

تأثیر رویه و رفتار سرمایه‌گذار در تعدیل خسارات ناشی از نقض استانداردهای حمایتی معاهدات سرمایه‌گذاری

محمدجعفر قنبری جهرمی* - منصور وصالی محمود**

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۶/۱۴ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۱/۲۱)

چکیده

تعیین میزان خسارت وارده به سرمایه‌گذار، یکی از مهم‌ترین جنبه‌های رسیدگی‌های داور سرمایه‌گذاری است. در ارزیابی خسارت در این دعاوی، گاهی با توجه به وقایع و اوضاع و احوال دعوا، لزوم تعدیل و کاهش خسارت پیش می‌آید. این امر می‌تواند با توجه به تأثیر سایر قواعد حقوق بین‌الملل در سنجش مسئولیت و ارزیابی خسارت در این دعاوی توجیه شود. با توجه به رویه داور سرمایه‌گذاری، رفتار و رویه سرمایه‌گذار می‌تواند در جریان فعالیت او در کشور میزبان و نیز پس از نقض تعهد توسط دولت میزبان، در تحدید و تعدیل خسارت از سوی دیوان داور لحاظ شود. اصولاً تعهدات مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری برای حمایت از سرمایه‌گذاران است، اما به‌طور خاص، ممکن است رویه سرمایه‌گذار در مواردی برای کاهش خسارت ناشی از نقض تعهد رفتار عادلانه و منصفانه لحاظ شود. مشارکت در زیان و عدم ایفای تعهد جلوگیری از گسترش خسارت نیز می‌تواند تحت عنوان رفتارهای مربوط به پس از نقض تعهد توسط دولت که در کاهش خسارت مؤثر است مطالعه شود.

توجه به عوامل تعدیل‌کننده خسارت می‌تواند موجب توسعه قواعد خسارت در داورهای سرمایه‌گذاری و ارتقای مشروعیت این نظام شود.

واژگان کلیدی: داور سرمایه‌گذاری، تعدیل خسارت، مشارکت در خسارت، جلوگیری از گسترش خسارت، رفتار سرمایه‌گذار

مقدمه

داوری در چارچوب معاهدات سرمایه‌گذاری، علی‌رغم نظام خودبسنده‌ای که برای حل و فصل اختلافات بین دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی فراهم می‌کند (Sornarajah, 2015: 58; Berman, 2012: 665)، نمی‌تواند در کنار مقررات معاهدات دوجانبه و چندجانبه سرمایه‌گذاری، بدون در نظر گرفتن چارچوب کلی حقوق بین‌الملل و اصول کلی حقوقی قابل اعمال در دعاوی سرمایه‌گذاری فعالیت کند. تعیین خسارت به‌عنوان ملموس‌ترین مرحله در داوری‌های سرمایه‌گذاری نیز از این نکته مستثنا نیست؛ ارزیابی خسارت نباید همواره در چارچوب معیارها و استانداردهای ارزیابی مقرر شده در معاهده محصور شود و با توجه به ابعاد گوناگون و گسترده دعاوی سرمایه‌گذاری، گاهی با توجه به وقایع و اوضاع و احوال دعوا، لزوم انعطاف‌پذیری فرایند تعیین خسارت پیش می‌آید. اصولاً در این راستا همواره می‌توان از کاهش میزان خسارت سخن گفت زیرا معیارها و عوامل گوناگونی می‌توانند خسارت ارزیابی شده را تحت تأثیر قرار دهند. با توجه به رویه محدودی که در حال حاضر در خصوص معیارها و عوامل کاهش خسارت قابل پرداخت به خواهان (سرمایه‌گذار) در داوری سرمایه‌گذاری وجود دارد، می‌توان از تأثیر رفتار سرمایه‌گذار در جریان فعالیت خود در کشور میزبان و نیز رفتار او پس از نقض تعهد دولت میزبان سخن گفت.

لازم به ذکر است که برخی نویسندگان، معیارهایی چون علیت و منع جبران مضاعف خسارت را نیز برای تعدیل و تحدید خسارت بیان کرده‌اند (Sabahi, 2015: 171-176, 186-187) که به نظر نمی‌رسد بتوان آن‌ها را در قلمرو موضوع مورد نظر این مقاله داخل کرد. در هر حال، مرجع حل و فصل اختلاف باید به اصل علیت و نیز اصل منع جبران مضاعف خسارت در ارزیابی خسارت، توجه کند و نمی‌توان آن دو را مبنای تعدیل خسارت دانست. اصولاً دیوان‌های داوری در زمانی که با توجه به معیار قابل اعمال، خسارت را تعیین می‌کنند باید مانع جبران مضاعف خسارت شوند و پیش از آن نیز باید تنها بابت زیانی خسارت تعیین کنند که رابطه علیت به حد کافی بین عمل ناقض تعهد از سوی دولت و این زیان وجود داشته باشد. بنابراین نمی‌توان شمول این موارد را در بین مبنای تعدیل و تحدید خسارت، صحیح دانست. هر چند شاید گفته شود شمول مواردی چون مشارکت سرمایه‌گذار در زیان و نیز لزوم پیشگیری از تشدید خسارت نیز در این مبنای قابل تردید است، می‌توان این موارد را از مواردی چون علیت و منع جبران مضاعف خسارت، جدا کرد. همان‌طور که گفته شد، اصل علیت را می‌توان مربوط به مرحله احراز مسئولیت دانست و منع جبران مضاعف خسارت نیز به دقت نظر دیوان داوری در اعمال صحیح استاندارد خسارت بازمی‌گردد.

در عمل نیز دیوان‌های داوری، مشارکت در زیان و لزوم جلوگیری از تشدید زیان را به عنوان عامل تعدیل‌کننده خسارت در نظر گرفته‌اند و به نظر می‌رسد تأثیر دادن این اصول در مرحله اعمال استاندارد (معیار) تعیین خسارت، با دشواری همراه باشد و بنابراین دیوان‌ها ترجیح داده‌اند در محاسبه میزان نهایی خسارت به‌طور جداگانه به این موارد توجه کنند.

۱. رفتار و رویه سرمایه‌گذار در فعالیت در کشور میزبان

۱-۱. تأثیر رویه سرمایه‌گذار بر تعیین مسئولیت و خسارت؛ اعمال محدودیت بر استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه

یکی از مبانی بالقوهٔ تحدید خسارت قابل پرداخت از سوی دولت میزبان به سرمایه‌گذار، تأثیر رفتار و رویه سرمایه‌گذار در جریان فعالیت ناشی از سرمایه‌گذاری در کشور میزبان است. این تأثیر را به‌ویژه باید در ارتباط با استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه (به دلیل برخی ویژگی‌های آن) به عنوان استاندارد دی که امروزه بیشترین مبنای دعاوی سرمایه‌گذاران علیه دولت‌های میزبان را تشکیل می‌دهد مطالعه کرد. یک‌جانبه‌بودن استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه^۱، یکی از اصلی‌ترین ویژگی‌های این استاندارد در معاهدات سرمایه‌گذاری است. منتقدان عقیده دارند که این استاندارد، رابطه‌ای نامتوازن و غیرمتعادل بین دولت و سرمایه‌گذار برقرار می‌کند. این ادعا را باید در چارچوب کلی‌تر مبادلات بین‌المللی مشاهده کرد که در آن به‌طور سنتی دولت‌های میزبان از نظر اقتصادی پایین‌تر از کشورهای فرستنده سرمایه‌گذاری یا خود سرمایه‌گذاران بودند. (Tudor, 2008: 207) اختیار وسیع دیوان داوری در ارزیابی نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه نیز این خصیصه یک‌جانبه را روشن‌تر می‌کند. بر همین مبنا باید گفت که می‌توان این رابطه نامتعادل را که از طریق استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه ایجاد می‌شود در مرحله تعیین خسارت در نظر گرفت و به آن تعادل و توازن بخشید.

