Archive of SID

مجله حقوقی بین‌المللی/ شماره ۵۹/ پاییز ـ زمستان ۱۳۹۷/ صفحات ۱۱۸ ـ ۸۵

نقش شرط فراگیر در حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان در پرتو رویه داوری ایکسید

توکل حبیب‌زاده *

عفیفه غلامی **

شناسه دیجیتال اسناد (DOI) : 10.22066/CILAMAG.2018.31885

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۵/۳۱ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۵/۱۵

چکیده

مبنای حقوقی داوری در دعاوی سرمایه‌گذاری معمولاً معاهده دوجانبه، چندجانبه یا قرارداد سرمایه‌گذاری است. برخی از این معاهدات، تنها اختلافاتی را دربرمی‌گیرند که مربوط به تعهدات ناشی از خود معاهده باشد، یعنی صرفاً دعاوی ناشی از تخلفات عهدنامه‌ای. اما برخی دیگر از معاهدات سرمایه‌گذاری با ایجاد تعهد در سطح حقوق بین‌الملل، سعی دارند دولت میزبان را به رعایت هرگونه تعهد لازم‌الاجرا در رابطه با سرمایه‌گذاری‌های خارجی ملزم کنند. چنین مقرره و مقررات مشابه در اصطلاح، «شرط فراگیر» نامیده می‌شود، هرچند با نام‌های دیگری نیز به‌کار رفته است. شروطی از این دست به‌منظور حمایت مضاعف از سرمایه‌گذار و پوشش قراردادهای سرمایه‌گذاری میان کشورهای میزبان و سرمایه‌گذاران خارجی، در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری با عبارات مختلفی گنجانده می‌شوند. ازاین‌رو مراجع داوری در برخورد با این شروط، تفاسیر متفاوتی ارائه کرده و گاهی به نتایج متعارضی دست یافته‌اند. این مطالعه، مروری بر خاستگاه و اهمیت عبارت‌پردازی این شرط در معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه خواهد داشت؛ سپس به اثر، قلمرو و شرایط اعمال آن در رویه تفسیری داوری /یکسید می‌پردازد و در صدد است تا بر مبنای تفسیر مضیق یا موسع از شرط فراگیر، رویه داوری/یکسید را تحلیل کند.

واژگان کلیدی

شرط فراگیر، معاهدات سرمایه‌گذاری، قراردادهای سرمایه‌گذاری، رویه داوری، ایکسید

* نویسنده مسئول، دانشیار و مدیر گروه حقوق عمومی و بین‌الملل دانشکده معارف اسلامی و حقوق دانشگاه امام صادق (ع)
habibzadeh@isu.ac.ir

** دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه مفید قم r.a_gholami@yahoo.com

www.SID.ir

Archive of SID

مقدمه

در سال‌های گذشته، محاکم */یکسید* در تلاش بودند تا قلمرو مطلوب شروط معاهده‌ای را به‌منظور گنجاندن دعاوی قراردادی در محدوده چتر حمایتی معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری[1] تعیین کنند. این هدف از طریق تفسیر شرطی محقق می‌شود که در حال حاضر از میان بیش از ۳۰۰۰ معاهده سرمایه‌گذاری منعقدشده در سراسر جهان،[2] در بیش از ۴۰ درصد معاهدات دوجانبه و چندجانبه سرمایه‌گذاری درج شده است[3] تا سرمایه‌گذار خارجی بتواند نقض قرارداد را نقض معاهده معرفی کرده و از سازوکار حل اختلاف معاهده برای احقاق حقوقش استفاده کند. در عبارت‌پردازی معمول، شروط فراگیر متضمن تعهد دولت میزبان مبنی بر رعایت تمامی تعهداتی است که در برابر سرمایه‌گذاران تبعه دولت مقابل بر عهده گرفته است.[4] نکته اینجاست که آیا تجویز شروط فراگیر با انحراف از حقوق بین‌الملل عرفی موجود، مراجع حل اختلاف داوری به‌ویژه */یکسید* را با مشکل روبه‌رو نمی‌کند؟

درگیرشدن نظام حل اختلاف */یکسید* با اختلافات فرعی و ثانوی سرمایه‌گذاران موجب شد نسبت به کاربرد این شرط ابراز تردید و موضع‌گیری شود. همچنین ظرفیت بالقوه این شروط باعث شده که برخی محاکم از اعطای هرگونه اثر و خاصیت ماهوی به آن امتناع ورزند. باوجود این، برخی دیگر به گسترش قلمرو این شروط، فرای چارچوب سنتی تمایل نشان داده‌اند. بااین‌حال، جالب است که در تفسیرهای این دو دسته از محاکم، یک سری نقاط مشترک، هرچند اندک وجود دارد. به‌علاوه علی‌رغم بی‌میلی و مخالفت اولیه برخی مراجع داوری با تفسیر موسع این شروط، پیشینه تاریخی آن نشان‌دهنده عزم و اراده صریح و آشکار جهت تجزیه و تحلیل ماهوی آن‌هاست.

۱. کاربرد شرط فراگیر

تا قبل از ظهور معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذاران با موانع زیادی در جریان پیگیری و تعقیب دعاوی خود علیه دولت‌های خارجی روبه‌رو بودند. ازآنجاکه به‌موجب حقوق بین‌الملل عرفی، دولت‌های حاکم در برابر دعاوی مستقیم شرکت‌ها و اشخاص حقیقی از مصونیت برخوردار

1. Bilateral Investment Treaty (BIT)

2. UNCTAD, Investment Policy Monitor, Issue 17, March 2017, available at: http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2017d1_en.pdf

3. Crawford, James, "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *The 22nd Fresh Fields Lecture on International Arbitration*, London, 29 November 2007, p. 18.

٤. برای اطلاعات بیشتر، ن.ک:

Moses, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, New York, 2008.

www.SID.ir

Archive of SID

بودند، و پیگیری جبران خسارت و مطالبه غرامت از سوی سرمایه‌گذار به رضایت دولت میزبان بستگی داشت، سرمایه‌گذار زیان‌دیده به دولت متبوع خود متوسل می‌شد تا از دعاوی‌اش حمایت کند. مکاتبات سیاسی، مراجعه به دیوان بین‌المللی دادگستری، و گزینه نظامی از شیوه‌های معمول حمایتی بودند.[۵] بااین‌حال، چون حمایت دیپلماتیک از اتباع، حق دولت‌ها محسوب شده و به اراده سیاسی آن‌ها بستگی داشت، روش‌های قراردادی جدیدی متناسب با اقتضائات و تحولات سیاسی داخلی و بین‌المللی ابداع شد. از سوی دیگر، احراز عدم صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری در رسیدگی به اختلافات ناشی از ملی‌کردن صنعت نفت از سوی ایران در قضیه شرکت نفت ایران ـ انگلیس، زمینه و بهانه لازم را فراهم کرد تا به‌منظور توسعه و ارتقای حمایت بین‌المللی از سرمایه‌گذاری خارجی، ابزارهای بین‌المللی جدیدی جهت استقرار چارچوب منسجم و جهانی به‌کار گرفته شود.

روند این تحولات و پیشرفت‌ها با امضای اولین معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری توسط آلمان و پاکستان در ۱۹۵۹ و تأسیس *ایکسید* در ۱۹۶۵ به اوج خود رسید. به مرور زمان، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری به‌عنوان ابزار مطلوب و مفید از سوی کشورها به‌منظور جذب سرمایه‌گذاری خارجی و نیز حصول اطمینان از حمایت از شهروندانشان در قلمرو سرزمینی طرف مقابل، مورد استفاده قرار گرفت. می‌توان گفت مهم‌ترین بخش معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، مقررات مربوط به حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری است، چرا که ضمانت اجرای بخش‌های دیگر و تجسم عینی سایر مقررات حمایتی آن است.

رشد و توسعه شروط فراگیر، هم‌زمان با سایر تحولات حقوق سرمایه‌گذاری ادامه یافت. منشأ مقررات فعلی مربوط به شرط فراگیر از پیش‌نویس موافقت‌نامه حل‌وفصل اختلافات میان شرکت نفت انگلیس ـ ایران[۶] و دولت ایران، راجع به حل اختلافات ناشی از ملی‌سازی نفت ایران سرچشمه می‌گیرد.[۷] تلاش‌های دولت انگلستان برای داوری این دعوا طبق شرط ناقص مندرج در موافقت‌نامه و همچنین حمایت از دعوای آن شرکت نزد دیوان بین‌المللی دادگستری، ناکام ماند.[۸] در آن زمان پروفسور *لاترپاخت*،[۹] مشاور شرکت نفت انگلیس ـ ایران پیشنهاد کرد ازآنجاکه

5. Bishop, R. Doak, Crawford, James, Reisman, William Michael, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, Huge, 2005, pp. 1-2.

6. Anglo-Persian Oil Company

۷. برای اطلاع بیشتر از خاستگاه و پیشینه مقررات شرط فراگیر، ن.ک:

Sinclair, Anthony C., "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, vol. 20, Issue 4, 2004.

8. Wong, Jarrod, "Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes", *George Mason Law Review*, vol. 14, No. 1, 2006, pp. 141-145.

9. Elihu Lauterpacht

www.SID.ir

Archive of SID

حقوق داخلی ایران و انگلستان نمی‌تواند تراضی و توافق بالقوه‌ای میان طرفین ایجاد کند، این شرکت تمام سعی خود را برای حصول توافق نسبت به انعقاد معاهده تحت حکومت حقوق بین‌الملل به‌کار بندد. *لاترپاخت* این مقرره را به‌عنوان ایجاد سیستم توصیف کرد که در آن همه قراردادها میان *بریتیش پترولیوم*[۱۰] از یک طرف و شرکت تازه‌تأسیس ملی نفت ایران یا دولت ایران از طرف دیگر منعقد شود یا به معاهده میان ایران و انگلستان که مطابق آن، هر نقض قراردادی یا توافقی، نقض معاهده‌ای فرض می‌شود، ارجاع داده شود.[۱۱]

با این پیشنهاد، دو هدف اصلی تعقیب می‌شد: نخست اینکه حل‌وفصل اختلافات از حیطه نظام حقوقی ایران خارج می‌شد. بدین ترتیب، قراردادهای منعقده از گزند تغییرات یک‌جانبه دور می‌ماند. هدف دوم، افزودن سازوکار جبران خسارت بین‌الدولی در برابر نقض سازوکار قراردادی حل‌وفصل، در راستای بین‌المللی‌کردن قراردادها بود که سابق بر این از مجرای انتخاب قانون حاکم و شرط داوری مندرج در قرارداد صورت می‌گرفت.[۱۲] در کل، اثری که این پیشنهاد بر مفاد قرارداد داشت، ثباتی بود که به‌واسطه معاهده میان دولت‌ها تضمین می‌شد.[۱۳] بدین ترتیب، سرمایه‌گذاری خارجی از یک طرف، به‌واسطه قرارداد سرمایه‌گذار با دولت میزبان، و از طرف دیگر، از طریق معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقده بین دولت میزبان و دولت متبوع سرمایه‌گذار مورد حمایت قرار می‌گیرد و شرط فراگیر، حلقه وصل این دو نوع موافقت‌نامه محسوب می‌شود.

در ۱۹۵۹، *هرمان آبس* و *هارتلی شوکراس* در طرح خود، به نام *آبس ـ شوکراس* در مورد سرمایه‌گذاری‌های خارجی، پیش‌نویس کنوانسیونی را ارائه دادند که فرمول جدیدی از شرط فراگیر را ارائه می‌کرد.[۱۴] ماده ۲ این طرح چنین مقرر می‌داشت: «طرفین رعایت هر تعهدی که

---

۱۰. لازم به توضیح است که پس از کودتای ۲۸ مرداد، شرکت نفت انگلیس ـ ایران در سال ۱۹۵۴ نام خود را به *بریتیش پترولیوم* (British Petroleum) تغییر داد و نهایتاً تحت فشارهای ایالات متحده امریکا، یک کنسرسیوم بین‌المللی متشکل از هفت شرکت مهم نفتی، موسوم به «هفت خواهران نفتی» استخراج و مدیریت نفت ایران را بر عهده گرفت.

11. Yannaca-Small, Katia, "*What About This 'Umbrella Clause'",* in: *Arbitration under International Investment Agreements*, Oxford University Press, New York, 2010, pp. 481-483.

12. Wong, Jarrod, *op. cit.*, p. 145.

13. Lauterpacht, Elihu, C.B.E., Q.C, "International Law and Private Foreign Investment", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 4, Issue 2, 4-1-1997, pp. 259, 271, 272.

لازم به ذکر است دعاوی شرکت نفت انگلیس ـ ایران نمی‌توانست در مراجع بین‌المللی پیگیری شود، در عوض، حق انگلستان در حمایت دیپلوماتیک از شرکت‌های سرمایه‌گذار تبعه‌اش به رسمیت شناخته می‌شد. به‌عبارت دیگر، می‌بایست اختلاف بین‌المللی را خود دولت‌ها نزد دیوان بین‌المللی دادگستری پیگیری می‌کردند.

14. Sinclair, Anthony C., "The Origin of Umbrella Clauses in International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, vol. 20, No. 4, 2004, p. 418.

