

## بررسی رفتار منصفانه و عادلانه در سرمایه گذاری خارجی

ماشاله افشار پور، دکتر بهروز مجد زاده خاندانی

گروه حقوق، واحد بندرعباس، دانشگاه آزاد اسلامی، بندرعباس، ایران

گروه حقوق، واحد بندرعباس، دانشگاه آزاد اسلامی، بندرعباس، ایران (نویسنده مسؤل)

**چکیده:** نگرانی فزاینده ی کشورها در جهت جذب سرمایه گذاری خارجی در داخل قلمرو خود، منجر به تبیین یک چارچوب حقوقی به منظور تشویق سرمایه گذاری در محیطی امن و با ثبات برای سرمایه گذار در داخل قلمرو دولت میزبان گشته است. هسته ی مرکزی این چارچوب را می توان استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه دانست که (به عنوان یک استاندارد بی قید و شرط) نظامی مستقل و قابل اتکا برای حمایت از سرمایه گذار فراهم می آورد. اما استعمال مفهوم واقعی انصاف که زیربنای این استاندارد محسوب می گردد به دلیل عدم دقت نظر در به کارگیری معنای واقعی این مفهوم گاهی اوقات به مخاطره افتاده است. پژوهشگران در میان تفاسیر متعددی از این مفهوم مردود بوده اند، به طوری که گاهی سعی بر انطباق این استاندارد با مفاهیم حقوقی موجود همچون استاندارد بین المللی حداقل در حقوق بین الملل عرفی داشته و یا گاهی نیز اقدام به تبیین یک مفهوم کاملاً نوین در پیکره ی حقوقی مجزایی نموده اند. این پژوهش به بررسی جدیدترین و قطعی ترین تلاش ها در راستای تعریف استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه در حقوق بین الملل نوین اختصاص دارد، که همگی به مبحث پویا و در عین حال بحث بر انگیز فوق کمک می کند.

**کلیدواژه‌ها:** سرمایه گذار، اصل رفتار منصفانه، دولت میزبان، سرمایه گذاری، معاهدات سرمایه گذاری

### مقدمه:

رفتار منصفانه در اغلب اسناد مرتبط به سرمایه گذاری درج شده و در بسیاری از دعاوی داوری نیز مورد استناد و در نتیجه بحث و بررسی قرار گرفته است.

با وجود این هنوز ابهاماتی در باب محتوا و مفهوم آن وجود دارد. این حقیقت امروزه تقریباً مورد پذیرش قرار گرفته که رفتار منصفانه و عادلانه مستلزم سبک رفتار خاصی از جانب دولت میزبان است؛ رفتاری که در که مصادیق اصلی آن چارچوب حاکمیت قانون معنا می یابد.

اجتناب از اقدامات خودسرانه و تبعیض آمیز، توجه به انتظارات اساسی سرمایه گذار، حفظ ثبات حقوقی سرمایه گذاری، حسن نیت و دادرسی عادلانه می باشد، اما رفتار منصفانه ب هعنوان یک معیار و نه یک قاعده حقوقی، از سطحی از انعطاف برخوردار است که تطبیق آن را با شرایط حاکم بر هر قضیه خاص امکان پذیر می سازد.

یکی از شرایطی که در بازنگری نقض این معیار تاثیرگذار است، عملکرد و رفتار سرمایه گذار در برابر جامعه محلی دولت میزبان می باشد. دولت میزبان می تواند در برابر رفتاری که سرمایه گذار آن را غیرمنصفانه و غیرعادلانه خوانده است به عملکرد سرمایه گذار استناد کرده و اقدام خویش را واکنش متناسب به عملکرد متخلفانه سرمایه گذار معرفی کند.

### تفسیر لغوی معیار رفتار منصفانه و عادلانه

عبارت رفتار عادلانه و منصفانه نمی تواند در تعیین حق و تکلیف، یک سویه بوده و تنها ناظر بر رفتار یک طرف باشد، چرا که وقتی شخصی ملزم باشد در برابر دیگری عادلانه رفتار کند، خصایص، رفتار و موضع شخصی که موضوع عمل هست نیز باید در نظر باشد. واژه انصاف و عدالت مقارن با ایجاد تعادل و توازن بوده و تعادل بدون توجه به عملکرد طرف مقابل دور از ذهن می باشد. اعمال اصول دادگری و درستی در اجرای حق که در ذات انصاف مستتر است، نیازمند آن بوده که به هر دو طرف قضیه نظر داشت، نه آنکه مسئولیت را بر یک طرف و قوق و حمایت را به طرف دیگر واگذارد. دادرسی نمی تواند تمام کوشش خود را در آراستن منطق و حفظ سنت ها محدود کرده و به واقعیت های پیرامون آن و ضرورت های زندگی اجتماعی بی اعتنا بماند. منطق باید در خدمت نیازهای اجتماعی قرار گرفته و قواعد حقوقی بی آن که از حرمت آن کاسته شود، به گونه ای انعطاف پذیر و در راستای عدالت اعمال شود. لازمه انصاف تصمیم گیری بر اساس وجدان و حق است آنجا که از نرخ عادلانه، تعدیل اجاره بها و ... سخن رانده می شود، منظور پیچیدگی های زندگی اجتماعی، نیازهای طرفین و مصالح موجود در تصمیم قضایی نقشی تعیین کننده ایفا می کند.<sup>۱</sup> اعمال اصول انصاف که در نظام حقوقی انگلستان ریشه های عمیقی دارد، جهت ایجاد پویایی در نظام حقوقی کامن لا و تعدیل در قواعد خشک حقوقی خلق شده است. برخی از این اصول قطعاً به انگیزه ها و رفتار کسی می پردازد که خواهان اعمال انصاف است. در این نظام گفته می شود، شخصی که خواهان انصاف باشد باید منصفانه رفتار کند. همچنین، شخصی که به دنبال اعمال اصول انصاف می باشد باید پاکدست باشد. چنین ملاحظات مبتنی بر انصاف در رویکرد ناظر به عدالت تجاری کامن لا نیز انعکاس یافته