برخی نویسندگان، حتی پیشنهاد کرده‌اند که رفتار و رویه سرمایه‌گذار در جریان فعالیت در کشور میزبان در همه مراحل رسیدگی در نظر گرفته شود؛ در تعیین اینکه آیا استاندارد رفتار

۱. در خصوص این استاندارد با توجه به رویه دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری می‌توان به عناصری اشاره کرد که محتوای این شرط را از دیدگاه این دیوان‌ها تشکیل داده‌اند. یکی از این عناصر، استنکاف از احقاق حق است. استنکاف از احقاق حق، به‌طور سنتی به‌عنوان سوء اجرای جریان دادرسی توسط دادگاه‌های داخلی تعریف می‌شود که ناشی از ضعف دستگاه قضایی دولت است. استنکاف از احقاق حق با تفسیر موسع می‌تواند از اعمال دستگاه قضایی و همچنین اعمال قوه اجرایی و قوه قانونگذاری که بر تمشیت امور قضایی تأثیر می‌گذارد ناشی شود. تعهد دولت به تضمین تمشیت مناسب امور قضایی نسبت به خارجیان، بخشی از تعهد کلی دولت به حمایت از اتباع خارجی و اموال آن‌هاست. عنصر غالب در محتوای استاندارد، رفتار عادلانه و منصفانه را انتظارات مشروع دانسته‌اند. در سال‌های اخیر در شمار چشمگیری از آرای داوری سرمایه‌گذاری از سوی خواهان‌ها به این مفهوم استناد شده است. (Potestà, 2013: 88-89; Focarelli, 2013)

عادلانه و منصفانه نقض شده، در تعیین رابطه علیت بین رفتار دولت و زیان ادعا شده و نیز در تعیین خسارت ناشی از نقض این استاندارد. (Muchlinski, 2006: 530) در سطح ماهوی، گرایش‌هایی در رویه داوری دیده می‌شود که به ضرورت توجه سرمایه‌گذار به رفتار و رویه‌اش در صورت تمایل به بهره‌مندی از تعهد حمایت و امنیت کامل سرمایه‌گذاری اشاره دارد. سه دسته از تعهدات و وظایف در این مورد برای سرمایه‌گذار بر شمرده می‌شود: تعهد به پرهیز از رفتار نامناسب، شروع به فعالیت سرمایه‌گذاری با آگاهی و اطلاع کافی از ریسک‌های مربوط به آن و نیز تعهد به انجام فعالیت تجاری به شیوه‌ای متعارف و معقول. در صورتی که سرمایه‌گذار، رفتار نامناسبی در پیش گیرد، ممکن است این امر پیامدهای نامطلوبی در خصوص دعوی که اقامه می‌کند داشته باشد. ممکن است دلایل نشان‌دهنده این رفتار بر حق اقامه این دعوا تأثیر بگذارد، به‌ویژه در صورتی که واکنش دولت از طریق مقررات‌گذاری که مورد اعتراض سرمایه‌گذار قرار گرفته، ناشی از اعمال اختیاراتش برای مجازات این رفتار نامناسب از طریق مداخله در سرمایه‌گذاری و فعالیت سرمایه‌گذار باشد. از سوی دیگر با توجه به اینکه تعهد دوم و سوم می‌تواند نشأت گرفته از تعهد عام مراقبت و دقت در جریان سرمایه‌گذاری تلقی شود و نه ناشی از انزجار اخلاقی از برخی رفتارها و رویه‌ها، ممکن است پیامدهای عدم رعایت آن، خفیف‌تر در نظر گرفته شود. در این موارد، دلایل نشان‌دهنده عدم رعایت این تعهدات می‌تواند منجر به کاهش خسارت قابل پرداخت از سوی دولت، متناسب با ارتباط علی بین رفتار سرمایه‌گذار و درجه زیان منتسب به عمل دولت میزبان شود. به‌طور کلی، رویه در حال توسعه داوری سرمایه‌گذاری در این خصوص نشانگر آن است که رفتار سرمایه‌گذار حائز اهمیت است و ممکن است منجر به شکل‌گیری و توسعه محدودیتی جدید بر استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه شود. (Muchlinski, 2006: 530)

در مقابل دیدگاه مبتنی بر تأثیر رفتار سرمایه‌گذار در همه مراحل رسیدگی، برخی نویسندگان معتقدند که رفتار سرمایه‌گذار به دلایلی باید تنها در مرحله تعیین خسارت، تأثیرگذار باشد. نخست به این دلیل که تعهد رفتار عادلانه و منصفانه، تنها در قبال دولت و به نفع سرمایه‌گذار وجود دارد. این سرمایه‌گذار نیست که بر مبنای این استاندارد ملزم است با دولت، رفتار عادلانه و منصفانه داشته باشد. دوم اینکه این استاندارد، تعهدی است که در موافقت‌نامه‌ها و معاهدات دوجانبه بین دولت‌ها به‌طور ارادی پذیرفته می‌شود و این تعهد در قرارداد بین دولت و سرمایه‌گذار درج نمی‌شود. نهایتاً اینکه مبدأ این استاندارد و هدف اصلی آن، ایجاد محیط حقوقی مطلوب برای جذب سرمایه‌گذاری است. این دیدگاه معتقد است که بر اساس نظر نخست که تأثیر رفتار سرمایه‌گذار را در همه مراحل رسیدگی می‌پذیرد، موفقیت سرمایه‌گذار در دعوای نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، تقریباً

ناممکن است زیرا موانع بسیاری در این راه خواهد داشت و در نتیجه این تحلیل از تعهد رفتار عادلانه و منصفانه، علت وجودی خود آن را از بین خواهد برد. (Tudor, 2008: 210) تعهداتی که مطابق نظر نخست، سرمایه‌گذار برای بهره‌مند شدن از مزایای این دعوا باید رعایت کند (تعهد پرهیز از رفتار نامناسب و...) در دیدگاه دوم نیز پذیرفته می‌شود، اما مسئله و اختلاف اصلی در مرحله‌ای است که این عوامل باید اعمال شوند. دیدگاه دوم معتقد است این عوامل و ملاحظات، تنها در مرحله تعیین خسارت است باید در نظر گرفته شود. (Tudor, 2008: 211)

مراحل رسیدگی دیوان داوری در خصوص استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه (همانند مبانی دیگر دعوا در معاهدات سرمایه‌گذاری) را می‌توان به سه مرحله تقسیم کرد: مرحله نخست، تعیین آستانه یا معیاری است که نقض و رعایت استاندارد مذکور باید مطابق آن ارزیابی شود. در این مرحله، معیارها نسبتاً کلی است و به‌عنوان مثال، شامل جای‌دادن دولت میزبان در دسته‌ای از دولت‌های مشابه و تعیین رفتاری است که دولت مشابه در موقعیت مشابه با سرمایه‌گذار خارجی خواهد داشت. مرحله دوم، مرحله تعیین مسئولیت است که در این مرحله، به رفتار و اعمال دولت، توجه خواهد شد. مرحله سوم، مرحله جبران خسارت است که در این مرحله، باید رفتار سرمایه‌گذار و وضعیت خاص دولت میزبان در نظر گرفته شود. (Tudor, 2008: 211)

مصادیق بالقوه رفتار سرمایه‌گذار که می‌تواند در تعیین خسارت مؤثر باشد در این مقاله بررسی می‌شود و به نظر می‌رسد که در آینده با توسعه رویه داوری در این مورد، مصادیق بیشتری از این موضوع، شناسایی خواهد شد.

۲-۱. رفتارها و رویه‌های مؤثر در مرحله تعیین خسارت

الف. فساد مالی و رویه زیان‌بار به حال دولت میزبان

فساد و ارتشای سرمایه‌گذار در جریان فعالیت تجاری‌اش در کشور میزبان یا در روابطش با مراجع اداری دولت میزبان می‌تواند اثر منفی بر میزان نهایی خسارت داشته باشد. فساد و ارتشا، همه رویه‌هایی را دربرمی‌گیرد که طبق آن، سرمایه‌گذار به دنبال تحصیل رفتاری مساعدتر از رفتاری که در حالت عادی با وی صورت خواهد گرفت یا رفتاری عادی ولی با شرایط مساعدتر است. همچنین این رویه‌ها شامل اعمال نفوذ ناروا، سوءاستفاده از قدرت و تقلب نیز می‌شود، مانند تحریف و معرفی توانایی‌های سرمایه‌گذار به گونه غیرواقعی برای تحصیل یک قرارداد یا به‌راه‌انداختن تجارتی در کشور میزبان. در دعاوی داوری سرمایه‌گذاری می‌توان مواردی را یافت که در آن‌ها خواهان با ارائه تصویری غیرواقعی از صلاحیت و توانایی‌های خود، برای فعالیت در حوزه‌ای خاص و نیز سرمایه‌گذاری کلان و ایجاد اشتغال به مراجع دولت

میزبان، توانسته قراردادی را به دست بیاورد و سپس آشکار شده است که ادعاهای اعلام شده، کلاً یا جزئاً غیرواقعی و ناصحیح بوده و خواهان از خود منابعی نداشته و در پی اجرای قرارداد از طریق اشخاص ثالث بوده است.

