

بررسی الزامات اصلی حاکمیت قانون در توافقنامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی و حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار - دولت

علی جمالی

گروه حقوق، واحد قائم‌شهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائم‌شهر، ایران.

alijamali4769@iau.com

کارن روحانی (نویسنده مسئول)

گروه حقوق، واحد قائم‌شهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائم‌شهر، ایران.

Ka.rohani@iau.ac.ir

محمد عالمزاده

گروه حقوق، واحد قائم‌شهر، دانشگاه آزاد اسلامی، قائم‌شهر، ایران.

a.alemzadeh@iau.ir

چکیده

روایت مرسوم از تأثیر مثبت حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر حاکمیت قانون داخلی تقریباً شهودی است. برای شروع، همان اصولی که بر الزامات اصلی حاکمیت قانون در معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی ناظر است، در توافقنامه بین‌المللی نیز گنجانده شده است. در این میان جنجال‌های عمومی و سیاسی بر سر حل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت (ISDS) باعث ایجاد فرآیندهای اصلاح در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، در سطوح دوجانبه، منطقه‌ای و چندجانبه، با بازیگران مختلفی که آینده‌ی حاکمیت سرمایه‌گذاری بین‌المللی را شکل می‌دهند، شده است. رفتار منصفانه و عادلانه (Fair and Equitable Treatment)، یک اصل مهم حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی می‌تواند باشد. در طول سال‌ها، دادگاه‌های داوری بین‌المللی سرمایه‌گذاری، رفتار منصفانه و عادلانه را به عنوان الزام کشورهای میزبان به ارائه یک چارچوب حقوقی پایدار و قابل پیش‌بینی به سرمایه‌گذاران خارجی، دادرسی عادلانه، شفاف و حمایت از انتظارات مشروع توصیف کرده‌اند که همگی از الزامات اساسی حاکمیت قانون هستند. کشورهای میزبان به دلیل تمایل به اجتناب از مسئولیت سختگیرانه برای نقض توافقنامه سرمایه‌گذاری بین‌المللی، تعهدات حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی خود را درونی کرده و فرآیند سیاست‌گذاری خود را اصلاح می‌کنند. علاوه بر این، مقررات توافقنامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی نمایانگر حاکمیت قانون برای سرمایه‌گذاری خارجی هستند. با این حال، حاکمیت قانون به راحتی به یک بخش واحد تقسیم نمی‌شود. این امر اثرات سرریز بر سیستم حقوقی یک کشور میزبان ایجاد خواهد کرد، چون کشور میزبان باید به تدریج شیوه‌های حاکمیت قانون محور بهتری را برای رعایت قوانین توافقنامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی توسعه دهد. این مقاله، اعمال حاکمیت قانون را به عنوان یک فرااصل هنجاری در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی و حل و فصل اختلافات آن بررسی می‌کند و دیدگاه‌های مختلف این مفهوم را که اصلاحات جاری حل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت را شکل می‌دهند، روشن می‌سازد.

واژگان کلیدی: حاکمیت قانون، سرمایه‌گذاری، توافقنامه.

۱. مقدمه

«حاکمیت قانون» از مهم ترین اصول مطرح و مورد قبول قوانین اساسی همه کشورهای جهان است و مضمون این اصل، حاکمیت قوانین موجود در یک کشور می باشد که در نتیجه آن، همگان در برابر قوانین، مساوی خواهند بود.^۱ حاکمیت قانون مفهومی با معانی متعدد در نظام های حقوقی و سیاسی است که در سطح داخلی ظهور کرده و به تدریج به سطح بین المللی منتقل شده است. به عنوان نمودی از دموکراسی لیبرال، این مفهوم به جای وظایف شهروندان، محدودیت هایی را بر اعمال قدرت های نظارتی دولت اعمال می کند. با توجه به تفاسیر مختلف، اجماع در درجه اول در مورد ویژگی های رسمی آن یا مفهوم محدود یا «رفیق» حاکمیت قانون وجود دارد: قوانین باید شناخته شده، از نظر داخلی سازگار باشند و توسط یک قوه قضائیه مستقل به طور مساوی برای همه اعمال شوند. از نظر ماهوی، مفهوم گسترده تر «غلیظ» حاکمیت قانون بر موضوع ارزش های قوانین تمرکز دارد - این مفهوم محتوای هنجارهای قانونی و انطباق آنها با مفاهیمی مانند حقوق بشر و عدالت را در نظر می گیرد.^۲ از آنجایی که هیچ اجماع جهانی در مورد استانداردهای ماهوی وجود ندارد (به عنوان مثال، کشورها در مورد دامنه و محتوای حقوق مالکیت یا آزادی های فردی اختلاف نظر دارند)، مفهوم سازی گسترده تر از حاکمیت قانون بیشتر سیاسی است. این برای تمایز بین قوانین «خوب» و «بد» استفاده می شود، بسته به اینکه آیا قوانین مورد نظر با حقوق و استانداردهای ماهوی که از حاکمیت قانون مشتق شده اند، مطابقت دارند یا خیر. با این وجود، جنبه های رسمی حاکمیت قانون، عملکرد سیستم حقوقی را تضمین می کند، که شرط لازم برای مفهوم ماهوی گسترده تر است. بنابراین، حاکمیت قانون بین المللی با هدف تأکید بر ماهیت غیرسیاسی قوانین و محدودیت های آن بر سیاست بین الملل است.^۳

رژیم کنونی سازوکار فوق به علت نقصان های ناشی از صدور احکام متعارض و متضاد، به چالش کشیدن دولت ها از منظر مسئولیت بین المللی، آسیب به برخی از اصول بنیادین حقوق بین الملل سرمایه گذاری، هزینه های بالا، اطاله رسیدگی، عدم تخصص کافی داوران در حوزه های سرمایه گذاری، معاهده یابی توسط سرمایه گذاران و اتخاذ رویکردهای متناقض دیوان های داوری در این باره، فقدان رویه در داوری ها و نبودن استیناف با چالش های عمده ای مواجه شده است.^۴

حمایت از سرمایه گذاری خارجی در حقوق بین الملل از آغاز با مجموعه ای از تنش ها همراه بوده است. اختلافات ایدئولوژیک و ژئوپلیتیکی اساسی، توسعه حقوق سرمایه گذاری بین المللی را با این دیدگاه که قانون باید در این حوزه مهم و پرسود روابط بین الملل بر قدرت اولویت داشته باشد، برانگیخت. اگر بپذیریم که پرسش های مربوط به حاکمیت قانون، در اصل، پرسش هایی در مورد کنترل قانون بر قدرت هستند،^۵ آنگاه حاکمیت قانون دلیل اصلی ایجاد حقوق سرمایه گذاری بین المللی بوده است. با گذشت چندین دهه و تحولات فراوان در این بین، حاکمیت قانون هنوز هم ملاحظه اصلی در ارزیابی حقوق سرمایه گذاری بین المللی است^۶ و اصلاحات مداوم آن. در حالی که هیچ اجماعی در مورد چیستی دقیق حاکمیت قانون وجود ندارد، فرآیندهای اصلاحات مداوم در سطوح مختلف به دنبال تضمین و از بسیاری جهات، اصلاح تعادل قدرت بین بازیگران، منافع و ملاحظات مختلفی هستند که حاکمیت سرمایه گذاری بین المللی را شکل داده اند. این مقاله بر اساس تحقیقات موجود بنا شده و کاربرد حاکمیت قانون را در حوزه حقوق سرمایه گذاری بین المللی بررسی می کند، به ویژه دیدگاه های مختلف در مورد حاکمیت قانون که اصلاحات (های) جاری حل و فصل اختلاف سرمایه گذار-دولت^۷ را شکل می دهند، مورد نقد قرار می دهد.^۸

^۱ مسعود راعی، فرامرز عطریان، حاکمیت قانون و احکام حکومتی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، حکومت اسلامی سال هفدهم بهار ۱۳۹۱ شماره ۱ (پیاپی ۶۳)

^۲ M H Kramer, *Objectivity and the Rule of Law* (Cambridge, CUP 2007) pp 142-44

^۳ M Koskeniemi, *The Politics of International Law* (Oxford, Oregon, and Portland, Hart 2011) p 36.

^۴ سید مصطفی میرمحمدی مهران خمیسی زاده، اصلاح ساختار حل و فصل اختلافات دولت-سرمایه گذار و امکان سنجی تاسیس دیوان دائمی سرمایه گذاری بین المللی، حقوق تطبیقی جلد ۱۶ بهار و تابستان ۱۳۹۹ شماره ۱ (پیاپی ۱۱۳)، ص ۲۹۵

^۵ P Craig, "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework" (1997) *Public Law* 467.

^۶ محققان، حاکمیت قانون را با تمرکز بر جنبه های مختلف حقوق سرمایه گذاری بین المللی بررسی کرده اند.

^۷ Investor-State Dispute Settlement

^۸ Ivana Damjanovic, **The Reform of International Investment Law: Whose Rule of Law?** *European Journal of Risk Regulation*, Volume 15, Special Issue 3: Special Issue on the Evolving Nature of the Rule of Law in International Economic Law, September 2024, pp. 524 - 540

حاکمیت قانون در چارچوب این مقاله به عنوان یک مفهوم هنجاری، شامل طیف وسیعی از قواعد خاص‌تر، برای تحلیل، مقایسه و بحث در مورد تحولات فعلی و بالقوه در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، فراتر از اهمیت این اصطلاح در قواعد مثبت خاص حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، مورد استفاده قرار می‌گیرد.^۹

۲. حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی: تنش‌ها، چالش‌های اصلاحات و منطق حاکمیت قانون

پروفسور شروتر، از متخصصان صاحب‌نام در این حوزه، منافع دوسویه کنوانسیون برای دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی را اینگونه تشریح می‌کند: منافع کنوانسیون برای سرمایه‌گذار خارجی امری بدیهی است. در صورت بروز اختلاف، دسترسی مستقیم سرمایه‌گذار به یک نهاد بین‌المللی مؤثر میسر می‌شود و امکان مراجعه به داوری، یک عنصر مهم در تأمین امنیت حقوقی برای سرمایه‌گذاری است. مزایای آن برای دولت میزبان، دوچندان است: دولت میزبان به‌واسطه فراهم‌آوردن امکان داوری، محیط سرمایه‌گذاری خود را بهبود بخشیده و احتمال جذب سرمایه‌گذاری را بیشتر می‌کند.^{۱۰}

حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی استانداردهایی را تعیین می‌کند که کشورها باید با سرمایه‌گذاران خارجی بر اساس آنها رفتار کنند. این استانداردها شامل حقوق ماهوی و رویه‌ای و از همه مهم‌تر، گزینه‌ای برای سرمایه‌گذاران خارجی جهت طرح دعوی از کشور میزبان خود در دادگاهی مستقل از آن کشور، از طریق داوری معاهدات سرمایه‌گذاری است. این سازوکار حل اختلاف که به حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت معروف است، در دو دهه گذشته رونق یافته و به پیشرفت‌های چشمگیری در حقوق بین‌الملل کمک کرده است. در عین حال، تقصیرهای این سیستم نیز آشکار شده و کشورها را بر آن داشته است تا از طریق فرآیندهای اصلاحات قانونی - در سطوح دوجانبه، منطقه‌ای و جهانی - به آنها بپردازند. از همه مهم‌تر، از سال ۲۰۱۷، کشورها در اصلاحات چندجانبه حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت که تحت نظارت کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (از این به بعد در این مقاله آنسیترال نامیده می‌شود) در حال انجام است، شرکت کرده‌اند. این اصلاحات، تنش‌های متعددی را در داخل و خارج از سیستم و همچنین چالش‌های ناشی از طراحی و عملکرد قانونی حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی آشکار کرده است. این مسائل در اصل مربوط به جنبه‌های مختلف حاکمیت قانون است که بر این اساس به عنوان یک هدف هنجاری اصلاحات عمل می‌کند.

