

## نقش همیار دادگاه (ذی نفع غیرمستقیم) در داورى سرمایه‌گذارى

### بین‌المللى

(مقاله علمى - پژوهشى)

دکتر حمیدرضا نیکبخت\*

هادى خسروسرشكى\*\*

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۱/۱۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۳/۰۶

### چکیده

امروزه در متن بسیاری از قراردادهای بین‌المللی که یک طرف آن دولت و طرف دیگر شخص خارجی است و به‌منزله قراردادهای دولتی شناخته می‌شوند و اغلب آن‌ها نیز قراردادهای سرمایه‌گذارى هستند، شرط داورى وجود دارد، و داورى بین‌المللى معمول‌ترین روش برای حل و فصل اختلافات ناشی از این قراردادها به‌شمار می‌رود. اصولاً قواعد داورى حاکم بر این اختلافات، قواعد داورى تجارى بین‌المللى متداول داورى‌هاى سازمانى یا موردى است. در سال‌هاى اخیر، با توجه به حضور دولت‌ها در این داورى‌ها تحولاتى در قواعد و برگزاري آن‌ها رخ داده است. پیدایش نهاد «همیار دادگاه» یا ذی‌نفع غیرمستقیم در داورى سرمایه‌گذارى، یکی از مهم‌ترین تحولات این نظام داورى محسوب می‌شود. «همیار دادگاه» شخص ثالثی در قبال طرفین اختلاف است که به دلیل وجود نفعی برای او در تصمیم دادگاه، به درخواست وی یا بنا به تشخیص دادگاه، بیانیه‌ای از طرف او برای کمک به تصمیم صحیح دادگاه، در پرونده مطروحه در دادگاه ثبت می‌شود. در این مقاله تلاش شده است ضمن معرفی این نهاد، نقش آن در داورى‌هاى سرمایه‌گذارى اخیر و تحلیل کارکرد نهاد مذکور تبیین شود.

### کلید واژگان:

همیار دادگاه یا ذی‌نفع غیرمستقیم، نظریات همیاری، داورى، داورى سرمایه‌گذارى بین‌المللى.

\* استاد حقوق تجارت بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول)

hr-nikbakht@sbu.ac.ir

\*\* کارشناس ارشد حقوق تجارت بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی و وکیل دادگستری

Hadi.khosrosreshki@gmail.com

## مقدمه

در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی، داوری‌هایی را که یک طرف آن یک دولت سرمایه‌پذیر و طرف مقابل، یک سرمایه‌گذار خصوصی خارجی است، «داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی»<sup>۱</sup> یا «داوری سرمایه‌گذار-دولت»<sup>۲</sup> می‌نامند. اگرچه مبنای داوری‌های سرمایه‌گذاری، برگرفته از داوری‌های تجاری بوده است، به این دلیل که همیشه در داوری‌های سرمایه‌گذاری یکی از طرفین حاضر در داوری دولت است، رفته‌رفته قواعد داوری حاکم بر این دعاوی با توجه به ویژگی‌های خاص این‌گونه داوری‌ها تعدیل شده است. یکی از مهم‌ترین آن‌ها، تحولات واقع‌شده در مسئلهٔ محرمانگی است. اگرچه محرمانگی از شاخص‌ترین عوامل ترجیحی انتخاب داوری به‌مثابه روش حل‌وفصل اختلافات به دست طرفین یک رابطهٔ تجاری بین‌المللی محسوب می‌شود، در داوری‌های سرمایه‌گذاری محل تردید است و تلاش‌های گسترده‌ای در تعدیل آن در نظام داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی صورت می‌گیرد.

وجود تعهد دولت‌ها در سطح بین‌المللی در فراهم‌کردن امکان مشارکت عموم در امور حاکمیتی، می‌تواند از عواملی باشد که از استقرار مطلق وصف محرمانگی در داوری‌های سرمایه‌گذاری جلوگیری می‌کند و وجود «نفع عمومی»<sup>۳</sup> را حتی اگر آن را به‌منزلهٔ قاعده‌ای در داوری سرمایه‌گذاری تبیین نکند، حداقل به‌مثابه استثنایی بر قاعدهٔ محرمانگی به آن توجه و از آن حمایت کند؛ چراکه حق آگاهی عموم از فعالیت‌های یک دولت، صرفاً در حد توقعی از سوی افراد جامعه برای مشارکت عمومی نیست، بلکه یکی از تعهدات اصلی دولت‌ها فرض می‌شود.<sup>۴</sup> از سوی دیگر، مشارکت عمومی در فرایند داوری سرمایه‌گذاری نباید به‌گونه‌ای باشد که وصف خصوصی‌بودن داوری و اطلاعات ذاتاً محرمانهٔ طرفین دعوا خدشه‌دار شود. به‌منظور تضمین این دو خصیصه از یک طرف، و فراهم‌کردن امکان مشارکت اشخاص ذی‌نفع غیرمستقیم از جمله نمایندگان جامعهٔ مدنی در فرایند داوری سرمایه‌گذاری از طرف دیگر، اخیراً

1. International Investment Arbitration

2. Investor-State Arbitration

3. Public Interest

4. Chirichiello, Michaela & Professor F. Gelias, *Confidentiality and Public Interest in Mixed International Arbitration*, McGill University, Institution of Comparative Law, 2003, at 86

شاهد ورود نهاد «همیار دادگاه یا ذی نفع غیرمستقیم»<sup>۱</sup> هستیم که در نظام دادرسی دادگاهی برخی از کشورها و در داوری‌های سرمایه‌گذاری بین دولت‌های سرمایه‌پذیر و اشخاص سرمایه‌گذار خارجی وجود دارد. در حقیقت، می‌توان گفت که نهاد جدیدی در این قسم داوری‌ها با عنوان «همیار مراجع حل اختلاف» در حال شکل‌گیری است. در این مقاله، در سه قسمت به بررسی این نهاد می‌پردازیم؛ در قسمت نخست، مفاهیم کلی و نقش همیار دادگاه یا ذی نفع غیرمستقیم در دادگاه‌های ملی و سازمان جهانی تجارت بررسی می‌شود؛ قسمت دوم به بررسی همیار دادگاه در داوری‌های بین‌المللی اختصاص می‌یابد؛ و در قسمت سوم، مزایا و اشکال‌های پذیرش این نهاد در داوری‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی تبیین و به بحث گذاشته می‌شود.

## ۱. مفاهیم کلی و نقش همیار دادگاه در دادگاه‌های ملی و سازمان جهانی تجارت

### ۱.۱. مفهوم همیار دادگاه یا ذی نفع غیرمستقیم از منظر تاریخی

اصطلاح لاتین «آمیکس کوریا» از لحاظ لغوی در زبان انگلیسی به «دوست دادگاه»<sup>۲</sup> ترجمه شده است.<sup>۳</sup> در فرهنگ لغات حقوقی، اصطلاح همیار دادگاه بدین‌گونه تعریف شده است: «شخصی که در دعوا، طرف دعوا محسوب نمی‌شود، اما از دادگاه درخواست می‌کند یا دادگاه از وی می‌خواهد که اظهارات را در دعوا ثبت کند، به این علت که آن شخص نفع قوی در موضوع اختلاف دارد».<sup>۴</sup>

1. Amicus Curiae (آمیکس کوریا)

2. Friend of Court

۳. اصطلاح «Amicus Curiae» حالت جمع اصطلاح «Amici Curiae» است. در بیشتر مقالات و کتب مربوط به حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، از این اصطلاح لاتین استفاده شده است. اما در موارد اندکی اصطلاحات دیگری چون «Third-Party Intervention» یا «Non-Disputing Party Participation» با همین مفهوم به کار رفته است. برای مثال، در عهدنامه حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های بنیادین و نیز بیانیه موافقت‌نامه تجارت آزاد آمریکای شمالی (نفتا) از این اصطلاحات به جای اصطلاح لاتین آن استفاده شده است. اصطلاح «Amicus Curiae» برای درخواست حضور و دخالت در دعوا به منظور ارائه نظریات همیاری به کار گرفته شده که در مقاله حاضر به اقتضای مورد «نظرات همیاری» یا «درخواست ارائه نظر همیاری» ترجمه شده است.