همچنین در همین راستا گفته شده است که در صورتی که رویه گذشته سرمایه گذار خارجی مضر به حال دولت میزبان باشد یا از سرمایه گذاری سرمایه گذار، سودی نامتناسب و بیش از اندازه متعارف به دست آمده باشد، تحدید خسارت و تبدیل خسارت به خسارت جزئی موجه خواهد بود. در این خصوص، طول فعالیت سرمایه گذار در دولت میزبان، مؤثر خواهد بود. در مواردی که رویه های مخرب و ناصحیح تجاری و صنعتی از سوی سرمایه گذار در پیش گرفته شده است و به همین دلیل، فعالیت سرمایه گذار در کشور میزبان پایان یافته است، در صورت جبران هزینه های سرمایه گذار به واسطه سود به دست آمده، لزوم اعمال خسارت کامل را متناسب با آن کاهش می دهد. (Sornarajah, 2004: 478- 485)

ب. عدم ارزیابی صحیح ریسک های سرمایه گذاری در کشور میزبان

رویکرد کلی دیوان های داوری این است که سرمایه گذاران در حوزه خود، حرفه ای تلقی می شوند و بنابراین پیش از ورود و سرمایه گذاری در کشور میزبان، پیش زمینه های لازم در خصوص کشور میزبان را به دقت بررسی می کنند. علاوه بر این، از آنجا که سرمایه گذاری معمولاً در دوره طولانی مدتی توسعه پیدا می کند، سرمایه گذار نباید بدون تحلیل کامل اوضاع و احوال دولت میزبان، سرمایه گذاری کند. سرمایه گذاران باید درجه بالایی از مراقبت و دقت را در این باره اعمال کنند.

بنابراین از سرمایه گذاران انتظار می رود که پیش از ورود به کشور میزبان، برای سرمایه گذاری و آغاز فعالیت خود، مطالعه جامعی از ریسک های مرتبط با فعالیت و سرمایه گذاری در کشور میزبان انجام دهند و در صورت قصور در این امر، سرمایه گذار، خود باید زبانی را که معلول اشتباه در ارزیابی او از ریسک های مختلف سرمایه گذاری است تحمل کند. دیوان های داوری باید در مواردی که مسئولیت دولت را در نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه تأیید می کنند، عامل سنجش اشتباه ریسک ها توسط سرمایه گذار را در نظر بگیرند.

در همین ارتباط، یکی دیگر از معیارهایی که دیوان داوی باید در تعیین خسارت نهایی لحاظ کند، گونه ای از سوءنیت سرمایه گذار است. سرمایه گذاری که با اطلاع از ریسک های مرتبط با دولت میزبان، به دلیل احتمال نرخ برگشت جذاب برای سرمایه گذاری، اقدام به سرمایه گذاری می کند باید مسئول زبانی که خود معلول آن است در نظر گرفته شود. حالت

معمول در این خصوص، موردی است که در آن، سرمایه‌گذاری که با چنین شرایطی سرمایه‌گذاری کرده، نهایتاً متحمل زیان می‌شود و دعوایی علیه دولت میزبان اقامه می‌کند. (Tudor, 2008: 221) اما باید گفت چنین سرمایه‌گذاری ملزم است که نتایج انتخاب‌های خود را بپذیرد و بنابراین، بسته به وقایع دعوا باید جزئاً یا کلاً از مطالبه خسارت از دولت میزبان محروم شود.

رویه داوری سرمایه‌گذاری در این مورد، هنوز توسعه نیافته است اما به‌عنوان مثال، استدلال یکی از دیوان‌های داوری در یک دعوا می‌تواند در دعوای آینده در جهت تعدیل خسارت، لحاظ شود. در این دعوا خواهان ادعا می‌کرد که سرمایه‌گذاری خود را با توجه به بولتن‌های منتشره بانک مرکزی پاراگوئه انجام داده است، اما دیوان این ادعا را نپذیرفت و اظهار کرد که با توجه به مشکلات اقتصادی دولت پاراگوئه، هر سرمایه‌گذار محتاطی باید سرمایه‌گذاری خود را با محافظه‌کاری بیشتری انجام می‌داد. (Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay, 2001: 75)

ج. نقض حقوق بشر

۱) تعهدات حقوق بشری سرمایه‌گذاران به‌عنوان یک معیار تفسیر استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه

انتظارات روزافزون راجع به مسئولیت حقوق بشری شرکت‌های فراملی در کنار عامل رابطه ریسک سرمایه‌گذاران و انتظارات مشروع سرمایه‌گذاران، یکی از منابع ممکن برای تفسیر استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه دانسته شده است. (Franck, 1995: 439) بنابراین از جمله آثار توسعه مفهوم مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها را می‌توان در ارزیابی خسارت ناشی از برخی موارد نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه در داوری‌های سرمایه‌گذاری دانست. مطالعه چگونگی تأثیر رویه حقوق بشری سرمایه‌گذاران در مرحله تعیین خسارت ناشی از نقض استاندارد مذکور، مستلزم بررسی مختصر مفهوم مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها و تعهدات حقوق بشری شرکت‌های فراملی به‌عنوان بازیگران اصلی حوزه سرمایه‌گذاری خارجی است.

در گذشته، چندان ارتباطی بین حقوق بشر و شرکت‌های فراملی وجود نداشت زیرا حقوق بشر اساساً در عرصه حقوق بین‌الملل مطرح می‌شد و نیز اهمیت شرکت‌ها تحت‌الشعاع دولت‌ها بود (نسیم‌فر، ۱۳۸۶: ۱۷۸). امروزه بسیاری عقیده دارند دیدگاه سنتی که بیانگر این بود که نقض حقوق بشر، تنها توسط دولت‌ها صورت می‌گیرد، دیگر جایگاهی ندارد و معتقدند نقض حقوق بشر توسط اشخاص خصوصی نیز صورت می‌گیرد. نقض گسترده حقوق بشر توسط شرکت‌های

فراملی در کشورهای محل فعالیت خود، یکی از جنبه‌ها و عوامل این تغییر دیدگاه است. گسترش روزافزون آگاهی سازمان‌های غیردولتی به همراه شبکه‌های اطلاعاتی جهانی آن‌ها، تحمل عدم آگاهی و بی‌تفاوتی نسبت به رنج‌بردن کارگران از شرکت‌های فراملی فاقد ملاحظه را دشوارتر ساخته است. (Muchlinski, 2001: 32)

مسئولیت شرکت‌ها در قبال رعایت موازین حقوق بشر، موضوعی است که خود شرکت‌ها و از سوی دیگر، دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی دولتی و غیردولتی به آن توجه دارند، به گونه‌ای که بسیاری از شرکت‌های بزرگ، رعایت حقوق بشر را جزو ارزش‌های کاری و ضوابط اخلاقی کاری خود ذکر کرده‌اند. اینکه شرکت‌ها باید موازین اخلاقی و انسانی را در انجام فعالیت‌های خود رعایت کنند، یک مسئله جدید نیست چون حمایت از حقوق کارگران یا حفاظت از محیط‌زیست، همواره مورد توجه دولت‌ها بوده و برای رعایت آن، موازین و مقرراتی وضع شده است، ولی اینکه شرکت‌ها در رعایت حقوق بشر، تکلیف حقوقی الزام‌آور داشته باشند، مسئله حقوقی نسبتاً جدیدی است.

به دلایل گوناگون، دولت‌ها و نهادهای بین‌المللی تا به امروز ترجیح داده‌اند که سیاست‌های خود را درباره ضابطه‌مندسازی و کنترل شرکت‌های چندملیتی در عرصه بین‌المللی در قالب‌های غیرالزام‌آور^۱ عرضه کنند تا اینکه در چارچوب معاهدات قرار دهند. (Zerk, 2006: 70)

در خصوص تسری تعهدات حقوق بشری به شرکت‌های فراملی، انتقادات و ایراداتی مطرح شده است. اولاً، گفته شده است که این شرکت‌ها در پی سودآوری و انجام وظیفه خود در قبال سهام‌داران هستند. به علاوه، عده‌ای بیان می‌کنند که تنها مسئولیت شرکت، کسب سود برای سهام‌دارانش است و داوری در خصوص مسائلی که در جامعه محل فعالیت آن‌ها رخ می‌دهد بر عهده این شرکت‌ها نیست. از سوی دیگر، فعالان خصوصی مانند شرکت‌های فراملی، هیچ تعهد ایجابی به رعایت حقوق بشر ندارند. تنها وظیفه آن‌ها، رعایت قانون است و این بر عهده دولت است که مسائل مهم اجتماعی را ضابطه‌مند کند و وظیفه شرکت‌های فراملی، تنها رعایت قانون است. ثانیاً، این نقد مطرح شده است که شاید همه شرکت‌های فراملی، سطح دغدغه یکسانی در خصوص مسائل حقوق بشری نداشته باشند. بنابراین شرکت‌هایی که برای رعایت حقوق بشر سرمایه‌گذاری می‌کنند نسبت به شرکت‌های دیگر از نظر مزیت رقابتی در سطح پایین‌تری قرار می‌گیرند. این شرکت‌ها همچنین ممکن است در کشورهایی که رعایت حقوق بشر در آن‌ها چندان مورد توجه نیست، فرصت‌های تجاری را از دست بدهند. ممکن است دولت‌های میزبان، علاقه‌ای به برقراری رابطه با شرکت‌های مدافع حقوق بشر نداشته باشند یا

۱. در خصوص این اسناد، ن.ک: عسکری، ۱۳۹۲: ۳۱۷-۳۱۲.

