

نقش رفتار منصفانه در حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی با تاکید بر مفهوم مسؤلیت اجتماعی شرکت‌های فراملی

محمد رضا پاسبان* - زینب اصغری**

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۹/۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۱/۲)

چکیده

ایران مانند بسیاری از کشورهای در حال توسعه به سرمایه‌گذاری خارجی به منظور افزایش سطح توسعه علاقه‌مند بوده و در سال‌های اخیر معاهدات متعددی را در این حوزه تصویب کرده است. یکی از شروط اساسی این معاهدات رفتار منصفانه است، که در دعاوی سرمایه‌گذاری به کرات مورد استناد قرار گرفته. سرمایه‌گذاران با تمسک به این معیار خواهان حمایت‌های حقوقی از جانب دولت میزبان، از جمله حفظ ثبات فضای حقوقی، منع تبعیض و ... هستند. با وجود این، تعهدات سرمایه‌گذار در برابر دولت میزبان کمتر محل بحث قرار گرفته است. در این پژوهش، مفهوم مسؤلیت اجتماعی شرکت‌های فراملی در برابر جامعه میزبان را ذیل مفهوم رفتار منصفانه مورد ارزیابی قرار می‌دهیم. هرچند مسؤلیت اجتماعی عمدتاً بر تعهدات نرم و دستورالعمل‌های داوطلبانه استوار است، اما به نظر می‌رسد با تمسک به معیار رفتار منصفانه می‌توان بستر حقوقی مناسبی بر این مفهوم خلق کرد. شرط رفتار منصفانه در موافقت نامه‌های سرمایه‌گذاری اقتضا دارد، شرکت‌های فراملی به اصولی مانند حق بر توسعه، حقوق کار، حقوق محیط زیست، حقوق رقابت، حقوق بشر و ... در کشورهای محل فعالیت خود پایبند باشند.

واژگان کلیدی: رفتار منصفانه، سرمایه‌گذاری خارجی، مسؤلیت اجتماعی، شرکت‌های فراملی، توسعه دولت میزبان

* دانشیار گروه حقوق خصوصی و اقتصادی دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول) mpasban@atu.ac.ir
** دانش آموخته دکتری حقوق بین الملل دانشگاه علامه طباطبائی Z.asqari@gmail.com

۱- مقدمه

جذب سرمایه‌گذاران خارجی به‌عنوان ابزار اساسی نیل به توسعه در کشورهای در حال توسعه به رسمیت شناخته شده، در این راستا جمهوری اسلامی ایران نیز قوانین و معاهدات متعددی را به تصویب رسانده است. سرمایه‌گذاران خارجی جهت حضور در کشورهایی که از نظام‌های حقوقی و اقتصادی کمتر توسعه یافته‌ای برخوردارند، تضمین‌ها و حمایت‌هایی را می‌طلبند، از آن جمله معیار رفتار منصفانه^۱ است که در اغلب موافقت‌نامه‌های حمایت از سرمایه‌گذاری که ایران با کشورهای دیگر منعقد نموده، درج شده است. این معیار مرکز ثقل حقوق در حال توسعه سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشد که هدف آن افزایش جریان سرمایه در سطح جهان و بهبود روابط اقتصادی کشورهاست. در سال‌های اخیر بذل توجه به این معیار نه تنها در مباحث دانشگاهی و نظری، که در داوری دعوی سرمایه‌گذاری نیز فزونی یافته است. سرمایه‌گذاران این معیار را قوی‌ترین ابزار حمایتی در برابر دولت میزبان انگاشته و اساساً آن را به‌عنوان منشاء تعهدات دولت میزبان و حقوق حمایتی برای خود می‌شناسند؛ رویکردی که در چند دهه گذشته، از سوی بسیاری از مراجع داوری بین‌المللی مورد تایید قرار گرفت. اما تداوم و استمرار حیات نوپای حقوق سرمایه‌گذاری خارجی که بر پایه معاهدات دو و چندجانبه سرمایه‌گذاری و نظام داوری بین‌المللی استوار است، نیازمند ظهور رویکردهای جدید در تفسیر این معیار می‌باشد، رویکردهایی که به‌صورت منصفانه حقوق و منافع سرمایه‌گذار را در برابر حقوق و منافع جامعه محلی دولت میزبان به‌ویژه جوامع در حال توسعه متوازن سازد. بخش اعظم سرمایه‌گذاری‌های خارجی را شرکت‌های بزرگ چند ملیتی عهده‌دار هستند که تأثیرات اجتماعی و اقتصادی گسترده بر جامعه‌ای برجای می‌گذارند که در آن فعالیت می‌کنند. شبکه گسترده معاهدات سرمایه‌گذاری که در دهه‌های شصت و هفتاد میلادی توسعه یافته به فراخور شرایط سیاسی و تاریخی حاکم، با تأکید بر حقوق سرمایه‌گذار، و عدم توجه به مسئولیت‌های وی در یک رابطه دراز مدت سرمایه‌گذاری نگارش شده، بنابراین بسیار یک‌جانبه‌تر از آن است که نیازهای کنونی را پاسخ گوید، قابل توجه است، در معاهدات حمایت از سرمایه‌گذاری که جمهوری اسلامی ایران در دهه اخیر نیز منعقد کرده، این نگاه یک‌جانبه مرتفع نشده، تأکید بر حقوق سرمایه‌گذار بدون توجه به تعهدات و تکالیف وی قطعاً

1. Fair And Equitable Treatment

غیرمنصفانه و غیرعادلانه خواهد بود، لذا کارآیی و تاثیرگذاری حقوق سرمایه‌گذاری در گرو آن است که اولاً در نسل جدید موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری، مقرراتی صریح در باب تعهدات سرمایه‌گذار و به‌ویژه مسئولیت‌های اجتماعی آنها درج شود و ثانیاً مفاد و مقررات موافقت‌نامه‌های فعلی سرمایه‌گذاری نیز در سیاقی تفسیر شود که تناسب لازم میان طرفین را لحاظ نماید. رفتار منصفانه و عادلانه نقطه شروع مناسبی است که حول آن اولین گام برای تثبیت دکترین مسئولیت اجتماعی در موافقت‌نامه‌ها و معاهدات سرمایه‌گذاری اتخاذ خواهد شد.

«یاناتدور» از نظریه‌پردازان حقوق سرمایه‌گذاری خارجی می‌گوید: «مهم‌ترین مشخصه رفتار منصفانه و عادلانه آن است که آنچه را مطلوب هر طرف است با تکیه بر یک ارزیابی معقول از وضعیت به او اعطا می‌کند.» (Tudor Ioana, 2009, p229). بنابراین وقتی بدون توجه به شرایط موجود، حقوقی به یک طرف اعطا شود، نمی‌توان گفت رفتار منصفانه و عادلانه‌ای صورت گرفته است. اگر سرمایه‌گذاران و به‌ویژه شرکت‌های فراملی، خواهان حقوق و حمایت‌های مقرر در بستر معاهدات و موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری باشند، بی‌آنکه در برابر دولت میزبان و شهروندان آن مسئولیتی را عهده‌دار شوند، انصاف و عدالت تحقق نخواهد یافت. نه تنها تحلیل نظری که در رویه قضایی و داوری نیز آراء مترقی یافت می‌شود که خود را از پای‌بندی صرف به متن مقررات رهانده و با تفاسیر غایت‌گرایانه از رفتار منصفانه و عادلانه بر این رویکرد مهر تایید می‌زنند. در این پژوهش بر آن هستیم که با محور ایجاد توازن میان منافع و تعهدات اعضای درگیر در یک رابطه سرمایه‌گذاری، رفتار منصفانه و عادلانه را در حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بازتعریف نماییم. در این راستا هم از تحلیل نظری و هم از ارزیابی رویه داوری و قضایی موجود بهره می‌جوییم. فرضیه تحقیق آن است که هرگونه ارزیابی نقض رفتار منصفانه و عادلانه تنها با توجه به عملکرد سرمایه‌گذار مشروعیت خواهد داشت، سرمایه‌گذار مسئولی که در برابر سطح توسعه دولت میزبان، ارتقاء سطح زندگی، شرایط کار، محیط زیست، سلامت و رفاه عمومی در جامعه میزبان موثر و متعهد می‌باشد.

این امر به‌طور خاص در نظام حقوقی ایران حائز توجه است، ایران از کشورهای در حال توسعه‌ای است که مانند بسیاری دیگر از کشورها، مجذوب جاذبه‌های سرمایه‌گذاری خارجی شده و علاوه بر تصویب قوانین متعدد جذب سرمایه‌گذاری و تاسیس نهادهایی نظیر «سازمان

سرمایه‌گذاری و کمک‌های اقتصادی و فنی ایران»، ده‌ها موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری و همچنین ده‌ها موافقت‌نامه اجتناب از اخذ مالیات مضاعف منعقد کرده است که هدف از آن جذب سرمایه‌گذار خارجی می‌باشد. در اغلب موافقت‌نامه‌های تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری رفتار منصفانه و عادلانه درج شده است.^۱ درست است که جمهوری اسلامی ایران تاکنون به کنوانسیون واشنگتن^۲ نپیوسته و بنابراین صلاحیت نظام داوری ایکسید را برای رسیدگی به دعاوی دولت و سرمایه‌گذار خارجی نپذیرفته است، اما افزایش ارتباطات اقتصادی و ایجاد اعتماد برای سرمایه‌گذاران خارجی، شاید در میان‌مدت زمینه‌های عضویت ایران را به این نظام فراهم آورد. از این‌رو شایسته است، به جای هراس از داوری سرمایه‌گذاری، اولاً در نگارش مفاد معاهده با دقت بیشتر عمل کند، و ثانیاً آن قرائتی را از معیار رفتار منصفانه و عادلانه ارائه دهد، که با اهداف توسعه‌محور دولت و منافع عمومی ملی، سازگار باشد.

۲- معیار رفتار منصفانه در سرمایه‌گذاری خارجی

رفتار منصفانه در اغلب اسناد مرتبط به سرمایه‌گذاری درج شده^۳ و در بسیاری از دعاوی داوری نیز مورد استناد و در نتیجه بحث و بررسی قرار گرفته است. با وجود این هنوز ابهاماتی در باب محتوا و مفهوم آن وجود دارد. این حقیقت امروزه تقریباً مورد پذیرش قرار گرفته که رفتار منصفانه و عادلانه مستلزم سبک رفتار خاصی از جانب دولت میزبان است؛ رفتاری که در چارچوب حاکمیت قانون معنا می‌یابد (Schill Stephan W., 2006, p12). که مصادیق اصلی آن اجتناب از اقدامات خودسرانه و تبعیض آمیز، توجه به انتظارات اساسی سرمایه‌گذار، حفظ ثبات

۱. از آن جمله می‌توان به قانون موافقت‌نامه‌های منع اخذ مالیات مضاعف با ارمنستان (مصوب ۱۳۷۶)، آفریقای جنوبی، قزاقستان و عمان (۱۳۷۷)، ازبکستان، چین، اتریش، ترکیه و سوئیس (۱۳۸۲)، قانون موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین جمهوری اسلامی ایران و کنفدراسیون سوئیس و قطر (۱۳۸۰)، ارمنستان (۱۳۷۶)، بوسنی و هرزگوین (۱۳۷۹)، قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی (۱۳۸۰) و اشاره نمود. متن کامل موافقت‌نامه‌ها که در قالب قوانین عادی به تصویب مجلس شورا رسیده‌اند، در سایت مرکز پژوهش‌های مجلس به آدرس زیر قابل حصول است:
<http://rc.majlis.ir/fa/law/>

2. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States ('ICSID Convention'), signed 18 March 1965, entered into force 14 October 1966.

