

Compensation for Expropriation of Foreign Investments from the Perspective of Economic Analysis of Law

(Type of Paper: Research Article)

Mohammadali Bahmaei ^{1*}, Hassan Faraj Mehrabi ²

Abstract

This article discusses how the standard of compensation for expropriation of foreign investments employed by international investment tribunals can affect State parties' preferences reflected in international investment agreements as well as the efficiency of these standards in light of an economic analysis of law. It is suggested that State parties to these agreements often pursue their own economic development as well as protecting their nationals who invest in the territory of the other contracting State. In so doing, the State parties try to diminish the externalities associated with their measures and decisions on foreign investors on the one hand, and to reduce the risk of investment in their territory for foreign investors, on the other. By comparing the standard of full reparation established in customary international law to the standard of prompt, adequate, and effective compensation due immediately before the expropriation, usually agreed upon in investment agreements, this article concludes that the former standard -i.e. the standard of full reparation- is not entirely compatible with the preferences of State parties to international investment agreements and, thus, cannot always be considered as an efficient standard.

Keywords

Compensation, Externalities, Economic Analysis of Law, Expropriation, Chorzów Factory Standard, Hull Formula.

-
1. Assistant Prof., Department of International Commercial Law, Faculty of Law, University of Shahid Beheshti, Tehran, Iran (Corresponding Author). Email: bahmaei@hotmail.com
 2. Ph.D. in Oil and Gas Law, Faculty of Law, University of Shahid Beheshti, Tehran, Iran and MA. in International Civil and Commercial Law (Advanced LL.M.), Faculty of Law, Leiden University, Leiden, Netherlands. Email: h.faraj.mehrabi@umail.leidenuniv.nl
- Received: March 19, 2020 - Accepted: November 9, 2020



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International, which permits others to download this work, share it with others and Adapt the material for any purpose.

ضوابط جبران خسارت ناشی از سلب مالکیت از سرمایه گذار

خارجی از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

محمدعلی بهمنی^{۱*}، حسن فرج مهرابی^۲

چکیده

در این مقاله به بررسی تأثیر ضوابط جبران خسارت ناشی از سلب مالکیت در داوری‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر ترجیحات دولت‌ها در معاهدات سرمایه‌گذاری و کارامدی آنها از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق پرداخته شده است. مطالعه انجام‌گرفته در این مقاله نشان داد که دولت‌ها در این معاهدات در پی حمایت از سرمایه‌گذاران متبوع خود در قلمرو دولت متعاقد و همچنین توسعه اقتصادی کشور خود هستند و قصد دارند با کاهش پیامدهای خارجی اقدامات علیه سرمایه‌گذاران خارجی و همچنین کاهش ریسک سرمایه‌گذاری در قلمرو خود، ترجیحات مذکور را برآورده سازند. در مقایسه ضابطه ترمیم کامل خسارت در حقوق بین‌الملل عرفی با ضابطه مندرج در معاهدات که اغلب پرداخت غرامت فوری، کافی و مؤثر در زمانی پیش از سلب مالکیت است، مشخص شد که معیار ترمیم کامل خسارت تطابق کمتری با ترجیحات دولت‌ها دارد، از این رو در همه حال کارآمد نیست.

کلیدواژگان

پرداخت غرامت، پیامدهای خارجی، تحلیل اقتصادی حقوق، سلب مالکیت، ضابطه کارخانه کورزو، فرمول هال.

۱. استادیار، گروه حقوق تجارت بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
Email: bahmaei@hotmail.com
۲. دانش‌آموخته دکتری رشته حقوق نفت و گاز، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران؛ دانش‌آموخته دوره کارشناسی ارشد پیشرفته رشته حقوق مدنی و تجارت بین‌الملل، دانشکده حقوق، دانشگاه آیدن، آیدن، هلند.
Email: h.faraj.mehrabi@umail.leidenuniv.nl

مقدمه

از نظر تاریخی، مهم‌ترین اختلافات میان سرمایه‌گذاران و دولت‌های میزبان مرتبط با سلب مالکیت یا ملی‌سازی پروژه‌هایی است که توسط سرمایه‌گذاران انجام گرفته است. موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی را می‌توان تا اندازه‌ای حاصل واکنش به رخدادهای این‌چنینی و همچنین مباحثات طولانی میان کشورهای شمال و جنوب در مورد تعهدات دولت سرمایه‌پذیری دانست که اموال متعلق به سرمایه‌گذاران خارجی را مصادره می‌کند (Bubb & Rose-Ackerman, 2007: 291). این موافقت‌نامه‌ها حاوی شروط حمایتی در برابر پیامدهای ناشی از سلب مالکیت هستند و با آنکه امکان سلب مالکیت را نفی نمی‌کنند، اما دولت را متعهد به پرداخت غرامت به سرمایه‌گذار خارجی می‌دانند. این معاهدات همچنین شرایط و ضوابط مشخصی را برای نحوه محاسبه غرامت تعیین می‌کنند.

رویه داورهای سرمایه‌گذاری نشان داده است که دیوان‌های رسیدگی‌کننده علاوه بر ضابطه تعیین‌شده برای محاسبه غرامت در معاهده مرتبط، از ضابطه موجود در حقوق بین‌الملل عرفی، که در مورد جبران خسارات ناشی از اقدامات متخلفانه دولت وضع شده است نیز برای تعیین غرامت استفاده می‌کنند. درباره ماهیت این ضوابط تاکنون مطالب متعددی نوشته شده است (محیی، ۱۳۹۴: ۸۷-۱۶۱؛ موحد، ۱۳۹۳: ۱۱۱-۱۶۴)، اما در این مقاله هریک از این ضوابط از دیدگاه تحلیل اقتصادی بررسی و نشان داده خواهد شد که آیا اعمال آنها در رویه داورهای سرمایه‌گذاری به شکل کارآمد و مطلوبی صورت می‌پذیرد یا خیر. از این‌رو، پس از بیان مختصری در مورد کارکرد تحلیل اقتصادی حقوق در این حوزه و همچنین مبانی اقتصادی حاکم بر معاهدات سرمایه‌گذاری و شناسایی ترجیحات دولت‌ها، تأثیر هریک از این ضوابط در برآورده شدن ترجیحات دولت‌ها و به تبع کارآمدی آنها از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق بررسی می‌شود.

هدف اصلی و عنصر کلیدی در تحلیل اقتصادی حقوق

بسیاری از خوانندگان ممکن است به دلیل وجود معادلات ریاضی پیچیده و اصطلاحات تخصصی دشوار سردرگم شوند و از خواندن نظریات اقتصادی طفره برونند؛ اما این تصور اشتباه است. نظریات اقتصادی با ساده‌سازی رفتار انسان همراهند نه پیچیده‌تر کردن آن، به همین دلیل درک مبانی علم اقتصاد چندان دشوار نیست. تحلیل اقتصادی حقوق بر مبنای برآورده کردن ترجیحات اشخاص موضوع خود شکل گرفته است. این گرایش از حقوق در واقع در پی توسعه قواعدی است که در همه موارد قابل اعمال است و رفاه را در معنایی ارتقا می‌دهد که ترجیحات اشخاص را تا حد ممکن برآورده کند. اما مسئله چستی و چگونگی ترجیحات افراد امری نیست که در قالب تحلیل اقتصادی حقوق ارائه شود یا اساساً قابل دستیابی باشد. این ترجیحات در

جایی خارج از قلمرو تحلیل اقتصادی و در جامعه شکل می‌گیرد و رشد می‌یابد. این تحلیل در واقع با شناسایی ترجیحات فردی و جمعی، اهداف خود را مشخص و برای هرچه بهتر برآورده شدن آنها تلاش می‌کند (Georgakopoulos, 2005: 30-35). مطلوب نهایی یک نظام حقوقی از این دیدگاه، ارتقای رفاه اجتماعی است که از طریق برآوردن حداکثری ترجیحات افراد حاصل می‌شود (Georgakopoulos, 2005: 21). مطابق این رویکرد، قوانین و مقررات باید طوری تنظیم شوند که ترجیحات اشخاص تحت شمول را به حداکثر برساند. در غیر این صورت کارایی لازم را ندارد و باید اصلاح شود. بنابراین، مرحله نخست تحلیل اقتصادی پدیدارهای حقوقی شناخت افراد تابع آن پدیدارها و ترجیحات آنهاست.

۱. ترجیحات دولت‌ها در حوزه دعاوی سرمایه‌گذاری بین‌المللی

بازیگران عرصه حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی و به‌ویژه داوری‌های سرمایه‌گذاری دولت‌ها و سرمایه‌گذاران خارجی‌اند، اما آنچه در عمل موضوع اختلاف قرار می‌گیرد، مسئله اجرای یک معاهده سرمایه‌گذاری توسط دولت است.^۱ در شرایطی که دولت به تمامی تعهدات خود پایبند باشد، اساساً اختلافی روی نمی‌دهد که کار به تعیین مسئولیت، حکم به پرداخت غرامت و محاسبه آن برسد. محور اصلی تمامی اختلافات طرفین در دعاوی سرمایه‌گذاری بین‌المللی، اجرای صحیح و وفاداری به شروط مندرج در معاهده مربوط است. بنابراین می‌توان گفت که ترجیحات سرمایه‌گذاران در این حوزه عبارت است از بهره‌برداری حداکثری از امتیازاتی که دولت‌ها برای دستیابی به آن دست به انعقاد معاهده زده‌اند. اما برای درک بهتر ترجیحات دولت‌ها در این حوزه، لازم است ابتدا مختصری در مورد مبانی اقتصادی معاهدات سرمایه‌گذاری بیان شود.

