

Expropriation of Foreign Investment in the Framework of Good Governance

Kaveh Khosravi¹, Abdolhossin Shiravi*², Mohsen Mohibi³

1. PhD Student in International Law, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

2. Professor, Department of Private Law, Faculty of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Tehran, Iran.

3. Assistant Professor, Department of International Law, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages: 253-270

Article history:

Received: 6 Nov 2022

Edition: 1 Jun 2023

Accepted: 25 Feb 2023

Published online: 1 Jul 2023

Keywords:

Good Governance, Expropriation, Foreign Investment, Domestic Law, International Law.

Corresponding Author:

Abdolhossin Shiravi

Address:

Department of Private Law, Faculty of Law, Farabi Campus, University of Tehran, Tehran, Iran.

Orchid Code:

0000-0002-5575-7153

Tel:

09191752808

Email:

ashiravi@ut.ac.ir

ABSTRACT

Background and Aim: Modern governments always consider themselves agents of public will and protectors of public interests and goals. Public opinion also measures governments based on their attention to public goals. One of the general goals of governments in the field of achieving good governance is to develop infrastructure and increase public welfare, and in this field, most governments try to achieve more success in this field by attracting foreign investment.

Materials and Methods: This research is of theoretical type and the research method is descriptive-analytical and the method of data collection is library and has been done by referring to documents, books and articles.

Findings: Due to the long-term nature of the investment contracts and the period of its exploitation, there may be changes in public opinion, fundamental changes in the structure of governments, revolutions may cause a change in attitude towards public goals and expropriation, confiscation and nationalization of the investor's property.

Ethical Considerations: In order to organize this research, while observing the authenticity of the texts, honesty and fidelity have been observed.

Conclusion: In this regard, there are many issues, one of the most important of which is the role of good governance in determining the legitimacy or not of expropriation in line with public goals. As a result of the investigation, it will be clear that today the principles of good governance have become one of the incentives influencing the continuation of foreign investment.

Cite this article as:

Khosravi K, Shiravi A, Mohibi M. Expropriation of Foreign Investment in the Framework of Good Governance. *Economic Jurisprudence Studies*. 2023.



فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره پنجم، شماره دوم، تابستان ۱۴۰۲

سلب مالکیت سرمایه‌گذاری خارجی در چهارچوب حکمرانی خوب

کاوه خسروی^۱، عبدالحسین شیروی^۲، محسن محبی^۳

۱. دانشجوی دکتری گروه حقوق بین الملل، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۲. استاد گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق، پردیس فارابی، دانشگاه تهران، تهران، ایران.

۳. استادیار گروه حقوق بین الملل، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: دولت‌های مدرن همواره خود را عامل اراده عمومی و حافظ منافع و اهداف عمومی می‌دانند. افکار عمومی نیز دولت‌ها را بر اساس توجه آن‌ها به اهداف عمومی مورد سنجش قرار می‌دهند. یکی از اهداف عمومی دولت‌ها در زمینه تحقق حکمرانی مطلوب، توسعه زیرساخت‌ها و افزایش رفاه عمومی است که در این زمینه اغلب دولت‌ها تلاش دارند تا با جذب سرمایه‌گذاری خارجی، در این زمینه به موفقیت‌های بیشتری برسند.

مواد و روش‌ها: این تحقیق از نوع نظری بوده روش تحقیق به صورت توصیفی تحلیلی می‌باشد و روش جمع‌آوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای است و با مراجعه به اسناد، کتب و مقالات صورت گرفته است.

یافته‌ها: با توجه به بلندمدت بودن دوره قراردادهای سرمایه‌گذاری و دوران بهره‌برداری از آن، ممکن است تغییر افکار عمومی، تغییرات بنیادی در ساختار دولت‌ها، انقلاب‌ها ممکن است موجب تغییر نگرش به اهداف عمومی و سلب مالکیت، مصادره و ملی‌سازی اموال سرمایه‌گذار گردد.

ملاحظات اخلاقی: در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

نتیجه‌گیری: در این خصوص مسائل متعددی مطرح است که یکی از مهم‌ترین آن‌ها، نقش حکمرانی خوب در تعیین مشروع بودن یا نبودن سلب مالکیت در راستای اهداف عمومی است. در نتیجه بررسی صورت گرفته مشخص خواهد شد که امروزه اصول حکمرانی مطلوب به عنوان یکی از مشوق‌های تأثیرگذار بر تداوم سرمایه‌گذاری خارجی شده است.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۲۵۳-۲۷۰

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۸/۱۵

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۱/۱۰/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۱۲/۰۶

تاریخ انتشار: ۱۴۰۲/۰۴/۱۰

واژگان کلیدی:

حکمرانی خوب، سلب مالکیت، سرمایه‌گذاری خارجی، حقوق داخلی، حقوق بین‌الملل

نویسنده مسئول:

عبدالحسین شیروی

آدرس پستی:

ایران، تهران، دانشگاه تهران، واحد پردیس فارابی، گروه حقوق خصوصی.

تلفن:

۰۹۱۹۱۷۵۲۸۰۸

کد ارکید:

0000-0002-5575-7153

پست الکترونیک:

ashiravi@ut.ac.ir

۱. مقدمه

مطابق رویه و عرف بین‌الملل، عمل دولت در سلب مالکیت در صورتی که اولاً، به موجب قانون و در راستای هدف عمومی، ثانیاً، عمل غیر تبعیض‌آمیز باشد، ثالثاً، ترتیباتی برای تعیین و پرداخت خسارت به زیان دیده اتخاذ شود، قابل توجیه و اصطلاحاً، قانونی و مشروع است. اما بیشتر از همه توسل به چگونگی قانون و تعیین نوع اهداف عمومی محل مناقشه دولت اقدام کننده به عنوان خواننده و سرمایه‌گذار به عنوان خواهان بوده است. اصل حاکمیت که به عنوان قاعده‌ای آمره به عنوان شرط لازم اعمال حق سلب مالکیت محسوب می‌گردد به نظر می‌رسد کافی نیست و کافی و شایسته بودن آن، توجه به معیارهای حکمرانی نظیر حاکمیت قانون، کیفیت قوانین و مقررات، حق اظهارنظر و پاسخگویی، شفافیت، ثبات و انسجام سیاسی و عدم فساد است. استناد به این معیارها، هم توسط دولت اقدام‌کننده و هم توجه دیوان‌های داوری به این معیارها، کمک‌کننده به مبنای مشروعیت سلب مالکیت، در راستای اهداف عمومی است؛ زیرا تعیین اهداف اقدامی از سوی دولت در جهت منافع جامعه، در کل، که دلالت بر حکمرانی خردمندانه آنان به نفع رفاه عمومی است تعریف می‌گردد. هر چند هدف عمومی در حاکمیت محصور است، اما مشروعیت‌مند شدن آن، منوط به اصول حکمرانی در سلب مالکیت است و ماهیت و مبنای این اصول چه توسط نهادهای بین‌المللی و چه توسط حقوق داخلی تعیین و چهار چوب‌بندی شده عموماً بایستی در سلب مالکیت‌ها توسط دیوان‌ها مورد توجه قرار بگیرد. دیوان‌ها اعلام دارند در حقوق بین‌الملل انگیزه دولت سلب‌کننده مالکیت مهم نیست؛ مهم آثار