۳. سیاست‌های حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی

رژیم حاکم با سرمایه‌گذاری بی‌المللی بر پایه بیش از سه هزار معاهده سرمایه‌گذاری است و همین موضوع چندپارگی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را در پی داشته و از جمله موجب شده است سرمایه‌گذاران بین‌المللی به بهره‌برداری از امتیاز موجود در معاهده فیما بین کشورهای پذیر با کشورهای ثالث که احیاناً مزایای مطلوبتری دارد، ترغیب شوند و به ویژه از منظر سازوکار حل و فصل اختلافات در جستجوی معاهده مطلوب تری باشند تا از حمایت‌ها و امتیازات مندرج در آن به نفع خود استفاده کنند.^{۱۱}

منافع ایدئولوژیک و ژئوپلیتیکی اساسی و تنش‌های ناشی از آن وجود دارد که توسعه مقررات سرمایه‌گذاری بین‌المللی را هدایت کرده است، اما امروزه نیز به همان اندازه وجود دارد. دوره اولیه تحت سلطه اختلاف نظر در مورد حداقل استاندارد رفتار (MST) سرمایه‌گذاری‌های خارجی تحت حقوق بین‌الملل عرفی (CIL) بود که به عنوان واکنشی به تلاش‌های ایالات متحده برای تسلط اقتصادی در آمریکای لاتین پدیدار شد. پس از استعمارزدایی، اختلاف نظر در مورد سطح استانداردهای حفاظتی مناسب همچنان بر بحث غالب بود، اکنون در یک زمینه جهانی‌تر. در راستای جهان دو قطبی جنگ سرد، شبکه‌ای از معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه (BIT) بین کشورهای در حال توسعه واردکننده سرمایه که از رویکرد اقتصاد

^۹ . Ivana Damjanovic, The Reform of International Investment Law: Whose Rule of Law? European Journal of Risk Regulation, Volume 15, Special Issue 3: Special Issue on the Evolving Nature of the Rule of Law in International Economic Law, September 2024, pp. 524 - 540

^{۱۰} . سید نصرالله ابراهیمی، سجاد سلطانزاده، مفهوم سرمایه‌گذاری در رویه داوری مرکز حلوفصل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی، مجله حقوقی بین‌المللی / شماره

۰۵/ بهار - تابستان ۱۳۹۳ ص ۸۰

^{۱۱} . میر محمدی، سید مصطفی، خمیسی زاده، مهران. پدیده معاهده‌گزینی و حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی

دانشگاه تهران، ۱۴۰۰؛ ۱۴۰۱ (۳): ۹۵۱-۹۷۱

تحت کنترل دولت حمایت می‌کردند و اقتصادهای سرمایه‌داری کشورهای توسعه‌یافته صادرکننده سرمایه پدیدار شد. سرمایه‌گذاران غربی از فقدان حفاظت مؤثر می‌ترسیدند، در حالی که کشورهای در حال توسعه نگران بودند که کشورهای غربی از طریق فعالیت‌های اقتصادی سرمایه‌گذاران خود، حاکمیت دولتی آنها را تضعیف کنند. مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) در واشنگتن به منظور ارائه یک مجمع بی‌طرف و غیرسیاسی برای حل اختلافات بالقوه سرمایه‌گذاری تأسیس شد، که در اصل بیانگر رویکرد حاکمیت قانون به حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در حقوق بین‌الملل است.^{۱۲} این مرکز با اهمیت دادن به روش خاص داوری به عنوان روش حل اختلافات سرمایه‌گذاری، در واقع با رویکردی سخاوتمندانه به اراده طرفین به برقراری توازن میان منافع در کشور میزبان و سرمایه‌گذار خارجی، از طریق شناسایی تضمین‌های حقوقی مناسب به جلب اعتماد محسوس‌تری پرداخته است.^{۱۳}

پس از سقوط کمونیسم و با ظهور جهانی شدن و تجارت آزاد، لایه‌ای دیگر از پیچیدگی به آن اضافه شده است. حاکمیت اقتصادی جهانی جدید به معنای ادغام اقتصادی نزدیک‌تر بین کشورهای با توسعه اقتصادی متفاوت بود. شکاف بین کشورهای واردکننده و صادرکننده سرمایه کم‌رنگ شد، زیرا اکنون بسیاری از کشورها هر دو عملکرد را انجام می‌دهند. علاوه بر این، نخبگان فراملی و سرمایه خصوصی فعال در بازارهای جهانی به عنوان بازیگران مهم ظهور کردند. نظم جهانی لیبرال جدید، علیرغم مزایای اقتصادی متنوع آن، باعث رشد حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی شده است.^{۱۴} در نهایت، این امر منجر به شکاف‌های داخلی و در نتیجه، پوپولیسم شده است که بر تجارت خارجی و سیاست‌های سرمایه‌گذاری تأثیر می‌گذارد. مجموعه‌ای از بحران‌های جهانی مختلف - از مالی گرفته تا وجودی، باعث افزایش مداخله‌گرایی دولت‌ها در بازارها شد و تنها طرفداران (سرمایه‌گذاران خارجی، متخصصان داوری) را در مورد اهمیت قانونی سیستم حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت که قصد محدود کردن اختیارات خودسرانه دولت‌ها را دارد، متقاعد کرد. از سوی دیگر، مخالفان (جامعه مدنی غیرتجاری) بر تأثیر تضعیف‌کننده حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت بر حاکمیت قانون داخلی - در درجه اول در تضعیف دسترسی و اقتدار دادگاه‌های داخلی - تأکید کرده‌اند. ظهور داوری معاهدات سرمایه‌گذاری، نه تنها به دلیل غرامت‌های مالی هنگفت، بلکه به دلیل افزایش محدودیت‌ها در اختیارات نظارتی دولت - که به اصطلاح "سرمایه‌گذاری نظارتی" نامیده می‌شود - آگاهی دولت‌ها را از پیامدهای منفی احتمالی معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی به همراه داشت.^{۱۵}

بحث تغییرات اقلیمی و گذار انرژی تنها اختلافات را تشدید کرده و بُعد ایدئولوژیک جدیدی به این بحث بخشیده است. از یک سو، حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت می‌تواند از سرمایه‌گذاری بسیار مورد نیاز سرمایه خصوصی در گذار انرژی پاک محافظت کند؛ از سوی دیگر، این یک محدودیت کلیدی برای حذف مؤثر سرمایه‌گذاری‌های سوخت فسیلی است. معاهده منشور انرژی (ECT)، به عنوان پرمناقشه‌ترین توافقنامه سرمایه‌گذاری بین‌المللی در جهان، مخالفت با حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت را، به ویژه در اروپا، تقویت کرد.^{۱۶} نگرانی‌ها در مورد تأثیر نظارتی حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت بر سیاست‌های اقلیمی توسط سایر کشورهای توسعه‌یافته^{۱۷} و همچنین کارشناسان تغییرات اقلیمی نیز مطرح

¹² . Ivana Damjanovic, The Reform of International Investment Law: Whose Rule of Law? European Journal of Risk Regulation , Volume 15 , Special Issue 3: Special Issue on the Evolving Nature of the Rule of Law in International Economic Law , September 2024 , pp. 524 - 540

¹³ . مجتهدی، محمدرضا. درآمدی بر حقوق حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر مبنای کنوانسیون «داوری ایکسید». مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ۱۳۹۰؛ ۲(۳): ۱۷۵-۱۹۹.

¹⁴ . D W Kennedy, "Some Caution About Property Rights as a Recipe for Economic Development" (2011) 1 Accounting Economics and Law 1

¹⁵ . L N Skovgaard Poulsen and E Aisbett, "When the Claim Hits: Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning" (2013) 65

¹⁶ . European Commission, "Proposal for a Council decision on the withdrawal of the Union from the Energy Charter Treaty" COM (2023) 447 final, 7 July 2023.

¹⁷ . رای مثال، در اواخر سال ۲۰۲۲، دولت جدید استرالیا اعلام کرد که ISDS را در هیچ توافق‌نامه تجاری جدیدی لحاظ نخواهد کرد، به احتمال زیاد با هدف کاهش ادعاهای احتمالی مربوط به سیاست‌های مداخله در بازار گاز برنامهریزی شده‌اش.

