

## مقاله پژوهشی

# استاندارد منصفانه و عادلانه در قراردادهای سرمایه گذاری های فراملی

علی رستمی فر<sup>۱</sup>

استادیار گروه حقوق و روابط بین الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد قشم

رسول دنیا<sup>۲</sup>

کارشناسی ارشد حقوق خصوصی و قاضی دادگستری

### چکیده:

تثبیت قراردادهای سرمایه گذاری به دنبال حمایت از گروه های فراملی در برابر هرگونه تغییر یکجانبه شرایط قرارداد توسط کشور میزبان بوده، به همین مناسبت درج بندهای تثبیت در قرارداد آثاری را ایجاد می کند، هرچند شرط تثبیت ماهیت قراردادی ندارد اما آثار حقوقی خاص خود را تحمیل می کند. براساس گزاره مذکور در معاهدات چندجانبه، منطقه ای و دوجانبه که برای تشویق متقابل و حمایت از سرمایه گذاری های فراملی وضع می گردند، بندهای متعارف تثبیت به عنوان بندهای تحکیم مورد بازشناسی معنایی قرار می گیرند، در حقوق بین الملل عرفی صلاحیت قضایی دولت میزبان نفی می گرد زیرا اگر اختلافات قراردادی بین کشورهای میزبان و شرکت های خارجی تحت صلاحیت قضایی دولت میزبان قرار گیرد، قضات کشور میزبان تحت تأثیر دولت متبوع خویش و با استناد به منافع ملی از دولت متبوع خویش جانبداری می نمایند و از طرفی مکانیزم قانونگذاری در کشور میزبان این امکان بالقوه را به دولت میزبان می دهد تا در صورت لزوم، قانون ضروری داخلی قرارداد را دستخوش تغییر نمایند و این فرایند بی ثباتی قراردادهای سرمایه گذاری را به دنبال خواهد داشت. با توجه به موارد فوق این تحقیق به صورت تحلیلی توصیفی به دنبال پاسخ این پرسش است که آیا قواعد حقوق بین الملل عمومی اجازه می دهد استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه مصرحه در کنوانسیون های بین المللی به مدد سرمایه گذار آید و رفتار نامطلوب دولت میزبان نفتی را کنترل نماید، پاسخ به سؤال مطروحه در گرو تحلیل کاربرد استانداردهای مذکور در زمینه سرمایه گذاری بوده که با اتکای بر آنها چارچوب حقوقی اساسی بین المللی جدید مورد ارزیابی قرار گیرند، از اینرو بازشناسی مفاهیم مذکور و آثار حقوقی آنها بایستی براساس یک شاکله منطقی مورد بررسی قرار گیرد تا با تعمیم موارد یک دستاورد علمی و عملی ارائه گردد.

**واژگان کلیدی:** استاندارد منصفانه و عادلانه، سرمایه گذاری فراملی، حقوق بین الملل عرفی

<sup>۱</sup> - Arq119@yahoo.com

<sup>۲</sup> - Arf119@gmail.com

رویه ای و اقتصادی اعطاء کند می پردازد، اما از سوی دیگر، با یک تفسیر موسع و در مفهوم گسترده، رفتار منصفانه و عادلانه ایجاب می کند که دولت های میزبان به همه قوانین و قواعد متعارف و عرفی حقوق بین الملل قابل اجرا در زمینه سرمایه گذاری خارجی احترام بگذارد، (BENHAMIDA, 2004, 428-429) علیرغم توجیه استانداردهای منصفانه و عادلانه توسط بخشی از حقوقدانان به استناد ماده ۱۱۰۸ اما در سطح دادگاه های نفتا، ارتباط بین استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه و قوانین بین المللی همچنان یک موضوع مورد مناقشه می باشد، به همین دلیل تعهد طرفین قراردادهای سرمایه گذاری برای ارائه «رفتار منصفانه و عادلانه» به سرمایه گذاری های یکدیگر توسط مقامات دولتی، داوران و محققان با تفسیرهای مختلفی مواجه شده است، از اینرو در راستای حل اختلاف های نظری و قرائت های متفاوت کمیسیون تجارت آزاد که به موجب ماده ۲۰۰۱ نفتا تأسیس شده بود، در تاریخ ۳۱ ژوئیه ۲۰۰۱، معنای ماده ۱۱۰۵ را اینگونه تفسیر کرده است: «نیازی به استانداردهای اضافی یا فراتر از آنچه طبق حداقل استاندارد رفتار با بیگانگان بر اساس قوانین بین الملل عرفی لازم است، وجود ندارد.»، از طرفی در پیش نویس معاهدات سرمایه گذاری به صورت متفاوت عمل شده است، زیرا در برخی از معاهدات سرمایه گذاری همانند معاهدات منعقد شده بین فرانسه، کانادا به صراحت استاندارد رفتار مذکور را با ارجاع به حقوق بین الملل تعریف و تعیین می کنند، اما در برخی دیگر از معاهدات سرمایه گذاری مانند معاهدات منعقد شده بین هلند، سوئد، سوئیس و آلمان به حقوق بین الملل اشاره نشده است، به عنوان مثال، مدل آلمانی BIT بیان می کند: «هر طرف متعاقد... در هر صورت با چنین سرمایه گذاری هایی رفتار منصفانه و عادلانه خواهد داشت» و مدل سوئیسی BIT بیان می کند: «سرمایه گذاری و بازده سرمایه گذاران هر یک از طرف های متعاقد بایستی همیشه براساس رفتار منصفانه و عادلانه مورد توجه قرار گیرد.»، (UNCTAD, 1998) لذا الزام به ارائه رفتار منصفانه و

سرمایه گذار خارجی به دلیل عدم تعادل بین وضعیت حقوقی خود و کشور میزبان سرمایه گذاری، تمایل دارد ضمانت ها و حمایت های قانونی به وی اختصاص یابد تا برای سرمایه گذاری در کشور میزبان حضور یابد از اینرو تصمیم وی برای سرمایه گذاری به این حمایت بستگی دارد، از طرفی دولت ها با توجه به نقش موثر خود در بهبود فضای کسب و کار و جذب سرمایه خارجی، با اعطای رفتار منصفانه و عادلانه به سرمایه گذاری های خارجی، چه در چارچوب قوانین ملی خود و چه در چارچوب موافقت نامه های بین المللی دوجانبه یا چندجانبه، واکنش مثبت نشان می دهند تا به توسعه اقتصادی کشور خود تسریع بخشند، (نادیه، ۲۰۲۱، ۲۸۶) یکی از استانداردهای بین المللی حمایت از سرمایه گذاری فراملی اتخاذ رفتار منصفانه و عادلانه با سرمایه گذار خارجی می باشد،<sup>۳</sup> لذا ایجاد یک نظام یکپارچه بین المللی منصفانه و عادلانه در حوزه قراردادهای تجاری و سرمایه گذاری در نظام های جهانی و منطقه ای از اهمیت خاصی برخوردار بوده و منجر به تعادل عادلانه در زمینه قراردادهای تجاری بین المللی و یافتن راه حل هایی عادلانه می گردد، (الخضیر، ۲۰۱۴، ۲۷) مفهوم رفتار منصفانه و عادلانه به رژیم اشاره می کند که دولت میزبان طبق قوانین بین المللی و به طور معمول بایستی در قبال شرکت های خارجی و سرمایه گذاری های آنها اتخاذ کند، بخشی از دکتترین با استناد به تفسیر ماده ۱۱۰۵ معاهده نفتا اعتقاد دارند که این هنجار حداقل استاندارد رفتاری است که توسط حقوق بین الملل عرفی تعیین شده است، پرفسور ولید بن حمیدا ابراز می دارد، اگر تفسیر مضیق از معنای ماده ۱۱۰۵ مدنظر باشد «به دور از بدیهی بودن» و صرفاً با قرائت مضیق هم می توان استنباط کرد که ماده مذکور قاعده رفتار منصفانه و عادلانه را بیان می کند و به عبارت دیگر قاعده عرفی و حداقل استاندارد است که دولت میزبان باید به خارجی ها در زمینه حقوق شخصی،

استانداردهای رفتار منصفانه و عادلانه و حفاظت و امنیت کامل ماهیت مستقل و مطلق دارند زیرا شرایط خاصی برای اجرای آنها توسط دولت میزبان وجود ندارد، استانداردهای رفتار ملی و رفتار با کشورهای مورد علاقه مشروط یا نسبی هستند زیرا اعمال آنها به رفتار دولت میزبان در رابطه با سایر سرمایه گذاران بستگی دارد.

<sup>۳</sup> یکی از اساسی ترین مقرراتی که در این قراردادها وجود دارد، استانداردهای رفتاری بین المللی است که دولت های میزبان ملزم به رعایت آن در برخورد با سرمایه گذاری خارجی هستند، این استانداردها شامل رفتار منصفانه و عادلانه (FET)، حفاظت و امنیت کامل (FPS)، رفتار ملی (NT) و رفتار با کشورهای مورد علاقه (MFN) است.

## ۱- چالش های های فراروی استاندارد رفتار

### منصفانه و عادلانه

هرچند تلاش ها برای شفاف سازی محتوای هنجاری خود استاندارد، تا زمان فعلی نسبتاً اندک بوده است، اما این دیدگاه وجود دارد که ابراز می دارد، مبهم بودن عبارت عمدی بوده تا به داوران امکان بیان طیفی از اصول لازم برای دستیابی به هدف معاهده در اختلافات خاص را بدهد، اصل انصاف نیز استاندارد منصفانه و عادلانه را توجیه می کند، لذا بسیاری از معاهدات تعهدی کلی برای کشورهای متعاقد برای تضمین رفتار منصفانه و عادلانه برای سرمایه گذاری فراملی بدون ارائه تعریفی از این مفهوم تعیین می کنند، از طرفی اگر تعریف دقیقی از این مفهوم وجود داشت، شرکت های خارجی می توانستند روی تعریف دقیقی از مفهوم رفتار منصفانه و عادلانه حساب کنند، که به عنوان یک «تراز» عمل می کند تا میزان اعمال غیر منصفانه و ناعادلانه دولت را اندازه گیری کند و مکانیسم «غرامت و خسارت» را تعیین کند.

