

شرط التزام عام (Umbrella Clause) در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری

حمیدرضا علومی یزدی* - سمیه محمدی**

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۲/۷/۳۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۲/۲۴)

چکیده

شرط التزام عام تقریباً به یکی از متداول‌ترین قواعد اکثر معاهدات سرمایه‌گذاری تبدیل شده است که حمایت‌های افزون‌تری را برای سرمایه‌گذار خارجی فراهم می‌آورد. ارائه مفهومی صحیح از این شرط، یکی از مباحث بحث‌برانگیز حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی شده است به طوری که بسیاری از دیوان‌های داوری را نیز به موضع‌گیری وادار کرده است. نکته اساسی این است که آیا این شرط به مرجع مقرر در معاهده، صلاحیت رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد سرمایه‌گذاری میان دولت و سرمایه‌گذار را می‌دهد؟ و اگر پاسخ مثبت است، شرط تعیین مرجع رسیدگی به اختلاف مقرر در قرارداد چه اثری خواهد داشت؟ آیا این شرط سبب ارتقای دعاوی قراردادی به دعاوی معاهده‌ای می‌شود؟ اثر و حدود اعمال این شرط تا کجاست؟ در پاسخ به این سؤالات دیوان‌های داوری به دو شکل عمل کرده‌اند. عده‌ای از آن‌ها به تفسیر مضیق از این شروط و تفکیک میان اعمال حاکمیتی و تجاری دولت میزبان پرداخته و در صورتی که عمل دولت در نقض تعهد قراردادی اش حاکمیتی باشد، آن را سبب نقض شرط التزام دانسته و در مقابل، عده‌ای دیگر شرط را در معنای موسع آن تفسیر کرده و نقض هر نوع تعهد قراردادی دولت میزبان را به منزله نقض شرط التزام و صالح دانستن مرجع معاهده‌ای در رسیدگی به اختلاف دانسته‌اند. به نظر می‌رسد تفسیر موسع و دیدگاه دوم در تفسیر شرط از منظر بیشتری برخوردار بوده و با هدف و تاریخچه ظهور این شروط هماهنگ‌تر بوده و سبب کارآمد شدن آن می‌شود.

کلیدواژگان: شرط التزام عام، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، نقض قراردادهای سرمایه‌گذاری، اعمال حاکمیتی، اعمال تجاری، دیوان داوری ایکسید، صلاحیت

رسیدگی، تفسیر معاهدات

* استادیار گروه حقوق خصوصی و اقتصادی دانشگاه علامه طباطبائی (نویسنده مسئول)

holoumiyazdi@yahoo.com

** کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل دانشگاه علامه طباطبائی

مقدمه

تثبیت اقتصاد جهانی بعد از پایان جنگ جهانی دوم از طریق سرمایه‌گذاری خارجی وارد مرحله جدیدی شد که سبب انعقاد قراردادهای بی‌شماری میان دولت‌ها و سرمایه‌گذاران خصوصی از کشورهای دیگر گشت. اما با وجودی که سرمایه‌گذاری بین‌المللی در حال رشد بود هیچ‌گونه رژیم حقوقی منسجمی در حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در مقابل اعمال دول میزبان چون مصادره و ملی کردن، خاتمه غیر عادلانه قرارداد و ... وجود نداشت. اگر چنین اعمالی اتفاق می‌افتاد سرمایه‌گذار خارجی هیچ دسترسی به یک نهاد بین‌المللی حل اختلاف نداشت و تنها دولت‌ها بودند که می‌توانستند از طریق حمایت دیپلماتیک از سرمایه‌گذار متبوع خود در یک مرجع بین‌المللی حمایت کنند. اما هر نوع نقض تعهدات قراردادی سبب نقض حقوق بین‌الملل نشده و بنابراین اغلب سرمایه‌گذاران خارجی چاره‌ای جز توسل به دادگاه‌های دولت میزبان برای احقاق حق خود نداشتند که البته توسل به این مراجع هم همیشه منجر به رسیدگی عادلانه نمی‌شد. در این شرایط دولت‌ها دست به انعقاد توافقات چندجانبه سرمایه‌گذاری زدند که این توافقات هم به دلیل منافع متضاد کشورهای درگیر، نتیجه مورد نظر را در بر نداشت. در نتیجه بسیاری از کشورهای اروپایی به انعقاد توافقات دوجانبه با کشورهای در حال توسعه روی آوردند. موفقیت این اقدام سبب افزایش این معاهدات شد. از آن تاریخ تاکنون معاهدات سرمایه‌گذاری بسیاری میان کشورها منعقد شده که ایران نیز با انعقاد بیش از پنجاه معاهده در این زمینه، از کشورهای نسبتاً فعال بوده است. از جمله شروطی که در این معاهدات پیش‌بینی می‌شود ماده مربوط به شرط التزام عام است. درج این شرط در این معاهدات به معنی تعهد دولت میزبان به تضمین رعایت تمامی تعهدات خود (اعم از قراردادی و معاهده‌ای) در برابر سرمایه‌گذاران خارجی در قراردادهای سرمایه‌گذاری است به طوری که زیرپا گذاشتن این تعهد سبب نقض این شرط و در نتیجه نقض آن معاهده سرمایه‌گذاری شده و بنابراین به سرمایه‌گذار خارجی امکان طرح دعوی قراردادی‌اش را در یک مرجع بین‌المللی نیز می‌دهد.

در بیشتر نوشته‌های حقوقی و احکام داوری بین‌المللی این شرط را Umbrella Clause خوانده‌اند که می‌توان آن را به «شرط فراگیر» یا «شرط التزام عام» هم ترجمه کرد. هرچند که اسامی و واژه‌های دیگری مانند «شرط تضمین تعهدات»^۱، «شرط وفای به عهد»^۲ و «شرط حرمت

1. Observation of Commitments Clause

2. Pacta Sunt Servanda Clause

قرارداد^۱ نیز برای این مفهوم به کار می‌رود. اما در اینجا برای رعایت اختصار و با توجه به متداول‌تر بودن اصطلاح «شرط التزام عام»، از این واژه استفاده شده است. با وجود سابقه طولانی این شرط در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، از سال ۲۰۰۳ میلادی مباحث جدیدی حول آن شکل گرفته که دلیل آن استناد به این شرط در چند قضیه مطرح نزد دیوان داوری بانک جهانی (ایکسید) بوده است. البته تا همین اواخر مقرره‌ای مانند این، از نظر حقوق دانان بیشتر جنبه تزئینی داشت و از اهمیت چندانی برخوردار نبود. همان‌طور که گفته شد، وقتی که دولت‌های طرف معاهده به اختلافی برمی‌خورند، حقوق بین‌الملل؛ حمایت دیپلماتیک را برای حمایت از سرمایه‌گذار زیان‌دیده پیشنهاد می‌کرد که منجر به حل اختلاف در یک مرجع بین‌المللی میان دو دولت می‌شد. لازم نیست توضیح داده شود که حمایت دیپلماتیک هم فقط در موارد بسیار جدی که دولت میزبان با استفاده از قدرت حاکمیت به سرمایه‌گذار ضرر وارد کرده بود، به کار گرفته می‌شد. اما با انعقاد کنوانسیون ایکسید در سال ۱۹۶۵ که به سرمایه‌گذاران خارجی هم اجازه طرح مستقیم دعوای‌شان علیه دول میزبان را در یک مرجع بین‌المللی داد، این شرط به ابزار مهمی در آغاز داوری بین‌المللی علیه دولت میزبان حتی برای اختلافات قراردادی تبدیل شد.^۲

این مقاله ابتدا به ارائه مفهومی از شرط التزام با معرفی تفاسیر ارائه‌شده حول آن پرداخته، سپس محدودیت‌هایی را که در رابطه با حقوق سرمایه‌گذاران خارجی وجود داشته و زمینه‌ساز ظهور شرط التزام شده است مورد بررسی قرار داده و تاریخچه ظهور شرط التزام را بیان داشته و در نهایت به اثر و قلمرو شرط پرداخته و نشان می‌دهد که چه تفسیری از این شرط می‌تواند بهترین کارکرد را برای آن به همراه داشته باشد.

۱. مفهوم شرط التزام عام

بسیاری از معاهدات سرمایه‌گذاری دربردارنده شرطی هستند که طبق آن «هریک از طرفین قرارداد ملزم به تضمین تعهداتی هستند که در قبال سرمایه‌گذاری‌های اشخاص حقیقی و حقوقی طرف دیگر در سرزمین‌شان به عهده گرفته‌اند». این شرط به شرط التزام عام معروف شده است چرا که تعهدی مجزا از سایر تعهدات معاهده سرمایه‌گذاری ایجاد می‌کند که بر اساس آن طرفین معاهده ملزم می‌شوند هر تعهدی را که در ارتباط با اتباع طرف دیگر به عهده

1. Sanctity of Contract Clause

2. Gautam, Pradhman, "The Umbrella clause: A Search for Greater Legal Certainty", 25/08/2008, p. 8, available at: papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/ssr.

گرفته اند، رعایت کنند. تا همین اواخر، مباحثات اندکی حول این موضوع، قلمرو اعمال آن و اثرات این شروط وجود داشته است.

با وجود این، تقریباً همه مفسران معتقدند که:

«این شروط در تلاش‌اند تا هریک از طرفین معاهده به همه تعهدات خاص خود نسبت به اتباع طرف دیگر احترام بگذارند. چنین مقرراتی از اهمیت ویژه‌ای برخوردارند. اول به دلیل حمایتی که از حقوق قراردادی سرمایه‌گذار در مقابل هر گونه مداخله‌ای که ممکن است با نقض ساده قرارداد یا با اعمال قانونگذاری و اداری رخ دهد و دوم به این دلیل که هنوز هم در چارچوب حقوق بین‌الملل عمومی کاملاً مشخص نیست که چنین اعمالی نقض تعهدات بین‌المللی یک کشور محسوب می‌شوند یا خیر»^۱.

در اینجا برای روشن کردن مسئله اصلی حول این شرط مثالی ارائه می‌شود. به فرض که شرکت «الف» (تبعه کشور ب) امتیاز ساخت و بهره‌برداری یک سیستم تولید و توزیع انرژی را از کشور «ج» دریافت می‌کند. این شرکت طبق این قرارداد، شروع به انجام عملیات مختلف برای انجام پروژه در این کشور می‌نماید. بعد از مدتی اداره امور کشور به دولت جدید این کشور محول می‌شود و هیئت اجرایی جدید شروع به انجام اعمالی خودسرانه و با انگیزه‌های سیاسی در عملیات شرکت «الف» کرده و از پرداخت هزینه‌های مقرر به این شرکت خودداری می‌کند.

در رسیدگی به اختلاف پیش آمده شرکت «الف» معتقد است که دادگاه‌های داخلی کشور «ج»، محلی مناسب برای حل اختلاف نبوده، بسیار کند بوده و با انگیزه‌های سیاسی تحریک شده است. یک معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان کشور «ب» و کشور «ج» وجود داشته که دربردارنده شرط داوری میان سرمایه‌گذار و دولت است. مشاوران شرکت «الف» می‌دانند که این شرکت می‌تواند دعوایی براساس مصادره یا امتناع از رفتار منصفانه با استفاده از مقررات معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری (BIT) طرح کند، اما استفاده از این مقررات برای طرح دعوا ممکن است پیچیده و اثبات نقض چنین مقرراتی بین‌المللی سخت باشد. این معاهده همچنین یک شرط التزام عام بسیار موسع مانند آنچه در بسیاری از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری مشاهده می‌شود؛ دارد، که مقرر می‌دارد: «هریک از طرفین باید تعهداتی را در ارتباط با یک سرمایه‌گذاری خاص منعقد کرده است، رعایت کند». حال آیا شرکت «الف» می‌تواند یک دعوای نقض قرارداد را در یک

1. See, Dolzar, Rudolf, & Margrete, Stevens, "Bilateral Investment Treaties" (1995), pp. 81-82.

2. Bilateral Investment Treaty

مرجع داوری معاهده ای بدون استناد به نقض یکی از استانداردهای بین‌المللی معاهده‌ای و صرفاً بر اساس شرط التزام موجود در معاهده طرح کند^۱؟

به دلیل تفاسیر متعارضی که از این شرط به‌ویژه در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بین سوئیس - پاکستان و سوئیس - فیلیپین توسط دو دیوان داوری ایکسید صورت گرفت، دیدگاه‌های متفاوتی نیز در مورد کارکرد و نحوه اعمال شرط التزام در معاهدات سرمایه‌گذاری ایجاد شده است. یکی از این دیدگاه‌های تفسیری از کارکرد و اعمال گسترده این شروط حمایت می‌کند. بنابراین به سرمایه‌گذار خارجی اجازه می‌دهد از داوری مقرر در معاهده سرمایه‌گذاری برای جبران خسارت اعمال دولت میزبان که منجر به نقض هرگونه تعهدات مربوط به سرمایه‌گذاری انجام شده، مستقل از ماهیت نقض (که آیا رفتار دولت میزبان عملی حاکمیتی است یا عمل تصدی‌گرایانه) استفاده کند. در این دیدگاه، شرط التزام با مجازداشتن سرمایه‌گذار خارجی در طرح دعوی خود از دولت میزبان با عنوان نقض شرط التزام مقرر در معاهده سرمایه‌گذاری و در واقع به محدودنکردن او به طرح ادعای خود مبنی بر نقض سایر مقررات ماهوی معاهده‌ای چون سلب مالکیت، رفتار تبعیض‌آمیز یا حتی نقض‌های با ماهیت حاکمیتی، پا را فراتر از حقوق بین‌الملل عرفی گذاشته است. این‌گونه تفسیر از شرط التزام با فراهم‌نمودن جبران خسارت بین‌المللی برای هر نوع نقض، حتی یک نقض ساده یا تجاری قرارداد دولت - سرمایه‌گذار، پلی ارتباطی بین تفاوت‌های سنتی حقوق بین‌الملل با حقوق داخلی و همچنین تفاوت بین تعهدات قراردادی با تعهدات معاهده‌ای ایجاد کرده است.

