

معیار محاسبهٔ خسارت ناشی از نقض قرارداد سرمایه‌گذاری در فقه اسلامی و رویهٔ داوری بین‌المللی*

- غلامرضا یزدانی^۱
- محسن محبی^۲
- محمد امامی^۳

چکیده

معیار ارزیابی خسارت و غرامت، نقش مهمی در ارزیابی خسارت‌ها و غرامت‌ها در قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی بازی می‌کند. سؤال اساسی در مواردی که نقض تعهدات بین‌المللی یا قراردادی از سوی کشور میزبان سرمایه‌مطرح می‌شود، این است که آیا دولت میزبان مکلف به پرداخت «غرامت کامل» است یا «غرامت جزئی»؟ به دیگر سخن، پرداخت خسارت آیا باید به گونه‌ای باشد که سرمایه‌گذار خارجی در موقعیتی قرار گیرد که اگر نقض تعهد صورت نمی‌گرفت، در آن موقعیت قرار می‌گرفت یا اینکه تکلیف دولت صرفاً جبران خساراتی است که واقعاً و بالفعل بر سرمایه‌گذار وارد شده است. دیوان‌های

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱۰/۱۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۷/۲۹.

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه علوم اسلامی رضوی (ygholamreza@chmail.ir).
۲. استادیار دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران (sd.mohebi@gmail.com).
۳. استادیار دانشگاه علوم اسلامی رضوی (نویسندهٔ مسئول) (dr.imami@razavi.ac.ir).

داوری تا کنون معیار یکسانی را برای ارزیابی خسارت‌ها اتخاذ نکرده‌اند و بسیاری از آن‌ها همان معیار پرداخت غرامت در موارد سلب مالکیت را ملاک عمل قرار می‌دهند. یعنی در موارد نقض تعهدات سرمایه‌گذاری، از غرامت کامل و در موارد نقض قرارداد سرمایه‌گذاری، از معیار غرامت جزئی تبعیت می‌کنند. به نظر می‌رسد در فقه اسلامی همین معیار دوم یعنی غرامت جزئی بیشتر مورد توجه فقهای معاصر قرار گرفته باشد.

واژگان کلیدی: غرامت، خسارت، معیار ارزیابی، داوری، سرمایه‌گذاری.

مقدمه

بی‌تردید امروزه سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، نقش حیاتی در توسعه اقتصادی کشورها به ویژه کشورهای در حال توسعه ایفا می‌کند. سرمایه‌گذاری خارجی باعث انتقال فناوری و دانش فنی، ورود سرمایه به کشور میزبان، افزایش رقابت‌پذیری در اقتصاد داخلی و بهبود و ارتقای زیرساخت‌ها، راه‌های مواصلاتی، سدها و فرودگاه‌ها می‌شود. از این رو کشورهای در حال توسعه تلاش می‌کنند تا زمینه جذب هر چه بیشتر سرمایه‌گذاری‌های خارجی را فراهم سازند. بسیاری از کشورها به منظور ایجاد محیط حقوقی مطلوب و تشویق سرمایه‌گذاران خارجی جهت سرمایه‌گذاری در آن‌ها، اقدام به تصویب قوانینی تحت عنوان قوانین سرمایه‌گذاری خارجی می‌نمایند. علاوه بر این، دولت‌ها با انعقاد معاهدات دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری، تضمین‌های حقوقی بین‌المللی به سرمایه‌گذاران خارجی اعطا می‌کنند.

اگر سرمایه‌گذار خارجی در حین عملیات سرمایه‌گذاری با بدعهدی یا نقض قرارداد از سوی دولت میزبان مواجه شد و متحمل خسارت گردید، رویه بین‌المللی، دولت میزبان را مسئول جبران خسارت می‌داند.

امروزه از مهم‌ترین و پرچالش‌ترین مباحث مربوط به مسئولیت دولت، شیوه ارزیابی خسارات وارده به سرمایه‌گذار خارجی است و از جمله مباحثی که در ارزیابی خسارات، سؤال برانگیز می‌باشد، معیار ارزیابی خسارات است. سؤال اساسی این است که در موارد فوق، «غرامت کامل» باید پرداخت شود یا پرداخت «غرامت جزئی» کفایت می‌کند؟ قطعنامه شماره ۱۸۰۳ مجمع عمومی سازمان ملل را می‌توان آخرین توافق صریح بین‌المللی در این باره به شمار آورد. در ماده ۴ این قطعنامه، تعهد به پرداخت

«غرامت مناسب» آمده است که مطابق حقوق بین‌الملل باید توسط یک نهاد قضایی بین‌المللی (دادگاه یا دیوان داوری بین‌المللی) قابل ارزیابی باشد. با وجود این، امروزه بعضاً میزان خسارت با توجه به موقعیت مالی کشورهای میزبان سرمایه بررسی می‌شود.

در فقه اسلامی نسبت به خسارات ناشی از نقض قرارداد، دو دیدگاه مختلف وجود دارد. برخی بر این باورند که صرف نقض قرارداد، ضمان‌آور نیست و خسارات ناشی از نقض قرارداد بر عهده ناقض قرارداد قرار نمی‌گیرد (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۴۸۳). دلیل این مسئله را باید در موارد مسئولیت و ضمان در فقه جستجو کرد. از نگاه این گروه، مواردی که منجر به مسئولیت مدنی می‌شود، در فقه، محدود و محصور است نظیر اتلاف، تسبیب و... و در فقه سخنی از نقض قرارداد به عنوان یکی از منابع مسئولیت مدنی به میان نیامده است. از این رو، خسارات ناشی از نقض قرارداد، به خودی خود قابل جبران نیستند. البته اگر در مواردی عنوان تسبیب (مطهری، ۱۳۷۳: ۵۶/۱۹) یا غرور (محقق داماد، بی‌تا: ۳۴) یا سوءاستفاده از حق (صفایی و امامی، ۱۳۹۰: ۳۴) بر نقض قرارداد منطبق شود، در این صورت به خاطر یکی از این عناوین و نه به خاطر صرف نقض قرارداد، زیان دیده می‌تواند خسارات ناشی از نقض را مطالبه نماید.

ماده ۲۲۱ قانون مدنی با الهام از همین دیدگاه فقهی، خسارات ناشی از نقض قرارداد را قابل مطالبه نمی‌داند. به موجب این ماده:

اگر کسی تعهد اقدام به امری را بکند یا تعهد نماید که از انجام امری خودداری کند، در صورت تخلف، مسئول خسارت طرف مقابل است، مشروط بر اینکه جبران خسارت تصریح شده و یا تعهد عرفاً به منزله تصریح باشد و یا بر حسب قانون موجب ضمان باشد.

به نظر می‌رسد این دیدگاه مردود است و مطابق ادله فقهی، خسارات ناشی از نقض قرارداد قابل مطالبه‌اند. برای اثبات این نظر می‌توان به ادله زیر اشاره نمود:

۱. توجه به اراده واقعی یا مفروض طرفین: هر گاه شخصی قراردادی را منعقد نماید، به دنبال اجرای آن است و نظر به اجرای آن دارد به طوری که اگر می‌دانست که طرف مقابل آن را اجرا نخواهد کرد، هیچ‌گاه وارد معامله نمی‌شد. حال طبیعی است که اگر متوجه شود و بداند که طرف مقابل آن را اجرا نخواهد کرد و از عدم اجرای

وی، خسارتی به او وارد می‌شود، اراده‌اش به ضامن بودن طرف مقابل تعلق می‌گیرد. به عبارت دیگر، شخص با این نیت قرارداد را منعقد می‌کند که اجرا شود و اگر طرف مقابل تخلف کرد و از تخلف او خسارتی به بار آمد، وی مسئول باشد. این مطلب به قدری از نگاه طرفین قرارداد، روشن و واضح است که اگر در حین انعقاد قرارداد از آن‌ها سؤال شود که اگر طرف مقابل نقض قرارداد کرد و در نتیجه نقض، خسارتی به متعهدله وارد شد، چه باید کرد؟ بی‌تردید هر دو طرف، طرف متخلف را مسئول خواهند شمرد. همین واقعیت نشانگر آن است که اراده طرفین بر ضامن بودن ناقض قرارداد تعلق گرفته است.

۲. بنای عرف و عقلا در مورد تعهدات و بستن قرارداد بر اساس این معیار عرفی مقتضی ضمانت می‌باشد.

۳. از روایاتی که به طور پراکنده در ابواب مختلف فقهی وارده شده‌اند می‌توان به این نتیجه رسید که از نگاه ائمه اطهار علیهم‌السلام لزوم جبران خسارت ناشی از نقض قرارداد، امری بدیهی و روشن بوده است؛ از جمله می‌توان به صحیح‌ه ابی‌الصباح اشاره کرد. در این روایت نیز از امام علیه‌السلام سؤال می‌شود که آیا قصار، ضامن است؟ حضرت به صورت یک قاعده کلی می‌فرماید:

آری، هر کسی که ثمنی دریافت می‌کند تا مالی را اصلاح کند ولی آن را خراب می‌کند، ضامن می‌باشد (حز عاملی، ۱۴۰۹: ۱۴۲/۱۹).

۴. استدلال به فتاوی فقهی در ابواب خاصه: هرچند در فقه مسئله حاضر به طور مستقل مورد تحقیق قرار نگرفته است، فقها در ابواب پراکنده، فروعاتی را مطرح کرده‌اند که نشانگر این است که خسارات ناشی از نقض قرارداد را ضامن‌آور می‌دانند؛ برای نمونه، فرعی در فقه مطرح شده است با این عنوان که فردی فرزند خود را به منظور آموزش شنا به یک معلم می‌سپارد و او غرق می‌شود، آیا معلم ضامن است یا خیر؟ در ضمان معلم اختلافی نیست، ولی در مبنای این ضمان، اختلاف نظر وجود دارد. برخی مسئولیت معلم را مسئولیت محض و بدون نیاز به احراز تقصیر می‌دانند که حتی اگر ثابت شود که معلم هیچ افراط و تفریطی هم نکرده است، باز هم ضامن خواهد بود. از جمله طرفداران این نظریه، علامه حلی (۱۴۱۰: ۲۲۶/۲)، شهید اول (عاملی،

۱۴۱۰: ۲۷۷)، شهید ثانی (عاملی جبعی، ۱۴۱۰: ۱۴۹/۱۰) و صاحب جواهر (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۰۷/۴۳) می‌باشند. البته در مقابل، گروهی از جمله محقق اول (محقق حلّی، ۱۴۰۸: ۲۳۷/۴) مبنای مسئولیت را تفریط و تقصیر می‌دانند. از روایات غرق شدن صغیر شاید بشود چنین معیاری را برداشت نمود که هرچند ضمانت مری شرط نشده لکن چون متری صغیر است، به طور متعارف بنای طرفین بر مراقبت از سوی مری و ضمانت وی در صورت غرق شدن است.

