

نقش شرط فراگیر در ایجاد مسئولیت بین‌المللی دولت از منظر کمیسیون حقوق بین‌الملل

عباسعلی کدخدایی*

دانشیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

فاطمه امیری

دکترای حقوق بین‌الملل دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۰/۸/۲ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۰/۱۰/۲۵)

چکیده:

در اختلافات دولت- سرمایه گذار، سرمایه گذار اصولاً متمایل است که شرط فراگیر تمامی دعاوی قراردادی سرمایه گذار علیه دولت را تبدیل به اختلافات معاهده ای نماید. در مقابل دولت طرفدار تفسیر هر چه مضیق تری از این شرط می باشد. مستند به مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل، به منظور ایجاد مسئولیت بین‌المللی دولت برای نقض قرارداد لازم است دو پیش شرط وجود داشته باشد: اول آنکه دولت صرفاً زمانی می تواند مسئول تلقی شود که با توسل به اقتدارات حاکمیتی اقدام کرده باشد. شرط دوم آن است که نقض قرارداد منجر به نقض حقوق بین‌الملل شود.

واژگان کلیدی:

شرط فراگیر، ایکسید، مسئولیت بین‌المللی، انتساب، کمیسیون حقوق بین‌الملل، سلب مالکیت، رفتار منصفانه و عادلانه.

مقدمه

به طور سنتی در حقوق بین‌الملل پذیرفته شده است که نقض قرارداد بوسیله دولت به مسئولیت بین‌المللی منجر نمی‌شود. هرچند اخیراً با درج مقرراتی تحت عنوان "شرط فراگیر" در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری تا حدودی از این دیدگاه سنتی عدول شده است. در حقیقت، هدف مبدعین این شرط که جهت فراهم کردن حمایت فراگیر از سرمایه‌گذاری خارجی تبیین شده، آن است که فعالیت‌های سرمایه‌گذار به موجب قرارداد تحت شرایطی خاص مشمول معاهده شود (Wong, 2006: 143-44). بسیاری از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در بردارنده شروطی هستند که به موجب آن "هر یک از طرفین باید تعهدات خود را در ارتباط با سرمایه‌گذاری اتباع و یا شرکت‌های طرف دیگر رعایت کنند" (See: German-Argentine Bilateral Investment Treaty., Apr. 9, 1991)

این شروط غالباً تحت عنوان شروط فراگیر شناسایی شده‌اند؛ چرا که موجب تعهدات جداگانه بر اساس معاهده سرمایه‌گذاری بوده و طرفین معاهده را ملزم می‌کنند تا تعهداتی را که برای دولت میزبان در ارتباط با سرمایه‌گذاران طرف دیگر فرض شده، رعایت کنند. گرچه بررسی ابتدایی این شرط حکایت از این امر دارد که هدف از تبیین آن، امکان تلقی نقض قرارداد سرمایه‌گذاری به عنوان نقض معاهده سرمایه‌گذاری و در پی آن امکان فراهم آوردن طرح و حل و فصل اختلافات ناشی از قرارداد در مرجع بین‌المللی بی طرف مندرج در معاهده دوجانبه به غیر از مرجع مورد نظر قرارداد است؛ اما این مسئله نیاز به بررسی دارد که در چه صورت نقض قرارداد دولت- سرمایه‌گذار که مبتنی بر حقوق داخلی است به نقض تعهدات بین‌المللی دولت و در نتیجه صلاحیت مرجع مقرر در معاهده منجر می‌شود. اصولاً حتی اگر قرارداد دولت- سرمایه‌گذار متضمن شرط حل و فصل اختلاف باشد؛ علت اصلی تمایل سرمایه‌گذار به تسلیم اختلاف خود به مرجع بین‌المللی آن است که سرمایه‌گذار بر این باور است که دادگاه‌های دولت میزبان به اختلاف صورت گرفته بی طرفانه و مستقل رسیدگی نمی‌کنند. بنابراین، مسأله مسئولیت بین‌المللی دولت از حیث تضمین و ثبات سرمایه‌گذاری برای سرمایه‌گذاران از اهمیتی ویژه برخوردار است. از این روی، سرمایه‌گذار اغلب درصدد اثبات مسئولیت دولت در سطح بین‌المللی برای نقض قرارداد است.

نخستین گام برای اثبات مسئولیت دولت، مشخص کردن این مسأله است که آیا نقض قرارداد بوسیله دولت می‌تواند به نقض تعهدات بین‌المللی دولت منجر شود؟ در این نوشتار این موضوع بررسی می‌شود که چرا مسأله انتساب هم از بعد شکلی و هم از حیث ماهوی واجد اهمیت بوده و در ادامه دلایل قانونی و شرایطی که بر اساس آن رفتار مورد بحث تخلف بین‌المللی دولت محسوب شده، بیان می‌شود.

۱- رویکرد مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل پیرامون اختلافات دولت- سرمایه گذار

مواد مربوط به مسئولیت دولت برای اعمال خلاف حقوق بین‌الملل در بردارنده مقررات مربوط به انتساب برای مسئولیت دولت بر اساس حقوق بین‌الملل است. کمیسیون حقوق بین‌الملل، طرح نهایی مواد مربوط به مسئولیت بین‌المللی دولت را در پنجاه و سومین جلسه خود در ۲۰۰۱ به تصویب رساند. در دسامبر ۲۰۰۱ مجمع عمومی سازمان ملل در قالب قطعنامه ۵۶/۸۳، مواد مربوط به مسئولیت دولت ها برای اعمال خلاف بین‌المللی را برای عرضه به دولت ها به تصویب رساند. این مواد گرچه معاهده‌ای الزام آور نیستند؛ اما از این حیث که انعکاس حقوق بین‌الملل عرفی در مورد مسئولیت دولت هستند؛ از منظر دادگاه ها و مفسرین از اهمیت ویژه برخوردارند (Hober, 2008: 553). تعداد زیادی از دولت ها بر این باور هستند که مواد کمیسیون نمی‌تواند در اختلافات دولت- سرمایه گذار اعمال شود؛ چرا که این مقررات صرفاً به مسئولیت میان دولت ها مربوط است (Hober, 2008: 553). به نظر می‌رسد این دیدگاه قابل انتقاد است چرا که ماده ۱ مقرر می‌دارد: هر تخلف بین‌المللی دولت به مسئولیت بین‌المللی دولت منجر می‌شود.

در این راستا، تفسیر مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل که در سال ۲۰۰۱ بوسیله کمیسیون ارائه شد اشاره به آن دارد که این ماده تمام تعهدات بین‌المللی دولت و نه صرفاً تعهدات دولت در مقابل سایر دولت ها را دربردارد. در این تفسیر آمده است که مسئولیت دولت در خصوص نقض حقوق بین‌الملل تا جایی توسعه می‌یابد که ذی نفع اصلی تعهداتی که نقض شده فرد و یا نهادی غیر از دولت باشد (Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries 2001, PP: 87-88).

