



Analysis of the New Approach to International Investment Law In Relation to the Public Interest of Host Government

Hamid Hamidian*

<https://orcid.org/0000-0001-9852-7924>

Ph.D Student, Private Law, Shiraz University, Shiraz, Iran

Ali Rezaee

<https://orcid.org/0000-0003-0423-5299>

Assistant Professor, Private Law, Shiraz University, Shiraz, Iran

Abstract

Principles of international investment law and treaties are more about protecting foreign investors. Therefore, in investment agreements that are signed between the host countries with the investors or their respective governments, the host country is obliged to provide the necessary investment support and any action contrary to the investment agreement is prohibited. In some cases, however, the protection of the public and fundamental interests of society requires the host country to take actions contrary to the provisions of the treaty, as encouraging and promoting investment should not be at the expense of the internal public interest. So the main challenge is how the public interest in host countries can have convergence with investment criteria? The most important findings of this study indicate that although there is no uniform procedure in this regard, but the new approach of most tribunals is that if the government's actions are based on reasonable criteria such as necessity, similar conditions and appropriateness, it is allowed. Of course this is achieved by providing a balanced interpretation of the requirements of international investment and creating a balance between the public interest of the host country and the requirements of the rules of international investment.

Keywords: Public Interest, Necessity, Proportionality, Police Power Criteria.

* Corresponding Author: ali62rezaee@gmail.com

How to Cite: Hamidian, H., Rezaeiee, A, (2021), Analysis of the New Approach to International Investment Law In Relation to the Public Interest of Host Government, *Public Law Research*, 23(72), 231-262. doi: 10.22054/qjpl.2021.54837.2476

تحلیل و بررسی رویکرد نوین حقوق سرمایه گذاری بین المللی نسبت به منافع عمومی دولت میزبان

حمید حمیدیان*

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

<https://orcid.org/0000-0001-9852-7924>

علی رضایی

استادیار حقوق خصوصی دانشگاه شیراز، شیراز، ایران

<https://orcid.org/0000-0003-0423-5299>

چکیده

اصول حقوق و معاهدات سرمایه گذاری بین المللی، بیشتر در پی حمایت از سرمایه گذار خارجی هستند. از این رو در توافقات سرمایه گذاری که میان کشورهای میزبان با سرمایه گذاران یا دولت متبوع آنها امضا می شود کشور میزبان متعهد به حمایت های لازم از سرمایه گذاری شده و از هر اقدام مغایر با معاهده سرمایه گذاری منع می گردد. با این حال در مواردی، حفاظت از منافع عمومی و اساسی جامعه ایجاب می کند اقداماتی مغایر با مفاد عهدنامه توسط کشور میزبان رقم بخورد؛ چرا که تشویق و ارتقای سرمایه گذاری نباید به هزینه نادیده گرفتن منافع عمومی داخلی باشد. لذا چالش اصلی این است که تامین منافع عمومی در کشورهای میزبان چگونه می تواند با ضوابط سرمایه گذاری همگرایی داشته باشد؟ مهمترین یافته های پژوهش این است که هر چند وحدت رویه ای در این خصوص وجود ندارد ولی رویکرد نوین بیشتر مراجع داوری آن است که چنانچه اقدامات دولت مبتنی بر معیارهای معقولی چون ضرورت، شرایط مشابه و تناسب باشد، مجاز شمرده می شود و البته این مهم با ارائه تفسیر متعادلی از الزامات سرمایه گذاری بین المللی و ایجاد توازنی میان منافع عمومی کشور میزبان و الزامات قواعد سرمایه گذاری بین المللی محقق می گردد.

واژگان کلیدی: منافع عمومی، ضرورت، تناسب و اختیار تنظیمی دولت میزبان، سرمایه گذاری بین المللی.

مقدمه

سرمایه‌گذاران با پیش‌بینی خطرات احتمالی و محاسبه ریسک آن، اقدام به سرمایه‌گذاری می‌کنند و دائماً نگران ایجاد وضعیت غیر قابل پیش‌بینی و افزایش ریسک سرمایه‌گذاری در کشورهای میزبان هستند. از طرفی تجارت آزاد منجر به عدم توجه به آثار مخرب اقدامات سرمایه‌گذاران در کشورهای میزبان گردید. لذا کشورها حق دارند تا از جامعه و محیط زیست در برابر آسیب‌هایی که سرمایه‌گذاران خارجی وارد می‌کنند محافظت کنند.^۱ انعقاد توافقات سرمایه‌گذاری و درج شرط داوری در آن، مصونیت قضایی دولت‌ها را متزلزل کرده است و سرمایه‌گذاران مطمئن شده‌اند که دولت‌های میزبان از سرمایه‌گذاری حمایت کامل می‌کنند. با این حال، دولت‌ها در برابر سرمایه‌گذار به طور کامل محدود نمی‌شوند بشکلی که در راستای حمایت از منافع ملی و نظم عمومی و اجتماعی خود خلع سلاح شوند؛ بلکه دولت میزبان در این راستا می‌تواند دست به اقداماتی زند که مغایر با معاهده سرمایه‌گذاری است. از این‌رو در سال‌های اخیر، اختلافات زیادی بین دولت میزبان و سرمایه‌گذاران در باب تنظیم و تدوین مقررات ناظر بر سرمایه‌گذاری از جمله امور مربوط به رویه‌های محیط زیست، تصمیمات حاکمیتی ناظر بر خصوصی‌سازی، رویه‌های شهرنشینی، نظارت مالی و مالیاتی و سایر مسائل حادث گردیده است و طبیعتاً این اختلافات زمانی بروز پیدا می‌کند که دولت‌های میزبان تلاش می‌نمایند تا قلمرو این اختیارات تنظیمی را توسعه بخشند.^۲ بنابراین میزان پابندی دولت‌ها به تعهداتشان از یک سو و تامین منافع عمومی از سوی دیگر، یکی از مهمترین مناقشات قرن اخیر حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی می‌باشد. حجم بالای انعقاد توافقات سرمایه‌گذاری، افزایش سرمایه‌گذاری خارجی و بروز اختلافات میان دولت‌ها و سرمایه‌گذاران حاکی از آسیب‌پذیری بیشتر کشورهای در حال توسعه نسبت به این دعاوی است. این دعاوی عمدتاً ناشی از اختلاف نظر ناظر بر مجاز بودن یا ممنوعیت

1. Suzanne A Spears, "The Quest for Policy Space in a New Generation of International Investment Agreements", *Journal of International Economic Law*, 13 (4), (2010), at 1037-1038.

۲. علی رضایی، «شرط اقدامات منع‌نشده در معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی؛ مفهوم، مبانی و چالش‌ها»، *مجله حقوقی دادگستری*، شماره ۱۱۳، (۱۴۰۰)، ص ۱۴۲.

دولت به انجام اقداماتی است که منتهی به بروز خسارت شده است.^۱ زیرا مقررات کشورهای میزبان در مورد مسئولیت‌های سرمایه‌گذار خارجی در قبال جامعه و محیط زیست ممکن است با تعهدات اساسی آنها در معاهدات سرمایه‌گذاری همچون اصل عدم تبعیض، استاندارد برخورد منصفانه و عادلانه و همچنین جبران خسارت سلب مالکیت سرمایه‌گذاری خارجی، مغایرت و منافات داشته باشد. توضیح بیشتر اینکه کشور میزبان ممکن است میان سرمایه‌گذاران خارجی در مقایسه با هم یا در مقایسه با سرمایه‌گذاران داخلی به علت تاثیر متفاوت سرمایه‌گذاری‌ها بر اجتماع و محیط زیست تمایز قائل شود و شرایط سرمایه‌گذاری برای برخی سرمایه‌گذاران تبعیض‌آمیز شود. همچنین اگر مقررات کشور میزبان سبب برآورده نشدن انتظارات مشروع سرمایه‌گذار خارجی در زمان سرمایه‌گذاری گردد، کشور میزبان ناقض استاندارد رفتار منصفانه و برابر قلمداد می‌گردد. به همین دلیل، تجزیه و تحلیل و مطالعه رویکرد جدید برای توازن بین منافع سرمایه‌گذار و دولت میزبان از منظر آرا داوری ضروری به نظر می‌رسد.

نظر به اینکه ایران بعنوان یک کشور در حال توسعه، شوق زیادی برای دعوت از سرمایه‌گذاران جهت تزریق سرمایه در کشور دارد، بررسی جنبه‌های حقوقی موضوع این پژوهش واجد مزایای فراوانی است. شناخت رویکرد جدید، هم ضامن منافع و امنیت اساسی شهروندان ایرانی بوده و هم از انتظارات مشروع سرمایه‌گذاران حمایت کرده و آنها را به سرمایه‌گذاری در ایران ترغیب می‌نماید. این مقاله با رویکرد تحلیلی توصیفی درصدد است تا جنبه‌های مختلف حقوقی منافع عمومی دولت میزبان در چارچوب الزامات سرمایه‌گذاری خارجی را مورد تجزیه و تحلیل قرار دهد. در همین راستا، در ابتدا مفهوم و پیشینه منافع عمومی دولت میزبان تشریح می‌گردد. بی‌تردید استناد به منافع عمومی توسط دولت میزبان در چارچوب اصول عدم تبعیض، رفتار منصفانه و برابر و سلب مالکیت بایستی مبتنی بر معیارهای معقول باشد. از این رو این مساله با محوریت مطالعه رویه مراجع بین‌المللی حل و فصل اختلافات بویژه مراجع داوری مورد مذاقه قرار گرفته است. همچنین در این مقاله بررسی شده است که آیا این رویکرد جدید برای حل تعارض میان منافع عمومی و اساسی دولت میزبان و اصول و قواعد بین‌المللی سرمایه‌گذاری توسط کشور میزبان موثر و تاثیرگذار هست یا خیر؟ در پایان در قسمت

۱. رضایی، همان، ص ۱۴۲.

نتیجه‌گیری به نتایج حاصل از این پژوهش اشاره شده است و پیشنهاداتی با محوریت نظام حقوقی ایران ارائه گردیده است.