4. "A person who is not a party to a lawsuit but who petitions the court or is requested by the court to file a brief in the action because that person has a strong interest in the subject matter." Black's Law Dictionary, Ninth-Edition, at 98

همان‌طور که برخی صاحب‌نظران معتقدند، ارائه معنای کامل برای این اصطلاح، امری مشکل‌است؛<sup>۱</sup> کارویژه‌های این اصطلاح نیز بر حسب اینکه در چه زمانی از تاریخ و در کدام کشور محل بحث است، متفاوت خواهد بود.<sup>۲</sup> ریشه اولیه این اصطلاح متعلق به حقوق روم است که در آن دادگاه‌ها از اطلاعات حقوقی افرادی غیر از طرفین دعوا که اطلاعاتشان فراتر از آگاهی و تخصص این دادگاه‌ها بوده، منتفع می‌شدند. در طول گذشت زمان، این اصطلاح برای چگونگی شرکت اشخاص ثالث ذی‌نفع غیرمستقیم در دعاوی، به‌مثابه کمک به دادگاه تغییر کرد. امروزه، اصطلاح همیار دادگاه یا ذی‌نفع غیرمستقیم به شخصی اطلاق می‌شود که بدون اینکه طرف دعوا باشد، از دادگاه یا نهاد رسیدگی‌کننده به دعوا (برای مثال، دیوان داوری) تقاضا می‌کند تا به وی اجازه دهد اظهارات یا اطلاعات مرتبط با موضوع دعوا را که ممکن است در تصمیم مقام رسیدگی‌کننده تأثیرگذار باشد، به نهاد رسیدگی‌کننده تسلیم دارد. هدف اصلی از ارائه این اطلاعات، کمک به دادگاه از طریق نمایاندن زوایای خاصی از مسائل مورد تنازع است که طرفین دعوا یا از ارائه آن‌ها عاجزند یا به دلایلی علاقه‌ای به مطرح کردن آن‌ها ندارند. همیار دادگاه، مستقیماً در دعوا نفعی ندارد و نمی‌تواند یا نباید در نقش وکیل مدافع و حامی برای یکی از طرفین دعوا عمل کند، اما اظهارات وی برای عموم یا گروه یا دسته خاصی از جامعه که اظهارکننده خود نیز عضوی از آن‌هاست، مفید است؛ لذا شاید این اظهارات آن‌ها به نفع یکی از طرفین دعوا و در مقابل علیه طرف دیگر در نظر گرفته شود.<sup>۳</sup>

## ۱.۲. نقش همیار دادگاه و نهادهای مشابه در دادگاه‌های ملی و سازمان جهانی تجارت

در این خصوص، نقش این نهاد را در حقوق داخلی کشورهای مختلف و سپس سازمان جهانی تجارت بیان خواهیم کرد.

1. Bellhouse, Jahn & Lavers, Anthony, *The Modern Amicus Curiae: A Role in Arbitration?*, 23 Civil Justice Quarterly, 2004, at 188

۲. برای مثال، در کشور ایالات‌متحده آمریکا، هشت کارویژه برای این نهاد تعریف شده است. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ببینید:

Simpson, Reagan wm. & Vasaly, Mary, *The Amicus Brief: How to Write It and Use it Effectively*, Third Edition, 2010

3. Fach Gomez, Katia, *Rethinking The Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw The Line Favorable for The Public Interest*, Fordham International Law Journal, 2012, at 517

### ۱.۲.۱. دادگاه‌های ملی

خواستگاه نهاد همیار دادگاه در نظام حقوقی «کامن‌لا» و به‌خصوص سیستم حقوقی ایالات‌متحده آمریکا است. در سیستم حقوقی ایالات‌متحده آمریکا، یکی از اقسام و در عین حال، مهم‌ترین وسیله حضور و مشارکت «گروه‌های منفعت»<sup>۱</sup> در دادگاه‌ها، مداخله در نقش همیار دادگاه است.<sup>۲</sup> اگرچه از لحاظ لفظی در معنای «همیار دادگاه» و واژه لاتین «آمیگس کوریا» یا ترجمه انگلیسی آن به «دوست دادگاه» نوعی بی‌طرفی مستتر است، در واقع، در حقوق ایالات‌متحده آمریکا، تقریباً همیاران دادگاه در نقش شخص بی‌طرف عمل نمی‌کنند. گروه‌های مختلف نظیر سازمان‌های غیردولتی نیز با استفاده از مکانیسم این نهاد، اهداف و سیاست‌های خود را از طریق ارائه کتبی اطلاعاتی که از سوی طرفین در اختیار دادگاه قرار داده نشده است، دنبال می‌کنند<sup>۳</sup> و بدین ترتیب، در رأی صادره از سوی دادگاه و احتمالاً در دعاوی دیگر با ایجاد یک رویه، تأثیر می‌گذارند. اولین نظر همیاری که به دست یک سازمان غیردولتی در دیوان عالی آمریکا ثبت شد، به سال ۱۹۰۴ برمی‌گردد که در آن، دو گروه منفعت غیردولتی<sup>۴</sup> در دعاوی آب‌ها و علیه ایالات‌متحده آمریکا<sup>۵</sup> در نقش همیار دادگاه وارد شدند که موضوع آن، مسئله اخراج مهاجران چینی از نیویورک بود. در دهه‌های گذشته سازمان‌های غیردولتی متعددی نقش همیار دادگاه را در دیوان عالی آمریکا بر عهده داشته‌اند؛<sup>۶</sup> به‌طوری که پس از جنگ جهانی دوم

۱. گروه‌های منفعت یا گروه‌های خیر، ترجمه عبارت «Interest Groups» است. این گروه‌ها، به هر انجمن و تجمعی اطلاق می‌شود که هدف اصلی آن‌ها ترویج و بهبود وضعیت‌هایی است که برای آن تشکیل شده‌اند. حوزه فعالیت این گروه‌ها، بیشتر مسائل مربوط به رفاه عمومی و حقوق شهروندی است. سازمان‌های خیریه، گروه‌های حقوق شهروندی و نهادهای غیردولتی، از این نوع گروه‌ها هستند.

۲. برای مشارکت این گروه‌ها در دادگاه‌ها در حقوق ایالات‌متحده آمریکا سه روش دیگر پیش‌بینی شده است. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ببینید:

Collins, Jr, Paul M., Interest Group Participation in the United State Supreme Court, Paper Prepared For Delivery At The Symposium On The Role Of Interveners In Public Interest Litigation, University Of Toronto Law School, November 6, 2009

۳. علاوه بر نظرات کتبی همیاری، گاه دادگاه‌های تجدیدنظر آمریکا به همیاران دادگاه اجازه داده‌اند تا در جلسات استماع شرکت کنند و نظرات خود را به‌صورت شفاهی بیان دارند. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ببینید:

Collins, Jr., Paul M., Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making, New York: Oxford University Press, 2008, at 47

4. Chinese Charitable & Benevolent Association of New York

5. *Ab How (alias Louie Ah How) v. United States*

۶. از جمله نهادهایی که بیشترین حضور را در دیوان عالی آمریکا در قالب نهاد همیار دادگاه داشته‌اند، نهادهای ذیل بوده‌اند: ←

مشارکت همیاران دادگاه یک رویه معمول در این دیوان بوده و در اکثر دعاوی نیز نظرات آن‌ها از سوی دیوان پذیرفته شده است.<sup>۱</sup>

هرچه به جلوتر آمده‌ایم، نه تنها دعاوی که در آن‌ها همیاران دادگاه ایفای نقش کرده‌اند بیشتر شده، تعداد نظرات همیاری که در هر دعوا به ثبت رسیده نیز افزایش یافته است. برای مثال، اگر در سال ۱۹۴۶، به‌طور میانگین در هر دعوا تنها یک نظر همیاری ارائه شد و این رقم در سال ۱۹۹۰ به پنج نظر در هر دعوا رسید، در دهه اول ۲۰۰۰، به‌طور میانگین در هر دعوا، هشت نظر همیاری از سوی اشخاص غیر طرف دعوا در دیوان عالی آمریکا به ثبت رسیده است.<sup>۲</sup>

اکنون، در حقوق آمریکا، همیار دادگاه رأساً و بدون درخواست از سوی طرفین یا دادگاه می‌تواند در روند رسیدگی مشارکت کند. البته، این حق مداخله، به‌صورت مطلق نیست و باید برحسب مورد، رضایت طرفین یا تأیید دادگاه وجود داشته باشد.<sup>۳</sup> با این حال، گاهی اوقات دیده می‌شود که دیوان عالی آمریکا، رأساً اقدام به دعوت این اشخاص برای مشارکت در دعاوی مطروحه کرده است.<sup>۴</sup> برخلاف اشخاص خصوصی، نهادهای دولتی محلی و فدرال آمریکا برای بیان نظرات خود نیازی به رعایت آیین پیش‌بینی شده برای ارائه نظرهای همیاری از سوی همیار دادگاه ندارند و لذا به طریق اولی، لزومی به کسب اجازه از طرفین دعوا نیز نمی‌بینند.<sup>۵</sup> با وجود

→ American Civil Liberties Union, American Farm Bureau Association, League for Economic Equality, NAACP (National Association for the Advancement of Colored People), National Consumer's League, the National Association of Cotton Manufacturers.

