

حفظ منافع اساسی دولت میزبان در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی

دکتر حمیدرضا نیکبخت*

نگین انصاری**

چکیده

در نظام بین‌المللی جاری، بیشتر کشورها به منظور مشارکت در اقتصاد بین‌المللی به صورت ارادی محدودیت‌هایی را در رابطه با اعمال حق حاکمیت خویش مورد پذیرش قرار داده‌اند. برای نمونه در زمینه سرمایه‌گذاری، دولت‌ها با هدف فراهم آوردن یک محیط باثبات و قابل پیش‌بینی برای سرمایه‌گذار خارجی، به انعقاد معاهدات دوجانبه روی آورده‌اند که این معاهدات با پیش‌بینی حقوق متعدد برای سرمایه‌گذاران، تا اندازه‌ای زیادی دامنه‌ی اعمال حق حاکمیت دولت میزبان سرمایه را محدود می‌سازند. مع‌هذا نگاهی دقیق به همین معاهدات نشان می‌دهد که دولت‌ها، علی‌رغم پذیرش داوطلبانه‌ی محدودیت بر سر راه اعمال حاکمیت خویش، ابزار نیرومندی برای تضمین اقتدار و حاکمیت خویش در مواقع حساس در نظر گرفته‌اند و آن عبارت است از درج شرط استثنای مربوط به حفظ منافع اساسی دولت میزبان. با وجود روند رو به رشد درج چنین استثنایی در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی به ویژه معاهدات دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، کشور عزیزمان ایران، جز در موارد بسیار معدود، از گنجانیدن چنین شرطی در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خویش بازمانده است. از این رو نوشتار حاضر در نظر

* استاد دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

** دانش‌آموخته دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی.

دارد ضمن بررسی و تحلیل موضوع، به گونه‌ای اهمیت آن را برای دست اندرکاران و طراحان معاهدات مربوط به سرمایه‌گذاری ایران تبیین نموده، راهنمایی برای شناخت آن به دست دهد. برای این منظور علاوه بر بررسی این شرط در رویه توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، آرای داوری صادره در بحران اقتصادی آرژانتین که مجالی برای بررسی این شرط در مرحله عمل می‌باشد، نیز مورد بررسی قرار گرفته است.

کلید واژگان

منافع اساسی دولت میزبان، حقوق سرمایه‌گذار خارجی، معاهدات دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی.

مقدمه

دولت‌ها در تلاش برای جذب سرمایه‌گذاری خارجی به انعقاد معاهداتی می‌پردازند که در آن حقوق مختلفی برای سرمایه‌گذاران خارجی پیش‌بینی می‌شود. گذر زمان نشان داده است که التزام دولت‌ها به رعایت این حقوق ممکن است در شرایطی با حفاظت از منافع اساسی دولت میزبان قابل جمع نباشد؛ از این رو دولت‌ها به این نتیجه رسیده‌اند که بایستی در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی خویش این نکته را متذکر شوند که جایی که حفاظت از منافع اساسی کشورشان اقتضای عدم رعایت این حقوق را داشته باشد، آن‌ها مجاز به انجام یا عدم انجام اقداماتی مغایر با تعهدات قراردادی خود خواهند بود. آن‌ها این مهم را از طریق درج شرط استثنای مربوط به حفظ منافع اساسی در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی خویش به انجام رسانده‌اند. شرط استثنای منافع اساسی، چندان که از نام آن بر می‌آید، یک استثناست و از این رو به صورت ایجابی انجام هیچ‌گونه اقدام مغایر با تعهدات مندرج در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی را توسط هیچ‌یک از طرفین تجویز نمی‌کند بلکه با بیانی منفی اعلام می‌دارد که چنانچه حفاظت از منافع اساسی دولت میزبان اقتضا نماید، در شرایط خاصی می‌تواند از این تعهدات عدول نماید، بدون این که مسئولیتی از این باب عهده‌دار گردد.

برای درک مفهوم "منافع اساسی" مورد نظر در این شرط، می‌توان از باب مقایسه با دفاع اضطرار^۱، به تفسیر ماده ۲۵ سند کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد در باب مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها مراجعه کرد که در آن یکی از شرایط استناد به دفاع اضطرار چنین معرفی شده است که نقض تعهد بین‌المللی از سوی یک دولت، بایستی تنها راه برای

۱. زیرا دفاع اضطرار نیز در مواردی مطرح می‌شود که تعارضی آشفتنی ناپذیر میان منفعت اساسی از یک سو و تعهد بین‌المللی دولت استنادکننده به این دفاع از سوی دیگر وجود داشته باشد.

حفظ منافع اساسی آن دولت در مقابل یک خطر جدی و قریب الوقوع باشد.^۲ مطابق تفسیرهای صورت گرفته از شرط فوق، منافع اساسی اصولاً قابل تعریف نبوده بلکه به تمامی شرایط پرونده بستگی دارد و از این رو نمی توان نسبت به آن پیش داوری نمود. با این وجود می توان گفت این مفهوم ناظر به منافع مهم و حیاتی از قبیل بقای سیاسی، اقتصادی، حفظ صلح داخلی، حفاظت از محیط زیست و ... می باشد.^۳ معنای منافع اساسی در شرط استثنای مورد نظر نیز از این معنا دور نیست. با این حال نگاهی به توافقات سرمایه گذاری بین المللی نشان می دهد که این توافقات عموماً منافع اساسی را به مسائل امنیتی محدود کرده اند و برای نمونه های آن از منافع امنیتی اساسی،^۴ نظم عمومی^۵ و اخلاق حسنه^۶ نام برده اند.^۷ رویه توافقات، منافع امنیتی اساسی را ناظر به شرایطی می داند که کشوری می خواهد در مقابل وضعیت جنگ داخلی یا بین المللی از خود محافظت نماید، در

۲. ماده ۲۵: "۱- دولت نمی تواند برای توجیه متخلفانه بودن فعل مغایر تعهد بین المللی خویش به ضرورت استناد کند مگر آن که آن فعل: الف) تنها راه برای حفاظت از منافع اساسی دولت در برابر خطر جدی و قریب الوقوع باشد؛ و ...".

۳. کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل متحد، مسئولیت بین المللی دولت ها؛ متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین الملل، ترجمه علیرضا ابراهیم گل، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۸. ص. ۱۶۰.

4. Essential Security Interest.

5. Public Order.

6. Public Morals.

۷. برای نمونه ببینید:

Article X of the BIT between Czech Republic and United States(1991), Article IX of the BIT between Estonia and the United states(1994), Article 12 of the BIT between Hungary and India (2003).

حالی که نظم عمومی به حکومت قانون و اطمینان از صلح در کشور اشاره دارد.^۸ اخلاق حسنه نیز که به استانداردهای رفتاری درست و غلط یک جامعه اطلاق می‌شود، علی‌رغم این که مفهومی مجزا از نظم عمومی داراست اما در مواردی با نظم عمومی همپوشانی داشته و از ارزش‌های مشترک زیادی حمایت می‌کنند. در کنار این موارد دیده شده که برخی توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، تعهدات دولت میزبان در رابطه با "حفظ و احیای صلح و امنیت بین‌المللی"^۹ را ذیل شرط استثنای مورد نظر آورده‌اند.^{۱۰} گنجاندن این مفهوم در توافقات سرمایه‌گذاری تا اندازه زیادی دایره‌ی اعمال مواد مربوط به امنیت را توسعه بخشیده است زیرا به دولت میزبان اجازه می‌دهد در جایی که چیزی مستقیماً امنیت ملی آن را تهدید نمی‌کند و تنها به این علت که نسبت به حفظ یا احیای صلح و امنیت بین‌المللی متعهد است، به این مقرر استناد نماید.^{۱۱} توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، بعضاً در کنار تبیین مفهوم منافع اساسی، از شرایطی نیز که منافع اساسی در آن به مخاطره می‌افتد، با عنوان "شرایط فوق‌العاده"^{۱۲} یاد کرده‌اند^{۱۳} که می‌تواند بحران بسیار شدید سیاسی، پولی،

8. UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking, New York and Geneva, United Nations publication, 2007, P. 83.

9. Maintenance and Restoration International Peace and Security.

۱۰. برای نمونه ببینید:

Article 18 of the BIT between the United States and Uruguay (2005), Article 10 of the BIT between Canada and the Hashemite Kingdom of Jordan (2009), Article 7 of the BIT between the United Kingdom and Ethiopia (2009).

11. UNCTAD, The Protection of National Security in IIAs, New York and Geneva, United Nations publication, 2009, P.78.

12. Circumstances of Extreme Emergency.

۱۳. برای نمونه ببینید:

مالی، بلایای طبیعی، بیماری‌های فراگیر، آشوب و نافرمانی مدنی را در برگیرد.^{۱۴} علاوه بر این می‌توان به توافقاتی اشاره کرد که در آن‌ها در کنار مسائل مربوط به امنیت، مسائل دیگری از قبیل حفظ محیط زیست، سلامت عمومی یا مسائل فرهنگی دولت میزبان در قالب شرط استثنای مزبور، مورد توجه قرار گرفته است.^{۱۵}

فراوانی موارد این شرط در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی به ویژه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری نشان از این دارد که درج شرط استثنای مزبور به تدریج به امری رایج در این توافقات تبدیل گردیده است. تحقیق صورت گرفته توسط سازمان همکاری و توسعه اقتصادی بر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد شده توسط ۴۳ کشور به خوبی ادعای اخیر را ثابت می‌نماید؛ زیرا از ۴۳ کشور موضوع تحقیق تنها ۱۰ کشور^{۱۶} بودند که در هیچ یک از معاهدات دوجانبه خود مقرره‌ای راجع به استثنای منافع امنیتی اساسی نداشتند. در مقابل، کشوری مثل آمریکا همیشه چنین مقرره‌ای را در معاهدات خود جای داده است، کشورهایی چون آلمان، بلژیک-لوکزامبورگ، هند و مکزیک نیز بیشتر اوقات از چنین مقرره‌ای در معاهدات خود بهره برده‌اند و ۲۷ کشور باقی مانده از این گروه نیز به

←
Article 11 of the BIT between the United Kingdom and India (1994), Article 12 of the BIT between Hungary and India(2003).

14. UNCTAD, The Protection of National Security in IIAs, Op.cit., P.76.

۱۵. برای نمونه ببینید:

Article 12 of the BIT between Russia and Hungary (1995), Article 3 of the BIT between Sweden and Russia (1995).

۱۶. این ده کشور عبارتند از ایتالیا، نروژ، دانمارک، ایرلند، اسلونی، یونان، برزیل، آفریقای جنوبی، ایسلند، کانادا (مدل قدیمی معاهدات دوجانبه این کشور، مدل ۲۰۰۴ این کشور شرط استثنای منافع امنیتی را در خود جای داده است).

صورت پراکنده در برخی از معاهدات دوجانبه‌ی خود این موضوع را مورد شناسایی قرار داده‌اند.^{۱۷} اسناد چند جانبه و منطقه‌ای نظیر موافقت‌نامه تجارت آزاد کشورهای آمریکای شمالی^{۱۸}، منشور انرژی^{۱۹} و موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات^{۲۰} نیز از منافع امنیتی اساسی به عنوان استثنایی بر تعهدات مقرر در این اسناد در مقابل سرمایه‌گذاران خارجی یاد کرده‌اند.

با این حال آنچه سبب شده درج شرط استثنای مربوط به حفظ منافع اساسی طی سال‌های اخیر در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی بیش از پیش مورد توجه قرار گیرد، وقوع بحران‌های اقتصادی گسترده در سطح جهان بوده است چرا که وقوع این بحران‌ها، دولت‌های میزبان سرمایه را متوجه این مسأله نمود که پیش‌بینی حمایت‌های گسترده در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی برای سرمایه‌گذاران خارجی، بدون درج مقرراتی برای حمایت از منافع اساسی دولت میزبان باعث می‌شود که دولت میزبان در شرایط بحران اقتصادی، یا از اتخاذ اقداماتی برای حفظ منافع اساسی خود باز بماند یا در صورت اتخاذ این اقدامات به جهت مغایرت با حقوق پیش‌بینی شده برای سرمایه‌گذاران در مقابل مراجع حل و فصل اختلاف از جمله دیوان‌های داوری مسئول شناخته شود زیرا دیوان‌های داوری تنها زمانی

17. OECD, Essential Security Interests under International Investment Law, OECD Publishing, 2007, P. 99. available at: <http://www.oecd.org/dataoecd/59/50/40243411.pdf>.