۱. مفهوم و سیر تحول منافع عمومی و اساسی دولت میزبان

از سال‌های ابتدایی دهه ۱۹۹۰ میلادی با روند آزادسازی تجارت و ایجاد شکاف زیاد بین منافع دولت‌های میزبان و سرمایه‌گذاران، توجه عمومی بر آثار اجتماعی، زیست‌محیطی، توسعه سرمایه‌گذاری و جهانی‌سازی تجارت آغاز شد.^۱ گسترش این مفهوم همگام با تحولات نظام سرمایه‌داری بود.^۲ تضمین منافع عمومی و اساسی دولت میزبان منبث از نگرانی‌های جامعه بین‌المللی در خصوص مخاطرات و تهدیداتی بوده است که سرمایه‌گذاران در جامعه جهانی ایجاد نموده‌اند.^۳ لذا در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری بایستی میان دو حوزه از منافع و ارزش‌های متزاحم یعنی منافع سرمایه‌گذاران خارجی و ارزش‌های جامعه بین‌المللی از یک طرف و منافع کشورهای میزبان در عرصه سرمایه‌گذاری خارجی از طرف دیگر توازن و تعادل ایجاد کرد.^۴

منافع عمومی یا اساسی اصولاً قابل تعریف نیست و مفهوم آن به وضعیت هر پرونده بستگی دارد، از این رو نمی‌توان تعریف دقیقی از آن ارائه کرد. به عقیده محققان «منفعت عمومی هر آن چیزی است که برای عموم افراد جامعه دارای ارزش است و سودمند تلقی می‌شود و همگان امکان بالقوه استفاده از آن را خواهند داشت».^۵ این مفهوم به منافع مهم و حیاتی مانند بقای سیاسی، اقتصادی، حفظ صلح داخلی و حفاظت از محیط زیست مربوط می‌شود.^۶ مذاقه در معاهدات سرمایه‌گذاری گویای این واقعیت است که عموماً

1. United Nations Environment Program, (2011), 2

۲. جعفر نوری یوشانلوئی، سعید جوهر، «مفهوم شناسی مسئولیت اجتماعی شرکت‌های تجاری در حقوق آلمان، فرانسه، انگلستان و ایران با رویکرد تطبیقی»، مجله حقوق تطبیقی، شماره ۲، (۱۳۹۳)، ص ۶۰۷.

۳. محمد حسین لطفیان، «شرکت‌های چندملیتی و محدودیت‌های حقوق بشری، شرکت‌های چندملیتی و محدودیت‌های حقوق بشری»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۰، (۱۳۹۱)، صص ۵۷۶-۵۷۷.

۴. همان، ص ۵۶۸.

۵. هادی حاج‌زاده، بررسی منفعت عمومی (تهران: دفتر مطالعات نظام‌سازی اسلامی، ۱۳۹۳) ص ۷.

۶. علیرضا ابراهیم گل، مسئولیت بین‌المللی دولت: متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین‌المللی (تهران: موسسات مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش، ۱۳۸۸) ص ۱۶۲.

منافع اساسی را به مسائل امنیتی محدود نموده‌اند و از منافع امنیتی اساسی بعنوان نظم عمومی و اخلاق حسنه یاد کرده‌اند. با این حال با تکامل تدریجی حقوق بین‌الملل، مفهوم امنیت و منافع عمومی از معنای کلاسیک آن که دربردارنده مصادیق امنیت در برابر جنگ و تعارضات بود تحول یافته و به دیگر مسائلی از قبیل مسائل اقتصادی، محیط زیستی، انرژی، منابع غذایی، زیستی و همچنین امنیت بهداشت و سلامتی گسترش یافته است. بنابراین از مهمترین مصادیق منافع عمومی، امنیت داخلی، صلح و امنیت بین‌المللی، نظم و اخلاق عمومی، بهداشت و سلامت عمومی و حمایت از محیط زیست و گونه‌های جانوری و گیاهی می‌باشد. با این حال با توجه به اختیار دولت‌ها در انجام اقدامات بر اساس صلاحیت‌شان، معمولاً دولت‌ها هستند که مبتنی بر ضرورت‌ها و ارزش‌های ملی، دامنه و مصادیق این اهداف را معین می‌کنند.^۱

بررسی جایگاه منافع اساسی و حفظ نظم عمومی در معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی حاکی از آن است که سه روش متفاوت برای تعیین قلمرو این مفهوم وجود دارد. بدین ترتیب که برخی آن را به طور عام نسبت به همه تعهدات ماهوی معاهده اعم از آنچه که در مفاد معاهده درج شده یا مبتنی بر حقوق عرفی است قابل تسری دانسته‌اند. برخی دامنه آن را محدود به موارد خاصی کرده‌اند و در نهایت برخی دیگر مانند ماده ۱۴ موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت سازمان تجارت جهانی، مواردی که منافع عمومی شامل آنها نیست را برشمرده‌اند.^۲

به نظر می‌رسد محدوده منافع عمومی که دولت میزبان در تقابل با مفاد معاهده اقدام می‌کند، بایستی دقیقاً مشخص باشد. اگر معاهده مصادیق این منافع را به نحو دقیق معین نکرده باشد در خصوص تفسیر موسع و مضیق دو دیدگاه وجود دارد^۳ و مراجع داوری

۱. رضایی، همان، صص ۱۳۶، ۱۴۴، ۱۴۳.

۲. مهدی میهمی، «انتظارات مشروع سرمایه‌گذار در تقابل با منافع اساسی کشور میزبان و تحلیل آن بعنوان ریسک سیاسی»، پژوهش حقوق خصوصی، (۱۳۹۸)، شماره ۲۸، ص ۲۶۳.

3. Prabhash, Ranjan, *Protecting Security Interests in International Investment Law*, In Mary Footer, Julia Schmidt, and Nigel D. White, eds., *Security and International Law* (London: Oxford: Hart Publishing, 2016) at 280.

عمدتاً مفهومی موسع از این اصطلاح را مورد پذیرش قرار داده‌اند؛ به شکلی که وضعیت اضطراری اقتصاد نیز در قلمرو این منافع قرار می‌گیرد.^۱

در بند ب ماده ۲ قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی ایران مصوب ۱۳۸۰ هم یکی از ضوابط پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی در کشور ایران، عدم تهدید امنیت ملی و منافع عمومی، تخریب محیط زیست، اختلال در اقتصاد کشور و تضییع تولیدات مبتنی بر سرمایه‌گذاری‌های داخلی مقرر گشته است. با این حال مرجع حل اختلافی که صلاحیت رسیدگی به اختلافات میان طرفین را دارد؛ محدوده منافع اساسی امنیتی کشور میزبان را معین می‌نماید. برای مثال دیوان بین‌المللی دادگستری در دعوی نیکاراگوئه و آمریکا، ضمن تفسیر ماده ۲۱ عهدنامه مودت ۱۹۵۶ میان این دو کشور، بیان داشت تنها این مرجع صلاحیت دارد تا صحت اقدامات انجام شده توسط یکی از طرفین که مغایر با عهدنامه است را داخل در قلمرو منافع عمومی تشخیص دهد یا خیر.^۲ در اختلاف مربوط به سکوه‌های نفتی میان ایران و آمریکا نیز همین مساله مورد اشاره قرار گرفته است.^۳ در دو دعوی هم که طی سال‌های اخیر، ایران علیه آمریکا در دیوان بین‌المللی دادگستری طرح نموده است همین رویکرد توسط این مرجع بین‌المللی اتخاذ شده است. در یکی از این دعاوی، ایران مستند به ماده ۲۱ عهدنامه مودت و برنامه جامع اقدام مشترک (برجام)^۴ پیرامون لغو تحریم‌های اضافی آمریکا^۵ در سال ۲۰۱۶ و متعاقب آن، فرمان اجرایی ظالمانه ترامپ مبنی بر بازگشت تحریم‌ها،^۶ از آمریکا در دیوان بین‌المللی دادگستری شکایت نمود. در مقابل، آمریکا با این استدلال که حفاظت از منافع عمومی و اساسی کشور خود اقتضا داشته است تا نسبت به ایران این تحریم‌ها را اعمال نماید خواستار صدور قرار عدم صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری گردید. در نهایت دیوان دریافت که بر اساس بند ۲ ماده ۲۱ معاهده مودت صلاحیت دارد که دادخواست

1. Amit Kumar, Sinha, "Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties of South Asian Countries", *Asian Journal of International Law*, 1(2), (2016), at 21.

2. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, ICJ Report, 1986, para. 222.

3. *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, ICJ Report, 2003, Para. 43.

4. Joint Comprehensive Plan of Action (JCPOA).

5. Additional Sanctions.

6. Executive Order 13716 of 16 January 2016.

ثبت شده توسط جمهوری اسلامی ایران در ۱۶ ژوئیه ۲۰۱۸ را بپذیرد و در سوم اکتبر ۲۰۱۸ (۱۱ مهر ۱۳۹۷) درخواست ایران مبنی صدور اقدام موقت را پذیرفت و طی دستوری مبتنی بر ماده ۲۱ عهدنامه مودت از آمریکا درخواست نمود تا تحریم‌های دارویی و وسایل پزشکی، مواد غذایی و کشاورزی، قطعات یدکی، تجهیزات و خدمات مرتبط هواپیمایی را لغو و مجوزهای لازم را اعطا و پرداخت‌ها و سایر نقل و انتقالات وجوه مربوط به کالاها و خدمات فوق را صادر نماید. در این پرونده علی‌رغم استدلال آمریکا مبنی بر این مساله که دعوی حاضر از استثنائات ماده ۲۰ عهدنامه مودت راجع به منافع امنیتی اساسی آمریکا است، دیوان به اتفاق آراء، ایراد راجع به مستثنی بودن اقدامات مربوط به منافع امنیتی اساسی مندرج در قسمت د بند ۱ ماده ۲۰ عهدنامه مودت را در این مرحله رد و آن را مربوط به مرحله ماهوی دانست.^۱

دعوی دیگر مربوط به شکایتی است که ایران به دنبال مصادره دو میلیارد دلار از اموال و دارایی‌های بانک مرکزی جمهوری اسلامی در آمریکا بر اساس دستور اجرائی ۱۳۵۹۹ علیه این کشور نزد دیوان بین‌المللی دادگستری طرح نمود، دیوان ضمن پذیرش صلاحیت خویش برای رسیدگی به اختلاف، ایرادات ایالات متحده آمریکا را نپذیرفت. در این اختلاف نیز همانند اختلاف سابق‌الذکر آمریکا مدعی بود که در راستای حفظ منافع امنیتی اساسی مبادرت به توقیف دارایی‌های ایران نموده است. دیوان با این استدلال که در عهدنامه، مقرر صریحی در خصوص مستثنی نمودن صلاحیت دیوان وجود ندارد و بند ج ۱ ماده ۲۰ نیز صلاحیت این مرجع را محدود نمی‌نماید به اتفاق آراء، اعتراض آمریکا را رد کرد.^۲

مهمترین اصول حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی یعنی اصل عدم تبعیض، اصل رفتار منصفانه و برابر و اصل سلب مالکیت، در پی حمایت از سرمایه‌گذار در برابر اقدامات دولت میزبان است. اما رویکرد نوین در پی تضمین و توسعه منافع عمومی و اساسی کشورهای میزبان است و این سبب نوعی تعارض بین برداشت کلاسیک از اصول حقوق سرمایه‌گذاری خارجی و تضمین منافع عمومی در کشور میزبان است. این مهم با ارائه

1. Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 October 2018, I.C.J. Reports 2018, p. 623.

2. Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports (2019), p. 7.

تفسیر متعادلی از الزامات سرمایه‌گذاری بین‌المللی و ایجاد توازنی میان منافع عمومی کشور میزبان و الزامات قواعد سرمایه‌گذاری بین‌المللی محقق می‌گردد. در ادامه به بررسی نحوه ایجاد تعادل از میان معیارهای موجود در رویه آرای مراجع حل اختلاف پرداخته می‌شود.

۲. منافع عمومی دولت میزبان در چارچوب الزام عدم تبعیض^۱

تبعیض؛ فرآیندی در تعارض با اصل برابری رفتار در حقوق بین‌الملل است و به سبب آن با افراد مختلف که در شرایط یکسانی هستند به شکل غیرقابل توجیه، متفاوت رفتار می‌شود.^۲ اصل عدم تبعیض در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، کشورها را از برخورد تبعیض‌آمیز و فرق گذاشتن میان سرمایه‌گذار خارجی و سرمایه‌گذاران مشابه آن منع می‌کند. در معاهدات سرمایه‌گذاری، تبعیض عمدتاً در دو نوع مقررات نمایان می‌شود، مقررات رفتار ملی^۳ و رفتار کامله الوداد^۴ که هر دو از لحاظ لغوی و مفهومی بسیار شبیه به هم است؛ با این تفاوت که در اصل کامله الوداد دولت‌ها از رفتار تبعیض‌آمیز میان سرمایه‌گذاران کشورهای مختلف منع شده‌اند^۵ در حالی که در اصل رفتار ملی تبعیض میان سرمایه‌گذار خارجی و داخلی منع می‌شود.

فرضا در بند ۱ ماده ۱۳ عهدنامه دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران و ژاپن مقرر شده است: «انجام اقدامات استثنائی توسط کشور عضو معاهده نباید به روش خودسرانه یا غیرقابل توجیه و تبعیض‌آمیز و یا محدودیت‌های فریبنده نسبت به سرمایه‌گذاران دیگر کشور عضو صورت پذیرد».^۶ در این معاهده برخلاف رویه معمول در دیگر عهدنامه‌ها، حفاظت

1. Non-Discrimination.

2. AFM, Maniruzzaman, 'Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in International Law of Foreign Investment: An Overview', J. Transnat'l L. & Pol'y, 8(1), (1998), at 69.

3. National Treatment.

4. Most Favored Nation Treatment.

۵. به موجب این اصل، در معاهدات سرمایه‌گذاری طرفین تعهد می‌کنند که حداقل به همان مطلوبیتی با هم برخورد کنند که با ثالث رفتار می‌کنند.

6. Wei, Wang, "The Non-Precluded Measure Type Clause in International Investment Agreements: Significances, Challenges, and Reactions", ICSID Review, 32(2), (2017), at 449.

از منابع طبیعی مصرف شدنی و تجدیدناپذیر بعنوان استثنا تقریر نشده است.^۱ با توجه به اینکه ایران کشوری نفت‌خیز و دارای منابع تجدیدناپذیر است، حفاظت از این منابع در راستای توسعه پایدار یکی از مهمترین اهداف دولت به شمار می‌رود، لذا ضروری است مفهوم اقدامات تبعیض آمیز به نحو دقیق مشخص شود تا دولت ایران بتواند در صورتی که خطری منافع عمومی را تهدید کند اقدامات لازم را انجام دهد و در عین حال عمل مغایر معاهده مرتکب نشود.^۲ بنابراین به جهت ارزیابی بهتر محدوده اصل عدم تبعیض در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی و جایگاه منافع عمومی و اساسی دولت میزبان در تفسیر این اصل، مراجع حل اختلاف معیارهای متفاوتی را ارائه نموده‌اند که در زیر به بررسی و تحلیل این رویکردها پرداخته می‌شود.

۱-۲. تاثیر شرایط مشابه^۳

مراجع حل اختلافی که به ارزیابی وضعیت تبعیض رسیدگی می‌کنند ابتدا بایست بررسی کنند سرمایه‌گذاری که معتقد است در حق او تبعیض صورت گرفته "در شرایط مشابه" است یا خیر. بسیاری از دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری معتقدند تنها هنگامی دو سرمایه‌گذار از لحاظ عدم تبعیض با هم مقایسه می‌شوند که رابطه‌های رقابتی با هم داشته باشند. مثلا در یک نوع کسب و کار و یا یک بخش اقتصاد فعال^۴ باشند.^۵ لذا قوانین کشورها در مورد مسائل مرتبط با منافع عمومی و اساسی از معیارهای متفاوتی برای مقایسه بهره می‌جویند. برای مثال، ممکن است قوانین دولت‌ها در حوزه‌های اجتماعی و زیست‌محیطی میان گروه‌های مختلف اقتصادی بر اساس حجم کار و فعالیت آنها تمایز قائل شوند.^۶ در سال ۲۰۱۴، پارلمان و شورای اروپا بخشنامه افشای مسائل غیرمالی و اطلاعات مختلف مرتبط با منافع اجتماعی و اساسی کشورهای میزبان را در مورد

1. Pathirana & McLaughlin, 2020: 9.

۲. رضایی، همان، ص ۱۴۷.

3. 'In Like Circumstances'.

4. 'Same Business or Economic Sector'.

5. Myers S.D., Inc. v Government of Canada (2000): 248, 250; Pope & Talbot, Inc. v Government of Canada, (2001), p 78 Marvin Roy Feldman Karpa v United Mexican States, (2002), p. 171; Champion Trading Company, Ameritrade International, Inc. v Arab Republic of Egypt, (2006), p 130.

6. Ying, Zhu, "Corporate Social Responsibility and International Investment Law: Tension and Reconciliation", Nordic Journal of Commercial Law, 1, (2017), at 98.

شرکت‌ها و گروه‌های بزرگ به تصویب رساند.^۱ این بخشنامه فقط بنگاه‌های بزرگ با بیش از ۵۰۰ کارمند را هدف قرار داد و توجهی به شرکت‌های کوچک و متوسط^۲ نکرده است.

مبنای مشترک دیگر در تبعیض، نوع فعالیت شرکت‌هاست. به عنوان مثال صنایع آلاینده همچون صنایع شیمیایی، پالایش نفت و فولاد مسئولیت سنگین‌تری در حفاظت از محیط زیست دارند تا صنایعی که کمتر آلاینده‌اند. اما از آنجایی که در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، حجم و فعالیت شرکت‌ها مبنایی مناسب برای مقایسه تبعیض نیست، یک سرمایه‌گذار خارجی ممکن است مدعی شود که کشور میزبان نسبت به او و دیگرانی که در یک نوع کسب و کار و در یک بخش اقتصادی فعال هستند تبعیض قائل شده است. برای مثال یک شرکت خارجی بزرگ ممکن است مدعی شود که این بخشنامه تبعیض‌آمیز است زیرا رفتار متفاوتی نسبت به این شرکت و شرکت‌های کوچک یا متوسط دیگر که در یک نوع کسب و کار فعالیت می‌کنند دارد. در دعوی بین پارکرینگ و دولت لیتوانی، دولت میزبان نسبت به حفظ میراث فرهنگی قوانینی وضع کرده بود و سرمایه‌گذار از کشور میزبان به دلیل نقض اصل عدم تبعیض شکایت کرد. در این مورد، لیتوانی پروژه ساختمانی سرمایه‌گذار خارجی را متوقف کرد و اجازه کار روی پروژه‌های مشابه آن را صادر کرد. سرمایه‌گذار خارجی معتقد بود دولت لیتوانی بند عدم تبعیض را با تفاوت قائل شدن میان دو سرمایه‌گذاری که در یک شرایط مشابه هستند نقض کرده است. این ادعا به درستی توسط دیوان داوری رد شد. دیوان خاطر نشان کرد که اگرچه دو پروژه بجز اندازه شرکت، شباهت‌های زیادی داشتند اما اثر منفی پروژه سرمایه‌گذار خارجی در شهر قدیمی با اندازه آن شرکت و همچنین نزدیکی آن به شهر قدیمی زیاد است و در نتیجه پروژه سرمایه‌گذار خارجی شبیه رقیبان دیگرش نیست.^۳ برخی دیگر از مراجع حل اختلاف، رویکرد بخش اقتصادی و تجاری مشابه را در قیاس

1. Directive 2014/95/EU of the European Parliament and the Council of 22 October 2014 Amending Directive 2013/34/EU as Regards Disclosure of non-financial and Diversity Information by Certain Large Undertakings and Groups [2014] OJ L 330/1.

2. Medium-sized Enterprises (SMEs).

3. Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, (2007), ICSID Case No. ARB/05/8, at 381-392 (available at: <https://www.italaw.com/cases/812>).

میان شرکت‌ها پذیرفته‌اند و فقط تعداد کمی از مراجع حل اختلاف قائل به قیاس میان سرمایه‌گذاران در انواع مختلف کسب و کارها هستند.^۱

در پرونده آرسلور^۲، شرکت بزرگ تولید فولاد، چندین تولیدکننده فولاد در دیوان عدالت اروپا دادخواهی نمودند که دستورالعمل تجارت اروپا در مورد انتشار گازهای گلخانه‌ای که برای تحقق تعهدات پروتکل کیوتو تاسیس و اقدامات اجرایی فرانسه، ناقض رفتار استاندارد برابر شده است، بخش فولاد را هدف قرار داده اما در قبال بخش‌های شیمی و آلومینیوم که منتشرکننده بخش اعظم گازهای گلخانه‌ای هستند سکوت کرده است.^۳ دیوان بررسی کرد که آیا این سه بخش در یک موقعیت مشابه هستند یا خیر. دیوان معتقد بود با توجه به هدف این بخشنامه مبنی بر کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای، منابع مختلف منتشرکننده گازهای گلخانه‌ای در موقعیت مشابه هستند، زیرا هرگونه انتشار گازهای گلخانه‌ای می‌تواند در سیستم آب و هوایی ایجاد خطر کند و تمام بخش‌های اقتصادی که این نوع گازها را منتشر می‌کنند مشمول این دستورالعمل می‌شوند. دیوان بر اساس متن این بخشنامه چنین نتیجه گرفت که این سیاست‌ها و اقدامات می‌بایست در همه بخش‌های اقتصادی اتحادیه اجرا شود و استدلال خواننده مبنی بر اینکه این سه بخش مشابه و در حال رقابت نیستند را رد کرد و در مقایسه این سه بخش بیان نمود که وجود رقابت میان بخش‌های مختلف، معیار تعیین‌کننده‌ای نیست.^۴

تفسیری مناسبتر از عبارت «قرار داشتن در یک موقعیت مشابه» می‌تواند این باشد که نه تنها سرمایه‌گذاری در یک بخش اقتصاد ملاک است بلکه عوامل غیر اقتصادی همچون تاثیر اجتماعی و محیط زیستی در ارزیابی شباهت نیز موثر است. توافقنامه منطقه مشترک سرمایه‌گذاری کمسا^۵ مثال خوبی در این زمینه است. در ماده (۲) این معاهده مقرر شده است که استناد به «داشتن موقعیت مشابه» در اصل رفتار ملی نیاز به بررسی

1. Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, (2004), at 173.

