

# توازن میان منافع سرمایه‌گذار و دولت میزبان در حوزه انرژی در پرتو نظام حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری

مهدی میهمی\*

محمدحسین معصومی\*\*

تاریخ پذیرش: ۹۸/۰۶/۲۸

تاریخ دریافت: ۹۷/۱۱/۲۰

## چکیده

نظام حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذار- دولت (که من بعد نظام حل و فصل نامیده می‌شود)<sup>۱</sup> روشی مفید برای ایجاد موازنه بین اعمال استانداردهای حمایتی موجود در سرمایه‌گذاری خارجی و حقوق حاکمیتی کشور میزبان بالاخص برای بخش انرژی است. این مقاله بر طریقی تأکید دارد که طی آن نظام معاهدات سرمایه‌گذاری و نظام حل و فصل در صدد رسیدن به یک توازن مناسب بین حقوق خصوصی و منافع عمومی- به ویژه با توجه به پیشرفت‌های اخیر در باب توسعه پایدار، مسئولیت‌پذیری نسبت به تغییرات اقلیمی و ارتقای حمایت از حقوق بشر- است. در نهایت، بررسی شده است که چگونه بحث داوری در چارچوبی نظیر نظام حل و فصل، به طور برابر در منافع عمومی و اساسی و رشد حاکمیت قانون در سراسر دنیا کمک کرده است. به موازات اینکه طیفی از پیشرفت‌ها در نسل جدید معاهدات به وجود آمده، نظام معاهدات به عنوان یک کل و نظام حل و فصل به طور ویژه، از مؤلفه‌های حیاتی صنعت انرژی هستند که جزء جدایی‌ناپذیر از امنیت انرژی آینده و از مشارکت‌کنندگان کلیدی ثبات جهانی از طریق ارتقای حاکمیت قانون می‌باشند.

## کلیدواژه‌گان:

حاکمیت قانون، منافع اساسی، نظام حل و فصل.

\* استادیار گروه حقوق خصوصی، واحد اسلامشهر، دانشگاه آزاد اسلامی.

mmehyamy@gmail.com

\*\* دانشجوی دکترای حقوق عمومی، دانشکده حقوق، دانشگاه تهران

mh.masoomi@ut.ac.ir

1. Investor-State Dispute Settlement (ISDS).

## مقدمه

اهمیت سرمایه‌گذاری اساسی و پایدار در بخش انرژی نمی‌تواند مبالغه‌آمیز باشد. در سال ۲۰۱۶، آژانس بین‌المللی انرژی برآورد کرد که سرمایه‌گذاری در حدود ۴۰ تریلیون دلاری در بخش انرژی تا سال ۲۰۳۵ مورد نیاز است؛ نیمی از آن در صنعت برق و بقیه در نفت، گاز طبیعی، زغال سنگ و انرژی‌های تجدیدپذیر خواهد بود. به گفته IRENA<sup>۱</sup> (آژانس بین‌المللی انرژی تجدیدپذیر)، این نیاز به ویژه در بخش انرژی تجدید پذیر می‌باشد که ۵۵۰ میلیارد دلار گفته شده و هر سال تا سال ۲۰۳۰، برای جلوگیری از تأثیر تغییرات اقلیمی لازم است.<sup>۲</sup> بخش تأمین مالی دولتی به تنهایی قادر به دستیابی به این هدف زیرساختی به این اهمیت، نخواهند بود. با توجه به نیازهای سرمایه‌گذاری، حمایت‌های به عمل آمده از سرمایه‌گذاران خصوصی از کانال شبکه جهانی معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه، به ویژه برای کسانی که در بخش انرژی هستند، قابل توجه است. هر دوی این حمایت‌های مبنایی به وجود آمده برای سرمایه‌گذاران و نیز در دسترس بودن یک مرجع رسیدگی مستقل و بی‌طرف برای حل و فصل هرگونه اختلاف بین سرمایه‌گذاران و کشورهای میزبان در تشویق این تصمیمات سرمایه‌گذاری عظیم نقش مهمی دارد. سرمایه‌گذاران نفت و گاز به طور خاص در داورهای دولت-سرمایه‌گذار نیز برجسته‌اند و این بخش رکورد بیشترین آرای داور را ایجاد کرده است. تقریباً ۴۰ درصد از پرونده‌های ثبت شده در ایکسید (و پرونده‌های جانبی آن) بین سال‌های ۱۹۷۲ تا ۲۰۱۴ در بخش انرژی بوده است<sup>۳</sup> و اختلافات نفت، گاز و معادن، ۳۵ درصد از کل دعاوی ایکسید در سال ۲۰۱۴ را نشان می‌دهد.<sup>۴</sup>

۱. آژانس بین‌المللی انرژی تجدیدپذیر (IRENA) یک سازمان بین‌الدولی است که از کشورهای در حال گذار به آینده انرژی پایدار پشتیبانی می‌کند و به عنوان نهاد اصلی همکاری بین‌المللی، در باب سیاست‌گذاری، فناوری، منابع و دانش مالی در حوزه انرژی‌های تجدیدپذیر خدمات ارائه می‌کند.

2. International Renewable Energy Agency, 'Press Release: \$550 Billion Annually Will Avert Most Serious Impacts of Climate Change, Says IRENA' (International Renewable Energy Agency, 27 June 2014)

5http://www.irena.org/News/Description.aspx, January 2015.

3. Anibal Sabater and Mark Stadnyk, "International Arbitration and Energy: How Energy Disputes Shaped International Investment Dispute Resolution" in Kim Talus (ed) *Research Handbook on International Energy Law* (Edward Elgar Publishing 2014) 199.

4. ICSID, The ICSID Caseload – Statistics (Issue 2014-2) /Documents/ ICSID, (English).pdf4accessed 15 February 2015.

با این حال، رابطه خاص بین دولت حاکمه و منابع طبیعی آن، اهمیت پول و وجوهات عمومی از درآمدهای حاصل از آن منابع، نوسان قیمت کالاها و ارز و روند و طبیعت بسیار طولانی این نوع سرمایه‌گذاری‌ها آنها را خاصه از بابت تغییرات قانون‌گذاری و منافع سیاسی آسیب‌پذیر می‌کند. سرمایه‌گذاران خارجی ممکن است بیش از سایرین متأثر از این تغییرات باشند؛ چه تعهدات فردی و یا مالی آنان برای بلند مدت بسته شده است. آنها همچنین ممکن است به طور ناگهانی در معرض تبعیض، رفتار ناعادلانه یا خودسرانه یا حتی سلب مالکیت دارایی خود قرار گیرد. در چنین شرایطی ممکن است بیگانگان به دادگاه‌های کشور میزبان مراجعه کنند. با این حال، این دادگاه‌ها به دلیل گرایش به سمت دولت خود یا به دلیل عدم استقلال از حکومت خود، ممکن است نتوانند عدالت را به درستی اجرا کنند. دادگاه‌ها ممکن است فاسد باشد یا فاقد صلاحیت یا تخصص کافی برای تصمیم‌گیری به کیفیت قابل احترام و زمان معقول باشد.<sup>۱</sup> نظام حل و فصل یک رژیم حقوقی خاص خلق می‌کند که امکان بهره‌برداری اقتصادی خارجی در کشورهای میزبان را فارغ از تحولات سیاسی و حقوقی فراهم می‌کند. ایده بزرگ این تلاش‌ها نباید فراموش شود؛ محدود کردن اختیارات دولت نسبت به بیگانگان با تعیین ضوابط قانونی قابل اجرا در دادرسی‌های مستقل داوری.<sup>۲</sup>

هدف از این مقاله، تشریح روش‌هایی است که در آن نظام معاهدات سرمایه‌گذاری و نظام حل و فصل اختلافات دولت- سرمایه‌گذار به‌طور خاص می‌توانند تعادل مناسب بین آن حقوق خصوصی و منافع عمومی را که احتمالاً در انرژی آینده و مدرن و سرمایه‌گذاری منابع طبیعی بیشتر درگیر خواهند شد، حاصل کنند.

1. VanDuzer, J. et al., **Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements – A Guide for Developing Countries**, Commonwealth Secretariat, August 2012, available at :

[http://www.iisd.org/pdf/2012/6th\\_annual\\_forum-\\_commonwealth\\_guide.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/6th_annual_forum-_commonwealth_guide.pdf)  
(visited 9 november 2019), p. 400.

