

«رفتار عادلانه و منصفانه» دولت میزبان با پیمانکاران خارجی

دکتر به آذین حسینی*

چکیده: پیمانکاران خارجی، خصوصاً پیمانکاران فعال در حوزه نفت، گاز و پتروشیمی که به علت حجم گسترده سرمایه‌گذاری‌هایشان، باید سال‌های متعددی در کشور میزبان حضور داشته باشند، در طول تاریخ، با رفتارهای غیرقابل پیش‌بینی و نامطلوب دولت میزبان مواجه بوده‌اند، لذا همواره برای فعالیت در کشور میزبان، در پی کسب حمایت‌ها و تضمین‌هایی شفاف، مشخص و مؤثری بوده تا بتوانند پروژه خود را با موفقیت به نتیجه برسانند. امروزه یکی از مؤثرترین حمایت‌هایی که در حقوق بین‌المللی سرمایه‌گذاری برای سرمایه‌گذاران (پیمانکاران) وجود دارد، استانداردهای رفتاری است که دولت میزبان باید آنها را در برابر پیمانکار خارجی رعایت نماید. باید گفت که از میان این استانداردهای رفتاری، «رفتار منصفانه و عادلانه» مهم‌ترین استاندارد تلقی می‌گردد. این مقاله سعی داشته که این استاندارد را بررسی کرده تا با درک مفهوم و جایگاه آن در حقوق بین‌المللی، آثار ناشی از این استاندارد کلی، مبهم و وسیع را شناسایی نماید و بدین وسیله تعهدات دولت میزبان از جمله دولت ایران را در برابر سرمایه‌گذاران خارجی، خصوصاً در حوزه‌های نفت، گاز و پتروشیمی دریابد.

واژگان کلیدی: استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه»، حداقل استاندارد بین‌المللی، استانداردهای رفتاری، سرمایه‌گذار خارجی، پیمانکار خارجی، دولت میزبان، معاهدات دوجانبه حمایت از سرمایه‌گذاری

مقدمه

همواره در طول تاریخ حمایت مناسب از سرمایه‌گذاران خارجی و اموالشان در کشور میزبان، از چالش‌های جدی بین دولت‌ها بوده است. صرف‌نظر از درگیری‌ها و مجادلاتی که سال‌ها در مورد مطلوبیت سرمایه‌گذاری خارجی بین کشورهای فرستنده و پذیرنده سرمایه وجود داشته، امروزه دولت‌های در حال توسعه، نهایت تلاش خود را برای جذب هر چه بیشتر سرمایه‌گذاری خارجی به کار بسته و بر این واقعیت تأکید دارند که پیش‌بینی حمایت‌ها و تضمین‌های حقوقی مناسب برای سرمایه‌گذاران خارجی، یکی از مؤلفه‌های بسیار مهم در افزایش مطلوبیت کشورشان برای جذب سرمایه‌گذاری خارجی خواهد بود. در همین راستا انعقاد موافقت‌نامه‌های (معاهدات) دوجانبه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری‌های خارجی، یکی از مهم‌ترین ابزارها در سطح بین‌المللی جهت پیش‌بینی حمایت حقوقی از سرمایه‌گذاران تلقی می‌گردد. انعقاد فراوان این موافقت‌نامه‌ها میان دولت‌ها، حکایت از نقش مؤثر آنها در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی دارد. در همین راستا دولت ایران جهت حمایت مناسب از سرمایه‌گذاری‌های خارجی و همچنین تشویق آن، حدود ۵۰ مورد از این نوع موافقت‌نامه‌ها را با دولت‌های مختلف، اعم از توسعه‌یافته و در حال توسعه منعقد نموده است.

مهم‌ترین هدف این معاهدات، نظم بخشیدن روابط دو دولت در حوزه سرمایه‌گذاری و همچنین افزایش مطلوبیت کشور میزبان جهت جذب سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشد. برای دسترسی به این اهداف، بخشی از این معاهدات، به «استانداردهای رفتاری» اختصاص دارد، که دولت میزبان باید آنها را در رفتار خود در برابر پیمانکار خارجی (به عنوان سرمایه‌گذار خارجی) رعایت نماید. در همین راستا، یکی از مورد استنادترین و مهم‌ترین این استانداردها، استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه»^۱ می‌باشد.

چون حجم اصلی سرمایه‌گذاری خارجی در کشور ما ایران، در حوزه‌های نفت، گاز و پتروشیمی می‌باشد و از آنجا که اصولاً انجام سرمایه‌گذاری در این حوزه‌ها، حضور طولانی مدت پیمانکار خارجی را در کشور میزبان می‌طلبد، این امر اهمیت «رفتار منصفانه و عادلانه» دولت میزبان، از جمله دولت ایران را با پیمانکاران خارجی بیش از پیش نمایان می‌سازد.

لازم به ذکر است از آنجا که اصولاً سرمایه‌گذاران خارجی در حوزه‌های نفت، گاز و

1. Fair and Equitable Treatment (FET)

پتروشیمی، برای انجام سرمایه‌گذاری خود، عموماً در مقام پیمانکار خارجی به کشور میزبان وارد شده و فعالیت می‌کنند و عموماً در صنعت، تحت این عنوان شناخته می‌شوند، لذا مسائل مطرح شده در این نوشتار تا بدانجا در مورد پیمانکار خارجی موضوعیت دارد و مصداق می‌یابد که عملیات پیمانکار، در مفهوم و چارچوب سرمایه‌گذاری خارجی^۱ بگنجد. به عبارت بهتر، در این نوشتار، پیمانکار خارجی مفهومی برابر با سرمایه‌گذار خارجی خواهد داشت.

در این مقاله نویسنده قصد داشته تا مشخصاً استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» را مورد بررسی قرار داده تا معین گردد که دولت‌های میزبان، از جمله دولت ایران، طی این استاندارد چه تعهداتی در برابر پیمانکاران خارجی داشته و آیا این تعهدات در برابر پیمانکاران خارجی رعایت می‌گردد یا خیر. در همین راستا در گفتار اول به بیان کلیات و موضوعاتی مقدماتی در مورد استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» خواهیم پرداخت. در گفتار دوم سعی در تشریح مفهوم و ارائه تعریفی از این استاندارد خواهیم داشت. از آنجا که یکی از پرچالش‌ترین موضوعات مربوط به این استاندارد، طرح نظریه‌ای است که بیان می‌دارد این استاندارد هیچ تفاوتی با «حداقل استاندارد بین‌المللی» موجود در حقوق بین‌المللی عرفی ندارد، گفتار سوم را به بررسی این نظریه اختصاص داده تا به صحت و سقم آن پی ببریم.

از آنجا که این استاندارد دارای مفهومی کلی و گستره‌ای وسیع می‌باشد، اعمال و شناسایی و معرفی مصداق عینی آن و تعهداتی که عملاً دولت میزبان تحت این استاندارد در برابر پیمانکاران خارجی دارد گفتار چهارم مقاله را تشکیل خواهد داد. به خصوص که با مطالعه مصداق عینی که استاندارد در آن اعمال می‌گردد، هر چه بیشتر مفهوم این استاندارد مبهم را دریافته و در انتها نیز برداشت کلی خود را در این باره ارائه خواهیم نمود.

۱. با مطالعه در منابع حقوق بین‌المللی سرمایه‌گذاری باید گفت که بنک سرمایه‌گذاری خارجی به صورت خلاصه مشخصات ذیل را دارا می‌باشد: الف) انتقال پول و سرمایه اولیه از خارج، به کشور میزبان سرمایه، ب) وجود یک پروژه طولانی مدت، ج) قصد و انگیزه سرمایه‌گذار خارجی از یک آمدن منظم از انجام پروژه، د) مدیریت پروژه توسط سرمایه‌گذار خارجی که سرمایه اولیه را به سرمایه‌گذاری تخصیص داده، حداقل به صورت محدود، ه) وجود ریسک تجاری برای سرمایه‌گذار.

گفتار اول: ملاحظات مقدماتی

استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» در اکثر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و همچنین دیگر معاهدات مربوط به موضوع سرمایه‌گذاری وجود داشته و مشاهده می‌شود.^۳ برای مثال بند سه ماده دو «موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری فدرال آلمان»^۴ اشعار می‌دارد:

«طرف‌های متعاقد همیشه اعمال رفتار عادلانه و منصفانه نسبت به سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران طرف متعاقد دیگر را تضمین خواهند کرد و مدیریت، فعالیت، نگهداری، استفاده، تغییر شکل، بهره‌مندی، فروش یا واگذاری سرمایه‌گذاری‌های مزبور را به هیچ وجه مشمول اقدامات تبعیض‌آمیز قرار نخواهند داد».

استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه»، مفهوم اعمال انصاف، عدالت و برابری را توسط دولت میزبان در برابر پیمانکار خارجی نشان می‌دهد. غرض اصلی از پیش‌بینی این استاندارد، رعایت استانداردی عمومی به نفع پیمانکار خارجی است که از حقوق دولت میزبان مستقل باشد.^۵ استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» متحصراً ریشه در ارزش‌های حقوق بین‌الملل داشته است و تعهدات ناشی از آن، مستقیماً بر دولت میزبان بار شده و اعمال آن بستگی به صلاحدید و اولویت‌های دولت میزبان ندارد.

درج این استاندارد در معاهدات منعقدۀ توسط دولت میزبان، حداقل حکایت از این امر دارد که دولت میزبان به جامعه بین‌المللی نشان می‌دهد که با پیمانکاران خارجی، که در مقام سرمایه‌گذار خارجی می‌باشند، رفتاری خواهد نمود که منافع آنها به صورت عادلانه و منصفانه‌ای تأمین می‌گردد.^۶

استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» در اکثریت قریب به اتفاق معاهدات دوجانبه حمایت از سرمایه‌گذاری بین دولت ایران با دیگر دولت‌ها وجود داشته و به اشکال مختلفی

3. Margrete Stevens & Rudolf Dolzer, *Bilateral Investment Treaties*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, p. 22.

۴. این معاهده مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۲۳ مجلس شورای اسلامی است که در تاریخ ۱۳۸۲/۱۱/۱۴ به تأیید شورای نگهبان رسیده است (متن موافقت‌نامه در این آدرس قابل دسترسی است: www.tarh.majlis.ir)

۵. محمد صبور، «آژانس چندجانبه تضمین سرمایه‌گذاری (میگا) و استانداردهای سرمایه‌گذاری خارجی»، *مجله پژوهشهای حقوقی*، شماره ۴، ۱۳۸۲، صص ۱۱۵-۱۱۶.

6. Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues In International Investment Agreements, UNCTAD, (Geneva and New York, 1999), Available at: www.unctad.org, pp. 1-3.

منعکس شده است.

استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» از جمله استانداردهای رفتاری است که در اکثر اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری که یک معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بر روابط بین طرفین سرمایه‌گذاری حاکم بوده، مطرح گشته و در مورد آن بحث شده و بسیاری از این اختلافات، در مراجع بین‌المللی، بر مبنای این استاندارد منجر به صدور رأی شده‌اند. اولین پرونده‌های مربوط به شکایت از نقض استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» در «مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری»^۷ (از اینجا به بعد از واژه ایکسید استفاده می‌نماییم) به اواخر دهه ۱۹۹۰ باز می‌گردد^۸ و از آن زمان به بعد هر روز بر تعداد این آرا اضافه شده، به نحوی که از سال ۱۹۹۷ تا سال ۲۰۰۷، حدود ۳۴ پرونده مرتبط با استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» در ایکسید مطرح شده است.^۹ لذا می‌توان اینگونه ادعا نمود که این استاندارد تبدیل به عنصر جدایی‌ناپذیر و اساسی داوری‌های بین‌المللی با موضوع سرمایه‌گذاری شده است.

بند یک: شیوه‌های انعکاس استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» در معاهده

از آنجا که دولت‌ها در اثر حق حاکمیتشان، صلاحیت تعیین شرایط رفتار با سرمایه‌گذاران خارجی در سرزمین‌شان را دارند و بسیاری از شیوه‌های رفتار با پیمانکاران خارجی (سرمایه‌گذاران خارجی) جنبه عرف بین‌المللی پیدا نکرده است، لذا برای اعمال این استاندارد اصولاً باید مقرر صریح معاهده‌ای موجود بوده تا شرایط و چگونگی اجرای این استاندارد در آن مشخص شده باشد.^{۱۰}

محتوایی که تحت عنوان استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» تعریف می‌شود در هر معاهده متفاوت بوده و نمی‌توان معتقد بود که شیوه نگارش این استاندارد در تمامی معاهدات به صورت یکسانی می‌باشد و دولت‌ها از الگویی یکسان تبعیت می‌کنند. همانند دیگر استانداردهای رفتاری مندرج در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، برای درج «رفتار منصفانه و عادلانه» نیز هیچ متن ثابت و یکسانی وجود ندارد. لذا باید هر ماده‌ای که این

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

۸. منظور در پرونده به مشخصات ذیل است:

Metalclad v. Mexico, ICSID Award, 30 Aug 2000; Maffezini v. Spain, ICSID Award on Merits, 13 Nov 2000, Available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

9. Ioana Tudor, *The Fair And Equitable Treatment Standard In International Law of Foreign Investment*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 3.