است. این فشار قوانین بین‌المللی (به عنوان مثال تعهدات توافقنامه پاریس ۲۰۱۵)^{۱۸}، هدف بی‌طرفی اقلیمی و هزینه برای کشورهای توسعه‌یافته است که در نهایت ممکن است جریان را علیه قانون سرمایه‌گذاری بین‌المللی تغییر دهد.^{۱۹}

در عین حال، با توجه به درگیری‌های مسلحانه مختلفی که در نقاط مختلف جهان در حال وقوع یا نزدیک شدن به وقوع است، قانون سرمایه‌گذاری بین‌المللی می‌تواند بار دیگر در جداسازی اختلافات اقتصادی از سیاست بین‌الملل مؤثر واقع شود، در حالی که به طور معکوس، آنها را سیاسی نیز می‌کند. از سال ۲۰۱۴، سرمایه‌گذاران اوکراینی از دعاوی داوری بین‌المللی علیه روسیه برای جبران خسارات ناشی از اشغال غیرقانونی کریمه استفاده کرده‌اند، البته نه بدون جنجال در مورد دامنه سرزمینی توافق‌نامه‌های سرمایه‌گذاری روسیه.^{۲۰} همچنین پیشنهاد شده است که دارایی‌های تحریم‌شده روسیه که در کشورهای غربی مسدود شده‌اند، می‌توانند برای اجرای احکام سرمایه‌گذاری مورد استفاده قرار گیرند. در عین حال، به نظر می‌رسد روسیه نیز در حال بررسی چگونگی استفاده از سازوکارهای قانون سرمایه‌گذاری بین‌المللی برای دسترسی به وجوه مسدود شده خود در خارج از کشور است.^{۲۱}

نمونه‌های اخیر همچنان نشان‌دهنده ماهیت دوگانه قانون سرمایه‌گذاری بین‌المللی به عنوان دشمن و دوست سیاست بین‌الملل است. از یک سو، هدف غیرسیاسی‌سازی حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی در نهایت به برداشت‌ها و دیدگاه‌های بازیگران مختلف شرکت‌کننده در رژیم (یعنی کشورهای میزبان و مبدأ، سرمایه‌گذار یا خود فرآیند حل اختلاف) بستگی دارد، به‌ویژه در شرایط مدرن.^{۲۲} از سوی دیگر، وجود یک فرآیند بی‌طرف برای حل و فصل اختلافات سیاسی، به سطح خاصی از غیرسیاسی‌سازی دست یافته و اختلافات سرمایه‌گذاری را از اعمال حمایت دیپلماتیک، به‌ویژه در زمینه ایکسید، منحرف کرده است.^{۲۳}

۴. حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی در نظم حقوقی بین‌المللی

علاوه بر مجموعه پیچیده سیاسی از روابط بین بازیگران مختلف، که قرار است قانون در یک سیستم مبتنی بر حاکمیت قانون، آنها را به هم پیوند دهد، رژیم سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز در معرض تنش‌های حقوقی مختلفی است که حاکمیت قانون را در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی تضعیف می‌کند، یا حداقل می‌توان آن را تضعیف‌کننده حاکمیت قانون در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی دانست.^{۲۴} بیش از ۲۵۰۰ معاهده سرمایه‌گذاری مختلف که در حال اجرا هستند، توسط صدها دادگاه موقت تفسیر می‌شوند، بدون هیچ ساز و کار تجدیدنظر که بتواند صحت و ثبات آرای سرمایه‌گذاری را بررسی کند. به عنوان یک قاعده کلی، هیچ سیستم سابقه قضایی در حقوق بین‌الملل وجود ندارد. در حالی که داوران بر لزوم بررسی صحیح پرونده‌های قبلی به عنوان «وظیفه اخلاقی» خود در ایجاد یک محیط هنجاری قابل پیش‌بینی تأکید می‌کنند و دادگاه‌ها تمایل خود را برای تلقی احکام قبلی به عنوان شواهد قانع‌کننده ابراز می‌کنند. رویه، قطعیت حقوقی را تضمین نکرده است. چندپارگی یکی از ویژگی‌های برجسته حقوق

¹⁸ . O Quirico, "From Investment Protection to Sustainability (via a Multilateral Investment Court): The EU and a New Universal Model for Investment Agreements?" in O Quirico and K K Williams, *The European Union and the Evolving Architectures of International Economic Agreements* (Springer 2023) pp 57–73.

¹⁹ . Climate Change 2022, Mitigation of Climate Change," Working Group III contribution to the IPCC Sixth Assessment Report (4 April 2022), 2433, 2442, 2582, and OECD, "Investment Treaties and Climate Change," Public Consultation, Compilation of Submissions (13 April 2022).

²⁰ . T Ackermann and S Wuschka, "The Applicability of Investment Treaties in the Context of Russia's Aggression against Ukraine" (2023) 38(2) ICSID Review – Foreign Investment Law Journal 453

²¹ . E Chang, "Lawfare in Ukraine: Weaponizing International Investment Law and Law of Armed Conflict Against Russia's Invasion" (2022) Institute for National Strategic Studies, Strategic Perspectives No. 39.

²² . M Paporinskis, "The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration" (2010) 3 Select Proceedings of the European Society of International Law 271. See further discussion on substantive rule of law, *infra*, Section III.1.

²³ . U Kriebaum, "Evaluating Social Benefits and Costs of Investment Treaties: Depoliticization of Investment Disputes" (2018) 33(1) ICSID Review 14. See also J E Viñuales, "Experiments in International Adjudication, Past and Present" in I de la Rasilla and J E Viñuales (eds), *Experiments in International Adjudication: Historical Accounts* (Cambridge, CUP 2023) pp 19–22.

²⁴ . اینجاست که می‌توان بین مشروعیت (اعم از هنجاری و جامعه‌شناختی) به عنوان یک مفهوم سیاسی - مربوط به اختیار حکومت و برداشت‌ها از این اختیار، و

قانونیت به عنوان یک مفهوم حقوقی - مربوط به اعتبار مبنای قانونی برای اختیار حکومت، که ذیل مفهوم محدود حاکمیت قانون قرار می‌گیرد، تمایز قائل شد.

اگرچه هر دو مفهوم تمایز هستند، اما با هم همپوشانی دارند و بنابراین برای اصلاح ISDS مرتبط هستند.

سرمایه‌گذاری بین‌المللی است و ناهماهنگی آن یک مشکل مهم است. با این حال، این نگرانی‌ها تأثیر گسترده‌تری بر حاکمیت قانون بین‌المللی نیز دارند.^{۲۵}

ساز و کار حل اختلاف حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی همچنین مشکل گسترده‌تر چندپارگی در حقوق بین‌الملل را تشدید کرده است، به طوری که تعارضات هنجاری و قضایی بین زیرشاخه‌ها یا «رژیم‌های» مختلف حقوق بین‌الملل افزایش یافته است. این اختلافات در رابطه با قانون اتحادیه اروپا، با اختلاف نظر در صلاحیت رسیدگی به اختلافات سرمایه‌گذاری درون اتحادیه اروپا بین دادگاه‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری و دیوان دادگستری اتحادیه اروپا (CJEU)، آشکارترین بوده است. با این حال، آنها همچنین در رابطه با حقوق بین‌الملل عمومی و سایر رژیم‌ها (مانند حقوق محیط زیست، حقوق بشر، حقوق تجارت، حقوق و غیره) همچنان ادامه دارند و انسجام حقوق بین‌الملل و در نتیجه حاکمیت قانون را تضعیف می‌کنند. چندپارگی را می‌توان به مسئله کلی‌تر تخصص‌گرایی مرتبط دانست که با جهانی شدن و حرکت از حقوق بین‌الملل دولت‌محور همزمان شده است و تصویری از دگرذیسی حقوق بین‌الملل از سیاسی به حقوق ظاهراً غیرسیاسی و فنی را ایجاد می‌کند.^{۲۶}

سوگیری رشته‌ای مرتبط با تخصص در حقوق بین‌الملل، منحصر به حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیست. با توجه به قوانین نامحدود حقوق بین‌الملل مدرن، قوانین در یک زیرشاخه خاص به ابزاری برای خود رشته تبدیل شده‌اند که با نحوه درک نهاد مربوطه از مأموریت آن تعیین می‌شود.^{۲۷} با این حال، در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، این موضوع به دلیل ماهیت خاص آن پیچیده‌تر می‌شود. آیا این یک رژیم حقوق عمومی است یا حقوق خصوصی؟ از یک سو، به رابطه بین فرد (سرمایه‌گذار خارجی) و دولت می‌پردازد که به عنوان حوزه حقوق عمومی طبقه‌بندی می‌شود و از اهمیت کلاسیک برای حاکمیت قانون برخوردار است. در عین حال، حل و فصل اختلافات از داوری تجاری گرفته شده است که یک ساز و کار حقوق خصوصی برای حل و فصل اختلافات است. در نتیجه، این رژیم با تنش بین منافع خصوصی و عمومی مشخص می‌شود، که معمولاً در حقوق اداری دیده می‌شود. بنابراین، داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی به عنوان محصول «آزمایش‌های» تاریخی در نظر گرفته شده است که به تکامل حقوق بین‌الملل از یک سیستم دولت‌محور به یک رژیم بین‌المللی برای حمایت از حقوق خصوصی، مبتنی بر حقوق بین‌الملل عمومی، کمک کرده است. بنابراین، رسیدگی به چنین زمینه نظارتی پیچیده‌ای نیازمند رویکردهای حقوقی متنوع است.^{۲۸}

با این حال، داوران سرمایه‌گذاری بین‌المللی عمدتاً از پیشینه حقوق خصوصی می‌آیند. این حوزه به دلیل عملکرد به عنوان یک مجموعه کوچک از افراد بسیار تأثیرگذار و قدرتمند با نقش‌های قابل تعویض (داور، مشاور حقوقی، شاهد متخصص، دبیر دادگاه) که گاهی اوقات حتی به طور همزمان انجام می‌شوند - «دوگانه‌کاری» (نامطلوب) - مورد انتقاد قرار گرفته است. علاوه بر این، اکثر داوران از شمال جهان هستند، در حالی که اکثر کشورهای پاسخ‌دهنده از جنوب جهان یا اقتصادهای در حال گذار در چارچوب اروپا هستند. بنابراین، این حوزه فاقد تنوع لازم برای درک صحیح ظرافت‌های فرهنگی حقایق حقوقی، به ویژه هنگامی که مربوط به قوانین داخلی هستند، می‌باشد.^{۲۹} بنابراین، تحقیقات تجربی ضمن درک نیاز به تخصص خاص، سوالات متفاوتی را در رابطه با بی‌طرفی داوران و مناسب بودن این رشته برای رسیدگی به مسائل مهم مورد علاقه عموم مطرح می‌کند.

با توجه به طراحی داوری معاهدات سرمایه‌گذاری، چندپارگی، مشکل دیگری به نام سوگیری نهادی را ایجاد می‌کند. سوگیری نهادی مربوط به تفسیر مفاد معاهدات مربوط به صلاحیت دادگاه (رسیدگی‌های موازی، خرید معاهدات، خرید از انجمن) است. استدلال شده است که داورانی که به صورت موردی منصوب می‌شوند، ذاتاً از نظر مالی در اتخاذ تفسیر گسترده‌تر از معاهدات ذینفع هستند که می‌تواند صنعت حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-

²⁵ . Ivana Damjanovic, *The Reform of International Investment Law: Whose Rule of Law?* European Journal of Risk Regulation, Volume 15, Special Issue 3: Special Issue on the Evolving Nature of the Rule of Law in International Economic Law, September 2024, pp. 524 - 540

²⁶ . G Kaufmann-Kohler, "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?" (2007) 23 Arbitration International 357, 374.

²⁷ . G Van Harten and M Loughlin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law" (2006) 17 European Journal of International Law 121, 143.

