

## لزوم تشکیل رکن تجدیدنظر در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی

محسن محبی\*

سهیلا ابراهیمی لویه\*\*

تاریخ پذیرش: ۹۸/۰۱/۱۶

تاریخ دریافت: ۹۷/۰۹/۲۵

### چکیده

امروزه داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی با وجود نقش مؤثری که در حل و فصل اختلافات میان دولت‌ها و سرمایه‌گذاران خارجی دارد، با انتقادهای جدی مواجه است. یکی از مهم‌ترین این انتقادات صدور آرای متناقض در دعاوی مشابه است که انسجام و پیش‌بینی‌پذیری آرای داوری را از بین برده و با ناتوانی از ایجاد امنیت حقوقی، مشروعیت داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی را مخدوش نموده است. این مقاله ضمن بررسی تفصیلی عواملی که سبب شکل‌گیری بحران موردنظر شده است، آثار تشکیل یک رکن تجدیدنظر در داوری سرمایه‌گذاری را در حل مشکلات فوق‌ارزیابی می‌کند. سپس با بررسی موردی گزینه‌های گوناگونی که می‌توانند به عنوان چنین رکنی مورد استفاده قرار گیرند، پیشنهاد می‌کند که ساختار مرکز حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری (ایکسید) توسط دولت‌های عضو آن مورد بازنگری و اصلاح قرار گیرد؛ به طوری که با اصلاح کنوانسیون ۱۹۶۵ واشنگتن، نهاد کمیته ابطال موجود در ایکسید به یک رکن ثابت و دائمی برای تجدیدنظر از آرای داوری سرمایه‌گذاری تبدیل گردد.

### کلیدواژگان:

آرای متناقض، ایکسید، داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، رکن تجدیدنظر.

---

\* استادیار دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی، واحد علوم و تحقیقات تهران  
sd.mohebi@gmail.com

\*\* دکتری رشته حقوق بین‌الملل از دانشگاه شهید بهشتی  
soheila.ebrahimilouyeh@gmail.com

## مقدمه

یکی از ارکان اساسی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری همانند هر نظام حقوقی دیگر سازوکارهای پیش‌بینی شده برای حل و فصل اختلاف است. حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری سال‌هاست که داوری را که روشی سریع، آسان، غیرجانبدارانه و الزام‌آور است، به عنوان روش غالب برای حل و فصل اختلافات میان سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان پذیرفته که چه به صورت موردی و چه به شکل نهادین در بسیاری از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری توسط دولت‌ها مورد توافق قرار گرفته است. مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری (ایکسید) که به تنهایی حل و فصل حدود ۷۰ درصد از دعاوی ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی را از طریق داوری به خود اختصاص می‌دهد،<sup>۱</sup> در سال ۲۰۱۸ تعداد ۲۷۹ پرونده را تحت رسیدگی داشته است که از تاریخ تشکیل این مرکز تا به امروز بالاترین میزان در یک سال شمار می‌رود.<sup>۲</sup> همچنین، بر اساس آخرین آماری که کنفرانس ملل متحد درباره تجارت و توسعه (آنکتاد) ارائه کرده، تا پایان سال ۲۰۱۷ بیش از ۸۵۵ داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی به ثبت رسیده است.<sup>۳</sup> این آمار و ارقام نشان از حجم بالای دعاوی مطروحه در حوزه سرمایه‌گذاری بین‌المللی و در نتیجه اهمیت قابل توجه سازوکار حل و فصل اختلاف در این نظام حقوقی دارد. به طور کلی، انسجام<sup>۴</sup> و تعیین‌پذیری<sup>۵</sup> را می‌توان دو عنصر اساسی برای ایجاد و بقای مشروعیت یک نظام حل و فصل اختلاف بین‌المللی تلقی نمود. انسجام آرا اعتماد ایجاد می‌کند و تعیین‌پذیری سبب قابلیت پیش‌بینی برای تابعان نظام حقوقی می‌گردد. آنچه که به انسجام و تعیین‌پذیری نظام حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین‌المللی لطمه وارد می‌کند،

1. International Centre for Settlement of Investment Disputes, **ICSID 2017 Annual Report**, available at: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/28558> (last visited on 19/10/2018).

2. International Centre for Settlement of Investment Disputes, **ICSID 2018 Annual Report**, available at: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2018ICSIDAnnualReport.ENG.pdf> (last visited on 19/10/2018).

3. UNCTAD, **Investor–State Dispute Settlement: Review of Developments in 2017**, International Investment Agreement Issues Note, Issue 2, June 2018, p.1.

4. Coherence

5. Determinacy

تناقض آرای صادره<sup>۱</sup> از سوی مراجع حل و فصل اختلاف است؛ به این معنا که اگر مراجع رسیدگی‌کننده تصمیمات غیرمنسجم و نامتبعین اتخاذ نمایند، مشروعیت نظام حل و فصل اختلافات بین‌المللی ناشی از سرمایه‌گذاری را تضعیف نموده‌اند.<sup>۲</sup>

امروزه، دیوان‌های داوری مختلف که تحت معاهدات سرمایه‌گذاری متفاوتی تشکیل شده‌اند، می‌توانند در پرونده‌هایی که حقایق مشابه و بعضاً طرف‌های یکسانی دارند، با تفاسیر مختلف از قواعد موجود به نتایج متعارضی دست یابند. این در حالی است که هیچ سازوکار واحدی برای اصلاح این تصمیمات متناقض وجود ندارد. به عنوان مثال، استانداردهایی از جمله «رفتار منصفانه و عادلانه» که در بسیاری از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری درج شده‌اند، در محاکم سرمایه‌گذاری بین‌المللی تفسیرهای متفاوتی یافته‌اند که منتج به صدور آرای متناقضی در باب مسئولیت دولت شده‌اند.<sup>۳</sup> در حقیقت، به جای آنکه نظام حل و فصل اختلافات بین‌المللی ناشی از سرمایه‌گذاری ارمغان‌آور امنیت حقوقی برای سرمایه‌گذاران و دولت‌های حاکم باشد، منجر به عدم قطعیت شده است.

مجموعه انتقادات و مشکلات فوق‌الذکر منجر به ایده‌پردازی در باب لزوم تشکیل یک نهاد تجدیدنظر در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی شده است. بسیاری از جمله نگارندگان این مقاله معتقدند که تشکیل یک رکن تجدیدنظر داوری با ویژگی‌ها و شرایط خاص خود قادر خواهد بود که بخش زیادی از مشکلات مطروحه را مرتفع نماید. بنابراین، این مقاله ابتدا در دو بخش به بررسی دلایلی که تشکیل یک رکن تجدیدنظر را در نظام داوری سرمایه‌گذاری ایجاب می‌کند، می‌پردازد که شامل فقدان قاعده الزام‌آور بودن رویه قضایی داوری سرمایه‌گذاری و صدور آرای

1. Inconsistency

2. Franck, S., "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review* 73, 2005, P 1584.

۳. برخی از مراجع این اصل را جزئی از استاندارد رفتار حداقلی موجود در حقوق بین‌الملل عرفی یا دکترین انتظارات مشروع که هر دو برآمده از حقوق بین‌الملل عمومی است، می‌دانند و برخی آن را استاندارد مستقل قلمداد می‌کنند که تنها در قلمرو حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری تکوین پیدا کرده است. برای مطالعه بیشتر درباره ارتباط بین استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه با دیگر مفاهیم یادشده ر.ک:

Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, Arbitration Under Chapter 11 of NAFTA, Award in respect of Damages (May 2002); Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean (Bolivia v. Chile), Judgment of 1 October 2018, paras. 160-162.

متناقض در نظام داوری سرمایه‌گذاری است. در بخش سوم، این مقاله توضیح می‌دهد که چگونه تشکیل رکن تجدیدنظر می‌تواند مشکلات موجود در داوری سرمایه‌گذاری از جمله صدور آرای متناقض را تا حدود زیادی مرتفع سازد. در بخش چهارم، روش‌های مختلف تشکیل رکن تجدیدنظر بررسی گشته و در نهایت بهترین گزینه از میان گزینه‌های موجود پیشنهاد خواهد شد.

