

پرونده اورباسر و سی.ای.بی.بی علیه آرژانتین: خاستگاه طرح دعوی تقابل بر اساس نقض حقوق بشر در دعاوی سرمایه‌گذاری

پوریا عسکری^۱ - زهرا حاجی‌پور^۲

دریافت: ۱۳۹۸/۲/۵ - پذیرش: ۱۳۹۸/۷/۶

چکیده

داوری‌های سرمایه‌گذاری به سبب ماهیت نامتقارن خود که از تفاوت اساسی موجود میان طرفین دعوی یعنی خواهان به عنوان یک سرمایه‌گذار خصوصی و خواننده به عنوان دولت میزبان سرمایه ناشی می‌شود، چالش‌هایی با خود به همراه دارند. طرف سرمایه‌گذار در کسوت خواهان، علیه دولت میزبان طرح دعوی می‌کند اما در مقابل، دعاوی تقابلی که دولت‌ها برای تغییر روند جاری در دعاوی سرمایه‌گذاری (که در آن، محکوم نهایی معمولاً دولت است) مطرح می‌نمایند، با چالش‌های اساسی مواجه می‌شوند که ناشی از عدم پیش‌بینی امکان طرح دعوی تقابل برای دولت و نیز عدم امکان اعمال تعهدات ذیل حقوق بین‌الملل بر سرمایه‌گذار می‌باشد. این خلأها در کنار امکان نقض موازین حقوق بشر از جانب سرمایه‌گذار، در نهایت منجر به عدم جبران حقوق تضییع شده طرف ثالث یعنی قربانی مستقیم نقض حقوق بشر در این روند می‌شود. دعوی اورباسر و سی.ای.بی.بی علیه آرژانتین از جمله دعاوی دولت-سرمایه‌گذار است که دیوان داوری ایکسید برای نخستین بار دعوی تقابل دولت میزبان بر مبنای نقض حقوق بشر را می‌پذیرد و آن را به تفصیل مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌دهد؛ هرچند که سرانجام دولت در اثبات ادعای خود باز مانده و دعوی تقابل در ماهیت رد می‌شود.

واژگان کلیدی: دعوی تقابل در دعاوی سرمایه‌گذاری، مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها، تعهدات شرکت‌ها به موجب حقوق بین‌الملل، حق بر آب.

۱. استادیار حقوق عمومی و بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبائی
۲. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول) zahrahajipour96@gmail.com

pouria.askary@gmail.com

مقدمه

حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری معاصر از بحران مشروعیت رنج می‌برد؛ بحرانی که بخشی از آن را می‌توان به ماهیت نامتقارن چنین حقوقی نسبت داد. این عدم تقارن با تجلی در دو بعد ماهوی و رویه‌ای، ازسویی بدون اعمال تعهداتی ماهوی بر سرمایه‌گذار، حقوقی به آنها اعطا کرده است و از دیگر سو برای سرمایه‌گذار در برابر دولت دلیل عمل^۱ فراهم می‌کند تا از سرمایه خود حمایت به عمل آورد. اما در مقابل، برای دولت چنین امکانی را فراهم نیاورده است.^۲ می‌توان گفت این امر حاصل آن است که در اساس انعقاد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و ورود داوری به عرصه سرمایه‌گذاری به جهت تضييع حقوق سرمایه‌گذاران خارجی توسط دول میزبان و حمایت از آنها در برابر قدرت بی‌حد و مرز دول میزبان بود. در ادامه راه اما عدم تقارن پیش‌بینی شده برای جبران نابرابری موجود بین دولت و سرمایه‌گذار خارجی، از مهار قدرت دولت‌ها پیشتر رفت و دول میزبان را در موضع ضعف نسبت به سرمایه‌گذاران خارجی قرار داد. امروزه سرمایه‌گذاران خارجی به دلیل قدرت، شرایط مالی و فناوری که آنها را بر بسیاری از دولت‌های توسعه نیافته و در حال توسعه برتری می‌دهد، در موارد چندی توانایی تأثیرگذاری بر سیاست و عملکرد چنین دولت‌هایی را دارند. شرایط مذکور بستری برای سرمایه‌گذاران و شرکت‌های فراملی فراهم کرده است تا از سویی به عنوان بازیگرانی به اصطلاح «منفعل» که شخصیت حقوقی بین‌المللی ندارند، از زیر بار تعهدات حقوقی بین‌المللی شانه خالی کنند و از دیگر سو به سبب ظرفیت‌هایی بالقوه‌ای که در اختیار دارند و نیز امکاناتی که برای آنها جهت طرح دعوی در محاکم داوری فراهم شده است، نقش برجسته‌ای در روندهای بین‌المللی، اجرا و حتی شکل‌گیری حقوق بین‌الملل ایفا نمایند.

مسائل فوق دولت‌ها را برآن داشت تا برای جبران این نابرابری و تصحیح این وضعیت نامتقارن اقداماتی انجام دهند. این اقدامات در ابتدا در قالب استناد به عنصر ضرورت برای دفاع از حقوق اتباع صورت می‌گرفت اما از آنجا که دولت‌ها از این روش طرف‌چندانی نبستند، به امکان اعمال قواعد حقوق بین‌الملل بر روابط طرفین و طرح دعاوی تقابل علیه

1. Cause of Action.

2. Kevin Crow & Lina Lorenzoni Escobar, "International Corporate Obligations, Human Rights, and the Urbaser Standard: Breaking New Ground?", *Boston University International Law Journal*, Vol. 36, Issue, (2018), 1, at 89.

سرمایه‌گذار به جهت نقض حقوق بشر افراد روی آوردند تا از این طریق بتوانند تعهداتی را بر سرمایه‌گذار بار نموده و نتایج دعاوی را به سود خود تغییر دهند. دعوی اورباسر و سی.ای.بی.بی. علیه آرژانتین مهم‌ترین دعوی در این زمینه است که در پایه‌های این عدم تقارن لرزشی اساسی ایجاد کرده است و افزایش همگرایی میان حقوق بشر و حقوق سرمایه‌گذار را پیش کشیده که در دوران پساجنگ جهانی دوم، به عنوان دو حوزه مجزا از حقوق بین‌الملل تلقی می‌شدند و مناسبات چندانی با هم نداشتند.^۱

قضیه مذکور از دو جهت حائز اهمیت است. از سویی دیوان با رد ایرادهای صلاحیتی خواندگان، به دولت اجازه داد تا دعوی تقابل خود را بر مبنای نقض حقوق بشر علیه شرکت مطرح نماید و بدین ترتیب برای نخستین بار دعوی تقابل بر اساس نقض حقوق بشر را مورد پذیرش قرار می‌دهد^۲ و از دگرسو شرکت‌ها را به عنوان تابع حقوق بین‌الملل تلقی کرده و مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها و بار شدن تعهدات بین‌المللی بر آنها ذیل حقوق بین‌الملل را تأیید می‌نماید. دیوان در این قضیه با توجه به ادعای خواهان به طور خاص به حق بر آب پرداخته و در صدد روشن کردن ابعاد و نیز تعهدات ناشی از این حق بر دولت و سرمایه‌گذار برآمده است.

این نوشتار به سبب اهمیت موضوع در فضای کنونی جامعه بین‌المللی که به‌زعم عده‌ای، شرکت‌های فراملی به بزرگترین تهدید علیه حقوق بشر و محیط زیست مبدل شده‌اند، در پی تجزیه و تحلیل رأی دیوان در قضیه مذکور برآمده است. بدین‌روی در ابتدا وقایع قضیه مختصراً تشریح شده و در ادامه به دعوی تقابل شامل مسائل صلاحیتی و مسائل ماهوی پرداخته شده است. در بخش بررسی ماهوی سعی شده مسائل اصلی مورد توجه دیوان در این قضیه که شامل شخصیت حقوقی، مسئولیت اجتماعی و تعهدات حقوق بشری شرکت‌های خصوصی، به طور خاص در رابطه با حق بر آب تشریح شود.

۱. فراز فیروزی مندمی، «جایگاه تعهدات حقوق بین‌الملل بشر در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، شماره ۵۱، (۱۳۹۵)، ص ۱۶۶.

۲. سرمایه‌گذاری خارجی از دو کانال حقوق بشر را به چالش می‌کشد. از سویی تعهدات دولت ذیل حقوق بین‌الملل بشر در قبال افراد داخل در صلاحیتش مطرح می‌باشد که ممکن است در تقابل با تعهدات دولت در برابر سرمایه‌گذار به موجب معاهدات سرمایه‌گذاری قرار گیرند. از دیگر سو به سبب حضور سرمایه‌گذار در سرزمین دولت میزبان تصور نقض حقوق بشر ساکنان از جانب آنها امری دور از انتظار نیست. در خصوص مورد اول؛ دولت‌ها در قضایایی به تعهدات حقوق بشری خود به عنوان دفاع استناد جسته‌اند و این امر در مواردی توسط دیوان‌های داوری مورد پذیرش واقع شده است. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به: فیروزی مندمی، همان، صص ۱۹۰-۱۶۵. اما در خصوص تعهدات حقوق بشری سرمایه‌گذار، اورباسر اولین دعوی است که در آن دیوان با پذیرش دعوی تقابل بر اساس تعهدات حقوق بشری سرمایه‌گذار، به بررسی این امر می‌پردازد.

شرح وقایع قضیه

در ۲۰ ژوئیه ۲۰۰۷ درخواستی برای داوری توسط مرکز حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری از جانب اورباسر^۱ و سی.ای.بی.بی،^۲ دو سهامدار شرکت AGBA^۳ علیه جمهوری آرژانتین دریافت شد.^۴ اختلاف ثبت شده در دیوان مربوط به امتیاز راجع به ارائه سرویس آب و فاضلاب در استان بوئنوس آیروس بود که در اوایل سال ۲۰۰۰ به شرکت AGBA واگذار شده بود.^۵ خواهان‌ها بر این باور بودند که در خلال عملیات با موانع متعددی مواجه شده‌اند به طوری که عملیات کارا و سودآور مربوط به امتیاز کسب شده آنها با دشواری شدیدی مواجه شده است. امتیاز مذکور با بحران اقتصادی آرژانتین که از اواسط ۲۰۰۱ آغاز شده بود به بن‌بست رسید و با اقدامات اضطراری اتخاذ شده توسط این دولت در ژانویه ۲۰۰۲ تشدید شد.^۶ درخواست‌های متعدد AGBA برای ارزیابی مجدد تعرفه‌ها و تجدیدنظر کامل در خصوص امتیاز اعطا شده نیز در نبود هرگونه تعهد جدی مقامات استان جهت نیل مذاکرات مجدد به یک پایان موفقیت‌آمیز عقیم ماند. در نهایت، دلایل سیاسی مطروحه در خصوص سرنوشت دیگر امتیازات اعطایی منجر شد که مقامات ایالتی اعلام کنند امتیاز این شرکت در ژوئیه ۲۰۰۶ خاتمه یافته است. این امر البته گام نهایی از یک فرآیند طولانی فروگذاری منافع سهامداران شرکت AGBA بود که به مثابه نقض چند ماده از معاهده دوجانبه اسپانیا-آرژانتین^۷ توسط جمهوری آرژانتین می‌باشد.^۸ بر مبنای همین ادعاها، خواهان‌ها دعوی در دیوان داوری ایکسید مطرح کردند و مدعی شدند که جمهوری آرژانتین قواعد معاهده دوجانبه اسپانیا-آرژانتین را نقض کرده است. به ویژه بند ۱ ماده ۳ راجع به تعهد نسبت به سرمایه‌گذاری خارجی و ممنوعیت اتخاذ اقدامات ناموجه و تبعیض‌آمیز، بند ۱ ماده ۴ در مورد تعهد به رفتار عادلانه و منصفانه نسبت به سرمایه‌گذاری‌های مزبور و ماده ۵ که هرگونه سلب

1. Urbaser S.A.

2. Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia.

