

اثر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر قواعد حقوق بین‌الملل عرفی^۱

کای کونگ یان^۲

ترجمه حجت سلیمی ترکمانی^۳

چکیده

عرف بین‌المللی از منابع اصلی حقوق بین‌الملل است. معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، به‌عنوان شاخه نسبتاً جدید حقوق بین‌الملل، که در اواخر دهه ۱۹۵۰ ظاهر و از اواسط دهه ۱۹۹۰ بسیار فعال شده، نیروی محرکه و عرصه‌ای مهم برای تکوین، اجرا و تغییر قواعد حقوق بین‌الملل عرفی است.

بخش اول) مقدمه

۱. معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی که عمدتاً شامل معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری^۴ می‌شوند، در اواخر دهه ۱۹۵۰ به‌منظور تنظیم امور سرمایه‌گذاری بین‌المللی، شکل گرفتند. ایجاد این نوع جدید از معاهدات بین‌المللی، در شرایطی که فعالیت‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی بعد از پایان جنگ جهانی دوم خیلی رونق گرفت، در واقع جبران‌کننده این نقص حقوق بین‌الملل کلاسیک

۱. مشخصات مأخذ اصلی مقاله به شرح زیر است:

CAI Congyan, "International Investment Treaties and the Formation, Application and Transformation of Customary International Law Rules", Chinese Journal of International Law, 2008 7(3):659-679; doi:10.1093/chinesejil/jmn035 Available at: <http://chinesejil.oxfordjournals.org/cgi/content/full/jmn035>
این تحقیق مورد حمایت وزارت آموزش (Grant No. 06JC820013) و وزارت دادگستری جمهوری خلق چین (Grant No. 06SFB3028) است و نسخه قبلی آن در سمپوزیوم سالانه انجمن حقوقی اقتصاد بین‌الملل چین (CSIEL) در شهر ژانگ‌جیان (Zhangjian) در ۲ تا ۵ نوامبر ۲۰۰۷ ارائه و در دسامبر ۲۰۰۷ تکمیل شد.

۲. استادیار حقوق بین‌الملل دانشکده حقوق دانشگاه زیامن (Xiamen) جمهوری خلق چین.
(Email: caicongyan@xmu.edu.cn or caicongyan@163.com).

۳. دانشجوی دوره دکتری حقوق بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبائی
Email: h.salimy@yahoo.com
4. Bilateral Investment Treaties (BITs).

بود که به‌ندرت امور سرمایه‌گذاری بین‌المللی را تحت پوشش خود قرار می‌داد. از اواسط دهه ۱۹۹۰ معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، رشد فزاینده‌ای داشته‌اند. تعداد معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی تا پایان سال ۲۰۰۶ به ۵۵۰۰ مورد رسیده^۵ که بسیار بیش‌تر از تعداد معاهدات بین‌المللی در سایر زمینه‌های حقوق بین‌الملل است و این تعداد همچنان در حال افزایش است. در همان حال، یعنی تا سال ۲۰۰۷، تعداد پرونده‌های داوری گزارش شده در خصوص سرمایه‌گذاری، که مبتنی بر معاهدات سرمایه‌گذاری بودند، به ۲۹۰ مورد رسیده بود. همچنین تنها نهاد چندجانبه حل و فصل اختلافات بین‌المللی، یعنی مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین‌المللی،^۶ که براساس کنوانسیون ناظر بر حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری میان دولت‌ها و اتباع سایر دولت‌ها (کنوانسیون ایکسید یا کنوانسیون واشنگتن)^۷ شکل گرفته، از سال ۱۹۷۳ تا سال ۲۰۰۷، ۱۸۲ مورد دعوا را ثبت کرده است.^۸ این تعداد خیلی بیش‌تر از پرونده‌های رسیدگی شده توسط دیوان بین‌المللی دادگستری^۹ در فاصله سال‌های ۱۹۴۷ تا ۲۰۰۷ است.^{۱۰} تعداد اختلافات بین‌المللی ارجاع شده به داوری نیز همچنان در حال افزایش است. پویایی قابل ملاحظه رویه معاهده‌ای سرمایه‌گذاری بین‌المللی، برخی مفسرین را متقاعد ساخته که امروزه بیش‌ترین پیشرفت‌ها مربوط به معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی است.

۲. پویایی معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، بدون شک نیروی محرکه‌ای برای اثرگذاری بر اجرای حقوق بین‌الملل عرفی، به‌عنوان یک منبع اصلی حقوق بین‌الملل تلقی می‌شود. در واقع، موضوع اساسی در رویه معاهده‌ای فعلی سرمایه‌گذاری بین‌المللی، نحوه ارتباط با قواعد حقوق بین‌الملل عرفی است. علاوه بر این، به اعتقاد نگارنده، پذیرش یا عدم پذیرش قاعده «حداقل استاندارد رفتاری»^{۱۱} که به‌عنوان یک قاعده عرفی حقوق بین‌الملل تلقی می‌شود، نگرانی‌های دولت چین را در طول مذاکرات آتی با دولت آمریکا در خصوص انعقاد معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه افزایش می‌دهد. در این مقاله، تکوین (بخش ۲)، اجرا (بخش ۳) و تغییر (بخش ۴) قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در رویه معاهده‌ای جاری سرمایه‌گذاری بین‌المللی بررسی می‌شود.

5. UNCTAD, World Investment Report 2007, United Nations, New York and Geneva, 2007, xvii.

6. International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

7. Convention on the Settlement of Investment Disputes between the States and Nationals of Other States, www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm, last visited on 1 June 2007.

8. UNCTAD, Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement, IIA MONITOR No. 2 (2008), UNCTAD/WEB/ITE/IIA/2008/3, 1.

9. International Court of Justice (ICJ).

10. From 22 May 1947, when the first case was submitted, to 18 September 2007, ICJ has registered 136 cases, www.icj-cij.org/doCKET/index.php?p1=3&PHPSESSID=3a4e7fb76e2408cc3a3190e84f847ab6, last visited 18 September 2007.

11. minimum treatment standard

بخش دوم) معاهدات سرمایه‌گذاری و تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی فصل اول) ساز و کار تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی

۳. از لحاظ تاریخی، عرف بین‌المللی، در مقایسه با معاهدات بین‌المللی، منبع قدیمی‌تر و اصلی حقوق بین‌الملل بوده و امروزه بسیاری از حقوقدانان بین‌المللی، به‌ویژه آن‌ها که متعلق به کشورهای آنگلو ساکسون هستند هنوز بر این باورند که عرف بین‌المللی مهم‌ترین منبع حقوق بین‌الملل است.^{۱۲} درحالی‌که بند ۱ «a» ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، معاهدات را در فهرست منابع اصلی حقوق بین‌الملل قرار می‌دهد، بند ۱ «b» ماده اخیر نیز به‌صراحت عرف بین‌المللی را در فهرست مزبور، به‌عنوان یک منبع اصلی حقوق بین‌الملل معرفی می‌کند.

۴. بند ۱ «b» ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، تصریح می‌کند: «عرف بین‌المللی، به‌منزله دلیل رویه عام، همچون قاعده حقوقی پذیرفته شده است». عموماً این اعتقاد وجود دارد که برای تکوین قاعده عرفی بین‌المللی باید دو شرط وجود داشته باشد: رویه عام و اعتقاد حقوقی. مورد اول، الزام مادی یا عنصر عینی است و مورد دوم، الزام روانی یا عنصر معنوی.^{۱۳}

۵. مطابق با تئوری‌های برجسته حقوق بین‌الملل، «رویه عام» به رویه‌های تکراری و یکسان دولتی اشاره دارد که هم شامل فعل و هم شامل ترک فعل می‌شود و وجود یا عدم آن از سه وجه آتی قابل اثبات است: اولین وجه، عمومیت رویه است. عمده‌تاً گفته می‌شود این شرط، زمانی برقرار است که دولت‌هایی که قادر به مشارکت در رویه عامند، یا در موضوع رویه دولتی ذینفع هستند، عملاً در آن شرکت کنند. به عبارت دیگر، همان‌طور که یان براونلی عنوان داشته است: «شمولیت عام، لازم نیست».^{۱۴} دومین وجه، همسانی و انسجام رویه است. این شرط زمانی برقرار می‌شود که غالباً رفتارهای ویژه مشابهی شکل گیرند و هیچ مخالفتی صورت نگیرد. به هر صورت، همسانی و انسجام، مطلق نیست. در غیر این صورت، قاعده عرفی به‌ندرت می‌تواند شکل بگیرد. در واقع، انحرافات جزئی از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی تثبیت شده می‌تواند عملاً مورد اغماض قرار گیرد. وجه سوم، دوره زمانی رویه دولتی است. مطابق با نظر یان براونلی، اگر انسجام و عمومیت رویه اثبات شود، هیچ‌گونه دوره زمانی خاصی لازم نیست؛ چرا که گذر زمان

12. G.J.H. van Hoof, Rethinking the Sources of International Law (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983), 113.

۳۱. در هر حال، برخی از حقوقدانان بین‌المللی بر اعتقاد حقوقی (opinio juris) تأکید دارند درحالی‌که برخی دیگر بیش‌تر به رویه عام نظر دارند و حتی اعتقاد حقوقی را نادیده می‌گیرند.

See: G.J.H. van Hoof, *ibid.*, 85–87.

14. Ian Brownlie, Public International Law (6th edn, Oxford University Press, 2003), 7.

مطمئناً بخشی از دلیل بر عمومیت و انسجام رویه خواهد بود.^{۱۵} لی هائوپئی در این خصوص نظر مشابهی دارد و بر این باور است که دوره زمانی باید در هر مورد خاص، به تراکم روابط بین‌المللی خاص بستگی داشته باشد.^{۱۶}

۶. تشخیص وجود عنصر معنوی مشکل‌تر است. بند «b» ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، از مفهوم «پذیرفته شدن به‌عنوان قانون» صحبت می‌کند. این امر، تحت عنوان اعتقاد حقوقی مطرح می‌شود. برخی محققین استدلال می‌کنند که پذیرفته شدن به‌عنوان قانون، بدین معنا است که رویه خاصی از سوی دولت‌ها به‌عنوان «الزام»، به رسمیت شناخته شود. به‌هرحال، برخی از حقوقدانان بین‌المللی چنین استدلالی ندارند. به‌عنوان مثال هودسون خاطر نشان می‌کند که از «پذیرفته شدن به‌عنوان قانون» چنین برداشت می‌شود که یک رویه خاص یا هماهنگ با حقوق بین‌الملل متداول، ضروری است.^{۱۷} دیدگاه افراطی در این خصوص این است که برای تکوین قواعد عرفی حقوق بین‌الملل، نیازی به عنصر معنوی نیست.^{۱۸} در رویه قضایی دیوان بین‌المللی دادگستری، دو رویکرد متفاوت نسبت به عنصر معنوی وجود دارد: دیوان مزبور در بسیاری از قضایا، به استنباط عنصر معنوی از رویه عام، اجماع در نوشته‌ها، یا تصمیمات قبلی خود یا سایر مراجع بین‌المللی تمایل داشته است. در موارد نسبتاً اندک، دیوان بین‌المللی دادگستری در خصوص تعیین عنصر معنوی رویه دولتی، رویکردی مضیق اتخاذ کرده است.^{۱۹} در این باره، بالاخص استدلال فهیمانه آنتونیو کاسسه باید ذکر شود. به نظر وی نه‌تنها عنصر ذهنی مضیق، بلکه همچنین ضرورت اجتماعی، اقتصادی و سیاسی *Opinio necessitates* می‌تواند به‌عنوان عامل معنوی در فرایند تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی محسوب شود.^{۲۰} به نظر ما، این استدلال قابل قبول است؛ چرا که به‌درستی بیانگر برداشت جدید از مبنای عرف بین‌المللی، حداقل از اواخر دهه ۱۹۷۰ به این طرف است. عرف بین‌المللی پیوسته بر نیازهای واقعی جامعه بین‌المللی مبتنی است و لزوماً «رضایت ضمنی» یا «وجدان حقوقی جمعی» را که برای اعضای متعدد جامعه بین‌المللی شناخته شده است، بیان نمی‌کند.^{۲۱}

۷. براساس ملاحظاتی که در بالا مطرح شد می‌توان چنین نتیجه گرفت که اگرچه برای تکوین قواعد عرفی، در کنار رویه عام، عموماً نوعی شرط معنوی نیز به‌عنوان عنصر ضروری

15. *Ibid.*

16. See LI Haopei, *Guoji Fa De Gainian Yu Yuanyuan* (Concepts and Sources of International Law) (Guizhou People's Press, 1994), 91.