### ۱. فقدان ارزش رویه‌ای آرای داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی

فهم ارتباط رویه قضایی با تشکیل رکن تجدیدنظر در گرو توجه به این نکته است که نظام‌های قضایی، پیش‌بینی‌پذیری آرا و در نتیجه حاکمیت قانون یا به عبارت بهتر مشروعیت نظام حقوقی خود را با اتکا به رویه قضایی تأمین می‌نمایند، خواه رویه قضایی الزام‌آور و رسمی<sup>۱</sup> نظیر آنچه در نظام‌های حقوق عرفی وجود دارد و خواه رویه قضایی غیررسمی<sup>۲</sup> در معنای رایج در نظام‌های حقوق نوشته. در حقیقت، در تمامی نظام‌های حقوقی داخلی، تبعیت از تصمیمات قبلی یا پایبندی به رویه قضایی از طریق ارکان نظارتی یا تجدیدنظر انجام می‌شود که نقش رویه‌سازی دارند و بر اعمال یکدست و منسجم قانون بر دعاوی نظارت می‌کنند.<sup>۳</sup> با این حال، نقش رویه قضایی در انسجام‌بخشی به نظام حقوقی به حقوق داخلی محدود نمی‌شود و در حقوق بین‌الملل نیز از اهمیت بسزایی برخوردار است.

منابع حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی (تا جایی که به لحاظ موضوعی یا حکمی مرتبط با قانون داخلی نباشد) همان منابع اصلی و فرعی حقوق بین‌الملل مندرج در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری است. با این حال، آرای صادره در داوری‌های سرمایه‌گذاری از ویژگی‌های رویه قضایی موردنظر ماده ۳۸ اساسنامه دیوان به خصوص غالب بودن و انسجام برخوردار نیستند و به همین دلیل به عقیده بسیاری منبع فرعی حقوق تلقی نشده و الزام‌آور نیستند. بر این پایه، آرای داوری سرمایه‌گذاری ارزش رویه‌ای<sup>۴</sup> یا اثر الزام‌آور ندارد و استناد مکرر به آرای صادره از دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری توسط طرفین اختلاف در طول رسیدگی‌ها و توسط دیوان‌های

1. *Stare decisis*

2. *De facto*

3. Reinisch, A. "The Role of Precedent in ICSID Arbitration", in Klausegger, C. & Klein P. et al., *Austrian Arbitration Yearbook 2008*, Vienna: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2008.

4. Precedential value

داوری در رأی نهایی، از باب ارزش رویه‌ای این آرا و اثر الزام‌آور آن برای مرجع داوری نیست. به عبارت دیگر، ارجاع به آرای صادره در داوری‌های سرمایه‌گذاری، خواه داوری‌های سازمانی و خواه موردی، زمانی که از سوی طرفین اختلاف صورت می‌گیرد، صرفاً در مقام تقویت موضع آنها در دعوا و استدلالاتی است که به دادگاه ارائه داده‌اند و زمانی که توسط محاکم داوری انجام می‌شود، ارزشی بیش از یک دلیل اضافی<sup>۱</sup> یا منبع قابل اعتنا<sup>۲</sup> ندارد. در حقیقت، دیوان داوری در این موارد فقط به آن دسته از آرای توجیه می‌کند که همسو با رأی نهایی در پرونده است و از باب کشف رویه غالب قضایی و اعمال آن به عنوان یک منبع حقوقی، الزام‌آور بر دعوا نیست.

یکی از پیشگامان این نظر خانم گابریل کافمن کوهلر داور برجسته بین‌المللی است. او با اشاره به اینکه در داوری بین‌المللی اساساً دکترین رویه الزام‌آور<sup>۳</sup> وجود ندارد، توضیح می‌دهد که در داوری سرمایه‌گذاری به طور خاص به دلیل تشتت و واگرایی عمیق میان آرای صادره در برخی از موضوعات نظیر شرط فراگیر، رویه قضایی در معنای تخصصی کلمه شکل نگرفته است، اما در برخی دیگر از موضوعات نظیر شرط دولت کامله‌الوداد و رفتار عادلانه و منصفانه، با وجود دو یا چند دستگی فعلی در آرا به نظر می‌رسد که هم‌گرایی اندکی در حال شکل‌گیری است که می‌تواند در آینده منجر به ایجاد رویه قضایی الزام‌آور شود.<sup>۴</sup> با این حال، او معتقد است که دیوان‌های داوری در راستای تقویت حاکمیت قانون و حل معضلات مربوط به مشروعیت داوری سرمایه‌گذاری از جمله عدم انسجام و قابلیت پیش‌بینی باید به آرا صادره در موضوعاتی که هم‌گرایی نسبی در آنها به چشم می‌خورد، استناد نمایند.<sup>۵</sup>

الزام‌آور نبودن رویه قضایی سرمایه‌گذاری بین‌المللی محدود به داوری‌های موردی نیست و در ایکسید نیز به چشم می‌خورد. به عنوان مثال، محاکم داوری ایکسید در دعوی SGS در باب

1. Additional reason

2. Persuasive authority

3. Precedent doctrine

4. Kaufmann-Kohler, G. "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture", *Arbitration International* 23(3), 2003.

۵. در راستای دسترسی به رویه قضایی منسجم و تقویت هم‌گرایی در داوری سرمایه‌گذاری، کافمن کوهلر در تمامی آرای که در آنها به عنوان داور حضور دارد، بخشی تحت عنوان «ارتباط آرا یا تصمیمات سابق» درج می‌نماید. برای مثال نک:

KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/09/8, Award (17 October 2013).

معنای شرط فراگیر و برخی دیگر از دعاوی نظیر CMS و LG&E درباره دفاع ضرورت برای دولت میزبان، به نتایج کاملاً متفاوتی دست یافته‌اند. جزئیات این آرا در قسمت‌های بعد توضیح داده خواهد شد، اما درباره وجود یا عدم اصل الزام‌آور بودن رویه در ایکسید، استدلال دیوان داوری SGS علیه پاکستان جالب توجه است:

«کنوانسیون ایکسید در بند ۱ از ماده ۵۳ تصریح می‌کند که آرای صادره از محاکم داوری که تحت نظارت ایکسید تشکیل شده‌اند تنها برای طرفین اختلاف الزام‌آور هستند، مقررهای که شاید مربوط به اعتبار امر مختومه باشد تا الزام‌آور بودن رویه برای آرای بعدی. با این حال، از نظر این محکمه، با اینکه دیوان‌های داوری متعددی که در لوای ایکسید تشکیل می‌شوند، باید تلاش کنند تا با یکدیگر هماهنگ عمل کنند، در نهایت هر محکمه با توجه به قانون قابل اعمال بر پرونده [...] اختیارات خود را اعمال می‌کند. علاوه بر این، دکتترین ارزش رویه‌ای یا اثر الزام‌آور بودن رأی در حقوق بین‌الملل وجود ندارد. هیچ سلسله مراتبی میان محاکم بین‌المللی نیست و حتی اگر می‌بود، دلیل آن نیست که یک محکمه [با رأی که صادر می‌کند] مسائل پیش‌روی تمام محاکم را در آینده حل نماید.»<sup>۱</sup>

الزام‌آور نبودن رویه قضایی در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی به تشدید رویه و صدور آرای متناقض از سوی محاکم داوری دامن زده است که در ادامه به آن پرداخته می‌شود.

## ۲. صدور آرای متناقض در داوری‌های سرمایه‌گذاری

به جرئت می‌توان گفت که مهم‌ترین چالش پیش‌روی نظام حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی صدور آرای متناقض و متشتت از سوی دیوان‌های داوری متعدد در موضوعات واحد است. در این قسمت به بیان برخی از این آرای متناقض پرداخته می‌شود.

از جمله بارزترین آرای غیرمنسجم و بعضاً متعارضی که در داوری‌های سرمایه‌گذاری در خصوص موضوع واحد صادر شده است، می‌توان به نحوه برخورد دیوان‌های داوری با استناد دولت آرژانتین به «دکتترین ضرورت» در دعاوی سرمایه‌گذاری علیه آن دولت اشاره نمود. دولت آرژانتین در دعاوی که در ادامه به آنها اشاره می‌شود، با استناد به دکتترین ضرورت که در ماده ۱۱

1. SGS Société Générale de Surveillance SA v Republic of the Philippines, (ICSID Case No. ARB/02/6), Decision on Jurisdiction (29 January 2004), para. 97.

معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری خود با ایالات متحده<sup>۱</sup> و همچنین حقوق بین‌الملل عرفی<sup>۲</sup> منعکس شده است، مدعی شد که اقداماتی که خواهان‌ها از آن شکایت دارند، (سبب ادعای خواهان) به لحاظ اوضاع و احوال اقتصادی بد و بحرانی آرژانتین، «تنها راه برای صیانت از منافع ملی اساسی آرژانتین بوده» و از این رو دولت آرژانتین مسئولیتی ندارد.