۱. کارکرد خسارات

قبل از پرداختن به مسئله اصلی (معیار ارزیابی خسارات) پاسخ به این سؤال ضروری می‌نماید که کارکرد و هدف جبران خسارت در موارد نقض عهد از سوی کشور میزبان چیست؟ اهمیت پاسخ‌گویی به این سؤال دوچندان می‌شود آنگاه که توجه نماییم بسته به هدف از جبران خسارات، معیار ارزیابی آن متفاوت خواهد شد. عموماً برای لزوم پرداخت خسارت، دو کارکرد در نوشته‌های حقوقی عنوان شده است؛ جبران خسارت و تنبیه متخلف.

بر اساس کارکرد نخست، هدف از الزام متخلف به پرداخت خسارت، آن است که خسارات وارده به متضرر جبران گردد. در این دیدگاه، آنچه در قراردادها اهمیت بیشتری دارد، حمایت از شخص زیان‌دیده است و بس. ولی بر اساس کارکرد دوم، هدف از الزام به پرداخت خسارت، اولاً و بالذات رفع خسارت از زیان‌دیده نیست بلکه هدف تنبیه کردن شخص متخلف است.

۱-۱. کارکرد؛ جبران خسارات

در اکثر نظام‌های حقوق داخلی، اولین کارکرد اقامه دعوی مطالبه خسارت، عبارت است از جبران خسارت ناشی از عمل غیر قانونی (Atiyah, 1996: 439). پرداخت مبلغی پول می‌تواند شخص متضرر را در موقعیت مالی‌ای قرار دهد که در فرض عدم رخ دادن عمل زیانبار، وی می‌توانست در آن قرارداشته باشد. این کارکرد در حقوق ایران (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۵۰، ش ۱۱) و فقه امامیه (موسوی خمینی، *تحریر الوسیله*، بی‌تا: ۴۶۶/۱، مسئله ۱۳)

نیز مورد تأیید صاحب نظران می‌باشد. در فروع مختلف فقهی می‌توان انعکاس این دیدگاه را مشاهده کرد؛ برای مثال:

۱. در باب خيار عيب: در باب بيع با توجه به اراده مفروض طرفین، فروشنده متعهد به پرداخت مبيع سالم است و لذا مشهور فقها می‌گویند: «إطلاق العقد يقتضى السلامة» (علامه حلی، ۱۴۲۰: ۳۶۸/۲). حال اگر فروشنده این تعهد ضمنی خود را نقض کرد و مبيع معیوب به خریدار تحویل داد، خریدار می‌تواند از فروشنده ارش بگیرد. فلسفه جواز اخذ ارش، تنبیه فروشنده متخلف نیست بلکه تدارک خسارتی است که به خریدار وارد شده است و لذا در تعریف ارش گفته‌اند: «مالی است که خریدار به عنوان بدل از نقص در مبيع، از فروشنده می‌گیرد». پس ارش، بدل از نقص و خسارت گرفته می‌شود تا خسارت جبران شود نه اینکه ارش برای تنبیه فروشنده اخذ شود (انصاری، ۱۴۱۵: ۳۹۲/۵).

۲. در باب بدل حیلولة: مشهور معتقدند که اگر غاصب موقتاً نتواند عین مال را به مالک برگرداند باید بدل حیلولة به مالک بدهد و گیرنده، مالک بدل می‌شود؛ زیرا زمانی خسارات مالک تدارک می‌شود که مالک بدل گردد. از این تعلیل معلوم می‌شود که فلسفه الزام غاصب به پرداخت بدل حیلولة، تدارک و جبران خسارات مالک است نه تنبیه غاصب (همان: ۲۵۹/۳). البته این مثال دوم، ناظر به ضمانات قهری است و ارتباطی به خسارات ناشی از نقض قرارداد ندارد، ولی با توجه به اینکه در باب غصب - که غاصب با سوءنیت بر مال دیگری مسلط می‌شود، لزوم پرداخت خسارت به خاطر تنبیه کردن وی نیست، به طریق اولی در خسارات ناشی از نقض قرارداد می‌توان گفت که ملاک لزوم جبران خسارت، تنبیه ناقض قرارداد نمی‌باشد. این قاعده در نظام حقوق داخلی کشورها آن قدر فراگیر است که می‌توان آن را از اصول کلی حقوق به شمار آورد. اصلی که در رویه بین‌المللی نیز مکرراً بر آن تاکید شده است.

در پرونده کارخانه «کروزوف» اعلام شده است:

اصل ضروری که در ماهیت عمل غیر قانونی وجود دارد (اصلی که ظاهراً توسط رویه بین‌المللی و به ویژه در آرای داورهای بین‌المللی ثابت شده است) عبارت است از اینکه

تا جایی که امکان دارد، جبران خسارت باید شامل تمام نتایج عمل غیر قانونی بشود و وضعیتی را برقرار سازد که احتمالاً اگر آن عمل غیر قانونی رخ نمی داد، آن وضعیت برقرار می شد (Case Concerning the Factory at Chorzow, 1928: No. 17, Para. 47).

در کمیسیون دعاوی آمریکا - آلمان در رأی «لوستانیا»^۱ بیان شده است:
 ... مفهوم اساسی خسارت‌ها عبارت است از پرداخت (جبران خسارت در مقابل خسارت به بارآمده) قطعی خسارت در مقابل خطا، جبران خسارت باید با ضرر یکسان باشد به گونه‌ای که انگار شخص متضرر، ضرری نکرده است (Opinion in the Lusitania Cases, 1923).

جبران خسارت توسط ابزارهای مالی باید به گونه‌ای باشد که جای اعاده به وضع سابق را بگیرد؛ زیرا اعاده به وضع سابق، در اختلافات بین دولت‌ها و اشخاص خصوصی بسیار نادر است. این مطلب باید به عنوان یک خط مشی و نقطه مطلوب تلقی شود نه یک محدودیت (Marboe, 2009: 28, Para. 2.73)؛ چرا که الزام دولت به اعاده به وضع سابق، ممکن است در تضاد با حاکمیتش تلقی گردد.
 همان طور که در مقدمه اشاره شد، دولت میزبان گاهی با نقض قواعد حقوق بین‌الملل و گاهی نیز با نقض قرارداد سرمایه‌گذاری، موجبات ضرر و زیان سرمایه‌گذار خارجی را فراهم می‌کند. حال کارکرد خسارت را در هر یک از دو فرض پیش گفته به طور جداگانه بررسی می‌کنیم.

۱-۱-۱. جبران خسارت در موارد نقض قواعد حقوق بین‌الملل

مواد طرح کمیسیون سازمان بین‌الملل در مورد مسئولیت دولت‌ها عموماً ناظر به جبران خسارت در چارچوب خسارت کلی و عمومی‌اند. مطابق ماده ۳۱:
 دولت متعهد است که زیان ناشی از فعل متخلفانه بین‌المللی را به طور کامل جبران کند (Draft Articles..., 2001: Article 31).

مطابق این ماده، دولت متعهد به جبران کامل خسارات است. ماده ۳۶ طرح مذکور مقرر کرده است:

1. Lusitania.

دولت مسئول فعل متخلفانه بین‌المللی، ملزم است بابت خساراتی که از ناحیه آن فعل ایجاد شده، در صورتی که خسارات با اعاده وضع به حال سابق جبران نشود، غرامت بپردازد (Ibid.: Article 36).

اصل کامل جبران خسارت که در رویه قضایی بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است، اختصاص به مقررات سرمایه‌گذاری بین‌المللی ندارد بلکه در سایر مواردی که حقوق بین‌الملل نقض می‌شود نیز پذیرفته شده است. انعکاس آن را می‌توان در پرونده (ام. وی. ساگا علیه گینه) مشاهده کرد (M/V "SAIGA" Case, 1999: Para. 170).

۱-۲. جبران خسارت در موارد نقض قرارداد سرمایه‌گذاری

روابط حقوقی بین دولت‌ها و سرمایه‌گذاران خارجی صرفاً با تکیه بر معاهده بین دولت متبوع سرمایه‌گذار و دولت میزبان صورت نمی‌گیرد. بلکه علاوه بر آن، دولت‌های میزبان مستقیماً با سرمایه‌گذار خارجی، اقدام به انعقاد قرارداد می‌کنند. سختی این رابطه را باید در نابرابری واقعی طرفین قرارداد از حیث قانون قابل اعمال بر قرارداد و نیز خسارات ناشی از نقض تعهد جستجو کرد.

مطابق نظریه‌ای که در نوشته‌های دانشگاهی و رویه دآوری شیوع دارد، صرف نقض قرارداد توسط کشور، منجر به نقض حقوق بین‌الملل نمی‌شود و در نتیجه منجر به مسئولیت کشور نمی‌گردد (Marboe, 2009: 30). تجاوز به تعهدات قراردادی باید در چارچوب قانون قابل اعمال بر قرارداد بررسی شود. بنابراین ارزیابی خسارات بعد از نقض چنین قراردادی، در ابتدا مبتنی بر قانون قراردادی قابل اعمال است. ممکن است طرفین قرارداد چند قانون مختلف را به عنوان قانون قابل اعمال بر قرارداد انتخاب کنند و همچنین ممکن است علاوه بر تعیین یک قانون ملی، به «اصول کلی حقوقی» و «قواعد حقوق بین‌الملل» نیز به عنوان قانون قابل اعمال اشاره کنند.

در مواردی که قانون قابل اعمال، مبهم باشد، اصول کلی حقوقی باید مد نظر قرار گیرد. مطالعه تطبیقی حقوق قراردادها و تلاش‌های ابتدایی در راستای مدون کردن اصول بین‌المللی، نشانگر آن است که تمایل حقوق‌دانان بر لزوم جبران خسارات ناشی از نقض قراردادهاست.

