

جایگاه تعهدات حقوق بین الملل بشر در معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری

فراز فیروزی مندمی*

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۱۰/۱۳ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۱/۲۱)

چکیده

معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری از اواخر دهه پنجاه و در فقدان یک معاهده جامع بین المللی که انتظام بخش حقوق بین الملل سرمایه گذاری باشد، برای حمایت هرچه بیشتر از سرمایه گذاری خارجی پا به عرصه وجود نهاد. بر اساس این معاهدات، تعهدات فزاینده ای جهت تضمین و امنیت سرمایه گذار خارجی بر دول میزبان بار می شود ولی دول میزبان، هم زمان متعهد به رعایت و حمایت از حقوق بشر نیز هستند؛ بنابراین آنچه در مقاله پیش روی بسیار محل اعتناست بررسی مناسبات تعهدات نامتجانس در نظام بین المللی است. علی رغم هنجاریافتگی نسبی نظام حقوق بین الملل بشر در تقابل با حقوق ناظر بر سرمایه گذاری خارجی، شاهد آثار نامطلوب و بعضاً نقض این حقوق بنیادین می باشیم. در این راستا و با لحاظ کمبود ادبیات حقوقی در این زمینه رویه برخی محاکم بین المللی در موضوع مارالییان مورد تدقیق و بررسی قرار گرفته است.

واژگان کلیدی: معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری، حقوق بین الملل بشر، داورهای سرمایه گذاری، تعهدات بنیادین

* دانشجوی دکتری حقوق بین الملل عمومی دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز f.firouzimandi@gmail.com

مقدمه

در سالیان اخیر، ارتباط میان حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری و حقوق بین‌الملل بشر، بسیار مورد توجه قرار گرفته است. (Peterson & Gray, 2005: 5)^۱ پرسش‌های علمی فزاینده‌ای در این خصوص شکل گرفته که تعهدات دولت‌ها ناشی از قواعد بین‌المللی حقوق بشر به چه نحو و چه میزان می‌تواند بر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی - به‌عنوان مهم‌ترین منبع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری - تأثیر بگذارد. از یک سو ممکن است دولت‌ها برای حمایت و ارتقای وضعیت حقوق بشر به تنظیم بازار و دخالت در آن پردازند یا اینکه تعهدات حقوق بشری‌شان را مقدم بر تعهداتشان به موجب معاهدات سرمایه‌گذاری بدانند که این خود می‌تواند به‌نوعی حقوق سرمایه‌گذار خارجی را نقض کند. از سوی دیگر ممکن است برخی اقدامات سرمایه‌گذاران خارجی، موجب نقض حقوق بشر در کشور سرمایه‌پذیر شود. در این صورت، پرسش آن است که آیا این رفتار سرمایه‌گذار خارجی می‌تواند مانعی در جهت حمایت‌های قانونی مندرج در موافقت‌نامه برای سرمایه‌گذار شود؟ معاهدات سرمایه‌گذاری به‌طور کلی در خصوص رعایت و احترام به حقوق بشر ساکت بوده و هیچ‌گونه صراحتی در خصوص تعهدات حقوق بشری دولت‌ها ندارند. سورنا راجاه معتقد است: «تعمیم حمایت‌های قانونی نسبت به حقوق بشر و مسائل زیست‌محیطی موجب بی‌ثباتی در عرصه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری می‌شود که تنها هدف آن، حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی است. (Sornarajah, 2010: 77) برخی دیگر از حقوق‌دانان معتقدند که این‌گونه محدودیت‌ها مانع بزرگی برای دولت‌ها در ایفای تعهدات حقوق بشری‌شان است. (Bachand & Rousseau, 2003: 3) بنابراین، امکان بروز تعارض تعهدات دولت میزبان به موجب حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری و حقوق بین‌الملل بشر وجود دارد.

در دوران پس از جنگ جهانی دوم، به حقوق بین‌الملل بشر و حقوق سرمایه‌گذاری به‌عنوان دو قسمت مجزای حقوق بین‌الملل نگریسته می‌شد. در حقیقت، مناسبات میان این دو یا ناچیز بود یا اینکه اصلاً وجود نداشت. لیکن در دهه اخیر، نهادها و فعالان حقوق بشر، نگرانی فزاینده خود را نسبت به مفاد موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری بین‌المللی که می‌تواند حمایت‌های حقوق بشری را تضعیف کند، ابراز داشتند. این نگرانی‌ها ناشی از مستندات نقض حقوق بشر و

1. See also: M. Hirsch, "Interactions between Investment and Non-investment Obligations in International Investment Law", 2006, paper for the International Law Association's Committee on the International Law on Foreign Investment, available at: <http://papers.ssrn.com/so13/papers>; A. V. Aaken, "Fragmentation of International Law: The case of International Investment Protection", Finnish Yearbook of International Law, 2003, vol. XVII, pp. 91-130; H. Mann, "International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Opportunities", International Institute for the Sustainable Development, 2008.

ناشی از عدم کنترل اقدامات سرمایه‌گذاران در نقاط مختلف جهان است؛ اما تاکنون حقوق بین‌الملل معاهده‌ای به مسئله تأثیر موافقت‌نامه‌های دوجانبه و چندجانبه سرمایه‌گذاری بر حقوق بشر نپرداخته است. کثرت معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی در سراسر جهان که بیشترشان میان کشورهای صنعتی و درحال توسعه منعقدشده، موجب تغییرات بسیاری در قوانین داخلی کشورهای میزبان شده است. در عمده این موارد، ملاحظات حقوق بشری در مباحث اقتصادی و حقوقی در نظر گرفته نمی‌شود. پرواضح است که سرمایه‌گذاری خارجی مستقیم، مستلزم حضور در قلمرو کشور دیگری است که احتمال نقض معیارهای جهانی حقوق بشر در آنجا وجود دارد. غالب اوقات، اقدامات سرمایه‌گذار خارجی، آثار متعارضی در برخورداری از مصادیق حقوق بشر دربر دارد، نظیر حق بر تشکیل اتحادیه و سندیکا، آزادی بیان، آزادی مذهب، برخورداری از تضمینات قانونی در قبال بازداشت خودسرانه و رفتارهای غیرانسانی در کشور سرمایه‌پذیر. (Bachand & Rousseau, 2003: 6) در برخی موارد، اقدامات سرمایه‌گذار، موجبات نقض فاحش حقوق جهانی بشر را که بعضاً متضمن قواعد آمره حقوق بین‌الملل است، فراهم می‌آورد. در این صورت، الزامات حقوق بشری برای طرف سرمایه‌گذار مقرر نشده و به طریق اولی، حقوقی را برای دادخواهی قربانیان نقض حقوق بشر در اثر سرمایه‌گذاری پیش‌بینی نکرده است. این تحقیق با امعان نظر به ویژگی‌های حقوقی چنین معاهداتی، جایگاه تعهدات بین‌الملل حقوق بشر را بررسی و آثار اعمال معاهدات مذکور بر وضعیت حقوق بشر را تجزیه و تحلیل می‌کند.

۱. ویژگی‌های معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی

از خصایص بارز معاهدات سرمایه‌گذاری این است که در اغلب موارد، این معاهدات بین طرفین نابرابر منعقد می‌شود. آن‌ها آن نابرابری را به تصویر می‌کشند که همواره در حقوق بین‌الملل وجود داشته است. این ادعا که کشورهای درحال توسعه نیز مبادرت به انعقاد چنین معاهداتی با یکدیگر می‌کنند نمی‌تواند پوششی در مقابل این حقیقت باشد که بالاخره یکی از این کشورها، صادرکننده سرمایه در مقابل کشور دیگر است. اساس و بنیاد انعقاد چنین معاهداتی، تعهد به حمایت از سرمایه‌ای است که دریافت شده است. در واقع، رابطه دوسویه انتقال سرمایه به دلیل عدم تناسب فناوری و سرمایه کشورها تبدیل به رابطه یک‌سویه می‌شود. مسائل قابل ملاحظه‌ای در نتیجه این تبادل قدرت‌های نابرابر حاصل می‌شود، از جمله اینکه این معاهدات دربردارنده تعهدات محکمی بر عهده طرف سرمایه‌گذار برای انتقال حتمی سرمایه نیست. کشور سرمایه‌پذیر با این اعتقاد که انتقال سرمایه خارجی قریب‌الوقوع است به تحدید

حاکمیت خود به امید جذب این سرمایه، گردن می‌نهد. حاکمیت به نحو بارزی تضعیف خواهد شد چراکه سرمایه‌گذاری خارجی منوط به اعمال سازوکارهای بین‌المللی حل و فصل اختلافات بدون ارجاع به قواعد سرزمینی کشور پذیرنده سرمایه است. (Sornarajah, 2010: 178)

تاکنون، جامعه بین‌المللی شاهد چندین مرتبه تلاش نافرجام برای انتظام بخشیدن به قواعد حمایتی در خصوص سرمایه‌گذاری خارجی در قالب یک معاهده چندجانبه بوده است. از جمله موانع موجود، عدم توافق و اشتراک منافع میان کشورهای سرمایه‌پذیر و سرمایه‌فرست در این خصوص است، چراکه بعید به نظر می‌رسد کشورهای در حال توسعه، استانداردهای کلی را در قالب معاهدات چندجانبه که ممکن است خدشه‌ای بر حاکمیت ملی آنان باشد، بپذیرند. این عدم توافق بعد از وقوع بحران مالی جهانی در سال ۲۰۰۸ نیز تشدید شده به نحوی که می‌توان گفت اگرچه تلاش‌ها برای انعقاد چنین معاهده‌ای کماکان ادامه دارد، امکان توافق بر قواعد بنیادینی در این زمینه، بیش از پیش دشوار شده است؛ بنابراین در چنین فضایی، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری به بهترین شکل می‌تواند حافظ منافع دوجانبه طرفین معاهده باشد در حالی که معاهدات چندجانبه به سختی می‌تواند این منافع را با یکدیگر آشتی دهد.^۱ (Sornarajah, 2010: 183)

معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، علی‌رغم ساختارهای متفاوت، بعضاً از الگوی خاصی پیروی کرده و نیز محتوای یکسانی دارد. آن‌ها عمدتاً پنج حوزه بنیادین را پوشش می‌دهند: ۱- تعریف سرمایه و سرمایه‌گذار، ۲- پذیرش سرمایه‌گذاران خارجی، ۳- رفتار مناسب و عادلانه در خصوص سرمایه‌گذاران، ۴- جبران خسارت در صورت مصادره، ۵- سازوکارهای حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری. معاهدات مذکور به منظور توسعه حمایت‌های همه‌جانبه و تضمین اعمال رفتار ملی نسبت به سرمایه‌گذار خارجی طراحی شده‌اند. از مهم‌ترین ویژگی‌های چنین معاهداتی حمایت از سرمایه‌گذاری در مقابل مصادره، بدون جبران خسارت و فراهم آوردن ضمانت اجرای حقوقی، به ویژه به واسطه داوری بین‌المللی، نه صرفاً میان دولت‌ها بلکه میان سرمایه‌گذار و کشور سرمایه‌پذیر است. (Subedi, 2008: 84)

معاهدات مذکور بر این فرض استوار است که موجب ارتقای سرمایه‌گذاری کشورهای سرمایه‌فرست در کشورهای سرمایه‌پذیر می‌شود چراکه بانک جهانی و صندوق بین‌المللی پول، همواره کشورهای در حال توسعه را به انعقاد چنین معاهداتی با کشورهای توسعه‌یافته ترغیب می‌کنند.^۲ (Tobin & Ackerman, 2003)

1. See also: A. Carty, "Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law", EJIL, 1991, Vol. 2, p. 66.

2. See also: E. Neumayer and L. Spess, "Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?", World Development, 2005, Vol. 33, No. 10, pp. 1567-85.