۲. منطق اقتصادی موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی

توضیح اقتصادی موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بر این فرض اولیه استوار است که طرفین در پی بهینه‌تر کردن وضعیت خود از طریق انعقاد موافقت‌نامه هستند و بدون این هدف، اساساً به توافق نمی‌رسند. از این‌رو، طرح‌ریزی یک نظریه اقتصادی درباره موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری لزوماً متضمن جست‌وجو برای یافتن منافع مشترک طرفین و کارایی ناشی از انعقاد آن موافقت‌نامه‌هاست.

۱. البته این موضوع ناظر بر موارد غالب است و این امکان، هرچند در دنیای امروزی اندک، همچنان وجود دارد و اساساً معاهده سرمایه‌گذاری خاصی وجود ندارد و طرفین اختلاف، یعنی دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی، با توافق بعدی خود موضوع را به داوری ارجاع می‌دهند، مانند آنچه در یکی از داوری‌های متأخر میان *امین‌ویل و کویت رخ داد* (Kuwait v. Aminoil, 1982).

رویکرد اقتصادی به حقوق بین‌الملل ایجاب می‌کند که به معاهدات بین‌المللی به‌منزله قرارداد نگریده شود؛ اما طرفین این قرارداد به‌جای آنکه اشخاص تابع حقوق خصوصی باشند، دولت‌های دارای حاکمیت‌اند. زمانی که کشورها به اتفاق یکدیگر به این نتیجه می‌رسند که با بهره‌گیری از مقررات بین‌المللی به مشارکت با یکدیگر پردازند، وضعیتی مشابه با توافق و مشارکت اشخاص حقیقی به‌منظور انعقاد یک قرارداد روی می‌دهد. با در نظر گرفتن این موضوع، می‌توان گفت که دولت‌ها نیز در زمینه انعقاد معاهده (قرارداد) همانند اشخاص حقوق خصوصی رفتار می‌کنند و از این‌رو، در شرایطی خالی از اجبار و اجبار، تنها زمانی تن به انعقاد یک معاهده بین‌المللی می‌دهند که منفعت مشخصی از انعقاد آن نصیب طرفین شود (Posner & Sykes, 2013: 23, 63-79). از این‌رو یک معاهده بین‌المللی کارآمد آن است که ترجیحات دولت‌های امضاکننده آن را به بهترین شکل ممکن برآورده سازد.

متن موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری مرجع مناسبی برای شناسایی ترجیحات دولت‌های متعاهد به‌نظر می‌رسد. به‌طور کلی تقریباً تمامی موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی با بیان اهداف دولت‌های امضاکننده از انعقاد آنها آغاز می‌شود. برخلاف آنچه در ابتدا به ذهن متبادر می‌شود، اهداف دولت‌ها از انعقاد این معاهدات تنها حمایت از سرمایه‌گذاری اتباع خود در قلمرو دولت یا دولت‌های متعاهد دیگر نیست، بلکه ارتقای سرمایه‌گذاری در قلمرو خودشان و کمک به توسعه بیشتر کشور نیز از اهداف موافقت‌نامه به‌شمار می‌رود. دولت‌ها انتظار دارند که با انعقاد یک معاهده سرمایه‌گذاری، جریان ورود سرمایه‌گذاری خارجی به قلمرو خودشان را نیز تسهیل کنند تا از این مسیر سبب ورود منابع به کشور، ایجاد شغل، انتقال فناوری، آموزش، ارتقای مزیت‌های نسبی کشور از طریق تقویت صنایع داخلی، دسترسی به بازار بین‌المللی، افزایش گردش مالی و درآمدهای مالیاتی ناشی از آن شوند. در عین حال دولت‌ها نگران‌اند که سرمایه‌گذاران خارجی سبب آسیب به کسب‌وکارهای داخلی، دخالت‌های سیاسی و محیط زیست نیز شوند. این نگرانی برای کشورهای در حال توسعه‌ای که نظام قدرتمند و تحکیم‌شده‌ای در حکومت‌داری خود ندارند، مشهودتر است (Salacuse, 1998: 14-18). در مجموع می‌توان گفت که عمده ترجیحات دولت‌های متعاهد یک موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری بین‌المللی عبارت است از ارتقای سرمایه‌گذاری در قلمرو خودشان، کمک به توسعه بیشتر کشور و همچنین حمایت از اتباع صاحب سرمایه خود در قلمرو دولت مقابل.^۱

با یافتن ترجیحات و اهداف دولت‌ها از انعقاد معاهدات سرمایه‌گذاری، به این سؤال می‌رسیم که دولت‌های امضاکننده چگونه و از طریق چه ابزاری ترجیحات خود را در این قراردادها (به معنای اعم) دنبال و برآورده می‌کنند؟ بررسی معاهدات مذکور نشان می‌دهد که به‌طور کلی

۱. این ترجیحات را می‌توان با مذاقه در مواد اولیه یا مقدمه معاهدات پرشمار سرمایه‌گذاری بین‌المللی به‌دست آورد، برای مثال ر.ک: (US-Argentina BIT, 1991); (CETA, 2017, art. 8.9).

دولت‌ها ترجیحات خود را از دو طریق عمده برآورده می‌کنند و به حداکثر می‌رسانند: الف) کاهش پیامدهای خارجی اقدامات دولت علیه اتباع بیگانه و ب) کاهش ریسک سرمایه‌گذاری.

۲.۱. کاهش پیامدهای خارجی اقدامات دولت علیه اتباع بیگانه

یکی از مسائل مهم و محوری دنیای مدرن آن است که هر عملی از سوی افراد صورت می‌گیرد، اغلب دارای پیامدها و آثار جانبی است؛ که می‌تواند مثبت یا منفی باشد. پیامدهای خارجی منفی زمانی معنا پیدا می‌کنند که یک فرد عملی را به سود منافع شخصی خود انجام می‌دهد، اما سبب ورود ضرر به دیگران می‌شود؛ برای مثال، کارخانه‌ای که سبب آلودگی هوا می‌شود. پیامدهای خارجی مثبت نیز زمانی بروز می‌یابند که عمل شخص برای دیگران هم سودمند باشد؛ برای مثال ساخت خانه‌ای زیبا که ارزش خانه‌های یک محله مسکونی را بالا می‌برد (Coase, 1960: 1-8). بسیاری از مقررات حقوق بین‌الملل برای پاسخگویی به مشکلات ناشی از آثار جانبی فرامرزی اقدامات دولت‌ها وضع شده‌اند. اقدامات یک دولت و شهروندانش در بردارنده تأثیرات احتمالی برای مردمان دیگر کشورهاست، بنابراین می‌توان آن اقدامات را واجد پیامدهای خارجی بین‌المللی دانست (Posner & Sykes, 2013: 18).

از نظر اقتصادی، در صورت بروز پیامدهای خارجی بین‌المللی، مشارکت میان کشورها می‌تواند مفید و اثربخش باشد. فرض بر این است که دولت‌ها با توجه به نتایج حاصل از تعاملاتشان ترجیحاتی در شیوه عملکرد خود دارند. دولت‌ها در پی حداکثرسازی رفاه اقتصادی خود هستند یا تابعی از رفاه اجتماعی را به حداکثر می‌رسانند که منافع رأی‌دهندگان به آنها را ارتقا می‌دهد. از سوی دیگر، اصولاً دولت‌ها فقط به منافع و رفاه خود یا شهروندانشان اهمیت می‌دهند و نه اتباع خارجی و دولت‌های دیگر. نتیجه این امر ایجاد شکاف میان منافع ملی و منافع جهانی است که در فقدان مشارکت بین‌المللی سبب ناکارآمدی خواهد شد (Posner & Sykes, 2013: 19). نقش حقوق بین‌الملل در اینجا اجتناب از چنین انتخاب‌های ناکارآمد و سوق دادن دولت‌ها به سمت رفتارهای همکارانه است. از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق، ازدیاد و انباشت رفتارهای همکارانه^۱ به ایجاد منافع بیشتر برای همه اعضای مرتبط با موضوع منجر می‌شود (Sykes, 2013: 787).