طبق مطالعه ای که دبیرخانه آنکتاد، در سطح سیاست های کلان مورد ارزیابی قرار داده است، رویکردی که رفتار منصفانه و عادلانه را با حداقل استاندارد بین المللی برابر می داند، از جنبه های خاصی مشکل ساز است، بنابر این تحقیق گفته شده است، دولت ها و سرمایه گذاران بر این باورند که استاندارد منصفانه و عادلانه کاملاً با حداقل استاندارد بین المللی قابل ادغام است اما دولت ها در معاهدات خود می توانند این موضوع را به وضوح در ابزارهای سرمایه گذاری خود مقرر نمایند، اما اکثر ابزارهای سرمایه گذاری ارتباط صریحی بین این دو استاندارد را ایجاد نمی کنند، بنابراین، نمی توان به راحتی استدلال کرد که اکثر دولت ها و سرمایه گذاران معتقدند رفتار منصفانه و عادلانه به طور ضمنی با حداقل استاندارد بین المللی یکسان باشد.) (UNCTAD, 199) لذا تلاش برای یکسان سازی این دو استاندارد، بی توجهی به مباحث اساسی حقوق بین الملل در مورد حداقل استاندارد بین المللی را فراهم می کند، زیرا حداقل استاندارد بین المللی از حمایت قوی کشورهای توسعه یافته برخوردار است، اما از طرف دیگر تعدادی از

عادلانه اغلب همراه با سایر استانداردها به عنوان بخشی از حمایت ناشی از سرمایه گذاری مستقیم خارجی توسط کشورهای میزبان بیان می شود، لذا استاندارد مذکور بایستی به عنوان استاندارد رفتاری مطلق و غیرمشروط لحاظ گردند، (نادیه، ۲۰۱۵، ۲). اگرچه برخی ارجاعات مربوط به این استاندارد را می توان در اولین تلاش های مذاکره ابزارهای تجاری و سرمایه گذاری چندجانبه یافت، اما این استاندارد عمدتاً از طریق شبکه فزاینده معاهدات سرمایه گذاری دوجانبه به عنوان یک اصل تثبیت شده در حقوق بین الملل عمومی عرفی مورد استناد قرار می گیرند، از اینرو بحث در مورد این استاندارد عمدتاً بر این موضوع متمرکز شده است که آیا استاندارد رفتار مورد نیاز با حداقل استاندارد حقوق بین الملل عرفی سنجیده می شود، یا یک استاندارد حقوق بین الملل گسترده تر شامل منابع دیگری مانند تعهدات حمایت از سرمایه گذاری که عموماً در معاهدات و اصول کلی یافت می شود یا اینکه آیا استاندارد یک استاندارد مستقل تلقی می گردند و ارتباطی به حقوق بین الملل عمومی ندارند، با توجه به اینکه معنای استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» ممکن است لزوماً در همه معاهداتی یکسان نباشد، شرکت خارجی در مواجهه با اتخاذ تدابیر یکجانبه، قانونی، نظارتی، اداری یا قضایی توسط طرف متعاقد دولتی طرف روابط قراردادی خود که برای سرمایه گذاری مضر است، چه راهکاری می تواند اتخاذ کند و در صورتی که یک معاهده دوجانبه یا چندجانبه حمایت از سرمایه گذاری را با رفتار منصفانه و عادلانه تضمین کند، آیا سرمایه گذار این امکان را خواهد داشت که به چنین موضوعی استناد نماید و دولت طرف قرارداد خود را به این رفتار ملزم نماید، تجزیه و تحلیل چنین سوآلی و تفسیر مناسب متأثر از عبارت خاص یک معاهده خاص، زمینه آن، تاریخچه مذاکرات یا نشانه های دیگر از قصد طرفین این امکان را می دهد تا اعمال استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه با سرمایه گذاری های فراملی ارزش تثبیت کننده ای به همراه داشته و از منافع شرکت خارجی صیانت نماید.)

(VADCAR, 1999, 10-11)

اگرچه در اکثر موافقت نامه های حمایت از سرمایه گذاری درج می گردد، سرمایه گذاری ها و سرمایه گذاران تحت پوشش رفتار «منصفانه و عادلانه» قرار داشته باشند، اما هیچ توافق کلی در مورد معنای دقیق این اصل وجود ندارد، ابهامات مذکور موجب شده است، پروفیسور جویلارد حقوقدانان برجسته پیشنهاد کند، گنجاندن استاندارد منصفانه و عادلانه در قراردادهای سرمایه گذاری یک عنصر کمکی اساسی برای تفسیر سایر مفاد توافقنامه و برای پر کردن خلاءهای معاهده را فراهم می کند، (Juillard, 1994, 83) به باور وی تفسیر رفتار منصفانه و عادلانه، اصلاح مفهوم نادرست به تدریج از طریق دادگاه های داوری توسعه خواهد یافت. هرچند در مطالعات آنکتاد تصریح شده که «رفتار منصفانه و عادلانه مترادف با حداقل استاندارد بین المللی نیستند، اما هر دو استاندارد ممکن است به طور قابل توجهی با توجه به موضوعاتی مانند رفتار خودسرانه، تبعیض، و غیرمنطقی، با هم همپوشانی داشته باشند، به عبارتی رابطه عموم و خصوص بین این مفاهیم وجود دارد، اما وجود مقرراتی که رفتار منصفانه و عادلانه را در یک ابزار سرمایه گذاری تضمین می کند، به طور خودکار حداقل استاندارد بین المللی را برای سرمایه گذاران خارجی لحاظ نمی کند، در جایی که استاندارد منصفانه و عادلانه مورد استناد قرار می گیرد، مسئله اصلی این است که آیا اقدامات مورد بحث در همه شرایط منصفانه و عادلانه هستند، بنابراین رویکرد معنایی ساده به بند ۱ ماده ۳۱ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در مورد حقوق معاهدات کاملاً با قوانین تفسیری در حقوق بین الملل سازگارتر به نظر می رسد.

## ۲- رویکرد کنوانسیون های بین المللی به

### استاندارد منصفانه و عادلانه

سازمان همکاری و توسعه اقتصادی<sup>۵</sup> (OECD) سعی می کند «استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه» با پیوند دادن آن به حداقل استاندارد مورد نیاز قوانین بین المللی و اصول کلی

کشورهای در حال توسعه به طور سنتی در مورد اینکه آیا این استاندارد بخشی از حقوق بین الملل عرفی است، معذوراتی را دارند و از طرفی مطالعه آنکتاد از این حکایت دارد که رفتار منصفانه و عادلانه مترادف با حداقل استاندارد بین المللی نبوده و امکان دارد هر دو استاندارد با توجه به موضوعاتی مانند رفتار خودسرانه، تبعیض و غیرمنطقی با هم تداخل داشته باشند، بر همین مبنا برخی از حقوقدانان آنرا با حقوق اساسی و بنیادین بشر پیوند می زند و ابراز می دارند، حقوق اساسی دومین مکانیسم تحقق اصول حقوق بشر در نظام حقوقی داخلی است، مهمترین این حقوق، حق برابری است که در تمامی کنوانسیون های بین المللی حقوق بشر به دلیل اهمیت آن در حفظ کرامت انسانی و ثبات نظام های سیاسی آن را ذکر کرده است، بنابراین قوانین اساسی مدرن اصل برابری را برای اطمینان از احترام همه نهادها و ادارات دولتی، حتی تدوین کنندگان متون قانونی در هنگام ایجاد این متون، گنجانده اند. (حسانی، ۲۰۱۶، ۱۸۹) گرچه وجود مقرراتی که رفتار منصفانه و عادلانه را در یک ابزار سرمایه گذاری تضمین می کند، به طور خودکار حداقل استاندارد بین المللی را برای سرمایه گذاران خارجی لحاظ نمی کند، اما در جایی که استاندارد منصفانه و عادلانه مورد استناد قرار می گیرد، مسئله اصلی این است که آیا اقدامات مورد بحث در همه شرایط منصفانه و عادلانه هستند یا غیرمنصفانه و ناعادلانه هستند، (Vasciannie, 2000, 99) به همین مناسبت در این مورد، اتخاذ یک رویکرد معنایی ساده کاملاً مطابق با قواعد تفسیری حقوق بین الملل و بند یک ماده ۳۱ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ در مورد حقوق معاهدات خواهد بود.<sup>۴</sup>

لذا فقدان اجماع کلی در مورد محتوای استاندارد «عادلانه و منصفانه» مباحث و سولاتی را در مورد نقش تجویزی مناسب این اصل در صیانت از سرمایه گذاری بین المللی و محدودیت های اعمال حاکمیتی دولت ایجاد نموده است،

<sup>۵</sup> به فرانسوی:

Organisation de coopération et de développement économiques

<sup>۴</sup> بند یک ماده ۳۱ کنوانسیون وین در مورد حقوق معاهدات در مورد قاعده عمومی تفسیر مقرر می دارد: «یک معاهده باید با حسن نیت مطابق با معنای عادی که به مفاد معاهده در متن آنها و در پرتو موضوع و هدف آن اطلاق می شود، تفسیر شود.»

می‌کنند که هیچ گونه اقدام غیرموجه، غیرمعمول یا تبعیض‌آمیزی که به حقوق یا منافی که اتباع سایر کشورها به‌طور قانونی به‌دلیل تلاش‌های کارآفرینانه، سرمایه، مهارت‌های فنی، فرآیندها یا تکنیک‌هایی که ارائه می‌کردند، به‌طور قانونی به دست آورده‌اند، لطمه وارد نکنند.»، علیرغم مصرحات فوق متأسفانه اکثر کشورها از این معاهده حمایت نکرده‌اند و معاهده مذکور لازم‌الاجرا نشده است، از سوی دیگر، از جمله معاهداتی که در سطح منطقه‌ای در حال حاضر در حال اجرا و مورد استناد قرار می‌گیرد موافقتنامه نفتا و معاهده منشور اروپا می‌باشد، در واقع، ماده ۱۱۰۵ نفتا رفتار منصفانه و عادلانه را به عنوان بخشی از شرایط حقوق بین‌الملل تلقی کرده و مقرر می‌دارد: «هر یک از طرفین به سرمایه‌گذاری‌های انجام شده توسط سرمایه‌گذاران طرف دیگر رفتاری مطابق با قوانین بین‌المللی، به‌ویژه رفتار منصفانه و حفاظت و امنیت کامل اعطا خواهد کرد.»، معاهده منشور اروپا در مورد انرژی، به عنوان ابزار برتری که به منابع انرژی مربوط می‌شود، در ماده ۱۰ خود هرچند به رفتار منصفانه و عادلانه اشاره نمی‌کند اما از یک «رفتار وفادار و عادلانه» سخن به میان آورده است، از طرفی منشور هاوانا هرچند لازم‌الاجرا نشده اما زمینه ایجاد یک سازمان تجارت بین‌المللی را در سال ۱۹۴۸ فراهم کرده است، در بند ۲ ماده ۱۱ پیش‌نویس منشور فوق‌الاشاره از سرمایه‌گذاری‌های خارجی و اطمینان از اتخاذ استاندارد منصفانه و عادلانه سخن به میان آمده و چنین توصیه‌هایی موجب می‌گردد، سازمان تجارت بین‌المللی در توافق‌نامه‌های دو جانبه یا چند جانبه مربوط به اقدامات فوق‌توصیه و ترویج کند، از اینرو برای اطمینان از رفتار منصفانه و عادلانه در روابط تجاری، مهارت‌های فنی، سرمایه، فرآیندها یا تکنیک‌های فنی از یک عضو در کشور دیگر بایستی مورد توجه قرار گیرند، بند (د) ماده ۱۲ کنوانسیون سنول، ایجاد آژانس ضمانت سرمایه‌گذاری چند جانبه (AMGI) را پیش‌بینی و در سال ۱۹۸۵ تصویب نموده است، ماده ۴۸ پیش‌نویس قانون رفتار شرکت‌های فراملی که توسط سازمان ملل متحد منتشر شده است بکارگیری استانداردهای منصفانه و عادلانه توسط دولت‌ها را توصیه نموده است، بند یک ماده ۱۰ معاهده

حقوق بین‌الملل بدون تحلیل جامع محتوای خاص آن اشاره کرده است، از آن زمان، معنای مفهوم فوق‌توسعه یافته است که می‌تواند محتوای هنجاری استاندارد را روشن کند. (OECD, 1984, 13-15) اگرچه این موارد به عنوان سابقه ارزشمند است، اما این امر استاندارد رفتار را برای سرمایه‌گذاران تضمین نمی‌کند، زیرا این سازمان صرفاً به سازمان تجارت بین‌المللی اجازه داده تا توصیه کند که این استاندارد در توافق‌های آتی گنجانده شود، اولین اشاره به رفتار «عادلانه» در منشور ۱۹۴۸ هاوانا برای یک سازمان تجارت بین‌المللی بیان شده است، بند ۲ ماده ۱۱ آن مقرر می‌داشت، سرمایه‌گذاری‌های خارجی باید از «رفتار منصفانه و عادلانه» اطمینان حاصل کند و در همین راستا این ماده مقرر می‌داشت که سازمان تجارت بین‌المللی (ITO) می‌تواند: ۱- به ارائه توصیه‌ها و ترویج موافقت‌نامه‌های دوجانبه یا چندجانبه در مورد اقدامات طراحی‌شده کمک کند، ۲- رفتار منصفانه و عادلانه از سرمایه‌شکرت، مهارت، سرمایه، هنر و فناوری که از یک کشور عضو به کشور دیگر آورده شده صیانت می‌نماید.

