

## تحلیل دکترین حاشیه انعطاف تفسیر در معاهدات غیر حقوق بشری با تأکید بر معاهدات تجاری و سرمایه‌گذاری

مریم احمدی نژاد \*

یاسر امین‌الرعا یا \*\*

شناسه دیجیتال اسناد (DOI) : 10.22066/cilamag.2019.35086

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۰۷/۱۹

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۲/۲۰

### چکیده

هرچند در ابتدا تصور می‌شد که دکترین حاشیه انعطاف تفسیر در حقوق بین‌الملل، تنها در عرصه معاهدات حقوق بشری و بالاخص در حوزه کنوانسیون اروپایی حقوق بشر وجود دارد، به دلیل شرایط و قواعد خاص حاکم بر برخی از معاهدات بین‌المللی، مانند وجود تعهدات تخییری، وجود ابهام، درج شروط غیرممانع و وجود تعهدات مثبت، دکترین حاشیه انعطاف تفسیر در بسیاری از معاهدات غیر حقوق بشری برای دولت‌ها به‌عنوان حق در نظر گرفته شده است. لذا در عرصه معاهدات بین‌المللی، اعطای این حق به دولت‌ها موجب می‌شود که آن‌ها بهترین تصمیم را با توجه به شرایط و ضرورت‌های مربوط به منفعت عمومی، انتخاب و اتخاذ کنند. بر این اساس، دیدگاه‌های سنتی که قائل به تضاد دکترین حاشیه انعطاف تفسیر با التزام به تعهدات بین‌المللی بود، تعدیل شده، و در این بین اگر با اعطای اختیارات تحت قالب دکترین حاشیه انعطاف تفسیر به دولت‌ها مخالفتی می‌شود، اغلب در ارتباط با نگرانی‌های موجود از سوءاستفاده از آزادی عمل و اختیار اعطاشده به دولت‌هاست که البته این نگرانی‌ها نیز با در نظر گرفتن این واقعیت که محاکم قضایی بین‌المللی با کمک استانداردهای بررسی، بر اختیارات دولت‌ها نظارت می‌نمایند، تا حدود زیادی مرتفع می‌شود.

### واژگان کلیدی

معاهدات غیر حقوق بشری، استانداردهای بررسی، آزادی عمل و اختیارات، معاهدات تجاری، معاهدات سرمایه‌گذاری

m.ahmadinejad@alzahra.ac.ir

\* نویسنده مسئول، استادیار دانشگاه الزهرا (س)

aminroaya.yaser@yahoo.com

\*\* دکتری حقوق بین‌الملل دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی

## مقدمه

حقوق بین‌الملل بر اساس اصل استقلال و حاکمیت دولت‌ها استوار شده است. یکی از نتایجی که از این اصل حاصل می‌شود این است که مهم‌ترین منبع حقوق بین‌الملل، رضایت دولت‌هاست،<sup>۱</sup> به طوری که می‌توان اذعان داشت که قواعد حقوق بین‌الملل، اغلب حاصل توافق دولت‌هاست. دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی نیز در قضیه *لوتوس* اعلام کرد که: «حقوق بین‌الملل، بر روابط بین دولت‌های مستقل حاکم است». بر این اساس، قواعد حقوقی الزام‌آور بر دولت‌ها، از اراده آزاد خود آن‌ها که در کنوانسیون‌ها به ظهور رسیده یا از قواعد عرفی که اعلام شده‌اند، نشأت می‌گیرد.<sup>۲</sup> اگرچه با ظهور قواعد امره بین‌المللی و تعهدات عام‌الشمول،<sup>۳</sup> این قاعده از عمومیت خویش خارج شده است و اراده، تنها منبع حقوق بین‌الملل نیست، همچنان از مهم‌ترین منابع آن است.<sup>۴</sup> از سوی دیگر، مقررات بین‌المللی، اعم از عرفی یا قراردادی الزام‌آورند و باید با حسن‌نیت به اجرا درآیند. به همین دلیل، مقدمه منشور ملل متحد (بند سوم) رعایت معاهدات و تمکین از سایر منابع حقوق بین‌الملل را لازمه دوام نظم موجود بین‌المللی دانسته است و ماده ۲۶ معاهده ۱۹۶۹ وین بر اجرای صحیح معاهدات بین‌المللی تأکید ورزیده است.<sup>۵</sup> با بررسی مبانی دکتترین حاشیه انعطاف تفسیر،<sup>۶</sup> محرز می‌شود که اجرای این دکتترین در اروپا به مثابه احترام به حاکمیت آن‌ها و در نظر گرفتن منافع ملی دولت‌ها، در عین نقض نشدن مفاد کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است، چرا که دکتترین حاشیه انعطاف تفسیر توانسته است از طریق فراهم کردن آزادی عمل و اختیاراتی برای دولت‌ها در تفسیر مفاد کنوانسیون، آن‌ها را در حفظ منافع ضروری در عین تعهد به اجرای مفاد کنوانسیون یاری کند.<sup>۷</sup> به عبارت دیگر، دکتترین

۱. عالیخانی، محمد؛ *حقوق بین‌الملل*، خط سوم، ۱۳۷۸، ص ۵۵۰.

۲. *The Lotus Case (France v. Turkey)*, PCIJ, series A, No. 10 (1927), para. 44.

۳. *Erga omnes*

۴. برای مطالعه بیشتر، ن. ک: مریم احمدی‌نژاد؛ «تعهدات در قبال جامعه بین‌المللی و جایگاه آن در حقوق مسئولیت بین‌المللی دولت»، *فصلنامه سیاست خارجی*، دوره ۲۶، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۱، صص ۹۶۴-۹۶۳.

۵. فلسفی، هدایت‌الله؛ «اجرای مقررات حقوق بین‌الملل»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۱۳ و ۱۴، پاییز ۱۳۷۲ تا تابستان ۱۳۷۳، ص ۳۲.

۶. *Margin of appreciation*

۷. نویسندگان بسیاری در کتب و مقالات خود، سعی کرده‌اند معنای لغوی دکتترین «حاشیه انعطاف تفسیر» را که از واژه فرانسوی *marge d'appréciation* شورای دولتی فرانسه اقتباس شده، تبیین کنند که از مجموع این تعاریف می‌توان به اختیارات، آزادی عمل، فضایی برای مانور و احترام به دولت‌ها و صلاح‌دید اشاره کرد. در ارتباط با مفهوم دکتترین حاشیه انعطاف تفسیر نیز شایان ذکر است که این مفهوم در دو حوزه بررسی می‌شود؛ حوزه اول به بررسی ارتباط میان آزادی‌های فردی و اهداف جمعی و اینکه دولت‌های عضو کنوانسیون اروپایی حقوق بشر تا چه مقدار در رسیدن به اهداف خود که معمولاً همان منافع ملی ایشان است، دارای اختیارات هستند می‌پردازد. حوزه دوم به میزان قدرت و نیز محدودیت‌های حاکم بر دیوان اروپایی حقوق بشر جهت بررسی این اختیارات اعطاشده به دولت‌ها مربوط است. در خصوص معنا، مفهوم و تأثیر دکتترین در حفظ منافع ملی کشورهای عضو

توانسته است تعادلی بین حاکمیت دولت‌ها و تعهدات طرف‌های متعاقد به موجب کنوانسیون اروپایی برقرار کند.<sup>۸</sup> پژوهش حاضر با مفروض قراردادن نقش دکترین در حوزه معاهدات حقوق بشری، به دنبال پاسخ به این پرسش است که با توجه به اینکه خاستگاه اصلی دکترین حاشیه انعطاف تفسیر را باید در موضوع‌های حقوق بشری و بالخصوص در رویه قضایی<sup>۹</sup> دیوان اروپایی حقوق بشر جستجو کرد،<sup>۱۰</sup> آیا این اعطای اختیارات در جهت حفظ منافع ضروری دولت‌ها که تحت عنوان دکترین حاشیه انعطاف تفسیر انجام می‌شود، در معاهداتی غیر از معاهدات حقوق بشری و بالخصوص معاهدت سرمایه‌گذاری و تجاری نیز به چشم می‌خورد؟ و از سوی دیگر، در صورت اثبات وجود این دکترین در معاهدات غیر حقوق بشری این سؤال مطرح می‌شود که تأثیر این دکترین در این گونه معاهدات چه میزان است؟ در پاسخ به این پرسش، فرضیه این نوشتار که با رویکردی اکتشافی - توصیفی و با استفاده از منابع کتابخانه‌ای و اسناد معتبر بین‌المللی نگارش یافته، بر این اساس استوار است که هرچند با بررسی اولیه حدود اختیارات دولت‌ها در مواجهه با معاهدات بین‌المللی به نظر می‌رسد مفهوم دکترین حاشیه انعطاف تفسیر در عرصه معاهدات غیر حقوق بشری مفهومی غریب باشد، این برداشت اولیه نادرست است، چرا که امروزه در حوزه معاهدات غیر حقوق بشری، بالخصوص معاهدات تجاری و سرمایه‌گذاری، اختیارات و صلاحیدهایی وجود دارند که دولت‌ها در جهت حفظ منافع ملی خویش از آن بهره‌مند می‌شوند. به عبارت دیگر، به دلیل شرایط خاص حاکم بر برخی از معاهدات بین‌المللی که در این مقاله به تفصیل شرح داده می‌شود، این حق که منجر به گسترش معاهدات بین‌المللی می‌شود، در بسیاری از معاهدات غیر حقوق بشری مانند معاهدات تجاری و سرمایه‌گذاری در نظر گرفته شده است.

## ۱. شرایط کلی حاکم بر تعهدات بین‌المللی

در عصر حاضر، با وجود انتقادات بسیار دانشمندان<sup>۱۱</sup> و نیز بعضی از قضات دیوان اروپایی حقوق

کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، ن.ک: مریم احمدی نژاد و یاسر امین الرعایا؛ «دکترین صلاحدید و منافع ملی دولت‌های عضو کنوانسیون اروپایی حقوق بشر»، فصلنامه مطالعات راهبردی، سال نوزدهم، شماره اول، بهار ۱۳۹۵.

8. Ni Aolain Fionnuala, "From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 23, No. 3, August 2001, p. 625.

9. Jurisprudential application

10. Andrew Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press, 2012, p. 3.

۱۱. یکی از انتقادات وارد به دکترین، مربوط به نبود ضابطه‌های مشخص در استفاده از آن است. لئتساس بر همین موضوع تأکید داشت. وی معتقد است که با دقت در قضیه‌های طرح‌شده نزد دیوان اروپایی حقوق بشر، آشکار می‌شود که نمی‌توان ضابطه‌ای مشخص در استفاده از دکترین معین کرد و دکترین در متن کنوانسیون یافت نمی‌شود بلکه دیوان/استراسبورگ، آن را توسعه داده است. Letsas, George, "Two Concepts of the Margin of Appreciation", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, No. 4, 2006, p. 706.

بشر<sup>۱۲</sup> در خصوص دکترین حاشیه انعطاف تفسیر، دکترین در حوزه‌هایی گسترش یافته است که تا چند سال پیش تصور آن نیز ممکن نبود. این مسئله دلایلی دارد، نخست به دلیل وجود تعهدات تخییری در معاهدات بین‌المللی است که اختیار و آزادی عملی را برای دولت‌ها در اجرای تعهد خود فراهم می‌آورد؛ دوم به جهت وجود شروط غیرممانع در معاهدات بین‌المللی و سوم، ابهام در معاهدات بین‌المللی و در آخر، وجود تعهدات مثبت در معاهدات بین‌المللی، که در این مبحث به بررسی هریک پرداخته می‌شود:

### ۱-۱. تعهدات تخییری

با بررسی تعهدات بین‌المللی دولت‌ها از زاویه «اختیار»، می‌توان دو نوع تعهد را در عرصه حقوق بین‌الملل مشخص کرد. دسته اول، تعهدات امری هستند که تخطی از آن امکان‌پذیر نیست. لذا دولت‌ها در اجرای آن دارای هیچ‌گونه اختیار و صلاحیدی نیستند. از جمله مهم‌ترین این تعهدات می‌توان به تعهدات عام‌الشمول<sup>۱۳</sup> و تعهدات آمره<sup>۱۴</sup> بین‌المللی اشاره کرد. بنابراین در تعهدات امری، دولت‌ها تنها در چارچوب الزامات، موارد و مصادیق مشخص حرکت می‌کنند و هیچ حاشیه‌ای از ارزیابی یا تفسیر آزاد به آن‌ها اعطا نشده است.