چنین عملی است؛ اما دیوان‌ها علل و آثار این اقدام را در پرتو اصول حکمرانی ملاحظه می‌نمایند. بررسی آرای دیوان داوری در دعاوی سلب مالکیت، حاکی از این است که دعاوی متعدد به علت مغشوش دانستن اهداف عمومی، این اقدام را غیر قانونی دانسته است؛ زیرا اعتقاد داوران بین‌المللی بر این بوده حاکمیت همیشه به عنوان کارگزاران واقعی و اصیل مردم باشند که تعیین‌کننده اهداف عمومی باشد نیستند و بر اساس همین تجربه، کشورهای که حقوق سرمایه‌گذاری را به عنوان یکی از اهداف توسعه و باز توزیع منابع اقتصادی خویش می‌دانسته‌اند اقدام به تغییرات سیاسی- اجتماعی برای بسترسازی حقوق اقتصادی، با توجه به رویه کشورهای موفق و اصول راهنمای حکمرانی (حاکمیت قانون، شفافیت و کارایی مقررات، توجه به اهداف عمومی بدون ملاحظات سیاسی) که از ابتدای دهه ۹۰ توسط بانک جهانی مطرح شد، نموده‌اند تا مبدا دیوان‌های داوری و یا سرمایه‌گذاران (با طرح دعاوی بیهوده)، این اهداف را به چالش نکشانند؛ بنابراین سوال اساسی که مطرح است این است: آیا وجود حکمرانی مطلوب، نقشی در دعاوی سلب مالکیت داشته است یا نه؟ فرضیه اولیه مقاله حاضر بر این اساس استوار است که دیوان‌های داوری بین‌المللی جدا از اینکه سلب مالکیت را به عنوان یک حق در راستای اعمال حاکمیت وارد می‌دانند، اما آن‌ها با بررسی اوضاع و احوال کشور اقدام‌کننده در سلب مالکیت به خصوص در کشورهای که دارای معیارهای حکمرانی مطلوب نظیر شفافیت و دموکراسی و مشارکت مدنی باشند را، در موجه دانستن سلب مالکیت دخیل، مورد توجه و بررسی قرار داده‌اند و حکم به رد ادعای خواهان‌ها نموده‌اند (پرونده

انقلاب‌ها، موجب تغییر نگرش به اهداف عمومی و سلب مالکیت، مصادره و ملی‌سازی اموال سرمایه‌گذار گردد. در این خصوص مسائل متعددی مطرح است که یکی از مهم‌ترین آن‌ها، نقش حکمرانی خوب در تعیین مشروع بودن یا نبودن سلب مالکیت، در راستای اهداف عمومی است. در نتیجه بررسی صورت گرفته، مشخص خواهد شد که امروزه اصول حکمرانی مطلوب به عنوان یکی از مشوق‌های تأثیرگذار بر تداوم سرمایه‌گذاری خارجی، شناخته شده است.

۵. بحث

۵-۱. نقش حکمرانی مطلوب از طریق شکل‌دهی به نظام حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در سلب مالکیت

دیوان داوری در پرونده سیاگ علیه مصر توضیح داد (مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری، رای مورخ ژوئن ۲۰۰۹، واقیه الی جورج سیاگ و کلوریندا وکی علیه جمهوری عربی مصر، ۴۲۸)، سلب مالکیت به خودی خود عملی نامشروع نیست. به خوبی پذیرفته شده است که یک دولت حق سلب مالکیت از اموال خارجی را دارد. با این حال، سلب مالکیت تنها زمانی قانونی است که ضوابط خاصی وجود داشته باشد؛ یعنی مواردی که در قرارداد سرمایه‌گذاری دو جانبه مربوطه وجود دارد. بنابراین سلب مالکیت در داوری سرمایه‌گذاری به دو مفهوم مربوط می‌شود: (۱) حق هر دولت برای اعمال حاکمیت بر قلمرو خود و (۲) تعهد هر دولت برای احترام به اموال متعلق به بیگانگان. اولی به این معنی است که یک دولت ممکن است در شرایط خاص، اموال یک سرمایه‌گذار خارجی را سلب مالکیت کند. اکثر موارد سلب مالکیت در حقوق بین‌الملل

متانکس و چمبورتا) و استدلال‌های سرمایه‌گذاران را در مورد حکمرانان نامطلوب را بیشتر مورد بررسی و حتی داخل در تصمیم دانسته‌اند (دعوی مطرح شده علیه لیبی، آرژانتین، مکزیک)؛ بنابراین تحقیق به صورت تحلیلی، آرا دیوان‌ها و توصیفی ساختار حکمرانی موضوع را، در چهار مبحث قابل بررسی دانسته است. در مبحث اول، به مفهوم حکمرانی و حکمرانی خوب و وجه افتراق آن با حاکمیت می‌پردازد؛ در مبحث دوم، هدف عمومی در پس زمینه حکمرانی خوب و نقش آن در ارزیابی عمل سلب مالکیت را، در حقوق داخلی و بین‌الملل، در مبحث سوم، نقش حکمرانی مطلوب در شکل‌دهی نظام حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در موضوع سلب مالکیت، و در مبحث چهارم حکمرانی مطلوب و دیوان‌های داوری در دعاوی سلب مالکیت مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲. ملاحظات اخلاقی

در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

۳. مواد و روش‌ها

این تحقیق از نوع نظری بوده روش تحقیق به صورت توصیفی تحلیلی می‌باشد و روش جمع‌آوری اطلاعات به صورت کتابخانه‌ای است و با مراجعه به اسناد، کتب و مقالات صورت گرفته است.

۴. یافته‌های تحقیق

یافته‌های پژوه حاضر نشان می‌دهد که، با توجه به بلندمدت بودن دوره قراردادهای سرمایه‌گذاری و دوران بهره‌برداری از آن، ممکن است تغییر افکار عمومی، تغییرات بنیادی در ساختار دولت‌ها،

شامل محرومیت از حقوق اکتسابی سرمایه‌گذار خارجی و کسب یا تصاحب آن حقوق مکتسبه توسط دولت یا شخص ثالث تحت امر دولت است. اشکال کلاسیک، سلب مالکیت مستقیم و ملی‌سازی بوده، و تعرض به اصل احترام به حقوق مکتسبه و دارا شدن ناعادلانه اشاره دارد. همانطور که گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل گارسیا آمادور در چهارمین گزارش خود تأکید کرد: «دلیل وجود غرامت برای مصادره مالکیتی که در راستای منافع عمومی اجازه داده شده است، این عقیده است که جامعه، نباید با تصمیمات بی رویه دولت منتفع شود (نیوکمب، ۲۰۰۹، ۶). دوم به این معنی است که سلب مالکیت از اموال تحت تصرف خارجی، تنها در صورتی قانونی خواهد بود که اقدام دولت معیارهای خاصی را داشته باشد (نیوکمب، ۲۰۰۹، ۳۲۱) در مفهوم دوم است نقش نظام حقوق سرمایه‌گذاری بیشتر در حکمرانی مورد بررسی و کانون توجه است؛ هرچند به شناسایی قانون سرمایه‌گذاری بین‌المللی به عنوان شکلی از حکمرانی، به خودی خود هیچ یک از مسائل آزار دهنده‌ای را که سیاست‌گذاران داخلی و بین‌المللی در مورد سرمایه‌گذاری با آن مواجه هستند، را حل نمی‌کند، با این حال، به شناسایی و فرمول‌بندی مجموعه‌ای از اصول و رویه‌های شفافیت، مسئولیت‌پذیری، پاسخگویی، مشارکت که به هدایت قانون سرمایه‌گذاری بین‌المللی به سمت تعادل مناسب بین منافع رقیب کمک می‌کند. مواردی چون شفافیت در توافق‌نامه بین‌المللی، که هنجار اساسی حکمرانی خوب و حاکمیت قانون در تعیین و تمایز منافع عمومی از خصوص است. مشارکت به عنوان نوعی صدای مردم تحت حکومت شناخته می‌شود. مسئولیت‌پذیری، یک

هنجار اساسی دیگر حکومت امروز است و بدون پاسخگویی، اعمال اقتدار عمومی و قدرت اقتصادی تحت حمایت قانون عمومی، مشروعیت خود را از دست می‌دهد. اما به رسمیت شناختن قوانین سرمایه‌گذاری بین‌المللی در پس زمینه حکمرانی خوب، به این معنی نیست که کارکردهای سنتی قانون سرمایه‌گذاری بین‌المللی (به ویژه حمایت از سرمایه‌گذاری در برابر سلب مالکیت مستقیم، و جلوگیری از «دیپلماسی قایق‌های توپدار» که توسط آن دولت‌های قدرتمند داخلی از زور یا تهدید آن برای حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی خود استفاده می‌کنند) غیر مرتبط هستند. آن‌ها همچنان بخش مهمی از این سیستم هستند. اما نیازها و انتظارات ارزش‌های سنتی سیستم قانون سرمایه‌گذاری، باید برای دستیابی به ارزش‌ها و اهداف دیگری که بخشی از چشم‌انداز حاکمیتی را تشکیل می‌دهند و در جایی که بر قانون سرمایه‌گذاری به خصوص در (اقدام سلب مالکیت) تأثیرات روشنی دارد، توسط هنجارهای حکمرانی مطلوب، مهار شود (آیست، ۲۰۱۸، ۸۸-۸۶). قوانین و ضوابط ناظر بر ورود سرمایه‌گذاری خارجی، ممکن است در طی زمان تغییر کند و لذا هیچ تعهدی نسبت به آزادسازی شرایط ورود و حذف هرگونه محدودیت یا محو قانونگذاری تبعیض‌آمیز مؤثر بر سرمایه‌گذاری خارجی وجود ندارد. برای نمونه می‌توان به معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه مکزیک و انگلستان (۲۰۰۶) یا معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه آلمان و اردن (۲۰۰۷) اشاره کرد. (قنبری جهرمی، علیخانی کردشامی، ۱۳۹۵، ۱۱۱). لذا دولت‌ها، چه در تنظیم قراردادهای تابع حقوق بین‌الملل عمومی که بین دولت‌ها که برحسب شرایط تنظیم، به نام‌های پیمان،