<sup>1</sup> - Hopkins, Antony G., (1980) "Property Rights and Empire Building: Britain's Annexation of Lagos 1861", Journal of Economic History, Vol. 40, No.4. p.521

است. درحالی که حقوق تجاری انگلستان در کل از دکتترین آزادی قرارداد حمایت می کند، در عوض از خواهان متوقع است به منظور بهره مندی از حمایت حقوقی، متعهد به عملکرد عادلانه و صادقانه ای «خلاف وجدان» باشد که از خواننده تقاضا دارد. این نظریه را می توان در قالب مفهوم اقدامات خلاصه کرد، به این معنی که دادگاه هر قراردادی که با عنصری از عملکرد نادرست از جانب یکی از طرفین آلوده شده باشد را کنار خواهد گذاشت چرا که حقوق آن را به عنوان عملکردی غیر در کامن لا احترام به قراردادهایی که عقلانی به رسمیت می شناسد.

طرفین به اختیار با یکدیگر منعقد می نمایند، یک اصل پذیرفته شده تلقی می گردد. با این وجود، قراردادهای منعقد شده ممکن است حاوی شروط غیرمنصفانه و گزافی باشد که حکم به اجرای آن برخلاف وجدان تلقی می گردد. به طور کلی نظریه شروط یرمنصفانه و خلاف وجدان در کامن لا مورد شناسایی قرار گرفته و بر اساس آن برخی از قراردادهای خصوصی مورد تعدیل یا ابطال قرار می گیرد. در نظام حقوقی ایران نیز، هرچند دادرسی نمی تواند به صورت مستقیم به اصل انصاف، عدالت و حسن نیت در تفسیر و تعدیل یک قرارداد استناد نماید، اما می توان گفت، عقد متباین بر انصاف و عدالت بنا شده است، تحقق انصاف، مبنای قصد مشترک طرفین بوده و لذا از استلزامات اجرای قصد مشترک طرفین که به صورت ضمنی، اما واقعی در هر قرارداد عقلایی نهفته، رفتار منصفانه است. قواعدی مانند لاضرر، احسان و اقدام، مؤید همین اصول در نظام فقهی و حقوقی ماست. کلاً می توان گفت، انصاف به این معناست که هر کس سود می برد زیان های ناشی از آن را نیز باید تحمل کند. بنابراین هر فردی که مدعی اعمال انصاف و رفتار منصفانه باشد، باید متناسب با منافع و امتیازاتی که از آن برخوردار می شود، پذیرای تعهد و مسئولیت نیز باشد.<sup>۲</sup>

### استاندارد جامع و کامل سرمایه گذاری خارجی

معیار رفتار عادلانه و منصفانه به عنوان یک استاندارد جامع و کامل بر این ایده استوار است که با معنای ساده ی خودش تلقی شود ، یعنی به عبارت دیگر هر کلمه ی موجود در این استاندارد باید بر پایه ی تعریف عمومی خودش مورد تحلیل قرار بگیرد. بنابراین ارزیابی مورد نیاز برای تعیین مفهوم و محتوای استاندارد برای ارائه به سرمایه گذار خارجی ، بر پایه ی معنای مقتضی دو اصطلاح "منصفانه" و "عادلانه" قرار خواهد گرفت. معذک تنها مبنای تعریف همین خواهد بود. اما پارامترهای دیگر نیز به حساب خواهند آمد که مهمتر از همه حقایق و ویژگی های خاص هر مورد می باشد. این روش معنای ساده در هماهنگی با قواعد تفسیر معاهدات تحت حقوق بین الملل است. این "کاملاً و بدون تردید سازگار با قواعد تفسیری حقوق بین الملل است"

<sup>2</sup> - ibid, p 389.

به این ترتیب می توان گفت یک رفتار وقتی عادلانه (بیطرفانه) است که "به دور از تعصب، تقلب یا بی عدالتی باشد؛ متساوی و مشروع ... بدون اخذ امتیاز ناروا؛ مهیای پذیرش هر ادعای معقول" و با همین مشخصه می توان رفتار منصفانه را با خصوصیات عدل و منصف بودن و معقول بودن باز شناخت.

یک قاعده مهم حاکم بر این نظریه در قضیه Pope و Talbot پدید آمد که بر آن اساس رکن انصاف در ماده ۱۱۰۵ قابل افزودن بر مقتضیات حقوق بین الملل است. نتیجه گیری اخیر بر اساس مفاد ماده ۱۱۰۵ نبوده چرا که دیوان تشخیص داد ماده چیزی بر خلاف آن را بیان می کند، اما تفسیر مبتنی بر BIT های امضا شده توسط ایالات متحده قبل و بعد از Nafta بود که استاندارد رفتار بالاتری را برای سرمایه گذار تضمین می نمود.

از سوی دیگر، در قضیه Pope و Talbot مشاهده شد که در صورت احتساب شرط دولت کامله الوداد، دیگر نفی رفتار بهتری که در سایر موافقت نامه های سرمایه گذاری به سرمایه گذار اعطا می شود امری بیهوده خواهد بود، با ملحوظ داشتن این که از طریق این شرط، سرمایه گذار به این رفتار بهتر دسترسی خواهد داشت. دیوان Pope و Talbot معتقد بود که استاندارد تبیین شده توسط Nafta همپایه ی استاندارد اعطایی BIT (مقدم بر Nafta) می باشد. دیوان تایید نمود که قصد طرفین محروم نمودن سرمایه گذاران تحت پوشش Nafta از رفتار بهتر موجود در BIT ها بوده باشد.<sup>۳</sup>