دیوان ایکسید در پرونده «آمکو علیه اندونزی» به عنوان مثال، این گونه تحلیل‌های حقوقی تطبیقی را انجام داده است. دیوان بیان کرد:

مطابق حقوق انگلیس وقتی یک طرف به خاطر قرارداد، متحمل ضرر می‌شود، تا جایی که بتوان توسط پول انجام داد، باید وی را در وضعیتی قرار دهیم که اگر قرارداد اجرا می‌شد، در آن موقعیت قرار می‌گرفت (Amco Asia..., 1992: Para. 45).

مقررات مدون بین‌المللی در مورد حقوق قراردادهای، حاوی اصل جبران خسارت کامل و ارزیابی خسارات می‌باشند؛ برای مثال می‌توان به ماده ۷۴ کنوانسیون وین^۱ و ماده ۸۲ قانون متحدالشکل بیع بین‌الملل، ماده ۲-۴-۷ اصول یونی‌دغوا^۲ و ماده ۵۰۲:۹ اصول اروپایی حقوق قراردادهای^۳ اشاره کرد.

شاید علت شباهت حقوق قراردادهای و مسئولیت دولت در مورد اصل جبران خسارت کامل آن باشد که در رویه‌های داوری‌های بین‌المللی تفاوتی نمی‌کند که دعوی جبران خسارت مبتنی بر نقض قرارداد باشد یا مبتنی بر تجاوز به حقوق بین‌الملل باشد. کلاگت در تحلیلی که از رویه دیوان داوری ایران - آمریکا ارائه نموده است، ابراز می‌دارد:

برای ارزیابی خسارات مطابق رویه حقوق بین‌الملل، این مسئله که سلب حقوق، نقض قرارداد به شمار می‌رود یا مصادره غیر قانونی، اهمیت چندانی ندارد. هدف از خسارات قراردادی، آن است که شخص متضرر را در موقعیت مالی‌ای قرار دهد که در فرض فقدان نقض، در آن موقعیت قرار می‌گرفت. هدف از پرداخت غرامت آن است که خسارات سرمایه‌گذاری که اموالش مصادره شده‌اند، پرداخت گردد (Marboe, 2009: 32).

اگر به این نکته توجه شود که نقض قرارداد در مفهوم وسیع‌تر مساوی با ارتکاب یک عمل غیر قانونی است، می‌توان به نتیجه‌ای مشابه رسید. بنابراین ارزیابی خسارات بعد از نقض قرارداد می‌تواند از اصل جبران خسارت کامل،

1. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1980, Article 74.
2. *The Principles of International Commercial Contracts*.
3. *The Principles of European Contract Law*, 2002.

آن‌چنان که دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در پرونده «شرکت کروزوف» بیان کرده است، تبعیت نماید؛ بدین معنا که تمامی نتایج و تبعات عمل غیر قانونی از بین برود و وضعیتی برقرار گردد که اگر عمل غیر قانونی رخ نمی‌داد، آن وضعیت حاکم می‌شد (Case Concerning the Factory at Chorzow, 1928: No. 17, Para. 54).

اصل «اعاده به وضع سابق» نیز توسط داور «ایمیلی»^۱ در پرونده «آی. ان. ای. علیه ایران» در دیوان دعوای ایران - آمریکا در مورد نقض قرارداد مورد توجه قرار گرفت. وی متذکر شد:

هنگامی که مطابق شروط قرارداد معلوم می‌شود که عمل طرف قرارداد، غیر قانونی است، اصل «اعاده به وضع سابق» باید حکومت کند (INA Corporation v. Iran, 1985: Para. 136).

بنابراین، کارکرد خسارت‌ها در مورد قراردادها نیز جبران کامل خسارت قطعی و واقعی به عمل آمده است. این نتیجه، مؤید همان نتیجه‌ای است که «کاوین» داور پرونده «سفیر بین‌المللی علیه شرکت نفت ایران» به آن رسیده است و دیوان‌های داوری متعددی از آن تبعیت کرده‌اند و از این رو می‌تواند به عنوان مرجع در مورد ارزیابی خسارت‌های قراردادی در متون مربوط به دعوای سرمایه‌گذاری بین‌المللی تلقی شود: مطابق دیدگاه عمومی پذیرفته‌شده، هدف از خسارت‌ها آن است که محکوم‌له را در موقعیتی قرار دهد که اگر قرارداد اجرا می‌شد، در آن موقعیت قرار می‌گرفت... (Sapphire International..., 1963: (1967) 35 ILR 136).

۲-۱. کارکرد؛ مجازات متخلف

گاهی اوقات این دیدگاه مطرح شده است که کارکرد خسارات، صرفاً جبران خسارت به بارآمده نیست، بلکه هدف، مجازات متخلف هم هست. با وجود این، در اکثر کشورها اصل «خسارات تبیهی» مورد قبول واقع نشده است. مجازات خطاکار معمولاً در قلمرو صلاحیت محدود کشور به شکل رسیدگی کیفری یا اداری انجام می‌شود و علی‌القاعده نباید نقشی در رسیدگی حقوقی داشته باشد. فقط در برخی

1. Arbitrator Ameli.

کشورهای محدود مانند آمریکا، خسارات تنبیهی بخشی از نظام حقوقی می‌باشد (Sharkey, 2011: 486). هرچند تأثیر حقوق عرفی در مقررات بین‌المللی قابل توجه است، در زمینه خسارت تنبیهی تأثیر زیادی نداشته است. در بسیاری کشورها، رأی به جبران خسارات تنبیهی، قابل اجرا نیست. برخی حقوق‌دانان با توجه به فقدان ضمانت اجراهای کیفری در حقوق بین‌الملل، پیشنهاد پذیرش خسارات تنبیهی را نموده‌اند (Jennings & Watts, 1996: 957).

در کمیسیون حقوق بین‌الملل، هنگام تدوین مواد مربوط به مسئولیت دولت، نسبت به مسئله تنبیه یا مجازات دولت یا همان «خسارات تنبیهی» مباحث مختلفی مطرح شد (Buffard, 2009: 955)، ولی در متن نهایی، خسارات تنبیهی نسبت به دولت متخلف در نظر گرفته نشد. آنچه در این مواد آمده است، عبارت است از الزام دولت متخلف به جبران کامل خسارات (ماده ۳۱). جبران این خسارات می‌تواند به شیوه اعاده به وضع سابق، پرداخت غرامت یا جلب رضایت باشد و هیچ یک از این شیوه‌ها، خسارت تنبیهی به شمار نمی‌رود.

با توجه به مطالب فوق می‌توان نتیجه گرفت که خسارات تنبیهی نمی‌تواند به عنوان کارکرد خسارت در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی جایگاهی داشته باشد و کارکرد خسارات، جبران خسارت زیان‌دیده است نه تنبیه وی. حال سؤالی که مطرح می‌شود این است که تا چه اندازه باید از شخص، رفع ضرر شود و چه نوع خسارت‌هایی باید به وی پرداخت گردد؟

در نظام حقوقی ایران که الهام گرفته از فقه امامیه است نیز چنین نهادی پیش‌بینی نشده است. مراجعه به مباحث فقهی گویای این مطلب است که فقها، خسارات تنبیهی را نامشروع می‌دانند؛ چرا که در مواردی که شخصی در مقابل دیگری ضامن است، صرفاً وی را مکلف به پرداخت مثل یا قیمت می‌دانند و خسارتی علاوه بر مثل یا قیمت را لازم نمی‌دانند. لذا در بین فقها مشهور است که «بضمن المثلی بالمثل والقیمی بالقیمة» (انصاری، ۱۴۱۵: ۲۱۳/۳) و حتی وقتی به ادله «ضمن مثلی به مثل و قیمی به قیمت» مراجعه می‌کنیم می‌بینیم که برخی از فقها برای اثبات این قاعده به آیه اعتداء اشاره می‌کنند (طوسی، ۱۴۰۷: ۲۱۷/۳) که مقرر می‌دارد: «فَمَنْ اِغْتَدَىٰ عَلَیْكُمْ فَاغْتَدُوا عَلَیْهِ

بِمَثَلِ مَا عَتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ (بقره/۱۹۴). به موجب این آیه، اعتدا و تلافی باید به میزان ضرری باشد که به شخص وارد شده است نه بیشتر که این مماثلت نشانگر نظریه جبران خسارت است نه تنبیه نقض کننده قرار داد.

۲. معیار ارزیابی خسارت‌ها در موارد نقض حقوق بین‌الملل

مسئله مسئولیت دولت در مقابل خسارات بیگانگان، مسئله‌ای اختلافی است. وجود معیارهای حداقلی برای رفتار با بیگانگان، مدت‌های مدیدی از موضوعات جنجال‌برانگیز بوده است (Borchard, *Theoretical Aspects of the International Responsibility of State*). بعد از آنکه کمیسیون حقوق بین‌الملل، تلاش ناموفقی انجام داد تا بین دیدگاه‌های مختلف، توازن برقرار کند (برای مثال، به وسیله توسعه معیار بین‌المللی حمایت از حقوق بشر)، در نهایت همان شاخص‌های «اولیه»^۱ یا «اساسی»^۲ مسئولیت کشور را مجدداً اعلام کرد که شامل خسارت به اشخاص حقیقی خارجی می‌شود. از این رو، متن نهایی کمیسیون حقوق بین‌الملل که در دسامبر ۲۰۰۱ تقدیم مجمع عمومی سازمان ملل شد (Draft Articles..., 2001: Para. 154)، صرفاً حاوی تبعات حقوقی تجاوز به حقوق بین‌الملل می‌باشد.

مهم‌ترین نتیجه نقض حقوق بین‌الملل عبارت است از جبران خسارت که در ماده ۳۱ بدان اشاره شده است:

۱. دولت مسئول، متعهد است که زیان ناشی از فعل متخلفانه بین‌المللی را به طور کامل جبران کند.

۲. زیان عبارت از هر گونه خسارتی اعم از مادی یا معنوی است که از فعل متخلفانه بین‌المللی دولت ایجاد می‌شود.

ماده ۳۴ در بیان معیار جبران خسارت مقرر کرده است:

جبران کامل زیان ناشی از فعل متخلفانه بین‌المللی مطابق مقررات این فصل به شکل اعاده وضع به حالت سابق، غرامت و جلب رضایت است که منفرداً یا مجتمعاً بر طبق مقررات این فصل صورت می‌گیرد.

1. Primary.

2. Sustantive.

در ماده ۳۶ نیز آمده است:

۱. دولت مسئول فعل متخلفانه بین‌المللی، ملزم است بابت خساراتی که از ناحیه آن فعل ایجاد شده، در صورتی که خسارات با اعاده وضع به حال سابق جبران نشود، غرامت بپردازد.
۲. غرامت باید هر گونه خسارت قابل ارزیابی مالی همچون عدم‌النفع را تا جایی که مسلم است، در بر گیرد.