بدون شک، یکی از مشکلات اصلی توازن بین نقض ادعایی و رفتاری است که دولت میزبان باید داشته باشد تا استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه را رعایت کند، در غیاب تعریف دقیق در اکثر ابزارهای دوجانبه، منطقه‌ای و چندجانبه که منابع حقوقی خود را از آن استخراج می‌کند، اعتبار موضوع و اصطلاح رفتار «منصفانه و عادلانه» همچنان مبهم و تعیین آن مصادیق آن دشوار است، (VASCIANNE, 2000, 160-164) هرچند در اکثر معاهدات دوجانبه برای تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری‌ها استناد به چنین گزاره‌ای وجود داشته باشد، به عنوان مثال در ماده ۴ معاهده دوجانبه مورخ ۱ ژوئیه ۱۹۹۶ کانادا و ونزوئلا به این موضوع اشاره شده و در توافقنامه اقتصادی بوگوتا، که در نهمین کنفرانس بین‌المللی آمریکا در سال ۱۹۴۸ به تصویب رسیده، به اعطای اقدامات حمایتی مناسب به سرمایه‌گذاران اشاره و در ماده ۲۲ توافقنامه مذکور مقرر شده است: «سرمایه‌گذار خارجی از رفتار منصفانه متمتع خواهد شد، بنابراین، دولت‌ها موافقت

«شرایط عادلانه» در مورد مالکیت سرمایه‌گذاری و اعمال «شرایط معقول دیگر» در رابطه با سرمایه‌گذاری‌های موجود و آینده را لحاظ نمایند، بنابراین، کشورهای میزبان بایستی از اقدامات غیرموجه، غیرمنطقی یا تبعیض‌آمیز که به دستاوردهای قانونی لطمه می‌زند اجتناب و موانع غیرمعقول یا غیرموجهی را که مانع از دستیابی سایر کشورها به شرایط عادلانه به سرمایه، مهارت‌ها و فناوری مورد نیاز برای توسعه اقتصادی می‌شود، خودداری کنند.

«استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه» به حداقل استاندارد مندرج در حقوق عرفی بین‌المللی محدود نمی‌شود، بلکه طیف وسیع و کاملی از منابع حقوق بین‌الملل، از جمله اصول کلی و معاهدات مدرن و سایر تعهدات متعارف را در نظر می‌گیرد، به همین مناسبت تجارب کشورها در مورد انواع اصلی موافقت‌نامه‌های بین‌دولتی مورد استفاده برای حمایت و ترویج سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در کشورهای در حال توسعه، مانند معاهدات دوستی، بازرگانی و ناوبری (FCN)، موافقت‌نامه‌های تضمین سرمایه‌گذاری، معاهدات حمایت از سرمایه‌گذاری، موافقت‌نامه‌های عمومی برای همکاری اقتصادی با بندهای مرتبط با سرمایه‌گذاری و موافقت‌نامه‌های مربوط به اجرای پروژه، این گزاره را تایید می‌کند، از اینرو برخی از کشورها در این مورد تایید می‌نمایند که رفتار منصفانه و عادلانه یک استاندارد حقوقی اساسی را معرفی می‌کند که حتی اگر به صراحت بیان نشده باشد، به اصول کلی حقوق بین‌الملل اشاره دارد و یک بند کلی است که می‌تواند برای همه جنبه‌های رفتار با سرمایه‌گذاری‌های خارجی حتی اگر تضمین‌های خاص هم در قرارداد وجود نداشته باشد می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد و علاوه بر این، راهنمای کلی برای تفسیر توافقنامه و حل مشکلات ارائه می‌دهد، لذا طیف گسترده‌ای از قواعد حقوقی بین‌المللی از طریق روش‌هایی غیر از رضایت صریح دولت‌ها که در معاهدات بیان شده است، ایجاد می‌شوند، در برخی موارد حقوق بین‌الملل تحت عناوین توصیفی مانند «حقوق بین‌الملل عمومی» یا «قانون عرفی بین‌الملل» با هم تلفیق می‌شوند و معمولاً با توصیفات جزئی‌تر مانند حقوق بین‌الملل عرفی، اصول کلی

منشور انرژی ۱۹۸۵ مقرر می‌کند که رفتار منصفانه و عادلانه در هر زمان بایستی توسط دولت‌ها به سرمایه‌گذاران خارجی اعطاء گردد، کنوانسیون چهارم لوم که توسط کشورهای آفریقایی حوزه کارائیب و اقیانوس آرام و جامعه اروپا به امضا رسیده است، در بند (ب) ماده ۲۵۸ تصریح به رویکرد منصفانه و عادلانه به سرمایه‌گذاران نموده است، مواد ۷۵ تا ۷۸ توافق‌نامه کوتونو که جایگزین کنوانسیون Lomé شده نیز به موضوع فوق اشاره می‌کند.

### ۳- تحلیل استاندارد براساس عدالت و انصاف و

#### اصول کلی حقوق بین‌الملل

از رویکردهای فوق‌الذکر می‌توان استنباط نمود که مفهوم «استاندارد منصفانه و عادلانه»، بیانگر ایده اعطای یک نظام حقوقی مبتنی بر عدالت و انصاف است که رویکرد دولت‌ها بایستی براساس آن استوار باشد، بنابراین، تجمیع مفاهیم مذکور منجر به بازشناسی مفهوم رفتار منصفانه و عادلانه به عنوان یک رژیم حقوقی دارای ارزش اصلی بوده و دولت‌ها به موجب تعهدات قراردادی در موافقت‌نامه‌های بین‌المللی، به دسته‌ای از اشخاص اعطاء می‌کند، در چنین فرایندی عنوان سرمایه‌گذار خارجی در این قراردادها، از نظام حقوقی مشابه سرمایه‌گذاران ملی بهره می‌جویند تا جایی که برخی از حقوقدانان از بکارگیری استاندارد مذکور تحت عنوان فضیلت اخلاقی یاد می‌کنند و با چنین گزاره‌ای سرمایه‌گذاران خارجی به موجب قوانین داخلی این کشورها از رفتار مساوی سود می‌جویند، بنابراین استفاده از عدالت باعث می‌شود تقاضا از وضعیت سرزمین مبتنی بر احترام به اصول هم‌ارزی و تناسب تغییر یابد و به ارتقاء حمایت از سرمایه‌گذاری‌های خارجی کمک کند. (LAVIEC, 1985, 93-94) هرچند فرمول‌بندی‌های فوق نمی‌تواند مفهوم رفتار منصفانه و عادلانه موجود در بیش از ۲۷۰۰ معاهده و سایر اسناد بین‌المللی را پوشش دهد، زیرا تعریف واحد از عناصر تشکیل‌دهنده مفهوم رفتار منصفانه و عادلانه، اتخاذ تعریفی با ماهیت، محتوا و دامنه دشوار است، اما به عنوان یک مبنای منطقی می‌تواند مورد استناد قرار گیرد، لذا کشورهای میزبان باید برای تعیین شرایط پذیرش سرمایه‌گذاران خارجی در قلمرو خود، اعمال

(Mann, 1981) دیدگاه‌های دکتر مان نشان‌دهنده استانداردهای حقوق بین‌الملل معاصر است، برخلاف دیدگاه دکتر مان در برخی از کنوانسیون بین‌المللی اعتقاد بر این است که: «رفتار منصفانه و عادلانه» بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی ارزیابی شود و نشان‌دهنده یک درک گسترده و معاصر از حقوق بین‌الملل عرفی است. (ICSID, 2001)

مفهوم رفتار منصفانه و عادلانه که در فرمول‌های مختلف در معاهدات دوجانبه، منطقه‌ای و چندجانبه پیش‌بینی شده است، مبنای خود را در حداقل استاندارد تعیین شده توسط حقوق بین‌الملل عرفی می‌یابد و به تدریج معنای تثبیت کننده ای به سرمایه‌گذاری خارجی در تفسیر و کاربرد مفهوم آن توسط داوران بین‌المللی بر حسب مورد اعطاء می‌کند، در سطح دوجانبه، معاهدات ایالات متحده در مورد دوستی، تجارت و دریانوردی مشهور به FCN که پس از جنگ جهانی اول مورد موافقت قرار گرفته است، حاوی یک مرجع استاندارد بوده که در ارتباط با افراد و دارایی‌های بیگانگان به قوانین بین‌المللی استناد می‌کند، استاندارد مذکور به عنوان محافظی در برابر اقدامات دولتی که هنجارهای پذیرفته شده بین‌المللی را نقض می‌کند، عمل می‌کند، معاهدات FCN ایالات متحده با ایرلند (۱۹۵۰)، یونان (۱۹۵۴)، اسرائیل (۱۹۵۴)، فرانسه (۱۹۶۰)، پاکستان (۱۹۶۱)، بلژیک (۱۹۶۳) و لوکزامبورگ (۱۹۶۳)، حاوی این اطمینان صریح است که اشخاص، اموال، شرکت‌های خارجی و سایر منافع از «رفتار عادلانه» برخوردار خواهند شد و سایر کشورها از جمله جمهوری فدرال آلمان، ایتالیایی و هلند از منافع اصطلاحات «رفتار منصفانه و عادلانه» برای مجموعه مشابهی از اقلام دخیل در فرآیند سرمایه‌گذاری خارجی استفاده می‌کنند، (Thomas, 2002, 95-101) لذا اصطلاح «رفتار منصفانه و منصفانه» که توسط ایالات متحده استفاده می‌شود، معادل «رفتار عادلانه» است که در معاهدات مختلف FCN آمده است. (Vandevelde, 1988, 201-210) دولتر و استیونز بیان می‌کنند که این واقعیت که طرف‌های BITS به جای استناد به ارجاع به حقوق بین‌الملل و استناد به یک مفهوم نسبتاً مبهم مانند حداقل استاندارد، ضروری است که این

حقوق بین‌الملل، حقوق طبیعی، آمره و عدالت مورد تحلیل قرار می‌گیرند. (Janis, 1993, 41) در تعداد قابل توجهی از معاهدات، اصل رفتار منصفانه و عادلانه به طور خاص به قواعد و اصول حقوق بین‌الملل اشاره دارد، در برخی از معاهدات فرانسه با برخی از کشورها، «رفتار منصفانه و عادلانه مطابق با قوانین بین‌المللی یا اصول کلی حقوق بین‌الملل» را پیش‌بینی می‌کند و همچنین در معاهدات ایالات متحده بیان شده، «رفتار، حمایت و امنیت سرمایه‌گذاری به هیچ وجه نبایستی از آنچه در قوانین بین‌المللی مرسوم بوده کمتر باشد» و معاهدات بریتانیا مقرر می‌دارند: «پس از خاتمه معاهده، سرمایه‌گذاری برای چند سال مشخص، قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی بدون لطمه به اعمال اصول کلی حقوق بین‌الملل تحت حمایت قرار خواهد گرفت».

