

## ماهیت حقوقی شروط استثنا به عنوان عامل محدودکننده قلمرو تعهدات ماهوی معاهده و آثار این توصیف در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

محمدعلی بهمنی \*

حبیب سبزواری \*\*

(DOI) : 10.22066/CILAMAG.2022.252180

(DOR) : 20.1001.1.2251614.1401.39.67.2.0

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۲/۲۵

تاریخ دریافت: ۱۴۰۰/۰۲/۱۸

### چکیده

اگرچه معاهدات سرمایه‌گذاری، مکانیزم مؤثری برای حمایت از سرمایه‌گذار خارجی تلقی می‌شوند، می‌توانند اختیارات سیاست‌گذاری و مقررہ‌گذاری دولت میزبان را محدود کنند. به همین علت ممکن است دولت‌ها با پیش‌بینی امکان طرح دعوای سرمایه‌گذار در دیوان‌های داوری، از اجرای سیاست‌های عمومی مشروع خود به‌ویژه در حمایت از منافع امنیتی، محیط‌زیست، نظم عمومی، اخلاق عمومی و بهداشت عمومی خودداری ورزند. بر همین اساس، در معاهدات مدرن سرمایه‌گذاری، دولت‌ها از طریق درج شروط استثنا به دنبال حمایت از منافع اساسی خود هستند. هدف اصلی این پژوهش، بررسی قابلیت توصیف ماهیت حقوقی این شروط به‌عنوان عامل محدودکننده قلمرو تعهدات ماهوی معاهده و آثار مترتب بر چنین توصیفی در داوری سرمایه‌گذاری است. در همین راستا، پس از نگاهی به چارچوب کلی این شروط، با تحلیل قواعد تفسیر معاهدات و رویه‌قضایی و داوری بین‌المللی روشن خواهد شد که علی‌رغم اختلاف نظر راجع به ماهیت شروط استثنا در رویه بین‌المللی، این شروط، محدودکننده قلمرو تعهدات ماهوی معاهده هستند. چنین توصیفی از ماهیت حقوقی سبب ایجاد آثار خاصی در رسیدگی داوری می‌شود.

bahmaei@hotmail.com

\* نویسنده مسئول، استادیار دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی

\*\* دانشجوی دکتری حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی، دانشگاه شهید بهشتی و دانشگاه پاریس ۱ پانتئون- سوربن

habibsabzevari@gmail.com



## واژگان کلیدی

اختیارات سیاست‌گذاری، دیوان داوری، سرمایه‌گذار خارجی، شروط استثنا، معاهدات سرمایه‌گذاری

## مقدمه

معاهدات سرمایه‌گذاری ماهیتاً متضمن عدم تقارن و توازن در رابطه دولت-سرمایه‌گذار هستند؛ این معاهدات به‌صورت یک‌طرفه دربردارنده حمایت‌های ماهوی به نفع سرمایه‌گذار بوده و ابزاری قدرتمند در اختیار سرمایه‌گذار هستند که از طریق آن‌ها می‌تواند مقررات داخلی دولت میزبان را به چالش بکشانند.<sup>۱</sup> با توجه به افزایش تعداد دعاوی سرمایه‌گذاری، دولت‌ها در صدد برآمدند تا از طریق درج شروط استثنا در معاهدات سرمایه‌گذاری، به ایجاد تعادل در این معاهدات و حفظ استقلال خود در اتخاذ مقررات داخلی در راستای منافع عمومی اقدام کنند.<sup>۲</sup> شروط استثنا در معاهدات سرمایه‌گذاری به دولت اجازه می‌دهند تا اقدامات مشروع در راستای حمایت از منافع اساسی خود اتخاذ کند، در عین حال که ممکن است این اقدامات با تعهدات ماهوی معاهده مطابقت نداشته باشند. امروزه شروط استثنا به یکی از مفاد رایج در معاهدات سرمایه‌گذاری تبدیل شده است.<sup>۳</sup>

علی‌رغم استفاده فزاینده از این شرط در معاهدات و همچنین تأثیر آن در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، ماهیت حقوقی آن مبهم مانده است. این شروط از لحاظ ماهیت دارای خصوصیت دوقطبی بوده و می‌توان آن‌ها را به‌عنوان «دفاع ماهوی» یا «عامل محدودکننده قلمرو ماهوی

1. Martini, Camille, "Avoiding the Planned Obsolescence of Modern International Investment Agreements: Can General Exception Mechanisms Be Improved, and How?", *Boston College Law Review*, vol. 59, Issue 8, 2018, p. 2878.

برای مطالعه بیشتر، ن. ک: پیران، حسین؛ «مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، گنج دانش، ۱۳۹۴. غمامی، مجید و فهیمه یادگاری؛ «حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی: مفهوم‌شناسی سرمایه‌گذار و سرمایه‌گذاری خارجی»، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸.

2. Alschner, Wolfgang, Hui, Kun, "Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties", in: *Yearbook on International Investment Law and Policy*, Sachs, Lisa, Coleman, Jesse, Johnson, Lisa (eds.), Oxford University Press, 2018, p. 1; Henckels, Caroline, "Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions?", *Boston College Law Review*, vol. 59, Issue 8, 2018, p. 2826; Martini, Camille, *op.cit.*, pp. 2879-2881.

۳. بر همین اساس، آنکتاد در گزارش سرمایه‌گذاری جهانی خود در ۲۰۱۷ اعلام کرد که ۴۳ درصد از معاهدات از ۲۰۱۱ تا ۲۰۱۶ دربردارنده این شروط بوده‌اند؛ در حالی که این میزان از ۱۹۵۹ تا ۲۰۱۰ تنها ۷ درصد بود. در ۲۰۱۸ نیز از ۲۹ معاهده سرمایه‌گذاری، ۱۹ معاهده دارای شروط استثنا بودند؛ ۳ در ۲۰۱۹، از میان ۱۵ معاهده، ۹ معاهده دربردارنده این‌گونه شروط بودند.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, United Nations Publication, 2017, p. 122.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *World Investment Report 2019: Special Economic Zones*, United Nations Publication, 2019, p. 105.

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *World Investment Report 2020: International Production beyond the Pandemic*, United Nations Publication, 2020, p. 112.

معاهده» توصیف<sup>۴</sup> کرد. اگر این شروط، عامل محدودکننده قلمرو معاهده تلقی شوند، تعهدات معاهده نسبت به آن دسته از اقدامات دولت که در چارچوب شرط استثنا قرار می‌گیرند، اعمال نمی‌شوند و چنین اقداماتی خارج از قلمرو ماهوی معاهده بوده و مجاز تلقی می‌شوند، در حالی که اگر دفاع ماهوی باشند، اقدامات دولت، در قلمرو تعهدات ماهوی معاهده قرار گرفته و در تعارض با تعهدات ماهوی معاهده تلقی می‌شوند اما دولت برای توجیه و مشروعیت بخشیدن به فعل خود یا رفع آثار نقض تعهدات، به این شرط استناد می‌کند.<sup>۵</sup> توصیف ماهیت شروط استثنا، بحثی تئوری است و به همین علت نیز دیوان‌های داوری و قضایی به صورت شفاف بدان نپرداخته‌اند اما آثار عملی مهمی در رسیدگی‌های داوری و قضایی خواهد داشت که شایسته بررسی و توجه بیشتر است. در همین جا لازم به ذکر است که بررسی شرایط استناد به این شروط، تفسیر آن‌ها در حقوق سرمایه‌گذاری یا تحلیل دیدگاه‌های دیوان‌های داوری در خصوص اعمال چنین شروطی<sup>۶</sup> به دلیل مقالات متعدد در این زمینه، هدف مقاله حاضر نبوده بلکه آنچه در این پژوهش مدنظر است و در سایر آثار بدان پرداخته نشده است، تبیین ماهیت این شروط در نظام حقوق بین‌الملل و حقوق تعهدات بین‌المللی است و آرای داوری و قضایی نیز تا حدی که به این مسئله پرداخته‌اند بررسی و تحلیل می‌شوند. بر این اساس، در مبحثی مقدماتی، به صورت مختصر، مفهوم و شرایط استناد به شروط استثنا در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری تشریح می‌شود و سپس با بررسی قواعد تفسیر معاهدات و رویه داوری و قضایی بین‌المللی روشن خواهد شد که این شروط، عامل محدودکننده قلمرو تعهدات ماهوی معاهده هستند. سرانجام به این پرسش پاسخ داده می‌شود که چنین توصیفی از ماهیت شروط استثنا چه آثار حقوقی

۴. «توصیف» یکی از موضوعات مهم در حقوق بین‌الملل خصوصی است که برای تعیین ماهیت حقوقی موضوعات و اعمال قواعد تعارض قوانین به کار گرفته می‌شود. در پژوهش حاضر نیز واژه «توصیف» جهت تعیین ماهیت حقوقی شروط استثنا به کار گرفته شده است.

۵. در حقوق داخلی می‌توان این تفکیک را در حقوق کیفری مشاهده کرد؛ بدین توضیح که برای احراز وقوع جرم، سه عنصر مادی، معنوی و قانونی باید مجتمعاً وجود داشته باشند و عدم احراز هر کدام از آن‌ها به معنی عدم تحقق جرم است. این فرض همانند موردی است که شرط استثنا به عنوان «عامل محدودکننده» شناسایی شود. از سوی دیگر، بعد از احراز جرم، مجرم برای رفع مسئولیت کیفری از خود می‌تواند به عوامل رافع مسئولیت یا عوامل موجهه جرم همانند اضطرار یا مستی استناد کند. در این فرض، جرم احراز شده است اما چنین عواملی برای مشروعیت فعل یا رفع آثار کیفری مورد استناد قرار می‌گیرند. این فرض مشابه موردی است که شرط استثنا به عنوان «دفاع ماهوی» در نظر گرفته می‌شود.

۶. جهت مطالعه بیشتر در این خصوص، ن.ک: رضایی، علی؛ «شرط اقدامات منع‌نشده در معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی؛ مفهوم، مبانی و چالش‌ها»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال هشتاد و پنجم، شماره ۱۱۳، بهار ۱۴۰۰؛ میهمی، مهدی؛ «انتظارات مشروع سرمایه‌گذار در تقابل با منافع اساسی کشور میزبان و تحلیل آن به عنوان ریسک سیاسی»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، سال هفتم، شماره ۲۸، پاییز ۱۳۹۸؛ پیری، مهدی و محمدرضا شکیب، بهاره احمدپور؛ «بررسی رویکرد دیوان‌های داوری یکسید به دفاع ضرورت و شرط استثنا: تأملی بر پرونده‌های گازی آرژانتین»، *مطالعات حقوق انرژی*، دوره ۴، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۷.

در رسیدگی داوری سرمایه‌گذاری خواهد داشت.

### ۱. مفهوم و شرایط استناد به شروط استثنا در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

جهت تبیین چارچوب حقوقی شروط استثنا ضروری است ابتدا تعریف دقیق و مثال‌هایی از این شروط ارائه شود تا بتوان آن‌ها را از شروط معاهداتی مشابه تفکیک کرد. سپس به شرایط استناد موفق به این شروط اشاره می‌شود.

#### ۱-۱. تبیین مفهوم شروط استثنا

شروط استثنا در میان نویسندگان حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری تحت عناوین دیگری چون شرط اقدامات منع‌نشده<sup>۷</sup> یا شرط اضطراری<sup>۸</sup> نیز به کار رفته‌اند. انتخاب عنوان شروط استثنا<sup>۹</sup> به این دلیل است که در معاهدات سرمایه‌گذاری تحت همین عنوان گنجانده می‌شوند. همان‌گونه که برخی نویسندگان بیان داشته‌اند، استثنا برخاسته از رابطه میان دو قاعده است. قاعده اول (تعهدات مرتبط با حمایت از سرمایه‌گذار) حکم است و دومی (شروط استثنا) مجوزی برای عدم اجرای آن حکم در شرایط خاص و استثنائی<sup>۱۰</sup>. بر این اساس می‌توان شروط استثنا را شروطی تعریف کرد که دولت با رعایت عناصر مندرج در آن می‌تواند تعهدات بین‌المللی مندرج در معاهده را به‌صورت کلی یا جزئی اجرا نکند و اقدامات ضروری یا مناسب برای حمایت از منافع اساسی خود را به‌ویژه نظم عمومی، بهداشت و اخلاق عمومی و امنیت ملی اتخاذ کند. اگر چنین اقداماتی در تعارض با تعهدات معاهده باشند، موجب مسئولیت بین‌المللی برای دولت نمی‌شوند.<sup>۱۱</sup>

شروط استثنا از دوران معاهدات مودت ایجاد و با انعقاد اولین معاهدات سرمایه‌گذاری در ۱۹۵۹ وارد برنامه‌های معاهداتی کشورها شد. برای مثال، ماده ۱۸ مدل معاهداتی سال ۲۰۱۲ آمریکا بیان می‌دارد که «هیچ چیز در معاهده نباید به گونه‌ای تفسیر شود که ... مانع از اعمال اقداماتی شود که طرف معاهده برای اجرای تعهدات خود مربوط به حفظ یا ترمیم صلح و امنیت

7. Non-Precluded Measures Clause

8. Emergency Clause

9. Exception Clause

10. Henckels, *op.cit.*, p. 2827.

11. Schill, S. Briese, Robyn, "If the State Considers": Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement", In: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Bogdandy, A. Von, Wolfrum, R. (eds.), vol.13, 2009, pp. 67-68; Alschner, Wolfgang, Hui, Kun, *op.cit.*, p. 2; El Boudouhi, Saïda, "L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements", *Annuaire Français de Droit International*, vol. 51, 2005, pp. 558-562.

بین‌المللی یا حمایت از منافع اساسی امنیتی‌اش ضروری تشخیص می‌دهد».<sup>۱۲</sup> این شرط با لحاظ به‌کاربردن عبارت «اگر دولت ضروری تشخیص دهد»،<sup>۱۳</sup> دارای ویژگی خودقضاوتی است.<sup>۱۴</sup> در عین حال، عبارات به‌کاررفته در این شروط متفاوت است. برای مثال، ماده ۱۳ معاهده دوجانبه میان ایران و ژاپن مقرر می‌دارد که «۱- هیچ چیز در این معاهده نباید به‌گونه‌ای تفسیر شود که مانع از اتخاذ یا اجرای اقدامات ذیل شود: الف. اقدامات ضروری برای حمایت از حیات و بهداشت انسانی، گیاهی و جانوری؛ ب. اقداماتی ضروری برای حمایت از اخلاق عمومی و حفظ نظم عمومی...»

۲- هیچ چیز در این معاهده نباید به‌گونه‌ای تفسیر شود که مانع از اتخاذ یا اجرای اقداماتی از سوی طرفین معاهده شود که: الف. طرف معاهده آن اقدامات را برای حفظ منافع اساسی امنیتی خود ضروری تشخیص می‌دهد».<sup>۱۵</sup>

بر اساس این تعریف و مثال‌های فوق باید شروط استثنا را از مفاد معاهداتی مشابه تفکیک کرد. اول آنکه شروط استثنا متفاوت از شروط «تحدید موضوعی»<sup>۱۶</sup> هستند که بخش خاص یا حوزه سیاست‌گذاری مشخصی را از شمول معاهده سرمایه‌گذاری خارج می‌کنند. در معاهدات سرمایه‌گذاری این رویه وجود دارد که بخش خدمات مالی یا امور مالیاتی را از شمول قلمرو معاهده مستثنا می‌کنند؛ بر این مبنا که موضوعات مالیاتی باید در معاهدات دوجانبه مرتبط با آن حوزه مشخص شوند.<sup>۱۷</sup> دوم، شرط رزرو<sup>۱۸</sup> در معاهدات سرمایه‌گذاری است که مشابه شروط اخیر است اما به طرفین متعاقد اجازه می‌دهد به‌صورت یک‌طرفه یک یا چند بخش را مشخص کنند تا در آن‌ها حق اتخاذ یا اعمال اقدامات غیرمنطبق با تعهدات معاهده را برای خود رزرو کنند.<sup>۱۹</sup>

12. 2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty, Art. 18; Juillard, Patrick, "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *Annuaire Français de Droit International*, vol. 50, 2004, p. 669.