18. Article 2102 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA)(signed 1992, entered into force 1994).

19. Article 24 of the Energy Charter Treaty (ECT)(signed 1994, entered into force 1998).

20. Article XIV of the General Agreement on Trade in Services(GATS)(1994).

می‌توانند به اعمال این استثنا بپردازند که طرفین بر آن تراضی نموده باشند.^{۲۱} نظر به جمیع عوامل پیش گفته، نوشتار حاضر در نظر دارد ضمن بررسی این شرط در رویه توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی به ویژه معاهدات دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، اعمال این شرط را در پرتو آرای داوری صادره از ایکسید در جریان بحران اقتصادی آرژانتین مورد مطالعه قرار دهد.

فصل اول: شرط استثنای منافع اساسی در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی
در این فصل تلاش شده تا با تمرکز بر این شرط، شیوهی نگارش این مقررہ (مبحث اول) و شرایط استناد و اثر آن (مبحث دوم) در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی مورد بررسی قرار گیرد.

مبحث اول: شیوهی درج شرط استثنای منافع اساسی در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی

نوع نگارش شرط استثنای مربوط به منافع اساسی دولت میزبان در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی از دو منظر قابل بررسی است؛ اول به لحاظ قلمرو اعمال در نظر گرفته شده برای این مقررہ و دوم به لحاظ درجهی استقلال پیش‌بینی شده در آن برای دولت میزبان جهت استناد به چنین مقررہ‌ای. در ادامه بر اساس دو معیار فوق به ارائه یک تقسیم‌بندی از این شرط خواهیم پرداخت.

21. Sornarajah, M., the International Law on Foreign Investment, Cambridge , Cambridge University Press, 2010, P.231.

گفتار اول: تقسیم بندی شرط استثنای منافع اساسی به لحاظ قلمرو اعمال

نگاهی به شرط استثنای منافع اساسی در توافقات سرمایه گذاری بین المللی نشان می دهد که این توافقات از روش های متفاوتی برای تعیین قلمرو این مقرر به بهره برده اند؛ برخی چنین استثنایی را نسبت به تمامی تعهدات ماهوی معاهده قابل اعمال دانسته (استثنای عام-^{۲۲})، برخی دامنه اعمال آن را به موارد خاصی محدود نموده اند (استثنای خاص)^{۲۳} و نهایتاً پاره ای دیگر، مواردی که این مقرر نسبت به آن ها قابل اعمال نیست را بر شمرده اند.

بند اول: استثنای عام

استثنای عام چندان که از نام آن بر می آید، نسبت به عموم تعهدات مقرر در موافقت نامه اعمال می شود؛ بدین معنا که دولت میزبان را از جمله تعهداتی که نسبت به سرمایه گذار خارجی در قالب یک توافق سرمایه گذاری بین المللی پذیرفته، معاف می سازد. این نوع استثنا معمولاً با عباراتی نظیر "هیچ چیز در این معاهده نباید به نحوی تفسیر شود که یک طرف متعاهد را از اتخاذ یا اجرای تدابیری که برای حفظ نظم عمومی یا ... ضروری است، منع نماید"^{۲۴} یا "هیچ چیز در این موافقت نامه، طرف متعاهد میزبان را از انجام اقدام برای حفظ منافع امنیتی اساسی یا در اوضاع و احوال بسیار اضطراری ... باز نخواهد داشت"^{۲۵}، در متن توافقات سرمایه گذاری بین المللی درج می گردد.

22. General Exception Clause.

23. Specific Expection Clause.

24. "Nothing in the treaty shall be construed to prevent the adoption or enforcement of measures necessary for maintenance of public order ..."

25. " Nothing in this Agreement precludes the host contracting Party from taking action for the protection of its essential security interest or in circumstances of extreme emergency ..."

در تحقیق صورت گرفته توسط سازمان همکاری و توسعه اقتصادی که در مقدمه بحث به آن اشاره شد، ادعا شده که بیشتر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری از این شیوه برای درج استثنای مربوط به منافع اساسی استفاده کرده‌اند.^{۲۶} مدل‌های طراحی شده برای معاهدات دوجانبه‌ی سرمایه‌گذاری نیز بعضاً از این روش بهره برده‌اند.^{۲۷} در میان اسناد چند جانبه، نیز می‌توان از موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات^{۲۸} و نیز پیش‌نویس معاهده چندجانبه سرمایه‌گذاری^{۲۹} به عنوان نمونه‌هایی یاد کرد که از این روش استفاده کرده‌اند.

بند دوم: استثنای خاص

استثنای مربوط به منافع اساسی بعضاً تنها نسبت به مواد خاصی از معاهده اعمال می‌شود و دولت متعاقد را از برخی تعهدات قراردادی رها می‌سازد. در چنین مواردی معمول است که استثنا را در قالب یک ماده‌ی جداگانه و مستقل نمی‌آورند بلکه به ذکر آن در ذیل ماده‌ی دیگری بسنده می‌کنند. این ماده که استثنای منافع اساسی در ذیل آن قرار می‌گیرد اصولاً موادی است که حقوق سرمایه‌گذار خارجی را مقرر می‌نماید. رایج‌ترین این موارد در ادامه بررسی می‌شود.

الف: استثنا نسبت به تعهد به پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی

ورود به قلمرو سرزمینی یک دولت و بالتبع برپایی سرمایه‌گذاری در آن نیازمند کسب

26.OECD, Op.cit.

۲۷. برای نمونه ببینید:

Article 10 of the Canadian Model BIT (2004).

28. Article XIV of GATS.

29. Article 6 of Multilateral Agreement on Investment (MAI)(1999).

مجوز از دولت میزبان سرمایه است و سرمایه‌گذاران بدهتاً از چنین حقی برخوردار نیستند مگر این که دولت‌ها در چارچوب توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی خویش چنین حقی را برای سرمایه‌گذاران طرف مقابل پیش‌بینی کرده و خود را به رعایت چنین تعهدی ملتزم نموده باشند. در حال حاضر تنها اقلیتی از کشورها هم‌چون کانادا و آمریکا، به عنوان سرمداران نظام اقتصاد آزاد، در معاهدات خود تعهد به پذیرش سرمایه‌گذاران خارجی را پذیرا شده‌اند. پذیرش این تعهد از سوی دولت میزبان، حق ورود و برپایی سرمایه‌گذاری را به محض لازم‌الاجرا شدن معاهده برای سرمایه‌گذاران طرف مقابل ایجاد می‌کند به گونه‌ای که آن‌ها را از کسب مجوز بعدی از دولت میزبان برای ایجاد سرمایه‌گذاری بی‌نیاز می‌نماید (نظام پذیرش آزاد^{۳۰}). در مقابل این رویکرد، نظام پذیرش محدود^{۳۱} قرار دارد که با مشروط نمودن حمایت از سرمایه‌گذاران به پذیرش آن‌ها بر اساس قوانین و مقررات دولت میزبان، حق گزینش و ارزیابی سرمایه‌گذاری را در هر مورد برای این دولت‌ها محفوظ نگه می‌دارد.^{۳۲}

با وجود آن‌که در حال حاضر، نگرش غالب در زمینه‌ی پذیرش سرمایه‌گذاری، نظام پذیرش محدود است، اما پیش‌بینی می‌شود در آینده این نگرش جای خود را به نظام پذیرش آزاد بدهد، به دو دلیل: اول؛ نقش ایالات متحده آمریکا، کانادا، ژاپن و کره جنوبی به عنوان دنبال‌کنندگان نظام پذیرش آزاد در سرمایه‌گذاری جهانی و نتیجتاً سرایت دیدگاه این کشورها در خصوص این مسأله به معاهدات سایر کشورها. دوم؛ درج تعهد به اعطای

30.Right of Establishment Model.

31. Admission Clause Model.

32.UNCTAD, Admission and Establishment , New York and Geneva, United Nations publication, 2002,PP. 38-39.

رفتار دولت کامله الوداد در اکثریت قریب به اتفاق معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری که به نوبه‌ی خود باعث گسترش چنین رویکردی به موافقت‌نامه‌های منعقدۀ توسط دیگر کشورها خواهد شد.^{۳۳}

با قبول پیش‌بینی فوق، استثنای منافع اساسی در خصوص مسأله‌ی پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی اهمیت به سزایی خواهد یافت؛ زیرا در شرایط کنونی که نظام غالب در خصوص مسأله‌ی پذیرش سرمایه‌گذاری، نظام پذیرش محدود است و پذیرش سرمایه‌گذاری اصولاً به مطابقت با قوانین و مقررات ملی دولت میزبان مشروط شده است، حق دولت میزبان در پذیرش یا رد سرمایه‌گذاری خارجی محفوظ باقی می‌ماند. بالتبع چنین حقی شامل نپذیرفتن سرمایه‌گذاری به دلیل مغایرت با منافع اساسی دولت میزبان نیز می‌شود و از این رو درج شرط استثنای منافع اساسی در چنین شرایطی حشو و زائد به نظر می‌رسد. اما اگر بپذیریم روند کنونی به سوی نظام پذیرش آزاد در حال تغییر است، قضیه صورت دیگری می‌یابد زیرا در چنین فرضی بدون وجود شرط مربوط به استثنای منافع اساسی، دولت میزبان ناگزیر از پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی است. بنابراین لازم است دولت میزبان در این جا با پیش‌بینی چنین استثنایی، خود را از این مسئولیت معاف سازد تا چنانچه پذیرش یک سرمایه‌گذاری را در تعارض با منافع اساسی خویش دانست، بتواند بدون نقض تعهد خویش مبنی بر پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی از پذیرش چنین سرمایه‌گذاری اجتناب نماید. اگرچه سازمان تجارت و توسعه با مطالعه‌ای که بر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری انجام داده است، وجود ارتباط میان تعهد به پذیرش سرمایه‌گذاری

۳۳. افتخار، رضا، "اصلاح معاهدات دوجانبه‌ی سرمایه‌گذاری ایران در پرتو تحولات اخیر حقوق سرمایه‌گذاری"، پایان‌نامه برای اخذ درجه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، سال تحصیلی ۱۳۹۰-۱۳۸۹، ص. ۵۴.

خارجی از یک سو و پیش‌بینی استثنا در این معاهدات از سوی دیگر را تأیید نکرده و اظهار داشته است علی‌رغم تصور اولیه مبنی بر این که وجود شرط استثنا در معاهدات دوجانبه‌ی مشتمل بر حق ایجاد و برپایی سرمایه‌گذاری خارجی بیشتر است، چنین نیست.^{۳۴}

ب: استثنا نسبت به تعهد به رعایت استاندارد رفتار ملی

یکی از مهم‌ترین تعهداتی که دولت‌ها در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر عهده می‌گیرند، رعایت استاندارد رفتار ملی است که هدف عدم تبعیض میان سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی را دنبال می‌نماید. علی‌رغم درج چنین تعهدی در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، ممکن است طرفین قرارداد در شرایطی نتوانند به این تعهد ملتزم باقی بمانند از جمله در جایی که بحران اقتصادی، رفتار تبعیض‌آمیز میان سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی را ایجاد می‌نماید. در چنین شرایطی دولت میزبان ناگزیر به نقض این تعهد خواهد بود. اما از آن‌جا که نقض هر یک از تعهدات معاهده، مسئولیت سنگینی برای ناقض به بار می‌آورد و وی را به پرداخت خسارت سنگینی وادار می‌نماید، دولت‌ها در توافقات خویش تصریح می‌نمایند که تدابیر اتخاذ شده برای حفظ منافع اساسی بیرون از قلمرو اعمال استاندارد رفتار ملی قرار می‌گیرد.^{۳۵} بدین ترتیب چنان‌چه دولت میزبان برای حفظ منافع اساسی دست به اقداماتی مغایر با تعهد به رفتار ملی بزند مسئولیتی از این باب نمی‌یابد.^{۳۶}

34. UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking, Op.cit., P. 81.

35. "Measures that have to be taken for reasons of public security, public health or morality shall not be deemed treatment less favourable ...".

۳۶. برای نمونه ببینید:

Ad Article 3 of Protocol to treaty of German Model Treaty (2005).

ج: استثنا نسبت به تعهد به رعایت استاندارد رفتار دولت کامله الوداد

یکی دیگر از استانداردهای رفتاری که دولت‌ها بر اساس توافق، تعهد به رعایت آن را در مقابل سرمایه‌گذاران خارجی می‌پذیرند، استاندارد موسوم به رفتار دولت کامله الوداد است. این استاندارد نیز مانند رفتار ملی هدف عدم تبعیض میان سرمایه‌گذاران را دنبال می‌نماید با این تفاوت که در این جا هدف، رفع تبعیض میان سرمایه‌گذاران خارجی با ملیت‌های متفاوت است.

