



«شرط اقدامات منع نشده» در معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی؛

مفهوم، مبانی و چالش‌ها

علی رضائی*

چکیده

در معاهدات یا موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری که میان دولت‌های میزبان با سرمایه‌گذاران یا دولت متبوع ایشان منعقد می‌شود دولت میزبان متعهد می‌گردد تا حمایت‌های لازم از سرمایه‌گذار و سرمایه‌گذاری به عمل آورده و از هرگونه اقدامی که مغایر با مفاد معاهده سرمایه‌گذاری است، خودداری نماید. با این وجود، بعضاً، حفاظت از منافع و نظم عمومی جامعه ایجاب می‌نماید دولت میزبان دست به اقداماتی زند که مغایر با مفاد معاهده قلمداد می‌گردد. این اقدامات مغایر چنانچه در چهارچوب «شرط اقدامات منع نشده» باشد مجاز؛ در غیر این صورت موجب مسئولیت دولت خواهد شد. مهم‌ترین مبنای توسل به این شرط، تضمین حق نظارتی دولت میزبان بر اقدامات مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی است. تشویق و ارتقای سرمایه‌گذاری نباید به هزینه نادیده گرفتن منافع عمومی داخلی صورت پذیرد. مهم‌ترین یافته‌های پژوهش حاکی از آن است که دو چالش اساسی در خصوص اعمال این شرط توسط دولت‌های میزبان وجود دارد. اولین و مهم‌ترین چالش، خودقضاوتی دولت میزبان در عمل به شرط است؛ بدان معنا که دولت به صورت یک‌طرفه خود در خصوص مشروعیت انجام اقدامات مغایر عهدنامه تصمیم بگیرد. نادیده انگاشتن انتظارات مشروع سرمایه‌گذاران به هنگام اعمال این شرط چالش مهم دیگر است. اختیار دولت در عمل به این شرط مطلق نبوده بلکه قابل نظارت است. دولت باید به نحو غیر تبعیض‌آمیز و غیر خودسرانه مبادرت به اعمال این شرط نماید و همواره مکلف به رعایت حسن نیت نسبت به طرف مقابل است. آراء صادره از سوی مراجع حل اختلاف بین‌المللی در خصوص مسئولیت دولت‌های استنادکننده به این شرط،

* استادیار گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

ali62rezaee@gmail.com

گویای این واقعیت است که هرچند وحدت رویه‌ای در این خصوص وجود ندارد؛ با وجود این، رویکرد غالب مراجع، جبران خسارات سرمایه‌گذار متناسب با ضرر وارده به وی است. واژگان کلیدی: انتظارات مشروع سرمایه‌گذار، دولت میزبان، شرط استثنا، منافع اساسی

مقدمه

هرچند با انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری و درج شرط داوری در آن، دولت‌ها از مصونیت قضایی خویش صرف‌نظر کرده و سرمایه‌گذاران این اطمینان خاطر را به دست می‌آورند که دولت‌های میزبان از سرمایه‌گذاری حمایت کامل می‌نمایند، اما در عین حال نباید چنین پنداشت که دولت‌ها نیز خلع سلاح می‌شوند؛ به‌گونه‌ای که نتوانند هیچ اقدامی در جهت حمایت از منافع ملی و نظم عمومی خود که تأثیرگذار بر امر سرمایه‌گذاری خارجی و منافع سرمایه‌گذاران نیز می‌باشد، انجام دهند. شرط اقدامات منع‌نشده این اختیار را به دولت میزبان سرمایه‌گذاری می‌دهد تا در مواردی که حمایت از منافع اساسی اش اقتضا می‌کند دست به اقداماتی زند که مغایر با مفاد معاهده سرمایه‌گذاری است. به‌رغم اهمیت و رشد روزافزون این شرط، آن‌گونه که باید جنبه‌های مختلف آن، به‌ویژه از منظر حقوقی، مورد تجزیه و تحلیل قرار نگرفته است. بیشتر تحقیقات و مطالعاتی هم که در این زمینه صورت پذیرفته است بر کلیات موضوع تمرکز کرده و عمدتاً نیز به زبان انگلیسی است. در سال‌های اخیر، اختلافات زیادی میان سرمایه‌گذاران خارجی و دولت میزبان در خصوص تنظیم و تدوین مقررات ناظر بر سرمایه‌گذاری از قبیل اقدامات مربوط به رویه‌های محیط زیست، تصمیمات حاکمیتی ناظر بر خصوصی‌سازی، رویه‌های شهرنشینی، نظارت مالی و مالیاتی و دیگر موضوعات اتفاق افتاده است. بدیهی است این اختلافات زمانی حادث می‌شوند که دولت‌های میزبان تلاش می‌کنند تا قلمرو این اختیارات تنظیمی را گسترش دهند. شرط اقدامات منع‌نشده یکی از ابزارهایی است که در عین حال که به دولت میزبان اختیار انجام اقدامات مغایر سرمایه‌گذاری را می‌دهد، در عین حال ممکن است توسط آن دولت مورد سوءاستفاده قرار گیرد.

هرچند افزایش جریان سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در یک کشور، پدیده‌ای مبارک تلقی می‌گردد، اما در عین حال، به دلیل تصمیماتی که دولت میزبان اتخاذ می‌کند و آن تصمیمات بر سرمایه‌گذاری تأثیرگذار است، می‌تواند منجر به بروز اختلاف و در نتیجه شکایت علیه دولت میزبان از مراجع داوری گردد و به همان نسبت آسیب‌پذیری آن دولت را افزایش دهد. در حالی که تا قبل از

سال ۱۹۹۰، حدود ۳۰۰ معاهده سرمایه‌گذاری منعقد شده بود، این رقم تا اکتبر ۲۰۰۵ به ۲۹۳۵ معاهده می‌رسد. این امر حکایت از گسترش روزافزون نظام معاهدات سرمایه‌گذاری دارد.^۱

بدیهی است با افزایش سرمایه‌گذاری خارجی میزان دعاوی ناشی از آن نیز گسترش می‌یابد. برای مثال، طبق گزارش آنکتاد، تا پایان سال ۲۰۱۲، تعداد اختلافات میان دولت با سرمایه‌گذار ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری ۵۱۴ عدد بوده است. این آمار تا پایان سال ۲۰۱۳، به ۵۶۸ فقره اختلاف و در پایان سال ۲۰۱۴، به عدد ۶۱۰ رسیده است. جالب آنکه از این تعداد، ۶۰ درصد دعاوی به طرفیت کشورهای در حال توسعه و ۴۰ درصد مابقی به طرفیت کشورهای توسعه یافته مطرح شده است.^۲

عواملی از قبیل حجم بالای انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری، افزایش سرمایه‌گذاری خارجی و بروز اختلافات میان دولت‌ها و سرمایه‌گذاران همگی حاکی از آسیب‌پذیری بیشتر کشورهای در حال توسعه نسبت به دعاوی ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری هستند که عمده این دعاوی ناشی از اختلاف نظر دو طرف سرمایه‌گذاری ناظر بر مجاز بودن یا ممنوعیت دولت به انجام اقداماتی است که منتهی به بروز خسارت شده است. وجود یا فقدان شرط اقدامات منع نشده از یک سو و تفسیر متفاوت طرفین از این شرط از سوی دیگر، یکی از مهم‌ترین عوامل بروز این اختلافات می‌باشند.

نظر به اینکه کشورهای در حال توسعه از جمله ایران، تمایل فراوانی به دعوت از سرمایه‌گذاران جهت تولید سرمایه در کشورهايشان دارند بررسی جنبه‌های حقوقی آن واجد مزایای فراوانی است. بنابراین از دو منظر، یعنی هم کشور ایران به عنوان دولت میزبان سرمایه‌گذاری و هم سرمایه‌گذاران ایرانی که ممکن است در کشورهای دیگر مبادرت به سرمایه‌گذاری نمایند، مطالعه این شرط سودمند است. به نظر می‌رسد علی‌رغم معاهدات سرمایه‌گذاری متعددی که ایران منعقد نموده است از این شرط استفاده بهینه ننموده است. شاید یکی از علل آن، عدم آشنایی تدوین‌کنندگان معاهدات سرمایه‌گذاری با این موضوع است. درج این شرط و استفاده درست و بجا از آن، هم ضامن منافع و امنیت اساسی شهروندان ایرانی است و هم ضمن حمایت از انتظارات مشروع سرمایه‌گذاران، آن‌ها را به سرمایه‌گذاری در کشور ترغیب می‌نماید. سرمایه‌گذاران ایرانی نیز چه بسا به دلیل عدم اطلاع از جنبه‌های مختلف حقوقی این شرط و بر مبنای معاهدات سرمایه‌گذاری حاوی این شرط، مبادرت به سرمایه‌گذاری نمایند و دولت میزبان با استفاده از این شرط دست به اقداماتی زند که برای آن‌ها غیرمنتظره جلوه نماید.

1. December 2014, online: UNCTAD IIA Database:

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/IiasByCountry#iiaInnerMenu>

2. UNCTAD, "Recent Trends in IIAs and ISDS", IIA Issue Note No. 1, Feb 2015, online: UNCTAD <[http:// unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf](http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf)> at 5

با توجه به عوامل فوق، این مقاله درصدد است تا جنبه‌های مختلف حقوقی این شرط را مورد تجزیه و تحلیل قرار دهد. در همین راستا، در ابتدا ضمن بیان کلیاتی پیرامون موضوع از جمله، مفهوم، پیشینه و اصطلاحات مشابه و متفاوت، مبانی استناد به این شرط تشریح می‌گردد. قالب و اجزای تشکیل‌دهنده شرط و شرایط توسل بدان از دیگر موضوعاتی است که در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته است. بی‌تردید استناد و اعمال این شرط همراه با چالش‌های متعددی است که تلاش گردیده است ضمن اشاره به مهم‌ترین آن‌ها، راهکارهای حذف یا کاهش آن چالش‌ها نیز ارائه گردد. پرداختن و مطالعه رویه مراجع بین‌المللی حل و فصل اختلافات به ویژه مراجع داوری نیز از نظر دور نمانده و بدان پرداخته شده است. البته به دلیل آنکه تمام تحقیقاتی که به زبان فارسی که نزدیک به این موضوع صورت گرفته است به تحلیل آراء داوری صادره پرداخته‌اند، در این مقاله تلاش شده است تا ضمن اشاره مختصر به شرح وقایع، مهم‌ترین اصول و قواعد حاکم بر آراء داوری صادره استخراج و ارائه گردند. آثار اعمال شرط اقدامات منع‌نشده، آخرین موضوعی است که در این مقاله از آن سخن به میان رفته است. بدیهی است این تحقیق، یافته‌ها و نتایج ارزشمندی داشته است که در قسمت نتیجه‌گیری آمده است. پیشنهادهای هم مطرح شده است که به ویژه برای نظام حقوقی ایران قابل استفاده است.

۱. کلیات

قبل از پرداختن به مبانی، اجزا و چالش‌های شرط اقدامات منع‌نشده، ضروری است تا مفهوم این شرط، اهمیت، پیشینه و مفاهیم مشابه و متفاوت با این اصطلاح توضیح داده شوند. در زیر ضمن مباحثی جداگانه، هر یک از موضوعات فوق مورد بررسی و مطالعه قرار گرفته است.