در فضای سرمایه‌گذاری، دولت می‌تواند با اقدامات خود بر منفعت و انتخاب‌های سرمایه‌گذاران خارجی تأثیر بگذارد. برای مثال دولت می‌تواند با وضع مالیات یا مقرراتی که اجرای آنها برای سرمایه‌گذار خارجی هزینه‌بردار است، بر سود ناشی از سرمایه‌گذاری تأثیر

۱. برای درک بهتر رفتارهای همکارانه و نقش آن در پدید آمدن نتایج کارآمد از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق ر.ک: کوتر، تامس، ۱۳۸۹: ۲۶۳؛ (Dnes, 2005: 90-91)؛ (Hill, 1990: 504; On Cheung, et al., 2008: 943)

بگذارد (Aisbett *et al.*, 2010: 368-369). در این شرایط سرمایه‌گذار خارجی با دو گزینه روبه‌رو خواهد بود: یا این هزینه اضافی را با افزایش قیمت تولیدات خود به مشتریان خود منتقل کند، یا امکان انتقال این هزینه اضافی به دلیل کشش بالای تقاضا برای کالا و خدمات مربوط وجود ندارد و لاجرم باید تمام یا بخشی از آن را درونی کند. در حالت اخیر، با توجه به اینکه سرمایه‌گذار خارجی نمی‌تواند هزینه ناشی از تدابیر جدید دولت را به مشتریان منتقل کند، دولت میزبان عملاً با اقدامات خود قسمتی از سود سرمایه‌گذار خارجی را برای خود جذب می‌کند. بسیاری از مواد موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری، برای ایجاد محدودیت بر اتخاذ رفتارهایی مشابه با این موارد و سوءاستفاده از موقعیت انحصاری دولت میزبان شکل گرفته‌اند.^۲ دولت‌ها به‌طور طبیعی تمایلی ندارند که از موقعیت انحصاری خود در برابر سرمایه‌گذاران خارجی صرف‌نظر کنند، مگر آنکه تشخیص دهند قادرند با پیوستن به معاهده وضعیت خود را نسبت به فرضی که عضو آن نمی‌شدند، بهبود بخشند (Posner & Sykes, 2013: 21). اما به هر ترتیب، نتایج حاصل از همکاری اصولاً به دلیل کاهش پیامدهای خارجی برای همه طرف‌های مذاکره سودمند است. طی تعهد متقابل، دولت «الف» در برابر سرمایه‌گذاران دولت «ب» متعهد می‌شود که از شرایط انحصاری خود در برابر آنها استفاده نکند و دولت «ب» نیز متقابلاً چنین تعهدی را می‌پذیرد. دولت‌ها با محدود کردن اختیار خود، در پی کسب سودهای بیشتر ناشی از آزادی سرمایه‌گذاری خارجی‌اند (Giovanni & Rodriguez-Clare, 1998: 574).

تعهد دولت به جبران خسارت ناشی از سلب مالکیت از مظاهر کارکرد معاهدات در کاهش پیامدهای خارجی منفی اقدامات دولت است. در صورتی که مقامات دولتی بتوانند منافع حاصل از عمل سلب مالکیت را کسب کنند و در عین حال بار واقعی هزینه‌های آن را بر دوش سرمایه‌گذاران بگذارند، تمایل بیشتری به سلب مالکیت خواهند داشت. اما تعهد به جبران خسارت، از این امر جلوگیری کرده و در عوض دولت را ترغیب می‌کند تا پیامدهای خارجی اقدامات خود علیه سرمایه‌گذاران خارجی را درونی کند. در این شرایط، مقررات مربوط به جبران خسارت می‌تواند مؤثر واقع شود (Epstein, 1985: 54).

۱. برای مطالعه نمونه‌های بیشتر ر.ک: Bagwell & Sykes, 2005.

۲. دولت میزبان در برابر سرمایه‌گذار خارجی در شرایط خریدار انحصاری قرار دارد. «سرمایه» در بازارهای جهانی همگن نیست. در واقع، سرمایه‌ای که به صنعت مشخصی اختصاص می‌یابد، به هزینه‌های برگشت‌ناپذیری تبدیل می‌شود که مربوط به همان مصرف مشخص است. از نظر اقتصادی، صرف هزینه‌های برگشت‌ناپذیر سبب می‌شود جریان بازگشت سرمایه نسبت به اقداماتی که ممکن است تمام یا بخشی از سرمایه را به سمت دیگری سوق دهند، آسیب‌پذیر شود. ر.ک: Klein *et al.*, 1978: 297.

۲.۲. کاهش ریسک دولت میزبان برای سرمایه‌گذاران خارجی

در وضعیتی که ریسک‌های بالقوه برای سرمایه‌گذاری در خاک کشوری به‌طور چشمگیری بالا باشد، آن کشور مقصد مطلوبی برای سرمایه‌گذاران به‌شمار نمی‌آید. هر صاحب سرمایه پیش از ورود به بازار مشخص، در کنار نرخ بازگشت سرمایه، ریسک‌های موجود در آن را هم ارزیابی می‌کند. از این‌رو درآمد مورد انتظار وی به‌طور ساده از طریق رابطه زیر به‌دست خواهد آمد:

$$R = (1+r)K + (1-p)Y$$

در اینجا R سود مورد انتظار از سرمایه‌گذاری، r نرخ بازگشت سرمایه بدون در نظر گرفتن ریسک، p احتمال به‌وقوع پیوستن ریسک ناشی از سرمایه‌گذاری و Y میزان درآمد ناخالص ناشی از اجرای پروژه است (Sykes, 2019: 492). بنابراین، تنها زمانی سرمایه خود را در پروژه تعریف‌شده در دولت میزبان وارد می‌کند که درآمد پیش‌بینی‌شده آن با در نظر گرفتن همه ریسک‌های موجود، بیشتر از حد مشخصی باشد. بخشی از این ریسک‌ها مربوط به رفتار دولت میزبان است. برای مثال دولتی که اقدام به سلب مالکیت اموال بیگانگان می‌کند، نرخ ریسک سرمایه‌گذاری در کشور خود را به‌شدت افزایش می‌دهد. از این‌رو سرمایه‌گذاران خارجی در آینده، درصد بیشتری از ریسک را برای انتقال سرمایه خود به آن کشور در نظر می‌گیرند. در ادبیات تحلیل اقتصادی حقوق، این شرایط در قالب نظریه بازی‌های تکرارشونده به‌خوبی توضیح داده می‌شود. دولت‌ها و سرمایه‌گذاران در واقع بازیگران بازی تکرارشونده‌ای به نام سرمایه‌گذاری خارجی‌اند. جریان سرمایه‌گذاری در دولت میزبان همواره برقرار است و نقطه پایانی برای آن تصور نمی‌شود؛ بنابراین این بازی تکرارشونده از نوع نامحدود است. هر پروژه سرمایه‌گذاری خارجی به‌منزله یک دور از بازی میان دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی است. رفتار فرصت‌طلبانه دولت در قبال یک سرمایه‌گذار برای سود بیشتر، بر انتخاب سرمایه‌گذاران بالقوه بعدی به‌منظور دوره‌های آتی از بازی سرمایه‌گذاری اثرگذار خواهد بود و آنها حاشیه سود بالاتری را برای سرمایه‌گذاری در قلمرو دولت میزبان در نظر می‌گیرند و حاضر به همکاری با شرایط اولیه نخواهند بود. برای جلوگیری از این وضعیت، دولت میزبان تا حد امکان از رفتارهای فرصت‌طلبانه اجتناب می‌کند تا مبادا ریسک سرمایه‌گذاری در قلمروش سیر صعودی به خود بگیرد. بنابراین، هریک از دو بازیگر سعی خواهند کرد که به‌جای اتخاذ استراتژی که تنها در یک دور بیشترین منافع برای شخص آنها و کمترین منافع برای طرف مقابل را داشته باشد، با یکدیگر همکاری کنند (عبدلی، ۱۳۹۸: ۴۴۳).^۱

یکی از روش‌های کاهش این ریسک ناکارآمد، انعقاد موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی است. محدودیت‌های عینی و معقول سلب مالکیت و تعهد به پرداخت خسارت که در

۱. البته این شرایط اصولاً در بازی‌های تکرارشونده نامحدود به‌وجود می‌آید.

معاهدات سرمایه‌گذاری درج شده است، به‌نحو مطلوبی هدف کاهش ریسک را در این معاهدات ترسیم می‌کند. مصادره اموال سرمایه‌گذار نمونه بارز از رفتارهایی است که سرمایه‌گذاران در زمان اتخاذ تصمیم درباره ورود به بازار دولت میزبان نسبت به آنها نگران هستند، زیرا صرف هزینه‌های برگشت‌ناپذیر آنها را در برابر دولت میزان در وضعیت آسیب‌پذیری قرار می‌دهد. از سوی دیگر، اقدامات دولت‌ها نیز پیش‌بینی‌ناپذیر است و نمی‌توان با قطعیت گفت که دولت در آینده اقدام به سوءاستفاده از موقعیت برتر خود نخواهد کرد. اما محدودیت‌هایی که در معاهدات مذکور درباره سلب مالکیت ایجاد شده و نیز مقررات مربوط به جبران خسارت، به دولت اجازه می‌دهد از این طریق به سرمایه‌گذاران بالقوه اطلاع دهد که خطر سلب مالکیت اموال آنها اندک است و آن دولت از عدم تقارن اطلاعات میان طرفین سوءاستفاده نخواهد کرد. بدین ترتیب، مقررات مذکور در معاهدات سرمایه‌گذاری به کاهش ریسک سرمایه‌گذاری منجر می‌شود.