دسته دوم، تعهداتی هستند که دولت‌ها به دلیل شرایط خاص حاکم بر آن در تفسیر و نحوه اجرا، دارای آزادی عمل هستند. در حقیقت، صلاحیت وقتی تخییری است که دولت‌ها در مقابل امور معینی حق تصمیم‌گیری داشته، بتوانند در شرایطی خاص برای حفظ منافع و مصالح عمومی خود، تصمیم‌گیری کنند.<sup>۱۵</sup> از این‌رو، در این نوع از تعهدات نسبت به تعهدات آمره، به دولت‌ها اختیارات

۱۲. به‌عنوان مثال، قاضی دمیر در قضیه *Z v. Finland* بیان کرد که «من باور دارم که در حال حاضر، مفهوم حاشیه انعطاف تفسیر از استدلال دور شده است...».

*Z v. Finland*, Judgment of 25 February 1997, Partly dissenting opinion of Judge de Meyer, para. 3.

۱۳. ماهیت تعهدات عام‌الشمول (*erga omnes*) به‌گونه‌ای است که به لحاظ اهمیتی که دارد، دغدغه تمامی دولت‌ها را برمی‌انگیزد و همه کشورها می‌توانند به منافع حقوقی که در حمایت از این حقوق دارند، استناد کنند. این تعهدات، امری هستند. برای مطالعه بیشتر، ن.ک: مریم احمدی‌نژاد؛ «تعهدات در قبال جامعه بین‌المللی و جایگاه آن در حقوق مسئولیت بین‌المللی دولت»، فصلنامه سیاست خارجی، دوره ۲۶، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۱، ص ۹۶۳.

۱۴. ماده ۵۳ کنوانسیون ۱۹۶۹ حقوق معاهدات، از تعهدات آمره، توصیفی شکلی ارائه می‌کند: «... قاعده آمره حقوق بین‌الملل عام، قاعده‌ای است که جامعه بین‌المللی کشورها آن را به‌عنوان قاعده تخلف‌ناپذیر ... به رسمیت شناخته است». برای مطالعه بیشتر، ن.ک: احمدی‌نژاد؛ همان، ص ۹۶۷.

15. Dapo Akande, Sope Williams, "International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO?" *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, 2003, pp. 386-388.

موسعی اعطا می‌شود.<sup>۱۶</sup> به عبارت دیگر، در تعهدات تخییری، میزان تعهد دولت‌ها به رعایت آن با توجه به ویژگی‌های حاکم بر این تعهدات، خفیف‌تر از تعهدات دسته اول است. لذا اعمال یا نحوه اجرای آن، منوط به شرایط ناپایداری است.<sup>۱۷</sup> ویژگی این تعهدات به‌گونه‌ای است که در شرایط متفاوت، برنامه‌های اجرایی و کاربردی آن‌ها نیز متفاوت است. لذا یکنواختی قابل توجهی در بین عملکرد دولت‌های مختلف یافت نمی‌شود؛ چرا که آن‌ها به‌ناچار وابسته به شرایط یا وابسته به اهداف غیریکنواخت هستند. نتیجه‌ای که حاصل می‌شود این است که تعهدات حاضر، دولت‌ها را در حوزه‌های قانونی که در آن اختیار و آزادی عمل دارند، قرار می‌دهد. در نتیجه ممکن است رویه عملی دولت‌ها، متناقض جلوه‌گر شود.<sup>۱۸</sup> بنابراین در این نوع از تعهدات که کاربرد و نحوه اجرای تعهد، ذاتاً نامعلوم یا با توجه به شرایط، غیرمشخص است، مراجعه به دکترین حاشیه انعطاف تفسیر در اجرای آن بیشتر ملاحظه می‌شود.<sup>۱۹</sup> البته در خصوص مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در مواجهه با این نوع از تعهدات، لازم است یادآوری شود که با عنایت به رأی دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در قضیه *لوتوس*<sup>۲۰</sup> و تأکید این رأی بر اینکه «در حقوق بین‌الملل، همه آنچه ممنوع نیست، مجاز است»<sup>۲۱</sup> صرف‌نظر از اینکه در مورد آن اختلاف‌نظر بین حقوق‌دانان وجود دارد،<sup>۲۲</sup> به نظر می‌رسد به دلیل اینکه هیچ ممنوعیت قانونی در حقوق بین‌الملل برای اختیار و آزادی دولت‌ها به هنگام مواجهه شدن با این تعهدات وجود ندارد، عمل دولت‌ها در انتخاب برنامه‌های اجرایی و کاربردی‌شان، خلاف تعهدات بین‌المللی آن‌ها نبوده و به تبع آن، این امر موجب مسئولیت آنان نیز نمی‌شود. نمونه این تعهدات تخییری دولت‌ها را می‌توان در ماده ۲۱۸ کنوانسیون ملل متحد در خصوص حقوق دریا<sup>۲۳</sup> مشاهده کرد.<sup>۲۴</sup> این ماده مقرر می‌دارد: «وقتی یک کشتی داوطلبانه داخل یک بندر یا پایانه دریایی یک کشور

۱۶. از این تقسیم‌بندی نمی‌توان این‌گونه استنباط کرد که در حقوق بین‌الملل تعهداتی وجود دارند که تخلف از آن‌ها مجاز است زیرا تخلف از هیچ قاعده حقوقی، تجویز نشده است، بلکه این تقسیم‌بندی از نقطه‌نظر حدود اختیارات دولت‌ها در مواجهه با این هنجارهاست.

17. Dinah Shelton, Paolo G. Carozza, *Regional Protection of Human Rights*, Second Edition Oxford University Press, 2013, p. 529.

18. Oskar Holmer, "Decoding the Margin of Appreciation Doctrine in its use by the European Court of Human Rights", *University Essay from Stockholms Universitet*, Juridiska Institutionen, 2013, p. 19.

19. Shany, Yuval, "Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?", *The European Journal of International Law*, vol. 16, No.5, 2006, pp. 912-914

۲۰. دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در قضیه *لوتوس*، بدون آنکه به وجود حقی برای ترکیه جهت محاکمه افسر فرانسوی اشاره کند، بیان می‌کند «اعمال صلاحیت دولت ترکیه مجاز خواهد بود مگر آنکه ثابت شده باشد که ممنوعیت اعمال صلاحیت در رابطه با تصادم (کشتی‌ها) در دریای آزاد وجود دارد».

*Lotus Case (France v. Turkey)*, PCIJ Series A. No. 10, Dissenting Opinion by M. Loder, 1927, p. 18.

21. Under international law everything which is not prohibited is permitted.

22. Jan Anne Vos, *The Function of Public International Law*, Springer, 2011, p. 50.

23. United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)

۲۴. نوع دیگری از اختیارات دولت‌ها ممکن است در تعهدات بین‌المللی به‌صورت «شیوه اجرا» عملیاتی شود. نمونه بارز این

قرار دارد، آن کشور «می‌تواند» رسیدگی‌ها را بر عهده بگیرد...»<sup>۲۵</sup>. همچنین در ارتباط با تحقیقات در منطقه انحصاری اقتصادی نیز کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریا تحقیقات علمی دریایی را تابع رضایت دولت ساحلی دانسته،<sup>۲۶</sup> مقرر می‌دارد: دولت ساحلی در اعمال صلاحیت خود نسبت به تحقیقات علمی، «حق انحصاری» تنظیم، صدور اجازه و اجرای تحقیقات علمی را در منطقه انحصاری اقتصادی و فلات قاره، منطبق با مقررات مربوطه کنوانسیون دارد. نتیجه اینکه دولت ساحلی برای دادن یا ندادن رضایت، دارای اختیار کامل است.<sup>۲۷</sup> بنابراین دولت ساحلی می‌تواند «به صلاح‌دید خود»<sup>۲۸</sup> از اعطای رضایت به انجام طرح تحقیقاتی علمی دریایی دولت یا سازمان بین‌المللی ذی‌صلاح دیگری در منطقه انحصاری اقتصادی یا فلات قاره‌اش خودداری کند.<sup>۲۹</sup>

### ۱-۲. وجود شروط غیرمانع در معاهدات بین‌المللی

همان‌طور که طیف وسیعی از فعالیت‌های انسانی به‌وسیله توافق‌های بین‌المللی تنظیم می‌شود، «شروط غیرمانع»<sup>۳۰</sup> سازوکاری را ایجاد می‌کند که مشارکت دولت‌ها در گسترش نظم حقوقی و انعقاد معاهدات بین‌المللی تسهیل شود و همچنین هنگامی که دولت در معرض خطر فوق‌العاده‌ای قرار دارد، اختیار و آزادی عملی را برای رهاشدن دولت از تعهدات بین‌المللی پیش‌بینی می‌کند.<sup>۳۱</sup> لذا

نوع تعهد را می‌توان در حوزه محیط‌زیست و در پروتکل کیوتو که به منظور کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای است ملاحظه کرد. در این معاهده دولت‌ها متعهد شده‌اند که ظرف ده سال آینده، میزان انتشار گازهای گلخانه‌ای خود را پنج درصد کاهش دهند و برای افزایش ضریب نفوذ استفاده از انرژی‌های تجدیدپذیر نظیر انرژی خورشیدی و بادی، به دولت‌های درحال توسعه، کمک‌های مالی کنند. ولی این پروتکل، تعیین مسیر چگونگی وصول به این مقصود را به دولت‌ها واگذار کرده است. همچنین همین اختیارات در شیوه اجرایی توافقنامه اقلیمی پاریس ۲۰۱۵ نیز مورد توجه کشورهای امضاکننده قرار گرفته است. در این توافقنامه که به تعهدنامه زیست‌محیطی کاپ ۲۱ معروف است، قید شده: «...مقرر شد تا از این امر اطمینان حاصل شود که در دوره پیش از سال ۲۰۲۰ حداکثر تلاش برای کاهش انتشار گازهای گلخانه‌ای صورت گیرد...». عبارت «حداکثر تلاش» می‌تواند سازوکار اجرایی این دستورالعمل را به خود کشورها واگذار کند.

25. United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), Art. 218.

26. *Ibid*, Art. 246(2).

27. H. Myron Nordquist, United Nations Convention on the Law of the Sea, 1982, Martinus Nijhoff, 1991, p. 246.

28. بند ۵ ماده ۲۴۶ کنوانسیون حقوق دریاها «... با وجود این، دولت ساحلی می‌تواند به تشخیص خود، از دادن رضایت برای انجام طرح تحقیقات علمی دریایی دولت دیگر یا سازمان‌های بین‌المللی صلاحیت‌دار در منطقه انحصاری اقتصادی یا فلات قاره خود خودداری کند...».

29. امین‌الرعا، یاسر؛ «تحقیقات علمی در منطقه انحصاری اقتصادی دریایی»، *فصلنامه سیاست خارجی*، سال بیست‌وششم، شماره ۳، پیاپی ۱۰۳، پاییز ۱۳۹۱، ص ۷۸۵.

30. Non precluded measures (NPM) clauses

31. William W. Burke-White, Andreas von Staden, "Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties", *Virginia Journal of International Law*, vol. 48:2, 2008, p. 314.

می‌توان گفت که شروط غیرمانع به‌عنوان دکترین صلاحدید، اختیاراتی را به دولت‌ها اعطا می‌کند.<sup>۳۳</sup> با توجه به تعریف ذکرشده می‌توان شاخصه‌های شروط غیرمانع را که جزو مؤلفه‌های اصلی‌اش هستند، بدین گونه معرفی کرد: اعطای اختیار ارزیابی به دولت‌ها،<sup>۳۳</sup> توافق صریح طرفین معاهده در درج شروط غیرمانع،<sup>۳۴</sup> شروط غیرمانع به مثابه حق،<sup>۳۵</sup> اعمال شروط غیرمانع در مواقع ضروری.<sup>۳۶</sup>

اغلب شروط غیرمانع در متون حقوق بین‌الملل که تا حدودی رنگ حقوقی به خود گرفته‌اند، در پیش‌شرط‌های ایجاد تعلیق یا خروج از معاهدات بین‌المللی، اعلام حق شرط نسبت به معاهدات بین‌المللی و نیز اعلامیه‌های پذیرش اختیاری صلاحیت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری دیده می‌شود. به‌عنوان نمونه، در خصوص شروط غیرمانع در قالب ایجاد تعلیق می‌توان به کنوانسیون مربوط به شناسایی و اجرای حکم داورى خارجى (کنوانسیون نیویورک)<sup>۳۷</sup> اشاره کرد که در آن به دولت ذی‌نفع اجازه می‌دهد از دو تعهد اصلی مندرج در معاهده، یعنی تعهد به شناسایی و اجرای رأی داورى به‌طور جزئی خارج شود. در این مورد، قسمت (ب) بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون مزبور پیش‌بینی می‌کند که: «شناسایی و اجرای حکم خارجى ممکن است رد شود اگر مرجع صالح دریابد که: ... ب. شناسایی و اجرای حکم خارجى مغایر با نظم عمومی آن دولت است.» بنابراین، ماده، نه‌تنها به دولت ذی‌نفع اجازه عدول موقتی از تعهدات معاهده بر اساس مفهوم غیرشفاف سیاست عمومی را می‌دهد، بلکه همچنین به‌وضوح، قدرت تفسیر حوزه شروط غیرمانع را به مقامات دولت مربوط اعطا می‌کند.<sup>۳۸</sup> همچنین همان‌طور که بیان شد، ممکن است شروط غیرمانع با هدف دور کردن دولت‌ها از ملزم شدن

32. *Ibid.*, p. 369.