13. If the State Considers Necessary

14. مفهوم شروط خودقضاوتی در مبحث شرایط استناد به شرط استثنا توضیح داده خواهد شد.

15. Iran, Islamic Republic of- Japan BIT Agreement between Japan and the Islamic Republic of Iran on Reciprocal Promotion and Protection of Investment, 2016, Art. 13.

16. Carve-Out Clause

17. برای مثال، ماده ۴ بند ۴ معاهده اتحادیه اقتصادی بلژیک و لوگزامبورگ با اوگاندا نیز بیان می‌دارد که «مفاد این معاهده نسبت به امور مالیاتی در سرزمین هر یک از طرفین اعمال نمی‌شود. چنین موضوعاتی تحت حاکمیت معاهدات مالیاتی دوجانبه میان طرفین و قوانین داخلی مربوطه قرار می‌گیرند».

BLEU (Belgium-Luxembourg Economic Union) - Uganda BIT, 2005, Art. 4.

18. Reservations Clause

19. برای مثال در ضمیمه ۱ معاهده سنگال و کانادا فهرستی از بخش‌های مختلف مشخص شده است (از جمله خدمات مخابراتی، حقوق اجتماعی، حقوق اقتصادی و اجتماعی اقلیت‌ها و مردمان بومی، تملک زمین و مجوز ماهی‌گیری) که کانادا

### ۱-۲. شرایط استناد به شرط استثنا

برای آنکه دولت بتواند بر اساس شروط استثنا، اقداماتی در راستای منافع عمومی و امنیتی خود اتخاذ کند، شرایط استناد به این شروط باید در رسیدگی داورى احراز شوند. بر اساس معاهدات سرمایه‌گذاری، شروط استثنا دو عنصر اصلی دارند. اول آنکه هدف مورد نظر دولت از اتخاذ اقدامات مربوطه باید در زمره «اهداف مجاز»<sup>۲۰</sup> مندرج در شرط استثنا باشد. این اهداف، طیف وسیعی را شامل می‌شوند اما به صورت کلی شامل امنیت ملی، بهداشت عمومی، اخلاق عمومی، نظم عمومی و محیط‌زیست است. رکن دوم شروط آن است که اقدامات متخذة دولت باید دارای «ارتباط»<sup>۲۱</sup> با اهداف مجاز باشند؛ به عبارت دیگر، یعنی اقدامات دولت در نیل به اهداف مجاز مؤثر باشند و نوعی رابطه سببیت میان اهداف مجاز و اقدامات متخذة دولت وجود داشته باشد.<sup>۲۲</sup> نحوه بیان این رکن در معاهدات متفاوت است و بر اساس آن، شروط استثنا دو دسته‌اند. اول شروط خودقضاوتی که تشخیص ضرورت اقدامات به دولت واگذار شده است و نه دیوان داورى. با این حال دیوان داورى بر اساس ماده ۲۶ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ باید حسن‌نیت دولت در اتخاذ اقدامات را بررسی کند.<sup>۲۳</sup> برای شناسایی ویژگی خودقضاوتی نیز کشورها از عبارت «اگر دولت ضرورتی تشخیص دهد» استفاده می‌کنند. دسته دوم شروطی هستند که تشخیص وجود ارتباط میان اقدامات دولت و اهداف مجاز به دیوان داورى داده شده است و نه دولت. در این شروط غالباً ذکر می‌شود که اقدامات دولت باید «ضروری برای» یا «در راستای» نیل به اهداف مجاز باشند.<sup>۲۴</sup>

حق اتخاذ اقدامات غیرمنطبق با تعهدات معاهده را در این بخش‌ها برای خود رزرو کرده است. لازم به ذکر است که این شروط متفاوت از حق شرط دولت‌ها در معاهدات هستند.

*Canada-Senegal BIT*, 2014, Annex I.

**20.** Permissible Objectives

**21.** Nexus Requirement

**22.** Burke-White, William W., Von Staden, Andreas, "Investment Protection in Extraordinary Times: the Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, Issue 2, January 2008, pp. 329-335.

**۲۳.** میهمی؛ همان، ص ۲۷۰.

**24.** Burke-White, William W., Von Staden, Andreas, *op.cit.*, p. 331.

لازم است اشاره شود که از نظر قلمرو اعمال، شروط استثنا به دو صورت در معاهده گنجانده می‌شوند. دسته اول شروطی که نسبت به کلیه تعهدات معاهده اعمال می‌شوند؛ یعنی در صورت طرح ادعای نقض هر کدام از تعهدات معاهده، دولت می‌تواند به شرط استثنا استناد کند. دوم شروطی که فقط نسبت به برخی از تعهدات به‌ویژه شرط ملت کامله‌الوداد اعمال می‌شود. بر این اساس، دولت صرفاً زمانی می‌تواند به شرط استثنا استناد کند که سرمایه‌گذار مدعی نقض شرط ملت کامله‌الوداد شده باشد و قابل تسری به سایر تعهدات نخواهد بود.

## ۲. توصیف ماهیت حقوقی شروط استثنا به عنوان عامل محدودکننده قلمرو

### تعهدات ماهوی معاهده

شروط استثنا در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری دارای خصوصیت دوقطبی هستند؛ این‌گونه شروط می‌توانند از لحاظ ماهیت، «دفاع ماهوی»<sup>۲۵</sup> یا «محدودکننده قلمرو تعهدات ماهوی معاهده»<sup>۲۶</sup> توصیف شوند.<sup>۲۷</sup> اگر این شروط، شروط محدودکننده تلقی شوند، اگر دولت نشان دهد که اقداماتش در چارچوب این‌گونه شروط بوده است، تعهدات ماهوی مندرج در معاهده اعمال نمی‌شود. به عبارت دیگر، شروط استثنا، قلمرو تعهدات ماهوی را محدود می‌کند و تحت شرایط خاصی، سبب تعلیق نیروی الزام‌آور حقوقی این تعهدات می‌شود و در نتیجه، اقدامات دولت، نقض معاهده تلقی نمی‌شود.<sup>۲۸</sup> کمیسیون حقوق بین‌الملل در راهنمای مربوط به رویه بین‌المللی در خصوص رزرو معاهدات در ۲۰۱۱ این نوع ماهیت حقوقی را برای برخی شروط معاهداتی شناسایی کرده است و در ماده ۱،۷،۱ این راهنما مقرر داشته است که «به منظور نیل به نتایج و آثار حقوقی مشابه رزرو در معاهدات، دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی می‌توانند به روش‌های جایگزین متوسل شوند، همانند: الف. درج شروطی در معاهده که به دنبال محدودکردن قلمرو معاهده یا اعمال آن هستند».<sup>۲۹</sup> بنابراین همان‌گونه که شرط رزرو در معاهدات به دولت امکان عدم اعمال یا اصلاح اثر حقوقی برخی از مفاد معاهده را می‌دهد، شروط محدودکننده نیز سبب تحدید قلمرو تعهدات ماهوی معاهده سرمایه‌گذاری می‌شود. شروط «تحدید موضوعی» دارای این ویژگی هستند و در معاهدات سرمایه‌گذاری صراحتاً مشخص می‌شود که برای مثال، قلمرو معاهده شامل امور مالیاتی نمی‌شود. در عین حال، شروط استثنا برخلاف شروط تحدید موضوعی دارای عبارات صریحی نیست بلکه اعمال آن منوط به شرایط خاصی است.

در مقابل، اگر شروط استثنا به عنوان دفاع ماهوی همچون عوامل رافع وصف متخلفانه فعل دولت توصیف شوند،<sup>۳۰</sup> بدین معنی است که تعهدات معاهده نسبت به اقدامات متخذه دولت اعمال می‌شود و این اقدامات در تعارض با تعهدات معاهده است اما دولت به دنبال توجیه فعل خود یا فرار از آثار حقوقی نقض معاهده از طریق این شروط است. در این مورد برخلاف فرض

25. Affirmative Defence

26. Scope Limitation

27. Vinuales, Jorge E., "Seven Ways of Escaping a Rule: of Exceptions and Their Avatars in International Law", In: Bartels, L., Paddeu, F., *Exceptions in International Law*, Oxford University Press, 2017 Forthcoming.

28. Paddeu, Federica, *Justification and Excuse in International Law: Concept and Theory of General Defences*, Cambridge University Press, 2018, pp. 27-34.

29. *Yearbook of the International Law Commission* 2011, Report of the Commission to the General Assembly on the Work of its Sixty-Third Session, vol. II, Part Two, 2011, Art. 27.

۳۰. سیفی، سیدجمال؛ حقوق مسئولیت بین‌المللی، شهر دانش، ۱۴۰۰، صص ۱۱۱-۱۰۰.

فوق، دیوان داوری ابتدا باید نقض تعهدات معاهده را احراز کند و سپس به بررسی این مسئله بپردازد که آیا شرط استثنا می‌تواند عامل موجهه نقض تعهد یا عذر رافع مسئولیت بین‌المللی دولت باشد.<sup>۳۱</sup>

در حقوق بین‌الملل، مثال بارز برای دفاع ماهوی، عوامل رافع وصف متخلفانه فعل دولت است. کمیسیون حقوق بین‌الملل، این عوامل را در پیش‌نویس مواد راجع به مسئولیت دولت‌ها برای اعمال متخلفانه بین‌المللی ۲۰۰۱ گنجانده است که از میان آن‌ها، حالت ضرورت، بیشترین شباهت را به شروط استثنا دارد.<sup>۳۲</sup> اولین وجه تشابه، مربوط به عنصر تهدید منافع اساسی دولت‌ها است که هم در حالت ضرورت و هم در شروط استثنا مشترک است.<sup>۳۳</sup> دومین وجه تشابه آن است که هر دو قاعده، منعطف‌کننده تعهدات بین‌المللی دولت هستند و دولت میزبان می‌تواند با استناد به چنین قواعدی، تعهدات خود را اجرا نکند. در عین حال، شروط استثنا و عوامل رافع دارای تفاوت‌های اساسی در خصوص منبع حقوقی، محتوا و قلمرو اعمال خود هستند. حالت ضرورت، قاعده عرفی حقوق بین‌الملل است، در حالی که شروط استثنا در معاهدات سرمایه‌گذاری درج شده و ریشه معاهداتی دارند.<sup>۳۴</sup> حالت ضرورت، قلمرو اعمال متفاوتی نسبت به شروط استثنا دارند. حالت ضرورت نسبت به کلیه کشورها و همچنین اکثر تعهدات دولت‌ها اعمال می‌شود، در حالی که شروط استثنا صرفاً بر رابطه دوجانبه طرفین معاهده در موضوعات سرمایه‌گذاری تحت پوشش

**۳۱.** دفاع ماهوی خود به دو نوع تقسیم می‌شود: عامل موجهه (justification) و عذر رافع (excuse). اگر شرط استثنا به‌عنوان دفاع ماهوی و از نوع عامل موجهه باشد، اقدامات دولت تحت قلمرو تعهدات ماهوی قرار می‌گیرد و چنین اقداماتی در تعارض با تعهدات معاهده بوده اما بر اساس شرط استثنا، موجه و مشروع تلقی می‌شود اگرچه در ظاهر ناقض تعهدات معاهده است. به عبارت دیگر، همان اقدامی که در شرایط متعارف، نقض معاهده است و طبق معاهده، مسئولیت بین‌المللی دولت را به همراه دارد، با پیش‌آمدن اوضاع و احوال خاص و استثنایی، ممنوعیت خود را از دست می‌دهد؛ به طوری که وصف متخلفانه خود را از دست داده و انجام آن مباح و جایز محسوب می‌شود. در این حالت، فعل دولت نقض تعهد تلقی نمی‌شود. اگر شرط استثنا به‌عنوان دفاع ماهوی از نوع عذر رافع باشد، اقدامات دولت، نقض معاهده بوده و شرط استثنا نیز وصف متخلفانه آن را از بین نمی‌برد و چنین اقداماتی کماکان نامشروع است اما آثار نقض تعهدات یعنی مسئولیت بین‌المللی به‌صورت موقتی بر دولت بار نمی‌شود.

Paddeu, Federica, *op.cit.*, pp. 210-213.

**32.** UN International Law Commission, "Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries", *Yearbook of the International Law Commission*, Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-Third Session, 2001, Art. 20-25; Pellet, Alain, "Les articles de la cdi sur la responsabilité de l'état pour fait internationalement illicite. Suite-et fin?", *Annuaire Français de Droit International*, vol. 48, 2002, p. 20.

برای مطالعه بیشتر راجع به حالت ضرورت، ن.ک: عسکری، پوریا؛ حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داوری بین‌المللی، شهر دانش، ۱۳۹۶، صص ۱۶۳-۱۵۳.

**33.** *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 2008, para. 168.

**34.** Burke-White, William W., Von Staden, Andreas, *op.cit.*, p. 322.



معاهده قابل اعمال است.<sup>۳۵</sup>

با توجه به اینکه شروط استثنا از یک سو کارکرد و تأثیر مشابهی همچون شروط «تحدید موضوعی» دارند و از سوی دیگر مشابه حالت ضرورت عرفی هستند، ماهیت شروط استثنا، هم در معاهدات سرمایه‌گذاری و هم در رویه داورى و قضایى بین‌المللى مبهم است و لذا باید مشخص شود که آیا همچون عوامل رافع، دفاع ماهوی هستند یا آنکه همانند شروط تحدید موضوعی، محدودکننده قلمرو معاهده تلقی می‌شوند. بر این اساس، در این بخش با تحلیل شروط استثنا در پرتو قواعد تفسیر معاهدات و همچنین رویه داورى و قضایى بین‌المللى، استدلال خواهد شد که این شروط باید به عنوان عامل محدودکننده قلمرو تعهدات ماهوی معاهده توصیف شوند.

## ۲-۱. توصیف ماهیت حقوقی شروط استثنا در پرتو قواعد تفسیر معاهدات

در این مبحث با لحاظ قواعد تفسیر معاهدات در ماده ۳۱ کنوانسیون وین بررسی خواهد شد که می‌توان بر اساس معنای معمول کلمات و هدف و موضوع معاهده، شروط استثنا را عامل محدودکننده قلمرو تعهدات ماهوی معاهده توصیف کرد یا نه. لذا در ابتدا معنای معمول عبارات شروط استثنا و سپس نقش هدف و موضوع معاهده برای توصیف ماهیت حقوقی این شروط مدنظر قرار خواهند گرفت.

### الف. معنای معمول کلمات

به منظور تشخیص ماهیت شرط استثنا، ضروری است تا بر اساس ماده ۳۱ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ معنای معمول کلمات در چارچوب متن و در پرتو هدف و موضوع معاهده مدنظر قرار بگیرد. برخی نویسندگان این شروط را با عبارات مندرج در شروط «تحدید موضوعی» مقایسه می‌کنند و بر اساس آن سعی در توصیف ماهیت شروط استثنا دارند.<sup>۳۶</sup> بر اساس این استدلال، شروط تحدید موضوعی غالباً از عبارات صریح برای مستثنا کردن برخی اقدامات دولت از شمول معاهده استفاده می‌کنند. از این منظر، شروط «تحدید موضوعی» نمونه بارزی از شروط محدودکننده قلمرو تعهدات ماهوی معاهده تلقی می‌شوند. در مقابل، شروط استثنا چنین صراحتی ندارند و دارای الزاماتی هستند که برای استناد صحیح به آن باید رعایت شوند. بر این اساس، این نویسندگان نتیجه می‌گیرند که شروط استثنا به عنوان «دفاع ماهوی» تلقی می‌شوند.