در سال ۱۹۵۹ انجمن آلمانی توسعه حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی که دکتر *هرمان آبس* آن را رهبری می‌کرد، پیش‌نویس کنوانسیون بین‌المللی در حمایت متقابل از حقوق اموال خصوصی در کشورهای خارجی را منتشر کرد. *لرد شوکراس* نیز در

www.SID.ir

Archive of SID

در ارتباط با سرمایه‌گذاری‌های صورت گرفته توسط اتباع طرف دیگر را بر عهده گرفته، مستمراً تضمین می‌نمایند».[۱۵] به‌کاربردن عبارت «هر تعهدی»، بی‌درنگ شمول تعهدات قراردادی میان دولت‌ها و سرمایه‌گذاران خارجی را نیز به ذهن متبادر می‌کرد.[۱۶] به‌علاوه، تفسیر این شرط به‌گونه‌ای بود که تعهدات موردنظر را به سطح حقوق بین‌الملل ارتقا دهد.[۱۷] ازاین‌رو اثر اصلی این ماده، تبدیل تعهدات قراردادی خارج از قلمرو حقوق بین‌الملل، به تعهدات بین‌المللی بود. این شرط، سرمایه‌گذار را از مطالبه اولیه و مقدماتی حقوقش در سطوح داخلی بی‌نیاز می‌کرد.[۱۸] بدین‌ترتیب، طراحان آن از طریق بازشناسی ماهیت الزام‌آور تعهدات مورد بحث، قصد تأیید اصل کلی «وفای به عهد» را داشته‌اند. بنابراین، شرط فراگیر در طرح *آبس ـ شوکراس*، انحراف گسترده از حقوق موجود تلقی شد.[۱۹]

سه سال بعد، هنگامی که سازمان توسعه و همکاری اقتصادی،[۲۰] پیش‌نویس کنوانسیون خود را در حمایت از اموال خارجیان منتشر کرد، شروط فراگیر، دوباره محل بحث واقع شد. طرح پیش‌نویس این کنوانسیون مقرر می‌داشت که «هریک از اطراف، مستمراً رعایت تعهدات برعهده‌گرفته در ارتباط با دارایی و اموال اتباع سایر اطراف را تضمین خواهد کرد». این بار اموال، همه دارایی‌ها، حقوق و منافع مستقیم و غیرمستقیم را شامل می‌شد. هدف از این طرح، تفسیر عبارات به موسع‌ترین مفهوم ممکن بود. علاوه بر این، طراحان این پیش‌نویس، «تعهدات» را شامل قراردادها و توافقات و همچنین تضمین‌های یک‌جانبه از سوی دولت میزبان در نظر گرفتند.[۲۱] بنابراین، علی‌رغم عبارت‌پردازی مضیق ظاهری، شرط فراگیر مندرج در پیش‌نویس این کنوانسیون، از تفسیری موسع، مشابه با فرمول‌های قبلی آن برخوردار بود. با اینکه این طرح هیچ وقت برای امضا مفتوح نشد، طراحان آن، پیش‌نویس را به دول عضو، به‌عنوان کنوانسیون نمونه پیشنهاد و توصیه کردند.

سال ۱۹۵۸ طرح خود را در دستیابی به دو هدف تقویت احترام به مال و دارایی خصوصی و سوق‌دادن سرمایه‌گذاری‌ها به اقتصادهایی که به آن نیاز داشتند ارائه داد. بعد از آن، *آبس* و *شوکراس* یکدیگر را ملاقات کرده و در سال ۱۹۵۹ پیش‌نویس مشترک خود را درباره کنوانسیون حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی ارائه دادند.

۱۵. علومی یزدی، حمیدرضا و سمیه محمدی؛ «شرط التزام عام در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره شانزدهم، شماره ۴۳، تابستان ۱۳۹۳، ص ۶۳.

16. B. Potts, Jonathan, "Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization", *Virginia Journal of International Law*, vol. 51, No. 4, 2011, p. 1010.

17. Voss, Jan Ole, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Leiden; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 226.

18. B. Potts, Jonathan, *op. cit*.

19. Wong, Jarrod, *op. cit*., p. 147.

20. Organization of Economic Cooperation and Development (OECD)

21. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, *OECD*, O.E.C.D Publications 2, Rue André Pascal, Paris-16, No. 15637, December 1962, pp. 13, 41-14.

www.SID.ir

Archive of SID

۲. رویه تفسیری مراجع داوری ایکسید

با اینکه شرط فراگیر، در دهه ۱۹۵۰ ظهور کرد، هیچ دیوان داوری تا سال ۲۰۰۳ درگیر تحلیل و تفسیر آن نشده بود. پس از بروز تعارض اساسی، شکاف برجسته‌ای میان دو مکتب فکری عمده ایجاد شد. نخستین دیوان داوری و اخلافش، نسبت به دفاع از تفسیر موسع شرط فراگیر، قائل به تردید شدند. این مراجع به‌منظور پرهیز از انحراف از انتظارات سنتی حقوق بین‌الملل، استدلال‌هایی را برای تحدید آثار شرط فراگیر ارائه دادند. در مقابل، چندین دیوان داوری به ارائه تفسیری مشابه با دیدگاه اولیه *لاترپاخت* از قلمرو شرط فراگیر متمایل بودند،[۲۲] هرچند هیچ‌کدام از آن‌ها صریحاً بر دیگری برتری پیدا نکرده و دو مسیر کلی تفسیر، حاکی از تعارض درونی‌اند.[۲۳]

۲ـ۱. تحدید قلمرو شرط فراگیر

رویه تفسیر مضیق دیوان‌های داوری از شرط فراگیر، با داوری پرونده شرکت سوئیسی SGS علیه پاکستان[۲۴] آغاز شد و در قضایای دیگر ادامه یافت. از این میان، تصمیم دیوان‌های داوری در سه پرونده بعدی از اهمیت برخوردار است. آرای صادره در این موارد از تحلیل یکسانی برخوردار نیست اما به نتیجه مشابهی ختم می‌شود.

---

۲۲. همچنین، ن.ک:

Reinisch, August, "How Narrow Are Narrow Dispute Settlement Clauses in Investment Treaties?", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, No. 1, 2011, pp. 131-188.

۲۳. پیران، حسین؛ «شرط التزام در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال بیست‌وششم، شماره ۴۰، بهار ـ تابستان ۱۳۸۸، صص ۲۶۵-۲۶۱.

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

پرونده SGS علیه پاکستان، به قرارداد بازرسی محموله باری (PSI) مربوط می‌شد که به‌موجب آن، شرکت سوئیسی SGS، ارائه یک سری خدمات در رابطه با واردات کشور پاکستان را به عهده گرفت و در موارد نقض تعهدات قراردادی، موافقت‌نامه PSI شرط داوری داخلی در نظام حقوقی پاکستان را مقرر کرده بود. با بروز اختلاف قراردادی و مراجعه آن شرکت به *ایکسید*، دولت پاکستان مدعی شد که طبق کنوانسیون *واشنگتن* و اصل وفای به عهد، دیوان داوری *ایکسید* فاقد صلاحیت است و اختلاف موردنظر باید از طریق داوری داخلی مقرر در قرارداد، رسیدگی شود. حسین پیران؛ *مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی*، گنج دانش، ۱۳۸۹، ص ۲۵۷ و پوریا عسکری؛ *حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داوری بین‌المللی*، شهر دانش، ۱۳۹۱، ص ۹۱.

شرکت سوئیسی در مقام پاسخ به ماده ۱۱ معاهده سوئیس ـ پاکستان اشاره و ادعا می‌کرد که عبارات و مفاد شرط فراگیر، تمامی دعاوی قراردادی را به سطح تعهدات معاهده‌ای ارتقا می‌دهد.

(*SGS v. Islamic Republic of Pakistan*, *op. cit.*, paras. 1, 11,15, 48, 51, 2, 97-99).

دیوان تردید داشت که سرمایه‌گذاران بتوانند آزادانه شروط حل‌وفصل اختلاف قراردادی مثل شرط داوری در موافقت‌نامه PSI را نادیده بگیرند. اگر سرمایه‌گذاران به‌راحتی بتوانند شرط حل‌وفصل اختلاف را در انحصار خود درآورده و اختیار انتخاب میان داوری بین‌المللی و مرجع توافقی در قرارداد با آن‌ها باشد، دولت میزبان از اعمال حقش مبنی بر دفاع از دعوا نزد مرجع حل اختلاف قراردادی محروم خواهد شد.

(*SGS v. Islamic Republic of Pakistan*, *op. cit.*, para. 168).

www.SID.ir

Archive of SID

الف. شرط فراگیر و شرط انتخاب محکمه قراردادی

یکی از موضوعات اصلی در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی، مرجع حل اختلافات ناشی از نحوه اجرای تعهدات مندرج در قرارداد دولت ـ سرمایه‌گذار است. در قرارداد سرمایه‌گذاری معمولاً مرجع صالح برای حل اختلافات قراردادی مشخص می‌شود.

پیشنهاد *لاتریاخت* در دهه پنجاه میلادی این بود که شرکت‌های سرمایه‌گذار در امر پیگیری دعاوی خود، بین سازوکار حل اختلافات قراردادی و عهدنامه‌ای، امکان انتخاب داشته باشند. علی‌رغم احتمال تعارض بین این دو سازوکار، آن‌ها بهترین راه‌های جایگزین تصور می‌شدند.[۲۵] در آن زمان از شرط فراگیر برای ارتقای سطح اختلاف به دعوای بین‌المللی استفاده شد و این باعث شد تمام تخلفات قراردادی در معرض چنین تغییر وضعیتی قرار گیرند.

منتهی رویه داوری حاکی از آن است که اختلافات قراردادی باید در مرجع حل اختلاف پیش‌بینی‌شده در خود قرارداد حل‌وفصل شود. حکم ابطال رأی *ویواندی*[۲۶] که کمی قبل از داوری پرونده SGS علیه پاکستان صادر شد، نمونه خوبی است. در این پرونده با توجه به عدم پیش‌بینی شرط فراگیر در معاهده، خواهان مجبور بود دعاوی قراردادی و معاهده‌ای را با هم ترکیب کند. اما همانند اکثر قراردادهای سرمایه‌گذاری، قرارداد مربوط، حاوی شرط انتخاب محکمه بود که باعث شد دیوان داوری، پرونده را به دادگاه محلی ارجاع دهد. کمیته ابطال با ذکر اینکه دولت ممکن است بدون نقض قرارداد، معاهده‌ای را نقض کند و بالعکس، کار خود را آغاز کرد.[۲۷] پس از اشاره به ماده ۳ طرح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به مسئولیت دولت‌ها،[۲۸] دیوان داوری بیان داشت که به هریک از این دعاوی باید با توسل به حقوق حاکم بر آن‌ها رسیدگی شود؛ یعنی اختلافات معاهده‌ای بر اساس حقوق بین‌الملل و اختلافات مربوط به قرارداد امتیاز بر مبنای حقوق داخلی حاکم بر قرارداد.

بنابراین، جایی که مبنای اصلی دعوای مطروحه نزد دیوان داوری، نقض قرارداد باشد، دیوان به هر شرط انتخاب محکمه معتبر مندرج در همان قرارداد، ترتیب اثر خواهد داد.[۲۹] اما زمانی که منشأ اصلی اختلاف، نقض معاهده باشد، پیش‌بینی مرجع حل اختلاف در قرارداد نمی‌تواند مانعی بر سر راه اعمال سازوکار حل اختلاف خود معاهده باشد.[۳۰]

25. B. Potts, Jonathan, *op. cit.*, pp. 1039, 1040.

26. Vivendi

27. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on Application for Annulment, July 3, 2002, para. 95.

28. Article 3: "Characterization of an act of a State as internationally wrongful, the characterization of an act of a State as internationally wrongful is governed by international law. Such characterization is not affected by the characterization of the same act as lawful by internal law".

29. *Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, *op. cit.*, paras. 96, 98.

30. *Ibid.*, para. 101.

www.SID.ir

Archive of SID

این استدلال به فهم رابطه شرط انتخاب محکمه و شرط فراگیر کمک می‌کند. مخصوصاً در مواردی که احتمال می‌رود شرط فراگیر، تخلفات قراردادی را به سطح معاهده ارتقا دهد، موضوع اهمیت دوچندان می‌یابد. در این روش، قرارداد نقض‌شده می‌تواند با تبدیل‌شدن به بخشی از معاهده، در کنار مقررات معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری موجود بررسی شود. مقررات متعارض، به نفع قرارداد جمع می‌شوند و قرارداد به‌عنوان ابزار خاص‌تر نسبت به مقررات عام معاهده و نیز سازوکارهای حل اختلاف قراردادی بر شیوه‌های فهرست‌شده در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری اولویت می‌یابند. این همان رویه‌ای بود که در دیوان داوری SGS علیه فیلیپین اتخاذ شد.[۳۱] در مقابل، اگر در قرارداد، مرجع حل اختلاف پیش‌بینی نشود، نقض قرارداد، شرط فراگیر را وارد عمل کرده و محکمه مقرر در معاهده، صلاحیت رسیدگی پیدا می‌کند.

در این وضعیت، تأثیر قرارداد بر شرط فراگیر تبیین می‌شود و مقررات قراردادی بدون ایجاد ابهام، فضاهای خالی معاهده را پر می‌کند. اما زمانی که این دو با هم اصطکاک پیدا کنند، فقط مقررات قراردادی که موضوع حقوق داخلی است، عملاً اعمال می‌شود. هدف از این شیوه، محترم‌شمردن قراردادهایی است که آزادانه بین سرمایه‌گذاران و دولت‌های میزبان مذاکره شده است. باید توجه داشت که هدف از انعقاد معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، حمایت از سرمایه‌گذار خارجی است؛ حال اگر همین سرمایه‌گذار در مقابل برخی منافع آتی خود از حقوقش اعراض نماید، حق دارد آزادانه عمل کند. مفاهیمی چون استقلال و حاکمیت اراده طرفین و اصل وفای به عهد، چنین اقتضایی دارد.

این دیدگاه با معیار کشورهای توسعه‌یافته در مقابل کشورهای درحال‌توسعه متناسب و هماهنگ است. ملت‌های درحال‌توسعه، نیاز مبرمی به سرمایه‌های خارجی دارند و در نهایت، تسلیم خواسته‌های سرمایه‌گذاران، مبنی بر دسترسی به *ایکسید* می‌شوند. در کشورهای توسعه‌یافته و با نظام حقوق داخلی منسجم‌تر، تهدید کمتری برای سرمایه‌گذاران خارجی احساس می‌شود. از طرفی دولت میزبان توسعه‌یافته، نیاز کمتری به سرمایه‌گذاری خارجی دارد؛ بدین ترتیب می‌تواند پیشنهادهای متعادل‌تری در قراردادهای سرمایه‌گذاری بگنجاند و سرمایه‌گذار با اطمینان‌خاطر به‌منظور افزایش میزان سوددهی قرارداد از دسترسی به *ایکسید* صرف‌نظر می‌کند.

رویکرد دیگر، علت تعارض میان شرط فراگیر در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری و شرط انتخاب محکمه در قرارداد را ابهامی می‌داند که نهایتاً به ضرر دولت میزبان تمام می‌شود که طرف قرارداد و نیز معاهده است. طبق این نظر، دولتی که تعهدات متعارضی پذیرفته، باید آثار و عواقب آن را نیز بپذیرد؛[۳۲] خصوصاً اینکه دولت‌ها می‌توانند با افزودن قیودی در قراردادهای

31. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Repablic of Philippines*, ICSID Case No.ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 29, 2004, para. 134.