2. Arcelor.

3. Ying, Zhu, op.cit. at 100.

4. Société Arcelor Atlantique et Lorraine and Others v Premier Minister and Others, (2008), 34-61.

5. The Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area (COMESA).

جامع مورد به مورد نسبت به تمام موقعیت‌های یک سرمایه‌گذاری دارد. این بررسی شامل تاثیرات آن بر شخص ثالث، هدف از اقدامات مربوطه، فرآیند نظارتی، عواملی که مستقیماً بر سرمایه‌گذاری اثر می‌گذارد، جامعه محلی و تاثیرات آن بر محیط محلی، منطقه‌ای و ملی می‌شود که خود شامل اثرات تجمعی تمام سرمایه‌گذاری‌ها بر محیط زیست در یک حوزه قضایی می‌شود.^۱ در ماده ۶ قانون موافقتنامه تشویق حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین جمهوری اسلامی ایران و دوک نشین اعظم لوگزامبورگ و قانون موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت مجارستان نیز برای مقایسه سرمایه‌گذاری و ارزیابی شرایط قابل مقایسه، به تاثیر سرمایه‌گذاری بر جامعه محلی اشاره شده است. این تفسیر از موقعیت مشابه می‌تواند راهنمای رسیدگی‌ها در آینده شود، رسیدگی‌هایی که در آن مفاد اصل رفتار ملی ارزیابی می‌شود تا میان حق سرمایه‌گذار خارجی و حق کشور میزبان از منافع عمومی که متاثر از فعالیت‌های سرمایه‌گذار خارجی هست تعادل برقرار نماید.^۲

۲-۲. معیار منطق عرفی^۳

راه دیگر در ایجاد تعادل بین حقوق کشور میزبان و سرمایه‌گذار، استفاده از اهداف مشروع حمایت از محیط زیست یا حمایت از جامعه بعنوان مبنای قابل توجیه در قبال رفتار تبعیض‌آمیز با سرمایه‌گذار خارجی است. با این حال، رویه فعلی مراجع حل اختلاف حاکی از آن است که اگر چنین توافقاتی یک سیاست عمومی مبتنی بر فرآیند عرفی عقلانی یا به عقیده نگارندگان این سطور؛ معیار منطق عرفی باشد، رفتار تبعیض‌آمیز با سرمایه‌گذار خارجی می‌تواند قابل توجیه باشد. اما مساله اینجاست که هیچ مرجعی نمی‌تواند به طور صریح و واضح بگوید چه چیزی عرفاً عقلایی است.^۴ در پرونده‌هایی که تاکنون مطرح شده است، مراجع حل اختلاف سرمایه‌گذاری عرفاً عقلانی بودن را به طور گسترده‌ای تفسیر کرده‌اند و طیف گسترده‌ای از اهداف دولتی از قبیل توسعه اقتصادی،^۵

1. Investment Agreement for the COMESA Common Investment Area, (2011), art 17(2).

2. Ying, Zhu, op.cit. at 100.

3. Rational Policy.

4. Ying, Zhu, op.cit. at 101.

5. Gami Investments, Inc. v. The Government of the United Mexican States (2004): 87.

حفاظت محیط زیستی^۱ و سیاست‌های فرهنگی^۲ را مد نظر قرار داده‌اند. بنابراین بدون شک منافع عمومی و اساسی دولت میزبان می‌بایست بعنوان یک سیاست عمومی مبتنی بر فرآیند عرفا عقلانی و منطقی توسط دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری در نظر گرفته شود. لذا برخی از مراجع حل اختلاف خواستار برقراری رابطه‌ای معقول میان عملکرد عرفا عقلانی و اقدامات دولتی هستند. برای مثال در پرونده پاپ و تالبوت علیه کانادا، دیوان معتقد بود که تفاوت در برخورد با سرمایه‌گذاران می‌بایست ارتباطی عقلانی با منافع عمومی داشته باشد.^۳ در پرونده پراکرینگ نیز رویکرد مشابهی اتخاذ شده است و مرجع حل اختلاف بیان داشت در صورتی این رفتار تبعیض‌آمیز قابل قبول است که اهداف قانونی یک کشور، چنین رفتاری را با توجه به ویژگی خاص آن سرمایه‌گذاری، عرفا و به صورت عقلایی توجیه کند.^۴ با وجود این به نظر می‌رسد وجود سیاست عمومی عرفا عقلانی به خودی خود تبعیض را توجیه نمی‌کند. سیاست عمومی کشورها بر اساس شرایط و وضعیت آنها در ادوار مختلف ممکن است متغیر باشد و این انعطاف‌پذیری بیش از حد با اهداف سرمایه‌گذاری‌ها بویژه برای طولانی‌مدت در تعارض است؛ چراکه ممکن است سرمایه‌گذار را هر زمان با وضعیت غیر قابل پیش‌بینی رو به رو کند که این امر با اصل تضمین انتظارات مشروع سرمایه‌گذار توسط دولت که یکی از اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری است، مغایر است.

بنابراین به موجب رویه‌های اخیر دیوان‌های داوری، صرف نقض انتظارات مشروع سرمایه‌گذار توسط دولت میزبان مسئولیت‌آور نیست؛ البته مشروط بر آنکه میان اقدام دولت و ضرری که به سرمایه‌گذار خارجی وارد می‌شود تناسب وجود داشته باشد. یعنی چنانچه تاثیر اقدام دولت بر امر سرمایه‌گذاری در جهت منافع عمومی حمایت شده، متناسب و درخور باشد دولت مسئولیتی ندارد که البته تشخیص این موضوع در همه موارد به راحتی میسر نیست. به نظر می‌رسد راهکار مقابله با این چالش آن است که دیوان‌های داوری باید انتظارات نقض شده سرمایه‌گذار خارجی را در برابر نفع عمومی دنبال شده بوسیله دولت میزبان مورد سنجش قرار دهند و نوعی تعادل و توازن میان انتظارات مشروع

1. Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica (2012), 396.
 2. Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania (2007), 381.
 3. Pope & Talbot, Inc. v Government of Canada (2001), 79.
 4. Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania (2007), 396.

سرمایه‌گذار خارجی و اقدام برخلاف مفاد معاهده ایجاد نمایند. شایان ذکر است که صرف استناد دولت میزبان به حقوق داخلی، مجوز نقض انتظارات مشروع سرمایه‌گذاران قلمداد نمی‌گردد و بنا بر رویه مراجع داوری، به دلیل برتری حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی در تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، عمدتاً رفتار دولت بر اساس اصول و قواعد بین‌المللی مورد سنجش و ارزیابی قرار می‌گیرد.^۱

ماده ۸ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ایران نیز به گونه‌ای انتظارات مشروع سرمایه‌گذاران را به رسمیت شناخته است. به موجب این ماده: «سرمایه‌گذاری خارجی مشمول این قانون از کلیه حقوق، حمایت‌ها و تسهیلات که برای سرمایه‌گذاری داخلی موجود است، بطور یکسان برخوردار می‌باشند». همانگونه که در حقوق داخلی، چنانچه برای اجرای یک طرح عمومی یا عمرانی لازم باشد تا دولت یا سازمان دولتی، ملک متعلق به غیر را که در مسیر آن طرح قرار گرفته است تملک کند، هرچند مالک آن ملک نمی‌تواند مانع اجرای طرح شود ولی از آن سو، دولت نیز مکلف به پرداخت قیمت روز ملک طبق نظر کارشناس است. در خصوص شرط اقدامات منع نشده نیز گاهی اوقات اقتضا می‌کند تا دولت میزبان در جهت حفاظت از منافع و مصالح جامعه دست به اقداماتی زند که مغایر با مفاد معاهده سرمایه‌گذاری است که البته سرمایه‌گذار باید این موضوع را بپذیرد ولی در عین حال چنانچه این اقدام مغایر حقوق مالکانه و انتظارات مشروع سرمایه‌گذار خارجی باشد دولت میزبان مکلف به جبران خسارات وارده است. رویه عهدنامه‌های ایران نیز گویای این واقعیت است که پرداخت غرامت در صورت سلب مالکیت یا انتظارات مشروع سرمایه‌گذاران خارجی در موافقتنامه‌های دوجانبه‌ای که ایران در زمینه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری با سایر کشورها منعقد کرده است وجود دارد.^۲

۱. سید قاسم زمانی و ابوالفضل شیرعلی زاده، «اصول و رویه تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی توسط محاکم داوری و ترجیح حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی»، مجله حقوق دادگستری، شماره ۱۰۵، (۱۳۹۸)، ص ۱۱۱.

۲. محسن مجیبی، مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین‌المللی، سلب مالکیت و غرامت در قرارداد/دهای نفتی (تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۳) ص ۶۳.

۳-۲. معیار ضرورت

معیار دیگری که اقدامات دولت میزبان که مغایر با مفاد موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری است را توجیه می‌نماید، معیار ضرورت است. به موجب حقوق بین‌الملل عرفی و همچنین اسناد بین‌المللی از جمله «مسئولیت دولت در قبال اقدامات متخلفانه بین‌المللی»^۱ که توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل تدوین شده است در صورت وجود شرایطی، اقدامات متخلفانه دولت که در حالت عادی نقض یک تعهد بین‌المللی محسوب می‌شود، موجه به شمار می‌رود. ماده ۲۵ سند اخیرالذکر، مقرر می‌دارد: «۱- یک دولت نمی‌تواند برای توجیه متخلفانه بودن فعل مغایر با تعهدات بین‌المللی خویش به ضرورت استناد کند مگر آنکه آن فعل: الف- تنها راه حفظ منفعت اساسی آن دولت در مواجهه با یک خطر قریب الوقوع و شدید باشد، ب- تعهد مزبور منفعت اساسی آن دولت یا دولت‌های ذینفع یا جامعه بین‌المللی را شدیداً متاثر سازد».^۲

با در نظر داشتن ملاحظه فوق، برخی مراجع حل اختلاف معتقدند که باید بررسی کرد آیا برخورد متفاوت با سرمایه‌گذار خارجی در رسیدن به اهداف عمومی مرتبط با آن ضروری است یا خیر. نمونه بارز این قضیه، پرونده میرز و کشور کانادا است. در این پرونده کشور کانادا صادرات یک ماده شیمیایی خطرناک^۳ را ممنوع کرده بود. خواهان، شرکتی آمریکایی بود که این ماده شیمیایی را از کانادا به آمریکا صادر می‌کرد و مدعی بود در حق او نسبت به سرمایه‌گذاران داخلی تبعیض قائل شده است؛ زیرا این ماده شیمیایی ناگزیر می‌بایست به آمریکا صادر شود که در این زمینه سرمایه‌گذاران داخلی مستثنی شده بودند. مستند دعوا، تبعیض و نقض ماده ۱۱۰۲ اصول نفتا بود.^۴ در این مورد، دیوان داور علی‌رغم تأکید بر اینکه تقویت اقتصاد و صنعت داخلی حق مسلم کشورها است، بیان نمود صرف داشتن هدفی مشروع به خودی خود نمی‌تواند توجیه‌کننده این

1. Responsibility of State for Internationally Wrongful Acts.

۲. ایان جانستون، «دفاع «ضرورت» در گفتمان حقوقی بین‌المللی: مداخله بشردوستانه و مبارزه با تروریسم»، ترجمه علیرضا ابراهیم گل، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۵، (۱۳۸۵)، ص ۲۷۱.

