

فصلنامه تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین الملل (علمی - پژوهشی دانشگاه آزاد اسلامی)

سال دوازدهم، شماره چهل و چهارم، تابستان ۱۳۹۸

صفحات: ۲۹۶-۲۷۵

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۱/۳۰؛ تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۸/۰۶/۲۵



گستره حقوق بشر در رویه محاکم سرمایه گذاری بین المللی (مطالعه موردی مرکز داوری ایکسید)

محمد رضا سبحانی^{۱*}، مهدی شهبازی^۲، جلال جعفری^۳

چکیده

جذب سرمایه گذاری خارجی را می توان مهمترین موضوع در مسیر پر شتاب جهانی شدن دانست. اما در این میان عملکرد سرمایه گذاران خارجی گاهی مغایر با تعهدات حقوق بشری دولت ها می باشد. بدیهی است از آنجا که دولت ها تعهد به احترام، اجرا و تضمین حقوق بشر دارند لذا ممکن است دولت میزبان اقداماتی را در جهت حفظ حقوق و منافع شهروندان خویش و برخلاف تعهدات قراردادی خود در حمایت از سرمایه گذاری خارجی انجام دهد. در صورت تحقق این امر، سرمایه گذاران خارجی عمدتاً با ادعای نقض حقوق خویش در محاکم سرمایه گذاری بین المللی اقامه دعوی کرده و مدعی می گردند که دولت میزبان تعهدات خود را براساس موافقتنامه دوجانبه سرمایه گذاری نقض نموده است. حال چنانچه دولت میزبان در مقام دفاع، به تعهدات حقوق بشری خود استناد نماید، تکلیف محکمه چیست؟ آیا باید موافقتنامه دو جانبه میان دولت و سرمایه گذار را مبنای رسیدگی خود قرار دهد یا آنکه می تواند حقوق بشر را نیز در رسیدگی خود مد نظر قرار دهد؟ در این صورت آیا از حدود صلاحیت خویش تجاوز کرده است؟ بدیهی است دعاوی متعددی در ایکسید مطرح شده است که در خلال پژوهش به آنها خواهیم پرداخت. روش تحقیق استفاده شده در این مقاله، روش اسنادی و کتابخانه ای است.

واژگان کلیدی: سرمایه گذاری خارجی، جهانی شدن، حقوق بشر، محکمه سرمایه گذاری بین المللی، ایکسید.

* دانشجوی دکتری حقوق بین الملل عمومی، واحد تهران جنوب، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. نویسنده مسئول

** دانشجوی دکتری حقوق بین الملل عمومی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

*** عضو هیات علمی گروه حقوق، واحد ملارد، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران

مقدمه

امروزه و با انسانی شدن حقوق بین‌الملل، ما شاهد تغییر در نگرش و رویه دولتها در برخورد با حقوق بشر هستیم. در نگاه سنتی حقوق بین‌الملل، منظور از منفعت، منفعت دولت و منظور از امنیت، امنیت دولت بوده است. این نگاه در پرتو افکار امانوئل کانت تعدیل شد و با شکل‌گیری دکترین‌هایی چون امنیت انسانی و حکمرانی مطلوب، می‌توان گفت که حقوق بین‌الملل امروز، روند انسانی شدن را می‌پیماید. در کنار این امر ما شاهد تحول دیگری در عرصه بین‌المللی بنام «جهانی شدن»^۱ می‌باشیم. که عملکرد جامعه جهانی را تحت الشعاع خویش قرار داده است. بی‌تردید جهانی شدن در امر اقتصاد بالاترین میزان تاثیرگذاری را داشته است. در پرتو جهانی شدن اقتصاد توجه به سرمایه‌گذاری خارجی از اهمیت بسزایی برخوردار است. دولتها برای جذب سرمایه‌گذاران خارجی با یکدیگر به رقابت می‌پردازند و تلاش می‌نمایند تا کشورشان مکانی جذاب برای حضور سرمایه‌گذاران خارجی باشد. این موضوع تحت تاثیر عوامل مختلف می‌باشد، از جمله قانون سرمایه‌گذاری خارجی که هر چقدر این قوانین با تشریفات کمتری همراه باشد تمایل بیشتری در سرمایه‌گذاران ایجاد می‌نماید. اما در کنار این موضوع، مسئله حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی نیز دارای اهمیت می‌باشد. واضح است که سرمایه‌گذاران خارجی به منظور حل و فصل اختلافات، تمایلی به طرح دعوا در دادگاههای داخلی ندارند، بنابراین تعیین محکمه‌ای که طرفین حاضر به حل و فصل اختلافات در آن باشند، مهم است. از آنجا که وقتی پای یک عامل خارجی در میان باشد، موضوع در حوزه حقوق بین‌الملل است، وجود یک سرمایه‌گذار خارجی نیز همین شرایط را ایجاد می‌کند. لازم به ذکر است که سرمایه‌گذار خارجی می‌تواند شخص حقیقی یا حقوقی در قالب یک شرکت خارجی یا چند ملیتی باشد و یا یک دولت امر سرمایه‌گذاری را بر عهده بگیرد. برای آنکه این مسئله مرتفع شود، محاکم بین‌المللی متعددی در امر سرمایه‌گذاری خارجی ایجاد شده‌اند که در حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی میان طرفین موثر بوده‌اند. از آن میان می‌توان به دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی، مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید)، مرکز سازش و

^۱. Globalization

داوری وایپو و همچنین مراکز داوری منطقه ای کمیته حقوقی مشورتی آسیایی - آفریقایی و دیوان داوری بین المللی از جمله دیوان داوری ایران و آمریکا و... اشاره نمود. در این میان آرایه که این محاکم صادر می نمایند از جهات مختلف قابل مطالعه می باشد. اما از آنجا که حقوق بین الملل روندی انسانی را طی می نماید، لازم است تا مسئله حقوق بشر در رویه این محاکم و آراء صادره مورد بررسی قرار گیرد. آنچه که در این مقاله مورد پژوهش قرار می گیرند این امر هست که آیا محاکم بین المللی سرمایه گذاری خارجی در آراء خود باید حقوق بشر را مد نظر قرار دهند؟ و دیگر آنکه آیا در این خصوص دارای محدودیت صلاحیتی می باشند یا خیر؟ این امر البته زمانی اهمیت بیشتری پیدا می کند که موضوع حقوق بشر بعنوان یک دفاع از جانب دولت میزبان در توجیه عملکردش مطرح می شود. روش تحقیق استفاده شده در این مقاله، روش اسنادی و کتابخانه ای است. منابع مورد استفاده عبارتند از: جمع آوری داده ها، استفاده از کتب، اسناد بین المللی، مقالات و همچنین از فیش برداری بعنوان ابزار مطالعه استفاده شده است. این مقاله در دو بخش کلی تقسیم شده است. بخش اول، جهانی شدن و ضرورت توجه به سرمایه گذاری خارجی مورد بررسی قرار می گیرد و در بخش دوم، اختلافات ناشی از سرمایه گذاری خارجی در دو قسمت تحت عنوان، تقابل در تعهدات دولت‌ها در سرمایه گذاری خارجی و حقوق بشر در رسیدگی محاکم سرمایه گذاری بین المللی مورد مطالعه قرار می گیرد.

۱- جهانی شدن و ضرورت توجه به سرمایه گذاری خارجی

سال ها در سایه افکار و مکاتبی چون رئالیسم و مارکسیسم نگرشی چون اقتصاد سیاسی شکل دهنده رفتار حاکمیت ها بر همه امور چه در شکل امپراطوری و چه در شکل دولت بوده است. حاکمیت‌ها با این طرز تفکر در واقع به دنبال داشتن احاطه همه جانبه و کنترل بر موضوع اقتصاد بودند.

