Archive of SID

مطالعات حقوق تطبیقی
دورهٔ ۱۱، شمارهٔ ۱
بهار و تابستان ۱۳۹۹
صفحات ۳۶۳ تا ۳۸۰

مطالعهٔ تطبیقی جایگاه و کارکرد نظرهای فردی (جداگانه، مخالف و اعلامیه)در رویهٔ دیوان بین‌المللی دادگستری و نظام داوری حل اختلافات دولت- سرمایه‌گذار

سید مصطفی میرمحمدی*
دانشیار دانشکدهٔ حقوق، دانشگاه مفید قم
مهران خمیسی‌زاده
دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، دانشکدهٔ علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قم
(Email: m_khamisizadeh@yahoo.com)
(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۴/۰۴، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۸/۰۴)

چکیده

نظرهای فردی قضات/ داوران (مخالف، جداگانه و اعلامیه‌ها) یکی از مهم‌ترین شکل‌های دکترین به‌منظور کمک به احراز قواعد حقوقی‌اند. هرچند دیوان بین‌المللی دادگستری و داوری دولت- سرمایه‌گذار دو نظام متفاوت‌اند، اما هر دو به نظام حقوقی حل و فصل اختلافات تعلق دارند. ازاین‌رو مطالعهٔ تطبیقی در خصوص کارکرد و آثار نظرهای فردی قضات/ داوران در این دو نظام گامی در یافتن تفاوت‌ها و شباهت‌ها در رویه‌های این دو نظام و توسعهٔ ادبیات حقوقی حل و فصل اختلافات است. قضات دیوان بین‌المللی دادگستری از طریق نظرهای انفرادی خود، چه در آرا و احکام ترافعی و چه در آرای مشورتی، در توسعه و احراز قواعد حقوق بین‌الملل و ایفای یک نقش پادمانی برای دیوان سهیم بوده، با توسعهٔ اکتیویسم قضایی، رشد قاعده‌سازی و ایجاد گفتمان حقوقی و پر کردن خلأهای حقوقی به تصمیم دیوان و نیز عدالت بین‌المللی اعتبار می‌بخشند. درمقابل، جایگاه و کارکرد نظرهای فردی داوران در نظام داوری بین‌المللی دولت- سرمایه‌گذار (به‌ویژه در داوری‌های نهادی مانند ایکسید) با چالش‌های متعددی روبرو است؛ چراکه از یک طرف داوران از ارائهٔ نظرهای فردی به‌ویژه مخالف خودداری می‌کنند و از طرف دیگر نظرهای مخالف اغلب وسیله‌ای برای طرف بازنده برای هدایت پرونده به سمت ابطال‌پذیری بوده و همین امر باعث عدم اتکا به این نظرها در داوری‌ها شده است. مقالهٔ حاضر نشان خواهد داد با توجه به پیچیدگی‌های حاکم بر دعاوی سرمایه‌گذاری، استفاده از نظرهای فردی داوران در شکل صحیح خود همانند آنچه در دیوان بین‌المللی دادگستری وجود دارد امری ضروری است، لکن دستیابی به این مقصود نیازمند برخی اصلاحات و تغییرات در داوری‌های سرمایه‌گذاری است.

واژگان کلیدی

ایکسید، داوری دولت- سرمایه‌گذار، دیوان بین‌المللی دادگستری، قضات/ داوران، نظرهای فردی (جداگانه، مخالف و اعلامیه‌ها).

* نویسندهٔ مسئول، فاکس: ۰۲۵۳۲۹۲۷۳۹۵ Email: mirmohammadi@mofidu.ac.ir

www.SID.ir

Archive of SID

مقدمه

نظرهـای جداگانـه و مخـالف قضـات یادگـار نظـام حقـوقی کـامن‌لا اسـت، امـا در چـارچوب تصمیم‌سازی‌های قضایی، نظرهای انفرادی قضات (جداگانه، مخالف واعلامیه‌ها) بیش از آنکه بـه سنت‌های حقوقی و فرهنگی مربوط باشد، به پذیرش سه فرضیه زیر بستگی دارد؛ نخست آنکـه نظرهای مخالف به یکپارچگی قانون آسیبی وارد نمی‌سازد و دست‌کم در فرض ابهام یـا اجمـال قانون موضوعه، راه‌حل‌های دیگری برای حل مسئله وجود دارد. دوم اینکه مشروعیت سـاختاری دادگاه‌ها با استقلال فردی و بی‌طرفی قضات سازگار است. سوم، اساساً به‌عنوان نتیجـهٔ منطقـی دو فرضیهٔ قبل، نظر اکثریت در اعتبار بخشیدن به تصمیمات قضایی کافی است. به دیگر سخن، اتفاق نظر لزوماً بیانگر حقانیت یا استواری قضـایی نیسـت (L'Heureux-Dube, 2000, p. 503). در پرتو این فرضیه‌ها نظرهای انفرادی قضات و داوران راهی در شفافیت بیشـتر و اسـتدلال بـه قواعد حقوقی است. مادهٔ ۳۸ اساسنامهٔ دیوان بین‌المللـی دادگسـتری از دکتـرین و آمـوزه‌هـای حقوق‌دانان برجسته، به‌عنوان یکی از منابع فرعی یاد کرده است کـه بـه‌نوبـهٔ خـود در توضـیح، تفسیر و تبیین قواعد حقوقی بسیار کارساز است.روند رو به رشد دکتـرین و نقـش مـؤثر آن در حل و فصل دعاوی دولت‌ها باعث شده تـا ایـن منبـع فرعـی امـروزه بـه یکـی از منـابع مهـم و قابل‌توجه در حقوق بین‌الملل تبدیل شود و با نقش‌ها و کارکردهای متنوع خود، ازجمله در پرتو نظرهای فردی قضات، سهم فزاینده‌ای در توسعهٔ حقوق بـین‌الملـل ایفـا نمایـد. برابـر مـادهٔ ۵۷ اساسنامهٔ دیوان، چنانچه «حکم کلاً و یا جزئاً به اتفاق آراء قضات صادر نشـده باشـد هـر قاضـی حق خواهد داشت شرح عقیدهٔ شخصی خود را به حکـم ضـمیمه نمایـد». درج نظرهـا و عقایـد شخصی قضات به ضمیمهٔ حکم، چه در قالب نظر جداگانـه، مخـالف یـا اعلامیـه، نشـان‌دهنـدهٔ اهمیت ماهوی این دیدگاه‌هـای فـردی در منظومـهٔ اسـتدلال حقـوقی و احکـام صـادره اسـت. درمقابل، جایگاه نظرهای فردی در نظام کنونی داوری که به‌طـور کلـی مبتنـی بـر داوری‌هـای موردی و نهادی است و به‌طور خاص در داوری حل اختلافات دولت- سرمایه‌گذار توسعه نیافتـه و با کاستی‌ها و موانعی روبرو است. مطابق بند ۴ مادهٔ ۴۸ «کنوانسیون حـل و فصـل اختلافـات سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر» هریک از اعضـای دیـوان داوری مـی‌تواننـد نظر شخصی خود را ضمیمهٔ حکم نمایند؛ خواه نظر آنان نظـر اکثریـت باشـد یـا نظـر مخـالف. همچنین می‌توانند تفصیل نظر خود را ضمیمهٔ حکم دیوان داوری نمایند.