۳. به عنوان نمونه ماده ۴ قانون موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری ایران و چین مصوب ۱۳۸۳، بیان می‌دارد: سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران هر یک از طرف‌های معاهد در قلمرو طرف متعاقد دیگر، طبق قوانین و مقررات طرف متعاقد سرمایه‌پذیر از حمایت کامل قانونی طرف متعاقد سرمایه‌پذیر و رفتار منصفانه‌ای که از رفتار اعمال شده نسبت به سرمایه‌گذاران خود یا سرمایه‌گذاران هر کشور ثالث در شرایط مشابه نامساعدتر نباشد، برخوردار خواهد بود.

حقوقی سرمایه‌گذاری، حسن نیت و دادرسی عادلانه می‌باشد (Schreuer Christoph, 2009, p3). اما رفتار منصفانه به عنوان یک معیار و نه یک قاعده حقوقی، از سطحی از انعطاف برخوردار است که تطبیق آن را با شرایط حاکم بر هر قضیه خاص امکان‌پذیر می‌سازد. (Schreuer Christoph, 2009, p4)

یکی از شرایطی که در بازنگری نقض این معیار تاثیرگذار است، عملکرد و رفتار سرمایه‌گذار در برابر جامعه محلی دولت میزبان می‌باشد. دولت میزبان می‌تواند در برابر رفتاری که سرمایه‌گذار آن را غیرمنصفانه و غیرعادلانه خوانده است به عملکرد سرمایه‌گذار استناد کرده و اقدام خویش را واکنش متناسب به عملکرد متخلفانه سرمایه‌گذار معرفی کند. مشروعیت این استدلال را هم با توجه به تفسیر لغوی و معنای عادی کلمات و هم با توجه به موضوع و هدف معاهدات سرمایه‌گذاری ارزیابی خواهیم کرد.

۲-۱- تفسیر لغوی معیار رفتار منصفانه و عادلانه

عبارت رفتار عادلانه و منصفانه نمی‌تواند در تعیین حق و تکلیف، یک‌سویه بوده و تنها ناظر بر رفتار یک طرف باشد، چرا که وقتی شخصی ملزم باشد در برابر دیگری عادلانه رفتار کند، خصایص، رفتار و موضع شخصی که موضوع عمل هست نیز باید در نظر باشد.^۱ واژه انصاف و عدالت مقارن با ایجاد تعادل و توازن بوده و تعادل بدون توجه به عملکرد طرف مقابل دور از ذهن می‌باشد. اعمال اصول دادگری و درستی در اجرای حق که در ذات انصاف مستتر است، نیازمند آن بوده که به هر دو طرف قضیه نظر داشت،^۲ نه آن که مسئولیت را بر یک طرف و

۱. اساساً از این روست که گفته می‌شود عدالت و انصاف از برابری و مساوات مانند آنچه در نظام‌های سوسیالیستی در مناسبات اجتماعی افراد حکومت دارد متمایز است؛ در حالی که مساوات و برابری در معنای محض آن مستلزم آن است که همگان فارغ از تفاوت‌هایی که دارند تابع شرایط یکسان باشند، عدالت و انصاف مستلزم آن است که افراد در شرایط متفاوت تابع حقوق و تکالیف متفاوت باشند. بنابراین ذیل مفاهیم عدالت و انصاف رفتارهای متفاوت در صورتی که توجه عقلانی داشته باشند مورد پذیرش هستند.

۲. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه فلات قاره مابین تونس و لیبی بیان داشت، اعمال اصول انصاف با اعمال اصل صلاح و صوابدید که در بند ۲ ماده ۳۸ اساسنامه درج شده، متفاوت است. تصمیم دیوان تنها در صورتی ممکن است بر صلاح و صوابدید مبتنی باشد که طرفین موافقت کرده باشند، و در این صورت دیوان از اعمال مضیق قواعد حقوقی خلاص می‌شود تا به یک شیوه مناسب برای حل و فصل اختلاف دست یابد. اما در این قضیه دیوان اقدامی کاملاً متفاوت اتخاذ کرده و به اصول انصاف به عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل رجوع کرده است، تا شرایطی که موجود است را در نظر داشته و تعادلی جهت خلق نتیجه‌ای منصفانه ایجاد کند. دیوان بین‌المللی بر این نظر است که انصاف برای مرجع دادرسی این امکان را فراهم می‌سازد که قواعد حقوقی را با توجه به شرایط موجود میان طرفین اعمال کند تا تصمیم قضایی متناسب با وضعیت حاکم بوده و تعادل لازم را میان طرفین برقرار سازد. برای مطالعه بیشتر بنگرید به:

حقوق و حمایت را به طرف دیگر واگذارد. دادرس نمی‌تواند تمام کوشش خود را در آراستن منطق و حفظ سنت‌ها محدود کرده و به واقعیت‌های پیرامون آن و ضرورت‌های زندگی اجتماعی بی‌اعتنا بماند. منطق باید در خدمت نیازهای اجتماعی قرار گرفته و قواعد حقوقی بی‌آن که از حرمت آن کاسته شود، به گونه‌ای انعطاف‌پذیر و در راستای عدالت اعمال شود (کاتوزیان ناصر، ۱۳۸۲، ص ۲۰۹). لازمه انصاف تصمیم‌گیری بر اساس وجدان و حق است. آنجا که از نرخ عادلانه، تعدیل اجاره‌بها و ... سخن رانده می‌شود، منظور پیچیدگی‌های زندگی اجتماعی، نیازهای طرفین و مصالح موجود در تصمیم‌قضایی نقشی تعیین‌کننده ایفا می‌کند. (علیدوستی شهرکی ناصر، ۱۳۸۹، ص ۲۶۳).

اعمال اصول انصاف که در نظام حقوقی انگلستان ریشه‌های عمیقی دارد، جهت ایجاد پویایی در نظام حقوقی کامن‌لو و تعدیل در قواعد خشک حقوقی خلق شده است (کریمی نیا محمد مهدی، ۱۳۸۰، ص ۴۶). برخی از این اصول قطعا به انگیزه‌ها و رفتار کسی می‌پردازد که خواهان اعمال انصاف است. در این نظام گفته می‌شود، شخصی که خواهان انصاف باشد باید منصفانه رفتار کند. همچنین، شخصی که به دنبال اعمال اصول انصاف می‌باشد باید پاک‌دست باشد. چنین ملاحظات مبتنی بر انصاف در رویکرد ناظر به عدالت تجاری کامن‌لو نیز انعکاس یافته است. در حالی که حقوق تجاری انگلستان در کل از دکترین آزادی قرارداد حمایت می‌کند، در عوض از خواهان متوقع است به منظور بهره‌مندی از حمایت حقوقی، متعهد به عملکرد عادلانه و صادقانه‌ای باشد که از خواننده تقاضا دارد. این نظریه را می‌توان در قالب مفهوم اقدامات «خلاف وجدان»^۱ خلاصه کرد، به این معنی که دادگاه هر قراردادی که با عنصری از عملکرد نادرست از جانب یکی از طرفین آلوده شده باشد را کنار خواهد گذاشت چرا که حقوق آن را به‌عنوان عملکردی غیر عقلانی به رسمیت می‌شناسد. (Muchlinski Peter, 2006, p532) در کامن‌لو احترام به قراردادهایی که طرفین به اختیار با یکدیگر منعقد می‌نمایند، یک اصل پذیرفته‌شده تلقی می‌گردد. با این وجود، قراردادهای منعقد شده ممکن است حاوی شروط غیرمنصفانه و گزافی باشد که حکم به اجرای آن برخلاف وجدان تلقی می‌گردد. به‌طور کلی نظریه شروط غیرمنصفانه و خلاف وجدان در کامن‌لو مورد شناسایی قرار گرفته و بر اساس آن برخی از قراردادهای خصوصی مورد تعدیل یا ابطال قرار می‌گیرد (شیروی عبدالحسین، ۱۳۸۱، ص ۷).

Tunisia.Libya Continental Shelf Case, ICJ Reports (1982), para 71.

1. unconscionability

در نظام حقوقی ایران نیز، هر چند دادرسی نمی‌تواند به صورت مستقیم به اصل انصاف، عدالت و حسن نیت در تفسیر و تعدیل یک قرارداد استناد نماید، اما می‌توان گفت، عقد متباین بر انصاف و عدالت بنا شده است، تحقق انصاف، مبنای قصد مشترک طرفین بوده و لذا از استلزامات اجرای قصد مشترک طرفین که به صورت ضمنی، اما واقعی در هر قرارداد عقلایی نهفته، رفتار منصفانه است. قواعدی مانند لاضرر، احسان و اقدام، مؤید همین اصول در نظام فقهی و حقوقی ماست. کلاً می‌توان گفت، انصاف به این معناست که هر کس سود می‌برد زیان‌های ناشی از آن را نیز باید تحمل کند. بنابراین هر فردی که مدعی اعمال انصاف و رفتار منصفانه باشد، باید متناسب با منافع و امتیازاتی که از آن برخوردار می‌شود، پذیرای تعهد و مسئولیت نیز باشد.

۲-۲- تفسیر رفتار منصفانه در پرتو هدف معاهدات سرمایه‌گذاری

رفتار منصفانه و عادلانه باید در سیاق آن نظام ارزشی قرائت و اعمال شود که بسترساز رواج و توسعه معاهدات حمایت از سرمایه‌گذاری باشد. علاقه دولت‌ها برای پذیرش سرمایه‌گذاران خارجی، جریان سرمایه و افزایش سطح توسعه اقتصادی می‌باشد. (Hopkins Michael, 2007, pp19-24). فرض این است که ورود سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، می‌تواند بر اقتصاد داخلی و طرح‌های توسعه کشورهای در حال توسعه آثار مثبتی داشته باشد. در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ایران مصوب ۱۳۸۰، پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی براساس این قانون و با رعایت سایر قوانین و مقررات جاری کشور می‌بایست به منظور عمران و آبادی و فعالیت تولیدی اعم از صنعتی، معدنی، کشاورزی و خدمات صورت پذیرفته و موجب رشد اقتصادی، ارتقاء فن‌آوری، ارتقاء کیفیت تولیدات، افزایش فرصت‌های شغلی و افزایش صادرات شود. جمهوری اسلامی ایران به عنوان یک کشور در حال توسعه در چارچوب سند چشم‌انداز ۲۰ ساله نظام و برنامه‌های توسعه‌ای خود استفاده از منابع سرمایه‌گذاری خارجی را به‌ویژه در دهه اخیر در دستور کار خود دارد. با توجه به این رویکرد، طی سال‌های اخیر اقدامات درخور توجهی جهت تسهیل انجام فعالیت‌های اقتصادی در کشور بوقوع پیوسته است.^۱ هر چند بسیاری از معاهدات سرمایه‌گذاری،

۱. از جمله آنها می‌توان به تصویب یا اصلاح قوانین و مقررات مختلف از جمله قانون مالیات‌های کشور، قانون سرمایه‌گذاری خارجی، قوانین پنج ساله توسعه اقتصادی کشور، سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و کوتاه نمودن روند پذیرش و صدور مجوز سرمایه‌گذاری خارجی اشاره نمود.