35. Burke-White, William W., Von Staden, Andreas, *op.cit.*, p. 322.

36. Henckels, Caroline, "Permission to Act: The Legal Character of General and Security Exceptions in International Trade and Investment Law", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 69, Issue 3, 2020, p. 655; Ascensio, Hervé, *Droit International Économique*, Presses Universitaires de France, 2018; Nanteuil, Arnaud, *Droit International de l'Investissement*, Paris, Pedone, 2014.

استدلال فوق ناقص به نظر می‌رسد زیرا با مقایسه میان شروط استثنا و تحدید موضوعی، به دنبال تعیین معنای معمول و ماهیت شروط استثنا است و تحلیل مستقلی از معنای معمول عبارات این شروط ارائه نمی‌دهد. همچنین باید توجه داشت که از عنوان به‌کاررفته برای این شروط نیز نمی‌توان برای توصیف حقوقی آن‌ها استفاده کرد زیرا دولت‌ها بدون توجه به مسئله ماهیت شروط و آثاری که توصیف حقوقی آن‌ها می‌تواند در رسیدگی داوری داشته باشد از عناوین مختلفی همچون «استثنا»، «اقدامات منع‌نشده»، «رزرو» یا «تحدید موضوع» به‌صورت مترادف در معاهده استفاده می‌کنند.

در معاهدات سرمایه‌گذاری، این شروط غالباً متضمن این عبارات هستند: «این معاهده نباید مانع از اتخاذ اقدامات ضروری در جهت ... شود»<sup>۳۷</sup> یا اینکه «این معاهده نباید نسبت به اقداماتی که در راستای ... هستند، اعمال شود».<sup>۳۸</sup> این عبارات دلالت بر آن دارند که معاهده و تعهدات ماهوی آن در مواردی که برای نیل به اهداف عمومی و امنیتی ضروری باشد، اعمال نمی‌شوند و اقدامات دولت در چارچوب این شروط را خارج از قلمرو معاهده قرار می‌دهند. اگر اقدامات دولت تحت پوشش شروط استثنا قرار گیرند، مجاز تلقی می‌شوند. به عبارت دیگر این شروط سبب می‌شوند که اقدامات دولت معاف از تعهدات ماهوی معاهده شوند. بر این مبنا می‌توان گفت که بر اساس معنای معمول عبارات، این شروط محدودکننده قلمرو معاهده هستند و نه دفاع ماهوی. بر اساس ماده ۲ پیش‌نویس مواد راجع به مسئولیت دولت‌ها برای اعمال متخلفانه بین‌المللی، برای آنکه اقدام دولت، فعل متخلفانه بین‌المللی تلقی شود، باید موجب نقض تعهد بین‌المللی شود. با توجه به عبارات شروط استثنا، اقدامات دولت که مطابق با این شروط اتخاذ شوند، «از سوی معاهده منع نمی‌شوند».<sup>۳۹</sup> این بدین معناست که اساساً اقدامات دولت نقض معاهده نیستند که بر اساس شروط استثنا قابل توجیه باشند بلکه چنین اقداماتی مجاز تلقی می‌شوند. در نتیجه می‌توان نتیجه گرفت که این شروط نه به‌عنوان دفاع ماهوی برای توجیه نقض تعهد یا رفع مسئولیت دولت، بلکه محدودکننده تعهدات ماهوی مندرج در معاهده هستند.

### ب. هدف و موضوع معاهده

هدف و موضوع معاهده نقش اساسی در تفسیر معاهده و توصیف حقوقی شروط استثنا دارند. با بررسی هدف یا اهداف معاهده و همچنین شروط استثنا می‌توان خصوصیت ماهوی این شروط را مشخص کرد. بر اساس شروط استثنا، هدف اصلی دولت‌ها از این شروط، نیل به اهداف عمومی

37. 'This Treaty shall not preclude the applicability of measures....'

38. 'This Treaty shall not apply to measures ...'

39. 'Measures shall not be precluded by the Treaty.'

و امنیتی است؛ به گونه‌ای که تعهدات مندرج در معاهده مانع از اتخاذ اقدامات حاکمیتی دولت میزبان نشوند. بنابراین اگر هدف و مبنای اصلی معاهده، صرفاً حمایت از سرمایه‌گذار خارجی در نظر گرفته شود، بدیهی است که هدف شروط استثنا در تعارض با چنین هدفی است و لذا باید به عنوان دفاع ماهوی شناسایی شوند زیرا انحرافی از تعهدات ماهوی تلقی می‌شوند.<sup>۴۰</sup> در مقابل، اگر هدف معاهده و تعهدات ماهوی آن، توسعه اقتصادی و دستیابی به اهداف عمومی و حاکمیتی دولت در نظر گرفته شود، بدیهی است که شروط استثنا همسو و مطابق با هدف معاهده هستند و در نتیجه باید محدودکننده قلمرو معاهده شناخته شوند.<sup>۴۱</sup>

بسیاری از دیوان‌های داوری در بررسی خود، هدف معاهدات را حمایت از حقوق سرمایه‌گذار دانسته‌اند. بر همین اساس، دیوان‌های داوری /نرون و سمپرا بیان داشتند که «هدف و موضوع معاهده، اعمال آن در شرایط بحران اقتصادی است و این مستلزم حمایت از حقوق تضمین شده ذی‌نفعان (معاهده) است».<sup>۴۲</sup> به همین ترتیب، دیوان‌های داوری *ال پازو* و *موبیل* نیز هدف و موضوع معاهده سرمایه‌گذاری را ایجاد محیط مطلوب جهت سرمایه‌گذاری خارجی دانسته‌اند.<sup>۴۳</sup> قبل از بررسی دقیق‌تر این مسئله، لازم است ابتدا «هدف و موضوع معاهده» از «دلایل انعقاد معاهده» تفکیک شود. دلایل انعقاد معاهده برای هر کشور متفاوت است و به شرایط و اوضاع و احوال زمانی آن بستگی دارد.<sup>۴۴</sup> برای مثال ممکن است گفته شود که یکی از دلایل انعقاد معاهده آرژانتین-امریکا در ۱۹۹۱ برای کشور آرژانتین، آزادسازی اقتصاد و خصوصی‌سازی صنایع کشور بود اما نمی‌توان این امر را هدف و موضوع معاهده دانست. بنابراین آنچه از نظر تفسیر معاهدات حائز اهمیت است، قصد طرفین در معاهده است و نه انگیزه و قصد هر کدام از طرفین معاهده به صورت مستقل و مجزا.

همچنین مناسب است که میان «هدف» معاهده با «موضوع» معاهده قائل به تفکیک شد. همان‌گونه که نویسندگان نیز بیان داشته‌اند، «موضوع» معاهده، مفاد ماهوی معاهده است که شامل شروط، حقوق و تعهدات مندرج در معاهده است.<sup>۴۵</sup> در مقابل، «هدف» معاهده، علت ایجاد

40. Finkelstein, Claire Oakes, "When the Rule Swallows the Exception", *Faculty Scholarship at Penn Law*, vol. 19, 2000, p. 168.

41. *Ibid.*, p. 169.

42. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, also known as: *Enron Creditors Recovery Corp. and Ponderosa Assets, L.P. v. The Argentine Republic*, Award, 2007, para 331; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 2007, para. 373.

43. *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 2011, para. 604; *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/16, Decision on Jurisdiction and Liability, 2013, para. 1052.

44. Ascensio, Hervé, *op.cit.*, p. 209.

45. *Ibid.*, p. 211.

مفاد ماهوی در معاهده است. از دیدگاه پروفیسور/سانسیو، «موضوع معاهده، وسیله‌ای جهت نیل به هدف معاهده است».<sup>۴۶</sup> در واقع باید میان دو مسئله تفاوت ایجاد کرد: اول اینکه معاهده در مورد چیست (موضوع) و دوم آنکه برای نیل به چه چیزی است (هدف).

با لحاظ موارد فوق می‌توان هدف و موضوع معاهدات سرمایه‌گذاری را بدین شرح توصیف کرد: تضمین حمایت از سرمایه‌گذاری‌های خارجی (موضوع معاهده) به منظور تقویت همکاری اقتصادی میان طرفین، توسعه اقتصادی و نیل به اهداف عمومی در هر کدام از کشورهای متعاقد (هدف معاهده). به عبارت دیگر، تضامین و حمایت‌های سرمایه‌گذار در معاهده سرمایه‌گذاری، ابزاری جهت نیل به توسعه و رونق اقتصادی و اهداف عمومی طرفین متعاقد هستند. بر این اساس و برخلاف برخی دیوان‌های داوری، نمی‌توان گفت که هدف و موضوع معاهدات منحصراً حمایت از سرمایه‌گذاری‌های خارجی است. پروفیسور نانتوی در همین خصوص بیان می‌دارد که «با بررسی دقیق مشخص می‌شود که هدف عینی معاهدات، مربوط به منافع گروه‌های متعدد و ارزش‌هایی فراتر از تمرکز انحصاری بر حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی است».<sup>۴۷</sup> به همین ترتیب، دیوان داوری سلوکا مقرر می‌دارد که:

حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی تنها هدف معاهده نیست بلکه عنصری در کنار هدف اصلی در راستای تقویت روابط اقتصادی طرفین است. این امر مستلزم اتخاذ دیدگاه متعادل در تفسیر مفاد ماهوی معاهده در خصوص حمایت از سرمایه‌گذاری است؛ لذا اگر تفسیر اغراق‌آمیزی از حمایت از سرمایه‌گذاری شود، دولت را از پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی باز می‌دارد و هدف اصلی معاهده یعنی تقویت روابط اقتصادی دوجانبه را تضعیف می‌کند.<sup>۴۸</sup>

به‌علاوه مدل‌های معاهداتی سرمایه‌گذاری مدرن (امریکا، هلند، اتحادیه اقتصادی بلژیک-لوگزامبورگ) حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی را وسیله‌ای در جهت نیل به توسعه پایدار، اهداف اجتماعی همچون حقوق بشر و حقوق کار، اهداف محیط‌زیستی و حق مقررره‌گذاری دولت دانسته‌اند. برای مثال، مدل معاهداتی سال ۲۰۱۹ اتحادیه اقتصادی بلژیک-لوگزامبورگ در مقدمه خود بیان می‌دارد که:

هیچ چیز در این معاهده نباید در هیچ حالتی به گونه‌ای تفسیر شود که حق طرفین معاهده یا مقامات صالح آن‌ها را در اتخاذ، حفظ و اجرای هرگونه اقدام در راستای سیاست‌های مشروع ... محدود کند.<sup>۴۹</sup>

46. *Ibid.*, p. 212.

47. Nanteuil, Arnaud, *op.cit.*, p. 107.

48. *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, UNCITRAL, para. 300.

49. *BLEU Model BIT (Belgium-Luxembourg Economic Union)*, 2019, Preamble.

با توجه به آنچه بیان شد، می‌توان نتیجه گرفت که هدف معاهدات سرمایه‌گذاری و تعهدات ماهوی، توسعه پایدار، رونق اقتصادی و حمایت از منافع اساسی و اهداف عمومی طرفین متعاقد است. از این منظر، هدف شروط استثنا و تعهدات ماهوی معاهده همسو هستند و با هم انطباق دارند و در نتیجه نمی‌توان ماهیت حقوقی آن‌ها را تحت عنوان دفاع ماهوی توصیف کرد.

## ۲-۲. توصیف ماهیت حقوقی شروط استثنا در پرتو رویه داوری و قضایی بین‌المللی

با بررسی و تحلیل معنای معمول عبارات شروط استثنا و هدف و موضوع معاهدات سرمایه‌گذاری، این نتیجه به دست می‌آید که این شروط از لحاظ ماهیت عامل، محدودکننده قلمرو معاهده هستند. این گفتار از مقاله در پی تبیین موضع رویه داوری و قضایی بین‌المللی در خصوص ماهیت شروط استثنا است تا مشخص شود آیا دیوان‌های داوری و قضایی بین‌المللی مطابق با نتیجه فوق عمل کرده‌اند و این شروط را به عنوان عامل محدودکننده قلمرو معاهده شناسایی کردند یا به عنوان دفاع ماهوی. بر این اساس، در ابتدا رویه داوری سرمایه‌گذاری و سپس رویه دیوان بین‌المللی دادگستری بررسی می‌شوند.

### الف. رویه داوری سرمایه‌گذاری

در رویه داوری سرمایه‌گذاری، دعاوی که در چارچوب آن‌ها دیوان‌های داوری به تفسیر شروط استثنا پرداخته‌اند، مربوط به بحران اقتصادی آرژانتین و همچنین دو پرونده مربوط به لغو پروژه دیوس در هند هستند.<sup>۵۰</sup> در اوایل دهه ۲۰۰۰ کشور آرژانتین با بحران بی‌سابقه اقتصادی مواجه شد به گونه‌ای که پول ملی ۴۰ درصد از ارزش خود را از دست داد، درآمد هر شخص از ۷ هزار دلار به سه هزار دلار کاهش یافت و بیش از نیمی از جمعیت کشور زیر خط فقر قرار گرفتند؛ در نتیجه چین بحرانی، شورش‌ها و اعتراضات مردمی آغاز شد و تنها در یک روز، ۵۰ شهروند آرژانتینی کشته شدند و پنج رئیس‌جمهور در عرض ده روز استعفا دادند.<sup>۵۱</sup> بر این اساس، آرژانتین مبادرت به اتخاذ اقداماتی برای مقابله با این بحران کرد؛ از جمله لغو نرخ برابری پزو (پول ملی آرژانتین) و دلار، تبدیل نرخ کلیه تعهدات مالی به پزو و توقیف کلیه حساب‌های بانکی.<sup>۵۲</sup> چین

50. Kabra, Ridhi, "Return of the Inconsistent Application of the 'Essential Security Interest' Clause in Investment Treaty Arbitration: *CC/Devas v. India* and *Deutsche Telekom v. India*", *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, vol. 34, Issue 3, Fall 2019, pp. 727-729; Alschner, Wolfgang, Hui, Kun, *op.cit.*, pp. 21-24.

51. Blustein, Paul, *And the Money Kept Rolling In (and Out): Wall Street, the IMF, and the Bankrupting of Argentina*, Public Affairs, New Edition, 2006, p. 26.

52. Burke-White, William W., Von Staden, Andreas, *op.cit.*, pp. 309-312.

اقداماتی سبب طرح پرونده‌های متعددی علیه این کشور در دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری شد. در این اختلافات، آرژانتین برای توجیه اقدامات خود در راستای مقابله با بحران اقتصادی سال ۲۰۰۱ به شرط استثنای مندرج در ماده ۱۱ معاهده خود با امریکا استناد کرد. ماده ۱۱ این معاهده مقرر می‌داشت که «معاهده حاضر نباید مانع از اجرای اقدامات ضروری در جهت حفظ نظم عمومی، اجرای تعهدات مرتبط با حفظ و ترمیم صلح و امنیت بین‌المللی یا حمایت از منافع اساسی امنیتی هریک از طرفین معاهده شود».<sup>۵۳</sup>

در خصوص توصیف حقوقی این شرط استثنا، دیوان‌های داوری در این قضایا به دو دسته تقسیم می‌شوند. گروه اول، شرط استثنا را به‌عنوان دفاع ماهوی شناسایی کردند. دیوان‌های داوری سی/ام/اس، انرون و سمپرا، شرط استثنا را بر اساس شباهت ظاهری با دفاع عرفی ضرورت به‌اشتباه به‌عنوان قاعده یکسان در نظر گرفتند و بیان داشتند که چون عبارات شرط استثنا مبهم هستند برای تفسیر آن باید به شرایط حالت ضرورت عرفی رجوع کرد و لذا این شرط را به‌عنوان دفاع ماهوی توصیف کردند.<sup>۵۴</sup> بر این مبنا دیوان‌های داوری ابتدائاً نقض تعهدات معاهده را بررسی کردند و بعد از احراز آن به این مسئله پرداختند که آیا اقدامات آرژانتین بر اساس دفاع عرفی ضرورت قابل توجیه است یا خیر.<sup>۵۵</sup> این دیوان‌های داوری در خصوص توصیف شرط استثنا ادله‌ای ارائه نکردند.

