

امکان‌سنجی اعمال ضابطه «رفتار ملل کامله‌الوداد» در حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی

سید باقر میرعباسی^۱، مجید قاسم‌زاده مسلحه^{۲*}

چکیده

شرط ملت کامله‌الوداد از دیرباز از ارکان اصلی معاهدات سرمایه‌گذاری و مهم‌ترین ضامن منع تبعیض میان سرمایه‌گذاران مختلف خارجی در کشور میزبان سرمایه است. براساس رویه پیشین، این اصل تنها در حقوق ماهوی اعمال می‌شد. پس از صدور رأی قضیه «مافزینی» اعمال این اصل نسبت به امور شکلی، به‌ویژه در خصوص شروط حل و فصل اختلاف موجب تحولی بنیادین در خصوص این استاندارد در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری شد. در موارد متعدد سرمایه‌گذاران موفق شدند بدون رضایت دولت‌ها طی معاهده سرمایه‌گذاری صلاحیت مرجع داوری را به‌دست آورند یا خود را از رعایت پیش‌شرط‌های لازم برای ارجاع پرونده خود به داوری معاف سازند. با توجه به آنکه تمامی معاهدات سرمایه‌گذاری ایران بلااستثنا، حاوی شرط ملت کامله‌الوداد و فاقد تصریح به شمول این شرط در خصوص قیود حل و فصل اختلاف است، این موضوع برای منافع ملی و سیاست‌گذاری سرمایه‌گذاری خارجی کشور اهمیت حیاتی دارد. مقاله حاضر سابقه موضوع و رویه داوری مربوط و همچنین واکنش بازیگران حقوق بین‌الملل به تحولات مذکور را تشریح می‌کند. سپس، فروض مختلفی که ممکن است در پرتو تحولات مذکور کشور طرف معاهده سرمایه‌گذاری را متأثر سازد، تشریح خواهد شد. در نهایت راه‌حل نگارنده برای اجتناب از خطرهای احتمالی رویه بین‌المللی ناشی از این تحولات ارائه می‌شود.

کلیدواژگان

داوری بین‌المللی سرمایه‌گذاری، شرط ملت کامله‌الوداد، قید حل و فصل اختلاف، مسئله مافزینی، معاهدات سرمایه‌گذاری.

Email: mirabbasi@ut.ac.ir

۱. استاد دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران.

۲. دانش‌آموخته دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران (نویسنده)

Email: ghasemzadeh@ut.ac.ir

مسئول.

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۱/۱۷، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۴/۱۲

مقدمه

براساس تعریف کمیسیون بین‌المللی، «رفتار ملت کامله‌الوداد» رفتاری است که به موجب آن دولت طرف معاهده‌ای معین، در زمینه‌ای مشخص، دولت طرف مقابل یا اشخاص یا اشیای دارای رابطه‌ای مشخص با وی را از هر امتیازی که به دولت‌های ثالث اعطا می‌کند، بهره‌مند می‌سازد (ILC Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses, 1978: Art.4).

کمیسیون حقوق بین‌الملل در سال ۱۹۷۸ این شرط را به صورت مبسوط طی پیش‌نویس کنوانسیون تدرین و مواد آن را به همراه شرح مواد منتشر کرد و به منظور امضای دولت‌ها به مجمع عمومی سازمان ملل ارائه داد (ILC Yearbook, 1978: vol.II). با وجود این به دلیل اختلافات اقتصادی میان دولت‌های توسعه‌یافته و در حال توسعه مواد مذکور به کنوانسیون الزام‌آور تبدیل نشدند. اما شرط مذکور کماکان به عنوان عنصری ثابت در تمامی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری میان دولت‌ها به کار می‌رود و هر روز به کاربرد آن افزوده می‌شود.

تا زمانی که چندین دور امتیازی که براساس شرط ملت کامله‌الوداد در محاکم بین‌المللی مورد ادعا و استناد سرمایه‌گذاران و وکلای ایشان قرار می‌گرفت، تنها امتیازها و حقوق «ماهوی» را در برمی‌گرفت. طی پرونده‌ای موسوم به دعوی «مافزینی» که توسط تبعه آرژانتینی علیه تبعه اسپانیا مطرح شد، شرط مذکور برای اولین بار به منظور به دست آوردن امتیازی در حوزه «حل و فصل اختلاف» مورد استناد قرار گرفت. پس از پرونده مافزینی که از معدود استنادات به امتیازات «شکلی» در ادبیات شرط ملت کامله‌الوداد به شمار می‌رود، تبعیت از استدلال خواهان پرونده مافزینی در پرونده‌های بسیاری که تشریح خواهند شد، به نحوی وسیع به کار رفت. استنادات مشابه پرونده مافزینی در پرونده‌های متعدد پس از آن، از ناحیه داورهای رسیدگی‌کننده به پرونده‌های مذکور واکنش‌های متفاوتی از را از موافقت تام گرفته تا مخالفت محض به همراه داشت.

تحول ناشی از رأی قضیه مافزینی، ادبیات شرط ملت کامله‌الوداد و حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری را چنان متحول ساخت که کمیسیون حقوق بین‌الملل در بررسی مجدد شرط ملت کامله‌الوداد در سال ۲۰۰۶ تمامی زمان و توان خود را معطوف به همین موضوع کرد. مطالعه کمیسیون که تا سال ۲۰۱۵ ادامه داشت، در ابتدا موضوعات مختلفی از این شرط را در بر گرفته بود و به سرعت تنها بر روی موضوع «امکان تسری شرط ملت کامله‌الوداد به حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری» متمرکز شد. همزمان با مطالعه کمیسیون در خصوص موضوع بسیاری از مراجع سرمایه‌گذاری نیز با مسئله مواجه شدند و مواضع متعددی را از سوی آنها در پی داشت (ILC Final Report, 2015: para. 212-217). با وجود این، در مجموع داورهای سرمایه‌گذاری با اصل امکان استناد خواهان به شرط ملت کامله‌الوداد در

خصوص امور مربوط به حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذاری موافقت کرده‌اند و امروزه آرایه‌ای که بر این اساس صادر می‌شود، به‌نحو تصاعدی رو به افزایش است. این زنگ خطری برای دولت‌های میزبان سرمایه محسوب می‌شود که این مسئله را در معاهدات سرمایه‌گذاری خود پیش‌بینی نکرده‌اند و از قضا اغلب معاهدات این دولت‌ها هم به همین صورت تنظیم شده‌اند. نکته‌ی شایان توجه آنکه تمامی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران نیز در زمره همین دسته از معاهدات محسوب می‌شوند. پژوهش حاضر با بررسی تحولات به‌وجودآمده در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، در نتیجه این رویکرد نوین داوری‌های سرمایه‌گذاری به تحلیل و پیش‌بینی افق پیش رو در نتیجه تحولات مذکور پرداخته و راهکارهای عملی خود برای به حداقل رساندن خطرهای این رویکرد نوین را برای کشورهای میزبان سرمایه مانند میهن عزیزمان، ایران، ارائه خواهد داد.