Guzman, A., "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, Vol. 38 (1998), pp. 639 – 658.

Hindelang, S., "Bilateral Investment Treaties, Custom and a Healthy Investment Climate - The Question of Whether BITs Influence Customary International Law Revisited", *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 5 (2004), pp. 789 et seq.

2 Cf. Montt, S., "State Liability in Investment Treaty Arbitration", Hart Publishing, Oxford, 2009, p. 83 & Cf. e.g. Johnson, L. and Volkov, O., "Investor-State Contracts, Host-State "Commitments" and the Myth of Stability in International Law", *American Review of International Arbitration*, Vol. 24 (2013), pp. 361 -384.

بخش نخست مقاله استانداردهای حمایتی موجود در بسیاری از معاهدات دوجانبه، چگونگی ایجاد مسئولیت تحت این استانداردها در بستر مربوطه و دنیای واقعی مربوط به هر نوع سرمایه‌گذاری خاص، از جمله با توجه به پیشرفت‌های مهم در مبارزه با تغییرات آب و هوایی و یا ارتقای حمایت از حقوق بشر، ارزیابی می‌گردد. بخش دوم در روندها و تحولات اصلی و کلیدی در توسعه پایدار و ارتقای حاکمیت قانون و حمایت از حقوق بشر که در آینده در داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار، خاصه در حوزه انرژی نمود بیشتری خواهد داشت، خلاصه می‌شود.

### ۱. معیارهای ماهوی در معاهدات و تعادل بین منافع عمومی و خصوصی در معاهدات سرمایه‌گذاری

از طریق داوری سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذاران تلاش می‌کنند تا طیفی از مقررات داخلی کشور میزبان را بر این مبنای که محدودیت‌های موجود در چنین مقرراتی به سلب مالکیت غیرمستقیم از مجرای کاهش ارزش سرمایه‌گذاری آنها یا نقض حق آنها و نیز نقض معیار رفتار عادلانه و منصفانه منجر می‌گردد، به چالش بکشند.<sup>۱</sup>

مسائل مربوط به حقوق عمومی که شامل یک حق ویژه دولتی برای تنظیم رویه در قلمرو خود در باب منافع عمومی است، موضوعاتی‌اند که در محاکم ملی- تا جایی که آن موارد امکان توجیه داشته باشند- به‌طور موسع تفسیر می‌شوند. همیشه بین مشروعیت و قانونی بودن در یک کشور خاص و حقوق داخلی با آنچه که در حقوق بین‌الملل قانونی و مشروع است، تفاوت وجود دارد. با این حال، همه معاهدات در تعریف نقض حاکمیت بین‌المللی تا حدی مشابه‌اند؛ به این معنی که در هر معاهده‌ای یک دولت متعهد به انجام تعهدات معینی نسبت به طرف دیگر است. قراردادهای سرمایه‌گذاری عقدی است بین دولت‌ها برای تقویت و ترویج سرمایه‌گذاری در آن کشورها. بخش دیگری از دادوستد این است که دولت‌ها از بخشی از این حاکمیت به منظور ارتقای سرمایه‌گذاری در کشورشان دست می‌کشند و همچنین برای شهروندان خود برای سرمایه‌گذاری در کشورهای دیگر تسهیلات فراهم می‌کنند. بنابراین، درحالی که یک معاهده دوجانبه تا حد معینی حاکمیت را محدود می‌کند، این محدودیت آگاهانه برای هدفی معقول و به

1. See, eg, F Pac Rim Cayman LLC v Republic of El Salvador (ICSID Case No ARB/09/12); Mesa Power Group LLC v Canada UNCITRAL, PCA Case No 2012-17.

منظور حمایت بیشتر برای اتباع خود در خارج از کشور، صورت می‌گیرد. با این حال، این کاهش محدوده حاکمیت منجر به انقیاد این نظام‌ها و منافع مهم عمومی در برابر منافع خصوصی نمی‌شود. حقوق عرفی به‌طور خلاصه نشان می‌دهد که اساساً، دیوان‌های داوری با توجه به استانداردهای ماهوی حمایتی تحت معاهدات دوجانبه و موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد، در حصول نتیجه‌گیری‌شان، طیف گسترده‌ای از شروط غالب و نظامات عمومی را توأم با رفتار خود سرمایه‌گذاران، دانش و ارزیابی خطر در نظر می‌گیرند. تصمیمات خاص همیشه منجر به واکنش‌های شدید می‌شود. با این حال، اغلب پرونده‌های «جنجالی» که در آن سرمایه‌گذاران پیروز شده‌اند، انقیاد خاصی از منافع عمومی به وسیله دیوان اثبات نشده است، بلکه یک ارزیابی انتقادی از اینکه آیا هدف عمومی معین عاملی انگیزشی در رفتار دولت با سرمایه‌گذار بوده است یا خیر؟ و اینکه آیا دولت در برابر سرمایه‌گذاران خارجی در اجرای نظامات جدید تبعیض‌آمیز رفتار نموده یا خیر؟ همچنین اینکه آیا این هدف خاص در واقع به شیوه‌ای تحصیل شده است که آسیب کمتری به تجارت بین‌المللی برساند یا خیر.

### ۱.۱. سلب مالکیت مستقیم و غیرمستقیم

تقریباً همه معاهدات دوجانبه حاوی مفاد مشابهی‌اند؛ از این حیث که به دولت اجازه می‌دهد سرمایه‌گذاری‌ها را تا جایی که اقدام با هدف نفع عمومی، به شیوه‌ای غیر تبعیض‌آمیز، طی یک روند قانونی و در برابر پرداخت غرامت انجام شود؛ سلب مالکیت کند. آرای داوری به معنای این شروط تجسم می‌بخشند و میزان جبران خسارت لازم را که باید به سرمایه‌گذار پرداخته شود، معین می‌کند. بخش عمده فعالیت اخیر در این زمینه بر سلب مالکیت غیرمستقیم متمرکز شده است و نقش دیوان‌ها در شناسایی اقداماتی که می‌تواند مؤلفه مصادره غیرمستقیم باشد، کلیدی‌اند، از جمله: عدم پرداخت مالیات بر ارزش افزوده (برای مثال پرونده اکسیدنتال و اکوادور)<sup>۱</sup> دستگیری یا اخراج افسران و مدیران کلیدی (پرونده بیلون و غنا)<sup>۲</sup> یا اصلاح اجباری قراردادهای

1. Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador, LCIA Case No UN3467.

2. Biloune and Marine Drive Complex Ltd v Ghana Investments Centre and the Government of Ghana (1995) ILR 183, Award of Jurisdiction and Liability (27 October 1989) (UNCITRAL).

شرکتی (پرونده سی ام ای و جمهوری چک).<sup>۱</sup> در حال حاضر، دو خط مشی رقابتی قدرتمند وجود دارد، در مورد اینکه آیا محیط‌زیست یا دیگر مقررات قانونی دولت از سلب مالکیت قابل جبران تحت یک معاهدهٔ دوجانبه قابل اجرا، مستثنی هستند یا خیر. از یک طرف، بسیاری از اندیشمندان نظیر پروفیسور دالزر<sup>۲</sup> رویکرد تأثیر صرف را در آرایه‌هایی مانند متالکلاد، سانتا النا، تکمد و آزوریکس<sup>۳</sup> برگزیده‌اند که صرفاً بر این موضوع متمرکز است که آیا سلب مالکیت، صرف‌نظر از توجیه دولت برای اقدامات خود، سرمایه‌گذار را از سرمایه‌اش محروم کرده است یا خیر.<sup>۴</sup>

در این آرا مقرر شده است: «هیچ اصلی وجود ندارد که مبین این باشد که اقدامات تقنینی و نظارتی فی نفسه از قلمرو قرارداد مستثنا باشد، حتی اگر آنها برای کل جامعه سودمند باشند؛ مانند حفاظت از محیط‌زیست».<sup>۵</sup> دیگر دیوان‌های داوری (مثلاً متانکس و سالوکا) معتقدند که مقررات زیست‌محیطی غیرتبعیض‌آمیز خارج از دسترس قراردادهای سرمایه‌گذاری است؛ به طوری که «مقررات غیر تبعیض‌آمیز برای یک هدف عمومی که با توجه به روند قانونی مصوب شده‌اند و به ویژه، سرمایه‌گذار خارجی و یا سرمایه‌گذاری را متأثر نموده است، سلب مالکیت جبران‌پذیر فرض نمی‌شود، مگر اینکه تعهدات خاص داده شده باشد».<sup>۶</sup> در پروندهٔ سالوکا و جمهوری چک، دیوان

1. CME Czech Republic BV v The Czech Republic, Ad hoc – UNCITRAL Arbitration Rules, Partial Award of 13 September 2001 and IIC 62 (2003), Final Award of 14 March 2003.

