

The Role of Transparency in Interpretation of the FET Standard in International Investment Law

(Type of Paper: Research Article)

Mohammad Shamsaei^{1*}, Seyed Ali Hosseiniyazad²

Abstract

The fair and equitable treatment (FET) standard has recently become an indispensable element for international investment treaties and consequently in investment arbitrations, but its definition, content and scope have been the subject of controversy. Some factors have relied upon by tribunals to find a violation of the FET, such as Non-discrimination, proportionality, reasonableness, due process and stability of regulatory framework. But a number of possible elements, such as transparency have generated concern and criticism. Thus, the main question is the role and effect of transparency in interpretation of the FET. The survey shows that transparency has been often considered as an element of the FET by tribunals and it has a significant role in interpretation of the FET. Transparency issues were among the first to be considered by tribunals concerning the FET standard and it is an important element that authors and tribunals understand as forming part of the FET standard.

Keywords

International Investment Law, International Arbitration, Fair and Equitable Treatment, Transparency.

1. Former Assistant Professor, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran (Corresponding Author). Email: iranbusinesslawyers@gmail.com

2. Ph.D. Student in International Law, Faculty of Law and Political Science, Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran. Email: saha_110@yahoo.co.uk

Received: March 6, 2020 - Accepted: July 14, 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.

نقش شفافیت در تفسیر شرط رفتار عادلانه و منصفانه در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

محمد شمسایی^{۱*}، سید علی حسینی آزاد^۲

چکیده

شرط رفتار عادلانه و منصفانه با اینکه اخیراً به بخش جدایی‌ناپذیر اغلب معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری و متعاقب آن، داوری سرمایه‌گذاری بدل شده است، اما تعریف، محتوا و قلمرو آن محل بحث است. مراجع داوری به منظور احراز نقض شرط مزبور اغلب بر عواملی چون عدم تبعیض، تناسب، موجه بودن، فرایند منصفانه و ثبات نظم حقوقی تکیه کرده‌اند، اما پرداختن به عناصری چون شفافیت مورد انتقاد است. بنابراین، سؤال اصلی این است که شفافیت چه نقش و تأثیری بر تفسیر شرط رفتار عادلانه و منصفانه دارد. مطالعات نشان می‌دهد که شفافیت توسط مراجع داوری اغلب به‌عنوان یکی از عناصر شرط رفتار عادلانه و منصفانه تعریف شده و نقشی کلیدی در تفسیر شرط مزبور داشته است. مسائل مرتبط با شفافیت از نخستین مواردی است که در مراجع داوری در خصوص شرط رفتار عادلانه و منصفانه مدنظر قرار می‌گیرد و به‌زعم حقوقدانان و دیوان‌های داوری از مهم‌ترین عناصر متشکله شرط مزبور است.

کلیدواژه‌گان

حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، داوری بین‌المللی، رفتار عادلانه و منصفانه، شفافیت.

۱. استادیار بازنشسته دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران (نویسنده مسئول).
Email: iranbusinesslawyers@gmail.com
۲. دانشجوی دوره دکتری حقوق بین‌الملل عمومی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران.
Email: saha_110@yahoo.co.uk

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۱۲/۱۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۴/۲۴

مقدمه

حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به منظور ایجاد فضایی امن برای سرمایه‌گذار خارجی الزاماتی را به منظور حمایت هرچه بیشتر از سرمایه‌گذار پدید آورده است. این اصول که مبنایی معاهده‌ای و نیز عرفی دارند، عبارت از اصولی مانند شرط رفتار عادلانه و منصفانه^۱، شرط حمایت و امنیت کامل^۲، رفتار ملی^۳ و رفتار ملت کامله‌الوداد^۴ است (انصاری مهبیاری و رئیسی، ۱۳۹۷: ۴۹).

از مهم‌ترین اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری شرط رفتار عادلانه و منصفانه است که به‌رغم فراگیر بودن، ماهیتی بسیار مبهم دارد و نمی‌توان تعریفی دقیق از آن ارائه داد (Iqbal, 2017: 713). از سوی دیگر، ضمن اینکه این شرط تقریباً در اکثریت قریب به اتفاق معاهدات سرمایه‌گذاری گنجانده می‌شود (عسکری، ۱۳۹۴: ۱۱۴)، شایع‌ترین مسئله در دعاوی سرمایه‌گذاری نزد مراجع حل‌وفصل اختلافات بین‌المللی سرمایه‌گذاری نیز است (Dolzer, 2005: 87). از این‌رو همواره تفسیر و تبیین دقیق مفهوم شرط مزبور و تعیین دقیق مصادیقی که به نقض شرط می‌انجامد، از مسائل مهم دیوان‌ها و مراجع داوری سرمایه‌گذاری بوده است.

به‌منظور تبیین مفهوم شرط رفتار عادلانه و منصفانه^۵ دکتربین حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری و رویه^۶ داوری بین‌المللی اقدام به معرفی مواردی به‌عنوان عناصر و ارکان شرط رفتار عادلانه و منصفانه کرده‌اند که نقض هر کدام از آنها در نهایت به نقض شرط ذکرشده می‌انجامد. یکی از پرمناقشه‌ترین این عناصر، رعایت اصل شفافیت^۷ و ارائه عملکرد شفاف توسط دولت میزبان است.

در علم حقوق، شفافیت عبارت از این است که مقررات، قانون یا فرایندهای حقوقی شفاف باشند (Laverde, 2011: 116). از این‌رو، از بعد صرفاً حقوقی، «فرایند و آثار متون قانونی بایستی به‌سهولت قابل فهم باشند و قلمرو حقوق و تکالیف ناشی از آن نیز باید به‌آسانی برای مخاطبان آن - اعم از دارندگان حق و دارندگان تکلیف - قابل ارزیابی باشد» (Zöllner, 2006: 584). در حقوق داخلی و حقوق عمومی، اصل شفافیت به‌عنوان یکی از عناصر و مؤلفه‌های حکمرانی مطلوب معرفی می‌شود که دولت را در برابر شهروندان خود متعهد به ارائه عملکردی شفاف می‌کند (Finke, 2014: 1065). اما در حقوق بین‌الملل، به‌طور کلی، اصطلاح شفافیت از یک سو به قابلیت دسترسی و وضوح تعهدات مندرج در یک معاهده^۸ بین‌المللی و همچنین فعالیت‌های

1. Fair and Equitable Treatment (FET)

2. Full protection and security

3. National treatment

4. Most-Favoured Nation (MFN) treatment

5. Principle of Transparency

اصل شفافیت در قضیه‌های مختلفی نزد محاکم داخلی و بین‌المللی مورد استناد واقع شده و در قوانین و مقررات

موضوعه اعم از داخلی و بین‌المللی گنجانده شده است. اینها مواردی است که شناسایی شفافیت را به‌عنوان

یک اصل حقوقی انکارناپذیر می‌کند (Buijze, 2013: 75).

طرف‌های دخیل در چنین سند بین‌المللی اشاره دارد (Zöllner, 2006: 585)، از دیگر سو، تعهد به شفاف بودن عملکرد تابعان حقوق بین‌الملل براساس الزامات نظام حقوقی بین‌المللی است. در خصوص اینکه شفافیت از عناصر شرط رفتار عادلانه و منصفانه است یا خیر، حقوقدانان و مراجع و نهادهای بین‌المللی اختلاف نظر دارند. برای مثال، با اینکه در قضیه متالکلدا^۱، مرکز حل و فصل اختلاف دعاوی سرمایه‌گذاری بانک جهانی یا ایکسید^۲ تصریح می‌کند که اجرای شرط رفتار عادلانه و منصفانه به شفافیت وابسته است و اصل شفافیت را واجد نقشی بسیار مهم در تفسیر و اعمال شرط رفتار عادلانه و منصفانه قلمداد کرده است (-ICSID, 2000: paras. 75-76)، اما متعاقب آن دیده شد که دادگاه عالی استان بریتیش کلمبیای^۳ کانادا که به‌عنوان رکن بازبینی قضایی رأی مذکور تعیین شده بود، بیان داشت که دیوان با شناسایی شفافیت به‌عنوان یک تعهد معاهده‌ای از اختیارات خود فراتر رفته و با گنجانیدن اصل شفافیت ذیل شرط رفتار عادلانه و منصفانه تفسیری بسیار موسع از ماده ۱۱۰۵ نفتا به‌عمل آورده است (the Supreme Court of British Columbia, 2001: para. 74).

بنابراین، سؤال اساسی این مقاله این است که رعایت شفافیت چه تأثیری در تفسیر معنای مبهم شرط رفتار عادلانه و منصفانه دارد و آیا اصل شفافیت از ارکان شرط مزبور است یا خیر. بر این اساس مقاله حاضر ابتدا به توضیح دو مفهوم بنیادین شرط رفتار عادلانه و منصفانه و اصل شفافیت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری می‌پردازد و در بخش بعد از لحاظ عملی به اثبات نظری موضوع می‌پردازد. در نهایت نیز نگاهی به رویه دآوری بین‌المللی در این خصوص دارد.