عهدنامه، معاهده، کنوانسیون یا پروتکل خوانده می‌شوند و چه در مورد «قرارداد دولتی»، که دولت با اشخاص خصوصی خارجی اعم از حقوقی و یا حقیقی منعقد می‌نماید، به عنوان نماینده و حافظ مصالح و منافع عمومی عمل می‌کند (منصوری نراقی، ۱۳۴۳، ۱۹-۲۰). بدون بررسی عمومی قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی، برای شهروندان غیرممکن است که قضاوت کنند که آیا دولت‌های منتخب آن‌ها، در راستای منافع خود عمل می‌کنند و به طور مؤثر اهداف سیاست عمومی را دنبال می‌کنند یا به آن‌ها دست می‌یابند. اگر قراردادهای دولتی به روش‌های اساساً غیردموکراتیک مورد مذاکره قرار گیرد، جزئیات تعهدات از ابتدا به طور عمومی فاش نشود که ممکن است دولت‌ها را برای دوره‌های زمانی طولانی مقید به تعهداتی گردند که با منافع آنان در تعارض باشد. شفافیت نه تنها از طریق نظام حقوقی دولت میزبان یکی از اصول حکمرانی خوب را در حقوق سرمایه‌گذاری رقم می‌زند، بلکه در نظام داوری این امر برجسته‌تر است؛ زیرا مشارکت مدنی افراد و نهادها در موضوعاتی که آثار و عواقب آن بر کل جامعه بار می‌شود تاثیرگذار است.

نظام حقوقی شفاف، شامل قوانین داخلی، معاهدات بین‌المللی، آئین‌نامه‌ها و بخش‌نامه‌ها است که سرمایه‌گذار خارجی می‌تواند به آن‌ها استناد کند. سرمایه‌گذار خارجی بر مبنای نظام حقوقی موجود در زمان سرمایه‌گذاری، اقدام به سرمایه‌گذاری می‌کند. همان‌طور که دولت میزبان، مطابق چهارچوب اقتصادی و حقوقی خود برنامه‌ریزی و اقدام به جذب سرمایه می‌نماید، باید این حق را برای سرمایه‌گذار نیز قائل شود که با تکیه بر یک نظام استوار شده در چهارچوب نظام

حقوق و اقتصادی دولت میزبان، برنامه‌ریزی کند؛ که این امر می‌طلبد شفافیت لازم در نظام حقوقی دولت میزبان وجود داشته باشد و سرمایه‌گذار بتواند آینده را با احتمال معقول پیش‌بینی کند و نتایج فعالیت‌ها، اقدامات، نقض قوانین و سایر اموری که به حقوق، اقتصاد، سیاست و... کشور میزبان بستگی دارد برایش قابل پیش‌بینی باشد (آیسبت، ۲۰۱۸، ۷۸). کشوری که قانون حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی آن در ذیل عناوین حمایت از سرمایه‌گذار اقدام به شناسایی حقوق سرمایه‌گذاری و تعیین اهداف عمومی خویش می‌نماید، نمی‌تواند با استناد به حاکمیت نظارتی خود، به حقوق سرمایه‌گذار تعرض کند؛ چراکه به خود اجازه سیاست «طعمه و تغییر» را در رابطه با حمایت از سرمایه‌گذاران اعمال نمی‌کند. در واقع، این مسئله با هیچ منطق حقوقی و اقتصادی قابل توجیه نیست که کشوری با تصویب قانون حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی، ایشان را به وجود حمایت‌های لازم امیدوار نماید و وارد کشور نماید و سپس، با استناد به وجود هدف عمومی مندرج در همان قانون، مصادره و ملی‌سازی را توجیه نماید. در حکمرانی مطلوب قانون حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی ایجاد هماهنگی میان محتوای توافقنامه‌های سرمایه‌گذاری دوجانبه و توسعه پایدار داخلی تبیین و فراهم می‌گردد. زیرا بخشی از این ناهمخوانی‌ها ممکن است ناشی از اختلاف مذاکرات بین نمایندگان دو کشور مختلف (به طور معمول با منافع دولت متبوع سرمایه و دولت میزبان) و فرایند مذاکره و هدف تصویب قوانین داخلی باشد که اساساً درصدد جذب سرمایه‌گذاران خارجی است. گذشته از اختلافات احتمالی بین این دو فرآیند مذاکره، دلیل دیگری که این عدم انسجام و تناقضات درونی را به خوبی

توضیح می‌دهد، در واقع، اگر قانون حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی اعمال حاکمیتی نظارتی (مقرراتی) به ضرر سرمایه‌گذاران خارجی را ممنوع می‌کند، توافقنامه سرمایه‌گذاری دوجانبه‌هایی که این کشورها منعقد نموده‌اند نیز، باید این سطح از تعهد به الزامات حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی را انعکاس دهند. همچنین حکمرانان خوب، ترغیب می‌شوند تا از حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاران خارجی به عنوان الگویی برای ساختن زبان توافقنامه‌های سرمایه‌گذاری دو جانبه در راستای حکمرانی خویش استفاده نمایند؛ زیرا حاکمیت نظارتی ملی، تنها در مواردی که استانداردهای شفاف و قانع‌کننده‌ای برای آن وجود داشته، همراه با حسن نیت اعمال می‌شود؛ یعنی چنین حاکمیتی نظارتی «نه در مورد همه موارد عمومی» اعمال می‌شود؛ و باید از پیشبرد منافع ایدئولوژی‌های سیاسی، هرچه که باشد، حذف می‌کند حاکمیت قانون را به عنوان معیار برای تشخیص اقدامات بیهوده مدنظر داشته باشد. در مواردی که مشخص است اگر به اضطرار، قصد و یا تصمیم به یک اقدام در راستای تقویت ایدئولوژی سیاسی به اجرا درآید، فوراً چنین اقدامی را موجب سوء استفاده از مفهوم حاکمیت برای اغراض دیگر بسنجد و خود را در معرض قضاوت بداند. در حکمرانی خوب، تعهد به حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی به «هزینه» حاکمیت نظارتی، را به بند حل و فصل اختلافات گره نمی‌دهند؛ زیرا بند حل و فصل اختلافات روش‌های داوری که صرفاً ناحیه‌ای باشد را رد کند و مراحل داوری مبتنی بر معاهده را عملی می‌کند. حتی اگر این مقرره مملو از ارجاع به دادگاه‌های دولت سرمایه‌گذار (هم دادگاه‌ها و هم ارگان‌های داوری) است، بازهم امکان دسترسی به

مزایای داوری بین‌المللی مبتنی بر معاهده که اجرای حقوق بین‌المللی عمومی و استانداردهای حمایت از سرمایه‌گذار قانون حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی را پیش‌بینی می‌کنند، مورد استفاده قرار گیرد و این مقرره خود انگیزه قابل تشخیص مبتنی بر حمایت از سرمایه‌گذار را تشکیل می‌دهد