#### ۴- تاثیر حقوق بین‌الملل عرفی بر توسعه

##### مفهوم استاندارد منصفانه و عادلانه

پرفسور مان با اشاره به معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه بریتانیا اعتقاد دارد، سرمایه‌گذاری‌ها باید دارای رفتار منصفانه و عادلانه و حفاظت و امنیت کامل باشند، زیرا موارد مذکور یک «تعهد اساسی» را تشکیل می‌دهد، تعهد اساسی مذکور گسترده تر از ممنوعیت رفتار خودسرانه، تبعیض آمیز یا سوء استفاده بوده و همچنین استانداردهای دیگری همانند حمایت ماهوی را ارائه می‌دهد، مان معادل سازی منصفانه و عادلانه با حداقل استاندارد را به این دلیل گمراه کننده می‌داند که «اصطلاح «رفتار منصفانه و عادلانه» رفتاری را در نظر می‌گیرد که بسیار فراتر از حداقل استاندارد است و به میزان بیشتری حمایت می‌شود، به باور وی استاندارد بسیار عینی تر از هر شکلی از کلمات عرضه می‌کند، لذا در صورت اتخاذ چنین رویکردی در مورد تصمیمات یک دادگاه با حداقل، حداکثر یا میانگین استاندارد نگرانی ایجاد نمی‌گردد، زیرا دادگاه باید تصمیم بگیرد که آیا رفتار مورد بحث در همه شرایط منصفانه و عادلانه است یا غیرمنصفانه و ناعادلانه، لذا هیچ استاندارد ی که با کلمات دیگر تعریف شده باشد احتمالاً مادی نیست و اصطلاحات باید به طور مستقل درک و اعمال شوند.» (



OECD مبنی بر تدوین کنوانسیون حمایت بین المللی از مالکیت خصوصی (خصوصی شد، (Abs&Shawcross, 1960, 121-123) بحث های فشرده در اوایل دهه ۶۰ در OECD آغاز شد و با تصویب پیش نویس کنوانسیون در مورد حمایت از اموال خارجی توسط شورای OECD در ۱۲ اکتبر ۱۹۶۷ به اوج خود رسید، بند الف ماده ۱، در مورد رفتار با اموال خارجی مقرر می دارد: «هر یک از طرفین باید همیشه رفتار منصفانه و عادلانه را با اموال اتباع طرف های دیگر را تضمین کنند.» هرچند پیش نویس کنوانسیون، برای امضا و تصویب مفتوح نبود، اما نمایانگر دیدگاه جمعی و روند غالب کشورهای OECD در مورد مسائل سرمایه گذاری بود و بر الگوی مذاکرات در مورد سرمایه گذاری خارجی در آن دوره تأثیر گذاشته است و از طرفی الزامات تضمین رفتار منصفانه و عادلانه در پیش نویس کنوانسیون مذکور تأکید بیشتری بر استانداردها نسبت به اسناد قبلی داشت و در پایان این کنوانسیون، «بیان رفتار منصفانه و عادلانه» که معمولاً در موافقت نامه های دوجانبه مربوط به این مسائل آمده است، رفتاری را مشخص می کند که طبق قوانین بین الملل، هر دولت باید نسبت به اموال اتباع خارجی از خود بروز دهد، به همین دلیل این استاندارد ایجاد می کرد که حمایت ارائه شده بر اساس کنوانسیون، جنبه حمایتی داشته باشد که عموماً توسط طرف مورد نظر به اتباع خود اعطا می شود، اما از آنجایی که استانداردهای مذکور با مکانیسم های قواعد بین المللی تنظیم شده است، این استاندارد ممکن است از رفتار اتباع خود فراتر رود، اگر قوانین ملی یا رویه های اداری ملی از استاندارد پایین تری نسبت به آنچه در قوانین بین الملل باشد، از این دولت خواسته می شود استاندارد مورد نیاز با «حداقل استاندارد» حقوق بین الملل عرفی مطابقت دهد.

#### ۶- نقش پیش نویس کنوانسیون OECD بر

##### توسعه مفهوم استاندارد منصفانه و عادلانه

تأثیر پیش نویس کنوانسیون OECD و افزایش فزاینده معاهدات سرمایه گذاری دوجانبه از اواخر دهه ۶۰ بین کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه ویژگی های اصلی

استاندارد را به عنوان یک تعهد صریح مستقل قید کنند، هرچند برخی از معاهدات علاوه بر رفتار منصفانه و عادلانه، به حقوق بین الملل نیز اشاره می کنند، بنابراین به نظر می رسد که استانداردهای حقوق بین الملل عرفی با مفاد BIT سازگار و مکمل آن هستند. (Dolzer & M. Stevens, 1995, 528)

#### ۵- مبانی نظری و چارچوب هنجاری استاندارد

##### رفتار منصفانه و عادلانه

فقدان توافق کلی در مورد محتوای استاندارد «عادلانه و منصفانه» بحث هایی را در مورد نقش تجویزی مناسبی که این اصل در حفاظت از سرمایه گذاری بین المللی و محدودیت های حاکمیت دولت ایفا می کند، به وجود آورده است، در حقوق سرمایه گذاری مدرن، کاربرد استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه مستلزم حل سه سوال است، اول اینکه، آیا باید این استاندارد را با حداقل استاندارد عرفی سنجیده شود یا با قواعد بین المللی؟ دوم اینکه، آیا استاندارد مذکور باید به عنوان یک هنجار گسترده تر از حقوق بین الملل از جمله منابع دیگر، به عنوان مثال، تعهدات حمایت از سرمایه گذاری که عموماً در معاهدات و همچنین اصول کلی موجود است، ارزیابی شود یا خیر؟ و سوم اینکه، حال اگر استاندارد مذکور مفهومی مستقل باشد که در معاهدات ذکر شده و صریحاً به حقوق بین الملل مرتبط نیست، راهکار حمایت از سرمایه گذاران به چه صورتی انجام می پذیرد، قبل از تحلیل موضع نویسندگان در رابطه با سوالات مذکور، بایستی یادآور شد که قاعده رفتار منصفانه و عادلانه در پیش نویس کنوانسیون سازمان همکاری اقتصادی و توسعه (OECD) در مورد حمایت از اموال خارجی بیان شده است و این موضوع در پیش نویس قطعنامه شورای OECD مطرح شده بود، در سال ۱۹۵۹، پیش نویس کنوانسیون سرمایه گذاری در خارج از کشور تحت رهبری هرمان اِبِس، مدیر کل دویچه بانک و لرد شاوکراس، دادستان کل بریتانیا، تدوین شد، در ماده یک کنوانسیون تصریح شده: «هر یک از طرفین باید همواره از عادلانه بودن رفتار با اموال اتباع سایر طرفین اطمینان حاصل کنند.» این تلاش منجر به پیشنهاد آلمان به



تضمین رفتار منصفانه و عادلانه با سرمایه‌گذاری خارجی در قلمرو خود هستند. (Australia-Thailand, 2003)

## ۷- استقلال یا وابستگی استاندارد منصفانه و

### عادلانه

اصل رفتار منصفانه و عادلانه کاملاً مستقل از سایر مقررات قراردادی بوده و یک استاندارد عینی بایات در صیانت از قراردادهای سرمایه‌گذاری ارائه می‌کند، به همین دلیل استقلال استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه در یک قرارداد سرمایه‌گذاری می‌تواند مؤثرتر باشد و اثرات محافظتی بیشتری را از قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی به دنبال داشته باشد، در این فرایند دکتربین کار مان پیشنهاد می‌کند اصل رفتار منصفانه و عادلانه بر مبنای روابط قراردادی باشد، زیرا این گزاره با توجه به تاریخچه حقوق و رویه قراردادهای فراملی نشان می‌دهد حفاظت از منافع شرکت‌های فراملیتی با شناسایی استاندارد مذکور امکانپذیر می‌باشد. (SALEM, 1986, 607) از طرفی رویه‌های سابق نشان می‌دهد بندهای تثبیت در قراردادهای فراملی به نتایج نامشخصی منجر شده است، به همین مناسبت این امر باعث شده است که حقوق‌داند فعال در زمینه حقوق بین‌الملل به دنبال حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی از طریق هنجارهای حقوق بین‌الملل عمومی باشند و رویه فعلی تمایل دارد استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه در ترکیب با سایر استانداردها مانند رفتار کامله الوداد در راستای حمایت در برابر سلب مالکیت بدون غرامت اعمال شود، به نظر می‌رسد اعمال رفتار منصفانه و عادلانه با تکیه صرف بر اصول و قواعد قراردادی و با توجه به شرایط مربوط به مفهوم رفتار منصفانه و عادلانه دشوار باشد، به همین مناسبت برخی از نویسندگان از جمله پاتریک جویلارد رویکرد دیگری را پیشنهاد کرده‌اند و ابراز می‌دارند استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه بایستی با یکی از اصول کلی حقوق بین‌الملل ادغام گردد. (JUILLARD, 1994, 83)

به نظر می‌رسد حتی اگر در این زمینه اشاره به رفتار منصفانه و عادلانه نادقیق و مبهم باشد، اما نبایستی تردید نمود که رفتار «عادلانه و منصفانه» به عنوان یک اصل دارای ارزش حقوقی بوده و اثرات معنایی حقوقی خود را به دنبال

آن استناد به استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» بود که معیار مذکور جایگاه برجسته‌ای را در معاهدات به خود اختصاص داده بود، با این حال علیرغم تحولات نظری دهه ۶۰ و اشاره به استاندارد مذکور در اکثر معاهدات، در برخی از معاهدات کشورهای آسیایی (مانند معاهدات امضا شده توسط پاکستان، عربستان سعودی و سنگاپور) به چنین معیاری استناد نشده است، با این حال در سال‌های اخیر، حتی کشورهایی که به طور سنتی طرفدار کنترل ملی بر سرمایه‌گذاری‌های خارجی بودند و در نتیجه استفاده از رفتار ملی را به جای استاندارد منصفانه و عادلانه را ترجیح می‌دادند، استاندارد «منصفانه و عادلانه» را در معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه خود گنجانده‌اند، معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه شیلی و چین و همچنین بین پرو و تایلند، بلغارستان و غنا، امارات متحده عربی و مالزی شامل استاندارد منصفانه و عادلانه است، حتی شایان ذکر است کشورهای آمریکای لاتین که از ابتدای قرن بیستم دکتربین کالوو را پذیرفته بودند و قاطعانه از اصطلاحات «عادلانه و منصفانه» اجتناب می‌نمودند، نسبت به باورهای سابق که طبق دکتربین کالوو تمایلی به انعقاد قراردادهایی که منجر به انتقال صلاحیت اختلافات در مورد اموال متعلق به خارجیان در کشور از دادگاه‌های داخلی به دادگاه‌های بین‌المللی شود، تغییر نگرش داده و این مولفه را مورد پذیرش قرار داده‌اند و امروزه این کشورها استانداردهای رفتار منصفانه و عادلانه در قبال سرمایه‌گذاران خارجی را از ضروریات جذب سرمایه‌گذاری می‌دانند، در توافقنامه‌های نسل جدید که اخیراً منعقد شده‌اند، به عنوان نمونه موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد بین ایالات متحده آمریکا و استرالیا، آمریکای مرکزی (CAFTA)، شیلی، مراکش و سنگاپور، این مهم در فصول سرمایه‌گذاری ویژگی‌های بیشتری را در خصوص رفتار منصفانه و عادلانه بع خود اختصاص داده است، زیرا هر یک از طرفین موظف شده‌اند مطابق با حقوق بین‌الملل عرفی، رفتار منصفانه و عادلانه و حفاظت و امنیت کامل از سرمایه‌گذاری‌های را ارائه دهند، (CAFTA, 2004) ماده ۹۰۹ موافقت‌نامه تجارت آزاد بین استرالیا و تایلند مقرر می‌دارد، هر یک از طرفین موظف به

دارد و اینکه این اصل کلی در حقوق بین الملل مستقل از حمایت متعارفی که آن را بیان می کند وجود دارد، هر چند به اعتقاد جوپلارد، معیار رفتار منصفانه و عادلانه یک اصل از حقوق بین الملل به شمار می رود و به اصول کلی حقوق بین الملل اشاره دارد، اما این توصیفات این اصول آنقدر کلی هستند که تعیین محتوای آنها و استنباط یک سری قواعد بر عهده داور می گذارد، بنابراین، این اصل یک استاندارد مفهومی را ارائه می کند، یعنی ابزاری است برای سنجش انطباق قوانین ملی با حقوق بین الملل، که با مفهوم جهانی عدالت مطابقت دارد، به این ترتیب با تکیه بر این مفهوم، هر چند عملکرد اصل مذکور صرفاً نمی تواند از اصلاح یکجانبه قرارداد سرمایه گذاری خارجی جلوگیری نماید اما انحرافات قراردادی و تقصیر و تخلف دولت از تعهدات قراردادی را می تواند مشخص کند.