17. Cited from Ian Brownlie, above n.7, 8.

18. Ian Brownlie, above n.7, 8. Also see G.J.H. van Hoof, above n.5, 86.

19. Ian Brownlie, above n.7, 8.

20. Antonio Cassese, *International Law* (2nd edn, Oxford University Press, 2005), 156.

21. LI Haopei, above n.9, 101.

مطرح می‌شود، اما چنین شرطی لزوماً عامل «الزام‌آور» تلقی نمی‌شود.

۸. مطابق با نظر کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد و نظر بسیاری از حقوقدانان بین‌المللی، سندیت قواعد حقوق بین‌الملل عرفی از این سه منبع قابل استخراج است: روابط دیپلماتیک بین‌الدولی که به شکل معاهدات، اعلامیه‌ها و سایر اسناد دیپلماتیک بین‌الدولی است؛ عملکرد نهادهای بین‌المللی که به صورت تصمیمات، آرا و غیره جلوه‌گر می‌شود؛ اقدامات بین‌الدولی که در قالب حقوق، قواعد، تصمیمات قضایی، اداری و غیره مطرح می‌شود.^{۲۲} اما روشن نیست که آیا روش‌های مختلف تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، اعتبار و ارزش متفاوت دارند یا خیر. در هر حال، بدیهی است که این اختلاف نظرها از نقشی که معاهدات، بالاخص انواع مختلف معاهدات، در ایجاد قواعد حقوق بین‌الملل عرفی ایفا می‌کنند، ناشی می‌شود.

درخصوص معاهدات، عموماً اگر چه در قضایای *فلات قاره دریای شمال* تأکید شد که قواعد حقوق بین‌الملل عرفی می‌تواند از طریق رویه معاهده‌ای تثبیت شود، ولی دیوان بین‌المللی دادگستری همچنان هشدار داد که نباید درخصوص تأثیر معاهدات مبالغه شود و تشخیص قصد و نیت طرفین متعاقد در این مورد، ضروری است.^{۲۳} وان هوف درباره ارزش انواع مختلف معاهدات در ایجاد قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، بر این باور است که معاهدات منعقد میان دولت‌ها در مقام «سازنده» یا «قانون ساز» حقوق بین‌الملل و «مصرف‌کننده» یا «تابع قانونی» حقوق بین‌الملل، کارکردهای متفاوتی داشته و ایجاد این نوع تفکیک، که گاهی منجر به مبالغه در تأثیر انواع خاص رویه دولتی می‌شود، نوعی قصور و کوتاهی است.^{۲۴} بدیهی است وان هوف، طبقه‌بندی مشهور موسوم به «معاهدات قانون‌ساز» و «معاهدات قراردادی» را پذیرفته است. عمدتاً می‌توان عنوان کرد که معاهدات چندجانبه، به‌عنوان معاهدات قانون‌ساز قلمداد می‌شوند و سایر معاهدات، که شامل معاهدات دوجانبه می‌شود، معاهدات قراردادی محسوب می‌شوند. به هر صورت، این طبقه‌بندی توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل پذیرفته نشد و کنوانسیون وین درخصوص حقوق معاهدات، عملاً همه انواع معاهدات را یکسان تلقی کرد. در هر حال، امروزه این رویکرد به مذاق بسیاری از حقوقدانان بین‌المللی خوش نمی‌آید.^{۲۵} به‌عنوان مثال، همان‌طور که در کتاب حقوق بین‌الملل اثر اپنهایم به‌خوبی بیان شده است، همه انواع معاهدات، قانون ساز هستند؛ زیرا همه آن‌ها قواعد رفتاری را مقرر می‌دارند که همه طرفین، ملزم به رعایتشان به‌عنوان قانون هستند و تفکیک معاهدات قانون‌ساز از معاهدات غیرقانون‌ساز «صرفاً

22. WANG Tiejia (ed.), *Guoji Fa (International Law)* (Law Press, China, 1995), 15.

23. ICJ Reports 1969, 4

24. G.J.H. van Hoof, above n.5, 88.

25. Ian Brownlie, above n.7, 608-609.

برای سهولت» است.^{۲۶}

۹. لازم به ذکر است که راجع به تأثیر معاهدات در تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، نباید مبالغه کرد. دلیل آن هم این است که برعکس رویه دولتی در عرصه داخلی که در آن، دولت‌ها بر مبنای اراده و انتظارات واقعی‌شان آزادی عمل دارند، در عرصه بین‌المللی، سیاست قدرت منجر به ایجاد وضعیتی می‌شود که در آن مبادلات متعدد دیپلماتیک بین‌الدولی، شامل مذاکره و انعقاد معاهدات، در بسیاری از موارد، تنها نتیجه کشمکش‌های سیاسی و حتی فشارهای زیاد است. به عبارت دیگر، بسیاری از معاهدات بدون اراده آزاد طرفین متعاهد منعقد می‌شوند. لذا باید درخصوص تشخیص عنصر معنوی ناشی از معاهدات، محتاط بود. درباره این موضوع که آیا معاهدات دوجانبه و چندجانبه، در مورد ایجاد قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، کارکردهای متفاوت دارند یا خیر، به گمان بنده، دارند. به هر صورت، پاسخ من بر تفکیک غیرمنطقی انواع معاهدات، به معاهدات قانون‌ساز و معاهدات قراردادی مبتنی نیست، بلکه بر ملاحظه مبانی مختلف مذاکرات مربوط به معاهدات دوجانبه و چندجانبه استوار است.

لازم به ذکر است که در مذاکرات مرتبط با معاهدات دوجانبه و چندجانبه، غالباً نابرابری فاحشی بین قدرت‌های مذاکره‌کننده وجود دارد. در مذاکرات مربوط به معاهدات چندجانبه، «ساز و کار بازی چندجانبه» که همه دولت‌های مذاکره‌کننده در آن شرکت دارند، ممکن است تا اندازه زیادی این اختلاف قدرت موجود میان دولت‌های مذاکره‌کننده را جبران سازد. برعکس، در مذاکرات مربوط به معاهدات دوجانبه، «ساز و کار بازی دوجانبه» که در آن تنها دو دولت مذاکره‌کننده درگیر هستند، در بسیاری از موارد، منجر به مواجهه مستقیم میان دو کشور مزبور می‌شود. نتیجه این وضعیت، شکست در مذاکرات یا موفقیت‌آمیز بودن مذاکرات با هزینه منافع یکی از طرفین است. بنابراین، مبنای معاهدات چندجانبه، عادلانه‌تر از معاهدات دوجانبه است. وجود این اصل، بذل توجه کافی درخصوص تشخیص وجود اعتقاد حقوقی را ضروری می‌سازد.

۱۰. به هر صورت، دیوان بین‌المللی دادگستری به هر نحو از ایجاد قواعد حقوق بین‌الملل عرفی توسط رویه معاهده‌ای حمایت می‌کند. کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در زمینه حقوق معاهدات، موضع مثبتی دارد. همان‌طور که ماده ۳۸ کنوانسیون مزبور مقرر می‌دارد، «نسبیت معاهدات مانع از آن نیست که قاعده مقرر در یک معاهده، که به‌عنوان یک قاعده عرفی حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته شده، برای کشور ثالث الزام‌آور گردد». علاوه بر آن، با توسعه تدریجی حاکمیت بین‌المللی قانون، معاهدات میان کشورها، بالاخص آن‌هایی که مربوط به حاکمیت

26. Robert Jennings and Arthur Watts (eds), *Oppenheim's International Law* (9th edn, Vol. 1, Longman Group UK Limited, 1992), 1203–1204.

بین‌المللی قانون هستند یا روابط مطلوب کشورها با همدیگر را فراهم می‌سازند، راحت‌تر می‌توانند به اعتقاد حقوقی منجر شوند. علاوه بر آن، در مقایسه با سایر فعالیت‌های بین‌الدولی، مثل بیانیه‌های دیپلماتیک و یادداشت‌ها یا سخنرانی‌های سران دولت‌ها، انعقاد معاهده توسط نمایندگان دیپلماتیک و به‌ویژه تصویب چنین معاهداتی توسط قانونگذار ملی، قطعاً یک عمل حقوقی کاملاً رسمی محسوب می‌شود و از این‌رو باید تلقی حقوق و تعهدات قانونی مقرر شده در فرایند انعقاد و تصویب معاهده را انتظار داشت.

فصل دوم: تأثیر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی در تکوین قواعد حقوق

بین‌الملل عرفی

گفتار اول) تحلیل نظری

۱۱. آشکارا مواضع مختلفی درخصوص نقش معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، بالاخص معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بین‌المللی، در تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی وجود دارد. برخی مفسرین غربی بر این باورند که معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری وسیله‌ای مهم برای تشکیل قواعد حقوق بین‌الملل عرفی محسوب می‌شوند. دلایل عمده آن‌ها عبارتند از: اولاً تعداد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری جریان فزاینده قابل ملاحظه‌ای دارند و این جریان بعداً به وسیله شروط رفتاری ملت‌های کامله‌الوداد^{۲۷} چندین برابر نیز شده است. ثانیاً کشورهای که قبلاً معیار کلاسیک قاعده «هال» را درخصوص جبران خسارت رد می‌کردند، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری دربردارنده آن قاعده را امضا کرده‌اند.^{۲۸} ثالثاً شاید تعریف کلاسیک حقوق بین‌الملل عرفی از حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، ناکافی یا حداقل ناقص باشد.^{۲۹} از سوی دیگر، برخی از مفسرین غربی نیز عنوان می‌دارند که معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری نقش مهمی در تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی ایفا نمی‌کنند. دلایل عمده آن‌ها به شرح آتی است: اولاً اگرچه تعداد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری افزایش قابل ملاحظه‌ای یافته و مشابهت‌های زیادی میان آن‌ها وجود دارد، اما معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری امضا شده توسط کشورهای در حال توسعه، بدون محکم‌سازی تعهدات نبوده یا در راستای تبیین تعهدات حقوقی نیستند. کشورهای در حال توسعه مزبور فقط به دنبال منافع اقتصادی و جذب سرمایه‌گذاری خارجی، از طریق ساز و کار معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بوده‌اند که این امر منجر به فقدان اعتقاد حقوقی می‌شود.^{۳۰} ثانیاً اگرچه

27. Most-Favored Nation

28. F.A. Mann, British Treaties for the Promotion and Protection of Investments, 52 BYBIL (1982), 249.

29. Andreas F. Lowenfeld, Investment Agreement and Investment Law, 42 Columbia JTL (2003), 130.

30. Andrew T. Guzman, Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties, 38 Virginia JIL (1998), 685-687.

ساختار و محتوای معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، گرایش به سمت انسجام هر چه بیش‌تر دارد، ولی بررسی‌های تجربی موجود نشان داده‌اند که به دلیل وجود عدم قطعیت و تناقض شدید، وجود نوسان و اختلاف زیاد در انعقاد سریع آن‌ها و تأثیر زیاد ملاحظات سیاسی بر رویه دولت‌ها، تشخیص وجود رسم متحدالشکل و منسجم، که به‌عنوان حقوق تنظیم‌کننده سرمایه‌گذاری خارجی پذیرفته شود، درخصوص همه معاهدات، آسان نیست.^{۳۱}