32. Wong, Jarrod, *op. cit.*, pp. 173, 172.

www.SID.ir

Archive of SID

حاوی شرط انتخاب محکمه، اثر شرط فراگیر را محدود کنند. این روش، هم می‌تواند در قراردادهای قبل از معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری و هم در قراردادهای سرمایه‌گذاری بعد از معاهده با استثنای اختلافات قراردادی از شمول مقررات معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری‌های مربوط به‌کار رود. به عبارت دیگر، طرفین قرارداد می‌توانند اختلافات فی‌مابین را از شمول حمایت‌های معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مستثنا کنند.

تفاوت این دو شرط، در حقوق حاکم بر آن‌هاست؛ شرط انتخاب محکمه، تحت حقوق داخلی و مقررات معاهده در تعیین مرجع حل اختلاف، در حوزه حقوق بین‌الملل است. باوجود این، در مرحله صلاحیتی، پیش از ورود به ماهیت دعوا، دیوان داوری که طبق حقوق بین‌الملل تشکیل شده، ادعای نقض قرارداد را نیز بررسی می‌کند. به این ترتیب، مرجع بین‌المللی به‌واسطه قبول دعوای قراردادی سرمایه‌گذار، علی‌الظاهر حقوق داخلی را به‌صورت صریح نقض می‌کند زیرا اختلافات قراردادی معمولاً تحت حکومت حقوق داخلی دولت میزبان است.

اهمیت این تمایز در قضیه *بیواک*[۳۳] علیه پاراگوئه توسط دیوان داوری آشکار شد. دیوان به‌سختی از پس توجیه اعمال شرط انتخاب محکمه توسط طرفین در قرارداد برآمد.[۳۴] ازآنجاکه شرط فراگیر، مستلزم رعایت تعهدات از سوی دولت میزبان است، دیوان می‌بایست شرط انتخاب محکمه را نیز به‌عنوان یکی از آن تعهدات در نظر بگیرد. علی‌رغم اینکه هدف از داوری *ایکسید*، تجویز پیگیری دعاوی در مرجع بی‌طرف توسط سرمایه‌گذار است، دیوان معتقد بود شرط انتخاب محکمه‌ای که مرجع حل اختلاف را دادگاه‌های دولت میزبان مشخص‌کرده هم، تعهدی است که دولت میزبان بر عهده گرفته است.[۳۵] به همین دلیل، دیوان برای اطمینان از اینکه مراجع محلی صالح، در دسترس سرمایه‌گذار زیان‌دیده قرار گیرد، شرط مذکور را در قالب «تعهد ضمنی» در قرارداد شناسایی کرد.

در پرونده SGS علیه پاکستان نیز دیوان داوری، شرط انتخاب محکمه مندرج در قرارداد را معتبر دانسته و ازاین‌رو ادعاهای قراردادی سرمایه‌گذاران را معاهده‌ای تلقی نکرد.[۳۶] به عبارت دیگر، تا زمانی که تخلفات قراردادی در چارچوب حمایت‌های اضافی مندرج در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری قابل طرح نباشد، سرمایه‌گذار نمی‌تواند جبران خساراتش را از طریق دیوان داوری *ایکسید* پیگیری کند. برای پذیرش رسیدگی به اختلافات قراردادی، دیوان داوری نیازمند توافقنامه خاص جدای از قرارداد سرمایه‌گذاری از سوی طرفین است و چنین توافقی در این پرونده از نظر دیوان وجود نداشت. دیوان در این خصوص اظهار داشت که حتی در صورت وجود توافقنامه خاص،

33. BIVAC

34. Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, *BIVAC B.V. v. Republic of Paraguay*, (ICSID Case No ARB/07/9), Decision on Objection to Jurisdiction, May 29, 2009, paras. 128-161.

35. *Ibid.*, para. 141.

36. *SGS v. Islamic Republic of Pakistan*, *op. cit.*, para. 161.

www.SID.ir

Archive of SID

صلاحیت دیوان بر توافق مذکور و نه معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری سوئیس ـ پاکستان مبتنی است.[۳۷]

ب. قلمرو «تعهدات» مشمول شرط فراگیر

به دلیل آثار و عواقب حقوقی که ممکن بود از گسترش نامحدود و ناخواسته قلمرو شرط فراگیر ناشی شود و تبعات سنگینی برای طرفین قرارداد داشته باشد، لازم بود طراحان و تنظیم‌کنندگان معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، مسیر روشن‌تری پیش روی مراجع حل اختلاف قرار می‌دادند.[۳۸] در پرونده SGS علیه پاکستان که از مصادیق مهم تفسیر مضیق و محدود شرط فراگیر به شمار می‌آید، ادعای این شرکت، مبنی بر اینکه شرط فراگیر مندرج در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری سوئیس ـ پاکستان، تمامی دعاوی قراردادی را به دعاوی معاهده‌ای ارتقا می‌دهد، رد شد. دیوان داوری *ایکسید* معتقد بود که عبارت «تعهدات» در این مقرره جهت دربرگرفتن اقدامات اداری، قانونگذاری و تعهدات قراردادی دولت میزبان به حد کافی موسع نیست.[۳۹] بنا به تفسیر دیوان از عبارت‌پردازی شرط فراگیر جهت «تضمین مستمر رعایت ...» این تعهدات، شرط مزبور توافقی به‌منظور تضمین مستمر برخی الزامات قانونی و اداری حقوق موضوعه یا قراردادی است که لزوماً نشانه ایجاد و پذیرش حقوق بین‌الملل جدید نیست. مضافاً ممکن است واژه «تعهدات»، تمام موضوعات مرتبط با نهادهای فرعی دولتی را دربرگیرد، که شامل تعهدات هر شخص حقوقی مثل ادارات، بخش‌های فرعی یا مؤسسات قانونی است که اقدامات و اعمالشان قابلیت انتساب به دولت را دارد. برای دیوان ممکن نبود که چنین تعهدی را قابل بسط و توسعه نامحدود بداند. به عقیده دیوان، شرط فراگیر موردنظر در بیان صریح ارتقای تخلفات قراردادی به سطح تخلف از حقوق بین‌الملل معاهدات، ناکام مانده است.[۴۰]

باوجود این، دیوان شرط فراگیر را ماده بی‌اثر و بی‌اعتبار قلمداد نکرد. محتوای این ماده، حاوی دو مطلب است: نخست، این شرط می‌تواند مؤید قرینه‌ای بر وجود تعهد ضمنی دولت در رابطه با تصویب قواعد اجرایی و دستورالعمل‌های لازم و مناسب جهت اثربخشیدن به تعهدات قراردادی و قانونی باشد، که در غیر این صورت، به کاغذی منسوخ و متروک تبدیل می‌شود. دوم، «دیوان این احتمال را می‌پذیرد که در موقعیت‌های خاص، تخلف از مقررات معین قرارداد بین دولت با سرمایه‌گذار طرف دیگر معاهده، منجر به تخلف از مقررات معاهده شود ... و یک طرف قرارداد را مستمراً به تضمین رعایت قرادادهایش با سرمایه‌گذاران طرف مقابل ملزم کند».[۴۱]

37. *Ibid*.
38. *Ibid*., 167.
39. *Ibid*., paras. 165, 166.
40. *Ibid*., paras. 165, 166.
41. *Ibid*., para. 172.

www.SID.ir

Archive of SID

از سوی دیگر، علی‌رغم لسان موسع معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، دیوان تحلیل ماهوی از شرط را نپذیرفت و در فقدان شواهد و مدارک روشن و متقاعدکننده، مانند قصد و اراده مشترک، نتوانست شرط مذکور را مؤید تجویز چنان ادعایی بداند[۴۲] چرا که چنان تفسیری می‌توانست مراجعه به تعداد نامحدودی از قراردادهای دولتی و سایر ابزارهای داخلی متضمن تعهدات یک‌جانبه دولت را در برابر سرمایه‌گذار تبعه طرف دیگر معاهده در پی داشته باشد.[۴۳] از همه مهم‌تر، سایر مقررات معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری را که مستلزم تخلف از استانداردهای ماهوی معاهده بود، زائد و بی‌فایده جلوه می‌داد. بدین ترتیب اگر از آستانه ضعیف نقض صرف قرارداد، نقض تعهد معاهده‌ای نتیجه‌گیری شود، اصول کلی معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، فرعی به نظر خواهد رسید.

اصولاً معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری صرفاً متضمن شرط فراگیر و سازوکار حل‌وفصل اختلاف است و هیچ حمایت ماهوی دیگری ضرورت ندارد.[۴۴] معیارهایی مثل رفتار عادلانه و منصفانه و حمایت و امنیت کامل نیز می‌توانند به‌واسطه شمول عبارت «هر الزام قانونی» مدنظر باشند.[۴۵]

از همان ابتدای ظهور این شرط، برخی مفسران معتقد بودند قلمرو اصلی شرط فراگیر صرفاً به موارد نقض قرارداد سرمایه‌گذاری با اعمال حاکمیت توسط کشور میزبان در پروژه‌های در مقیاس بزرگ ملی محدود می‌شود.[۴۶]

ج. قصور در رعایت تعهدات مندرج در شرط فراگیر

یکی از مواردی که سرمایه‌گذاران خارجی می‌توانند به‌موجب شرط فراگیر، دعاوی خود را نزد دیوان بین‌المللی داوری اقامه کنند، قصور دولت میزبان در رعایت تعهدات موردنظر در آن شرط است. در پرونده SGS علیه پاکستان، دیوان دو وضعیت را از مصادیق قصور در رعایت تعهدات مذکور اعلام کرد: حالتی که یک دولت به‌طور عملی مانع می‌شود که سرمایه‌گذار دعاوی‌اش را نزد مرجع داوری تعقیب کند و زمانی که دولت میزبان از شناسایی اعتبار شرط داوری امتناع می‌ورزد و سرمایه‌گذار را وادار به مراجعه به دادگاه‌های محلی می‌کند.[۴۷] بنابراین دیوان بدون نادیده‌گرفتن کامل مفهوم و محتوای شرط فراگیر، سوئیس را از اعمال کلی این مقرره محروم

42. *Ibid.*, para. 167; D. Franck, Susan, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005, pp. 1521, 1572.

43. *SGS v. Islamic Republic of Pakistan*, *op. cit.*, para. 168; *BIVACB.V v. Republic of Paraguay*, *op. cit.*, para. 151.

44. W. Schill, Stephan, "Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties", *Minnesota Journal of International Law*, vol. 18, 2009, pp. 1-41.

45. *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/03/15), Decision on Jurisdiction, April 27, 2006, 21 ICSID Rev. 488, para. 76.

46. B. Potts, Jonathan, *op. cit.*, p. 1036.

47. *SGS v. Islamic Republic of Pakistan*. para. 172.

www.SID.ir

Archive of SID

کرد. همین تلقی دیوان باعث شد در کل، وجود شرط فراگیر، بی‌اثر و بی‌فایده به نظر برسد.

د. تفکیک بین اقدامات تصدی‌گری و حاکمیتی

چنانچه قرارداد سرمایه‌گذاری بین شرکت خارجی سرمایه‌گذار و شرکت غیردولتی یا نهاد دولتی دارای شخصیت حقوقی مستقل منعقد شود، تعهدات قراردادی نمی‌تواند مشمول تعهدات موردنظر در شروط فراگیر باشد.

این موضوع در رأی سال ۲۰۱۰ دیوان داوری *ایکسید* در دعوایی که شرکت سرمایه‌گذار آلمانی[۴۸] طرف قرارداد مشارکت[۴۹] با هیئت‌مدیره شرکت کاکائوی غنا[۵۰] علیه دولت غنا اقامه کرده بود، به‌خوبی منعکس شده است.[۵۱] در این قضیه، پس از حدوث اختلاف نسبت به نرخ‌ها و تحویل‌های ناقص، شرکت آلمانی، دادخواست داوری با موضوع نقض قرارداد با استناد به شرط فراگیر علیه دولت غنا تسلیم *ایکسید* کرد.[۵۲] دولت غنا در مقام دفاع مدعی شد که حتی اگر شرط فراگیر نسبت به تعهدات قراردادی محض قابل اعمال بود، صرفاً می‌توانست قراردادهای انعقادی توسط جمهوری غنا را پوشش دهد. اما شرکت کاکائوی غنا در موقعیت مستقلی از دولت غناست.[۵۳] دیوان داوری موضع دولت غنا را تفسیری مستدل و منطقی از شرط فراگیر دانست و اظهار داشت که قرارداد مشارکت بین دو شرکت غنایی و آلمانی بدون هیچ وساطتی از طرف دولت غنا امضا شده و این دولت هیچ‌گاه قصد ورود به این رابطه قراردادی را نداشته است.

بدین ترتیب، تعهدات معین و صریح دولت میزبان، اجازه توسعه قلمرو شرط فراگیر برای پوشش تعهدات قراردادی نهادهای مستقل دولتی را نمی‌دهد[۵۴] زیرا تفسیر موسع این شرط، منجر به دگرگونی ماهیت و قلمرو آن تعهدات و حقوق حاکم بر آن می‌شود. از طرفی طبق قواعد مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، هیچ دلیلی برای انتساب اقدامات شرکت دارای شخصیت حقوقی مستقل به دولت وجود ندارد.[۵۵]

---

48. Gustav F W Hamester GmbH & Co KG

49. Joint Venture

۵۰. شرکت کاکائوی غنا شرکت عمومی است که مقامات دولت غنا، به‌منظور تهیه دانه‌های کاکائوی داخلی تأسیس کردند.

51. *Gustav FW Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, (ICSID Case No.ARB/07/24), Award of June 18, 2010, paras. 22, 23, 82.

۵۲. طبق ماده (۲)۹ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری آلمان ـ غنا مقرر می‌داشت: «هر طرف توافق، هرگونه تعهد احتمالی در ارتباط با سرمایه‌گذاری در سرزمین‌اش توسط اتباع و شرکت‌های طرف دیگر توافق را رعایت خواهد کرد». موافقت‌نامه درباره تشویق و حمایت دوجانبه از سرمایه‌گذاری آلمان ـ غنا، ۲۵ فوریه ۱۹۹۵.

53. *Gustav FW Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, *op. cit.*, paras. 340-342.

54. *Ibid.*, paras. 343, 347.