مناقشه «تسری شرط رفتار ملت کامله‌الوداد به قیود حل و فصل اختلاف در

موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری» در «رویه قضایی» پس از قضیه مافزینی

موضوع تسری شرط رفتار ملت کامله‌الوداد در «موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری» به شکل کنونی اولین بار در «قضیه مافزینی» مطرح شد. در این قضیه، یک تبعه «آرژانتینی» به نام مافزینی در خصوص بنگاه اقتصادی که در منطقه گالیچیای «اسپانیا» دایر کرده است، دعوایی را در داوری «مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری - ایکسید» اقامه می‌کند و طی آن براساس شرط ملت کامله‌الودادی که در «موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری آرژانتین-اسپانیا» گنجانده شده بود، بدون رعایت «شرط توسل اولیه به مراجع داخلی» و نیز «دوره تنفس و مذاکره شش‌ماهه اولیه» در داوری بین‌المللی طرح دعوا می‌کند (ICSID -Maffezini-, 2000: paras. 19-20). در این دعوا وکلای مافزینی به‌طور خلاصه استدلال می‌کنند:

۱. از آنجا که «موافقت‌نامه پایه» (موافقت‌نامه میان «آرژانتین و اسپانیا») حاوی «شرط رفتار ملت کامله‌الوداد» است؛
۲. از آنجا که براساس شرط رفتار ملت کامله‌الوداد دولت «اسپانیا» متعهد است که با سرمایه و سرمایه‌گذاران تبعه «آرژانتین» رفتاری نامطلوب‌تر از آنچه با سرمایه و سرمایه‌گذاران اتباع کشورهای ثالث روا می‌دارد، نداشته باشد؛
۳. از آنجا که طی «معاهده سرمایه‌گذاری شیلی-اسپانیا» اسپانیا با سرمایه و سرمایه‌گذاران «شیلی» رفتاری مطلوب‌تر از آنچه با اتباع آرژانتینی داشته است، اعمال کرده (فاقد دوره تنفس شش‌ماهه و شرط توسل هجده‌ماهه به مراجع داخلی است)؛
۴. از آنجا که «رفتار مطلوب‌تر» در شرط ملت کامله‌الوداد معاهده اسپانیا-آرژانتین عبارت

است از هر گونه رفتار دولت میزبان سرمایه که می‌تواند بر «هر یک از حقوق سرمایه‌گذار به موجب موافقت‌نامه پایه» تأثیر بگذارد؛

پس:

«رفتار دولت اسپانیا با تبعه شیلی» در حوزه حل‌وفصل اختلاف سرمایه‌گذاری طی موافقت‌نامه دو کشور «مطلوب‌تر» از رفتاری بوده است که به تبعه «آرژانتینی» روا داشته است، در نتیجه تبعه آرژانتینی نیز باید از این رفتار مطلوب (امکان مراجعه به داوری بین‌المللی بدون پیش‌شرط شش ماهه دوره تنفس و توسل هجده‌ماهه به دادرسی داخلی) بهره‌مند شود (ICSID 1 para. 2000: -Maffezini-). جالب اینکه در قضیه مذکور تبعه آرژانتینی به معاهده شیلی-اسپانیا اشاره می‌کند که «قبل» از معاهده اسپانیا-آرژانتین منعقد شده است و محکمه نیز این تسری را می‌پذیرد. به عبارتی محکمه داوری در این پرونده نه تنها شرط ملت کامله‌الوداد را قابل تسری به امور شکلی (و اهم آنها موضوع حل‌وفصل اختلاف) تلقی کرده است، بلکه تقدم و تأخر آن را نیز از اساس مدنظر قرار نداده است. تأخر معاهده پایه نسبت به معاهده مطلوب‌تر از این حیث اهمیت پیدا می‌کند که در صورتی که دولتی، شرط حل‌وفصل اختلاف معینی را طی موافقت‌نامه دوجانبه حاوی شرط ملت کامله‌الوداد مورد پذیرش قرار دهد و در موافقت‌نامه‌های سابق خود شرایط مطلوب‌تری را مدنظر قرار داده باشد، این احتمال قوی را باید در نظر گرفت که طرفین از وجود شرایط حل‌وفصل اختلاف مطلوب‌تر در معاهدات قبلی طرف مقابل یکی از طرفین معاهده در حال انعقاد «آگاه» بوده‌اند و با وجود این به شرایط حل‌وفصل اختلاف مورد تصریح در معاهده رضایت داده‌اند. در این صورت با توجه به آنکه براساس اصول حقوقی بی‌شک طرفین آگاه به شروط حل‌وفصل سابق بوده‌اند، اگر بنای آنها این بود که براساس شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهده همان شرط حل‌وفصل اختلاف پیشین را بر معاهده حاکم سازند، درج شرط حل‌وفصل اختلاف کنونی از اساس عملی «عبث» و «فاقد هر گونه اثر حقوقی» خواهد بود. بدیهی است که براساس اصول اولیه تفسیر متون حقوقی، نمی‌توان متن را به گونه‌ای تفسیر کرد که شرط یا شروطی از آن بی‌پهلو و فاقد اثر حقوقی از آب درآیند. به همین ترتیب نمی‌توان انجام «عملی عبث» را به دولت‌های طرف یک معاهده منتسب کرد. این استدلالی است که «داوری آی سی ای علیه آرژانتین» (UNCITRAL –ICS Jurisdiction-, 2012: para. 326) و نیز پروفسور «براونلی» طی نظر جداگانه خود در داوری «سی‌ام‌ای علیه جمهوری چک» برای اظهار عدم موافقت خود در خصوص امکان تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قید حل‌وفصل اختلاف در آن موارد خاص ابراز داشته‌اند (UNCITRAL –CME-, Separate Opinion by Ian Brownlie, 2003: para. 11).

رای مافزینی در میان تمام آرای که تا آن تاریخ در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری صادر شده بود، بسیار منحصربه‌فرد است. چنانکه گفته شد، تا پیش از این رای، هیچ‌یک از محاکم

داوری شرط ملت کامله‌الوداد را در خصوص امور شکلی (ولو اموری کم‌اهمیت‌تر از موضوع حل‌وفصل اختلاف) به‌کار نبرده بودند. پس از رأی مافزینی تمام آرای داوری حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری در خصوص امکان تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قیود حل‌وفصل اختلاف سرمایه‌گذاری به موافقان و مخالفان مافزینی تقسیم می‌شوند. با وجود این مبانی تحلیلی هر یک از این محاکم برای موافقت و مخالفت با امکان این تسری متفاوت است. از این‌رو در این بخش سعی شده است که مناظر حقوقی حاکم بر موافقان و مخالفان تسری دسته‌بندی شده و آرای داوری از نظر این مناظر بررسی شود.

۱. تأکید بر «ماهوی» یا «شکلی» بودن حقوق مورد تسری به موجب شرط

ملت کامله‌الوداد

در قضیه «مافزینی» دولت اسپانیا استدلال می‌کند که شرط ملت کامله‌الوداد تنها در خصوص موضوعات «ماهوی» قابل استناد است و اساساً در خصوص مسائل «شکلی» یا امور مربوط به «صلاحیت محاکم» قابل اعمال و اجرا نیست (ICSID-Maffezini, 2000: para. 41). داوری مذکور در این خصوص با نظر اسپانیا موافق نیست و اظهار می‌دارد که: «امروزه دلایل موجهی وجود دارد که سازوکارهای حل‌وفصل اختلاف (به‌عنوان یکی از مهم‌ترین عوامل شکلی) به‌نحو تفکیک‌ناپذیری با حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران پیوند خورده‌اند و در موافقت‌نامه‌های تجاری نیز قیود حل‌وفصل اختلاف برای بازرگانان همین نقش را ایفا می‌کنند» (ICSID-Maffezini, 2000: para. 54).

در قضیه «زیمنس علیه آرژانتین» نیز داوری ایکسید در تقابل با قضیه امبتیلوس تصریح می‌کند: «حل‌وفصل اختلاف بخشی از حمایت‌هایی است که به موجب معاهده سرمایه‌گذاری به طرف معاهده وعده داده شده است، بنابراین حمایت‌های مذکور نیز می‌توانند موضوع شرط ملت کامله‌الوداد قرار گیرند» (ICSID-Siemens, 2004: para. 102). به همین ترتیب در قضیه «ای‌دبلیو‌جی علیه آرژانتین» داوری اظهار می‌دارد: «از حیث موضوع شرط ملت کامله‌الوداد قرار گرفتن هیچ مبنایی برای متمایز کردن قید حل‌وفصل اختلاف از سایر موضوعات مندرج در موافقت‌نامه دوجانبه بین‌المللی سرمایه‌گذاری وجود ندارد» (ICSID-AWG, 2006: para. 59).