۱۲. به نظر نگارنده تقریباً همه حقوق‌دانان بین‌المللی چین بر این باورند که معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری صرفاً نقشی محدود و حتی ناچیز در تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی ایفا می‌کنند. در کنار استدلال مبنی بر وجود تعارض‌های مشهود میان معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، برخی مفسرین چینی، بالاخص چنین تأکید دارند که کشورهای در حال توسعه، به دلیل ملاحظات سیاسی به انجام مذاکره و امضای معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ترغیب می‌شوند و لذا شکل‌گیری اعتقاد حقوقی در این خصوص غیرممکن است.^{۳۲}

۱۳. نگارنده همچنین بر این باور است که نباید درباره تأثیر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، در تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی مبالغه شود. به عبارت دیگر، تعارضات مهمی در میان معاهدات دوجانبه متعدد سرمایه‌گذاری وجود دارد و بنابراین، تحقق شرط رویه عام مسلماً مشکل است. بررسی مهمی که توسط کنفرانس تجارت و توسعه سازمان ملل متحد (آنکتاد) درخصوص معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد در فاصله سال‌های ۱۹۹۵ تا ۲۰۰۶ صورت گرفت، وجود برخی تعارضات مهم میان معاهدات دوجانبه اخیر سرمایه‌گذاری را آشکار ساخت. آنکتاد با در نظر گرفتن قاعده «مصادره» و «جبران خسارت» به‌عنوان نمونه، دریافت که با وجود چهار عنصر مصادره قانونی یعنی منفعت عمومی، عدم تبعیض، طی تشریفات قانونی و جبران خسارت «فوری، کافی و مؤثر» در اکثر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، برداشت‌های متفاوتی از «تشریفات قانونی» وجود دارد. در برخی از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، «تشریفات قانونی» به قانونی بودن اشاره دارد، درحالی‌که تصور می‌شود در برخی دیگر از این‌گونه معاهدات، «تشریفات قانونی» شامل تجدیدنظر قضایی مؤثر است.^{۳۳} باید خاطر نشان شود که برخی کشورهای در حال توسعه، به‌ویژه آرژانتین، غالباً در سال‌های اخیر در مراجع داوری بین‌المللی،

31. Bernard Kishoiyian, The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary Law, 14 JIL & Business (1994), 372.

32. LIU Sun, International Law for Protecting International Investment (Law Press, China, 2002), 468-469; YANG Weidong, Bilateral Investment Treaties as the Source of Investment Law, 5 Zhongguo Guoji Jingji Fa Xuekan (Chinese JIEL) (2002), 324.

33. UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking, UNCTAD/ITE/ IIT/2006/ 5, New York and Geneva, 2007, 47-48.

طرف دعوا واقع شده‌اند.^{۳۴} این وضعیت نامطلوب، احتمالاً برخی از آن‌ها را به تعدیل استراتژی آزادشان در خصوص معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ترغیب خواهد کرد و همچنین ممکن است به درج برخی قواعد محافظه‌کارانه در معاهدات دوجانبه آتی سرمایه‌گذاری منجر شود. این امر یک عامل کاملاً محتمل، در خصوص تأثیر نقش معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، در تکوین قواعد حقوق بین‌المللی عرفی است.

۱۴. از سوی دیگر، همچنین در مقابل استدلال مفسرین چینی و غربی که با در نظر گرفتن اعتقاد حقوقی در رویه معاهده‌ای، به‌طور کلی عنوان می‌دارند هیچ‌گونه عنصر معنوی در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری وجود ندارد، نگارنده از این استدلال حمایت می‌کند که نقش ایفا شده توسط معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی نباید بیش از حد برآورد شود. به هر صورت به اعتقاد نگارنده، این ادعا که کشورهای در حال توسعه تنها به دلیل ملاحظات اقتصادی به امضای معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ترغیب می‌شوند، ادعایی که از سوی مفسرین چینی - غربی در حمایت از مواضعشان ارائه می‌شود، مورد قبول نیست. همان‌طور که قبلاً خاطر نشان شد کمیسیون حقوق بین‌الملل خود فی‌نفسه از تفکیک موسوم به معاهدات قانون‌ساز و معاهدات قراردادی حمایت نمی‌کند. نگارنده در خصوص مورد خاص معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری معتقد است که در واقع همه کشورها معاهدات بین‌المللی را در تعقیب منافع خود منعقد می‌کنند و معاهدات بین‌المللی وسیله‌ای برای تخصیص منافع است، همان‌طور که دقیقاً سایر اسناد حقوقی چنین هستند. بنابراین، انکار وجود عنصر معنوی صرفاً بر مبنای تفکیک منافع «اقتصادی» و سایر انواع منافع، غیرمنطقی است. در واقع، در این راستا، این مفسرین پاسخگویی به مسأله وجود یا عدم وجود عنصر روانی را در خصوص کشورهای توسعه یافته یا غیر آن، که از طریق ساز و کار معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خواهان تدارک حمایت قانونی از سرمایه‌گذاری خارجی‌شان هستند، ضروری می‌بینند. به نظر نگارنده، توجیه مناسب برای انکار وجود اعتقاد حقوقی در خصوص کشورهای در حال توسعه، در چارچوب معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، این است که در بسیاری از موارد، این کشورها، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری را در نتیجه فشار بیش از حد کشورهای توسعه یافته یا در نتیجه نیل به

34. Carlos E. Alfaro and Pedro M. Lorenti, The Growing Opposition of Argentina to ICSID Arbitral Tribunals—A Conflict between International and Domestic Law?, 6 The Journal of World Investment & Trade (2005); CHEN An and CAI Congyan (eds), Guoji Touzi Fa De Xin Fazhan Yu Zhongguo Shuangbian Touzi Tiaoyue De Xin Shijian (New Developments of International Investment Law and New Practices of Chinese Bilateral Investment Treaties) (Fudan University Press, 2007, Chapters 13, 14).

آرمان مشروعیت بین‌المللی در طول فرایند تحول اقتصادی یا سیاسی منعقد می‌کنند.^{۳۵} تحت چنین شرایطی، یافتن عنصر معنوی در رفتار کشورهای در حال توسعه، واقعاً غیرمنطقی است. در هر حال، با تصور این که کشورهای در حال توسعه الزام روانی قطعی‌شان را در حمایت از وجود نوعی تعهد، بیان می‌کنند، حداقل با وجود چنین امری مخالفت نمی‌ورزند و با ملاحظه انعقاد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری توسط مأموران دیپلماتیک و این که تصویب آن توسط مراجع ملی یک عمل حقوقی رسمی است، استدلال مبتنی بر تحقق وجود الزام روانی چندان غیرمنطقی نیست.

۱۵. عوامل زیر توجه به نقش معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی در فرایند تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را ضروری می‌سازد.

۱۶. اولاً در گذشته، ارزیابی نقش رویه معاهده‌ای سرمایه‌گذاری بین‌المللی در ایجاد قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، کاملاً مبتنی بر رویه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد در قبل از اواسط دهه ۱۹۹۰ بود. پیشرفت‌های چشمگیر بعد از اواسط دهه ۱۹۹۰ به‌ندرت مورد توجه قرار گرفته بودند. مطابق با نظر آنکتاب، تعداد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در سال ۱۹۹۵ کم‌تر از ۱۵۰۰ مورد بود، اما تعداد آن در پایان سال ۲۰۰۶ به ۲۵۷۳ رسیده^{۳۶} و این تعداد هنوز هم به‌صورت مستمر در حال افزایش است. علاوه بر آن، در کنار معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، سایر معاهدات بین‌المللی شامل قواعد سرمایه‌گذاری که نوع خاصی از آن موافقتنامه تجارت

۵۳. همان‌طور که یک عضو سابق تیم مذاکره‌کننده وزارت کشور ایالات متحده برای انعقاد معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، خوزه الوارز (Jose E. Alvarez) پذیرفت: به نظر بسیاری، روابط ناشی از معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری به‌ندرت معامله‌ای ارادی و غیراجباری است. آن‌ها [شرکای معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه ایالات متحده] احساس می‌کنند که یا باید وارد ترتیبات شوند یا در غیر این صورت، احمق خواهند بود... [اما] امروزه حقیقت این است که مدل معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری ایالات متحده، به اصطلاح، به‌عنوان پیشنهاد «یا آن را بگیر یا آن را رها کن» قلمداد نمی‌شود... مذاکره برای انعقاد معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بحث میان حاکمیت‌های برابر نیست، بلکه بیش‌تر شبیه یک سمینار آموزشی بزرگ است که از سوی ایالات متحده براساس چارچوب‌های خود، که به‌موجب آن ایالات متحده متناسب با طرح‌های خودش رفتار خواهد کرد، برگزار می‌شود.

Cited from Gennady Pilch, *The Development and Expansion of Bilateral Investment Treaties*, 96 ASIL Proceedings (1992), 552-553

به همین ترتیب، همان‌طور که از سوی واندرووله (Vandevelde) مطرح شده، ملاحظات سیاسی نقش مهمی در مذاکرات مربوط به انعقاد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، میان ایالات متحده از یک سو و برخی کشورهای در حال توسعه و کشورهای اروپای شرقی بعد از فروپاشی امپراتوری شوروی از سوی دیگر، ایفا کرده است و درخصوص آن کشورها، به‌ندرت امکان معامله برابر با ایالات متحده وجود دارد.

See Kenneth J. Vandevelde, *United States Investments: Policy and Practice* (Law and Taxation Publisher, 1992), 26-28.

36. UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, UNCTAD/ITE/IIA/2007/3, 2007, 3.

آزاد^{۳۷} است، از اواسط دهه ۱۹۹۰، توسعه و ترقی یافته‌اند. تا سال ۲۰۰۶ تعداد موافقتنامه‌های تجارت آزاد بیش از ۲۴۰ عدد شده^{۳۸} و این مجموعه نیز همچنان در حال افزایش است. این استدلال منطقی است که وجود چنین مجموعه بزرگی از معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، دلالت بر تمایل کشورهای متعدد، بر نیل به نوعی اتفاق آرا در خصوص امور سرمایه‌گذاری بین‌المللی دارد. در واقع، امور سرمایه‌گذاری به اصطلاح جزء سیاست نرم محسوب می‌شوند و بنابراین، نیل به اجماع در خصوص امور سرمایه‌گذاری میان دولت‌ها آسان‌تر از نیل به اجماع در مورد موضوعات با «جنبه حاد سیاسی» است. مهم‌تر این‌که محتوای معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی که اخیراً منعقد شده‌اند در مقایسه با محتوای معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی قدیمی، شباهت بیش‌تری دارند و در واقع آن‌ها دارای قواعد کاملاً همسان زیادی هستند. بنابراین، امروزه توجیه وجود عنصر مادی رویه عام در معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی امکان‌پذیر است.

۱۷. ثانیاً در گذشته، حقوقدانان بین‌المللی، ظاهراً روی بررسی این مسئله متمرکز بودند که آیا قواعد حقوق بین‌الملل عرفی عام که در خصوص همه کشورهای اعمال می‌شود، در رویه معاهده‌ای مربوط به سرمایه‌گذاری بین‌المللی تعقیب شده است یا خیر؛ درحالی‌که قواعد حقوق بین‌الملل عرفی منطقه‌ای یا آن قواعد عرفی را که تنها در خصوص برخی کشورهای اعمال می‌شوند، نادیده گرفته بودند. اگرچه بر طبق بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، تنها شامل قواعد حقوق بین‌الملل عرفی عام است و به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی محلی یا منطقه‌ای اشاره‌ای نمی‌کند، اما دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه پناهندگی،^{۳۹} قضیه *اتباع امریکایی در مراکش*^{۴۰} و قضیه *حق عبور از دریای سرزمینی هند*^{۴۱} تأکید دارد که قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، هم در حقوق بین‌الملل عرفی عام و هم در حقوق بین‌الملل عرفی منطقه‌ای متجلی است. البته دیوان بین‌المللی دادگستری با علم به این‌که تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی منطقه‌ای یا محلی مشکل است، عنوان می‌دارد که تکوین این قواعد باید با معیار محدودتری توجیه شود.^{۴۲}

۱۸. بر همگان آشکار است که همگرایی اقتصادی منطقه‌ای از اواسط دهه ۱۹۹۰ رونق گرفت. در این چارچوب جدید، موافقتنامه‌های تجارت آزاد و سایر اسناد مرتبط با همگرایی اقتصادی

37. Free Trade Agreement (FTA).

38. *Ibid.*, 3.