10. Fair and Equitable Treatment, UNCTAD, *op. cit.*, pp. 16-19.

استاندارد در آن درج می‌شود را طبق ماده ۳۱ کنوانسیون وین حقوق معاهدات، با توجه به سیاق و در صورت لزوم تاریخچه آن، مورد تفسیر قرار داد تا معنای واقعی و متعارف آن به دست آید.^{۱۱}

اما می‌توان گفت اصولاً راجع به شیوه نگارش این استاندارد در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، چهار رویکرد وجود دارد.^{۱۲} این چهار رویکرد عبارتند از:

- ۱- معاهدات سرمایه‌گذاری که «رفتار منصفانه و عادلانه» در آنها پیش‌بینی نمی‌شود.
- ۲- معاهدات سرمایه‌گذاری که استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» را به عنوان امری تشویقی و نه مقرره‌ای الزام‌آور پیش‌بینی کرده‌اند. نمونه چنین رویکردی را در قسمت «د» از ماده ۱۲ کنوانسیون مؤسس «آژانس چندجانبه تضمین سرمایه‌گذاری» (میگا)^{۱۳} می‌توان مشاهده نمود.
- ۳- معاهدات سرمایه‌گذاری که استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» را به صورتی ساده و بدون هر قید و شرطی درج کرده‌اند. نمونه چنین رویکردی را در «موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری فدرال آلمان»^{۱۴} می‌توان ملاحظه نمود.
- ۴- معاهدات سرمایه‌گذاری که استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» را با دیگر استانداردهای رفتاری یا دیگر مقررات ترکیب و قیود و شروطی را برای اعمال آن در نظر گرفته‌اند.^{۱۵} در همین زمینه معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین دولت ایران و دولت جمهوری مردمی بنگلادش^{۱۶} با ترکیب این استاندارد با دیگر استانداردهای رفتاری، یعنی استاندارد «محافظت و امنیت کامل»، استاندارد «رفتار ملی» و استاندارد «رفتار ملت کامله‌الوداد» در ماده ۴ خود اشعار می‌دارد:

11. M. Stevens & R Dolzer, *op. cit.*, p. 58.

12. البته بسته به چگونگی تفسیر و شیوه تحلیل، تعداد این رویکردها متفاوت می‌شود. به عنوان مثال در دو منبع ذیل، شیوه‌های متفاوت نگارش این استاندارد شناسایی شده است:

Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking, UNCTAD, 2007, Available at: www.unctad.org, pp. 30-32; I. Tudor, *op. cit.*, pp. 22-27.

13. Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)

14. این معاهده مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۲۳ مجلس شورای اسلامی است که در تاریخ ۱۳۸۲/۱۱/۱۴ به تأیید شورای نگهبان رسیده (متن موافقت‌نامه در این آدرس قابل دسترسی است: www.tarh.majlis.ir).

15. Fair and Equitable Treatment, UNCTAD, *op. cit.*

16. این معاهده مصوب ۱۳۸۰/۱۲/۱۴ مجلس شورای اسلامی است که در تاریخ ۱۳۸۰/۱۲/۲۸ به تأیید شورای نگهبان رسیده است. متن موافقت‌نامه در این آدرس قابل دسترسی است: www.tarh.majlis.ir.

«ماده ۴) حمایت از سرمایه‌گذاری: سرمایه‌گذاری‌های اشخاص حقیقی و حقوقی هر یک از طرف‌های متعاقد در قلمرو طرف متعاقد دیگر، از حمایت کامل قانونی طرف متعاقد سرمایه‌پذیر و رفتار منصفانه‌ای که از رفتار اعمال شده نسبت به سرمایه‌گذاران خود یا سرمایه‌گذاران هر کشور ثالث (هر کدام که مساعدتر است) نامساعدتر نباشد، برخوردار خواهد بود.»

بند دو: نقش استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه»

اصولاً هدف اصلی از پیش‌بینی ماده‌ای در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری که استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» را منعکس می‌کند، این است تا خلأهایی که ممکن است به وسیله دیگر قواعد بر طرف نشده را رفع کرده و در نتیجه حمایت مناسب و قابل قبولی از پیمانکار خارجی نماید.

نقش و عملکرد استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» را می‌توان به نقش و کارکرد قوانین کلی و اساسی (General codes) که در کشورهای حقوق نوشته (رومی - ژرمنی) وجود دارد تشبیه نمود، چرا که این قوانین اساسی، یکسری قواعد مشخص و تکمیلی به همراه اصول کلی و عامی همچون اصل حسن نیت که یک اصل بنیادین و دارای اولویت است را مقرر می‌دارند تا به وسیله آن اصول خلأهای موجود در دیگر قوانین رفع شده و با تمسک به آنها درک و فهم قوانین و مقررات مبهم به راحتی میسر گردد. به واقع باید گفت که رفتار منصفانه و عادلانه از لحاظ ماهوی، تا حدودی با معنای اصل حسن نیت، البته در معنای وسیع،^{۱۷} و همچنین با یک مفهوم بسیار مهم که «منع تناقض‌گویی به ضرر دیگری»^{۱۸} و مفهوم استاپل را در خود نهفته دارد، همپوشانی دارد.^{۱۹}

بند سه: «رفتار منصفانه و عادلانه»، استاندارد واحد

نکته مهم دیگر مرتبط با این استاندارد، این است که آیا استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» در حقیقت از دو استاندارد ترکیب یافته است؟ به بیان دیگر آیا این استاندارد ترکیبی است از استاندارد رفتار «منصفانه» با استاندارد رفتار «عادلانه» که هر یک از این دو استاندارد، معنای مستقل خود را دارا است یا خیر؟

17. Anthony D. Amato, "Good Faith", *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2, Edited By R. Bernhardt, 1995, pp. 599-601.
18. *Venire contra factum proprium*
19. J. P. Muller & Th. Cottier, "Estoppel", *Encyclopedia of Public International Law*, pp. 116-119.

در جواب این پرسش باید گفت که با دقت بر رویه دولت‌ها و نحوه انعکاس این استاندارد در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری هیچ نشانه‌ای مبنی بر اینکه استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» ترکیبی از دو استاندارد مذکور باشد نمی‌یابیم. وقتی دولت‌ها در اکثر موارد اصطلاح «منصفانه» و «عادلانه» را در کنار هم و به صورت واحد به کار می‌برند و تمامی اسناد و مدارک بین‌المللی که در مجامع بین‌المللی راجع به این استاندارد ارائه شده حکایت از وجود یک استاندارد واحد و بسیط دارد، به نظر می‌آید که فرض کلی بر این است که «منصفانه و عادلانه» حکایت از استاندارد واحد و منفرد دارند و هیچ تفاوتی بین «منصفانه» با «عادلانه و منصفانه» وجود ندارد. چرا که بسیار بعید و دور از ذهن است که فرض کنیم که رفتاری توسط دولتی صورت بگیرد که «عادلانه» باشد اما نتوان آن را «منصفانه» تلقی نمود یا بالعکس.^{۲۰}

پس اگر در ماده‌ای تنها به یکی از دو اصطلاح «منصفانه» یا «عادلانه» مواجه می‌شویم (که این امر در غالب موارد در معاهدات مودت مشاهده می‌شود)، تفاوتی با موادی که «منصفانه و عادلانه» را در کنار هم به کار می‌برند وجود نداشته و در واقع از لحاظ مفهومی هیچ فرقی بین آنها نیست.

گفتار دوم: مفهوم استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه»

تعریفی کاملاً اولیه و معمولی از این استاندارد بیان می‌دارد، وقتی پیمانکاری طبق معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین دولت متبوعش با دولت میزبان از این استاندارد حمایتی بهره‌مند است، رفتار دولت میزبان باید حداقل‌های مورد قبول را دارا باشد، به صورتی که با یک ارزیابی ساده و متعارف از آن رفتار، منصفانه و عادلانه بودن آن را احراز گردد.^{۲۱}

باید بیان داشت که با توجه به خصلت و ماهیت این استاندارد رفتاری، رسیدن به تعریفی جامع و مانع از آن بسیار دشوار است و به خاطر همین واقعیت هم هست که تحقیقاً در هیچ منبعی، به تعریفی نسبتاً جامع و کامل از این استاندارد دست نمی‌یابیم. اما نکته ابتدایی که در این رابطه باید اظهار داشت این است که در ادامه خواهیم دید که اصولاً تمامی تعاریف ارائه شده راجع به «رفتار منصفانه و عادلانه»، تأکید و تأیید خود را بر موارد نقض و شناسایی مصادیق خاص این استاندارد قرار داده‌اند تا اینکه تعریفی جامع و مانع از

20. Kenneth J. Vandeveld, "The Bilateral Investment Program of United States", *Cornell International Law Journal*, vol. 21, 1988. Available at: <http://heinonline.org>, p. 221.
21. Fair and Equitable Treatment, UNCTAD, *op. cit.*, p. 10.

آن را ارائه دهند.

البته با دقت بر ماهیت و محتوای این استاندارد، چنین وضعیتی تا حدود بسیار زیادی نیز موجه می‌نماید. چرا که مفاهیم «رفتار منصفانه» و «رفتار عادلانه»، مفاهیمی ذهنی می‌باشند که از دقت و عینیت برخوردار نبوده و نمی‌توان مانند مفاهیم عینی، تعریفی دقیق از آنها ارائه داد. لذا رویه داوری هم از این امر متأثر بوده و با توسل به «معنای عادی و معمول» این استاندارد و تمسک به کلیت آن، در عین لحاظ نمودن انعطاف‌پذیری و بویابی دائمی استاندارد، مصادیق عینی استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» را در هر قضیه خاص و بسته به مورد یافته و بیان نموده است. در ادامه به بررسی رویه داوری بین‌المللی در زمینه تعریف این استاندارد می‌پردازیم.

اولین مورد در این زمینه پرونده‌ای موسوم به چنین در برابر دولت استونی^{۲۲} که تحت نظام حقوقی ایکسید مورد رسیدگی قرار گرفته می‌باشد. در این پرونده دیوان داوری مربوطه بیان داشت که رفتار ناقض استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه «... شامل اعمالی است که حکایت از قصور عامدانه در انجام وظیفه، عدم کفایت اقدامات لازم، به نحوی که در حدی پایین‌تر از استانداردهای بین‌المللی بوده و یا حتی [اعمالی که] همراه با سوء نیت هستند» می‌باشد.^{۲۳}

پرونده بسیار مهم دیگری که در این رابطه باید مورد اشاره و تجزیه و تحلیل قرار گیرد پرونده‌ای موسوم به تکمید در برابر مکزیک^{۲۴} است که آن هم تحت نظام داوری ایکسید مورد بررسی قرار گرفت. بسیاری از علمای حقوق بین‌الملل برای درک مفهوم این استاندارد، آن را جامع‌ترین تعریف از استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» دانسته و در آرای قضایی بعدی نیز بارها به آن استناد شده است. دیوان رسیدگی‌کننده به این اختلاف در پاراگراف ۱۵۴ این رأی در بیان ارائه تعریفی از استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» اشعار می‌دارد:

دیوان داوری با عنایت به اصل حسن نیت که اصلی تثبیت شده در حقوق بین‌الملل است، ملاحظه می‌کند که مقررات این موافقت‌نامه، طرفین معاهده را ملزم به اعمال رفتاری نسبت به سرمایه‌گذاری خارجی می‌کند که آن رفتار بر انتظارات اولیه و مبنایی

22. *Genin v. Estonia*, ICSID Award, 25 Jun 2001, Available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

23. *Ibid.*, para. 367.