این فرمول‌ها، مجال و زمینه را برای تفسیر و انعطاف فراهم نموده است. در نوشته‌های تطبیقی، نمونه‌ها و تفصیلهایی برای آن ذکر شده است (http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001). ماده ۳۶ مقرر نمود که خسارت باید از نظر مالی قابل ارزیابی باشد. با وجود این، این فرمول یک خط مشی ناهموار را مقرر نموده است. خصوصاً به این دلیل که این مقررات علاوه بر خسارات مادی، شامل خسارات غیر مادی هم می‌شود (Marboe, 2009: 81). خسارات غیر مادی به راحتی قابل ارزیابی مالی نیستند. احتمالاً قید «قابل ارزیابی مالی» بدین منظور به کار رفته تا غرامتی را که باید بابت «خسارت معنوی» به یک دولت پرداخت شود، همچون توهین یا زیان ناشی از نقض حقوقی که با خسارت مادی به اموال یا اشخاص مربوط نیستند، استثنا کند (Draft Articles..., 2001: Para. 98).

حقیقت آن است که به سختی می‌توان مفهوم «خسارت» یا آنچه را که باید به عنوان «خسارت» تلقی گردد، تعریف نمود. از نظر سنتی، خساراتی که به افراد وارد می‌شود با خساراتی که به کشور میزبان وارد می‌شود، متفاوت است (Marboe, 2009: 82). مطابق دیدگاه دیوان دادگستری بین‌المللی، خساراتی که به افراد وارد می‌شود، نوعاً با خساراتی که به یک کشور میزبان وارد می‌شود، یکسان نیست. در نتیجه، ارزیابی خسارات وارده به افراد از یک طرف و خسارات وارده به کشور نمی‌تواند مبتنی بر شاخص‌های حقوقی قابل اعمال یکسانی باشد. خسارات وارده به افراد که در نتیجه عمل غیر قانونی کشور رخ می‌دهد، نیازمند تعیین شاخص مهمی برای تعیین مبلغ غرامت قابل پرداخت می‌باشد (Ibid.: 82).

به نظر می‌رسد روش مناسب برای ارزیابی مبلغ غرامت، بررسی این امر است که

اگر فعل یا ترک فعل غیر قانونی توسط کشور رخ نمی‌داد، شخص متضرر در چه موقعیتی قرار می‌داشت. تفاوت میان موقعیت مالی فعلی و موقعیت فرضی متضرر، مساوی با خسارات به بار آمده است که مطابق اصل جبران خسارت کامل، باید به طور کامل پرداخت گردد.

نتیجه اینکه هدف از جبران خسارات ناشی از نقض مقررات بین‌المللی، جبران خسارات شخص است؛ یعنی به شکلی جبران خسارت گردد که اگر فعل زیانبار رخ نمی‌داد، شخص متضرر در آن موقعیت قرار می‌گرفت. به دیگر سخن، باید موقعیت فعلی و موقعیت واقعی شخص تعیین شود و از وی به شکلی جبران خسارت گردد که در موقعیت فرضی (موقعیت بعد از اجرای قرارداد) قرار گیرد. حال سؤال این است که به چه شکل و با چه معیاری، موقعیت فعلی و موقعیت فرضی شخص (موقعیت شخص اگر نقض رخ نمی‌داد) تعیین می‌شود؟

روش‌ها و متدهای مختلفی، ارزیابی موقعیت واقعی و فرضی شخص صدمه‌دیده را ممکن می‌سازد. در ادامه، این مسئله را مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌دهیم تا گستره رواج آن در رویه‌های بین‌المللی تعیین گردد.

۱-۲. معیار ارزیابی ذهنی و دقیق

معیار ارزیابی ذهنی و دقیق^۱ در پرونده‌های بین‌المللی، خیلی سابقه دارد، ولی در فقه اسلامی همان طور که در گفتار دوم توضیح بیشتری خواهیم داد، چنین معیاری پذیرفته نیست. مطابق «معیار ذهنی و دقیق»، دیوان داوری برای ارزیابی خسارات به قیمت عادلانه بازار یا سایر نمونه‌های عینی مراجعه نمی‌کند و صرفاً موقعیت فرضی سرمایه‌گذار در فرض عدم نقض قرارداد را ملاک ارزیابی قرار می‌دهد. دیوان داوری در پرونده W.F.S. مصادره را غیر قانونی تلقی کرده و امکان اعاده عین را مد نظر قرار داد و برای ارزیابی غرامت وارده به سرمایه‌گذار، مبلغی را که اگر قرارداد نقض نمی‌شد، احیاناً عاید سرمایه‌گذار می‌شد، ملاک ارزیابی غرامت قرار داد.^۲ کمیسیون داوری در پرونده «دوسابلا علیه

1. Subjective and Concrete Valuation.

2. Walter Fletcher Smith Case (US v. Cuba), Award of 2 May 1929, Reports of International Arbitration Awards, Vol. 2, P. 918.

پاناما» به وضعیت فرضی مالک قبلی اشاره کرده است. (De Sabla, 1933: Vol. VI, P. 292-386).

دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی (PCIJ) و دیوان بین‌الملل دادگستری (ICJ) در پرونده‌های مربوط به مسئولیت دولت در قبال خسارات وارده به خارجیان، از متد ذهنی استفاده کرده‌اند. این روش در پرونده «ویمبلدون»،^۱ پرونده «کانال کورفو»^۲ و پرونده «ام. وی. ساگا»^۳ کار گرفته شد.

دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز دیدگاه ارزیابی ذهنی را در مواردی که دولت، مرتکب عمل غیر قانونی می‌شود، اعمال می‌کنند. در پرونده‌های «ای. جی. آی. پی. علیه کنگو»^۴ «آمیگو آسیا علیه اندونزی»^۵ «آنتوان گوتز علیه برونیدی»^۶ «متاکلاد علیه مکزیک»^۷ و «بیلونه علیه قانا»^۸ از این روش استفاده شده است. از نگاه فقهی، پذیرش این معیار برای ارزیابی، بسیار چالشی و بحث‌برانگیز است. آنچه در نگاه نخست به نظر می‌رسد این است که این معیار با توصیفی که از آن در بالا صورت گرفت در فقه مورد پذیرش نبوده است؛ چرا که در فقه در مواردی که شخص مسئول جبران خسارات طرف مقابل است، فقها دو مرحله را پیش بینی نموده‌اند. اول

1. S. S. Wimbledon (Great Britain, France, Italy, Japan v. Germany), PCIJ 1923, Ser A, N01, 15, 31.
2. Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania); Merits, International Court of Justice (ICJ), 9 April 1949, Available at: <<http://www.refworld.org/docid/402399e62.htm>>.
3. M/V "SAIGA" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment of 1 July 1999.
4. American Manufacturing & Trading, Inc. v. Democratic Republic of the Congo (ICSID Case No. ARB/93/1), Para. 4, 8.
5. Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1), December 17, 1992.
6. Antoine Goetz and Others v. Republic of Burundi (ICSID Case No. ARB/95/3), 10 Fevrier 1999, Sited on: <<http://www.italaw.com/cases/508>>.
7. Metalclad Corporation v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB/97/1), 30 August 2000, Para. 122.
8. Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana, 30 June 1990, Sited on: <<http://www.trans-lex.org>>.

اینکه عین مال مورد تجاوز موجود باشد؛ در این صورت، شخص متجاوز صرفاً مکلف به رد عین مال است و اگر نقصان مادی بر آن وارد شده باشد، باید از عهده خسارات برآید و در مرحله بعد، چنانچه آن عین تلف شده باشد و یا امکان اعاده آن وجود نداشته باشد، شخص متخلف، مکلف به پرداخت مثل یا قیمت آن است (موسوی خویی، بی تا: ۳۷۸/۱). این رویکرد فقهی گویای این مطلب است که از نگاه فقها، معیار ارزیابی دقیق و ذهنی، ملاک جبران خسارت نیست؛ زیرا در این معیار، نه تنها عین یا بدل آن پرداخت می شود، بلکه باید به نحوی از متضرر جبران خسارت شود که شخص در موقعیت فرضی بعد از انجام معامله قرار گیرد.

با وجود این، به نظر نگارنده در فقه، خسارات عدم النفع قابل مطالبه هستند و از این رو، دیدگاه ارزیابی دقیق و ذهنی بیگانه با فقه اسلامی نیست؛ چرا که در فرض پذیرش خسارات عدم النفع، علاوه بر خسارات مادی وارد شده به شخص متضرر، باید خسارات عدم النفع نیز به وی پرداخت گردد و با این تمهید، شخص متضرر در موقعیت فرضی بعد از انعقاد معامله قرار می گیرد.

۲-۲. معیار ارزیابی عینی و مختصر

مطابق «معیار ارزیابی عینی و مختصر»، برای ارزیابی باید به معیاری قابل دسترسی و عینی مراجعه کرد؛ معیارهایی نظیر قیمت عادلانه بازار. برای تعیین قیمت نیز قیمتی ملاک است که جنس در بازار دارد.

حقیقت آن است که در برخی موارد، دیوان‌های داوری بین‌المللی، معیار ارزیابی ذهنی را کنار گذاشته و به معیار ارزیابی عینی^۱ روی آورده‌اند؛ نظیر اعمال فرمول «قیمت عادلانه بازار»^۲. حتی گاهی با اینکه رویکرد دیوان بر لزوم جبران خسارت کامل بوده است، در عین حال از معیار ارزیابی عینی استفاده نموده است. این امر در مواردی که مسئولیت دولت به خاطر نقض قرارداد است نیز صادق است. مبنای استفاده از «معیار ارزیابی عینی»، گاهی «خلأ قانونی»^۳ بوده و گاه ریشه در «توافق طرفین» دارد.

