

مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران
شماره سی‌ام، بهار ۱۳۸۳، صص ۳۲۷-۲۵۱

معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری*

مترجم: دکتر توکل حبیب زاده**

گسترش انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی بین‌المللی نشان‌دهنده اهمیتی است که جامعه بین‌المللی برای این موضوع قائل است. معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری پدیده نسبتاً جدیدی است.^۱ این ادعا که انعقاد این معاهدات در ایجاد معیارهای عمومی در حمایت از سرمایه‌گذاری موفق بوده، نیازمند بررسی است. افزایش سریع این معاهدات حاکی از اهمیتی است که در رویه فعلی به آنها داده می‌شود. بانک جهانی در سال ۱۹۹۲ در گزارشی فهرست این معاهدات را به دست داده ولی از آن زمان تاکنون

*. این متن ترجمه فصل ششم تحت عنوان Bilateral Investment Treaties از کتاب ذیل است:

M. Sornarajah, *International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 1994.

** استادیار دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (ع).

۱. طبق فهرستی که از معاهدات مزبور در مجله ایکساید ۱۹۹۸ چاپ شده {۴ (۱۹۸۹) ICSID Rev 189}، اولین معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری، معاهده‌ای است که میان آلمان و پاکستان در سال ۱۹۵۹ منعقد شده است. در فهرست مزبور به ۳۰۸ معاهده اشاره شده که تا پایان ۱۹۸۸ منعقد گردیده است. این معاهدات در یک مجموعه کلاسور (loose-leaf publication) گردآوری شده است.

ICSID, *Investment Promotion and Protection Treaties* (1983).

تعداد بیشتری نیز منعقد شده^۲ و مذاکرات مربوط به تعداد فراوانی نیز در جریان است. بدیهی است انعقاد این معاهدات از نظر دولتهای امضاءکننده آنها ضروری تلقی می‌شود. بررسی اهمیت آنها نیز امری ضروری است.

بند نخست - بررسی مقدماتی

معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری پدیده تقریباً جدیدی در عرصه سرمایه‌گذاری بین‌المللی محسوب می‌شود.^۳ این معاهدات قواعدی را بوجود می‌آورند که براساس آنها سرمایه‌گذاری اتباع دو دولت طرف معاهده، در کشور دیگر حمایت می‌شود. نویسندگان در آثار این معاهدات اختلاف نظر دارند. ظاهراً عقیده دو نویسنده بریتانیایی در میان حقوقدانان بین‌المللی انگلیسی تأثیر زیادی داشته است. به نظر ایشان، معاهدات مزبور «معیارهای حقوق بین‌الملل عرفی را که ظاهراً در شرف زوال بود، تقویت می‌کنند».^۴

2. World Bank Group, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment* (vol. 1, 1992), pp. 17-23;

در شماره ۷ مجله ایکسید به سال ۱۹۹۲ فهرستی از این معاهدات به چاپ رسیده است: (1992) 7 *ICSID Rev* 237-83.

۳. در مورد نوشته‌های اخیر راجع به این موضوع رک. F.A. Mann, "British Treaties for the Promotion and Protection of Investment" (1982) 52 *BYIL* 241; D. A. Cody, "United States Bilateral Investment Treaties: Egypt and Panama" (1983) *Ga JIL* 491; UNCTC, *Bilateral Investment Treaties* (1988); J. W. Salacuse, "BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their impact on Foreign Investment in Developing Countries" (1990) 24 *Int Lawyer* 655; K. J. Vandeveld, *United States Investment Treaties: Policy and Practice* (1992). "The Development and Expansion of Bilateral Investment Treaties" (1992) *ASIL Preldgs* 532.

کتاب‌شناسی این موضوع را می‌توان در شماره ۷ مجله ایکسید سال ۱۹۹۲ یافت. مؤلف برای استفاده‌ای که از استماع سخنرانی دکتر هریرت گلسونگ (Heribert Golsong) «معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری» در مارس ۱۹۹۳ در دانشگاه کمبریج، به عمل آورده است، تقدیر و تشکر می‌کند.

4. E. Denza and S. Brooks, "Investment Protection Treaties: The United Kingdom Experience" (1987) 36 *ICLQ* 908 at p. 912.

به نظر می‌رسد وایت با این دیدگاه موافق است.

این ارزیابی، مستلزم اطمینان از وجود حقوق بین‌الملل عرفی در حیطه شمول معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری است، در حالی که وجود قواعد حقوق بین‌الملل عرفی فراوان در این زمینه محل تردید است و به دلیل مخالفت اکثر کشورها با ایجاد چنین حقوق بین‌الملل عرفی، احراز آن نیز مشکل است. ممکن است ادعا شود که این معاهدات رویه موجود را تثبیت نموده و به ایجاد اصول عرفی در این زمینه کمک می‌کنند. احتمال دارد افزایش معاهدات دو جانبه‌ای که معیار رفتاری یکسانی ارائه می‌کنند، آن معیار رفتاری را به یک اصل حقوق بین‌الملل عرفی تبدیل نماید. بعضی از نویسندگان اظهار می‌کنند که معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری به دلیل ارائه معیارهای یکسان در حمایت از سرمایه‌گذاری به شکل‌گیری حقوق بین‌الملل عرفی منجر خواهند شد.^۵ دیدگاه مخالف این است که با توجه به وضعیت نامشخص حقوق بین‌الملل موجود راجع به حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، دولت‌ها با انعقاد چنین معاهداتی، قانون خاصی (*lex specialis*) را

G. White, "The New International Economic Order: Principles and Trends" in H. Fox (ed.) *International Economic Law and Developing States* (vol.2, 1992).

پروفسور مان (Mann) در سال ۱۹۸۱ اظهار عقیده نموده که چنین معاهداتی به توسعه حقوق بین‌الملل عرفی کمک می‌کنند.

F. A. Mann, "British Treaties for the Promotion and Protection of Investment" (1981) 52 *BYIL* 241.

ولی در مقاله بعدی که به سال ۱۹۹۲ نوشته، جانب‌داری و علاقمندی او نسبت به چنین معاهداتی کاهش یافت.

F. A. Mann, "Foreign Investment in the International Court" (1992) 86 *AJIL* 92.

حقوقدانان آلمانی تصدیق می‌کنند معاهدات آلمان (که الگویی را برای رویه اروپایی فراهم می‌آورند) حقوق بین‌الملل عرفی یا حتی رویه دولتی بوجود نمی‌آورند، بلکه صرفاً نشان می‌دهند که «بین سرمایه‌گذار و دولت میزبان منافع متقابلی وجود دارد که آنها را به یک معیار حمایتی مورد توافق سوق می‌دهد».

A. Weber, "Investment Risks and International Law" in T. Oppermann and E. Petersmann (eds.), *Reforming the International Economic Order* (1987) 36 at p. 37.

5. Mann, "British Treaties" (1981) 52 *BYIL* 241.

❖ ۲۵۳ معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری

در روابط فیما بین بوجود می‌آورند. البته در صورت هماهنگی میان معیارهای مندرج در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری که در آنها توافق پایداری وجود داشته و معاهدات مزبور هم حاکی از این امر باشند، ممکن است چنین معیارهایی به حقوق بین‌الملل تبدیل شوند. زیرا به خوبی پذیرفته شده که معاهدات دو جانبه به میزان معاهدات چند جانبه نشان‌دهنده توافق دولتها می‌باشند، و بنابراین می‌توانند به حقوق بین‌الملل تبدیل شوند، همچنان که رویه عرفی دولتها را نیز نشان می‌دهند.^۶ اما میان معیارهای مندرج در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری بقدری واگرایی هست که هنوز زمینه این نتیجه‌گیری که قاعده مهمی در حقوق بین‌الملل بوجود می‌آورند فراهم نشده است.^۷ در رأی داوری اخیر، معاهدات مزبور بوجود آورنده قانون خاص میان طرفین تلقی شده‌اند تا ایجادکننده اصول عرفی حقوق بین‌الملل.^۸ با این حال عواملی همچون وجود این گونه معاهدات، عقیده شایع

6. S. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties* (1989) p. 124:

«نقش قانون سازی معاهده بین‌المللی شاید مهمترین و پایدارترین کار ویژه (عملکرد) آن باشد»، ولی با توجه به این واقعیت که بیشتر معاهدات دو جانبه بر نظامهای حقوقی داخلی تأثیر گذارده و مستعد این هستند که توسط دادگاههای ملی به شکلهای متفاوتی مورد تفسیر قرار گیرند، کار ویژه قانون سازی آنها تقلیل یافته است. معاهدات استرداد و معاهدات مربوط به مالیات مضاعف مثالهایی از این گونه معاهدات هستند. به دلیل تفاوتهایی که در تفسیر این معاهدات وجود دارد، امکان این‌که از چنین معاهداتی معیارهایی حاصل گردند، کاهش یافته است.

۷. نویسنده حاضر این دیدگاه را در سال ۱۹۸۶ مطرح نمود. رک.

M. Sornarajah, "State Responsibility and Bilateral Investment Treaties" (1986) *JWTL* 79.

علی‌رغم افزایش معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری، دلیلی برای تغییر این نتیجه‌گیری وجود ندارد. مطالعات اخیر نیز نشان می‌دهند که هنوز زود است این معاهدات به عنوان ایجادکننده حقوق عرفی تلقی شوند.

J. W. Salacuse, "BIT by BIT" (1990) 24 *Int Lawyer* 655 at p. 660.

وی در این مقاله عنوان می‌کند که هدف از این معاهدات ایجاد «قواعد حقوقی خاص» میان طرفین بوده است.

8. *AAPL v. Sri Lanka* (1992) 17 *YCA* 106.

در رأی داوری و هم در نظریه مخالف منضم به آن به دفعات به معاهده سرمایه‌گذاری میان انگلستان و سریلانکا به عنوان قانون خاص (*lex specialis*) استناد شده است. بویژه، رأی مزبور قواعد مندرج در معاهده را با اصول عرفی مقایسه و در برابر هم نهاده است.

بین حقوقدانان بین‌المللی در اهمیت آنها و این واقعیت که آنها ظرفیت و توانایی تأسیس اصول عرفی حقوق بین‌الملل را دارند، بر اهمیت این معاهدات می‌افزایند.

ویژگی دیگر معاهدات مزبور این است که معاهداتی میان شرکاء نابرابر هستند^۹ و معمولاً میان یک کشور توسعه یافته صادرکننده سرمایه و یک کشور در حال توسعه علاقه مند به جلب سرمایه از آن کشور منعقد می‌شوند. منطق اصلی (rational) انعقاد معاهده، تعهد به حمایت از سرمایه‌ای است که بر اساس آن جذب می‌شود. اگر چه معاهده جریان دوطرفه سرمایه‌گذاری را میان کشورهای عضو مد نظر دارد، اما با توجه به اختلاف (سطح) ثروت و تکنولوژی میان دو کشور در عمل، به جریان یک طرفه سرمایه‌گذاری نظر دارد، و عوض یا مابه‌ازایی که به عنوان جریان متقابل سرمایه‌گذاری فرض می‌شود، کافی نیست زیرا این جریان دو طرفه سرمایه‌گذاری که صراحتاً به عنوان مبنای معاهدات مزبور ذکر می‌شود، تصور و خیالی بیش نیست. در معاهدات نابرابر نکات جالبی طرح می‌شوند و نمی‌توان به آسانی انتظار داشت بعضی از کشورهای در حال توسعه که امضاء کنندگان این معاهدات هستند، چنان بخشهای حقوقی خبره و متخصصی داشته باشند که ابهامات ناشی از تغییراتی را که گاه در عبارات معاهدات مزبور صورت می‌گیرد، به درستی دریابند. ممکن است تصور شود

۹. سالاکوس Salacuse اظهار نموده است: «در واقع نوعی عدم تناسب میان طرفین وجود دارد...» (24 *Int'l Lawyer* at p. 663)

همچنین رک. J. E. Alvarez in (1992) 86 *ASIL Prcdgs* at p. 552. جایی که ایشان اظهار می‌دارد: «طرفهای معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری در حالی به سوی ایالات متحده امریکا روی می‌آورند که مورد تهدید واقع شده‌اند. دیگران احساس می‌کنند که در نبود یک ابرقدرت رقیب، روابط اقتصادی با ابرقدرت موجود اجتناب ناپذیر است. از نظر بسیاری از افراد روابط ناشی از معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری به سختی یک معامله ارادی و غیراجباری است»؛ و در صفحه ۵۵۵ می‌گوید: معاهده مزبور «به عنوان چرخ دنده‌ای که فقط به یک سمت می‌چرخد و برای استفاده (شرکتهای) چند ملیتی طراحی گردیده» توصیف شده است.

که معاهدات مزبور با این اعتقاد که جریان سرمایه‌گذاری خارجی را به دنبال خواهند داشت امضاء شده‌اند، اما این معاهدات هیچ تعهد قطعی برای کشور صادرکننده سرمایه مبنی بر تضمین جریان سرمایه‌گذاری دربردارند. دولتی که به جذب سرمایه خارجی امیدواراست، با این فرض که سرمایه‌گذاری خارجی صورت خواهد گرفت، از حاکمیت خود می‌گذرد، زیرا سرمایه‌گذاری خارجی موضوع معاهده از طریق سازو کارهای حل و فصل بین‌المللی اختلافات، از حمایت خارجی برخوردار می‌شود و تا حد زیادی از قلمرو قوانین داخلی به دور می‌ماند. علی‌رغم این نابرابری، معاهدات مزبور از اعتبار خارجی برخوردارند و فرض بر این است که کشورهای عضو قصد داشتند تعهداتی را بر عهده بگیرند. حتی در صورتی که دکتین معاهدات نابرابر به جز در موارد اجبار و اکراه قابل طرح باشد، به نظر نمی‌رسد در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری قابل اجرا باشد.^{۱۰} معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری ارادی است و هیچ عنصر اجبار در انعقاد آنها دخالت ندارد.^{۱۱} کشور در حال توسعه‌ای که این معاهدات را منعقد می‌کند، آزادانه و با این اعتقاد که وجود چنین معاهداتی جریان سرمایه‌گذاری‌های خارجی را از سوی کشور دیگر طرف معاهده تشویق

۱۰. در مورد معاهدات نابرابر رک.

I. Detter, "The Problem of Unequal Treaties" (1966) 14 *ICIQ* 1069.

وی معاهدات کاپیتولاسیون منعقد می‌کنند و قدرتهای اروپایی را نابرابر و قابل ابطال قلمداد نموده است. می‌توان میان معاهدات کاپیتولاسیون که بازرگانان اروپایی را کاملاً از قلمرو قوانین محلی خارج نمودند، و معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری که هدف آنها خارج نمودن سرمایه‌گذاران خارجی از قلمرو حداقل بخشی از قوانین محلی است، تشابهی برقرار نمود.

۱۱. این که آیا رویکرد ایالات متحده مبنی بر این که الگوی از پیش اعلام شده‌ای برای معاهدات دو جانبه وجود دارد که اجازه نمی‌دهد تغییرات قابل توجهی در آن صورت بگیرد، وضعیت را تغییر می‌دهد یا نه، موضوعی است که باید مطرح و بررسی شود. ادعای نابرابر بودن معاهدات در صورتی می‌تواند مؤثر واقع شود که به شرط اعطاء کمک و دسترسی به رفتار ترجیحی در مسائل تجاری و تضمین کمک یا وام، امضاء شده باشند.

خواهد کرد این کار را انجام می‌دهد.^{۱۲} همواره باید بر این اساس عمل نمود که معاهدات مزبور با اراده آزاد منعقد شده‌اند، مگر این که دلیل قانع‌کننده‌ای بر اجبار وجود داشته باشد. مثلاً در معاهده‌ای به شرط اعطاء کمک، وام یا ترجیحات تجاری امضاء شود، (این امر) احیاناً می‌تواند دلیلی بر اجبار باشد.

پیش از معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری معاصر، بهتر است معاهدات مودت، بازرگانی و دریانوردی بررسی شوند که پیشگامان معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری هستند. در واقع تجربه‌ای که به دنبال معاهدات مودت به دست آمده، تنظیم و انعقاد معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری را شکل داده است.

بند دوم - معاهدات مودت، بازرگانی و دریانوردی

معاهدات دو جانبه از دیر باز به منظور حمایت از منافع تجاری وجود داشته است.^{۱۳} اسلاف معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری معاصر، معاهدات مودت، بازرگانی و دریانوردی هستند که از قرن هیجدهم منعقد شده‌اند.^{۱۴}

۱۲. در مورد ماهیت واقعی آنها هنوز بدگمانی‌هایی مطرح می‌شود. اسانته (Asante) تمایل دارد آنها را معاهدات نابرابر بنامد. در این مورد که آیا مشاوران کشورهای در حال توسعه می‌توانند تفاوت‌های اندک در معنی عبارات مختلفی را که ممکن است بکار گرفته شوند، به درستی بفهمند، تردیدهایی وجود دارد. مسؤولان عالی‌رتبه کشورهای در حال توسعه حتی اطلاع ندارند که چنین معاهداتی منعقد شده‌اند.

S.K.B. Asante, "International Law and Investments" in M. Bedjaoui (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, (1991) 667 ff. at p. 675.

13. H. Neufeld, *The International Protection of Private Creditors from the Treaty Westphalia to the Congress of Vienna* (1971);

همچنین در مورد بحث و بررسی تاریخ این معاهدات در دیوان عالی آمریکا رک.

Sumitomo Shoji America, Inc v. Avagliano (1982) 457 US 176.

۱۴. اولین مورد از این گونه معاهدات، معاهده منعقد شده میان فرانسه و آمریکا در سال ۱۷۷۸ است. برای اطلاعات بیشتر رک.

K. J. Vadervelde, *United States Investment Treaties: Policy and Practice* (1992).

ایالات متحده امریکا تعداد فراوانی از این معاهدات را با متحدان خود منعقد نموده و بسیاری از آنها موضوع دعاوی داخلی و بین‌المللی بوده‌اند.^{۱۵} یکی از اهداف آشکار این معاهدات اتحاد بسیاری از کشورهای دنیا با ایالات متحده امریکا است. معاهدات مزبور منحصر به تجارت نبوده و به مسائل نظامی مانند ورود به بنادر و دریانوردی در آبهای داخلی نیز تسری یافته‌اند. معاهدات اولیه زمانی که تجارت عمدتاً به مبادله کالا توسط تجار محدود می‌شد، طراحی شدند و سرمایه‌گذاری مستقیم شرکتها را مدنظر نداشتند.^{۱۶} نظر به این که تجارت عمدتاً به وسیله افرادی انجام می‌شد که در ماوراء بحار برای اهداف تجاری اقامت می‌کردند، این معاهدات بر حمایتی که بایستی به افراد بیگانه اعطاء می‌شد، تأکید می‌کردند. معاهدات مزبور مسائل متعددی را در رفتار با بیگانگان، از جمله آزادی مراسم مذهبی و مسافرت در قلمرو دولت میزبان پیش‌بینی می‌کردند. معاهدات مودت تقریباً شامل منشوری از حقوقی بودند که بیگانه می‌توانست در دولت میزبان از آنها بهره‌گیرد، و اغلب رسیدگی عادلانه و حقوق مربوط به آیین دادرسی

۱۵. ایالات متحده امریکا در قضیه السی (ELSI) برای تبیین بسیاری از پیشنهادها خود راجع به مسؤولیت، به معاهده مودت، بازرگانی و دریانوردی با ایتالیا استناد نمود. [ELSI Case (1989) ICJ Rpts 15]. در آراء دیوان دعاوی ایران - امریکا نیز استنادات فراوانی به معاهده مودت با ایران وجود دارد. اما وقتی که سایر کشورها با استناد به این معاهدات دیوان بین‌المللی دادگستری را قادر ساختند تا صلاحیت خود را در دعاوی اقامه شده علیه امریکا احراز نماید، نگرانی زیادی برای این کشور بوجود آمد. نیکاراگوئه برای اقامه دعوی علیه امریکا در برابر دیوان از معاهده مودت استفاده نمود (Nicaragua v. United States [1984] ICJ Rpts 352). در حال حاضر ایران دعوایی در مورد سقوط یک فروند هواپیمای مسافری در برابر دیوان اقامه نموده است. در این قضیه تلاش می‌شود صلاحیت دیوان بر مبنای معاهده مودت احراز گردد. (البته لازم به توضیح است که متأسفانه این دعوی از طریق سازش حل و فصل شده و مسترد گردید. مترجم). یک شرکت ژاپنی که به اعمال تبعیض در رویه استخدامی متهم شده بود در دفاعیات خود به معاهده مودت استناد نمود.

Sumitomo Shoji America, Inc v. Avagliano (1982) 457 US 176.

۱۶. در مورد رویه عهدنامه‌ای امریکا رک.

H. Walker, "Post-War Commercial Program of the United States" (1958) 73 Pol. Sci Qly 57; R. Wilson, *United States Commercial Treaties and International Law* (1960).

در صورت بازداشت و محاکمه کیفری در فهرست مزبور وجود داشت. مشخصه معاهدات منعقدہ پس از جنگ جهانی دوم توجه بیشتر به موضوع سرمایه‌گذاری و ایجاد بستر لازم برای سرمایه‌گذار از سوی شرکتها و آزادی استقرار آنها در دولت میزبان بوده است. تا جایی که معاهدات مودت اولیه به سرمایه‌گذاری اختصاص نداشتند، نمی‌توانند سلف معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری جدید تلقی شوند، ولی مقررات آنها در خصوص سرمایه‌گذاری ویژگی‌های بسیاری دارند که امروزه به شکل اصلاح شده در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری یافت می‌شوند. استفاده گسترده‌ای که در معاهدات مودت از شرط دولت کامله‌الوداد به عمل می‌آمد، در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری اخیر دیده نمی‌شود. معاهدات منعقدہ بعد از جنگ جهانی دوم در خصوص ورود و استقرار شرکت‌های کشورهای عضو رفتار ملی را پیش‌بینی کرده‌اند.^{۱۷} ساز و کارهای حل و فصل اختلافات که در معاهدات مودت یافت می‌شوند، تا حد زیادی در معاهدات دو جانبه اخیر تقویت شده‌اند. تجربه معاهدات مودت مسلماً برای معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری که با نیازهای خاص سرمایه‌گذاران خارجی مرتبط هستند، مفید بوده است.

معاهدات مودت متعلق به دوران متفاوتی بود و ویژگی‌های زیادی داشتند که در دوران معاصر برای دولتها قابل قبول نیستند. این معاهدات حق نامحدودی را در ورود و استقرار شرکت‌های تجاری پیش‌بینی می‌کنند که در دوران معاصر پذیرفته نمی‌شوند، زیرا کشورهای سرمایه‌پذیر بر حق

۱۷. در قضیه شرکت سامیتومو، شرکت خارجی توانسته در نتیجه آزادی ورودی که در معاهده مودت پیش‌بینی شده بود، در کشور میزبان عضو معاهده ثبت شود و پس از آن تابعیت دولت محل ثبت را کسب نموده و استحقاق بهره‌مندی از همان رفتاری را به دست آورد که دیگر شرکت‌های ملی از آن برخوردارند.