2. Rudolf Dolzer, "New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property", *The American Journal of International Law*, Vol. 75, No. 3 (Jul., 1981), pp. 577-578.

3. See also: Metalclad Corp v United Mexican States, ICSID Case No ARB(AF)/97/1, Award of 30 August 2000; Compania del Desarrollo de Santa Elena, SA v Costa Rica, ICSID Case No ARB/96/1, Award of 17 February 2000; Técnicas Medioambientales Tecmed, SA v The United Mexican States, ICSID Case No ARB (AF)/00/2; Azurix Corp v Republic of Argentina (Award), ICSID Case No ARB/01/12 (2006).

4. See, eg, Phelps Dodge Corp et al v Iran, 10 Iran-US CTR 121 at 130 (1986-I): "The Government's Intention is less Important than the Effects of the Measures. . .". See also El Paso Energy International Company v Argentina, Award, ICSID Case No ARB/03/15, IIC 519 (2011), 27 October 2011 [234]-[240].

۵. همانند پرونده تکمد، ما هیچ اصلی مبنی بر این نداریم که اقدامات اداری و قانونی به تنهایی از محدوده توافق‌نامه مستثنا هستند، حتی اگر - مانند حفاظت از محیط زیست - برای کل جامعه سودمند باشد. مسئله این نیست که آیا این اقدام مشروع است و اهداف عمومی دارد یا خیر، بلکه مسئله اینجاست که آیا این اقدام که دارای مشروعیت و خدمت به یک هدف عمومی است، می‌بایست باعث ایجاد ادعای جبران خسارت شود؟

6. Methanex Corp v US, Jurisdiction and Merits (NAFTA Ch 11 Arb Trib 3 August 2005), (Award, Part IV, Chapter D, para 7).

به پیروی از پرونده متانکس رأی داد که مقررات واقعی و با حسن نیت در راستای رفاه عمومی است، غیر قابل جبران‌اند (به این نظریه اصطلاحاً «اختیارات تقنینی»<sup>۱</sup> دولت نیز می‌گویند).  
التهایه به نظر می‌رسد انتخاب بین روش‌های ارزیابی بستگی به اوضاع و احوال و شرایط خاص هر پرونده دارد.

## ۱.۲. توازن منافع

دیوان در پرونده دوک انرژی و اکوادور بر ضرورت معقول بودن انتظارات سرمایه‌گذار و ضرورت اتکای سرمایه‌گذار به نمایندگان دولت میزبان تأکید کرد. به همین منوال، در پرونده متانکس، دیوان بر نیاز سرمایه‌گذار به داشتن آگاهی مناسب از محیط قانون‌گذاری که در آن فعالیت می‌کند، تأکید کرد.<sup>۲</sup>

چنین رویکردی فی‌نفسه به دیوان‌های داوری این قابلیت را می‌دهد که نه تنها بستری را که سرمایه‌گذار، سرمایه‌گذاری‌اش را انجام می‌دهد، در نظر بگیرند، بلکه تعهدات و ملاحظات سیاسی گسترده‌تر در مواجهه با دولت را نیز شامل می‌شود؛ در نتیجه انتظارات مشروع سرمایه‌گذار در برابر فعالیت‌های قانونی مشروع دولت‌ها به توازن می‌رسد. این رویه در پرونده سالوکا و جمهوری چک، جایی که دیوان به صراحت انتظارات «موجه و معقول» سرمایه‌گذار را در مقابل حق مشروع کشور میزبان برای قانون‌گذاری به تعادل کشانید، به وضوح مشاهده کرد. به همان اندازه، در چنین رویکردی، پیاده‌سازی سیاست‌های دولت باید به درستی و با حسن نیت، با رفتاری که «منطقاً قابل توجیه است»، انجام شود؛ به نحوی که با تکیه به استاندارد حداقلی بین‌المللی، آشکارا مقتضیات و شروط توافق، شفافیت، بی‌طرفی و عدم تبعیض نقض نگردد.<sup>۳</sup> مشابه این رویکرد در بیشتر آرای داوری علی‌الخصوص در پرونده گلد رزرو و ونزوئلا اتخاذ گردیده است.<sup>۴</sup>

1. The Police Powers or Purpose Doctrine.
2. Methanex Corp v US, Jurisdiction and Merits (NAFTA Ch 11 Arb Trib 3 August 2005), (Award, Part IV, Chapter D, para 6) Saluka v Czech Republic, UNCITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006 [308].
3. Saluka v Czech Republic, UNCITRAL Rules, Partial Award, 17 March 2006 [308].
4. Gold Reserve Inc v Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No ARB (AF)/09/1, Award (22 September 2014), [569].

درک واقع‌گرایانه‌ای که «سیاست‌های دولت در طول زمان تغییر خواهد کرد»، در پرونده پارکینگز و لیتوانی پذیرفته شد؛ جایی که دیوان ادعای رفتار عادلانه و منصفانه را رد کرد، از جمله به دلیل اینکه «به عنوان یک مسئله موضوعی، هر یک از بازرگانان یا سرمایه‌گذاران می‌دانند که قوانین در طول زمان تکامل خواهند یافت». با این حال، آنچه که برای دولت ممنوع است، انجام عمل غیرمنصفانه، غیرمتعارف یا غیرعادلانه در اعمال قدرت قانونی است.<sup>۱</sup> در پرونده گلامیس گلد، یکی از عوامل کلیدی که باعث رد ادعای برخی انتظارات مشروع سرمایه‌گذار در دیوان داوری شد، این بود که خواهان در محیطی کار می‌کرد که «هر روز بیشتر و بیشتر به پیامدهای زیست‌محیطی معادن گودال باز و سطحی حساس می‌شد».<sup>۲</sup>

مفسران این ملاحظات زیست‌محیطی را به عنوان یک «عنصر کلیدی» یا «عامل اصلی» را که منجر به انکار وجود انتظارات مشروع می‌شود، به رسمیت می‌شناسند.<sup>۳</sup> مراجع داوری به‌طور گسترده تصریح کرده‌اند، در صورتی که تعهد به ثبات وجود نداشته باشد، معاهدات دوجانبه «تثبیت» قانون را تضمین نمی‌کنند. بحث‌های زیادی در مورد آینده مناسب حول محور شروط ثبات در حال انجام است و چگونگی طراحی آنها می‌تواند بهتر از نگرانی‌های مطرح در مورد آنها باشد. رأی داوری در قضیه امین اوایل هم حق حاکمیت طرف قرارداد - به‌ویژه در جایی که به نام منافع عمومی یا نظم عمومی در قرارداد دخالت می‌کند و یا آن را تغییر می‌دهد - به رسمیت شناخته شده و هم حقوق شرکت خصوصی که قرارداد او در معرض چنین مداخله‌ای قرار گرفته است. ثمره این اعتدال، چنان که در رأی امین اوایل آمده، آن است که خسارات شرکت خصوصی که قرارداد او فسخ شده است، باید در چارچوب «انتظارات معقول» جبران شود.<sup>۴</sup>

1 Parkerings-Compagniet AS v Republic of Lithuania, ICSID Case No ARB/05/8, Award 11 September 2007 [332].

2 Glamis Gold v USA UNCITRAL Arbitration Rules, Award of 8 June 2009, [767]. See also [801].

- در اینجا دیوان کالیفرنیا را یک محیط بسیار ویژه‌ای قلمداد کرد که در خصوص اقدامات زیست‌محیطی به طور کلی و استخراج مواد معدنی به طور خاص مورد استفاده قرار می‌گیرد، به رسمیت شناخت.

3. Benedetto (n 51) 113.

۴. محبی، محسن، *مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین‌المللی*، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۳، ص ۱۳۰.



