعه پایدار در کشور میزبان از جمله پیامدهای طبیعت سرمایه‌گذاری است که در دامنه و نوع تعهدات قراردادی شرکت سرمایه‌گذار خارجی تأثیر می‌گذارد. اهمیت این تعهدات سرمایه‌گذار خارجی تا حدی است که امروزه «مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها» نیز مطرح شده است.

۵. تعهدات قراردادی دولت در قرارداد سرمایه‌گذاری هم، ماهیت حقوق خصوصی دارد. اما چون معمولاً سرمایه‌گذاری خارجی در چارچوب معاهدات دوجانبه یا چندجانبه حمایت از سرمایه‌گذاری انجام می‌شود، از این رو، همین تعهد قراردادی طرف دولتی، از ضمانت اجرای بین‌الملل برخوردار می‌شود. به عبارت دیگر، اولویت حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی، و نیز وجود شرط فائزر (umbrella clause) که گاه در این موافقت‌نامه‌ها درج می‌شود، موجب می‌شود که تعهدات قراردادی دولت میزبان در مقابل سرمایه‌گذار خصوصی خارجی، چهره بین‌المللی پیدا کنند. بر این اساس که تعهد دولت میزبان سرمایه‌به رفتار عادلانه و منصفانه با سرمایه‌گذار و حمایت و تضمین سرمایه‌گذاری اتباع خارجی، یک تعهد عهدنامه‌ای است که دولت میزبان در مقابل دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی بر عهده گرفته، اما عملاً حقوق و امکاناتی را (ضمانت اجرای) برای سرمایه‌گذار فراهم می‌کند. افزون بر این، تفسیر معاهدات و موافقت‌نامه‌های تأمین و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری، یا مسأله انتساب اعمال و اقدامات دولت‌های طرفین موافقت‌نامه‌ها، یکسره تابع حقوق بین‌الملل است. می‌توان گفت حقوق بین‌الملل نقش اصلی را در موضوع دیگری، به مسئولیت طرف دولتی مربوط می‌شود.

۶. از آنچه گفتیم معلوم می‌شود که حقوق بین‌الملل نقش و جایگاهی مهم در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری دارد. نقطه ورود و شمول حقوق بین‌الملل به این عرصه، قاعده حقوق بین‌الملل عرفی درباره رفتار با بیگانگان و ضمانت اجرای آن، حمایت سیاسی است. در جوامع اولیه، برای کسانی که از خارج وارد جامعه‌ای می‌شدند، هیچ‌گونه حق یا صلاحیتی نمی‌شناختند و آنها را «خارجی» یا «بیگانه» (alien) می‌دانستند. اما با شروع دوران مدرن، به ویژه با گسترش حمل و نقل و مراودات تجاری، رفته‌رفته حق سفر و

تجارت خارجیان شناخته شد. هوگو گروسیوس جایگاه خارجییان را تحت عنوان «آنچه متعلق به همه انسان‌هاست» تأیید کرد و از عدم تبعیض نسبت به آنها سخن گفت. به عقیده «امریک دو واتل» دولت می‌تواند اجازه ورود خارجیان را به کشور ندهد، اما پس از اینکه او را پذیرفت، موظف است مانند اتباع داخلی، از ایشان حمایت کند. نکته جالب در نظر واتل آن است که می‌گوید خارجیان که در کشور دیگری وارد و پذیرفته می‌شوند، عضویت و رابطه خود را با کشور اصلی از دست نمی‌دهند. آثار بقای عضویت اتباع خارجی در کشور متبوعشان، نسبت به اموال آنها نیز تسری می‌یابد و چون این اموال، در واقع بخشی از ثروت کشور متبوع تبعه خارجی است، بنابراین هرگونه رفتار نادرست یا تعرض به جان یا اموال او، در واقع تعرض به کشور متبوع اوست و آن دولت می‌تواند علیه دولت میزبان خاطی، طرح دعوا و مطالبه خسارت کند. بن‌مایه اصلی نظریه حمایت سیاسی، همین نظر است. قاعده بیان رفتار با بیگانگان در معاهدات مودت و موافقت‌نامه‌های دوجانبه یا چندجانبه حمایت از سرمایه‌گذاری که از دهه ۱۹۷۰ به بعد منعقد شده، به شکل‌های مختلف ذکر شده و از حمایت نهادنامه‌ای نیز برخوردار شده است. اصل رفتار عادلانه و متصفانه، اصل حمایت و تضمین مال، اصل عدم تبعیض و اصل رفتار کامل‌الوداد در این معاهدات، در واقع بیان دیگری از همان بن‌مایه بنیادی است.