اینکه ممکن است این شرکت‌ها تمایلی به همکاری با دولت‌های ناقض حقوق بشر نداشته باشند. ثالثاً، نقدی در قالب این سؤال از سوی منتقدان مسئولیت حقوق بشری شرکت‌های فراملی مطرح شده است که این شرکت‌ها موظف به رعایت کدام دسته از حقوق بشر هستند؟ این شرکت‌ها می‌توانند برای مثال از طریق تضمین رفتار مناسب با کارگران خود، تأثیرات زیادی در مسائل اجتماعی و اقتصادی داشته باشند. اما اکثر این شرکت‌ها نمی‌توانند در راستای حمایت از حقوق مدنی و سیاسی، کاری انجام دهند. (Muchlinski, 2001: 35-36)

ایراداتی که مطرح شده، به صورت کلی قابل پاسخ‌گویی است. به عنوان مثال، گفته می‌شود که رعایت استانداردهای حقوق بشری از سوی شرکت‌های فراملی می‌تواند باعث حسن شهرت بیشتر آن‌ها شود. همچنین این شرکت‌ها از دیرباز مطابق قوانین داخلی، متعهد به رعایت ضوابطی بوده‌اند که قسمتی از این ضوابط به استانداردهای حقوق بشری بازمی‌گردد. همچنین از مدت‌ها پیش، این انتظار از شرکت‌های فراملی وجود داشته که استانداردهای رفتاری را رعایت کنند. این استانداردها در اسناد مختلف مربوط به قواعد رفتاری بیان شده که به برخی از آن‌ها اشاره شد. همچنین به نظر می‌رسد خود شرکت‌های فراملی از طریق پذیرش قواعد رفتاری مربوط به شرکت، نقش منحصراً غیراجتماعی برای خود را رد می‌کنند. این قواعد رفتاری، حداقل این انتظار را ایجاد می‌کنند که این شرکت‌ها آن را رعایت کنند. این قواعد رفتاری می‌توانند از طریق درج در قرارداد، قدرت الزام‌آور قانونی به خود بگیرند. به عنوان مثال، یک فروشنده جزء می‌تواند استانداردهای اخلاق حرفه‌ای را در قراردادهای خود با تأمین‌کنندگان بگنجاند. علاوه بر اینها، قوانین ملی، همچنان به مسئله مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها توجه زیادی می‌کنند. این توجه از طریق گسترش استانداردهای حمایتی (به عنوان مثال، قوانین حمایت از مصرف‌کننده) و نیز گسترش استانداردهای حقوق عمومی راجع به مسئولیت به صنایع خصوصی تجلی پیدا می‌کند. (Muchlinski, 2001: 36-38)

وضعیت این شرکت‌ها به عنوان شرکت‌های خصوصی نیز مانعی در راه تسری تعهدات حقوق بشری به آن‌ها نیست. از دیدگاه نظری، به نظر می‌رسد در زمینه‌ای که شرکت‌های فراملی فعالیت می‌کنند، تغییراتی به وجود آمده است که آن‌ها را نسبت به موارد مذکور، مسئول قرار داده است. (Muchlinski, 2001: 329) همچنین ممکن است این شرکت‌ها فعالیت‌های خود را در کشورهایی متمرکز کنند که تعهدات حقوق بشری راجع به شرکت‌ها هنوز قوام زیادی در آن‌ها پیدا نکرده است. بنابراین ضرورت تحمیل تعهدات حقوق بشری بر شرکت‌های فراملی بیشتر احساس می‌شود. (Ratner, 2001: 463)

به نظر می‌رسد که بارکردن تمام تعهدات حقوق بشری در عرصه حقوق بین‌الملل بر عهده

دولت‌ها چندان راهگشا نباشد و شرکت‌های فراملی به دلیل تأثیرات فراوان بر اقتصاد جهانی^۱ باید در این زمینه عهده‌دار تعهداتی بشوند. این شرکت‌ها تأثیرات فراوانی بر افراد می‌گذارند. از طرفی این شرکت‌ها کارگران زیادی را در کشورهای مختلف در استخدام خود دارند که رعایت حقوق بشری این کارگران، خود زمینه بحث‌های بسیار پردامنه‌ای بوده است.

در خصوص محتوای دقیق تعهدات حقوق بشری شرکت‌های فراملی، توافق کاملی بین نویسندگان وجود ندارد. با این حال، روشن است که تعهدات این شرکت‌ها مشابه تعهدات دولت‌ها نخواهد بود. اصولاً برخی تعهدات دولت‌ها در این حوزه، قابل اعمال بر این شرکت‌ها نیست. مثال‌های زیادی در این خصوص وجود دارد. به عنوان مثال، بدیهی است که فراهم کردن شرایط محاکمه عادلانه و حمایت از حقوق پناهندگان و ... نمی‌تواند به عنوان تعهدات حقوق بشری این شرکت‌ها مطرح شود. (Muchlinski, 2007: 518)

از بررسی اسناد موجود، می‌توان چند دسته از تعهدات را شناسایی کرد. یک دسته از این تعهدات شامل مفهوم سنتی حقوق سیاسی مدنی می‌شود، مانند رفتار مساوی، منع کار اجباری، حمایت از کودکان در برابر بهره‌برداری اقتصادی و سازمان بین‌المللی کار، تلاش‌های زیادی در قالب تصویب بعضی اسناد برای منع سوءاستفاده شرکت‌ها از کارگران انجام داده است.

در خصوص حقوق اقتصادی اجتماعی می‌توان فراهم کردن شرایط مناسب کار، پرداخت اجرت مناسب در ازای کار انجام‌شده توسط کارگران، احترام به سیاست‌های اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی دولت‌هایی که در سرزمین آن‌ها فعالیت می‌کنند، توجه به سلامت و بهداشت کارگران و ... را نام برد. یک دسته از این تعهدات را می‌توان از حقوق بشر در معنای سنتی خود تفکیک کرد که این تعهدات به مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها مربوط می‌شود. به عنوان مثال، قواعد سازمان ملل راجع به مسئولیت‌های شرکت‌های فراملی مقرر می‌دارد که این شرکت‌ها باید رویه‌های بازرگانی، تبلیغات و بازاریابی خود را به طور منصفانه انجام دهند و همه اقدامات لازم را برای اطمینان از کیفیت و ایمنی کالا و خدمات خود در نظر بگیرند.

۲) تأثیر نقض حقوق بشر توسط سرمایه‌گذار در تعیین خسارت ناشی از نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه

نهایتاً نقض معیارها و قواعد حقوق بشر نیز از جمله عواملی است که باید در تحدید خسارت

۱. در خصوص ریشه‌های تاریخی این امر و نیز پیامدهای حقوقی آن در خصوص شرکت‌های فراملی، ن. ک: مجبی، ۱۳۷۹: ۵۶-۵.

به آن توجه کرد. این مورد تا کنون در رویه داوری سرمایه‌گذاری مصداق عینی نداشته است اما در سال‌های اخیر، یکی از گسترده‌ترین بحث‌های ادبیات داوری سرمایه‌گذاری، مرتبط با نقش حقوق بشر در این حوزه بوده و به نظر می‌رسد گرایش در حال ایجاد و توسعه است که رویه سرمایه‌گذار در خصوص بی‌توجهی به مقررات و معیارهای حقوق بشر را در دعوای سرمایه‌گذار علیه دولت تأثیر دهد زیرا امروز حقوق بشر در همه حوزه‌های حقوق بین‌الملل نفوذ کرده است.

یکی از وضعیت‌های ممکن در این خصوص، حالتی است که دولت در دفاع از اعمال خود در نقض تعهد رفتار عادلانه و منصفانه در معاهده سرمایه‌گذاری به ضرورت پایان‌دادن به نقض حقوق بشر توسط سرمایه‌گذار استناد می‌کند^۱ و در این حالت، دیوان باید پیامدهای نقض حقوق بشر توسط سرمایه‌گذار را بررسی کند. مثال این حالت می‌تواند خاتمه یک‌جانبه قرارداد توسط دولت میزبان به دلیل عدم رعایت شرایط کار در خصوص اتباع دولت میزبان باشد که در استخدام سرمایه‌گذار بودند. عدالت و انصاف ایجاب می‌کند که هریک از طرفین، تنها طبق شایستگی و استحقاق خود دارا شود. سرمایه‌گذاری که معیارهای حقوق بشر را رعایت می‌کند مستحق خسارت کامل خواهد بود. (Tudor, 2008: 222) رویه مخرب محیط‌زیست نیز در صورتی که از سوی سرمایه‌گذار در پیش گرفته شود می‌تواند نمونه دیگری برای تحدید میزان خسارت ناشی از نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه باشد.