براین اساس، تردیدی نیست که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در رابطه با اشخاص غیر دولتی نیز قابل تعمیم بوده و در رسیدگی به اختلافات سرمایه گذاری نیز قابل اعمال است. لازم به ذکر است که این دیدگاه بوسیله تعداد کثیری از مفسرین پذیرفته شده است (Hober, 2008: 259). این رویکرد همسو با رویه تعدادی از مراجع داوری است که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل را در خصوص اختلافات دولت- سرمایه گذار اعمال کردند. به عنوان مثال در پرونده‌های (Noble Ventur v. Romania, ICSID Case No ARB/01/11 of 12 (October 2005: 69-70

(Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID case No ARB/97/7, Jan. 25, 2000)
(Eureko B.V.v. Republic of Poland, *ad hoc* arbitration seated in Brussels, Aug. 19, 2005: 33-34).

مواد طرح کمیسیون برای تعیین انتساب رفتار ارگان دولت یا نهاد دولتی به دولت مورد استناد قرار گرفت. این رویه مبین آن است که قواعد حقوق بین‌الملل عرفی مربوط به مسئولیت

دولت همان طور که در مواد کمیسیون آمده دربردارنده تعهدات دولت در مقابل افراد و شخصیت های حقوقی و قابل اعمال در اختلافات دولت - سرمایه گذار است.

۱-۱ ساختار، عملکرد، کنترل عامل ضروری برای انتساب بر اساس مواد کمیسیون حقوق بین الملل

مواد کمیسیون دربردارنده مقررات مختلف حول انتساب است: ماده ۴ به رفتار نهادهای دولت اشاره می کند. ماده ۵ مربوط به رفتار فرد یا نهادهایی است که عناصر حاکمیت دولت را اعمال می کند. مواد ۴، ۵ و ۸ هر یک پایه های انتساب به دولت محسوب می شوند. هرچند ماده ۵ را باید اساسی ترین مقرر در این موضوع دانست. ماده ۵ مقرر می دارد:

رفتار شخص یا نهادی که بر اساس ماده ۴ ارگان دولت نبوده اما بر اساس قانون دولت می تواند اختیارات حاکمیتی را اعمال کند؛ رفتار دولت بر اساس حقوق بین الملل محسوب می شود؛ مشروط به آنکه شخص یا نهاد در زمان مشخصی اقتدارات حاکمیتی را اعمال کند. تفسیر مواد مبین آن است که ماده ۵ طیفی وسیع از نهادهایی را در بر می گیرد که گرچه نهاد دولت محسوب نشده اما از اختیارات لازم جهت اعمال اقتدارات حاکمیتی برخوردارند. بر اساس تفسیر مزبور، این نهادها شامل شرکت های دولتی، نیمه دولتی، نمایندگی های دولتی و حتی شرکت های خصوصی هستند؛ مشروط به آنکه در هر قضیه احراز شود کارکرد نهاد مورد بحث بر اساس اختیارات تفویض شده از جانب دولت، از ویژگی عمومی برخوردار بوده و رفتار این نهاد مربوط به اعمال اختیارات حاکمیتی است (ILC Articles. Commentaries:43) (with)

بنابراین، انتساب بر اساس ماده ۵ مبتنی بر معیار "ارزیابی کارکردی" است. به عبارت دیگر، عنصر قانونی در ماده ۵ مواد کمیسیون "اختیارات حاکمیتی" است. از این روی به منظور تعیین اینکه آیا اقدام صورت گرفته از ویژگی حاکمیتی برخوردار بوده یا نه، تفسیر مواد کمیسیون پیشنهاد می کند که جامعه، تاریخ و سنت آن بررسی شود. بر اساس رویکردی دیگر، از نظر عینی لازم است، بررسی شود که این رفتار در نظام معاصر از ویژگی حاکمیتی برخوردار است یا نه (Dolzer & Schreuer, 2008:200).

در مقابل، انتساب بر اساس ماده ۴ مبتنی بر "ارزیابی ساختاری" است. (رفتار هر یک از نهادهای دولت، بر اساس حقوق بین الملل رفتار دولت تلقی می شود. صرف نظر از جایگاهی که در سازمان دولت دارد). در ماده ۸ مواد کمیسیون، انتساب مبتنی بر نظریه "کنترل" است. (رفتار فرد یا گروهی از افراد بر اساس حقوق بین الملل رفتار دولت محسوب می شود مشروط به آن که فرد یا گروه افراد تحت کنترل و یا راهنمایی دولت اقدام کنند).

انتساب می‌تواند مبتنی بر مواد ۴، ۵ یا ۸ باشد. بنابراین به منظور انتساب رفتاری که به نقض حقوق بین‌الملل منجر می‌شود، کافی است وجود یکی از عناصر فوق‌الذکر احراز شود: نهاد ارگان دولت باشد (ساختار)، از اختیار اعمال اقتدارات حاکمیتی برخوردار باشد (کارکرد) و یا نهاد مربوطه تحت کنترل دولت باشد (کنترل).

نمونه بارز تحلیل دقیق مربوط به انتساب رفتار خاص نهاد به دولت را می‌توان در قضیه Maffezini یافت (Maffezini, Para.43). مافزینی که از شهروندان آرژانتینی بود همراه با شرکت خصوصی اسپانیایی SODIGA، شرکتی را در اسپانیا به نام EAMSA به منظور تولید مواد شیمیایی تأسیس کرد. به دلیل عدم فعالیت شرکت، مافزینی دعوایی علیه اسپانیا طرح و مدعی شد که عدم فعالیت شرکت نتیجه فعل و ترک فعل SODIGA بوده است و از آنجا که این شرکت نهادی دولتی است، از این روی فعل و ترک فعل آن منتسب به دولت اسپانیا است. در مقابل اسپانیا بر "ارزیابی ساختاری" تأکید داشت و بر این باور بود که SODIGA نهادی خصوصی است و رفتار آن منتسب به دولت اسپانیا نیست (Maffezini, Para.47). دیوان در ابتدا این موضوع را شفاف کرد که حتی بر اساس معیار "ارزیابی ساختاری" نمی‌توان گفت که شرکتی مانند SODIGA به طور کامل خارج از برنامه کلی اداره عمومی است. دیوان در ادامه برای تعیین این موضوع که رفتار SODIGA در ماهیت حاکمیتی بوده تا تجاری و در نتیجه قابل انتساب به اسپانیا می‌باشد؛ به ضابطه "ارزیابی کارکردی" استناد می‌کند (Maffezini, Para.52). پس از اعمال این ضابطه، دیوان به این نتیجه رسید که رفتار SODIGA بعضاً حاکمیتی و بعضاً تجاری بوده است.