۱. برای مشاهده آمار و ارقام دقیق حضور همیاران دادگاه در دیوان عالی آمریکا ببینید:

Collins, Paul M., *Supra* note 13, at 11

2. *Ibid.*, at 13

3. **Rule 37(2)(a) of The Supreme Court of United State:** "An *amicus curiae* brief submitted before the Court's consideration of a petition for a writ of certiorari, motion for leave to file a bill of complaint, jurisdictional statement, or petition for an extraordinary writ may be filed if accompanied by the written consent of all parties (emphasis added)..."

4. Nicholson, Chris & Collins, Jr., Paul M., *The Solicitor General's Amicus Curiae Strategies in The Supreme Court*, 36 American Politics Research, 2008, at 385.

5. **Rule 37(4) of The Supreme Court of United State:** "No motion for leave to file an *amicus curiae* brief is necessary if the brief is presented on behalf of the United States by the Solicitor General; on behalf of any agency of the United States allowed by law to appear before this Court when submitted by the agency's authorized legal representative; on behalf of a State, Commonwealth, Territory, or Possession when submitted by its Attorney General; or on behalf of a city, county, town, or similar entity when submitted by its authorized law officer."

لازم به توضیح است که مقررۀ مشابهی در ماده ۶۱ (۴) مقررات حاکم بر دیوان عالی کانادا وجود دارد. مطابق با این ماده، برای دادستان حق مداخله و ورود به دعاوی مربوط به قانون اساسی این کشور اعطا شده است:

**Rule 61(4) of the Supreme Court of Canada:** "Within four weeks of the service of a notice of constitutional question, an attorney general who intends to participate in the appeal, whether or not the attorney general intends to present oral argument, shall serve on all other→

این، رضایت طرفین در مداخله همیاران دادگاه خصوصی (غیردولتی) نیز چندان حائز اهمیت نیست؛ چراکه اگر دادگاه، اجازه مشارکت این اشخاص را صادر کند، دیگر رضایت یا عدم رضایت طرفین تأثیری در پذیرش این اشخاص نخواهد داشت<sup>۱</sup> و در رویه عملی نیز، دیوان عالی آمریکا در قریب به اتفاق موارد، اجازه مداخله همیاران دادگاه را صادر می‌کند.<sup>۲</sup>

برخلاف حقوق کشورهای مبتنی بر سیستم «کامن‌لا»، در کشورهای مبتنی بر نظام حقوقی نوشته، نهاد همیار دادگاه چندان شناخته شده نیست؛ با این حال، می‌توان نهادهایی را با کارکردهای مشابه با این نهاد مشاهده کرد.<sup>۳</sup>

### ۱.۲.۲. سازمان جهانی تجارت

تاریخچه پذیرش همیاران دادگاه در این سازمان با دعوای میگو/لاک‌پشت<sup>۴</sup> آغاز می‌شود که موضوع اصلی آن، ممنوع کردن واردات محصولات تولیدشده از گونه خاصی از میگو از سوی ایالات متحده آمریکا بود. در جریان رسیدگی به این دعوا، هیئت رسیدگی دو درخواست ثبت لایحه از سوی سازمان‌های محیط‌زیستی<sup>۵</sup> دریافت کرد که حاوی اطلاعات علمی و فنی در خصوص تأثیر این تصمیم دولت ایالات متحده آمریکا بر محیط‌زیست لاک‌پشت‌های دریایی و احتمال انقراض آن‌ها بود.<sup>۶</sup> هیئت رسیدگی با استناد به ماده ۱۳ تفاهم‌نامه<sup>۷</sup> این سازمان چنین

→parties and file with the Registrar a notice of intervention in Form 61B without being required to obtain leave to intervene."

1. **Rule 37(2)(b) of The Supreme Court of United State:** "When a party to the case has withheld consent, a motion for leave to file an *amicus curiae* brief before the Court's consideration of a petition for a writ of certiorari, motion for leave to file a bill of complaint, jurisdictional statement, or petition for an extraordinary writ may be presented to the Court."

۲. برای نمونه، در سال ۱۹۹۴، دیوان عالی آمریکا در ۹۹/۱ درصد از مواردی که طرفین با حضور همیار دادگاه مخالفت کرده بودند، اجازه حضور این اشخاص را صادر و تنها یک درخواست را رد کرد:

Collins, *Supra* note 13, at 7

۳. برای مطالعه بیشتر در خصوص نهاد همیار دادگاه در نظام حقوقی نوشته و مشاهده نهادهایی با کارکرد مشابه با همیار دادگاه در سیستم قضایی کشورهای مبتنی بر حقوق نوشته ببینید:

خسرو سرشکی، هادی، شفافیت در روند رسیدگی داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، پایان‌نامه برای اخذ درجه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۹۲-۹۱، ص ۱۲۷ به بعد.

4. United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (Hereinafter Shrimp/Turtle), WT/DS58

5. Joint Brief of Center for Marine Conservation (CMC) and the Center for International Environmental Law (CIEL), and World Wide Fund for Nature (WWF).

6. Gao, Henry S., *Amicus curiae In WTO Dispute Settlement: Theory and Practice*, Big Country Small World, China Rights Forum, No.1, 2006

7. **Article 13 of WTO Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes:** "1. Each panel shall have the right to seek information and technical advice from any individual or body which it deems appropriate..."

نتیجه گرفت که پذیرش لوایحی که رأساً از سوی سازمان‌های غیردولتی و بدون درخواست این هیئت ارائه شده باشد، مغایر با این تفاهم‌نامه است و در نتیجه، این درخواست‌ها را رد کرد.<sup>۱</sup> با وجود این، هیئت رسیدگی، به طرفین دعوا اجازه داد تا در صورت تمایل، این لوایح را به‌مثابه قسمتی از لوایح خود به هیئت رسیدگی تقدیم کنند.<sup>۲</sup> در مرحله تجدیدنظرخواهی، رکن استیناف، نحوه خوانش هیئت رسیدگی از ماده ۱۳ تفاهم‌نامه را تأیید نکرد. این رکن چنین استدلال کرد که ماده ۱۳ تفاهم‌نامه، به هیئت رسیدگی اجازه می‌دهد هرگونه اطلاعات متناسب با آن دعوی خاص را جست‌وجو کند.<sup>۳</sup> به عبارت دیگر، فحص برای کسب اطلاعات مرتبط با دعوا از وظایف هیئت رسیدگی است. اما وجود این صلاحیت برای هیئت رسیدگی به معنای ممنوع‌بودن پذیرش اطلاعاتی نیست که بدون درخواست هیئت رسیدگی به وی تسلیم می‌شود.<sup>۴</sup> در ادامه، رکن استیناف چنین بیان کرد که از مجموع مواد مذکور در تفاهم‌نامه چنین استنباط می‌شود که صلاحیت هیئت رسیدگی در خصوص پذیرش یا رد اطلاعات، صلاحیتی مطلق است؛ خواه از سوی هیئت رسیدگی درخواست شده باشد، خواه رأساً و بدون درخواست وی صورت پذیرفته باشد.<sup>۵</sup> اما در خصوص اینکه هیئت رسیدگی به طرفین دعوا اجازه داده بود از اطلاعات ارائه‌شده در لوایح همیاران دادگاه در لوایح خود استفاده کنند، حمایت کرد و آن را صحیح و بدون اشکال خواند.<sup>۶</sup>

در حالی که به نظر می‌رسد امکان پذیرش نظرات همیاری در هیئت رسیدگی با نوعی اجماع همراه شده است و امروزه تردیدی در آن وجود ندارد، پذیرش این نهاد در رکن استیناف همچنان مسئله‌ای بحث‌برانگیز تلقی می‌شود.