با در نظر گرفتن این ملاحظات، دیوان‌های داوری می‌توانند به تناسب نقض تعهدات حقوق بشری (Dumberry, 2013: 304) از سوی سرمایه‌گذار، میزان خسارت را کاهش دهند. تا کنون موردی عینی از تأثیر ملاحظات حقوق بشری در تعیین خسارت در رویه داوری‌های سرمایه‌گذاری وجود نداشته است و باید در انتظار رویه آینده این دیوان‌ها در این خصوص ماند.

۲. مشارکت در زیان

۲-۱. مفهوم مشارکت در زیان در دعوای سرمایه‌گذاری

مشارکت در تقصیر،^۲ تقصیر نسبی^۳ و پذیرش ریسک،^۴ واژه‌هایی است که در نظام‌های حقوق داخلی برای توصیف وضعیتی به کار می‌رود که در آن مسئولیت زیان‌زننده، از لحاظ خسارت، باید

۱. می‌توان در کنار این فرض، قائل به حالت دیگری نیز بود و آن موردی است که دولت میزبان، نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه را برای رعایت تعهدات بین‌المللی خود راجع به حقوق بشر ضروری دانسته است. در این فرض، تعارض دو تعهد دولت مطرح می‌شود. (Tudor, 2009: 239)

2. Contributory Negligence.

3. Comparative Fault.

4. Assumption of Risk.

به دلیل مشارکت زیان دیده در زبانی که متحمل شده کاسته شده یا حتی منتفی شود. ماده ۳۹ طرح کمیسیون حقوق بین الملل راجع به مسئولیت بین المللی دولت ها مقرر می دارد که در تعیین خسارت باید فعل یا ترک فعل ارادی یا تقصیر آمیز دولت زیان دیده یا هر شخص یا موجودیت دیگری که جبران زیان را مطالبه کرده است لحاظ شود. اگرچه ماده ۳۹ در بخش دوم این طرح قرار گرفته است که با توجه به نظام خاص مسئولیت دولت در معاهدات سرمایه گذاری،^۱ این بخش به همراه بخش سوم طرح کمیسیون بر داوری های سرمایه گذاری قابل اعمال نیست، بدیهی است که محتوای این ماده می تواند به عنوان یک اصل کلی جبران خسارت در داوری های سرمایه گذاری اعمال شود.

شرح و تفصیل جزئی مفهوم مشارکت در زیان در داوری های سرمایه گذاری چندان مشاهده نمی شود اما با توجه به پیچیدگی های جریان سرمایه گذاری در کشور میزبان برای سرمایه گذار، از او انتظار می رود که در فعالیت خود، مراقبت و دقت لازم را در مورد همه جنبه های فعالیت سرمایه گذاری خود اعمال کند. بنابراین بسیار محتمل است که در داوری های سرمایه گذاری، دفاع دولت مبتنی بر مشارکت خواهان در زیان در راستای کاهش خسارت قابل پرداخت به او مطرح شود. دیوان های داوری باید در این راستا و به ویژه در دعاوی نقض استانداردهای حمایتی معاهدات سرمایه گذاری، آن دسته از تصمیمات سرمایه گذار را که می توانند در زیان او نقش داشته باشند، در مرحله تعیین خسارت در نظر گیرند.

۲-۲. رویه داوری سرمایه گذاری

در رویه داوری سرمایه گذاری در چندین مورد این اصل، راجع به جبران خسارت، نقش

۱. برخی نویسندگان با استناد به ماده (۲) ۳۳ معتقدند که بخش دوم و سوم طرح کمیسیون (در خصوص محتوای مسئولیت دولت و نیز به اجرا گذاشتن تعهدات ناشی از مسئولیت دولت) بر دعوای بین دولت و سرمایه گذار قابل اعمال نخواهد بود. معاهدات سرمایه گذاری به طور صریح در شرح کمیسیون بر این ماده طرح پیش نویس ذکر شده که شامل وضعیت هایی می شود که تعهد اولیه ای در قبال اشخاصی غیر از دولت وجود دارد و این اشخاص به گونه ای بلاواسطه و مستقیم، امکان استناد به مسئولیت دولت را دارند. همچنین در این خصوص به شرح کمیسیون بر ماده ۲۸ نیز اشاره شده است که بر مبنای آن، بخش دوم طرح پیش نویس بر تعهد جبران خسارت، در حدودی که این تعهد در قبال موجودیتی غیر از دولت وجود دارد یا توسط این شخص مورد استناد قرار می گیرد، اعمال نخواهد شد. (Douglas, 2003: 185-189) بر این مبنا می توان گفت که معاهدات سرمایه گذاری یک نظام فرعی مسئولیت برای ضابطه مندسازی رابطه بین دولت و سرمایه گذار، بدون لطمه به قواعد عام مسئولیت که بر رابطه بین دولت های طرف معاهده سرمایه گذاری حاکم است به وجود می آورند. این دیدگاه، هماهنگ با نظر مبتنی بر تعلق مستقیم حقوق مندرج در معاهدات سرمایه گذاری به سرمایه گذار است که در برخی آرای داوری تأیید شده است.

(Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States, 2007: para. 170; CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, 2003: para. 45)

بسیاری در نتیجه نهایی دعوا و میزان خسارت صادره به سود خواهان داشته است. در دعوی *ام.تی.دی علیه شیلی*، خواهان، یک شرکت ثبت شده در مالزی بود که نمایندگان آن برای تصمیم به سرمایه‌گذاری و انجام مطالعات و مشاهدات لازم به شیلی سفر کردند و بعد از تنها چهار روز، محل مناسبی در نزدیکی سانتیاگو پایتخت شیلی برای آغاز یک پروژه مسکونی شناسایی کردند. بعد از اینکه نهاد مسئول ارتقای سرمایه‌گذاری در شیلی مجوز ساخت را صادر کرد، مشخص شد که محل انتخاب شده برای پروژه، مشمول مقررات شهرسازی است که اجازه ساخت پروژه مذکور را نمی‌دهد. با اقامه دعوی خواهان علیه دولت شیلی، دیوان داوری تشکیل شده در چارچوب ایکسید، رأی به نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه توسط دولت شیلی داد. دیوان داوری در این دعوا همانند برخی دیگر از دیوان‌های داوری که در خصوص معیار خسارت ناشی از نقض استانداردهای سرمایه‌گذاری رأی داده‌اند، معیار دعوی کورزوف را اعمال کرد و مشخص نکرد که این معیار در این دعوا چگونه باید اعمال شود. هرچند دیوان در رأی خود به گونه‌ای قابل انتقاد به صرف اینکه این معیار از سوی خواهان پیشنهاد شده بود و از سوی خواننده نیز با ایرادی روبه‌رو نشده بود به اعمال این معیار پرداخت، اما در محاسبه نهایی میزان خسارت، دیوان معیارهایی برای کاهش میزان خسارت وارده به کار برد.

دیوان در این دعوا برای محاسبه خسارت، ابتدا هزینه‌های سرمایه‌گذار را محاسبه کرد که بیش از ۲۱ میلیون دلار بود. سپس اظهار داشت که بخشی از هزینه‌هایی که خواهان متحمل شده، ناشی از ریسک تجاری بوده که ارتباطی با نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه ندارد. در نظر دیوان، یک سرمایه‌گذار معقول، تمام بهای زمین مذکور را، بنابر ارزش آن در فرض تکمیل پروژه، از پیش پرداخت نمی‌کرد و می‌بایست حداقل پرداخت‌ها را طبق پیشرفت پروژه، شامل صدور مجوزهای لازم برای ساخت، مرحله‌بندی می‌کرد. بنابراین به نظر دیوان، خواهان باید خود در قسمتی از خسارت شریک می‌شد که طبق برآورد دیوان، این قسمت شامل ۵۰ درصد خسارت پس از کسر ارزش باقی مانده (ارزش فرسوده)^۲ سرمایه‌گذاری بود.^۳

دعوی *اکسیدنتال علیه اکوادور* که مشارکت خواهان‌ها در زیان به‌عنوان مبنای کاهش خسارت در آن مطرح شد، ناشی از یک قرارداد مشارکت در سال ۱۹۹۹ برای اکتشاف و توسعه مواد هیدروکربن در یکی از نواحی اکوادور بود. مطابق قرارداد، استفاده آزاد از حقوق مشارکت^۴

1. MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A., v. Republic of Chile, 2004: 238.

۲. ارزش باقی مانده یک دارایی پس از استهلاک کامل آن (Residual value).

3. MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A., v. Republic of Chile, 2004: para. 241-243.

۴. حقوق مشارکت یا Participation Interest: در اجرای عملیات نفتی در برخی از قراردادها، ریسک اکتشافی به عهده طرف پیمانکار است. لذا به جهت وجود ریسک بالای عملیات و حجم زیاد سرمایه‌گذاری، طرف دوم قرارداد یعنی پیمانکار، متشکل از چند شرکت خارجی است تا علاوه بر توانایی مالی و دانش فنی لازم برای اجرای عملیات، به طرز

برای خواهان‌ها مجاز بود، اما انتقال قرارداد، منوط به شرایط سخت‌گیرانه‌ای شده بود که عدم رعایت آن می‌توانست موجب خاتمه قرارداد از سوی دولت شود.