24. *Tecmed v. Mexico*, ICSID Award, 29 May 2003, available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

که توسط سرمایه‌گذار خارجی برای انجام سرمایه‌گذاری در نظر گرفته شده، تأثیر نامطلوبی نگذارد. سرمایه‌گذار خارجی از دولت میزبان توقع دارد که در روابط خود با وی به شیوه‌ای یکنواخت و منسجم عمل کرده، از هرگونه ابهام به دور بوده و با شفافیت کامل عمل نماید، به نحوی که سرمایه‌گذار بتواند از قبل، از هرگونه مقررات و قواعدی که بر سرمایه‌گذاری اش حاکم خواهد بود و همچنین از اهداف سیاست‌های مربوطه و رویه‌های اداری و بخشنامه‌ها آگاهی یافته، تا قادر باشد که ضمن برنامه‌ریزی برای سرمایه‌گذاری خود، از چنین قواعدی نیز تبعیت نماید ... سرمایه‌گذار خارجی همچنین از دولت میزبان انتظار دارد که به صورت منسجم و یکنواختی عمل کند، یعنی به صورت خودسرانه تصمیمات و مجوزهایی که از قبل صادر کرده و آن تصمیمات و مجوزها مبنای اتکا و استناد سرمایه‌گذار خارجی در قبول تعهداتش قرار گرفته و سرمایه‌گذار بر مبنای آنها فعالیت‌هایی تجاری و بازرگانی‌اش را برنامه‌ریزی و اعمال کرده است باطل و لغو ننماید. سرمایه‌گذار همچنین از دولت توقع دارد به ابزارهای قانونی که بر اعمال سرمایه‌گذار و سرمایه‌گذاری اش حاکم است و در تطابق با عملکردی است که معمولاً برای چنین ابزارهای در نظر گرفته می‌شود متوسل شود و سرمایه‌گذار را بدون جبران خسارت لازم از سرمایه‌گذاری اش محروم ننماید.^{۲۵}

پرونده دیگری که در ارتباط با مفهوم استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» باید به آن اشاره نمود، پرونده‌ای تحت عنوان ام تی دی در برابر شیلی^{۲۶} است که راجع به قراردادی بود مبنی بر ساخت یک شهرک، که بین پیمانکار خارجی و دولت شیلی امضا شده بود، اما پروژه به علت تعارض با قوانین موجود در منطقه مورد نظر به اجرا در نیامد.^{۲۷} دیوان در این پرونده در تعریف استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» اشعار می‌دارد:

... رفتار منصفانه و عادلانه باید رفتاری تلقی گردد که منطبق بر عدالت و انصاف باشد و به شکلی صورت پذیرد که موجب تشویق در توسعه سرمایه‌گذاری شود. واژه‌های ناشی از رفتار منصفانه و عادلانه بیشتر جنبه مثبت و تشویقی دارد - مثل «تشویق کردن»، «ایجاد کردن»، «مساعدت نمودن» - تا توصیه‌هایی به دولت مبنی بر عدم ارتکاب رفتارها یا اجتناب از رفتارهای آسیب رساننده به سرمایه‌گذار.^{۲۸}

25. *Tecmed v. Mexico, op. cit.*, para. 154.

26. *MTD v. Chile, ICSID Award*, 25 May 2004, Available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

27. *Ibid.*, para. 107.

28. *Ibid.*, para. 113.

پرونده دیگر در این ارتباط، پرونده‌ای موسوم به سنلوکا در برابر دولت جمهوری چک است.^{۲۹} دیوان مفهوم استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه را اینگونه تعریف می‌کند:

یک سرمایه‌گذار خارجی که منافعش تحت معاهده مورد حمایت است، محق است که از دولت میزبان توقع داشته باشد که به گونه‌ای رفتار نکند که آشکارا متعارض، مبهم، غیرمعقول (یعنی با یک سیاست منطقی همخوانی نداشته باشد) یا تبعیض‌آمیز (یعنی بر مبنای تبعیضات غیرمنصفانه) باشد.^{۳۰}

پرونده دیگری که طبق «موافقت‌نامه تجارت آزاد آمریکایی شمالی»^{۳۱} (از اینجا به بعد از واژه نفتا استفاده می‌کنیم) تحت داوری ایکسپد در رابطه با مفهوم و ارائه تعریفی از استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه قابل ذکر می‌باشد، پرونده‌ای موسوم به ویست منجمنت در برابر دولت مکزیک^{۳۲} است که موضوع اختلاف راجع به نقض حق امتیازی در رابطه با دسترسی به زائدات و زیاله‌ها بود که در نقض حق امتیاز، کوتاهی‌هایی از جانب دولت مکزیک به عنوان دولت میزبان در برابر پیمانکار خارجی واقع شده بود. دیوان در همین رابطه نظر خود راجع به استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه مندرج در ماده ۱۱۰۵ نفتا را در عبارت ذیل خلاصه کرده و بیان می‌دارد:

... حداقل استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه به وسیله رفتار منتسب به دولت و مضر برای خواهان نقض می‌شود، به شرطی که عمل ارتکاب یافته، ظالمانه، به صورت فاحش ناعادلانه و غیرمنصفانه و تبعیض‌آمیز بوده و خواهان را در معرض تبعیضات محلی یا نژادی قرار دهد، و یا منجر به عدم رعایت تشریفات قانونی شود به نحوی که باعث شود که رسیدگی قضایی مناسب اعمال نشود - که ممکن است موضوع مورد شکایت، متضمن عدول آشکار از عدالت طبیعی در رسیدگی‌های قضایی یا فقدان کامل شفافیت و وضوح در رویه اداری باشد. در اجرای این استاندارد، باید نقض استاندارد در اثر اعمال نمایندگان دولت میزبان احراز شود که این امر به صورت معقولی به وسیله خواهان اشاره شده است.^{۳۳}

29. Saluka v. Czech Republic, ICSID Partial Award, 17 March 2006, Available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

30. Ibid, para. 309.

31. North American Free Trade Agreement (NAFTA)

32. Waste Management v. Mexico, ICSID Final Award, 30 Apr 2004, Available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

33. Ibid, para. 98.

در انتهای بررسی مفهوم و تعریف استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» می‌توان اینگونه نتیجه‌گیری کرد که دسترسی به تعریفی جامع و مانع و در عین حال کلی از استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» غیرممکن است. این استاندارد، مفهومی کلی، مبهم و در عین حال وسیع دارد که با توجه به عناصر ذهنی مندرج در آن باید نسبت به هر وضعیت خاص در مورد آن تصمیم‌گیری نمود، لذا در حقیقت ارائه تعریفی نسبتاً دقیق و مشخص در مورد این استاندارد ممکن نیست.

این خصوصیت به منزله تهمی بودن و بی‌معنا بودن مفهوم استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» نمی‌باشد چرا که در حقیقت وقتی که دو طرف سرمایه‌گذاری راجع به موضوعی اختلاف پیدا می‌کنند استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» به صورت عینی و موضوعی (Objective) اعمال و اجرا شده و معنا می‌یابد.^{۳۴}

گفتار سوم: استاندارد

«رفتار منصفانه و عادلانه» و «حداقل استاندارد بین‌المللی»

اما یکی از بحث‌انگیزترین و پرچالش‌ترین مباحث مربوط به استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه»، این است که بسیاری از علمای حقوق بین‌الملل بر این باور هستند که این استاندارد، مفهومی فراتر از «حداقل استاندارد بین‌المللی»^{۳۵} موجود در حقوق بین‌الملل عرفی نداشته و این دو استاندارد، تنها دو اصطلاح متفاوت برای مفهومی یکسان می‌باشند. در مقابل بسیاری از حقوقدانان بین‌المللی نظریه استقلال این دو استاندارد را مطرح کرده‌اند و بر این اعتقاد هستند که استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» مبنایی معاهده‌ای داشته و به هیچ وجه با «حداقل استاندارد بین‌المللی» که یک استاندارد عرفی است یکسان و برابر نمی‌باشد. در ذیل این دو نظریه را مورد بررسی قرار می‌دهیم.

بند یک: نظریه وحدت دو استاندارد

طرفداران یکسان دانستن این دو مفهوم اندک نبوده و حتی بسیاری از داوری‌های بین‌المللی بر وحدت بین استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» و «حداقل استاندارد بین‌المللی» صحه گذارده‌اند. باید متذکر شد اعتقاد به این وحدت، به خصوص بعد از صدور نظریه تفسیری

34. Ibid.

35. International Minimum Standard (IMS).

صادره توسط کمیسیون تجارت آزاد نفتا رواج یافته است. این کمیسیون نهادی است که از نمایندگان سه دولت عضو نفتا تشکیل شده که طبق موافقت‌نامه نفتا، اختیار و صلاحیت صدور تفسیرهای الزام‌آور برای دول عضو را دارا می‌باشد.^{۳۶} این کمیسیون در اثر بروز شرایطی، در ۳۱ ژوئن سال ۲۰۰۱ اقدام به تفسیر بند یک ماده ۱۱۰۵ کنوانسیون نفتا نمود. بند یک ماده ۱۱۰۵ مقرر می‌دارد:

هر یک از طرفین باید با سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران تبعه طرف دیگر معاهده، طبق حقوق بین‌المللی رفتار نماید، از جمله رفتار عادلانه و منصفانه و محافظت و امنیت کامل.

این کمیسیون در تفسیر خود بیان می‌دارد که این بند، منعکس‌کننده استاندارد حداقلی حقوق بین‌المللی عرفی است و چیزی فراتر از آنچه که در حقوق بین‌المللی عرفی در رابطه با این استاندارد تعیین شده را مقرر نمی‌دارد.^{۳۷} تفسیر کمیسیون بدین شرح است:

استاندارد حداقل رفتاری طبق حقوق بین‌المللی عمومی

۱- بند ۱ ماده ۱۱۰۵، استاندارد حداقلی رفتار با بیگانگان موجود در حقوق بین‌المللی عرفی را به عنوان حداقل استاندارد رفتاری که باید به سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران طرف مقابل اعطا شود را شرح داده و بیان می‌کند.

۲- مفاهیم «رفتار منصفانه و عادلانه» و «محافظت و امنیت کامل» چیزی فراتر یا وسیع‌تر از آنچه که توسط حقوق بین‌الملل عرفی راجع به حداقل استاندارد رفتاری با بیگانگان مقرر شده بیان نمی‌دارند.

۳- ...

متعاقب این تفسیر، دیوان‌های تشکیل شده طبق کنوانسیون نفتا، طبیعتاً تفسیر ارائه شده توسط کمیسیون تجارت آزاد نفتا را مورد پذیرش قرار داده و از آن پیروی نموده‌اند.^{۳۸}

۳۶. ماده ۱۱۳۱ (۲) نفتا.

۳۷. نظریه تفسیری صادره توسط کمیسیون تجارت آزاد نفتا در این آدرس قابل دسترسی است:

<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disputes/NAFTA-interpr.aspx?lang=en>

۳۸. برای مثال بنگرید به این آراء:

Mondev v. USA, ICSID Award, 11 Oct 2002, Available at: www.icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet, para. 100; Waste Management v. Mexico, *op. cit.*, paras 90-91.

همچنین بعد از صدور این نظریه تفسیری، رویه معاهداتی آمریکا^{۳۹} و کانادا^{۴۰}، در راستای تبعیت از آن قرار گرفته است. بند ۲ ماده ۵ نمونه معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری آمریکا، مصوب ۲۰۰۴ نیز بیان می‌دارد که رفتار منصفانه و عادلانه، حداقل استاندارد بین‌المللی را شرح داده و چیزی فراتر و بیشتر از این استاندارد را مقرر نمی‌دارد.^{۴۱} برخی از داوری‌های بین‌المللی نیز مشخصاً وحدت بین رفتار منصفانه و عادلانه^{۴۲} و «حداقل استاندارد بین‌المللی» را مورد تأیید قرار داده‌اند.

دیوان رسیدگی‌کننده به پرونده اُکسیدنتیل در برابر دولت اکوادور^{۴۳} بر این عقیده بوده که در اختلاف مطروحه، حقوق معاهده‌ای و حقوق عرفی مشابه هم هستند. در این رابطه دیوان بیان داشت که:

موضوعی که اینجا مطرح است این است که آیا رفتار منصفانه و عادلانه که توسط معاهده مقرر شده است استاندارد وسیع‌تر و قوی‌تر از آن چیزی می‌باشد که در حقوق بین‌الملل عرفی بیان شده است ... دیوان بر این عقیده است که در این اختلاف، استاندارد مندرج در معاهده با الزامات حقوق بین‌الملل در رابطه با ثبات و قابل پیش‌بینی بودن نظام حقوقی و نظام بازرگانی سرمایه‌گذاری تفاوتی نداشته و یکسان است. در همین راستا این استاندارد معاهده‌ای می‌تواند با آنچه که در این زمینه تحت حقوق بین‌المللی وجود دارد یکسان تلقی گردد، همانطور که در آرای بسیاری از دادگاه‌ها که در بالا بیان شد نیز به آن اشاره شده است. بنابراین از شواهد پرونده کاملاً مشخص است که رفتار خواننده نسبت به سرمایه‌گذاری پایین‌تر از حد چنین استانداردهایی است.^{۴۴}

در پرونده سی‌ام اس در برابر دولت آرژانتین^{۴۵} نیز مشابه استدلال طرح شده در رأی

۳۹. مانند ماده ۵ معاهده دوجانبه حمایت از سرمایه‌گذاری بین دولت آمریکا و اروگوئه. این معاهده در این آدرس قابل دسترسی است: http://www.unctad.org/sections/dite/ita/docs/bits/US_Uruguay.pdf

۴۰. برای مثال بگرید به ماده ۵ معاهده نمونه دولت کانادا. این معاهده نمونه در این آدرس قابل دسترسی است:

Canada Model BIT, 2004, Article 5, available at: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>

۴۱. United States Model BIT, 2004, Available at:

<http://www.state.gov/documents/organization/38710.pdf>

۴۲. Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, ICSID Award, 1 July 2004, Available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

۴۳. Ibid, paras. 189-190

۴۴. CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID Award, 12 May 2005, Available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

فوق از سوی دیوان داوری رسیدگی کننده ارائه شد. بدین شرح:

دیوان با استماع دفاعیات طرفین اختلاف، به موضوعی در دفاعیات برخورد کرده که باید به بررسی آن پرداخت. آن موضوع این است که آیا استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه، آنطور که در پرونده پوپ و تالبوت حکم داده شده است استاندارد مستقل و فراتر از حقوق بین‌المللی عرفی است یا اینکه آنطور که دولت آرژانتین در این اختلاف استدلال کرده این استاندارد، همان استاندارد حداقل حقوق بین‌المللی عرفی است ... دیوان راجع به استدلالات مطرح شده در دفاعیات طرفین، بررسی‌های بسیاری انجام داده، خصوصاً راجع به نظریه تفسیری صادر از سوی کمیسیون تجارت آزاد نفتا که به آن استناد شده بود، مبنی بر اینکه استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه را همان حقوق بین‌المللی عرفی دانسته است ... این تحول و توسعه منجر به ایجاد شفافیت‌های بیشتری در موافقت‌نامه تجارت آزاد بین شیلی و ایالات متحد شده ... در حالی که بحث راجع به انتخاب بین اعمال استاندارد معاهده‌ای سطح بالاتر یا برابر دانستن آن با استاندارد حداقل بین‌المللی، در برخی از اختلافات مطرح شده و مورد بحث بوده است، اما دیوان قانع نشده است که این موضوع در اختلاف مربوط به این پرونده هم وجود داشته باشد. در حقیقت استاندارد معاهده‌ای رفتار منصفانه و عادلانه و ارتباطی که با الزام به ثبات و قابل پیش‌بینی بودن محیط بازرگانی که به عنوان یک تعهد قراردادی و رسمی حقوقی شناخته شده دارد، هیچ تفاوتی با حداقل استاندارد بین‌المللی موجود در حقوق بین‌المللی و تحول این استاندارد تحت حقوق عرفی ندارد.^{۴۵}

بند دو: نظریه مستقل بودن دو استاندارد

اما در مقابل، بسیاری از دانشمندان حقوق بین‌المللی و همچنین آرای داوری بین‌المللی وجود دارند که به هیچ وجه وحدت و یکسانی بین «رفتار منصفانه و عادلانه» و «حداقل استاندارد بین‌المللی» را نپذیرفته و قائل به استقلال این دو استاندارد از هم هستند. معروف‌ترین طرفدار استقلال مفهوم استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» از «حداقل استاندارد بین‌المللی» آقای من است. ایشان در سال ۱۹۸۱ در ارتباط با معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد شده توسط دولت انگلستان بیان می‌دارند:

45. Ibid, paras. 282-284.

باید گفت که نه تنها از طرح مفهوم استاندارد حداقل چیزی حاصل نمی‌گردد، بلکه حتی طرح این مفهوم گمراه‌کننده نیز می‌باشد. واژه رفتار منصفانه و عادلانه رفتاری فراتر از استاندارد حداقل بوده و حمایت بسیار وسیع‌تری را از موضوعات تحت پوشش خود نسبت به استانداردهای مشابه قبلی موجب می‌شود. یک دیوان بین‌المللی که این استاندارد را بررسی می‌کند نباید خود را مشغول این موضوع نماید که این استاندارد، استاندارد حداقل، استاندارد حد اکثر یا استاندارد میانه است. بلکه دیوان باید به بررسی این امر بپردازد که آیا با توجه به کلیه اوضاع و احوال موجود، رفتار ارتكابی، رفتاری منصفانه و عادلانه بوده یا رفتاری غیرعادلانه و غیرمنصفانه. استانداردهای دیگری که با عبارات دیگر تعریف شده‌اند به هیچ وجه از لحاظ ماهوی با این استاندارد مشابه نیستند. واژه استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه واژه‌ای است که به صورت مستقل درک و اعمال می‌گردد.^{۴۶}

بسیاری از آرای داوری بین‌المللی نیز بر استقلال بین این دو استاندارد تأکید داشته‌اند. در همین زمینه در پرونده آزوریکس برابر دولت آرژانتین،^{۴۷} دیوان داوری جهت رسیدگی به اختلاف، در تفسیر ماده مربوط به استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» اشعار می‌دارد:

نحوه نگارش این ماده به نحوی است که اجازه تفسیر رفتار منصفانه و عادلانه و محافظت و امنیت کامل را به عنوان استانداردهای فراتر از استانداردهای مقرر در حقوق بین‌المللی تجویز می‌نماید. همچنین باید توجه داشت که هدف بند سوم این ماده، تعیین حداکثر و سقف این استانداردهای رفتاری نبوده است بلکه قصد این ماده، تعیین حداقل مورد قبول این استانداردها بوده تا با تعیین این حداقل، از تفسیر این استانداردها به نحوی که پایین‌تر از حد مقرر در حقوق بین‌المللی باشد، جلوگیری گردد.^{۴۸}

اما به نظر می‌آید که در بررسی این چالش بین طرفداران استقلال و وحدت بین استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» و حداقل استاندارد بین‌المللی، توجه به یک نکته بسیار مهم و راهگشا می‌باشد و باعث شود تا بتوان از این تقابل و چالش، نتایج مناسب‌تری را به دست آورده و نتیجه‌گیری کرد که کدامیک از این دو نظریه ریشه در حقیقت دارد.

46. F.A. Mann, "British Treaties for the Promotion and Protection of Investment", *British Year Book of International Law*, no. 52, 1981, pp. 241-244.

47. *Azurix v. Argentina*, ICSID Award, 14 July 2006, Available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

48. *Ibid.*, para. 361.

اما آن نکته مهم و اساسی که باید مورد توجه قرار گیرد این است که، دولت‌ها به هنگام انعقاد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری از شیوه‌های متفاوتی برای درج و نگارش این استاندارد استفاده می‌کنند که طبیعتاً آثار متفاوتی نیز از آن حاصل می‌گردد. این واقعیتی است که دیوان دآوری برای رسیدگی به اختلاف تکمید در برابر دولت مکزیک،^{۴۹} به آن اشاره داشته است. دیوان در این رابطه اشعار می‌دارد:

دیوان دآوری معتقد است محدوده تعهد ناشی از رفتار منصفانه و عادلانه که در بند ۱ ماده ۴ موافقت‌نامه آمده و شرح آن در بالا گذشت، یا ناشی از تفسیر مستقلی است که از بند ۱ ماده ۴ موافقت‌نامه و با توجه به معنای معمول و عادی حاصل از این بند (با توجه به بند یک ماده ۳۱ کنوانسیون وین) حاصل شده یا از حقوق بین‌المللی و اصل حسن نیت؛ بسته به اینکه، تحت موافقت‌نامه، تعهد ناشی از این استاندارد در محدوده کدام یک از آن موارد فوق مورد توجه بوده و عملی که مورد شکایت قرار گرفته با محدوده کدامیک از آن دو، مورد ارزیابی قرار گیرد.^{۵۰}

در واقع دیوان در این رأی در صدد بیان این واقعیت است، وقتی دو دولت به هنگام درج استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» در یک معاهده، قصدشان این است که استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» معنا و تأثیر بیشتری از «حداقل استاندارد بین‌المللی» حقوق عرفی نداشته باشد، دیوان دآوری ذیربط نیز باید طبق همین معاهده که به آن صلاحیت رسیدگی بخشیده رفتار کرده و قصد و خواسته دو دولت طرف معاهده را اعمال و تفسیر نماید. این موضوع در رأی ام‌تی‌دی در برابر دولت شیلی^{۵۱} توسط دیوان دآوری مربوطه نیز تأیید شده است.^{۵۲}

لحاظ داشتن این واقعیت در بررسی دو نظریه مطرح شده بسیار راهگشاست. در واقع این امر که دو دولت به هنگام انعقاد معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین خود اینگونه توافق می‌نمایند که استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» دقیقاً همان مفهوم و تأثیر «حداقل استاندارد بین‌المللی» حقوق بین‌المللی عرفی را بدهد و در صورت بروز اختلاف، دیوان دآوری مربوطه، به این توافق و خواسته دو دولت احترام گذاشته و ماده مربوط به استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» را به همین شکل اعمال و تفسیر می‌کند، کاملاً متفاوت از این

49. *Teemed v. Mexico, op. cit.*, para. 154.

50. *Ibid.*, para. 155.

51. *MTD v. Chile, op. cit.*

52. *Ibid.*, paras. 110-115.

موضوع است که استاندارد «رفتار متصفانه و عادلانه» و «حداقل استاندارد بین‌المللی» ماهیتاً و اصالتاً یکی بوده و هیچ تفاوتی بین آنها وجود ندارد.

به هنگامی که دو دولت در معاهده توافق می‌کنند استاندارد «رفتار متصفانه و عادلانه» و «حداقل استاندارد بین‌المللی» را یکسان فرض کنند این یک مقررہ معاهده‌ای است که باید توسط دو دولت و مرجع حل اختلاف به عنوان قانون حاکم، مورد احترام و رعایت قرار گیرد. در این حالت استاندارد «رفتار متصفانه و عادلانه» از ماهیت و خاصیت اصلی خود منفک شده و تنها به عنوان لفظی تلقی می‌گردد که دلالت بر مفهوم «حداقل استاندارد بین‌المللی» حقوق عرفی دارد. در این حالت می‌توان استاندارد «رفتار متصفانه و عادلانه» و «حداقل استاندارد بین‌المللی» را یکسان فرض کرده و آن دو را مفهومی واحد دانست.

اما این امر کاملاً متفاوت از این حقیقت است که اصالتاً استاندارد «رفتار متصفانه و عادلانه» را مشابه و برابر «حداقل استاندارد بین‌المللی» بدانیم. به صورت خلاصه باید بیان داشت، «حداقل استاندارد بین‌المللی» موجود در حقوق بین‌المللی عرفی اولاً، دربردارنده قواعدی در مورد نحوه رفتار با بیگانگان بوده و کمتر مقررہ‌ای را در آن می‌توان یافت که مشخصاً جهت حمایت از سرمایه‌گذاران و پیمانکاران خارجی به خصوص حمایت از اموال آنان تعبیه شده باشد. ثانیاً، همان قواعد موجود نیز چنان مبهم، کلی و ناکافی هستند که نمی‌تواند حمایت‌های مناسب از پیمانکاران خارجی را در برابر دولت میزبان به عمل آورند.

با لحاظ داشتن همین واقعیت است که وقتی مراجع دآوری که اقدام به اعمال معاهداتی کرده‌اند که در آنها، تصریحی به ارتباط بین استاندارد «رفتار متصفانه و عادلانه» با «حداقل استاندارد بین‌المللی» نشده است، استاندارد «رفتار متصفانه و عادلانه» موجود در معاهده را مستقل از حقوق بین‌المللی عرفی و بر مبنای عبارات و اصطلاحات موجود در همان عهدنامه تفسیر نموده‌اند.^{۵۳}

این امر از لحاظ منطقی نیز موجه است چرا که بسیار غیرمعقول است که طرفین یک معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری برای ارجاع به «حداقل استاندارد بین‌المللی» حقوق بین‌المللی عرفی، از واژه نامأنوس «رفتار متصفانه و عادلانه» استفاده نمایند. مضافاً اینکه وقتی استاندارد در حقوق بین‌المللی جنبه عرفی پیدا کرده است و عدم درج آن در

۵۳. برای مثال بنگرید به این آراء:

Tecmed v. Mexico, op. cit., paras. 155-156; *MTD v. Chile*, op. cit., paras. 110-112; *Saluka v. Czech Republic*, op. cit., para. 258.

معاهده تأثیری در الزام آور بودن رعایت آن برای دولت‌ها ندارد، اصرار بر پیش‌بینی آن در متن معاهده بسیار غیرمنطقی می‌نماید.