39. ICJ Reports 1960, 7.

40. ICJ Reports 1952, 199–200.

41. ICJ Reports 1960, 39–43.

42. ICJ Report 1950, 266. See also Anthony D'Amato, *International Law Sources* (Martinus Nijhoff Publishers 2004), 204–206.

منطقه‌ای، اشکال جدید معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی و منابع جدید حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی قلمداد شده‌اند.^{۴۳} این اسناد حقوقی جدید، به‌ویژه تعاملشان با معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، فرایند تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی منطقه‌ای را تسریع خواهد کرد.

۱۹. ثالثاً در گذشته، حقوقدانان بین‌المللی که نقش معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی را در ایجاد قواعد حقوق بین‌الملل عرفی بررسی می‌کردند، عمدتاً بر متون حقوقی تأکید می‌کردند و توجه بسیار کمی به سایر ابعاد مسأله، شامل داورهای اختلافات سرمایه‌گذاری و بیانیه‌های دولتی داشتند، درحالی‌که بدیهی است آن‌ها ساز و کار تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را تسهیل می‌کنند. برای مثال، اگرچه در دهه ۱۹۹۰ سخن گفتن از این‌که همه کشورهای در حال توسعه قاعده «هال» را پذیرفته‌اند، دشوار بود، اما تقریباً همه مراجع داورى بین‌المللی، مطابق با قاعده «هال» حکم به جبران خسارت می‌دادند. به‌عنوان نمونه دیگر، اگرچه ماهیت حقوقی رفتار عادلانه و منصفانه در ماده ۱-۱۰۵۱ نفتا تعریف نشده، اما مرجع داورى نفتا خاطر نشان کرد که: (۱) بیانیه‌های صادر شده متعدد ایالات متحده درخصوص معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، شامل لحنی است که در موافقتنامه‌های تجارت آزاد آمده و بیانیه‌های رسمی مربوطه مکرراً نه به «The minimum standard of treatment» بلکه به «minimum standard of treatment» اشاره کرده‌اند. (۲) بیانیه دولت کانادا درخصوص اجرای نفتا، مقرر داشته که ماده ۱-۱۱۰۵ حداقل استاندارد رفتاری مطلق مبتنی بر اصول کلاسیک حقوق بین‌الملل عرفی را فراهم می‌سازد. (۳) مکزیک همچنین از استدلال کانادا حمایت کرد.^{۴۴}

۲۰. رابعاً حتی به رغم این استدلال که کشورهای در حال توسعه، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری را صرفاً در تعقیب منافع اقتصادی خود منعقد کرده‌اند و از این‌رو در برخی موارد رد وجود عنصر معنوی مستدل است، ظاهراً دیگر این استدلال راجع به دیگر کشورهای در حال توسعه که اخیراً به‌عنوان صادرکنندگان سرمایه درآمده‌اند، صادق نیست. این دلیل کاملاً واضح است، چرا که کشورهای اخیر، به‌عنوان صادرکنندگان سرمایه، همچنین خواستار تدارک حمایت حقوقی از سرمایه‌گذاران خارجی‌شان هستند.

43. See YU Jinson, Investment Liberalization Issue in Regional Arrangements, in: WANG Guiguo (ed.), *Quyuan Anpai Falv Wenti Yanjiu* (Legal Issues of Regional Arrangements) (Peking University Press, 2004), 44-74.

44. See *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB (AF)/ 99/2, Award (11 October 2002), paras 111-112.

گفتار دوم) تحلیل تجربی: ماهیت حقوقی استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه و قاعده «هال»

بند اول) استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه به عنوان قاعده حقوق بین الملل عرفی منطقه‌ای

۲۱. رفتار عادلانه و منصفانه که از منشور سازمان تجارت بین‌المللی ۱۹۴۸ هاوانا ناشی شده،^{۴۵} استاندارد رفتاری مطلق در معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی است. در سال‌های اخیر، سرمایه‌گذاران خارجی غالباً به خاطر نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، به مراجع داوری بین‌المللی توسل جسته‌اند و در بسیاری از موارد نیز به طور موفقیت‌آمیز از سوی مراجع مزبور مورد حمایت واقع شده‌اند. درخصوص ماهیت حقوقی استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه سه استدلال ارائه شده است: استاندارد مبتنی بر حداقل استاندارد بین‌المللی لازم بر طبق حقوق بین‌الملل عرفی، استاندارد مبتنی بر حقوق بین‌الملل که شامل همه منابع می‌شود، و استنادی که یک استاندارد معاهده‌ای خود بسنده است.^{۴۶}

۲۲. استیونس و دالزر در متون حقوقی مربوطه دریافتند که در برخی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، در ابتدای شروط رفتاری کلی جای داشت. در سایر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه با مقرره‌ای پیرامون حمایت از سرمایه‌گذاری و تضمین آن همراه بود. هنوز در برخی از سایر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه با مقرره‌ای درخصوص ممنوعیت موازین تبعیض‌آمیز یا با استانداردهای داخلی و شرط ملتهای کامله‌الوداد مرتبط است.^{۴۷} پس می‌توان گفت که رویه عام لازم، برای تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی هنوز محقق نشده است. به هر صورت، این تعارض‌ها و مشاجرات، مانع از ارائه تعریف راجع به ماهیت حقوقی استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه براساس سیستم نفتا نمی‌شود.

۲۳. بند ۱ ماده ۱۱۰۵ نفتا مقرر می‌دارد: «هر طرف باید با سرمایه‌های سرمایه‌گذاران طرف دیگر، رفتاری مطابق با حقوق بین‌الملل، شامل رفتار منصفانه و عادلانه، همراه با توافق و حمایت کامل داشته باشد». این بند در واقع استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه را به عنوان قاعده حقوق بین‌الملل عرفی تعریف نمی‌کند. در هر حال، در چندین مورد، سرمایه‌گذاران خارجی مدعی نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه از سوی کشورهای میزبان عضو نفتا بودند و مراجع داوری نیز

۵۴. ماده ۱۱(۲) منشور هاوانا مقرر می‌دارد: «تضمین رفتار عادلانه و منصفانه در قبال شرکت، سرمایه، هنر و فناوری وارداتی از یک کشور عضو به دیگری».

46. OECD, International Investment Law: A Changing Landscape (2005), 81.

47. Rudolf Dolzer and Margrete Stevens, Bilateral Investment Treaties (Martinus Nijhoff Publishers, 1995), 58-59.

در این خصوص استاندارد مزبور را به روش خیلی موسع تبیین کرده‌اند. در دعوی *متال کلد* علیه مکزیک، استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه از سوی دیوان با مقوله «شفافیت» پیوند می‌خورد؛ آن‌جا که دیوان مقرر می‌دارد امتناع دولت مکزیک از تضمین چارچوبی شفاف و قابل پیش‌بینی برای برنامه‌ریزی تجاری و سرمایه‌گذاری متال، توأمأ نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه قلمداد می‌شود.^{۴۸} در دعوی *اس.دی.مایرس* علیه دولت کانادا، دیوان این واقعیت را مطمح نظر قرار داد که نقض یک قاعده حقوق بین‌الملل که مخصوصاً برای حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی وضع شده، نقض استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه قلمداد می‌شود.^{۴۹} در دعوی *پوپ و تالبوت* علیه *دولت کانادا*، دیوان مقرر داشت که استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه باید به‌نحوی تفسیر شود که شامل «عناصر منصفانه، براساس استانداردهای عادی اعمال شده در کشورهای عضو نفتا» شود.^{۵۰} توضیحات بسیار کلی از استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه به‌وسیله مراجع نفتا، دولت‌های عضو این سازمان را در وضعیتی نامطلوب قرار داد. در ۳۱ ژوئیه ۲۰۰۷، کمیسیون تجارت آزاد نفتا که براساس فصل ۱۱ نفتا ایجاد شده، یادداشت (اعلامیه) مشهوری صادر کرد و در آن، اعلام داشت:

«الف) ماده ۱-۱۱۰۵، استاندارد رفتاری حداقل حقوق بین‌الملل عرفی رفتار با بیگانگان را به‌عنوان حداقل استاندارد رفتاری که در قبال سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران خارجی طرف دیگر تعهد می‌شود، توصیف می‌کند. ب) مفاهیم «رفتار منصفانه و عادلانه» و «حمایت و تضمین کامل»، نیاز به رفتاری فراتر یا خارج از آن رفتاری که بر طبق حداقل استاندارد رفتاری حقوق بین‌الملل عرفی بیگانگان لازم است، ندارد.»

۲۴. گرچه یادداشت کمیسیون تجارت آزاد به‌منظور تحدید صلاحیت مراجع نفتا در توسعه استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه صادر شد، ولی یادداشت مزبور همچنین در تکوین استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، به‌عنوان قاعده حقوق بین‌الملل عرفی منطقه‌ای، براساس سیستم نفتا سهیم بوده است.

۲۵. البته همان‌طور که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه پناهندگی عنوان کرد، «طرفی که به عرف منطقه‌ای استناد می‌کند باید ثابت کند که این عرف به نحوی شکل گرفته است که،

48. *Metalclad Corporation v. Mexico*, ICSID Case No. ARB (AF)/97/ 1, Final Award (30 August 2000), paras 75–76; 99–100.

49. *S.D. Myers Inc. v. Canada*, Final Award on the Merits (13 November 2000), paras 262–264.

50. *Pope & Talbot Inc. v. Canada*, Final Merits Award (10 April 2001), para. 118.

برای طرف دیگر نیز الزام آور است.^{۵۱} از آن جا که بند ۱ ماده ۱۱۰۵ نفتا، به عنوان قاعده معاهده‌ای، قطعاً برای سه دولت عضو جنبه الزام آور دارد، وجود شرط خاص لازم برای تکوین قواعد حقوق بین الملل عرفی منطقه‌ای، راجع به استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، قابل توجیه می‌شود.

۲۶. اگرچه به نظر می‌رسد که به طور کلی جایگاه حقوق بین الملل عرفی در نظام حقوق بین الملل به تدریج تنزل یافته، ولی «وان هوف» معتقد است که امکان دارد حقوق بین الملل عرفی منطقه‌ای هنوز نقش قابل ملاحظه‌ای در زمینه خاصی از حقوق بین الملل ایفا کند.^{۵۲} به نظر نگارنده، اهمیت قواعد حقوق بین الملل عرفی باید از دو منظر ارزیابی شود. اول این که تکوین قواعد حقوق بین الملل عرفی منطقه‌ای، در مقایسه با قواعد حقوق بین الملل عرفی عام، آسان تر است. تقسیم جامعه بین المللی به دو بلوک موسوم به بلوک شرقی - غربی و شمالی - جنوبی متداول است و کشورهای دو بلوک مختلف به لحاظ سیستم‌های حقوقی، اجتماعی و سیاسی ناهمگن هستند که این امر ممکن است مانع از تکوین قواعد حقوق بین المللی عرفی عام باشد. برعکس، وابستگی و ارتباط، در چارچوب سیستم‌های جغرافیایی، سیاسی، اقتصادی، حقوقی و سنت‌های تاریخی، کشورهای یک حوزه جغرافیایی را کاملاً متجانس می‌سازد. از این رو، ظهور قواعد حقوق بین المللی عرفی در چنین حوزه‌هایی آسان تر است. با این حساب نباید از ظهور قاعده عرفی در خصوص استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه، در ظرف ۱۰ سال از اجرای نفتا، تعجب کرد. تجربه استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه بر اساس سیستم نفتا، نه تنها تأثیر برجسته معاهدات سرمایه‌گذاری بین المللی را در تکوین قواعد حقوق بین المللی عرفی آشکار می‌سازد، بلکه همچنین اهمیت مبانی را در تکوین قواعد حقوق بین المللی عرفی نشان می‌دهد. ثانیاً همان طور که داماتو به درستی خاطرنشان کرده، قواعد حقوق بین المللی عرفی عام برای تحت‌الشمول قرار دادن حوزه‌ای خاص، خیلی مبهم هستند و قواعد حقوق بین المللی عرفی منطقه‌ای ممکن است در این خصوص نقش سرنوشت‌سازی ایفا کنند.^{۵۳} کاملاً مبرهن است که در مقایسه با معاهدات بین المللی، ابهام و عدم قطعیت، نقاط ضعف آشکار عرف بین المللی و دلیل اصلی برای افول و تنزل «حقوق بین المللی عرفی در کل» در چارچوب حقوق بین الملل است. در عوض، وضوح و قطعیت قواعد حقوق بین المللی عرفی منطقه‌ای، آشکارا از عوامل بسیار مهم برای حفظ و تقویت نقش قواعد حقوق بین الملل عرفی، حداقل قواعد حقوق بین الملل عرفی منطقه‌ای، در گستره حقوق بین الملل است.