اصل رفتار عادلانه و منصفانه در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

«استاندارد یا شرط رفتار عادلانه و منصفانه به‌عنوان استاندارد غیروابسته، مستقل و مطلق، از اساسی‌ترین استانداردهای رفتاری در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری است که به موجب آن دولت میزبان باید براساس معیارهای حقوق بین‌الملل شرایط مساعد و مناسب را برای حمایت از سرمایه‌گذار خارجی و اموال وی فراهم آورد» (انصاری مهبیاری و رئیسی، ۱۳۹۷: ۵۹).

شرط رفتار عادلانه و منصفانه در نیم قرن اخیر آنقدر در رویه سرمایه‌گذاران خارجی متداول و معمول بوده است^۴ که می‌توان گفت در حال حاضر به بخش جدایی‌ناپذیر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی و رویه دآوری سرمایه‌گذاری بدل شده است (Islam, 2018: 9). جای

1. Metalclad Corporation

2. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

3. British Columbia

۴. بیش از ۹۰ درصد موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری حاوی شرط رفتار عادلانه و منصفانه‌اند (Islam, 2018: 50).

تحریر بسیار است که صرفاً طی چند سال، مفهومی که تقریباً تهی از محتوا بود، به تعهد بسیار جدی و سخت تبدیل شده است (Klager, 2010: 443). اصل مزبور، مفهومی کلیدی است که تقریباً در تمامی موافقت‌نامه‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری درج می‌شود. در واقع می‌توان گفت که عنوان «قاعده طلایی» را در معاهدات سرمایه‌گذاری یدک می‌کشد (Salacuse, 2015: 241). مفهوم رفتار عادلانه و منصفانه ابتدا در معاهدات چندجانبه ظهور کرد، اما رفته‌رفته به عنصر کلیدی موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری^۱ مبدل شد و از این طریق در قامت یک اصل حقوقی بین‌المللی تبلور یافت که به یکی از هنجارهای بنیادین ایجاد نظام جهانی برای سرمایه‌گذاری خارجی تبدیل شد (Salacuse, 2015: 219).

شرط رفتار عادلانه و منصفانه تعریف منسجم و مرسوم ندارد.^۲ با این حال می‌توان گفت شرط مزبور، شرطی به‌منظور حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی است که در معاهدات سرمایه‌گذاری گنجانده می‌شود و وجودی مستقل از نظم حقوقی داخلی دارد. محتوا و دامنه آن نیز براساس رویه دولت‌ها، عرف‌های موجود و ابزارهای سنتی قیاس و تفسیر مشخص می‌شود (Schill, 2010: 155). این نظر نیز وجود دارد که ابهام موجود در عبارت شرط رفتار عادلانه و منصفانه عمداً ایجاد شده است تا به داوران این اختیار را بدهد که بسته به هر مورد و بنا به شرایط هر معاهده سرمایه‌گذاری به تعیین و تبیین مفهوم و محتوای آن بپردازند و از این طریق بهتر به هدف مورد تعقیب آن معاهده خاص نائل شوند (OECD, 2004: 2).

شرط رفتار عادلانه و منصفانه در راستای تکمیل اصول کلاسیک حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری همچون شرط رفتار ملی، شرط ملت کامله‌الوداد و اصل عدم تبعیض^۳ پدید آمد (Bronfman, 2006: 611). دلیل وجودی این شرط این است که تصریح شود یک استاندارد بین‌المللی رفتار حداقلی بر رفتار با سرمایه‌گذار خارجی قابل اجراست، حتی اگر هیچ‌گونه تبعیضی نیز اثبات نشود (لوونفلد، ۱۳۹۰: ۲۰۴). براساس این شرط نوظهور، سرمایه‌گذاری خارجی مطمئن می‌شود که دولت میزبان تعهد به حمایت بیشتر از سرمایه‌ی او دارد و اقدامات او به رفتار ملی یا رفتار حداقل بین‌المللی محدود نمی‌شود.

اصل شفافیت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

منطقاً، اصل شفافیت در حقوق بین‌الملل اقتصادی به دو صورت جلوه‌گر می‌شود: از یک سو مسئله پابندی^۴ را پیش می‌آورد که حکایت از این دارد که طرف‌های ذی‌ربط در مناسبات اقتصادی بین‌المللی توانایی ارزیابی انطباق اقدامات خود با تعهدات بین‌المللی - معاهده‌ای و عرفی - موجود را

1. bilateral investment treaty (BIT)

۲. در خصوص مباحث تئوریک در این خصوص، ر.ک پاسبان، و اصغری، ۱۳۹۳: ۵۱ - ۴۶.

3. Non-discrimination

4. compliance

داشته باشند. از دیگر سو به مقوله‌ی آگاهی نظر دارد که به موجب آن طرف‌های دخیل در مناسبات اقتصادی را قادر می‌سازد که با آگاهی و اطلاعات کافی، مؤثق، صحیح و کامل به مسائل ذی‌ربط، به فعالیت‌های اقتصادی خود بپردازند. در معنای اخیر، شفافیت از عنصر پیش‌بینی‌پذیری^۱ برخوردار می‌شود. بدین توضیح که شفافیت، دولت‌ها را ملزم می‌سازد که اطلاعات مربوط به سیاست‌ها و مقررات اقتصادی خود را آشکارا بیان کنند تا از این طریق فعالان اقتصادی بتوانند پیش‌بینی کنند که دولت‌های مزبور چگونه و به چه نحوی به فعالیت‌های اقتصادی آنان واکنش نشان می‌دهند و در نتیجه قادر باشند در خصوص مسائلی چون سرمایه‌گذاری در آن کشور تصمیم درست اتخاذ کنند (Zöllner, 2006: 585-586; Laverde, 2011: 116 – 117).

در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به‌عنوان یکی از مهم‌ترین زیرمجموعه‌های حقوق بین‌الملل اقتصادی، بنابر این معنی اخیر است که شفافیت به‌عنوان ویژگی بسیار مهم جلوه می‌کند که به سرمایه‌گذاران اجازه می‌دهد به دولتی که در آن قصد شروع و ادامه فعالیت اقتصادی دارند، اعتماد کنند. چنانچه دولتی شفاف عمل نکند، هیچ سرمایه‌گذاری حاضر نیست سرمایه خود را به مخاطره افکند و آن را وارد کشور مزبور کند. تعهد به انتشار اسناد حقوقی که حاوی سیاست‌های مربوط به مراودات اقتصادی است، یکی از جلوه‌های انکارناپذیر اصل شفافیت در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری است. شفافیت، سرمایه‌گذار را قادر می‌سازد تا خود را با سیاست‌های اقتصادی کشور مقصد وفق دهد و پیامدهای اقتصادی فعالیت خود را ارزیابی کند (Laverde, 2011: 117). از این رو اقدامات دولت میزبان در موضوعات مربوط به سرمایه‌گذاری باید شفاف باشد (UNCTAD, 1999, Vol. III: 50).

بنابراین، در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، اصل شفافیت در آگاه کردن سرمایه‌گذار خارجی از موانع، چالش‌ها و ضعف‌های موجود بر سر راه سرمایه‌گذاری در کشور میزبان کمک شایانی می‌کند و به وی این امکان را می‌دهد تا با مطالعه قوانین و مقررات دولت میزبان، تصمیم مطلوبی برای انجام سرمایه‌گذاری اتخاذ کند (انصاری مهباری و رئیسی، ۱۳۹۷: ۵۶).

رعایت شفافیت در عملکرد و فضای مقرراتی دولت میزبان در معاهدات سرمایه‌گذاری مختلف و برای نمونه در موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری نمونه ملل متحد گنجانده شده است.^۲ اما در بیشتر موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری به‌صراحت به این اصل اشاره نمی‌شود. بسیاری از حقوقدانان و همچنین مراجع حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری رعایت این اصل را از ملزومات شرط رفتار عادلانه و منصفانه دانسته‌اند (UNCTAD, 1999: 34). بنابراین، در ادامه باید به این پرسش پاسخ داد که در حالت سکوت معاهداتی، آیا رعایت شفافیت به‌طور ضمنی از شرط رفتار عادلانه و منصفانه بر می‌آید یا خیر. به‌عبارت دیگر، آیا

1. predictability

2. the United States model BIT, article II (5)

در صورتی که دولتی به طور شفاف در زمینه رفتار با سرمایه‌گذار خارجی عمل نکند، آیا می‌توان گفت وی مرتکب نقض شرط رفتار عادلانه و منصفانه شده است؟

شفافیت به عنوان عنصر شرط رفتار عادلانه و منصفانه

حقوقدانان چند عنصر را برای شرط رفتار عادلانه و منصفانه لازم می‌دانند که فقدان هر یک از آنان یا عدم رعایت آن از سوی دولت میزبان به نقض شرط مزبور منتهی می‌شود. بررسی رویه داوری بین‌المللی نشان می‌دهد که در تفسیر شرط رفتار عادلانه و منصفانه همواره برخی عناصر را به عنوان اجزای آن شناسایی کرده‌اند که عبارت‌اند از: مراقبت مقتضی^۱، فرایند منصفانه^۲ (که شامل دسترسی به عدالت و فقدان اقدامات فراقانونی است) و حسن نیت.^۳ این اصول، استانداردهایی مشترک است که میان کشورهای عضو سازمان همکاری و توسعه اقتصادی^۴ مورد پذیرش واقع شده و آنها را بخشی از حقوق بین‌الملل عرفی می‌دانند که می‌تواند به عنوان بخشی از اصل رفتار عادلانه و منصفانه مورد پذیرش قرار گیرد (Bronfman, 2006: 669).