**53.** *Treaty between United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments*, USA-Argentina BIT, Signed November 1991, Entered into Force October 1994, Art. XI.

**54.** *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 2005; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, *op.cit.*; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, *op.cit.*

این سه پرونده در حوزه توزیع و حمل و نقل گاز طبیعی طرح شدند. در اوایل دهه ۹۰، آرژانتین اقدام به خصوصی‌سازی شرکت توزیع و حمل و نقل گاز طبیعی کرد و در نتیجه آن، این شرکت به دو شرکت حمل و نقل و هشت شرکت توزیع گاز تبدیل شد. اکثریت سهام این شرکت‌ها توسط سرمایه‌گذاران خارجی خریداری شده بود و بر اساس قانون گاز آرژانتین، مجوزهای قانونی برای این شرکت‌ها صادر شد. براساس قانون گاز، این سرمایه‌گذاران از حمایت‌های متعددی برخوردار بودند از جمله تعدیل تعرفه‌های مصرفی بر مبنای معیار امریکایی PPI (شاخص قیمت تولیدکننده)، محاسبه تعرفه‌ها بر مبنای دلار، عدم امکان اصلاح یا لغو مجوزها از سوی دولت و پرداخت غرامت کامل در صورت آسیب به سرمایه‌گذاری موجود. با بروز بحران مالی در آرژانتین، این کشور کلیه حساب‌های بانکی سرمایه‌گذاران را توقیف، تعدیل تعرفه‌های مصرفی بر اساس معیار PPI را لغو و نرخ تعرفه‌ها را نیز به جای دلار بر مبنای پزو محاسبه کرد. در نتیجه این سه پرونده در حوزه گاز علیه آرژانتین در دیوان‌های داوری ایکسید طرح شدند.

Alvarez, José E., Khamsi, Kathryn, *The Argentine Crisis and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime*, Oxford University Press, 2009, pp. 388–390.

**55.** *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, *op.cit.*, paras. 304–394; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentina Republic*, *op.cit.*, Decision on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 2010, paras. 294–345; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, *op.cit.*, paras 333–394.

دیوان داوری *ال‌جی‌اند‌ای*،<sup>۵۶</sup> شرط استثنا را از حالت ضرورت متمایز کرد و بیان داشت که این دو قاعده متفاوت‌اند. دیوان در ابتدا شرط استثنا را لحاظ کرد و بیان داشت که اقدامات آرژانتین در چارچوب این شرط مجاز است.<sup>۵۷</sup> سپس برای توجیه رأی خود به حالت ضرورت استناد و اعلام کرد که اقدامات آرژانتین بر اساس شرایط حالت ضرورت نیز موجه است.<sup>۵۸</sup> دیوان داوری اگرچه این دو قاعده را از یکدیگر متمایز کرده است، بیان داشت که شروط استثنا «به‌عنوان مبنایی برای رفع وصف متخلفانه فعل دولت عمل می‌کنند».<sup>۵۹</sup> بر این اساس می‌توان گفت از منظر دیوان داوری *ال‌جی‌اند‌ای*، این شروط، کارکردی همچون عوامل رافع وصف متخلفانه فعل دولت دارند و ماهیت حقوقی آن‌ها، دفاع ماهوی برای توجیه نقض تعهدات ماهوی است.

گروه دوم از آرای داوری مربوط به بحران اقتصادی آرژانتین، دیدگاه متفاوتی اتخاذ کردند و با تفکیک میان شرط استثنا و حالت ضرورت، این شروط را به‌عنوان عامل محدودکننده قلمرو معاهده تلقی کردند. «کمیته ابطال سی‌ام‌اس»، نحوه رسیدگی به شروط استثنا توسط دیوان داوری سی‌ام‌اس را اشتباه دانست و اعلام کرد که «اگر شرط استثنا اعمال شود، تعهدات ماهوی معاهده اعمال نمی‌شوند».<sup>۶۰</sup> از منظر کمیته ابطال، شرط استثنا و حالت ضرورت اگرچه شباهت‌هایی دارند، دارای موجودیت، کارکرد و محتوای متفاوت هستند. کمیته ابطال اضافه کرد که شرط استثنا «باید مقدم بر هر مسئله دیگری بررسی شود؛ اگر این شرط اعمال شود، تعهدات ماهوی مندرج در معاهده اعمال نمی‌شوند؛ در حالی که دفاع ضرورت در جایی موضوعیت می‌یابد که مقدمتاً باید نقض تعهدات ماهوی مندرج در معاهده احراز شده باشد»؛<sup>۶۱</sup> در همین راستا دیوان داوری *کانتیننتال*<sup>۶۲</sup> نیز در خصوص ماهیت شرط استثنا به این جمع‌بندی رسید که «شروط استثنا، حق دول متعاقد را رزرو می‌کند؛ اگر این شرط اعمال شود، تعهدات ماهوی معاهده ملغی یا معلق می‌شوند و اقدامات موضوع این شرط، خارج از قلمرو معاهده قرار می‌گیرند».<sup>۶۳</sup> این دیوان داوری

۵۶. پرونده *ال‌جی‌اند‌ای* نیز یکی دیگر از پرونده‌های مربوط به حوزه توزیع و حمل و نقل گاز طبیعی بود که به علت اقدامات آرژانتین در دوران بحران مالی طرح شد. ن.ک: زیرنویس شماره ۵۳.

۵۷. *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, 2006, paras. 229, 261.

۵۸. *Ibid.*

۵۹. *Ibid.*, paras. 240-251.

۶۰. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, op.cit.*, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 2007, para. 129.

۶۱. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, op.cit.*, para. 129.

۶۲. این پرونده نیز یکی دیگر از پرونده‌هایی بود که به دلیل اقدامات آرژانتین در دوران بحران مالی طرح شد. شرکت *کانتیننتال*، یک شرکت امریکایی بود که از طریق شرکت فرعی خود در بخش بیمه فعالیت داشت و مدعی بود که اقدامات آرژانتین، امنیت حقوقی شرکت فرعی خود را نابود کرده و مانع از فعالیت این شرکت شده است.

۶۳. *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, op.cit.*, para. 168.

در خصوص تمایز شرط استثنا و حالت ضرورت مقرر داشت که معاهده نسبت به اقدامات موضوع ماده ۱۱ غیر قابل اعمال است، در حالی که حالت ضرورت سبب می‌شود دولت از مسئولیت ناشی نقض معاهده فرار کند.<sup>۶۴</sup> دیوان داوری کانتینتال بعد از تفکیک این دو قاعده، شرط استثنا را بر اساس عناصر اصل تناسب و بر اساس رویه سازمان جهانی تجارت تفسیر کرد.<sup>۶۵</sup> کمیته ابطال سمپرا نیز به همین ترتیب رأی داد که بر اساس شرط استثنا، «متن معاهده متضمن عدم اعمال حمایت‌های سرمایه‌گذار است» و این شروط به دولت مجوز اتخاذ اقداماتی می‌دهد که در شرایط خاصی، باعث نادیده گرفتن حقوق سرمایه‌گذار می‌شوند.<sup>۶۶</sup>

دیوان‌های داوری موبیل و ال پازو<sup>۶۷</sup> ابتدائاً تفکیک دقیقی از رابطه حالت ضرورت و شرط استثنا ارائه دادند. این دو دیوان داوری، حالت ضرورت را به‌عنوان قاعده عام، و شرط استثنای مندرج در معاهده را به‌عنوان قاعده خاص در نظر گرفتند.<sup>۶۸</sup> سپس بر اساس اصل تقدم قاعده خاص بر قاعده عام<sup>۶۹</sup> مقرر کردند که شرط استثنا مانع از اعمال قاعده عام یعنی دفاع عرفی ضرورت می‌شود. در عین حال قاعده عام به‌عنوان راهنما می‌تواند در تفسیر شرط استثنا کمک‌کننده باشد.<sup>۷۰</sup> بر این اساس، دیوان داوری ال پازو در خصوص ماهیت شرط استثنا مقرر می‌دارد که «اقدامات ضروری دولت بر اساس ماده ۱۱ نقض تعهدات معاهده تلقی نمی‌شوند و خارج از شمول قلمرو معاهده هستند».<sup>۷۱</sup> دیوان داوری موبیل نیز ماده ۱۱ را به‌عنوان شرط محدودکننده تعهدات عام حمایت از سرمایه‌گذاری می‌داند که اقدامات منبعت از این شرط را خارج از قلمرو معاهده تلقی می‌کند.<sup>۷۲</sup> لذا بر اساس این اظهارنظر و همچنین تمایز میان شرط استثنا و حالت ضرورت می‌توان نتیجه گرفت که از منظر دیوان‌های داوری ال پازو و موبیل، شرط استثنا دارای ماهیت «محدودکننده قلمرو معاهده» است.

در پرونده‌های مربوط به پروژۀ دیوس در هند نیز دو دیوان داوری شروط استثنا را شروط

64. *Ibid.*, paras. 164, 168.

65. *Ibid.*, paras. 164, 196-198.

66. *Sempra Energy International v. The Argentine Republic, op.cit.*, Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award, 2010, para. 187.

67. در هر دو پرونده که مرتبط با بخش انرژی بودند، آرژانتین به دنبال خصوصی‌سازی بخش نفت و گاز و انرژی الکتریکی، اقدام به وضع حمایت‌ها و تضامین گسترده برای سرمایه‌گذاران خارجی کرد. در پی بروز بحران مالی و وضع اقدامات اضطراری، این دو شرکت نیز علیه آرژانتین طرح دعوا کردند.

68. *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, op.cit.*, paras. 551- 557.

69. *Lex Specialis Derogat Legi Generali*

70. *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic, op.cit.*, paras. 1025-1026.

71. *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic, op.cit.*, paras. 553-554.

72. *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic, op.cit.*, paras. 1024-1028-1060.



محدودکننده قلمرو تعهدات ماهوی معاهده در نظر گرفته‌اند. هر دو پرونده سی‌سی دیوس و داج تلکام بر اساس انحلال پروژۀ دیوس از سوی هند علیه این کشور طرح شدند. شرکت دولتی آنتریکس/اس باندهای مغناطیسی دو ماهواره را به شرکت دیوس اجاره داد تا در حوزه رادیو و رسانه استفاده شود.<sup>۷۳</sup> اما با گذشت چند سال از قرارداد، به دلیل نیازهای نظامی، شبه‌نظامی و خدمات عمومی این قرارداد را منحل کرد.<sup>۷۴</sup> سهام‌داران آلمانی شرکت دیوس بر اساس معاهده هند-آلمان علیه این کشور رسیدگی داوری را شروع کردند و از سوی دیگر به موازات این دعوا، سه سهام‌دار اهل موریتوس شرکت دیوس نیز بر اساس معاهده هند-موریتوس دعوی دیگری را نزد مرجع داوری طرح کردند. هر دو معاهده متضمن شرط استثنا بودند. ماده ۱۱ معاهده هند-موریتوس بیان می‌دارد که «مفاد این معاهده نباید در هیچ حالتی حق طرفین متعاقد در اعمال و اتخاذ هرگونه ممنوعیت یا محدودیت یا هر اقدامی دیگر را که در راستای حمایت از منافع اساسی امنیتی خود یا حمایت از بهداشت عمومی یا جلوگیری از بیماری در گیاهان و جانوران شود، محدود کند». معاهده هند-آلمان نیز در ماده ۱۲ خود مقرر می‌دارد که «هیچ چیز در این معاهده نباید مانع از اعمال ممنوعیت یا محدودیتی شود که برای حمایت از منافع اساسی امنیتی یا جلوگیری از بیماری در گیاهان و جانوران ضروری است».

هر دو دیوان داوری ابتدائاً شرط استثنا را از حالت ضرورت عرفی متمایز کردند و شروط استثنای فوق‌الذکر را به عنوان محدودکننده قلمرو معاهده شناسایی کردند. در رأی سی‌سی دیوس، دیوان داوری صراحتاً موضع خود را راجع به ماهیت شرط استثنای مندرج در معاهده هند-موریتوس مشخص نکرده است اما ابتدا به رأی کمیته ابطال سی‌ام/اس ارجاع می‌دهد که بر اساس آن، شرط استثنا «مانع از اعمال تعهدات ماهوی معاهده می‌شود» و سپس به رأی کاتینینتال استناد می‌کند که دیوان داوری شرط استثنا را مانعی در جهت اعمال حمایت‌های سرمایه‌گذار دانست.<sup>۷۵</sup> در پرونده داج تلکام، دیوان داوری که می‌بایست شرط استثنای معاهده هند-آلمان را بررسی می‌کرد، بیان داشت که اگر شرایط اعمال این شرط احراز شود، تعهدات ماهوی معاهده اعمال نمی‌شود.<sup>۷۶</sup>

نتیجه‌ای که از بررسی آرای داوری فوق می‌توان گرفت این است که دیوان‌های داوری در ابتدا و با توجه به شباهت شروط استثنا با حالت ضرورت، ماهیت این شروط را به عنوان «دفاع ماهوی» در نظر گرفتند. در عین حال، دیوان‌های داوری بعدی و کمیته‌های ابطال، از دیدگاه

73. *Deutsche Telekom v. India*, PCA Case No. 2014-10, Interim Award, 2017, paras. 17-55.

74. *CC/Devas(Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telcom Devas Mauritius Limited v. Republic of India*, PCA Case No. 2013-09, Award on Jurisdiction and Merits, 2016, paras. 10-43.

75. *CC/Devas(Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telcom Devas Mauritius Limited v. Republic of India*, *op.cit.*, paras. 146, 236.

76. *Deutsche Telekom v. India*, *op.cit.*, para. 227.

متخذه در این آرا انتقاد و با تفکیک حالت ضرورت و شرط استثنا و تأکید بر تفاوت‌های میان این دو، شرط استثنا را به‌عنوان عامل محدودکننده قلمرو معاهده تلقی کردند.

### ب. رویه قضایی بین‌المللی

دیوان بین‌المللی دادگستری در چهار پرونده، شروط استثنا در معاهدات مودت امریکا با ایران و نیکاراگوئه را مدنظر قرار داده است؛<sup>۷۷</sup> در عین حال، بررسی دقیق این آرا نشان می‌دهد که نمی‌توان دیدگاه صریح و واحدی استنباط کرد.

در دو پرونده فعالیت‌های نظامی و شبه‌نظامی در نیکاراگوئه و سکوهای نفتی، امریکا به شرط استثنای امنیتی مندرج در معاهدات مودت خود با نیکاراگوئه و ایران استناد و ادعا کرد که اقدامات نظامی و شبه‌نظامی‌اش برای حمایت از منافع اساسی خود ضروری بود و لذا مطابق با شرط استثنای معاهده است.<sup>۷۸</sup> در پرونده نیکاراگوئه که در خصوص مسئولیت امریکا برای حملات حملات نظامی و تحریم‌های تجاری علیه نیکاراگوئه بود، دیوان ابتدا بیان داشت که این شرط، موقعیت‌هایی را مشخص می‌کند که در آنها، رفتاری که با تعهدات معاهده در تعارض است، از معاهده مستثنا شده است.<sup>۷۹</sup> در نگاه اول به نظر می‌رسد که دیوان اقدامات تحت شمول شروط استثنا را خارج از چارچوب و قلمرو معاهده دانسته و به علت وجود چنین شرطی، این اقدامات مجاز تلقی می‌شوند. در عین حال، در پاراگراف‌های بعدی از رأی خود، شرط استثنا را به‌عنوان دفاع ماهوی در نظر گرفته است و در ابتدای بررسی خود از این شرط بیان داشت که «امکان استناد به چنین شرطی صرفاً باید زمانی بررسی شود که تعارضی میان اقدامات امریکا و مفاد معاهده وجود داشته باشد».<sup>۸۰</sup> چنین دیدگاهی مؤید آن است که در صورت احراز تعارض اقدامات دولت با تعهدات معاهده یا نقض آن تعهدات، می‌توان قابلیت اعمال شروط استثنا را بررسی کرد. در نتیجه، شرط استثنا همچون دفاع ماهوی عمل می‌کند. بر مبنای این استدلال، دیوان ابتدا این مسئله را بررسی کرد که آیا اقدامات امریکا نقض معاهده است یا خیر، و نتیجه گرفت که اقدامات امریکا در تعارض با مفاد معاهده هستند و در بررسی ماده ۲۱ معاهده نیز مقرر داشت که چنین

۷۷. ماده ۲۰ معاهده مودت ایران و امریکا که مشابه با معاهده مودت امریکا و نیکاراگوئه نیز هست، مقرر می‌دارد که «معاهده حاضر نباید مانع از اعمال اقداماتی شود که ... (د) برای اجرای تعهدات طرف متعاقد مرتبط با حفظ و ترمیم صلح و امنیت بین‌المللی یا حمایت از منافع اساسی امنیتی‌اش ضروری است».