هدف این معاهدات، صرفاً احصاء مجموعه‌ای از استانداردهای رفتاری موجود نسبت به سرمایه‌گذاران خارجی نیست بلکه پیش‌بینی سازوکارهای داوری بین‌المللی بین دولت و سرمایه‌گذار است. لازم به ذکر است که به‌طور قاطع نمی‌توان ادعا کرد که انعقاد چنین معاهداتی لزوماً انتقال سرمایه از کشورهای صنعتی به جهان سوم را در پی خواهد داشت. به‌عنوان مثال، کشور برزیل، نمونه بارز کشوری است که بدون اینکه طرف ایکسید واقع شود یا معاهدات دوجانبه منعقد کند، موفق به جذب فزاینده سرمایه‌های خارجی شده است. بولیوی نیز علی‌رغم اعمال معیارهای محدودکننده جهت تنظیم سرمایه‌گذاری، موفق به جذب سرمایه‌گذاری خارجی شده است.^۱ (Mann & Moltke, 2008: 86) کشورهای مختلف، هریک نگرش‌های مختلفی در انعقاد چنین معاهداتی دارند. کشورهای درحال توسعه، امیدوار به جذب هرچه بیشتر سرمایه‌های خارجی اند و کشورهای توسعه‌یافته، غالباً به دنبال تسخیر بازار و بهره‌برداری از فرصت‌های ایجادشده در کشورهای هم‌جوار، استفاده از نیروی کار ارزان، مواد اولیه در کشورهایی با استانداردهای حقوق بشری، زیست‌محیطی و عوارض مالیاتی نازل هستند. به‌زعم کشورهای توسعه‌یافته، معاهدات مذکور، چارچوب مناسبی را جهت شفافیت، پایداری قابلیت پیش‌بینی و تضمین سرمایه فراهم می‌آورد. تضمین مناسب در مقابل مخاطرات سیاسی ازجمله رشد ملی‌گرایی و امکان مصادره اموال سرمایه‌گذاران خارجی، ابزاری جهت جهانی‌شدن، محدود کردن اختیار دولت‌های پذیرنده سرمایه و پیش‌بینی سازوکار داوری جهت حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری، از مهم‌ترین ویژگی‌های معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری است.

معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، نشان‌دهنده سازوکارهای توسعه‌مشمول استانداردهای رفتاری موجود نسبت به سرمایه‌گذار خارجی به‌موجب حقوق بین‌الملل عرفی است. این معاهدات، غالباً حمایت فراتری در خصوص سرمایه‌گذار خارجی به نسبت حقوق بین‌الملل را لحاظ می‌کند. (Subedi, 2008: 91) حمایت‌های زیاد از سرمایه‌گذار در معاهدات مذکور، برای طرف ضعیف‌تر، تبعاتی دارد، ازجمله محدود کردن اراده و عدم مداخله آن در موضوعات اقتصادی است. به‌عنوان مثال، آرژانتین در اوایل دهه ۹۰ در راستای برنامه خصوصی‌سازی انرژی کشور، با ایالات متحده آمریکا موافقت‌نامه دوجانبه منعقد کرد. در اواخر دهه ۹۰، آرژانتین دچار بحران اقتصادی شد. دولت نیز در قبال بحران، در سیاست‌های مالیاتی و تعرفه‌ای بازنگری

۱. بسیاری از صاحب‌نظران عرصه سرمایه‌گذاری معتقدند که دلایل یقینی در خصوص رابطه میان موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری بین‌المللی و جذب سرمایه خارجی وجود ندارد. بسیاری از کشورها که طرف چنین معاهداتی بوده‌اند، سرمایه‌ای جذب نکرده‌اند. در مقابل، کشورهایی که چنین معاهداتی را منعقد کرده‌اند موفق به جذب چشمگیر سرمایه خارجی شده‌اند.

کرد. این سیاست‌های ترمیمی باعث متضرر شدن شرکت‌های امریکایی شد که در بخش خصوصی شده انرژی سرمایه‌گذاری کرده بودند.

شرکت امریکایی CMS با این ادعا به موجب موافقت‌نامه مذکور علیه آرژانتین اقامه دعوا کرد. آرژانتین در دفاع از سیاست‌های خود در قضیه مذکور^۱ نزد ایکسید با استناد به دکترین ضرورت مصرح در ماده ۲۵ مواد راجع به مسئولیت دولت‌ها که کمیسیون حقوق بین‌الملل تدوین کرده است اظهار داشت که اقدامات مذکور را به علت حمایت از حقوق و منافع بنیادین اقتصادی شهروندانش انجام داده است؛ اما دادگاه با رد استدلال آرژانتین، ادعای نقض رفتار مناسب و عادلانه بر اساس بند ۲ ماده ۲ موافقت‌نامه بین آرژانتین و ایالات متحده را محرز دانست. (Subedi, 2008: 93)

ارجاع به داوری از جمله ویژگی‌های بارز معاهدات دوجانبه است. به موجب این معاهدات، سرمایه‌گذار محق است که کشور سرمایه‌پذیر را به توسل به داوری (نظیر ایکسید) جهت حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری ملزم کند. معاهدات مذکور دربردارنده مقرراتی است که در صورت عدم تمکین میزبان در خصوص تعیین داور، امکان داوری را حتی بدون مشارکت کشور سرمایه‌پذیر فراهم می‌آورد. این یک نوآوری در تاریخ حل و فصل اختلافات در سطح بین‌المللی است. در نهایت، با عنایت به مطالب مذکور، بدیهی است که معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، سازوکارهای مهمی جهت حاکمیت بر روابط سرمایه‌گذاری بین کشورهای توسعه‌یافته و در حال توسعه است. در نبود یک سند بین‌المللی که مورد اجماع جامعه بین‌المللی باشد، معاهدات دوجانبه، عهده‌دار استمرار قواعد حمایتی برگرفته از حقوق بین‌الملل عرفی است. علی‌رغم ابهاماتی که در خصوص انتقال سرمایه به واسطه معاهدات مذکور از کشورهای سرمایه‌فرست به سرمایه‌پذیر وجود دارد، وجود معاهدات مذکور نشان‌دهنده قواعدی است که حمایت گسترده‌ای از منافع سرمایه‌گذاران به عمل می‌آورد.

۳. جایگاه حقوق بشر در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری

نیمه دوم قرن گذشته، شاهد توسعه دو حوزه متفاوت حقوق بین‌الملل، یکی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری و دیگری حقوق بین‌الملل بشر بوده - گرچه هر دو این رژیم‌های حقوقی دارای میراث مشترکی بوده‌اند و آن‌هم تحدید حاکمیت دولت است. لذا با عنایت به آثار زیان‌بار معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بر حقوق بشر، آنچه بسیار محل اعتناست بررسی نحوه حل تعارض میان این تعهدات بین‌المللی نامتجانس است. ابهاماتی که همواره در ذهن بسیاری از

1. CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No.ARB. ARB/01/8,2005.

حقوق‌دانان بین‌المللی و نیز در دادگاه‌های داوری اختلافات سرمایه‌گذاری شکل گرفته، راجع به بررسی امکان در نظر گرفتن تعهدات حقوق بشری دولت در مورد تعهداتش در مقابل سرمایه‌گذاران خارجی است. در بسیاری از اختلافات سرمایه‌گذاری که سرمایه‌گذار، دولت میزبان را ناقض حمایت‌های حقوقی مندرج در معاهده می‌داند در مقابل دولت میزبان به تعهدات حقوق بشری اش استناد می‌کند.

۳-۱. تعهدات حقوق بشری در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری

با وجود اینکه تحقیقات نسبتاً قابل ملاحظه‌ای در رابطه با تجارت بین‌الملل و حقوق بشر صورت گرفته است، تحقیق و کاوش در باب ارتباط میان سازوکارهای بین‌المللی حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی و حقوق بشر به ندرت صورت گرفته است.^۱ بدون شک، این مسئله حاصل این امر است که سرمایه‌گذاری خارجی به علت فقدان قواعد تدوین شده بین‌المللی، عمدتاً تحت لوای معاهدات دوجانبه و چندجانبه سرمایه‌گذاری است که غالباً ساختار واحد و هماهنگی ندارد و به علاوه، سازوکارهای حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری، فاقد شفافیت است و ساختاری ناهمگون دارد؛ بنابراین، ممکن است برخی قضایای داوری سرمایه‌گذاری، در بردارنده ملاحظات حقوق بشری باشد، اما لزوماً مورد توجه عمومی قرار نخواهد گرفت. معاهدات مذکور، غالباً در بردارنده هیچ نوع تعهدات حقوق بشری برگرفته از معاهدات و کنوانسیون‌های جهانی حقوق بشر برای طرفین معاهده نیست. به دیگر سخن، شروط حقوق بشری مانند رعایت حقوق بشر در اعمال سرمایه‌گذاری به ندرت گنجانده می‌شود.^۲ (Peterson & Gray, 2005: 8) به عنوان نمونه، هیچ گونه استناد صریحی نسبت به تعهدات حقوق بشری در مدل معاهدات دوجانبه آلمان (۲۰۰۸)، فرانسه (۲۰۰۵)، چین (۲۰۰۳)، هند (۲۰۰۳) و انگلستان (۲۰۰۵) یا ایالات متحده (۲۰۰۴) مشاهده نمی‌شود. (Reiner & Schreuer, 2009: 32)

عدم تصریح به تعهدات حقوق بشری در این معاهدات، ریشه در این حقیقت دارد که این معاهدات، صرفاً اسناد تجاری مبتنی بر منافع سرمایه‌گذاری است. با این وصف، این مسئله همواره از الگوی واحد پیروی نکرده است؛ چنانچه در سالیان اخیر، در معاهدات سرمایه‌گذاری به

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص ارتباط میان تجارت بین‌الملل و حقوق بشر، ن. ک:

R. Howes and Makau Matua, "Protection Human Rights in the Global Economy: Challenges for the World Trade Organization", International Center for Human Rights and Democratic Development, 2000; Economic and Social Council, "Globalization and Its Impact on the Enjoyment of all Human Rights.

2. See also: L. Davernejad, "Strengthening the Social Dimension of International Investment Agreement by Integrating Codes of Conduct for Multinational Enterprises", OECD Global Forum on International Investment, March 2008, are available at: www.oecd.org/investment/gfi-7, p. 8.

