

## تمیز دعاوی قراردادی و معاهده‌ای

محمد صادق لبّانی مطلق<sup>۱</sup>، جلیل قنوازی<sup>۲</sup>

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران (پردیس فارابی)، قم، ایران

۲. دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه تهران (پردیس فارابی)، قم، ایران

پذیرش: ۹۴/۴/۲۰

دریافت: ۹۳/۹/۲۹

### چکیده

انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها، با توجه به ماهیت آن که موضوع حقوق خصوصی و حقوق بین‌الملل است، رشته‌ای جدید از مباحثات علمی بین داوران و حقوقدانان ایجاد کرد که برخی از مسائل آن با قواعد کلاسیک حقوق خصوصی و حقوق بین‌الملل منطبق نیست. انعقاد دو سند مستقل، اما همزمان، یعنی معاهده، بین دولت-دولت و قرارداد، بین دولت و سرمایه‌گذار، تمیز و تشخیص دعاوی قراردادی و دعاوی معاهده‌ای را یکی از آن دست مسائلی می‌کند که با توجه به اثری که بر تعیین قانون حاکم و صلاحیت مراجع رسیدگی‌کننده دارد، از اهمیت قابل توجهی برای کشورهای سرمایه‌پذیر، کشورهای صاحب سرمایه، شرکت‌ها و داوران برخوردار می‌گردد. در واقع، تمیز دعوایی که ناشی از یک قرارداد یا معاهده باشد، نه تنها حسب مورد مراجع داخلی یا بین‌المللی را واجد صلاحیت می‌کند، بلکه بر قانون حاکم بر اختلافات نیز اثرگذار بوده، حسب مورد قوانین داخلی یا اصول حقوق بین‌الملل را حاکم بر دعاوی می‌سازد. از این جهت معیارهای مختلفی در تفکیک دعاوی مطرح شده که مقبول‌ترین آن‌ها در حال حاضر هنوز معیار کلاسیک اعمال حکومتی و تصدی‌گری است. این امر همچنین در موضوع صلاحیت در صلاحیت نیز خود را نشان داده است، مبنی بر این‌که مرجع داوری باید کدام معیار را در این مرحله برای قبول یا رد صلاحیت خود بپذیرد و آیا صرف ادعای خواهان کافی است یا مرجع داوری باید اجمالاً ماهیت دعاوی را نیز در نظر داشته باشد.

Email: Mslabbani@gmail.com

\* نویسنده مسؤول مقاله:

محمد صادق لبانی و همکار \_\_\_\_\_ تمیز دعاوی قراردادی و...



واژگان کلیدی: دعاوی قراردادی، دعاوی معاهده‌ای، صلاحیت، اعمال حکومتی، اعمال تصدی‌گری، مصونیت، شرط فراگیر، آرای داوری، معیار ظواهر ادعا

## ۱. مقدمه

معاهدات سرمایه‌گذاری نهاد جدیدی است که در کنار قراردادهای میان کشورهای منعقد می‌گردد. در واقع، راهکارهای مختلفی برای حل اختلافات قراردادی بین کشورهای و شرکت‌ها وجود دارد که می‌توان به جنگ، حمایت دیپلماتیک کشور متبوع سرمایه‌گذار (مانند دعاوی نوتبام و بارسلونا ترکشن)، تعدیل و اصلاح قرارداد، مذاکره مجدد و داوری اشاره کرد [۱، ج ۱، ص ۲]. با وجود این، حوزه حقوق داوری بعد از تأسیس سازمان ملل متحد و مرکز حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری<sup>۱</sup> از اهمیت بیشتری برخوردار گردید.

به طور کلی، از یک سو، کشورهای صاحب سرمایه به دنبال خارج کردن قراردادهای از شمول قانون ملی و صلاحیت دادگاه‌های داخلی کشور میزبانند و بر وصف بین‌المللی قراردادهای تکیه می‌کنند. به همین دلیل تأکید زیادی بر شرط رفتار عادلانه و منصفانه، معیار بین‌المللی حداقل رفتار با سرمایه‌گذار و جبران خسارت مطابق با فرمول هال<sup>۲</sup> دارند [۲، ص ۵۰۰۰]: اما از سوی دیگر، کشورهای میزبان با تکیه بر نظریه کالوو<sup>۳</sup> و دراگو<sup>۴</sup> بر حکومت قانون ملی جهت حل اختلافات تکیه می‌کنند که اثر اتخاذ رفتار ملی با سرمایه‌گذار است. بدین ترتیب، در حالی که کشورهای حاکم بر قراردادهای را قانون ملی و در صلاحیت مراجع داخلی می‌دانستند، شرکت‌ها بر وصف بین‌المللی کردن قراردادهای پافشاری می‌کردند و سعی داشتند با استعمال عبارات مختلف از قبیل قراردادهای بی‌قانون، قراردادهای شبه بین‌المللی، اصول عمومی حقوق و قوانین

1. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)
2. Hull-Formula
3. Calvo doctrine
4. Drago doctrine

پژوهش‌های حقوق تطبیقی \_\_\_\_\_ دوره ۱۹، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴

بازرگانی که مورد حمایت برخی آرای داوری (از قبیل آرای پرونده‌های *سافایر*، *تاپکو*، *قضیه ابوظبی و دعوی قطر*) و نویسندگان مختلف (مانند پرفسور *مان و غیره*) نیز قرار گرفت [۳، ص ۱۲۹] نیز قرار داشت، قراردادهای را از حکومت قوانین داخلی خارج نمایند. با این حال، این تلاش‌ها به‌ویژه پیرو تصویب قطعنامه ۱۸۰۳ مجمع عمومی سازمان ملل متحد (با موضوع اصل حاکمیت دائمی کشورها بر منابع طبیعی) و قطعنامه ۳۲۲۱ (با موضوع ایجاد نظم نوین اقتصادی بین‌المللی) با شکست مواجه شد. علاوه بر این، مخالفت کشورهای جنوب باعث شد که عرفی‌شدن نظریه بین‌المللی کردن در نظام حقوق بین‌الملل در نهایت محقق نگردد. کشورهای صاحب سرمایه همچنین با استناد به اصل لزوم<sup>۱</sup> نظریه قراردادهای توسعه اقتصادی، و درج شرط ثبات در قرارداد<sup>۲</sup> به دنبال خروج قرارداد از سیطره قوانین داخلی و توصیف بین‌المللی اختلافات و کنار نهادن قاعده استقصای طرق احقاق حق<sup>۳</sup> بوده‌اند [۴، سراسر اثر]. در نهایت آنان جهت بین‌المللی کردن سطح اختلافات و استناد به مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، اقدام به انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری دو جانبه<sup>۴</sup> یا چند جانبه<sup>۵</sup> مانند نفتا<sup>۶</sup> و منشور انرژی<sup>۷</sup> کردند تا هرگونه نقض قرارداد، تحت عنوان نقض معاهده قرار گیرد. دول متعاقد با درج شروط کلی «ارجاع هرگونه اختلاف به مراجع بین‌المللی» به دنبال رد صلاحیت مراجع داخلی بودند، اما این راهکار نیز وقتی در محک آرای داوری قرار گرفت، نتوانست به طور کلی مقصود دول صاحب سرمایه، مبنی بر کاهش ریسک سرمایه‌گذاری را برآورده کند. مشکل اصلی چگونگی شمول معاهدات بر قراردادهای و مآلاً استناد به راه‌حل‌های معاهده‌ای بود. به همین جهت، تنها اختلافاتی در صلاحیت مراجع داوری قرار می‌گرفت که ناشی از معاهده باشد و اختلافات صرفاً قراردادی کماکان در صلاحیت مراجع

1. pucta sunt servanda
2. stabilization clause
3. exhaustion of local remedies
4. Bilateral Investment Treaty (BIT)
5. Multilateral Investment Treaty (MIT)
6. North American Free Agreement (NAFTA)
7. Energy Charter Treaty (ECT)



داخلی قرار داشت.