51. ICJ Reports 1950, 266.

52. G.J.H. van Hoof, above n.5, 115.

53. Anthony D'Amato, above n.33, 208.

بند دوم) قاعده «هال» به عنوان قاعده حقوق بین الملل عرفی عام

۲۷. جبران خسارت کامل در قبال مصادره، در اوایل قرن بیستم رویه‌ای عام در اروپا بود. در قضیه کارخانه کورزف، دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی مقرر داشت که درخصوص مصادره، پرداخت غرامت باید تا حد امکان، همه نتایج عمل غیرقانونی را پاک کرده، وضعیتی را مجدداً برقرار کند که به احتمال زیاد، اگر آن عمل ارتکاب نیافته بود، وجود می‌داشت. در سال ۱۹۳۸ وزیر کشور ایالات متحده، «کاردل هال» درخصوص مصادره اموال اتباع امریکایی توسط دولت مکزیک، طی یادداشتی دیپلماتیک به سفیر آن کشور در ایالات متحده، نظری ارائه داد که فرمول اصلی استاندارد جبران خسارت کامل تلقی شده است:

«دولت ایالت متحده زمانی که بیان می‌دارد، سوابق موجود و مراجع به رسمیت شناخته شده حقوق بین‌الملل از اعلامیه‌اش حمایت می‌کنند، صرفاً به این واقعیت روشن اشاره دارد که براساس هر قاعده حقوقی و اصل انصاف، هیچ دولتی حق مصادره اموال و دارایی‌های اشخاص را صرف نظر از هر هدفی، بدون رعایت مقررہ ناظر بر پرداخت فوری، کافی و مؤثر ندارد».^{۵۴}

۲۸. «پرداخت فوری، کافی و مؤثر»، که در بالا ذکر شد، در بطن قاعده «هال» ناظر بر جبران خسارت داشته و از سوی قدرت‌های غربی به عنوان قاعده حقوق بین‌الملل عرفی قلمداد شده است.

۲۹. کشورهای در حال توسعه، مدت‌های مدید به قاعده «هال» معترض بودند. در دهه ۱۹۷۰ کشورهای مزبور به دستاوردهای بزرگی در به چالش کشیدن قاعده هال دست یافتند که سنگ بنای آن، تصویب منشور حقوق و تکالیف اقتصادی کشورها (قطعنامه ۳۲۸۱)، توسط مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۷۴ بود.^{۵۵} منشور مزبور بیان می‌دارد که هر کشور حق «ملی‌سازی، مصادره و انتقال مالکیت خصوصی را دارد، اما در چنین موردی باید جبران خسارت متناسبی از سوی کشوری که چنین اقداماتی را انجام می‌دهد، صورت گیرد». ظهور استاندارد «جبران خسارت متناسب» به‌طور کاملاً مؤثر، قاعده هال را به چالش کشید. از آن زمان به بعد، قاعده هال در بسیاری از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد میان کشورهای در حال توسعه و کشورهای توسعه یافته، پذیرفته نشده است.

۳۰. به هر صورت، در طول فرایند آزادسازی سرمایه‌گذاری بین‌المللی از دهه ۱۹۹۰ به این طرف، موضع انتقادی کلاسیک کشورهای در حال توسعه، نسبت به قاعده هال به طرز

54. See Green H. Hackworth, Digest of International Law (1942), 658-659.

55. Charter of Economic Rights and Duties of States, GA Res 3281 (XXIX), UN GAOR, 29th Session Agenda Item 48, UN Doc./A/RES/3281/(XXIX)(1974), reprinted in 14 ILM (1975), 251.

فوق‌العاده‌ای تعدیل یافته است. آنکتاد بر این باور است که بسیاری از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، امروزه در بردارنده لحنی هستند که همان اثر اعمال استاندارد «جبران خسارت فوری، کافی و مؤثر» را در پی دارد.^{۵۶} همان‌طور که کامئوکس و کین سلا استدلال می‌کنند، قید رایج جبران خسارت «کامل»، سند و مدرکی بر عرفی بودن قاعده هال است.^{۵۷} همچنین یک مفسر چینی هشدار می‌دهد که اگر اغلب کشورهای در حال توسعه قاعده هال را در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بپذیرند، در آن صورت، ممکن است قاعده هال به یک قاعده عرفی حقوق بین‌الملل تبدیل شود.^{۵۸}

۳۱. به‌طور خلاصه می‌توان بیان کرد این واقعیت که قاعده هال عموماً در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد از دهه ۱۹۹۰، پذیرفته شده، بیانگر این امر است که احتمال ظهور قواعد حقوق بین‌المللی عرفی عام در زمینه سرمایه‌گذاری بین‌المللی وجود دارد.

بخش سوم) اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در داوری‌های مربوط به معاهدات سرمایه‌گذاری

۳۲. قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، دلالتی اساسی بر اجرای ساز و کار داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی دارد. در واقع، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی غالباً در پرونده‌های ایکسید اجرا شده‌اند.^{۵۹} از آن‌جا که معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، در ارتباط با روابط میان کشورهای میزبان و سرمایه‌گذاران خارجی، علاوه بر قواعد ثانوی عمدتاً شامل قواعد به‌اصطلاح اولیه نیز می‌شوند، لذا قواعد حقوق بین‌الملل عرفی مرتبط با مسئولیت دولتی، مثل استنفکاف از اجرای عدالت، خصوصاً در داوری‌های سرمایه‌گذاری مهم جلوه می‌شوند. در واقع، تقاضای گسترده اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در داوری‌های سرمایه‌گذاری، فرصتی استثنایی برای این قواعد بین‌المللی، در راستای ابراز اهمیت و تکمیل‌شان فراهم می‌سازد.

56. UNCTAD, above n.25, 48.

57. Paul E. Comeaux and N. Stephan Kinsella, Protecting Foreign Investment Under International Law (Oceana Publication Inc., 1997), 76.

58. ZENG Huaquan, The Expropriation of Foreign Investment and the Standard of Compensation: Historical Division and Practical Challenge, 13 Zhongguo Guoji Jingji Fa Xuekan (Chinese JIEL) (2006), 68.

59. See Christoph H. Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary (Cambridge University Press, 2001), 612-614.

فصل اول: مبانی قانونی و رویه‌ای قضایی اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، در داوری‌های مربوط به معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی

۳۳. در سطح متون حقوقی، اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، توسط مراجع داوری سرمایه‌گذاری، به‌موجب معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی مربوط تجویز و لازم شمرده شده است. برای مثال، ماده (۱) ۴۲ کنوانسیون واشنگتن مقرر می‌دارد که مراجع مزبور باید مطابق با قواعد حقوقی، به همان شکلی که ممکن است توسط طرفین مورد توافق واقع شود، به اختلاف رسیدگی کنند. در فقدان چنین توافقی، مراجع مزبور باید حقوق کشور طرف تعهد (شامل قواعد آن کشور در خصوص تعارض قوانین) را بر چنین اختلافی اعمال کنند و همچنین قواعد حقوق بین‌الملل نیز ممکن است در این خصوص قابل اعمال باشد (تأکید اضافه شده است). از آن‌جا که حقوق بین‌الملل مندرج در ماده (۱) ۴۲، همان مفهوم «حقوق بین‌الملل» تصریح شده در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری را دارد،^{۶۰} لذا بدون شک، اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی از سوی مراجع داوری ایکسید قانونی است. مقررات مشابهی در این خصوص در موافقتنامه نفتا و معاهده منشور انرژی^{۶۱} وجود دارد.^{۶۲}

۳۴. برعکس، ماده (۲) ۳ موافقتنامه «قواعد و آیین حل و فصل اختلافات»^{۶۳} منضم به موافقتنامه مؤسس سازمان تجارت جهانی (موافقتنامه WTO)، تصریح می‌کند که پیشنهادها و تصمیمات «نهاد حل و فصل اختلافات»^{۶۴} نمی‌تواند حقوق و تعهدات مقرر در موافقتنامه‌های مشمول سازمان تجارت جهانی را کم یا زیاد کند. این تصریح، سند و مدرکی بر سیستم خودبستگی موافقتنامه‌های سازمان مذکور محسوب می‌شود. بنابراین، نهاد حل و فصل اختلافات صرفاً می‌تواند موافقتنامه‌های مشمول سازمان تجارت جهانی را اعمال کند، در حالی که سایر قواعد حقوق بین‌الملل، شامل قواعد حقوق بین‌الملل عرفی قابل اعمال نخواهد بود (البته نه آن‌هایی که شامل قواعد عرفی تفسیر می‌شوند).^{۶۵} ماده (۲) ۳ موافقتنامه «قواعد و آیین حل و فصل اختلافات» و ویژگی‌های به‌اصطلاح خودبسته سیستم حقوقی سازمان تجارت جهانی، این امر را یادآوری می‌کند که ماده (۱) ۴۲ کنوانسیون واشنگتن به‌رغم این که مبنای حقوقی اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی از سوی مراجع ایکسید را فراهم می‌سازد، لکن نتوانسته است

60. *Ibid.*, 609.

61. Energy Charter Treaty (ECT).

62. Para. 1, Art. 1131 of NAFTA stipulates that a Tribunal established under Chapter 11 of NAFTA shall decide the issues in dispute in accordance with NAFTA and "applicable rules of international law". See also Art. 26 of ECT.

63. Disputes Settlement Procedure (DSP)

64. Disputes Settlement Body (DSB)

65. Joel P. Trachtman, the Domain of WTO Dispute Resolution, 40 Harvard ILJ (1999), 347.

پاسخگوی این امر باشد که چرا اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی در مراجع داوری سرمایه‌گذاری چنین مهم تلقی می‌شود. به نظر نگارنده، این موضوع باید از منظر رویه قضایی مورد تحلیل قرار گیرد.

۳۵. دلیل اصلی این است که منطق رسمی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، خیلی ضعیف‌تر از منطق رسمی بسیاری از معاهدات بین‌المللی دیگر است. در این رابطه، به‌آسانی می‌توان سادگی چارچوب و محتوای معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد تا اواسط دهه ۱۹۹۰ را به‌طور کلی با بررسی تنها ۱۵-۱۰ مورد، شاهد بود. در مورد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، به‌رغم وجود ارتباط حقوقی مفصل میان کشور میزبان و سرمایه‌گذاران خارجی، بدیهی است که دربرگرفتن همه موضوعات مرتبط با روابط حقوقی میان آن‌ها امکان‌پذیر نیست. متأسفانه هنوز این وضعیت به‌طور قابل توجهی تثبیت نشده است. لذا این معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری نمی‌توانند سیستم حقوقی خودبسنده را، همان‌طور که درخصوص سیستم حقوقی سازمان تجارت جهانی مطرح است، ایجاد کنند. تحت این شرایط، مراجع داوری نمی‌توانند به‌منظور انجام رسیدگی‌های داوری، به سایر قواعد حقوق بین‌الملل، شامل قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، توسل جویند. برعکس، سیستم حقوقی سازمان تجارت جهانی به دلیل گستردگی و جامعیت بالا، شرایط سیستم خودبسنده را دارد. بنابراین، نهاد حل و فصل اختلافات، می‌تواند اختلافات تجاری را بدون توسل به سایر قواعد حقوق بین‌الملل که خارج از موافقتنامه‌های مشمول سازمان تجارت جهانی هستند حل و فصل کند.