Sumitomo Shoji America, Inc v. Avagliano (1982) 457 US 176.

خود دایر بر نپذیرفتن سرمایه‌گذاری خارجی که برای اهداف اقتصادی آنها مضر می‌باشد، تأکید می‌کنند. معاهدات مزبور که بدون تردید ابزارهایی برای توسعه نفوذ قدرتهای بزرگ بوده است، با کشورهای کوچک و ضعیفی منعقد شده‌اند که توانستند در اوضاع و احوال دنیای دو قطبی که در زمان امضای معاهدات مزبور وجود داشت، با یک قدرت بزرگ مرتبط گردند. در پی تغییراتی که در توازن اقتصادی، سیاسی و ساختار داخلی کشورها حاصل گردید، معاهدات مودت به شیوه‌های کاملاً غیرمنتظره از سوی کشور قدرتمندی که معاهده را تضمین نموده، بکار گرفته شده‌اند. بدین ترتیب، معاهده مودت با ژاپن که ورود و استقرار در بازارهای امریکایی را اجازه می‌دهد، زمانی که تغییر مهیجی در تعادل و توازن اقتصادی میان دو کشور به وجود آمد، ژاپنی‌ها برای اقامه دعوی ورود به بازارهای امریکایی استفاده کردند.^{۱۸} بر اساس معاهده مزبور نه تنها ورود به بازار امریکا درخواست شده، بلکه ادعای معافیت از قوانین داخلی مانند قانون مربوط به عدم تبعیض در استخدام طرح شده است.^{۱۹} دولت نیکاراگوئه برای احراز صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری در دعوی خود علیه ایالات متحده امریکا راجع به مداخله نظامی این کشور در امور

۱۸. در قضیه سامیتومو، شرکت ژاپنی به معاهده‌ای استناد نمود که به آن شرکت اجازه می‌داد رویه استخدامی خود را داشته باشد. *Sumitomo Shoji America, Inc v. Avagliano* (1982) 457 US 176. دیوان عالی امریکا این استدلال را رد نموده و اعلام داشت که شرکت ژاپنی به دلیل این که در ایالات متحده به ثبت رسیده، یک شرکت امریکایی می‌باشد و بنابراین نمی‌تواند حقوق مندرج در معاهده را ادعا نماید. این استدلال بدین معنی است که یک کارفرمای ژاپنی که (شرکت خود) را در ایالات متحده به ثبت نرساند، می‌تواند قوانین امریکا بر ضد تبعیض را نقض نماید بدون آن که مجازات شود. این نتیجه هرگز در زمان انعقاد معاهده به فکر خطور نمی‌کرد، به این دلیل ساده که در آن زمان کسی سلطه اقتصادی ژاپن را تصور نمی‌کرد. در یک دعوی اخیر، حق یک شرکت فرعی ژاپنی برای استخدام پرسنل ژاپنی با ترجیح بر امریکایی‌ها بر اساس مقررات معاهده مودت به رسمیت شناخته شده است.

(*Fortino v. Quasar Co.* (1991) 950 F2d 389).

19. W. H. Lash, "Unwelcome Imports: Racism, Sexism and Foreign Investment" (1991) 13 Michigan JIL 1.

داخلی آن، به مقررات معاهده مودت در حل و فصل اختلافات استناد نمود.^{۲۰} ایران در دعوایی که در برابر دیوان بین‌المللی دادگستری اقامه کرد، استفاده مشابهی از معاهده مودت کرد. این واقعیت که معاهده ممکن است علیه طرف قوی بکار رود، به بازنگری در سودمندی این معاهدات که با عباراتی موسع تنظیم می‌شوند، منجر خواهد شد.

بند سوم - دلایل انعقاد معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری

در چارچوب معاهدات چند جانبه سرمایه‌گذاری در حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی تلاشهای زیادی شده که موفق نبوده است.^{۲۱} دلایل شکست این تلاشها روشن است. مسائلی که به سرمایه‌گذاری خارجی انجام گرفته از سوی شرکتهای بزرگ چند ملیتی مربوط می‌شوند، موضوعات حساسی مانند حاکمیت، بهره‌برداری از منابع طبیعی و سیاستهای اقتصادی ملی را به میان می‌کشند. به نظر نمی‌رسد کشورهای در حال توسعه درخصوص این گونه موضوعات به سادگی خود را در یک معاهده چند جانبه الزام‌آور متعهد نمایند، اگر چه کشورهای توسعه‌یافته به انعقاد چنین معاهده‌ای علاقه مند هستند. در چند سال گذشته، دولتهای در حال توسعه در صدد برآمده‌اند تا نظم نوین اقتصادی بین‌المللی بوجود آورند که یک بعد آن کنترل ملی بر کلیه سرمایه‌گذاریهای خارجی است. در این شرایط به نظر نمی‌آید کشورهای در حال توسعه با متعهد شدن در معاهده‌ای چندجانبه که اصل کنترل ملی را مورد تهاجم قرار می‌دهد، از تلاشهای خود برای تأسیس و تثبیت کنترل ملی معیار عام غالب صرف نظر کنند. از طرف دیگر معاهدات دو جانبه متفاوت هستند، بدین صورت که بر مبنای خاصی

20. *Nicaragua Case* [1984] ICJ Rpts 352.

۲۱. این تلاشها در کتاب زیر شرح داده شده است:

G. Schwarzenberger, *Foreign Investments and International Law*, (1969) pp. 109-20.

(*basis ad hoc*) منعقد شده و توانایی آنها برای ایجاد اصول کلی کم است. به علاوه، بر خلاف یک معاهده چند جانبه، این گونه معاهدات می‌توانند به نحوی مذاکره شوند که منافع متقابل طرفین تأمین گردد. نبود هرگونه معاهده چند جانبه قابل توجه در حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی و نیز توسل فزاینده به معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری بیانگر فقدان اشتراک منافع کافی برای ایجاد حقوق بین‌الملل عرفی در این زمینه است. راهکارهای دو جانبه صرفاً به دلیل فقدان اجماع برای وضع قواعد قابل قبول چند جانبه ضروری هستند.^{۲۲}

در دوره پس از استعمار قواعد حمایت از سرمایه‌گذاری در نتیجه انتقادات هماهنگ کشورهای در حال توسعه از قواعد مورد حمایت کشورهای توسعه یافته به طور قابل توجهی گسترش یافتند. نظامهای قراردادی که بر مبنای آنها سرمایه‌گذاری‌های خارجی صورت گرفته بود، به هم خورده و با روش‌های قراردادی جدیدی که برای کنترل ملی سرمایه‌گذاری مطلوب بودند، جایگزین شدند. قواعد مربوط به مسئولیت دولت و حداقل معیارهای رفتار با بیگانگان نه تنها از سوی کشورهای امریکای لاتین، بلکه توسط سایر کشورهای در حال توسعه نیز مورد انتقاد قرار گرفت. قاعده جبران خسارت فوری، کافی و مؤثر در سلب مالکیت از اموال خارجی که به طور مستمر کشورهای توسعه یافته از آن حمایت می‌کردند، با مفهوم رقیب جبران خسارت مناسب تهدید شد. در حالی که گرایش قبلی ایجاد دکترینی بود که از مصون سازی سرمایه‌گذاری خارجی از طریق تئوریهای جهانی سازی سرمایه‌گذاری خارجی^{۲۳} طرفداری می‌کرد،

۲۲. برای دیدگاهی مشابه در اوضاع و احوالی متفاوت رک.

A. Carty, "Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law" (1991) 2 *EJIL* 66.

23. Theories of internationalization of foreign investment.

اکنون قواعد رقیبی همچون دکترین حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی، تعیین سرنوشت اقتصادی و کنترل ملی بر کلیه فعالیتهای اقتصادی وجود دارند. این قواعد در صددند روند سرمایه‌گذاری خارجی را با واگذار کردن کنترل (آن) به کشور میزبان محلی کنند. گرچه بسیاری از اختلاف نظرهای شدید و تنشهایی که این بحث در پی داشت، فروکش نموده است، ولی عقاید و افکاری که در کشمکش و تعارض میان این قواعد بوجود آمدند، همچنان باقی هستند.

در این وضعیت مغشوش قواعد متعارض، معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری این فرصت را برای طرفین فراهم می‌کنند تا در مورد سرمایه‌گذاری‌های اتباع خود در هر یک از دو دولت طرف معاهده، قواعد مشخصی را وضع و اجرا کنند. پذیرش و تصدیق این نظریه که معاهدات مزبور حقوق بین‌الملل عرفی را تثبیت می‌کنند اشتباه است. در صورت اطمینان قطعی از وجود حقوق بین‌الملل عرفی در این زمینه نیاز چندانی به چنین فعالیت عهدنامه‌ای آشفته در حمایت از سرمایه‌گذاری وجود نداشت، اما در این خصوص حقوق بین‌الملل عرفی قابل توجهی وجود ندارد، زیرا اثبات این امر مشکل است که همه کشورهای در حال توسعه نسبت به ایجاد اصول عرفی در این زمینه آزادانه ابراز رضایت نموده‌اند. اگر در مورد حمایت از سرمایه‌گذاری حقوق بین‌الملل عرفی وجود داشت، بسیاری از کشورهای در حال توسعه خود را معترضان مصرّی (persistent objectors) که ملتزم به حقوق عرفی نیستند، قلمداد می‌نمودند و از سوی دیگر نیازی نبود تا با انعقاد معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری، چیزی که قبلاً موجود بوده به کرات تأیید شود. کشورهایی که معاهدات سرمایه‌گذاری منعقد کرده‌اند، در صدد انجام کار عبثی نبودند و برعکس، با علم به وضعیت آشفته قواعد و مقررات موجود، چنین معاهداتی را منعقد کرده‌اند تا بتوانند

مقرراتی را که با بروز هر گونه اختلاف میان آنها اجرا خواهد شد، شفاف سازند.

دیوان بین‌المللی دادگستری این دیدگاه را که حقوق بین‌الملل برای پاسخگویی به نیازهای سرمایه‌گذاری خارجی توسعه سریعی نداشته، در قضیه بارسلونا تراکشن به صورت زیر بیان کرده است.^{۲۴}

«با توجه به تحولات مهم نیم قرن اخیر، رشد سرمایه‌گذاری‌های خارجی و توسعه فعالیت‌های بین‌المللی شرکتها، بویژه شرکت‌های مادر، که اغلب چند ملیتی هستند، و با توجه به شیوه افزایش منافع اقتصادی دولتها، در نظر اول ممکن است تعجب‌آور به نظر آید که تحولات حقوق زیاد نبوده و هیچ‌گونه قواعد عموماً پذیرفته شده‌ای در این موضوع در سطح بین‌المللی شکل نگرفته است».

برای توسعه سریع حقوق در این زمینه احساس نیاز می‌شد، ولی به دلیل تعارضاتی که به طور طبیعی در خصوص سرمایه‌گذاری خارجی وجود دارد، چنین تحولی صورت نگرفت. بنابراین، دولتها ناچار بودند با انعقاد معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری به دومین راه حل مناسب متوسل شوند تا اطمینان حاصل کنند که دست کم در روابط فیما بین، قواعد مشخصی در مورد سرمایه‌گذاری خارجی وجود دارد. این توجیه در خصوص سرعت انعقاد چنین معاهداتی در سطح بین‌المللی بهتر از آن است که گفته شود معاهدات مزبور صرفاً حقوق بین‌الملل عرفی را تأیید می‌کنند.

در سالهای اخیر، کشورهای بلوک شوروی سابق که اکنون به سوی اقتصاد بازار و سرمایه‌گذاری خارجی روی می‌آورند، شروع به انعقاد معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری با کشورهای صادرکننده سرمایه کرده‌اند.

24. [1970] ICJ Rpts 3.

این رویه حتی زمانی آغاز شد که کمونیسم هنوز پابرجا بود، زیرا کشورهای بلوک شرق به شدت کمبود سرمایه داشتند و برای جبران آن در انتظار سرمایه گذاری خارجی بودند. سایر کشورهای کمونیستی معاهدات سرمایه گذاری متعددی منعقد نموده‌اند. کشور چین که سیاست «درهای باز» خود را در سال ۱۹۸۴ اعلام نمود، سریعاً در مدت زمان کوتاهی بیش از بیست و دو معاهده سرمایه گذاری خارجی امضاء نمود.^{۲۵} ویتنام نیز این روش را در پیش گرفت.^{۲۶} میان کشورهای در حال توسعه نیز معاهداتی منعقد شده است.^{۲۷} شاید علت روی آوردن کشورهای کمونیستی و کشورهای کمونیستی سابق به انعقاد معاهده سرمایه گذاری، تلاش برای از بین بردن این ذهنیت باشد که آنها به دلیل قوانین و مقررات ایدئولوژیکی گذشته که مخالف ورود سرمایه گذاری خارجی و مالکیت خصوصی اموال بود، کشورهایی با درجه ریسک بالایی هستند.^{۲۸} این معاهدات کار ویژه اعلامی دارند، یعنی با مخاطب قرار دادن جامعه سرمایه گذار، از یک تغییر سیاست عمده‌ای حکایت می‌کنند که کشوری در سرمایه گذاری خارجی به

۲۵. معاهدات چین از لحاظ عبارات بکار رفته بسیار متفاوت از یکدیگر هستند. رویه عهدنامه‌ای این کشور یک روند انقلابی را طی کرده است. مشخصه معاهدات اولیه آن عبارت است از احتیاط و عدم تمایل به کناره‌گیری از دیدگاههای محافظه‌کارانه.

۲۶. ویتنام برنامه عهدنامه‌ای خود را با انعقاد معاهده‌ای با استرالیا آغاز نمود.

۲۷. دو نمونه از این گونه معاهدات، معاهدات میان سنگاپور و سریلانکا و تایلند و بنگلادش هستند. در این معاهدات نیز رابطه یکجانبه مد نظر بوده است؛ سنگاپور و تایلند صادرکننده سرمایه، در حالی که سریلانکا و بنگلادش دریافت‌کننده سرمایه می‌باشند. دلیل این جریان سرمایه شاید این باشد که سنگاپور و تایلند صنایع زیادی را با تکنولوژی پایین در سریلانکا و بنگلادش که منبع نیروی کار ارزان هستند، مستقر می‌سازند و همچنین محصولات تولید شده در این کشورها به دلیل نظام ترجیحات عمومی از امکان بیشتری برای ورود به بازارهای کشورهای توسعه‌یافته برخوردارند. سنگاپور به دلیل تبدیل شدن به یک کشور صنعتی، از فهرست مربوط حذف شده است. کشورهای در حال توسعه‌ای که از چنین تغییر وضعیت تدریجی هراس دارند، می‌خواهند در دیگر کشورهای کمتر توسعه‌یافته به امید استفاده از نیروی کار ارزان و مقررات مربوط به ورود ترجیحی (به بازار دیگر کشورها) سرمایه گذاری کنند.

28. See K.R. Propp, "Bilateral Investment Treaties: the US Experience in Eastern Europe" (1992) 86 *ASIL Prcdgs* 540.

عمل آورده است.^{۲۹}

اگر چه تعداد این معاهدات شاید در حال افزایش باشد، محتوای آنها نشان می‌دهد که با توجه به قدرت چانه زنی کشورهای مختلف، ملاکهای متعددی پذیرفته شده است. هر کشور غالباً معیارهای متفاوتی را در زمینه‌هایی همچون جبران خسارت مربوط به سلب مالکیت، انتقال سود و داوری اختلافات حاصله می‌پذیرد. کشور توسعه‌یافته در صدد کسب بیشترین حمایت ممکن از سرمایه‌گذار بر می‌آید، ولی اغلب این واقعیت را می‌پذیرد که احتمالاً چنین امری ممکن نباشد. این امتیاز دادن‌ها در استثناهای وارد بر مقررات کلی مندرج در معاهدات دیده می‌شوند. بنابراین، معاهده ممکن است حق سرمایه‌گذار خارجی را برای انتقال سود به رسمیت بشناسد، ولی در عین حال ماده‌ای را دربر داشته باشد که طبق آن دولتهای عضو می‌توانند در اوضاع و احوال استثنایی، مانند کمبود مبادلات (ارز) خارجی، انتقال سود را به درصدی از آن محدود کنند.^{۳۰} کشور در حال توسعه برای کسب اطمینان از سازگاری و مطابقت معاهده با قوانین سرمایه‌گذاری خارجی و منافع ملی آن، تلاش می‌کند کمترین امتیاز ممکن را اعطاء کند. منافع آن همیشه در این نهفته است که از حق حاکمیت خود مبنی بر اعمال کنترل بر سرمایه‌گذاری خارجی به حداقل ممکن بگذرد. برای سازش میان این اهداف ناسازگار، اغلب عبارات مبهمی در معاهدات بکار می‌رود، و این امر حمایت معاهده از سرمایه‌گذاران خارجی را کم رنگ می‌کند. به همین دلیل هر معاهده باید به منزله موافقت‌نامه‌ای تلقی

۲۹. بدین ترتیب، معاهدات اخیر آرژانتین نشان‌دهنده انصراف این کشور از دکترین کالوو است که نسبت به آن وفادار بود، و نیز حاکی از سیاست پذیرش تعهدات بین‌المللی در قبال سرمایه‌گذاری‌هایی است که توسط طرفهای معاهده در این کشور انجام می‌گیرد. این امر برای سایر کشورهای صادرکننده سرمایه‌نشان‌های از تمایل این کشور به امضاء معاهدات مشابه و پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی از سوی آنها می‌باشد.

۳۰. برای مثال، معاهده انگلستان - جامائیکا.

شود که میان طرفین با توجه به توانایی‌های نسبی و وابستگی متقابل آنها منعقد و پذیرفته شده است. این نکته همچنین می‌تواند توجیه کند که چرا عبارات بکار رفته در این معاهدات تا حد زیادی متفاوت هستند.

این ادعا که معاهدات مزبور اعتماد سرمایه‌گذار به کشور میزبان را تقویت نموده و در نتیجه سرمایه‌گذاری بیشتری به عمل می‌آید، ادعایی ناآزموده است. کشورهایی همچون هند، نیجریه^{۳۱} و بسیاری از کشورهای امریکای لاتین در عین حال که معاهدات سرمایه‌گذاری منعقد نمی‌کنند، اما پذیرای سرمایه‌گذاری هستند. این که آیا این کشورها با انعقاد چنین معاهداتی، سرمایه‌گذاری‌های بیشتری را دریافت خواهند نمود، عملاً آزمودنی نیست. با این حال، دلایل اصلی کشورهای در حال توسعه‌ای که چنین معاهداتی را منعقد می‌کنند، این تصور است که معاهدات مزبور با از بین بردن هرگونه احساس خطری که در گذشته در این کشورها وجود داشته، اعتماد بیشتر سرمایه‌گذار را به دنبال خواهند داشت. کشورهایی که رکورد ملی کردن را در کارنامه خود دارند، به این معاهدات به عنوان نوش دارویی برای رفتار و کردار گذشته خود می‌نگرند. بدین ترتیب، سریلانکا بعد از سقوط دولت سوسیالیستی که جریان ملی‌سازی را شروع کرده بود، در مدت زمان کوتاه سه ساله، هفت معاهده منعقد نمود، در حالی که سنگاپور و مالزی همان تعداد معاهده را در دوازده سال منعقد نمودند. هیچ چیزی نشان نمی‌دهد که در نتیجه این معاهدات، سرمایه‌گذاری بیشتری در سریلانکا نسبت به سنگاپور و مالزی شده باشد. در واقع، جلب سرمایه‌گذاری خارجی بیشتر به فضای سیاسی و اقتصادی مناسب برای این امر بستگی دارد تا به ایجاد یک چارچوب حقوقی برای حمایت از آن. وجود اهداف ناسازگار میان طرفین این معاهدات، شکست

۳۱. نیجریه اخیراً شروع به انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری نموده است.

کشورهای مهم در بکار بستن چنین رویه عهدنامه‌ای و تنوع قواعدی که در این معاهدات گنجانده شده است، آنها را به بنیادهای نامناسبی برای ایجاد حقوق بین‌الملل عرفی تبدیل کرده‌اند. با این حال، به دلیل اهمیت این معاهدات و تأکید چندین نویسنده معروف بر توانایی آنها در ایجاد حقوق عرفی، این مسأله که آیا معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری حقوق عرفی موجود را تأیید می‌کنند، حقوق عرفی جدیدی را بوجود می‌آورند یا این که هنوز حقوق خاصی میان طرفین معاهدات هستند، ممکن است بعد از تجزیه و تحلیل محتوای آنها مجدداً ملاحظه و بررسی شوند. تشابه اساسی در محتوای همه معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری و نحوه تنظیم آنها منجر به این تصور سطحی شده که آنها ملاکهای یکسانی را دربر دارند.^{۳۲} ولی بررسی معاهدات مختلف نشان خواهد داد که چنین تشابهی وجود ندارد. این واقعیت ظرفیت و توانایی معاهدات مزبور را در ایجاد حقوق بین‌الملل عرفی می‌کاهد. هرگونه ادعایی مبنی بر این که آنها چنین اهمیتی دارند، بر تشابه ظاهری آنها مبتنی است و سریعاً با مطالعه دقیق‌تر مقررات معاهدات مزبور قابل رد می‌باشند.

بند چهارم - ویژگی‌های معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری

ساختار معاهدات مختلف دو جانبه از یک تشابه اساسی برخوردارند. آنها با یک مقدمه در مورد اهداف معاهده شروع می‌شوند که معمولاً عبارتند از تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری میان دو کشور. به دنبال آن نوع اموال مورد حمایت و ماهیت رابطه تابعیت با یکی از طرفین معاهده که سرمایه‌گذار خارجی را مستحق حمایت معاهده می‌نماید، ذکر

^{۳۲}. این ادعا که معاهدات مزبور حقوق بین‌الملل عرفی را تأیید یا ایجاد می‌کنند، بر همین تصور سطحی استوار است.

می‌شود. ملاک رفتار با سرمایه‌گذار خارجی در یک ماده بیان و حق انتقال سود نیز اعلام می‌شود. عباراتی راجع به ماهیت غرامتی که باید به سرمایه‌گذار خارجی در صورت ورود خسارت در جنگ و شورش‌های داخلی پرداخت شود، وجود دارد. ملاک پرداخت غرامت در صورت سلب مالکیت از سرمایه‌گذار خارجی تعیین می‌گردد. آیین حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری از طریق داوری بیان می‌شود. در کلیه موافقت‌نامه‌های دو جانبه محتوای استانداردی وجود دارد، اما در بیان قواعد و مقررات حاکم بر روابط میان طرفین تعبیرهای متفاوتی بکار می‌رود. برای درک این تفاوتها لازم است محتوای معاهدات مزبور به طور جداگانه تجزیه و تحلیل شود.

