



موسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی

**مقایسه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران و با
معاهدات الگوی نوین در عرصه حقوق بین‌الملل
سرمایه‌گذاری**

گزارش پشتیبان شماره ۳۸

طرح تدوین سند سیاست تجاری ایران

مجری: صادق ضیاء بیگدلی

مهرماه ۱۳۹۷

چکیده

اتمام جنگ جهانی دوم و توسعه موج ملی‌گرایی و استقلال مستعمرات، تنها با نتایج سیاسی همراه نبود. دولت‌های تازه استقلال یافته در کنار سایر دولت‌های در حال توسعه بر ایجاد برابری اقتصادی و نظم اقتصادی بین‌المللی نوین تأکید ورزیدند. لیکن نیاز این کشورها به توسعه اقتصادی و تأمین منابع مالی مورد نیاز برای اجرای طرح‌های عمرانی و حرکت در راستای منافع عمومی، نیاز به سرمایه خارجی را توجیه می‌نمود. بدین سبب رفته رفته روند رو به رشد انعقاد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بالأخص در دهه ۹۰ میلادی به هدف ایجاد زمینه لازم برای ورود سرمایه موجب اهمیت تهیه معاهده الگو برای تنظیم این‌گونه موافقتنامه‌ها گشت. از طرف دیگر طرح دعاوی سرمایه‌گذاری متعدد در قرن ۲۱ توسط سرمایه‌گذاران به طرفیت دول میزبان سرمایه در بسیاری موارد این شائبه را ایجاد می‌نمود که حمایت و تشویق سرمایه‌گذاری ذیل نظام معاهدات دوجانبه با استقلال دول میزبان در قانون‌گذاری و حاکمیت داخلی در تضاد قرارداد دارد. از طرفی رشد ورود سرمایه به کشورهای توسعه یافته، موضوع درج برخی شروط برای حمایت از حقوق دولت میزبان در معاهدات دوجانبه را مطرح نمود که این خود با ایجاد گرایش برای توسعه پایدار در سطح بین‌المللی همراه گشت و منجر به تغییر ساختار معاهدات منعقد شده در دهه دوم قرن ۲۱ گشت. در این نوشتار نشان دادیم که جز یک مورد خاص، آن هم بطور محدود، نظام معاهده‌ای ایران از هم‌گامی با این تحولات درمانده است.

واژگان کلیدی: معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، معاهده الگو دوجانبه سرمایه‌گذاری، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران، تحولات اخیر حقوق سرمایه‌گذاری، اصلاح ساختار معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری

سرمایه‌گذاری بین‌المللی امروزه یکی از مهمترین مباحث حقوقی فرا روی کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه است. وابستگی بیش از پیش کشورها به نظام تجارت بین‌المللی سبب شده است کماکان دولت‌ها برای استفاده حداکثری از ظرفیت‌ها بومی خود در راستای افزایش جذب سرمایه‌گذاری خارجی برنامه‌ریزی نمایند. با تغییر روند ورود و خروج سرمایه در اوایل قرن ۲۱، نه تنها کشورهای در حال توسعه برای جذب سرمایه خارجی و ارزهای بین‌المللی تمایل دارند بلکه کشورهای توسعه یافته نیز برای افزایش رونق اقتصادی و توسعه اقتصاد ملی در پی جذب سرمایه‌ها خارجی بوده‌اند. از جمله شیوه‌های متداول جذب سرمایه خارجی انعقاد معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری^۱ با سایر کشورها بوده است و در این میان تفاوتی میان کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه نمی‌توان سراغ گرفت.

نظام معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری هم از لحاظ ماهوی و هم از لحاظ شکلی دچار تحول گشته است. سیر تغییر حمایت‌ها از سرمایه‌گذاران خارجی و ایجاد امنیت در خصوص سرمایه وارد شده در کشور میزبان از دیرباز ملحوظ نظر معاهدات سرمایه‌گذاری و به طور کلی روابط میان دولت‌ها بوده است. چه حتی پیش از انعقاد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری می‌توان در موافقتنامه‌های بین‌الدولی مانند معاهدات مودت، حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی را سراغ گرفت. لیکن پرسش جدیدتر در این میان که ذهن بسیاری از نویسندگان را به خود مشغول داشته است کارکرد این معاهدات دوجانبه در رشد سرمایه‌گذاری در کشور میزبان سرمایه بوده است.

ایران را می‌توان از جمله کشورهای دانست که برای جذب سرمایه‌گذاری خارجی فعال بوده به نحوی که تا کنون اقدام به انعقاد ۵۷ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری با دیگر کشورها نموده است.^۲ در این نوشتار بر آنیم ساختار کلی این دسته از معاهدات را با تحولات مدرن حقوق سرمایه‌گذاری بالاصح کشورهای توسعه یافته مورد بررسی و مقایسه قرار دهیم تا به خوبی جایگاه معاهدات ایران در این خصوص معلوم گردد.

به همین دلیل در نوشتار پیش رو ابتدا به بحث از تاریخچه این حمایت‌ها و روند تکامل آن سخن خواهیم گفت و سپس تعهدات اصلی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری را مد نظر قرار خواهیم داد تا مقایسه میان معاهدات ایران و تحولات اخیر حقوق سرمایه‌گذاری در چارچوب مشخصی صورت گیرد.

^۱ . Bilateral Investment Treaty

^۲ . <http://www.investiniran.ir/fa/investmentlicensing/bilateral> last visited online at 12/12/2017

۱. خواستگاه شکل‌گیری معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری

در قرن ۱۹ و ابتدای قرن ۲۰ میلادی حمایت از سرمایه‌گذاران عمدتاً از طریق حمایت دیپلماتیک و تحت حقوق بین‌الملل عرفی در خصوص اشخاص بیگانه انجام می‌گرفته است. در آن دوران به حداقل استانداردهای رفتاری^۳ مانند منع ملی کردن و دسترسی به محاکم داخلی جهت اعمال حق دادخواهی تأکید می‌شد و برای اعمال آن، از توسل به زور و تهدید و ارباب کشور میزبان سرمایه استفاده می‌شد.^۴ با انعقاد پیمان بریان-کلوگ، در سال ۱۹۲۸ میلادی، توسل به زور جهت اعمال حمایت دیپلماتیک کنار گذاشته شد.^۵ به تدریج در جامعه بین‌المللی، ذیل حقوق بین‌الملل عرفی مسائل مربوط به ایجاد حداقل استانداردهای رفتار با سرمایه‌گذاران خارجی و تأکید بر وجود ضوابط بین‌المللی برای پرداخت غرامت ناشی از مصادره کردن بروز پیدا نمود.^۶

پس از جنگ جهانی دوم و استقلال بسیاری از دولت‌های در حال توسعه از یوغ استعمار تنشها به حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نیز کشیده شد. کشورهای در حال توسعه در مجمع عمومی سازمان ملل متحد با تصویب سند موسوم به "نظم اقتصادی بین‌المللی نوین" خواستار ایجاد عدالت و مساوات میان کشورهای شمالی و جنوبی شدند.^۷ بدین ترتیب، تسلط و حاکمیت بر منابع طبیعی ملی مورد تأکید قرار گرفت و بسیاری از کشورهای در حال توسعه دست به ملی کردن سرمایه‌ها خارجی زده و در این بین حداقل استانداردهای رفتاری با سرمایه‌گذاران خارجی و پرداخت غرامت کامل به سرمایه ملی شده را به رسمیت نمی‌شناختند. به تدریج با تسلط کشورهای در حال توسعه بر حاکمیت داخلی، رویکرد این کشورها به ورود سرمایه خارجی تغییر یافت؛ چه در آن زمان بدلیل نضج گرفتن تئوریهای نئولیبرالیستی نسبت به آزادی اقتصادی، به پیشبرد برنامه‌های توسعه‌ای از طریق سرمایه خارجی توجه شایانی شد. بدین ترتیب، در کنار تصویب کنوانسیون ایکسید که البته تا دهه ۹۰ چندان محل رجوع قرار نگرفت^۸ راه‌حلهای مشابه دیگر جهت ایجاد هماهنگی در خصوص ضوابط حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی و حمایت از آن شکل گرفت

^۳. Minimum Standard of Treatment.

^۴. Charles Lipson, *Standing Guard: Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries* (University of California Press 1985), chapter 4.