۵۵. با استناد به مواد ۵ و ۸ طرح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل راجع به مسئولیت بین‌المللی دولت.

www.SID.ir

Archive of SID

در قضیه شرکت آلمانی یادشده، استدلال دیوان دارای دو بخش است: با توجه به اوضاع‌واحوال قضیه، دیوان شرکت کاکائوی غنا را مستقل از این دولت دانست و در این حالت (عدم ارتباط شرکت با دولت)، شرط فراگیر را برای تبدیل تعهدات قراردادی به تعهدات عهدنامه‌ای بسیار ضعیف ارزیابی کرد.[۵۶]

در قضیه شرکت بین‌المللی انرژی *ال پاسو*[۵۷] علیه آرژانتین نیز دیوان داوری به‌منظور حمایت توأمان از منافع سرمایه‌گذار و منافع دولت میزبان،[۵۸] شرط فراگیر مندرج در معاهده دوجانبه ایالات متحده ـ آرژانتین را بررسی کرده و به این نتیجه می‌رسد که این شرط، هیچ دعوای قراردادی را به معاهده‌ای تبدیل نمی‌کند.[۵۹]

دیوان در این پرونده میان عمل و رفتار دولت به‌عنوان تاجر و اقدام دولت در مقام حاکمیت، قائل به تفکیک شده و اظهار می‌دارد که زمانی که دولت، اقتدار حکومتی اعمال می‌کند، در مقابل آن باید از سرمایه‌گذار خارجی حمایت شود؛ اما نه در مواقعی که دولت در قالب مجموعه تجاری رفتار می‌کند.[۶۰] به عبارت دیگر، شرط فراگیر صرفاً باید حمایت‌های اضافی را که ضمن موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری از طرف دولت به‌عنوان حاکمیت پذیرفته شده پوشش دهد. در کل، این دیوان نمی‌خواست که به‌موجب شروط فراگیر، تعهداتی به‌مراتب فراتر از رعایت استانداردهای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی ضمن معاهده تصور شود و دولت‌ها به‌خاطر نقض هر تعهد مرتبط با سرمایه‌گذاری در حقوق داخلی یا بین‌المللی مسئول شناخته شوند. دیوان بیم آن داشت که سرمایه‌گذاران، دیگر خود را به هیچ قیدی محدود نکنند و برای هر امر جزئی قراردادی، به شرط فراگیر استناد کنند.[۶۱]

هـ. جایگاه شرط فراگیر در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری

دیوان‌های داوری از نظر ساختاری، به محل قرارگرفتن شرط فراگیر در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری اشاره کرده‌اند و حتی جهت پی‌بردن به قصد و نیت طرفین معاهده، بعضاً به بررسی ساختار کلی معاهده می‌پردازند. در برخی از این معاهدات، شرط فراگیر به‌جای اینکه در کنار تعهدات ماهوی قرار گیرد در اعماق معاهده دفن شده است، درحالی‌که اگر طراحان قصد داشتند شرط فراگیر دربردارنده حمایتی مهم و قابل توجه باشد، این مقرره می‌بایست در کنار تعهدات

56. *Gustav FW Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, *op. cit.*, para. 348.
57. El Paso
58. *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, *op. cit.*, para. 23.
59. *Ibid.*, paras. 70, 82; *SGS v. Islamic Republic of Pakistan*, *op. cit.*, para. 166.
60. *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, *op. cit.*, paras. 79-81.
61. *Ibid.*, para. 82.

www.SID.ir

Archive of SID

اولیه معاهده دوجانبه قرار می‌گرفت.[۶۲] در چنین شرایطی، برخی محاکم از جدی‌گرفتن مفاد آن اکراه دارند. همان طور که دیوان داوری در قضیه SGS علیه پاکستان اظهار داشت: «اگر طرفین قصد داشتند که این شرط متضمن تعهد استاندارد ماهوی اصلی باشد، می‌توانستند آن را در زمره تعهدات ماهوی اصلی در صدر سند جای دهند».[۶۳]

دیوان داوری در قضیه *جوی ماینینگ*[۶۴] علیه مصر معتقد بود که مانند پرونده SGS علیه پاکستان، شرط فراگیر به‌طور برجسته در معاهده ظاهر نشده است.[۶۵] شرط‌های فراگیری که موقعیت مناسبی در معاهده ندارند نمی‌توانند کلیه اختلافات قراردادی، ازجمله اختلافات تجاری را به اختلافات سرمایه‌گذاری معاهده‌ای ارتقا دهند، مگر در صورت وجود تخلف آشکار از حقوق و تعهدات معاهده، یا چنان تخلفی از حقوق قراردادی که حمایت معاهده را برانگیزد. این دیوان عدم پیوند و ارتباط میان قرارداد و معاهده را به ضرر خواهان پرونده ارزیابی کرد.[۶۶]

فقط یک دیوان از این نوع موضع‌گیری و تفسیر عقب‌نشینی کرد؛ با تذکر این موضوع که برای موقعیت مکانی مقررات در متن، تا حدی می‌توان اهمیت قائل شد و محاکم در تفسیر شروط فراگیر باید هوشیارانه اقدام کنند.[۶۷]

موضع‌گیری اخیر، منطقی به نظر می‌رسد، چرا که متن و مفاد شرط فراگیر که ریشه در تکامل تاریخی آن دارد، قانع‌کننده‌تر از استدلال‌های ساختاری است. مسلماً دیوان SGS علیه پاکستان هم موقعیت شرط را به‌عنوان عامل قطعی لحاظ نکرده اما برای این عامل در تحلیل‌اش اهمیت بیش از اندازه قائل شده است. نتیجه آنکه زمانی که مراجع حل اختلاف، شرط فراگیر را صرفاً تفسیر تحت‌اللفظی می‌کنند، بررسی موقعیت آن در معاهده باید به‌کلی از موضوعات مربوط به قصد و اراده کنار گذاشته شود. این معیار فقط در صورت عبارت‌پردازی‌های ضعیف و نابه‌جا می‌تواند ملاک حاشیه‌ای در نظر گرفته شود. در این موارد، ممکن است جایگاه و موقعیت شرط به تبیین قلمرو آن کمک کند، منتهی نمی‌تواند در عمل معیاری برای احراز قلمرو ماهوی آن شناخته شود.

۲ـ۲. توسعه قلمرو شرط فراگیر

رویه تفسیر موسع دیوان‌های داوری از شرط فراگیر با داوری پرونده SGS علیه فیلیپین آغاز و در

62. *SGS v. Islamic Republic of Pakistan*, *op. cit.*, paras. 169, 170.

63. *Ibid.*, para. 170.

64. Joy Mining

٦٥. این قضیه علیه مصر به‌موجب معاهده انگلستان ـ مصر به اختلافات ناشی از ضمانت بانکی تجهیزات مستقر در یک سایت معدن‌کاری صحرایی در مصر مربوط بود.

Joy Mining Machinery Limited v. *Arab* Republic of Egypt, (ICSID Case No. ARB/03/11), Award of Jurisdiction of 6 August, 2004, 19 ICSID Review.486. paras. 15-25.

66. *Ibid.*, paras. 78, 79, 81, 82.

67. *SGS v. Islamic Republic of Philippines*, Objection to Jurisdiction, *op. cit.*, para. 124.

www.SID.ir

Archive of SID

سایر پرونده‌ها تکرار شد. شاید بتوان گفت رویکرد موسع مراجع مذکور، واکنشی در برابر محدودیت‌های اعمال‌شده در رسیدگی‌های سابق بود. اولین مورد مربوط به دیوان داوری، پرونده SGS علیه فیلیپین بود و پس از آن در آرای دیگر، برخورد این‌چنینی مراجع رسیدگی به چشم می‌خورد.

الف. تفسیر شرط فراگیر با توجه به عنصر قصد و اراده

برخورد مراجع داوری */یکسید* با قصد و اراده مشترک طرفین در گنجاندن «شرط فراگیر» در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری متشتت بوده است. در برخی از پرونده‌ها، دیوان‌های داوری این شرط را به‌قدری مضیق تفسیر کرده‌اند که عملاً به بی‌اثرشدن آن منجر شده، درحالی‌که در برخی دیگر، این شرط بسیار موسع تفسیر شده است.

در پرونده SGS علیه پاکستان، دیوان داوری به‌جای تفسیر معاهده دوجانبه بر مبنای متن آن، قاعده جدیدی برای تفسیر معاهدات دوجانبه اعلام کرده و خواهان ارائه «شواهد و مدارک صریح و متقاعدکننده»، دال بر اراده و قصد مشترک طرفین مبنی بر تفسیر موسع شرط فراگیر از سوی شاکی و تبدیل ادعاهای قراردادی به ادعاهای معاهده‌ای شد.[۶۸] این دیوان با اعلام عدم تمایل خود به انحراف از اصول حقوق بین‌الملل مبنی بر اینکه نقض تعهدات قراردادی فی‌نفسه نقض حقوق بین‌الملل محسوب نمی‌شود و صرفاً تعهداتی مشمول معاهده دوجانبه است که به‌موجب حقوق مسئولیت بین‌المللی قابل انتساب به دولت باشد، نه‌تنها ضابطه شکلی جدید به‌عنوان دلیل اثبات در داوری مبتنی بر معاهده سرمایه‌گذاری معرفی کرد که در خود معاهده دوجانبه وجود نداشت، بلکه استنباط دیوان این بود که «شرط فراگیر» اساساً بی‌اثر و بی‌اعتبار است حتی اگر هر دو حاکمیت مخصوصاً برای درج آن تلاش کرده باشند.[۶۹] با بی‌اثرتلقی‌کردن شرط فراگیر، پایه و اساس قاعده تفسیری اثر مفید که به‌موجب آن مقررات ماهوی معاهده باید دارای اثر تلقی شوند،[۷۰] سست و تضعیف شد.

همین رویکرد تفسیری در پرونده شرکت *ال پاسو* علیه آرژانتین نیز مشاهده می‌شود. دیوان داوری در این قضیه با مرور رویه داوری، به این نتیجه رسید که تفاوت در عبارات معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری منجر به نتایج متفاوت نمی‌شود. به نظر دیوان، نه عبارت «قرارداد» و نه «الزام قراردادی»، هیچ‌یک مشمول شرط فراگیر نیستند و بدون قرائن و دلایل روشن مبنی بر قصد و نیت دولت‌ها، دیوان تفسیر موسع آن شرط را نمی‌پذیرد. دیوان صریحاً اظهار می‌دارد که تجویز

68. *SGS v. Islamic Republic of Pakistan, op. cit.,* para. 167.
69. D. Franck, Susan, *op. cit.,* p. 1572.
70. Crawford, James, *op. cit.,* p. 4.

www.SID.ir

Archive of SID

تفسیر موسع (همانند رأی SGS علیه فیلیپین) قرارداد سرمایه‌گذاری را در کل، بیهوده و کان‌لم‌یکن می‌کند. تفسیری که نه‌تنها نقض هر تعهد قراردادی بلکه نقض هر تعهد قانونی مرتبط با سرمایه‌گذاری دولت را تخلف از معاهده بداند، خطرناک و فاجعه‌آمیز است.[۷۱]

اگرچه این حمله مستقیم به کانون اراده مشترک طرف‌های معاهده، خلاف قاعده می‌نماید، رویه داوری در این خصوص چندان روشن نیست. ازآنجاکه طی ۵۰ سال هیچ مرجعی درگیر تفسیر و اعمال شرط فراگیر نشده بود، زمانی که یک شرکت ناگهان خواستار حمایت به‌موجب آن می‌شود، سطح بی‌اعتمادی بالا می‌گیرد. اما اگر شروط فراگیر به‌واقع به‌منظور برخورداری از چنان ظرفیت و محدوده قابل‌توجهی در حمایت از سرمایه‌گذاران اراده شده بودند، چرا هیچ سرمایه‌گذاری در طول پنج دهه به دنبال بهره‌مندی از حمایت‌های آن نبوده است؟ هرچند این سؤال ایجاد تردید می‌کند، بررسی رشد و توسعه شروط مذکور نشان می‌دهد که از ابتدا هدف از پیش‌بینی آن، تدارک برخی حمایت‌های ماهوی برای سرمایه‌گذاران بوده است.

این شرط، آن طور که دیوان داوری در قضیه SGS علیه پاکستان اظهار داشت،[۷۲] صرفاً برای ایجاد رشته باریک از امنیت در قالب یادآوری دوستانه سایر تعهدات دولت میزبان ضمن معاهده، طراحی نشده است بلکه هدف از آن ایجاد سیستمی بود که امکان جبران نقض‌های صریح و قطعی قرارداد را در مرجع بین‌المللی فراهم کند. ازآنجاکه حدومرزها ذیل طرح *آبس ـ شوکراس* و سپس پیش‌نویس کنوانسیون OECD روشن و شفاف شد، تفسیرکنندگان اولیه با اشاره به ماهیت بدیع و مفهوم موسع این شرط، آن را نوعی انحراف گسترده از حقوق بین‌الملل سنتی قلمداد کردند.[۷۳]

در آن دسته از معاهدات دوجانبه‌ای که در سال‌های اول تنظیم شده‌اند، به‌سادگی می‌توان آگاهی تدوین‌کنندگان از وسعت بالقوه شرط فراگیر را توجیه کرد. در آن زمان، شرط فراگیر، رویکرد تازه در خصوص حمایت از سرمایه‌گذاران بود. اتفاقاً علی‌رغم وجود پیچیدگی‌هایی که از لحاظ اراده مشترک وجود دارد، تشابه شروط فراگیر کنونی با آن‌هایی که پیش از دهه ۱۹۶۰ تدوین شده‌اند، مراجع را به قبول مفهوم موسع آن ترغیب می‌کند. برای مثال، استفاده از لفظ «هر الزامی» مسلماً به حد کافی موسع است که به فکر تدوین‌کنندگان بیندازد که تعهدات قراردادی را نیز مدنظر داشته باشند.[۷۴] چنین عبارت‌پردازی‌های گسترده‌ای به‌صورت یکنواخت می‌تواند حاوی حمایت ماهوی گسترده باشد.