۱- بیان هدف معاهده

هر معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری با اعلام هدف آن آغاز می‌شود. این هدف معمولاً عبارت است از تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری. اعلامیه مزبور این واقعیت مهم را می‌پوشاند که سرمایه‌گذاری منظور، جریان یکجانبه‌ای از کشور توسعه‌یافته به کشور در حال توسعه است. نوعی نابرابری ذاتی در روند انعقاد معاهده میان صادرکننده و دریافت‌کننده سرمایه وجود دارد. همچنان که قبلاً گفته شد، یک طرف از حاکمیت خود می‌گذرد بدون این که طرف دیگر متقابلاً چنین کاری انجام دهد یا اگر چنین کاری در ظاهر صورت می‌گیرد، غیرواقعی و گمراه‌کننده است. میزان تأثیر این ملاحظه مهم بر کل روند انعقاد معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری باید بررسی شود، اگر چه نویسندگان به عدم تقارن ذاتی در انعقاد چنین معاهداتی اشاره نموده‌اند.^{۳۳}

۳۳. بدین ترتیب، سالاکوس اظهار می‌دارد: «هدف یک معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری ایجاد رابطه

گاهی اوقات ضمانت اجرای معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری خودداری از انجام تعهدات یا تهدید به تحریم‌های تجاری است که در آن موضوع نابرابری اهمیت می‌یابد. اگر چه مسأله بی‌اعتباری این معاهدات به دلیل ماهیت نابرابر آنها طرح نشده است، اما به آسانی می‌توان کشوری را پیش‌بینی کرد که وقتی در یک اختلاف سرمایه‌گذاری به حاشیه رانده می‌شود، این راه را در پیش گرفته و بی‌اعتباری معاهده را طرح نماید. در چنین شرایطی بهترین دیدگاه این است که علی‌رغم هرگونه استدلال در مورد نابرابری، این معاهدات به هر دلیلی که باشد، آزادانه منعقد شده و معتبر هستند. اختلاف‌انگیزه کشورهای در انعقاد این معاهدات، اعتبار آنها را تحت تأثیر قرار نمی‌دهد و نابرابری به لحاظ قدرت کشورها نیز بی‌ربط است. با این حال، وقتی که عواملی کشور ضعیفی را به انعقاد معاهده وادار می‌کند، ممکن است وضعیت متفاوت باشد.

ممکن است این سؤال طرح شود که آیا مقدمه معاهده (prefatory statement) تعهدی ایجابی برای کشورهای صادرکننده سرمایه ایجاد می‌کند تا سرمایه‌گذاران خود را به سرمایه‌گذاری در طرف دیگر معاهده تشویق نمایند. چنین تعهد ایجابی با شرط مقدماتی (prefatory clause) بوجود نمی‌آید اما ممکن است کشور صادرکننده سرمایه متعهد گردد تا سرمایه‌گذاری در کشور میزبان عضو معاهده را حداقل با اعطاء کمک و امکاناتی که به اتباع خود برای سرمایه‌گذاری در دیگر کشورها می‌دهد، تسهیل نماید. بنابراین، در مواردی که سایر سرمایه‌گذاران مجاز هستند از

حقوقی برابر میان دو کشور است، زیرا معاهده مزبور پیش‌بینی می‌کند که هر دو طرف می‌توانند با شرایطی یکسان در سرزمین دیگری سرمایه‌گذاری کنند. در واقع، از آنجا که یک کشور تأمین‌کننده و کشور دیگر دریافت‌کننده هرگونه سرمایه‌گذاری میان دو کشور است، عدم تقارن و نابرابری میان اعضاء معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری وجود دارد».

Salacuse, (1990) 24 *Int Lawyer* at p. 662.

طریق طرح بیمه دولتی برای سرمایه‌گذاران خارجی بیمه شوند، می‌توان گفت کشور صادرکننده سرمایه تعهد دارد سرمایه‌گذاران خارجی را که مایل به سرمایه‌گذاری در کشور عضو معاهده هستند، بیمه کند، مگر این که برای عدم تضمین چنین بیمه‌ای دلایل کافی وجود داشته باشد. به همین ترتیب، بویژه در صورتی که کنترل معاملات ارزی در جریان است، ممکن است کشور عضو معاهده تعهد داشته باشد که بدون دلیل منطقی سرمایه‌گذار را از برداشت سرمایه برای سرمایه‌گذاری در طرف دیگر معاهده منع نکند. وقتی که طرفین معاهده در ماده جداگانه‌ای و نه در مقدمه متعهد می‌گردند جریان سرمایه‌گذاری را تشویق نمایند، تعهد به تشویق و ترغیب جریان سرمایه‌گذاری خارجی می‌تواند سنگین‌تر باشد.^{۳۴} ولی محتوای چنین تعهدی قابل ارزیابی نیست زیرا میزان سرمایه‌گذاری که باید بر اساس معاهده تشویق گردد، قابل اندازه‌گیری کمی نیست. تعهدی که بدین ترتیب بوجود می‌آید، تعهدی ایجابی نیست. اگر کشوری از جریان یافتن سرمایه‌گذاری به سوی عضو متعهد دیگر ممانعت به عمل نیاورد، ایفاء تعهد شده است.

در مقدمه معاهدات معمولاً طرفین اعتقاد خود را در این خصوص اعلام می‌دارند که جریان سرمایه‌گذاری خارجی میان آنها برای توسعه اقتصادی‌شان متقابلاً مفید است. سؤال این است که آیا همه سرمایه‌گذاری‌ها از حمایت معاهده برخوردارند یا فقط سرمایه‌گذاری‌هایی که در توسعه اقتصادی کشور سرمایه‌پذیر سهیم هستند؟ آیا می‌توان استدلال نمود که

۳۴. آیا دولتی می‌تواند استدلال کند که به دلیل عدم ایفاء این تعهد، معاهده قابل فسخ است؟ اگر پاسخ مثبت است، چگونه می‌توان میزان سرمایه‌گذاری‌هایی را که باید تشویق شود، مشخص نمود؟ آیا یک کشور در حال توسعه می‌تواند نقض معاهده از سوی خود را این‌گونه توجیه کند که کوتاهی کشور توسعه‌یافته عضو معاهده در تشویق جریان کافی سرمایه‌گذاری خارجی پیشاپیش معاهده را نقض کرده است و آن حق دارد معاهده را بی‌اعتبار تلقی کند؟ این سؤالها به دلیل ابهامات موجود در بعضی از مقررات معاهدات سرمایه‌گذاری مطرح می‌شوند.

کشور سرمایه‌پذیر می‌تواند با اثبات این که سرمایه‌گذاری خاصی از سوی عضو صادرکننده سرمایه به توسعه اقتصادی آن کمک نمی‌کند یا این که برای چنین توسعه‌ای زیان آور بوده و بنابراین خارج از قلمرو حمایتی معاهده قرار می‌گیرد، از تعهدات خود شانه خالی کند؟ آیا می‌توان گفت که مقدمه معاهده نشان می‌دهد قصد طرفین هرگز حمایت از چنین سرمایه‌گذاری نبوده است؟ آیا دولت انقلابی بعدی که اعتقادی به (ضرورت) سرمایه‌گذاری خارجی هدایت شده در راستای توسعه (کشور) ندارد، می‌تواند استدلال نماید که معاهده برای آن الزام‌آور نیست، زیرا بر خلاف دیدگاه مطرح شده در مقدمه آن، اعتقاد ندارد که سرمایه‌گذاری خارجی توسعه اقتصادی را به دنبال دارد؟ این سؤالات باید پاسخ داده شوند. ادبیات مربوط به معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری معمولاً این سؤالات را تأیید می‌کند و هنوز باید موضوعاتی از این دست را پاسخ دهد.

۲- تعاریف

تمامی معاهدات برخی از اصطلاحات در معاهده را تعریف می‌کنند و تشابهی که میان تعاریف مندرج در آنها وجود دارد به درک و فهم بکارگیری اصطلاحات در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری کمک خواهد کرد. بعلاوه، این تعاریف که از ویژگی‌های ابتکاری معاهدات مزبور بشمار می‌روند، برداشت کشورها را از موضوعاتی همچون تابعیت شرکت نشان داده و در نتیجه به قوام و استحکام تئوریهایی که احتمالاً در این زمینه‌ها وجود دارد، کمک می‌کنند. برخی از اصطلاحات مشترکی را که در این معاهدات تعریف شده‌اند، می‌توان بررسی کرد.

الف - سرمایه گذاری

اغلب معاهدات، سرمایه گذاری را تا حد ممکن به طور موسع تعریف کرده‌اند. این تعاریف هرگونه تردید ناشی از عقاید گذشته را دایر بر این که سرمایه معنوی (intangible property) از حمایت حقوق بین‌الملل برخوردار نیست، از بین می‌برند. در بسیاری از متون گذشته اظهار عقیده شده که حقوق بین‌الملل از سرمایه معنوی بیگانگان حمایت نمی‌کند، احتمالاً به این دلیل که کسب سرمایه معنوی به قوانین کشور میزبان بستگی دارد. حقوق مالکیت معنوی مانند امتیازات، حق چاپ انحصاری، و دانش فنی (know-how) سرمایه‌های معنوی هستند که اغلب در اوضاع و احوال سرمایه گذاری بین‌المللی طرح می‌شوند و فقط تا حدی که قوانین محلی چنین حقوقی را به رسمیت می‌شناسند، به یک شخص داده می‌شوند. بنابراین، دیدگاهی وجود داشت مبنی بر این که کشور میزبان نسبت به سرمایه معنوی کنترل کامل دارد، زیرا به رسمیت شناخته شدن چنین حقوقی به قوانین این کشور بستگی دارد. حق برخورداری سهامداران از حمایت (حقوق بین‌الملل) نیز به ندرت ذکر شده است. این حق نیز با ارجاع به نهادی بوجود آمده که موجودیت آن به قوانین کشور محل ثبت شرکت بستگی دارد. فردروس در سال ۱۹۳۱، «اموال موسوم به ادبی، هنری و صنعتی» را از تعریف خود از اموال به رسمیت شناخته شده در حقوق بین‌الملل خارج کرد.^{۳۵} اما به تدریج این امر پذیرفته شد که در حمایت از سرمایه گذاری، حمایت از حقوق معنوی دارای اهمیت اساسی است.

35. A. Verdross, "Les Règles Internationale concernant le Traitement des Etrangeres" (1931) 37 *Hague Recueil* 364; also, see G. White, *Nationalisation of Foreign Property* (1961) at pp. 421-30;

با این حال در قضیه کارخانه کورزو (*Chorzow Factory Case*)، برای ارزیابی میزان خسارت ادعایی آلمان بر حمایت از دانش فنی که انتقال یافته بود تأکید زیادی به عمل آمد.

موافقتنامه واگذاری امتیاز که محرکه اصلی سرمایه‌گذاری خارجی در بخش منابع معدنی بود، حقوق قراردادی معنوی بوجود آورد. این دیدگاه که آنچه در این گونه قراردادها حمایت شده، حقوق قراردادی معنوی بوده و نه سرمایه مادی، دیدگاه جدید و در حال تحولی بود. یک سری از آراء داوری به حمایت از چنین حقوقی مربوط می‌شوند. در دعوی *Le Courturier v. Rey* اموال و دارایی‌های مصادره شده در فرانسه علائم تجاری را شامل می‌شد.³⁶ اختلافی که در قضیه *Carl Zeiss Stiftung*، در انگلستان و جاهای دیگر به داوری ارجاع گردید، نیز به علائم تجاری مربوط می‌شد.³⁷ بسیاری از اشکال جدید قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی انتقال حقوق معنوی را دربر دارند. موضوع موافقتنامه‌های مربوط به کسب مجوز (Licensing agreements)، قراردادهای مدیریتی و قراردادهای مشاوره‌ای سرمایه‌های معنوی هستند. حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی به طور فزاینده نه تنها به معنی حمایت از سرمایه مادی سرمایه‌گذار، بلکه همچنین شامل حمایت از سرمایه معنوی است که وی در سرمایه‌گذاری مشارکتی (the venture) بکار گرفته و ارزش آن اغلب به اندازه یا بیش از ارزش سرمایه مادی است. ممکن است با انتقال سرمایه‌های معنوی مانند تکنولوژی یا دانش فنی به شرکتهای مشارکتی با سرمایه خارجی (the ventures) سرمایه‌گذاری مشارکتی جدیدی صورت بگیرد.

معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری بدون تردید سرمایه‌های معنوی را در تعریف اموال گنجانده و معمولاً انواع سرمایه‌های معنوی مورد حمایت معاهده را به طور دقیق مشخص می‌کنند. ماده ۱ معاهده انگلستان - سنگاپور می‌تواند نشان‌دهنده انواع اموال مورد حمایت در این گونه معاهدات باشد. در

36. [1910] AC 262.

37. [1967] I AC 853.

این معاهده اصطلاح «سرمایه گذاری» به گونه‌ای تعریف شده که شامل موارد زیر می‌باشد: (۱) اموال منقول و غیرمنقول و حقوق مالکانه مانند وثیقه، رهن، و ضمانت؛ (۲) سهام، ذخایر، اوراق قرضه و سایر امتیازات شرکتها؛ (۳) ادعاهای مالی یا هر عملی که به موجب قرارداد، ارزش مالی داشته باشد؛ (۴) حقوق مالکیت معنوی و اعتبار؛ (۵) امتیازات تجاری از جمله امتیازات مربوط به منابع طبیعی.

الگوی امریکایی معاهده دو جانبه سرمایه گذاری فهرستی طولانی در بر دارد که علاوه بر پنج گروه مذکور در بالا، «مجوزها و موافقت‌های صادره طبق قانون شامل مجوزهای صادره برای تولید و فروش محصولات» و «هرگونه حقوق اعطایی به موجب قانون یا قرارداد، از جمله امتیازات مربوط به اکتشاف یا بهره برداری از منابع طبیعی و حقوق مربوط به تولید، استفاده و فروش محصولات» را شامل می‌گردد. این موارد اضافی صرفاً به دلیل احتیاط بیش از حد ذکر نشده است، بلکه به معنی پذیرش این واقعیت است که بسیاری از امتیازاتی که سرمایه‌گذار خارجی در کشور میزبان به دست می‌آورد، امتیازات مربوط به حقوق اداری مبتنی بر اجازه انجام برخی فعالیتها در (قلمرو) این کشور است. تمام جریان و روند سرمایه‌گذاری خارجی ممکن است به برخورداری از این گونه امتیازات مربوط به حقوق عمومی بستگی داشته باشد. اگر حقوق و امتیازاتی مانند حق صادرات یا انتقال سودی که در ابتدا تضمین شده است، بعداً به وسیله کارگزار اداری که امتیازات مزبور را اعطاء نموده، پس گرفته شود، سرمایه‌گذاری ارزش خود را از دست خواهد داد.^{۳۸} حمایت از چنین حقوق و امتیازات مکتسبه به عنوان وظیفه و نقش معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری تلقی شده و الگوی امریکایی آن در صدد است برای نیل به این هدف تعریفی موسع از اموال

۳۸. برخی از موضوعات در پرونده *Amco v. Indonesia* به چنین کنترل‌های اداری مربوط می‌شد.

ارائه دهد تا امتیازات مربوط به حقوق عمومی که به موجب قوانین کشور میزبان به دست آمده، در تعریف آن جای بگیرد. اگر چه از نظر حقوقی غیرقابل تغییر نمودن تصمیمی که به طور ارادی اتخاذ شده، امکان‌پذیر است، ولی معقول بودن آن در عمل نیازمند بررسی است. این عقیده که اولین مورد اعمال صلاحیت ارادی برای همیشه الزام‌آور است، با رویه اداری چندان سازگار نیست.

از دیدگاه کشورهای صادرکننده سرمایه، موضع اتخاذ شده در معاهده نمونه امریکایی منافع اتباع آنها را در شرایط وابستگی فزاینده به چنین سرمایه‌گذاری‌ها، در برابر حق نظارت (the discretion of screening) و سایر سازوکارهای اداری پیش‌بینی شده در کشور میزبان تضمین می‌کند. برخلاف معاهدات اروپایی، معاهدات امریکایی ورود آزاد سرمایه‌گذاری‌های امریکایی و حمایت از آنها را پیش‌بینی می‌کنند.^{۳۹} ولی به نظر نمی‌آید کشور میزبان امتیازاتی را که مطابق حقوق عمومی خود به سرمایه‌گذار خارجی اعطاء می‌کند، به عنوان حقوق مورد حمایت یک معاهده بین‌المللی تلقی کند. اثر معاهده مزبور این است که به موجب آن امتیازات مربوط به حقوق عمومی بعد از واگذاری، غیرقابل فسخ می‌شوند. این امر مفهوم واقعی امتیازات مربوط به حقوق عمومی را زیر سؤال می‌برد، زیرا این امتیازات با توجه به منافع عمومی کشور اعطاء شده و از زمانی که در این جهت نباشند، قابل فسخ هستند. اگرچه به خوبی پذیرفته شده که وقتی امور مربوط به قلمرو داخلی موضوع معاهده‌ای قرار می‌گیرد، می‌تواند به قلمرو حقوق بین‌الملل راه پیدا کند،^{۴۰} به نظر نمی‌رسد یک دولت از اختیارات حقوق عمومی خود در مورد قانونمند کردن سرمایه‌گذاری

۳۹. این دیدگاه که حق استقرار (در دولت میزبان) باید پیش‌بینی گردد، از معاهدات مودت، بازرگانی و دریانوردی اقتباس شده است. رک. یادداشت H. Golson، در مجله 31 ILM 124 (1992).

40. *Nationality Decrees in Tunis and Morocco Case* (1923) PCIJ Rpts Ser. B, No. 4.

خارجی به آسانی صرف نظر نماید. گنجاندن این گونه امتیازات مربوط به حقوق عمومی [در معاهده] بدین معنی است که امتیازات اعطاء شده درباره استخراج منابع طبیعی، بعداً بدون نقض معاهده پس گرفتنی نیستند. مطابقت چنین دیدگاهی با مفهوم حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی،^{۴۱} که برخی از نویسندگان آن را یک قاعده آمره تلقی می کنند، باید مورد بررسی قرار گیرد. می توان به خوبی استدلال نمود که الغاء اختیارات حقوق عمومی کشور میزبان در مورد منابع طبیعی به دلیل مغایرت آن با قاعده آمره از نظر حقوقی هیچ اثری ندارد.^{۴۲} در مورد سایر امتیازات مربوط به حقوق عمومی که معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری در صددند بعد از اعطاء آنها (به سرمایه گذار خارجی) تداوم آن را تضمین نمایند، ممکن است مشکلاتی بوجود آید. این معاهدات اختیار دولت اعطاء کننده را در طول حیات معاهده برای مداخله در مورد امتیازات حقوق عمومی از بین می برند. این که آیا در زمان امضاء معاهده، کشور در حال توسعه این امر را در نظر داشته که امتیازاتی که با اعمال صلاحیت اختیاری اعطاء شده، قطعی و غیرقابل تغییر می باشند، حدس و گمانی بیش نیست.

شکی نیست که معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری به توسعه مفهوم اموال در حقوق بین الملل کمک می کنند. شناسایی و گنجاندن انواع مختلف

41. See chapter 1. I. Brownlie, "Legal Status of Natural Resources in International Law" (1979) 162 *Hague Recueil* 255.

بعضی از معاهدات نسبت به مفهوم حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی توجه کمتری نشان می دهند. بدین ترتیب، معاهده استرالیا - ویتنام اموال مورد حمایت را به گونه ای تعریف می کند که حقوق قراردادی مربوط به «سرمایه گذاری در کشاورزی، جنگلبانی، ماهیگیری و دامداری، و انجام تحقیقات برای اکتشاف و استخراج منابع طبیعی و تولید، استفاده و فروش محصولات» را شامل گردد.

۴۲. مطابق ماده ۵۳ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات، معاهده معارض با یک قاعده آمره حقوق بین الملل تا حدی که با آن قاعده در تعارض است، بی اعتبار می باشد. این دیدگاه که دکترین حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی یک قاعده آمره حقوق بین الملل می باشد، تا حدی معتبر است.

Brownlie, "Legal Status" (1979) 162 *Hague Recueil* 255.

سرمایه معنوی در معاهدات گام مهمی به سوی شکل‌گیری چنین مفهومی تلقی می‌شود. حمایت از سرمایه معنوی مفهوم ساده‌ای است که با موضوع حمایت از بیگانگان مطابقت دارد، زیرا چنین اموالی اغلب توسط خود بیگانگان کسب می‌گردند. مشکل موجود در مورد سرمایه معنوی از این واقعیت ناشی می‌شود که حقوق مربوط به این اموال بستگی دارد به این که حقوق داخلی تا چه حد آن را به رسمیت می‌شناسد. اکنون این امر در شرف شناسایی و پذیرش است که وقتی بیگانه‌ای بر اساس حقوق داخلی کشور میزبان، حقوقی نسبت به سرمایه معنوی به دست می‌آورد، حقوق مکتسبه مزبور می‌تواند از طریق معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری مشمول حقوق مورد حمایت حقوق بین‌الملل قرار بگیرد.^{۴۳} در نبود حمایت عهدنامه‌ای از چنین حقوق معنوی، دیدگاه قدیمی همچنان باید معتبر تلقی شود که مطابق آن وضعیت حقوق مزبور به قوانین کشور میزبان بستگی دارد و ممکن است مطابق با مقررات حقوقی آن کشور فسخ گردد.

ب - محدودیت بر تعریف سرمایه‌گذاری

اگر چه سرمایه‌گذاری تا حد ممکن به طور موسع تعریف گردید، بسیاری از معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری امتیازات ناشی از معاهده را فقط برای سرمایه‌گذاری‌های مورد تأیید کشورهای عضو اختصاص می‌دهند. این محدودیت موجب می‌گردد دو نوع سرمایه‌گذاری خارجی از سوی یک کشور عضو بوجود آید. یک گروه برخوردار از حمایت معاهده، زیرا مورد

۴۳. با این حال، مسأله این است که وضع قوانین مؤثر در حمایت از مالکیت معنوی با تهدید به اعمال تحریم‌های اقتصادی صورت می‌گیرد. برای مثال، تایلند و هند تهدید شدند که اگر قوانین مؤثری در حمایت از مالکیت معنوی وضع و اجرا نمایند، به موجب سند تجاری عام‌الشمول (Omnibus Trade Act) تحریم اقتصادی می‌شوند. این امر که یک معاهده نابرابر بالقوه تا چه حدی می‌تواند حقوق و امتیازاتی را که به موجب قوانین اجباری به دست آمده، مورد حمایت قرار دهد، مسأله جالبی است.

