

## انصاف در اسناد و رویه داوری سرمایه‌گذاری خارجی

بهزاد آهنگری\*

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۱/۲۷

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۱۲/۷

### چکیده

فرض رویه داوری بین‌المللی اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی این است که مقررات موضوعه ملی و بین‌المللی تا حدود زیادی عادلانه و منصفانه است؛ اما به عللی نظیر پیچیدگی روزافزون اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی و تنوع اوضاع و احوال محیط بر آن‌ها، شاید نتوان همواره راه‌حل ناشی از اعمال مقررات موضوعه را برای دعاوی مطروحه، منصفانه تشخیص داد؛ بنابراین در داوری اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی، درجه‌ای از انعطاف‌پذیری لازم به نظر می‌رسد و دستیابی به این امر بدون اعمال انصاف میسر نیست. اعمال انصاف در داوری‌های اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی ضامن اجرای عدالت بین‌المللی است؛ بنابراین رعایت انصاف پایه‌ای است برای صدور رأی توسط مراجع داوری بین‌المللی سرمایه‌گذاری خارجی که به عنوان اصل اساسی دادرسی در نظام‌های حقوقی شاخص جهان شناخته می‌شود. در مواردی که داور بر اساس انصاف رأی صادر می‌کند، دامنه استناد انصاف در تفسیر مفاد قرارداد و یا اجرای تعهدات طرفین در صورت وجود توافق انصاف به عنوان منبع اصلی حل اختلاف عمل کرده و در صورت عدم استناد در قرارداد به عنوان منبع قاعده حقوقی به حل اختلاف بین طرفین چه قبل و چه بعد از اقامه دعوی می‌پردازد.

### کلیدواژه‌گان:

رویه، انصاف، داوری، اختلافات، سرمایه‌گذاری خارجی.

---

\* کارشناس ارشد حقوق خصوصی.

## مقدمه

انصاف در اصطلاح، یکی از اصول کلی حقوق است که در صورت بروز اختلاف، از جمله اختلافات تجاری میان طرفین معامله برای رفع منازعه ارجاعی به قاضی یا داور، مورد استناد قرار می‌گیرد.<sup>۱</sup> «انصاف مجموعه قواعدی است که در کنار قواعد اصلی حقوق وجود دارد و به استناد بودن بر اصول عالی و برتر اخلاقی می‌تواند قاعده حقوقی را لغو کند یا تخصیص دهد».<sup>۲</sup>

انصاف مفهومی کلی است که ضوابط مشخص و مدرن برای دستیابی به آن وجود ندارد و خود قاضی یا داور بر اساس عقل سلیم و وجدان بیدار خویش بر مبنای عدل اقدام به صدور رأی می‌کند و در واقع معیار نوعی بر آن حاکم است. تعاریف موجود برای عدل و انصاف نیز کلی است و به وجدان و فطرت قاضی و داور وابسته است. در اینجا داور با وجدان خویش تلاش می‌کند که احقاق حق شود.

برای مثال برخی از حقوقدانان ایرانی، عدل و انصاف را به این صورت تعریف کرده اند: «مفهوم ناشی از وجدان و فطرت که در قوانین موضوعه دیده نمی‌شود و یا خلاف آن دیده می‌شود. محل قاعده عدل و انصاف مواردی است که حس برقراری موازنه حقوق در انسان تحریک می‌شود. حکم عقل و وجدان در چنین صورتی، قاعده عدل و انصاف را تشکیل می‌دهد».<sup>۳</sup>

«اصل این واژه به نظام حقوقی Civil Law تعلق دارد و به معنی رعایت عدالت و عادلانه بودن تصمیم است که به معنی خوب و عادلانه هم استعمال می‌شود. قاعده انصاف «Equity» و عقل سلیم یا وجدان بیدار نیز این قاعده را تأیید می‌کند».<sup>۴</sup>

نحوه استناد به انصاف توسط داور یا طرفین چگونه است؟ و این که مبنای انصاف محتاج توافق است یا خارج از توافق هم قابلیت استناد دارد؟

در بیان نحوه استناد به انصاف باید گفت که زندگی حقوقی به ویژه بازرگانی بین‌المللی پیچیدگی‌هایی دارد و نیازها و مصالح، نقشی تعیین کننده در حل اختلافات بین طرفین اختلاف

۱. کریمی‌نیا، محمد مهدی، جایگاه انصاف در حقوق تجارت بین‌الملل، نشریه معرفت، ش ۴۰، ص ۱.

۲. کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج ۱، چاپ دوم، تهران: شرکت سهامی انتشار، ۱۳۸۱، ص ۱۴۵.

۳. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، ش ۴۰۷۶.

۴. امیر معزی، احمد، داورى بین‌المللى در دعاوى بازرگانى، نشر دادگستر، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۴۴۳.

ایفا می‌کنند. لزوم رعایت رفتار عادلانه و منصفانه در صورت بروز اختلاف در مقام رسیدگی و تعیین تکلیف دعوی امری بایسته است.

در سرمایه‌گذاری خارجی انصاف دارای ماهیتی دوگانه است. انصاف در یک معنا به‌عنوان رفتار عادلانه و منصفانه با سرمایه‌گذار از طرف کشور میزبان در اسناد مرتبط با توافقات سرمایه‌گذاری بوده و در معنای دوم به مفهوم داوری منصفانه در اختلافات میان طرفین دعوا است. در این تحقیق به کارکرد دوم انصاف پرداخته شده و سعی بر شناساندن این امر خواهد بود که علاوه بر رجوع طرفین به داوری منصفانه اختلافشان، چه در مواردی که انصاف به‌عنوان قاعده تکمیلی حقوق تجارت بین‌الملل عمل نموده و چه بدون استناد طرفین اختلاف به آن، داور همواره ملزم به رعایت عدل و انصاف بوده و در صورت عدم توجه به آن رأی داور بایستی اصلاح شده یا نقض گردد.

## ۱. انصاف در اسناد و قوانین سرمایه‌گذاری خارجی

انصاف به‌عنوان یک منبع و اصل حقوقی، نه‌تنها در حقوق تجارت بین‌الملل بلکه در رشته‌های دیگر آن به‌ویژه حقوق سرمایه‌گذاری خارجی از اهمیت خاصی برخوردار است. در معاهدات سرمایه‌گذاری نیز، انصاف در دو مفهوم داوری منصفانه و رفتار عادلانه و منصفانه با سرمایه‌گذار آمده است. اصل انصاف به‌تدریج در حقوق تجارت بین‌الملل اهمیت یافته و از حقوق داخلی انگلستان فراتر رفت و نقش مهم خود را در دعاوی اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی نیز آشکار ساخت. در دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی، اختیار اتخاذ تصمیم بر اساس عدل و انصاف به‌عنوان استثنایی بر منابع حقوقی که دیوان به‌طور معمول آن‌ها را مورد استناد قرار می‌داد، پذیرفته شده بود. متعاقباً این مفهوم در اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری گنجانده شد. بند ۲ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری چنین مقرر می‌دارد: «اختیار دیوان در رسیدگی بر اساس عدل و انصاف لطمه‌ای نمی‌زند، به شرطی که طرفین چنین توافق کرده باشند».

در چین ماده ۵۳ کمیسیون داوری اقتصادی و تجاری بین‌المللی مقرر می‌دارد که: «دیوان داوری به‌طور مستقل و بی‌طرفانه با رأی داوری می‌تواند در مقام میانجی‌گری دوستانه دعوا را فیصله دهد؛ حتی اگر طرفین چنین اجازه‌ای را نداده باشند. طرف‌هایی که مایل‌اند دیوان داوری

کمیسیون یادشده را از صدور رأی بر اساس کدخدا منشی بازدارند، باید به صراحت چنین چیزی را در موافقت‌نامه داوری پیش‌بینی کنند»<sup>۱</sup>.