سرمایه گذاری چندجانبه MIGA شده است،<sup>۶</sup> در بند (د) ماده ۱۲ تصریح می کند، برای تضمین سرمایه گذاری، آژانس چندجانبه تضمین سرمایه گذاری، باید متقاعد گردد، کشور میزبان رفتار منصفانه، عادلانه و حمایت قانونی از سرمایه گذاری های سرمایه گذاران خارجی را به عمل می آورد. به همین مناسبت در بند د ماده ۱۲ مقرر شده است: «در تضمین سرمایه گذاری، آژانس باید خود را متقاعد کند که: الف - سلامت اقتصادی سرمایه گذاری و سهم آن در توسعه کشور میزبان، ب - مطابقت سرمایه گذاری با قوانین و مقررات کشور میزبان، سازگاری سرمایه گذاری با اهداف و اولویت های توسعه اعلام شده کشور میزبان، ج - شرایط سرمایه گذاری در کشور میزبان، از جمله در دسترس بودن رفتار منصفانه و عادلانه و حمایت قانونی برای سرمایه گذاری، لحاظ نماید، به نظر می رسد گزاره های فوق نه تنها یک استاندارد محتاطانه برای کاهش ریسک سرمایه گذاری های تضمین شده باشد، بلکه یکی از ابزارهایی است که آژانس چندجانبه تضمین سرمایه گذاری، طبق مواد ۲ و ۲۳ مأموریت خود برای ارتقاء جریان سرمایه گذاری و حفاظت از سرمایه گذاری در کشورهای در حال توسعه انجام می دهد، رهنمودهای بانک جهانی ۱۹۹۲ در مورد رفتار با سرمایه گذاری مستقیم خارجی نیز در این ارتباط دارای اهمیت خاصی می باشد، در بند ۲ ماده ۳ رهنمودهای فوق مقرر شده است: «هر کشوری به سرمایه گذاری هایی که توسط اتباع کشور دیگری در قلمرو خود اجازه می دهد، رفتار منصفانه و عادلانه را بر اساس استانداردهای توصیه شده در دستورالعمل ها اعمال خواهد کرد.»، رویکرد فوق نشان می دهد، استانداردهای رفتاری را که باید با سرمایه گذاران خارجی در موضوعاتی مانند امنیت اشخاص و حقوق مالکیت، اعطای مجوزها و مجوزها، انتقال درآمدها و سودها، بازگرداندن سرمایه انجام شود و از طرفی چنین گزاره هایی مبتنی بر رفتار منصفانه و عادلانه و یک الزام فراگیر است، به همین مناسبت برخی از حقوقدانان ضرورت امر فوق را با

#### ۸- نقش آژانس ضمانت سرمایه گذاری چندجانبه و رویه قضایی در ارتقای جایگاه استاندارد

امروزه استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه به درجه اصل ارتقای یافته است، در معاهدات چندجانبه این اصل مورد اشاره قرار گرفته است، در همین راستا ماده ۴۸ پیش نویس آیین نامه رفتار سازمان ملل متحد در مورد شرکت های فراملی بیان می دارد: «شرکت های فراملیتی باید از رفتار منصفانه و عادلانه و بدون تبعیض براساس قوانین، مقررات و رویه های اداری کشورهای می کنند و همچنین تعهدات بین دولتی در این کشورها که آزادانه سرمایه گذاری و مشارکت کرده اند مطابق با تعهدات بین المللی خود و مطابق با قوانین بین المللی برخوردار شوند» (UNCTC, 1986) اگرچه اکثر موضوعات فوق در آخرین نسخه متن ۱۹۸۶ به اجماع نرسیده است، اما کشورهای مذاکره کننده موافقت کردند که آیین نامه باید رفتار «عادلانه» با شرکت های فراملیتی را پیش بینی کند، کنوانسیون ۱۹۸۵ که منجر به تأسیس آژانس ضمانت

<sup>۶</sup> آژانس چندجانبه تضمین سرمایه گذاری، یا میگا (MIGA) یکی از اعضای گروه بانک جهانی است که بیمه ریسک سیاسی را پیشنهاد می دهد و در سال ۱۹۸۸ با سرمایه ۱ میلیارد دلار در واشینگتن دی. سی. تأسیس شد و ۱۷۵ کشور عضو آن می باشند.

در هر زمان با سرمایه گذاری های سرمایه گذاران طرف دیگر رفتار منصفانه و عادلانه داشته باشند.

پروفسور چارلز لین، پیشنهاد می کند که استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه به عنوان یک استاندارد و هنجار حقوق بین المللی عرفی شناخته شود، به اعتقاد لین، «رفتار منصفانه و عادلانه را باید ناظر به حداقل استاندارد رفتار با بیگانگان دانست، چنانکه این استاندارد در حقوق بین الملل عرفی تصور می شود از این رو بایستی «مطابق با حقوق بین الملل باشد.» (LEBEN, 1999, 7-10) بنابراین رفتار منصفانه و عادلانه بایستی با حداقل استاندارد حقوق بین الملل عرفی پیوند داشته باشد، همانطوری که اشاره گردید، بحث در مورد رفتار منصفانه و عادلانه عمدتاً بر این موضوع متمرکز است که آیا استاندارد ایجاد می کند که رفتار دولت میزبان اندازه گیری شود یا خیر و از طرفی این سنجش به چه نحوی خواهد بود، حال اگر دولت میزبان بر خلاف حداقل استاندارد بین المللی مورد نیاز حقوق بین المللی عرفی عمل کند یا اینکه اعمالی بر خلاف کلیت منابع حقوق بین الملل انجام دهد و یا اینکه به محض اینکه اعمالی بر خلاف استاندارد یک معاهده مستقل انجام داد، مسئولیت غرامت را خواهد داشت و نحوه جبران خسارت چگونه تحمیل می گردد، رفتار منصفانه و عادلانه به عنوان بخشی از حداقل استاندارد مورد نیاز حقوق بین المللی عرفی محسوب می گردد، زیرا حداقل استاندارد بین المللی یک هنجار از حقوق بین الملل عرفی است که بر رفتار با بیگانگان نظارت می کند و با پیش بینی مجموعه ای از اصول حداقلی که دولت ها، صرف نظر از قوانین و رویه های داخلی خود، باید در برخورد با اتباع خارجی و دارایی های آنها داشته باشند آنها را ملزم به احترام می نماید و از طرفی

داوری تجاری بین المللی توجیه کرده اند. (سامی، ۸۵، ۲۰۱۰)

رویه قضایی بین المللی نیز استاندارد منصفانه و عادلانه رفتار دولت ها را مورد توجه قرار داده است، دیوان بین المللی دادگستری در پرونده تراکشن بارسلون استدلال می کند: «به محض اینکه یک کشور مقصد سرمایه گذاری های خارجی، اشخاص طبیعی یا حقوقی را در قلمرو خود پذیرفت، ملزم به حمایت قانونی از آنها بوده و در قبال رفتار با آنها تعهداتی را بر عهده می گیرد.» پروتکل کلونیا در مورد حمایت متقابل و حمایت از سرمایه گذاری که توسط کشور عضو مرکوسور در ژانویه ۱۹۹۴ به امضا رسید، صراحتاً به سرمایه گذاران کشور عضو مرکوسور (آرژانتین، برزیل، پاراگوئه و اروگوئه) در هر لحظه رفتار منصفانه و عادلانه اعطا می کند و در یک پروتکل الحاقی در مورد تشویق و حمایت از سرمایه گذاری های کشورهای غیرعضو، همین رفتار را به سرمایه گذاری های کشورهای غیرعضو گسترش و تعمیم داده است، (UNCTAD, 1996) علاوه بر این در تعدادی از معاهدات به اصل منصفانه و عادلانه اشاره شده است.<sup>۷</sup> معاهده منشور انرژی (۱۹۹۵) نیز مقرر می دارد: «رفتار منصفانه و عادلانه باید همیشه باشد.» اگرچه معاهده محدود به یک بخش است، اما در این زمینه حائز اهمیت است، زیرا در بین طرف های خود چندین اقتصاد در حال گذار را در بر می گیرد که استاندارد مذکور را پذیرفته اند، موافقتنامه ژوئن ۲۰۰۲ بین سنگاپور و EFTA مبنی بر ایجاد یک منطقه تجارت آزاد بین طرفین در ماده ۳۹ خود تصریح می کند که هر یک از طرفین باید

خارجی در قلمرو خود قائل شود و در هیچ موردی، یک طرف متعهد نباید رفتاری کمتر از آنچه حقوق بین الملل مقرر می کند، داشته باشد.» این استاندارد همچنین در سال ۱۹۹۰ لومه IV، چهارمین کنوانسیون گروه کشورهای آفریقا، کارائیب و اقیانوس آرام و جامعه اقتصادی اروپا (EEC) (توافقنامه کوتونو به کشورهای اتحادیه اروپا و کشورهای ACP این فرصت را می دهد تا در مورد ترتیبات تجارت آزاد توسعه محور به نام موافقت نامه های مشارکت اقتصادی (EPAs) مذاکره کنند. EPA ها به طور محکم بر اهداف توسعه پایدار، حقوق بشر و همکاری های توسعه که هسته اصلی توافقنامه کوتونو هستند، پایبند هستند.) و در معاهده ۱۹۸۷ ASEAN برای ترویج و حمایت از سرمایه گذاری ها، در ماده ۴ آن بیان شده است

<sup>۷</sup> ماده ۱۵۹ معاهده ۱۹۹۴ مبنی بر ایجاد بازار مشترک برای شرق و جنوب آفریقا (COMESA) همچنین کشورهای عضو COMESA را ملزم می کند که «رفتار منصفانه و عادلانه با سرمایه گذاران خصوصی داشته باشند»، بند ۱ ماده ۱۱۰۵ نفاذ که از اول ژانویه ۱۹۹۴ لازم الاجرا شد، تحت عنوان حداقل استاندارد رفتار مقرر می دارد: «هر یک از طرفین باید با سرمایه گذاری های سرمایه گذاران طرف دیگر مطابق با قوانین بین المللی از جمله رفتار منصفانه و عادلانه و حمایت و امنیت کامل رفتار کند.» پیش نویس موافقتنامه چندجانبه OECD در مورد سرمایه گذاری (۱۹۹۸) در مقدمه خود رژیم های سرمایه گذاری منصفانه، شفاف و قابل پیش بینی مکمل و به نفع سیستم تجارت جهانی پیش بینی کرده است و در ماده رفتار عمومی تصریح می کند: «هر طرف متعهد باید رفتار منصفانه و عادلانه و حفاظت و امنیت کامل و دائمی را برای سرمایه گذاری های