تأیید کشور عضوی است که پذیرای سرمایه گذاری است؛ و گروه دیگر که به دلیل تأیید نشدن، از حمایت معاهده برخوردار نمی باشد. در این صورت میان سرمایه گذاری‌ها تبعیض ایجاد می شود.^{۴۴} سرمایه گذاری‌هایی که مورد تأیید کشور میزبان نیست، از حمایت هرگونه اصولی که در حقوق بین الملل راجع به حمایت از سرمایه گذاری وجود دارد برخوردار است. اما سرمایه گذاری‌های مورد تأیید از حمایت خاصی که نظام عهدنامه‌ای ایجاد کرده، برخوردار هستند. به رسمیت شناختن تمایز میان سرمایه گذاری‌های مورد تأیید و سایر سرمایه گذاری‌ها خود نشان‌دهنده ماهیت خاص (*lex specialis*) معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری می باشد، زیرا سرمایه گذاری‌هایی که مورد تأیید کشور میزبان نیستند، در صورت وجود قواعد کلی در حمایت از سرمایه گذاری، موضوع این قواعد می باشند، در حالی که سرمایه گذاری‌های مورد تأیید، موضوع نظام عهدنامه‌ای هستند. تمایز میان سرمایه گذاری‌های مورد تأیید و سایر سرمایه گذاری‌ها از ساز و کارهای مربوط به نظارت بر ورود سرمایه گذاری خارجی ناشی می شود که در قوانین کشور میزبان پیش‌بینی شده است.^{۴۵} بعضی از کشورها تأیید هرگونه سرمایه گذاری خارجی را لازم می شمارند. بعضی دیگر دروازه‌ها را برای ورود هرگونه سرمایه گذاری خارجی باز نگه می دارند، ولی فقط برای سرمایه گذاری‌هایی که مورد تأیید نهاد مربوطه می باشند، امتیازات خاصی اعطاء می کنند.^{۴۶} معمولاً سرمایه گذاری‌هایی که برای کشور میزبان به طور خاص سودمند تلقی شده و از شرایط مورد نظر

۴۴. چنین تبعیضی بر پایه عوامل عینی اقتصادی استوار است و هیچ قاعده‌ای را در مورد ممنوعیت تبعیض که در مقررات مربوط به رفتار ملی نسبت به همه سرمایه گذاران خارجی گنجانده شده، نقض نمی کند. در چنین شرایطی به نظر نمی رسد تبعیض نژادی اعمال شود.

۴۵. تمایز مزبور به طور یکسان در معاهدات کشورهای همچون سنگاپور و استرالیا صورت گرفته است.

۴۶. سنگاپور نمونه‌ای از چنین کشوری می باشد.

برخوردار باشند، مورد تأیید قرار می‌گیرند. در صورتی که بعداً کشور میزبان به دلیل عدم رعایت این شرایط، تأیید سرمایه‌گذاری خارجی را پس بگیرد، ممکن است مسائل حادی بوجود آید. آیا پس گرفتن تأیید سرمایه‌گذاری خارجی بدین معنی است که سرمایه‌گذاری مزبور به دلیل مورد تأیید نبودن، حمایت معاهده سرمایه‌گذاری را از دست می‌دهد؟ بهتر است این موضوع در خود معاهده رفع گردد. یک راه‌حل این است که بازپس‌گیری تأیید قبلی صرفاً بر مبنای عوامل عینی استوار گردد و سرمایه‌گذار بتواند با رجوع به دادگاه‌های داخلی دلایل و توجیهات بازپس‌گیری تأیید را بررسی و به قضاوت بگذارد.

رویه عهدنامه‌ای سنگاپور، کشوری که ورود آزاد سرمایه‌گذاری را تشویق می‌کند، نشان می‌دهد که فقط سرمایه‌گذاری‌های مورد تأیید مشمول حمایت معاهده هستند. معاهدات سنگاپور با انگلستان و فرانسه شروط خاصی را در بر دارند که حمایت معاهده را به سرمایه‌گذاری‌هایی محدود نموده که «قبل یا بعد از لازم‌الاجرا شدن موافقت‌نامه انجام گرفته و به طور خاص به صورت مکتوب مورد تأیید قرار گرفته باشند».^{۴۷} در معاهده سنگاپور با هلند تعهد یک جانبه است. سنگاپور فقط از سرمایه‌گذاری‌های مورد تأیید حمایت می‌نماید، در حالی که هلند متعهد شده از هرگونه سرمایه‌گذاری توسط اتباع سنگاپور حمایت کند.^{۴۸} در معاهده سنگاپور با آلمان، اصطلاح سرمایه‌گذاری به گونه‌ای تعریف شده که فقط سرمایه‌گذاری‌های مورد تأیید سنگاپور مورد نظر می‌باشد.^{۴۹}

معاهده نمونه آمریکایی در صدد است حق ورود و استقرار را که مقام ناظر (screening authority) اعطاء می‌کند، حقوق سرمایه‌گذاری

۴۷. ماده ۱۲ معاهده سنگاپور - انگلستان (۱۹۷۵)؛ ماده ۹ معاهده سنگاپور - فرانسه (۱۹۷۵).

۴۸. ماده ۱۲ بند الف معاهده سنگاپور - هلند (۱۹۷۳).

۴۹. ماده ۱ معاهده جمهوری فدرال آلمان - سنگاپور (۱۹۷۳).

حمایت شده معاهده تلقی نماید. این یک راه حل شفاف و روشن است، ولی به نظر نمی‌رسد کشورهای که در صددند مکانیسم‌های مؤثری برای نظارت بر سرمایه‌گذاری ایجاد کنند، آن را بپذیرند. هدف از مکانیسم‌های مزبور این است که سرمایه‌گذاری‌هایی که اهداف اقتصادی کشور را ارتقاء نمی‌بخشند، مورد حمایت قرار نگیرند. همچنین پایان بخشیدن به سرمایه‌گذاری‌هایی که با این اهداف سازگار نیستند، برای اجرای برنامه ضروری تلقی خواهد شد. بنابراین، مشروط نمودن حق کشور میزبان در پایان دادن به سرمایه‌گذاری به بررسی عوامل خارجی و ارجاع آن به نظام عهدنامه‌ای دو جانبه با مخالفت بسیاری از کشورهای در حال توسعه روبرو خواهد شد. هدف معاهده نمونه امریکایی حذف آن گونه اقدامات سرمایه‌گذاری است که جنبه تجاری داشته و از نظر ایالات متحده برای تجارت آزاد مضر هستند. ولی بعید است کشورهای در حال توسعه و همچنین بسیاری از کشورهای توسعه‌یافته چنین اقداماتی را معتبر ندانند. آنها بیشتر تمایل دارند این اقدامات را به نفع اهداف اقتصادی خود تلقی نمایند و به نظر نمی‌رسد محدودیتهایی را بر جریان سرمایه‌گذاری خارجی تحمیل کنند.

۳- تابعیت شرکت و حمایت از سهامداران

تعریف شرکت در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری بر خلاف مفاهیم سنتی در حقوق بین‌الملل است. قاعده کلی در مورد حمایت دیپلماتیک از شرکتهایی که در کشورهای خارجی سرمایه‌گذاری می‌کنند، در *قضیه بارسلوناتراکشن* بیان شده است.^{۵۰} طبق رأی صادره در این قضیه،

50. [1970] ICJ Rpts 1;

قاضی اودا (Oda) در رأی جداگانه خود در قضیه *السی (ELSI Case)* این قاعده را تأیید می‌کند [1989] ICJ Rpts 15. همچنین رک. دعوی *AAPL* علیه سریلانکا که در آن اموال شرکتی که در کشور

یک شرکت تابعیت کشوری را دارد که در آن ثبت شده است و تنها این کشور حق حمایت دیپلماتیک از آن را دارد. این قاعده، حمایت از سهامداران شرکت را تجویز نمی‌کند. در قضیه *بارسلوناتراکشن*، دیوان بین‌المللی دادگستری این حق را برای بلژیک نشناخت که در حمایت از منافع سهامداران بلژیکی یک شرکت کانادایی که سرمایه‌گذاری‌های آن در اسپانیا با اقدامات قضایی و اداری این کشور تحت‌الشعاع قرار گرفته بود، اقداماتی علیه اسپانیا اتخاذ نماید. دیوان در رسیدن به این نتیجه‌گیری که مورد انتقاد فراوان واقع شده، به رشد شرکتهای چند ملیتی در اقتصاد جهانی اشاره و ابراز تعجب نمود که در زمینه تضمین حمایت بیشتر از سرمایه‌گذاری‌هایی که شرکتهای مزبور انجام می‌دهند، فعالیت کمتری صورت گرفته است.^{۵۱}

دیوان به طور واضح بیان نمود که راهکار حمایت از سهامداران ممکن است در موافقت‌نامه‌های دو جانبه و چند جانبه راجع به حمایت از سرمایه‌گذاری وجود داشته باشد.^{۵۲} افزایش تعداد معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری در دهه ۱۹۷۰ نیز ممکن است یکی از پیامدهای تصمیم دیوان در قضیه *بارسلوناتراکشن* باشد که در امکان حمایت از سهامداران در نبود معاهدات دو جانبه یا چند جانبه شک و تردید ایجاد نمود.^{۵۳} حمایت از سهامداران به دلیل تأکید بسیاری از قوانین مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی

میزبان ثبت شده، مشمول حمایت معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری نمی‌باشد، زیرا این اموال به تبعه دولت میزبان تعلق دارد. در چنین شرایطی سرمایه‌گذار خارجی فقط می‌تواند به (آموزه) حمایت از سهامداران تکیه کند (90 para. 17 YCA [1992]).

51. [1970] *ICJ Rpts* at p. 47.

52. Para. 90.

53. در قضیه *بارسلوناتراکشن* امکان حمایت از سهامداران از طریق معاهده به رسمیت شناخته شد (همان منبع، بندهای ۶۱ و ۵۴). قاضی تاناکا (Tanaka) در رأی جداگانه خود تمایل داشت سهام را به عنوان اموال تلقی کند (همان منبع، صفحات ۱۲۷ و ۱۳۴). راهکار تلقی سهام به منزله اموال در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری به طور گسترده‌ای به کار گرفته شده است.

بر آن اهمیت می‌یافت، قوانینی که ورود سرمایه‌گذاری‌های خارجی را بجز از طریق شرکتهای محلی با سرمایه خارجی (joint ventures) که با همکاری سرمایه‌گذاران محلی یا واحدهای دولتی تأسیس می‌شوند، محدود می‌کردند. تعداد این قوانین که ورود سرمایه‌گذاری‌های خارجی را فقط از طریق شرکتهای محلی با سرمایه خارجی اجازه می‌دادند، رو به افزایش بود. این بدان معنی بود که بسیاری از سرمایه‌گذاری‌های خارجی می‌بایست بدون حمایت دیپلماتیک دولتهای متبوع سرمایه‌گذاران خارجی انجام می‌گرفت. این وضعیت باید اصلاح می‌شد و تا حد زیادی با افزایش معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری صورت گرفت. این معاهدات برای تحت شمول قرار دادن سرمایه معنوی مانند سهام، تعریف جدیدی از سرمایه‌گذاری ارائه و در مورد تابعیت شرکتهای، ملاکهایی را غیر از (ملاک) ثبت شرکت در بر دارند. باز هم انحراف این معاهدات از حقوق بین‌الملل عرفی واضح است. معاهدات مزبور با تعریف سرمایه‌گذاری به صورتی که سهام را شامل گردد، هرگونه تردیدی را که احتمالاً در حقوق بین‌الملل عرفی راجع به حمایت از سهامداران وجود داشت، از بین می‌برند. شیوه دومی که بواسطه آن حمایت از سهامداران تقویت گردید، مربوط به تعریف تابعیت شرکت است. حقوق بین‌الملل عرفی تمایلی نشان نمی‌دهد که از محل ثبت شرکت به عنوان ملاک تعیین تابعیت صرف نظر کند.^{۵۴}

۵۴. علاوه بر قضیه *بارسلونا تراکشن* و رأی جداگانه قاضی اودا در قضیه *السی* (ELSI Case [1989] ICJ Rpts 15) در برخی از آرای داوری محل ثبت شرکت، ملاک تابعیت محسوب گشته است. موضوع شخصیت شرکت در رویه داوری، بویژه در برابر دادگاههای ایکسید (ICSID) مورد توجه بوده است. وقتی که سرمایه‌گذار خارجی شرکت خود را نزد دولت میزبان ثبت می‌کند، ایکسید پذیرفته که صلاحیت قضایی ندارد، مگر این که دولت میزبان صریحاً اظهار تمایل نماید که همچنان شرکت را تبعه خارجی محسوب می‌کند. شرط صریحی دایر بر انصراف (دولت میزبان) لازم بود. (*Holiday Inns v. Morocco* (1980) 51 BYIL 123). ولی در آراء داوری اخیر، انصراف (دولت میزبان) از اوضاع و احوال استنباط شده است (*Amco v. Indonesia*). دادگاههای داخلی از ثبت شرکت به عنوان ملاک تابعیت شرکتهای خارجی استفاده کرده‌اند.

در مورد حمایت بین‌المللی از این گونه شرکتها مسائل فنی وجود دارد، برای اینکه خود شرکت طبق حقوق داخلی تأسیس شده و وجود آن به حقوق داخلی وابسته است و می‌تواند به دلخواه بر اساس مقررات حقوق داخلی که آن را ایجاد کرده، منحل شود. به همین دلیل، حقوق بین‌الملل دخالت چندانی در مورد شخصیت (حقوقی) شرکت به عمل نمی‌آورد. همچنین، از آنجا که تأسیس شرکت به اراده و خواست دولت بستگی دارد، همان‌گونه که در حقوق داخلی آن تصریح شده، منطقاً شرکت باید تابعیت کشوری را داشته باشد که در آن تأسیس گردیده است.

بعضی از معاهدات دو جانبه در صددند در راستای اهداف حمایتی معاهده، ملاکهای جایگزینی در مورد تابعیت شرکت ارائه کنند. این معاهدات تصریح می‌کنند شرکتی که در یک کشور عضو معاهده ثبت شده، می‌تواند از حمایت عضو دیگر معاهده برخوردار شود، مشروط بر این که مرکز کنترل شرکت در آن عضو دیگر معاهده باشد یا این که کنترل یا منافع اساسی شرکت در اختیار اتباع عضو دیگر باشد.^{۵۵} در این صورت، معاهده حمایت از شعبه‌های شرکتهای چند ملیتی را که کلیه سهام آنها متعلق به این شرکتهای بوده و در کشور میزبان عضو معاهده تأسیس شده‌اند، تضمین خواهد کرد. اما در صورتی که شرکت چند ملیتی از طریق تشکیل یک شرکت مشارکتی با سرمایه خارجی در کشور میزبان عضو معاهده سرمایه‌گذاری کند، راه‌حل متفاوتی لازم می‌نماید. حمایت از منافع شرکت با سرمایه خارجی هنوز به عنوان یک مشکل باقی خواهد ماند.

Sumitomo Shoji America, Inc v. Avagliano (1982)457 US 176. Compagnie Europeene de Petroles v. Sensor Nederland BV (1983) 22 ILM 320.

۵۵. بدین ترتیب، معاهده سنگاپور - انگلستان پیش‌بینی می‌کند چنانچه اکثر سهام یک شرکت ثبت شده در سنگاپور در اختیار اتباع بریتانیا باشد، آن شرکت بریتانیایی محسوب می‌گردد. در بسیاری از نظامهای حقوقی اروپایی از نظریه اقامتگاه اصلی (*siege sociale*) در مورد تابعیت شرکت پیروی شده است. این نظریه تابعیت را از آن دولت (محل استقرار) مرکزی می‌داند که شرکت از آنجا کنترل می‌گردد.

طرف خارجی به اجبار سهامدار اقلیتی خواهد بود که نسبت به شرکت کنترل نمی‌خواهد داشت. اگر سهام سهامداران خارجی که در اقلیت هستند، با اعمال آیین مندرج در اسناد داخلی مؤسس شرکت مشارکتی مطابق با قوانین کشور میزبان تحت الشعاع قرار بگیرد، از طریق مداخله دیپلماتیک حمایت ناچیزی می‌تواند به عمل آید. این واقعیت که معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری با تحت شمول قرار دادن سهام در تعریف سرمایه‌گذاری از آنها حمایت می‌نماید، می‌تواند راهی را برای چنین حمایتی بگشاید. در دعوی شرکت تولیدات کشاورزی آسیایی (AAPL) علیه سریلانکا،^{۵۶} یک دادگاه ایکسید مقرر داشت که معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری که به شیوه مناسب نگارش شده باشد، از اقلیت سهامداران در یک شرکت مشارکتی با سرمایه خارجی حمایت خواهد نمود. چنین معاهده‌ای سهام و سایر منافع شرکت مشارکتی با سرمایه خارجی را مورد حمایت قرار می‌دهد و نه سرمایه آن را.

اگر چه بعضی از معاهدات دو جانبه در صددند برای مسأله ناشی از تابعیت شرکت راهکاری ارائه نمایند، اما هیچ‌گونه هماهنگی در راه‌حل‌های اتخاذ شده وجود ندارد که بتواند اصل واحد و یکسانی را پدید آورد. در معاهدات مختلف راه‌حل‌های متعددی را می‌توان یافت. معاهده ژاپن با سریلانکا برای تعیین تابعیت شرکت، ملاک «کنترل یا نفوذ تعیین کننده» را به کار می‌گیرد، ولی اعمال این ملاک را به تصمیم همراه با حسن نیت (*bona fide decision*) عضوی منوط می‌کند که سرمایه‌گذاری در سرزمین آن می‌شود.^{۵۷} حتی رویه یک کشور متفاوت است. برای مثال، معاهده سنگاپور - بریتانیا شرکت بریتانیایی را شرکتی تعریف می‌کند که

56. (1992)17 YCA 106.

57. بند ۲ ماده ۱۲ معاهده ژاپن - سریلانکا.

در بریتانیا ثبت شده، در حالی که معاهده سنگاپور - آلمان شرکت آلمانی را شرکتی می‌داند که «مقر آن در جمهوری فدرال آلمان» می‌باشد. رویه بریتانیا نیز در این زمینه ناهمگون و متناقض است. در حالی که نظریه ثبت شرکت در معاهده منعقد با سنگاپور ترجیح داده شده، معاهده بریتانیا - فیلیپین نظریه کنترل را انتخاب می‌کند، چه شرکت مورد حمایت را شرکتی تعریف می‌کند که «در حال حاضر مطابق قوانین جاری در هر بخش از سرزمین عضو متعاهدی که مدیریت واقعی شرکت در آن قرار گرفته، مشغول به فعالیت می‌باشد». فقدان رویکرد یکسان در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری مختلف نسبت به موضوع شرکتهای مورد حمایت نشان می‌دهد که این معاهدات نمی‌توانند مبنایی را ارائه نمایند که بر اساس آن در اصول مشترک یا حقوق عرفی در زمینه تابعیت شرکت و حمایت از سهامداران در حقوق بین‌الملل شکل بگیرد. آنها صرفاً از این امر حکایت دارند که بین دو عضو موافقتنامه در زمینه موضوعات منظور وحدت رأی وجود دارد. این معاهدات در اوضاع و احوال ترجیحات حقوقی متأثر از رفتارهای فرهنگی موجود در نظامهای حقوقی طرفهای مختلف چنین معاهداتی مذاکره و تنظیم شده‌اند. بدین ترتیب، کشورهای اروپایی ترجیح داده‌اند نظریه اقامتگاه (*siege sociale*) را بکار بگیرند، در حالی که کشورهای حقوق عرفی (*common law*) معاهده را با این تفاهم (متقابل) مذاکره نموده‌اند که قاعده مورد نظر، ثبت شرکت باشد. ولی حتی این گونه توجیه تفاوت‌های (موجود در نظامهای حقوقی) نمی‌تواند در همه موارد مورد تأیید باشد، چون بعضی از کشورهای حقوق عرفی نظریه «اقامتگاه» را بکار گرفته‌اند.

در هر حال، وقتی که قوانین کشور میزبان مقرر می‌دارد که سرمایه‌گذاری خارجی صرفاً از طریق ثبت یک شرکت با سرمایه خارجی

و با مشارکت یک شرکت محلی می‌تواند وارد کشور شود یا این‌که مشارکت اقلیت (خارجی) باید به تدریج صورت بگیرد، هیچ‌یک از ملاکهای فوق مفهومی نخواهند داشت. در این صورت، هیچکدام از ملاکهای تابعیت شرکت حمایت بیشتری به سرمایه‌گذار خارجی اعطاء نمی‌کند و لازم است حمایت از سهامداران تقویت گردد. اما وقتی که کشور میزبان بدون تغییر سهام شرکت، کنترل آن را به دست می‌گیرد، حتی این راهکار نمی‌تواند آرامش خاطر زیادی را برای سرمایه‌گذار خارجی به دنبال داشته باشد. زیرا چنین شرکتی نمی‌تواند مورد حمایت قرار بگیرد برای این‌که شرکت ملی کشور میزبان محسوب می‌گردد و سهام آن نمی‌تواند مورد حمایت باشد، زیرا تغییری در آن حاصل نشده است.^{۵۸} دولت همچنین می‌تواند مدیریت شرکت را به دست بگیرد، بدون این‌که (وضعیت حقوقی) شرکت یا سهام آن را تغییر دهد.^{۵۹} در این شرایط، حمایت به چگونگی تعریف مصادره و ضبط اموال در معاهده بستگی خواهد داشت.

۴- معیار رفتار با بیگانگان

در باره مسئولیت دولت در قبال خسارات وارده به بیگانگان اختلاف نظر زیادی میان طرفین وجود داشته است. بسیاری از کشورهای آمریکای لاتین و سایر کشورهای سرمایه‌پذیر از معیار رفتار ملی با بیگانگان دفاع

۵۸. مان (Mann) نکته‌ای را به صورت زیر عنوان می‌کند: «سهام یک شرکت ثبت شده در کشور میزبان معمولاً با هیچ‌گونه اقدامات اتخاذ شده در آنجا تحت الشعاع قرار نمی‌گیرد، بلکه این خود شرکت است که متضرر می‌شود».

F. A. Mann, "Foreign Investment in the International Court of Justice: The *ELSI Case*" (1992) 86 *AJIL* 92 at p. 100.

۵۹. همچنان‌که در قضیه زیر اتفاق افتاده است:

Revere Copper & Brass Inc v. OPIC (1980) 56 *ILR* 258 at pp. 290-3, 295.

نموده‌اند. بند ج ماده ۲(۲) منشور حقوق و وظایف اقتصادی دولتها اصل رفتار ملی را عنوان می‌کند اما کشورهای صادرکننده سرمایه استدلال می‌نمایند که با بیگانگان باید براساس یک حداقل معیار بین‌المللی رفتار شود. اگر اصل رفتار ملی پذیرفته شود، حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی به حداقل خواهد رسید، زیرا قانونی که اموال را تحت الشعاع قرار می‌دهد، نسبت به همه به طور یکسان و بدون توجه به تابعیت اجرا شده و بیگانه را بدون هیچ جبران و راه‌حلی در حقوق بین‌الملل به حال خود وا می‌گذارد.

کشورهای صادرکننده سرمایه این نظر را رد نموده و استدلال می‌کنند که باید یک حداقل معیار رفتاری به بیگانگان اعطاء گردد. شناسایی حداقل معیار رفتاری امکان ارزیابی رفتار کشور میزبان با سرمایه‌گذار خارجی را در سطح بین‌المللی فراهم می‌آورد. با این حال برخلاف دوران گذشته که رفتار ملی، به دلیل این که در بعضی از کشورها پایین‌تر از حداقل معیار مورد نظر کشورهای صادرکننده سرمایه بود، کاملاً کنار گذاشته شد، در دوران معاصر رفتار ملی ممکن است مزیت‌های خود را داشته باشد، چون کشورها بسیاری از بخشها و امتیازات اقتصادی خود را به اتباع اختصاص می‌دهند. اعطاء رفتار ملی می‌تواند مزیت‌هایی را برای بیگانگان به همراه داشته باشد، زیرا آنها را مستحق همان امتیازاتی می‌نماید که اتباع ملی از آن بهره‌مند هستند. به همین دلیل گرایشی در میان کشورهای توسعه‌یافته وجود دارد که از رفتار ملی به عنوان معیار حمایت کرده و موضوع مسؤلیت بین‌المللی را بر مبنای تبعیض ناشی از قصور کشور میزبان در اعطاء رفتار ملی به سرمایه‌گذار خارجی مطرح کنند.