اینگونه رویکرد با معنای ساده متضمن مزایایی است از قبیل "مزایای قابل توجه یکپارچگی". حال این سوال مطرح می شود که چرا از "رفتار عادلانه و منصفانه" باید بسته به این که کدام BIT مورد نظر است معنای متفاوتی برداشت شود؟ این مساله ی کم اهمیتی نیست. به نظر می رسد که این رویکرد به طور قطع سبب یکپارچگی هرچه بیشتر تفسیر از این معیار می گردد که توسط محاکم داوری صادر می گردد. در واقع با تعبیر لغوی از این استاندارد، آراء داوری به وحدت رویه ی بیشتری سوق می یابند و تنها بر اساس حقایق موجود در هر قضیه ممکن است اندکی متفاوت باشند. ظاهراً تکیه بر معنای عام کلمات از تعیین استانداردهای خاص حقوق بین الملل عرفی که معادل معیار رفتار عادلانه و منصفانه می باشند بسیار سهل تر است. تصمیم (با لحاظ داشتن حقایق هر مورد) باید بر اساس این باشد که رفتار مورد نظر عادلانه و منصفانه است یا غیر عادلانه و غیر منصفانه.

<sup>3</sup> - ibid, p 432

رویگرد دیگر در خصوص موضوع، دیدگاه F.A Mann است که معتقد است تعهد رفتار عادلانه و منصفانه، تعهدی درخور توجه را شکل می دهد. این تعهد مهم دربرگیرنده ی استانداردهای دیگری است همچون شرط دولت کامله الوداد و معیارهای رفتار ملی. در دیدگاه وی این استانداردها برای تضمین عدم خدشه بر رفتار عادلانه و منصفانه اعطا می شوند. به طور کلی استانداردهای رفتار ملی و دولت کامله الوداد مستقل از استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه می باشند.

علیرغم این موضوع، Mann بیان می دارد که "برابر دانستن استاندارد عادلانه و منصفانه با استاندارد حداقل بین المللی گمراه کننده است: این امر به این دلیل است که واژگان رفتار عادلانه و منصفانه تداعی کننده ی رفتاری فراتر از استاندارد حداقل و حمایتی بیشتر و مطابق استاندارد عینی تر نسبت به هر آن چه که قبلا به آن تمسک جسته ایم، می باشد. یک محکمه داوری نباید نگران استاندارد حداقل، حداکثر و یا متوسط باشد، بلکه باید بداند آیا در هر اوضاع و احوالی، رفتار مدنظر رفتاری عادلانه و منصفانه بوده یا غیرعادلانه و غیرمنصفانه. هیچ معیار دیگری که با کلمات دیگر بیان می گردد اصولی و مناسب نیست. هر واژه ای باید به طور مستقل و جداگانه تفسیر و اعمال شود.

به هر حال، به عقیده برخی دیگر "رفتار عادلانه و منصفانه نباید مطابق حقوق بین الملل عرفی مورد ارزیابی قرار گیرد بلکه مفهومی موسع و معاصر از حقوق بین الملل عرفی را می نمایاند".

با تحلیل واقعیت های موجود در می یابیم که حتی آراء داوری بر مبنای قرارداد سرمایه گذاری که این استاندارد را با استاندارد حداقل بین المللی برابر می دانند به روشنی از حوزه ی اصطلاحات موجود در آن قرارداد فراتر رفته اند و به این استاندارد، معنایی فراتر از استاندارد حداقل بین المللی که امروزه شناخته شده است اعطا می نمایند. به نظر می رسد که محاکم از به کار بستن قواعد تفسیر حقوق بین الملل اطمینان بیشتری دارند و استاندارد را با توجه به اهداف معاهده و حقایق پرونده تعریف می نمایند. در خاتمه، آن ها تئوری رفتار عادلانه و منصفانه را به عنوان یک استاندارد کامل و جامع اعمال نموده اند. این ها به این دلیل است که غالب موافقت نامه های سرمایه گذاری (چنان که در فصل قبل اشاره شد) معیار رفتار عادلانه و منصفانه را قابل جایگزینی با استاندارد حداقل بین المللی نمی دانند و در آن هایی هم که این امر را جایز می شمارند، همسان دانستن آن با استاندارد حداقل بین المللی در حقوق بین الملل عرفی (به جز چند استثنا) به چشم نمی خورد.

یک دیدگاه قابل ذکر، مربوط به Rudolf Dolzer و Magrete Stevens است که بیان می‌دارند<sup>۴</sup> این واقعیت که طرفین یک معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه اذعان نمایند که این معیار، یک تعهد صریح می‌باشد، تا این که فقط به یک مرجع در حقوق بین‌الملل اتکا نموده و بدین شکل مفهوم مبهمی همچون استاندارد حداقل را تداعی نمایند، می‌تواند دال بر جامع و کامل بودن این استاندارد باشد. بعلاوه برخی معاهدات اضافه بر حقوق بین‌الملل به رفتار عادلانه و منصفانه اشاره می‌نمایند؛ و به این ترتیب تصریح می‌نمایند که استانداردهای حقوق بین‌الملل با شروط معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری (BIT) مطابقت دارند و مکمل آن محسوب می‌شوند.

با اینحال ملاحظات این تئوری نیز توأم با دشواری‌هایی است. رویکرد تفسیر لغوی ممکن است رویکردی ذهنی و فاقد دقت لازم باشد. به هر حال<sup>۵</sup> در برخی شرایط هم دولت میزبان و هم سرمایه‌گذار خارجی ممکن است این عدم صراحت را یک مزیت تلقی کنند چرا که سبب انعطاف‌پذیری هرچه بیشتر پروسه سرمایه‌گذاری می‌شود. بنابراین به نظر می‌رسد بسیاری از رویه‌های داوری به سمت این معیار جامع و کامل گام بر می‌دارند. شاید برای تبیین کامل معنای این استاندارد بر پایه‌ی ارکان آن، به داوری‌های بیشتری نیاز باشد.

پروفسور پی. جولیارد این موضوع را بدینگونه مورد تحلیل قرار می‌دهد که: "...تفسیر رفتار عادلانه و منصفانه به عنوان یک مفهوم غیر صحیح، به طور مداوم از طریق عمل محاکم داوری توسعه خواهد یافت".