۱-۱. مفهوم شرط اقدامات منع‌نشده

در معاهدات دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری که میان دولت‌های میزبان با سرمایه‌گذاران منعقد می‌شود دولت میزبان متعهد می‌گردد تا حمایت‌های لازم از سرمایه‌گذار و سرمایه‌گذاری به عمل آورده و از هرگونه اقدامی که مغایر با مفاد معاهده سرمایه‌گذاری است، خودداری نماید. با این وجود، انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری، نباید این مانع را برای دولت میزبان ایجاد نماید که نتواند اقدامات لازم در جهت حفاظت از منافع و نظم عمومی جامعه انجام دهد. شرط اقدامات منع‌نشده که به «شروط استثنای عام»^۱ نیز موسوم هستند، به دولت‌های میزبان اجازه می‌دهد تا در جهت حفظ منافع عمومی، مدیریت کشور و همچنین به‌کار گرفتن اختیار نظارتی خویش بر مجموعه اقداماتی که توسط سرمایه‌گذاران خارجی در کشور صورت می‌پذیرد، دست به اقداماتی زنند که مغایر با مفاد معاهده

1. General Exception Clause

قلمداد می‌گردد. این اقدامات مغایر، به شرط آنکه در چارچوب اهداف مجازی که در شرط به نحو صریح مشخص شده‌اند صورت پذیرند، نقض معاهده قلمداد نمی‌گردند و در نتیجه مسئولیتی را برای این دولت به دنبال نخواهد داشت (Sinha, 2016: 2). فرض کنید بین کشور (الف) و (ب) یک معاهده سرمایه‌گذاری وجود دارد که به موجب این معاهده، کشور (ب) ماده غذایی به کشور (الف) صادر می‌کند. کشور (الف) بر اساس تحقیقات علمی، این ماده غذایی را به عنوان افزودنی در نظر می‌گیرد و به این نتیجه می‌رسد که برای انسان مضر است؛ در حالی که کشور (ب) که تولیدکننده عمده آن ماده غذایی است، هیچ‌گونه زینانی را برای آن شناسایی نمی‌کند. در نتیجه این ارزیابی‌های علمی متفاوت، کشور (الف)، در جهت حمایت از بهداشت و سلامت عمومی جامعه، تولید، فروش، استفاده و واردات آن ماده را ممنوع اعلام می‌کند. در این فرض، کشور (ب) ممکن است مدعی گردد که اقدام کشور (الف) در ممنوع اعلام کردن واردات این ماده که فاقد پشتوانه علمی نیز می‌باشد، وی را از صادرات آن ماده باز داشته و در نتیجه مفاد معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری را نقض کرده است. یا چنانچه تولیدکننده آن ماده غذایی تبعه کشور (ب)، کارخانه‌ای در کشور (الف) داشته باشد که مجبور به تعطیل کردن آن کارخانه شده باشد، تولیدکننده ممکن است علیه کشور (الف) با این ادعا که این ممنوعیت، قواعد سرمایه‌گذاری بین‌المللی را نقض کرده است و به سرمایه‌گذاری او در کشور میزبان آسیب وارد کرده است، درخواست مطالبه خسارات وارده نماید (Fukunaga, 2012: 559-560).

در واقع، این شرط، هزینه زیان‌های ناشی از سرمایه‌گذاری را از دوش دولت میزبان به سرمایه‌گذاران در شرایط استثنائی منتقل می‌نماید. به بیان دیگر، شرط اعمال منع نشده دولت‌های میزبان را مجاز می‌دارد تا در صورتی که اوضاع و احوال اقتضا نماید به سرمایه‌گذاری‌های تحت شمول معاهده آسیب زده و آن را همانند یک ابزار تنظیمی در دست خود قرار دهند.

۱-۲. پیشینه، اهمیت و فراوانی شرط اقدامات منع نشده

در اواخر سال ۲۰۰۱ میلادی، آرژانتین دچار یک بحران مالی بسیار شدید شد. تنها به فاصله یک روز، ارزش پول این کشور، چهل درصد کاهش پیدا کرد. این امر موجب گردید که در اواخر سال ۲۰۰۲، نیمی از جمعیت آرژانتین زیر خط فقر به سر برند. برای حل این بحران، آرژانتین اقداماتی را در جهت ثبات اقتصادی و خروج از بحران اتخاذ نمود. از جمله این اقدامات، توقف تمامی تعهدات و مسدود نمودن تمامی حساب‌های بانکی از طریق مجموعه اقداماتی موسوم به «کرالیتو»^۱ بود. این اقدامات اگرچه نوعی ثبات و پایداری را در مسائل اقتصادی به دنبال داشت، اما همراه با تحمیل

1. Corralito

هزینه‌های سنگین برای مشارکت‌کنندگان در اقتصاد آرژانتین از جمله سرمایه‌گذاران خارجی بود. شهروندان آرژانتینی ضمانت اجرای قانونی لازم در اختیار نداشتند، ولی سرمایه‌گذارانی که از این دست اقدامات خسارت دیده بودند درصدد برآمدند تا با استناد به معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری که در فاصله دهه ۱۹۸۰ تا ۱۹۹۰ منعقد شده بود، مطالبه خسارت نمایند. معاهدات دربردارنده تضامینی چون بین‌المللی کردن نقض تعهدات قراردادی، رفتار ملی و اصل دولت کامله‌الوداد بود. همچنین معاهدات این امکان را برای سرمایه‌گذاران پیش‌بینی کرده بود تا به طور مستقیم اختلافات خود را با دولت میزبان به مرکز حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری (ایکسید) ارجاع دهند. در همین راستا، سرمایه‌گذاران چهل و سه دعوا در ایکسید طرح کردند تا جایی که برخی میزان این ادعاها را حدود ۸۰ میلیارد دلار آمریکا برآورده کرده‌اند. آرژانتین در مقابل این ادعاها از جمله به شرط اعمال منع نشده استناد جست.

البته تاریخچه این شرط به معاهدات دهه ۱۹۸۰ تا ۱۹۹۰ آرژانتین محدود نشده و به مدت‌ها پیش از آن برمی‌گردد. در معاهدات دوستی، تجارت و دریانوردی ایالات متحده آمریکا که پس از جنگ جهانی دوم منعقد شد، این شرط از عناصر معاهدات سرمایه‌گذاری بود. این شرط در اختلاف آمریکا با نیکاراگوئه و همچنین اختلاف ایران با ایالات متحده آمریکا در خصوص قضیه سکوها‌های نفتی و به استناد عهدنامه مودت ۱۹۵۵ نزد دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح شد. شاید اولین معاهده سرمایه‌گذاری که این شرط در آن پیش‌بینی شد، معاهده سرمایه‌گذاری آلمان با پاکستان در سال ۱۹۵۹ میلادی باشد.^۱ از آن پس در معاهدات سرمایه‌گذاری آلمان با دیگر کشورها و همچنین معاهداتی که آمریکا با طرف‌های تجاری منعقد می‌کرد این شرط جزء جدائی‌ناپذیر این اسناد سرمایه‌گذاری به حساب می‌آمد تا جایی که گفته شده است در سال ۲۰۰۰ میلادی، حداقل در دو‌یست معاهده سرمایه‌گذاری این شرط گنجانده شده است (Burke-White & Staden, 2008: 312-313). در حال حاضر، شرط اعمال منع نشده تقریباً از عناصر هر معاهده سرمایه‌گذاری به‌شمار آمده و نقشی مهم در نظام حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی ایفا می‌کند. بسیاری از کشورهای قدرتمند که عمده سرمایه‌گذاری‌ها توسط آن‌ها صورت می‌گیرد از جمله آمریکا، آلمان، هند و کانادا در معاهدات سرمایه‌گذاری این شرط را درج می‌کنند. بدیهی است استفاده‌کنندگان از این شرط، محدود به این کشورها نبوده و بسیاری دیگر از کشورها به طور صریح یا ضمنی به این شرط استناد می‌نمایند. مهم‌ترین اهمیت این شرط آن است که هرگونه تفسیر در خصوص نحوه اعمال این شرط، نحوه تخصیص و توزیع ریسک میان دولت و سرمایه‌گذار را مشخص می‌نماید.

1. Treaty for the Promotion and Protection of Investments

از حیث فراوانی، با قاطعیت نمی‌توان گفت که این شرط جزء لاینفک هر معاهده سرمایه‌گذاری است. اما گزارش‌ها و آمار بیانگر این واقعیت هستند که در بسیاری از معاهدات سرمایه‌گذاری، این شرط پیش‌بینی شده است. بنا بر آمار آنکتاد، از ۱۸ معاهده سرمایه‌گذاری بین‌المللی در سال ۲۰۱۴، در ۱۴ معاهده این شرط گنجانده شده است. این رقم در سال ۲۰۱۳، ۱۵ از ۱۸ و در سال ۲۰۱۲، ۱۰ معاهده از ۱۷ معاهده منعقدشده در زمینه سرمایه‌گذاری است. در پژوهشی دیگر که در خصوص معاهدات سرمایه‌گذاری منعقد در منطقه آسیای جنوبی صورت گرفته است، چنین آمده است که «... از ۱۹۸ معاهده منعقد، ۱۵۲ معاهده به اجرا درآمده است و از این تعداد در ۸۰ معاهده، شرط اعمال منع نشده گنجانده شده است...» (Sinha, 2016: 2).

۳-۱. مشابهت شرط اقدامات منع نشده با ماده ۲۱ گات، ماده ۲۴ مکرر گاتس و ماده ۷۳

تریپس

در مهم‌ترین اسناد سازمان تجارت جهانی یعنی موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت (گات)^۱، موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات (گاتس)^۲ و موافقت‌نامه جنبه‌های تجاری حقوق مالکیت فکری (تریپس)^۳ همانند شرط اعمال منع نشده مقرراتی دیده می‌شود که به اعضای این سازمان اجازه می‌دهد تا در شرایطی خاص و استثنائی، از تعهدات مندرج در موافقت‌نامه‌ها معاف گردند.^۴

ماده ۲۱ گات در این خصوص مقرر می‌دارد: «مفاد این موافقت‌نامه نباید این‌گونه تفسیر شود که الف) هر یک از دولت‌های عضو ملزم باشند تا آنچه را که برخلاف منافع اساسی امنیتی خویش تشخیص می‌دهد افشا نمایند یا ب) مانع هر یک از دولت‌های عضو از انجام اقداماتی شود که آن دولت جهت حمایت از منافع اساسی امنیتی خویش ضروری تشخیص می‌دهد...»

ماده ۱۴ گاتس نیز تحت عنوان «استثنائات کلی» به اعضای سازمان تجارت جهانی این امکان را می‌دهد که برای دفاع از اخلاق عمومی یا حفظ نظم عمومی، حفظ حیات یا بهداشت انسان، حیوان یا گیاه، جلوگیری از روش‌های مکارانه و متقلبانه، حفظ مطالب خصوصی افراد، ایمنی و اجتناب از وضع مالیات مضاعف و... تدابیری هرچند مغایر با اصول کلی این سند از جمله اصل کامل‌الوداد اتخاذ

1. The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)

2. The General Agreement on Trade in Services (GATS)

3. The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)

۴. نظر به شباهت شرط اقدامات منع نشده با اختیاراتی که موافقت‌نامه‌های مهم سازمان تجارت جهانی برای عدول دولت‌های عضو از وظایف و تعهداتشان در نظر گرفته‌اند، مطالب این مقاله در فهم میزان اختیار دولت‌ها از نقض تعهداتشان و همچنین تفسیر نهادهای بین‌المللی از این اختیارات کمک شایانی خواهد نمود. این امر به ویژه با توجه به الحاق ایران به سازمان تجارت جهانی در آینده اهمیت دوچندان می‌یابد.