3. Aguas Del Gran Buenos Aires S.A.

شرکت مذکور توسط سهامداران و سرمایه‌گذاران خارجی شامل خواهان‌های قضیه حاضر که اکثریت سهام شرکت را در اختیار داشتند، در ۱۹۹۹ تأسیس شد.

4. Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (Claimants), ICSID, Case No. ARB/07/26, (8 December 2016), para 1.

5. Ibid, para 34.

6. Ibid, para 34.

۷. معاهده مذکور در ۳ اکتبر ۱۹۹۱ میان جمهوری آرژانتین و پادشاهی اسپانیا جهت ارتقاء و حمایت از سرمایه‌گذاری منعقد شد. برای مطالعه متن کامل معاهده، ر.ک.:

[https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume 1699/v1699.pdf](https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201699/v1699.pdf).

8. Urbaser v. Argentina, op.cit, para 34

مالکیت غیرقانونی و تبعیض آمیز را منع کرده است.^۱ دولت خواننده ادعاهای مطرح شده از جانب خواهان‌ها را مردود اعلام کرد و تمامی ادعاها در رابطه با نقض‌های ادعایی ناشی از قرارداد اعطای امتیاز از جانب مقامات آرژانتین را غیرقابل قبول و خارج از صلاحیت دیوان دانست و مشکلاتی که امتیاز با آن مواجه شده بود را تا حد زیادی ناشی از مدیریت ناکارآمد شرکت و سهامداران آن تلقی کرد.^۲ از میان ادعاهای خواهان‌ها، دیوان تنها نقض رفتار عادلانه و منصفانه را پذیرفت که البته آن را موجب پرداخت غرامت به خواهان‌ها ندانست.^۳ خواننده نیز دعوی تقابلی در خصوص عدم انجام تعهد از سوی خواهان‌ها در مورد سرمایه‌گذاری ضروری در رابطه با امتیاز که منجر به نقض تعهداتشان به موجب حقوق بین‌الملل - حق بر آب - شده بود را مطرح کرد که با توجه به ارتباط دعوی تقابلی با موضوع این مقاله - دعوی تقابلی بر اساس نقض حقوق بشر - در ادامه به تفصیل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

صلاحیت ایکسید نسبت به دعوی تقابلی

ماده ۴۶ کنوانسیون ایکسید در خصوص شروط سه‌گانه امکان طرح دعوی تقابلی بیان می‌دارد: «به استثنای مواردی که طرفین به طرز دیگری موافقت کرده باشند، دیوان در صورت تقاضای یکی از طرفین، به دعاوی یا دعاوی متقابل که مستقیماً ناشی از موضوع اختلاف باشد^۴ نیز رسیدگی ضمنی یا اضافی خواهد کرد، مشروط بر اینکه دعاوی مذکور در محدوده

1. Ibid, para 34.

2. Ibid, para 36.

3. Ibid, para 36.

بعد از یک پروسه طولانی رسیدگی، دیوان به این نتیجه رسید که دولت آرژانتین با توجه به عدم شفافیتی که در جریان مذاکرات مجدد داشته، رفتار عادلانه و منصفانه را نقض کرده است؛ اما خواهان‌ها را مستحق دریافت غرامت به سبب نقض این اصل تلقی نکرد؛ چرا که به عقیده دیوان سرنوشت امتیاز ناشی از شکست AGBA و سهامدارانش در انجام تعهدات و نه نقض رفتار عادلانه و منصفانه در خلال مذاکرات مجدد بود. نیز اقدامات اتخاذی از جانب آرژانتین را منجر به سلب مالکیت غیرمستقیم ندانست و اقدام به خاتمه امتیاز را نیز بدان جهت که در زمان خاتمه از سوی آرژانتین در عمل چیزی از آن باقی نمانده بود، مصداق سلب مالکیت غیرمستقیم تلقی نکرد. به علاوه ادعاهای خواهان مبنی بر اینکه رفتار تبعیض آمیزی با وی شده است را رد و در نهایت هزینه‌های داوری را بر عهده طرفین گذارد Ibid, at 548-1102.

۴. قواعد داوری ۱۹۷۶ آنستیرال نیز در خصوص دعوی تقابلی به «دعوی تقابلی برآمده از یک قرارداد» اشاره می‌نماید. UNCITRAL Arbitration Rules 1976, art 19(3) معیار مذکور سراسرتر از معیار بیان شده توسط ایکسید

است و بدین روی پیچیدگی کمتری دارد.

Pierre Lalive & Laurs Halonen, "On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration", Czech Yearbook of International Law, Vol. II, (2011), at 145. عبارت مذکور در قواعد داوری ۲۰۱۰ آنستیرال حذف و امکان طرح دعوی تقابلی منوط به این شد که دیوان بر آن

تراضی طرفین و به هر نحو دیگری در صلاحیت مرکز باشد».

به موجب شرط اول ماده ۴۶، دعوی می‌بایست به طور مستقیم از موضوع اختلاف اصلی برآمده باشد.^۱ احراز ارتباط دعوی تقابل با موضوع اختلاف اصلی در صورتی که موضوع اختلاف اصلی نقض قرارداد از جانب دولت و موضوع دعوی تقابل نقض آن از سوی سرمایه‌گذار باشد، دشوار نیست بلکه احراز چنین ارتباطی در صورتی چالش‌برانگیز است که اختلاف اصلی مبتنی بر معاهده و نه قرارداد باشد و دعوی تقابل نقض ادعایی سندی که سرمایه‌گذار جهت طرح دعوی اصلی به آن متوسل شده است، نباشد،^۲ به بیان دیگر دعوی تقابل مبتنی بر سندی غیر از معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری باشد. در این قضیه نیز خواهان‌ها به همین شرط متوسل شده و مدعی عدم وجود ارتباط میان دعوی تقابل با دعوی اصلی خواهان ذیل معاهده شدند. دیوان در رد ایراد خواهان‌ها مبنی بر عدم وجود چنین ارتباطی اشاره می‌کند که ارتباط واقعی^۳ میان دو دعوی آشکار است و دعوی تقابل و دعوی اصلی بر مبنای سرمایه‌گذاری و یا عدم وجود سرمایه‌گذاری کافی در ارتباط با یک امتیاز هستند.^۴ دیوان با توسل به معیار ارتباط واقعی میان دعوی اصلی و دعوی تقابل، به طور بالقوه دایره دعاوی متقابل قابل طرح از سوی دولت میزبان را وسیع‌تر ساخت^۵ و به این ترتیب رویکرد موسعتری نسبت به آرای که وجود ارتباط قانونی را لازم می‌شمردند، اتخاذ کرد. دیوان دائمی داوری در دعوی سالوکا علیه جمهوری چک به لزوم احراز ارتباط نزدیک^۶ میان دعوی تقابل و

صلاحیت داشته باشد (UNCITRAL Arbitration Rules 2010, art 21(3)).

۱. شرط برآمدن از موضوع اختلاف افزون بر شرط صلاحیت دیوان به موجب ماده ۲۵ می‌باشد، به واقع می‌توان متصور شد که ادعایی در صلاحیت دیوان باشد اما ناشی از موضوع اختلاف اصلی نباشد. بارزترین مثال در این زمینه دعوی ناشی از یک سرمایه‌گذاری دیگر بین همان طرفین است

Christoph Schreuer & Others, *The ICSID Convention: a Commentary: a Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, (Cambridge [England], Cambridge University Press, 2009), at 751.

به همین جهت می‌توان شرط مذکور را نه به صلاحیت دیوان که به قابلیت پذیرش دعوی متقابل مرتبط دانست.

2. Anna, Joubin-Bret & Jean E Kalicki, *Reshaping the Investor-state Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century* (Leiden: Brill Nijhoff, 2015) at 784-785.

3. Factual Links.

4. Urbaser v. Argentina, op.cit, para 1151.

5. Edward Guntrip, "Urbaser v Argentina: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration?", (2017), available at: <https://www.ejiltalk.org/urbaser-v-argentina-the-origins-of-a-host-state-human-rights-counterclaim-in-icsid-arbitration/>, last visit: 2019/3/30.

6. Close Connection.

دعوی اصلی اشاره کرده است و به دلیل اینکه دعوی تقابل که بر مبنای نقض حقوق داخلی دولت میزبان بود، به اندازه کافی ارتباط نزدیکی با دعوی اصلی نداشت، حکم به رد دعوی تقابل داد.^۱ اهمیت این امر بدان سبب است که در قضیه اورباسر ماهیت حقوق بشری دعوی تقابل مانع احراز وجود ارتباط بین دعوی اصلی و دعوی تقابل از جانب دیوان نگردید.

دومین شرط مندرج در ماده ۴۶، مقرر می‌دارد که طرفین به طرح دعوی تقابل در داوری ایکسید رضایت داده باشند؛ احراز رضایت سرمایه‌گذار به‌رغم رضایت دولت به سبب اینکه در واقع سرمایه‌گذار طرف امضا کننده معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری نبوده، بسیار

1. *Saluka v. Czech Republic, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, PCA, (7 May 2004), para 81.*

به عقیده برخی از حقوقدانان اصطلاح موضوع مندرج در ماده ۴۶ ایکسید احتمالا مفهومی متفاوت از سرمایه‌گذاری مندرج در ماده ۲۵ و مضیق‌تر از آن می‌باشد، در غیر اینصورت دلیلی برای تکرار آن در ماده ۴۶ وجود نداشت. چرا که صلاحیت تبیین شده در ماده ۲۵، در هر حال این امر را پوشش می‌داد. به هر صورت نیاز به احراز رابطه قانونی بین دعوی اصلی و دعوی تقابل از اصطلاح موضوع بر نمی‌آید. چرا که در این صورت این امر چنانچه در ماده ۲۵ که به اختلاف قانونی اشاره دارد، تبیین می‌شد. لذا در واقع این باید کافی باشد که دعوی اصلی و تقابل مستقیما از یک موضوع ناشی شده باشند. *Lalive & Halonen, op.cit, at 144.* این امر در یادداشت‌های ۱۹۶۸ بر قواعد داوری ایکسید نیز متجلی شده است. در این یادداشت‌ها بیان شده است که «آزمون احراز برآمدن مستقیم از موضوع اختلاف این است که آیا ارتباط واقعی میان دو دعوی آنقدر نزدیک است که صلاحیت بر دعوی تقابل برای دست‌یابی به حل و فصل نهایی اختلاف را مستلزم بدارد...»