همچنین مشکلات ناشی از اجمال در تعریف و توصیف سرمایه‌گذاری [۵، پ ۵۲] و انعقاد قرارداد توسط شرکت‌ها و سازمان‌های دولتی باعث شد برخی از کشورهای صاحب سرمایه با درج شرط فراگیر<sup>۱</sup> در معاهدات، طرف متعاقد را ملزم به رعایت کلیه تعهدات از جمله تعهدات قراردادی کنند [۶، پ ۱۷۱].

در این مقاله با توجه به اهمیت اختلافات قراردادی و معاهده‌ای، به تفاوت ماهیت دو نوع دعاوی پرداخته شده است؛ با این تأکید که اثر این تفکیک بیش از همه در صورت عدم درج شرط فراگیر مجسم می‌گردد.

## ۲. تفاوت ماهوی دعاوی قراردادی و معاهده‌ای

انعقاد دو سند حقوقی موازی (قرارداد و معاهده) این پرسش را طرح می‌کند که نحوه ارتباط آن‌ها با یکدیگر چگونه است؛ زیرا سرمایه‌گذار قادر است برای عملکرد متخلفانه دولت میزبان به دو سند حقوقی مختلف که هر یک آثار مخصوص به خود دارد، استناد کند.

در بادی امر، معاهده، موافقتنامه بین دولت‌ها است که تابعان حقوق بین‌الملل هستند و قرارداد، موافقتنامه بین اشخاص خصوصی است. اما در کنار معیار ساده فوق، معیارهای پیچیده دیگری نیز ذکر شده است.

نویسندگان حقوقی پنج معیار در تفکیک معاهدات و قراردادها ذکر کرده‌اند [۷، ص ۳۲۵]. نخستین معیار، منشأ حقوق یا سبب دعوا است. ادعای معاهده‌ای مبتنی بر حقوقی است که ناشی از معاهده است؛ اما دعاوی قراردادی از قرارداد نشأت می‌گیرد. در این تعریف، هیچ همپوشانی بین دو نوع ادعا وجود ندارد.

دومین معیار، مبتنی بر محتوا و مضمون حقوق است. حقوق معاهده‌ای مبتنی بر معاهدات دو جانبه یا چند جانبه سرمایه‌گذاری است و در چارچوب حقوق بین‌الملل

1. umbrella clause

پژوهش‌های حقوق تطبیقی \_\_\_\_\_ دوره ۱۹، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴

عمومی تعریف می‌گردد؛ اما مفاد حقوق قراردادی، مبتنی بر قرارداد سرمایه‌گذاری است که در چارچوب حقوق داخلی میزبان قرار دارد. در این ملاک، احتمال هم‌پوشانی بین دو ادعا وجود دارد؛ زیرا برخی از مسؤولیت‌ها مانند جبران خسارت ناشی از سلب مالکیت، می‌تواند در عین حال که ناقض قرارداد است ناقض معاهده نیز باشد. همچنین تا جایی که به شرط فراگیر مربوط است، معاهده شامل کلیه تعهدات قراردادی نیز می‌گردد.

سومین معیار مبتنی بر طرفین اختلاف است. در این معیار با این‌که یک طرف ادعا (سرمایه‌گذار) ثابت است، طرف دوم عامل متغیر دعوا است؛ زیرا ممکن است دولت به دلیل اعمال حاکمیتی خود، طرف قرارداد و در نهایت طرف اختلاف قرار گیرد.

معیار چهارم، قانون حاکم را ملاک تمیز دعاوی قرار می‌دهد؛ زیرا قانون حاکم دعاوی معاهده‌ای معمولاً حقوق بین‌الملل عمومی است، اما دعاوی قراردادی معمولاً براساس قانون داخلی میزبان حل و فصل می‌گردد.

مسؤولیت دولت میزبان، معیار پنجم معرفی شده است. دعاوی معاهده‌ای منجر به مسؤولیت بین‌المللی دولت می‌گردد؛ اما در دعاوی قراردادی ملاک مسؤولیت، حقوق داخلی است.

### ۳. ارتباط بین دعاوی قراردادی و معاهده‌ای

تفکیک بین دعاوی قراردادی و معاهده‌ای از پرمناقشه‌ترین موضوعات در داوری‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری است [۸، ش ۵]؛ زیرا تمییز آن اثر صلاحیتی داشته، حسب مورد مراجع داخلی یا دیوان‌های بین‌المللی را صالح به رسیدگی می‌کند. افزون بر این، تفاوت در صلاحیت، در ماهیت دعوا نیز مؤثر است. به عبارت دیگر، چنانچه نقض قرارداد منجر به نقض معاهده شود، سرمایه‌گذار می‌تواند از تمامی حمایت‌های پیش‌بینی شده در معاهده بهره‌مند گردد؛ ولی در غیر این صورت، سرمایه‌گذار تنها در چارچوب قرارداد می‌تواند حقوق خود را استیفا کند. بدین ترتیب، تفکیک دو نهاد مزبور

محمد صادق لبانی و همکار ————— تمیز دعاوی قراردادی و ...



به اندازه‌ای حائز اهمیت است که شاید مبالغه نباشد اگر با توجه به آثار آن، تمام تاریخ حمایت از سرمایه‌گذاری را حول تفکیک دو دعوا بدانیم؛ زیرا سرمایه‌گذاران تمام تلاش خود را بر بین‌المللی کردن دعاوی و خروج آن‌ها از دادگاه‌ها و قوانین داخلی قرار داده‌اند، اما کشورهای سرمایه‌پذیر خواهان رفتار ملی با سرمایه‌گذاران خارجی هستند [۹، ص ۷۴۹].

#### ۴. رویه داوری در تفکیک دو اختلاف

##### ۴-۱. حکم بطلان رأی ویوندی

رویه داوری، در تفکیک و تأثیر متقابل دعاوی قراردادی و معاهده‌ای متفاوت بوده و رویکرد واحدی را دنبال نکرده است. دیوان مأمور رسیدگی در پرونده *ونا*، به تفکیک بنیادین دو دعوا اشاره کرد. موضوع قرارداد مورد اختلاف، بهره‌برداری از هتل‌هایی در منطقه توریستی الأقصر مصر و اختلاف ناشی از چند قرارداد اجاره بین شرکت *ونا* و یک سازمان دولتی بود. خواننده در این پرونده مدعی بود اختلافات، مبتنی بر نقض معاهده نیست، بلکه مبتنی بر مجموعه‌ای از اختلافات در روابط خصوصی بین طرفین است. به عبارت دیگر، دولت مصر معتقد بود مجموعه‌ای از اختلافات قراردادی، ادعای نقض معاهده را فراهم ساخته و به همین علت خواننده ادعای نقض معاهده را مورد پذیرش قرار نداد. دیوان داوری استدلال خواننده را رد کرد و یک دعوا، مستقل از دعاوی قراردادی، علیه خواننده احراز و مورد شناسایی قرار داد [۱۰، پ ۸۰].