دیوان‌های داوری رویکردهای مختلفی نسبت به این استدلال دولت آرژانتین داشته، تفاسیر متفاوتی از ماده مربوطه در معاهده ارائه نمودند. به طوری که در سه پرونده CMS, Sempra, Enron دیوان‌های داوری دفاع آرژانتین بر پایه دکتترین ضرورت را رد نمودند، اما در پرونده‌های LG&E و Continental Causality این دفاع آرژانتین مورد قبول دیوان داوری قرار گرفت. دسته نخست از دیوان‌های داوری تصمیم خود بر عدم پذیرش استناد دولت آرژانتین به دکتترین ضرورت را بر این مبنا استوار نمودند که اقدامات آرژانتین تنها راه ممکن برای حل بحران اقتصادی نبوده و تدابیر و سیاست‌های خود آن دولت در به وجود آمدن بحران اقتصادی مؤثر بوده است. دسته دوم اما اقدامات دولت آرژانتین را برای حفاظت از منافع اساسی آن دولت ضروری و موجه تشخیص دادند.

مهم‌ترین مبنای اختلاف نظر دیوان‌های داوری فوق را می‌توان در تفاوت تفسیر آنها از رابطه بین دکتترین ضرورت تحت ماده ۱۱ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری و این دکتترین در حقوق بین‌الملل عرفی خلاصه نمود. برای مثال، دیوان داوری در پرونده Sempra معتقد بود که مقررات مندرج در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری از استاندارد حقوق بین‌الملل عرفی جدایی‌ناپذیر است و مشخصات «ضرورت» مطابق حقوق بین‌الملل عرفی در تشخیص این موضوع که آیا شرایط مندرج در معاهده رعایت شده یا خیر، مرتبط و اثرگذار است؛ چراکه معاهده دوجانبه

۱. این ماده از معاهده دوجانبه مقرر می‌داشت: «این معاهده هیچ یک از طرفین را از اتخاذ تدابیر ضروری برای حفظ نظم عمومی، اجرای تعهدات مربوط به حفظ و اعاده صلح و امنیت بین‌المللی و یا حفاظت از منافع امنیتی اساسی خود منع نمی‌کند.»

۲. اولین بار این دکتترین در پرونده Gabčíkovo–Nagymaros استناد شده و در ماده ۲۵ پیش‌نویس مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها نیز تبیین شده است. برای مطالعه بیشتر در این مورد نک:

Young Park, E. "Appellate Review in Investor-State Arbitration", in Kalicki, J. & Joubin-Bret A. *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, pp 443-454.

سرمایه‌گذاری هیچ تعریفی از «منافع امنیتی اساسی» ارائه نکرده است.<sup>۱</sup> دیوان داوری پرونده Enron نیز نظر مشابهی داشت و معتقد بود از آنجایی که هیچ راهکار مشخصی در معاهده موجود نیست، ارجاع به حقوق بین‌الملل عرفی برای تشخیص اینکه شرایط مندرج در معاهده برای استناد به دکترین ضرورت رعایت شده یا خیر، اجتناب‌ناپذیر است.<sup>۲</sup>

از سوی دیگر، دیوان داوری در پرونده Continental Casualty به صراحت اعلام نمود که محتوا و شرایط اعمال ماده ۱۱ معاهده و دکترین ضرورت تحت حقوق بین‌الملل عرفی متفاوت از یکدیگر هستند.<sup>۳</sup> بر این اساس، هم دیوان فوق و هم دیوان داوری در پرونده LG&E در آرای خود اعلام نمودند که برای استناد به دکترین ضرورت تحت معاهده نه فقط نیازی نیست که اقدامات دولت تنها راه حل ممکن برای برطرف نمودن بحران باشد، بلکه فقدان دخالت دولت در به وجود آمدن ضرورت نیز لزومی ندارد.<sup>۴</sup>

موضوع عدم انسجام آرا و تفاسیر ارائه‌شده از سوی دیوان‌های داوری ایکسید در پرونده‌های فوق به همین جا ختم نشد و در کمیته ابطال نیز همین جریان ادامه یافت. کمیته‌های ابطال در رسیدگی به درخواست ابطال آرژانتین در سه پرونده CMS، Sempra، و Enron در خصوص اینکه آیا دیوان داوری در تفسیر دکترین ضرورت از حدود اختیارات خود تجاوز نموده است یا خیر (ماده ۵۲-۱ب کنوانسیون ایکسید)، تفسیرها و تصمیمات متفاوتی اتخاذ نمودند. کمیته ابطال رأی داوری CMS با وجود آنکه اعلام نمود دیوان داوری تفسیر نادرستی از معاهده داشته و نتوانسته است تشخیص دهد که ماده ۱۱ معاهده حکمی خاص در برابر ماده ۲۵ از طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها بوده و از بسیاری از جهات دیگر نیز دچار اشتباهات فاحشی شده

1. Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Award (28 Sept. 2007), paras. 373-76.

2. Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Award (22 May 2007) para. 333.

3. Continental Casualty Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9, Award (5 Sept. 2008) paras. 163-166.

4. LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E Int'l, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (3 October 2005) para 239.



است، در نهایت اعلام داشت که جهات ابطال آرا در کنوانسیون ایکسید محدود است و نمی‌تواند مانند یک نهاد تجدیدنظر در رأی صادره بازنگری کند. لذا از ابطال آن خودداری نمود.<sup>۱</sup> اما در پرونده Sepmra دیوان داوری رویکردی فعالانه نسبت به موضوع اتخاذ نمود و رأی صادره را به دلیل تجاوز صریح دیوان داوری از اختیارات خود ابطال نمود. از نظر کمیته ابطال در این پرونده، عدم اعمال قانون حاکم را می‌توان به مثابه تجاوز صریح از اختیارات دیوان داوری تلقی نمود و از این نظر رأی را قابل ابطال دانست.<sup>۲</sup> از نظر کمیته ابطال، این ایراد نسبت به بخشی از رأی صادره توسط دیوان داوری ایکسید نیز وارد بود. توضیح آنکه، دیوان داوری در رأی خود در خصوص نحوه اعمال دکترین ضرورت که از سوی دولت آرژانتین به عنوان دفاع طرح شد، اعلام نموده بود: «با توجه به عدم رعایت ملزومات حقوق بین‌الملل عرفی در این خصوص، نیازی به بررسی قضایی بیشتر این موضوع تحت ماده ۱۱ معاهده نیست.» اما کمیته ابطال این بخش از رأی را مورد توجه جدی قرار داد و اعلام داشت که دیوان داوری به‌طور کلی در اعمال قانون حاکم بر قضیه در خصوص ماده ۱۱ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری دچار اشتباه شده است و این امر به مثابه تجاوز صریح از اختیارات داوری تلقی می‌شود.<sup>۳</sup>

جالب‌تر آنکه کمیته ابطال در پرونده Enron مجدداً رویکردی کاملاً متفاوت اتخاذ نمود؛ به طوری که از نظر این کمیته، از یک سو دیوان داوری به منظور تصمیم‌گیری در خصوص ماده ۱۱ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری دلایل موجهی برای ارجاع به شرایط مندرج در حقوق بین‌الملل عرفی داشته است؛ از سوی دیگر، بررسی اینکه آیا تفسیر دیوان داوری صحیح بوده است یا خیر، خارج از محدوده اختیارات کمیته ابطال است.<sup>۴</sup> با این حال، کمیته ابطال در نهایت، رأی صادره را به دلیل اینکه دیوان داوری در ارجاع به معیار «تنها راهکار ممکن بودن» و «فقدان مشارکت در ایجاد بحران» قانون حاکم را به درستی اعمال نکرده و همچنین به جای تحلیل حقوقی به

1. CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8), Decision of the ad hoc Committee on Application for Annulment (25 September 2007) paras. 132-34.

2. Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Annulment of the Award (29 June 2010) paras 205-06.

3. *Ibid*, paras. 208-09, 218-19.

4. Enron Creditors Recovery Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on Application for Annulment of the Award (30 July 2010) para. 403.