توسعه را به عنوان یک هدف صراحتاً ذکر نکرده باشند، اما سرمایه‌گذاری اساساً به دنبال توسعه است، و کشورهای میزبان در صورتی با ورود یک سرمایه‌گذار خارجی در خاک خود موافقت کرده و از وی حمایت می‌کنند، که در جهت برنامه‌های توسعه آنها باشد. چرا که کشورها به ویژه کشورهای در حال توسعه سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی را یکی از طرق ورود سرمایه، تکنولوژی و زیرساخت‌های توسعه تلقی کرده و پیرو درک نیاز به توسعه به انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری و پذیرش سرمایه‌گذاران خارجی اقبال نشان داده‌اند. در مقدمه معاهده تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری که مابین ایران و سوئیس منعقد شده، آمده است: دولت جمهوری اسلامی ایران و شورای فدرال سوئیس با علاقه‌مندی به تحکیم همکاری اقتصادی در راستای منافع هر دو کشور و با تشخیص لزوم تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری‌های خارجی به منظور ارتقای موفقیت اقتصادی هر دو کشور، با یکدیگر توافق می‌کنند.

نویسنده کتاب «عدالت در حقوق بین‌الملل»، با تقسیم‌بندی عدالت به شکلی و ماهوی، می‌گوید عدالت ماهوی باید در راستایی تفسیر شود که بازار جهانی سرمایه دنبال می‌کند. این بازار در یک سیستم سیاسی متشکل از دولت‌ها عمل می‌کند، بنابراین عامل تعیین‌کننده در دیدگاه آن دولت‌ها در خصوص اولویت‌های توسعه‌ای، ارزش‌های فرهنگی، نیازهای اجتماعی در توزیع کالا و ... است. این نظام سیاسی در تلاش است قواعد و نهادهای لازم را برای ارتقای سطح توسعه خلق نماید. (Franck Thomas M., 1995, p439). بنابراین عدالت به مثابه جریانی است که توسعه را تسهیل نماید. به‌ویژه پیشرفت کشورهای در حال توسعه، هسته اصلی جریان عدالت در حقوق بین‌الملل تلقی می‌شود (Scobbie Iain, 2002, p909). با این توصیف ممکن است سطحی از مداخله دولت در سرمایه، تولید و درآمد ضروری باشد. وی عدالت ماهوی را شدیداً به تلاش برای توسعه به‌ویژه در جهان در حال توسعه پیوند زده و معتقد است، تحقق عدالت منوط به تحقق توسعه می‌باشد. به عبارتی سنجش عدالت در سطح بین‌المللی بدون توجه به آثاری که در سطح توسعه برجا گذاشته امکان‌پذیر نیست. در این سیاق است که می‌توان گفت عدالت و انصاف نسبت به سرمایه‌گذار، بدون ارزیابی همزمان رفتار سرمایه‌گذار نسبت به جامعه‌ای که دولت آن را نمایندگی می‌کند، قابل قضاوت نیست (Muchlinski Peter, 2006, p535).

از طرفی باید توجه داشت که دول میزبان مجازند در جهت حفظ منافع ملی عملکرد بیگانگان را در قلمرو سرزمینی خود کنترل نمایند. حق و تکلیف دولت‌ها در قانون‌گذاری داخلی برخاسته از حق ذاتی حاکمیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل است (مولایی یوسف،

۱۳۸۴، ص ۷). حقی عمیق و ریشه‌دار، قبل از هر محدودیتی که توافقات بین‌المللی ایجاد نمایند، وجود داشته است. بنابراین رفتار منصفانه و عادلانه باید به گونه‌ای قرائت شود که اصل حاکمیت را به‌عنوان یک اصل کلی حقوق بین‌الملل مراعات نماید. اعمال موثر و کارآمد معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی نیازمند مشروعیت سیاسی است و این مشروعیت حاصل نمی‌شود مگر آن که دولت‌ها حقوق سرمایه‌گذار را در برابر تکالیف و مسئولیتی که عهده‌دار است متوازن ببینند. حمایت یک‌سویه از سرمایه‌گذار بدون توجه به مسئولیت‌های وی، این تصور را دامن می‌زند که نظام سرمایه‌گذاری بین‌المللی و نظارت محاکم داوری ناشی از آن، حاکمیت ملی را استحاله کرده و قدرت قانون‌گذاری دول میزبان در قلمرو سرزمینی‌شان را تحت الشعاع قرار داده است.^۱ اگر سرمایه‌گذار بی‌توجه به فاکتورهای توسعه در جامعه محلی دولت میزبان اقدام کند، قطعاً دور از عدالت عمل کرده است. این امر ملاحظات مفهومی دیگری را نیز به ابزار تفسیر و اعمال رفتار منصفانه و عادلانه اضافه می‌کند، مفاهیمی مانند مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها، حق بر توسعه و انتظارات جامعه میزبان و ...

۲-۳- پیوند توسعه و سرمایه‌گذاری

توسعه مفهومی است که شرح و تفسیر آن اساساً دشوار است. تا سال‌های پایانی دهه ۱۹۶۰ میلادی اغلب اقتصاددانان توسعه را حداکثرسازی رشد اقتصادی معنا می‌کردند. پس از آن

۱. پس از صدور برخی آراء یکجانبه در محاکم داوری بین‌المللی و به ویژه داوری ایکسید، برخی از کشورهای در حال توسعه مانند اکوادور و بولیوی نهایت نارضایتی خود را با اعلام خروج از ایکسید اعلام داشته‌اند. همزمان کشوری مانند استرالیا نیز در آوریل ۲۰۱۱ میلادی بنابر اعلامیه خط‌مشی‌های تجاری اعلام کرده است، از گنجاندن شرط داوری بین‌المللی در موافقت‌نامه‌های آتی سرمایه‌گذاری اجتناب خواهد کرد. استرالیا ضمن اعلام این تصمیم بیان داشت که داوری بین‌المللی سرمایه‌گذاری حقوقی به مراتب بیشتر از فعالان اقتصادی داخلی برای فعالان خارجی قائل بوده و توانایی دولت را در سیاست‌گذاری‌های عمومی مانند تصویب و اجرای قوانین اجتماعی، زیست‌محیطی و اقتصادی محدود می‌کند. امروزه این دیدگاه مطرح است که ایکسید به رنج بحران مشروعیت مبتلا شده است؛ هم از این جهت که برخی اعضا به‌ویژه در امریکای لاتین در عضویت خود تجدید نظر کرده و هم از بابت مشروعیت نظامی که در روابط دولت سرمایه‌گذار به‌صورت کلی بنا نهاده است. خواننده قریب به نیمی از دعاوی مطروحه در این نظام، دولت‌های آمریکای لاتین هستند که دولت‌هایی در حال توسعه محسوب می‌شوند. شرکت‌های فراملی بدون توجه به نیازهای اجتماعی دولت میزبان متوقع رعایت خشک حقوق مندرج در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بوده و بعضاً مراجع داوری با پذیرش این دعاوی و بدون تلاش در جهت ایجاد تعادل میان طرفین، مشروعیت نظام داوری سرمایه‌گذاری را مورد سوال قرار می‌دهند.

برای مطالعه بیشتر بنگرید به:

United Nations Conference On Trade And Development, Report on "World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies", (2012).

تئوری‌هایی مطرح شد که توسعه را یک پدیده اجتماعی خواندند که عواملی فراتر از صرف افزایش سرانه ملی در آن دخیل است (Hopkins Michael, 2007, p3). از این منظر توسعه باید با رفع فقر، بیکاری و بی‌عدالتی همراه باشد. دیری نگذشت که مسائلی ساختاری نظیر رشد جمعیت، شهری‌سازی، آموزش، تحول در کشاورزی، سلامتی، نیازهای اساسی حکومت، فساد و ... در ارزیابی سطح توسعه‌یافتگی وارد شدند. هیچ تعریف مورد اجماع جهان‌شمولی از توسعه ارائه نشده است، بلکه مفهوم آن عمدتاً به سیاق نهادینی بستگی دارد که به تعریف و شاخصه‌های آن می‌پردازد؛ اعلامیه هزاره ملل متحد در اهداف توسعه‌ای خود از کاهش فقر تا مبارزه با گسترش ایدز و تلاش برای آموزش ابتدایی همگانی سخن رانده است. Davarnejad (Leyla, 2008, p3)

در سال‌های اخیر بسیاری از دولت‌ها و نظریه‌پردازان سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی را به‌عنوان ابزاری می‌نگرند که می‌تواند جایگزین کمک‌های مستقیم مالی شده و کاستی‌های کمک‌های مالی بین‌المللی به کشورهای در حال توسعه و توسعه‌نیافته را جبران کند (Peterson Luke E., 2004, p2). نگرش مثبت نسبت به نقش سرمایه‌گذاری خارجی تا جایی رسید که در ماده ۱۱۱ قانون برنامه پنجم توسعه، دولت ملزم به شناسایی و اصلاح قوانین و مقررات برحسب ضرورت و تعیین و اعمال مشوق‌ها به تناسب نیاز روز و رقابت‌های بین‌المللی برای جذب بیشتر سرمایه‌گذاری خارجی شده است.

انتظار عمومی این بوده که انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری، قویاً فاکتورهای توسعه دولت میزبان که در ارتقاء سطح زندگی شهروندان مانند دسترسی به آب سالم، بهداشت، مبارزه با گرسنگی و فقر، ریشه‌کن‌سازی بیماری‌ها، دسترسی به آموزش ابتدایی، حمایت از محیط زیست و ... را که اساسی است، تسهیل سازد.^۱

علاوه بر نگرش کشورهای در حال توسعه، بررسی رویه داوری نیز مؤید آن است که حتی اگر مفاد یک معاهده سرمایه‌گذاری تصریح نکرده باشد، توسعه، بخش اجتناب‌ناپذیر از یک

۱. معاهدات سرمایه‌گذاری کمتر به‌صورت صریح به اهداف توسعه‌ای اشاره کرده‌اند. به‌عنوان مثال معاهداتی که کشورهای انگلستان، کانادا و سوئیس به‌عنوان کشورهای توسعه‌یافته با کشورهای در حال توسعه منعقد کرده‌اند، به توسعه اشاره‌ای نشده است. در مقابل بسیاری از معاهدات دوجانبه ایالات متحده آمریکا به توسعه اقتصادی تأکید کرده‌اند. برای مطالعه بیشتر بنگرید به:

Peterson Luke Eric, (November 2004) "Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making", International Institute for Sustainable Development.