بدیهی است رویهٔ دیوان داوری «ایکسید»[1] با رویهٔ دیوان بـین‌المللـی دادگسـتری متفـاوت است. بررسی‌های صورت‌گرفته بر روی احکام صادره از سوی دیوان داوری ایکسید نشان می‌دهد

1. International Center for Settlement of Investment Dispute

www.SID.ir

Archive of SID

نظرهای مخالفی که در قضایا مورد استفاده قرار گرفته کمتر در راستای کارکرد اصلی خود یعنی احراز قواعد حقوقی و کمک به حل موضوع متنازع‌فیه بوده است. از مهم‌ترین دلایل استحکام نظرهای فردی در رویهٔ دیوان بین‌المللی دادگستری جایگاه متمایز دیوان در حل اختلافات فیمابین دولت‌ها و نیز نحوهٔ انتخاب قضات آن است. سازوکار حاکم بر انتخاب قضاتِ دیوان، استقلال آنان را از دولت‌ها و طرفین اختلاف تضمین می‌کند. همچنین مصونیت‌ها و مزایایی که طبق اساسنامه به قضات دیوان اعطا می‌شود پشتوانه‌ای برای ارائهٔ نظرهای فردی به‌ویژه مخالف است. اما طرف‌های اختلاف در داوری‌های سرمایه‌گذاری، دولت‌ها و اشخاص (سرمایه‌گذاران) هستند و داوران از سوی آنان انتخاب و معرفی می‌شوند. ازاین‌رو آنان در ارائهٔ نظرهای فردی همواره جانب احتیاط را رعایت نموده، تلاش می‌کنند در راستای منافع طرفی که آن‌ها را به‌عنوان داور انتخاب کرده است گام بردارند؛ بنابراین رعایت بی‌طرفی و استقلال برای آنان دشوار خواهد بود و از اثربخشی نظرهای فردی خواهد کاست.

با توجه به رویهٔ موفق دیوان بین‌المللی دادگستری، مقالهٔ حاضر از منظر تطبیقی و با استفاده از روش تحقیق کتابخانه‌ای- اسنادی و تحلیلی در تلاش است تا اهمیت و جایگاه نظرهای فردی را در داوری‌های مربوط به اختلافات سرمایه‌گذاری (داوری نهادی ایکسید) بررسی نموده، ضمن تبیین تفاوت‌ها و شباهت‌ها، به دنبال پاسخ به این پرسش‌هاست که آیا نظام کنونی داوری دولت- سرمایه‌گذار ظرفیت پذیرش و گسترش نظرهای فردی را دارد؟ درصورتی که پاسخ مثبت است راهکارهای لازم برای ارتقای نقش و اثربخشی نظرهای فردی در نظام حل و فصل اختلافات دولت- سرمایه‌گذار چیست؟ فرضیهٔ مقالهٔ حاضر این است که نظرهای فردی در داوری‌ها همانند آنچه در رویهٔ قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری وجود دارد از توان تأثیرگذاری مطلوب برخوردارند، لکن تحقق آن نیازمند اصلاحات در ساختار کنونی داوری دولت- سرمایه‌گذار است.

۱. نظرهای فردی (جداگانه، مخالف و اعلامیه‌ها) در دیوان بین‌المللی دادگستری

در این بخش به بررسی جایگاه دیوان بین‌المللی دادگستری، قضات دیوان و کارکردهای گوناگون نظرهای فردی آن‌ها خواهیم پرداخت.

۱. ۱. جایگاه متمایز دیوان بین‌المللی دادگستری و قواعد حاکم بر انتخاب قضات و نظرهای فردی آنان

دیوان بین‌المللی دادگستری رکن اصلی حل و فصل اختلافات میان دولت‌هاست. هرچند مطابق

www.SID.ir

Archive of SID

اساسنامه، دیوان برای خود نقش قانون‌گذاری درنظر نگرفته است و دیوان خود نیز چنین نقشی را انکار می‌کند، اما در فرض ابهام یا خلأ قانونی، با انجام تفسیر و استدلال حقوقی، قواعدی را به‌طور ضمنی وارد حقوق بین‌الملل می‌کند که در آینده، دولت‌ها و حقوق‌دانان آن را خواهند پذیرفت و تبدیل به رویهٔ قضایی می‌شود و حتی در مواردی زمینهٔ پیدایش عرف بین‌المللی را فراهم می‌کند (حبیبی مجنده و کامیار راد، ۱۳۹۷، ص ۶۶). بر اساس مادهٔ ۳۸ اساسنامه، سه منبعِ معاهده، عرف و اصول کلیِ حقوق به‌عنوان منابع اصلی و تصمیمات قضایی و دکترین به‌مثابهٔ منابع فرعی در احراز قواعد حقوقی معرفی شده‌اند. دکترین که یکی از شیوه‌های تبلور آن در پرتو نظرهای فردی قضات است، در کنار سه منبع دیگر در رسیدگی‌های قضایی مطرح است و امروزه کمتر کسی می‌تواند نقش این عامل را در توسعهٔ حقوق بین‌الملل و استحکام تصمیمات و احکام قضایی دیوان انکار نماید. قضات دیوان درواقع زبان پویای حقوق بین‌الملل هستند که در چارچوب دیوان، نقش مهمی در توسعهٔ حقوق بین‌الملل ایفا می‌کنند؛ حتی جایی که قاضی مشغول تفسیر متن قانون است، آزادی عمل گسترده‌ای به‌منظور توسعهٔ قانون برای وی وجود دارد (همان، ص ۸۱). به همین دلیل امروزه نقش دکترین نسبت به سایر منابع در توسعهٔ حقوق بین‌الملل از اهمیت بیشتری برخوردار شده است. به دیگر سخن، دکترین و نظرهای فردی قضات درواقع موتور توسعهٔ حقوق بین‌الملل هستند و به همین دلیل حقوق‌دانان و نویسندگان متن اولیهٔ اساسنامه به ضرورت اعطای اختیارات وسیع‌تر به دیوان بین‌المللی دادگستری و اجازهٔ ایفای نقش مؤثر دیوان در توسعهٔ حقوق بین‌الملل توجه داشته‌اند (حبیبی و شاملو، ۱۳۹۲، ص ۷۸). روند رو به افزایش و اثربخش نظرهای فردی قضات به‌ویژه نظرهای مخالف در قضایای مختلف دیوان حاکی از استقلال قضات دیوان و آزادی عمل آن‌ها در بیان نظرها است. استقلال قاضی به این معنی است که قاضی در مقام رسیدگی و قضاوت با آزادی کامل و بر مبنای واقعیت‌ها و بر پایهٔ موازین حقوقی، بدون هرگونه فشار، دخالت یا نفوذ ناروا از جانب هریک از طرفین، رسیدگی و تصمیم‌گیری کند (حیدرنژاد و غمامی، ۱۳۹۸، ص۱۱۲).

شاید یکی از مهم‌ترین دلایل رشد نظرهای فردی در نظام دادگستری بین‌المللی در مقایسه با نظام داوری، استقلال بیشتر قضات در نظام دادگستری باشد. قواعد و روش‌های ناظر بر انتخاب قضات در دیوان و اعطای مزایا و مصونیت‌های دیپلماتیک در تضمین استقلال آنان سهم زیادی دارد. هرچه شیوهٔ گزینش و انتخاب قاضی بیشتر بر شایستگی و قابلیت‌های فردی و نیز معیارهای عینی و سنجش‌پذیر استوار گردد، درعمل می‌توان قضاتی با استقلال رأی و اعتماد به نفس کامل در نظام قضایی مشاهده کرد (همان، ص ۱۱۳). دیوان بین‌المللی دادگستری متشکل از ۱۵ قاضی است که صرف نظر از ملیت آن‌ها، به مدت ۹ سال انتخاب می‌شوند و انتخاب مجدد آن‌ها مانعی ندارد. آنان به‌گونه‌ای انتخاب می‌شوند که افزون بر صلاحیت شخصی برای تصدی این مسئولیت،

www.SID.ir

Archive of SID

درمجموع نمایندهٔ انواع تمدن‌ها و نظام‌های بزرگ حقوقی جهان باشند. برابر اساسنامه، قضات دیوان وظایف اداری و سیاسی نخواهند داشت و نباید هیچ‌گونه تعهد خدمتی غیر از شغل قضاوت داشته باشند. در فرایند انتخاب قضاتِ دیوان نقش دولت‌ها بسیار اندک است، زیرا آنان از میان اشخاصی که دبیرکل از فهرست گروه‌های ملی موجود نزد دیوان دائمی داوری برای مجمع عمومی و شورای امنیت ملل متحد ارسال می‌کند، انتخاب خواهند شد. کسانی منتخب محسوب می‌شوند که هم در مجمع عمومی و هم در شورای امنیت دارای اکثریت تام باشند. بدین‌سان قواعد حاکم بر انتخاب قضات دیوان و اشتغال آنان در این شغل به‌گونه‌ای تنظیم شده است که دخالت دولت‌ها در فرایند انتخاب را به حداقل می‌رساند؛ چراکه اعتقاد بر این است که قضات تنها در سایهٔ استقلال و عدم توجه به ملاحظات دولت‌ها می‌توانند استدلال‌ها و نظرهای مخالف، جداگانه و اعلامیه‌های خود را ارائه نموده، به این ترتیب بر استحکام احکام قضایی افزوده و به ایفای نقش خود در احراز و توسعهٔ قواعد حقوق بین‌الملل بپردازند. با توجه به مراتب پیش‌گفته، در ادامه به بررسی جایگاه و کارکرد نظرهای فردی قضات دیوان بین‌المللی دادگستری خواهیم پرداخت و تأثیر این نظرها را در عملکرد دیوان تبیین خواهیم نمود.