ضابطه قابل اعمال

بررسی رویه داوری سرمایه‌گذاری نشان می‌دهد که دیوان‌های داوری تمایل دارند بین ضابطه غرامت حاکم بر سلب مالکیت قانونی و سلب مالکیت غیرقانونی تمایز قائل شوند. در خصوص سلب مالکیت قانونی، دیوان‌های داوری برای یافتن ضابطه تعیین غرامت به مواد معاهده سرمایه‌گذاری قابل اعمال رجوع می‌کنند. بسیاری از این معاهدات متضمن مقررات خاصی برای تعیین غرامت هستند که اغلب تحت تأثیر «فرمول هال» بوده و از آن الهام گرفته‌اند. اما

۱. برای مطالعه در مورد تفاوت میان سلب مالکیت قانونی و غیرقانونی ر.ک:

Dolzer & Schreuer, 2012: 99-100; Marboe, 2009: 75; Somorajah, 2010: 406-410.

البته گاهی دیوان‌های داوری تفاوتی میان ضابطه غرامت حاکم بر سلب مالکیت قانونی و غیرقانونی قائل

نشده‌اند. برای مثال ر.ک:

UNCITRAL, British Caribbean Bank, 2014, paras. 241, 260-261; NCITRAL, Guaracachi, 2014, para. 613; ICSID, Venezuela Holdings, 2016, para. 306; SCC: Franz, 1998, para. 356.

۲. براساس فرمول هال، پرداخت غرامت باید واجد سه ویژگی مشخص باشد: الف) بدون تأخیر غیرمعقول پرداخت

شود (سریع)؛ ب) برابر با ارزش عادلانه اموال سلب مالکیت‌شده در بازار بلافاصله پیش از سلب مالکیت باشد

(کافی)؛ ج) به ارزی پرداخت شود که در معاملات بین‌المللی آزادانه تبدیل می‌شود و متناسب با پرداخت

خسارت است (مؤثر). برای اطلاعات بیشتر در این مورد ر.ک:

Dawson & Weston, 1962: 736-740; American Law Institute, 1987, Section 712.

برای مثال، ماده (۱) ۱۱ معاهده دوجانبه میان آرژانتین و ژاپن که در سال ۲۰۱۸ امضا شد، مقرر می‌دارد:

«هیچ‌یک از طرف‌های متعاقد نباید اقدام به سلب مالکیت یا ملی‌سازی سرمایه‌گذاری ... نمایند ... مگر با پرداخت

غرامت سریع، کافی و مؤثر...» (Argentine-Japan BIT, 2018) همچنین ر.ک:

Morocco-Nigeria BIT, 2016, Art. 8; Austria-Bangladesh BIT, 2000, Art. 5; New Zealand-China FTA, 2008, Art. 145.

در صورتی اقدامات دولت علیه سرمایه‌گذار خارجی یک نوع سلب مالکیت غیرقانونی تلقی شود، ضابطه تعیین‌شده در معاهده سرمایه‌گذاری از نظر برخی قابل اعمال نیست، چراکه این مقررات مختص به محاسبه خسارت در سلب مالکیت قانونی است و درباره سلب مالکیت غیرقانونی کاربرد ندارند. برای مثال، دیوان داوری ایکسید در دعوی ای.دی.سی علیه مجارستان معتقد بود که اعمال ضابطه مندرج در معاهده در این موارد موجب می‌شود که غرامت ناشی از سلب مالکیت قانونی از خسارت ناشی از سلب مالکیت غیرقانونی قابل تمایز نباشد (ADC, 2006, para. 481).

این رویه توسط برخی دیوان‌های داوری که بعد از این رأی تشکیل شدند نیز تأیید شد.^۱ بر این اساس، در سلب مالکیت غیرقانونی، دیوان‌های مذکور برای تعیین خسارت به ضابطه موجود در حقوق بین‌الملل عرفی و مشخصاً رأی دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در دعوی کارخانه کورزو (PCIJ, Chorzów, 1928: 47-48) و همچنین طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها (International Law Commission, 2001, arts. 34-36) رجوع می‌کنند. از این رو ضابطه مورد اعمال آنها برابر است با ترمیم کامل خسارت ناشی از سلب مالکیت غیرقانونی، به طوری که تمامی آثار ناشی از اقدام متخلفانه از بین برود. آچنین استاندارد، اصولاً مستلزم اعاده وضع به حال سابق است و اگر چنین امری امکان‌پذیر نیست، معادل پولی اعاده وضع، یا ترکیبی از اعاده وضع و خسارت پولی در ازای اعاده وضع، به‌عنوان غرامت ناشی از اقدام متخلفانه دولت تعیین شود.^۲ اما این سؤال مطرح می‌شود که به‌کارگیری این ضوابط چه اثری بر ترجیحات دولت‌های

۱. برای مثال ر.ک:

(ICSID, Siemens, 2007, para. 352.); (ICSID, Vivendi, 2007, para. 8.2.3.); (ICSID, Bernhard, 2015, paras. 758-759.).

۲. گفتنی است در دعاوی که سرمایه‌گذاری صورت گرفته، تنها به‌دلیل فقدان پرداخت غرامت مناسب، غیرقانونی شناخته شده، رویه دیوان‌ها متمایل به اعمال همان ضابطه غرامت مذکور در معاهده است. برای مثال ر.ک:

ICSID, Gemplus, 2010, paras. 8-25, 12-43, 12-53, 13-93; ICSID, Rusoro, 2016, paras. 639-40, 646.

۳. شایان ذکر است که صدور حکم به اعاده وضع، پس از رأی معروف پروفیسور دوپویی در پرونده تگزاکو علیه لیبی

(Texaco v. Libya, 1987)، به‌ندرت مورد توجه مراجع داوری سرمایه‌گذاری قرار گرفته است و حتی برخی آن

را مغایر با حق حاکمیت دولت‌ها و خارج از اختیارات داوری نیز دانسته‌اند. ر.ک: (ICSID, LG&E, 2007, para. 87)

برای نقد وارده به رأی دوپویی، ر.ک: ریگو، ۱۳۷۹: ۱۶۸-۱۵۱. با این حال، برخی آرای دیگر امکان

صدور رأی به جبران خسارت به صورت غیرپولی، از جمله اعاده وضع را در حیطه اختیارات داوری دانسته‌اند.

(ICSID, Enron, 2004, paras. 79-81; ICSID, Micula, 2008, para. 166.

مالکیت تاکنون تنها یک دیوان داوری مسیر پروفیسور دوپویی را دنبال کرده و رأی به اعاده وضع به حال سابق

داده است. ر.ک: (ICSID, Bernhard, 2015, paras. 760-744. در سایر موارد اما این رویه مورد نقد قرار گرفته و

مراجع داوری از صدور رأی به اعاده وضع به دلایل مخالف از جمله دشواری‌های اجرایی آن سر باز زده و به

معادل پولی آن حکم داده‌اند. ر.ک: Ratner, 2017: 26. لکن در مورد نقض سایر تعهدات غیر سلب مالکیت

صدور حکم به اعاده وضع مسبوق به سابقه بیشتری است. برای مثال ر.ک: (UNCITRAL, Chevron, 2018, para. 10.13; ICSID, Arif, 2013, paras. 566-572

متعاقد موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری دارد و آیا به بیشینه‌سازی ترجیحات آنها منجر می‌شود یا خیر. ضمن آنکه ممکن است پرسیده شود چه توجیهی برای ایجاد تمایز میان سلب مالکیت قانونی و غیرقانونی در اعمال ضابطه تعیین خسارت وجود دارد و آیا اساساً بهتر نیست که صرفاً ضابطه مندرج در معاهده در همه انواع سلب مالکیت اعم از قانونی و غیرقانونی اعمال شود؟ در ادامه به هریک از این دو سؤال پرداخته خواهد شد.

اثر ضوابط تعیین خسارت بر ترجیحات دولت‌ها

همان‌طور که بررسی شد، ترجیحات دولت‌ها در یک معاهده سرمایه‌گذاری بین‌المللی عبارت است از حمایت از سرمایه‌گذاران متبوع در قلمرو دولت متعاقد و همچنین توسعه داخلی کشور خود. این ترجیحات اصولاً از دو طریق درونی‌سازی پیامدهای خارجی تصمیمات دولت‌ها و کاهش ریسک سرمایه‌گذاری برآورده می‌شود. به‌منظور تحلیل ضوابط حاکم بر تعیین خسارت در داوری سرمایه‌گذاری از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق، لازم است بررسی شود که هریک از آن ضوابط چه اثری بر ترجیحات دولت‌ها دارد.

۱. اعاده وضع به حال سابق

اعمال ضابطه اعاده وضع به حال سابق یا پرداخت معادل پولی آن که تحت عنوان «ترمیم کامل خسارت» نیز از آن یاد می‌شود، یکی از ترجیحات دولت‌ها (حمایت از سرمایه‌گذاران متبوع در قلمرو دولت متعاقد) را به‌خوبی برآورده می‌کند. این ضابطه دولت میزبان را ترغیب می‌کند که آثار تدابیر خود بر سرمایه‌گذاران خارجی را کاملاً درونی کند و به‌عهده بگیرد. از این‌رو در صورت بروز هر گونه خسارت به سرمایه‌گذار خارجی از رهگذر اقدامات دولت، خسارات وی به‌طور تمام و کمال ترمیم می‌شود و قاعده آن است که هیچ زیان جبران‌نشده‌ای باقی نماند؛ گویی که اساساً هیچ‌گونه فعل متخلفانه‌ای که سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذار را تحت تأثیر قرار دهد، روی نداده است. اما در زمینه توسعه داخلی، موضوع پیچیده‌تر است. اعمال ضابطه ترمیم کامل خسارت از یک سو سبب می‌شود نشانه‌های مثبتی از سوی دولت برای سرمایه‌گذاران بالقوه خارجی ارسال شود مبنی بر اینکه سرمایه آنها در قلمرو آن دولت از حمایت کامل برخوردار است و هر گونه دست‌اندازی به سرمایه آنها به بهترین نحو ممکن جبران خواهد شد. این امر سبب کاهش ریسک سرمایه‌گذاری در آن کشور شده و موجب می‌شود صاحبان سرمایه رغبت بیشتری برای ورود به بازار دولت متعاقد داشته باشند؛ از این‌رو موجبات تقویت جریان سرمایه‌گذاری خارجی و بالتبع توسعه داخلی دولت میزبان فراهم می‌شود. از سوی دیگر، اعمال این ضابطه موجب

می‌شود اختیارات دولت میزبان در انتخاب راهکارهای بهینه در برخی شرایط با محدودیت مواجه شود. برای مثال اگر وضع بعضی مقررات زیست‌محیطی موجب کاهش درآمد یا حتی سلب مالکیت غیرمستقیم از سرمایه‌گذار خارجی شود، در فرضی که ضابطه ترمیم کامل خسارت اعمال شود، نتیجه برابر خواهد بود با کسب سود حداکثری سرمایه‌گذار بدون توجه به زیان‌هایی که به محیط زیست وارد می‌گردد. در این حالت، گویی که سرمایه‌گذار مجاز است از مقررات دولت تبعیت نکند و به کار خود ادامه دهد تا ملاحظه شود که بدون در نظر گرفتن این مقررات و در صورت ادامه کار سرمایه‌گذاری، چه میزان درآمد می‌داشت؛ به همان میزان به‌عنوان غرامت به وی پرداخت شود. این مسئله سبب می‌شود بخشی از (یا حتی تمام) منافع که دولت میزبان از اتخاذ تدابیر زیست‌محیطی در نظر داشت، از بین برود و صرف پرداخت غرامت به سرمایه‌گذار خارجی شود.

ذکر یک مثال فرضی می‌تواند به درک بهتر این مطلب کمک بیشتری کند. فرض کنید که شرکت خارجی در حوزه نفت و گاز اقدام به سرمایه‌گذاری در قلمرو دولت میزبان به ارزشی برابر با ۱۰۰ واحد پولی کرده است. مدت این سرمایه‌گذاری ۱۲ سال و نرخ حاشیه سودی که سرمایه‌گذار برای خود در نظر گرفته است نیز به‌طور متوسط سالیانه ۲۰ درصد است. اما در سال دوم از اجرای پروژه مشخص می‌شود که اقدامات سرمایه‌گذار خارجی به آلودگی نفتی منطقه منجر می‌شود. براساس برآوردی که دولت میزبان از هزینه‌تحمیلی ناشی از این آلودگی‌ها دارد، باید سالانه مبلغ مشخصی هزینه شود تا از بروز آثار جانبی منفی بر محیط زیست جلوگیری شود. از این‌رو مالیاتی را که باید از سرمایه‌گذار اخذ شود، ۳۰ درصد افزایش می‌دهد تا صرف بهسازی منطقه یا جلوگیری از آلودگی بیشتر آن کند. اما این میزان افزایش مالیات سبب می‌شود حاشیه سودی که سرمایه‌گذار در بدو امر برای خود در نظر گرفته بود، از بین برود و پروژه برای وی غیراقتصادی شود. در نتیجه این اقدام، سرمایه‌گذار خارجی در یک داوری بین‌المللی دولت را به نقض تعهدات مندرج در معاهده منعقد با دولت متبوع خود متهم می‌کند. در صورت احراز تخلف از تعهدات مندرج در معاهده و اعمال ضابطه ترمیم کامل خسارت، دولت میزبان ملزم خواهد بود که علاوه بر ارزش سرمایه‌گذاری، حاشیه سود ۲۰ درصدی را هم در قالب غرامت قابل پرداخت، تأمین کند. از این‌رو در شرایطی که ارزش سرمایه‌گذاری همچنان برابر با ۱۰۰ واحد در نظر گرفته شود، سود احتمالی سرمایه‌گذار برای ۱۰ سال آتی باقیمانده از مدت سرمایه‌گذاری نیز سالیانه ۲۰ واحد لحاظ شود، ارزش سرمایه‌گذاری و سود ناشی از آن برابر با ۳۰۰ واحد خواهد بود. البته بخش مربوط به سود ۱۰ سال آتی به نرخ روز تنزیل شده و در نهایت دولت میزبان محکوم به پرداخت مبلغی برابر با ۲۵۰ واحد به سرمایه‌گذار خارجی می‌شود. دولت میزبان با مقررات‌گذاری و افزایش میزان مالیات، قصد داشت که از بروز خسارتی که می‌توانست در مجموع با در نظر گرفتن نرخ تنزیل،

۳۰۰ واحد هزینه داشته باشد، جلوگیری کند. اما پرداخت غرامت براساس ضابطه ترمیم کامل خسارت، سبب شد قسمت عمده‌ای (۲۵۰ واحد) از هزینه‌ای را که در پی اجتناب از آن بود، عملاً در قالب پرداخت غرامت، متحمل شود. این در حالی است که اعمال فرمول *هال* اصولاً سبب پرداخت غرامت کمتری نسبت به ضابطه ترمیم کامل خسارت می‌شود (ICSID, Vivendi, 2007, para 8.2.5). از این رو اعمال آن با وجود جبران خسارت وارده به سرمایه‌گذار، هزینه کمتری به دولت میزبان تحمیل می‌کرد. مابه‌التفاوت این دو رقم برای دولت باقی می‌ماند و می‌توانست در سایر بخش‌های اقتصادی به صورت مؤلّد به کار رود.

بنابراین ضابطه ترمیم کامل خسارت آن‌گونه که از رأی کارخانه کورزو و طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها توسط دیوان‌های داوری استنباط و اعمال می‌شود، تنها یکی از ترجیحات دولت‌ها را، که همان حمایت از سرمایه‌گذار است، به خوبی پوشش می‌دهد و دیگر ترجیح معتبر دولت‌ها، یعنی کمک به توسعه دولت میزبان را در برخی شرایط در مقایسه با ضابطه مندرج در معاهدات سرمایه‌گذاری، نادیده می‌گیرد.

از سوی دیگر، تعهد دولت به درونی کردن هزینه‌ها تنها در چارچوب معاهده معنا می‌دهد و باید در همان قالب تفسیر و اعمال شود. براساس تحلیلی که از منطق اقتصادی ورود دولت‌ها به معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی و تحدید اختیاراتشان در برابر سرمایه‌گذاران خارجی به عمل آمد، این محدودیت‌ها در برابر مزایایی که در آن معاهده برای دولت مقرر شده است، پذیرفته می‌شود. از این رو دولت‌ها طی معاهداتی که منعقد می‌کنند، تنها تا جایی متعهد به درونی کردن هزینه‌ها می‌شوند که ترجیحات مصرح آنها در معاهدات را برآورده کند. ضابطه‌ای که برای تعیین غرامت اعمال می‌شود نیز نباید به نحوی باشد که مرزهای رضایت دولت‌ها به تحدید اختیاراتشان را زیر پا بگذارد. در شرایطی که تحمیل درونی کردن هزینه‌ها به دولت به ایجاد خدشه یا از بین رفتن یکی از ترجیحات دولت‌ها در معاهدات سرمایه‌گذاری منجر شود، این اقدام از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق توجیه ندارد و باید متوقف شود. بنابراین، اگر محکوم کردن دولت به پرداخت غرامت با هدف درونی کردن هزینه‌های تحمیلی به سرمایه‌گذار خارجی توسط دولت و در نهایت حمایت از سرمایه‌گذاری انجام می‌گیرد، این اقدام تا جایی موجه است که به دیگر ترجیح دولت یعنی توسعه داخلی خدشه‌ای وارد نسازد. در واقع باید بین ترجیحات موجود (حمایت از سرمایه‌گذاری و توسعه داخلی) تعادل ایجاد کرد نه اینکه با به حداکثر رساندن یکی، دیگری را نادیده گرفت. این در حالی است که اعمال ضابطه ترمیم کامل خسارت در برخی موارد مغایر با این مهم است و کفه ترازو را به سمت یکی از ترجیحات دولت‌ها سنگین می‌کند.

۱. منظور اوضاع و احوالی است که در آن ادامه فعالیت سرمایه‌گذار خارجی و عدم وضع مقررات توسط دولت، به از بین رفتن منافع عمومی بزرگتری برای دولت منجر می‌شود و در آن شرایط هزینه ناشی از انفعال دولت در برابر سرمایه‌گذار خارجی، بیشتر از خسارتی است که به سرمایه‌گذار خارجی در اثر اقدام دولت وارد می‌شود.

۲. ضابطه مندرج در معاهده

اعمال ضابطه مندرج در معاهده به هر ترتیب بسبب می‌شود غرامت لازم به سرمایه‌گذار زیان‌دیده پرداخت شود. از این‌رو مسئله حمایت از سرمایه‌گذاری با اعمال این ضابطه نیز رعایت می‌شود. از طرفی، سرمایه‌گذار خارجی نیز پیش از ورود سرمایه خود، به معاهده قابل اعمال توجه داشته و با این تصور اقدام به سرمایه‌گذاری کرده است که در صورت سلب مالکیت، خسارت وی به طریق مندرج در معاهده جبران می‌شود.

اگر از زاویه دیگر هم به این موضوع نگاه کنیم، به نتیجه مشابهی خواهیم رسید. در شرایطی که تدبیر در پیش گرفته‌شده از سوی دولت به ورود زیان به سرمایه‌گذار خارجی منجر می‌شود، دولت به‌طور کلی دو راه دارد؛ یا با پرداخت غرامت موافقت کند یا با یک انتخاب غیرهمکارانه از این کار سر باز زند. اگر به‌طور کلی غرامتی پرداخت نکند، این امر ریسک سرمایه‌گذاری را به‌شدت افزایش می‌دهد و مغایر با ترجیحات دولت‌ها در نظام حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی است. اگر هم قرار باشد با اعمال ضابطه ترمیم کامل خسارت طوری رفتار کند که گویی هیچ اتفاقی نیفتاده و طرف مقابل به هر حال سودی را که می‌توانست در فرض عدم وضع مقررات به‌دست آورد، تحصیل کند، ترجیح دیگر دولت میزبان، یعنی توسعه داخلی، نادیده انگاشته می‌شود. اما با اعمال ضابطه مندرج در بسیاری از معاهدات، ارزش اموال بلافاصله پیش از اقدام متخلفانه محاسبه و به‌صورت فوری و مؤثر و کافی به وی پرداخت می‌شود. با انتخاب این استراتژی، دولت میزبان هم ریسک سرمایه‌گذاری در قلمرو خود را کاهش داده است، هم به توسعه داخلی خود توجه داشته و هر دو ترجیح خود را ارتقا داده است.

ناکارآمدی ناشی از عدم اعمال ضابطه مندرج در معاهده

سؤال دیگر این مقاله این بود که آیا انحراف از استاندارد مورد توافق در معاهده در تعیین غرامت برای سلب مالکیت غیرقانونی، از منظر تحلیل اقتصادی حقوق توجیه‌پذیر است یا خیر. دولت‌ها با پیوستن به یک معاهده سرمایه‌گذاری به‌نوعی حدود و ثغور مسئولیت خود را در

۱. گفتنی است کشورهای در حال توسعه، به‌ویژه در منطقه آمریکای لاتین، از طرفداران جدی دکترین کالو و پرداخت حداقلی غرامت به سرمایه‌گذاران خارجی بودند که تلاش آنها در دهه‌های ۶۰ و ۷۰ میلادی به تصویب قطعنامه‌های مهمی در مجمع عمومی سازمان ملل در مورد پرداخت «غرامت مناسب» در برابر «غرامت کامل» (فرمول هال) انجامید. اما نیاز مبرم این کشورها به جذب سرمایه سبب شد در رقابت شدیدی با هم‌تایان خود در امضای معاهدات حمایت از سرمایه‌گذاری با کشورهای صاحب سرمایه قرار بگیرند و با پذیرش فرمول هال در این معاهدات، از موضع قبلی خود در برابر پرداخت غرامت به سرمایه‌گذاران خارجی چشم‌پوشی کنند. برای مطالعه بیشتر رک: Elkins et al., 2008: 269-277; Guzman, 1998: 644-58.

برابر سرمایه‌گذاران متبوع طرف مقابل تعیین می‌کنند. سرپیچی از این محدوده پیش‌بینی‌های دولت میزبان را به هم زده و به یک «ابهام ناکارآمد» دامن می‌زند؛ به طوری که دولت میزبان قادر نخواهد بود هزینه اقدام خود در برابر یک سرمایه‌گذار خارجی را محاسبه کند. اگر در سلب مالکیت غیرقانونی معیار ترمیم کامل خسارت اعمال شود، به طور دقیق مشخص نیست که دیوان داوری چگونه دست به ارزیابی سرمایه‌گذاری می‌زند و نتیجه تقریبی ارزیابی چه مبلغی خواهد بود. این عدم قطعیت و پیش‌بینی‌ناپذیری، هزینه اقدام در راستای منافع عمومی را برای دولت به شدت افزایش می‌دهد. به طوری که در بسیاری موارد دولت به دلیل ناآگاهی از هزینه اقدام خود، از وضع مقررات امتناع می‌کند که مبادا محکوم به پرداخت غرامتی شود که از ارزش هدف عمومی که برای پاسداری از آن دست به وضع مقررات زده بود، بیشتر باشد. در این شرایط، حتی اگر منافع ناشی از وضع مقررات، از زیان‌هایی که به سرمایه‌گذار وارد می‌شود بیشتر باشد، این امر توسط دولت قابل شناسایی نیست. نتیجه‌ای که در اثر این شرایط به بار می‌آید، تداوم خساراتی است که به منافع عمومی وارد می‌شود؛ در برابر دریافت منافع حاصل از سرمایه‌گذاری خارجی برای دولت که لزوماً زیان‌های مذکور را جبران نمی‌کند.

اما ضابطه‌ای که در معاهده سرمایه‌گذاری پیش‌بینی شده، این اجازه را به دولت میزبان می‌دهد که هزینه اقدام خود را، حداقل به طور تقریبی و با دقت بیشتری، ارزیابی کند. در این شرایط، امکان نقض کارآمد برای دولت میزبان فراهم می‌شود. بدین ترتیب که اگر وضع مقررات از چنان ارزشی برای دولت برخوردار باشد که هزینه‌های مربوط به آن از جمله غرامت قابل پرداخت به سرمایه‌گذار زیان‌دیده را پوشش دهد، دولت در اقدامی کارآمد، معاهده را در آن مورد نقض کرده و تدابیر لازم را اتخاذ می‌کند. در این صورت، در عین حال که سرمایه‌گذار خارجی خسارت وارده به خود را دریافت می‌کند، دولت میزبان نیز از بروز خسارات بیشتر به منافع عمومی جلوگیری می‌کند و بدین ترتیب، هر دو ترجیح دولت‌ها در معاهدات سرمایه‌گذاری برآورده می‌شود.

کنار گذاشتن ضابطه مندرج در معاهده در شرایطی که اقدامات دولت به منظور نجات کشور از بحران وسیع اقتصادی شکل گرفته است و در عوض روی آوردن به ضابطه ترمیم کامل خسارت، از جهت دیگری نیز با انتقاد مواجه است. همان‌طور که بیان شد، در اثر اعمال ضابطه اخیر، میزان غرامت براساس ارزش اموال و منافع حاصل از سرمایه‌گذاری برای خواهان، در شرایطی که اقدام متخلفانه رخ نمی‌داد، محاسبه می‌شود. اما اقدامات دولت میزبان که به ایراد خسارت به سرمایه‌گذار منجر می‌شود، در همه حال فرصت‌طلبانه و با سوءنیت نیست، بلکه در برخی موارد نیز صرفاً برای جلوگیری از بحران وسیع اقتصادی یا کنترل آن در کشور صورت می‌پذیرد. از این رو می‌توان یک هدف مشروع برای این اقدام در نظر گرفت، ولو آنکه در نهایت از

دیدگاه دیوان داوری مغایر با تعهدات دولت در معاهده سرمایه‌گذاری شناخته شود. جلوگیری و کنترل بحران اقتصادی حاکم بر کشور همچنین به تداوم بستر اقتصادی مناسب برای سرمایه‌گذاران خارجی نیز می‌انجامد. اساساً همه حمایت‌هایی که دولت‌ها در معاهدات سرمایه‌گذاری خود به آن متعهد می‌شوند، در بستر اقتصاد سالم یا حداقل غیربحرانی موضوعیت پیدا می‌کند. شرط لازم برای عینیت بخشیدن به حمایت‌های مذکور، جریان یک اقتصاد سالم و پیش‌بینی‌پذیر در دولت‌های متعاقد است. بازار پرتورم و آشفتنه تنها سرمایه‌گذاران خارجی را به خود جذب نمی‌کند، بلکه سرمایه‌گذاران موجود را نیز به ترک آن بازار ترغیب می‌کند. از طرف دیگر، ترجیحات دولت‌ها در یک معاهده سرمایه‌گذاری عبارت است از حمایت از اتباع سرمایه‌گذار خود در قلمرو دولت دیگر و در عین حال توسعه داخلی کشور خود از طریق جذب سرمایه‌گذاران متبوع دولت متعاقد. هر دو این ترجیحات در کنار هم موردنظر دولت‌ها بوده‌اند، نه فقط یکی از آنها. هر گونه ضابطه جبران خسارت که مجموع این ترجیحات را لحاظ نکند و ارتقا ندهد، از منظر تحلیل اقتصادی حقوق کارآمد تلقی نمی‌شود. بی‌توجهی به اقداماتی که دولت در راستای جلوگیری از فروپاشی اقتصادی خود انجام می‌دهد و کنار گذاشتن آنها در محاسبه غرامت، آن‌طور که ضابطه ترمیم کامل خسارت مقرر می‌کند، فرض صحیحی در این شرایط به‌نظر نمی‌رسد، زیرا اتفاقاً تدابیر مربوط به کنترل بحران، تا حدی به‌منظور تعیین بخشیدن به حمایت‌های مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری صورت می‌گیرند. همان‌طور که بیان شد، اقتصاد بحران‌زده و در حال فروپاشی، برای هیچ سرمایه‌گذار خارجی مطلوب نیست. از سوی دیگر، حمایت‌های مندرج در معاهده تنها منحصر به یک یا چند سرمایه‌گذار معین نیست، بلکه این حمایت‌ها باید شامل حال سرمایه‌گذاران به معنای عام کلمه شود. از این‌رو نحوه اعمال این حمایت‌ها نباید طوری باشد که استفاده از آنها را برای سایر سرمایه‌گذاران در آینده منتفی کند. به بیان دیگر، در مرحله محاسبه غرامت، بی‌توجهی به تأثیر اقدامات دولت برای کنترل بحران وسیع و فراهم کردن بستر مناسب برای سرمایه‌گذاری، به‌منزله محدود کردن حمایت‌های مندرج در معاهده به یک سرمایه‌گذار مشخص (خواهان دعوای خاص) خواهد بود. این در حالی است که ترجیحات دولت‌ها در معاهده سرمایه‌گذاری حمایت از سرمایه‌گذاران به معنای عام، و نیز توسعه اقتصادی داخلی بوده است. بنابراین، اعمال ضابطه ترمیم کامل خسارت، در شرایطی که دولت به‌دلیل تدابیری که برای کنترل بحران اقتصادی وسیع اتخاذ کرده مسئول شناخته شود، حتی همان ترجیح مربوط به حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی را نیز ارتقا نمی‌دهد و نمی‌تواند کارآمد تلقی شود. البته مطالب مذکور به این معنا نیست که

۱. برای مثال می‌توان به داوری‌های سرمایه‌گذاری متعددی که علیه آرژانتین به‌منظور اعمال سیاست‌های مالی و پولی برای کنترل بحران اقتصادی سال ۲۰۰۱ آن کشور صورت گرفته بود، اشاره کرد. ر.ک: ICSID, Continental, 2008; ICSID, Sempra, 2007; ICSID, Total, 2013.

مسئولیت دولت میزبان به کلی منتفی شده است و هیچ گونه تعهدی به جبران خسارات وارده ندارد. تمامی این مباحث با فرض مسئولیت دولت میزبان و صرفاً درباره محاسبه غرامت صورت می گیرد. اما صرف مسئولیت بدون پرداخت غرامت نیز بی معناست و به هر حال خسارات وارده باید به ترتیب مشخصی جبران شود. در عین حالی که اعمال ضابطه حقوق بین الملل عرفی در اوضاع و احوال مذکور کارآمد تلقی نمی شود، پرداخت غرامت به موجب ضابطه مندرج در معاهده قادر است ترجیحات دولت ها را به شکل بهتری برآورده کند. از یک سو، اعمال این ضابطه سبب می شود ارزش سرمایه گذاری بلافاصله پیش از اتخاذ تدابیر اثرگذار بر ارزش آن محاسبه شود و از این رو دولت میزبان این امکان را خواهد داشت که هزینه ناشی از اقدام خود را در مقایسه با منافع حاصل از کنترل بحران در بلندمدت بسنجد. در این صورت، تنها زمانی دست به این اقدام خواهد زد که آن را کارآمد و در راستای توسعه داخلی خود تشخیص دهد. از طرف دیگر، خسارات وارده به سرمایه گذار خارجی نیز به هر ترتیب جبران می شود و نشانه های مثبتی برای سرمایه گذاران بالقوه صادر می شود که حتی با اتخاذ تدابیر زیانبار برای سرمایه گذار که به منظور حفظ منافع عمومی صورت می گیرد، خسارات وارده به سرمایه گذاران خارجی جبران خواهد شد. نکته مهم تر آنکه، بحران اقتصادی را هم با تدابیر اتخاذ شده کنترل کرده و بستر اقتصادی مناسب برای سرمایه گذاران آتی نیز فراهم می کند.

نتیجه گیری

دولت ها در زمان پیوستن به معاهدات سرمایه گذاری در پی برآورده نموده هر چه بیشتر ترجیحات خود هستند و فقط در شرایطی حاضر به پذیرش محدودیت های مندرج در یک معاهده می شوند که آنها را در راستای منافع بزرگ تر خود ببینند. ترجیحات دولت ها آن گونه که در موافقت نامه های سرمایه گذاری درج شده، عبارت است از حمایت از سرمایه گذاران متبوع خود در قلمرو دولت مقابل و توسعه داخلی کشور خود. دولت ها در پی آن اند که از طریق کاهش پیامدهای خارجی منفی اقدامات و همچنین کاستن از ریسک سرمایه گذاری کشور خود ترجیحات مذکور را برآورده سازند. تعهد به جبران خسارتی که در معاهدات در ازای سلب مالکیت درج می شود، در همین راستا قرار دارد. اما ضوابطی که برای محاسبه غرامت توسط دیوان های داوری اعمال می شود، همواره در مسیر برآورده کردن ترجیحات دولت ها نیست و در برخی موارد از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق ناکارآمد به شمار می روند.

نتایج این مقاله نشان می دهد که اعمال ضابطه مندرج در معاهده در همه حال اقدامی کارآمد محسوب می شود، زیرا هر دو ترجیح دولت ها در معاهدات سرمایه گذاری را ارتقا می دهد. اعمال این ضابطه در سلب مالکیت قانونی و غیرقانونی نه تنها در راستای حمایت از سرمایه گذاری است و به درونی کردن هزینه اقدامات دولت میزبان منجر می شود، بلکه ریسک

سرمایه‌گذاری را هم تا میزان بهینه‌ای کاهش می‌دهد تا با افزایش جریان سرمایه‌گذاری، به توسعه داخلی دولت‌ها نیز کمک کرده باشد.

اعمال ضابطه ترمیم کامل خسارت، با آنکه به حمایت کامل از سرمایه‌گذار خارجی منجر می‌شود و پیامدهای خارجی تدابیر دولت میزبان را به کلی درونی می‌کند، اما نسبت به دیگر ترجیح دولت‌ها یعنی توسعه داخلی کشور، در برخی شرایط بلااثر یا حتی زیانبار است. با آنکه اعمال این ضابطه در شرایطی که سلب مالکیت دولت میزبان با سوءنیت و بدون انگیزه مشروع صورت گرفته، سبب می‌شود ریسک آن کشور برای سرمایه‌گذاری در نظر صاحبان سرمایه به شدت کاهش یابد و به تبع، جریان ورود سرمایه تقویت شود، اما در عین حال در اوضاع و احوالی که سلب مالکیت برای کنترل یک بحران اقتصادی یا زیست‌محیطی بزرگ و نجات کشور از فروپاشی اقتصادی صورت می‌گیرد، اعمال ضابطه ترمیم کامل خسارت از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق انتخابی ناکارآمد است، زیرا از یک سو هزینه اقدام در راستای منافع عمومی را برای دولت افزایش می‌دهد و توسعه داخلی را قربانی دیگر ترجیح دولت‌ها در معاهدات (حمایت از سرمایه‌گذار) می‌کند، از سوی دیگر، این مهم را نادیده می‌گیرد که اقدامات دولت در راستای ترمیم بستر اقتصادی مناسب برای سرمایه‌گذاری‌های بیشتر در آینده بوده است. بنابراین، در شرایطی که سلب مالکیت، ولو بدون رعایت شرایط مندرج در معاهده، با هدف نجات کشور از بحران بزرگی اتخاذ شده است، انحراف دیوان‌های داوری از اعمال ضابطه مندرج در معاهده کارآمد نیست و از دیدگاه تحلیل اقتصادی حقوق موجه به‌شمار نمی‌رود.