78. *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, Nicaragua v. United States of America, Judgment, 1986, para. 14; *Oil Platforms*, Islamic Republic of Iran v. United States of America, Judgment, 2003, para. 161.

79. *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua*, op.cit., paras. 222, 225.

80. *Ibid.*, para. 225.

اقداماتی نمی‌توانند بر اساس شرط استثنا توجیه شوند.<sup>۸۱</sup>

پرونده سکوه‌های نفتی در خصوص اختلاف ناشی از حمله و تخریب سه سکوی تولید نفت دریایی ایران توسط ناوگان دریایی آمریکا بر اساس معاهده مودت میان دو کشور نزد دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح شد. در این پرونده، آمریکا ادعا کرد که اقدامات نظامی‌اش بر اساس حق دفاع مشروع بوده و به‌علاوه بر اساس ماده ۲۰ معاهده مودت (شرط استثنا) در راستای حفظ منافع اساسی امنیتی‌اش ضروری بود و لذا مجاز تلقی می‌شود.<sup>۸۲</sup> آمریکا در اعتراضات مقدماتی به صلاحیت دیوان، استدلال کرد که اقدامات تحت شمول ماده ۲۰ خارج از قلمرو معاهده است اما دیوان رأی داد که این شرط به‌عنوان «دفاعی در مرحله ماهوی» قابل اعمال است.<sup>۸۳</sup> در مرحله ماهوی دیوان به این نتیجه رسید که تفسیر و اعمال عناصر ماده ۲۰ با شرایط دفاع مشروع هم‌پوشانی دارد و لذا مشروعیت اقدامات آمریکا را از منظر حق دفاع مشروع بررسی کرد. در نتیجه، دیوان در مرحله ماهوی در خصوص ماهیت شرط استثنا اظهارنظری نداشت.<sup>۸۴</sup>

می‌توان استدلال کرد که دیوان در رسیدگی به اعتراضات مقدماتی، بدون توجه به مسئله توصیف شرط استثنا در معاهده مودت، صرفاً اعلام داشت که رسیدگی به این شرط در مرحله ماهوی و نه شکلی است. در عین حال باید توجه داشت که واگذاری بررسی شرط استثنا به مرحله ماهوی به‌صورت ضمنی دلالت بر آن دارد که این شرط به‌عنوان دفاع ماهوی توصیف شده است زیرا همان‌طور که در مباحث بعدی مشخص می‌شود، اگر شرط استثنا عامل محدودکننده قلمرو معاهده و تعهدات ماهوی آن باشد باید به‌عنوان موضوع مقدماتی و قبل از بررسی نقض تعهدات، مدنظر دیوان قرار گیرد. علت این امر آن است که در چنین فرضی اگر شرط استثنا اعمال شود اقدامات مورد اختلاف دولت میزبان مجاز تلقی می‌شوند و از شمول

81. *Ibid.*, para. 282.

82. *Ibid.*, para. 32.

83. *Oil Platforms, Islamic Republic of Iran v. United States of America, Preliminary Objection, Judgment, 1996, para. 20; Pellet, Alain, "La jurisprudence de la cour internationale de justice dans les sentences CIRDI", Journal du Droit International, vol. 5, 2014.*

در دوران جنگ ایران و عراق، کشتی‌های تجاری بسیاری در خلیج فارس مورد حمله نظامی قرار می‌گرفتند؛ در عین حال، ایران مدعی بود صرفاً به کشتی‌هایی در دوران جنگ حمله می‌کرد که به درخواست توقف و بررسی کشتی توجه نمی‌کردند و هرگونه مسئولیت برای حملات نظامی به کشتی‌های تجاری را رد کرد. در ۱۹۸۷ به کشتی تجاری تحت مالکیت آمریکا در خلیج فارس حمله شد و آمریکا به‌عنوان دفاع مشروع، به سکوه‌های نفتی ایران حمله و دو سکوی متعلق به میدان رشادت را منهدم کرد. به‌علاوه در ۱۹۸۸ و به دنبال برخورد کشتی آمریکایی با مین در آب‌های بین‌المللی، آمریکا مجدداً تحت عنوان دفاع مشروع، به سکوه‌های نفتی نصر و سلمان حمله نظامی کرد.

*Oil Platforms 2003, op.cit.*, para. 23.

84. *Oil Platforms 2003, op.cit.*, para. 43.

سیفی، سیدجمال؛ «رأی دیوان دادگستری بین‌المللی در قضیه سکوه‌های نفتی: دیپلماسی قضایی در دادرسی بین‌المللی»، *مجله پژوهش‌های حقوقی*، سال دوم، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۸۲، صص ۶۲-۵۸.

معاهده خارج بوده و لذا رسیدگی به ادعای نقض تعهدات بی‌معنا خواهد بود. بر این اساس، دیوان باید مقدم بر رسیدگی ماهوی، قابلیت اعمال شرط استثنا را بررسی کند. در مقابل، در رأی مذکور، دیوان صراحتاً بررسی این شرط را به‌عنوان مسئلهٔ مقدماتی رد و آن را به مرحلهٔ ماهوی واگذار کرد. در دو پروندهٔ دیگر که به‌تازگی از سوی ایران علیه آمریکا و به استناد معاهدهٔ مودت طرح شده‌اند، دیوان در بررسی ماده ۲۰ معاهده، بار دیگر به رأی خود در پروندهٔ سکوه‌های نفتی استناد و بیان کرده است که این شرط به‌عنوان دفاعی در مرحلهٔ ماهوی اعمال می‌شود.<sup>۸۵</sup> به‌ویژه در پروندهٔ برخی از دارایی‌های ایران، آمریکا در اعتراضات مقدماتی تلاش کرد تا دیوان رسیدگی به ماده ۲۰ را به‌عنوان مسئلهٔ مقدماتی در نظر بگیرد. آمریکا در این پرونده استدلال کرد که ادعاهای ایران بر اساس ماده ۲۰ خارج از قلمرو ماهوی معاهده بوده و حتی اگر دیوان این ماده را مرتبط با صلاحیت خود تشخیص ندهد، باید آن را به‌عنوان موضوع مقدماتی و مقدم بر مسائل ماهوی رسیدگی کند. دیوان استدلال آمریکا را رد کرد و همچون پروندهٔ سکوه‌های نفتی، رسیدگی به ماده ۲۰ را به‌عنوان موضوع مقدماتی نپذیرفت.<sup>۸۶</sup>

از بررسی رویهٔ داوری و قضایی بین‌المللی می‌توان استنباط کرد که برخلاف دیوان بین‌المللی دادگستری که تا کنون دیدگاه شفاف‌تری در این خصوص اتخاذ نکرده است، دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری شروط استثنا را به‌عنوان عامل محدودکنندهٔ قلمرو معاهده و تعهدات آن تلقی کرده‌اند. اگرچه دیوان‌های داوری در ابتدا شروط استثنا را همچون عوامل رافع وصف متخلفانه

85. *Certain Iranian Assets, Islamic Republic of Iran v. United States of America, Preliminary Objections, Judgment, 2019, para. 45; Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights, Islamic Republic of Iran v. United States of America, Provisional Measures, Order, 2018, para. 32.*

هر دو پرونده بر اساس معاهدهٔ مودت ایران- آمریکا نزد دیوان بین‌المللی دادگستری طرح شده و در حال رسیدگی هستند. براساس پروندهٔ برخی از دارایی‌های ایران، بعد از قطع روابط دیپلماتیک میان دو کشور در ۱۹۸۰ آمریکا ایران را به‌عنوان کشور حامی تروریسم شناسایی و مصونیت ایران را در دادگاه‌های خود لغو کرد. به دنبال آن، اشخاص متعددی که قربانی وقایع تروریستی بودند در محاکم آمریکا علیه ایران طرح دعوا کردند. آرای متعددی علیه ایران صادر و به این علت اموال ایران در آمریکا برای اجرای این آرا بلوکه شد. در ۲۰۱۲ بر اساس دستور اجرایی رئیس‌جمهور، کلیهٔ اموال ایران بلوکه شد و همچنین امکان اجرای آرای قضایی علیه ایران از اموال بانک مرکزی ایران نیز فراهم شد. ایران در این پرونده ادعا کرد که چنین اقداماتی از سوی آمریکا نقض تعهدات معاهدهٔ مودت، به‌ویژه عدم تبعیض، عدم سلب مالکیت، دسترسی آزاد به محاکم دادگستری و حمایت و امنیت مستمر اموال ایران بوده است. بر اساس پروندهٔ نقض‌های ادعایی معاهدهٔ مودت، شورای امنیت سازمان ملل در ۲۰۰۶ به دنبال گزارش آژانس انرژی اتمی مبنی بر عدم رعایت تعهدات از سوی ایران، تحریم‌هایی علیه ایران وضع کرد و به دنبال آن بسیاری از کشورها نیز تحریم‌های یکجانبه برقرار کردند. در ۲۰۱۵ برنامهٔ جامع مشترک میان ایران و کشورهای پنج‌به‌علاوهٔ یک منعقد شد که هدف اصلی آن لغو تحریم‌ها هسته‌ای علیه ایران و تضمین صلح‌آمیزبودن برنامهٔ هسته‌ای ایران بود. در ۲۰۱۸ آمریکا از برجام خارج شد و مجدداً تحریم‌های جدیدی علیه ایران وضع کرد. ایران در این پرونده ادعا کرد که وضع تحریم‌ها از سوی آمریکا نقض تعهدات این کشور بر اساس معاهدهٔ مودت است.

86. *Certain Iranian Assets, op.cit., paras. 38-45.*

فعل دولت به عنوان دفاع ماهوی تفسیر کرده‌اند، ریشه این آرا را می‌توان در دو عامل دانست. اول اینکه تا زمان طرح دعاوی مربوط به بحران مالی آرژانتین در اوایل دهه ۲۰۰۰، هیچ‌گونه رویه‌ای در خصوص تفسیر این شروط وجود نداشت؛ به علاوه اینکه حتی تا آن دوره، نویسندگان به ندرت در آثار خود به این شروط توجه کرده‌اند. دوم آنکه دیوان‌های داوری اولیه، در تفسیر این شروط به دفاعیات طرفین توجه وافری داشتند. در این دعاوی، سرمایه‌گذاران آمریکایی برای تفسیر شروط استثنا به حالت ضرورت عرفی و معیار «تنها راه» استناد کرده‌اند و دیوان‌های داوری نیز این مینا را در رأی خود اتخاذ کردند. به همین علت دیوان‌های داوری در ابتدا شروط استثنا را با حالت ضرورت عرفی مشابه و یکسان گرفته‌اند اما به تدریج این رویه به سمت شناسایی شروط استثنا به عنوان عامل محدودکننده قلمرو معاهده تغییر جهت داد و می‌توان پیش‌بینی کرد که در آینده نیز دیوان‌های داوری همین رویه را ادامه خواهند داد.

### ۳. آثار توصیف ماهیت حقوقی شروط استثنا به عنوان عامل محدودکننده قلمرو تعهدات ماهوی معاهده

در این مبحث، مهم‌ترین آثار توصیف شروط استثنا به عنوان عامل محدودکننده قلمرو معاهده در داوری سرمایه‌گذاری بررسی خواهند شد. چنین توصیفی از ماهیت حقوقی شروط استثنا، دارای آثار بسیار مهمی در رسیدگی دیوان داوری است به‌ویژه در خصوص آنکه کدام‌یک از طرفین باید اعمال یا عدم اعمال شرط استثنا را در رسیدگی داوری اثبات کند؟ دیوان داوری باید با دیدگاه مضیق این شرط را بررسی کند یا با دیدگاه منعطف؟ در کدام مرحله از رسیدگی داوری، دیوان باید به بررسی و تفسیر شرط بپردازد؟ در مرحله رسیدگی به صلاحیت یا در مرحله ماهوی؟ نوع ماهیت حقوقی چه تأثیری بر مسئله جبران خسارت خواهد داشت؟

#### ۳-۱. تأثیر توصیف شروط استثنا به عنوان عامل محدودکننده قلمرو تعهدات ماهوی بر بار اثبات

یکی از آثار حقوقی شناسایی ماهیت شروط استثنا این است که نشان می‌دهد بار اثبات اعمال شرط استثنا بر عهده کدام طرف است.<sup>۸۷</sup> در خصوص بار اثبات شرط استثنا این سؤال مطرح می‌شود که اگر دولت در برابر ادعای سرمایه‌گذار، به این شرط استناد کند، آیا باید ثابت کند که شرایط استناد به شرط استثنا قابل احراز هستند یا آنکه سرمایه‌گذار باید عدم احراز آن شرایط را اثبات کند. اگر شروط استثنا دفاع ماهوی محسوب شود، دولت باید ثابت کند که اقداماتش در

87. Brown, Chester, *A Common Law of International Adjudication*, Oxford University Press, 2007, p. 92.

راستای نیل به اهداف عمومی یا امنیتی در چارچوب شرط معاهداتی بوده است زیرا در حقوق بین‌الملل، دولتی که در موقعیت نقض تعهد قرار می‌گیرد، اگر مدعی عدم مسئولیت باشد باید ادعای خود را اثبات کند. در چنین فرضی اقدامات دولت، نقض یا در تعارض با تعهدات معاهده بوده و برای توجیه فعل یا رفع مسئولیت از خود باید ثابت کند که اقداماتش بر اساس شرط استثنا موجه هستند و لذا بار اثبات بر دوش وی خواهد بود. در مقابل، از آنجا که شروط استثنا عامل محدودکننده قلمرو تعهدات ماهوی هستند و فرض بر این است که اقدامات دولت مطابق با معاهده و مجاز است، خواهان دعوا باید ثابت کند که اقدامات دولت در چارچوب قلمرو معاهده قرار می‌گیرد.<sup>۸۸</sup>

مسئله بار اثبات در خصوص شروط استثنا به‌ندرت مورد توجه دیوان‌های داوری و دیوان بین‌المللی دادگستری قرار گرفته است. دیوان داوری کاتینتال به‌رغم آنکه شرط استثنا را به‌عنوان محدودکننده قلمرو معاهده در نظر گرفت، بار اثبات قابلیت اعمال این شرط را بر عهده آرژانتین قرار داد.<sup>۸۹</sup> در مقابل، دو دیوان داوری *ال پازو و موبیل دیدگاه صحیح‌تری* در این خصوص اتخاذ کردند. هر دو دیوان داوری بیان داشتند بار اثبات اینکه آیا شرط استثنا در این پرونده قابل اعمال است و آیا اقدامات دولت آرژانتین ضروری بوده‌اند بر عهده خواهان (سرمایه‌گذار) است. هر دو دیوان داوری به‌صورت یکسان بیان داشتند که «اینکه آیا آرژانتین در بروز بحران اقتصادی در سال ۲۰۰۱ مشارکت کرده است یا خیر بر عهده خواهان است».<sup>۹۰</sup>

با این حال دو مسئله در خصوص بار اثبات وجود دارد که در رویه داوری و قضایی تا کنون مطرح نشده است. اول آنکه آیا در صورتی که دولت به شرط استثنا استناد نکند، دیوان داوری باید به ابتکار خود قابلیت اعمال این شرط را مدنظر قرار دهد یا خیر. به عبارت دیگر، بار استناد<sup>۹۱</sup> (بار طرح شرط استثنا در رسیدگی داوری) صرفاً بر عهده دولت است یا بر عهده دیوان داوری نیز هست. در پاسخ به این سؤال می‌توان استدلال کرد که چون شروط استثنا به‌عنوان عامل محدودکننده قلمرو تعهدات ماهوی معاهده توصیف می‌شوند، دیوان باید بدون توجه به اینکه دولت بدان استناد کرده است یا خیر، قابلیت اعمال آن را مستقلاً بررسی کند زیرا با پذیرش چنین

88. UN International Commission, *op.cit.*, p. 72; Lemaire, Sophie, "L'arbitrage d'investissement et la restructuration de dettes souveraines (de l'expérience argentine au cas grec)", *Revue de l'Arbitrage: Bulletin du Comité Français de l'Arbitrage*, vol. 53, 2014.