در مسیر توسعه شروط فراگیر، چیزی که القاکننده تفسیر مضیق‌تر باشد به‌چشم نمی‌خورد. تصور اولیه *لاترپاخت* هم از شرط فراگیر این بود که به‌ویژه برای اختلافات مهم، یا جایی که رسیدگی‌های

71. *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic, op. cit.*, paras. 74, 76.
72. *SGS v. Islamic Republic of Pakistan, op. cit.*, para. 172.
73. B. Potts, Jonathan, *op. cit.*, p. 1033.
74. Wong, Jarrod, *op. cit.*, p. 164.

www.SID.ir

Archive of SID

قراردادی ناکام می‌ماند، ذخیره شود. اگرچه وی در صدد استفاده از هنجارهای بین‌المللی به‌منظور دفاع از موکلش یعنی شرکت نفت انگلیس ـ ایران بود، از نظر وی دولت‌ها ملزم نیستند مستقیماً درگیر هر اختلاف کوچک فرعی احتمالی شوند که از ارتباط با قرارداد ناشی شده باشد.[۷۵]

با توجه به شواهد و مدارک موجود، تصور قلمرو موسع، موجّه به نظر می‌رسد. درصورتی‌که تدوین‌کنندگان تمایل داشته باشند از ویژگی تاریخی شرط فراگیر بکاهند، این قصد و نیت می‌تواند به‌راحتی در مقرره منعکس شود. برای نمونه، دیوان داوری در قضیه *بیواک علیه پاراگوئه* به دادخواست سرمایه‌گذار اشاره کرد که مستند به یکی از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری‌های مستقل هلند بود و مفادش صراحتاً شرط فراگیر را به موقعیت‌هایی که در آن از جبران خسارت داخلی خبری نیست، محدود کرده بود.[۷۶] در نتیجه در آینده وظیفه تعیین و تبیین چگونگی تغییر مسیر شرط فراگیر در قالب عبارات صریح و روشن، بر عهده تدوین‌کنندگان خواهد بود.

ب. صراحت شرط فراگیر

چنانچه شرط فراگیر به‌گونه‌ای تنظیم شود که به‌صورت صریح و واضح، تعهدات قراردادی را نیز شامل شود، طرفین ملزم به رعایت تعهدات خود خواهند بود.

در پرونده SGS علیه فیلیپین که اولین و مؤثرترین رأی مدافع تفسیر موسع از شرط فراگیر است، مقامات این دولت تلاش می‌کردند الزامات ناشی از قراردادهای دولت و سرمایه‌گذاران را از شمول شرط فراگیر مستثنا کنند اما دیوان داوری دفاعیات این دولت را رد کرد. به نظر دیوان، درصورتی‌که طرفین چنین قصدی داشتند، می‌بایست در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری تصریح می‌شد.[۷۷] پس از بررسی شرط فراگیر در پرونده SGS علیه پاکستان، دیوان به این نتیجه رسید که این شرط بسیار صریح و واضح تنظیم شده است. درحالی‌که معاهده سوئیس ـ پاکستان از عبارت «تعهدات[۷۸] ... لازم‌الاجرا راجع به سرمایه‌گذاری‌ها» استفاده کرده بود، معاهده سوئیس ـ فیلیپین به «هرگونه الزام[۷۹] ... پذیرفته‌شده راجع به سرمایه‌گذاری‌های خاص» اشاره می‌کرد. به عقیده دیوان، استعمال واژه «الزام» با صراحت بیشتری متضمن آن است که هر طرف ملزم به رعایت تمام تعهدات قانونی خود خواهد بود، چه ضمن قرارداد و چه تعهداتی که در آینده می‌پذیرد.[۸۰]

75. B. Potts, Jonathan, *op. cit.*, p. 1033.
76. *BIVACB.V* v. *Republic* of Paraguay, *op. cit.*, para. 141.
77. *SGS v. Republic of Philippines*, *op. cit.*, paras. 12, 15, 118.
78. Commitments
79. Any Obligation
80. *SGS v. Republic of Philippines*, *op. cit.*, paras. 119, 115; *BIVACB.V v. Republic of Paraguay*, *op. cit.*, para. 141.

www.SID.ir

Archive of SID

البته این دیوان با تجزیه و تحلیل رأی صادره در پرونده *SGS* علیه پاکستان[۸۱] بیان داشت که تفسیر موسع لزوماً به معنای بسط و تعمیم نامحدود نیست و با اینکه شرط فراگیر به الزامات قراردادی محدود نمی‌شود، صرفاً به آن دست تعهداتی که در ارتباط با سرمایه‌گذاری‌های خاص به عهده گرفته شده، و نه هر تعهد قانونی کلی، محدود می‌شود.[۸۲] در مرحله بعد، دیوان همه ایرادات علیه تفسیر موسع شروط فراگیر در حقوق بین‌الملل را رد کرد و به این نتیجه رسید که دیوان داوری *SGS* علیه پاکستان با شرط فراگیر همه‌جانبه روبه‌رو نبوده، و به‌جای آنکه مورد تجزیه و تحلیل موردی قرار گیرد، تصور کلی نسبت به آن به وجود آمده است.[۸۳]

در دعوای شرکت انتقال گاز *CMS* علیه آرژانتین، این شرکت مدعی نقض الزامات ناشی از شرط فراگیر در خصوص تعهدات مربوط به وضع قوانین و توافقات قراردادی بود.[۸۴] در ابتدا دیوان با آرژانتین موافق بود که همه نقض‌های قراردادی منتهی به نقض معاهده نمی‌شود؛ اما چنین نتیجه گرفت که فقط زمانی که نقض حقوق و تعهدات معاهده‌ای احصا شده یا تخلف از حقوق قراردادی مشخصاً مورد حمایت قرار گرفته باشد، حمایت‌های معاهده وارد عمل می‌شود.[۸۵]

ج. آزادی طرفین بر توافق خارج از چارچوب حقوق بین‌الملل سنتی

در قضیه *Noble Ventures, Inc.*، دیوان داوری با احترام به حاکمیت اراده و آزادی قراردادی طرفین معاهده دوجانبه، توافق خارج از چارچوب حقوق بین‌الملل را به رسمیت شناخته و با این مبنا شرط فراگیر را تفسیر کرد. موضوع این پرونده، خصوصی‌سازی کارخانه فولاد بود که از جانب شرکت تبعه ایالات متحده علیه رومانی اقامه شد.[۸۶] رومانی در لایحه تقدیمی به اینکه شرط فراگیر، نقض‌های قراردادی را به دعاوی معاهده‌ای ارتقا دهد، معترض بود و ادعا می‌کرد شروط فراگیر صرفاً موجد الزامات معاهده‌ای برای دولت‌ها هستند، آن‌هم به‌منظور جلوگیری از اعمال اقتدارات حاکمیتی که سبب مداخله در تعهدات قراردادی و سایر الزامات قانونی مرتبط با سرمایه‌گذاری باشد.[۸۷] دیوان داوری با رد این ادعا و پس از بازبینی رویه موجود، اظهار داشت که شرط فراگیر در ماده‌ای درج شده که شامل الزامات اولیه و کلی طرفین است.[۸۸] این تغییر موقعیت نشانه این است

81. *SGS v. Islamic Republic of Pakistan, op. cit.*, para. 166.
82. *Ibid*., para. 121.
83. *Ibid*., para. 122.
84. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, (ICSID Case No. ARB/01/8), Award of April 25, 2005, para. 297.
85. *Ibid*., paras. 298-300.
86. *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, (ICSID Case No.ARB/01/11), Award of October 12, 2005, IIC 179 (2005), para. 2.
87. *Ibid*., para. 44.
88. *Ibid*., para. 51; *BIVACB.V v. Republic of Paraguay, op. cit.*, para. 141.

www.SID.ir

Archive of SID

که شرط مذکور با هدف ایجاد الزامات مستقل از الزامات احصاشده در معاهده پیش‌بینی شده است.

دیوان این نظر را که شرط فراگیر، تنها تعهدات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری را دربرمی‌گیرد، نپذیرفت، چرا که این‌گونه تعهدات، مورد حمایت «اصل وفای به عهد» هستند و نیازی به این شرط ندارند. با مشاهده عبارت‌پردازی دقیق شرط فراگیر، به‌ویژه به‌کارگیری اصطلاح «لازم‌الاجرا» که به سرمایه‌گذاری‌ها اشاره داشت، دیوان معتقد بود که شرط فراگیر باید قراردادهای سرمایه‌گذاری را (که از آن، شرط فراگیر صحیح و موجه می‌ساخت) نیز شامل شود.[۸۹]

هر تفسیر دیگری به نظر این دیوان داوری، محتوا و مضمون عملی شرط را از بین خواهد برد. ازآنجاکه معاهدات سرمایه‌گذاری در صدد چاره‌جویی مشکلاتی از این دست نیستند، شرط فراگیر قابل تفسیر، طبعاً در راستای حمایت از سرمایه‌گذاران باید تعهدات ناشی از قراردادهای سرمایه‌گذاری را نیز شامل شود وگرنه امکان دارد قابلیت اجرای خود را از دست دهد. به اعتقاد دیوان داوری، این موضوع که در حقوق بین‌الملل، نقض قرارداد موجب مسئولیت بین‌المللی نمی‌باشد، قاعده آمره نیست و طرف‌های توافق حق دارند آزادانه خارج از چنین محدودیتی مذاکره کنند.[۹۰] در کل، این دیوان برای اثربخشیدن به مقررات قراردادی با بین‌المللی‌کردن قرارداد مشکلی نداشت.

بااین‌حال، دیوان داوری مأموریت خود در تفسیر دقیق الفاظ و عبارات خاص شرط فراگیر و قصد صریح طرفین در انعقاد قرارداد خارج از حوزه حقوق بین‌الملل را یادآور شد.[۹۱] در واقع شکاف میان آرای سایر مراجع به تفاوت‌هایی که در جریان تدوین شرط فراگیر وجود دارد مربوط می‌شود و دیوان داوری در قضیه پیش رو، شرط را بسیار جامع‌تر و سرراست‌تر از شرط مندرج در معاهده *SGS* علیه فیلیپین دانست. در پایان مقرر شد که مطابق واقعیت‌ها و محتویات پرونده، شرط فراگیر، ارتقای تخلفات قراردادی به معاهده‌ای را تجویز کند، هرچند دیوان از پاسخ به این سؤال که آیا شرط مذکور، نقض هر نوع تعهد قراردادی را همان‌گونه که حقوق داخلی مقرر داشته ارتقا می‌دهد و آیا عبارت «هرگونه تعهد» باید به اهداف معاهده محدود شود یا خیر، سر باز زد.[۹۲]

د. شرط فراگیر مبنای احراز صلاحیت و نه استماع دعوا

در پرونده شرکت سوئیسی *SGS* علیه فیلیپین، شرط فراگیر درعین‌حال که در مقایسه با پرونده همین شرکت علیه پاکستان به‌طور موسع تفسیر شد، اما دیوان داوری هدف از درج این شرط در معاهده دوجانبه سوئیس ـ فیلیپین را اطمینان‌بخشی به سرمایه‌گذاران در خصوص ایفای تعهدات

89. *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, *op. cit.*, para. 32.
90. *Ibid.*, paras. 52-54.
91. *Ibid.*, paras. 55, 56.
92. *Ibid*., paras. 61, 62.

www.SID.ir

Archive of SID

دولت میزبان طبق حقوق داخلی اعلام کرد. این دیوان با رویکرد انتقادی، دلایل دیوان داوری در پرونده همین شرکت علیه پاکستان در تفسیر مضیق از شرط فراگیر، ازجمله محل قرارگرفتن شرط در معاهده دوجانبه، توسعه نامحدود قلمرو تعهدات موردنظر از شرط فراگیر، و بی‌اثرشدن شرط حل اختلاف توافق‌شده در قرارداد سرمایه‌گذاری را قانع‌کننده ندانست و رأی صادره در آن پرونده را از جهت عدم ارائه معنا و مفهوم واضح از شرط فراگیر و نیز اظهارات آن را مبنی بر اینکه مؤثردانستن شرط فراگیر موجب بین‌المللی‌کردن قراردادهای داخلی و تبدیل آن‌ها به معاهده خواهد شد، مورد انتقاد قرار داد.[۹۳]

این دیوان معتقد بود که شرط فراگیر، امتیازات داخلی اختیاری را به تعهدات بین‌المللی الزام‌آور، مسائل حقوق قراردادی را به مسائل معاهده‌ای و حقوق حاکم بر قرارداد را از حقوق فیلیپین به حقوق بین‌الملل تبدیل نمی‌کند. در نتیجه، شرط فراگیر به قلمرو تعهدات مربوط نمی‌شود بلکه به اجرای آن‌ها می‌پردازد و این یکی از کارکردهای شرط فراگیر با هدف جلب اطمینان‌خاطر سرمایه‌گذاران از اجرای تعهدات دولت میزبان طبق حقوق داخلی راجع به سرمایه‌گذاری‌های خاص است. به عبارت دیگر، نقش شرط فراگیر، حفظ حاکمیت قانون در رابطه با حمایت از سرمایه‌گذاری است.[۹۴] قلمرو الزامات، همچنان تحت حکومت قرارداد بوده و فقط از طریق مراجعه به مفاد قرارداد مشخص می‌شود. پس درصورتی‌که دولت از رعایت تعهدات الزام‌آورش سرباززند، ممکن است تخلف معاهده‌ای مرتکب شود. منتهی به‌موجب شرط فراگیر، حدود و محتوای آن تعهدات به موضوع حقوق بین‌الملل تبدیل نمی‌شود.[۹۵]

بدین ترتیب، دیوان داوری بر مبنای شرط فراگیر و با استناد به بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون *یکسید* حکم داد که اگرچه ادعاهای صرفاً قراردادی نیز تحت صلاحیت مرکز داوری *یکسید* قرار می‌گیرد، دیوان همچنان از ورود به ماهیت دعوا و صدور حکم در خصوص اختلافات قراردادی امتناع می‌ورزد. دیوان شرط فراگیر را فقط به لحاظ احراز صلاحیت قابل استناد دانست ولی دعوا را مسموع تشخیص نداد زیرا صلاحیت دیوان داوری از کنوانسیون *یکسید* و نیز معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری ناشی می‌شود، اما درباره مسموع‌بودن دعوا نزد *یکسید*، سؤال اساسی این است که که آیا باوجود پیش‌بینی مرجعی در خود قرارداد سرمایه‌گذاری برای حل اختلافات قراردادی، می‌توان نزد دیوان داوری *یکسید* به همان قراداد استناد کرد؟ دیوان داوری در این موضوع با نظر دیوان داوری در قضیه *SGS* علیه پاکستان هم‌صدا شد که تفسیر موسع و آزادانه از شرط فراگیر، ظرفیت بی‌اثرکردن شروط حل اختلاف قراردادی را خواهد داشت[۹۶] و چون قرارداد خدمات، خود

93. *SGS v. Republic of Philippines*, *op. cit.*, paras. 120-126.
94. *Ibid.*, para.126.
95. *Ibid.*, paras. 127, 128.
96. *Ibid.*, paras. 155, 123.