فصل دوم) عوامل اصلی مؤثر در اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی

۳۶. اگرچه اختلافات فزاینده سرمایه‌گذاری، فرصت‌های فراوانی برای اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی فراهم می‌سازد، اما سه عامل ممکن است مانع از اجرای قواعد مذکور شود.

۳۷. عامل اول، موضع کشورهای در حال توسعه در قبال قواعد حقوق بین‌الملل عرفی است. به‌طور کلی پذیرفته شده که اغلب قواعد حقوق بین‌الملل عرفی توسط کشورهای غربی ایجاد شده و اکثر کشورهای در حال توسعه، به‌طور برابر در این فرایند، مشارکت نکرده‌اند. لذا، بسیاری از این کشورها، درخصوص برخی از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، مردد و منتقد هستند. اگرچه قواعد حقوق بین‌الملل عرفی تثبیت شده، حتی برای کشورهایی که در فرایند تکوین آن‌ها مشارکت نداشته‌اند نیز الزام‌آورند مگر این که این قواعد به وسیله قواعد عرفی جدید یا قواعد معاهده‌ای جایگزین شوند؛ اما واقعیت این است که قواعد مذکور که مورد انتقاد کشورهای در حال توسعه هستند، به احتمال زیاد اعتماد این کشورها را به ساز و کارهای داوری بین‌المللی کاهش می‌دهند.

۳۸. به عنوان مثال، قاعده حقوق مکتسبه را در نظر بگیرید. برطبق این قاعده، دولت‌های میزبان باید وضعیت حقوقی خاص یا حقوق اعطا شده به خارجی‌ان را مورد احترام قرار دهند. قاعده احترام به حقوق مکتسبه، به عنوان دفاعی در قبال ملی‌سازی، مصادره و توجیه جبران خسارت مقتضی، مورد استناد واقع می‌شود. در تعدادی از قضایا، مثل *آموکو علیه اندونزی*، مرجع ایکسید به قاعده احترام به حقوق مکتسبه استناد و استدلال کرده است که سرمایه‌گذاران خارجی باید در مواقع مصادره، مورد حمایت واقع شوند.^{۶۶} به هر صورت، به نظر می‌رسد که این قاعده در سال‌های اخیر به ندرت مورد استناد واقع شده است. کشورهای در حال توسعه ممکن است در پرتو شتاب فزاینده توان سیاسی و اقتصادی، موضع انتقادی‌شان را نسبت به برخی از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی که کلاً به وسیله کشورهای توسعه یافته ایجاد شده است، ابراز دارند. بنابراین انتظار می‌رود که اجرای برخی از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، مثل قاعده احترام به حقوق مکتسبه، احتمالاً به تدریج کاهش یابد. به طور خلاصه، افزایش اعتماد کشورهای در حال توسعه به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، حائز اهمیت است.

۳۹. عامل دوم، چگونگی تطابق قواعد حقوق بین‌الملل عرفی با عامل زمان است. درک این که بسیاری از قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، در اوایل قرن بیستم یا حتی در زمان اخیر، براساس سوابق سیاسی، اقتصادی و اجتماعی ایجاد شده‌اند، مشکلی ایجاد نمی‌کند.

۴۰. این موضوع در داوری‌های اخیر نفتا درخصوص مفهوم حداقل استاندارد رفتاری مطرح شد. بر طبق یادداشت موافقتنامه تجارت آزاد، حداقل استاندارد رفتاری با سرمایه‌گذار خارجی که در ماده (۱) ۱۰۵ نفتا تعریف شده، مشابه حداقل استاندارد رفتاری با اتباع خارجه است که در حقوق بین‌الملل عرفی مقرر شده است. مطابق با تئوری و رویه حقوقی متداول بین‌المللی، حداقل استاندارد رفتاری در حقوق بین‌الملل عرفی، به صورت قطعی در قضیه نیر در سال ۱۹۲۷ و در برخی از پرونده‌های مشابه در دهه ۱۹۲۰ مطرح شد. در قضیه «نیر»، کمیسیون دعاوی مکزیکی مقرر داشت که رفتار با بیگانه زمانی نقض حقوق بین‌الملل قلمداد می‌شود که برابر با هتک حرمت، سوءنیت، غفلت عمدی از تکلیف، عدم کارایی اقدام دولتی یا به‌طور کلی کوتاهی از رعایت استانداردهای بین‌المللی باشد، به طوری که هر شخص متعارف و بی‌طرفی عدم کارایی آن را تشخیص دهد.^{۶۷}

۴۱. به هر صورت، مسأله تعریف یا عدم تعریف حداقل استاندارد رفتاری در یادداشت کمیسیون

66. See CHEN An (ed.), *GuoJi Touzi Zhengduan Zhongcai* (International Investment Disputes Arbitration) (Fudan University Press, 2001), 417.

67. *U.S.A. (L.F. Neer) v. United Mexican States*, decision of the General Claims Commission, United States– Mexico, 15 October 1926, Opinions of Commissioners, 1927, 1, reproduced in the American JIL (1927), 555–556.

تجارت آزاد، مشابه همان مورد مطرح در قضیه «نیر» و سایر قضایای مربوط است. در این خصوص هر سه دولت عضو نفتا، مراجع داوری و خواهان‌ها متفقاً چنین استدلال می‌کنند که حداقل استاندارد مطرح در قضیه «نیر» در پرونده‌های اخیر نفتا قابل اعمال نخواهد بود. برای مثال در دعوی *ADF علیه ایالات متحده*، خواهان استدلال کرد که «حقوق بین‌الملل» مندرج در ماده ۱-۱۱۰۵ نمی‌تواند به‌عنوان حقوق بین‌الملل عرفی قلمداد شود.^{۶۸} هدف از این استدلال، آشکارا ممانعت از اجرای استاندارد «نیر» بوده است. ایالات متحده چنین استدلال کرد که حقوق بین‌الملل عرفی مورد اشاره در ماده ۱-۱۱۰۵ «در گذر زمان راکد نمانده» و حداقل استاندارد رفتاری توسعه یافته است. دیوان مزبور همچنین اعلام نمود که طرح‌های حقوق بین‌الملل عرفی، «تصویر ثابتی» از حداقل استاندارد رفتار با بیگانگان، به همان شکل مطرح در رأی سال ۱۹۲۷ در قضیه «نیر» ارائه نمی‌کند.^{۶۹}

۴۲. به هر صورت، در هم شکستن ساختارها خیلی آسان‌تر از ساختن آن‌ها است. امروزه مفهوم واقعی حداقل استاندارد رفتاری در حقوق بین‌الملل عرفی چیست؟ علاوه بر استدلال کلی کانادا مبنی بر این که «آستانه تشخیص نقض قاعده حداقل استاندارد رفتاری، هنوز بالا است»^{۷۰} و استدلال کلی ایالات متحده که براساس آن، حقوق بین‌الملل عرفی، «حقوقی است که امروزه وجود دارد»^{۷۱}، مفهوم حداقل استاندارد رفتاری که در ماده (۱) ۵ تعریف شده همچنان مبهم باقی مانده و به‌صورت مجموعه‌ای واضح که در قضیه «نیر» مطرح بوده و بدون شک قابلیت اجرای قاعده حداقل استاندارد رفتاری را تضعیف می‌کند، در نیامده است. برای مثال، در دعوی *ADF علیه ایالات متحده*،^{۷۲} مرجع رسیدگی عنوان داشت که نه خواهان و نه خواننده، قادر به ارائه اعتراض خود به‌صورت مستدل درخصوص مفهوم حداقل استاندارد رفتاری نبوده‌اند. متأسفانه دیوان نیز برداشتش از این استاندارد را ارائه نکرد.

۴۳. عامل سوم این است که آیا و تا چه اندازه حقوق بین‌الملل عرفی، به‌عنوان «حقوق عام»، بر حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، به‌عنوان «حقوق خاص»، قابل اعمال است. عمومیت حقوق بین‌الملل عرفی، در قیاس با معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، از دو بعد قابل تشخیص است: الف) حقوق بین‌الملل عرفی اساساً با امور سرمایه‌گذاری بین‌المللی سروکار ندارد؛ ب) هدف حقوق بین‌الملل کلاسیک حکومت بر روابط بین‌الدولی است، درحالی‌که معاهدات سرمایه‌گذاری

68. *ADF Group Inc. V. United States of America*, Case No. ARB (AF)/00/ 1, Award (9 January 2003), para. 70.

69. *Ibid.*, para. 179.

70. *Ibid.*, n.170.

71. *Ibid.*, para. 179.

72. *Ibid.*, para. 183.

بین‌المللی اساساً روابط میان کشورهای میزبان و سرمایه‌گذاران خارجی را تنظیم می‌کنند.^{۴۴} همان‌طور که گروه تحقیق کمیسیون حقوق بین‌الملل خاطر نشان کرد، یکی از ویژگی‌های حقوق بین‌الملل معاصر این است که با ظهور «حقوق‌های خاص» متعدد که در چارچوب از هم گسیختگی حقوق بین‌الملل مطرح می‌شوند، به تدریج از قابلیت اجرای حقوق عام، ممانعت به عمل می‌آید. در این خصوص، حقوق سازمان تجارت جهانی به‌عنوان یک نمونه مطرح است.^{۷۳} همان‌طور که در بالا مطرح شد، در خصوص حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری نمی‌توانند یک سیستم خودبسنده راه همان‌طور که در سیستم حقوقی سازمان تجارت جهانی وجود دارد، ایجاد کنند. علاوه بر آن، کشورها، مراجع و حقوقدانان بین‌المللی ظاهراً با اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، به‌عنوان حقوق عام، در داورهای مبتنی بر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، به‌عنوان حقوق خاص، مخالفت آشکار نکرده‌اند. به هر صورت، تردیدها و مخالفت‌های اولیه وجود دارد. برای مثال، در دعوی ماندف علیه ایالات متحده، یکی از دلایلی که به‌موجب آن، مرجع رسیدگی از اجرای قاعده تثبیت شده حداقل استاندارد رفتاری در قضیه «نیر» ممانعت کرده، این است که قضیه مزبور به نحوه رفتار با سرمایه‌گذاری خارجی ارتباطی نداشته، بلکه به امنیت فیزیکی بیگانه (سرمایه‌گذاری خارجی) مربوط می‌شود. علاوه بر آن، موضوع قضیه «نیر»، تعیین مسئولیت دولت مکزیکی در قبال «اقدامات خصوصی»، یعنی کشته شدن تبعه ایالات متحده توسط مکزیکی‌های مسلح بود. برعکس، براساس سیستم نفتا، کشورهای میزبان، خود نحوه رفتار با سرمایه‌گذاری خارجی را تنظیم و هماهنگ می‌کنند و بنابراین غیرقابل توجیه است که مقررات نفتا به استاندارد رفتاری غیرمتعارف «نیر» محدود شود.^{۷۴} در واقع، برخی مفسرین همچنین بر این باورند که طرح پیش‌نویس مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در قبال اعمال متخلفانه بین‌المللی، که توسط کمیسیون حقوق بین‌الملل تهیه شده، تنها در ارتباط با روابط بین‌الدولی است و بنابراین اعمال قواعد حقوقی مزبور در خصوص مسئولیت بین‌المللی کشورهای میزبان، در قبال سرمایه‌گذاران خارجی محل تردید است.^{۷۵} در دعوی *BG Group PLC* علیه جمهوری آرژانتین، مرجع رسیدگی بر عدم

73. See ILC, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International, A/ CN/ 4/L.682, 13, April 2006, Part C.

74. *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/ 2, Award, para. 115. In *ADF v. United States* case.