همان‌گونه که کمیسیون حقوق بین‌الملل مشخص کرده است، در جایی که دولت به دنبال رفع مسئولیت بین‌المللی خود است، بار اثبات نیز بر عهده دولت است.

89. *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, *op.cit.*, para. 264.

90. *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic*, *op.cit.*, para 1071; *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, *op.cit.*, para. 626.

91. Burden of Raising

توصیفی، شرط استثنا، یا مسئله مربوط به صلاحیت دیوان است یا موضوع مقدماتی در رسیدگی ماهوی.<sup>۹۲</sup> اگر شرط استثنا بر روی صلاحیت مؤثر باشد دیوان باید برای احراز صلاحیت خود قابلیت اعمال شرط را بررسی کند؛ اگر بررسی اعمال شرط، موضوع مقدماتی در رسیدگی ماهوی<sup>۹۳</sup> باشد از آنجا که با احراز عناصر شرط استثنا، سایر قواعد و تعهدات معاهده اعمال نمی‌شوند، بررسی و ارزیابی آن بر عهده دیوان خواهد بود. در فرض اخیر، دیوان به منظور بررسی مسئله انطباق یا عدم انطباق دولت با تعهدات و استانداردهای حمایتی معاهده، نیاز دارد تا در ابتدا بررسی کند که آیا اساساً اقدامات موضوع اختلافات تحت شمول معاهده قرار می‌گیرند یا خیر. بنابراین، وظیفه دیوان داوری است که با ارزیابی شرط استثنا، قابلیت اعمال تعهدات ماهوی معاهده را مشخص کند.

مسئله دوم در خصوص قراردادان بار اثبات بر عهده سرمایه‌گذار است. با پذیرش چنین توصیفی برای شروط استثنا، قراردادان بار اثبات اعمال شرط بر عهده سرمایه‌گذار، غیرمنصفانه جلوه می‌نماید زیرا سرمایه‌گذار باید ادله‌ای ارائه کند که غالباً در اختیار دولت هستند و نمی‌تواند به آن‌ها دسترسی داشته باشد، مانند ادله مربوط به اقدامات جایگزین در دسترس دولت یا وجود تهدیدی علیه منافع امنیتی دولت میزبان؛ به‌ویژه آنکه نسبت به مسائل امنیتی در کشورها حساسیت وجود دارد و اشخاص خصوصی همچون سرمایه‌گذار بدان‌ها دسترسی ندارند. با این همه، در پاسخ به این مسئله می‌توان استدلال کرد که باید میان بار اثبات و معیار اثبات تمایز قائل شد. بار اثبات بدین معنی است که کدام طرف اختلاف باید قابلیت اعمال شرط را ثابت کند اما معیار اثبات به معنی حجم و محتوای ادله است که طرف اختلاف باید آن را ارائه کند. مسئله فوق نیز مربوط به معیار اثبات است و نه بار اثبات. در چنین حالتی دیوان داوری می‌تواند با توجه به حساسیت موضوع اختلاف یا پیچیدگی آن، صرفاً به ادله عمومی یا نظریات کارشناسی متخصصان کفایت کند و سرمایه‌گذار را ملزم به تولید و ارائه ادله حساس نکند.<sup>۹۴</sup>

### ۲-۳. تأثیر توصیف شروط استثنا به عنوان عامل محدودکننده قلمرو تعهدات

#### ماهوی بر شیوه تفسیر

اثر مهم دیگر، نوع دیدگاهی است که دیوان داوری در خصوص تفسیر شروط استثنا باید لحاظ کند. با توصیف این شروط به عنوان عامل محدودکننده قلمرو تعهدات ماهوی، دیوان نباید

۹۲. این موضوع که شرط استثنا به عنوان عامل محدودکننده قلمرو تعهدات ماهوی معاهده، بر روی صلاحیت دیوان تأثیر می‌گذارد یا موضوع مقدماتی است که باید در مرحله ماهوی بررسی شود، در ادامه این مبحث خواهد آمد.

93. Preliminary Merits Issue

94. Paddeu, Federica, *op.cit.*, p. 372.

به‌صورت مضیق به تفسیر عناصر این شروط پردازد زیرا اقدامات دولت خلاف اصل و قاعده نیست و باید دیدگاه منعطفی در خصوص استاندارد بررسی<sup>۹۵</sup> داشته باشد، در حالی که اگر این شروط دفاع ماهوی توصیف شوند، دیوان احتمالاً با دیدگاه مضیق باید این شروط را تفسیر کند زیرا هرگونه تخطی از قواعد عمومی باید به‌صورت محدود و مضیق تفسیر شود.

دیوان‌های داوری سمپرا و انرون که شرط استثنا را به‌عنوان دفاع ماهوی در نظر گرفتند، صراحتاً بیان داشتند که هدف و موضوع معاهده نشان می‌دهد که معاهده در موقعیت‌های بحران اقتصادی که مستلزم حمایت از سرمایه‌گذار خارجی است، قابل اعمال است و بر اساس آن استدلال کردند که هرگونه تفسیری که منجر به راه فرار از تعهدات ماهوی معاهده شود، با این هدف و موضوع ناسازگار است؛ بنابراین این شروط را باید به‌صورت مضیق تفسیر کرد.<sup>۹۶</sup> در همین خصوص نیز دیوان داوری کانفور بیان داشت که «باید دو اصل حقوقی تفسیر معاهدات را در نظر گرفت... دومی مربوط به تفسیر استثنائات در معاهدات است. دیدگاه دیوان مبنی بر تفسیر مضیق این شروط است».<sup>۹۷</sup>

بر این اساس، توصیف ماهیت شروط استثنا در رویه داوری تأثیر اساسی بر نحوه تفسیر عناصر این شروط یعنی اهداف مجاز مندرج در معاهده و عنصر ارتباط داشته است. دیوان‌های داوری سی‌ام‌اس، انرون و سمپرا که شرط استثنا را به‌عنوان دفاع ماهوی تلقی کردند، دیدگاه مضیقی در خصوص تفسیر عناصر آن اتخاذ کردند. علی‌رغم آثار اجتماعی، سیاسی و اقتصادی بحران آرژانتین، دیوان‌های داوری مذکور، بحران این کشور را خطر جدی علیه منافع امنیتی تلقی نکردند.<sup>۹۸</sup> از منظر دیوان‌های داوری، زمانی می‌توان گفت خطر جدی علیه منافع امنیتی وجود دارد که موجودیت کشور به خطر افتد و اقتصاد کشور کاملاً نابود و منحل شود.<sup>۹۹</sup> در خصوص تفسیر عنصر ارتباط و عبارت «ضروری برای» نیز هر سه دیوان داوری بیان داشتند که برای احراز ضرورت بر اساس شرط استثنا، اقدامات آرژانتین باید تنها راه نیل به منافع امنیتی باشند. این دیوان‌های داوری بیان داشتند که تجربیات سایر کشورها در موارد بحران اقتصادی نشان می‌دهد که در چنین موقعیت‌هایی دولت‌ها راه‌های دیگری نیز برای نیل به اهداف خود دارند و

95. Standard of Review

96. *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, op. cit., para. 373; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, op. cit., para. 331.

97. *Canfor Corporation v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL, Decision on Preliminary Question, 2006, para. 187.

98. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, op. cit., para. 353; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, op. cit., paras. 305-310; *Sempra Energy International v. Argentine Republic*, op. cit., para. 348.

99. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, op. cit., para. 354; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, op. cit., para. 306; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, op. cit., para. 348.



لذا اقدامات آرژانتین تنها راه نیل به منافع امنیتی نبوده‌اند.<sup>۱۰۰</sup>

در مقابل، دیوان‌های داوری کانتینتال، داچ تلکام و سی.سی.دیوس که شروط استثنا را به عنوان محدودکننده قلمرو معاهده در نظر گرفتند، دیدگاه منعطفی در تفسیر عناصر این شروط اتخاذ کردند. برای مثال، دیوان داوری سی.سی.دیوس بیان داشت که در تفسیر شرط استثنا نباید دیدگاه مضیقی اتخاذ کرد.<sup>۱۰۱</sup> به همین ترتیب، دیوان‌های داوری کانتینتال و داچ تلکام در خصوص اینکه آیا اقدامات متخذه در راستای نیل به هدف مجاز یعنی منافع امنیتی بوده‌اند، بیان داشتند که برای تعیین منافع امنیتی باید حاشیة صلاحیدی<sup>۱۰۲</sup> به دولت‌ها واگذار کرد و این دولت‌ها هستند که مشخص می‌کنند چه موضوعاتی در زمره منافع امنیتی قرار می‌گیرند.<sup>۱۰۳</sup> در خصوص تفسیر عنصر ارتباط و عبارت «ضروری برای»، هر دو دیوان داوری به جای اعمال معیار «تنها راه»، اصل تناسب را بر اساس حقوق سازمان جهانی تجارت اعمال کردند.<sup>۱۰۴</sup> بر این اساس، دیوان‌های داوری داچ تلکام و کانتینتال بیان داشتند برای تشخیص ضرورت اقدامات باید دو موضوع بررسی شود: اول آنکه آیا اقدامات دولت در نیل به هدف مشارکت داشته‌اند و دوم آنکه آیا اقدامات متعارف جایگزین دیگری در دسترس دولت بوده است یا خیر.<sup>۱۰۵</sup> در واقع دیوان‌های داوری بر این عقیده بوده‌اند که ممکن است اقدامات دیگری نیز وجود داشته باشد اما به طرز متعارفی در دسترس دولت نبوده باشند. در چنین فرضی اقدامات دولت همچنان ضروری

**100.** *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, op.cit.*, para. 323; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic, op.cit.*, para. 350; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic, op.cit.*, para. 308.

**101.** *CC/Devas(Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telcom Devas Mauritius Limited v. Republic of India, op.cit.*, para. 252.

**102.** Margin of Appreciation

**103.** *Deutsche Telekom v. India, op.cit.*, para. 238; *Continental Casualty Company v. Argentine, op.cit.*, para. 181.

**۱۰۴.** در رویه سازمان جهانی تجارت، پنل‌ها و نهاد تجدیدنظر برای تفسیر عبارت «ضروری برای» استثنائات عام در ماده ۲۰ گات معیار تناسب را اعمال کرده‌اند. بر اساس این معیار، برای تشخیص ضرورت اقدامات دولت بر اساس ماده ۲۰ گات باید دو مرحله بررسی مدنظر قرار گیرد. اول آنکه اقدامات دولت باید در تحقق هدف مجاز مشارکت داشته و مؤثر باشد. در رویه سازمان، پنل‌ها و نهاد تجدیدنظر بعد از تعیین مؤثر بودن اقدامات، درجه اهمیت هدف مجاز و میزان محدودیت اقدامات بر تجارت بین‌الملل نیز سنجیده می‌شود و سپس با مقایسه این سه عامل (یعنی میزان تأثیر، اهمیت هدف و میزان محدودیت اقدام متخذه) مشخص می‌کنند که آیا اقدامات دولت، ضروری محسوب می‌شود یا خیر. در صورت احراز ضرورت اقدامات دولت در این مرحله، سپس باید مرحله دوم را اعمال کنند که بر اساس آن دولت نباید اقدامات جایگزین معقول در دسترس داشته باشد. در صورتی که دولت در زمان اتخاذ اقدام مورد اختلاف، نمی‌توانسته اقدامات جایگزین اتخاذ کند، اقدامات دولت ضروری تلقی خواهد شد. برای مطالعه بیشتر، ن.ک: نیکبخت، حمیدرضا و نگین انصاری؛ «حفظ منافع اساسی دولت میزبان در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۴، شماره ۵۶، اسفند ۱۳۹۰.

**105.** *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic, op.cit.*, paras. 196–198; *Deutsche Telekom v. India, op.cit.*, para. 239.

باقی می‌ماند، در حالی که بر اساس معیار تنها راه، نباید هیچ‌گونه اقدام جایگزین اعم از متعارف و غیرمتعارف وجود داشته باشد. دیوان داوری کاتیننتال با اعمال چنین معیار منعطفی به این نتیجه رسید که اقدامات آرژانتین برای مقابله با بحران اقتصادی ضروری بوده‌اند.<sup>۱۰۶</sup>

### ۳-۳. تأثیر توصیف شروط استثنا به‌عنوان عامل محدودکننده قلمرو تعهدات

#### ماهوی بر مرحله رسیدگی

با توصیف شروط استثنا به‌عنوان عامل محدودکننده قلمرو تعهدات معاهده، از آنجا که با اعمال این شروط، سایر تعهدات معاهده بی‌اثر و معلق می‌شوند، رسیدگی به نقض آن تعهدات بی‌معنی خواهد بود. بر این اساس، این سؤال مطرح می‌شود که رسیدگی به این شرط در مرحله شکلی (رسیدگی به صلاحیت) خواهد بود یا ماهوی. برخی نویسندگان بیان داشتند که می‌توان این شروط را به نحوی تفسیر کرد که به‌عنوان موضوع شکلی و مربوط به صلاحیت تلقی شوند که قلمرو صلاحیت دیوان داوری را مشخص می‌کنند.<sup>۱۰۷</sup> به‌موجب این دیدگاه، این شروط از لحاظ موضوعی، مانع صلاحیت دیوان داوری می‌شوند. در پرونده *داج تلکام*، هند برای جلوگیری از اجرای رأی در دیوان فدرال سوئیس بر اساس کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ استدلال کرد که دیوان داوری خارج از قلمرو صلاحیت خود رأی صادر کرده است.<sup>۱۰۸</sup> اما دیوان فدرال این نظر را رد و بیان کرد که رسیدگی به شرط استثنا مندرج در معاهده هند-آلمان، مسئله مرتبط با رسیدگی ماهوی است. دیوان اشاره داشت که هند در رسیدگی داوری نیز به این شرط در مرحله ماهوی استناد کرده و آن را به‌عنوان مانعی بر صلاحیت دیوان داوری در نظر نگرفته است.<sup>۱۰۹</sup> در پرونده *ایفینیتو گلد، کاستاریکا* به‌عنوان خوانده به شرط استثنای مندرج در ضمیمه ۱ معاهده کانادا-کاستاریکا برای عدم صلاحیت دیوان داوری استناد کرد. دیوان در بررسی خود بیان داشت که «شرط استثنا مسئله‌ای مربوط به مرحله ماهوی رسیدگی داوری است. همان‌گونه که از عبارات این شرط مشخص است، این شرط به‌عنوان راهنمایی برای دولت در اتخاذ اقدامات مقررگذاشته خود است و با رضایت دولت به ارجاع اختلاف به داوری و همچنین با قابلیت پذیرش دعوا هیچ ارتباطی ندارد. این شرط صرفاً مرتبط با این موضوع است که آیا اقدامات دولت سبب نقض معاهده می‌شود یا خیر. بنابراین موضوع، مرتبط با صلاحیت دیوان یا قابلیت پذیرش

106. *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, *op.cit.*, paras. 200, 231.

