

## تحلیل قواعد شفافیت آنسیترال در داوری‌های سرمایه‌گذاری

علی رضائی \*

شناسه دیجیتال اسناد (DOI) : 10.22066/cilamag.2018.31689

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۵/۱۰/۲۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۱۱/۲۵

### چکیده

نظر به استفاده گسترده از داوری جهت حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری ناشی از معاهدات دو یا چندجانبه و ضرورت توجه به منافع عمومی موجود در این داوری‌ها، آنسیترال در ژوئیه ۲۰۱۳، مجموعه قواعدی را با هدف تضمین شفافیت در داوری میان سرمایه‌گذار با دولت، تصویب کرد. این قواعد که الزاماتی را در خصوص انتشار اطلاعات و اسناد مرتبط با داوری مقرر داشته است هرچند تجربه نخست و معیار تمام‌عیار شفافیت در داوری نبوده، از آن جهت که اماره مهم شفافیت را به‌جای اماره محرمانگی و حریم خصوصی تثبیت کرده، حائز اهمیت بسیار است. با توجه به تصویب عهدنامه مرتبط با شفافیت، استفاده از این قواعد، زمینه را برای هماهنگی و یکنواخت‌سازی بیشتر مقررات ناظر بر داوری فراهم می‌کند.

### واژگان کلیدی

شفافیت، داوری، قواعد شفافیت آنسیترال، معاهده سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذار، دولت

## مقدمه

در ژوئیه ۲۰۱۳، کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال)<sup>۱</sup>، قواعدی را تصویب کرد که هدف آن، تضمین شفافیت در داوری میان سرمایه‌گذار با دولت بود. این قواعد که «قواعد شفافیت»<sup>۲</sup> نام گرفته است، نتیجه اقدامات نمایندگان بیش از پنجاهوپنج کشور عضو و ناظران ملی و سازمانی بود که نزدیک به سه سال در خصوص این قواعد مذاکره کرده بودند.<sup>۳</sup>

قواعد شفافیت که به‌طور رسمی از اول آوریل ۲۰۱۴ لازم‌الاجرا شده است، با توجه به آنکه میزان زیادی از صداقت و صراحت را در رسیدگی‌های داوری به‌ویژه با تأیید رسمی آنسیترال فراهم می‌کند، باب جدیدی از مذاکرات و مباحثات را در خصوص ارائه الگویی جهت پیاده‌سازی در داوری‌های میان دولت با سرمایه‌گذار گشوده است. این قواعد، نه تنها بیانگر تمایل گسترده به مسئله شفافیت به‌عنوان وسیله تشویق و تضمین مشارکت مؤثر، حکمرانی مطلوب، پاسخگویی و پیش‌بینی‌پذیری و حاکمیت قانون است، بلکه با آن همسو نیز هست.<sup>۴</sup>

تا قبل از تصویب این قواعد و بر اساس نسخه قدیمی قواعد داوری آنسیترال، مصوب ۱۹۷۶، اصلاحی ۲۰۱۰، اختلافات میان سرمایه‌گذاران و دولت‌ها حتی در مواردی که موضوع، واجد مفهوم نظم عمومی یا رویه‌های تجاری غیرقانونی و متقلبانه آشکار بود، اغلب منتشر نمی‌شد. اما با تصویب این قواعد که جایگزین قواعد پیشین آنسیترال شده است، اختلافات دولت‌ها با سرمایه‌گذاران به‌طور منظم در معرض افکار عمومی قرار می‌گیرد. قواعد شفافیت از این جهت که اطلاعاتی را که تا به حال، خارج از دسترس عموم بود و اعلان نمی‌شد در دسترس قرار می‌دهد، تغییر مهمی را در وضعیت داوری‌ها به دنبال خواهد داشت. در واقع، آنسیترال با علم به نقش بنیادی مردم به‌عنوان صاحبان اصلی سرمایه‌گذاری‌های میان اشخاص خصوصی خارجی و دولت‌ها و نظر به احتمال پنهان‌کاری موضوعات مهم برای عموم توسط دولت به بهانه حاکمیت یا به اعتبار قدرت برتر خویش، این قواعد را تهیه، تصویب و منتشر کرده است.<sup>۵</sup>

قواعد شفافیت، اصولاً بر داوری‌های مبتنی بر معاهدات منعقد شده پس از لازم‌الاجرا شدن این

1. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

2. UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (the "Rules on Transparency"). Available at: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>.

۳. بحث و بررسی درباره تدوین قواعد شفافیت، از جلسه پنجاهوسوم کارگروه دوم آنسیترال (داوری و سازش) در فاصله ۴ تا ۸ اکتبر ۲۰۱۰ در شهر وین اتریش آغاز شد. ن.ک:

United Nations Commission on International Trade Law, Working Group II (Arbitration and Conciliation), Fifty-Third Session, Vienna, 4-8 October 2010, A/CN.9/WG.II/WP.159.

4. Delivering Justice: Program of Action to Strengthen the Rule of Law at the National and International Levels, Report of The Secretary-General (2012), A/66/749.

۵. محبی، محسن و حسین کاویار؛ مجموعه مقررات جدید آنسیترال درباره داوری بین‌المللی، خرسندی، ص «ح» دیباچه، ۱۳۹۳.

قواعد یعنی اول آوریل ۲۰۱۴ اعمال می‌شود. لذا قواعد پیشین، همچنان نسبت به داوری‌های مبتنی بر معاهدات منعقدہ قبل از این تاریخ، اعمال می‌شود مگر اینکه دولت‌ها یا طرفین اختلاف، صریحاً این قواعد را برگزینند.

به‌منظور تسهیل فرایند گزینش این قواعد، آنسیترال، تلاش بعدی خود را به تدوین عهدنامه‌ای معطوف داشت تا راهکاری مؤثر جهت اعمال قواعد شفافیت بر معاهدات موجود ارائه کند. این اقدام از سال ۲۰۱۳ شروع و در نهایت در سال ۲۰۱۴، منتهی به تصویب «عهدنامه سازمان ملل متحد راجع به شفافیت در داوری‌های مبتنی بر معاهده بین دولت و سرمایه‌گذار»<sup>۶</sup> شد. در جهت تبیین اهمیت این تحولات و ترغیب به استفاده از قواعد جدید شفافیت، این مقاله در صدد است تا ضمن مروری بر مفهوم شفافیت در داوری دولت با سرمایه‌گذار، الزامات و تشریفات مقرر در این سند را تشریح کرده و راهکارهای تشویق استفاده از این قواعد را در حل‌وفصل اختلافات آتی بررسی کند.

### ۱. محرمانگی یا آشکاربودن داوری سرمایه‌گذاری

نظر به اینکه چالش شفافیت در داوری‌های سرمایه‌گذاری را نمی‌توان جدای از چالش «محرمانگی»<sup>۷</sup> بحث کرد، در ابتدا اصل مسئله محرمانگی در داوری به‌طور خلاصه بررسی می‌شود تا ضرورت تلاش آنسیترال در جهت اعمال شفافیت در داوری‌های سرمایه‌گذاری نمایان‌تر شود. در خصوص محرمانگی داوری دو نظریه وجود دارد: عده‌ای بر این عقیده‌اند ویژگی داوری، خصوصی و بسته‌بودن آن است. این ویژگی موجب می‌شود تکلیف عمومی عدم افشا بر طرفین اختلاف و داورها تحمیل شود و آنان موظف باشند از ابراز و انتقال و انتشار اخبار داوری و اسناد تقدیمی و حتی رأی صادره خودداری کنند. دیگران معتقدند که اصل بر علنی‌بودن داوری تجاری است مگر آنکه به دلیل حساس‌بودن اطلاعات در داوری، طرفین با یکدیگر بر محرمانگی آن توافق کرده باشند.

کشورهایی چون امریکا و استرالیا بیشتر به آشکاربودن داوری تجاری تمایل دارند و قاعده‌ای به نام محرمانه‌بودن داوری تجاری را نپذیرفته‌اند مگر آنکه طرفین بر این امر توافق کرده باشند. این گروه، انتشار آرا و به‌طور کلی فرایند داوری را یکی از مهم‌ترین شرایط تشکیل و ایجاد رویه‌قضایی در داوری تجاری می‌دانند و از همین رو بر علنی‌بودن آن اصرار دارند.

رویه‌قضایی پاره‌ای از کشورها به‌جای بحث درباره محرمانه‌بودن داوری، قاعده‌ای به نام «تکلیف صداقت در داوری تجاری» را مطرح می‌کنند. در این خصوص می‌توان به رأی دادگاه

6. United Nations Convention on Transparency in Treaty-based Investor-State Arbitration (New York, 2014).

7. Confidentiality

تجدیدنظر سوئد مورخ ۳۰ مارس ۱۹۹۹ در مورد حکم دادگاه بدوی اشاره کرد که قاعده محرمانه بودن داور را امری مسلم تشخیص داده بود و تخلف از آن را سبب بطلان قرارداد و حکم داور اعلام کرده بود. دادگاه تجدیدنظر خاطرنشان کرده که قانون داور سوئد یا مقررات کمیسیون اقتصادی سازمان ملل برای اروپا، صراحتاً قاعده محرمانه بودن داور را وضع نکرده، ولی هیچ تردیدی وجود ندارد که قصد طرفین این بوده که داور را خصوصی نگه‌دارند و از نظارت اشخاص ثالث احتراز کنند. لذا طرفین اختلاف، هرچند از نظر قانون، مکلف نیستند محرمانه بودن جریان داور را حفظ کنند، موظفاند تکلیف صداقت را رعایت کنند. در پاره‌ای از شرایط، ممکن است افشای اطلاعات و اسناد مربوط به داور، نقض تکلیف صداقت تلقی شود.

در مقابل، پاره‌ای از کشورها و سازمان‌های بین‌المللی فعال در زمینه داور تجاری بین‌المللی، اصل را بر محرمانگی داور تجاری می‌دانند. از جمله آن‌ها، مقررات داور آسیترال، مصوب ۱۹۷۶ است که به موجب مفاد آن، اصل بر محرمانه بودن جلسه محاکمه و رسیدگی داور است به استثنای مواردی که توافق طرفین، علنی بودن را مقرر کند (بند ۴ ماده ۲۵). همچنین، اصل، عدم انتشار رأی داور است مگر اینکه طرفین به نحو دیگری توافق کنند (بند ۵ ماده ۳۲). ماده ۶ اساسنامه دیوان بین‌المللی داور اتاق بازرگانی بین‌المللی (آی.سی.سی.سی) نیز تصریح می‌کند: «کارهای دیوان جنبه محرمانه داشته و هر فردی که به نحوی در این کارها شرکت داشته باشد، ملزم به رعایت آن است. دیوان، شرایطی را که به موجب آن، افراد خارج می‌توانند در جلسات دیوان و کمیته‌های محدود آن حضور داشته یا به اسناد تقدیمی به دیوان یا دبیرخانه آن دسترسی داشته باشند مشخص خواهد کرد»<sup>۸</sup>. از میان کشورها نیز فرانسه و انگلستان در آرای قضایی متعددی که در این زمینه صادر کرده‌اند، بر محرمانه بودن داور صحه گذاشته‌اند.<sup>۹</sup>

ملاحظه می‌شود که محرمانه بودن یا افشای فرایند رسیدگی داور در تمامی کشورها مشابه با یکدیگر نیست. در واقع این موضوع به قانون مقرر داور بستگی دارد که آیا معتقد به

۸. دیگر اسناد و سازمان‌های بین‌المللی نیز که بر محرمانه بودن داور تأکید دارند عبارت‌اند از: «کنوانسیون واشنگتن، مورخ ۱۸ مارس ۱۹۶۵ راجع به تسویه اختلافات سرمایه‌گذاری بین کشورها و سرمایه‌گذار خارجی، ماده ۴۸ بند ۵. مقررات داور سازمان جهانی مالکیت معنوی (WIPO)، مورخ ۱۹۹۴ مواد ۷۳ تا ۷۶ حاوی مقررات بسیار گسترده‌ای در مورد محرمانه بودن است؛ مقررات داور اتاق بازرگانی و صنایع ژنو، مورخ ۱۹۹۲ (ماده ۴)؛ مقررات داور کمیسیون اقتصادی سازمان ملل متحد برای اروپا؛ مقررات داور تجاری انجمن داور تجاری ژاپن، مورخ ۱۹۹۷ ماده ۴۲ و مقررات داور DIS؛ مورخ ۱۹۹۸ (ماده ۴۲ و ۴۳) و مقررات داور LCIA، مورخ ۱۹۹۸ ماده ۳۰ و مقررات نمونه مربوط به انجمن وکلای دادگستری آمریکا (ABA) در ماده ۸ (هزینه‌های داور) محرمانه بودن داور را تصریح کرده‌اند». به نقل از: سیدحسین عنایت؛ «محرمانه یا آشکار بودن داور تجاری»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۷ و ۲۸، ص ۱۲۵، پاییز و زمستان ۱۳۷۸.

۹. برای مطالعه بیشتر و ملاحظه آرای که در این زمینه صادر شده است، ن.ک: عنایت؛ پیشین.

محرمانه‌بودن فرایند داوری است یا شفافیت آن.<sup>۱۰</sup>

اما در داوری سرمایه‌گذاری که بین دولت و سرمایه‌گذار خارجی است مسائلی وجود دارد که شفافیت و آشکاربودن داوری را توجیه می‌کند. در زیر به مهم‌ترین این موارد اشاره می‌شود تا زمینه‌ها و عللی که موجب شد آنسیترال، قواعد شفافیت در داوری سرمایه‌گذاری وضع کند، روشن شود. گفته می‌شود از مزایای شفافیت آن است که با انتشار آراء و اسناد و مدارک مربوط به داوری، رویه داوران و دیوان‌های داوری آشکار شده و این امر می‌تواند به قابل‌پیش‌بینی بودن نتیجه فرایند داوری کمک شایانی کند. بازرگانان همواره از غیرقابل‌پیش‌بینی بودن و ابهام‌گریزاند. علنی‌شدن رسیدگی‌ها و صدور آراء به‌نحو شفاف می‌تواند میزان زیادی از قابلیت پیش‌بینی و هماهنگی را تضمین کند. این امر نیز مشروعیت فرایند داوری‌ها را افزایش می‌دهد و احتمال اعتراض به آرای داوری را به حداقل می‌رساند زیرا در شرایط فعلی، اعتراض به آرای داوری و ابطال آن‌ها یکی از موانع مهم فراروی داوری است. علاوه بر آن، انتشار آراء، مردم را از اشتباه و اعمال خلاف قانون دیگران آگاه می‌کند و همین امر می‌تواند از بروز اختلافات در آینده پیشگیری نماید.<sup>۱۱</sup>

علاوه بر آن، ممکن است محرمانه‌بودن فرایند داوری، منجر به صدور آرای متعارض در خصوص موضوعات مشابه شود.<sup>۱۲</sup> ضمن آنکه انتشار آراء، اسناد و مدارک و علنی‌بودن جلسات استماع می‌تواند در آموزش داوران کم‌تجربه و جوان نقش داشته باشد. طرفین دعوا نیز می‌توانند از نحوه مدیریت و حل‌وفصل اختلاف توسط داوران آگاه شده و به هنگام انتخاب آنان از سوابق قبلی ایشان، حداکثر استفاده را بنمایند. شفاف‌بودن فرایند موجب می‌شود تا داوران، با دقت و حساسیت بیشتری به حل‌وفصل اختلاف و در نهایت، صدور رأی بپردازند زیرا در غیر این صورت، دیگر به‌عنوان داور انتخاب نخواهند شد. متخصصان و اشخاصی که در زمینه آموزش و یادگیری و ترویج داوری فعالیت می‌کنند با دسترسی آسان‌تر به رویه‌ها و آرای داوری، بهتر می‌توانند در این کار موفق باشند.<sup>۱۳</sup>

**10.** Belohlavek, Alexander J., "Confidentiality and Publicity in Investment Arbitration, Public Interest and Scope of Powers Vested in Arbitral Tribunals", *Czech Yearbook of International Law*, 2011, p. 28.