دیوان همچنین استدلال کرد که «هیچ‌گونه ضرورت منطقی و رویه دولتی هماهنگ، در خصوص حمایت از این دیدگاه وجود ندارد که فرمول «نیر» از سوی کشورهای میزبان یا دریافت‌کننده، به‌طور خودکار قابل تسری به چارچوب اخیر رفتار با سرمایه‌گذاران خارجی و سرمایه‌های‌شان نیست.» Above n.56, para. 181.

75. Kaj Hober and Mannheimer Swartling, State Responsibility and Investment Arbitration, 3, www.ila-Foreign%20Investment/ILA%20paper%20Hober.pdf, last visited 1 July 2007.

قابلیت اعمال این حقوق عام حکم داد. آن مرجع خاطر نشان کرد که ماده ۲۵ (وضعیت ضرورت) طرح پیش نویس کمیسیون حقوق بین الملل در خصوص مسئولیت بین المللی دولت‌ها برای اعمال متخلفانه بین المللی (بعد از این «مواد کمیسیون حقوق بین الملل در خصوص مسئولیت دولتی»)، ممکن است منحصراً مربوط به روابط بین المللی میان دولت‌های حاکم باشد. از این زاویه، ماده ۲۵ کمک چندانی به آرژانتین نخواهد کرد؛ چرا که آن ماده خواهان را به عنوان یک سرمایه‌گذار خصوصی، از حق جبران خسارت بر اساس موافقتنامه دوجانبه سرمایه‌گذاری آرژانتین- بریتانیای کبیر محروم نمی‌کند.^{۷۶} همچنین هیأت مدیره بانک جهانی در گزارش رسمی خود درباره کنوانسیون واشنگتن، خاطر نشان کرد که ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری اصولاً بر اختلافات ناشی از روابط میان دولت‌های حاکم قابل اعمال است.^{۷۷}

۴۵. البته نمی‌توان گفت که حقوق بین الملل عرفی، به عنوان حقوق عام، به هیچ وجه در زمینه حقوق سرمایه‌گذاری بین المللی، به عنوان حقوق خاص، اعمال نمی‌شود. در واقع، حقوق بین الملل عرفی، به عنوان، حقوق عام، شامل مواردی مثل بی طرفی در رسیدگی می‌شود که می‌تواند قطعاً در هر مورد، صرف نظر از خاص بودن روابط حقوقی بین المللی ویژه، قابل اعمال باشد. به هر صورت ما همچنین نمی‌توانیم اختلافات موجود بین چارچوب اجرای حقوق بین الملل عرفی، به عنوان حقوق عام، و چارچوب اجرای حقوق سرمایه‌گذاری بین المللی، به عنوان حقوق خاص، را نادیده بگیریم. لذا ممکن است انتظار رود که اگر مرجع رسیدگی، حکمی با آثار حقوقی احتمالاً عمیق و یا حتی اقتصادی و سیاسی صادر کند، یکی از سه عامل اخیرالذکر راجع به این مسأله که چگونه قواعد حقوق بین الملل عرفی اعمال می‌شود، ایجاد مشکل کند؛ همان‌طور که اصل «نیر» بر اساس سیستم داوری نفتا چنین تجربه‌ای را ایجاد کرده است.

۴۶. به هر صورت، موضوع تعجب آور این است که پاسخهای مؤثری از لحاظ نظری و بالاخص از لحاظ عملی در این خصوص وجود نداشته است. برای مثال، به طور کلی تهیه مجموعه دیگری از قواعد حقوقی که تنها بر مسئولیت بین المللی ناشی از روابط میان دولت و اتباع خارجه حاکم باشد، غیرممکن است. در هر حال، از آن جا که قواعد حقوقی در خصوص مسئولیت بین الدولی هنوز تدوین نشده است، تلاش جامعه بین المللی برای تهیه مجموعه‌ای دیگر از قواعد مسئولیت دولتی آشکارا امکان‌پذیر نیست. در هر صورت، از اجرای قواعد حقوق بین الملل عرفی در داوری‌های فزاینده سرمایه‌گذاری، مباحث روز افزونی ناشی خواهد شد.

76. *BG Group Plc. v. The Republic of Argentina*, Final Award (24 December 2007), para. 408, ita.law.uvic.ca/documents/BG-award_000.pdf, last visited 1 March 2008.

77. See Christoph H. Schreuer, above n.50, 609-610.

بخش چهارم) معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی و تغییر قواعد موجود حقوق بین‌الملل عرفی

۴۷. همان‌طور که لی هائوپئی عنوان داشته است: حقوق بین‌الملل عرفی در راستای کسب مطلوبیت، راکد و ایستا باقی نمی‌ماند. قواعد حقوق بین‌الملل عرفی ممکن است به وسیله قواعد حقوق بین‌الملل عرفی متأخر تغییر یابند یا جایگزین شوند.^{۷۸} در بخش بعدی، تغییر احتمالی قواعد حقوق بین‌المللی عرفی، درباره «وضعیت ضرورت» و «طی راه‌های جبران خسارت محلی» بررسی خواهد شد.

گفتار اول) تضعیف قواعد حقوق بین‌الملل عرفی توسط رویه معاهده‌ای سرمایه‌گذاری بین‌المللی: اتخاذ قاعده «وضعیت ضرورت» به‌عنوان نمونه

۴۸. مطابق با رویه دولتی رویه قضایی بین‌المللی، امکان استناد یک دولت به عامل ضرورت، به‌عنوان دلیلی برای زایل کردن وصف متخلفانه عمل مغایر با تعهد بین‌المللی خود، قاعده تشبیه شده قدیمی حقوق بین‌الملل عرفی است.^{۷۹} در قضیه گابچی‌کوو-ناگیماروس، دیوان بین‌المللی دادگستری مقرر داشت: «وضعیت ضرورت، به‌عنوان دلیلی برای زایل کردن وصف متخلفانه عمل مغایر با تعهدات بین‌المللی، به‌موجب حقوق بین‌الملل عرفی، به‌رسمیت شناخته شده است».^{۸۰} همچنین دیوان مزبور، در قضیه دیوار/امنیتی رژیم صهیونیستی، «وضعیت ضرورت را به‌عنوان قاعده به‌رسمیت شناخته شده حقوق بین‌المللی عرفی» مورد تأیید قرار داد.^{۸۱}

۴۹. قاعده «وضعیت ضرورت» همچنین در مواد طرح پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص مسئولیت دولتی گنجانده شده است. ماده (۱) ۲۵ مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در بخشی مقرر می‌دارد:

۱. امکان ندارد کشوری عامل ضرورت را به‌عنوان دلیلی برای زایل کردن وصف متخلفانه عمل مغایر با تعهد بین‌المللی خود مورد استناد قرار دهد، مگر این‌که آن عمل: الف) تنها راه موجود برای آن کشور، در راستای تضمین منافع اساسی‌اش، در قبال خطری حتمی و شدید باشد؛ و

78. LI Haopei, above n.9, 96-97.

79. As to the development of rule of state of necessity, see Yearbook of the International Law Commission, 1979 (Vol.II, Part Two, 1980), 36-44.

80. *Gabcikovo-Nagymaros (Hungary v. Slovakia)*, Judgment of 25 September 1997, para. 51, www.icj-cij.org/docket/index.php?pr=267&p1=3&p2=1&case=92&p3=6, last visited 1 July 2007.

81. *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, ICJ Advisory Opinion(9 July 2004), para. 140.

ب) به منافع اساسی کشور یا کشورهایی که تعهد در قبال آن‌ها است یا جامعه بین‌المللی در کل، لطمه شدید وارد نکند.^{۸۲}

۵۰. این امر کاملاً تثبیت شده که برای امکان استناد به قاعده «وضعیت ضرورت»، وجود چهار شرط ضروری است: اولاً اقداماتی که تعهد بین‌المللی خاصی را نقض می‌کنند باید در راستای صیانت از منافع اساسی ارتکاب یابند؛ ثانیاً این منافع اساسی باید در معرض «خطر شدید و حتمی» قرار گیرند؛ ثالثاً اقدامات مطرح شده باید تنها راه برای صیانت از منافع اساسی باشند؛ رابعاً اقدامات مطرح شده نباید به منفعت اساسی کشور یا کشورهایی که متعهد در قبال آن‌ها است یا به منفعت اساسی جامعه بین‌المللی در کل «صدمات جدی» وارد سازند. علاوه بر آن، طبق ماده ۲۷ طرح پیش‌نویس، کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص مسئولیت دولتی، استناد به ماده ۲۵ خدشه‌ای به «مسأله جبران خسارت برای زیان‌های مادی ایجاد شده به‌وسیله عمل مطرح شده» وارد نمی‌سازد.

۵۱. چندین مورد از داوری‌های اخیر سرمایه‌گذاری، قاعده وضعیت اضطراری را مد نظر قرار داده‌اند. در این موارد، مراجع بین‌المللی، برخی ابهامات و راه‌های گریز ذاتی موجود در این قاعده را تبیین کرده‌اند. اگرچه این تبیین‌ها و توضیحات همیشه هماهنگ نیستند، ولی آن‌ها به توسعه قاعده «وضعیت ضرورت»، در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی کمک می‌کنند.

۵۲. در خصوص مفهوم «منفعت اساسی»، چندین گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص این موضوع و اغلب حقوقدانان بین‌المللی، از این رویکرد که اصطلاح «منفعت اساسی» نباید به «منفعت بقا» محدود شود، حمایت کردند. روبرتو آگو، گزارشگر ویژه خاطرنشان کرد که «منفعت اساسی» شامل «منافع مرتبط با موضوعات مختلفی همچون اقتصاد، بوم‌شناسی و غیره» می‌شود.^{۸۳} جولیا باربوزا، گزارشگر ویژه دیگر، قاطعانه بر این باور بود که شناسایی مفهوم تهدید «منفعت اساسی»، در بین سایر عوامل، با ملاحظه «تهدید جدی علیه بقای کشور، حیات سیاسی و اقتصادی آن و علیه صیانت از خدمات اساسی و توانایی‌های کاربردی‌اش یا علیه حفاظت از صلح داخلی یا بوم‌شناسی سرزمینی‌اش، صورت خواهد گرفت».^{۸۴} البته به هر صورت خود طرح پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص مسئولیت دولتی در سال ۲۰۰۱، چنین اصطلاحی را تعریف نمی‌کند. در دعوی *LG و E* علیه آرژانتین، خواهان‌ها مجدداً تأکید کردند که «منفعت اساسی» شامل «منافع اقتصادی نمی‌شود،

۲۸. به هر صورت، در دو مورد زیر، وضعیت ضرورت نمی‌تواند به‌عنوان عاملی برای زایل کردن وصف متخلفانه عمل مورد استناد قرار گیرد: الف) تعهد بین‌المللی مطرح شده امکان استناد به عامل ضرورت را منتفی کند یا؛ ب) دولت خود در ایجاد حالت وضعیت دخیل باشد. رجوع کنید به: ماده (۲) ۲۵ طرح پیش‌نویس مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها.