بنابراین در انتهای این گفتار باید اینگونه نتیجه‌گیری کرد که به هیچ وجه نباید استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» را با استاندارد «حداقل استاندارد بین‌المللی» یکسان و برابر تلقی نمود. استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» یک استاندارد معاهداتی است که دارای الزامات حمایتی نسبتاً کاملی برای حمایت از سرمایه‌گذار خارجی و اموال او در سرزمین بیگانه می‌باشد و ممکن است حتی در مرور زمان خصلت عرف بین‌المللی نیز پیدا کرده باشد چرا که تفاوت در نحوه نگارش این استاندارد، نباید ما را از تأثیر درج و پیش‌بینی این استاندارد در اکثر قریب به اتفاق معاهدات مربوط به سرمایه‌گذاری غافل نماید. لذا می‌توان مدعی بود که رعایت «رفتار منصفانه و عادلانه» با پیمانکار خارجی، خود تبدیل به عرف بین‌المللی شده است بی‌آنکه منکر وجود اختلاف در میزان حمایتی که طی این استاندارد از پیمانکار خارجی می‌شود باشیم.^{۵۴}

میزان حداقلی از این استاندارد را که می‌توان معتقد بود جنبه عرفی پیدا کرده است این است که «هر دولتی باید همواره در قلمرو خود با سرمایه‌گذاران خارجی و سرمایه‌گذاری‌های آنان رفتار منصفانه و عادلانه‌ای که منطبق با حقوق بین‌المللی باشد اعمال کند».^{۵۵} در همین زمینه دیوان داوری برای رسیدگی به اختلاف ویست متجمنت در برابر دولت مکزیک، اشعار داشت که حداقل معیار حمایتی تحت استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» در عرف بین‌المللی در حال شکل‌گیری است و این حداقلی است که رفتار «ظالمانه، کاملاً غیرعادلانه، مستبدانه و تبعیض‌آمیز که دلالت بر وجود فضایی تبعیض‌آمیز ... داشته یا موجب عدم رعایت تشریفات قانونی شود به نحوی که بر رسیدگی قضایی مناسب خدشه وارد کند» آن را نقض می‌نماید.^{۵۶}

اما استاندارد «حداقل استاندارد بین‌المللی» استاندارد موجود در حقوق بین‌المللی عرفی بوده که ماهیتاً به پیشرفتگی و کامل بودن «رفتار منصفانه و عادلانه» نمی‌باشد. در آرای داوری و منابعی هم که این دو استاندارد یکسان تلقی شده‌اند به خاطر شیوه نگارش استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» در معاهده حاکم بر اختلاف بوده که این دو استاندارد را یکسان تلقی نموده و دیوان داوری مربوطه نیز موظف به رعایت و در نظر گرفتن آن

54. I. Tudor, *op. cit.*, p. 77.

55. *Ibid.*, p. 84.

56. Waste Management v. Mexico, *op. cit.*, para. 98.

بوده است.^{۵۷}

گفتار چهارم: اعمال استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه»

اما یکی از مهم‌ترین مباحث مربوط به استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» بررسی وضعیت‌های واقعی و عینی است که این استاندارد اعمال شده است. این امر از این جهت بسیار مهم می‌نماید که معنای استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» بسیار وسیع، کلی و مبهم بوده و به همین دلیل شناسایی آن دشوار می‌باشد. لذا با بررسی وضعیت‌هایی که استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» در آنها اعمال می‌گردد به واقع عناصر و مصادیق این استاندارد کلی شناخته شده و دلیل اهمیت و جایگاه بسیار مهم آن در ارتباط با رفتار دولت میزبان در برابر پیمانکاران خارجی نیز مشخص و معین می‌گردد. با بررسی آرای داوری بین‌المللی به این نتیجه می‌رسیم که تا به امروز موقعیت‌های زیر از مصادیق اعمال استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» هستند:

بند یک: شفافیت و ثبات نظام حقوقی دولت میزبان و حمایت از انتظارات مشروع پیمانکار

شفافیت و حمایت از انتظارات مشروع پیمانکار خارجی، دو مؤلفه بسیار نزدیک به هم می‌باشند. منظور از شفافیت این است که نظام حقوقی دولت میزبان، برای فعالیت‌های پیمانکار کاملاً شفاف و واضح باشد و هرگونه تصمیم‌گیری دولت میزبان که بر پیمانکار خارجی تأثیر بگذارد در چارچوب این نظام حقوقی بوده و از آن برآمده باشد.^{۵۸}

علت نزدیک بودن این دو مفهوم به یکدیگر این است که مبنای شکل‌گیری انتظارات مشروع یک پیمانکار خارجی، نظام حقوقی دولت میزبان و تعهداتی است که دولت میزبان، چه به صورت ضمنی و چه به صورت صریح پذیرفته است. نظام حقوقی که پیمانکار خارجی محق به استناد به آن می‌باشد از مصوبات ملی و معاهدات بین‌المللی، تضمین‌های مندرج در احکام دادگاه‌ها، مجوزها، تضمین‌های اجرایی و تعهدات قراردادی دولت میزبان تشکیل می‌شود. عدول و بازگشت دولت میزبان از امتیازات و تضمین‌هایی که مبنای شکل‌گیری انتظارات مشروع پیمانکار خارجی بوده، منجر به نقض استاندارد «رفتار منصفانه

57. Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 128.

58. Fair and Equitable Treatment, UNCTAD, *op. cit.*, p. 51.

و عادلانه» خواهد شد.^{۵۹}

رویه داوری نیز بر این دیدگاه است که از جمله مواردی که زمینه و ریشه اصلی انتظارات مشروع پیمانکار خارجی را تشکیل می‌دهد، نظام حقوقی دولت میزبان، آن وضعیتی می‌باشد که در زمان صدور مجوز انجام سرمایه‌گذاری و پذیرش آن وجود داشته است. به عنوان مثال در پرونده‌ای به نام گامی در برابر مکزیک دیوان بیان می‌دارد که:

داوری‌های تحت نظام نفتا، وظیفه‌ای ندارند که قوانین و مقرراتی که مربوط به زمان پیش از تصمیم سرمایه‌گذار به سرمایه‌گذاری است را بررسی کنند.^{۶۰}

همچنین در پرونده موندف، شکایت خواهان به این دلیل مورد قبول قرار نگرفت که از دیدگاه مرجع رسیدگی، قانونی که مصونیتی را برای دولت میزبان قائل می‌شد و قبل از لازم‌الاجرا شدن نفتا هم وجود داشته و معتبر بوده، نمی‌توانست به عنوان امری ظالمانه یا تبعیض‌آمیز تلقی گردد.^{۶۱}

انتظارات مشروع پیمانکار، مفید این معنا است که وقتی انتظار می‌رود که یک پیمانکار دوران‌دیش و حرفه‌ای به هنگام سرمایه‌گذاری در کشوری، اقدام به بررسی دقیق قوانین و مقررات دولت میزبان نماید، در مقابل دولت میزبان هم نباید چارچوب نظام حقوقی‌اش که مبنای انتظارات مشروع پیمانکار می‌باشد را به نحوی تغییر دهد که انتظارات او کلاً نقش بر آب شود.^{۶۲}

در پرونده اس‌اس‌پی، دولت مصر به عنوان خواننده دعوا استدلال می‌نمود که اعمال مقامات مصری که پیمانکار خارجی به آنها استناد می‌کند، به علت اینکه با ماهیت غیرقابل انتقال بودن زمین‌های دولتی در تعارض بوده و انتقال آن زمین‌ها منطبق با قوانین مصر صورت نگرفته است، لذا اقداماتی غیرقانونی و غیرقابل استناد است. دیوان استدلال دولت خواننده را مردود دانسته و بر این امر تأکید دارد که پیمانکار خارجی محق است که بر تصمیم و اعمال نمایندگان رسمی دولتی اعتماد نماید:

تحت قانون مصر این امر امکان دارد که اعمال خاص مقامات دولتی مصر، حتی امریه شماره ۴۷۵ ریاست جمهوری، عملی غیرقانونی، لغو و باطل یا غیرنافذ و قابل ابطال

59. R. Dolzer & C. Schreuer, *op. cit.*, p. 134.

60. GAMI v. Mexico, ICSID Award, 15 Nov 2004, Available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, para 93.

61. Mondev v. USA, *op. cit.*, para. 156.

62. I. Tudor, *op. cit.*, p. 170-171.

تلقی شود. اما این اعمال، تحت نظارت مقامات دولتی واقع شده و مورد مذاکره قرار گرفته، به نحوی که سرمایه‌گذار خارجی، سرمایه‌گذاری خود را با اتکای بر این اعمال بنا گزارده ... آن اعمال اعم از اینکه تحت قانون مصر مشروع بوده یا خیر، اعمالی هستند که توسط مقامات صلاحیتدار مصری از جمله بالاترین مقامات اجرایی واقع شده است. این اعمال که در حال حاضر ادعا می‌شود نظام حقوقی محلی مصر را نقض کرده منجر به ایجاد انتظاراتی شده است که اصول تثبیت شده حقوق بین‌المللی از آن حمایت می‌کند.^{۶۳}

در پرونده مثال کلد در برابر مکزیک، بحث شفافیت نظام حقوقی دولت میزبان موضوع اصلی پرونده محسوب می‌شد. در این پرونده دولت فدرال مکزیک و همچنین مقامات ایالت مربوطه، مجوزهای لازم برای تأسیس و بهره‌برداری یک پروژه بازیافت زباله‌ها را به پیمانکار خارجی داده بودند و این اطمینان را به او داده بودند که تمام مجوزهای لازم برای عملیاتی شدن پروژه را به دست آورده است. اما بعد از مدتی مقامات محلی از اعطای مجوزهای ضروری برای انجام بهره‌برداری امتناع نمودند. در این پرونده، ادعای پیمانکار بر این مبنا بود که شفافیت لازم در نظام حقوقی دولت میزبان وجود نداشته است. دیوان در رسیدگی به این اختلاف با تفسیر ماده ۱۱۰۵ نفتا بیان می‌دارد که:

از میان اصول و قواعدی که در موافقت‌نامه معرفی شده است، «شفافیت» از بارزترین و برجسته‌ترین این اصول محسوب می‌شود (بند ۱ ماده ۱۰۲ نفتا). دیوان از این واقعیت اینگونه برداشت می‌کند که این اصل متضمن این است که تحت موافقت‌نامه، کلیه الزامات قانونی که برای شروع، تکمیل و راه‌اندازی موفق پروژه‌ای که لازم است انجام شود یا قصد انجام آنها وجود دارد، باید به راحتی توسط سرمایه‌گذاران طرف دیگر موافقت‌نامه که این الزامات بر آنها مؤثر است قابل شناسایی و قابل دسترسی باشد. در این موارد نباید هیچ نکته مبهم و نامعلومی وجود داشته باشد. لذا به محض اینکه مقامات دولت مرکزی طرفین معاهده ... در این رابطه متوجه هر نوع سوء تفاهم یا ابهامی شوند، موظف هستند ضمن تضمین اتخاذ اقدامات عاجل اصلاحی، این موارد را اعلام کرده به نحوی که سرمایه‌گذار بتواند با اعمال راهکارهای مناسب و با اطمینان از اینکه وفق قوانین مربوطه رفتار می‌کند کار را پیش ببرد.^{۶۴}

63. SPP v. Egypt, ICSID Award, 20 May 1992, Available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, paras. 82-83.

64. Metalclad v. Mexico, *op. cit.*, para. 76.

دیوان داوری حکم داد که پیمانکار در اتکا و اعتماد بر اظهارات و عملکرد نمایندگان مقامات محلی فدرال محق بوده است^{۶۵} و در نتیجه عمل ایالت و مقامات محلی، تحت ماده ۱۱۰۵ نفتا باعث نقض استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» شده است. دیوان بیان می‌دارد:

مکزیک در برابر برنامه‌ریزی تجاری و سرمایه‌گذاری مثال‌کد نتوانسته تضمین شفافیت و قابل پیش‌بینی بودن را فراهم نماید. بررسی کلی شرایط، حکایت از فقدان یک جریان منظم و وضعیت دقیق در رابطه با سرمایه‌گذار یک طرف معاهده می‌نماید که انتظار دارد که طبق نفتا با او رفتار منصفانه و عادلانه‌ای شود.^{۶۶}

در پرونده تکمد در برابر مکزیک، موضوع دعوا راجع به این بود که مجوز دائمی و بی‌قید و شرط پیمانکار خارجی برای عملیات بازیافت، به یک مجوز مدت‌دار تبدیل شده بود. دیوان بیان داشت که مقررات مربوط به تضمین استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه»، متضمن شفافیت نظام حقوقی دولت میزبان و حمایت از انتظارات اساسی پیمانکار می‌باشد^{۶۷} و شرح می‌دهد که:

... خواهان محق است انتظار داشته باشد که رفتار دولت، عاری از هرگونه ابهامی باشد چرا که آن ابهام ممکن است بر ارزیابی اولیه صورت گرفته توسط سرمایه‌گذار خارجی راجع به شرایط واقعی حقوقی یا شرایطی که بر سرمایه‌گذاری‌اش تأثیرگذار است و رفتاری که باید با اتکای بر آن عمل کند اثر نامطلوب داشته باشد.^{۶۸}

در نتیجه دیوان نتیجه گرفت که انتظارات منطقی پیمانکار، در اثر رفتارهای متناقض و متغیر مکزیک بر آورده نشده و از بین رفته است.^{۶۹}

در پرونده ویست منچمنت، دیوان شفافیت را شرح داده و آن را به عنوان یکی از عناصر «رفتار منصفانه و عادلانه» مندرج در ماده ۱۱۰۵ نفتا تلقی کرده است. دیوان حکم داد که این استاندارد به وسیله «فقدان شفافیت کامل در جریان امور اداری نقض می‌شود. در اعمال این استاندارد نکته مهم این است که رفتار نقض‌کننده استاندارد که از سوی دولت میزبان سر زده، مبنای اعتماد منطقی خواهان بوده است».^{۷۰}

در پرونده اکسپدینتل در برابر دولت اکوادور، موضوع دعوا، راجع به عملکرد ناهماهنگ

65. *Ibid.*, para. 89.