**11.** Hachez, Nicolas & Wouters, Jan, "International Investment Dispute Settlement in the 21<sup>st</sup> Century: Does the Preservation of the Public Interest Require an Alternative to the Arbitral Model?", *The Leuven Centre for Global Governance Studies*, Working Paper, No. 81 – February 2012, p. 5.

**12.** در این خصوص می‌توان به آرای متعدد مرکز ایکسید علیه دولت آرژانتین در فاصله سال‌های ۲۰۰۰ تا ۲۰۰۱ و به دنبال بحران مالی در این کشور اشاره کرد. در برخی از آرای این مرکز، استدلال آرژانتین مبنی بر موجه‌بودن اقدامات ضدبحران پذیرفته شد. ولی برخی دیگر، این اقدامات دولت آرژانتین را دلیلی موجه مبنی بر نقض معاهده سرمایه‌گذاری قلمداد نکردند. ن.ک:

*CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005; *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award 28 September 2007; *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007.

**13.** Gómez, Katia Fach, "Rethinking the Role of Amicus Curia in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorable for the Public Interest", *Fordham International Law Journal*, vol. 35, 2012, p. 528.

مهم‌تر از همه این است که اختلاف بین دولت و سرمایه‌گذار خارجی به بخش‌های مهم اقتصاد ملی ارتباط می‌یابد، یعنی بخش‌هایی که در صدد ارائه خدمتی به عموم مردم است همانند آب، برق، نفت و گاز، معدن، فاضلاب، حمل‌ونقل و ارتباطات و همچنین دربردارنده اختلاف‌نظر در خصوص اقدامات تنظیم‌کننده جهت حمایت از رفاه عمومی است، مثل اقدامات راجع به محیط‌زیست، سلامت، بهداشت و امور مالیاتی. در این‌گونه داورها منافع عمومی کاملاً نمایان و آشکار است. شایان ذکر اینکه شفافیت که نقطه مقابل محرمانگی است با خصوصی‌بودن آن متفاوت است. موضوع خصوصی‌بودن، مربوط به حقوق طرفین در ممانعت از ورود خارجی به جریان رسیدگی است ولی محرمانه‌بودن، مربوط به عدم افشای اسناد و اطلاعات یا واقعیاتی است که برای انجام داورى تهیه یا در جریان آن تحصیل می‌شود.<sup>۱۴</sup> در حقوق فرانسه و انگلیس و اغلب کشورهای نظام حقوقی کامن‌لا، محرمانه‌بودن داورى به‌طور جزئی یا کلی به رسمیت شناخته شده است. در فرانسه، محرمانه‌بودن داورى فقط مربوط به مشاوره داوران برای اتخاذ تصمیم است که به اصل محرمانه‌بودن داورى تسری پیدا نمی‌کند. تعدادی از حقوق‌دانان برجسته، داورى را محرمانه می‌دانند. در حقوق کشورهای دیگر مانند ایالات متحده آمریکا، سوئد و استرالیا، محرمانه‌بودن داورى مورد تردید و بحث است.<sup>۱۵</sup>

## ۲. مفهوم و ضرورت شفافیت در داورى سرمایه‌گذاری

شفافیت در مقابل پنهان و پنهان‌کاری به کار می‌رود. به عبارت ساده‌تر، هر چیزی که از دید عموم پنهان نباشد، معنای شفافیت را می‌رساند. در این خصوص، *امانوئل کانت* در عباراتی شفافیت را به‌عنوان آزمونی برای مشروعیت معرفی کرده است: «اعمالی که با حق دیگران ارتباط دارد اگر اصل پایه‌ای‌شان اجازه ندهد که در منظر عموم قرار گیرد، ضد حق و قانون است».<sup>۱۶</sup> *سازمان بین‌المللی شفافیت*<sup>۱۷</sup> در تعریف شفافیت گفته است: «شفافیت، اصلی است که افراد بتوانند از تصمیمات اداری، معاملات تجاری و امور خیریه‌ای که زندگی آن‌ها را تحت تأثیر قرار می‌دهد نه فقط از اصل موضوع، تعداد موضوع‌ها و از شیوه‌های تصمیم‌گیری آن‌ها مطلع شوند بلکه وظیفه و تکلیف مستخدمان دولتی و مدیران دولتی این است که رفتارشان، قابل مشاهده،

14. Buys, Cindy Galway, "The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration", *American Review of International Arbitration*, vol. 14, No. 121, 2003, p. 125.

15. خزاعی، حسین؛ «خصوصی و محرمانه‌بودن داورى در حقوق تجارت داخلی و بین‌المللی»، *فصلنامه حقوقی*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۸، ص ۱۱۰.

16. Chambers, Simone, "Behind Closed Doors: Publicity, Secrecy, and the Quality of Deliberation", *Journal of Political Philosophy*, vol. 12, Issue 4, December 2004, pp. 389-410.

17. سازمان بین‌المللی شفافیت در سال ۱۹۹۴ با هدف اشاعه اطلاعات و آگاهی برای مبارزه با فساد اداری، افزایش شفافیت در فعالیتهای مالی دولت شروع به فعالیت کرد. ن.ک: <http://www.transparency.org>

قابل پیش‌بینی و قابل درک باشد».<sup>۱۸</sup> البته شفافیت، خود هدف نیست بلکه ابزار و وسیله‌ای است برای تحقق حکمرانی خوب که از این طریق، مدیریت دولتی را پاسخگو نگه داشته و با نشر اطلاعات و عینی کردن اقدامات، باعث کاهش فساد در خدمات عمومی می‌گردد.<sup>۱۹</sup>

محصول اصل شفافیت، آزادی اطلاعات یا حق دسترسی به اطلاعات موجود در نهادها و مؤسسات عمومی است که مبنای آن را باید ماده ۱۹ اعلامیه جهانی حقوق بشر دانست که مقرر می‌دارد: «هر کس حق آزادی عقیده و بیان دارد و حق مزبور شامل آن است که از داشتن عقیده خود، بیم و اضطرابی نداشته باشد و در کسب اطلاعات و افکار و اخذ و انتشار آن به تمام وسایل ممکن و بدون ملاحظات مرزی آزاد باشد». این حق، پیش از آنکه زیربنای دموکراسی خوانده شود، یکی از حقوق بنیادین بشری است که ذیل حق بنیادین آزادی بیان قرار دارد و یکی از وجوه آن محسوب می‌شود. در ایران نیز به موجب «قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات»،<sup>۲۰</sup> مصوب ۱۳۸۸ مجمع تشخیص مصلحت نظام، این حق اساسی به رسمیت شناخته شده است.<sup>۲۱</sup>

در داوری‌های سرمایه‌گذاری، برخلاف داوری‌های تجاری، چه بسا محکوم به آرای صادره باید از جیب مردم و منافع اشخاص ثالث پرداخت شود. در واقع، علت وقوع اختلاف، حمایت از منافع مردم یا جمعیت یک منطقه یا شهری است که قرار است پروژه سرمایه‌گذاری برای آن‌ها خدمتی ارائه کند.<sup>۲۲</sup> به تعبیر دیگر، چون اختلاف در داوری‌های سرمایه‌گذاری بین یک دولت و سرمایه‌گذار خارجی است، برخلاف داوری تجاری که بین اشخاص خصوصی است، منافع عموم در این گونه داوری‌ها مطرح است و در صورت محکومیت دولت، محکوم به باید از خزانه که متعلق به همه مردم است پرداخت شود. در نتیجه، مسئله شفافیت و انتشار اطلاعات و در اختیار قرار دادن اسناد و مدارک به ذی‌نفعان و مردم ضرورت دارد.<sup>۲۳</sup>

۱۸. زندیه، حسن و حسن سالارسروری؛ «شفافیت اسنادی و حق دسترسی آزاد به اطلاعات»، فصلنامه گنجینه اسناد، سال بیست‌وسوم، دفتر اول، ص ۱۲۰، بهار ۱۳۹۲.

۱۹. ناعمه، حسن؛ «شفافیت و مبارزه با فساد در انعقاد قراردادهای اداری ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه شماره ۴، ۱۳۹۰، ص ۱۱.

۲۰. روزنامه رسمی، شماره ۱۸۹۱۵، مورخ ۱۳۸۸/۱۱/۱۴.

۲۱. به موجب ماده ۱۰ این قانون: «هریک از مؤسسات عمومی باید جز در مواردی که اطلاعات دارای طبقه‌بندی می‌باشد، در راستای نفع عمومی و حقوق شهروندی، دست‌کم به‌طور سالانه اطلاعات عمومی خود را ... با استفاده از امکانات رایانه‌ای و حتی الامکان در یک کتاب راهنما... منتشر سازد» و بر اساس ماده ۱۱ همان قانون: «مصوبه و تصمیمی که موجد حق یا تکلیف عمومی است قابل طبقه‌بندی به‌عنوان اسرار دولتی نمی‌باشد و انتشار آن‌ها الزامی خواهد بود».

22. Lorenzo Cotula, "Investment Treaties and Sustainable Development: Investor-State Arbitration", *IIED Briefing Papers*, May 2014, p. 3, available at: <http://pubs.iied.org/17241IIED>.

23. Teitelbaum, Ruth, "A Look at the Public Interest in Investment Arbitration: Is It Unique? What Should We Do about It?", *Berkeley Journal of International Law Publicist*, vol. 5, 2010, p. 55.

مقصود از منافع عموم، هر منفعت و موضوعی است که به نوع افراد بشر ارتباط پیدا می‌کند؛ همانند مسائل مربوط به محیط‌زیست و حقوق بشر.<sup>۲۴</sup> بدیهی است که تشخیص منافع عمومی موجود در اختلاف، بر عهده دیوان داوری است. برای مثال، در دعوی سوئز و یونیدی به طرفیت آرژانتین، دیوان داوری چنین اظهار عقیده کرد که «چون اختلاف، راجع به توزیع آب و فاضلاب شهر بوینوس آیرس است که مربوط به میلیون‌ها نفر جمعیت این شهر و اطراف آن می‌شود، مسئله واجد نفع عمومی بوده و از حساسیت زیادی برخوردار است».<sup>۲۵</sup>

لذا مفهوم شفافیت در ارتباط با اعمال و اقدامات دولت، معنا پیدا می‌کند، چرا که آن‌ها قاعده‌ساز هستند و تصمیمات آن‌ها مستقیماً با منافع مردم مربوط می‌شود. اعمال این اصل می‌تواند ضمن تحقق دموکراسی و حکمرانی خوب، با فساد مبارزه کرده و از آن پیشگیری کند و تا حدود زیادی به معقولیت در تصمیم‌گیری عمومی کمک کند. اهمیت این موضوع تا بدان حد است که سازمان‌ها و نهادهایی که چنین معیارهایی را رعایت نکنند به فساد متهم می‌شوند.

در معاهدات سرمایه‌گذاری، استفاده از اصطلاح «شفافیت» با اعمال این واژه در خصوص دولت‌ها متفاوت است. برخلاف دولت‌ها، دیوان‌های داوری، «قاعده‌ساز» نیستند. در واقع، نقش دیوان‌های داوری به‌نحو مضیقی به تفسیر و اعمال قراردادها، معاهدات، قوانین و اصول حقوقی بین طرفین محدود شده است. اما از آنجا که این دیوان‌ها به‌ویژه در داوری‌های سرمایه‌گذاری که دربردارنده نفع عمومی مردم هستند با اتخاذ تصمیم و صدور رأی می‌توانند قاعده‌سازی و در نهایت، وضع قانون کنند، اعمال این اصل توسط این نهادها نیز باید از همان اهمیت اقدامات دولت‌ها برخوردار باشد. اما از آنجا که آرایه‌ای که دیوان‌های داوری صادر می‌کنند، همانند قوانین به‌خودی‌خود لازم‌الاجرا نیست و از طرف دیگر، این مراجع، نمایندگان یا قانونگذاران سیاسی هم نیستند، باید رویکردی محتاطانه در این خصوص اتخاذ شود.<sup>۲۶</sup>

بسیاری از دولت‌ها در قراردادهای سرمایه‌گذاری با سرمایه‌گذار، به وی پیشنهاد می‌کنند تا اختلافات ناشی از آن معاهده را به داوری و بر طبق قواعد تشریفاتی مشخص ارجاع دهند. دولت‌ها معمولاً مجموعه‌ای از قواعد را به سرمایه‌گذاران پیشنهاد می‌کنند که از جمله این قواعد، قواعد داوری آستیرال،<sup>۲۷</sup> آیین رسیدگی داوری مرکز بین‌المللی حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید)<sup>۲۸</sup> یا

24. Choudhury, Barnali, "Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41, 2008, p. 791.

25. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19 - Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as *Amicus Curiae* of May 19, 2005, para. 19.

26. Adeleke, Fola, "Investor-State Arbitration and the Public Interest Regulation Theory", *Fourth Biennial Global Conference, World Trade Institute, University of Bern*, July 10 - 12, 2014, p. 5.

27. UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010).

28. Rules of Procedure for Arbitration of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).



قواعد تسهیلات اضافی ایکسید،<sup>۲۹</sup> قواعد داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی (آی.سی.سی) یا دیگر قواعد داوری همانند قواعد داوری اتاق بازرگانی استکهلم<sup>۳۱</sup> است. حتی برخی از دولت‌ها از این هم فراتر رفته و چنین مقرر می‌دارند که در چارچوب اختلافات ناشی از معاهده، سرمایه‌گذار و دولت می‌توانند خود قواعد قابل اعمال بر اختلاف را انتخاب کرده یا مقررات قواعد آنسیترال یا دیگر قواعد داوری را که انتخاب کرده‌اند، اصلاح کرده و تغییر دهند.