۷. دو زمینه مهم‌تر ارتباط و جایگاه حقوق بین الملل در سرمایه‌گذاری بین المللی، یکی در نوع خواسته‌ای است که در دعاوی سرمایه‌گذاری مطرح می‌شود، و دیگری در قانون ماهوی حاکم بر قرارداد سرمایه‌گذاری است. هر دو موضوع به مسأله مسؤولیت دولت برمی‌گردد و چند و چون آنها را بیش از هر جایی دیگر، باید در رویه داوری بین المللی در دعاوی سرمایه‌گذاری جست‌وجو کرد.

۸. در دعاوی سرمایه‌گذاری، معمولاً طرف خصوصی (سرمایه‌گذار) ادعای خود را به تخلف از قرارداد - که یک مسأله حقوق خصوصی است - محدود نمی‌کند بلکه خواسته خود را طوری طراحی می‌کند که نشان دهد که رفتار و عمل طرف دولتی قرارداد، متضمن نقض حقوق بین الملل عرفی (قاعده رفتار با بیگانگان) نیز هست. وانگهی، در بعضی معاهدات چندجانبه (مانند نفتا) مرجع داوری صلاحیت رسیدگی به دعاوی خصوصی ناشی از نقض قرارداد سرمایه‌گذاری را ندارد، بلکه صلاحیت آن به رسیدگی به دعاوی عهدنامه‌ای یعنی ادعای تخلف دولت خواننده از مفاد فصل ۱۱ معاهده نفتا محدود است. در بعضی از معاهدات دوجانبه هم شرطی وجود دارد که هر یک از دولتمین در مقابل دولت

دیگر، تعهدات خود در مقابل سرمایه‌گذاران خصوصی (اتباع طرف مقابل) را تضمین می‌کند (شرط فراگیر یا شرط التزام). سرمایه‌گذار خارجی، با استناد به همین شرط فراگیر، دعوای خود را از یک دعوای ساده قراردادی به سطح حقوق بین‌الملل ارتقا می‌دهد و مدعی می‌شود که عمل میزبان نقض عهدنامه است (نقض شرط فراگیر مندرج در معاهده) تا در نتیجه از مزایای صلاحیتی و ماهوی آن برخوردار شود. دعوای شرکت سوئیسی SGS علیه پاکستان و سپس دعوای همان شرکت علیه فیلیپین نمونه‌هایی از دعوای مبتنی بر نقض شرط فراگیر در معاهدات سرمایه‌گذاری است که هر دو در ایکسید مطرح شده بود و مباحث مهمی ادامه زده است.^۱

۹. در مورد قانون حاکم نیز باید گفت که قانون ماهوی حاکم بر قراردادهای سرمایه‌گذاری تا حدود زیادی تابع رژیم حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری و به ویژه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری است. سؤال این است که آیا سرمایه‌گذاری خارجی، تابع کدام رژیم حقوقی است؟ قانون داخلی کشور سرمایه‌پذیر؟ حقوق بین‌الملل؟ هیچ‌کدام؟ آیا تابع رژیم حقوقی خاصی است به نام «حقوق بین‌المللی سرمایه‌گذاری»؟ پاسخ به این سؤال، ساده و سراسر نیست و یکی از چالش‌های مهم حقوقی را در رویه داوری بین‌المللی رقم زده است. با تعریف و تبیین «حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، رژیم حقوقی حاکم بر قراردادهای سرمایه‌گذاری نیز معلوم می‌شود.