سرمایه‌گذاری مورد حمایت است. دیوان داوری در قضیه «فداکس» در برابر ونزوئلا تاکید می‌کند یک سرمایه‌گذاری باید دارای مشخصات اساسی باشد، از جمله یک دوره زمانی مشخص، سود و برگشت قاعده‌مند سرمایه، ریسک و تعهد اساسی و قابل توجه مبنی بر توسعه کشور میزبان. (Fedax v. The Republic of Venezuela, 1998, para 43) در رای دیوان در قضیه «پاتریک میچل» علیه کنگو، دیوان با ذکر اینکه هر سرمایه‌گذاری به چهار عنصر تعهد مالی، دوره زمانی، ریسک و مشارکت در توسعه اقتصادی دولت میزبان نیازمند است، و با توجه به اینکه اقدامات خواهان را فاقد ویژگی مشارکت در توسعه اقتصادی میزبان دانسته، وی را محق دریافت غرامت بنابر موافقت‌نامه از دولت ندانست (Mr. Patrick Mitchell v. Congo, 2004, para 67). در قضیه سالینی علیه مورو کو تاکید شده، سرمایه‌گذاری باید در یک دوره زمانی و همراه با ریسک‌های احتمالی انجام شود و در جهت منافع و توسعه اقتصادی دولت میزبان باشد (Salini Costruttori v. Morocco, 2001, para 22). دیوان داوری در قضیه «سالورز» علیه مالزی تاکید کرد، منظور از مشارکت در توسعه، مشارکت اساسی^۱ است، در حالی که قرارداد خواهان با دولت میزبان فاقد این ویژگی بوده و لذا نمی‌توان آن را سرمایه‌گذاری تلقی کرد. (Malaysian Historical Salvors, v. Malaysia, 2007, p113) این رویکرد با تاسی از شیوه دیوان داوری در قضیه «جوی مینینگ» اتخاذ شده است، که صرف مشارکت در توسعه را لازم ندانسته و تاکید کرده سرمایه‌گذاری باید نقش به‌سزایی در توسعه دولت میزبان ایفا نماید تا از حمایت‌های مقرر در موافقت‌نامه برخوردار شود (Joy Mining v. Egypt, 2004, para 57).

دیوان نه تنها مشارکت در توسعه را در تحقق سرمایه‌گذاری لازم دانسته، بلکه بر مشارکت اساسی و موثر نیز تاکید کرده، و فعالیت‌هایی که نقش مهمی در توسعه کشور میزبان ندارند را فاقد وصف سرمایه‌گذاری مورد حمایت اعلام کرده است.^۲ بسیاری از علمای حقوق سرمایه‌گذاری بر این عقیده هستند که به‌رغم عدم تعریف سرمایه‌گذاری در کنوانسیون

1. a significant contribution to the economic development of the host State.

۲. البته رای Salvors مورد اعتراض سرمایه‌گذار قرار گرفت و نهایتاً توسط کمیته تجدیدنظر نقض شد، اما قاضی محمد شهاب‌الدین نظر جداگانه‌ای به تصمیم کمیته پیوست کرد که به لحاظ نظری بسیار حائز اهمیت است؛ وی بیان داشت، یکی از شرایط سرمایه‌گذاری بنابر کنوانسیون ایکسید توسعه اقتصادی دولت میزبان است. وی بیان داشت تفسیر عینی کنوانسیون ایکسید و توجه به قصد و هدف تدوین‌کنندگان آن نشان می‌دهد تنها آن نوع سرمایه‌گذاری تحت پوشش ایکسید قرار گرفته و در محاکم ذیل ایکسید قابل دادخواهی است که سهم عمده‌ای در توسعه اقتصادی دولت میزبان داشته باشد. برای مطالعه بیشتر بنگرید به:

پوریا عسکری، حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داوری بین‌المللی، (تهران: شهر دانش، ۱۳۹۱، ص ۵۴).

ایکسید، از جمله مشخصه‌های سرمایه گذاری، سهم عمده‌ای است که باید در توسعه اقتصادی دولت میزبان دارا باشد. (عسکری پوریا، ۱۳۹۱، ص ۶۰). امروزه پیرو تلاش گروه‌های حقوق بشری و سازمان‌های بین‌المللی دولتی و غیر دولتی شرکت‌های فراملی علاقه بسیاری برای مشارکت در توسعه کشور میزبان نشان می‌دهند، گرچه بسیاری از این اقدامات بیش از آنکه در مفهوم توسعه قابل تاویل باشد، عمدتاً تلاش‌های انسان دوستانه و کمک‌های مالی غیرمستقیم است، با این وجود چنین گرایشی نشان از ثمربخش بودن تلاش‌هایی که برای نهادینه سازی حق بر توسعه صورت گرفته، است.^۱ نقش مثبت شرکت‌ها در فرآیند توسعه دولت میزبان، بر افکار عمومی تاثیر گذار بوده و در میان مدت افزایش سودآوری و بهبود موقعیت رقابتی شرکت را به دنبال می‌آورد.

۳- پیدایش مسئولیت اجتماعی شرکت‌های فراملی

از سال‌های آغازین دهه ۱۹۹۰ توجه فزاینده عمومی به عواقب اجتماعی و زیست‌محیطی توسعه سرمایه‌گذاری و جهانی‌سازی تجارت معطوف شد (United Nations Environment Programme, 2011, p2). مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها مفهوم نوظهوری است که به عواقب اجتماعی، زیست‌محیطی و اقتصادی عملکرد شرکت‌ها پرداخته و شیوه اتخاذ تصمیم در آنها را به منظور ارتقاء رویه‌های تجاری، زیست‌محیطی و اجتماعی هدف گرفته است (Muchlinski Peter, 2007, p14). این مفهوم به دنبال آن است که تضمین نماید، شرکت‌های فراملی در برابر چنین عواقبی بر مبنای اصول و معیارهای مورد پذیرش بین‌المللی پاسخگو خواهند بود. مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها، توقعات و انتظارات اقتصادی، حقوقی، اخلاقی، نوع دوستانه و احتیاط‌آمیزی است که جامعه از ارگان‌های خود در یک برهه زمانی و مکانی دارد. (United Nations Environment Programme, 2011, p15) با این توصیف مسئولیت اجتماعی، مفهومی پویا و متغیر می‌باشد که بر مبنای شرایط جامعه تعیین می‌شود (United Nations Environment Programme, 2011, p16). از جنبه‌های مهم این مفهوم اینکه عملکرد شرکت نباید تنها به دنبال افزایش منفعت سهام‌داران باشد-

۱. برنامه‌های توسعه را باید فراتر از اعطای پول جهت تاسیس یک بیمارستان یا مدرسه دانست، توسعه به معنای همکاری با شرکای محلی و نهادهای عمومی برای ایجاد و استقرار پروژه‌های پایدار است. همان مثال قدیمی که می‌گوید اگر می‌خواهی به کسی کمک کنی به او ماهی نده، بلکه ماهیگیری را به او بیاموز. مشارکت در توسعه به این معناست که در کشور میزبان ظرفیت‌ها و زیرساخت‌های لازم خلق شود و جامعه محلی بیاموزد که چگونه نیازهای خود را برطرف سازد.

چیزی که به‌طور سنتی هر شرکت تجاری به دنبال است - بلکه باید قدم فراتر نهاده و منفعت تمامی ذی‌نفعان اجتماعی از جمله گروه‌های اجتماعی، مصرف‌کنندگان، نهادهای دولتی، سازمان‌های بین‌المللی، رسانه‌ها، اتحادیه‌های تجاری، کارگران، نسل‌های بعد و ... را مدنظر قرار دهد. میثاق جهانی سازمان ملل متحد در این زمینه بیان می‌دارد، مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها تعهد مستمر فعالان اقتصادی است بر اینکه اخلاقی رفتار کرده، در توسعه اقتصادی سهم باشند و کیفیت سطح زندگی نیروی کار و اعضای خانواده‌شان و همچنین جوامع محلی و جامعه را در کلیت آن بهبود بخشند (UNEP and the Global Compact, 2005, p.48). هر چند مسئولیت اجتماعی، عمدتاً تعهداتی اخلاقی تلقی می‌شوند، اما تلاش در جهت قانون‌مند ساختن آن در برخی کشورها جالب توجه است. برای مثال، کشور هند به‌عنوان یک کشور در حال توسعه در قانون تجارت سال ۲۰۱۳، مقرراتی در باب مسئولیت اجتماعی شرکتی تصویب نمود که بنا بر آن شرکت‌ها ملزم شده‌اند، ۲ درصد از سود خالص سالیانه خود را به امور مسئولیت اجتماعی شرکتی اختصاص دهند. اختصاص حداقل یک کرسی به زنان در هیات مدیره، مسئولیت‌های بیشتر برای حساب‌رسان رسمی، افزایش شفافیت و پاسخگویی در عملکرد هیات مدیره و ... از دیگر الزاماتی است که این قانون بر شرکت‌ها تحمیل می‌نماید. ریشه کتی فقر، ارتقای آموزش و پرورش، ارتقای برابری جنسیتی، کاهش مرگ و میر کودکان و بهبود سلامت مادران، مبارزه با ویروس ایدز و سایر بیماری‌ها، اطمینان از پایداری زیست محیطی و رشد مهارت‌های حرفه‌ای برای کارایی از جمله فعالیت‌هایی است که طبق قانون مذکور باید در خط مشی مسئولیت اجتماعی شرکت‌های هندی و شرکت‌های خارجی حاضر در قلمرو هند گنجانده شود (India Companies Act, 2013, Arts 134-140).

در نظام حقوقی ایران نیز، هر چند مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها به‌صورت مستقل مورد قانون‌گذاری قرار نگرفته، اما به‌عنوان مثال آیین‌نامه نظام راهبری شرکتی مصوب ۱۳۸۶ هیئت مدیره بورس اوراق بهادار تهران، تلاش کرده است مقرراتی در جهت عملکرد صحیح بازار سرمایه و حفظ اعتماد عمومی وضع نماید که مقدمه‌ای بر مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها خواهد بود.

عدم تعادل میان حقوق و تکالیف شرکت‌های فراملی که در قالب سرمایه‌گذار وارد یک کشور می‌شوند، از یک سو و حقوق و تکالیف دیگرانی که از سرمایه‌گذاری متاثر می‌شوند، از سوی دیگر به اهمیت این مفهوم در مقوله سرمایه‌گذاری خارجی افزوده است. در معاهدات سرمایه‌گذاری به‌ویژه آن دسته از معاهداتی که ایران منعقد کرده است، مستقیماً به مسائل

اجتماعی پرداخته نشده و آثار اقدامات سرمایه‌گذار بر موضوعاتی از قبیل حقوق بشر، شرایط کار، سلامتی، ایمنی و ... مورد بحث قرار نگرفته^۱، این در حالی است که سرمایه‌گذاری‌های بزرگ علاوه بر رشد اقتصادی که به عنوان یک هدف اصلی دنبال می‌کنند، آثار اجتماعی، سیاسی و زیست‌محیطی بسیاری دارند. شرکت‌های بزرگ فراملی - به عنوان گروه اصلی سرمایه‌گذاران خارجی - می‌توانند نقشی مثبت یا منفی بر جامعه کشور میزبان بر جای گذارند. هر چند معاهدات سرمایه‌گذاری در این زمینه ساکت هستند، اما اصول و ضوابط حاکم بر شرکت‌های فراملی در کدهای رفتاری بین‌المللی که از جانب سازمان همکاری و توسعه اقتصادی و سازمان ملل تهیه شده است^۲، انتظاراتی را که جامعه بین‌المللی از سرمایه‌گذاران به عنوان یک «شهروند خوب» دارد بیان می‌کنند. همچنین برنامه‌ها و ابزار مسئولیت اجتماعی در بسیاری از شرکت‌های بزرگ فراگیر شده و بر شیوه عملکرد آنها در اقصی نقاط جهان تاثیر گذارده است. با توسعه جریان سرمایه خارجی، مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها نیز جایگاه رفیعی در ارتقاء توسعه پایدار یافته است.