چرخش دیوان‌های داوری از ضابطه مندرج در معاهده به سمت اعمال ضابطه موجود در حقوق بین‌الملل عرفی اغلب ناشی از فقدان صراحت کافی در مفاد معاهده سرمایه‌گذاری در مورد اعمال ضابطه تعیین‌گرامت در انواع سلب مالکیت و همچنین عدم پیش‌بینی صریح اختیارات دولت در شرایط اضطراری بوده است. با اصلاح رویکرد دولت‌ها در تنظیم مفاد معاهدات سرمایه‌گذاری می‌توان ناکارآمدی موجود را کاهش داد. نسل جدید معاهدات سرمایه‌گذاری، از جمله موافقت‌نامه جامع تجاری و اقتصادی میان اتحادیه اروپا و کانادا (CETA)، در این زمینه مقررات مشخصی را وضع کرده‌اند. مطالعه نسل نوین معاهدات و اینکه مقررات آنها چگونه یافته‌های این مقاله را تحت تأثیر قرار می‌دهد، می‌تواند موضوع مطالعه جدیدی برای پژوهشگران این حوزه باشد.

منابع

۱. فارسی

الف) کتاب‌ها

۱. ریگو، فرانسوا (۱۳۷۹). *خدایان و قهرمانان*، در «یک داوری و دو نقد»، ترجمه مرتضی کلانتریان، تهران: آگه.
۲. عبدلی، قهرمان (۱۳۹۸). *نظریه بازی‌ها و کاربردهای آن (بازی‌های ایستا و پویا با اطلاعات کامل)*، تهران: جهاد دانشگاهی.
۳. کوتر، رابرت؛ تامس، یولن (۱۳۸۹). *حقوق و اقتصاد*، ترجمه یدالله دادگر و حامده اخوان‌هزاوه، تهران: نور علم.
۴. محبی، محسن (۱۳۹۴). *مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین‌المللی*، تهران: شهر دانش.
۵. موحد، محمدعلی (۱۳۹۳). *درس‌هایی از داوری‌های نفتی: ملی کردن و غرامت*، تهران: کارنامه.

۲. انگلیسی

A) Books

6. Dnes, Antony (2005). *The Economics of Law: Property, Contracts and Obligations*, Ohio, Thomson/South-Western.
7. Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph (2012). *Principles of International Investment Law*, London, Oxford University Press.
8. Epstein, Richard (1985). *Takings: Private Property Under the Power of Eminent Domain*, Boston, Harvard University Press.
9. Georgakopoulos, Nicholas (2005). *Principles and Methods of Law and Economics*, Cambridge University Press.
10. Marboe, Irmgard (2009). *Calculation of Compensation and Damages in International Investment Law*, London, Oxford University Press.
11. Posner, Eric & Sykes, Alan (2013). *Economic Foundations of International Law*, Boston, Harvard University Press.
12. Sornorajah, Muthucumaraswamy (2010). *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University Press.

B) Articles

13. Aisbett, Emma & Karp, Larry & McAusland, Carol. (2010). "Police Powers, Regulatory Takings and the Efficient Compensation of Domestic and Foreign Investors", *The Economic Record*. Vol. 86, pp. 367-383.
14. Bagwell, Kyle & Sykes, Alan (2005). "India – Measures Affecting the Automotive Sector", in H. Horn, and P. Mavroidis (eds.), *The WTO Case Law of 2002*, Cambridge University Press. pp. 158-187.
15. Bubb, Ryan and Rose-Ackerman, Susan. (2007). "BITs and Bargains: Strategic

- Aspects of Bilateral and Multilateral Regulation of Foreign Investment”. *International Review of Law and Economics*, Vol. 27, 291-311.
16. Coase, Ronald. (1960). “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, No.1, pp. 1-44.
 17. Douglas, Zachary (2010). “Other Specific Regimes of Responsibility: Investment Treaty Arbitrations and ICSID”, in J. Crawford (ed), *The Law of International Responsibility*, London, Oxford University Press, pp. 815-842.
 18. Dawson, Frank & Weston, Burns. (1962). “Prompt, Adequate and Effective: A Universal Standard of Compensation?” *Fordham Law Review*, Vol. 30, No.4, pp. 727-758.
 19. Elkins, Zachary & Guzman, Andrew & Simmons, Beth (2008). “Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000”, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2008(1). pp. 265-304.
<https://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2008/1/Simmons.pdf>
 20. Guzman, Andrew (1998). “Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 38, No.4, pp. 639-688.
 21. Hill, Charles (1990). “Cooperation, Opportunism, and the Invisible Hand Implications for Transaction Cost Theory”, *The Academy of Management Review*, Vol. 15, No.3, pp. 500-513.
 22. Klein, Benjamin & Crawford, Robert & Alchian, Armen (1978). “Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process”, *The Journal of Law & Economics*, Vol. 21, No.2, pp. 297-326.
 23. On Cheung, Sai & Wing You, Tak & Yee Leung, Andrew & Ki Chiu, On (2008). “Catastrophic Transitions of Construction Contracting Behavior”, *Journal of Construction Engineering and Management*, Vol. 134, Vol.12, pp. 942-965.
 24. Maggi, Giovanni & Rodriguez-Clare, Andres (1998). “The Value of Trade Agreements in the Presence of Political Pressures”, *Journal of Political Economy*, Vol. 106, No.3, pp. 574-601.
 25. Ratner, Steven (2017). Compensation for Expropriations in a World of Investment Treaties: Beyond the Lawful/Unlawful Distinction. *AJIL*, Vol. 111, pp. 1-54.
 26. Salacuse, Jeswald (1998). “Undertaking a Foreign Direct Investment” in J. Salacuse, & W. Streng (eds.), *International Business Planning: Law and Taxation*, Matthew Bender Elite Products, Chapter 10.
 27. Sykes, Alan. (2013). “When Is International Law Useful?”, *New York Journal of International Law and Policy*, Vol. 45, pp. 787-814.
 28. Sykes, Alan (2019). “The Economic Structure of International Investment Agreements with Implications for Treaty Interpretation and Design”, *American Journal of International Law*, Vol. 113, No.3, pp. 482-534.

C) Cases

- 29 ADC v. Hungary, ARB/03/16 (ICSID October 2, 2006).
30. Bernhard von Pezold and Others v. Zimbabwe, ARB/10/15 (ICSID July 28, 2015).
31. British Caribbean Bank v. Belize, PCA Case No. 2010-18 (UNCITRAL December 19, 2014).
32. Continental Casualty v. The Argentine Republic, ARB/03/9 (ICSID September 5, 2008).

33. Chevron v. The Republic of Ecuador, PCA 2009-23 (UNCITRAL August 30, 2018).
34. Enron v. Argentine Republic, ARB/01/3 (ICSID January 14, 2004).
35. Franz Sedelmayer v. Russia Federation (SCC July 7, 1998).
36. Gemplus v. Mexico, ARB(AF)/04/3 and 04/4 (ICSID June 16, 2010).
37. Guaracachi America and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, PCA Case No. 2011-17 (UNCITRAL January 31, 2014).
38. Ioan Micula et al. v. Romania, ARB/05/20 (ICSID September 24, 2008).
39. LG&E Energy et al. v. Argentine Republic, ARB/02/1 (ICSID July 25, 2007).
40. Mr. Franck Charles Arif v. Republic of Moldova, ARB/11/23 (ICSID April 8, 2013).
41. Rusoro Mining. v. Venezuela, ARB(AF)/12/15 (ICSID August 22, 2016).
42. Sempra Energy v. Argentine Republic, ARB/02/16 (ICSID September 28, 2007).
43. Siemens A.G v. The Argentine Republic, ARB/02/8 (ICSID February 6, 2007).
44. Texaco v. Libyan Arab Republic (1987).
45. The Factory at Chorzów (Germany v Poland), Judgement No. 13 (PCIJ 1928).
46. Kuwait v The American Independent Oil Company (1982).
47. Total S.A. v. Argentine Republic, ARB/04/1 (ICSID November 27, 2013).
48. Venezuela Holdings et al. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ARB/07/27 (ICSID October 9, 2016).
49. Vivendi v. The Argentine Republic, ARB/97/3 (ICSID August 20, 2007).

D) Documents

50. BIT between the Argentine Republic and Japan. (2018, December 1). Retrieved February 20, 2020, from <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5799/download>
51. BIT between Austria and Bangladesh. (2000, December 21). Retrieved February 20, 2020, from <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/170/download>
52. American Law Institute. (1987). Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States.
53. International Law Commission. (2001). Report on the Work of Its Fifty-Third Session. United Nations.
54. BIT between Morocco and Nigeria. (2016, December 12). Retrieved February 20, 2020, from <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5409/download>
55. The Draft Comprehensive Economic and Trade Agreement Between Canada, of The One Part, and The European Union. (2017, September 21). Retrieved February 21, 2020, from http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf.
56. BIT between United States of America and Argentina. (1991, November 14). Retrieved February 21, 2020, from <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/6/2016/01/Treaty-Concerning-the-Reciprocal-Encouragement-and-Protection-of-Investment-Arentina-United-States-of-America.pdf>
57. New Zealand-China Free Trade Agreement. (2008, April). Retrieved February 20, 2020, from <https://www.mfat.govt.nz/en/trade/free-trade-agreements/free-trade-agreements-in-force/china-fta/nz-china-fta-resources>.