بر پایه بند ۳ ماده ۴۲ معاهده واشنگتن «مرکز داوری بین‌المللی حل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی»: «...» بندهای ۱ و ۲ در اعمال قدرت دیوان در تصمیم‌گیری راجع به اختلاف، نباید لطمه‌ای بر اساس عدالت و انصاف وارد کند». اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی، به علت اختلاف در تابعیت یکی از طرفین دعوی با تابعیت مرجع صالح و رسیدگی‌کننده آن اهمیت زیادی دارد.

در بند ۳ ماده ۱۷ قواعد داوری ۱۹۹۸ آی‌سی‌سی نیز آمده است: «داوران وقتی می‌توانند اختیار حل‌وفصل کدخدامنشانه یا بر اساس عدل و انصاف را برای خود مفروض بدانند که طرفین به طور صریح بر دادن اختیار مذکور توافق کرده باشند».

همین قاعده در بند ۲ ماده ۳۲ قواعد آنسیترال، بند ۳ ماده ۲۸ قواعد داوری بین‌المللی اتحادیه داوری آمریکا (AAA) و بند الف ماده ۵۹ قواعد داوری سازمان جهانی مالکیت معنوی (WIPO) نیز آمده است.

در قانون داوری ۱۹۶۶ انگلیس (ماده ۴۶) امکان انصراف از قواعد حقوقی در تصمیم‌گیری داوران پیش‌بینی شده است: «دیوان داوری می‌تواند در اختلافات بر اساس سایر ملاحظات تصمیم بگیرد، مشروط بر این که طرفین بدان توافق کرده و یا دیوان داوری به آن رسیده باشد». قانون‌گذار انگلیس از واژه عام‌تری استفاده کرده تا این دو اصطلاح را در قالب یک واژه "otherconsideration" جای دهد که به موجب این قاعده، داوران می‌توانند از مفاد صحیح قرارداد یا قواعد تفسیری عدول نموده و به قواعد انصاف برسند.<sup>۲</sup>

بند ۳ ماده ۲۸ قانون داوری نمونه آنسیترال (۲۰۰۶):

«دیوان داوری صرفاً در صورتی بر اساس عدل و انصاف یا به‌عنوان میانجی‌گری دوستانه اتخاذ تصمیم می‌کند که طرفین صراحتاً چنین اجازه‌ای به او داده باشند».

1. Sung Yan, "The New Arbitration Rules of the China International Economic Trade and Arbitration Commission", 11 Arb, 1995, p. 183

2. www. wikipedia.Com

بند ۴ ماده ۱۳ مقررات داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی: «اگر طرفین به داور اختیار داده باشند که به‌طور کدخدانمشی دعوی را فیصله دهد، او دارای چنین اختیاری است.»  
در بعضی از متون یکی از دو اصطلاح فوق و در برخی دیگر هر دو اصطلاح به دنبال هم استعمال شده است. بند ۳ ماده ۲۷ قانون داوری تجاری بین‌المللی:  
«داور در صورتی که طرفین صریحاً اجازه داده باشند، می‌تواند بر اساس عدل و انصاف یا به‌صورت کدخدانمسانه تصمیم بگیرد.»

قانون‌گذار ایران این قاعده را از بند ۳ ماده ۲۸ قانون نمونه داوری آنسیترال اقتباس کرده که هر دو اصطلاح- عدل و انصاف و کدخدانمسانه - را در خود دارد. این واژه به معنای رعایت عدالت و عادلانه بودن تصمیم است و عقل سلیم یا وجدان بیدار نیز این قاعده را تأیید می‌کند. در این رابطه می‌توان به بند ۲ ماده ۷ کنوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ در مورد داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۲۱ آوریل که تحت نظارت کمیسیون اقتصادی اروپایی سازمان ملل متحد و با هدف توسعه تجارت اروپایی تهیه گردید و ماده ۳۹ از قواعد داوری کمیسیون اقتصادی سازمان ملل اروپایی ۱۹۶۶ و همچنین قسمت (ب) از بند ۴ ماده ۷ داوری تجاری بین‌المللی کمیسیون اقتصادی سازمان ملل آسیا و خاور دور و مقررات اتاق بازرگانی اشاره کرد.

بند ۲- ماده ۳۰ قانون موافقت‌نامه بین دولت جمهوری اسلامی ایران و کمیته مشورتی آسیایی- آفریقایی راجع به ایجاد مرکز منطقه‌ای داوری در تهران مصوب ۱۳۸۰/۵/۲۳ مقرر می‌دارد: «دیوان داوری تنها در صورتی می‌تواند از روی انصاف و کدخدانمشی تصمیم بگیرد که طرفین بالصراحه چنین اجازه‌ای را به او داده باشند و قانون حاکم بر رسیدگی داوری نیز اجازه را داده باشد.»

در بند ۱ ماده ۱۱ موافقت‌نامه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری متقابل بین دولت جمهوری اسلامی ایران و جمهوری آذربایجان آمده است: «طرفین با حسن نیت جهت یافتن راه حل منصفانه و سریع برای هرگونه اختلاف در خصوص تفسیر یا اجرای موافقت‌نامه تلاش خواهند نمود...»

همچنین در بند ۵ ماده ۱۰ قانون موافقت‌نامه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و جمهوری بلغارستان آمده است: «دیوان داوری بر اساس مقررات این

موافقت‌نامه و همچنین اصول کلی و قواعد پذیرفته‌شده حقوق بین‌الملل اتخاذ تصمیم خواهد نمود...»<sup>۱</sup>

در بند ز- ۱ ماده ۱۸ قواعد داوری در اتاق بازرگانی بین‌المللی (قابل اجرا از اول ژانویه ۱۹۹۸ مطابق ۱۱ دی ۱۳۷۶) آمده است: «ذکر مشخصات آیین دادرسی حاکم و نیز اشاره به اختیار مرجع داوری برای این [است] که به صورت کدخدامنشی یا بر اساس آنچه خوب و منصفانه است تصمیم بگیرد، در صورتی که چنین موردی وجود داشته باشد.»

ح- ملاحظات عدل و انصاف و برابری طرفین که به تشخیص هیئت داوری قوی و غالب است... در بند ۳ ماده ۱۰۵۱ قانون داوری آلمان اصلاحیه ۲۶ نوامبر ۲۰۰۱ آمده است: «...۳- دیوان داوری تنها در صورتی می‌تواند از روی انصاف و کدخدامنشی تصمیم بگیرد که طرفین صراحتاً چنین اجازه‌ای را به داور داده باشند...».

در قسمت دوم ماده ۲۶ قانون داوری برزیل ۱۹۹۶ قانون شماره ۹۰۳۰۷ آمده است: «رأی داوری الزاماً باید حاوی مواد ذیل باشد... ب) دلایلی که در تصمیم‌بدان استناد شده به همراه تحلیل موارد مبتنی بر حقیقت و قانون و در صورت وجود شرایط شامل لایحه تصمیم بر اساس انصاف...».

در ماده ۱۴۹۷ آیین دادرسی مدنی فرانسه مصوب ۱۴ مه ۱۹۸۱ آمده است: «داور تنها در صورتی می‌تواند از روی انصاف و کدخدامنشی تصمیم بگیرد که طرفین در توافقنامه داوری چنین اجازه‌ای به وی داده باشند.»

در بند ۲ ماده کنوانسیون داوری تجاری عمان - کشورهای عرب ۱۹۸۷ آمده است: «...۲- دیوان داوری تنها در صورتی می‌تواند از روی انصاف و کدخدامنشی تصمیم‌گیری نماید که طرفین صراحتاً چنین اجازه‌ای به وی داده باشند و در قرارداد بدان اشاره شده باشد.»