دولت میزبان اساساً می‌تواند استراتژی‌های توسعه‌ی خویش را دنبال نمایند بدون این که میان سرمایه‌گذاران کشورهای مختلف قائل به تفاوتی شوند اما در شرایطی ممکن است این دو مهم با یکدیگر قابل جمع نباشد بدین جهت توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی استثنائات مختلفی بر اعمال این شرط در نظر گرفته‌اند. مهم‌ترین این استثنائات، استثنائات مربوط به حفظ نظم عمومی، اخلاق حسنه، سلامت عمومی و امنیت ملی است.^{۳۷} درج چنین استثنائاتی نسبت به شرط دولت کامله الوداد باعث می‌شود دولت‌ها بتوانند انعطاف خود را برای دنبال کردن اهداف توسعه‌ی حفظ نمایند.^{۳۸} چنین استثنائاتی عموماً این گونه تنظیم می‌شوند که رفتار مغایر با این استاندارد را که به منظور حفاظت از منافع اساسی دولت میزبان انجام می‌شوند را رفتار تبعیض‌آمیز تلقی نمی‌کنند.^{۳۹} ارتباط میان استثنای مربوط به منافع اساسی با استانداردهای رفتاری مذکور (رفتار ملی

37. UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, New York and Geneva, United Nations publication, 1999, PP.15-16.

38. Ibid., P. 39.

۳۹. برای نمونه ببینید:

Article 7 of the United Kingdom Model BIT (2005, with 2006 amendments).

و رفتار دولت کامله الوداد) در دو فرض قابل بررسی است؛ اول اعمال این استانداردها در مرحله‌ی ورود سرمایه‌گذاری، دوم؛ اعمال آن‌ها در رابطه با مرحله‌ی پس از پذیرش سرمایه‌گذاری. در فرض اول بسته به این که یک توافق سرمایه‌گذاری بین‌المللی در بحث ورود و پذیرش سرمایه‌گذاری از نظام پذیرش محدود استفاده نماید یا نظام پذیرش آزاد، میزان این ارتباط متفاوت است چنان چه در قسمت پیش اشاره شد، اگر یک توافق سرمایه‌گذاری بین‌المللی از نظام پذیرش محدود استفاده نماید این ارتباط کم است. در مقابل این ارتباط قوی خواهد بود اگر توافق سرمایه‌گذاری از نظام پذیرش آزاد تبعیت نماید؛ چون در چنین حالتی استناد به استثنا تنها راه گریز دولت میزبان از رعایت استانداردهای مزبور در مرحله‌ی پذیرش می‌باشد. فرض دوم جایی است که نگرانی‌های مربوط به منافع اساسی به خصوص منافع امنیتی ممکن است مانع شود طرفین در ارتباط با سرمایه‌گذاری‌های صورت گرفته، استانداردهای رفتاری غیر تبعیض‌آمیز را دنبال کنند. بر این اساس چنانچه یک کشور خاص یک تهدید امنیتی ایجاد نماید، دولت میزبان ممکن است فعالیت‌های سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذار آن کشور را محدود نماید و بنابر این علی‌رغم تعهداتش مبنی بر رفتار ملی و دولت کامله‌الوداد عمل نماید. برای مثال ممکن است از چنین سرمایه‌گذارانی خواسته شود که گزارشات مخصوص ارائه دهند یا فعالیت آن‌ها را به دیگر مکانیزم‌های کنترلی که مناسب به نظر می‌رسد، مشروط نمایند یا امتیازاتی که به اتباع کشورهای دیگر در ارتباط با سرمایه‌گذاری داده می‌شود از این سرمایه‌گذاران امتناع یا سلب شود. در چنین مواردی وجود شرط استثنای منافع اساسی، دولت میزبان را مطمئن می‌سازد که اتخاذ چنین تدابیری ضرورتاً تخلف از توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیست و مسئولیتی را بر دوش آنان نمی‌گذارد.^{۴۰}

40. UNCTAD, The Protection of National Security in IIA, Op.cit., P.114.

د: استثنا نسبت به تعهد به انتقال وجوه حاصل از سرمایه‌گذاری

هدف نهایی از ایجاد و برپایی سرمایه‌گذاری خارجی، بی‌تردید کسب سود و انتقال آن به کشور متبوع سرمایه‌گذار است؛ اگر از انتقال سود توسط کشور میزبان ممانعت به عمل آید، این هدف تأمین نخواهد شد. برای این منظور در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی پیش‌بینی می‌شود که سرمایه‌گذاران طرفین متعاهدین حق دارند کلیه وجوه را به صورت آزادانه منتقل نمایند. پیش‌بینی چنین تعهدی به صورت مطلق برای دولت میزبان مشکل‌ساز خواهد بود زیرا در مواجهه با بحران‌های اقتصادی و کمبود ارز و تراژ پرداخت‌ها، سرمایه‌گذار ممکن است به محض احساس کوچکترین خطر سیاسی یا اقتصادی در کشور محل وقوع سرمایه با استناد به حق مطلق خویش مبادرت به خارج نمودن حجم بالایی از وجوه نموده و بدین ترتیب بحران ارزی را بیش از پیش تشدید نماید.^{۴۱} برای جلوگیری از چنین نتایج ناگواری برای اقتصاد دولت میزبان، معاهدات اخیر "شرط موازنه‌ی پرداخت‌ها"^{۴۲} را در توافقات سرمایه‌گذاری خویش جای داده‌اند؛ شرطی که به موجب آن حق دولت میزبان برای محدود ساختن انتقال وجوه در شرایط اضطراری به صورت موقت، شناسایی شده است. در فرض وجود چنین شرطی در معاهده، نیازی به شرط استثنای مربوط به منافع اساسی دولت میزبان نخواهد بود. اما در فرضی که معاهده فاقد چنین شرطی باشد، استناد به شرط استثنای مربوط به منافع اساسی تنها راه برای ایجاد محدودیت بر سر راه انتقال وجوه بدون نقض یک توافق سرمایه‌گذاری بین‌المللی خواهد بود.^{۴۳}

۴۱. افتخار، پیشین، ص. ۹۴.

42. Balance of payments clause.

43. UNCTAD, The Protection of National Security in IIA, Op.cit., P.116.

بند سوم: عدم اعمال استثنا در مورد مقررات خاص توافق سرمایه گذاری

تعداد اندکی از توافقات سرمایه گذاری بین المللی، موارد معینی را از دایره ی شمول استثنای مربوط به منافع اساسی خارج می کنند. در حالی که این تکنیک از رویکرد شرح داده شده در بند دوم متفاوت است اما هدف مشابه است؛ چرا که در هر دو هدف، محدود کردن دامنه اختیار دولت میزبان در اتخاذ تدابیر مربوط به حفظ منافع اساسی و افزایش امنیت حقوقی بیشتر برای سرمایه گذار است.^{۴۴} تمامی مثال هایی که می تواند در این گروه جای بگیرد، اعلام می دارد که استثنای منافع اساسی در رابطه با مواد مربوط به مصادره و جبران خسارت غیر قابل اعمال است.

الف: عدم اعمال استثنا نسبت به تعهد به عدم مصادره

مصادره و سلب مالکیت، به عنوان بزرگ ترین تهدید فراروی سرمایه گذاران خارجی، مدت ها محل بحث بوده است. در حال حاضر حقوق بین الملل عرفی دولت های میزبان را از مصادره سرمایه گذاری خارجی منع نکرده است اما آن را مشروط به شرایطی نموده، شرایط چهارگانه ای که عموماً با عنوان شرایط مصادره ی مشروع از آن ها یاد می شود عبارتند از: ۱- دلیل مصادره حفظ منافع عمومی باشد. ۲- بوسیله ی قانون مقرر شده باشد. ۳- غیر تبعیض آمیز باشد. ۴- غرامت پرداخت شود.^{۴۵} با شناسایی حق ملی کردن و مصادره برای دولت های میزبان این نگرانی برای سرمایه گذاران خارجی همیشه وجود خواهد داشت که سرمایه گذاری آن ها ممکن است در پی اعمال این حق، مصادره شود. برای مقابله با چنین

44. Ibid, P.105.

45. Dolzer, Rudolf and Schreuer, Christoph, Principles of International Investment Law, Oxford, Oxford University Press, 2008, P.91.

خطری در توافقات سرمایه‌گذاری مقرره‌ای در نظر گرفته می‌شود که دولت میزبان را، جز در صورت شرایط مقرر، از مصادره‌ی اموال خارجی‌ان باز می‌دارد. از چنین مقرره‌ای می‌توان به عنوان تعهد به عدم مصادره یاد کرد.^{۴۶}

آنچه در بالا از آن به عنوان تعهد به عدم مصادره یاد کردیم، در واقع تعهد دولت میزبان به رعایت شرایط چهارگانه‌ی مورد اشاره برای مصادره است. بنابراین در فرضی که چنین مقرره‌ای در معاهده حاضر باشد، نقض غرض خواهد بود اگر اجازه اعمال استثنای منافع اساسی نسبت به این تعهد نیز داده شود. برای اجتناب از چنین نتیجه‌ای در معاهدات تصریح می‌شود که استثنای مربوط به منافع اساسی دولت میزبان در این مورد اعمال نخواهد شد. بر این اساس دولت متعاهد می‌تواند به دلیل حمایت از منافع اساسی خود دست به مصادره سرمایه یا اموال سرمایه‌گذار خارجی بزند اما قواعد حاکم بر مصادره در چنین فرضی هم‌چنان پابرجا خواهد بود. به عبارت دیگر در این جا دولت میزبان هم‌چنان باید خسارت را پرداخت نماید تا مصادره صورت گرفته، مصادره‌ای مشروع تلقی شود.^{۴۷}

ب: عدم اعمال استثنا نسبت به تعهد به جبران خسارت

با توجه به این که هدف از توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی بوده و پرداخت خسارت آخرین و تنها راه باقی‌مانده برای سرمایه‌گذار آسیب‌دیده از اقدامات دولت میزبان محسوب می‌شود منطقی نخواهد بود اگر مجوز اعمال استثنا نسبت

۴۶. افتخار، پیشین، ص. ۱۰۵.

۴۷. برای نمونه ببینید:

Article 24 of ECT, Article 4 of the BIT between Azerbaijan and Belgium – Luxembourg (2004).

به این تعهد داده شود. بدین لحاظ در برخی از توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی در مقرره مربوط به استثنای منافع اساسی دولت میزبان، تصریح شده که این مقرره نسبت به تعهد به پرداخت خسارت اعمال نخواهد شد.^{۴۸}

گفتار دوم: تقسیم‌بندی شرط استثنای منافع اساسی به لحاظ درجه استقلال دولت میزبان در استناد به این استثنا

شرط استثنای مربوط به منافع اساسی دولت میزبان، آن‌چنان که گذشت، زمانی مورد استناد و اعمال قرار می‌گیرد که خطری منافع اساسی دولت میزبان را تهدید می‌نماید، به گونه‌ای که دولت میزبان برای حفظ این منافع ناگزیر از نادیده گرفتن برخی از تعهدات قراردادی خویش در برابر سرمایه‌گذار خارجی می‌گردد. در چنین شرایطی سؤال این است که آیا دولت میزبان قاضی واحد برای تشخیص این مسأله است که آیا چنین خطری اتفاق افتاده است یا خیر و در فرض بروز چنین خطری، اقدامات لازم برای مقابله با چنین خطری کدام است؟

در پاسخ به این سوالات، توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی از دو رویکرد عمده تبعیت کرده‌اند؛ تنظیم این شروط به صورت خودقضاوتی و غیر آن.

بند اول: شروط خود قضاوتی^{۴۹}

نگاهی به شرط استثنای مربوط به منافع اساسی دولت میزبان در توافقات سرمایه‌گذاری

۴۸. برای نمونه ببینید:

Article 15 of the BIT between Japan and Viet Nam (2003).