## ۲. همیار دادگاه در داوری‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی

نهاد همیاردادگاه یا ذی نفع غیرمستقیم در داوری‌های سرمایه‌گذاری، اولین بار در یکی از دعاوی در دیوان داوری تحت بخش یازده موافقت‌نامه تجارت آزاد آمریکای شمالی (نفتا)<sup>۷</sup> مطرح شد و پس از آن، در دیگر دعاوی سرمایه‌گذاری، خصوصاً در دعاوی مطروحه در مرکز حل‌وفصل

1. Shrimp/Turtle Case, *Supra* note 41, Report of the Panel, 15 May 1998, Para 7-8

2. *Ibid*

3. *Ibid*, Para 103

4. *Ibid*, Para 108

5. *Ibid*

6. *Ibid*, Para 109

7. The North Free Trade Agreement (NAFTA), available at:

< <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/chap-111.asp>>



اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری (ایکسید)<sup>۱</sup> رواج یافت. لذا در این گفتار، در دو بند جداگانه، به بررسی این نهاد در نفتا و ایکسید پرداخته خواهد شد.

## ۲.۱. همیار دادگاه در مکانیسم حل و فصل اختلاف در نفتا

### ۲.۱.۱. کلیات

معاهده نفتا حاوی مقرراتی در خصوص حمایت و ترویج سرمایه‌گذاری، استانداردهای مربوط به رفتار ملی<sup>۲</sup> و رفتار دولت کامل‌الوداد<sup>۳</sup> است. نکته شایان توجه این است که تمام این مسائل برگرفته از به‌روزترین نظرات موجود در حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی است. مکانیسم حل و فصل اختلافات پیش‌بینی شده نیز داوری تجاری بین‌المللی است و بنابراین این امکان وجود دارد که دولت‌های عضو مستقیماً در مقابل سرمایه‌گذاران برای نقض تعهدات مذکور در این موافقت‌نامه مسئول شناخته شوند و سرمایه‌گذاران دعاوی خود را علیه دولت ناقض، طرح کنند. قواعد حاکم بر این دعاوی نیز مواد مذکور در بخش یازده این معاهده (شامل ۳۸ ماده) است. چنانچه تلاش‌های صورت‌گرفته مطابق با ماده ۱۱۱۸<sup>۴</sup> برای حل اختلاف از طریق مصالحه و مذاکره به نتیجه نرسد، ماده ۱۱۲۰ نفتا<sup>۵</sup> داوری به سه روش را پیش‌بینی کرده است. این روش‌ها عبارت‌اند از: داوری تحت عهدنامه ایکسید (چنانچه هم دولت متبوع سرمایه‌گذار و دولت طرف دعوا هر دو عضو این عهدنامه باشند) یا داوری با قواعد تسهیلی اضافی ایکسید (چنانچه یکی از طرفین و نه لزوماً دو طرف دعوا عضو عهدنامه ایکسید باشند) یا داوری با قواعد داوری آنسیترال.

1. International Centre For Settlement Of Investment Dispute  
 2. Standards of National Treatment  
 3. Most Favored Nation Treatment  
 4. **Article 1118 of NAFTA: (Settlement of a Claim through Consultation and Negotiation)** "The disputing parties should first attempt to settle a claim through consultation or negotiation".  
 5. **Article 1120 of NAFTA: (Submission of a Claim to Arbitration)** "1. Except as provided in Annex 1120.1, and provided that six month shave elapsed since the events giving rise to a claim, a disputing investor may submit the claim to arbitration under: (a) the ICSID Convention, provided that both the disputing Party and the Party of the investor are parties to the Convention; (b) the Additional Facility Rules of ICSID, provided that either the disputing Party or the Party of the investor, but not both, is a party to the ICSID Convention; or (c) the UNCITRAL Arbitration Rules".

چنانچه بخش یازده نفتا هر یک از مقررات مذکور در این سه قاعده داوری را اصلاح کند یا مقرره‌ای متفاوت با آن‌ها داشته باشد، معاهده نفتا مقدم بر این قواعد داوری خواهد بود.<sup>۱</sup>

### ۲.۱.۲. پرونده متانکس

مسئله مشارکت اشخاص ثالث در نقش همیار دادگاه در روند رسیدگی به دعاوی تحت بخش یازده نفتا، از پرونده متانکس<sup>۲</sup> شروع شد. دعوی شرکت کانادایی متانکس و دولت ایالات متحده آمریکا، دعوی ناشی از سرمایه‌گذاری بین‌المللی بود که بر اساس بخش یازده موافقت‌نامه تجارت آزاد آمریکای شمالی (نفتا) به دیوان داوری ارجاع داده شد. پس از ثبت این دعاوی از سوی کمپانی متانکس، مؤسسه بین‌المللی توسعه پایدار<sup>۳</sup> خواستار ورود در این دعاوی از جهات مختلف شد. طی درخواستی که از سوی این مؤسسه در ۲۶ اوت ۲۰۰۰ و نیز درخواست‌های بعدی آن، که در سپتامبر و اکتبر همان سال از دیوان داوری صورت گرفت، ثبت نظرات همیاری و نیز ورود در نقش همیار دادگاه یا ذی‌نفع غیرمستقیم درخواست شده بود.

در اکتبر ۲۰۰۳، کمیسیون تجارت آزاد نفتا<sup>۴</sup> برای اولین بار در تاریخ داوری‌های بین‌المللی، بیانیه‌ای تفسیری مبنی بر حمایت از نظرات همیاری در قالب حل‌وفصل اختلافات از طریق بخش یازده موافقت‌نامه نفتا صادر کرد.<sup>۵</sup> این بیانیه مقدمه‌ای برای صدور رأی نهایی دیوان در زمینه پذیرفتن نظرات همیاری محسوب شد.

متعاقب انتشار این بیانیه، در ۳۰ ژانویه ۲۰۰۴، داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی شاهد یکی از مهم‌ترین تحولات خود بود. دیوان داوری متانکس تصمیم خود را مبنی بر اینکه نهادهای غیردولتی و دیگر اشخاص داوطلب می‌توانند در نقش همیار دادگاه در این داوری حضور داشته باشند، به‌طور عمومی منتشر کرد. در تاریخ ۹ مارس ۲۰۰۴، مؤسسه بین‌المللی توسعه پایدار،

1. K. Myrvang, Anna, An Illustration of How Traditional Arbitration Is Being Changed By Modern International Investment Law: Investor-State Arbitration Under NAFTA Chapter XI and The Energy Chapter Treaty, Konstanz university (Germany), 2003, at 2-3

2. Methanex v. United State of America

3. International Institute for Sustainable Development (IISD)

4. NAFTA Free Trade Commission

5. Statement of the Free Trade Commission On Non-Disputing Party Participation, available at: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Nondisputing-en.pdf>>

لازم به توضیح است که طبق ماده ۱۱۳۱ (۲) موافقت‌نامه نفتا، تفسیری که این کمیسیون در زمینه مقررات موافقت‌نامه نفتا ارائه می‌دهد، برای دیوان‌های داوری که تحت بخش یازده این موافقت‌نامه تشکیل می‌شود، لازم‌الاتباع است.

نظرات همیاری خود را با در نظر گرفتن چارچوب تعریف شده از سوی دیوان داوری<sup>۱</sup>، در دیوان ثبت کرد.