²⁸ . Ivana Damjanovic, *The Reform of International Investment Law: Whose Rule of Law?* European Journal of Risk Regulation, Volume 15, Special Issue 3: Special Issue on the Evolving Nature of the Rule of Law in International Economic Law, September 2024, pp. 524 - 540

²⁹ . M Langford, D Behn and R Hilleren Lie, "The Revolving Door in International Investment Arbitration" (2017) 20 Journal of International Economic Law 301

دولت را تحریک کند.^{۳۰} در حالی که مطالعات تجربی بی‌نتیجه باقی مانده‌اند، از منظر هنجاری، ویژگی‌هایی از این سیستم وجود دارد که استقلال نهادی آن را زیر سوال می‌برد: ساختار ادعاهای نامتقارن که فقط به سرمایه‌گذاران اجازه می‌دهد تا دادرسی را آغاز کنند، استقلال طرفین در انتصابات داوری و تضاد منافع مرتبط. هم استقلال از عوامل خارجی (و سوگیری نهادی مرتبط) و هم بی‌طرفی از عوامل داخلی (و سوگیری انضباطی مرتبط) پتانسیل تضعیف انصاف رویه‌ای (قاعده عدم سوگیری) و در نتیجه حاکمیت قانون را دارند.

در نهایت، باز بودن و به ویژه شفافیت نقش کلیدی برای حاکمیت قانون ایفا می‌کند و بررسی و پاسخگویی سیستم را به عموم تضمین می‌کند. آنها امکان ارزیابی اجرای قوانین توسط دادگاه را به شیوه‌ای منصفانه و بی‌طرفانه فراهم می‌کنند. محرمانه بودن داوری معاهدات سرمایه‌گذاری، جنبه کلیدی انتقاد عمومی از حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت بوده است که به عنوان ترویج «سیستم عدالت خصوصی برای شرکت‌های جهانی» تلقی می‌شود.^{۳۱} بنابراین، شفافیت و گشودگی بیشتر، هدف تعدادی از اصلاحات، در سطح قوانین رویه‌ای و در توافقنامه سرمایه‌گذاری بین‌المللی جدید بوده است. در حالی که قوانین جدید بهبودهایی را به همراه داشته‌اند، این فرآیند همچنان توسط طرفین کنترل می‌شود و به صلاحدید دادگاه‌ها وابسته است و منافع طرفین اختلاف را بر منافع مشارکت عمومی در این فرآیند ترجیح می‌دهد. دسترسی به عدالت در درجه اول بر امکان استفاده بیشتر از سیستم توسط شرکت‌های کوچک و متوسط (SMEs) متمرکز است، از جمله از طریق بهبود بودجه بحث‌برانگیز شخص ثالث^{۳۲}، اما دسترسی به سیستم برای سایر طرفین (به عنوان مثال ذینفعان داخلی) که ممکن است در دادرسی‌ها ذینفع باشند، تا حد زیادی محدود است. پیشنهادهای اصلاح تدریجی که حاکمیت قانون در داوری معاهدات سرمایه‌گذاری را افزایش می‌دهند، بسیار زیاد و در حال انجام هستند. نگرانی‌های شناسایی شده در مورد اصلاحات آنسیترال، منطبق محدود حاکمیت قانون این اصلاحات را نشان می‌دهد که بر جنبه‌های رویه‌ای حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت تمرکز دارد، نه اصلاح جامع‌تر قانون سرمایه‌گذاری بین‌المللی^{۳۳}. در سطوح دوجانبه و منطقه‌ای، کشورها در تلاشند تا معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری قدیمی خود را به‌روزرسانی کنند، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری مدل «مدرن» را معرفی کنند و نسل جدیدی از توافق‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی (توافقنامه سرمایه‌گذاری بین‌المللی) را منعقد کنند و دوباره به صورت تدریجی، به دنبال بهبود قوانین ماهوی و رویه‌ای قانون سرمایه‌گذاری بین‌المللی باشند و تنها در برخی موارد، حمایت‌های ارائه شده به سرمایه‌گذاران خارجی را به طور قابل توجهی محدود کنند. در اصل، این رویکردهای مختلف به اصلاحات، دیدگاه‌های متفاوتی را در مورد حاکمیت قانون در قانون سرمایه‌گذاری بین‌المللی نشان می‌دهند که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

۵. دیدگاه‌های حاکمیت قانون در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی

با توجه به ماهیت نظام حقوقی بین‌المللی، که اغلب توسط پوزیتیویست‌های حقوقی و واقع‌گرایان سیاسی از طریق دیدگاه انطباق مورد انتقاد قرار می‌گیرد^{۳۴}، می‌توان استدلال کرد که صرف وجود یک سازوکار حل و فصل اختلاف و اجرا، از حاکمیت قانون بین‌المللی پشتیبانی می‌کند. بر این اساس، وجود حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت، در ترکیب با آرای قابل اجرا به عنوان ویژگی «اساسی» این نظام^{۳۵}، به حاکمیت قانون بین‌المللی کمک می‌کند. علاوه بر این، و همانطور که قبلاً مورد بحث قرار گرفت، حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت محافظت از حقوق خصوصی بیگانگان در برابر دخالت خودسرانه و ناروای دولت را تضمین می‌کند. به طور خاص، رفتار منصفانه و عادلانه (FET) تعدادی از اصول رسمی حاکمیت قانون (مانند ثبات، پیش‌بینی‌پذیری و ثبات، قانونی بودن، روند قانونی، محافظت در برابر تبعیض و خودسری) را به عنوان بیان الزام

³⁰ . G Van Harten, "Leaders in the Expansive and Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Descriptive Study of ISDS Awards to 2010" (2018) 29 European Journal of International Law 507

³¹ . T McDonagh, Unfair, Unsustainable, and Under the Radar: How Corporations Use Global Investment Rules to Undermine a Sustainable Future (The Democracy Center 2013) p 8

³² . Draft provision 21 in UNCITRAL, "Possible reform of ISDS: Draft provisions on procedural and cross-cutting issues" (26 July 2023) UN Doc A/CN.9/WG.III/WP.231

³³ . UNCITRAL Secretariat, "Possible reform of ISDS" (30 July 2019) UN Doc A/CN.9/WG.III/WP.166, paras. 4–8.

³⁴ . R Howse and R Teitel, "Beyond Compliance: Rethinking Why International Law Really Matters" (2010) 1(2) Global Policy 127

³⁵ . Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), "ISDS Reform, Submission by the CCIAG to UNCITRAL Working Group III" (18 December 2019) p

حاکمیت قانون در سیستم‌های حقوقی داخلی در بر می‌گیرد.^{۳۶} بنابراین، حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، حداقل در اصل، با ایده اصلی حاکمیت قانون مطابقت دارد و برتری حقوق بین‌الملل را بر قدرت خودسرانه کشورهای میزبان سرمایه‌گذاران خارجی در سیستم‌های حقوقی داخلی تضمین می‌کند.

در حالی که این موضوع مورد انتقاد است، حداقل نوعی اجماع در مورد سودمندی حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی بین کشورهای وجود دارد، زیرا آنها به "نوسازی" معاهدات خود و اصلاح حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت در آنسیرال ادامه می‌دهند. این اصلاحات به جنبه‌های مختلف حاکمیت قانون می‌پردازند و دیدگاه‌های کشورهای را در مورد اجرای این فراصل در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی نشان می‌دهند.^{۳۷}

الف. حاکمیت قانون ماهوی: «بی‌طرفی» حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی؟

در تئوری، مفهوم حاکمیت قانون به عنوان یک مفهوم رسمی (محدود، رقیق) و ماهوی (گسترده‌تر، غلیظ) درک می‌شود. مفاهیم رسمی حاکمیت قانون بر قانونی بودن رسمی قوانین در محدود کردن قدرت خودسرانه دولت، با هدف تضمین بی‌طرفی قانون، تمرکز دارند.^{۳۸} در سطح داخلی، این مربوط به سیستم مؤثر کنترل و توازن بین شاخه‌های مختلف دولت است و این سؤال را که قانون باید چه باشد، به قانونگذار و این سؤال را که قانون، همانطور که با حداقل اختیار در هر مورد خاص اعمال می‌شود، چیست، به دادگاه‌ها واگذار می‌کند. بنابراین، اعمال قوانین توسط قوه قضائیه از نظر هنجاری بی‌طرف و عینی است و به وضوح قانون را از سیاست و اقتصاد جدا می‌کند. با تکیه بر ویژگی‌های شکلی قوانین، حاکمیت قانون ماهوی، محتوای هنجاری‌های حقوقی و انطباق آنها با مفاهیمی مانند حقوق بشر و عدالت را در نظر می‌گیرد.^{۳۹} بنابراین، حاکمیت قانون در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی نه تنها به رویه‌های حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت و انطباق آنها با اصول قانونی بودن رویه‌ای، به ویژه استقلال و بی‌طرفی دادگاه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی مربوط می‌شود، همچنین ایجاب می‌کند که توافقنامه سرمایه‌گذاری بین‌المللی حداقل از قانونی بودن شکلی پیروی کنند که می‌تواند خودسری تصمیم‌گیرندگان (دادگاه‌های سرمایه‌گذاری) را در اجرای این توافق‌نامه‌ها محدود کند و بی‌طرفی قوانین را تضمین کند.

یکی از مشکلات توافقنامه سرمایه‌گذاری بین‌المللی، به ویژه توافق‌نامه‌های موسوم به نسل «قدیم»، مفاد مبهم آنهاست که به داوران اختیار گسترده‌ای برای تفسیر آنها داده بود. این امر منجر به تفسیرهای متفاوتی از مفاد معاهدات مشابه شده است که با توجه به ویژگی‌های خاص هر پرونده توجیه شده‌اند. در سیستم معاهدات متعدد و دادگاه‌های موقت، بدون سلسله مراتب مشخصی از قوانین، رویه‌های قضایی متنوع، مشکلاتی را در تعیین قاعده غالب و استثنائات ایجاد می‌کند.^{۴۰} در عین حال، ادعا می‌شود که افراد خارج از سیستم - چه وکلا و چه عموم مردم - فاقد دانش لازم برای درک صحیح قوانین و رویه‌های پیچیده هستند. بنابراین، جذب تخصص حقوقی، سیستم را می‌پوشاند و حاکمیت قانون را در جنبه‌های پیش‌بینی‌پذیری، ثبات منطقی، ثبات و قابلیت اجرای قوانین در عمل تضعیف می‌کند.^{۴۱}

با توجه به اینکه حقوق بین‌الملل به دنبال ارائه چارچوبی انعطاف‌پذیر برای همکاری است تا تعیین استانداردهای قانونی، انتقال منطق بی‌طرفی قانون به زمینه بین‌المللی دشوار است.^{۴۲}

در حوزه حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، «صحت» با صحت رویه‌ای در برابر یک مرجع بی‌طرف تضمین می‌شود، که به دنبال غیرسیاسی کردن اختلافات بین سرمایه‌گذاران خارجی و دولت‌ها است، در حالی که «هنجارمندی» به معیار قوانین قابل اجرا در این فرآیند و نتایج آنها - تصمیم دادگاه در هر مورد - اشاره دارد. بنابراین، درستی فرآیند، هنجارمندی (ماهیت) را با ادعای اعمال معیار «صحیح» بررسی رفتار یک دولت، جدا از سیاست، پنهان می‌کند. با این حال، اگر این فرآیند نتایجی (تصمیمات) جدا از زمینه اجتماعی دولت ایجاد کند، از دیدگاه آن دولت و حوزه‌های انتخابیه داخلی آن، سیاسی تلقی خواهد شد - به عنوان جانبداری به نفع، به عنوان مثال، بازیگران دولتی قدرتمندتر (دولت‌های غربی)، یا به نفع حقوق، منافع یا

³⁶ . S W Schill, "Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law" in S W Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford, OUP 2010) pp 151-82

³⁷ . *Eureka B.V. v Republic of Poland*, Partial Award (19 August 2005) para. 233

³⁸ . Lon L Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press 1969) pp 41-2

³⁹ . M H Kramer, *Objectivity and the Rule of Law* (Cambridge, CUP 2007) pp 142-4

⁴⁰ . Arato, C Brown and F Ortino, "Parsing and Managing Inconsistency in Investor-State Dispute Settlement" (2020) 21(2-3) *The Journal of World Investment and Trade* 336.