49. Self-Judging Clauses.

بین المللی نشان می‌دهد که بعضاً این شروط با عباراتی تنظیم شده اند که دلالت دارند بر این که دولتهای متعاهد مجاز خواهند بود که در کنار تعهدات خویش در معاهده، تدابیری که برای حفاظت از منافع امنیتی اساسی خویش **ضروری می‌دانند**، اتخاذ نمایند.^{۵۰}

عبارت "ضروری می‌داند" در چنین شرطی بیان‌گر رویکردی است که از آن با عنوان "خودقضاوتی" یاد می‌شود. منظور از چنین رویکردی آن است که دولت میزبان، خود قضاوت خواهد کرد آیا سرمایه‌گذاری صورت گرفته تهدیدی برای منافع اساسی این کشور محسوب می‌شود یا خیر و در مرحله‌ی بعد - چنان چه تشخیص داد چنین تهدیدی وجود دارد - در باب اقدام لازم برای مقابله با چنین تهدیدی تصمیم‌گیری خواهد نمود. نظر به این که در چنین فرضی، دولت میزبان امتیازی انحصاری برای ارزیابی سرمایه‌گذاری صورت گرفته به عنوان تهدیدی برای منافع اساسی و چگونگی واکنش به آن را در اختیار دارد، بازبینی قضایی اقدامات اتخاذ شده توسط دولت میزبان از سوی مراجع حل و فصل اختلاف از جمله دیوان‌های داوری در چنین فرضی منع شده است. با این وجود نمی‌توان ادعا کرد چنین شرطی سپر کاملی در برابر رسیدگی قضایی فراهم کرده و طرفین قرارداد را به طور کامل از مسئولیت بین‌المللی معاف می‌سازد چرا که دولت‌ها مطابق ماده‌ی ۲۶ کنوانسیون وین^{۵۱} به اجرای با حسن نیت تعهدات خویش متعهد شده اند.^{۵۲} از این رو

۵۰. برای نمونه ببینید:

Article 10 of the Canadian Model BIT (2004): "Nothing in this agreement shall be construed to prevent any party from taking any actions that it **considers necessary** for the protection of its essential security interests ...".

51.Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)(signed 1969, entered into force 1980).

52. UNCTAD, The Protection of National Security in IIA, Op.cit., P.39.

دیوان‌های داوری در چنین مواردی هم‌چنان صالح خواهد بود که ارزیابی نماید آیا دولت میزبان با حسن نیت عمل کرده است یا خیر. اگرچه ارزیابی عینی موضوع عملکرد با حسن نیت دولت کار آسانی نخواهد بود.

در این راستا باید توجه داشت که خود قضاوتی بودن شرط استثنای مورد بحث، یک امر استثنایی است که نیازمند تصریح است. ایالات متحده آمریکا سابقاً و برای سال‌های طولانی بر این عقیده بود که شرط استثنای مزبور ذاتاً خود قضاوتی است و این موضوع نیازمند تصریح در متن معاهدات به صورتی که در بالا بدان اشاره شد، نمی‌باشد. با بروز اختلافات و رد این ادعا در پرونده‌ی فعالیت‌های نظامی و شبه نظامی آمریکا در نیکاراگوئه و نیز پرونده‌ی سکوها‌ی نفتی، این کشور در استراتژی خود بازنگری کرده و متن معاهدات را به گونه‌ای اصلاح نموده است که به خود قضاوتی بودن استثنا تصریح داشته باشد.^{۵۳}

با این وصف بعضاً می‌توان ملاحظه کرد که توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی از عبارات دیگری در تنظیم شرط استثنا بهره برده‌اند که نتیجه‌ی آن با روش بالا یعنی تصریح خود قضاوتی بودن شرط (با درج عبارت ضروری بداند) مشابهت نشان می‌دهد. برای مثال برخی از این توافقات به سادگی اعلام می‌دارند که مفاد عهدنامه، طرفین را از انجام اقدامات مرتبط با منافع اساسی باز نخواهد داشت.^{۵۴} نظر به این که در چنین حالتی کافی

53. Vandevelde, Kenneth J., *US International Investment Agreements*, Oxford, Oxford University Press, 2009, P.205.

۵۴. برای نمونه ببینید:

Article 12 of the BIT between Hungary and India (2003): "... nothing in this agreement precludes the host contracting party from taking action for the protection of its essential security interests or in circumstances of extreme emergency in

است تدابیر صورت گرفته با منافع اساسی مرتبط باشند، دولت‌ها اختیار می‌یابند با ارزیابی ذهنی و شخصی وجود تهدید را تشخیص داده، اقدام مناسب برای مقابله با آن را صورت دهند و این نتیجه‌ای است که با شرط خودقضاوتی بودن به معنای اخص (شرطی که صراحتاً اختیار تشخیص ضرورت را به دولت میزبان واگذار نماید) نیز به دست می‌آید.^{۵۵} در روشی دیگر که البته بسیار نادر است، تدابیر اتخاذ شده برای حفاظت از منافع اساسی غیر مجادله‌ای اعلام و از بازبینی قضایی مستثنی شده‌اند و بدین ترتیب درجه‌ی بالای استقلال برای دولت میزبان پیش‌بینی شده است؛ زیرا در چنین صورتی هیچ نگرانی در مورد بازبینی اقدامات خویش توسط مراجع حل و فصل اختلاف را نخواهد داشت.^{۵۶}

نگاهی به توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی نشان می‌دهد اسناد چند جانبه و منطقه‌ای بیشتر از شرط خودقضاوتی بهره برده‌اند، در حالی که معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری اغلب چنین ویژگی ندارند.^{۵۷} علت چنین امری شاید این باشد که درج شروط خودقضاوتی در معاهدات دو جانبه با هدف این معاهدات چندان سازگار نمی‌باشد؛ توضیح آن که هدف نهایی از انعقاد معاهدات دوجانبه، چندان که از نام آن بر می‌آید، تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی است، این در حالی است که استفاده از شروط خودقضاوتی با در نظر گرفتن صلاحیت وسیعی برای دولت میزبان برای استناد به چنین شرطی، سرمایه‌گذاران

←
accordance with its laws normally and reasonably applied on a non-discriminatory basis".

55. UNCTAD, The Protection of National Security in IIA, Op.cit.P. 95.

۵۶. برای نمونه ببینید:

Article 12 of the BIT between Switzerland and Mexico (1995), Article 19 of the BIT between Austria and Mexico (1998).

57.OECD, Op.cit., P. 94.

را در معرض خطرات بالقوه فراوانی قرار داده و ثبات و قابلیت پیش بینی آینده‌ی سرمایه گذاری را تا اندازه‌ی زیادی برای آنان کاهش می‌دهد که این امر خود مانع جذب حداکثری سرمایه‌گذاری خارجی می‌گردد. این در حالی است که هدف غایی و ابتدائی اسناد چندجانبه‌ای که از شکل خودقضاوتی این شرط استفاده نموده اند،^{۵۸} تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری نبوده بلکه هدف همکاری‌های کلان اقتصادی در حوزه‌های مختلف است که سرمایه‌گذاری خارجی یکی از این حوزه‌هاست. بدین لحاظ در تنظیم این اسناد صلاحیت وسیعی به دول متعاقد از طریق درج شروط خودقضاوتی داده می‌شود تا آن‌هایی هیچ‌واهمه‌ای به این اسناد پیوندند؛ زیرا در رابطه با اسناد چند جانبه آن چه از اهمیت برخوردار است، آن است که تعداد بیشتری از کشورها به این سند متعهد گردند.

نهایتاً می‌توان گفت درج شرط خودقضاوتی در عین این که برای حمایت از منافع اساسی دولت میزبان مطلوب است، با این انتقاد روبروست که به سبب پیش‌بینی بالاترین درجه استقلال برای دولت میزبان برای استناد به استثنای منافع اساسی، راه را بر فرار از تعهدات وی می‌گشاید و بدین لحاظ امنیت سرمایه‌گذار خارجی را به مخاطره انداخته، باعث کاهش جذب سرمایه‌گذاری خارجی می‌گردد.

بند دوم: شروط غیر خود قضاوتی^{۵۹}

زمانی شرط استثنای منافع اساسی غیر خود قضاوتی محسوب می‌شود که در آن، اتخاذ تدابیر لازم برای حفظ منافع اساسی به صلاح دید دولت میزبان واگذار نشده باشد بلکه تنها ضرورت اقدامات به عنوان یک معیار عینی مورد توجه قرار گرفته باشد؛ بدین صورت

۵۸. برای نمونه ببینید:

Article 2102 of NAFTA; Article 24 of ECT; Article XIV of GATS.

59. Non Self-Judging Clauses.

که اعلام می‌شود مقررات معاهده مانع از اتخاذ اقدامات لازم توسط هر یک از طرفین برای حفاظت از نظم عمومی، منافع امنیتی اساسی و ... نخواهد بود.^{۶۱} در چنین فرضی مراجع حل و فصل اختلاف اصولاً حق بازبینی اقدامات صورت گرفته را دارند؛ بدین معنا که اولاً؛ ارزیابی می‌کنند که آیا تهدیدی برای منافع اساسی دولت میزبان وجود داشته است یا خیر. ثانیاً؛ اقدامات صورت گرفته از سوی دولت یک پاسخ لازم نسبت به این تهدید بوده است یا خیر. این امر دامنه‌ی اختیار دولت میزبان برای قانون‌گذاری برای حفاظت از منافع اساسی را کاهش می‌دهد. با این حال نباید تصور کرد که تنظیم شرط استثنای منافع اساسی به صورت یک شرط غیرخودقضاوتی باعث می‌شود برای مراجع حل و فصل اختلاف اختیار کاملی برای جایگزین کردن ارزیابی خود به جای ارزیابی دولت میزبان از موقعیت و اقدامات، تصور نمایم چرا که این امر موجب از دست رفتن مفهوم و هدف منافع اساسی دولت میزبان می‌شود؛ وجود یک طرف ثالث که توان تحمیل دیدگاه خویش در مورد وجود تهدید و اقدامات لازم برای مقابله با آن به دولت میزبان را داشته باشد، مغایر با معنا و مفهوم منافع اساسی است.^{۶۲}

مبحث دوم: شرایط استناد به شرط استثنای منافع اساسی و اثر آن در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی

اعمال استثنای مربوط به منافع اساسی نسبت به تعهدات دولت میزبان بی‌تردید نیازمند

۶۰. برای نمونه ببینید:

61. Article X of the BIT between Bulgaria and the United States (1992): "This treaty shall not preclude the application by either party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment...".

62. UNCTAD, Protection of National Security in IIA, Op.cit., P. 4.

وجود شرایط خاصی است؛ چه در غیر این صورت راه را بر سوءاستفاده و فرار از تعهدات می‌گشاید. برای این منظور توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی شرایطی را برای استناد به این استثنا مقرر نموده‌اند. در ادامه در قالب دو گفتار ابتدا به این شرایط و سپس به اثر اعمال این استثنا خواهیم پرداخت.

گفتار اول: شرایط استناد به شرط استثنای منافع اساسی در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی

برای استناد به استثنای منافع اساسی در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی شرایط پیش‌بینی شده است. نظر به این که این شرایط در تمامی توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی به چشم نمی‌خورند یا دست کم همیشه یکسان نیستند، نمی‌توان به طور دقیق از این شرایط نام برد. در ادامه برخی از مهم‌ترین این شرایط که در بیشتر توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی از آن‌ها یاد شده، مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

بند اول: ضرورت پاسخ دولت میزبان^{۶۳}

اولین و شاید مهم‌ترین شرط برای استناد به شرط استثنای منافع اساسی، ضرورت پاسخ دولت میزبان به تهدید صورت گرفته می‌باشد. توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی به صورت مختلف این شرط را مورد توجه قرار داده‌اند؛ برخی ضرورت را به عنوان پیش‌شرط عینی اعمال شرط استثنای مربوط به منافع اساسی قلمداد نموده‌اند در حالی که برخی دیگر این شرط را در قالب یک شرط خودقضاوتی مورد توجه قرار داده‌اند. در فرض اول عبارت به

63. Necessity of the host country response .

کار رفته در تنظیم مقرره بدین صورت خواهد بود که: هیچ چیز در این موافقت‌نامه نباید به گونه‌ای تفسیر شود که طرفین را از انجام **اقدامات ضروری** برای حفظ نظم عمومی و ... باز دارد.^{۶۴} در چنین حالتی مراجع حل و فصل اختلاف اختیار دارند که ضرورت اقدامات انجام شده را بسنجند بدین معنا که بررسی نمایند آیا خطر موجود نیازمند پاسخ دولت میزبان بوده است یا خیر و اگر چنین نیازی وجود داشته آیا دولت میزبان ابزار دیگری با شدت کمتر در اختیار نداشته است؟ این رویکرد معیار تناسب^{۶۵} را تجویز می‌کند و مراجع حل و فصل اختلاف را قادر می‌سازد تا تناسب اقدامات صورت گرفته با تهدید موجود را مورد ارزیابی قرار دهند. چنین رویکردی نهایتاً صلاحیت قانون‌گذاری طرفین را به اندازه‌ی قابل توجهی کاهش می‌دهد، اما در مقابل بر قابلیت پیش‌بینی سرمایه‌گذاری خارجی می‌افزاید و باعث تشویق هر چه بیشتر سرمایه‌گذار خارجی به سرمایه‌گذاری می‌شود.^{۶۶} در فرض دوم که در قسمت پیش بدان اشاره شد، مقرر می‌گردد معاهده مانع اتخاذ اقداماتی که دولت میزبان ضروری می‌داند، نخواهد شد. در این‌جا نیز شرط ضرورت همچنان پابرجاست، تنها مرجع تشخیص این ضرورت متفاوت است. بدین ترتیب که در این فرض مرجع تشخیص دولت میزبان است و دیوان داوری تنها مجاز به ارزیابی معیار حسن نیت در رابطه با اقدامات صورت گرفته توسط دولت میزبان می‌باشد.