۱. مقوله مسئولیت اجتماعی به تدریج جایگاه خود را در معاهدات سرمایه‌گذاری می‌یابد؛ در سال ۲۰۱۲ چهار کشور آمریکای لاتین عضو «اتحادیه صلح» (Pacific Alliance)، مکزیک، کلمبیا، شیلی و پرو، یک موافقت‌نامه چارچوب امضا کردند که بنابر آن مذکرات بیشتر برای آزادی انتقال کالا، خدمات، سرمایه و افراد در دستور کار قرار گرفت؛ در این توافق اعضا بر ارتقاء سرمایه‌گذاری با تاکید بر توسعه پایدار پرداخته و عناصر جدیدی مانند مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها و سرمایه‌گذار پاسخگو را وارد کردند. برای مطالعه بیشتر بنگرید به:

United Nations Conference On Trade And Development, Report on "World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development", (2013).

۲. به عنوان مثال در کد رفتاری که سازمان توسعه و همکاری اقتصادی تهیه کرده است، موضوعاتی از قبیل ارائه گزارش‌های دوره‌ای و منظم، رعایت حقوق بشر، مسائل زیست محیطی، شرایط کار و استخدام نیروی انسانی، رشوه، حقوق مصرف‌کننده، انتقال تکنولوژی، پرداخت مالیات و اصول رقابت صحیح قواعدی وضع شده است. در این کد رفتاری اهمیت و جایگاه شرکت‌های فراملی در سرمایه‌گذاری خارجی و نقش سرمایه‌گذاری خارجی در اقتصاد جهانی و توسعه کشورها مورد تایید قرار گرفته است. هدف از تدوین این کد همکاری برای بهبود فضای سرمایه‌گذاری خارجی، تشویق برای مشارکت مثبت شرکت‌های فراملی در بهبود اقتصادی، اجتماعی و زیست‌محیطی کشورها و به حداقل رساندن مشکلات ناشی از فعالیت آنان عنوان شده است. سازمان بر اهمیت توازن حقوق و تکالیف طرفین در تقویت مزایای همکاری‌های بین‌المللی تاکید کرده است. هر چند این سند به لحاظ حقوقی غیرالزام‌آور است اما اصول اخلاقی شایسته‌های برای شرکت‌های فراملی تدوین کرده و آنها را تشویق می‌کند به انتظارات اجتماعی جامعه میزبان توجه کرده و به خط‌مشی‌ها و سیاست‌گذاری‌های عمومی دولت میزبان را رعایت نمایند. برای مطالعه بیشتر بنگرید به:

Organisation for Economic Co-operation and Development, Guidelines for Multinational Enterprises, (2011).

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264115415-en>.

نکته شایان توجه آنکه در موافقت‌نامه تجاری دولت پرو با ایالات متحده آمریکا و همچنین موافقت‌نامه تجاری دولت پرو با کانادا، که در سال ۲۰۰۹ لازم‌الاجرا شده‌اند، مقرراتی راجع به اصول مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها درج شده است. در معاهده مابین پرو و آمریکا آمده است، بهترین رویه‌های کار، ارتقاء مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها را در بر دارد که فضای رقابت و رفاه کارگران را تقویت نماید. در معاهده مابین پرو و کانادا ذیل ماده ۸۱۰ که به صورت مجزا به بحث مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها اختصاص یافته، آمده است هر طرف باید شرکت‌های فعال در قلمرو خود را به مشارکت داوطلبانه در استانداردهای مسئولیت اجتماعی تشویق کند. این استانداردها مشتمل است بر حقوق کار، محیط زیست، حقوق بشر و ضد فسادهای اجتماعی و اقتصادی.

گرچه این اسناد در شمار اولین اسناد تجاری-سرمایه‌گذاری هستند که صراحتاً به این مفهوم پرداخته‌اند، اما نشانه‌های خوبی دیده می‌شود که مؤید تداوم این مسیر در اسناد آینده خواهد بود. با این وجود، در حال حاضر و با توجه به فقر تعهدات صریح معاهده‌ای، تعارض میان منافع سرمایه‌گذار و حمایت از حقوق بشر، حقوق کار و حقوق زیست‌محیطی مردم محلی، باید از معیار رفتار منصفانه و عادلانه مدد جست. مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها مستلزم پای‌بندی به قوانین محلی، پرداخت مالیات، رعایت اصول اساسی شرایط کار، رعایت اصول حقوق بشر و حفظ محیط زیست است؛ علاوه بر آن شرکت‌ها باید از ارتشاء و دیگر مفاسد مالی حذر کرده و مطابق با آنچه که عدالت بازار بر مبنای قانون می‌طلبد رفتار کنند. شرکت‌ها نباید به شیوه‌های ضد رقابتی متوسل شوند، نباید از موضع غالب خود سوءاستفاده کنند، یا از رقبای ضعیف‌تر مزایای ناعادلانه طلب کنند، یا به هر شیوه‌ای که اقتصاد بازار را محدود می‌کند متوسل شوند؛ همچنین نباید از اختیاراتی که به عنوان یک شرکت فراملی بزرگ دارند برای اعمال نفوذ در قیمت‌گذاری کالا بهره‌جویند و تنظیم قیمت بر اساس فرمول بازار را برهم زنند.

اما تکالیف شرکت‌ها صرفاً به تعهدات سلبی محدود نمی‌شود؛ بلکه برای آنها تعهدات ایجابی نیز پیش‌بینی شده است. شرکت‌ها باید در برنامه‌های توسعه کشور میزبان نقش فعالی داشته و از شیوه‌هایی چون مساعدت در انتقال تکنولوژی، رعایت سیاست‌ها و برنامه‌های ملی توسعه و ... توسعه را تسهیل نمایند. سازمان بین‌المللی استاندارد^۱ دستورالعملی را ذیل عنوان «ایزو ۲۶۰۰۰» در سال ۲۰۱۰ منتشر کرده،^۲ که در آن برخی از مهم‌ترین اصول مسئولیت

1. International Organization for Standardization (ISO)

2. (ISO 26000)

بین‌المللی شرکت‌ها بدین شرح بیان شده است: سازماندهی، رعایت اصول زیست‌محیطی، حقوق بشر (اعم از حقوق مدنی و سیاسی، حقوق اقتصادی و حقوق اساسی کار)، رویه‌های کار، حقوق مصرف‌کننده، مشارکت در توسعه اجتماعی. بنابراین اصول شرکت‌ها اولاً ملزم به پاسخگویی هستند، به این معنا که قواعد و تعهداتشان را رعایت کنند، شفاف عمل کرده و مطابق با اصول قابل اعمال پاسخ دهند و تمایل و توان کافی را برای احراز توقعات اجتماعی کسب نمایند.^۱

به نظر می‌رسد برخورداری سرمایه‌گذاران خارجی از حقوق و حمایت‌های مندرج در معاهده بی‌آنکه مسئولیت اجتماعی بین‌المللی برای آن‌ها فرض شود، امتیازی فراتر از رفتار منصفانه و عادلانه خواهد بود، چرا که بر یک ارزیابی معقول از شرایط مبتنی نیست. بنابراین، پای‌بندی سرمایه‌گذاران به اصول مسئولیت اجتماعی می‌تواند در ارزیابی یک قضیه و ادعای نقض رفتار منصفانه و عادلانه مورد توجه باشد. البته منظور آن نیست که اهمال و قصور سرمایه‌گذار در پای‌بندی به این اصول حق اقدام متقابل را ایجاد می‌کند، بلکه مقامات دولت میزبان در هر حال ملزم به رعایت اصول حکمرانی مطلوب و حاکمیت قانون می‌باشند که جان رفتار منصفانه و عادلانه است. با وجود این، عملکرد غیر متعهدانه سرمایه‌گذار در اعمال تناسب موثر بوده و به داور این امکان را می‌دهد که ارزیابی کند، آیا ماهیت اقدامات سرمایه‌گذار، دولت را در شرایطی قرار داده که محق مداخله در حقوق وی باشد یا خیر. همچنین در این موارد باید بار اثبات را به عهده سرمایه‌گذار نهاد که نشان دهد رفتارش مستحق واکنشی که از سوی دولت شده، نبوده است (Muchlinski Peter, 2006, p538). سرانجام باید تاکید شود توسل به معیارهای بین‌المللی مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها مانع از تحمیل معیارهای رفتاری عالی‌تری که احیاناً قوانین ملی پیش‌بینی می‌کنند، نیست. نباید راه این توجیه را برای سرمایه‌گذار باز گذاشت که این معیارها را به‌عنوان ابزاری برای نقض قوانین ملی قرار داده و با توجیه رعایت معیارهای رفتاری بین‌المللی، معیارهایی را که بنا بر قوانین ملی به آن ملزم هست را زیر پا بگذارد.

۱. شرکت‌ها برای آن که پاسخگو تلقی شوند، لازم است خود را با گستره وسیعی از قوانین، معیارها و کدهای رفتاری تطبیق دهند، و حتی فراتر از آن باید شیوه عملکرد شفافی داشته و چگونگی عملکرد خود را گزارش و اطلاع دهند. پاسخگویی شرکت‌ها به ارائه گزارش ختم نشده و باید با ذینفعان در تعامل مستقیم بوده و اطمینان حاصل کنند که استراتژی‌ها و اقدامات شرکت با نیازهای جامعه و دیگر ذینفعان محلی، منطقه‌ای و بین‌المللی منطبق است. برای مطالعه بیشتر بنگرید به:

United Nations Environment Programme, Report on "Corporate Social Responsibility and Regional Trade and Investment Agreements", (2011)p18.



۴- خلاءهای نظام فعلی حقوق سرمایه‌گذاری در باب مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها

بازیگران اصلی در توسعه حقوق سرمایه‌گذاری خارجی، کشور میزبان، کشورهای متبوع سرمایه‌گذاران، شرکت‌های فراملی به‌عنوان گروه اصلی سرمایه‌گذاران خارجی، سازمان‌های بین‌المللی دولتی و سازمان‌های بین‌المللی مردم‌نهاد و غیردولتی هستند. هر یک از این گروه‌ها منافع متمایز و بعضاً متفاوتی دارند که خواهان تحقق آن می‌باشند. (Muchlinski Peter, 2007, pp4-5) شرکت‌های فراملی عمدتاً دنبال محیط مناسبی برای سودآوری و کسب حداکثر درآمد هستند؛ در مقابل عمده سازمان‌های مردم‌نهاد در تلاشند تا حداقل امکان نظارت خود را بر شرکت‌ها افزایش داده و آنچه را که قدرت افراطی شرکت‌ها می‌خوانند کنترل کرده و مسئولیت‌پذیری و پاسخگویی آنها را در برابر آن دسته از منافع عمومی که حامی آن هستند، تقویت نمایند. دولت‌های میزبان خواهان جذب شرکت‌ها و افزایش بهره‌وری از قبل آنها می‌باشند، در حالی که دولت‌های متبوع شرکت‌های فراملی خواهان بازگشت سرمایه و منافع اقتصادی و سیاسی حاصله از فعالیت اتباعشان هستند. سازمان‌های بین‌المللی دولتی نیز به تبع اسناد مؤسس انسجام و پیوند میان اعضا را دنبال می‌کنند. (Muchlinski Peter, 2007, p6) در حالی که نظام فعلی موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری تنها با مشارکت برخی از این بازیگران تکوین یافته است. اولین نسل اسناد سرمایه‌گذاری عمدتاً ماحصل اراده کشورهای سرمایه‌فرست و سازمان‌هایی نظیر سازمان بین‌المللی توسعه و همکاری‌های اقتصادی است که اجتماعی از کشورهای توسعه‌یافته بوده و بنابراین دغدغه‌های کشورهای در حال توسعه و سرمایه‌پذیر را مورد توجه قرار نمی‌دهد (Muchlinski Peter, 2007, p6).