3. Polychlorinated Biphenyl.

4. Article 1102 of the NAFTA: 'Each Party Shall Accord to Investors of Another Party Treatment no Less Favorable than that it Accords, In Like Circumstances, to Its Own Investors with Respect to the Establishment, Acquisition, Expansion, Management, Conduct, Operation, and Sale or other Disposition of Investments'.

تبعیض باشد. از آنجاییکه اقدامات جایگزین برای رسیدن به همان هدف بدون نقض حق سرمایه‌گذار وجود داشت، لذا دیوان نتیجه گرفت که اقدام خواننده قابل توجیه نیست.^۱ به نظر می‌رسد با توجه به رویکردهای متفاوتی که مراجع حل اختلاف در بررسی «توجیه پذیر بودن اقدامات خواننده» اتخاذ می‌کنند به نحو دقیق مشخص نیست که آیا رفتار تبعیض‌آمیز با هدف تامین منافع عمومی و اساسی به نحو مطمئنی مسئولیت دولت در برابر سرمایه‌گذار را منتفی می‌نماید یا خیر. نکته مهم در این خصوص آن است که این کشور میزبان است که باید ضرورت رفتار تبعیض‌آمیز در رسیدن به سیاست‌های مرتبط با این منافع را اثبات کند و مراجع حل اختلاف در صورت احراز مضطر بودن دولت میزبان در انجام اقدامات در راستای تضمین اهداف اجتماعی، اقدامات دولت را موجه می‌دانند و در غیر این صورت، مبادرت به صدور رای مبنی بر جبران خسارت وارده به سرمایه‌گذار می‌نمایند.

۳. منافع عمومی دولت میزبان در چارچوب الزام رفتار منصفانه و برابر^۲ استاندارد رفتار منصفانه و برابر، عنصری کلیدی در اکثر معاهدات سرمایه‌گذاری دوطرفه یا چندطرفه می‌باشد و این استاندارد در بیشتر داوری‌های سرمایه‌گذاری مورد استناد و تجزیه و تحلیل قرار می‌گیرد.^۳ اگرچه بندهایی که در باب رفتار منصفانه و برابر آمده است دارای تنوع لغوی است اما اکثر آنها کشورهای میزبان را ملزم به رفتار منصفانه و برابر در سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران خارجی می‌کنند؛ اما هیچ تفسیری درباره اینکه چه چیزی منصفانه است و چه چیزی برابر ارائه نمی‌دهند.^۴ بعنوان مثال، ماده (۱) ۱۰ پیمان منشور انرژی مقرر می‌دارد: «هر طرف قرارداد می‌بایست مطابق مفاد این پیمان شرایطی پایدار، برابر، مناسب و شفاف برای سرمایه‌گذاران طرف دیگر قرارداد فراهم کند تا آن سرمایه‌گذار در آن حوزه سرمایه‌گذاری کند.^۵ همچنین در بخش هفتم معاهده اقتصادی

1. S.D. Myers, Inc. v Government of Canada, (2000), 215-255.

2. Fair and Equitable Treatment.

3. Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2nd Edition (New York: Oxford University Press, 2012) at 130.

4. Michael W. Reisman, "Canute Confronts the Tide: States Versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law", *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 30 (3), (2015), at 1616.

5. The Energy Charter Treaty 1994, Article 10 (1).

اوراسیا که ایران نیز اخیراً به آن ملحق شده است، آمده است: «هر کشور عضو باید در قلمرو خود رفتار منصفانه و عادلانه‌ای با سرمایه‌گذاری‌ها و فعالیت‌های مربوط به سرمایه‌گذاری‌های انجام شده توسط سرمایه‌گذاران سایر کشورهای عضو انجام دهد».^۱

یکی از اصلیت‌ترین معیارهای رفتار منصفانه و برابر این است که کشور میزبان، محیطی با ثبات برای سرمایه‌گذاری ایجاد کند. معمولاً سرمایه‌گذار محتاط پیش از عقد قرارداد، تحقیقات دقیقی نسبت به شرایط سرمایه‌گذاری کشور میزبان بویژه چارچوب قانونی کشور میزبان انجام می‌دهد تا نمایی کلی از موفقیت سرمایه‌گذاری خود بدست آورد و بر طبق آن مبادرت به اتخاذ تصمیم به سرمایه‌گذاری یا عدم سرمایه‌گذاری می‌نماید. لذا ثبات محیط سرمایه‌گذاری کشور میزبان مولفه‌ای مهم به شمار می‌رود. اگر کشور میزبان بعد از اینکه سرمایه‌گذار خارجی اقدام به سرمایه‌گذاری کرد قوانین خود را تغییر دهد و یا ضمانت‌هایش را لغو کند، انتظارات اولیه سرمایه‌گذار با شکست روبرو می‌شود. از این رو به منظور اطمینان یافتن از ثبات و قابل پیش‌بینی بودن چارچوب حقوقی کشور میزبان، دیوان‌های داوری استاندارد رفتار منصفانه و برابر را چنین تفسیر می‌کنند که اگر رفتار کشور میزبان باعث شکست انتظارات مشروع سرمایه‌گذار خارجی در هنگام سرمایه‌گذاری شود این کار باعث نقض استاندارد رفتار منصفانه و برابر در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی می‌شود.^۲

به عنوان مثال دیوان داوری در رسیدگی به پرونده *بیواترگاف* و کشور تانزانیا اظهار داشت: «هدف استاندارد رفتار منصفانه و برابر ایجاد نوعی توافق سرمایه‌گذاری بین‌المللی است که تاثیری بر انتظارات اساسی سرمایه‌گذار هنگام سرمایه‌گذاری نداشته باشد، مادامی که این انتظارات معقول و مشروع بوده و سرمایه‌گذار بر اساس آنها سرمایه‌گذاری کرده باشد».^۳

استاندارد رفتار منصفانه کشمکش‌های میان رفتار منصفانه با سرمایه‌گذار خارجی و حق دولت میزبان در تضمین منافع اساسی و عمومی بوجود می‌آورد، زیرا به موجب این استاندارد، کشور میزبان ملزم به رعایت انتظارات قانونی و معقول سرمایه‌گذار در زمان

1. The Eurasian Economic Union Treaty, (2017), Article 68.

2. CMS v Argentina (2005), 158 LG & E v Argentina, (2007), 203 & Marion Unglaube v. Republic of Costa Rica, (2012), 248 & Duke Energy v Ecuador (2008), 337-340.

3. Biwater v Tanzania, (2008), 602.

سرمایه‌گذاری است. در داوری مرتبط با مسائل سرمایه‌گذاری، اغلب این تنش بخاطر سرعت زیاد تحولات قوانین محیط زیستی در قانونگذاری‌های کشور میزبان درباره مسئولیت‌های محیط زیستی سرمایه‌گذار خارجی رخ می‌دهد و علت آن افزایش آلودگی، تخریب محیط زیست، افزایش آگاهی زیست‌محیطی و توسعه علمی است.^۱ ممکن است کشور میزبان با تصویب قوانینی که حاوی الزامات زیست‌محیطی است انتظارات اولیه سرمایه‌گذار خارجی را نقش بر آب کند. دعوی میان گلمیس گلد و ایالات متحده مثال خوبی برای این مساله است. گلمیس شرکتی کانادایی بود که در جنوب کالیفرنیا طلا استخراج می‌کرد. پروژه معادن باز^۲ در نزدیکی منطقه‌ای قرار داشت که به لحاظ فرهنگی بسیار حساس و از مناطق مشخص شده برای بومیان آمریکا^۳ بود. دولت فدرال ایالات متحده این پروژه را به دلیل استاندارد «آسیب غیرضروری»^۴ متوقف کرد و سرمایه‌گذار خارجی با طرح دعوی بیان کرد که این کار با انتظارات مشروع وی تناقض دارد؛ زیرا قرارداد این سرمایه‌گذاری بر اساس قوانین قبلی معدن منعقد شده است و آن قوانین نسبت به آسیب‌های غیرضروری کمتر سخت می‌گرفته است. دیوان عالی رغم اینکه ادعای سرمایه‌گذار را تصدیق کرد و معتقد بود تغییر زیادی نسبت به چیزی که توافق شده بود اتفاق افتاده است و خواهان با وضعیت غیرقابل پیش‌بینی مواجه شده است، لیکن معتقد بود که استاندارد جدید دولت آمریکا مفاد رفتار منصفانه و برابر را نقض نمی‌کند و قواعد جدید به شکل آشکار عدالت را زیر پا نگذاشته است و تبعیض آشکار و یا خارج از روند قانونی و یا غیرمنطقی رخ نداده است.^۵

قوانین محیط زیستی کشور میزبان اگر با ضمانت‌های پیشینی که مقامات دولت میزبان به سرمایه‌گذار خارجی داده‌اند، تناقض داشته باشد نیز می‌تواند انتظارات سرمایه‌گذار خارجی را زیر پا بگذارد. برای مثال در دعوی *متالکلد* و کشور مکزیک، سرمایه‌گذار آمریکایی (متالکلد) روی محل دفن زباله‌های خطرناک سرمایه‌گذاری کرد. پس از اخذ

1. Daniel Bodansky, Brunnee Jutta and Hey Ellen, *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, 1st Edition (New York: Oxford University Press, 2007) at 30& Daniel Bodansky, *The Art and Craft of International Environmental Law* (Cambridge: Harvard University Press, 2010) at 19.

2. Open Pit Mining Project.

3. Native American Sites.

4. Undue Impairment.

5. *Glamis Gold, Ltd. v US*, (2009), 759-762.