تحلیل مربوط به مسئله انتساب در قضیه Maffezini از دو جهت واجد اهمیت است: اول آن که دیوان به طور صحیح به این موضوع اشاره کرد که صرف این حقیقت که SODIGA شرکتی خصوصی است و بر اساس قوانین اسپانیا تشکیل شده به معنای آن نیست که نمی‌تواند نهاد دولت در حقوق بین‌الملل محسوب شود. به نظر می‌رسد این فکر همسو با تفسیر مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل است که تأکید دارد بر اساس ماده (۲) ۴، خصوصیت ارگان دولت بر اساس حقوق بین‌الملل مستقل از وضعیت آن نهاد بر اساس حقوق داخلی است (ILC Articles with commentaries, P.42). رهیافت دوم آن است که بررسی صورت گرفته بوسیله دیوان داوری حاکی از آن است که معیار "ارزیابی کارکردی" که در ماده ۵ طرح کمیسیون آمده باید در هر قضیه به طور جداگانه مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد. فعل و ترک فعل نهاد دولتی را که ارگان دولت محسوب نمی‌شود؛ نمی‌توان خود به خود منتسب به دولت دانست. در مقابل، هر رفتاری که سرمایه‌گذار به موجب آن دولت را مسئول می‌داند باید مستقلاً مورد ارزیابی قرار

گیرد و صرفاً زمانی که مشخص شود این رفتار در ماهیت حاکمیتی است، می‌توان آن را قابل انتساب به دولت دانست.^۱

۱-۲. نقض قرارداد باید منجر به نقض حقوق بین‌الملل شود

به منظور استقرار مسئولیت دولت بر اساس حقوق بین‌الملل، لازم است که نقض قرارداد منجر به نقض الزامات بین‌المللی شود. برای ارزیابی قابلیت انتساب رفتار ادعایی به دولت، لازم است این موضوع مشخص شود که این رفتار نقض حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود یا نه. در حقیقت احراز نقض حقوق بین‌الملل از اهمیت دوگانه برخوردار است. اول، آنکه نقض مقررات معاهده، صلاحیت مرجع بین‌المللی را به دنبال دارد و مسئله دوم، آن است که این نقض، عنصر لازم برای ایجاد مسئولیت دولت بر اساس حقوق بین‌الملل است. همان طور که ماده (۱) ۲۵ کنوانسیون اکسید اعلام می‌دارد، صلاحیت اکسید مربوط به رضایت کتبی هر دو طرف است. به عبارت دیگر در اختلاف میان سرمایه گذار و دولت، سرمایه گذار نوعاً بر شرط حل و فصل اختلافات معاهده دوجانبه سرمایه گذاری یا معاهده سرمایه گذاری دیگری تکیه می‌کند. نقض مقررات معاهده نه تنها به احراز صلاحیت اکسید منجر می‌شود؛ بلکه این موضوع عنصر ضروری برای استقرار مسئولیت دولت بر اساس حقوق بین‌الملل است. در این راستا، مواد ۱ و ۲ کمیسیون حقوق بین‌الملل را می‌توان انعکاس این اصل دانست.^۲ بنابراین،

1-Amto LLC v. Ukraine, Decision Arbitration No.080/2005.Paras.101-02(Arbitration Inst. of the Stockholm Chamber of Commerce):

این پرونده مثال دیگری است از انتساب رفتار مؤسسه ای به دولت. در این پرونده، ابتدا دیوان مشخص نمود که نهاد دولتی ارگان دولت اکران نمی‌باشد. در نتیجه دیوان متذکر شد که رفتار این نهاد تنها زمانی قابل انتساب به دولت است که اثبات شود نهاد مذکور اقتدارات حاکمیتی را اعمال و یا بر اساس دستورالعمل دولت رفتار نموده و یا اینکه تحت نظارت و کنترل دولت اقدام نموده است.

Bayindir Insaat Turizm Ticaret VE Sanay A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, Award, ICSID Case No.ARB/03/29, paras.117-30 (AUG.26,2009):

در این پرونده که اخیراً مورد رسیدگی قرار گرفت، دیوان به طور سیستماتیک این مسأله را بررسی کرد که آیا شرکت دولتی NHA ارگان دولتی بوده که اقتدارات حاکمیتی را اعمال نموده و یا اینکه بر اساس دستور العمل و یا کنترل دولت فعالیت می‌کند. با توجه به شخصیت حقوقی مستقل این شرکت، دیوان امکان ملاحظه این شرکت را به عنوان ارگان دولتی بر اساس ماده ۴ مواد کمیسیون رد کرد. با توجه به ماده ۵ مواد کمیسیون، دیوان در ابتدا متذکر گردید که اختلافی مبنی بر اینکه به NHA به طور کلی برای اعمال اقتدارات حاکمیتی تفویض اختیار شده، وجود ندارد. اما این اقتدارات کلی به خودی خود برای اعمال ماده ۵ مواد کمیسیون کافی نمی‌باشند. چرا که انتساب بر اساس این ماده مستلزم آن است که در زمانی خاص مؤسسه مذکور در مقام حاکمیت رفتار نماید. از این روی دیوان این مسأله را رد نمود که NHA اقتدارات حاکمیتی را اعمال می‌نمود

۲. ماده ۱: مسئولیت دولت برای اعمال خلاف بین‌المللی: هر عمل خلاف بین‌المللی دولت، مسئولیت بین‌المللی دولت را به همراه دارد. ماده ۲: عناصر عمل خلاف بین‌المللی دولت: عمل خلاف بین‌المللی دولت زمانی صورت می‌گیرد که فعل یا ترک

نقض تعهدات بین‌المللی هم از بعد شکلی و هم از بعد ماهوی حائز اهمیت است. حال مسئله‌ای که مطرح می‌شود آن است که تا چه حد دیوان داوری می‌تواند در احراز صلاحیت بر ادعای سرمایه‌گذار مبنی بر اینکه نقض قرارداد منجر به نقض معاهده شده اعتماد کند. مراجع داوری کمابیش با این مسئله مواجه‌اند. در قضیه *SGS v. Pakistan*، دیوان با اعمال معیار علی‌الظاهر (*Prima facie*) تا جایی بر توصیفات ارائه شده از سوی سرمایه‌گذار تکیه کرد که این اظهارات را بتوان نقض ادعایی معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری قلمداد کرد.^۱ در قضیه *SGS v. Philippine* دیوان موضعی محکم‌تر را حول نوسان معیار مزبور اتخاذ کرد. در این پرونده، دیوان مقرر کرد: "موارد مطروحه از سوی مدعی در صورتی که در دادرسی اولیه به طور منصفانه‌ای نقض مقررات معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری محسوب شود، موجب صلاحیت دیوان می‌شود."^۲

گهگاه، ادبیاتی در رویه قضایی دیده می‌شود مبنی بر اینکه بر اساس مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل اصولاً انعقاد قرارداد نیز منتسب به دولت خواهد بود (See *Noble Ventures Award*, Para.68). به نظر می‌رسد این عبارت پردازی تا حدی مبهم و نارسا باشد. چرا که مواد ۴، ۵ و ۸ کمیسیون حقوق بین‌الملل متضمن این موضوع نبوده که هر رفتاری را در صورت احراز عناصر انتساب یعنی کارکرد، کنترل و ساختار بتوان منتسب به دولت دانست. بلکه حوزه این مقررات مربوط به رفتاری است که نقض حقوق بین‌الملل تلقی شود. از این روی انعقاد قرارداد با نهاد دولتی نمی‌تواند بر اساس این مواد منتسب به دولت باشد حتی اگر به این نهاد از جانب مقامات دولتی تفویض اختیار شده باشد. در واقع نقض قرارداد در صورتی که منجر به نقض حقوق بین‌الملل شود قابل انتساب به دولت است. تفسیر مواد کمیسیون نیز مؤید این نظر است

فعل دولت واجد شرایط ذیل باشد: (۱) بر اساس حقوق بین‌الملل قابل انتساب به دولت باشد؛ و (۲) به نقض تعهدات بین‌المللی دولت منجر شود.