واژه باز خود توالی فاسد را به دنبال دارد و امروزه کمتر دولتی وجود دارد که حقوق اتباع خود را نقض و امتیازاتی فراتر از امتیازات اتباع خود به بیگانگان اعطاء نماید. (Rousseau, 1970, 46) بند ۲ ماده ۱۶۵ بیانیه مجدد موسسه حقوقی آمریکا و قانون روابط خارجی ایالات متحده، استاندارد مذکور را اینگونه تعریف می کند: «استاندارد بین المللی عدالت، استاندارد مورد نیاز برای رفتار با بیگانگان توسط: الف- اصول قابل اجرای حقوق بین الملل مانند عرف بین المللی، تصمیمات قضایی، داوری و سایر منابع شناخته شده تعیین می گردد و در صورت عدم وجود چنین موارد قابل اجرای مذکور، ب- اصول مشابه عدالت که عموماً توسط کشورهایی که سیستم های حقوقی به طور معقولی توسعه داده اند به رسمیت شناخته شده اند، هرچند در گذشته، وجود حداقل استاندارد بین المللی برای برخورد با اموال و سرمایه گذاری های متعلق به بیگانگان بارها مورد چالش قرار گرفته است و در قرن گذشته، این موضوع مورد تنش بین کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه بوده است، به طوری که چندین کشور وجود یا تداوم یک هنجار مرسوم از حداقل استاندارد بین المللی را به چالش کشیده اند و تنش مذکور پیامدهایی در چندین بخش به دنبال داشته است به طوری که جامعه ملل و کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل نتوانستند در مورد تدوین قانون مسئولیت دولت ها در قبال ورود خسارت به بیگانگان به توافق برسند، به همین دلیل کمیسیون تدوین آیین نامه رفتار دولت ها در قبال شرکت های فراملی سازمان ملل متحد به دلیل تفاوت های اساسی در مورد مسائل مربوط به رفتار با اموال خارجی نتوانسته در آن دوره تصمیمات موثر را اتخاذ نماید.

بر همین اساس کشورهای در حال توسعه با اکثریت قاطع خود در مجمع عمومی سازمان ملل متحد، توانستند اصل رفتار ملی را به عنوان قاعده در مورد سلب مالکیت، در ماده ۲۲ منشور حقوق اقتصادی و وظایف دولت ها و قطعنامه (XXIX 1974) 3281 با ۱۰۴ رای موافق، ۱۶ رای مخالف بیشتر کشورهای توسعه یافته و ۶ رای ممتنع به تصویب برساند و در دوره ای معین، این رویکرد مورد

اصل رفتار ملی پیش بینی می کند که بیگانگان فقط می توانند انتظار برابری رفتار با اتباع خود را داشته باشند، حداقل استاندارد بین المللی تعدادی حقوق اساسی را تعیین می کند که توسط حقوق بین الملل تعیین شده است و دولت ها باید مستقل از رفتاری که با اتباع خود دارند، به بیگانگان نیز همان حقوق مساوی اعطا کنند، لذا نقض این هنجار باعث ایجاد مسئولیت بین المللی دولت میزبان می شود و ممکن است راه را برای اقدام بین المللی از طرف بیگانه آسیب دیده باز کند، مشروط بر اینکه بیگانه راه حل های داخلی کشور میزبان را طی کرده باشد، راث در این زمینه ابراز می دارد: «استاندارد بین المللی چیزی نیست جز مجموعه ای از قوانین مرتبط با یکدیگر و برگرفته از یک هنجار خاص حقوق بین الملل عمومی، یعنی اینکه رفتار با بیگانگان توسط حقوق ملت ها تنظیم می شود.» (Roth, 1949, 127)

#### نتیجه:

به نظر می رسد به رسمیت شناختن حقوق اقتصادی با ماهیت عرفی، به دلایل متعددی دشوار است و به سه دلیل می توان اشاره کرد، اول اینکه، باید توجه داشت که رویه جدید ناشی از گسترش معاهداتی که معیار رفتار منصفانه و عادلانه را در نظر گرفته اند، تضادی بین تکامل آن و نیاز به حفظ آن در عرف بین المللی ایجاد می کند، با این حال برخی از دکترین حقوقی با اتخاذ رویکرد «حداقل استاندارد بین المللی» و «معیار اخلاقی کشورهای متمدن» را مغایر با اصل رفتار ملی می دانند، (Brownlie, 2003, 502) پروفیسور سی روسو ابراز می دارد، «اکثریت قریب به اتفاق دکترین معتقدند که در این رابطه حداقل استاندارد بین المللی وجود دارد که بر اساس آن دولت ها حتی در صورت امتناع از این رفتار با اتباع خود، ملزم به اعطای برخی حقوق به خارجی ها هستند»، این نظریه دارای ابهامات بوده، زیرا اگر حداقل استاندارد بین المللی وجود داشته باشد که بر اساس آن دولت ها باید حقوق خاصی را برای بیگانگان قائل شوند، این حق حدود و ثغور آن چگونه ارزیابی می گردد و از طرفی اینکه اگر دولت ها رفتار مشابهی را با اتباع خود انکار کنند، بیگانگان بر کشور سلطه می جویند و این

آنکتاد در گزارش سال ۱۹۹۰ خود در مورد معاهدات سرمایه گذاری دوجانبه بیان می کند: «این استاندارد مجموعه ای از اصول حقوقی بین المللی، از جمله عدم تبعیض، وظیفه حمایتی از اموال خارجی و حداقل استاندارد بین المللی را پوشش می دهد.»<sup>۸</sup>

هر چند در چارچوب نظم اقتصادی بین المللی جدید اصل حاکمیت دائمی دولت‌ها بر منابع طبیعی و صلاحیت انحصاری دولت‌ها بر منابع طبیعی به رسمیت شناخته شده است، اما حقوق اقتصادی عرفی توسط دولت‌ها شناسایی شده و مورد تایید رویه عملی دولت‌ها می باشد، لذا حقوق بین الملل عرفی وقتی به اعمال استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه اشاره می کند، به حداقل استاندارد رفتار با خارجیان و اموال آنها و به تعمیم این استانداردها برای سرمایه گذاری خارجی نیز اشاره می کند، به همین مناسبت حقوق بین الملل عرفی باید اعمال استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه را در روابط پیچیده مربوط به سرمایه گذاری بین یک کشور میزبان و یک شرکت فراملیتی در نظر بگیرد، در این روابط تا دهه های اخیر در برخی از اسناد حقوق بین الملل عمومی اصل حاکمیت دائمی دولت‌ها بر منابع طبیعی مورد حمایت قرار گرفته است اما رویه قضایی سابق نیز در رابطه با این اصل تکامل یافته است، (DUPUY & Marie, 2004, 688) لذا تا زمانی که اصل حاکمیت دائمی منابع طبیعی به طور محکم در حقوق بین الملل عمومی عرفی مستقر است و به عنوان یکی از اصول کلیدی پایه گذاری شده تلقی می گردد، پذیرش و شناسایی استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه در نظم اقتصادی بین المللی جدید دشواری های خاص خود را به دنبال دارد، به همین مناسبت برخی از حقوقدانان مانند لایوک ترجیح می دهند، رفتار منصفانه و عادلانه را به عنوان معیاری با ماهیت

حمایت دکترین کشورهای در حال توسعه قرار گرفته است. (Sornarajah, 1994, 126) اما طبق قوانین عرفی، سرمایه گذاران خارجی استحقاق سطح معینی از رفتار مساوی را دارند و نقض این حق موجب مسئولیت دولت های میزبان می شود، از اینرو معیار منصفانه و عادلانه به عنوان یکی از عناصر اصلی حداقل استاندارد رفتار با خارجیان و دارایی آنها، نیاز به شناسایی آن در سطح قوانین بین المللی دارد، این دیدگاه از جانب تعدادی از حقوقدانان متخصص در امور سرمایه گذاری بین المللی مورد تأیید قرار گرفته است و اخیراً محتوای حداقل استاندارد محدود به معیارهای تفسیری نمانده است و از اوایل قرن بیستم تحت تأثیر شبکه گسترده ای از BIT ها قرار گرفته و به یک حقوق عرفی تبدیل شده است.

این تحولات موجب شده رویه قضایی مفهوم حداقل استاندارد بین المللی در بسیاری از پرونده ها و اختلافات اعمال کند، در پرونده های ایالات متحده آمریکا به طرفیت مکزیک در سال ۱۹۲۶ و برخی از پرونده های رسیدگی شده به این موضوع استناد شده است از اینرو امنیت کامل سرمایه گذاری معمولاً به عنوان تعهد دولت میزبان برای اتخاذ همه اقدامات معقول برای محافظت فیزیکی از دارایی ها و اموال در برابر تهدیداتی که ممکن است اموال خارجی ها یا گروه های خاصی از خارجی ها را هدف قرار دهد مورد شناسایی و حمایت قرار گرفته است، (Sacerdoti, 1997, 347) بر همین اساس دکترین به طور کلی از این دیدگاه حمایت می کند که استاندارد اخیر به عنوان یک تعهد کلی برای دولت میزبان برای اعمال احتیاط لازم در حمایت از سرمایه گذاری خارجی به جای ایجاد مسئولیت دقیق که دولت میزبان را مسئول هر گونه مسئولیتی می کند مورد پذیرش قرار گیرد، (Paterson, 1991, 29)

۸ اعمال دولتی باید در معرض آزمون استانداردهای بین المللی قرار گیرد، از اینرو رفتار با یک بیگانه، به منظور ایجاد یک برهکاری بین المللی، باید به منزله ظلم، سوء نیت، غفلت عمدی از انجام وظیفه باشد و ناکافی بودن اقدامات دولت تا حدی کمتر از استانداردهای بین المللی که هر انسان منطقی و بی طرفی به راحتی نارسایی آن را تشخیص دهد، اینکه نارسایی ناشی از اجرای ناقص یک قانون معقول باشد یا از این که قوانین کشور اختیاری برای سنجش استانداردهای بین المللی به مقامات نمی دهد، اهمیتی ندارد. ساسرده نظر می رسد، عدم ارجاع به یک استاندارد بین المللی راهی برای اجتناب از واگرایی پیرامون استاندارد بین المللی و به منظور دادن محتوای

۸۸ زمینه تاریخی استاندارد منصفانه و عادلانه بودن رفتار دولت‌ها در تصمیم سال ۱۹۲۶ در مورد ادعای Neer به موردی برجسته برای حداقل استاندارد بین المللی تبدیل شده است، توسط ایالات متحده به نمایندگی از خانواده پل نیر که در مکزیک در شرایط مبهم کشته شده بود این ادعا مطرح ساخت که دولت مکزیک در پیگرد قانونی افراد مسئول کم دقتی نشان داده است و باید هزینه خانواده نیر را جبران کند، کمیسیون به این نتیجه رسید که عدم نیل به نتیجه از جانب مقامات مکزیکی در دستگیری یا مجازات مقصران قتل یک شهروند آمریکایی به خودی خود حداقل استاندارد بین المللی در مورد رفتار با بیگانگان را نقض نمی کند، کمیسیون این مفهوم را به شرح زیر بیان کرد: «درست بودن