پروفسور Muchlinski معتقد است: "مفهوم رفتار عادلانه و منصفانه صراحتاً مشخص نشده است. این مفهوم تنها یک نقطه‌ی آغاز کلی برای شکل‌گیری این بحث است که با سرمایه‌گذار خارجی بنا به دلایل تبعض آمیز و یا سایر پارامترهای غیر منصفانه که علیه منافع وی اتخاذ شده، رفتار خوبی صورت نگرفته است. از همین رو می‌توان آن را مفهومی دانست که به تفسیر حقایق آن مورد بستگی دارد. حداکثر می‌توان گفت این مفهوم بر اصل تناسب و عدم تبعیض در رفتار با سرمایه‌گذاران خارجی دلالت می‌نماید.<sup>۴</sup>

<sup>4</sup> - Kishoiyian, Bernard, (1993-1994) "The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law", *Northwestern Journal of International Law and Business*, Vol. 14, No. 2. P. 91.

باید نتیجه گرفت که استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه هنوز یک مفهوم مبهم و نامعین می باشد که باید توسط محاکم داوری بیشتر توسعه یابد. اما نکته مهم عبارتست از ایجاد نقطه آغازی که بر مبنای آن، محاکم داوری در آینده باید حکم دهند. آیا ما، با لحاظ داشتن حمایت از سرمایه گذار خارجی به بهترین وجه ممکن، قواعد تفسیری حقوق بین الملل را پذیرفته و بر اساس حقایق موجود تصمیم گیری خواهیم نمود و یا چارچوب آن را به استاندارد ی همچون معیار حداقل بین المللی محدود خواهیم نمود که متضمن حمایتی بسیار ابتدائی از سرمایه گذار است و قبلا هم در حقوق بین الملل عرفی وجود داشته است؟

تا هنگامی که توافق خاص، محاکم داوری را ملزم به یکسان پنداشتن این استاندارد با استاندارد حداقل بین المللی نماید پاسخ به این سوال، تلقی از آن به عنوان یک استاندارد جامع و کامل است. اینگونه به نظر می رسد که روند تکاملی موجود در زمینه ی سرمایه گذاری در خصوص حمایت از سرمایه گذاران خارجی، بیان شفافی بدست می دهد: به منظور آزادسازی سرمایه گذاری، حمایت از سرمایه گذار نباید سیر قهقرایی طی کند. این زیربنای توافق های سرمایه گذاری بوده و تفسیر کلیه استانداردهایی که در دل آن جای می گیرند (شامل معیار رفتار عادلانه و منصفانه) باید در این راستا قرار گیرند.

### رفتار منصفانه و عادلانه در حقوق بین الملل سرمایه گذاری

استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه که در حقوق بین الملل سرمایه گذاری جای می گیرد به عنوان سازوکاری در مقابل رفتار غیر منصفانه و نابرابر دولت های میزبان علیه سرمایه گذار خارجی از جایگاه مهمی برخوردار گشته است. این معیار به عنوان واکنشی اساسی به انواع جدید سلب مالکیت (متفاوت از انواع سنتی سلب مالکیت مستقیم و سلب مالکیت خزنده) که می توانستند علیه سرمایه گذار به اجرا گذاشته شوند قلمداد می شود.

این نوع جدید سلب مالکیت به گونه ای از رفتار دولت میزبان اطلاق می شود که سلب فیزیکی دارایی (یعنی سلب مالکیت مستقیم) یا در پیش گرفتن رویه ای که متضمن عدم امکان استفاده ی مناسب از دارایی (یعنی سلب مالکیت خزنده) را در بر نمی گیرد.

این نوع سلب مالکیت شامل رفتار معینی از سوی دولت میزبان است که نهایتاً موجب اخلال در توان سرمایه گذار به منظور افزایش سرمایه گذاری و به تبع آن متاثر نمودن حقوق مالکانه ی مربوطه می شود. برای نمونه عدم شفافیت از طرف دولت میزبان که مانع از آگاهی یافتن قوانینی می شود که سرمایه گذار باید خود را با آن ها تطابق دهد و این امر سبب اخلال مذکور می گردد.

استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه اغلب از سوی سرمایه گذاران خارجی در محاکم داوری مورد استناد قرار می گیرد، به این ترتیب که آن ها مدعی هستند که گر چه اشکال سنتی سلب مالکیت در مورد ایشان اعمال نشده است اما به خاطر رفتار دولت میزبان از توسعه ی سرمایه گذاری خود بازمانده اند.

چالش اصلی در ارتباط با این استاندارد، ابهام موجود در آن است. دیدگاه های ابراز شده از سوی محققین و داوران، به همراه آن چه در موافقت نامه های سرمایه گذاری گنجانده شده حاکی از عدم یکپارچگی در موضوع است، وضعیتی که به مراتب در مواردی که در صدد تعیین معنای واقعی آن بوده اند بیشتر به چشم می خورد.<sup>۵</sup>

OECD در این مورد اظهار می نماید که "تفسیر صحیح استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه به دلیل تفاوت در فرمول بندی دستخوش واژگان خاص یک معاهده ی خاص، زمینه ی آن، تاریخچه ی مذاکراتی آن یا سایر شاخص های مربوط به قصد طرفین گشته است".