به‌ویژه غیبت سازمان‌های غیردولتی و مردم‌نهاد در تدوین نسل فعلی موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بسیار احساس می‌شود. اما امروزه رویکردهای جهانی تغییر کرده و نقش این نهادها در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی به شدت افزایش می‌یابد. با افزایش روند جهانی شدن، عملکرد سازمان‌های غیردولتی نیز توسعه یافته و سعی دارند، شکاف‌های حقوقی موجود را با ایده‌ها و نگرش‌های نوین ترمیم نمایند. به‌عنوان مثال موسسه بین‌المللی توسعه پایدار پیش‌نویسی برای موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری تدوین کرده که به دنبال توازن میان منافع و مسئولیت‌های دولت میزبان و سرمایه‌گذار بوده و برای سرمایه‌گذار نیز در برابر دولت میزبان خلق تکلیف می‌نماید. (Muchlinski Peter, 2007, p7) نقش آنکند نیز در توسعه مسئولیت سرمایه‌گذار و

کاهش یک جانبه‌نگری در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری شایان توجه است. از نظر آنکتاد، بهره‌مندی کامل کشورهای در حال توسعه از سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در صورتی امکان‌پذیر است که اجرای موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری با درجه‌ای از انعطاف‌پذیری همراه باشد که اهداف توسعه‌محور دولت میزبان را لحاظ نماید.^۱

۵- ارزیابی رویه قضایی و داوری

مسائل نوظهوری چون تعهدات شرکت‌ها در برابر توسعه دولت میزبان، رعایت حقوق بشر، حقوق کار، ایمنی و محیط زیست و ... به محل بحث و بررسی داوران بین‌المللی دعاوی سرمایه‌گذاری نیز کشیده شده است. هرچند تصور تحقق آن چندان دور از ذهن نیست، اما در حال حاضر اسناد سرمایه‌گذاری هیچ تعهدی مبنی بر ضرورت رعایت حقوق اجتماعی جامعه میزبان بر سرمایه‌گذاران تحمیل نمی‌کنند؛^۲ بنابراین آنچه که در رویه داوری در این باب مشاهده می‌شود، عمدتاً ماحصل رویکردهای منصفانه و عادلانه‌ای است که مراجع دادرسی به موضوع اختلاف داشته‌اند.

هرچند رویه قضایی در باب محتوای تعهدات شرکت‌ها چندان روشن نیست، با وجود این به نظر می‌رسد برخی انتظارات نسبتاً تثبیت شده، به‌ویژه اینکه، شرکت باید به شیوه‌ای عمل کند

۱. تداوم نظام داوری سرمایه‌گذاری در گرو رضایت و اراده دولت‌هاست و این رضایت در صورتی استمرار می‌یابد که دولت‌ها محدودیت‌های حاصل از پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی و نظام حاکم بر آن را در مقایسه با منافع آن متناسب ارزیابی کنند. Jose Alvarez در سال ۱۹۹۲ به زیبایی استقبال دولت‌ها از این نظام را چنین توصیف می‌کند: «اقبال فعلی کشورها به موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری از آن‌جاست که به مزایای آن چشم دوخته‌اند. اگر این مزایا حاصل نشود خطر واکنش شدیدی محتمل است. ... باید ببینیم چه رخ می‌دهد...» اگر حضور سرمایه‌گذاران مسائلی بیش از ارزش سرمایه آن‌ها را به دنبال بیاورد ... احتمالاً کشورها رویه‌ای دیگر در پیش می‌گیرند.» برای مطالعه بیشتر بنگرید به :

Jose E. Alvarez, The Development and Expansion of Bilateral Investment Treaties: Remarks, 86 AM. SO'CY INT'L L. PROC., (1992) pp550- 553.

۲. البته به تدریج این رویه در حال تغییر است، به عنوان مثال مدل نمونه معاهدات سرمایه‌گذاری ایالات متحده آمریکا مصوب ۲۰۰۴ و ، علاوه بر آن که دامنه حمایتی‌هایی که اصل رفتار منصفانه و عادلانه به سرمایه‌گذار اعطا ۲۰۱۲ می‌کند را محدود و مضیق ساخته است، موادی را صراحتاً به ارزیابی‌های زیست‌محیطی و شرایط کار اختصاص داده است، که بخش مهمی از مسئولیت‌های اجتماعی شرکت‌ها تلقی می‌شود. ماده ۱۲ این اسناد ذیل عنوان ارزیابی‌های زیست‌محیطی، بر اهمیت مقررات ملی و بین‌المللی زیست‌محیطی تأکید کرده و تشویق سرمایه‌گذاری‌هایی که منجر به تضعیف این مقررات می‌شوند را ناشایسته اعلام کرده است. این مقرر قدرت صلاح‌دیدگی طرفین را در اتخاذ اقدامات مناسب زیست‌محیطی در برابر سرمایه‌گذاران به رسمیت شناخته است. در ماده ۱۳ نیز، به شرایط کار پرداخته شده و تعهدات حقوقی طرفین به عنوان اعضای سازمان بین‌المللی کار را یادآوری کرده است. در این ماده تشویق سرمایه‌گذاری‌هایی که منجر به تضعیف حقوق و تعهدات دولت‌ها مربوط به شرایط کار شوند مذمت شده است.

که استمرار و دوام اقتصادی سرمایه‌گذاری‌اش را تضمین نماید، باید همواره از فضای قانونی که در آن عمل می‌کند آگاه باشد، باید رعایت استلزامات قانونی قابل اعمال و توصیه‌های حرفه‌ای و فنی را جدی بگیرد. علاوه بر آن، در صورت وقوع اختلاف با یکی از مقامات اجرایی محلی، سرمایه‌گذار ملزم است از مزایای هر گونه ضمانت اجراهای در دسترس محلی که قادر به اصلاح اشتباه مقام اجرایی مذکور هستند مطلع و بهره‌مند شود.

تضمین دوام اقتصادی سرمایه‌گذاری نه تنها بنابر اصول کلی حقوق شرکت‌ها یک تعهد بدیهی بوده و سرمایه‌گذار ملزم است به بهترین شیوه ممکن رفتار کند تا بیشترین منافع را برای سهام‌داران تامین نماید، بلکه بنابر دکترین مسئولیت اجتماعی نیز لازم دانسته می‌شود، (Muchlinski Peter, 2006, p549). چرا که سرمایه‌گذار ملزم است کمال منافع دولت میزبان، جامعه محلی و توسعه اقتصادی آن را نیز لحاظ کند. تنها یک سرمایه‌گذار موفق قادر به اشتغال‌زایی، انتقال تکنولوژی، مهارت و همچنین درآمد به کشور میزبان بوده و قادر است تکالیف خود در توسعه جوامع محلی را ایفا نماید. البته، به آن معنا نیست که سرمایه‌گذار باید هر گونه فراز و نشیبی را که ممکن است به سرمایه‌گذاری آسیب بزند پیش‌بینی کند، و یا اینکه مسئول همه عواقب احتمالی آنها باشد. بلکه منظور این است که سرمایه‌گذار باید دقت معقول در اداره سرمایه‌گذاری را داشته و تا آنجا که امکان‌پذیر است، منافع پیش‌بینی شده را تحقق بخشد.

دیوان در قضیه ال‌سی^۱ از همین رویکرد تبعیت کرده، بنابر وقایع موجود، ایالات متحده مدعی نقض معاهده فی مابین ایتالیا و ایالات متحده بود. در این پرونده، حسب ادعای ایالات متحده آمریکا، شهردار پالمو در جریان تعطیلی قریب‌الوقوع کارخانه آن را مصادره کرده و سهام‌داران آمریکایی آن را از حق بر کنترل و مدیریت سرمایه‌شان که بنابر موافقت‌نامه مورد حمایت بود محروم کرده و بنابراین معاهده فی مابین را نقض نمود. دیوان پاسخ داد که این ادعا درست نیست چرا که وقتی کارخانه ضبط و توقیف شد، شرکت مادر از کنترل و مدیریت سرمایه به نحوی که تسویه قانونی آن بنابر قانون ایتالیا انجام گردد عاجز بود. به‌ویژه هیچ ارتباط علی، بین توقیف کارخانه و تاثیراتی که ایالات متحده به آن منتسب می‌کند وجود ندارد. فاکتورهای مختلفی دست به دست هم دادند تا حوادثی پیش بیاید که دیوان آن را فاجعه ال‌سی

1. ELSI

نامید. با وجود این، علت اصلی سقوط سریع شرکت به سمت ورشکستگی، اموری بود که به نظر می‌رسد قبل از توقیف کارخانه دامن‌گیر آن شده بود. (United States of America v. Italy, 1989, para 101).

دیوان ادامه داد: «هشدارهای مکرری در مورد وضعیت اسفبار کارخانه داده شد، تصمیم به انحلال شرکت، تعطیلی کارخانه و بیکاری نیروی کار به لحاظ اجتماعی بسیار زیان‌بار بود؛ مسئله بانک‌ها به عنوان طلبکاران اصلی مطرح بود. به طور خلاصه در این وضعیت امکان تسویه قانونی شرکت که سهامداران مدعی هستند از آن محروم شده‌اند یک خیال‌بی‌اساس است.» (United States of America v. Italy, 1989, para 101) دیوان در نیل به این نتیجه قویاً متاثر از رفتار مدیریتی شرکت بوده به ویژه دیوان به تاثیرات و عواقب زیان‌بار اجتماعی تعطیلی کارخانه تاکید می‌کند که مؤید آن است، منافع عمومی نیز مانند منافع خصوصی سهام‌داران در ارزیابی اقدام دولت حائز ارزش است. این رویکرد با آموزه‌های نوین دکتترین مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها هم‌خوانی دارد. عبارت‌پردازی دیوان نشان می‌دهد، سرمایه‌گذاران در برابر عواقب و نتایج اجتماعی پروژه‌شان مسئولیت دارند. تصمیم به انحلال شرکت در وضعیتی که بیکاری کارگران آثار سوئی را متوجه دولت میزبان می‌سازد، امری پذیرفته شده نیست. تعطیلی این کارخانه که هیچ‌گاه به لحاظ اقتصادی سودآوری کافی نداشته و هیچ‌گاه سود سهام آن تقسیم نشده بود مضرات اجتماعی گسترده‌ای برای دولت میزبان داشت.