با مطالعه دکتترین حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری می‌توان برای تحقق نقض شرط رفتار عادلانه و منصفانه چند شرط خاص را برشمرد: الف) دسترسی نداشتن به عدالت و نقض آشکار اصل فرایند منصفانه؛ ب) رفتارهای به وضوح خودسرانه و فراقانونی؛ ج) تبعیض آشکار؛ د) اعمال سوءاستفاده‌گرانه مانند فشارها و مزاحمت‌های مداوم و ناموجه؛ ه) تخلف از انتظارات مشروع^۵ سرمایه‌گذار در مورد مسائلی که مبنای تصمیمات او بوده است (UNCTAD, 2012: 109)؛ و) موجه نبودن اقدامات؛ ز) عدم ثبات^۶ (Vandevelde, 2010: 53 et seq)؛ و ح) عدم رعایت شرط تناسب^۸ (ICSID, 2004: para. 109). دکتترین حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری بر این عقیده است که در حالت وجود هر یک از شرایط مذکور می‌توان به نقض شرط رفتار عادلانه و منصفانه رسید.

بسیاری از حقوقدانان در کنار موارد بالا، شفافیت را نیز به عنوان یکی از این عناصر معرفی می‌کنند، اما در مورد آن اختلاف نظر وجود دارد. مخالفان عنوان می‌دارند از آنجا که نسبت به

1. Due diligence

2. Due process

3. Good faith

البته براساس دیدگاهی مدرن، آنچه غیرمنصفانه و غیرعادلانه است، لزوماً مساوی با امری ظالمانه و ناپسند نیست. به طور خاص، یک دولت می‌تواند نسبت به سرمایه‌گذار خارجی رفتاری ناعادلانه و غیرمنصفانه داشته باشد، بدون آنکه لزوماً سوءنیتی در رفتار او فرض شود (ICSID, 2002: 40, para. 116).

4. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)

5. Legitimate expectations

6. Reasonableness

7. Consistency

8. proportionality

پذیرش شفافیت به عنوان یکی از عناصر شرط رفتار عادلانه و منصفانه در حقوق بین‌الملل عرفی تردید وجود دارد، بنابراین نمی‌توان اساساً آن را مبنای تفسیر شرط قرار داد. به همین دلیل برای مثال در بیشتر موافقت‌نامه‌های منعقدشده از سوی کشورهای عضو سازمان همکاری و توسعه اقتصادی، شفافیت به عنوان تعهدی مجزا ذیل مقرره‌ای جداگانه تعریف و تصریح شده است (Bronfman, 2006: 669). مخالفان عنوان می‌دارند که شفافیت نتوانسته است به عنوان یک موضوع در بطن شرط رفتار عادلانه و منصفانه تبلور یابد (UNCTAD, 2012: 63). اما موافقان - که اکثریت را نیز دارا هستند - بر این نظرند که شفافیت از عناصر اصلی شرط رفتار عادلانه و منصفانه است (Iqbal, 2017: 715; Vandeveld, 2010: 83; Bronfman, 2006: 678; Jacob,) (Schill, 2017: 33) و همواره در مراجع داوری مدنظر قرار می‌گرفته است. به زعم اینان، «شفافیت از نخستین مواردی بود که در ارتباط با شرط رفتار عادلانه و منصفانه در مراجع داوری مورد ملاحظه قرار گرفت» (Marshall, 2007: 15). موافقان، مبنای اصلی اثرگذاری شفافیت را در تفسیر شرط رفتار عادلانه و منصفانه بر آن می‌دانند که «تصمیمات غیرشفاف و نظام حقوقی و اداری غیرشفاف حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی، به طور کلی امری غیرمنصفانه و غیرعادلانه است» (Tudor, 2008: 177). براساس این نظر، چنانچه در هر معاهده سرمایه‌گذاری خارجی، به طور صریح تعهد به رعایت شفافیت قید نشده باشد، رعایت این اصل به طور تلویحی از شرط رفتار عادلانه و منصفانه به وجود می‌آید (UNCTAD, 1999, Vol. III: 51).

در نهایت، ضمن اینکه تبیین شفافیت به عنوان یکی از ارکان شرط رفتار عادلانه و منصفانه را نمی‌توان منکر شد، اما در بیان مبانی تأثیر آن در تفسیر شرط رفتار عادلانه و منصفانه، حقوقدانان به استدلال‌های مختلفی متوسل شده‌اند. برخی با استناد به اینکه شفافیت از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار است و اصل انتظارات مشروع نیز بخش ناگسستنی شرط رفتار عادلانه و منصفانه است، به بیان این ارتباط پرداخته‌اند، برخی نیز بر این نظر بوده‌اند که شفافیت به عنوان یکی از مؤلفه‌های حکمرانی مطلوب^۱، به حاکمیت قانون^۲ منتهی شده و در نتیجه موجب اجرای درست و دقیق شرط رفتار عادلانه و منصفانه می‌شود. سرانجام، برخی نیز مستقیماً شفافیت را از ملزومات و شرایط شرط رفتار عادلانه و منصفانه دانسته‌اند. در زیر این مبانی بررسی می‌شود.

۱. ارتباط ذاتی شفافیت و شرط رفتار عادلانه و منصفانه

مفهوم شفافیت با شرط رفتار عادلانه و منصفانه حداقل در دو مورد مهم همپوشانی دارد: الف) شفافیت به عنوان یک امر موضوعی در نفس شرط رفتار عادلانه و منصفانه الزامی به نظر می‌رسد.

1. Good governance
2. Rule of law

به عبارت دیگر، اگر قوانین، تصمیمات اداری و سایر مصوبات الزام آور توسط دولت میزبان بر سرمایه‌گذار خارجی اعمال شود، در این صورت انصاف حکم می‌کند که سرمایه‌گذار از چنین تصمیماتی پیش از آنکه به اجرا درآیند، مطلع شود. چنین تفسیری از شفافیت حاکی از این است که اگر در مواردی یک معاهده سرمایه‌گذاری به صراحت شفافیت را مقرر نکرده باشد، باز هم در جهت رعایت شرط رفتار عادلانه و منصفانه، رعایت شفافیت به طور ضمنی از آن معاهده برخواید آمد (UNCTAD, 1999, Vol. III: 51). ب) به عنوان یک موضوع عملی نیز هر گاه سرمایه‌گذاری بخواید احراز کند که اقدامات یک دولت خاص عادلانه و منصفانه است یا خیر، باید قواعد مربوط به اقدامات آن دولت را به خوبی بداند و از آن مطلع باشد. بنابراین، درجه شفافیت در زمینه چارچوب مقرراتی موجود، سرمایه‌گذار را قادر می‌سازد که با ارزیابی مقررات آن کشور تشخیص دهد که آیا رفتار عادلانه و منصفانه دریافت خواهد کرد یا خیر (UNCTAD, 1999, Vol. III: 51).