نظریه کارشناس استناد نموده بود، ابطال کرد.<sup>۱</sup> علاوه بر این، کمیته ابطال آن بخش از رأی مزبور را که طی آن دیوان داوری ماده ۱۱ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری را به دلیل عدم رعایت الزامات ماده ۲۵ پیش‌نویس مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها درباره «ضرورت» غیرقابل اعمال دانسته بود، نیز دلیل دیگری برای ابطال آن رأی تلقی نمود.<sup>۲</sup> کمیته ابطال در نهایت اعلام نمود که نقش این کمیته بررسی ماهوی ماده ۱۱ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری و اصول حقوق بین‌الملل عرفی در خصوص ضرورت و رابطه بین این دو نیست، بلکه تعیین آن است که آیا دیوان داوری تجاوز صریح از اختیارات خود داشته است یا خیر.<sup>۳</sup>

همان‌طور که ملاحظه شد، این سه کمیته ابطال درباره این موضوع که آیا تفسیر نامناسب دیوان داوری از رابطه بین ماده ۱۱ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری و اصول حقوق بین‌الملل عرفی در خصوص «ضرورت» دلیل مناسبی برای ابطال رأی به موجب ماده ۵۲ کنوانسیون ایکسید تلقی می‌شود یا خیر، نظریات متفاوتی ارائه نموده‌اند؛ به طوری که کمیته ابطال ویژه پرونده Enron بر این موضوع تأکید داشت که آن کمیته نهاد تجدیدنظر نیست و نمی‌تواند از ابطال آرا برای جبران تصمیمات اشتباه استفاده کند. در حالی که کمیته ابطال دیگری در پرونده *Sempra* نظر متفاوتی داشته و معتقد است اعمال نامناسب قانون حاکم به منزله عدم اعمال قانون حاکم است و می‌تواند منجر به ابطال رأی گردد. این شکل از اختلاف آرا در این سطح از داوری نگرانی‌های موجود در مورد عدم انسجام آرا در این حوزه را به شدت افزایش می‌دهد.<sup>۴</sup>

علاوه بر این، در پرونده‌های SGS علیه فیلیپین<sup>۵</sup> و پاکستان<sup>۶</sup> نیز تفسیر متفاوت از شرط فراگیر منجر به تصمیمات متناقض در این پرونده‌ها شد. هر یک از این دو پرونده حقایق تقریباً مشابهی داشتند و در قسمتی از آنها، خواهان مدعی بود که نقض قرارداد فیما بین به منزله نقض

1. *Ibid*, paras. 377, 393, 384.

2. *Ibid*, paras. 404-405.

3. *Ibid*, para. 405.

4. Martinez, E. "Understanding the Debate Over Necessity: Unanswered Questions & Future Implications of Annulments in the Argentine Gas Cases", *Duke Journal of Comparative & International Law* 23, 2012: 175.

5. *SGS Société Générale de Surveillance SA v Republic of the Philippines*, (ICSID Case No. ARB/02/6), Decision on Jurisdiction (29 January 2004).

6. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/01/13), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction (6 August 2003).

معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان دولت‌ها به ویژه در زمینه شرط فراگیر مندرج در آنهاست. درحالی‌که دیوان رسیدگی‌کننده به دعوی SGS علیه پاکستان چنین تفسیری را از خواهان نپذیرفت، دیوان داوری در دعوی همان شرکت علیه فیلیپین، ضمن انتقاد از تصمیم اتخاذ شده در دعوی SGS علیه پاکستان، در تصمیمی متناقض، اقدامات منتهی به نقض قرارداد را به منزله نقض شرط فراگیر مندرج در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری و عامل مسئولیت بین‌المللی دولت تلقی می‌کند.<sup>۱</sup> رویکرد متعارض نسبت به شرط فراگیر مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری در آرای داوری بعدی نیز ادامه یافت و برخی از دیوان‌های داوری از تصمیم اتخاذ شده در دعوی SGS علیه پاکستان پیروی نمودند<sup>۲</sup> و برخی دیگر نظر دیوان داوری دعوی SGS علیه فیلیپین را در این مورد ترجیح دادند.<sup>۳</sup> این قسم تناقض نیز منجر به عدم قطعیت شده و سرمایه‌گذاری خارجی و دولت میزبان را در پیش‌بینی اقدامات خود گمراه می‌سازد.

تفسیرهای متفاوت و متنوع در خصوص موضوع واحد در آرای داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی را می‌توان در نظری که محکمه داوری Maffezini علیه اسپانیا<sup>۴</sup> و برخی محاکم داوری بعدی در مورد شرط دولت کامله‌الوداد در موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری داشتند،

۱. لازم به ذکر است که دیوان داوری پرونده SGS علیه فیلیپین، اگرچه صلاحیت خود را بر اساس تفسیری که از شرط فراگیر ارائه می‌دهد احراز می‌کند، اما در ادامه به دلیل آنکه قرارداد موضوع پرونده حاوی شرط داوری بوده است، ادعای خواهان را غیرقابل استماع تشخیص می‌دهد. برای تفسیر بیشتر تصمیم این دو دیوان داوری در رابطه با شرط فراگیر نک:

Sinclair, A. "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International* 20, 2004, P 411.

پیران، حسین، **شرط التزام در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری**، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۳۸۸، شماره ۴۰.

۲. برای مثال نک:

El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Decision on Jurisdiction (27 April 2006) para. 82; American Energy LLC v 8 e Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/04/8, Decision on Jurisdiction (27 April 2006) para. 113.

۳. برای مثال نک:

Eureko B.V. v. Republic of Poland, Partial Award, (19 August 2005) para. 257.  
4 Emilio Agustín Maffezini v Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Jurisdiction (25 January 2000).

نیز پیدا کرد.<sup>۱</sup> در برخی موارد دیگر حتی محاکم داوری در شرایطی که دعوایی واحد توسط شرکت وابسته و همچنین شرکت مادر مطرح شده بود، به نتایج متفاوتی دست یافته‌اند.<sup>۲</sup>

### ۳. اهمیت تشکیل نهاد تجدیدنظر برای حل مشکلات موجود

مجموعه عوامل فوق در کنار یکدیگر باعث به وجود آمدن و تقویت تفکر ایجاد یک نهاد تجدیدنظر در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی شده است. اولین بار الهیو لاترپاخت این تفکر را در سال ۱۹۹۱ مطرح کرد.<sup>۳</sup> اما این نظریه به بیش از یک دهه زمان احتیاج داشت تا جنبه عینی پیدا کند. در سال ۲۰۰۲ کنگره ایالات متحده آمریکا قانونی با عنوان «قانون مرجع ترویج تجارت»<sup>۴</sup> تصویب نمود که به موجب بخشی از آن، دولت ایالات متحده مکلف می‌شد در خلال مذاکرات برای معاهدات سرمایه‌گذاری، در راستای تأسیس یک نهاد تجدیدنظر مجزا برای بازنگری در آرای صادره در دعاوی میان سرمایه‌گذار و دولت میزبان تلاش نماید و با ارائه تفسیرهای منسجم

۱. محکمه داوری در پرونده Maffezini معتقد بود که شرط دولت کامله‌الوداد که در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مربوطه آمده است، محدود به استانداردهای رفتاری ماهوی نشده، بلکه مسائل شکلی را نیز دربرمی‌گیرد؛ از این رو، به سرمایه‌گذار خارجی این اجازه را می‌دهد که با استناد به این شرط، دعوای خود را با اتکا به شرط حل و فصل اختلاف مندرج در معاهده دیگری که شرایط بهتری برای سرمایه‌گذار پیش‌بینی نموده است، طرح نماید. این تفسیر موسع از شرط دولت کامله‌الوداد از سوی برخی دیوان‌های داوری بعدی مورد استقبال قرار گرفت؛ از جمله:

Siemens A. G. v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Decision on Jurisdiction (3 August 2004); Gas Natural SDG, S.A. v Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/10, Decision of the Tribunal on Preliminary Questions on Jurisdiction (17 June 2005).

در عین حال، سایر دیوان‌های داوری این تصمیم را صحیح ندانسته و از آن پیروی نکردند، از جمله:

Plama Consortium Limited v The Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction (8 February 2005); Telenor Mobile Communications AS v The Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/04/15, Award (13 September 2006).

۲. برای مثال نک:

Lauder v. The Czech Republic, UNCITRAL Arbitration, Award (3 September 2001); CME v The Czech Republic, UNCITRAL Arbitration, Partial Award (13 September 2001/Final Award (14 March 2003).