نمایند. ماده ۷۳ تریس هم مشابه دو مقررۀ فوق، انجام اقداماتی که در راستای حفظ امنیت و مصالح عمومی دولت عضو می‌باشد را اگر چه مغایر با مفاد موافقت‌نامه باشد، مجاز دانسته است.^۱

نکته مهمی که باید مورد توجه قرار گیرد آنکه وجود این اختیار برای دولت در معاهده، تأثیری بر صلاحیت رکن حل و فصل اختلاف نداشته و اثر آن محدود به قلمرو نظارت و بازبینی و به تعبیری معیار ارزیابی است. یعنی به رغم وجود این اختیار، مرجع حل اختلاف همچنان صلاحیت رسیدگی به اختلافات میان طرفین را دارد؛ اما باید احراز نماید یکی از طرفین به دلیل حمایت از منافع اساسی امنیتی خویش از انجام تعهدات خود سر باز زده است. دیوان بین‌المللی دادگستری در اختلاف میان نیکاراگوئه و آمریکا بر این مطلب صحه گذاشته است. در این اختلاف، ابتدا دیوان ماده ۲۱ عهدنامه مودت، تجارت و منعقدۀ به سال ۱۹۵۶ میان این دو کشور را مورد تفسیر قرار داد که در آن آمده بود «مفاد معاهده مانع اتخاذ اقداماتی که در جهت حمایت از منافع اساسی امنیتی ضروری است، نمی‌باشد». دیوان چنین اظهار عقیده نمود که این مرجع صلاحیت دارد تا بررسی کند آیا اقدامات انجام شده توسط یکی از طرفین که مغایر با عهدنامه است، داخل در قلمرو این استثنا قرار می‌گیرد یا خیر. پس وجود این استثنا نافی صلاحیت دیوان نیست. جالب آنکه دیوان در استدلال خویش، این ماده را به ماده ۲۱ گات تشبیه نموده است.^۲ در اختلاف مربوط به سکویهای نفتی میان ایران و آمریکا نیز همین استدلال پذیرفته شده است.^۳

۲. مبانی درج و اعمال شرط اقدامات منع‌نشده در معاهدات سرمایه‌گذاری

قبل از تشریح ساختار و قالب شرط اقدامات منع‌نشده، پرداختن به مبانی‌ای که با استناد بدان‌ها، دولت‌ها مبادرت به درج و سپس اعمال شرط اقدامات منع‌نشده می‌نمایند، مفید است.

1. Article 73 - Security Exceptions: "Nothing in this Agreement shall be construed: (a) to require a Member to furnish any information the disclosure of which it considers contrary to its essential security interests; or (b) to prevent a Member from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests; (i) relating to fissionable materials or the materials from which they are derived; (ii) relating to the traffic in arms, ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment; (iii) taken in time of war or other emergency in international relations; or (c) to prevent a Member from taking any action in pursuance of its obligations under the United Nations Charter for the maintenance of international peace and security".

2. Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), ICJ Report, 1986, para. 222.

3. Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ Report, 2003, Para. 43.

یکی از مهم‌ترین مبانی، تضمین حق نظارتی دولت میزبان بر اقدامات مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی است. شرط اعمال منع نشده حق دولت میزبان در خصوص وضع قوانین و مقررات و اعمال جنبه نظارتی این کشور و همچنین اعمال صلاح‌دید توسط آن را تضمین می‌نماید. زمانی که دولت میزبان با فرض تحقق تمامی شرایط، به این شرط استناد می‌کند اقدام انجام شده به عنوان یک اقدام قانونی شناخته می‌شود و در نتیجه دولت میزبان در قبال انجام آن اقدام مسئولیتی نداشته و مکلف به جبران خسارت نمی‌باشد (Wang, 2017: 450).

دومین مبنا درج شرط اعمال منع نشده، پرکردن خلأهای مربوط به قلمرو اقداماتی است که در معاهدات سرمایه‌گذاری آمده است. یکی از مشکلات معاهدات سرمایه‌گذاری نسل قدیم، همواره این بوده است که آن‌ها نمی‌توانستند یک فرصت نظارتی کافی برای دولت میزبان فراهم کنند و همواره دولت میزبان با این خطر مواجه بوده است که چنانچه در جهت رعایت مصالح عمومی دست به اقداماتی زند که مغایر با مفاد معاهدات سرمایه‌گذاری باشد از سوی دولت متبوع سرمایه‌گذار مورد شکایت قرار گیرد و در نتیجه محکوم به پرداخت خسارات گردد. با درج شرط اعمال منع نشده، خلأهایی که سابقاً توسط طرفین متعاقد تعیین تکلیف نشده بود، پر شده و بدین وسیله مشخص می‌گردد چه اقداماتی می‌توان انجام گیرد و چه اقداماتی نباید به موجب معاهده سرمایه‌گذاری صورت پذیرد. در حقیقت، مهم‌ترین اثر درج این شرط آن است که دولت میزبان در جهت حمایت از مصالح عمومی الزامی به اثبات این امر ندارد که اقدام انجام شده صریحاً در معاهده پیش‌بینی شده است. همچنین برخلاف اعمال حق نظارتی عادی که نباید ناقض دیگر مفاد معاهده باشد، شرط اعمال منع نشده چون حاکم و وارد بر دیگر مفاد معاهده است بر آن‌ها برتری داشته و حتی در صورت تعارض با دیگر مفاد، قابل اعمال می‌باشد (Wang, 2017: 451).

سومین مبنا که شاید مهم‌ترین آن نیز باشد، آن است که این شرط در قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی بازگوکننده دو اصل انصاف و عدالت است. در حقیقت، شرط اعمال منع نشده و رعایت تعهدات معاهده دو روی یک سکه هستند. در حال حاضر این نکته در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری تثبیت شده است که تشویق و ارتقای سرمایه‌گذاری نباید به هزینه نادیده گرفتن منافع عمومی داخلی صورت پذیرد. سرمایه‌گذاری در قلمرو کشور میزبان می‌تواند آثار مهمی بر محیط زیست، بهداشت و سلامت عمومی، نظم عمومی و دیگر جنبه‌های زندگی داخلی داشته باشد. به عنوان یکی از استثنائات کلی جهت حمایت از منافع عمومی، شرط اعمال منع نشده به قراردادهای سرمایه‌گذاری کمک می‌کند تا به نحو مطلوب‌تری میان حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران از یک سو و توسعه پایدار کشور میزبان از سوی دیگر تعادل برقرار نماید. بدیهی است اعمال این شرط

دلبخواهی و سلیقه‌ای نیست و به منظور جلوگیری از سوءاستفاده احتمالی از این شرط، پذیرش اقدامات استثنائی بر اساس این شرط به موجب اصل حسن‌نیت و قواعد آمره^۱ محدود شده است. بند ۱ ماده ۱۳ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران و ژاپن در این خصوص مقرر داشته است: «انجام اقدامات استثنائی توسط کشور عضو معاهده نباید به روش خودسرانه یا غیرقابل توجیه و تبعیض‌آمیز و یا محدودیت‌های فریبنده نسبت به سرمایه‌گذاران دیگر کشور عضو صورت پذیرد» (Wang, 2017: 449). شایان ذکر است در این معاهده، برخلاف رویه شایع در دیگر معاهدات، حفاظت از منابع طبیعی مصرف‌شدنی و تجدیدناپذیر به عنوان استثنا در نظر گرفته نشده است (Pathirana & McLaughlin, 2020: 9). با توجه به اینکه کشور ایران یکی از کشورهای نفت‌خیز و دارای منابع تجدیدناپذیر می‌باشد، حفاظت از این منابع در راستای توسعه پایدار یکی از مهم‌ترین اقدامات دولت‌ها به شمار می‌رود که ضروری است در قلمرو شرط اقدام منع‌نشده قرار گیرد تا چنانچه اقدامات مرتبط با سرمایه‌گذاری این منابع را به مخاطره اندازد، دولت ایران بتواند در عین حال که اقدامات لازم را انجام می‌دهد، عمل مغایر معاهده مرتکب نشده و در نتیجه مسئول قلمداد نگردد. تقویت ارتباط، همبستگی و سازگاری میان معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی با قوانین و مقررات داخلی و همچنین مقررات بین‌المللی، دیگر مبنای درج این شرط به شمار می‌رود. از آنجا که هدف کلی شرط اقدامات منع‌نشده، حمایت از منافع عمومی است، این شرط می‌تواند پل ارتباطی مهمی باشد تا معاهدات و قراردادهای سرمایه‌گذاری را با حقوق داخلی و دیگر قوانین بین‌المللی به هم متصل نماید. اساساً تعامل شعبه‌های مختلف حقوق با محوریت این شرط موجب هم‌سانی معاهدات سرمایه‌گذاری با دیگر اسناد و مقررات بین‌المللی می‌گردد. نحوه تقویت هم‌سانی از دو راه می‌تواند صورت پذیرد. راه نخست آنکه، منافع عمومی که شرط اعمال منع‌نشده در جهت حمایت از آن‌ها عمل می‌کند منفعی هستند که نوع و قلمرو آن‌ها توسط قوانین و مقررات داخلی مشخص می‌گردد. لذا تفسیر مراجع قضاوتی در خصوص این منافع بر توسعه قواعد مرتبط در نظام حقوقی داخلی تأثیرگذار است. راه دوم آنکه، شرط اقدامات منع‌نشده جهت مشخص ساختن دامنه موضوعی منافع عمومی که قرار است مورد حمایت قرار گیرد به دیگر قوانین و مقررات بین‌المللی ارجاع می‌دهد. این رویه عملی، سازگاری و هماهنگی میان معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی را با دیگر اسناد تقویت می‌نماید. اساساً این رویه شایع است که شرط اقدامات منع‌نشده از اهداف امنیت و نظم بین‌المللی با ارجاع به تعهدات مرتبط طرفین به موجب منشور سازمان ملل حمایت

1. Jus Cognes

می‌کند. برای مثال ماده ۱۷ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری کانادا و لاتویا بیان می‌دارد: «هیچ کدام از مفاد معاهده نباید بگونه‌ای تفسیر شود که مانع هر یک از طرفین متعاقد از انجام تعهدات خویش مبنی بر حفظ نظم و امنیت بین‌المللی به موجب منشور سازمان ملل متحد گردد».^۱ علاوه بر آن، تعدادی از معاهدات سرمایه‌گذاری پا را از این هم فراتر گذاشته و مقررات سازمان تجارت جهانی در خصوص استثنای عمومی امنیت را در معاهده گنجانده‌اند. برای مثال مواد ۲۱/۱ و ۲۱/۲ موافقت‌نامه تجارت آزاد چین و کره مقرر می‌دارد: «ماده ۲۱ گات ۱۹۹۴ و یادداشت‌های تفسیری آن در این موافقت‌نامه گنجانده شده و جزئی از این توافق به شمار می‌رود». بدیهی است حمایت از برخی اهداف چون محیط‌زیست و بهداشت عمومی این امکان را فراهم می‌آورد تا دیگر اسناد بین‌المللی مرتبط با حقوق بشر را در معاهده گنجانند و بدین ترتیب، ارتباطی تنگاتنگ میان اسناد مختلف بین‌المللی در زمینه‌های متفاوت ایجاد کرد و به یکنواخت‌سازی یا هماهنگ‌سازی قوانین و مقررات کمک نمود (Wang, 2017: 452-453).