۳۳. شروط غیرمانع، اختیار تفسیر معاهدات را نسبت به کل یا بخشی از آن به دولت‌ها اعطا می‌کند.

۳۴. این مهم در قضیه *Sempra v. Argentina* مورد تأکید هیئت حل اختلاف قرار گرفت مبنی بر اینکه: «عبارات فوق‌العاده و استثنائی نظیر مقررات غیرمانع برای اینکه این نیت را منعکس کند باید بالصریح ذکر شود چرا که در غیر این صورت می‌تواند فرض شود که آن‌ها چنین معنایی را در نظر نداشته‌اند».

*Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, Sept. 28, 2007, para. 379.

۳۵. با توافق صریحی که طرفین یک معاهده تحت قالب شروط غیرمانع انجام می‌دهند، برای هر یک در شرایطی خاص جهت حفظ منافع ملی، حقی یک‌جانبه در خصوص پایبندی یا عدم پایبندی بر معاهدات ایجاد می‌شود.

۳۶. این شاخصه بدین معناست که آنچه در ارتباط با شروط غیرمانع اهمیت دارد این مهم است که به‌واقع اعمال شروط غیرمانع، تنها باید در جهت حفظ منافع ضروری به کار گرفته شود. این مهم بالصریح در بعضی از معاهداتی که حاوی این شروط است، قید شده است. به‌عنوان نمونه، در بند ۲ ماده ۱۸ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری آمریکا - هند بیان شده است «هیچ چیز در این پیمان نباید مانع استفاده یک طرف از اقداماتی بشود که ... برای ... حفاظت از منافع امنیتی ضروری و لازم است».

37. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, New York, 1958, (the New York Convention).

۳۸. در این نوع از شروط، دولت همچنان به حوزه آن معاهده پایبند است. لکن در شرایطی اضطراری که حاکمیت ملی آن‌ها به‌وسیله عمل منفی تحت تأثیر قرار می‌گیرد، محدودیت‌های موقتی را در تعهدات بین‌المللی خود ایجاد می‌کند. به عبارتی، این شروط، طرف‌های معاهده را از تعهد به اجرای معاهده، تنها در دوره تعلیق معاف می‌کند. جهت مطالعه بیشتر، ن. ک:

Stephan Schill, Robyn Briese, "Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement", *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 13, 2009, pp. 81-82.

به تعهدات بین‌المللی به‌صورت حق شرط<sup>۳۹</sup> در معاهدات بین‌المللی قید شوند. در این خصوص شایان ذکر است که دولت‌ها می‌توانند به هنگام امضا، تصویب، پذیرش یا الحاق به معاهدات بین‌المللی، بعضی از مقررات آن معاهده را که با منافع ملی خود مغایر می‌دانند و در صورت اجرا ممکن است مشکلاتی را برای نظام حقوقی داخلی آن‌ها به وجود آورد، نپذیرفته یا آثار آن را نسبت به خود تعدیل کنند. نمونه این حق شرط را که در راستای منافع دولت‌ها انجام می‌گیرد می‌توان در حق شرط دولت ایران بر ماده ۳ معاهده «فلات قاره» مشاهده کرد که مورد موافقت قرار گرفت، مبنی بر اینکه نصب کابل‌ها و لوله‌های نفتی، موکول به موافقت دولت ایران است. نهایتاً، در ارتباط با شروط غیرمانع، لازم است توضیح داده شود که به‌طور کلی معاهدات حاوی شروط غیرمانع، نمی‌توانند مانع صلاحیت مراجع قضایی بین‌المللی شوند،<sup>۴۰</sup> لکن تحت تأثیر استانداردهای حقوقی مانند تناسب<sup>۴۱</sup> یا غیرحقوقی مانند فشار سیاسی<sup>۴۲</sup> قرار می‌گیرند.<sup>۴۳</sup> در آن صورت، احتمال سوءاستفاده از آن کاهش می‌یابد.

### ۱-۳. وجود ابهام در معاهدات بین‌المللی

جامعه بین‌المللی به دلیل تفرقه اعضا و تقسیم‌شدن آنان به اردوگاه‌های مختلف اقتصادی، سیاسی و عقیدتی، هیچ‌گاه مبنایی ثابت و موزون نداشته است. به همین جهت، حقوق بین‌الملل

۳۹. حق شرط در ماده ۲ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ حقوق معاهدات به‌صورت زیر تعریف شده است: «حق شرط، بیانیه یک‌جانبه‌ای است که یک کشور تحت هر نام یا به هر عبارت در موقع امضا، تصویب، قبول یا الحاق به معاهده صادر می‌کند و به‌وسیله آن، قصد خود را دایر بر عدم شمول یا تعدیل آثار حقوقی بعضی از مقررات معاهده نسبت به خود بیان می‌دارد».

۴۰. مگر اینکه به‌وضوح به این موضوع اشاره کنند، مانند قسمت دوم بند ۲ ماده ۲۲ معاهده تجارت آزاد پرو با ایالات متحده امریکا.

۴۱. عده‌ای در بررسی ماده ۲۱ گات به‌عنوان شرط غیرمانع در توافقنامه‌های سازمان تجارت جهانی معتقدند که با وجود اینکه تفسیر «منافع امنیتی اساسی» در آن ماده اساساً ذهنی است، این بدان معنا نیست که اختیاری مطلق برای دولت در تعیین مصادیق «منافع امنیتی اساسی» ایجاد می‌شود، بلکه این حق باید به‌وسیله محدودیت عینی در قالب تست «تناسب» در هیئت حل اختلاف بررسی شود.

۴۲. این سازوکار غیرحقوقی به هنگام خروج کره شمالی در سال ۱۹۹۳ از معاهده منع گسترش سلاح‌های هسته‌ای و به استناد شرط غیرمانع مندرج بند ۱ ماده ۱۰ معاهده عدم گسترش سلاح‌های هسته‌ای به بحث گذاشته شد مبنی بر اینکه آیا قید خروج از این‌گونه معاهدات می‌تواند بدون هیچ‌گونه مانعی به اجرا درآید؟ نهایتاً این فشارهای سیاسی توانست کره شمالی را از اعمال حقی که به‌موجب ماده ۱۰ برای خود در نظر گرفته بود، منصرف کند.

۴۳. نمونه دیگر از استانداردهای غیرحقوقی، استاندارد «اطلاع‌رسانی به طرف‌های معاهده» است. این استاندارد در ماده ۷۲ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی اذعان می‌دارد «اگر به نظر یک دولت، ارائه و افشای اطلاعات به منافع مربوط به امنیت ملی آن دولت لطمه وارد می‌کند، آن دولت، کلیه تدابیر متعارف را به منظور حل موضوع از طریق همکاری با دادستان، متهم یا شعبه مقدماتی و شعبه بدوی (حسب مورد) به کار خواهد برد...». اگر این تلاش ناموفق بود، لازم است دولت درخواست‌شونده به‌موجب بند ۶ ماده ۷۲ اساسنامه، دلایل خود را برای عدم ارائه اطلاعات ارائه کند. بدین ترتیب، روش مندرج در ماده ۷۲ اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی اثبات کرد که اختیارات واگذار شده تحت عنوان شروط غیرمانع، کلاً غیرقابل کنترل و غیرقابل بررسی نیست.

اساساً مقرراتی بوده که برای حل تعارض منافع مختلف دولت‌ها ساخته و پرداخته شده است. این مقررات که حاصل اراده دولت‌های عضو جامعه بین‌المللی است، تا به حال نتوانسته میان این منافع، تعادلی بر حق و شایسته ایجاد کند و در نتیجه، جامعه‌ای آرام و به‌دور از خشم و هیاهو به ارمغان آورد. بنابراین اگر در این جامعه اختلافی حل شده می‌نماید، نباید تصور کرد که آن اختلاف به‌راستی از میان برداشته شده و قانون و قاعده‌ای ثابت برای حل تعارض منافع دولت‌ها در قلمروی معین پدید آمده است زیرا چنین اختلافاتی را گاه در حجاب پیمان‌ها و قطعنامه‌های بین‌المللی پنهان می‌کنند تا به هنگام تفسیر و اجرا دوباره آن‌ها را مطرح کنند. از این رو نمی‌توان مبهم‌بودن معاهدات و قطعنامه‌ها را همیشه نتیجه غفلت عاقدان و واضعان آن‌ها و دگرگونی سریع واقعیات اجتماعی دانست. در این قبیل موارد، دولت‌ها به‌جای آنکه از فن و روش کمی توصیف فرضیه‌های حقوقی استفاده کنند، زیرکانه به توصیف کیفی آن فرضیه‌های حقوقی روی می‌آورند تا بتوانند به هنگام تفسیر و اجرای مقررات موضوعه، از ابهام طبیعی آن‌ها در جهت حفظ هرچه بیشتر منافع ملی خود یا دولت‌های قدرتمند جهان بهره‌برداری کنند.<sup>۴۴</sup> بنابراین دولت‌ها ابهام در مفاهیم را همچنان باقی نگاه می‌دارند تا به هنگام ضرورت، از آن در جهت حفظ منافع خویش بهره‌برداری کنند. لذا استعمال افعال و قیود مبهم در متون بین‌المللی، مانند کلمات معقول<sup>۴۵</sup> یا بی‌درنگ،<sup>۴۶</sup> راه دیگری است که با استفاده از آن، دولت‌ها یا سازمان‌های بین‌المللی، ماده مورد اختلاف را در معاهدات و قطعنامه‌های خود پنهان می‌دارند و مجرای تفسیر را برای گریز از مقررات حقوق بین‌الملل باز می‌گذارند.<sup>۴۷</sup> این مواقع، محاکم قضایی و داوری بین‌المللی، به مقامات داخلی، صلاحیتی برای تفسیر معاهده و اعمال دکترین حاشیه انعطاف تفسیر اعطا می‌کنند تا دولت‌ها بتوانند به دلیل ابهام موجود، به صلاحدید خود، نسبت به ارزیابی آن واژه یا مفهوم در جهت منافع ضروری خویش تصمیم‌گیری کنند.

#### ۱-۴. وجود تعهدات مثبت در معاهدات بین‌المللی

«تعهدات مثبت»،<sup>۴۸</sup> که بر مداخله فعال دولت‌ها در اعمال حقوق مطرح شده در کنوانسیون‌ها و اتخاذ تدابیری لازم به منظور اجرای این حقوق مبتنی است، آزادی عمل و اختیاری را برای دولت‌ها ایجاد می‌کند؛ بدین معنا که در مواجهه با تعهدات مثبت مندرج در کنوانسیون‌ها، اتخاذ

۴۴. فلسفی، هدایت‌الله؛ «روش‌های شناخت منطقی حقوق بین‌الملل: تفسیر و اجرای مقررات حقوق بین‌الملل»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۱ و ۱۲، پاییز- زمستان ۱۳۷۱ و بهار- تابستان ۱۳۷۲، ص ۱۷۸.

45. Reasonable

46. Promptly

۴۷. پیشین.