با این حال محاکمی نیز وجود دارند که با تأکید بر همان تفکیک ماهوی و شکلی برای حقوق و تعهدات حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، مخالف تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قیود حل‌وفصل اختلاف سرمایه‌گذاری هستند. برای مثال در قضیه «سالینی علیه اردن»، داوری ایکسید با بررسی مجدد قضیه امبتیلوس اظهار می‌دارد که اساساً آنچه داوری مافزینی از این رأی نقل‌قول می‌کند، استنباطی غیرمعارف از متن رأی بوده است (ICSID-Salini, 2004: para. 106).

رویکرد مخالف با تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قید حل‌وفصل اختلاف به سبک مافزینی

با تکیه بر «تفکیک حقوق ماهوی از شکلی» در قضیه «تلنور علیه مجارستان» به اوج صراحت می‌رسد. داوری مذکور با استفاده از ماده ۳۱ کنوانسیون وین در خصوص معاهدات که معنای معمولی و متداول عبارات معاهدات را مبنای تفسیر آنها می‌داند، در رأی خود تصریح می‌دارد: از این عبارت که «رفتار هر یک از طرفین نسبت به سرمایه‌گذاری‌های طرف دیگر نباید نامطلوب‌تر از رفتار همان طرف با سرمایه‌گذاری‌های تابع دولت‌های ثالث باشد»، تنها تفسیر عمومی و متداول می‌توان داشت و تفسیر متداول از آن به این ترتیب است که این شرط ملت کامله‌الوداد تنها به رفتار هر یک از طرفین در خصوص «حقوق ماهوی» مربوط به هر یک از این سرمایه‌گذاری‌ها قابل تسری است و همین معنای متداول به کلی منصرف از اعمال این شرط به امور «شکلی» از جمله حل و فصل اختلاف می‌باشد (ICSID – Telenor, 2006: para. 92).

۲. تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قید حل و فصل اختلاف و تصریح در

خصوص «صلاحیت» مرجع داوری در قید حل و فصل اختلاف

پس از صدور رأی مافزینی برخی محاکم داوری معیار تازه‌ای را برای بررسی امکان تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قیود حل و فصل اختلاف مورد توجه قرار دادند. به نظر داورهای مذکور، «صلاحیت محاکم» عنصری نیست که بدون آنکه دولت‌ها به آن «تصریح» کرده باشند، بتوان به صورت «خودکار» و «بدون تصریح در معاهده» و صرفاً «با توسل به شرط ملت کامله‌الوداد» آن را احراز کرد. در قضیه «پلاما علیه بلغارستان» داوری ایکسید تصریح می‌دارد: «[رضایت به صلاحیت] باید واضح و فاقد هر گونه ابهام باشد و صرف قبول صلاحیت یک داوری در معاهده با دولت ثالث نمی‌تواند رضایت نسبت به صلاحیت یک داوری تلقی گردد» (ICSID – Plama, 2005: para. 184, 198, 227). بنابر نظر داوری «پلاما علیه بلغارستان» آن طرفی که مدعی تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قید حل و فصل اختلاف در یک معاهده است، بار اثبات چنین «رضایت صریح و روشنی» را بر عهده دارد. از این نظر می‌توان نتیجه گرفت که به خودی خود و در غیاب قرینه‌ای که اثبات‌کننده چنین رضایت صریح و روشنی باشد، باید اصل را بر «عدم تسری» شرط ملت کامله‌الوداد به قید حل و فصل اختلاف گذاشت (ICSID – Plama, 2005: para. 198). همین دیدگاه عیناً توسط ایکسید در قضایای «تلنور علیه مجارستان» (ICSID – Telenor, 2006: para. 92) و «وینترشال علیه آرژانتین» مورد تأیید داوران قرار گرفت (ICSID – Wintershall, 2008: para. 167). با این حال این دیدگاه نیز بدون معارض نبوده است. محاکم دیگری مثل «استرین ایرلینز علیه جمهوری اسلواکی» و «سوئز علیه آرژانتین» با نظر حقوقی مذکور مخالفت ورزیده‌اند. براساس رأی داوری قضیه اخیر «شروط حل و فصل اختلاف عیناً مانند دیگر مندرجات یک معاهده براساس مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون وین تفسیر می‌شوند، نه با

تفسیری موسع تر و نه مضیق تر» (ICSID –Suez–, 2006: para. 64; UNCITRAL –Austrian Airlines–, 2009: para. 95). همچنین «داوری آی سی اس علیه آرژانتین» معتقد است که داوری پلاما اساساً قاعده جدیدی را مدنظر قرار نداده و منظورش از «تصریح به صلاحیت» این بوده است که «داوری نمی تواند رضایت به صلاحیت یک محکمه داوری را مفروض تلقی کند»، بنابراین مبحث صلاحیت در مقایسه با سایر قواعد حقوق بین الملل نیازمند تصریح بیشتری نیست (UNCITRAL –ICS Jurisdiction–, 2012: paras. 281-282). با آنکه نظر داوری پلاما در خصوص نیاز به شفافیت و تصریح مضاعف در خصوص شروط حل و فصل اختلاف در میان دیگر آرای داوری چندان جایگاهی نیافت، هنوز برخی نظریه پردازان حقوق بین الملل سرمایه گذاری به آن معتقدند (MacLachlan *et al.*, 2008, para. 7.168).

۳. تسری شرط ملت کامله الوداد به قید حل و فصل اختلاف و «پیش شرط های» «صلاحیت»

برخی محاکم سرمایه گذاری نیاز به رضایت مجزا در مرحله «اهلیت تمتع» و «اهلیت استیفا» در حقوق بین الملل را مبنای مخالفت با تسری شرط ملت کامله الوداد به قیود حل و فصل اختلاف قرار داده اند. ایشان اظهار داشته اند که صرفاً با استفاده از شرط ملت کامله الوداد نمی توان «پیش نیازهایی» را که برای ایجاد صلاحیت یک محکمه در نظر گرفته شده اند، مرتفع کرد. برای مثال براساس آرای داوری مانند «آی سی اس»، «دایملر»، «کیلچ» و «اس تی- ای بی» هنگامی که در معاهده ای، برای ارجاع اختلاف به داوری، یک دوره تنفس و مذاکره شش ماهه یا شرط هجده ماهه توسط مراجع داخلی گنجانده شده باشد، تا زمانی که این شروط حاصل نشده باشند، محکمه نمی تواند در خصوص اختلاف ارجاع شده به وی ورود ماهوی کند، چراکه هنوز «فاقد صلاحیت» لازم برای رسیدگی به اختلاف مذکور است (UNCITRAL –ICS Jurisdiction–, 2012: para. 258; ICSID –Daimler–, 2012: para. 194; ICSID –Kılıç–, 2013: para. 6.3.4.; UNCITRAL –ST-AD GmbH–, 2013: para. 351). این نظر، خود «بررسی امکان تسری شرط ملت کامله الوداد به قید حل و فصل اختلاف» مرحله ای است که در بخش «بررسی ماهوی» اختلاف قابل انجام است. این در حالی است که بدون رعایت شروط اولیه مانند مذاکره شش ماهه یا توسط مراجع داخلی دادگاه صلاحیت رسیدگی به دعوا را احراز نمی کند و از ورود به مرحله بررسی ماهوی باز می ماند (ICSID –Hochtief– Dissenting Opinion by Christopher Thomas, 2011: para. 64). این قاعده نه تنها در خصوص شرط تنفس مذاکره و توسط مقدماتی به مراجع داخلی، بلکه در خصوص شرط تعریف سرمایه گذار نیز مورد اشاره قرار گرفته است؛ به این صورت که وقتی خواهان از منظر معاهده سرمایه گذاری مورد استناد شرایط شناخته شدن به عنوان سرمایه گذار را دارا