از مجموعه قواعدی که دولت پیشنهاد می‌کند، سرمایه‌گذار مختار است تا قواعد مشخصی را به‌عنوان قانون حاکم انتخاب کند. در برخی موارد و بسته به زبان معاهده، قواعد حاکم و قانون داخلی مربوطه، ممکن است سرمایه‌گذار و دولت، این اختیار را داشته باشند تا نسبت به اصلاح یا تکمیل تمام یا برخی از قواعد منتخب اقدام کنند و دیوان داوری نیز عموماً اختیار دارد که قواعد شکلی را که در قواعد منتخب طرفین پیش‌بینی نشده است تعیین کند.

این سازکار، هدف آنسیترال مبنی بر تضمین شفافیت در داوری دولت با سرمایه‌گذار را پیچیده کرده بود. دلیل این پیچیدگی دو مسئله بود. نخست، به دلیل آنکه سرمایه‌گذار مختار بود تا از میان مجموعه قواعد پیشنهادی، حتی اگر یکی از این قواعد، افشای اطلاعات مرتبط با رسیدگی‌ها را مطرح می‌کرد، یکی دیگر از آن قواعد را انتخاب کند. دوم اینکه اگر قانون حاکم، شفافیت را الزامی یا مجاز می‌دانست، طرفین اختلاف، عموماً می‌توانستند آن قواعد را اصلاح کرده یا به‌گونه‌ای آن را به کار گیرند که افشای اطلاعات را محدود کند. در نتیجه تنها سه رویکرد وجود داشت که وجود شفافیت در اختلافات میان سرمایه‌گذار با دولت را تضمین می‌کرد. نخستین رویکرد که البته با استقبال زیادی روبه‌رو شده بود آن بود که دولت به‌طور مستقیم در معاهدات سرمایه‌گذاری، شفافیت را الزامی کند. دومین رویکرد، آن بود که دولت میزبان به سرمایه‌گذار خارجی تنها پیشنهاد ارجاع اختلاف به داوری بر اساس قواعدی بدهد که در آن قواعد، رعایت شفافیت الزامی باشد. این رویکرد تا تصویب قواعد شفافیت، تنها در حد نظریه مانده بود و هیچ‌کدام از قواعد داوری، شفافیت را در رسیدگی‌های داوری الزامی ندانسته‌اند. رویکرد سوم، انعقاد معاهده‌ای جدید به‌منظور تکمیل یا جایگزین شدن با معاهدات سرمایه‌گذاری موجود و الزام به رعایت شفافیت در داوری است که به‌موجب قواعد شفافیت آنسیترال و متعاقب آن در «عهدنامه سازمان ملل متحد راجع به شفافیت در داوری‌های مبتنی بر معاهده بین دولت و سرمایه‌گذار، مصوب ۲۰۱۴» محقق شد.<sup>۳۲</sup>

29. ICSID's Additional Facility

30. Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce (ICC)

31. Arbitration Rules of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC)

32. Johnson, Lise, "New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps", *International Institute for Sustainable Development*, 2013, p. 5.

### ۳. وضعیت شفافیت در داوری قبل از تصویب قواعد جدید

تا پیش از قواعد شفافیت، هیچ‌یک از قواعد داوری، شفافیت را در فرایند رسیدگی داوری سرمایه‌گذار با دولت، الزامی نمی‌دانست. البته این بدان معنا نبود که نقطه مقابل شفافیت یعنی محرمانگی در داوری الزامی شده بود. به‌منظور درک بهتر اهمیت قواعد شفافیت آنسیترال، شایسته است تا نحوه برخورد مجموعه قواعد داوری‌های بین‌المللی در خصوص موضوعات شفافیت و محرمانگی بررسی شود.

«قواعد ایکسید راجع به آیین رسیدگی‌های داوری»، موسوم به «قواعد داوری ایکسید»<sup>۳۳</sup> تنها قواعد داوری است که به‌طور انحصاری نسبت به اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری میان سرمایه‌گذاران و دولت‌ها اعمال می‌شود. اگرچه این قواعد، بیشتر ناظر بر اختلافات تجاری است، نظام ایکسید به روش‌های مختلفی، خود را از دیگر راهکارها از جمله در ارتباط با مسئله شفافیت، متمایز می‌کند. به‌طور خاص، مقررات اداری و مالی ایکسید چنین مقرر می‌دارد که دبیرکل ایکسید باید اطلاعاتی را در خصوص تمامی اطلاعات مهم مرتبط با مؤسسه، اقدامات و ترتیب رسیدگی، از جمله روش تشکیل و عضویت در دیوان و کمیته منتشر کند. همچنین دبیرکل باید اطلاعات مهم مرتبط با رأی، شامل هرگونه درخواست تکمیل، تصویب، تفسیر، اصلاح یا نقض و همچنین اجرای آن را در جریان داوری ثبت کند.

ماده (۳ و ۴) ۴۸ قواعد داوری ایکسید<sup>۳۴</sup> و ماده (۳) ۵۳ قواعد تسهیلات اضافی<sup>۳۵</sup> این مرکز به دبیرکل الزام می‌کند تا با موافقت طرفین اختلاف، رأی داوری را منتشر کند و در صورت عدم توافق طرفین نسبت به انتشار رأی، ایکسید این مرکز را ملزم می‌کند تا سریعاً خلاصه‌ای از استدلالات حقوقی دیوان داوری را در مجموعه انتشارات خود چاپ کند.

موافقت‌نامه تجارت آزاد امریکای شمالی (نفتا)<sup>۳۶</sup>، دیگر سندی است که به این موضوع پرداخته است. بخش یازدهم این موافقت‌نامه، طی مواد مختلفی به موضوع انتشار اسناد و دردسترس قراردادن اطلاعات به عموم اختصاص یافته است. به‌موجب ماده ۱۱۳۷، دولت عضو

33. ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules)

این قواعد توسط شورای اداری ایکسید (Administrative Council) و به‌موجب ماده (۱) ۶ (ج) کنوانسیون واشنگتن ۱۹۶۵ تصویب شده است.

34. Rule 48: (3); The Secretary-General shall, upon request, make available to a party additional certified copies of the award. (4): The Centre shall not publish the award without the consent of the parties. The Centre shall, however, promptly include in its publications excerpts of the legal reasoning of the Tribunal.

35. Art. 53(3): Except to the extent required for any registration or filing of the award by the Secretary-General under paragraph (1) of this Article, the Secretariat shall not publish the award without the consent of the parties. The Secretariat shall, however, promptly include in the publications of the Centre excerpts of the legal reasoning of the Tribunal.

36. North American Free Trade Agreement (NAFTA)

(برای مثال، کانادا) حق دارد تا رأی داوری صادره را منتشر کند.<sup>۳۷</sup> بنابراین ملاحظه می‌شود که صرف‌نظر از قواعد داوری ایکسید و نفتا، قواعدی که در داوری‌های میان دولت با سرمایه‌گذار به کار می‌رود از جمله قواعد داوری آنسیترال، آن‌گونه که باید، بر روابط قراردادی طرفین اعمال نشده است. از این فراتر، تدوین‌کنندگان این قواعد، مقررهای را که شفافیت را الزامی بدارد در این قواعد نگنجانده و از آن غافل بوده‌اند. این امر موجبات توسعه و گسترش حقوق بین‌الملل را تسهیل کرده و مهم‌تر از همه موجب شده به حقوق مردم و منافع عمومی موجود در این اختلافات توجه شود.

در واقع، بسیاری از قواعد داوری در معاهدات سرمایه‌گذاری، اساساً در خصوص موضوع شفافیت ساکت بود، اعم از اینکه محرمانگی را الزامی بداند یا به شفافیت توجه کند. این قواعد، آزادی عمل قابل توجهی را به طرفین اختلاف در خصوص میزان صداقت و شفافیت در رسیدگی‌ها اعطا کرده‌اند. اگر محدودیت‌هایی هم نسبت به افشای اطلاعات وجود دارد، ابتدائاً به داوران و مؤسسات داوری و نه به طرفین اختلاف تحمیل می‌شود. در نتیجه، در صورتی که حداقل یکی از طرفین اختلاف، خواستار شفافیت در داوری بوده یا دیوان داوری صریحاً محرمانگی را الزامی ندانسته باشد، داوری‌هایی که به موجب این قواعد برگزار می‌شود می‌تواند تا حدود زیادی شفاف باشد.

قواعد داوری اتاق بازرگانی استکهلم، آی.سی.سی.سی، ایکسید یا آنسیترال که در بازه زمانی سال‌های ۱۹۷۰ تا ۲۰۱۰ تدوین شده است، طرفین اختلاف را از افشای یک‌طرفه اطلاعات، بازنمی‌دارد. این قواعد همچنین طرفین اختلاف را از انتشار ابلاغ‌نامه داوری، دفاعیات یا جزئیات دعوا ممنوع نمی‌کند. برای مثال، ماده (۳) ۲۲ قواعد داوری آی.سی.سی.سی بیان می‌دارد: «بنا به درخواست هریک از طرفین، دیوان داوری می‌تواند تصمیماتی را در ارتباط با محرمانگی جلسات داوری اتخاذ کرده ... و اقداماتی را برای حفاظت از اسرار تجاری و اطلاعات محرمانه انجام دهد».<sup>۳۸</sup> بنابراین تعدادی از اسناد مربوط به داوری که در ابتدا و در جریان رسیدگی‌ها ایجاد می‌شود برای عموم، قابل دسترسی است.

قواعد داوری استکهلم، آی.سی.سی.سی و ایکسید، صریحاً اصحاب دعوا را از افشای یک‌طرفه دستورها، تصمیم‌ها و آرای داوری منع نکرده‌اند. در این خصوص، قواعد داوری آنسیترال، مصوب ۱۹۷۶ سختگیرانه برخورد کرده و در ماده (۵) ۳۲ مقرر داشته است: «رأی داوری تنها با رضایت هر دو طرف می‌تواند در دسترس عموم قرار گیرد».<sup>۳۹</sup> به موجب این مقرره، دولت می‌تواند موافقت سرمایه‌گذار

37. United Nations Commission on International Trade Law, Working Group II (Arbitration and Conciliation), Fifty-fourth Session, New York, 7-11 February 2011, A/CN.9/WG.II/WP.163, pp. 5-6.

38. Article 22(3): "Upon the request of any party, the arbitral tribunal may make orders concerning the confidentiality of the arbitration proceedings ... and may take measures for protecting trade secrets and confidential information."

39. The award may be made public only with the consent of both parties.

نسبت به انتشار آرا را تحصیل کرده یا بالعکس، ممکن است سرمایه‌گذار، موافقت دولت نسبت به این موضوع را اخذ کند. قواعد داوری آنسیترال ۲۰۱۰ با انعطاف بیشتری در ماده (۵) ۳۴ بیان داشته است که «رأی داوری با رضایت تمامی طرفین یا در مواردی که افشای اطلاعات توسط طرفین به موجب وظیفه قانونی، یا در جهت حمایت یا تعقیب حق قانونی یا در ارتباط با رسیدگی‌های قانونی نزد دادگاه یا دیگر مقام صالح الزامی است، در دسترس عموم قرار می‌گیرد».<sup>۴۰</sup> بنابراین همانند قواعد داوری ۱۹۷۶، قواعد ۲۰۱۰ نیز رضایت طرفین اختلاف را برای افشای رأی لازم می‌داند.

قواعد داوری، جلسات استماع را نیز همانند جلسات رسیدگی عموماً از اینکه در دسترس عموم قرار گیرد با محدودیت مواجه کرده است. قواعد داوری ایکساید، آنسیترال (۲۰۱۰ و ۱۹۷۶)، آی.سی.سی و اتاق بازرگانی استکهلم، همگی چنین مقرر داشته‌اند که رضایت هر دو طرف اختلاف برای علنی‌بودن جلسات استماع نسبت به اشخاص غیرمرتبط در رسیدگی‌ها الزامی است. علاوه بر این، در اختلافات معاهده‌محور میان سرمایه‌گذار با دولت، جلسات استماع در صورتی علنی است که در معاهده به این موضوع اشاره شده باشد.

در حقوق ایران، قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، در خصوص محرمانه‌بودن داوری ساکت بوده و تنها در ماده ۴۷۷ مقرر شده است که داوران در رسیدگی و رأی، تابع مقررات آیین دادرسی نیستند. با توجه به اینکه یکی از اصول دادرسی، علنی‌بودن جلسات رسیدگی دادگاه‌هاست (مگر در مواردی که علنی‌بودن جلسه، مخل انتظامات عمومی یا مخالف اخلاق حسنه باشد که در این صورت، دادگاه می‌تواند... قرار غیرعلنی‌بودن جلسه را بدهد) داوری مقید به رعایت علنی‌بودن محاکمات نیست. در نتیجه، اگر روش و آیین داوری مقید به رعایت علنی‌بودن دادرسی، قبلاً در قرارداد ارجاع به داوری پیش‌بینی نشده باشد یا بعداً با توافق طرفین تعیین نشده باشد، مطابق با ضوابط موردنظر هیئت داوری خواهد بود و قرارهای صادرشده از هیئت داوری در این زمینه، لازم‌الاتباع است. ممکن است تصمیم هیئت داوری در مورد محرمانه‌ماندن داوری به تبع درخواست یکی از طرفین اختلاف باشد یا خود رأساً چنین قراری صادر کند. چنین قراری باید با توجه به موضوع اختلاف و لزوم حفظ اسرار شخصی خانوادگی، شغلی و مجموع شرایط و جهات مربوط به پرونده، آن‌هم در جهت فعل خصومت و تسهیل در رفع نزاع متداعیین باشد. بنابراین چنانچه داوران، طرفین دعوا را از انتشار اسناد و مدارک داوری که برای یک طرف زیان‌آور است یا از پخش اخبار داوری برای مدتی منع کنند، این تصمیم لازم‌الاتباع است. در قانون داوری تجاری بین‌المللی نیز در این خصوص مطلبی دیده نمی‌شود. البته عبارت پایانی اصل ۱۶۵ قانون اساسی این اجازه را می‌دهد تا «... در دعاوی خصوصی

40. "An award may be made public with the consent of all parties or where and to the extent disclosure is required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right or in relation to legal proceedings before a court or other competent authority".

طرفین دعوا تقاضا کنند که محاکمه علنی نباشد».