در این میان متفکران مکتب رئالیسم همچون ماکیاول، اسپینوزا و هابز اساسا بر این باور بودند که تا جایی حق داری که قدرت داری و به عقیده اسپینوزا حق هر انسانی را قدرتش تعیین می کند. (شوپنهاور، ۱۳۹۲: ۲۹)

اما این نگرش دوامی نیافت و با بسط دیدگاه لیبرالیسم اقتصادی توسط متفکرانی چون آدام اسمیت و به دنبال آن ظهور مفهومی بنام جهانی شدن که تجلی آن را برای

۲۷۸ تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و چهارم، تابستان ۱۳۹۸

اولین بار در امر اقتصاد می‌توان دید، گامی در جهت تعدیل نگرش مبتنی بر اقتصاد سیاسی برداشته شد.

در پرتو رشد دموکراسی، کنترل بر حوزه های اقتصاد در حقیقت به معنای مخدوش کردن آزادی افراد بود و این کنترل نتیجه ای جز دیکتاتوری اقتصادی و شکستن ساختار دموکراتیک به همراه نداشت. به عبارت دیگر هیچ سازگاری میان کنترل و دخالت دولت در اقتصاد و مفهوم دموکراسی وجود ندارد و دموکراسی را به قدرت استبدادی تبدیل می‌کند. (فون هایک، ۱۱۰:۱۳۹۲)

از این رو تفکر مبتنی بر دخالت دولت بر اقتصاد به مرور کاهش یافت و زمینه حضور بخش خصوصی و خصوصا سرمایه گذاران خارجی به مرور گسترش یافت. امروزه جذب سرمایه گذاران خارجی به یک رقابت بزرگ میان کشورها بدل گردیده است. پس از آزاد سازی اقتصادی و تغییر نگرش پیرامون مسئله استعمار، سیاست کشورها بیشتر به سمت تعامل در عرصه بین‌المللی تغییر یافت. از این رو کشورهای سرمایه پذیر برای ایجاد اعتماد میان سرمایه گذاران خارجی اقدام به تدوین قوانینی در این زمینه نمودند. یکی از مهمترین اهداف کشورها خصوصا کشورهای در حال توسعه تلاش برای پیشرفت و رسیدن به شرایط کشورهای توسعه یافته بود. با پیشرفت علم و تکنولوژی و تغییر ساختار زندگی بشر و شکل گیری مفاهیمی چون جهانی شدن، دیگر ماندن در شرایط معمولی نه مورد قبول کشورها بود و نه مناسب برای زندگی اتباعشان. از این رو ضرورت انتقال تکنولوژی از طریق سرمایه گذاری خارجی برای توسعه و پیشرفت کشور، به مهمترین اهداف دولت‌ها بدل گردید. اما این تنها یک روی سکه بود. روی دیگر سکه سرمایه گذارانی بودند که راه را برای سود و منفعت بیشتر باز می‌دیدند و اکنون با مهیا شدن بستر سرمایه گذاری، زمینه انتخاب برای آنان فراهم گشته بود. اما این نگرش با چالش‌هایی هم همراه بود.

در بیشتر کشورها، موج فعلی ناشی از جهانی شدن با افزایش نگرانی در مورد تاثیر آن از نظر اشتغال و توزیع درآمد همراه بوده است. اما طرفداران جهانی شدن بر این امر تاکید دارند که فقر مطلق در سراسر جهان تا کنون، از دو دهه گذشته، کاهش چشمگیری یافته است. (Lee and Vivarelli, ۲۰۰۶:۲)

بنابراین همواره جهانی شدن در بعد اقتصادی رابطه با آزاد سازی تجارت دارد. دیدگاهی که همه کشورها حتی چین را تحت تاثیر خود قرار داد و تغییر شیوه و اتخاذ این سیاست، دگرگونی های شگرفی در تجارت و اقتصاد این کشورها پدید آورد. به

گستره حقوق بشر در رویه محاکم سرمایه گذاری بین المللی..... ۲۷۹

عبارت دیگر، می توان گفت از یک دیدگاه، آزادی سازی تجارت موتور اصلی است که تاثیرات پیچیده جهانی شدن در اقتصاد را هدایت می کند. (Muriru, ۲۰۰۳: ۳) و در واقع هدف از جهانی شدن اقتصاد، افزایش آزاد سازی تجارت و سرمایه گذاری مستقیم خارجی است (Lee, and Vivarelli, op.cit:۴)

البته جهانی شدن نموده ها و مولفه هایی دارد که توسط آنها می توان شکل گیری و رشد و توسعه این فرآیند را تشخیص داد. بدیهی است که هر قدر این معیارها رشد بهتری داشته باشد شرایط پذیرش و بستر توسعه آن در پرتو جهانی شدن در کشور مربوطه بهتر است.

پیرامون جهانی شدن اقتصاد نموده های مختلفی را می توان در نظر گرفت از جمله، افزایش حجم تجارت جهانی، روند صعودی جریان سرمایه گذاری و رشد شرکت های چند ملیتی. (ترابی و محمد زاده اصل، ۱۳۸۹: ۲۲۶)

آنچه مسلم است این است که جهانی شدن اقتصاد مستلزم وجود رقابت در بازار هاست، رقابتی که بخش خصوصی را در کشورهای رو به رشد به فعالیت در زمینه «تحقیق و توسعه» وا می دارد و همچنین امکان مشارکت های علمی و نقل و انتقال تکنولوژی را پدید می آورد. (کازرونی، ۱۳۸۲: ۹۸) البته این باور میان طرفداران جهانی شدن اقتصاد مشترک است که رقابت برای سرمایه گذاری مستقیم خارجی بین کشورها- خصوصاً کشورهای در حال توسعه به سمت آزادسازی قوانین سرمایه گذاری مستقیم خارجی پیش می رود. (Walter, ۱۹۹۸: ۱)

با این وصف می توان گفت، کلید اصلی ورود سرمایه های خارجی به یک کشور بی شک بر شیوه های جذب سرمایه گذاری مبتنی است. که البته این شیوه ها یکسان نیستند. در یک تقسیم بندی رایج، سرمایه گذاری خارجی را می توان به «سرمایه گذاری مستقیم» و «غیر مستقیم» تقسیم نمود.

البته همانگونه که اشاره گردید، سرمایه گذاری مستقیم موثرترین و واقعی ترین نوع سرمایه گذاری خارجی است که در حقیقت یکی از چرخه های اقتصاد جهانی نیز به شمار می آید. (غنی نژاد، ۱۳۸۰: ۱)

اما چه تفاوت و وجه تمایزی میان سرمایه گذاری مستقیم خارجی و سرمایه گذاری غیر مستقیم خارجی وجود دارد؟ به عبارت دیگر چگونه می توان این دو مفهوم را از یکدیگر جدا نمود؟

۲۸۰ تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و چهارم، تابستان ۱۳۹۸

ویژگی مهم سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی که آن را از روش دیگر متمایز می‌سازد آن است که در سرمایه‌گذاری مستقیم، سرمایه‌گذار ضمن کنترل سرمایه در اداره آن هم مشارکت دارد. به معنای دیگر سرمایه‌گذار ضمن تصمیم‌گیری در کلیه امور مربوط به اداره سرمایه عوامل تولید را خریداری و کارگر غیرماهر و نیروی متخصص ماهر را استخدام و یا در صدد آموزش این افراد برآمده تا برای بهره‌برداری و استفاده آماده گردند. (ماندگار، ۱۳۸۴:۳)

آنچه که در درجه اول بر اقتصادهای بازار در حال ظهور^۲ جاری شد، سرمایه در قالب سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی بود. این واقعیت ناشی از آن است که در طول تاریخ سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، به عنوان یک منبع امن تامین منابع مالی خارجی و یک عامل ایجاد ثبات در سیستم مالی کشورهای دریافت‌کننده سرمایه، مد نظر بوده است. (Humanicki and others, ۲۰۱۳:۵)

سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی همچنین می‌تواند از طرق گوناگون باعث ترویج تغییرات تکنولوژیکی در کشورهای در حال توسعه شود. این نوع سرمایه‌گذاری می‌تواند از رهگذر کمک به بهره‌وری بیشتر عوامل تولید، ایجاد تغییر در ترکیب محصولات و صادرات، تحقیق و توسعه، و اشتغال و آموزش، تأثیرات مستقیمی از خود به جا گذارد. همچنین اثرات غیرمستقیم سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، می‌تواند از رهگذر همکاری با نهادهای تحقیق و توسعه محلی، انتقال تکنولوژی به تولیدکنندگان محلی پائین‌دست و بالادست و اثرات حضور شعب شرکت‌های خارجی بر ترکیب تولید و کارایی تولیدکنندگان محلی حاصل شود. در حالی که شواهد بطور قاطع نشان‌دهنده وجود جریان تعمیم تکنولوژیکی نیست اما برآستی نشان‌دهنده این احتمال است که سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی سودهای اقتصادی قابل ملاحظه و دست کم برخی اثرات سرایتی را ایجاد می‌کند. (علیشیری، ۱۳۷۹: ۲۰۱)

به عبارت دیگر می‌توان گفت، تفاوت اصلی بین سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و سرمایه‌گذاری غیر مستقیم خارجی ریشه در تجارت کردن میان سودآوری و نقدینگی دارد. سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، اجازه می‌دهد تا سرمایه‌گذاران نه تنها بعنوان مالک، بلکه بعنوان مدیر شرکت در امور آن تصمیم‌گیری نمایند. بنابراین، در مقایسه این دو می‌توان گفت، در سرمایه‌گذارهای مستقیم خارجی، کنترل بر شرکت و کسب

^۲.Emerging Market Economies

اطلاعات بیشتر در مورد اداره پروژه، سرمایه گذاران را به اجرای موثر تر و به حداکثر رساندن سود قادر می سازد. (۹: Humanicki and others, op.cit.) با توجه به مطالب بیان شده می توان اذعان داشت که سرمایه گذاری خارجی، خصوصاً سرمایه گذاری مستقیم خارجی امروز بهترین و موفق ترین راه برای توسعه و پیشرفت کشورهاست. همان رویایی که کشورهای در حال توسعه را به رقابت با یکدیگر فرا خوانده و جدال بر سر جذب سرمایه گذاران خارجی آنان را به اصلاح ساختار اقتصادی و تدوین قوانین جدید وا داشته است. آنچه از این منظر حائز اهمیت می باشد، این مطلب است که حضور سرمایه گذاران خارجی همیشه توأم با منافع بسیاری برای کشور سرمایه پذیر بوده است چرا که هم به رشد اقتصادی کشور کمک نموده و هم منجر به ورود تکنولوژی و فناوری روز به کشور گردیده است. همچنین همانطور که بیان شد در پرتو سرمایه گذاری مستقیم خارجی امکان حضور شرکتهای سرمایه گذار خارجی در کشورهای سرمایه پذیر رو به افزایش است.

اما در سالیان اخیر ارتباط میان حقوق بین الملل سرمایه گذاری و حقوق بین الملل بشر، بسیار مورد توجه قرار گرفته است. (۵: Peterson & Gray, ۲۰۰۵) و با توجه به اختلافات میان سرمایه گذاران و دولت ها در این خصوص موضوع حقوق بشر بعنوان یک چالش در رسیدگی محاکم حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری خارجی مطرح بوده است. بر این اساس ذیلاً این اختلافات و همچنین چالشهای مرتبط با رسیدگی در این قبیل محاکم را مورد بررسی و مطالعه قرار می دهیم. تا از این منظر بیشتر به ارتباط میان حقوق بین الملل سرمایه گذاری خارجی و حقوق بشر نائل آییم.

۲- اختلافات ناشی از سرمایه گذاری خارجی

سرمایه گذاران خارجی اگر چه با امید سود و منفعت پا به عرصه سرمایه گذاری در کشوری دیگر می گذارند، اما همواره بعنوان یک شخص در مقابل یک دولت تصور می شوند و به دلیل قدرت بی حد و حصر دولت ها قابل درک است که در زمان اختلاف سرمایه گذاران از توانایی کافی برای مقابله با یک دولت برخوردار نباشند. بنابراین ترس و نگرانی از بین رفتن سرمایه آن ها در نتیجه اقدامات دولتها مانعی بزرگ برای سرمایه گذاری خارجی محسوب می شود که البته امروزه با وجود موافقتنامه های سرمایه

۲۸۲ تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و چهارم، تابستان ۱۳۹۸

گذاری خارجی و همچنین محاکم سرمایه گذاری بین‌المللی این معضل تا حدود زیادی حل شده است.

پیش از پیدایش موافقتنامه های سرمایه گذاری، سرمایه گذاران زمانی که با مصادره اموال یا اقدامات غیرقانونی دولت میزبان مواجه می‌گشتند، مجبور به توسل به کشور متبوع شان جهت احقاق حقوق شان بودند. اما زمانی که دولت‌ها از جانب سرمایه گذاران اقدام به پیگیری دعاوی از مجاری دیپلماتیک یا اعمال تحریم علیه کشور متخلف می‌نمایند به نظر می‌رسد حل اختلاف، ماهیت سیاسی به خود می‌گیرد. این مکانیسم سنتی حل و فصل اختلافات به دو دلیل ناکارآمد به نظر می‌رسد. اول آنکه سرمایه گذار به عنوان کسی که منافعش مستقیماً متاثر شده، از قدرتی برخوردار نبوده که بتواند حقوقش را بدون واسطه از دولت میزبان و مستقل از دخالت دولت متبوع خود پیگیری کند. دومین مساله آن است که حتی در صورت اعمال حمایت دیپلماتیک، قطعاً منافع سرمایه گذار در درجه بعدی اهمیت قرار گرفته و بالطبع در بسیاری از موارد، منافع او قربانی روابط سیاسی بین دو کشور می‌شود. در نتیجه، شیوه سنتی حقوق بین‌الملل در حمایت از سرمایه گذاران خارجی حکایت از خلأیی محسوس در مقررات ماهوی حمایت از سرمایه گذاری دارد. از این روی با پیدایش مکانیسم حل و فصل اختلاف دولت-سرمایه گذار در موافقتنامه های بین‌المللی سرمایه گذاری، نیاز به دخالت دولت‌های طرف موافقتنامه و احتمال سیاسی شدن اختلاف منتفی شد. (امیری، ۱۳۹۰: ۹)

امکان دسترسی مستقیم سرمایه گذاران به مراجع بین‌المللی جهت حل و فصل اختلافات بر اساس موافقتنامه های بین‌المللی سرمایه گذاری نشان از دو امر مهم دارد. نخست آنکه در پرتو انسانی شدن حقوق بین‌الملل، توجه به مسائل حقوق بشری از اهمیت بالایی برخوردار شده تا حدی که برخلاف نظام سنتی حقوق بین‌المللی که مبتنی بر دیدگاه واقع‌گرایی کلاسیک هست یک شخص حق دارد تا دولت میزبان را بر اساس موافقتنامه بین‌المللی سرمایه گذاری به مراجع حل و فصل اختلافات احضار نماید و در صورت عدم حضور دولت فرآیندی پیش‌بینی شده که دادرسی بدون حضور دولت ادامه یابد. این امر بیانگر محدود نمودن منافع و قدرت دولت‌ها به نفع انسانها می‌باشد. دوم آنکه خلاء موجود در حقوق بین‌الملل که صرفاً دولتها و سازمانهای بین‌المللی را جزء تابعان حقوق بین‌الملل می‌شناخت و برای حل اختلاف

میان آنها تعیین تکلیف نموده بود، در زمینه اختلافات میان سرمایه گذاران و دولت ها پر شده و برای آن تمهیداتی بیانید شد. (همان: ۹)

در واقع حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری خارجی از طریق داوری به یک رویه میان دولتها مبدل گشت. زیرا هم تامین کننده منافع طرفین بود و هم موجب اعتماد سرمایه گذاران خارجی به روند سرمایه گذاری می شد.

البته در برخی موارد نیز رویکرد انسانی شدن حقوق بین الملل به نفع دولت محوری محدود شده است. در برخی از کشورها مثل فرانسه بطور عام بیان شده است که هرگونه اختلافی که حاوی منافع عمومی است غیر قابل ارجاع به داوری است. بطور مشخص دعاوی مربوط به اساس خانواده، حفظ آزادی تجاری و تضمین رقابت، دعاوی مربوط به مالکیت های صنعتی از جمله اختلافات مربوط به حق اختراع از جمله مواردی است که در کشورهای گوناگون غیر قابل ارجاع به داوری تلقی شده اند. (شیروی، ۱۳۹۴: ۸۳)

البته موضوعی که در اینجا مطرح می باشد این است که منافع عمومی دقیقا چه مواردی را شامل می شود ظاهرا این امر به صلاح دید دولتها واگذار شده است و دولتها در بیان مصادیق آن از آزادی کامل برخوردارند. کنوانسیون نیویورک نیز دربردارنده مقرره ای^۳ است که تایید کننده این امر می باشد. این مقرره مواردی را که بر خلاف نظم عمومی و منافع عمومی باشد را از شمول داوری خارج می داند. اما فارغ از این مباحث در صورت اختلاف میان طرفین در خصوص سرمایه گذاری خارجی و ارجاع آن به محکمه بین المللی برای داوری و حل و فصل اختلاف، بدیهی است که محکمه داوری باید موارد متعددی را از جمله موافقتنامه داوری در نظر بگیرد. زیرا بر طبق این موافقتنامه داوران صلاحیت رسیدگی پیدا کرده و همچنین محدوده صلاحیت آنان تعیین می شود. اما سوال اینجاست که در این میان آیا محکمه داوری باید ضمن رسیدگی به اختلافات ناشی از سرمایه گذاری خارجی مسایل حقوق بشری را نیز در نظر بگیرد یا خیر؟ پاسخ به این سوال بیانگر آن است که تا چه میزان روند انسانی شدن حقوق بین الملل به وقوع پیوسته و آیا اصلا در مباحث مربوط به سرمایه گذاری خارجی تسری پیدا نموده یا خیر؟

^۳ شق (الف) و (ب) بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک در زمینه شناسائی و اجرای احکام داوری خارجی ۱۹۵۸

۱-۲- تقابل در تعهدات دولتها در سرمایه‌گذاری خارجی

به هنگام بروز اختلاف میان سرمایه‌گذاران خارجی و دولت میزبان، دو امر در تقابل با یکدیگر قرار می‌گیرند، نخست- تعهدات دولتها در حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی و دوم- تعهدات دولتها در رعایت حقوق بشر. این امر هنگامی نمود بیشتری می‌یابد که عملکرد سرمایه‌گذاران خارجی برخلاف تعهدات حقوق بشری دولتها اعمال می‌گردد و این چالش برای یک دولت ایجاد می‌شود که میان تعهدات حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی و تعهدات مربوط به حقوق بشر کدام را برگزیند. این چالش زمانی پیچیده‌تر می‌شود که به هنگام رسیدگی محکمه داور برای حل اختلاف میان دولت و سرمایه‌گذار، دولت میزبان به تعهدات حقوق بشری خود بعنوان یک دفاع استناد می‌کند. در این حالت محکمه داور با این سوال روبروست که آیا باید در رسیدگی خود حقوق بشر بین‌المللی را هم لحاظ کند یا صرفاً تحت موافقتنامه پیرامون طرفین به حل اختلاف پردازد؟

معاهدات سرمایه‌گذاری علی‌رغم ساختارهای متفاوت بعضاً از الگوی خاصی پیروی کرده و نیز محتوای یکسانی دارند. آنها عمدتاً پنج حوزه بنیادین را پوشش می‌دهند: الف- رفتار مناسب و عادلانه در خصوص سرمایه‌ب- پذیرش سرمایه‌گذاران خارجی ج- رفتار مناسب و عادلانه با سرمایه‌گذاران د- جبران خسارت در صورت مصادره ن- ساز و کارهای حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری. معاهدات مذکور به منظور توسعه حمایت‌های همه‌جانبه و تضمین اعمال رفتار ملی نسبت به سرمایه‌گذاری خارجی طراحی شده‌اند. (Subedi, ۲۰۰۸: ۸۴)

اما آنچه از فحوای این قبیل معاهدات قابل درک می‌باشد، این است که رعایت حقوق بشر تنها در چارچوب خاص، آنها صرفاً در مورد حقوق سرمایه‌گذاران محور تعهدات دولتها قرار گرفته است و غالباً در این موافقت‌نامه‌ها به تعهدات حقوق بشری دولتها در قبال اتباعشان به عنوان دلیلی برای نقض تعهدات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی اشاره ای نمی‌شود.

در حال حاضر دو امر مهم موجب نگرانی دولتها شده است، نخست اینکه منافع و مصالح اقتصادی دولتها ایجاب می‌نماید تا در مسیر جذب سرمایه‌گذاران خارجی اقدام نمایند و مسیر حضور و فعالیت آنها را در کشورشان هموار سازند و دوم اینکه در حال حاضر عدم رعایت حقوق بشر می‌تواند مشروعیت دولت را در عرصه بین‌المللی زیر سوال ببرد. روند انسانی شدن حقوق بین‌الملل موجب ظهور دکترین‌هایی گردیده

است که بر فرآیند تصمیم گیری دولتها در این خصوص موثر بوده است. در این مورد می توان به دکترینهای امنیت انسانی و حاکمیت مطلوب اشاره نمود.

بنابراین باید گفت، امنیت در مفهوم جدید، نه تنها به مثابه حق برای شهروندان، بلکه برای دولت مسئولیت به همراه دارد، به مثابه مقتضیات «حقوق جمعی» یا به منزله پدیده ای موثر در مدیریت کلان اجتماع که معطوف به حیات ذوابعاد جدید در جوامع بشری تلقی شده بنا بر تعریف برای شهروندان در قبال یکدیگر نیز متضمن مسئولیت و تعهداتی است. از این روند در چارچوب ارجاع مفهوم حکمرانی مطلوب به مثابه نوعی تدبیر و اداره امور جمعی سخن گفته می شود. (شریفی طرازکوهی، ۱۳۹۲: ۱۷۸)

بر این اساس آنچه یک شهروند خواهان آن است یعنی زندگی خوب و رفاه اجتماعی در سایه امنیت انسانی و حکمرانی مطلوب قابل انجام است. بنابراین دولتها در سایه انسانی شدن حقوق بین الملل و بر مبنای تعهدات بین المللی خود در زمینه حقوق بشر چنانچه اقدامات سرمایه گذاران خارجی را مغایر با حقوق بشر و تعهدات حقوق بشری خود بیابند از پذیرش آن خودداری می کنند و این امر موجب بروز خلل در عملکرد سرمایه گذاران خارجی می شود. اما در مقابل احترام به حق مالکیت سرمایه گذار خارجی نیز از حقوق شناخته شده در عرصه بین المللی و مرتبط با مسئولیتها و تعهدات دولتها بشمار می رود. بدیهی است که موضوع سلب مالکیت از سرمایه گذاران خارجی همواره امری نگران کننده برای سرمایه گذاران خارجی بوده است.

سلب مالکیت و ملی کردن یا همان مصادره، از موارد رایج در امر سرمایه گذاری خارجی می باشد که از اواسط قرن بیستم (۱۹۶۰ میلادی به بعد)، در حقوق بین الملل به صورت یک حق مشروع شناخته شده است، اعمال این حق، مطلق نبوده و منوط به تحقق شرایطی نظیر وجود نفع عمومی و پرداخت غرامت، مشروع شناخته شده است. در فضای کنونی حقوق بین الملل سرمایه گذاری، دیگر شاهد ملی سازی های کلاسیک که به دنبال استقلال کشورهای تحت استعمار در دهه ۶۰ میلادی به کرات اتفاق افتاد نیستیم. (غزالی، ۱۳۹۰: ۲۵)

در واقع ما امروزه با مفهوم جدیدی بنام سلب مالکیت خزننده در این خصوص مواجه هستیم. سلب مالکیت خزننده مفهومی نوین است که بنا به ارتباط آن با سلب مالکیت در سرمایه گذاری زیر این عنوان بررسی می شود. این عنوان متشکل از اجزای متعدد است که از دیدگاه حقوق بین الملل هیچ یک نمی تواند به تنهایی تقصیر حقوقی دولت میزبان تلقی شود. با وجود این، اقدامات صورت گرفته به سلب

۲۸۶ تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و چهارم، تابستان ۱۳۹۸

مالکیت نرم منتهی می‌شود. در این خصوص می‌توان به مواردی از قبیل، عدم پرداخت، فسخ قرارداد، رد دسترسی به دادگاه، عدم پایبندی به قواعد، معاملات اجباری، مداخله در مدیریت و امثال اینها اشاره کرد. (علیدوستی، شهرکی، ۱۳۹۰: ۳۰۰)

موارد متعددی در این خصوص به محاکم سرمایه‌گذاری خارجی ارجاع شده است که در آن سرمایه‌گذار خارجی به عملکرد دولت میزبان اشاره نموده و مدعی نوعی سلب مالکیت شده است. برای مثال می‌توان به دعوی مطرح شده در ایکسید در پرونده شرکت ثور و آرژانتین^۴ اشاره نمود. در این دعوی شرکت ثور که به کسب و کار در امر بهینه‌سازی آب مشغول بود، در فرآیند یک مناقصه توانست امتیاز بهینه‌سازی آب و فاضلاب را برای شهر مندوزا اخذ نمایند. در فرآیند انجام عملیاتهای مربوطه شرکت به این نتیجه رسید که باید تعرفه آب افزایش یابد و دولت آرژانتین مقامات شهر مندوزا با این امر مخالفت کردند. با این وصف شرکت فرانسوی ثور با ادعای اینکه عمل دولت آرژانتین در نپذیرفتن افزایش تعرفه آب از پوشش هزینه عملیاتی جلوگیری می‌کند و مدیریت کار را مدیریت امتیاز انحصاری را غیر ممکن می‌سازد، در ایکسید بر علیه دولت آرژانتین طرح دعوی^۵ نمود و در واقع مدعی بود که این عملکرد دولت آرژانتین نوعی سلب مالکیت خزنده محسوب می‌شود زیرا امکان مدیریت پروژه، که یک امتیاز انحصاری برای شرکت ثور می‌باشد را غیرممکن می‌نماید.

مورد دیگر باز می‌گردد به دعوی مطرح شده در ایکسید در اختلاف میان آرژانتین و سوئز (آگواس آرژانتیناس)^۶ که به وسیله یک قرارداد ۳۰ ساله امتیاز فعالیت در زمینه آب و فاضلاب شهر بوینس آیرس را کسب نمود. در این مورد نیز شرکت مربوطه اعلام داشت که برای پیشبرد کار نیاز است تا تعرفه آب افزایش یابد که این امر با مخالفت دولت آرژانتین مواجه گشت و شرکت مزبور با ادعایی مشابه مورد قبل، اقدام به طرح دعوی^۷ در مرجع حل اختلاف ایکسید نمود.

^۴. SAUR International SA v Argentine Republic

^۵. SAUR International SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/۰۴/۴ (Decision on Jurisdiction and Liability, ۶ June ۲۰۱۲ and Award, ۲۲ May ۲۰۱۴)

^۶. Suez v Argentina

^۷. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Interagua Servicios Integrales de Agua SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/۰۳/۱۷, Decision on Liability (۳۰ July ۲۰۱۰); Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic ICSID Case No ARB/۰۳/۱۹, Decision on Liability (۳۰ July ۲۰۱۰).

پرونده دیگر مربوط است به اختلاف میان دولت تانزانیا و شرکت بی واتر^۸ که بر مبنای آن دولت تانزانیا تصمیم می گیرد تا طی موافقتنامه ای سرویس خدمات مربوط به آب را در شهر دارالسلام به گروه بی واتر بدهد که یک کمپانی بریتانیایی می باشد. در نتیجه عملکرد این شرکت نرخ آب در دارالسلام افزایش یافت در حالیکه خدمات مربوط به آن بهبود نیافته بود. مقامات سازمان آب با همکاری دولت اقدام به اخراج و بازداشت مدیران کمپانی نمودند. بر این اساس کمپانی مزبور با ادعایی مشابه، اقدام به طرح دعوی^۹ در ایکسید براساس موافقتنامه سرمایه گذاری دو جانبه نمود.

همانگونه که در پرونده های فوق مشاهده می گردد عملکرد دولت آرژانتین و تانزانیا در برخورد با فعالیتهای صورت گرفته از جانب سرمایه گذاران خارجی بیانگر نوعی سلب مالکیت خزنده می باشد. بدین مفهوم که دولت با انجام اقداماتی از قبیل عدم پذیرش افزایش تعرفه و یا اخراج و بازداشت کارکنان در عمل ضمن آنکه مدیریت پروژه را بعنوان یک حق انحصاری غیر ممکن می سازد بلکه به نوعی بصورت ضمنی دست به سلب مالکیت این شرکتها زده است. اما هنگامی که این شرکتها اقدام به طرح دعوی در محکمه سرمایه گذاری بین المللی می نمایند و در اثبات ادعای خود به تعهدات دولتها وفق موافقتنامه سرمایه گذاری خارجی اشاره می نمایند، با مسئله ای خاص از طرف دولتها برای دفاع از عملکردشان مواجه می گردند. دولتها در اینگونه موارد به تعهدات حقوق بشری خود استناد کرده و عنوان می نمایند که رویه آنها در برخورد با سرمایه گذاران خارجی و عدول آنها از تعهداتشان به دلیل تعهدی مهمتر یعنی تعهد به احترام، اجرا و تضمین حقوق بشر بوده است که توسط دولتها در قالب معاهدات بین المللی پذیرفته شده است. اما در مواجهه با این امر خصوصا هنگامی که تعهدات حقوق بشری در قالب یک دفاع از سوی دولت پذیرنده سرمایه گذاری ارائه می شود، تکلیف محکمه چیست؟ در واقع پیشتر باید به این موضوع پردازیم که آیا محکمه داوری سرمایه گذاری صلاحیت دارد حقوق بشر را در رسیدگی خود مد نظر قرار دهد؟

^۸ . Biwater v Tanzania

^۹ . Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v United Republic of Tanzania, ICSID Case No ARB/۰۵/۲۲, Award (۲۴ July ۲۰۰۸).