ملاحظات حقوق بشری نسبتاً توجه شده است. به عنوان مثال، معاهده چندجانبه سرمایه گذاری، ایجاد بازار مشترک در شرق و جنوب آفریقا^۱ و تعیین حداقل استانداردهای حقوق بشری مربوط به سرمایه گذاری را به عنوان دستورالعملی برای اجلاس وزرا مقرر داشته است. (MIAMESA & Art.7.(2)(d)(iii))

همچنین می توان به مقدمه پیش نویس مدل معاهدات سرمایه گذاری نروژ در سال ۲۰۰۷ اشاره کرد که مقدمه آن، تعهدات طرفین معاهده را به دموکراسی، حاکمیت قانون، حقوق بشر و آزادی های بنیادین، از نو تصدیق می کند. این تعهدات در تطابق با تعهداتشان به موجب حقوق بین الملل، شامل اصول مندرج در منشور ملل متحد و اعلامیه جهانی حقوق بشر است.

(<http://investmenttreatynews.org/cms/news/archive>, 2009)
در مقدمه موافقت نامه تجارت آزاد بین سنگاپور و اتحادیه تجارت آزاد اروپا (EFTA) نیز اشاراتی به حقوق بشر شده است.^۲ علاوه بر این نمونه ها به طور موردی نیز برخی معاهدات در متن اصلی خود به ملاحظات زیست محیطی و استانداردهای کار توجه کرده اند که عمده آن، معاهدات کانادا و ایالات متحده امریکاست. دولت ها به ندرت مواضعشان را در خصوص ارتباط میان حقوق بشر و معاهدات سرمایه گذاری، شفاف و آشکار می کنند. (UNCTAD, 2009: 3)
با این وصف، آژانس های تخصصی سازمان ملل متحد و نیز سازمان همکاری های اقتصادی و توسعه (OECD) هر چند به کندی، شروع به شناسایی مناسبات میان حقوق بشر و معاهدات سرمایه گذاری کرده اند.^۳ در نهایت، بررسی عمده معاهدات دوجانبه، نشان دهنده عدم تصریح تعهدات حقوق بشری و عدم ایجاد هر گونه تعهدات ماهوی برای طرفین معاهده است.

۲-۳. جایگاه دفاعیات حقوق بشری در داوری های سرمایه گذاری

به طور کلی باید گفت که داوران در حل اختلافات سرمایه گذاری در بررسی نقض تعهدات

1. Multilateral Investment Agreement for the Market of Eastern and Southern Africa.

۲. صرف چنین اشاراتی به حقوق بشر در قسمت مقدمه معاهده نمی تواند الزاماتی برای طرفین معاهده در برداشته باشد. اصولاً مقدمه معاهده، تنها در تفسیر معاهده، همان گونه که دیوان بین المللی دادگستری در آرای خود به کرات به مقدمه رجوع کرده، تأثیر دارد. ن.ک: بند ۲ ماده ۳۱ عهدنامه حقوق معاهدات ۱۹۶۹.

۳. به عنوان مثال، کمیسیون فرعی حمایت و ارتقای حقوق بشر، طی قطعنامه ۲۰۰۲/۱۱ از کمیسیون عالی حقوق بشر سازمان ملل درخواست کرد که گزارشی در خصوص حقوق بشر، تجارت و سرمایه گذاری تهیه کند که مشتمل بر ملاحظات حقوق بشری خصوصی سازی باشد. این گزارش، چهارمین گزارش کمیسیون عالی حقوق بشر در خصوص آزادسازی سرمایه گذاری و تجارت است. سایر گزارش ها مربوط به جنبه های تجاری حقوق مالکیت فکری، جهانی شدن با تأکید بر تجارت محصولات کشاورزی و آزادسازی تجارت خدمات بود. E/CN.4/Sub.2/2003/9, 2 July 2003

در زمینه اقدامات سازمان همکاری های اقتصادی و توسعه نیز ن.ک:

“The Relevance of Non-Investment Treaty Obligations in the Adjudication of Investment Disputes”, OECD Secretariat Scoping Paper, Prepared by LahrLiberti, 6 March, 2009.

حقوق بشری از اختیار قانونی برخوردار نبوده^۱ و عمدتاً متمرکز بر حقوق و مزایای سرمایه‌گذار هستند. (Davarnejad, 2008: 8)^۲ با این وصف، این به آن معنا نیست که حقوق بشر نباید به‌عنوان بخشی از تعهدات سرمایه‌گذاری تفسیر و اعمال شود؛ چنانچه در شماری از داوری‌های سرمایه‌گذاری به حقوق بشر استناد شده است.^۳

این مسئله در حال حاضر در داوری‌های سرمایه‌گذاری پذیرفته شده که قواعد و مقررات قابل اعمال در اختلافات سرمایه‌گذاری، مشتمل بر کلیت حقوق بین‌الملل است که این خود می‌تواند سایر جنبه‌های غیراقتصادی حقوق بین‌الملل را نیز دربر بگیرد.^۴ (Suda, 2005: 66)

به‌عنوان نمونه در جریان یک داوری سرمایه‌گذاری در دهه ۸۰، دادگاه این مسئله را تصدیق کرد که تعهدات ناشی از سایر معاهداتی که دولت میزبان آن متعهد شده، به‌عنوان ادله دفاعی دولت میزبان در مقابل سرمایه‌گذاری خارجی قابل استناد است. یک دادگاه ایکسید در این قضیه (SPP V. Egypt) به‌نحو بارزی تعهداتی را که دولت میزبان به‌موجب کنوانسیون حمایت از میراث جهانی فرهنگی و طبیعی^۵ می‌تواند دارا شود تصدیق کرد.^۶

داوران به‌موجب قواعد تفسیر معاهده، همان‌گونه که در قسمت (ج) بند ۳ ماده ۳۱ عهدنامه

۱. به‌عنوان مثال، بند ۱ ماده ۱۱۱۶ پیمان نفتا و همچنین بند ۱ و ۲ ماده ۲۶ معاهده منشور انرژی مقرر داشته‌اند که صرفاً نقض تعهدات مندرج در معاهده، قابلیت ارجاع به داوری دارد.

۲. زمانی که یک سرمایه‌گذار خارجی به مواد راجع به حل و فصل اختلاف استناد می‌کند، اراده خود را جهت تشکیل یک دادگاه داوری که صلاحیتش در مفاد معاهده مقرر شده ابراز می‌دارد. لذا صلاحیت دادگاه، صرفاً محدود به حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری است.

۳. در برخی از اختلافات سرمایه‌گذاری، دادگاه‌ها برای تفسیر و تعریف سلب مالکیت و مصادره غیر مستقیم به رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر متوسل شده‌اند. به‌عنوان مثال در قضیه Ronald Lauder v. Czech Republic دادگاه اظهار داشت که مصادره غیرمستقیم در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین ایالات متحده آمریکا و جمهوری چک، تعریف نشده است. لذا داوران برای تعریف مصادره غیرمستقیم به رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر رجوع کردند.

در قضیه Fireman's Fund v. Mexico دادگاه داوری اظهار داشت که برای روشن شدن مفهوم سلب مالکیت باید به سایر رویه‌های قضایی توجه کرد و از این رو به رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر استناد می‌کند. ن.ک:

Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/02/01, Award of July 17, 2006, paras. 171-173. Ronald Lauder V. Czech Republic, 2001: 200-202.

۴. بسیاری از حقوق‌دانان با استناد به بند ۱ ماده ۴۲ اساسنامه ایکسید معتقدند که در بسیاری از اختلافات سرمایه‌گذاری، کلیت حقوق بین‌الملل برای حل و فصل قابل اعمال‌اند به‌میزانی که دادگاه‌های داوری می‌توانند تعهدات حقوق بشری دولت‌ها را در نظر بگیرند.

5. Convention Concerning The Protection of The World Cultural and Natural Heritage.

۶. داوران در این قضیه امکان دریافت غرامت منافی را که ممکن بود در آینده عاید سرمایه‌گذاری خارجی شود رد کردند، چرا که اعمال سرمایه‌گذار خارجی را مغایر با حقوق بین‌الملل از زمان لازم‌الاجرا شدن کنوانسیون یونسکو نسبت به مصر می‌دانستند.

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited V. Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, 1992: 154.

حقوق معاهدات مقرر شده، می‌توانند معاهده را در پرتو قاعده مرتبط حقوق بین‌الملل که در روابط میان طرفین معاهده قابل اجرا باشد تفسیر کنند. آنچه درباره تفسیر معاهدات، محل بحث است تعیین قواعد حقوق بین‌الملل مرتبط است. نسبت به مصادیق قواعد آمره، نظیر عدم تبعیض نژادی، منع بردگی یا تعهدات حقوق بشری مندرج در منشور ملل متحد، اجماع نسبی وجود دارد ولی اختلاف نظرات، بیشتر راجع به سایر قواعد بین‌المللی، نظیر قواعدی است که در معاهدات حقوق بشری وجود دارد. با وجود این، باید گفت که محاکم داوری در پرداختن به تعهدات حقوق بشری یا سایر تعهدات بین‌المللی دول میزبان در قبال تعهدات آن‌ها نسبت به سرمایه‌گذاران خارجی از اختیارات تلویحی برخوردارند؛ چنانچه در مواردی، دادگاه‌های داوری، جنبه‌های غیراقتصادی و سرمایه‌گذاری را جهت حل و فصل اختلاف ناشی از نقض تعهدات سرمایه‌گذاری تصدیق کرده‌اند.^۱ (Mann, 2008: 25-29) پدیدارشدن ملاحظات حقوق بشری در داوری‌های سرمایه‌گذاری در دو حالت مختلف مفروض است: نخست، تعهدات حقوق بشری نسبت به سرمایه‌گذار خارجی، نظیر حق بر مالکیت جهت تفسیر حمایت‌های معاهده‌ای نسبت به وی. (Fry, 2007: 89) دوم، تعهدات حقوق بشری دولت میزبان در قبال غیرمتعاهدین، نظیر افراد و گروه‌هایی که در قلمرو حاکمیتی آن قرار دارند. دولت‌ها بعضاً با استناد به تعهدات مذکور در مقام دفاع از اعمالی برمی‌آیند که تأثیرات منفی بر سرمایه‌گذاران خارجی دارد.

الف. استناد به حقوق بشر در جهت حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران

با وجودی که غالب معاهدات سرمایه‌گذاری در خصوص حقوق بشر سکوت کرده‌اند، این نمی‌تواند به این معنا باشد که موضوعات حقوق بشری، ارتباطی به اختلافات میان سرمایه‌گذاران خارجی و دول میزبان ندارد. در برخی از قضایای داوری، سرمایه‌گذار یا داوران برای تفسیر تعهدات موجود در معاهدات دوجانبه، به حقوق بشر استناد می‌کنند. در حالی که افراد از کلیه حمایت‌های مندرج در معاهدات حقوق بشری بین‌المللی و منطقه‌ای برخوردارند، شرکت‌ها و اشخاص حقوقی صرفاً به موجب کنوانسیون اروپایی حقوق بشر از برخی حمایت‌های

۱. به‌عنوان مثال، در قضیه *Porkerings v. Lithuania*، دادگاه داوری با استناد به موازین یونسکو که مرکز شهر ویلنوس (Vilnius) را به‌عنوان اثر فرهنگی باستانی اعلام کرده بود، ادعای اعمال رفتار تبعیض‌آمیز دولت میزبان را محرز ندانست.