بنابراین، صرف‌نظر از محدودیت‌های نسبتاً گسترده‌ای که در خصوص دسترسی به جلسات استماع وجود دارد و محدودیت‌های قواعد داوری آنسیترال در خصوص افشای آرا، قواعدی که در داوری‌ها میان سرمایه‌گذار با دولت اعمال می‌شود، این امکان را برای عموم فراهم می‌کند تا به اطلاعات دسترسی پیدا کنند و تنها قواعد داوری ایکسید، حداقلی از افشا را الزامی دانسته است. ملاحظه می‌شود که قواعد شفافیت، تجربه نخست و معیار تمام‌عیار شفافیت در داوری نبوده، بلکه تنها تغییر جهت به ایجاد و تثبیت اماره مهم شفافیت به‌جای اماره محرمانگی و حریم خصوصی در داوری‌های معاهده‌محور میان دولت با سرمایه‌گذار به حساب می‌آید. آنچه در این خصوص اهمیت دارد آن است که این قواعد، آن فرایند و چارچوب شکلی و سازمانی را که طی آن، شفافیت به‌نحو آشکار و همسو با رویه‌ها تضمین می‌شود ارائه می‌دهد.<sup>۴۱</sup>

#### ۴. قواعد شفافیت آنسیترال

حال که زمینه‌های لازم برای لزوم وجود شفافیت و پیشینه بحث‌های مرتبط با ضرورت تصویب قواعد شفافیت مورد بحث قرار گرفت، به بررسی مفاد این سند پرداخته می‌شود. قواعد شفافیت که از ابتدا تا انتهای اختلاف، در صدد تضمین شفافیت در داوری‌های سرمایه‌گذاری است، دربردارنده سه ماده در خصوص افشای اطلاعات است (مواد ۲، ۳ و ۶)؛ دو ماده آن، ناظر به مداخله شخص ثالث، غیر از طرفین اختلاف است (مواد ۴ و ۵)؛ یک ماده به بیان استثنائات مربوط به الزام به افشا پرداخته است (ماده ۷) و ماده‌ای هم به مدیریت فرایند افشا از طریق پیش‌بینی مقامی امین اختصاص یافته است (ماده ۸). در زیر، هریک از این مباحث، طی بندهایی جداگانه بررسی خواهد شد.

#### ۴-۱. دامنه و قلمرو اعمال

آنسیترال، هم‌زمان با تدوین قواعد شفافیت، بندی را به ماده ۱ قواعد داوری آنسیترال اضافه کرد که قواعد شفافیت را جزء جدایی‌ناپذیر این قواعد قرار می‌دهد. به‌موجب بند ۴ ماده ۱: «در داوری سرمایه‌گذار - دولت که برحسب معاهده حمایت از سرمایه‌گذاری‌ها یا سرمایه‌گذاران شروع شده است، این قواعد دربردارنده قواعد شفافیت آنسیترال در داوری معاهده‌محور دولت - سرمایه‌گذار (قواعد شفافیت) البته با لحاظ ماده ۱ قواعد شفافیت است».

بررسی مذاکرات کارگروه، حاکی از آن است که در خصوص این موضوع که نوع و قالب این قواعد به شکل سند راهنما یا سند تغییرناپذیر یا بخش وابسته به قواعد داوری آنسیترال باشد، بحث

41. Johnson, Lise, *op. cit.*, p. 7.

صورت گرفته است تا اینکه در نهایت، آنسیترال به این نتیجه رسید که این مقررات هم به شکل قواعد تدوین شده و جزئی از قواعد آنسیترال به شمار آید.<sup>۴۲</sup> بنابراین، ماده ۱ که قلمرو شمول و روش اعمال قواعد شفافیت را بر اختلافات دولت - سرمایه‌گذار تعیین می‌کند، در حال حاضر، بخش اصلی و کامل‌کننده قواعد داوری آنسیترال است که در سال ۲۰۱۳ اصلاح شده است. این اصلاحیه صریحاً به استفاده‌کنندگان از قواعد داوری آنسیترال خاطر نشان می‌کند که در داوری‌های معاهده‌محور سرمایه‌گذار - دولت، این قواعد کلی داوری، دربردارنده قواعد شفافیت نیز هست. علاوه بر آن، قواعد شفافیت در ماده (۱۹) بیان داشته است: سرمایه‌گذاران، دولت‌ها و مؤسسات داوری که بر اساس دیگر قواعد داوری (غیر از قواعد داوری آنسیترال) اقدام به برگزاری داوری میان سرمایه‌گذار و دولت می‌کنند، می‌توانند این قواعد را پذیرفته و آن را به کار گیرند.

### الف. قابلیت اعمال

به‌موجب ماده (۱) الف، در اختلافات سرمایه‌گذار - دولت (ب) که ناشی از معاهداتی باشد (ج) که پس از لازم‌الاجرا شدن قواعد شفافیت منعقد شده‌اند (د) و اختلافاتی که بر اساس قواعد داوری آنسیترال حل و فصل می‌شوند، این قواعد اعمال می‌شود. در صورت وجود هر چهار شرط فوق، ارجاع به قواعد داوری آنسیترال در معاهده اصلی، دربردارنده قواعد شفافیت نیز هست.

بند ۱ ماده ۱ در این خصوص بیان می‌دارد: «قواعد آنسیترال در خصوص شفافیت در داوری معاهده‌محور سرمایه‌گذار - دولت («قواعد شفافیت») بر داوری میان سرمایه‌گذار با دولت که به‌موجب قواعد داوری آنسیترال و مبتنی بر معاهده‌ای که در حمایت از سرمایه‌گذاری‌ها یا سرمایه‌گذاران («معاهده») در تاریخ ۱ آوریل ۲۰۱۴ یا پس از آن منعقد شده است، شروع شده، اعمال می‌شود مگر آنکه طرفین معاهده به غیر آن توافق کرده باشند».

با وجود این، دولت‌های متعاهد می‌توانند نسبت به اصلاح این قاعده تکمیلی با یکدیگر توافق کنند. ممکن است آن‌ها صریحاً اعمال قواعد شفافیت را استثنا کرده یا چنین مقرر بدانند که قواعد داوری آنسیترال ۱۹۷۶ (اصلاحی ۲۰۱۰)، قواعد داوری حاکم است. همچنین اگر معاهده سرمایه‌گذاری پس از پذیرش قواعد شفافیت یعنی ژوئیه ۲۰۱۳ اما قبل از لازم‌الاجرا شدن آن یعنی اول آوریل ۲۰۱۴ منعقد شده باشد، قواعد شفافیت به صورت خودکار اعمال نمی‌شود.

محدودیت این قاعده، ناظر به معاهداتی است که قبل از اول آوریل ۲۰۱۴ منعقد شده است. در خصوص اختلافات ناشی از این معاهدات، قواعد شفافیت در صورتی نسبت به آن‌ها اعمال می‌شود که (الف) طرفین اختلاف در هر زمان نسبت به اعمال این قواعد، یا (ب) دولت‌های

42. United Nations Commission on International Trade Law, Working Group II (Arbitration and Conciliation), Forty-Fifth Session, New York, 25 June - 6 July 2012, A/CN.9/741, p. 6.

متعاقد نسبت به اعمال آن موافقت کنند. بند ۲ ماده ۱ در این خصوص اشعار می‌دارد: «در داوری‌های سرمایه‌گذار - دولت که به موجب قواعد داوری آنسیترال و برحسب معاهده‌ای شروع شده است که قبل از ۱ آوریل ۲۰۱۴ منعقد شده است، این قواعد تنها زمانی اعمال می‌شود که: (الف) طرفین داوری («طرفین اختلاف») نسبت به اعمال این قواعد بر داوری‌شان توافق کنند یا (ب) طرفین معاهده یا درمورد معاهده چندجانبه، دولت خواهان و دولت خوانده، با اعمال این قواعد پس از تاریخ ۱ آوریل ۲۰۱۴ توافق کنند».<sup>۴۳</sup>

البته طرفین اختلاف در صورتی می‌توانند نسبت به اعمال قواعد شفافیت با یکدیگر توافق کنند که معاهده اصلی این اختیار را به آن‌ها داده باشد. این موضوع می‌تواند مستقیماً با اجازه صریح مبنی بر انتخاب، اصلاح یا تکمیل قواعد داوری یا به‌طور مستقیم از طریق ارجاع به مجموعه قواعد داوری صورت گیرد که به‌نحو مشابهی به طرفین اختلاف اجازه می‌دهد تا قانون حاکم را اصلاح کرده یا تغییر دهند. دولت‌های متعاقد نیز باید رضایت صریح و آشکار خود را نسبت به اعمال قواعد شفافیت ابراز نمایند.

ماده ۱(۲) در خصوص نوع «موافقت‌نامه» ساکت است و تنها به ابراز رضایت آن‌ها اشاره می‌کند. بنابراین ممکن است دولت‌ها از طریق معاهده، بیانیه مشترک،<sup>۴۴</sup> ابراز رضایت یک‌طرفه یا دیگر روش‌هایی که بیانگر موافقت با این موضوع است، رضایت خود را اعلام کنند.

همان‌گونه که بارها در متن خود قواعد تکرار شده است، این قواعد، تنها بر داوری اختلافات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری اعمال می‌شود. لذا اختلافات تجاری ناشی از قراردادهای منعقد میان دولت با سرمایه‌گذار را دربر نمی‌گیرد. شایان ذکر است که اگرچه متخصصان، اغلب «داوری سرمایه‌گذاری» را درمورد داوری اختلافات اقتصادی میان حاکمیت و اتباع بیگانه به کار می‌برند و به‌نحو گسترده‌ای از واژه «اختلافات سرمایه‌گذاری»<sup>۴۵</sup> در برابر «اختلافات تجاری»<sup>۴۶</sup> استفاده می‌کنند، این تمایز، چندان راهگشا نبوده و می‌تواند گمراه‌کننده باشد زیرا بسیاری از سرمایه‌گذاری‌ها در اساس، یک معامله تجاری به حساب می‌آیند و بسیاری از اختلافات سرمایه‌گذاری تا حدودی دربردارنده عناصر تجاری، اقتصادی و کسب‌وکار است. در مقابل، بسیاری از اختلافات تجاری نیز از سرمایه‌گذاری‌ها ناشی می‌شود. بنابراین داوری سرمایه‌گذاری

43. In investor-State arbitrations initiated under the UNCITRAL Arbitration Rules pursuant to a treaty concluded before 1 April 2014, these Rules shall apply only when: (a) The parties to an arbitration (the “disputing parties”) agree to their application in respect of that arbitration; or (b) The Parties to the treaty or, in the case of a multilateral treaty, the State of the claimant and the respondent State, have agreed after 1 April 2014 to their application.

44. Joint Statement

45. Investment Dispute

46. Commercial Dispute

نباید به‌عنوان قالبی متفاوت از دیگر قالب‌های داوری تجاری یا اقتصادی در نظر گرفته شود.<sup>۴۷</sup> از منظر قواعد شفافیت، اصطلاح «معاهده» که به‌نحو موسعی تفسیر می‌شود، دربردارنده هرگونه معاهده دو یا چندجانبه‌ای است که متضمن حمایت از سرمایه‌گذاری یا سرمایه‌گذاران و حق سرمایه‌گذاران در توسل به داوری علیه طرفین متعاقد است. این اصطلاح همچنین می‌تواند هرگونه معاهده‌ای را که از آن به موافقت‌نامه تجارت آزاد،<sup>۴۸</sup> موافقت‌نامه یکپارچگی اقتصادی،<sup>۴۹</sup> چارچوب تجارت و سرمایه‌گذاری،<sup>۵۰</sup> موافقت‌نامه همکاری<sup>۵۱</sup> یا معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه یاد می‌شود دربرگیرد. سازمان یکپارچه اقتصادی منطقه‌ای، اتحادیه اروپا یا هنگ‌کنگ نیز داخل در مفهوم «طرف معاهده» هستند.

یکی از موضوعات جالب و بحث‌برانگیز، قابلیت اعمال این قواعد نسبت به معاهداتی است که قبل از لازم‌الاجرا شدن این قواعد منعقد شده ولی پس از لازم‌الاجرا شدن آن تمدید می‌شود. آیا این دسته از معاهدات، مشمول بند ۱ ماده ۱ هست یا داخل در بند ۲ همان ماده قرار می‌گیرد؟ فرض بر این است که دولت متعاقد از قواعد شفافیت اطلاع داشته و با ارجاع و انتخاب قواعد داوری آنسیترال، آن را پذیرفته است مگر اینکه به هنگام تمدید معاهده، آن را کنار گذارده و انتخاب نکند.

### ب. انصراف یا اصلاح قواعد شفافیت

ماده (۳) به موضوع کنارگذاردن یا اصلاح قواعد شفافیت می‌پردازد. ماده (۳) الف)، توانایی طرفین اختلاف مبنی بر توافق بر کنارگذاردن و اعراض از قواعد شفافیت را محدود می‌کند. به‌موجب این مقرره: «طرفین اختلاف نمی‌توانند با توافق یا هر وسیله دیگری این قواعد را نادیده بگیرند مگر اینکه به‌موجب معاهده، چنین امری مجاز شمرده شده باشد». فلسفه وضع این مقرره از این واقعیت سرچشمه می‌گیرد که هم دولت میزبان و هم عموم مردم نسبت به موضوع شفافیت ذی‌نفع بوده و با مجاز دانستن طرفین اختلاف به خودداری از افشای اطلاعات، حقوق آن‌ها و نفع عمومی مندرج در آن‌ها تضعیف شده و نادیده گرفته می‌شود. اگرچه ماده (۳) الف) هرگونه اختیار طرفین نسبت به کنارگذاردن این قواعد را از بین می‌برد، ماده (۳) ب) با کمی انعطاف، این اختیار را به دیوان داوری می‌دهد تا در شرایط ضروری و استثنائی، از الزامات این قواعد چشم‌پوشی کند. به‌موجب این بند: «دیوان داوری باید در کنار اختیار تامی که در برخی مفاد این قواعد به وی اعطا شده است، قادر باشد تا الزامات مربوط به هر مقرره خاص این قواعد

47. Sabater, Aníbal, "Towards Transparency in Arbitration (A Cautious Approach)", *Berkeley Journal of International Law Publicit*, vol. 5, 2010, p. 2.

48. Free Trade Agreement

49. Economic Integration Organization

50. Trade and Investment Framework

51. Cooperation Agreement



را با اوضاع و احوال ویژه هر دعوا، تعدیل کرده و پس از مشورت با طرفین اختلاف، اگر این تعدیل ضروری باشد نسبت به برگزاری داوری به روشی خاص و البته مطابق با اهداف شفافیت این قواعد اقدام کند.<sup>۵۲</sup> در اعمال این صلاحیت، دیوان داوری باید به دو مورد توجه داشته باشد: نخست، توجه به نفع عمومی موجود در داوری سرمایه‌گذار با دولت؛ دوم، نفع طرفین اختلاف در حل و فصل «منصفانه و مؤثر» اختلاف. بنابراین دیوان داوری باید به تمامی جوانب امر توجه کند و به بهانه کنارگذاشتن شفافیت، در صدد تضییع منافع عمومی یا طرفین اختلاف بر نیاید.