⁴¹ . Fuller's principles in Lon L Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press 1969) pp 41-42

⁴² . Koskeniemi, *supra*, n 6, pp 58-59

سرمایه خصوصی (شرکت‌های چندملیتی، حرفه حقوقی). بنابراین، صحبت از درستی، حتی اگر رویه‌ای باشد، به معنای اتخاذ موضعی هنجاری در مورد «درست» است - و این ذاتاً سیاسی است.

این موضوع ما را به سوال اصلی می‌رساند که معیار «صحیح» در حقوق بین‌الملل چیست و چه کسی باید آن را تعیین کند - دولت‌ها یا دادگاه‌های سرمایه‌گذاری؟ برای اقتصاددانان حقوق، استاندارد مناسب با توجه به دخالت دولت در عملکرد بازار تعیین می‌شود. بنابراین، نقش حاکمیت قانون، فراهم کردن حکومتداری خوب است - چارچوبی پایدار که در آن افراد می‌توانند اقدامات خود را برنامه‌ریزی کرده و انتخاب‌های خود را محقق کنند، نه اینکه دولت از طرف آنها انتخاب کند. بنابراین، آرمان ماهوی عدالت توزیعی، ناگزیر نوعی حکومت خودسرانه است که با قوانین رسمی مندرج در حاکمیت قانون ناسازگار است.

دولت باید چارچوبی قابل پیش‌بینی فراهم کند که در آن سرمایه‌گذاران بتوانند سرمایه‌گذاری‌های خود را برنامه‌ریزی کنند و با اطمینان بدانند که حقوق خصوصی آنها (مالکیت و آزادی قرارداد) در برابر اقدامات دولت محافظت و حمایت خواهد شد. توافقنامه سرمایه‌گذاری بین‌المللی^{۴۳} با به رسمیت شناختن «حق تنظیم مقررات» یک دولت به عنوان آزادی منفی و محدودیت دولت، به تضمین چنین چارچوب قانونی کمک می‌کند. داوری معاهدات سرمایه‌گذاری، سازوکاری «بی‌طرفانه» برای اجرای این حقوق فراهم می‌کند، در حالی که اتحاد نزدیک این سیستم با بانک جهانی از طریق ایکس‌اید، اثربخشی آن را تضمین می‌کند.^{۴۴}

بی‌طرفی قانون همچنین برابری قانون را به عنوان یکی از اصول اساسی حاکمیت قانون تضمین می‌کند. در حالی که قانون سرمایه‌گذاری بین‌المللی سوالاتی در مورد تبعیض معکوس - ترجیح سرمایه‌گذاران خارجی نسبت به سرمایه‌گذاران داخلی - مطرح می‌کند، این جانبداری ذاتی سیستم در خدمت حکومتداری خوب و به عنوان پیش‌شرط رشد کلی اقتصادی قابل قبول است. ترویج آن غیرسیاسی تلقی می‌شود زیرا به «اعمال قوانین به جای ماهیت آنها» می‌پردازد. بر این اساس، این نوع «حکمرانی» که «حکومت» رسمی و پاسخگویی دموکراتیک آن را با تفویض اختیار رسمی به ساختارهای بین‌المللی به صورت دوپهلوی جایگزین می‌کند، یک استثنای موجه از اصل برابری رسمی است.^{۴۵}

با توجه به مفاد گسترده توافقنامه سرمایه‌گذاری بین‌المللی، که از طریق آن کشورها به طور مؤثر وظایف «قانون‌گذاری» و تعیین استاندارد را به دادگاه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی به عنوان تصمیم‌گیرنده واگذار کرده‌اند، اکنون کشورها در حال انجام اقداماتی برای معکوس کردن این روند هستند. توافقات اخیر دارای مفاد خاص‌تری هستند که حقوق سرمایه‌گذاران و انواع مختلفی از مفاد را با هدف حفاظت از منافع عمومی تعریف می‌کنند به عنوان مثال بندهای حق تنظیم^{۴۶}، بندهای حذف شده، اشاره به تعهدات قانون نرم مسئولیت اجتماعی شرکت‌ها (CSR)، بنابراین به دنبال تضمین تعادل بهتر خصوصی-عمومی در بندهای ماهوی هستند. انواع دیگر بندها بر محدود کردن یا حذف دسترسی قضایی به حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت مثلاً وظیفه رعایت قوانین کشور میزبان^{۴۷}، ادعاهای بی‌اساس، فساد یا سایر سوءاستفاده‌های فرآیندی، و افزایش

^{۴۳} یک توافقنامه سرمایه‌گذاری بین‌المللی (IIA) نوعی معاهده بین کشورها است که به مسائل مربوط به سرمایه‌گذاری‌های فرامرزی می‌پردازد، معمولاً با هدف حفاظت، ترویج و آزادسازی چنین سرمایه‌گذاری‌هایی. اکثر IIAها سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی (FDI) و سرمایه‌گذاری پرتفوی را پوشش می‌دهند، اما برخی از آنها مورد دوم را مستثنی می‌کنند. کشورهایی که IIAها را منعقد می‌کنند، خود را متعهد به رعایت استانداردهای خاص در مورد نحوه برخورد با سرمایه‌گذاری‌های خارجی در قلمرو خود می‌کنند. IIAها در صورت عدم رعایت این تعهدات، رویه‌هایی را برای حل اختلافات تعریف می‌کنند.

^{۴۴} World Bank, "Disputes over Defaults on External debt, Expropriation, and Breach of Contract" (July 2001) Operational Manual OP 7.40, para. 5

^{۴۵} Koskenniemi, supra, n 6, p 321; W E Scheuerman, "Economic Globalization and the Rule of Law" (1999) 6 Constellations 3, 5

^{۴۶} Art 8.9.1 CETA; Arts G-14 (environmental measures) and G-15 (energy regulatory measures) modernised Canada-Chile FTA; Art 32.1 Indian Model BIT 2015; Art 23 Nigeria-Morocco BIT; Arts 21 and 22 SADC Model BIT 2012

^{۴۷} Art 7(1), Dutch Model BIT 2018; Arts 10 (Common Obligation against Corruption) and 11 (Compliance with Domestic Law), SADC Model BIT 2012.

فرصت‌های دولت برای استفاده از دفاعیات و دعاوی متقابل تمرکز دارند.^{۴۸} با این حال، این پیشرفت‌ها هنوز اشخاص ثالث آسیب‌دیده را بدون هیچ گونه راه حل رویه‌ای تحت حقوق بین‌الملل رها می‌کنند و تبعیض ذاتی سیستم بین‌المللی و سرمایه‌گذاران خارجی را برطرف نمی‌کنند.^{۴۹} مسئله دیگر، اثربخشی این تلاش‌های اصلاحی با توجه به شیوه پراکنده عملکرد سیستم است. مطالعات جدید نشان می‌دهد که دادگاه‌ها همچنان معاهدات جدید را مانند معاهدات قدیمی تفسیر می‌کنند، و در برخی موارد، ناکافی بودن سیاست‌های عمومی برای حذف مسئولیت دولت‌ها در قبال جبران خسارت را نشان می‌دهند. تلاش برای اصلاح تفاسیر دادگاه‌ها که از نیات، ارزش‌ها و اهداف دولت‌ها پس از وقوع - از طریق اظهارات تفسیری - منحرف می‌شوند، نیز محدودیت‌هایی دارد. در برخی موارد، دادگاه‌ها حاضر به پذیرش آنها نبوده‌اند، در حالی که در موارد دیگر، ممکن است برای کشورها دشوار باشد که بر سر تفسیری خاص تر توافق کنند، که در اصل مربوط به همان اختلافاتی است که ایجاد حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت سعی در رفع آنها داشت.

ب. حاکمیت رویه‌ای قانون: توازن قدرت از طریق تغییر الگو؟

با توجه به دشواری سیاسی رسیدگی به عدم تعادل‌های ماهوی حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، سوال بعدی این است که آیا اصلاح سازوکار حل اختلاف آن می‌تواند کلید تقویت حاکمیت قانون باشد. حتی بیشتر از آن، آیا تغییر الگو - از داوری به دادگاه - می‌تواند به طور مؤثرتری به این مشکل رسیدگی کند؟

اصلاح رویه‌ای می‌تواند با اجرای برجسته‌تر اصول عدالت طبیعی - انصاف رویه‌ای (روند قانونی) و قاعده عدم تعصب (nemo iudex in causa sua) حاکمیت قانون را در مدیریت سرمایه‌گذاری بین‌المللی تقویت کند. الزامات رویه‌ای حاکمیت قانون نیز ماهیت نهادی دارند: دادگاهی با قضاتی که استقلال آنها از نفوذ سیاسی تضمین شده است؛ رویه‌ها، استدلال و تصمیمات آن در معرض بررسی عمومی قرار دارد؛ و روش‌های قانونی که به طور مداوم‌تری اجرا می‌شوند، می‌توانند تعادل بهتری بین منافع مختلف، به ویژه بین حقوق سرمایه‌گذاران خارجی و اهداف سیاست عمومی، تضمین کنند. حاکمیت قانون تقویت شده به نوبه خود می‌تواند منجر به مشروعیت بیشتر نیز شود. با طراحی نهادی مناسب، این سیستم شاید بتواند عادلانه‌تر شود، در حالی که حداقل توسط برخی از ذینفعان، عادلانه‌تر نیز دیده می‌شود.