۶۴. برای نمونه ببینید:

Article X of the BIT between Bulgaria and the United States (1992) ; Article IX of the BIT between Estonia and the United States (1994); Article 12 of the BIT between India and Czech Republic (1996).

65. Proportionality test.

66. UNCTAD, Protection of National Security in IIA, Op.cit., P.93.

بند دوم: غیر خودسرانه و غیر تبعیض آمیز بودن اقدامات دولت میزبان^{۶۷}

اگر آن دست از توافقات سرمایه گذاری بین المللی را که صراحتاً شرطی برای اعمال این استثنا تعیین نکرده اند، کنار بگذاریم، می توان گفت این شرط، به همراه مطابقت اقدامات صورت گرفته با قوانین و مقررات دولت میزبان شرط مشترک و معمول اعمال این استثنا محسوب می شود.^{۶۸} اثر چنین شرطی آن است که اولاً؛ سرمایه گذار می تواند مطمئن باشد که دولت میزبان بایستی قادر به ارائه ی یک توضیح و توجیه برای محدودیت های تحمیل شده به دلایل مربوط به منافع اساسی باشد تا اقدام وی خودسرانه تلقی نگردد. ثانیاً؛ سرمایه گذار می تواند مطمئن باشد که اعمال این محدودیت بدون توجه به تابعیت سرمایه - گذاران صورت می گیرد؛ چه در غیر این صورت اقدامات دولت میزبان تبعیض آمیز تلقی شده و در نتیجه شرایط برای اعمال این مقرره فراهم نخواهد بود. ثالثاً؛ مطابقت با قوانین و مقررات دولت میزبان امنیت بیشتری برای سرمایه گذاران خارجی به ارمغان خواهد آورد زیرا به موجب این شرط، اقدامات دولت میزبان بایستی لزوماً به مستند یک اختیار و مجوز قانونی صورت گیرد؛ به گونه ای که بتوان گفت دولت از حدود اختیارات قانونی خود تجاوز ننموده است. نهایتاً رعایت چنین شرطی باعث می شود رفتار مناسب و منصفانه تری نسبت به سرمایه گذار خارجی صورت بگیرد چرا که اصولاً در قوانین ملی دولت میزبان، جبران خسارت زیان دیده از رفتار دولت مورد توجه قرار می گیرد که سرمایه گذار می تواند

67.No arbitrary or unjustifiable discrimination .

۶۸. برای نمونه ببینید:

Article XI of the BIT between the United States and Argentina (1994); Article 11 of the BIT between the United Kingdom and India (1995) ,Article 14 of the BIT between India and China (2006).

از چنین امتیازاتی برخوردار شود. به علاوه، معمولاً در این صورت راه برای اعتراض و تجدید نظر نسبت به عمل دولت مطابق نظام قضایی دولت میزبان نیز بسته نخواهد بود.

بند سوم: عدم ایجاد محدودیت ناروا در سرمایه‌گذاری یا تجارت^{۶۹}

توافقات مشتمل بر شروط پیشین معمولاً مقرر می‌دارند که دولت میزبان از استثنا برای ایجاد محدودیت ناروا در تجارت یا سرمایه‌گذاری استفاده نخواهند کرد.^{۷۰} این دیدگاه این اطمینان را ایجاد می‌سازد که دولت میزبان قادر نخواهد بود که "از استثنا برای کاستن از تعهدات معاهده به صورت انفرادی و پراکنده استفاده کند یا اقدامات حمایتی را به بهانه‌ی تهدید منافع اساسی اتخاذ نماید".^{۷۱}

بند چهارم: سایر شرایط

در کنار شرایط فوق که تقریباً در بیشتر شروط استثنا مورد توجه قرار گرفته‌اند، بعضاً توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی شرایط دیگری را نیز برای استناد به شرط استثنای منافع اساسی مقرر داشته‌اند از جمله مطابقت با سایر قوانین بین‌المللی^{۷۲} بدین ترتیب که بیان می‌دارند اقدامات صورت گرفته برای حفظ منافع اساسی بایستی با دیگر تعهدات بین‌المللی

69. Disguised Restriction of Investment or Trade .

۷۰. برای نمونه ببینید:

Article XVII of the BIT between the United States and Canada (1997); Article 10 of the BIT between Canada and the Hashemite Kingdom of Jordan (2009).

71. UNCTAD, Protection of National Security in IIA, Op.cit., P.84.

72. Conformity with other International Rules.

دولت میزبان موافقت‌نامه منطبق باشد.^{۷۳} پیش‌بینی این شرط در توافقات سرمایه‌گذاری بدین معناست که تعهدات سابق همچنان پابرجا بوده، این استثنا تأثیری بر آن‌ها نداشته و نمی‌توان به استناد این استثنا، آن تعهدات را نیز به مانند تعهدات توافق سرمایه‌گذاری مربوطه زیرپا گذاشت.

در برخی از توافقات به شرایط شکلی توجه شده بدین معنا که طرف استنادکننده قبل یا بعد از استناد ملزم به انجام اقداماتی خاص و معین می‌باشد. برای نمونه مقرر می‌شود که طرف استنادکننده باید پیش از اتخاذ اقدامات یا در کوتاه‌ترین زمان ممکن پس از آن طرف مقابل را در جریان این اقدامات بگذارد و هدف، مبنای قانونی و عناصر آن را به وی اعلام دارد.^{۷۴}

بدیهی است در آن دست از توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی که دایره‌ی شمول استثنای مربوط به منافع اساسی را با برشمردن طبقه‌ی خاصی از موارد که شرط ممکن است در آن‌ها مورد استناد قرار گیرد، محدود نموده اند، قرار گرفتن در این طبقات یکی از شرایط استناد به شرط استثنای منافع اساسی محسوب می‌شود. باید توجه داشت که چنین شرطی تنها در جایی معنا می‌یابد که توافق سرمایه‌گذاری این موارد را به صورت انحصاری برشمرده باشد نه آن که مواردی را از باب مثال آورده ولی آن را احصا نکرده باشد.^{۷۵}

۷۳. برای نمونه ببینید:

Article 8 of The framework agreement between ASEAN and Japan .

74.UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking, Op.cit.,P.88.

۷۵. برخی توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی مواردی را برشمرده اند اما اعلام داشته اند که این استثنا می‌تواند تحت شرایطی مورد استناد قرار گیرد که صراحتاً به آن اشاره نشده است برای نمونه ببینید :

گفتار دوم: اثر استناد به شرط استثنای منافع اساسی

مهم‌ترین مسأله در باب شرط استثنای مربوط به منافع اساسی، بی‌تردید اثر استناد به چنین شرطی است. به موجب این شرط دولت میزبان اجازه می‌یابد در شرایطی که حفاظت از منافع اساسی کشورش ایجاب نماید، تعهدات خویش در برابر سرمایه‌گذار خارجی را نادیده انگارد بدون این که مسئولیتی به خاطر نقض تعهد متوجه وی گردد زیرا با اعمال این شرط از توافقتنامه، دولت متعاهد اصولاً مرتکب تخلف نمی‌گردد تا به سبب عدم هماهنگی با تعهدات مقرر در توافق نامه مسئولیتی یابد چرا که به موجب یکی از مواد همان موافقت نامه چنین اجازه‌ای یافته است. بدیهی است در صورتی که این استثنا به صورت استثنای عام تنظیم نشده باشد، دولت میزبان تنها از تعهداتی مبرا خواهد بود که شرط استثنا مقرر نموده است.

فصل دوم: شرط استثنای منافع اساسی در آیین‌آرای داوری سرمایه‌گذاری

بین‌المللی

برای این قسمت آرای صادره در بحران اقتصادی آرژانتین انتخاب شده است زیرا

←

Article 76 of Economic Partnership Agreement between New Zealand and Singapore (2000): Nothing in this agreement shall be construed :

a) As preventing either party from taking any action which it **considers** necessary for the protection of its **essential security interests, including but not limited** to action relating to traffic in arms , ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment , and any action taken in time of war or other emergency in domestic or international relations.

در جریان بحران مورد اشاره دولت آرژانتین برای مقابله با بحران و به منظور جلوگیری از اضمحلال سیاسی و اقتصادی کشور، دست به اقداماتی زد که بعضاً این اقدامات با تعهداتی که این کشور در جریان انعقاد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در قبال سرمایه‌گذاران خارجی پذیرفته بود، مغایرت داشت. همین امر سبب شد تا حجم عظیمی از دعاوی سرمایه‌گذاری علیه این کشور در دیوان‌های داوری اقامه شود. بخش مهمی از این دعاوی، دعاوی بود که توسط سرمایه‌گذاران آمریکایی و به استناد معاهده‌ی دوجانبه‌ی سرمایه‌گذاری منعقد شده میان ایالات متحده آمریکا و آرژانتین در دیوان‌های داوری ایکسید اقامه شده بود. دولت آرژانتین در مقام دفاع و برای معافیت از مسئولیت، به ماده‌ی ۱۱ از همین معاهده که همان شرط استثنای مورد نظر ماست،^{۷۶} استناد می‌کرد. دیوان‌های داوری در مواجهه با این ادعای دولت آرژانتین مباحث گسترده‌ای را پیرامون این مقرر مطرح نمودند که در ادامه به آن‌ها خواهیم پرداخت.

مبحث اول: رابطه شرط استثنای منافع اساسی با دفاع اضطرار حقوق بین-الملل عرفی در پرتو آرا داوری

دولت‌ها برای استناد به استثنای منافع اساسی در جهت توجیه اقدامات مغایر با تعهدات خود در قبال سرمایه‌گذاران خارجی دو راه پیش رو دارند: ۱- استناد به دفاع اضطرار مقرر

76 Article XI of the BIT between United states and Argentina (1991) : "This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace and security, or the protection of its own essential security interests."

در حقوق بین‌الملل عرفی ۲- پیش‌بینی شرط استثنای منافع اساسی در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی. در پرونده‌های موضوع بحث نیز دولت آرژانتین در عین حال که اساساً هرگونه نقض معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری را نفی می‌کرد، بر مبنای دو دفاع مورد اشاره، تمامی اقدامات خود را در هر صورت مشروع و قانونی می‌دانست. در برابر این رویکرد دیوان‌های داوری باید به این سؤال مهم پاسخ می‌دادند که کدام یک از این دو دفاع در این جا قابل اعمال است؟ یا به عبارت بهتر آیا دفاع اضطرار در جایی که چنین شرطی به صورت صریح پیش‌بینی شده - چنانچه در این پرونده‌ها ماده‌ی ۱۱ معاهده مشتمل بر چنین شرطی است - می‌تواند مورد استناد قرار بگیرد؟ اگر پاسخ مثبت است، این دفاع به صورت موازی با شرط استثنای منافع اساسی عمل خواهد نمود یا تنها یک نقش تفسیری به عهده خواهد گرفت؟

نگاهی به این پرونده‌ها نشان می‌دهد که دیوان‌های داوری نسبت به این موضوع رویه‌ی واحدی در پیش نگرفته‌اند؛ برای نمونه دیوان‌های داوری در گیر در پرونده‌های ال جی اند ای و کانتیننتال ابتدائاً به ارزیابی واقعیات هر پرونده در پرتو ماده‌ی ۱۱ معاهده پرداختند و سپس از دفاع اضطرار برای تقویت استدلال خود در این راستا استفاده نمودند. در پرونده‌ی ال جی اند ای دیوان برای رسیدن به چنین نتیجه‌ای این گونه استدلال نمود که: "از حیث قانون ماهوی حاکم، این دیوان باید ابتدا معاهده را اعمال کند و سپس حقوق بین‌الملل عمومی را تا جایی که لازم است مورد استفاده قرار دهد. دیوان تأکید می‌کند که ادعاها و دفاعیاتی که به آن‌ها اشاره شد، ناشی از معاهده است، بنابراین تا آن‌جا که بحث راجع به

تفسیر و اعمال مقررات معاهده است، حقوق بین‌الملل عرفی اعمال خواهد شد.^{۷۷} این دیوان در نهایت نتیجه می‌گیرد که اگرچه حمایت‌های اعطا شده به موجب ماده ۱۱ برای معافیت آرژانتین از مسئولیت کفایت می‌کنند، مقررات حقوق بین‌الملل در باب اضطراب باعث تقویت استدلال دیوان داوری می‌گردد.^{۷۸}

کارشناسان^{۷۹} در نظریه‌ی کارشناسی خود در پرونده‌ی انرون^{۸۰} با استدلال دیوان در پرونده‌ی ال‌جی‌اند ای تا اندازه‌ای هم‌سو و هم‌جهت بودند زیرا هر دو پذیرفتند که اگر معاهده مبنای دعوا به صورت خاص و ویژه به این مسأله پرداخته باشد، مسلماً دیوان داوری در تصمیم‌گیری خود باید به آن رجوع نموده و از قواعد مندرج در سند مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها تنها به عنوان تکمله‌ی بحث استفاده کند. با این وجود نتیجه‌ای که کارشناسان در پرونده‌ی انرون در نهایت بدان دست یافتند با نتیجه‌ی تحلیل دیوان در پرونده‌ی ال‌جی‌اند ای یکسان نبود؛ چرا که به اعتقاد آنان چنین مقررات تفصیلی در معاهده حاضر وجود نداشت. به دنبال نظر کارشناسان، دیوان داوری در تحلیل نهایی خود بدون تفکیک این دو از یکدیگر اعلام داشت: "نظارت قضایی دیوان باید به قدری مؤثر و قوی باشد که بتواند تشخیص دهد که آیا شرایط مندرج در حقوق بین‌الملل عرفی یا

77. LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic (as cited LG&E v. Argentine) (ICSID Case No. ARB/02/1) Award rendered on July 25, 2007, para 206.