1-*SGS v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No.ARB/01/13, Decision on jurisdiction, 6 August 2003, Paras 144-145:*

در این مرحله از رسیدگی، دیوان مسئولیتی محدود دارد جهت موشکافی ادعاها آن گونه که بوسیله مدعی بیان شده است. برخی پرونده‌ها مؤید آن است که دیوان نیازی نمی‌بیند که ادعاها را بپذیرد، اما ملاحظه می‌شود در صورتی که حقایق بیان شده بوسیله مدعی نقض ادعایی معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری باشد، همسو با رویه دیوان‌های ICSID، مدعی باید بتواند آنها را تحلیل کند. بنابراین، در این مرحله به عهده مدعی است که ادعا را آن طور که مناسب باشد توصیف کند.

2-*SGS v. Philippine, ICSID Case No.ARB/02/6, Decision on jurisdiction, 29 January 2004, Para 157:*

بر اساس اصل اساسی بیان شده در پرونده سکوه‌های نفتی، کافی نیست که مدعی وجود اختلافی را اظهار دارد. مبنای صلاحیت، مسئله‌ای عینی است و تعیین آن مستلزم تفسیری دقیق از مقررات معاهده است. از سوی دیگر، همان طور که دیوان در پرونده *SGS v. Pakistan* اظهار داشت این به عهده مدعی است که ادعای خود را تشریح کند. فراهم کردن حقایق ادعایی بوسیله مدعی سؤالاتی حول نقض یک یا چند ماده معاهده ایجاد می‌کند که دیوان صلاحیت رسیدگی به آنها را دارد.

که اصل انتساب به طور لاینفک مرتبط با رفتاری است که نقض حقوق بین‌الملل باشد. در این ارتباط، تفسیر مواد مقرر می‌دارد:

مسأله انتساب رفتار به دولت به منظور احراز مسئولیت، متفاوت از سایر فرایندهای حقوق بین‌الملل است که از مجرای آن نهادهایی خاص از جانب دولت متعهد می‌شوند. اصل آن است که مسئولیت دولت مربوط به رفتاری است که همسو با تعهدات بین‌المللی آن نباشد. صرف نظر از سطح حکومتی که رفتار در آن رخ داده است. بنابراین، قواعد مربوط به انتساب که در این بخش آمده برای این منظور (مسئولیت) است و نه برای مقاصد دیگری که برای آن ممکن است تعریف دولت یا حکومت ضروری باشد (ILC Articles with commentaries: 39). تفسیر مواد این موضوع را شفاف می‌سازد که مقررات مربوط به انتساب با این هدف طراحی شده که این قواعد، انتساب رفتاری را شامل می‌شود که نقض حقوق بین‌الملل باشد. به علاوه، علمای حقوق بر این باور هستند که مواد کمیسیون نباید با مقررات مربوط به کنندگی بر اساس حقوق خصوصی اشتباه شود. به عنوان مثال، "ایوانز" در خصوص حوزه مواد کمیسیون مقرر می‌دارد:

"قواعد مربوط به انتساب، عناصری را مشخص می‌کنند که رفتارشان عموماً و یا در شرایط خاص به مسئولیت دولت می‌شود. در این جا محور بحث، مسئولیت برای رفتاری است که نقض تعهدات بین‌المللی دولت باشد و مقاماتی که می‌توانند این الزامات را انجام دهند فعلاً مورد نظر نیستند" (Evans, 2006: 460).

به زعم یکی از حقوقدانان، مواد کمیسیون در مورد رفتاری اعمال نمی‌شود که نقض حقوق بین‌الملل نیست. برخلاف نظری که اخیراً مطرح شده، نمی‌توان از مجرای قواعد مسئولیت دولت، قراردادی را که بوسیله نهادهای دولتی منعقد شده به دولت منتسب کرد. قواعد انتساب در چارچوب اعمال انتسابی به دولت و به منظور احراز نقض حقوق بین‌الملل بوسیله این رفتارها توسعه یافته است. از این روی، تفاوتی آشکار است میان مسئولیت دولت برای رفتار نهادی که به نقض حقوق بین‌الملل منجر شده و مسئولیت دولت برای رفتار نهادی که نقض حقوق داخلی تلقی می‌شود (Happ, 2006: 324).^۱ ماده ۷ مواد مؤید آن است که رژیم انتساب بر اساس مواد کمیسیون برای اعمالی مانند انعقاد قرارداد طراحی نشده است. براساس این ماده،

۱. در مقابل برخی دیگر با پذیرش این موضوع که قواعد حقوق بین‌الملل در خصوص انتساب در مورد اعمالی که نقض تعهدات بین‌المللی باشد اعمال می‌گردد، با در نظر گرفتن شرط فراگیر، پیشنهاد می‌کنند که مواد کمیسیون باید هم در خصوص تعهدات وهم در خصوص نقض بعدی اعمال شوند. زیرا برای اثبات اینکه دولت تعهدات خود را از طریق عدم ایفای تعهدات یکی از نهادهایش نقض نموده، مدعی تراز خواهد داشت تا قواعد مربوط به مواد ۴، ۵ و ۸ کمیسیون را هم به تعهد وهم به نقض آن اعمال نماید. رجوع شود به:

Gallus, Nick, An Umbrella Just for Two? BIT Obligations Observance Clauses and the Parties to a Contract, 24 ARB. INT'L 1, 157-70 (2008).

رفتار هر نهادی که از اقتدارات حاکمیتی برخوردار است باید رفتار دولت به شمار آید، حتی اگر از محدوده اختیارات تفویضی تجاوز کرده و یا اینکه ساختارشکنی کند. بر اساس تفسیر مواد، این ماده حتی جایی نیز اعمال می‌شود که نهاد مورد بحث به طور آشکارا از صلاحیت خود فراتر رفته است (ILC Articles with commentaries: 45). در حالی که این ماده در ارتباط با انتساب اعمال خلاف کامل و شفاف بوده، اما در خصوص تعیین انتساب قرارداد به دولت، ابهاماتی دارد. به عبارت دیگر در فرض اخیر و در شرایطی که سرمایه گذار بر این باور است که نهاد دولتی از سوی دولت اقدام می‌کند؛ این مسئله باید بر اساس حقوق داخلی دولت میزبان ارزیابی شود. به علاوه، مواد کمیسیون تنها می‌تواند به منظور انتساب رفتاری مورد استفاده قرار گیرد که نقض الزامات بین‌المللی است. در نتیجه، انعقاد قرارداد قابل انتساب به دولت بر اساس مواد کمیسیون نیست.