برخی از معاهدات سرمایه گذاری به طور خاصی این استاندارد را با استاندارد حداقل در حقوق بین الملل عرفی مرتبط می نمایند. اگر این چنین باشد بدون تردید چنین تفسیری بر استاندارد مورد بحث مترتب خواهد شد. اما در سایر توافقات که اکثریت را تشکیل می دهند، چنین ارتباطی وجود ندارد؛ که دلالت بر این دارد که استاندارد عادلانه و منصفانه بسیار فراتر از استاندارد حداقل در حقوق بین الملل عرفی است. در مورد عناصر تعریف استاندارد حداقل در حقوق بین الملل عرفی توافق عام وجود دارد. هرچند وقتی به صراحت آن را با استاندارد حداقل همسان نمی پنداریم، دیگر وفاق عامی بر سر این که معنای "رفتار عادلانه و منصفانه" چیست وجود نخواهد داشت. در نتیجه و به رغم آن که باید همچنان در انتظار آراء داوری بیشتری برای شکل دهی

<sup>۵</sup> - گوهری، محمود (۱۳۷۵)، «سرمایه گذاری خارجی در جهان در حال توسعه»، مجله اطلاعات سیاسی و اقتصادی، شماره ۱۰۳ و ۱۰۴. ص



هرچه بهتر به این استاندارد باشیم، باید بر این فرض باشیم که اکثر توافقات سرمایه گذاری تا به امروز این استاندارد را معادل استاندارد حداقل حقوق بین الملل عرفی نپنداشته اند و از همین رو مقید به آن تفسیر نیستند. بعلاوه احکام داوری در تفسیر خود از عناصر عمومی ترکیب دهنده ی استاندارد حداقل حقوق بین الملل عرفی (همانند ارجاع به شفافیت) فراتر رفته اند، که سبب می گردد ما بپذیریم که ایشان سعی در ارتقاء سطح حمایت از سرمایه گذار خارجی و عدم محدود ساختن این موضوع به حقوق بین الملل عرفی داشته اند.

اگرچه قراردادهای سرمایه گذاری که این دو استاندارد را معادل هم می پندارند متعهد به چنین تفسیری می باشند و با در نظر گرفتن این که برخی آراء داوری چنین پیوندی را برقرار می نمایند، اما این موارد پراکنده برای اعمال چنین تفسیری در روش معنایی این استاندارد کفایت نمی کند. ما باید به قواعد تفسیری بین المللی و قصد طرفین رجوع نماییم که همگی ما را به سوی رویکرد معنای صرف سوق می دهد.

قصد و هدف واقعی طرفین در هنگام امضاء یک قرارداد در غالب موارد، اعطای بالاترین حمایت برای سرمایه گذار است که امکان جریان آزاد سرمایه گذاری را در قلمرو کشور میزبان بدهد.

مهمترین نفع روش معنای صرف این است که امکان تفسیر استاندارد را مطابق نیت واقعی طرفین فراهم می کند. به بیان دیگر، این بهترین حمایت از سرمایه گذار را سبب می شود که دال بر عادلانه ترین و منصفانه ترین رفتار از طرف دولت میزبان با توجه به حقایق مورد خواهد بود. برابر قرار دادن این استاندارد با استاندارد حداقل در حقوق بین الملل عرفی به معنای تنزل حمایت به ابتدائی ترین ارکان حقوق بین الملل عرفی است. در نتیجه آن چه در تفسیر استاندارد، حیاتی تلقی می شود حمایت از سرمایه گذاری خارجی است. همچنین "به شیوه ای عمومی تر می توان آن را یک استاندارد حداقل کارکردی در کسب و کار خصوصی دانست که به هر حال کاملاً متفاوت از معیار حداقل قانونی ملل متمدن است که به طور سنتی شناخته ایم."<sup>۶</sup>

سرانجام با آن که به لحاظ حقوقی محاکم دولت های سرمایه گذار در کشف معنای رفتار عادلانه و منصفانه روند رو به رشدی را طی می نمایند اما قطعاً در این رابطه با پرسش های جدیدتری مواجه خواهیم شد. برای مثال این که معیارهای تعیین غرامت برای سرمایه گذاری که از عدم رعایت این استاندارد آسیب دیده چیست؟ آیا می توان عناصر مورد نظر داوران برای تعیین غرامت در

<sup>۶</sup> - همان، ۴۲

هنگام سلب مالکیت مستقیم را در این جا نیز اعمال نمود(فرمول Hull)؟ آیا می توان تخطی از استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه را با نوع مستقیم سلب مالکیت معادل دانست و در نتیجه معیارهای ارزش هفته بازار(fair market value) را برای جبران خسارت سرمایه گذار متضرر به کار بست؟

در این مفهوم، مدل BIT شیلی اذعان می نماید هنگامی که غرامت دارایی یا ارزش بازار قابل تعیین نمی باشد، غرامت باید مطابق با "اصول عمومی ارزیابی عادلانه و با در نظر گرفتن فاکتورهای مشخص" تعیین گردد. اگرچه این یک قاعده ی کاملاً روشن نیست اما دست کم به آن پرداخته شده است. اما سنجه ها در صورت عدم وجود دستور العمل کنوانسیون یا معاهده ای چیست؟ حال اگر بدانیم کشورهای توسعه یافته و کشورهای در حال توسعه دیدگاه های متفاوتی در مورد اعمال یا عدم اعمال فرمول Hull دارند، مساله باز هم پیچیده تر خواهد شد.

در قضیه MTD Equity Sdn. Bhd. و S.A MTD Chile علیه جمهوری شیلی تنها موردی که دولت شیلی به آن متهم شد نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه بود. دادگاه تشخیص داد که معاهده سرمایه گذاری بین مالزی و شیلی معیارهایی معادل معیارهای غرامت فوری، مناسب و کافی برای سلب مالکیت در مورد نقض های BIT در دیگر زمینه ها را تصدیق نمی نماید. در این قضیه طرفین توافق نمودند تا از معیارهای قضیه کارخانه کورزوف (که توسط دیوان دائمی بین المللی دادگستری مورد رسیدگی قرار گرفت) تبعیت نمایند که اظهار می داشت "غرامت باید کلیه آثار عمل غیر قانونی را از بین برده و وضعیت را به همان حالتی بازگرداند که اگر آن عمل رخ نداده بود".