48. Positive obligations

تدابیر لازم در خصوص اجرای تعهدات مثبت، بر عهده دولت‌های عضو نهاده شده است. لذا وجود این‌گونه تعهدات برای دولت‌ها موجب نگارش گسترده آثار در این موضوع شده است.<sup>۴۹</sup> همین موضوع مورد تأکید محاکم بین‌المللی نیز قرار گرفته است، به طوری که تأکید شده: «در جایی که دولت‌ها موظف به انجام تعهدات مثبت هستند، انتخاب روش در اصل، موضوعی است که موجب ایجاد دکترین حاشیه انعطاف تفسیر برای دولت‌های متعاقد می‌شود».<sup>۵۰</sup> لذا در صورتی که دولت‌ها نتوانند روش خاصی را برای انجام تعهدی پیش گیرند، آن عمل لزوماً به معنای نقض کنوانسیون نیست، چرا که ممکن است روش‌های دیگری که آن دولت اعمال کرده، برای انجام تعهدات مثبت در کنوانسیون کافی باشد.

## ۲. نقش دکترین حاشیه انعطاف تفسیر در تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری و تجاری

بعد از اثبات و احراز وجود دکترین حاشیه انعطاف تفسیر در معاهدات غیرحقوق بشری، در این مبحث به بررسی این مسئله پرداخته می‌شود که آیا این دکترین در معاهدات تجاری و سرمایه‌گذاری به رسمیت شناخته شده است؟ و در صورت مثبت‌بودن، این دکترین چه تأثیری بر تفسیر این معاهدات دارد؟

### ۲-۱. در تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری

برخلاف توجه اندکی که نسبت به سرمایه‌گذاری در گذشته وجود داشت، دولت‌ها از اواسط دهه ۱۹۸۰ به‌طور روزافزونی دیدگاه‌های مشابهی را درباره مسئله سرمایه‌گذاری خصوصی خارجی اتخاذ کرده‌اند. این امر را می‌توان در قوانین ملی دولت‌ها در خصوص سرمایه‌گذاری، معاهدات دو یا چندجانبه بین‌المللی آن‌ها و رویکرد مثبت‌شان نسبت به حل‌وفصل این گونه دعاوی به‌خوبی مشاهده کرد. با توجه به این حساسیت دولت‌ها، کنوانسیون راجع به حل اختلاف‌های ناشی از سرمایه‌گذاری میان دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر<sup>۵۱</sup> در سال ۱۹۶۵ اقدام به تأسیس مرکزی به منظور حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری معروف به /یکسید<sup>۵۲</sup> کرد که در حال حاضر یکی از مهم‌ترین مراجع داوری حقوق بین‌الملل اقتصادی است که افراد را به‌عنوان تابعان حقوق بین‌الملل به رسمیت می‌شناسد. با بررسی رویه این مرکز مشخص می‌شود که یکی از وظایف مهم /یکسید، نظارت بر تفسیرهایی است که دولت‌ها تحت قالب دکترین حاشیه به‌طور یک‌جانبه در خصوص معاهدات سرمایه‌گذاری منعقد

49. Matthias Klatt, "Positive Obligations under the European Convention on Human Rights", *Journal Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, vol. 71, 2011, p. 711.

50. *Fadjeva v. Russia*, European Court of Human Rights, Application No. 55723/00, Judgment of 9 June 2005.

51. Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States.

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

انجام می‌دهند. در واقع این نظارت توانسته است ضمن شناسایی دکترین حاشیه انعطاف در تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری، حدود اختیارات دولت‌ها در بهره‌برداری از این حق را نیز مشخص کند. به‌عنوان مثال، وجود دکترین برای دولت‌ها در معاهدات سرمایه‌گذاری و نیز نقش محاکم داوری بین‌المللی در نظارت بر این حق را می‌توان در مجموعه اختلاف‌های مطرح‌شده نزد/یکسید میان امریکا و آرژانتین که بر اساس معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان این دو دولت منعقد شده بود، مشاهده کرد. در این قضیه‌ها نماینده آرژانتین به استناد بحران مالی و اجتماعی این دولت در سال‌های ۲۰۰۳-۲۰۰۰ استدلال کرد که با عنایت به اینکه در ماده ۱۱ قرارداد سرمایه‌گذاری منعقد با دولت امریکا صراحتاً قید شده «این معاهده مانع آن نخواهد شد که هریک از طرف‌ها اقدامات ضروری برای حفظ نظم عمومی، حفظ صلح یا امنیت، یا حمایت از منافع امنیتی ضروری خود را انجام دهند»، و از طرفی این بحران، دولت آرژانتین را در وضعیت اضطراری قرار داده است، این شرط، اختیاراتی را به دولت آرژانتین جهت تفسیر و محدود کردن قرارداد اعطا کرده است. در این موضوع، مراجع قضایی در قضیه‌های طرح‌شده، مواضعی متضاد اتخاذ کردند. در قضیه‌های CMS<sup>۵۳</sup> Enron<sup>۵۴</sup> Sempra<sup>۵۵</sup> علی‌رغم وجود شروط غیرمانع، هیئت‌های حل اختلاف به تحلیل ضرورت دولت آرژانتین پرداختند و در نهایت، حکم مجاز بودن دولت آرژانتین در عدول از تعهدات منعقد به دلیل ضرورت را صادر نکردند.<sup>۵۶</sup> به‌عنوان نمونه، در قضیه CMS دیوان تأکید کرد که «با بررسی وضعیت اقتصادی دولت آرژانتین، علی‌رغم اینکه بحران آرژانتین بحران شدیدی است، منجر به فروپاشی کامل اقتصادی و اجتماعی نشده است. مقایسه بحران آرژانتین با دیگر بحران‌های معاصر متأثرکننده دولت‌ها در مناطق مختلف جهان نشان می‌دهد که بحران‌های دیگر، منتهی به عدول از تعهدات معاهده‌ای نشده‌اند. درست است که در جریان این بحران در طول مذاکره مجدد، تعدیل و تعویق تعهدات رخ داده، ولی اساس تعهدات بین‌المللی همچنان محفوظ مانده است».<sup>۵۷</sup> در این قضیه دیوان مجدداً تأکید کرد: «هنگامی که دولت‌ها تمایل دارند برای خودشان حق به تعیین یکجانبه... در نظر گیرند، باید آن عمل را بالصرافه قید کنند».<sup>۵۸</sup> برعکس دیوان‌های داوری مورد اشاره، در قضیه‌های Continental Casualty<sup>۵۹</sup> و

53. *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12, 2005.

54. *Enron Corp. Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, May 22, 2007.

55. *Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, Sept. 28, 2007

56. Karl P. Sauvant, *Yearbook on International Investment Law & Policy* 2008-2009, Oxford University Press, 2009, p. 391.

57. *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, *op. cit.*, paras. 354-355.

58. James Crawford, Karen Lee, Elihu Lauterpacht, ICSID Reports, vol. 14, Cambridge University Press, 2009, p. 220.

59. *Continental Casualty v. Argentine Republic - Cont'l Cas. Co. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9. 1997.

LG&E<sup>۶۰</sup> دیوان‌های رسیدگی‌کننده نه‌تنها با نظر به همین واقعیت به نتیجه‌ای متضاد دست یافته‌اند و استناد به «ضرورت» مورد ادعای دولت آرژانتین را قابل قبول و حکم به معافیت دولت آرژانتین از مسئولیت کردند، بلکه یکی از این دیوان‌ها در تفسیر ماده ۱۱ موافقت‌نامه بالصرافه در قضیه Casualty<sup>۶۱</sup> بر وجود دکترین برای دولت آرژانتین تأکید کرد؛<sup>۶۲</sup> بدین نحو که دیوان داوری بیان داشت: «ماده ۱۱ موافقت‌نامه امریکا - آرژانتین به دولت‌ها اختیار نامحدودی جهت استناد به آن اعطا می‌کند...».<sup>۶۳</sup> همچنین در قضیه LG&E دیوان به بررسی رابطه بین بحران پیش‌آمده و ضرورت ایجادشده برای دولت آرژانتین پرداخته و بیان می‌دارد: «آرژانتین در فاصله زمانی بین سال‌های ۲۰۰۱ تا ۲۰۰۳ در دوره‌ای از بحران به سر می‌برد که در خلال آن لازم بود، اقداماتی برای حفظ نظم عمومی و حفاظت از منافع حیاتی امنیتی خود مقرر دارد... از این‌رو بر اساس ماده ۱۱، این دولت از مسئولیت در قبال هرگونه نقض معاهده در فاصله این تاریخ‌ها معاف است».<sup>۶۴</sup> در مورد استانداردهای نظارتی مورد استفاده دیوان‌های داوری در دو قضیه اخیر، این مراجع بیان می‌دارند «که استانداردها به ارزیابی اینکه آیا آرژانتین در انجام اقدامات اضطراری برای حفاظت از ثبات اقتصادی، اجتماعی و مالی، با حسن‌نیت عمل کرده است، محدود نیستند، بلکه بررسی‌های صورت‌گرفته مبتنی است بر اینکه آیا شرایط اضطراری متناسب با حقوق بین‌المللی عرفی و مقررات معاهده انجام شده است و اینکه آیا دولت آرژانتین توانایی لازم برای جلوگیری از عمل خلاف را داراست»<sup>۶۵</sup>؛

جدای از قضایای آرژانتین، نمونه‌ای از دکترین حاشیه را می‌توان در قرارداد شرکت آلمانی با دولت پاکستان ملاحظه کرد.<sup>۶۶</sup> این قرارداد دوجانبه آلمانی - پاکستانی حاوی شرط غیرمانعی در خصوص «سلامت عمومی یا اخلاق عمومی»<sup>۶۷</sup> بود. این شرط به طرفین، اختیار حمایت از اخلاق یا سلامت عمومی در مواقع اضطراری را می‌داد.<sup>۶۸</sup> در این قضیه، کمپانی آلمانی در یک کارخانه، محصولات چرمی مربوط به مسائل جنسی سرمایه‌گذاری کرده بود.<sup>۶۹</sup> پاکستان در آن هنگام که این محصول تولید می‌شود، مقررات ممنوعیت تولید چنین کالاهایی را بر این مبنا که

60. *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, Oct. 3, 2006.

61. *Continental Casualty Company v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/9. 1997.

62. Alec Stone Sweet, "Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration", *International Law and Politics*, vol. 46, 2014, pp. 932-934.

63. *Continental Casualty v. Argentine Republic*, *op. cit.*, para. 182.

64. *LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic*, *op. cit.*, 2006. paras. 208-209.

65. *Ibid*, paras. 212-213; *Continental Casualty v. Argentine Republic*, *op. cit.*, para. 187.

66. Treaty for the Promotion and Protection of Investments, Federal Republic of Germany-Pakistan, Protocol, 2 Nov. 25, 1959, 457 U.N.T.S. 24.

67. Public Health or Morality

68. Treaty for the Promotion and Protection of Investments, Federal Republic of Germany- Pakistan, *op. cit.*, pp. 36 and 44.