۲. دادگاه‌های داوری غالباً برای تفسیر محدودیت‌های وارد بر سلب مالکیت به رویه دادگاه‌های حقوق بشری استناد می‌کنند،

چرا که حق بر مالکیت خصوصی یا به دیگر سخن، حق بر رهایی از محرومیت‌های خودسرانه و فراقانونی از مالکیت، آن‌چنان که در نظام حقوق بین‌الملل بشر، توسعه و ارتقا یافته در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری چنین رشد هنجاری نداشته است.

حقوق بشری منتفع می‌شوند. در پرتو این واقعیت، ممکن است شرکت‌های تجاری و سرمایه‌گذار به‌جای اقامه دعوی سرمایه‌گذاری علیه دولت میزبان با ادعای نقض حقوق به دادگاه اروپایی حقوق بشر رجوع کنند.^۱ از این رو در چندین داوری سرمایه‌گذاری میان سرمایه‌گذاران و دول میزبان، داوران به رویه قضایی حقوق بشری جهت تفسیر و اعمال حمایت‌های مربوط به سرمایه‌گذار استناد کرده‌اند بدون اینکه وارد مباحث نظری جهت توجیه استناد به رویه‌های حقوق بشری شوند. در سال ۲۰۰۲، در یک دادگاه داوری تشکیل شده به موجب نفتا، شرکت توسعه املاک و مستغلات کانادایی *موندف*^۲ به عدم رسیدگی محاکم آمریکا به اختلاف قراردادی اعتراض کرد. دادگاه داوری نیز در خصوص بررسی قواعد حاکم بر این ادعا به رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر در خصوص حق دسترسی به محاکم بند ۱ ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر به‌عنوان یک استاندارد حقوق بین‌الملل استناد کرد.^۳ در قضیه *تکمد*^۴ علیه دولت مکزیک نیز دادگاه داوری برای تفسیر تعهدات مندرج در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری نسبت به سرمایه‌گذاری در خصوص سلب مالکیت^۵ به رویه قضایی حقوق بشری در خصوص معیارهای تناسب با توجه به منافع عمومی^۶ به رویه دادگاه اروپایی حقوق بشر رجوع می‌کند.^۷ در قضیه *Azurix v. Argentina* سال ۲۰۰۶ نیز که دولت آرژانتین با ادعای عدم انطباق معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری با تعهد به حمایت از منافع عمومی در پروژه خدمات آب

۱. به‌عنوان مثال می‌توان به رویه حقوقی سرمایه‌گذاران در کمپانی نفتی روسیه (یوکوس) اشاره کرد که متعاقب اقامه دعوی سرمایه‌گذاری، شکایتی را نیز در دادگاه اروپایی حقوق بشر مطرح کرد. نمونه دیگر، شرکت با مسئولیت محدود *آموتو* علیه دولت اوکراین بود. داوران در رأی نهایی خود تصریح کردند که خواهان، شکایتی را نیز علیه دولت اوکراین در دادگاه اروپایی حقوق بشر مطرح کرده است:

Amtow award at: ita.law.unic.ca/documents/AmtowAwards.pdf.
2. *Mondev.*

۳. دادگاه داوری به تصمیمات دادگاه اروپایی حقوق بشر استناد می‌کند، باوجودی که آن برگرفته از یک نظام حقوقی متفاوت است و اشعار می‌دارد که: «این تصمیمات مربوط به حق بر دادخواهی به‌عنوان یکی از مصادیق حقوق بشر است که به‌موجب کنوانسیون‌های حقوق بشری به همه افراد اعطا شده و دادگاه اروپایی حقوق بشر، تفسیر پویایی از آن ارائه کرده است. با این حال، اگرچه موضوع مربوط به منطقه متفاوت و نظام حقوقی متفاوتی است و ربطی به حمایت از سرمایه‌گذاری ندارد و آنچه به موضوع مرتبط است بند ۱ ماده ۱۱۰۵ نفتا است، منتها می‌تواند به‌عنوان راهنمای قیاسی جهت تعیین فحوای تضمینات رفتاری مطابق با حقوق بین‌الملل، مشتمل بر رفتار مناسب و عادلانه و تأمین امنیت به کار آید».

4. *Tecmed, Mondev International Ltd. V. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/99/2, 2002, para. 144.*

5. *Expropriation of Property.*

6. *Public Interest.*

۷. در این قضیه، داوران به شماری از آرای دادگاه اروپایی و امریکایی حقوق بشر استناد می‌کنند و در مقام بیان استناد به چنین آرای به ماده‌ای از معاهده دوجانبه بین اسپانیا و مکزیک اشاره می‌کنند که داوران را به حل و فصل اختلاف بر اساس مفاد معاهده و همچنین سایر قواعد حقوق بین‌الملل رهنمون می‌سازد. دادگاه نیز سایر قواعد حقوق بین‌الملل را منابع تصریح شده در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان دادگستری بین‌المللی قلمداد می‌کند که می‌تواند دربردارنده حقوق بشر معاهده‌ای و عرفی باشد.

Tecmed, S.A v. United Mexican States, Case No. ARB(AF)/00/2, 2003, paras. 116-122.

و فاضلاب استان بونیوس آیرس، اموال و سرمایه این شرکت را مصادره کرده بود، دادگاه ایکسید بر دیدگاه اتخاذ شده در قضیه تکمه جهت تفسیر شرط مصادره و نیز منافع عمومی صحه گذاشت.^۱

در جریان داوری سرمایه گذاری میان شرکت امریکایی انتقال گاز CMS و دولت آرژانتین، شرکت مذکور، دادگاه داوری را متقاعد کرد که در پروژه انتقال مشترک گاز و در نتیجه، نقض چندین ماده معاهده دوجانبه سرمایه گذاری بین امریکا و آرژانتین از جمله عدم اعمال معاهده، زیان دیده است. آرژانتین در دفاعیات خویش اظهار داشت که به علت درمخاطره بودن حقوق بنیادین بشر در نتیجه بحران های اقتصادی و اجتماعی، ممکن است اعمال معاهده سرمایه گذاری و حمایت های مربوط به سرمایه گذار خارجی که در بخش خدمات عمومی سرمایه گذاری کرده، تهدیدهای بیشتری را علیه حقوق بشر ایجاد کند.^۲ لیکن دادگاه با استناد به معاهدات حقوق بشری، استدلال آرژانتین را رد کرد.^۳

ب. تعهدات حقوق بشری دولت میزبان و حقوق بشر غیرمتعاهدین در داوری های سرمایه گذاری^۴

سؤال کلیدی که همواره در داوری های سرمایه گذاری بین سرمایه گذار و دولت میزبان مطرح می شود، این است که آیا حقوق بشر غیرمتعاهدین (شامل جوامع و افرادی که در قلمرو حاکمیتی یک کشور قرار دارند) می تواند در حل و فصل اختلاف، موضوعیت داشته باشد. ممکن است گاهی دول میزبان در جهت ارتقا و تحقق تعهدات حقوق بشری گام بردارند که البته این خود ممکن است آثار نامطلوبی برای سرمایه گذار خارجی داشته باشد؛ بنابراین اگر

۱. در این قضیه، آرژانتین مدعی بود که در صورت تعارض میان تعهدات حقوق بشری و تعهدات سرمایه گذاری، مسئله باید به نفع حقوق بشر، حل و فصل شود؛ اما استدلال دادگاه این بود که عدم انطباق ارائه خدمات با منافع عمومی مصرف کنندگان محرز نیست چرا که ارائه خدمات به مصرف کنندگان پس از مصادره نیز بدون وقفه ادامه داشته است. ن.ک: (Azurix V. Argentina, ICSID No. ARB/01/12, 2006: Para. 261)

2. CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, 2005: 174.

3. ICSID Case No. ARB/01/8, 2005: para. 121.

۴. در گزارش کمیسیون حقوق بشر، بارها بر اهمیت استناد به تعهدات حقوق بشری در داوری های سرمایه گذاری تأکید شده است. گزارش به فقدان سازوکار بین المللی برای رسیدگی به ادعاهای نقض حقوق اقتصادی اجتماعی توسط افراد اشاره کرده است و دولت ها را به گنجاندن ملاحظات حقوق بشری در داوری های سرمایه گذاری فرامی خواند چرا که طرفین معاهده به موجب مفاد معاهده می توانند از یکدیگر غرامت دریافت کنند که این خود عدم توازن به نفع طرفین معاهده را در مقابل غیرمتعاهدین که هیچ گونه سازوکار حقوقی برای احقاق حقوق خود ندارند در پی دارد. ن.ک: (E/CN.4/Sub/2003/9, para. 41).

در واقع، ایجاد چنین رویه ای از سوی دولت ها می تواند میان حقوق بشر و داوری های سرمایه گذاری، پیوند برقرار کند. ن.ک:

G. D. Fry, "International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity", Duke Journal of Comparative and International Law, 2007, Vol. 18, p. 32.

سرمایه‌گذار خارجی به این اعتبار علیه دولت میزبان اقامه دعوا کند آیا ابعاد وسیع‌تر حقوق بشر می‌تواند مورد توجه داوران قرار بگیرد؟ به نظر می‌رسد در چنین شرایطی فضای مناسبی برای دولت‌ها در دفاع از تعهدات بین‌المللی حقوق بشر فراهم باشد؛ اما آیا در واقع، دولت‌ها در داوری‌های مذکور به تعهدات حقوق بشری‌شان توجهی دارند و در مقام دفاع از آن برمی‌آیند یا اینکه داوران در حل و فصل اختلاف، به ملاحظات حقوق بشری توجه می‌کنند. به موجب حقوق بین‌الملل بشر، دولت‌ها نه تنها خود ملزم به رعایت و احترام به حقوق بشر هستند بلکه متعهد به جلوگیری از نقض این حقوق توسط دیگران نیز هستند. حضور دولت میزبان در حمایت از حقوق شهروندان خود، مسئولیت دولت را در پی دارد؛ بنابراین دولت میزبان از اختیار قانونی لازم برای استناد به حقوق بشر، به ویژه نسبت به خدمات عمومی برخوردار است. (Peterson & Gray, 2005: 23)

در جریان داوری بین شرکت اسپانیایی تکمد و دولت مکزیک، شرکت مذکور، دولت مکزیک را به نقض شرط حمایت کامل و تأمین امنیت سرمایه‌گذار در مقابل آثار مخرب تظاهرات در آن کشور متهم کرد.^۱ اما دادگاه داوری در رأی خود در سال ۲۰۰۳ اظهار داشت که ادله کافی در خصوص احراز قصور دولت مکزیک، دال بر عدم واکنش مناسب مطابق با ویژگی‌های یک جامعه دموکراتیک وجود ندارد.^۲ در این قضیه، چنانچه سرمایه‌گذار خارجی ادله کافی در خصوص رفتار مقامات مکزیک را ارائه می‌کرد، دادگاه داوری با برقراری تعادل میان حق بر اعتراض و آزادی بیان و تعهد به تأمین امنیت و حمایت از سرمایه‌گذار خارجی روبه‌رو می‌شد. در جریان اختلاف سرمایه‌گذاری،^۳ این شرکت مدعی بود که اهمال و قصور دولت رومانی در سرکوب اعتراضات کارگری، به فعالیت‌های صنعتی وی در آن کشور، زیان رسانده است.^۴ دولت رومانی نیز با رد این ادعا اظهار داشت که تظاهرات کارگری به علت آن بود که این شرکت، دستمزد کارگران را نپرداخته و ترتیب و سازمان‌دادن اعتراضات صنعتی، شیوه معمول برای رسیدن به خواسته‌های صنعتی است. دادگاه نیز دفاع دولت رومانی را پذیرفت و اهمال دولت رومانی را در این خصوص محرز ندانست.