ICSID, *ICSID reports*, Volume 1, (Cambrid: Grotius, 1993), at 100, Note B(a).

بدین روی این حقوقدانان معتقدند که معیار ارتباط قانونی (Legal Connection) که دیوان داوری در قضیه سالوکا بدان متوسل شده است نادرست است و آستانه بالاتری از معیار تعیین شده در کنوانسیون ایکسید و قواعد آنستیرال را مقرر می‌دارد. *Lalive & Halonen, op.cit, at 145-152.* سالوکا یک شرکت هلندی بود که در فرآیند خصوصی‌سازی بعد از پایان کمونیسیم در جمهوری چک، ۴۶ درصد از سهام یک بانک دولتی چک به نام IBP را تحصیل کرده بود. IBP به همراه سه بانک دولتی دیگر نقش مهمی در بازار مالی ایفا می‌نمودند، هرچند همه آنها مقدار زیادی بدهی داشتند. دولت چک کمک‌های مالی از جمله تزریق بودجه عمومی به سه بانک دیگر ارائه نمود در حالی که به IBP که در وضعیت مشابه با سه بانک دیگر بود، هیچ‌گونه کمکی نکرد و نیز فرصتی جهت مذاکره در اختیار سالوکا نهاد. با کاهش قابل توجه منابع مالی IBP، بانک مرکزی مدیریت آن را بدست گرفت و متعاقبا در قبال مبلغ ناچیزی به بانک دیگری منتقل شد. سالوکا دعوی مبنی بر محرومیت از سرمایه‌گذاری خود و نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه مقرر در معاهده دوجانبه میان هلند و چکسلواکی را در دیوان دائمی داوری مطرح نمود. متعاقبا دولت چک نیز دعوی تقابلی مطرح کرد و از جمله مدعی شد که در توافق‌نامه اولیه خرید سهام با سازمان خصوصی‌سازی که یک سازمان دولتی بود، نقض‌هایی رخ داده است. دیوان در نهایت به این نتیجه رسید که دولت چک استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه را نقض کرده است. *Saluka v. Czech Republic, Partial Award, PCA, (17 March 2006).* و در خصوص دعوی تقابل نیز اذعان داشت که به دلیل اینکه «اختلافاتی که منجر به طرح دعوی متقابل خوانده شده‌اند، به اندازه کافی ارتباط نزدیکی با موضوع دعوی اصلی که سالوکا مطرح کرده است، ندارند»، صلاحیت رسیدگی به دعوی تقابل را ندارد *Saluka v. Czech, 2004, op.cit, para 81.*

چالش برانگیز است. در اوایل، دیوان‌های داوری به ندرت با مسئله صلاحیت بر دعوی تقابل دولت مواجه می‌شدند. در برخی قضایای اولیه صلاحیت بر دعوی تقابل بر مبنای قرارداد و نه معاهده مطرح و به جهت اینکه طرفین قادر بودند ذیل قرارداد طرح دعوی نمایند، مانعی وجود نداشت؛ در دیگر دعاوی نیز دادگاه‌ها بررسی مسائل صلاحیتی پیش‌رو را غیر ضروری تشخیص می‌دادند. بعدها دیوان‌های داوری در برخی قضایا این مسئله را مطرح نمودند که دعوی تقابل می‌تواند بر اساس معاهده‌ای که به طور موسع به داوری ارجاع داده و مبتنی بر قواعد آنستیرال است، طرح گردد.^۱ بر اساس این رویکرد می‌توان قائل به این امر بود که بر مبنای سیاق بکار رفته در معاهده دوجانبه، رضایت سرمایه‌گذار به رجوع به داوری می‌تواند به عنوان رضایت وی برای طرح دعوی تقابل دولت میزبان نیز تفسیر شود.^۲ دولت رومانی در قضیه اسپایرایدون روسالیس علیه رومانی، رضایت خواهان به داوری را شامل طرح دعوی تقابل از جانب رومانی نیز می‌دانست.^۳ اما دیوان به جهت آنکه متن معاهده دوجانبه رومانی و یونان فقط رجوع به داوری از جانب سرمایه‌گذار به هنگام نقض تعهدات دولت را مورد اشاره قرار داده بود، دعوی تقابل را نپذیرفت.^۴ مایکل راینمن از داوران قضیه مذکور، قائل به رویکردی موسع‌تر بود و در مخالفت با نظر دادگاه در اعلامیه جداگانه‌ای بیان نمود که با رضایت دولت‌های طرف یک معاهده دوجانبه به صلاحیت ایکسید، رضایت مورد نظر در ماده ۴۶ کنوانسیون به خودی خود^۵ در هر داوری ایکسید که یک سرمایه‌گذار متعاقبا دنبال می‌کند نیز احراز می‌شود.^۶ به واقع مطابق با نظر وی، رضایت مذکور، بدون توجه به زبان قیود رجوع به داوری پیش‌بینی شده در معاهده دوجانبه، احراز می‌شود.

در دعوی اورباسر، دیوان در رد ایرادات خواهان‌ها مبنی بر اینکه ماهیت نامتقارن معاهده

1. Jean. E. Kalicki, "Counterclaims by States in Investment Arbitration", available at: <https://www.iisd.org/itn/2013/01/14/counterclaims-by-states-in-investment-arbitration-2/>, last visit: 2019/3/30, (2013).

2. Jose Antonio, Rivas, & Jean Choi, "Three Recent Decisions Further Shaping Investment Treaty Case Law on Counterclaims: Part I", (2015), available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/10/13/three-recent-decisions-further-shaping-investment-treaty-case-law-on-counterclaims-part-i/>, last visit: 2019/3/30.

3. Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, (7 December 2011), para 866.

4. Ibid, para 867-877.

5. Ipso Facto.

6. Roussalis v. Romania, Declaration of W. Michael Reisman, (28 November 2011), at 1.

دوجانبه مانع دولت میزبان از ادعای هر حقی بر مبنای چنین معاهده‌ای، از جمله طرح دعوی تقابل می‌باشد، رویکرد جاری در محاکم داوری یعنی رویکرد دیوان در قضیه روساليس و رومانی مبنی بر توجه به سیاق معاهده را اتخاذ کرد و با استناد به ماده ۱۰^۱ معاهده دوجانبه اسپانیا-آرژانتین که بر خلاف معاهده دوجانبه میان رومانی و یونان بیان موسعی داشت، بیان داشت که معاهده امکان طرح دعوی از جانب هر یک از طرفین را پذیرفته است^۲ و آن را محدود به یک طرف خاص و یا نقض‌های برآمده از خود مواد معاهده نکرده است.^۳ برآمد طبیعی امکان رجوع به داوری از جانب هر دو طرفین در معاهده، امکان طرح دعوی تقابل می‌باشد.^۴ دیوان با در نظر داشتن مبنای رضایی بودن رجوع به داوری اشاره می‌کند شرایطی که در آن خواهان‌ها برای رجوع به داوری رضایت داده‌اند، دعاوی متقابل از جانب دولت را مستثنی نمی‌سازد.^۵ دیوان در رد استدلال خواهان مبنی بر اینکه حتی با وجود اینکه معاهده امکان طرح دعوی به دولت را داده باشد، وی فقط به طرح دعوی از جانب خود و نه دولت رضایت داده است، بیان می‌کند چنین رضایتی منجر به تعیین یکجانبه صلاحیت دیوان از

۱. دیوان به این امر اشاره می‌نماید که ماده ۱۰ نسبت به طرفین خنثی بوده و هیچگونه تمایزی در خصوص اینکه دولت و یا سرمایه‌گذار مشمول عبارات «طرفین»، «هریک از طرفین» و «یکی از طرفین» که موافقت‌نامه برای طرح دعوی استفاده می‌کند، قائل نشده است. Urbaser v. Argentina, op.cit, para 1143.

2. Urbaser v. Argentina, op.cit, para 1143.

3. Ibid, para 1145.

۴. چنانچه شاهد هستیم معاهده آرژانتین-اسپانیا نسبت به امکان طرح دعوی از جانب طرفین خنثی بوده و لذا می‌توان از بی‌طرفی معاهده نسبت به شخصیت طرف دعوی، امکان طرح دعوی تقابل را استنباط کرد. برخی از معاهدات که تعداد آنها انگشت‌شمار می‌باشد، به صورت صریح این امکان را برای دولت فراهم می‌آورند. در این خصوص می‌توان به موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری بازار مشترک اروپا و آفریقای جنوبی اشاره کرد که در ماده ۲۸ صراحتاً اجازه طرح دعوی تقابل را به دولت می‌دهد.

Christian Leathley, & Louise Barber, "Urbaser V. Argentina and Burlington V. Ecuador: Investment Arbitration Is Not Over the Counterclaims yet", available at: <https://hsfnotes.com/arbitration/2017/03/14/urbaser-v-argentina-and-burlington-v-ecuadorinvestment-arbitration-is-not-over-the-counterclaims-yet/>, last visit: 2019/3/30, (2017).

در مقابل برخی معاهدات چنین امکانی را از دولت سلب نموده‌اند، از آن جمله است معاهده میان رومانی و یونان یا معاهده میان جمهوری چک و پادشاهی انگلستان که به اختلافات میان سرمایه‌گذار و دولت، ناشی از تعهدات دولت و نه سرمایه‌گذار اشاره می‌نمایند.

Agreement between the Government of Romania and the Government of the Hellenic Republic on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment, Art 9, Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Czech and Slovak Republic for the Promotion and Protection of Investments, (1990), (1997), Art 8.