^۵. این موضوع در خصوص ایالات متحده آمریکا چندان صادق نیست؛ چرا که در کشورهای امریکای لاتین تا اواسط قرن ۲۰، ایالات متحده با استفاده از قدرت سیاسی و اقتصادی خود از این ابزار کماکان در قالبهای گوناگون برای حمایت از سرمایه‌ها خارجی با منشأ امریکایی استفاده می‌نمود.

^۶. Robert Howse, *International Investment Law and Arbitration: A Conceptual Framework*, IILJ Working Paper 2017/1, MegaReg Series, at 8.

^۷. Christoph Schreuer and Rudolf Dolzer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, at p 6.

^۸. R Dolzer and M Stevens, *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers 1995, at 2.

که هیچ یک به نتیجه نرسید. به مرور معاهدات دوجانبه جایگزین این راه حل‌های چند جانبه برای حمایت از سرمایه‌گذاری شدند به شکلی که در دهه نود شاهد رشد چشمگیر این معاهدات دوجانبه هستیم به شکلی که بالغ بر ۱۹۰۰ معاهده دوجانبه میان کشورها منعقد شده بود.^۹

سلف معاهدات دوجانبه امروزی را می‌توان در معاهدات مودت، تجارت و دریانوردی^{۱۰} سراغ گرفت که ایالات متحده آمریکا در قرن ۱۸ با برخی کشورهای اروپایی همچون اسپانیا، فرانسه، هلند و بریتانیا منعقد می‌نمود. بعدها شاهد انعقاد این معاهدات میان آمریکا و کشورهای تازه استقلال یافته آمریکای لاتین در اوایل قرن ۱۹ می‌باشیم. که در دوره میان دو جنگ جهانی نیز ادامه داشت. معاهدات مودت اولیه برای ترویج روابط تجاری میان طرفین معاهده منعقد می‌شد و حتی شامل شروطی در خصوص منع ملی کردن اموال بیگانگان بدون پرداخت غرامت بود.^{۱۱} اما نسل معاهدات مودت بعد از جنگ جهانی دوم که در خلال سالهای ۱۹۴۶ الی ۱۹۶۶ منعقد میگشت بیشتر به منظور حمایت از سرمایه‌ها خارجی آمریکا در سایر کشورها بود.^{۱۲} ایالات متحده پس از آلمان^{۱۳}، که کشور مبدع معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری شناخته میشود، در سال ۱۹۷۷ شروع به انعقاد معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری نمود که به نوعی، پس از کنار گذاشتن معاهدات مودت توسط این کشور،^{۱۴} نسل پنجم موافقتنامه‌های آمریکا برای تنظیم مسائل سرمایه گذاری بین‌المللی شناخته می‌شد. انعقاد این معاهدات دوجانبه بیشتر در راستای تأکید بر وجود حداقل استاندارد رفتاری با سرمایه‌گذاران خارجی در حقوق بین‌الملل عرفی بود.^{۱۵}

^۹. Bilateral Investment Treaties 1959-1999, UNCTAD/ITE/IIA/2, at 1, 2000.

^{۱۰}. Friendship, Commerce and Navigation.

^{۱۱}. KJ Vandeveld, The BIT Program: A Fifteen-Year Appraisal, Proceedings of the ASIL 86th Annual Meeting (1992) 532, at 533.

^{۱۲}. این دسته از معاهدات ذیل اصلی بود که کوردل هال آن را مطرح ساخت. طبق فرمول هال، گرچه قواعد حقوق بین‌الملل امکان ملی کردن سرمایه خارجی را فراهم می‌نماید اما پرداخت غرامت میباید سریع، کافی و موثر باشد. این در حالی است که اکثر کشورهای آمریکای لاتین در آن زمان سعی داشتند دکترین کالوو را در دستور کار خود قرار دهند که طبق آن دادگاههای ملی در رسیدگی به اختلافات سرمایه‌گذاری از هر جهت اولویت دارند و تصمیمات سیاستگذاری کشورها در خصوص کاهش حمایت از اموال اتباع بیگانه که همسان با کاهش تضامین در خصوص مالکیت خصوصی اتباع خود آن کشورها است، مشروع تلقی میگردد. برای توضیح بیشتر ر.ک:

Christoph Schreuer et al, Supra note 7, at 2-3.

^{۱۳}. نخستین معاهده دوجانبه سرمایه گذاری میان آلمان و پاکستان به سال ۱۹۵۹ میلادی منعقد شد.

^{۱۴}. دلیل اصلی کنار گذاردن این نوع معاهدات فضایی بود که عملاً انعقاد آن با دیگر کشورهای در حال توسعه را دشوار میساخت از جمله تصویب سند مربوط به نظم اقتصادی بین‌المللی نوین و جو سیاسی ایجاد شده توسط بلوک شرق علیه سیاست‌های آمریکا.

^{۱۵}. Surya P. Subedy, International investment law, reconciling policy and principle, at 114, 2008.

در همین راستا نسل بعدی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری امریکا در دهه هشتاد و نود میلادی با هدف پیگیری سیاست‌های اقتصاد لیبرالیسم و تفوق آن بر سیاست کمونیستی بود. به همین جهت در این نوع معاهدات شاهد آن هستیم که علاوه بر پذیرش حداقل استانداردهای رفتاری با سرمایه خارجی، قالب جدید استانداردها در آن زمان از جمله، رعایت اصل ترافع و رسیدگی منظم در محاکم، رفتار عادلانه و منصفانه و حمایت و امنیت کامل مورد توافق طرفین قرار گرفته است. به واقع این دسته از معاهدات در پی ایجاد ضوابطی بودند تا هنگام پذیرش و استقرار سرمایه نیز رفتار ملی و رفتار ملت کامله‌الوداد را ترویج دهند، برخی الزامات اجرایی بعد از ورود سرمایه، مانند الزام سرمایه‌گذار به استفاده از توان داخلی دولت میزبان، را کاهش دهند، شرکتها در انتخاب مدیران خود، فارغ از ملیت آنها اعمال نظر کنند، اقدام به ملی کردن فقط در چارچوب حقوق بین‌الملل باشد، بازگشت وجوه حاصله از سرمایه‌گذاری آزاد گردد و امکان رجوع به داوری برای حل و فصل اختلافات برای دولت میزبان الزامی گردد.^{۱۶}

پس از این دوره شاهد تحولات اخیر حقوق سرمایه‌گذاری در خصوص انعقاد معاهداتی هستیم که در بسیاری موارد برای سرمایه‌گذار خارجی نیز تعهداتی ذیل بحث توسعه پایدار، منافع عمومی و ملاحظات محیط زیستی و حقوق کار در نظر گرفته اند. در راستای این روند در تغییر محتوای معاهدات، شاهد آن هستیم که کشورهای توسعه یافته، در رأس آن امریکا، در پی انعقاد معاهداتی هستند که بطور کلی نه تنها در قسمت سرمایه‌گذاری بلکه در کلیه عرصه های تجارت به دنبال ایجاد آزادسازی کسب و کار و بازرگانی میباشند. اینگونه معاهدات که عموماً از آنها با نام موافقتنامه‌های تجارت آزاد^{۱۷} یاد میکنند، در خصوص نحوه رسیدگی به دعاوی سرمایه‌گذاری نیز دارای ابداعاتی بوده‌اند که در ادامه بحث به آن خواهیم پرداخت .

۲. مقایسه معاهدات سرمایه‌گذاری ایران با تحولات اخیر حقوق سرمایه‌گذاری

اکثر کشورهای جهان، اعم از در حال توسعه مانند هند، برزیل، چین، کره جنوبی و برخی دیگر کشورهای افریقایی و توسعه یافته (امریکا، اتحادیه اروپا، کانادا) برای یکسان سازی هر چه بیشتر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خود که با سایر کشورها منعقد میکنند، اقدام به تهیه معاهده الگو سرمایه‌گذاری^{۱۸} مینمایند. چه در وهله اول این معاهدات دوجانبه میباید بازتاب‌دهنده اولویت و ترجیح دولت‌ها در خصوص تطابق قلمرو و محتوای آن معاهدات با سیاست‌های عمومی کشور باشد. در این میان معاهدات الگو، به ایجاد یک پارچگی در سیاست‌های اتخاذی یک کشور در مذاکره بر سر شروط متعدد معاهدات دوجانبه خواهد

¹⁶ . US Treaty Doc 103-2, Focus – 32 of 48 Documents, 1991 UST LEXIS 176.