## ۲. منافع عمومی دخیل در داوری‌های مدرن دولت و سرمایه‌گذار در حوزه انرژی

از زمان اعلامیه بدوی ۱۹۹۲ ریو درباره محیط زیست و توسعه، تعهدات زیست محیطی دولت‌ها در قالب بیش از ۲۰ معاهده چندجانبه زیست محیطی و ظهور حقوق بین‌الملل عرفی مربوط به محیط زیست و همچنین تحول در آرای سلب مالکیت محیط زیست محور، گسترش یافته است. اخیراً، تصمیم دیوان بین‌المللی دادگستری (ICJ) در پرونده پالپ میلز بیان نموده است: «یک تعهد صریح بر دوش دولت‌ها برای ارزیابی تأثیرات زیست محیطی (EIA)<sup>۱</sup> در خصوص پروژه‌های فرامرزی وجود دارد»<sup>۲</sup> و دادگاه اروپایی حقوق بشر تأیید کرده است که دولت‌ها مسئول اقدام برای محافظت در برابر اثرات مضر ناشی از آلودگی‌اند، مجرد از اینکه این اقدامات توسط بخش دولتی یا خصوصی انجام گرفته باشد.<sup>۳</sup> علاوه بر این، در پیش‌نویس مقررات تازه منتشر شده مؤسسه حقوقی بین‌المللی در باب تغییرات آب و هوایی و تعهد دولت‌ها بیان می‌دارد: «اتخاذ همه تدابیر متناسب جهت پیش‌بینی، جلوگیری یا به حداقل رساندن علل تغییرات آب و هوایی، به ویژه از طریق اقدامات مؤثر برای کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای».<sup>۴</sup>

چنین تحولات بین‌المللی باعث وضع مقررات مهم‌تری در سطح ملی می‌گردد؛ به‌ویژه در کشورهایی که به‌طور فزاینده‌ای اقدام به وضع مقررات تغییرات اقلیمی و زیست محیطی - از طریق انتشار طرح‌های تجاری یا دیگر مقررات مربوط به کربن - می‌نمایند. تعدادی از کشورها همچنین مقررات الزامی برای انتشار گازهای گلخانه‌ای را برای کسب و کار وضع کرده‌اند.<sup>۵</sup> اخیراً، چین و ایالات متحده آمریکا توافق‌نامه جدید آب و هوایی را انتشار داده‌اند که به عنوان یک گام مثبت در راستای دستیابی به توافق جامع جهانی در مذاکرات آب و هوای سال ۲۰۱۵ در پاریس

1. Environmental Impact Assessment.

2. Case Concerning Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v Uruguay) Judgment, [2010] ICJ Rep (20 April 2010) [205].

3. Lopez Ostra v Spain, No 16798/90, 9 December 1994, para 51; Hatton v United Kingdom, No 36022/97, 8 July 2003 [106-107].

4. ILA, Legal Principles Relating to Climate Change: Draft Articles (ILA, April 2014) 7A (2).

5. See, eg, Céline Kauffmann and others, Corporate Greenhouse Gas Emission Reporting: A Stocktaking of Government Schemes, OECD Working Papers on International Investment No 2012/1, www.oecd.org/daf/investment/workingpapers.

که به عنوان جانشین کنوانسیون سال ۱۹۹۲ سازمان ملل در مورد تغییرات آب و هوایی و پروتکل کیوتو است، به طور گسترده‌ای مورد تأیید قرار گرفته است. در واقع، انگیزه اقتصادهای کم کربن تشویق برای سرمایه‌گذاری در پروژه‌های انرژی تجدیدپذیر، از جمله آن دسته مکانیزم‌های تجاری ایجاد شده در پروتکل کیوتو- که تقریباً ۳۰۰۰ پروژه در ذیل مکانیسم توسعه پاک آن ثبت شده است - با بیش از ۷۰ درصد در بخش انرژی است.<sup>۱</sup>

### ۲.۱. ظهور حقوق بشر

گرچه تعداد معدودی پرونده سرمایه‌گذاری مطروحه وجود دارد که به طور مستقیم با مسائل حقوق بشر مرتبط می‌شود، تمرکز بسیار بر روی مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها و ارتقای تجارت و حقوق بشر به این معنی است که انتظار می‌رود این موضوع در آینده در مورد دعاوی معاهدات دوجانبه و احکام قراردادهای سرمایه‌گذاری بیشتر مطرح شود. یقیناً، حجم رو به رشدی از مقالات دانشگاهی در مورد اینکه آیا اساساً دولت‌ها می‌توانند نگرانی‌های حقوق بشری را به عنوان دفاع یا اعمال محدودیت بر ادعاهای سرمایه‌گذاران افزایش دهند، وجود دارد.<sup>۲</sup> توجیه دولت از اقدامات تقنینی خود بر اساس نقض گسترده حقوق بشر در حال حاضر به عنوان نقض اصول و ضوابط لازم‌الرعایه حقوق بین‌الملل (به عنوان مثال برده‌داری)<sup>۳</sup> شناخته شده است و همان‌گونه که در مباحث قبلی ذکر شد، دیوان‌ها در بعضی موارد، شرط «حسن نیت» برای سرمایه‌گذاران را به

1. UNFCCC, 'Clean Development Mechanism Project Activities: Statistics as at 30 November 2014' (UNFCCC, 30 November 2014) 5 <http://cdm.unfccc.int/Statistics/Public/CDMinsights/index.html> accessed 11 December 2014.

2. See, eg, Patrick Dumberry, "When and How Allegations of Human Rights Violations can be Raised in Investor-State Arbitration" (2012) 13(3) *J World Invest Trade* 349; Filip Balcerzak, "Jurisdiction of Tribunals in Investor-State Arbitration and the Issue of Human Rights" (2014) 29(1) *ICSID Rev* 216; Andrew Newcombe, "Sustainable Development and Investment Treaty Law" (2007) 8 *J World Invest & Trade* 357; and Abdullah Al Faruque, "Mapping the Relationship Between Investment Protection and Human Rights" (2010) 11 *J World Invest & Trade* 539.

۳. نباید به سرمایه‌گذاری‌هایی که متضمن تخطی از اساسی‌ترین قوانین حمایت از حقوق بشر، مانند سرمایه‌گذاری‌های انجام شده در پی شکنجه یا نسل‌کشی و یا حمایت از برده‌داری و یا قاچاق اعضای بدن انسان است، حمایت اعطا شود.

Phoenix Action LTD v Czech Republic, ICSID Case No ARB/06/5, Award of 19 April 2009, [78].

منظور رد ادعاهایی که شامل رشوه یا فساد از طرف سرمایه‌گذار است، به رسمیت شناخته‌اند.<sup>۱</sup> دولت‌ها نیز قبلاً مدعی بودند که الزامات موجود برای سرمایه‌گذاران به منظور سرمایه‌گذاری «مطابق با قوانین داخلی»، قوانین حقوق بشری داخلی کشورها را پوشش می‌دهد. با توجه به مکانیزم این مسائل، پیشنهاداتی ارائه شده است که از نقض حقوق بشر به عنوان دفاع در برابر ادعاهای سرمایه‌گذار استفاده شود<sup>۲</sup> یا از چنین اعمالی به عنوان یک مانع برای صلاحیت قضایی یا مقبولیت ادعای سرمایه‌گذار حمایت گردد.<sup>۳</sup>

برخی از دیوان‌های داوری رویه قضایی حقوق بشر را در آرای مربوط به معاهدات دوجانبه درج کرده‌اند. در پرونده‌های تکمد، رونالد لاودر و جمهوری چک، آزوریکس و آرژانتین و ای دی سی و مجارستان، دیوان از رویه قضایی موجود در کمیسیون بین‌المللی آمریکایی حقوق بشر و دادگاه اروپایی حقوق بشر برای احراز قلمرو تعهدات سرمایه‌گذاری و رویکرد ارزیابی خسارت استفاده کرده است.<sup>۴</sup> در زمینه حقوق بشر، پروفیسور برونو سیما در سال ۲۰۱۱ پیش‌بینی کرد: «اندک رویه قضایی فعلی که شامل دعاوی مستقیم بین قواعد معاهداتی حقوق بشر و

1. MW Sheffer, "Investment Treaties: A Friend or Foe to Human Rights" (2010–2011) 39 *Denv J Int'l L & Pol'y* 483.

۲. یک تلاشی که در این راستا صورت پذیرفته در پرونده بیواتر گاف (تانزانیا) و جمهوری متحد تانزانیا، مطروحه در ایکسید (379) [ICSID Case No ARB/05/22 Award 24 July 2008,] بوده؛ در آنجا استدلال شده است که اقدامات تانزانیا (از جمله لغو امتیازات زباله بیواتر) بر اساس حمایت از حقوق بشر در دارالسلام توجیه می‌گردد و به دلیل ترس از گروه‌های حقوق بشری، استدلال دیوان برای امتناع از جبران خسارات بر علیه دولت (با وجود یافتن نقض معاهده دو جانبه) در قالب شروط حقوق بشری بیان شده است.