اما سوال اساسی که مطرح می‌شود این است که آیا شکل‌دهی حقوق سرمایه‌گذاری خارجی از طریق توجه به این فرضیه اعمال اصول حکمرانی به خصوص در موضوع معادات دو جانبه سرمایه‌گذاری این نتایج را تایید می‌نماید؟ در پاسخ عده‌ای معتقدند معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه مجموعه‌ای از قوانین توافق شده هستند که با کاهش فضا برای اقدامات غیراصولی و خود سرانه دولت میزبان به جذب سرمایه‌گذاری خارجی کمک می‌کنند که شرط لازم برای دستیابی به پیشرفت اقتصادی در کشور میزبان است (دولزر، ۲۰۰۸، ۹۴۵). با این حال، طی یک دهه اخیر، این جواب از سوی پژوهشگران، حقوقدانان و مراجع بین‌المللی ذی‌ربط با ارائه دلایل و شواهد و مصادیق عینی مورد تردید و چالش قرار گرفته است (کنفرانس تجارت و توسعه سازمان ملل متحد، ۲۰۱۱، ۲-۱۱). به موجب آمار منتشر شده از سوی آنکتاد در سال ۲۰۲۰ تاکنون ۶۷۴ دعوی از سوی سرمایه‌گذاران خارجی علیه دولت‌ها مطرح شده است که مبنای بیش از ۷۰ درصد این دعاوی، معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری بوده است (ساتورو، ۲۰۲۱، ۶). ادعا می‌شود که نه تنها رابطه مستقیم قابل اثبات بین رشد سرمایه‌گذاری خارجی و امضای این معاهدات وجود ندارد، بلکه به دو دلیل عمده، اول با توجه به درج شرط داوری بین‌المللی در این معاهدات،

این اسناد مبنای طرح دعوی و صدور احکام سنگینی نزد محاکم داوری بین‌المللی علیه دولت‌های میزبان قرار می‌گیرند و دوم با توجه به تضمین‌های پیش‌بینی‌شده در آن‌ها، این معاهدات اختیارات تقنینی و حاکمیتی دولت‌ها در جهت منافع عامه را محدود می‌کنند، ممکن است عواقب زیان‌باری برای دولت‌های میزبان در پی داشته باشد (تیتی، ۲۰۱۴، ۴۹). بنابراین پاسخ را در شرایط کنونی ارزیابی کشورها توسط سرمایه‌گذاران، نه از نقطه نظر معاهداتی که بین دولت متعاهد سرمایه‌گذار و دولت میزبان انجام می‌شود، بلکه با توجه به نحوه حکمرانی نظیر شفافیت در قوانین، اصول دموکراسی، ساختار نهادها و نحوه پاسخگویی آن‌ها، مستقل بودن محاکم قضایی داخلی و..... دارند، مورد مذاقه و توجه قرار گیرد. زیرا سرمایه‌گذاران واقف بر این امر است تفویض اختیار بی‌حد و حصر به دولت‌ها تحت عنوان «حق تنظیم مقررات»، علاوه بر عوامل بازدارنده آشکار برای سرمایه‌گذاری خارجی که در چنین رویکردی وجود دارد، بدون شک افزایش احتمال سوء استفاده و فساد یک بحران مشروعیت در هر مقطع از حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی است. برای سرمایه‌گذاران خارجی، دقیقاً همین کاهش فضای نظارتی حاکمیتی است که برای سرمایه‌گذاری‌هایشان برای بهره‌مندی از ثبات حقوقی و پیش‌بینی‌پذیری طولانی‌مدت ضروری است، که بازدهی منصفانه‌ای را فراهم می‌کند که با انتظارات مشروع آن‌ها سازگار باشد (دولزر، ۲۰۰۸، ۹۷۲). اما به نظر ساتورا مشروعیت به میزانی که ساختارهای حکمرانی جهانی به وسیله اولویت‌ها و منافع خاص قدرتمندان استوار باشد، آلوده است؛ لذا یک حرکت جهانی به سمت

یک حاکمیت سرمایه‌گذاری بین‌المللی متفاوت و قانونی‌تر در جریان است که گویای این است:

۱- که فرآیند اصلاح معاهده سرمایه‌گذاری تا کنون عمدتاً ناشی از نارضایتی فزاینده کشورهای توسعه یافته از کشاندن مناقشات سرمایه‌گذاری در مقام پاسخگو بوده است. در نقطه مقابل این طیف، نسل جدیدی از مدل‌های پیمان سرمایه‌گذاری وجود دارد که توسط کشورهای در حال توسعه پذیرفته شده است، که نمونه آن توافقنامه سرمایه‌گذاری بین‌المللی بین نیجریه و مراکش و موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری برای منطقه سرمایه‌گذاری مشترک، دارای مقرراتی هستند که به دنبال کاهش بار مسئولیت‌ها و تعهدات بر دوش کشورهای در حال توسعه میزبان هستند. و چنین کشورهای اعتقاد دارند عوامل تحریک کننده پشت اکثر ادعاهای اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت میزبان و سرمایه‌گذار وجود دارد ارتباط چندانی با نحوه ساختار یا تدوین معاهدات مربوطه ندارد. هند نمونه‌ای از کشوری دیگری، که در واقع حذف بندهای اساسی را از رویه معاهده خود انتخاب کرده است که چندین تعهد اساسی را در سال ۲۰۱۵ کنار گذاشتند. براساس تجزیه و تحلیل برگه قراردادهای سرمایه‌گذاری خطر جذب ادعاهای حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار- دولت مرتبط است و پیشنهاد می‌کند که دولت‌ها باید بیشتر بر روی اینکه چه بندهایی در قراردادهای سرمایه‌گذاری خود لحاظ می‌کنند، تمرکز کنند؛ نه اینکه این بندها چگونه نوشته می‌شوند (برگه، ۲۰۲۰، ۹۲۷).

۲- تغییر معنادار قانون سرمایه‌گذاری بین‌المللی و مکانیسم‌های حل اختلاف از یکطرف، مستلزم ادعان و رسیدگی به نابرابری‌های قدرت در مذاکره

هنجارهای تشکیل‌دهنده یک رژیم معاهده سرمایه‌گذاری جهانی است (ساتورا، ۲۰۲۱، ۲۱). از طرف دیگر، نقش آن دستیابی به تعادل بهینه حداکثرسازی رفاه در حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی (ها) نیست. بلکه هدف آن، ارائه حداقل سطح حفاظت در برابر تصمیمات دولتی و رفتار خودسرانه است. اگر سرمایه‌گذاران خارجی خواهان حمایت فراتر از حداقل سطح هستند، باید از مکانیسم‌های تخصیص ریسک مناسب مانند بیمه قراردادی استفاده کنند (نیوکمب، ۲۰۰۹، ۴۰).

به صورت کلی تا سال ۲۰۱۴ حدود ۴۰ درصد دعاوی ناشی از سرمایه‌گذاری علیه دولت‌های توسعه یافته نظیر آلمان، ایالات متحده آمریکا، کانادا، استرالیا و یونان مطرح شده است. کشور ایالات متحده علی‌رغم دارا بودن شاخص‌های حکمرانی، در واقع مسئول شروع بیش از ۶۵ درصد از این اختلافات علیه سایر کشورها است. یافته‌ها همچنین از اهمیت عواملی غیر از منافع اقتصادی (برتری ملی) برای اولویت‌های تجاری و نگرش‌های سیاست خارجی- اقتصادی حکایت دارد (بروگر، ۲۰۲۰، ۲۹). در چندین سال اخیر، سرمایه‌گذاران تنها ۲۱ درصد از سلب مالکیت غیرمستقیم را برنده شده‌اند. در واقع، سرمایه‌گذاران کمتر از ۱۰ درصد از ادعاهای سلب مالکیت غیرمستقیم را که علیه کشورهای دموکراتیک مطرح کرده‌اند، برنده شده‌اند (پلک، ۲۰۱۶، ۲). لذا تصور می‌شود که دموکراسی‌ها کمتر از کشورهای غیردموکراسی معاهدات را نقض می‌کنند. اما چنین نیست. استدلال شده است که دموکراسی‌ها معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه را به همان اندازه که کشورهای غیردموکراسی نقض می‌کنند، نقض می‌نمایند