۳. قالب و اجزای تشکیل‌دهنده شرط اقدامات منع نشده

هرچند در معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه بین کشورهای که درج شرط اعمال منع نشده امری شایع و عمومی است، اصطلاحات و تعبیری که گویای این شرط هستند از معاهده‌ای به معاهده‌ای دیگر متفاوت است. بخشی از این اختلاف ناشی از تعدیل تدریجی اصطلاحات استاندارد به کاررفته در معاهدات نمونه در طول زمان است و بخشی نیز از تغییراتی که در هنگام مذاکره پیرامون این شرط توسط طرفین متعاقد صورت می‌گیرد، نشأت می‌گیرد. از آنجا که ساختار شرط اقدامات منع نشده، حدود آزادی دولت میزبان در انجام اقدامات استثنائی و همچنین میزان حمایت از سرمایه‌گذار را مشخص می‌نماید، در زیر تلاش می‌شود جایگاه، شکل و ساختار این شرط مورد بررسی قرار گیرد. به‌رغم استفاده از تعبیر متفاوتی که بیانگر شرط اعمال منع نشده هستند، این شروط دربردارنده سه عنصر می‌باشند. نخست، پیوند و رابطه میان اقدامات پذیرفته شده توسط دولت که مغایر با مفاد معاهده است با اهداف پیش‌بینی شده در متن شرط. دوم، قلمرو اعمال شرط و سوم، اهدافی که در جهت حمایت از آن‌ها، اقدامات مغایر عهدنامه صورت می‌پذیرد. در زیر هر یک از این مؤلفه‌ها به نحو اختصار مورد بررسی قرار می‌گیرد.

1. Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Latvia for the Promotion and Protection of Investments (signed 5 May 2009, entered into force 24 November 2011) art XVII.

اولین رکن شرط اقدامات منع نشده آن است که اقداماتی که توسط دولت میزبان صورت می‌گیرد و مغایر با مفاد معاهده است به نحو کافی با اهداف تعیین شده در شرط مرتبط باشد. به تعبیر دیگر، انجام اقدامات باید در راستای حفظ منافع و اهداف عمومی پیش‌بینی شده باشد. برخی از این رکن با عنوان «شرط پیوند»^۱ یاد کرده‌اند. شایان ذکر است این رکن با توزیع ریسک میان دولت و سرمایه‌گذار متفاوت است. در برخی معاهدات، از این رکن با این تعبیر یاد شده است که اقدامات باید برای حفظ یکی از اهداف تعیین شده ضروری باشد.^۲ به تعبیر برخی معاهدات، اقدامات دولت باید لازم، مرتبط و ضروری برای حفظ اهداف باشد.

دومین رکن شرط اقدامات منع نشده، قلمرو شمول این شرط است. در خصوص قلمرو این شرط دو نظریه وجود دارد. عده‌ای معتقدند این مقرر هرگونه اقدام نظارتی و تنظیمی توسط دولت میزبان را از دایره تعهدات خارج می‌سازد. اما در مقابل، عده‌ای دیگر، این شرط را به دو دسته شرط اعمال منع نشده با قلمرو گسترده و قلمرو محدود تقسیم کرده‌اند (Burke-White & Staden, 2008: 331). به نظر می‌رسد باید برای این شرط قلمرویی عام و گسترده قائل شد. دلیلی که این نظریه را تقویت می‌نماید آن است که از این شرط به عنوان یک استثنای عام و کلی یاد می‌شود. استثنائی که در سراسر دنیا با یک قلمرو استفاده شده و در محدوده معاهدات نیز تمامی مفاد معاهده را در بر می‌گیرد. بدیهی است استثنای عام و کلی نمی‌تواند قلمرویی محدود داشته باشد. البته طرفین می‌توانند در متن معاهده تصریح کنند که دامنه شمول شرط ناظر به کل معاهده یا تنها بخشی از آن باشد. برای مثال، اگر چنین پیش‌بینی شده باشد که قلمرو شرط نسبت به اصل رفتار ملی و دولت کاملاً الوداد اعمال گردد، در خصوص دیگر مفاد مانند حل و فصل اختلافات قابل اعمال نیست. به نظر می‌رسد در صورت سکوت راجع به قلمرو اعمال شرط، مفاد شرط نسبت به کل معاهده به کار گرفته می‌شود. ذکر این نکته ضروری است که عمل به مفاد شرط مطلق و بی‌قیدوبند نبوده و با محدودیت‌های روبه‌روست. تقریباً تمامی این شروط حاوی یک سری محدودیت‌ها در قلمرو اعمال خود می‌باشند. شایع‌ترین این محدودیت‌ها عبارتند از: تبعیض‌آمیز نبودن، متعارف بودن و اقدام بر اساس حسن نیت است. وجود این محدودیت‌ها باعث می‌گردد میان اختیار نظارتی دولت میزبان و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی تعادل برقرار گردد و دولت میزبان نتواند از این اختیار سوءاستفاده نماید (Sinha, 2016: 13).

1. Nexus Requirement

2. Treaty Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments, U.S.-Mozam., art. XIV, Dec. 1, 1998, S. TREATY DOC. NO. 106-31 (2000)

اهداف مجاز آخرین رکن شرط اقدامات منع نشده است. اهداف مجاز به آن دسته از موضوعات و حوزه‌هایی اطلاق می‌گردد که در شرط اعمال منع نشده فهرست شده و دولت میزبان در آن حوزه‌ها و موضوعات می‌تواند در جهت اعمال حق نظارتی خویش دست به اقداماتی زند؛ هرچند آن اقدامات با مفاد معاهده مغایر باشد. نظر به اینکه شروط اقدام منع نشده با هدف حمایت از آزادی عمل دولت در حوزه‌های عمومی مشخص در برابر محدودیت‌هایی که تعهدات معاهده ممکن است به آن‌ها تحمیل نماید وضع می‌شود، این شروط باید دقیقاً دامنه منافع عمومی که اقدام دولت در جهت حمایت از آن و حتی در تقابل با مفاد معاهده صورت می‌گیرد را مشخص سازند. از مهم‌ترین این اهداف عبارتند از: امنیت داخلی، صلح و امنیت بین‌المللی، نظم و اخلاق عمومی، بهداشت و سلامت عمومی و حمایت از محیط‌زیست و گونه‌های جانوری و گیاهی. البته با توجه به اختیار دولت‌ها در انجام اقدامات بر اساس صلاحدید خود، این دولت‌ها هستند که دامنه و مصادیق این اهداف را مشخص می‌نمایند. طبق تحقیقی که سینها انجام داده است در منطقه آسیای جنوبی، امنیت و وضعیت‌های اضطراری مهم‌ترین اهدافی بوده‌اند که در شروط اعمال منع نشده قرار گرفته‌اند (Sinha, 2016: 15). در زیر پاره‌ای از مهم‌ترین این اهداف مورد بررسی قرار می‌گیرد.

یکی از مهم‌ترین موضوعاتی که مستمسک دولت میزبان برای اعمال شرط اقدام منع نشده قرار می‌گیرد، منافع اساسی امنیتی است. یعنی چنانچه دولت ثابت کند اقدامات مغایر با مفاد معاهده برای حمایت و حفاظت از امنیت کشور اساسی و ضروری باشد در چارچوب این شرط قرار می‌گیرد و در نتیجه مسئولیتی را برای دولت به همراه نخواهد داشت.

مقصود از «اساسی» آن است که اتخاذ آن اقدامات به بالاترین حد ضرورت برسد. ماده ۲۱۰۲ نفتا و همچنین ماده ۲۴ معاهده منشور انرژی دربردارنده این اصطلاح می‌باشد. بر طبق این اسناد، مصادیق منافع اساسی امنیتی از جمله ضرورت‌های نظامی، جنگ و شورش است. به هر حال، چنانچه معاهده مصادیق این هدف را به نحو دقیق مشخص نکرده باشد، در خصوص تفسیر موسع و مضیق دو دیدگاه وجود دارد (Ranjan, 2016: 280). اما طبق تحقیق برخی از نویسندگان، مراجع داوری بیشتر مفهومی موسع از این اصطلاح را مورد پذیرش قرار داده‌اند؛ به‌گونه‌ای که وضعیت اضطراری اقتصاد نیز داخل در این مفهوم قرار می‌گیرد (Sinha, 2016: 21).

بند ب ماده ۲ قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۰ نیز، یکی از ضوابط پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی در کشور ایران را آن دانسته است که «موجب تهدید امنیت ملی و منافع عمومی، تخریب محیط‌زیست، اخلال در اقتصاد کشور و تضییع تولیدات مبتنی بر سرمایه‌گذاری‌های داخلی نشود». بدیهی است به دلیل این الزام، به هنگام تدوین معاهدات و

موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری، این موضوع باید درج گردد و بدان توجه شود. حال چنانچه در معاهده یا موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری که دولت ایران با دیگر کشورها یا سرمایه‌گذاران خارجی منعقد می‌کند این موضوعات درج نشود، آیا دولت ایران می‌تواند به استناد مقررۀ فوق‌الذکر از پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی امتناع کند یا مانع فعالیت سرمایه‌گذار گردد؟ با توجه به آمره بودن مقررۀ فوق‌الذکر، پاسخ مثبت است. یعنی در هر صورت، چنانچه سرمایه‌گذاری خارجی، تهدیدی علیه یکی از موضوعات مهم فوق باشد، می‌توان به استناد همین ماده از پذیرش یا ادامه فعالیت آن جلوگیری کرد. اما نزاکت بین‌المللی ایجاب می‌کند تا دولت ایران به هنگام تدوین توافق‌نامه‌ها و برای پیشگیری از بروز مشکل و تفسیرهای ناصواب، این موضوع را درج نماید و به سرمایه‌گذاران خارجی و دولت متبوع آن‌ها خاطر نشان سازد.

شایان ذکر است با تکامل تدریجی حقوق بین‌الملل، مفهوم امنیت از معنای سنتی آنکه در بردارنده مصادیق امنیت در برابر جنگ و تعارضات بود تغییر یافته و به دیگر موضوعات از جمله امنیت اقتصادی، محیط‌زیستی، انرژی، منابع غذایی، زیستی و همچنین امنیت بهداشت و سلامتی تسری پیدا کرده است.

نظم عمومی دیگر موضوعی است که تقریباً در تمامی معاهدات سرمایه‌گذاری به عنوان یکی از اهدافی شناخته می‌شود که دولت میزبان در راستای حمایت از آن می‌تواند دست به اقدامات مغایر با معاهده زند. منتها تعریف و مفهوم نظم عمومی از کشوری به کشور دیگر متفاوت است. همین امر می‌تواند محل اختلاف نظر میان سرمایه‌گذار و دولت میزبان گردد. به دلیل پویایی این مفهوم، مرجع رسیدگی به اختلاف باید آن را با توجه به وضعیت هر کشور و در پرتو اوضاع و احوال هر اختلاف مورد ارزیابی قرار دهد. به تعبیر هیأت رسیدگی رکن حل و فصل اختلاف سازمان تجارت جهانی، «... مفهوم نظم عمومی می‌تواند بسته به زمان و مکان متغیر باشد و در تفسیر آن توجه به ارزش‌های اجتماعی، فرهنگی، اخلاقی و مذهبی ضرورت دارد...»^۱

موضوع نظم عمومی و اخلاق حسنه تا آنجا اهمیت دارد که به استناد ماده ۹۷۵ قانون مدنی، «محکمه نمی‌تواند قوانین خارجی و یا قراردادهای خصوصی را که بر خلاف اخلاق حسنه بوده و یا به واسطه جریحه‌دار کردن احساسات جامعه یا به علت دیگر مخالف با نظم عمومی محسوب می‌شود به موقع اجرا گذارد اگر چه اجراء قوانین مزبور اصولاً مجاز باشد». به نظر می‌رسد اصطلاح «قوانین خارجی» معاهدات و توافق‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دو یا چندجانبه را نیز در بر می‌گیرد. لذا

1. United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, Panel Report, WT/DS285/R (10 November 2004), para. 6.461

چنانچه سرمایه‌گذار خارجی، دعوای خود را به توافق‌نامه سرمایه‌گذاری را در دادگاه داخلی مطرح نماید و نماینده دولت با این استناد که اقدامات مرتبط با سرمایه‌گذاری با نظم عمومی یا اخلاق حسنه مغایر است، دادگاه مکلف است توافق‌نامه سرمایه‌گذاری را نادیده انگارد و نمی‌تواند دولت میزبان یا واحدهای دولتی ذی‌ربط را به انجام تعهدات مغایر با مفاهیم فوق‌الذکر مکلف نماید. بدون تردید، بهداشت و سلامت عمومی یکی دیگر از موضوعاتی است که به دلیل اهمیت زیاد آن، چنانچه دولت میزبان ضروری بداند می‌تواند دست به انجام اقداماتی زند که مخالف مفاد معاهده است. البته تأمین بهداشت و سلامت منحصر به انسان نبوده بلکه دیگر موجودات از جمله حیوانات و گیاهان نیز در زمره این هدف قرار می‌گیرند. اقداماتی که توسط دولت‌های میزبان در جهت حمایت از این هدف صورت می‌پذیرد معمولاً در چهارچوب جلوگیری از پیشگیری یا درمان بیماری‌های انسان و حیوان و همچنین آفات گیاهی قرار می‌گیرند.