¹⁷ . Free Trade Agreement (FTA)

¹⁸ . Model Bilateral Investment treaty

انجامید و ریسک انعقاد این معاهدات برای کشور را کاهش خواهد داد^{۱۹} و بطور کلی موضع آن کشور در خصوص رفتار با سرمایه‌گذار خارجی را مشخص خواهد نمود. از جمله مهمترین دلایل ارائه معاهده الگو، تعیین دقیق تعهدات دولت میزبان سرمایه در برابر سرمایه‌گذار خارجی است. تجربه انعقاد معاهدات دوجانبه و طرح دعاوی متعدد از جانب سرمایه‌گذاران در مرجع معاهده‌ای برای حل و فصل اختلافات ناشی از نقض معاهده دولت‌ها را بر آن داشته تا با ارائه الگویی دقیق و جامع، از بروز تفاسیر موسع دیوان‌های داوری از تعهدات دولت میزبان سرمایه در این معاهدات جلوگیری به عمل آورد.^{۲۰} این هدف حتی تا بدانجا دنبال شده است که امروز اتحادیه اروپا در انعقاد معاهدات دوجانبه خود با دیگر کشورها، علاوه بر شرح مفصل مفاد معاهده، مرجع معاهده‌ای حل و فصل اختلافات را متفاوت از پیش تعبیه نموده است.

ایران در سال ۱۳۷۶ با تصویب هیأت وزیران، اقدام به تهیه پیشنهاد برای انعقاد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری می‌نماید. الگوی عمده معاهداتی که ایران تا سال ۱۳۹۵ منعقد کرده است همین پیشنهاد قدیمی منسوب به دهه هفتاد شمسی است و اخیراً با لازم الاجرا شدن معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری میان ایران و جمهوری اسلواکی^{۲۱} در نیمه نخست سال ۱۳۹۵، شاید بتوان نوید تغییر معاهدات الگوی ایران را داد. گرچه بعد از انعقاد این معاهده معاهدات دیگری نیز با کشورهای ژاپن و روسیه^{۲۲} منعقد شده است که بطور عمده به همان الگوی پیشین شباهت دارند. در این قسمت به مقایسه الگوی معاهدات ایران در سال ۱۳۷۶ که همچنان مورد استفاده قرار می‌گیرد، با تحولات اخیر حقوق سرمایه‌گذاری و الگوهای مدرن خواهیم پرداخت و در اثنای بحث گذری به معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری با اسلواکی خواهیم زد.

۲-۱- ریشه علل تحولات اخیر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری:

با نگاهی به تحولات معاهدات حقوق سرمایه‌گذاری به قطع می‌توان گفت از بدو ایجاد تا کنون این معاهدات تحولات بسیاری به خود دیده‌اند. هر معاهده سرمایه‌گذاری بطور کلی از چند بخش بسیار مهم تشکیل شده

¹⁹ . Hamed el-Kady, Training course for economies in transition on a new generation of international investment policies, Revision of model BITS: salient features and global trends, published by UNCTAD International Investment Policy Office, at 2, 2013.

²⁰ . Rosmy Joan, Renegotiation of Indian Bilateral Investment Treaties: An Analysis from a Development Perspective at 6, 2012, available online at: http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/99-JOAN-Renegotiation_of_Indian_Bilateral_Investment_Treaties.pdf

²¹ . برای مشاهده متن کامل این معاهده ر.ک <http://rc.majlis.ir/fa/law/show/1004700>

²² . برای مشاهده متن کامل این معاهده ر.ک <http://rc.majlis.ir/fa/law/show/1005701>

است. به جز مقدمه، که بخش جدایی ناپذیر هر معاهده بین‌المللی است، ابتدا برخی عبارات مهم معاهده تعریف میشود تا ضمن آن، با بالا بردن دقت عبارات مورد استعمال آن معاهده، قلمرو شخصی و موضوعی معاهده مشخص گردد. بدین معنی که طرفین متعاقد، معلوم میدارند اولاً چه سرمایه‌گذارانی زیر چتر حمایتی معاهده قرار میگیرند (قلمرو شخصی) و ثانیاً چه اموالی تحت عنوان سرمایه‌گذاری (سرمایه) توسط این اشخاص میتواند مشمول امتیازات معاهده گردد (قلمرو موضوعی).

بعد از تعیین قلمرو، استانداردهای رفتاری با سرمایه‌گذاران طرف مقابل پیش‌بینی میشود. عمده این استانداردهای رفتاری عبارتند از اصل رفتار ملت کامله‌الوداد، اصل رفتار ملی، رفتار منصفانه و عادلانه و تأمین امنیت سرمایه است. سپس، بحث از ملی کردن و ضوابط حاکم بر آن تعیین میگردد و در آخر نیز برای دعاوی میان دول عضو با یکدیگر و هر یک از آنها با اتباع طرف معاهده در خصوص اختلافات مربوط به نقض معاهده طرق حل و فصل اختلافات پیش‌بینی میگردد. این چهار قلمرو به طور اصولی تا پیش از تحولات اخیر حقوق سرمایه‌گذاری (از بعد از سال ۲۰۱۰) با قدری دخل و تصرف در کلیه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری به چشم میخورد.^{۲۳} تا پیش از سال ۱۹۶۴ میلادی، معاهدات دوجانبه اولیه^{۲۴}، دارای شرطی در خصوص حل و فصل اختلافات میان سرمایه‌گذار و دولت میزبان نبوده‌اند و حمایت از سرمایه‌گذاران نسبت به شروط امروزی مضیق و محدود بود. از نیمه دوم دهه ۶۰ میلادی تا اواخر دهه هشتاد، ۳۶۷ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد شده است که در آنها سعی بر آن بود که اعمال حمایت‌ها برای سرمایه‌گذار خارجی بهبود یابد و در همین راستا درج شرط حل و فصل اختلاف از طریق داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی میان دول عضو معاهده و سرمایه‌گذاران اتباع دولت متعاقد دیگر انجام میگرفت و ضوابط رفتاری حداقلی مشخصی با سرمایه‌گذاران مقرر شد.^{۲۵} دوران طلایی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در خلال سالهای ۱۹۹۰ الی ۲۰۰۷ بوده است که در ۲۶۶۳ معاهده منعقد شده در این دوران، شاهد گسترش حمایت‌ها از سرمایه‌گذاری خارجی و درج عبارات با ظرفیت تفسیر موسع در معاهدات دو جانبه هستیم. امری که بعدها

²³ . Robert Howse, Supra note 6, at 3.

²⁴ . تا آن دوران ۳۷ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد شده بود.

²⁵ . UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime, 2017, p 14.

منجر به طرح موسع دعاوی علیه کشورهای در حال توسعه^{۲۶} بالاخص آرژانتین شد^{۲۷} که در پی آن تعدادی از کشورهای امریکای لاتین همچون بولیوی و ونزوئلا از کنوانسیون ایکسید خارج شدند.^{۲۸}

از سال ۲۰۰۸ تا سال ۲۰۱۷، ۴۱۰ معاهده جدید سرمایه‌گذاری منعقد شده است. آنچه در این دوره بسیار توجه‌ها را جلب می‌نمود خروج اکثر کشورها از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خود و تمایل برای عضویت در موافقتنامه‌های منطقه‌ای تجارت آزاد بوده است و بسیاری از کشورها نیز اقدام به اصلاح الگوی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خود کردند. اکثر این اقدامات را می‌توان در واکنش به تشتت آراء دیوان‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی که ذیل قواعد داوری آنسیترال یا در ایکسید تشکیل میشدند؛ دانست. اکثر این دیوانها شروط موسع معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری، از جمله شرط رفتار عادلانه و منصفانه و روشهای جبران خسارت در اثر ملی کردن، را متفاوت با یکدیگر تفسیر می‌نمودند امری که منجر به تردید در خصوص منافات شرط ارجاع اختلافات سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان سرمایه به داوری با استقلال قانون‌گذاری و اتخاذ سیاست‌های اقتصادی بوسیله دولت‌های میزبان سرمایه بوده است،^{۲۹} چه بسیاری از دیوان‌های بین‌المللی داوری سرمایه‌گذاری، سیاست‌های عمومی مشروع دولت‌ها را مانعی بر سر راه حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی طبق معاهدات دوجانبه میدانستند.^{۳۰}

از طرف دیگر، به نسبت قرن ۲۰، سالهای اولیه هزاره سوم میلادی شاهد جذب بیش از پیش سرمایه خارجی به کشورهای توسعه یافته بوده است به شکلی در گزارش آنکتاد در سال ۲۰۱۷، سهم کشورهای توسعه یافته از سرمایه‌گذاری خارجی بالغ بر ۵۹ درصد کل حجم سرمایه‌گذاری بوده است.^{۳۱} نقش پررنگ

^{۲۶} در این دوران حدود ۲۷۱ دعوا در دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری توسط سرمایه‌گذاران علیه دول میزبان سرمایه طرح شد. این در حالی است که تا پیش از دهه نود تنها یک بار دیوان داوری برای رسیدگی به دعاوی سرمایه‌گذاری خارجی تشکیل شده بود.