۱۰. از نظر تاریخی، باید گفت مسأله رژیم حقوقی حاکم بر سرمایه‌گذاری بین‌المللی از دهه ۱۹۵۰ به بعد به طور جدی مطرح شده و فصل جدیدی را در رویه داوری بین‌المللی گشوده و با رأی داوری پروفیسور دوپویی در پرونده تگزاکو با این موضوع تازه‌ای یافت. در این پرونده، دوپویی با تفسیر ماده ۲۷ امتیازنامه بین لیبی دهه ۱۹۷۰ شرکت آمریکایی تگزاکو در مورد انتخاب قانون حاکم و با تأکید بر ماهیت قراردادهای اقتصادی و مفهوم «انتخاب منفی قانون حاکم»، قرارداد را از حکومت قوانین لیبی خارج دانست و آن را تابع نظام حقوق بین‌الملل تلقی نمود و سعی کرد مؤلفه‌های آنچه را امروزه حقوق سرمایه‌گذاری نامیده می‌شود، نشان دهد.

۱۱. گرچه داوران در دو پرونده دیگر که تفسیر همان ماده ۲۷ قرارداد امتیاز لیبی مطرح بود، هر کدام به راهی رفتند، اما رأی پروفیسور دوپویی به دلیل احتواء بر مباحث و استدلال‌های مهم، توجه اساتید و حقوقدانان را جلب کرد. فرانسوا ریگو به کمک یک

تمثیل از اساطیر یونانی، رأی تگزاکو را به قهرمانی تشبیه کرد که بر خدایان خود شوریده است. منظور او از خدایان، اصول و موازین مسلم حقوقی مانند اصل حاکمیت اراده در قرارداد و احترام به حاکمیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل است، و مقصودش از قهرمان، ثوری دوپویی درباره بین‌المللی کردن قرارداد در رأی تگزاکو است. در کنار این نقد، پروفیسور کاپلان هم شرح مفصلی در دفاع معتدل از این رأی نوشت.^۱

۱۲. امروزه کمابیش پذیرفته شده که اگر طرفین قانون ماهوی حاکم بر قرارداد را تعیین نکرده باشند، قرارداد تابع نظام حقوق داخلی کشور میزبان است - البته تا جایی که این نظام اصول حقوق بین‌الملل سازگار باشد - از طرفی، اصول ماهوی سرمایه‌گذاری و تضمین‌هایی که دولت میزبان به موجب قرارداد یا به موجب معاهده دوجانبه حمایت از سرمایه‌گذاری می‌دهد، روی هم رفته قواعد حقوقی حاکم بر قرارداد را به دست می‌دهد. در نتیجه، قانون داخلی کشور میزبان به عنوان قانون حاکم، باید در پرتو همین اصول ماهوی و تضمین‌ها تفسیر و اجرا شود. ^{۱۳} به موجب ماده ۴۲ کنوانسیون واشنگتن در مورد مرکز حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع سایر دولت‌ها (ایکسید)، قانون حاکم بر دعوا، همان است که طرفین با تراضی انتخاب و تعیین کرده‌اند، اما در صورت سکوت طرفین، مرجع داوران نیز متبوع طرف دولتی قرارداد (کشور میزبان) و نیز اصول حقوق بین‌الملل را که قابل اجرا باشد اعمال خواهد نمود. نحوه تفسیر و اجرای این ماده، مباحث زیادی را مطرح نموده است. آرون بروشه، نخستین رئیس مرکز داوری در دعاوی ناشی از سرمایه‌گذاری (ایکسید)، در مورد نحوه اجرای ماده ۴۲ می‌گوید: «دیوان داوری، یافته‌های خود تحت حقوق داخلی کشور میزبان را بر حقوق بین‌الملل عرضه می‌کند. ممکن است نتیجه این عرضه کردن و مقایسه، عدم اجرای حقوق داخلی باشد، مانند اینکه اقدامات دولت که بر اساس حقوق داخلی انجام شده متغیر من نقض حقوق بین‌الملل باشد».^{۱۴}

۱۳. حقوق بین‌الملل در موضوعات شکلی داوری‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز مؤثر است. توضیح مطلب اینکه گرچه داوری در دعاوی سرمایه‌گذاری، کمابیش تابع همان

۱. متن رأی تگزاکو همراه با دو نقد مذکور را در کتاب زیر بخوانید: دکتر مرتضی کلاتریان، یک رأی داوری و دو نقد، انتشارات آکه، ۱۳۷۵.

۲. آرون بروشه، «قانون حاکم و اجرای احکام در داوری‌های موضوع کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دول دیگر»، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی، شماره ۱۰، ۱۳۶۸.