3. Lauterpacht, E. *Aspects of the Administration of International Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

4. Trade Promotion Authority Act.

از مفاد معاهده تجاری، سازوکار حل و فصل اختلاف در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی را ارتقا بخشد.<sup>۱</sup> متعاقب این قانون، دولت ایالات متحده معاهده نمونه دوجانبه سرمایه‌گذاری خود را در سال ۲۰۰۴ منتشر نمود که بر اساس آن: «در طول سه سال پس از لازم‌الاجرا شدن این معاهده، طرفین موضوع تأسیس یک رکن تجدیدنظر دوجانبه یا سازوکار مشابه برای بازنگری در آرا را مورد بررسی قرار می‌دهند.»<sup>۲</sup>

گام رو به جلویی که ایالات متحده در زمینه ایجاد رکن تجدیدنظر برداشت، ایکسید را نیز بر آن داشت تا در سال ۲۰۰۴ موضوع ایجاد یک نهاد تجدیدنظر را در دستور کار خود قرار دهد.<sup>۳</sup> هرچند که این تلاش نافرجام ماند و به دلیل برخی مسائل ساختاری، منجر به ایجاد رکن تجدیدنظر در ایکسید نشد، تلاش‌ها برای تشکیل نهاد بازنگری در آرای داوری سرمایه‌گذاری فروکش نکرد و این مهم بار دیگر توسط اتحادیه اروپا در دستور کار قرار گرفت تا در معاهدات بین‌المللی خود لحاظ نماید. معاهده تجاری و سرمایه‌گذاری ترانس آتلانتیک، معاهده تجاری با کانادا و ویتنام از جمله معاهداتی است که اتحادیه در آنها به نهاد تجدیدنظر توجه نموده است که در ادامه مورد بررسی بیشتری قرار خواهد گرفت.

به‌طور کلی، هدف رکن تجدیدنظر آن است که امکان نظارت و بازنگری بر داوری را فراهم کرده، به ایجاد رویه حقوقی متعین و منسجم کمک نماید. فقدان انسجام در تصمیمات دیوان‌های داوری در خصوص مسائل حقوقی اساسی در سلب اطمینان از نظام داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی مؤثر است و یکی از مهم‌ترین عواملی است که منجر به ظهور مباحث

1. *Ibid*, Art. 3802(b)(3)(G)(iv).

2. U.S. Model Bilateral Investment Treaty (2004), Art. 28.10.

3. ICSID Secretariat, **Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration - Discussion Paper, 22 October 2004**, available at: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf> (last visited on 19/10/2018).

برای مطالعه بیشتر در مورد تاریخچه مباحثات پیش نویس کنوانسیون ایکسید نک:

Thomas, C., Dhillon, H. "The ICSID Convention, Investment Treaties and the Review of Arbitration Awards: The Evolution of Investment Treaties and Arbitration", *ICSID Review* 32(3), 2017.

مربوط به نیاز به تشکیل یک نهاد تجدید نظر در نظام ایکسید شده است.<sup>۱</sup> ایجاد یک سازوکار برای تجدیدنظرخواهی از آرای صادره از دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی منجر به گسترش و تجمیع رویه واحد و باثبات در این حوزه خواهد شد که در نهایت به تقویت حاکمیت قانون در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی می‌انجامد.<sup>۲</sup> در حقیقت، طرف‌داران نهاد تجدیدنظر به دنبال ثبات و وحدت رویه بیشتر در تصمیمات رو به رشد دیوان‌های داوری ایکسید، آنسیترال و سایر مراجع داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی هستند که تفاسیر متفاوت از شروط واحد در معاهدات ارائه می‌دهند.<sup>۳</sup>

از سوی دیگر، بسیاری از داوران فعال در این حوزه اصولاً متخصص در حقوق تجارت بین‌الملل هستند و کمتر داورانی دیده می‌شوند که تخصص حقوق بین‌الملل عمومی داشته باشند. این در حالی است که منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری همان منابع حقوق بین‌الملل هستند و بخش اعظمی از مباحث مطروحه در داوری‌های سرمایه‌گذاری مربوط به موضوعات مرتبط با حقوق بین‌الملل عمومی، از جمله محدودیت حق اعمال حاکمیت دولت بر منابع، جانشینی دولت‌ها بر معاهدات و قانون‌گذاری مبتنی بر سیاست‌های عمومی است.<sup>۴</sup> به همین دلیل، برخی بر این باورند که نظام حل‌وفصل اختلافات در دعاوی تجاری خصوصی برای حل‌وفصل دعاوی

1. Burke-White, W. "The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System", *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy* 3, 2008.

2. Lee, J. "Introduction of an Appellate Review Mechanism for International Investment Disputes—Expected Benefits and Remaining Tasks" in Kalicki, J. & Joubin-Bret A. *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Leiden: Brill-Nijhoff, 2015, P 477.

3. Gantz, A. "An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes: Prospects and Challenges", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 39, 2006, P 44.

البته تشکیل رکن تجدیدنظر در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی مثل هر پیشنهاد دیگری مخالفانی نیز دارد. برخی از این مخالفت‌ها ناظر بر به هم خوردن توازن قدرت میان مرجع رسیدگی و دولت‌های حاکم و نیز فدا شدن تفسیر درست معاهده سرمایه‌گذاری در راه تفسیر منسجم و غیرمتناقض معاهده است. برای مطالعه بیشتر نک:

Fledman, M. "Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power", *ICSID Review* 32(3), 2017.

۴. برای مطالعه بیشتر درباره منابع حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی و نیز ارتباط آن با حقوق بین‌الملل عمومی، نک: عسگری، پوریا، *حقوق بین‌الملل و سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو رویه داوری بین‌المللی*، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۱.

سرمایه‌گذاری مناسب نیست، بلکه شایسته است ضمن توجه به گفتمان حقوق بین‌الملل عمومی در دعاوی سرمایه‌گذاری، از یک ساختار شبیه به دادگاه برای حل و فصل اختلافات در این حوزه استفاده نمود.<sup>۱</sup>

#### ۴. روش‌های ایجاد رکن تجدیدنظر

برای ایجاد نهاد تجدیدنظر راهکارهای گوناگونی پیشنهاد شده است که می‌توان آنها را در سه دسته مختلف جای داد: استفاده از ظرفیت نهادهای موجود، تشکیل نهاد تجدیدنظر به صورت موردی و مجزا برای هر معاهده و تشکیل یک دادگاه مستقل تجدیدنظر. در این قسمت به بیان این راهکارها و نیز نقد هر یک از آنها پرداخته می‌شود.

##### ۴.۱. استفاده از ظرفیت نهادهای موجود

دیوان بین‌المللی دادگستری و ایکسید دو نهادی هستند که این امکان در آنها دیده می‌شود که بتوانند با اصلاحاتی به عنوان رکن تجدیدنظر آرای داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز عمل نمایند.

##### ۴.۱.۱. ایجاد رکن تجدیدنظر در ایکسید

موضوع بازنگری در آرای داوری در زمان تشکیل ایکسید نیز مطرح بوده، اما با استقبال چندانی مواجه نشده است و در نهایت آنچه که مورد توافق قرار گرفت، کمیته ابطال آراست که در مواد ۵۱ به بعد این کنوانسیون آمده است.<sup>۲</sup> بررسی تاریخچه مذاکرات ایکسید نشان می‌دهد مؤسسين این نهاد از ابتدا در راستای «قطعی بودن» آرای داوری در این حوزه، تأکید خاصی بر محدود نمودن هرچه بیشتر امکان بازنگری در آرای صادره داشته‌اند؛ به طوری که آن را تنها در مواردی بسیار استثنایی توجیه‌پذیر می‌دانستند.<sup>۳</sup> به همین دلیل بود که پیشنهاد اضافه نمودن یک

1. Brown, C. "A Multilateral Mechanism for the Settlement of Investment Dispute. Some Preliminary Sketches", *ICSID Review* 32(3), 2017, PP 675-681.

۲. برای مطالعه بیشتر درباره کمیته ابطال در ایکسید و نیز تفاوت ابطال رأی در ایکسید با تجدیدنظر نک: دالزر رودلف و شروتر کریستف، *اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری*، ترجمه سیدقاسم زمانی و به‌آذین حسینی، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۳، صص. ۴۳۱-۴۴۱.

۳. برای مطالعه بیشتر درباره تاریخچه مذاکرات کنوانسیون ایکسید درباره کمیته ابطال و پیش‌نویس‌های ابتدایی آن نک: ←

بند به جهات ابطال رأی مبنی بر «اعمال نادرست قانون به طور آشکار» با ۱۷ رأی مخالف در برابر تنها ۸ رأی موافق رد شد.<sup>۱</sup> در نتیجه، جهات ابطال آرا در محدودترین شکل ممکن در ماده ۵۲ این کنوانسیون مورد توافق قرار گرفت.