انگیزه رسیدگی به اختلافات حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت از سال ۲۰۱۷، اصلاحات چندجانبه در UNCITRAL را هدایت کرده است، با ماموریت گسترده‌ای که به گروه کاری سوم آن داده شده است تا نگرانی‌ها را شناسایی کرده و توصیه‌های مناسب را تدوین کند.^{۵۰} محدودیت اصلی این فرآیند، تمرکز اصلی آن بر جنبه‌های رویه‌ای حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت است، و مسائل مشترک (مانند پیشگیری از اختلاف، اتمام راه‌حل‌های محلی، مشارکت شخص ثالث؛ دعاوی متقابل؛ آرامش نظارتی؛ و محاسبه خسارات) دارای اهمیت فرعی هستند و فقط در مواردی که با مسائل رویه‌ای تلافی می‌کنند، به آنها توجه کافی نمی‌شود، بنابراین در کل توجه کافی به آنها نمی‌شود. از آوریل ۲۰۱۹، این اصلاحات وارد مرحله نهایی سوم خود شده است، با تعدادی از گزینه‌های اصلاحی که قرار است به صورت پلکانی برای «تصویب اصولی» به کمیسیون آنسیترال ارائه شوند.^{۵۱} انعطاف‌پذیری و اجماع، اصول راهنمای این اصلاحات بوده‌اند. با هدف ادغام کار مداوم سازمان‌های بین‌المللی مربوطه و «اجازه دادن به هر کشور برای انتخاب اینکه آیا و تا چه حد مایل به اتخاذ راه‌حل(های) مربوطه است».

در حالی که روند اصلاحات آنسیترال در حال انجام است و قرار است تا پایان سال ۲۰۲۵ به پایان برسد، واضح است که حفظ داوری همچنان روش ترجیحی حل و فصل اختلافات در این زمینه است. هدف از فرآیند اصلاحات، ایجاد یک چارچوب چندجانبه است که به اندازه کافی قوانین مختلف را

^{۴۸} . دعاوی متقابل عمدتاً به دلیل فقدان تعهدات متقابل برای سرمایه‌گذاران در قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی (برخلاف چنین تعهداتی در قراردادهای

سرمایه‌گذاری یا قوانین داخلی، هنگامی که در یک قرارداد سرمایه‌گذاری بین‌المللی گنجانده می‌شوند) ناموفق بوده‌اند.

^{۴۹} . دعاوی اشخاص ثالث علیه سرمایه‌گذاران خارجی باید در نظام‌های حقوقی داخلی و طبق قانون داخلی پیگیری شود و نمی‌تواند به عنوان دعاوی متقابل مطرح شود.

^{۵۰} . UNGA "Report of the United Nations Commission on International Trade Law Fiftieth session" (July 2017) UN Doc A/72/17

^{۵۱} . UNCITRAL Secretariat, "Workplan to implement ISDS reform and resource requirements" (17 March 2021), UN Doc A/CN.9/WG.III/WP.206

همانگ کند، در حالی که به کشورها انعطاف‌پذیری برای انتخاب گزینه‌هایی که بیشتر مناسب آنهاست، می‌دهد.^{۵۲} جنبه‌های اصلی این اصلاحات شامل بهبود جنبه‌های مختلف رویه، پرداختن به پاسخگویی داوران از طریق یک آیین‌نامه رفتاری، و ایجاد یک مرکز مشاوره چندجانبه است.^{۵۳} به عنوان بخشی از این چارچوب گسترده‌تر، کشورها می‌توانند رویکردی جاه‌طلبانه‌تر را انتخاب کنند و به نهادهای جدید، مانند سازوکار تجدیدنظر با دآوری در وهله اول - با حمایت چین، و یک دادگاه سرمایه‌گذاری چندجانبه - (MIC) با حمایت اتحادیه اروپا، بپیوندند.

در حالی که در ابتدا بسیار سیاسی شده بود، در دوره پس از کووید-۱۹، این فرآیند وارد مرحله بحث‌های فنی شده است که برای آنسیترال معمول‌تر است، با این حال هنوز هم مشکلاتی در دستیابی به اجماع، حتی در مورد مسائلی که «غیرساختاری» و ضروری تلقی می‌شوند، نشان می‌دهد. آیین‌نامه رفتار، پس از تقریباً یک سال تأخیر، در ممنوعیت «تضاد مضاعف»^{۵۴} و ارائه سازوکار اجرایی که در ابتدا به عنوان یکی از اجزای کلیدی آیین‌نامه پیش‌بینی شده بود، کوتاهی می‌کند. در حال حاضر، و تا زمانی که در یک سند چندجانبه در مورد اصلاحات حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت گنجانده شود، این آیین‌نامه علاوه بر ابزارهای موجود، به صورت داوطلبانه اعمال خواهد شد. این امر به پیچیدگی و چندپارگی در این زمینه می‌افزاید، اما همچنین رویکردی تدریجی و بده‌بستانی به اصلاحات را نشان می‌دهد که بعید است تغییر عمیق‌تری در سیستم ایجاد کند. در مقابل این رویکرد، اتحادیه اروپا چیزی را پیشنهاد می‌دهد که آن را به عنوان «پاسخ سیستماتیک» به تمام نگرانی‌های شناسایی شده آنسیترال ابداع کرده است، که همچنین با تقاضای انعطاف‌پذیری مطابقت دارد. یک MIC استقلال قضایی را با یک ساز و کار تجدیدنظر ترکیب می‌کند.^{۵۵} با پیشرفت اصلاحات، این پیشنهاد خود را از سایر گزینه‌ها متمایز کرده است، به‌ویژه در رابطه با استقلال قضاتی که تمام‌وقت در یک نهاد دائمی کار می‌کنند، برخلاف داوران موقت.^{۵۶} علاوه بر این، رویکرد اتحادیه اروپا به دنبال تضمین ادغام ساز و کارهای دیگر (مانند ساز و کار تجدیدنظر دائمی) و راه‌هایی برای «گفتگو» بین طرفین معاهده است که باید کنترل بلندمدت دولت بر تفسیر توافقنامه سرمایه‌گذاری بین‌المللی‌ها را تضمین کند. به این ترتیب، اتحادیه اروپا در نظر دارد یک تفسیر قضایی معتبر واحد را تضمین کند، که در نهایت منجر به سازگاری بیشتر می‌شود، در عین حال ساز و کارهایی را برای رسیدگی به موقیعت‌هایی که تفسیر دادگاه از اثرات مورد نظر دولت از مفاد معاهده «منحرف» می‌شود، فراهم می‌کند. دیدگاه اتحادیه اروپا در مورد استقلال، استقلال طرف‌های خصوصی را به عنوان عنصر اصلی سیستم سنتی حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت کاهش می‌دهد، در حالی که به دنبال تضمین استقلال MIC جدید از کشور میزبان، مطابق با روایت تثبیت‌شده حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت است. کار دادگاه بیشتر در معرض بررسی عمومی است، با هدف تغییر روایت حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت از یک سیستم قضایی خصوصی فراملی مخفی به یک دادگاه بین‌المللی متخصص برای اختلافات سرمایه‌گذاری. این دیدگاه اتحادیه اروپا از حاکمیت قانون در قالب یک دادگاه، به قلب دآوری به عنوان عنصر تعیین‌کننده حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت می‌رود و ویژگی حقوق خصوصی دآوری معاهدات سرمایه‌گذاری را به سمت یک الگوی حقوق عمومی در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی تغییر می‌دهد. هیچ گزینه اصلاحی دیگری در دیدگاه خود برای افزایش شفافیت و استقلال رویه‌های حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت تا این حد پیش نمی‌رود.

این دادگاه صلاحیت رسیدگی به معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری موجود اتحادیه اروپا (که تنها تعداد کمی از آنها در حال اجرا هستند و هیچ‌کدام هنوز لازم‌الاجرا نشده‌اند) و بیش از ۱۳۰۰ کشور عضو اتحادیه اروپا (BIT) خارج از اتحادیه اروپا، که عمدتاً معاهده‌های دوجانبه قدیمی هستند، را در بر می‌گیرد. دادگاه همچنین باید سایر عناصر رویه‌ای که قبلاً در معاهدات بین‌المللی دآوری جدید اتحادیه اروپا گنجانده شده است را ادغام کند - مانند

^{۵۲} سند چندجانبه در مورد اصلاح ISDS (MIIR) - به شکل یک کنوانسیون چارچوب با پروتکل‌های اختیاری (به عنوان معاهدات جداگانه)، یا یک کنوانسیون واحد با ضماضم، یا با هر دو پروتکل و ضماضم

^{۵۳} UNCITRAL Secretariat, "Draft code of conduct for arbitrators in international investment dispute resolution and commentary" (28 April 2023) UN Doc A/CN.9/114

^{۵۴} در حالی که آیین‌نامه رفتار، دو بار استفاده از کلاه را از طریق ممنوعیت همزمان و دوره‌های استراحت تنظیم می‌کند، اختیار به طرفین اختلاف داده شده است تا از این شرایط صرف نظر کنند.

^{۵۵} UNCITRAL, "Possible reform of ISDS, Submission from the EU and its Member States" (24 January 2019) UN Doc A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, paras. 40-56

^{۵۶} اگرچه در ابتدا به عنوان بخشی از یک آیین‌نامه رفتاری در نظر گرفته می‌شد، اما در اصل، یک آیین‌نامه رفتاری جداگانه برای قضات، در کنار آیین‌نامه رفتاری داوران، تدوین و تصویب شده است.

رویگرد آن به مشاوره قبل از شروع رسیدگی اصلی، دعاوی موازی، رد مزایا، شفافیت، تأمین مالی شخص ثالث و غیره^{۵۷} و همچنین برخی دیگر از ویژگی‌های سیستم اتحادیه اروپا (به عنوان مثال انتخاب قضات دادگاه نظامی و مدنی، منعکس کننده رویه‌های انتخاب قضات دیوان عدالت اتحادیه اروپا است).

با این حال، از آنجایی که دادگاه جدید به قوانین ماهوی اساسی معاهدات بین‌المللی داوری موجود متکی خواهد بود، باید دید که اصلاحات در واقع چقدر "سیستماتیک" خواهد بود. دشواری اعمال مداوم قوانین ماهوی موجود، الگوی حقوق خصوصی اساسی معاهدات بین‌المللی داوری است - یک توافق داوری که همچنان اساس ادعاهای ارائه شده به یک دادگاه بین‌المللی جدید خواهد بود. با این حال، این امکان وجود دارد که دادگاه تفاسیر جدیدی را اتخاذ کند، طیف وسیع‌تری از ارزش‌ها و فرهنگ‌ها را در بر بگیرد و حاشیه امن بیشتری برای سیاست‌های داخلی قائل شود. در حالی که معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی اتحادیه اروپا تا حد زیادی رویه معاهدات سرمایه‌گذاری مدرن را ادغام می‌کنند، با تضمین اینکه استانداردهای حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی با اصول اساسی حقوق اتحادیه اروپا و حق اتحادیه اروپا برای تنظیم مقررات مغایرت نداشته باشند، قانون اتحادیه اروپا را نیز در بر می‌گیرند. بنابراین، دادگاه پیشنهادی می‌تواند به توسعه یک چارچوب هنجاری جدید در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز کمک کند. در حالی که یک دادگاه سرمایه‌گذاری بین‌المللی جدید، در صورت تأسیس، در اصل حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت را به مفهوم کلاسیک‌تری از حاکمیت قانون نزدیک‌تر می‌کند، میزان دقیق سهم هنجاری آن در حاکمیت قانون بین‌المللی به اساسنامه دادگاه جدید، اعضا و رویه‌های آن بستگی دارد. با توجه به نقش اصلی اتحادیه اروپا در ایجاد دادگاه و با توجه به پیشنهادها، چارچوب دادگاه سرمایه‌گذاری بین‌المللی احتمالاً منعکس کننده دیدگاه اتحادیه اروپا در مورد حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی خواهد بود، حتی اگر دادگاه در نهایت تحت نظارت سازمان ملل متحد تأسیس شود. در حالی که این امر می‌تواند در درازمدت به یک مقررات سرمایه‌گذاری بین‌المللی منسجم‌تر اتحادیه اروپا منجر شود، به پیچیدگی و چندپارگی کلی در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز خواهد افزود.^{۵۸}

۳. تفکر فراتر از حاکمیت قانون: حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت به عنوان یک ساز و کار جایگزین حل اختلاف؟

ارزیابی حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی مستلزم بررسی ویژگی خاص داوری به عنوان یک ساز و کار حل و فصل اختلافات جایگزین در حوزه اختلافات تجاری است. چنین تحلیلی مجموعه معیارهای مختلفی را در نظر می‌گیرد: کارایی، انعطاف‌پذیری، تخصص از طریق استقلال طرفین، محرمانگی و روابط مستمر بین اشخاص. در این زمینه، مشروعیت سیستم با همبستگی‌های تجاری سنجیده می‌شود، که در آن برخی از نکات اصلی اختلاف نظر در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی به انگیزه‌های اصلی طرفین برای مشارکت در داوری بین‌المللی تبدیل می‌شوند. بنابراین، استدلال شده است که انواع ساز و کارهای کنترلی مورد استفاده در زمینه‌های داخلی برای داوری بین‌المللی مناسب نیستند و در عوض، دخالت سایر نهادهای بین‌المللی به جای دادگاه‌های داخلی ترجیح داده می‌شود.

برای سرمایه‌گذاران، داوری باید ویژگی حقوق خصوصی خود را حفظ کند، و استقلال طرفین، کارایی و اثربخشی اجرا به عنوان مزایای اصلی آن باشد. ساز و کارهای کنترل باید تعادل بین «ثبات»، «صحت» و «قطعیت» را تضمین کنند.^{۵۹} بر این اساس، ثبات مطلق، صحت را تضعیف می‌کند، که مستلزم انعطاف‌پذیری در اعمال قانون بر حقایق هر پرونده خاص است؛ در حالی که یک ساز و کار تجدیدنظر، ثبات را در مقابل صحت و قطعیت ترجیح می‌دهد. در عوض، کنترل باید با بررسی دقیق طرفین تضمین شود. بنابراین، این دیدگاه، بیشتر بر ویژگی حقوق خصوصی حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت صحنه می‌گذارد و مستقیماً با مفهوم‌سازی آن به عنوان یک سیستم حقوق عمومی، آنطور که توسط اتحادیه اروپا پیش‌بینی شده است، در تضاد است. تا زمانی که سرمایه‌گذاران از طریق بازسازی سرمایه‌گذاری خود به داوری مراجعه کنند، بعید است که آنها دادگاه را ترجیح دهند. از سوی دیگر، کشورها با چالش ایجاد تعادل بین کلاه تجاری خود و کلاه عمومی در چارچوب حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت روبرو هستند. دولت‌ها تحت لوای تجاری خود، یک سیستم خصوصی کارآمدتر برای حل و فصل اختلافات و ساز و کارهای کنترل سودمند متقابل را که با هدف

⁵⁷ . Comments by the EU and its Member States to Draft provisions on procedural and cross-cutting issues (26 July 2023)

⁵⁸ . M Reisman, "The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration" (1989) 4 Duke Law Journal 739

⁵⁹ . بنابراین، رویه قضایی و ثبات مطلق، درستی را تضعیف می‌کند - در این معنا که به عنوان درستی در مورد استانداردهای ماهوی دیده می‌شود، به این معنی که انعطاف‌پذیری برای رسیدن دادگاه به یک تصمیم صحیح در هر مورد خاص ضروری است.

حفظ روابط تجاری انجام می‌شود، ترجیح می‌دهند.⁶⁰ با این حال، تحت لوای حقوق عمومی، دولت‌ها تفسیرهای معتبر از سیاست عمومی را که از طریق دادگاه‌ها به دست می‌آید، ترجیح می‌دهند، که برای حل و فصل اختلافات مربوط به تفاوت‌های ارزشی (چه کسی حق دارد) در مقایسه با اختلافات مربوط به منافع (چه کسی چه چیزی را به دست می‌آورد) در موقعیت بهتری قرار دارند. بر این اساس، ساز و کار ترجیحی حل و فصل اختلافات به عملکردهای درک شده دولت در هر مورد خاص بستگی دارد. همانطور که دولت‌ها اصلاحات حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت را در نظر می‌گیرند، شاید سوال اصلی که باید در نظر بگیرند این است که آیا تغییر الگوی حل و فصل اختلافات، کنترل بیشتری بر تعیین استانداردها در قانون سرمایه‌گذاری بین‌المللی، که به طور قابل توجهی بر فرآیندهای سیاست داخلی آنها تأثیر می‌گذارد، به آنها می‌دهد یا خیر.

در زمینه‌های داخلی، یک تغییر کلی آشکار از (دادگاه‌ها) عمومی به عدالت خصوصی از طریق طیف وسیعی از ساز و کارهای حل و فصل اختلافات جایگزین وجود دارد. آنچه این ساز و کارها را از حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت متمایز می‌کند، توسل به دادگاه‌های داخلی است که در نهایت کنترل دادگاه داخلی بر حل و فصل اختلافات جایگزین را تضمین می‌کند و رعایت سیاست عمومی و حاکمیت قانون را تضمین می‌کند. برعکس، حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت به عنوان یک سیستم کاملاً بین‌المللی ایجاد شده است، با هدف جلوگیری از کنترل دادگاه‌های داخلی. علاوه بر این، تأثیرات آن بر حاکمیت قانون داخلی همچنان نامشخص است.⁶¹ از یک سو، غرامت‌های بالا می‌تواند منجر به «سردی نظارتی» شود و کشورها را از تنظیم مقررات در جهت منافع عمومی منصرف کند. علاوه بر این، دادگاه‌های سرمایه‌گذاری نمی‌توانند دستور به حذف اقدامات غیرقانونی داخلی دهند، که در درازمدت به حاکمیت قانون کمک می‌کند. این نکته کلیدی تفاوت بین حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی و حقوق اتحادیه اروپا است که به دلیل ماهیت فراملی خود، تأثیرات «مداخله‌ای» بیشتری بر نظام‌های حقوقی داخلی کشورهای عضو خود دارد. بنابراین، جایگزینی داوری معاهدات سرمایه‌گذاری با سازوکارهای قضایی نظم حقوقی اتحادیه اروپا در روابط بین کشورهای عضو می‌تواند تأثیرات مثبتی بر حاکمیت قانون بین‌المللی، حداقل در درازمدت، داشته باشد.⁶² با این حال، در کوتاه‌مدت و میان‌مدت، عدم قطعیت در مورد اجرای احکام درون اتحادیه اروپا و ناهماهنگی بین رویه‌های دادگاه‌های داخلی در اتحادیه اروپا و دادگاه‌های خارج از اتحادیه اروپا، تأثیرات تضعیف‌کننده‌ای بر حاکمیت قانون بین‌المللی دارد.

نتیجه‌گیری

حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، کنترل قضایی داخلی بر اقدامات قانونگذاری و اجرایی دولت‌ها در موضوعات با اهمیت عمومی را از دادگاه‌های داخلی به دادگاه‌های داوری بین‌المللی منتقل می‌کند. حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت با ترجیح داوری به عنوان یک ساز و کار حقوق خصوصی بین‌المللی بر دادگاه‌های داخلی، روند دموکراتیک داخلی کنترل و توازن را مختل می‌کند. پیچیدگی این حوزه از حقوق بین‌الملل با چندپارگی داخلی آن بیشتر می‌شود و به پدیده گسترده‌تر چندپارگی در حقوق بین‌الملل کمک می‌کند. با وجود تعداد زیادی از ابزارهای حقوقی، فرآیندهای اصلاحات در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز ماهیت چندپاره خود را نشان می‌دهند که هدف آن انعطاف‌پذیری برای تطبیق ترجیحات مختلف دولت‌ها در تنظیم سرمایه‌گذاری خارجی است.

با توجه به تحولات و پیشنهادها اصلاحی، حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی احتمالاً به تکامل بین درجات مختلف عدالت خصوصی و عمومی ادامه خواهد داد. پیشنهادها چندجانبه مختلف در آنسینترال به طور متفاوتی تعادل بین ماهیت خصوصی حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت و نیاز به نظارت عمومی - از بهبود ساز و کار فعلی گرفته تا ایجاد نهادهای جدید - از جمله یک دادگاه بین‌المللی جدید را برقرار می‌کنند که در اصل باید منعکس‌کننده دیدگاه اتحادیه اروپا در مورد حاکمیت قانون در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی باشد.

محدودیت اصلی فرآیند چندجانبه، دامنه آن است که از پرسش‌های دشوار سیاسی در مورد ماهیت اجتناب می‌کند و خود را به پرسش‌های رسمی کلاسیک حاکمیت قانون محدود می‌کند. آیا اصلاحات رویه‌ای، که از مسائل ماهیت اجتناب می‌کند، می‌تواند در مورد اهداف هنجاری مورد نظر به اجماع برسد؟ اصلاحات نهادی حداقل باید در مورد مسائل مربوط به صلاحیت قضایی شفافیت ایجاد کند - چه کسی و بر چه اساسی تصمیم می‌گیرد

⁶⁰ . M Galanter, "Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Social Change" (1974) 9 Law and Society Review 95, 110-111

⁶¹ . B K Guthrie, "Beyond Investment Protection: An Examination of the Potential Influence of Investment Treaties on Domestic Rule of Law" (2013) 45 New York University Journal of International Law and Politics 1151

⁶² . the analysis of S Gaspar-Szilagy and M Usynin, "Does the CJEU Misunderstand Investment Treaty Arbitration in Commission v. Micula" (2022) 7(1) European Investment Law and Arbitration Review 53

که آیا یک اختلاف باید توسط نهاد حل اختلاف سرمایه‌گذاری رسیدگی شود یا خیر. این امر به بی‌عدالتی‌های ماهوی سیستم فعلی نمی‌پردازد. با این حال، مسائل مربوط به ماهیت و تعادل مرتبط بین منافع خصوصی و عمومی نیز به این مسائل اولیه مربوط به صلاحیت قضایی بستگی دارد.