مجوزات لازم از دولت فدرال برای ساخت و بهره‌برداری از محل دفن زباله و همچنین اطمینان یافتن و کسب تمام اختیارات لازم از مقامات دولتی نسبت به انجام این پروژه، شروع به ساخت و ساز کرد اما با این حال بعد از مدتی این پروژه توسط مقامات شهری و به دلایل زیست‌محیطی متوقف شد. در این مورد، دیوان از ادعای سرمایه‌گذار خارجی بر اساس گفته‌های نمایندگان دولت میزبان حمایت کرد و اظهار داشت که دولت با توقیف مجوز ساخت و ساز، ناقض رفتار منصفانه و برابر شده است، زیرا در گذشته مجوزهای لازم برای ساخت و ساز برای سرمایه‌گذار خارجی صادر شده بود.^۱ این پرونده شرایطی را نشان می‌دهد که در آن، کشور میزبان تلاش می‌کند تا مسئولیت‌های محیط زیستی سرمایه‌گذار خارجی را از طریق قانونگذاری یا از طریق اداری ارتقا دهد اما این امر به نقض استاندارد برخورد منصفانه و برابر منجر می‌شود. در تمام این موارد، هدف اصلی ایجاد توازن میان ثبات منطبق با استاندارد برخورد منصفانه و قوانین پویای زیست‌محیطی کشور میزبان است. از یک سو، کشور میزبان می‌بایست سرمایه‌گذار خارجی را نسبت به ثبات چارچوب قانونی در حمایت از او در سرزمین خود مطمئن سازد و از سوی دیگر این ثبات نباید به استاندارد مطلق تعبیر شود و دست کشور میزبان باید باز باشد تا از حق حاکمیت خود در قانونگذاری محیط زیستی داخلی برای رفع نیازهای اجتماعی و منافع عمومی استفاده کند.^۲ در نهایت به نظر محققان، نقطه توازن مناسب می‌تواند چنین باشد که کشور میزبان، تاجایی که این تغییرات طبق روند مقرر انجام شود و در قبال سرمایه‌گذاری خارجی تبعیض صورت نگرفته و ناقض اصل رفتار برابر و منصفانه نباشد باید بتواند قوانین محیط زیستی خود را تغییر دهد.

۴. منافع عمومی دولت میزبان در چارچوب الزام سلب مالکیت مشروع

سلب مالکیت به عنوان شدیدترین شکل تعدی به دارایی سرمایه‌گذار، نگرانی جدی در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی محسوب می‌شود.^۳ در ایران در دوره پس‌اجرام بعد از انعقاد موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری با دولت ژاپن، روسیه، سنگاپور، مجارستان، اسلواکی و دوک‌نشین اعظم لوکزامبورگ؛ در مواد با محتوایی یکسان به ممنوعیت مصادره اموال

1. Metalclad v Mexico, (2000), 88-89.

2. Saluka v Czech Republic, (2006), 605-306.

3. Dolzer and Schreuer, op.cit. at 98.

سرمایه‌گذاران خارجی اشاره می‌کند و بجای سلب مالکیت از واژه‌هایی چون ملی کردن و مصادره اموال استفاده شده است. معاهدات مدرن سرمایه‌گذاری مانع سلب مالکیت کشور میزبان نمی‌شود اما این کار را مستلزم اعمال روشی قانونی و مشروع می‌داند، بدین ترتیب که سلب مالکیت بایستی در راستای اهداف عمومی باشد، خودسرانه یا تبعیض‌آمیز نباشد، در موعد مقرر اعمال شوند و در نهایت به شکلی سریع، کافی و موثر جبران خسارت شود. سلب مالکیت را می‌توان به دو دسته مستقیم و غیرمستقیم^۱ تقسیم کرد. سلب مالکیت مستقیم هنگامی رخ می‌دهد که اقدامات دولت منجر به انتقال مالکیت از سرمایه‌گذار به دولت یا اشخاص ثالث می‌شود.^۲ از آنجایی که سلب دارایی‌های خارجی از اعتبار کشور میزبان در جذب سرمایه‌گذاری خارجی کم می‌کند امروزه این نوع سلب مالکیت به ندرت رخ می‌دهد.^۳ به همین علت دولت‌ها سراغ سلب مالکیت غیرمستقیم می‌روند. سلب مالکیت غیرمستقیم بدین معنی است که دولت اقداماتی انجام می‌دهد که ارزش سرمایه‌گذاری بدون تاثیر گذاشتن روی مالکیت سرمایه‌گذار به میزان قابل توجهی کاهش یابد.^۴ با این حال هنوز در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری ابعاد دقیق سلب مالکیت غیرمستقیم مشخص نشده است.^۵ لذا بسیاری از محققان رویکرد موردی را مناسبترین رویکرد برای احراز این مساله می‌دانند.^۶ فقدان تعریفی مشخص و دقیق، دشوارترین مساله در حوزه حقوق سرمایه‌گذاری خارجی تعبیر شده است و سلب مالکیت غیرمستقیم به عقیده حقوقدانان، دخالت‌های دولتی است که منجر به ایجاد موقعیت‌های معادل سلب مالکیت می‌شود؛ بدون اینکه تاثیری بر فضای سرمایه‌گذاری در کشور میزبان بگذارد که از این نوع سلب مالکیت به سلب مالکیت ضابطه‌مند^۷ نیز یاد می‌شود.^۱

1. Indirect Expropriation.

2. Catherine Yannaca-Small, "Indirect Expropriation" and the "Right to Regulate" in International Investment Law", OECD Working Paper, No. 2004/4, (2004), at 3.

3. Dolzer and Schreuer, op.cit. at 101.

4. Michael W. Reisman and. Sloane, Robert D, "Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation", (2004), 74(1) British Yearbook of International Law, at 74.

5. Rudolf, Dolzer, "Indirect Expropriations: New Developments", New York University Environmental Law Journal, 11, (2002), at 557.

6. G. C., Christie, "What Constitute a Taking of Property under International Law?", (1962), 38 British Yearbook of International Law, at 338.

7. Regulatory Expropriation.

برای درک این مفهوم بهتر است به رویه مراجع حل اختلاف مراجعه کرد. برای مثال در دعوی گوتتر و کشور بوروندی، دیوان اظهار داشت کشور بوروندی منطقه آزادی که به سرمایه‌گذار خارجی اعطا شده بود را ابطال کرده و این کار تمام فعالیت‌های سرمایه‌گذار را متوقف کرد و این اقدام تاثیر مشابهی با سلب مالکیت دارد.^۲ همچنین در دعوی سی‌ام‌ای و جمهوری چک، دیوان اظهار داشت که دخالت دولت میزبان در حقوق قراردادی شرکت تابعه سرمایه‌گذار خارجی باعث نابودی ارزش تجاری سرمایه‌گذاری شده است که این سلب مالکیت غیرمستقیم است.^۳ مفهوم سلب مالکیت غیرمستقیم در بسیاری از توافقات سرمایه‌گذاری دوجانبه و چندجانبه گنجانده شده است. برای مثال در ماده ۱۱۱۰ نفتا مقرر گردیده است که هیچ یک از طرفین به صورت مستقیم یا غیرمستقیم نمی‌تواند سرمایه‌گذاری را سلب مالکیت یا ملی کند ... یا اقداماتی معادل سلب مالکیت یا ملی شدن انجام دهد یا در ماده ۱۳ معاهده منشور انرژی بیان شده است که سرمایه‌های سرمایه‌گذار نباید ملی، سلب مالکیت و یا مشمول اقدام یا اقداماتی شود که منجر به ملی شدن یا سلب مالکیت گردد. همچنین در ماده ۶ معاهدات سرمایه‌گذاری آمریکا بیان شده است که هر یک از طرفین نایستی سرمایه را به صورت مستقیم یا غیرمستقیم ملی یا سلب مالکیت کنند. اما تمایز بخشیدن میان سلب مالکیت غیرمستقیم که در آن دولت میزبان می‌بایست خسارت سرمایه‌گذار آسیب دیده را جبران کند و حق قانونی کشور میزبان در قانونگذاری امور داخلی خود کاری بس دشوار است.^۴ لذا سوال مهم این است که اگر فشار کشور میزبان روی سرمایه‌گذار خارجی برای تامین منافع عمومی، او را به شکل قابل ملاحظه‌ای از سرمایه‌گذاری محروم کند؛ آیا کشور میزبان مرتکب سلب مالکیت شده و باید خسارت بپردازد و یا این حق کشور میزبان برای

۱. محمدصادق تیموری، لیا جنیدی، محمد صقری و رضا عباسیان، «سلب مالکیت غیرمستقیم سرمایه‌گذاران خارجی؛ جستاری در حقوق ایران و بین‌الملل»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲۴، (۱۳۹۷)، صص ۱۰-۱۱.

2. Goetz v Burundi, (1999), 124.

3. CME v. Czech Republic, (2001), 591.

4. Markus, Perkams, *The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law- Searching for Light in the Dark*, in Stephan W. Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law*, 1st Edition (New York: Oxford Scholarship Online, 2010) at 107-108.

قانونگذاری است و نیازی به جبران خسارت نیست؟ رویه فعلی مراجع حل اختلاف در باب سرمایه‌گذاری، به این سوال جوابی متناقض و معیارهای متنوعی ارائه می‌دهد که در زیر بررسی می‌شود.

۱-۴. معیار اثر صرف^۱

این معیار بدین معناست که برای اینکه تشخیص دهیم اقدام دولت موجب سلب مالکیت غیرمستقیم شده یا خیر، می‌بایست اثر اقدام دولت روی دارایی‌های سلب مالکیت بدون در نظر گرفتن هدف اصلی این اقدامات بررسی شود.^۲ لذا اطلاق سلب مالکیت غیرمستقیم منوط به بررسی دامنه تاثیرگذاری اقدامات تقابلی با سرمایه‌گذاری است.^۳ برطبق این رویکرد، حتی اگر اقدامی در راستای تضمین منافع عمومی صورت گرفته باشد در صورتی که سرمایه‌گذار از منافع سرمایه‌گذاری اش محروم شود می‌بایست کشور میزبان خسارات وی را جبران کند.^۴ دیوان داوری ایران - آمریکا^۵ بر سر پرونده فلپس داچ^۶، با اینکه از نگرانی‌های مالی، اقتصادی و اجتماعی ایران باخبر بود اما این موضوع باعث نشد خواننده (ایران) از پرداخت خسارت به فلپس داچ معاف گردد.^۷ همچنین این دیوان در پرونده *برنابام*، بیان نمود که دولت نمی‌تواند صرفاً با اثبات اینکه اقدامات او به طور مشروع و بر طبق قوانین مصوب خود بوده از زیر بار مسئولیت شانه خالی کند.^۸ بنابراین هدف و قصد دولت تاثیری در ارزیابی مصادیق سلب مالکیت ندارد. در پرونده *تیتس*، ابت، مکارتی، استراتن و شرکت مهندسین مشاور *تامزافا* ایران و دیگران، دیوان داوری ایران و آمریکا صراحتاً قصد حمایت از کارگران را رافع مسئولیت نمی‌داند.^۹ در پرونده *اس پی پی و مصر*، دولت مصر بخاطر محافظت از میراث فرهنگی کشور خود، اجرای

1. Sole Effects Doctrine.

2. Valentina, Vadi, *Public Health in International Investment Law and Arbitration*, 1st Edition (Netherlands: Routledge, 2012) at 137.