در سال ۲۰۰۴ میلادی، دبیرخانه ایکسید پیشنهاد تشکیل یک رکن تجدیدنظر توسط شورای اجرایی ایکسید را مطرح کرد. اما در زمانی که این پیشنهاد طرح شد، بخش اعظم توجه‌ها به این مسئله معطوف شد که آیا شورای اداری ایکسید از اختیار قانونی برای تشکیل این نهاد برخوردار است یا اینکه تشکیل چنین نهادی در دل ایکسید مستلزم تغییر و اصلاح کنوانسیون ایکسید است. در نهایت، به دلیل مشکلات فنی و اجرایی که در پیشنهاد دبیرخانه ایکسید وجود داشت؛ از جمله سنگ بزرگی نظیر احتمال تغییر و اصلاح کنوانسیون ایکسید، اعضای شورای اجرایی چنین پیشنهادی را زود هنگام تلقی کرده، آن را تصویب نکردند.<sup>۲</sup>

اما اکنون، پس از گذشت سال‌ها از فعالیت ایکسید و ایرادات بی‌شماری که طی دو دهه اخیر علیه مشروعیت داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی مطرح گشته اوضاع دگرگون شده است. اگرچه موضوع قطعیت و الزام‌آور بودن آرای داوری همچنان از اهمیت بالایی برخوردار است، اما امروزه موضوع «دقت و انسجام» آرای داوری سرمایه‌گذاری اهمیت کمتری نسبت به قطعی بودن آن ندارد.<sup>۳</sup> همچنین، طرح‌های پیشنهادی که امروزه اتحادیه اروپا با کانادا و سایر کشورها در حال مذاکره دارد، دلالت بر این نکته دارد که باور عمومی به تشکیل رکن تجدیدنظر در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی در زمان حاضر پذیرفته شده است. با این حال، تشکیل چنین رکنی در دل

← International Centre for Settlement of Investment Disputes, **Updated Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID – 6 May 2016**, pp. 2-8. Available at:

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Background%20Paper%20on%20Annulment%20April%202016%20ENG.pdf> (last visited on 20/01/2019).

1. *Ibid*, p 7.

2. ICSID Secretariat, **Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration**, Discussion Paper, 22 October 2004. Available at:

<https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/Possible%20Improvements%20of%20the%20Framework%20of%20ICSID%20Arbitration.pdf> (last visited on 20/01/2019).

3. Steger, D. “Enhancing the Legitimacy of International Investment Law by Establishing an Appellate Mechanism” in Armand De Mestral, A. & Lévesque, C. *Improving International Investment Agreements*, London: Routledge, 2012, 4.



ایکسید با عنایت به سابقه موجود ناگزیر از اصلاحات ساختاری و تغییر و اصلاح کنوانسیون ایکسید است.<sup>۱</sup>

#### ۴،۱،۲. استفاده از ظرفیت دیوان بین‌المللی دادگستری

برخی از صاحب‌نظران معتقدند که دیوان بین‌المللی دادگستری می‌تواند رکن تجدیدنظر از آرای داوری سرمایه‌گذاری باشد.<sup>۲</sup> به زعم ایشان، ساختار منحصر به فرد دیوان، نحوه عضویت در آن، تداوم عضویت‌ها، استقلال و در نهایت تخصص و اشراف دیوان به حقوق بین‌الملل آن را تبدیل به گزینه مطلوبی به عنوان رکن تجدیدنظر در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی می‌نماید. کما اینکه استفاده از این نهاد به عنوان مرجع تجدیدنظر رأی داوری مسبوق به سابقه نیز است. این دیوان یک مرتبه رأی داوری صادره توسط پادشاه اسپانیا میان هندروس و نیکاراگوئه را مورد بازنگری قرار داده<sup>۳</sup> و بار دیگر مرجع بازنگری در رأی داوری میان گینه بیسائو و سنگال<sup>۴</sup> بوده است. با این حال، این پیشنهاد خالی از اشکال نیست و چند ایراد اساسی بر آن وارد است. نخست آنکه دیوان بین‌المللی دادگستری به موجب اساسنامه خود فقط می‌تواند به دعوی میان دولت‌ها رسیدگی نماید و نه دعوی سرمایه‌گذار خارجی با دولت. حتی در دو مورد پیش‌گفته نیز فقط با رضایت دولت‌های مربوطه تحت ماده ۳۶ اساسنامه صلاحیت خود برای رسیدگی را احراز نموده است. البته امکان اصلاح اساسنامه دیوان در این خصوص وجود دارد، اما عزم سیاسی تعداد زیادی از دولت‌ها را برای ایجاد این صلاحیت جدید می‌طلبد که به آسانی به‌دست نمی‌آید. از طرف دیگر، سازوکار اجرای آرای دیوان بین‌المللی دادگستری نسبتاً ضعیف است. برخلاف ایکسید که سازوکار اجرایی خاص خود را ایجاد کرده، سازوکار اجرایی آرای دیوان بین‌المللی

۱. گروهی به دلیل وجود همین سابقه معتقدند که ایکسید نمی‌تواند مرجع مناسبی برای تجدیدنظر از آرای داوری سرمایه‌گذاری باشد. به عنوان مثال نک:

- Calamita, N.J. "The Challenges of Establishing a Multilateral Investment Tribunal at ICSID", *ICSID Review* 32(3), 2017.
2. Coe, J. "Taking Stock of NAFTA Chapter 11 in Its Tenth Year: An Interim Sketch of Selected Themes, Issues, and Methods", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36, 2003 P 1451.
3. Case concerning the Arbitral Award made by the King of Spain on 23 December 1906, Judgment of 18 November 1960: I.C. J. Reports 1960, p. 192.
4. Arbitral Award of 31 July 1989, Judgment, I.C.J. Reports 1991, p. 53.

دادگستری ارجاع آن به شورای امنیت سازمان ملل متحد است که این موضوع می‌تواند اجرای سریع و مؤثر آرای داوری سرمایه‌گذاری را با مشکل جدی روبه‌رو نماید. سوم آنکه دیوان بین‌المللی دادگستری، غیر از دو مورد پیش‌گفته، تجربه‌ای در خصوص رسیدگی به آرا به عنوان رکن تجدیدنظر ندارد و به عنوان یک محکمه بدوی تأسیس شده و کار می‌کند و برای آن دشوار خواهد بود که وظایف یک محکمه تجدیدنظر را در داوری‌های سرمایه‌گذاری نیز انجام دهد.<sup>۱</sup> در نهایت آنکه رسیدگی‌ها در دیوان بین‌المللی دادگستری با ساختار فعلی آن، بسیار طولانی بوده و گاهی بیش از یک دهه به طول می‌انجامد. این امر در تعارض مستقیم با اهمیت سرعت در تصمیم‌گیری در اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین‌المللی و عطش بازیگران این عرصه در قطعیت آرای داوری قرار دارد.

#### ۴,۲. ایجاد رکن تجدیدنظر به صورت مجزا برای هر معاهده

روش دیگر برای بازنگری آرای داوری سرمایه‌گذاری آن است که هر معاهده سرمایه‌گذاری به‌طور جداگانه سازوکار خاص مربوط به بازنگری در آرای داوری صادره تحت آن عهدنامه را ایجاد نماید. این امر در معاهدات اخیر اتحادیه اروپا که با کانادا و ویتنام منعقد نموده است یا در حال مذاکره دارد، دیده می‌شود. موافقت‌نامه جامع تجاری و اقتصادی میان اتحادیه اروپا و کانادا که در اکتبر ۲۰۱۶ به امضای طرفین رسید، دربردارنده یک نظام نوین حل و فصل اختلافات در داوری سرمایه‌گذاری است. سازوکار مندرج در این موافقت‌نامه از یک سو منحصر به داوری نبوده، مذاکره و میانجی‌گری را نیز پیشنهاد می‌کند، از سوی دیگر موضوع بازنگری در آرای صادره را نیز دربرگرفته است.

به موجب مواد ۸,۲۷ و ۸,۲۸ این موافقت‌نامه، یک نظام دو مرحله‌ای رسیدگی به دعاوی سرمایه‌گذاری پیش‌بینی شده است. دیوان داوری مرحله نخستین متشکل از ۱۵ قاضی است که توسط کمیته مشترک موافقت‌نامه انتخاب می‌شود. پنج قاضی از سوی هر یک از طرفین و پنج قاضی دیگر نیز از کشورهای ثالث منصوب می‌شوند. تمامی قضات بایستی در نظام داخلی خود به درجه قضاوت نائل شده، کار قضایی کرده باشند و در حوزه حقوق بین‌الملل عمومی تخصص داشته باشند. این قضات در پنل‌های سه نفره به دعاوی رسیدگی می‌کنند. البته تعداد آنها ممکن

1. Franck, S., *op.cit.*, pp. 1609-1610.

است با نظر مثبت کمیته مشترک در مضرب سه افزایش یابد. قضات برای یک دوره پنج‌ساله انتخاب می‌شوند که فقط برای یک بار قبل تمدید است. آرای صادره توسط هر یک از پنل‌ها تا ۹۰ روز از تاریخ صدور به دلیل یکی از جهات ذیل قابل بازنگری در دیوان تجدیدنظر است:

- اشتباه در اعمال یا تفسیر قانون حاکم؛
- اشتباه آشکار در فهم حقایق پرونده از جمله قانون داخلی مربوطه؛
- دلایل مندرج در ماده ۵۲ کنوانسیون ایکسید تا جایی که در حوزه شمول دو بند قبلی نباشد.

تعداد اعضای دیوان تجدیدنظر توسط کمیته مشترک تعیین می‌شود و اعضای آن نیز باید واجد مشخصات ذکر شده برای داوران مرحله نخستین رسیدگی باشند. دیوان تجدیدنظر می‌تواند رأی صادره را نقض، اصلاح یا تأیید نماید و منحصر به ابطال رأی نیست.

سازوکار فوق سعی نموده است از نقایص داوری سرمایه‌گذاری بکاهد و اعتبار و مشروعیت بیشتری به آنها ببخشد؛ از جمله آنکه تنها قضات با تخصص در حقوق بین‌الملل عمومی انتخاب شوند، نهاد تجدیدنظر با دامنه اختیارات بیشتر از کمیته ابطال ایکسید در راستای اصلاح اشتباهات حکمی و موضوعی داوران رسیدگی‌کننده ایجاد شود، مهلت مشخصی برای تصمیم‌گیری در خصوص تجدیدنظرخواهی از آرای صادره تعیین گردد تا به قطعیت آرای داوری خدشه‌ای وارد نشود و در آخر سازوکار حل و فصل اختلاف فقط منحصر به داوری نباشد. باین‌حال، باید متذکر شد که سند فوق این اجازه را به رکن تجدیدنظر نمی‌دهد تا به آرای داوری صادره از دیوان‌های داوری که تحت معاهدات دیگری تشکیل شده‌اند، رسیدگی نمایند. لذا این نهاد فقط به صورت موردی و میان اختلافات سرمایه‌گذار خارجی با اعضای متعاهد ناشی از همان سند معتبر است. بنابراین، با لازم‌الاجرا شدن این معاهده مشکل صدور آرای متناقض، هرچند صرفاً در خصوص اعضای متعاهد از بین می‌رود، اما احتمال بروز آن در نتیجه تعداد پرشمار داوری‌هایی که خارج از حیطه قلمرو آنها تشکیل می‌شوند، همچنان وجود دارد. به عبارت دیگر، با تشکیل محاکم تجدیدنظر متعدد ذیل معاهدات سرمایه‌گذاری، محاکم مزبور ممکن است در راستای تصحیح

آرای بدوی که به آنها ارجاع شده است، ضمن ارائه تفاسیر متفاوت از قاعده قابل اعمال، آرای متناقض با دیگر محاکم تجدیدنظر صادر نمایند.<sup>۱</sup>

### ۴,۳. تشکیل یک دادگاه جهانی مستقل برای حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری

برخی معتقدند که بهترین روش، تشکیل یک دادگاه تجدیدنظر مستقل برای بازبینی آرای داوری سرمایه‌گذاری است که صلاحیت گسترده‌ای برای بازبینی آرای داوری داشته باشد. این دادگاه تجدیدنظر مستقل با چند عضو ثابت و محدود می‌تواند رویه حقوقی منسجم و دقیقی ارائه کرده، خطاهای حقوقی را در دعاوی که به آن ارجاع می‌شود، تصحیح نماید.<sup>۲</sup> این موضوع توسط اتحادیه اروپا در پیش‌نویس معاهده ترانس آتلانتیک<sup>۳</sup> و معاهده تجاری این اتحادیه با کانادا و نیز ویتنام پیش‌بینی شده است.<sup>۴</sup> هدف غایی این اتحادیه ایجاد یک دادگاه دائمی سرمایه‌گذاری بین‌المللی است؛ به طوری که این دادگاه جایگزین کلیه سازوکارهای حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری مندرج در معاهدات اتحادیه اروپا و کشورهای عضو با کشورهای ثالث گردد. از دیدگاه کمیسیون اروپا، این اقدام منجر به ارتقای کارایی، انسجام و مشروعیت نظام حل و فصل اختلاف در سرمایه‌گذاری بین‌المللی می‌گردد.<sup>۵</sup>

اگرچه تشکیل این نهاد به لحاظ نظری امری جالب توجه تلقی می‌شود، اجرای این ایده در عمل با مشکلات عدیده‌ای روبه‌رو است. تشکیل نهادهای بین‌المللی نیازمند صرف زمان و پیگیری‌های مداوم سیاسی و حقوقی است. اتحادیه اروپا و هر یک از کشورهای عضو باید تلاش نمایند معاهدات سرمایه‌گذاری پرشمار خود را با کشورهای ثالث به نحوی اصلاح نمایند که دادگاه دائمی مزبور به عنوان مرجع حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری ناشی از معاهده فیما بین

1. Kaufmann-Kohler, G. "Annulment of ICSID awards in contract and treaty arbitrations: are there differences?", in Gaillard, E. *Annulment of ICSID Awards: a Joint IAI-ASIL Conference*, Washington: Bern: Stämpfli, 2004, P 220.

2. Brower, C. "Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36, 2000, P 92.

3. European Commission, **Commission proposes new Investment Court System for TTIP and other EU trade and investment negotiations (16 September 2016)**, available at: [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-15-5651\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5651_en.htm). (last visited on 19/10/2018).

۴. ن.ک به ماده ۸,۲۹ معاهده مزبور و همچنین ماده ۳,۴۱ معاهده آزاد تجاری اتحادیه اروپا و ویتنام.

5. *Ibid.*

تعیین گردد که این امر بدون شک نیازمند رضایت دولت‌های ثالث نیز است. با توجه به شبکه عظیم معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری کشورهای عضو اتحادیه با کشورهای ثالث، می‌توان تصور نمود که چه عزم جهانی برای تشکیل و به کارگیری دادگاه دائمی موردنظر اتحادیه اروپا لازم خواهد بود که امیدها را برای به وقوع پیوستن آن مطابق آنچه که در نظریه پیش‌بینی شده است، کمرنگ می‌کند.

از سوی دیگر، تشکیل یک دادگاه جهانی مستقل برای رسیدگی به اختلافات سرمایه‌گذاری به عوامل دیگری از جمله اشتراک در منافع، جریان سرمایه و نزدیک بودن سطح توسعه‌یافتگی کشورها بستگی دارد. از آنجا که در خصوص موارد یادشده تفاوت‌های عمیقی میان کشورها وجود دارد، بعید به نظر می‌رسد که نظریه دادگاه جهانی واحد هیچ‌گاه از سطح یک ایده نظری فراتر رفته، جنبه عملی پیدا کند.<sup>۱</sup>

---

<sup>۱</sup> برای مطالعه بیشتر درباره چالش‌های پیش‌روی پیشنهاد اتحادیه اروپا مبنی بر تشکیل دادگاه جهانی مستقل نک: Titi, C. "The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations, and Challenges Ahead", *Transnational Dispute Management* 1, 2016.