دیوان‌های داوری در مواردی که دولت میزبان از انتشار قوانین مجری اعم از قوانین ماهوی و شکلی امتناع ورزیده است، نقض شرط رفتار عادلانه و منصفانه را احراز کرده‌اند. این امر همچنین در مواردی صادق بوده که دولت میزبان از افشای دلایل اقدامات مثبت یا منفی خود امتناع کرده است. بنابراین، اصل شفافیت نه تنها در مورد حقوق کشور میزبان، حتی در مورد سیاست‌های آن نیز اعمال شده است (Vandeveld, 2010: 84). با این حال در شرایط مشابه دیده شده است که برای مثال وقتی دولت میزبان نسبت به قصد خود برای اصلاحات قوانینی که سرمایه‌گذاری خارجی را تحت تأثیر قرار می‌داد، اطلاع‌رسانی نکرده بود، نقض شرط رفتار عادلانه و منصفانه توسط مرجع داوری احراز نمی‌شود (ICSID, 2007: para. 342).^۱

با اینکه، عملکردها و دیدگاه‌های مختلفی در خصوص ارتباط ذاتی اصل شفافیت و شرط رفتار عادلانه و منصفانه وجود دارد، اما بیشتر حقوقدانان بر این نظرند که رویه داوری

۱. در پرونده *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*، دولت لیتوانی در سال ۱۹۹۰ در پی اعلام استقلال از شوروی درصدد پیوستن به اتحادیه اروپا بود و از این نظر سلسله برنامه‌های مدرن‌سازی ساختار شهری را در پی گرفته بود که بر این اساس با سرمایه‌گذار برای انجام یکی از پروژه‌های عمرانی قرارداد بسته بود (ICSID, 2007: paras. 51-61). در سال ۲۰۰۰ پارلمان و دولت قوانین و مقرراتی را تصویب کردند که قرارداد را متأثر ساخت (ICSID, 2007: para. 127). همچنین پیرو تصمیماتی که توسط دولت و شهرداری گرفته شد، در نهایت توافقی که بین شهردار ویلنیس و کنسرسیوم بود، خاتمه یافت. سرمایه‌گذار نزد دیوان داوری ایکسید عنوان کرد که دولت لیتوانی با اقداماتی که انجام داده است، موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری دوجانبه را که به موجب آن تعهد به رفتار عادلانه و منصفانه داشته است، نقض کرده است (ICSID, 2007: para. 198). یکی از ادعاهای سرمایه‌گذار این بود که عدم اطلاع‌رسانی و انتشار تصمیمات و اقدامات از سوی مقامات در واقع نقض شرط رفتار عادلانه و منصفانه بر مبنای نقض انتظارات مشروع سرمایه‌گذار بوده است، اما دیوان این امر را نپذیرفت (ICSID, 2007: para. 342).

سرمایه‌گذاری شرط رفتار عادلانه و منصفانه را به‌گونه‌ای تفسیر کرده است که آن را از جمله واجد عنصر شفافیت می‌داند (Vandevelde, 2010: 104).

بر این اساس، نگارندگان بر این باورند که فقدان شفافیت می‌تواند با همراهی برخی شرایط دیگر نظیر موجه بودن و فرایند منصفانه به‌عنوان عنصر رعایت شرط رفتار عادلانه و منصفانه در نظر گرفته شود. ولی لزوماً نیازمند پیوند دادن آن با اصول دیگر همچون انتظارات مشروع و حکمرانی مطلوب نیست. برخلاف آنچه رویهٔ داوری در عموم موارد نشان می‌دهد و در مقام تفسیر، عدم رعایت شفافیت را در امتزاج با دیگر اصول موجب احراز نقض شرط رفتار عادلانه و منصفانه دانسته است (Vandevelde, 2010: 105).

۲. تلقی شفافیت به‌عنوان انتظارات مشروع سرمایه‌گذار

برخی حقوقدانان ضمن اینکه رابطهٔ میان شرط رفتار و عادلانه و منصفانه و اصل شفافیت را حتمی و قطعی تصور می‌کنند، با ایجاد ارتباط میان اصل مزبور و انتظارات مشروع سرمایه‌گذار به تقویت نظر خود می‌پردازند.^۱ در نگاه این حقوقدانان، از یک سو، شفافیت و حمایت از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار به هم ربط دارند (عسکری، ۱۳۹۴: ۱۲۱). از سوی دیگر، اصل انتظارات مشروع از ارکان تفسیر شرط رفتار عادلانه و منصفانه است (Marshall, 2007: 10). از این رو به‌منظور تفسیر دقیق شرط رفتار عادلانه و منصفانهٔ مندرج در یک معاهده سعی در تبیین انتظارات مشروع سرمایه‌گذار می‌کنند. این تفسیر موجب می‌شود که رعایت شفافیت را نیز جزء انتظارات مشروع تلقی کنند و با احراز نقض شفافیت، در نهایت تفسیری که اصل انتظارات مشروع ارائه می‌دهند، ممکن است به احراز نقض شرط رفتار عادلانه و منصفانه منتهی شود (Marshall, 2007: 15).

براساس این نظر، دولت میزبان برای ارائهٔ رفتار عادلانه و منصفانه باید از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار نیز حمایت به‌عمل آورد و شفافیت در عملکرد و قانون‌گذاری ارتباطی تنگاتنگ با این انتظارات پیدا می‌کند (Dolzer & Schreuer, 2008: 133)، چراکه رفتار منصفانه و عادلانه گاهی به‌عنوان یک شرط برای رعایت انتظارات مشروع سرمایه‌گذار تلقی می‌شود (ضیایی و جوادی، ۱۳۹۸: ۱۴۰). از این رو شفافیت در عملکرد و قانون‌سازی از ملزومات حمایت از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار است و در مرحلهٔ بعد، عدم تضمین ثبات و شفافیت در چارچوب حقوقی که سرمایه‌گذار براساس انتظارات مشروع خود بر آن تکیه داشته است، موجب نقض شرط رفتار عادلانه و منصفانه می‌شود (Dolzer & Schreuer, 2008: 134).

۱. برای دیدن نظری که با گنجانیدن اصل حمایت از انتظارات مشروع ذیل شرط رفتار عادلانه و منصفانه مخالف است، رک:

Yen, Trinh Hai, *The Interpretation of Investment Treaties*, Brill/Nijhoff Publisher, 2014, p. 133

ذیل این نظریه باید گفت که در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، انتظارات مشروع به انتظارات بنیادین، معقول و موجه سرمایه‌گذار در خصوص رفتار دولت میزبان نسبت به او اطلاق می‌شود (Marshall, 2007: 10). دیوان ایکسید در قضیه تکمد به‌طور مفصل به بیان مواردی می‌پردازد که می‌تواند انتظار مشروع سرمایه‌گذار تلقی شود. دیوان، ابتدا بیان می‌دارد که شرط رفتار عادلانه و منصفانه طرف‌های قرارداد را متعهد می‌سازد که رفتاری داشته باشند که انتظارات اولیه سرمایه‌گذار را تحت تأثیر قرار ندهد (ICSID, 2003: para. 154). این امر نشان می‌دهد که دیوان نیز بر این عقیده است که «اصل انتظارات مشروع از عناصر کلیدی شرط رفتار عادلانه و منصفانه است» (Marshall, 2007: 10). در ادامه در تشریح اصل انتظارات مشروع به بیان تفصیلی مواردی از این انتظارات می‌پردازد که رعایت شفافیت نیز از جمله آنهاست. به‌زعم دیوان: «سرمایه‌گذار خارجی از دولت میزبان انتظار دارد که در روابطش با او به‌گونه‌ای منسجم، بدون ابهام و کاملاً شفاف عمل کند. بنابراین، سرمایه‌گذار حق دارد پیشاپیش از تمامی قواعد و مقرراتی که سرمایه‌گذاری او را متأثر می‌سازد، مطلع شود...» (ICSID, 2003: para. 154). همان‌طور که گفته شد، نگارندگان بر این باورند که ارتباط میان اصل شفافیت و شرط رفتار عادلانه و منصفانه، ارتباط ذاتی است و لزوماً نیازمند توسل به اصولی دیگر نیست. اما این بدان معنا نیست که ارتباط میان اصل شفافیت و اصل انتظارات مشروع را باید منکر شد. نگارندگان بر این نکته تأکید می‌کنند که ضرورتی ندارد برای توجیه رعایت شفافیت در ذیل تعهدات ناشی از شرط رفتار عادلانه و منصفانه در همه موارد به اصل انتظارات مشروع توسل جسته شود.

۳. شفافیت به‌عنوان یکی از عناصر حاکمیت قانون

حقوقدانان با برقراری ارتباط میان حکمرانی مطلوب و حاکمیت قانون با شرط رفتار عادلانه و منصفانه سعی در تفسیر شفافیت به‌عنوان یکی از ملزومات شرط مزبور داشته‌اند، چراکه شرط رفتار عادلانه و منصفانه در چارچوب حاکمیت قانون معنا می‌یابد (پاسبان و اصغری، ۱۳۹۳: ۴۶). براساس این ایده، مفهوم شفافیت ارتباط تنگاتنگی با شرط کلی‌تر فرایند منصفانه دارد و گاه با آن در می‌آمیزد. بی‌گمان، اعمال شفاف و علنی اقتدارات حاکمیتی از مهم‌ترین موضوعات اصل حاکمیت قانون است، زیرا شفاف و علنی بودن اقدامات و تصمیمات دولتی، شرط اولیه برای ایجاد فرصت‌های اعتراض و انتقاد به اقتدارات و اختیارات حاکمیتی است که در نهایت به قانونمندی^۱ منجر می‌شود (Jacob & Schill, 2017: 33).