همچنین ماده ۵ موافقت‌نامه بین‌المللی که تحت عنوان بیانیه دولت جمهوری دموکراتیک و مردمی الجزایر و بیانیه دولت جمهوری اسلامی ایران به امضا رسید، تعهداتی برای هر دو دولت ایجاد کرد و بر اساس آن یک دادگاه داوری بین‌المللی به نام دیوان داوری ایران و ایالات متحده آمریکا تأسیس شد که کار آن هنوز پایان نیافته است. قسمت اول ماده بدین شرح است: «دیوان

1. www.Iranpardis.com

داوری اتخاذ تصمیم درباره تمام موارد را بر اساس رعایت قوانین انجام خواهد داد و مقررات حقوقی (تعارض قوانین) و اصول حقوق تجارت و حقوق بین‌الملل را به کار خواهد برد و در این مورد کاربردهای عرف بازرگانی، مفاد قرارداد و تغییرات اوضاع و احوال را در نظر خواهد گرفت». در بیانیه حل و فصل دعاوی جایی برای انصاف پیش‌بینی نشده، اما در قواعد داوری دیوان این‌ها خلاصه‌پر شده و مقرر شده تنها در صورتی که طرفین دعوی به دیوان رخصت دهند، داوران می‌توانند بر پایه انصاف و احسان تصمیم بگیرند. ماده ۳۳ (۲) قواعد داوری دیوان «...۲- دیوان بر مبنای انصاف و احسان تصمیم خواهد گرفت، اگر طرفین داوری صریحاً و کتباً اجازه چنین امری را به وی داده باشند».

جمله اول ماده که مقرر می‌دارد دادگاه بر اساس احترام به حقوق بین‌الملل تصمیم بگیرد، قابل بحث است. سؤالی که اینجا مطرح می‌شود این است که منظور از احترام به حقوق بین‌الملل چیست؟ آیا دیدگاه داوری بر اساس قواعد حقوقی رأی دهد یا می‌تواند بر اساس انصاف یا به طور کدخدامنشی حکم کند؟

دو نوع داوری در دنیا وجود دارد: یکی داوری بر اساس حقوق یا قواعد حقوقی است که در این نوع داوری، داور نمی‌تواند از قواعد لازم‌الاجرای حقوقی اعم از این‌ها منشأ آن‌ها قانون به معنی خاص یا رویه قضایی یا عرف و عادت یا منبع معتبر دیگری باشد، تخطی کند. البته شکی نیست که مبنای اصلی حقوق عدل و انصاف است و اجرای قواعد حقوقی در اغلب موارد با رعایت انصاف همراه است. مع‌هذا در این نوع داوری، انصاف به تنهایی و جدا از حقوق نمی‌تواند مستند و مبنای رأی داور باشد. داور باید قانون را اجرا کند، هر چند که در پاره‌ای موارد برخلاف انصاف باشد. نوع دیگر داوری، داوری بر اساس انصاف (کدخدامنشی) است. در این نوع داوری، داور مکلف به اجرای مرقانون نیست؛ بلکه ممکن است در اعمال انصاف از آن عدول کند. داور می‌تواند قانونی را که برخلاف انصاف تشخیص داده، نادیده گرفته و بر پایه انصاف رأی دهد. در داوری‌های بین‌المللی این اصل پذیرفته شده است که داور فقط هنگامی می‌تواند بر اساس انصاف رأی دهد که طرفین در این خصوص توافق کرده باشند.

«باین حال به نظر می‌رسد که انصاف جایی در این داوری داشته باشد. نفی داوری بر اساس انصاف بدین معنی نیست که دادگاه همواره مقید به رعایت حقوق ملی خاصی بوده و به هیچ وجه

نمی‌تواند آن را تعدیل کند. حقوق قابل اجرا در دادگاه داوری با توجه به ماده ۵ بسیار انعطاف‌پذیر است. از آنجاکه ماده مزبور دادگاه را در انتخاب قواعد و اصول حقوق بین‌الملل و حقوق بازرگانی قابل اجرا آزاد گذاشته است و حتی او را مکلف کرده است که عرف‌های بازرگانی و تغییر اوضاع واحوال را در نظر بگیرد، دادگاه می‌تواند با استفاده از اختیارات خود اصول و مقتضیات انصاف را نیز مورد توجه قرار دهد و از اعمال قانون ملی خاص در مواردی که آشکارا برخلاف موازین انصاف است، خودداری کند.<sup>۱</sup>

درواقع ارجاع به انصاف در پاره‌ای از معاهدات می‌تواند منجر به توسعه حقوق بین‌الملل گردد؛ زیرا حقوق بین‌الملل برخلاف حقوق داخلی دولت‌ها سریع‌تر توسعه می‌یابد. این مهم بدین سبب است که همواره معاهدات جدید و دعاوی جدید باعث توسعه و گسترش این حقوق می‌گردد، درحالی‌که حقوق داخلی بنا به دلایل فراوانی از این سرعت توسعه محروم است. در نتیجه ارجاع به انصاف در معاهدات و دعاوی می‌تواند باعث کامل‌تر شدن حقوق بین‌الملل شود. البته نباید از این نکته غافل بود که رجوع به انصاف هم نمی‌تواند کار ساده‌ای باشد، زیرا:

۱. راه‌حل منصفانه، همواره عادلانه نیست.

۲. پذیرش انصاف از طرف بازنده یک دعوا همواره ساده نیست. شاید به همین دلیل است که در پرونده لیامکو داور لبنانی از انصاف به عنوان یک راهنما و نه به عنوان یک حاکم استفاده می‌کند.<sup>۲</sup>

## ۲. انصاف در معاهده واشنگتن (کنوانسیون ۱۹۶۵)<sup>۳</sup>

بر اساس بند سوم ماده ۴۲ معاهده بین‌المللی حل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی: «... (۳) مقررات بندهای ۱ و ۲ در اعمال قدرت دیوان در تصمیم‌گیری راجع به اختلاف، نباید لطمه‌ای بر اساس عدالت و انصاف وارد کند».

در بندهای ۱ و ۲ مقرر گردیده:

۱. صفایی، حقوق بین‌الملل و داوری‌های بین‌المللی، ص ۱۵۰.

۲. حبیبی، پیشین، ص ۱۲۱.

3. Treaty Washington of 1965



«...۱» دیوان، اختلاف را، وفق قواعد حقوقی که توسط طرفین مورد توافق قرار گرفته مورد تصمیم‌گیری قرار می‌دهد. در صورت نبود چنین توافقی، دیوان، حقوق دولت متعاقد طرف اختلاف (از جمله قواعد حل تعارض آن) و نیز قواعد مناسب حقوق بین‌الملل را، اعمال می‌کند. (۲) دیوان نمی‌تواند به دلیل سکوت یا ابهام قانون، از رسیدگی اظهار ناتوانی کند. چنان که ملاحظه می‌شود، سکوت یا ابهام در مقررات و حتی قرارداد طرفین، مجوز اتخاذ تصمیم غیرمنصفانه یا غیرعادلانه و خروج از چارچوب آن نخواهد بود. چه بسا که در روند رسیدگی به اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی، بسته به موافقت و شرایط طرفین اختلاف، اتخاذ تصمیم بر اساس «انصاف»، برتر از تصمیم‌گیری مبتنی بر مقررات حقوقی، بتواند موجب ادامه روابط طولانی طرفین شود.<sup>۱</sup>

### ۳. سرمایه‌گذاری خارجی<sup>۲</sup>

فتح باب در این موضوع بحث ارتباط بین سرمایه‌گذاری خارجی و داوری بین‌المللی است. سرمایه‌گذاری خارجی به معنای فعالیت‌های اشخاص خصوصی خارجی در داخل یک کشور است. امروزه، حقوق سرمایه‌گذاری خارجی به نحو فراگیر روابط بین دولت‌ها و سرمایه‌گذاران خصوصی خارجی را، از طریق معاهدات دو یا چندجانبه با پیش‌بینی نحوه حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی بالأخص از طریق داوری و راه‌حل‌های دوستانه تنظیم می‌کند.<sup>۳</sup> سرمایه‌گذاری خارجی شامل انتقال مشهود و غیرمشهود دارایی از یک کشور به یک کشور دیگر است، به منظور استفاده از آن‌ها در آن کشور برای تولید ثروت که به صورت کلی یا جزئی تحت کنترل مالک آن اموال باشد. شکل خاصی در انتقال وجود ندارد: انتقال دارایی‌ها مانند تجهیزات یا اموال مادی خریداری یا ساخته‌شده، مزارع و کارخانه‌های تولیدی جدا از سرمایه‌گذاری غیرمستقیم (portfolio) که در آن معمولاً به وسیله مقداری پول برای هدف خرید سهام در یک شرکت تشکیل شده و یا به وسیله نمایندگی از طرف شرکت دیگری در یک کشور عمل می‌شود؛

۱. علیدوستی شهرکی، انصاف در حل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی، ص ۸.