## نتیجه‌گیری

رشد و گسترش استفاده از سازوکارهای حل‌وفصل اختلاف، به ویژه در دعاوی سرمایه‌گذاری، خطرهای خاص خود را در پی دارد. دسترسی آسان به داوری که روزگاری ویژگی جذاب نظام حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری محسوب می‌شد، حالا پس از چند دهه آزمون و خطا به صدور آرای متناقض و رسیدگی‌های موازی منجر شده است. در نظام‌های حقوقی داخلی، این خطرها معمولاً با دسترسی به رکن تجدیدنظر در نظام قضایی کنترل می‌شود و به اجتناب از صدور آرای متناقض و در نهایت ایجاد یک رویه قضایی منسجم می‌انجامد. اما در نظام حقوق بین‌الملل و به ویژه در داوری‌های سرمایه‌گذاری، ارکان مشابه نظام داخلی نظیر رکن ناظر وجود ندارد. از نظر نگارندگان، اصلاح کنوانسیون ایکسید با الهام گرفتن از آنچه که اتحادیه اروپا به عنوان رکن تجدیدنظر برای آرای داوری پیشنهاد کرده است و نیز با درس گرفتن از تجربه رکن تجدیدنظر در سازمان تجارت جهانی<sup>۱</sup> می‌تواند در انسجام بخشی به آرای صادره در این حوزه بسیار مؤثرتر از سایر راهکارهایی باشد که در این مقاله بررسی شد؛ چراکه ایکسید حدود نیم قرن است که سابقه فعالیت دارد و به عنوان مهم‌ترین و باتجربه‌ترین سازوکار بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری کاستی‌ها و ایرادات وارد بر خود را در طول زمان شناسایی نموده است. درست است که تشکیل رکن تجدیدنظر در دل ایکسید مشکل صدور آرای متناقض یا اشتباه در داوری‌هایی را که به شکل موردی و خارج از چهارچوب ایکسید رسیدگی می‌شوند، حل نمی‌نماید، اما باید توجه داشت که آرای صادره از ایکسید به لحاظ گستره وسیع و نیز مرجعیت در نظام داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی از اهمیت بالایی برخوردارند. در حال حاضر، تعداد ۱۶۲ دولت کنوانسیون ایکسید را به امضا رسانده‌اند و این بدان معناست که این ظرفیت به صورت بالقوه برای ایکسید وجود دارد که با برگزاری کنفرانس‌های بین‌المللی و تشکیل کارگروه‌های تخصصی دولت‌های عضو را به بازنگری در ساختار خود ترغیب نماید. به این ترتیب، دیگر نیازی به مذاکره‌های موردی حدود ۳۵۰۰ معاهده سرمایه‌گذاری موجود میان دولت‌ها به شکل جداگانه

۱. برای مطالعه بیشتر درباره شباهت‌ها و تفاوت‌های رکن تجدیدنظر در سازمان تجارت جهانی (WTO) با ایکسید و درس‌هایی که می‌توان از آن برای ایجاد رکن تجدیدنظر در ایکسید گرفت نک:

Huber, M. & Tereposky, G. "The WTO Appellate Body: Viability as a Model for an Investor-State Dispute Settlement Appellate Mechanism", *ICSID Review* 32(3), 2017, PP 545-594.

نخواهد بود. سازوکار اجرایی کارآمد ایکسید نسبت به سایر نهادهای موجود نیز یکی دیگر از برتری‌های آن نسبت به سایر راهکارهای ارائه شده است.

همان‌گونه که پیش‌تر گفته شد، اصلاح ساختار ایکسید برای خلق یک نهاد تجدیدنظر در این نظام فقط زمانی کارساز خواهد بود که همه انتقادات وارد بر این نظام به طور یکجا مورد توجه قرار گیرد. لذا در کنار ایجاد نهاد مزبور، برخی قواعد دیگر ایکسید نیز باید مورد اصلاح قرار گیرد. از جمله آنکه قضات برای دوره مشخص انتخاب شوند، در انتخاب قضات تنوع قومی و زبانی و نیز داشتن تخصص حقوق بین‌الملل عمومی مورد توجه قرار گیرد، قضات انتخابی اجازه وکالت در سایر داوری‌ها را نداشته باشند، مدت مشخصی برای تصمیم‌گیری محکمه داوری در نظر گرفته شود، جهات بازنگری در آرا به اشتباهات موضوعی و حکمی دیوان داوری نیز گسترش یابد و در نهایت، کارکرد این نهاد محدود به ابطال نبوده، بلکه همانند یک نهاد تجدیدنظر قابلیت بررسی ماهوی رأی را نیز داشته باشد.

بدیهی است که راهکار فرعی و کم‌هزینه دیگری که می‌تواند به شکل موازی با راهکار اصلی مورد توجه قرار گیرد، آن است که دولت‌ها در معاهدات دوجانبه و چندجانبه سرمایه‌گذاری که در آینده منعقد می‌کنند و همچنین با اصلاح معاهدات فعلی خود با اجتناب از درج مفاهیم کلی و مبهم به درج بیشتر توضیحات و جزئیات تفصیلی اصول و قواعد مندرج در معاهده بپردازند. بدین ترتیب، از ایده‌پردازی‌های نادرست و ارائه تفاسیر متعارض از اصول و قواعد مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری تا حدود زیادی جلوگیری شده، به مرور زمان یک هم‌گرایی نسبی در آرای صادره به وجود خواهد آمد و در نهایت راه برای ایجاد یک رویه قضایی منسجم در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی هموار خواهد گشت. اصلاح و بروزرسانی مداوم معاهدات سرمایه‌گذاری نمونه از جانب برخی از کشورها نظیر ایالات متحده آمریکا نشان از اهمیت نکته اخیرالذکر در حل مشکلات پیشروی نظام حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری دارد.

## فهرست منابع

## منابع فارسی

## کتاب

۱. دالزر، رودلف و شروتر کریستف، *اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری*، ترجمه سیدقاسم زمانی و به‌آذین حسیبی، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۳.
۲. عسگری، پوریا، *حقوق بین‌الملل و سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو رویه داوری بین‌المللی*، تهران: شهر دانش، ۱۳۹۱.

## مقاله

۳. پیران، حسین، *شرط التزام در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری*، مجله حقوقی بین‌المللی، ۱۳۸۸، شماره ۴۰.

## منابع انگلیسی

## Books

4. Lauterpacht, E. *Aspects of the Administration of International Justice*, Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

## Articles

5. Brower, C. "Structure, Legitimacy, and NAFTA's Investment Chapter", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36, 2000.
6. Brown, C. "A Multilateral Mechanism for the Settlement of Investment Dispute. Some Preliminary Sketches", *ICSID Review* 32(3), 2017.
7. Burke-White, W. "The Argentine Financial Crisis: State Liability under BITs and the Legitimacy of the ICSID System", *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy* 3, 2008.
8. Calamita, N.J. "The Challenges of Establishing a Multilateral Investment Tribunal at ICSID", *ICSID Review* 32(3), 2017.
9. Coe, J. "Taking Stock of NAFTA Chapter 11 in Its Tenth Year: An Interim Sketch of Selected Themes, Issues, and Methods", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36, 2003.



10. Fledman, M. "Investment Arbitration Appellate Mechanism Options: Consistency, Accuracy, and Balance of Power", *ICSID Review* 32(3), 2017.
11. Franck, S. "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review* 73, 2005.
12. Gantz, A. "An Appellate Mechanism for Review of Arbitral Decisions in Investor-State Disputes: Prospects and Challenges", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 39, 2006.
13. Huber, M. & Tereposky, G. "The WTO Appellate Body: Viability as a Model for an Investor-State Dispute Settlement Appellate Mechanism", *ICSID Review* 32(3), 2017.
14. Kaufmann-Kohler, G. "Annulment of ICSID Awards in Contract and Treaty Arbitrations: Are There Differences?", in Gaillard, E. *Annulment of ICSID Awards: A Joint IAI-ASIL Conference*, Washington: Bern: Stämpfli, 2004.
15. Kaufmann-Kohler, G. "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse? The 2006 Freshfields Lecture", *Arbitration International* 23(3), 2003.
16. Lee, J. "Introduction of an Appellate Review Mechanism for International Investment Disputes—Expected Benefits and Remaining Tasks" in Kalicki, J. & Joubin-Bret A. *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Leiden: Brill-Nijhoff, 2015.
17. Martinez, E. "Understanding the Debate Over Necessity: Unanswered Questions & Future Implications of Annulments in the Argentine Gas Cases", *Duke Journal of Comparative & International Law* 23, 2012.
18. Reinisch, A. "The Role of Precedent in ICSID Arbitration", in Klausegger, C. & Klein P. et al., *Austrian Arbitration Yearbook 2008*, Vienna: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2008.
19. Sinclair, A. "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International* 20, 2004.
20. Steger, D. "Enhancing the Legitimacy of International Investment Law by Establishing an Appellate Mechanism" in Armand De Mestral, A. & Lévesque, C. *Improving International Investment Agreements*, London: Routledge, 2012.
21. Thomas, C., Dhillon, H. "The ICSID Convention, Investment Treaties and the Review of Arbitration Awards: The Evolution of Investment Treaties and Arbitration", *ICSID Review* 32(3), 2017.

22. Titi, C. “The European Union’s Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations, and Challenges Ahead”, *Transnational Dispute Management* 1, 2016.
23. Young Park, E. “Appellate Review in Investor-State Arbitration”, in Kalicki, J. & Joubin-Bret A. *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015: 443-454.