78. Ibid. para 245.

79. Anne-Marie Slaughter and William Burke White.

80. Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (as cited Enron v. Argentine) (ICSID Case No. ARB/01/3) Award rendered on May 22, 2007, para 334.

معاهده رعایت شده اند که بتوانند عنصر تقصیر را زائل کنند یا خیر. نظر به این که دیوان به این نتیجه رسیده است که شرایط مندرج در ماده ۲۵ سند مسئولیت بین المللی دولت ها... در این خصوص رعایت نشده است... نیازی به تحلیل قضایی مجدد نیست چرا که شرایط استناد به ماده ۱۱ با شرایط استناد به حقوق بین الملل عرفی یکسان است".^{۸۱}

در پرونده‌ی سی ام اس دیوان بدون آن که صراحتاً به تفکیک این دو از یکدیگر پردازد، ابتدا به تحلیل وضعیت بر اساس حقوق بین الملل عرفی پرداخت و سپس اشعار داشت که "بحث در باب وضعیت اضطراری و فوق العاده محدود به حقوق بین الملل عرفی نیست، چرا که مقررات خاصی در معاهده وجود دارند که به این مقوله پرداخته اند".^{۸۲} این دیوان در ادامه بررسی نمود که آیا ماده‌ی ۱۱ معاهده دوجانبه سرمایه گذاری میان آمریکا و آرژانتین در بردارنده‌ی یک دفاع صحیح هست یا خیر. کمیته‌ی تجدید نظر سی ام اس در ایکسید موضع دیوان را به جهت عدم تفکیک این دو موضوع از یکدیگر مورد انتقاد قرار داد چرا که اولاً به باور کمیته‌ی تجدیدنظر، شرایط لازم برای اجرای ماده ۱۱ معاهده و ماده‌ی ۲۵ یکسان نیست و از این رو نمی توان با این دو به مثابه‌ی یک موضوع واحد برخورد نمود ثانیاً به عقیده‌ی کمیته تجدیدنظر دفاع اضطرار تنها یک گزینه‌ی کمکی برای معافیت مبتنی بر عهدنامه است.^{۸۳}

81.Ibid.,para 339.

82.CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic,(as cited CMS v. Argentine) (ICSID Case No. ARB/01/8) Award rendered on May 12, 2005, para 332.

83.CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic(ICSID Case No. ARB/01/8) Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic September 25, 2007,para 131.

نظر به هم‌سویی موضع کمیته‌ی تجدیدنظر در پرونده‌ی سی ام اس با رأی دیوان‌های داوری در پرونده‌ی ال جی اند ای و کانتیننتال و حتی تحلیل‌های صورت گرفته نظیر آن چه در پرونده‌ی انرون به آن اشاره شد، شاید بتوان گفت علی‌رغم وجود نظر مخالف، رویه‌ی قضایی به سمت پذیرش این نظر در حال حرکت است که در صورت وجود شرط استثنا مانند ماده ۱۱ معاهده مورد بحث، این مقرر اجرا خواهد شد بدون آن که نیازی به در هم آمیختن این مقرر با نیازمندهایی ماده ۲۵ سند مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها باشد. با این حال نمی‌توان در این باره اظهار نظری قاطع نمود بلکه باید منتظر آینده ماند و دید این نظر تا چه اندازه مورد پیروی قرار خواهد گرفت.

مبحث دوم: تفسیر شرط استثنای منافع اساسی در پرتو آرا داوری

مبحث حاضر در نظر دارد مسائل مربوط به شرط استثنای منافع اساسی دولت میزبان نظیر خود قضاوتی بودن، شرایط استناد و اثر چنین شرطی را در پرتو آرا صادره در پرونده‌های مربوط به بحران اقتصادی آرژانتین مورد بررسی قرار دهد.

گفتار اول: تفسیر اصطلاح نظم عمومی و منافع امنیتی اساسی

یکی از مهم‌ترین سوالات پیش روی دیوان‌های داوری در پرونده‌های فوق‌الذکر این بوده است که آیا بحران اقتصادی می‌تواند مصداقی از برهم خوردن نظم عمومی و تهدید منافع امنیتی اساسی - آن چنان که در ماده ۱۱ این معاهده آمده است - قلمداد شود یا خیر؟ پاسخ تمامی دیوان‌های داوری مورد بحث به این سؤال مثبت بود. تحلیل این که چگونه دیوان‌های داوری به این نتیجه رسیدند، جالب توجه است؛ زیرا چنین نتیجه‌ای از یک طرف به سادگی از تفسیر متن معاهده به دست نمی‌آید چرا که اصولاً اصطلاح منافع امنیتی اساسی ناظر به ملاحظات نظامی و استراتژیک است و عبارت حفظ نظم عمومی نیز به

ناآرامی‌های مدنی بر می‌گردد^{۸۴} و از طرف دیگر بحران اقتصادی به سختی به نظم عمومی و امنیت اساسی کشوری مرتبط می‌شود.

نظیر این استدلال - تفسیر لفظی - را خواهان در پرونده‌ی کانتینتال به کار بسته، می‌گوید: "بحران به وقوع پیوسته در کشور آرژانتین در طول سال‌های ۲۰۰۱ الی ۲۰۰۲ مشمول ماده ۱۱ نمی‌شود، چرا که قبل از هر چیز معنای عادی لغت امنیت، ایمنی از تهدیدات خارجی است. همچنین به عقیده خواهان صفت اساسی چیزی کمتر از حیاتی نیست و به همین دلیل وی نتیجه می‌گیرد که مقصود از منافع امنیتی اساسی یک کشور، منافعی هستند که بقای اصل کشور در مقابل تهدیدات خارجی جز با حفاظت از آن‌ها میسر نیست. آرژانتین مشخصاً هرگز با چنین تهدیدی مواجه نبوده است و هرگز خود این کشور در جریان رسیدگی‌های کنونی چنین ادعایی نداشته است".^{۸۵} در باب مفهوم نظم عمومی نیز خواهان ادعا می‌کند که "نظم عمومی دارای معنای خاص محدودی است و به اقداماتی مربوط می‌شود که راجع به صیانت از سیاست‌های عمومی، قوانین امری و اخلاق حسنه مخصوص یک ملت است. خواهان این چنین نتیجه می‌گیرد که اقدامات صورت گرفته مشخصاً برای حفاظت از این ارزش‌ها نبوده‌اند، چرا که این ارزش‌ها اساساً در دوره‌ی بحران آرژانتین مورد تهدید واقع نشده‌اند".^{۸۶} در مقابل دولت آرژانتین مدعی است که ماده‌ی ۱۱ راجع به حفظ نظم عمومی، "اقداماتی که به منظور تضمین امنیت داخلی در

84.Reinisch, August, "Necessity in International Investment Arbitration Necessity in International Investment Arbitration Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina", Journal of World Investment and Trade, 2007, Vol. 8, p.206.

85.Continental v. Argentine ,para 170.

86.Ibid., para 171.

مقابل حوادثی نظیر تظاهرات داخلی خشونت بار، ناآرامی‌ها، چپاول و جرایم، تنش‌های اجتماعی سنگین و احتمال فروپاشی اساس نظم کشور و خروج کنترل اوضاع قلمرو سرزمینی از دست دولت اتخاذ می‌شوند را در بر می‌گیرد.^{۸۷}

دیوان داوری با دولت آرژانتین هم‌نظر بود با این استدلال که اولاً برخلاف ادعای خواهان که با تفسیر بسیار مضیق از نظم عمومی، این اصطلاح را ناظر به ارزش‌های اساسی اجتماع نظیر اخلاق حسنه قلمداد می‌نمود، نظم عمومی ناظر به حفظ صلح و آرامش عمومی است، امری که می‌تواند با ناآرامی‌های بالقوه و بالفعل، آشوب‌ها و اعتراضات خشونت بار مورد تهدید قرار گیرد.^{۸۸} ثانیاً اصطلاح منافع امنیتی اساسی باید در پرتو این واقعیت تفسیر شود که مفهوم امنیت بین‌المللی دولت در نظم بین‌المللی پس از جنگ جهانی دوم، دستخوش تغییر شده و نه تنها امنیت سیاسی و نظامی را در بر می‌گیرد، بلکه امنیت اقتصادی دولت‌ها و شهروندان آنان را نیز تحت پوشش قرار می‌دهد. دیوان برای اثبات این مدعا به مقدمه‌ی منشور سازمان ملل متحد و هم چنین مقدمه‌ی اساسنامه صندوق بین‌المللی پول استناد کرده است.^{۸۹} در مرحله‌ی سوم دیوان به سابقه‌ی تاریخی چنین مقرره‌ای مراجعه نمود. در این راه دیوان به این نتیجه رسید که ماده‌ی ۱۱ ریشه در مدل معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایالات متحده آمریکا دارد که این معاهدات نیز به نوبه‌ی خود از معاهدات مدل مودت، تجارت و دریانوردی این کشور اقتباس گردیده‌اند. دیوان با اشاره به یک شرح معتبر توسط یک نویسنده‌ی مشهور که خود سال‌ها در تدوین معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری آمریکا دخیل بوده است، اعلام می‌دارد که "برداشت طرفین از متون گذشته

87.Ibid., para172.

88.Ibid., para 173, 174.

89.Ibid., para 175.

و سابقه‌ی تاریخی با برداشت محدود کنونی خواهان در انطباق نیست". مطابق شرح مورد اشاره، منافع اساسی امنیتی، منافع نظیر بهداشت، ایمنی و رفاه عمومی را نیز در بر می‌گیرد.^{۹۰} در گام بعدی، دیوان به سایر آرا صادره در چارچوب نظام داوری ایکسید در دعاوی علیه آرژانتین اشاره نمود که تمامی آن‌ها با استفاده از عبارات کلی گفته اند که "هیچ مانعی در حقوق بین‌الملل عرفی و یا هدف و موضوع معاهده وجود ندارد که بخواهد به تنهایی بحران‌های اقتصادی شدید را از قلمرو شمول ماده‌ی ۱۱ مستثنی نماید. حتی دیوان‌های داوری که به دیده‌ی تردید به شدت این بحران اقتصادی در آرژانتین نگریسته اند، پذیرفته‌اند که یک بحران اقتصادی فی نفسه مشمول ماده‌ی ۱۱ قرار می‌گیرد".^{۹۱}

این روند به همین صورت در سایر آرا تکرار شده و موضع دیوان‌های داوری در گیر نیز همواره نسبت به این موضوع ثابت بوده به طوری که شاهدیم در تمامی این موارد، دیوان‌های داوری ادعای خواهان را رد نموده اند با این استدلال که پذیرش تفسیر خواهان به معنای نادیده گرفتن فاجعه اقتصادی است که می‌توانسته زندگی تمامی مردم و نیز حاکمیت آرژانتین را تهدید نماید. نمونه‌ی چنین استدلالی در رأی ال جی اند ای به روشنی قابل مشاهده است. در این پرونده دیوان به صراحت این برداشت را که ماده‌ی ۱۱ تنها در شرایط عملیات نظامی و جنگ قابل اعمال است، را رد می‌کند و اعلام می‌دارد: "زمانی که بنیان اقتصادی کشور در معرض خطر قرار می‌گیرد، شدت مشکل می‌تواند معادل یک حمله‌ی نظامی در نظر گرفته شود". در این میان تفسیر دیوان در پرونده سی ام اس قابل توجه است. این دیوان با اشاره به دشواری استنتاج از نص ماده، از ارائه‌ی یک تفسیر لفظی استکاف نمود و در عوض به سیاق و هدف و موضوع معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری در

90. *ibid.*, para 176.-177.