۳. به عنوان مثال، در پرونده فونیکس اکشن و جمهوری چک، (ICSID Case No ARB/06/5, Award) 78 (15 April 2009) اعلام شد: «برای زدن مثال فوق‌العاده، هیچ‌کس پیشنهاد نمی‌کند که حمایت ایکسید را به سرمایه‌گذاری‌هایی که در نقض اساسی‌ترین قواعد حقوق بشری انجام شده، مانند سرمایه‌گذاری‌هایی که به دنبال شکنجه یا نسل‌کشی انجام می‌شود یا به حمایت از بردگی یا قاچاق اعضای بدن انسان است، اعطاء نمود» (برای دیدن نظر مخالف مراجعه شود به پرونده آرژانتین در سوئز،

Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA and Interagua Servicios Integrales de Agua SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/03/17, Decision on Liability (30 July 2010) [262].

4. Tecmed (n 34) [116] [122], In the Matter of an UNCITRAL Arbitration Between Ronald S Lauder v the Czech Republic, Final Award, 3 September 2001 [201], Azurix Corp (n 34) [311], [312], ADC Affiliate Limited and ADC and ADMC Management Limited v Republic of Hungary, ICSID Case No ARB/03/16, Award of 2, October 2006 [497].

سرمایه‌گذاری است، نباید ما را به این سمت که این صرفاً یک بحث و جدل در حواشی حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی است، فریب دهد.<sup>۱</sup> پروفیسور سیما به‌طور ویژه معتقد به نقش بالقوه‌ای است که تعهدات حقوق بشری مندرج در میثاق بین‌المللی حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی می‌تواند در معاهدات دوجانبه، چنانچه بتوان از طریق بند (۳۱) (۳) کنوانسیون حقوق معاهدات وین در آنها درج گردد، دارند.<sup>۲</sup>

پروفیسور سیما پیشنهاد کرد که تعهدات میثاق برای حمایت می‌تواند تفسیر شروط رفتار عادلانه و منصفانه، همچنین مفاهیم «هدف عمومی» را تحت شروط سلب مالکیت در معاهدات دوجانبه، آگاهی بخشد. وی به این نتیجه می‌رسد که اگر یک مرجع داور اختلافت سرمایه‌گذاری با این نوع مسائل مواجه شود که این تعهدات را در نظر نگرفته باشند، استدلال آن مرجع در خصوص این موضوع - با تمام پیامدهای ناشی از این پیش فرض - استدلالی ضعیف و ناقص است.<sup>۳</sup> با توجه به پتانسیل آشکار برای تفسیر تعهدات سرمایه‌گذاری همگام و توأم با دیگر تعهدات بین‌المللی دولت‌ها، جالب خواهد بود که آیا دیوان‌ها در آینده شروط حاکم بر معاهدات را به این نحو تفسیر می‌کنند.<sup>۴</sup>

برخی از مفسران حتی پیشنهاد داده‌اند که دولت‌ها باید در معاهدات جدید، حقوق بشر یا تعهدات زیست‌محیطی را به عنوان مقررات و شروط «ابتدایی» موردنیاز برای حقوق سرمایه‌گذار بگنجانند.<sup>۵</sup> بعضی از آنها به جای آن پیشنهاد دادند که تعهدات سرمایه‌گذار می‌تواند در چارچوب

1. Bruno Simma, "Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights" (2011), *ICLQ*, (n 64) pp: 573&585.

۲. «پروفیسور سیما استدلال کرد که اگر چه میثاق مذکور شاید معروفترین مورد برای تعهدات «سبک» دولت‌ها به منظور پی بردن تدریجی به تعهدات مربوط به احترام، حمایت و ارائه حقوق اجتماعی، اقتصادی و فرهنگی، باشد، لکن میثاق دربردارنده تعهدات ذاتی و موجه، با اثر فوری مانند: «اقدامات آگاهانه و هدفمند» و استفاده از «تمام ابزار مناسب» برای دستیابی به حقوق خاصی از قبیل تصویب قوانین مربوط به محدود کردن آلودگی یا شرایط حداقلی کاری نیز می‌باشد» (Ibid., p: 579).

3. Ibid, p :590.

4. See" the Significant Discussion in Pierre-Marie Dupuy, Ernst-Ulrich Petersmann and Francesco Francioni (eds)", *Human Rights in International Investment Law and Arbitration* (OUP 2009); Filip Balcerzak, 'Jurisdiction of Tribunals in Investor-State Arbitration and the Issue of Human Rights' (2014) *ICSID Rev Vol. 20, No. 1* 216.

5. Sheffer, op, cit. (n 61) 507.

یک استاندارد راستی‌آزمایی معین که پروفسور جان راجی از آن به «تغییردهنده بازی» یاد کرده است، مورد توجه قرار گیرد یا الزاماً انطباق اجباری با کنوانسیون‌های خاص محیط‌زیستی یا حقوق بشری، به عنوان مثال، کنوانسیون‌های سازمان بین‌المللی کار، داشته باشد.<sup>۱</sup> در عوض، دولت‌ها می‌توانند مشخص کنند که برخی معاهدات حقوق بشری معین که در آنان منابع حقوق بین‌الملل قرار دارند، بخشی از «قانون قابل اجرا» برای معاهدات باشد یا برای نقض حقوق بشر اثر کاهش‌دهنده خسارات نهایی اعطاشده را داشته باشد.<sup>۲</sup> پیشرفت‌ها و حمایت‌های عمومی در مسئولیت‌های حقوق بشری برای امور تجاری از زمان تصویب اصول راهنمای سازمان ملل متحد در تجارت و حقوق بشر در سال ۲۰۱۱ توسط شورای حقوق بشر سازمان ملل، تحرک بیشتری یافته است. این سند به عنوان استاندارد جهانی برای پیشگیری و رفع خطرات اثرات نامطلوب فعالیت‌های تجاری بر حقوق بشر شناخته شده است که بر اساس چارچوب «حفاظت، احترام و جبران ضرر»، استوار شده‌اند، نه تنها بر وظایف دولت‌ها برای حمایت از حقوق بشر، بلکه همچنین بر مسئولیت سازمانی در احترام به حقوق بشر تأکید می‌ورزند.<sup>۳</sup>

مسئله جبران خسارات مؤثر برای مقابله با نقض این حقوق باید در دسترس باشد. بیشترین تمرکز در این زمینه گزارش‌های عمومی درباره مسائل حقوق بشر است. در سپتامبر ۲۰۱۳، انگلستان اولین کشوری بود که اقدام به انتشار طرح قانون ملی در راستای اجرای اصول راهنمای سازمان ملل نمود<sup>۴</sup> و در حال حاضر اولین کشور در جهان است که شرکت‌های ثبت شده را برای

1. John Ruggie, UN Special Representative of the Secretary-General, 'Engaging Business: Addressing Respect for Human Rights.

25 February 2010, [http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/newsandstories/Ruggie\\_Atlanta.pdf](http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/newsandstories/Ruggie_Atlanta.pdf) accessed 1 February 2015.

2. Simma op.cit.(n 64) 581.

3. HRC Resolution 17/4, Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises para 1, 17th Session, 6 July 2011, UN Doc A/HRC/RES/17/4 (endorsing the Guiding Principles on Business and Human Rights, HR/PUB/11/04); see also Institute for Human Rights and Business, The Oil and Gas Sector Guide on Implementing the UN Guiding Principles on Business and Human Rights (European Commission Guidelines); The Corporate Responsibility to Respect Human Rights: An Interpretative Guide, OHCHR, HR/PUB/12/02, 9-13, 5 [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2\\_En.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_En.pdf) accessed 15 February 2015.