5. Urbaser v. Argentina, op.cit, para 1146.

جانب خواهان نمی‌شود و رضایت بیان شده در ماده ۱۰ موافقت‌نامه، تمامی اختلافات در ارتباط با سرمایه‌گذاری در قالب معاهده را پوشش می‌دهد.^۱

سومین و آخرین شرط مصرح در ماده ۴۶ این است که دعوی در دایره صلاحیت دیوان باشد. این شرط باید با توجه به ماده ۲۵ کنوانسیون مورد نظر قرار گیرد. ماده مذکور در خصوص صلاحیت مرکز ایکسید بیان می‌دارد: «صلاحیت مرکز شامل همه اختلافات حقوقی که مستقیماً ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌های متعاقد و یک تبعه دولت متعاقد دیگر باشد ... خواهد بود». بدین جهت دعوی تقابل می‌بایست مستقیماً از سرمایه‌گذاری ناشی شده باشد. این امر به جهت اینکه کنوانسیون، سرمایه‌گذاری را تعریف نکرده است، دشوار به نظر می‌رسد.^۲ خواهان‌ها در همین راستا ادعا کردند، هر ادعای مطرح نزد دیوان طی دعوی تقابل بر اساس نقض ادعایی حقوق بشر خارج از صلاحیت دیوان است. دیوان چنین استدلالی را ناکافی می‌داند که بر اساس یک مبنای ظاهری ساده هر ادعای این‌چنینی را غیرمرتبط با سرمایه‌گذاری تلقی کرد^۳ و بدین صورت بر تلقی مستثنی بودن ذاتی و خودکار دعاوی متقابل مبتنی بر حقوق بشر از صلاحیت دیوان که به موجب ماده ۲۵ شامل همه اختلافات حقوقی است و مستقیماً از سرمایه‌گذاری ناشی می‌شود، خط بطلان کشید. دیوان در مجموع با رد تمامی ایرادات خواهان‌ها، خود را صالح به رسیدگی به دعوی تقابل تشخیص داد.

1. Ibid, para 1147.

۲. کنوانسیون ایکسید با وجود اینکه سرمایه‌گذاری در آن جایگاه محوری دارد، تعریف و توصیفی از آن ارائه نداده است. عدم تعریف این مفهوم از سوی تدوین‌کنندگان کنوانسیون، از همان ابتدا موجب بروز اختلاف نظرهای تفسیری فراوان در میان مراجع رسیدگی‌کننده به اختلافات سرمایه‌گذاری شده است و اکنون با گذشت نزدیک به نیم قرن از زمان تصویب این کنوانسیون، هنوز امکان ارائه یک تعریف واحد یا استخراج معیارهای مورد قبول عام برای معرفی این مفهوم فراهم نشده است. سیدنصرالله ابراهیمی و سجاد سلطانزاده، «مفهوم سرمایه‌گذاری در رویه داوری مرکز حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی (ایکسید)»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۵۰، (۱۳۹۳)، ص ۱۰۳. اما به نظر رویه دیوان توانسته است تا حدودی این شکاف را پر کند. در رویه جاری ایکسید در تعریف سرمایه‌گذاری، بکارگیری رویکرد ویژگی‌های شکلی رونق بیشتری دارد. اتخاذ این رویکرد بدان معنی است که ایکسید به تفسیر موسع از مفهوم سرمایه‌گذاری مندرج در کنوانسیون که در عمل منجر به گسترش دامنه صلاحیت ایکسید می‌شود، تمایل بیشتری دارد. ابراهیمی و سلطانزاده، همان، ص ۱۰۳.

3. Urbaser v. Argentina, op.cit, para 1154.

۳. رسیدگی ماهوی به دعوی تقابل

چنانچه شرح آن گذشت دولت آرژانتین ضمن رد ادعاهای خواهانها دعوی تقابلی با این استدلال مطرح می‌کند که با عدم موفقیت شرکت در پروژه سرمایه‌گذاری ای که متعهد به آن بوده، اصولی چون حسن‌نیت و لزوم قراردادها که در حقوق آرژانتین و نیز حقوق بین‌الملل مورد شناسی قرار گرفته‌اند، نقض شده و این امر نه تنها بر مواد قرارداد فیما بین دولت و شرکت بلکه بر حقوق بنیادین مردم آرژانتین، سلامتی و محیط‌زیست هزاران نفر که غالب آنها در فقر شدید روزگار می‌گذرانند، تأثیر گذاشته است^۱ و به طور خاص منجر به نقض حق بنیادین دسترسی به آب که هدف سرمایه‌گذاری بود، شده است.^۲ دعوی تقابل مطروحه از جانب آرژانتین از این جهت بسیار حائز اهمیت تلقی می‌شد که اولاً از تعهد حقوق بشری یک بازیگر غیردولت در سرزمین یک دولت خارجی نسبت به اتباع آن دولت سخن می‌گفت و ثانیاً ادعای نقض حقی را مطرح می‌ساخت که در منشور بین‌المللی حقوق بشر شامل اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاقین ۱۹۶۶ تصریح نشده و لذا تا حدودی با ابهام همراه است.

۳-۱. حقوق قابل اعمال

معاهدات سرمایه‌گذاری جز انجام سرمایه‌گذاری مطابق قوانین دولت میزبان، غالباً تعهداتی ماهوی بر سرمایه‌گذار بار نمی‌نمایند.^۳ این امر بالطبع در خصوص تعهدات حقوق بشری

1. Ibid, para 1156.

گفتنی است آرژانتین پیشتر در برخی دعاوی از جمله دعوی شرکت انتقال گاز سی.ام.اس علیه آرژانتین و شرکت نشنال گرید پی.ال.سی علیه آرژانتین به تعهدات حقوق بشری خود در برابر افراد تحت صلاحیتش به عنوان دفاع به جهت اتخاذ اقدامات ضروری استناد کرده بود.

CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, (12 May 2005), para 114, National Grid PLC v. Argentine Republic, UNCITRAL, Case 1:09-cv-00248-RBW, (3 November 2008), para 136.

اما در قضیه اورباسر به گونه‌ای متفاوت به تعهدات حقوق بشری سرمایه‌گذار خارجی به عنوان مبنایی برای طرح دعوی تقابل استناد جست. جهت مطالعه بیشتر در خصوص توسل آرژانتین به حقوق بشر به عنوان دفاع، ر.ک. به:

UNCTAD, *Selected Recent Developments in IIA Arbitration and Human Rights* (New York and Geneva: United Nation, 2009) available at: http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20097_en.pdf, last visit: 2019/3/30.

2. Urbaser v. Argentina, op.cit, para 1151.

۳. چنانچه پیشتر ذکر شد، این امر ناشی از آن است که اساساً معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، در پی پرکردن خلأهای

سرمایه گذار در این دعوی نیز صادق است. در چنین شرایطی جهت اعمال تعهدات بر سرمایه گذار اساساً می‌بایست به منابع خارج از معاهده متوسل شد. پیش شرط بررسی تعهدات سرمایه گذار به موجب منابع وراثی معاهده دوجانبه سرمایه گذاری، تبیین قانون حاکم بر دعوی است که در محدوده تراضی طرفین که در مقررات معاهده دوجانبه متجلی می‌شود، قرار دارد. طرفین اختلافات ناشی از سرمایه گذاری ممکن است در خصوص قانون حاکم بر دعوی توافق کرده و یا آن را مسکوت گذارده باشند. برخی اسناد بین‌المللی از جمله قواعد داوری آنسیترال و کنوانسیون ایکسید، تراضی طرفین در مورد قانون حاکم بر اختلاف را مبنا قرار داده و در صورت سکوت طرفین اختلاف در این خصوص، این امر را در صلاحیت دیوان داوری قرار داده‌اند^۱ که بر مبنای قانون کشور و نیز مقررات قابل اجرای حقوق بین‌الملل تصمیم بگیرد.^۲ بدین روی عبارت‌پردازی مواد راجع به حقوق قابل اعمال در معاهده برای تصمیم‌گیری دادگاه در این خصوص بسیار حائز اهمیت است.

در قضیه اورباسر دیوان برای کنار زدن اولین مانع در خصوص اعمال تعهدات خارج از معاهده در پی استدلال خواننده مبنی بر اینکه ماهیت نامتقارن معاهده هیچ‌گونه حقی برای دولت میزبان و به همین ترتیب هیچ تعهدی بر سرمایه گذار تحمیل نمی‌کند،^۳ اذعان می‌دارد

موجود در نظام حقوق بین‌الملل در حمایت از حقوق سرمایه‌گذاران خارجی و شرکت‌های فراملی در برابر قدرت بی‌چون و چرای دولت‌ها بوده‌اند که همواره تهدیدی علیه سرمایه‌گذاران خارجی و حقوق آنها تلقی می‌شدند.

۱. پوریا عسکری، حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داوری بین‌المللی (تهران: شهر دانش، ۱۳۹۴) ص ۱۰۲.

۲. کنوانسیون ایکسید، (۱۹۶۵)، بند ۱ ماده ۴۲. ماده مذکور بیان می‌دارد: «دادگاه دعوی را طبق مقررات قانونی که مورد تراضی طرفین قرار گرفته است، رسیدگی می‌نماید. در صورتیکه توافقی در این مورد نباشد، بر مبنای قانون کشور متعاقد طرف دعوی شامل مقررات مربوط به تعارض قوانین آن کشور و نیز آن دسته از مقررات حقوق بین‌الملل که قابل اجرا باشد، تصمیم خواهد گرفت.» به موجب ماده فوق در صورتی که طرفین هیچ توافقی در مورد قانون حاکم نکرده باشند، دادگاه قانون کشور طرف دعوی و نیز مقررات قابل اجرای حقوق بین‌الملل را مدنظر قرار خواهد داد. ترتیبی که در ماده برای ذکر این دو مورد لحاظ شده است، به معنای تقدم و تأخر نیست. بلکه می‌توان استدلال کرد که ترتیب عکس آن درست است. آرون بروشه، «قانون حاکم و اجرای احکام در داوری‌های موضوع کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دول دیگر»، ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی، ش ۱۰، (۱۹۸۶)، ص ۱۹۵. به واقع به بیان بروشه «در مورد ارتباط بین حقوق کشور میزبان و حقوق بین‌الملل مذکور در جمله دوم ماده ۴۲ کنوانسیون، به نظر ما دیوان ابتدا حقوق کشور میزبان را بررسی کرده و در وهله اول همان حقوق را در مورد ماهیت دعوی اعمال می‌نماید. سپس نتیجه حاصل از این مرحله را با حقوق بین‌الملل مقایسه و ارزیابی می‌نماید. در این روند مسئله تأیید یا نفی اعتبار حقوق کشور میزبان مطرح نیست، ولی امکان دارد منتهی به عدم اجرای آن حقوق شود، مشروط بر آنکه حقوق مذکور یا اقداماتی که به استناد قواعد آن انجام شده است، حقوق بین‌الملل را نقض کند. در این مفهوم است که حقوق بین‌الملل نسبت به حقوق داخلی - به نحوی که در ماده (۱) ۴۲ آمده است - اولویت و تقدم دارد.» بروشه، همان، ص ۲۰۱-۲۰۰.

