

Suspension of Criminal Prosecution of a Foreign Investor by Reliance to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Arbitration Tribunal's Provisional Measures

Javad Salehi¹

Abstract

Field and Aims: Reliance to Provisional Measures in the ICSID Arbitration Tribunal to suspend criminal prosecution is a new issue in international investment law. The host state will prosecute a foreign investor after to start investing disputes in the ICSID Arbitration Tribunal to prevent from international arbitration. Therefore, the study of different dimensions of this approach is important and one of the aims and subject of this paper.

Methodology: The research method is descriptive-analytical and critical to answer a question by relying on the ICSID Arbitration Tribunal's procedure. Research question is what are the effect of the ICSID Arbitration Tribunal's Provisional Measures in denying the host state's sovereignty in prosecuting a foreign investor?

Findings and Conclusion: Research findings show that the imposition of Provisional Measures, acceptance of the investment agreement, reliance of the parties on the international arbitration mechanism before disputes arising to ignore the host state's sovereignty in prosecuting foreign investors at the same time as the international arbitration begins, so that fair arbitration will be carried out while maintaining equality of arms.

Keywords: Host State, Criminal Prosecution, Foreign Investor, ICSID Arbitration Tribunal, Provisional Measures.

*Citation (APA): Salehi,J., (2023). Suspension of Criminal Prosecution of a Foreign Investor by Reliance to the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Arbitration Tribunal's Provisional Measures. *International Legal Research*, 16(59), 1-23

https://alr.ctb.iau.ir/article_700186.html



Introduction

Resorting to bilateral investment treaties is one of the most important mechanisms to support foreign investors for economic activity in the territorial territory of the host government (non-affiliated government). It is based on such protection that the foreign investor can claim the neglect of economic interests according to the terms of the investment treaty against the host government in international investment arbitration². But in recent years, it has been observed that the host government, in response to the foreign investor's claim, disrupts the arbitration process by criminally prosecuting the foreign investor, employees, witnesses and partners. The criminal prosecution of the investor, his employees and partners takes place in the domestic criminal courts of the host state, while the arbitration of investment claims takes place in the non-affiliated authority of the host state. Although it seems that there is no constant connection between these two situations, sometimes there is a close connection between these two events. Criminal prosecution of the investor in the domestic courts of the host country at the same time as the arbitration proceedings is one of the common defense tactics of the host country. The host government uses criminal prosecution to defend its position against the foreign investor in the arbitral tribunal and defeat it. According to some, this behavior is a manifestation of the abuse of power and the tricks of avoiding the responsibilities of the host government towards the foreign investor (Mirzayev, 2012: 71). However, the host government's use of criminal prosecution tools after the start of the arbitration process makes the position of the parties unbalanced.

In this situation, the power of the host government to prosecute the foreign investor or his employees prevents the initiation and flow of fair arbitration and defense of the foreign investor. This action of the host government not only causes the investment treaty arbitration process to be hindered, delayed or interfered with, but also the investor, his employees, partners or witnesses are affected by its negative dimensions after the investment treaty arbitration has started and they are prevented from cooperating with the investor to prove The lawsuit remains in the arbitration court. This is despite the fact that the investment treaty and the contracts between them are the basis for the behavior of the parties to the dispute in the hearing authority, and none of them should resort to unusual mechanisms to put pressure on the other. Despite this experience, it has been shown that some host governments respond to the foreign investor's claim in the arbitration court by relying on their position in the exercise of territorial sovereignty and through domestic criminal courts. The result of such behavior towards the foreign investor is that the conditions will ultimately be in favor of the host government. The direct connection between the prosecution and the criminal proceedings of the host government with the arbitration proceedings under the rules of the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID) may be established by preventing the summoning of the investor's witnesses to the arbitration court by the host government. The procedure of the ICSID Arbitral Tribunal in this situation shows that if the prosecution and criminal proceedings of the host government are stopped, the investor can easily present his witnesses in the Arbitral Tribunal (ICSID, 2010: 163). Suspension of prosecution and criminal proceedings of the



host government in this situation is one of the causes of eliminating double pressure on the petitioner and his witnesses in the arbitration court.

In recent years, similar claims by foreign investors have led to the formation of a special procedure in the ICSID Arbitration Court. Therefore, according to the request of the investor, the arbitration court has reacted to the criminal prosecution of the host government in the form of temporary measures. Resorting to temporary measures is one of the accepted mechanisms at the disposal of the ICSID Arbitration Court (Bento, 2017: 363) so that the fairness of the proceedings can be realized through temporary measures (Salehi, 2019: 173). As there is no difference between the judicial proceedings to resolve the dispute and the arbitration mechanism, except that the jurisdiction of the arbitration court to issue temporary measures is based on the consent of the parties to the dispute in the foreign investment contract before the dispute arises between the parties. The necessity of issuing temporary measures is due to the fact that the arbitration process from the beginning to the end and the issuing of a decision is usually time-consuming. In the meantime, the host government may take measures to invalidate the arbitration and its result. Therefore, maintaining the rights of the foreign investor by meeting the conditions in the form of temporary measures until the final decision is issued is one of the priorities of the arbitration court. If a foreign investor faces criminal prosecution by the host government after filing a dispute in the arbitration court, it is inevitable to request the issuance of temporary measures from the arbitration court, but the temporary measures of the arbitration court to prevent the investigation and criminal proceedings of the host government mean to deal with it is the exercise of sovereignty of the host government that is beyond the jurisdiction of the arbitral tribunal.

The exercise of criminal jurisdiction of the host state in the territorial territory is a manifestation of the exercise of national sovereignty of the host state. But the exercise of national sovereignty of the host government to implement criminal laws is in opposition to the right of the foreign investor to resort to international arbitration of investment disputes and overshadows it. The arbitral tribunal does not have jurisdiction to assess the host government's criminal claims or the defendant's defenses against it. As the practice of the ICSID Court of Arbitration shows, it is beyond the competence of that authority to check whether the criminal prosecution and proceedings in the criminal courts of the host state have a legal and legal basis or not (ICSID, 2010: 163). This situation affects the adoption and implementation of temporary measures of the arbitral tribunal to suspend prosecution or criminal proceedings in the territorial territory of the host state. However, the ICSID Arbitration Court has acted according to the necessary conditions for issuing temporary measures and adapting its framework to suspend the criminal prosecution of foreign investors in these cases, which is one of the goals and the subject of this article. The research method is descriptive-analytical and relying on the procedure of the ICSID Court of Arbitration to answer the question that what are the effective components of the temporary measures of the ICSID Court of Arbitration to negate the sovereignty of the host government in the criminal prosecution of the foreign investor? The answer to this question first requires examining the binding nature of temporary measures of the ICSID



Arbitration Court for the host government, and then suspending criminal prosecution and ignoring the host government's sovereignty, so that its analytical and comparative achievements based on the rules and procedures of the ICSID Arbitration Court can be presented to those interested in international investment law.

Conclusion

A foreign investor is able to file a lawsuit against the host government for violation of investment treaties. This situation is caused by the legal protections of foreign investment in the teachings of international law. The security of foreign investment from the extralegal intervention of the host government is a matter of legal protection. Based on this, the host government is expected to guarantee the security and protection of the foreign investor and treat him fairly and non-discriminatory based on his nationality. But on the contrary, as soon as the arbitration process starts, the host government prosecutes the foreign investor at the request of the foreign investor in order to pressure him to withdraw from the arbitration. This is despite the fact that the host government's criminal proceedings against the investor or its executive agents aggravate the disputes between them, which the arbitration court is trying to deal with. The criminal prosecution of the investor in parallel with the handling of its arbitration claim is one of the issues that aggravates the dispute between the parties and prevents the arbitration court and the investor from the process and the desired results of the arbitration. There is a suspicion that the host government is using this tool to retaliate against the arbitration lawsuit to pressure the investor to withdraw from the arbitration. This situation is the point of conflict between two rights. On the one hand, the investor has the right to raise the violation of the obligations of the host government in the arbitration court and demand its consideration. On the other hand, the host government has the right to prosecute the investor and his employees for committing crimes in the territory of that government. However, the prosecution and criminal proceedings of the host government should not be an excuse to affect the investor's interests at the time of filing an arbitration claim. During the arbitration proceedings, the parties should not take actions that aggravate the existing situation. In other words, for the host government, this situation should not be an opportunity to overshadow the foreign investor's defenses and his access to the documents and evidence necessary to prove his claim in the arbitration court.

Therefore, under these circumstances, the host government's criminal proceedings are a threat to the integrity of the arbitration process, which must be prevented with temporary measures. Interim measures of the arbitral tribunal are one of the mechanisms to deal with such a situation, which leads to ignoring or limiting the exercise of the sovereignty of the host state in a misplaced position, when it interferes with one of the issues under the jurisdiction of the arbitral tribunal. The arbitration court uses the mechanism of temporary measures to preserve the rights of the parties and the integrity of the arbitration process, in order to prevent the escalation of the dispute between the parties until the final decision. Therefore, the arbitral tribunal prohibits the host government from conducting criminal investigations and proceedings against the foreign investor according to its powers



in the field of issuing temporary measures, when it is evaluated as preventing the foreign investor from asserting his right in the arbitral tribunal. This action reduces and balances the unbalanced position of the host government towards the investor in the territory. The host government does not have a superior position compared to the investor before the arbitration court. Therefore, the host government cannot prevent the issuance of possible temporary measures by the arbitral tribunal. As the temporary actions of the arbitration court do not need the consent of the parties to the lawsuit. This situation is caused by the nature of temporary measures in the hearing authority. Temporary measures are one of the tools used by the court to keep the position of the litigants balanced and equal. Although the position of the litigants in the arbitration authority does not affect the acceptance or rejection of their behavior. Therefore, the arbitral tribunal tries to neutralize the unusual behavior of the host government by resorting to temporary measures. But the Court of Arbitration in this area is facing limitations and challenges that are caused by the impact and influence of the actions of the host government and the Court of Arbitration on each other and foreign investment. The temporary actions of the arbitral tribunal appear to be in conflict with the sovereignty of the host government. But this theory is adjusted when the host government enters into an investment treaty with foreign investment. In fact, the investment treaty is one of the reasons for the commitment of the host government to refrain from actions towards the investor at the same time as the start of the arbitration process, which will lead to the escalation of the dispute between them. Of course, this issue does not mean ignoring the criminal responsibility of the foreign investor or its employees forever. Rather, this approach for the host government has a temporary nature and only until the end of the proceedings of the arbitration court on the disputes between that government and the foreign investor. This situation is caused by the obligation of temporary measures and the influence of international law doctrines in investment treaties and the desire of the parties to the international arbitration mechanism to resolve disputes between them in the investment issue.

References

- Burnett, G. Henry and Jessica Beess und Chrostin (2015). Interim Measures in Response to the Criminal Prosecution of Corporations and Their Employees by Host State in Parallel with Investment Arbitration Proceedings, Maryland Journal of International Law, Vol. 30(1), 31-54.
- Bento, L. (2017). Mapping the Genetic Code of Provisional Measures: Characteristics and Recent Developments, in; Crina Baltag (ed.), International Centre for Settlement of Investment Disputes Convention after 50 Years: Unsettled Issues, Kluwer Law International.
- Born, B. Gary. (2020). International Commercial Arbitration, 3rd ed., Kluwer Law International.
- Habibzadeh, Tavakol & Gholami, Afifeh. (2018). The role of comprehensive clause in the settlement of disputes between foreign investors and the host government in the light of ICSID arbitration procedure, International Law, 59(35), 85-118.(Persian)
http://www.cilamag.ir/article_31885.html
- Jafari Nadushan, Shahab. (2013). Parallel Proceedings in Foreign Investment Lawsuits and Coping Methods, Jurisprudence, 77(84), 41-69. (Persian)
http://www.jlj.ir/article_10812.html



- Karton, J. (2015). Lessons from International Uniform Law”, in; Jean E. Kalicki and Anna Joubin-Bret (eds.), Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System-Journeys for the 21st Century, Nijhoff International Investment Law Series, Vol. 4, Brill,
- Mirabbasi, Baqir and Famil Zovar Jalali, Amir. (2020). Jurisdiction of the International Court of Justice in issuing a temporary order with a case-by-case look at the case of Ukraine against the Russian Federation in 2017, Tehran University Public Law Studies, 50(4), 1505-1524. (Persian)
https://jpls.ut.ac.ir/article_76874.html
- Mirzayev, Ruslan. (2012). International Investment Protection Regime and Criminal Investigations, Journal of International Arbitration, Vol. 29(1), 71-105.
<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Journal+of+International+Arbitration/29.1/JOIA2012004>
- Mohebbi, Mohsen and Vahid Bazaar. (2018). Provisional Measures (Interim Order) of the International Court of Justice: Binding or Recommendation? Look again at the International Court of Justice’s Ruling on the Case of the LaGrand Brothers, Journal of Judgment, Vol. 18(95), 91-115. (in Persian)
http://www.ghazavat.org/article_216274.html?lang=en
- Piri, Mehdi; Shakib, Mohammad Reza and Ahmadpour, Bahare. (2018). Examining the Approach of Excidence Arbitral Tribunals to the Defense of Necessity and the Exception Clause: A Reflection on the Argentinian Gas Cases, Energy Law Studies, 4(2), 377-403. (Persian)
https://jrcls.ut.ac.ir/article_70843.html
- Piri, Mahdi; Mohammadreza Shakib and Bahareh Ahmadpour. (2019). Examination of the Approach of ICSID Arbitration Tribunals to Necessity Defense and Exception Clause: Contemplating on Argentine Gas Cases, Journal of research Energy Law Studies, Vol. 4(2), 377-403. (in Persian)
https://jrcls.ut.ac.ir/article_70843.html?lang=en
- Pieth, M; Lucinda A. Low and Peter J. Cullen. (2014). The OECD Convention on Bribery: A Commentary, 2nd ed., Cambridge University Press.
- Rezaee, Ali and Mazkour Salehi. (2020). Anti-suit Injunctions Issued by Arbitral Tribunals in International Commercial Arbitrations ,Journal of Private Law Research, Vol. 8(30), 9-36. (in Persian)
https://jplr.atu.ac.ir/article_11592.html?lang=en
- Soleymanzadeh, Ahmadreza & Kosha, Hasti. (2016). Examining the Interim Order and its Enforcement Guarantee in the International Court of Justice, International Studies, 13(1), 59-92. (Persian)
https://www.isjq.ir/article_91284.html
- Salehi, Javad. (2020). Temporary measures and their requirements in the jurisdiction of the International Court of Law of the Sea; A manifestation of the negation of the realization of the accused’s human rights considerations with the aim of respecting the interests of the victim, Comparative Law Studies, 11(1), 171-190. (Persian)
https://jcl.ut.ac.ir/article_76710.html
- Schreuer, Ch. (2015). Do We Need Investment Arbitration?, in; Jean E. Kalicki and Anna Joubin-Bret (eds.), Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System-Journeys for the 21st Century, Nijhoff International Investment Law Series, Vol. 4, Brill.
- Zamani, Ghasem & Bazar, Vahid. (2018). Presuming the presence of risk as a factor affecting liability in disputes arising from foreign investment with emphasis on international arbitration procedure, Private Law Studies, 48(2), 227-245. (Persian)
https://jlq.ut.ac.ir/article_66732.html



- Zuleta, E. (2015). The Challenges of Creating a Standing International Investment Court, in; Jean E. Kalicki and Anna Joubin-Bret (eds.), Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System-Journeys for the 21st Century, Nijhoff International Investment Law Series, Vol. 4, Brill
<https://digitalcommons.law.umaryland.edu/mjil/vol30/iss1/5/>

تعليق تعقيب كيفرى سرمايه گذار خارجى با توسل به اقدامات موقت ديوان داورى ايكسيد

جواد صالحى^۱

چکیده

زمینه و هدف: توسل به اقدامات موقت در دیوان داوری ايكسيد برای تعليق تعقيب كيفرى از موضوعات جديد حقوق بين الملل سرمايه گذارى است. دولت ميزبان پس از شروع رسيدگى به اختلافات سرمايه گذارى در ديوان داورى ايكسيد به تعقيب كيفرى سرمايه گذار خارجى مى پردازد تا او را از داورى بين المللى باز دارد. لذا بررسى ابعاد مختلف اين رويکرد واجد اهميت و از اهداف و موضوع اين نوشتار است.

روش: روش تحقيق از نوع توصيفى - تحليلى و انتقادى است تا با اتكاء به رويه ديوان داورى ايكسيد به يك سوال پاسخ دهد. سوال پژوهش اين است كه تاثير اقدامات موقت ديوان داورى ايكسيد بر نفي اعمال حاكميت دولت ميزبان در تعقيب كيفرى سرمايه گذار خارجى چيست؟

يافته ها و نتايج: يافته هاى پژوهش نشان مى دهد كه الزام آورى اقدامات موقت، پذيرش معاهده سرمايه گذارى، اتكاء طرفين به ساز و كار داورى بين المللى قبل از بروز اختلافات از زمينه هاى نادیده گرفتن اعمال حاكميت دولت ميزبان در تعقيب كيفرى سرمايه گذار خارجى همزمان با شروع فرآيند داورى بين المللى است. بر اين اساس دولت ميزبان بايد از تعقيب كيفرى سرمايه گذار خارجى پس از شروع تا پايان فرآيند داورى خوددارى كند تا داورى عادلانه با حفظ تساوى سلاح ها انجام شود.

کلیدواژه ها: دولت ميزبان، تعقيب كيفرى، سرمايه گذار خارجى، ديوان داورى ايكسيد، اقدامات موقت.

*استناددهی (APA): صالحی، جواد. (۱۴۰۲). تعليق تعقيب كيفرى سرمايه گذار خارجى با توسل به اقدامات موقت ديوان داورى ايكسيد. تحقیقات حقوقی بین المللی، ۱۶(۵۹)، ۱-۲۳

https://alr.ctb.iau.ir/article_700186.html

مقدمه

توسل به معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری^۱ از مهمترین ساز و کارهای حمایت از سرمایه‌گذار خارجی برای فعالیت اقتصادی در قلمرو سرزمینی دولت میزبان (دولت غیرمتبوع) است. سرمایه‌گذار خارجی براساس چنین حمایتی است که می‌تواند ادعای نادیده گرفته شدن منافع اقتصادی را حسب شرایط معاهده سرمایه‌گذاری علیه دولت میزبان در داوری بین‌المللی سرمایه‌گذاری^۲ مطرح کند. اما در سال‌های اخیر مشاهده شده است که دولت میزبان در واکنش به ادعای سرمایه‌گذار خارجی، فرایند داوری را با تعقیب کیفری سرمایه‌گذار خارجی، کارکنان، شهود و شرکای مختل می‌نماید. تعقیب کیفری سرمایه‌گذار، کارکنان و شرکای وی در محاکم کیفری داخلی دولت میزبان صورت می‌گیرد، در حالی که داوری در دعاوی سرمایه‌گذاری در مرجع غیرمتبوع دولت میزبان صورت می‌گیرد. هر چند که به نظر می‌رسد میان این دو وضعیت ارتباط همیشگی وجود ندارد، لیکن گاهی اوقات میان این دو واقعه ارتباط نزدیک وجود دارد. تعقیب کیفری سرمایه‌گذار در محاکم داخلی دولت میزبان همزمان با رسیدگی‌های دیوان داوری یکی از تاکتیک‌های شایع دفاع دولت میزبان است. دولت میزبان از تعقیب کیفری برای دفاع از موقعیت خود نسبت به سرمایه‌گذار خارجی در دیوان داوری و مغلوب کردن آن استفاده می‌کند. چنان که به یک اعتبار، این رفتار به اعتقاد برخی جلوه‌ای از سوءاستفاده از قدرت و از ترفندهای طفره از مسئولیت‌های دولت میزبان در قبال سرمایه‌گذار خارجی است (میرزایف^۱، ۲۰۱۲: ۷۱). اما استفاده دولت میزبان از ابزار تعقیب کیفری پس از شروع فرآیند داوری باعث نامتوازن شدن موقعیت طرفین می‌شود.

در این شرایط قدرت دولت میزبان در تعقیب سرمایه‌گذار خارجی یا کارکنان وی مانع از شروع و جریان داوری عادلانه و دفاعیات سرمایه‌گذار خارجی است. این اقدام دولت میزبان نه تنها باعث می‌شود تا فرآیند داوری معاهده سرمایه‌گذاری با مانع، تاخیر یا مداخله مواجه شود، بلکه سرمایه‌گذار، کارکنان، شرکاء یا شهود وی تحت تاثیر ابعاد منفی آن پس از شروع داوری معاهده سرمایه‌گذاری قرار می‌گیرند و از همکاری با سرمایه‌گذار برای اثبات دعوی در دیوان داوری باز می‌مانند. این در حالی است که معاهده سرمایه‌گذاری و قراردادهای فی‌مابین مبنای رفتار طرفین اختلاف در مرجع رسیدگی است و هیچ‌یک نباید فراتر از آن برای تحت فشار قرار دادن دیگری به ساز و کارهای نامتعارف متوسل شوند. با وجود این تجربه نشان داده است که برخی از دولت‌های میزبان در مقام خواننده پرونده داوری معاهده سرمایه‌گذاری با اتکاء به موقعیت خود در اعمال حاکمیت سرزمینی و از طریق محاکم کیفری داخلی به ادعای سرمایه‌گذار خارجی در

1. Bilateral Investment Treaties (BITs)
 2. Investment Arbitration International
 3. Mirzayev

دیوان داوری پاسخ می‌دهند. نتیجه چنین رفتاری نسبت به سرمایه‌گذار خارجی این است که شرایط در نهایت به نفع دولت میزبان رقم می‌خورد. ارتباط مستقیم تعقیب و دادرسی کیفری دولت میزبان با دادرسی داوری تحت قواعد مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری (ایکسید)^۱ چه بسا با ممانعت از احضار شهود سرمایه‌گذار به دیوان داوری از سوی دولت میزبان احراز شود. رویه دیوان داوری ایکسید در این شرایط نشان می‌دهد اگر تعقیب و دادرسی کیفری دولت میزبان متوقف شود، سرمایه‌گذار به راحتی می‌تواند شهود خود را در دیوان داوری حاضر نماید. (ایکسید^۱، ۲۰۱۰: ۱۶۳). تعلیق تعقیب و دادرسی کیفری دولت میزبان در این شرایط از موجبات انتفاء فشار مضاعف بر خواهان و شهود وی در دیوان داوری است.

ادعاهای مشابه در سال‌های اخیر از سوی سرمایه‌گذاران خارجی در دیوان داوری ایکسید موجب شکل‌گیری رویه خاص شده است. لذا دیوان داوری حسب تقاضای سرمایه‌گذار در قالب اقدامات موقت نسبت به تعقیب کیفری دولت میزبان واکنش نشان داده است. توسل به اقدامات موقت یکی از ساز و کارهای مقبول در اختیار دیوان داوری ایکسید است (بنتو^۲، ۲۰۱۷: ۳۶۳) تا در نتیجه آن عادلانه بودن دادرسی از طریق اقدامات موقت محقق شود (صالحی، ۱۳۹۹: ۱۷۳). چنان‌که فرقی میان دادرسی قضایی برای حل اختلاف با ساز و کار داوری نیست، جز این‌که صلاحیت دیوان داوری بر صدور اقدامات موقت متکی به رضایت طرفین اختلاف در قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی قبل از بروز اختلاف طرفین است. ضرورت صدور اقدامات موقت از این جهت است که فرآیند داوری از شروع تا پایان و صدور رای معمولاً زمان‌بر است. در این فاصله ممکن است دولت میزبان دست به اقداماتی بزند که داوری و نتیجه آن را از کار بیاندازد. لذا حفظ حقوق سرمایه‌گذار خارجی با احراز شرایط در قالب اقدامات موقت تا زمان صدور رای نهایی از اولویت‌های دیوان داوری است. سرمایه‌گذار خارجی در صورتی که پس از طرح اختلاف در دیوان داوری با تعقیب کیفری دولت میزبان مواجه شود ناگزیر از تقاضای صدور اقدامات موقت از دیوان داوری است، در جایی لیکن اقدامات موقت دیوان داوری برای جلوگیری از تحقیقات و دادرسی کیفری دولت میزبان به معنای مقابله با اعمال حاکمیت دولت میزبان است که از حدود صلاحیت دیوان داوری خارج است.

اعمال صلاحیت کیفری دولت میزبان در قلمرو سرزمینی جلوه‌ای از اعمال حاکمیت ملی دولت میزبان است. اما اعمال حاکمیت ملی دولت میزبان برای اجرای قوانین کیفری در تقابل با حق سرمایه‌گذار خارجی برای توسل به داوری بین‌المللی اختلافات سرمایه‌گذاری^۳ است و آن را تحت‌الشعاع قرار می‌دهد. دیوان داوری صلاحیت ارزیابی ادعاهای کیفری از جانب دولت میزبان

1. The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)
2. ICSID
3. Bento
4. International Arbitration in Investment Disputes

یا دفاعیات خواننده در قبال آن را ندارد. چنان که رویه دیوان داوری ایکسید نشان می‌دهد که بررسی اینکه تعقیب و دادرسی کیفری در محاکم کیفری دولت میزبان واجد مبنای حقوقی و قانونی باشد یا نباشد، از صلاحیت آن مرجع خارج است (ایکسید، ۲۰۱۰: ۱۶۳). این وضعیت بر اتخاذ و اجرای اقدامات موقت دیوان داوری برای تعلیق تعقیب یا دادرسی کیفری در قلمرو سرزمینی دولت میزبان تاثیرگذار است. اما دیوان داوری ایکسید حسب شرایط لازم برای صدور اقدامات موقت و انطباق چارچوب آن برای تعلیق تعقیب کیفری سرمایه‌گذار خارجی در این پرونده‌ها عمل کرده است که بررسی ابعاد آن از اهداف و موضوع این نوشتار است. روش تحقیق از نوع توصیفی-تحلیلی و با اتکاء به رویه دیوان داوری ایکسید است تا به این سوال پاسخ داده شود که مولفه‌های موثر اقدامات موقت دیوان داوری ایکسید بر نفی اعمال حاکمیت دولت میزبان در تعقیب کیفری سرمایه‌گذار خارجی چیست؟ پاسخ به این سوال ابتدا مستلزم بررسی الزام‌آوری اقدامات موقت دیوان داوری ایکسید برای دولت میزبان و سپس تعلیق تعقیب کیفری و نادیده گرفتن اعمال حاکمیت دولت میزبان است تا دستاوردهای تحلیلی و تطبیقی آن براساس مقررات و رویه دیوان داوری ایکسید به علاقه‌مندان مباحث حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری ارائه شود.

۱. الزام‌آوری اقدامات موقت دیوان داوری ایکسید برای دولت میزبان

اقدامات موقت از لوازم داوری است و از قاعده «اذن در شی، اذن در لوازم آن» تبعیت می‌کند. اقدامات موقت دیوان داوری ناشی از موافقت‌نامه داوری یا قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی است که طرفین دعوا قبل از بروز اختلافات با آن موافقت کرده‌اند. پس مشروعیت اقدامات موقت دیوان داوری ناشی از موافقت طرفین اختلاف نسبت به شرط داوری و یا موافقت‌نامه مستقل داوری است. هر چند که طرفین داوری حق دارند که دیوان داوری را در زمان تنظیم شرط داوری و یا موافقت‌نامه مستقل داوری از اختیار صدور اقدامات موقت منع کنند، لیکن تا زمانی که چنین تصریحی وجود نداشته باشد، دیوان داوری از صدور دستور اقدامات موقت ممنوع نیست. چنان که به یک اعتبار قرار موقت یک بخش لاینفک از رویه و آیین سازش اختلافات است. لذا دیوان داوری می‌تواند اقدامات موقت را در صورت لزوم برای حفظ حقوق سرمایه‌گذار خارجی در نظر بگیرد. اقدام موقت ساز و کاری است که دیوان داوری با توسل به آن می‌تواند جلوی سوءاستفاده دولت میزبان از معاهده سرمایه‌گذاری را بگیرد و برابری سلاح‌ها میان طرفین اختلاف را برقرار کند. ماده ۳۹ قواعد داوری ایکسید^۱ و ماده ۴۷ کنوانسیون ایکسید نیز موید این برداشت است. اما صدور اقدامات موقت تابع شرایط سه‌گانه است که احراز آن‌ها با دیوان داوری ایکسید است.

صدور اقدامات موقت در مرحله پیش از ورود به ماهیت دعوی داوری است. در این مرحله هر چند احراز صلاحیت دیوان داوری موضوعیت ندارد، اما احراز صلاحیت ابتدایی آن ضرورت دارد. در ماده ۳۹ قواعد داوری ایکسید و ماده ۴۷ کنوانسیون ایکسید به لزوم احراز صلاحیت اولیه دیوان داوری به اصل اختلاف اشاره‌ای نشده است. لیکن احراز صلاحیت اولیه دیوان داوری برای جلوگیری از اقدامات موقت در موضوعات خارج از صلاحیت دیوان داوری واجد اهمیت است تا از اشتغال دیوان داوری در موضوعات خارج از صلاحیت جلوگیری شود. چنان‌که برخی با صدور قرار اقدامات موقت تنها در صورت احراز صلاحیت آن موافق هستند (میرعباسی و فامیل زوار جلالی، ۱۳۹۹: ۱۵۲۲). از این حیث لزوم احراز صلاحیت ابتدایی دیوان داوری از ابتکارات قواعد آنسیترال^۱ است که قبلاً وجود نداشته است. لیکن هم‌اکنون احراز آن به عنوان شرط اول در در کنار سایر شرایط ضروری است. شرط دوم ضرورت و فوریت است یعنی منافع سرمایه‌گذار در معرض خطر غیرقابل جبرانی باشد که حفظ آن‌ها لازم باشد. دیوان داوری ایکسید در ارتباط با فوریت تصمیم‌گیری راجع به تقاضای خواهان بر صدور اقدامات موقت با اتکاء به رویه دیوان بین‌المللی دادگستری معتقد است که این فوریت برای تضمین حقوق خواهان است و او نباید در معرض خطر غیرقابل جبران قبل از صدور رای نهایی قرار گیرد. از زمان طرح دعوی داوری تا صدور رای نهایی معمولاً مدت زمان زیادی صرف می‌شود که ممکن در این اثناء حقوق خواهان از سوی دولت میزبان در ارتباط با مساله مورد اختلاف تضییع شود. از این حیث، تحقیقات و دادرسی کیفری دولت میزبان علیه سرمایه‌گذار، کارکنان یا شرکای آن زمینه‌ساز چنین شرایطی است. اما مساله فوریت با مساله ضرورت ملازمه ندارد. لذا اگر فوریت صدور اقدامات موقت احراز شد، به این معنا نیست که حتماً ضرورت آن نیز احراز شده است. زیرا ممکن است ورود ضرر و زیان به خواهان در اثنای رسیدگی داوری و فوریت مقابله با آن احراز شود، اما آن ضرر و زیان با پرداخت خسارت قابل جبران باشد و ضرورت مقابله با آن در قالب اقدامات موقت احساس نشود. شرط سوم تناسب است؛ یعنی اقدامات موقت با توجه به خطرات متوجه منافع سرمایه‌گذار باید متناسب باشد.

بنابراین تقاضای سرمایه‌گذار خارجی برای صدور اقدامات موقت باید واجد شرایط ضرورت و فوریت باشد تا صدور اقدامات موقت متناسب توجیه شود. احراز شرایط ضرورت و فوریت برای اقدامات موقت زمینه رسیدگی دیوان داوری، حفظ دلایل، برقراری توازن حقوق طرفین اختلاف و اجرای حکم در آینده را فراهم می‌کند. لیکن اقدامات موقت برای تعلیق تعقیب کیفری سرمایه‌گذار خارجی متمایز از شرایط صدور اقدامات موقت برای سایر اهداف است. چرا که اقدامات موقت در شرایط اخیر با تعلیق تعقیب کیفری اجرایی می‌شود که اعمال حاکمیت دولت

1. United Nations Commission on International Trade Law Rules, 2010



میزبان را نادیده می‌گیرد. دیوان داوری ایکسید واجد قدرت دستور بر انجام یا خودداری از تعقیب کیفری سرمایه‌گذار خارجی از سوی دولت میزبان در قالب اقدامات موقت نیست. اما این تفسیر محدود از مقررات مذکور در رویه دیوان داوری ایکسید مقبولیت ندارد (بورن^۱، ۲۰۲۰: ۲۴۲۹). رویه دیوان داوری ایکسید حاکی از الزام آور بودن اقدامات موقت براساس ماده (۱) ۳۹ قواعد داوری ایکسید^۱ است. بنابراین واژه «پیشنهاد» از منظر دیوان داوری ایکسید به معنای دستور است (ایکسید، ۲۰۰۷: ۵۲). چنان که این رویکرد دیوان داوری ایکسید در ایجاد و استفاده از ساز و کارهای ضمنی برای تضمین انسجام تشریفات داوری ضرورت دارد، منوط به این که حفظ حقوق طرفین اختلاف ایجاب کند. اهداف مدنظر در داوری میان طرفین اختلاف ایجاب می‌کند تا ساز و کارهای مقدماتی آن مانند رای نهایی الزام آور باشند. لذا رویکرد دیوان داوری ایکسید در الزام آوری اقدامات موقت متأثر از رویه دیوان بین‌المللی دادگستری است. چنان که اقدامات موقت به تعبیر برخی در دیوان بین‌المللی دادگستری نیز الزام آور و واجد ضمانت‌اجراء هستند^۲.

ماده ۱۷ قانون آنسیترا^۳ نیز موید توقع مشابه از کارکرد اقدامات موقت در دیوان داوری ایکسید است. دیوان داوری ایکسید با صدور قرار اقدامات موقت براساس ماده ۱۷ قانون آنسیترا درصدد حفظ وضعیت موجود است تا این که وضعیت نهایی طرفین اختلاف را رسیدگی‌های داوری مشخص کند. از این جهت فرقی میان اقدامات موقت برای تعلیق اقدامات اداری، حقوقی یا کیفری دولت میزبان در سطح داخلی نیست، بلکه چه‌بسا اقدامات کیفری دولت میزبان علیه سرمایه‌گذار خارجی زودتر شرایط موجود را تشدید می‌کند. اما وجه اشتراک اقدامات موقت در هر دو شرایط این است که از آن برای جلوگیری از بدتر شدن وضع موجود استفاده می‌شود. بر این اساس اقدامات موقت برای تعلیق تعقیب کیفری دولت میزبان واجد کارکرد است، هر چند که با اعمال حاکمیت ملی دولت میزبان تداخل داشته باشد. اما این تداخل به نفع اولویت اقدامات موقت بر اعمال حاکمیت مفروض است. چرا که فرض بر این است که دولت میزبان با امضای قرارداد داوری از اعمال حاکمیت خود استثنائاً در معاهده سرمایه‌گذاری خارجی اعراض کرده است و گرنه اعمال صلاحیت دیوان داوری ایکسید با ساز و کارهای غیرالزام آور برای حل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی میسر نیست. این الزام آوری در رای داوری نهایی وجود دارد و باید به سایر ساز و کارهای مقدماتی آن از جمله اقدامات موقت نیز تسری داده شود، و گرنه الزام آوری رای نهایی داوری به تنهایی کفایت نمی‌کند.

1. Born

2. International Centre for Settlement of Investment Disputes Arbitration Rules

۳. برای مطالعه بیشتر در این زمینه ر.ک. سلیمان‌زاده و کوشا، ۱۳۹۵: ۵۹.

تمرکز قواعد آنستیرال بر امکان اجرای الزامات بر تمام داوری‌های بین‌المللی صرف‌نظر از موضوع اختلاف و شرایط حاکم بر آن‌ها می‌باشد (برنت و کراستین^۱، ۲۰۱۵: ۳۹). لذا اختیارات دیوان داوری باید جنبه کاربردی و اجرایی داشته باشد تا این که از تاثیر منفی بر روند داوری یا تشدید وضعیت موجود به خاطر نابرابری موقعیت طرفین اختلاف جلوگیری شود. اقدامات موقت از جمله ساز و کارهای لازم و موثر بر کارکرد داوری بین‌المللی است. کارکرد داوری حل اختلافات تجاری است، منوط به این که رای نهایی داوری قابل اجراء باشد و زمینه آن از بین نرفته باشد. در عین حال که الزام آور نبودن اقدامات موقت بر الزام‌آوری رای نهایی داوری نیز تاثیر منفی دارد. اگر در اقدامات موقت مراعات اعمال حاکمیت دولت میزبان شود، این وضعیت چه‌بسا زمینه‌ای را برای دولت میزبان در خودداری از اجرای رای نهایی داوری نیز با استدلال تعارض با اعمال حاکمیت و تصمیمات موازی یا پیشین محاکم داخلی فراهم سازد. چنان‌که برخی با مفهوم رسیدگی‌های موازی مخالف روند رسیدگی در دو مرجع به صورت همزمان هستند. از نظر آن‌ها وجهه و اعتبار داوری به علت احتمال صدور آرای متفاوت و متناقض مخدوش می‌شود و راجع به اجرای این آراء نگرانی‌هایی ایجاد می‌شود (جعفری ندوشن، ۱۳۹۲: ۴۹). لذا اقدامات موقت الزام آور موجد شرایطی است که وضعیت موجود قبل از تعقیب کیفری سرمایه‌گذار خارجی، کارکنان، شهود و شرکای وی را حفظ می‌کند تا داوری به پایان برسد و تکلیف را مشخص کند. لذا اگر اقدامات موقت جنبه الزام‌آوری نداشته باشند، چه‌بسا با فشارها یا مجازات‌هایی که به سرمایه‌گذار خارجی تحمیل می‌شود، زمینه اجرای رای داوری بعدها مفقود باشد. البته این رویکرد به معنای انتفاء مسئولیت کیفری سرمایه‌گذار خارجی، کارکنان یا شرکای آن برای اقدامات مجرمانه قبل یا در خلال فعالیت‌های اقتصادی سرمایه‌گذاری نیست. بلکه این رویکرد به این معنا می‌باشد که تعقیب کیفری سرمایه‌گذار خارجی برای احتراز از اثرات منفی آن در فرآیند داوری و نامتوازن شدن موقعیت طرفین به صورت موقت معلق شود و پس از مشخص شدن نتیجه داوری بین‌المللی در صورت اقتضاء ادامه یابد.

بر این اساس دیوان داوری ایکسید دارای صلاحیت تعلیق تعقیب کیفری دولت میزبان است، هر چند که دیوان داوری، مرجع کیفری بین‌المللی نیست. رویه دیوان داوری ایکسید در این ارتباط متناسب با عملیات تعقیب و دادرسی کیفری متاثر از اعمال حاکمیت دولت میزبان است. اعمال حاکمیت دولت میزبان از زمینه‌های شروع تحقیقات و دادرسی کیفری است. تعقیب جرم از سوی دولت میزبان سرمایه‌گذاری خارجی از حقوق حاکمیتی است که نباید با اقدامات موقت دیوان داوری نادیده گرفته شود. لذا دیوان داوری در تمام موارد از صدور اقدامات موقت برای جلوگیری از تحقیقات و دادرسی کیفری، مگر در موارد استثنایی استقبال نمی‌کند (برنت و

1. Burnett & Chrostin



کراستین، ۲۰۱۵: ۵۱). اما احراز شرایط ضرورت و فوریت برای اقدامات موقت در ارتباط مستقیم با تحقیقات و دادرسی کیفری دولت میزبان و متمایز از سایر موارد است. احراز این وضعیت با دیوان داوری است، هر چند که بررسی ابعاد مختلف امور کیفری خارج از تخصص و صلاحیت آن است.

۲. تعلیق تعقیب کیفری و نادیده گرفتن اعمال حاکمیت دولت میزبان

حقوق سرمایه گذاری بین المللی به اعتقاد برخی نیازمند نظام حقوقی باثبات و قابل پیش بینی است تا مانع از رفتارهای خودسرانه و فرصت طلبانه دولت میزبان در برابر سرمایه گذار خارجی شود (پیری، شکیب و احمدپور، ۱۳۹۷: ۳۹۸). پیش بینی ضوابط حل اختلاف در معاهده سرمایه گذاری خارجی از موجبات آزادی عمل سرمایه گذار در به چالش کشیدن دولت میزبان در دیوان داوری است، زمانی که دولت میزبان به تعهدات خود در معاهده سرمایه گذاری عمل نمی کند. این رویکرد در برخی موارد به معنای محدود کردن دولت میزبان در قالب شرط خودداری از هر اقدام مغایر با مفاد معاهده سرمایه گذاری است. در حالی که نادیده گرفتن آن ها با الزامات حمایت از سرمایه گذار خارجی نیز در تضاد است. از این حیث سرمایه گذار خارجی به اعتقاد برخی در موقعیت ضعیف تری نسبت به دولت میزبان است که سابقه بی توجهی به تعهدات و حاکمیت قانون دارد (شرویر^۱، ۲۰۱۵: ۸۷۹). قدر متیقن این تقابل در نظریات حاکی از تاثیر داوری بین المللی بر حاکمیت دولت میزبان است. چنان که برخی معتقدند که اعطای صلاحیت رسیدگی به اختلافات به دیوان داوری منجر به نادیده گرفتن حاکمیت دولت می شود (زولتا^۲، ۲۰۱۵: ۴۰۹). فقدان انسجام در آرای داوری نیز مزید بر علت است. اعتبار موجودیت سیستم حل اختلاف معاهده ای به انسجام آن است. پروسه حل اختلاف که با نتایج غیرقابل پیش بینی توأم باشد، اهداف خود را نقض می کند (کارتون^۳، ۲۰۱۵: ۵۵). فقدان رویه قضایی در حقوق بین الملل سرمایه گذاری نیز بر دامنه آن می افزاید. بنابراین انسجام در آرای دیوان داوری در نتیجه این وضعیت حاصل نمی شود. در این شرایط دولت ها نمی توانند پیش بینی کنند که مقررات حل اختلاف دولت و سرمایه گذار بعدها چگونه تفسیر می شوند تا آن ها را در زمان مذاکرات و تنظیم پیش نویس قرارداد سرمایه گذاری به نفع خود تغییر دهند. لیکن این ناسازگاری از نقاط ضعف آن نیست، بلکه انعطاف در تفسیر مقررات در دیوان داوری باعث تحول در حقوق بین الملل سرمایه گذاری می شود.

دغدغه های امنیتی، نظم عمومی دولت میزبان و ابعاد کیفری احتمالی سرمایه گذاری بر پیچیدگی شرایط پیش گفته می افزاید. برخی از نگرانی های سرمایه گذار خارجی را به اعتقاد برخی

1. Schreuer
2. Zuleta
3. Karton

می‌توان در قالب شرط فراگیر^۱ به معنای الزام دولت میزبان به رعایت هرگونه تعهد لازم‌الاجراء در ارتباط با سرمایه‌گذاری پاسخ مثبت داد (حبیب‌زاده و غلامی، ۱۳۹۷: ۸۵)، اما به نظر می‌رسد ارتکاب جرم قبل از سرمایه‌گذاری یا ضمن فعالیت‌های اقتصادی سرمایه‌گذار از شرط فراگیر خروج موضوعی دارد. چراکه دولت میزبان حتی در قالب شرط فراگیر مکلف به نادیده گرفتن و عدول از اعمال حاکمیت در تعقیب و دادرسی کیفری علیه سرمایه‌گذار خارجی در فرض وقوع جرم احتمالی نیست. سرمایه‌گذار در این موارد باید جوانب احتیاط را بیش از همه رعایت کند. بررسی ابعاد کیفری سرمایه‌گذاری در دولت میزبان بر عهده سرمایه‌گذار است. این وضعیت به مثابه بررسی خطر سرمایه‌گذاری است که به اعتقاد برخی قبل از اقدام باید با سختی‌ها، خطرات احتمالی و عایدات سرمایه‌گذاری مدنظر قرار گیرد (زمانی و بنزار، ۱۳۹۷: ۲۳۵). بسیاری از شرکت‌های سرمایه‌گذاری در قلمرو سرزمینی دولت غیرمتبوع از نیروها و شرکت‌های بومی واسطه‌ای برای پیشبرد اهداف خود استفاده می‌کنند. عامل‌های در خدمت شرکت‌های سرمایه‌گذاری معمولاً تشریفات و ساز و کارهای قانونی را برای تسهیل روابط تجاری آن‌ها با دولت میزبان ارائه می‌کنند. بر این اساس در بسیاری از موارد به عامل‌ها برای کسب موافقت مقامات رسمی دولت میزبان راجع به مجوزهای فعالیت شرکت سرمایه‌گذار خارجی ماموریت داده می‌شود تا اقدامات لازم را انجام دهند. در چنین شرایطی است که زمینه برای اقدامات فراقانونی یا غیرقانونی به صورت غیرمستقیم فراهم می‌شود (پیث، لوو و کالن^۲، ۲۰۱۴: ۱۵۴). بنابراین شرکت‌های سرمایه‌گذاری باید در روابط خود با این عامل‌ها و واسطه‌های آن‌ها مراقبت کنند. چرا که رفتارهای مجرمانه از جمله پرداخت رشوه از سوی آن‌ها برای فعالیت‌های شرکت‌های تجاری خارجی موجب مسئولیت کیفری آن‌ها شود. مسئولیت کیفری واسطه‌ها نافی مسئولیت شرکت سرمایه‌گذاری خارجی در فعالیت‌های اقتصادی نیست. شرکت سرمایه‌گذاری که با اقدامات مجرمانه کارکنان یا شرکای خود زمینه فعالیت یا توسعه آن را در دستور کار قرار می‌دهد هم باید نسبت به عواید حاصل از آن اقدامات زیربنایی پاسخ‌گو باشد و هم باید رابطه خود را با عوامل آن جرایم مشخص سازد. اگر این ارتباط مجرمانه از نوع معاونت، مشارکت، آمر و مامور یا هر نوع دیگر باشد به حساب شرکت سرمایه‌گذاری گذاشته می‌شود و در ادامه فعالیت آن تاثیر منفی می‌گذارد.

با وجود این سرمایه‌گذار خارجی از اینکه دولت میزبان آن را دستمایه اخلاص در فرآیند داوری قرار دهد با ادعای ضرورت و فوریت متقاضی صدور اقدامات موقت دیوان داوری برای توقف و تعویق تحقیقات و دادرسی کیفری دولت میزبان علیه کارکنان و شرکای خود است. اما ضرورت و فوریت در صدور اقدامات موقت در رویه دیوان داوری منوط به احراز سه پیش‌شرط است. اول

1. Umbrella Clause
2. Pieth, Low & Cullen

این که تحقیقات یا دادرسی کیفری شروع شده باشد. دوم این که تحقیقات یا دادرسی کیفری متوجه سرمایه گذار خارجی باشد و حقوق وی را تحت تاثیر قرار دهد. سوم این که احتمال خطر یا ضرر غیرقابل جبران در نتیجه تحقیقات و دادرسی کیفری وجود داشته باشد. لذا براساس شرط اول صرف تهدید دولت میزبان بر شروع تحقیقات یا دادرسی کیفری علیه سرمایه گذار خارجی در آینده کفایت نمی کند، در حالی که برای آن هنوز احضاریه یا قرار جلب و دستگیری سرمایه گذار خارجی صادر نشده است. احراز جریان دادرسی کیفری از سوی دولت میزبان علیه سرمایه گذار خارجی برای تعلیق آن از سوی دیوان داوری حسب تقاضای خواهان اقدامات موقت ضرورت دارد. رویه دیوان داوری در پرونده چرچیل علیه دولت اندونزی^۱ حاکی از لزوم احراز این شرط است.

در این پرونده سرمایه گذار خارجی اختلاف فیما بین با دولت اندونزی در ارتباط با ابطال چهار پروانه بهره برداری از معادن متعلق به دولت موضوع سرمایه گذاری خارجی را در دیوان داوری مطرح کرد. سرمایه گذار خارجی مدعی شد که دولت اندونزی امتیاز بهره برداری از چهار معدن موضوع قرارداد سرمایه گذاری پس از موفقیت وی در کسب مجوز آن‌ها از دولت را لغو کرده است. حال آن که سرمایه گذار خارجی برای کسب مجوز بهره برداری از آن معادن با مشارکت گروهی از شرکت های دارای تابعیت آن دولت موافقت دولت میزبان را جلب کرده است. اما دولت اندونزی مدعی است که اتباع و شرکت های تحت تابعیت آن دولت در کسب مجوزهای بهره برداری از آن معادن مرتکب جعل در مدارک رسمی شده اند. لذا دولت اندونزی یک روز پس از اعلام صلاحیت دیوان داوری در رسیدگی به این دعوا اعلام می کند که به زودی تعقیب و دادرسی کیفری علیه سرمایه گذار و شهود وی را در محاکم کیفری داخلی شروع می کند. بر این اساس دولت اندونزی شکایتی علیه شرکت ریدلاماتا^۲ را با اتهام جعل در اسناد رسمی در محاکم کیفری داخلی به ثبت می رساند (ایکسید، ۲۰۱۴: ۸۴). در این شرایط خواهان بلافاصله در دیوان داوری ادعا می کند که دولت میزبان تهدید به تعقیب و شروع دادرسی کیفری علیه خواهان، شهود و تمام کسانی کرده است که در فعالیت های سرمایه گذار خارجی مشارکت داشته اند. لذا خواهان از دیوان داوری در قالب اقدامات موقت تقاضا می کند تا تحقیقات کیفری دولت اندونزی علیه خواهان و تمام شرکای وی در این ارتباط متوقف یا معلق شود. دیوان داوری با تقاضای خواهان موافقت نکرد، با این استدلال که اقدامات موقت برای حمایت از حقوق خواهان است. دیوان داوری زمانی قرار اقدامات موقت صادر می کند که فوریت و ضرورت آن برای جلوگیری از خطر و ضرر غیرقابل جبران نسبت به خواهان احساس شود (ایکسید، ۲۰۱۴: ۶۹). در این پرونده تحقیقات و دادرسی کیفری دولت میزبان علیه خواهان نبود. خواهان هیچ دلیلی ارائه نکرد که تحقیقات یا

1. Churchill v. Indonesia
2. Ridlamata

دادرسی کیفری علیه او یا شهود وی شروع شده است. در این مرحله تحقیقات و دادرسی کیفری علیه شرکت ریدلاماتا تحت تابعیت دولت اندونزی و شریک تجاری خواهان داوری است که بر حقوق خواهان در دیوان داوری علیه دولت اندونزی تاثیر منفی ندارد. نتیجه گیری دیوان داوری در این پرونده به این معنا است که تعقیب یا دادرسی کیفری اصلا علیه سرمایه گذار خارجی شروع نشده است و شروع آن علیه شرکای تجاری سرمایه گذار در فرآیند داوری بی تاثیر است. لذا نوبت به بررسی شرط دوم و سوم نمی‌رسد.

انتفاء احراز شرط شروع تحقیقات یا دادرسی کیفری از موجبات رفع تکلیف احراز سایر شروط است. دادرسی‌های کیفری دولت میزبان از موضوعات مرتبط با داوری است که حسب ادعای خواهان منجر به صدمات جدی به موقعیت سرمایه گذار در دادرسی دیوان داوری ایکسید می‌شود. لذا اگر احراز شود که تحقیقات یا دادرسی کیفری شروع شده است، احراز شرط دوم و به تبع آن شرط سوم برای صدور اقدامات موقت لازم است. چراکه احراز شرط اول و دوم کفایت نمی‌کند. احراز شرط اول و دوم پیش شرط ضرورت بررسی شرط سوم است و تا شرط سوم احراز نشود لزوم صدور اقدامات موقت متناسب احساس نمی‌شود. این وضعیت در پرونده کیوبوراکس علیه دولت بولیوی^۱ در دیوان داوری مبتلاء به بوده است. در این پرونده ارتباط مستقیم میان دادرسی‌های کیفری و داوری احراز شده است که تصمیم‌گیری دیوان داوری برای حفظ حقوق خواهان را ایجاب می‌نماید (ایکسید، ۲۰۱۰: ۴-۱۲۱). دولت میزبان از منظر دیوان داوری هر چند که واجد حق اعمال حاکمیت در تعقیب جرایم در قلمرو سرزمینی است، لیکن دلایل در پرونده بولیوی حاکی از شروع دادرسی‌های به خاطر شروع داوری است. این در حالی است که دولت بولیوی باید از اختیارات خود با رعایت اصل حسن‌نیت و رعایت حقوق سرمایه‌گذار در داوری بین‌المللی استفاده کند. این وضعیت شائبه توسل به دادرسی کیفری را به عنوان استراتژی دفاع در داوری تقویت کرده است.

خواهان در این پرونده معتقد است که دیوان داوری باید برای جلوگیری از تعقیب و دادرسی کیفری دولت بولیوی در قالب اقدامات موقت واکنش نشان دهد. حقوق مشمول حمایت با اقدامات موقت، صلاحیت دیوان داوری بر صدور اقدامات موقت، ضرورت حفظ وضعیت موجود و جلوگیری از وخامت اختلاف فی‌مابین، حفظ انسجام دادرسی داوری از زمینه‌هایی است که خواهان برای تقاضای اقدامات موقت از دیوان داوری به آن‌ها متوسل است (ایکسید، ۲۰۱۰: ۴۸-۱۱۶). انحصار دولت میزبان در اعمال حاکمیت سرزمینی و حفظ اولویت آن به یک اعتبار^۲ نباید

1. Quiborax v. Bolivia

۲. به اعتبار دیگر اولویت اصل حاکمیت که با قوانین داخلی به اجرا گذاشته می‌شود، در مقابل اولویت حقوق بین‌الملل رنگ باخته است. بر این اساس اولویت حقوق بین‌الملل بر حقوق داخلی و به تبع آن رفتارهای دولت براساس قوانین داخلی همچنان محفوظ است. حمایت از سرمایه‌گذار خارجی با اتکاء به معاهدات سرمایه‌گذاری از دستاوردهای حقوق بین‌الملل و حفظ برتری آن بر حقوق داخلی است.



منجر به نادیده گرفتن حقوق سرمایه گذار در دعوی داوری شود. رضایت طرفین به داوری براساس مقررات ماده ۲۶ کنوانسیون ایکسید تا زمانی که برخلاف آن توافق نشده باشد از موجبات توسل طرفین به داوری به جای هر روش دیگر است. بر این اساس اولویت داوری و جلوگیری از مداخله هر فرآیند دیگر در آن باید با اقدامات موقت تدبیر شود. تعقیب و دادرسی کیفری نباید از موجبات تحدید داوری باشد. تصمیمات دیوان داوری در ارتباط با تعقیب و دادرسی کیفری به معنای نادیده گرفتن اصل حاکمیت دولت میزبان نیست. بلکه دیوان داوری خواستار توقف تعقیب و دادرسی کیفری تا پایان رسیدگی داوری است تا آن‌ها بر فرآیند داوری و حقوق طرفین تاثیر منفی نگذارند. دولت میزبان از این روش فقط برای تحت فشار قرار دادن سرمایه گذار استفاده می کند تا سرمایه گذار از داوری اختلافات سرمایه گذاری انصراف دهد. عدم مداخله دیوان داوری در این وضعیت نه تنها به حل اختلافات داوری کمک نمی کند، بلکه آن را تشدید هم می کند. البته این به معنای انتفاء کامل تعقیب و دادرسی کیفری دولت میزبان نیست، چرا که سرمایه گذار در هر صورت باید نسبت به عواقب رفتارهای مجرمانه خود براساس قوانین دولت میزبان پاسخگو باشد (ایکسید، ۲۰۱۰: ۱۳۸). از این حیث اقدامات موقت دیوان داوری در اصل تعقیب و دادرسی کیفری دولت میزبان تاثیر مثبت یا منفی ندارد، بلکه از همزمانی آن با فرآیند داوری جلوگیری می کند تا اصل برابری سلاح‌ها حفظ شود. موضوع تعقیب و دادرسی کیفری دولت میزبان همان چیزی نیست که دیوان داوری درصدد داوری آن است. حق تعقیب و دادرسی کیفری دولت میزبان علیه سرمایه گذار نسبت به اصل سرمایه گذاری و اختلافات ناشی از آن نیست که در صلاحیت دیوان داوری قرار گرفته است.

بحث و نتیجه گیری

سرمایه گذار خارجی قادر به طرح دعوی علیه دولت میزبان به دلیل تخطی از معاهدات سرمایه گذاری است. این وضعیت ناشی از حمایت‌های حقوقی از سرمایه گذاری خارجی در آموزه‌های حقوق بین‌الملل است. امنیت سرمایه گذاری خارجی از مداخله فراقانونی دولت میزبان موضوع حمایت‌های حقوقی است. بر این اساس از دولت میزبان انتظار می رود تا امنیت و حمایت از سرمایه گذار خارجی را تضمین کند و با او رفتار منصفانه و غیر تبعیض آمیز براساس ملیت آن داشته باشد. اما برعکس دولت میزبان به محض شروع فرآیند داوری به تقاضای سرمایه گذار خارجی به تعقیب کیفری آن می پردازد تا برای انصراف از داوری او را تحت فشار قرار دهد. این در حالی است که تعقیب و دادرسی کیفری دولت میزبان علیه سرمایه گذار یا عوامل اجرایی آن موجب تشدید اختلافات فی مابین می شود که دیوان داوری درصدد رسیدگی به آن است. تعقیب کیفری سرمایه گذار به موازات رسیدگی به دعوی داوری آن از موضوعاتی است که اختلاف

فی مابین را تشدید می‌کند و دیوان داوری و سرمایه‌گذار را از فرآیند و نتایج مطلوب داوری بازمی‌دارد. این شائبه وجود دارد که گویا دولت میزبان از این ابزار برای تلافی طرح دعوی داوری استفاده می‌کند تا سرمایه‌گذار را برای انصراف از ادامه داوری تحت فشار قرار دهد. این وضعیت نقطه تقابل دو حق است. از یک طرف سرمایه‌گذار حق دارد نقض تعهدات دولت میزبان را در دیوان داوری مطرح و رسیدگی به آن را مطالبه کند. از طرف دیگر دولت میزبان نیز حق دارد تا سرمایه‌گذار و کارکنان وی را به خاطر ارتکاب جرایم در قلمرو سرزمینی آن دولت تحت تعقیب قرار دهد. اما تعقیب و دادرسی‌های کیفری دولت میزبان نباید مستمسکی برای تحت تاثیر قرار دادن منافع سرمایه‌گذار در زمان طرح دعوی داوری باشد. طرفین نباید در خلال دادرسی داوری به اقداماتی دست بزنند که وضعیت موجود را تشدید کند. به بیان دیگر، این موقعیت برای دولت میزبان نباید دست‌آویزی برای تحت‌الشعاع قرار دادن دفاعیات سرمایه‌گذار خارجی و دسترسی او به مدارک و شواهد لازم برای اثبات ادعای خود در دیوان داوری باشد.