استناد دولت آرژانتین به تعهدات حقوق بشری در جریان بحران مالی این کشور، عینیت بیشتری یافته است. همان‌گونه که پیش‌تر اشاره شد، دولت آرژانتین در سال‌های ۲۰۰۱-۲۰۰۲ و در جریان بحران مالی، یک‌سری اقدامات فوق‌العاده را جهت کنترل آثار مخرب بحران مالی به کار گرفت و معتقد بود که اجرای معاهده سرمایه‌گذاری در چنین زمانی با اقدامات ترمیمی که

1. Tecmed, S.A v. United Mexican States, Case No. ARB(AF)/00/2, 2003, para. 175.

2. Tecmed, S.A v. United Mexican States, Case No. ARB (AF)/00/2. para.177.

3. Noble Ventures Inc. v. Romania.

4. Noble Ventures Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/011, 2005, paras. 160-67.

در جهت حمایت از حقوق عمومی پیش‌بینی شده، منطبق نیست؛ اما دادگاه داوری با قاطعیت هرچه تمام‌تر، استدلال آرژانتین را رد کرد.^۱

دولت آرژانتین، بازم در قضیه Azurix Corp. V. Argentina اظهار داشت که تعهداتش در قبال حقوق مصرف‌کنندگان به موجب معاهدات حقوق بشری، با تعهدات سرمایه‌گذاری‌اش به موجب عهدنامه دوجانبه با ایالات متحده آمریکا تعارض دارد. آرژانتین مدعی بود که تعهدات حقوق بشری باید مرجح بر منافع خصوصی شرکت تأمین‌کننده خدمات عمومی یعنی Azurix باشد. البته به نظر می‌رسد که تلاش آرژانتین برای اثبات این ادعا با قاطعیت همراه نبوده چراکه دادگاه اظهار داشت که آرژانتین، مسئله را به نحو جامعی تجزیه و تحلیل نکرده و این خود نشان‌دهنده آن است که ادعای آرژانتین در پناه اعتقاد حقوقی راسخی قرار نداشته است.^۲ صرف نظر از اینکه دادگاه، استدلال حقوق بشری آرژانتین را به اعتبار عدم کفایت توجیحات آرژانتین جهت احراز عدم انطباق تعهدات سرمایه‌گذاری و حقوق بشری رد کرد، امکان پذیرش چنین ملاحظاتی وجود داشته است. (Fry, 2007: 24)

در قضیه Continental Casualty V. Argentina، یک دادگاه ایکسید، دیدگاه متفاوتی در قبال دفاعیات حقوق بشری آرژانتین دارد. شرکت مذکور که یکی از عمده‌ترین عرضه‌کنندگان بیمه‌های جبران خسارت در آرژانتین بود مدعی شد که اقدامات فوق‌العاده آرژانتین پس از بحران مالی این کشور، منجر به زیان مالی قابل‌ملاحظه‌ای برای وی، به‌ویژه به واسطه اعمال محدودیت بر انتقال وجوهات توسط این شرکت شده است. این دادگاه در رأی خود در سال ۲۰۰۸ مقرر داشت که زیان وارد به شرکت امریکایی، قطعاً نقض معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین ایالات متحده آمریکا و آرژانتین محسوب می‌شود اما دفاع مبتنی بر ضرورت آرژانتین را پذیرفت و مسئولیت این کشور را در قبال حراست از حقوق و آزادی‌های بنیادین، تصدیق کرد.^۳

در قضیه Phoenix Action Ltd. V. Czech Republic، دادگاه داوری به صراحت اعلام کرد که نباید از سرمایه‌گذاری که موجب نقض حقوق بنیادین بشر، نظیر اعمال شکنجه یا نسل‌کشی یا بردگی و قاچاق انسان شود، هیچ‌گونه حمایتی به عمل آید.^۴

1. CMS Gas Transmission Company v. Argentina, para.121.

2. Azurix V. Argentint, para. 261.

3. Continental Casualty Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/9, 2008, paras.180-181.

۴. رویه محاکم داوری در سالیان اخیر، نشان‌دهنده توجه زیاد آنان نسبت به تعهدات حقوق بشری در جریان اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری است. ن.ک:

UNCTAD: IIA Monitor No. 2, 2009, p. 14, Phoneix Action Ltd. V. Czech Republic, ICSID No. ARB/06/5, 2009, para. 78.

۴. ضرورت توجه به تعهدات بین‌المللی حقوق بشر در معاهدات دوجانبه

سرمایه‌گذاری

سرمایه‌گذاری خارجی، فارغ از ملاحظات اقتصادی می‌تواند آثار مخربی بر حقوق بشر، عمدتاً در کشورهای در حال توسعه داشته باشد. لطمه به کرامت انسانی افراد بومی، مالکیت آنان، تخریب محیط‌زیست و عدم رعایت استانداردهای بین‌المللی از جمله آثار حضور سرمایه خارجی در این کشورهاست. در چند دهه اخیر، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری صرفاً در پی آزادسازی هرچه بیشتر جریان سرمایه و ارتقای فزاینده استانداردهای حمایتی از سرمایه‌گذار خارجی بوده است. حاکمیت مطلق نئولیبرالیسم در این مقوله به حدی بوده که کمترین توجهی به استانداردهای حقوق بشری و زیست‌محیطی صورت پذیرفته است. بدین ترتیب، این نگرانی ایجاد می‌شود که در طی مذاکرات و انعقاد موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری، به کرامت انسان و حقوق بنیادین مردمان کشور پذیرنده سرمایه، توجه نمی‌شود.^۱

معاهدات سرمایه‌گذاری، هم به لحاظ نظری و هم عملی ممکن است در تعارض با تحقق و اجرای حقوق بشر باشد. اولاً، ممکن است سرمایه‌گذاران با استناد به مفاد معاهده، قواعد حقوق بشری را که ممکن است در تعارض با منافعشان باشد، به چالش بکشند که این خود منجر به کاهش توانایی کشورهای میزبان در تحمیل تعهدات حقوق بشری نسبت سرمایه‌گذاران خارجی در قلمرو حاکمیتی آنان می‌شود. ثانیاً، ممکن است سرمایه‌گذاران با استفاده از معاهده، سیاست‌های مثبت دولت میزبان را در جهت تحقق تدریجی حقوق بشر، دچار مخاطره کنند. ثالثاً، ممکن است اجرایی شدن طرح‌های سرمایه‌گذاری خارجی بدون توجه به ملاحظات زیست‌محیطی، موجب نقض حق بر سلامت و حق بر محیط‌زیست سالم شود.

۴-۱. محدودیت‌های دولت میزبان در اعمال تعهدات حقوق بشری نسبت به

سرمایه‌گذاران خارجی

معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری (همان‌گونه که در مبحث بعدی بررسی می‌شود) هیچ نوع تعهدات قراردادی برای طرفین دربر ندارد. این معاهدات، صرفاً تعهداتی را بر دولت میزبان وارد می‌کند بدون اینکه تعهدات مشابهی را بر طرف سرمایه‌گذار بار کند. معاهدات مذکور، اسنادی تک‌بعدی^۲ است که صرفاً به حمایت از سرمایه‌گذار خارجی و دارایی‌های آن می‌پردازد. محدودیت‌های دولت میزبان در اعمال تعهدات حقوق بشری نسبت به سرمایه‌گذاران

1. Tecmed, S.A v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, 2003.

2. Single-purpose.

خارجی در هنگام مصادره، جایگاه شرط ثبات در این قلمرو و معیار رفتار با بیگانگان، در زمره برجسته‌ترین موارد چنان محدودیتی به شمار می‌رود.

الف. مصادره^۱ و شرط ثبات^۲

در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری به‌طور کلی این مسئله تصدیق شده که مصادره صرفاً در جهت منافع عمومی و منطبق با قانون و بدون اعمال تبعیض صورت پذیرد. (Sornarajah, 2010: 208) چنانچه بر اساس شروط مذکور، مصادره صورت پذیرد، سرمایه‌گذار، حق دریافت غرامت را دارد. (Dozler & Stevens, 1995: 97) شروط تصریح‌شده، مانعی در مقابل اعمال تعهدات بنیادین حقوق بشر نسبت به شرکت‌های فراملیتی است، چراکه مصادره با توجه به استانداردهای حقوق بشری، الزام به غرامت را برای دولت میزبان در پی دارد. یکی از قضایایی که مثبت این ادعاست قضیه شرکت امریکایی /یتیل^۳ علیه کانادا در سال ۱۹۹۶ است. شرکت /یتیل پس از ممنوعیت تولید افزودنی‌های گازوئیلی^۴ توسط دولت کانادا، به دلیل عدم رعایت استانداردهای سلامت و زیست‌محیطی، علیه این دولت اقامه دعوا کرد و ۲۵۰ میلیون دلار غرامت را بابت نقض حقوق بنیادین سرمایه‌گذاری مندرج در موافقت‌نامه نفتا خواستار شد. دولت کانادا نیز در مدت کمتر از یک ماه پس از احراز صلاحیت دادگاه داوری در استماع دعوا با پرداخت ۱۳ میلیون دلار و لغو ممنوعیت تولید افزودنی‌های گازوئیلی به حل و فصل اختلاف، تن داد. (Alvarez, 1997: 303-308)^۵

باید خاطرنشان کرد که هرچه مواد مرتبط با مصادره موسع‌تر تفسیر شود، تمایل و توانایی دولت میزبان را در خصوص حمایت و ارتقای حقوق بشر کاهش می‌دهد؛ بنابراین، تفسیر و استناد به مواد مرتبط با مصادره می‌تواند علتی برای نگرانی‌های حقوق بشری محسوب شود.^۶ توسعه دکتین مصادره در حقوق بین‌الملل و نیز آرای محاکم داوری ناشی از اختلاف

1. Expropriation.
2. Stabilization Clause
3. Ethyl.
4. Gasoline Additive.

۵. قضیه /یتیل همواره این ذهنیت منفی را ایجاد می‌کند که نفتا سندی است که به‌نحو قابل‌ملاحظه‌ای می‌تواند قواعد و مقررات حقوق بشری مشتمل بر سلامت و محیط‌زیست را دچار مخاطره کند. خوزه آلوارز، طعنه‌آمیز، فصل یازدهم نفتا را به‌عنوان یک معاهده حقوق بشری که صرفاً حمایت از منافع گروهی خاص تحت عنوان سرمایه‌گذاران خارجی را بر عهده دارد، توصیف می‌کند. همچنین معتقد است که فصل مذکور، عجیب‌ترین معاهده حقوق بشری است که تا کنون منعقد شده چرا که حقوق زیادی به تعداد اندکی اعطا کرده، لیکن حقوق کسانی را- شامل حقوق اقتصادی و کاری افراد، همان‌گونه که در مواد ۲۲ تا ۲۴ مقرر شده- که از سرمایه‌گذاری متضرر شده‌اند، نادیده می‌گیرد. ن.ک:

<http://www.naftaclaims.com/disputes-canada/disputes-canada-ethyl.htm>.last visited 15 June 2011.