۴. چالش‌های عمل به شرط اقدامات منع نشده و راهکارهای مقابله با آن

درج شرط اقدامات منع نشده در معاهدات سرمایه‌گذاری و عمل به آن، چالش‌های متعددی را می‌تواند موجب گردد. در زیر به مهم‌ترین چالش‌ها اشاره شده و راهکارهایی جهت رفع آن‌ها ارائه می‌گردد. اولین و یکی از مهم‌ترین چالش‌ها، «خودقضاتی»^۱ دولت میزبان در عمل به شرط است. در برخی معاهدات، عبارات یا کلماتی وجود دارد که این اختیار را به دولت اعطا می‌کند تا بر اساس صلاحدید و نظر خویش مبادرت به انجام اقدامات مغایر با عهدنامه نماید. وجود این اصطلاح، بدان معناست که دولت به صورت یک طرفه، خود در خصوص مشروعیت انجام اقدامات تصمیم می‌گیرد و طبیعی است نتیجه این اختیار آن است که در صورت بروز اختلاف میان دولت میزبان و سرمایه‌گذار، محدوده مرجع رسیدگی و به طور خاص دیوان داوری تنها ناظر بر رعایت حسن نیت از سوی دولت میزبان است و نه چیز دیگری. هدف از رعایت «اقدام بر اساس حسن نیت» آن است تا از هرگونه سوءاستفاده دولت میزبان به جهت استناد به این شرط پرهیز شود. در دو اختلاف میان آرژانتین با سرمایه‌گذاران، دیوان داوری ایکسید، بر این نکته تأکید داشته است که «... هر چند ماده ۱۱ معاهده دوجانبه میان آرژانتین و آمریکا، اختیاری بدون محدودیت را به طرفین می‌دهد؛ اما این اختیار منوط به رعایت حسن نیت است و دیوان داوری صلاحیت بررسی احراز این معیار را دارد، هر چند حق ورود به ماهیت قضیه را ندارد».^۲ لذا مراجع حل اختلاف ایکسید

1. Self-judging

2. CMS Gasw Transmission Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005, para. 349-352; LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp., LG & E

این عقیده را دارند که وجود این شرط نافی صلاحیت مرجع حل اختلاف نیست (Schill & Briese, 2009: 113).

علاوه بر نحوه تنظیم و استفاده از الفاظ و عبارت خاص، نحوه تفسیر کلمات و عبارات حائز اهمیت بسیار است. عباراتی نظیر «چنانچه لازم باشد»، «چنانچه دولت ضروری بداند»^۱ یا «به نظر دولت»^۲ و یا «چنانچه دولت تعیین کند»،^۳ از جمله عباراتی است که در متن معاهدات به کار رفته و حاکی از وجود چنین اختیاری برای دولت است. شایان ذکر است وجود شرط «اقدام به صلاحدید خود»^۴ در معاهده مفروض نیست و به نحو صریح باید در معاهده گنجانده شود.^۵

چالش دیگری که ممکن است در خصوص این شرط وجود داشته باشد، ضرورت مداخله ثالث در فرایند حل و فصل اختلاف و همچنین ابلاغ انجام اقدامات مغایر با مفاد معاهده به دولت متبوع سرمایه‌گذار است. در دعاوی سرمایه‌گذاری، عموماً اشخاص ثالثی که از آنها تحت عنوان «یاوران و دوستان دادگاه»^۶ یاد می‌شوند با ارائه لوایح و اظهارنظرهای تخصصی به منظور حمایت بهتر و مطلوب‌تر از منافع عمومی به مراجع حل اختلاف در شفاف‌سازی و دستیابی به حقیقت کمک می‌نمایند. یاوران دادگاه به مرجع حل اختلاف کمک می‌کنند تا با اطلاع یافتن از عقاید و باورهای اهل محل که در مجموع باور جامعه را شکل می‌دهد و ذی‌نفعان نهایی اقدامات استثنائی جهت حمایت از منافع عمومی هستند، به نحو مؤثرتری اختلافات را حل نمایند. گاهی اوقات نیز، علی‌رغم آنکه طرف مستقیم اختلاف، سرمایه‌گذار و نه دولت متبوع وی است؛ اما در برخی از این شروط صراحتاً مداخله دولت متبوع سرمایه‌گذار در فرایند حل و فصل اختلاف پیش‌بینی می‌گردد^۷ و حتی

International Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. Arb/02/1, decision on liability of 3 October 2006, para. 208-209; Continental Casualty Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award of 5 September 2008, para.183

1. "if the state considers"
2. "in the state's opinion"
3. "if the state determines"
4. Self-Judging Clause

۵. البته به منظور جلوگیری از سوءاستفاده دولت‌ها از اعمال این شرط، مراجع حل اختلاف بین‌المللی رویکردهای مختلفی در پیش گرفته‌اند که در مبحث آتی بدان پرداخته خواهد شد.

6. Amicus Curiae

۷. برای مثال در ماده دو معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان کلمبیا با سوئیس آمده است: «دولت کلمبیا این حق را برای خود محفوظ می‌دارد تا در جهت حمایت از نظم عمومی مطابق ماده ۱۰۰ قانون اساسی کلمبیا (۱۹۹۱) مبادرت به انجام اقدامات لازم نماید؛ مشروط بر آنکه کلمبیا سریعاً طی یادداشت کتبی به دولت سوئیس انجام اقدام و نوع آن را اطلاع دهد».

در مواردی، دریافت‌کننده این یادداشت، دولت متبوع سرمایه‌گذار و نه خود سرمایه‌گذار است. فلسفه اتخاذ چنین رویه‌ای شاید آن باشد که بدین وسیله، فضایی جهت گفت‌وگو میان دو دولت میزبان و دولت متبوع سرمایه‌گذار فراهم می‌گردد و این مذاکرات می‌تواند از اعمال آن دسته از اقدامات استثنائی که ممکن است تأثیر منفی بر سرمایه‌گذاری و روابط میان این دو کشور داشته باشد، پیشگیری کند. این مداخلات (چه مداخله یاوران دادگاه و چه دولت متبوع سرمایه‌گذار) همواره نیز مفید نبوده و می‌تواند موجبات اختلافات بیشتر را فراهم نماید. به همین دلیل، از آن‌ها تحت عنوان چالش یاد شده است. چالش دیگر، ضرورت ابلاغ انجام اقدامات مغایر معاهده اما مبتنی بر شرط به دولت متبوع سرمایه‌گذار است. در عمل، دولت میزبان در صورتی می‌تواند در مقام دفاع به شرط اعمال منع‌نشده توسل جوید که ثابت نماید انجام اقدامات مغایر معاهده را به دولت متبوع سرمایه‌گذار اطلاع داده است. چنانچه سرمایه‌گذار با این استدلال که دولت میزبان از ابلاغ اقدامات موضوع شرط خودداری کرده است، این دفاع را نپذیرد باید به دولت متبوع خود مراجعه کرده و از آن بخواهد تا عدم ابلاغ را به اثبات رساند. بدیهی است در این موارد، دولت متبوع سرمایه‌گذار به طور مستقیم در فرایند حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار با دولت میزبان مشارکت می‌کند و لویج و اظهارات آن قطعاً بر نتیجه این رسیدگی تأثیرگذار است. بدیهی است از حیث نظری، نقش دولت متبوع سرمایه‌گذار، کمک به مراجع حل اختلاف در حقیقت‌یابی و صدور رأی شایسته است و تأثیری بر ماهیت فرایند حل اختلاف ندارد؛ اما چون همواره این احتمال وجود دارد که دولت متبوع سرمایه‌گذار به روشی هم‌سان با حمایت دیپلماتیک و به صورت جانبدارانه از سرمایه‌گذار متبوع خود حمایت کند، احتمال درگیری بیشتر میان دو دولت وجود دارد و این خود نه تنها مشکل را حل نمی‌کند بلکه آن را تشدید می‌نماید. این نگرانی به ویژه در مواردی که خود شرط اعمال منع‌نشده، راهکاری شفاف جهت نحوه ابلاغ ارائه نداده است، دوچندان می‌گردد. به نظر می‌رسد تبیین دقیق و شفاف تمامی امور راجع به ابلاغ از قبیل جدول زمانی، ساختار و محتوای ابلاغ باید در خود معاهده یا دیگر قراردادهایی که طرفین منعقد می‌نمایند، دیده شود تا حتی المقدور از بروز مشکلات ناشی از مداخله ثالث و به طور خاص دولت متبوع سرمایه‌گذار جلوگیری نماید (Wang, 2017: 453-454).

نادیده انگاشتن انتظارات مشروع سرمایه‌گذاران به هنگام اعمال شرط اقدامات منع‌نشده، چالش مهم دیگری است که ممکن است موجب مسئولیت دولت گردد. اصولاً سرمایه‌گذاری در هر زمینه‌ای به ویژه در یک کشور خارجی مستلزم آن است که سرمایه‌گذار اطمینان خاطر پیدا کند که سرمایه‌گذاری وی نه تنها خطری برای سرمایه‌وی به دنبال نخواهد داشت، بلکه سودآور نیز خواهد بود. از این موضوع تحت عنوان انتظارات مشروع سرمایه‌گذار یاد می‌شود. بدان معنا که سرمایه‌گذاران عموماً خواهان ثبات

اقتصادی، سیاسی و تقنینی هستند و انتظار دارند دولت میزبان بی‌جهت و ناورا انتظارات و اتکای مشروع آن‌ها را نقض نکند (بهمئی و تقوی، ۱۳۹۵: ۱۴۵). حال تصور کنید دولت میزبان با استناد به شرط اقدامات منع نشده ناگزیر از انجام اقداماتی است که آن اقدامات مغایر با معاهده و به تبع آن انتظارات مشروع سرمایه‌گذار است. بدیهی است هریک از طرفین خود را ذی‌حق دانسته و طرف مقابل را مسئول قلمداد می‌نماید. این چالش و نگرانی تا مدت‌ها پیش بیشتر وجود داشت. زیرا تعدادی از دیوان‌های داوری معتقد بودند تعهد دولت به حفظ ثبات قراردادی و معاهده‌ای تعهدی مطلق است و تغییر اوضاع و احوال به هیچ عنوان مجوز نقض مفاد معاهده از سوی دولت‌ها نمی‌باشد. خوشبختانه گفته شده است این نگرانی و چالش در رویه‌های جدید مراجع حل و فصل اختلاف از بین رفته است. برای مثال به قضیه «سالوکا» اشاره می‌شود که در این اختلاف، دیوان داوری به کرات بر این نکته تأکید دارد که «هیچ سرمایه‌گذاری نمی‌تواند به نحو معقولی انتظار داشته باشد که شرایط غالب در زمان ایجاد سرمایه‌گذاری به طور کلی بدون تغییر باقی بماند» (میهمی، ۱۳۹۸: ۲۷۲).