اما مهم‌ترین پرونده در تفکیک دو دعوی قراردادی و معاهده‌ای، پرونده *ویوندی* است [۱۱، ص ۲۰۷]. این اختلاف ناشی از اجرای قرارداد امتیاز بین استان *توکومان* آرژانتین و یک شرکت آرژانتینی وابسته به شرکت مادر فرانسوی بود و موضوع آن نیز خصوصی‌سازی تأسیسات آب و فاضلاب استان *توکومان* بود. دیوان مأمور رسیدگی، با آگاهی از التقاط دعاوی قراردادی و معاهده‌ای، صلاحیت خود براساس تفکیک بین آن‌ها را تأیید کرد [۱۲، پ ۵۳]. دیوان برای احراز دعاوی معاهده‌ای به

پژوهش‌های حقوق تطبیقی \_\_\_\_\_ دوره ۱۹، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴

بررسی دقیق قرارداد پرداخت و ارتباط بین عملکرد استان توکومان و اجرا یا عدم اجرای قرارداد را مورد بررسی قرار داد. به اعتقاد دیوان، «به دلیل رابطه تنگاتنگی که بین شروط قرارداد امتیاز و ادعای نقض معاهده وجود دارد، نمی‌توان کشور آرژانتین را مسؤول دانست، مگر این‌که خواهان اثبات کند دادگاه‌های توکومان از احقاق حقوقِ شکلی یا ماهوی وی استنکاف ورزیده‌اند. همچنین دیوان نمی‌تواند تشخیص دهد که کدامیک از اعمال استان توکومان عمل حکومتی بوده و کدامیک تصدی گری بوده است. تفسیر و اعمال دقیق قرارداد امتیاز، وظیفه‌ای است که اطراف قرارداد آن را در صلاحیت انحصاری مراجع توکومان قرار داده‌اند» [۱۲، پ ۷۹].<sup>۱</sup> در نتیجه، سرانجام این موضوع در صلاحیت دیوان داوری مبتنی بر معاهده قرار نگرفت.

به اعتقاد دیوان، تعیین دعوای معاهده‌ای مستلزم ارزیابی دقیق عملکرد طرفین در قرارداد امتیاز است که طرفین نیز این امر را در صلاحیت دادگاه‌های داخلی قرار داده‌اند. متعاقب رأی دیوان داوری، ویونسوی درخواست ابطال رأی بدوی را کرد که سرانجام به ابطال بخشی از حکم انجامید. به اعتقاد کمیته ویژه، به استناد ماده (۲) ۵۲ کنوانسیون ایکسید، دیوان در اعمال صلاحیتی که به او واگذار شده کوتاهی و از حدود اختیارات خود تجاوز کرده است. به اعتقاد وی، «نقض قرارداد یا معاهده، آثار و مآلاً پرسش‌های متفاوتی از خود برجای می‌گذارند؛ زیرا نقض قرارداد امتیاز، اعمال قانون مناسب قرارداد (توکومان) و نقض معاهده، قانون مناسب معاهده (حقوق بین‌الملل) را ایجاب می‌کند» [۱۳، پ ۹۶]. بر این اساس، دیوان مأمور به رسیدگی، در تصمیم خود این مهم را در نظر نگرفت که «اعمال صلاحیت قراردادی یک مسأله است؛ اما مسأله دیگر این است که آیا نقض قرارداد، منجر به نقض یک ضابطه مشخص حقوق بین‌الملل شده است یا خیر» [۱۳، پ ۱۰۵]. از این رو، دیوان داوری در رد صلاحیت خود در تعیین دعوای معاهده‌ای به بهانه نزدیکی مفاهیم قراردادی و معاهده‌ای، مرتکب خطا

۱. ماده ۱۶:۴ قرارداد امتیاز بیان می‌دارد: «طرفین برای تفسیر و اعمال این قرارداد، اختلاف را در صلاحیت انحصاری دادگاه‌های اداری توکومان قرار می‌دهند».

شده است.

همان طور که ملاحظه می‌شود مجموعه وقایع یکسانی می‌تواند دعاوی قراردادی یا معاهده‌ای را ایجاد کند؛ اما تعیین هر نقض تعهدی باید مستقل از دیگری مورد شناسایی قرار گیرد. مثلاً دولت میزبان ممکن است با فسخ غیرقانونی قرارداد، سرمایه‌گذار را در ایراد دعوی مبتنی بر معاهد، فارغ از این‌که آن حق از قرارداد ناشی شده باشد، محق کند. این مفهوم مطابق با اصول کلی حقوق بین‌الملل مندرج در ماده ۳ پیش‌نویس مسئولیت دولت‌ها برای اعمال متخلفانه بین‌المللی و ماده ۲۷ کنوانسیون وین در باب حقوق معاهدات است که عملکرد متخلفانه بین‌المللی دولت ملازمه‌ای با توصیف قانونی یا غیرقانونی آن عملکرد مطابق قانون داخلی ندارد. بدین ترتیب، کمیته در ابطال رأی دیوان داوری، تفکیک اعمال مبتنی بر قرارداد و مبتنی بر معاهده را در نظر گرفت، حتی اگر نقض معاهده ناشی از نقض قرارداد باشد [۱۴، ص ۳].

در مجموع به نظر می‌رسد سه نوع دعوی متفاوت را بتوان مورد شناسایی قرار داد. دعاوی صرفاً قراردادی که به حد نقض معاهده نرسیده است، دعاوی صرفاً معاهده‌ای که لزوماً ارتباطی با نقض قرارداد ندارد و دعاوی معاهده‌ای که مبتنی بر نقض قرارداد هستند. در نتیجه، مجموعه وقایع یکسانی می‌تواند به همان نسبت که منجر به نقض قرارداد می‌شود، نقض معاهده را نیز شامل گردد که در این صورت طبیعتاً هر یک آثار مخصوص به خود را دارد. دعوی قسم اخیر را اصطلاحاً «اصل انطباق دعاوی قراردادی و معاهده‌ای» می‌نامند [۱۵، پ ۲۶۲] که پیرو رأی کمیته ویژه تقریباً در تمامی تصمیمات داوری دنبال و به‌عنوان اصلی معتبر در تمامی دعاوی مورد پیروی قرار گرفت [۱۶، پ ۱۱۴].