۲- شرایطی که بر اساس آن نقض قرارداد ممکن است منجر به نقض تعهدات بین‌المللی شود

ماده ۱۲ مواد کمیسیون، نقض تعهدات بین‌المللی را رفتاری می‌داند که صرف نظر از منبع و ماهیت آن منتسب به دولت بوده و همسو با تعهدات بین‌المللی نباشد. در حقیقت، توصیف رفتار به عنوان تخلف بین‌المللی بر اساس حقوق بین‌الملل صرف نظر از توصیف این رفتار بر اساس حقوق داخلی است. به عبارت دیگر، رفتاری می‌تواند نقض تعهد بین‌المللی باشد؛ در شرایطی که این عمل بر اساس حقوق داخلی، قانونی است. ماده ۱۲ کمیسیون در خصوص تمامی تعهدات بین‌المللی دولت اعمال می‌شود. تعهدات بین‌المللی ممکن است بوسیله قواعد عرفی حقوق بین‌الملل، معاهدات و یا اصول عمومی قابل اعمال در نظام بین‌المللی ایجاد شوند. به عبارت دیگر، این ماده زمانی اعمال می‌شود که تعهدات بین‌المللی مبنی بر رعایت الزامات قراردادی وجود داشته باشد. تفسیر مواد کمیسیون حاکی از آن است که ".....نقض قرارداد بوسیله دولت، متضمن نقض حقوق بین‌الملل ناست. بلکه آنچه مربوط به حقوق بین‌الملل است، استنکاف مراجع قضایی دولت از رسیدگی به دعوی است که از سوی طرف دیگر قرارداد مطرح شده است" (ILC Articles with commentaries, P. 41). به نظر می‌رسد این دیدگاه همسو با رویه عمومی بوده که بر اساس آن صرف نقض قرارداد به نقض حقوق بین‌الملل منجر نشده بلکه نقض حقوق بین‌الملل صرفاً در شرایطی خاص محقق می‌شود. این شرایط زمانی رخ می‌دهد که به عنوان مثال، عدم رعایت تعهدات قراردادی به نقض تعهد به رفتار عادلانه و منصفانه با سرمایه گذاران خارجی و یا به عبارتی رعایت تعهداتی که دولت در عرصه بین‌المللی ملزم به آن شده، منجر شود. نقض قرارداد ممکن است به سلب مالکیت منجر

شود که پرداخت غرامت را به دنبال دارد. در این مبحث، شرایطی تشریح می‌شود که به موجب آن، نقض قرارداد به نقض تعهدات بین‌المللی منجر می‌شود.

۲-۱. نقض رفتار منصفانه و عادلانه

بیشتر معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه و سایر معاهدات سرمایه‌گذاری متضمن رفتار منصفانه و عادلانه با سرمایه‌گذار خارجی است. به عنوان مثال، ماده (۱) ۱۱۰۵ موافقت‌نامه آزاد تجاری آمریکای شمالی مصوب ۱۹۹۲ (NAFTA) مقرر می‌دارد: "هر یک از طرفین ملزم هستند با سرمایه‌گذاران طرف دیگر بر اساس حقوق بین‌الملل رفتار کنند که این رفتار شامل رفتار منصفانه و عادلانه و تأمین امنیت و حمایت کامل است."

یکی از مصادیق رفتار عادلانه و منصفانه، تعهد به رعایت الزامات قراردادی است (Dolzer & Schreuer, 2008: 140-41). هر چند حوزه این تعهد کاملاً آشکار نیست، اما برخی از مراجع رسیدگی‌کننده به طور کلی، مقررات مربوط به رفتار منصفانه و عادلانه را به نقض قرارداد تسری می‌دهند. در قضایای *SGS v. Philippines* و *Noble Ventures* مراجع رسیدگی‌کننده اظهار کردند که رفتار منصفانه و عادلانه نقض تعهدات قراردادی را نیز شامل می‌شود (*Noble Ventures v. Romania*, para. 182, *SGS v. Philippines*, Para. 162). سایر مراجع، حوزه مقررات مربوط به استاندارد رفتاری فوق را صرفاً مربوط به نقض قراردادی می‌دانند که برآمده از اعمال حاکمیت و یا رفتار تبعیض‌آمیز باشد. به عنوان مثال در قضیه *R.F.C.C v. Morocco*، دیوان اعلام کرد که نقض قرارداد تنها زمانی می‌تواند به نقض مقررات مربوط به رفتار منصفانه و عادلانه منجر شود که این نقض مبتنی بر فعالیت‌هایی فراتر از فعالیت‌های متداول طرف قرارداد باشد، *Consortium R.F.C.C. v. Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/6 Dec. 22, 2003, Para. 51.

دیوان در پرونده *Impregilo v. Pakistan* همانند قضیه *Consortium RFCC* مشخص می‌کند که تحت چه شرایطی نقض قرارداد به نقض تعهدات بین‌المللی منجر می‌شود: "برای آنکه نقض قرارداد منجر به نقض معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری شود، لازم است رفتاری حادث شود که فراتر از عملکرد متداول طرف قرارداد باشد. صرفاً در شرایطی که دولت نه به عنوان طرف قرارداد بلکه در جایگاه قدرت حاکمه اقدام می‌کند، فرض می‌شود که تعهدات مربوط به معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری را نقض کرده است" (*Impregilo v. Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/3, 22 April 2005, para. 260). دیوان در ادامه می‌افزاید که نقض مقررات مربوط به رفتار منصفانه و عادلانه مستلزم استفاده از قدرت عمومی است (*Impregilo v. Pakistan*, Para. 266). به نظر می‌رسد مراجع رسیدگی‌کننده بر این باور هستند که نقض قرارداد ممکن است به نقض مقررات رفتار عادلانه و منصفانه منجر شود. هر چند اتفاق نظری

وجود ندارد مبنی بر اینکه این مقررات رفتاری صرفاً زمانی نقض می‌شود که تخلف قرارداد ناشی از سوء استفاده از حاکمیت و یا رفتار تبعیض آمیز باشد (Dolzer & Schreuer, 2008: 142).

۲-۲. سلب مالکیت

به طور عمومی پذیرفته شده است که سلب مالکیت ممکن است نه فقط اموال عینی بلکه طیفی گسترده از دارایی‌های دینی سرمایه‌گذار را نیز در بر گیرد که مانند حقوق قراردادی دارای ارزش اقتصادی است (August, 2008: 410). تسری سلب مالکیت به حقوق قراردادی اساساً بستگی به عبارت پردازی معاهده سرمایه‌گذاری دارد. به عنوان مثال، بند اول ماده ۱۳ معاهد منشور انرژی مقرر می‌دارد:

(۱) سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران یکی از طرفین قرارداد در سرزمین طرف دیگر نباید ملی شده، سلب مالکیت شود و یا موضوع اقداماتی شود که معادل با ملی کردن و یا سلب مالکیت است، به استثنای مواردی که الف) در جهت منافع عمومی باشد؛ ب) تبعیض آمیز نباشد؛ ج) بر اساس پروسه قانون‌گذاری باشد؛ د) همراه با پرداخت غرامت فوری، کافی و مؤثر باشد.