^{۲۷} Jose Alvarez, Kathryn Khamsi, *The Argentine Crisis and Foreign Investors, A Glimpse into the Heart of the Investment Regime*, pp 380-1, *Published in Yearbook on international Investment law and policy* 2008/2009 (Ed: Karl B. Suavant).

^{۲۸} <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/12/life-icsid-10th-anniversary-bolivias-withdrawal-icsid/>, last visited online at: 12/20/2017

^{۲۹} *India and Bilateral Investment Treaties - A Changing Landscape*, ICSID Review 1, at 4-6, 2014.

^{۳۰} از جمله معروفترین این دعاوی علیه کشور هند در پرونده *White Industries Australia Limited V. Republic of India Case*، مطرح شد که منجر به اتخاذ اقدامات جدی از سوی آن کشور برای تغییر معاهده الگوی خود در سال ۲۰۱۵ شد. همین اتفاق نیز برای آرژانتین افتاد که در پرونده‌هایی که شرکتهای امریکایی *Enron* و *Sempra* ذیل معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان آرژانتین و امریکا مطرح نمودند منجر به ایجاد نگرانیهای جدی در خصوص استقلال دولت‌های میزبان سرمایه در قانون‌گذاری و اعمال حاکمیت شدند. برای توضیح بیشتر در این خصوص ر.ک:

Law Commission of India, Government of India, Report no. 260, *Analysis of the 2015 Draft Model Indian Bilateral Investment Treaty*, at 2-5.

^{۳۱} UNCTAD, *World Investment Report 2017*, at 10.

کشورهای توسعه یافته در استفاده از سازوکارهای حمایتی در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری باعث شد که حقوق دول میزبان سرمایه‌بیش از پیش مورد توجه قرار گیرد و بر خلاف معاهدات مرسوم در اوایل قرن ۲۱ و پیشتر از آن، تعهداتی بر دوش سرمایه‌گذار خارجی گذاشته شود و سعی شد تا با تأکید این نکته در مقدمه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری^{۳۲}، حاکمیت داخلی دولت میزبان برای تنظیمگری و وضع قانون به رسمیت شناخته شود و سرمایه‌گذار خارجی به هر بهانه ای متوقع امنیت کامل و حمایت همه جانبه از سرمایه خود نباشد.^{۳۳} لذا، برخلاف سالیان پیشین، اکنون کشورهای توسعه یافته در کنار دولت‌های آسپیدیده از داوریه‌های سرمایه‌گذاری در پی تأمین استقلال قانون‌گذاری دولت میزبان سرمایه برای جذب سرمایه‌گذاری و اتخاذ سیاستهایی در راستای منافع عمومی، علی‌الخصوص پایبند نمودن معاهدات سرمایه‌گذاری به توسعه پایدار گشته اند.^{۳۴}

بدین ترتیب شاهد روندی جدید در عرصه تنظیم شروط معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بین‌المللی هستیم که همانطور که اشاره کردیم ایران متأسفانه از این قافله عقب مانده است و جز در خصوص معاهده لازم‌الاجرا با اسلواکی در تابستان سال ۹۶، تغییر دیگری نمی‌توان در این خصوص سراغ گرفت^{۳۵}؛ که خود این تغییر نیز به نظر نویسنده این سطور، سطحی بوده و به وضوح تنها سعی داشته بسیاری از شروط معاهده الگوی ایالات متحده آمریکا را در خود منعکس کند، بدون آنکه ملاحظات سیاسی یا اقتصادی ویژه موقعیت ایران مد نظر نویسندگان آن قرار گرفته باشد.

^{۳۲} مثال بارز این موضوع مقدمه معاهده الگوی دوجانبه سرمایه‌گذاری آمریکا در این خصوص است.

^{۳۳} به عبارت بهتر، بنا نیست معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری کلیه ریسکهای سرمایه‌گذار خارجی را تحت پوشش قرار دهد و به شکلی همه مخاطرات سرمایه‌گذار را بیمه کند. دیوان داوری ایکسید در پرونده مافزینی نیز به همین ترتیب مقرر داشته است که «معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری نمیتواند بیمه ای در برابر قضاوت‌های تجاری اشتباه سرمایه‌گذار خارجی باشد». «ر.ک»:

Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award, November 13, 2000, para 64.

^{۳۴} Kavaljit Singh and Burghard Ilge (editors), Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices, at 10, Both Ends publication, 2016.

^{۳۵} لایحه موافقتنامه دو جانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری با دوک نشین اعظم لوکزامبورگ منتشر شده در سایت مرکز پژوهشهای مجلس حاکی از آن است که ظاهراً جمهوری اسلامی ایران نیز بدین سمت سوق پیدا کرده است. گرچه نباید این نکته را از یاد برد که معاهدات دوجانبه ما با ژاپن و روسیه در سال ۱۳۹۶ همچنان از طرح پیشنهادی سال ۱۳۷۶ تبعیت می‌نماید. لایحه موافقتنامه با لوکزامبورگ از این نمایه قابل دسترسی است http://rc.majlis.ir/fa/legal_draft/show/1026045

۲-۲ تحولات اخیر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و مقایسه آن با معاهدات اخیر ایران:

به زعم گزارش کنگره ایالات متحده آمریکا،^{۳۶} معاهدات سرمایه‌گذاری آمریکا (و بسیاری دیگر معاهدات دوجانبه الگو) با تأسی از معاهده الگوی این کشور که در سال ۲۰۱۲ مورد آخرین بازبینی قرار گرفته است، با وجود تفاوت‌هایی که بسته به کشور طرف متعاقد داشته اند، هر کدام چند هدف اصلی را دنبال میکنند. الف) اصول رفتار ملی و ملت کامله‌الوداد در وضعیت‌های مشابه^{۳۷} از بدو پذیرش و استقرار سرمایه تا خروج آن، بایست مورد پیش‌بینی قرار گیرد. ب) محدودیت‌های مشخص در خصوص ملی کردن سرمایه و ضوابط مربوط به پرداخت سریع، کافی و مؤثر غرامت ناشی از ملی شدن در موارد صادره مستقیم و غیر مستقیم سرمایه مورد توجه ویژه قرار گیرد. ج) انتقال سریع وجوه به کشور میزبان و خروج این وجوه از آن کشور با استفاده از نرخ آزاد ارز. د) منع اعمال محدودیت در خصوص الزامات اجرایی که سرمایه‌گذار خارجی را ملزم به رعایت تشریفاتی خاص از جمله استفاده از حداکثر توان داخلی یا رعایت محدودیت‌های کمی صادرات می‌نماید. ه) رجوع به مرجع معاهده‌ای برای رسیدگی به ادعای نقض تعهدات معاهده‌ای دولت میزبان توسط سرمایه‌گذار خارجی.

در کنار این موارد، بسیاری از معاهدات سرمایه‌گذاری اخیر، دارای مقرره ای موسوم به شرط گریز^{۳۸} هستند که امکان اقدامات احتیاطی بوسیله دولت میزبان را ممکن میسازد تا فرصت برای کنار گذاشتن برخی تعهدات معاهده‌ای بنا به برخی ملاحظات مربوط به امنیت ملی و منافع عمومی ممکن گردد. به عنوان مثال ماده ۱۸ معاهده دوجانبه آمریکا و اروگوئه اینگونه مقرر میدارد:

"هیچ یک از مفاد این موافقتنامه به نحوی تعبیر نخواهد شد که: الف) هر طرف متعاقد را ملزم به ارائه یا اجازه دسترسی به اطلاعاتی نماید که افشای آن را برخلاف منافع مهم امنیتی خود می‌داند..."

³⁶. Shayerah Ilias Akhtar, Martin A. Weiss, U.S. International Investment Agreements: Issues for Congress, CRS Report for Congress R43052, p. 11, 2013.