دیوان داوری معتقد بود که درخواست‌های این اشخاص باید طبق ماده ۱۵ (۱) قواعد داوری آنسیترال بررسی شود و در دیگر مواد قواعد داوری آنسیترال نمی‌توان چنین امری را پیدا کرد. از نظر دیوان داوری، اختیارات مطروحه در ماده ۱۵ (۱) را باید محدود به امور شکلی دانست.<sup>۲</sup> با وجود این، از نظرگاه دیوان، پذیرش نظرات کتبی همیاری ارائه شده از سوی اشخاصی غیر از طرفین دعوا (اشخاص ثالث)، به معنای اضافه کردن این اشخاص به‌مثابه یک طرف دعوا در داوری تلقی نمی‌شد. در نتیجه، این اشخاص، قابلیت کسب حقوقی همانند حقوق طرفین دعوا در داوری و نیز حقوق محدود اعضای نفتا بر طبق ماده ۱۱۲۸ نفتا را ندارند.<sup>۳</sup>

سرانجام، دیوان داوری به این نتیجه رسید که مجاز قلمداد کردن ارائه نظرات همیاری از سوی اشخاص ثالث، مطابق با اختیارات دیوان در تصمیم‌گیری در امور شکلی داوری است که در قلمروی عمومی ماده ۱۵ (۱) قواعد داوری آنسیترال پیش‌بینی شده است.<sup>۴</sup>

## ۲.۲. همیار دادگاه در ایکسید

در ایکسید تلاش‌هایی به‌منظور به تعادل کشاندن دو امر متعارض (لزوم شفافیت در مقابل قاعده محرمانگی) صورت گرفته است. اصلاحات قواعد داوری ایکسید در سال ۲۰۰۶ حاوی مقرراتی است که اجازه می‌دهد اشخاصی که طرف دعوا نیستند، در نقش «همیار دادگاه» یا اکنون «همیار مرجع حل اختلاف» وارد دعوا شوند و در روند رسیدگی آن مشارکت کنند. پاراگراف دوم ماده ۳۷ مجموعه قواعد داوری ایکسید به این صورت اصلاح شده است:

«پس از مشورت با طرفین دعوا، دیوان داوری ممکن است به شخص یا نهادی که طرف دعوا محسوب نمی‌شود (در این مجموعه قواعد از آن تحت عنوان «طرف غیر دعوا» نام برده می‌شود)، اجازه دهد تا اظهارات کتبی مربوط به موضوعی در قلمروی دعوا را در

۱. مطابق با چارچوبی که کمیسیون تجارت آزاد نفتا برای ثبت نظرات همیاری تعریف کرد، درخواست‌های ورود به‌مثابه ثالث باید حاوی این موارد باشد: نظرات کتبی که اشخاص قصد ارائه آن‌ها را به دیوان دارند، توضیحات ویژه‌ای در خصوص قلمروی این نظرات، منافی که سبب شده آن نهاد یا شخص اقدام به ثبت نظرات کند و نیز فاش کردن منابع مالی یا دیگر منابعی که به آن سازمان کمک مالی می‌کنند.

2. Decision of Methanex Tribunal on Amici Curiae, *Supra* note 61, Para 29

3. *Ibid*, Para 30

4. *Ibid*, Para 31

دیوان داوری ثبت کند. در تعیین اینکه آیا ثبت این اظهارات اجازه داده شود، دیوان داوری در میان سایر مسائل، در نظر خواهد گرفت، حدودی را که:

الف) اظهارات طرف غیر دعوا با ارائه دیدگاه، دانش خاص یا بینشی که متفاوت با آنچه طرفین دعوا ارائه کرده‌اند، در تعیین یک مسئله موضوعی یا حکمی مرتبط با جریان رسیدگی به دیوان کمک خواهد کرد؛

ب) اظهارات طرف غیر دعوا مسئله‌ای را در قلمروی دعوا خطاب قرار دهد؛

ج) طرف غیر دعوا یک نفع اساسی در روند رسیدگی دارد.

دیوان داوری اطمینان حاصل خواهد کرد که اظهارات طرف غیر دعوا روند رسیدگی را مختل نمی‌کند یا فشار بی‌جهت یا لطمه ناعادلانه به هیچ‌یک از طرفین دعوا وارد نمی‌آورد، و اینکه به هر دو طرف دعوا این فرصت داده شود تا نظرات و اعتقادات خود را در خصوص اظهارات طرف غیر دعوا ارائه کنند.»

در خصوص ماده فوق‌الذکر دو نکته را باید در نظر داشت؛ اول آنکه شرط سوم این ماده که بیان می‌دارد طرف غیر دعوا باید «نفع اساسی»<sup>۱</sup> در رسیدگی دعوا داشته باشد، بیانگر قابلیت پذیرش نهاد «همیار دادگاه» و گسترش این نهاد در داوری‌های تحت مرکز ایکسید است. نکته دوم اینکه اگرچه دیوان داوری برای پذیرفتن طرف غیر دعوا، با سرمایه‌گذار و دولت طرف دعوا مشاوره می‌کند، ممکن است درخواست ارائه اظهارات طرف غیر دعوا را برخلاف نظر طرفین دعوا بپذیرد.<sup>۲</sup> تمایل دیوان‌های داوری ایکسید به پذیرفتن درخواست ارائه اظهارات طرف غیر دعوا حتی در صورت مخالفت دولت و سرمایه‌گذار طرف دعوا، بسیار با اهمیت است؛ زیرا مشخص می‌کند که در حال حاضر به چه میزان ایکسید در خصوص مسئله وجود شفافیت و مشارکت طرف غیر دعوا در روند رسیدگی داوری‌های خود جدی است.

اصلاحات ماده ۳۷، اگرچه تحت تأثیر نتایج و دستاوردهای دیگر دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، خصوصاً دعوی متانکس است، اساساً و به‌طور بنیادین متفاوت از آن‌هاست. شرطی که وجود نفع اساسی در رسیدگی را برای مداخله اشخاص ثالث در جریان

1. Significant Interest

2. Buckley, Ross P & Blyschak, paul, *Guarding the Open Door: Non-party Participation Before The International Centre for Settlement of Investment Disputes*, University of New South Wales (UNSW), Faculty of Law, UNSW Law Research Paper No. 2007-33, at 12

رسیدگی ضروری می‌داند، بسیار ماهرانه وضع شده است؛ اما مسئله مهم‌تر، تأثیر و اجرای آن است. دیوان داوری در دعوی متانکس، تنها نکته‌ای که در پذیرش همیار دادگاه مد نظر قرار داد، این بود که آیا شخص ثالث داوطلب ورود به دعوا، حاوی اطلاعاتی مرتبط با دعوا که از سوی طرفین ارائه نشده، هست یا خیر. به عبارت دیگر، در این دعوا، وجود یا عدم وجود نفع اساسی برای شخص ثالث در نظر دیوان داوری اهمیت برجسته‌ای نداشته است.<sup>۱</sup> اما با وجود این شرط در ماده ۳۷، دیوان‌های داوری ایکسید باید علاوه بر توجه به نوع اطلاعات اشخاص ثالث، این موضوع را نیز در نظر بگیرند که «نفع اساسی» نیز برای اشخاص ثالث حتماً باید به اندازه کافی وجود داشته باشد.<sup>۲</sup>

### ۳. مزایا و اشکال‌های پذیرش نهاد همیار دادگاه در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی

طرفداران نهاد همیار دادگاه برای گسترش کارکرد این نهاد در حوزه داوری‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی، به مزایای این نهاد و تأثیرات مثبتی که می‌تواند داشته باشد، اشاره دارند. از طرف مقابل، عده‌ای پذیرش نظرات همیاری و درخواست مشارکت اشخاص ذی‌نفع غیرمستقیم در روند رسیدگی‌های داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی را بنا بر دلایلی مخالف اصول پذیرفته‌شده در این روش حل‌وفصل معرفی می‌کنند.

#### ۳.۱. مزایای پذیرش همیاران دادگاه

مزایای پذیرش این نهاد، بیشتر از سوی متقاضیان مشارکت در جریان رسیدگی داوری‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی مطرح می‌شود. معمولاً دولت‌های طرف دعوا نیز بدین جهت که این نظرات، در اکثر مواقع به حمایت از آن‌ها ارائه می‌شود، بر مزایای این نهاد پافشاری و بر آن تأکید می‌کنند. اهم مزایای معرفی‌شده در ذیل بررسی می‌شود.

۱. اگرچه همان‌طور که در بیانیه تفسیری کمیسیون تجارت آزاد «نفتا» آمده است، یکی از فاکتورها برای پذیرش اشخاص ثالث در داوری تحت بخش یازده نفتا، داشتن نفع اساسی شخص ثالث عنوان شده است، اما باید توجه داشت که در این بیانیه، این فاکتورها، فاکتورهای پیشنهادی کمیسیون است و نه اینکه الزاماً دیوان داوری باید همه آن‌ها را در موقع بررسی پذیرش نظرات ارائه‌شده از سوی اشخاص ثالث در نظر بگیرد. در خود بیانیه نیز چنین آمده است: «... به دیوان داوری پیشنهاد می‌شود که فاکتورهای ذیل را مد نظر قرار دهد...». لذا با توجه به الزام‌آور نبودن این فاکتورها، دیوان داوری در دعوی متانکس وجود یا عدم وجود نفع اساسی را در زمان ارزیابی نظرات مد نظر قرار نداد.