۴. « بیست کشور از جمله آمریکا، هلند، دانمارک، ایتالیا و ... از آن زمان تا کنون به این طرح پیوسته و آن را اجرایی نموده‌اند و ۲۳ کشور نیز در شرف الحاق به آن می‌باشند.» ←

انتشار و افشای اطلاعات عمومی درباره مسائل زیست‌محیطی، اجتماعی و مسائل حقوق بشری به میزان لازم برای درک عملکرد یا موقعیت شرکت، ملزم کرده است.<sup>۱</sup>

در نهایت، در ۱۵ سال گذشته، ظهور یک جنبش شفاف جهانی و روند گسترده‌تر به منظور دستیابی به اطلاعات زیست‌محیطی و مشاوره عمومی در تصمیم‌گیری، از جمله نیاز روزافزون و رو به گسترش نظام ارزیابی تأثیرات زیست‌محیطی برای پروژه‌های بزرگ، دیده شده است.<sup>۲</sup>

بسیاری از موارد، تجارت‌ها و کسب و کارها در شرایط کنونی در تشدید این نگرانی‌ها کمک می‌کند و شاید جنبش شفافیت با تصویب گسترده این ابتکار عمل در شفافیت صنایع معدنی و استخراجی بهترین نمونه در بخش انرژی باشد.<sup>۳</sup>

## ۲.۲. سهم داوری در حاکمیت قانون

منبعث از استانداردهای بین‌المللی پذیرفته شده، تعریف جهانی از حاکمیت قانون، یک نظامی است که طی آن چهار اصل کلی ذیل قابل استنباط است:

←accessed 2019/6/20 :

<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Business/Pages/NationalActionPlans.aspx>

1. The Companies Act 2006 (Strategic Report and Directors' Report) Regulations 2013, SI 2013 No 19705 [www.legislation.gov.uk/ukxi/2013/1970/pdfs/ukxi\\_20131970\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/ukxi/2013/1970/pdfs/ukxi_20131970_en.pdf) accessed 2 January 2015.

۲. برای مثال، مراجعه شود به اصل ۱۰ اعلامیه محیط زیست و توسعه ریو که مقرر می‌دارد: «مسائل مربوط به محیط زیست هنگامی به بهترین نحو حل و فصل می‌شوند که کلیه شهروندان در سطوح مناسب در آن مشارکت داشته باشند. در سطح ملی، هر فرد باید به اطلاعات مربوط به محیط زیست که در اختیار مقامات عمومی می‌باشد از جمله به اطلاعات مربوط به مواد و فعالیت‌های خطرآفرین موجود در جوامع خویش دسترسی داشته و امکان شرکت در فرایند تصمیم‌گیری را داشته باشد. دولت‌ها از طریق اشاعه عام اطلاعات مربوط به محیط زیست، باید در ترویج و ارتقای آگاهی عمومی در این زمینه بکوشند. دسترسی مؤثر به مذاکرات اداری و قضایی، منجمله به تصمیمات اصلاحی متخذه، باید تأمین گردد»؛

Available at: <http://www.unic-ir.org/hr/rio-declaration.htm> (accessed 2019/3/25).

همچنین ر.ک: ماده ۱۳ پیش نویس قانون پیشگیری از آسیب‌های فرامرزی از فعالیت‌های خطرناک.

Available at:

[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9\\_10\\_2006.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_10_2006.pdf) (accessed 2019/3/26).

3. The EITI is now an Internationally Recognized Standard for Transparency in the Sector. See Tonje Pareli Gormley, "Transparency and International Energy" in Kim Talus (ed), Research Handbook on International Energy Law (Edward Elgar Publishing 2014) 514–47.

۱. دولت و مقامات و نمایندگان آن و همچنین اشخاص و نهادهای خصوصی به موجب قانون مسئول‌اند.
  ۲. قوانین شفاف، عام‌الشمول، پایدار و عادلانه‌اند، بدون تبعیض اعمال می‌شوند و حامی حقوق اساسی، از جمله امنیت اشخاص و اموال، می‌باشند.
  ۳. فرایندی که طی آن قوانین تصویب، اداره و اجرا می‌شوند، قابل دسترس، منصفانه و کارآمد است.
  ۴. عدالت به موقع توسط نمایندگان صالح، اخلاقی و مستقل اجرا می‌شود و این افراد بی‌طرف که از تعداد کافی برخوردارند، دارای منابع کافی و منعکس‌کننده ساختار جوامعی که به آنها خدمت می‌کنند، نیز می‌باشند.
- معاهدات سرمایه‌گذاری و دیوان‌های داوری در برخی از وجوه، به ویژه با ارائه فرصت برای بررسی و تحلیل اقدام دولت، در حاکمیت قانون مشارکت می‌کنند.<sup>۱</sup> داوران قدرت خود را از طرفین معاهده که آنها را منصوب کرده‌اند، به دست می‌آورند و آنها فقط برای حل اختلاف بین طرفین فراخوانده می‌شوند. با این حال، آنها می‌توانند این اختیار را به دلیل حمایت قوی از سوی دولت‌هایی که متعهد به اجرای تصمیمات خود شده‌اند، اعمال کنند و اطمینان یابند که طرفین موافقت خود را برای انجام داوری به انجام می‌رسانند. دولت‌ها همچنین به داوری برای حل بسیاری از اختلافات بین آنها وابسته‌اند؛ نهاد داوری بین‌المللی نقشی اساسی در ارتقای روابط صلح‌آمیز بین ملت‌ها داشته و به حاکمیت بین‌المللی قانون کمک کرده است. بنابراین، داوری همواره یک مشارکت دولتی - خصوصی است و از طریق تصمیمات داوری، داورها حاکمیت قانون را اجرا می‌کنند. طرفین معاهده با اجرای موافقت‌نامه‌هایشان و ایجاد قدرت پیش‌بینی و اطمینان، تجارت بین‌المللی را ارتقا می‌دهند. داورها از طریق داوری سرمایه‌گذاری، یک قاعده حقوقی فراملی ایجاد کرده‌اند که به ایجاد استانداردهای یکسان برای رفتار حاکمیتی مطلوب و معتبر کمک کرده است. این نظام رژیم حقوقی و اقتصادی استثنایی را برای سرمایه‌گذاران خارجی به‌ویژه شرکت‌های فراملیتی فراهم می‌کند که قدرت قانون‌گذاری دولت و به طور ضمنی حقوق جمعیت محلی را محدود می‌کند. این امر غیرعمدی نیست، بلکه این هدف تعیین‌شده نظام

1. David WRivkin, "The Impact of International Arbitration on the Rule of Law" *Arbitration International*, Vol 29, Issue 3.(2013), p126.

حل و فصل است. غیرمحملی کردن اختلاف، سبب می‌شود که اختلاف از پیامدهای اجتماعی آن جدا شده، تا ابعاد سیاسی آن خنثی شود.

این ویژگی‌ها در سیستم مستقل و بی‌طرف بودن نظام حل و فصل با ضمانت‌هایی همراه است، از جمله: ۱- استماع ادعاهای طرفین؛ ۲- وجود حمایت قضایی از حقوق و دادرسی‌ها به نحو برابر؛ ۳- استدلال قضایی که توجیه‌کننده حل و فصل اختلافات به صورت صلح‌آمیز، قانونی و الزام‌آور است.<sup>۱</sup>

در انتقاد از این نظام، برخی استدلال می‌کنند که داوری دولت- سرمایه‌گذار یک حاکمیت قانون یکجانبه را طراحی می‌کند که فقط از سرمایه‌گذار حمایت می‌نماید.<sup>۲</sup> سایر انتقادات را می‌توان در عدم شفافیت در روند داوری، سوءظن در مورد استقلال داوران و عدم وجود مکانیزم تجدیدنظر خلاصه کرد. این انتقادات مبتنی بر مقایسه دعای نظام حل و فصل با حمایت از فرایند اجرای قانون اساسی در غرب است.<sup>۳</sup> یکی از ویژگی‌های ضددموکراتیک دعاوی تحت داوری دولت- سرمایه‌گذار عدم شفافیت و عدم مشارکت عمومی است. در بیشتر موارد، دادرسی‌های شفاهی در پشت درهای بسته انجام می‌شود و اسناد دادگاه در دسترس عموم نیست.<sup>۴</sup> استدلال دیگر بر علیه نظام حل و فصل این است که نظارت عمومی برای اطمینان از اینکه صدای اجتماعات متأثر از آن تصمیمات شنیده شود، ضروری است.<sup>۵</sup>

در پاسخ، پیشنهادهایی برای یک دادگاه سرمایه‌گذاری بین‌المللی دائمی و یک نهاد استیناف با صلاحیت رسیدگی به اختلافات دولت- سرمایه‌گذار که می‌تواند محاکمه را متمرکز کند، اخیراً

1. Kriebaum, U., . Is ISDS Beneficial or Dangerous for the Rule of Law Both in the International and the National Spheres? Proceedings of the Annual Meeting ,*American Society of International Law*,2015. [online], vol. 109, pp. 203-207. Available from: <https://doi.org/10.5305/procanmeetasil.109.2015.0203a> [Accessed 12 June 2018].