³⁷. Like Circumstances

³⁸. Escape clause

اما الگوی سوم معاهدات دوجانبه آمریکا که در سال ۲۰۱۲ معرفی شد^{۳۹} برای اطمینان از اینکه مفاد معاهدات ایالات متحده را کمتر در معرض دعاوی سرمایه‌گذاری قرار دهد^{۴۰} و با منافع عمومی و سیاست های اقتصادی دولت آن زمان آمریکا سازگار است و همچنین به خوبی منعکس کننده تحولات نوین اقتصادی از جمله بحران مالی سال ۲۰۰۸ و رشد موسسات با مالکیت دولتی باشد. در ذیل ضمن اشاره به عمده این تحولات معاهدات دوجانبه ایران را نیز از این منظر مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۱ - مؤسسات منسوب به دولت^{۴۱}: معاهده الگوی آمریکا در ماده ۲ کلیه نهادهای عمومی قانونگذار و تنظیمگر را ملزم به تبعیت از تعهدات معاهده دانسته است. در واقع هر نهادی که از جانب دولت دارای اقتدار حاکمیتی و دولتی باشد، مشمول تعهدات دولت میزبان سرمایه در برابر سرمایه‌گذار خارجی خواهد بود. هیچ یک از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران را نمی‌توان سراغ گرفت که به روشنی معین نموده باشد دقیقاً اقدامات چه اشخاص حقوقی یا چه نهادهایی ممکن است نقض معاهده از جانب دولت میزبان به حساب آید. به عنوان مثال مشخص نیست تصمیم صنفی از اصناف فعال در ایران می‌تواند به حساب دولت گذاشته شود و احیاناً ادعای نقض معاهده را مطرح کند یا خیر.

۲- الزامات اجرایی^{۴۲}: معاهده الگو ایالات متحده در ماده ۸ خود به صراحت اذعان می‌دارد که قوانین و مقررات دولت میزبان به هیچ عنوان نمی‌بایست متضمن تعهد یا الزامی برای سرمایه‌گذار خارجی جهت خرید، استفاده، بکارگیری یا اولویت دادن به منابع یا تولیدکنندگان داخلی به شکلی باشد که امتیازی را برای بازرگانان دولت میزبان به وجود آورد. این شرط که خود در راستای قواعد مقرر در موافقتنامه تریمز^{۴۳} سازمان تجارت جهانی است، جهت جلوگیری از رانت برای تولیدکنندگان داخلی و رعایت اصل رفتار ملی وضع می‌گردد. علی‌الخصوص که می‌توان از درج اینگونه مقررات برای بهبود وضعیت رقابت در بازار حمایت

^{۳۹} تا پیش از معرفی معاهدات الگوی سال ۲۰۱۲ آمریکا، دو معاهده الگوی دیگر در سالهای ۱۹۹۴ و ۲۰۰۴ توسط این کشور معرفی شده بود. علت اصلی تغییر معاهده الگوی سال ۱۹۹۴ شباهت بسیار زیاد آن به فصل سرمایه‌گذاری موافقتنامه NAFTA یعنی فصل (۱۱) بود که به موجب آن دعاوی بسیاری دی مرجع حل و فصل اخلاف علیه آمریکا مطرح شد. شروط عمده آن معاهده الگو، بسیار وسیع تنظیم شده بودند و در مقایسه با اتباع امریکایی، حقوقی بیشتر به سرمایه‌گذاران خارجی اعطا می‌نمودند. بدین ترتیب معاهده الگوی آمریکا در سال ۲۰۰۴ با محدود نمودن قلمرو موضوعی معاهده (تعریف سرمایه تحت‌المشمول معاهده)، مضیق نمودن حداقل استانداردهای رفتاری با سرمایه‌گذاران، شروط دقیق و فصل تر در خصوص دعاوی میان دولت میزبان سرمایه و سرمایه‌گذار، و بیان دغدغه‌های محیط زیستی و مسائل مربوط به حقوق کار بطور کلی در مقدمه معاهده، سعی در ایجاد برابری بیشتر میان حمایت‌های اعطایی به سرمایه‌گذاری خارجی و داخلی نمود.

^{۴۰} Gilbert Gagne and Jean-Frederic Morin, The Evolving American Policy on Investment Protection: Evidence from Recent FTAs and the 2004 Model BIT, *Journal of International Economic Law* 357, at 363, 2006.

^{۴۱} . State Owned Enterprises.

^{۴۲} . Performance Requirements

^{۴۳} . Trade Related Investment Measures (TRIMs)

نمود. متأسفانه هیچیک از معاهدات دوجانبه ایران در این خصوص مقرره ای پیش‌بینی ننموده است و با توجه به "قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی و اجرایی کشور در اجرای پروژه‌ها و ایجاد تسهیلات به منظور صدور خدمات" در ایران، می‌توان عملاً اعطای چنین امتیازاتی به سرمایه‌گذار خارجی را منتفی دانست.

۳- محیط زیست و حقوق کار: آنچه به تازگی در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بطور مفصل پیش‌بینی می‌گردد مباحث مربوط به رعایت الزامات محیط زیستی دولت میزبان است که بطور مستقیم متأثر از ورود مباحث توسعه پایدار به معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری است. معاهده الگوی امریکا بیش از قبل، بطور وسیع و مفصل در خصوص حقوق محیط زیست و الزامات حقوق کار ذیل قوانین داخلی دولت میزبان در ماده ۱۲ و ۱۳ ضوابط ویژه ای مقرر داشته است. این مواد اعمال مقررات داخلی محیط زیست و حقوق کار را حق دولت میزبان میدانند اعلام میدارند که تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی نباید مانع از اجرای موثر یا منجر به اجرای حداقلی این مقررات گردد یا تعهدات آن کشور در خصوص کنوانسیونهای بین‌المللی را تحت الشعاع قرار دهد.

مسائل مربوط به حقوق کار و حقوق محیط زیست را تنها می‌توان در معاهده میان ایران و جمهوری اسلواکی ملاحظه نمود که آن هم بطور مختصر به این موضوعات پرداخته است. سایر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران که به تاسی از پیش‌نویس سال ۱۳۷۶ منعقد شده اند چنین شرطی را در خود درج نکرده اند و حتی اشاره ای هم به آن نداشته اند. البته در این میان یک استثنا به چشم می‌خورد که بطور کلی تنها اشاره مختصری به برخی ملاحظات عمومی نموده است و حتی بطور صریح در خصوص حقوق کار یا مقررات محیط زیستی سخنی به میان نمی‌آورد و آن معاهده ایران با جمهوری فدرال آلمان در سال ۱۳۸۲ است. شق پ ذیل بند ۲ از ماده ۳ این معاهده به عنوان استثنای امتیازات مربوط به اصل رفتار ملی و ملت کامله الوداد اینگونه مقرر میدارد:

"صرفنظر از جزءهای (الف) و (ب) فوق، اقداماتی که بنا به دلایل امنیت و نظم عمومی، بهداشت و اخلاق عمومی، رفتار نامساعدتر در مفهوم بند (۱) این ماده تلقی نخواهد شد".

علاوه بر این، بندهای پایانی هر دو ماده ۱۲ و ۱۳ معاهده الگو، امکان مذاکره میان طرفین معاهده در خصوص این موضوعات را با درخواست یکی از طرفین پیش‌بینی کرده است و این امکان را به طرفین میدهد که هر هنگام مناسب دید به فراهم نمودن فرصت مقتضی برای ارائه نظر از سوی جامعه در خصوص این مسائل اقدام کند. امری که متأسفانه در کلیه معاهدات ایران مغفول گذاشته شده است.

۴- تسهیلات مالی: معاهده الگوی سرمایه‌گذاری امریکا، در مواردی مشخص، تسهیلات مالی اعطایی از سوی دولت میزبان را به عنوان استثنای مربوط به اقدام احتیاطی قابل تعلیق دانسته است. طبق پانوش شماره ۱۸ این معاهده الگو، "باید خاطرنشان کرد که اقدامات احتیاطی، شامل حفظ ایمنی، صحت، یک‌پارچگی، یا مسؤولیت مالی هر یک از نهادهای مالی، [و] همچنین حفظ ایمنی و یک‌پارچگی عملیاتی و مالی پرداخت و نظامهای تهاتری می باشد".^{۴۴} از جمله مهمترین این استثنائات موردی است که دولت میزبان با کسری تراز پرداخت مواجه شده است. معاهده ایران با اسلواکی، در بند دوم ماده ۱۱ قلمرو اعمال اقدامات احتیاطی را به وضوح معلوم کرده است. طبق این مقرر:

هیچ یک از مفاد این موافقتنامه مانع طرف متعاقد برای اتخاذ یا حفظ اقداماتی به دلایل احتیاطی از جمله موارد زیر نمی شود: الف) حمایت از سرمایه گذاران، سپرده گذاران، بیمه گذاران، بیمه گرها همچنین سرمایه گذاران بازار مالی یا اشخاصی که یک مؤسسه مالی به آنها تعهد امانی دارند؛ ب) حفظ ایمنی، صحت و یک‌پارچگی یا مسؤولیت مالی مؤسسات مالی؛ پ) تضمین یک‌پارچگی و ثبات نظام مالی طرف متعاقد؛ و ت) اقدامات غیرتبعیض آمیز با ماهیت اجرای عمومی که توسط نهاد عمومی در مورد سیاست های پولی و اعتباری یا نرخ تسعیر اتخاذ شده اند. این بند تعهدات دولت متعاقد طبق ماده (۷) را تحت تأثیر قرار نمی دهد".