2. Foreign Investment

۳. پیران، حسین، مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری خارجی، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۹، ص ۱۴.

که عنصر جداکننده آن با مفهوم سنتی سرمایه‌گذاری خارجی در نمونه کار سرمایه‌گذاری، جدایی بین مدیریت و کنترل شرکت و سهام مالکیت آن است.<sup>۱</sup>

### ۳.۱. مبانی سرمایه‌گذاری خارجی

به نظر می‌رسد که به‌طور کلی، سرمایه‌گذاری در مفهومی که در قوانین مختلف آمده، شامل هر نوع آورده از قبیل سرمایه، اموال، خدمات، امتیاز و دانش فنی ساخت و... است. در این رابطه برخی قوانین به ارائه تعریفی جامع پرداخته‌اند که شامل کلیه امتیازاتی می‌شود که برای ایجاد یک شرکت یا یک مؤسسه جدید به هر شکلی لازم است. متون دیگر به برشمردن تفضیلی حقوق، اموال و خدماتی می‌پردازند که می‌توانند موضوع سرمایه‌گذاری قرار می‌گیرند.<sup>۲</sup>

دستیابی به هدف رشد و توسعه اقتصادی در هر کشوری مستلزم سرمایه برای تأمین منابع مالی مورد نیاز طرح‌های اساسی و زیربنایی است. کشورهایی که برای توسعه خود در داخل از سرمایه کافی برخوردار نیستند، اقدام به سرمایه‌گذاری‌های خارجی «انتقال مواد یا پول از یک کشور به یک کشور دیگر جهت استفاده در تأسیس یک بنگاه اقتصادی در کشور اخیر در ازای مشارکت مستقیم در عواید آن» می‌نمایند. در خصوص علل سرمایه‌گذاری خارجی و تصمیمات راجع به اقدام به سرمایه‌گذاری در کشورهای دیگر، از دهه ۱۹۶۰ به بعد نظریات متعددی شکل گرفته است.<sup>۳</sup>

### ۳.۲. ماهیت سرمایه‌گذاری خارجی

ماهیت انجام یک سرمایه‌گذاری خارجی با یک معامله تجاری متفاوت است. درحالی که به‌طور کلی تجارت، مبادله هم‌زمان مبیع و ثمن است، اما تصمیم به انجام سرمایه‌گذاری در یک کشور خارجی سرآغاز یک رابطه درازمدت بین سرمایه‌گذار و کشور میزبان است.<sup>۴</sup> باید به تفاوت نوع رابطه بین سرمایه‌گذار و کشورهای میزبان قبل و بعد از انجام سرمایه‌گذاری توجه داشت.

1. SORNARAJAH.m The international law on foreign investment second edition m. Professor of law national of Singapore mizan publication 2004, p. 7

۲. لوبولانژه، فیلیپ، **قراردادهای دولت‌ها با شرکتهای خارجی**، ترجمه: تقی‌زاده انصاری، مصطفی، تهران: نشر شرکت مهندسی و توسعه نفت، چاپ اول، ۱۳۸۷، ص ۱۸۹.

۳. ذوالقدر، مالک، **مبانی نظری سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی**، فصلنامه سیاست، دوره ۳۹، ش ۲، تابستان ۱۳۸۸، ص ۴.

4. SORNARAJAH.m, op, cit, p. 156

اصولاً پروژه‌های بزرگ تابع قوانین کلی کشور میزبان نبوده و به‌جای آن کشور میزبان و سرمایه‌گذار اقدام به انعقاد یک قرارداد سرمایه‌گذاری می‌کنند که ممکن است تحت آن قرارداد، نظام حقوق دولت میزبان را با نیازهای خاص پروژه و منافع دو طرف سرمایه‌گذاری تعدیل نموده و تطبیق دهد. در خلال مذاکرات مربوط به انعقاد قرارداد سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذار سعی خواهد کرد که با توجه به معاهدات دو یا چندجانبه منعقد شده توسط دولت میزبان با دیگر دولت‌ها یا سرمایه‌گذاران، حمایت‌های لازم برای سرمایه‌گذار در سطح بین‌المللی را انجام دهد.<sup>۱</sup>

از میان اصول کلی که بر محدوده وسیعی اعمال می‌شوند، مشخصاً اعمال قاعده حسن نیت و رفتار منصفانه در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی امری بسیار رایج و درعین حال لازم است، به طوری که دیوان‌های بین‌المللی که به اختلافاتی با موضوع سرمایه‌گذاری خارجی پرداخته‌اند بارها در آرای خویش به این اصول استناد کرده‌اند.

باید به این نکته توجه داشت که ماهیت نوع رابطه بین سرمایه‌گذار و کشور میزبان قبل و بعد از انجام سرمایه‌گذاری کاملاً متفاوت است. اصولاً پروژه‌های بزرگ تابع قوانین کلی کشور میزبان نبوده و ممکن است تحت آن قرارداد سرمایه‌گذاری نظام حقوقی دولت میزبان را با نیازهای خاص پروژه و منابع دو طرف سرمایه‌گذاری تعدیل نموده و تطبیق دهند. در خلال مذاکرات مربوط به انعقاد قرارداد سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذار سعی خواهد کرد که با توجه به معاهدات دو یا چندجانبه منعقد شده توسط دولت میزبان با دیگر دولت‌ها یا با سرمایه‌گذاران بزرگ که در آن‌ها حمایت‌های لازم برای سرمایه‌گذاری در سطح بین‌المللی مقرر شده، تضمین‌های حقوقی و غیرحقوقی ضروری را یافته و با توجه به ماهیت و مدت زمان سرمایه‌گذاری خود، تضمین‌های مذکور را در قرارداد منعقد شده خود با دولت میزبان درج نماید. البته ممکن است بسته به نوع پروژه در مواردی که دولت میزبان اشتیاق فراوانی برای جذب سرمایه‌گذار دارد، سرمایه‌گذار در خلال مذاکرات اولیه ابتکار عمل را در دست گرفته و به‌راحتی امتیازات مطلوب خویش را به دست آورد.

۱. صبور، مسعود، آژانس چندجانبه تضمین سرمایه‌گذاری «میگا» و استانداردهای سرمایه‌گذاری خارجی، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۴، ۱۳۸۲، ص ۱.

#### ۴. کارکرد اصول کلی حقوق در قلمرو سرمایه‌گذاری خارجی

از میان اصول کلی که بر محدوده وسیعی اعمال می‌شوند، مشخصاً اعمال قاعده حسن نیت در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی امری بسیار رایج و درعین حال لازم است؛ به طوری که دیوان‌های بین‌المللی که به اختلافاتی با موضوع سرمایه‌گذاری خارجی پرداخته‌اند، بارها در آرای خویش به این اصل استناد کرده‌اند.

در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری خارجی، اصول کلی همان نقشی را ایفا می‌کنند که در حقوق بین‌الملل عمومی بر عهده دارند.<sup>۱</sup> اصول کلی حقوقی در تفسیر معاهدات، تعریف مفاد آن‌ها و پرکردن خلأهای قانونی کاربرد دارد. اصول حقوقی ضامن تفسیر پویا و اجرای مؤثر قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی در هماهنگی با تحولات نظام حقوق ملی هستند و استمرار رابطه متقابل حقوق ملی و حقوق بین‌الملل را در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پی دارند.