در ماده (۵) نیز به بی‌اثر بودن این قواعد نسبت به اختیاراتی که مرجع داوری ممکن است به موجب قواعد داوری آنسیترال و در جهت بهبود شفافیت داشته باشد اشاره می‌کند.<sup>۵۳</sup> بر طبق این بند، داوری‌هایی که تحت قواعد آنسیترال ولی بدون قواعد شفافیت برگزار می‌شود، نباید متضمن این معنا باشد که رسیدگی‌ها باید محرمانه انجام پذیرد. بنابراین، آن میزان از شفافیت که توسط قواعد داوری آنسیترال (۲۰۱۰ یا ۱۹۷۶) مقرر شده است، با فرض عدم اعمال قواعد شفافیت، کاهش نمی‌یابد.

ماده (۶) هم اختیار دولت‌ها در کنارگذاشتن قواعد شفافیت را محدود می‌کند. این ماده با هدف برقراری موازنه نسبت به استثنائات مندرج در ماده ۷ همین قواعد در این قواعد گنجانده شده است. به موجب ماده ۷ دولت می‌تواند با تمسک به قانون داخلی و با این استدلال که افشای آن‌ها مغایر منافع اساسی امنیتی آن دولت است از ارائه آن‌ها خودداری کند. در این ماده آمده است: «مرجع داوری باید در اداره داوری، در برابر هرگونه اقدام یا عمل دیگری که احیاناً اهداف شفافیت این قواعد را کاملاً تضعیف می‌کند، باید اطمینان حاصل کند که ارجحیت با اهداف شفافیت در داوری است.»

### ج. سلسله‌مراتب قواعد

بندهای ۷ و ۸ ماده ۱، جایگاه قواعد شفافیت در سلسله‌مراتب قواعد حقوقی را مشخص کرده است. به موجب ماده (۷) ۱، چنانچه میان قواعد شفافیت و قواعد داوری قابل اجرا تعارضی وجود داشته باشد، اولویت با قواعد شفافیت است. برای مثال، حتی در صورتی که قانون حاکم، به طرفین اختلاف این اجازه را داده باشد تا با توافق، قانون حاکم بر اختلاف را (برای مثال از طریق بند

52. Article 1 (3) (b): The arbitral tribunal shall have the power, besides its discretionary authority under certain provisions of these Rules, to adapt the requirements of any specific provision of these Rules to the particular circumstances of the case, after consultation with the disputing parties, if such adaptation is necessary to conduct the arbitration in a practical manner and is consistent with the transparency objective of these Rules.

۵۳. «این قواعد بر اختیاراتی که ممکن است مرجع داوری، تحت قواعد داوری آنسیترال برای انجام داوری به شیوه‌ای که به بهبود شفافیت بینجامد داشته باشد، مانند اختیار پذیرش لوایح از شخص ثالث، اثری نخواهد داشت.»

۱(۱) قواعد داوری آنسیترال) اصلاح کنند، قواعد شفافیت مقدم بوده و این اصلاح را اجازه نمی‌دهد. باوجود این، در صورت تعارض میان قواعد شفافیت با قانون حاکم بر معاهده، مقررات معاهده، مقدم بر قواعد شفافیت است. ماده (۸) به این اصل اشاره می‌کند که چنانچه هریک از این قواعد با یکی از مقررات قانون حاکم بر داوری که طرف‌های اختلاف نمی‌توانند از آن عدول کنند، تعارض داشته باشد، اولویت با قانون است.<sup>۵۴</sup>

#### د. اعمال قواعد شفافیت در داوری‌های خارج از قواعد داوری آنسیترال

قواعد شفافیت این قابلیت را دارند تا بر داوری‌های مبتنی بر قواعدی غیر از قواعد داوری آنسیترال اعمال شوند. در طول مذاکرات تدوین این قواعد، مؤسسات داوری مختلف از جمله دیوان دائمی داوری و ایکسید، بر این موضوع صحنه گذاشته‌اند که قواعد شفافیت می‌تواند نسبت به رسیدگی‌های تابع قواعد داوری به‌جز قواعد داوری آنسیترال، اعمال شود. بند ۹ ماده ۱ در این خصوص مقرر می‌دارد: «این قواعد در داوری‌های میان سرمایه‌گذار با دولت که به‌موجب دیگر قواعد داوری به‌جز قواعد داوری آنسیترال یا داوری‌های موردی برگزار می‌شود، قابل اعمال است».<sup>۵۵</sup>

با مشخص شدن قلمرو و دامنه شمول قواعد، به موضوع افشا و انتشار اسناد و مدارک که اصلی‌ترین الزام این سند است، پرداخته می‌شود.

#### ۲-۴. افشای اطلاعات

قواعد شفافیت، با توجه به فرایندهای مختلف رسیدگی داوری و با این قصد که شفافیت در تمامی این مراحل تضمین شود، الزام کرده است تا اطلاعات و اسناد، افشا و منتشر شده و جلسات استماع به‌نحو علنی برگزار شود. در زیر، هریک از این موضوعات بررسی خواهد شد.

#### الف. انتشار اطلاعات در شروع رسیدگی

ماده ۲ قواعد شفافیت، افشای سریع و الزامی اطلاعات را در شروع رسیدگی‌های داوری مقرر

۵۴. «۷. در موارد اعمال قواعد شفافیت، آن‌ها باید هرگونه قواعد داوری حاکم را تکمیل کنند. در صورت تعارض میان قواعد شفافیت و قواعد داوری قابل اعمال، قواعد شفافیت برتر خواهد بود. باوجود این، در صورت تعارض بین هرگونه مقرره مندرج در قواعد شفافیت با معاهده، مقررات معاهده حاکم است.

۵۵. در صورت تعرض بین مفاد این قواعد با قانون حاکم بر داوری که طرفین اختلاف نمی‌توانند آن را نادیده بگیرند، قانون حاکم، برتر خواهد بود».

55. United Nations Commission on International Trade Law, Working Group II (Arbitration and Conciliation), Fifty-seventh session, Vienna, 1-5 October 2012, A/CN.9/WG.II/WP.172, p. 7.

داشته است. زمانی که خواهان، اعلامیه داوری<sup>۵۶</sup> را رسماً به دولت خوانده ارسال می‌کند و داوری آغاز می‌شود، هریک از طرفین اختلاف می‌بایست آن اخطار را به امین مشخص شده در ماده ۸ ارسال کند. به محض اینکه امین از ارسال یا دریافت اعلامیه داوری اطلاع یافت، باید اطلاعات مربوط به مشخصات طرفین اختلاف، بخش اقتصادی مربوطه و معاهده‌ای را که بر اساس آن اختلاف حاصل شده است به اطلاع عموم برساند.

به هنگام بحث و مذاکره درباره افشای اطلاعات هم‌زمان با شروع داوری، برخی از اعضای حاضر، این نگرانی را مطرح کردند که در صورتی که انتشار ابلاغ‌نامه داوری قبل از تشکیل دیوان داوری الزامی شود، مقامی که باید از افشای اطلاعات محرمانه یا حفاظت‌شده جلوگیری کند، در عمل وجود ندارد. از طرف دیگر، اگر افشای اعلامیه داوری تا تشکیل دیوان داوری به عقب بیفتد، تأخیری طولانی بین زمان ارسال یا دریافت ابلاغ‌نامه داوری و افشای اختلاف ایجاد می‌شود. علاوه بر آن، در فرضی هم که دیوان داوری تشکیل نمی‌شود، مثلاً اگر قبل از انتخاب داوران، اختلاف حل‌وفصل شود، وجود اختلاف می‌تواند نامعلوم و مبهم بماند. لذا بهترین راهکار آن است که با اثبات دریافت اعلامیه داوری توسط خوانده، سریعاً مجموعه‌ای از اطلاعات منتشر شود. خود اعلامیه داوری نیز پس از تشکیل دیوان داوری به صورت خودکار و به موجب ماده ۳ منتشر می‌شود.

هرچند تصمیم به عدم افشای اعلامیه داوری و محدود کردن اطلاعات، عدول از مقررات شفافیت و همچنین نادیده گرفتن رویه کشورها نسبت به افشای سریع اعلامیه داوری به حساب می‌آید، این امر نباید در دو مورد، مانع افشای زودهنگام ابلاغ‌نامه داوری توسط دولت‌ها شود. نخست، در مواردی که خود معاهده این افشا را الزامی می‌دارد و دوم، در مواردی که معاهده در این خصوص ساکت است، طرفین اختلاف می‌توانند به موجب قواعد داوری آنسیترال (۱۹۷۶) و (۲۰۱۰) مبادرت به افشای داوطلبانه اعلامیه داوری به صورت یک‌جانبه یا دوجانبه کنند.

### ب. انتشار اسناد

ماده ۳ قواعد شفافیت، انتشار اسناد تسلیم‌شده به دیوان داوری یا صادرشده از آن دیوان را مقرر کرده است. این ماده، اسناد را به سه دسته طبقه‌بندی می‌کند. دسته نخست، اسنادی است که به‌طور خودکار و اجباراً منتشر می‌شود. دسته دوم، اسنادی است که در صورت درخواست هریک از طرفین اختلاف از دیوان داوری منتشر می‌شود. و دسته سوم، شامل اسنادی است که دیوان داوری در خصوص افشا یا عدم افشای آن تصمیم‌گیری می‌کند.

از آنجاکه بسیاری از معاهدات در خصوص محرمانگی یا شفافیت ساکت است، ماده (۱۷) در جهت جلوگیری از تحدید شفافیت توسط این قواعد، چنین مقرر می‌دارد که اگر شفافیت

گسترده‌ای توسط مقررات معاهده الزامی شده باشد و این مقررات با قواعد شفافیت مغایر باشد، مقررات معاهده حاکم و مقدم خواهد بود.

ماده ۳(۱) دسته نخست اسناد را که مشتمل بر تعداد زیادی از اسناد تسلیم‌شده به دیوان داوری یا صادرشده از آن دیوان است برمی‌شمرد. ازجمله این اسناد، تمامی اظهارات و لوایح طرفین اختلاف و اشخاص ثالث، صورت‌جلسات استماع، دستورها، تصمیم‌ها و آرای دیوان داوری است. به‌موجب این مقرره:

«با رعایت ماده ۷، اسناد زیر باید در دسترس عموم قرار گیرد: اعلامیه داوری، پاسخ به اعلامیه داوری، دادخواست، دفاعیه‌ها و دیگر اظهارات یا لوایح کتبی هریک از طرفین اختلاف، فهرستی از تمام مستندات ضمیمه اسناد مزبور یا ضمیمه گزارش کارشناس و شهادت شهود، اگر چنین فهرستی برای رسیدگی آماده شده باشد، اما ارائه خود مستندات به عموم ضروری نیست، هرگونه لایحه کتبی شخص (اشخاص) متعاهد غیر از طرفین اختلاف یا اشخاص ثالث، خلاصه‌ای از جلسات استماع در صورت وجود و دستورها، تصمیم‌ها و آرای دیوان داوری».<sup>۵۷</sup>

کارگروه در خصوص مستندات (نسخه ضبط‌شده) جلسه استماع به این نتیجه رسید که این مستندات، جدا و مستقل از خود جلسات به حساب می‌آید. بنابراین اگر جلسه استماع به دلایلی که در ماده ۶ آمده است غیرعلنی باشد، قسمت‌هایی از آن مستندات که محرمانه یا حفاظت‌شده نباشد، به‌موجب این ماده منتشر خواهد شد.

دسته دوم از اسناد که در بند ۲ ماده ۳ آمده است، اظهارات گواه و گزارش‌های کارشناس است. نگرانی‌هایی از سوی برخی از اعضای آنسیترال در خصوص این دسته از اسناد مطرح شد. آن‌ها معتقد بودند که این امر، مسائلی را در خصوص حمایت از اقدامات کارشناس و حفاظت در برابر تهدیدات شاهد یا کارشناس ایجاد می‌کند. دیگر اعضا بر این نکته تأکید می‌کردند که این اسناد می‌تواند در فهم مسائل و استدلال‌های مطرح‌شده و در نتیجه در حل و فصل اختلاف، نقش مهمی داشته باشد. لذا پیشنهاد کردند تا مشمول افشای اجباری قرار گیرد. آنسیترال در تلاش به‌منظور جمع این دو نظر، در نهایت این رویکرد را پذیرفت که گزارش‌های کارشناس و اظهارات گواه، از افشای خودکار به‌موجب ماده ۳(۱) استثنا شده؛ ولی با تقاضای هریک از طرفین اختلاف و موافقت دیوان داوری افشا شود.<sup>۵۸</sup>

**57.** Subject to article 7, the following documents shall be made available to the public: the notice of arbitration, the response to the notice of arbitration, the statement of claim, the statement of defence and any further written statements or written submissions by any disputing party; a table listing all exhibits to the aforesaid documents and to expert reports and witness statements, if such table has been prepared for the proceedings, but not the exhibits themselves; any written submissions by the non-disputing Party (or Parties) to the treaty and by third persons, transcripts of hearings, where available; and orders, decisions and awards of the arbitral tribunal.

**58.** United Nations Commission on International Trade Law, Working Group II (Arbitration and Conciliation), Fifty-eighth session, New York, 4-8 February 2013, A/CN.9/WG.II/WP.176, p. 11.