۵- شفافیت در معاهده استانداردها و مقررات فنی: بحث شفافیت در معاهده الگوی امریکا مربوط به کلیه اقدامات و مقرراتی میشود که بر سرمایه‌گذاری مؤثر بوده و به نحوی آن را تحت الشعاع قرار دهد. استانداردها و مقررات فنی از موارد بارز مقررات محسوب میگردند. این از جمله مهمترین موانع غیرتعرفه ای فرا روی تجارت، مقررات فنی و استاندارد است که با هدف حفظ منافع عمومی و بهداشت و سلامت جامعه وضع میگردد. تحت نظام سازمان تجارت جهانی، کلیه کشورهای عضو سازمان، ذیل موافقتنامه موانع فنی فرا روی تجارت،^{۴۵} در هر صورت ملزم به رعایت مفاد این موافقتنامه در خصوص وضع مقررات فنی و استاندارد میباشد. یکی از اصول بسیار مهم این موافقتنامه شفافیت و اطلاع رسانی در خصوص وضع مقررات فنی و استاندارد است. طبق بند ۹ ماده ۲ این موافقتنامه، نهاد عمومی واضع مقرر فنی، موظف است مقرر فنی مورد نظر را پس از تصویب طبق رویه‌ای خاص و با شفافیت مناسب، به اطلاع سایر اعضا برساند. همچنین، کلیه اقدامات فنی وضع شده در اسرع وقت قابل دسترسی قرار گرفته یا منتشر می‌شود، به نحوی که افراد ذی‌نفع در دیگر کشورهای عضو امکان کسب اطلاع از آن را داشته

44. "It is understood that the term "prudential reasons" includes the maintenance of the safety, soundness, integrity, or financial responsibility of individual financial institutions, as well as the maintenance of the safety and financial and operational integrity of payment and clearing systems".

45. Technical Barriers to Trade (TBT)

باشند. نکته حائز اهمیت آن است که اطلاع رسانی باید در مراحل اولیه وضع مقرر فنی صورت گیرد تا نظرات سایر اعضا در خصوص آن مورد توجه قرار گیرد و اصلاحات احتمالی آسان‌تر انجام شود (ماده ۴.۹.۲). به همین دلیل، ماده ۱۲.۲، مدت زمان متعارفی میان وضع تا اجرای مقرر فنی در نظر گرفته است.^{۴۶}

همین رویه عیناً در خصوص سرمایه‌گذاری خارجی در معاهده الگوی امریکا، در خصوص کلیه مقرراتی که سرمایه‌گذاری خارجی را تحت الشعاع خود قرار میدهد (و محدود به استاندارد یا مقرر فنی نمیگردد) مورد تأکید قرار گرفته است تا سرمایه‌گذاران خارجی نیز خود در تهیه این مقررات ملاحظات و نظرات خود را ابراز دارند. لیکن معاهده الگو به همین مقدار بسنده نکرده است. بند ۷ ماده ۱۱، به منظور ارتقای شفافیت، کشورهای متعاهد را ملزم به تأسیس دیوان‌های اداری، شبه قضایی یا قضایی نموده است تا در صورت لزوم به بازبینی و اصلاح اقدامات اداری و قانون‌گذاری انجام شده در خصوص تعهدات این معاهده بپردازد. این دیوانها می باید مستقل از نهاد اداری اقدام کننده در این خصوص باشد و امکان تجدید نظر خواهی از تصمیمات آن برای سرمایه‌گذار خارجی فراهم باشد. با وجود این مقرر در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، شاهد آن هستیم که نظام حل‌وفصل اختلاف حاکم بر این نوع معاهدات، به نظامی دوگانه تبدیل شده است. بدین ترتیب که سرمایه‌گذار خارجی قادر خواهد بود بدون نیاز به استناد به شرط حل‌وفصل اختلاف میان سرمایه‌گذار و دولت میزبان، با مراجعه به دیوان‌های اداری این چنینی دعوی خود را مطرح سازد.

جای تعجب ندارد که از میان معاهدات ایران که همگی الگوی معاهدات منعقد در دهه نود میلادی است، اثری از این ترتیبات نمی‌توان سراغ گرفت. جز معاهده ایران با اسلواکی که در ماده ۱۳ به بحث انتشار اطلاعات و شفافیت پرداخته است. طبق بند اول این ماده:

"هر طرف متعاهد قوانین و مقررات عمومی خود همچنان موافقتنامه‌های بین‌المللی که می‌تواند سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران طرف متعاهد دیگر در قلمرو طرف متعاهد نخست را تحت تأثیر قرار دهد، منتشر یا در دسترس عمومی قرار خواهد داد."

جز این بند مختصر، مقرر دیگری در خصوص شفافیت تنظیم نشده است و حتی ارجاع اختلافات ناشی از این مقرر از صلاحیت دیوان دآوری سرمایه‌گذار و دولت متعاهد استثناء شده است. بند ۳ ماده ۱۳ به این

^{۴۶} برای توضیح بیشتر در این خصوص، ر.ک:

Peter Van den Bossche, Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, at 863, Cambridge University Press, 2013.

موضوع پرداخته است: "مفاد بخش (پ) این موافقتنامه نسبت به این ماده اعمال نمی شود". بخش پ موافقتنامه در خصوص ارجاع اختلاف به داوری است.

۶- شرط حل و فصل اختلاف: بدون شک، بحث برانگیزترین موضوع معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بحث ارجاع اختلافات مربوط به نقض معاهده و ارجاع آن به داوری است. دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری از ابتدا تا کنون با چند چالش عمده مواجه گشته‌اند.

الف- مشروعیت: تصمیم در خصوص اعتبار اقدامات حاکمیتی دولت‌ها را نمی‌توان به سادگی به دست سه نفر داور که به شکل موردی انتخاب میشوند سپرد؛ علی‌الخصوص که این اقدامات در راستای تأمین نفع عمومی هستند.

ب- شفافیت: گرچه در مقایسه با سالهای دهه اول قرن ۲۱ میزان شفافیت رسیدگی به دعاوی سرمایه‌گذاری بهبود یافته است اما کماکان می‌توان شاهد آن بود که فرآیند رسیدگی با خواست طرفین، محرمانه باقی بماند به ویژه اگر دعاوی سرمایه‌گذاری در رابطه با مسائل مربوط به نفع عمومی باشد.^{۴۷} در همین راستا بود که آنسیترال در اقدامی بی‌سابقه دست به تدوین و تهیه معاهده موریس در خصوص شفافیت در داوری سرمایه‌گذاری^{۴۸} زد. این معاهده که با امضای سه کشور لازم‌الاجرا میشود، بالغ بر یک ماه است که به حد نصاب رسیده و قواعد آن به اجرا گذاشته می‌شود. کنوانسیون موریس، عمدتاً در بردارنده شروط شکلی قابل اعمال بر فرایند داوری است. بدین ترتیب که تمامی اسناد مربوط به داوری سرمایه‌گذاری در هر مرحله از داوری می‌بایست در دسترس همگان گذاشته شود، داوری باید علنی باشد و اطاعات آن بطور کامل در اختیار جامعه بین‌المللی گذاشته شود.^{۴۹} لازم به ذکر است که کنوانسیون موریس تنها در خصوص معاهداتی لازم‌الاجرا می‌گردد که از سال ۲۰۱۴ منعقد شده باشند و دیوان داوری ذیل قواعد داوری آنسیترال تشکیل شده باشد.^{۵۰} بند ۴ ماده ۱۴ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان ایران و اسلواکی به این معاهده

^{۴۷} از ۸۵ پرونده داوری سرمایه‌گذاری که تحت قواعد داوری آنسیترال تشکیل شده است تا سال ۲۰۱۲ تنها ۱۸ پرونده محرمانه نبوده و اطلاعات مربوط به آن در دسترس عموم قرار گرفته است. ر.ک:

UNCTAD Secretariat Note, Transformation of the international investment agreement regime, TD/B/C.II/EM.4/2, at 4, 2014.