به نظر نگارندگان ارتباط شفافیت را با دو اصل حکمرانی مطلوب و حاکمیت قانون نمی‌توان

1. legality

عمومی و فراگیر دانست. در واقع، مفهوم مضیقه از شفافیت است که با دو اصل مزبور همسو می‌شود. به‌طور مثال، در قضیه تکمد، شفافیت اساساً به جنبه‌های شکلی حقوق اداری اطلاق می‌شود، مانند اینکه عملکرد نهادها باید قابل پیش‌بینی و همراه با دلایل کافی و موجه باشد (ICSID, 2003: paras. 123, 160 & 164). این مفهوم از شفافیت بیش از آنکه یک اصل و شرط ماهوی باشد، به‌منزله ابزاری برای بالا بردن قطعیت در نظام حقوقی داخلی معرفی می‌شود (Jacob & Schill, 2017: 35).

بنابراین، این خوانش از شفافیت به‌عنوان یک ابزار به قانونمندی شکلی نظام حقوقی ختم می‌شود که این امر - باز هم از حیث شکلی - به اجرای دقیق شرط رفتار عادلانه و منصفانه منتهی می‌شود. چنین تعبیری از شفافیت ممکن است حتی در حالت ارتقا و توسعه قوانین نیز لازم دیده شود. به‌طور مثال، در پرونده‌ای، دولت خوانده که فرایند اخذ مجوز را به‌صورت غیرعلنی «توسعه» داده بود، با ادعای نقض شرط رفتار عادلانه و منصفانه مواجه شد. این دولت با اینکه فرایند اخذ مجوز را تسهیل بخشیده بود، اما این امر بدون شفافیت و اعلان عمومی یا هر گونه نظارت قضایی صورت گرفته بود (ICSID, 2010: para. 418). از این‌رو، به‌نظر می‌رسد که صرفاً چنین تعبیری از شفافیت منطبق بر ملاحظات شکلی حاکمیت قانون است و این امکان را برای سرمایه‌گذار فراهم می‌آورد که رفتارهای شکلی دولت میزبان را ارزیابی کند یا مورد انتقاد قرار دهد (Jacob & Schill, 2017: 35)، بنابراین، نمی‌توان ارتباط میان شفافیت و شرط رفتار عادلانه و منصفانه را در تمام ابعاد مفهوم شفافیت با اصل حکمرانی مطلوب و حاکمیت قانون پیوند داد و صرفاً آن مفهوم مضیق که اشاره رفت، در این زمینه می‌گنجد.

تأثیر شفافیت در تفسیر شرط رفتار عادلانه و منصفانه در رویه داوری بین‌المللی

یکی از موضوعات پیش روی دعاوی و آرای صادره در حوزه سرمایه‌گذاری بین‌المللی، تصمیم‌گیری در خصوص این مسئله است که آیا مفهوم شفافیت جزئی از شرط رفتار عادلانه و منصفانه است یا خیر. به‌عبارت دیگر، آیا تصمیم یا اقدام غیرشفاف، می‌تواند در عین حال عادلانه و منصفانه باشد (Dolzer, 2005: 92).

در شمار زیادی از قضایای داوری تمایل به تبیین و توضیح محتوای شرط رفتار عادلانه و منصفانه دیده می‌شود که مواردی چون حمایت از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار، ممنوعیت رفتارهای خودسرانه و تبعیض‌آمیز، بی‌عدالتی و اعمال سوءاستفاده‌گرانه علیه سرمایه‌گذار را شامل می‌شود. عناصر دیگر همچون شفافیت، یکنواختی، قانونمندی و ثبات چارچوب‌های قانونی در برخی آرای داوری مطرح شده است و مراجع داوری متعددی شفافیت را از ملزومات شرط رفتار عادلانه و منصفانه معرفی کرده‌اند. به تعبیر دیگر، رعایت شرط رفتار عادلانه و منصفانه را مستلزم

رعایت شفافیت دانسته‌اند (Vandevelde, 2010: 83; UNCTAD, 2012: 109). پرونده‌های متعدد در این زمینه در دست است^۱، اما در زیر به برخی از مهم‌ترین آنها پرداخته می‌شود.

۱. قضیه متالکد

در قضیه متالکد که براساس توافقنامه نفتا و ذیل ماده ۱۱۰۵ آن مطرح شد، مقامات مکزیک به شرکت متالکد اجازه داده بودند که با استفاده از یک زمین دولتی اقدام به ساخت پروژه محل دفن زباله کند. متالکد با تصور اینکه تمامی مجوزهای لازم از مقامات دولتی را دارد، به احداث بنا اقدام کرد. تا اینکه در اکتبر ۱۹۹۴ شهرداری ذی‌ربط دستور توقف تمامی فعالیت‌های ساختمانی را به دلیل نبود مجوز شهرداری داد. شرکت با اینکه کار ساخت را به اتمام رسانده بود، اما نتوانست از پروژه بهره‌برداری کند و مجوزهای آن نیز لغو شد. ضمن اینکه لزوم داشتن مجوز از مقامات محلی به شرکت اطلاع داده نشده بود، لغو مجوز نیز در جلسه‌ای در غیاب شرکت و بدون اطلاع آن صورت گرفت (ICSID, 2000: paras. 28-62). بنابراین دیده می‌شود که دولت مکزیک، در خصوص قواعد قابل اعمال یا فرایندی که قواعد از طریق آن باید اعمال می‌شد، عملکردی شفاف ارائه نداد و در نهایت، دیوان دریافت که شفاف نبودن موجب نقض شرط رفتار عادلانه و منصفانه شده است (ICSID, 2000: para. 76).

به‌زعم دیوان یکی از اصول برجسته و مهم در نفتا، شفافیت بود (بند ۱ ماده ۱۰۲). دیوان بر این نظر بود که تمامی الزامات حقوقی به‌منظور تأسیس، تکمیل و بهره‌برداری از سرمایه‌گذاری که وضع شود، یا قصد وضع آن وجود داشته باشد، به موجب موافقت‌نامه باید به‌آسانی در دسترس و در معرض آگاهی سرمایه‌گذار قرار گیرد. در این خصوص نباید هیچ‌گونه تردید یا عدم قطعیت وجود داشته باشد. هر گاه مقامات دولتی متوجه هر گونه زمینه‌ای برای سوءتفاهم سرمایه‌گذار شوند، وظیفه دارند آن را به اطلاع او برسانند (ICSID, 2000: para. 76). همچنین دیوان اظهار داشت که مقامات مکزیک با عدم ارائه راهکاری دقیق و مشخص و رویه‌های روشن، نتوانستند ضامن اصل شفافیت که «به موجب نفتا لازم بوده است»، باشند (ICSID, 2000: para. 88).

1. See: *Champion Trading Co. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/02/9, Award (Oct. 27, 2006); *Siemens A.G. v. Arg. Republic*, ICSID Case No. ARB/02/8, Award (Feb. 6, 2007); *PSEG Global, Inc. v. Republic of Turk.*, ICSID Case No. ARB/02/5, Award (Jan. 19, 2007); *Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Award (Nov. 13, 2000); and *Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/01/3), award of 22 May 2007; *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011, para. 253; and *Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic*, Permanent Court of Arbitration (PCA), Partial Award of 17 March 2006; *Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria* (ICSID Case No. ARB/03/24), Award of August 27, 2008, para. 178

دیوان بیان داشت که «مکزیک در خصوص تأمین چارچوب شفاف و قابل پیش‌بینی برای سرمایه‌گذاری و برنامه‌ریزی متالکلد قصور ورزیده است. مجموعه اوضاع و احوال موجود، نبود فرایندی منظم و ترتیبیاتی دقیق در خصوص سرمایه‌گذار خارجی را که با چشم‌داشت رفتاری عادلانه و منصفانه وفق نفتا مشغول فعالیت است، نشان می‌دهد» (ICSID, 2000: para. 99). دیوان در صدر مبحث رفتار عادلانه و منصفانه عنوان می‌دارد که به دلایل زیر (از جمله شفافیت) شرکت متالکلد رفتار عادلانه و منصفانه به موجب حقوق بین‌الملل دریافت نکرده است و در نتیجه بند ۱ ماده ۱۱۰۵ نفتا توسط مکزیکی نقض شده است (ICSID, 2000: para. 74). در این پرونده دیوان به‌صراحت بیان داشت که بخشی از نقض رفتار عادلانه و منصفانه به‌دلیل شفاف نبودن در مقررات و رویه‌های دولت میزبان بوده است. این نکته بسیار حائز اهمیت است که دیوان بارها اشاره می‌کند که شفافیت «به موجب نفتا» برای مکزیکی الزام‌آور بوده و مستند او نیز بند ۱ ماده ۱۱۰۵ نفتا است، این در حالی است که در این ماده صرفاً تعهد به رعایت اصل رفتار عادلانه و منصفانه به موجب حقوق بین‌الملل بیان شده است. این طرز تلقی دیوان به‌خوبی نشان می‌دهد که شفافیت را از ارکان لاینفک شرط رفتار عادلانه و منصفانه می‌پندارد.