در حالی که احتمالاً داوری همچنان روش غالب و ترجیحی حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت باقی خواهد ماند، در میان متخصصان مشهور نیز دیدگاه‌هایی وجود دارد که حداقل در برخی از نقاط جهان رو به زوال خواهد رفت و دامنه دسترسی محدودتری خواهد داشت و احتمالاً به ریشه‌های ایکسید و سازوکارهای قراردادی حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی باز خواهد گشت. ۱۰۱ این امر حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی را بیشتر به حوزه تجاری منتقل می‌کند و کنترل بیشتری به دولت‌ها می‌دهد، اما ناگزیر به نفع سرمایه‌گذاران بزرگتر در بخش‌های کلیدی با قدرت چانه‌زنی بیشتر نیز خواهد بود.

انعطاف‌پذیری، چندپارگی و پیچیدگی در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی احتمالاً به عنوان ویژگی‌های کلیدی این سیستم باقی خواهند ماند. علیرغم دیدگاه‌های متفاوت در میان کشورها و سایر بازیگران، حداقل در مورد یک عنصر از حاکمیت قانون اجماع وجود دارد: سازوکار حل اختلاف در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی باید تصمیمات قابل اجرا ایجاد کند. در حالی که اجرای مؤثر، عنصر اصلی حاکمیت قانون بین‌المللی را تأیید می‌کند، برخلاف حاکمیت قانون در سطح داخلی، برای طرفداران نهادهای جدید در حوزه حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی پیچیده‌تر خواهد بود.

فهرست منابع

- ^۱ مسعود راعی، فرامرز عطریان، حاکمیت قانون و احکام حکومتی در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، حکومت اسلامی سال هفدهم بهار ۱۳۹۱ شماره ۱ (پیاپی ۶۳) - مجتهدی، محمدرضا. درآمدی بر حقوق حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر مبنای کنوانسیون «داوری ایکسید». مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، ۱۳۹۰؛ (۳)۲: ۱۷۵-۱۹۹.
- سید مصطفی میرمحمدی مهران خمیسی زاده، اصلاح ساختار حل و فصل اختلافات دولت- سرمایه گذار و امکان سنجی تاسیس دیوان دائمی سرمایه گذاری بین المللی، حقوق تطبیقی جلد ۱۶ بهار و تابستان ۱۳۹۹ شماره ۱ (پیاپی ۱۱۳)، ص ۲۹۵
- ^۲ سید نصرالله ابراهیمی، سجادسلطانزاده، مفهوم سرمایه‌گذاری در رویه داوری مرکز حلوفصل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی، مجله حقوقی بین‌المللی / شماره ۰۵ / بهار - تابستان ۱۳۹۳ ص ۸۰
- ^۳ میرمحمدی، سید مصطفی، خمیسی زاده، مهران. پدیده معاهده‌گزینی و حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی. فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، ۱۴۰۰؛ (۳)۵۱: ۹۷۱-۹۵۱

^۴ M H Kramer, *Objectivity and the Rule of Law* (Cambridge, CUP 2007) pp 142-44

^۵ M Koskeniemi, *The Politics of International Law* (Oxford, Oregon, and Portland, Hart 2011) p 36.

^۶ P Craig, "Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework" (1997) *Public Law* 467.

^۷ Ivana Damjanovic, **The Reform of International Investment Law: Whose Rule of Law?** *European Journal of Risk Regulation*, Volume 15, Special Issue 3: Special Issue on the Evolving Nature of the Rule of Law in International Economic Law, September 2024, pp. 524 - 540

^۸ D W Kennedy, "Some Caution About Property Rights as a Recipe for Economic Development" (2011) 1 *Accounting Economics and Law* 1

^۹ L N Skovgaard Poulsen and E Aisbett, "When the Claim Hits: Bilateral Investment Treaties and Bounded Rational Learning" (2013) 65

^{۱۰} European Commission, "Proposal for a Council decision on the withdrawal of the Union from the Energy Charter Treaty" COM (2023) 447 final, 7 July 2023.

^{۱۱} O Quirico, "From Investment Protection to Sustainability (via a Multilateral Investment Court): The EU and a New Universal Model for Investment Agreements?" in O Quirico and K K Williams, *The European Union and the Evolving Architectures of International Economic Agreements* (Springer 2023) pp 57-73.

^{۱۲} Climate Change 2022, Mitigation of Climate Change," Working Group III contribution to the IPCC Sixth Assessment Report (4 April 2022), 2433, 2442, 2582, and OECD, "Investment Treaties and Climate Change," Public Consultation, Compilation of Submissions (13 April 2022).

^{۱۳} T Ackermann and S Wuschka, "The Applicability of Investment Treaties in the Context of Russia's Aggression against Ukraine" (2023) 38(2) *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 453

^{۱۴} E Chang, "Lawfare in Ukraine: Weaponizing International Investment Law and Law of Armed Conflict Against Russia's Invasion" (2022) *Institute for National Strategic Studies, Strategic Perspectives* No. 39.

^{۱۵} M Paparinskis, "The Limits of Depoliticisation in Contemporary Investor-State Arbitration" (2010) 3 *Select Proceedings of the European Society of International Law* 271. See further discussion on substantive rule of law, *infra*, Section III.1.

^{۱۶} U Kriebaum, "Evaluating Social Benefits and Costs of Investment Treaties: Depoliticization of Investment Disputes" (2018) 33(1) *ICSID Review* 14. See also J E Viñuales, "Experiments in International Adjudication, Past and Present" in I de la Rasilla and J E Viñuales (eds), *Experiments in International Adjudication: Historical Accounts* (Cambridge, CUP 2023) pp 19-22.

^{۱۷} Ivana Damjanovic, **The Reform of International Investment Law: Whose Rule of Law?** *European Journal of Risk Regulation*, Volume 15, Special Issue 3: Special Issue on the Evolving Nature of the Rule of Law in International Economic Law, September 2024, pp. 524 - 540

^{۱۸} G Kaufmann-Kohler, "Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?" (2007) 23 *Arbitration International* 357, 374.

^{۱۹} G Van Harten and M Loughlin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law" (2006) 17 *European Journal of International Law* 121, 143.

- ˆ Ivana Damjanovic, *The Reform of International Investment Law: Whose Rule of Law?* *European Journal of Risk Regulation*, Volume 15, Special Issue 3: Special Issue on the Evolving Nature of the Rule of Law in International Economic Law, September 2024, pp. 524 - 540
- ˆ M Langford, D Behn and R Hilleren Lie, “The Revolving Door in International Investment Arbitration” (2017) 20 *Journal of International Economic Law* 301
- ˆ G Van Harten, “Leaders in the Expansive and Restrictive Interpretation of Investment Treaties: A Descriptive Study of ISDS Awards to 2010” (2018) 29 *European Journal of International Law* 507
- ˆ T McDonagh, *Unfair, Unsustainable, and Under the Radar: How Corporations Use Global Investment Rules to Undermine a Sustainable Future* (The Democracy Center 2013) p 8
- ˆ Draft provision 21 in UNCITRAL, “Possible reform of ISDS: Draft provisions on procedural and cross-cutting issues” (26 July 2023) UN Doc A/CN.9/WG.III/WP.231
- ˆ UNCITRAL Secretariat, “Possible reform of ISDS” (30 July 2019) UN Doc A/CN.9/WG.III/WP.166, paras. 4–8.
- ¹. R Howse and R Teitel, “Beyond Compliance: Rethinking Why International Law Really Matters” (2010) 1(2) *Global Policy* 127
- ˆ Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), “ISDS Reform, Submission by the CCIAG to UNCITRAL Working Group III” (18 December 2019) p
- ˆ S W Schill, “Fair and Equitable Treatment, the Rule of Law, and Comparative Public Law” in S W Schill (ed.), *International Investment Law and Comparative Public Law* (Oxford, OUP 2010) pp 151–82
- ˆ *Eureko B.V. v Republic of Poland*, Partial Award (19 August 2005) para. 233
- ˆ Lon L Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press 1969) pp 41–2
- ˆ M H Kramer, *Objectivity and the Rule of Law* (Cambridge, CUP 2007) pp 142–4
- ˆ Arato, C Brown and F Ortino, “Parsing and Managing Inconsistency in Investor-State Dispute Settlement” (2020) 21(2–3) *The Journal of World Investment and Trade* 336.
- ˆ Fuller’s principles in Lon L Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press 1969) pp 41–42
- ˆ Koskeniemi, *supra*, n 6, pp 58–59
- ˆ World Bank, “Disputes over Defaults on External debt, Expropriation, and Breach of Contract” (July 2001) *Operational Manual OP 7.40*, para. 5
- ˆ Koskeniemi, *supra*, n 6, p 321; W E Scheuerman, “Economic Globalization and the Rule of Law” (1999) 6 *Constellations* 3, 5
- ˆ Art 8.9.1 CETA; Arts G-14 (environmental measures) and G-15 (energy regulatory measures) modernised Canada–Chile FTA; Art 32.1 Indian Model BIT 2015; Art 23 Nigeria–Morocco BIT; Arts 21 and 22 SADC Model BIT 2012
- ˆ Art 7(1), Dutch Model BIT 2018; Arts 10 (Common Obligation against Corruption) and 11 (Compliance with Domestic Law), SADC Model BIT 2012.
- ˆ UNGA “Report of the United Nations Commission on International Trade Law Fiftieth session” (July 2017) UN Doc A/72/17
- ˆ UNCITRAL Secretariat, “Workplan to implement ISDS reform and resource requirements” (17 March 2021), UN Doc A/CN.9/WG.III/WP.206
- ˆ UNCITRAL Secretariat, “Draft code of conduct for arbitrators in international investment dispute resolution and commentary” (28 April 2023) UN Doc A/CN.9/114
- ˆ UNCITRAL, “Possible reform of ISDS, Submission from the EU and its Member States” (24 January 2019) UN Doc A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1, paras. 40–56
- Comments by the EU and its Member States to Draft provisions on procedural and cross-cutting issues (26 July 2023)
- ˆ M Reisman, “The Breakdown of the Control Mechanism in ICSID Arbitration” (1989) 4 *Duke Law Journal* 739
- M Galanter, “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Social Change” (1974) 9 *Law and Society Review* 95, 110–111
- B K Guthrie, “Beyond Investment Protection: An Examination of the Potential Influence of Investment Treaties on Domestic Rule of Law” (2013) 45 *New York University Journal of International Law and Politics* 1151
- ˆ the analysis of S Gaspar-Szilagyi and M Usynin, “Does the CJEU Misunderstand Investment Treaty Arbitration in *Commission v. Micula*” (2022) 7(1) *European Investment Law and Arbitration Review* 53