www.SID.ir

Archive of SID

حاوی شرط خاص ارجاع اختلافات به دادگاه محل بود، دعوا را از نظر شکلی مسموع تشخیص نداد. دیوان داوری با توجه به ضرورت احترام به تعهدات خاص طرفین در قرارداد، اظهار داشت که مقررات کلی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری نمی‌توانند ترتیبات مقرر در قرارداد را بی‌اثر سازند مگر اینکه به‌صورت صریح در معاهده دوجانبه پیش‌بینی شده باشد.[۹۷] دیوان با اعلام اینکه شرکت ملزم به محترم‌شمردن ترتیبات توافقی در قرارداد سرمایه‌گذاری است، به‌نوعی شروط و مفاد قرارداد را مقدم بر مقررات معاهده دانست و اظهار داشت که شرط فراگیر، هیچ تعهد اضافی در چارچوب معاهده دوجانبه بر دولت میزبان تحمیل نمی‌کند.[۹۸]

بدین ترتیب، شرط فراگیر فقط در دو وضعیت مؤثر است: الف. جایی که شرط انتخاب محکمه در قرارداد، مرجعی مشابه مرجع پیش‌بینی‌شده در معاهده مقرر کرده باشد. ب. زمانی که قرارداد حاوی شرط انتخاب محکمه نباشد.[۹۹]

در دعوای *بیواک* علیه پاراگوئه، دیوان داوری آگاهانه و تنگاتنگ از رأی دیوان داوری در دعوای *SGS* علیه فیلیپین پیروی کرد.[۱۰۰] این قضیه راجع به اختلاف بر سر صورت‌حساب‌های پرداخت‌نشدهٔ قرارداد میان شرکت هلندی ارائه خدمات بازرسی محموله کالا و وزارت دارایی پاراگوئه بود.[۱۰۱] دیوان داوری در این پرونده از مشروعیت کامل شرط فراگیر مندرج در معاهده هلند ـ پاراگوئه به‌عنوان مقرره‌ای که الزامات قراردادی را با معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری ترکیب می‌کند، دفاع کرد.[۱۰۲] دولت میزبان نیز پذیرفت که اختلافی حاصل شده است.

هـ. الزامات قراردادی به مثابه استانداردهای حمایتی عهدنامه‌ای

دیوان داوری *ایکسید* در دعوای شرکت انتقال گاز *CMS* علیه آرژانتین[۱۰۳] با تفسیر موسع از شرط فراگیر حکم داد که نقض تعهدات قراردادی و قانونی مربوط به سرمایه‌گذاری، منجر به تخلف از

97. *Ibid.*, para. 134.

98. *Ibid.*, para. 114.

99. B. Potts, Jonathan, *op. cit.*, p. 1022.

100. *BIVACB v. Republic of Paraguay*, *op. cit.*, para. 58.

101. *Ibid.*, paras. 7, 9.

102. *Ibid.*, paras.128, 129: "Each Contracting Party shall observe any obligation it may have interred into with regard to investments of the other Contracting Party".

103. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, (ICSID Case No. ARB/01/8), Award of April 25, 2005.

در این پرونده، یک شرکت انتقال گاز خصوصی‌شده، به اقدامات قانونی تعدیلی دولت آرژانتین در نظام تعرفه‌ای مربوط به نرخ ارز در جریان بحران اقتصادی اعتراض کرد و سهام‌دار خارجی این شرکت، یعنی شرکت امریکایی انتقال گاز CMS، با استناد به معاهده دوجانبه آرژانتین ـ امریکا مدعی شد که دولت آرژانتین تعهدات خود به‌موجب معاهده را نقض کرده است (*CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, *op. cit.*, paras. 53-75).

www.SID.ir

Archive of SID

استانداردهای حمایتی معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری آرژانتین ـ امریکا شده است.[۱۰۴]

این دیوان داوری یادآور شد هنگامی که مداخله قابل‌توجهی از سوی دولت یا نهادهای عمومی در حقوق سرمایه‌گذار صورت گرفته باشد، امکان دارد ابعاد و جنبه‌های تجاری قرارداد هم مورد حمایت قرار گیرد. با توجه به محتویات پرونده، دعاوی تجاری فی‌نفسه موضوع اختلاف نبود بلکه با توجه به اقدامات دولت مورد بحث قرار گرفت. دولت آرژانتین به‌موجب شروط و مقررات قراردادی معین متعهد شده بود که حق شرکت سرمایه‌گذار بر تعیین تعرفه انتقال گاز بر مبنای دلار امریکا را تضمین کند و نیز این شرکت حق داشته باشد متناسب با تورم و نرخ مبادله دلار ـ پزو آن را تعدیل کند.

به دلیل ارتباط نزدیک این تعهدات با سایر استانداردهای حمایتی، دیوان مداخله دولت آرژانتین در تعلیق و سپس لغو این حق قراردادی شرکت را نقض شرط فراگیر معاهده در نظر گرفت؛ بدین معنا که دولت در رعایت تعهداتش به‌موجب این شرط کوتاهی کرده، تا حدی که الزامات قراردادی و قانونی مربوط به سرمایه‌گذاری نقض شده و منجر به تخلف از استانداردهای حمایتی معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری شده است.[۱۰۵]

دیوان داوری به‌ویژه بر نقض شرط ثبات مندرج در مجوز فعالیت شرکت تأکید کرده و تعهدات پذیرفته‌شده به‌موجب این شرط را تحت شمول شرط فراگیر معاهده در نظر گرفت. به‌موجب شرط ثبات، آرژانتین متعهد شده بود که نظام تعرفه‌ای را تثبیت کند و قواعد اساسی صدور مجوز را بدون رضایت کتبی شرکت TGN تغییر ندهد.[۱۰۶]

البته رأی صادره در این پرونده مورد اعتراض آرژانتین واقع شد و کمیته ابطال /یکسید با بررسی دلایل آرژانتین، تفسیر موسع دیوان داوری از شرط فراگیر را زیر سؤال برد زیرا شرکت امریکایی که به‌عنوان سهام‌دار خارجی فقط ۳۰ درصد سهام شرکت سرمایه‌گذار آرژانتینی TGN را خریده بود، نمی‌توانست در مورد تعهدات دولت آرژانتین به‌موجب قانون داخلی این کشور و قرارداد سرمایه‌گذاری بین آرژانتین و شرکت TGN اقامه دعوا کند. این کمیته تأکید کرد که شرط فراگیر، طرف‌های تعهد را تغییر نمی‌دهد و کاملاً مبهم است که دیوان چگونه به این نتیجه رسیده است که شرکت خارجی می‌تواند در خصوص نحوه اجرای تعهدات آرژانتین در قبال شرکت سرمایه‌گذار TGN اقامه دعوا کند و لذا این بخش از رأی را ابطال کرد.[۱۰۷]

104. *Ibid.*, para. 303.
105. *Ibid.*, paras. 300-303.
106. *Ibid.*, para. 300.
107. *CMS v. The Republic of Argentina*, (ICSID Case No. ARB/01/8), (Annulment Proceeding), September 25, 2007, paras. 94-97.

www.SID.ir

Archive of SID

و. شرط فراگیر تضمینی بر ایفای تعهدات قراردادی

در پرونده بیواک علیه پاراگوئه، این دولت ضمن مخالفت با نقش شرط فراگیر در حمایت از سرمایه‌گذاران، مدعی شد که شرط مذکور صرفاً آن دسته اختلافاتی را پوشش می‌دهد که متضمن اعمال اقتدارات حاکمیتی دولت است و بنابراین در پرونده پیش رو، اختلاف ناشی از قرارداد تجاری داخلی بی‌ارتباط با حوزه حل‌وفصل بین‌المللی است.[۱۰۸] اما دیوان داوری با تحلیل پاراگوئه مخالفت کرده و با تفسیر موسع از شرط فراگیر اعلام کرد که این شرط، تعهد بین‌المللی برای طرفین معاهده مبنی بر رعایت تعهدات قراردادی در برابر سرمایه‌گذاران ایجاد می‌کند:

عبارت «هرگونه الزامی»، جامعیت دارد و به الزامات بین‌المللی یا الزامات غیرقراردادی محدود نمی‌شود. به همین خاطر بدون هیچ محدودیت آشکاری در رابطه با تعهداتی که الزامات قانونی تحمیل می‌کنند، نمایان می‌شود. طبق معنای ساده و روشن، بدون تردید قابلیت دارد که دربردارنده توافق قراردادی منعقده بین *بیواک* و وزارت دارایی پاراگوئه تعبیر شود که به‌موجب آن، تخلفات ادعایی وزارتخانه، قابل انتساب به دولت است».[۱۰۹]

دیوان داوری در ادامه به محل استقرار شرط فراگیر در مقایسه با سایر مقررات مهم و قابل توجه معاهده اشاره و اعلام کرد که باید این شرط را به‌گونه‌ای تفسیر کند که معنی و مفهومی مفید داشته و اثر عملی به آن ببخشد، نه اینکه آن را از هرگونه کاربردی تهی سازد.[۱۱۰] با لحاظ چنین ملاحظاتی، دیوان نتیجه گرفت که معاهده مربوط، همه اختلافاتی را که مستقیماً ناشی از قرارداد سرمایه‌گذاری هستند، مدنظر دارد.[۱۱۱]

منتهی اهمیت تحلیل دیوان داوری در این پرونده به دلیل وجود شرط انتخاب محکمه در قرارداد محموله باری دریایی بود. طبق این شرط، دادگاه‌های شهر *آسونسیون*[۱۱۲] پاراگوئه از صلاحیت انحصاری برای رسیدگی به «هرگونه تعارض، ترافع یا ادعای» ناشی از قرارداد یا مربوط به آن برخوردار بودند. به‌منظور تفسیر منصفانه از مفاد شرط فراگیر، دیوان خود را ملزم به محترم‌شمردن شرط انتخاب محکمه قراردادی دانست و اینکه به مانند شرط فراگیر، مفاد شرط انتخاب محکمه نیز آن قدر موسع بود که نه‌تنها اختلافات مستقیماً مرتبط با نقض‌های قراردادی، بلکه اختلافات ناشی از اقدامات مرتبط با قرارداد را مثل اختلافاتی که می‌توانست به دعاوی معاهده‌ای ارتقا یابد نیز پوشش می‌داد.[۱۱۳]

شرکت *بیواک* تلاش می‌کرد مفهوم شرط فراگیر را برای پیشگیری از احراز عدم صلاحیت

108. *BIVACB.V. v. Republic of Paraguay*, *op. cit.*, paras. 130, 131.

109. *Ibid.*, para. 141.

۱۱۰. بااین‌حال، در دعوای *اِل پاسو* علیه آرژانتین، دیوان داوری اظهار کرد که تفسیر دیوان داوری SGS علیه فیلیپین، معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مربوط را بی‌فایده و زائد می‌کند.

111. *Ibid.*, paras. 141, 142.

112. Asunción

113. *Ibid.*, paras. 144, 145.

www.SID.ir

Archive of SID

ایکسید تغییر دهد. بنابراین ادعا کرد که صلاحیت دیوان فی‌نفسه بر اساس نقض قرارداد ایجاد نشده بلکه ازآنجاکه شرط فراگیر، ایجادکننده الزام معاهده‌ای کلی و مستقل است، تخلفات قراردادی هم مشمول صلاحیت دیوان می‌شود. به عبارت دیگر، وجود صلاحیت طبق معاهده، مفروض است.

تفسیر شرکت *بیواک* تلاشی کاملاً ساختگی به‌منظور انحراف الفاظ و عبارات معاهده بود. دیوان ضمن عباراتی صریح بیان داشت که هیچ تعهد معاهده‌ای مستقل به‌موجب معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری یا سندی دیگر وجود ندارد که به دیوان اجازه تشخیص این امر را بدهد که آیا اقدامات پاراگوئه به حد تخلف از ماده (۴)۳ معاهده می‌رسد یا خیر. در عوض، قرارداد منحصراً به‌عنوان راهنما مورد استناد دیوان قرار گرفت و برای تشخیص اینکه پاراگوئه از اجرای الزاماتش سر باز زده یا نه، دیوان می‌بایست قرارداد را تفسیر می‌کرد. درصورتی‌که نقض قرارداد احراز می‌شد، طبق نظر شرکت *بیواک*، دیوان باید تخلف از معاهده را نیز احراز می‌کرد. اگر نقض قرارداد احراز نمی‌شد، تخلف معاهده‌ای هم در کار نبود؛ همه چیز به مفاد و اثر قرارداد بستگی داشت. با توجه به اینکه شرکت *بیواک* هیچ اشاره‌ای به معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری یا قواعد حقوق بین‌الملل نکرده بود، دیوان می‌توانست به دنبال ملاک مستقلی باشد که جواز تشخیص نقض ماده (۴)۳ را به او بدهد. با تمرکز بر قرارداد، شرط انتخاب محکمه مورد توجه قرار گرفت و تأکید شد که بهتر است طرفین حین تنظیم قرارداد نسبت به وجود و قلمرو شرط فراگیر رایزنی کنند.[۱۱۴]

بنابراین، محور اصلی بحث در این قضیه، توجیه و تحلیل دیوان در اثربخشیدن به شرط انتخاب محکمهٔ مندرج در قرارداد بود. چنین شرطی، صلاحیت انحصاری به مراجع داخلی اعطا می‌کند که بیشتر به نفع دولت ظاهر می‌شود تا سرمایه‌گذار؛ ولی شرط فراگیر، الزامی تحمیل می‌کند که دولت میزبان به‌تنهایی ملزم به محترم‌شمردن تعهدات قراردادی خویش است. برای حل این مسئله، دیوان معتقد بود که پاراگوئه تعهد ضمنی دارد مبنی بر تضمین اینکه دادگاه‌های محلی، مجهز و مهیای رسیدگی بوده و به حل‌وفصل هر اختلاف ناشی از قرارداد تمایل نشان دهند. با این تفسیر، چنانچه دولت پاراگوئه به‌منظور جلوگیری از اعمال صلاحیت توسط دادگاه‌های صالح محلی در مورد اختلافات ناشی از قرارداد، اقداماتی اتخاذ کرده بود، شرکت *بیواک* می‌توانست این اقدامات دولت را به استناد بند ۴ ماده ۳ معاهده دوجانبه مورد سؤال قرار دهد.[۱۱۵]