^{۴۸} The Mauritius Convention on Transparency

^{۴۹} UNCITRAL Secretariat, The Mauritius Convention on Transparency- A Model for Further Reforms of Investor-State Dispute Settlement, at 1, 2016.

^{۵۰} برای دیدن توضیح بیشتر به ماده ۱ کنوانسیون رجوع شود.

اشاره داشته است. لیکن ایران بر خلاف اسلواکی ملزم به تبعیت از مفاد این معاهده شناخته نشده است. طبق این بند:

«در مورد هر جریان رسیدگی داوری بین‌المللی که به موجب این موافقتنامه علیه جمهوری اسلواک مطرح می‌شود، قواعد معاهده آنسیترال در زمینه شفافیت در داوری مبتنی بر معاهده بین سرمایه‌گذار و دولت اعمال خواهد شد. جمهوری اسلامی ایران اعمال نمودن قواعد معاهده آنسیترال در زمینه شفافیت در داوری مبتنی بر معاهده بین سرمایه‌گذار و دولت را در مورد هر جریان رسیدگی داوری بین‌المللی که به موجب این موافقتنامه علیه جمهوری اسلامی ایران مطرح می‌شود را به‌طور مقتضی بررسی خواهد نمود. هیچیک از مفاد این موافقتنامه یا قواعد حاکم داوری مانع از تبادل اطلاعات مربوط به اختلاف بین اتحادیه اروپا و جمهوری اسلواک یا بالعکس نخواهد شد.»

همین راه‌حل در ماده ۲۹ معاهده الگوی امریکا نیز به دقت پیش‌بینی شده است.

ج) تمایل برای دور زدن معاهدات: موارد این موضوع در دعاوی داوری سرمایه‌گذاری اندک نبوده است که سرمایه‌گذاران برای اینکه خود را ذیل چتر حمایتی معاهده‌ای به خصوص قرار دهند از هر روش استفاده می‌کنند تا نشان دهند سرمایه با منشأ کشوری است که دولت سرمایه‌پذیر با آن معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد نموده است.^{۵۱} از متداول‌ترین این روش‌ها ایجاد شرکت‌های کاغذی در کشوری است که بنا است نشان داده شود سرمایه از منشأ آن کشور وارد کشور سرمایه‌پذیر شده است.

د) عدم کارآمدی نظام داوری سرمایه‌گذاری: در برخی موارد تصمیمات متناقض در پرونده‌های مشابه در دیوان‌های داوری انتقادات بسیاری را با خود به همراه داشته است. علاوه بر این، اصولاً مرجع عالی برای رسیدگی به اشتباهات دیوان داوری وجود ندارد یا اگر فرضاً در نظام داوری ایکسید می‌توان چنین نظامی را مشاهده نمود، به تجربه معلوم گشته که این نظام در برخی موارد با وجود اشتباهات ماهوی در اعمال قانون قابل اعمال بر داوری اقدامی برای ابطال رأی دیوان داوری نکرده است.^{۵۲} علاوه بر این در برخی موارد داوران به عدم استقلال و بی‌طرفی متهم میشوند،^{۵۳} چه در عمل دیده شده داوران برای به راه‌انداختن کاسبی برای ارائه خدمات خود برای انتخاب شدن در پرونده‌های آتی دعاوی سرمایه‌گذاری با کشورهایی

^{۵۱}. به چنین عملی اصطلاحاً treaty shopping یا خرید معاهده نیز اطلاق می‌کنند.

^{۵۲}. CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8.

^{۵۳}. Barnali Choudhury, Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?, 41 VAND. J. TRANSNAT'L L. 775, 786 (2008)

که آنان را برگزیده‌اند همسو می‌شوند و رویکردهای متناقضی را یکبار به عنوان داور و بار دیگر به عنوان وکیل یکی از طرفین دعوا در داوری را داشته‌اند.^{۵۴} به این موارد نیز می‌توان هزینه بالای داوری نیز اشاره نمود که خود بیشتر ناشی از دستمزد بسیار بالای وکلای داوری‌های سرمایه‌گذاری است که به ۱۰۰۰ دلار در ساعت نیز می‌رسد.^{۵۵}

همین موضوع سبب شده است در خصوص شروط مربوط به حل و فصل اختلافات در معاهدات سرمایه‌گذاری جدید تمهیداتی در این خصوص اندیشیده شود. برخی از معاهدات الگو مانند معاهداتی که امریکا تنظیم نموده است، سعی در دقیق‌تر نمودن شروط مربوط به ارجاع اختلافات به داوری نموده‌اند و برخی دیگر مانند اتحادیه اروپا به طور کلی در راستای معرفی یک نظام بین‌الملل جدیدی برای جایگزینی با دیوان‌های داوری بین‌المللی برآمده‌اند.

معاهده الگوی ایالات متحده، همان دیوان داوری سرمایه‌گذاری را که بر دعاوی میان دولت میزبان و سرمایه‌گذار رسیدگی می‌کند در دستور کار خود قرار داده است و در بند ۱۰ ماده ۲۸ تنها طرفین را ملزم می‌کند که چنانچه تحت ترتیبات سازمانی که ممکن است در آینده به وجود آید، مکانیزم تجدید نظر از آراء صادره توسط دیوان‌های سرمایه‌گذاری پیش‌بینی شده در این معاهده ایجاد گردد، در خصوص شمول آن ترتیبات جدید نسبت به دعاوی حاصله از معاهده حاضر تصمیم‌گیری نمایند.^{۵۶}

لیکن نظام دادگاه سرمایه‌گذاری که آن را به نظام حل و فصل اختلاف سازمان تجارت جهانی شبیه دانسته‌اند، توسط اتحادیه اروپا در سال ۲۰۱۵ و در روند مذاکرات معاهده TTIP مطرح شد. ابتدا طرفین برای حل و فصل اختلاف از طرق مسالمت آمیز مانند مذاکره یا میانجی‌گری اقدام خواهند نمود. اگر طرق مسالمت‌آمیز مؤثر نباشد، خواهان می‌باید درخواست انجام مشورت به طرف مقابل خود بدهد و طرفین تا ۶۰ روز مهلت دارند تا مشورت در خصوص موضوع اختلاف را آغاز کنند و سپس تا حداکثر ۶ ماه اختلاف را برطرف نمایند در غیر اینصورت خواهان دادخواست خود را به دیوان بدوی رسیدگی‌کننده ارائه خواهد داد. این دیوان بنا است به عنوان دادگاه سرمایه‌گذاری مرکزی معاهده TTIP عمل نماید و به کلیه دعاوی در این خصوص رسیدگی خواهد نمود. این مرکز دارای ۱۵ قاضی است. دیوان به بخش‌های مختلف تقسیم

⁵⁴ D. Gaukrodger and K. Gordon, Investor-State dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community, OECD Working Papers on International Investment, No. 2012/03, at 43-51, 2012, available at http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2012_3.pdf; C. Olivet, 2012.

⁵⁵ Id., at 19.