انرژی است، لذا این استاندارد نظام حقوقی را تعیین می‌کند که دولت‌های طرف کنوانسیون دوجانبه، منطقه‌ای یا چندجانبه باید طبق قوانین بین‌المللی عمومی برای سرمایه‌گذاری‌های شرکت‌های خارجی که اتباع خارجی محسوب می‌شوند به طور معمول رفتارهای ملی را لحاظ نمایند، از سوی دیگر استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه نقش تعیین‌کننده و تثبیت‌کننده‌ای در سرمایه‌گذاری‌های فراملی در چارچوب جدید ایفا می‌کند، بنابراین ضرورت سرمایه‌گذاری خارجی مستلزم حمایت و اعطای امتیازاتی همانند امتیازاتی است که دولت‌ها به اتباع خود اعطاء می‌کنند و امروزه این امر توسط حقوق بین‌الملل مورد تاکید قرار گرفته است، ( FATOUROS, 1962, 135-37) به همین مناسبت برخی از نویسندگان ابراز می‌دارند، استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه به عنوان حداقل استاندارد حقوق بین‌الملل عرفی ارزیابی شود. (ROBINSON, 1986, 2) با این حال، نظرات در مورد اینکه آیا در مرحله کنونی توسعه حقوق سرمایه‌گذاری، استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه باید به عنوان استاندارد مستقل در یک معاهده یا حتی استاندارد از حقوق بین‌الملل یا ترکیبی از این دو در نظر گرفته شود، نظرات متفاوتی ابراز شده است، حقوقدانانی مانند شرویر این موضوع را جزء تعهد دولت‌ها می‌داند و ابراز می‌دارد: «استاندارد منصفانه و عادلانه عمده‌تاً شامل تعهد دولت میزبان به صرف‌نظر نمودن از یک اقدام معین در مقابل وعده حفاظت و امنیت کامل دولت میزبان و تعهد به ایجاد فعالانه چارچوبی است که امنیت را اعطا می‌کند.» (SCHREUER, 2007, 4) این تمایز با تفسیر مضیقی که برخی از دادگاه‌های داوری از استاندارد دارند، مطابقت ندارد، برای مثال، در پرونده MTD، دادگاه با توجه به مقدمه تأکید کرده است که شرایط استاندارد «به‌عنوان یک رفتار فعالانه (...) تنظیم شده‌اند تا نسخه‌ای برای رفتار منفعلاًنه دولت یا اجتناب از رفتار غیرقانونی به سرمایه‌گذاران ارائه دهد.» (ICSID, 2014, 113) در یادداشت‌ها و نظرات مربوط به ماده ۱ پیش‌نویس کنوانسیون OECD در مورد حمایت از اموال بیگانگان، کمیته مسئول پیش‌نویس اشاره کرده است که مفهوم رفتار منصفانه و

متعارف مورد شناسایی قرار گیرد. (LAVIEC, 1985, 94) با امعان بر موضوعات فوق تا زمان اجماع جمعی راهکار اصلی حل مشکل رفتار منصفانه و عادلانه در قبال سرمایه‌گذاران خارجی بایستی بر اساس قواعد معاهده تعیین شود، زیرا چنین فرایندی این امکان را فراهم می‌آورد که با توافق بتوان استاندارد مذکور را به عنوان یک قاعده خاص در نظر گرفت، لایوینک همانند پرفسور لین بر این عقیده است که در بکارگیری استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه، توسل به انصاف این امکان را فراهم می‌آورد که سرمایه‌گذار از کشوری که در قلمرو آن سرمایه‌گذاری نموده است، رعایت اصول هم‌ارزی و تناسب را بخواهد اما لایوینک بر این اساس امکان تعمیم حداقل استاندارد به روابط سرمایه‌گذاری را رد می‌کند و ابراز می‌دارد برخی از اصول کلی مربوط به شرایط سرمایه‌گذاری خارجی صرفاً اقدامات خودسرانه، تبعیض‌آمیز و مصادره‌ای را ممنوع می‌کند. (LAVIEC, 1992, 65)

نویسندگانی مانند جویلارد و زلمی هاکوانی، فیلیپ سونیر، بثاتریس ماجزا، بر این واقعیت توافق دارند که استانداردهای رفتار و رفتار ملی با سرمایه‌گذاران کشور خارجی بالاترین درجه از بلوغ فکری است، (JUILLARD&CARREAU, 2005, 446 and HAQUANI&o, 90)) با این حال، نظرات در مورد اینکه آیا در مرحله کنونی توسعه حقوق سرمایه‌گذاری، استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه باید به عنوان یک استاندارد مستقل تعیین شده در یک معاهده یا حتی استاندارد از حقوق بین‌الملل در نظر گرفته شود، متفاوت است، زیرا منابع ترکیبی پذیرش معیار رفتار منصفانه و عادلانه به عنوان یک هنجار حقوق بین‌الملل، بدون توجه به منبع، منجر به تفسیر گسترده‌ای از این هنجار می‌گردد، اما از سوی دیگر پویس‌های فکری نشان می‌دهد حقوق بین‌الملل عرفی در حال تحول بوده و نمی‌توان با تفسیر مضیق، استاندارد پیشین از پدیده جهانی‌شدن که به چند برابر شدن رفتارهای دوجانبه منجر شده را از هم تفکیک نمود، زیرا بدیهی است که این موضوع منشاء نوآوری‌های هنجاری خاصی شده است، از جمله این نوآوری‌ها، کاربرد استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه در سرمایه‌گذاری‌های



دلیل تشخیص اینکه یک ماده از نفتا یا یک توافقنامه بین المللی جداگانه نقض شده است، مثبت نقض بند یک ماده ۱۱۰۵ نمی باشد.»، چنین تفسیری بر اساس قسمت ج بند ۲ ماده ۲۰۰۱ نفتا ارائه شده است که به FTC این اختیار را می دهد که اختلافاتی را که ممکن است در مورد تفسیر یا کاربرد موافقتنامه ایجاد شده است، حل کند، بند ۲ ماده ۱۱۳۱ تصریح می کند که تفسیر یک مفاد موافقتنامه توسط کمیسیون برای دادگاهی که طبق بخش B از فصل XI تأسیس شده است لازم الاجرا خواهد بود. (ICSID, 2002, 492-493) از طرف دیگر معاهدات سرمایه گذاری دوجانبه که تاکنون توسط ایالات متحده مذاکره شده است، حاوی نکاتی است که مقررات رفتار عمومی حداقل استاندارد رفتار را بر اساس حقوق بین الملل عرفی به رسمیت می شناسد، در یکی از این معاهدات قید شده است: «هر یک از طرفین در هر زمان نسبت به سرمایه گذاری های تحت پوشش رفتار منصفانه و عادلانه، حفاظت و امنیت کامل قائل خواهند شد و در هیچ موردی رفتاری کمتر از آنچه که در قوانین بین الملل الزامی است، نخواهد داشت» (Menaker, 2004, 107) در ماده ۵ مدل BIT 2004 ایالات متحده موافقت نامه های تجارت آزاد ایالات متحده که منعقد شده اند، در فصل سرمایه گذاری فراتر از نگرش های سابق مقرر شده است: «هر یک از طرفین باید با سرمایه گذاری های تحت پوشش رفتاری مطابق با حقوق بین الملل عرفی، از جمله رفتار منصفانه و عادلانه و حفاظت و امنیت کامل، قائل شوند و برای اطمینان بیشتر از اعمال بند فوق، حداقل استاندارد بین المللی مرسوم رفتار با بیگانگان به عنوان حداقل استاندارد رفتاری است که بایستی به سرمایه گذاری های ارائه شود، از اینرو تعهد به ارائه «رفتار منصفانه و عادلانه» شامل تعهد به عدم انکار عدالت در دادرسی کیفری، مدنی یا اداری مطابق با اصل دادرسی قانونی مندرج در نظام های حقوقی اصلی جهان است.» (model BIT, 2004) به همین مناسبت در قراردادهای آزاد تجاری، درک مشترک طرفین از معنای حقوق بین الملل عرفی به عنوان عمل عمومی و ثابت دولت ها که از احساس تعهد قانونی پیروی می کند و حداقل استاندارد حقوق بین الملل عرفی رفتار با بیگانگان به کلیه

عادلانه ناشی از «اصل کلی حقوق بین الملل است که یک کشور را ملزم به احترام و حمایت از اموال اتباع سایر کشورها است، این کمیته افزوده است: «عبارت «رفتار منصفانه و عادلانه» که در موافقت نامه های دوجانبه مرسوم است، نشان دهنده استاندارد است که توسط حقوق بین الملل برای رفتاری است که هر کشور در قبال اموال اتباع خارجی تعیین می کند، لذا کاربرد این استاندارد مستلزم آن است که با توجه به منافع اساسی امنیتی - حفاظتی که به موجب کنوانسیون ارائه می شود، عموماً توسط طرف قرارداد به اتباعش نیز اعطا شود، اما با توجه به قوانین بین المللی، استاندارد مذکور ممکن است در مواردی که در قواعد قوانین ملی تعیین شده دقیق تر باشد زیرا رویه های اداری ملی از الزامات حقوق بین الملل کوتاهی کند اما استاندارد مورد نیاز در عمل با حداقل استاندارد است که بخشی از حقوق بین الملل عرفی را تشکیل می دهد و با آن مطابقت دارد.» (OECD, 1967) به همین دلیل حمایت از گزاره «رفتار منصفانه و عادلانه» که به حداقل استاندارد اشاره دارد در بیانیه ای که در سال ۱۹۷۹ وزارت خارجه سوئیس بدین صورت بیان شده است: «اصل کلاسیک حقوق ملت ها، دولت ها را موظف می کند خارجیان و دارایی هایشان از «حداقل استاندارد» بین المللی بهره مند سازد و به آنها حداقل حقوق شخصی و اقتصادی رویه ای اعطا کند.» (Dolzer & Stevens & Tudor, 2008, 53) (همانطور که بیان گردید، ماده ۱۱۰۵ نفتا به وضوح «رفتار منصفانه و عادلانه» را به عنوان بخشی از الزامات حقوق بین الملل در نظر می گیرد، با توجه به تفاسیر متضادی که دادگاه ها از ماده فوق الذکر می نمودند، بر این اساس کمیسیون تجارت آزاد نفتا (FTC) در ۲۱ ژوئیه ۲۰۰۱ تفسیر الزام آور صادر گردیده و مقرر می دارد: «بند ۱ ماده ۱۱۰۵ حداقل استاندارد حقوق بین الملل عرفی را برای رفتار با بیگانگان به عنوان حداقل استاندارد رفتاری که باید با سرمایه گذاری های سرمایه گذاران طرف دیگر ارائه شود، تعیین می کند، از اینرو مفاهیم «رفتار منصفانه و عادلانه» و «حفاظت و امنیت کامل» نیازی به رفتاری علاوه بر یا فراتر از آنچه در حداقل استاندارد حقوق بین الملل عرفی برای رفتار با بیگانگان الزامی است، ندارد، به همین



باید در مقابل یک شبکه بالقوه قابل اجرا به آن داده شود، موجب شده دکرترین نظریات مختلفی را در خصوص مفهوم رفتار منصفانه و عادلانه بیان نمایند و این امر زمینه بروز اختلافات حقوقی در تفسیر و استنباط از این مفهوم را به دنبال داشته باشد.

#### منابع

##### الف - قوانین

۱- قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی

##### ب - منابع عربی

- ۲- الخضير، خالد عبدالله عبدالرحمن، ۱۴۳۹ هـ التحكيم في العقود الإدارية في الفقه الإسلامي والنظم المعاصرة مع دراسة تطبيقية للنظام السعودي (رسالة دكتوراه)، الطبعة الأولى، جامعة الأزهر، كلية الشريعة والقانون، قسم السياسة الشرعية.
- ۳- حساني، محمد منير، ۲۰۱۶، الحماية الدستورية لمبدأ المساواة في النظام الجزائري الحماية الدستورية لمبدأ المساواة في النظام الجزائري، دفاتر السياسة والقانون العدد الخامس العشر.
- ۴- سامي، فوزي محمد، ۲۰۱۰، التحكيم التجاري الدولي، دراسة مقارنة لأحكام التحكيم التجاري الدولي كما جاءت في القواعد والاتفاقيات الدولية والإقليمية العربية مع إشارة إلى أحكام التحكيم في التشريعات العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الخامسة.
- ۵- نادية، والي، ۲۰۲۱، مبدأ المعاملة العادلة والمنصفة للاستثمارات الأجنبية في ظل القانون رقم ۱۶-۰۹، المجلة الأفريقية للدراسات القانونية والسياسية، جامعة أحمد دراية، ادرار- الجزائر، المجلد ۰۵، العدد ۰۲، ديسمبر.
- ۶- نادية، والي، ۲۰۱۵، النظام القانوني الجزائري للاستثمار ومدى فعاليته في استقطاب الاستثمارات الأجنبية، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون الأعمال، جامعة مولوي معمري.