۱. ۲. تفسیر و سازندگی احکام دیوان

در رویهٔ دیوان بین‌المللی دادگستری عقاید و نظرهای فردی قضات به صورت نظرهای جداگانه و یا نظرهای مخالف [و هم به‌عنوان اعلامیه] ضمیمهٔ حکم دیوان خواهند شد. این نظرها بخشی از حکم دیوان را تشکیل نمی‌دهند و منصرف از اینکه محتوای آن‌ها چیست، تصمیم دیوان است و آثار حقوقی دارد (Shahabuddeen, 2007, p. 192). پرسشی که اکنون مطرح می‌شود این است که در چارچوب وظایف دیوان این‌گونه نظرها از چه ارزشی برخوردار است؟ نخستین فایدهٔ ممکن بررسی آرای خود دادگاه از طریق نظرهای فردی است. در این باره نظرهای فردی منضم به رأی دادگاه اداری ملل متحد شایان توجه است. برای تفسیر یا توضیح یک حکم می‌توان و نیز توصیه می‌شود که به نظرهای مخالف و یا دیگر نظرهایی که ضمیمهٔ حکم می‌شود، مراجعه نمود. اعلامیه‌ها یا نظرهایی که به‌وسیلهٔ اعضای دیوان به هنگام تصمیم‌گیری و صدور حکم نوشته شده و به حکم ضمیمه می‌شوند در شفاف نمودن ابعاد مختلف حکم مؤثر است. این رویه «تجربهٔ خردمندانه‌ای» (Wise Practice) است که دیوان نه‌تنها بیان چنین نظرهایی را مجاز دانسته، بلکه آن‌ها را منتشر و ضمیمهٔ حکم می‌نماید. بنابراین از منظر دیوان ابراز و اعلام نظرهای فردی به‌وسیلهٔ قضات، رویه‌ای مقبول و منطقی است. برای مثال در قضیهٔ «حادثهٔ هوایی اسرائیل [رژیم صهیونیستی] علیه بلغارستان»[1] در جولای ۱۹۵۵، حکم صادره از سوی دیوان با برخی نظرهای

1. I.C.J.Case Concerning the Aerial Incident (Israel v. Bulgaria), 1955.

www.SID.ir

Archive of SID

جداگانه همراه بود که با حکم دیوان موافقت داشت، ولی روش‌های استدلال آن متفاوت بود. در این قضیه قاضی آرماند اوگون (Armand –Ugon) در نظر جداگانه خود تصریح کرد: «با اینکه با حکم دیوان موافقم اما احساس می‌کنم لازم است استدلال متفاوت خود را به این منظور تبیین نمایم...»(ICJ.Rep, 1955, Separate opinion of Judge Armand-Ugon: p. 29). همچنین قاضی بداوی (Badawi) در نظر جداگانه اعلام داشت: «من با بخش اجرایی حکم موافقم و ضمن پذیرش دلایلی که حکم بر آن مبتنی است، موافق محدود کردن اثرات ایجادشده به‌وسیلهٔ بند ۵ مادهٔ ۳۶ نسبت به امضاکنندگان منشور و اعضای مؤسس ملل متحد هستم» (Ibid, Separate opinion of Judge Badawi: p. 25). نظرهای جداگانه گاه ممکن است حقایقی را روشن سازد که دیوان با اینکه از آن آگاه بوده، ولی در حکم خود انعکاس نداده است. دیوان در قضیهٔ «فلات قارهٔ تونس/ لیبی»[1] در خصوص درخواست برای اجازهٔ ورود ثالث، به اعلامیهٔ تعدادی از قضات که ضمیمهٔ اقدام موقت در قضیهٔ آزمایش‌های اتمی (استرالیا علیه فرانسه)[2] مبنی بر درخواست برای ورود ثالث بود، ارجاع داد (Shahabuddeen,Op.Cit: 192-193). همچنین نظرهای فردی می‌توانند بدون اطناب و تفصیل و از طریق تبیین دوباره و شفاف‌سازی قضیه در توسعهٔ حقوق بین‌الملل کمک کند. برخلاف احکام و تصمیمات دیوان، مسائل حقوقی را به نحو کامل‌تری می‌توان در نظرهای جداگانه قضات مورد بررسی قرار داد. دلایلی برای این برداشت وجود دارد. نخست اینکه همان‌گونه که قاضی گروس (Gros) گفته است، دیوان معمولاً به تعیین و مشخص کردن قانون می‌پردازد و به مبانی تئوریک آن ورود نمی‌کند. استدلال‌های صورت‌گرفته در نظرهای فردی به‌نوبهٔ خود کامل‌تر از حکم دیوان در یک موضوع خاص است. قاضی گروس که از طرف‌داران مکتبی است که معتقد است در استفاده از حق اظهار نظرهای فردی می‌بایست معتدل بود، خودش در حکم شعبهٔ دیوان در قضیهٔ «خلیج ماین»[3] نظر جداگانه‌ای در ۳۰ صفحه ضمیمهٔ حکم کرد (Ibid, p. 194). دوم، نظرهای فردی در دعاوی بعدی نیز از سوی قضات دیوان و وکلای پرونده‌ها مورد استناد و مراجعه قرار می‌گیرند. برای نمونه، جان هابسون (John Hobson)، وکیل قضایای افریقای جنوب غربی، در دفاعیات خود به برخی از مطالبی که در نظر مخالف قاضی لاکس (Lachs) در قضیهٔ فلات قاره وجود داشت، استناد کرده است. در قضیهٔ «آزمایش‌های هسته‌ای» (دعوای استرالیا علیه فرانسه)، آقای الیکات (Ellicott) به‌عنوان وکیلِ پرونده، به نظر مخالف قاضی لاکس در قضیهٔ فلات قارهٔ دریای شمال[4] ارجاع داد (Ibid, p. 195). سوم، همان‌گونه

1. I.C.J.Case concerning the Continental Shelf (Tunisia / Libyan Arab Jamahiriya), 1982.
2. I.C.J.Case concerning the Nuclear Tests (Australia & New Zealand v. France), 1974.
3. I.C.J.Case Concerning Delimination of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v.United State of America), 1984.
4. I.C.J.Case concerning North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherland), 1969.

www.SID.ir

Archive of SID

که قاضی جنینگس (Jenings) در این باره آورده است: حقایقی (Facts) که در پیش‌نویس حکم در پاسخ به نظرهای فردی درج می‌شود، نشان می‌دهد که نه‌تنها نویسندگان چنین نظرهایی در تهیهٔ حکم حضور داشته‌اند، بلکه خود دیوان نیزاز این نظرها تأثیر پذیرفته است. به‌عبارت دیگر، تمامی دیوان به میزان بسیار زیادی در نظرهای جداگانه و مخالف درگیر است، تنها به دلیل اینکه قضاتی که نظرهای جداگانه را ارائه نموده‌اند در تمام مدت در احکام دیوان مشارکت داشته‌اند. به‌هرروی تصمیم و نظر دیوان نتیجهٔ کار همهٔ اعضای آن است (Jenings, 1988, p. 43).