⁵⁶ In the event that an appellate mechanism for reviewing awards rendered by investor-State dispute settlement tribunals is developed in the future under other institutional arrangements, the Parties shall consider whether awards rendered under Article 34 should be subject to that appellate mechanism

شده و هر بخش متشکل از سه قاضی خواهد بود که با ارجاع رئیس دیوان به دعای رسیدگی می‌کنند. طرفین می‌توانند هر نوع قواعد داوری (مانند قواعد داوری آنسیترال یا حتی ایکسید) را بر فرآیند رسیدگی حاکم سازند. آراء صادره از دیوان بدوی موقتی است و طرفین فرصت دارند تا ۹۰ روز از آن به دیوان تجدید نظر (که متشکل از ۶ قاضی است) درخواست بازبینی بدهند. اشتباه در تفسیر یا اعمال قانون حاکم، اشتباه فاحش در فهم وقایع پرونده یا نقض یکی از موارد تجدید نظر مذکور در ماده ۵۲ عهدنامه واشنگتن (ایکسید) از جمله موارد تجدید نظر خواهی رأی در دیوان تجدید نظر است.^{۵۷}

نتیجه‌گیری و ارائه راه حل

با مقایسه انجام شده میان تحولات اخیر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و معاهدات ایران، بنظر میرسد از جنبه های گوناگون انتقادات بسیار جدی به معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران وارد است. همانطور که شرح آن گذشت، بسیاری از معاهدات ایران با تحولات حقوق سرمایه‌گذاری همراه نشده است و کماکان همان الگوی قبلی در دو معاهده لازم‌الاجرا شده در سال ۱۳۹۶ مورد استفاده قرار گرفته است. علاوه بر این، بدلیل وسعت دعای مطروحه علیه کشورهای در حال توسعه و حتی توسعه یافته در خصوص نقض امتیازات معاهده‌ای از سوی دولت میزبان، روندی برای اصلاح معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری آغاز شد که تا کنون نیز در جریان است. در واقع وسعت این دعای و آرائی که به نفع سرمایه‌گذاران در دیوان‌های داوری بین‌المللی صادر می‌شد این شائبه را با خود به همراه آورده بود که حمایت و تشویق از سرمایه‌گذار خارجی با شروط موسع مندرج در معاهدات دهه ۹۰ و اوایل قرن ۲۱، با استقلال کشور میزبان در رابطه با قانون‌گذاری و پیگیری اهداف مشروع عمومی در تعارض جدی قرار دارد.^{۵۸} به همین دلیل ابتدا بطور مختصر و کلی (مانند معاهده الگوی امریکا در سال ۲۰۰۴) و سپس بطور مفصل و دقیق اختیارات قانون‌گذاری و پیگیری اهداف مشروع عمومی در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری پیش‌بینی شد تا به شکلی میان حاکمیت دولت میزبان سرمایه و حقوق سرمایه‌گذار تعادل برقرار شود.^{۵۹} با توجه به لازم‌الاجرا بودن بسیاری

⁵⁷ .Robert W. Schwieder, TTIP and the Investment Court System: A New (and Improved?) Paradigm for Investor- State Adjudication, 55 COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 179, at 190-192, 2016.

⁵⁸ .پیگیری اهداف مشروع منافع عمومی به عنوان استثناء در بسیاری دیگر از موافقتنامه‌های حوزه حقوق تجارت بین‌الملل نیز وجود داشته است. از جمله مطرح‌ترین این موارد استثنائات مذکور در بندهای ماده ۲۰ موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت سازمان تجارت جهانی است که با رعایت شرایط صدر ماده می‌تواند بدون توجه هیچ گونه مسئولیتی مستند نقض مواد موافقتنامه (از جمله رفتار ملی و ملت کامله‌الوداد) قرار گیرد.

⁵⁹ . George K. Foster, Striking a Balance between Investor Protections and National Sovereignty: The Relevance of Local Remedies in Investment Treaty Arbitration, Columbia Journal of Transnational Law 201, at 207-8, 2011.

از این معاهدات (حدود ۵۶ معاهده که بدین ترتیب تنظیم شده اند)، می‌توان گفت کشور ایران با خطر جدی‌ای از این نظر رو به رو است و تجربه کشورهای آرژانتین یا هند که بدلیل طرح دعاوی سرمایه‌گذاری دچار بحران شده بودند و در بسیاری موارد ملزم به پرداخت خسارات سنگین شدند، میتواند برای ما نیز تکرار شود. برای جلوگیری از بروز چنین اتفاقی می‌توان پیشنهاد نمود که با پایان یافتن دوره اعتبار این معاهدات^{۶۰} ایران با فسخ این معاهدات و با خروج از آن یا توافق با طرف دیگر متعاهد، دستکم مطابق با معاهدات اخیر (معاهده دوجانبه با لوکزامبورگ و اسلواکی) اقدام به اصلاح این معاهدات بنماید و با درج شروط مربوط به استثنائات عمومی، آنطور که در این معاهدات انجام شده است،^{۶۱} به برقراری هر چه بیشتر تعادل میان حقوق سرمایه‌گذار و دولت میزبان مبادرت ورزد.

منابع و مواخذ:

لاتین

- India and Bilateral Investment Treaties - A Changing Landscape, ICSID Review 1, 2014.
- Charles Lipson, Standing Guard: Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries (University of California Press 1985)
- Robert Howse, International Investment Law and Arbitration: A Conceptual Framework, IILJ Working Paper 2017/1, MegaReg Series
- R Dolzer and M Stevens, Bilateral Investment Treaties, Martinus Nijhoff Publishers 1995.
- Christoph Schreuer and Rudolf Dolzer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press
- Bilateral Investment Treaties 1959-1999, UNCTAD/ITE/IIA/2, 2000.
- KJ Vandeveld, The BIT Program: A Fifteen-Year Appraisal, Proceedings of the ASIL 86th Annual Meeting (1992) 532.
- Surya P. Subedy, International investment law, reconciling policy and principle, Bloomsbury Publishing, 2008.

^{۶۰} عموماً اعتبار معاهدات دوجانبه ایران یک دوره ده ساله است و در صورت عدم فسخ بوسیله یکی از طرفین در پایان این مدت به طور خودکار برای یک دوره ۵ساله نیز تمدید میشود و پس از آن نیز تا ده سال بعد قواعد آن بر سرمایه‌گذارهای صورت گرفته تا پیش از انحلال معاهده جاری خواهد بود.

^{۶۱} بند اول ماده ۱۱ معاهده ایران با اسلواکی به خوبی این موضوع را مد نظر قرار داده است. طبق این بند: "با رعایت این الزام که اقدامات زیر به نحوی اعمال نشوند که موجب تبعیض خودسرانه یا غیرقابل توجیه بین سرمایه‌گذاری‌ها یا سرمایه‌گذاران شود، هیچ یک از مفاد این موافقتنامه نباید به گونه‌ای تعبیر شود که موجب جلوگیری از اتخاذ یا انجام اقدامات یک طرف متعاهد شود که برای موارد زیر ضروری است: الف) حمایت از امنیت یا اخلاق عمومی یا حفظ نظم عمومی؛ ب) حمایت از زندگی حیات یا سلامت انسان، حیوان یا گیاه؛ پ) تضمین رعایت قوانین و مقررات؛ یا ت) حفاظت از منابع طبیعی زنده یا غیرزنده تمام شدنی. «همچنین بند سوم این معاهده مقرر میدارد»: مفاد این موافقتنامه نسبت به بیمه سلامت عمومی، اقدامات مالیاتی یا تدابیر بازنشستگی اعمال نخواهد شد".

- Hamed el-Kady, Training course for economies in transition on a new generation of international investment policies, Revision of model BITs: salient features and global trends, published by UNCTAD International Investment Policy Office, 2013.
- UNCTAD's Reform Package for the International Investment Regime, 2017
- Jose Alvarez, Kathryn Khamsi, The Argentine Crisis and Foreign Investors, A Glimpse into the Heart of the Investment Regime, pp 380-1, *Published in* Yearbook on international Investment law and policy 2008/2009 (Ed: Karl B. Suavant)
- Law Commission of India, Government of India, Report no. 260, Analysis of the 2015 Draft Model Indian Bilateral Investment Treaty.
- UNCTAD, World Investment Report 2017.
- Kavaljit Singh and Burghard Ilge (editors), Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices, Both Ends publication, 2016.
- Shayerah Ilias Akhtar, Martin A. Weiss, U.S. International Investment Agreements: Issues for Congress, CRS Report for Congress R43052, 2013.
- UNCTAD Secretariat Note, Transformation of the international investment agreement regime, TD/B/C.II/EM.4/2, 2014.
- UNCITRAL Secretariat, The Mauritius Convention on Transparency- A Model for Further Reforms of Investor-State Dispute Settlement, 2016.
- Barnali Choudhury, Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?, 41 VAND. J. TRANSNAT'L L. 775 (2008)
- D Gaukrodger and K Gordon, Investor-State dispute settlement: A scoping paper for the investment policy community, OECD Working Papers on International Investment, No. 2012/03
- Robert W. Schwieder, TTIP and the Investment Court System: A New (and Improved?) Paradigm for Investor- State Adjudication, 55 COLUMBIA JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW 179, 2016.
- George K. Foster, Striking a Balance between Investor Protections and National Sovereignty: The Relevance of Local Remedies in Investment Treaty Arbitration, Columbia Journal of Transnational Law 201, 2011.

سایت

- <http://www.investiniran.ir/fa/investmentlicensing/bilateral>
- http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/99-JOAN-Renegotiation_of_Indian_Bilateral_Investment_Treaties.pdf
- <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/08/12/life-icsid-10th-anniversary-bolivias-withdrawal-icsid/>