#### ۴.۱. انصاف در رویه داوری بین‌المللی سرمایه‌گذاری خارجی

در حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی، در بیشتر موارد مرجع رسیدگی‌کننده داخلی نیست و داور یا داوران، قانون الزام‌آوری برای اعمال در موضوع اختلاف فراروی خود ندارند. داور بین‌المللی که می‌بایستی به اختلافات سرمایه‌گذاری میان یک دولت و یک شرکت خارجی - که تحت تابعیت کشور دیگری است - رسیدگی کند، در بسیاری از موارد با نبود یا تعارض قوانین روبرو می‌شود.<sup>۲</sup> همچنین داوری از حیث قواعد ماهوی، محل تلاقی حقوق داخلی و بین‌الملل و نیز محل رویارویی منافع فردی سرمایه‌گذاران خارجی در برابر منافع عمومی دولت سرمایه‌پذیر (حرمت قرارداد در برابر حاکمیت دولت؛ به ثبات در برابر تحول و شروط ثبات‌دهنده در برابر اصل حاکمیت دائم هر کشور بر منابع طبیعی خویش) است. در همین مواقع است که توسل به «قاعده انصاف» جایگاهی ویژه می‌یابد.

1. "Gurpinar.B", Hukuk ve Ekonominin Ortak, Domlupinar, Temeller Universtesi sosyal bilimler dergisi,2008, Sayi.s20,23

2. August Reinisch and Loretta Malintoppi,"Methods of Disputs Resolution",The Oxford Handbook of international Investment Law,edited by peter Muchlinski,Federico Ortino and Christoph Schreuer,Oxford,2008,p.71.

#### ۲.۴. رسیدگی منصفانه و استتکاف از اجرای عدالت

خودداری از دادن حق و اجرای عدالت به روش‌های گوناگون حاصل می‌شود و در هر صورت باید موضوع پرداخت غرامت باشد. یکی از نمونه‌های رایج خودداری از عدم اجرای عدالت، جلوگیری دولت از اجرای حکم در محاکم داخلی است. رعایت تشریفات قانونی مفهومی بسیار مشخص و دقیق است که نقض آن به منزله عدم رعایت آیین دادرسی قضایی است؛ در حالی که رسیدگی عادلانه، ناظر به کلیه رسیدگی‌هایی است که ممکن است سرمایه‌گذار در برابر نهادهای دولت میزبان با آن مواجه شود. رسیدگی عادلانه یکی از الزامات اولیه حکومت قانون و از عناصر حیاتی و لازم استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» است. رسیدگی عادلانه در واقع در مقابله با تخلف بین‌المللی، عدم دسترسی به عدالت قضائی است.<sup>۱</sup>

نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه و به طور خاص رسیدگی منصفانه باید با پرداخت خسارت همراه باشد. ولی این خسارت تنها برای جلوگیری از عدم اجرای عدالت پرداخت می‌شود و نمی‌تواند معادل ادعا و خواسته خواهان باشد؛ به عبارت دیگر، مبلغ خسارت موضوع حکم مرجع داوری، جنبه تنبیهی دارد تا دولت‌ها ترغیب شوند که از اجرای عدالت فرار نکنند و خود به جبران خسارت مبادرت ورزند.<sup>۲</sup>

#### ۵. صدور رأی بر اساس عدل و انصاف مطابق کنوانسیون ایکسید

به موجب بند ۳ ماده ۴۲ «مقررات بندهای ۱ و ۲ مانع اختیار دیوان در اتخاذ تصمیم بر اساس عدل و انصاف، به شرط تراضی طرفین در این خصوص، نخواهد بود». اتخاذ تصمیم بر اساس عدل و انصاف، یعنی تصمیم‌گیری بدون لزوم مراجعه به قواعد حقوقی؛ داور در دیوان داوری نه تنها می‌تواند بر اساس ملاحظات منصفانه‌ای که از تغییر قواعد حقوقی یا تکمیل این قواعد حاصل می‌شود، اقدام به صدور رأی نماید؛ بلکه چنانچه انصاف و عدالت اقتضا نماید، می‌تواند بدون توجه به قواعد حقوقی نیز تصمیم‌گیری نماید. به همین منظور در بند ۳ ماده ۴۲ اشاره شده است که مقررات بند ۱، که مطابق آن دیوان‌های داوری اصولاً موظف به صدور رأی بر اساس

۱. حسیبی، دولت و سرمایه‌گذاران خارجی استانداردهای بین‌المللی، ص ۲۴۳.

2. Raphael devitri, For Foreign Investment, Fair and equitable treatment, p 7.

قواعد حقوقی می‌باشند، محل اختیار دیوان در صدور رأی بر اساس عدل و انصاف نیست؛ البته به شرط آن که طرفین چنین اختیاری را به دیوان اعطا نموده باشند. اما منظور از اشاره به بند ۲ این است که دیوان نمی‌تواند به بهانه سکوت یا ابهام قواعد حقوقی حاکم بر داوری، دعوی را بر اساس عدل و انصاف و بدون مراجعه به قواعد حقوقی فیصله دهد؛ چراکه صدور رأی بر اساس عدل و انصاف نیازمند توافق صریح طرفین است.<sup>۱</sup>

اختیار دیوان در تصمیم‌گیری بر اساس عدل و انصاف نامحدود نیست و دیوان نمی‌تواند خودسرانه و به میل خود در این مورد (صدور حکم بر اساس عدالت و انصاف) عمل کند. آنجا که موضوع از قلمرو قانون حاکم خارج است، دیوان باید بر مبنای ملاحظات عینی ناشی از آنچه عادلانه و منصفانه است، به دعوی رسیدگی نماید. این قبیل ملاحظات تا حدود زیادی به ترجیح‌های شخصی خود داور رسیدگی‌کننده بستگی دارد؛ ولی بازهم دیوان داوری نمی‌تواند نتیجه‌ای را توجیه کند و بپذیرد که نتوان آن را بر مبنای عقلانی تبیین نمود.

در معاهده واشنگتن، تبلور نقش انصاف به دلیل رسیدگی داوران به اختلافات بر اساس انصاف جایگاه ویژه و خاصی نسبت به سایر مفاهیم و کاربردهای انصاف دارد. از آنجا که داوران در عمل با اختلافات و دعاوی سروکار دارند و وظیفه تصمیم‌گیری و صدور رأی را عهده‌دار هستند و با خلأها و نقایص موجود مواجه می‌شوند، انصاف هم از حیث نیاز به تمسک به انصاف، و هم درک واقعیات ملموس و تشخیص نحوه رسیدن به نتیجه منصفانه توسط داور یا داوران کارایی بهتری دارد. در پایان باید گفت که وجه تمایز کاربرد انصاف در داوری ایکسید برخلاف دیگر داوری‌های تجاری بین‌المللی در این است که استناد به انصاف فقط با اذن صریح طرفین صورت می‌پذیرد و رسیدگی بر مبنای قواعد آنسیترال انجام می‌گیرد. نکته آخر این که، داوران بر اساس معاهده واشنگتن نه به اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها، بلکه به اختلافات بین دولت میزبان و یک شخص سرمایه‌گذار خارجی حقوق خصوصی رسیدگی می‌نمایند.

1. Di Pietro, Domenico: "Application Law under Article 42 of the ICSID Convention the Case of Amco v. Indonesia", in International Investment Law and Arbitration, Cameron May, 2005, p. 45

## ۶. انصاف در قواعد لکس مركاتوريا<sup>۱</sup>

لکس مركاتوريا رسوم و عرف‌های تجاری بازرگانان اروپا در قرون وسطا بوده که در نتیجه گسترش روابط در حوزه تجارت بین الملل به صورت قواعد پذیرفته شده درآمد است و دنیای امروز نیز شاهد گسترش و تدوین عرف‌ها و اصول کاربردی آن در حوزه تجارت بین الملل توسط بازرگانان و سرمایه‌گذاران خارجی است. «لکس مركاتوريا، مجموعه اصول و قواعدی است که توسط خود تجار در عرصه تجارت بین الملل برای تنظیم معاملات ایشان وضع شده است و عبارت است از عرف‌ها و رسومی که بین تجار و بازرگانان در اروپا مشترک است»<sup>۲</sup>.