107. Alschner, Wolfgang, Hui, Kun, *op.cit.*, pp. 375-376; Pellet, Alain, "Notes sur la «Fragmentation» du droit international: droit des investissements internationaux et droits de l'homme", *Unité et diversité du droit international/Unity and Diversity of International Law*, Brill Nijhoff, 2014.

108. *Deutsche Telekom v. India*, *op.cit.*, Judgment of the Swiss Federal Supreme Court, 4A\_65/2018 Judgment, 2018, para. 3.2.3.

109. *Ibid.*

دعا نیست و باید در مرحله ماهوی بررسی شود».<sup>۱۱۰</sup>

دیوان بین‌المللی دادگستری نیز در چهار پرونده، بررسی شرط استثنا در معاهدات مودت را مربوط به مرحله ماهوی دانسته است. در پرونده‌های فعالیت‌های نظامی و شبه‌نظامی در نیکاراگوئه و سکوه‌های نفتی، امریکا ادعا کرد که اقداماتش در چارچوب شرط استثنا قرار می‌گیرد که صراحتاً خارج از قلمرو معاهده و صلاحیت دیوان قرار دارد.<sup>۱۱۱</sup> در دو پرونده، نقض‌های ادعایی معاهده مودت و برخی دارایی‌هایی ایران، امریکا استدلال خود را تغییر داد و بیان داشت که اگر شرط استثنای معاهده مودت در خصوص اقدامات امریکا اعمال شود، دیگر اختلافی راجع به تفسیر و اعمال معاهده وجود نخواهد داشت.<sup>۱۱۲</sup> در این دو پرونده، امریکا اعتقاد داشت که تفسیر و اعمال این شرط، مسئله مقدماتی است که باید مقدم بر هر مسئله دیگری رسیدگی شود. بر این اساس، صلاحیت دیوان، محدود به بررسی این موضوع است که آیا اقدامات مورد اختلاف تحت شمول این شرط قرار می‌گیرند یا خیر.<sup>۱۱۳</sup> در رأی فعالیت‌های نظامی و شبه‌نظامی در نیکاراگوئه، دیوان بیان داشت که رسیدگی به این شرط نیز در تحت پوشش ماده مربوط به حل و فصل اختلافات قرار می‌گیرد که مقرر می‌دارد هرگونه اختلاف مربوط به تفسیر یا اجرای معاهده در صلاحیت دیوان است.<sup>۱۱۴</sup> در پرونده سکوه‌های نفتی، دیوان این شرط را به‌عنوان شرط صلاحیتی تلقی نکرد بلکه آن را به‌عنوان «دفاعی در مرحله ماهوی» قابل اعمال دانست.<sup>۱۱۵</sup> در دو پرونده دیگر یعنی نقض‌های ادعایی معاهده مودت و برخی دارایی‌هایی ایران نیز دیدگاه اخیر خود را تأیید و استدلال امریکا را رد کرد.<sup>۱۱۶</sup>

از بررسی آرای داوری و قضایی می‌توان نتیجه گرفت که دیدگاه غالب آن است که شرط استثنا اگر به‌عنوان عامل محدودکننده قلمرو تعهدات ماهوی تلقی شود، مسئله مربوط به صلاحیت نهاد حل و فصل اختلاف محسوب نمی‌شود. چنین دیدگاهی صحیح است زیرا باید میان وجود اختیارات قضایی برای رسیدگی به موضوع اختلاف<sup>۱۱۷</sup> یا به عبارت دیگر، وجود صلاحیت برای نهاد حل و فصل اختلاف جهت رسیدگی (صلاحیت شخصی، موضوعی، زمانی و

**110.** *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/14/5, Decision on Jurisdiction, 2017, para. 358.

**111.** *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, op.cit.*, para. 221; *Oil Platforms, op.cit.*, Preliminary Objection submitted by the United States of America, ICJ, 1993, paras. 3.36, 3.42.

**112.** *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights, op.cit.*, paras. 30–44; *Certain Iranian Assets, op.cit.*, 2019, paras. 40–47.

**113.** *Certain Iranian Assets, op.cit.*, para. 40.

**114.** *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, op.cit.*, para. 222.

**115.** *Oil Platforms 1993, op.cit.*, para. 20.

**116.** *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights, op.cit.*, paras. 41–42; *Certain Iranian Assets, op.cit.*, para. 47.

**117.** Existence of Adjudicatory Power

مکانی<sup>۱۱۸</sup> از یک طرف و اعمال اختیارات قضایی<sup>۱۱۹</sup> و اجرای صلاحیت نسبت به آن موضوع از طرف دیگر تفکیک قائل شد. در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، تعیین صلاحیت دیوان با پاسخ به این دو مسئله مشخص می‌شود: (۱) آیا دولت به دیوان داوری رضایت داده است یا خیر و (۲) آیا سرمایه‌گذاری توسط اتباع یکی از طرفین بر اساس معاهده انجام شده است یا خیر. بنابراین، اعمال و تفسیر شروط استثنا به‌عنوان عامل محدودکننده قلمرو تعهدات ماهوی ارتباطی به دو مسئله فوق ندارد بلکه مسئله‌ای مرتبط با نحوه اعمال اختیارات قضایی بوده و نباید در رسیدگی شکلی به صلاحیت دیوان بررسی و اعمال شود.

در این خصوص سؤال این است که در مرحله ماهوی، دیوان باید در چه زمانی از رسیدگی خود به تفسیر و اعمال این شرط اقدام کند؟ با توجه به اینکه ما معتقدیم این شرط عامل محدودکننده قلمرو معاهده است باید به‌عنوان موضوع مقدماتی و مقدم بر سایر مسائل رسیدگی شود. در واقع با لحاظ چنین ماهیتی، شروط استثنا مشخص می‌کنند که آیا تعهدات حمایتی معاهده نسبت به اقدامات دولت قابل اعمال هستند یا خیر. لذا قبل از بررسی نقض یا عدم نقض تعهدات ماهوی معاهده توسط دولت، دیوان داوری باید اعمال و تفسیر این شرط را بررسی و ارزیابی کند. به‌علاوه، اگر اقدامات دولت در چارچوب این شروط قرار گیرد، دیگر مبنایی برای بررسی نقض تعهدات معاهده وجود نخواهد داشت و اقدامات دولت در هر حال مجاز تلقی می‌شود. دیوان‌های داوری کانتیننتال، سی.سی.دیوس و دچ تلکام این شرط را به‌عنوان مسئله مقدماتی و مقدم بر ادعاهای سرمایه‌گذار مبنی بر نقض تعهدات معاهده بررسی کردند.<sup>۱۲۰</sup> چنین دیدگاهی مطابق با ماهیت شروط استثنا به‌عنوان محدودکننده قلمرو معاهده است.

### ۳-۴. تأثیر توصیف شروط استثنا به‌عنوان عامل محدودکننده قلمرو تعهدات ماهوی بر جبران خسارت

مهم‌ترین اثر توصیف ماهیت حقوقی شروط استثنا، بر موضوع جبران خسارت است. همان‌طور که از آرای دیوان‌های داوری و کمیته‌های ابطال ایکسید استنباط می‌شود، شرط استثنا به‌عنوان عامل محدودکننده قلمرو معاهده، موجب تعلیق اثر حقوقی تعهدات مندرج در معاهده می‌شود و تا زمانی که شرایط اعمال آن وجود داشته باشد، تعهدات ماهوی فاقد نیروی الزام‌آور حقوقی می‌شوند زیرا با اعمال این شرط، هیچ‌گونه نقض تعهدی موضوعیت نخواهد داشت.

118. Jurisdiction Ratione Personae, Materiae, Temporis, Loci

119. Exercise of Adjudicatory Power

120. *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, op.cit., para. 160; *Deutsche Telekom AG v. India*, op.cit., para. 183; *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telcom Devas Mauritius Limited v. Republic of India*, op.cit., para. 211.

تا زمانی که اقدامات دولت بر اساس شرط استثنا تخلف بین‌المللی محسوب نشود، مسئولیت دولت و مسئله جبران خسارت قابل طرح نخواهد بود. بر اساس ماده ۳۱ پیش‌نویس مواد، جبران خسارت تنها در مواردی موضوعیت دارد که ضرری ناشی از تخلف بین‌المللی به دولت وارد شده باشد. از آنجا که اقدامات دولت، تخلف بین‌المللی تلقی نمی‌شود، دولت تعهدی برای جبران خسارت نخواهد داشت. در همین خصوص، کمیته ابطال سی.ام.اس صراحتاً مقرر داشت که در مدت زمانی که منافع امنیتی آرژانتین بر اساس شرط استثنا در خطر بود، نقض معاهده قابل احراز نیست و لذا آرژانتین تعهدی در جهت جبران خسارت ندارد.<sup>۱۲۱</sup> دیوان داوری سی.سی.دیوس نیز مشخص کرد که «شکی نیست اگر دولت بتواند به نحو صحیحی به شرط استثنای امنیتی استناد کند، تعهدی برای جبران خسارت نخواهد داشت».<sup>۱۲۲</sup> دیوان داوری برای توجیه نظر خود به رأی کمیته ابطال سی.ام.اس استناد کرد.

لازم به ذکر است که نمی‌توان عدم جبران خسارت را به عنوان اثر ثابت کلیه شروط استثنا لحاظ کرد زیرا در برخی موارد استثنائی، طرفین معاهده صراحتاً مشخص می‌کنند که اقدامات دولت نباید سبب نقض تعهدات معاهده شود. در این معاهدات، شروط استثنا صرفاً بیان‌کننده حق کلی دولت برای اتخاذ سیاست‌های عمومی و اقدامات مقررگذاشته داخلی هستند و به دولت اجازه نقض تعهدات معاهده را نمی‌دهند. بنابراین بدیهی است که در صورت نقض تعهدات در چنین معاهداتی، تعهد به جبران خسارت برای دولت کماکان باقی است. برای مثال، معاهده کاستاریکا و کانادا مقرر می‌دارد که «هیچ چیز در این معاهده مانع اتخاذ یا اجرای اقداماتی نمی‌شود که مطابق با این معاهده بوده است و دولت برای منافع زیست‌محیطی خود... آن اقدامات را مناسب تشخیص می‌دهد». در این معاهده، تصریح به «مطابقت اقدامات دولت با معاهده»، بر آن دلالت دارد که دولت نمی‌تواند برای اقداماتی که نقض معاهده هستند به این ماده استناد کند. این دیدگاه به تازگی در رأی *اینفینیتو گلد* تأیید شد. دیوان در خصوص اثر شرط فوق در معاهده کاستاریکا - کانادا به معنای معمول عبارات این ماده استناد و استدلال کرد که برخلاف سایر شروط استثنا در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، شرط استثنای این معاهده صراحتاً به الزام «مطابقت اقدامات دولت با موافقت‌نامه» اشاره داشته است و لذا این شرط سبب معافیت دولت از مسئولیت و تعهد به جبران خسارت ناشی از نقض تعهدات ماهوی معاهده نمی‌شود.<sup>۱۲۳</sup>

**121.** *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, *op.cit.*, paras. 145-146; Leben, Charles, "Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement: Nouveaux développements", Louvain-la-Neuve, Anthemis, In: *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 19, Issue 2, 2006.

رضایی؛ همان، ص ۱۵۳.

**122.** *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telcom Devas Mauritius Limited v. Republic of India*, *op.cit.*, para. 293.

**123.** *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica*, *op.cit.*, Award, 2021, paras. 771, 772, 781.

در عین حال باید توجه داشت که چنین شروطی در معاهدات سرمایه‌گذاری به ندرت استفاده می‌شوند و لازم است که اگر دولت‌ها به دنبال معافیت از جبران خسارت بر اساس شروط استثنا هستند از به‌کاربردن عبارتی همچون «مطابقت اقدامات دولت با معاهده» در این شروط خودداری کنند.

در مقابل اگر شروط استثنا را به‌عنوان دفاع ماهوی محسوب شوند، همچون برخی از عوامل رافع وصف متخلفانه فعل دولت، مسئولیت بین‌المللی دولت برای جبران خسارت همچنان پابرجاست. در همین زمینه، ماده ۲۷ پیش‌نویس مواد مقرر می‌دارد که استناد به عوامل رافع وصف متخلفانه، تعهد دولت را به جبران خسارت برای زیان‌های مادی از بین نمی‌برد. دیوان‌های داوری سی.ام.اس، انرون و سمپرا که شرط استثنا را به‌عنوان دفاع ماهوی در نظر گرفتند، بیان داشتند که در فرض احراز عناصر این شرط، تعهد به جبران خسارت برای زیان‌های مادی بر عهده دولت خواهد بود.<sup>۱۲۴</sup>

اکنون این سؤال مطرح می‌شود که آیا با تلقی شروط استثنا به‌عنوان عامل محدودکننده قلمرو معاهده، تعهد به جبران خسارت به کلی از بین خواهد رفت یا آنکه دولت باید به‌صورت فرعی برخی از خسارات را پرداخت کند؟ این مسئله از این جهت مطرح می‌شود که برای مثال در بحران اقتصادی آرژانتین، علاوه بر آنکه دولت به ادامه فعالیت سرمایه‌گذار زیان وارد کرد و منافع آتی وی را از بین برد، اموال این سرمایه‌گذاران نیز توقیف شد. می‌توان استدلال کرد که در خصوص شروط استثنا نمی‌توان قائل به پرداخت هیچ‌گونه خسارتی شد و تعهد به جبران خسارت به‌طور کلی از بین خواهد رفت. در واقع، با توجه به آنکه ماهیت این شروط، محدودکننده قلمرو معاهده در نظر گرفته شده است، اقدامات دولت، نقض معاهده محسوب نمی‌شود و چون هیچ‌گونه نقض تعهدی مطرح نیست و اقدامات دولت مجاز است، پرداخت خسارات فرعی نیز موضوعیت ندارد؛ در حالی که اگر این شروط به‌عنوان دفاع ماهوی شناسایی شوند، این تعهد به جبران خسارات فرعی برای دولت وجود خواهد داشت.

سؤال دیگر در خصوص موضوع جبران خسارت آن است که آیا شرط استثنا به‌صورت دائمی مانع از ایجاد تعهد جبران خسارت برای دولت می‌شود یا آنکه به‌صورت موقتی است؟ در پاسخ به این سؤال باید توجه کرد که شرط استثنا سبب فسخ یا انحلال معاهده سرمایه‌گذاری نمی‌شود بلکه همان‌گونه که اشاره شد، نیروی الزام‌آور تعهدات را به‌صورت موقت از بین می‌برد و سبب تعلیق آثار حقوقی تعهدات ماهوی مندرج در معاهده می‌شود. این بدان معنا است که به‌محض

124. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, op.cit., para. 388; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, op.cit., para. 345; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, op.cit., paras. 394, 395.

آنکه شرایط اضطراری در دولت میزبان رفع شد و اقدامات دولت برای نیل به اهداف مجاز ضروری نباشد، دیگر نمی‌توان به شرط استثنا استناد کرد و لذا آثار حقوقی تعهدات مجدداً جاری می‌شود. در نتیجه می‌توان استدلال کرد که شرط استثنا سبب معافیت دولت از تعهد به جبران خسارت برای بازه زمانی مشخص و موقت (دوره زمانی که در آن شرایط استناد صحیح به شرط استثنا وجود دارد) می‌شود و هرگونه اقدامات خارج از آن بازه زمانی از سوی دولت، نقض معاهده تلقی خواهد شد.