۳. تشتت موجود در تفسیرهای شرط فراگیر

آرای صادره در پرونده‌های SGS به دلیل تفسیرهای متناقض از این شرط، موجب افزایش تشتت

114. *Ibid*., paras.145, 148, 149, 146.
115. *Ibid*., para. 147.

www.SID.ir

Archive of SID

در خصوص مفهوم و قلمرو تعهدات ناشی از آن شده‌اند.[۱۱۶] مراجع داوری بعدی همان طور که گذشت، این آرا را به‌عنوان راهنما مورد توجه داشته‌اند؛ گاه در صدد تطبیق این تصمیمات بودند و گاه در تلاش برای بی‌اعتبارجلوه‌دادن یکی از آن‌ها. با اینکه در حالات مختلف، تحلیل‌های متفاوت و گاه متعارض مندرج در پرونده‌ها نشان‌دهنده رویکرد ایدئولوژیکی دیوان‌های داوری است،[۱۱۷] برخی از مراجع داوری، منشأ تعارض را عبارت‌پردازی خاص معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری‌های مربوط دانسته‌اند.[۱۱۸]

در صورت تفسیر کاملاً موسع، شرط فراگیر متضمن اختلافات جزئی نیز خواهد بود و احتمالاً ظرفیت کاهش منافع عملی سیستم داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی را به دنبال خواهد داشت. به دلیل چنین تهدیدی، برخی از مراجع داوری از اعمال این شرط طفره رفته‌اند، ازجمله دیوان‌های داوری SGS علیه پاکستان و *اِل پاسو* علیه آرژانتین. با اینکه یک سلسله استدلال‌های حقوقی پیرامون مسائل حاکمیتی دولت و عدم وضوح و صراحت طرفین، حین تنظیم شروط فراگیر ارائه می‌شود، یک جریان بدبینی نسبت به تمامی آرا و تفسیرهای موسع از آن شرط وجود دارد.[۱۱۹]

تردیدی نیست که هرچه بر توسعه مفهوم شرط فراگیر تأکید شود، به‌واسطه وجود آستانه خفیف‌تر برای اعمال حمایت معاهده‌ای، اختلافات سرمایه‌گذاری رو به تزاید خواهد گذاشت، درحالی که اقامه بسیاری از اختلافات نزد تشکیلات پرهزینهٔ *ایکسید* به نفع طرفین نخواهد بود و چنانچه دعاوی سطح پایین در مسیر داوری بین‌المللی قرار داده شود، برخی از سرمایه‌گذران نمی‌توانند از پس هزینه‌های *ایکسید* برآیند. به‌علاوه، دعاوی سرمایه‌گذاری منصرف از شروط فراگیر وجود دارند و ازآنجاکه این شروط، شروط صلاحیتی حل‌وفصل اختلاف‌اند، مسئولیت دولت به‌واسطه آن‌ها احراز نمی‌شود.

موضوع دیگری که در برابر تفسیر موسع از شرط مزبور وجود دارد این است که چگونه ممکن است *ایکسید* به‌عنوان سیستم حل‌وفصل توافقی، امکان دسترسی به یک مرجع حل اختلاف بین‌المللی را افزایش دهد؟ نقش *ایکسید* در حل‌وفصل بین‌المللی اختلافات در طول دهه گذشته نشان می‌دهد که درحالی‌که پرونده‌های بسیاری مفتوح است،[۱۲۰] تعداد دعاوی، دو تا چهار برابر می‌شود.[۱۲۱] سازوکارهای اولیه سیستم داوری، آماده پاسخگویی به این حجم از شکایات نیست.

116. Wong, Jarrod, *op. cit.*, p. 173.

117. Shany, Yuval, "Contract Claims v. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multi-Sourced Investment Claims", *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, pp. 844-49.

118. *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, *op. cit.*, paras. 58-60, *SGS v. Islamic Republic of Philippines*, *op. cit.*, para. 119.

119. Crawford, James, *op. cit.*, p. 20.

120. List of Pending Cases, International Centre for Settlement of Investment Disputes, https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/pendingcases.aspx?status=p.

۱۲۱. در مورد حجم پرونده‌های مفتوح نزد *ایکسید*، ن.ک:

www.SID.ir

Archive of SID

به نوعی این تسهیلات خود *ایکسید* است که این وضعیت تهدیدکننده را ایجاد می‌کند. سرمایه‌گذاران طبعاً از ورود به کشورهای خارجی که از سیستم قضایی بیگانهٔ اغلب کُند و بالقوه تبعیض‌آمیز برخوردارند، نگران و بیمناک هستند. اعطای فرصت تعقیب دعاوی قراردادی در مرجع داوری در ظاهر بی‌طرف، شرکت‌ها را وسوسه می‌کند که راه‌حل اختلافشان را در محکمه بین‌المللی جستجو کنند. از آن پس، دیگر به‌ندرت اختلافات قراردادی در دادگاه محلی رسیدگی خواهد شد و دولت‌های میزبان از اقتدار حاکمیتی‌شان مبنی بر حل‌وفصل اختلافات در بستر هنجارهای سنتی مبتنی بر رضایت دولت، محروم خواهند شد.

علی‌رغم اینکه تفسیر مضیق از شرط فراگیر، اقتضائات عملی خودش را دارد، در عمل حتی تفسیری خنثی از آن به ضرر سرمایه‌گذاران تمام نمی‌شود، بلکه سرمایه‌گذار خود را در موقعیتی مشابه ۶۰ درصد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری موجود که فاقد شرط فراگیر و تحت حکومت حقوق بین‌الملل سنتی هستند، خواهد یافت.[۱۲۲] شروط فراگیر، پنجاه سال بی هیچ آسیبی برای نظام سرمایه‌گذاری بین‌المللی نادیده گرفته شده‌اند.

بااین‌حال، دشوار به نظر می‌رسد که الفاظ و شروط معاهده‌ای که بیانگر توافق طرفین هستند، بیهوده و بلااثر باشند. منطق حکم می‌کند برای همه مقررات ماهوی معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، معنا و مفهوم در نظر گرفته شود. لذا نمی‌توان شروط فراگیر را تزیین نگارشی تنظیم‌کنندگان آن در نظر گرفت.

تلاش دیوان داوری *SGS* علیه پاکستان در توسل به «تعهد ضمنی» برای دولت میزبان، در مقایسه با تعبیر صحیح و معقول که متضمن تعهدات قراردادی صریح و روشن باشد، مورد تردید قرار می‌گیرد. به فرض که دولتی در وضع ترتیبات داخلی مناسب و مطلوب، هماهنگ با نیازهای سرمایه‌گذاری خارجی بخش خصوصی ناکام مانده است. در این‌صورت، ضمانت اجرای این تعهد ضمنی چه خواهد بود.

اصولاً سرمایه‌گذاران در جریان پیگیری اختلافات به دنبال ثبات قراردادی هستند و دولت‌ها به فکر معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری‌های جدیدی که به‌موجب آن‌ها مورد سؤال قرار خواهند گرفت. ازآنجاکه دادرسی *ایکسید* پرهزینه است، طرفین نیازمند آن‌اند که قبل از پذیرش فرایندی که سال‌ها به طول می‌انجامد و هزاران نفر ساعت وقت صرف آن می‌شود، ابتدا به تصور اولیه از ارزش و اعتبار اختلافشان برسند. همچنین سرمایه‌گذار باید از محدوده کامل حقوق ناشی از معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری پیش از اقدام در حوزه قضایی دولت میزبان مطلع شود. در این صورت، سرمایه‌گذاران می‌توانند با آگاهی بیشتر، قراردادهای سرمایه‌گذاری را در قلمرو قضایی

https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx.

122. Crawford, James, *op. cit.*, p. 18.

www.SID.ir

Archive of SID

خارجی مذاکره کنند و حتی از بین کشورهای مختلف میزبان بر اساس میزان دسترسی به حمایت از قرارداد از طریق شرط فراگیر، دست به انتخاب بزنند.[۱۲۳]

از طرفی تفسیرهای متفاوت از شرط فراگیر به نوعی نتیجه فرعی کشمکش میان ملت‌های توسعه‌یافته و درحال‌توسعه در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی است.[۱۲۴] معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری نوعاً الگوی اولیه پیوند و ارتباط جهان توسعه‌یافته با جهان درحال‌توسعه را تعقیب می‌کنند. زمانی که اختلافات بالا می‌گیرد، دولت میزبان به احتمال زیاد، دولت درحال‌توسعه در مقابل سرمایه‌گذارِ تبعه دولت توسعه‌یافته خواهد بود.[۱۲۵] به دلیل همین عدم تقارن در آرایش اختلافات، کشورهای درحال‌توسعه خواستار تفسیر حصری و محدودکننده از مقررات معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری هستند که متضمن حقوق و منافع برای دو طرف باشد، درحالی‌که کشورهای توسعه‌یافته، همان مقررات را به‌طور موسع تعبیر خواهند کرد.

یک شبه‌جنگ دائمی در سراسر نیم‌قرن گذشته میان این دو جناح در مورد شرایط تبیین استانداردهای حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی وجود داشته و شرط فراگیر نسبت به این معیار بیگانه نیست. هریک از این دیدگاه‌ها به نوبه خود در این منازعه قوی ظاهر شد. همان طور که کشورهای درحال‌توسعه خواستار نگه‌داشتن دعاوی قراردادی در صلاحیت دادگاه‌های داخلی‌شان هستند، سرمایه‌گذاران جهان توسعه‌یافته، خواهان پناه‌بردن به مراجع بین‌المللی‌اند. زمانی که دول درحال‌توسعه موفق به اجرای مقاصد خود نمی‌شوند، خواستار محدودیت قلمرو قراردادها در حد طبقه مضیق از روابط با دولت میزبان هستند. همان طور که در قضایای *جوی ماینینگ* علیه مصر و *اِل پاسو* علیه آرژانتین و *هامستر*[۱۲۶] علیه غنا گذشت.

در پایان اگر با رویکرد نظری به شرط فراگیر نگریسته شود، با عنایت به عملکرد کنونی این شرط در زمان نقض قرارداد، این موضوع مطرح می‌شود که آیا صلاحیت مرجع رسیدگی‌کننده به‌صرف وجود تعهد معاهده‌ای مستقل احراز می‌شود یا با نقض واقعی خود قرارداد محرز می‌شود؟ پاسخ این سؤال نهایتاً متضمن تصمیم‌گیری در مورد معیارهایی خواهد بود که طبق آن، نقض قرارداد بررسی می‌شود. در نتیجه بر اساس این سازوکار، قدرت و اعتبار شرط انتخاب محکمه قراردادی همچنان باقی می‌ماند. به‌موجب این شرط می‌توان دیوان‌های داوری *ایکسید* را از رسیدگی به اختلاف بازداشت. بنابراین، همان گونه که در داوری SGS علیه فیلیپین و *بیواک* علیه پاراگوئه ادعا شد، جهت اطمینان از اینکه شرط فراگیر مورد احترام و ملاحظه مقتضی قرار گیرد، اتخاذ رویکرد کنترل‌شده، منطقی و نظام‌مند در برخورد با این شرط ضرورت دارد.

123. B. Potts, Jonathan, *op. cit.*, pp. 1029-31.
124. Wong, Jarrod, *op. cit.*, p. 174.
125. Wong, Jarrod, *op. cit.*, pp. 174, 175.
126. Hamester

www.SID.ir

Archive of SID

٤. ارتباط میان قرارداد و معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری

پس از طرح *آبس ـ شوکراس* و پیش‌نویس کنوانسیون OECD درباره درج شرط فراگیر در متون نمونه، اختلافات حقوقی در سطح آکادمیک نیز درباره قلمرو مقتضی این شرط اوج گرفت. اگرچه بیشتر مفسران با اجرای موسع و نامحدود آن موافق بودند،[۱۲۷] نسبت به حدومرزهای اعمال آن دچار تردید می‌شدند. برای راه‌حل موقت به سراغ معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری موجود رفتند، اما مفهوم شرط فراگیر به‌عنوان مسئله مبنایی مسکوت مانده بود. همان طور که دیده شد، مراجع داوری هم کمک چندانی به تبیین صحیح محدوده اجرایی آن نکردند.

با عنایت به رأی دیوان داوری در پرونده *SGS* علیه پاکستان، برخی مراجع میان ماهیت قراردادهای سرمایه‌گذاری تمایز قائل شدند. دیوان‌های داوری علیه مصر و *ال پاسو* علیه آرژانتین با تسرّی حمایت‌های شرط فراگیر نسبت به قراردادهای تجاری خصوصی مخالف بودند.

دیوان داوری در پرونده *جوی ماینینگ*، جایی که فرصت‌های بسیاری برای درآمیختن مسائل قراردادی با معاهده وجود داشت،[۱۲۸] اظهار کرد که برای رسیدگی به دعوای قراردادی، نیازمند پیوند میان قرارداد و معاهده است.[۱۲۹] دیوان برای تشخیص حالتی که دعاوی تفکیک‌ناپذیر می‌شوند به معیار «اتحاد سه‌گانه»[۱۳۰] اشاره کرد.[۱۳۱] طبق این نظر، زمانی که اختلاف متضمن ۱ـ اطراف، ۲ـ موضوعات و ۳ـ اسباب یکسان باشد، دعاوی قراردادی و معاهده‌ای به‌صورت غیرقابل تفکیک درهم تنیده می‌شوند. اما در این پرونده به این دلیل که ضمانت بانکی ذاتاً عمل تجاری محسوب شده و موضوع سلب مالکیت قرار نمی‌گیرد، علی‌رغم اینکه به‌طور جنبی به سرمایه‌گذاری مزبور وابسته بود، دیوان اختلاف مورد نظر را مرتبط با سرمایه‌گذاری ندانست.