دیوان ایکسید در پرونده‌ای دیگر نیز همین برداشت از ماده ۱۱۰۵ را مجدداً تأیید کرد و شفافیت را از عناصر شرط رفتار عادلانه و منصفانه مندرج در ماده ۱۱۰۵ نفتا معرفی و بیان کرد که شرط رفتار عادلانه و منصفانه از جمله با فقدان شفافیت نقض می‌شود (ICSID, 2004: para. 98). رأی اخیر با علم به شکسته شدن رأی صادره در پرونده متالکلد توسط دادگاه عالی بریتیش کلمبیا صادر شد^۱ و دیوان در این پرونده ضمن اشاره به مخالفت دادگاه مزبور با استدلال مطروحه در پرونده متالکلد، عنوان داشت که «به هر پرونده باید در پرتو وقایع و مبانی اقدامات صورت‌گرفته در همان پرونده نگریسته شود» (ICSID, 2004: para. 155).

۲. قضیه *MTD Equity*

در قضیه *MTD Equity* علیه دولت شیلی، دیوان ایکسید بیان داشت که دولت شیلی اصل رفتار عادلانه و منصفانه را نقض کرده است. با این حال در بررسی این موضوع بیان کرد که شفاف نبودن نیز موجب نقض اصل مزبور می‌شود. در این پرونده، هنگامی که دولت شیلی سرمایه‌گذار را راغب به سرمایه‌گذاری می‌کرد، به‌هیچ‌وجه عنوان نکرده بود که پروژه مربوط ممکن است مخالف قوانین محلی باشد. اگر دولت شیلی این امر را به آگاهی سرمایه‌گذار رسانده بود، او

۱. مکزیکی به‌عنوان خواننده در پرونده مدیریت بازیافت (Waste Management)، به استدلال مطروحه توسط دادگاه عالی بریتیش کلمبیا در مورد قضیه متالکلد به‌عنوان دفاع متوسل شده بود تا دیوان را قانع کند که شفافیت به نقض شرط رفتار عادلانه و منصفانه منجر نمی‌شود (ICSID, 2004: para. 154).

می‌توانست با علم به اینکه خطر عدم دریافت مجوز از مقامات محلی برای سرمایه‌گذاری‌اش وجود دارد، اقدام به شروع پروژه کند (ICSID, 2004: para. 163). همچنین دیوان در این پرونده با ارجاع دادن به قضیه تکمد^۱، به تبیین عناصر و محتوای شرط رفتار عادلانه و منصفانه پرداخت که در این ارجاع به‌وضوح مشخص است که یکی از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار را در برآورده شدن اصل رفتار عادلانه و منصفانه، شفافیت در عملکرد و قوانین می‌داند (ICSID, 2004: para. 114). در واقع دیوان در این پرونده بدو سعی در تبیین مفهوم شرط رفتار عادلانه و منصفانه کرده بود و به این منظور چند عنصر برای شرط مزبور بیان کرد؛ عناصری چون حسن‌نیت و مشروعیت که در نهایت با ارجاع به پرونده تکمد به اصل شفافیت نیز رسید و شفافیت را نیز در تفسیر شرط رفتار عادلانه و منصفانه مدنظر قرار داد.

در این پرونده، خوانده نیز همواره در مقام دفاع اذعان می‌داشت که عملکرد و مقررات وی شفاف بوده است (ICSID, 2004: paras. 134, 139, 144 & 145). این امر نشان از اعتقاد دولت مزبور به این دارد که شفافیت از عناصر شرط رفتار عادلانه و منصفانه است و عدم رعایت آن به نقض شرط رفتاری مذکور می‌انجامد.

در پاسخ به اینکه خواهان ادعا کرده بود دولت شیلی او را از مقررات و سیاست‌های وضع‌شده مطلع نساخته است، دولت شیلی عنوان داشت که تعهدی به آگاهی‌رسانی در خصوص مقررات جدید ندارد و این تکلیف سرمایه‌گذار است که خود از مقررات و سیاست‌گذاری‌های دولت میزبان مطلع شود. دیوان ضمن پذیرش کلی این دفاع به‌عنوان یک اصل، در پاسخ گفت: «اما دولت شیلی تعهد کرده است که به‌طور منسجم عمل کند و سیاست‌های خود را ثابت نگه‌دارد، فارغ از اینکه سرمایه‌گذار چگونه عمل کرده باشد» (ICSID, 2004: para. 165). در واقع، به‌زعم دیوان، شیلی تنها دو راه در پیش داشته است: یا به‌طور منسجم و یکنواخت عمل می‌کرد یا عدم انسجام خود را به اطلاع طرف سرمایه‌گذار می‌رساند. بنابراین، با نقض هریک از این دو تعهد، شرط رفتار عادلانه و منصفانه نقض شده است (Vandevelde, 2010: 84-85). از این رأی به‌خوبی برمی‌آید که دیوان شفافیت را نیز جزئی از محتوای شرط رفتار عادلانه و منصفانه دانسته است و در نهایت نیز با تکیه بر همین عناصر به این نتیجه رسید که عملکرد دولت شیلی به نقض تعهد به رفتار عادلانه و منصفانه منجر شده است (ICSID, 2004: paras. 166-167).

جالب اینجاست که در اعتراض به رأی صادره، دولت شیلی به‌عنوان ایراد به رأی بدوی بیان کرد که مرجع رسیدگی‌کننده بر رأی صادره در پرونده تکمد در خصوص ماهیت و محتوای شرط رفتار عادلانه و منصفانه که از جمله شفافیت نیز ذیل آن مطرح می‌شود، تکیه داشته است. کمیته رسیدگی‌کننده به اعتراض اما در نهایت با ملاحظه این امر رویکرد مرجع بدوی را تأیید و شناسایی محتوای شرط مزبور را از جانب آن مرجع تصدیق کرد (ICSID, 2007, paras. 65-68).

۳. قضیه تکمد

پرونده تکمد علیه مکزیک براساس موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری میان مکزیک و اسپانیا مطرح شد و اساس آن بر ادعای قصور در انتشار و افشای سیاست‌گذاری‌های دولت میزبان استوار بود. در این پرونده مقامات مکزیکي نظر به مخالفت‌های اجتماعی که به‌وجود آمده بود، تصمیم گرفتند مجوز سرمایه‌گذار در خصوص ساخت مکان دفن زباله را تمدید نکنند، بدون آنکه سرمایه‌گذار را از این قصد مطلع سازند. مقامات مکزیک و سرمایه‌گذار وارد مکاتبات و مباحثات عمیقی در خصوص امکان جابه‌جایی مکان پروژه شده بودند، درحالی‌که در طول مذاکرات مقامات هیچ‌گاه به سرمایه‌گذار اطلاع نداده بودند که پیشتر تصمیم به عدم تمدید مجوز او گرفته‌اند (ICSID, 2003: paras. 35 & 44).

خواهان مدعی بود که در چارچوب رعایت شرط رفتار عادلانه و منصفانه مندرج در بند ۱ ماده ۴ موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری، دولت مکزیک متعهد بوده است که به‌نحو شفاف عمل کند و به انتظارات مشروع سرمایه‌گذار احترام بگذارد. خواهان مدعی بود که تغییر دادن مجوز دائمی سرمایه‌گذار به مجوز مدت‌دار باید به اطلاع او می‌رسید. چنین قانون‌گذاری کاملاً غیرشفاف بوده و این قصور به نقض شرط رفتار عادلانه و منصفانه انجامیده است (ICSID, 2003: para. 58). دیوان نیز در نهایت بر این عقیده بود که شفاف نبودن دولت مکزیک در مورد قصد واقعی خود و دلیل اصلی تمدید نکردن پروانه سرمایه‌گذار، موجب نقض شرط رفتار عادلانه و منصفانه شده است (ICSID, 2003: para. 164).