یعنی اگر موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری با هدف حفظ حمایت عمومی داخلی در تضاد باشند، با انتخابات معتبر، انگیزه‌های قوی برای دولت‌ها ایجاد می‌کند تا در کنار رای‌دهندگان داخلی قرار بگیرند و قوانینی را تصویب کنند که توافق‌نامه‌های سرمایه‌گذاری را نقض می‌کند. نتایج نشان می‌دهد که توانایی رأی‌دهندگان برای تحریم رهبران، مکانیسم مهمی است که دولت‌ها را تشویق می‌کند قوانینی را تصویب کنند که به طور بالقوه، معاهدات سرمایه‌گذاری را از طریق سلب مالکیت غیرمستقیم نقض می‌کند (کارلسون، ۲۰۲۱، ۳۹). آرژانتین در تمام دوره زمانی یک مطالعه (۱۹۹۵-۲۰۱۳) کشور تقریباً دموکراسی بود، و با این حال در این دوره، این کشور سه برابر تعداد معاهدات (۳۰) از ونزوئلا-کشوری که به دلیل سلب مالکیت از سرمایه‌گذاری خارجی بدنام است- را نقض کرد و علل آن را بحران‌های مالی خود و کاهش ارزش پول، سیاست‌هایی را برای کمک به شهروندان و کسب و کارها وضع کرد؛ که احتمال سلب مالکیت غیرمستقیم را در داوری سرمایه‌گذاری را افزایش داد و بخش بزرگی از پرونده‌های خود را از دست داد (تقریباً ۶۲ درصد)؛ به این معنی که دیوان‌های داوری حکم دادند که آرژانتین معاهدات سرمایه‌گذاری خود را، اغلب در زمان دعوی نقض کرده است. دلالت‌های نظری و تجربی طی بررسی نشان داد این باور عمومی را که دموکراسی‌ها به دلیل ویژگی‌های تعیین‌کننده آن‌ها، یعنی حکمرانی گسترده و انتخابات معتبر، کمتر به احتمال زیاد تعهدات بین‌المللی را که پذیرفته‌اند، زیر پا می‌گذارند (کارلسون، ۲۰۲۱، ۴۷). برای دولت بسیار مهم باشد در زمانی که اختلاف سرمایه‌گذاری، پیشگیری از آن ممکن نیست،

بایستی دفاعی قوی و قاطعانه داشته باشد و با اطمینان با سرمایه‌گذاران روبرو شود. زیرا آگاهی درباره حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، نوعی قدرت است و فقدان آن، مانع مهمی برای مشارکت معنادار کشورهای در حال توسعه در رژیم معاهده سرمایه‌گذاری است (ساتورا، ۲۰۲۱، ۲). مهم‌تر اینکه جامعه سرمایه‌گذاران، اگر دولت را قوی و سخت‌تلقی کند، این موضع باعث منصرف کردن سرمایه‌گذارانی که ادعاهای بیهوده یا نه چندان قوی دارند می‌شود. دولت‌های مایل هستند موضع یکسانی در مورد داوری سرمایه‌گذاری ایجاد کنند و با آن سازگار باشند. شهرت خوب در مقابل دیوان، قیمتی ندارد؛ اما اینکه دیوان‌ها قادر به تشخیص منصفانه و محترم بودن یک کشور طرف منازعه خاص هستند، ممکن است بر نحوه تصمیم‌گیری آن‌ها در مورد اختلاف تأثیر بگذارد (ساتورا، ۲۰۲۱، ۱۳۱).

۵-۲. حکمرانی مطلوب و دیوان‌های داوری در دعاوی سلب مالکیت

عده‌ای معتقدند ثقل استناد هدف عمومی در سلب مالکیت در کشورهایی است که به دنبال انکار (دبه‌درآوردن) تعهداتشان در قبال حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی پس از استخراج ارزش استراتژیک مستقیم از سرمایه‌های آن‌هاست. لذا هدف این دکترین، کنترل اقدامات خودسرانه دولت‌ها است؛ زیرا اهداف عمومی دولت‌ها ثابت نیستند و برحسب شرایط مختلف، دولت‌ها هستند که همواره بهترین داور در تشخیص منافع و اهداف عمومی کشور خود می‌باشند (زایدل، ۱۳۹۱، ص ۲۹۶). به همین دلیل در حقوق بین‌الملل ضابطه عینی یا موازین متفق علیه و روشنی برای ارزیابی هدف و منظور دولت از اخذ اموال خارجی یا شناخت ماهیت رفتار دولت با

این اموال وجود ندارد. به طور کلی مرکز داوری ایکسید نیز مانند سایر مراجع قضایی و داوری بین‌المللی، تمایل چندانی به تعیین مصالح و منافع عمومی دولت‌ها ندارد. این موضوع در رأی داوری گوئتز علیه بروندي (مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری، آنتوان گوئتز و همکاران جمهوری بروندي، ۳/۹۵)، با عبارات ذیل بیان شده است: «در مواقعی که خطای عینی یا قانونی، سوءاستفاده از قدرت و یا سوءبرداشت آشکاری وجود ندارد، لازم نیست که دیوان داوری، تشخیص خود را در تعیین منافع ملی، جایگزین نظر دولت بروندي نماید.» رأی دیوان داوری در پرونده والتر فلچر اسمیت (ادعاهای والتر فلچر اسمیت، آمریکار علیه کوبا، ۱۹۲۹، ۹۱۳)، اختلاف میان ایالات متحده و کوبا در سال ۱۹۲۹ نیز از این حیث قابل‌توجه است. به ویژه آنکه دیوان داوری استدلال دولت خوانده را نپذیرفته و بیان داشته‌است: «فرآیند سلب مالکیت با حسن نیت همراه نبوده و با هدف کاربرد عمومی نیز صورت نگرفته است... اموال مصادره‌شده، بلافاصله به بهانه اهداف عمومی به شرکت خوانده واگذار شده، در حالی که در واقع، منافع شخصی مدنظر بوده و هیچ کاربرد عمومی نداشته است.» در دهه هفتاد، مراجع داوری رسیدگی‌کننده به دعاوی نفتی علیه لیبی، نظریات متفاوتی را در خصوص شرط هدف عمومی، ابزار نمودند. در پرونده لیامکو علیه لیبی (شرکت نفت آمریکایی لیبی (لیامکو) مقابل لیبی، ۱۹۷۷، ۱۴۰)، داور منفرد، عقیده داشت که دولت‌ها در تعیین منافع عمومی خود، آزادی عمل کامل دارند: «حقوق بین‌الملل، انگیزه را ملاک قرار نمی‌دهد و هر دولت آزاد است مواردی را که برای منافع عمومی خود سودمند یا ضروری می‌داند، تعیین نماید... اصل کاربرد عمومی، از

جمله شروط ضروری برای مشروعیت ملی سازی، محسوب نمی شود». در دعوای بریتیش پترولیوم علیه لیبی (بریتیش پترولیوم علیه لیبی، ۱۹۷۳، ۱۹۷۴، ۲۹۷، ۳۷۵)، داور منفرد در رأی صادره استدلال کرد که طبق حقوق بین الملل، ملی کردن در صورتی مشروع و مجاز است، که برای حفظ منافع عمومی بوده و تبعیض آمیز نیز نباشد، در حالی که اقدام دولت لیبی در ملی کردن قرارداد از انگیزه ها و ملاحظات سیاسی ناشی شده است. بنابراین این اقدام، آشکارا تبعیض آمیز بوده و خلاف موازین حقوق بین الملل و غیر مشروع است. دیوان در پرونده امریکن اینترنشنال گروپ علیه ایران (دادگاه تجدید نظر منطقه کلمبیا، ۱۹۸۱، ۴۳۰)، اعلام نمود که ملی سازی، نامشروع نبوده؛ زیرا دیوان شواهدی در دست ندارد که نشان دهد ملی سازی بنا به اهداف عمومی صورت نگرفته است. در پرونده انیا کورپوریشن علیه ایران (دادگاه دعوای ایران و ایالات متحده، انیا کورپوریشن علیه مالکیت بر مبنای اهداف عمومی، به خودی خود، نامشروع نیست. دیوان داوری ایران و آمریکا، در پرونده آموکو (شرکت مالی بین المللی آموکو علیه جمهوری اسلامی ایران، ۱۹۸۷، ۳۱۰-۵۶-۳)، بیان داشت: «..... عمل سلب مالکیتی که تنها هدف آن، پرهیز از تعهدات قراردادی دولت یا ارگان تحت کنترل آن باشد، نمی تواند در هر حال، بر مبنای حقوق بین الملل، مشروع تلقی شود». دیوان داوری ایکسید در پرونده آموکو علیه اندونزی (مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری شرکت آموکو آسیا و دیگران علیه جمهوری اندونزی، ۱/۸۱) بیان داشت: «در حقوق بین الملل عام، حق ملی سازی، در بردارنده آن است که اقدام دولت، ملی کردن حقیقی باشد؛ یعنی سلب

مالکیت یا مصادره حقوق قراردادی، با هدف حمایت یا پیشبرد منافع عمومی صورت پذیرد». دیوان، در پرونده سانتا النا علیه کاستاریکا (مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری، سانتا النا علیه کاستاریکا، ۱/۹۶)، به صراحت بیان نمود: «حقوق بین الملل، دولت را مجاز می داند تا در سرزمین خود و بنا به یک هدف عمومی، به سلب مالکیت از بیگانگان اقدام نماید». در پرونده اهرام (مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری، خواص اقیانوس آرام جنوبی علیه جمهوری عربی مصر، ۳/۸۴)، مرجع داوری اعلام نمود: «طبق حقوق بین الملل، خوانده حق داشته است که به منظور حمایت از آثار باستانی، نسبت به لغو پروژه جهانگردی در سرزمین خود اقدام نماید».