6. UN Doc.E/CN.4/Sub.2, 2003, para. 35.

معاهدات دوجانبه یا غیر آن، نظیر نفتا و دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده امریکا می‌تواند استحکام‌بخش این نظر باشد که اعمال تعهدات حقوق بشری بر شرکت‌های فراملیتی به موجب شروط مصادره تضعیف می‌شود. شرط ثبات^۱ یا به اصطلاح، شرط توازن^۲ در راستای حمایت از سرمایه‌گذار خارجی در مقابل اقدامات تقنینی، اداری و قضایی دولت میزبان که ممکن است مؤخر بر زمان انعقاد معاهده رخ دهد در برخی از معاهدات گنجانده می‌شود. شرط ثبات، قرارداد سرمایه‌گذار خارجی را از مقولاتی نظیر وضع مالیات، کنترل‌های زیست‌محیطی و سایر نظامات و همچنین ابطال آن، قبل از انقضای مدت و زمان حیات قرارداد، مصون می‌دارد. (Somarajah, 2010: 282) شروط ثبات با حمایتی که از سرمایه‌گذار خارجی به عمل می‌آورد عملاً مانع وضع مقررات

حقوق بشری نسبت به سرمایه‌گذار خارجی می‌شود چراکه ضرورت دارد پس از انعقاد اجرایی شدن معاهده سرمایه‌گذاری، آثار آن بر رعایت حقوق بشر به کرات ارزیابی شود و در صورت نقض آن، امکان اصلاح فراهم شود که با اعمال این شرط، امکان‌پذیر است.^۳

ب. معیار رفتار با بیگانگان

در زمینه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، رفتار نشان‌دهنده رژیم حقوقی از زمان پذیرش سرمایه‌گذار خارجی نسبت به آن اعمال می‌شود. (Dozler & Stevens, 1995: 58) با وجودی که حقوق بین‌الملل، حداقل انصاف در رفتار با خارجی‌ان و سرمایه‌گذار خارجی را مقرر داشته، معاهدات دوجانبه عمدتاً قائل به استانداردهای بیشتری است که شامل رفتار منصفانه^۴، تضمین و حمایت

۱. از منظر سرمایه‌گذار، شرط ثبات، ابزاری جهت کاهش ریسک سرمایه در مقابل خطرات حاکمیتی نظیر سلب مالکیت، ملی کردن یا متروک شدن قرارداد است که در آن دولت میزبان می‌تواند شرایط زمان انعقاد معاهده را تغییر داده و شرایط جدیدی را به سرمایه‌گذار تحمیل کند. نگرانی‌ها در خصوص اعمال این شرط، عمدتاً نشأت گرفته از امکان تجاوز این شرط به توانایی تنظیم قواعد و سازوکارهای حمایت از حقوق بشر توسط دولت میزبان است. توجه ویژه به این شرط از سال ۲۰۰۳ و با انتشار یک قرارداد خصوصی توسط یک شرکت نفتی حاضر در پروژه لوله‌های نفتی باکو- تفلیس- جیحان صورت پذیرفت. فعالان و گروه‌های حقوق بشری معتقد بودند که حمایت‌های گسترده به نفع سرمایه‌گذاران در این پروژه، موجب عدم تمایل دولت‌های ترکیه، گرجستان و آذربایجان در ایفای تعهدات حقوق بشری‌شان به‌ویژه در زمینه عدم تبعیض، سلامت، رعایت استانداردهای بین‌المللی کار و حمایت از میراث فرهنگی و محیط‌زیست می‌شود، چرا که شرط ثبات گنجانده شده در این قرارداد، اعمال قوانین جدید نسبت به سرمایه‌گذار را محدود می‌کند یا اینکه برای اعمال قوانین لاحق، دول میزبان، ملزم به پرداخت غرامت به کنسرسیوم جهت پوشش هزینه‌های مربوط به انطباق آن با قوانین لاحق هستند. ن.ک: گزارش عفو بین‌الملل در خصوص پروژه لوله‌های نفتی باکو- تفلیس- جیحان:

Amnesty International Report on the BTC, Human Rights on the Line: The Baku- Tbilis-Ceyhan Pipeline Project, 2003, available at www.amnesty.org.uk/busin. last visited 8 May 2011.

2. Economic Equilibrium Clauses.

3. E/CN.4/Sub.2/2003, para. 31(c).

4. Fair and Equitable Treatment.

کامل، عدم تبعیض، رفتار ملی و ملت کامله الوداد می‌شود. رفتار مناسب و منصفانه، در عمده معاهدات دوجانبه گنجانده می‌شود و طرفین معاهده را ملزم به رعایت استانداردهای برگرفته از آن در قلمرو حاکمیتی خویش می‌کند؛ اما مشکل عمده، تعریف دقیق و مشخص رفتار مناسب و عادلانه است که همواره، هم در ادبیات حقوقی و نیز در رویه‌های داوری، تفسیرهای متعددی از آن شده است.^۱ (Subedi, 2008: 63)

در قضیه تکمد علیه دولت مکزیک، دادگاه به صراحت این دیدگاه را که شرط رفتار مناسب و منصفانه مندرج در معاهده بین مکزیک و اسپانیا چیزی فراتر از استانداردهای حداقلی حقوق بین‌الملل عرفی نیست، رد کرد.^۲ سورناراجه در این زمینه اظهار می‌دارد: «در مقطعی فرض بر آن بود که این معیار، حمایتی فراتر از حداقل استانداردهای بین‌المللی است، اما دعاوی مطروحه نفتا نشان‌دهنده این نظر است که معیار رفتار مناسب و عادلانه، فراتر از حداقل استانداردهای حقوق بین‌الملل عرفی نیست. در موافقت‌نامه تجارت آزاد بین سنگاپور و ایالات متحده امریکا نیز چنین رویکردی تأیید شده است. (Sornarajah, 2010: 204) ممکن است شرط رفتار مناسب و عادلانه، با حقوق بشر، تقابل پیدا کند زیرا اقدامات تقنینی، اداری و قضایی دولت میزبان بر مبنای هنجارها و ملاحظات حقوق بشری می‌تواند منجر به عدم رعایت حداقل استانداردهای بین‌المللی شود که این خود طرح دعوی سرمایه‌گذار علیه دولت را در پی دارد. (Jacob, 2010: 17) از شروط دیگر حمایتی در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، عدم تبعیض در قالب رفتار ملی^۳ و رفتار ملت کامله الوداد^۴ است. برخی از اختلافات سرمایه‌گذاری در سالیان اخیر، حاکی از تأثیر منفی رفتار ملی بر توانایی تنظیم قواعد حقوق بشری دولت میزبان نسبت به سرمایه‌گذاران خارجی در قلمرو حاکمیتی آن است زیرا گاهی ممکن است دولت برای حمایت از صنایع و شرکت‌های داخلی، آنان را از شمول مقررات خاصی مبرا بداند. با توسل به این معیار، شرکت‌های سرمایه‌گذار خارجی نیز علی‌الاصول از این امتیاز برخوردار

۱. به‌عنوان مثال، یک دادگاه ایکسید با بیان دشواری تعریف این معیار حمایتی در قضیه Noble Ventures. V Romania بیان داشت که این معیار، یک استاندارد کلی است که اعمال خاص آن در خصوص تعهد به تأمین و حمایت همه‌جانبه، ممنوعیت معیارهای خودسرانه و تبعیض آمیز و تعهد به رعایت الزامات قراردادی نسبت به سرمایه‌گذار مشاهده می‌شود. ن. ک:

(Noble Ventures Inc. v. Romania, ICSID, ARB/01/11, 2005, para.112).

۲. در قضیه اختلاف MTD Equity V. Republic of Chile نیز در سال ۲۰۰۴، دادگاه داوری بر استانداردهای تصریح‌شده در قضیه Tecmed تأکید می‌کند. (MTD Equity SDN & MTD Chile SA v. The Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/07, 2004, Paras. 114-115). Tecmed, S.A v. United Mexican States, Case No. ARB(AF)/00/2, 2003, para. 155.

3. National Treatment.

4. Most Favored Nation Treatment.

می‌شوند. به‌عنوان مثال، در قضیه *Occidental V. Ecuador*، دادگاه داوری ادعای خواننده را که یک شرکت نفتی بود پذیرفت. ادعا این بود که قطع استرداد مبالغ مالیات بر ارزش افزوده نسبت به این شرکت، نقض شرط رفتار ملی است چراکه سایر صادرکنندگان داخلی در اکوادور کماکان از استرداد این مبالغ برخوردارند.^۱

این قائل شدن امتیاز بنا بر اصل رفتار ملی یا شرط ملت‌های کامله‌الوداد، کاهش‌دهنده صلاحیت و اختیار دولت میزبان در تمییز سرمایه‌گذاران خارجی بر مبنای ملاحظات حقوق بشری می‌شود. به‌عنوان مثال، در قضیه اختلاف شرکت اسپانیایی *تیکم* با *مکزیک*، خواننده مدعی بود که دولت *مکزیک*، اجازه فعالیت وی را تمدید نکرده است اما به سایر شرکت‌های خارجی و شرکت‌های داخلی اجازه فعالیت نامحدود داده شده که این نقض شرط رفتار ملت کامله‌الوداد و رفتار ملی است. باوجودی که دادگاه این استدلال را رد کرد، لازم به ذکر است که رد این ادعاها به اعتبار اجرایی نشدن معاهده دوجانبه بین اسپانیا و *مکزیک* در زمان اقامه دعوا از سوی شرکت اسپانیایی بود و دادگاه، نظری در خصوص احتمال نقض معاهده به اعتبار استدلال مذکور ارائه نکرد.^۲

۲-۴. معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و تحقق تدریجی حقوق بشر^۳