با توجه به اختلاف نظر در مورد معیارهای رفتار با سرمایه‌گذاری خارجی، کشورها به دنبال آن بودند که در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری در مورد معیار رفتار با سرمایه‌گذاری‌های اتباع خود به توافق

برسند. یک بار دیگر، طرح و ابتکار معاهدات سرمایه‌گذاری قانونی را میان طرفین بوجود می‌آورد تا هرگونه تردیدی که احتمالاً در حقوق بین‌الملل عرفی در این زمینه وجود دارد، رفع گردد.

سه شیوه متفاوت در این معاهدات بکار گرفته شده است. برخی از معاهدات به «رفتار مناسب و منصفانه» (fair and equitable treatment) اشاره می‌کنند تا طبق آن با اتباع طرفهای متعاقد رفتار شود. این عبارت مبهم بوده و تفسیرهای مختلفی را بر می‌تابد.^{۶۰} عبارت مزبور تخطی از رفتار ملی را تجویز می‌کند، مشروط بر این که با همه سرمایه‌گذاران خارجی به طور یکسان و منصفانه رفتار شود. برخی از معاهدات تنها به رفتار ملی اشاره می‌کنند و احتمالاً مطلوب‌ترین وضعیتی است که می‌تواند به دست آید و بدین معنی است که دولت نباید میان اتباع خود و سرمایه‌گذاران خارجی تبعیض قائل شود و اینکه چنین تبعیضی مسؤولیت بین‌المللی را به دنبال خواهد داشت. بر اساس معیار رفتار ملی می‌توان استدلال کرد که الزامات اجرایی مانند سقف صادرات یا خرید داخلی نباید به سرمایه‌گذار خارجی، حداقل بعد از ورود سرمایه، تحمیل گردد،^{۶۱} و همچنین با دلایل و ملاحظات اقتصادی هر چند معتبر نمی‌توان اعمال تبعیض میان اتباع و سرمایه‌گذاران خارجی را توجیه کرد. با توجه به افزایش کنترل‌های اداری بر سرمایه‌گذاری خارجی، رفتار ملی پاسخی معقول به نظر می‌رسد. با این

۶۰. رک.

UNCTC, *Bilateral Investment Treaties*, pp. 30-3.

عبارت مزبور در کنوانسیون Abs-Shawcross و کنوانسیون سازمان همکاری و توسعه اقتصادی (OECD) به کار رفته است.

۶۱. این‌گونه اقدامات اغلب بعد از ورود سرمایه تحمیل می‌گردند، زمانی که قدرت چانه‌زنی سرمایه‌گذار خارجی کم می‌باشد، زیرا منابع مالی (لازم) برای سرمایه‌گذاری قبلاً تعهد شده است. معیار رفتار ملی می‌تواند مانع از تغییر قرارداد اولیه گردد، زیرا چنین اقداماتی معمولاً در مورد اتباع اعمال نمی‌شود.

معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ❖ ۲۸۹

وجود، رفتار ملی ممکن است برای سرمایه‌گذار خارجی اثر معکوس داشته باشد. اقدامات شدیدی که علیه اتباع اتخاذ می‌گردد، می‌تواند بر مبنای رفتار ملی به سرمایه‌گذار خارجی تسری یابد.

ماده‌ای که اغلب در معاهدات گنجانده می‌شود، از معاهدات قدیمی مودت، بازرگانی و دریانوردی اقتباس شده و رفتار دولت کامله‌الوداد را پیش‌بینی می‌کند که بر اساس آن اتباع طرفین معاهده می‌توانند از رفتار مناسب و مطلوبی که ممکن است هر یک از کشورهای متعاقد با اتباع کشورهای ثالث به عمل آورد، بهره‌مند گردند. برخی از معاهدات هردو رفتار ملی و رفتار دولت کامله‌الوداد را پیش‌بینی می‌کنند. بنابراین اتباع هر یک از کشورهای متعاقد می‌توانند معیار رفتاری مناسب‌تر را ادعا نمایند. از آنجا که به نظر می‌رسد رفتار ملی مناسب‌ترین رفتاری است که در حال حاضر اعطاء می‌شود، اثر شرط رفتار دولت کامله‌الوداد عبارت است از اعطاء رفتار ملی به اتباع کشورهایی که این شرط را در معاهدات خود می‌گنجانند.

وقتی که کشوری در سازمانی منطقه‌ای عضویت دارد و در نتیجه امتیازات خاصی را به دیگر کشورهای عضو موافقت‌نامه اعطاء می‌کند، در صدد بر می‌آید تا مانع از آن شود امتیازاتی که به کشورهای هم‌عضو خود داده، با اجرای شرط دولت کامله‌الوداد به کشوری تسری یابد که با آن معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری منعقد می‌کند.^{۶۲} از آنجا که این نکته در خود معاهده پیش‌بینی می‌شود، بعداً نمی‌توان استدلال نمود اقداماتی که طبق این گونه موافقت‌نامه‌های منطقه‌ای اتخاذ و امتیازاتی اعطاء می‌شود، باید بر مبنای شرط دولت کامله‌الوداد به سرمایه‌گذاران خارجی داده شود.

۶۲. بدین ترتیب، سنگاپور که عضو آسه آن (ASEAN) است، از اجرای شرط دولت کامله‌الوداد مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری خود، در امتیازاتی که به اعضاء دیگر آسه آن اعطاء می‌کند، جلوگیری می‌نماید.

۵- انتقال سود (Repatriation of profits)

هدف اصلی همه سرمایه‌گذاری‌های خارجی عبارت است از کسب سود و انتقال آن به کشور متبوع. اگر از انتقال سود توسط کشور میزبان ممانعت به عمل آید، این هدف تأمین نخواهد شد. حمایت از حق انتقال سود یکی از اهداف معاهدات سرمایه‌گذاری است. بسیاری از معاهدات عبارات کامل و مستقلاً را در مورد حمایت از حق انتقال در بر دارند. این امر غیرواقع‌بینانه است، زیرا زمانی که یک طرف متعاقد کسری مبادله ارزی داشته باشد به گونه‌ای که کنترل ارز را ضروری نماید، مشکلاتی بوجود خواهد آمد. حق مطلق انتقال با این عقیده بیش از حد متعصبانه در معاهدات گنجانده شده که چنین وضعیتی بروز نخواهد کرد.

بسیاری از معاهدات بریتانیا معمولاً پیش‌بینی می‌کنند که حق انتقال سود ممکن است در «شرایط استثنایی اقتصادی یا مالی» محدود گردد.^{۶۳} در سایر معاهدات بریتانیا مقرر گردیده که در صورت بروز مشکل در مبادلات خارجی، همه ساله انتقال درصدی از سود (معمولاً ۲۰ درصد) باید اجازه داده شود.^{۶۴} این قاعده بریتانیایی مرجح است زیرا در شرایط بحران مالی حق مطلق انتقال نمی‌تواند برای کشوری الزام‌آور باشد. ممکن است استدلال شود که شرایط بحران مالی ایجاب می‌کند که نظریه بقاء اوضاع و احوال زمان انعقاد اجرا شود که به موجب آن قاعده مربوط به حق مطلق انتقال در نتیجه وضعیت متفاوتی که بوجود آمده است، قابل فسخ می‌شود.^{۶۵} واقع‌بینانه‌ترین رویکرد عبارت است از پذیرش راه‌حل مندرج در

۶۳. برای مثال معاهده سنگاپور - انگلستان. این گونه راه‌های گریز (escape clauses) در معاهدات (متعده) توسط آمریکا و نیز سایر معاهدات دیده می‌شود. مقررات موافقت‌نامه صندوق بین‌المللی پول اعمال محدودیت در مبادلات ارزی را در دوره مشکلات مالی مجاز می‌شمارد.

۶۴. معاهده انگلستان - گویان.

۶۵. در مورد دیدگاه یک دادگاه آمریکایی راجع به کنترل ارزهای خارجی در موقع مشکلات اقتصادی رک.

معاهدات بریتانیا و ایجاد تعهد نسبت به تجویز انتقال حداقل درصدی از سود (در مواقع بحرانی) و بقیه آن در زمانی که اوضاع و احوال اجازه می‌دهد. انتقال معمولاً نه تنها سود حاصله، بلکه همه پرداختها مانند دستمزد یا سایر عناوینی را که به بیگانه پرداخت شده است، در بر می‌گیرد. وقتی که اموال اتباع ضبط و غرامت پرداخت می‌شود، ماده قانونی جداگانه‌ای برای انتقال چنین غرامتی پیش‌بینی می‌شود.

۶- ملی‌سازی و غرامت

ملی‌سازی بزرگ‌ترین تهدید برای سرمایه‌گذاری خارجی محسوب می‌شود. کشورهای صادرکننده سرمایه تلاش کرده‌اند حق یک کشور برای ملی کردن اموال خارجی را با غیرقانونی قلمداد نمودن حداقل برخی از موارد مصادره (taking) اموال بیگانگان محدود نمایند. در حال حاضر به طور کلی پذیرفته شده که یک کشور حق دارد اموال خارجی را ملی کند مشروط بر این که موارد استثناء را رعایت نماید. قانونی محسوب نمودن مصادره غیرقانونی اموال خارجی توسط یک کشور بیشتر با این واقعیت همراه بوده که ماهیت مصادره‌ها تغییر قابل توجهی یافته است. در حالی که مصادره اموال در گذشته عموماً از حرص و طمع دیکتاتورهای حاکم یا از تبعیض نژادی الهام می‌گرفت، مصادره اموال از سوی کشورهای معاصر مطابق با اصلاحات اقتصادی است که بر اساس زمینه‌های ایدئولوژیکی یا سیاسی همراه با درستی و صداقت انجام می‌گیرد. اگرچه رد پای حقوق کلاسیک هنوز برای مقابله با مصادره‌هایی که گاه و بیگاه با انگیزه‌های تبعیض نژادی یا به دلیل حرص و طمع حکمرانان انجام می‌شود، باقی است، گرایش حقوق معاصر به این است که مصادره‌های دولتی را قانونی قلمداد

Allied Bank International v. Banco Credito Agricola de Carago (1983) 556 F. Supp. 1440.

نماید، مگر این که خلاف آن ثابت شود. توافق عمومی بر این است که اعمال حق ملی سازی نباید تبعیض آمیز بوده بلکه باید در جهت اهداف عمومی باشد. شروط مربوط به هدف عمومی و عدم تبعیض در کلیه معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری بیان شده و تردیدی نیست که شروط مزبور بخشی از حقوق بین الملل عرفی را تشکیل می دهند که در معاهدات مزبور تکرار شده است. در این زمینه، معاهدات مزبور حقوق عرفی جدیدی بوجود نمی آورند، بلکه حقوق عرفی موجود را تقویت می نمایند. در حقوق بین الملل معاصر اعتبار این استثناءها نسبت به قانونی بودن ملی سازی تا حدودی از بین رفته، زیرا دیدگاه شخصی دولت دایر بر این که ملی سازی در خدمت یک هدف عمومی می باشد، اهمیت زیادی یافته است. ملی سازی تبعیض آمیز غیرقانونی است، ولی در اوضاع و احوالی که دلیل اقتصادی بارزی برای ملی سازی وجود دارد، اثبات تبعیض آمیز بودن آن مشکل است، زیرا دولت می تواند استدلال کند که دلیل اقتصادی توجیه کننده ملی سازی دلیل غالب و عمده ای بوده است.

این معاهدات نشان می دهند که قوانین سلب مالکیت نه تنها در خصوص مصادره غیرقانونی بلکه همچنین در سلب مالکیت خزنده (creeping expropriation) یا از بین رفتن آرام و تدریجی حقوق مالکانه بیگانگان با اقدامات قانونی اجرا می گردند. بدین ترتیب، معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری امریکا سلب مالکیت را به گونه ای تعریف می کند که «هر اقدام یا مجموعه اقداماتی را که اثر آن شبیه سلب مالکیت یا ملی سازی باشد» در بر بگیرد.^{۶۶} در معاهدات اولیه امریکا، مثالهایی از این گونه مصادره غیرمستقیم ذکر شده است که عبارتند از وضع مالیات مصادره ای،

۶۶. معاهده امریکا - مصر (۱۹۸۲). در معاهدات اخیر قاعده مشابه ولی متفاوتی بکار رفته است. برای مثال، در معاهده امریکا - هائیتی کلمات بکار رفته عبارتند از «هر اقدام یا مجموعه اقدامات، مستقیم یا غیرمستقیم، شبیه به سلب مالکیت».

فروش اجباری کلی یا جزئی و تضعیف یا محرومیت از مدیریت، کنترل یا ارزش اقتصادی. معاهدات بعدی چنین مثالهایی را در بر ندارند، احتمالاً با این تصور که ضرورتی به ذکر آنها نیست یا این که مثالها ممکن است اثر اصطلاحات و عبارات (effect of the language) را محدود کنند.^{۶۷}

موضوع مورد اختلاف، مسأله غرامت است و در این زمینه معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری قانونی را در روابط فیما بین طرفین بوجود می آورند، اما در شکل گیری قواعد عمومی حقوق بین الملل نقشی ندارند.^{۶۸} کشورهای صادر کننده سرمایه - بویژه ایالات متحده امریکا - پیوسته از معیار «غرامت فوری، کافی و مؤثر» به عنوان معیار غرامت حمایت کرده اند که باید در صورت ملی سازی رعایت شود. این معیار ایجاب می نماید که حداقل ارزش کامل اموال مصادره شده، پرداخت گردد. کشورهای در حال توسعه همگی از معیار «غرامت مناسب» سخن رانده اند. معیار اخیر انعطاف پذیر بوده و اجازه می دهد یک کشور عواملی همچون سودی که سرمایه گذار خارجی تحصیل نموده، طول مدت تحصیل سود و عوامل مشابهی را در ارزیابی غرامت مورد توجه قرار دهد. کشورهای در حال توسعه همچنین ابراز عقیده کرده اند که تنها دادگاههای کشور میزبان باید مبلغ غرامت را تعیین نمایند.^{۶۹} با توجه به این اختلاف دیدگاه میان کشورها، معاهدات دو جانبه به ابزاری تبدیل شده اند که طرفین می توانند به وسیله آنها در معیار غرامتی

۶۷. در مورد این انتقاد که تعریف موسع از سلب مالکیت غیرمستقیم می تواند اختیارات قانونگذاری دولت میزبان را محدود نماید رک.

Robin, "The BIT Won't Bite: The American Bilateral Investment Treaty Program" (1983) 33 *AmULR* 931.

۶۸. برای تقویت این دیدگاه که معیار هول (Hull) مورد پذیرش واقع گردیده، به معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری استناد شده است. با توجه به تفاوت های عبارتی موجود در مقررات مربوط به غرامت در معاهدات مزبور، نمی توان به طور قطعی آن را تأیید کرد.

۶۹. بند ج ماده (۲) منشور حقوق و وظایف اقتصادی دولت ها.

که در روابط میان خود بکار گرفته خواهد شد، توافق کنند. بعضی از نویسندگان با توجه به تردیدی که در خصوص وجود یک معیار در حقوق بین‌الملل عرفی وجود دارد، از بکارگیری معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری برای حل و فصل دعوی غرامت میان طرفین جانبداری می‌نمایند. بدین ترتیب، الی لاتریاخت، با اشاره به ادعای وجود معیار حقوق عرفی «غرامت مناسب»، اظهار داشته است:^{۷۰}

«مفاد آشکارا اختیاری و در واقع غیرقابل پیش‌بینی این معیار بهترین دلیل برای تصدیق کارآیی و برتری استفاده از معیارهای مندرج در معاهدات دو جانبه است که به طور خاص مورد موافقت قرار می‌گیرند».

معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری با این هدف منعقد نشده‌اند که بر ایجاد معیار یکسان غرامت صحنه بگذارند، بلکه تلاشهایی هستند که طرفین به منظور توافق در مورد معیاری به عمل می‌آورند که بر اساس آن در صورتی که یکی از آنها اموال تبعه دیگری را ملی کند، غرامت پردازد. انتساب هرگونه انگیزه پر آب و تاب دیگر به این معاهدات راه گم کردن است.^{۷۱}

70. E. Lauterpacht, "Issues of Compensation and Nationality in the Taking of Energy Investments" (1990) 6 *Journal of Energy and Natural Resources Law* 241.

ایشان در صفحه ۲۴۳ مقاله خود اظهار می‌دارد: «این ادعا که موضع حقوق بین‌الملل عرفی مشخص است، بی‌اساس می‌باشد».

۷۱. در تأیید دیدگاه مخالف، گاهی (در مورد بکارگیری) معیارهای مختلف توجیهاتی به عمل آمده و نتایجی بر معاهدات مترتب گشته است. بدین ترتیب، گودجون (Gudgeon) اظهار داشته است: «از نود معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری غیرامریکایی بررسی شده، شصت معاهده مقرر می‌دارند که مصادره قانونی (اموال) باید با غرامت فوری، کافی و مؤثر، یا معادل مشابه، همراه باشد... قصور در بیان قاعده مورد توافق (incorporative formulation) یا معادل (آن) به طور مستدل بی‌ربط است».

Gudgeon, "Valuation of Nationalised Property Under United States and Other Bilateral

به هر حال برای این که استدلال کنند که معیار غرامت فوری، کافی و مؤثر در معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری مورد تأکید قرار گرفته، استناد زیادی به این معاهدات شده است. یک مشاور حقوقی سابق وزارت امور خارجه امریکا با تکیه بر معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری استدلال نموده که در این موافقت نامه ها معیار غرامت فوری، کافی و مؤثر تقویت شده است. وی اظهار می دارد:^{۷۲}

«کشورها با انعقاد شبکه ای از معاهدات بین المللی رویه واقعی خود را نشان داده اند. قواعد کنترل کننده غرامت در صورت سلب مالکیت اغلب در معاهدات دو جانبه مودت، بازرگانی و دریانوردی وجود داشت.^{۷۳} در مورد ایالات متحده امریکا، بیشتر این معاهدات با ملتهای در حال توسعه منعقد شده اند و قواعدی را در بر دارند که غرامت را با عباراتی مشابه معیار سنتی مقرر می دارند، اگرچه از لحاظ تدوین تفاوت های ناچیزی میان آنها دیده می شود.^{۷۴} تاریخ این موافقت نامه ها نشان می دهد که طرفین پذیرفته اند از این طریق قاعده عرفی حقوق بین الملل را با زبان معاهده مورد تصریح قرار داده و اثر آن را مجدداً

Investment Treaties”, in R. B. Lillich (ed.), *The Valuation of Nationalised Property in International Law* (vol. 4, 1987) 101 at pp. 113-14.

البته به همان ترتیب می توان استدلال نمود که این امر وارد و مؤثر است.

72. D.R. Robinson, “Expropriation in the Restatement” (Revised) (1984) 78 *AJIL* 176 at p. 177.

73. در مورد این دیدگاه که شروط مندرج در معاهدات مودت، بازرگانی و دریانوردی راجع به حمایت از اموال بی ارزش هستند رک.

R. R. Wilson, *International Law Standards in US Treaties*, (1953).

در مورد این دیدگاه که رویه مربوط به غرامت در معاهدات مودت، بازرگانی و دریانوردی یکسان نبوده است رک.

S. Metzger, *Law of International Trade* (1966), p. 127.

74. حربه کسانی که استدلال می کنند معاهدات مزبور مهم هستند، این است که تفاوت های (موجود میان معاهدات) را با قلمداد نمودن آنها به عنوان «تفاوت های عبارتی ناچیز» کم اهمیت جلوه می دهند.

تصدیق نمایند.^{۷۵}

معاهدات قدیمی مودت، بازرگانی و دریانوردی پیش از آن که از معیارهای جایگزین سخنی به میان آید، تهیه شده‌اند. در معاهدات جدید سرمایه‌گذاری که ایالات متحده منعقد نموده است، ظاهراً موضع غیرقابل انعطافی در زمینه غرامت اتخاذ و هیچ‌گونه «تغییرات عبارتی» مجاز شمرده نشده است. معاهدات جدید دو جانبه سرمایه‌گذاری این کشور پرداخت غرامت فوری، کافی و مؤثر را لازم شمرده و به معیار ارزیابی (standard of valuation) یعنی «ارزش تجاری منصفانه سرمایه‌گذاری مصادره شده قبل از زمان سلب مالکیت یا زمان اطلاع از آن» ارجاع می‌دهند.^{۷۶}

در رویه عهدنامه‌ای سایر کشورها، لزوم «غرامت فوری، کافی و مؤثر» اغلب پیش‌بینی شده، ولی در بعضی از معاهدات از این قاعده پیروی نشده است. در معاهدات بریتانیا، قاعده مزبور به کرات استعمال شده،^{۷۷} اما از قواعد دیگری نیز استفاده شده است.^{۷۸} توجه موارد تخطی از این قاعده آسان است، زیرا تغییرات عبارتی در مورد هر کشور به منظور حفظ ثبات در رویه آن صورت می‌گیرد و برای کشور صادر کننده سرمایه مزیت

۷۵. نادرستی این گفته در آراء دادگاه دعای ایران - آمریکا نشان داده شد، وقتی که علی‌رغم وجود معاهده مودت، بازرگانی و دریانوردی، موضوع معیار غرامت به یک موضوع مورد مناقشه تبدیل گردید.

۷۶. قاعده مزبور به طور قابل توجه در معاهده (منعده) با آرژانتین بکار رفته است، کشور آمریکای لاتینی که به طور سنتی چنین معیارهای خارجی را نمی‌پذیرد. رک. معاهده آمریکا - آرژانتین (۱۹۹۲) در شماره ۳۱ ILM صفحه ۱۲۴.

۷۷. رک. معاهده اخیر انگلستان با آنتیگوا (Antigua) و باربودا (Barbuda) (1987)، بنسین (۱۹۸۸)، لهستان (۱۹۸۸)، مجارستان (۱۹۸۸) و گرانا (۱۹۸۸).

۷۸. بدین ترتیب، معاهده انگلستان با بولیوی (۱۹۹۰) به غرامت «عادلانه و مؤثر» اشاره می‌نماید. معاهده (آن کشور) با تونس (۱۹۹۰) صرفاً «غرامت» را ذکر می‌کند، اگر چه به دنبال آن عبارتی وجود دارد که غرامت کافی را اقتضاء می‌کند.

آشکاری وجود دارد که بر معیار گرامت فوری، کافی و مؤثر اصرار ورزد. ولی در معاهدات بریتانیا، هر جا که قاعده مزبور برای توضیح و تبیین گرامت استعمال شده، به دنبال آن یک معیار ارزیابی (valuation) در ماده‌ای با عبارات زیر گنجانده شده است:

«چنین گرامتی ارزش تجاری سرمایه‌گذاری مصادره شده را درست قبل از زمانی که مصادره به اطلاع عموم برسد، در بر می‌گیرد، سود را با یک نرخ تجاری معمولی تا تاریخ پرداخت شامل می‌شود، بدون تأخیر باید انجام شود، در عمل قابل تحقق و آزادانه قابل انتقال باشد».