بنابراین، در این قضیه اصل شفافیت به‌عنوان شرط لازم برای رفتار عادلانه و منصفانه در نظر گرفته شده است (Vandeveldt, 2010: 86). اما تفسیر دیوان از این مسئله شایان توجه است: «دیوان داوری بر این نظر است که این مقررۀ موافقت‌نامه^۱ در پرتو اصل حسن‌نیت که به موجب حقوق بین‌الملل به‌وجود آمده است، طرف‌های قرارداد را ملزم می‌کند که با سرمایه‌گذار خارجی به‌گونه‌ای رفتار نکنند که انتظارات اولیه‌ای را که او از سرمایه‌گذاری تعقیب می‌کرده است، تحت تأثیر قرار دهد. سرمایه‌گذار خارجی، از دولت میزبان انتظار دارد که در ارتباطات خود با سرمایه‌گذار خارجی به‌گونه‌ای منسجم، بدون ابهام، و به‌طور کلی شفاف عمل کند. بنابراین لازم است که پیشاپیش تصویب هر قاعده یا مقررات و همچنین مقصود واقعی از وضع هر سیاست یا رویه یا آیین‌نامه اداری که ممکن است سرمایه او را تحت تأثیر قرار دهد، به اطلاع او برسد تا از این طریق قادر باشد در خصوص سرمایه‌گذاری خود برنامه‌ریزی کند و خود را با مقررات وفق دهد. این معیار در مورد تمامی اقدامات هر دولت صادق بوده و علاوه بر رهنمون‌ها، آیین‌نامه‌ها یا مقررات و مصوبات ذیل آنها، شامل اهداف و مقاصدی که با تصویب این مقررات دنبال

۱. مقصود شرط رفتار عادلانه و منصفانه مندرج در بند ۱ ماده ۴ موافقت‌نامه است.

می‌شود، نیز می‌شود. در واقع، قصور دولت میزبان در زمینه انطباق دادن خود با معیارهای رفتاری برشمرده، سبب می‌شود که توانایی سرمایه‌گذار در زمینه ارزیابی رفتار و حمایت‌های دولت میزبان و در خصوص تشخیص انطباق اقدامات دولت میزبان با اصل رفتار عادلانه و منصفانه، تحت تأثیر قرار گیرد. بنابراین، انطباق دولت میزبان با این معیارهای رفتاری رابطه تنگاتنگی با اصل مزبور دارد و نقش بسزایی در اجرای واقعی این اصل و نیز جلوگیری از احتمال خودسرانه بودن اقدامات دولت میزبان ایفا می‌کند. از این رو تقصیرهای برشمرده شده می‌تواند از نگاه عقلا با اینکه مستقیماً یک مقررۀ قانونی خاص را نقض نکرده باشد، اما مخالف قانون باشد، چراکه به مفاد نزاکت قضایی^۱ آسیب می‌رساند (ICSID, 2003: para. 154).

۴. قضیۀ اکسیدنال

قضیۀ اکسیدنال علیه دولت اکوادور بر مبنای موافقت‌نامه دوجانبۀ سرمایه‌گذاری اکوادور و ایالات متحده و با قواعد شکلی داوری آنسیترال نزد دیوان داوری بین‌المللی لندن^۲ با موضوع اصلی بازپرداخت مالیات بر ارزش افزوده^۳ مطرح شد.

در پروندۀ مزبور، خواهان بر شرط رفتار عادلانه و منصفانه مندرج در موافقت‌نامه دوجانبۀ سرمایه‌گذاری میان ایالات متحده و اکوادور تکیه داشت. دیوان داوری در این پرونده بیان کرد که چارچوب قانونی که سرمایه‌گذار با اتکای به آن فعالیت می‌کرده، به‌طور جدی تغییر کرده و همچنین شفافیتی که سرمایه‌گذار در پی آن بوده، با پاسخی کاملاً مبهم و ناموجه روبه‌رو شده است (London Court of International Arbitration, 2004: para. 184).

به بیان دیوان داوری: «قانون مالیات بدون ارائه هیچ‌گونه شفافیتی در خصوص معنی و قلمرو آن تغییر یافته و عملکردها و مقررات موجود با این تغییرات ناسازگار بوده است» (London Court of International Arbitration, 2004: para. 184). دیوان داوری پس از اشاره به دو پروندۀ متالکلد و تکمد به این نتیجه رسید که الزامات و شرایطی که در دو پروندۀ مزبور بیان شده، در پروندۀ حاضر از سوی اکوادور رعایت نشده و این شرایط نیز یک شرط نوعی^۴ است که سوءنیت یا حسن‌نیت خواننده در آن تأثیری ندارد (London Court of International Arbitration, 2004: para. 186). در نتیجه، دیوان بر این نظر بود که خواننده تعهدات خود در زمینه رفتار عادلانه و منصفانه به موجب بند ۳ ماده ۲ معاهده را نقض کرده است (London Court of International Arbitration, 2004: para. 187).

1. a sense of juridical propriety

این تعبیر از رأی دیوان بین‌المللی دادگستری به عاریت گرفته شده است. (Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy), ICJ Judgment of 20 July 1989, para. 128)

2. London Court of International Arbitration

3. Value-Added Tax

4. objective requirement

دیوان دآوری در این پرونده به نکته جالبی اشاره و بیان کرد که «سؤال اصلی در این پرونده این نیست که تعهدی به بازپرداخت مالیات بر ارزش افزوده که طرفین به شدت بر آن تکیه کرده‌اند، وجود دارد یا خیر. بلکه سؤال اصلی این است که چارچوب قانونی و بازرگانی موجود از دو شرط ثبات و قابلیت پیش‌بینی که به موجب حقوق بین‌الملل لازم است، برخوردار بوده است یا خیر. پیشتر تصمیم گرفته شد که به موجب حقوق بین‌الملل تعهدی به بازپرداخت مالیات بر ارزش افزوده وجود ندارد، ... اما به طور قطع تعهد به تغییر ندادن فضای قانونی و بازرگانی که سرمایه‌گذاری در آن انجام گرفته است، وجود دارد. در این پرونده، همین مسئله به رفتاری ناعادلانه و غیرمنصفانه منجر شده است» (London Court of International Arbitration, 2004: para. 191). بنابراین دیده می‌شود، حتی در خصوص عرفی بودن شفافیت و ثبات، که مخالفت‌های جدی وجود دارد، نیز این دیوان با قاطعیت نظر مثبت خود را اعلام می‌کند.

نتیجه‌گیری

حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نوین همراه با سایر شاخه‌های حقوق بین‌الملل شاهد توجه فزاینده‌ی بازیگران این حوزه از حقوق به مقوله شفافیت است و این توجه فارغ از ارتباط اصل شفافیت با شرط رفتار عادلانه و منصفانه است. بنابراین، اصل شفافیت دارای ابعادی شده است که خود فی‌نفسه و به تدریج به سوی تعهدی الزام‌آور حقوقی پیش می‌رود. با این حال، این مقاله در پی یافتن نقش شفافیت در تفسیر شرط رفتار عادلانه و منصفانه و پاسخ به این پرسش بود که آیا می‌توان بدون هیچ‌گونه تصریح معاهده‌ای، شفافیت را از ملزومات و شرایط شرط رفتار عادلانه و منصفانه دانست. بی‌گمان پاسخ به این پرسش تا حد زیادی مثبت است. هم رویه دآوری بین‌المللی و هم نظریه‌پردازان حقوق بین‌الملل در موارد متعدد و گسترده‌ای عنوان داشته‌اند که شفافیت از عناصر شرط رفتار عادلانه و منصفانه است و هر گونه عملکرد غیرشفاف از سوی دولت میزبان، به نقض شرط رفتار عادلانه و منصفانه خواهد انجامید.

مطالعات آکادمیک و رویه عملی دآوری بین‌المللی به‌منظور توجیه استدلال خود در تأثیر شفافیت بر شرط رفتار عادلانه و منصفانه به رشته‌های متعددی چنگ زده‌اند. این مبانی استدلالی اغلب براساس انتظارات مشروع سرمایه‌گذار تکیه دارد و از طریق این اصل، شفافیت را با شرط رفتار عادلانه و منصفانه پیوند می‌زند. در واقع این ایده بیان می‌دارد که شفافیت از عناصر اصل انتظارات مشروع است و اصل اخیرالذکر نیز از ارکان اصلی شرط رفتار عادلانه و منصفانه است. بنابراین، شفافیت به‌طور غیرمستقیم از ملزومات شرط اخیرالذکر است. این نظر نمی‌تواند به‌طور قاطع مورد پذیرش واقع شود، چراکه لزوماً نمی‌توان در همه موارد این‌گونه ارتباط را ترسیم کرد و باید به این نظر نیز توجه نشان داد که اصل شفافیت خود می‌تواند به‌طور مستقیم با شرط رفتار

عادلانه و منصفانه ارتباط پیدا کند و در واقع عنصر ذاتی آن محسوب شود. به این دلیل بود که نگارندگان بر این نظر تأکید بیشتری دارند که میان اصل شفافیت و شرط رفتار عادلانه و منصفانه ارتباط ذاتی وجود دارد و شفافیت از ارکان اصلی شرط مزبور است. اساس این استدلال نیز است که رفتار و عملکرد غیرشفاف خود فی نفسه امر غیرعادلانه و غیرمنصفانه است و نیازی نیست برای توجیه آن به اصل انتظارات مشروع توسل جست.