3. Urbaser v. Argentina, op.cit, para 1182.

که ادعای خواهان در هیچ جای معاهده بیان نشده است. گرچه معاهده در درجه اول در پی حمایت از منافع و حقوق سرمایه‌گذار است با این وجود، هیچ ماده‌ای مبنی بر اینکه دولت میزبان ذیل معاهده دارای هیچ حقی نیست، وجود ندارد.^۱ دیوان جهت رد این استدلال خواهان، این سوال را مطرح می‌کند که «آیا حقوق دولت به موجب معاهده می‌بایست انکار شود بدین جهت که معاهده، حقوق سرمایه‌گذاری را به صورت مجزا شکل داده و از دیگر منابع حقوق بین‌الملل که ممکن است حقوقی را برای دولت فراهم کنند، مستقل است؟»^۲ دیوان در این خصوص با اشاره به ماده ۱۰ معاهده بیان می‌دارد، تعریف اختلافی که قابلیت طرح شدن در مراجع داوری را داراست، دعاوی مطروحه از جانب دولت را نیز شامل می‌شود. دیوان اشاره می‌کند که بند ۱ ماده ۱۰ تمامی اختلافات مابین طرفین را شامل و به حقوقی که مستقیماً بر مبنای اعمال و یا تفسیر خود معاهده باشند، محدود نمی‌شود.^۳ دیوان در خصوص حقوق قابل اعمال بر روابط طرفین به بند ۵ ماده ۱۰ اشاره می‌کند که بیان می‌دارد: «دیوان داوری می‌بایست تصمیم خود را بر مبنای این معاهده «و» جایی که مناسب است، بر مبنای دیگر معاهدات مابین طرفین، حقوق داخلی طرفی که سرمایه‌گذاری در سرزمین وی انجام شده و اصول کلی حقوق بین‌الملل اتخاذ کند» که برای احراز «مناسب بودن»، مبنای حقوقی دیگر باید به معاهده مربوط بوده و یا به آنها ارجاع داده شده باشد.^۴ در صورتی که مقررات معاهده به صورت سیستم بسته‌ای در نظر گرفته شوند که تنها هدف آن حمایت از سرمایه‌گذاری‌ها از طریق حقوقی باشد که به صورت انحصاری به سرمایه‌گذار اعطا شده است، ارجاع به اصول کلی حقوق بین‌الملل فاقد معنا خواهد بود.^۵ این در حالیست که معاهدات باید در پرتو هدف و به گونه‌ای تفسیر شوند که دارای معنای مفید باشند.^۶ دیوان سپس به ماده ۷ معاهده^۷ در خصوص شرایط مطلوب‌تر اشاره می‌کند که بر اساس آن اعمال منبعی از حقوق بین‌الملل که خارج از معاهده باشد در صورتی که شرایط مطلوب‌تری برای

1. Ibid, para 1183.

2. Ibid, para 1186.

3. Ibid, para 1187.

4. Ibid, para 1188.

5. Ibid, para 1189.

6. Ibid, para 1190.

۷. «در مورد موضوعاتی که این معاهده و همچنین معاهدات بین‌المللی دیگری که هر دو طرف این معاهده عضو آن هستند یا حقوق بین‌الملل عمومی بر آن قابل اعمال است طرفین و سرمایه‌گذاران باید موضوع شرایط و مقرره‌هایی در نظر گرفته شوند که مطلوب‌تر است.»

طرف‌ها فراهم کند به موجب این ماده قابل اعمال و مطالبه است. این امر بیانگر آن است که مقررات معاهده نمی‌توانند به عنوان مجموعه قواعدی مجزا بدون توجه به قواعد حقوق بین‌الملل، مدنظر قرار گیرند.^۱ به واقع دیوان تصریح می‌کند که معاهده یک سیستم بسته که صرفاً در پی حمایت از حقوق سرمایه‌گذار باشد، نیست و امکان داوری ادعای مطروحه ذیل اصول حقوق بین‌الملل با توجه به خود مقررات معاهده وجود دارد.^۲ دیوان با اتخاذ این رویکرد به درستی در جهت حفظ وحدت حقوق بین‌الملل گام برمی‌دارد. در فقدان تراضی طرفین مبنی بر عدم امکان اعمال قواعد حقوق بین‌الملل بر روابط میان طرفین، مقررات معاهده نمی‌توانند به عنوان یک رژیم خودبسنده در خلأ، تفسیر و اجرا شوند چراکه معاهدات سرمایه‌گذاری اعم از دوجانبه یا چندجانبه معاهداتی بین‌المللی هستند و تحت حاکمیت حقوق بین‌الملل قرار دارند. به موجب شق ج بند ۳ ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات، در تفسیر معاهده «هر قاعده مرتبط حقوق بین‌الملل که در روابط بین طرف‌های معاهده قابل اجرا باشد» نیز می‌بایست مدنظر قرار گیرد؛^۳ اعمال قواعد حقوق بین‌الملل بر روابط طرفین، در قضیه

1. Urbaser v. Argentina, op.cit, para 1192.

2. Sujoy Sur, "Urbaser v. Argentina: Analysing the Expanding Scope of Investment Arbitration in light of Human Rights Obligations", (2017), available at: <https://efilablog.org/2017/05/02/urbaser-v-argentina-analysing-the-expanding-scope-of-investment-arbitration-in-light-of-human-rights-obligations/>, last visit: 2019/3/30.

۳. دیوان داوری ایکسید از جمله در قضیه ای.ای.پی.ال و سریلانکا در این خصوص بیان داشت که معاهدات سرمایه‌گذاری نظام خودبسنده بسته‌ای را تشکیل نمی‌دهند که قواعد مندرج در آن بصورت مستقیم - بدون در نظر گرفتن سایر قواعد - اعمال گردد. بلکه باید آن را در یک چارچوب حقوقی گسترده‌تر که قواعد آن به کمک سایر قواعد و از طریق شیوه‌های ادغام ضمنی یا مراجعه مستقیم به قواعد تکمیلی - حقوق بین‌الملل یا حقوق داخلی - تکمیل شده است، در نظر گرفت.

Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, (27 June 1990). para 21.

دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در قضیه سکوه‌های نفتی اختلاف میان ایران و ایالات متحده آمریکا با توجه به این امر بیان می‌دارد که قواعد معاهده مودت نمی‌توانند کاملاً مستقل از قواعد مرتبط حقوق بین‌الملل در خصوص توسل به زور اعمال شوند.

Case concerning Oil Platforms Islamic Republic of Iran v. United States of America, ICJ (6 November 2003) para 41.

قاضی ترینداد در نظر جداگانه‌اش در دستور موقت ۳ اکتبر ۲۰۱۸ در دعوی ایران علیه آمریکا در خصوص نقض‌های ادعایی معاهده مودت و روابط اقتصادی و حقوق کنسولی ۱۹۵۵ نیز به این مساله اشاره کرده و با استناد به ماده ۳۱ کنوانسیون وین حقوق معاهدات بیان می‌دارد: معاهدات می‌بایست در پرتو قواعد حقوق بین‌الملل که بر روابط میان طرفین قابل اعمال است، تفسیر شوند.

Alleged violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ, Separate opinion of Judge Cañçado Trindade, (3 October 2018), Para 7-13.

حاضر بدین روی که متن معاهده دوجانبه اسپانیا-آرژانتین صراحتاً به قواعد حقوق بین‌الملل اشاره می‌نماید شبهه‌ای باقی نمی‌گذارد.

۲-۳. مسئولیت اجتماعی شرکت ذیل حقوق بین‌الملل

دیوان در قضیه اورباسر به منظور احراز تعهدات حقوق بشری شرکت به بررسی این امر می‌پردازد که آیا شرکت‌های خصوصی می‌توانند به عنوان تابع حقوق بین‌الملل تلقی شوند یا خیر. دیوان بیان می‌دارد: «این که شرکت‌ها به سبب ماهیتشان نمی‌توانند به عنوان تابع فعال حقوق بین‌الملل تلقی شوند و لذا قادر به داشتن تعهدات به هنگام مشارکت در روابط میان دولتی ذیل حقوق بین‌الملل نیستند، با وجود اینکه در گذشته دارای اهمیت تلقی می‌شد، اما اثر و مرتبط بودن خود را در شرایط مشابه چنانکه بر افراد اعمال می‌شود، از دست داده است».^۱ دیوان در ادامه برای بررسی وجود حق و تکلیف برای سرمایه‌گذار به موجب حقوق بین‌الملل به بیان این امر می‌پردازد که وفق معاهده سرمایه‌گذاری امکان مطالبه حق‌های ذیل حقوق بین‌الملل برای سرمایه‌گذار وجود دارد^۲ و از قابلیت شرکت‌ها به داشتن حقوق نتیجه می‌گیرد که شرکت‌های سرمایه‌گذار خارجی می‌توانند مخاطب تعهدات بین‌المللی نیز باشند.^۳ در همین راستا دیوان اذعان می‌دارد که «مسئولیت اجتماعی شرکت‌های فعال در عرصه تجارت در حقوق بین‌الملل به عنوان استاندارد دارای اهمیت بنیادی مورد پذیرش واقع شده است».^۴ این استاندارد شامل تعهداتی جهت انطباق با حقوق

1. Urbaser v. Argentina, op.cit, para 1194.

۲. دیوان در این خصوص به شرط رفتار مطلوب‌تر مندرج در ماده ۷ معاهده که ذیل آن سرمایه‌گذار امکان مطالبه حق‌های ذیل حقوق بین‌الملل را دارد، اشاره می‌نماید Urbaser v. Argentina, op.cit, para 1194.

3. Ibid, para 1194.

۴. ارائه تعریف برای مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها به جهت وجود تعاریف زیاد ارائه شده برای این مفهوم دشوار است. گفته شده است به دلیل عدم امکان اعمال تعهدات بین‌المللی بر شرکت‌ها و متعاقباً فشارهای عمومی، آگاهی مصرف‌کنندگان و دیگر عوامل، شرکت‌ها مجبور به قانونمند کردن خود در حوزه‌های حقوق بشر و محیط زیست هستند. این خود قانونمند کردن که به صورت داوطلبانه توسط شرکت‌ها صورت می‌گیرد، مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها خوانده می‌شود

Bantekas Ilias. "Corporate Social Responsibility in International Law", Boston University, Vol. 22, (2004), at 311.

سازمان ملل متحد با بیانی موسع مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها را «سهم کلی تجارت در توسعه پایدار» تعریف کرده است. United Nations, "CSR and Developing Countries- What Scope for Government Action?", Sustainable Development Innovation Briefs, Issue 1, (2007), at 1

شورای جهانی تجارت برای توسعه پایدار نیز مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها را «تعهد تجارت به مشارکت در توسعه پایدار اقتصادی، کار با کارکنان، خانواده آنها، جوامع محلی و جامعه در سطح وسیع‌تر برای بهبود کیفیت زندگی آنها» تلقی کرده است. World Business Council for Sustainable Development, *Corporate Social*

بشر در چارچوب فعالیت چنین نهادهایی در کشورهایی غیر از کشور مقر یا محل اداره می‌شود.^۱ دیوان در ادامه اشاره می‌نماید که «با توجه به تحولات اخیر، شرکت‌های فراملی از تلقی به عنوان تابع متعهد حقوق بین‌الملل مصون نیستند».^۲ بیانات دیوان در این خصوص از دو جهت قابل توجه است؛ از سویی دیوان شرکت‌ها را به عنوان تابع حقوق بین‌الملل تلقی می‌کند^۳ و از دیگر سو میان داشتن حق و تکلیف و تابع بودن در حقوق بین‌الملل رابطه برقرار و آنها را هم‌ارز تلقی می‌نماید.^۴

Responsibility the WBCSD's Journev. Conches-Geneva (Switzerland: World Business Council for Sustainable Development, 2009) at 2.