2. Miles, K.,. The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital. Cambridge University Press.2013.

3. Baars, G., . "It's Not Me, it's the Corporation": The Value of Corporate Accountability in the Global Political Economy". *London Review of International Law*, (4) 1, 2016,pp. 127-163.

4. Miles,p333.

5. Van Harten, G., and Malysheuski, P., 2016. **Who Has Benefited Financially From Investment Treaty Arbitration? An Evaluation of the Size and Wealth of Claimants.** *Osgoode Hall Law School Legal Studies Research Paper Series* [online], 12 (3), Research Paper No. 14. p 159. Available from: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2713876> [Accessed 12 June 2018].



در جریان مذاکرات اتحادیه اروپا و ایالات متحده در خصوص موافقت‌نامه تجارت و سرمایه‌گذاری ترنس‌آتلانتیک مطرح شده بود.<sup>۱</sup> به منظور بهبود ثبات رویه نظام حل و فصل در خصوص مقوله سرمایه‌گذاری و تضمین موازنه حقوقی بین منافع عمومی و خصوصی، نقش طرف‌های دولتی به عنوان زعما و صاحبان معاهده باید تقویت شوند. این امر با اعطای قدرت و اختیار در تفسیر که معتبر و الزام آور باشد، حاصل می‌شود.<sup>۲</sup> به طور مثال، مقررات سرمایه‌گذاری اروپا درصدد است کمیته‌ای در باب معاهدات تشکیل دهد که متشکل از نمایندگان همه طرف‌های دولتی باشد و به طور مداوم بر عملکرد نظام حل و فصل نظارت کند و تفسیرها و نظریات لازم‌الاتباع از مقررات و اسناد سرمایه‌گذاری را در صورت لزوم ارائه دهد. ضمناً ساز و کار تجدید نظر به منظور تصحیح آرای نادرست و حفظ ثبات در تفسیر می‌تواند مفید باشد.<sup>۳</sup>

دیوان‌های داوری، مجرد از انتقادات فوق‌الخصوص دخالت غیرقانونی در اختیارات نظام دموکراتیک، باید منافع عمومی نظیر حقوق بشر، ثبات مالی، حفاظت از محیط زیست، بهداشت عمومی و سایر موارد را بررسی و بازخواست نمایند.

1 Oliver, C., and Donnan, S., . **EU Seeks to Remove Obstacle to Trade Deal: Complaints Over Investment Disputes System Threaten Pact with US.** *Financial Times* [online], 2015. Available from: <https://www.ft.com/content/3e314a7a-5c74-11e5-a28b-50226830d644> [Accessed 12 June 2018].

2 Steffen Hindelang, **Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Provision In The EU'S International Investment Agreements**, Directorate-General For External Policies Of The Union, 2014, available on the Internet at <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=En>.

3 Hirsch, M., . *Investment Tribunals and Human Rights Treaties: a Sociological Perspective.* In: Freya Baetens, ed., *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives.* Cambridge University Press. 2013.

## نتیجه‌گیری

حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی و حفاظت از منافع اساسی کشورهای میزبان سرمایه، از جمله منافع اساسی سیاسی و اقتصادی محیط زیست، حقوق بشر و سلامت عمومی، دو منفعت متعارض به نظر می‌رسند. پرونده‌های حل اختلاف سرمایه‌گذار- دولت به طرز چشمگیری در دهه‌های اخیر افزایش یافته است و دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری برای حل و فصل اختلافات دولت سرمایه‌گذار، هسته اصلی رژیم سرمایه‌گذاری مدرن را تشکیل می‌دهد. نظام حل و فصل اختلافات دولت- سرمایه‌گذار به عنوان یکی از مؤثرترین ابزارها برای مدیریت ریسک سیاسی و ارتقای حاکمیت قانون در عرصه بین‌الملل توصیف شده است. نظام حل و فصل که جایگزین سازوکارهای اجرایی دولت‌محور در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی شده، تعهدات اساسی را در این زمینه در قراردادهای سرمایه‌گذاری ایجاد می‌کند که اعتبار بیشتری دارند و به سیاست‌زدایی از اختلافات سرمایه‌گذاری کمک می‌کنند. نظام حل و فصل یک ساز و کار کلیدی برای پاسخگو قرار دادن دولت میزبان در برابر سرمایه‌گذار، مجرد از جبران خسارات قضایی داخلی (که ممکن است دقیقاً در مواقعی که مورد نیاز است، در دسترس نباشد)، محسوب می‌شود.

سرمایه‌گذاران به جای اینکه به دولت‌های خود برای جبران خسارت (فرایندی که احتمالاً غیر قابل پیش‌بینی و عمیقاً سیاسی است) متکی باشند، خود مجبورند اقامه دعوا کنند و به طور مؤثر قدرت دولتی را که به طور یکجانبه، خودسرانه و بدون بازخواست عمل می‌کند، حذف یا حداقل کنترل کند و یا حول عواقب هر نقض قرارداد به صورت دو جانبه مذاکره نماید. در حالی که طیفی از پیشرفت‌ها در نظام معاهدات سرمایه‌گذاری می‌تواند و باید در نظر گرفته شود، این نظام معاهدات به عنوان یک کل و نظام حل‌وفصل به‌طور ویژه، از مؤلفه‌های حیاتی ایجاد توازن در منافع عمومی- خصوصی به ویژه در صنعت انرژی هستند که جزء جدایی‌ناپذیر از امنیت انرژی آینده ما و از مشارکت‌کنندگان کلیدی ثبات جهانی از طریق ارتقای حاکمیت قانون، می‌باشند. حفظ این نظام به ویژه برای بخش انرژی سودمند است؛ زیرا سرمایه‌گذاران انرژی در حل اختلافات پروژه‌های انرژی سود قابل توجهی از سوی نظام مذکور دریافت می‌کنند. به‌طور مثال در دعوای یوکوس، روسیه در دیوان داوری بیش از ۵۰ میلیارد دلار در برابر سرمایه‌گذاران به دلیل نقض تعهدات بین‌المللیش تحت قرارداد منشور انرژی، محکوم شد. علاوه بر این، متعاقباً

دادگاه حقوق بشر اروپا دستور داد که روسیه ۱,۸۶۶ میلیارد یورو به سهامداران سابق یوکوس بابت نقض قوانین دادگاه اروپایی حقوق بشر، بپردازد.<sup>۱</sup>