لذا در این شرایط تعقیب و دادرسی کیفری دولت میزبان تهدیدی بر انسجام فرآیند داوری است که باید با اقدامات موقت از آن ممانعت شود. اقدامات موقت دیوان داوری یکی از سازوکارهای مقابله با چنین وضعیتی است که منجر به نادیده گرفتن یا محدود کردن اعمال حاکمیت دولت میزبان در موضع نابجا می‌شود، وقتی با یکی از موضوعات تحت صلاحیت دیوان داوری تداخل دارد. دیوان داوری از ساز و کار اقدامات موقت برای حفظ حقوق طرفین و تمامیت فرآیند داوری استفاده می‌کند تا به موجب آن از تشدید اختلاف فی مابین تا تصمیم‌گیری نهایی جلوگیری شود. بنابراین دیوان داوری حسب اختیارات در زمینه صدور اقدامات موقت دولت میزبان را از تحقیقات و دادرسی کیفری علیه سرمایه‌گذار خارجی منع می‌کند، زمانی که آن را مانع از احقاق حق سرمایه‌گذار خارجی در دیوان داوری ارزیابی می‌کند. این اقدام موضع نامتوازن دولت میزبان در قبال سرمایه‌گذار در قلمرو سرزمینی را کاهش می‌دهد و متوازن می‌سازد. دولت میزبان در قبال دیوان داوری از موضع برتری نسبت به سرمایه‌گذار برخوردار نیست. لذا دولت میزبان نمی‌تواند مانع از صدور اقدامات موقت احتمالی دیوان داوری شود. چنان‌که اقدامات موقت دیوان داوری نیازی به رضایت طرفین دعوی ندارد. این وضعیت ناشی از ماهیت اقدامات موقت در مرجع رسیدگی‌کننده است. اقدامات موقت از ابزارهای پیش‌روی دیوان برای متعادل و برابر نگه‌داشتن موقعیت طرفین دعوا است. هر چند که موقعیت طرفین دعوا در مرجع داوری تاثیری در مقبولیت یا رد رفتارهای آن‌ها ندارد. بنابراین دیوان داوری با توسل به اقدامات موقت به خشتی کردن رفتارهای نامتعارف دولت میزبان می‌پردازد. اما دیوان داوری در این حوزه با محدودیت‌ها و چالش‌هایی مواجه است که ناشی از تاثیر و تاثیر اقدامات دولت میزبان و دیوان داوری بر یکدیگر و سرمایه‌گذاری خارجی است. اقدامات موقت دیوان داوری حسب ظواهر در تقابل با اعمال



حاکمیت دولت میزبان است. اما این تئوری با ورود دولت میزبان در معاهده سرمایه گذاری با سرمایه گذاری خارجی تعدیل می شود. در واقع معاهده سرمایه گذاری از موجبات تعهد دولت میزبان به خودداری از انجام رفتارهایی نسبت به سرمایه گذار همزمان با شروع فرآیند داوری است که به تشدید اختلاف فی مابین منتهی شود. البته این مساله به معنای نادیده گرفتن مسئولیت کیفری سرمایه گذار خارجی یا کارکنان آن برای همیشه نیست. بلکه این رویکرد برای دولت میزبان دارای ماهیت موقت و تنها تا پایان رسیدگی های دیوان داوری به اختلافات آن دولت با سرمایه گذار خارجی است. این وضعیت ناشی از الزام آوری اقدامات موقت و تاثیر آموزه های حقوق بین الملل در معاهدات سرمایه گذاری و تمایل طرفین به ساز و کار داوری بین المللی برای حل اختلافات فی مابین در مساله سرمایه گذاری است.

منابع

- پیری، مهدی؛ شکیب، محمدرضا و احمدپور، بهاره. (۱۳۹۷). بررسی رویکرد دیوان‌های داورى ایکسید به دفاع ضرورت و شرط استثنا: تأملی بر پرونده‌های گازی آرژانتین، مطالعات حقوق انرژی، ۴(۲)، ۴۰۳-۳۷۷.

https://jrels.ut.ac.ir/article_70843.html

- جعفری ندوشن، شهاب. (۱۳۹۲). رسیدگی‌های موازی در دعوی سرمایه‌گذاری خارجی و روش‌های مقابله با آن، حقوقی دادگستری، ۷۷(۸۴)، ۶۹-۴۱.

http://www.jlj.ir/article_10812.html

- حبیب‌زاده، توکل و غلامی، عقیقه. (۱۳۹۷). نقش شرط فراگیر در حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان در پرتو رویه داورى ایکسید، حقوقی بین‌المللی، ۵۹(۳۵)، ۱۱۸-۸۵.

http://www.cilamag.ir/article_31885.html

- زمانی، قاسم و بذار، وحید. (۱۳۹۷). فرض وجود خطر به عنوان عاملی تأثیرگذار بر مسئولیت در اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی با تأکید بر رویه داورى بین‌المللی، مطالعات حقوق خصوصی، ۴۸(۲)، ۲۴۵-۲۲۷.

https://zjlq.ut.ac.ir/article_66732.html

- سلیمان‌زاده، احمدرضا و کوشا، هستی. (۱۳۹۵). بررسی دستور موقت و ضمانت اجرای آن در دیوان بین‌المللی دادگستری، مطالعات بین‌المللی، ۱۳(۱)، ۹۲-۵۹.

https://www.isjq.ir/article_91284.html

- صالحی، جواد. (۱۳۹۹). اقدامات موقت و بایسته‌های آن در رویه قضایی دیوان بین‌المللی حقوق دریاها؛ جلوه‌ای از نفی تحقق ملاحظات حقوق بشری متهم با هدف رعایت مصلحت بزه‌دیده، مطالعات حقوق تطبیقی، ۱۱(۱)، ۱۹۰-۱۷۱.

https://jcl.ut.ac.ir/article_76710.html

- میرعباسی، باقر و فامیل زوار جلالی، امیر. (۱۳۹۹). صلاحیت دیوان بین‌المللی دادگستری در صدور قرار موقت با نگاه موردی بر قضیه اوکراین علیه فدراسیون روسیه سال ۲۰۱۷، مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، ۵۰(۴)، ۱۵۲۴-۱۵۰۵.

https://jplsqt.ac.ir/article_76874.html

- Bento, L. (2017). *Mapping the Genetic Code of Provisional Measures: Characteristics and Recent Developments*, in; Crina Baltag (ed.), *International Centre for Settlement of Investment Disputes Convention after 50 Years: Unsettled Issues*, Kluwer Law International.

- Born, B. Gary. (2020). *International Commercial Arbitration*, 3rd ed., Kluwer Law International.

- Karton, J. (2015). *Lessons from International Uniform Law*, in; Jean E. Kalicki and Anna Joubin-Bret (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System-Journeys for the 21st Century*, Nijhoff International Investment Law Series, Vol. 4, Brill.

- Pieth, M; Lucinda A. Low and Peter J. Cullen. (2014). *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, 2nd ed., Cambridge University Press.

- Schreuer, Ch. (2015). *Do We Need Investment Arbitration?*, in; Jean E. Kalicki and Anna Joubin-Bret (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System-Journeys for the 21st Century*, Nijhoff International Investment Law Series, Vol. 4, Brill.



- Zuleta, E. (2015). *The Challenges of Creating a Standing International Investment Court*, in; Jean E. Kalicki and Anna Joubin-Bret (eds.), *Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System-Journeys for the 21st Century*, Nijhoff International Investment Law Series, Vol. 4, Brill.
- Burnett, G. Henry and Jessica Beess und Chrostin (2015). *Interim Measures in Response to the Criminal Prosecution of Corporations and Their Employees by Host State in Parallel with Investment Arbitration Proceedings*, Maryland Journal of International Law, Vol. 30(1), 31-54.
<https://digitalcommons.law.umaryland.edu/mjil/vol30/iss1/5/>