##### ج - منابع فرانسه و انگلیسی

- 7- Abs and Shawcross, 1960, "The Proposed Convention to Protect Foreign Investment: A Round Table: Comment on the Draft Convention by its Authors", Journal of Public Law.
- 8- BEN HAMIDA, Walid, 2004, L'arbitrage État-investisseur étranger: regards sur les traités et projets récents, J.D.I.2.
- 9- Brownlie, I., 2003, Principles of Public International Law, Oxford, Sixth Edition.

اصول حقوق بین الملل عرفی اشاره دارد و از حقوق و منافع اقتصادی بیگانگان حمایت می کند، این دیدگاه به عنوان یک استاندارد حقوق بین الملل عرفی مورد تاکید قرار گرفته است.

بر پایه گزاره های فوق مفهوم رفتار منصفانه و عادلانه، ارتباط علت و معلولی را بین خسارت وارده به شرکت خارجی و تقصیر دولت میزبان برقرار می کند، لذا برای اینکه استاندارد مسئولیت بین المللی کشور میزبان نفتی و حق غرامت را فراهم گردد، ضرورت دارد شرکت خارجی سرمایه گذار، در یک دیوان داوری بین المللی استدلال و اثبات کند خسارتی که به آنها وارد شده، منتسب به رفتار دولت میزبان است، این تعهد باعث می شود که اقدامات نامناسب دولت های میزبان مانند اخراج خودسرانه مهاجران، لغو غیرموجه مجوز اداری، تأخیرهای غیرموجه توسط مراجع ذیربط در اعطای مجوز برای اکتشاف یا بهره برداری نفت یا سایر منابع معدنی محدود شود، به همین دلیل استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه که اغلب توسط دولت ها در موافقت نامه های پیش بینی می شود، تعهد به نتیجه محسوب می گردد، این تعهد نظام حقوقی را تعیین می کند که هر دولت میزبان را ملزم می سازد برابر قواعد حقوق بین الملل برای سرمایه گذاری های اتباع سایر دولت های متعاهد همان حقوقی قائل گردد که برای سرمایه گذاران خود قائل می باشد، مواد ۸ و ۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۰/۱۲/۱۹ ایران با الهام از تحولات اخیر این استاندارد را به رسمیت شناخته است، لذا استاندارد مذکور ایجاب می کند که حمایتی که تحت یک معاهده دوجانبه یا منطقه ای یا یک کنوانسیون چند جانبه ارائه می شود، حمایتی باشد که عموماً توسط طرف مورد نظر به اتباع خود اعطا می شود و از آنجایی که چنین حمایتی توسط حقوق بین الملل تنظیم شده است، اگر قوانین ملی یا رویه های اداری ملی از استنادی پایین تر از استاندارد مورد نیاز قوانین بین المللی باشد، این استاندارد ممکن است از رفتار اتباع میزبان فراتر رود، (LEMAIRE, 2001, 75) به همین دلیل تفسیر استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه، در مورد استنادی که

- Rules and Agreements, APEC Committee on Trade and Investment Experts Group.
- 25- Paterson, 1991, «Canadian Investment Promotion and Protection Treaties», Canadian Yearbook of International Law.
- 26- ROBINSON, 1986, The Question of a reference to International Law in the United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, UNCTC Current Studies, Series A, Number I.
- 27- Roth, A. H., 1949, The Minimum Standard of International Law Applied to Aliens, Leiden, where it is defined as follows.
- 28- Rousseau, Charles E., Droit International Public, Sirey, Paris, 1970.
- 29- Sacerdoti, G., 1997, «Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection», Recueil des Cours, Tome 269.
- 30- SALEM, M., Le développement de la protection conventionnelle des investissements étrangers, J.D.I, CLUNET, 1986.
- 31- Salacuse, J.W. (2015). The Law of Investment Treaties. Oxford International Law Library.
- 32- SCHREUER, Ch., 2007, « Fair and Equitable Treatment (FET): Interactions with other Standards », Transnational Dispute Management 2007, vol. 5,
- 33- Sornarajah, M., 1994, The International Law on Foreign Investment, Cambridge.
- 34- Thomas, J.C., 2002, «Reflection on Article 1105 of NAFTA: History, State Practice and the Influence of Commentators», ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 17 (1)
- 35- VADCAR, Corinne, 1999, Droit de l'investissement, Problématique et définition de l'investissement direct étranger en droits national et international, Éditions du Juris-Classeur.
- 36- VASCIANNIE, Stephen, 2000, « The fair and equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice », British yearbook of International Law, vol. 70
- 37- Vandeveld, 1988, «The Bilateral Treaty Program of the United States», Cornell International Law Journal.
- د - کنوانسیون، معاهدات و پرونده ها
- 38- UNCTAD, Bilateral Investment Treaties in the Mid 1990s.
- 39- UNCTAD series on issues in international investment agreements, 1999.
- 10- Dolzer, R., and Stevens, M., 1995, in Bilateral Investment Treaties, ICSID, d, United Nations, Reports of International Arbitral Awards, 1903, X.
- 11- Dolzer and Stevens, Tudor, Ioana, 2008, The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment The Fair and Equitable Treatment Standard in the International Law of Foreign Investment, Oxford Academic.
- 12- DUPUY, V. Pierre-Marie, 2004, Droit international public, 7e édition, DALLOZ.
- 13- FATOUROS, V. A., 1962, Government Guarantees to Foreign Investors", Columbia University Press.
- 14- HAQUANI, Zalmai, SAUNIER, Philippe , MAJZA, Béatrice , 2006, Droit international économique, ELLIPSES.
- 15- Janis, Mark. W., 1993, An Introduction to International Law, Second edition, Little, Brown and Company.
- 16- JUILLARD, Partick, 1994, L'évolution des sources du droit des investissements, Recueil des Cours, tome 250.
- 17- JUILLARD, CARREAU et P., 2005, Droit international économique, DALLOZ., 2ème Édition.
- 18-
- 19- LAVIEC, J-P., 1985, Étude de droit international économique, Genève, Publication de l'I.U.H.E.L.
- 20- LAVIEC J-P., 1992, « Le pivot de l'architecture des conventions ». In Protection et promotion des investissements, P.U.F. Paris
- 21- LEBEN, Charles, 1999, « L'évolution du droit international des investissements » in Journée d'études « Un accord multilatéral sur l'investissement: d'un forum de négociation à l'autre? » organisé par la Société française pour le droit international.
- 22- LEMAIRE, Axelles, 2001, Le Nouveau visage de l'arbitrage entre État et investisseur étranger: Le Chapitre 11 de l'ALENA, Revue de l'arbitrage - N°1, Paris, LITEC.
- 23- Mann, F.A., 1981 «British Treaties for the Formation and Protection of Investment», British Yearbook of International Law 24.
- 24- Menaker, Andrea, 2004, «Standards of Treatment: National Treatment, Most Favoured Nation Treatment & Minimum Standard of Treatment», APEC Workshop on Bilateral and Regional Investment

- 53- S-Australia Free Trade Agreement signed on March 1, 2004. US-Central America Free Trade Agreement (CAFTA) signed on January 28, 2004.
- 54- The Central American countries are: Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua. US-Chile Free Trade Agreement signed on June 6, 2003. US-Morocco Free Trade Agreement signed on June 15, 2004. US-Singapore Free Trade Agreement signed on May 6, 2003.
- 55- Bhd. & MTD Chile S.A. v. Chile, Af. ICSID No. ARB/01/7, award of May 25, 2014, § 113
- 56- "Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention", OECD
- 57- Australia-Thailand Free Trade Agreement signed on October 19, 2003, see text of the Agreement on [http://www.dfat.gov.au/trade/negotiations/aust-thai/aust-thai\\_fta.pdf](http://www.dfat.gov.au/trade/negotiations/aust-thai/aust-thai_fta.pdf).
- 58- For the text of the model BIT see <http://www.state.gov/e/eb/rls/prsrl/2004/28923.htm>
- 59- ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No ARB(AF)/00/1, Award, 9 January, 2003, paragraph 179, p. 86 referring to the Transcript of the Oral Hearing, Vol. II, 16 April 2002, pp. 492-493. Also Post Hearing Transmission of the United States, 27 June 2002.
- 60- For the text of the model BIT see <http://www.state.gov/e/eb/rls/prsrl/2004/28923.htm>
- 40- UNCTAD, International Investment Instruments: A Compendium (1996) Vol. II.
- 41- UNCTC, The United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations, Current Studies, Series A (New York, 1986) UN Doc. ST/CTC/SER. A/4, Annex 1.
- 42- United Nations, Reports of International Arbitral Awards, 1926, IV
- 43- Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA). <http://www.miga.org/screens/about/convent/convent.htm>.
- 44- Common Market for Eastern and Southern Africa (COMESA).
- 45- North American Free Trade Agreement (NAFTA).
- 46- Association of Southeast Asian Nations, or ASEAN.
- 47- Organization for Economic Co-operation and Development (OECD).
- 48- European Economic Community (EEC).
- 49- The Cotonou Partnership Agreement.
- 50- Economic Partnership Agreements (EPAs).
- 51- Draft Convention on the Protection of Foreign Property and Resolution of the Council of the OECD on the Draft Convention", OECD, pp.13-15, 1967. And Intergovernmental Agreements Relating to Investment in Developing Countries" OECD, 1984. In 1967 and 1984, the OECD countries based their work essentially on state practice and literature.
- 52- Foreign Investment Protection under Investment Treaties: Recent Developments under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement" in ICSID Review –Foreign Investment law Journal, Volume 16, Number 2, Fall 2001.

**Abstract:**

Stabilization of investment contracts seeks to protect transnational groups against any unilateral change of the terms of the contract by the host country, on this occasion, the inclusion of stabilization clauses in the contract creates effects, although the stabilization condition is not contractual in nature, but it imposes its own legal effects. Based on the proposition mentioned in the multilateral, regional and bilateral treaties that are established for mutual encouragement and support of transnational investments, Conventional consolidation clauses are semantically recognized as consolidation clauses, in customary international law, the jurisdiction of the host state is negated because if contractual disputes between host countries and foreign companies are subject to the jurisdiction of the host state, Judges of the host country under the influence of their own government and citing national interests favor their own government, and on the other hand, the legislative mechanism in the host country gives this potential possibility to the host government to, if necessary, change the essential internal law of the contract and this process will lead to the instability of investment contracts. According to the above, this research in a descriptive analytical way seeks to answer the question whether the rules of public international law allow the standard of fair and just behavior specified in international conventions to help the investor and control the undesirable behavior of the oil host government, The answer to the question depends on the analysis of the application of the mentioned standards in the field of investment, based on which the new basic international legal framework is evaluated, Therefore, the recognition of the mentioned concepts and their legal effects should be examined based on a logical structure in order to present a scientific and practical achievement by generalizing the cases.

**Key words:** fair and just standard, transnational investment, customary international law