2. Buckley & Blyschak, *Supra* note 52, at 12

**۳.۱.۱. حمایت از نفع عمومی**

مهم‌ترین هدف همیاران دادگاه از تلاش برای مشارکت در جریان داوریه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی، حمایت از منافع حیاتی جامعه از قبیل حمایت از محیط‌زیست، سلامت عمومی، حقوق بشر، حقوق کارگران، توسعه پایدار، میراث فرهنگی و مبارزه با مسئله فساد است.<sup>۱</sup>

**۳.۱.۲. ارتقای کیفیت آرای صادره**

در برخی مواقع، این امکان برای دولت طرف دعوا وجود ندارد که توجه داوران را به برخی جنبه‌های موجود در مسئله مورد اختلاف جلب کند. در این شرایط، نظرات همیاری می‌تواند چشم‌انداز جدیدی در خصوص امور موضوعی و حکمی و نیز نکات فنی راهگشا در دعوای مطروحه به دیوان داوری ارائه دهد. از این رو، مشارکت همیاران دادگاه می‌تواند کیفیت آرای صادره را افزایش دهد.<sup>۲</sup> این مسئله، نه تنها می‌تواند به سود طرفین دعوا و نیز سایر اشخاصی باشد که به واسطه وجود نفع عمومی در دعوای مطروحه، رأی دادگاه بر حقوق آن‌ها تأثیر می‌گذارد، بلکه این بهبود کیفیت آرا می‌تواند به نظام داوری سرمایه‌گذاری در دیگر دعوای نیز کمک شایانی کند.<sup>۳</sup>

**۳.۱.۳. افزایش شفافیت**

مداخله همیاران دادگاه در دعوای سرمایه‌گذاری موجب افزایش شفافیت در این داوریه‌ها می‌شود. وجود شفافیت، به نوبه خود سبب افزایش اعتبار مکانیسم داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی می‌شود و در تثبیت این روش به مثابه روش ترجیحی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری

1. Graham, Camilla, A "How To" Guide To Amicus Curiae & International Investment Arbitration, Advocates for International Development, at 6-7

2. Levine, Eugenia, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*, 29th Berkeley Journal of International Law, 2011, at 217-219

در دعوای سوئز، دیوان داوری بر چنین مزیتی صحنه گذاشت. برای دیدن متن اصلی ببینید:

*Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia.*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, October.21, 2005, Para 6.

در دعوای شرکت بایواتر گاف علیه دولت جمهوری تانزانیا ( *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No.ARB/05/22. ) نیز دیوان داوری به جنبه‌های فنی و چشم‌اندازهای جدید نظرات ارائه‌شده، اشاره کرد و اعلام داشت که اطلاعات این اشخاص غیر طرف دعوا، کاملاً متفاوت از آن چیزی بوده که از سوی طرفین دعوا ابراز شده و می‌تواند به رسیدن دیوان به رأی صحیح کمک کند. در این خصوص ببینید:

Biwater Gauff Case, Procedural Order No. 5 of 2 Feb 2007, Para 359

3. Fach Gomez, Katia, *Supra* note 11, at 545

تأثیر مستقیم دارد.<sup>۱</sup> همچنین، می‌تواند به منزلهٔ ابزاری برای کاهش انتقادات موجود در خصوص مشروعیت این روش حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری به کار رود.<sup>۲</sup>

#### ۳.۱.۴. تأثیر مثبت بر آیندهٔ نظام سرمایه‌گذاری بین‌المللی

فرایند انشا و ثبت نظرات همیاری برای جلب توجه رسانه‌ها و دیگر بخش‌های عمومی، مشوقی مطلوب برای ترویج سرمایه‌گذاری بین‌المللی محسوب می‌شود. این مسئله سبب می‌شود تا بخش عمومی، در امور مربوط به سرمایه‌گذاری شرکت کند و دانش و ایده‌های خود را چه از لحاظ علمی و چه از لحاظ عملی در نظام سرمایه‌گذاری بین‌المللی به کار گیرد. از آنجا که معمولاً این نظرات را عموماً متخصصان این حوزه ارائه می‌کنند، این نتیجه را همراه خواهد داشت که در تغییرات احتمالی قوانین داخلی و بین‌المللی یا ایجاد ابزارها و تأسیسات جدید حقوقی در این حوزه مد نظر قرار گیرند؛ لذا این مشارکت می‌تواند حرکت نظام سرمایه‌گذاری بین‌المللی را سرعت ببخشد و در تعالی آن نقش مهمی ایفاء کند.<sup>۳</sup> اما لازمهٔ این موضوع، پررنگ شدن نقش این

1. Kawharu, Amokura, *Public Participation & Transparency in Investment Arbitration: Recent Developments and Future Challenges*, ANU College Of Law, at 2-3

۲. برای مطالعه در خصوص انتقادات مربوط به عدم مشروعیت داوری به‌مثابه روش حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین‌المللی و پاسخ به آن‌ها ببینید:

Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, *Fordham Law Review*, Vol.73, 2005, at 1594-1601

در پروندهٔ متانکس، متقاضیان ثبت اظهارات همیاری، بر این مسئله، یعنی کمک نهاد همیار دادگاه به کاهش انتقادات به عدم مشروعیت داوری سرمایه‌گذاری به‌مثابه روش حل‌وفصل اختلافات، تأکید کردند:

**Paragraph 10 of Petitioner's Submissions in Methanex case:** "Drew the Tribunal's attention to the advantage that would accrue from granting the Petitioner *amicus* status in helping to remedy the public perception of NAFTA's Chapter 11 process as closed, secretive, non-transparent and one-sided, as well as being not disposed to take account of the environmental issues at stake in the cases brought under it. The Petitioner argued that the need to remedy that perception has been rendered more acute by the *Metalclad* decision, and that a properly established process for the *amicus* status will enhance the public acceptability of any ultimate decision of this Tribunal".

در دعوی بایواتر نیز دیوان داوری چنین موضوعی را در رأی خود تصریح کرد:

"The Petitioners emphasise the importance of public access to the arbitration from the perspective of the credibility of the arbitration process itself in the eyes of the public, which often considers investor-state arbitration as a system unfolding in a secret environment that is anathema in a democratic context.", *Supra* note 119, *Para* 34

3. Levine, Eugenia, *Supra* note 56, at 217-219

در هر دو درخواست پذیرش نظرات همیاری در دعوی یو پی اس علیه کانادا ( *United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada*, NAFTA Arbitration, 2001) مهم‌ترین دلیلی که این اشخاص

آن را مبنای درخواست خود برای دسترسی به اسناد موجود در دیوان اعلام کرده‌اند، همین مطلب بوده است: ←

اشخاص در روند رسیدگی‌های داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی است.<sup>۱</sup>

### ۳.۲. اشکال‌های پذیرش نهاد همیار دادگاه

نباید چنین تصور کرد که نهاد همیار دادگاه، فاقد هرگونه جنبه منفی است و تنها مزایایی دارد که در گفتار قبلی بررسی شد. در خصوص پذیرش این نهاد، اشکال‌ها و ایرادهایی از سوی سرمایه‌گذاران خارجی و نهادهای حقوقی حامی آنان و نیز دولت‌های سرمایه‌فرست مطرح شده است که به مطالعه آن‌ها خواهیم پرداخت.

#### ۳.۲.۱. شناسایی نشدن جهان‌شمول نهاد همیار دادگاه

یکی از مهم‌ترین ایرادهای مطرح‌شده در خصوص پذیرش نهاد همیار دادگاه، این است که چنین نهادی در برخی از سیستم‌های حقوقی (خاصه نظام حقوق نوشته) شناسایی نشده است. نتیجه کلی این ایراد چنین است که واردکردن این نهاد در داوری‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی سبب تفوق حقوق عرفی (مهد پیدایش این نهاد) بر حقوق نوشته خواهد شد و لذا کشورهایی که نظام حقوقی آن‌ها مبتنی بر سیستم حقوق نوشته است، از ورود این نهاد به داوری‌های فراملی استقبال نمی‌کنند.<sup>۲</sup>

→UPS Case, Decision Of The Tribunal On Petitions For Intervention And Participation As Amici Curiae, Para 47

برای دیدن متن کامل رأی ببینید:

<http://naftaclaims.com/Disputes/Canada/UPS/UPSDecisionReParticipationAmiciCuriae.pdf>

۱. در این خصوص، پاراگراف ۹ از بیانیته عمومی راجع به رژیم سرمایه‌گذاری بین‌المللی که در ۳۱ اوت ۲۰۱۰ منتشر شد، چنین بیان می‌دارد: «شهروندان، انجمن‌های محلی و نهادهای جامعه مدنی باید در یک فرایند تصمیم‌سازی که بر حقوق و منافع آن‌ها تأثیر دارد، از جمله حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین‌المللی و نیز مذاکره مجدد قرارداد، حق مشارکت داشته باشند. رژیم سرمایه‌گذاری بین‌المللی، با تجویز نکردن مشارکت کامل و برابر چنین اشخاصی در کنار سرمایه‌گذار خارجی، در جایی که منافع آن تحت تأثیر قرار می‌گیرد، اصل بنیادین عادلانه‌بودن قواعد رسیدگی را نقض می‌کند.»