رژیم حقوق داوری بین‌المللی است، اما دولتی بودن یک طرف داوری، گاه مسائل خاصی را پیش می‌آورد که برای حل و فصل آن ناگزیر باید به موازین حقوق بین‌الملل رجوع کرد. قانون شکلی حاکم بر داوری‌های بین دولت و اشخاص خصوصی، مصونیت دولت، شرائط قانون داخلی برای رضایت طرف دولتی به داوری و اثر آن در صلاحیت مرجع داوری، و تأثیر یا عدم تأثیر قانون داخلی کشور مقر داوری از جمله موضوعات شکلی است که پاسخ آن را باید در حقوق بین‌الملل یافت.

۱۴. رویه داوری بین‌المللی یکی از مهم‌ترین منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری است. توضیح اینکه، راجع داوری در دعاوی سرمایه‌گذاری بین‌المللی، همان نقش ثانوی را که قضات در سطح داخلی انجام می‌دهند، در عرصه بین‌المللی ایفاء می‌کنند. رسیدگی قضائی، شیوه رسمی رسیدگی سرمایه‌گذاری است و مبتنی بر صلاحیت قضائی، قانون است. قاضی داخلی نه تنها مأمور حل و فصل دعوی و منازعات است، بلکه به عنوان یکی از ارکان اصلی نظام حقوقی کشور متبوع خود، پر اداری و وظائف ثانوی هم دارد. اولاً آراء قضات، قدرت رویه‌سازی دارد و در واقع خط سبز آتی را می‌سازد؛ ثانیاً قضات منافع عمومی را حفظ می‌نمایند؛ و ثالثاً به تحول و پیشرفت نظام حقوقی و قانونی کمک می‌رسانند و در آن مشارکت می‌کنند. اما داوری، یک شیوه خصوصی حل و فصل اختلافات است که اساس آن بر تراضی است. داور، در مقابل طرفین پاسخگوست و هیچ تعهد یا تکلیفی نسبت به سیستم حقوقی خاص ندارد و حتی می‌تواند به صورت گذر امنشی رأی دهد. الزام داور به رعایت نظم عمومی کشور محل داوری، یا در تکمیل از نام رعایت او برای حل و فصل دعوا و تحقق قصد طرفین از رجوع به داوری است، یا در راستای تأیید نظم عمومی بین‌المللی است که نظم عمومی و قوانین آمره کشور محل رسیدگی بودن خود در ساختن آن نقش دارد.

۱۵. واقع مطلب این است که کنشگران در سرمایه‌گذاری بین‌المللی انتظار دارند که معاهدات سرمایه‌گذاری و رویه داوری بین‌المللی مربوط به آنها — همانند قانون و رویه قضائی — هر دو فراتر از نیازهای موردی عمل کنند و ارزش‌هایی را پیگیری و محقق سازند که با حرکت به سمت «نفع و خیر عمومی» در عرصه بین‌المللی سازگار باشد. این کار، در گرو آن است که معاهدات سرمایه‌گذاری از انسجام کافی برای عرف‌سازی برخوردار باشند و رویه داوری بین‌المللی در دعاوی سرمایه‌گذاری هم بتواند با رویه‌سازی، منافع عمومی کنشگران را ملحوظ کند و هر دو با هم در تحول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری مشارکت

نمایند. اما در شرایط فعلی، معاهدات دوجانبه و چندجانبه سرمایه‌گذاری تابع منافع موردی و قدرت چانه‌زنی کشورهای ذیربط است و نمی‌تواند چنین انتظاراتی را برآورد. معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری دو کارکرد اصلی دارند: نخست، استانداردهای لازم را برای رفتار با سرمایه‌گذاری خارجی وضع می‌کنند؛ مانند قاعده‌مندی سلب مالکیت از سرمایه‌گذاری خارجی، اصل رفتار منصفانه و عادلانه، منع تبعیض علیه سرمایه‌گذار خارجی، و اصل تکلیف سرمایه‌گذار به رعایت الزامات محیط‌زیست و حقوق بشر در کشور میزبان؛ دوم، فراهم کردن سازوکار جبرانی (remedy) مناسب برای دعاوی سرمایه‌گذار خارجی علیه دولت میزبان، بدون اینکه نیازی به مداخله و حمایت سیاسی کشور متبوع او باشد. در مورد رویه دوری بین‌المللی در دعاوی سرمایه‌گذاری باید گفت گرچه وظیفه داور در مقایسه با قاضی محدودتر است. اما رویه داوری بین‌المللی از لون دیگری است و می‌تواند نقش ثانوی قضات را بر عهده بین‌المللی ایفا کند و همانند آراء محاکم، رویه‌سازی و از نفع عمومی دفاع کند، و در توسعه هماهنگ حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نیز مشارکت نماید. در برخی آراء داوری همسبب این کار دیده می‌شود (مانند رأی صلاحیتی و اقدامات موقتی، ۲۰ مارس ۲۰۰۷ داوری ایکسید بند ۶۷ در دعاوی *Saipem v. Bangladesh*).

۱۶. به گزارش آنکتاب داوری‌ها، سرمایه‌گذاری بین‌المللی تا سال ۲۰۰۹ افزایش چشمگیری یافته و به ۳۵۷ پرونده رسید است که ۲۲۵ فقره آن در ایکسید مطرح شده است. جالب اینکه، سه‌چهارم این پرونده‌ها در طول سال‌های پس از ۲۰۰۰ طرح شده و در طول سال ۲۰۰۹ نیز ۳۲ پرونده جدید مطرح شده است. بسیاری از این دعاوی، مربوط به نقض استانداردهای رفتار با سرمایه‌گذار خارجی است. در شکل‌دهی و شفافیت حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نقش منحصر به فرد دارند. می‌توان گفت رویه داوری بین‌المللی در دعاوی سرمایه‌گذاری، در واقع به نوعی «حکمرانی بین‌المللی» تبدیل شده و یک دیسپلین بیرونی برای ارزیابی ساختار اداری و قضائی کشورهای سرمایه‌پذیر و سیستم اقتصادی و حقوقی آنها و خصوصاً رفتار آنها با سرمایه‌گذاران خارجی، ایجاد کرده است.

۱۷. موضوع اصلی این کتاب، تفصیل نکاتی است که اجمال آنها در این مقدمه آمده است، یعنی بررسی جایگاه و نقش قواعد و اصول ذیربط حقوق بین‌الملل در سرمایه‌گذاری بین‌المللی. نویسنده محور کار خود را بر یافته‌های حاصل از رویه داوری بین‌المللی نهاده است و هدف اصلی او آن است که جایگاه و نقش حقوق بین‌الملل را در سرمایه‌گذاری بین‌المللی نشان دهد. شیوه کار مؤلف نیز آن است که موضوعات ماهوی حقوق

سرمایه‌گذاری بین‌المللی، مانند اصل رفتار عادلانه و منصفانه، اصل حمایت کامل و تضمین، شرط فراگیر، دسترسی به عدالت، رفتار کامل‌الوداد و نیز مسئولیت دولت سرمایه‌پذیر درباره غرامت را در پرتو رویه داوری بین‌المللی مطالعه نموده، تحولات این مسائل ماهوی را در رویه داوری نشان داده است. علاوه بر این، موضوعات مربوط به مسئولیت اجتماعی شرکت‌های فراملی مانند رعایت حقوق بشر و حقوق کار در کشور میزبان را نیز مطالعه نموده است. یکی از نوآوری‌های کار نویسنده آنجاست که به کمک نتایج حاصل از رویه داوری، منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را به صورت متناظر با منابع حقوق بین‌الملل (معاهدات، عرف، اصول کلی حقوقی، رویه و دکترین) نشان داده است.

۱۸. مفاهیم و نهادهای حقوقی، انتزاعی و ذهنی است. اما وقتی این مفاهیم و نهادهای ذهنی به دست دانش یا درک ما می‌رسد، تفسیر می‌شود و برای تطبیق حکم با موضوع دعوا آماده می‌شوند، ناگزیر از پرتو ذهن برون می‌آیند و در عرصه عمل، شروع به حرکت می‌کنند و چهره عینی و کارایی خود را نشان می‌دهند. در واقع، رویه داوری، عرصه‌ای است که می‌توان رفتار مفاهیم و نهادهای انتزاعی و ذهنی را در عالم خارج مشاهده کرد. نویسنده، به شهادت ارجاعاتی که در ذیل صفحات داد و نیز به گواهی فهرست دعاوی که در ابتدای کتاب آورده به خوبی، توانسته آن مفاهیم انتزاعی را از پرده برون آورده به حرکت وادارد. نتیجه‌گیری‌ها و یافته‌هایی که در کتاب بحث شده، در خارج رخ نمی‌دهد و محصول ورزش ذهنی یا ذوقی نیست، بلکه مؤید و مقوم رویه داوری است. البته - هم‌چنان‌که خود نویسنده گفته - رویه داوری بین‌المللی کمابیش پراکنده است و گاه مسأله و بکنواخت هم نیست. اما باکی نیست، داوری بین‌المللی در دعاوی سرمایه‌گذاری، هنوز راه طولانی در پیش دارد تا به بکنواختی - اگر مطلوب باشد - دست یابد.

۱۹. این انتقادات خالی از قوت نیست. در اوت سال ۲۰۱۰ عده‌ای از اساتید برجسته حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به دنبال کارگاه آموزشی حل و فصل اختلافات اقتصادی که در تورنتو برگزار شده بود، اعلامیه‌ای منتشر کردند و نگرانی‌های خود را از روند رژیم سرمایه‌گذاری بین‌المللی بیان کردند. این اساتید نسبت به شیوه انعقاد معاهدات دوجانبه و چندجانبه حمایت از سرمایه‌گذاری، و نیز نسبت به رویه داوری که در دعاوی سرمایه‌گذاری تولید می‌شود اعلام نگرانی کردند. از جمله مطالبی که در این اعلامیه آمده آن است که «حمایت از سرمایه‌گذاران و استفاده از حقوق سرمایه‌گذاری و داوری

سرمایه‌گذاری، فی‌نفسه هدف نیست، بلکه وسیله‌ای است برای پیشبرد و تحقق رفاه عمومی در کشور میزبان». علاوه بر این، «هر کشوری از حق اساسی برای تنظیم مقررات لازم برای تأمین رفاه برخوردار است و این حق نباید به واسطه منافع سرمایه‌گذاران خارجی تحت الشعاع قرار گیرد. اما از آن طرف، کشورها نیز باید از این حق با حسن نیت و در جهت اهداف مشروع استفاده کنند».

۲۰. یک نکته دیگر هم می‌توان بر توصیه‌های این اساتید افزود و آن اینکه کشورهای سرمایه‌پذیر باید نظام حقوق داخلی خود را ارتقاء بخشند. واقع مطلب این است که انتقاد از رویه داوری بین‌المللی اغلب از جانب کشورهای سرمایه‌پذیر مطرح می‌شود که انتظار دارند، دوران بین‌المللی، قوانین ناپیشرفته و گاه نامناسب آنها را با همان تفسیری که در سطح داخلی از آنها می‌شود، بدون چون و چرا اجرا نمایند. این انتظار، دور از انصاف است. این کشورها باید به جای هر چیز نظام حقوق داخلی خود را تقویت و آماده سازند تا بتواند همدوش نظام‌های حقوقی پیشرفته و شانه‌به‌شانه موازین حقوق بین‌الملل، در دعاوی بین‌الملل اجرا و اعمال شود.

به هر حال، انصافاً باید پذیرفت که رویه داوری بین‌المللی درباره قراردادهای سرمایه‌گذاری، هنوز جوان است و نیاز به انعطاف‌پذیری‌هایی در آن مشاهده می‌شود. اما همین رویه‌های داوری نقش مهمی در نشان دادن ابهامات سرمایه‌گذاری بین‌المللی داشته‌اند و نیز در شفاف کردن و نشان دادن راه برای یکنواختی بیشتر در مفاد قرارداد، کمک کرده‌اند.

باری، این کتاب به قلم حقوقدان فاضل و پژوهشگر آری دکتر پوریا عسکری نوشته شده و بن‌مایه اولیه آن رساله دکترای ایشان بوده است. این کتاب از جمله نخستین کتاب‌هایی است که در زمینه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری با تأکید بر رویه‌های به نگارش درآمده و نه تنها بر غنای ادبیات حقوقی کشور ما افزوده بلکه راه تحقیق بیشتر را هموار کرده است. برای نویسنده محترم آرزوی موفقیت و تندرستی دارم.

دکتر محسن محبی

بهمن ۱۳۸۹