۱. ۳. اکتیویسم قضایی (Judicial Activism)، گفتمان حقوقی (Legal Dialogue) و قاعده‌سازی (Law- Making)

از دیگر کارکردهای مهم نظرهای فردی در رویهٔ دیوان بین‌المللی دادگستری می‌توان به سهم این نظرها در توسعهٔ حقوق بین‌الملل اشاره کرد. این امر به میزان پویایی و تلاش‌های حقوقی قضات در قضایای مطرح نزد دیوان بستگی دارد؛ چراکه دیوان فراتر از حل اختلاف، از طریق فعالیت‌ها در پرتو نظرهای فردی در توسعهٔ حقوق بین‌الملل سهیم است. اساساً فعالیت دیوان به اجرای قواعد موجود محدود نیست، بلکه فعالیت قضایی دیوان به توسعهٔ قواعد موجود و در صورت نیاز، اصلاح آن می‌انجامد؛ زیرا حقوق چیزی بیش از مجموعهٔ قواعد حقوقی است که زمانی وضع شده است و قاضی در فرایند تصمیم‌گیری‌های خود نمی‌تواند تنها به اجرای ماشین‌وار قواعد اکتفا کند (حبیبی و شاملو، همان، ص ۸۲). دیوان نقش مهمی در شکل دادن به ساختار و محتوای حقوق بین‌الملل دارد. در این راستا بخش‌های مختلف حقوق بین‌الملل ازجمله حقوق معاهدات، حقوق سازمان‌های بین‌المللی، حقوق بشر، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، حقوق تجارت بین‌الملل، عمدتاً از قضایای بین‌المللی که در دیوان‌های گوناگون مجال طرح یافته‌اند، تأثیر پذیرفته‌اند. برای مثال، زمینهٔ پیدایش قاعدهٔ «تعهدات عام‌الشمول» (Erga omnes) که تغییرات محسوسی در درک و مفهوم حقوق بین‌الملل مدرن ایجاد کرده مرهون اظهار نظرِ فردی یک قاضی است که در قضیهٔ «بارسلونا تراکشن»[1] صادر شده است و لزوماً در دعوی یا حکم صادره نیز تأثیری نداشته است (Zarbiev, 2012, p. 2). بنابراین، عملکرد دیوان نشان می‌دهد که این نهاد حل و فصل با استفاده از نظرهای فردی قضات برای کمک به ایجاد قواعد حقوقی و نیز تفسیر قوانین، بسیار سازنده عمل کرده است. به‌طور کلی نظرهای مخالف در پژوهش پیرامون موضوعات اساسی حقوق ضروری و مفید خواهد بود. درواقع نظرهای مخالف یک نوع دعوت به گفتمان توسعهٔ حقوق در حوزه‌های مختلف به‌شمار

1. I.C.J Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain), 1962.

www.SID.ir

Archive of SID

می‌روند (L'Heureux-Dube, Op.Cit: 508). در خصوص رویهٔ دیوان، می‌توان به روند رو به رشد نظرهای فردی قضات مسلمان و گاه غیرمسلمان در قضایای مختلف اشاره کرد که باعث ایجاد گفتمان حقوقی بین نظام‌ها و تمدن‌های بزرگ حقوقی در جهان شده است. دیوان دو بار در متن رأی و در بقیهٔ موارد [به صورت متعدد] در نظرهای جداگانه یا مخالف قضات به حقوق و آموزه‌های اسلامی استناد کرده است (میرمحمدی، ۱۳۹۶، ص ۱۳۶) و به این ترتیب در راستای توسعهٔ گفتمان حقوقی تمدن اسلامی گام برداشته است. قضات مسلمان دیوان در نظرهای فردی (جداگانه و مخالف) در قضایای «فلات قارهٔ دریای شمال»[1]، رأی مشورتی صحرای غربی در سال۱۹۷۵م[2]، فلات قارهٔ دریای اژه بین ترکیه و یونان در سال ۱۹۷۶م[3]، کارکنان دیپلماتیک و کنسولی ایالات متحدهٔ امریکا در تهران در سال ۱۹۸۰م[4]، قضیهٔ «حادثهٔ لاکربی در سال ۱۹۹۲م»[5]، رأی مشورتی مشروعیت تهدید استفاده از سلاح‌های هسته‌ای در سال ۱۹۹۶م[6]، قضیهٔ «گابچیکو- ناگی ماروس در سال ۱۹۷۷م»[7] با استناد به اصول اسلامی نظرهای خود را پیرامون هرکدام از قضایا ارائه کرده و بر ضرورت مراجعه به اصول و قواعد اسلامی در رسیدگی‌های دیوان تأکید نموده‌اند (همان، ص ۱۴۵-۱۴۳-۱۴۲-۱۴۰-۱۳۹-۱۳۶). بنابراین نظرهای فردی از یک طرف بین نظام‌های بزرگ حقوقی رومی- ژرمنی، کامن‌لا و حقوق اسلام و از طرف دیگر بین دیوان‌ها، مجامع قانون‌گذاری، جوامع آکادمیک به ایجاد گفتمان حقوقی مبادرت کرده، به این ترتیب یک فضای بین‌الاذهانی را در سطح منطقه‌ای و جهانی گسترش داده است.

۱. ۴. نظرهای فردی به‌عنوان پادمان (safeguard) نهاد قضایی

از دیگر نقش‌ها و کارکردهای اساسی نظرهای فردی این است که این نظرها به‌عنوان پادمان نهاد قضایی مطرح هستند. مشروعیت‌سازی قضایی از طریق حفظ و تقویت استقلال قضایی، همبستگی قضات و ارتقای به‌هم‌پیوستگی و تجانس احکام دیوان‌ها/ دادگاه‌ها است. نظرهای فردی (جداگانه، مخالف و اعلامیه‌ها) به قضات اطمینان می‌دهد که آن‌ها تنها به وجدان فردی خود پاسخگو هستند و به این ترتیب، موجب استقلال قضایی فردی قضات می‌شوند. برعکس،

1. I.C.J.Case Concerning North Sea Continental Shelf, (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. Netherland), 1969.
2. Western Sahara Advisory Opinion, 1975.
3. I.C.J.Case Concerning Aegean SeaContinental Shelf (Greece v. Turkey), 9 December 1978.
4. I.C.J.Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, 1980.
5. I.C.J.Case concerning Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America, 1998.
6. Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, 1996.
7. I.C.J.Case Concerning Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia), 1997.

www.SID.ir

Archive of SID

ممنوعیت در بیان نظرهای فردی باعث می‌شود تا استقلال قضایی، بی‌طرفی و ذهنیت باز قضات با مخاطره مواجه گردد. اگر بیان نظرهای فردی امکان‌پذیر نباشد، یک قاضی یا یک داور که متعهد است صرفاً در چارچوب مدارک و اسناد تصمیم بگیرد، از اجرای قانون بر اساس استنباط و درک شخصی خود دور خواهد شد (L'Heureux-Dube, Op.Cit: 513). بنابراین به‌نظر می‌رسد کیفیت و نوع دلایل و استدلال‌های مندرج در نظرهای مخالف، جداگانه و اعلامیه‌های قضات، باعث شده است تا از این نظرها به‌عنوان پادمان مشروعیت نهاد قضایی و اقتدار احکام دیوان یاد نمایند و این امر قابلیت پذیرش یافته است. همان‌گونه که اشاره شد رشد نظرهای فردی (جداگانه، مخالف و اعلامیه‌ها) قضات مسلمان در سال‌های اخیر به معرفی و ارتقای نقش نظام حقوق اسلام در کنار نظام‌های رومی- ژرمنی و کامن‌لا انجامیده است؛ چراکه درنهایت این قاضی است که یک اصل را از میان نظام‌های مهم حقوقی جهان شناسایی می‌کند و هم اوست که می‌تواند تشخیص دهد که یک اصل حقوقی داخلی به حقوق بین‌الملل قابل انتقال است. درواقع اینجاست که می‌توان به نقش نظرهای انفرادی قضات مسلمان در انتقال مفاهیم و اصول اسلامی و تطبیق آن با اصول حقوق بین‌المللی عمومی پی برد (میرمحمدی، همان، ص ۱۳۵). نکتهٔ دیگری که در راستای ارتقای اعتماد به دیوان باید به آن اشاره شود این است که نظرهای فردی می‌توانند در غنا بخشیدن و استحکام احکام و آرای صادره از سوی اکثریت قضات مؤثر باشند. قضات مخالف اغلب با یک تلاش هوشیارانه در پی نشان دادن وجود ارتباط ضعیف بین استدلال‌های قضات اکثریت هستند. برای مثال، اگر قاضیِ مخالف بتواند تعدادی از قضات را که با او هم‌صدا هستند با خود همراه کند، قادر خواهد بود استدلال‌های ارائه‌شده از سوی اکثریت قضات را تغییر دهد و چه‌بسا ممکن است در آنچه که درنهایت انشا خواهد شد تأثیر گذارده، آن را دگرگون سازد (L'Heureux-Dube, Op.Cit: 515). بنابراین یک نظر مخالف با ارائهٔ دلایل و مستندات محکم و از طریق نشان دادن و آشکار ساختن ضعف‌های نظرهای اکثریت، می‌تواند به میزان اطمینان‌بخشی نسبت به نظرهای اکثریت کمک کند و به این ترتیب نقش پادمانی خود را ایفا نماید.