می‌توان استدلال نمود که این معیار ارزیابی تعهدی را برای پرداخت گرامت کامل نشان می‌دهد.

در معاهداتی که یک طرف آن سنگاپور است، تفاوت‌های زیادی در عبارات مربوط به گرامت وجود دارد. در معاهدات منعقد شده با انگلستان و سوئیس به قاعده هول (Hull) ارجاع شده، ولی در معاهدات منعقد شده با هلند و آلمان قاعده جایگزین یعنی گرامت «عادلانه» بکار رفته است.^{۷۹} در معاهده با فرانسه،^{۸۰} چنین توافق شده که «ارزش تجاری اموال در تاریخ مصادره» به عنوان گرامت پرداخت شود. قاعده اخیر این واقعیت را در نظر نمی‌گیرد که ارزش اموال ممکن است به دلیل اعلام قبلی مصادره کاهش یابد. در بیشتر معاهدات آلمان گرامت «عادلانه» ذکر شده است.^{۸۱} استرالیا به عنوان

۷۹. رویه آلمان خیلی متنوع است. معاهدات آن کشور با بنگلادش، عمان و سوریه «گرامت معادل با سرمایه‌گذاری مصادره شده» را مقرر می‌دارند.

۸۰. در رویه فرانسه قاعده گرامت عادلانه بیشتر معمول است. این قاعده در معاهدات فرانسه با پاراگوئه (۱۹۸۱)، السالوادور (۱۹۷۹)، سودان (۱۹۸۰)، سوریه (۱۹۸۰)، اردن (۱۹۷۹) و رومانی (۱۹۸۰) بکار رفته است.

۸۱. مجارستان (۱۹۸۷)، اوروگوئه (۱۹۸۸)، پاکستان (۱۹۸۸). ولی معاهده (منعقد شده) با غنا (۱۹۸۹) فقط گرامت را ذکر می‌کند. در همه این معاهدات به «ارزش واقعی» اموال در ماده بعدی اشاره شده است.

یک کشور نسبتاً تازه وارد در عرصه معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری، توانسته قاعده هول را در کلیه معاهدات خود بگنجانند. معاهده آن با چین نیز چنین قاعده‌ای را در بر دارد.^{۸۲} ولی همسایه آن، نیوزیلند، در معاهده سرمایه گذاری خود با چین توانسته قاعده‌ای را بگنجانند که فقط به «گرامتی» که عملاً قابل تحقق خواهد بود» اشاره می‌کند.^{۸۳} معاهدات میان کشورهای درحال توسعه نیز قاعده هول را دربر دارند.^{۸۴} تفاوت‌هایی که میان این معاهدات به چشم می‌خورد، به قدرت چانه زنی و راهبردهای مذاکره‌ای بستگی دارد. از آنجا که تفاوت‌های مزبور ناشی از چنین توانایی‌ها و راهبردها هستند، نمی‌توان آنها را به عنوان «تفاوت‌های عبارتی» کنار گذاشته و پیشاپیش در مورد آنها نتیجه‌گیری نمود.

با توجه به تمایل و آمادگی قبلی اشخاص نتیجه‌گیری کننده، رویه‌ای که می‌تواند تحلیل شود، ادعاهای مختلفی را تأیید خواهد کرد. بکارگیری قاعده «گرامت عادلانه» در تعداد کم اما قابل توجهی از معاهدات را نمی‌توان به عنوان «تفاوت‌های عبارتی» نادیده گرفت. به علاوه با توجه به اختلاف نظری که در این زمینه بوجود آمده، قاعده مزبور می‌تواند قاعده‌ای توافقی میان برخی از کشورها باشد. نویسنده‌ای در این خصوص اظهار داشته که «اگر این استدلال که حقوق عرفی قرن نوزدهم از طریق این معاهدات احیاء شده، زیاد مورد تأکید قرار گرفته است، این ادعا که اصطلاحات «عادلانه»، «کامل»، «معدل» و «مقتضی» دقیقاً همان معنی را می‌رسانند ادعایی بی‌پروا به نظر می‌رسد».^{۸۵}

۸۲. برای متن (آن) رک. مجموعه معاهدات استرالیا (۱۹۸۸). در مورد معاهدات استرالیا رک.

J.S. Mo, "Australia-China Investment Protection Treaty" (1990) 25 *JWTL* 43.

۸۳. معاهده چین - سنگاپور و چین - نروژ نیز صرفاً گرامت را بدون استفاده از هرگونه صفت محدودکننده (qualifying) ذکر می‌کنند.

۸۴. معاهده سنگاپور - سریلانکا (۱۹۸۰)، معاهده کره - سریلانکا (۱۹۸۰).

85. C. F. Amerasinghe, "Issues of Compensation in the Taking of Property in the Light of

گذشته از قدرت چانه زنی نسبی طرفین، زمان تهیه و تنظیم معاهده نیز حائز اهمیت است. زمانی که به وجوه سرمایه‌گذاری دسترسی وجود دارد، کشورهای سرمایه‌پذیر تمایلی برای موافقت با معیارهای بالای غرامت نخواهند داشت. ولی معاهداتی که در دوره کمبود چنین سرمایه‌ای منعقد می‌شوند، معیارهای بالایی همچون قاعده هول را در بر خواهند داشت. این نکته نشان می‌دهد چرا بیشتر معاهدات اخیر که در دوره رقابت شدید برای جلب سرمایه‌گذاری خارجی منعقد گردیده‌اند، اغلب معیار هول را در بر دارند. بنابراین، همچنین وقتی که کشورهای با درجه ریسک بالا با کشورهای دارای ذخایر فراوان، سرمایه‌گذاری معاهداتی منعقد می‌کنند، احتمالاً قاعده هول را در معاهده می‌گنجانند. بدین ترتیب، کشورهای چین، که در مدت یک دهه بیش از سی معاهده منعقد نموده، و ویتنام الزامات ایدئولوژیکی خود را کنار نهاده و در بیشتر معاهدات خود قاعده هول را گنجانده‌اند، صرفاً بدین دلیل که می‌خواهند سرمایه‌گذاری‌هایی را جلب نموده و این ذهنیت را که آنها کشورهای با درجه ریسک بالا هستند، از بین ببرند.

در رفتار بسیاری از کشورهای در حال توسعه نیز معیار دوگانه‌ای نمایان است. از یک سو، آنها از موضع مخالف قاعده هول در مجامع بین‌المللی جانبداری می‌کنند، از سوی دیگر، معاهدات دو جانبه‌ای منعقد می‌کنند که این قاعده را در بر دارد. این دوگانگی بر این اساس قابل توجیه است که کشورهای مزبور در حالی که در سطح جهانی از یک قاعده

Recent Cases and Practice” (1992) 41 *ICLQ* 22 at p. 30.

بررسی بانک جهانی صرفاً با این اظهار نظر از کنار موضوع می‌گذرد که «بدون انجام بحث‌های عمیق و بررسی جزئیات نمی‌توان به این سؤال که آیا تفاوتها ماهوی هستند یا فقط لفظی، پاسخ داد».

World Bank Group, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment*, (Vol. 1, 1992), p. 48.

خاص حقوق بین‌الملل حمایت می‌کنند، آمادگی دارند معیار بالای حمایتی به اتباع کشورهای اعطاء نمایند که با آنها به امید جلب سرمایه‌گذاری، معاهدات دو جانبه منعقد می‌کنند.^{۸۶} این کشورها معیار کلی غرامت مناسب را در سطح بین‌المللی مورد تصدیق قرار می‌دهند، ولی آمادگی دارند معیارهای بالایی را به طور موردی مذاکره نمایند. این شاید رویکرد واقع‌بینانه‌ای است که اوضاع و احوال آن را دیکته می‌کند و اتهام دوگانگی رفتار از بین می‌رود.

گنجاندن معیار هول در معاهدات میان کشورهای در حال توسعه نیز تناقضی را به دنبال دارد. توضیحی که در مورد این معاهدات می‌توان ارائه داد عبارت است از این که آنها نه تنها در صدد جلب سرمایه‌گذاری از سوی کشورهای در حال توسعه ثروتمند هستند، بلکه هدف آنها همچنین شرکت‌های چند ملیتی است که از قبل در این کشورها فعالیت می‌کنند. بدین ترتیب، هدف یک معاهده میان سنگاپور و ویتنام نه تنها جلب سرمایه‌گذاری از سوی اتباع و شرکت‌های سنگاپور است که امروزه توانایی سرمایه‌گذاری در ماوراء بحار را کسب کرده‌اند، بلکه همچنین جلب سرمایه‌گذاری از سوی شرکت‌های چند ملیتی است که از قبل در سنگاپور فعالیت می‌کنند. این شرکت‌ها در سنگاپور به ثبت رسیده‌اند و بنابراین می‌توانند به عنوان اتباع دارای شخصیت حقوقی سنگاپور از این معاهدات بهره‌مند گردند. راهبرد کشوری مانند ویتنام به خوبی می‌تواند جلب توجه چنین شرکت‌هایی از طریق انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری با کشورهای همچون سنگاپور باشد که قبلاً توانسته است سرمایه‌گذاری خارجی خوبی

۸۶. دولزر (Dolzer) این تناقض را ذکر نموده و آن را بر اساس «منافع خاصی که کشورهای در حال توسعه به موجب چنین معاهداتی به دست می‌آورند، توضیح می‌دهد».

R. Dolzer, "New Foundation of the Law of Expropriation of Alien Property" (1984) 78 *AJIL* 176 at p. 177.

جلب کند. این امر سنگاپور را به یک سکوی صادراتی برای منطقه تبدیل می‌کند. سنگاپور نباید از این وضعیت ناراضی باشد، چه جریان یافتن سود و درآمد حاصله از طریق سنگاپور صورت می‌گیرد. گنجاندن قاعده هول در این معاهدات دلایل راهبردی دارد. علی‌رغم این واقعیت که معاهدات مزبور هیچ دلیل و مدرک قطعی در مورد پذیرش قاعده هول به عنوان حقوق بین‌الملل عرفی ارائه نمی‌نمایند، این استدلال که آنها قاعده مزبور را تثبیت می‌کنند، در خور توجه است.

انگیزه‌های گنجاندن قاعده هول در معاهدات، همچنین تفاوت‌هایی که در معاهدات مختلف راجع به معیار غرامت دیده می‌شود، این معاهدات را به بنیان‌های غیرمطمئنی تبدیل می‌کنند تا بتوان بر اساس آنها استدلال نمود که معاهدات مزبور دلایل و قرائنی را مبنی بر پذیرش قاعده هول در بر دارند. در رویه کشورها راجع به این نکته اتفاق نظر وجود ندارد. البته باید تصدیق نمود که اکثر معاهدات معیار هول را در بر دارند، اما اینها بیش از نیمی از معاهداتی که تاکنون منعقد شده‌اند، نمی‌باشند.⁸⁷ بقیه معاهدات برای تعیین غرامت قابل پرداخت قاعده دیگری را بکار گرفته‌اند و نمی‌توان به طور قطعی نتیجه‌گیری نمود که این معاهدات قاعده هول را تأیید و تقویت می‌کنند.

۷- غرامت برای خسارات زمان جنگ و وضعیت‌های فوق‌العاده ملی

معاهدات سرمایه‌گذاری در صورت ورود خسارت به اموال سرمایه‌گذار خارجی در نتیجه جنگ، ناآرامی داخلی یا سایر وضعیت‌های فوق‌العاده ملی قواعد و مقرراتی را در مورد غرامت در بر دارند. این

87. World Bank Group, *Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment* (Vol. 1, 1992), p. 48.

معاهدات معیار رفتار ملی با سرمایه‌گذار خارجی را پیش‌بینی می‌کنند و بنابراین اگر اتباع کشور برای چنین خساراتی غرامت دریافت می‌کنند، سرمایه‌گذار خارجی نیز بر مبنای همان معیار غرامت دریافت خواهد کرد. همچنین موادی از این معاهدات مسئولیت دولت را برای مواردی که نیروهای نظامی اموال سرمایه‌گذار خارجی را مصادره یا از بین برده باشند، پیش‌بینی می‌کنند.^{۸۸} اما اگر تخریب اموال خصوصی در جریان درگیری و مبارزه صورت بگیرد یا ضرورت اوضاع و احوال آن را اقتضاء نماید، چنین مسئولیتی بوجود نمی‌آید. این قاعده در اختلافی میان یک تبعه هنگ کنگ^{۸۹} و کشور سریلانکا که برای داوری به مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری ارجاع گردید، اعمال شده است. *دعوی شرکت تولیدات کشاورزی آسیایی (AAPL) علیه جمهوری سریلانکا*^{۹۰} اولین اختلافی است که در آن یک دادگاه بین‌المللی این فرصت را یافت تا مقررات یک معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری را بررسی کند. رأی صادره در این قضیه نه تنها در ماده مربوط به غرامت خسارت وارده در طول جنگ و وضعیت‌های فوق‌العاده ملی، بلکه به طور کلی در موافقت‌نامه‌های دو جانبه سرمایه‌گذاری دارای اهمیت است.

استخر پرورش میگو که شرکت تولیدات کشاورزی آسیایی (AAPL) با مشارکت یک شرکت محلی ایجاد کرده بود، در نتیجه

^{۸۸} اظهار عقیده شده است که ریشه و مبنای قانون در این زمینه، تا آنجا که به معاهدات بریتانیا مربوط می‌شود، تصمیم مجلس لردها در قضیه دعوی [1968] AC 68 *Burma Oil Co. v. Lord Advocate* می‌باشد. در این قضیه مجلس لردها تصویب کرد که تخریب اموال خصوصی برای جلوگیری از این که به دست دشمن بیفتد، قابل جبران است، اما اگر اموال در جریان اقداماتی علیه دشمن از بین رفته باشد، لازم نیست هیچ‌گونه غرامتی پرداخت شود. این تمایز در معاهدات سرمایه‌گذاری یافت می‌شود.

^{۸۹} برخی از معاهدات بریتانیا با موافقت این کشور به هنگ کنگ، که مستعمره بریتانیا بود، تسری یافتند، (هنگ کنگ از سال ۱۹۹۹ از سلطه بریتانیا خارج و اکنون جزو قلمرو دولت چین قرار دارد. مترجم).

⁹⁰. *Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. The Republic of Sri Lanka*, (1992) 17 YCA 106.

اقدامات نظامی ارتش سریلانکا علیه شورشیان جدایی طلب تامیل تخریب و موجب بروز اختلافی گردید. صلاحیت دادگاه بر ماده مربوط به حل و فصل اختلافات در معاهده دو جانبه سرمایه گذاری استوار بود که مجدداً به رأی دادگاه از لحاظ توسعه حقوق مربوط به معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری اهمیت می‌بخشد. این قضیه اولین موردی بود که یک دادگاه داوری بر مبنای ماده‌ای در یک معاهده دو جانبه سرمایه گذاری که صلاحیت آن را پیش‌بینی می‌نمود، اعمال صلاحیت کرد. مسأله این بود که آیا سرمایه‌گذار خارجی برای از بین رفتن اموال خود مستحق دریافت غرامت می‌باشد؟

استدلال خواهان بر این اساس استوار بود که معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری یک معیار بالای حمایتی ایجاد نموده است، به طوری که در صورت تخریب اموال سرمایه‌گذار خارجی حتی مسئولیت مطلق بوجود می‌آید. این استدلال از طرف دادگاه داوری رد شد زیرا به نظر دادگاه گنجانیدن عباراتی همچون «حمایت کامل» در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری هیچ‌گونه معیاری بالاتر از حداقل معیار رفتاری را که حقوق بین‌الملل عام ایجاب می‌کند، مد نظر ندارد.^{۹۱} سپس دادگاه این نکته را بررسی کرد که آیا براساس مقررات این معاهده مسئولیتی ایجاد می‌شود، مقرراتی که طبق آنها اگر سرمایه‌گذار خارجی در نتیجه مصادره یا تخریب اموالش به وسیله نیروهای نظامی یک طرف متعاقد «که در جریان عملیات صورت نگرفته یا ضرورت اوضاع و احوال آن را اقتضاء ننموده باشد»، خسارتی متحمل گردد، آن طرف مسئول خواهد بود. دادگاه عنوان نمود که اقدامات نیروهای نظامی سریلانکا که به تخریب اموال سرمایه‌گذار

۹۱. پاراگراف ۳۱: برای ایجاد حداقل معیار رفتاری در این زمینه دلیل کمی وجود دارد، مگر استدلال مبتنی بر حقوق متنازع فیه مسئولیت دولت برای خسارت وارده بر بیگانگان.

خارجی منجر شده، علیه جنگجویان آزادی طلب تأمیل اتخاذ شده بود و بمنزله اقدامات جنگی محسوب می‌شد که اعمال استثناء در مورد مسؤولیت را به دنبال دارد.^{۹۲} اما دادگاه اظهار داشت که چون معیارهای حمایتی حقوق بین‌الملل عام در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری از جمله معاهده مورد نظر گنجانده شده‌اند، سرمایه‌گذار خارجی می‌توانست به آنها استناد کند.^{۹۳} قاعده‌ای که دادگاه اجرا نمود عبارت بود از این که به هنگام جنگهای داخلی، کشور میزبان متعهد است از سرمایه‌گذاری خارجی حمایت مناسب به عمل آورد و قصور در اعطاء چنین حمایتی مسؤولیت آن کشور را به دنبال خواهد داشت. بر اساس قصور در اعطاء حمایت متقاضی از دیدگاه حقوق بین‌الملل عام بود که دادگاه به پرداخت غرامت به سرمایه‌گذار خارجی رأی داد.

بر پایه این استدلال، معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری قانون خاص^{۹۴} و مستقل از حقوق بین‌الملل عام بوده و به سرمایه‌گذار خارجی این حق را می‌دهند که از حمایت معیارهای حقوق بین‌الملل عام و همچنین معیارهای مندرج در خود معاهده برخوردار شوند. در این قضیه دو معیار مکمل هم عمل کردند، زیرا سرمایه‌گذار خارجی فقط به این دلیل که معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری صلاحیت دادگاه را پیش‌بینی کرده بود، می‌توانست حمایت حقوق بین‌الملل عام را در برابر دادگاه درخواست کند. ولی مسأله‌ای که دادگاه نتوانست به آن پاسخ دهد این بود که آیا دادگاه می‌توانست خود را بر اساس معاهده مزبور صالح دانسته و قواعدی را اعمال نماید که در خود معاهده ذکر نشده بودند. دادگاه با بررسی مسأله از دیدگاه حقوق بین‌الملل

۹۲. پاراگراف ۵۲.

۹۳. در رأی دادگاه از این موضوع به عنوان احاله تکنیکی (renvoi technique) یاد شده است. ادغام (معیارهای مزبور در معاهدات دو جانبه) از طریق شرط دولت کامله الوداد تحقق یافته است.

94. *Lex specialis*.

عرفی صلاحیت بالقوه نامحدودی را برای خود فرض می‌نمود. دادگاهی که اساساً با حقوق سرمایه‌گذاری سر و کار دارد، وقتی که خود را با حقوق بین‌الملل عام درگیر می‌کند، می‌تواند خود را فراتر از حدود صلاحیتش بیابد. آیا دادگاه در این قضیه می‌توانست موضوع را از این دیدگاه که آیا جنگ در سریلانکا یک جنگ آزادی‌بخش ملی و بنابراین شبیه یک جنگ بین‌المللی بود، مورد بررسی قرار دهد؟^{۹۵} سپس آیا دادگاه می‌توانست موضوع حمایت از اموال را مطابق قوانین جنگ مورد ملاحظه قرار دهد؟ مطمئناً دادگاه‌های داوری که برای حل اختلافات سرمایه‌گذاری تشکیل می‌شوند، به منظور بررسی چنین مسائلی تأسیس نمی‌گردند و اعضای آنها بر اساس صلاحیتهای خود در این زمینه انتخاب نمی‌شوند. کشوری مانند سریلانکا تمایلی برای اعتراض به چنین رأیی نخواهد داشت، زیرا این کار برای جلب سرمایه‌گذاری خارجی بسیار خطرناک می‌باشد. این کشور به جای این که رأی دادگاه را مورد چالش قرار داده و سرمایه‌گذاران بالقوه را بترساند، آن را اجرا می‌کند. بیان این حقیقت جالب نیست که چیزی بیش از یک جنگ داخلی در این کشور در جریان بوده و نیروهای دولتی قادر به کنترل اوضاع نبودند. کشور به سادگی مجبور است رأی دادگاه در اجرای برخی قواعد حقوقی را تحمل نماید که هدف اجرای آنها در شرایط خشونت‌آمیز مردمی عادی است که دولت قادر به کنترل آن نمی‌باشد.^{۹۶}

۹۵. با توجه به این که جنگ‌های خود مختاری بر مبنای ادعاهای گروه‌های نژادی برای تشکیل دولت رو به کاهش است، مسائلی همچون مورد مطروحه در قضیه شرکت تولیدات کشاورزی آسیایی (AAPL) افزایش خواهد یافت. کشورهای توسعه‌یافته در مسائل نژادی یا جدایی‌طلبانه سهم خودشان را دارند. رفع این گونه اختلافات از طریق دادگاه‌هایی که برای حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری تشکیل می‌شوند، اساساً مناسب نیست.

۹۶. جنگ جدایی خواهانه در سریلانکا چندین سال ادامه داشت. ارتش برای سرکوبی آن تلفات سنگینی متحمل شد و جنگ خسارت گسترده‌ای را برای غیرنظامیان به دنبال داشت. دادگاه قانونی را اجرا می‌کرد که هدف از آن حمایت از بیگانگان در برابر خشونت مردمی بوده و برای قصور در این امر مسؤولیت دولت را پیش‌بینی نموده است. استانی که استخر پرورش میگو در آن قرار داشت، بندرت در

یکی از اعضای دادگاه نظر مخالف محکمی را بر اساس این واقعیت ابراز نمود که دادگاه ایکسید هیچ گونه صلاحیتی برای اعمال قانون دیگری به جز قانون مشخص شده در ماده ۴۲ مقاوله نامه ایکسید ندارد. بنابراین، در آن اوضاع و احوال قانون سریلانکا باید اجرا می گردید. طبق قانون اساسی این کشور معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری، همانند سایر معاهداتی که سریلانکا در آنها عضویت دارد، از طریق سازوکارهای ادغام (incorporation) به قانون داخلی تبدیل می گردند.^{۹۷} با توجه به این نکته، مقررات معاهده که در مورد تخریب ناشی از اقدامات نظامی رفع مسئولیت می نمایند، باید برهر گونه اصل کلی حقوق بین الملل اولویت داشته باشند، چه معاهده مزبور یک موافقت نامه خاصی بود که سعی داشت از قواعد عام حقوق بین الملل تبعیت نماید.^{۹۸}

رای دادگاه نشان می دهد که معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری می توانند مسائل مربوط به منافع حیاتی ملی را در برابر دادگاههای بین المللی مطرح نمایند و گاهی ممکن است این مسائل مستقیماً با سرمایه گذاری در ارتباط نباشند. اگر مقابله با جنگ داخلی به دغدغه یک دادگاه داور که اساساً برای حل و فصل اختلافات تجاری تشکیل شده، تبدیل شود، در آن صورت مسائل غیرمنتظره زیادی مطرح خواهد شد. در وضعیت جنگ داخلی، مانند وضعیت حاکم در قضیه شرکت تولیدات کشاورزی آسیایی (APL Case)، موضوعاتی همچون توصیف جنگ، قانونی بودن نیروهای بکار گرفته شده برای سرکوب آن و سایر موضوعات مشابه که ممکن

کنترل دولت بوده است. دولت سریلانکا به سختی در موقعیتی بوده تا این موضع را اتخاذ کند که قادر به کنترل حوادث و وقایع در آن استان نبوده یا این که چگونگی اداره جنگ توسط ارتش از کنترل آن خارج شده است.