بر این مبنا شرکت‌ها نه فقط در برابر سهامداران بلکه وظایفی در برابر افراد و جوامعی که به صورت مستقیم یا غیرمستقیم از اقدامات آنها متأثر می‌شوند، دارند Bantekas, op.cit, at 311. مسئولیت اجتماعی شرکت در اسناد زیادی در قالب قطعنامه، اعلامیه و اصول راهنما در نظام حقوق بین‌الملل مورد توجه قرار گرفته است.

Nyoman Indra Juarsa & Yanuarda Yudo Persian, "Corporate Social Responsibility in international economic law perspective", *Brawijaya Law Journal: Journal of Legal Studies*, Vol 2, No 2, (2015), at 85

اما به هر روی این اسناد، فراتر از اسناد نرم و غیرالزام‌آور نبوده‌اند.

۱. دیوان در این خصوص به گزارش نهایی نماینده ویژه دبیر کل سازمان ملل متحد John Ruggie در خصوص «اصول راهنما در خصوص تجارت و حقوق بین‌الملل: اجرای چارچوب «حمایت، احترام و جبران» ملل متحد» اشاره می‌کند. سند مذکور که در سال ۲۰۱۱ توسط شورای حقوق بشر به تصویب رسید حاصل کار ۶ ساله نماینده ویژه است که در آن شرکت‌ها مکلف به احترام به حقوق بشر شناخته شده بین‌المللی شده‌اند.

Report of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises, John Ruggie Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework, A/HRC/17/31, (21 March 2011).

نیز دیوان در این خصوص به اعلامیه سه‌جانبه سازمان بین‌المللی کار در خصوص اصول مربوط به شرکت‌های چندملیتی و سیاست اجتماعی دولت‌ها اشاره می‌نماید. به موجب اعلامیه مذکور تمام طرفین اعلامیه باید به اعلامیه جهانی حقوق بشر و میثاقین احترام بگذارند.

Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy, (November 1977 and amended March 2006).

2. Urbaser v. Argentina, op.cit, para 1195.

۳. این امر بدان سبب حائز اهمیت تلقی می‌شود که چنین اشخاصی غالباً به عنوان تابع حقوق بین‌الملل محسوب نمی‌شوند.

Anthony Aust, *Handbook of International Law*, 2nd ed., (New York: Cambridge University Press, 2010) at 12-13.

۴. این در حالیست که رویکرد نوین در حقوق بین‌الملل مبنی بر این است که تمرکز بر شخصیت حقوقی و تابع بودن شرکت‌ها در نظام حقوق بین‌الملل انحرافی است. امروزه می‌بایست از رویکردی که بین مفاهیم Subject و Object مرزهای محکمی متصور است، فاصله گرفت. چرا که دیگر با واقعیات موجود در جامعه بین‌المللی که حاکی از نقش برجسته بازیگران غیردولت در شکل‌گیری و اجرای قواعد حقوق بین‌الملل است، همخوانی ندارد. بلکه می‌بایست بر میزان مشارکت چنین بازیگرانی در روندهای بین‌المللی متمرکز شد. به واقع تلاش‌ها برای تعیین اینکه بازیگران غیردولت تابع تلقی می‌شوند یا خیر باید به سمت تعیین اینکه کدام قاعده از قواعد حقوق بین‌الملل بر آنها قابل اعمال است تسری داده شود. لذا تردید در مورد «شخصیت» شرکت‌ها نباید منجر به طرح این سوال شود که آیا شرکت‌های بین‌المللی ذیل حقوق بین‌الملل مسئولیت و حق دارند یا خیر؟ چرا که پر واضح است که امروزه هر دو را دارا هستند.

José E. Alvarez, "Are Corporations 'Subjects' of International Law?", *Santa Clara Journal of International Law*, Volume 9, Issue. 1, (2011), at. 1-31.

۳-۳. تعهدات حقوق بشری شرکت: حق بر آب

همانگونه که ملاحظه شد، ایجاد تعادل میان منافع سرمایه‌گذاران و دول میزبان، منجر به شناسایی نسبی برخی تعهدات ذیل حقوق بین‌الملل در حوزه‌هایی چون حقوق کار، حقوق بشر و حقوق محیط زیست برای سرمایه‌گذاران و شرکت‌های فراملی شده است.^۱ مباحث زیادی در خصوص تعهدات حقوق بشری شرکت‌ها به عنوان یکی از حوزه‌های مزبور نیز در جریان است. به‌رغم وجود دیدگاه‌هایی مبنی بر عدم امکان اعمال تعهدات ذیل حقوق بین‌الملل بر این اشخاص و محدود شدن چنین تعهداتی به موازین قابل اعمال حقوق داخلی، امروزه در برخی اسناد بین‌المللی صراحتاً به مسئولیت‌های حقوق بشری شرکت‌ها اشاره شده است.^۲ اما به هر روی باید پذیرفت که این اسناد، اسناد الزام‌آور تلقی نمی‌شوند.

حق بر آب گرچه به عنوان پیش‌شرط تحقق حقوقی چون حق حیات، سلامتی و غذا تلقی می‌شود، در منشور بین‌المللی حقوق بشر به عنوان یک حق مستقل مورد شناسایی قرار نگرفته است. حقوقدانان با بررسی اوضاع و احوال مقدماتی تصویب ماده ۱۱ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی^۳ بیان داشته‌اند که حق بر آب در کنار دیگر حقوق ممکن در جریان تدوین ماده ۱۱ مد نظر بوده است.^۴ به واقع ماده ۱۱ به صورت موسع در نظر گرفته شده و سه حق مورد اشاره قرار گرفته در متن ماده، کارکردی توضیحی و تبیینی دارند.^۵ این امر در مورد ماده ۲۲ اعلامیه جهانی حقوق بشر^۶ نیز صادق است و حقوقدانان معتقدند که حقوق فهرست شده در این ماده حصری نیست؛^۷ بلکه معرف عناصر تشکیل دهنده استاندارد مناسب زندگی است.^۸ کمیته حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی در نظریه تفسیری شماره ۱۵ خود در خصوص تفسیر مواد

۱. عسکری، همان، ص ۲۹۴.

۲. همان، صص ۱-۳۰۰.

۳. «۱». دولت‌های طرف این میثاق حق داشتن یک زندگی با معیارهای قابل قبول برای هر فرد و خانواده اش را شامل خوراک، پوشاک و مسکن کافی و همچنین بهبود مداوم شرایط زندگی به رسمیت می‌شناسند. .».

4. Matthew Craven in Sharmila L. Murthy, "The Human Right(s) to Water and Sanitation: History, Meaning, and the Controversy Over Privatization", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 31, Issue 1, (2013), at 92.

5. Murthv. *op.cit.* at 92.

۶. «هر کس به عنوان عضو اجتماع، حق امنیت اجتماعی دارد و مجاز است به وسیله مساعی ملی و همکاری بین‌المللی، حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی خود را که لازمه کرامت و رشد آزادانه شخصیت اوست با رعایت تشکیلات و منابع هر کشور به دست آورد».

7. Peter H Gleick, "The Human Right to Water", *Water Policy*, No 1, (1999), at 490.

8. United Nations, *Yearbook of the United Nations 1956* (New York: Columbia University Press/United Nations Publications, 1956) at 216.

۱۱ و ۱۲ میثاق، حق بر آب را جزء شروط لازم برای تحقق استاندارد مناسب زندگی و سلامتی مندرج در این مواد تلقی کرده است.^۱ حق بر آب، همچنین در اسناد غیرالزام آور زیادی^۲ مورد توجه قرار گرفته است^۳ که از آن جمله می‌توان به قطعنامه کمیته حقوق بشر اشاره کرد که به طور خاص به تأمین کنندگان غیردولتی خدمات اشاره کرده است. در این قطعنامه دولت‌ها باید اطمینان حاصل نمایند که تأمین کنندگان غیردولتی خدمات، مسئولیت‌های حقوق بشری خود را انجام داده‌اند.^۴ گزاره فوق حاکی از آن است که از منظر ارگان‌های سازمان ملل متحد، حق بر آب در جاتی از مسئولیت را به بازیگران غیردولت و به طور خاص تأمین کنندگان خدمات بار می‌کند، هر چند چارچوب‌های چنین مسئولیتی تبیین نشده است.^۵

ایکسید در اثبات وجود تعهدات شرکت در رابطه با حق بر آب در قضیه حاضر، به مواد ۱، بند ۲ ماده ۲۱ و بند ۱ ماده ۲۵ اعلامیه جهانی حقوق بشر و نیز مواد ۱۱ و ۱۲ میثاق حقوق اقتصادی اجتماعی و فرهنگی اشاره می‌کند. دیوان در خصوص ارتباط حقوق مذکور با تعهدات شرکت‌ها متذکر می‌شود که جهت تضمین اجرای چنین حقوقی باید لزوماً تضمین شود که دیگر افراد و یا نهادها، خواه عمومی و خواه خصوصی، چنین حقوقی را نادیده نمی‌گیرند، که تداعی‌گر تعهد مندرج در ماده ۳۰ اعلامیه جهانی حقوق بشر و بند ۱ ماده ۵ میثاق حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی می‌باشد.^۶ دیوان نتیجه می‌گیرد که کرامت افراد و

1. U.N. Econ. & Soc. Council, Comm. on Econ., Soc. & Cultural Rights, Substantive Issues Arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, General Comment No. 15, U.N. Doc. E/C. 12/2002/11 (20 Jan. 2003), para 3.

۲. برای مشاهده لیست کامل اسناد مذکور مراجعه کنید به:

The Rights to Water and Sanitation, International timeline, <http://www.righttowater.info/progress-so-far/international-timeline/>.

3. Murthy, op.cit, at 93.

4. Human Rights Council Res. 15/9, U.N. Doc. A/HRC/RES/15/9, (6 Oct. 2010), para 9.

5. Crow & Escobar, op.cit, at 94.

6. Urbaser v. Argentina, op.cit, para 1196-7.

دیوان از ماده ۳۰ اعلامیه و بند ۱ ماده ۵ میثاق در اثبات این امر استفاده می‌نماید که سرمایه‌گذار با تکیه بر حقوق خود ذیل معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری نمی‌تواند منجر به نقض حقوق بشر شود. اما برخی از حقوق‌دانان استدلال می‌کنند که چنین تعهدی نمی‌تواند از این مواد ناشی شود. Guntrip, op.cit. بدین سبب که ماده ۵ میثاق که از ماده ۳۰ اعلامیه مشتق شده است در مواردی کاربرد دارد که اشخاص از حقوق خود برای توجیه نقض حقوق دیگران استفاده می‌کنند کارهای مقدماتی تنظیم ماده ۵ میثاق بیانگر این است که هدف آن به طور خاص حمایت در برابر افراد و گروه‌هایی بوده که از چارچوب حقوق بشر برای نقض و یا تضییع حقوق دیگران بهره می‌جویند.