در سال ۲۰۰۰ خواهان‌ها قراردادی با شرکت انرژی آلبرتا^۱ منعقد کردند که مطابق آن، ۴۰ درصد از منافع اقتصادی متعلق به خود در ناحیه قراردادی را به این شرکت منتقل کردند. اما انتقال مالکیت، مستلزم موافقت قبلی دولت بود که دولت با درخواست خواهان‌ها موافقت نکرد. متعاقباً در اکوادور، بحثی در خصوص لزوم خاتمه قرارداد توسط دولت به دلیل عدم رعایت شرایط انتقال قرارداد در جریان بود. در سال ۲۰۰۶ اکوادور، قانونی تصویب کرد که مستلزم انتقال ۵۰ درصد سود فوق‌العاده شرکت‌های نفتی به عنوان مالیات به دولت بود. نهایتاً به دنبال اعتراضات خشونت‌آمیز، وزیر انرژی و معادن اکوادور، فرمانی مبنی بر خاتمه قرارداد مشارکت با اثر فوری صادر کرد. در نتیجه، خواهان‌ها دعوایی بر مبنای سلب مالکیت و نقض تعهد رفتار عادلانه و منصفانه در چارچوب ایکسید اقامه کردند.

دولت اکوادور در این دعوا استدلال می‌کرد که اگر خسارتی برای خواهان واقع شده باشد، باید رفتار تقصیرآمیز خواهان که منجر به خاتمه قرارداد شد، لحاظ شود. اما خواهان ادعا می‌کرد که اقدام دولت در خاتمه قرارداد، خارج از تناسب، و دلیل منحصر خسارت حاصله بود. درحالی‌که اکثریت دیوان و نیز داور صادرکننده نظر مخالف (بریتیت / استرن) در اصل مفهوم مشارکت در زیان، اتفاق نظر داشتند، در خصوص چگونگی اعمال آن اختلاف نظر داشتند. مطابق نظر اکثریت، اقدام دولت در خاتمه قرارداد مشارکت، خارج از تناسب و ناقض حقوق اکوادور، معاهده و حقوق بین‌الملل عرفی بود اما قصور خواهان‌ها در اخذ موافقت دولت برای انتقال قرارداد نیز اشتباه مهمی بود. اکثریت دیوان، معتقد به وجود اختیار موسع در محاسبه تأثیر قصور خواهان در خسارت بود و بر همین مبنای خسارت خواهان را تا ۲۵ درصد کاهش داد.^۲ اما بریتیت / استرن در نظر مخالف خود اعتقاد داشت که تأثیر قصور خواهان‌ها در بروز خسارت، بیشتر بوده است زیرا خواهان‌ها علاوه بر تقصیر، غیرقانونی نیز عمل کردند و تقسیم

مناسبی ریسک حاصل از اجرای قرارداد و عملیات را بین خود تقسیم کنند. به عبارت دیگر، معمولاً طرف دوم قراردادهای نفتی، متشکل از یک کنسرسیوم یا یک مشارکت (جوینت ونچر) است و حقوق و تعهدات طرف دوم قرارداد تحت عنوان «حقوق مشارکت» بین اعضای کنسرسیوم تقسیم می‌شود و هر یک از اعضای کنسرسیوم، مالک درصدی از کل حقوق و تعهدات طرفین، یعنی حقوق مشارکت هستند. در واقع، حقوق مشارکت، بیانگر میزان سهم، حقوق و تعهدات هر یک از اعضا از کل حقوق و تعهدات قراردادی پیمانکاران است. این تقسیم حقوق و تعهدات، دارای آثاری است، به‌ویژه آثاری که در قرارداد عملیات مشترک بین اعضای پیمانکاری متبلور می‌شود. ولی در هر حال، بازگشت سرمایه‌گذار پیمانکاران از طریق مشارکت، متناسب با حقوق مشارکت هر یک صورت می‌پذیرد (سخایی، ۱۳۸۷: ۷۱).

1. Alberta.

2. Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, 2012: 661-662, 670, 687.

منصفانه و معقول خسارت بین خواهان و خوانده باید به صورت ۵۰-۵۰ باشد.^۱ مشارکت خواهان در زیان به‌عنوان مبنای کاهش خسارت در رأیی که اخیراً در دعوای یوکوس علیه روسیه در چارچوب معاهده منشور انرژی صادر شد نیز مطرح شد. در این دعوای دیوان رأی به تحقق سلب مالکیت غیرمستقیم از خواهان‌ها (که حدود هفتاد درصد سهام شرکت یوکوس را در مالکیت خود داشتند) داد و پس از ادعای روسیه در مرحله صلاحیت و قابلیت استماع مبنی بر ارتکاب رفتارهای غیرقانونی و همراه با سوءنیت از سوی خواهان، دیوان ضمن رد استناد روسیه به عدم پاک‌دستی خواهان‌ها در معاهده منشور انرژی برای طرح دعوا از سوی سرمایه‌گذار اعلام کرد که برخی از این رفتارها می‌تواند بر سنجش مسئولیت و ارزیابی خسارت صادره به سود خواهان مؤثر باشد. دیوان اظهار داشت که تنها مشارکت اساسی و مهم می‌تواند در این مورد مؤثر باشد. از ۲۸ مورد فعل یا ترک فعلی که توسط دولت روسیه ادعا شده بود، دیوان چهار مورد را شناسایی کرد که به‌طور بالقوه می‌توانست به‌عنوان مشارکت در تقصیر موجب زیان خواهان در نظر گرفته شود. نهایتاً از این چهار مورد نیز سوءاستفاده خلاف قانون از مناطق موسوم به پناهگاه‌های مالیاتی^۲ توسط برخی شرکت‌های تابعه خواهان‌ها و برخی موارد استفاده از معاهده مالیات مضاعف روسیه و قبرس از سوی دیوان به‌طور اساسی مؤثر در زیان دانسته شد. لازم به ذکر است که دیوان، اثر این دو مورد را تنها در کاهش خسارت دانست و آن‌ها را در مرحله اثبات مسئولیت دولت روسیه مؤثر ندانست.^۳

مشارکت خواهان‌ها در وقوع زیان وارده موجب شد دیوان، خسارت آن‌ها را در این دعوای ۲۵ درصد کاهش دهد.^۴ بدیهی است که در مرحله کنونی تحول داوری سرمایه‌گذاری که به‌تازگی در سال‌های اخیر در آرای محدودی به عوامل محدودکننده خسارت توجه شده است نمی‌توان انتظار داشت که محاسبه میزان کاهش خسارت با دقت کامل همراه باشد. توسعه عوامل تعدیل‌کننده خسارت و توجه بیشتر دیوان‌های داوری به این عوامل می‌تواند در آینده، منجر به شکل‌گیری معیارهایی با عینیت بیشتر برای محاسبه درصد کاهش خسارت شود.

۳. تعهد جلوگیری از گسترش خسارت

۱-۳. مفهوم و قلمرو جلوگیری از گسترش زیان در دعوای سرمایه‌گذاری

معمولاً اصل جلوگیری از گسترش (تشدید) خسارت،^۵ در بین نویسندگان و نیز در آرای

1. Dissenting Opinion in Occidental v. Ecuador by Brigitte Stern, 2012: 7-8.

2. Low-tax Regions.

3. Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, 2014: 1634-1635.

4. Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation, 2014: 1637.

5. Duty to Mitigate the Loss.

داوری و قضایی به‌عنوان یک اصل کلی حقوقی تلقی شده است. (Sabahi, 2011: 176; Gab ikovo-Nagymaros Project, 1997: 80) این اصل، زیان‌دیده را متعهد می‌کند که پس از وقوع نقض یا پس از وقوع خسارت، اقدامات متعارفی برای کاهش خسارت خود انجام دهد. قصور در این امر موجب مسئولیت زیان‌دیده نخواهد بود اما ممکن است باعث کاستن از خسارت شود. می‌توان تعهد جلوگیری از گسترش خسارت و مفهوم مشارکت در زیان را این‌گونه تفکیک کرد که جلوگیری از گسترش خسارت، تنها پس از نقض تعهد مطرح می‌شود ولی مشارکت در زیان در همه مراحل مطرح می‌شود.