#### ۴-۲. معیار پذیرش دعوا در مرحله تعیین صلاحیت

یکی از مهم‌ترین بخش‌های رسیدگی صلاحیتی در داوری معاهدات سرمایه‌گذاری، تمیز دعاوی قراردادی و معاهده‌ای از یکدیگر است. دیوان‌های داوری مبتنی بر معاهدات



پژوهش‌های حقوق تطبیقی \_\_\_\_\_ دوره ۱۹، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴

صلاحیت استماع دعاوی قراردادی را ندارند، زیرا معمولاً این امر بر عهده مراجع داخلی دولت میزبان قرار دارد. همچنین یکی از آثار داوری اختیاری، این است که دیوان داوری صرفاً به اختلافات مورد توافق طرفین رسیدگی می‌کند و حق رسیدگی به اختلافات خارج از موضوع قرارداد داوری را ندارد. در واقع، دیوان نمی‌تواند خارج از حوزه قرارداد داوری، به اختلافات رسیدگی کند [۱۷، پ ۵-۳۰]. در نتیجه اگر دیوانی براساس معاهده (یعنی رضایت طرفین متعاهد) تشکیل شده باشد، تنها صلاحیت رسیدگی به دعاوی مبتنی بر نقض معاهده را دارد و دیوان داوری صلاحیت رسیدگی به دعاوی صرفاً قراردادی را ندارد. به همین علت، دیوان داوری باید حتماً در مرحله احراز صلاحیت، ویژگی اختلافات را مدّ نظر قرار دهد؛ اما پرسش اصلی، چگونگی و روش احراز این امر است. به عبارت دقیق‌تر، پرسش این است که با وجود اختلافی که در توصیف دعاوی بین طرفین وجود دارد، روش دیوان در رسیدگی صلاحیتی به چه نحوی است و آیا دیوان تنها باید ادعای خواهان را مدّ نظر قرار دهد یا باید به رسیدگی ماهوی نیز اقدام کند.

#### ۴-۲-۱. اصل صلاحیت در صلاحیت دیوان‌های داوری

یکی از اصول حقوق بین‌الملل این است که دیوان‌هایی که به اختلافات بین دولت‌ها رسیدگی می‌کنند، حق بررسی صلاحیت خود را نیز دارند [۱۸، ص ۱۹۶]. این اصل در دیوان‌های داوری تجاری بین‌المللی (یا شخص-شخص) نیز صادق است [۱۷، پ ۵-۳۹]. این اصل در حقوق داخلی و قواعد داوری بین‌المللی به نام اصل صلاحیت در تعیین صلاحیت یا صلاحیت در صلاحیت مورد شناسایی قرار گرفته است (مانند ماده ۶.۲ قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، ماده (۱) ۲۱ قواعد داوری آنسیترال و ماده (۱) ۴۱ کنوانسیون ایکسید) و با این‌که محکوم‌علیه می‌تواند از رأی داور در دادگاه محل اجرای حکم، تقاضا تجدیدنظرخواهی کند، اصل مزبور هنوز دارای اعتبار است.



#### ۲-۲-۴. روش تعیین صلاحیت

دیوان بین‌المللی دادگستری<sup>۱</sup> به‌عنوان مهم‌ترین رکن بین‌المللی که به اختلافات دولت‌ها رسیدگی می‌کند، دو رویکرد متفاوت را در تعیین صلاحیت مطرح نظر قرار داده است. رویکرد نخست در دعاوی *آمباسیلوس*<sup>۲</sup> رخ داد که دیوان ادعای خواهان (یونان) علیه خوانده (بریتانیا) در مورد مالکیت کشتی یونانی را مورد رسیدگی قرار داد. در رسیدگی صلاحیتی، دیوان در وهله نخست معیار ذهنی<sup>۳</sup> را مورد توجه قرار داد و معقول بودن درخواست یونان را در نظر گرفت. اما این روش در دیوان‌های داوری پس از آن، مانند دعاوی اسکوهای نفتی ایران و دعاوی مشروعیت استفاده از زور مورد پذیرش داوران قرار نگرفت [۱۹، پ ۱۶] و به جای آن، معیار عینی<sup>۴</sup> اعمال گردید. دیوان بیان کرد «نمی‌توان خود را محدود به این نکته کرد که یکی از طرفین خود را ملتزم به کنوانسیون دیگری آن‌را رد کند، بلکه باید صحت ادعای خواهان (یوگسلاوی) در نقض کنوانسیون مورد بررسی قرار گیرد و اثبات گردد» [۲۰، پ ۲۵]. بدین ترتیب، دیوان در این‌جا احراز صلاحیت خود را تنها مبتنی بر ادعای خواهان قرار نداد، بلکه خود را موظف کرد تا هرچند اجمالاً به محتوای اختلافات و دعاوی پرداخته، آن را مورد واکاوی قرار دهد.

یکی از دیوان‌های داوری ایکسید نیز مشابه رویکرد اخیر را اتخاذ کرده است. دیوان مأمور رسیدگی به پرونده *آمکو*، برای احراز وجود شروط کنوانسیون ایکسید، به ماهیت دعوا توجه کرد. در حالی که خواهان مدعی بود خوانده حق سرمایه‌گذاری وی را نادیده گرفته است، خوانده در پاسخ، به وجود یک اختلاف صرفاً قراردادی تکیه می‌کرد که طبیعتاً در صلاحیت دیوان داوری ایکسید قرار نمی‌گرفت. به اعتقاد دیوان، «در مرحله رسیدگی صلاحیتی نباید به جزئیات ادعا پرداخت، اما در یک نظر کلی باید ظواهر ادعا و اختلاف مورد بررسی قرار گیرد تا مشخص شود که اختلافات در

1. International Court of Justice (ICJ)
2. ambatielos
3. subjective criteria
4. objective criteria

صلاحیت داورى ايكسید و در نهایت دیوان داورى آن قرار دارد یا خیر» [۲۱، پ ۳۸]. در نظر گرفتن کلیت ادعا<sup>۱</sup> یا به عبارت دیگر، بررسی ظواهر اختلاف، اعمال معیار عینی به موضوع را ایجاب می‌کند. به نظر می‌رسد رویه تمامی دادگاه‌ها و دیوان‌های بین‌المللی داورى، اعم از سرمایه‌گذاری یا غیر آن در این خصوص، مشابه است و از اعمال معیار عینی جانبداری می‌کنند.

البته رویه دیوان داورى ايكسید نیز نشان می‌دهد که آنان نیز در رویکردهای خود دچار تشنگت و اختلاف هستند؛ یعنی مانند دو رویکرد متمایز فوق، دو معیار مختلف را مورد لحاظ قرار می‌دهند. در حالی که یکی از معیارها صرفاً مبتنی بر ادعای خواهان است، دیگری توجه خود را معطوف به خود دعوا فارغ از ادعای خواهان می‌کند [۲۲، ص ۳۴۵]. بدیهی است که این تفاوت، ریشه در رویکردهای دیوان بین‌المللی دادگستری دارد.