می‌توان گفت مشکل واقعی شرکت تنها این نبود که شرکت‌های مادر، از اداره سودآور کارخانه قصور کردند، بلکه آنها همچنین در اضمحلال و سقوط نهایی کارخانه و عواقب شدید اجتماعی ناشی از آن نیز دخیل بودند. (Muchlinski Peter, 2007, p550) رویکرد دیوان از این منظر جالب است که حق سرمایه‌گذار در انتخاب شیوه کنترل و مدیریت پروژه را مطلق نمی‌داند؛ سرمایه‌گذاران مدعی هستند که خواهان انحلال و تسویه شرکت بودند و علی‌الظاهر نیز باید از این حق برخوردار باشند. اما دیوان می‌گوید با توجه به آثار منفی انحلال و تعطیلی کارخانه، سرمایه‌گذاران اجازه انتخاب این شیوه را نداشتند؛ حق بر تعیین شیوه کنترل و تصمیم به اختتام یک پروژه باید با توجه به عواقب اجتماعی آن بر جامعه محلی اعمال شود.

رویکرد دیوان در قضیه ال‌سی، در قضیه نوبل علیه رومانی پیروی شده است. مرجع داوری با تاسی از رویکرد دیوان بین‌المللی دادگستری بیان داشت که خواهان نمی‌تواند مدعی باشد، دولت رومانی بنا بر معاهده دو جانبه بین ایالات متحده و رومانی، معیار رفتار منصفانه و عادلانه را نقض

کرده یا مبادرت به مصادره ورزیده است. خواهان متعاقب خصوصی‌سازی در حوزه آهن و فولاد، مبادرت به سرمایه‌گذاری در رومانی کرده و حدود ۴۰۰۰ کارگر را استخدام نمود. خواهان از جمله مدعی بود که کشور میزبان، دوام اقتصادی سرمایه‌گذار را تضعیف و مضمحل ساخته، چرا که مقامات ذی‌ربط خصوصی‌سازی، از تعهداتشان در باب مساعدت در هزینه‌های بازسازی کارخانه قصور کرده و همچنین برای تغییر سازمان دهی شرکت‌ها اقدام کردند. دیوان با اشاره به رفتار و عملکرد سرمایه‌گذار این ادعا را رد کرد و بیان داشت در این وضعیت همان اندازه که مقامات خصوصی‌سازی نقش داشتند، عملکرد سرمایه‌گذار نیز موثر بود. اگر خواهان بر این باور بود که وعده مساعدت‌های دولتی چیزی بیش از تشریفات صرف نبود، بنابراین فرض سرمایه‌گذار بر ابتدای به این مساعدت‌ها اساساً غلط بود. (Noble Ventures Inc v Romania, 2005, para 147)

بنابر ادله موجود، روشن است که بدون بازسازی، فروپاشی شرکت حتمی و به سادگی قابل پیش‌بینی بود. (Noble Ventures Inc v Romania, 2005, para 152) با وجود این خواهان از خرج کردن سرمایه خود جهت روند بازسازی کاملاً امتناع کرده و حتی از بازپرداخت وام تسهیلات بانک اسپانیا قصور ورزید، در حالی که می‌توانست به این وسیله تامین مالی لازم برای بازسازی را فراهم سازد. همچنین خواهان از تعهداتش به پرداخت حقوق نیروی کار که دستمزدشان مدت‌ها بود عقب افتاده بود امتناع ورزید. (Noble Ventures Inc v Romania, 2005, para 177) در چنین شرایطی همان‌طور که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه ELSI بیان داشت، سازمان‌دهی مجدد کارخانه تنها راه ممکن بود که می‌توانست در کوتاه مدت جلوی یک بحران اجتماعی قریب الوقوع را بگیرد، بحرانی که می‌توانست در نتیجه عقب افتادن دستمزد کارگران منطقه را در بر گیرد. با وجود آنکه دیوان رفتار منصفانه و عادلانه را بسیار موسع تفسیر کرده و مشتمل بر حمایت و امنیت کامل، ممنوعیت اقدامات خودسرانه و تبعیض آمیز و رعایت تعهدات قراردادی دانست، اما بنابر وقایع قضیه نقض هیچ یک از این مؤلفه‌ها را قابل احراز ندانست. به نظر دیوان با توجه به وضعیت خواهان، کارخانه مورد بحث و کارگران آن اقدامات اتخاذی تنها راه حل مساله بود. با در نظر گرفتن منافع تقریباً ۴۰۰۰ کارگر که به این کارخانه و سرنوشت آن وابسته بودند، اقدام قضایی برای تغییر سازمان‌دهی شرکت نه غیرعادلانه بود و نه غیرمنصفانه (Noble Ventures Inc v Romania, 2005, para 182)

قضیه قابل توجه دیگر که به مدیریت صحیح سرمایه‌گذاری می‌پردازد، متانکس علیه ایالات متحده آمریکاست. در این قضیه خواهان که یک تولیدکننده کانادایی متانول بود، به این قانون

کالیفرنیا که تولید بنزین حاوی ترکیبات متانول را ممنوع کرده بود اعتراض داشت، چرا که این قانون بازار او را خراب کرده و به نفع تولیدکنندگان داخلی اتانول تبعیض ایجاد می‌کرد. وی ادعا کرد این اقدام نقض ماده ۱۱۱۰ نفتا و معادل با مصادره بوده و همچنین مغایر با رعایت تشریفات قانونی که بنابر معیار رفتار منصفانه و عادلانه الزامی است، انجام شده، دیوان این ادعا را رد کرد. دیوان توجه خاصی بر این امر نهاد که مقامات آمریکایی اظهاراتی نداشته‌اند که خواهان بتواند به صورت معقول چنین نتیجه‌گیری کند که این قوانین غیر قابل تغییر هستند. بلکه، خواهان در شرایط و فضای اقتصادی سیاسی ویژه‌ای مبادرت به سرمایه‌گذاری کرد که بر همگان عیان و مبرهن بوده است که نهادهای حفاظت محیط زیست و سلامتی عمومی، چه در سطح ایالات و چه در سطح فدرال، به صورت مرتب استفاده از مواد شیمیایی را از طریق چشمان تیزبین رسانه‌ها، شرکت‌های ذی‌نفع و سازمان‌های غیردولتی کنترل کرده و استفاده از ترکیباتی که برای محیط زیست یا سلامت عمومی مضر هستند را ممنوع یا محدود می‌سازد. خواهان در جریان فرآیند تصویب قانون بوده و مشاهده کرده که این قانون با مشارکت گروه‌های صنعتی مختلف، سازمان‌های غیردولتی، دانشگاهیان و دیگران تدوین شده و خواهان نیز در مذاکرات تدوین قانون لابی داشته است. -9 paras, 2005, Methanex v United States) (10) دیوان از خواهان انتظار دارد در جهت مدیریت مطلوب و کارآمد پروژه نسبت به چارچوب قانونی حاکم بر فضای کار آگاهی کامل داشته و بتواند هر گونه احتمال تغییر قانون که فضای کار را متاثر می‌سازد پیش‌بینی کند. دیوان در این قضیه دریافت خواهان با آگاهی از فرآیندهای موجود، و بدون آنکه تعهد خاص و صریحی مبنی بر محدودیت دولت در تغییر چارچوب قانونی ذی‌ربط دریافت دارد، مبادرت به سرمایه‌گذاری نمود.

در واقع دولت ملزم است بنابر رفتار منصفانه و عادلانه فضای کلی حاکم بر سرمایه‌گذاری را دستخوش بی‌ثباتی نسازد، اما از طرف دیگر سرمایه‌گذار نیز وقتی وارد قلمرو حقوقی کشوری می‌شود، باید ریسک تغییرات قانونی قابل پیش‌بینی و معمول را بپذیرد، مگر اینکه تعهد صریحی مبنی بر ثبات این قوانین از جانب میزبان داده شود. در غیر این صورت تغییرات قانونی معمول که تعهد صریحی مبنی بر عدم تغییر آن داده نشده است، حتی اگر بر خلاف منافع سرمایه‌گذار باشد، نمی‌تواند نقض معیار رفتار منصفانه و عادلانه تلقی شود. روشن است دولت میزبان نیز نمی‌تواند از این امر سوء استفاده کرده و با تغییر غیر قابل پیش‌بینی و ناگهانی قوانین

که با سوء نیت و به هدف در دام انداختن سرمایه‌گذار اتخاذ می‌شود حقوق سرمایه‌گذار را تضییع نماید، چرا که بدون تردید چنین عملکردی با روح حاکم بر معیار رفتار منصفانه و عادلانه در تغایر است.

در جهت تایید وظیفه سرمایه‌گذار به مدیریت معقول سرمایه می‌توان به قضیه مافیزی^۱ اشاره کرد که در آن مرجع داوری بیان داشت: «شکی نیست که پروژه سرمایه‌گذاری بنابر قوانین ملی نیازمند ارزیابی آثار زیست‌محیطی بود و خواهان و کارمندان نیز از این مسئله آگاه بودند. اسناد موجود حاکی از اطلاع‌رسانی‌های کافی در باب ضرورت ارزیابی‌های زیست‌محیطی دارد. قطع نظر از این اصل کلی که جهل به قانون رافع مسئولیت نیست، روشن است که در این مورد خواهان از این الزامات آگاه بود. ... آن گونه که دیوان استنباط کرده است، خواهان سعی کرده این الزامات را جهت اجتناب از هزینه‌ها و دشواری‌های فنی آن نادیده بگیرد.» (Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, 2000, Para 70) بنابراین وقتی سرمایه‌گذار از تکلیف قانونی خود عامدانه سرباز زد، نمی‌توان دولت اسپانیا را به خاطر متوقف ساختن پروژه به دلیل عدم رعایت مقررات زیست‌محیطی مسئول دانست. به‌ویژه دیوان اظهار داشت، «اقدام پادشاه اسپانیا کاملاً در انطباق با ماده (۱) ۲ معاهده دو جانبه اسپانیا - آرژانتین بوده است، که طرفین را به ارتقاء سرمایه‌گذاری در چارچوب قوانین ملی فرا می‌خواند.» (Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, 2000, Para 71)

می‌توان گفت سرمایه‌گذار جهت حفظ مشروعیت سرمایه‌گذاری‌اش مکلف به رعایت قوانین و استلزامات ملی است. کسی که خواهان انصاف باشد خود باید منصفانه رفتار کرده و به قوانین ملی احترام گذارد. پیروی از نظام حقوقی و قوانین و مقررات حاکم بر دولت میزبان بخشی از مدیریت مطلوب و معقول بر سرمایه تلقی می‌شود.^۲