۲. نظرهای فردی (جداگانه، مخالف واعلامیه‌ها) در نظام داوری دولت- سرمایه‌گذار

در این بخش جایگاه داوری در حل اختلافات دولت- سرمایه‌گذار و کارکرد نظرهای فردی داوران در دعاوی دولت- سرمایه‌گذار در نظام ایکسید مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

www.SID.ir

Archive of SID

۲. ۱. جایگاه داوری دولت- سرمایه‌گذار و قواعد حاکم بر انتخاب داوران و نظرهای فردی آنان

برخلاف شیوهٔ رسیدگی قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری که مختص حل و فصل دعاوی دولت‌ها بر علیه یکدیگر است، در داوری دولت- سرمایه‌گذار، اشخاص (حقیقی و حقوقی) می‌توانند بر علیه دولت‌های میزبان (سرمایه‌پذیر) اقامهٔ دعوی نمایند. در این روش طرفین دعوی در انتخاب داوران به‌طور مستقیم و غیرمستقیم نقش دارند. همهٔ قواعد داوری مقرراتی پیرامون تعیین داوران دارند. موافقت‌نامه‌های دوجانبهٔ سرمایه‌گذاری و موافقت‌نامه‌های ارجاع به داوری هم قواعد مشخصی برای معرفی داوران دارند (پیران، ۱۳۹۳، ص ۳۸۸). قواعد انتخاب داوران در ایکسید و آنسیترال یا داوری‌های سرمایه‌گذاری موردی نشان‌دهندهٔ نقش مؤثر دولت‌ها و سرمایه‌گذاران در تعیین داوران است و این امر شائبهٔ نفوذپذیری و عدم بی‌طرفی و استقلال آن‌ها را افزایش می‌دهد. البته نظام داوری ایکسید سازوکاری را در خصوص قطعیت احکام صادره پیش‌بینی نموده است، اما سایر داوری‌های موردی چنین مقرراتی ندارند و لذا اجرایی کردن احکام داوری در صورت عدم پذیرش از سوی طرف بازنده با مشکل مواجه می‌شود. از اهداف بنیادین داوری حل و فصل قطعی و الزام‌آور اختلاف طرفین است، لکن در مرحلهٔ اجرای احکام کاملاً وابسته به قدرت عمومی و محاکم قضایی دولت‌هاست و درصورتی که نتایج داوری به‌طور داوطلبانه پذیرفته نشده، به‌اجرا گذاشته نشود، بدون توسل به محاکم ملی نتیجه‌ای دربر نخواهد داشت (سلطان‌زاده، ۱۳۹۵، ص ۱۲۱). بررسی‌های به‌عمل‌آمده بر روی ۱۵۰ حکم صادره از سوی ایکسید نشان می‌دهد که دیوان‌های داوری با سه عضو در مورد اغلب داوری‌های سرمایه‌گذاری تصمیم‌گیری کرده‌اند. روش غالب برای انتخاب داوران این بوده است که هر طرف یک داور را منصوب کرده، سپس داوران منتخب طرفین، یک رئیس داوری انتخاب می‌کنند. در این ۱۵۰ حکم، داور رئیس به‌ندرت [نظر] مخالف داده است (Van den Berg, 2010, p. 824). فرایند داوری ایکسید غیرمحلی شده و خودبسنده است. مرکز ایکسید بر نصب داوران نظارت دارد و دیوان راساً تدابیر موقتی اتخاذ، و یک کمیتهٔ اختصاصی منصوب از سوی دبیرکل ایکسید به درخواست ابطال رسیدگی می‌کند و دادگاه‌های داخلی اختیاری برای توقف احکام ندارند. در سایر اشکالِ داوریِ موردی یا طرفین دعوی قواعد داوری را انتخاب می‌کنند و یا با انتخاب محل داوری، آئین داوری بر اساس قوانین محل داوری تعیین می‌شود (سلطان‌زاده، همان، ص ۱۴۶). در خصوص جایگاه نظرهای فردی در داوری سرمایه‌گذاری می‌بایست اذعان داشت که اکثر قوانین داوری با نظرهای جداگانه و [مخالف] به‌طور خاص سروکار ندارند، چراکه قوانین داوری نه به‌طور صریح این امر را ممنوع می‌کند و نه مجالی برای ارائهٔ نظرهای اقلیت

www.SID.ir

Archive of SID

فراهم می‌آورد؛ هرچند استثناهایی دربارهٔ لحاظ نمودن نظرهای جداگانه و [مخالف] وجود دارد. این موضوع آنجا که یک طرفِ داوری دولت است بیشتر ملموس خواهد بود (Mosk & Ginsburg, 1999, p. 264-265).

آلن ردفرن (Alan Redfern) نظرهای مخالف را به سه نوع دسته‌بندی کرده است:

الف) خوب؛ اگر عبارات آن کوتاه و زیرکانه باشد. برای مثال فیتز موریس (Fitzmorris)، قاضی سابق دیوان بین‌المللی دادگستری، که او را بزرگ‌ترین حقوق‌دان بین‌الملل نسل خود توصیف کرده‌اند، در قضیهٔ داوری «امین اویل علیه دولت کویت»[1]، در نظر مخالف منضم به حکم داوری به‌نحو ماهرانه‌ای با به‌کاربردن عبارت «باحسن‌نیت و وجدان حرفه‌ای خود» با یکی از مهم‌ترین مسائل حکم داوری مخالفت کرد. امتیاز مخالفت خوب این است که داور می‌تواند عدم موافقت خود را بدون هرگونه غرور و بدخلقی اعلام دارد.

ب) بد؛ لازم نیست داورِ مخالف از عبارات و تعابیر سرکوب‌کننده استفاده کند تا برای نمونه نشان دهد همکاران او اطلاع کافی ندارند و یا نمی‌دانند دربارهٔ چه صحبت می‌کنند.