استدلال دیگر، توجه به شفافیت بعنوان لوازم حکمرانی مطلوب و حاکمیت قانون است. این نظر نیز صرفاً در آن معنی از شفافیت قابلیت پذیرش دارد که به عنوان ابزاری برای اطلاع از مقررات شکلی دولت‌ها مطرح می‌شود؛ یعنی در همه ابعاد اصل شفافیت نمی‌توان با تکیه بر دو اصل حکمرانی مطلوب و حاکمیت قانون بیان کرد که شرط رفتار عادلانه و منصفانه مستلزم رعایت شفافیت است.

در پایان، هرچند نگرش دانشگاهیان و مراجع داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی با این نتیجه‌گیری همسو می‌نماید، و اغلب مطالعات به کشف پاسخی مثبت در خصوص ارتباط ناگسستنی شفافیت و شرط رفتار عادلانه و منصفانه منتهی می‌شود، اما نباید در بعد هنجارآفرینی حقوق بین‌الملل و در خصوص اینکه آیا اندراج شفافیت در شرط رفتار عادلانه و منصفانه برآمده از قواعد عرفی و مسلمات حقوقی بین‌المللی است، شتاب‌زده عمل کرد. بدون آنکه به این یافته به‌عنوان حکم مسلم نگریسته شود، باید در هر پرونده و بسته به همان مورد خاص به پرسش مزبور پاسخ داد. نباید فراموش شود که سایه عدالت و انصاف بر سر هر دو طرف دعوا گسترانیده شده و صرفاً یک طرف دعوا زیر این چتر آرمیده است.

منابع

۱. فارسی

الف) کتاب‌ها

۱. عسکری، پوریا (۱۳۹۴)، *حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داوری بین‌المللی*، تهران: شهر دانش.
۲. لوونفلد، آندریاس (۱۳۹۰)، *حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری*، ترجمه محمدجعفر قنبری جهرمی، تهران: جنگل.

ب) مقالات

۳. انصاری مهیاری، علیرضا؛ رئیسی، لیلا (۱۳۹۷)، «استانداردهای بین‌المللی حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی»، *دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی*، سال بیست‌وپنجم، ش ۱۳، ص ۸۸ - ۴۷.
۴. پاسبان، محمدرضا؛ اصغری، زینب (۱۳۹۳)، «نقش رفتار منصفانه در حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی با تأکید بر مفهوم مسئولیت اجتماعی شرکت‌های فراملی»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، سال سوم، ش ۸، ص ۷۰ - ۴۳.
۵. ضیایی، سید یاسر؛ جوادی، سعیده (۱۳۹۸)، «حمایت از مالکیت فکری در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری خارجی»، *فصلنامه مطالعات حقوقی*، دوره ۱۱، ش ۲، ص ۱۵۵ - ۱۲۷.

۲. انگلیسی

A) Books

1. Askari, Pouria (2015), *the Law of Foreign Investment in International Arbitration Practice*, Tehran, the SD Institute of Law Research and Study (in Persian).
2. Buijze, Anoeska (2013), *The principle of transparency in EU law*, s-Hertogenbosch, Uitgeverij BOXPress.
3. Dolzer, Rudolph & Christoph Schreuer (2008), *Principles of International Investment Law*, Oxford, Oxford University Press.
4. Islam, Rumana (2018), *The Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in International Investment Arbitration; Developing Countries in Context*, Singapore, Springer.
5. Lowenfeld, Andreas F. (2011), *International Investment Law*, translated by: Mohamadjafar Ghanbari Jahromi, Tehran, Jangal Publication (In Persian).
6. Salacuse, Jeswald W. (2015), *The Law of Investment Treaties*, Oxford, Oxford University Press.
7. Tudor, Ioana (2008), *The Fair and Equitable Treatment Standard in International Foreign Investment Law*, Oxford, Oxford University Press.
8. Yen, Trinh Hai (2014), *The Interpretation of Investment Treaties*, Leiden, Brill/Nijhoff Publisher.

B) Articles

9. Ansari Mahyari, Alireza & Raisi, Leila (2018), "International Standards of Foreign Investment Protection", *Journal Encyclopedia of Economic Law*, No. 13, pp. 47-88 (In Persian).
10. Pasban, Mohammad Reza & Asghari, Zeinab (2015), "The Role of Fair and Equitable Treatment in the Settlement of Foreign Investment Disputes: With Particular Emphasis on Social Responsibility of Transnational Corporations", *Private Law Research*, Vol. 3, No. 8, pp. 43-70 (In Persian).
- Ziaee, S. Yaser & Javadi, Saeedeh (2019), "Protection of Intellectual Property in

International Foreign Investment Law”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 11, No. 2, pp. 127-155 (In Persian).

1. Bronfman, Marcela K. (2006), “Fair and Equitable Treatment: An Evolving Standard”, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Vol. 10, pp. 609-680
12. Dolzer, Rudolf (2005), “Fair and Equitable Treatment: A Key Standard in Investment Treaties”, *the International Lawyer*, Vol. 39, Issue 1, pp. 87-106.
13. Finke, Jasper (2014), “Concepts, Hybridization, Principles, and the Rule of Law: New Literature on International Monetary and Financial Law”, *12 Int’l J. Const. L.*, Vol. 12, Issue 4, pp. 1054-1070
14. Iqbal, Tabassum (2017), “Free and equitable treatment principle: The mischievous principle of international investment law”, *International Journal of Applied Research*, Vol. 3, No. 7, pp. 713-725
15. Jacob, Marc and Stephan W. Schill (2017), “Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method”, *ACIL Research Paper*, Vol. 20, pp. 1-63
16. Klager, Roland (2010), “Fair and Equitable Treatment: A Look at the Theoretical Underpinnings of Legitimacy and Fairness”, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 11, Issue 3, pp. 435-455
17. Laverde, Santiago D. (2011), “Analysis of the Principle of Transparency with Special Reference to Its Implications for the Procedure of International Investment Arbitration”, *Criterio Jurídico Santiago de Cali*, Vol. 11, No. 1, pp. 105-134.
18. Marshall, Fiona (2007), “Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements”, *Issues in International Investment Law Background Papers for the Developing Country Investment Negotiators’ Forum*. International Institute for Sustainable Development, pp. 2-17.
19. Schill, Stephan W. (2010), “Fair and Equitable Treatment, The Rule of Law, and Comparative Public Law”, in: Stephan W. Schill (ed), *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 151-182.
20. Vandevelde, Kenneth J. (2010), “a Unified Theory of Fair and Equitable Treatment”, *International Law and Politics*, Vol. 43, pp. 43-106
21. Zöllner, Carl-Sebastian (2006), “Transparency: An Analysis of an Evolving Fundamental Principle in International Economic Law”, *Michigan Journal of International Law*, Vol. 27, Issue 2, pp. 579-628.

C) International Official Reports

22. OECD, (2004), “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, OECD Publishing.
23. UNCTAD, (1999), “Admission and Establishment”, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York and Geneva, United Nations publication.
24. UNCTAD, (2012), “Fair and equitable treatment”, UNCTAD Series, Vol. II, New York and Geneva, United Nations Publications.
25. UNCTAD, (1999), “Fair and equitable treatment”, UNCTAD Series, Vol. III, New York and Geneva, United Nations Publications.

D) Arbitral Decisions

26. Champion Trading Co. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/02/9,

- Award (Oct. 27, 2006).
27. Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/3), award of 22 May 2007.
 28. Joseph Charles Lemire v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/18, Decision on Jurisdiction and Liability, 14 January 2010
 29. Maffezini v. Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB/97/7, Award (Nov. 13, 2000).
 30. Metalclad Corporation v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), Award of August 30, 2000
 31. Mondev International Ltd v United States of America, ICSID Arbitration no. ARB(AF)/99/2, p.40, 116, October 11, 2002)
 32. MTD Equity Sdn Bhd. & MTD Chile S.A. v. The Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/01/7) (Annulment Proceeding), Decision on Annulment, 21 March 2007.
 33. MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile (ICSID Case No. ARB/01/7), Award of May 25, 2004.
 34. Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, London Court of International Arbitration Case No. UN3467, Final Award of 1 July 2004 Available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0571.pdf> (last visited on: 09/01/2020)
 35. Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, Award (11 September 2007)
 36. PSEG Global, Inc. v. Republic of Turk., ICSID Case No. ARB/02/5, Award (Jan. 19, 2007)
 37. Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, Permanent Court of Arbitration (PCA), Partial Award of 17 March 2006
 38. Siemens A.G. v. Arg. Republic, ICSID Case No. ARB/02/8, Award (Feb. 6, 2007).
 39. Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award of May 29, 2003
 40. The United Mexican States v. Metalclad Corporation, the Supreme Court of British Columbia, 2001, BCSC 664. Full text is available at: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0512.pdf>
 41. Waste Management, Inc. v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/00/3), Final award of April 30, 2004
 42. *Sergei Paushok, CJSC Golden East Company and CJSC Vostokneftegaz Company v. The Government of Mongolia*, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011.

E) ICJ Cases

43. Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy), ICJ Judgment of 20 July 1989.