بر این اساس، کاملاً آشکار است که حقوق قراردادی می‌تواند موضوع سلب مالکیت قرار گیرد. علاوه بر حمایت‌های مقرر در معاهدات سرمایه‌گذاری، حمایت از دارایی‌های دینی در مقابل اقدامات سلب مالکانه بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی تا حد زیادی پذیرفته شده است (August, 2008: 411). اگر حقوق قراردادی در مقابل سلب مالکیت مورد حمایت قرار گیرد، مسئله‌ای که باقی می‌ماند آن است که چگونه می‌توان میان نقض ساده قرارداد و نقض قراردادی که به سلب مالکیت منجر می‌شود تفکیک قائل شد. در پرونده *SGS v. Philippines*، در اختلافی مربوط به پرداخت بدهی بر اساس قرارداد، دیوان بدین شکل موضع‌گیری کرد که امتناع از پرداخت بدهی ماهیتاً سلب مالکیت نیست (*SGS v. Philippines*, para. 161).^۱ در حقیقت دیوان داوری بر این باور بود که آستانه سلب مالکیت تنها زمانی است که قرارداد با توسل به اعمال حاکمیتی از جمله قانون و یا حکمی نقض شده و خسارات مربوط به این نقض از سوی دولت تأمین نشود.

۱. بر اساس نظر دیوان، آنچه توسط مدعی بیان گردید مربوط به سلب مالکیت نبوده است. در خصوص بدهی فیلیپین به SGS و هر آنچه از بهره‌دیرکرد باقی است، هیچ‌گونه حکم و یا قانونی از سوی فیلیپین در راستای سلب مالکیت و یا لغو پرداخت بدهی و نه هیچ اقدامی که معادل با سلب مالکیت باشد به تصویب نرسیده است. دیوان متقاعد گردید که محدوده زمانی برای مطالبه بدهی‌ها نزد محاکم فیلیپین بر اساس ماده ۱۲ منقذی نگردیده است. صرف امتناع از پرداخت بدهی، حداقل در جایی که امکان جبران آن وجود دارد به منزله سلب مالکیت نبوده. به طریق اولی امتناع از پرداخت در جایی که اختلاف حل نشده‌ای پیرامون میزان قابل پرداخت وجود دارد، سلب مالکیت نمی‌باشد.

رویه قضایی حاکی از آن است که مراجع رسیدگی کننده بر این باور هستند که صرف عدم رعایت تعهدات قراردادی به معنای سلب مالکیت نیست. در پرونده‌های Waste Management II و SGS v. Philippines پیشنهاد شد که نقض ساده قرارداد در صورتی به سلب مالکیت منجر می‌شود که سرمایه گذار قادر به جبران خسارت نزد محاکم داخلی نباشد. در حقیقت شرط پرداخت غرامت برای سلب مالکیت زمانی اعمال خواهد شد که نهاد دولتی صرفاً تعهدات قراردادی را نقض کرده اما سرمایه گذار از امکان دادخواهی نزد محاکم محروم باشد. در این شرایط، گرچه نقض قرارداد، تخلف بین‌المللی نیست اما چنین رفتاری تخلف بین-المللی بوده و بر اساس ماده ۴ و ۵ مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل قابل انتساب به دولت خواهد بود (Feit, 2010: 149).

۲-۳. شرط فراگیر

الگوی متداول شرط فراگیر در معاهدات معاصر، ماده (۱) ۱۰ معاهده منشور انرژی است: "هریک از اطراف قرارداد باید هریک از تعهداتی را که در مقابل سرمایه گذار و یا سرمایه گذاری سرمایه گذار طرف دیگر قرارداد دارند، رعایت کنند." در حقیقت، در ارتباط با شرط فراگیر دومی مسئله مهم مطرح می‌شود: اول، آیا مواد مربوط به کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص شرط فراگیر قابل اعمال است؟ و دوم اینکه، چه نوع تعهداتی تحت پوشش شرط فراگیر قرار می‌گیرند.

۳- رویکرد مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص شرط فراگیر

در مباحث پیشین، اعمال کلی مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص اختلافات سرمایه گذاری مورد بحث قرار گرفت. در این قسمت مسأله‌ای خاص تر مورد بررسی قرار می‌گیرد و آن تشخیص قابلیت اعمال مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل برای تعیین مسئولیت دولت بر اساس شرط فراگیر برای نقض قرارداد است. با دقت نظر در ماده اخیر الذکر که شرح آن در قسمت قبل بیان شد؛ این سؤال مطرح می‌شود که شرط فراگیر بر اساس ماده فوق صرفاً نقض تعهدات دولت را مورد نظر داشته و یا نهادهای تابعه را که رفتارشان بر اساس ماده ۵ مواد کمیسیون قابل انتساب به دولت بوده را نیز در برمی‌گیرد. مراجع رسیدگی کننده پاسخ‌های متفاوت به این مسأله داده‌اند. در پرونده Impregilo SpA، دیوان داوری بر این باور بود که قواعد حقوق بین‌الملل مربوط به انتساب، زمانی که نهادی مستقل مانند شهرداری قرارداد را نقض کند، قابل اعمال نیست (Impregilo v. Pakistan, para. 210).

رویکردی متفاوت بوسیله دیوان در پرونده Noble Venture اتخاذ شد. دیوان در ابتدا این موضوع را تشریح کرد که بر اساس ماده ۵ مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل، اعمال نهادهای دولت رومانی که ادعا شده نقض معاهده دوجانبه سرمایه گذاری میان آمریکا و رومانی بوده، قابل انتساب به دولت رومانی است (Noble Ventures V. Romania, paras. 70, 80). دیوان در ادامه می‌افزاید: "در جایی که اقدامات نهادی منتسب به دولت است، نقض قرارداد از این قابلیت برخوردار است که با تخطی از شرط فراگیر به نقض حقوق بین‌الملل منجر شود" (85 Noble Ventures V. Romania, para. 86). در نهایت دیوان به این جمع بندی رسید که موافقت نامه‌های منعقد بوسیله نهادهای دولتی به منظور اعمال شرط فراگیر منتسب به دولت رومانی بوده است (Noble Ventures V. Romania, para. 86). بر خلاف یافته دیوان در پرونده Impregilo، دیوان در قضیه Noble Venture مواد کمیسیون را به منظور تعیین اینکه قراردادهای منعقد بوسیله نهادهای دولتی تحت پوشش شرط فراگیر قرار می‌گیرند؛ قابل اعمال دانست. در بادی امر آشکار نیست که آیا مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل می‌تواند برای تعیین مسئولیت دولت بر اساس شرط فراگیر برای نقض قرارداد به کار رود. در حقیقت شرط فراگیر، رعایت تعهدات بین‌المللی دولت را تضمین می‌کند. همان طور که در قسمت های پیشین بیان شد، مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل صرفاً برای انتساب رفتاری که نقض حقوق بین‌الملل باشد، اعمال می‌شود. این مسأله می‌تواند مورد بحث قرار گیرد زمانی که پذیرش تعهدی نمی‌تواند قابل انتساب باشد، به طریق اولی انتساب نقض بعدی نیز بی معنا خواهد بود (See Gallus, 2008: 67-165). از این روی، این بحث منتج به این نظریه می‌شود که نقض قرارداد تحت پوشش شرط فراگیر قرار نمی‌گیرد. هر چند چنین قرائتی به نظر صحیح نیست؛ زیرا این رویکرد منطقی شرط فراگیر و مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل را نادیده می‌گیرد. چرا که این ساختار به دولت اجازه می‌دهد با توسل به اهرم های تقیینی و اجرایی به راحتی در قراردادها دخالت کنند و این دقیقاً همان چیزی است که مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل در صدد جلوگیری از آن است.^۱

در اختلافات دولت- سرمایه گذار، سرمایه گذار اصولاً متمایل است که شرط فراگیر همه دعاوی قراردادی سرمایه گذار علیه دولت را تبدیل به اختلافات معاهده‌ای کند. در مقابل دولت طرفدار تفسیر هر چه مضیق تری از این شرط است. در حقیقت، حداقل انتظار دولت آن است که تعهدات صرفاً قراردادی تحت پوشش شرط فراگیر قرار نگیرد (Wälde, 2006: 205, 209).