۳. تیموری و دیگران، همان، ص ۲۳.

4. Ying, Zhu, op.cit. at 107.

5. Iran-United States Claims Tribunal

6. Phelps Dodge.

7. Phelps Dodge, 10 Iran-US CTR 130, (1986), 22.

۸. تیموری و دیگران، همان، ص ۱۷.

۹. همان، ص ۲۵.

پروژه گردشگری سرمایه‌گذار خارجی را پس گرفت. دیوان این کار را به نوعی سلب مالکیت غیرمستقیم به حساب آورد و مصر را مجبور به پرداخت غرامت عادلانه به سرمایه‌گذار خارجی کرد.^۱ یا در دعوی متالکلد و کشور مکزیک، دیوان دستور محیط زیستی دولت مکزیک را در ممانعت از بهره‌برداری از زباله‌های خطرناک را نوعی سلب مالکیت تلقی نمود و ابراز داشت برای دیوان لزومی ندارد تا از انگیزه و قصد اتخاذ چنین دستوری مطلع شود. نهایتاً رویه دیوان داوری ایران - آمریکا متکی بر این است که سلب مالکیت غیر مستقیم زمانی محقق می‌گردد که سرمایه‌گذار امکان استفاده موثر و کنترل و استفاده از منافع سرمایه‌گذاری خود را نداشته باشد هر چند مالکیت قانونی از آن او باشد.^۲

۲-۴. معیار اختیار تنظیمی دولت میزبان^۳

مطابق معیار قدرت پلیس یا اختیار تنظیمی دولت میزبان، دولت‌ها مجاز می‌باشند در قلمرو سرزمینی خود در راستای حفظ نظم عمومی از سرمایه‌گذار خارجی منافی را سلب کنند؛ این اقدامات، سلب مالکیت غیرمستقیم نیست و تعهدی برای جبران خسارت ایجاد نمی‌کند. اصل اختیار تنظیمی دولت میزبان برخلاف اصل اثر صرف، اقدامات نظارتی را در اختیار پلیس و قوای نظارتی هر کشور قرار می‌دهد و مادامی که حسن نیت و عدم تبعیض وجود داشته باشد سلب مالکیت غیرمستقیم قلمداد نمی‌گردد. در پرونده میرز و کشور کانادا، دیوان دعوی خواهان مبنی بر ممنوعیت صادرات PCB و سلب مالکیت غیرمستقیم از طرف کانادا را رد کرد. دیوان معتقد بود شکایتی که از اقدام نظارتی مقامات دولتی به استناد ماده ۱۱۱۰ نفتا مطرح گردیده است، غیر قابل استماع و غیر مستند است. دیوان همچنین اظهار داشت که هم هدف و هم اثر ممنوعیت صادرات می‌بایست در تعیین سلب مالکیت غیرمستقیم در نظر گرفته شود.^۴

پرونده متینکس و ایالات متحده در مورد ممنوعیت استفاده و فروش افزودنی سوختی (MTBE) در کالیفرنیا آمریکا نمونه‌ای دیگر است. در این اختلاف، سرمایه‌گذار خارجی مدعی شد که این ممنوعیت باعث سلب مالکیت بخش‌هایی از سرمایه‌گذاری او

1. SPP v Egypt, (1992), 159.

۲. تیموری و دیگران، همان، ص ۲۱.

3. Police Powers Doctrine.

4. S.D. Myers v. Canada, (2000), 281.

شده است. دیوان این ادعا را رد کرد و اظهار داشت که قوانین دولتی اگر برای اهداف عمومی باشد، تبعیض‌آمیز نباشد، در موعد مقرر تصویب شده باشد و یا خلاف تعهدات خاصی نباشد که از طرف دولت به سرمایه‌گذار داده شده، مشمول سلب مالکیت غیرمستقیم نمی‌شود.^۱ این رویکرد در پرونده *کمتورا* و *کانادا* نیز اتخاذ شد. در این پرونده، دولت کانادا ثبت محصولات سرمایه‌گذار آمریکایی را به دلیل استفاده از لیندین^۲ که نوعی حشره‌کش خطرناک بود لغو کرد. سرمایه‌گذار آمریکایی مدعی شد که اقدام دولت کانادا بر اساس ماده ۱۱۱۰ نفتا معادل سلب مالکیت است. با این حال، دیوان اظهار داشت که دولت کانادا در چارچوب اختیارات خود عمل کرده و این عمل غیرتبعیض‌آمیز است. اقدامی که در چنین شرایط اتخاذ شده است بر اساس اصل اختیار تنظیمی دولت میزبان بوده و در نتیجه مشمول عنوان سلب مالکیت نمی‌شود.^۳

۳-۴. معیار تناسب^۴

در نهایت برخی از مراجع حل اختلاف به آرای دیوان حقوق بشر اروپا^۵ استناد می‌کنند و معیار تناسب را برای ایجاد توازن میان منافع سرمایه‌گذار و حق کشور میزبان برای وضع قوانینی در خدمت منافع عمومی پذیرفته‌اند. در پرونده *میان‌الجی* و *کشور آرژانتین*، دیوان اظهار داشت که با توجه به قدرت دولت در اتخاذ سیاست‌هایش به طور کلی می‌توان گفت که دولت حق دارد اقداماتی را با هدف رفاه عمومی یا اجتماعی بکار بندد؛ لیکن اقدامات دولت در این زمینه بایستی با نیاز مورد نظر تناسب داشته باشد.^۶ در پرونده *آزوریکس* علیه آرژانتین نیز این معیار پذیرفته شد. دیوان با توجه به قوانین آب و فاضلاب آرژانتین، از معیار تناسب برای حل مناقشه استفاده کرد. در این پرونده، حق امتیاز سی ساله اجرای سیستم آب و فاضلاب استان بوینس آیرس آرژانتین به سرمایه‌گذار آمریکایی به شکل انحصاری اعطا گردید. با این حال، چند ماه پس از شروع کار حادثه‌ای رخ داد که باعث بیرون‌رفت جلبک و در نتیجه آلودگی آب‌های محلی شد.

1. *Methanex v US*, (2005), 7.

2. *Lindane*.

3. *Chemtura v Canada*, (2010), 138.

4. *Proportionality*.

5. *European Court of Human Rights*.

6. *LG&E v Argentina*, (2007), 125.

دولت آرژانتین با متهم شناختن سرمایه‌گذار، مصرف‌کنندگان را تحریک کرد که قبض آب‌بهایشان را پرداخت نکنند که نهایتاً این کار منجر به خاتمه این حق انحصاری شد. سرمایه‌گذار ادعا کرد که اقدام آرژانتین بر اساس معاهدات دوطرفه سرمایه‌گذاری میان آرژانتین و آمریکا سلب مالکیت محسوب می‌شود اما آرژانتین دفاع نمود که این کار امری طبیعی و برای اهداف عمومی انجام گرفته است و سلب مالکیت محسوب نمی‌شود. با بررسی دقیق این ادعا، دیوان ضرورت تمایز میان اقدامات غیرقابل جبران و سلب مالکیت غیرمستقیم جبران‌پذیر را ابراز داشت و خاطر نشان کرد که: «دولت‌ها می‌توانند برای اجرای سیاست‌های عمومی‌شان دست به انواع اقدامات بزنند هرچند ارزش اقتصادی سرمایه‌گذاری را کاهش دهد اما نباید از اقداماتی همچون تحریک مردم برای جبران خسارت استفاده کنند».^۱

در نتیجه از بین این سه معیار، معیار اثر صرف، بیشتر به خاطر محدودیت‌های قانونگذاری که برای کشور میزبان بوجود می‌آورد مورد انتقاد قرار می‌گیرد.^۲ این اصل اهداف اجتماعی و محیط زیستی این اقدامات را نادیده گرفته و رابطه میان سلب مالکیت غیرمستقیم و مقررات قانونی را مبهم کرده و اثری دلسردکننده بر تلاش‌های کشورهای میزبان در قبال منافع عمومی‌اش می‌گذارد. معیار اختیار تنظیمی دولت برخلاف معیار اثر صرف با دلگرمی دادن به اقدامات قانونی کشورهای میزبان، این تضمین را می‌دهد که اقدامات قانونی برای اهداف عمومی منجر به سلب مالکیت غیرمستقیم نمی‌شود. معیار تناسب با در نظر گرفتن حق کشورهای میزبان برای قانونگذاری به دنبال توازنی میان منافع سرمایه‌گذار و منافع کشورهای میزبان است و برای این منظور از کشورهای میزبان می‌خواهد تا برای رسیدن به سیاست‌های عمومی‌اش برخوردی متعادل داشته باشد.

نتیجه‌گیری

از یک طرف قیود عهدنامه‌ها بر اساس رویکرد کلاسیک، صرفاً حمایت و جذب سرمایه‌گذار است و از سوی حمایت مطلق ممکن است منافع عمومی و اساسی دولت

1. Azurix v. Argentina, (2006), 310.

2. Rahim, Moloo, and Justin, Jacinto, "Environmental and Health Regulation: Assessing Liability under Investment Treaties", Berkeley Journal of International Law, 29(1), (2011), at 29 & H. Nikiéma, Suzy "Best Practices: Indirect Expropriation", International Institute for Sustainable Development, (2012), at 27.

میزبان را به خطر اندازد. پس بایستی سیاست‌های دولتی در این باب به نحوی اعمال شود که با اصول حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی همگرایی داشته باشد. به نظر می‌رسد می‌توان با ارائه تفسیر متعادلی از الزامات سرمایه‌گذاری بین‌المللی توازنی میان اهداف کشور میزبان در تامین منافع عمومی و الزامات حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی برقرار کرد. از این رو پیشنهاد می‌گردد دولت‌ها در انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه و چندجانبه در راستای تحکیم و ایجاد مبنای حقوقی اختیار دولت برای اتخاذ اقدامات ضروری و متناسب در جهت تضمین این امر، اولاً ماده‌ای بیفزایند تا بتوانند در مراجع داوری به آن استناد کنند و ثانیاً در بند مقرر شده، دامنه منافع عمومی را بر اساس ارزش‌های ملی و بین‌المللی دقیقاً مشخص کرده و تا حد امکان توسعه بخشند و آن را حتی به تعهدات فارغ از معاهده، بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی گسترش دهند. البته مراجع حل و فصل اختلاف نیز بایستی تفسیر متعادلی از اصول حقوق سرمایه‌گذاری بویژه در معاهدات کلاسیک سرمایه‌گذاری مد نظر قرار دهند. پرواضح است این تعادل با در نظر گرفتن تامین منافع عمومی دولت‌ها در ارزیابی عدم تبعیض، رفتار منصفانه و برابر و سلب مالکیت غیرمستقیم و حق حاکمیت کشورها در تنظیم مقررات و سیاست‌هایی در باب حفظ منافع اساسی و عمومی با ایجاد یک چارچوب منطقی و اقدامات ضروری و متناسب بدون لطمه غیرقابل توجیه به ثبات سرمایه‌گذاری محقق می‌گردد.