66. *Ibid.*, para. 99.

67. *Tecmed v. Mexico*, *op. cit.*, para. 154.

68. *Ibid.*, para. 167.

69. *Ibid.*, paras. 172-173.

70. *Waste Management v. Mexico*, *op. cit.*, para. 98.

و متناقض مقامات دولت خوانده در بازپرداخت مالیات بر ارزش افزوده^{۷۱} پرداختی در خریدهای مربوط به فعالیت پیمانکار بود. دیوان راجع به این اختلاف اظهار داشت چارچوبی که پیمانکار تحت آن مبادرت به انجام عملیات خود کرده، تغییر یافته به نحوی که این تغییر به قدری اساسی است که موضوعات شفافی که ابتدائاً توسط پیمانکار مورد توجه قرار گرفته به موضوعاتی کاملاً مبهم تبدیل شده است. «قانون مالیات بدون هرگونه شفافی در معنا و محدوده‌اش تغییر یافته در حالی که رفتار و قوانین اولیه، با چنین تغییراتی در تعارض بوده است».^{۷۲}

در پرونده سی ام اس، دولت آرژانتین به عنوان دولت میزبان، برای پیمانکار خارجی تعدیل قیمت حمل گاز طبیعی را در قانون، مقررات و مجوز صادره تضمین کرده بود. اما در گذر زمان آرژانتین این قانون ضروری و دیگر قوانین و مقررات مرتبط را ابتدائاً تعلیق و در اقدام بعدی نسخ نمود. دیوان اظهار می‌دارد:

بدون شک، محیط حقوقی و تجاری باثبات، عنصر اساسی رفتار منصفانه و عادلانه است ... اقدامی که از آن شکایت شده است، فضای حقوقی و تجاری که سرمایه‌گذاری تحت آن صورت گرفته را کاملاً تغییر داده است ... کاملاً محرز است که تضمینی که تحت نظام حقوقی و عناصر بارز آن، برای تصمیم به انجام سرمایه‌گذاری اعطا شده بود، ارزشی بنیادین و حیاتی داشته ... علاوه بر شرایط خاص معاهده، تعداد بسیاری از معاهدات اعم از دو یا چندجانبه حکایت از غیرقابل تفکیک بودن استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه از ثبات و قابل پیش‌بینی بودن دارند. همچنین بسیاری از آرای داوری و تحقیقات علمای حقوق نیز بر این امر صحنه گذارده‌اند.^{۷۳}

نهایتاً دیوان در این رابطه حکم داد که عملکرد آرژانتین منجر به نقض استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه شده است.

بند دو: ایفای تعهدات قراردادی

از آنجا که در بند پیشین موضوع حمایت از انتظارات مشروع پیمانکار خارجی مورد بحث و تحلیل قرار گرفت در این بند موضوع ایفای تعهدات قراردادی که دولت میزبان در برابر پیمانکار خارجی دارد مورد توجه قرار خواهد گرفت و ارتباط این دو مفهوم با هم بررسی

71. VAT

72. Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, *op. cit.*, para 184.

73. CMS Gas Transmission Company v. Argentina, *op. cit.*, paras. 274-276.

خواهد شد. توافقات قراردادی در اکثر نظام‌های حقوقی، سستی‌ترین ابزار ثبات و پیش‌بینی‌پذیری می‌باشند. به عبارت دیگر اصل «وفای به عهد» که به نظر یکی از بارزترین مصادیق عینی شدن ثبات حقوقی است، عنصر بسیار مهم «رفتار منصفانه و عادلانه» محسوب می‌گردد.

آن چیزی که از رویه قضایی در این زمینه حاصل شده چندان یکدست و منسجم نیست. اما به نظر می‌آید که این امر مورد پذیرش دیوان‌های داوری قرار دارد که قصور در اجرای قرارداد، می‌تواند به منزله نقض استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» تلقی گردد.^{۷۴} در اکثر پرونده‌هایی که ذکر آنها در بند پیشین رفت و موضوع اصلی آنها حمایت از انتظارات مشروع پیمانکار بوده، مبنای این انتظارات مشروع، توافقات قراردادی بود که بین پیمانکار خارجی با دولت میزبان منعقد شده بود. اما متأسفانه از بررسی رویه موجود پاسخ این سؤال به دست نمی‌آید که آیا هر نقض تعهد قراردادی توسط دولت میزبان یا یکی از نهادهای دولتی، به منزله نقض خودبه‌خودی و خودکار استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» می‌باشد یا خیر. اما قدر متیقن آن است که نقض بنیادین قرارداد از سوی دولت که با اتکای به عنصر حاکمیتی صورت بگیرد به منزله نقض استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» خواهد بود.

دیوان داوری در پرونده موندف، بیان می‌دارد که واضح و مبرهن است که حمایت مندرج در بند ۱ ماده ۱۱۰۵ نفتا بر دعاوی و شکایت‌های ناشی از قراردادهای تسری می‌یابد. دیوان در این رابطه اظهار می‌دارد:

... قائل شدن این امتیاز ویژه برای دولت که قادر باشد قراردادهای سرمایه‌گذاری را نقض کند، به نظر با اصول مندرج در ماده ۱۱۰۵ و استانداردهای ملی و بین‌المللی موجود در رابطه با مسوولیت دولت‌ها در اجرای قراردادهای تعارض دارد.^{۷۵}

دیوان داوری در پرونده اس جی اس در برابر فلیپین^{۷۶} نیز تأکید می‌کند که نقض تعهدات ناشی از قرارداد، ممکن است منجر به طرح شکایتی راجع به نقض استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» گردد. دیوان داوری در رأی صلاحیتی خود بیان می‌کند که درست است که گستره ماده ۴ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری حاکم بر این اختلاف، که به

74. R. Dolzer & C. Schreuer, *op. cit.*, p. 140.

75. *Mondev v. USA*, *op. cit.*, para. 134.

76. *SGS v. Philippines*, ICSID Decision on Jurisdiction, 29 Jan 2004, Available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

موضوع استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» اختصاص دارد، یک بحث ماهوی است، اما امتناع غیرعادلانه در پرداخت مبلغی که طبق یک قرارداد مقرر شده، حداقل منجر به بررسی موضوع تحت ماده ۴ می‌شود.^{۷۷}

دیوان داوری در پرونده نوئل و نچرز در رأی خود همچنین این نکته را مورد توجه قرار می‌دهد که استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه»، تعهد احترام به قرارداد و ایضاً تعهدات قراردادی را نیز پوشش می‌دهد. دیوان در ارتباط با استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» می‌گوید:

... چیزی که می‌توان اینجا مورد توجه داشت این است که این استاندارد یک استاندارد کلی است که می‌توان از مصادیق مشخص آن، از جمله الزام به فراهم آوردن محافظت و امنیت کامل، ممنوعیت اقدامات خودسرانه و تبعیض آمیز و تعهد به رعایت تعهدات ناشی از قراردادی که نسبت به سرمایه‌گذار وجود دارد را یاد کرد.^{۷۸}

اما برخی دیگر از مراجع داوری در مواجهه با تعهدات قراردادی، از تفسیر مضیق‌تری استفاده کرده‌اند. این دسته از مراجع حکم داده‌اند که نقض ساده قرارداد توسط دولت به منزله نقض استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» نمی‌باشد. اما حتی طبق همین تفسیر و دیدگاه نیز، نقض اساسی و بنیادین قرارداد که با تمسک به امتیاز حاکمیتی دولت صورت بگیرد، منجر به نقض «رفتار منصفانه و عادلانه» می‌گردد.

در پرونده‌ای به نام کنسرسیوم آر اف سی سی در برابر دولت مراکش،^{۷۹} موضوع اختلاف، ناشی از قراردادی جهت ساخت یک بزرگراه بود. دیوان در رسیدگی به این اختلاف با قاطعیت بیان داشت که تنها اقداماتی که به وسیله دولت مراکش و در مقام حاکمیتی‌اش صورت گرفته قابلیت نقض استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» را دارد، لذا نقض تعهد قراردادی که به وسیله دولت اما در مقام یک طرف معمولی و ساده قرارداد صورت می‌گیرد منجر به نقض استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» نمی‌شود.^{۸۰}

در پرونده ویست منجمنت، دیوان شفافیت نظام حقوقی دولت میزبان و اطمینان خاطر پیمانکار خارجی را از عناصر متشکله «رفتار منصفانه و عادلانه» مندرج در بند ۱ ماده ۱۱۰۵

77. Ibid, para. 162.

78. Noble Ventures v. Romania, ICSID Award, 12 Oct 2005, Available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, para. 182.

79. RFCC v. Morocco, ICSID Award, 22 Dec 2003, Available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

80. Ibid, paras. 33-34.

نفتا می‌داند. یکی از ادعاهای پیمانکار خارجی، قصور شهرداری شهر آکوپالکو^{۸۱} در پرداخت‌هایی بود که تحت یک قرارداد امتیاز مقرر شده بود.^{۸۲} دیوان قصور در این پرداخت را به منزله نقض استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه تلقی نمود و اشعار داشت:

... ممانعت از پرداخت دین توسط شهرداری به منزله نقض ماده ۱۱۰۵ نمی‌باشد، مشروط به اینکه، در حد رد کلی و غیرمنصفانه قرارداد نبوده و برای طلبکار راه‌حل‌های دیگری جهت رفع این مشکل موجود باشد.^{۸۳}

لذا در انتها باید گفت راجع به وضعیت نقض تعهدات قراردادی توسط دولت میزبان و تأثیر آن بر نقض استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه، دو دیدگاه وجود دارد. دیدگاه اول اینکه هر نوع نقض قراردادی توسط دولت را به منزله نقض استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه می‌داند و دیدگاه دیگر این است که تنها نقض قراردادی منجر به نقض استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه می‌شود که مستلزم به کارگیری عناصر و اختیارات حاکمیتی باشد.^{۸۴} اما در پرونده نویل و نچرز این نظریه مطرح شده که یک تعریف و معیار کلی مورد قبول راجع به مواردی که مستلزم دخالت و وجود عنصر دولتی باشد وجود ندارد، لذا رویه داوری نباید بر این فرضیه اتکا و استناد نماید.^{۸۵} در همین راستا باید گفت حتی زمانی که رابطه اصلی موجود در یک قرارداد بین دولت و پیمانکار، به وضوح یک ارتباط بازرگانی است و نه حاکمیتی، همواره امکان دارد که انگیزه دولت به انجام هر اقدامی، انگیزه حاکمیتی و دولتی داشته باشد. لذا باید بیان داشت که در حالت کلی، نقض قراردادها از سوی دولت میزبان، به منزله نقض استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه خواهد بود.

بند سه: رسیدگی عادلانه و رعایت تشریفات قانونی^{۸۶}

واژه رعایت تشریفات قانونی^{۸۷} به مفهومی بسیار مشخص و دقیق ارجاع می‌دهد که نقض آن به منزله عدم رعایت آیین دادرسی در دادگاه‌ها است، در حالی که رسیدگی عادلانه^{۸۸} ناظر به کلیه رسیدگی‌هایی است که ممکن است پیمانکار در برابر نهادهای دولت میزبان با

81. Acapulco

82. Waste Management v. Mexico, *op. cit.*, paras. 108-117.

83. *Ibid.*, para. 115.

84. R. Dolzer & C. Schreuer, *op. cit.*, p. 142.

85. Noble Ventures v. Romania, *op. cit.*, para. 82.

86. Procedural Propriety and Due Process

87. Due Process

88. Procedural Propriety

آن مواجه شود از جمله رسیدگی‌های اداری.^{۸۹} رسیدگی عادلانه یکی از الزامات اولیه حکومت قانون و عنصر حیاتی و لازم استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» می‌باشد.

در همین زمینه دیوان داوری رسیدگی‌کننده به پرونده آژینین بیان می‌دارد که عدم دسترسی به عدالت قضایی در موارد ذیل واقع می‌شود: ۱- دادگاه صلاحیت‌دار از پذیرش دادخواست و شکوائیه پیمانکار خارجی امتناع کند. ۲- دادگاه مربوطه در رسیدگی به دعاوی پیمانکار خارجی تأخیرات غیرموجه داشته باشد. ۳- دادگاه در اجرای عدالت نسبت به پیمانکار خارجی به صورت نامناسبی قصور داشته باشد. ۴- قانون، آشکارا و از روی سوء نیت نسبت به شکل نامناسب اجرا گردد.^{۹۰}

باید توجه داشت که وظیفه دولت میزبان به رعایت رسیدگی عادلانه، تنها توسط محاکم ملی نقض نمی‌شود، بلکه ممکن است با وضع قاعده نامناسب به وسیله قوه مقننه یا عملکرد نامطلوب دستگاه‌های اجرایی هم نقض گردد.