لکس مركاتوريا مشتمل بر عرف‌های تجاری بین المللی و اصول کلی حقوقی از جمله انصاف است. اصول کلی حقوقی هسته اصلی لکس مركاتوريا را تشکیل می‌دهد. این مجموعه همچنین شامل عرف‌های تجاری غیرمدونی است که توسط مراجع غیردولتی مانند اینکوترمز و ایکسید به تصویب رسیده است. به‌عنوان مثال، اصل رفتار عادلانه و منصفانه با سرمایه‌گذار خارجی در عرف سرمایه‌گذاری خارجی از جمله قواعد پذیرفته‌شده لکس مركاتوريا بوده که در معاهدات سرمایه‌گذاری از جمله معاهده واشنگتن و کنوانسیون ملل متحد درباره شفافیت در داوری دولت – سرمایه‌گذار (کنوانسیون شفافیت موریس)<sup>۳</sup> که در تاریخ ۱۰ دسامبر سال ۲۰۱۴ به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل رسیده بود در تاریخ ۱۷ مارس ۲۰۱۵ در بندر Port Luis کشور موریس برای امضای کشورهای منطقه مند گشوده شد و به همین دلیل «کنوانسیون موریس درباره شفافیت» نام گرفت. در مراسمی که به این منظور در جزیره موریس برگزار شد، کشورهای کانادا، فنلاند، فرانسه، آلمان، ایتالیا، موریس، سوئد، سوئیس، سوریه، بریتانیا، آمریکا کنوانسیون را امضا کردند و قرار است شش ماه پس از تودیع سومین سند تصویب، الحاق این کنوانسیون لازم الاجرا گردد. موریس اولین کشوری است که در تاریخ ۲۰۱۵/۰۶/۰۵ اقدام به تصویب این کنوانسیون کرده است.

1. Lex mercatoria

2. www. Wikipedia.com

3. United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (the "Mauritius Convention on Transparency")

لازم به توضیح است کار کمیسیون حقوق تجارت سازمان ملل (آنسیترال) در زمینه شفافیت در داوری دولت- سرمایه‌گذار نشأت گرفته از تجربه طولانی این نهاد تخصصی سازمان ملل در حوزه داوری بین‌المللی است. آنسیترال با به رسمیت شناختن نقش سرمایه‌گذاری به عنوان ابزاری برای توسعه پایدار و اهمیت تضمین شفافیت در داوری دولت- سرمایه‌گذار، کار بر روی موضوع شفافیت را در سال ۲۰۱۰ آغاز کرد و در سال ۲۰۱۳ «قواعد آنسیترال در داوری معاهداتی دولت - سرمایه‌گذار» موسوم به «قواعد شفافیت» را به تصویب رساند.

قواعد شفافیت که از اول آوریل ۲۰۱۴ لازم‌الاجرا شده، نمایانگر تغییر بنیادین در وضعیت کنونی داوری دولت- سرمایه‌گذار است که اغلب پشت درهای بسته و دور از چشم مردم برگزار می‌گردید. قواعد شفافیت با تصدیق نقش بنیادین افکار عمومی، به عنوان یک ذی‌نفع در اختلافات دولت- سرمایه‌گذار، سطحی از شفافیت و دسترسی افکار عمومی نسبت به این اختلافات را فراهم می‌آورد که تاکنون بی سابقه بوده است. این قواعد دارای ماهیت ابتکاری بوده و توازنی بین منافع عمومی در دسترسی به اطلاعات و منافع طرف‌های اختلاف در برخورداری از روش حل‌وفصل منصفانه و کارآمد برقرار می‌سازد.

## ۷. نمونه‌هایی از اجرای انصاف

### ۷.۱. انصاف در آرای دیوان داوری ایران و آمریکا

دیوان مرکب از سه شعبه و هر شعبه دارای سه عضو است؛ یک داور ایرانی، یک داور آمریکایی و یک داور مشترک به انتخاب شش نفر از داوران ایرانی و آمریکایی. دیوان تنها به آن دسته از دعاوی رسیدگی می‌کند که تا تاریخ صدور بیانیه‌ها موجود بوده است و حکم هر مورد را با رعایت قانون و با اعمال اصول حقوقی بازرگانی و حقوق بین‌الملل صادر می‌نماید، که در صورت توافق طرفین می‌تواند بر اساس قواعد انصاف نیز رأی دهد. در پرونده‌های رسیدگی شده در دیوان هرگز موردی یافت نمی‌شود که طرفین چنین اختیاری به دیوان داده باشند. با این وصف، دیوان در روند دادرسی‌های خود برای خویشتن یک «اقتدار ذاتی» (inherent power) و «قدرت اعمال صواب دید شخصی» (discretionary power) قائل شده است. همان‌گونه که دادگاه‌های بین‌المللی نیز به اعتقاد دیوان از این مزیت برخوردارند - که به موجب آن بتواند در



موارد نارسایی قانون یا کمبود اطلاعات مربوط به کم‌وکیف دعوی، از در انصاف و احسان وارد شده و با دستی باز به مقتضای طبع و ذات خود، که دادرسی و دادستانی و فیصله دادن نهایی دعاوی است، تکلیف طرفین را روشن کند.

حال ببینیم آیا داوری بر اساس انصاف به موجب ماده ۵ بیانیه الجزایر مجاز است یا خیر؟ اکثریت داوران اعمال انصاف را نپذیرفته‌اند؛ ولی به نظر می‌رسد که انصاف می‌تواند جایی در این داوری داشته باشد.<sup>۱</sup>

نفی داوری بر اساس انصاف بدین معنی نیست که دادگاه همواره مقید به رعایت حقوق ملی خاصی باشد؛ از آن جهت که ماده ۵ دادگاه را در انتخاب قواعد و اصول حقوق بین‌الملل و حقوق بازرگانی آزاد گذارده است. دادگاه می‌تواند با استفاده از اختیارات خود، اصول و مقتضیات انصاف را به کار گرفته و در مواردی که برخلاف انصاف باشد، از اعمال قانون ملی خاص خودداری نماید. به همین دلیل است که در برخی آرای داوری ایران - ایالات متحده به انصاف در حل و فصل اختلافات توسل جسته‌اند.<sup>۲</sup>

دیوان در موقعیت‌های گوناگونی به این اقتدار ذاتی توسل جسته است؛ نظیر دعاوی کوئینز آفیس تاور که مسئله تعیین غرامت در مورد تحقق «انتفای هدف قرارداد» (frustration) مطرح بود. شعبه ۱ اجرای قاعده‌ای با این عبارت «زیان باید در جایی بماند که فرومانده» را منوط به نظر منصفانه دیوان دانست؛ ولی با این قید که قرارداد همچنان چارچوب و نقطه اتکایش در چگونگی اتخاذ تصمیم باقی خواهد ماند.<sup>۳</sup> موضع مشابه در دعاوی فلیپس داچ است: «در صورت عدم پیش‌بینی وضعیتی دیگر در قرارداد، هزینه‌های به بار آمده بر اثر فورس مازور معمولاً برعهده طرفی است که آن‌ها را متحمل شده، و این به طور کلی منوط است به نظر منصفانه دیوان و قرارداد نیز به‌عنوان چارچوب و نقطه اتکا به کار می‌رود». یکی از مؤلفین در مورد سایر دادگاه‌های بین‌المللی همچون دیوان حاضر که دعاوی اشخاص خصوصی ابراز شده، چنین بیان می‌دارد: «مبنی بر اینکه در دادگاه‌های داوری بین‌المللی عموماً از حق ویژه تعیین ارزش و اهمیت

۱. خلیلیان، پیشین، ص ۳۷.

۲. صفایی، تعیین حقوق حاکم بر ماهیت دعوی در داوری‌های بین‌المللی، ص ۵.

۳. خلیلیان، همان، ص ۳۸.

کلیه ادله و مدارک تسلیمی به آنان بدون هیچ محدودیتی، استفاده کرده اند، مشخصاً محدود به آن شده که تابع «محدودیت‌های داوری» است؛ و در واقع باید چنین نیز باشد.<sup>۱</sup>

این مخالفت در برابر حکم اکثریت شعبه ابراز شد؛ چراکه آنان با اذعان به عدم ادله و مدارک برای محاسبه دقیق نرخ بهره، به صلاح‌دید خود نرخی را تعیین کردند و در انباره دیوان به حکم دیگری که در دعوای راکانامی فورمز صادر شده بود، استناد جستند. تعیین غرامت تقریبی برای ارزیابی غرامت، از دیگر موارد تصمیم‌گیری‌های دیوان است که آن را به استناد «قدرت اعمال صواب‌دید شخصی» در اوضاع و احوال خاص دعوایی روا می‌بیند. مانند دعوای ستارت هاووزینگ که شعبه ۱ با ارجاع به چند حکم دیگر، نظر خود را چنین توجیه می‌کند: «در این مورد، عملکرد دیوان مؤید این اصل است که وقتی شرایط موجود با محاسبه یک رقم دقیق و مشخص، ناسازگار است، دیوان ناگزیر است با اعمال اختیار خود به «تعیین منصفانه» مبلغ پردازد».