بخش ابطال نشده رأی ویوندى نمونه‌ای از توجه دیوان به ادعای خواهان است. به اعتقاد دیوان، «دعاوی علیه آرژانتین در صلاحیت مراجع استان توکومان نیست. نه تنها به این دلیل که این دعاوی مبتنی بر قرارداد امتیاز نیستند، بلکه به خاطر ادعایی است که خواهان در نقض معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه کرده است» [۱۲، پ ۵۳]. کمیته ویژه که ابطال رأی دیوان داورى را بررسی می‌کرد، نه تنها بخش اخیر را رد نکرد؛ بلکه این رویکرد را مورد پذیرش قرار داد [۱۳، پ ۷۲]. در پرونده‌های *سالینی* [۵، پ ۶۴] و *آژوریکس* [۲۳، پ ۷۶] نیز دیوان مأمور رسیدگی از این معیار جانبداری و تبعیت انحصاری از ادعای خواهان را تصدیق کرد. بدین ترتیب، صرف ادعای خواهان (و بدون توجه به امور دیگر) مبنی بر این‌که دعوا مبتنی بر معاهده بوده، نه قرارداد، برای احراز صلاحیت دیوان داورى کافی قلمداد شد. با این حال به نظر می‌رسد دیوان‌های داورى پا را فراتر از معیار ذهنی دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده *آمباتیلوس*، مبنی بر احراز معقولیت ادعای خواهان نهادند و اصل را بر صحت ادعای خواهان

1. *prima facie*

گذاشتند. این رویکرد می‌تواند منجر به سوء استفاده سرمایه‌گذاران شده، منتج به ورود دعاوی اضافی و نامربوط به مرکز حل و فصل اختلافات گردد. دیوان‌های داوری در پرونده‌های *اس.جی.اس* علیه پاکستان [۲۴، پ ۱۴۵]، *انرون* [۲۵، پ ۶۷] و *زیمنس* [۲۶، پ ۱۸۰] نیز مبنای صلاحیتی خود را ادعای خواهان قرار دادند، اما در عین حال، رویکرد عینی‌تری را اتخاذ و سعی کردند بین صرف ادعای خواهان و بررسی ظواهر و کلیت ادعا موازنه برقرار کنند تا بتوانند وضعیت نقض معاهده را به نحو مطلوب‌تری مورد بررسی قرار دهند؛ رویکردی که می‌توان آن را نزدیک به رویکرد دیوان داوری ایکسید در پرونده *آمکو* دانست.

به نظر می‌رسد معیاری دیگر را نیز بتوان در دیوان‌های داوری ایکسید مورد شناسایی قرار داد. برخی از دیوان‌های داوری گام بلندتری برداشته و نه تنها معقول بودن ادعای خواهان<sup>۱</sup> را مورد توجه قرار داده‌اند، بلکه شروط ماهوی مندرج در معاهده را نیز تفسیر کرده‌اند. لازم به ذکر است دیوان‌های داوری چنین روشی را باید در رسیدگی ماهوی اتخاذ کنند، اما دیوان مأمور رسیدگی در این خصوص پیش‌دستی کرده و در مرحله تعیین صلاحیت نیز اقدام به این ارزیابی کرده است که می‌تواند آن را معلول دغدغه دیوان‌ها به ردّ دعاوی‌ای دانست که به وضوح در دایره نقض معاهده قرار نمی‌گیرند. به عنوان مثال، در یکی دیگر از پرونده‌های *اس.جی.اس*، دیوان باید به اختلافی که موضوع آن تعیین مقدار وجه بود رسیدگی می‌کرد. خواهان مدعی نقض شرط رفتار منصفانه و عادلانه و همچنین سلب مالکیت بود. در مورد اخیر، دیوان با در نظر گرفتن ادله خواهان، بیان کرد عملکرد خوانده معادل سلب مالکیت نبوده و در نتیجه صلاحیت خود در رسیدگی به این موضوع را رد کرد؛ اما در مورد نقض شرط رفتار عادلانه و منصفانه، وضعیت را مبهم توصیف و صلاحیت خود را تأیید کرد [۲۷، پ ۱۶۰]. دیوان مأمور رسیدگی در پرونده *اکسیدنتال* نیز عدم باز پرداخت مالیات بر ارزش افزوده توسط خوانده را سلب مالکیت مستقیم یا غیر مستقیم قلمداد نکرد [۲۸، پ ۸۰]. در

1. plausibility

پژوهش‌های حقوق تطبیقی \_\_\_\_\_ دوره ۱۹، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴

دعوی جوی ماینینگ موضوع اصلی دعوا، عدم شکل‌گیری سرمایه‌گذاری مطابق معنای مندرج در ماده (۱) ۲۵ کنوانسیون ایکسید بود. با این حال، دیوان داوری بیان کرد که وقتی سرمایه‌گذاری هنوز شکل نگرفته، ادعای سلب مالکیت از آن نیز منتفی و سالبه به انتقای موضوع است. از این رو، در این پرونده حتی ظواهر موضوع نیز مورد توجه قرار نگرفت [۲۹، پ ۷۸]. در واقع در این‌جا دیوان گرچه به ظواهر دعوا استناد کرد، اما مخالف تبعیت کامل خود از این نظریه بود.

در هر صورت، به نظر می‌رسد باید اوضاع و احوال هر پرونده مورد لحاظ قرار گیرد و در صورت تبیین کامل مفهوم ارائه شده توسط خواهان از اختلاف در پرتو قرارداد یا معاهده، دیوان در ارزیابی نهایی خود باید حتی دیدگاه خواننده را نیز مورد لحاظ قرار دهد. دیوان داوری در دعوی *بایندیر* نیز ابتدا کلیت اختلاف را مورد توجه قرار داد، اما بررسی‌های شروط معاهده و وقایع موضوع دعوا، دیوان را به سمت معیار پرونده *جوی ماینینگ* رهنمون ساخت و تمرکز کم‌تری بر ظواهر ادعا که در پرونده‌های چندی مورد پذیرش دیوان‌های داوری قرار گرفته بود، کرد.

به نظر می‌رسد دو رویکرد مزبوری که دیوان‌های داوری اتخاذ کردند، غیر قابل عدول است. یعنی در مواردی که دیوان‌های داوری، مانند دو مورد اخیر، دعوی را متعاقب بررسی دقیق مفاد معاهده رد کردند، در مقام تأسیس معیار سومی نبودند، بلکه همان رویکرد بررسی کلیت و ظواهر امر را نه فقط براساس قرارداد، بلکه با در نظر گرفتن شروط معاهده مورد توجه قرار داده‌اند. علاوه بر این، اکثر دیوان‌های داوری نیز از معیار مزبور پیروی کرده‌اند [۳۰، پ ۶۹]. به همین دلیل می‌توان ادعای خواهان را تنها نقطه شروع رسیدگی به موضوع قلمداد کرد، اما توصیف وی از دعوا تنها عنصر تعیین‌کننده نیست. به عبارت دیگر، توصیف خواهان از دعوا، شرط لازم است، ولی شرط کافی نیست؛ زیرا دیوان مأمور رسیدگی باید شمول وقایع مدعی‌به را در چارچوب مفاد معاهده مورد ارزیابی قرار دهد و در هر صورت تا زمانی که بررسی نهایی در ماهیت دعوا در مرحله رسیدگی ماهوی مورد رسیدگی قرار نگیرد، یقیناً

محمد صادق لبانی و همکار \_\_\_\_\_ تمیز دعاوی قراردادی و...