1. Objective and Abstract Valuation.
2. Fair Market Value.
3. Argumentum a majore ad minus.

۱-۲-۲. خلأ قانونی

ممکن است که حکمی در قانون نسبت به یک موضوع پیش‌بینی نشده باشد، در این مواقع از روش‌هایی برای رفع این خلأ استفاده می‌شود. به رغم این حقیقت که در حقوق بین‌الملل، قواعدی برای ارزیابی خسارات در مورد مسئولیت دولت یا در موارد نقض قرارداد وجود دارد، مع‌الوصف این روش‌ها توسط شماری از دیوان‌های داوری اعمال شده‌اند.^۱

ادعای عدم وجود قواعدی در این باره، برخی از دیوان‌های داوری را به سمت معیار مصادره در موارد نقض حقوق بین‌الملل و حتی در موارد خسارات قراردادی، سوق داده‌اند. برخی از دیوان‌های داوری، در مورد ارزیابی مبلغ خسارات ناشی از مصادره غیر قانونی، به صراحت از معیار مصادره قانونی استفاده کرده‌اند.^۲ برخی نیز نسبت به اینکه مصادره قانونی است یا غیر قانونی، تصمیمی اتخاذ نکرده‌اند و صرفاً معیار مصادره قانونی را اعمال نموده‌اند.^۳ یک نمونه مهم در این زمینه، پرونده «سدکو علیه شرکت نفت ایران» می‌باشد (Sedco Inc v. National Iranian Oil Company, 1986: 10 Iran CTR 189). در این پرونده دیوان رأی داد که: «برای اموال ضبط‌شده، باید رأی به غرامت کامل داد و تفاوت نمی‌کند که مصادره قانونی یا غیر قانونی بوده باشد» (Ibid., 187).

دیوان ایکسید در پرونده «هتل ونا علیه مصر» بعد از آنکه نتیجه گرفت که کشور خواننده، تعهدات معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری در زمینه رفتار منصفانه و برابر و نیز حمایت کامل و مصونیت را نقض کرده است، تصمیم گرفت میزان خسارات را مطابق استاندارد غرامت در موارد مصادره تعیین کند.^۴ در پرونده‌های «تیکاس علیه

1. MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S. A. v. Republic of Chile, 25 May 2004, Sited on: <http://www.italaw.com/documents/MTD-Award_000>.

2. Middle East Cement Shipping and Handling Co. S. A. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/99/6), 12 April 2002, Para. 107.

3. Sedelmayer v. Russian Federation, Award; Ad hoc arbitration rules; IIC 106 (1998) 7 July 1998, Para. 3.1.4, Sited on: <<http://www.sadardbitrazowy.org.pl/upload/Sedelmayer.v.Russia1998.pdf>>.

4. Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/98/4), 31 October 2005.

مکزیک»^۱ و «سمنت خاورمیانه علیه مصر»^۲ که در مرکز ایکسید طرح شده بودند نیز از همین روش استفاده شد.

در پایان می‌توان نتیجه گرفت که رگه‌هایی از رویه داوری وجود دارد که معیار ارزیابی عینی و معیار پذیرفته‌شده در موارد مصادره را در موارد مسئولیت ناشی از نقض تعهد دولت که از «خلاً قانونی» است، استفاده کرده‌اند. با وجود این، دیوان‌های داوری در همه موارد از این معیار استفاده نکرده و هر از چند گاهی به طور موردی مشاهده می‌شود که برخی دیوان‌ها، معیار ذهنی را ملاک ارزیابی قرار داده‌اند.

۲-۲-۲. توافق طرفین

انتخاب معیار عینی و مختصر برای ارزیابی در رویه دیوان‌های سرمایه‌گذاری، گاهی اوقات ریشه در توافق و خواست طرفین دارد. غالباً خواهان در مسئله ارزیابی در توافقات خود به معیار ارزش عادلانه بازار اعتماد می‌کند. دیوان‌های داوری این توافقات را به عنوان مبنایی برای ارزیابی و به عنوان حداکثر مبلغی که می‌تواند مورد رأی قرار گیرد، اتخاذ کرده‌اند.

در پرونده «فلپس داچ کورپوریشن علیه ایران»، خواهان ادعای سلب مالکیت از سهام وی در شرکت سیکاب را علیه دولت جمهوری اسلامی ایران مطرح کرده بود. دیوان در این پرونده به این نتیجه رسید که خواننده طبق قانون حمایت از صنایع و جلوگیری از تعطیل کارخانه‌های کشور، مدیریت کارخانه سیکاب را به بانک صنعت و معدن و سازمان صنایع ملی منتقل کرده است، بنابراین خواهان را از حقوق مالکانه خود محروم کرده و متعهد به پرداخت غرامت است. دیوان عهدنامه مودت را در ارتباط با سرمایه‌گذاری دخیل دانست و آن را منبع قانونی ذی‌ربط توصیف کرد و در اتخاذ تصمیم خود بدان توسل جست. در این عهدنامه، ماده چهار، غرامت عادلانه را مبنای ارزیابی تعیین کرده بود و دیوان از این قاعده تبعیت نمود.^۳

1. Tecnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB (AF)/00/2), 29 May 2003, Para. 151.
2. Middle East Cement Shipping and Handling Co. S. A. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/99/6), 12 April 2002.
3. Phelps Dodge Corporation v. Iran, 1986, Para. 28.

در پرونده «محصولات کشاورزی آسیا علیه سریلانکا»^۱ و پرونده «اینرون علیه آرژانتین»^۲ دیوان تصمیم گرفت مبلغ عادلانه بازار را ملاک قرار دهد.



۳. معیار ارزیابی خسارت‌ها در موارد نقض قرارداد سرمایه گذار

معمولاً معیار ارزیابی خسارات قراردادی به وسیله قانون قابل اعمال بر قرارداد تعیین می‌گردد. در اکثر موارد، قراردادهای بین یک کشور و سرمایه‌گذار خارجی، حاوی شرط قانون حاکم در موارد نقض قرارداد می‌باشد. در غیر این صورت، قواعد حل تعارض معمولاً به قانون دولت میزبان ارجاع می‌دهد.

به علاوه ممکن است در قرارداد مقرر شده باشد که چنانچه یکی از طرفین، قرارداد را نقض کرده یا خاتمه دهد، باید خسارت بپردازد.^۳

با وجود این، در غالب موارد در کنار قانون دولت میزبان به عنوان قانون حاکم بر قرارداد، به «قواعد عمومی حقوق بین‌الملل و اصول کلی حقوقی» نیز اشاره می‌شود. این نحوه ارجاع به «اصول کلی حقوقی و قواعد عمومی حقوق بین‌الملل» همیشه راهگشا نبوده و گاه باعث ایجاد مشکلات و ابهاماتی می‌شود؛ خصوصاً اینکه شاید بتوان ادعا کرد که در حوزه قراردادهای «اصول کلی حقوقی» یا وجود ندارد یا به ندرت می‌توان اصلی یافت که در تمام نظام‌های حقوقی طرفدار داشته باشد (Marboe, 2009: Para. 3.170).

با توجه به اختلافات موجود بین نظام‌های سنتی متعدد حقوق قراردادهای، خصوصاً اختلافات بین «حقوق نوشته» و «کامن‌لا»، به سختی می‌توان «اصول کلی حقوقی» را شناسایی کرد (Ibid., Para. 98). پیشگامانی که حقوق قراردادهای بین‌المللی را تدوین نموده‌اند، در خصوص برخی موضوعات محدود به موفقیت دست یافته‌اند؛ نظیر کنوانسیون قراردادهای بیع بین‌الملل سازمان ملل^۴ و اصول قراردادهای تجاری

1. Asian Agricultural Products Ltd. v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/87/3), 27 June 1990, Para. 88.
2. CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8), 25 September 2007, Para. 396.
3. Liquidated Damages.
4. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980.

بین‌المللی (یونی‌دگوا)،^۱ یا در خصوص برخی مناطق خاص به موفقیت رسیده‌اند؛ نظیر اصول اروپایی حقوق قراردادهای.^۲ به استثنای اصول کلی جبران خسارات ناشی از عمل غیر قانونی، راه حل‌های موجود در این باره نمی‌تواند نسبت به سایر روابط قراردادی اعمال شود. این امر خصوصاً در قراردادهای مربوط به پروژه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی صادق می‌باشد؛ چرا که این قراردادها از جنبه‌های زیادی با قراردادهای بیع معمولی متفاوت‌اند؛ از جمله اینکه یکی از طرفین قرارداد، یک دولت یا یک نهاد دولتی است. سایر تفاوت‌ها عبارت‌اند از: ریسکی که سرمایه‌گذار آن را متحمل می‌شود، میزان اشتغال مالی، مدت طولانی قرارداد، ساختار مالکیت، دخالت دائمی منابع طبیعی، اجرای خدمات عمومی نظیر ایجاد و راه‌اندازی زیرساخت‌ها، تهیه و عرضه آب و انرژی و....

از طرف دیگر، بدون کردن حقوق معاهدات در کنوانسیون وین مربوط به حقوق معاهدات^۳ نمی‌تواند به عنوان یک مرجع تلقی گردد. معاهدات بین‌المللی بین دو یا چند کشور منعقد می‌شوند و از جنبه‌های مختلف با قراردادهای سرمایه‌گذاری متفاوت‌اند. به علاوه، کنوانسیون مذکور مقرراتی راجع به تایید و تبعات نقض معاهدات ندارد.

نتیجه آنکه ارزیابی خسارات ناشی از نقض قرارداد سرمایه‌گذاری طولانی‌مدت، حاوی ملاحظات پیچیده‌ای است. در ادامه به بررسی این مسئله می‌پردازیم که رویه سرمایه‌گذاری بین‌المللی تا چه اندازه به اصول و خط مشی‌های خاص اشاره کرده است.

۱-۳. خسارات واقعی و عدم‌النفع

واژه‌های «خسارات واقعی»^۴ و «عدم‌النفع»^۵ از حقوق روم اخذ شده است و بسیاری از نظام‌های حقوقی ملی آن را قبول کرده‌اند. اگر یکی از طرفین، نقض تعهد کند، طرف

1. *The Principles of International Commercial Contracts.*
2. *The Principles of European Contract Law, 2002.*
3. *The Vienna Convention of the Law of Treaties (VCLT), 1969.*
4. *Damnum Emergens.*
5. *Lucrum Cessans.*

مقابل متحمل دو نوع خسارت می‌شود؛ از یک طرف، شخص متضرر برای اجرای تعهداتش متحمل مخارجی شده است؛ نظیر خرید مواد اولیه، جلب نظر کارشناسان و مشاوران و... این هزینه‌ها در صورتی که طرف مقابل به تعهد خود عمل نکند، ضرر مالی به شمار می‌رود، و از طرف دیگر، منافع مالی‌ای که از قرارداد مورد انتظار بوده است، به دست نیامده و از بین رفته است. این امر باعث عدم‌النفع می‌شود. تعبیر برخی چنین است:

ضرر بر دو قسم است؛ یکی تلف مال و آن عبارت از نابود شدن مالی است که قبلاً موجود بوده است و دوم تفویت منفعت (امامی، ۱۳۷۰: ۴۰۷/۱).