91. *ibid.*, para 178.

قالب یک وارونه‌ی جالب پرداخت؛ بدین صورت که به جای این که از این قضیه اطمینان حاصل کند که تفسیر جامع او با الزامات تفسیر مبتنی بر هدف و موضوع منطبق است یا خیر، به این اندازه بسنده کرد که تفسیر موسع از اصطلاح منافع امنیتی اساسی مغایر چنین هدف و موضوعی نیست.^{۹۲}

با این اوصاف دیوان‌های داوری در پذیرش این که بحران اقتصادی می‌تواند مشمول عنوان حفظ منافع اساسی امنیتی و نظم عمومی قلمداد گردد، با یکدیگر اختلافی ندارند. آن چه مورد اختلاف است این است که آیا بحران به وقوع پیوسته در آرژانتین به گونه‌ای بوده است که مشمول چنین عنوانی تلقی گردد یا خیر.

دیوان داوری در پرونده‌ی ال جی اند ای با تحلیل شرایط آرژانتین در طول این دوران اعلام داشته: "نمی‌توان بحرانی که باعث از میان رفتن ناگهانی و نابه هنگام ستون اساسی حیات اقتصادی جامعه گردید ... قریب نیمی از جمعیت را به زیر خط فقر برد، تهدیدات قریب‌الوقوعی را نسبت به بهداشت و سلامت کودکان و بیماران و قشر آسیب‌پذیرتر جامعه به وجود آورد، ناآرامی و بی‌نظمی وسیعی را سبب گردید...، باعث استعفاهای ناگهانی و پیاپی روسای جمهور و سقوط دولت‌ها گردید... را به عنوان موقعیتی که در آن نظم عمومی و منافع امنیتی اساسی آرژانتین به عنوان یک حکومت و به عنوان کشوری که حیات آن در خطر است، انکار نمود. در مقابل دیوان در پرونده‌ی سی ام اس علی‌رغم پذیرش وجود بحرانی شدید در آرژانتین اظهار داشته که چون این بحران منجر به فروپاشی اقتصادی و اجتماعی نشده فلذا نمی‌تواند فی نفسه فاجعه آمیز تلقی شود از این رو نمی‌توان بر آن نام یک قوه قاهره نهاد که هیچ راه دیگری باقی نمی‌گذارد."^{۹۳}

92. Reinisch, Op.cit., P. 210.

93. CMS v. Argentina, para 355-356.

بر این اساس دیوان‌های داوری در این که شدت مورد نیاز برای آن که یک بحران مشمول وضعیت اضطراری مقرر در شرط استثنای منافع اساسی قرار گیرد، اختلاف نظر اساسی دارند؛ برخی هم‌چون سی‌ام اس برای چنین حکمی بحرانی را مورد نیاز می‌دانند که فروپاشی اقتصادی و اجتماعی را به دنبال آورد، در حالی که دیوان در پرونده‌ی ال‌جی‌اند ای چنین برداشتی را تهی شدن چنین مقرره‌ای از معنای خود قلمداد می‌نماید آن‌جا که اظهار می‌دارد: "حفاظت از منافع امنیتی اساسی چنان که در ماده‌ی ۱۱ معاهده آمده است، اقتضا نمی‌کند که کشور به صورت کامل دچار فروپاشی شود و یا این که قبل از آن که مقامات ملی مسئول به حفاظت از این منافع دست بزنند، یک وضعیت فاجعه آمیز به وجود آمده باشد، استناد به این ماده مقتضی این نیست که موقعیت به جایی رسیده باشد که تضمینات قانون اساسی و آزادی‌های اساسی معلق شده باشند. اگر هیچ چیز برای حفاظت باقی نمانده باشد، دیگر مبنایی برای استناد به این ماده وجود نخواهد داشت."^{۹۴}

گفتار دوم: تفسیر خودقضاوتی یا غیرخودقضاوتی بودن شرط استثنای منافع

اساسی

دومین موضوعی که دیوان‌های داوری درگیر در پرونده‌های فوق‌الذکر ناگزیر از تحلیل و بحث راجع آن بودند، خودقضاوتی یا غیرخودقضاوتی بودن مقرره‌ی مورد بحث یعنی ماده‌ی ۱۱ معاهده‌ی دوجانبه سرمایه‌گذاری بود.

استدلالی که عموماً خواهان‌ها در برابر ادعای آرژانتین مبنی بر خودقضاوتی بودن مقرره مربوط به استثنای منافع اساسی مطرح کرده و دیوان‌های داوری نیز بر آن صحه

94.LG&Ev. Argentina ,para 180.

گذاشته اند، یک تفسیر لفظی و مضیق از ماده‌ی ۱۱ معاهده است بدین صورت که استدلال می‌شود که خودقضاوتی بودن نیازمند تصریح در متن معاهده است آن چنان که برخی از توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی مثل موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت از چنین صراحتی استفاده نموده و حق ارزیابی را انحصاراً در اختیار دولت میزبان قرار داده‌اند. چنین تفسیری با ماهیت استثنایی یک شرط خودقضاوتی هماهنگ است. استثنایی پنداشتن خودقضاوتی بودن چنین مقرره‌ای از این حقیقت نشأت می‌گیرد که چنین مقرره‌ای نه با هدف این معاهدات که همانا حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی است، هماهنگ است و نه با پیش‌بینی داوری به عنوان طریقی برای حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری چرا که در چنین حالتی اختیار وسیعی برای دولت میزبان برای اتخاذ اقدامات مغایر با تعهدات معاهده در نظر گرفته می‌شود بدون آن که مرجع پیش‌بینی شده برای حل و فصل اختلافات قادر به ارزیابی ضرورت این اقدامات باشد. نمونه‌ی چنین تفسیری، پیش از این در پرونده‌ی اقدامات نظامی و شبه نظامی آمریکا در نیکاراگوئه توسط دیوان بین‌المللی دادگستری به کار گرفته شده بود.^{۹۵} خواهان در پرونده‌ی کانتینتال با اشاره به این پرونده، دقیقاً مشابه این استدلال را به کار برد، آن‌جا که اشعار داشت: "نحوه‌ی تدوین ماده‌ی ۱۱ دقیقاً از مدل معاهدات مودت، تجارت و دریانوردی ایالات متحده پیروی می‌کند، معاهده‌ای که در آن از ادبیات و زبان به کار رفته در ماده‌ی XXI موافقت‌نامه‌ی عمومی تعرفه و تجارت ۱۹۴۷، علی‌رغم مشابهت در محتوا، استفاده نشده است."^{۹۶}

در پرونده‌ی سی‌ام اس دیوان برای تصمیم‌گیری در این باره، تفسیر لفظی را ملاک عمل قرار داد و اعلام داشت "در جایی که دولت‌ها بخواهند برای خود حقی جهت

95. Vandevelde, Op.cit., P.204.

96. Continental v. Argentine, para 184.

مشروعیت اتخاذ اقدامات فوق‌العاده به صورت یکجانبه که مغایر با تعهدات پذیرفته شده در معاهده هستند، را قائل شوند، این کار را به صراحت انجام می‌دهند.^{۹۷} دیوان برای اثبات این مدعا به موافقت نامه‌ی عمومی تعرفه و تجارت و معاهده‌ی دوجانبه سرمایه‌گذاری میان آمریکا و روسیه اشاره کرد که در آن‌ها از اقداماتی که دولت میزبان "لازم می‌داند" صحبت شده است. در پرونده‌ی انرون نیز دیوان داوری با همین استدلال در کنار اشاره به آرای صادره در پرونده‌های نیکاراگوئه و سکوه‌های نفتی نتیجه گرفته که ماده‌ی ۱۱ به سبب فقدان صراحت در این باره نمی‌تواند خودقضای قلمداد شود.^{۹۸}

نتیجه‌ای که دیوان‌های داوری بدان دست یافتند، با آرای مراجع دیگر در باب دفاع اضطرار، شرط اختیار انکار منافع معاهده و موضوعاتی از این دست، همخوان و هماهنگ است از این جهت که در تمامی این موارد، مراجع حل و فصل اختلاف محدودیت‌هایی را در خصوص تعیین تکلیف یک جانبه‌ی مسائل مرتبط با منافع اساسی مطرح نموده‌اند چرا که پذیرش چنین اختیاری برای طرفین - حق تعیین تکلیف یک جانبه - باعث می‌شود بررسی مسائل اساسی و مورد اختلاف توسط یک شخص ثالث بی‌طرف، کان لم یکن گردد. این نگرانی صراحتاً توسط یک دیوان داوری ایکسید در پرونده‌ی "پلاما"^{۹۹} که از پذیرش تفسیر خودقضای بودن بند اختیار انکار منافع معاهده خودداری ورزید، ابراز شده است به نظر این دیوان داوری ایکسید "پذیرش تفسیر خودقضای بودن معادل است با

97.CMS v. Argentina , para 370.

98.Enron. Argentina , para 336.

99.Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24) Award rendered on August 27, 2008.as cited by Reinisch , Op. cit.,P.212.

صدور مجوزی برای بی عدالتی". قاضی آنزیلوتی^{۱۰۰} در نظریه‌ی جداگانه‌ای در پرونده-ی "اسکار چین"^{۱۰۱} از این نگرانی فراتر رفته و در نظر گرفتن چنین اختیاری را باعث تهی شدن حقوق بین‌الملل از معنای واقعی خود دانسته بدین عبارت که "در خصوص وضعیت اضطراری چنان چه بپذیریم یک دولت با استناد به منافع عمومی خود بتواند از اجرای تعهدات بین‌المللی خود شانه خالی کند، حقوق بین‌الملل معنای واقعی خود را از دست خواهد داد". نظیر همین رویکرد در پرونده‌ی گابچیکوف-ناگیماروس قابل مشاهده است آن جا که دیوان بین‌المللی دادگستری با اشاره به سند کمیسیون حقوق بین‌الملل اشعار داشته که "دولت طرف دعوا نمی‌تواند قاضی واحد این مسأله باشد که آیا شرایط مندرج در ماده‌ی ۲۵ به درستی رعایت شده‌اند یا خیر".^{۱۰۲} بر این اساس باید نتیجه گرفت که بر اساس رویه‌ی قضایی موجود دولت میزبان نمی‌تواند قاضی واحد تشخیص ضرورت مقابله با تهدید صورت گرفته نسبت به منافع اساسی خویش باشد. استثنا نسبت به این قاعده زمانی است که شرط استثنای مقرر در معاهده، خود صراحتاً چنین اختیاری را برای طرفین پیش-بینی نموده باشد.

گفتار سوم: تفسیر شرط ضرورت اقدامات صورت گرفته جهت اعمال مقرره مربوط به استثنا

دیوان‌های داوری در گام سوم باید به این سؤال پاسخ می‌دادند که آیا اقدامات

100.Judge Anzilotti.

101.Oscar Chinn, 1934, P.C.I.J., Series A/B, No. 63, 65, at 112 (separate opinion Judge Anzilotti) as cited by Reinisch, Op.cit.

۱۰۲. کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد، پیشین، ص ۱۵۸.

مورد اختلاف برای حفظ نظم عمومی و حمایت از منافع امنیتی اساسی آرژانتین به معنای به کار رفته در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری ضروری بوده اند یا خیر؟

با توجه به این واقعیت که دیوان‌های داوری جز در پرونده‌های ال جی اند ای و کانتینتال، دفاع اضطرار و استثنای مقرر در معاهده را به صراحت از یکدیگر تفکیک نکردند، تفسیر آن‌ها از این شرط بیشتر در سایه‌ی شرایط مورد نیاز برای استناد به دفاع اضطرار صورت گرفته، به گونه‌ای که عملاً نمی‌توان تفسیری مستقل از اصطلاح ضرورت مندرج در ماده‌ی ۱۱ معاهده مورد بحث در میان این آرا پیدا نمود.