همان‌گونه که معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری می‌تواند محدودیت‌هایی بر اختیار و صلاحیت دولت میزبان در خصوص اعمال سازوکارهای حقوق بشری بر سرمایه‌گذاران خارجی وارد کند، به همین ترتیب نیز می‌تواند دولت میزبان را از محقق کردن نسل دوم و سوم حقوق بشر بازدارد. عمده مصادیق حقوقی که متأثر از معاهدات سرمایه‌گذاری می‌شود، عبارت است از حق بر اشتغال، خدمات پزشکی، مسکن، آموزش، بیمه‌های بازنشستگی، حق بر غذا، محیط‌زیست سالم، توسعه، صلح و نیز میراث فرهنگی مشترک. (Meyer, 2006: 117) دولت میزبان، آن‌چنان متعهد به حمایت از سرمایه‌گذار می‌شود که وضعیت مخاطره‌آمیز حقوق بشر را نادیده می‌گیرد. در این بخش، آثار معاهدات دوجانبه بر اعمال سیاست‌هایی که دولت میزبان

1. LCIA Case No. 3467, available at: <http://ita.law.uvic.ca/documents/oxyEcuadorfinalaward-001.pdf>, paras. 168-79. last visited 1 June 2011

2. Tecmed, S.A v. United Mexican States, Case No. ARB(AF)/00/2, 2003, paras. 179-82.

3. Progressive Realization.

مفهوم تحقق تدریجی، این حقیقت را تصدیق می‌کند که تحقق کلیه حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به‌طور کلی در یک دوره زمانی کوتاه محقق نخواهد شد. تعهد در این مفهوم، متفاوت از تعهد فوری به رعایت و تضمین حقوق مندرج در ماده ۲ میثاق حقوق سیاسی و مدنی است چرا که میثاق در خصوص تعهدات دولت‌ها راجع به حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی به محدودیت‌های وارد بر منابع در دسترس آنان توجه می‌کند.

(General Comment No.3, The Nature of State Parties Obligations, 1991, para.9)

برای تحقق تدریجی حقوق بشر پیش‌بینی کرده، بررسی می‌شود.

الف. ممنوعیت الزامات رفتاری^۱

الزامات رفتاری به وسیله دولت میزبان به منظور تضمین اینکه سرمایه‌گذار خارجی درصدی از تولیداتش را صادر کند، تولیدات و خدمات داخلی دولت میزبان را خریداری و از نیروی کار محلی استفاده کند، اعمال می‌شود. (Mann, 2008: 4)

از دیدگاه کشورهای در حال توسعه، تحمیل چنین شرایطی، ارزش سرمایه‌گذاری خارجی را ارتقا می‌دهد، چراکه به واسطه اعمال صادرات، کشور سرمایه‌پذیر، ارزش بیشتری را به نسبت سودی که سرمایه‌گذار خارجی به واسطه حضور آنان در بازار داخلی آن تحصیل می‌کند، کسب خواهد کرد. از دیگر مزایای شرط صادرات، مهیا کردن شرایط بازار برای حضور کارآفرینان داخلی است. (Sornarajah, 2010: 205-06) دول میزبان، همواره در پی اعمال این شرط به منظور انتفاع بیشتر از حضور سرمایه خارجی در کشورشان هستند. (World Investment Reports 2003:10, Last Visited 10 June 2011) معمولاً تصریحی در خصوص الزامات رفتاری ندارند، در حال حاضر، برخی از این معاهدات که عمدتاً ایالات متحده و کانادا منعقد می‌کنند، این شرط را ممنوع کرده است. (Sornarajah, 2010: 206)^۲ ممنوعیت الزامات رفتاری در بسیاری از موارد، منجر به عدم کارایی معیارهای تقنینی اداری و قضایی دولت میزبان در راه تحقق تدریجی توسعه پایدار و نیز حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی می‌شود. گاهی اعمال الزامات رفتاری مانند به کارگیری نیروی انسانی بومی می‌تواند ارتقادهنده حق بر فرهنگی خاص یا حمایت از اقلیت‌های زبانی در یک منطقه یا ایجاد فرصت‌های شغلی برای بومیان مناطق ضعیف و محروم باشد.^۳ انتقال فناوری،^۴ دانش فنی^۵ و پیشرفت علمی و نوآوری از مهم‌ترین منافع است که به‌زعم آنکتاب، دولت‌های پذیرنده سرمایه به دنبال آن هستند. مهم‌ترین منابع این خلاقیت و نوآوری‌ها شرکت‌های فراملیتی هستند. بند (ب) ماده ۱۵ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی نیز «حق هر فرد انسانی بر برخورداری

1. Prohibition of Performance Requirements.

۲. کشورهای توسعه‌یافته و صنعتی به شدت با این شرط مخالف‌اند و معتقدند که الزامات رفتاری با اعمال کنترل، موجب تضعیف کارکرد اصلی بازار و تجارت جهانی می‌شود. موافقت‌نامه مربوط به جنبه‌های تجاری سرمایه‌گذاری (TRIMS Agreement) سازمان تجارت جهانی نیز اعضای سازمان را از پذیرش چنین شرطی منع کرده است. البته لازم به ذکر است که ممنوعیت تصریح‌شده در TRIMS گسترده‌تر از ممنوعیت آن در معاهدات سرمایه‌گذاری است. (UNCTAD, 2001, p. 108)

3. E/CN.4/sub.2/2003, Para. 31(b).

4. Transfer of Technology.

5. Know-how.

از پیشرفت‌های علمی» را تصدیق کرده است؛ اما معاهدات دوجانبه، دولت‌ها را از مشروط کردن پذیرش سرمایه خارجی به انتقال فناوری توسط شرکت‌های فراملیتی منع می‌کند که این خود عامل بسیار محدودکننده دولت میزبان در تحقق تعهدات حقوق بشری‌اش به موجب میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی است.

ب. ممنوعیت اعمال محدودیت بر انتقال سرمایه

غالب معاهدات دوجانبه، در بردارنده شروط تضمین‌کننده انتقال آزاد کلیه وجوهات و مبالغ مربوط به سرمایه است. (Dozler & Stevens, 1995: 85-96) انتقال افسارگسیخته و عاری از کنترل سرمایه، بی‌ثباتی اجتماعی و مالی نیز مانعی در جهت رسیدن به اهداف توسعه‌ای دولت میزبان است.^۱ بی‌ثباتی اقتصادی ناشی از عدم کنترل انتقال سرمایه، آثار منفی در برخورداری از حقوق بشر دارد به نحوی که منابع مالی بودجه را که برای تحقق تدریجی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و همچنین حق بر توسعه اختصاص یافته، کاهش می‌دهد. کارشناس مستقل حق بر توسعه، بحران اقتصادی و مالی جنوب شرق آسیا را در نیمه دوم دهه ۹۰ تجربه‌ای کلی ناشی از این امر می‌داند.^۲ البته عدم کنترل گردش سرمایه، یکی از چندین عواملی است که موجبات بحران شدید مالی در شرق آسیا را فراهم آورد.^۳

ج. مصادره مستقیم^۴ و ملی کردن^۵

غرامت پیش‌بینی شده در معاهدات دوجانبه می‌تواند در جهت اعمال اصلاحات گسترده دولت میزبان در جهت تحقق حق بر تعیین سرنوشت^۶ از طریق فرایند بومی‌سازی^۷ (Dozler & Stevens, 1995: 98) یا انتقال حقوق مالکانه منابع طبیعی از شرکت‌های خصوصی به دولت میزبان، مانع شود. آفریقای جنوبی در سال ۲۰۰۲، قانون منابع نفتی و معدنی^۸ را به تصویب

۱. دولت‌ها حق دارند قواعدی وضع کنند یا به موجب تعهدات حقوق بشری‌شان مکلف به وضع قواعد هستند. این تکلیف شامل تعهد به اجرای تعهدات به واسطه اعمال معیارهای مقتضی تقنینی است. بند ۳ ماده ۲ اعلامیه حق بر توسعه نیز دولت‌ها را مکلف به تنظیم سیاست‌ها و سازوکارهای مناسب جهت توسعه ملی دانسته است که این تعهد می‌تواند مشتمل بر به کارگیری سازوکارهای کنترل سرمایه باشد. ن.ک:

1. E/CN.4/sub.2/2003, para 31.

2. E/CN.4/2003/WG.18, Para.30.

3. E/CN.4/sub.2/2003/9, Para.8. See for Further study: M.C.Davis, "The Political Economy and Culture of Human Rights in East Asia", Cited in S. Joseph and A. McBeth (Eds.), Research Handbook on International Human Rights Law, Edward Elgar, 2010, pp. 414-439.

4. Direct Expropriation.

5. Nationalization.

6. Right to Self-determination.

7. Indigenization Process.

8. Mineral and Petroleum Act.

رساند که مستلزم انتقال مالکیت‌های خصوصی در این حوزه به دولت در جهت صدور مجوز اکتشاف و بهره‌برداری بود. به موجب قانون مذکور، صدور مجوز، منوط به رعایت شرایط نظیر برابری در اشتغال، توسعه منابع انسانی، توسعه روستایی و ارتقای شرایط مسکن و معیشت و درنهایت، حق بومیان بر منابع طبیعی خویش بود. پس از تصویب قانون مذکور، دولت‌های بریتانیا، بلژیک و لوکزامبورگ، این قانون را ناقض شرایط مصادره بر اساس معاهدات دوجانبه با آفریقای جنوبی قلمداد کردند (Schutter, 2006:123) که درنهایت، دولت آفریقای جنوبی در مذاکرات با این سرمایه‌گذاران، اصلاحاتی نویدبخش در این خصوص را به آنان نوید داد. (Schutter, 2006:123)

اقدامات سرمایه‌گذاران خارجی در چندین کشور، به‌ویژه کشورهای در حال توسعه، آثار منفی اجتماعی، زیست‌محیطی و حقوق بشری داشت.^۱ لطمه به شخصیت انسانی افراد، نقض حقوق مالکانه آنان نسبت به منابع طبیعی خویش و نیز آثار زیست‌محیطی اقدامات توسعه‌ای از جمله این آثار منفی است. به‌عنوان مثال، متصاعد شدن ۴۰ تن گاز سمی از مخازن کارخانه تولیدکننده مواد آفت‌کش وابسته به شرکت فراملیتی کاربید^۲ در بوپال^۳ هند در شب سوم دسامبر ۱۹۸۴ یک فاجعه انسانی را در پی داشت که در آن ۵۰۰۰ نفر کشته و ۵۰۰۰۰۰ نفر مسموم شدند. همچنین، این فاجعه منجر به تولد ۱۰۰۰۰۰ کودک ناقص‌الخلقه از والدینی شد که در معرض استنشاق این گاز سمی قرار گرفته بودند. (Nada & Bailey, 1988: 155, 165-70) نمونه مذکور در واقع ارزیابی حقوق بشری معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری را که نشان‌دهنده شکاف میان استانداردهای حقوق بشری و رویه عملی سرمایه‌گذاران خارجی است، ایجاب می‌کند. این معاهدات، گستره وسیعی از حقوق بشر، نظیر حق بر تعیین سرنوشت، حق بر حریم شخصی، آزادی ارتباطات، حق بر معیشت مناسب و کار شایسته را تحت تأثیر قرار داده است.^۵

۱. برای مطالعه بیشتر در خصوص آثار زیان‌بار سرمایه‌گذاری خارجی بر وضعیت حقوق بشر، ن.ک:

United Nations Research Institute for Social Development, *States of Disarray: The Social Effects of Globalization*, UN, Geneva, 1995; UNRISD, *Visible Hands: Taking Responsibility for Social Development*, UN, Geneva, 2000.