83. A/ CN.4/SER.A/ 1980, 174.

84. A/ CN.4/SER.A/ 1980, 174.

بلکه صرفاً شامل مسائل دفاعی یا نظامی می‌شود. آن‌ها منفعت دولتی در امنیت اساسی را با عامل تهدید امنیت ملی سنجیدند.^{۸۵} به هر حال، مرجع رسیدگی کننده قاطعانه چنین استدلال کرد که «منفعت اساسی» نباید تنها محدود به آن منافی شود که به «بقای» دولت اشاره دارد، بلکه همچنین باید منافع اقتصادی، مالی یا سایر منافع مرتبط با حمایت از دولت در قبال خطرهایی که به شدت وضعیت داخلی یا خارجی‌اش را به مخاطره می‌اندازد، به‌عنوان منافع اساسی تلقی شود.^{۸۶}

۵۳. درخصوص «تنها راه»، ماده ۲۵ طرح پیش‌نویس مسئولیت دولتی، لازم می‌داند که اقدامات مطرح شده «تنها راه» برای صیانت از منافع اساسی کشور مزبور باشد. اما نحوه تعریف «تنها راه»، خود موضوعی چالش برانگیز است. در دعوی *CMS* علیه آرژانتین، مرجع رسیدگی کننده مقرر کرد، تعیین این که کدام‌یک از این دو راه سیاسی مطلوب است، تصمیمی خارج از قلمرو وظیفه دیوان خواهد بود. وظیفه دیوان صرفاً تشخیص وجود یک راه یا راه‌های متعدد و بنابراین، تحقق شرایط برای زایل کردن وصف متخلفانه عمل است.^{۸۷} در هر حال، در دعوی *LG* و *E* علیه آرژانتین، مرجع رسیدگی کننده چنین استدلال کرد که «اگرچه ممکن است روش‌های متعددی برای اجرای طرح بهبود اقتصادی وجود داشته است، ولی «مجموعه برنامه بهبود اقتصادی»، تنها وسیله برای پاسخگویی به بحران است».^{۸۸} یافتن اختلافات در توضیح مفهوم «تنها راه»، در این دو دعوا چندان مشکل نیست: در دعوی *CMS* علیه آرژانتین، مرجع رسیدگی کننده، «تنها راه» مزبور را از منظر یک معیار ویژه تعریف کرد، درحالی که دیوان، در دعوی *LG* و *E* علیه آرژانتین، «تنها راه» را از زاویه «مجموعه‌ای از معیارها» که آشکارا معیارهای ویژه متعددی را در برمی‌گیرد» تعریف کرد.

۵۴. در مورد جبران خسارت برای صدمات وارد در «وضعیت ضرورت»، ماده ۲۷ طرح پیش‌نویس مسئولیت دولتی، مسأله تصمیم‌گیری درخصوص جبران یا عدم جبران خسارت و شیوه انجام آن را بیان نمی‌کند. همان‌طور که کرافورد، گزارشگر ویژه، بیان کرد انتظار می‌رود

85. *LG & E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability (3 October 2006), para. 222.

86. *Ibid.*, para. 251. In *CMS v. Argentina* case, the Tribunal spoke of a similar position. See *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, Case No. ARB/01/8, Award (12 May 2005), para. 359.

87. *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, CASE NO. ARB/01/8, Award (12 May 2005), para. 323.

88. Above n.73, para. 257.

کشورهای طرف اختلاف خود در خصوص موضوع جبران خسارت توافق کنند.^{۸۹} در هر حال، اگر کشورهای طرف اختلاف نتوانند در این خصوص به توافق برسند، جریان حل و فصل اختلاف با معضل مواجه می‌شود. در دعوای CMS علیه آرژانتین، مرجع داوری، بعد از این که عنوان کرد، ماده ۲۷ طرح پیش‌نویس مسئولیت، مسأله جبران خسارت را حل نکرده، قاطعانه بیان داشت: «کاملاً بدیهی است که در صورت فقدان توافق میان طرفین، تکلیف دیوان در این شرایط، تعیین جبران خسارت مقتضی است».^{۹۰}

گفتار دوم) تضعیف قواعد حقوق بین‌الملل عرفی توسط رویه معاهده‌ای سرمایه‌گذاری بین‌المللی: اتخاذ قاعده «طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت» به‌عنوان نمونه

۵۵. قاعده «طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت»، قاعده‌ای کاملاً تشبیه شده در حقوق بین‌الملل عرفی است. در قضیه «ایتر هاندل» دیوان بین‌المللی دادگستری، عنوان کرد قاعده‌ای که به‌موجب آن کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت باید قبل از شروع رسیدگی‌های بین‌المللی طی شود، قاعده متداول حقوق بین‌الملل است.^{۹۱} بنابراین، خارجیان در جریان اختلاف با کشور میزبان، قبل از استفاده کامل و معقول از کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت، شامل روش‌های قضایی و اداری، نباید اجازه توسل به روش‌های بین‌المللی جبران خسارت شامل حمایت دیپلماتیک، را داشته باشند. قاعده طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت مطمئناً در خصوص رویه معاهده‌ای سرمایه‌گذاری بین‌المللی اعمال می‌شود. در بین آن‌ها «دکترین کالو» نمونه‌ای خاص است که اولین بار توسط برخی کشورهای امریکای لاتین اعلام شد و سپس مورد حمایت اغلب کشورهای در حال توسعه قرار گرفت.^{۹۲}

۵۶. به هر صورت، کنوانسیون واشنگتن، قاعده کلاسیک «طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت» را تضعیف کرده است.^{۹۳} از لحاظ سنتی، عدم تصریح روش‌های داخلی جبران خسارت،

89. James Crawford, The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries (Cambridge University Press, 2001), 190.

90. Above n.75, para. 394.

91. ICJ Reports 1959, 27.

92. See in detail, YU Jingson, Guoji Touzi Fa (International Investment Law) (Law Press, People's Republic of China, 1997), 394 – 400.

۳۹. البته انحراف از قاعده طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت توسط کشورهای در حال توسعه با هدف افزایش اعتماد سرمایه‌گذاران خارجی مجاز شمرده شده و همچنین به برخی آثار فرعی نیز منجر می‌شود. همان‌طور که یک مفسر گفته: این آثار شامل موارد زیر می‌شود: الف) از اعاده عدالت توسط محاکم داخلی ممانعت به‌عمل می‌آید؛ ب) سرمایه‌گذاران داخلی دیگر تکلیفی به احتساب روش‌های داخلی جبران خسارت ندارند؛ ج) اغلب هیچ امکانی برای سیستم حقوقی کشور میزبان در

در مقررۀ ناظر بر حل و فصل اختلافات، عموماً اعراض حتمی از قاعده مزبور قلمداد نمی‌شود.^{۹۴} برای مثال، در قضیه *وام‌های نروژ*، نه طرفین و نه قضاوت دیوان بین‌المللی دادگستری، هیچ‌کدام استدلال نکردند که طرح دعوا نزد دیوان به منزله اعراض از قاعده طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت است.^{۹۵} به عبارت دیگر، بیان صریح قاعده مزبور در یک معاهده بین‌المللی خاص، لزوماً پیش‌شرطی برای استناد به این قاعده نیست. ماده ۲۶ کنوانسیون واشنگتن، در قیاس با الگوی کلاسیک، بیان می‌دارد: «طرف متعاقد ممکن است، طی کلیه روش‌های اداری و قضایی جبران خسارت را شرط رضایتش به داوری براساس این کنوانسیون بداند». به عبارت دیگر، بیان صریح قاعده طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت، در یک معاهده سرمایه‌گذاری بین‌المللی خاص، لازمه استناد به این قاعده قلمداد می‌شود. لازم به ذکر است که ماده ۲۶ به‌طور قابل ملاحظه قاعده کلاسیک مزبور را تضعیف می‌کند. بر طبق ماده ۱۱۱۶ نفتا، سرمایه‌گذاران خارجی می‌توانند، بدون رضایت دولت مربوط عضو نفتا، آزادانه به ساز و کار حل و فصل اختلاف نفتا توسل جویند.

۵۷. اگر چه ماده ۲۶ کنوانسیون واشنگتن، از قاعده قدیمی «طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت» منحرف شده، که یک پس‌رفت بزرگ است، اما اکثر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری امضا شده توسط کشورهای در حال توسعه قبل از اواسط دهه ۱۹۹۰، به‌صراحت توسل به روش‌های داخلی جبران خسارت و حتی طی کلیه آن‌ها را از سوی سرمایه‌گذاران خارجی، قبل از توسل به داوری‌های بین‌المللی، لازم شمرده‌اند که این امر، موقعیت کشورهای در حال توسعه را در عرصه دوجانبه‌ها احیا کرده است، چیزی که آن‌ها در عرصه معاهدات چندجانبه از دست داده بودند. به هر حال، از اواسط دهه ۱۹۹۰، کشورهای در حال توسعه این قاعده حقوقی را در سطح دوجانبه، بیش‌تر تضعیف کرده‌اند. مطابق با نظر آنکتاد، اغلب معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد شده در فاصله سال‌های ۱۹۹۵ تا ۲۰۰۶، شامل قاعده «طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت» نمی‌شوند. حتی برخی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری مقرر می‌دارند که در صورت انتخاب روش داوری بین‌المللی از سوی سرمایه‌گذاران خارجی، آن‌ها نباید ملزم به طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت باشند.^{۹۶} بدیهی است این نوع جدید از معاهدات دوجانبه

اصلاح اقدامات متخلفانه ارتكابی علیه سرمایه‌گذاران خارجی وجود ندارد و دولت میزبان باید در قبال اقدامات مأمورین و نهادهای خود، بدون هرگونه امکان تجدیدنظر از سوی محاکم یا تصمیم‌گیرندگان اصلی خود، مسئول باشد.

Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford University Press, 2007), 110

94. Chitharanjan Felix Amerasinghe, *Local Remedies in International Law* (2nd edn, Cambridge University Press, 2003), 250–251.

95. ICJ Reports 1957, 9.

96. UNCTAD, above n.25, 108–109.

سرمایه‌گذاری، اثر تضعیف‌کننده‌ای را که ماده ۲۶ کنواسیون واشنگتن به‌عنوان پیشگام، واجد آن بود، تقویت می‌کند.

۵۸. تجربه حاصل درخصوص قواعد «وضعیت ضرورت» و «طی کلیه روش‌های داخلی جبران خسارت»، برای ما خاطرنشان می‌سازد که تغییر قواعد حقوق بین‌الملل عرفی توسط رویه معاهده‌ای سرمایه‌گذاری، پیچیده است. از یک سو، این موضوع می‌تواند قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را توسعه دهد و فرایند تدوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را تسریع کند و از سوی دیگر ممکن است به منافع برخی کشورها لطمه وارد کند. بنابراین، ارزیابی این پدیده با تفکری مبتنی بر تقسیم دوگانه «خوب» و «بد»، چندان منطقی نیست.

بخش پنجم) ملاحظات نهایی

۵۹. در چارچوب جدید و متغیر حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، ضروری است که تکوین، اجرا و تغییر قواعد حقوق بین‌الملل عرفی با دیدی باز از سوی جامعه بین‌المللی کاملاً مورد بررسی قرار گیرد. در این خصوص، رویه معاهده‌ای سرمایه‌گذاری بین‌المللی، که امروزه عمدتاً شامل بیش از ۲۵۰۰ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، ۲۴۰ موافقتنامه تجارت آزاد و ۲۹۰ پرونده داوری مرتبط با سرمایه‌گذاری می‌شود، مطمئناً می‌تواند انگیزه‌ای قوی برای ترسیم مجدد تصویر قواعد حقوق بین‌الملل عرفی باشد: آن‌ها نه تنها به‌عنوان صحنه‌ای بزرگ برای اجرای قواعد حقوق بین‌الملل عرفی قلمداد می‌شوند، بلکه همچنین عرصه‌ای وسیع برای تغییر و ترفیع قواعد حقوق بین‌الملل عرفی موجود، یا تکوین قواعد حقوق بین‌الملل عرفی جدید، به‌ویژه در سطح منطقه‌ای به حساب می‌آیند. در این صحنه، اگرچه معاهدات بین‌المللی نقش مهم و فزاینده‌ای در تنظیم امور بین‌المللی ایفا می‌کنند، اما موقعیت قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، در این راستا، لزوماً تضعیف نمی‌شود. حداقل در زمینه معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، پویایی و صلابت قواعد حقوق بین‌الملل عرفی ادامه یافته، احتمالاً تقویت نیز خواهد شد.