1. Maffezini

۲. از شیوه نگارش و بیان بسیاری از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد که نقض قوانین و مقررات دولت میزبان می‌تواند منجر به محرومیت سرمایه‌گذار از حمایت‌های مندرج در آن شود. برای مثال، مدل معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری مالزی، در تعریف سرمایه‌گذاری مورد حمایت می‌گوید: «همه سرمایه‌گذاری‌هایی که مطابق با قوانین، مقررات و سیاست‌های ملی اعضای متعاقد انجام می‌شود.» این فرمول سرمایه‌گذار را متعهد می‌سازد از قوانین ملی تبعیت کند و گرنه ممکن است مشمول حمایت‌های مندرج نشود. در قضیه Fraport علیه فیلیپین دیوان با تکیه بر مقرره‌ای مشابه که در معاهده دوجانبه مابین آلمان و فیلیپین آمده است، سرمایه‌گذاری را مشمول سرمایه‌گذاری‌های مورد حمایت ندانسته و خود را برای رسیدگی به اختلاف صالح ندانست. برای مطالعه بیشتر بنگرید به:

نتیجه گیری

موافقت‌نامه‌های فعلی سرمایه‌گذاری فرض را بر این می‌گذارند که سرمایه‌گذاری‌ها نوعاً مفید به حال توسعه دولت میزبان بوده و سرمایه‌گذاران خارجی که به عنوان طلایه‌داران توسعه به کشور میزبان جذب می‌شوند باید مورد حمایت قرار گیرند. تأثیر سرمایه‌گذاران خارجی بر جوامع محلی، کارگران، مصرف‌کنندگان، محیط زیست و ... معمولاً در این موافقت‌نامه‌ها مدنظر قرار نگرفته است. در فقدان تعهدات الزام‌آور، مسئولیت کنترل و بهبود رفتار شرکت‌ها اساساً به اقدامات داوطلبانه‌ای محول شده که شامل طیف وسیعی از دستورالعمل‌هایی است که خود شرکت‌ها، سازمان‌های دولتی و غیر دولتی و بعضاً دولت‌ها صادر می‌کنند. از آنجا که کم‌وکاستی‌ها و نواقص اقدامات خودجوش و داوطلبانه بر کسی پوشیده نیست، شایسته به‌نظر می‌رسد، محمل حقوقی مناسب‌تری را برای تحمیل مسئولیت‌های اجتماعی بر شرکت‌های فراملی تدبیر کرد. یکی از مناسب‌ترین ابزار، شرط رفتار منصفانه است که در اغلب موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری اعم از دو یا چندجانبه درج شده نفس این تعهد متضمن توازن و تعادل منافع حقوقی طرفین می‌باشد. به نظر می‌رسد تمسک به شرط رفتار منصفانه می‌تواند خلاءهای ناشی از عدم درج تعهدات حقوقی بر سرمایه‌گذار در اسناد سرمایه‌گذاری را تا اندازه‌ای پر نماید. این معیار باید به گونه‌ای تفسیر و تاویل شود که توازن و تعادل لازم میان مسئولیت اجتماعی سرمایه‌گذار و حقوقی که از قبل معاهده، محقق آن است ایجاد گردد. در اغلب این اسناد هیچ تعهد صریحی سرمایه‌گذار را ملزم به ارزیابی‌های زیست‌محیطی و اجتماعی نکرده و از وی ارائه گزارش به مقامات ذی‌صلاح را مطالبه نمی‌کند، با وجود این دور از انصاف است که سرمایه‌گذار بی‌توجه به عواقب و آثار فعالیتش در کشور میزبان، مدعی حقوق حمایتی گردد.

ایران در تلاش است تا فضای حقوقی -تجارتی مناسبی را برای حضور سرمایه‌گذاران خارجی فراهم آورد، لذا در موافقت‌نامه‌ها و قراردادهای سرمایه‌گذاری، بر معیارهایی نظیر رفتار منصفانه تاکید می‌ورزد. با وجود این توصیه می‌شود به منظور بهره‌مندی حداکثری از روابط سرمایه‌گذاری، خوانش صحیحی از این معیار ارائه دهد که علاوه بر جلب اعتماد شرکت‌های

خارجی برای حضور در قلمرو جغرافیایی ایران، منافع عمومی نظیر حق بر توسعه، محیط زیست، کار، رقابت و محفوظ باشد. به نظر می‌رسد رفتار منصفانه را می‌توان این‌گونه تفسیر نمود:

اولاً رفتار تبعیض آمیز با سرمایه‌گذار در صورتی که مبانی عقلی و منطقی داشته باشد، متخلفانه تلقی نگردد. درست است که رفتار منصفانه از دولت‌های میزبان می‌خواهد با سرمایه‌گذاران رفتار بدون تبعیضی داشته و آنان را مشمول همان حمایت‌هایی قرار دهند که شرکت‌های داخلی از آن منتفع هستند، با وجود این اگر تبعیض اعمال شده میان دو طرف خودسرانه نبوده و ناشی از یک ارزیابی عقلانی و مبتنی بر اهداف عمومی باشد قابل پذیرش است. اگر برخی از شرکت‌ها به دلیل رفتار مسئولانه نسبت به جامعه محلی، اعمال ضرورت‌های زیست‌محیطی، حقوق بشری و ... مورد رفتارهای ترجیحی تشویقی از جانب دولت میزبان قرار بگیرند، قطعاً سرمایه‌گذار نمی‌تواند مدعی نقض اصل منع تبعیض و نهایتاً نقض معیار رفتار منصفانه و عادلانه شود. همچنین در صورتی که عواقب منفی عملکرد یک سرمایه‌گذار بر جامعه محلی منجر به اعمال سیاست‌های تنبیهی نسبت به وی گردد.

ثانیاً درست است که در اغلب معاهدات سرمایه‌گذاری، به سرمایه‌گذاران اجازه خروج آزادانه سرمایه داده شده، اما به نظر می‌رسد در مواردی که خروج سرمایه منجر به ورود آسیب به جامعه محلی، بیکاری، بحران اقتصادی و ... گردد، دولت می‌تواند خروج سرمایه را مشروط کرده و در این صورت سرمایه‌گذار نمی‌تواند مدعی نقض معیار رفتار منصفانه شود. مدیریت سرمایه در مجموع به عهده سرمایه‌گذار بوده، اما وی ملزم است سرمایه را به نحوی مدیریت کند که علاوه بر تامین بیشترین سود اقتصادی برای ذی‌نفعان، اعم از سهام‌داران و جامعه محلی دولت میزبان، کمترین آسیب‌های اجتماعی را تحمیل کند. اگر سرمایه‌گذار نتواند از عهده مدیریت مطلوب و عقلانی پروژه برآید، نمی‌تواند در برابر اقدامات پیشگیرانه دولت میزبان که برای کنترل ضرر اتخاذ شده است، مدعی باشد.

ثالثاً سرمایه‌گذار ملزم است به قوانین محلی دولت میزبان احترام گذاشته و عدم پای‌بندی به این قوانین می‌تواند موجبات رد ادعای وی در خصوص نقض رفتار منصفانه را در پی داشته باشد. امید است تا تغییر نگرش عمومی نسبت به تدوین و نگارش موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری، اصلاح رویه فعلی و درج مقررات لازم‌الاجرا در باب مسئولیت‌های اجتماعی شرکت‌های



فراملی، مراجع داوری با تکیه بر معیار رفتار منصفانه عناصر و محتوای مسئولیت‌های اجتماعی سرمایه‌گذاران را تثبیت نموده و از جامعه محلی دولت میزبان در برابر آثار زیان‌بار فعالیت‌های این شرکت‌ها حمایت کنند.



منابع

فارسی

- شیروی عبدالحسین، (۱۳۸۱) «نظریه غیر منصفانه و خلاف وجدان بودن شروط قراردادی در حقوق کامن‌لو با تأکید بر حقوق انگلستان، آمریکا و استرالیا»، مجتمع آموزش عالی شماره ۱۴، صص ۳-۲۶.
- علیدوستی شهرکی ناصر، (۱۳۸۹)، «انصاف در حل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی»، فصلنامه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، دوره ۴۰، شماره ۳، صص ۲۵۲-۲۷۰.
- عسکری پوری‌ا، (۱۳۹۱)، حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داوری بین‌المللی، تهران، شهردانش.
- کاتوزیان ناصر، (۱۳۸۲)، قواعد عمومی قراردادها، جلد ۲، تهران، انتشارات بهمن برنا.
- کریمی‌نیا محمد مهدی، (۱۳۸۰)، «جایگاه انصاف در حقوق تجارت بین‌الملل»، فصلنامه معرفت، شماره ۴۹، صص ۶۷-۸۴.
- مولایی یوسف، (۱۳۸۴)، حاکمیت و حقوق بین‌الملل، تهران، نشر علم.

لاتین

Books:

- Franck, Thomas M., (1995) *Fairness in International Law and Institutions*, Oxford, Clarendon Press.
- Hopkins, Michael, (2007), *Corporate Social Responsibility and International Development*, London, Earthscan Press.
- Schreuer, Christoph, (2009) *Protection against Arbitrary or Discriminatory Measures*, in Catherine A. Rogers and Roger P. Alford, *The Future of Investment Arbitration*, Oxford, Oxford University Press.
- Tudor, Ioana, (2009), *The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment*, Oxford, Oxford University Press.

Articles:

- Davarnejad Leyla, (2008), "Strengthening The Social Dimension Of International Investment Agreements By Integrating Codes Of Conduct For Multinational Enterprises", *Organisation For Economic Co-Operation And Development, Global Forum On International Investment*, March, 27-28, 2008.
- Muchlinski, Peter, (2007) "Regulating Multinationals: Foreign Investment, Development and the Balance of Corporate and Home Country Rights and

Responsibilities in a Globalizing World”, Second Columbia International Investment Conference: What’s Next in International Investment Law and Policy?, Columbia University, Lerner Hall, Room 555, New York, October 30-31, 2007, pp1-43.

- Muchlinski, Peter, (July 2006) “Caveat Investor? The Relevance Of The Conduct Of The Investor Under The Fair And Equitable Treatment Standard”, International And Comparative Law Quarterly, Vol 55, pp530-567.

- Peterson, Luke Eric, (November 2004) “Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making”, International Institute for Sustainable Development, pp2-24.

- Scobbie, Iain, (November 2002), “Tom Franck’s Fairness”, EJIL, Vol. 13, pp909-925.

- Schill, Stephan W., (2006) “Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law”, Institute for International Law and Justice New York University School of Law, IILJ Working Paper, pp1-54.

-

Reports:

- United Nations Environment Programme, “United Nations Global Compact – Environmental Principles Training Package, Trainer’s Manual,” 2005.

- United Nations Environment Programme, “Corporate Social Responsibility and Regional Trade and Investment Agreements”, 2011.

- United Nations Conference On Trade And Development, “World Investment Report 2013, Global Value Chains: Investment and Trade for Development”, 2013.

- United Nations Conference On Trade And Development, “World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development”, 2013.

Cases:

- Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award of Nov 13, 2000.

- Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Award of March 9, 1998.

- Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. The Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/03/25, 2007.

- Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, May 17, 2007.

- Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award of Dec 16, 2002.

- Malaysian historical Salvors v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on Application for annulment, 16 April 2009.

- Methanex v United States, Final Award on Jurisdiction and Merits, UNCITRAL, 3 Aug 2005.

- Mr. Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case, No. ARB/99/7, Feb 9, 2004.

- Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Jul 31, 2001

- Tunisia v. Libya, Continental Shelf Case, ICJ Reports 18, 1982.

- United States of America v. Italy, Elettronica Sicula S.p.A. case (ELSI), ICJ Reports 15, (1989).