۹۷. اصل ۱۵۷ قانون اساسی سریلانکا.

۹۸. پاراگراف ۱۲۱.

است به حاکمیت داخلی کشور مربوط باشند، مطرح می‌شوند. بنابراین، یک موضوع سرمایه‌گذاری این امکان را فراهم می‌آورد که نحوه اداره درگیری‌ها و کشمکشها به وسیله یک دادگاه بین‌المللی که برای بررسی چنین مسائل سیاسی تشکیل نشده است، مورد تحقیق و تفحص قرار بگیرد. می‌توان انتظار داشت تجربه آمریکا با معاهدات مودت، بازرگانی و دریانوردی که برای نیکاراگوئه و ایران صلاحیت مراجعه به دادگاه بین‌المللی را فراهم نمودند تا پیروزی‌های قضایی به دست آورند، به دفعات تکرار گردد. این امر ممکن است کشورهای صادرکننده سرمایه را وادارد در انعقاد معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری احتیاط بیشتری به خرج دهند.^{۹۹}

۸- ایفاء تعهدات (Protection of commitments)

معاهدات سرمایه‌گذاری شروطی را در بر دارند که طرفین را به رعایت تعهدات پذیرفته شده در قبال اتباع یکدیگر ملزم می‌نمایند. به عنوان مثال معاهده انگلستان - فیلیپین شرط زیر را در بر دارد:^{۱۰۰}

«هر یک از طرفین متعهد الزامات ناشی از تعهد ویژه‌ای را که در مورد سرمایه‌گذاری خاص اتباع یا شرکتهای طرف دیگر متعهد پذیرفته است، رعایت خواهد نمود».

اشاره به تعهدات ویژه به نفع سرمایه‌گذار خارجی ممکن است بدین معنی باشد که ضمانتهایی مانند ضمانت در قبال مصادره بدون پرداخت غرامت یا ضمانتهای مربوط به انتقال سود که به صورت تعهدات کلی در

۹۹. سنای آمریکا به دلیل نگرانی از روشی که طبق آن در قضیه نیکاراگوئه اعمال صلاحیت قضایی شده بود، اولین معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری را که توسط قوه مجریه مذاکره شده بود، برای مدت مدیدی تصویب ننمود.

۱۰۰. بند ۳ ماده ۳.

قوانین سرمایه‌گذاری پیش‌بینی می‌گردند، مشمول شرط مزبور نمی‌باشند. با این وجود، می‌توان استدلال نمود که این تعهدات کلی نیز مربوط به سرمایه‌گذار خارجی خاصی بوده و بنابراین در چارچوب حمایت شرط مزبور قرار می‌گیرند.

ممکن است منظور از شرط مورد نظر به طور خاص تعهدات قراردادی باشد که یک کشور یا یک نهاد دولتی مانند هیأت سرمایه‌گذاری مأمور بررسی درخواست سرمایه‌گذار، قبل از ورود سرمایه احتمالاً در جریان تماسهای اولیه با سرمایه‌گذار خارجی بر عهده گرفته است. عدم ایفاء این تعهدات موجب مسؤولیت خواهد شد. این تعهدات همچنین می‌توانند تعهدات قراردادی در قبال طرف خارجی باشند. بنابراین، وقتی که شروط تثبیت‌کننده^{۱۱} در قرارداد وجود دارد، می‌توان با اطمینان بر اساس ماده مندرج در معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری استدلال نمود که تغییرات قانونی آتی در کشور میزبان که برخلاف منافع سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشد، نباید در مورد قرارداد مزبور اعمال گردد. اما مشکلی که در مورد این استدلال وجود دارد این است که چنین قراردادهایی مستقیماً توسط دولت منعقد نمی‌گردند، بلکه توسط واحدهای دولتی منعقد می‌شوند و تعهدات و ضمانتهای داده شده از سوی واحدهای دولتی می‌تواند برای دولت الزام‌آور نباشد.^{۱۲} دولت استدلال خواهد نمود که ضمانتهای قراردادی پذیرفته شده از سوی واحدهای دولتی برای آن الزام‌آور نبوده و مشمول حمایت معاهده نمی‌گردند. اما تعهدات اداری مانند تعهد مربوط به

۱۰۱. هدف از شروط تثبیت‌کننده (Stabilisation clauses) در یک قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی مصونیت بخشیدن به آن در برابر تغییرات بعدی در قانون دولت میزبان است.

۱۰۲. مقایسه کنید با رأی دادگاه فرانسوی در قضیه *SPP v. EGYPT* که طبق آن قرارداد منعقد شده از سوی سازمان جهانگردی مصر (Egyptian Tourist Board) برای این دولت الزام‌آور نبود (دادگاه تجدید نظر، پاریس، ۱۲ ژوئیه ۱۹۸۴).

اعطاء مجوزهای لازم برای انجام تجارت مؤثر و عملی ممکن است در معاهده پیش‌بینی گردند. این که تا چه حدی مقررات معاهده حاکمیت و اختیارات قانونگذاری کشور میزبان را محدود خواهد نمود، روشن نیست. ضمانت‌های یکجانبه دایر بر خودداری از ملی کردن بجز با پرداخت غرامت کامل، مشمول مقررات حمایتی معاهده سرمایه‌گذاری هستند.

۹- حل و فصل اختلافات

بسیاری از معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری با تعیین داوری در یک دادگاه بیطرف به عنوان روش حل اختلاف، در زمینه حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی پیشرفت زیادی نموده‌اند.^{۱۰۳} شروط متنوع فراوانی وجود دارند که تعهدات متفاوتی را در مورد این گونه داوری بوجود می‌آورند.^{۱۰۴} در پایین‌ترین سطح، شروط پیش‌بینی شده در این معاهدات، داوری را فقط به عنوان روش حل و فصل اختلافات تجویز نموده، بدون این که برای هر یک از طرفین تعهدی مبنی بر ارجاع اجباری اختلاف به داوری بوجود آید. در بالاترین سطح، معاهدات مزبور صلاحیت اقامه دعوی در برابر یک دادگاه ایکسید را برای سرمایه‌گذار خارجی اعطاء می‌کنند. وجود چنین مقرراتی در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری گام مهمی است که برای تضمین حمایت از سرمایه‌گذار خارجی برداشته شده است، زیرا

103. S. Gudgeon, "Arbitration Provisions in US Bilateral Investment Treaties" in S.J. Rubin and R.W. Nelson (eds.), *International Investment Disputes: Avoidance and Settlement* (1985) p. 41; M. Sornarajah, *International Commercial Arbitration* (1990) pp. 45-8; P. Peters, "Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties" (1991) 22 *Netherlands YBIL* 91.

۱۰۴. برخی از معاهدات به هیچ‌وجه داوری مؤثری را پیش‌بینی نمی‌کنند، مانند معاهده چین - تایلند. برخی برای ارجاع اختلاف به داوری، موافقت‌نامه دیگری را بعد از بروز اختلاف لازم می‌شمارند، مانند معاهده سوئیس - سریلانکا. و برخی دیگر فقط موضوع غرامت به موجب ملی‌سازی را به داوری بین‌المللی ارجاع می‌دهند، مانند معاهده رومانی - ترکیه.

این مقررات امکان دسترسی مستقیم او به یک دادگاه بیطرف را برای حل و فصل اختلافاتی که ممکن است میان او و کشور میزبان بوجود آید، فراهم می‌کنند. اظهار عقیده شده که اجازه دادن به سرمایه‌گذار خارجی برای پیگیری اختلاف خود، روند رسیدگی را «غیرسیاسی» می‌کند، زیرا اختلاف مزبور به اختلاف میان دولت متبوع سرمایه‌گذار و کشور میزبان تبدیل نمی‌شود. دو کشور می‌توانند روابط خود را تداوم بخشند، به گونه‌ای که اختلافی در روابط متقابل آنها بوجود نیامده است.

سرمایه‌گذار خارجی به بیطرفی دادگاهها و دیوان‌های محلی در حل و فصل اختلافاتی که احتمالاً میان او و کشور میزبان بوجود می‌آید، اطمینان ندارد و این عدم اطمینان در بیشتر موارد قابل توجیه است.^{۱۰۵} به طور سنتی از نظر سرمایه‌گذار بهترین روش اطمینان از دادرسی بیطرفانه، داوری در یک کشور بیطرف در برابر دادگاهی بیطرف بوده است.^{۱۰۶} وقتی که کشور میزبان در یک معاهده بین‌المللی متعهد می‌شود که دادخواست داوری را که سرمایه‌گذار خارجی علیه آن اقامه کرده است بپذیرد، می‌توان گفت گام مهمی به سوی حمایت از سرمایه‌گذاری برداشته شده است. چنین اقدامی در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری با درجات متفاوتی از موفقیت صورت می‌گیرد. بار دیگر، اشتباه است گفته شود که الگوی یکسانی در مورد ماهیت تعهد به داوری از طریق معاهدات مختلف

۱۰۵. بسیاری از معاهدات انواع اختلافات قابل ارجاع به داوری را محدود می‌کنند. برخی از آنها داوری را به اختلافات حقوقی منحصر می‌نمایند و در برخی دیگر لازم است اختلافات مستقیماً ناشی از موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری باشند. این شروط شبیه همان‌هایی است که در موافقت‌نامه‌های داوری داخلی یافت می‌شوند. در نظامهای داخلی، گرایش به این است که قلمرو شرط داوری را حتی المقدور توسعه دهند.

۱۰۶. از سوی دیگر، دولتهای میزبان چنین داوری را جانبدارانه و به نفع سرمایه‌گذار خارجی تلقی نموده‌اند. رک.

M. Sornarajah, *International Commercial Arbitration* (1990) pp. 1-60.

ایجاد شده است. هیچ‌الگو یا تعهد یکسانی در خصوص داوری وجود ندارد که از معاهدات مختلف حاصل شده باشد و تشابه ظاهری در بسیاری از مقررات نیز فریبنده است.^{۱۰۷}

در بعضی از معاهدات مهلتی مقرر شده که در طول آن باید سعی شود اختلاف قبل از رجوع به داوری، از طریق مصالحه و سازش حل و فصل گردد.^{۱۰۸} معاهدات منعقدۀ از سوی کشور چین همگی چنین شرطی را در بر دارند که حاکی از ترجیح راه‌حل‌های آشتی‌جویانه از طرف آن کشور نسبت به راه‌حل‌های ترافعی است. رجوع به داوری ممکن است با تأخیر انداختن آن عقیم گذاشته شود، مگر این که مدت زمان معینی برای حل اختلاف از طریق مصالحه و سازش تعیین شده باشد.

یک قاعده مؤثر راجع به داوری باید در مورد حل اختلافات ناشی از قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی از طریق داوری تعهدی اجباری ایجاد نموده و این حق را به طور مستقیم به سرمایه‌گذار خارجی اعطاء کند. این حق برای دولت متعاقد نبوده بلکه به نفع تبعه آن بوجود می‌آید. به منظور اعمال حق مزبور، باید در قرارداد منعقدۀ توسط تبعه یک شرط داوری نیز وجود داشته باشد. در غیراین صورت، حمایت ناشی از معاهده اعمال نخواهد شد. چیزی که معاهده می‌خواهد از آن حمایت کند، تعهد به داوری است که در قرارداد میان سرمایه‌گذار خارجی و کشور میزبان توافق شده است. علی‌رغم وجود چنین شرط داوری، وقتی که دولت میزبان از ارجاع

107. Peters, "Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties" (1991) 22 *Netherlands YBIL*, p. 98.

۱۰۸. این شرط در رویه عهدنامه‌ای چین یافت می‌شود که شاید حاکی از ترجیح حل و فصل دوستانه اختلافات نسبت به رفع آن توسط اشخاص ثالث باشد. الزام مزبور در معاهدات دیگر نیز دیده می‌شود، مانند معاهده امریکا - آرژانتین. در فقدان مهلت مقرر، گنجاندن الزام به مصالحه در معاهده به ضرر سرمایه‌گذار خارجی خواهد بود، زیرا دولت میزبان می‌تواند به بهانه تلاش برای سازش و آشتی، از حل اختلاف طفره رود.

اختلاف میان خود و سرمایه‌گذار خارجی به داوری خودداری می‌کند، تعهدی که در معاهده به نفع دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی برقرار شده، نقض می‌گردد. بنابراین، مقررات معاهده به طور غیرمستقیم اجرا می‌شود، بدین ترتیب که تعهد مربوط به حل اختلاف از طریق داوری بدون واسطه در برابر سرمایه‌گذار خارجی پذیرفته شده ولی نقض آن مسئولیتی را به نفع دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی ایجاد می‌کند و نه سرمایه‌گذار خارجی. اگر ارجاع یکجانبه اختلاف به داوری امکان‌پذیر باشد، معاهده به هیچ وجه نقض نخواهد شد.

ایده آل این است که شرط داوری در معاهده باید نوع اختلافی را که به داوری به معنای عام کلمه گذاشته خواهد شد، مشخص نموده، و چگونگی تأسیس دادگاه داوری را بیان داشته،^{۱۰۹} یا ترجیحاً نهاد داوری را که انجام داوری بر عهده آن خواهد بود معین کند. در بسیاری از این معاهدات گرایشی مبنی بر ارجاع اختلافات به مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) وجود دارد. معاهداتی که اخیراً منعقد شده‌اند، اختیار مراجعه به این دادگاه را برای طرفین پیش‌بینی می‌کنند.^{۱۱۰} با این حال، کلیه مقرراتی که چنین احاله‌ای را در بر دارند، علی‌رغم ارجاع اختلاف به ایکسید، به طور خودکار برای آن ایجاد صلاحیت نمی‌نمایند. بروش (Broches) که مقررات دربردارنده ارجاع به داوری

۱۰۹. وقتی که قرار است اختلاف به یک دادگاه خاص (*ad hoc*) ارجاع گردد، معاهده ممکن است انعقاد موافقت‌نامه جداگانه‌ای را لازم شمرده یا به بعضی قواعد بین‌المللی مانند آنستیرال در مورد تأسیس دادگاه خاص ارجاع دهد، مانند معاهده انگلستان - چین.

۱۱۰. بدین ترتیب، در معاهداتی که بعد از ۱۹۸۲ توسط انگلستان و بعضی از کشورهای اروپایی منعقد گردیده، ترجیح داده شده به طرفین در مورد دادگاه حق انتخابی اعطاء شود.

Peters, "Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties" (1991) 22 *NYIL* at p. 125.

ولی معاهدات امریکا همچنان بر ایکسید تکیه دارند. ممکن است از آیین دادرسی ایکسید استقبالی به عمل نیاید زیرا روشهای ابطال آراء به موجب کنوانسیون مربوط رو به افزایش است و در نتیجه آرای متعددی ابطال گردیده است.

ایکسید را مطالعه کرده، اظهار عقیده نموده است که در این معاهدات صرف ارجاع به ایکسید صلاحیتی را برای آن در مورد اختلافات فردی (individual disputes) ایجاد نمی‌کند.^{۱۱۱} این که آیا چنین صلاحیتی ایجاد شده، به کلمات و عبارات دقیقی که در معاهده بکار رفته بستگی خواهد داشت. بروش میان چهارنوع شرط داوری در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری تفکیک قائل می‌شود. نوع اول صرفاً بیان می‌دارد که اختلاف «با موافقت هر دو طرف برای داوری توسط مرکز (ایکسید) ارائه خواهد شد».^{۱۱۲} در صورت نبود موافقت‌نامه، چنین شرطی بعد از بروز اختلاف رضایت برای داوری محسوب نمی‌گردد. نوع دوم که «بررسی موافقت‌آمیز درخواست سازش یا داوری توسط مرکز (ایکسید)» را ایجاب می‌کند،^{۱۱۳} به معنی رضایت نمی‌باشد، ولی از دیدگاه بروش می‌تواند بر «یک تعهد به عدم خودداری از رضایت بدون دلیل» دلالت داشته باشد. شرط نوع سوم ایجاب می‌کند که کشور میزبان «با هرگونه تقاضا از سوی تبعه (یعنی سرمایه‌گذار خارجی) برای ارجاع هرگونه اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری به سازش یا داوری موافقت نماید».^{۱۱۴} خودداری از موافقت ممکن است تخلف بین‌المللی محسوب گردد ولی خود شرط، صلاحیتی را برای ایکسید ایجاد نمی‌کند. شرط نوع چهارم با پیش‌بینی رضایت قبل از بروز اختلاف، برای مرکز ایکسید ایجاد صلاحیت می‌نماید. این شرط که معمولاً در معاهدات منعقدۀ توسط انگلستان دیده می‌شود، به صورت زیر است:

111. A. Broches, "Bilateral Investment Treaties and Arbitration of Investment Disputes" in J. Schulz and A. J. Van den Berg (eds.), *The Art of Arbitration: Liber Amicorum Pieter Sanders* (1982) 63.

۱۱۲. به عنوان مثال، معاهده سوئد - مالزی.

۱۱۳. به عنوان مثال، معاهده هلند - کنیا.

۱۱۴. به عنوان مثال، معاهده هلند - اندونزی.

«هر یک از طرفین متعاقد به موجب این شرط ابراز رضایت می‌کند که هرگونه اختلاف حقوقی که میان آن و یک تبعه یا شرکت طرف دیگر متعاقد در مورد سرمایه‌گذاری این طرف در قلمرو سرزمینی طرف متعاقد اول بوجود آید، برای حل و فصل از طریق سازش یا داوری مطابق با کنوانسیون حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری میان کشورها و اتباع کشورهای دیگر، به مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری ارجاع شود.»

چنین شرطی ممکن است برای ایکسید ایجاد صلاحیت نماید. ولی در این مورد که آیا شرط مزبور به طور خودکار ایجاد صلاحیت می‌کند و بنابراین شرکت خارجی می‌تواند مستقیماً به ایکسید دسترسی داشته باشد، اختلاف نظر وجود دارد. شرکت از حمایت شرط مندرج در معاهده برخوردار نخواهد بود، مگر این که در قرارداد خود با دولت شرط داوری مشابهی را گنجانده باشد. بروش در بیان چهار نوع شرط به طور یکسان احتیاط به خرج می‌دهد و بهتر است سخنان ایشان درباره آثار چنین شرطی نقل شود:

«این‌گونه مقررات، به شرط (برخورداری از) شرایط مقرر در آن و نیز مطابقت آن با کنوانسیون، سرمایه‌گذار را قادر خواهد ساخت علیه کشور میزبان در برابر مرکز (ایکسید) اقامه دعوا کند و می‌تواند این حق را به کشور میزبان بدهد تا همان راهکار را علیه سرمایه‌گذار بکار بگیرد.»

برای اولین بار در قضیه شرکت تولیدات کشاورزی آسیایی (AAPL) علیه سریلانکا، یک دادگاه ایکسید بر مبنای شرط مندرج در

معاهده سرمایه‌گذاری ادعای صلاحیت نمود.^{۱۱۵} شرط مندرج در معاهده انگلستان - سریلانکا که بر اساس آن چنین صلاحیتی ادعا شده، معیار الگو ماندی (standard type) است که در معاهدات انگلستان بکار رفته و به منزله نمونه‌ای از چهار شرطی که بروش مورد توجه قرار داده است، در بالا نقل گردید. هیچیک از طرفین به صلاحیتی که دادگاه بر اساس معاهده ادعا کرده بود، اعتراضی ننمود.

بسیاری از معاهدات مقرراتی را نیز در مورد اجرای احکام در بر دارند. گنجاندن چنین ماده‌ای اقدام عاقلانه‌ای است، زیرا در غیر این صورت مسائلی همچون مصونیت دولت می‌تواند مانع اجرای حکم صادره علیه دولت میزبان گردد. وجود معاهده سرمایه‌گذاری بدین معنی نیست که کشور میزبان نتواند اعتبار رأی را مورد چالش قرار دهد. ولی این که آیا این کشور می‌تواند بر اساس بهانه‌های قضایی همچون مصونیت دولت از اجرای حکم سرباز بزند، معلوم نیست. شاید بهترین دیدگاه این باشد که در مورد پذیرش و اجرای یک رأی معتبر، تعهدی بین‌المللی وجود دارد. مقاومت در برابر اجرای حکم می‌تواند نقض معاهده محسوب گردد.

معاهدات زیادی به کنوانسیون نیویورک راجع به اجرای احکام داوری خارجی ارجاع می‌دهند. اما تردید وجود دارد که آیا کنوانسیون نیویورک که برای اجرای احکام داوری صادره در اختلافات میان بازرگانان خصوصی طراحی و تدوین شده، می‌تواند به سادگی در خصوص اختلافات میان کشورهای برخوردار از حاکمیت استفاده شود. اگر تعهدی دایر بر اجرای حکم داوری در معاهده سرمایه‌گذاری پیش‌بینی شده باشد، هرگونه ارجاعی به کنوانسیون نیویورک باید زائد تلقی شود.

115. (1982) 17 YCA 106.

۱۰- داوری و پیمودن مراحل دادرسی داخلی

موضوع دیگری که در مورد شرط داوری در این معاهدات مطرح می‌شود این است که آیا علی‌رغم شرط مزبور، سرمایه‌گذار خارجی همچنان موظف است قبل از رجوع به داوری بین‌المللی، تمامی مراحل دادرسی داخلی را که کشور میزبان فراهم کرده، طی نماید. بعضی از مقررات مربوط به شرط داوری آیین دادرسی داخلی را به رسمیت می‌شناسند، آیینی که به موجب آن لازم است قبل از توسل به راهکارهای بین‌المللی، تمامی مراحل دادرسی پیش‌بینی شده در قانون کشور میزبان پیموده شود.^{۱۱۶} برخی دیگر مهلت معینی را مقرر داشته و بعد از انقضای آن، (رجوع به) داوری بین‌المللی را مجاز می‌شمارند.^{۱۱۷} ملاحظات دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه *ELSI* در این مورد که آیا در صورت وجود معاهده مودت، بازرگانی و دریانوردی میان طرفین، تعهدی نسبت به پیمودن مراحل دادرسی داخلی وجود دارد، در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری نیز مناسب و بجا می‌باشد.^{۱۱۸} دیوان اظهار داشت که قاعده طی مراحل دادرسی داخلی چنان اصل اساسی حقوق بین‌الملل است که نمی‌تواند نادیده گرفته شود، مگر به موجب عبارات صریحی که چنین اثری داشته باشند. یک نظر غیرقضایی توسط قاضی شوبل (Schwebel) ابراز و مورد تأکید قرار گرفته که طبق آن در صورت وجود شرط داوری نیازی به پیمودن مراحل دادرسی داخلی

۱۱۶. برای مثال، معاهده سریلانکا - رومانی.