دیوان‌های داوری متعددی حکم داده‌اند که عدم رعایت رسیدگی مناسب یا نقض‌های جدی در رسیدگی‌ها، به عنوان اماراتی بسیار مهم در نقض استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» می‌باشد. موضوع اکثر این پرونده‌ها راجع به حق استماع در رسیدگی‌های قضایی و یا اداری است. در پرونده مثال کلد در برابر مکزیک، همانطور که پیشتر هم اشاره کردیم شهرداری مربوطه از اعطای مجوز ساخت به پیمانکار خارجی امتناع نموده بود. دیوان با رسیدگی به موضوع، حکم به نقض قاعده رعایت «رفتار منصفانه و عادلانه» مندرج در ماده ۱۱۰۵ نفتا داد. دیوان فقدان رسیدگی مناسب، خصوصاً قصور در استماع اظهارات و دفاعیات پیمانکار خارجی را یکی دیگر از عناصر احراز نقض «رفتار منصفانه و عادلانه» تلقی نمود. دیوان اشعار داشت:

اعطای مجوز در جلسه شورای شهر رد شده است، جلسه‌ای که مثال کلد هیچ اختیاریه و دعوتنامه و هیچ فرصتی برای حضور در آن نداشته است.^{۹۱}

در پرونده میدل اینست سیمنت در برابر دولت مصر، یکی از ادعاهای پیمانکار راجع به ضبط و حراج کشتی‌اش و قصور در آگاه نمودن مناسب او از حراج مایملکش بود. دیوان در رسیدگی به این پرونده اقدام به اعمال مقررات «رفتار منصفانه و عادلانه» مندرج در

89. I. Tudor, *op. cit.*, pp. 157-158.

90. Azinian v. Mexico, ICSID Award, 1 Nov 1999, available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, paras 102-103.

91. Metalclad v. Mexico, *op. cit.*, para. 91.

معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین یونان و مصر نمود. دیوان در رابطه با پرونده اشعار داشت که موضوعی به مهمی ضبط و حراج یک کشتی، می‌بایست حتماً به صورت مستقیم به اطلاع مالک کشتی می‌رسیده و او از آن آگاهی می‌یافته. نهایتاً دیوان رأی می‌دهد که اقدامات انجام شده، الزامات ناشی از استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه را رعایت ننموده است.^{۹۲}

در پرونده تکمد، اختلاف راجع به لغو مجوز عملیات بازیافت بود. دیوان در رسیدگی به اختلاف حکم داد که استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه به علل مختلفی نقض شده است از جمله به علت قصور و کوتاهی مقامات مسئول محیط زیست کشور میزبان، در آگاه کردن پیمانکار خارجی از قصد خود.^{۹۳}

در پرونده ویست منجمنت، اختلاف راجع به تغییر امتیازی بود که طی آن پیمانکار خارجی اقدام به بازیافت زباله می‌نمود. با توجه به مواردی که در فوق اشاره شد در این پرونده هم دیوان رعایت تشریفات قانونی را به عنوان بخشی از رفتار منصفانه و عادلانه مورد توجه قرار داد. دیوان در این رابطه بیان می‌دارد:

... حداقل استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه به وسیله اعمال متعصب به دولت که خساراتی را برای خواهان در بر داشته نقض می‌شود، البته اگر عمل ارتكابی ... مستلزم عدم رعایت تشریفات قانونی باشد که نهایتاً منجر به صدور رأیی نامناسب شود. این امر ممکن است با قصور آشکار از عدالت طبیعی در جریان رسیدگی یا عدم شفافیت و سلامت لازم در جریان امور اداری محقق شود.^{۹۴}

در پرونده تاندر برود در برابر دولت مکزیک، دیوان داوری حکم داد که بدون شک کیفیت و سطح استانداردهای رعایت تشریفات قانونی و رسیدگی منصفانه در جریان رسیدگی اداری نسبت به رسیدگی‌های قضایی پایین‌تر است. در ادامه، دیوان حکم می‌دهد که استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه توسط دولت نقض نشده است چرا که خواهان، فرصت و موقعیت کامل و کافی جهت ارائه دفاعیات و دلایل را داشته و همچنین حکم دادگاه بدوی نیز توسط مرجع تجدیدنظر مورد بررسی مجدد قرار گرفته است.^{۹۵}

92. Middle East Cement v. Egypt, ICSID Award, 12 Apr 2002, Available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, para. 143.

93. Tecmed v. Mexico, *op. cit.*, para. 162.

94. Waste Management v. Mexico, *op. cit.*, para. 89.

95. Thunderbird v. Mexico, ICSID Award, 26 Jan 2006, available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, paras. 197-201.

بند چهارم: حسن نیت

مفهوم حسن نیت به طور سستی جایگاه بسیار مهمی را در توسعه روابط اقتصادی و تجاری بین‌المللی داشته است. دیوان‌های داوری نیز بارها تأیید نموده‌اند که حسن نیت، در ماهیت و طبیعت رفتار منصفانه و عادلانه مستتر است.^{۹۶} دیوان در پرونده تکمد در رابطه با حسن نیت گفته: «دیوان به این نتیجه رسیده است که تعهد به رفتار منصفانه و عادلانه ... تصریح به اصل حسن نیت بوده و [این استاندارد] بخشی از اصل حسن نیت، به عنوان یک اصل مورد تأیید حقوق بین‌المللی می‌باشد...»^{۹۷}.

دیوان رسیدگی‌کننده به پرونده ویست منجمنت نیز به همین شکل حکم می‌دهد که همانطور که در ماده ۱۱۰۵ نقطا درج شده، تعهد به رفتار همراه با حسن نیت، تعهد مبتایی و بنیادین تحت استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه محسوب می‌گردد و از دیدگاه دیوان تبانی عامدانه مقامات دولت میزبان در جهت تقابل با پیمانکار خارجی مشخصاً باعث نقض رفتار منصفانه و عادلانه می‌شود. دیوان در ادامه بیان می‌دارد:

بی‌شک برای دیوان محرز است که تبانی عامدانه (یعنی هماهنگی آگاهانه و بدون توجیه مقامات مختلف دولتی در تقابل با اهداف یک توافق راجع به سرمایه‌گذاری) باعث نقض بند ۱ ماده ۱۱۰۵ می‌گردد. دولت طبق بند ۱ ماده ۱۱۰۵ تعهدی بنیادی به رفتار همراه با حسن نیت داشته است، لذا نباید با توسل به وسایلی نامناسب و نامطلوب، عمداً در راستای تخریب یا بی‌اثر نمودن سرمایه‌گذاری گام بردارد.^{۹۸}

در پرونده سلوکا دیوان به هنگام تشریح رفتار منصفانه و عادلانه، نقش مهم و بنیادینی برای اصل حسن نیت قائل می‌شود. دیوان حکم می‌دهد:

هر سرمایه‌گذار خارجی که به وسیله معاهده‌ای از حمایت برخوردار است، ممکن است در هر مسأله‌ای این انتظار معقول را داشته که جمهوری چک سیاست‌های خود را با حسن نیت اعمال کرده و در صورتی که رفتارش بر سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران مؤثر باشد با سیاست‌های عمومی قابل توجیه بوده و آن رفتار آشکارا باعث نقض قواعد ثبات، شفافیت، عدم غرض‌ورزی و عدم اعمال تبعیض نگردد.^{۹۹}

96. Todd J. Grierson-Weiler & Ian A. Laird, "Standards of Treatment", in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Edited by P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 272-274.

97. Tecmed v. Mexico, *op. cit.*, para. 153.

98. Waste Management v. Mexico, *op. cit.*, para. 89.

99. Saluka v. Czech Republic, *op. cit.*, para. 307.

از بررسی موارد مشروحه فوق باید اینگونه نتیجه‌گیری کرد که عمل همراه با سوء نیت که علیه پیمانکار خارجی صورت بگیرد، ناقض «رفتار منصفانه و عادلانه» می‌باشد. اما سؤال مهمی که در همین راستا مطرح می‌شود این است که آیا هر نقض استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» مستلزم وجود سوء نیت است؟ پاسخ به این سؤال از اهمیت بسیاری برخوردار است، چرا که می‌تواند اثر خود را در دفاعیات دولت میزبان در دعاوی نشان دهد. در چنین شرایطی دولت میزبان می‌تواند استدلال کند عمل او که از آن شکایت شده و خساراتی را برای پیمانکار خارجی در پی داشته، از آنجا که بر مبنای حسن نیت بوده، منجر به نقض استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» نشده است. اما رویه داوری حکایت از این امر دارد که برای نقض استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» لزوماً نیازی به وجود سوء نیت نبوده و ممکن است حتی در صورت عدم سوء نیت، استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» نقض شود.^{۱۰۰} برای مثال دیوان داوری در پرونده موندف بیان می‌دارد:

از دیدگاهی نوین، باید گفت عمل غیرمنصفانه و غیرعادلانه لزوماً ظالمانه یا فاحش نمی‌باشد. ممکن است دولتی با سرمایه‌گذار رفتار غیرعادلانه و غیرمنصفانه داشته باشد، بدون اینکه لزوماً با سوء نیت رفتار کرده باشد.^{۱۰۱}

دیوان داوری در قضیه تکمد، بعد از بیان این نکته که استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه»، حکایت از اصل حسن نیت موجود در حقوق بین‌المللی دارد، عبارت فوق از رأی موندف را نقل کرده تا تأکید نماید که سوء نیت دولت، عنصر لازم و ضروری جهت احراز نقض استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» نمی‌باشد.^{۱۰۲}

در رأی مربوط به پرونده اکسیدیتل، نیز دیوان در بررسی مفاهیم شفافیت و ثبات به عنوان یکی از عناصر استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» اظهار می‌دارد: «... این یک قاعده عینی است که به هیچ وجه به اینکه آیا خواننده با حسن نیت رفتار کرده است یا خیر ارتباطی ندارد».^{۱۰۳}

در پرونده سی‌ام‌اس دیوان ضمن بیان اینکه استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» از ثبات و قابل پیش‌بینی بودن قابل تفکیک نیست بیان می‌دارد:

دیوان معتقد است که این، یک قاعده عینی بوده و هیچ ارتباطی به این موضوع ندارد

100. R. Dolzer & C. Schreuer, *op. cit.*, pp. 145-146.

101. *Mondev v. USA, op. cit.*, para. 116.

102. *Tecmed v. Mexico, op. cit.*, para. 153.

103. *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, op. cit.*, para. 186.

که خواننده دعوا در ارتکاب عمل، عمد یا سوء نیتی داشته است یا خیر. البته شکی نیست که وجود عمد یا سوء نیت در وخیم شدن و شدت وضعیت مؤثر است اما عنصر اساسی استاندارد محسوب نمی‌شود.^{۱۰۴}

دیوان در پرونده آزوریکس نیز بیان می‌دارد که در احراز قصور در رفتار منصفانه و عادلانه با پیمانکار خارجی، «سوء نیت یا قصد بدخواهانه دولت پذیرنده، عنصر ضروری تلقی نمی‌گردد».^{۱۰۵}

بند پنجم: ممنوعیت ایراد اجبار و تهدید

ممکن است طی شرایطی، استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» همچنین بر موقعیت‌های ایراد اجبار و تهدید مستقیم بر پیمانکار خارجی اعمال گردد. در پرونده پُپاند تالبوت در برابر کانادا یک نهاد دولتی تحت عنوان اس ال دی اقدام به انجام تحقیقاتی علیه سرمایه‌گذار خارجی نمود که این اقدام ماهیتی کاملاً تقابلی و تهدیدآمیز داشت. دیوان داوری حکم داد که این تحقیقات صورت گرفته منجر به نقض ماده ۱۱۰۵ نفتا شده است. دیوان اظهار داشت:

روابط بین اس ال دی و سرمایه‌گذاری در خلال سال ۱۹۹۹ خیلی بیشتر شبیه مبارزه و تقابل بوده است تا همکاری و تعامل و دیوان به این نتیجه رسیده است که اس ال دی عامل اصلی ایجاد چنین شرایطی بوده است ... کلاً باید بیان داشت که نوع رفتار اس ال دی در طی تحقیقات در خلال سال ۱۹۹۹ چیزی جز عدم رعایت رفتار منصفانه مندرج در ماده ۱۱۰۵ نفتا نبوده و دیوان حکم می‌دهد که کانادا مسؤول خسارات وارده بر سرمایه‌گذار است.^{۱۰۶}

دیوان داوری در حکم متعاقب بعدی که صادر نمود با توصیف عمل ارتكابی نهاد دولتی به عنوان «تهدید و تدلیس» و عملی «شدید و تهاجمی»، حکم به نقض استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» می‌دهد.^{۱۰۷}

در پرونده تکمد نیز در همین رابطه دیوان حکم داد که امتناع دولت میزبان از تمدید مجوز، پیمانکار را مجبور کرده که محل انجام فعالیت خود را تغییر داده که همین امر منجر

104. CMS Gas Transmission Company v. Argentina, *op. cit.*, para. 280.

105. Azurix v. Argentina, *op. cit.*, para. 372.

106. Pope & Talbot v. Canada, Award on Merits of Phase 2, UNCITRAL Arbitration, 10 Apr 2001, Available at: <http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/Pope/PopeFinalMeritsAward.pdf>, para. 181.