از این رو، برخی گفته‌اند:

ضرر مالی که به شخص می‌رسد، ممکن است در اثر از بین رفتن مالی باشد... یا در نتیجه از دست دادن منفعتی... (کاتوزیان، ۱۳۸۶: ۱۴۳).

در برخی از نظام‌های حقوقی، مبلغ خسارات با توجه به شیوه‌ای که قرارداد نقض شده است، تعیین می‌گردد. اگر یکی از طرفین صرفاً مرتکب تقصیر خفیف شده باشد، طرف مقابل فقط می‌تواند خسارات مستقیم را مطالبه کند.

در بیشتر کشورها، اصل حسن نیت، مهم است و دلایل عدم انجام قرارداد خیلی اندک است. نتیجه اینکه در صورت نقض قرارداد، طرف مقابل مستحق غرامت کامل است و در نتیجه، مستحق «خسارات مستقیم» و «عدم‌النفع» است.

مقررات بین‌المللی حقوق قراردادها نظیر کنوانسیون بیع ۱۹۸۰ و اصول یونی‌دگوا و اصول اروپایی حقوق قراردادها، مبلغ خسارات و غرامات را مطابق مبلغی که در قرارداد توافق شده است، می‌دانند. صرف‌نظر از اینکه قرارداد به چه شکل نقض شده باشد و خسارت وارده، خسارت مستقیم باشد یا عدم‌النفع، تنها عاملی که می‌تواند عدم اجرای قرارداد را توجیه نماید، فورس ماژور یا قوه قاهره است.

ماده ۷۴ کنوانسیون بیع ۱۹۸۰ مقرر نموده است:

۱. هرچند در این تعریف، تفویت منفعت یا عدم‌النفع، مترادف گرفته شده‌اند، بی‌تردید بین آن‌ها تفاوت است و نظر نویسنده به عدم‌النفع بوده است نه تفویت منفعت (برای توضیح بیشتر، ر.ک: غلام‌پور، ۱۳۸۸).

خسارات ناشی از نقض قرارداد به وسیله یکی از طرفین، عبارت است از مبلغی برابر زیان؛ از جمله عدم‌النفعی که طرف دیگر بر اثر نقض متحمل شده است...
(United Nations Convention on Contracts..., 1980: Article 74).

ماده ۷.۴.۲ اصول یونی‌دغوا نیز مقرر نموده است:

شخص متضرر، مستحق دریافت غرامت کامل برای خساراتی است که در نتیجه عدم اجرای قرارداد متحمل شده است. این چنین خساراتی هم شامل خساراتی می‌شود که متحمل شده و هم عدم‌النفعی که از آن محروم گردیده است...
(The Principles of International Commercial Contracts, Article 7.4.2).

ماده ۹:۵۰۲ اصول اروپایی حقوق قراردادها مقرر نموده است:

معیار عمومی خسارت‌ها، مبلغی است که شخص متضرر را تا جایی که امکان دارد در موقعیتی قرار دهد که اگر قرارداد اجرا می‌شد، وی در آن موقعیت قرار می‌گرفت. چنین خساراتی شامل خسارتی که متحمل شده و نیز سودهایی که از آن محروم گردیده است، می‌شود (The Principles of European Contract Law, 2002: Article 9:502).

در فقه نیز کمابیش همین تعریف از «عدم‌النفع» ارائه شده است. شیخ مرتضی حائری در کتاب الخمس در رفع قلم از صبی و مجنون آورده است که استقرار خمس در مال صغیر موجب نقصان در مال اوست و عدم برقراری خمس موافق با امتنان است... عدم جعل خمس ضرر نیست بلکه صرف عدم‌النفع است (۱۴۰۸: ۴۱۷). صاحب جامع المدارک در اینکه «حبوه» از متاع میت و ترکه او به حساب می‌آید یا خیر و در جهت منع سایر ورثه به جز فرزند ذکور ارشد، می‌فرماید با این منع شارع که حبوه را مخصوص ارشد ذکور دانسته است، ضرری برای سایر ورثه نیست بلکه نسبت به دیگران، عدم‌النفع است (خوانساری، ۱۴۰۵: ۳۱۹/۵).

سیدمحمدصادق روحانی در مبحث مبیع کلی و در ذیل عدم اشتراط تأخیر تسلیم ثمن آورده است که ضرری بودن تأخیر ثمن به جهت عدم وصول و تسلیم مال و محرومیت از تصرف در آن مالی است که شرعاً به او منتقل شده است وگرنه صرف محرومیت از انتفاع از ثمن، ضرر محسوب نمی‌شود بلکه این عدم‌النفع است (حسینی روحانی، ۱۴۲۹: ۱۹/۶).

در فقه اسلامی، مباحث زیادی راجع به قابلیت یا عدم قابلیت مطالبه خسارات عدم النفع مطرح شده است. خسارات عدم النفع از آن جهت قابل اشکال نیستند که نقض عهد یکی از متعهدین سبب بروز آن نگردیده، بلکه سببیت به عنوان یکی از دو رکن ضمان و مسئولیت در این موارد کاملاً محرز می‌باشد. آنچه قابل اشکال است، وجود ضرر است که در اطلاق آن به این گونه موارد تردید وجود دارد. این نوع خسارت‌ها در حقیقت تقدیری هستند و عدم النفع به حساب می‌آیند و به همین دلیل است که در موارد فراوانی به دلایل مختلف با تمام محاسبات بازرگانی و پیش‌بینی‌ها دسترسی به آن‌ها میسر نمی‌گردد. نفی مسئولیت و ضمان در این موارد به معنای آن است که طرف نقض کننده عقد را نمی‌توان مسئول آینده مطلوب طرف دیگر دانست که چون منافی را در دل پرورانده، حال که به آن‌ها نرسیده، عهدشکنی نقض کننده عهد را سبب به هم ریختن کاخ آرزوهای متعهدله دانست. به هر حال، بسیاری از فقها با توجه به این نکته که «عدم النفع»، «ضرر» نیست، این قبیل خسارات را قابل مطالبه نمی‌دانند؛ از جمله:

۱. امام خمینی در کتاب البیع وقتی بحث از بیع فاسد می‌کند، آن را ضمان آور می‌داند و به ادله‌ای استشهد می‌کند و سپس می‌فرماید:

این ادله با «قاعده لاضرر» در تعارض نیست؛ زیرا خریدن شیء به ثمنی مانند خود آن ضرر نیست و جبران خسارت مال غیر اگرچه ضرر است، ضرورتاً با دلیل نفی ضرر برداشته نمی‌شود؛ چون این عمل طبعاً ضرری نیست بلکه صرفاً عدم النفع به شمار می‌رود (موسوی خمینی، کتاب البیع، بی تا: ۱/۵۲۵).

۲. محمد مؤمن قمی می‌نویسد:

ملاک‌های احکام از قبیل ضرر نیست به خصوص در واجبات، و مخالفت با آن‌ها سبب عدم جلب مصلحت می‌شود و در حد «عدم النفع» است نه ضرر (۱۴۱۹: ۱۰۸/۲).

۳. صاحب جواهر نیز می‌نویسد:

اگر شخصی مانع از فروش کالای فرد دیگری شود و در این مدت، قیمت کالا کاهش یابد، هیچ ضمانتی بر عهده وی نیست (نجفی، ۱۴۰۴: ۱۱۵/۲۳).

۴. ملا احمد نراقی نیز می‌نویسد:

اگر مالک را از فروش کالایش باز دارند، این عمل، اضرار نمی‌باشد بلکه منع از تحصیل نفع است (۱۴۱۷: ۱۱۵).

۵. آیه‌الله صافی گلپایگانی در پاسخ استفتایی با این مضمون: «اگر کارگر یا جراح یا صنعتگر و... را بازداشت کنند و بعد از مدتی، بی‌گناهی او ثابت شود آیا او می‌تواند به جهت هدر رفتن نیروی کار خویش، ادعای ضرر و زیان نماید؟» چنین فرموده است: بازداشت اشخاص مذکور بدون مجوز، حرام است و فوت درآمد موجب ضمان مالی نیست. این گونه امور، اتلاف مال و ضرر نیست بلکه عدم‌النفع است (غلامپور، ۱۳۸۸: ۷۴).

۶. آیه‌الله فاضل لنکرانی نیز در پاسخ به آن فرموده است:

خیر، این معنا عدم‌النفع می‌باشد و شرعاً عدم‌النفع مضمون نیست همان طور که قدرت کار فرد آزاد، جزء اموال محسوب نمی‌شود (همان).

با وجود این، نباید پنداشت که از نگاه فقهی، مطلق خسارات عدم‌النفع ضمان‌آور نباشد. بلکه باید مواردی را که عرفاً تمامی عناصر و عوامل وجود سود فراهم آمده و تحقق بالفعل آن صرفاً به انجام قرارداد بستگی داشته باشد، از قاعده عدم‌النفع مستثنی شمرد؛ زیرا عرف به این گونه منافع به چشم تقدیری و بالقوه نمی‌نگرد و برای آن‌ها نوعی وجود قائل است که به همین لحاظ آن‌ها را مورد معامله قرار می‌دهد و به ویژه در اجاره به عنوان منافع موجود می‌نگرد. سیدمحمدصادق روحانی در ذیل حدیث منع ماء، جلوگیری از آب را سبب منع از انتفاع از چراگاه دانسته و در نتیجه، آن را سبب ضرر می‌داند؛ زیرا اگرچه عدم‌النفع به قول مطلق ضرر محسوب نمی‌شود، چنانچه مقتضی برای انتفاع وجود داشته باشد، از نظر عرف اضرار به حساب می‌آید (حسینی روحانی، ۱۴۱۳: ۳۹۲/۵).