1- See Hobér, *OpCit*, PP: 549, 582; see also Wälde, Thomas, *Contract Claims Under the Energy Charter Treaty's Umbrella Clause: Original Intentions Versus Emerging Jurisprudence*, in RIBEIRO, *Investment Arbitration And The Energy Charter Treaty* 266 (2006): 226.

مراجع رسیدگی کننده، تفاسیر متفاوت حول این شرط ارائه کرده‌اند. در پرونده SGS v. Pakistan سرمایه گذار این گونه استدلال کرد که شرط فراگیر در معاهده دوجانبه سرمایه گذاری میان سوئیس و پاکستان بیان می‌دارد هر زمان دولت مقررات قرارداد را نقض می‌کند... اصول حقوق بین‌الملل را نیز نقض می‌کند. لذا این اقدام دولت، نقض قرارداد را در حد نقض معاهده ارتقا می‌دهد (SGS v. Pakistan, para. 99). دیوان با رویکردی مضیق نسبت به شرط فراگیر، صرفاً به این یافته رسید که شرط فراگیر می‌تواند متضمن تعهد به اجرای مقررات فرض شده در مقابل سرمایه گذار باشد و این شرط در صورتی نقض می‌شود که دولت مانع تعقیب دعوای سرمایه گذار نزد مراجع داخلی شود و یا زمانی که دولت از حضور در مراجع داخلی امتناع ورزد (SGS v. Pakistan, para. 172). تفسیری موسع تر از سوی دیوان در پرونده SGS v. Philippine نسبت به شرط فراگیر بر اساس ماده (۲) معاهده دوجانبه سرمایه گذاری سوئیس - فیلیپین اتخاذ شده است. دیوان مقرر کرد: "در صورتی که تعهدات دولت در مقابل سرمایه گذاری خاص در بردارنده تعهدات الزام آوری بر اساس حقوق قابل اعمال باشد، به نظر می‌رسد این موضوع کاملاً همسو با هدف و موضوع معاهده است. به عبارت دیگر، هدف و موضوع معاهده حمایت از سرمایه گذار و دولت در چارچوب ماده (۲) معاهده است" (SGS v. Philippine, para. 117).

گرچه به زعم دیوان، بر اساس ماده مزبور عدم رعایت معاهده دوجانبه سرمایه گذاری شامل تعهدات قراردادی در ارتباط با سرمایه گذاری‌های خاص می‌شود (SGS v. Philippine, Para. 128)؛ با وجود این، دیوان در نهایت سرمایه گذار را برای طرح ادعایش به مرجع مقرر در موافقت نامه سرمایه گذاری یعنی دادگاه های داخلی فیلیپین ارجاع کرد. برغم تفسیر موسع از شرط فراگیر دیوان مقرر کرد: زمانی که قرارداد به طور انحصاری مرجعی را برای حل و فصل اختلافات پیش بینی کرده است، طرف قرارداد مختار نیست مبنای اختلاف خود را معاهده قرار دهد.^۱ در اختلاف El Paso v. Argentina دیوان صراحتاً تفسیری را رد کرد که بر اساس آن هرگونه نقض قراردادی بوسیله شرط فراگیر حمایت می‌شود. دیوان بر این باور بود که حمایت های معاهده به نقض قراردادهای تجاری متداول که بوسیله دولت و یا نهاد دولتی صورت گرفته، تسری نیافته اما این حمایت ها در صورتی اعمال می‌شود که دولت به عنوان قدرت حاکمه اقدام کند" (El Paso v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/15, Apr. 27, 2006, Para. 81).

از مجموعه تصمیماتی که حول شرط فراگیر اتخاذ شده می‌توان دریافت که مراجع رسیدگی کننده طیفی وسیع از معانی را برای این شرط قائل هستند. بخشی از آن به تفسیری

1- For critiques, see Dolzer & Schreuer, *Opcit.*: 156; and Wälde, *Opcit.*: 221-22.

مضیق مربوط است که بر اساس آن، مقررات مربوط به شرط فراگیر هیچ گونه نتیجه عملی در بر نخواهد داشت مانند اختلاف *SGS v. Pakistan*. از سوی دیگر، تفسیری است که بر اساس آن، هرگونه نقض تعهدات قراردادی به نقض شرط فراگیر منجر می‌شود مانند پرونده *Eureka*. آنچه در تمامی این دعاوی مشترک است، آن است که مراجع رسیدگی کننده بر این باور هستند که شرط فراگیر حداقل تعهدات قراردادی خاص را پوشش می‌دهد. تفاوت عقاید بیان شده می‌تواند ناشی از تفاوت عبارت پردازی شرط فراگیر باشد.^۱ به نظر می‌رسد تصمیماتی که مبتنی بر تفسیر مضیق صادر شده اند از این باور نشأت می‌گیرند که تفسیر موسع، کوچک ترین اختلافات قراردادی را به اختلافات معاهده‌ای تبدیل کرده *El Paso Energy para. 82; Pan (Am.) Energy, para. 110* و سایر مواد مانند "رفتار منصفانه و عادلانه" را بی معنا خواهد ساخت. از سوی دیگر، مراجع رسیدگی کننده که به شرط فراگیر معنایی موسع بخشیده‌اند، اساساً استدلال می‌کنند که معنای تحت اللفظی شرط فراگیر ملاک و مبنا است.^۲ به نظر می‌رسد قواعد و شاخص‌هایی که برای انتساب رفتار چنین نهادهایی به دولت به کار می‌روند مشابه معیارهایی هستند که برای تفکیک اختلافات تجاری از حاکمیتی استعمال می‌شوند (*Wälde, 2006: 229*).

نتیجه

به منظور ایجاد مسئولیت بین‌المللی دولت برای نقض قرارداد، لازم است دو پیش شرط وجود داشته باشد. اول، آنکه دولت صرفاً زمانی می‌تواند مسئول تلقی شود که نهاد دولتی از سوی مراجع حکومتی تفویض اختیار شده باشد و یا با استفاده از این اختیارات، قرارداد را نقض کرده باشد. اگر نهادی از کارکرد حاکمیتی و تجاری برخوردار باشد باید این موضوع مشخص شود که بر اساس چه کارکردی، دولت موافقتنامه را منعقد و اجرا کرده است. در صورتی که دولت با توسل به اقتدارات حاکمیتی اقدام کرده باشد، می‌توان نقض را منتسب به دولت دانست. پیش شرط دوم آن است که نقض قرارداد به نقض حقوق بین‌الملل منجر شود. به عنوان مثال، زمانی که نقض قرارداد موجب نقض رفتار منصفانه و عادلانه شود یا زمانی که

۱. مراجع داوری در پرونده‌های *El Paso and Pan American* این استدلال را که شروط فراگیر به دلیل تفاوت در عبارت پردازی، باید متفاوت تفسیر شوند را رد نمودند: "این مرجع متقاعد نگردید که شروط فراگیر طوری تحلیل شوند که از تفاسیر متفاوت برخوردار گردند."