بدیهی است، نظام موجود حل و فصل اختلافات دولت- سرمایه‌گذار نظامی کامل نیست- در حقیقت هیچ نظام حل اختلافی کامل نیست، اما تغییر در حال رخ دادن است. مطمئناً، رژیم داوری سرمایه‌گذاری فعلی بسیار مؤثرتر از سیستم مداخله دیپلماتیک است که جایگزین آن شده است. داوری‌های آینده دولت- سرمایه‌گذار همانند ماده ۷ معاهده دوجانبه ایالات متحده- آرژانتین، می‌بایست تمرکز خود را به جای منافع اساسی، به تعریف قلمرو «نظم عمومی» قرار دهد. از طرفی، چنانچه نظام حل و فصل اختلافات دولت- سرمایه‌گذار، در معاهدات آینده گنجانده نشود یا از معاهدات موجود حذف شود، سرمایه‌گذاران، از جمله کسانی که در بخش‌های انرژی و منابع طبیعی حضور دارند، بخش قابل توجهی از اعتمادشان را از دست خواهند داد. این نظام قادر است تعادل منافع عمومی متعارضی را که به‌طور فزاینده مورد بررسی داوران در دیوان‌های داوری قرار می‌گیرد، فراهم کند. مضافاً، تحولات زیست‌محیطی و حقوق بشری ممکن است فی‌الواقع مداخلی برای رسیدگی به نگرانی‌های مربوط به مشروعیت نظام حل و فصل باشد. در این بخش، معاهدات دوجانبه به‌طور قابل ملاحظه‌ای از تمام سرمایه‌گذاری‌ها حمایت می‌کنند و اغلب به ایجاد انگیزه برای سرمایه‌گذاری‌های تجدیدپذیر کمک می‌کنند تا پروژه‌های انرژی پاک و نو نه تنها توسط معاهدات محافظت شوند، بلکه به‌طور فعال تشویق گردند. نظام حل و فصل در کنار نسل جدید معاهدات دوجانبه، در حال حاضر به دنبال موازنه این منافع مختلف و ارتقای حاکمیت قانون از طریق محدود کردن اختیارات دولت نسبت به بیگانگان با تعیین ضوابط قانونی قابل اجرا در دادرسی‌های مستقل داوری است.

1. OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v Russia, ECtHR App No 14902/04 (20 September 2011).

## فهرست منابع

## الف) منابع فارسی

## کتاب

۱. محبی، محسن، *مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو روبه داوری بین‌المللی*، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، تهران، ۱۳۹۳.

## ب) منابع انگلیسی

**Books**

2. Douglas, Z , *Nothing If Not Critical For Investment Treaty Arbitration: Occidental, Eureka and Methanex* , *Arbitration Int pub.*(2006).
3. Dupuy.P, Petersmann.E, Francioni. F, *Human Rights in international Investment Law and Arbitration* ,*OUP Pub.*(2009).
4. Gormley. P *Transparency and International Energy*’ in *Kim Talus (ed), Research Handbook on International Energy Law*, Edward Elgar Pub.(2014).
5. Miles, K., *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. *Cambridge University Press*.2013.
6. W Gehring,M; Claire.M; Segger.S; Hepburn. J, *Climate Change and International Trade and Investment Law*’ in *Rosemary Rayfuse and Shirley V Scott (eds), International Law In the Era Of Climate Change* ,Edward Elgar Pub. (2012).

**Articles**

7. Alvarez. J ,”The Evolving BIT”, *Transnational Dispute Management*,Vol 7, Issue 1, 9–25.(2010).
8. Al Faruque. A , “Mapping the Relationship between Investment Protection and Human Rights” *J World Invest & Trade* , Vol 11, (2010).
9. Balcerzak. F,”Jurisdiction of Tribunals in Investor-State Arbitration and the Issue of Human Rights” , *ICSID Rev*, Vol 29(1) .(2014).
10. Baars, G, “It’s Not Me, It’s The Corporation”: The Value of Corporate Accountability In the Global Political Economy”. *London Review of International Law*, v(4),2016.

11. Cf. e.g. Johnson, L. and Volkov, O., “Investor-State Contracts, Host-State “Commitments” and the Myth of Stability in International Law”, *American Review of International Arbitration*, Vol. 24 (2013).
12. Dumberry, P., “When and How Allegations of Human Rights Violations can be Raised in Investor-State Arbitration”, *J World Invest Trade*, Vol 13(3), (2012).
13. Dolzer, R., “New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property”, *The American Journal of International Law*, Vol. 75, No. 3 (Jul., 1981).
14. Guzman, A., “Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 38 (2008).
15. Jan van den Berg, A “Comments on Treaty Arbitration and International Law”, in (ed), *Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series*, (2007).
16. Hindelang, S., “Bilateral Investment Treaties, Custom and a Healthy Investment Climate - The Question of Whether BITs Influence Customary International Law Revisited”, *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 5 (2004).
17. Hindelang, S., “Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Provisions In The Eu's Internationals Investment Agreements”, *Directorate-General For External Policies of the Union, 2014*, available on the Internet at <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies.do?language=En>.
18. Hirsch, M., “Investment Tribunals and Human Rights Treaties: A Sociological Perspective”. In: *Freya Baetens, ed., Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*. Cambridge University Press. (2013).
19. Kriebaum, U., “Is ISDS Beneficial or Dangerous for the Rule of Law Both in the International and the National Spheres? Proceedings of the Annual Meeting” *American Society of International Law*, (2015), vol. 109. Available from: <https://doi.org/10.5305/procanmeetasil.109.2015.0203a>.
20. Mafi, H., “Controversial Issues of Compensation in Cases of Expropriation and Nationalization: Awards of the Iran-United States Claims Tribunal”, *Intl. J. Humanities*, Vol. 18 (1), (2011).

21. Newcombe. A, "Sustainable Development and Investment Treaty Law" *J World Invest & Trade*, Vol 8, (2007) .
22. Oliver, C., & Donnan, S., "EU Seeks to Remove Obstacle to Trade Deal: Complaints Over Investment Disputes System Threaten Pact With US. Financial Times", (2015) [online], 17 September. Available from: <https://www.ft.com/content/3e314a7a-5c74-11e5-a28b-50226830d644>
23. Ruggie. J , "UN Special Representative of the Secretary-General, 'Engaging Business: Addressing Respect for Human Rights'", 5 <http://www.hks.harvard.edu>, (2010).
24. Sabater. A ; Stadnyk.M , "International Arbitration and Energy: How Energy Disputes Shaped International Investment Dispute Resolution", in Kim Talus (ed), *Research Handbook on International Energy Law* , Edward Elgar Pub.; (2014).
25. Sheffer. M , "Investment Treaties: A Friend or Foe to Human Rights", *Denv J Int'l L & Pol'y* , Vol 39, (2011).
26. Simma.B, "Foreign Investment Arbitration: A Place for Human Rights", *ICLQ* , Vol 60 (3) ,(2011).
27. Van Duzer, J.A. & Simons,P & Mayeda.G, "Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements – A Guide for Developing Countries, Commonwealth Secretariat", (2012). ,available at [http://www.iisd.org/pdf/2012/6th\\_annual\\_forum\\_commonwealth\\_guide.pdf](http://www.iisd.org/pdf/2012/6th_annual_forum_commonwealth_guide.pdf).
28. Van Harten, G., and Malysheuski, P., "Who Has Benefited Financially From Investment Treaty Arbitration? An Evaluation of the Size and Wealth of Claimants". *Osgoode Hall Law School Legal Studies Research Paper Series*, (2016). [online], 12 (3), Research Paper No. 14. p 159. Available from: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2713876>.
29. WRivkin, David, "The Impact of International Arbitration on the Rule of Law", *Arbitration International*, Vol 29, Issue 3. (2013) .
30. Yong Kyun Kim, "States Sued: Democracy, the Rule of Law, and Investor-State Dispute Settlement (ISDS)", *International Interactions Journal* ,2017.

#### Awards & Documents

31. ICSID Cases, available in : <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/AdvancedSearch.aspx>.
32. NAFTA Awards, available in : <http://www.naftaclaims.com>.

33. UNCITRAL Awards, available in : <https://arbitration.org/taxonomy/term/252>.
34. HRC Resolution 17/4, (2011), Human rights and transnational corporations and other business enterprises, 17th Session, HR/ PUB/ 11/ 04 [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2\\_En.pdf4](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR.PUB.12.2_En.pdf4).
35. International Renewable Energy Agency, 27 June 2014) 5 <http://www.irena.org/News/Description.aspx>.
36. The EN.Companies Act (2006), Strategic Report and Directors' Report, Regulations, SI 2013 No 19705 [www.legislation.gov.uk/uksi/2013/1970/pdfs/uksi\\_20131970\\_en.pdf](http://www.legislation.gov.uk/uksi/2013/1970/pdfs/uksi_20131970_en.pdf).
37. UNCTAD, (2012), Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series in International Investment Agreements II. <https://unctad.org/en/Pages/DIAE/G-20/G20-Investment.aspx>.