در راستای ایجاد این توازن، مراجع حل اختلاف می‌بایست عوامل غیراقتصادی و غیرمالی در تشخیص اینکه دو سرمایه‌گذار از جهت ارزیابی تبعیض در شرایط یکسانی هستند یا خیر را بررسی کنند. همچنین از منظر پرهیز از رفتار تبعیض‌آمیز، سیاست‌های دولت در باب تامین منافع عمومی می‌بایست سیاستی معقول و منطقی عرفی باشد و رابطه‌ای معقول میان اعمال تبعیض و تامین منافع عمومی وجود داشته باشد. هرچند به نظر می‌رسد صرف وجود سیاست عمومی عرفاً عقلانی و رویه منطقی به خودی خود تبعیض را توجیه نمی‌کند و کشور میزبان باید ضرورت رفتار تبعیض‌آمیز در رسیدن به سیاست‌های مرتبط تامین منافع عمومی را نیز اثبات کند و تاثیرات آن بر شخص ثالث، هدف از اقدامات مربوطه، فرآیند نظارتی، عوامل موثر بر سرمایه‌گذاری و تاثیرات سرمایه‌گذاری بر جامعه محلی را نیز مورد ارزیابی قرار دهد. مراجع حل اختلاف نیز باید ماهیت و ضرورت قوانین پویا و در حال پیشرفتی را در قبال مسائل مربوط به تامین منافع

عمومی دولت‌های میزبان در نظر بگیرند و از تفسیر این الزامات به روش سنتی و کلاسیک و خشک خودداری کنند و میان احتیاج به ثبات در استانداردهای رفتار منصفانه و برابر و ماهیت در حال تغییر قوانین کشور میزبان توازن برقرار نمایند. نقطه توازن مناسب می‌تواند چنین باشد که کشور میزبان، تا جایی که این تغییرات طبق روند مقرر و منطقی انجام شود و در قبال سرمایه‌گذاری خارجی تبعیض صورت نگرفته و ناقض اصل رفتار برابر و منصفانه نباشد، بتواند قوانین خود را تغییر دهد. بنابراین دیوان‌های داوری باید حق حاکمیت کشور میزبان در تامین منافع عمومی و در ارزیابی این موضوع که آیا این قوانین منجر به سلب مالکیت غیرمستقیم می‌شود یا خیر را در نظر گیرند. همچنین با در نظر گرفتن حق کشور میزبان برای قانونگذاری به دنبال توازنی میان منافع سرمایه‌گذار و منافع کشور میزبان بر مبنای اصل تناسب بوده و برای این منظور از کشور میزبان بخواهند تا برای رسیدن به سیاست‌های عمومی و حاکمیتی‌اش برخوردی متعادل در پیش گیرد.

در نهایت به نظر می‌رسد با توجه به اینکه ایران کشوری سرشار از منابع غنی محیطی و ارزش‌های فرهنگی، مذهبی و قومی ریشه‌داری است؛ بایستی دولتمردان در انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری، ضمن توسیع و تدقیق منافع عمومی بر مبنای این ضرورت‌ها، مبانی قانونی و قواعد آمره‌ای چون ماده ۲ قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در راستای حفظ منافع عمومی را در نظر گیرند. همچنین نزاکت بین‌المللی ایجاب می‌کند تا به هنگام تدوین توافقنامه‌ها و برای پیشگیری از بروز مشکل و تفسیرهای ناصواب، این موضوع را قید کرده و به سرمایه‌گذاران خارجی و دولت متبوع آنها خاطر نشان سازند.

منابع

کتاب‌ها

- حاج‌زاده، هادی، بررسی منفعت عمومی (تهران: دفتر مطالعات نظام‌سازی اسلامی، ۱۳۹۳).
- ابراهیم گل، علیرضا، مسئولیت بین‌المللی دولت: متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین‌المللی (تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش شهردانش، ۱۳۸۸).
- محبی، محسن، مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین‌المللی، سلب مالکیت و غرامت در قراردادهای نفتی (تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۸۳).

مقاله‌ها

- بهمنی، محمدعلی و نجمه تقوی، «حمایت از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار و چالش‌های فراروی آن در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۷۴، (۱۳۹۵).
- تیموری، محمدصادق، لعیا جنیدی، محمد صقری و رضا عباسیان، «سلب مالکیت غیرمستقیم سرمایه‌گذاران خارجی؛ جستاری در حقوق ایران و بین‌الملل»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ۶، شماره ۴، (۱۳۹۶).
- جانستون، ایان، «دفاع «ضرورت» در گفتمان حقوقی بین‌المللی: مداخله بشردوستانه و مبارزه با تروریسم»، ترجمه علیرضا ابراهیم گل، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۵، (۱۳۸۵).
- رضایی، علی، «شرط اقدامات منع‌نشده» در معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی؛ مفهوم، مبانی و چالش‌ها»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۱۱۳، (۱۴۰۰).
- زمانی، سیدقاسم و ابوالفضل شیرعلی زاده، «اصول و رویه تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی توسط محاکم داوری و ترجیح حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی»، مجله حقوق دادگستری، شماره ۱۰۵، (۱۳۹۸).
- لطفیان، محمد حسین، «شرکت‌های چندملیتی و محدودیت‌های حقوق بشری»، مجله تحقیقات حقوقی دانشگاه شهید بهشتی تهران، شماره ۶۰، (۱۳۹۱).
- میهمی، مهدی، «انتظارات مشروع سرمایه‌گذار در تقابل با منافع اساسی کشور میزبان و تحلیل آن بعنوان ریسک سیاسی»، پژوهش حقوق خصوصی، شماره ۲۸، (۱۳۹۸).
- نوری یوشانلوئی، جعفر و سعید جوهر، «مفهوم‌شناسی مسئولیت اجتماعی شرکت‌های تجاری در حقوق آلمان، فرانسه، انگلستان و ایران با رویکرد تطبیقی»، مجله حقوق تطبیقی، سال ۵، شماره ۲، (۱۳۹۳).

References

Books

- Anne K. Hoffman, *Indirect Expropriation' in August Reinisch, Standards of Investment Protection* (New York: Oxford University Press, 2008).
- Bodansky, Daniel, *The Art and Craft of International Environmental Law*, 1st Edition (Cambridge: Harvard University Press, 2010).

- Bodansky, Daniel Jutta Brunnee and Ellen Hey, *The Oxford Handbook of International Environmental Law*, 1st Edition (New York: Oxford University Press, 2007).
- Dolzer Rudolf and Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, 2st Edition, (New York: Oxford University Press, 2012).
- Dugan, Christopher, *Investor-state Arbitration* (New York: Oxford University Press, 2011).
- Ortino, Federico, *Non-Discriminatory Treatment in Investment Disputes' in PM Dupuy, F Francioni and EU Petersmann, Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, (New York: Oxford Scholarship Online, 2009).
- Perkams, Markus, *The Concept of Indirect Expropriation in Comparative Public Law- Searching for Light in the Dark*, in Stephan W. Schill, *International Investment Law and Comparative Public Law*, 1st Edition (New York: Oxford Scholarship Online, 2010).
- Ranjan, Prabhash, *Protecting Security Interests in International Investment Law*, in Mary Footer, Julia Schmidt, and Nigel D. White, eds., *Security and International Law* (London: Oxford: Hart Publishing, 2016).
- Vadi, Valentina, *Public health in international investment law and arbitration*, 1st Edition, (Netherlands: Routledge, 2012).

Articles

- Carroll Archie B, "Corporate Social Responsibility - Evolution of a Definitional Construct", *Business and Society*, (3), 38, (1999).

- Christie, G. C. “What Constitute a Taking of Property under International Law?”, *British Yearbook of International Law*, 38, (1962).
- Dolzer, Rudolf, “Indirect Expropriations: New Developments”, *New York University Environmental Law Journal*, 11, (2002).
- Maniruzzaman, AFM, ‘Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in International Law of Foreign Investment: An Overview’, *J.Transnat'l L. & Pol'y*, 8(1), (1998).
- Moloo, Rahim and Jacinto, Justin, “Environmental and Health Regulation: Assessing Liability under Investment Treaties”, *Berkeley Journal of International Law*, 29(1), (2011).
- Okoye, Adaeze, “Theorising Corporate Social Responsibility as an Essentially Contested Concept: Is a Definition Necessary?”, *Journal of Business Ethics*, 89, (2009).
- Reisman, W. Michael, “Canute Confronts the Tide: States Versus Tribunals and the Evolution of the Minimum Standard in Customary International Law”, *(ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 30(3), (2015).
- Reisman, W. Michael and. Sloane, Robert D, “Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation” *British Yearbook of International Law*, 74(1), (2004).
- Spears, Suzanne A, “The Quest for Policy Space in A New Generation of International Investment Agreements”, *Journal of International Economic Law*, 13(4), (2010).
- Suzy H. Nikièma, “Best Practices: Indirect Expropriation”, *International Institute for Sustainable Development*, (2012).

- Sinha, Amit Kumar, “Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties of South Asian Countries”, *Asian Journal of International Law*, 1(2), (2016).
- Wagner, Martin, “International Investment, Expropriation and Environmental Protection”, 29, (3), (1999).
- Wang, Wei, “The Non-Precluded Measure Type Clause in International Investment Agreements: Significances, Challenges, and Reactions”, *ICSID Review*, 32, (2), (2017).
- Yannaca-Small, Catherine, “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate”, In *International Investment Law*” OECD Working Paper, No. 2004/4. (2004).
- Zhu, Ying, “Corporate Social Responsibility and International Investment Law: Tension and Reconciliation”, *Nordic Journal of Commercial Law*, 1, (2017).

استناد به این مقاله: حمیدیان، حمید، رضایی، علی، (۱۴۰۰)، تحلیل و بررسی رویکرد نوین حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی نسبت به منافع عمومی دولت میزبان، پژوهش حقوق عمومی، ۲۳(۷۲)، ۲۳۱-۲۶۲.
doi: 10.22054/qjpl.2021.54837.2476