تصمیم دیوان در مرحله صلاحیت موقتی است. از این رو، دیوان باید بدون پیش‌داوری در ماهیت دعوا، راجع به تعیین وصف آن اظهارنظر و بین دو معیار، تعادل و موازنه برقرار کند؛ یعنی از یک سو، دیوان وارد ادعاهای بدون مبنا که در صلاحیت آنان نیست نشود و از سوی دیگر، خواهان نیز حق دارد ادله و استدلال خود را در تقویت ادعاهایش که حق اولیه او است مطرح کرده، رسیدگی به آن‌ها را تقاضا کند.

## ۵. تفاوت دعاوی قراردادی و معاهده‌ای

ارتباط و تفاوت نقض قرارداد با نقض معاهده و بررسی این امر که آیا نقض قرارداد منجر به نقض معاهده نیز می‌گردد امری صرفاً انتزاعی نیست، بلکه به شروط حمایتی خاص مندرج در معاهده (مانند شرط فراگیر) و اوضاع و احوال حاکم بر موضوع نیز بستگی دارد؛ اما لازم است برخی اصول کلی که در تفکیک این دو نهاد یاری می‌رسانند مورد توجه قرار گیرند.

### ۵-۱. ماهیت معاهدات سرمایه‌گذاری و تمایز بین داوری سرمایه‌گذاری

#### و تجاری

قرارداد بین دولت‌ها و اشخاص معاهده بین‌المللی نیست و به همین دلیل نمی‌توان آثار معاهدات سرمایه‌گذاری را با آثار قراردادهای تجاری قیاس کرد. این امر البته معلول تفاوت در ماهیت و مفهوم نقض قرارداد با نقض معاهده است؛ زیرا نقض معاهدات، مسؤولیت بین‌المللی دولت‌ها و نقض قرارداد مسؤولیت دولت را صرفاً در عرصه داخلی ایجاد می‌کند. همین امر معیار طبقه‌بندی سنتی اعمال دولت‌ها به اعمال تصدی‌گری و حاکمیتی شده است. بر این مبنا، نقض معاهده بین‌المللی یا نقض قواعد حقوق بین‌الملل توسط دولت، تنها وقتی منجر به مسؤولیت بین‌المللی می‌گردد که دولت اقدام به عمل حاکمیتی کرده باشد [۳۱، ص ۱۷۷]. اقدام دولت در نقض یک قرارداد صرفاً تجاری، مشابه اقدام هر شخص دیگر در تمام معاملات تجاری است که طبیعتاً نقض تعهد

پژوهش‌های حقوق تطبیقی \_\_\_\_\_ دوره ۱۹، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴

بین‌المللی را به دنبال ندارد. این قاعده در اکثر معاهدات سرمایه‌گذاری مورد پذیرش قرار گرفته است. به‌عنوان مثال، دیوان داورى در دعوى سالینى بیان کرد «فرض وجود تعهد و مسؤولیت دولت‌ها در موافقتنامه‌های دو جانبه تنها در اعمال حاکمیتی آنان قابل تصور است، نه در همه قراردادهای. به عبارت دیگر، دعاوی مالی ناشی از قرارداد تخصصاً از موضوع معاهده حمایت از سرمایه‌گذاری خارج هستند، مگر این‌که سرمایه‌گذار اثبات کند، در نتیجه عملکرد دولت در نقض تعهدی که اصولاً تعهد معاهده‌ای بوده، زیان‌دیده است» [۳۲، پ ۱۵۵].

از آن‌جا که معاهدات سرمایه‌گذاری به‌عنوان کنوانسیون، معاهداتی بین‌المللی هستند، نقض قرارداد سرمایه‌گذاری نیز قابل قیاس با نقض معاهده نیست. به همین علت، دیوان‌های داورى، برای تعیین ماهیت نقض تعهد بین‌المللی، از معیار اقتدار حاکمیتی یا به عبارت دیگر، عمل حکومتی بهره برده‌اند. این رویه البته با انتقادات جدی مواجه شده است. منتقدین این رویه را نه‌تنها ناشی از مشکل تفکیک بین اعمال حاکمیتی و تصدی‌گری می‌دانند [۳۳، ص ۲۴]، بلکه مهم‌تر از آن، معلول پیوند آن‌ها با یکدیگر دانسته‌اند. به اعتقاد آنان، معاهدات و قراردادهایی که اجازه قیاس بین نظام حقوق بین‌الملل و نظام‌های حقوق داخلی را به وجود آوردند، خود بخشی از نظام حقوقی واحد هستند [۳۴، ص ۳۴]. آنان همچنین به طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص مسؤولیت بین‌المللی دولت اشاره می‌کنند که نویسندگان هیچ تمایز معناداری بین دو نوع عمل مزبور قائل نشده‌اند [۳۵، ص ۳۲۴]. این انتقادات از این جهت حائز اهمیت است که مؤید به برخی آرای داورى است [۳۶، پ ۸۲]. حتی به اعتقاد یکی از نویسندگان، کمیته ویژه پرونده ویوندى با بیان این عبارت که «وقتی عمل خاصی منجر به نقض معاهده می‌گردد، دیگر نوبت به سؤال از این‌که آن عمل ظاهراً نقض حقوق قراردادی است، نمی‌رسد» حاکی از نسخ ضمنی تمایز کلاسیک بین عمل حاکمیتی و تصدی‌گری است [۳۷، ص ۱۱۵]. با وجود این، کمیته در ادامه بیان کرد که «سبب دعاوی معاهده‌ای، مشابه سبب دعاوی قراردادی نیست و در هر مورد باید اوضاع و

محمد صادق لبانی و همکار ————— تمیز دعاوی قراردادی و ...



احوال حاکم بر موضوع مورد بررسی قرار گیرد تا مشخص شود کدام عمل مخالف شروط مندرج در معاهده است». در هر صورت، به نظر می‌رسد که هدف اصلی معاهدات سرمایه‌گذاری، حل اختلافات صرفاً قراردادی نیست و بسیاری از نویسندگان نیز بارها به اختلاف بین داوری تجاری و سرمایه‌گذاری اشاره کرده‌اند [۳۸، ص ۱۸۳]. بدین ترتیب به علت این‌که ویژگی اصلی معاهدات سرمایه‌گذاری، ترغیب کشور میزبان به داوری است، داوری نیز باید منطبق با رضایت طرفین، سند داوری و هدف معاهدات مبنی بر اجتناب از اختلافات صرفاً قراردادی صورت پذیرد.