نیست، داوری سرمایه‌گذاری از اساس فاقد صلاحیت شناخته می‌شود و از ورود ماهوی به موضوع ناتوان خواهد بود (UNCITRAL – HICEE B.V., 2011: para. 149). در مواردی مانند پرونده «تاینور» و نظر مخالف قاضی توماس در پرونده «هوختیف»، مراجع داوری پا را فراتر نهاده و اساساً پیش‌شرط‌هایی مانند شرط تنفس و مذاکره شش‌ماهه و توسل به مرجع داخلی هجده‌ماهه را «شرط پذیرش» دعوا و یک مرحله قبل از «صلاحیت» شناسایی کرده‌اند. براساس این نظر در فقدان این پیش‌شرط‌ها اساساً داوری نباید دعوا را «پذیرش» کند، چه رسد به آنکه پس از پذیرش «صلاحیت» خود را نیز در کفه ارزیابی قرار دهد (ICSID – Hochtief – Dissenting opinion, 2011: para. 39; ICSID – Teinver –, 2012: para. 172). با وجود همین مخالفت‌ها در داوری «هوختیف» بیشتر داوران معتقد بودند رضایتی که براساس شرط ملت کامله‌الوداد صلاحیت دادگاه را احراز می‌کند، تفاوتی با سایر شیوه‌های ابراز چنین رضایتی ندارد (ICSID – Hochtief – Decision on Jurisdiction, 2011: paras. 69).

۴. تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قید حل و فصل اختلاف و «قصد» و «اراده»

طرفین معاهده

برخی از آرای داوری جواز تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قید حل و فصل اختلاف را طی یک معاهده سرمایه‌گذاری مبین «قصد و اراده طرفین» ارزیابی کرده‌اند، به نحوی که این شرط نیز عیناً مانند دیگر مندرجات معاهده مذکور به هیچ تأکید و تصریح مضاعفی نیاز ندارد. داوری اتاق بازرگانی استکهلم در قضیه «رزاینوست» دقیقاً همین استدلال را برای صدور رأی به جواز تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قید حل و فصل اختلاف به کار برده است (Stockholm Chamber of Commerce – RosInvest –, 2007: para. 131). اگرچه مخالف این نظر نیز در رأی داوری «آسترین ایرلاینز» و نیز نظر مخالف «پروفیسور براونلی» در قضیه «سی‌ام‌ئی» مورد استدلال قرار گرفته است (UNCITRAL – Austrian Airlines –, 2009: para. 137). پروفیسور برانلی در نظر مخالف خود در قضیه رزاینوست اظهار می‌دارد که «اگر قصد و اراده طرفین معاهده را مبتنی بر تسری شیوه دیگری از جبران خسارت از یک معاهده ثالث به معاهده پایه تفسیر کنیم، در این صورت تصریح به شیوه‌های جبران خسارت در معاهده پایه از طرف ایشان امری بیهوده و بی‌معنا خواهد بود» (UNCITRAL – CME – Separate Opinion by Ian Brownlie, 2003: para. 11). به عبارتی به‌زعم پروفیسور برانلی، در صورتی که طرفین معاهده هنگام انعقاد آن قصد داشتند مندرجات معاهده دیگری را بر روابط خود حاکم سازند، همان مندرجات معاهده ثالث را در معاهده تکرار می‌کردند؛ نه اینکه مقررات متفاوتی را (بیهوده و بلااثر) در معاهده مذکور بگنجانند و هنگام اجرای معاهده، عملاً مقررات مطلوب‌تر مندرج در

معاهده دیگر را اجرا کنند (UNCITRAL – CME – Separate Opinion by Ian Brownlie, 2003: para. 11). در خصوص نظر پروفیسور براونلی، نویسنده معتقد است زمانی که معاهده سرمایه‌گذاری حاوی شرط ملت کامله الوداد میان دو دولت پس از معاهده ثالث مطلوب‌تر انعقاد شده باشد، طبعا قصد و اراده طرفین در لحظه انعقاد معاهده، تخصیص زدن رفتار مطلوب‌تر معاهده قبل به موجب اراده جدید منعکس در معاهده بوده است. به عبارتی زمانی که طرفین یک معاهده با علم به آنکه توسط یکی از طرفین معاهده شرایط مطلوب‌تری به دولت ثالث اعطا شده است، شرایط سخت‌تری را برای حل و فصل اختلاف میان خود تصریح می‌کنند، مطابق نظر پروفیسور برانلی می‌توان پذیرفت که اراده جدید دو دولت بر همان شرایط سخت‌تر (نامطلوب‌تر) قرار گرفته است و نمی‌توان با استناد به معاهده سابق یکی از طرفین با دولت ثالث که حاوی امتیازاتی است، آن امتیازات را به معاهده لاحق قابل تسری دانست. اما در خصوص معاهداتی که پس از معاهده سرمایه‌گذاری (پایه) حاوی شرط ملت کامله الوداد بین دو دولت، معاهده با شرایط مطلوب‌تری بین یکی از طرفین و دولت ثالث منعقد می‌شود، نمی‌توان نظر پروفیسور برانلی را پذیرفت، چراکه در این صورت دولت اعطاکنده امتیاز به دولت ثالث، به شرط ملت کامله الودادی که پیش از انعقاد معاهده با دولت ثالث در معاهده خود با طرف دیگر معاهده پایه کاملا واقف بوده است و با علم آن شرط ملت کامله الوداد اقدام به اعطای امتیاز به ثالث نموده است و باید تبعات و نتیجه طبیعی شرط ملت کامله الوداد مندرج در معاهده سابق خود را نیز پذیرا باشد، چراکه اساسا رسالت و نتیجه بدیهی و طبیعی شرط ملت کامله الوداد همین است و در صورتی که این نتیجه را پذیرا نباشیم، شرط ملت کامله الوداد از اساس بیهوده و غیرعملی خواهد بود. چنانکه نسبت دادن انجام امری «بیهوده و بلااثر» به طرفین معاهده نیز خلاف اصول اولیه تفسیر است و نباید متن حقوقی را به گونه‌ای تفسیر کرد که شرطی از آن بلااثر تلقی شود و فرض نیز بر آن است که طرفین یک معاهده بازیگران عقلایی هستند که قصد انجام عملی بیهوده را نداشته‌اند. از قضا در پرونده مورد بحث پروفیسور براونلی یعنی پرونده «سی‌ام‌ای»، تاریخ (امضا و تصویب) معاهده ثالث مورد استناد (موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری میان جمهوری چک و ایالات متحده)، پس از تاریخ امضا و تصویب معاهده پایه (موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری میان جمهوری چک و هلند) است. نکته مهم آنکه به نظر می‌رسد یکی از دلایل عمده‌ای که پروفیسور براونلی نتوانسته است به‌عنوان مخالف اکثریت داوران را از نظرشان مبتنی بر امکان اعمال شرط ملت کامله الوداد در این پرونده منصرف کند، همین موضوع باشد.