۲۸۸ تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و چهارم، تابستان ۱۳۹۸

در واقع باید گفت که، صلاحیت و حدود اختیارات داوران الزاما از اراده دولتها طرفین اختلاف سرچشمه می‌گیرد و حدود اختیار آنان همان است که در موافقتنامه داوری بیان شده است. (میرعباسی و سادات میدانی، ۱۳۹۳: ۱۲۰)

ضمن آنکه طرفین اختلاف می‌توانند نسبت به حدود صلاحیت محکمه ایراد نمایند. ایراد به حدود صلاحیت دیوان ممکن است از ابتدا موجود بوده و یا در جریان رسیدگی بروز نماید. در اینصورت زمانی که به صلاحیت دیوان ایراد می‌شود، دیوان ممکن است بعنوان یک امر مقدماتی ابتدا نسبت به ایراد مزبور اتخاذ تصمیم کند و یا همراه با رای مربوط به ماهیت دعوی در مورد ایراد مزبور اتخاذ تصمیم نماید. این امر همچنین در بند (۲) ماده (۱۶) قانون نمونه آنسیترال نیز مورد تصریح قرار گرفته است. (شیروی، پیشین: ۱۹۰-۱۹۱)

بنابراین هنگامی که دولتها در توجیه عملکرد خویش به حقوق بشر و تعهدات خود در این خصوص استناد می‌نمایند این مسئله بیشتر مورد توجه قرار می‌گیرد که آیا رسیدگی به این امر در حیطه صلاحیت محکمه قرار دارد یا خیر؟ این درحالی است که بی‌گمان از آنجا که طرح دعوی در محکمه سرمایه‌گذاری بین‌المللی براساس موافقتنامه دو جانبه سرمایه‌گذاری میان سرمایه‌گذار و دولت میزبان صورت می‌گیرد، لذا در صورت استناد دولت میزبان در توجیه عملکرد خود به حقوق بشر، این امر توسط سرمایه‌گذار مورد ایراد واقع می‌شود. در صورت ایراد توسط سرمایه‌گذار محکمه باید تصمیم بگیرد که آیا باید در رسیدگی خود حقوق بشر را مدنظر قرار دهد یا صلاحیت رسیدگی به پرونده را در قالب مسائل حقوق بشری ندارد و باید موافقتنامه دوجانبه سرمایه‌گذاری را مبناء رسیدگی قرار دهد.

در این راستا موافقتنامه‌های دوجانبه حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی بعنوان یکی از مهمترین و موثرترین و متداول‌ترین ابزارها در سطح حقوق بین‌المللی برای حمایت از سرمایه‌گذاری مطرح می‌باشد که روابط طرفین سرمایه‌گذاری را بصورت نسبتا مناسبی تحت نظم و قاعده در می‌آورد. محتوای این معاهدات دو جانبه از قواعد، و هنجارهای متعددی تشکیل شده که یکی از مهمترین این هنجارها، استانداردهای رفتاری است که بر اثر آنها دولت میزبان سرمایه‌گذار متعهد به رعایت الزامات ناشی از این استانداردها در رفتار با سرمایه‌گذار خارجی می‌باشد. (حسیبی، ۱۳۸۸: ۱۲)

بر این اساس واضح است که استناد به موافقتنامه دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی و تعیین حدود صلاحیت محکمه بر مبنای آن با توجه به اصول رفتاری حاکم در آن به

نفع سرمایه گذاران و تعهدات دولت میزبان بر مبنای آن به حمایت از سرمایه گذاری به نفع سرمایه گذار بوده و رسیدگی در قالب آن می تواند منجر به نتیجه مطلوب به نفع سرمایه گذار باشد. اما در شرایطی که دولت میزبان برای توجیه رفتار خود به تعهدات حقوق بشری خود استناد می کند شرایط طور دیگری رقم خورده و ممکن است برتری سرمایه گذار را در این خصوص تحت الشعاع قرار دهد. بر این اساس چالش باقی مانده این است که آیا محکمه باید بر اساس موافقتنامه سرمایه گذاری رسیدگی نماید و یا در رسیدگی خود حقوق بشر را مد نظر قرار دهد؟

۲-۲- حقوق بشر در رسیدگی محاکم سرمایه گذاری بین المللی

همانگونه که بیان شد در صورتی که دولت میزبان به تعهدات حقوق بشری خود در توجیه عملکردش استناد نماید محکمه باید در مورد حدود صلاحیت خود در رسیدگی اتخاذ تصمیم کند. در رسیدگیهای ایکسید می توان پاره ای از این موارد را مشاهده نمود. در این رسیدگیها، محکمه با این چالش مواجه بود که آیا می تواند در رسیدگی خود تعهدات حقوق بشری را نیز مد نظر قرار دهد و آن را مبنای صدور رای خود قرار دهد؟ و چنانچه پاسخ مثبت است، آیا در شرایطی خاص این امر امکان پذیر است یا همواره می توان به آنها استناد نمود؟ بدیهی است که در اینصورت استناد به تعهدات حقوق بشری ممکن است رافع مسئولیت دولتها ناشی از نقض تعهدات برگرفته از موافقتنامه دوجانبه سرمایه گذاری باشد.

همانطور که شواهد در داوری سرمایه گذاری دولتی در بالا نشان می دهد، حقوق بشر بعنوان یک دفاع توسط دولتها مورد استفاده قرار می گیرد، اما محاکم داوری از پرداختن بطور مستقیم به تاثیرات بالقوه آن بر تعهدات حمایت از سرمایه گذاری دولتها خودداری می کنند. مهمترین دلیل ممکن برای رویکرد محاکم داوری سرمایه گذاری در توجه به حقوق بشر بعنوان یک دفاع، ویژگی مربوط به داوری سرمایه گذاری بین المللی مانند رضایت بعنوان یک پایه مهم برای صلاحیت یا اختیار محاکم داوری می باشد. اهمیت رضایت این است که اگر یک محکمه یک رای را بدون داشتن صلاحیت صادر کند و یا اگر از محدوده صلاحیتش بعنوانی که به وسیله طرفها به رسمیت شناخته می شود، تجاوز کند، شناسایی بعدی و اجرای رای ممکن است مورد تردید و بی اعتباری واقع شود، یا در یک داوری ایکسید، رای ممکن است ابطال شود. بنابراین

۲۹۰ تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و چهارم، تابستان ۱۳۹۸

در جاییکه این اسناد مقررات خاص مبتنی بر حقوق بشر را شامل نمی‌شود و یا بعنوان بخشی از حقوق قابل اعمال آن را در نظر نمی‌گیرد در این موارد محکمه داوری سرمایه‌گذاری باید در چارچوب حقوقی توافقات و معاهدات فراهم شده برای داوری و در زمینه حقوق قابل اعمال تصمیم‌گیری نماید. حقیقت آن است که محاکم سرمایه‌گذاری خارجی حقوق بشر را در رسیدگی‌های خود مد نظر قرار نمی‌دهند. بدین معنا که محاکم داوری سرمایه‌گذاری ممکن است هراس داشته باشند که چنانچه ادعاهای مبتنی بر حقوق بشر و یا حقوق بشر را در تصمیماتی که می‌گیرند مد نظر قرار دهند بیش از اختیاراتشان عمل کرده باشند و این امر به معنای «اظهار نظر قضایی فراتر از خواسته دعوی»^{۱۰} است. (Meshel, ۲۰۱۵: ۱۹)

اما در این خصوص بیان این مطلب ضروری است که آیا چنانچه محکمه داوری سرمایه‌گذاری در رسیدگی خود حقوق بشر را مد نظر قرار دهد و یا در رای خود آن را لحاظ نماید آیا این امر صلاحیت محکمه را افزایش داده است؟ یا آنکه مد نظر قرار دادن حقوق بشر در رسیدگیهای محاکم بین‌المللی امری ضروری بوده و اتفاقاً عدم توجه به مسائل حقوق بشری ممکن است اعتبار رای صادره را زیر سوال ببرد؟ چرا که ممکن است محکمه با مد نظر قرار ندادن حقوق بشر در رای خود مشروعیت و اعتبار رسیدگی خود را مورد تردید قرار دهد.

این واقعیت است که سرمایه‌گذاران و دولت‌های میزبان در استدلال‌ات حقوق بشری که در داوری سرمایه‌گذاری اقامه می‌کنند باید اساساً نشان دهند که حقوق بشر بطور موثر در اجرای سرمایه‌گذاری بعنوان یک شرط تاثیر دارد، بنابراین اگر اقدامات سرمایه‌گذاران خارجی منجر به نقض حقوق بشر شود، مسئولیت دولت میزبان به حمایت از حقوق بشر باید در نظر گرفته شود. این مسئولیت نیازمند آن است تا دولتها از نقض حقوق بشر توسط گروههای غیر دولتی جلوگیری کنند بوسیله اقدامات حقوقی و اداری در کنترل، قاعده‌مندی، تحقیق و تعقیب فعالیتهایی که ممکن است منجر به نقض حقوق بشر شود. بنابراین به نظر می‌رسد که ارزیابی امکان تاثیر تعهدات دولت در احترام، حمایت و اجرای حقوق بشر در استانداردهای حمایتی مورد ادعا بوسیله سرمایه‌گذاران نقض می‌شود و اینکه در اساس باعث از میان رفتن روند رسیدگی در محدوده صلاحیت محاکم داوری سرمایه‌گذاری می‌شود. بر این اساس بعید است

^{۱۰} . Non ultra petita

جایی که آنها مشغول استدلال حفظ حقوق انسانی مطرح شده توسط کشور میزبان هستند، این امر افزایش صلاحیت در نظر گرفته شود. البته رژیم سرمایه گذاری بین المللی تاکنون در مورد شفافیت این موضوع و قواعد رویه ای که بر اینگونه داورها حاکم می باشد، سکوت کرده است. (Ibid:۲۲)

این امر مبین آن است که در صورتی که عملکرد سرمایه گذار خارجی نقض حقوق انسانی شهروندان دولت میزبان باشد، چنانچه دولت میزبان آن اعمال را مورد تایید قرار دهد، در واقع تعهدات حقوق بشری خود را نقض کرده است و چنانچه این اعمال را مورد تایید قرار ندهد و در برابر این نقض از خود واکنش نشان دهد، تعهدات خود را تحت موافقتنامه سرمایه گذاری دو جانبه نقض نموده است. در مثالهایی که در فوق بیان گردید، حقوق بشر نسبت به آب بعنوان یک حق غیر قابل انکار از سوی دولت میزبان آرژانتین در نظر گرفته شده بنابراین در راستای عمل به تعهدات حقوق بشری خود و حفظ حقوق شهروندان در برابر عملکرد سرمایه گذاران خارجی واکنش نشان داده و بدون شک تعهدات خود مبنی بر حمایت از سرمایه گذاری خارجی را نقض نموده است. این امر در رسیدگی دآوری از سوی دولت میزبان بعنوان یک دفاع معرفی می شود و محکمه چنانچه استنادات حقوق بشری را موثر در رسیدگی تشخیص دهد باید آن را ملاک رسیدگی و صدور رای خود قرار دهد و این امر نباید در راستای افزایش صلاحیت محکمه تلقی گردد.

به موجب حقوق بین الملل بشر، نه تنها دولتها خود ملزم به رعایت و احترام به حقوق بشر هستند بلکه متعهد به جلوگیری از نقض این حقوق توسط دیگران نیز هستند. قصور دولت میزبان در حمایت از حقوق شهروندان خود، مسئولیت دولت را در پی دارد. بنابراین دولت میزبان از اختیار قانونی لازم برای استناد به حقوق بشر به ویژه نسبت به خدمات عمومی برخوردار است. (Peterson & Gray, Op.cit : ۲۳)

در جریان دعوای مطرح شده در ایکسید بین شرکت (اسپانیایی تکمد و دولت مکزیک)^{۱۱}، شرکت مذکور، دولت مکزیک را به نقض شرط حمایت کامل و تامین امنیت سرمایه گذار در مقابل آثار مخرب تظاهرات در آن کشور متهم کرد. اما دادگاه دآوری در رای خود در سال ۲۰۰۳ اظهار داشت که ادله کافی در خصوص احراز قصور

^{۱۱} . Tecmed, S.A v. United Mexican States, Case No. ARB(AF)/۰۰/۲, ۲۰۰۳.para ۱۷۵.

۲۹۲ تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و چهارم، تابستان ۱۳۹۸

دولت مکزیکی دال بر عدم واکنش مناسب مطابق با ویژگی های یک جامعه دموکراتیک وجود ندارد. در این قضیه چنانچه سرمایه گذار ادله کافی در خصوص رفتار مقامات مکزیکی ارائه می کرد، دادگاه داوری با برقراری تعادل میان حق بر اعتراض و آزادی بیان و تعهد به تامین امنیت و حمایت از سرمایه گذاری خارجی رو به رو می شد. در جریان اختلاف سرمایه گذاری میان شرکت (نوبل ونچرز و دولت رومانی)^{۱۲} این شرکت مدعی بود که اهمال و قصور دولت رومانی در سرکوب اعتراضات کارگری، به فعالیت صنعتی وی در آن کشور زیان رسانده است. دولت رومانی نیز با رد این ادعا اظهار داشت که تظاهرات کارگری به علت آن بود که این شرکت دستمزد کارگران را پرداخته و ترتیب و سازمان دادن اعتراضات صنفی، شیوه معمول برای رسیدن به خواسته های صنفی است. دادگاه نیز دفاع دولت رومانی را پذیرفت و اهمال دولت رومانی را در این خصوص محرز ندانست.

بر این اساس باید گفت که سرمایه گذاری خارجی فارغ از ملاحظات اقتصادی می تواند آثار مخربی بر حقوق بشر، در کشورهای در حال توسعه به همراه داشته باشد. لطمه به کرامت انسانی افراد بومی، مالکیت آنان، تخریب محیط زیست و عدم رعایت استانداردهای بین المللی از جمله آثار حضور سرمایه گذار خارجی در این کشورهاست. بعلاوه معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری هیچ نوع تعهدات قراردادی را برای طرفین در بر ندارد. این معاهدات صرفاً تعهداتی را بر دولت میزبان وارد می کند، بدون اینکه تعهدات مشابهی را بر طرف سرمایه گذار بار کند. معاهدات مذکور و دارایی های آنان اسناد تک بعدی هستند که صرفاً به حمایت از سرمایه گذاری خارجی و دارایی های آنان می پردازد. بنابراین این امر بیانگر محدودیتهای دولت میزبان در اعمال تعهدات حقوق بشری نسبت به سرمایه گذاران خارجی در رسیدگی های داوری سرمایه گذاری می باشد. (فیروزی، ۱۳۹۵: ۱۷۹)

^{۱۲} Noble Ventures Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/۰۱/۰۱۱, ۲۰۰۵, para ۱۶۰-۱۶۷.

نتیجه گیری

سرمایه گذاری خارجی امروزه در پرتو جهانی شدن به یک رقابت مهم میان دولت‌ها مبدل شده است. سرمایه گذاری خارجی در عین آنکه برای دولت سرمایه پذیر با منافع متعددی همراه است و در بسیاری از موارد منجر به انتقال تکنولوژی به کشور میزبان می شود، در عمل مضرات و آسیبهایی نیز در پی دارد. این آسیبها غالباً در حوزه حقوق بشر و محیط زیست قابل ملاحظه است. از آنجا که پیش از سرمایه گذاری موافقتنامه دوجانبه میان سرمایه گذار و دولت میزبان تنظیم می شود بنابراین در صورت بروز اختلاف میان آنها همین موافقتنامه معیار و مبنای رسیدگی و حل اختلاف قرار می گیرد. ساختار معاهدات سرمایه گذاری دو جانبه عمدتاً یکسان بوده و در آنها مواردی نظیر الف- رفتار مناسب و عادلانه در خصوص سرمایه ب- پذیرش سرمایه گذاران خارجی ج- رفتار مناسب و عادلانه با سرمایه گذاران د- جبران خسارت در صورت مصادره ن- ساز و کارهای حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری و مواردی از این قبیل درج می شود. همانطور که ملاحظه می گردد اغلب این موارد در راستای تعهدات دولت‌ها در حمایت از سرمایه گذاری خارجی است و حقوق بشر ذکر شده در این معاهدات بیشتر در خصوص سرمایه گذار قابل اعمال است. اما مواردی وجود دارد که عملکرد سرمایه گذار ناقض و در تقابل با حقوق بشر می باشد. در واقع این اعمال حقوق شهروندان دولت میزبان را نقض می نماید. در این راستا دولت میزبان دو راه دارد نخست آنکه وفق موافقتنامه دو جانبه سرمایه گذاری، عملکرد سرمایه گذار را که مخالف موازین حقوق بشری است تایید نماید که در اینصورت تعهدات حقوق بشری خود را نقض می نماید و دوم آنکه وفق تعهدات حقوق بشری خود، در مقابل این عمل سرمایه گذار واکنش نشان داده و در اینصورت تعهدات خود در حمایت از سرمایه گذاری و همچنین تعهدات قراردادی خود را نقض می نماید. حال چنانچه دولت میزبان در این خصوص راه حل دوم را برگزیند، طرف سرمایه گذار با ادعای سلب مالکیت خزنده و اینکه عملکرد دولت میزبان، مدیریت پروژه مزبور را که یک حق انحصاری است ناممکن می سازد و به نوعی از سرمایه گذار سلب مالکیت نموده در محکمه داوری سرمایه گذاری اقامه دعوی می نماید و مدعی می گردد که دولت میزبان برخلاف تعهدات خود ذیل موافقتنامه دو جانبه سرمایه گذاری عمل نموده است. در این خصوص صلاحیت محکمه بر مبنای موافقتنامه طرفین حدود رضایت آنها تعیین