جا دارد در این‌جا مختصری به برخی از تفاوت‌های اصلی دو نوع داوری اشاره شود. در واقع مبدأ، ماهیت و هدف دو نهاد با یکدیگر تفاوت دارد. داوری بین‌المللی تجاری، مبتنی بر تراضی خصوصی طرفین به حل و فصل اختلافات فیما بین است، طرفینی که در جایگاه برابر قرار دارند و هدف اصلی آنان قبول مرجع بی‌طرفی است که براساس آزادی اراده آنان، اختلافات را به نحو مؤثر حل و فصل کند. این قبیل دیوان‌ها ضعف احتمالی یکی از طرفین قرارداد و سوء استفاده از اقتدار حکومتی طرف دیگر را مد نظر قرار نمی‌دهند. اما در مقابل، در داوری سرمایه‌گذاری، موضوع اختلافات در صلاحیت حقوق عمومی و حاکمیتی قرار دارد [۳۹، ص ۳۸۰]. به تراضی طرفین قرارداد متکی نیست و مبتنی به نظام معاهدات و حقوق بین‌الملل عمومی است. همچنین هدف آن، حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، غیر سیاسی کردن دعاوی و اجتناب از حل اختلافات از طریق ابزارهای سیاسی و دیپلماتیک است. از این رو آنان اختلافات را مابین دو شخصی که در جایگاه مساوی قرار دارند رسیدگی نمی‌کنند، بلکه عوامل دیگری چون منافع عمومی کشور میزبان، ضعف احتمالی یکی از طرفین یا اصل فراگیر را نیز مد نظر قرار می‌دهند. در این بین، کشور میزبان نیز ممکن است علل موجهه‌ای در انجام اقدامات خود داشته باشد و منافع خاصی را از این طریق دنبال کند [۴۰، ص ۱۴۴].

در واقع، نظام معاهدات سرمایه‌گذاری تنها درصدد کارآمدی نظام داوری نیست،



پژوهش‌های حقوق تطبیقی \_\_\_\_\_ دوره ۱۹، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴

بلکه به دنبال این است که نه فقط طرف قرارداد، بلکه کلیه قوای حکومتی اعم از تقنینی، قضایی و اداری نیز تحت کنترل نظام داوری قرار گیرند. به عبارت دیگر، داوری مبتنی بر معاهده در مقابل هرگونه سوء استفاده از اعمال حاکمیتی قرار می‌گیرد و سرمایه‌گذار را در در مقابل مداخلات دولت میزبان در عرصه‌های تقنینی، قضایی، اداری یا دیگر اعمال حاکمیتی مورد حمایت قرار می‌دهد. بدین ترتیب، بی‌جهت نیست که نظام داوری سرمایه‌گذاری از رهگذر حقوق بین‌الملل، در جهت تحدید اختیارات اجرایی، تقنینی و قضایی دولت تأسیس شده و به دنبال شکل جدیدی از حقوق اداری جهانی است. در مجموع به نظر می‌رسد که قیاس داوری سرمایه‌گذاری و تجاری، در نهایت تفکیک بین اعمال تصدی‌گری و حاکمیتی را که در حقوق بین‌الملل کلاسیک وجود دارد تقویت می‌کند.

#### ۲-۵. تفکیک اعمال حکومتی و تصدی‌گری

تفکیک بین اعمال تصدی‌گری و حکومتی دولت‌ها در حقوق بین‌الملل، پیش از آن که موضوع مسؤلیت بین‌المللی دولت‌ها قرار گیرد، موضوع تعیین حدود مصونیت آنان بوده است. در این‌جا نیز دو رویکرد عمده وجود داد که رویکرد مضیق آن، مصونیت را حاکم بر اعمال تجاری دولت نمی‌داند و تمرکز بیشتری بر ماهیت قراردادهای دارد [۴۱، ص ۱۸۴].

برخی از نویسندگان برای تفکیک اعمال حکومتی از تجاری، مجموعه‌ای از عوامل و معیارها را ذکر کرده‌اند؛ اما به نظر می‌رسد این موضوع به اندازه‌ای پیچیده است که نمی‌توان مرز دقیق و قاعده کلی و عامی در این خصوص ارائه کرد. به‌عنوان مثال دادگاه‌های اروپا، فعالیت سرمایه‌گذار خارجی در حوزه منابع طبیعی را تجاری تلقی می‌کنند [۴۲، ص ۱۹۹]؛ اما دادگاه‌های آمریکا آن را حاکمیتی می‌دانند [۴۳، ص ۲۸۴].

با این همه، به نظر می‌رسد سیاق موضوع تفکیک اعمال حکومتی و تصدی‌گری در داوری سرمایه‌گذاری با موضوع مصونیت دولت‌ها کاملاً متفاوت است؛ زیرا دولت با

محمد صادق لبانی و همکار \_\_\_\_\_ تمیز دعاوی قراردادی و...



رضایت به داوری، به طور کلی مصونیت خود را اسقاط می‌کند. همچنین تفکیک بین اعمال حاکمیتی و تصدی‌گری به تمیز بین نقض قرارداد و نقض معاهده یاری رسانده، از این رو، حدود و ثغور مسؤولیت بین‌المللی دولت‌ها را مشخص می‌کند. این تفاوت در اهداف، وضعیت طرفین را به طور قابل توجهی تغییر می‌دهد. از آن‌جا که دولت‌ها به طور سنتی تفسیر موسعی از اعمال حکومتی و مآلاً استناد به مصونیت خود در مقابل دادگاه‌های کشور دیگر می‌کردند، در داوری معاهدات سرمایه‌گذاری وضعیت کاملاً برعکس شده است. در این‌جا دولت‌ها معتقدند که اعمالشان کاملاً تصدی‌گری است و در حوزه اعمال حکومتی قرار ندارد. از سوی دیگر، شخص خصوصی که پیش از این در صدد تفسیر مضیقی از اعمال حاکمیتی بود، امروزه به دنبال این است که هرگونه عملی را حکومتی معرفی کند. بنا بر این، به‌واقع نمی‌توان معیارهایی را که در تمیز اعمال حکومتی و تصدی‌گری در مسأله مصونیت دولت‌ها بر شمرده شده است، در قلمرو معاهدات سرمایه‌گذاری نیز قابل تسری دانست، زیرا طرفین ادعا و مدعی به کلی فرق کرده‌اند.

## ۶. نتیجه‌گیری

در این مقاله سعی شد به برخی وجوه، مسائل و پرسش‌های جدیدی که حقوق معاهدات سرمایه‌گذاری در عرصه حقوق داخلی و حقوق بین‌المللی طرح کرده است پرداخته شود و از این بین، تفکیک دعاوی قراردادی که ناشی از نقض یک قرارداد است و دعاوی معاهده‌ای که ناشی از نقض اصول حقوق بین‌الملل عمومی است مورد بررسی قرار گیرد. شکل‌گیری حقوق سرمایه‌گذاری به همان اندازه که معلول اسناد بین‌المللی است، معلول رویه دیوان‌های داوری بالاخص مرجع حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری است. در این مقاله سعی شد تا دو موضوع اساسی در حقوق سرمایه‌گذاری تبیین شود. موضوع نخست، صلاحیت دیوان‌های بین‌المللی داوری سرمایه‌گذاری است؛ از این جهت که دیوان‌های داوری تنها صلاحیت رسیدگی به دعاوی‌ای را دارند که ناشی

پژوهش‌های حقوق تطبیقی \_\_\_\_\_ دوره ۱۹، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴

از معاهده سرمایه‌گذاری فیما بین است و در نتیجه، تنها به دعاوی معاهده‌ای رسیدگی می‌کنند. بدین ترتیب، دیوان مأمور رسیدگی باید در همان مرحله احراز صلاحیت توصیف کند که دعاوی مطروح ناشی از قرارداد است یا معاهده سرمایه‌گذاری. این امر که در اصل مربوط به رسیدگی ماهیتی است، در همان مرحله تعیین صلاحیت مورد شناسایی قرار می‌گیرد که در این‌جا دیوان داوری اوضاع و احوال حاکم بر دعاوی و کلیت آن‌را مد نظر قرار می‌دهد.