69. Adam B. Ellick, "Lacy Threads and Leather Straps Bind a Business", *New York Times*, Apr. 28, 2009, p. 25.

تولید این کالاها اخلاق عمومی را نقض می‌کند، تصویب کرد. از این رو، یک مرجع داوری در خصوص تعیین معنا و مفهوم «اخلاق عمومی» که در قرارداد دوجانبه منعقد شده تحت عنوان شروط استثنا ذکر شده بود، تعیین شد. در این قضیه، حق سرمایه‌گذار آلمانی و نیز حمایت از اخلاق عمومی پاکستان در تعارض با یکدیگر قرار گرفته بود. لذا مرجع داوری می‌بایست به تبیین اختیارات اعطاشده به طرفین جهت درج شروط استثنا می‌پرداخت. نهایتاً مرجع داوری حکم کرد که این اختیار برای دولت پاکستان جهت حفظ اخلاق عمومی وجود دارد. همچنین وجود دکترین حاشیه برای یک دولت به موجب شروط استثنا در قضیه *تانزانیا*<sup>۷۰</sup> مورد ادعای آن دولت قرار گرفت. در این قضیه، سرمایه‌گذاران، ارتقای سیستم آبرسانی و فاضلاب شهر *دارالسلام* در تانزانیا را به عهده گرفتند. دولت تانزانیا از طریق قانونگذاری، محدودیت‌هایی را بر شرکت *Biwater Gauff* اعمال کرد. لذا این شرکت مدعی نقض رفتار منصفانه و عادلانه برخلاف معاهده دوجانبه ۱۹۹۴ منعقد بین کشور انگلستان و تانزانیا شد. تانزانیا به استناد چند رأی دیوان اروپایی حقوق بشر، مدعی بود که این اقدام را به استناد دکترین حاشیه انعطاف و در راستای حفاظت از آب و در چارچوب اختیارات دولت، مطابق با حقوق بین‌الملل انجام داده است.<sup>۷۱</sup> در نهایت، مرجع داوری علی‌رغم وجود شروط غیرمنع، به دلیل نبود «ضرورت» و نیز فقدان «هدف مشروعی» که عمل دولت تانزانیا را توجیه کند، این استدلال را رد کرد.<sup>۷۲</sup> در قضیه *زیمنس* علیه آرژانتین<sup>۷۳</sup> نیز، آرژانتین استدلال خود را بر مبنای رویه دیوان اروپایی حقوق بشر قرار داده و استدلال کرد که به دلیل وجود حق به تشخیص در مواقع ضروری برای کشور آرژانتین، به هنگام جبران خسارت، حداقل جبران در قضیه‌هایی که محرومیت از مالکیت به دلیل مسائل اجتماعی ضروری است، باید در نظر گرفته شود.<sup>۷۴</sup> در نهایت، دیوان داوری با کمک استانداردهای بررسی مانند تناسب، بیان داشت که هیچ حقی به اعمال دکترین حاشیه انعطاف تفسیر برای کشور آرژانتین وجود ندارد. لذا حکم به رد ادعای آرژانتین کرد.<sup>۷۵</sup> از مجموع قضایای طرح شده می‌توان استدلال کرد که، به‌طور کلی در حوزه معاهدات سرمایه‌گذاری، اختلاف بین دو اصل اساسی ایجاد می‌شود: از یک طرف باید حقوق سرمایه‌گذاران تضمین شود و از طرف دیگر لازم است که دولت، قادر به تعقیب اهداف اساسی نظیر نظم عمومی، عفت عمومی، امنیت عمومی،

70. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22.

71. *Ibid*, para. 436.

72. Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni, Ernst-Ulrich Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p. 441.

73. *Siemens AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, Feb. 6, 2007.

74. Selected Recent Developments in IIA Arbitration and Human Rights, *International Investment Agreements*, IIA MONITOR No. 2, 2009, p. 7.

75. *Siemens AG v. Argentine Republic*, *op. cit.*, para. 354.

صلح و ثبات دانسته شود.<sup>۷۶</sup> در این حوزه، جمع بین تضمین حقوق سرمایه‌گذاران و حق دولت در حفظ منافع ضروری و نیازهای حاکمیتی از طریق دکترین حاشیه انعطاف تفسیر انجام می‌شود. به عبارتی، همان‌طور که در نمونه‌های فوق ملاحظه شد، وجود شروط غیرمانع در این معاهدات به‌عنوان محل دکترین حاشیه انعطاف تفسیر، موجب اعطای اختیار و آزادی عمل و نهایتاً قبول انعطاف‌پذیری برای دولت‌ها به‌هنگام تفسیر معاهده در دستیابی به اهداف ضروری خود می‌شود و در عین حال، وجود دکترین به مثابه نادیده‌گرفتن حقوق سرمایه‌گذاران نیست چرا که اعمال استانداردهای بررسی از ناحیه محاکم بین‌المللی موجب جلوگیری از سوءاستفاده از این استثنائات و متعاقب آن، منجر به حفظ حقوق سرمایه‌گذاران می‌شود. نتیجه اینکه تأثیر دکترین حاشیه انعطاف در تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری را می‌توان در آزادی عمل و اختیار دولت‌ها در حفظ منافع ضروری به‌هنگام اجرای معاهده دانست که از این طریق، حقوق سرمایه‌گذاران نیز از تعدی مصون می‌ماند.

## ۲-۲. در تفسیر موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی

بعد از بیان نقش دکترین حاشیه انعطاف تفسیر در تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری، در این بند به نقش دکترین در تفسیر موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی پرداخته می‌شود. لذا در این بند نخست جایگاه دکترین در موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی بررسی شده، و سپس این مسئله مطرح می‌شود که آیا در این موافقت‌نامه‌ها دکترین حاشیه به رسمیت شناخته شده است؟ و متعاقب آن، نقش این دکترین در تفسیر موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت مطالعه می‌شود.

### الف. موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات (گتس)

گتس<sup>۷۷</sup> یکی از پیامدهای اساسی مذاکرات تجاری دور اروگوئه بود. این موافقت‌نامه اولین مجموعه از مقررات چندجانبه‌ای است که تجارت خدمات را پوشش می‌دهد و با مقررکردن ادوار پیاپی مذاکراتی تحت نظارت سازمان جهانی تجارت، به دنبال آزادسازی تدریجی تجارت خدمات است.<sup>۷۸</sup> هدف اصلی گتس، تشویق و ارتقای آزادسازی تدریجی تجارت خدمات به منظور نیل به رشد اقتصادی همه کشورها و توسعه کشورهای در حال توسعه است. این موافقت‌نامه سعی دارد با اعمال قواعد اساسی سازمان جهانی تجارت بر تجارت خدمات، به همراه اصلاحات ضروری که حساسیت‌ها و ویژگی‌های اساسی تجارت خدمات را مدنظر قرار می‌دهد، به این

76. Schlink Bernhard, "The Dynamics of Constitutional Adjudication", *Cardozo Law Review*, vol. 17, 1996, pp. 1231- 1234.

77. General Agreement on Trade in Services (GATS)

78. گالاچر، اسکات؛ «موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات سازمان جهانی تجارت و تجارت بین‌المللی خدمات حقوقی»، ترجمه: مسعود کمالی اردکانی، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۳۹، پاییز- زمستان ۱۳۸۷، ص ۳۰.

هدف نائل آید.<sup>۷۹</sup> موافقت‌نامه گتس به منظور تحقق اهداف خود، حاوی دو دسته اصول است: یکی اصول غیرقابل انعطاف، شامل اصولی چون اصل دولت کامله‌الوداد و اصل شفافیت. از آنجا که میزان التزام دولت‌ها بدین اصول به یک اندازه است، التزامات عمومی<sup>۸۰</sup> نامیده می‌شوند. دسته دوم، حاوی اصول دسترسی به بازار و رفتار ملی است که آن‌ها را تعهدات ویژه<sup>۸۱</sup> نیز می‌نامند، چرا که میزان تعهد هر عضو، خاص همان دولت است و می‌تواند با دیگر دولت‌ها متفاوت باشد.<sup>۸۲</sup> علت این است که برای اعضا این امکان وجود دارد که بدون آنکه بتوانند خود را از رعایت این دو اصل مستثنا کنند، محدودیت‌ها و استثنائاتی را به اختیار و صلاحدید خود بر آن‌ها وارد نمایند و این استثنائات را در جدول تعهدات خاص خود بگنجانند. در نتیجه، هرچه میزان استثنائات و قیود وارد بر تعهدات خاص کمتر باشد، میزان تعهد آن دولت به تعهدات مزبور بیشتر خواهد بود.<sup>۸۳</sup> نتیجه اینکه حفاظت از منافع حیاتی در چارچوب مقررات سازمان تجارت جهانی مبتنی بر شروط استثنایی مندرج در ماده ۱۶ و ۱۴ موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت خدمات (گتس) است.

در خصوص رویه هیئت حل اختلاف<sup>۸۴</sup> در مواجهه با آزادی عمل مندرج در ماده ۱۶ گتس می‌توان به رویه رکن استیناف در پرونده Cross-Border<sup>۸۵</sup> اشاره کرد. در این پرونده، آنتیگو/ و باربودا،<sup>۸۶</sup> دولتی در شرق کارائیب با مساحت ۴۴۳ کیلومترمربع و جمعیت ۸۹۰۰۰ نفری، به‌موجب سازوکار حل‌وفصل اختلافات سازمان تجارت جهانی، دولت امریکا را به چالش کشاند و پیروز شد. نماینده کشور آنتیگو/ بیان داشت که دارای صنعت به‌دقت کنترل‌شده‌ای است که خدمات قماربازی در اینترنت را ارائه می‌دهد که بخش مهمی از مشتریان آن، اشخاص مقیم در کشور امریکا هستند. در این پرونده، نماینده کشور امریکا دفاع خود را بر مبنای بندهای (الف) و (ج) ماده ۱۶ گتس قرار داد؛ که اجازه می‌دهد مقررات محدودکننده برای خدمات قماربازی اینترنتی در جایی که برای حفاظت از عفت عمومی لازم است، اعمال شود؛ بدین نحو که نماینده این کشور استدلال می‌کرد که اقدامات مورد اعتراض برای حمایت از اخلاق عمومی، حفظ نظم عمومی، بخصوص برای پرداختن به نگرانی‌هایی نظیر پولشویی،<sup>۸۷</sup> جرم سازمان‌یافته

۷۹. پیشین، ص ۱۴.

80. General obligations

81. Special commitments

۸۲. نصیری، میترا و مسعود اردکانی، «سازمان تجارت جهانی، اقتصاد و بازرگانی جهان: درآمدی بر موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات»، بررسی‌های بازرگانی، شماره ۴، بهمن و اسفند ۱۳۸۲، صص ۳۸-۴۰.

83. H. van Houtte, *The Law of International Trade*, London: Sweet & Maxwell., 2002, p. 10.

84. Dispute Settlement Body (DSB)

85. United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, Appellate Body Report, WT/DS285/AB/R, Apr. 7, 2005.

86. *Antigua and Barbuda*

87. Money laundering

و تقلب،<sup>۸۸</sup> طراحی شده است.<sup>۸۹</sup> در این قضیه، هیئت حل اختلاف سازمان تجارت جهانی بعد از بررسی اقدامات کشور آمریکا دریافت که اقدامات این کشور برای حمایت از اخلاق عمومی، نه «لازم» و نه «متناسب» با ماده ۱۶ گتس است. این رأی به تأیید مجموعه تجدیدنظر نیز رسید.<sup>۹۰</sup> همچنین در قضیه خدمات مخابراتی مکزیکی، که شکایت ایالات متحده علیه شرکت خدمات بین‌المللی راه دور مکزیکی مطرح شد، هیئت رسیدگی‌کننده، به هنگام صدور حکم، به وجود دکترین حاشیه انعطاف تفسیر و اختیارات برای دولت‌ها اشاره می‌کند؛ بدین نحو که: «هیئت بر این نکته واقف است که دکترین حاشیه انعطاف تفسیری برای دولت‌ها وجود دارد چرا که در اکثر نظام‌های حقوقی، قانونگذاران داخلی اختیار تقنینی دارند که می‌توانند دامنه قوانین رقابت را محدود کنند...»<sup>۹۱</sup>

### ب. موافقت‌نامه تعرفه و تجارت (گات)

موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت،<sup>۹۲</sup> موافقت‌نامه بازرگانی چندجانبه‌ای است که حاوی حقوق و تعهدات متقابل است و در تاریخ ۳۰ اکتبر ۱۹۴۷ در ژنو به امضا رسید.<sup>۹۳</sup> مذاکرات گات تا کنون منجر به ایجاد چهار اصل بنیادین شده است که عبارت‌اند از: الف) اصل کامل‌الوداد و عدم تبعیض، ب) کاهش تعرفه‌های گمرکی، ج) ممنوع‌بودن محدودیت کمی کالا، د) حل اختلاف از طریق مشاوره و تبادل نظر. این در حالی است که در بعضی از مفاد این موافقت‌نامه، اختیاراتی جهت حفظ منافع حیاتی دولت‌ها در شرایط اضطراری وجود دارد، به‌طوری‌که اعضای سازمان تجارت جهانی در تفسیر این مواد، بالاخص استثنائات امنیتی، عمومی و مفاد مندرج در مواد ۱۱، ۲۰ و ۲۱ دکترین، حاشیه گسترده‌ای دارند.<sup>۹۴</sup> در رویه هیئت‌های حل اختلاف سازمان تجارت و نیز رکن استیناف، بارها بر این حق تأکید شده است. به‌عنوان مثال، در قضیه *آزیست*، دولت فرانسه که ممنوعیت فروش الیاف حاوی آزبست را تصویب کرده بود، استدلال کرد که اقدامات صورت‌گرفته، در راستای استثنائات مندرج در بند (ب) ماده ۲۰ گات است،<sup>۹۵</sup> به‌طوری‌که عدم اعلان این ممنوعیت، سلامت افراد را در معرض خطر قرار خواهد داد. رکن استیناف در این

88. Fraud

89. United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, *op. cit.*, para. 74.

90. WTO Appellate Body Repertory of Reports and Awards, 1995-2010, Cambridge University Press, 2011, pp. 419-420.

91. Mexico—Measures Affecting Telecommunications Services, WT/DS204/R (2 Apr 2004), para. 7. 244.

92. General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)

93. سند نهایی مذاکرات گات در ماه دسامبر سال ۱۹۹۳ توسط ۱۱۷ کشور تصویب شد. این دولت‌ها توافق کردند تا سازمان جدیدی بنام «سازمان جهانی تجارت» جانشین گات شود.