2. Carbide.

3. Bhopal.

۴. مشکلات اقتصادی مضاعف، خسارات زیست‌محیطی و فقر انسانی شدید، از دیگر آثار این فاجعه بود. اهالی این منطقه، چندین بار در محاکم داخلی آمریکا علیه این شرکت که شرکت داو (Daw) جانشین آن شده بود اقامه دعوا کردند که هر بار به توجهات مختلف رد شد و قربانیان این فاجعه، هیچ غرامت یا مساعدت اقتصادی و بهداشتی دریافت نکردند.

۵. مستندات مورد استفاده، برگرفته از تحقیق میدانی با ارزشی است که مرکز بین‌المللی حقوق بشر و توسعه دموکراتیک (International Center for Human Rights) در سال‌های ۲۰۰۴ تا ۲۰۰۷ با عنوان ارزیابی حقوق بشری طرح‌های

سرمایه‌گذاری انجام داد.

نتیجه

در عصر جهانی شدن، سرمایه‌گذاری، ضرورتی ملی و بین‌المللی است که دولت‌های سرمایه‌فرست و سرمایه‌پذیر و به تعبیر بهتر، کل جامعه بین‌المللی به اهمیت آن واقف شده‌اند. تصویب قوانین ملی جذب و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، یکی از مهم‌ترین گام‌هایی است که دولت‌های در حال توسعه برای تشویق سرمایه‌گذاری خارجی برداشته‌اند. عقد معاهدات دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذار خارجی را از حمایت‌های بین‌المللی برخوردار می‌کند و بیم و نگرانی ناشی از تغییر قوانین داخلی را کاهش می‌دهد. از سوی دیگر نباید از روند فزاینده توسعه حقوق بشر و نفوذ آن در کلیه حوزه‌های روابط بین‌المللی غفلت کرد. حقوق بشر، چه به اعتبار موضوع و چه از حیث هدف نمی‌تواند از نفوذ در هیچ حوزه روابط اجتماعی بین‌المللی بازماند.

معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری که در نگاه اول، نوعی توازن منافع و مصالحه میان دو دولت سرمایه‌فرست و سرمایه‌پذیر است، نمی‌تواند از چارچوب نظام حقوقی بین‌المللی که این معاهدات در آن منعقد، تفسیر و اجرا می‌شود خارج بماند؛ نظامی که در آن تعهدات و الزامات حقوق بشری عموماً با ویژگی‌هایی چون تعهدات عام و فراگیر و قواعد آمره توصیف می‌شود. معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری به علت حمایت‌های زیاد از سرمایه‌گذار، از این ظرفیت برخوردار است که آثار سوئی بر تحقق و اجرای تعهدات حقوق بشری دول میزبان داشته باشد.

با وجود اینکه غالب معاهدات سرمایه‌گذاری در خصوص حقوق بشر سکوت کرده است، این به آن معنا نیست که موضوعات حقوق بشری، ارتباطی به اختلافات میان سرمایه‌گذاران خارجی و دول میزبان ندارد. در برخی از پرونده‌های داوری، طرف سرمایه‌گذار یا داوران برای تفسیر تعهدات موجود در معاهدات دوجانبه، به حقوق بشر استناد کرده‌اند. این مسئله در حال حاضر در داوری‌های سرمایه‌گذاری پذیرفته شده که قواعد و مقررات قابل اعمال در اختلافات سرمایه‌گذاری، مشتمل بر کلیت حقوق بین‌الملل است که این خود می‌تواند سایر جنبه‌های غیراقتصادی حقوق بین‌الملل و به‌ویژه حقوق بین‌الملل بشر را نیز دربر گیرد.

بر این اساس تا زمانی که اصلاحات گسترده‌ای در خصوص نظام بین‌الملل حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی انجام نگرفته است، دولت‌ها باید در تلاش برای حفظ و تحقق تعهدات خود در قبال پاسداری از منافع عمومی و حقوق بنیادین بشر که ممکن است تحت تأثیر تعهدات تحمیل شده به موجب معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری قرار بگیرد، با اتخاذ دفاعیات حقوق بشری در داوری‌های سرمایه‌گذاری، رویه مشترکی را در این نظام حقوقی ایجاد کنند. با وجودی که به نظر می‌رسد دفاعیات حقوق بشری در غالب داوری‌های سرمایه‌گذاری، توفیق

چندانی نداشته است، تکرار چنین رویه‌های مشترکی می‌تواند نشان‌دهنده اعتقاد حقوقی^۱ دولت‌ها در جهت اصلاح نظام حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در قبال تعهدات عام‌الشمول^۲ حقوق بشر باشد. باین حال، رژیم حقوقی حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی مستلزم تغییر و اصلاحات بیشتر در جهت احترام به حقوق بشر و تضمین رعایت آن است.

1. *Opinio Juris*.
2. *Erga Omnes*.

منابع

الف) فارسی

- محبی، محسن، (۱۳۸۶)، مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین‌المللی: سلب مالکیت و غرامت در قراردادهای نفتی، چاپ اول، تهران: شهر دانش.

ب) انگلیسی

Books

- Benedekand, W & Feyter, K. Marrella, F. (2007), *Economic Globalization and Human Rights*, Cambridge University Press.
- Davis, M. C. (2010), *The Political Economy and Culture of Human Rights in East Asia*, cited in S. Joseph and A. McBeth (Eds.), *Research Handbook on International Human Rights Law*, Edward Elgar.
- Dolzer, R. and Stevens, M, (1995), *Bilateral Investment Treaties*, MartinusNijhoff.
- Dupuy, P, M. Francioni, F. and Petersman, E. U.(eds), (2009), *Human Rights in International Investment Law*, Oxford University Press.
- Emberland, M, (2006), *The Human Rights Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford University Press.
- Meyer, W. H. (2006), *Human Rights and Interventional Political Economy in Third World Nations: Multinational Corporation, Foreign Aid and Repression*, Quoted in O.D. Schutter, *Transnational Corporations and Human Rights*, HART Publishing.
- Sornarajah, M, (2010), *The International Law on Foreign Investment Law*, Cambridge University Press, Third Edition.
- Subedi, S. P. (2008), *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing.

Articles

- Aaken, A. v.(2003), "Fragmentation of International Law: The case of International Investment Protection", *Finnish Yearbook of International Law*, Vol. VII.
- Alvarez, J. (1997), "Critical Theory and the North American Free Trade Agreement's Chapter Eleven", *Miami Inter-American Law Review*, Vol. 28, No.2.
- Bachand, R. and Rousseau, S. (2003), "International Investment and Human Rights: Political and Legal Issues", International Center for Human Rights and Democratic Development.

- Carty, A. (1991), "Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law", *EJIL*, Vol. 2.
- Denza, E. And Brooks, S. (1987), "Investment Protection Treaties: The United Kingdom Experience", *ICLQ*, Vol. 36.
- Fry, J. D. (2007), "International Human Rights Law in Investment Arbitrations: Evidence of International Law's Unity", *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 18.
- Howes, R. and Matua, M. (2000), "Protection Human Rights in the Global Economy: Challenges for the World Trade Organization", International Center for Human Rights and Democratic Development.
- Jacob, M. (2010), "International Investment Agreements and Human Rights", Institute for Development and Peace.
- Mann, H. (2008), "International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities", International Institute for Sustainable Development.
- Nada, V. P. (1988/1989), "Export of Hazardous Waste and Hazardous Technology: A Challenge for International Environmental Law", *Denver Journal of International Law and Policy*, Vol. 17.
- Neumayer, E. and Spess, L. (2005), "Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?", *World Development*, Vol. 33, No. 10.
- Peterson, E. and Gray, K. R. (2003), "International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and Investment Treaty Arbitration", International Institute for Sustainable Development.
- Peterson, L. E and Gray, K. (2003), "International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and Investment Treaty Arbitration", working paper for the Swiss Ministry for Foreign Affairs, April.
- Suda, R. (2005), "The Effect of Bilateral Investment Treaties on Human Rights Enforcement and Realization", Global Law Working Paper 01/05 Symposium Transnational Corporations and Human Rights, New York School of Law.
- Tobin, J. And Ackerman, R. (2003), "Foreign Direct Investment and the Business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties", William Davidson Institute Working Paper No. 587, June.
- Vandeveld, K. (1998), "Sustainable Liberalism and International Investment Regime", *Michigan JIL*, Vol. 1.

Cases (Arranged by date)

- Phoneix Action Ltd. v. Czech Republic, (2009), ICSID Case No. ARB/06/5, April 15.

- Fireman's Fund Insurance Company v. United Mexican States, (2006), ICSID Case No. ARB (AF)/02/01, Award of July 17.
- Azurix v. Argentina, (2006), ICSID No. ARB/01/12, Award of July 14.
- Noble Ventures Inc v. Romania, (2005), ICSID Case No. ARB/01/11.
- CMS Gas Transmission Company v. Argentina, (2005), ICSID, No. ARB/01/8, Award of May.
- MTD Equity sdn and MTD Chile SA v. The Republic of Chile, (2004), ICSID Case No. ARB/01/7.
- Tecmed, S. A v. United Mexican States, (2003), ICSID Case No. ARB (AF)/00/2/, Award of May 29.
- Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v. The United Mexican States, (2003), ICSID No ARB (AF) /00/2.
- Mondev International Ltd. v. United States of America, (2002), ICSID Case No. ARB (AF)/99/2, Award October 11.
- Ronald Lauder v. Czech Republic, (2001), UNCITRAL Final Award of September 3.
- Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt, (1992), ICSID Case No. ARB/84/3, Award of May 20.

Documents

- United Nations Conference on Trade and Development, (2011), World Investment Report.
- UNCTAD, Selected Recent Development in International Investment Agreement Arbitration and Human Rights, (2009), IIA Monitor, No. 2.
- UN Economic and Social Council; Human Rights, Trade and Investment, Report of High Commissioner for Human Rights, (2003), UN Doc. E/CN.4/sub.2.
- United Nations Conference on Trade and Development, (2003), World Investment Report.
- UNCTAD, World Investment Report, (2001), Non-Equity Modes of International Production and Development.
- Economic and Social Council, "Globalization and Its Impact on the Enjoyment of All Human Rights", (2002), Report of the High Commission to the Commission of Human Rights.
- UNRISD, Visible Hands: Taking Responsibility for Social Development, (2000), UN, Geneva.
- United Nations Research Institute for Social Development, (1995), States of Disarray: The Social Effects of Globalization, UN, Geneva.