ج) زشت؛ هدف از صدور نظر مخالف صرفاً مخالفت با نظر همکاران خود بر سر مسائل موضوعی یا حکمی یا نحوهٔ استدلال آن نیست، بلکه نظر مخالف فرصتی است تا از این طریق به روشی که خود داوری اتخاذ کرده است، حمله کند. درواقع داور مخالف از اینکه نظریاتش مورد توجه قرار نگرفته است شکوه می‌کند. به دیگر سخن، داور مخالف از اینکه اکثریت داوران آن‌گونه که می‌بایست رفتار کنند غفلت و قصور داشته‌اند، گلایه و شکایت دارد (Redfern, 2004, p. 226-30). به استثنای موارد خاص مانند دادگاه دعاوی داوری ایران و امریکا و نیز برخی از قضایای سرمایه‌گذاری در چارچوب داوری ایکسید، به دلیل محرمانگی، جایگاه نظرهای فردی در داوری‌ها به‌ویژه داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار روشن نیست؛ زیرا اساساً در داوری، سازوکار مبتنی بر سابقه و یا پیروی از رویهٔ قضایی وجود ندارد و داوران به بررسی احکامی که در دیوان‌های قبلی اتخاذ شده است، ملزم نیستند. هرچند به‌ندرت برخی از داوری‌ها در قضایای خاص به احکام گذشته مراجعه نموده‌اند که به‌نوبهٔ خود دارای اهمیت است، با وجود این، همان‌گونه که آلن ردفرن در خصوص نظرهای مخالف داوری اظهار داشته، به‌نظر می‌رسد یک رویهٔ عمومی به سمت صدور نظرهای مخالف نه‌تنها به‌وسیلهٔ مؤسسات داوری بلکه به‌وسیلهٔ خود داوران ایجاد شده است (Ibid). وانگهی، به دلیل پیچیدگی روزافزون دعاوی سرمایه‌گذاری بین‌المللی و ورود موضوعات و قلمروهای نوپدید به حوزهٔ سرمایه‌گذاری بین‌المللی، همانند حقوق بشر، محیط زیست، سلامت و بهداشت عمومی، کار و کارگری و تأمین اجتماعی و به‌طور

1. The American Independent Oil Company v. The Government of the State of Kuwait (Aminoil v. Kuwait),March 24,1982.

www.SID.ir

Archive of SID

کلی موضوعاتی که به سیاست‌گذاری‌های عمومی دولت‌ها مربوط می‌شوند، ضرورت توجه به استدلال‌های قضات و داوران کارآزموده و متخصص را بیش از پیش نمایان کرده است.

از منظر تطبیقی اکنون این پرسش مطرح است که آیا کارکرد نظرهای فردی در سازوکار کنونی حل و فصل اختلافات دولت- سرمایه‌گذار همانند نظام قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری است؟ و آیا سازوکار حل و فصل اختلافات دولت- سرمایه‌گذار با ساختار کنونی می‌تواند از مزایای این‌گونه نظرها در رسیدگی‌های خود بهره گیرد؟ در پاسخ به این پرسش‌ها لازم است کارکرد و اهمیت این نظرها در نظام داوری سرمایه‌گذاری ایکسید به‌عنوان برجسته‌ترین داوری نهادی سرمایه‌گذاری بین‌المللی مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد.

۲. ۲. کارکرد نظرهای فردی در نظام داوری دولت- سرمایه‌گذار

همان‌طور که پیش‌تر اشاره شد در میان انواع داوری‌های دولت- سرمایه‌گذار، «ایکسید» از اندک نهادهای داوری سرمایه‌گذاری است که صدور نظرهای مخالف و جداگانه را به‌رسمیت شناخته است. برابر بند ۴ مادهٔ ۴۸ «کنوانسیون حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر» هریک از اعضای دیوان داوری می‌توانند نظر شخصی خود را ضمیمهٔ حکم نمایند؛ خواه نظر آنان نظر اکثریت باشد یا نظر مخالف. همچنین می‌توانند تفصیل نظر خود را ضمیمهٔ حکم دیوان داوری نمایند[۱]. از ژانویهٔ سال ۱۹۷۴ تا آوریل ۲۰۱۵، ۸۰ درصد احکام نهایی ایکسید با اجماع به‌تصویب رسیده و تنها در ۱۴/۵ درصد از آن‌ها نظرهای مخالف ضمیمهٔ حکم بوده است. البته این آمار تنها مربوط به احکام صادرشده در فرایند رسیدگی اولیه است و سایر فرایندها ازجمله ابطال و نیز احکام صادره در چارچوب حل آن از جانب خود دولت‌ها را شامل نمی‌شود. بر این اساس، تعداد کل آرای بررسی‌شده حدود ۱۹۹ رأی نهایی است که از این تعداد ۲۹ رأی حاوی نظر مخالف بوده است (Strezhnev, 2015, p. 2). با بررسی قضایای دو دههٔ اخیر دعاوی دولت- سرمایه‌گذار در چارچوب نظام ایکسید می‌توان مشاهده کرد که معمولاً داوران از ارائهٔ نظرهای فردی و به‌ویژه نظرهای مخالف خودداری می‌کنند؛ چراکه این‌گونه نظرها از یک طرف برای داوران هزینه‌های اجتماعی دربر دارد و از طرف دیگر در این خصوص شواهدی وجود دارد که نشان می‌دهد اجرایی کردن آثار نظرهای مخالف اغلب

---

۱. موضوع نظرهای مخالف در چارچوب ایکسید اولین بار از سوی آقای تسائی، نمایندهٔ چین، در سومین اجلاس منطقه‌ای آسیایی (تهیهٔ پیش‌نویس کنوانسیون ایکسید) در ۲۹ آوریل ۱۹۶۴ مطرح گردید. هرچند در این نشست دربارهٔ جزئیات آن بحثی نشد، در پیش‌نویس مورخ ۱۱ سپتامبر ۱۹۶۴ کنوانسیون در پیش‌نویس مادهٔ ۵۱(۳) در بند «ب» تصریح گردید که هر داور مخالف با تصمیم اکثریت می‌تواند نظر مخالف خود را ضمیمه کرده، یا با یک بیانیهٔ جداگانه مخالفت خودرا ابراز نماید (Van der berg,Op.Cit: 822).

www.SID.ir

Archive of SID

برای طرف بازنده وسیله‌ای برای هدایت مسیر پرونده به سمت ابطال‌پذیری بوده است، زیرا در نبود یک سازوکار استیناف در داوری سرمایه‌گذاری، احکام بر پایهٔ دلایل اندک باطل خواهند شد. ازاین‌رو نظرهای مخالف اغلب به‌مثابهٔ سکوی پرش برای طرف‌های ناراضی بوده است تا بر اساس آن بتوانند با تقویت یک استدلال، حکم را به سمت ابطال هدایت نمایند. به‌طور معمول در قضایای مختلف نیز مشاهده شده است که دیوان‌های ایکسید به استدلال‌های نظرهای مخالف برای ابطال احکام قبلی توجه کرده‌اند؛ ازجمله این امر را می‌توان به‌روشنی در قضیهٔ «کلاکنر علیه کامرون»[1] مشاهده کرد (Ibid, p. 4). در این قضیه کامرون در مرحلهٔ اول داوری در دعوی پیروز شد، اما نظر مخالفی که از سوی داور منصوبِ شرکت کلاکنر ارائه شد، این شرکت را به سمت ابطال حکم بر اساس نظر داورِ مخالف ترغیب کرد. کمیتهٔ موقت در مرحلهٔ اولِ تصمیم ابطال، با تکیه بر بخش زیادی از نظر مخالف شرکت کلاکنر، حکم را باطل کرد. ولی در ادامهٔ فرایند و در داوری مرحلهٔ دوم کامرون دعوی را برد، لکن این بار از منافع کمتری برخوردار شد. در این دعوی داور مخالف که از جانب شرکت کلاکنر در داوری اول منصوب شده بود، در داوری دوم به سمت مشاور حقوقی این شرکت منصوب گردید. این امر گویای آن است که از نظر مخالف نمی‌بایست به‌مثابهٔ سکوی پرش و زمینه‌ای برای ابطال داوری سود برد، اگر چنین شد در آن صورت یک اشتباه حکمی و یا موضوعی که به صدور حکم منتهی شده، وجود داشته است. قضیهٔ کلاکنر آشکارا نشان داد که این اشتباهات در آن رخ داده است (Van den Berg, Op.Cit: 828). در قضیهٔ «توکیوس توکلس علیه اوکراین»[2] در سال ۲۰۰۹م پروسپر ویل (Prosper Weil) که دراین قضیه رئیس داوران بود در نظر مخالف خود ابراز داشت: «تصمیم من بر مخالفت به این دلیل است که رویکرد اتخاذشده از سوی دیوان در این قضیه برای بار اول در تاریخ ایکسید به‌وقوع می‌پیوندد.....نظر مخالف من مربوط به هیچ‌کدام از جنبه‌های خاص این حکمی که پیش‌نویس شده یا هرگونه ارزیابی خاص از حقایق (Facts) نیست، بلکه مربوط به فلسفهٔ این حکم است» (Mohanty, 2017, p. 18). در ۳۴ قضیه از میان ۱۵۰ حکم، یکی از داوران منتخب طرفین نظر مخالف خود را صادر کرده است که تقریباً معادل ۲۲ درصد از ۱۵۰ حکم صادره را تشکیل می‌دهد. شگفت این است که تقریباً از این میان، ۳۴ نظر مخالف که به‌وسیلهٔ یکی از داوران منتخب طرفین دولت‌ها صادر شده، مربوط به طرفی بوده که دعوی را به‌طور کامل یا جزئی باخته است (Van den Berg, Op.Cit: 828). به همین دلیل معمولاً طرف‌ها در انتخاب داوران دقت می‌کنند تا با چنین نظرهای مخالفی مواجه نشوند. همین امر نگرانی‌ها را پیرامون بی‌طرفی داوران افزایش داده است؛ چراکه وقتی قوانین داوری و قوانین معاهده‌ای صدور نظرهای مخالف را مجاز می‌دانند، یکی از ملزوماتش این است که داور بی‌طرف