برای دیدن متن کامل بیانیته و حامیان آن ببینید:

<http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement/documents/Public%20Statement%20%28June%202011%29.pdf>

2. Bjorklund, Andrea K., *The Emerging Civilization of Investment Arbitration*, 113th Penn State Law. Review, 2009, at 1293.



### ۳.۲.۲. بی‌اعتنایی در قبال اصل رضایی بودن ماهیت داوری نزد طرفین دعوا

از بارزترین ویژگی‌های داوری که نزد طرفین دعوا اهمیت برجسته‌ای دارد، رضایی بودن این روش حل‌وفصل اختلافات است. از این رو، چنانچه طرفین دعوا یا حتی یکی از آن‌ها، با پذیرش همیاران دادگاه مخالفت کند، می‌توان چنین تردیدی را مطرح کرد که داوران نباید ورود چنین اشخاصی را در جریان رسیدگی اجازه دهند. برخی از دیوان‌های داوری، با استناد به این اصل، درخواست پذیرش نظرات همیاری را رد کرده‌اند.<sup>۱</sup>

### ۳.۲.۳. ضرورت نداشتن پذیرش نظریات همیاری

به عقیده مخالفان مداخله همیاران دادگاه، در حال حاضر، مقررات حاکم بر داوری‌های سرمایه‌گذاری در خصوص جمع‌آوری و استفاده اطلاعات لازم در حل‌وفصل دعاوی مربوطه، حاوی اختیارات گسترده‌ای برای طرفین دعوا و دیوان داوری است.<sup>۲</sup> برای مثال، در مقررات ایکسید، ماده ۳۳ چگونگی سازمان‌دهی ادله اثبات را نظام‌مند کرده<sup>۳</sup> و ماده ۳۴ برای دیوان داوری در خصوص جمع‌آوری ادله و طریقه برخورد با آن‌ها، نقش فعالی در نظر گرفته است.<sup>۴</sup>

۱. برای نمونه ببینید:

*Agua del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, October 21, 2005, Para 17: "Your (petitioners) core requests are beyond the power or the authority of the Tribunal to grant. The interplay of the two treaties involved... and the consensual nature of arbitration places the control of the issues you raise with the parties, not the Tribunal. (emphasis added). In particular, it is manifestly clear to the Tribunal that it does not, absent the agreement of the Parties, have the power to join a non-party to the proceedings."

2. Fach Gomez, *Supra* note 11, at 550

3. **Article 33 of ICSID Arbitration Rules:** "Without prejudice to the rules concerning the production of documents, each party shall, within time limits fixed by the Tribunal, communicate to the Secretary-General, for transmission to the Tribunal and the other party, precise information regarding the evidence which it intends to produce and that which it intends to request the Tribunal to call for, together with an indication of the points to which such evidence will be directed."

4. **Article 34 of ICSID Arbitration Rules:** "(1) The Tribunal shall be the judge of the admissibility of any evidence adduced and of its probative value. (2) The Tribunal may, if it deems it necessary at any stage of the proceeding: (a) call upon the parties to produce documents, witnesses and experts; and (b) visit any place connected with the dispute or conduct inquiries there. (3) The parties shall cooperate with the Tribunal in the production of the evidence and in the other measures provided for in paragraph (2). The Tribunal shall take formal note of the failure of a party to comply with its obligations under this paragraph and of any reasons given for such failure."

**۳.۲.۴. اصطکاک با استراتژی طرفین داوری سرمایه‌گذاری**

مداخله همیار دادگاه معمولاً با استراتژی طرفین دعوی سرمایه‌گذاری بین‌المللی که برای حل و فصل آن به دیوان داوری منتخب خود رجوع می‌کنند، در تعارض است. در اکثر اوقات، طرفین دعوا مایل نیستند همه اطلاعات مربوط به دعویشان فاش شود؛ زیرا ممکن است بدین‌وسیله تحت فشار سیاسی قرار گیرند یا این‌گونه بپندارند که فاش شدن این اطلاعات، با منافع آن‌ها در تعارض است. از این رو، مداخله اشخاص ثالث در قالب همیار دادگاه می‌تواند بر استقلال طرفین دعوا و نیز میزان کنترل آنان بر دعوی مطروحه در دیوان داوری منتخب ایشان، تأثیر منفی داشته باشد.<sup>۱</sup>

**۳.۲.۵. گرایش یک‌سویه نظرات همیاری به سمت دولت طرف دعوا**

سرمایه‌گذاران خارجی چنین مدعی شده‌اند که در بیشتر مواقع نظرات همیاری به حمایت از دولت طرف دعوا، در دیوان‌های داوری به ثبت می‌رسند و این مسئله سبب می‌شود تا مقام رسیدگی‌کننده برای پذیرش ادعاهای آن دولت و چرخش آرا به نفع دولت طرف دعوا تحت فشار قرار گیرد. لذا پذیرش این نظرات، به قراردادن دولت طرف دعوا در موقعیتی برتر نسبت به سرمایه‌گذار خارجی منتهی می‌شود.<sup>۲</sup>

**۳.۲.۶. احتمال ارائه نظرات گمراه‌کننده و نامطلوب**

مطابق با این ایراد، برخی‌ها چنین ادعا کرده‌اند که نظرات همیاری، خصوصاً آن دسته از نظرات که رأساً و بدون درخواست دیوان ارائه شده‌اند، ارزش افزوده‌ای برای دیوان داوری ندارند و تنها به تکرار ادعاهای مطروحه از سوی دولت‌های طرف دعوا می‌پردازند؛ چراکه در این دعاوی، سازمان‌های غیردولتی به‌طور جانب‌دارانه نظرات خود را بیان می‌دارند. گاهی اوقات حتی در کشورهای در حال توسعه‌ای که از نظر تئوری، این نظرات را سودمند فرض می‌کنند، در عمل با چنین نظراتی بسیار محتاط برخورد می‌کنند. اگرچه این نهاد، بیشتر برای حمایت از کشورهای در حال توسعه در نظر گرفته شده است، به‌واسطه نبود بستر مناسب حقوقی و تخصصی در جامعه مدنی و خصوصاً سازمان‌های غیردولتی این کشورها، این نهاد کارایی زیادی برای این دسته از کشورها در داوری‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی ندارد و نظرات این اشخاص نیز نمی‌تواند مطلوب

1. Ishikawa, Tomoko, *Third Party Participation In Investment Treaty Arbitration*, 59th Cambridge Journal, 2010, at 393

2. Fach Gomez, *Supra* note 11, at 551

و درخور توجه تلقی شود. با این استدلال، حتی یکی از نویسندگان، نهاد همیار دادگاه را برای کشورهای در حال توسعه، مهمانی ناخوانده قلمداد کرده است.<sup>۱</sup>

### ۳.۲.۷. تحمیل هزینه و تأخیرهای مضاعف بر طرفین دعوا

دخالت همیار دادگاه در فرایند داورى، هزینه‌های داورى را افزایش خواهد داد و تأخیر در روند رسیدگی را به همراه خواهد داشت که نهایتاً هر دو موضوع باعث ایجاد خسارت به طرفین داورى می‌شود. در نتیجه، ارائه نظریات همیارى، از نظر زمان، منابع و افزایش درخواست‌ها و لویای ارسالى به دیوان داورى، تأثیرات مخربى بر طرفین اختلاف وارد می‌آورد و سبب می‌شود مجدداً آن دسته منتقدان داورى سرمایه‌گذارى و حامیان ارجاع این‌گونه دعاوى به دادگاه‌های ملی، این مسئله را خاطرنشان سازند.<sup>۲</sup> علاوه بر این، ارسال نظریات همیارى می‌تواند حجم کارى دیوان داورى را افزایش دهد و این مطلب نیز خود می‌تواند هزینه‌های تحمیلی بر طرفین داورى را بیشتر کند.<sup>۳</sup>