در صورتی که مشخص شود که قرارداد به دلیل بحران اقتصادی دولت یا مخالفت سیاسی غیرقابل تفوق یا نقض توسط دولت دیگر قابل اجرا نیست، در خصوص تعهد جلوگیری از گسترش خسارت، سؤال دشواری در مورد قلمرو تعهد انتقال و جابه‌جایی سرمایه‌گذاری و فعالیت‌های سرمایه‌گذار برای دیوان پیش می‌آید. همچنین این ریسک نیز وجود دارد که مذاکره مجدد قرارداد، هم به‌عنوان جلوگیری از گسترش خسارت، الزامی باشد و هم بعداً از سوی دولت به‌عنوان قبول تغییر در قرارداد و اعراض از قرارداد پیشین توسط سرمایه‌گذاری تلقی شود. نکته مهم در این مورد آن است که این تعهد، تنها پس از نقض توسط دولت ایجاد می‌شود و مدیریت ریسک، پیش از نقض باید در تعیین نرخ تنزیل، متناسب با ریسک که در زمان ارزیابی نهایی خسارت مطرح می‌شود در نظر گرفته شود.

بنابراین ممکن است جلوگیری از گسترش خسارت توسط خواهان، مستلزم تعدیل حقوق سرمایه‌گذار، جابه‌جایی و انتقال سرمایه‌گذاری و فعالیت‌های سرمایه‌گذار و نیز احتراز از تداوم فعالیت‌های فاقد توجیه اقتصادی باشد. (Wälde and Sabahi, 2008: 1096) اما نکته مهم این است که هیچ قاعده کاملی در این خصوص که کاهش متعارف خسارت، شامل چه اقداماتی می‌شود وجود ندارد و ممکن است در هر مورد خاص، این اقدامات متفاوت باشد.

گفته شده است که ممکن است کاهش ارزش سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذار به دلیل مجموعه‌ای از تأثیرات متقابل بین عدم رعایت تعهدات توسط دولت و نیز اشتباهات سرمایه‌گذار و عوامل مربوط به بازار باشد. ممکن است سرمایه‌گذاران نیز در برداشت خود از اعمال دولت، دچار سوءتفاهم شوند، باعث انزجار سیاسی شوند یا برای مدیریت وضعیت پیش‌آمده، اقدامات مناسبی انجام ندهند. تقریباً هر دعوی سرمایه‌گذاری نشان می‌دهد که چه عواملی می‌تواند به‌عنوان قصور در مدیریت ریسک تلقی شود. وظیفه دشواری که دیوان داوری در این خصوص بر عهده دارد، حل این مسئله است که در چه مواقعی این قصور در مدیریت ریسک از حد عادی و مورد انتظار فراتر رفته و مستلزم اعمال اصل جلوگیری از تشدید خسارت

می‌شود. (Wälde and Sabahi, 2008: 1097)

سؤالی که در رویه داوری تاکنون پاسخ داده نشده است این است که آیا جلوگیری از گسترش خسارت، مستلزم استفاده کامل از شیوه‌های جبرانی در مراجع دولت میزبان است یا خیر. در صورتی که پاسخ به این سؤال، مثبت باشد، ممکن است مسئله طی محاکم داخلی که در چارچوب داوری‌های سرمایه‌گذاری به فراموشی سپرده شده، دوباره احیا شود؛ البته با مبنایی متفاوت از آنچه در حمایت دیپلماتیک به کار می‌رود. در این مورد به نظر می‌رسد که طی مرحله مراجعه به محاکم داخلی یا عدم انجام آن می‌تواند در تعیین خسارت مؤثر باشد. البته از سوی برخی نویسندگان، محدودیتی در این خصوص وارد شده و گفته شده است که تنها شیوه‌های جبرانی داخلی که متعارف بوده و به راحتی قابل انجام و در دسترس باشد باید برای جلوگیری از گسترش خسارت، به کار رود. (Wälde and Sabahi, 2008: 1097)

۲-۳. رویه داوری سرمایه‌گذاری

در داوری سرمایه‌گذاری می‌توان مواردی را یافت که اصل تعهد به جلوگیری از گسترش خسارت با هدف کاهش خسارت قابل پرداخت به خواهان از سوی خواننده مطرح شده است. در دعوی *میدل ایست سیمنت علیه مصر*، خواهان شرکتی مصری بود که در سال ۱۹۸۲ شرکتی در مصر ثبت کرده و مجوزی ۱۰ ساله از نهاد مسئول سرمایه‌گذاری و مناطق آزاد مصر برای واردات و ذخیره‌سازی سیمان و بسته‌بندی و توزیع آن در داخل مصر دریافت کرده بود. خواهان تا سال ۱۹۸۹ فعالیت‌های خود را انجام داد تا اینکه دولت مصر، دستوری مبنی بر ممنوعیت واردات همه انواع سیمان پرتلند خاکستری صادر کرد. خواهان مجبور به توقف فروش سیمان در مصر شد و نتوانست تعهدات خود را در مقابل مشتریان و تأمین‌کنندگان ایفا کند. در سال ۱۹۹۲ ممنوعیت واردات سیمان لغو شد اما خواهان تصمیم گرفت که تجارت خود را در مصر دوباره آغاز نکند و در سال ۱۹۹۳ بر مبنای سلب مالکیت، دعوی علیه دولت مصر اقامه کرد. دیوان، عمل دولت مصر را سلب مالکیت از خواهان تشخیص داد و در مرحله ارزیابی خسارت دولت مصر، این گونه استدلال می‌کرد که میزان خسارات خواهان باید کاهش پیدا کند زیرا به تعهد خود در خصوص جلوگیری از تشدید زیان عمل نکرده است.

دیوان داوری در پاسخ اظهار داشت که اگرچه به تعهد جلوگیری از تشدید خسارت در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مصر و یونان اشاره نشده است، این تعهد می‌تواند بخشی از اصول کلی حقوق تلقی شود که به نوبه خود، بخشی از حقوق بین‌الملل است که در این دعوا مطابق ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید قابل اعمال است. دیوان همچنین بار اثبات وقایعی که این

تعهد را ثابت می‌کند و نیز اثبات قصور خواهان در انجام این تعهد را بر عهده خواننده دانست.^۱ دولت مصر ادعا می‌کرد که خواهان می‌توانست به تأمین انواع دیگر سیمان و نیز صادرات سیمان از مصر به دیگر کشورها ادامه دهد و این فعالیت‌ها مطابق دستور دولت مصر ممنوع نشده بود. دیوان استدلال خواهان را مبنی بر اینکه فعالیت‌های بیان‌شده توسط دولت مصر از نظر اقتصادی، جایگزین‌های ممکن برای عرضه سیمان پرتلند خاکستری نبود پذیرفت. خواننده، بار دیگر استدلال کرد که خواهان می‌توانست فعالیت خود را بعد از لغو ممنوعیت ادامه دهد، اما دیوان این استدلال را نیز نپذیرفت زیرا به نظر دیوان سرمایه‌گذاری که مجوز لازم برای فعالیتش سه سال پیش لغو شده بود، بعد از این تجربه، دلایل خوبی برای تصمیم به عدم ادامه فعالیت خود پس از لغو ممنوعیت داشته است.^۲ در نتیجه دیوان، خسارت قابل پرداخت به خواهان را بر مبنای جلوگیری از گسترش خسارت، کاهش نداد.

در دعوی سی.ام.ئی علیه جمهوری چک نیز این تعهد از سوی دولت خواننده مطرح شد که دیوان علی‌رغم اینکه آن را یکی از اصول اثبات‌شده در رویه داوری دانست، اعمال آن را در این دعوا رد کرد زیرا از دیدگاه دیوان، خواهان با توجه به اوضاع و احوال دعوا، حداکثر تلاش خود را برای جلوگیری از آثار و پیامدهای اعمال دولت (از جمله از طریق درخواست رسیدگی در مراجع اداری و نیز مراجعه به پارلمان جمهوری چک) انجام داده بود و نقضی در تلاش خواهان برای جلوگیری از تشدید خسارت وجود نداشت.^۳

دعوی سرمایه‌گذاری دیگری که به این موضوع توجه کرده است، دعوی دوک علیه پرو است.^۴ در این دعوا مرجع مالیاتی پرو، مالیات‌هایی برای شرکت فرعی خواهان در پرو تعیین کرده بود. این شرکت از قانون بخشش مالیاتی پرو استفاده کرد و مالیاتش را کاهش داد اما از حق اعتراض به تعیین مالیات نیز اعراض کرد. با این حال، دوک /نرثری بر مبنای غیرقانونی بودن مالیات مطابق قانون پرو و حقوق بین‌الملل، علیه دولت پرو اقامه دعوا کرد. دولت پرو در پاسخ اظهار داشت که دوک، حق خود را برای اعتراض به تشخیص مالیاتی اسقاط کرده بود. دوک نیز در پاسخ خود به اصل جلوگیری از گسترش خسارت استناد کرد و اظهار داشت که برای

1. Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v Arab Republic of Egypt, 2012: 167-170.

2. Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v Arab Republic of Egypt, 2012: 168-169.

3. CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, 2003: 482-483.

۴. لازم به ذکر است که این دعوا بر مبنای یک شرط داوری ایکسید در یک موافقت‌نامه ثبات قانونی (Legal Stability Agreement) اقامه شد. این موافقت‌نامه‌ها مطابق قانون پرو، اسنادی برای حمایت و ارتقای سرمایه‌گذاری هستند که با انعقاد توافق با دولت پرو به اجرا درمی‌آیند و تضمیناتی در طول دوره اعتبار برای سرمایه‌گذاران به همراه دارند:
<<http://www.investinperu.pe/modulos/JER/PlantillaStandard.aspx?are=1&prf=0&jer=5933&sec=17>> last visited 15 June 2015.

جلوگیری از تشدید خسارتش از قانون پرو در خصوص بخشش مالیات استفاده کرد زیرا در غیر این صورت می‌بایست مالیات بالاتری پرداخت می‌کرد که غیرقانونی بود. دیوان پذیرفت که خواهان از این حق اعراض نکرده است و بنابراین تلویحاً استدلال دوک بر مبنای اصل جلوگیری از گسترش خسارت را پذیرفت.^۱

با توجه به دعاوی بررسی شده در خصوص موضوع تعهد جلوگیری از گسترش خسارت، اگرچه برخی دیوان‌های داوری، نیازی به کاستن از خسارت خواهان بر مبنای تعهد جلوگیری از گسترش خسارت ندیدند، بدیهی است که با توجه به استدلال همه دیوان‌هایی که به این موضوع توجه کرده‌اند، به‌طور کلی جلوگیری از گسترش خسارت، می‌تواند به‌عنوان یکی از مبنای تحدید خسارت در داوری‌های سرمایه‌گذاری در نظر گرفته شود.

نتیجه

مطالعه مسئله معیارها و عوامل تعدیل خسارت که در بسیاری از مطالعات مربوط به خسارت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری مورد غفلت واقع شده، نشانگر آن است که دیوان‌های داوری نباید صرفاً به اعمال معیار ارزیابی خسارت و نهایتاً محاسبه خسارت از طریق یک شیوه مناسب ارزیابی اکتفا کنند، بلکه باید همه وقایع دعا را در تعیین نهایی خسارت در نظر بگیرند و مبنای حقوقی متناسب را که ممکن است در تعدیل خسارت مؤثر باشد اعمال کنند. این مبنای حقوقی، معیارها و عواملی را دربرمی‌گیرد که دسته‌ای از آن مربوط به رفتار سرمایه‌گذار در قلمرو دولت میزبان است.

اگرچه اصولاً تعهدات مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری، در جهت حمایت از سرمایه‌گذار به‌عنوان ذی‌نفع مستقیم و بلاواسطه این معاهدات است، ممکن است برخی اصول کلی حقوقی و قواعد دیگر حقوق بین‌الملل به‌عنوان مبنای تأثیر برخی رفتارها و رویه‌های سرمایه‌گذار (پیش از نقض تعهد توسط دولت و در مواردی پس از نقض تعهد توسط دولت) در مرحله ارزیابی و تعیین خسارت، لحاظ شود.

می‌توان گفت که عوامل مربوط به سرمایه‌گذار که در این مقاله بررسی شد، مربوط به تعدیل خسارت ناشی از نقض استانداردهای حمایتی سرمایه‌گذاری است و اصولاً شاید در دعاوی مربوط به سلب مالکیت در چارچوب این معاهدات، چندان قابل طرح نباشد.

توجه به عوامل تعدیل‌کننده و محدودکننده خسارت، یکی از عواملی است که می‌تواند موجب توسعه حقوق خسارت در داوری‌های سرمایه‌گذاری شود. توسعه‌نیافتگی قواعد راجع به

1. Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. v. Peru, 2008: 174-182.

خسارت در داوریهایی که در چارچوب معاهدات سرمایه‌گذاری برگزار می‌شود، یکی از عواملی است که در انتقادات کشورهای در حال توسعه به نظام داوریه سرمایه‌گذاری بسیار مؤثر است و جنبه‌ای از مسئله مشروعیت این نظام را به خود اختصاص می‌دهد. از سویی، یکی از انتقادات نیز یک‌طرفه بودن تعهدات مندرج در معاهدات است که همواره به سود سرمایه‌گذار است. تأثیر دادن رفتار سرمایه‌گذار در تعیین خسارت، می‌تواند تا حدودی این چالش را تخفیف بخشد. بدیهی است که خسارت به‌عنوان ملموس‌ترین بخش آرای داوریه سرمایه‌گذاری، تأثیر بسیاری در شکل‌دهی دیدگاه دولت‌ها راجع به این نظام حل و فصل اختلاف دارد.

علاوه بر عوامل مربوط به سرمایه‌گذار که در این مقاله مطالعه شد، در تعدیل خسارت باید به برخی عوامل مربوط به دولت میزبان سرمایه‌گذار نیز توجه شود که مطالعه این عوامل، موضوع مقاله دیگری خواهد بود.

منابع

الف) فارسی

مقاله

- عسکری، پوریا، (۱۳۹۲)، «حقوق بشر و شرکت‌های فراملی: «پیمان جهانی» و چارچوب «حمایت، احترام و جبران» سازمان ملل متحد»، در زمانی، سیدقاسم (ویرایش)، جامعه بین‌المللی و حقوق بین‌الملل در قرن بیست‌ویک، خانه اندیشمندان علوم انسانی، تهران: شهر دانش.
- محبی، محسن، (۱۳۷۹)، «زمینه‌های تاریخی حضور شرکت‌های خصوصی در حقوق بین‌الملل»، مجله حقوقی، شماره ۲۵.
- نسیم‌فر، علی، (۱۳۸۶)، «تعهد شرکت‌های فراملی به رعایت قواعد حقوق بشری»، سالنامه ایرانی حقوق بین‌الملل و تطبیقی، شماره ۳.

پایان‌نامه

- سخایی، سیداحسان، (۱۳۸۷)، قرارداد نفتی مشارکت در تولید و قابلیت اعمال آن در صنعت نفت ایران، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی.

ب) انگلیسی

Books:

- Berman, Franklin, (2012), *Evolution or Revolution?* in Brown, Chester and Miles, Kate, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, Cambridge University Press.
- Dumberry, Patrick, (2013), *The Fair and Equitable Treatment Standard: A Guide to NAFTA Case Law on Article 1105*, Kluwer Law International.
- Focarelli, Carlo, (2013), "Denial of Justice", in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Article last updated October 2013, available at: <<http://opil.ouplaw.com/home/EPIL>.
- Franck, Thomas M, (1995), *Fairness in International Law and Institutions*, Clarendon Press.
- Muchlinski, Peter, (2007), *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford University Press, 2nd edition.
- Sabahi, Borzu (2011), *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice*, Oxford University Press.
- Sornarajah, M., (2004), *The International Law on Foreign Investment*, 2nd edition, Cambridge University Press.

- Sornarajah, M., (2015), *Resistance and Change in the International Law on foreign Investment*, Cambridge University Press.

- Tudor, Ioana, (2009), "The Fair and Equitable Treatment Standard and Human Rights Norms", in Dupuy, Pierre-Marie *et al.* (eds.), *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press.

- Tudor, Ioana (2008), *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford University Press.

- Wälde, Thomas W and Sabahi, Borzu, (2008), "Compensation, Damages, and Valuation", in Muchlinski, Peter *et al.* (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press.

- Zerk, Jennifer A., (2006), *Multinationals and Corporate Social Responsibility: Limitations and Opportunities in International Law*, Cambridge University Press.

Articles:

- Douglas, Zachary, (2003), "Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration", *British Yearbook of International Law*, Vol. 74, No. 1.

- Muchlinski, Peter, (2006), "Caveat Investor? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55.

- Muchlinski, Peter, (2001), "Human Rights and Multinationals: Is There a Problem?", *International Affairs*, Vol. 77.

- Potestà, Michele, (2013), "Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept", *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 28(1).

- Ratner, Steven R., (2001), "Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility", *Yale Law Journal*, Vol. 111.

Cases:

- Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award of 21 November 2007.

- CME Czech Republic B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL proceedings, Award of 14 March 2003.

- CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of 17 July 2003 on objections to jurisdiction.

- Dissenting Opinion in Occidental v. Ecuador by Brigitte Stern, 20 September 2012.

- Duke Energy International Peru Investments No. 1, Ltd. v. Peru, ICSID

Case No. ARB/03/28, Award of 18 August 2008.

- (Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, Award of 26 July 2001, unofficial English translation available at: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0587.pdf>).

- Gabíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), Judgment, 1. C. J. Reports 1997.

- Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, Award of 12 April 2002.

- MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A., v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award of 25 May 2004.

- Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Award of 5 October 2012.

- YukosUniversal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation, UNCITRAL proceedings, PCA Case No. AA 227, Final Award of 18 July 2014.