به نظر می‌رسد با توسل به دو مطلب که در فقه عنوان شده است، می‌توان نتیجه گرفت که در موارد نقض قرارداد، جبران خسارات شخص متضرر باید به حدی باشد که اگر قرارداد اجرا می‌شد، شخص در آن حالت قرار می‌گرفت؛ اول اینکه اگر یکی از

طرفین قرارداد، نقض عهد نماید و از اجرای تعهدات قراردادی امتناع کند، طرف مقابل در مرحله اول می‌تواند الزام وی به انجام قرارداد را بخواهد و اگر این امر ممکن نبود و اجرای نیابتی هم امکان نداشت، شخص حق فسخ قرارداد را دارد. اثر فسخ این است که تمامی آثار عقد از بین می‌رود و مثل آن است که عقدی منعقد نشده است. از طرفی گفته شد که اگر در اثر نقض قرارداد، خسارتی متوجه طرف دیگر قرارداد گردد، باید خسارات وارده جبران گردد و از جمله این خسارات، خسارات عدم‌النتفع است. نتیجه منطقی این دو مطلب این است که پرداخت خسارت باید به اندازه‌ای باشد که اگر قرارداد اجرا می‌شد، شخص متضرر در آن وضعیت قرار می‌گرفت.

۲-۳. میزان پذیرش عدم‌النتفع در دعاوی سرمایه‌گذاری

در رویه بین‌المللی، ارزیابی خسارات عدم‌النتفع حتی در قراردادهای کوتاه‌مدت، نسبتاً پیچیده است. در برخی پرونده‌ها، حکم به لزوم جبران «خسارات مستقیم» و «عدم‌النتفع» داده شده است.^۱

به رغم اینکه حکم به لزوم جبران خسارات عدم‌النتفع، امر شایعی است ولی ارزیابی این دسته از خسارات بسیار مشکل است. یکی از دلایل سخت بودن ارزیابی «خسارات مستقیم» و «خسارات عدم‌النتفع» در قراردادهای بلندمدت، آن است که سرمایه‌گذاران، اقدام به سرمایه‌گذاری می‌کنند که منافع و سود آن در آینده‌ای نسبتاً دور رخ خواهد داد و منافعی که در طول این مدت به دست می‌آید، اصولاً تا زمانی که به مبلغی بیش از آنچه در ابتدا سرمایه‌گذاری شده است، نرسد، سود و منفعت به شمار نمی‌رود؛ چراکه سود و منفعت عبارت است از درآمد مثبتی که از عملیات سرمایه‌گذاری یا تجارت بعد از کسر کردن تمامی مخارج و ضررها به دست می‌آید.^۲ علاوه بر این، «ارزش زمانی پول» نیز باید مد نظر قرار گیرد؛ چرا که معمولاً ارزش پول‌هایی که در آینده به دست می‌آیند، کمتر از ارزش پول‌های فعلی است. حتی اگر هیچ تورمی رخ

1. Robert H. May v. Guatemala, 16 November 1900, Sited on: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XV/47-75.pdf>.

2. <<http://www.investorwords.com/3880/profit.html>>: "Profit: The positive gain from an investment or business operation after subtracting for all expenses. Opposite of loss".

ندهد باز هم ارزش پول‌های فعلی از پول‌های آینده بیشتر است؛ زیرا پول‌های فعلی می‌توانند فوراً مورد استفاده قرار گیرند. علاوه بر این، تورم در قراردادهای بلندمدت تأثیر به‌سزایی دارد.

عامل مهم دیگر در قراردادهای طولانی‌مدت، ریسک سرمایه‌گذاری است؛ زیرا همیشه آینده، غیر قطعی است و باید به این نکته توجه نمود که ارزیابی خسارات عدم‌النفع آینده، با ریسک احتمالی مربوط بوده و در هم تنیده‌اند. یک سری ابزارهای اقتصادی در مسئله ارزیابی وجود دارند که مربوط به عامل ریسک‌اند؛ این عوامل باید به طور مناسبی در ارزیابی خسارات در قراردادهای سرمایه‌گذاری طولانی‌مدت داخل شوند.

در خرید و فروش‌های معمولی، غالباً هزینه‌های انجام تعهد به عهده دولت است ولی در قراردادهای سرمایه‌گذاری، هزینه‌هایی که سرمایه‌گذار برای سرمایه‌گذاری می‌کند به عهده خود اوست. به دیگر سخن، دولت متعهد به پرداخت هزینه‌های سرمایه‌گذاری نیست بلکه تعهد دولت در فراهم کردن شرایط خلاصه می‌شود که امکان تولید و سرمایه‌گذاری طولانی‌مدت برای سرمایه‌گذار فراهم شود. سودآور بودن پروژه سرمایه‌گذاری از تعهدات دولت میزبان نمی‌باشد و اگر احیاناً پروژه هیچ سودآوری نداشته باشد، دولت میزبان مسئولیتی نخواهد داشت و در نتیجه هزینه‌های انجام‌شده توسط سرمایه‌گذار، قابل مطالبه از آن دولت نیست. برعکس، غالباً طرفین توافق می‌کنند که بعد از سپری شدن مدتی مشخص، سرمایه‌گذار ملک دولت میزبان شود و دولت مبلغ اندکی را بپردازد یا حتی رایگان آن را تملک نماید. تفکری که پشتوانه این امر است آن است که بعد از گذشت مدت زمانی مشخص، سرمایه‌مستهلک می‌شود.

نتیجه آنکه اعمال «اصل خسارات مستقیم» و «عدم‌النفع» در قراردادهای سرمایه‌گذاری طولانی‌مدت، منجر به دو قیمتی شدن^۱ می‌شود (Marboe, 2009: 109). اگر سرمایه‌گذار تمامی هزینه‌هایی را که تعهد کرده، پس گیرد و نیز بتواند منافی را که انتظار داشته، مطالبه نماید، در حقیقت مستحق دو غرامت به خاطر خسارت مالی به بارآمده خواهد بود و در نتیجه موقعیتی بهتر از آن موقعیتی که در صورت عدم نقض قرارداد در

1. Double Counting.

آن قرار می‌گرفت، خواهد داشت.

از این رو باید تمایز بین «خسارات مستقیم» و «عدم‌النفع» مدّ نظر قرار گیرد تا بتوان در ارزیابی خسارات در اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، به نتیجه صحیح‌تری رسید. در این دعاوی باید معیاری برای ارزیابی اتخاذ شود که تطابق بیشتری با اصول حقوقی داشته باشد و به ویژه باید توجه نمود که طوری ارزیابی صورت گیرد که منجر به غرامت بیشتر از حد لزوم نگردد.

در حقوق سرمایه‌گذاری به رغم اینکه برخی از دیوان‌های داوری در دعاوی سرمایه‌گذاری، خسارت ناشی از عدم‌النفع را مورد رأی قرار می‌دهند، ولی به نظر می‌رسد که این خسارات نباید مورد رأی قرار گیرد؛ چرا که مبنای عدم‌النفع در حقوق داخلی، قانون است و قانون داخلی هر کشوری برای قابل مطالبه بودن عدم‌النفع، شروط مختلفی را در نظر گرفته است. این شروط در هر نظام حقوقی با نظام دیگر، متفاوت است، در حالی که دیوان‌های داوری در اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی غالباً برای صدور رأی، قانون ملی یک کشور را مدّ نظر قرار نمی‌دهند بلکه «اصول کلی حقوقی» نیز مبنای رأی آن‌هاست. با توجه به این، عدم پذیرش خسارات ناشی از عدم‌النفع، مبتنی بر این دیدگاه است که تحصیل سود در آینده در قراردادهای سرمایه‌گذاری، بسیار احتمالی و غیر قطعی است ولو قرارداد هم نقض نشود.

غالباً دیوان‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی به این مسئله که «اگر قرارداد نقض نمی‌شد، آیا سودی حاصل می‌شد یا خیر؟» توجهی جدی می‌کنند. در حقیقت بر خلاف قراردادهای کوتاه‌مدت که نقض آن‌ها منجر به محروم شدن طرف قرارداد از نفع احتمالی آینده می‌شود، نقض قرارداد سرمایه‌گذاری توسط یک طرف باعث نمی‌شود که طرف مقابل از نفع آینده، محروم گردد؛ چرا که قراردادهای سرمایه‌گذاری غالباً برای پروژه‌های طولانی‌مدت منعقد می‌شوند و بسیار با وضعیت اقتصادی، سیاسی و اجتماعی دولت یا عوامل دیگر مرتبط‌اند. از این رو، اثبات وجود رابطه بین نقض قرارداد و «عدم‌النفع» بسیار مشکل است. چه‌بسا اگر قرارداد نقض نمی‌شد، عوامل سیاسی، اجتماعی، اقتصادی و... مانع رسیدن خواهان به منافع احتمالی آینده می‌شد. از این رو، دیوان‌های داوری، تمایلی به رأی نسبت به «منافع خیالی» ندارند و به عنوان

اصل اولیه، خسارات عدم‌النفع را مورد رأی قرار نمی‌دهند.

برای مثال، دیوان داوری دعاوی ایران - آمریکا در پرونده «لویت علیه ایران» با این مسئله روبه‌رو بود که آیا پروژه ساخت ۶۰۰۰ آپارتمان سودآور خواهد بود یا خیر؟ خواننده با استتکاف از به سرانجام رساندن تعهدات خود، مرتکب نقض قرارداد شده بود. با وجود این، دیوان به این نتیجه رسید که نمی‌تواند نسبت به «عدم‌النفع» رأیی صادر نماید؛ چرا که پروژه هنوز در آغاز کار بود و روشن نبود که آیا این پروژه آینده موفق از نظر تجاری خواهد داشت یا خیر؟

مبنای دعوا بسیار احتمالی است... هنگامی که قرار به سرانجام برسد تازه گام‌های مقدماتی به پایان رسیده است... (William J. Levitt v. Iran, 1987: Para. 56)

به همین تردید دیوان داوری در پرونده «دادرس انترنشنال اند پرای. ام. کانستراکشن علیه ایران» که مربوط به نقض تعهدات مربوط به پروژه ساختمانی خواننده بود، رأی داد:

عدم‌النفع مربوط به این قرارداد بسیار احتمالی است و... پرای. ام. نتوانست با دلایل قانع‌کننده ثابت کند که چنانچه پروژه... به نتیجه می‌رسید برای پرای. ام. سودآور می‌بود. (Dadras International and Per-Am Construction v. Iran, 1995: Para. 127)

نتیجه‌گیری

از جمله مباحث جنجالی در دعاوی سرمایه‌گذاری، معیار ارزیابی خسارات ناشی از نقض قرارداد سرمایه‌گذاری است. آیا دولت میزبان مکلف به پرداخت «غرامت کامل» است یا «غرامت جزئی». به دیگر سخن، پرداخت خسارت آیا به گونه‌ای باید باشد که سرمایه‌گذار خارجی در موقعیتی قرار گیرد که اگر نقض تعهد صورت نمی‌گرفت، در آن موقعیت قرار می‌گرفت یا اینکه تکلیف دولت صرفاً جبران خساراتی است که واقعاً و بالفعل به سرمایه‌گذار وارد شده است.

عموماً برای لزوم پرداخت خسارت، دو کارکرد در نوشته‌های حقوقی مطرح شده است: جبران خسارت و تنبیه متخلف. بر اساس کارکرد نخست، هدف از الزام متخلف به پرداخت خسارت، آن است که خسارات وارده به متضرر جبران گردد. در این

دیدگاه، آنچه در قراردادها اهمیت بیشتری دارد، حمایت از شخص زیان‌دیده است و بس. ولی بر اساس کارکرد دوم، هدف از الزام به پرداخت خسارت، اولاً و بالذات رفع خسارت از زیان‌دیده نیست بلکه هدف تنبیه کردن شخص متخلف است. به نظر می‌رسد هم از نگاه حقوق داخلی و به ویژه فقه اسلامی و هم در رویه‌های داوری بین‌المللی، هدف از پرداخت خسارت، جبران خسارت سرمایه‌گذار زیان‌دیده است. منتهی معیار جبران خسارت وارده به زیان‌دیده در مواردی که دولت مرتکب نقض تعهدات بین‌المللی شده است با معیار جبران خسارت در مواردی که دولت اقدام به نقض قرارداد سرمایه‌گذار نموده است، متفاوت است.

در موارد نقض تعهدات بین‌المللی باید به شکلی جبران خسارت گردد که اگر فعل زیانبار رخ نمی‌داد، شخص متضرر در آن موقعیت قرار می‌گرفت. به دیگر سخن، موقعیت فعلی و موقعیت واقعی شخص باید تعیین شود و از وی به شکلی جبران خسارت گردد که در موقعیت فرضی (موقعیت بعد از اجرای قرارداد) قرار گیرد. منتهی برای تعیین موقعیت فعلی و موقعیت فرضی وی، برخی از دیوان‌های داوری از معیار ذهنی استفاده می‌کنند و برخی از دیوان‌های داوری بر آن‌اند که باید از معیارهای عینی بهره جست. از نگاه فقهی، معیار ذهنی قریب به حق به نظر می‌رسد؛ زیرا با این معیار است که خسارات عدم‌النفع تحت پوشش قرار می‌گیرد و شخص در موقعیت بعد از اجرای قرارداد واقع می‌شود.

در موارد نقض قرارداد سرمایه‌گذاری معمولاً معیار قابل اعمال توسط قانون حاکم بر دعوی تعیین می‌شود. لذا اعمال معیار غرامت کامل یا ناقص بستگی به قانون حاکم دارد. آنچه مسلم است، در مواردی که قانون حاکمی وجود ندارد یا قانون حاکم ساکت است، دیوان‌های داوری باید به قواعد کلی حقوقی مراجعه کنند و مطابق این قواعد، اعمال معیار غرامت کامل به گونه‌ای که شامل تمامی خسارات وارده از جمله عدم‌النفع شود، مبنای تحلیلی مناسبی ندارد.

کتاب شناسی

۱. امامی، سیدحسن، حقوق مدنی، چاپ هشتم، تهران، کتاب فروشی اسلامی، ۱۳۷۰ ش.
۲. انصاری، مرتضی، المکاسب، قم، کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری، ۱۴۱۵ ق.
۳. حائری، مرتضی، کتاب الخمس، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۴. حرّ عاملی، محمد بن حسن، تفصیل وسائل الشیعة الی تحصیل مسائل الشریعة، قم، آل البيت للطباعة والنشر، ۱۴۰۹ ق.
۵. حسینی روحانی، سیدمحمدصادق، منتقى الاصول، قم، چاپخانه امیر، ۱۴۱۳ ق.
۶. همو، منهاج الفقاهه، چاپ پنجم، قم، انوار الهدی، ۱۴۲۹ ق.
۷. خوانساری، سیداحمد بن یوسف، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، چاپ دوم، تصحیح علی اکبر غفاری، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۵ ق.
۸. صفایی، سیدحسین و اسدالله امامی، حقوق خانواده، تهران، میزان، ۱۳۹۰ ش.
۹. طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۱۰. عاملی، محمد بن مکی، اللمعة الدمشقیة فی فقه الامامیه، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۱۱. عاملی جعبی، زین الدین بن علی، الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة، قم، کتاب فروشی داوری، ۱۴۱۰ ق.
۱۲. علامه حلی، حسن بن یوسف بن مطهر، ارشاد الازدهان الی احکام الایمان، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۰ ق.
۱۳. همو، تحریر الاحکام الشرعیة علی مذهب الامامیه، قم، مؤسسه امام صادق علیه السلام، ۱۴۲۰ ق.
۱۴. غلام پور، محمدرضا، بررسی تطبیقی عدم النفع در فقه اسلامی و قوانین ایران و نظام بین الملل، رساله دکتری دانشگاه آزاد اسلامی مشهد، ۱۳۸۸ ش.
۱۵. کاتوزیان، ناصر، الزام های خارج از قرارداد؛ ضمان قهری، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۸۶ ش.
۱۶. محقق حلی، نجم الدین جعفر بن حسن هذلی، شرائع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام، چاپ دوم، قم، اسماعیلیان، ۱۴۰۸ ق.
۱۷. محقق داماد، سیدمصطفی، حقوق خانواده، قم، بی نا، بی تا.
۱۸. همو، نظریه عمومی شروط و التزامات در حقوق اسلامی، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی، ۱۳۸۸ ش.
۱۹. مطهری، مرتضی، نظام حقوق زن در اسلام، قم، صدرا، ۱۳۷۳ ش.
۲۰. مؤمن قمی، محمد، تسدید الاصول، قم، مؤسسه نشر اسلامی، ۱۴۱۹ ق.
۲۱. موسوی خمینی، سیدروح الله، تحریر الوسیله، قم، دار العلم، بی تا.
۲۲. همو، کتاب البیع، تهران، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، بی تا.
۲۳. موسوی خویی، سیدابوالقاسم، مصباح الفقاهه، بی جا، بی نا، بی تا.
۲۴. نجفی، محمدحسن بن باقر، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۲۵. نراقی، احمد بن محمد، عوائد الایام فی بیان قواعد الاحکام و مهمات مسائل الحلال والحرام، قم، دفتر تبلیغات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.

26. Amco Asia Corporation and Others v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/81/1), 17 December 1992.

27. American Manufacturing & Trading, Inc. v. Democratic Republic of the Congo (ICSID Case No. ARB/93/1).
28. Antoine Biloune and Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana, 30 June 1990, Sited on: <<http://www.trans-lex.org>>.
29. Antoine Goetz and Others v. Republic of Burundi (ICSID Case No. ARB/95/3), 10 Fevrier 1999, Sited on: <<http://www.italaw.com/cases/508>>.
30. Asian Agricultural Products Ltd. v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/87/3), 27 June 1990.
31. Atiyah, Patrick S., *An Introduction to the Law of Contract*, 5th edition, Oxford University Press, 1996.
32. Borchard, Edwin M., *Theoretical Aspects of the International Responsibility of State*, Sited on: <http://www.zaoerv.de/01_1929/1_a_223_250.pdf>.
33. Buffard, Isabelle, *International Law between Universalism and Fragmentation*, 2009.
34. Case Concerning the Factory at Chorzow, PCIJ 1928 Ser A., No. 17.
35. CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8), 25 September 2007.
36. Corfu Channel Case (United Kingdom v. Albania); Merits, International Court of Justice (ICJ), 9 April 1949, Sited on: <<http://www.refworld.org/docid/402399e62.htm>>.
37. Dadras International and Per-Am Construction v. Iran, 31 Iran-US CTR (1995).
38. De Sabla (United State v. Panama), Award of 29 June 1933, Reports of International Arbitral Awards.
39. *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries*, 2001.
40. INA Corporation v. Iran, 1985.
41. Jennings, Rebert & Watts, Arthur, *Oppenheim's International Law*, London, Longman, 1996.
42. M/V "SAIGA" (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment of 1 July 1999.
43. M/V "SAIGA" Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Judgment of 1 July 1999, Sited on: <<https://www.itlosdd.org/cases/list-of-cases/case-nod-1>>.
44. Marboe, Irmgard, *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, Oxford University Press, 2009.
45. Metalclad Corporation v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB/97/1), 30 August 2000.
46. Middle East Cement Shipping and Handling Co. S. A. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/99/6), 12 April 2002.

47. MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S. A. v. Republic of Chile, 25 May 2004, Sited on: <http://www.italaw.com/documents/MTD-Award_000>.
48. Opinion in the Lusitania Cases, 1 November 1923, Sited on: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_VII/32-44.pdf>.
49. Phelps Dodge Corporation v. Iran, 1986.
50. Robert H. May v. Guatemala, 16 November 1900, Sited on: <http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XV/47-75.pdf>.
51. S. S. Wimbledon (Great Britain, France, Italy, Japan v. Germany), PCIJ 1923, Ser A, N01, 15, 31.
52. Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company, Award of 15 March 1963, (1967) 35 ILR.
53. Sedco Inc v. National Iranian Oil Company, (1986), 10 Iran CTR 189.
54. Sedelmayer v. Russian Federation, Award; Ad hoc arbitration rules; IIC 106 (1998) 7 July 1998, Para 3.1.4, Sited on: <<http://www.sadardbitrazowy.org.pl/upload/Sedelmayerv.Russia1998.pdf>>.
55. Sharkey, Catherine M., *Economic Analysis of Punitive Damages: Theory, Empirics and Doctrine*, New York University School of Law, 15 December 2011, Sited on: <www.ssrn.com>.
56. Tecnicas Medioambientales Tecmed, S. A. v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB (AF)/00/2) 29 May 2003.
57. *The Principles of European Contract Law*, 2002.
58. *The Principles of International Commercial Contracts*, by: UNIDROIT, The International Institute for the Unification of Private Law.
59. *The Vienna Convention of the Law of Treaties (VCLT)*, 1969.
60. *United Nations Convention of Contracts for the International Sale of Goods*, 1980.
61. Walter Fletcher Smith Case (US v. Cuba), Award of 2 May 1929, Reports of International Arbitration Awards.
62. Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt (ICSID Case No. ARB/98/4), 31 October 2005.
63. William J. Levitt v. Iran, 14 Iran-US CTR, 1987.