1. Klaockner v. Cameroon,ICSID Case No.ARB/81/2 (2) October 1988
2. Tokios Tokeles v. Ukrain, ICSID Case No.ARB/02/18, April 29, 2004

www.SID.ir

Archive of SID

و مستقل باشد. از سوی دیگر می‌بایست این اطمینان حاصل شود که دیوان استدلال‌های طرفی که آن‌ها را انتخاب کرده است، مورد استفاده قرار دهد. اکنون این پرسش پیش می‌آید که آیا نظرهای مخالف در داوری می‌تواند باعث اعتماد به فرایند رسیدگی و یا ارتقای مشروعیت در رسیدگی‌ها شود؟ آیا واقعا نظر مخالف می‌تواند اکثریت را به استدلال‌های محکم‌تر رهنمون کند؟ بسیار دشوار است که بتوان گفت نظرهای مخالف بر کیفیت تصمیم‌گیری‌های داوری تأثیر می‌گذارد. چه با این فرض که ۱۰۰ درصد از نظرهای مخالف به‌وسیلهٔ داوران منتخب طرفین صادر می‌شود و تقریباً همهٔ این‌ها به نفع طرفی است که داور مخالف را انتخاب کرده است، این برداشت که نظرهای مخالف در توسعهٔ حقوق سهیم است، با بررسی ۱۵۰ حکم صادره از داوری ایکسید ناسازگار است. با اندکی تأمل می‌توان دریافت که در همهٔ این قضایای سرمایه‌گذاری، داوران به نظر مخالفی که در قضایای قبلی صادر شده است، مراجعه نکرده‌اند. ازجمله موارد استثنا در این باره می‌توان به قضیهٔ «هلن اینترنشنال هتل بر علیه جمهوری عربی مصر»[1] در سال ۲۰۰۸م اشاره نمود که طی آن دیوان می‌بایست اثر قضیهٔ مختوم‌بهای یک تصمیم (حکم) را به‌وسیلهٔ دادگاه داخلی در چارچوب نظم حقوقی که به آن تعلق داشت، می‌پذیرفت(Ibid, p. 826). دلیل اصلی عدم مراجعه به نظرهای قبلی می‌تواند این باشد که دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری می‌دانند که نظرهای مخالف همیشه به نفع طرفی که به‌طور کامل یا جزئی بازنده بوده، ارائه شده است. به همین دلیل نظرهای مخالف داوران منتخب طرف‌ها در داوری‌های سرمایه‌گذاری مورد شک و بدگمانی قرار گرفته است. در این خصوص دیوان داوری ایکسید در قضیهٔ «روم پترول گروپ»[2] در سال ۲۰۰۸م به‌طور خاص از اظهار نظر در خصوص قدرت قانونی نظرهای مخالف خودداری کرد و از دنبال کردن رویکرد آقای ویل در قضیهٔ «توکیوس توکلس علیه اوکراین» امتناع نمود. در این قضیه تصمیم در خصوص اعتراض مقدماتی خواهان به صلاحیت و مسموع بودن دعوی بود. دیوان در این خصوص اعلام کرد: «دیوان می‌تواند سوال پیرامون اینکه در مقایسه با خود حکم، چه قدرت و جایگاهی به یک نظر مخالف داده خواهد شد، به کناری بگذارد. زیرا با توجه به استدلال‌های خواهان، نظر آقای ویل به‌طور گسترده از سوی محافل آکادمیک و ادبیات حرفه‌ای حقوقی تأیید نشده و به‌طور عام به‌وسیلهٔ دیوان‌های بعدی نیز مورد پذیرش واقع نشده است» (Ibid, p. 827). لذا این عوامل نه‌تنها تردیدها پیرامون بی‌طرفی نظرهای مخالف داوران منصوب طرفین را بیشتر کرده، بلکه بر تردیدها پیرامون نقش این نظرها در توسعهٔ حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نیز افزوده است؛ چراکه نظرهای مخالف با این خصوصیت و کیفیت، تنها به تضعیف اعتبار احکام داوری می‌انجامد.

1. Helen International Hotel A/S v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No.5/19, 2008.
2. Rom petrol group N.V v. Romania, ICSID Case No.ARB/06/3, April 18, 2008.

www.SID.ir

Archive of SID

۲. ۳. توجه به نظرهای فردی در پرتو تأسیس دیوان دائمی بین‌المللی سرمایه‌گذاری

در سال‌های اخیر پیشنهادهایی در جهت اصلاح نظام داوری بین‌المللی سرمایه‌گذاری در پاسخ به انتقاداتی که پیرامون جایگاه نظرهای فردی داوران در این سازوکار وجود دارد، مطرح شده است. یکی از مهم‌ترین آن‌ها، طرح تأسیس دیوان دائمی بین‌المللی سرمایه‌گذاری است. این سازوکار با دو رکن اصلی دادگاه بدوی و دادگاه استیناف، با الهام از نظام حل اختلافات سازمان تجارت جهانی، در حال حاضر در برخی از موافقت‌نامه‌های جامع اقتصادی ازجمله در «موافقت‌نامهٔ جامع تجاری و اقتصادی بین اتحادیهٔ اروپایی و کانادا»[1]، «موافقت‌نامهٔ تجارت آزاد اتحادیهٔ اروپایی- ویتنام»[2]، «موافقت‌نامهٔ مشارکت سرمایه‌گذاری و تجاری فراآتلانتیک بین اتحادیهٔ اروپایی و امریکا»[3]، و «موافقت‌نامهٔ مشارکت فراپاسیفیک»[4] وجود دارد. در این موافقت‌نامه‌ها یک فصل به سازوکارهای حل و فصل اختلافات دولت– سرمایه‌گذار اختصاص داده شده است و در آن تشکیل یک دیوان دائمی برای رسیدگی به دعاوی سرمایه‌گذاری میان افراد (سرمایه‌گذاران) و دولت‌های عضو پیش‌بینی شده است. بر اساس این سازوکار، قضات/ داوران به لحاظ زمان خدمت از امنیت شغلی بیشتری برخوردارند و بابت انتخاب دوباره از جانب طرف‌ها نگرانی ندارند. افزون بر این، یک نهاد دائمی می‌تواند بر اعتبار و مشروعیت رسیدگی‌ها بیفزاید و امکان تعارض منافع را از طریق ارتقای استقلال قضات/ داوران کاهش دهد. به همین دلیل آن‌ها کمتر در فکر ارائهٔ نظرهای مخالف به نفع یکی از طرفین که منصوبشان کرده‌اند، خواهند بود و از این طریق هزینهٔ صدور نظرهای مخالف برای قضات و داوران نیز کاهش می‌یابد.