در پرونده‌ی ال جی اند ای خواهان‌ها مدعی شدند که آرژانتین باید ثابت نماید که اقدامات اتخاذ شده تنها راه در دسترس برای آرژانتین در مواجهه با بحران بوده است؛ چرا که به عقیده‌ی آن‌ها واژه‌ی "ضروری" در متن ماده ۱۱ معاهده اقتضا دارد که اقدامات به کار گرفته شده توسط آرژانتین تنها راه پیش روی این کشور برای مقابله با بحران باشد.^{۱۰۳} در پرونده‌ی کانتینتال خواهان با توسل به معنای معمول واژه‌ی ضروری که عبارت است از "امری که نتوان از آن پرهیز نمود و یا کاری را بدون آن انجام داد" اظهار داشت که آرژانتین بر پایه معنای عادی ماده ۱۱ باید اثبات نماید که اقدامات او "بایسته" حفظ منافع امنیتی اساسی یا حفظ نظم عمومی بوده‌اند. اثبات چنین امری با عنایت به هدف معاهده مبنی بر فراهم آوردن یک چارچوب با ثبات برای تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری دشار است^{۱۰۴}؛ زیرا اساساً چنین اسنادی برای حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی در شرایط بحران که دولت میزبان ناگزیر از اتخاذ تدابیری برای مقابله با بحران است، تدوین شده‌اند، بنابراین تفسیر موسع از اقدامات ضروری با هدف این معاهدات ناهماهنگ

103.LG&E v. Argentine, para 220.

104.Continental v. Argentine, para 190.

و ناسازگار است. خواهان در ادامه برای تقویت استدلال خود به شرح کمیسیون حقوق بین‌الملل بر شق الف از بند یک ماده ۲۵ در باب دفاع اضطرار استناد می‌کند که می‌گوید: "در صورتی که طرق مشروع و قانونی دیگری وجود داشته باشد، نمی‌توان به دفاع اضطرار توسل جست، حتی اگر این طرق پرهزینه‌تر و پردردسرت‌تر باشند."^{۱۰۵} با این وصف خواهان نتیجه می‌گیرد که منظور از ضرورت اقدامات صورت گرفته در ماده ۱۱ آن است که اقدامات صورت گرفته باید تنها طریق و ابزار حفظ نظم عمومی یا حفاظت از منافع امنیتی اساسی باشد. خواهان ادعا می‌کند چنین ضرورتی در این جا وجود ندارد. گواه خواهان اقدامات جایگزینی است که دولت آرژانتین در اختیار داشته و خواهان نمونه‌ی آن‌ها را به دیوان داوری ارائه کرده است.^{۱۰۶} در مقابل آرژانتین اظهار داشته که یک دیوان داوری باید به این انتخاب دولت با نهایت توجه و احترام برخورد کند و نباید به خود اجازه دهد که اعلام کند به جای اقدامات به کار گرفته شده، چه اقدامات دیگری می‌توانسته اند اتخاذ شوند.^{۱۰۷}

دیوان داوری در پرونده‌ی ال جی اند ای در تحلیل نهایی خود به جای تمرکز بر روی راه‌های متفاوتی که برای تعامل با بحران پیش روی دولت آرژانتین وجود داشته است، سطح تحلیل و ارزیابی خود را به صرف این که بگوید "استفاده از یک بسته‌ی احیای اقتصادی تنها راه تعامل با بحران به وجود آمده بوده است"، تقلیل داده است و با این استدلال شرط ضرورت را در پرونده مزبور احراز کرده است. به هر روی رویکرد دیوان در این پرونده مورد انتقاد قرار گرفته چرا که چنین رویکردی در عین حال که اعمال دفاع

105.Ibid., para 191.

106.Ibid.

107.LG&E v. Argentina, para 189.

اضطرار را در شرایط بحران اقتصادی پابرجا نگاه می‌دارد، قانع کننده نیست؛ چرا که اجازه می‌دهد که حتی اگر اقدامات اضطراری که در عمل اتخاذ می‌شوند، به طور کلی برای مقابله با بحران غیرمکفی باشند، امکان استناد به دفاع اضطرار فراهم باشد.^{۱۰۸}

گفتار چهارم: اثر اعمال شرط استثنای منافع اساسی

اثر اعمال ماده‌ی ۱۱ معاهده منعقد بین ایالات متحده آمریکا و آرژانتین در آرای مورد بحث، به ندرت به تنهایی مورد بحث قرار گرفته و طرفین دعوا و نیز دیوان‌های داوری در تحلیل خود تا اندازه‌ی زیادی از ماده‌ی ۲۷ سند کمیسیون حقوق بین‌الملل در باب اثر اعمال دفاع اضطرار بهره برده‌اند. در این راستا خواهان و خوانده هر کدام به تناسب موقعیت و منافع خویش با ارائه‌ی تفسیری متفاوت از بند دوم این ماده (ماده‌ی ۲۷)، مدعی پرداخت یا عدم پرداخت خسارات وارده در طول اضطرار بودند؛ هم‌چنان که خوانده در پرونده‌ی انرون با اشاره به شق دوم ماده‌ی ۲۷ که می‌گوید استناد به اضطرار بر مسأله‌ی جبران خسارت بدون تأثیر است، مدعی است که نباید خسارتی پرداخت نماید.^{۱۰۹} همین ادعا را دولت آرژانتین در پرونده‌ی ال جی اند ای تکرار کرده چرا که به عقیده‌ی وی "ماده ۲۷ سند مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها صرفاً ناظر به در نظر گرفتن امکان جبران خسارت در موارد خاصی است و به دنبال این نیست که بگوید خسارت در چه شرایطی قابل پرداخت است".^{۱۱۰}

108.Reinisch, OP.cit., P.202.

109.Enron v. Argentina, para 344.

110.LG&Ev. Argentina para 264.

اگر بپذیریم که ماده‌ی ۱۱ به عنوان قانون خاص حاکم بر اختلاف و به عنوان مقرره‌ای متمایز از دفاع از اضطراب در این جا اعمال می‌شود، صرف نظر این که شق دوم ماده‌ی ۲۷ در مقام بیان وظیفه پرداخت خسارت باشد یا خیر، خسارتی پرداخت نخواهد شد. این نتیجه‌ای است که کمیته تجدیدنظر در پرونده‌ی سی ام اس بدان دست یافته آن جا که اعلام داشته است: "دیوان در پرونده‌ی سی ام اس باید سؤال مربوط به جبران خسارت را تحت ماده‌ی ۱۱ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری و پیش از آن که به ماده ۲۷ سند مراجعه نماید، بررسی می‌نمود."^{۱۱۱} به عقیده کمیته تجدیدنظر چون ماده‌ی ۱۱ قابلیت اعمال مواد ماهوی معاهده را استثنا کرده، تعهدی به پرداخت خسارت در طول آن دوره نمی‌توانسته وجود داشته باشد.^{۱۱۲} این نتیجه‌ای است که دیوان در پرونده‌ی ال جی اند ای هم بدان دست یافته است. در این پرونده دیوان اظهار داشت که نه ماده‌ی ۲۷ سند نه ماده‌ی ۱۱ معاهده دو جانبه معین نکرده‌اند که آیا خسارت به طرفی که از اضطراب دولت خسارت دیده، قابل پرداخت است یا نه؟ با این وجود و مطابق با یافته‌ی وی از این که ماده‌ی ۱۱ معاهده، آرژانتین را از مسئولیت معاف می‌کند، دیوان تصمیم گرفت که خسارات وارده در طول دوره‌ی اضطراب بوسیله‌ی سرمایه‌گذار تحمل شود.^{۱۱۳}

111.CMS v. Argentina, para138.

112. Ibid., para 139.

113.Ibid., para 242.

نتیجه گیری

دولت‌ها در تلاش برای جمع بین دو هدف تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی از یک سو و حفاظت از منافع اساسی خویش از سوی دیگر که گاه در تعارض با یکدیگر قرار می‌گیرند، تدبیری اندیشیده‌اند و آن عبارت است از درج شرط استثنای مربوط به حفظ منافع اساسی دولت میزبان در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی. شرط مزبور به دولت میزبان این اجازه را می‌دهد تا در جایی که حفاظت از منافع اساسی کشورش اقتضای نادیده گرفتن حقوق پیش‌بینی شده برای سرمایه‌گذار خارجی را دارد این کار را صورت دهد، بدون این که مسئولیتی از این جهت متوجه وی گردد. درج چنین شرطی نه تنها به تدریج به صورت امری رایج در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی درآمده و در حال تثبیت است؛ بلکه قلمرو اعمال آن نیز روز به روز در حال افزایش است؛ چندان که شاهد بوده‌ایم مفهوم منافع اساسی از مفهوم سنتی خود در این توافقات یعنی حفظ منافع اساسی در شرایط ویژه-ی جنگ و مخاصمات مسلحانه داخلی و بین‌المللی فاصله گرفته و موارد بسیاری از جمله حفظ صلح و امنیت بین‌المللی، حفاظت از محیط زیست، حقوق بشر و سلامت عمومی را در خود جای داده است. از سوی دیگر زبان این معاهدات در تنظیم این مقررہ شرایط سخت و متحدالشکلی برای استناد به این استثنا در نظر نگرفته‌اند بلکه عموماً به شرایطی نظیر غیر تبعیض آمیز بودن اقدامات صورت گرفته برای حفظ منافع اساسی اشاره کرده‌اند یا به شرط ضرورت اقدامات صورت گرفته بسنده نموده‌اند که در بسیاری موارد، این شروط، اختیار تشخیص این ضرورت را نیز به طور کامل به دولت میزبان واگذار کرده، مراجع حل و فصل اختلاف را از ارزیابی صحت استناد به این شرط باز می‌دارند. حمایت و پشتیبانی رویه قضایی از این روند و توجه آن به موضوع منافع اساسی دولت میزبان به ویژه حمایت صورت گرفته در پاره‌ای از آرای داوری صادره در مرکز حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری (ایکسید) در قضیه بحران اقتصادی آرژانتین از اعمال شرط استثنای منافع

اساسی و نقش این مراجع در گسترش دایره‌ی مفهوم منافع اساسی به مواردی هم‌چون بحران اقتصادی، باعث ایجاد این نگرانی گردیده است که گسترش بیش از این اندازه‌ی این استثنا، فلسفه‌ی وجودی معاهدات حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی که برای جذب هر چه بیشتر سرمایه‌گذاری خارجی به وجود آمده‌اند را از بین خواهد برد؛ چرا که در چنین شرایطی، امنیت و قابلیت پیش‌بینی شرایط از سوی سرمایه‌گذار خارجی به خطر خواهد افتاد و این امر خود باعث کاهش جذابیت چنین محیطی برای انتخاب از سوی سرمایه‌گذاران خارجی خواهد شد. برای اجتناب از چنین نتایجی به مذاکره‌کنندگان این توافقات پیشنهاد می‌شود:

اولاً؛ به جای استفاده از اصطلاحات مختلف برای ادای این منظور، در جریان مذاکرات، مقصود خویش را از این مفهوم به طرف مقابل اعلام کرده، حدود آن را روشن نمایند و در این راه از اصطلاحاتی بهره‌جویند که تا حد امکان اختلافی نباشد تا بدین طریق از تفسیر گسترده و خارج از پیش‌بینی این اصطلاحات توسط دولت استنادکننده به این شرط و نیز مراجع حل و فصل اختلاف جلوگیری به عمل آورند.

ثانیاً؛ شرایط اعمال این شرط را به گونه‌ای دقیق در نظر گیرند تا مانع تبدیل این شرط به راهی برای گریز از تعهدات بین‌المللی گردند.

ثالثاً؛ جز در موارد لزوم شرط مزبور را به صورت غیر خودقضاوتی تنظیم نمایند تا تشخیص صحت استناد به این شرط را از صلاحیت انحصاری دولت میزبان خارج نموده، این امر را به دیوان‌های داوری واگذار نمایند.

فهرست منابع

الف: کتب و مقالات

1. Dolzer, Rudolf and Schreuer, Christoph, Principles of International Investment Law, Oxford, Oxford University Press, 2008.
2. OECD, Essential Security Interests under International Investment Law , OECD Publishing, 2007 . available at :< <http://www.oecd.org/dataoecd/59/50/40243411.pdf>> accessed 23 January 2011.
3. Reinisch, August, " Necessity in International Investment Arbitration Necessity in International Investment Arbitration Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina" , Journal of World Investment and Trade, 2007, Vol. 8, PP. 191-214.
4. Sornarajah, M., the International Law on Foreign Investment(3rd edn), Cambridge, Cambridge University Press, 2010.
5. UNCTAD, Admission and Establishment, New York and Geneva, United Nations publication, 2002.
6. UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking, New York and Geneva, United Nations publication, 2007.
7. UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, New York and Geneva, United Nations publication, 1999.
8. UNCTAD, The Protection of National Security in IIAs, New York and Geneva, United Nations publication, 2009.

9. Vandevelde, Kenneth J., US International Investment Agreements, Oxford, Oxford University Press, 2009.

ب: سایت های اینترنتی

1. <<http://icsid.worldbank.org>>.
2. <<http://www.oecd.org>>.
3. <<http://www.unctadxi.org>>.