دیوان در پرونده متالکد علیه مکزیک، آزمون اثرات اقتصادی را به عنوان معیارهای غالب در تعیین اینکه آیا یک اقدام نظارتی می تواند مصادره شود یا خیر، بررسی کرد. دیوان در تصمیمش بدو بیان کرد متالکلاد درگیر فعالیتی گسترده با اتکا به اطمینان های مقامات دولتی شده بود. این انتظاری مشروع بود که سرمایه گذار بتواند پروژه را تکمیل و اجرا کند. لذا به محض اینکه مقامات دولت مرکزی طرفین هر نوع سوء تفاهم یا ابهامی شوند، موظف هستند ضمن تضمین اتخاذ اقدامات عاجل اصلاحی، این موارد را اعلام کرده به نحوی که سرمایه گذار، بتواند با اعمال راهکارهای مناسب و با اطمینان از اینکه وفق قوانین ذی ربط رفتار می کند، کار را پیش ببرد (شرکت متالکد مقابل مکزیک، ۲۰۰۰، ۷۶). دیوان چنین حکم داد که سرمایه گذار در اتکا و اعتماد بر نمایندگان مقامات محلی به حق بوده است (شرکت متالکد مقابل مکزیک، ۲۰۰۰، ۶۹). در نتیجه عمل ایالت و مقامات محلی، تحت ماده

اجرا کند. اتخاذ تصمیمات و اقدامات حاکمرانی هرچند سطحی (فدرال - ایالتی)، باعث شد که دیوان داوری ادعا خواهان را وارد بداند. جدا از این، بنا بر بررسی‌ها، دولت مکزیک ضرب‌الاجل پرداخت خسارت به متالکلد را، به دلیل اختلافات مداوم با سطوح مختلف دولت درگیر در این پرونده، در مورد تسقیط و تقسیم مناسب تسویه حساب از دست داد (تینهارا، ۲۰۰۸، ۲۵۵).

در پرونده ال سی ام اس علیه آرژانتین (ال سی ام اس علیه آرژانتین، ۲۰۰۵، ۱۲۰۵)، آرژانتین به منظور دفاع از خود با تکیه بر اوضاع وخیم اقتصادی در سال ۲۰۰۰ و ماده ۲۵ طرح مسئولیت دولت‌ها و ماده ۲۵ موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری ایالات متحده آمریکا و آرژانتین، استناد کرد، خواهان ادعای نقض معاهده از طریق رفتار خودسرانه، سلب مالکیت، شرط فراگیر داشت. دیوان در این پرونده به مقدمه معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین آمریکا و آرژانتین استناد و اظهار کرده است:

«بدون شک محیط حقوقی و تجاری با ثبات عنصر اساس رفتار منصفانه و عادلانه است. اقدامی که به خاطر آن شکایت طرح شده است، فضای حقوقی و تجاری که سرمایه‌گذاری تحت آن صورت گرفته را کاملاً تغییر داده است. محرز است که تضمینی که تحت نظام حقوقی و عناصر بارز آن برای تصمیم به انجام سرمایه‌گذاری اعطا شده بود، ارزش بنیادین و حیاتی داشته. علاوه بر شرایط خاص معاهده، تعداد بسیاری از معاهدات اعم از دو یا چندجانبه، حکایت از غیرقابل تفکیک بودن استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه از ثبات و قابل پیش‌بینی بودن دارند» (ال سی ام اس علیه آرژانتین، ۲۰۰۵، ۲۷۴-۲۹۶).

۱۱۰۵ نفتا باعث نقض استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه شده است و اعلام کرد مکزیک نتوانسته در برابر برنامه‌ریزی تجاری و سرمایه‌گذاری متالکلد تضمین شفافیت و قابل‌پیش‌بینی بودن را فراهم نماید. بررسی کلی شرایط، حکایت از فقدان یک جریان منظم و وضعیت دقیق در رابطه با سرمایه‌گذار یک طرف معاهده می‌نماید که انتظار دارد طبق معاهده نفتا، با آن رفتار منصفانه و عادلانه‌ای شود. دیوان بیان داشت، فرمان زیست-محیطی به خودی خود عملی معادل سلب مالکیت خواهد بود (شرکت متالکلد مقابل مکزیک، ۲۰۰۰، ۸۳). در ادامه اعلام نمود که سلب مالکیت، نه تنها بردن آگاهانه اموال مانند ضبط آشکارا و یا انتقال رسمی و یا اجباری مال به نفع دولت میزبان می‌باشد، بلکه مداخله جزئی و ضمنی که منجر به محرومیت سرمایه‌گذار در استفاده یا انتفاع مال گردد شامل می‌شود (شرکت متالکلد مقابل مکزیک، ۲۰۰۰، ۱۰۳). حکم متالکلد این دیدگاه از یک طرف را بیان می‌کند. فرمان زیست-محیطی را معادل سلب مالکیت می‌داند؛ و از طرف دیگر فقدان یک روند تصمیم‌گیری موثر به موقع و منظم دولت بر سرمایه‌گذار خارجی ممکن است منجر به این شود که دیوان نتیجه بگیرد سلب مالکیت غیرمستقیم رخ داده است (دولزر، ۲۰۰۸، ۹۶۰). این حکم، اولین داوری بود که در آن یک سرمایه‌گذار نفتا ادعای موفقیت آمیزی را طبق ماده ۱۱۰۵ (رفتار منصفانه و عادلانه‌ای) ارائه کرد (فرانک، ۲۰۰۵، ۱۵۷۷). در حکمرانی خوب، دولت میزبان بایستی از تصویب قوانینی که مستعد چالش هستند، توسط ایالت‌های محلی جلوگیری نماید. با انجام اقدامات سریع و مؤثر علیه دولت‌های ایالتی و محلی که از آن‌ها پیروی نمی‌کنند، محدودیت‌ها را به شدت

در واقع، آرژانتین توضیح داده که سرمایه‌گذار مالکیت و کنترل سرمایه‌گذاری را در دست دارد. دیوان متقاعد شده است که در این اختلاف واقعاً چنین است و بنابراین معتقد است که دولت آرژانتین استانداردهای حفاظتی معاهده را نقض نکرده است (ال سی ام اس علیه آرژانتین، ۲۰۰۵، ۲۶۳-۲۶۴). در پایان دیوان حکم داد که عملکرد آرژانتین منجر به نقض رفتار منصفانه و عادلانه شده است و محکومیت خوانده، نه از باب سلب مالکیت، بلکه به دلیل عدم ثبات سیاسی در تغییر کامل فضای حقوقی و تجاری که سرمایه‌گذاری تحت آن صورت گرفته است، می‌باشد. دیوان در خصوص شرایط توسل خوانده به ضرورت با استناد ماده ۲۵، مواد مربوط به مسئولیت دولت‌ها، بیان داشت، وجود ضرورت به عنوان دلیلی برای جلوگیری از تخلف در حقوق بین‌الملل دیگر مورد مناقشه نیست. این دلیل استثنایی است. برای جلوگیری از سوءاستفاده، از آن باید به روشی محتاطانه رسیدگی شود و به این مضمون که ضرورت «نمی‌توان استناد کرد» مگر اینکه شرایط سختی رعایت شود. درک دلیل آن کار سختی نیست. اگر شرایط سختگیرانه‌ای مورد نیاز نباشد و یا به راحتی اعمال شود، هر کشوری می‌تواند برای فرار از تعهدات بین‌المللی خود، به ضرورت استناد کند. این قطعاً مغایر با ثبات و قابل‌پیش‌بینی بودن قانون خواهد بود (ال سی ام اس علیه آرژانتین، ۲۰۰۵، ۳۱۷-۳۱۸). لذا دیوان به صورت آشکارا رعایت اصول حکمرانی مطلوب، نظیر پاسخگو بودن، قابل‌پیش‌بینی بودن، ثبات لازم در سیاست‌ها و رویه‌های اداری و بخشنامه‌های مربوط به حقوق سرمایه‌گذاری را لازم دانسته و مورد توجه قرار می‌دهد. هر چند دیوان در قضیه ال. جی اند. ای، با وجود وقایع و