### ۳.۲.۸. در معرض خطر قرارگرفتن اطلاعات محرمانه

نظریات همیارى، خواستار شفافیت گسترده‌تر در همه فرایند رسیدگی داورى هستند و حقوق اضافی مانند دسترسی به اسناد و مدارک و نیز حق حضور در جلسات استماع داورى را طلب می‌کنند.<sup>۴</sup> این موضوعات سبب می‌شود که سرمایه‌گذاران حاضر در داورى سرمایه‌گذارى احساس کنند اطلاعات محرمانه آنان در معرض افشا در برابر عموم قرار می‌گیرد و متعاقباً آینده تجارى آنها تحت تأثیر قرار خواهد گرفت.<sup>۵</sup>

1. Ibid, at 1292

2. Levine, Eugenia, *Supra* note 56, at 24

3. Bjorklund, *Supra* note 62, at 1293

4. Bjorklund, *Supra* note 62, at 1293-95

5. Fach Gomez, *Supra* note 11, at 554

## نتیجه گیری

نهاد «همیار دادگاه» یا ذی نفع غیرمستقیم، اگرچه در نظام حقوقی «کامن لا» و به ویژه سیستم حقوقی ایالات متحده آمریکا، تأسیسی شناخته شده محسوب می شود، از ایفای نقش این نهاد در داوری های سرمایه گذاری بین المللی بیش از یک دهه نمی گذرد. برای ورود این نهاد به داوری، باید به آن به دیده عام تر یعنی «همیار مرجع حل اختلاف» نگریسته شود. به نظر می رسد مزیت ها و آثار مطلوب این نهاد، به ویژه برای دولت های طرف این داوری ها، بر اشکال هایی که بر آن مترتب است، غالب باشد و به همین جهت، با وجود مدت کمی که از ورود آن به داوری می گذرد، سرعت فراگیری این نهاد چشم گیر بوده است. پذیرش آن در برخی داوری های سرمایه گذاری، خصوصاً داوری های تحت مرکز داوری ایکسید و داوری های تحت بخش ۱۱ نفتا، به امری معمول تبدیل شده است. در دیوان داوری ایران و ایالات متحده آمریکا نیز می توان رد پای این نهاد را در قواعد داوری حاکم بر این دعاوی (تبصره ۵ الحاقی از سوی طرفین به ماده (۱) ۱۵ قواعد داوری آنسیترال) و نیز برخی از پرونده های مطروحه در این دیوان داوری جست و جو کرد. همان طور که مشاهده شد، در رویه حل و فصل اختلاف سازمان جهانی تجارت نیز استفاده از این نهاد امری رایج تلقی می شود. با توجه به روند رو به توسعه این نهاد در داوری های بین المللی، دور از ذهن نیست که در آینده نزدیک، شاهد ورود آن در داوری های تجاری بین المللی، خصوصاً آن دسته داوری هایی باشیم که در آنها نفع عمومی وجود دارد یا دولت یک طرف دعاوی داوری است.

از سوی دیگر، الحاق یا عدم الحاق ایران به مرکز حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری (ایکسید) از بحث های متداول در محافل حقوقی-داوری کشور ما است. همچنین، در ایران تلاش هایی برای فراهم کردن مقدمات لازم برای پیوستن به سازمان جهانی تجارت، در حال شکل گیری است؛ لذا، اگر صحبت از پیوستن ایران به این مراکز و سازمان ها مطرح می شود یا اگر ایران درگیر داوری های بین المللی است و اینکه احتمال به کارگیری این نهاد در این داوری ها زیاد است، لاجرم باید در کشور ما نیز از قوانین و رویه های موجود و تحولات این مراکز و سازمان ها نیز آگاهی کامل وجود داشته باشد؛ یعنی در نظام حقوقی کشور ما باید شناخت کافی از مفهوم و کارکرد نهاد «همیار دادگاه» یا ذی نفع غیرمستقیم ایجاد شود که منشأ تحولات گسترده ای در داوری های سرمایه گذاری بین المللی شده است.

## فهرست منابع

### الف) منبع فارسی

۱. خسرو سرشکی، هادی، شفافیت در روند رسیدگی داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، پایان‌نامه برای اخذ درجه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۹۲-۹۱.

### ب) منابع انگلیسی

2. *Agua del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia.*, Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, October.21, 2005.
3. Bellhouse, Jahn & Lavers, Anthony, *The Modern Amicus Curiae: A Role in Arbitration?*, 23 Civil Justice Quarterly, 2004.
4. Bjorklund, Andrea K., *The Emerging Civilization of Investment Arbitration*, 113th Penn State Law. Review, 2009.
5. Buckley, Ross P & Blyschak, paul, *Guarding the Open Door: Non-party Participation Before The International Centre for Settlement of Investment Disputes*, University of New South Wales (UNSW), Faculty of Law, UNSW Law Research Paper No. 2007-33.
6. Chirichiello, Michaela & Professor F. Gelias, *Confidentiality and Public Interest in Mixed International Arbitration*, McGill University, Institution of Comparative Law, 2003.
7. Collins, Jr., Paul M., *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, New York: Oxford University Press, 2008.
8. Collins, Jr, Paul M., *Interest Group Participation in the United State Supreme Court*, Paper Prepared For Delivery At The Symposium On The Role Of Interveners In Public Interest Litigation, University Of Toronto Law School, November 6, 2009.
9. Fach Gomez, Katia, *Rethinking The Role of Amicus Curiae in International Investment Arbitration: How to Draw The Line Favorable for The Public Interest*, Fordham International Law Journal, 2012.
10. Gao, Henry S., *Amicus curiae In WTO Dispute Settlement: Theory and Practice*, Big Country Small World, China Rights Forum, No.1, 2006
11. Graham, Camilla, *A "How To" Guide To Amicus Curiae & International Investment Arbitration*, Advocates for International Development.
12. Ishikawa, Tomoko, *Third Party Participation In Investment Treaty Arbitration*, 59<sup>th</sup> Cambridge Journal, 2010.

13. Kawharu, Amokura, *Public Participation & Transparency in Investment Arbitration: Recent Developments and Future Challenges*, ANU College Of Law.
14. K. Myrvang, Anna, *An Illustration of How Traditional Arbitration Is Being Changed By Modern International Investment Law: Investor-State Arbitration Under NAFTA Chapter XI and The Energy Chapter Treaty*, Konstanz university (Germany), 2003.
15. Levine, Eugenia, *Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation*, 29<sup>th</sup> Berkeley Journal of International Law, 2011.
16. Methanex v. United State of America, Decision of The Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene As Amici Curiae.
17. Simpson, Reagan wm. & Vasaly, Mary, *The Amicus Brief: How to Write It and Use it Effectively*, Third Edition, 2010.
18. Susan D. Franck, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, Fordham Law Review, Vol.73, 2005.
19. Statement of the Free Trade Commission On Non-Disputing Party Participation(NAFTA), 2003.
20. The North Free Trade Agreement (NAFTA), 1994
21. United States - Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom, WT/DS138, Report of the Panel, 23 December 1999, WT/DS138/R.
22. *United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada*, Decision Of The Tribunal On Petitions For Intervention And Participation As Amici Curiae,
23. *United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada*, Mexico's 1128 Submission on the Amicus Petitions, NAFTA Arbitration, 2001.
24. *United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada*, Decision Of The Tribunal On Petitions For Intervention And Participation As Amici Curiae.

#### Cases

25. Ab How (alias Louie Ah How) v. United States
26. Aguas del Tunari, S.A. v. Republic of Bolivia., Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction, October.21, 2005.

27. Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22.
28. Methanex v. United State of America (NAFTA Arbitration case)
29. Piero Foresti v. Republic of South Africa, ICSID Case No. ARB(AF)/07/1
30. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A., & Vivendi Universal, S.A v. Arg. Republic, ICSID Case No. ARB/03/19.
31. United Parcel Service of America Inc v. Government of Canada, NAFTA Arbitration, 2001
32. United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58, (WTO case)
33. United States - Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom, WT/DS138, (WTO case)