ماده ۳(۳) به آن دسته از اطلاعات یا اسناد اشاره دارد که دیوان داوری بنا به صلاحدید خود می‌تواند دستور انتشار آن را بدهد. به‌موجب این بند: «با رعایت ماده ۷، ممکن است دیوان داوری رأساً یا با درخواست هر شخصی و پس از مشورت با طرفین اختلاف، تصمیم‌گیری کند که آیا مستندات پیوست لوایح و دیگر اسناد ارائه یا صادر شده را در دسترس قرار دهد یا خیر و اینکه چگونه مبادرت به این اقدام کند. البته دیوان داوری در این خصوص، الزامی به رعایت بندهای ۱ و ۲ فوق‌الذکر نخواهد داشت. این مسئله برای مثال می‌تواند شامل این مورد شود که چنین اسنادی را در محل مخصوصی در دسترس قرار دهد». بسیاری از اعضای آنسیترال بر این باور بودند که افشای الزامی مستندات ضمیمه می‌تواند کار عبث و بیهوده‌ای باشد و از طرف دیگر، افشای این اطلاعات نمی‌تواند تأثیری در نفع عمومی داشته باشد و تنها یک تکلیف سنگین و بی‌مورد به حساب می‌آید. بنابراین اعضا چنین تصمیم گرفتند که افشای مستندات پیوست یا دیگر اسنادی که در بند ۱ و ۲ ماده ۳ نیامده است، الزامی نباشد. البته دیوان داوری در زمان تصمیم‌گیری در این خصوص می‌تواند از معیار ارائه‌شده در بند ۴ ماده ۱، یعنی توجه به نفع عمومی هریک از طرفین اختلاف و کارآیی و مؤثر بودن فرایند حل‌وفصل اختلاف کمک بگیرد.<sup>۵۹</sup>

بند ۴ ماده ۳، به فرایند انتشار اطلاعات و حفاظت از اطلاعات محرمانه پرداخته است. در مواردی که افشا الزامی است، یعنی موضوع مشمول بندهای ۲ و ۳ باشد، دیوان داوری باید در «سریع‌ترین زمان ممکن»، با رعایت محدودیت ناظر به اسناد حفاظت‌شده یا محرمانه، این اسناد را برای امین ارسال کند. پس از آن، امین نیز باید اطلاعات را در «پایگاه داده» ای که بدین منظور طراحی شده است منتشر کند. در مقابل، دیوان داوری این اختیار را دارد تا در خصوص طریقه و روش افشای مستندات پیوست و دیگر اسنادی که مشمول بند ۳ است به شخص امین دستور دهد تا آن اطلاعات و اسناد را در محلی که قرار دارند در دسترس عموم قرار دهد.

در خصوص هزینه‌های انتشار یا درخواست تحصیل اطلاعات، آنسیترال این قاعده کلی را پذیرفته است که عموم، هزینه افشای اطلاعات را پرداخت نمی‌کنند. تنها استثنا، ناظر به اطلاعاتی است که برای شخص خاصی و به‌موجب ماده ۳(۳) یعنی افشا با صلاحدید دیوان داوری و به طریقی غیر از ارسال به امین افشا می‌شود؛ بدین صورت که شخص حقیقی یا حقوقی با ارائه درخواست و به شرط پرداخت «هزینه‌های اداری»<sup>۶۰</sup> می‌تواند آن اسناد را دریافت کند. البته شخص درخواست‌کننده، الزامی به پرداخت هزینه‌های مربوط به افشای عمومی و همچنین هزینه‌های قانونی مربوط به بررسی، انشا یا ویرایش این اسناد ندارد. به‌موجب ماده ۳(۵):

59. Katranstiotis, Dimitrios, "Transparency in International Investment Arbitration: From the Current towards the Future Normative Framework", LL.M. in Transnational and European Commercial Law and Alternative Dispute Resolution, *International Hellenic University*, 2013-2014, p. 8.

60. Administrative Costs

«شخصی که برحسب بند ۳ حق دسترسی به اسناد را پیدا کرده است، باید هرگونه هزینه اداری در دسترس قرار گرفتن آن اسناد از قبیل هزینه‌های کپی یا ارسال اسناد به او را پرداخت کند اما لازم نیست هزینه‌های امین برای در دسترس قرار گرفتن این اسناد به عموم را بپردازد».<sup>۶۱</sup>

آنسیترال، در خصوص وضعیت افشای اطلاعات در زمانی که دیوان داوری منحل شده است، تعیین تکلیف نکرده است. این کمیسیون تنها به این نکته اشاره کرده است که در داوری موردی، در دسترس قرار گرفتن اسناد مربوط به مرحله پس از انحلال دیوان داوری، از طریق راهنماها، یادداشت‌های توضیحی یا تشریفات داوری موردی صورت می‌پذیرد.

### ج. علنی بودن جلسات استماع

ماده ۶ که به‌طور ملموسی از دیگر قواعد داوری منحرف شده است<sup>۶۲</sup> با لحاظ سه محدودیت (الف) حمایت از اطلاعات محرمانه؛ (ب) حمایت از یکپارچگی فرایند داوری و (ج) به دلایل پشتیبانی و تدارکاتی، حکم به علنی بودن جلسات استماع داده است. بنابراین طرفین اختلاف به‌تنهایی یا با توافق یکدیگر نمی‌توانند با برگزاری علنی جلسه استماع مخالفت کنند. در ارتباط با اطلاعات محرمانه و یکپارچگی فرایند داوری، ماده ۶(۲) تعاریف این اصطلاحات را به ماده ۷ ارجاع داده است.

ماده ۶(۳) به مسائل پشتیبانی و تدارکاتی و به اصطلاح سخت‌افزاری می‌پردازد و این اختیار را به دیوان داوری می‌دهد تا در خصوص چگونگی برگزاری علنی جلسات استماع تصمیم‌گیری کند. همچنین این مرجع می‌تواند با استفاده از ابزارهای الکترونیکی و برخط، امکان دسترسی عموم به جلسات استماع را فراهم کند. این ماده همچنین به دیوان داوری اجازه می‌دهد تا در شرایط محدودتری و به همان دلایل تدارکاتی، جلسات استماع را به‌صورت غیرعلنی برگزار کند. البته برای اینکه دیوان داوری به بهانه امکانات پشتیبانی، از این اختیار سوءاستفاده نکرده و این ماده به‌نحو مضیقی تفسیر و اعمال شود، کارگروه، این موضوع را در مقرر گنجانده که امکانات پشتیبانی باید قبل از برگزاری جلسات استماع به‌گونه‌ای ترتیب داده شود تا دسترسی عموم را

**61.** Article 3 (5): A person granted access to documents under paragraph 3 shall bear any administrative costs of making those documents available to that person, such as the costs of photocopying or shipping documents to that person, but not the costs of making those documents available to the public through the repository.

**62.** در دعوی که به‌موجب قواعد داوری آنسیترال ۱۹۷۶ به داوری ارجاع شده بود، دیوان داوری با استناد به بند ۴ ماده ۲۵ این قواعد که برگزاری جلسات استماع از طریق دوربین را مقرر داشته است، ورود شخصی غیر از طرفین دعوا را به جلسات استماع مجاز ندانسته است. ن.ک:

*Methanex Corporation v. United States of America*, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to intervene as amici curiae, 15 January 2001, available on 29 July 2010 at: <http://www.state.gov/s/l/c5818.htm>.

تسهیل کرده و از مشکلات عملی جلوگیری شود. بنابراین تنها در صورتی که (الف) شرایط غیرقابل پیش‌بینی یا غیرمنتظره حادث شود و (ب) آن شرایط و اوضاع و احوال، ضرورت برگزاری غیرعلنی جلسه را توجیه کند، جلسات استماع باید به‌موجب ماده (۳) غیرعلنی برگزار شود. در مواردی هم که بنا به دلایل سه‌گانه مندرج در بندهای ۲ و ۳ این ماده، جلسات استماع، غیرعلنی برگزار می‌شود باید به حد ضرورت اکتفا شود. ذکر این نکته ضروری است که «صورت جلسات استماع»<sup>۶۳</sup> تابع قواعد متفاوت ماده ۳ هاست. بنابراین در صورتی که تمام یا بخشی از جلسه استماع، بنا به دلایل سه‌گانه فوق، غیرعلنی برگزار می‌شود، آن جنبه‌های غیرمحرمانه از صورت جلسات، با رعایت مواد ۳ و ۷ باید در دسترس عموم قرار گیرد.

### ۳-۴. مداخله ثالث در داور

قواعد شفافیت به اشخاص ثالث اجازه داده است تا چنانچه می‌توانند مطالبی را ارائه کنند که مفید و مرتبط با اختلاف بوده و درعین‌حال، موجب تأخیر در فرایند داور، مداخله یا افزایش هزینه‌ها نمی‌شود، به دیوان، لایحه داور تقدیم کنند. مداخله ثالث در دو حالت پیش‌بینی شده است. در حالت نخست، شخصی غیر از طرفین اختلاف که عضو معاهده هم نیست، با تقدیم لایحه، مطالبی را به دیوان داور عرضه می‌دارد. در حالت دوم، شخصی که خود عضو معاهده بوده ولی طرف اختلاف نیست، لایحه ارائه می‌کند. در زیر، هریک از این دو وضعیت بررسی می‌شود.

#### الف. لایحه از جانب ثالث غیرمتعاقد

ماده ۴ به بررسی موضوع تقدیم لایحه از سوی شخصی غیر از طرفین دعوا که عضو معاهده نیز نیست، پرداخته است. همسو و هماهنگ با رویه‌های جاری دیوان‌های داور، ماده (۱) ۴ به دیوان داور اجازه می‌دهد تا لوایح «یاوران دادگاه»<sup>۶۴</sup> را بپذیرد. این حق اعطایی تنها باید به شکل «لوایح کتبی»<sup>۶۵</sup> به دیوان داور اعمال شده و دیگر روش‌ها از قبیل بیان اظهارات در جلسه استماع مجاز نیست.

البته این امکان وجود دارد تا دیوان‌های داور بنا به صلاحدید خویش و برحسب اختیاری که به‌موجب ماده ۱۵ قواعد داور آنسیترال ۱۹۷۶ یا ماده ۱۷ قواعد داور آنسیترال ۲۰۱۰ به آن‌ها داده شده است، قادر باشند تا دیگر اشکال مشارکت و مداخله را مجاز دارند.

بقیه بندهای ماده ۴ به تشریفات، آیین و ملاحظات مرتبط با تصمیم دیوان داور، درباره پذیرش یا رد لایحه تقدیمی و همچنین نحوه مدیریت این موضوع اختصاص یافته است.

63. Transcripts of Hearings

64. *Amicus curia*

65. Written Submissions

برخلاف رویکرد مبهم برخی از معاهدات در خصوص معیارها و تشریفات ارائه و پذیرش چنین لوایحی، مقررات شفافیت به تفصیل و با جزئیات به این مسئله پرداخته است. به طور مثال، ماده ۴ (۲) مقرر می‌دارد که تقدیم‌کنندگان لایحه باید هرگونه اطلاعات مرتبط با منابع حمایتی را صرف نظر از اینکه این حمایت به طور مستقیم یا غیرمستقیم از سوی طرفین اختلاف یا به طور خاصی جهت مشارکت صورت پذیرفته است فاش کنند. به موجب این مقرره: «شخص ثالث که تمایل دارد تا لایحه‌ای ارائه کند، باید اظهار مکتوب را به صورت خلاصه و به همان زبان داوری و رعایت تعداد صفحاتی که دیوان داوری معین می‌کند، تقدیم نماید.

الف. اظهار شخص ثالث باید موارد مرتبط، عضویت و وضعیت حقوقی وی (برای مثال، اتحادیه تجاری یا دیگر سازمان غیردولتی)، اهداف عمومی وی، ماهیت اقدامات و هرگونه سازمان مادر (از جمله هرگونه سازمانی که به طور مستقیم یا غیرمستقیم، کنترل شخص ثالث را بر عهده دارد) توصیف کند.

ب. هرگونه ارتباط مستقیم یا غیرمستقیم شخص ثالث با هریک از طرفین اختلاف تبیین شود.  
ج. ارائه اطلاعات راجع به دولت، شخص یا سازمانی که موارد زیر را در اختیار شخص ثالث قرار داده‌اند (۱)؛ همکاری مالی یا دیگر همکاری‌ها در تنظیم لایحه یا (۲) همکاری قابل ملاحظه‌ای که تا دو سال قبل از تقدیم لایحه صورت گرفته است. برای مثال، تأمین مالی مجموعاً ۲۰ درصد کل بودجه سالیانه فعالیت‌های شخص ثالث.  
د. توصیف ماهیت نفع شخص ثالث در داوری.

هـ. تعیین مسئله موضوعی یا حکمی خاص در داوری که شخص ثالث تمایل دارد طی لایحه کتبی ارائه دهد».<sup>۶۶</sup>

ماده ۴(۳) نیز فهرستی غیرانحصاری از معیارهایی را که دیوان داوری بر اساس آن‌ها مبادرت به پذیرش لوایح می‌کند، برشمرده است. معیارهایی که باید مورد توجه قرار گیرد، مشتمل بر منافع احتمالی ثالث در داوری و کارایی و مفیدبودن اطلاعات حکمی یا موضوعی است که او ارائه کرده است. البته دیوان داوری به هنگام تصمیم‌گیری در خصوص پذیرش یا عدم پذیرش

66. A third person wishing to make a submission shall apply to the arbitral tribunal, and shall, in a concise written statement, which is in a language of the arbitration and complies with any page limits set by the arbitral tribunal: (a) Describe the third person, including, where relevant, its membership and legal status (e.g., trade association or other non-governmental organization), its general objectives, the nature of its activities and any parent organization (including any organization that directly or indirectly controls the third person); (b) Disclose any connection, direct or indirect, which the third person has with any disputing party; (c) Provide information on any government, person or organization that has provided to the third person (i) any financial or other assistance in preparing the submission; or (ii) substantial assistance in either of the two years preceding the application by the third person under this article (e.g. funding around 20 per cent of its overall operations annually); (d) Describe the nature of the interest that the third person has in the arbitration; and (e) Identify the specific issues of fact or law in the arbitration that the third person wishes to address in its written submission.



این لوایح، به معیارهای مندرج در ماده (۴) ۱ که ناظر به نفع عمومی و کارایی حل‌وفصل اختلاف است، توجه خواهد کرد.

ماده ۴ (۴) شرایط شکلی و ماهوی لوایح را بیان کرده است. به‌موجب این ماده: «لایحه ثالث باید:

(الف) مورخ بوده و به امضای شخصی که از طرف ثالث، لایحه را تقدیم می‌کند رسیده باشد؛  
 (ب) خلاصه و موجز بوده و بیشتر از آنچه دیوان داوری اجازه داده است، واجد مطلب دیگری نباشد؛  
 (ج) اظهار دقت از وضعیت شخص ثالث نسبت به موضوع را ارائه کند و (د) تنها به مسائلی اشاره کند که داخل در موضوع اختلاف است».<sup>۶۷</sup> از آنجاکه فهرست ارائه‌شده، فهرستی انحصاری و حصری از شرایط و الزامات نیست، دیوان داوری ممکن است شرایط دیگری را در خصوص مسائل شکلی و ماهوی لوایح تقدیم‌شده به طرفین الزام کند.