بنابراین به موجب رویه‌های اخیر دیوان‌های داوری، صرف نقض انتظارات مشروع سرمایه‌گذار توسط دولت میزبان مسئولیت‌آور نیست؛ البته به شرط آنکه میان اقدام دولت و ضرری که به سرمایه‌گذار خارجی وارد می‌شود تناسب وجود داشته باشد. یعنی چنانچه تأثیر اقدام دولت بر امر سرمایه‌گذاری در جهت منافع عمومی حمایت شده، متناسب و درخور باشد دولت مسئولیتی ندارد. در همه موارد تشخیص این موضوع به راحتی میسر نیست. به نظر می‌رسد راهکار مقابله با این چالش آن است که دیوان‌های داوری باید انتظارات نقض‌شده سرمایه‌گذار خارجی را در برابر نفع عمومی دنبال‌شده به وسیله دولت میزبان، مورد سنجش قرار دهند و نوعی تعادل و توازن میان انتظارات مشروع سرمایه‌گذار خارجی و اقدام برخلاف مفاد معاهده ایجاد نمایند. شایان ذکر است که صرف استناد دولت میزبان به حقوق داخلی مجوز نقض انتظارات مشروع سرمایه‌گذاران قلمداد نمی‌گردد و بنا بر رویه مراجع داوری، به دلیل برتری حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی در تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، رفتار دولت بر اساس اصول و قواعد بین‌المللی مورد سنجش و ارزیابی قرار می‌گیرد (زمانی و شیرعلیزاده، ۱۳۹۸: ۱۱۱).

ماده ۸ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ایران نیز به گونه‌ای انتظارات مشروع سرمایه‌گذاران را به رسمیت شناخته است. به موجب این ماده: «سرمایه‌گذاری خارجی مشمول این قانون از کلیه حقوق، حمایتها و تسهیلات که برای سرمایه‌گذاری داخلی موجود است، بطور یکسان برخوردار می‌باشند». همان گونه که در حقوق داخلی، چنانچه برای اجرای یک طرح عمومی یا عمرانی، لازم باشد تا دولت یا سازمان دولتی، ملک متعلق به غیر را که در مسیر آن طرح قرار گرفته

است تملک کند، هرچند مالک آن ملک نمی‌تواند مانع اجرای طرح شود ولی از آن سو، دولت نیز مکلف به پرداخت قیمت روز ملک طبق نظر کارشناس است. در خصوص شرط اقدامات منع نشده نیز گاهی اوقات اقتضا می‌کند تا دولت میزبان در جهت حفاظت از منافع و مصالح جامعه دست به اقداماتی زند که مغایر با مفاد معاهده سرمایه‌گذاری است که البته سرمایه‌گذار باید این موضوع را بپذیرد ولی در عین حال، چنانچه این اقدام، مغایر حقوق مالکانه و انتظارات مشروع سرمایه‌گذار خارجی باشد دولت میزبان مکلف به جبران خسارات وارده است. رویه عهدنامه‌ای ایران نیز گویای این واقعیت است که پرداخت غرامت در صورت سلب مالکیت یا انتظارات مشروع سرمایه‌گذار خارجی در موافقت‌نامه‌های دوجانبه‌ای که ایران در زمینه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری با سایر کشورها منعقد کرده است، وجود دارد (مجبی، ۱۳۸۳: ۶۳).

۵. رویه مراجع بین‌المللی به منظور جلوگیری از سوءاستفاده دولت‌ها از شرط اقدامات منع نشده

در صورت وجود شرط اعمال منع نشده در معاهدات سرمایه‌گذاری، همواره این احتمال وجود دارد که دولت میزبان از این شرط سوءاستفاده نموده و حقوق مشروع سرمایه‌گذار در معرض تهدید قرار گیرد. این نگرانی به ویژه در مواردی که شرط اعمال منع نشده این اختیار را به دولت میزبان می‌دهد تا به صلاح‌دید خود و به صورت یک‌طرفه مبادرت به اقداماتی نماید که برای حفظ منافع عمومی لازم است، هرچند با مفاد معاهده مغایر باشد، دوچندان می‌گردد. به همین دلیل در بسیاری از معاهدات، راهکارهایی جهت جلوگیری از سوءاستفاده احتمالی پیش‌بینی می‌شود. یکی از مهم‌ترین آن‌ها، موظف دانستن دولت استنادکننده به شرط، به ارائه دلیل یا دلایل موجه است. این موضوع توسط دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه جیبوتی به طرفیت فرانسه نیز مورد اشاره قرار گرفته است و دیوان جهت احراز این موضوع که آیا دولت در چهارچوب صلاحیت خود مبادرت به اعمال شرط نموده است یا خیر، به این موضوع پرداخته است (Briese & Schill, 2009: 320). بنابراین، وجود این شرط به معنای غیرقابل نظارت بودن اقدامات دولت نمی‌باشد و نهادهای ذی‌ربط از جمله مراجع حل اختلاف، به‌رغم وجود این شرط حتی از نوع خودقضاوتی، صلاحیت رسیدگی به اختلاف علیه آن دولت را دارا می‌باشند. در همین راستا، در زیر علی‌رغم وجود دعاوی و آراء متعدد، به مهم‌ترین آن‌ها به ویژه در نظام حل‌وفصل اختلافات سازمان تجارت جهانی و دیوان داوری ایکسید اشاره می‌شود.

مطالعه دعاوی مطرح در سازمان تجارت جهانی گویای این واقعیت است که کشورهای عضو تفسیر یکسان و یکنواختی در خصوص نحوه اعمال ماده ۲۱ گات که این اختیار را به دولت‌های عضو می‌دهد تا به صلاح‌دید خود مبادرت به اقداماتی نمایند که جهت حفظ نظم و امنیت عمومی لازم است نداشته و

اختلاف نظر آن‌ها در این خصوص بسیار جدی است. در اختلافات متعدد از جمله دعوی نیکاراگوئه علیه آمریکا و اختلاف بین اتحادیه اروپا با آمریکا در قضیه قانون هلمز بورتون، یکی از طرفین چنین استدلال کرده است که اگر اختلاف در خصوص اعمال این مقرر باشد چون دولت خود به نحو یک طرفه تشخیص می‌دهد؛ در نتیجه رکن حل و فصل اختلاف سازمان، صلاحیت رسیدگی به این اختلاف میان دو دولت عضو را ندارد؛ اما در مقابل، طرف دیگر بر ورود رکن حل و فصل جهت جلوگیری از سوءاستفاده دولت اعمال‌کننده این شرط اصرار ورزیده است (Schill & Briese, 2009: 104).

با تصویب «تفاهم‌نامه راجع به قواعد و رویه‌های حاکم بر حل اختلافات»^۱ در سال ۱۹۹۴ و این که در این سند، صلاحیت رکن حل و فصل در خصوص رسیدگی به اختلاف اعضا بر سر این موضوع مستثنی نشد، در نتیجه رویکرد رکن حل و فصل دعاوی سازمان تجارت جهانی بر این موضوع تثبیت شد که این مرجع صلاحیت رسیدگی به اختلافات بین اعضا در خصوص این مقرر را نیز دارا می‌باشد و تنها در صورت اختلاف بر سر این اختیار، معیار کنترل و نظارت این رکن، از عملکرد دولت استنادکننده به این مقرر متفاوت خواهد بود. مطالعه دعاوی متعدد گزارش شده بیانگر این واقعیت است که در این مرحله نیز اعضا و مراجع حل و فصل اختلاف در خصوص نحوه نظارت بر عملکرد دولت استنادکننده به این مقرر با یکدیگر دچار اختلاف نظر هستند. آن‌ها تنها بر این موضوع اتفاق نظر دارند که دولت استنادکننده به این مقرر باید در برابر طرف دیگر، با حسن نیت رفتار نماید (Schill & Briese, 2009: 107).

جالب آنکه کشورهای عضو در خصوص اینکه حسن نیت چیست و چگونه رفتار دولت مبتنی بر حسن نیت یا سوء نیت تفسیر می‌شود با یکدیگر دچار چالش می‌باشند. بررسی نظرات مفسران و همچنین دعاوی متعدد گزارش شده حاکی از آن است که اولاً دولت عضو باید اثبات نماید آن اقدام در راستای حفاظت از منافع امنیتی اش بوده است و ثانیاً با تهدیدی که آن امنیت را به مخاطره انداخته است، تناسب دارد. چنانچه رکن حل و فصل چنین برداشت نماید که اساساً ریسکی وجود نداشته و یا اقدامات مغایر صورت گرفته هیچ اثری بر حفاظت از منافع در خطر نداشته است، اقدام دولت را مبتنی بر حسن نیت ندانسته و آن را مسئول قلمداد می‌نماید.

لذا هرچند در خصوص ضرورت رعایت حسن نیت اتفاق نظر وجود دارد اما در عمل، اجرای این معیار با دشواری‌های زیادی روبه‌رو بوده است و تفسیرهای متفاوتی از آن ارائه می‌گردد. علت این مسئله نیز آن است که واژه حسن نیت، واژه‌ای با معانی بسیار گسترده است. حقیقت آن است که این واژه بیشترین ارتباط را با قاعده عرفی «لزوم وفای به عهد»^۲ دارد و به دلیل گستردگی در معنا و

1. Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes

2. Pacta sunt servanda

مفهوم، تلاش‌های بسیاری صورت گرفته است تا نهادهای حل‌وفصل اختلاف، تفسیر واحدی از این اصطلاح به هنگام ارزیابی اقدامات دولت در نظر گیرند که در اینجا به نمونه‌ای از آن‌ها اشاره می‌گردد. یک رویکرد آن است که بار اثبات دلیل معکوس یا منقلب شود و برخلاف اصول اولیه که اقدامات دولت با حسن نیت فرض می‌شود مگر خلاف آن اثبات گردد، از دولتی که به این شرط استناد کرده است درخواست گردد تا با حسن نیت بودن اقدامات خویش را اثبات نماید. اشکالی که بر این نظریه وارد است اینکه در حقوق بین‌الملل و حتی در حقوق داخلی نیز با استناد به اصل صحت، اصل بر آن است که حسن نیت وجود دارد مگر آنکه خلاف آن اثبات گردد. بدون تردید، انقلاب بار اثبات دعوا ممکن است این مشکل را تا حدودی مرتفع نماید ولی اشکالات جدی دیگری ایجاد می‌نماید. شاید به همین دلیل است که گفته شده است تاکنون اتخاذ این رویکرد توسط مرجعی گزارش نشده است (Schill & Brieze, 2009: 122).