۱۱۷. معاهده سریلانکا - فرانسه.

Peters, "Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties" (1991) 22 *NYIL* at 133.

۱۱۸. دیوان اظهار نمود (1989] *ICJ Rpts* 15 at p. 42): «شعبه خود را قادر به پذیرش این نکته نمی‌بیند که یک اصل مهم حقوق بین‌الملل عرفی باید به طور تلویحی متروک تلقی شود».

نیست.^{۱۱۹} کافی است نشان داده شود که این نظر با دیدگاه دیوان بین‌المللی دادگستری به سختی قابل جمع است، دیدگاهی که طبق آن حتی معاهده‌ای مانند معاهده مودت، بازرگانی و دریانوردی نباید به این صورت تفسیر شود که قاعده دادرسی داخلی را از میدان به در می‌کند. با این حال، ادعا شده که شرط داوری در یک قرارداد می‌تواند چنین اثری داشته باشد. پر واضح است که چنین چیزی ممکن نیست. نتیجه اخیر با این واقعیت تقویت می‌شود که بسیاری از معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری، علی‌رغم پیش‌بینی داوری، پیمودن مراحل دادرسی داخلی را همچنان لازم می‌شمارند. بدین ترتیب، معاهده انگلستان - جامائیکا، برای مثال، ارجاع اختلافات به داوری ایکسید را فقط در صورتی مجاز می‌انگارد که «با پیمودن مراحل دادرسی داخلی نتوان به توافقی مطابق با حقوق بین‌الملل دست یافت».^{۱۲۰} همچنین بعضی از معاهدات ضمن پیش‌بینی لزوم طی مراحل دادرسی داخلی، مدت زمان معینی را برای انجام این امر مشخص می‌کنند.^{۱۲۱} این معاهدات در عین حال که برتری و اولویت قاعده پیمودن مراحل دادرسی داخلی و صلاحیت دادگاههای محلی را برای رسیدگی به اختلاف مورد نظر تصدیق می‌نمایند، ولی با مقرر نمودن مهلت مشخص برای اجرای قاعده مزبور، میان صلاحیت دادگاه محلی و ترجیح داوری بین‌المللی از سوی سرمایه‌گذار خارجی ایجاد سازش می‌کنند.^{۱۲۲} این نوع اخیر از معاهدات علی‌رغم

119. S. M. Schwebel, "Arbitration and Exhaustion of Local Remedies Revisited" in *Festschrift for Joseph Gold* (1989). S. M. Schwebel and J. G. Wetter, "Arbitration and Exhaustion of Local Remedies" (1966) 60 *AJIL* 484.

۱۲۰. ماده ۹ بند ۱. این عبارت به طور مناسبی نوشته نشده است، زیرا اشاره به توافق بر اساس آیین دادرسی داخلی نامناسب و بی‌مورد است.

۱۲۱. این مدت زمان از دو سال تا سه ماه فرق می‌کند. یک مهلت دو ساله در معاهده هلند - رومانی ذکر شده و سه ماه در معاهده انگلستان - مالت.

122. Peters, "Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties" (1991) 22 *NYIL* at p. 134.

پیش‌بینی مقرراتی برای داوری خارجی اختلافات، تعهد به پیمودن مراحل دادرسی داخلی را مورد تأکید قرار می‌دهند. معاهدات خیلی کمی صراحتاً عنوان می‌کنند که نیازی به پیگیری مراحل دادرسی داخلی نیست^{۱۲۳} و این نشان می‌دهد که تضمین عدم اجرای قاعده مزبور به نفع سرمایه‌گذار خارجی است. با این حال، بیشتر معاهدات در این زمینه سکوت اختیار کرده‌اند.^{۱۲۴} وقتی که معاهده در مورد پیگیری مراحل دادرسی داخلی ساکت است، باید فرض بر این باشد که رجوع به داوری منوط به (اجرای) آن قاعده است.

وقتی که معاهده در این زمینه ساکت است، الزاماً باید به گونه‌ای تفسیر شود که حاکمیت طرفین به حداقل میزان نقض گردد. قاعده دادرسی داخلی شناسایی حاکمیت قضایی دولت بر موضوعاتی است که در صلاحیت آن می‌گنجد و نباید به سادگی نادیده گرفته شود. این نتیجه‌گیری با این واقعیت تأیید می‌شود که در قضیه *السی (ELSI)* یک شعبه دیوان بین‌المللی دادگستری موضوع مشابهی را راجع به معاهده مودت، بازرگانی و دریانوردی بررسی و اظهار داشت که «در صورت نبود عباراتی که آشکارا چنین قصدی را ابراز نمایند، نمی‌تواند بپذیرد که یک اصل مهم حقوق بین‌الملل عرفی تلویحاً متروک تلقی شود».

عدم پیش‌بینی قاعده دادرسی داخلی می‌تواند به سادگی ناشی از این واقعیت باشد که مذاکره آن بحث‌های زیادی را برانگیخته و تمام استدلال‌های

ایشان در مقاله خود (ص ۱۳۴) این رویکرد را بر این اساس مورد انتقاد قرار می‌دهد که دادگاه داوری در اوضاع و احوال مزبور به عنوان یک دادگاه تجدیدنظر رفتار خواهد نمود. در این رویکرد فرض بر این است که دادگاه‌های محلی به نفع دولت میزبان عمل نموده و داور «بیطرف» خارجی دادگاه محلی را کنترل می‌کند.

۱۲۳. طبق بررسی آقای پیترز (Peters) هفت معاهده این چنینی وجود دارد، همان.

۱۲۴. پیترز نتیجه‌گیری می‌کند که این معاهدات پیمودن مراحل دادرسی داخلی را لازم نمی‌شمارند. به نظر می‌رسد عکس آن بیشتر قابل دفاع باشد.

مربوط به دکتترین کالوو را مطرح ساخته است، دکتترینی که ایجاب می‌نماید اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی منحصراً به وسیله دادگاههای داخلی تصمیم‌گیری شوند. این نظریه‌ای است که با تصویب ماده ۲ بند ۲ پاراگراف C منشور حقوق و وظایف اقتصادی دولتها جهانی شده است. قاعده دادرسی داخلی حداقل یک مصالحه بود. بعید است کشورهای سرمایه‌پذیر تمایل داشته باشند قاعده‌ای را که به نفع آنها بوده و از یک پذیرش عمومی برخوردار است، به حیاتش خاتمه بخشند. بنابراین، قاعده دادرسی داخلی باید از معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری که در این زمینه ساکنند، تلویحاً استنباط گردد، حتی اگر در آنها شرطی راجع به داوری خارجی اختلاف وجود داشته باشد. در مواردی که شرطی برای حل و فصل اختلافات توسط دیوان بین‌المللی دادگستری وجود داشت، قاعده مزبور استنباط شده است. هیچ دلیلی وجود ندارد چرا در مواردی که به حل و فصل اختلافات توسط یک دادگاه فروتر اشاره رفته، آن قاعده نباید استنباط گردد. این واقعیت که شرط داوری که با تعهدات مندرج در عهدنامه تقویت می‌شود، همچنان پیمودن مراحل دادرسی داخلی را ایجاب می‌کند، به طور قابل ملاحظه‌ای دیدگاه قاضی شوبل را تضعیف می‌نماید، دیدگاهی که طبق آن صرف وجود شرط داوری که حل و فصل اختلافات توسط یک دادگاه خارجی را پیش‌بینی می‌کند، لزوم پیمودن مراحل دادرسی داخلی را از بین می‌برد. سرمایه‌گذار خارجی آگاهانه خطرات ناشی از ایجاد ارتباط با نظام حقوقی کشور میزبان را پذیرفته است و نباید اجازه داده شود صرفاً از طریق گنجاندن شرط داوری در قرارداد، خود را از آن نظام رها سازد.

۱۱- داوری میان دولتها

بعضی از دولتها پیش‌بینی می‌کنند که اگر اختلافی میان دو طرف بروز کند، باید به داوری ارجاع گردد. مطلوب و پسندیده بودن این شرط در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری مورد تردید است. گنجاندن شرط مزبور ممکن است بسیاری از مسائل سیاسی یک دولت را در معرض داوری قرار دهد. تصمیم اتخاذ شده در قضیه نیکاراگوئه نشان داد چگونه یک معاهده مودت، بازرگانی و دریانوردی که عمدتاً به بازرگانی مربوط می‌شد، می‌تواند به یک دادگاه بین‌المللی در مورد بعضی مسائل مربوط به اداره سیاست خارجی صلاحیت اعطاء نماید. قضیه شرکت تولیدات کشاورزی آسیایی (AAPL) که در صفحات پیشین بحث شد، نشان داد چگونه مسائل مربوط به اداره جنگهای داخلی و تجزیه‌طلبانه می‌تواند در برابر دادگاهی مطرح شود که برای رسیدگی به اختلافات سرمایه‌گذاری تشکیل شده بود. در مورد یک معاهده خاص، مانند معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری، شرط داوری می‌تواند مبنای صلاحیت گسترده‌تری ایجاد نماید. از آنجا که ترویج و توسعه شرایط مناسب برای جریان سرمایه‌گذاری هدف اعلام شده معاهده می‌باشد، اعمال خصمانه‌ای که هدف مزبور را به تحلیل می‌برند، می‌توانند به داوری ارجاع شوند. نکته اخیر این پتانسیل را دارد که برای یک دادگاه داوری که به موجب معاهده به منظور بررسی سیاست‌های کشور متعاقد اعمال‌کننده چنین سیاست‌هایی، تشکیل شده، ایجاد صلاحیت کند. پیامدهای این احتمال چندان روشن نیست. کشورهای قدرتمند به دلیل چنین احتمالاتی شاید تمایلی نداشته باشند معاهداتی با عبارات قابل تفسیر موسع منعقد نمایند، ولی در این صورت نمی‌توانند از

سرمایه‌گذاری‌هایی که صورت می‌گیرد، حمایت کافی به عمل آورند.^{۱۲۵} کشورها باید برای تصمیم‌گیری در مورد انعقاد چنین معاهداتی و در صورت انعقاد آن، در تعیین این که عبارات بکار رفته تا چه اندازه باید حصری و مضیق باشد، عوامل مختلف را با هم بسنجند. هیچ معاهده کاملی وجود ندارد که همه این عوامل را در نظر گرفته باشد. تجربه امریکا با ایران و نیکاراگوئه نشان داد که دوست امروز می‌تواند دشمن فردا باشد و معاهدات تجاری می‌توانند به عنوان سلاح‌های ناخواسته بکار روند.

۱۲- نیابت (Subrogation)

در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری معاصر پیش‌بینی می‌شود که دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی جانشین و قائم مقام سرمایه‌گذار نسبت به ادعاهای او در کشور میزبان خواهد بود. این امر دولت متبوع او را قادر می‌سازد که بعد از پرداخت مطالبات (سرمایه‌گذار) از طریق ترتیبات بیمه سرمایه‌گذاری خارجی که توسط دولتهای متبوع (سرمایه‌گذاران) اداره می‌گردد، دعاوی سرمایه‌گذار علیه کشور میزبان را بر عهده بگیرد. کشورهای بزرگ صادر کننده سرمایه‌چنین تسهیلات بیمه‌ای را برای شرکت‌هایی که در آن سوی دریاها سرمایه‌گذاری می‌کند، فراهم می‌آورند. به یک معنا این امر جریان سرمایه‌گذاری را ترویج می‌کند. اگر چه گفته می‌شود این فرستادن سرمایه به خارج برای اهداف نوع دوستانه در ترویج سرمایه‌گذاری در قسمتهای کمتر توسعه‌یافته دنیا صورت می‌گیرد، واقعیت این است که این سرمایه‌گذاری‌ها در خدمت منافع ملی هستند. گذشته از این که سود و درآمد حاصله از سرمایه‌صادر شده بیش از درآمد حاصله از

۱۲۵. گفته می‌شود دلیل تأخیر زیاد کنگره امریکا در تصویب اولین گروه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری امریکا، قضیه نیکاراگوئه بود.

سرمایه‌گذاری در داخل کشور می‌باشد، انتقال سود نیز صورت می‌گیرد که دولت متبوع از آن بهره‌مند می‌شود. وقتی که سرمایه‌گذاری خارجی در زمینه منابع طبیعی انجام می‌شود، منبع درآمد آماده‌ای برای دولت متبوع سرمایه‌گذار نیز تضمین می‌گردد. همچنین این واقعیت وجود دارد که توسعه سرمایه‌گذاری و تجارت خارجی، توسعه قدرت را به دنبال دارد و این امر به اهداف سیاست خارجی دولت متبوع سرمایه‌گذار کمک می‌کند. تسهیل جریان سرمایه‌گذاری خارجی از طریق بیمه آن نیز اهداف دولت متبوع سرمایه‌گذار را پیش می‌برد.

نیابت یا قائم مقامی دولت متبوع بجای سرمایه‌گذار خارجی که متحمل خساراتی شده و از مؤسسه بیمه غرامت دریافت نموده است، هدف دیگری را تحقق می‌بخشد. این امر دولت متبوع را قادر می‌سازد تا ادعاهای سرمایه‌گذار خارجی را بمانند این که خود متحمل خساراتی گردیده، پی‌گیری نماید. جانشینی در ادعا، برای کشور میزبان اثر باز دارنده دارد، چه این کشور تمایلی به درگیری مستقیم با یک کشور قدرتمند را ندارد.^{۱۲۶} از لحاظ شکلی، دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی ملزم خواهد بود ادعاهای او را دقیقاً به همین ترتیبی که خود سرمایه‌گذار خارجی انجام می‌داد، پیگیری نماید. تاکنون دولتهای متبوع سرمایه‌گذاران خارجی عجله و اشتیاقی برای بکارگیری این روش نداشته‌اند. لطمه‌ای که این روش (قائم مقامی در پیگیری ادعاها) به روابط دیپلماتیک میان دو دولت وارد می‌آورد، مانع از اتخاذ اقدامات افراطی شده است. مکانیسم نیابت به صورت یک تهدید ماهرانه عمل می‌کند که از آن به صورت افراطی و حداکثری

۱۲۶. وجود نیابت تقریباً در هر معاهده‌ای، بیش از هر ویژگی دیگر، نشانگر نابرابری موجود در معاهده است. ترتیبات نیابت فقط برای دولتهای ثروتمند امکان‌پذیر بوده و مفهوم آن تهدید غیرمستقیمی را به دنبال دارد، بدین معنی که توانایی و امکانات دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی در پیگیری دعاوی او بکار گرفته خواهد شد.

استفاده نمی‌شود.

بند پنجم - جانشینی حکومتها و معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری

موضوع مهمی که در خصوص معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری مطرح می‌شود این است که آیا یک حکومت متفاوت از حکومتی که معاهده را منعقد نموده، بعداً می‌تواند ادعا کند که به دلیل پذیرش و تعهد نسبت به یک ایدئولوژی خاص یا یک راهبرد اقتصادی مخالف سرمایه‌گذاری خارجی، ملزم به رعایت معاهده نمی‌باشد؟ این موضوع بویژه زمانی مطرح می‌شود که حکومت جانشین در نتیجه یک تغییر انقلابی استقرار یافته باشد. حکومت جدید می‌تواند استدلال نماید نظر به این که معاهده سرمایه‌گذاری الزامات بسیار شدیدی همچون پرداخت غرامت فوری و کامل را در مورد فسخ سرمایه‌گذاری‌های خارجی موجود بر آن تحمیل می‌کند، مانعی بر سر راه اجرای برنامه اقتصادی آن به شمار می‌آید. همچنین می‌تواند استدلال کند که تغییر انقلابی، اوضاع و احوال تغییر یافته‌ای است که فسخ معاهده را توجیه می‌کند. به نظر نمی‌رسد چنین استدلال‌هایی بتوانند در وضعیت فعلی حقوق بین‌الملل نتیجه بخش باشند. تغییر حکومت، حتی از طریق انقلاب، نمی‌تواند در حد «تغییری که تعهدات ناشی از معاهده را به طور اساسی دگرگون می‌کند» باشد.^{۱۲۷}

وضعیت هنگامی دشوارتر می‌شود که معاهده مربوط توسط حکومتی غیرمنتخب و مرکب از نخبگانی که با سرمایه‌گذاران خارجی ارتباطاتی داشته‌اند، منعقد شده و سپس یک حکومت دموکراتیک جایگزین آن شده

۱۲۷. ماده ۶۲ کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات تغییر لازم و ضروری برای توجیه فسخ معاهده را با این الفاظ تعریف می‌کند ولی باز هم می‌توان استدلال نمود که «مبنای اساسی رضایت طرفهای (معاهده)»، به عنوان توجیهی که متناوباً در همان ماده بدان اشاره شده، در پی ظهور حکومت جدیدی که مخالف سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشد، دستخوش تغییر شده است.

باشد که خواهان پس‌گیری امتیازات داده شده به گروهی از سرمایه‌گذاران خارجی از طریق معاهدات و دیگر راهها باشد. علاوه بر استدلال‌های مبتنی بر اوضاع احوال تغییر یافته، ممکن است استدلال شود که حکومت پیشین یک حکومت غیردموکراتیک بوده و معاهده‌ای منعقد ساخته که با منافع عمومی مردم سازگار نیست. به نظر نمی‌آید چنین استدلالی، علی‌رغم ارزشهای اخلاقی مندرج در آن، بتواند نتیجه بخش باشد. احتمالاً می‌توان بر اساس اصل حق تعیین سرنوشت و اصول مربوط به آن استدلال‌های دیگری هم ارائه کرد، ولی به نظر نمی‌رسد قانون فراتر از این واقعیت را بنگرد که معاهده‌ای منعقد شده و تعهدات مندرج در آن برای حکومت‌های جانشین الزام‌آور است. اگر مفهوم حق تعیین سرنوشت به گونه‌ای قلمداد شود که وجود حکومتی را که آزادانه انتخاب شده است نیز در بر بگیرد و در این معنی از جایگاه و ارزش یک قاعده آمره برخوردار باشد، آن‌گاه ممکن است مجالی برای طرح این استدلال فراهم شود که معاهده منعقد از سوی گروه حاکم، برای حکومت جانشینی که از طرف مردم از اختیارات مطلق برخوردار است، الزام‌آور نمی‌باشد. ولی مفهوم حق تعیین سرنوشت در حقوق بین‌الملل برای در بر گرفتن چنین وضعیتی مطرح نشده و توسعه نیافته است.

بند ششم - نتیجه‌گیری

در زمینه معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری فعالیت زیادی صورت گرفته است. این فعالیت از تلاقی و به هم رسیدن عوامل گوناگونی ناشی می‌شود. کشورهای در حال توسعه قصد دارند سرمایه‌گذاری خارجی جلب کنند و در مورد سرمایه‌گذاری‌های موجود و در دسترس رقابت وجود دارد. در نبود قواعدی شفاف در خصوص حمایت از سرمایه‌گذاری، کشورهای

صادرکننده سرمایه مطلوب می‌دانند که از طریق مذاکره و انعقاد معاهداتی با قواعدی روشن و شفاف، حداکثر حمایت ممکن را از سرمایه‌گذاران خود به عمل آورند. این امر تمایل آنها را به ورود در این معاهدات توجیه می‌نماید. کشورهای صنعتی جدیدی که در کشورهای در حال توسعه نفوذ زیادی ندارند، این نوع معاهدات را ترجیح می‌دهند و همین واقعیت علت بسیاری از معاهداتی را که کشوری همچون آلمان منعقد کرده، روشن می‌کند. معاهدات سرمایه‌گذاری آلمان همچنین نشان می‌دهند که از الگوهای یکسانی پیروی نشده است و این نکته به نوبه خود تمایل آن کشور به تأکید بیشتر بر ایجاد رابطه سرمایه‌گذاری تا شکل و الگوی معاهده را نشان می‌دهد، کما این که اختلاف زیاد عبارتی در متن معاهدات آلمان نیز این موضوع را نمایان می‌سازد. با توجه به این اختلاف زیاد در رویه حتی یک کشور، به نظر نمی‌آید این معاهدات بتوانند در زمینه حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، حقوق بین‌الملل عرفی قابل توجهی بوجود آورند. معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری در میان طرفین معاهده قانون خاص به شمار می‌رود و احتمالاً چنین باقی خواهند بود. با توجه به این واقعیت که ماهیت و نوع استفاده از آنها هنوز شناسایی و روشن نشده است، چه بسا قوت و قدرت آنها نیز تا حد زیادی کاهش یابد. همان‌طور که واگتس (Vagts) خاطر نشان ساخته است، «تا جایی که ادبیات موضوع نشان می‌دهد، معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری هنوز محک نخورده‌اند و بنابراین نمی‌دانیم تا چه میزان امنیت سرمایه‌گذاری خارجی را افزایش می‌دهند».^{۱۲۸} قضیه شرکت تولیدات کشاورزی آسیایی (AAPL) نشان می‌دهد که این معاهدات از حیث اعطاء صلاحیت به مراجع و دیوانهای

128. D.F. Vagts, "Protecting Foreign Investment: An International Law Perspective" in C. Wallace (ed.), *Foreign Investment in the 1990s* (1990) 102 at p. 112.

داوری بین‌المللی مؤثر می‌باشند اما این که آیا از معاهدات مودت، بازرگانی و دریانوردی (FCN) که در قضیه *السی (ELSI)* مطرح بود، مؤثرتر خواهند بود، موضوع حدس و گمان می‌باشد.^{۱۲۹}

درباره معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری ابهامات زیادی وجود دارد. ولی با توجه به ابهامی که در حقوق بین‌الملل راجع به سرمایه‌گذاری خارجی وجود دارد، معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری به منزله بهترین روش تأمین حمایت از سرمایه‌گذاری در میان طرفین می‌باشند. افزایش آنها در فضای فعلی سرمایه‌گذاری خارجی ناشی از این واقعیت است که کشورهای در حال توسعه برای این که بتوانند خود را برخوردار از شرایط مناسب برای سرمایه‌گذاری خارجی نشان دهند، و کشورهای صادرکننده سرمایه برای این که بهترین شرایط را برای سرمایه‌گذاران خود تأمین کنند، به انعقاد این معاهدات علاقمند می‌باشند. با این همه، هر معاهده‌ای بر اساس درک طرفین از امتیاز و نفع متقابل حاصل از آن مذاکره و مبادله می‌شود و این ادعا که می‌توانند بستر و خاستگاه اصول عرفی حقوقی نیز باشند، یک ادعای گزاف و خواسته دور است.

۱۲۹. مان (Mann) که در ارزیابی اولیه خود از معاهدات سرمایه‌گذاری خوشبین بود، بعد از قضیه *السی (ELSI)* از آنها راضی نیست. وی اظهار می‌دارد: «اگر کسی وقایع قضیه *السی* را با این هدف مطالعه و بررسی کند که آیا شکل استاندارد موافقت‌نامه راجع به تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری‌ها توانسته «سبب دعوی» را به دست دهد، شاید با نتیجه ناامیدکننده مواجه شود».

F. A. Mann, "Foreign Investment in the International Court of Justice: The *ELSI* Case" (1992) 86 *AJIL* 100.