ماده ۴ (۵) نیز به تأثیری که لایحه می‌تواند چه از حیث شکلی و چه از حیث ماهوی نسبت به اختلاف یا طرفین آن داشته باشد، می‌پردازد. این ماده تصدیق می‌کند که لوایح نمی‌توانند تعهدی اضافی یا بی‌مبنا به طرفین اختلاف تحمیل کنند. البته این بند متضمن این نکته است که ممکن است در برخی موارد، لوایح تقدیمی اثر منفی داشته و موقعیت طرف اختلاف را تضعیف کند. به‌منظور رعایت اصل تناظر، در ماده ۴ (۶) بر این نکته تأکید شده است که «دیوان داوری باید تضمین کند که به طرفین اختلاف، فرصت متعارفی جهت ارائه ملاحظات خود نسبت به لایحه شخص ثالث، داده شده است».<sup>۶۸</sup>

در آرای داوری که تحت قواعد مهم داوری از جمله نفقا صادر شده است، این امکان برای ثالث وجود داشته است تا لوایحی را در جهت تبیین مسائل حکمی و موضوعی به هیئت داوری تقدیم کند. قضیه *متانکس* به طرفیت ایالات متحده آمریکا<sup>۶۹</sup> نمونه‌ای از این مورد است. *متانکس* یک سرمایه‌گذار کانادایی بود که در آمریکا شرکتی جهت تولید متانول تأسیس کرده بود. این شرکت مدعی بود که به دلیل نقض قوانین و مقررات آمریکا، متانول تولیدی کیفیت لازم را نداشته و چه‌بسا برای سلامت، بهداشت و محیط‌زیست زیان‌آور است. اختلاف این سرمایه‌گذار با دولت آمریکا حدود یک میلیارد دلار آمریکا بود. در این اختلاف، سازمان مردم‌نهاد *ارث جاستیس*<sup>۷۰</sup> وابسته به گروه محیط‌زیست کالیفرنیا، از دیوان داوری درخواست کرد تا لوایحی

67. Article 4 (4): The submission filed by the third person shall: (a) Be dated and signed by the person filing the submission on behalf of the third person; (b) Be concise, and in no case longer than as authorized by the arbitral tribunal; (c) Set out a precise statement of the third person's position on issues; and (d) Address only matters within the scope of the dispute.

68. Article 4 (6): The arbitral tribunal shall ensure that the disputing parties are given a reasonable opportunity to present their observations on any submission by the third person.

69. *Methanex Corporation v. United States of America*

70. www.earthjustice.org

را ارائه کند که دیوان داوری این امر را پذیرفت.<sup>۷۱</sup>

ماده ۲۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی، مصوب ۱۳۷۶ نیز مشابه با قواعد شفافیت، این امکان را برای ثالث به رسمیت شناخته است. به موجب این ماده: «هرگاه شخص ثالثی در موضوع داوری برای خود مستقلاً حقی قابل باشد یا خود را در محقق شدن یکی از طرفین ذی‌نفع بداند می‌تواند مادام که ختم رسیدگی اعلام نشده است وارد داوری شود، مشروط بر اینکه موافقت‌نامه و آیین داوری و داور را بپذیرد و ورود وی در داوری مورد ایراد هیچ‌کدام از طرفین واقع نشود». هرچند پاره‌ای از نویسندگان از این متن انتقاد کرده‌اند، بعضی دیگر از محققان تلاش کرده‌اند آن را از باب امکان داوری چندجانبه توجیه کنند. در هر صورت، ثمره این قاعده این است که خصوصی‌بودن داوری به‌عنوان راه‌حل فصل خصومت بین طرفین تضعیف شود و در نتیجه، محرمانه‌ماندن داوری قابل استناد نباشد. در عین حال می‌توان استدلال کرد که چون موافقت ثالث نسبت به موافقت‌نامه و آیین داوری ضروری است، هر نوع شرط محرمانه‌ماندن داوری یا هر نوع توافقی که در مورد انتشار رأی داوری یا حضور بیگانگان در جلسات داوری ذکر شده باشد، باید شخص ثالث، از پیش، آن را پذیرفته باشد تا ورود شخص ثالث به داوری محقق شود.<sup>۷۲</sup>

### ب. تقدیم لایحه توسط شخص ثالث متعاهد

ماده ۵ به لوائح شخصی غیر از طرفین اختلاف که البته عضو معاهده است پرداخته است. در این فرض، شخص ثالث می‌تواند همان دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی باشد که در جهت تفسیر معاهده در دعوی میان سرمایه‌گذار و دولت میزبان، لایحه تقدیم کند. همچنین می‌تواند در یک معاهده چندجانبه، یکی از دولت‌های عضو معاهده باشد که دولت متبوع سرمایه‌گذار درگیر دعوا با دولت میزبان نیست، ولی به منظور حفظ حقوق خود و اتباعش در دعوی بعدی، تشخیص می‌دهد لایحه‌ای در اختیار دیوان داوری قرار دهد. دیگر معاهدات سرمایه‌گذاری از جمله نفتا (ماده ۱۱۲۸)، موافقت‌نامه تجارت آزاد امریکای مرکزی (سفتا)<sup>۷۳</sup> و نمونه معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری کانادا و همچنین قاعده ۳۷ (۲) قواعد داوری ایکسپد نیز این اختیار را به ثالث داده‌اند.<sup>۷۴</sup>

در زمان درج چنین اختیاری، بحث‌هایی راجع به ضرورت مداخله دولت عضو معاهده که خود طرف اختلاف نیست، مطرح شد. برخی با این استدلال که هرگونه تفسیر معاهده یا صدور

71. Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures, Statement by the OECD Investment Committee, Working Papers on International Investment, 2005, p. 7.

72. عنایت؛ پیشین، ص ۱۳۰.

73. Central American Free Trade Agreement (CAFTA)

74. Montineri, Corinne, "UNCITRAL Standards on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration", in: *Trade Development through Harmonization of Commercial Law*, Muruga Perumal Ramaswamy, João Ribeiro (eds.), 2014, p. 54.

اعلامیه یک‌جانبه در خصوص تعهدات مفاد معاهده، به تمامی دول عضو تسری می‌یابد، مخالف درج چنین مقرره‌ای بودند. اما در مقابل، برخی با این استدلال که چون نتیجه حل‌وفصل اختلافات بین دو دولت عضو، بر حقوق دیگر اعضا و از جمله تعیین نظام حقوقی حاکم بر معاهده مؤثر است، بر ضرورت درج این اختیار تأکید کردند. علاوه بر آن، این احتمال وجود دارد که دیوان داوری به اطلاعاتی راجع به تابعیت یا محل تجارت سرمایه‌گذار یا رویه کشور متبوع سرمایه‌گذار نیاز داشته باشد. بدیهی است در چنین مواردی کشور متبوع سرمایه‌گذار، بهترین گزینه‌ای است که می‌تواند این اطلاعات را به‌نحو دقیق و واقعی در اختیار دیوان داوری قرار دهد.<sup>۷۵</sup>

برخلاف ماده ۴، این ماده تنها خود را به لوایح کتبی محدود نکرده است. ماده ۵ (۱) این اختیار را به دیوان داوری می‌دهد تا لوایحی را که متضمن تفسیر معاهده هستند از شخص ثالث متعاهد بپذیرد، البته مشروط بر آنکه این امر، منجر به لطمه به فرایند داوری یا آسیب غیرمنصفانه به طرفین اختلاف - آن گونه که در بند ۴ همین ماده آمده است - نشود. نکته جالب آن است که این ماده نه تنها اجازه پذیرش چنین لوایحی را به دیوان داوری می‌دهد، بلکه این دیوان می‌تواند خود رأساً آن‌ها را از کشور متعاهد که طرف دعوا نیست با همان شرایط پیش‌گفته درخواست کند. در طی مذاکرات تدوین این قواعد، برخی از اعضا این نگرانی را مطرح کردند که ماده ۵ (۲) - و نه ۵ (۱) - ممکن است به‌عنوان وسیله‌ای جهت اعمال حمایت دیپلماتیک توسط دولت‌های میزبان استفاده شود. در همین راستا، قسمت اخیر این بند صراحتاً بیان داشته است که «همچنین به‌منظور اطمینان بیشتر، باید از پذیرش لوایحی که از ادعای سرمایه‌گذار، به روشی همانند حمایت دیپلماتیک طرفداری می‌کند، خودداری کرد».

از آنجاکه تصمیم دولت متعاهد، مبنی بر ارائه یا عدم ارائه لایحه، به عوامل متعددی بستگی دارد، ماده ۵ (۳) دیوان داوری را مجاز نمی‌دارد تا از سکوت دولت متعاهد، هرگونه برداشت یا استنباطی داشته باشد.

بندهای ۴ و ۵ این ماده که عیناً مشابه با بندهای ۵ و ۶ ماده قبل هستند به دیوان داوری تکلیف می‌کنند تا این اطمینان را حاصل کند که: «...لایحه، رسیدگی‌های داوری را مختل نکرده یا تعهدی اضافی به آن تحمیل نمی‌کند یا به‌طور غیرمنصفانه‌ای به هریک از طرفین اختلاف آسیب نمی‌زند» و «... به طرفین اختلاف، فرصتی متعارف جهت ارائه ملاحظات خود نسبت به لایحه شخص متعاهد غیر از طرفین اختلاف، داده شده است».

#### ۴-۴. استثنائات اصل شفافیت

آنسیترال برای اینکه بتواند میان قواعد شفافیت، تعادل برقرار کند، با اتفاق نظر به این نتیجه رسید

که «اطلاعات محرمانه یا حفاظت‌شده»<sup>۷۶</sup> را از شمول این قواعد استثنا کند. لذا در ماده ۷، مقررهای را با عنوان استثنائات اصل شفافیت پیش‌بینی کرد. بند ۲ این ماده، اطلاعات محرمانه یا حفاظت‌شده را به چهار دسته طبقه‌بندی می‌کند: «... (الف) اطلاعات تجاری محرمانه؛ (ب) اطلاعاتی که به‌موجب معاهده نباید در دسترس عموم قرار گیرد؛ (ج) اطلاعات مربوط به دولت خوانده که به‌موجب قانون دولت خوانده نباید علنی شود و اطلاعاتی که به‌موجب قانون یا قواعد قابل اعمال به تشخیص دیوان داور، نباید در دسترس عموم قرار گیرد و (د) اطلاعاتی که افشای آن مانع اجرای قانون می‌شود».<sup>۷۷</sup>

اینکه اطلاعات خاصی در زمره استثنائات قرار می‌گیرد یا خیر، در هر موردی (قضیه به قضیه) متفاوت بوده و با توجه به ماهیت اطلاعات و قانون حاکم بررسی می‌شود. این قواعد، تصمیم‌گیری را در خصوص چگونگی برخورد طرفین یا ثالث با اطلاعاتی که محرمانه یا حفاظت‌شده تعریف شده است به دیوان داور و اگذار کرده است. اینکه اطلاعات، جزء اطلاعات محرمانه یا حفاظت‌شده هست یا خیر، به نظر دیوان داور و انگیزه طرفین بستگی دارد. به تعبیر دیگر، قواعد، این اجازه را به دیوان داور می‌دهد تا بر اساس نظر خویش و قصد و انگیزه طرفین اختلاف، اتخاذ تصمیم کند. تنها در دو مورد، اختیار دیوان داور نسبت به تصمیم‌گیری در خصوص قانون یا قواعد حاکم، مضیق و محدود شده است. نخست و بر طبق ماده ۷ (۲) (ج)، اطلاعات مربوط به خوانده است که بر اساس قانون دولت خوانده، قابلیت افشای اطلاعات بررسی می‌شود. دوم، به‌موجب ماده ۷ (۵) دولت خوانده مختار است در صورتی که به این نتیجه برسد که افشای اطلاعات، برخلاف منافع امنیتی مهم وی است، اجازه ندهد آن اطلاعات افشا شود.<sup>۷۸</sup>

البته محدودیت‌های خاصی نسبت به قلمرو این استثنائات وجود دارد. یکی از این محدودیت‌ها ناظر به این مسئله است که اطلاعاتی که بنا به مسائل امنیتی قابل افشا نیست، اساساً به دیوان داور ارائه نمی‌شود تا موضوع افشا یا عدم افشای آن مطرح شود. لذا مسئله اعمال استثنائات در صورتی قابل طرح است که اطلاعاتی که ادعا می‌شود محرمانه یا حفاظت‌شده است با دستور دیوان داور یا دادگاه توسط دولت خوانده به سرمایه‌گذار ارائه شده

#### 76. Confidential and Protected Information

77. Article 7 (2): Confidential or protected information consists of: (a) Confidential business information; (b) Information that is protected against being made available to the public under the treaty; (c) Information that is protected against being made available to the public, in the case of the information of the respondent State, under the law of the respondent State, and in the case of other information, under any law or rules determined by the arbitral tribunal to be applicable to the disclosure of such information; or (d) Information the disclosure of which would impede law enforcement.

۷۸. «هیچ ماده‌ای در این قواعد، دولت خوانده را الزام نمی‌کند تا اطلاعاتی که افشای آن را، مخالف با منافع مهم امنیتی خویش می‌داند، در دسترس عموم قرار دهد».

است و بعداً توسط وی به دیوان تقدیم شده است یا به‌طور داوطلبانه، دولت خوانده به دیوان ارائه کرده است. محدودیت دیگر در خصوص اختیاری است که به‌موجب ماده ۱ (۸) به دیوان داوری داده شده است تا در مقابل روش‌های ناصحیحی که مانع افشای اطلاعات می‌شود، مقاومت کند. آنسیترال این محدودیت را به‌طور ویژه به‌منظور جلوگیری از سوءاستفاده دولت خوانده از اختیار مندرج در ماده ۷ (۵) وضع کرد.