94. Mads Andenas and Stefan Zleptnig, "Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective", *Texas International Law Journal*, vol. 42, No. 3, July 2007, p. 407.

95. EC—Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, WT/DS121/AB/R, 2000.

خصوص اعلام کرد «با توجه به اینکه حفاظت از زندگی بشر و سلامت انسان دارای اهمیت است و در بالاترین درجه حیاتی قرار دارد، بسیار منطقی است که به هریک از اعضای سازمان جهانی تجارت، اجازه داده شود از ورود محصولاتی که دارای درجه خطر بالایی هستند، جلوگیری کنند...».<sup>۹۶</sup> در ادامه این رکن<sup>۹۷</sup> با اعطای اختیارات به این دولت بیان داشت: «این مسلم است که اعضای سازمان تجارت جهانی، حق تعیین سطحی مناسب از حفاظت از سلامت، البته با توجه به وضعیت پیش آمده را دارند».<sup>۹۸</sup> ذکر این نکته حائز اهمیت است که در این پرونده، هیئت رسیدگی کننده اعلام کرد که وظیفه اش بررسی این موضوع است که آیا دلایل علمی کافی در خصوص خطرناک بودن این محصولات برای سلامت انسان و محیط زیست ارائه شده است؟ و نیز اینکه آیا اقدامات دولت فرانسه، متناسب با این اهداف است؟<sup>۹۹</sup>

جدای از قضیه پیش گفته، وجود دکترین حاشیه در قضیه *گاروبیل*<sup>۱۰۰</sup> نیز مطرح شد. در این قضیه، نماینده دولت امریکا مدعی وجود «اختیاراتی» برای این دولت به موجب بند (ب) ماده ۲۰ گات بود. در این پرونده، رکن استیناف به استناد استاندارد «عدم تبعیض» و «ضرورت»، به بررسی اختلاف مطرح شده پرداخت و با این بیان که: «اعضای تجارت جهانی در اهداف زیست محیطی خود آزاد هستند...»، بر وجود اختیارات برای دولت‌ها در اهداف زیست محیطی تأکید کرد.<sup>۱۰۱</sup> همچنین در این پرونده، هیئت حل اختلاف در رابطه با بند (ب) ماده ۲۰ اعلام کرد که این وظیفه ایالات متحده امریکا است که اثبات کند: «۱. اقداماتی که اعمال آن‌ها مستند به این بند شده، در چارچوب حمایت از حیات و سلامت انسان، حیوان و گیاه<sup>۱۰۲</sup> است. ۲. این اقدامات جهت دستیابی به اهداف مورد نظر ضروری است و ۳. اقدامات انجام شده مطابق با ماده ۲۰ است...».<sup>۱۰۳</sup> لذا در صورتی استناد به بند (ب) ماده ۲۰ صحیح است که تمامی شرایط فوق احراز شود. نهایتاً رکن استینافی با کمک استانداردهای مذکور، حکمی مبنی بر اینکه اقدامات دولت امریکا مطابق ماده ۲۰ گات نیست، صادر کرد.<sup>۱۰۴</sup>

موضوع دکترین حاشیه در دعوی میگو - لاک پست<sup>۱۰۵</sup> نیز مطرح شد. در این پرونده ایالات متحده امریکا با وضع قانونی، جهت حمایت و حفاظت از لاک پست‌های دریایی محدودیت‌هایی

96. *Ibid.*, para. 8.

97. Appellate Body (AB)

98. *Dispute Settlement Reports* 2001, vol. 8, Cambridge University Press, 2001, p. 3823.

99. EC – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, *op. cit.*, para. 8.

100. United States–Standards for Reformulated and Conventional Gasoline

101. Cairo A. R. Robb, Amelia Porges, Damien Geradin, Daniel Bethlehem, James Crawford, Philippe Sands, *International Environmental Law Reports*, vol. 2, Cambridge University Press, 2001, p. 207.

102. Protect Human, Animal or Plant Life or Health

103. United States–Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, Panel Report, WT/DS2/R, Jan. 29, 1996, paras. 6, 20.

104. *Ibid.*, paras. 8, 1.

105. United States–Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58, 12 October 1998.

اعمال کرد و در توجیه این اقدام خود بیان داشت که محدودیت‌های خود را در اجرای قصد و نیت کنوانسیون تجارت بین‌المللی گونه‌های وحشی جانوری و گیاهی در معرض خطر<sup>۱۰۶</sup> و در محدوده اختیاراتی که استثنای بند (ب) و (ز) ماده ۲۰ گات به این دولت اعطا کرده، انجام داده است.<sup>۱۰۷</sup> در ابتدا هیئت حل اختلاف بیان داشت که اقدامات ایالات متحده با هیچ‌یک از مقررات ماده ۲۰ توجیه نمی‌شود.<sup>۱۰۸</sup> در این قضیه با توجه به امکان استیناف دولت امریکا، این دولت، اقدام به استیناف‌خواهی کرد. در این مرحله، نماینده دولت امریکا بر مبنای بند (ز) ماده ۲۰ گات که به حفاظت از منابع طبیعی تمام‌شدنی<sup>۱۰۹</sup> مربوط می‌شود، استدلال‌ات خود را بیان کرد. در این قضیه، رکن استینافی با کمک اصل «پویابودن» کنوانسیون بیان داشت که جهت تفسیر عبارت «تمام‌شدنی» ذکرشده در بند (ز) ماده ۲۰ باید توجه شود که منابع طبیعی تمام‌شدنی باید دارای رویکردی پویا و غیرایستا باشند. این عبارت باید در پرتو دغدغه‌های امروز بشر در راستای حفظ و حمایت از محیط‌زیست تفسیر شود.<sup>۱۱۰</sup> موضوع مذکور در این بند، محدود به حفظ منابع طبیعی معدنی<sup>۱۱۱</sup> و غیرزنده<sup>۱۱۲</sup> نیست.<sup>۱۱۳</sup> این تفسیر صحیح نیست که گفته شود منابع طبیعی زنده، قابل تجدید بوده، لذا تمام‌شدنی نیست.<sup>۱۱۴</sup> در ادامه، رکن استیناف علی‌رغم وجود اختیارات مقرر در ماده ۲۰ گات با کمک استانداردهای «عدم تبعیض» و «تناسب» به تجزیه و تحلیل پرونده پرداخت و در نهایت اعلام کرد که اقدام ایالات متحده امریکا با توجه به شرایط مذکور در صدر ماده ۲۰ معمول نشده است و به‌نوعی سبب تبعیض خودسرانه شده است، چرا که کشورهای صادرکننده ملزم بودند همان مقررات و رویه‌های اجرایی ایالات متحده امریکا را عیناً اجرا کنند.<sup>۱۱۵</sup>

### ج. موافقت‌نامه اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی

تا مدتی نزدیک به پنجاه سال، نظام تجارت چندجانبه به تجارت کالا محدود می‌شد و موافقت‌نامه عمومی تعرفه تجارت گات ۱۹۴۷ تنها موافقت‌نامه چندجانبه کالایی در نظام تجارت چندجانبه به‌شمار می‌رفت. گات ۱۹۴۷ تا پیش از آغاز به کار سازمان جهانی تجارت، اصلاحات و تغییر و تعدیل‌هایی

106. Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Flora and Fauna (CITES)

107. *Ibid*, para. 25.

108. *Ibid*, para. 63.

109. Exhaustible natural resources

110. *Ibid*, para. 129.

111. Mineral

112. Non-Living

113. *Ibid*, para. 128.

114. در این قضیه طرف‌های شاکی یعنی چهار کشور هند، پاکستان، مالزی و تایلند استدلال می‌کردند که «منابع طبیعی

تمام‌شدنی» به منابع محدود نظیر مواد معدنی اطلاق می‌شود و نه به منابع جاندار: *Ibid*, para. 127.

115. *Ibid*, paras. 150, 177, 184.

پذیرفت، به طوری که پروتکل‌ها و تأییدیه‌های مربوط به امتیازات تعرفه‌ای، پروتکل‌های الحاق و تصمیمات طرفین متعاهد گات از جمله در موارد معافیت از تعهدات، بدان ضمیمه شد. در دور اروگوئه، ۶ موافقت‌نامه، از جمله موافقت‌نامه اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی، و موافقت‌نامه موانع فنی فراراه تجارت، در تفسیر مواد گات و پروتکل الحاقی مراکش نیز به گات ۱۹۴۷ افزوده شد و از آن پس، مجموعه این اسناد (گات ۱۹۴۷ به همراه این افزوده‌های جدید) گات ۱۹۹۴ خوانده شد.<sup>۱۱۶</sup>

به موجب تفسیر فحوی بند ۲ ماده ۲ موافقت‌نامه اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی<sup>۱۱۷</sup> و ابهام موجود در آن، هر عضو در تعیین حدود و ثغور حمایت از اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی و نیز در تعیین سطح مناسب حفاظت بهداشتی یا بهداشت گیاهی، دارای دکترین حاشیه خواهد بود، چرا که اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی اعضا باید «در حد لازم» برای حفاظت از حیات یا بهداشت انسان، حیوان و گیاه صورت پذیرد<sup>۱۱۸</sup> و همچنین در ارزیابی خطر در این موافقت‌نامه، با توجه به اینکه در تعیین بسیاری از موارد، لازم است اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی اعضا مطابق شرایط حاکم و متناسب با خطرات موجود تنظیم شود و چون شرایط جغرافیایی و منطقه‌ای و نظایر آن در دولت‌های عضو در چنین مواردی متفاوت بوده، خطرات متناسب به این شرایط هم متفاوت است، دولت‌ها در تعیین ارزیابی خطر<sup>۱۱۹</sup> دارای آزادی عمل هستند، به نحوی که این دولت‌ها استانداردهایی را که خود تنظیم کرده‌اند، به کار می‌گیرند. همچنین موافقت‌نامه اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی، اعضا را مجبور به تبعیت از استانداردهای خاصی نمی‌کند و در این موضوع نیز به اعضا اختیارات می‌دهد، به نحوی که بر حق اعضا در اتخاذ اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی متفاوت و حتی با سطح حفاظت بالاتر نسبت به استانداردهای بین‌المللی صحه می‌گذارد. لذا دولت‌ها در تعیین نوع استانداردها نیز دارای اختیار و صلاحیت هستند.<sup>۱۲۰</sup>

یکی از دعاوی که در خصوص این موافقت‌نامه در هیئت اختلاف گات مطرح و این هیئت به

۱۱۶. جهت مطالعه بیشتر در خصوص موافقت‌نامه اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی و موافقت‌نامه موانع فنی فراراه تجارت، ن.ک: مسعود کمالی اردکانی و میرهادی سیدی؛ «استانداردها در سازمان جهانی تجارت»، بررسی‌های بازرگانی، شماره ۸، مهر و آبان ۱۳۸۳، صص ۳۵-۳۰.

**117. Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS)**

۱۱۸. بند ۲ ماده ۲ موافقت‌نامه اعمال اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی: اعضا تضمین خواهند کرد به استثنای آنچه در بند ۷ ماده ۵ مقرر شده، اقدام بهداشتی و بهداشت گیاهی فقط در «حد لازم» برای حفاظت از حیات یا بهداشت انسان، حیوان یا گیاه اعمال شود...

۱۱۹. مقصود از ارزیابی خطر، برآورد احتمال ورود، ایجاد یا شیوع آفت یا بیماری در قلمرو کشور عضو واردکننده و بررسی عواقب زیست‌شناختی و اقتصادی بالقوه آن و همچنین برآورد اثرات منفی ناشی از عوامل متعدد مربوط به غذاها و نوشیدنی‌ها و خوراک دام بر بهداشت انسان یا حیوان است.