رویکرد دیگر که توسط قاضی کایت در اختلاف جیبوتی به طرفیت فرانسه در دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح شد، آن است که جهت احراز تخلف دولتی که به شرط اقدامات منع نشده استناد می‌جوید و همچنین احراز حسن نیت از سوی آن دولت و جلوگیری از سوءاستفاده دولت از این اختیار، سؤالاتی از آن دولت پرسیده شود و سپس بر مبنای پاسخی که بدان سؤالات داده می‌شود مرجع حل‌وفصل اختلاف تصمیم‌گیری نماید. تفاوت این رویکرد با رویکرد قبلی آن است که در رویکرد قبلی دولت در مظان اتهام است و باید دلیل ارائه کند که اقداماتش با حسن نیت بوده است. اما در این رویکرد، مرجع حل‌وفصل اختلاف همچنان معتقد است که اقدام دولت با حسن نیت بوده است ولی طرف مقابل دولت یعنی سرمایه‌گذار، ملزم نیست دلیل یا دلایلی ارائه نماید تا اثبات کند اقدام دولت مبتنی بر سوءنیت بوده است. به نظر می‌رسد این رویکرد، در عین حال که به اصول اولیه و از جمله قواعد مربوط به بار اثبات احترام می‌گذارد و درصدد نقض آنها نیست، قدرت و اختیار دولت استنادکننده را نیز به رسمیت شناخته و البته از سوءاستفاده احتمالی آن دولت نسبت به تضييع حقوق طرف مقابل جلوگیری می‌نماید (Brieze & Schill, 2009: 326).

همانند سازمان تجارت جهانی، در داوری اختلافات سرمایه‌گذاری نیز مراجع حل‌وفصل اختلاف به ویژه دیوان داوری ایکسید، در دعاوی گوناگون از جمله دعوای ال جی^۱ و همچنین

1. LG & E Energy Corp., LG & E capital Corp., LG & E International Inc. v. argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability of 3 October 2006, para. 214

کانتیننتال کازالتی به طرفیت دولت آرژانتین^۱، به نحو صریح اشعار داشته‌اند که وجود شرط اقدامات منع‌نشده به صلاحدید خود، منوط به رعایت حسن‌نیت از سوی دولت است. در این مرجع، حسن‌نیت به معنای پرهیز از سوءاستفاده از شرط اقدامات منع‌نشده که در تعارض با مفاد معاهده قرار دارد، تعریف شده است. البته این مرجع بیان داشته است که وجود این شرط موجب می‌گردد تا ایکسید نتواند مسائل ماهوی اختلاف را مورد بررسی قرار دهد.

در اختلاف بین دولت جمهوری اسلامی ایران و آمریکا نیز که به دنبال توقیف برخی از دارایی‌های ایران^۲ در دیوان بین‌المللی دادگستری در سال ۱۳۹۵ مورد رسیدگی قرار گرفت، دولت آمریکا با این استدلال که ماده ۲۰ عهدنامه مودت و روابط اقتصادی و حقوق کنسولی میان ایران و آمریکا مورخ ۱۹۵۵ میلادی (۱۳۳۴ شمسی) مانع از آن نخواهد بود که آن دولت، اقدامات ضروری مغایر عهدنامه که برای حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و منافع اساسی امنیتی لازم است را انجام دهد و بر همین اساس خواستار آن شد تا دیوان نسبت به صدور قرار عدم صلاحیت اقدام نماید. که اعضای دیوان به اتفاق آرا این ایراد و اعتراض دولت آمریکا را مورد پذیرش قرار ندادند.^۳

بنابراین، دیوان‌های داوری تا به امروز جز در مواردی که صریحاً خلاف آن در معاهدات سرمایه‌گذاری پیش‌بینی شده است بر این موضوع اتفاق نظر دارند که وجود این شرط باعث سلب صلاحیت مرجع حل و فصل اختلاف نمی‌گردد، بلکه صرفاً میزان نظارت آن مرجع را به احراز حسن‌نیت از سوی دولت کاهش می‌دهد؛ به‌گونه‌ای که آن مرجع دیگر صلاحیت بررسی ماهوی همه‌جانبه اختلاف را از دست می‌دهد (Schill & Briese, 2009: 112-113).

۶. آثار عمل به شرط اقدامات منع‌نشده

به موجب حقوق بین‌الملل عرفی، انجام «اعمال متخلفانه» مبنای مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها شناخته می‌شود و تنها خساراتی قابل جبران است که در اثر نقض تعهدات بین‌المللی وارد شوند. با

1. Continental Casualty company v. argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award of 5 September 2008, para. 182

۲. دادگاه فدرال آمریکا در سال ۲۰۰۷ میلادی حکمی صادر کرد که براساس آن ایران موظف به پرداخت دو میلیارد و ۶۵۰ میلیون دلار غرامت به خانواده‌های قربانیان انفجار سال ۱۹۸۳ در بیروت، پایتخت لبنان می‌شد. به دنبال تأیید این حکم در سال ۲۰۱۴ نزدیک به دو میلیارد دلار از اموال توقیف‌شده بانک مرکزی ایران برای پرداخت غرامت به خانواده قربانیان انفجارها مصادره شد.

3. Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019: 20 & 41

این وجود، خساراتی را می‌توان تصور نمود که بدون ارتکاب تخلف بین‌المللی وارد می‌شوند. خسارات ناشی از اعمال منع نشده از جمله این خسارات هستند.

در خصوص جبران خسارات ناشی از عمل به شرط اقدامات منع نشده، در ابتدا این رویکرد وجود داشت که در صورت تحقق تمامی شرایط استناد به شرط اعمال منع نشده، اقدام دولت هرچند مغایر معاهده باشد، تخلف به حساب نیامده و در نتیجه مسئولیتی برای جبران خسارت به دنبال نخواهد داشت. علت این امر را باید این نکته دانست که شرط اعمال منع نشده به عنوان استثنائی بر مفاد معاهده و نه عذر موجه در قبال نقض آن به شمار می‌رود. این موضوع توسط دیوان داوری ایکسید در اختلاف شرکت ال. جی علیه دولت آرژانتین مورد استناد و پذیرش قرار گرفته است. دیوان داوری در این خصوص اشعار داشته است: «ماده ۱۱ معاهده، حالت ضرورت را به عنوان مبنایی برای متخلفانه قلمداد نشدن اقدام دولت به رسمیت شناخته است و بنابراین دولت از مسئولیت معاف می‌باشد»^۱. با این وجود، به دلیل نگرانی جامعه بین‌المللی، کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۷۳ بنا به توصیه مجمع عمومی سازمان ملل متحد (General Assembly resolution 3071 (XXVIII) of (30 November 1973, para. 3 (c)). موضوع مسئولیت بین‌المللی برای اعمال منع نشده را رسماً از سال ۱۹۷۸ تحت بررسی قرار داد. مطالعه نتایج حاصل از این فعالیت گویای این واقعیت است که حقوق بین‌الملل در زمینه جبران خسارات ناشی از فعالیت‌های منع نشده رویکردهای جدید و متفاوتی را تجربه کرده است و دیگر به نحو مطلق دولت را معاف از پرداخت خسارت نمی‌داند.

بدیهی است با تخلف محسوب نشدن اقدامات دولت و عدم مسئولیت وی، هزینه انجام اقدامات مغایر عهدنامه به سرمایه‌گذار منتقل می‌شود و این مسئله همواره مورد دغدغه بوده است. از همین روی، حقوق بین‌الملل تلاش کرده است با تثبیت سه رویکرد پیشگیری، خصوصی‌سازی و جمعی کردن مسئولیت، نگرانی جامعه جهانی در خصوص جبران نشدن خسارات ناشی از اعمال و اقدامات منع نشده را مرتفع نماید. رویکرد پیشگیرانه، دولت‌های درگیر را مکلف می‌نماید قبل از شروع فعالیت، برای جبران خسارت‌های احتمالی پس از فعالیت، با یکدیگر موافقت‌نامه‌هایی را منعقد کنند و با در نظر گرفتن مسئولیت محض، این امر را تضمین نماید. رویکرد خصوصی‌سازی به غیردولتی کردن مسئولیت انجامیده است. از آنجا که دولت‌ها زیر بار پذیرش مسئولیت نرفته‌اند، این مسئولیت را به متصدیان خصوصی فعالیت‌های خطرناک تحمیل کرده‌اند. رویکرد جمعی به مسئولیت در اعمال منع نشده که رویکردی واقع‌گرایانه و عملیاتی به حساب می‌آید، باعث

1. LG & E Energy Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. Arb/02/1, Decision on Liability, 2006, para. 261

شخصی‌زدائی تدریجی مسئولیت شده است. از آنجا که با تحمیل مسئولیت انحصاری به متصدی فعالیت خطرناک، عملاً جامعه از فواید توسعه‌ای چنین فعالیت‌هایی محروم خواهد شد، نظام مسئولیت از طریق الزام متصدی به بیمه خسارات احتمالی فعالیت و در مواردی ایجاد صندوق‌های جمعی جبران خسارت به سوی جمعی کردن مسئولیت پیش رفته است (عبداللهی، ۱۳۹۰: ۲۶۹).

ماده ۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۰ نیز ضمن احترام به حقوق و مالکیت سرمایه‌گذار خارجی به صراحت اشعار داشته است: «سرمایه‌گذاری خارجی مورد سلب مالکیت و ملی شدن قرار نخواهد گرفت مگر برای منافع عمومی، به موجب فرآیند قانونی، به روش غیر تبعیض‌آمیز و در مقابل پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه‌گذاری بلافاصله قبل از سلب مالکیت». بر طبق این ماده، اصل بر آن است که ملی کردن و سلب مالکیت سرمایه‌گذار خارجی ممنوع است مگر حفظ منافع عمومی اقتضا داشته باشد. حتی با تحقق این استثنا و در صورت اعمال سلب مالکیت، این اقدام باید طی فرآیند قانونی و به روش غیر تبعیض‌آمیز صورت پذیرد. بدیهی است این ماده پرداخت غرامت به مأخذ ارزش واقعی سرمایه‌گذاری را مورد توجه قرار داده است که بیانگر پذیرش مدرن‌ترین نظریه در خصوص مسئولیت دولت در قبال اقدامات مغایر با سرمایه‌گذاری خارجی حتی در موارد استثنایی است. علاوه بر موضوع سلب مالکیت و ملی شدن، به موجب تبصره ۲ ماده ۱۷ همان قانون، «...چنانچه وضع قوانین یا مصوبات دولت، موجب ممنوعیت یا توقف اجرای موافقت‌نامه‌های مالی، پذیرفته‌شده در چارچوب این قانون شود، زیان حاصل حداکثر تا سقف اقساط سررسیدشده توسط دولت تأمین و پرداخت می‌گردد».

در آراء متعددی که توسط دیوان داوری ایران - ایالات متحده آمریکا صادر شده است، پرداخت غرامت و حمایت از حقوق سرمایه‌گذار مورد شناسایی قرار گرفته است. برای مثال در پرونده فیلیپ به طرفیت دولت ایران، دیوان داوری بیان داشته است: «در ازای مصادره رسمی، مصادره موقت، مصادره دارایی‌های غیرمنقول مانند کارخانه و مستغلات، دارایی‌های منقول و حقوق قراردادی، بایستی خسارت پرداخت شود» (باغبان و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۴). میزان و شدت حمایت از سرمایه‌گذار خارجی در برابر دولت میزبان به اندازه‌ای است که در قضیه استارت هاوزینگ به طرفین ایران، بیان داشته است: «دیوان در این دعوا، مفهوم گسترده‌ای برای حقوق مالکانه خواهان‌ها قائل است که به وسیله دولت سلب شده است. دیوان از جمله این حقوق را شامل استرداد وام‌هایی می‌داند که برای اجرای پروژه پرداخت شده است» (باغبان و دیگران، ۱۳۹۶: ۱۳).