اقدامات دولتی یکسان و استناد به مبانی ماهوی واحد، آرای متعارضی صادر نمود (افتخار جهرمی، ۱۴۰۰، ۱۲). دیوان در پرونده اهرام مصر، ادعای دولت مصر به عنوان خوانده که اعمال مقامات مصری به علت اینکه با ماهیت غیر قابل انتقال بودن زمین‌های دولتی در تعارض بوده و انتقال آن وفق شیوه‌ها و روال مصرح در قوانین مصر صورت نگرفته است و اقدامات و اعمال باطل و لغو هستند، استدلال خوانده را مردود دانست و به این شرح رأی داد:

«تحت قانون مصر، این امر امکان دارد که اعمال خاص مقامات دولتی مصر، حتی فرمان شماره ۴۷۵ ریاست جمهوری، عملی غیرقانونی لغو و باطل یا غیرنافذ تلقی شود؛ اما این اعمال تحت پوشش مقامات دولتی واقع شده و مورد بحث و مذاکره قرار گرفته؛ به نحوی که سرمایه‌گذار خارجی، سرمایه‌گذاری خود را با اتکا بر این اعمال بنا گذاشته است (اس‌پی‌پی علیه مصر، ۱۹۹۲، ۲۹). آن اعمال اعم از اینکه تحت قانون مصر مشروع بوده یا خیر، اعمالی هستند که توسط مقامات صلاحیت‌دار مصری، از جمله بالاترین مقامات اجرایی دولت واقع شده است. این اعمال که در حال حاضر ادعا می‌شود نظام حقوقی داخلی مصر را نقض کرده، منجر به ایجاد انتظاراتی شده است که به‌وسیله اصول ثبت‌شده حقوق بین‌الملل حمایت می‌شود» (اس‌پی‌پی علیه مصر، ۱۹۹۲، ۸۲-۸۳). بنابراین دیوان دفاعیات خوانده مبنی اینکه حذف پروژه در راستای اعمال قانون ۴۳ سال ۱۹۷۴ منع ملی‌سازی و یا مصادره است را نپذیرفت (اس‌پی‌پی علیه مصر، ۱۹۹۲، ۱۶۰).

در پرونده چمتورا در مقابل کانادا، دیوان به مقررات زیست-محیطی کانادا اشاره نمود و ادعایی مبنی بر نقض مقررات مربوط به حمایت از

محتاط و دوراندیش در زمان انجام سرمایه‌گذاری قابل پیش‌بینی است.

مهم‌ترین پرونده که نقش اصول حکمرانی از جمله مشارکت مدنی به خصوص رسانه‌ها و سازمان‌های غیررسمی، حاکمیت قانون، مقررات‌گذاری، پیش‌بینی‌پذیر بودن در خصوص اختلاف سلب مالکیت در آن برجسته است، پرونده متانکس بود. متانکس ادعا کرده است که ممنوعیت کالیفرنیا بر روی ام‌تی‌بی‌ای، یکی دیگر از مواد افزودنی سوخت، (در میان سایر ادعاها) مصادره کردن تجارت تولید متانول آن، یکی از اجزای اصلی ام‌تی‌بی‌ای، اتیل و متانکس بوده است، دیوان در پرونده متانکس اعلام کرد که اگر اقدام منتهی به محرومیت اساسی با اهداف نفع عمومی و غیرتبعیض‌آمیز و هر دو با رسیدگی منصفانه باشد، دولت متعهد نیست جبران خسارت کند، مشروط بر آنکه انگیزه آن، باور صادقانه، همراه با حسن نیت مستند به جهات علمی معقول اعلام شود (شرکت متانکس علیه ایالات متحده آمریکا، ۲۰۰۵، ۱۰۲).

دیوان در این پرونده علیه ایالات متحده آمریکا، حکم داد که سرمایه‌گذار خارجی کانادایی می‌توانسته قواعد خاص محیط زیستی که در کالیفرنیا وضع شده را از قبل پیش‌بینی نماید (شرکت متانکس علیه ایالات متحده آمریکا، ۲۰۰۵، ۱۰۲). پیامد این تکلیف، این است که مراجع باید بین مقررات مشروع و سلب مالکیت قانونی تمایز قائل شوند و مرز آن را مشخص کنند.

داوری در عمل و به وضوح، نه حکمرانی خوب را در یک مورد خاص افزایش نمی‌دهد و یا تأثیر بگذارند. برای سه داور سرمایه‌گذاری که در اتفاقی در هتل پاریس نشسته‌اند، لزوماً نمی‌بینند که

سرمایه‌گذاری نفتا را رد کرد؛ زیرا شواهد مثبتی از آسیب‌های علمی وجود داشت (شرکت کم‌تورا در مقابل دولت کانادا، ۲ آگوست ۲۰۱۰). دیوان تصمیم گرفت که ارزیابی دولت مطابق با استانداردها و تعهدات بین‌المللی بوده و تولید ماده شیمیایی مورد بحث، از ریسک بهداشتی قابل قبول بر اساس این استانداردها فراتر می‌رود (شرکت کم‌تورا در مقابل دولت کانادا، ۲ آگوست ۲۰۱۰) در رد ادعاهای شاکی بر اساس ماده ۱۱۰۵ (حداقل استاندارد رفتار) نفتا، دیوان به این نتیجه رسید که شاکی نتوانست ثابت کند که بررسی ویژه آژانس تنظیم مقررات مدیریت آفات در مورد آفت کش‌های مبتنی بر لیندان با سوءنیت یا با نقض استانداردهای موجود انجام شده است. دیوان در نهایت به این نتیجه رسید که رفتار کانادا طبق ماده ۱۱۱۰ نفتا، مصادره مالکیت نیست. برای اینکه اقدامی مصادره شود یا معادل مصادره باشد، دیوان تشخیص داد که این اقدام باید سرمایه‌گذار را به طور قابل ملاحظه‌ای از سرمایه‌گذاری خود محروم کند. علاوه بر این، دیوان اعلام کرد که اقدامات آژانس تنظیم مقررات مدیریت آفات، بخشی از اعمال قانونی اختیارات پلیس کانادا است، زیرا ماهیت آن اقدامات غیر تبعیض‌آمیز، برای حفاظت از سلامت انسان و محیط‌زیست است. به این ترتیب، آن‌ها نمی‌توانند مصادره‌ای را انجام دهند. در عین حال باید توجه داشت که هرگونه تغییری در نظام حقوقی کشور میزبان که بر اموال خارجی‌ان تأثیر بگذارد، منجر به نقض انتظارات مشروع نمی‌گردد. اگر تغییر صورت گرفته در محدوده تعدیل و تغییرهای مدنی و عادی کشور میزبان باشد که در دیگر کشورها نیز امری مقبول است، به واقع نقض صورت نگرفته است. وقوع چنین تغییراتی برای یک سرمایه‌گذار

بدانند آیا ساختار دولتی ترکیه مکانیسم‌های کافی برای متغیرهای حکمرانی دارد یا نه؟ و نه آن‌ها را تایید کند. با این حال، آنچه خارج از دسترس آن‌ها نیست، توجه به استدلال‌های سرمایه‌گذاری در نحوه اقدامات دولت‌ها و ماهیت آن‌ها است (پرونده متالکد، پرونده‌ها علیه لیبی و مصر و حتی ایران). اما قدر متقین این است استدلال طرح‌شده، می‌تواند به دولت میزبان اجازه دهد تا نقایص حکمرانی خوب را که در یک حکم مشخص شده است، شناسایی و اصلاح کند. به نهاده‌های عمومی در مورد خطراتی که بیانیه‌ها و تصمیمات آن‌ها برای دولت ایجاد می‌کند یادآوری نماید. مراجع قضائی و داوری بین‌المللی، که تمایل چندانی به تعیین مصالح و منافع عمومی دولت‌ها ندارد، استدلال دارند در حقوق بین‌الملل انگیزه دولت‌ها ملاک نیست. به همین ترتیب به نحوه حکمرانی و رابطه تعیین حکمرانی خوب و تعیین اهداف عمومی، رابطه عموم و خصوص مطلق است.