۲۹۴ تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و چهارم، تابستان ۱۳۹۸

می‌شود. اما چنانچه در این میان دولت میزبان در توجیه عملکرد خود به حقوق بشر استناد نماید، موجب چالش در امر رسیدگی می‌گردد. خصوصاً هنگامی که دولت میزبان استناد به حقوق بشر را بعنوان یک دفاع مطرح نماید. واقعیت آن است که در رسیدگی‌های صورت گرفته توسط ایکسید در اختلافات میان سرمایه‌گذاران خارجی و دولت‌ها، هر جا که دولت‌ها به حقوق بشر بعنوان دلیلی برای توجیه عملکرد خود استناد نموده‌اند، محکمه چنانچه این امر را در رسیدگی خود موثر دیده، آن را مبناء و معیار قرار داده است. واقعیت آن است که دولت‌ها براساس تعهدات بین‌المللی حقوق بشری خود نه تنها خود ملزم به رعایت حقوق بشر هستند بلکه باید تمهیداتی بیاندیشند تا در مقابل نقض حقوق بشر در جامعه از جانب گروه‌های غیر دولتی جلوگیری بعمل آورند. همچنین از آنجا که داوری سرمایه‌گذاری خارجی در چارچوب حقوق بین‌الملل صورت می‌گیرد لذا داوران باید برخی قواعد بین‌المللی خصوصاً در زمینه حقوق بشر را در رسیدگی خود مدنظر قرار دهند تا رای صادره توسط آنان از اعتبار و مشروعیت لازم برخوردار باشد.

منابع:

الف: فارسی

- امیری، فاطمه (۱۳۹۰). حل و فصل اختلافات در سرمایه گذاری خارجی، روزنامه اعتماد، شماره ۲۳۰۲.
- ترابی، تقی و محمد زاده اصل، نازی، (۱۳۸۹). تحلیل نقش جهانی شدن در جذب سرمایه خارجی و رشد اقتصادی، پژوهشنامه اقتصادی، شماره ۳۷.
- حسینی، به آذین (۱۳۸۸). تعهدات دولت میزبان به رعایت استاندارد رفتاری در معاهدات دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه علامه طباطبایی.
- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۴). داوری تجاری بین المللی، تهران: انتشارت سمت.
- شوینهاور، آرتور (۱۳۹۵). در باب طبیعت انسان، تهران: نشر مرکز، چاپ سوم.
- شریفی طراز کوهی، حسین (۱۳۹۲). زمینه ها، ابعاد و آثار حقوق شهروندی، تهران: نشر میزان، چاپ اول.
- علیدوستی شهرکی، ناصر (۱۳۹۰). احترام مالکیت و سرمایه گذاری خارجی، فصلنامه حقوق، دوره ۴۱ شماره ۱
- علیشیری بهروزو ایزدی پیروز، (۱۳۷۹) سرمایه گذاری مستقیم خارجی، توسعه جهان سوم و همگرایی جهانی، مجله سیاسی اقتصادی، شماره ۱۵۱ و ۱۵۲
- غزالی، مهدی (۱۳۹۰). مصادره غیرمستقیم در پرتو تحولات اخیر حقوق بین الملل سرمایه گذاری، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد تهران مرکز.
- غنی نژاد، موسی (۱۳۸۰). چالشهای سرمایه گذاری خارجی در ایران، مرکز تحقیقات استراتژیک مجمع تشخیص مصلحت نظام، معاونت پژوهشهای سیاست خارجی.
- فون هایک، فردریش (۱۳۹۲) راه بردگی، ترجمه تفضلی، فریدون، پاداش، حمید، تهران: نشر نگاه معاصر، چاپ دوم.
- فیروز مندمی، فراز (۱۳۹۵) جایگاه تعهدات حقوق بین الملل بشر در معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری، فصلنامه پژوهش عمومی، شماره ۵۱.
- کازرونی، سید علیرضا (۱۳۸۲). نقش سرمایه گذاری مستقیم خارجی در جهانی شدن اقتصاد، نشریه اطلاعات سیاسی - اقتصادی، شماره ۱۹۵ و ۱۹۶.

۲۹۶ تحقیقات حقوقی تطبیقی ایران و بین‌الملل، سال دوازدهم، شماره چهل و چهارم، تابستان ۱۳۹۸

-ماندگار، مصطفی (۱۳۸۴). مدخلی بر نظام حقوقی حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی در ایران، دوفصلنامه علوم انسانی، شماره ۷.

-میرعباسی، سید باقر و سادات میدانی، سید حسین (۱۳۹۳) دادرسی‌های بین‌المللی دیوان بین‌المللی در تئوری و عمل، تهران: انتشارت جنگل، چاپ پنجم، جلد اول.

ب: منابع لاتین

-Peterson, E. and Gray, K. R. (۲۰۰۳), "International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and Investment Treaty Arbitration", International Institute for Sustainable Development.

-Subedi, S. P. (۲۰۰۸), International Investment Law: Reconciling Policy and Principle, Hart Publishing.

-Lee, Eddy, Vivarelli, Marco, (۲۰۰۶) The Social Impact of Globalization in the Developing Countries, ۲۰۰۶, IZA DP No.

-Mubiru E. (۲۰۰۳) "The effect of globalization on trade- A special focus on rural farmers in Uganda.

-Andrew Walter (۱۹۹۸) Globalization and policy convergence: the case of direct investment rules.

-Marcin Humanicki, Robert Kelm, Krzysztof Olszewski (۲۰۱۳) Foreign Direct Investment and Foreign Portfolio Investment in the contemporary globalized world: should they be still treated separately, NBP Working Paper No. ۱۶۷

-SAUR International SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/۰۴/۴ (Decision on Jurisdiction and Liability, ۶ June ۲۰۱۲ and Award, ۲۲ May ۲۰۱۴)

-Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Interagua Servicios Integrales de Agua SA v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/۰۳/۱۷, Decision on Liability (۳۰ July ۲۰۱۰); Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Universal SA v Argentine Republic ICSID Case No ARB/۰۳/۱۹, Decision on Liability (۳۰ July ۲۰۱۰).

-Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v United Republic of Tanzania, ICSID Case No ARB/۰۵/۲۲, Award (۲۴ July ۲۰۰۸).

-Tecmed, S.A v. United Mexican States, Case No. ARB(AF)/۰۰/۲, ۲۰۰۳

-Noble Ventures Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/۰۱/۰۱۱, ۲۰۰۵.