120. Australia—Measures Affecting Importation of Salmon, Report of the Panel, WT/DS18 /R, 12 June 1998, paras. 8, 107.

تبيين اختیارات دولت‌ها به کمک استانداردهای بررسی پرداخته است، قضیه هورمون<sup>۱۲۱</sup> است. در این قضیه، جامعه اروپا در سال ۱۹۸۰ دستورالعمل پیشنهادی برای منع فروش یا واردات گوشت و فرآوردهای گوشتی تهیه شده از گاو را صادر کرد؛ به این دلیل که ظنی وجود داشت که ممکن است هورمون‌های داده شده به گاوها سرطان‌زا باشد. اتحادیه اروپا این محدودیت را از نو در سال ۱۹۹۶ مطرح و دستورالعمل خود را در مورد منع واردات گوشت هورمونی صادر کرد.<sup>۱۲۲</sup> در این قضیه ایالات متحده آمریکا و کانادا شکایتی را در رکن حل اختلاف به دلیل نقض چندین مقرر از جمله موافقت‌نامه بهداشتی و بهداشت نباتی مطرح کردند. در شکایت مطرح شده، نماینده اتحادیه اروپا استدلال خود را بر مبنای تفسیر بند ۲ و ۳ ماده ۳ و ماده ۵ موافقت‌نامه مورد بحث قرار داده، تأکید کرد که مواد مذکور به دولت‌های عضو، اختیاراتی اعطا کرده است.<sup>۱۲۳</sup> در اختلاف مورد بحث، هیئت با کمک استانداردهای «معقولیت» به بررسی ادعاهای طرفین پرداخت. در این قضیه، رکن استیناف به هنگام بررسی ارزیابی خطر که به موجب ماده ۵ بر عهده دولت‌ها قرار داده شده، علی‌رغم صحت بر این موضوع که شناسایی، ارزیابی و مقابله با خطر ایجاد شده بر عهده اتحادیه اروپا قرار دارد، با اشاره به کارشناسی صورت گرفته از ناحیه اتحادیه که تخمین می‌زد تقریباً از هر یک میلیون زن، یک نفر در نتیجه مصرف گوشت هورمون‌دار، مبتلا به سرطان می‌شود، بیان می‌دارد که کارشناسی صورت گرفته نمی‌تواند «منطقاً» نتیجه‌گیری معارض ارائه شده از ناحیه دو دولت ایالات متحده و کانادا را رد کند. لذا رکن استیناف، نتیجه‌گیری هیئت را که ممنوعیت اتحادیه اروپا بر واردات گوشت گاو هورمونی را مغایر موافقت‌نامه بهداشتی و بهداشت نباتی معرفی کرده بود، رد کرد.<sup>۱۲۴</sup>

#### د. موافقت‌نامه موانع فنی فراراه تجارت

موافقت‌نامه موانع فنی فراراه تجارت<sup>۱۲۵</sup> در صدد است مقررات فنی اجباری، استانداردهای داوطلبانه و آزمایش و صدور گواهی محصولات و موانع غیرضروری فراراه تجارت ایجاد نکند. در بند ۲ ماده ۲ این موافقت‌نامه بالبراهه به دولت‌ها دکترین حاشیه انعطاف لازم جهت اعمال محدودیت نسبت به مفاد این مقررات تحت عنوان اهداف مشروع<sup>۱۲۶</sup> اعطا شده است، بدین صورت که: «اعضا تضمین خواهند کرد که مقررات فنی به منظور ایجاد موانع غیرلازم فراراه

121. European Communities—Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)

122. European Communities—Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 January 1998, para. 5.

123. *Ibid.*, paras. 46-49.

124. *Ibid.*, para. 253.

125. Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT)

۱۲۶. در این موافقت‌نامه در مقایسه با گات به جای استفاده از کلمه «استثنائات عمومی» برای اشاره به حق حفاظت از حیات و سلامت انسان، حیوان یا گیاه، از کلمه «اهداف مشروع» استفاده شده است.

تجارت بین الملل یا با چنین اثری، تهیه، تصویب و اجرا نشوند. بدین منظور، مقررات فنی نباید از لحاظ تجاری، محدودیتی بیش از آنچه برای تحقق هدفی مشروع لازم است، با در نظر گرفتن خطرات ناشی از عدم تحقق آن ایجاد کنند. این اهداف مشروع از جمله عبارتند از: الزامات امنیت ملی، جلوگیری از روش‌های خدعه‌آمیز، حفظ سلامت یا ایمنی انسان و حفظ حیات یا بهداشت حیوان یا گیاه، یا محیط‌زیست». با مراجعه به رویه هیئت‌های حل اختلاف سازمان تجارت مشخص می‌شود که این مرجع، ضمن تأکید بر دکترین حاشیه انعطاف تفسیر در تعقیب و اعمال این اهداف و تأکید بر این نکته که وجود «اهداف مشروع» به مثابه سلب صلاحیت هیئت‌های حل اختلاف در ارزیابی «اهداف مشروع» مورد استفاده دولت‌ها نیست،<sup>۱۲۷</sup> بیان می‌دارد که این اهداف نباید برای موارد غیر ضروری یا تبعیض‌آمیز به کار روند.<sup>۱۲۸</sup>

### هـ. موافقت‌نامه حل و فصل اختلافات

یکی از موضوعاتی که در سیر تاریخی سازمان تجارت جهانی از اهمیت بسیاری برای دولت‌ها برخوردار بوده است، آیین حل و فصل گات است، به نحوی که این موضوع علاوه بر اینکه مواد ۲۲ و ۲۳ موافقت‌نامه ۱۹۴۷ گات را به خود اختصاص داده بود، در دور کندی (۶۷-۱۹۶۴) و نیز دور توکیو (۷۹-۱۹۷۳) آیین حل و فصل اختلافات مورد توجه قرار داشت و این روند تا دور اروگوئه یعنی تا سال ۱۹۹۴ که تفاهم‌نامه حل و فصل اختلافات به تصویب رسید، ادامه داشت.<sup>۱۲۹</sup> یکی از ویژگی‌های بارز این تفاهم‌نامه، در نظر گرفتن دکترین حاشیه انعطاف تفسیر برای دولت‌های شاکی به هنگامی است که کشور خاطی از اجرای تصمیم شورا در مورد لغو اقدامات نامناسب خود سرباز می‌زند؛ بدین معنا که تفاهم‌نامه، اختیاری را برای انتخاب اقدامات تلافی‌جویانه<sup>۱۳۰</sup> از ناحیه دولت شاکی پذیرفته است.<sup>۱۳۱</sup> گفتنی است چندین دعوا در هیئت حل اختلاف سازمان تجارت جهانی، ذیل بند ۶ ماده ۲۲ موافقت‌نامه حل اختلاف مربوط به اقدامات متقابل تلافی‌جویانه مطرح شده، که در تمامی این قضایا بالصراحه عنوان شده است که دولت‌ها دارای «دکترین حاشیه انعطاف تفسیر» در خصوص این اقدامات متقابل هستند. به عنوان مثال در قضیه US-Tax Treatment هیئت حل اختلاف تأکید می‌کند: «نه تنها دولت‌های عضو، مستحق انجام اقدامات متقابل

127. European Communities–Trade Description of Sardines Appellate Body Report, WT/DS231/AB/R (September 26, 2002), para. 286.

128. *Dispute Settlement Reports* 2002, vol. 8, Cambridge University Press, 2002, pp. 3434-3436.

129. جهت مطالعه بیشتر در خصوص سازوکار حل و فصل اختلافات در سازمان تجارت جهانی، ن.ک: آندرو مگی؛ «آیین حل و فصل اختلافات سازمان تجارت جهانی»، ترجمه: محسن مجبی، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷، پاییز ۱۳۷۶.

130. Retaliation

131. بند ۶ ماده ۲۲ موافقت‌نامه حل و فصل اختلافات: اگر وضعیت موصوف در بند ۲ وجود داشته باشد، رکن حل اختلاف، در صورت درخواست، ظرف ۳۰ روز پس از انقضای فرصت معقول، اجازه تعلیق امتیازات یا سایر تعهدات را صادر خواهد کرد....

هستند... بلکه در ارزیابی تناسب چنین اقدامات متقابلی، دکترین با توجه به شدت نقض ارتكابی به دولت‌ها اعطا می‌شود.<sup>۱۳۳</sup> همچنین مجموعه حل اختلاف به وجود اختیارات برای دولت‌ها در پرونده‌هایی که در ذیل بند ۳ ماده ۱۳۳۲۲ موافقت‌نامه نیز مطرح شدند، اشاره کرده است. هیئت در پرونده واردات، فروش و توزیع موز به تبیین قسمت ابتدایی بندهای (ب) و (ج) بند ۳ ماده ۲۲ موافقت‌نامه حل‌وفصل اختلافات که اشعار می‌دارد «اگر طرف مزبور تشخیص دهد که...» پرداخته، و بیان می‌دارد که این عبارت، موجب اعطای اختیارات به دولت‌های شاکی می‌شود.<sup>۱۳۴</sup> این رویکرد همچنین در سال ۲۰۰۷ به‌وسیله هیئت در قضیه US-Gambling استفاده شد و هیئت، وجود اختیارات برای دولت‌ها را به‌موجب بند ۳ ماده ۲۲ تأیید کرد.<sup>۱۳۵</sup>

از مجموع بررسی‌ها در خصوص جایگاه دکترین حاشیه انعطاف تفسیر در موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی و تأثیر این دکترین بر تفسیر موافقت‌نامه‌های سازمان می‌توان بیان داشت که به‌طور کلی الزام دولت‌های عضو سازمان به رعایت تعهدات سازمان تجارت جهانی به مثابه صرف‌نظر کردن آن‌ها از منافع ضروری نیست، بلکه برعکس با دقت در مفاد موافقت‌نامه‌های یادشده محرز می‌شود که منافع ضروری دولت‌ها مانند نظم عمومی، اخلاق عمومی،<sup>۱۳۶</sup> بهداشت عمومی و... از طریق ابهام در مفاد<sup>۱۳۷</sup> مقررات موافقت‌نامه‌ها یا درج شروط غیرمانع، پاسخ داده شده است. به عبارتی، در تفسیر این موافقت‌نامه‌ها دکترین حاشیه برای دولت‌ها در نظر گرفته شده است. لذا این دکترین موجب فراهم‌شدن اختیارات، آزادی عمل و نیز درجه‌ای از احترام به دولت‌ها در تفسیر موافقت‌نامه‌ها می‌شود.

**132.** US—Tax Treatment of “Foreign Sales Corporation,” WT/DS108/ARB, Aug. 30, 2002, para. 5.62; see also *Ibid.* para. 6.55.

**۱۳۳.** بند ۳ ماده ۲۲ موافقت‌نامه حل‌وفصل اختلافات: در بررسی اینکه کدام امتیازات یا سایر تعهدات باید به حالت تعلیق درآید، طرف شاکی، اصول و رویه‌های زیر را اعمال خواهد کرد: الف) اصل کلی آن است که طرف شاکی ابتدا باید تعلیق امتیازات یا سایر تعهدات را در مورد همان بخش (بخش‌هایی) که هیئت رسیدگی یا رکن استیناف نقض یا سایر موارد از میان‌رفتن (منافع) یا لطمه (به این منافع) را در آن تشخیص داده، مطالبه کند؛ ب) اگر طرف مزبور تشخیص دهد که تعلیق امتیازات یا سایر تعهدات در مورد همان بخش (بخش‌ها) عملی یا مؤثر نیست، می‌تواند تعلیق امتیازات یا سایر تعهدات در بخش‌های دیگر همان موافقت‌نامه را مطالبه کند؛ ج) اگر طرف مزبور تشخیص دهد که تعلیق امتیازات یا سایر تعهدات در مورد بخش‌های دیگر همان موافقت‌نامه، عملی یا مؤثر نیست و اوضاع‌واحوال به اندازه کافی وخیم باشد، می‌تواند تعلیق امتیازات یا سایر تعهدات در موافقت‌نامه تحت پوشش دیگری را مطالبه کند؛ ...

**134.** EC—Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/ARB/ECU Mar. 24, 2000, para. 52

**135.** US—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/ARB, Dec. 21, 2007, para. 4.16.

**۱۳۶.** نمونه‌ای از وجود دکترین حاشیه انعطاف تفسیر در حمایت از عفت عمومی در رویه‌گات را می‌توان در رأی رکن استینافی در قضیه سرگرمی‌های سمعی و بصری چین مشاهده کرد. جهت مطالعه بیشتر، ن.ک:

China—Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, Appellate Body Report, WT/DS363/AB/R, Jan. 19, 2010.