احراز «قصد و اراده» واقعی طرفین برای تشخیص قابل تسری بودن شرط ملت کامله الوداد در داوری‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری تنها بر پایه اصل «رفتار عقلایی» و «بلااثر نبودن» متن حقوقی صورت نگرفته است. در مواردی مثل پرونده «برشیدر» داوری از طریق مراجعه به «دیگر مندرجات» معاهده حاوی شرط ملت کامله الوداد سعی در کشف اراده طرفین در

خصوص دامنۀ اثر آن در بخش حل و فصل اختلاف کرده است (Stockholm Chamber of Commerce – Berschader–, 2006: para. 192). حتی در مواردی مانند پروندۀ «استرین ایرلاینز علیه اسلواکی» داوری برای حل مسئلۀ تسری، علاوه بر آنکه به «دیگر مندرجات معاهدۀ پایه» برای احراز قصد طرفین مراجعه می‌کند، به «مذاکرات مقدماتی» انعقاد این معاهده نیز استناد می‌جوید (UNCITRAL – Austrian Airlines–, 2009: para. 105). در مواردی نیز مانند پروندۀ «سنور تزا یاپ شوم» خود عبارت‌پردازی شرط ملت کاملۀ الوداد مبنای استخراج قصد و ارادۀ طرفین قرار گرفته است (ICSID – Señor Tza Yap Shum–, 2009: para. 220). در مواردی مانند پروندۀ «مافزینی» یا پروندۀ «تلنور» نیز، مراجع داوری، رویۀ دولت خواننده در «دیگر موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری» را مبنای حکم به امکان تسری یا عدم تسری شرط ملت کاملۀ الوداد به قید حل و فصل اختلاف قرار داده‌اند (ICSID – Maffezini–, 2000: paras. 57; ICSID – Telenor–, 2006: paras. 96-97). این در حالی است که در قضیۀ «رنتا علیه روسیه» داوری اتاق بازرگانی استکهلم صرفاً معاهدۀ میان دولت متبوع خواهان و دولت خواننده را ملاک قرار داده و پرداختن به دیگر موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دولت خوانده (روسیه) را برای احراز مسئلۀ تسری در معاهدۀ مورد مناقشه «زائد و غیرضروری» می‌پندارد (Stockholm Chamber of Commerce – Renta–, 2009: para. 120). در قضیۀ «پلاما» و «آی سی اس» براساس مطالعۀ توأمان دیگر مندرجات معاهدۀ پایه و نیز دیگر موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دولت خواننده سعی بر آن شده است که «قصد و ارادۀ» طرفین «در زمان انعقاد معاهده» کشف شود (ICSID – Plama–, 2005: para. 195; UNCITRAL – ICS Jurisdiction–, 2012: para. 289). سایر داوری‌ها به این موضوع که «قصد و ارادۀ طرفین معاهدۀ سرمایه‌گذاری» مورد احراز، قصد و ارادۀ طرفین در «زمان انعقاد معاهده» مورد ملاک است یا زمان «استناد» یا «اجرا»، اشاره‌ای نکرده‌اند.

اصول تفسیر مورد توجه مراجع داوری برای صدور حکم به امکان یا عدم امکان تسری شروط ملت کاملۀ الوداد به قید حل و فصل اختلاف در معاهدات سرمایه‌گذاری

در حقوق بین‌الملل به خصوص در مراجع داوری بین‌المللی سرمایه‌گذاری، اصول حقوقی متعددی برای تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری به کار رفته است. فصل سوم از بخش سوم کنوانسیون وین در خصوص معاهدات به «تفسیر معاهدات» اختصاص یافته است. شیوۀ به‌کارگیری اسناد و رویه‌های مرتبط با یک معاهده و نیز قواعد حقوقی بین‌المللی مرتبط با آن،

در ماده ۳۱ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در خصوص معاهدات تصریح شده است. مطالعه و بررسی شیوه به‌کارگیری این عناصر در داوری‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری می‌توانند در پیش‌بینی میزان احتمال تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قید حل‌وفصل اختلاف توسط داوری رسیدگی‌کننده به یک اختلاف سرمایه‌گذاری مؤثر واقع شود.

مهم‌ترین اصل تأثیرگذار در تفسیر معاهدات حاوی شرط ملت کامله‌الوداد، اصل «تفسیر به ظاهر» است. براساس این اصل که در بند ۱ ماده ۳۱ کنوانسیون وین به آن تصریح شده است، در تفسیر باید معنای ظاهری و متداولی که از عبارات موضوع تفسیر برمی‌آید، موضوع تفسیر قرار گیرد (Vienna Convention, 1969: art. 31.1.). شایان ذکر است که اصل تفسیر به ظاهر به خودی‌خود ارزش ذاتی ندارد و تنها در صورت «فقدان اماره‌ای که دلالت برخلاف ظهور عبارات معاهده داشته باشد» ملاک تفسیر قرار می‌گیرد (Vienna Convention, 1969: art. 31.4.). مهم‌ترین منبعی که می‌توان «قصد و اراده طرفین» را از آن استخراج کرد، «ظاهر عبارات» مورد تفسیر است. ایکسید در رأی نهایی خود در قضیه تلنور بر همین حقیقت تأکید می‌ورزد (ICSID –Telenor–, 2006: para. 92).

در مواردی نیز محاکم داوری برای احراز حکم قضیه از ظاهر متن معاهده فراتر رفته‌اند. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه «تامیبیا» بر ضرورت تفسیر یک سند حقوقی براساس اراده امضاکنندگان آن «در زمان انعقاد» تأکید ورزید (ICJ Advisory Opinion, 1971: 30 para. 16, para. 53). داوری‌های سرمایه‌گذاری نیز در قضیه «آی سی اس»، «دایملر» و «پلاما» به لزوم رعایت این اصل اشاره کرده‌اند (ICSID –Plama–, 2005: para. 195-197; ICSID –Daimler–, 2012: paras. 289-290; UNCITRAL –ICS Jurisdiction–, 2012: para. 220). در عین حال دیوان در رأی خود در قضیه «حقوق کشتیرانی» اظهار می‌دارد «در صورتی که معنای عبارتی در طول زمان تکامل یافته باشد، هیچ مبنایی برای تفسیر آن براساس مفهوم آن در زمان انعقاد وجود نخواهد داشت» (ICJ Judgment -Dispute regarding Navigational and Related Rights-, 2009: 213 and 242 para. 64). با وجود این براساس نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل اینکه خود طرفین اراده کرده باشند که معنای زمان انعقاد عبارت در طول زمان ادامه یا تکامل یابد نیز تابع اراده طرفین است. با توجه به آنکه «اراده طرفین» را به‌جز از خود متن معاهده می‌توان از منابع دیگری مانند رویه بعدی طرف‌های معاهده یا پیش‌نویس‌ها و مذاکرات مقدماتی استخراج کرد، این منابع در تفسیر اینکه طرفین قصد امکان تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قید حل‌وفصل اختلاف در معاهده را داشته‌اند یا نه، نقش کلیدی ایفا می‌کنند. اگرچه «مذاکرات مقدماتی و پیش‌نویس‌های معاهده» در همه موارد در دسترس نیستند، در مثالی بارز در قضیه «آسترین ایرلاینز» مرجع داوری با استفاده از مذاکرات مقدماتی طرفین معاهده که دایره شمول شرط حل‌وفصل اختلاف را محدود و محدودتر کرده بود، نتیجه گرفت که طرفین قصد و اراده

منجر بر «محدود شدن مرجع حل و فصل اختلاف به مرجع تعیین شده در معاهده» داشته‌اند (UNCITRAL – Austrian Airlines Final Award–, 2009: para. 137).

با وجود این براساس بند ۱ ماده ۳۱ کنوانسیون وین، «ظاهر عبارات» نیز در تفسیر یک معاهده باید در پرتو «سیاق (زمینه) عبارات» و نیز «موضوع و هدف» معاهده مدنظر قرار گیرد. بند ۲ ماده مذکور مصادیق سیاق عبارت را علاوه بر مقدمه و ضمایم ذکر می‌کند. براساس این بند، توافقات طرفین در خصوص انعقاد معاهده (صرف نظر از متن آن)، سند تنظیم شده توسط یک طرف و امضاشده توسط طرف/طرف‌های دیگر در خصوص انعقاد معاهده از موارد احراز «سیاق عبارات» معاهده هستند (Vienna Convention, 1969: art. 31.2). همچنین بند ۳ این ماده، علاوه بر سیاق عبارات، «توافق لاحق طرفین در خصوص تفسیر یا اجرای مفاد معاهده»، «رویه طرفین در اجرای معاهده که مؤید تفسیری معین از معاهده باشد» و نیز «هر قاعده حقوق بین‌الملل که در روابط بین طرف‌های معاهده قابل اجرا باشد» را عوامل تعیین‌کننده در تفسیر تلقی می‌کند.