اگرچه این یک معیار معقول و دقیق است اما آیا می توانست در مورد مطالباتی اعمال شود که هیچ توافقی بین طرفین صورت نگرفته بود و هیچ ارجاعی نیز از سوی موافقت نامه سرمایه گذاری به آن نشده بود؟ آیا اصطلاح غرامت "مناسب" در فرمول Hull به معنای از میان بردن تمامی آثار عمل غیر قانونی بود؟ بعلاوه آیا ارزش هفته بازار قابل اعمال است یا خیر؟

در قضیه Marvin Feldman دیوان اذعان نمود که "Nafta رهنمود های زیادی در مورد معیار دقیق خسارات یا غرامت وضعیت هایی که تحت ماده ۱۱۰۱ (سلب مالکیت) قرار نمی گیرند بدست نداده؛ تنها معیار تفصیلی در مورد خسارت در فصل ۱۱

در ماده ۱۱۰۱ (ارزش هفته بازار) که لزوما وضعیت های تحت ماده ۱۱۰۱ را پوشش می دهد. دادگاه با توجه به عدم وجود معیار مرتبط، خسارات را بر مبنای تعزیری معین نمود.<sup>۷</sup>

و بالاخره در ارتباط با غرامت اعطایی به سرمایه گذار متضرر از نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، مطمئناً در رابطه با امکان محاسبه ی غرامت متناسب با ارزش هفته بازار کل سرمایه گذاری بحثی که در این رابطه مطرح می گردد این خواهد بود که چنین نقضی امکان توسعه ی سرمایه گذار را سلب نموده؛ که عملاً معادل مصادره دارایی تلقی می شود.

### تفسیر رفتار منصفانه در پرتو هدف معاهدات سرمایه گذاری

رفتار منصفانه و عادلانه باید در سیاق آن نظام ارزشی قرائت و اعمال شود که بسترساز رواج و توسعه معاهدات حمایت از سرمایه گذاری باشد. علاقه دولت ها برای پذیرش سرمایه گذاران خارجی، جریان سرمایه و افزایش سطح توسعه اقتصادی می باشد. فرض این است که ورود سرمایه گذاری مستقیم خارجی، می تواند بر اقتصاد داخلی و طرح های توسعه کشورهای در حال توسعه آثار مثبتی داشته باشد. در قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی ایران مصوب ۱۳۸۰، پذیرش سرمایه گذاری خارجی براساس این قانون و با رعایت سایر قوانین و مقررات جاری کشور می بایست به منظور عمران و آبادی و فعالیت تولیدی اعم از صنعتی، معدنی، کشاورزی و خدمات صورت پذیرفته و موجب رشد اقتصادی، ارتقاء فنآوری، ارتقاء کیفیت تولیدات، افزایش فرصت های شغلی و افزایش صادرات شود. جمهوری اسلامی ایران به عنوان یک کشور در حال توسعه در چارچوب سند چشم انداز ۲۰ ساله نظام و برنامه های توسعه ای خود استفاده از منابع سرمایه گذاری خارجی را به ویژه در دهه اخیر در دستور کار خود دارد. با توجه به این رویکرد، طی سال های اخیر اقدامات درخور توجه ی جهت تسهیل انجام فعالیت های اقتصادی در کشور بوقوع پیوسته است. هر چند بسیاری از معاهدات سرمایه گذاری، توسعه را به عنوان یک هدف صراحتاً ذکر نکرده باشند، اما سرمایه گذاری اساساً به دنبال توسعه است، و کشورهای میزبان در صورتی با ورود یک سرمایه گذار خارجی در خاک خود موافقت کرده و از وی حمایت می کنند، که در جهت برنامه های توسعه آنها باشد. چرا که کشورها به ویژه کشورهای در حال توسعه سرمایه گذاری مستقیم خارجی را یکی از طرق ورود سرمایه، تکنولوژی و زیرساخت های توسعه تلقی کرده و پیرو درک نیاز به

<sup>7</sup> - Koessler, Maximilian, (1946), "Government Espousal of Private Claims before International Tribunal", The University of Chicago Law Review, Vol. 13, No.2. p55

توسعه به انعقاد معاهدات سرمایه گذاری و پذیرش سرمایه گذاران خارجی اقبال نشان داده اند. در مقدمه معاهده تشویق و حمایت از سرمایه گذاری که مابین ایران و سوئیس منعقد شده، آمده است: دولت جمهوری اسلامی ایران و شورای فدرال سوئیس با علاقه مندی به تحکیم همکاری اقتصادی در راستای منافع هر دو کشور و با تشخیص لزوم تشویق و حمایت از سرمایه گذاری های خارجی به منظور ارتقای موفقیت اقتصادی هر دو کشور، با یکدیگر توافق می کنند.

با تقسیم بندی عدالت به شکلی و ماهوی، می گوید، «عدالت در حقوق بین الملل» نویسنده کتاب عدالت ماهوی باید در راستایی تفسیر شود که بازار جهانی سرمایه دنبال می کند. این بازار در یک سیستم سیاسی متشکل از دولت ها عمل می کند، بنابراین عامل تعیین کننده در دیدگاه آن دولت ها در خصوص اولویت های توسعه ای، ارزش های فرهنگی، نیازهای اجتماعی در توزیع کالا و ... است.