همچنین با استفاده از اختیار مبتنی بر انصاف، دیوان در دعوایی دیگر- اینترنشنال سکولز- مبالغ قابل پرداخت به خواهان را کاهش داد: «دیوان در اعمال اختیار منصفانه خود معتقد است که باید این مبلغ از مبلغ قابل پرداخت به خواهان کسر گردد».<sup>۲</sup>

اصل رعایت انصاف از اصول کلی حقوق است. استناد به انصاف تنها در شرایط خاصی به کار گرفته می‌شود. انصاف آشکارا اقتضا دارد که وضعیت همان‌گونه که محقق بوده، در نظر گرفته شود. به همین علت است که در دادگاه‌های بین‌المللی در مورد نحوه به‌کارگیری انصاف رویه یکسانی وجود ندارد. در نهایت دیوان دعوای ایران و آمریکا این چهار اصل را تأیید کرد:<sup>۳</sup>

اول: حقوق مالکانه سرمایه‌گذاران خارجی باید محترم شمرده شود و هنگامی که مالکی از حقوق خود توسط اقداماتی که قابل انتساب به دولت باشد محروم می‌گردد، باید به وی پرداخت گردد. در دیوان ایران و آمریکا دعوای که با تحولات دیگری هماهنگ است این است که اصول کلی حقوق بین‌المللی مستقیماً بر رابطه دولت‌ها و طرف‌های سرمایه‌گذار خارجی- و نه صرفاً دولت‌ها- قابل اعمال است.

۱. همان، ص ۲۷.

۲. همان، ص ۲۸.

۳. همان، ص ۲۹.

دوم: هماهنگ با تحولات مسئولیت دولت با محرومیت یا ورود ضرر به مالک قبلی محقق می‌گردد و نه در رابطه با تقویت منفعت برای آن دولت.

سوم: جنبش‌های اجتماعی به خودی خود مسئولیت‌آور نیستند؛ اما این مسئله توجیه‌کننده این نیست که از پرداخت خسارت به سرمایه‌گذار خارجی به وسیله دولت به علت فعالیت‌هایی که متعلق به اوست خودداری ورزد.

چهارم: سرعت و محتوای داوری بین‌المللی اختلافات سرمایه‌گذاری - به ویژه با توجه به هزاران رأی صادرشده توسط دیوان دعاوی ایران و آمریکا - حل و فصل اختلافات میان سرمایه‌گذاران و دولت‌های میزبان با اعمال مستقیم حقوق بین‌الملل بوده است.

#### ۲.۷. رأی داوری در قضیه لیامکو (۱۹۷۷)

این قضیه دعوی بود که شرکت نفت لیبی - آمریکا (لیامکو) به دنبال ملی شدن نفت در لیبی (۱۹۷۳) علیه دولت اقامه کرد. دولت لیبی از شرکت در این داوری امتناع ورزید و لیامکو طبق قرارداد برای انتخاب داور به رئیس دیوان بین‌المللی دادگستری مراجعه کرد.<sup>۱</sup> رسیدگی به دعوی به آقای دکتر صبحی محمصانی واگذار شد که از حقوقدانان بنام عرب به شمار می‌رفت.<sup>۲</sup> داور برای صدور رأی به بند ۷ ماده ۲۷ قراردادهای امتیاز مراجعه کرد که مقرر می‌داشت قانون حاکم بر قرارداد عبارت است از اصول مشترک حقوق لیبی و حقوق بین‌الملل، و اگرچه چنین اصول مشترکی وجود نداشته باشد، قرارداد تابع اصول کلی حقوقی و از جمله اصول مورد عمل در دادگاه‌های بین‌المللی خواهد بود. به نظر آقای دکتر محمصانی این ماده شامل کلیه قوانین و مقررات داخلی لیبی، از جمله قانون امتیاز نفت، قوانین عمومی و خصوصی لیبی مانند قانون مدنی و نیز حقوق اسلامی، و عرف و انصاف است.

بدین ترتیب، محمصانی با ارائه تفسیری عینی از قانون حاکم بر قرارداد، سعی نمود تا بین اصول کلی حقوقی لیبی از جمله اصول حقوق اسلامی و عرف و انصاف از یک طرف، و اصول حقوق بین‌الملل مانند اصل رعایت عرف و انصاف و نیز اصل جبران خسارت حکم صادر کند.<sup>۳</sup>

۱. محبی، رویه داوری بین‌المللی درباره غرامت (دعاوی نفتی)، مجله حقوقی ش ۳۵، ۱۳۸۵، ص ۲۸.

۲. موحد، پیشین، ص ۱۱۹.

۳. محبی، پیشین، ص ۳۴.

در پرونده لیامکو به جای «اعاده وضع»، «گرامت منصفانه» به عنوان الزام حاصل از قانون حاکم، مورد حکم قرار گرفت.<sup>۱</sup> در این پرونده، مرجع داوری با توجه به مشروعیت سلب مالکیت صورت گرفته توسط دولت لیبی، اعتقادی به پرداخت غرامت کامل نداشت و لذا برای تعیین مبلغ غرامت، به اصل انصاف به عنوان یکی از اصول کلی حقوقی استناد کرد و چنین بیان داشت: «انصاف، یکی از اصول کلی حقوق است که به صورت مشترک در حقوق لیبی...، حقوق اسلامی... و حقوق بین‌الملل، مورد شناسایی قرار گرفته است».

روشن است که در جایگاه بیان خلاصه آرایه‌ای که در اینجا آورده شد، ناگزیر مواردی از قلم می‌افتد. می‌توان به این جمع‌بندی رسید که توافقی (هرچند نه به اتفاق آراء) وجود دارد که اختتام یک قرارداد امتیاز در قلمرو حقوق سرمایه‌گذاری خارجی قرار گیرد و پرداخت غرامت به سرمایه‌گذار خارجی را الزامی شمارد. همچنین حقوق بین‌الملل، حقوق داخلی کشور میزبان و اصول کلی حقوقی توسط داور یا داوران به‌طور ترکیبی به کار گرفته شده است. با این حال، هرکدام این ترکیب را به‌صورتی متفاوت تفسیر کرده‌اند. در پایان باید گفت که ویژگی برجسته آرایه‌ای که در اینجا آورده شد، تأکید داور یا داوران بر قرارداد در مقابل حق بر اموال است. البته بدون وجود یک قرار امتیاز یا موافقت‌نامه درازمدت دیگر، ارجاع اختلافات مطرح شده به داوری بین‌المللی غیرقابل تحمل می‌نمود.

۱. علیدوستی شهرکی، حقوق سرمایه‌گذاری خارجی، ص ۲۲۹.

### نتیجه‌گیری

داوری اختلافات بین دولت میزبان و سرمایه‌گذاران خارجی تا حدود زیادی در چارچوب طراحی شده در معاهده واشنگتن قرار دارد؛ ولی بررسی رویه داوری سرمایه‌گذاری خارجی نشان می‌دهد که هرچند تعداد زیادی از داوری‌ها توسط مرکز ایکسید انجام می‌شود، اما دیگر مراجع داوری بین‌المللی از جمله اتاق داوری بازرگانی بین‌المللی و داوری‌های موردی تحت قواعد آنسیترال در پرونده‌های زیادی به داوری و حل‌وفصل اختلافات ناشی از قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی پرداخته‌اند. رویه داوری بیرون از ایکسید، نشان می‌دهد که در اختلافات ناشی از قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی نیز مراجع داوری ضمن توجه به موازین مورد رضایت طرفین و از جمله حقوق ملی دولت میزبان، اصول حقوق بین‌الملل را در صدور رأی مدنظر قرار می‌دهند. با بررسی اسناد بین‌المللی و قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی، «انصاف» و «رفتار منصفانه» در بحث سرمایه‌گذاری خارجی، با چند مفهوم خود را نمایان می‌کند: نخست وقتی که مرجع داوری رسیدگی‌کننده به اختلاف، در حل‌وفصل اختلاف به انصاف در جریان رسیدگی متوسل می‌شود؛ و دیگری در زمانی که دولت میزبان طبق توافق نوشته یا نانوشته‌ای ملزم به برخورد منصفانه و رعایت استانداردهای رفتار با سرمایه‌گذاران خارجی است.

در این که حاکمیت اراده طرف‌های اختلاف سرمایه‌گذاری خارجی تا چه میزان در جواز و عدم جواز استناد به انصاف توسط مرجع رسیدگی، به ویژه داوران، مؤثر است، رویه یکسانی در منابع بین‌المللی وجود ندارد. گاهی استناد به انصاف منوط به تجویز آن توسط داوران است، گاهی تجویز آن منوط به عدم تعارض با قانون حاکم است و زمانی حتی عدم تصریح مانع از استناد به انصاف نیست. در داوری‌های بین‌المللی اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی اراده طرفین قرارداد مبنا و اساس کار است. اصل حاکمیت اراده نه تنها به عنوان یک قاعده ماهوی لازم‌الرعایه است، بلکه به عنوان یک اصل حل تعارض قوانین برای تعیین حقوق حاکم نیز مورد قبول واقع شده است. این اصل هم در کنوانسیون‌ها و هم متون راجع به داوری بین‌المللی اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی منعکس شده و مورد تأیید دکترین و رویه داوری بین‌المللی است.

## فهرست منابع

## فارسی

## کتاب‌ها

۱. اسکینی، ربیعا، **مباحثی از حقوق تجارت بین‌الملل**، تهران: نشر دانش امروز، ۱۳۷۸.
۲. اشمیتف، کلايو، ام، **حقوق تجارت بین‌الملل**، ترجمه زیر نظر دکتر بهروز اخلاقی و دیگران، تهران: انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت)، ج ۲، ۱۳۷۸.
۳. آشوری، محمد، **مفاهیم عدالت و انصاف از دیدگاه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، در کتاب حقوق بشر و مفاهیم مساوات، انصاف و عدالت**، چاپ اول، تهران: انتشارات دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۱۳۸۳.
۴. پیران، حسین، **مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی**، انتشارات گنج دانش، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۵. حسینی، به‌آذین، **دولت و سرمایه‌گذاران خارجی در استانداردهای بین‌المللی**، شهر دانش، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۶. خزائی، حسین، **حقوق تجارت بین‌الملل: داوری تجاری بین‌المللی**، ج ۷، نشر جنگل، چاپ دوم، ۱۳۹۲.
۷. خلیلیان، سیدخلیل، **دعاوی حقوقی ایران و آمریکا مطرح در دیوان داوری لاهه**، نشر سهامی انتشار، چاپ اول، ۱۳۸۲.
۸. رودلف دالزر و کریستف شروتز، **اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری**، ترجمه زمانی، سیدقاسم، حسینی، به‌آذین، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی (شهر دانش)، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۹. علیدوستی شهرکی، ناصر، **حقوق سرمایه‌گذاری خارجی**، انتشارات خرسندی، چاپ اول، ۱۳۸۹.
۱۰. عمید، حسن، فرهنگ عمید، ج ۱، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۶۰.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، **توجیه و نقد رویه قضایی**، چاپ ششم، نشر میزان، ۱۳۹۰.
۱۲. لوبولانژه، فیلیپ، **قراردادهای دولت‌ها با شرکت‌های خارجی**، ترجمه: تقی‌زاده انصاری، مصطفی، تهران: نشر شرکت مهندسی و توسعه نفت، چاپ اول، ۱۳۸۷.
۱۳. محبی، محسن، **دیوان داوری ایران و ایالات متحده آمریکا**، انتشارات فردافر، چاپ اول، ۱۳۸۳.

۱۴. موحد، محمدعلی، **درس‌هایی از داوری‌های نفتی: ملی کردن و غرامت**، نشر کارنامه، چاپ اول، نشر میزان، ۱۳۸۴.

## مقاله‌ها

۱۵. امیرشکاری، امیر عباس، **بنیادهای داوری در حقوق بین الملل** نوشته شده توسط امیرعباس امیرشکاری در پنجاهمین هفتم دی ۱۳۸۵، [www.blogfa.com](http://www.blogfa.com)
۱۶. جلالی، محمد، علوی، سیما، **شیوه‌های جایگزین ADR حل و فصل اختلافات تجاری بین المللی**، خبرنامه کانون وکلای دادگستری استان اصفهان (مدرسه حقوق)، شماره ۲۸، آبان ۱۳۸۷.
۱۷. حبیبی، حبیب‌الله، **نقش «انصاف» در کنوانسیون حقوق دریاها**، پیام دریا، شماره ۱۲۸، تیر ۱۳۸۱.
۱۸. ذوالقدر، مالک، **مبانی نظری سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی**، فصلنامه سیاست، دوره ۳۹، شماره ۲، تابستان ۱۳۸۸.
۱۹. سیفی، سیدجمال، **قانون داوری تجاری بین المللی ایران هم سو با قانون نمونه داوری آنسیترال**، مجله حقوقی، شماره ۲۳، ۱۳۸۳.
۲۰. صبور، مسعود، **آژانس چندجانبه تضمین سرمایه‌گذاری در «میگا» و استانداردهای سرمایه‌گذاری خارجی**، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۴، ۱۳۸۲.
۲۱. علیدوستی شهرکی، ناصر، **انصاف در حل اختلافات و سرمایه‌گذاری خارجی**، فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۰، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۹.
۲۲. قراچورلو، رزا، **انصاف و بی طرفی دادگاه طبق ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر**، نشریه وکالت، شماره ۱۱، خرداد و تیر ۱۳۸۱.
۲۳. قربان‌نیا، ناصر، **عدالت و حقوق**، مجله قیاسات، شماره ۳۲، ۱۳۸۵.
۲۴. کریمی‌نیا، محمد مهدی، **جایگاه انصاف در حقوق تجارت بین الملل**، نشریه معرفت، شماره ۴۰، ۱۳۸۰.

## انگلیسی

25. August Reinisch and Loretta Malintoppi, "Methods of Disputes Resolution", The Oxford Handbook of international Investment

- Law, edited by peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer, Oxford, 2008
26. Di Pietro, Domenico: "Application Law under Article 42 of the ICSID Convention the Case of Amco v. Indonesia", in International Investment Law and Arbitration, Cameron May, 2005
- Raphel devitri, For Foreign Investment, Fair and equitable treatment
27. Sung Yan, "The New Arbitration Rules of the China International Economic Trade and Arbitration Commission", 11 Arb
28. SORNARAJAH.m The international law on foreign investment second edition m. Professor of law national of Singapore mizan publication.

#### ترکی استانبولی

29. Gurpinar.B, " Hukuk ve Ekonominin Ortak, Domlupinar, Temeller Universtesi sosyal bilimler dergisi, 2008

#### سایت‌های اینترنتی

30. [www.arbitration.ir](http://www.arbitration.ir)
31. [www.dad.law.blogfa.com](http://www.dad.law.blogfa.com)
32. [www.iranpardis.com](http://www.iranpardis.com)
33. [www.rc.majlis.ir/m/report/download/730203](http://www.rc.majlis.ir/m/report/download/730203)
34. [www.wikipedia.com](http://www.wikipedia.com)
35. [www.WordBank.org/ICSID/basicod.Htm](http://www.WordBank.org/ICSID/basicod.Htm)
36. [www.oietai.ir/fa/investmentmentlicensing/bilateral](http://www.oietai.ir/fa/investmentmentlicensing/bilateral)