۲. *El Paso Energy, Opcit para. 70; Pan American Energy, v. Argentine Republic, Decision on Preliminary Objections, ICSID Case No. ARB/03/13 (July 27, 2006), para. 99.*
2- *SGS v. Philippines, Opcit, para. 119. See also Siemens v. Argentina, Award, ICSID Case No. ARB/02/8 (Feb. 6, 2007), para. 204, and Dolzer & Schreuer, Opcit, P.161.*

نقض قرارداد به سلب مالکیت بدون جبران خسارت مقتضی منجر شود می‌توان اذعان داشت که استانداردهای بین‌المللی نقض شده است.

گرچه اندک یکپارچگی در رویه قضایی حول این موضوع وجود دارد که بر اساس چه شرایطی شرط فراگیر نقض می‌شود؛ با این حال به نظر می‌رسد در صورتی که دولت در راستای اجرای قرارداد در مقام حاکمیت اقدام کرده و نتوانسته تعهدات قراردادی خود را ایفا کند؛ مسئول نقض شرط فراگیر می‌باشد. به عبارت دیگر، مسئولیت بین‌المللی دولت برای نقض قرارداد زمانی موضوعیت می‌یابد که نهاد دولتی با استفاده از روش‌هایی که اغلب برای طرفین قرارداد غیر قابل دسترس است، تعهدات قراردادی خود را نقض کند و یا اینکه سرمایه‌گذار نتواند نزد محکمه داخلی دادخواهی کند.

همچنین پیشنهاد می‌شود در شرایطی که مقررات معاهدات سرمایه‌گذاری در حوزه شرط فراگیر و میزان تسری آن به قراردادهای داخلی از ادبیاتی مبهم برخوردارند؛ این مقررات به عنوان جایگزین حقوق بین‌الملل عرفی مربوط به انتساب آن گونه تفسیر نشوند که در مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل انعکاس یافته است.

منابع و مأخذ

الف- کتب

- 1-Evans, Malcolm. 2006, *International Law* (2d ed.).
- 2Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer. 2008, *Principles Of International Investment law*.

ب- مقالات

- 1-Feit, Michael. 2010, *Responsibility of the State Under International Law for the Breach of Contract Committed by a State-Owned Entity*, *Berkeley Journal Of International Law*, Vol. 28:1,
- 2-Gallus, Nick. 2008, *An Umbrella Just for Two? BIT Obligations Observance Clauses and the Parties to a Contract*, 24 *ARB. INT'L* 1.
- 3-Happ, Richard. 2006, "The Nykomb Case in the Light of Recent ICSID Jurisdiction", in Ribeiro, ED, *Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty*.
- 4-Hober, Kaj. 2008, *State Responsibility and Attribution*, in Muchlinski ET AL., *The Oxford Handbook of International Law*.
- 5-Reinisch, August. 2008, *Expropriation*, in Muchlinski, Et AL., Eds., *The Oxford Handbook Of International Investment Law*.
- 6-Wälde, Thomas W. 2006, *Contract Claims Under the Energy Charter Treaty's Umbrella Clause: Original Intentions Versus Emerging Jurisprudence*, In Ribeiro, *Investment Arbitration And The Energy Charter Treaty*.
- 7-Wong, Jerrad, 'Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Breaches of Contract, Treaty Violations and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes'(2006)14(1)Geo Mason L Rev.

ج- آرای مراجع قضایی

- 1-Amto LLc v. Ukraine, Decision Arbitration No.080/2005. (Arbitration Inst. of the Stockholm Chamber of Commerce).
- 2-Bayindir Insaat Turizm Ticaret VE Sanay A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, Award, ICSID Case No.ARB/03/29 (AUG.26,2009).

- 3-Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco, Award of the Tribunal, ICSID Case No.ARB/00/6 (Dec. 22, 2003).
- 4-Eureko B.V .v. Republic of Poland, Partial Award and Dissenting Opinion, (*ad hoc* arbitration seated in Brussels, Aug. 19, 2005).
- 5- El Paso Energy Int'l Co. (U.S.) v. Argentine Republic, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/15 (Apr. 27, 2006).
- 6-Impregilo S.p.A. v. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/03/3 ,22 April 2005.
- 7- Maffezini v. Kingdom of Spain, Award on Jurisdiction, ICSID case No ARB/97/7, (Jan. 25, 2000).
- 8- Noble Venture v. Romania, ICSID Case No ARB/01/11 of 12 October 2005.
- 9-*Pan American Energy*, v. Argentine Republic, Decision on Preliminary Objections, ICSID Case No. ARB/03/13 (July 27, 2006).
- 10- SGS v. Philippine, , ICSID Case No.ARB/02/6,Decision on jurisdiction,29january 2004.
- 11-SGS v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No.ARB/01/13,Decision on jurisdiction,6 August 2003.
- 12- *Siemens v. Argentina*, , Award, ICSID Case No. ARB/02/8 (Feb. 6, 2007).

د- اسناد

- 1-Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries 2001, 2 Y.B.INT'L Law Comm'n 87.
- 2- Energy Charter Treaty of 1991, Dec. 17, 1994, 1994 O.J. (L 380).
- 3-German-Argentine Bilateral Investment Treaty, F.R.G.-Arg., Apr. 9, 1991.
- 4-GARes.56/83,Para.3(2001),availableat <http://www.un.org/Depts/dhl/resguide/r56.htm>(last visited Feb 17,2010).
- 5-North American Free Trade Agreement of 1992 , 32 ILM 289, 605(1993).

از این نویسنده تاکنون مقالات زیر در همین مجله منتشر شده است:

- «شخصیت حقوقی جامعه و اتحادیه اروپایی»، سال ۷۸، شماره ۴۴. گزارش: «گزارش کنفرانس دیپلماتیک جهت حمایت از آثار صوتی- تصویری هنرمندان و تولیدکنندگان»، سال ۸۰، شماره ۵۱ - «نگرش به ساختار دیوان دادگستری اروپایی و نقش آن در روند همبستگی اتحادیه»، سال ۸۰، شماره ۵۱ - «منطق حاکم بر توجیه صیانت از قانون اساسی»، سال ۸۳، شماره ۶۶. «مشروعیت قانون اساسی»، سال ۸۴، شماره ۷۰. «ماهیت اتحادیه اروپایی و چالش قانون اساسی» سال ۱۳۸۶، شماره ۳. «تحول مفهوم مصونیت قضایی دولت در پرتو رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر و دادگاه‌های ملی اروپا» سال ۱۳۸۹، شماره ۶. «تبار شناسی نظریه نظم عمومی در حقوق بین‌الملل» سال ۱۳۸۹، شماره ۴. «قانون، مشروعیت، کارآمدی» سال ۱۳۹۰، شماره ۴.