علاوه بر حمایت از اطلاعات محرمانه یا حفاظت‌شده، چنانچه علنی‌سازی اطلاعات، «تمامیت و یکپارچگی فرایند داوری»<sup>۷۹</sup> را به خطر افکند، مرجع داوری می‌تواند به صلاحدید خود یا تقاضای یکی از طرف‌های دعوا و در صورتی که عملی باشد، پس از مشورت با طرف‌های دعوا، اقدامات مقتضی را برای محدودکردن یا به‌تأخیرانداختن عمومی‌سازی اطلاعات اتخاذ کند. از جمله مواردی که دیوان داوری می‌تواند مانع افشای اطلاعات شده یا دستور دهد اطلاعات با تأخیر منتشر شود، زمانی است که افشای اطلاعات می‌تواند مانع از تحصیل یا ارائه دلیل شده یا موجب تهدید یا ارباب گواهان، وکلا و همچنین اعضای دیوان داوری شده یا موجب شرایط استثنایی دیگر از این قبیل شود. البته کارگروه در خصوص این موضوع که «شرایط استثنایی»<sup>۸۰</sup> به چه وضعیتی اطلاق می‌شود به توافق نرسیده و این امر می‌تواند موجب تفسیر موسع از این اصطلاح شود.<sup>۸۱</sup>

#### ۵-۴. امین اطلاعات منتشرشده

ماده ۸، امین یا مقام ثبت‌کننده اطلاعات را دبیرکل سازمان ملل متحد یا مؤسسه‌ای که آنسیترال آن را تعیین می‌کند قرار داده است. تعیین خود آنسیترال به‌عنوان امین، مسئله‌ای بود که اعضا به هنگام تدوین قواعد بر آن اجماع و اتفاق نظر داشته و همواره بر آن تأکید کرده‌اند.<sup>۸۲</sup> در حال حاضر، آنسیترال به‌موجب راهنمایی<sup>۸۳</sup> که دبیرکل در خصوص چگونگی ارسال اسناد تدوین کرده است، به‌تفصیل، تشریفات ارسال اسناد را مشخص کرده است. به‌موجب بند ۱ ماده D این راهنما، شخص باید اسناد را به‌صورت الکترونیکی در قالب پی.دی.اف از طریق پست الکترونیکی ارسال

79. Integrity of the Process

80. Exceptional Circumstances

۸۱. ماده ۷ (۷): «دیوان داوری می‌تواند رأساً یا بنا به درخواست هریک از طرفین اختلاف و پس از مشورت با آن‌ها، در صورت امکان، اقدامات مناسبی را در جهت جلوگیری از انتشار اطلاعات یا تأخیر در انتشار آن‌ها در مواردی که انتشار اطلاعات، تهدیدی علیه یکپارچگی فرایند داوری است به عمل آورد؛ چرا که این امر، جمع‌آوری یا ارائه دلیل را با خطر مواجه می‌کند و منجر به ارباب گواهان، وکلای طرفین اختلاف یا اعضای دیوان داوری یا موجب شرایط استثنایی دیگر از این قبیل می‌شود».

82. United Nations Commission on International Trade Law, Working Group II (Arbitration and Conciliation), Fifty-Eighth Session, New York, 4-8 February 2013, A/CN.9/WG.II/WP.177, p. 2.

83. Transparency Registry (a repository for the publication of information and documents in treaty-based investor-State arbitration), UNCITRAL Secretariat, (Transparency Registry), Vienna International Centre, 2014, available at: <http://www.uncitral.org/transparency-registry/en/guidelines.html>.

کرده یا بر روی حافظه سیار (فلش مموری) یا روی لوح فشرده ذخیره کرده و به امین تسلیم کند. همچنین حجم آن نباید بیشتر از ۵ مگابایت باشد. در صورتی که حجم سندی بیشتر از این مقدار باشد باید به اسناد کوچک‌تری تقسیم شده و سپس ارسال شود. بنابراین نسخه کاغذی اسناد پذیرفته نمی‌شود. ماده F این سند، بازه زمانی را که طی آن امین مبادرت به افشای اطلاعات مربوط به آن اختلاف می‌کند تا زمان انجام وظیفه دیوان یا خاتمه و انحلال آن تعیین کرده است.<sup>۸۴</sup> پس از دریافت اطلاعات، امین، اطلاعات را به همان شکل و با همان زبانی که دریافت کرده است، بر روی پایگاه داده آنسیترال که بدین منظور طراحی شده است<sup>۸۵</sup> منتشر می‌کند.<sup>۸۶</sup>

### نتیجه

امروزه با توجه به گسترش استفاده از داوری به‌عنوان کارآمدترین و مؤثرترین راهکار حل‌وفصل اختلاف، توجه فعالان تجاری به‌ویژه در روابط میان دولت‌ها با اشخاص خارجی، به داوری تجاری بین‌المللی دوچندان شده است. اهمیت این راهکار تا بدانجا رسیده است که منجر به ایجاد قالب جدیدی از داوری با عنوان داوری سرمایه‌گذاری شده است. داوری سرمایه‌گذاری که مبتنی بر معاهدات سرمایه‌گذاری دو یا چندجانبه است می‌کوشد تا اختلافات ناشی از چنین معاهداتی را که می‌توانست با توسل به قواعد حقوق بین‌الملل حل‌وفصل شود با استناد به شرط داوری مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری حل‌وفصل کرده و با تبدیل دعاوی قراردادی به دعاوی معاهده‌ای، مانع استفاده یا سوءاستفاده دولت به‌منظور رهایی از تعهدات ناشی از معاهدات شود. با این حال نظر به وضعیت برتر دولت در مقایسه با طرف دیگر اختلاف، این احتمال همواره وجود داشته تا دولت به بهانه حاکمیت یا به اعتبار قدرت برتر خویش، با پنهان‌کاری حقایق و وقایع، در صدد تضییع منافع عموم موجود در چنین داوری‌هایی برآید. این موضوع و نظر به نقش قاعده‌ساز دیوان‌های داوری همانند دولت‌ها در اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری‌ها موجب شد تا آنسیترال پس از سال‌ها بحث و مذاکره، در ژوئیه ۲۰۱۳، «قواعد آنسیترال را درباره شفافیت در داوری اختلافات بین سرمایه‌گذاران و دولت‌های میزبان بر مبنای معاهدات حمایت از سرمایه‌گذاری» موسوم به قواعد شفافیت در ۸ ماده به تصویب برساند.

84. "Once the arbitral tribunal has discharged its function and its mandate is terminated, the repository will not publish any additional document on that case."

85. <http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.aspx>.

۸۶. برای نمونه، قصد ارجاع به داوری، اعلامیه داوری و رأی داوری دعوی شرکت آبی‌تیبی بواتر علیه دولت کانادا (*AbitibiBowater Inc. v. Canada*)، که در آن، شرکت بواتر به استناد موافقت‌نامه تجارت آزاد امریکای شمالی (نفتا)، اختلاف را به داوری ارجاع داده بود و طی آن، خواهان یعنی شرکت بواتر با دریافت مبلغ ۱۳۰ میلیون دلار از دولت کانادا، از دعوی خود صرف‌نظر کرده و حکم سازشی (Consent Award) صادر شده است، در پایگاه داده آنسیترال، قابل مشاهده و دریافت است.

این قواعد، هرچند تجربه نخست و معیار تمام‌عیار شفافیت در داوری نیست، از آن جهت که آن فرایند و چارچوب شکلی و سازمانی که طی آن شفافیت به‌نحو آشکار و همسو با رویه‌ها تضمین می‌شود را ارائه می‌دهد، گامی بلند به حساب می‌آید. قواعد شفافیت که اصولاً در داوری اختلافات ناشی از معاهدات سرمایه‌گذاری بین دولت و سرمایه‌گذار که در تاریخ ۱ آوریل ۲۰۱۴ یا پس از آن منعقد شده است، شروع شده، اعمال می‌شود، طرفین یا دیوان داوری را مکلف کرده است در جهت تضمین شفافیت، اطلاعات و اسناد مرتبط با داوری را در آغاز و ضمن جریان رسیدگی و جلسات استماع، در اختیار امین تعیین‌شده قرار دهند. امین نیز با قراردادن این اطلاعات در پایگاه داده‌ای که بدین‌منظور طراحی شده است، آن را منتشر کرده و در دسترس عموم قرار می‌دهد. از نکات برجسته این قواعد، مداخله شخص ثالث در داوری است که وی می‌تواند به‌عنوان «یاور و دوست مرجع داوری»، با تقدیم لایحه و تبیین امور حکمی و موضوعی به شفافیت بیشتر داوری کمک کند. از آنجاکه تمامی اطلاعات و اسناد از این قابلیت برخوردار نیستند تا در دسترس عموم قرار گیرند، این قواعد، ضمن مستثنا کردن اطلاعات محرمانه یا حفاظت‌شده از افشا، در مواردی هم که در دسترس قراردادن اطلاعات به عموم، خطری برای یکپارچگی و تمامیت فرایند داوری به همراه دارد، مانع از افشا آن‌ها شده یا حکم به افشا با تأخیر آن‌ها می‌دهد.

علی‌رغم تمام مزایایی که رعایت شفافیت در داوری‌های سرمایه‌گذاری به‌ویژه برای عموم به دنبال دارد، از جهاتی هم می‌تواند مضر به حال طرفین اختلاف به‌ویژه سرمایه‌گذار باشد. افزایش هزینه‌ها و طولانی‌شدن فرایند رسیدگی از مهمترین نگرانی‌های سرمایه‌گذاران است. علاوه بر آن، شفافیت با مبانی تجاری داوری همچون توافقی‌بودن داوری و اصول مهم آن یعنی خصوصی‌بودن و محرمانگی در تعارض آشکار است. لذا در اعمال قواعد شفافیت باید به‌گونه‌ای رفتار شود که هر دو مصلحت با یکدیگر جمع شده و به بهانه تضمین حقوق و منافع جمعی، اصول و قواعد حاکم بر رسیدگی‌های داوری نقض نشود.

## منابع:

## الف. فارسی

## - کتاب

- محبی، محسن و حسین کاویار؛ مجموعه مقررات جدید آنسیترال درباره داوری بین‌المللی، خرسندی، ۱۳۹۳.

## - مقاله

- خزاعی، حسین؛ «خصوصی و محرمانه‌بودن داوری در حقوق تجارت داخلی و بین‌المللی»، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۹، شماره ۳، پاییز ۱۳۸۸.
- زنده، حسن و حسن سالارسروی؛ «شفافیت اسنادی و حق دسترسی آزاد به اطلاعات»، فصلنامه گنجینه اسناد، سال بیست‌وسوم، دفتر اول، بهار ۱۳۹۲.
- عنایت، سیدحسین؛ «محرمانه یا آشکاربودن داوری تجاری»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۲۷ و ۲۸، پاییز و زمستان ۱۳۷۸.
- ناعمه، حسن؛ «شفافیت و مبارزه با فساد در انعقاد قراردادهای اداری ایران»، فصلنامه تحقیقات حقوقی، ویژه‌نامه شماره ۴، ۱۳۹۰.

## - قوانین، آرا و اسناد ملی و بین‌المللی

- اعلامیه جهانی حقوق بشر.
- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران.
- قانون انتشار و دسترسی آزاد به اطلاعات، روزنامه رسمی، شماره ۱۸۹۱۵، مورخ ۱۳۸۸/۱۱/۱۴.
- قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی، مصوب ۱۳۷۹.
- قانون داوری تجاری بین‌المللی، مصوب ۱۳۷۶.

## ب. انگلیسی

## - Articles

- Adeleke, Fola, "Investor-State Arbitration and the Public Interest Regulation Theory", *Fourth Biennial Global Conference, World Trade Institute*, University of Bern, July 10 - 12, 2014.
- Belohlavek, Alexander J., "Confidentiality and Publicity in Investment Arbitration, Public Interest and Scope of Powers Vested in Arbitral Tribunals", *Czech Yearbook of International Law*, 2011.



- Buys, Cindy Galway, “The Tensions between Confidentiality and Transparency in International Arbitration”, *American Review of International Arbitration*, vol. 14, No. 121, 2003.
  - Chambers, Simone, “Behind Closed Doors: Publicity, Secrecy, and the Quality of Deliberation”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 12, Issue 4, December 2004.
  - Choudhury, Barnali, “Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration’s Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit?”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41, 2008.
  - Gómez, Katia Fach, “Rethinking the Role of *Amicus Curia* in International Investment Arbitration: How to Draw the Line Favorable for the Public Interest”, *Fordham International Law Journal*, vol. 35, 2012.
  - Hachez, Nicolas & Wouters, Jan, “International Investment Dispute Settlement in the 21<sup>st</sup> Century: Does the Preservation of the Public Interest Require an Alternative to the Arbitral Model?”, *The Leuven Centre for Global Governance Studies*, Working Paper, No. 81, February 2012.
  - Johnson, Lise, “New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps”, *International Institute for Sustainable Development*, 2013.
  - Katranstiotis, Dimitrios, “Transparency in International Investment Arbitration: from the Current towards the Future Normative Framework,” *International Hellenic University*, 2013-2014, p. 8.
  - Montineri, Corinne, “UNCITRAL Standards on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration, Trade Development through Harmonization of Commercial Law”, 2014.
  - Sabater, Aníbal, “Towards Transparency in Arbitration (A Cautious Approach)”, *Berkeley Journal of International Law Publicist*, vol. 5, 2010.
  - Teitelbaum, Ruth, “A Look at the Public Interest in Investment Arbitration: Is It Unique? What Should We Do About It?”, *Berkeley Journal of International Law Publicist*, vol. 5, 2010.
- Cases and Materials**
- *CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, 12 May 2005.
  - *Sempra Energy International v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award 28 September 2007.
  - *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, 22 May 2007.
  - Delivering Justice: Program of Action to strengthen The Rule of Law at the National and International Levels, Report of the Secretary-General (2012), A/66/749.
  - Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures, Statement by the OECD Investment Committee,

Working Papers on International Investment, 2005.

- Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce (ICC)
- Arbitration Rules of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC)
- ICSID's Additional Facility
- *Methanex Corporation v. the United States of America*, Decision of the Tribunal on Petitions from Third Persons to Intervene as *Amici Curiae*, 15 January 2001, available on 29 July 2010 at: <http://www.state.gov/s/l/c5818.htm>.
- North American Free Trade Agreement (NAFTA)
- Rules of Procedure for Arbitration of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)
- *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A. v. the Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19 - Order in Response to a Petition for Transparency and Participation as *Amicus Curiae* of May 19, 2005.
- Transparency Registry (a repository for the publication of information and documents in treaty-based investor-State arbitration), UNCITRAL Secretariat, (Transparency Registry), Vienna International Centre, 2014, available at <http://www.uncitral.org/transparency-registry/en/guidelines.html>
- UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010)
- UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration (the "Rules on Transparency"). Available at: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-E.pdf>.
- United Nations Commission on International Trade Law, Working Group II (Arbitration and Conciliation), Fifty-eighth session, New York, 4-8 February 2013, A/CN.9/WG.II/WP.176.
- United Nations Commission on International Trade Law, Working Group II (Arbitration and Conciliation), Fifty-eighth session, New York, 4-8 February 2013, A/CN.9/WG.II/WP.177.
- United Nations Commission on International Trade Law, Working Group II (Arbitration and Conciliation), Fifty-fourth session, New York, 7-11 February 2011, A/CN.9/WG.II/WP.163.
- United Nations Commission on International Trade Law, Working Group II (Arbitration and Conciliation), Fifty-seventh session, Vienna, 1-5 October 2012, A/CN.9/WG.II/WP.172.
- United Nations Commission on International Trade Law, Working Group II (Arbitration and Conciliation), Fifty-third session, Vienna, 4-8 October 2010, A/CN.9/WG.II/WP.159.
- United Nations Commission on International Trade Law, Working Group II (Arbitration and Conciliation), Forty-fifth session, New York, 25 June-6 July 2012, A/CN.9/741.