این نظام سیاسی در تلاش است قواعد و نهادهای لازم را برای ارتقای سطح توسعه خلق نماید. بنابراین عدالت به مثابه جریانی است که توسعه را تسهیل نماید. به ویژه پیشرفت کشورهای در حال توسعه، هسته اصلی جریان عدالت در حقوق بین الملل تلقی با این توصیف ممکن است سطحی از مداخله دولت در می شود. سرمایه، تولید و درآمد ضروری باشد. وی عدالت ماهوی را شدیداً به تلاش برای توسعه به ویژه در جهان در حال توسعه پیوند زده و معتقد است، تحقق عدالت منوط به تحقق توسعه می باشد. به عبارتی سنجش عدالت در سطح بین المللی بدون توجه به آثاری که در سطح توسعه برجا گذاشته امکان پذیر نیست. در این سیاق است که می توان گفت عدالت و انصاف نسبت به سرمایه گذار، بدون ارزیابی همزمان رفتار سرمایه گذار نسبت به جامعه ای که دولت آن را نمایندگی می کند، قابل قضاوت نیست از طرفی باید توجه داشت که دول میزبان مجازند درجه تحفظ منافع ملی عملکرد بیگانگان را در قلمرو سرزمینی خود کنترل نمایند. حق و تکلیف دولت ها در قانون گذاری داخلی برخاسته از حق ذاتی حاکمیت دولت ها در حقوق بین الملل است. حقی عمیق و ریشه دار، قبل از هر محدودیتی که توافقات بین المللی ایجاد نمایند، وجود داشته است. بنابراین رفتار منصفانه و عادلانه باید به گونه ای قرائت شود که اصل حاکمیت را به عنوان یک اصل کلی حقوق بین الملل مراعات نماید. اعمال موثر و کارآمد معاهدات سرمایه گذاری خارجی نیازمند مشروعیت سیاسی است و این مشروعیت حاصل نمی شود مگر آن که دولت ها حقوق سرمایه گذار را در برابر تکالیف و مسئولیتی که عهده دار است متوازن ببینند. حمایت یک سویه از سرمایه گذار بدون توجه به مسئولیت های وی، این تصور را دامن می زند که نظام سرمایه گذاری بین المللی و نظارت محاکم داوری ناشی از آن، حاکمیت ملی را استحال کرده و قدرت قانون گذاری دول میزبان در قلمرو سرزمینی شان را

تحت الشعاع قرار داده است.<sup>۸</sup> اگر سرمایه گذار بی توجه به فاکتورهای توسعه در جامعه محلی دولت میزبان اقدام کند، قطعاً دور از عدالت عمل کرده است. این امر ملاحظات مفهومی دیگری را نیز به ابزار تفسیر و اعمال رفتار منصفانه و عاد لانه اضافه می کند، مفاهیمی مانند مسئولیت اجتماعی شرکت ها، حق بر توسعه و انتظارات جامعه میزبان و ...

---

<sup>۸</sup> - پس از صدور برخی آراء یکجانبه در محاکم داوری بین المللی و به ویژه داوری ایکسید، برخی از کشورهای در حال توسعه مانند اکوادور و بولیوی نهایت نارضایتی خود را با اعلام خروج از ایکسید اعلام داشته اند. همزمان کشوری مانند استرالیا نیز در آوریل ۲۰۱۱ میلادی بنابر اعلامیه خط مشی های تجاری اعلام کرده است، از گنجاندن شرط داوری بین المللی در موافقت نامه های آتی سرمایه گذاری اجتناب خواهد کرد. استرالیا ضمن اعلام این تصمیم بیان داشت که داوری بین المللی سرمایه گذاری حقوقی به مراتب بیشتر از فعالان اقتصادی داخلی برای فعالان خارجی قائل بوده و توانایی دولترا در سیاست گذاری های عمومی مانند تصویب و اجرای قوانین اجتماعی، زیست محیطی و اقتصادی محدود می کنند. امروزه این دیدگاه مطرح است که ایکسید به رنج بحران مشروعیت مبتلا شده است؛ هم از این جهت که برخی اعضا به ویژه در امریکای لاتین در عضویت خود تجدید نظر کرده و هم از بابت مشروعیت نظامی که در روابط دولت سرمایه گذار به صورت کلی بنا نهاده است. خوانده قریب به نیمی از دعاوی مطروحه در این نظام، دولت های امریکای لاتین هستند که دولت هایی در حال توسعه محسوب می شوند. شرکت های فراملی بدون توجه به نیازهای اجتماعی دولت میزبان متوقع رعایت خشک حقوق مندرج در موافقت نامه های سرمایه گذاری بوده و بعضاً مراجع داوری با پذیرش این دعاوی و بدون تلاش در جهت ایجاد تعادل میان طرفین، مشروعیت نظام داوری سرمایه گذاری را مورد سوال قرار می دهند. برای مطالعه بیشتر بنگرید به:

United Nations Conference On Trade And Development, Report on "World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies", (2012).

## نتیجه گیری:

عصاره بیش از دو دهه رویه داوری سرمایه گذاری، در باب تفسیر و تحلیل رفتار منصفانه و عادلانه را می توان در مفهوم حاکمیت قانون خلاصه کرد. آرمان حاکمیت قانون، همان گونه که از عنوان آن برمی آید، حاکمیت فرد کنار نهاده و قانون را بر مسند قدرت می نشاند؛ قانون از عمومیت برخوردار است، مبانی عقلانی داشته تصمیمات خودسرانه را منع می کند. قانون، ثبات و امنیت حقوقی را به فضای جامعه تزریق کرده و ضریب اطمینان تصمیمات آینده نگرانه را افزایش می دهد و در نتیجه افراد می توانند با قطعیت بیشتری، امور خود را برنامه ریزی کنند. در سایه حاکمیت قانون، دولت ها نیز به قواعد ملزم بوده و نمی توانند خود را از بند الزام آور قوانین مشخص و «از پیش اعلام شده» رها سازند. حاکمیت قانون، این خاتم ارزشمند دستاوردهای حقوق بشری که در قانون اساسی اغلب کشورهای جهان - لاقول علی الظاهر - نهادین شده است، می تواند با بازتعریف معرف رفتار منصفانه و عادلانه، به آن ماهیتی منسجم و یکپارچه عطا کند.