اما دیدگاه مقابل، تفسیر مضیق‌تری برای شرط التزام در نظر می‌گیرد و کارکرد آن را محدود به مواردی می‌داند که رفتار دولت میزبان که موجب بروز اختلاف شده، رفتاری حاکمیتی باشد. در اینجا نقض شرط التزام، ضرورتاً نیازمند نقض یک قرارداد دولت - سرمایه‌گذار است که منتج از رفتار حاکمیتی دولت میزبان باشد. اساساً از منظر چنین دیدگاهی، شرط التزام به منزله قاعده‌ای اعلامی از حقوق بین‌الملل عرفی بوده و مبین آن است که حقوق قراردادی سرمایه‌گذار فقط در چنین صورتی ممکن است موضوع معاهده قرار گیرد و بنابراین نیازمند جبران خسارت از سوی دولت میزبان به دلیل زیر پا گذاشتن آن شود. نقض تجاری یک

1. Ethan G. Shenkman & D. Jason File, "Recent Development in Investment Treaty Jurisprudence: Arbitrating Contract Claims under Umbrella Clauses", available at: www.wilmerhale.com/files/publications/9cd84cee-3ded-91a4-da85702872/presentation_attachment/shenkmanfile2007_intlarb.pdf.

قرارداد از قلمرو شرط التزام خارج بوده و از تفاوت میان دعاوی قراردادی با دعاوی معاهده‌ای برای تفسیر این شرط استفاده می‌کند.^۱

بعضی این شرط را به حمایت از قراردادهای سرمایه‌گذاری دولت محدود می‌کنند درحالی‌که عده‌ای دیگر تعهدات خاص دولت میزبان را با شمولی وسیع‌تر در قلمرو شرط التزام قرار می‌دهند. همچنین اختلاف‌نظراتی هم در رابطه با اثر شرط التزام بر روابط قراردادی میان سرمایه‌گذار و دولت میزبان وجود دارد. این موضوع به این مسئله بازمی‌گردد که چطور شرط التزام بر حقوق معاهده بین‌المللی که روابط میان دول میزبان و دولت متبوع سرمایه‌گذار را اداره می‌کند، اثر می‌گذارد. به‌ویژه اختلاف‌نظرها در این ارتباط به حل تعارض صلاحیتی میان مرجع حل اختلاف مقرر در معاهده سرمایه‌گذاری و مرجع انتخابی مقرر در قرارداد میان دولت و سرمایه‌گذار برمی‌گردد.

اما آنچه در مورد شرط التزام، بلامنازع است بی‌اثر بودن آن بر قراردادهای میان اشخاص خصوصی است حتی اگر یکی از طرفین، سرمایه‌گذار خارجی باشد چراکه این شرط در بردارنده تعهداتی است که دولتین طرفین معاهده در برابر سرمایه‌گذار خارجی به عهده گرفته‌اند.

همچنین نگرانی مشترک دیوان‌های داوری، قلمرو بی‌حد و حصر بالقوه‌ای است که این شرط در صورت عدم کنترل با استفاده از تفسیر موسع، پیدا خواهد کرد.^۲ همچنان‌که بعضی از نویسندگان به آن اشاره کرده‌اند به نظر می‌آید که دیوان‌های داوری هراسان از وجود مستقل این شرط هستند مبدا که منجر به ایجاد آزادی غیرقابل‌کنترلی برای سرمایه‌گذار خارجی شود. دلیل اصلی چنین نگرانی، فقدان هرگونه راهنمای تفسیری از نص معاهده سرمایه‌گذاری است که بتواند نگرانی‌هایی را که در مورد شرط التزام وجود دارد تعدیل کند. به‌خصوص وقتی که به عبارات و الفاظ بیشتر این شروط توجه شود عدم وجود چارچوبی مفهومی از کاربرد، اثر و قلمرو این شروط، معلوم می‌شود که به‌سختی می‌تواند مسئله پیچیده تفسیر این شرط را حل کند. متون آکادمیک نیز فقط چارچوبی کمی مفهومی‌تر در کارکرد این شرط ارائه می‌کنند که به‌ندرت به ارتباط میان تفاسیر متفاوت از شرط التزام و اثرات اقتصادی که این تفاسیر می‌توانند بر روابط میان دولت و سرمایه‌گذار داشته باشند اشاره کرده‌اند چنان‌که معاهدات

1. Walde, Thomas, "Umbrella Clause in Investment Arbitration"(2005)(No. 183), The Journal of Worlde Investment & Trade, Vol.6,P.183.

2. See, e.g. Pan American Energy LLC v. Argentine R epublic, ICSID Case No. ARB/03/13, para.110, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet>.

سرمایه‌گذاری هم نیت ایجاد چنین چارچوبی جهت حمایت و ترویج جریان سرمایه‌گذاری خارجی میان دولت‌های طرف معاهده را دارند.^۱

چنین رویکردی معاهدات سرمایه‌گذاری را به منزله ایجادکننده نهادهایی می‌داند که روابط میان دولت میزبان، اقتصاد و فعالان اقتصادی را اداره می‌کنند و موجب افزایش جریان فرامرزی سرمایه‌گذاری و نهایتاً رشد و توسعه اقتصادی خواهند شد. بنابراین یکی از چارچوب‌ها برای تعیین محدوده اعمال شروط التزام، ارائه چارچوبی اقتصادی است. با ارائه نگاهی اقتصادی، شرط التزام، بهبوددهنده ظرفیت‌های دول میزبان برای ایجاد تعهداتی معتبر و قابل اجرا در رابطه با سرمایه‌گذاران خارجی خواهد بود که سبب ارائه سازوکارهای حل اختلافی مؤثر و مبتنی بر معاهده جهت حل اختلافات مربوط به تعهدات آن دول خواهد شد. این شرط، امکان دستیابی دول میزبان و سرمایه‌گذاران خارجی را به قراردادهایی می‌دهد که در مقایسه با آنچه از همکاری این دول خارج از محدوده اجرای واقعی قرارداد رخ می‌دهد کاراتر و به صرفه‌تر است. با این نوع کارکرد، شرط التزام دیگر محدود به اعمال غیرمنصفانه دولت میزبان که ناشی از اعمال قدرت حاکمیتی آن دولت است نخواهد بود بلکه کاستی‌هایی را که هنگام اجرای تعهدات و حل اختلاف مربوط به نقض‌های غیرحاکمیتی قراردادهای بین دولت و سرمایه‌گذار رخ می‌دهد نیز شامل خواهد شد. مطابق با چنین کارکردی، تفاوت‌های میان مداخلات دارای ویژگی حاکمیتی و آنچه دارای چنین ویژگی نیست، اهمیتی نخواهد داشت.

۲. محدودیت‌های حمایت از سرمایه‌گذار خارجی

۲-۱. حقوق داخلی

الف. حاکمیت دولت و اجرای تعهدات دولت میزبان

به‌طور سنتی، مفهوم حاکمیت دولت در مقابل بنانهادن سازوکارهای حل و فصل اختلافات که سرمایه‌گذاری خارجی را کاراتر خواهد کرد قرار می‌گیرد. مفهوم حاکمیت برای حمایت از دولت مقابل مداخلات دیگر دول و برای توجیه قدرت او در تحمیل تصمیمات الزام‌آور و همچنین اجرای آن تصمیمات، شکل گرفته است. وقتی حاکمیت به‌عنوان قدرت اصلی دولت در نظر گرفته شود، در تقابل با ضرورت ایجاد و اجرای تعهدات معتبر از طریق انعقاد توافقات الزام‌آور در مقابل سرمایه‌گذار خارجی قرار خواهد گرفت. بنابراین حاکمیت، مانعی را در همکاری مؤثرتر میان سرمایه‌گذار و دولت، به جای فراهم کردن امکان روابط بهتر، ایجاد

1. Dolzer & Stevens, Op. Cit, pp 11-13, pp. 20-25.

خواهد کرد و از آنجا که هم حقوق داخلی کشورها و هم حقوق بین‌الملل عرفی سنتی، فاقد سازوکارهای اجرایی و حل اختلاف نزد شخص ثالث هستند - و مخصوصاً حقوق بین‌الملل عرفی در تثبیت قراردادهای بین سرمایه‌گذار و دولت، هم از جهت ماهوی و هم شکلی ناتوان است - در نهایت، این بخش نشان می‌دهد که این نارسایی‌ها در غیاب سازوکارهایی بر اساس ترتیبات قراردادی میان سرمایه‌گذار و دولت میزبان، به شکل نامناسبی، فقط تعدیل خواهد شد.

ب) دادگاه‌های داخلی و اجرای تعهدات دولت میزبان

دادگاه‌های دولت میزبان، اغلب به گونه‌ای شکل نیافته‌اند که بتوانند امکان اجرای تعهدات دولت را در مقابل سرمایه‌گذار خارجی فراهم کنند. تبعیض و تعصبات موجود و قابل مشاهده برابر سرمایه‌گذاران خارجی یا حتی فقدان یک سیستم قضایی مؤثر و مستقل، توانایی دادگاه‌های داخلی دولت میزبان را به‌عنوان نهادهایی مستقل و کارآمد در اجرای تعهدات دولت میزبان و مقابله با رفتارهای فرصت‌طلبانه‌ی او کاهش می‌دهد. استقلال قضایی به‌ویژه به دلیل ارتباط نزدیک میان دادگاه‌ها و مقامات اجرایی و نبود تدابیر حفاظتی در مقابل تأثیرات سیاسی بر رسیدگی‌های دادگاه، به خطر می‌افتد. به‌علاوه در بسیاری از کشورهای در حال توسعه، درآمد پایین قضات و ناکافی بودن حمایت‌های مالی از دادگاه‌ها نه تنها سبب گسترش فساد شده بلکه سبب طولانی و بی‌تأثیر شدن روش‌های حل اختلاف هم هست. چنین عواملی سبب تقلیل توانایی دادگاه‌های داخلی دولت میزبان به‌عنوان حل اختلاف‌کننده‌های مستقل و کارآمد خواهند شد که عملاً از تعهدات دولت میزبان در مقابل سرمایه‌گذار خارجی حمایت می‌کنند.

۲-۲. حقوق بین‌الملل

الف. نارسایی‌های حمایت دیپلماتیک در حمایت از سرمایه‌گذار خارجی

حقوق بین‌الملل ادعا دارد که دولت‌ها تنها موضوعات (تابعین) حقوق بین‌الملل هستند. این بدان معنی است که حقوق ملت‌ها حقوقی برای رفتار بین‌المللی میان دول است و نه برای روابط اتباع‌شان. بنابراین تعهدات تحت حقوق بین‌الملل نمی‌توانند مستقیماً در ارتباط با یک سرمایه‌گذار خارجی وجود داشته باشند بلکه او اساساً به‌عنوان تابعی از حقوق داخلی دولت میزبان در نظر گرفته می‌شود. بر همین اساس، نقض یک تعهد دولت میزبان در درجه نخست، موضوع حقوق داخلی بوده و نمی‌تواند نتیجه مستقیمی در حقوق بین‌الملل پیدا کند. برداشت اصلی حقوق بین‌الملل عرفی این بود که نقض منافع معینی از اتباع خارجی از طریق اعمال دولتی معین مانند

سلب مالکیت یا رفتار تبعیض‌آمیز، تخلفی نسبت به دولت متبوع آن خارجی هاست. این برداشت در دعوای *Mavrommatis Palistine Concessions* تجلی کلاسیک خود را پیدا کرد که دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی، رابطه میان سرمایه‌گذار و دولت را با رابطه میان دولت‌ها مقایسه کرده و دسته‌بندی میان قواعد حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی را به‌عنوان هدایت‌کننده روابط مختلف ایجاد کرد که طبق آن «یک دولت با به عهده گرفتن دعوای اتباعش و با توسل به اعمال دیپلماتیک یا آیین‌های رسیدگی بین‌المللی در واقع بر حقوق خود - حق دولت در حمایت از اشخاص تبعه‌اش، تحت قواعد حقوق بین‌الملل تأکید می‌کند»^۱.

اول اینکه، حمایت دیپلماتیک، حق یک دولت در حفاظت از حقوق اتباعش تحت حقوق بین‌الملل است. بنابراین، نه تنها هیچ وظیفه یا تعهد الزام‌آوری در حمایت دیپلماتیک از اتباعش وجود ندارد بلکه در عوض، دولت‌ها در اعمال این حق از آزادی کامل برخوردارند. به‌علاوه حمایت دیپلماتیک و حل اختلافات بین‌دولتی نیازمند به پایان‌بردن دادخواهی در دادگاه‌های محلی هستند. با اینکه این موضوع به دولت میزبان، شانس جبران تخلف از حقوق سرمایه‌گذار خارجی را در دادگاه‌های داخلی می‌دهد، مانعی را در دستیابی به ثبات در قراردادهای دولت - سرمایه‌گذار ایجاد می‌کند چراکه دادگاه‌های دولت میزبان در مجازات رفتارهای فرصت‌طلبانه، بی‌طرف و به اندازه کافی مستقل نیستند.

ب) محدودیت‌های مربوط به نوع تعهدات تحت حمایت حقوق بین‌الملل عرفی ظرفیت دول میزبان در ایجاد تعهدات معتبر در قراردادهای میان سرمایه‌گذار و دولت فقط با حقوق بین‌الملل عرفی محدود نشده است. حتی اگر یک سرمایه‌گذار بتواند دولت متبوعش را برای حمایت دیپلماتیک از او قانع کند، تحت حقوق بین‌الملل عرفی فقط برای قلمرو محدودی از نقض قراردادهای بین سرمایه‌گذار و دولت و ابزارهای مشابه آن، جبران خسارت در نظر گرفته شده است. با توجه به تقسیم‌بندی میان حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی، تخلف دولت میزبان از تعهدات قراردادی‌اش در مقابل یک سرمایه‌گذار خارجی مستقیماً به نقض یک تعهد بین‌المللی منجر نمی‌شود چراکه سرمایه‌گذار، تابعی از حقوق بین‌الملل نبوده و دولت متبوع آن سرمایه‌گذار هم طرف آن قرارداد نیست. این تفکیک میان نقض قراردادهای میان دولت و سرمایه‌گذار و نقض حقوق بین‌الملل به دلیل مفهوم دوگانگی سنتی به‌سختی قابل از

1. See: *Mavrommatis Palistine Concessions (Greece v. Gr. Brit.)*, P.C.I.J. series A, No, 2, 1924, p.12.

بین رفتن بوده است. به علاوه دولت میزبان به عنوان حاکم بر قوانین اداره کننده قرارداد، در تغییر آن محق شناخته می شده است. بر همین اساس، اگر طبق حقوق داخلی، نقضی رخ نداده بود، راهی برای حقوق بین الملل عمومی برای ادعای حقی باقی نمی ماند.^۱

علی رغم تقسیم بندی میان حقوق داخلی و حقوق بین الملل و همچنین دعاوی قراردادی با دعاوی معاهده ای، حقوق بین الملل عرفی حالت بینابینی که بعضی حمایت های محدود را به قراردادهای میان سرمایه گذار و دولت اعطا می کند، برگزید. در غیاب تعهدات متقابل حقوق بین الملل میان دولت میزبان و سرمایه گذار، راه حل حقوق بین الملل آن بود که نقض یک قرارداد میان سرمایه گذار و دولت، با وجودی که به خودی خود نقض حقوق بین الملل نیست، می تواند نقض یک تخلف میان دولتی باشد مادامی که آن نقض، ضرری هم در ارتباط با دولت متبوع سرمایه گذار ایجاد کند. چنین ضرری می تواند در قضایایی موجود باشد که مداخله دولت میزبان که به سلب مالکیت در یک قرارداد اقدام می کند تبعیض آمیز بوده یا مرتکب نقض مستقل حقوق بین الملل به خاطر امتناع از اجرای عدالت شود. قاعده ای که مقرر می دارد رفتار دولت غیر تجاری بوده است در مقابل نقض ساده (تجاری) قرارداد بین سرمایه گذار و دولت توسط دولت میزبان، نمی تواند منجر به نقض حقوق بین الملل شود چرا که چنین نقضی منحصرأ با الزامات قراردادی مرتبط بوده و هیچ تماسی با ارتباطات بین المللی میان دولت ها ندارد. خلاصه، این مورد طبق حقوق بین الملل عرفی این چنین بود:

«در حالی که صرف نقض یک قرارداد به وسیله دولت طرف آن (که حقوق مرتبط با آن حقوق بین الملل نیست) نقض حقوق بین الملل نبوده، یک عمل «غیر تجاری» آن دولت برخلاف آن قرارداد ممکن است این چنین باشد. با اینکه نقض چنین قراردادی در جریان عادی تجارت از دیدگاه غالب، نقض حقوق بین الملل نیست اما استفاده از قدرت حاکمیتی دولت برخلاف انتظار طرفین برای فسخ یا نقض قرارداد با یک خارجی، نقض حقوق بین الملل است».^۲

این قلمرو محدود حمایتی از قراردادهای میان سرمایه گذار و دولت تحت حقوق بین الملل عرفی خلأ مهمی را در تثبیت ارتباطات بین دولت و سرمایه گذار باقی گذاشته و بنابراین ظرفیت دولت میزبان را در اجرای تعهداتش کاهش می دهد.

1. Mann, F.A, "State Contracts and State Responsibility" (1960) American Journal of International Law, Vol.54, pp. 581-582.

2. Schwebel, Stephan, "On Whether the Breach by a State of a Contract with an Alien Is a Breach of International Law" (1987), International Law at the Time of Its Codification,, pp. 408-409.

۲-۳. محدودیت‌های مربوط به معاهدات سرمایه‌گذاری فاقد شرط التزام

حتی معاهدات سرمایه‌گذاری مدرن فاقد شرط التزام عام هم ناتوانی دولت میزبان را در ارائه تعهدات معتبر تحت قراردادهای سرمایه‌گذار-دولت پوشش نمی‌دهند. اگر این معاهدات، بعضی از حقوق سرمایه‌گذار مانند رفتار منصفانه و حمایت در مقابل سلب مالکیت را فراهم می‌آورند و دربردارنده رضایت عمومی دولت میزبان به داوری هستند، حمایت از تعهدات قراردادی هنوز هم به دلیل فقدان شروط التزام ناکافی‌اند. به‌ویژه تفسیر از رفتار منصفانه و مفهوم سلب مالکیت چه مستقیم و چه غیرمستقیم، در رویه داوری به اعمال حاکمیتی (با استثنای رفتار تجاری) دولت میزبان محدود می‌شوند. بنابراین تقسیم سنتی دعاوی قراردادی/دعاوی معاهده‌ای در داوری معاهده‌ای ایستادگی کرده و ظرفیت دولت میزبان برای تعهد تمام و کمال در مقابل سرمایه‌گذار را تحت معاهده‌ای که حاوی شرط التزام نیست، کاهش می‌دهد.

تفکیک دعاوی معاهده‌ای با دعاوی قراردادی در دو سطح اجرا می‌شود؛ صلاحیت‌های دیوان‌های داوری معاهده‌محور (بر اساس معاهده) برای نقض قراردادهای دولتی و حمایت ماهوی معاهده‌ای. در ارتباط با موضوع صلاحیت، دیوان‌های داوری مرتباً میان دعاوی معاهده‌ای و قراردادی تفاوت گذارده‌اند. این دیوان‌ها از این عقیده حمایت می‌کنند که دعاوی قراردادی اصولاً از صلاحیت دیوان‌های معاهده‌ای مستثنا هستند. برای مثال، در رأی تجدید نظر در پرونده *Agua Del Aconguija* علیه آرژانتین در دیوان داوری ایکسید، این چنین آمده:

«یک دولت ممکن است یک معاهده را نقض کند بدون اینکه قرارداد را نقض کرده باشد و همین طور برعکس... مطابق با این اصل عمومی (که بی‌شک توسط حقوق بین‌الملل عمومی اعلام شده است) چه نقض BIT وجود داشته باشد و چه نقض قرارداد، این‌ها مسائل متفاوتی هستند. هر کدام از این دعاوی با ارجاع به قانون حاکم مناسب خود- در مورد BIT حقوق بین‌الملل و در مورد قرارداد امتیاز، قانون صحیح حاکم بر قرارداد، تعیین خواهند شد.»^۱

دیوان‌های داوری این تفاوت را پیوسته اعمال کرده‌اند که نتیجه آن رویه قضایی تثبیت‌شده‌ای است که طبق آن نقض ساده تجاری قرارداد میان دولت و سرمایه‌گذار به‌خودی‌خود، نقض یک مقرر معاهده سرمایه‌گذاری نبوده و بنابراین چنین نقض‌هایی از صلاحیت دیوان‌های معاهده‌ای خارجند. چنین دیدگاهی خلأهایی در حمایت از قراردادهای میان سرمایه‌گذار و دولت به‌ویژه هنگامی که نقض تعهدات دولت میزبان غیرحاکمیتی است،

1. See, *Compania de Aguas Del Aconquija, S.A. v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/97/3, paras. 95-96, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet>.

باقی می‌گذارد. علاوه بر تأثیر بر مسئله صلاحیت، تفکیک دعاوی قراردادی / دعاوی معاهده‌ای و تمایز میان مداخلات حاکمیتی و رفتارهای تجاری (تصدی گرایانه) بر حمایت ماهوی از قراردادهای بین سرمایه‌گذار و دولت تحت معاهده سرمایه‌گذاری هم، اثر می‌گذارد. اگرچه سبب دعاوی معاهده‌ای مشابه دعاوی قراردادی نیست، دیوان‌های سرمایه‌گذاری پذیرفته‌اند نوع خاصی از مداخلات دولت میزبان در قراردادهای سرمایه‌گذار - دولت می‌تواند منجر به طرح دعاوی معاهده‌ای بر اساس نقض مفاهیمی چون سلب مالکیت غیرمستقیم یا استاندارد رفتار منصفانه شود. اما دیوان‌های داوری این حقوق سرمایه‌گذاری را تنها تحت نقض‌های حاکمیتی و نه نقض‌های تجاری دولت میزبان تفسیر کرده‌اند. برای مثال دیوان داوری در پرونده CMS علیه آرژانتین بیان می‌دارد: «استاندارد حمایتی معاهده تنها زمانی به کار گرفته می‌شود که نقض حقوق و تعهدات خاصی از معاهده یا تخلفی از حقوق قراردادی حمایت‌شده در معاهده وجود داشته باشد. صرف جنبه‌های تجاری قرارداد نمی‌تواند تحت حمایت‌های ماهوی معاهده قرار گیرد. چنین حمایت‌هایی احتمالاً وقتی در دسترس خواهد بود که مداخله گسترده‌ای توسط دولت‌ها یا نهادهای عمومی آنها علیه حقوق سرمایه‌گذار اعمال شود.^۱ «همچنین، دیوان داوری در پرونده Impregilo علیه پاکستان، که دربردارنده نقض یک قرارداد سرمایه‌گذاری بود، بیان داشت: «تنها اقدامات صورت گرفته توسط پاکستان در جهت اعمال قدرت حاکمیتی و نه اقدامات او در جهت اجرای قرارداد می‌توانند به‌عنوان اقداماتی که معادل سلب مالکیت هستند، در نظر گرفته شوند».^۲ دیوان داوری در دعاوی Consortium RFCC علیه مراکش نیز مقرر داشت که نقض استاندارد رفتار منصفانه نیازمند رفتار حاکمیتی دولت میزبان است.^۳ بنابراین، سلب مالکیت غیرمستقیم و استاندارد رفتار منصفانه از قراردادهای سرمایه‌گذار - دولت و سایر ابزارهای مشابه در مقابل مداخلات حاکمیتی دولت میزبان حمایت کرده و نقض‌های تجاری به‌وسیله این مقررات ماهوی معاهده سرمایه‌گذاری تحت پوشش قرار نمی‌گیرند.

هیچ‌کدام از این قضایا که رفتار حاکمیتی را برای نقض معاهده سرمایه‌گذاری ضروری می‌دانند در بردارنده شرط التزام نیستند. در عوض دیوان در دعاوی Waste Management علیه

1. CMS Gas Transmission Co. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Annulment, para.299, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet>.

2. See: Impregilo v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/02/17, para. 281, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet>.

3. See: Consortium RFCC v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/6, Award, paras. 63-69, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet>.

مکزیک با اشاره به بخش ۱۱ نفتا^۱ اعلام می‌کند که «برعکس بسیاری از معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه و منطقه‌ای... حاوی یک شرط التزام نیست که دولت میزبان را به اجرای تعهدات قراردادی اش وادار کند».^۲ ضمناً بیان می‌دارد که وجود یک شرط التزام می‌تواند ارزیابی قانونی از یک پرونده را تغییر داده و انجام ساده یک تعهد قراردادی را هم پوشش دهد. به‌طور خلاصه رویه داوری میان دعاوی قراردادی/دعاوی معاهده‌ای با توجه به مفهوم رفتار منصفانه و سلب مالکیت غیرمستقیم بر این اساس که آیا رفتار دولت میزبان دارای ماهیتی دولتی یا حاکمیتی است یا اینکه این رفتار، تجاری توصیف می‌شود (دولت به‌عنوان طرف خصوصی در نظر گرفته می‌شود) تفاوت می‌گذارند. بنابراین در مواردی که نقض ساده قراردادهای میان سرمایه‌گذار و دولت که منجر به نقض مقرر عدم سلب مالکیت غیرمستقیم یا نقض رفتار منصفانه نمی‌شوند، معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی (بدون شرط التزام) و مفهوم دوگانگی حقوق بین‌الملل هنوز هم کارایی لازم را برای افزایش ظرفیت دولت میزبان برای انجام کامل تعهدات خود در ارتباط با تعهد قراردادی در مقابل سرمایه‌گذار خارجی ایجاد نمی‌کنند.

همان‌طور که مشاهده می‌شود معاهدات سرمایه‌گذاری فاقد شرط التزام عام هنوز هم خلأهای گسترده‌ای در حمایت کافی از سرمایه‌گذاران به‌خصوص وقتی که اعمال دولت میزبان غیرحاکمیتی باشد در خود دارند. بنابراین درج شرط التزام در معاهدات سرمایه‌گذاری می‌تواند عکس‌العملی باشد به نارسایی‌هایی موجود در حمایت از قراردادهای سرمایه‌گذار - دولت در مقابل نقض‌های غیرحاکمیتی تحت حقوق بین‌الملل عرفی و مفاهیم معاهدات سرمایه‌گذاری مانند سلب مالکیت غیرمستقیم یا رفتار غیرمنصفانه. این شرط با هدف از بین بردن این نقاط کور با فراهم آوردن سازوکاری برای اجرای تعهدات دولت میزبان و ایجاد مصونیت در مقابل رفتار فرصت‌طلبانه آن دولت که نه‌تنها موارد تغییر یک‌جانبه قوانین حاکم بر قرارداد بین سرمایه‌گذار و دولت بلکه همچنین رویدادهایی را که به‌عنوان اختلافات ساده قراردادی در نظر گرفته می‌شوند هم در برمی‌گیرد.

بنابراین، کارکرد اولیه شرط التزام جبران‌ضعفی است که چارچوب دوگانگی در اجرای تعهدات دولت میزبان ایجاد کرده است. در این ارتباط، شرط التزام به‌منزله دست‌برداشتن از چارچوب دوگانگی با ایجاد صلاحیت برای دیوان‌های معاهده‌ای در رسیدگی به دعاوی با منشأ حقوق داخلی است، مستقل از اینکه آن نقض چه ماهیتی (تجاری یا حاکمیتی) دارد. این

1. NAFTA (North American Free Trade Agreement)

2. See: Waste Management Inc. v. Mexico, ICSID Case No.ARB(AF)/00/3, Award, para73, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet>.

رویکرد نه تنها با هدف و ساختار معاهدات سرمایه‌گذاری هماهنگ است، تفسیر موسع آن همچنین مطابق ساختار بنیادین حقوق بین‌الملل نیز هست. اگرچه تفسیر موسع شرط التزام از بین برنده عدم انعطاف چارجوب دوگانگی حقوق بین‌الملل در تفکیک حقوق داخلی/حقوق بین‌الملل و تقسیم دعاوی قراردادی/دعاوی معاهده‌ای است که برخی از مفسران و دیوان‌ها هم به آن ایراد گرفته‌اند، اما این شرط به معنی واقعی کلمه، از بین‌برنده این ساختار و حقوق بین‌الملل عرفی نیست.

۳. تاریخچه شرط التزام

۳-۱. قضیه شرکت نفت ایرانی انگلیسی AIOC^۱

موضوع فراهم آوردن ضمانت اجرا برای اجرای یک توافق قراردادی بین سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان برای بار اول به موضوع اصلی مذاکرات حل اختلاف میان شرکت نفت ایرانی - انگلیسی (AIOC) و دولت ایران در اوائل دهه ۱۹۵۰ - بعد از اینکه صنعت نفت در ایران بر خلاف قرارداد امتیاز میان سرمایه‌گذار و دولت ملی شد - تبدیل گشت. در این اختلاف، مسئله اصلی این نبود که آیا نقض قرارداد امتیاز منجر به نقض حقوق بین‌الملل شده است یا خیر بلکه مشکل ثابت قراردادی ابتدائاً به نقائصی در سازوکار حل اختلاف قرارداد امتیاز بر می‌گشت چرا که (در سطح روابط بین سرمایه‌گذار و دولت) شرط داوری موجود در قرارداد امتیاز، به این دلیل که دعاوی قراردادی را به مقامی ارجاع می‌داد که دیگر وجود نداشت، بی‌اعتبار بود. در سطح روابط میان دولتی هم، دعاوی انگلستان نزد دیوان بین‌المللی دادگستری بی‌نتیجه ماند چرا که ایران صلاحیت آن دیوان را تنها برای نقض معاهدات بین‌المللی پذیرفته بود. بنابراین مشکل اجرایی قرارداد امتیاز نه به فقدان حمایت‌های ماهوی بلکه به نقائصی در سازوکار حل اختلاف نزد شخص ثالث مربوط می‌شد.^۲

سرانجام وقتی که دولت ایران حاضر به حل اختلاف شدلاترپااخت به عنوان مشاور شرکت AIOC در این قضیه اظهار داشت هرگونه توافق مربوط به حل اختلاف باید در یک معاهده بین‌المللی که مستقیماً با حقوق بین‌الملل اداره می‌شود درج شود. به عبارت دیگر پیشنهاد او این بود که هرگونه قرارداد آتی میان ایران و آن شرکت در یک معاهده بین‌المللی میان ایران و انگلستان درج شود تا از اعمال یک‌جانبه دولت ایران مصون بماند. لاترپااخت معتقد بود که

1. Anglo - Iranian Oil Company

2. Gautam, Pradhuman, *Op. Cit.*, p.12.

هیچ کدام از قوانین ایران و انگلستان نمی‌توانند بر جریان حل اختلافی که در آینده ممکن است پیش آید، حاکم باشند.^۱ به همین دلیل او راهبرد دوگانه‌ای را پیشنهاد می‌کند. اول با درج شرط بین‌المللی کردن در قرارداد نهایی حل اختلاف که تعهدات قراردادی میان دولت میزبان و سرمایه‌گذار را مستقیماً به حقوق بین‌الملل مرتبط سازد و دوم، انعقاد یک معاهده بین‌المللی میان انگلستان و ایران که بازتاب‌دهنده قرارداد حل اختلاف و هر قرارداد دیگری باشد که میان سرمایه‌گذار و دولت ایران منعقد شود. هدف طراحی چنین معاهده‌ای این بود که «نقض این قراردادها فی نفسه نقض آن معاهده محسوب شود».

۲-۳. پیش‌نویس کنوانسیون آبس - شوکراس

طرح پیشنهادی لاتریاقت هیچ‌گاه عملی نشد اما پیرو آن در سال ۱۹۵۹ «انجمن آلمانی توسعه حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی» که توسط دکتر هرمان آبس، رئیس بانک Deutsche رهبری می‌شد، پیش‌نویس کنوانسیون بین‌المللی‌ای را در حمایت متقابل از حقوق اموال خصوصی در کشورهای خارجی منتشر کرد. این امر به خصوص در واکنش به نقض معاهده‌های FCN^۲ (معاهدات دوستی، تجارت و دریانوردی) صورت گرفت تا حمایت کافی از سرمایه‌گذاران را تضمین کند.^۳ هدف اصلی این پیش‌نویس، حمایت از اموال خصوصی و خصوصاً کاهش زیان وارده به حقوق اتباع خارجی واردکننده سرمایه و روشن ساختن این مطلب بود که از دول واردکننده سرمایه انتظار می‌رود حقوق مکتسبه اتباع خارجی را که به نفع‌شان کار می‌کنند محترم بشمرند.

لرد شوکراس نیز در سال ۱۹۵۸ پیش‌نویس خود را در دستیابی به دو هدف تقویت احترام به مال و دارایی خصوصی و برانگیختن جریانات سرمایه‌گذاری به اقتصادهایی که به آن نیاز داشتند ارائه داد. او راه حل مسئله را در حقوق بین‌الملل می‌یابد و از کارکرد اصل وفای به عهد در قراردادهای خاصی که دول میزبان با اتباع خارجی منعقد می‌کردند حمایت می‌کند. از نظر او سرمایه‌گذاری خارجی دولتی،^۴ حتی اگر همه ویژگی‌های یک معاهده را نداشته باشد در اصل نوعی معاهده است.

1. Potts, Jonathan, "Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization" (2009) (No. 4), Virginia Journal of International Law, Vol. 51.

2. Friendship, Commerce and Navigation

3. Sinclair, Anthony C., "The Origin of Umbrella Clauses in International Law of Investment Protection" (2004) (No. 4), Arbitration International, Vol. 20, p. 418.

4. Foreign public investment

این سرمایه‌گذاری‌ها در مجموعه معاهدات سازمان ملل منتشر می‌شوند و از حمایت کامل حقوق بین‌الملل برخوردارند.^۱ مشکل در زمینه سرمایه‌گذاری خصوصی خارجی است. مشخص نیست که چرا رعایت الزامات قراردادی با یک تبعه خارجی به اندازه رعایت تعهدات معاهده‌ای اهمیت ندارد. به عقیده شوکراس، اصل منعقد کردن قرارداد، عملی حاکمیتی است که تنها از نظر درجه و منزلت و نه از نظر نوع از انعقاد معاهده متمایز است. بنابراین سؤال این است که آیا اصل وفای به عهد در مورد این نوع شبه‌معاهده‌ها کاربرد دارد؟ از نظر شوکراس، دلیلی وجود ندارد که این گونه نباشد.^۲

او در تأیید این مطلب به بیانیه دولت سوییس در دعوی Losinger^۳ اشاره می‌کند که طبق آن «اصل وفای به عهد نه تنها در توافقاتی که مستقیماً بین دولت‌ها منعقد می‌شود کاربرد دارد، بلکه در قراردادهایی که میان یک دولت و افراد خارجی بسته می‌شود هم قابل اعمال است».^۴

از آنجایی که دارایی فرد خارجی به دلیل عقد قرارداد با دولت میزبان به وجود آمده است، آن کشور مسئولیت بیشتری در حفاظت از آن دارایی دارد. البته شوکراس موقعیت‌هایی که دولت امکان فسخ قرارداد را دارد برمی‌شمارد. این موقعیت‌ها - آن‌چنان‌که در قوانین داخلی ذکر شده است - به اصل تغییر اوضاع و احوال یا تغییر بنیادین در شرایط اصلی قرارداد یا به بی‌نتیجه ماندن آن مربوط می‌شوند. اما موقعیت‌های قابل پیش‌بینی‌ای مثل موقعیت‌هایی که تعهدات بعد از مدتی برای یکی از طرفین دشوار می‌شود یا وقوع تغییراتی در حکومت یا در قوانین داخلی دولت طرف قرارداد، اختیار فسخ قرارداد به‌طور یک‌جانبه را به آن دولت نمی‌دهد. تعهداتی این‌چنینی که به عهده دولت قرار می‌گیرد، تقابل با حاکمیت او محسوب نمی‌شود. در واقع دولت می‌تواند تصمیم بگیرد که در چه صورت و به چه اندازه‌ای به سرمایه‌گذار خارجی اجازه سرمایه‌گذاری بدهد. در بخش‌های خاصی، همچون انرژی اتمی، بسیاری از دولت‌ها به سرمایه‌گذار خارجی اجازه ورود نمی‌دهند. اما وقتی که به سرمایه‌گذار در بخش‌های خاصی اجازه ورود داده شود و بعضی از تعهدات هم در مقابل او به عهده گرفته شود، دیگر امکان فسخ قرارداد به‌طور یک‌جانبه وجود نخواهد داشت. در چنین شرایطی، طرفی که متضرر شده باید حق دادخواهی، طبق حقوق بین‌الملل داشته باشد.

۱. برای مثال وقتی که بانک جهانی وامی را برای اجرای یک پروژه اختصاص می‌دهد، دو قرارداد منعقد می‌کند: یکی با وام‌گیرنده اصلی که ممکن است دولت یا نهاد دولتی یا شخص خصوصی باشد و دیگری هم با خود دولت به‌عنوان ضامن وام‌گیرنده اصلی.

2. *Ibid*, pp. 351-352.

3. See: Losinger Case, P.C.I.J. series C, No. 78, 1936.

4. Shawcross, Hartley William, "The Problems of Foreign Investment in International Law", (1961), *Recueil Des Cours*, p. 352.

آبس و شوکراس یکدیگر را ملاقات کرده و در سال ۱۹۵۹ پیش‌نویس مشترک خود را درباره کنوانسیون حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی ارائه کردند. این پیش‌نویس داوری و صلاحیت اجباری ICJ را پیش‌بینی می‌کرد. به‌علاوه شرط التزام در ماده ۲ به این طریق بیان شد: «هر کدام از طرفین قرارداد باید در هر زمانی رعایت و اجرای همه تعهداتی را که در ارتباط با سرمایه‌گذاری اتباع طرف دیگر صورت گرفته است تضمین کنند».

۴. اثر و قلمرو شرط التزام

در این بخش بررسی خواهد شد که شرط التزام چه اثری بر محتوای روابط میان سرمایه‌گذار و دولت میزبان دارد. در این ارتباط، اثر شرط بر تعهدات ماهوی طرفین قرارداد سرمایه‌گذاری، رابطه شرط داوری معاهده سرمایه‌گذاری و شرط انتخاب مرجع رسیدگی مندرج در قرارداد و اثر شرط بر سایر تعهدات ماهوی معاهده‌ای مورد بررسی قرار می‌گیرد. آیا شرط التزام، مرجع مکملی در رسیدگی به اختلافات قراردادی یا شبه‌قراردادی میان سرمایه‌گذار و دولت میزبان ایجاد می‌کند و اینکه آیا این شرط بر محتوای تعهدات ماهوی مقرر در معاهده هم اثر دارد؟ آیا واقعاً این شرط سایر استانداردهای معاهده‌ای را به مقرراتی زائد تبدیل می‌کند؟

۴-۱. شرط التزام و شرط انتخاب قانون حاکم

درج شرط التزام، این سؤال را در پی دارد که آیا این شرط قانون حاکم بر قرارداد را، که روابط قراردادی طرفین را اداره می‌کند، تغییر داده و قانون جدیدی را بر این روابط حاکم می‌کند. در عمل، بعضی از دیوان‌ها نگرانی‌شان را در اعمال شرط التزام را بر این اساس توجیه کرده‌اند که این شرط، تعهدات قراردادی را که به‌وسیله‌ی حقوق داخلی اداره می‌شود به تعهداتی بین‌المللی که به‌وسیله‌ی حقوق بین‌الملل اداره می‌شوند، تبدیل می‌کنند. برای مثال، دیوان در پرونده SGS علیه پاکستان، «به تغییر ماهیت دعاوی قراردادی به دعاوی معاهده‌ای» اشاره کرده و اظهار می‌دارد قرارداد به‌خودی‌خود به تعهدی تحت حقوق بین‌الملل تبدیل خواهد شد.^۱ این دیدگاه همچنین توسط مفسرانی تأیید شده است که میان شرط التزام و شرط بین‌المللی کردن که قرارداد میان دولت و اشخاص خصوصی را به حقوق بین‌الملل مربوط می‌کنند، ارتباط برقرار می‌کنند.^۲

1. SGS v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Objections to Jurisdiction, para.171, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet>.

2. Walde, Thomas, *Op. Cit.*, p.205.

با وجود این، شرط التزام اساساً با شرط انتخاب قانون حاکم متفاوت است و بر این شرط که اداره کننده قرارداد سرمایه گذاری است، اثری ندارد.

شرط قانون حاکم مشخص می کند که آیا شرط التزام به عنوان بخشی از معاهده بین المللی قابلیت اعمال در اختلاف خاص میان سرمایه گذار و دولت میزبان را به عنوان بخشی از قانون حاکم دارد یا خیر. یک شرط التزام به خودی خود نمی تواند تعیین کننده قابلیت اعمال خود مانند یک شرط انتخاب قانون حاکم باشد.

اثر متقابل میان حقوق قراردادی و حقوق معاهده ای به خوبی در رأی SGS علیه فیلیپین نشان داده شده است آنجا که دیوان در رابطه میان قانون حاکم بر قرارداد با شرط التزام اظهار نظر می کند. نظر دیوان چنین است:

«یک شرط التزام مسائل مربوط به حقوق قراردادی را به مسائلی در حقوق معاهدات تبدیل نمی کند. به ویژه قانون حاکم بر قرارداد CISS را از قانون فیلیپین به حقوق بین الملل تغییر نمی دهد. ماده ۱۱ معاهده میان سوئیس و فیلیپین نه به گستره تعهدات منعقد شده در رابطه با یک سرمایه گذاری خاص بلکه به اجرای آن تعهدات وقتی که نقض می شوند، مربوط است»^۱

در زمینه تعارض قوانین قبل از بررسی اینکه شرط التزام معاهده سرمایه گذاری نقض شده است، ابتدائاً مسائلی چون اینکه اصلاً تعهدی برای دولت میزبان به وجود آمده و اینکه آیا آن تعهد نقض شده است، مسائلی هستند که باید بی شک پاسخ داده شوند. بنابراین محتوای تعهدات دولت میزبان در برابر سرمایه گذار خارجی و مسئله اینکه چنین تعهدی نقض شده است یا خیر، باید بر اساس قانون حاکم بر روابط قراردادی طرفین تعیین شود. این قانون باید مسائل مربوط به تشکیل قرارداد، اعتبار قرارداد، تفسیر آن و مسائلی که بعد از انعقاد قرارداد مثل عدم امکان اجرای آن، از بین رفتن هدف انعقاد قرارداد و... را روشن کند. برای مثال، اگر قانون حاکم بر قرارداد میان سرمایه گذار و دولت، قانون فیلیپین باشد، قانون فیلیپین است که تعیین می کند چگونه خلأهای قراردادی باید پر شود و چه ابزار قراردادی در این رابطه قابل اعمال است. این ها سؤالاتی نیست که با شرط التزام تحت معاهده سرمایه گذاری که فقط روابط میان دولتی را اداره می کند پاسخ داده شود. بنابراین لازم است ابتدائاً نقض قرارداد طبق قانون حاکم بر آن محرز شود و در صورت احراز نقض قرارداد، نقض شرط التزام و مسئولیت ناشی از آن برای دولت میزبان مطرح شود. اما صلاحیت بررسی این مسئله بر عهده مرجع مقرر در معاهده است.

1. SGS v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/06, Decision on Objections to Jurisdiction, para. 126, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet>, 2011/02/12.

۴-۲. شرط التزام و شرط تعیین مرجع صالح مقرر در قرارداد

مسئله دیگری که در رابطه با اثر متقابل حقوق بین‌الملل و حقوق حاکم بر روابط قراردادی میان سرمایه‌گذار و دولت مطرح می‌شود، آن است که آیا یک سرمایه‌گذار می‌تواند بر اساس نقض شرط التزام به داوری معاهده‌ای علی‌رغم وجود شرط انتخاب دادگاه در قرارداد میان سرمایه‌گذار و دولت که داوری یا دادگاه دولت میزبان را به‌عنوان مرجع صالح تعیین کرده مراجعه کند. در رویه داوری، تعارض میان شرط انتخاب مرجع قراردادی با داوری معاهده‌ای راه‌حل‌های متفاوتی به خود دیده است. از نظر بعضی از دیوان‌ها و مفسرین، صلاحیت دیوان معاهده‌ای به دلیل ادعای نقض معاهده بر هرگونه شرط انتخاب مرجع قراردادی مقدم است. نظر مخالف اما شروط انتخاب مرجع قراردادی را بر مراجع معاهده‌ای مقدم می‌دارد. در رأی SGS علیه پاکستان، برای مثال، بیان شده است تفسیر موسع از شرط التزام این امکان را برای سرمایه‌گذار فراهم می‌آورد تا «هرگونه توافق دیگر مربوط به مرجع حل اختلاف را به‌جز داوری اکسید مقرر در معاهده، به توافقاتی بی‌اعتبار بدل سازد. در واقع سرمایه‌گذار آزاد خواهد بود تا انتخاب کند که به مرجع معاهده‌ای یا مرجع قراردادی رجوع کند».^۱ همچنین در رأی SGS علیه فیلیپین، برتری شرط انتخاب دادگاه در آن مورد را با این استدلال پذیرفت که «اصل اساسی آن است که شرط الزام آور تعیین صلاحیت انحصاری در قرارداد، معتبر خواهد بود مگر آنکه به‌وسیله توافق معتبر دیگری از اعتبار افتاده باشد».^۲ نظر دیوان در این مورد آن بود که «معاهده قصد ندارد در حالی که SGS در قرارداد به تسلیم دعوی خود به دادگاه‌های فیلیپین ملزم شده است، شرط صلاحیت انحصاری تعیین شده در قرارداد میان سرمایه‌گذار و دولت را باطل کند یا به SGS راه جایگزین برای حل اختلافات قراردادی نشان دهد».^۳ در نتیجه، این دیوان تصمیم گرفت داوری را تا رسیدگی به اختلاف در دادگاه‌های فیلیپین معلق سازد. بنابراین، دیوان این فرضیه را پذیرفت که نقض شرط التزام نیازمند آن است که نقض قرارداد پایه میان سرمایه‌گذار و دولت مطابق سازوکار حل اختلاف قرارداد به جبران خسارت منتهی نشده باشد. اما در مقابل بیشتر دیوان‌ها، نظر مخالف نظر دیوان SGS علیه فیلیپین را پذیرفتند با این استدلال که دول میزبان به داوری معاهده‌ای به‌عنوان مرجعی که بتواند جای مرجع قراردادی را بگیرد، رضایت داده‌اند. مثلاً در قضیه EureKo علیه لهستان، دیوان صلاحیت خود را بر حل اختلاف مربوط به نقض قرارداد بین سرمایه‌گذار و دولت به دلیل نقض شرط التزام

1. SGS v. Pakistan, para.168.

2. SGS v. Philipinnes, para.138

3. SGS v. Philipinnes, para.143

پذیرفت درحالی که آن قرارداد حاوی شرط صلاحیت برای دادگاه‌های لهستان بود. استدلال دیوان آن بود که نقض شرط التزام، به وجود آورنده حق طرح دعوا بر اساس معاهده است و شرط انتخاب دادگاه نمی‌تواند بر مرجع معاهده‌ای برتری داشته باشد.^۱ در حمایت از این نظر، دیوان به رویه داوری که شروط انتخاب مرجع حل اختلاف قراردادی نمی‌تواند صلاحیت دیوان‌های معاهده‌ای را در دعاوی مربوط به نقض معاهده از بین ببرد، استناد می‌کند.

در رأی Noble Venture علیه رومانی هم آن دیوان علی‌رغم شرط انتخاب مرجع قراردادی، صلاحیت خود را بر دعاوی نقض قرارداد خصوصی‌سازی کارخانه فولاد دولتی پذیرفت.^۲ به علاوه تصمیمات دیگری هم بر برتری مرجع معاهده‌ای بر مرجع قراردادی وقتی که ادعای نقض شرط التزام مطرح است، اتخاذ شده است. وقتی که سرمایه‌گذار به نقض شرط التزام استناد کرده و دعوی بر اساس مسئولیت بین‌المللی دولت برای نقض تعهداتش در آن مرجع معاهده‌ای مطرح می‌کند، در حمایت از این نظر که شرط انتخاب مرجع قراردادی نمی‌تواند رضایت به داوری معاهده‌ای را بی‌اثر کند، دلایلی وجود دارد. اول اینکه نقض شرط التزام باید به عنوان نقض تعهدات میان‌دولتی در نظر گرفته شود. در نتیجه، سبب طرح دعوا بر اساس معاهده بین‌المللی و نه نقض قرارداد بین سرمایه‌گذار و دولت خواهد بود. بنابراین، دعوی معاهده‌ای و نه قراردادی را ایجاد می‌کند. بر همین اساس رویه‌های محکمی وجود دارد که مرجع قراردادی نمی‌تواند رضایت به داوری میان دولت و سرمایه‌گذار را وقتی که نقض معاهده سرمایه‌گذاری مطرح است، بی‌اثر کند.

عواملی چون مصلحت و کارایی بیشتر هم بر تقدم داوری معاهده‌ای صحه می‌گذارد. ادغام تمامی دعاوی نقض معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری که شامل نقض‌های قراردادی تحت شرط التزام هم می‌شود و رسیدگی به آن‌ها در یک مرجع، سبب حل اختلاف کارآمدتر و ارائه راه‌حل‌های بهتر می‌شود. در مقابل، دیدگاه‌هایی قرار دارد که معتقد است مراجعه اولیه طرفین به مرجع انتخابی قراردادی که معمولاً هم دادگاه‌های داخلی کشور میزبان است، امکان تصمیم‌گیری و حل اختلاف مؤثرتری میان طرفین در تفسیر و اعمال قوانین ماهوی که بر قرارداد سرمایه‌گذار- دولت حاکم‌اند، فراهم می‌کند. از این منظر، دادگاه‌های داخلی یا هر مرجع انتخابی قراردادی برای حل اختلاف مسائل قراردادی و نقض یک شرط التزام، بهتر عمل

1. Eureka B.V. v. Republic of Poland, Ad Hoc Investment Treaty Case, Partial Award, paras 92-114, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet>.

2. Noble Venture Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/ 01/11, Award, para.2, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet>.

می‌کند چرا که قضات داخلی دانش بیشتری در مقایسه با داوران بین‌المللی در مورد قانون حاکم دارند. در پاسخ باید گفت که این دیدگاه در نظر نمی‌گیرد که اغلب اختلافات میان سرمایه‌گذار و دولت، ابتدائاً به مسائل پیچیده تفسیر و اعمال حقوق داخلی بر نمی‌گردد بلکه مقدمتاً واقعیت اختلاف و درک جامعی از آن است که آن را پیچیده می‌کند. با وجود این، حتی اگر بپذیریم که مسائل پیچیده مربوط به قوانین داخلی در ارتباط با یک اختلاف بسیار مهم است، دولت میزبان و سرمایه‌گذار در انتخاب و انتصاب داوران متخصص برای حل اختلافشان در یک مرجع معاهده‌محور کاملاً از آزادی عمل برخوردارند. به علاوه یکی از دلایلی که سبب گسترش سازوکار داوری به عنوان تثبیت‌کننده روابط بین سرمایه‌گذار و دولت شده است، دقیقاً عدم کارایی است که در مراجع حل اختلاف داخلی وجود دارد. ارجاع طرفین به مرجع قراردادی می‌تواند از بین‌برنده اساس و توجیه داوری معاهده سرمایه‌گذاری و همچنین شرط التزام به عنوان سازوکاری باشد که نارسایی‌های مربوط به اجرای تعهدات قراردادی را جبران می‌کند.^۱

البته درک کارکرد صلاحیتی شرط التزام در چنین سطح وسیعی مسائل خاصی از اختلافات صلاحیتی را به وجود آورده و سرمایه‌گذار خارجی را قادر می‌سازد که ابتدا در مرجع قراردادی به دنبال حل اختلاف، طرح دعوا کرده و بعد با استناد به نقض شرط التزام در یک مرجع معاهده‌ای به طرح دعوا اقدام کند چرا که رسیدگی در مرجع اولی، او را به نتیجه مطلوب نرسانده است. در نتیجه برای مقابله با این اقدام از طرف سرمایه‌گذار، در چنین موقعیت‌هایی می‌توان از مفاهیمی چون اعتبار امر مختومه،^۲ ممنوعیت انکار بعد از اقرار^۳ یا سوءاستفاده از حق^۴ استفاده کرد. همچنین اصل نزاکت قضایی^۵ یا مورد دعوای در حال رسیدگی^۶ هم می‌تواند از رسیدگی‌های موازی یا رسیدگی دوباره جلوگیری کند.^۷

1. Schill, Stephan, "Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment treaties" (2009) (No.1), Minnesota Journal of International Law, Vol.18, p. 69.

2. Res judicata.

3. Estoppel.

4. Abus de droit.

5. Judicial comity.

6. Lis pendens.

7. Shany, Yuval, "Contract Claims v. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Cases (2005) American Journal of International Law, Vol.99, pp. 849-850.

۳-۴. شرط التزام و دیگر استانداردهای معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری

یکی از بحث‌هایی که معمولاً در زمینه مسئله تفسیر شرط التزام طرح می‌شود این است که تفسیر موسع این شرط، تمام استانداردهای موجود رفتاری دیگر معاهده سرمایه‌گذاری را « اساساً غیر ضروری» می‌سازد. دیوان در دعوی SGS علیه پاکستان به این نتیجه رسید که: «واقعاً هیچ نیازی وجود ندارد که نقض استانداردهای ماهوی معاهده‌ای ثابت شود چرا که نقض ساده قرارداد یا قوانین و مقررات داخلی هم به تنهایی کفایت می‌کند که نقض معاهده توسط دولت میزبان اتفاق افتاده و مسئولیت دولت را ایجاد کند»^۱.

آیا تفسیر موسع شرط التزام واقعاً سایر استانداردهای ماهوی معاهده را بی‌فایده می‌کند؟ در این صورت آیا لازم است که این شرط، مضیق تفسیر شود؟

در پاسخ به این سؤالات ابتدائاً باید بررسی کرد که شروط التزام چه تعهداتی را پوشش می‌دهند و از آنجا که این شروط به‌طور یکنواخت طرح نشده‌اند شروط متفاوت نتیجه‌گیری‌های متفاوتی را به دنبال خواهد داشت. پس اگر فرض کنیم شرط التزام گسترده‌ترین حوزه کاربرد خود را داشته باشد و از جمله تعهدات مربوط به حقوق داخلی را نیز در بر گیرد، حتی در این حالت نیز تمام استانداردهای رفتاری دیگر را غیر ضروری و بیهوده نمی‌کند. از طرف دیگر، همان طور که خواهیم دید، استانداردهایی از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری وجود دارند که به موضوعاتی می‌پردازند که نه توسط قراردادهای دولتی و نه قوانین داخلی پوشش داده شده‌اند و بنابراین نمی‌توانند به وسیله شرط التزام عام (که تعهدات مربوط به قرارداد و قانون داخلی را پوشش می‌دهند) پوشش داده شوند. از طرف دیگر حتی استانداردهای رفتاری که حوزه‌هایی را پوشش می‌دهند که در آن حوزه، دولت تعهداتی طبق یک قرارداد یا تحت قانون داخلی خود و بنابراین طبق شرط التزام دارد - یعنی در ابتدا بر اساس استاندارد پشتیبانی و حمایت کامل و استاندارد رفتار عادلانه و برابر و بعد بر اساس شرط التزام - می‌توان مسائلی را در نظر گرفت که در آن شرط التزام اجرایی نباشد.

با مثالی موضوع روشن روشن می‌شود: به فرض که وزارت دفاع دولت میزبان در حال آزمایش راکت‌های جدید جنگی است. تصادفاً یکی از آن‌ها به کارخانه‌ای برخورد می‌کند که هسته سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران بوده و آن را نابود می‌کند. در نگاه اول چنین اقدامی ممکن است نقض استاندارد «حمایت و امنیت کامل» را در پی داشته باشد. در آن واحد، ممکن است تحت قانون داخلی دولت میزبان (یا حتی طبق قرارداد دولتی) تعهد دولت میزبان برای جبران

1. SGS v. Pakistan, para.168.

خسارت را فراهم آورد. چون این تعهد طبق قانون داخلی ایجاد شده است شرط التزام چنین تعهدی را پوشش خواهد داد. پس، نتیجه این خواهد بود که عدم پرداخت و جبران خسارت مقرر تحت قانون داخلی، نقض این شرط را در پی خواهد داشت.

در این صورت شرط التزام عام - علاوه بر استاندارد «حمایت و امنیت کامل» - دومین مبنای قانونی برای دعوی معاهده‌ای خواهد بود. اما چه می‌شد اگر چنین اتفاقی در دولتی روی می‌داد که در آن چنین تعهد قانونی وجود نداشت؟ اگر قانون داخلی مسئولیت جبران خسارت را فراهم نکند شرط التزام هیچ تأثیری ندارد و فقط شرط «پشتیبانی و حمایت کامل» امکان طرح دعوی معاهده‌ای را فراهم خواهد کرد. پس می‌توان وضعیت‌هایی را در نظر گرفت که حتی با در نظر گرفتن بیشترین قلمرو برای شروط التزام، سایر استانداردهای معاهده زائد نمی‌شوند.

خلاصه اینکه درست است که در بسیاری از موارد که فعل یا ترک فعل یک دولت که در تناقض با یک استاندارد حمایتی معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری هست، نقض شرط التزام موجود در معاهده را نیز سبب می‌شود. با این حال قوانین داخلی و قراردادهای تمامی رفتارهایی را که سبب نقض استانداردهای ماهوی دیگر BIT (به جز شرط التزام) می‌شوند پوشش نمی‌دهند. بنابراین هر عملی که باعث بروز ادعایی براساس یکی از استانداردهای BIT شود لزوماً و در آن واحد نقض شرط التزام هم نخواهد بود. چه هر دو استاندارد معمول BIT و شرط التزام و چه یکی از این‌ها و چه هیچ‌کدام از آن‌ها نقض شده باشد بستگی به شرایط دعوا دارد. پس می‌توان در یک BIT هم استانداردهای معمول حمایتی و هم شرط التزام را بدون اینکه اجباری وجود داشته باشد که شرط التزام به شیوه‌ای مضیق تفسیر شود درج کرد.^۱

۴-۴. تعهدات تحت شمول شرط التزام

الف. تعهدات قراردادی

قراردادهای میان سرمایه‌گذار و دولت بی‌شک در محدوده اعمال شرط التزام قرار می‌گیرند چراکه تعهدات دولت در مقابل سرمایه‌گذاران خارجی طبق این قراردادها ایجاد شده و اساس اجرای تعهدات سرمایه‌گذاری هم این قراردادها هستند. اجرای این قراردادها برای همکاری کارآمد و مؤثر میان سرمایه‌گذار و دولت ضروری است. بر همین اساس، عدم اجرای این قراردادها توسط دولت میزبان در دیوان‌های داوری مطرح شده و تحت شمول شرط التزام قلمداد شده‌اند. مثلاً در رأی Fedax علیه ونزوئلا، عدم پرداخت تعدادی برات به‌وسیله شرط

1. Reinisch, August, "Umbrella Clauses" (2006) Seminar on International Investment Protection (OECD), pp.25-26

التزام پوشش داده شد.^۱ همین‌طور در رأی SGS علیه فیلیپین دیوان مقرر داشت یک شرط التزام «تعهدات و الزامات ناشی از قراردادهای سرمایه‌گذاری منعقد شده با دولت میزبان را در برمی‌گیرد».^۲ دیوان‌های دیگر هم شرط التزام را در برگیرنده «تعهدات توافق‌شده میان متعهدله و متعهد علیه»^۳ «ترتیبات قراردادی»^۴ و «قراردادهای سرمایه‌گذاری»^۵ دانسته‌اند.

اما یک شرط التزام، همه تعهدات قراردادی میان سرمایه‌گذار و دولت میزبان را دربر نمی‌گیرد بلکه قراردادهای منعقد شده با دولت میزبان باید واجد شرایط یک سرمایه‌گذاری تحت معاهده سرمایه‌گذاری مربوطه باشند. اگرچه بیشتر مواقع قرارداد میان یک خارجی و دولت، قرارداد سرمایه‌گذاری است اما مفهوم سرمایه‌گذاری، سایر روابط قراردادی را که مربوط به سرمایه‌گذاری نیستند مثل قراردادهای فروش کالا میان سرمایه‌گذار و دولت میزبان، از محدوده حمایت معاهده سرمایه‌گذاری و شرط التزام خارج می‌کند. سرمایه‌گذار که کالایی مثل نیمکت‌های مدرسه یا ماشین‌های راه‌آهن فروخته و آن را در مرز تحویل می‌دهد با اینکه قراردادی با یک دولت خارجی منعقد کرده نمی‌تواند از حمایت‌های معاهده سرمایه‌گذاری برخوردار باشد چرا که قرارداد فروش بین‌المللی، واجد شرایط مفهوم سرمایه‌گذاری نیست. بنابراین لازم است تا حداقل ارتباطاتی با سرزمین دولت میزبان در حالتی شبیه «استقرار» در آن و اطاعت از قدرت (حاکمیت) دولت میزبان وجود داشته باشد. محدود کردن حمایت شروط التزام به قراردادهای سرمایه‌گذاری در رویه داوری هم تصدیق شده است. آرای متعددی شروط التزام را تنها پوشش‌دهنده تعهدات و الزامات مرتبط با سرمایه‌گذاری دانسته‌اند اما این تحدید را به خوبی می‌توان در رأی Joy Mining علیه مصر مشاهده کرد.^۶

ب. تعهدات یک‌جانبه دولت میزبان

حدود اعمال شرط التزام فقط محدود به تعهدات قراردادی دولت میزبان نیست بلکه همچنین دیگر تعهدات خاص دولت میزبان را که در مقررات ملی‌اش مانند ابزارهای اجرایی و

1. Fedex N.V. v. Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Award, para.29, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet>.

2. SGS v. Philippines, para.127.

3. CMS v. Argentina, para.95.

4. Eureko v. Poland, para. 250.

5. Noble Venture v. Romania, para.51

6. Joy Minig Machinery Limited v. Egypt, ICSID Case No.ARB/03/11, Decision on Jurisdiction, para. 41, available at:<http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet>.

مانند آن ایجاد شده هم در بر می‌گیرد. در واقع، در بسیاری از سیستم‌های حقوقی، دولت میزبان در مقابل اشخاص خارجی تضمین‌های قانونی و ثبات پروژه‌های بلندمدت سرمایه‌گذاری را نه از طریق ترتیبات قراردادی بلکه از طریق مجوزهای حقوق عمومی به‌طور یک‌جانبه فراهم می‌آورد. برای مثال، در آلمان، حتی اداره تأسیسات عمومی مثل سیستم‌های فاضلاب یا کارخانه‌های انرژی هسته‌ای، بر اساس قرارداد با یک سرمایه‌گذار انجام نمی‌شود بلکه آژانس‌های اجرایی صالح، یک‌جانبه براساس قانون موضوعه حاکم، مجوزهایی برای اعمال این اشخاص صادر می‌کنند. همین‌طور تعهدات خاص نسبت به سرمایه‌گذاران، گاهی مستقیماً در مقررات داخلی ایجاد شده‌اند مثل تعهدات قانونی مربوط به معافیت‌های مالیاتی ویژه سرمایه‌گذاری‌های خاص که برای تشویق آن‌ها اعطا می‌شود.

بنابراین سؤالی که ایجاد می‌شود این است که آیا نقض چنین تعهدات غیرقراردادی می‌تواند منجر به مسئولیت دولت میزبان تحت شرط التزام شود یا اینکه شروط التزام فقط به نقض قراردادهای بین سرمایه‌گذار و دولت محدود می‌شود. نظر قانع‌کننده‌تر، پوشش گسترده شرط التزام است به‌طوری که نه تنها تعهدات قراردادی را در برگیرد بلکه اعمال اداری و اجرایی و تعهداتی را که در قوانین داخلی درج شده‌اند نیز در برگیرد.

اگرچه نحوه نگارش و زبان شروط التزام هم تعیین‌کننده است اما معمولاً تدوین این شروط به‌صورت موسع به‌گونه‌ای است که تضمین «تعهدات» یا «الزاماتی» که دولت میزبان در مقابل سرمایه‌گذار به عهده گرفته است بدون هیچ محدودیتی نسبت به تعهدات یا الزامات قراردادی اعمال می‌شوند. به‌علاوه، تفسیر شروط التزام به‌عنوان عاملی برای همکاری میان سرمایه‌گذار و دولت میزبان، خود دلیلی برای قلمرو موسع اعمال این شروط خواهد بود. آنچه در این دیدگاه تعیین‌کننده است شکل تعهد دولت میزبان نیست بلکه اینکه آیا آن تعهدات مربوط به یک سرمایه‌گذاری خاص در روابط میان دولت و سرمایه‌گذار می‌شود - صرف‌نظر از شکل تعهد که قرارداد لیسانس یا امتیاز است یا یک عمل اجرایی (اداری) یا قانونگذاری - اهمیت دارد. مادامی که تعهدات قانونی یا اداری دولت میزبان، دلیل شکل‌گیری سرمایه‌گذاری یا سبب تشویق سرمایه‌گذاری شود چنین تعهداتی باید مانند تعهدات قراردادی در محدوده شرط التزام قرار گیرند. معمولاً چارچوب‌های قانونی که خود زیربنای اعمال اداری یا اجرایی هستند حاوی موجبات فسخ یا ابطال نیز هستند. این موجبات، خود بخشی از آن چارچوب‌ها که اداره‌کننده روابط سرمایه‌گذار و دولت میزبان‌اند بوده و ممکن است امکان فسخ یا ابطال مجوز را بدون نقض تعهدات دولت فراهم آورند.

تفسیر موسع از انواع تعهدات تحت شمول شرط التزام به وسیله اکثر دیوان‌های داوری هم تأیید شده است. این آرا با توجه به نگارش شرط التزام، این گونه اظهار کرده‌اند که هرگونه تعهد، مستقل از ماهیت حقوقی خود- قانون یا قرارداد- تا وقتی که ویژگی سرمایه‌گذاری در آن‌ها باشد می‌تواند به وسیله شرط التزام پوشش داده شود. برای مثال در رأی SGS علیه فیلیپین، نظر دیوان این بود که تعهدات تحت شمول شرط التزام باید به عنوان تعهدات قراردادی در ارتباط با یک سرمایه‌گذاری معین (خاص) تلقی شوند نه اینکه شرط به عنوان سازوکار اجرای بعضی تعهدات حقوقی (و نه سرمایه‌گذاری) با ویژگی عام در نظر گرفته شود.^۱

همچنین رأی کمیته تجدیدنظر در CMS علیه آرژانتین هم مقرر داشت که تعهدات تحت شمول شرط التزام باید به عنوان «تعهدات خاصی که با سرمایه‌گذاری ارتباط دارند» در نظر گرفته شوند. شرط التزام نمی‌تواند تعهدات عام تحمیلی توسط قانون دولت میزبان را دربرگیرد.^۲

بی‌توجهی به زیربنای حقوقی تعهدات قراردادی یا قانونی- به وسیله رأی LG & E علیه آرژانتین هم تأیید شده و آن، وقتی بود که آن دیوان، رژیم تعرفه‌ای خاصی را که در چارچوب قانون داخلی آرژانتین برای بخش توزیع گاز پیش‌بینی شده بود، تحت پوشش شرط التزام مقرر در BIT آرژانتین و ایالات متحده دانست. استدلال دیوان این بود که:

«در تشخیص اینکه محدوده اعمال شرط التزام تا کجاست، این دیوان باید احراز کند آیا به دلیل الزامات قانون گاز دولت آرژانتین، تعهدات بین‌المللی در ارتباط با LG & E و سرمایه‌گذاری‌اش را به عهده گرفته است یا نه. آرژانتین این تعهدات خاص را برای سرمایه‌گذاری‌های مانند LG & E ایجاد کرده است؛ ابتدا با تصویب قانون گاز و دیگر مقررات مربوط و سپس با درج چنین تضمین‌هایی در ایجاب اعلامی به طرف مقابل برای تشویق او به سرمایه‌گذاری در بخش خدمات عمومی آرژانتین. بنابراین این قانون به تعهداتی تحت شمول ماده ۲ (شرط التزام) تبدیل شده است».^۳

تشخیص اینکه تعهد مندرج در قانون برای ایجاد تعهدی تحت شمول شرط التزام به اندازه کافی معین است به شرایط خاص آن قضیه هم بستگی دارد. معمولاً لازم است تا تعهدات مندرج در قانون، حقوق ویژه‌ای به سرمایه‌گذار به عنوان تشویق او به سرمایه‌گذاری اعطا کند یا

1. SGS v. Philippines, para. 121.

2. CMS v. Argentine, para.95.

3. LG & E Energy Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, para.174, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet>.

تعهدات خاصی را در حمایت از فعالیت‌های خاصی که سرمایه‌گذار به آن مشغول است، ایجاد کند مثل موردی که دولت میزبان، قوانین عامی را برای حمایت از سرمایه‌گذاری در یک بخش اقتصادی خاص تصویب کرده و کاملاً آگاه است که ثبات این تعهدات قانونی پیش شرط سرمایه‌گذار برای سرمایه‌گذاری در آن فعالیت است. برعکس آنچه در محدوده تعهدات تحت شمول شرط التزام قرار نمی‌گیرد چارچوبهای قانونی عامی است که صرفاً به منظور تنظیم فعالیت‌های سرمایه‌گذاری بدون قصد ایجاد دلگرمی برای سرمایه‌گذار در تغییر نکردن (یا تثبیت) آن چارچوب‌ها یا بدون اینکه قصد تشویق به سرمایه‌گذاری در یک بخش اقتصادی معین را داشته باشد، تصویب شده است.

۵. اعمال حاکمیتی در مقابل اعمال تجاری دولت میزبان

این دیدگاه که شروط التزام فقط آن دسته از نقض‌های قراردادی را که ریشه در اعمال حاکمیتی یا سوءاستفاده از قدرت دولتی دارند در بر می‌گیرد، از دیدگاه مفسران کمتر مورد توجه قرار گرفته و از نمونه‌های استناد به آن، می‌توان دو رأی اخیر دیوان ایکسید یعنی El Paso علیه آرژانتین و Pan American علیه آرژانتین را نام برد. این دیوان‌ها مقرر داشتند که در اعمال شرط التزام ضروری است تا میان نقش دولت به عنوان تاجر و نقش او به عنوان حاکمیت تفاوت گذاشته شود. در رأی ال پاسو آن دیوان بیان داشت:

«شرط التزام مقرر در ماده ۲ BIT... نمی‌تواند حمایت آن معاهده را به نقض ساده تجاری قرارداد گسترش دهد. اما خواهد توانست حمایت‌های معاهده سرمایه‌گذاری را هنگام عمل دولت به عنوان حاکمیت - مثل نقض شرط ثبات - فراهم آورد. از نظر این دیوان، شرط التزام، صلاحیت دیوان را در رسیدگی به هرگونه دعوای قراردادی خواهان که ریشه در قرارداد میان سرمایه‌گذار و دولت آرژانتین یا نهادهای آرژانتینی دارد، گسترش نمی‌دهد. به علاوه از نظر دیوان، واضح است که شرط التزام، صلاحیت دیوان را همچنین در رسیدگی به هر دعوای قراردادی که مبنای آن، نقض یکی از استانداردهای حمایتی معاهده مثل شرط رفتار ملی، شرط رفتار کامله‌الوداد، رفتار منصفانه، حمایت کامل، حمایت در مقابل اعمال تبعیض آمیز، حمایت در مقابل سلب مالکیت یا ملی کردن چه مستقیم چه غیرمستقیم نیست گسترش نمی‌دهد مگر اینکه شرایطی فراهم باشد.^۱

1. El Paso Energy v. Argentine Republic, ICSID Case No, ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, para. 81, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet>.

دیوان همچنین در رأی Pan American مقرر داشت که «شروط التزام، چیزی به شروط مربوط به صلاحیت دیوان اضافه نمی‌کنند...»^۱ در رأی Sempra Energy علیه آرژانتین هم دیوان اظهار داشت که:

«تصمیماتی که به شرط التزام و نقش قراردادهای در یک معاهده مربوط می‌شوند، همگی میان نقض یک قرارداد و نقض یک معاهده تفاوت گذارده‌اند. مبنای چنین تفاوتی این بوده که آیا آن نقض از رفتار دولت به‌عنوان طرف معمولی قرارداد ناشی شده یا به‌جای آن از کارکرد دولت به‌عنوان حاکمیت و قدرت رخ داده است»^۲.

در مقابل، سایر دیوان‌ها تفاوت میان رفتار تجاری و رفتار حاکمیتی را در تفسیر شرط التزام نپذیرفته‌اند؛ اگرچه بیشتر پرونده‌هایی که نقض شرط التزام را مطرح کرده‌اند، رفتاری حاکمیتی از سوی دولت میزبان را در خود دارند، اما این دیوان‌ها این عامل را لازم ندانسته‌اند. برای مثال، در رأی دیوان در قضیه Eureko علیه لهستان، اینکه باید میان عمل حاکمیتی و عمل تجاری دولت در اعمال شرط التزام تفاوت گذارد، صریحاً رد شده است.

این دیدگاه که شرط التزام، نقض‌های حاکمیتی را در بر می‌گیرد به دلایلی قانع‌کننده به نظر نمی‌رسد. جدای از پیچیدگی‌های عملی در تفاوت میان نقش دولت به‌عنوان حاکمیت و رفتار صرفاً تجاری او، این دیدگاه تفاوت اهمیت نقش مرجع حل اختلاف ثالث را در روابط میان سرمایه‌گذار و دولت نادیده می‌گیرد و همچنین در انجام تعهدات خود به حمایت از قرارداد میان سرمایه‌گذار و دولت در مقابل رفتار فرصت‌طلبانه دولت میزبان که می‌تواند هم به دلیل عمل حاکمیتی او و هم عمل تجاری‌اش باشد، توجهی نمی‌کند. به‌علاوه، درج شرط التزام در یک معاهده سرمایه‌گذاری کاملاً زاید خواهد بود چرا که محدودیت‌های اعمالی بر رفتار حاکمیتی دولت که بر قراردادهای سرمایه‌گذار و دولت هم اثر گذارند، قبلاً هم به همراه سایر حقوق سرمایه‌گذار به‌ویژه در مفهوم سلب مالکیت غیرمستقیم و رفتار غیرمنصفانه، وجود داشته‌اند. در عوض اصل تفسیر مؤثر حکم می‌کند که تفسیر از شرط التزام باید به گونه‌ای باشد که قلمرو کاربردی صحیحی برای آن فراهم کند نه اینکه این شرط را به قاعده‌ای پوچ بدل سازد؛ به‌ویژه اگر شرط التزام، ابزاری برای اضافه‌کردی چیزی - به جای کاستن از آنچه وجود دارد باشد - به حمایت از آنچه قبلاً از طریق حقوق بین‌الملل عرفی یا مقررات قبلی قراردادهای سرمایه‌گذاری میان دولت و سرمایه‌گذار، از آن بهره‌مند شده‌اند باشد. در این صورت

1. Pan American v. Argentina, para.114.

2. Sempra Energy International v. Argentina, ICSID Case No.ARB/02/16, para. 310, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet>.

محدود کردن این شرط به نقض‌هایی با ریشه اعمال حاکمیتی دولت نمی‌تواند قانع‌کننده باشد. در عوض استفاده از دسته‌بندی‌های مشابه که تفسیر از استانداردهای حمایتی معاهده سرمایه‌گذاری را مثل رفتار منصفانه یا سلب مالکیت غیرمستقیم استفاده می‌شوند در تفسیر از شرط التزام - یعنی تمایز میان اعمال حاکمیتی و اعمال تجارتي، تفکیک میان دعاوی قراردادی با دعاوی معاهده‌ای - عملی است که شرط التزام را از داشتن قلمرو اعمال مستقل باز می‌دارد.^۱

برعکس، همچنان که پیش از این توضیح داده شد، کارکرد شرط التزام در پوشش هر نوع نقض تعهدات دولت، چه حاکمیتی و چه تجاری، سایر الزامات ماهوی معاهده را به الزاماتی زائد تبدیل نمی‌کند؛ آن‌چنان که در پرونده *ال پاسو علیه آرژانتین* اشاره شده است. در رأی SGS علیه پاکستان نیز بیان شده است که تفسیر موسع از شروط التزام اگر نقض ساده قرارداد یا قانون داخلی خود به خود، برای نقض معاهده به نفع یک طرف قرارداد سرمایه‌گذاری کافی باشد و مسئولیت بین‌المللی را برای دولت به همراه آورد می‌تواند سرمایه‌گذاران را از نیاز به اثبات نقض سایر استانداردهای ماهوی معاهده‌ای خلاص کند.

همان‌طور که قبلاً هم اشاره شد استدلال این دیوان بدون توجه به این نکته است که سایر حقوق سرمایه‌گذار - شامل رفتار منصفانه، اصل عدم تبعیض، عدم سلب مالکیت و... - تعهداتی را به عهده دولت میزبان می‌گذارند که معمولاً در قراردادهای میان سرمایه‌گذار و دولت پیش‌بینی نمی‌شود (تا نقض آن‌ها به منزله نقض شرط التزام باشد). دول میزبان معمولاً در قرارداد با سرمایه‌گذار برای مثال، تعهد به رفتار غیر تبعیض‌آمیز نمی‌کنند. بنابراین، شرط التزام سایر استانداردهای معاهده‌ای را بیهوده نمی‌کند. همچنین همه پروژه‌های سرمایه‌گذاری خارجی بر اساس یک قرارداد میان سرمایه‌گذار با کشور میزبان انجام نمی‌شوند بلکه تعدادی از آن‌ها با فعالیت در بخش‌های اقتصادی بر اساس قوانین عمومی کشور میزبان یا سرمایه‌گذاری در شرکت‌ها انجام می‌شوند. این نوع از سرمایه‌گذاری‌ها به وسیله شروط التزام پوشش داده نمی‌شوند چرا که هیچ قرارداد یا ابزار مشابهی میان سرمایه‌گذار و دولت میزبان که فعالیت‌های اقتصادی سرمایه‌گذار بر آن اساس باشد، وجود ندارد. در واقع، این نوع سرمایه‌گذاری‌ها فقط تحت حمایت معاهده سرمایه‌گذاری و استانداردهای حمایتی ماهوی آن (و نه شرط التزام) قرار می‌گیرند.

در نهایت، تفاوت میان رفتار حاکمیتی و رفتار تجاری به دلایل اقتصادی هم قانع‌کننده نیست. در واقع اجرای تعهدات دولت میزبان در مقابل سرمایه‌گذار خارجی همچنان که با تغییر

1. Schill, Stephon, Op. Cit, p.40.

قانون حاکم بر قرارداد می تواند بیهوده شود، با سوءنیت در استناد به ابهامات موجود در قرارداد در مورد اختلاف پیش آمده یا امتناع آشکار از پرداخت به سرمایه گذار و دیگر موارد تجاری هم، به تعهداتی بی فایده تبدیل می شود. ضمن اینکه توجیه اینکه چگونه قابل قبول است که رسیدگی به موضوع پرداخت میلیون ها دلار از طرف یکی از طرفین خارج از صلاحیت مراجع داوری معاهده ای باشد در حالی که مصادره یک اتومبیل یا یک اسب اصیل یا دو قالی کاشان که حتی ارزش آن ها به چند هزار دلار هم نمی رسد قابل طرح در این دیوان ها باشند. چنین دیدگاهی با تفاوت جزئی، در حقوق بین الملل هم به دلیل غیر قابل تشخیص بودن رفتار تجاری از رفتار حاکمیتی - در انتساب عمل دولت تحت قواعد حقوق بین الملل به عنوان مسئولیت بین المللی دولت، پذیرفته شده است.^۱

حل و فصل اختلافات قراردادهای میان سرمایه گذار و دولت تحت معاهدات سرمایه گذاری به دلیل افزایش غیر قابل کنترل تعداد اختلافات، نه تنها تداوم سیستم دیوان داوری را تهدید نمی کند بلکه ساختار داوری های این چنینی که مبتنی بر تشکیل پانل های داوری ویژه است، اجازه می دهد گروه های حل اختلاف ثالث (هنگامی که نیاز باشد) در یک جریان انعطاف پذیری تشکیل شوند. بنابراین برخلاف دادگاه هایی که تعداد معدودی قاضی حق شرکت در آن را دارند ساختار حل اختلاف سازمانی می تواند به شکل مناسب و انعطاف پذیری در هر زمانی که لازم باشد تشکیل شود. از این رو برنامه کار دادگاه، موضوعی نیست که توجیه کننده تفسیر مضیق شرط التزام باشد. برعکس آنچه می تواند مانند یک فیلتر در دسترسی به دیوان های معاهده ای عمل کند، ریسک هزینه های طرح دعوا است. تنها هنگامی که اختلافی از لحاظ اقتصادی به اندازه لازم ارزش داشته باشد، سرمایه گذار، تقاضای رسیدگی دیوان را خواهد داشت و ریسک هزینه آن را خواهد پذیرفت. این امر، خود از طرح اختلافات جزئی جلوگیری خواهد کرد.

بنابراین ضروری است تا از تفکیک نقض های حاکمیتی و تجاری در قراردادهای میان سرمایه گذار و دولت و ابزارهای مشابه آن پرهیز شود. در نتیجه شرط التزام عام را باید به عنوان شکننده تئوری سنتی حاکمیت دولت و حمایت های ناکافی از قراردادهای بین سرمایه گذار و دولت تحت حقوق بین الملل عرفی در نظر گرفت به طوری که عملکردش به منزله ایجاد استثنائی در تفکیک کلی تعهدات دولت بر اساس حقوق داخلی و بین المللی نیز هست. عملکرد آن ها ایجاد صلاحیت برای مرجع حل اختلاف معاهده ای، جهت رسیدگی به نقض تعهدات دولت

1. Schill, Stephon, *Op. Cit.*, p. 42.

میزبان در یک قرارداد بین سرمایه‌گذار و دولت، با یک سبب بین‌المللی است. کارکرد اصلی شرط التزام این است که شرایط اجرای چنین تعهداتی را مستقل از قانون حاکم، با امکان مراجعه به یک مرجع رسیدگی بین‌المللی برای حل و فصل اختلافات مربوط به نقض آن تعهدات توسط دولت میزبان مهیا سازد. بنابراین شرط التزام با معرفی سازوکارهای اجرای تعهدات نقض شده، مستقل از اینکه نقض مزبور از نوع حاکمیتی یا از نوع تجاری است، روابط سرمایه‌گذار و دولت را تثبیت خواهد نمود.

نتیجه

معاهدات سرمایه‌گذاری مختلف متضمن شروط التزام با سیاق و الفاظ متفاوتی هستند که این تفاوت‌ها می‌تواند در تفسیر آن‌ها تأثیر بسزایی داشته باشد. یک شرط التزام می‌تواند به حدی مبهم باشد که هیچ نوع تعهدی را بر عهده هیچ‌یک از دولت‌های طرف معاهده قرار ندهد یا به شکلی نگارش یافته باشد که ایجاد کننده تعهدی الزام‌آور در رابطه با قراردادهای سرمایه‌گذاری باشد. شرط می‌تواند به شکلی باشد که فقط تعهدات قراردادی را پوشش دهد یا اینکه به غیر از تعهدات قراردادی، اعمال قانونگذاری یا اداری دولت میزبان را نیز شامل شود. این شرط می‌تواند به تعهدات کتبی محدود شود یا اینکه هر نوع تعهدی چه شفاهی و چه کتبی را در برگیرد. بنابراین، نکته اصلی در این است که تفسیر شرط التزام تا حد زیادی به زبان آن بستگی داشته و در هر مورد ممکن است متفاوت باشد.

با این حال با توجه به معمول‌ترین شکل این شروط که بیان می‌دارد «هریک از طرفین باید رعایت هر تعهدی را که در رابطه با سرمایه‌گذاری به عهده گرفته است، تضمین کند» و با وجودی که تفسیر صحیح از هدف و قلمرو چنین شرطی، کارکرد موسع از آن را به جای کارکرد مضیق آن به ذهن می‌رساند، در تفسیر این شروط دو دیدگاه متفاوت شکل گرفته است. یکی دیدگاهی است که این شروط را نوعی تدوین حقوق بین‌الملل عرفی تفسیر می‌کند که فقط قراردادهای میان سرمایه‌گذار و دولت را در برابر اعمال سلب مالکیت محافظت می‌کند. بنابراین در صورتی این شروط نقض می‌شوند که اعمال دولت میزبان، در نقض تعهداتش در مقابل سرمایه‌گذار خارجی حاکمیتی باشد. در مقابل دیدگاهی قرار دارد که قلمرو گسترده‌تری برای این شروط قائل است که طبق آن سرمایه‌گذار می‌تواند بر اساس دعوی نقض یک تعهد قراردادی را در مرجع معاهده‌ای به علت نقض شرط التزام فارغ از نوع عمل دولت میزبان که حاکمیتی یا تجاری است طرح کند.

در این مقاله نشان داده شد که دیدگاه مضیق در تفسیر شرط التزام قانع کننده نیست چرا که حمایت از سرمایه گذار در مقابل اعمال حاکمیتی دولت میزبان قبلاً به وسیله سایر حقوق سرمایه گذار به ویژه با حمایت مقابل مصادره مستقیم یا غیرمستقیم و همچنین با استاندارد رفتار منصفانه فراهم شده است. بنابراین تفسیر مضیق از شروط التزام، آن‌ها را به مقررات زائدی بدل می کند. همین طور، تاریخچه ظهور این شروط هم نشان می دهد که آن‌ها به وجود آمدند تا پرکننده خلأهایی باشند که ناشی از مفهوم دوگانگی سنتی حقوق بین الملل است که حقوق بین الملل و حقوق داخلی و همچنین روابط میان دولت‌ها را از روابط میان سرمایه گذار و دولت از هم تفکیک می کند. بنابراین کارکرد شرط التزام این خواهد بود که به منزله فراهم کننده یک مرجع حل اختلاف بین المللی برای سرمایه گذار خواهد بود تا او بتواند دولت میزبان را به اجرای تعهدات قراردادی و شبه قراردادی اش ملزم کرده و در مقابل، جلوی رفتارهای فرصت طلبانه دولت میزبان را بگیرد.

منابع

- مقالات

- Potts, Jonathan, "Stabilizing the Role of Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Intent, Reliance, and Internationalization" (2011) (No. 4) Virginia Journal of International Law, Vol. 51.
- Ethan G. Shenkman & D. Jason File, "Recent Development in Investment Treaty Jurisprudence: Arbitrating Contract Claims under Umbrella Clauses", available at: www.wilmerhale.com/files/publications/9cd84cee-3ded-91a4-da85702872/presentationattachment/shenkmanfile2007_intlarb.pdf.
- Gautam, Pradhuman, "The Umbrella clause: A Search for Greater Legal Certainty", 25/08/2008, p. 12, available at: papers.ssrn.com/sol3/delivery.cfm/ssrn.
- Reinisch, August, "Umbrella Clauses", (2006) Seminar on International Investment Protection (OECD).
- Schill, Stephan, "Enabling Private Ordering: Function, Scope and Effect of Umbrella Clauses in International Investment treaties" (2009) (No.1), Minnesota Journal of International Law, Vol.18.
- Schwebel, Stephan, "On Whether the Breach by a State of a Contract with an Alien Is a Breach of International Law" (1987), International Law at the Time of Its Codification.
- Shany, Yuval, "Contract Claims v. Treaty Claims: Mapping Conflicts between ICSID Decisions on Multisourced Investment Cases" (2005), American Journal of International Law, Vol.99.
- Shawcross, Hartley William, "The Problems of Foreign Investment in International Law" (1961) (No. 1), Recueil Des Cours, Vol. 102.
- Sinclair, Anthony C., "The Origin of Umbrella Clauses in International Law of Investment Protection" (2004) (No. 4), Arbitration International, Vol. 20.
- Walde, Thomas, "Umbrella Clause in Investment Arbitration" (2005) (N.183), The Journal Of World Investment & Trade, V.6.

- آرای داوری

- CMS Gas Transmission Co. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Annulment, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet>, 2011/02/12.
- Consortium RFCC v. Morocco, ICSID Case No. ARB/00/6, Award, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet>, 2011/02/12.

- El Paso Energy v. Argentine Republic, ICSID Case No, ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet,2011/02/12>.
- Eureko B.V. v. Republic of Poland, Ad Hoc Investment Treaty Case, Partial Award, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet,2011/02/12>.
- Fedex N.V. v. Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3, Award, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet,2011/02/12>.
- Joy Minig Machinery Limited v. Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11, Decision on Jurisdiction, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet>.
- LG & E Energy Corp. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet,2011/02/12>.
- Noble Venture Inc. v. Romania, ICSID Case No. ARB/01/11, Award, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet,2011/02/12>.
- Pan American Energy LLC v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet,2011/02/12>.
- Sempra Energy International v. Argentine, ICSID Case No. ARB/02/16, Decision on Objections to Jurisdiction, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet,2011/02/12>.
- SGS v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Objections to Jurisdiction, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet,2011/02/12>.
- SGS v. Republic of the Philippines, ICSID Case No. ARB/02/06, Decision on Objections to Jurisdiction, available at: <http://icsid.worldbank.org/icsid/frontservlet,2011/02/12>.