**۱۳۷.** مانند ابهام موجود در بند ۲ ماده ۲ موافقت‌نامه اقدامات بهداشتی و بهداشت گیاهی: «اعضا تضمین خواهند کرد ... اقدام بهداشتی و بهداشت گیاهی فقط در «حد لازم» برای حفاظت از حیات یا بهداشت انسان، حیوان یا گیاه اعمال شود...».

به طوری که آن‌ها می‌توانند به استناد این اختیارات در بعضی از شرایط به دلیل اضطراب نسبت به محدود کردن یا تعلیق موافقت‌نامه‌هایی که عضو آن هستند، اقدام کنند. هرچند همان طور که در نمونه‌های پیش‌گفته نیز ملاحظه شد، این دکترین اعطایی به دولت‌ها مطلق نبوده، بلکه هیئت‌های حل اختلاف سازمان تجارت جهانی و نیز رکن استینافی بر آن نظارت می‌کنند.

### نتیجه

با بررسی معاهدات بین‌المللی، بالاخص معاهدات سرمایه‌گذاری و تجاری از زاویه دکترین حاشیه انعطاف تفسیر، این موضوع محرز می‌شود که به دلیل شرایط خاص حاکم بر برخی از معاهدات بین‌المللی مانند وجود تعهدات تخییری، وجود ابهام، درج شروط غیرمانع، و وجود تعهدات مثبت، می‌توان وجود دکترین را در این معاهدات برای دولت‌ها احراز کرد. نتیجه اینکه دکترین حاشیه انعطاف تفسیر در بستر دیوان اروپایی حقوق بشر، تنها توسعه کمی و کیفی یافته است و ریشه این دکترین را باید در دیگر معاهدات بین‌المللی و در سال‌های قبل از تشکیل کنوانسیون و دیوان اروپایی حقوق بشر جستجو کرد. پس از اثبات دکترین حاشیه انعطاف تفسیر در معاهدات غیرحقوق بشری، در خصوص نقش کلی این دکترین در معاهدات نیز ذکر این نکته لازم است که این دکترین نه تنها نقش بسزایی در افزایش همکاری‌های بین‌المللی ایفا می‌کند، بلکه صدمات ناشی از بی‌میلی دولت‌ها به التزام نسبت به معاهدات بین‌المللی را نیز به حداقل کاهش می‌دهد؛ بدین معنا که دکترین حاشیه انعطاف تفسیر که موجب ایجاد چارچوب صلاحیت‌گزینی از طریق اعطای اختیارات به دولت‌ها در جهت حفظ حاکمیت و منافع ضروری می‌شود، می‌تواند طرفداران یک معاهده بین‌المللی، بالاخص معاهدات سرمایه‌گذاری و تجاری را قادر سازد تا ذهن قانونگذاران و برنامه‌ریزان نظامی و سیاسی را که به شدت در قبال خطر منافع ضروری عالی خود حساس هستند، روشن، و رضایت آنان را جلب کنند. لذا در عرصه معاهدات غیرحقوق بشری می‌توان اذعان کرد که وجود دکترین حاشیه انعطاف تفسیر، یکی از شاخصه‌های مهم در جلب حمایت و رضایت هر دولت در قبول معاهدات بین‌المللی و نتیجتاً گسترش و توسعه معاهدات است.

به‌طور کلی به دلیل عدم پیشرفت استانداردهای بررسی توسط مراجع قضایی بین‌المللی و نیز خطرات ناشی از این اعطای اختیارات به دولت‌ها که منجر به فرار آن‌ها از مسئولیت به هنگام نقض تعهد بین‌المللی می‌شود، اعطای دکترین به دولت‌های عضو معاهدات حقوق بشری بالاخص کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، گسترده‌تر از اختیارات اعطاشده به طرف‌های معاهدات و کنوانسیون‌های بین‌المللی دیگر است، که به نظر می‌رسد بر این اساس، این مراجع بین‌المللی هرچند اصل دکترین حاشیه انعطاف را پذیرفته‌اند، تمایلی به گسترش این دکترین، آن هم بعد از اعمال استانداردهای دقیق ندارند.

## منابع:

## الف. فارسی

## - کتاب

- عالیخانی، محمد؛ حقوق بین‌الملل، خط سوم، ۱۳۷۸.

## - مقاله

- احمدی‌نژاد، مریم؛ «تعهدات در قبال جامعه بین‌المللی و جایگاه آن در حقوق مسئولیت بین‌المللی دولت»، فصلنامه سیاست خارجی، دوره ۲۶، شماره ۴، زمستان ۱۳۹۱.
- احمدی‌نژاد، مریم و یاسر امین‌الرعايا؛ دکترین «صلاح‌دید و منافع ملی دولت‌های عضو کنوانسیون اروپایی حقوق بشر»، فصلنامه مطالعات راهبردی، سال نوزدهم، شماره اول، بهار ۱۳۹۵.
- امین‌الرعايا، یاسر؛ «تحقیقات علمی در منطقه انحصاری اقتصادی دریایی»، فصلنامه سیاست خارجی، سال بیست‌وششم، شماره ۳، پاییز ۱۳۹۱.
- فلسفی، هدایت‌الله؛ «اجرای مقررات حقوق بین‌الملل»، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۳ و ۱۴، پاییز ۱۳۷۲ تا تابستان ۱۳۷۳.
- \_\_\_\_\_؛ «روش‌های شناخت منطقی حقوق بین‌الملل: تفسیر و اجرای مقررات حقوق بین‌الملل»، تحقیقات حقوقی، شماره ۱۱ و ۱۲، پاییز- زمستان ۱۳۷۱ و بهار- تابستان ۱۳۷۲.
- کمالی اردکانی، مسعود و میرهادی سیدی؛ «استانداردها در سازمان جهانی تجارت»، بررسی‌های بازرگانی، شماره ۸، مهر و آبان ۱۳۸۳.
- گالاچر، اسکات؛ «موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات سازمان جهانی تجارت و تجارت بین‌المللی خدمات حقوقی»، ترجمه: مسعود کمالی اردکانی، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۳۹، پاییز- زمستان ۱۳۸۷.
- مگی، آندرو؛ «آیین حل‌وفصل اختلافات سازمان تجارت جهانی»، ترجمه: محسن محبی، دیدگاه‌های حقوق قضایی، شماره ۷، پاییز ۱۳۷۶.
- نصیری، میترا و مسعود اردکانی؛ «سازمان تجارت جهانی، اقتصاد و بازرگانی جهان: درآمدی بر موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات»، بررسی‌های بازرگانی، شماره ۴، بهمن و اسفند ۱۳۸۲.

## ب. انگلیسی

### - Books

- Andrew Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford University Press, 2012.
- Cairo A. R. Robb, Amelia Porges, Damien Geradin, Daniel Bethlehem, James Crawford, Philippe Sands, *International Environmental Law Reports*, vol. 2, Cambridge University Press, 2001.
- Cairo A. R. Robb, Amelia Porges, Damien Geradin, Daniel Bethlehem, James Crawford, Philippe Sands, *International Environmental Law Reports*, vol. 2, Cambridge University Press, 2001.
- Dinah Shelton, Paolo G. Carozza, *Regional Protection of Human Rights*, Oxford University Press, 2013.
- H. Myron Nordquist, *United Nations Convention on the Law of the Sea*, 1982, published by Martinus Nijhoff Publisher, 1991.
- H. van Houtte, *The Law of International Trade*, London: Sweet & Maxwell, 2002.
- Holmer, Oskar, *Decoding the Margin of Appreciation Doctrine in Its Use by the European Court of Human Rights*, university essay from Stockholms universitet, Juridiska institutionen, 2013.
- James Crawford, Karen Lee, Elihu Lauterpacht, *ICSID Reports*, vol. 14, Cambridge University Press, 2009.
- Jan Anne Vos, *The Function of Public International Law*, Springer, 2011.
- Karl P. Sauvant, *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*, Oxford University Press, 2009.
- Pierre-Marie Dupuy, Francesco Francioni, Ernst-Ulrich Petersmann, *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Oxford University Press, 2009.

### - Articles

- Adam B. Ellick, "Lacy Threads and Leather Straps Bind a Business", *New York Times*, Apr. 28, 2009.
- Alec Stone Sweet, "Proportionality, General Principles of Law, and Investor-State Arbitration", *International Law and Politics*, vol. 46, 2014.
- Briese, Robyn, Schill, Stephan, "Self-Judging Clauses before the International Court Of Justice", *Melbourne Journal of International Law*, vol. 10, No. 1, May 2009.
- Dinah Shelton, Paolo G. Carozza, *Regional Protection of Human Rights*, Oxford University Press, 2013.
- Dapo Akande, Sope Williams, "International Adjudication on National Security Issues: What Role for the WTO?", *Virginia Journal of International Law*, vol. 43, 2003.

- George Letsas, “Two Concepts of the Margin of Appreciation”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 26, No. 4, 2006.
- H. Schloemann, S. Ohlhoff, “Constitutionalization and Dispute Settlement in the WTO: National Security as an Issue of Competence”, *American Journal of International Law*, vol. 93, 1999.
- Mads Andenas and Stefan Zleptnig, “Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective”, *Texas International Law Journal*, vol. 42, No. 3, July 2007.
- Matthias Klatt, “Positive Obligations under the European Convention on Human Rights”, *Journal Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, vol. 71, 2011.
- Ni Aolain Fionnuala, “From Discretion to Scrutiny: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights”, *Human Rights Quarterly*, vol. 23, No. 3, August 2001.
- Schlink Bernhard, “The Dynamics of Constitutional Adjudication”, *Cardozo Law Review*, vol. 17, 1996.
- Shany, Yuval, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?”, *The European Journal of International Law*, vol. 16, No. 5, 2006.
- William W. Burke-White, Andreas von Staden, “Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 48:2. 2008.

#### - International Instruments

- Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS)
- Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Flora and Fauna (CITES)
- Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), (The New York Convention)
- Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States
- General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)
- General Agreement on Trade in Services (GATS)
- International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID).
- United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)
- Selected Recent Developments in IIA Arbitration and Human Rights, *International Investment Agreements, IIA Monitor No. 2*, 2009.

**- Jurisprudence**

- Australia—Measures Affecting Importation of Salmon, Report of the panel, WT/DS18 /R, 12 June 1998.
- *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22.
- China—Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, Appellate Body Report, WT/DS363/AB/R, Jan. 19, 2010.
- *CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/8, Award, May 12, 2005.
- *Continental Casualty v. Argentine Republic*-, ICSID Case No. ARB/03/9.
- EC—Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, WT/DS121/AB/R, 2000.
- EC—Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/ARB/ECU Mar. 24, 2000.
- *Enron Corp. Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/01/3, Award, May 22, 2007.
- European Communities — Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, 16 January 1998.
- European Communities—Trade Description of Sardines Appellate Body Report, WT/DS231/AB/R, September 26, 2002.
- *Fadeyeva v. Russia*, European Court of Human Rights, Application No. 55723/00, Judgment of 9 June 2005.
- Mexico—Measures Affecting Telecommunications Services, WT/DS204/R(2 Apr 2004)
- *Sempra Energy Int'l v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/16, Award, Sept. 28, 2007.
- The Lotus Case (*France v. Turkey*), P. C. I. J. , series A, No. 10, 1927.
- Treaty for the Promotion and Protection of Investments, Federal Republic of Germany- Pakistan, Protocol, 2, Nov. 25, 1959.
- United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58, 12 October 1998.
- United States—Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, Panel Report, WT/DS2/R, Jan. 29, 1996.
- United States—Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, Appellate Body Report, WT/DS285/AB/R, Apr. 7, 2005.
- US-Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/ARB, Dec. 21, 2007.
- US-Tax Treatment of “Foreign Sales Corporation”, WT/DS108/ARB, Aug. 30, 2002.

- 
- *Z v. Finland*, Judgment of 25 February 1997, Partly dissenting opinion of judge De meyer.
  - *LG&E Energy Corp. v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, Oct. 3, 2006.
  - *Siemens AG v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award, Feb. 6, 2007.

**- Reports**

- *Dispute Settlement Reports 2001*: vol. 8, Cambridge University Press, 2001.
- *Dispute Settlement Reports 2002*: vol. 8, Cambridge University Press, 2002.
- *WTO Appellate Body Repertory of Reports and Awards 1995-2010*, Cambridge University Press, 2011.