به عقیده این دیوان، برقراری ارتباط میان قرارداد و معاهده، شرط فراگیر را به‌کلی از کار می‌انداخت. طبق حقوق بین‌الملل سنتی، نقض قرارداد خودبه‌خود به مسئولیت بین‌المللی منجر نمی‌شود.[۱۳۲] پس اگر وجود ارتباط میان قرارداد و معاهده کشف شود و به معنی تحقق مسئولیت معاهده‌ای دولت برای نقض تعهدات قراردادی باشد، دیگر بررسی تفسیر شرط فراگیر، بی‌فایده و بیهوده بوده و هیچ اثری بر آن مترتب نخواهد بود، درحالی‌که این مقررات بسیار تخصصی تدوین شده‌اند و اغلب به رعایت تعهدات لازم‌الاجرای مرتبط با سرمایه‌گذاری اشاره دارند. پس تحلیل سایر مراجع از شرط مذکور، تفصیلی زائد به نظر می‌رسد.[۱۳۳] حال سؤال این است که قرارداد

127. B. Potts, Jonathan, *op. cit.*, p. 1035.
128. *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, *op. cit.*, para. 75.
129. *Ibid.*, para. 81.
130. Triple Identity
131. *Ibid.*, paras. 78, 75.
132. Bishop, R. Doak, Crawford, James, Reisman, William Michael, *op. cit.*, pp. 1, 2.
133. *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, *op. cit.*, paras. 70, 71.

www.SID.ir

Archive of SID

سرمایه‌گذاری می‌تواند با سرمایه‌گذاری مدنظر معاهده بی‌ارتباط باشد؟

ملاک و معیارهای پیش‌گفته، کمتر از آنچه به نظر می‌رسید، مفید بودند. خصوصاً اعمال حاکمیتی دولت، ضابطه موثق و مشخص برای احراز صلاحیت دیوان محسوب نمی‌شود.[۱۳۴] تصمیم‌گیری راجع به اینکه شرط فراگیر قابلیت اعمال دارد یا خیر، دشوار است چرا که این شرط به‌منظور اعطای صلاحیت پیش‌بینی می‌شود و اختیار رسیدگی به مسائل مربوط به حاکمیت دولت، فراتر از احراز صلاحیت است. به‌علاوه در صورت نقض قرارداد، دولت میزبان می‌تواند با انکار قرارداد سرمایه‌گذاری از خود دفاع کند، با این استدلال که موجبات اقداماتش امور تجاری بوده است.[۱۳۵]

با توجه به محدویت‌های اعمال شرط فراگیر که در گزارش تفسیری پیش‌نویس کنوانسیون OECD به آن تصریح شده است، ارتباط ضمنی میان قرارداد و سرمایه‌گذاری تحت حمایت، برای اعمال شرط کافی نیست، بلکه هر دو باید کاملاً مرتبط باشند.[۱۳۶] این ارتباط مؤثر، در دو حالت وجود دارد: الف. نوع متعهدشدن دولت نسبت به شناسایی سرمایه‌ها. ب. مطمئن عمل‌کردن سرمایه‌گذار، حتی اگر تعهد به‌طور کلی بیان شده باشد.[۱۳۷]

بدین ترتیب، لزوم برقراری رابطه طبیعی و منطقی میان سرمایه‌گذاری موجود و قرارداد موضوع اختلاف بین دولت میزبان و سرمایه‌گذار می‌تواند مفید باشد. برای مثال، درصورتی‌که دولت خارجی، سرمایه‌گذار خارجی را جهت ورود به سرزمین‌اش ترغیب کند و ارتباط سرمایه‌گذار با دولت، محرک اصلی سرمایه‌گذار برای ورود به آن سرزمین باشد، قرارداد دوجانبه، تعهد دولت نسبت به مقوله سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود. این ملاک می‌تواند قرارداد تجاری محض را به سرمایه‌گذاری پیوند دهد. پس احداث کارخانه با تکیه بر وعده انعقاد قرارداد دولتی پرسود، نقش اصلی را بازی می‌کند.

باوجود این، اگر دولت به این جمع‌بندی برسد که نباید مستقیماً درگیر حوزه سرمایه‌گذاری شود، این مورد، خارج از شمول شرط فراگیر خواهد بود. برای مثال، به فرض که شرکت خارجی سال‌هاست در سرزمین دولت میزبان بدون هیچ تماس و ارتباطات تجاری مشغول فعالیت است. در سال‌های بعد، موافقت‌نامه‌ای میان شرکت مزبور و دولت میزبان منعقد و متعاقباً از جانب دولت نقض می‌شود. این وضعیت نمی‌تواند مشمول شرط فراگیر باشد چرا که شرکت مذکور پیش از این بدون برقراری ارتباط با دولت میزبان، شروع به فعالیت کرده و تنظیم چنین قرارداد سرمایه‌گذاری با شرط فراگیر، بیگانه است.

134. Crawford, James, *op. cit.*, p. 19.
135. *Ibid.*, p. 19.
136. Draft Convention on the Protection of Foreign Property, Org. for Econ. Co-operation & Dev. [OECD], *op. cit.*, p. 14.
137. *Ibid.*, pp. 14, 15.

www.SID.ir

Archive of SID

نتیجه

عرصه سرمایه‌گذاری بین‌المللی به دلیل ارتباط تنگاتنگ آن با حاکمیت دولت‌ها، به‌ویژه دول میزبان و تأثیر مستقیمی که بر منافع و رفع نیازهای اقتصادی داشت، اسباب ورود دولت در فرایند سرمایه‌پذیری و مداخله مستقیم در عقد قراردادهای سرمایه‌گذاری را فراهم کرد. بدین ترتیب دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی به‌عنوان دو طرف نابرابر وارد رابطه حقوقی شدند. توصیف ماهیت این رابطه و نوع حقوق و تعهداتی که از آن ناشی می‌شود از همان ابتدا با دشواری روبه‌رو بود. دولت میزبان به‌واسطه بهره‌مندی از اقتدار حاکمیتی و حقوق ناشی از آن، در برخورد با سرمایه‌گذار به‌عنوان شخص خصوصی از وضعیت بهتری برخوردار بود. به همین خاطر، دولت‌های متبوع سرمایه‌گذاران احساس خطر می‌کردند و از طرق مختلف، سعی در حمایت از اتباع خود در برابر دولت‌های حاکم داشتند. این تلاش‌ها تا جایی ادامه پیدا کرد که عملاً به تحقق روابط بین‌الدولی مستقیم انجامید و در قالب عهدنامه‌های دو و چندجانبه با موضوع سرمایه‌گذاری و پیش‌بینی مقرراتی در قالب شرط فراگیر بروز پیدا کرد. با اضافه‌شدن دولت‌های سرمایه‌فرست به این روابط، مجموعه‌ای از حقوق و تکالیف معاهده‌ای به تعهدات و توافقات قراردادی قبلی اضافه شد و علی‌رغم تکمیل و اصلاح برخی از آن‌ها، با دسته‌ای دیگر تعارض پیدا کرد، به نحوی که جمع میان آن‌ها کار ساده‌ای نبود. علی‌رغم آنکه در گذشته، سرمایه‌گذاران خارجی بیشتر نگران حفظ امنیت و سرمایه خود در کشور میزبان سرمایه‌گذاری بودند، در حال حاضر، بیشتر دولت‌های میزبان، نگران محدودیت در اعمال حقوق حاکمیتی خود برای تنظیم امور داخلی هستند.

در حال حاضر، حجم وسیعی از اختلافات در حوزه سرمایه‌گذاری وجود دارد. فرایند حل تعارض و اعمال مقررات مقتضی در جریان رسیدگی به دعاوی سرمایه‌گذار ـ دولت بسیار فنی و پیچیده است. پیش‌بینی یک سلسله شروط در معاهدات دوجانبهٔ مذکور با هدف حمایت از سرمایه‌گذار در برابر دولت میزبان، توافقات خصوصی سابق و آتی دو طرف را تحت‌الشعاع قرار داده و همان طور که از تشریح و تحلیل رویه داوری فهمیده می‌شود، ارائه راه‌حل حقوقی قطعی غیرممکن به نظر می‌رسد، چرا که هر جا محکمه‌ای چنین هدفی را اراده کرده، به افراط یا تفریط منجر شده است.

با بررسی مفاد مورد اختلاف در آرای داوری و دسته‌بندی آن‌ها، هدف این بود که با جستجوی مورد به مورد از تحلیل رویه مراجع رسیدگی‌کننده، به‌ویژه در خصوص شروط فراگیر، وحدت تفسیری به دست آید. اگرچه هیچ دو تصمیمی مشابه هم نیست و نمی‌توان آرای صادره را با هم قیاس کرد، یک سلسله اصول و مبانی حقوقی مورد استفاده دیوان‌های داوری قرار گرفته

www.SID.ir

Archive of SID

است. از سوی دیگر، با بررسی نحوه استدلال‌ها در جریان دادرسی و نتایج حاصل از آن در قالب رأی، با بهره‌گیری از اصول کلی حقوقی، تفسیر معاهدات، اصولی همچون حاکمیت دولت‌ها، انصاف، منع سوءاستفاده از حق و ... این نتیجه به دست می‌آید که علت تعارض ظاهری آرای صادره، جهت‌گیری شخصی دیوان صادرکننده نیست، بلکه پیچیدگی اختلاف و ترتیبات مورد توافق طرفین بوده و در کل، منحصر به فردبودن هر قضیه، مستلزم موشکافی جداگانه است.

در وضعیت فعلی به نظر می‌رسد با توجه به یکسان‌نبودن آرای محاکم داوری و اختلاف دیدگاه‌های عمیق در خصوص مفاهیم اساسی موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری و به‌ویژه ارتباط شرط فراگیر با تعهدات ناشی از قرارداد سرمایه‌گذاری، عدم تعریف و تبیین این موضوعات موجب سردرگمی طرفین ذی‌نفع و عدم آشنایی آن‌ها با حقوق و تکالیف خود می‌شود و این امکان برای دیوان‌های داوری فراهم می‌شود که برداشت‌های کاملاً متفاوت و گاه مغایر از مفاهیم اساسی ارائه کنند. این امر موجب بروز اختلافات بیشتر بین سرمایه‌گذاران و دولت میزبان و تشتت آرا می‌شود.

برای ایجاد توازن میان منافع سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان، مؤثرترین راه آن است که روابط قراردادی بین دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی به نحوی تنظیم شود که ضمن حفظ سرمایه سرمایه‌گذاران و ایجاد شرایط مناسب و امنیت برای سرمایه‌گذاری آن‌ها، دولت میزبان نیز در تنظیم امور داخلی خود محدود نشود. این روش موجب اطمینان‌خاطر هرچه بیشتر طرفین می‌شود و از اختلافات سرمایه‌گذاری که روز به روز در تزاید است به‌شدت می‌کاهد. از مرکز بین‌المللی حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری به‌عنوان نهاد تخصصی نیز انتظار می‌رود با تفسیر منطقی از شروط مندرج در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری و درنظرداشتن منافع هر دو طرف سرمایه‌گذاری خارجی و همچنین تبیین و تدوین قواعد حقوقی کاربردی و پیشنهاد به بازیگران عرصه سرمایه‌گذاری خارجی، از حجم، پیچیدگی و تشتت آرا در این باره بکاهد. تا آن زمان، راه‌حل مناسب، تلاش در جهت سازش آرا و جمع نظرات مفید و کارآمد خواهد بود.

www.SID.ir

Archive of SID

منابع:

الف. فارسی

ـ کتاب

- پیران، حسین؛ *مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی*، گنج دانش، ۱۳۸۹.
- عسکری، پوریا؛ *حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داوری بین‌المللی*، شهر دانش، ۱۳۹۱.

ـ مقاله

- پیران، حسین؛ «شرط فراگیر در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، سال بیست‌وششم، شماره ۴۰، بهار ـ تابستان ۱۳۸۸.
- علومی یزدی، حمیدرضا و سمیه محمدی؛ «شرط التزام عام در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، دوره شانزدهم، شماره ۴۳، تابستان ۱۳۹۳.

ـ پایان‌نامه

- قربان‌کریمی، الهه؛ *جایگاه و تأثیر شرط التزام در تعهدات سرمایه‌گذاری خارجی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۹.

ب. انگلیسی

- Books

- Bishop, R. Doak, Crawford, James, Reisman, William Michael, *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, The Hague, 2005.
- L. Moses, Margaret, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, New York, 2000.
- Ole Voss, Jan, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2011.
- Yannaca-Small, Katia, *Arbitration under International Investment Agreements*, Oxford University Press, New York, 2010.

- Articles

- B. Potts, Jonathan, "Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization", *Virginia Journal of International Law*, vol. 51, No. 4, 2011.
- Crawford, J., "Treaty and Contract Investment Arbitration", *The 22nd*

www.SID.ir

Archive of SID

Freshfields Lecture on International Arbitration, London, 29 November 2007.

- C. *Sinclair*, Anthony, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, vol. 20, Issue 4, 2004.
- *D. Franck*, *Susan*, "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review*, vol. 73, 2005.
- Feit, Michael, "Responsibility of the State under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 28, Issue 1, Article 5, 2010.
- Lauterpacht, Elihu, C.B.E., Q.C, "International Law and Private Foreign Investment", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 4, Issue 2, 4-1, 1997.
- Reinisch, August, "How Narrow Are Narrow Dispute Settlement Clauses in Investment Treaties?", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 2, No. 1, 2011.
- Shany, Yuval, "Contract Claims v. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multi-Sourced Investment Claims", *American Journal of International Law*, vol. 99, No. 4, 2005.
- Wong, Jarrod, "The Application of Most-Favored-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions in Bilateral Investment Treaties", *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, vol. 3, No. 1, 2008.
- W. Schill, Stephan, "Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment Treaties", *Minnesota Journal of International Law*, vol. 18, 2009.

- Documents

- Agreement between the Federal Republic of Germany and the Republic of Ghana on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments, 25 February 1995.
- Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States - International Centre for Settlement of Investment Disputes, Washington 1965.
- Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, 2001.
- List of Pending Cases, International Centre for Settlement of Investment Disputes, at https://icsid.worldbank.org.

- Cases

- *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessmant and Control, BIVACB.V v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/9, Decision on Objection to Jurisdiction, May 29, 2009.

www.SID.ir

Archive of SID

- *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, (ICSID Case No. ARB/01/8), Award of April 25, 2005.
- *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, Decision on application for annulment, July 3, 2002.
- *El Paso Energy International Company v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, October 31, 2011.
- *Eureko* B.V. *v. Republic of Poland*, Ad Hoc Tribunal, Partial Award, August 19, 2005.
- *Impregilo S.P.A. v*. Republic of *Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, Decision On Jurisdiction, April 22, 2005.
- *Gustav F W* Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No.ARB/07/24, Award, Jun 18, 2010.
- *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No.ARB/03/11, Award, 6 August, 2004.
- *Noble Ventures, Inc. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, October 12, 2005.
- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Repablic of Pakistan*, ICSID Case No.ARB/01/13, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, August 6, 2003.
- *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Repablic of Philippines*, ICSID Case No.ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, January 29, 2004.

www.SID.ir