موضوع دوم، رویه دیوان‌ها پیرامون توصیف دعاوی قراردادی و معاهده‌ای است. ریشه و مبانی تفکیک دو عمل مزبور نهایتاً در معیار سنتی تمیز اعمال حکومتی از تصدی‌گری قرار دارد. هرچند مبانی شناسایی دو عمل مزبور بیش از همه، موضوع مصونیت دولت‌ها در قبال اعمال حاکمیتی بوده است، اما در مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها نیز این امر مطرح است تا جایی که عمل حکومتی دولت‌ها در نقض معاهدات منجر به مسئولیت بین‌المللی آنان می‌گردد. اما نکته حائز اهمیت دیگر در تفکیک بین اعمال حکومتی و تصدی‌گری، تفاوت آن‌ها در دو موضوع مصونیت دولت‌ها و مسئولیت بین‌المللی آنان است. دولت‌ها در موضع اثبات مصونیت، سعی دارند اعمالشان را حاکمیتی توصیف کنند تا بتوانند از مصونیت خود در عرصه بین‌المللی استفاده کنند، ولی در موضع اثبات مسئولیت سعی دارند اعمال خود را تصدی‌گری توصیف کنند تا در قید مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها قرار نگیرند.

## ۷. منابع

[1] Bishop, R.Doak; Crawford, James; Reisman, W. Michael, *Foreign Investment Disputes, Case, Materials & Commentary*, Netherland: Kluwer Law, 2005.


[۲] لوفلد، آندریاس اف، *حقوق بین‌الملل اقتصادی*، ترجمه محمد حبیبی مجنده، تهران، جنگل، ۱۳۹۰.

محمد صادق لبانی و همکار ————— تمیز دعاوی قراردادی و... 

- [3] Amerasinghe, Chittharanjan Felix, *Local Remedies in International Law*, 2004.
- [4] موحد، محمد علی، *قانون حاکم، درس‌هایی از داوری‌های نفتی*، تهران، کارنامه، ۱۳۸۶.
- [5] Salini Constrituttori S.p.A. v. the Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 2001.
- [6] SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 2003, 8 ICSID Rep. 383.
- [7] Cremades, Bernardo M. & Cairns, David J. A., *Contract and Treaty Claims and Choice of Forum in Foreign Investment Disputes*, in: Horn, Norbert (ed.), *Arbitration Foreign Investment Disputes*, The Hague, 2004.
- [8] Zeiler, Gerod, «*Treaty v. Contract: Which Panel?*», TDM 4, 2007.
- [9] McDouglas, Myres Smith et al., *Human Rights and World Public Order: the Basic Policies of an International Law of Human Dignity*, The Hague, 1980.
- [10] Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/98/4, Award, 2002.
- [11] Cremades, Bernardo M., *Litigation Annulment Proceeding – the Vivendi Matter: Contract and treaty Claims*, in: Gaillard, Emmanuel (ed.), *Annulment of ICSID Awards, A Loint IAI-ASIL Conference*; Washington D.C. - April 1, 2003, New York, 2003.
- [12] Compañía de Aguas del Aconquija S.A. v. the Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 2000 (Vivendi Award).

پژوهش‌های حقوق تطبیقی \_\_\_\_\_ دوره ۱۹، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴

- [13] Compañía de Aguas del Aconquija S.A and Vivendi Univerdal v. the Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Annulment, 2002 (Vivendi-Annulment).
- [14] Gaillard, Emmanuel, «*Vivendi and Bilateral Investment treaty Arbitration*», 68 New York Law Journal, 264, 2003.
- [15] Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 2005.
- [16] Aguas del Tunari S.A. v. Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Jurisdiction, 2005.
- [17] Redfern Alan & Hunter, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London, 4th edition, 2004.
- [18] Schwebel, Steven M., *Some Aspects of International Law in Arbitration between States and Aliens*, in: S. Schwebel (ed.), *Justice in International Law. Selected Writings*, Cambridge, 1994.
- [19] Case Concerning oil plafforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), 1996, ICJ Rep. 810.
- [20] Case Concerning Legality of Use of Force (Yugoslavia v. Italy), 1999, ICJ Rep. 490.
- [21] Amco Asia Corp. v. republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction, 1983.
- [22] Shreuer, Christopher, *Three Generations of ICSID Annulment Proceedings*, in: Gaillard, Emmanuel (ed.), *Annulment of ICSID Awards*, A Joint IAI-ASIL conference; Washington D.C.- April 1, 2003, New York, 2004.
- [23] Azurix corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction, 2003.

محمد صادق لبانی و همکار ————— تمیز دعاوی قراردادی و... 

- [24] SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 2003.
- [25] Enron Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 2004.
- [26] Siemens A.G. v. the Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, 2007.
- [27] SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 2004.
- [28] Occidental Exploration & Production Co. v. Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN 3467, UNCITRAL, Final Award, 2005.
- [29] Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 2004.
- [30] Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 2001.
- [31] Borchard, Edwin Montefiore, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, 1916.
- [32] Salini Costruttori S.p.A v. Hashemite Kingdom of Jordan, ICSID Case No. ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 2004.
- [33] Schreuer, Christopher, *State Immunity: Some Recent Developments*, Cambridge, 1988.
- [34] Orrego Vicuña, Francisco, *Of Contracts and treaties in Global Market*, Max Plank United Nations Year Book, 8, 2004.

[۳۵] دالزر، رودلف و شروتر، کریستف، *اصول حقوق بین الملل سرمایه گذاری*، ترجمه سید قاسم زمانی و به آذین حسینی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی، ۱۳۹۱.

پژوهش‌های حقوق تطبیقی \_\_\_\_\_ دوره ۱۹، شماره ۲، تابستان ۱۳۹۴

- [36] Noble Ventures, Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, 12 October 2005, ITA.
- [37] Alexandrov, StanimireA., *The Vivendi Annulment Decision and the Lessons for the Future ICSID Arbitration- The Applicant's Perspective*, in: Gaillard, Emmanuel, *Annulment of ICSID Awards, A joint IAI-ASIL Conference*; Washigton D.C.- April 1, 2003, New York, 2003.
- [38] Wälde, Thomas, «*The Umbrella Clause in Investment Arbitration- A Comment on Original Intentions and Recent Cases*», JWIT 6, 2005.
- [39] Harten, Gun van, *Investment Treaties Arbitration and Public Law*, Oxford, 2007.
- [40] Legum, Barton, «*Trends and Challenges in Investor-State Arbitration*», Arb. Int'l 19, 2003.
- [۴۱] کاسسه، آنتونیو، *حقوق بین‌الملل*، ترجمه حسین شریفی طراز کوهی، چ ۳، تهران، بنیاد حقوقی میزان، ۱۳۹۱.
- [42] OLG Frankfurt, National Iranian Oil Co. Legal Status Case (1984) 65 ILR 199.
- [43] Internattional Association of Machinists and Aerospace Workers v. OPEC, 477 F. Supp.553 (C.D Cal. 1979), (1982) 63 IRL 284.