Katharine Fortin, *The Accountability of Armed Groups Under Human Rights Law*

حق بر مسکن و شرایط مناسب زندگی با تعهد به عدم مشارکت در فعالیت‌هایی که چنین حقوقی را زائل می‌کند، با اعمال بر تمامی طرف‌های عمومی و خصوصی، کامل می‌شود.^۱

دیوان اذعان می‌دارد که امروزه حق بر آب به عنوان بخشی از حقوق بشر به رسمیت شناخته شده و این حق تعهدی بر دولت جهت تامین آب سالم و قابل شرب و فاضلاب برای تمامی افراد تحت صلاحیتش بار می‌کند.^۲ اما دیوان در خصوص تعهد شرکت به تامین حق بر آب مبنایی نمی‌یابد. به واقع دیوان میان تعهدات مثبت و منفی تمایز قائل شده است. دیوان به تمایز میان تعهد قراردادی به تامین خدمات آب و فاضلاب و تعهد ذیل حقوق بین‌الملل به اجرای حق بر آب اشاره می‌کند و بیان می‌دارد که هیچ یک از مفاد معاهده، اثر توسعه و یا انتقال تعهد به تامین خدمات مطابق با حق بشر در دسترسی به خدمات آب و فاضلاب به سرمایه‌گذار را ندارد.^۳ دیوان بیان می‌کند: «برای اینکه چنین تعهدی وجود داشته باشد و در چارچوب معاهده قابل اعمال باشد، باید یا بخشی از یک معاهده دیگر (که در اینجا قابل اعمال نیست) و یا بیانگر یک اصل کلی حقوق بین‌الملل باشد. چنین تعهدی به عنوان بخشی از چارچوب قانونی حقوق بین‌الملل که ذیل آن سرمایه‌گذاری در قضیه خاص گنجانده شده است و یا بر مبنای حقوق قابل اعمال مندرج در ماده ۱۰ قابل اعمال خواهد بود که آرژانتین به چنین مبنایی در ادعای خود اشاره نکرده است».^۴ به‌زعم دیوان، حق بر آب، تعهدی مبنی بر تأمین آن بر دولت بار می‌کند اما شامل تعهدی برای ایفا از جانب شرکت‌های تامین‌کننده

(Oxford: Oxford University Press, 2017) at 212.

لذا تفسیر دیوان مبنی بر تسری ماده به حقوق ناشی از دیگر معاهدات همچون معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مغایر با بیان صریح ماده است.

Guntrip, op.cit.

1. Urbaser v. Argentina, 2016: para 1199.

2. Ibid, para 1205.

حق بر آب همچون دیگر حق‌های بشری سه‌گونه تعهد بر دولت بار می‌کند: تعهد به احترام، تعهد به حمایت و تعهد به اجرا.

U.N. Econ. & Soc. Council, General Comment No. 15, para 20.

تعهد به اجرا دولت را ملزم می‌دارد تا اقدامات لازم برای تحقق کامل حق بر آب را مبذول دارد.

U.N. Econ. & Soc. Council, General Comment No. 15, para 26

این اقدامات لازم از جمله می‌تواند استخدام سرمایه‌گذار خارجی توسط دولت برای تحقق چنین حقی را مقرر دارد. واضح است که این امر نمی‌تواند تعهد به اجرای حق بر آب را از دولت به سرمایه‌گذار منتقل کند.

3. Urbaser v. Argentina, op.cit, para 1207.

4. Ibid, para 1207.

خدمات مورد نیاز مصرح در قرارداد نیست.^۱ به واقع تعهد دولت به اجرای حقوق افراد تحت صلاحیتش، تعهدی ذیل حقوق بین الملل است اما تعهد شرکت در تحقق همین امر فراتر از قرارداد امتیاز نرفته و لذا تعهدی ذیل حقوق بین الملل تلقی نمی شود.

بنابراین مرجع داوری نتیجه می گیرد که تعهدی سلبی بر تمام افراد از جمله شرکت ها مبنی بر عدم تضییع حقوق بشر و کرامت افراد- در قضیه حاضر حق بر آب- وجود دارد. با این حال دیوان نتوانست تعهدی مشابه با تعهد ایجابی دولت ها به تأمین آب افراد تحت صلاحیتش برای شرکت ها بیابد و به جهت اینکه دقیقاً آرژانتین مدعی نقض چنین تعهدی از جانب سرمایه گذار بود، دعوی تقابل این کشور در ماهیت رد شد.

نتیجه گیری

تسهیل فرآیند سرمایه گذاری خارجی که از دهه هفتاد با ترویج رویکردهای نئولیبرالیستی، ذیل لوای جهانی شدن شدت گرفت، منجر به جریانی شد که حمایت از سرمایه گذاران خارجی را برای جذب آنها طلب می کرد. این امر گرچه موجب تجارت آزاد و افزایش همکاری در سطح بین المللی می شد، به سبب نابرابری در امکانات، فناوری و سرمایه میان دو قطب شمال و جنوب، نمی توانست از رابطه ای یک سو به فراتر رود و لذا بازار، نیروی کار ارزان و منابع اولیه فراوان با سطح نازل استانداردهای حقوق بشری و زیست محیطی دولت های در حال توسعه را در اختیار دولت های توسعه یافته قرار می داد. در نبود یک کنوانسیون جامع بین المللی نیز معاهدات منعقد شده بین دولت ها به عنوان منابع حاکم بر این سرمایه گذاری ها، بدین روی که در اساس برای حمایت از سرمایه گذار خارجی در برابر قدرت دولت ها تدارک دیده شده اند، تعهدات یکجانبه دولت در برابر سرمایه گذار را به تصویر می کشند^۲ که به جهت قانونی زمینه را برای شانه خالی کردن سرمایه گذاران از تعهدات بین المللی فراهم می نمایند.

1. Ibid, para 1208.

۲. البته در نسل جدید معاهدات سرمایه گذاری با معاهداتی مواجهیم که حاوی تعهدات حقوق بشری مستقیم و الزام آور برای سرمایه گذار هستند. از جمله این معاهدات می توان به مدل معاهده دوجانبه جامعه توسعه جنوب آفریقا ۲۰۱۲ و معاهده دوجانبه موروکو- نیجریه ۲۰۱۶ اشاره کرد. برای مطالعه بیشتر رجوع شود:

Briercliffe, Naomi & Owczarek, Olga, "Human-rights-based Claims by States and "New-Generation" International Investment Agreements", (2018), available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/08/01/human-rights-based-claims-by-states-and-new-generation-international-investment-agreements/>.

این درحالیست که به سبب حضور سرمایه گذار در سرزمین دولت میزبان، نقض حقوق افراد به عنوان ثالث در این رابطه، امری دور از انتظار نیست.

روند رو به رشد خصوصی سازی و سرمایه گذاری خارجی، توسل روزافزون به دیوان‌های داوری به عنوان روشی مطلوب از منظر سرمایه گذاران جهت حل و فصل اختلافات میان دولت‌های میزبان و سرمایه گذاران را سبب گردیده است. روش حل اختلافی که از سویی به سبب عدم امکان اعمال تعهدات ذیل حقوق بین‌الملل بر سرمایه گذار و از دیگر سو به سبب عدم پیش‌بینی امکان طرح دعوی تقابل در معاهدات دوجانبه و نیز عدم تخصص داوران در زمینه حقوق بشر، محکومیت سرمایه گذار را حتی در موارد نقض آشکار حقوق بنیادین بشر قدری با دشواری مواجه می‌سازد. بنابراین در چنین فضایی عدم توجه مراجع داوری به مسائل حقوق بشری اصل است و توجه بدان استثناء و البته به همین جهت بسیار حائز اهمیت. بویژه از آن روی که مراجع سرمایه گذاری به ندرت استدلال دولت بر مبنای تعهدات بین‌المللی حقوق بشر را عمیقاً مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌دهند.

دعوی مورد بحث در این نوشتار به عنوان اولین دعوی در این زمینه است که دولتی در قالب دعوی تقابل به نقض حقوق بشر از جانب شرکت‌های خصوصی استناد کرده و وی را به نقض تعهدات حقوق بشری متهم می‌کند. زبان موسع و نیز ماهیت معاهده دوجانبه آرژانتین - اسپانیا به دیوان داوری اجازه داد تا با اتخاذ رویکردی مترقیانه، خود را نسبت به دعوی تقابل صالح تشخیص دهد. رأی دیوان در قضیه اورباسر این نکته را گوشزد می‌نماید که در نبود یک سند جامع حاکم بر سرمایه گذاری بین‌المللی، معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری به عنوان منابع دربردارنده قواعد حاکم بر روابط میان دولت و سرمایه گذار می‌توانند در این حوزه برای احترام به حقوق بشر افراد بکار گرفته شوند که البته این امر اراده‌ای راستین از جانب دولت‌ها برای حمایت از حقوق اتباعشان را می‌طلبد؛ زیرا معاهداتی که همچون یک سیستم بسته و ایزوله عمل نموده و امکان اعمال قواعد حقوق بین‌الملل و نیز طرح دعوی تقابل برای دولت را فراهم نمی‌آورند، به سبب ریسک کمتری که برای سرمایه گذار دارند، بیشتر نظر آنها را جلب می‌نمایند؛ ولی به هر روی از این ظرفیت بالقوه برخوردارند که از قربانی شدن حقوق افراد در مسلخ سرمایه گذاری خارجی جلوگیری کرده

و به عنوان وزنه‌ای برای برقراری تعادل میان حقوق و تعهدات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری و حقوق بشر بکار گرفته شوند.^۱

در قضیه حاضر اگرچه در نهایت دیوان حکم به رد دعوی تقابل دولت داده است، اما از فرصتی که برای توجه به نقش حقوق بشر در داوری برایش فراهم آمده بود، استفاده و ارتباط مسائل حقوق بشری با مسائل مربوط به سرمایه‌گذاری را تأیید نمود. دیوان با رویکرد خودمبنایی برای طرح دعاوی بر اساس نقض حقوق بشر ایجاد و مسیر حرکت به سمت تحمیل تعهدات حقوق بشری بر سرمایه‌گذار را هموار نمود. به گونه‌ای که می‌توان امیدوار بود در آینده در صورت فراهم شدن شرایط مقتضی به موجب معاهدات، حکم به نفع حقوق بشر نیز داده شود.