نکته مورد توجه در مورد معاهدات سرمایه‌گذاری، آن است که پس از انعقاد معاهدات مذکور اغلب رویه تفسیری مشخصی در موردشان شکل نمی‌گیرد؛ اگرچه در موارد استثنایی رویه عملی نسبی در اجرای معاهده دیده شده است. با این حال این رویه نیز تنها رویه اجرایی معاهده است و در اغلب موارد ناظر بر تفسیر مقررات ماهوی مانند شرط ملت کامل‌الوداد نیست. نکته جالب‌تر آنکه با وجود تصریح ماده ۳۱ به منبع تفسیر بودن «رویه معاهده موضوع تفسیر» (و نه دیگر معاهدات منعقدشده با دولت‌های ثالث توسط طرفین معاهده)، مراجع داوری گاه «معاهدات سرمایه‌گذاری دیگر» دولت طرف معاهده را به‌عنوان «رویه» مبنای تفسیر قرار داده‌اند. برای مثال ایکسید در قضیه «پلاما» تصریح می‌دارد که معاهدات کشور طرف دعوا با دولت‌های ثالث می‌تواند در تعیین مقصود طرفین از عبارات محل اختلاف مؤثر واقع شود (ICSID – Plama–, 2005: para. 195)، البته در مواردی نیز داوری سرمایه‌گذاری تنها اسناد و رویه‌ای را که «مستقیماً» مربوط به معاهده مورد اختلاف هستند، قابل استفاده برای تفسیر قلمداد کرده و استناد به معاهدات دولت طرف دعوی را مردود دانسته است. برای مثال در قضیه «آی سی اس» داوری، در خصوص قابلیت استناد به اسناد خارج از «معاهده میان دولت/دولت متبوع خواهان را با دولت خواننده» تردید می‌ورزد (UNCITRAL – ICS – Jurisdiction–, 2012: para. 314). داوری استکهلم در قضیه «رنتا» به تحلیل فنی‌تر این موضوع می‌پردازد. داوری مذکور در رأی خود تصریح می‌دارد که بررسی معاهدات دیگر سرمایه‌گذاری دولت خواننده با دولت‌های ثالث «غیرضروری و موجب اطناب» است و نمی‌توان مندرجاتی را که در معاهده میان دو طرف دعوا موجود است، به بهانه انعقاد مقرراتی خلاف آنها در معاهدات دیگر نادیده گرفت (Stockholm Chamber of Commerce – Renta–, 2009:)

para.120)، البته با توجه به آنکه اساساً ماهیت شرط ملت کامله الوداد به رفتار دولت طرف معاهده با دیگر دولت‌ها گره خورده است، شاید بتوان با تفسیری موسع، مندرجات معاهدات دولت خوانده با دیگر دولت‌ها در حوزه حل و فصل اختلاف را مشمول بخش «ب» بند ۳ ماده ۳۱ در خصوص «رویه بعدی در اجرای معاهده» یا از مصادیق «وسایل تکمیلی تفسیر» موضوع ماده ۳۲ کنوانسیون وین دانست.

نکته دیگری که مراجع داوری در تسری یا عدم تسری شرط رفتار ملت کامله الوداد به شرط حل و فصل اختلاف در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری^۱ مورد مذاقه قرار داده‌اند، حالتی است که ضمن شرط ملت کامله الوداد مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری، مصادیقی از استثنائات اعمال این شرط تصریح شده‌اند (براون‌لی، ۱۳۶۵: ۲۴۱؛ امیدی، ۱۳۷۶: ۱۰۰؛ شریفی طراز‌کوهی و همکاران، ۱۳۹۲: ۱۷-۱۶). اصل «نفی مصادیق تصریح‌نشده به موجب تصریح به مصادیق»^۲، توسط برخی مراجع داوری سرمایه‌گذاری به‌عنوان یکی از «قواعد قابل اعمال حقوق بین‌الملل» در تفسیر معاهدات یا «وسیله تکمیلی تفسیر» به کار رفته است (UNCITRAL – Austrian) (Airlines – Separate Opinion of Charles N. Brower, 2009: para. 3). براساس این اصل، در خصوص موضوع مورد بحث مقاله حاضر می‌توان نتیجه گرفت «در صورتی که در شرط ملت کامله الوداد مندرج در یک معاهده مواردی مستثنا شده باشند»، می‌توان تمام موارد دیگر را که استثنا نشده‌اند، «از جمله مسئله حل و فصل اختلاف»، مشمول شرط مذکور دانست. در مقابل، داوری «آی سی اس» استدلال می‌کند که اصل مذکور از قضا می‌تواند نتیجه عکس دهد (و امکان تسری شرط ملت کامله الوداد به قید حل و فصل اختلاف را سد کند). به این ترتیب، در صورتی که در شرط ملت کامله الوداد مندرج در یک معاهده سرمایه‌گذاری تنها به حقوق ماهوی اشاره شده باشد، می‌توان نتیجه گرفت که حقوق شکلی، از جمله موضوع حل و فصل اختلاف، از دایره شمول این شرط مستثنا شده است (UNCITRAL – ICS Jurisdiction) (2012: paras. 315-317). یکی از اصول دیگری که شاید در آینده بتواند بر داوری‌هایی که موضوع موسوم به مسئله مافزینی را در دستور کار خود دارند اثرگذار باشد، اصل «تخصیص عام توسط خاص» است. براساس این اصل شاید بتوان نتیجه گرفت که «عمومیت» شرط ملت کامله الوداد مندرج در یک معاهده از طریق قید حل و فصل اختلاف مندرج در آن «تخصیص» می‌خورد و در نتیجه نمی‌توان به استناد عمومیت شرط مذکور قائل به تغییر مکانیسم مندرج در قید حل و فصل اختلاف شد. با وجود این، از آنجا که مسئله مذکور تنها در معدودی از آرا توسط خواهان مورد استناد قرار گرفته و مورد توجه محاکم داوری قرار نگرفته است، از تشریح بیشتر آن صرف‌نظر می‌شود.

1. expression unius est exclusion alterius

معاهدات آسیب پذیرتر از منظر تسری شروط ملت کامله‌الوداد به قید حل و فصل اختلاف

با نیم‌نگاهی به معاهدات سرمایه‌گذاری معاصر درمی‌یابیم که شرط ملت کامله‌الوداد در این معاهدات در مجموع از فرم واحدی تبعیت نمی‌کند. این تعدد و تنوع متن در معاهدات سرمایه‌گذاری ارزیابی امکان تسری این شرطها به قیود حل و فصل اختلاف را دشوارتر می‌سازد. با این حال، با توجه به رویه داورى فعلی، می‌توان دسته‌بندی‌های کلی‌ای را در خصوص شروط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری شناسایی کرد و مبنای پیش‌بینی نسبی در خصوص احتمال تسری این شروط به قیود حل و فصل اختلاف مندرج در معاهده مورد اختلاف قرار داد.

برخی معاهدات سرمایه‌گذاری در خصوص امکان تسری یا عدم تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قیود حل و فصل اختلاف حاوی «تصریح» هستند. برای مثال پیش‌نویس موافقت‌نامه تجارت آزاد آمریکای لاتین به صراحت قیود حل و فصل اختلاف را از تسری شرط ملت کامله‌الوداد مصون داشته است (CAFTA-DR, 2004: Chapter 10, footnote on the scope of application of the MFN treatment clause). معاهداتی مانند معاهده سرمایه‌گذاری مکزیک با ژاپن یا پیش‌نویس «معاهده مدل» بریتانیا نیز در رویه‌ای برعکس، «امکان تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قید حل و فصل اختلاف» مندرج در معاهده را تصریح کرده‌اند (Japan-United Mexican States BIT, 2004, art.59 note3; The United Kingdom Model BIT, art. 3(3)).