این موضوع از سوی دیوان‌های داوری نیز تأیید شده است. بر همین اساس، دیوان داوری سی.سی.دیوس بیان داشت که «اگر دولت با اقدامات خود سبب نقض معاهده در دوران قبل یا بعد از شرایط اضطراری شود، اثر عدم جبران خسارت در اینجا صدق نخواهد کرد. دولت برای پاک کردن آثار چنین نقض‌هایی نمی‌تواند به شرط استثنای امنیتی استناد کند».<sup>۱۲۵</sup>

### نتیجه

شروط استثنا با هدف تعادل در روابط میان دولت-سرمایه‌گذار در معاهدات سرمایه‌گذاری گنجانده می‌شوند. کشورها از گذشته و از زمان معاهدات مودت، این نوع شروط را در معاهدات خود استفاده می‌کردند اما با شفاف‌شدن اهمیت و آثار آن‌ها در دوران حاضر، درج آن‌ها در معاهدات سرمایه‌گذاری رواج بیشتری پیدا کرده است.

در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، شروط استثنا از لحاظ خصوصیت ماهوی در یکی از این دو قالب قابل شناسایی و توصیف هستند: ۱. محدودکننده قلمرو تعهدات ماهوی معاهده ۲. دفاع ماهوی. در آرای اخیر دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری، اقداماتی را که بر اساس شروط استثنا اتخاذ می‌شود، خارج از قلمرو معاهده دانسته‌اند به گونه‌ای که این شروط، مانع از اعمال تعهدات ماهوی معاهده می‌شوند و آن‌ها را به حالت تعلیق درمی‌آورند. بر اساس قواعد تفسیر معاهدات، معنای معمول عبارات به‌کاررفته در شروط استثنا، دلالت بر این امر دارد که این شروط، محدودکننده قلمرو معاهده و تعهدات ماهوی آن هستند. همچنین، هدف و موضوع معاهدات سرمایه‌گذاری نیز می‌تواند در نیل به این نتیجه ملاک قرار گیرد؛ بدین توضیح که با توجه به هدف معاهدات سرمایه‌گذاری که توسعه پایدار، نیل به اهداف عمومی و رونق اقتصادی دولت میزبان است، نمی‌توان شروط استثنا را به‌عنوان دفاعی برای نقض تعهدات دانست، بلکه عاملی در جهت تحدید قلمرو ماهوی معاهده هستند. شناسایی این خصوصیت ماهوی برای شرط استثنا،

125. *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telcom Devas Mauritius Limited v. Republic of India, op.cit., para. 294.*

دارای آثار مختلفی در رسیدگی دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری است. اول اینکه بار اثبات در بررسی شروط استثناء، نه بر عهده دولت بلکه بر عهده سرمایه‌گذار است؛ دوم آنکه مبنایی برای اتخاذ تفسیر مضیق نسبت به این شروط وجود نخواهد داشت؛ سوم اینکه تفسیر و اعمال این شروط مربوط به رسیدگی ماهوی دیوان است و تأثیری بر صلاحیت دیوان نخواهد داشت و نهایتاً آنکه در صورت احراز شرایط اعمال شروط استثناء، تعهدات معاهده به حالت تعلیق درمی‌آید و تعهد به جبران خسارت برای دولت موضوعیت نخواهد داشت.

می‌توان نتیجه گرفت که شروط استثناء به‌عنوان عامل محدودکننده قلمرو معاهده، ابزار اصلی دولت میزبان در داوری سرمایه‌گذاری و عاملی در راستای تعادل حقوق سرمایه‌گذار و دولت میزبان است. این شروط اگرچه موقعیت دولت را در برابر سرمایه‌گذار تقویت می‌کنند، فقدان آن‌ها موجب ایجاد بدبینی دولت‌ها به‌ویژه دولت‌های در حال توسعه نسبت به نظام داوری سرمایه‌گذاری است. صدور آرای علیه دول میزبان مبنی بر جبران خسارت با مبالغ بسیار هنگفت، سبب ایجاد تردید در کشورها نسبت به این سیستم و بعضاً خروج از سیستم داوری ایکسید شده است. بنابراین، وجود چنین شروطی نه‌تنها سبب تضعیف معاهدات نمی‌شود بلکه موجب تقویت سیستم، ایجاد شفافیت حقوقی و محیط مطلوب سرمایه‌گذاری است.

از یک طرف با توجه به استفاده گسترده کشورها از این شروط در مدل‌های معاهداتی خود و از طرف دیگر با توجه به بروز بحران‌های بهداشتی (همچون شیوع بیماری کووید - ۱۹)، مالی و اختلافات امنیتی میان کشورها در آینده دولت‌ها به‌صورت فزاینده‌ای در دیوان‌های داوری به این شروط استناد خواهند کرد؛ به‌ویژه آنکه رویه داوری حاضر تا حدودی ماهیت حقوقی این شروط و آثار آن را برای دولت‌های میزبان شفاف کرده است. با توجه به اینکه دیوان بین‌المللی دادگستری در حال رسیدگی به دو اختلاف میان ایران و آمریکا بر اساس معاهده مودت است، این فرصت نیز برای دیوان فراهم است تا دیدگاه خود را نه‌تنها نسبت به ماهیت این شروط، بلکه نسبت به تفسیر عناصر آن شفاف سازد.



### منابع:

#### الف. فارسی

##### - کتاب

۱. پیران، حسین؛ مسایل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی، گنج دانش، ۱۳۹۴.
۲. سیفی، سیدجمال؛ حقوق مسئولیت بین‌المللی، شهر دانش، ۱۴۰۰.
۳. عسکری، پوریا؛ حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داورى بین‌المللی، شهر دانش، ۱۳۹۶.
۴. غمامی، مجید و فهیمه یادگاری؛ حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی: مفهوم‌شناسی سرمایه‌گذار و سرمایه‌گذاری خارجی، شرکت سهامی انتشار، ۱۳۹۸.
۵. محبی، محسن؛ مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داورى بین‌المللی، سلب مالکیت و غرامت در قراردادهای نفتی، شهر دانش، ۱۳۸۶.

##### - مقاله

۱. پیری، مهدی، محمدرضا شکیب و بهاره احمدپور؛ «بررسی رویکرد دیوان‌های داورى ایکسید به دفاع ضرورت و شرط استثنا: تأملی بر پرونده‌های گازی آرژانتین»، مطالعات حقوقی/نرژری، دوره ۴، شماره ۲، پاییز و زمستان ۱۳۹۷.
۲. رضایی، علی؛ «شرط اقدامات منع‌نشده در معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی؛ مفهوم، مبانی و چالش‌ها»، مجله حقوقی دادگستری، سال هشتادوپنجم، شماره ۱۱۳، بهار ۱۴۰۰.
۳. سیفی، سیدجمال؛ «رای دیوان دادگستری بین‌المللی در قضیه سکوه‌های نفتی: دیپلماسی قضایی در دادرسی بین‌المللی»، مجله پژوهش‌های حقوقی، سال دوم، شماره ۴، پاییز و زمستان ۱۳۸۲.
۴. میهمی، مهدی؛ «انتظارات مشروع سرمایه‌گذار در تقابل با منافع اساسی کشور میزبان و تحلیل آن به عنوان ریسک سیاسی»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال هفتم، شماره ۲۸، پاییز ۱۳۹۸.
۵. نیکبخت، حمیدرضا و نگین انصاری؛ «حفظ منافع اساسی دولت میزبان در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، دوره ۱۴، شماره ۵۶، اسفند ۱۳۹۰.

#### ب. انگلیسی

##### - Books

1. Blustein, Paul, *And the Money Kept Rolling In (and Out): Wall Street,*

*the IMF, and the Bankrupting of Argentina*, Public Affairs, New Edition, 2006.

2. Brown, Chester, *A Common Law of International Adjudication*, Oxford University Press, 2007.
3. Kurtz, Jürgen, *The WTO and International Investment Law: Converging Systems*, Cambridge University Press, 2016.
4. Paddeu, Federica, *Justification and Excuse in International Law: Concept and Theory of General Defences*, Cambridge University Press, 2018.
5. *Yearbook of the International Law Commission 2011*, Report of the Commission to the General Assembly on the Work of its Sixty-Third Session, vol. II, Part Two, 2011.

#### - Articles

1. Alschner, Wolfgang, Hui, Kun, “Missing in Action: General Public Policy Exceptions in Investment Treaties”, in: *Yearbook on International Investment Law and Policy*, Sachs, Lisa, Coleman, Jesse, Johnson, Lisa (eds.), Oxford University Press, 2018.
2. Alvarez, José E., Khamsi, Kathryn, “The Argentine Crisis and Foreign Investors: a Glimpse into the Heart of the Investment Regime”, *The Yearbook on International Investment Law and Policy*, Oxford University Press, 2009.
3. Burke-White, William W, Von Staden, Andreas, “Investment Protection in Extraordinary Times: the Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 48, Issue 2, January 2008.
4. Finkelstein, Claire Oakes, “When the Rule Swallows the Exception”, *Faculty Scholarship of Penn Law*, vol. 19, 2000.
5. Henckels, Caroline, “Permission to Act: The Legal Character of General and Security Exceptions in International Trade and Investment Law”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 69, Issue 3, 2020.
6. ———, “Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions”, *Boston College Law Review*, vol. 59, Issue 8, 2018.
7. Martini, Camille, “Avoiding the Planned Obsolescence of Modern International Investment Agreements: Can General Exception Mechanisms Be Improved, and How?”, *Boston College Law Review*, vol. 59, Issue 8, 2018.
8. Mitchell, Andrew D., Hawkins, Jennifer K., Mishra, Neha, “Dear Prudence: Allowances under International Trade and Investment Law for Prudential Regulation in the Financial Services Sector”, *Journal of International Economic Law*, vol. 19, Issue 4, December 2016.
9. Ridhi, Kabra, “Return of the Inconsistent Application of the ‘Essential

Security Interest' Clause in Investment Treaty Arbitration: *CC/Devas v. India and Deutsche Telekom v. India*", *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 34, Issue 3, Fall 2019.

10. Schill, Stephan, Briese, Robyn, "“If the State Considers’: Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement”, In: *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Bogdandy, A. Von, Wolfrum, R. (eds.), vol.13, 2009.
11. UN International Law Commission, "Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries", *Yearbook of the International Law Commission*, Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-Third Session, 2001.
12. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *World Investment Report 2019: Special Economic Zones*, United Nations Publication, 2019.
13. ———, *World Investment Report 2020: International Production Beyond the Pandemic*, United Nations Publication, 2020.
14. United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy*, United Nations Publication, 2017.
15. Vinuales, Jorge E., "Seven Ways of Escaping a Rule: of Exceptions and Their Avatars in International Law", In: Bartels, L., Paddeu, F., *Exceptions in International Law*, Oxford University Press, 2017 Forthcoming.

#### - Jurisprudence

1. *Alleged Violations of the 1955 Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights, Islamic Republic of Iran v. United States of America*, Provisional Measures, Order, 2018.
2. *Canfor Corporation v. United States of America; Terminal Forest Products Ltd. v. United States of America*, UNCITRAL, Decision on Preliminary Question, 2006.
3. *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited, and Telcom Devas Mauritius Limited v. Republic of India*, PCA Case No. 2013-09, Award on Jurisdiction and Merits, 2016.
4. *Certain Iranian Assets, Islamic Republic of Iran v. United States of America*, Preliminary Objections, Judgment, 2019.
5. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, 2005 ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 2005.
6. *CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic, 2007.

7. *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9, Award, 2008.
8. *Deutsche Telekom v. India*, PCA Case No. 2014-10, Interim Award, 2017.
9. *Deutsche Telekom v. India*, Judgment of the Swiss Federal Supreme Court, 4A\_65/2018 Judgment, 2018.
10. *El Paso Energy International Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/15, Award, 2011.
11. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 2007.
12. *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/14/5, Award, 2021.
13. *Infinito Gold Ltd. v. Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/14/5, Decision on Jurisdiction, 2017.
14. *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, 2006.
15. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua v. United States of America*, Judgment, 1986.
16. *Mobil Exploration and Development Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/04/16, Decision on Jurisdiction and Liability, 2013.
17. *Oil platforms, Islamic Republic of Iran v. United States of America, Preliminary Objection Submitted by the United States of America*, ICJ, 1993.
18. *Oil Platforms, Islamic Republic of Iran v. United States of America*, Preliminary Objection, Judgment, 1996.
19. *Oil Platforms, Islamic Republic of Iran v. United States of America*, Judgment, 2003.
20. *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL*.
21. *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on the Argentine Republic's Application for Annulment of the Award, 2010.
22. *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, 2007.

#### - International instruments

1. *2012 U.S. Model Bilateral Investment Treaty*.
2. *BLEU 2019 Model BIT (Belgium-Luxembourg Economic Union)*, 2019.
3. *BLEU (Belgium-Luxembourg Economic Union) - Uganda BIT*, 2005.
4. *Canada-Senegal BIT*, Canada-Senegal Foreign Investment Promotion and Protection Agreement, 2014.

5. *Iran, Islamic Republic of- Japan BIT (2016)*, Agreement between Japan and the Islamic Republic of Iran on Reciprocal Promotion and Protection of Investment, 2016.
6. *Iran, Islamic Republic of-Czech Republic BIT*, Agreement on Reciprocal Promotion and Protection of Investments between the Government of the Czech Republic and the Government of the Islamic Republic of Iran, 2017.
7. *Iran, Islamic Republic of-Hungary BIT*, 2017.
8. *Iran, Islamic Republic of-Luxembourg BIT*, 2017.
9. *Lithuania - United States of America BIT*, 1998.
10. *Treaty Between United States of America and the Argentine Republic Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments*, USA-Argentina BIT, Signed November 1991, Entered into Force October 1994.
11. *Treaty for the Promotion and Protection of Investments*, Protocol, Germany-Pakistan BIT, 1959.
12. *Treaty of Amity, Economic Relations, and Consular Rights between the United States of America and Iran*, 1955.
13. *Treaty of Friendship, Commerce, and Consular Rights between the United States of America and Austria*, 1931.

#### ج. فرانسوی

##### - Livres

1. Ascensio, Hervé, *Droit International Économique*, Presses Universitaires de France, 2018.
2. Carreau, D., Bismuth, R., Hamann, A., Juillard, P., *Droit International Économique*, Dalloz, 2017.
3. De Nanteuil, Arnaud, *Droit International de l'Investissement*, Pedone, 2020.

##### - Articles

1. El Boudouhi, Saïda, "L'intérêt général et les règles substantielles de protection des investissements", *Annuaire Français de Droit International*, vol. 51, 2005.
2. Juillard, Patrick, *L'évolution des sources du droit des investissements*, Martinus Nijhoff, 1994.
3. —, "Le nouveau modèle américain de traité bilatéral sur l'encouragement et la protection réciproques des investissements (2004)", *Annuaire Français de Droit International*, vol. 50, 2004.
4. Lavieq, Jean-Pierre, *Protection et promotion des investissements: étude de droit international économique*, Graduate Institute Publications, vol. 11, 1985.

5. Leben, Charles, “L’état de nécessité dans le droit international de l’investissement”, *Gazette du Palais*, vol. 19, 2005.
6. —, “Le contentieux arbitral transnational relatif à l’investissement: nouveaux développements”, Louvain-la-Neuve, Anthemis, in : *Revue Québécoise de Droit International*, vol. 19, Issue 2, 2006.
7. Lemaire, Sophie, “L’arbitrage d’investissement et la restructuration de dettes souveraines (de l’expérience argentine au cas Grec)”, *Revue de l’Arbitrage: Bulletin du Comité Français de l’Arbitrage*, vol. 53, 2014.
8. Pellet, Alain, “Les articles de la cdi sur la responsabilité de l’état pour fait internationalement illicite. Suite-et fin?”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 48, 2002.
9. —, “Notes sur la «fragmentation» du droit international: droit des investissements internationaux et droits de l’homme”, *Unité et Diversité du droit International/Unity and Diversity of International Law*, Brill Nijhoff, 2014.
10. —, “La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice dans les sentences CIRDI”, *Journal du Droit International*, vol. 5, 2014.
11. Pellet, A., and Daillier, *Droit international public*, (LGDJ 2015).