هر چند نمی توان گفت، تدوین کنندگان اولیه معاهدات سرمایه گذاری، در پس درج معیار رفتار منصفانه و عادلانه چه اندیشه ای را می پروراندند، و همچنین نمی توان ادله ای ارائه داد، که نشان دهد، دقیقاً چرا رویه داوری چند عنصری را از این معیار استخراج کرده است؛ اما امروزه با کنار هم نهادن صدها بندی که در آراء داوری محتوای معیار رفتار منصفانه اختصاص یافته است، می توان نتیجه گرفت، این معیار تظاهر و تجسم حاکمیت قانون است. همان گونه که در روابط دولت و تبعه، بنابر قوانین اساسی کشورها، حاکمیت قانون حکم فرماست؛ روابط میان دولت و سرمایه گذار خارجی نیز، بنابر معیار رفتار منصفانه و عادلانه، حاکمیت از آن قانون است.

این نگرش، علاوه بر آن که به محتوای از هم گسیخته رفتار منصفانه که طی سال ها و با تلاش مراجعه Ad hoc حاصل شده است، سامان داده و به آن انسجام منطقی می بخشد، برکات دیگری را نیز متوجه نظام حقوق بین الملل سرمایه گذاری می نماید. اولاً سرمایه گذاری یک رابطه کوتاه مدت دفعتی نیست، رابطه ای دراز مدت است که پیش بینی تمام حالات احتمالی آن، در بدو انعقاد اسناد سرمایه گذاری امکان پذیر نمی باشد؛ همواره ممکن است مسائل مستحدثه ای رخ دهد که پیش از این سابقه قابل توجهی نداشته و در خصوص چگونگی مواجهه با آن اسناد سرمایه گذاری و رویه داوری ساکت باشند. در این موارد می توان به اصول حاکمیت قانون متمسک شد. می توان هر آنچه را که حاکمیت قانون اقتضا کند، بنابر معیار رفتار منصفانه و عادلانه نسبت به مساله اعمال کرد. حاکمیت قانون، از مفاهیم بنیادینی است که در نظام های حقوقی داخلی و همچنین دیگر نظام های حقوق بین

المللی، مانند حقوق بین الملل بشر و حقوق تجارت بین الملل شناخته شده است و هر کجا که ابهامی در باب نقض معیار رفتار منصفانه و عادلانه وجود دارد، با رجوع به آن می توان ابهام زدایی کرد. به این ترتیب هر گاه که میان دولت و سرمایه گذار خارجی در خصوص نقض رفتار منصفانه اختلاف افتد، مرجع داوری به جای کنکاش در آراء سابق- که می دانیم هیچ گونه الزامی برای مراجع خلف ایجاد نمی کنند- به منظور کشف حکم، از این مفهوم استعانت جسته و احراز کند، آیا رفتار دولت با اقتضائات حاکمیت قانون سازان است یا خیر.

ثانیاً، تسری مفهوم حاکمیت قانون به نظام نوپای حقوق بین الملل سرمایه گذاری، تلفیق و انسجام سازه های مختلف حقوق بین الملل و نظام های متمدن حقوق داخلی و در نتیجه، تسریع فرآیند جهانی شدن حقوق را در پی می آورد. سرمایه گذاری بین المللی بخش مهمی از تعاملات دولت ها را تشکیل می دهد و تاثیرات آن بر دیگر حوزه ها نظیر حقوق بشر، محیط زیست، تجارت بین الملل، حقوق کار و... انکارناپذیر است. حاکمیت قانون، مفهوم مشترکی است که می تواند اعمال همزمان نظام های حقوقی متعدد بر مساله واحد را تصویرپذیر سازد.

ثالثاً؛ نظام فعلی حقوق سرمایه گذاری، چه از باب حقوق ماهوی و چه از منظر مکانیزم حل و فصل اختلاف با چالش هایی مواجه است که می تواند مشروعیت آن را تهدید کند. از باب حقوق ماهوی، رویه ای در حال شکل گیری است که می توان آن را نسل جدید معاهدات سرمایه گذاری خواند. این نسل از اسناد سرمایه گذاری با تولد نظام نفتا آغاز شده اند. موافقت نامه نفتا که میان سه کشور مکزیک، ایالات متحده آمریکا و کانادا منعقد شده است، رویکرد مضیقی به مفهوم رفتار منصفانه داشته و آن را به حداقل های حقوق بین الملل عرفی محدود کرده است. دولت های ایالات متحده و کانادا نیز که پیش از آن کمتر در نقش دولت سرمایه پذیر ظاهر شده بودند، در نظام نفتا تجربه هایی را کسب کرده اند که آنها را با دغدغه های کشورهای سرمایه پذیر آشنا کرد. این تجربه، زمینه ای را فراهم کرد که از درج عبارت های کلیو مبهم حمایت از سرمایه گذاری در اسناد ذریبط هراسان شوند. ایالات متحده در نمونه معاهدات سرمایه گذاری که در سال ۲۰۰۴ تدوین کرده است، در عباراتی دقیق و محدود، حقوق حمایتی سرمایه گذار را توصیف کرده و رفتار منصفانه و عادلانه را به حداقل های حقوق بین الملل عرفی و حق دسترسی به عدالت شکلی محدود ساخته است. محدود و مضیق ساختن دامنه معیار رفتار منصفانه و وصف معنای دقیق آن در اسناد سرمایه گذاری به ذائقه برخی از دولت ها در خارج از نظام نفتا نیز خوش آمده و در رویه های جدید از آن تبعیت می کنند.

منابع:

1- Hopkins, Antony G., (1980) "Property Rights and Empire Building: Britain's Annexation of Lagos 1861 ", Journal of Economic History, Vol. 40, No.4.

<sup>2</sup> - Kishoiyian, Bernard, (1993-1994) "The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law", Northwestern Journal of International Law and Business, Vol. 14, No. 2..

<sup>3</sup> - گوهری، محمود (۱۳۷۵)، «سرمایه گذاری خارجی در جهان در حال توسعه»، مجله اطلاعات سیاسی و اقتصادی، شماره ۱۰۳ و ۱۰۴.

<sup>4</sup> - Koessler, Maximilian, (1946), "Government Espousal of Private Claims before International Tribunal", The University of Chicago Law Review, Vol. 13, No.2. p55

5- United Nations Conference On Trade And Development, Report on "World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies", (2012).