107. R. Dolzer & C. Schreuer, *op. cit.*, p. 147.

به ایجاد هزینه‌ها و ریسک‌های تجاری جدیدی برای او شده است. دیوان اظهار می‌دارد:

تحت چنین اوضاع و احوالی، ورود چنین فشاری مستلزم نوعی اجبار است که می‌تواند با رفتار منصفانه و عادلانه که طبق بند ۱ ماده ۴ موافقت‌نامه به سرمایه‌گذاری بین‌المللی اعطا می‌شود در تضاد بوده و از دیدگاه حقوق بین‌المللی قابل ایراد باشد.^{۱۰۸}

در رابطه با تهدید و اجبار پیمانکار خارجی، دیوان مربوط به پرونده اپکو اظهار می‌دارد که عملی که ادعا می‌شود که برای پیمانکار تهدیدآمیز و اجباری است باید به صورت مکرر و دائمی واقع شود.^{۱۰۹} دیوان داوری مربوط به پرونده ستوکائیز بیان داشت طبق استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه، دولت میزبان باید پیمانکار خارجی را از هرگونه اجبار و تهدید ناشی از سوی مقامات دولتی خود در امان و محفوظ نگه دارد.^{۱۱۰}

بند ششم: ممنوعیت اقدامات خودسرانه یا تبعیض‌آمیز

اصولاً هر دولتی که قائل به حکومت قانون در قلمرو سرزمین خود است، اعمال خودسرانه و تبعیض‌آمیز^{۱۱۱} را ممنوع و نامشروع تلقی می‌نماید و پیمانکار خارجی هم منطقاً انتظار دارد که دولت میزبان این امر را در مورد او و اموالش رعایت نماید.^{۱۱۲}

واژه خودسری طبق روش‌های مختلف تفسیر، به اعمال «غیر موجه»، «غیر معقول»، «ناشی از صلاح‌دید شخصی» یا عملی که «به جای ابتنای بر دلیل و حقیقت، بر غرض‌ورزی یا جانبداری» صورت گرفته باشد تشریح شده است. رأی معروف السی که توسط دیوان بین‌المللی دادگستری صادر شده است، در رابطه با مفهوم خودسری عبارتی دارد که به کرات در منابع حقوق بین‌المللی مورد استناد قرار گرفته است. بدین شرح:

رفتار خودسرانه و غیرمنصفانه لزوماً امری مخالف یک قانون خاص یا امری مخالف حکومت قانون نیست ... بلکه عدم رعایت عامدانه تشریفات قانونی، یک عمل ناگهانی و غیرعادی تکان دهنده که در روند عادی و مناسب اجرای قانون صورت گیرد نیز یک رفتار غیرمنصفانه محسوب می‌شود.^{۱۱۳}

108. *Tecmed v. Mexico*, *op. cit.*, para. 163.

109. *Eureko v. Poland*, *op. cit.*, para. 237.

110. *Saluka v. Czech Republic*, *op. cit.*, para. 308.

111. *Arbitrary and Discriminatory Measures*.

112. R. Dolzer & C. Schreuer, *op. cit.*, p. 173.

113. *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (USA v. Italy)*, ICJ Judgment, 20 July 1989, available at: <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf>, para. 128. (Arbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law ... It is a wilful disregard of due process

در مورد مفهوم اقدامات تبعیض آمیز هم باید گفت، بی شک تبعیض صور گوناگونی دارد. تبعیض می تواند بر مبنای نژاد، مذهب، وابستگی سیاسی و مواردی از این دست باشد. اما در راستای طرز رفتار با پیمانکار خارجی، معمول ترین شکل، تبعیض بر مبنای ملیت است. در نتیجه، تأکید رویه داوری، اصولاً بر تبعیض بر مبنای ملیت پیمانکار خارجی قرار دارد.^{۱۱۴}

ماهیت و گستره خاص مفهوم خودسری و تبعیض به صورتی است که اصولاً در اکثر موارد ارتکاب هر نوع عمل خودسرانه و تبعیض آمیزی، به منزله نقض استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» تلقی شده است.^{۱۱۵} این موضوع مشخصاً در فضای نفتا مطرح شده، چرا که این معاهده حاوی ماده ای راجع به رفتار منصفانه و عادلانه می باشد (ماده ۱۱۰۵)، اما هیچ اشاره صریحی به ممنوعیت رفتار خودسرانه و تبعیض آمیز نکرده است. دیوان های تشکیل شده تحت نفتا، اقدامات خودسرانه و تبعیض آمیز را به منزله نقض مقرر رفتار منصفانه و عادلانه تلقی کرده اند.^{۱۱۶} این امری است که بسیاری از علمای حقوق بین المللی نیز قائل به آن هستند.^{۱۱۷} در پاراگراف ۱۲۸ رأی السی که در بالا نقل شد نیز دیوان بین المللی دادگستری، اقدامات خودسرانه و تبعیض آمیز را به منزله نقض مقرر رفتار منصفانه تلقی کرده است.^{۱۱۸}

اما نباید از ذکر این نکته غافل ماند که بسیاری از دانشمندان حقوق بین المللی و آرای داوری هم هستند که ممنوعیت رفتار خودسرانه و تبعیض آمیز را به عنوان استانداردهای مستقل و مجزا از استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» تلقی نموده اند.^{۱۱۹}

نتیجه گیری

بعد از بیان کلیات و تعاریفی از استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه»، موقعیت و جایگاه این استاندارد را در مقایسه با «حداقل استاندارد بین المللی» حقوق عرفی مورد دقت نظر قرار دادیم. با مطالعات و تحلیل های ارائه شده به این نتیجه رسیدیم که با درک و شناسایی دقیق و کامل «حداقل استاندارد بین المللی» حقوق عرفی، نمی توان قائل به وحدت بین این دو

of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety.)

114. R. Dolzer & C. Schreuer, *op. cit.*, pp. 176-177.

115. T. Grierson-Weiler & I.A. Laird, *Standards of Treatment*, *op. cit.*, pp. 259-305.

۱۱۶. برای مثال بنگرید به آرای ذیل:

Mondev v. USA, *op. cit.*, para. 127; Waste Management v. Mexico, *op. cit.*, para. 98.

117. I. Tudor, *op. cit.*, pp. 177-180.

118. Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI) (USA v. Italy), *op. cit.*

119. R. Dolzer & C. Schreuer, *op. cit.*, pp. 175-176.

استاندارد شد و استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» به عنوان یک استاندارد مخصوص حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی و اموال آنان، با خاستگاهی معاهده‌ای، از حداقل استاندارد بین‌المللی متفاوت و متمایز است.

اما مهم‌ترین قسمت این نوشتار، اعمال استاندارد و شناسایی و تشریح مصادیق عینی «رفتار منصفانه و عادلانه» بود که معنای واقعی به استاندارد بخشیده و در حقیقت این ادعا که استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» منجر به افزایش مطلوبیت کشور میزبان برای ورود هر چه بیشتر پیمانکاران خارجی و جذب سرمایه‌گذاری خارجی می‌شود را به بهترین نحو اثبات می‌کند.

با دقت در رویه داوری بین‌المللی و منابع مربوطه می‌توان گفت شفافیت و ثبات نظام حقوقی دولت میزبان و حمایت از انتظارات مشروع پیمانکار خارجی، ایفای تعهدات قراردادی دولت میزبان در برابر پیمانکار خارجی، رسیدگی عادلانه و رعایت تشریفات قانونی، اعمال حسن نیت توسط دولت میزبان، ممنوعیت فشار و تهدید و ممنوعیت اقدامات خودسرانه و تبعیض‌آمیز علیه پیمانکار خارجی از مصادیق عینی اعمال استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» محسوب می‌گردد.

باید گفت که مصادیق بیان شده، به منزله حصری بودن مصادیق استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» نمی‌باشد و دور از ذهن نیست که با پیشرفت رویه داوری، این مصادیق احصاشده گسترش یافته و تعدادشان بیشتر گردد و این استاندارد در اثر رویه قضایی، روز به روز شفاف‌تر و دقیق‌تر گردد. نباید از ذکر این نکته غافل ماند که فقدان مصادیقی مشخص و معین برای این استاندارد، بیشتر از اینکه به عنوان یک نقص یا عیب تلقی گردد، یک مشخصه مطلوب به حساب می‌آید. چرا که عملاً غیرممکن است که بتوان لیست کاملی از تعدی‌های دولت‌های میزبان را گردآوری نمود و آن را به عنوان مجموعه‌ای که بر وضعیت حقوقی پیمانکار خارجی اثر نامطلوب می‌گذارد معرفی کرد. ابهام در استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه»، این امکان را فراهم می‌آورد که یک مرجع ثالث مستقل، غیر از طرفین سرمایه‌گذاری، به بررسی رفتار مورد شکایت پرداخته و تعیین کند آیا رفتار دولت میزبان، منطبق با استاندارد انعطاف‌پذیر و وسیع «رفتار منصفانه و عادلانه» بوده است یا خیر.^{۱۲۰}

نقطه مشترک مصادیق اعمال این استاندارد این است که نقض هر یک از این مصادیق،

بر پیمانکار خارجی و ثبات و پیش‌بینی‌پذیری نظام حقوقی که پیمانکار در آن مشغول به فعالیت است تأثیرات مخرب و نامطلوب بسیاری می‌گذارد.

در انتها باید خاطر نشان کرد که نتیجه حاصل از اعمال صحیح و دقیق استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه، حصول ثبات در روابط بین پیمانکار خارجی با دولت میزبان می‌باشد که عامل بسیار مهمی در افزایش مطلوبیت کشور میزبان برای پیمانکاران خارجی و جذب سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشد. هرچند که نباید آن را تنها عامل برای رسیدن به این هدف تلقی نمود. در صورت رعایت دقیق این استاندارد رفتاری، کشور میزبان تبدیل به محلی مناسب برای ورود پیمانکاران و سرمایه‌گذاری‌های خارجی شده که نهایتاً توسعه بنیادین کشور میزبان و افزایش رفاه شهروندان آن کشور را به ارمغان می‌آورد.

فهرست منابع

1. Amato, Anthony D., "Good Faith", Encyclopedia of Public International Law, vol. 2, Edited By R. Bernhardt, 1995
2. Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking, UNCTAD, 2007
3. Canada Model BIT, 2004, Article 5, available at: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>.
4. Dolzer, Rudolf & Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, New York, Oxford University Press, 2008
5. Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on Issues In International Investment Agreements, UNCTAD, (Geneva and New York, 1999), Available at: www.unctad.org
6. Grierson-Weiler, Todd J. & Ian A. Laird, 'Standards of Treatment', in the book The Oxford Handbook of International Investment Law, Edited by P. Muchlinski, F. Ortino & C. Schreuer, Oxford University Press, New York, 2008
7. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>
8. <http://www.icj-cij.org/docket/files/76/6707.pdf>
9. <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/dispute-NAFTA-interpr.aspx?lang=en>
10. <http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/Pope/PopeFinalMeritsAward.pdf>, para. 181.
11. <http://www.state.gov/documents/organization/38710.pdf>
12. http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/US_Uruguay.pdf
13. Mann, F.A., "British Treaties for the Promotion and Protection of Investment", British Year Book of International Law, no. 52, 1981
14. Muller, J.P. & Th. Cottier, "Estoppel", Encyclopedia of Public International Law, pp. 116-119
15. Stevens, Margrete & Rudolf Dolzer, Bilateral Investment Treaties, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1995
16. Tudor, Ioana, The Fair And Equitable Treatment Standard In International Law of Foreign Investment, New York, Oxford University Press, 2008
17. Vandevelde, Kenneth J., "The Bilateral Investment Program of United States", Cornell International Law Journal, vol. 21, 1988, Available at: <http://heinonline.org>
18. www.tarh.majlis.ir
19. www.unctad.org

۲۰. صبور، محمد، «آزانس چندجانبه تضمین سرمایه‌گذاری (میگا) و استانداردهای سرمایه‌گذاری

خارجی»، مجله پژوهشهای حقوقی، شماره ۴، ۱۳۸۲