نتیجه

مطالعهٔ تطبیقی جایگاه و کارکرد نظرهای فردی قضات (مخالف، جداگانه و یا اعلامیه) در رویهٔ دیوان بین‌المللی دادگستری و داوران در نظام داوری حل و فصل اختلافات دولت- سرمایه‌گذار، نشان می‌دهد کارکرد نظرهای فردی در این دو نظام با یکدیگر تفاوت‌های قابل‌توجهی دارد. نظرهای فردی در دادگستری بین‌المللی در اغلب موارد عملکردی سازنده داشته و به توسعهٔ قواعد حقوق بین‌الملل کمک کرده است، اما کارآمدی نظرهای فردی در نظام کنونی داوری دولت- سرمایه‌گذار و سودمند بودن آن‌ها با تردید روبرو است. صرف نظر از تفاوت‌های اساسی که میان رسیدگی قضایی و داوری سرمایه‌گذاری وجود دارد، ازآنجا که در رسیدگی قضایی

1. Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)
2. Free Trade Agreement (FTA)
3. Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership Agreement (TTIP)
4. Trans-Pacific Partnership (TTP)

www.SID.ir

Archive of SID

دیوان بین‌المللی دادگستری، قضات از سوی طرفین دعوی منصوب نمی‌شوند، لذا با استقلال کامل و بدون وابستگی به طرفین دعوی می‌توانند نظر فردی خود را ارائه نمایند. درمقابل، داوران که منصوب طرفین هستند، بیشتر ملاحظات طرفی را درنظر می‌گیرند که آنان را به این سِمَت منصوب کرده است. بر این اساس، فرصت برای اینکه نظرهای مخالف به توسعهٔ حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری کمک کند، فراهم نیست. ازاین‌رو، دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری در قضایای خود به‌ندرت به نظرهای مخالف داوران استناد می‌کنند. این درحالی است که هدف از سازوکار نظرهای مخالف در داوری‌های دولت- سرمایه‌گذار موردی و نهادی، استفاده از استدلال‌های داوران باتجربه در جهت احراز قواعد حقوقی، تفاسیر شفاف، حل اختلاف و ارتقای وضعیت رسیدگی‌ها در داوری‌های سرمایه‌گذاری بوده است. آیندهٔ جایگاه نظرهای مخالف در نظام کنونی داوری‌های سرمایه‌گذاری روشن نیست؛ چراکه نظرهای مخالف در سازوکاری که انتصابات آن یک‌جانبه است و از آن در بیشتر موارد برای ابطال‌پذیری احکام استفاده می‌شود، به‌ندرت می‌تواند به توسعهٔ حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری کمک کند. لذا می‌بایست با ابتنا به کارکرد و تجربیات موفق نظرهای فردی در نظام قضایی بین‌المللی در جستجوی راهکار دیگری بود. برای دستیابی به این مهم، داوری دولت- سرمایه‌گذار نیازمند انجام برخی از اصلاحات ساختاری است. در این راستا تأسیس دیوان دائمی بین‌المللی سرمایه‌گذاری یکی از راهکارهای اساسی در این حوزه است تا در پرتو آن یک نظام مبتنی بر سابقه برای داوری‌های دولت- سرمایه‌گذار ایجاد شود و قضات/ داوران بتوانند در پرتو آن با استقلال کامل به ارائهٔ نظرهای انفرادی مبادرت نمایند.

منابع و مآخذ

۱. فارسی

۱. پیران، حسین (۱۳۹۳)، **مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی**، چ ۲، تهران: انتشارات گنج دانش.

۲. حبیبی مجنده، محمد و کامیار راد، ساناز (بهار و تابستان ۱۳۹۷)، «**قاعده‌سازی در دیوان بین‌المللی دادگستری از مجرای تفسیر پویا**»، مجلهٔ حقوقی بین‌المللی، ش ۵۸.

۳. حیدرنژاد، ولی‌الله و غمامی، سید محمدمهدی (بهار و تابستان ۱۳۹۸)، «**مطالعهٔ تطبیقی شرایط و فرایندهای انتخاب و انتصاب قضات در نظام های حقوقی ایالات متحدهٔ امریکا و فرانسه**»، مجلهٔ فصلنامهٔ حقوق تطبیقی دانشگاه تهران، دورهٔ ۱۰، ش ۱.

۴. سلطان‌زاده، سجاد (۱۳۹۵)، **ساختار و رویهٔ داوری مرکز بین‌المللی حل وفصل**

www.SID.ir

Archive of SID

اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید)، چ ۱، تهران: انتشارات خرسندی.

۵. شاملو، سوده و حبیبی، همایون (۱۳۹۲)، «**نقش دیوان بین‌المللی دادگستری در توسعهٔ حقوق بین‌الملل**»، مجلهٔ فصلنامهٔ حقوق عمومی دانشگاه تهران، دورهٔ ۱۵، ش ۴۱.

۶. میرمحمدی، سید مصطفی (۱۳۹۶)، «**جایگاه نظام حقوقی اسلام در رویهٔ دیوان بین‌المللی دادگستری**»، مجلهٔ حقوق تطبیقی دانشگاه مفید قم، دورهٔ ۵، ش ۱ (پیاپی۱۰۷).

۲. خارجی

7 Jan Van den Berg, Albert (2010), "**Dissenting Opinions by Party- Appointed Arbitrators in Investment Arbitration**", Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman, Editors:Mahnoush H. Arsanjani,Jacob Cogan,Robert Sloane and Siegfried Wiessner, Publisher: Brill | Nijhoff, 15 Oct 2010,Printed in Netherland,ISBN:9789004173613,P. 821-843.

8 Jenings, Robert (1988),"**The Internal Judicial Practice of the International Court of Justice**",British Yearbook of International Law, Volume 59, Issue 1, 1988, https://doi.org/10.1093/bybil/59.1.31.

9 Helen International Hotel A/S v. Arab Republic of Egypt, (2008),ICSID Case No.5/19,.

10 International Rompetrol Group N.V v. Romania, (2008), ICSID Case No.ARB/06/3, April 18,

11 Iran and United State, (1984),Case No.A/18,Decision No.DEC 32-A18-FT,,

12 .I.C.J.Rep,(1955), Case Concerning the Aerial Incident (Israel v. Bulgaria), Separate opinions of Judge Armand-Ugon and of Judge Badawi.

13 ICJ Report,(1970), Case Concerning Barcelona Traction, Light and Power Company,Limited, ,

14 Klaockner v. Cameroon, (1988),ICSID Case No.ARB/81/2 (2) October

15 Lheureux- Dube, Claire, (2000),"**The Dissenting Opinion: Voice of the Future**?" Osgoode Hall Law Journal, Volum 38, Number 3. P. 496-517, http//digitalcommons.osgoode.ca/ohlj/vol38/iss3/4

16 Loewen v. United States of America, (2010),ICSID Case No. ARB (AF)/98/3.

17 Mohanty, Gautam (2017), **Dissenting Opinions in International Commercial Arbitrations**, LLM Short Thesis in International Business Law (IBL), Central Europe University,105/ Budapest/Nador Utca9,Hungary

18 Mosk, Richard M; Ginsburg, Tom (1999),"**Dissenting Opinions in International Arbitration**", International Law Association, Finland Branch, ISBN:951-97892-2-7, P. 259-284

19 Redfern, Alan (2004),"**Dissenting Opinions in International Commercial Arbitration: The Good, the Bad and the Ugly**", 20(3) Arbitration International

www.SID.ir

Archive of SID

Law, p. 223-242

20 Shahabuddeen, Mohamed (2007), **Precedent in the World Court**, Cambridge University Press,University of Cambridge, Research Center for International Law.ISBN:0 521 56310 0

21 Strezhnev Anton (2015),"**You Only Dissent Once: Re-Appointment and Legal Practices in Investment Arbitration**", Harvard University, Department of Government, P. 1-20

22 Zarbiyev, Fuad (2012), "**Judicial Activism in International Law- A Conceptual Framework for Analysis**", Journal of International Dispute Settlement, Oxford University Press,doi:10.1093/jnlids/ids005, P. 1-32

www.SID.ir