رویکرد دیوان در پرونده اورباسر، ظرفیت‌های بالقوه داوری بین‌المللی برای بهره‌گیری در جهت آشتی دادن حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری و حقوق بین‌الملل بشر را هویدا ساخت و این نکته را یادآور شد که تا زمان گذار از نظم موجود به نظمی که مبنای داشتن مسئولیت بین‌المللی نه احراز شخصیت حقوقی بین‌المللی که در انحصار دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی است، بلکه نقش و حقوقی باشد که تمامی بازیگران حاضر در عرصه بین‌المللی به تناسب فعالیت‌هایشان دارا هستند، با گنجانیدن تعهدات حقوق بشری در معاهدات یا قراردادهای سرمایه‌گذاری، می‌توان این خلأ را پر کرد و امکان طرح دعوی تقابل در مراجع داوری و نیز توجه به حقوق بشر را در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی فراهم کرد. تحولاتی که بعد از قضیه اورباسر در حوزه سرمایه‌گذاری رخ داده است، گواه این مدعاست؛ تحولاتی که از سویی نسل جدیدی از معاهدات سرمایه‌گذاری را به ارمغان آورده است که امکان اعمال تعهدات حقوق بشری بر شرکت‌ها را فراهم می‌کنند و از دیگر سو در نبود مراجع مناسب برای طرح دعوی قربانیان حقوق بشر، توجه به ظرفیت‌های بالقوه داوری بین‌المللی از جمله سرعت رسیدگی، اعتبار و قابلیت اجرای آرای آن و نیز اعتماد سرمایه‌گذاران به این روش حل و فصل اختلاف جلب کرده و خاطر نشان ساخته که با تصحیح قواعد حاکم بر داوری بین‌المللی و تجهیز این محاکم به مقتضیات مورد نیاز دعاوی حقوق بشری

۱. گفتنی است این فقط یک بعد از قضیه است. تلاش دولت‌ها در بهره‌گیری از معاهدات دوجانبه برای اعمال تعهدات حقوق بشری بر سرمایه‌گذاران خارجی لزوماً جهت حمایت از حقوق اتباع صورت نمی‌گیرد. ممکن است دولت‌ها از این حربه هم سوء استفاده کنند و با استناد به دفاع از حقوق بشر ساکنان، در پی کاهش آثار سوء آرای سرمایه‌گذاری علیه خود باشند.

از جمله بهره‌گیری از داوران متخصص در زمینه حقوق بشر، می‌توان امکان ایفای نقش فعال از جانب ثالث به عنوان قربانیان نقض حقوق بشر، در روند داوری و حتی طرح دعوی به صورت مستقل از جانب خودشان را در این محاکم فراهم کرد.^۱

۱. از جمله این اقدامات می‌توان به گزارش گروه کاری داوری بین‌المللی تجارت و حقوق بشر در اوت ۲۰۱۷ اشاره کرد که سعی نموده داوری را به عنوان ابزاری برای حل و فصل اختلافات ناشی از نقض حقوق بشر مرتبط با سرمایه‌گذاری برجسته و راهکارهایی جهت تقویت این آیین به نهادهای فعال در این عرصه ارائه نماید.

International Arbitration of Business and Human Rights Disputes. Questions and Answers. The Working Group on International Arbitration of Business and Human Rights, (17 August 2017), available at: <http://www.l4bb.org/news/Q&A.pdf>.

منابع

الف- فارسی

کتاب

- عسکری، پوریا، *حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داوری بین‌المللی*، چاپ سوم (تهران: شهر دانش، ۱۳۹۴).

مقاله‌ها

- ابراهیمی، سیدنصرالله، سلطان‌زاده، سجاد، «مفهوم سرمایه‌گذاری در رویه داوری مرکز حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی (ایکسید)»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، ش ۵۰، (۱۳۹۳).

- بروشه، آرون، «قانون حاکم و اجرای احکام در داوری‌های موضوع کنوانسیون حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دول دیگر»، *ترجمه محسن محبی، مجله حقوقی*، ش ۱۰، (۱۹۸۶).

- فیروزی مندمی، فراز، «جایگاه تعهدات حقوق بین‌الملل بشر در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، شماره ۵۱، (۱۳۹۵).

ب- انگلیسی

Books

- Aust, Anthony, *Handbook of International Law*, 2nd ed (New York: Cambridge University Press, 2010).

- Fortin, Katharine, *The Accountability of Armed Groups Under Human Rights Law* (Oxford: Oxford University Press, 2017).

- ICSID, *ICSID Reports*, Volume 1 (Cambridge: Grotius, 1993).

- Joubin-Bret, Anna & Kalicki, Jean E, *Reshaping the Investor-state Dispute Settlement System: journeys for the 21st century* (Leiden; Boston: Brill Nijhoff, 2015).

- Schreuer, Christoph, et al, *The ICSID convention: A commentary: A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States* (Cambridge [England],

Cambridge University Press, 2009).

- UNCTAD, Selected Recent Developments in IIA Arbitration and Human Rights (New York: United Nation, 2009), available at: [http:// unctad. org/ en/Docs/webdiaeia20097_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/webdiaeia20097_en.pdf), last visit: 2019/3/30.

- United Nations, *Yearbook of the United Nations 1956* (New York: Columbia University Press/United Nations Publications, 1956).

- World Business Council for Sustainable Development, *Corporate Social Responsibility the WBCSD's Journey*, Conches-Geneva (Switzerland: World Business Council for Sustainable Development, 2009).

Articles

- Alvarez, José E., "Are Corporations 'Subjects' of International Law?", *Santa Clara Journal of International Law*, Volume 9, Issue, 1, (2011).

- Caroline Richard and Elliot Luke, "Human Rights in International Investment Law: Where to After Urbaser?", available at: <http://humanrights.freshfields.com/post/102enaj/human-rights-in-international-investment-law-where-to-after-urbaser>, last visit: 2019/3/30, (2017).

- Gleick, Peter H., "The Human Right to Water", *Water Policy*, No. 1, (1999).

- Guntrip, Edward , "Urbaser v Argentina: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration?", available at: <https://www.ejiltalk.org/urbaser-v-argentina-the-origins-of-a-host-state-human-rights-counterclaim-in-icsid-arbitration/>, last visit: 2019/3/30, (2017).

- Ilias, Bantekas, "Corporate Social Responsibility in International Law", *Boston University*, Vol. 22, (2004).

- Juarsa, Nyoman Indra & Persian, Yanuarda Yudo, "Corporate Social Responsibility in International Economic law Perspective", *Brawijaya Law Journal: Journal of Legal Studies*, Vol. 2, No. 2, (2015).

- Kalicki, Jean. E., "Counterclaims by States in Investment Arbitration", available at: <https://www.iisd.org/itn/2013/01/14/counterclaims-by-states-in-investment-arbitration-2/>, last visit: 2019/3/30, (2013).

- Lalive, Pierre & Halonen, Laurs, "On the Availability of Counterclaims in Investment Treaty Arbitration", *Czech Yearbook of International Law*, Vol. II, (2011).

- Leathley, Christian & Barber, Louise, "Urbaser V. Argentina and Burlington V. Ecuador: Investment Arbitration Is Not over the Counterclaims yet", available at: <https://hsfnotes.com/arbitration/2017/03/14/urbaser-v-argentina-and-burlington-v-ecuador-investment-arbitration-is-not-over-the-counterclaims-yet/>, last visit: 2019/3/30, (2017).

- Murthy, Sharmila L., "The Human Right (s) to Water and Sanitation: History, Meaning, and the Controversy Over Privatization", *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 31, Issue 1, (2013).

- Rivas, Jose Antonio & Choi, Jean, "Three Recent Decisions Further Shaping Investment Treaty Case Law On Counterclaims: Part I", available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/10/13/three-recent-decisions-further-shaping-investment-treaty-case-law-on-counterclaims-part-i/>, last visit: 2019/3/30, (2015).

- Sur, Sujoy, "Urbaser v. Argentina: Analysing the Expanding Scope of Investment Arbitration in light of Human Rights Obligations", available at: <https://efilablog.org/2017/05/02/urbaser-v-argentina-analysing-the-expanding-scope-of-investment-arbitration-in-light-of-human-rights-obligations/>, last visit: 2019/3/30, (2017).

- United Nations, "CSR and Developing Countries- What Scope for Government Action?", *Sustainable Development Innovation Briefs*, Issue 1, (2007), available at: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/10/13/three-recent-decisions-further-shaping-investment-treaty-case-law-on-counterclaims-part-i/>, last visit: 2019/3/30.

- Crow, Kevin & Escobar, Lina Lorenzoni, "International Corporate Obligations, Human Rights, and the Urbaser Standard: Breaking New Ground?", *Boston University International Law Journal*, Vol. 36, Issue. 1, (2018).

Cases

- Alleged violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), ICJ, Separate opinion of Judge Cançado Trindade, (3 October 2018).

- Asian Agricultural Products Ltd. v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/87/3, (27 June 1990).

- Case concerning Oil Platforms Islamic Republic of Iran v. United States of America, ICJ, (6 November 2003).

- CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, (12 May 2005).

- National Grid PLC v. Argentine Republic, UNCITRAL, Case 1:09-cv-00248-RBW, (3 November 2008).

- Roussalis v. Romania, Declaration of W. Michael Reisman, (7 December 2011).

- Saluka v. Czech Republic, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's Counterclaim, PCA, (7 May 2004).

- Saluka v. Czech Republic, Partial Award, PCA, (17 March 2006).

- Spyridon Roussalis v. Romania, ICSID Case No. ARB/06/1, (1 December 2011).

- Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa (Claimants), ICSID, Case No. ARB/07/26, (8 December 2016).

Documents

- Agreement between the Argentine Republic and the Kingdom of Spain on the Reciprocal Promotion and Protection of Investments, (1991).

- Agreement between the Government of Romania and the Government of the Hellenic Republic on the Promotion and Reciprocal Protection of Investment, (1997).

- Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Czech and Slovak Republic for the Promotion and Protection of Investments, (1990).

- Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, (1965).

- Human Rights Council Res. 15/9, U.N. Doc. A/HRC/RES/15/9, (6 Oct. 2010).

- International Convent on Economic, Social and Cultural Rights, 1966.

- Report of the Special Representative of the Secretary General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and other Business Enterprises, John Ruggie Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework,

A/HRC/17/31, (21 March 2011).

- Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy, (November 1977 and Amended March 2006).

- U.N. Econ. & Soc. Council, Comm. on Econ, Soc. & Cultural Rights, Substantive Issues Arising in the Implementation of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights, General Comment No. 15, U.N. Doc. E/C. 12/2002/11 (20 Jan. 2003).

- UNCITRAL Arbitration Rules 1976& 2010

- Universal Declaration of Human Rights 1948. *Rbaser v Argentina*: The Origins of Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration

