

رابطه حقوق ملی و بین‌المللی در دعاوی سرمایه‌گذاری خارجی*

دکتر مرتضی شهبازی نیا
استادیار دانشگاه تربیت مدرس، تهران
فاطمه عزیززاده آرائی
کارشناس ارشد دانشگاه علم و فرهنگ، تهران

چکیده:

این پژوهش به تحلیل و بررسی ارتباط حقوق بین‌الملل با حقوق داخلی دولت میزبان می‌پردازد که از مباحث پیچیده در داوری‌های بین‌المللی دولت/ سرمایه‌گذار است. موضوع اصلی این تحقیق نقش حقوق بین‌الملل در داوری‌های سرمایه‌گذاری است. این پژوهش نشان می‌دهد در رویه دیوان‌های داوری بین‌المللی، حقوق بین‌الملل به عنوان مکمل و کنترل‌کننده حقوق دولت میزبان پذیرفته شده است. بدین معنا که حقوق بین‌الملل می‌تواند نقائص حقوق دولت میزبان را رفع کند و علاوه بر آن، در تعارض بین این دو نظام حقوقی، حقوق بین‌الملل برتری خواهد داشت. اگرچه در این روند اعمال حقوق بین‌الملل به تنهایی و بدون در نظر گرفتن حقوق داخلی دولت میزبان جایز نیست.

واژگان کلیدی:

حقوق بین‌الملل، سرمایه‌گذاری خارجی، حقوق داخلی، قانون قابل اعمال، داوری بین‌المللی.

تاریخ پذیرش نهایی: ۱۳۹۱/۱/۱۹

* تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۰/۱۱/۵

نشانه پست الکترونیکی نویسنده: shahbazinia@modares.ac.ir

۱- مقدمه

نادیده گرفتن یا کم‌رنگ جلوه دادن نقش حقوق بین‌الملل در داوری اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی منصفانه نیست. در حقیقت گستره حضور حقوق بین‌الملل در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی چنان وسیع است که بهتر است بگوئیم داوری‌های سرمایه‌گذاری در مرز بین حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی قرار دارند. سرمایه‌گذاری خارجی از حیث قوانین حاکم بر آن دارای ماهیتی دوگانه است و از بارزترین مصادیق رابطه نزدیک حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی است. این ارتباط تنگاتنگ با توجه به مواردی چون

طرفین رابطه سرمایه‌گذاری خارجی، راهکارهای جایگزین داوری، مبنای صلاحیت رسیدگی به اختلافات، ادعاهای طرفین و بالاخره قانون حاکم بر ماهیت اختلاف قابل اثبات است که به ترتیب مورد بررسی قرار خواهند گرفت:

۲- طرفین رابطه سرمایه‌گذاری خارجی

ماهیت دوگانه داوری‌های سرمایه‌گذاری روشن‌ترین دلیل برای ارتباط حقوق بین‌الملل با حقوق داخلی است. در سرمایه‌گذاری خارجی از یک سو دولت میزبان مشارکت دارد که موضوع حقوق بین‌الملل است و از سوی دیگر سرمایه‌گذار خصوصی خارجی که غالباً برای سرمایه‌گذاری از مدلها و قالبهای شراکت موضوع حقوق داخلی کشور میزبان مانند تشکیل شرکتهای سهامی و غیره استفاده می‌نماید. معمولاً قرارداد میان کشور میزبان و سرمایه‌گذاران خارجی بخش وسیعی از فعالیت‌های تجاری را در برمی‌گیرد. کشور میزبان ممکن است براساس قرارداد، حق بهره‌برداری از منابع طبیعی‌اش را چه در زمینه نفت و یا سایر معادن به سرمایه‌گذاران خارجی اعطا نماید.

چنین قراردادهایی، همچنین ممکن است به منظور تأسیس صنایع و کارخانه توسط مالکان خارجی سرمایه، یا استفاده واحدهای تجاری کشور میزبان از حق اختراع و بازارهای تجاری متعلق به سرمایه‌گذاران خارجی منعقد گردد. اصولاً قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی را کشور میزبان به منظور توسعه اقتصادی خود منعقد می‌نماید. (Edvin, Inwogugu, 1958:166)

۳- راهکارهای جایگزین

در گذشته و قبل از گسترش داوری، دو راهکار عمده برای حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی وجود داشت. یکی استفاده از راهکار سیاسی و حمایت دیپلماتیک و دیگری طرح دعوی در مراجع قضائی کشور میزبان.

به طور معمول، طرفین قرارداد، راجع به شیوه حل و فصل اختلافات از قبل و در زمان انعقاد قرارداد سرمایه‌گذاری توافق می‌کنند، در صورتی که توافق خاصی در این زمینه صورت نگرفته باشد، اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اشخاص خصوصی خارجی، علی‌الاصول، در صلاحیت مراجع قضائی داخلی قرار می‌گیرد. تشخیص محاکم صالح به رسیدگی هم از طریق مراجعه به قواعد حل تعارض محاکم صورت می‌پذیرد. مراجع قضائی داخلی می‌تواند

دادگاه‌های کشور میزبان، دادگاه‌های کشور متبوع سرمایه‌گذار خارجی یا کشور ثالث باشد. از آنجا که در اینگونه قراردادها، ارتباط نزدیک‌تری با کشور میزبان وجود دارد غالباً محاکم داخلی کشور مزبور به عنوان مرجع صالح حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری تعیین می‌گردند. صرف نظر از معایب دادرسی‌های سنتی، انتخاب چنین مرجعی تا جایی که به قانون قابل اعمال مربوط می‌شود، تبعاتی را به دنبال دارد از جمله اینکه محاکم کشور پذیرنده سرمایه تابع قواعد داخلی حقوق بین‌المللی خصوصی یا تعارض قوانین خود هستند و بنابراین حتی اگر محاکم داخلی اصل آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم را هم محترم بشمارند و آن را رعایت کنند، قواعد غیرقابل اعراض و آمره حقوق داخلی کشور میزبان به ویژه قواعد مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی را اجرا خواهند کرد. (شهبازی نیا، ۱۳۸۶: ۱۷/۱۸) از طرف دیگر مداخله دولت‌ها در رسیدگی‌های دادگاه‌ها هم، در کنار اعمال نفوذ آنها و عدم وجود تخصص مورد نیاز از سوی قضات دادگاه‌های ملی که ممکن است خللی به رسیدگی عاری از تبعیض وارد کند، باعث می‌شود محاکم ملی پذیرش مطلوبی برای سرمایه‌گذاران خارجی نداشته باشد.

حمایت دیپلماتیک عبارت است از مجموعه اقدامات علیه یک دولت در نزد دولت دیگر به منظور جبران و ترمیم خساراتی که در اثر ارتکاب عمل خلاف حقوق به دولت خارجی و به اتباع او اعم از حقیقی یا حقوقی وارد شده است، که معمولاً در دو مرحله است. مرحله اول اقدامات سیاسی از طریق تماس با دولت مدعی علیه و مرحله دوم اقدامات قضایی معینی از جمله مراجعه به دادگاه بین‌المللی. اجرای این دو مرحله هنگامی آغاز می‌شود که دولت متبوع شخص خسارت دیده اجرای عدالت را در مورد تبعه خود در مقابل دولت خارجی دیگر به صورت رسمی به عهده گیرد. (فیوضی، ۱۳۵۲: ۶۶). این روش از آنجا که مستلزم توافق قبلی بین طرفین اختلاف نیست، قابلیت دسترسی گسترده‌ای دارد. اما به دلایل مشروط بودن به استفاده از همه مراجع صالح داخلی کشور میزبان و پس از آن طرح دعوی در مرجع بین‌المللی و تاثیر پذیری از اهداف سیاسی مهم‌تر دولت‌های متبوع اشخاص خصوصی و به تبع آن تضییع حقوق سرمایه‌گذاران خصوصی خارجی و مطمئن نبودن این روش نمی‌تواند یک روش معمولی و مناسب و قابل اتکاء از سوی سرمایه‌گذاران جهت حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی تلقی گردد. (شهبازی نیا، ۱۳۸۶: ۲۸). برای رهایی از مشکلاتی که در صورت انتخاب دادگاه‌های ملی جهت حل و فصل اختلافات ممکن است بروز کند، مکانیزم داوری مورد استقبال واقع گردید که امروزه یک روش استاندارد حل و فصل اختلافات بین‌المللی است. (همان: ۲۵).

۴- مبنای صلاحیت رسیدگی

همانند برخی دیگر از حوزه‌ها، مهمترین مبنای صلاحیت مراجع رسیدگی به اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری، از جمله داوری بین‌المللی، توافق طرفین است. امروزه صلاحیت مراجع حل اختلاف مانند صلاحیت محاکم یک کشور یا صلاحیت مراجع داوری در بسیاری از قراردادهای سرمایه‌گذاری، بر مبنای توافق طرفین ایجاد می‌گردد. در بسیاری از قراردادهای

سرمایه‌گذاری، غالباً شرط داوری قید گردیده و بر آن اساس مرجع مورد توافق طرفین، صلاحیت رسیدگی به اختلافات را می‌یابد.^۱

در دوران اخیر، مبنای صلاحیت مراجع حل اختلاف در سرمایه‌گذاری خارجی تا حدی از قالب قرارداد بین طرفین خارج شده و به صورت معاهده درآمده است. به نحوی که امروزه در اکثر معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری (Bilateral Investment Treaty)، شرایطی برای حل اختلافات آتی مانند شرط داوری بین‌المللی پیش‌بینی می‌شود. شرط داوری بین‌المللی در بسیاری از معاهدات بین‌المللی چند جانبه مانند نفتا (North American Free Trade Agreement, Article 1122) و معاهده سرمایه‌گذاری انرژی (Energy Charter Treaty, Article 26) نیز پیش‌بینی شده است. شایان ذکر است، صرف ذکر صلاحیت مرجع حل اختلاف مانند داوری بین‌المللی در معاهدات، برای مراجع مذکور ایجاد صلاحیت نمی‌نماید، زیرا اینگونه معاهدات غالباً به عنوان ایجاب (Offer) از طرف دولت‌های عضو معاهده به سرمایه‌گذاران تبعه دیگر کشورهای عضو معاهده پیشنهاد می‌گردند و سرمایه‌گذاران یا با پذیرش ایجاب، صلاحیت مرجع مزبور را پذیرفته و یا با مراجعه به مرجع مقرر در معاهده، قبول ضمنی خود را اعلام می‌دارند. در نتیجه توافقی فی ما بین دولت میزبان و سرمایه‌گذار بر مبنای شرایط پیش‌بینی شده در معاهده منعقد شده بین دولت میزبان و دولت متبوع سرمایه‌گذار ایجاد می‌شود. (Schreuer, C, 2001:226/227)

با توجه به مطلب فوق، در این مساله تأثیر متقابل حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق خصوصی به خوبی دیده می‌شود. تمییز این مطلب که مفاد معاهدات و شروط حل اختلاف مندرج در آنها به مثابه ایجاب کشور میزبان بوده و توافق ثانوی با قبول سرمایه‌گذار ایجاد می‌شود، صرفاً جنبه تئوری ندارد، بلکه سبب می‌شود که در عمل نیز زمان قبول سرمایه‌گذار را به عنوان زمان شروع صلاحیت مرجع حل اختلاف محسوب می‌شود (Ibid). علاوه بر آن صلاحیت مذکور صرفاً در حد ایجاب و قبول بین دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی خواهد بود. ممکن است محدوده ایجاب واقع شده در متن معاهده، به طور کلی مورد قبول سرمایه‌گذار قرار نگرفته و صرفاً بخشی از آن را قبول کرده باشد به طور مثال ممکن است صرفاً صلاحیت مذکور را در خصوص نوعی از فعالیتهای مرتبط با سرمایه‌گذاری قبول کند.

ماهیت دوگانه حل اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی باعث شده است تا در مقام تفسیر نیز حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی هر دو مؤثر واقع شوند (Schreuer, c, 1998:719/735). به طور مثال در دعوی آمکو علیه دولت اندونزی (Amco v. Indonesia, Decision on Jurisdiction, 25 September 1983, 1 ICSID Reports) محکمه رسیدگی‌کننده، معتقد بود که روش مناسب تفسیر توافق حاصله بین طرفین این است که این توافقات با توجه به مفاد کنوانسیون ایکسید (International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID)) و اصول و مفاهیم موضوع کنوانسیون مذکور تفسیر شوند. (Amco v. Indonesia)

مرجع رسیدگی چنین استدلال کرد که: اراده صحیح و قصد طرفین از انتظارات و اهداف متعارف آنها که تصویر کلی آن در قرارداد وجود دارد و همچنین از اهداف و روح کنوانسیون واشنگتن و قوانین کشور اندونزی و نحوه عملکرد این کشور درک می شود. (Ibid) در دعوی سی اس او بی علیه اسلواکی (CSOB v. Slovakia, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, 5 ICSID Reports) که صلاحیت داوری بین المللی بر اساس توافق دو جانبه و با استناد به یک معاهده بین المللی، ایجاد شده بود، دادگاه استدلال کرد که طرفین به استناد معاهده بین المللی شرط ارجاع دعوی به ایکسید مندرج در آن را قبول کرده اند، لذا در خصوص تفسیر توافق حاصله بین طرفین، دادگاه تردیدی در حاکم بودن حقوق بین الملل بر توافقات صورت گرفته ندارد. دادگاه اعلام کرد: در خصوص این مسأله که آیا طرفین صراحتاً قصد خود را مبنی بر پذیرش صلاحیت ایکسید پذیرفته اند یا خیر، نباید به حقوق داخلی استناد کرد. بلکه در این خصوص حقوق بین الملل موضوع ماده (۱) ۲۵ کنوانسیون ایکسید حاکم خواهد بود. (Ibid)

مطالب فوق به خوبی نشان می دهد که در گزینش روش مناسب برای تفسیر توافق های مرضی الطرفین، نقش دوگانه آنها در حقوق بین الملل و حقوق داخلی همیشه باید مد نظر قرار گیرد. قرارداد سرمایه گذاری بین یک دولت و یک سرمایه گذار را که در آن صلاحیت یک مرجع حل اختلاف بین المللی پیش بینی شده را نه می توان یک معاهده دانست و نه به سادگی می توان آن را یک قرارداد مشمول قوانین داخلی خواند. این در حالی است که اگر شرط ارجاع به یک مرجع حل اختلاف در معاهده منعقد بین دو کشور قید شود، این شرط، اولین گام در راه ایجاد رضا و توافق طرفینی است. سرمایه گذار باید توافق خود را نسبت به این شرط از معاهده که به مثابه ایجاد دولت عضو است، به صورت کتبی اعلام دارد. با این اقدام توافق بین دولت میزبان و سرمایه گذار کامل می شود. شایان ذکر است مساله قانون حاکم بر صلاحیت مرجع حل اختلاف که می تواند به صورت توافقی مرکب از حقوق بین الملل (معاهده) و حقوق داخلی (ایجاد توافق) باشد، متمایز از مساله قانون حاکم بر ماهیت قرارداد است.

هیأت داوری در پرونده سی ام اس علیه دولت آرژانتین (CMS v. Argentina, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003) این مطلب را به شکل زیر بیان می کند:

« ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید عمدتاً اختصاص به حل اختلاف و ماهیت دعوا دارد و اصولاً مستقل از اتخاذ تصمیم در خصوص صلاحیت است. صلاحیت، مطابق مفاد ماده ۲۵ کنوانسیون و دیگر ضوابط و مقررات موضوع توافقات طرفین تعیین می شود در مانحن فیه ضوابط و مقررات معاهده اعمال می شود. (Ibid)

۵- ادعاهای طرفین

در یک اختلاف ناشی از سرمایه گذاری خارجی، معمولاً خواهان مدعی نقض یکی از اصول یا هنجارهای حقوق بین الملل است. در بیشتر موارد این هنجارها در یک معاهده دو جانبه سرمایه گذاری یا معاهدات مربوط به حمایت از سرمایه گذاری انعکاس یافته اند. در برخی موارد نیز ادعا مربوط به نقض هنجارهای دیگری از حقوق بین الملل به ویژه در زمینه حقوق بین الملل عرفی است. اگرچه سرمایه گذار خارجی ممکن است مدعی نقض قرارداد سرمایه گذاری شود اما نقض قرارداد الزاماً به نقض حقوق بین الملل نمی انجامد. (Sir Robert Jennings/Sir Arthur Watts, 1996:927) اجازه دیوان داوری برای رسیدگی به ادعای نقض قرارداد، بستگی به شرایط صلاحیت تفویضی دارد.

مطابق نفتا، دیوان داوری تنها می تواند به دعاوی رسیدگی کند، که مبتنی بر نقض یکی از تعهدات موضوع فصل ۱۱ نفتا از سوی دولت میزبان باشد. (Article 1116 para.1) لذا هیات حل اختلافی که به موجب نفتا تشکیل می گردد، صلاحیت رسیدگی به ادعای نقض قرارداد را ندارد.

در ماده ۲۶ معاهده سرمایه گذاری انرژی نیز که ناظر به حل اختلاف دولت و سرمایه گذار است، صرفاً دعاوی مبتنی بر نقض تعهدات مندرج در بخش ۳ معاهده مسموع دانسته شده است. همانند معاهده مزبور، در برخی از معاهدات دو جانبه^۲ با ذکر عباراتی مانند "تعهدات مندرج در معاهده"، صلاحیت مراجع حل اختلاف محدود به دعاوی مربوط به نقض تعهدات مندرج در معاهده شده و بر عکس در برخی معاهدات دیگر، صلاحیت مراجع حل اختلاف، محدود به دعاوی مبتنی بر نقض حقوق بین الملل نبوده و دعاوی دیگر مانند دعاوی مرتبط با قرارداد سرمایه گذاری را مسموع می داند. در اینگونه معاهدات، صلاحیت مراجع حل اختلاف به "هرگونه اختلاف مرتبط با سرمایه گذاری" توسعه داده شده^۳ و اینگونه مراجع صلاحیت استماع دعاوی مربوط به نقض قرارداد را همانند دعاوی مرتبط با حقوق بین الملل دارا می باشند. (Salini v. Morocco 6 ICSID Reports, 2000)

ممکن است در برخی معاهدات، شروطی مبتنی بر تضمین انجام کلیه تعهدات در قبال سرمایه گذار خارجی وجود داشته باشد. به طور مثال در ماده (۱) ۱۰ معاهده سرمایه گذاری انرژی آمده است:

«هر یک از طرفین قرارداد باید کلیه تعهدات خود را که در قبال طرف دیگر قرارداد به عهده گرفته است، انجام دهد.»

شروطی از این قبیل موسوم به «شروط حمایتی یا شروط چتری» (Umbrella Clause) می باشند، زیرا تعهدات قراردادی را تحت حمایت و چتر معاهده منعقد بین دو دولت یا چند دولت قرار می دهد. در مورد شمول این قبیل شروط بر قراردادهای سرمایه گذاری و دیگر تعهدات دولت میزبان اتفاق نظر وجود دارد. یعنی با استناد به اینگونه شروط، دعاوی مرتبط با

قرارداد را نیز می توان در دادگاه صالح به رسیدگی به دعاوی ناشی از معاهده مطرح کرد. (I.F.I. Shihata, 1995:601) لیکن تاکنون دعوی به استناد اینگونه شروط در عرصه بین الملل مطرح نشده است تا نحوه استدلال و استنتاج مراجع حل اختلاف بین المللی را بررسی نمود.

تشخیص اینکه ادعای مطرح شده نقض قرارداد است یا تعهدات مندرج در معاهده، بسیار پیچیده است و آثار متفاوتی در پی خواهد داشت، زیرا در حالت نخست مشمول قانون دولت میزبان و در شکل دوم تحت قواعد حقوق بین الملل خواهد بود. نوع دعوی هم که به مرجع حل اختلاف ارجاع می گردد الزاماً بیانگر قانون حاکم بر اختلاف نیست. ممکن است در دعوی که صرفاً مبتنی بر حقوق بین الملل است موضوعاتی از حقوق داخلی نیز در آن مطرح شود. به طور مثال در دعوی اکسیدنتال علیه اکواداد ادعای خواهان صرفاً مبتنی بر تعهدات مندرج در یک معاهده بود و این در حالی است که دادگاه رسیدگی کننده قبل از اعلام نظر در خصوص اینکه آیا تعهدات و مقرراتی از معاهده نقض گردیده یا خیر ، به تحلیل های بسیار عمیقی در خصوص حقوق مالیاتی جمهوری اکوادور و تفسیر قرارداد سرمایه گذاری پرداخت.

۶- قانون قابل اعمال در ماهیت اختلاف

یکی از مهمترین مسائلی که در خصوص ارتباط حقوق بین الملل عمومی و اختلافات ناشی از سرمایه گذاری مطرح گردیده ، مساله تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوا است. انتخاب قانون حاکم می تواند به طرق مختلفی صورت گیرد. قانون حاکم بر اختلاف می تواند با توافق طرفین دعوا یعنی دولت میزبان و سرمایه گذار خارجی تعیین شود. برخی معاهدات و اسناد بین المللی مربوط به اختلافات بین سرمایه گذار و دولت میزبان، امکان و اعتبار توافق طرفین قرارداد در خصوص قانون حاکم را پذیرفته اند. (Article 42 ICSID Convention; Article 54 of the ICSID Additional Facility Rules. See also Article 33 of the UNCITRAL Arbitration Rules) بعضی معاهدات دو یا چند جانبه نیز با اینکه خود مکانیزم تعیین قانون حاکم را مشخص کرده اند ، اعمال آن را منوط به عدم توافق طرفین قرارداد سرمایه گذاری کرده اند. به طور مثال در کنوانسیون ایکسید ابتداً به هرگونه توافقی که ممکن است بین طرفین در خصوص انتخاب قانون حاکم حاصل شود استناد شده و سپس اشعار می دارد در صورت عدم وجود چنین توافقی حقوق کشور میزبان و حقوق بین الملل در خصوص اختلاف مطروحه اعمال می شود.

بر عکس در برخی از معاهدات ، مقررات انتخاب قانون حاکم ، مبنای یک توافق بین طرفین در خصوص انتخاب قانون حاکم را تشکیل می دهد. در اینگونه معاهدات مانند نفتا یا معاهده سرمایه گذاری انرژی که شرط داوری جهت حل اختلاف به صورت ایجاب از سوی دولت میزبان وجود دارد، سرمایه گذار با قبول ایجاب داوری ، مقررات و ضوابط معاهده در خصوص انتخاب قانون حاکم را نیز پذیرفته است. به بیان دیگر صرف قبول شرط داوری یا صلاحیت مرجع حل اختلاف مندرج در معاهده، به منزله پذیرش ضوابط مندرج در معاهدات در خصوص انتخاب

قانون حاکم می‌باشد. (P.Peters, 1991:147/8) در اینصورت مقررات و ضوابط معاهده در خصوص انتخاب قانون حاکم به مثابه پذیرش شرط داوری یا به طور کلی شرط صلاحیت مرجع حل اختلاف از ناحیه سرمایه‌گذار است.

در حقوق بین‌الملل چارچوب و اصول قابل ملاحظه‌ای در زمینه حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی وجود دارد. این اصول منبعث از حقوق معاهدات - غالباً معاهدات دوجانبه و بعضاً معاهدات چند جانبه مانند نفتا و معاهده سرمایه‌گذاری انرژی - می‌باشد. همچنین عرف بین‌المللی مناسبی در حقوق بین‌الملل در این زمینه وجود دارد. این حقوق بین‌الملل عرفی جنبه‌های مختلفی مانند مسئولیت دولتها، بی‌عدالتی، تابعیت افراد و شرکتها و همچنین مصادره اموال را در بر می‌گیرد.

از طرف دیگر سرمایه‌گذاران موضوع حقوق داخلی کشور میزبان نیز هست. در هر پرونده و دعوی مطروحه ارتباط جنبه‌هایی از نظام حقوقی کشور میزبان مانند حقوق تجارت، حقوق مالیات، حقوق اداری، قوانین و مقررات گمرکی، حقوق اراضی و املاک و موارد دیگر با موضوع اختلاف به وضوح دیده می‌شود.

در قواعد و مقررات ناظر به قانون حاکم بر اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری به قدری تفاوت و گستردگی وجود دارد که امیدی به یکنواخت‌سازی و متحدالشکل ساختن آنها در عرصه بین‌الملل وجود ندارد. برخی معاهدات و توافقنامه‌ها، در مواد ناظر به تعیین قانون حاکم بر اختلافات سرمایه‌گذاری صرفاً به حقوق بین‌الملل اشاره کرده‌اند. به طور مثال در بخش ب فصل ۱۱ نفتا در خصوص حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاران خارجی و دولتها صرفاً به قوانین و مقررات بین‌المللی از جمله مفاد معاهده نفتا اشاره شده است. ماده ۱۱۳۱ نفتا اشعار می‌دارد:

" مرجع رسیدگی مطابق مفاد این بخش، رای خود در خصوص دعوی مطروحه را باید مطابق قوانین و مقررات جاری حقوق بین‌الملل و مفاد این توافقنامه صادر نمایند. "

همینطور در معاهده سرمایه‌گذاری انرژی نیز مقررات مشابهی به چشم می‌خورد. در ماده ۲۶ معاهده مذکور آمده است:

" مرجع رسیدگی مطابق پاراگراف ۴، در خصوص اختلافات و دعاوی ارجاع شده، باید مطابق مفاد این معاهده و قوانین و اصول حقوق بین‌الملل اتخاذ تصمیم نماید. "

این ضابطه در تعدادی از معاهده‌های دوجانبه یا توافقنامه‌های سرمایه‌گذاری نیز به چشم می‌خورد. (E.Gaillard/Y.Banifatemi, 2003)

برخی از توافقنامه‌های سرمایه‌گذاری نیز اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری را صرفاً به قوانین داخلی یک دولت ارجاع داده‌اند. (Attorney-General v. Mobil Oil NZ Ltd.,) (New Zealand, High Court, 1 July 1987, 4 ICSID Reports) جز در متن برخی از قراردادهای وام، انتخاب قوانین کشور متبوع سرمایه‌گذار یا کشور ثالث به ندرت صورت می‌گیرد. (SPP v. Egypt, Award, 20 May 1992, 3 ICSID Reports) و در اکثر

موارد قانون حاکم شامل مقررات حقوق بین الملل و همچنین حقوق داخلی کشور میزبان تعیین می شود.⁴ این انتخاب ترکیبی حقوق داخلی و حقوق بین الملل در عمل نیز کارایی بیشتری دارد. سرمایه گذاری غالباً با مجموعه عملیات مختلفی که موضوع قراردادهای متعدد و متنوعی می باشند، همراه است. بسیاری از این قراردادها و عملیات در داخل کشور میزبان منعقد و اجرا می شوند، لذا اینگونه قراردادها ارتباط تنگاتنگی با نظام قانونی کشور میزبان دارند. در عین حال اعمال حقوق بین الملل نیز اطمینان خاطر بیشتری را برای سرمایه گذار از حیث رعایت حداقل استانداردها، هنجارها و مقررات بین المللی فراهم می نماید. (Z. Douglas, 2003:151/194 مشهورترین مثالی که در زمینه انتخاب ترکیبی قانون حاکم وجود دارد، ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید می باشد که اشعار می دارد در غیاب توافق طرفین در خصوص انتخاب قانون حاکم، دادگاه باید حقوق داخلی کشور میزبان و قواعد و مقررات حقوق بین الملل را لحاظ نماید:

"..... در صورت فقدان توافق طرفین، دادگاه رسیدگی کننده باید قوانین داخلی کشور طرف قرارداد (با ملاحظه قوانین و مقررات ناظر به تعارض قوانین) و همچنین قوانین و مقررات حقوق بین الملل را که ممکن است در خصوص مورد جاری باشند، اعمال نماید."

برخی محاکم، راهکار پیش بینی شده در کنوانسیون ایکسید را که بارها آزموده شده و مورد استفاده قرار گرفته است، رعایت می کنند. (SOABIv. Senegal, Award, 25 February 1988, 2 ICSID Reports)

اولییتی که جمله دوم ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید در برابر قوانین و مقررات داخلی به قواعد حقوق بین الملل می بخشد، نشأت گرفته از دکتترین تکمیلی یا اصلاحی بودن حقوق بین الملل است.

(supplemental and corrective function of international law vis-a-vis domestic law)

سابقه این دکتترین به اظهارات دکتر بروکس در جلسات تهیه پیش نویس کنوانسیون ایکسید بر می گردد. دکتر بروکس اظهار داشت که حقوق بین الملل نقش تکمیلی یا اصلاحی در موارد ضعف یا سکوت قوانین داخلی و همچنین در موارد تعارض قوانین داخلی با قوانین و مقررات بین المللی دارند. (A. Broches, 1972:331/392) بسیاری از دیوان های داوری از آن زمان تئوری اصلاحی و تکمیلی بودن کاربرد حقوق بین الملل را اعمال کرده اند. در پرونده آمکو علیه اندونزی (Amco v. Indonesia) این دکتترین در رای صادره هیات تجدید نظر، با عبارات زیر بیان گردید:

"ماده ۴۲ کنوانسیون به هیات های داوری ایکسید صرفاً اجازه می دهد تا قوانین و مقررات حقوق بین الملل را تنها در صورت نقص یا سکوت قوانین داخلی اعمال نمایند و در صورت تعارض قوانین داخلی و حقوق بین الملل، اولویت حقوق بین الملل را لحاظ نمایند."

شایان ذکر است دیوان های داوری رویه هایی مختلفی را در این خصوص پیش گرفته اند . یک رویه این است که دادگاه ضمن اعمال تئوری تکمیلی و اصلاحی بودن حقوق بین الملل ، نقشی بیشتر از کمکی بودن یا تبعی بودن برای حقوق بین الملل قائل می شود. در این خصوص می توان به رای دیوان تجدید نظر پرونده امکو علیه اندونزی اشاره کرد. دیوان اعلام کرد:

" ماده ۴۲ کنوانسیون ایکساید، در تعیین قانون حاکم به حقوق دولت میزبان و حقوق بین الملل اشاره کرده است . در صورت نبود قوانین مرتبط در خصوص موضوعی خاص در کشور میزبان، باید قواعد مربوطه را در حقوق بین الملل جستجو کرد. در صورت وجود قوانین مرتبط در کشور میزبان نیز باید بررسی کرد تا قوانین مزبور مخالف حقوق بین الملل نباشند و در صورت وجود تعارض حقوق بین الملل حاکم خواهد بود . این قواعد حقوق بین المللی به طور کامل لازم الرعایه می باشند و به نظر می رسد محدود کردن نقش آنها به تکمیلی و اصلاحی فاقد مبنا است ." (Ibid)

در پرونده سی دی اس ای علیه کشور کاستاریکا (CDSEv. Costa Rica, Award,) (17 February 2000, 5 ICSID Reports دادگاه ضمن اتصاف حقوق بین الملل به وصف کنترلی و نهائی بودن اعلام می دارد:

" ... در صورت وجود تعارض بین حقوق بین الملل و حقوق داخلی ، قواعد و مقررات حقوق بین الملل باید حاکم باشد . زمانیکه در خصوص تملک و مصادره اموال این امر رعایت نمی شود، حمایت حقوق بین الملل از سرمایه گذار خارجی نادیده گرفته شده و بدین ترتیب اهداف کنوانسیون ایکساید مخدوش و بی اثر می شوند. "

در پرونده ونا هتلز علیه دولت مصر (Wena Hotels v. Egypt, Decision on Annulment) (5 February 2002, 6 ICSID Reports نیز دادگاه رسیدگی کننده با بیان استدلال مشابه ، اعمال قوانین و مقررات جاری حقوق بین الملل را در صورت وجود تعارض در خصوص مساله مطروحه، تجویز می کند. (Ibid)

بیشتر نظریه پردازان حقوقی نیز اذعان دارند که کارکرد حقوق بین الملل، از بین بردن کلیه نقائص موجود در حقوق داخلی و ممانعت از نقض قواعد و مقررات بین المللی در خلال اجرای قوانین داخلی می باشد . (G.R.Delaume,1990:68;P.Feuerle,1977:89) در این بین برخی نویسندگان تاکید بیشتری بر حقوق داخلی دارند (W.M.Reisman,2000) ، و دسته دیگری از آنها بیشتر بر اهمیت حقوق بین الملل تاکید داشته و قوانین داخلی را در موارد ناسازگاری و تعارض با حقوق بین الملل بلا اثر می دانند (P.Weil,2000:409). برخی حتی معتقدند که دکتین تکمیلی و اصلاحی بودن حقوق بین الملل را باید کنار گذاشت و حقوق بین الملل باید بدون بررسی ابتدائی در قوانین داخلی ، مستقیماً توسط مرجع رسیدگی مورد استناد و استفاده قرار گیرد و در مواردی که قوانین داخلی و حقوق بین الملل هر دو جاری هستند و دارای تعارض می باشند، باید انتخاب قانون اصلح در هر پرونده به عهده مرجع رسیدگی گذاشته شود. (E.Gaillard/Y.Banifatemi, 2003:400).

گاهی اوقات در معاهدات دوجانبه در خصوص قانون حاکم ، ترکیب حقوق داخلی و حقوق بین الملل به کار می رود. تعیین قانون حاکم در اینگونه معاهدات غالباً به شرح ذیل می باشد:

الف: قانون داخلی

ب: مقررات معاهده به همراه دیگر معاهدات

ج: قراردادهای مرتبط با سرمایه گذاری

د: حقوق بین الملل عمومی

برای مثال در معاهده دو جانبه آرژانتین و هلند آمده است :

" هیات داوری که مطابق با ماده ۵ این معاهده ایجاد می شود باید در خصوص موضوع بر اساس حقوق کشور طرف قرارداد(با در نظر گرفتن قواعد تعارض قوانین) ، مقررات و ضوابط این معاهده، شرایط و مفاد مندرج در توافقنامه های خاصی که در زمینه سرمایه گذاری منعقد گردیده اند و قواعد و مقررات حقوق بین الملل حسب اقتضا اتخاذ تصمیم نماید. " (Argentina/Netherlands BIT, 20 October 1992) در معاهداتی که به شرح فوق تدوین شده اند ، معمولاً از قوانین موجود در هر دو دسته حقوق داخلی و حقوق بین الملل استفاده می کنند. (CME v. Czech Republic, 13 September 2001) نکته مهم این است که در این نوع معاهدات دکترینی شبیه به دکترین اصلاحی و تکمیلی توسعه نیافته و در اینگونه موارد ملاک تعیین قانون حاکم نظری خواهد بود. به عبارت دیگر سازوکار مورد استفاده برای انتخاب قانون حاکم در اینگونه موارد پیچیده تر از روش قبلی بوده و دادگاه برای هر مساله حقوقی اختلافی، به صورت مجزا باید قانون حاکم که قانون مناسب تر است را انتخاب نماید.

در پرونده فداکس علیه ونزوئلا، (Fedax v. Venezuela, Award, 9 March 1998, 5 ICSID Reports) دیوان معاهده هلند - ونزوئلا را اعمال کرد. در معاهده مزبور قانون حاکم قانون داخلی دولت میزبان و حقوق بین الملل تعیین شده بود. (Netherlands/Venezuela BIT, Article 9(5)) دیوان در خصوص موضوع دعوا که عدم پرداخت وجه اوراق قرضه بود اینگونه استدلال کرد:

" خرید اوراق قرضه مطابق کنوانسیون ایکسید و معاهده دوجانبه، سرمایه گذاری محسوب می شود. تعهدات ناشی از اوراق مذکور مستقیماً منبث از تعهدات معاهده می باشد. از طرف دیگر اوراق قرضه های مزبور موضوع قوانین تجارت و حقوق مطالبات دولتی ونزوئلا می باشد. "

در پرونده مافزینی علیه اسپانیا (Maffezini v. Spain, Award, 13 November 2000 5 ICSID Reports) نیز در معاهده فی مابین آرژانتین و اسپانیا ، قانون حاکم، قانون داخلی دولت میزبان و حقوق بین الملل تعیین شده بود.^۵ موضوع اختلافی ساخت یک کارخانه تولید موادشیمیایی بود. دادگاه رسیدگی کننده بدون ورود به بحث ابتدائی قانون حاکم بر اختلاف ، در برخی مسائل مطروحه در پرونده حقوق بین الملل و در خصوص برخی مسائل دیگر قانون

داخلی کشور میزبان را به عنوان قانون حاکم تعیین کرد. به عنوان مثال دادگاه در مورد مسئولیت اسپانیا از حیث اقدامات دولت به معنای اخص آن، به منظور تبیین صحت انتساب اقدامات به دولت، به حقوق بین‌الملل و مفاد معاهده منعقد بین دو کشور استناد کرده و در خصوص ارزیابی تأثیرات محیطی، دیوان به قانون اسپانیا، دستورالعمل اتحادیه اروپا و مفاد معاهده بین دو کشور استناد کرده است.

همچنین درباره رفع این اشکال که آیاتوافقنامه صحیحاً بین دولت و سرمایه‌گذار منعقد گردیده یا خیر، به قانون مدنی اسپانیا و قانون تجارت این کشور استناد کرده است و در خصوص محدودیتهای ناشی از قوانین اسپانیا، دادگاه ادعای مطروحه را خارج از موارد برشمرده در کنوانسیون ایکسید دانسته و خود را صالح به رسیدگی ندانسته است. در معاهده ای که فی مابین دولت بلژیک و دولت بروئی (Belgium/Burundi BIT, Article 8(5): The arbitral body decides on the basis of: the domestic law of Antoine Goetz v.) در پرونده آنتوان گوئتز علیه بروئی (Burundi, Award, 10 February 1999, 6 ICSID Reports)، با موضوع ابطال رژیم حاکم بر یک منطقه آزاد تجاری، مرجع رسیدگی کننده با احتساب معاهده به عنوان بخشی از مقررات جاری در حقوق بین‌الملل؛ قوانین بر شمرده در معاهده به عنوان قوانین حاکم را به دو گروه قوانین داخلی بروئی و حقوق بین‌الملل دسته بندی کرد. سپس دیوان مذکور استدلالی به شرح ذیل ارائه کرد:

" با عنایت به بند اول ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید، و نقش تکمیلی حقوق بین‌الملل، قواعد و مقررات حقوق بین‌الملل مقدم می‌باشند. در اینکه دیوان باید قوانین بروئی را اعمال کند، تردیدی وجود ندارد و این مطلب در مقررات مربوطه در معاهده منعقد بین دو کشور آمده است. در خصوص حقوق بین‌الملل نیز اعمال آن برای طرفین الزامی است. زیرا از یک سو حسب مستندات ارائه شده توسط خواهان، به نظر می‌رسد قوانین داخلی بروئی حقوق بین‌الملل را مستقیماً لازم‌الرعایه می‌داند و از طرفی دولت بروئی به موجب حقوق بین‌الملل ملزم به رعایت تعهدات پیش‌بینی شده در معاهده از حیث حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشد. " (Ibid.Paras.97/98)

سپس دیوان عنوان می‌کند که اعمال حقوق بین‌الملل و حقوق داخلی می‌تواند نتایج کاملاً مختلفی را داشته باشد. در چنین وضعیتی براساس مفاد معاهده دوجانبه، سرمایه‌گذاران این حق را خواهند داشت تا قانونی که مطلوبیت بیشتری برای آنها دارد، اعمال شود.⁶ دادگاه در ادامه استدلال خود، دو تحلیل مختلف در خصوص موضوع اختلاف را ارائه می‌دهد. در تحلیل اول از منظر قوانین داخلی بروئی مساله را بررسی می‌نماید. نتیجه این تحلیل این بود که مطابق قوانین بروئی اقدام صورت گرفته توسط دولت غیر قانونی نبوده و متعاقباً هیچگونه مسئولیتی متوجه دولت نیست. بار دوم مساله را از منظر حقوق بین‌الملل و با توجه به مقررات معاهده بررسی می‌

نماید. نتیجه این بررسی این بود که مشروعیت اقدام صورت گرفته توسط دولت برونی به پرداخت کافی و مناسب به طرف دیگر برای جلوگیری از ورود ضرر و جبران خسارت طرف دیگر بستگی داشته که تا زمان صدور رای پرداخت نشده است.

روش مورد استفاده توسط مرجع مذکور تداعی کننده راهکار توسعه یافته توسط مراجع رسیدگی کننده در راستای اعمال ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید می باشد. مطابق روش مزبور، در صورتیکه در خصوص موضوعی قوانین داخلی و حقوق بین الملل هر دو باید رعایت شوند، حقوق بین الملل نقش اصلاحی در کنار اعمال قوانین داخلی خواهد داشت. ممکن است مهمترین عامل در اعمال نقش اصلاحی حقوق بین الملل در پرونده مزبور، مقررات معاهده مبنی بر ملزم ساختن دیوان به انتخاب قانون مناسب تر اعم از ملی و بین المللی بوده باشد. انعطاف پذیری روش مورد استفاده توسط دیوان مافزینی در مقام مقایسه با دکترین مورد استفاده در اکثر مراجع رسیدگی که با استناد به ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید صورت می گیرد، منطقی تر و کارآمدتر است.

دکترین تکمیلی و اصلاحی بودن حقوق بین الملل، یک راهکار ثابت برای ارتباط حقوق داخلی و حقوق بین الملل تجویز کرده است و صرفاً دو نقش مشخص را برای حقوق بین الملل در ارتباط با حقوق داخلی قائل است: نقش تکمیلی در صورت وجود نقص یا خلاء قانونی و نقش اصلاحی در خصوص وجود تعارض و ناهمخوانی بین دو نظام حقوقی داخلی و بین المللی. برعکس، در پرونده مافزینی، حقوق داخلی کشور میزبان در مواردی که اعتبار قرارداد مطرح باشد مورد استفاده قرار می گیرد. در موارد مقتضی نیز از جمله مسائل مرتبط با تفسیر مفاد معاهده و همچنین مسئولیت دولت، قوانین و مقررات بین المللی اعمال می شود. هیات داوری پرونده ویوندی این وضعیت را اینگونه بیان کرده است:

".. ادعای مربوط به نقض قرارداد و ادعای مربوط به نقض معاهده با یکدیگر تفاوت دارند. هریک از ادعاهای مزبور باید تحت لوای قانون مناسب و حاکم بر آن مورد ارزیابی و قضاوت قرار گیرد. در خصوص ادعاهای مرتبط با معاهده، حقوق بین الملل و در خصوص ادعای مربوط به قرارداد، حقوق کشور میزبان اعمال می شود."⁷

در این روش، شناسایی موضوعات اختلافی و تعیین قانون حاکم بر آن به عهده محکمه رسیدگی کننده نهاده شده است. حال سؤالی که در این بین مطرح می گردد این است که آیا واقعاً اختیار مرجع رسیدگی در انتخاب قانون، نهایی و قطعیت یافته تلقی می شود؟ آیا دیوان نباید مسایلی را که می بایست به موجب حقوق بین المللی بررسی و حل و فصل شوند و مسائلی که می بایست به موجب حقوق داخلی بررسی و حل و فصل شوند را شناسایی و متمایز نماید؟ در برخی موارد انجام این وظیفه آسان است. درباره مسائلی که در خصوص قرارداد یا سازمانها و ارگانهای دولت میزبان مطرح می گردند به قوانین داخلی کشور میزبان استناد می شود و درباره مسائلی که در خصوص عرف و هنجارهای بین المللی یا معاهدات مطرح می شود به حقوق بین الملل استناد می شود. به عنوان مثال در صورتیکه سرمایه گذار ادعائی را در خصوص نقض و متعاقب آن

فسخ قرارداد که منجر به نادیده گرفتن و نقض اصول انصاف و قوانین مربوط به مصادره غیر مستقیم مصرحه در معاهده شده است مطرح می‌کند، هر دو سیستم قانونی (حقوق داخلی و حقوقی بین‌المللی) مرتبط با مساله خواهند بود. حقوق داخلی مشخص می‌نماید که آیا قرارداد معتبر بوده و آیا نقضی صورت گرفته است و اینکه آیا قرارداد فسخ گردیده و فسخ قرارداد غیر قانونی بوده است یا خیر؟ حقوق بین‌الملل نیز مشخص می‌نماید که آیا اقدام زیانبار منتسب به دولت محسوب می‌گردد و اینکه آیا اقدام صورت گرفته غیر منصفانه و ناعادلانه بوده و یک نوع مصادره غیر مستقیم اموال صورت گرفته یا خیر؟

اما در برخی شرایط با این روش نمی‌توان کلیه مسائل مربوط به احراز قانون حاکم را انجام داد. گاهی مسائلی پیش می‌آید که وضعیت یکسانی در هر دو نظام حقوق داخلی و حقوق بین‌المللی دارد و مساله با هر دو نظام حقوقی پاسخ داده می‌شود. محاسبه سود می‌تواند مثال خوبی از این دست باشد. در پرونده ونا هتلز علیه مصر (Wena Hotels v. Egypt) مرجع رسیدگی کننده بر اساس حقوق بین‌الملل، نرخ سود ۹٪ را که به صورت فصلی محاسبه می‌شود تعیین کرد. مصر اعتراض کرد که این نرخ مخالف حقوق مصر است و مطابق ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید، قانون مصر باید حاکم بر مساله شناخته شود. مرجع تجدید نظر اعلام کرد که نرخ تعیین شده توسط دیوان بر اساس اعمال مقررات معاهده که مبنی بر جبران خسارت کامل است، صورت گرفته است؛ اما هیچگونه استدلالی در خصوص اینکه چرا مقررات معاهده مرجع و حاکم بر مساله شناخته شده ارائه نکرد و صرفاً اعلام کرد که مقررات معاهده به عنوان بخشی از قوانین مصر پذیرفته شده است. این درحالی است که هیچگونه ضوابطی در معاهده که تضمین کننده اعمال قانون مناسب تر و مطلوب تر برای سرمایه‌گذار باشد وجود نداشت. آیا میتوان گفت که در این مورد نقش اصلاحی حقوق بین‌الملل اعمال شده است؟ صرفاً با استناد به اینکه در حقوق مصر برای تعیین نرخ سود و خسارات مترتبه حد و محدودیت وجود دارد نمی‌توان صراحتاً ادعا کرد که حقوق مصر در تضاد با قواعد و اصول کلی حقوق بین‌الملل است و لذا در مقام رفع تعارض مطابق با ماده ۴۲ کنوانسیون ایکسید، حقوق بین‌الملل را حاکم بر مساله نمود. اما از طرف دیگر شاید بتوان اینگونه استدلال کرد، که شرط جبران خسارت کامل در معاهده در تعارض با شرط تحدید خسارت در حقوق مصر است و از این منظر حقوق بین‌الملل حاکم شناخته شده است.

۷- نتیجه‌گیری

در نتیجه می‌توان گفت که در حل اختلاف مسائل مربوط به سرمایه‌گذاری، هرگاه ترکیب دو قانون داخلی و بین‌المللی به عنوان قانون حاکم بر اختلاف تعیین شده است، مرجع رسیدگی کننده ابتدا باید تعیین نماید که کدام یک از مسائل مطروحه در اختلاف حاصله موضوع حقوق داخلی و کدام یک از آنها موضوع حقوق بین‌الملل بوده و باید با اعمال قواعد مربوطه پاسخ داده شوند. اما در موارد نادری که هر دو نظام یعنی حقوق داخلی و حقوقی بین‌المللی پاسخهایی برای مساله دارند که در تعارض با یکدیگر می‌باشند، در این صورت این اختیار باید برای مرجع

رسیدگی وجود داشته باشد که یکی از قوانین مزبور را حاکم بر مساله بدانند. مرجع مذکور معمولاً حقوق بین الملل را با توجه به نقش اصلاحی آن انتخاب می کند.

صلاحیت مرجع رسیدگی در تعیین قانون حاکم نیز یکی از مسائل بحث برانگیز و جنجالی می باشد. در صورتیکه دامنه وسیعی از قوانین مانند قوانین داخلی، حقوق بین الملل، مقررات معاهدات، قراردادهای متعارف سرمایه گذاری و غیره برای انتخاب قانون حاکم وجود داشته باشد و دیوان نیز در انتخاب قانون حاکم آزاد باشد، آیا دیوان می تواند آزادانه از لیست قوانین مندرج در توافقنامه یا معاهده یکی را انتخاب کند، و قوانین دیگر را نادیده بگیرد؟ برای مثال آیا دادگاه با استفاده از اختیار خود می تواند صرفاً قوانین بین المللی را اعمال نماید و قوانین داخلی را نادیده بگیرد؟ آیا عکس این مطلب می تواند صحیح باشد؟ در صورتیکه جواب مثبت باشد یکی از آثار منطقی آن این است که دادگاه می تواند یک معاهده معتبر و جاری را کنار بگذارد که نتیجه ای غیر قابل قبول است. این مسئله نیز به تاثیر متقابل حقوق داخلی و بین المللی برمی گردد. همانطور که گفته شد، انتخاب صرف قوانین داخلی یک کشور امری نادر است اما ناممکن نیست. در اینگونه موارد حقوق و مقررات بین المللی به عنوان بخشی از حقوق داخلی اعمال می گردند. لحاظ کردن یک قانون داخلی مشخص با وجود ضعف ها و عدم قطعتهای موجود در آن در تعامل با حقوق بین الملل اقدام پسندیده ای برای یک محکمه بین المللی به حساب نمی آید. برای مثال برای یک دادگاه بین المللی بسیار سخت است که اصول و مقررات بین المللی را که یک دولت در حقوق داخلی به آن عمل نکرده و منجر به قصور در انجام تعهدات ناشی از حقوق بین الملل شده را کنار بگذارد و نادیده بگیرد.

کنارگذاشتن حقوق بین الملل از طریق انتخاب حقوق داخلی مشخص یک کشور، می تواند این نتیجه را در پی داشته باشد که سرمایه گذار خارجی با قبول حقوق داخلی یک کشور حق برخورداری از حداقل هنجارها و استانداردهای حقوق بین الملل را از خود سلب کند. استانداردهای بین المللی در خصوص حمایت از سرمایه گذار خارجی حتی در فرض انتخاب حقوق داخلی یک کشور مفروض و اجتناب ناپذیر هستند. قواعد و قوانین الزامی حقوق بین الملل که حداقل حمایت لازم از اتباع خارجی را فراهم می سازند در صورت انتخاب هر قانونی در خصوص یک مساله، جاری خواهند بود. این اصول و قوانین تشکیل دهنده چارچوب نظم عمومی می باشند که در فضای آن اینگونه قراردادها به مرحله اجرا در می آیند. ماهیت الزامی بودن آنها، امکان تراضی بر خلاف آنها را ناممکن می سازد.

از طرف دیگر انتخاب حقوق بین الملل به عنوان قانون حاکم، به معنای نادیده گرفتن کلیت حقوق داخلی نخواهد بود. حمایت از اموال به موجب معاهده سرمایه گذاری یا حقوق بین الملل عمومی موکول به وجود و حدود حق مالکیت شناسایی شده توسط قوانین داخلی کشورها می باشد. برای مثال در صورتیکه سرمایه گذاری ادعا کند که حقوق ناشی از قرارداد متعلق به او مصادره گردیده و یا موضوع رفتاری قرار گرفته که مغایر انصاف و استانداردهای عدالت موضوع

معاهدات می‌باشد، حقوق داخلی نیز در این مساله دخیل خواهد بود. لازم است که انعقاد قرارداد و حقوق نشأت گرفته از آن مطابق مقررات جاری حقوق داخلی ارزیابی و شناسایی گردد. تنها پس از تبیین این مسائل ابتدائی است که تشخیص اینکه آیا نقض عرف یا هنجار بین‌المللی صورت گرفته یا خیر امکان پذیر خواهد بود.

یادداشت‌ها:

۱- برای مثال مراجعه شود به: *Holiday Inns v. Morocco, Lalive, The First 'Wodd Bank' Arbitration*, 51 British Year Book of International Law 128 (1980); *Adriano Gardella v. Ivory Coast*, 1 ICSID Reports 287; *Kaiser Bauxite v. Jamaica*, 1 ICSID Reports 301, 303/4; *AGIP v. Congo*, 1 ICSID Reports 313; *Benvenuti & Bonfant v. Congo*, 1 ICSID Reports 340/1; *Amco v. Indonesia*, 1 ICSID Reports 392; *Klockner v. Cameroon*, 2 ICSID Reports 10, 13; *SOABlv. Senegal*, 2 ICSID Reports 179,204,272; *LETCO v. Liberia*, 2 ICSID Reports 347,350/1; *Atlantic Triton v. Guinea*, 3 ICSID Reports 17; *Vaccum Salt v. Ghana*, 4 ICSID Reports 329; *Mobil Oil v. New Zealand*, 4 ICSID Reports 147, 158.

۲- برای نمونه مراجعه شود به :

Article 9(1) of the Netherlands-Venezuela BIT.

۳- برای مطالب بیشتر و مثال :

Article 8(1) of the Argentina-France BIT; Article 9(1) of the Italy-Jordan BIT; Article 8(1) of the Egypt-United Kingdom BIT.

۴- برای دیدن نمونه ارا مراجعه شود به

Texaco v. Libya, Award, 19 January 1977, 53 ILR 389,404; *LIAMCO v. Libya*, Award, 12 April 1977, 62 ILR 140,172; *British Petroleum v. Libya*, 10 October 1973, 53 ILR 297; *AGIP v. Congo*, Award, 30 November 1979, 1 ICSID Reports 313; *Kaiser Bauxite v. Jamaica*, Decision on Jurisdiction, 6 July 1975, 1 ICSID Reports 301.

5- Argentina/Spain BIT, Article 10(5): The Arbitral Tribunal shall decide the dispute in accordance with the provisions of this Agreement, the terms of other Agreements concluded between the parties, the law of the Contracting Party in whose territory the investment was made, including its rules on conflict of laws, and general principles of interactional law.

6- At para. 99. Article 7(2) of the Belgium/Burundi BIT provides: When a question relating to an investment is governed both by the present treaty and by one or other of the provisions referred to in Paragraph 1, the investor can always assert the provisions which are more favorable to them.

7- Compania de Aguas del Aconquija, S. A. & Compagnie Generale des Eaux v. Argentine Republic (Vivendi), Decision on Annulment, 3 July 2002, 6 ICSID Reports.

منابع:

منابع فارسی:

۱. شهبازی‌نیا، مرتضی. (۱۳۸۶)، «حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی»، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.
۲. فیوضی، رضا. (۱۳۵۲)، مسئولیت بین‌المللی و نظریه حمایت سیاسی، مرکز مطالعات عالی بین‌المللی دانشگاه تهران.

منابع لاتین:

- 3- A. Broches, The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, 136 Recueil des Cours 331, 392 (1972-11).
- 4- A. R. Parra, Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment, 12 ICSID Review-FILJ 287, 332 (1997).
- 5- C. Schreuer, the ICSID Convention: A Commentary (2001).
- 6- C. Schreuer, The Interpretation of ICSID Arbitration Agreements, in: International Law: Theory and Practice, Essays in Honour of Eric Suy (1998).
- 7- E. Gaillard & Y. Banifatemi, The Meaning of "and" in Article 42(1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process, 18 ICSID Review 375, 377 (2003).
- 8- Edwin Inwogugu, International Law of Energy Basic Documents, 1985.
- 9- G. R. Delaume, Transnational Contracts, Applicable Law and Settlement of Disputes Ch. XV, 68 et seq. (1990).
- 10- I.F.I. Shihata, Applicable Law in International Arbitration: Specific Aspects in the Case of the Involvement of State Parties, in: The World Bank in a Changing World, 1995.
- 11- P. Feuerle, International Arbitration and Choice of Law under Article 42 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes, 4 Yale Studies in World Public Order 89, 118/119 (1977).

-
- 12- P.Peters, Dispute Settlement Arrangements in Investment Treaties, 22 Netherlands Yearbook of International Law 91, 147/8 (1991).
 - 13- P. Weil, The State, the Foreign Investor and International Law: The No Longer Stormy Relationship of a Menage A Trois, 15 ICSID Review - FIU 401 (2000).
 - 14- S-A-Riesenfeld, "Foreign Investment" in Encyclopedia of Public International Law. Vol. 8. Amsterdam: North Holland, 1985.
 - 15- Sir Robert Jennings/Sir Arthur Watts, Oppenheim's International Law, Ninth Ed., Vol. 1.
 - 16- S. M. Schwebel, On Whether the Breach by a State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law, in: International Law at the Time of its Codification, Essays in Honour of Roberto Ago, III, 1987.
 - 17- Z. Douglas, the Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration, 74 The British Year Book of International Law 151, 194 (2003).
 - 18- W. M. Reisman, The Regime for Lacunae in the ICSID Choice of Law Provision and the Question of its Threshold, 15 ICSID Review - FIU 362 (2000).
 - 19- Cases
 - 20- AAPL v. Sri Lanka, Award, 27 June 1990, 4 ICSID Reports.
 - 21- Amco v. Indonesia, Decision on Jurisdiction, 25 September 1983, 1 ICSID Reports.
 - 22- Antoine Goetz v. Burundi, Award, 10 February 1999, 6 ICSID Reports.
 - 23- Attorney-General v. Mobil Oil NZ Ltd., New Zealand, High Court, 1 July 1987, 4 ICSID Reports.
 - 24- CDSEv. Costa Rica, Award, 17 February 2000, 5 ICSID Reports.
 - 25- CME v. Czech Republic, 13 September 2001.
 - 26- CMS v. Argentina, Decision on Jurisdiction, 17 July 2003.
 - 27- Compania de Aguas del Aconquija, S. A. & Compagnie Generale des Eaux v. Argentine Republic (Vivendi), Decision on Annulment, 3 July 2002, 6 ICSID Reports.
 - 28- CSOB v. Slovakia, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, 5 ICSID Reports.
 - 29- Czech Republic v. CME Czech Republic B. V. , Svea Court of Appeals, Judgment of 15 May 2003, 42 ILM 919 (2003).
 - 30- Fedax v. Venezuela, Award, 9 March 1998, 5 ICSID Reports.

- 31- Maffezini v. Spain, Award, 13 November 2000,5 ICSID Reports.
- ۳۲- MINE v. Guinea, Decision on Annulment, 22 December 1989,4 ICSID Reports.
- ۳۳- Salini v. Morocco, 6 ICSID Reports,2000.
- ۳۴- SOABI v. Senegal, Award, 25 February 1988,2 ICSID Reports.
- ۳۵- SPP v. Egypt, Decision on Jurisdiction, 14 April 1988, 3 ICSID Reports.
- 36- SPP v. Egypt, Award, 20 May 1992,3 ICSID Reports.
- 37- Wena Hotels v. Egypt, Decision on Annulment, 5 February 2002, 6 ICSID Reports.