۶. نتیجه‌گیری

حکمرانی مطلوب در راستای تحقق مفهوم حاکمیت، به مثابه مسئولیت طراحی و ارائه شده است. به هر میزان که مسئولیت‌پذیری حاکمیت بیشتر باشد، میزان اعتماد به آن نیز افزایش پیدا می‌کند. از طرفی، مفهوم حکومت قانون و عناصر اصلی آن، در بطن حکمرانی مطلوب تبلور پیدا می‌کنند. در واقع آن‌چه که از بطن حکمرانی مطلوب به دست می‌آید، تقویت عناصر حکومت قانون می‌باشد. مؤلفه‌هایی که در چهارچوب حکمرانی مطلوب و مفهوم نوین دموکراسی مطرح می‌شود، در واقع عناصری می‌باشند که تشکیل دهنده مفهوم حکومت قانون هستند. مفهوم حکومت قانون، یکی از مفاهیم مبنایی و اساسی

در عالم حقوق محسوب می‌شود. به طور کلی مقصود از حکومت قانون این است که، کلیه روابط تابعان حقوق و آثار آن باید به موجب مقررات و قوانین خوب تنظیم شوند. مفهوم حکومت قانون دارای پنج عنصر اصلی می‌باشد که عبارتند از: دسترسی به عدالت و رسیدگی قضایی؛ جزمیت حقوقی و قابل‌پیش‌بینی بودن؛ تناسب؛ برابری و عدم تبعیض؛ و نهایتاً شفافیت.

در فرآیند سرمایه‌گذاری خارجی، اولین و مهم‌ترین چالشی که سرمایه‌گذاران با آن مواجه هستند، تضمین امنیت مالکیت و سرمایه آن‌ها در برابر مخاطرات سیاسی، عدم شفافیت، مصادره اموال با توسل به بهانه‌های سیاسی و دادرسی جانبدارانه می‌باشد. این چالش‌ها نیازمند قواعد و هنجارهای حقوقی مستحکمی می‌باشند که پیشگیری و رفع آن‌ها را تضمین نماید. اصول حکمرانی مطلوب در قالب پیشنهاد یک الگوی مناسب، با طراحی مجموعه‌ای از اصول مبنایی که در مقصد نهایی منتهی به تضمین حکومت قانون و ایجاد حاکمیت مسئولیت محور می‌شود، به عنوان یکی از مشوق‌های تأثیرگذار بر تداوم سرمایه‌گذاری خارجی محسوب می‌شود. نکته دیگری که در این جا باید به آن عنایت داشت این است که، از یک‌سو، شکل‌گیری و تقویت اصول الگوی حکمرانی مطلوب، از طریق اعمال و تضمین حکومت قانون و اصول عدالت، موجب می‌شود که کارکرد عناصر مهمی مانند «شفافیت» و «قابل‌پیش‌بینی بودن» در وضعیت حداکثری قرار گیرد؛ و از سوی دیگر، وجود عناصر شفافیت و قابل‌پیش‌بینی بودن حداکثری در هر نظام حقوقی، موجب می‌شود که میزان فساد در جامعه مورد نظر به حداقل میزان ممکن کاهش یابد.

۷. سهم نویسندگان

کلیه نویسندگان به صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

۸. تضاد منافع

در این پژوهش هیچگونه تضاد منافی وجود ندارد.

منابع فارسی

- افتخار جهرمی، گودرز، نریمانی زمان آبادی، محمدرضا، تعارض آرا در داوری سرمایه‌گذاری گونه شناسی، عوامل و راهکارها، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۶۴، بهار - تابستان ۱۴۰۰.
- زایدل، هوهن فلدن، حقوق بین‌الملل اقتصادی، ترجمه سید قاسم زمانی، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، چاپ پنجم، تهران ۱۳۹۱.
- قنبری جهرمی، محمد جعفر، علیخانی کردشامی، حمیدرضا، حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در معاهده منشور انرژی، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۹، شماره ۷۳، خرداد ۱۳۹۵.
- منصوری نراقی، محمود؛ سرمایه‌گذاری خصوصی خارجی و تشکیل مرکز سازمان بین‌المللی برای حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری، مجله: نامه اتاق بازرگانی « شماره ۱۴۳، بهمن و اسفند ۱۳۴۳.
- بر اندیشه‌های فوکو، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال هجدهم، شماره ۵۲، پاییز ۱۳۹۵.

ب) منابع انگلیسی

- Berge, Tarald Laudal. Dispute by Design? Legalization, Backlash, and the Drafting of Investment Agreements. International Studies Quarterly, 2020.
- Brutger, Ryan; Strezhnev, Anton. International Investment Disputes Media Coverage and Backlash Against International Law. SAGE Journals. Collection. 2022.
- Carlson, David and Ziegler, Jeffrey, The Role of Democratic Governance and Indirect Expropriation in International Investment Treaty Violations, Uluslararası İlişkiler / International Relations, 2021, Vol. 18, No. 72. 2021.
- Franck, Susan D. The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions, Fordham Law Review, Volume 73, Issue 4, 2005.
- Kaufmann, Daniel, Rethinking Governance: Empirical Lessons Challenge Orthodoxy, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=386904>. 2003.
- Newcombe A and Paradell L, "Chapter 7 Expropriation" in Law and Practice of
- Aisbett, Emma, Rethinking International Investment Governance: Principles for the 21st Century, Australian National University, Crawford School of Public Policy. 2018.

(New York and Geneva, United Nations). <http://info.worldbank.org/governance/wgi/Home/Reports>. 2011.

Cases:

- Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/81/1.
- American International Group, Inc. , et al. v. Islamic Republic of Iran, et al, U. S. Court of Appeals for the District of Columbia Circuit - 657 F. 2d 430 (D. C. Cir. 1981).
- Amoco International Finance Corp. v. Islamic Republic of Iran, AWARD NO. 310-56-3, 1987.
- British Petroleum v. Libya, Award, 10 October 1973 and 1 August 1974.
- Chemtura Corp. v. Gov't of Canada, NAFTA/UNCITRAL, Award, (Aug. 2, 2010).
- Compañía del Desarrollo de Santa Elena S. A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1.
- Methanex Corporation v. USA, NAFTA Arbitral Tribunal, Final Award, 2005, part. IV, chapter D, para. 7. available at: <http://www.state.gov/documents/organization/51052>. , February 2013.
- Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt ICSID Case No. ARB/84/3.
- Investment Treaties: Standards of Treatment. 2009.
- Pelc, Krzysztof, Does the International Investment Regime Induce Frivolous Litigation? May 10, 2016.
- Dolzer, Rudolf, The Impact of International Investment Treaty on Domestic Administrative Law. International Law and Politics [Vol. 37:953], 2008.
- Sattorova, Mavluda and Vytiaganets, Oleksandra. *Learning from Investment Treaty Law and Arbitration: Developing States and Power Inequalities*. In: Legitimacy of Investment Arbitration. Cambridge University Press, Cambridge. 2021.
- Tienhaara, K. S. The Expropriation of Environmental Governance VU Research Portal. 2008.
- Titi. Aikaterini, The Right to Regulate in International Investment Law, in 10 STUDIES IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW 19–21, 2014.
- UNCTAD, Best Practices in Investment for Development. How to prevent and manage investor-State disputes: Lessons from Peru, Investment Advisory Series, Series B, number 10,

- *Waguih Elie George Siag and Clorinda Vecchi v. The Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/15, Award dated 1 June 2009.
- *Walter Fletcher Smith claims (Us V Cuba)* Award 2 May 1929.
- *Antoine Goetz et consorts v. République du Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3.
- *Walter Fletcher Smith claims (Us V Cuba)* 1929, p. 913 *Libyan American Oil Company (Liamco) v Libya* 1977.
- *INA Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran* IUSCT Case No. 161.
- *Metal clad crop. v. mexico*, 2000.
- *CMs. v. Argentina*, 2005.
- *SPP v Egypt*, 1992.