بی‌شک در خصوص این‌گونه معاهدات که تسری یا عدم تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قید حل و فصل اختلاف تصریح شده است، مشکلی برای تفسیر وجود نخواهد داشت. با این حال معاهداتی که از این حیث دارای تصریح هستند، بسیار محدود و انگشت‌شمارند. در اغلب معاهدات سرمایه‌گذاری این قرائن صریح برای تعیین دامنه شرط ملت کامله‌الوداد وجود ندارند و باید به امارات «ضمنی» مندرج در متن این معاهدات یا رویه اسنادی و اجرایی قبل یا بعد از آنها مراجعه کرد. در زیر رویکردهای عمده داورى‌های سرمایه‌گذاری به این قرائن ضمنی تشریح و تحلیل می‌شود.

در دسته‌ای از معاهدات سرمایه‌گذاری، رفتار ملت کامله‌الوداد «رفتاری که نامطلوب‌تر از رفتاری که با هر سرمایه/سرمایه‌گذار خارجی دیگر نیست» تعریف شده است. این شروط ملت کامله‌الوداد به‌گونه‌ای به رشته نگارش درآمده‌اند که براساس آنها مطلقاً (بدون قید ایجابی یا سلبی) صرف اعطای «رفتار مطلوب‌تر» به سرمایه‌گذار دولت ثالث مشمول رفتار ملت کامله‌الوداد شناخته شده است. معاهده سرمایه‌گذاری میان آلمان و افغانستان از همین دست موافقت‌نامه‌هاست (Germany-Afghanistan BIT, 2007: 3(b)). طی این معاهدات تصریح نشده که آیا منظور از «رفتار مطلوب‌تر» در معاهده «قید حل و فصل اختلاف» نیز بوده است یا خیر. با وجود این در هیچ‌یک از دعاوی‌ای که شرط ملت کامله‌الوداد به این‌گونه در معاهده

سرمایه‌گذاری مورد اختلاف گنجانده شده، داوری سرمایه‌گذاری رأی به تسری این شرط به قید حل‌وفصل اختلاف نداده است. ظاهراً در خصوص این دسته از شروط داوری‌های سرمایه‌گذاری اصل را بر عدم تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قید حل‌وفصل اختلاف در زمان فقدان تصریح بنا نهاده‌اند.

دسته دوم معاهداتی هستند که در آنها تأکید شده است که رفتار ملت کامله‌الوداد در خصوص «تمامی امور مربوط به سرمایه‌گذاری» اعمال می‌شود. تقریباً تمام مراجع داوری که به اختلافی در خصوص شرط ملت کامله‌الوداد مندرج در این نوع معاهدات پرداخته‌اند و تسری شرط مذکور به قید حل‌وفصل اختلاف مورد ادعای خواهان قرار گرفته است، موافقت خود را با این ادعا ابراز داشته‌اند. معاهده میان آرژانتین و اسپانیا که در خود قضیه مافزینی مورد استناد قرار گرفت، نمونه‌ای بارز از این دست معاهدات است (Argentine-Spain BIT, 1992: art. IV paragraph 2). بر این اساس با وجود قرینه‌ای حاوی «اطلاق»، داوری‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری تمایل به تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قید حل‌وفصل اختلاف دارند.

دسته سوم معاهدات سرمایه‌گذاری فهرستی (معمولاً غیرحصری) از موارد مشمول رفتار ملت کامله‌الوداد را در خود گنجانده‌اند. برای مثال بند ۱ ماده ۱۱۰۳ موافقت‌نامه تجارت آزاد آمریکای شمالی (نفتا) تصریح می‌دارد: «هر یک از طرف‌ها، در شرایطی مشابه، در خصوص ایجاد، استفاده، گسترش، مدیریت، اداره، بهره‌برداری، فروش یا دیگر نقل و انتقالات سرمایه‌گذاران طرف دیگر معاهده، باید رفتاری نامطلوب‌تر از آن رفتاری که بر سرمایه‌گذاران سایر دولت‌ها (اعم از عضو یا غیر عضو معاهده) اعمال می‌کند معمول دارد» (NAFTA, 1994: art. 1103.1). در خصوص این دسته از معاهدات تقریباً تمامی داوری‌های سرمایه‌گذاری رأی به تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قید حل‌وفصل اختلاف داده‌اند.

همچنین در برخی از معاهدات سرمایه‌گذاری به عنصر «سرزمین» اشاره‌ای گذرا شده است. همین اشاره سبب تنوع نظر میان داوری‌های سرمایه‌گذاری در خصوص قابلیت تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قیود حل‌وفصل اختلاف در معاهدات سرمایه‌گذاری حاوی این عنصر شده است. برای مثال ماده ۳ معاهده سرمایه‌گذاری میان آرژانتین و بریتانیا تصریح می‌دارد: «هر یک از طرفین متعهد می‌شوند که در سرزمین خود نسبت به سرمایه و یا عواید سرمایه طرف دیگر رفتاری نامطلوب‌تر از آن رفتاری که نسبت به سرمایه یا عواید سرمایه تبعه خود یا تبعه دولت ثالث معمول می‌دارند، اعمال نکنند. داوری «آی اس سی» با این استدلال که معاهده مذکور شرط ملت کامله‌الوداد را در «سرزمین کشور میزبان» مورد تصریح قرار داده و طرح موضوع در «داوری بین‌المللی»، «خارج از محدوده قواعد و مقررات سرزمینی» است، حکم به عدم تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قیود حل‌وفصل اختلاف در این قضیه داده است (UNCITRAL – ICS). داوری «دایملر» (Jurisdiction–, 2012: paras. 296 & 305-308) نیز در خصوص عامل

سرزمین دقیقا همین نتیجه را برگزیده است (ICSID –Daimler–, 2012: paras. 225-231 & 236). با وجود این محاکمی نیز مانند داوری «مافزینی» و «هوختیف» اساسا موضوع سرزمین را «بی‌ارتباط» به بحث تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قیود حل‌وفصل اختلاف ارزیابی کرده‌اند (ICSID –Maffezini–, 2000: para. 61; ICSID –Hochtief– Decision on Jurisdiction,) (2011: paras. 107-111).

نکته‌ای که نباید از نظر دور داشت آن است که تفاسیر و طبقه‌بندی‌های مذکور تنها با بررسی آرای گذشته حاصل آمده است و الزاما پیش‌بینی صددرصدی در خصوص مواضعی که محاکم و داوری‌های سرمایه‌گذاری در آینده در خصوص قابلیت تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قیود حل‌وفصل اختلاف اتخاذ خواهند کرد، حاصل نمی‌دهد.

نتیجه‌گیری

موضوع تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قیود حل‌وفصل اختلاف به‌صورت جدی از طریق داوری‌های سرمایه‌گذاری مورد مذاقه قرار گرفته است. این عقیده که اساسا شرط ملت کامله‌الوداد به قواعد شکلی از جمله قیود حل‌وفصل اختلاف قابل تسری نیست، تقریبا موضعی متروک و مرده تلقی می‌شود. داوری‌های سرمایه‌گذاری تا زمانی که گزاره‌ای با صراحت نسبی آنها را از تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قیود حل‌وفصل اختلاف باز ندارد، تمایل به تسری شرط مذکور به این قیود دارند، از این‌رو برای اعمال این تمایل خود به کوچک‌ترین نکات ممکن در متن معاهده یا در رویه اسنادی و اجرایی قبل یا بعد از معاهده مورد اجرا، استناد خواهند ورزید. این مسئله به آن معناست که وقتی حتی کوچک‌ترین قرینه ولو با ارتباطی ضعیف بتواند شرط ملت کامله‌الوداد را به قیود حل‌وفصل اختلاف تسری دهد، بی‌شک مورد استفاده داوری بین‌المللی برای احراز صلاحیت خود و نیز حمایت از سرمایه‌گذار خواهان قرار خواهد گرفت. داوری‌ها در آینده ممکن است حتی نیاز به وجود قرینه‌ای برای اعمال این تسری را نادیده بگیرند و جز در موارد منع صریح، شرط ملت کامله‌الوداد را به قیود حل‌وفصل اختلاف تسری دهند. این مسئله، اهمیت موضوع تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قیود حل‌وفصل اختلاف را در خصوص «معاهدات سرمایه‌گذاری ایران» که بلااستثنا «همگی» حاوی شرط ملت کامله‌الوداد هستند، دوچندان می‌سازد. در شرایطی که عمده داوری‌های سرمایه‌گذاری تمایل دارند با اتخاذ تفسیری حداکثری از شروط ملت کامله‌الوداد، صلاحیتشان را حتی در صورت عدم تصریح در معاهده سرمایه‌گذاری به رسمیت بشناسند و به دولت‌ها تحمیل کنند یا پیش‌شرط‌های لازم برای ارجاع دعوا به داوری بین‌المللی را نادیده بگیرند، ضروری است که شروط ملت کامله‌الوداد مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری کشور، رویکردهای احتمالی در تفسیر آنها و نیز تدوین

راهبرد لازم برای تطبیق رفتار نهادهای عمومی مرتبط با سرمایه‌گذاری در کشور در خصوص حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری مورد توجه خاص حقوقدانان سرمایه‌گذاری بین‌المللی کشور قرار گیرد.

آنچه نمی‌توان ذره‌ای در خصوص آن تردید ورزید آن است که شرط ملت کامله‌الوداد پس از رأی «داوری مافزینی» به خصوص در مورد قید حل‌وفصل اختلاف اهمیت‌ی صدچندان یافته است. این شرط با تفاسیر نوینی که از آن در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری صورت گرفته، خطر آن را دارد که دولت‌ها را با شرایطی از حل‌وفصل اختلاف سرمایه‌گذاری مواجه کند که پیش از آن به‌هیچ‌وجه به آن رضایت نداده‌اند. با وجود این مزایای این شرط به‌گونه‌ای است که برای اجتناب از این خطر نمی‌توان آن را به‌تمامی حذف کرد، بلکه باید هنگام انعقاد معاهده آن را به‌گونه‌ای تنظیم کرد که حاوی آثار منفی جبران‌ناپذیری برای دولت نباشد.

زمانی که تسری/عدم تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قید حل‌وفصل اختلاف مندرج در یک معاهده سرمایه‌گذاری، در خود معاهده تصریح نشده باشد، استخراج حکم قضیه در انحصار داوری سرمایه‌گذاری خواهد بود. رویه داوری‌های مذکور براساس آخرین تحولات نشان‌دهنده این حقیقت است که محاکم سرمایه‌گذاری تمایل شایانی به توسعه دامنه صلاحیتی خود دارند. در این شرایط دولتهایی که خود را در معرض ورود به سازوکارهای حل‌وفصل اختلافی می‌بینند که در گذشته طی هیچ معاهده‌ای به آن ابراز رضایت نکرده‌اند، باید برای اجتناب از دور زدن اراده آنها از طریق سرمایه‌گذار خارجی و نیز داوری‌های سرمایه‌گذاری چاره‌ای بیندیشند. «تصریح» ضمن معاهده در خصوص تسری یا عدم تسری شرط ملت کامله‌الوداد به قید حل‌وفصل اختلاف در «معاهدات سرمایه‌گذاری» توسط دولت مذاکره‌کننده و در عین حال «ابراز و انعکاس صریح اراده» دولت در خصوص سازوکار حل‌وفصل اختلاف مرضی‌الطرفین در قراردادهای خود با سرمایه‌گذاران متبوع دولتهایی که در گذشته با آنها معاهده سرمایه‌گذاری منعقد کرده‌اند، راه‌حل نهایی در خصوص مقابله با تهدید موجود است.

منابع

۱. فارسی

۱. براون‌لی، یان (۱۳۶۵)، «نظری اجمالی بر حقوق معاهدات»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ترجمه قطینه احمد، دوره ۵، ش ۵.
۲. شریفی طراز‌کوهی، محسن؛ ویکتور بارین چهاربخش (۱۳۹۲)، «دفاع مشروع بازدارنده در قرن بیست‌ویکم»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، سال پانزدهم، ش ۴۰.

A) Books

3. Campbell, MacLachlan; Laurence, Shore & Matthew, Weiniger (2008), *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford, Oxford University Press.

B) Cases

4. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Renta 4 S.V.S.A v. The Russian Federation , Award on Preliminary Objections, No. 24/2007 (20 March 2009).
5. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, RosInvest Co. UK Ltd. v. The Russian Federation, Award on Jurisdiction, No. V079/2005 (1 October 2007).
6. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Vladimir Berschader and Moïse Berschader v. The Russian Federation , (21 April 2006).
7. ICJ, Dispute regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua), Judgment, I.C.J. Reports 2009.
8. ICJ, Legal consequences for States of the continued presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, 1971.
9. ICSID, Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic, Award, 22 August 2012.
10. ICSID, Emilio Agustín Maffezini v. the Kingdom of Spain, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, (25 January 2000).
11. ICSID, Hochtief AG v. Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, (7 October 2011).
12. ICSID, Hochtief AG v. The Argentine Republic, Dissenting Opinion of arbitrator Christopher Thomas, Decision on Jurisdiction, (24 October 2011).
13. ICSID, Kılıç İnşaat İthalat İhracat Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi v. Turkmenistan , Decision on Article VII.2 of the Turkey-Turkmenistan Bilateral Investment Treaty, Case No. ARB/10/1, 2 July 2013, para.6.3.4. .
14. ICSID, Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria, Decision on Jurisdiction, (8 February 2005).
15. ICSID, Salini Costruttori S.p.A. v. The Hashemite Kingdom of Jordan, Decision of the Tribunal on Jurisdiction (Nov. 9.2004).
16. ICSID, Señor Tza Yap Shum v. The Republic of Peru, Decision on Jurisdiction and Competence (Spanish), (19 June 2009).
17. ICSID, Siemens A.G. v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, (3 August 2004).
18. ICSID, Suez Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic, Decision on Jurisdiction (16 May 2006).

19. ICSID, *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. and Autobuses Urbanos del Sur S.A. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, ICSID (21 December 2012).
20. ICSID, *Telenor Mobile Communications A.S. v. Hungary*, (13 September 2006).
21. ICSID, *Wintershall Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, Award, (8 December 2008).
22. UNCITRAL, *Austrian Airlines v. The Slovak Republic*, final award, (9 October 2009).
23. UNCITRAL, *Austrian Airlines v. The Slovak Republic*, Separate Opinion of Charles N. Brower, (9 October 2009).
24. UNCITRAL, *AWG Group Ltd. v. The Argentine Republic*, Decision on Jurisdiction, (3 August 2006).
25. UNCITRAL, *CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic*, Separate Opinion on the Issues at the Quantum phases by Ian Brownlie, (14 March 2003).
26. UNCITRAL, *HICEE B.V. v. The Slovak Republic*, Partial Award, (23 May 2011).
27. UNCITRAL, *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) v. Republic of Argentina*, Award on Jurisdiction, PCA Case No. 2010 -9 (10 February 2012).
28. UNCITRAL, *ST-AD GmbH v. Republic of Bulgaria*, Award on Jurisdiction, PCA Case No. 2011 -06, 18 July 2013, para.351.

C) Documents

29. Argentine-Spain BIT (28 September 1992).
30. Central American Free Trade Agreement Draft (CAFTA-DR) (28 January 2004).
31. Germany-Afghanistan BIT, (8 February 2007).
32. ILC Final Report, sixty-seventh Session, Study Group on the Most-Favoured-Nation clause, 2015.
33. ILC Yearbook, Report of the Commission to the General Assembly on the Work of its Thirtieth Session, 1978, vol.II, part two, available at: legal.un.org/ilc/documentation/english/A_33_10.pdf
34. ILC, Draft Articles on Most-Favoured-Nation Clauses, 1978.
35. Japan-United Mexican States BIT (17 September 2004) .
36. North American Free Trade Agreement –Nafta–, (1st January 1994).
37. UN General Assembly, Resolution on the Report of the Sixth Committee (A/63/439), (11 December 2008).
38. United Kingdom BIT Model Text Draft.