شایان ذکر است که مدت زمان مصونیت دولت در انجام اقدامات مغایر با مفاد معاهده تا برقراری حالت تهدید و خطر است. چنانچه بعد از مدتی تهدید علیه اهداف مشخص شده از بین

برود و دیگر نیازی به حمایت از منافع عمومی نباشد، در این وضعیت و با برطرف شدن ضرورت انجام اقدامات لازم، دولت باید پایبند به مفاد معاهده بوده و از هرگونه اقدامی که مغایر با آن است خودداری کند. در غیر این صورت، عمل دولت نقض معاهده قلمداد شده و برای وی مسئولیت به دنبال خواهد داشت.

برای تشخیص مدت زمان مصونیت دولت به موجب شرط اقدامات منع نشده، باید به مفاد شرط مندرج در معاهده دقت نمود. با این وجود، از لحظه‌ای که دولت دست به اقداماتی می‌زند تا زمانی که آن اقدامات متوقف شده و دیگر نیازی به حمایت از منافع عمومی وجود نداشته باشد، این مصونیت وجود دارد. به تعبیر دیگر، تا مرتفع شدن تهدید و خطر این مصونیت باقی است. البته تشخیص این مدت در همه موارد به آسانی میسر نیست. به عنوان مثال، اگر دولت از ترس شیوع بیماری واگیر، محدودیت‌هایی را در حمل و نقل جهت حمایت از بهداشت و سلامت عمومی مقرر نماید، تداوم این محدودیت‌ها نمی‌تواند موجب ایجاد مسئولیت برای دولت گردد؛ زیرا اگرچه ممکن است خطر بالفعل دیگر وجود نداشته باشد، اما با رفع محدودیت‌ها هر لحظه امکان شیوع آن بیماری وجود دارد. مدت زمان اعمال شرط همچنین به اثر احتمالی که بر حذف یا توقف اقدامات مترتب می‌شود بستگی دارد. یعنی چنانچه دولت به این نتیجه رسد که اهداف اساسی مشخص شده به موجب شرط، دیگر در معرض خطر نبوده و انجام هرگونه اقدام در جهت حمایت از آن ضروری نیست باید هرگونه اقدام مغایر معاهده متوقف گردد (Burke-White & Staden, 2008: 390).

نتیجه

کشورها به ویژه کشورهای سرمایه‌پذیر به منظور اجرای طرح‌های عمرانی و زیربنایی خود نیازمند جذب سرمایه به ویژه از خارج از قلمرو سرزمینی خود می‌باشند. سرمایه‌گذاران خارجی نیز همواره از این فرصت استفاده کرده و جهت کسب سود بیشتر مبادرت به سرمایه‌گذاری می‌نمایند. حدود حقوق و تعهدات هریک از طرفین در معاهدات و توافق‌نامه‌های سرمایه‌گذاری مشخص می‌شود. به موجب این اسناد، معمولاً دولت میزبان متعهد به حمایت از سرمایه‌گذاری می‌شود و سرمایه‌گذار نیز بر همین اساس اطمینان کافی جهت سرمایه‌گذاری به دست می‌آورد. گاه بنا به علل مختلفی، دولت میزبان ناگزیر از انجام اقداماتی می‌شود که برای حفظ منافع اساسی اش ضروری است و در عین حال، آن اقدام یا اقدامات مغایر با مفاد معاهدات و توافق‌نامه‌های سرمایه‌گذاری است. این علل ممکن است مربوط به مسائل امنیتی، سیاسی، اقتصادی، بهداشتی، سلامتی، نظم عمومی و اخلاق حسنه باشد. مطابق معاهدات و توافق‌نامه‌ها، اقدام مغایر دولت میزبان برای آن دولت مسئولیت به دنبال خواهد داشت؛ مگر آنکه در اسناد مرتبط، «شرط اقدام منع نشده» گنجانده شده باشد که به

دولت میزبان اختیار می‌دهد به منظور حفاظت از منافع اساسی دست به اقدامات مغایر با مفاد معاهده زند. درج این شرط اخیراً در معاهدات بسیار افزایش پیدا کرده است و کشورهایی که از نظر اقتصادی قوی هستند همواره از این شرط استفاده کرده‌اند که البته بعضاً با سوءاستفاده‌هایی نیز همراه بوده است. این شرط ضمن تضمین حق نظارتی دولت میزبان بر اقدامات مرتبط بر سرمایه‌گذاری خارجی از خلع سلاح شدن کامل دولت جلوگیری می‌کند.

بدیهی است اعمال این شرط بسته به خودقضاتوی یا غیرخودقضاتوی بودن آن متفاوت است و حتی در صورتی که از نوع خودقضاتوی باشد به معنای آن نیست که دولت میزبان در انجام اقدامات مغایر با معاهده اختیار مطلق داشته و عملکرد وی قابل نظارت و پاسخ‌گویی نیست. دولت میزبان همواره مکلف به رعایت حسن نیت نسبت به طرف مقابل است و نباید به نحو تبعیض‌آمیز و خودسرانه مبادرت به اعمال این شرط نماید. پذیرش این تفسیر موجب می‌گردد مراجع حل و فصل اختلاف خود را صالح به رسیدگی به اختلاف میان دولت و سرمایه‌گذار بدانند، اما نوع رسیدگی آن‌ها تنها محدود به احراز حسن نیت از سوی دولت میزبان است و حق بررسی امور ماهوی اختلاف را ندارند. از مهم‌ترین چالش‌های استناد به این شرط، نادیده گرفتن انتظارات مشروع سرمایه‌گذاران است. دولت‌ها ممکن است به بهانه اعمال این شرط، حقوق مشروع و مسلم سرمایه‌گذاران را نادیده گرفته و درصد تضییع آن برآیند. حفظ تعادل میان منافع اساسی کشور میزبان و انتظارات مشروع سرمایه‌گذاران از سخت‌ترین موضوعاتی بوده است که مراجع حل اختلاف بین‌المللی در زمان صدور آرا با آن روبه‌رو بوده‌اند. مطالعه رویه این مراجع گویای این واقعیت است که همه آن مراجع در این خصوص موفق نبوده‌اند و همین امر موجب گردیده در موضوعات مشابه آراء متناقض صادر شود.

ذکر این نکته ضروری است که توسل و اعمال این شرط منوط به رعایت شرایط و الزاماتی است که عدم رعایت آن برای دولت مسئولیت‌آور خواهد بود. البته در صورت رعایت تمامی شرایط، گفته شده است دولت مسئولیت ندارد و این موضوع را یکی از تفاوت‌های بارز این شرط با دفاع عرفی ضرورت می‌دانند. خوشبختانه اخیراً این رویکرد تثبیت شده است که علی‌رغم تحقق تمامی شرایط، دولت مکلف به جبران خسارت متناسب با ضرر وارده به سرمایه‌گذار است. البته این جبران خسارت به نحو کامل نیست؛ زیرا سرمایه‌گذاران باید انتظار داشته باشند که شرایط حاکم بر سرمایه‌گذاری در کشور میزبان سرمایه در طول زمان تغییر خواهد کرد.

نظر به وجود محاسن و معایب برای این شرط، پیشنهاد می‌گردد تدوین‌کنندگان و دست‌اندرکاران تنظیم معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی حداقل در معاهدات منعقد بین ایران با دیگر کشورها این موضوع را بگنجانند. البته مجریان اعمال‌کننده این شرط نیز باید به الزامات و شرایط آن تسلط کامل

داشته تا با رعایت آن‌ها، کشور مکلف نباشد خسارات وارده به سرمایه‌گذاران را جبران نماید؛ خسارتی که بی‌تردید باید از جیب مردم پرداخت گردد. شایسته آنکه سرمایه‌گذاران ایرانی نیز به هنگام سرمایه‌گذاری در کشورهای دیگر از وجود این شرط و نوع آن به ویژه خودکضاوتی بودن آن در توافقات سرمایه‌گذاری آگاه باشند تا چنانچه دولت میزبان درصدد اعمال این شرط و انجام اقدام مغایر با مفاد معاهده سرمایه‌گذاری برآید خسارات ناشی از آن به حداقل ممکن برسد.

منابع

فارسی

- باغبان، رحیم و محمدجعفد قنبری جهرمی و محمود باقری (۱۳۹۶)، «جنبه‌های حمایتی حقوق ایران در مورد سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و مطالعه تطبیقی با استانداردهای بین‌المللی»، *مجله تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل*، سال دهم، شماره سی و ششم.
- بهمنی، محمدعلی و نجمه تقوی (۱۳۹۵)، «حمایت از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار و چالش‌های فراروی آن در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۷۴.
- زمانی، سیدقاسم و ابوالفضل شیرعلی زاده (۱۳۹۸)، «اصول و رویه تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی توسط محاکم داوری و ترجیح حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی»، *مجله حقوق دادگستری*، شماره ۱۰۵.
- عبداللهی، محسن (۱۳۹۰)، «رویکردهای نظام مسوولیت بین‌المللی در جبران خسارات ناشی از اعمال منع‌نشده در حقوق بین‌الملل»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۶.
- محبی، محسن (۱۳۸۶)، «مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین‌المللی، سلب مالکیت و غرامت در قراردادهای نفتی، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
- میهمی، مهدی (۱۳۹۸)، «انتظارات مشروع سرمایه‌گذار در تقابل با منافع اساسی کشور میزبان و تحلیل آن به عنوان ریسک سیاسی»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، سال هشتم، شماره ۲۸.

انگلیسی

- Articles
- Briese, Robyn & Schill, Stephan (2009), "Djibouti v France: Self-judging Clauses before the International Court of Justice", *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 10, No. 1.
- Burke-White, William W. & Staden, Andreas Von (2008), "Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 48, Issue. 2.
- Fukunaga, Yuka (2012), "Standard of Review and Scientific Truths in the WTO Dispute Settlement System and Investment Arbitration", *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 3, No. 3.
- Pathirana, Dilini & McLaughlin, Mark (2020), "Non-precluded Measures Clauses: Regime, Trends, and Practice", In book: *Handbook of International Investment Law and Policy*, Publisher: Springer.
- Ranjan, Prabhash (2016), "Protecting Security Interests in International Investment Law" in Mary Footer, Julia Schmidt, and Nigel D. White, eds., *Security and International Law*, Oxford: Hart Publishing.
- Schill, Stephan and Briese, Robyn (2009), "If the state considers": Self-judging clauses in international dispute settlement", *Max Planck UNYB*, Vol. 13.
- Sinha, Amit Kumar (2016), "Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties of South Asian Countries", *Asian Journal of International Law*.

- Wang, Wei (2017), “The Non-Precluded Measure Type Clause in International Investment Agreements: Significances, Challenges, and Reactions”, *ICSID Review*, Vol. 32, No. 2.

Reports & Awards and Treaties

- Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019.
- CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic, Award, ICSID Case No. ARB/01/8, (May 12, 2005).
- Continental Casualty Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award of 5 September 2008.
- Enron Creditors Recovery Corporation v. Argentine Republic, Award, ICSID Case No. ARB/01/3, (May 22, 2007).
- General Assembly resolution 3071 (XXVIII) of 30 November 1973.
- LG & E Energy Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. Arb/02/1, Decision on Liability, 2006.
- Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America), ICJ Report, 1986.
- Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ Report, 2003.
- Sempra Energy International v. Argentine Republic, Award, ICSID Case No. ARB/02/16, (Sept. 28, 2007).
- United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, Panel Report, WT/DS285/R (10 November 2004).