

## نقش موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای در حل چالش‌ها و تحول در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

جعفر نوری یوشانلوئی\*

دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

میشم صالحی

کارشناسی ارشد حقوق داوری معاهده‌ای سرمایه‌گذاری، دانشگاه اویسالا، سوئد

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۲/۳۰ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۹/۱/۲۷)

### چکیده

در طول دو دهه اخیر، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری مدرن آماج شدیدترین حملات نسبت به دو منبع آن یعنی معاهدات سرمایه‌گذاری و رویه قضایی منبث از معاهدات بوده است؛ حملاتی که بعضاً ماهیت وجودی رژیم حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را نیز به چالش کشیده‌اند. به موازات این موضوع، به دلیل همبستگی فزاینده میان تجارت و سرمایه‌گذاری در تجارت سده بیست و یکم و ضرورت وجود مقررات همبسته‌ساز، از حدود یک دهه اخیر گرایش به سوی انعقاد «موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای» در راستای ایجاد سیستمی یکپارچه در خصوص مقررات تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی افزایش چشمگیری یافته است. پژوهش حاضر ضمن بررسی اختصاری میانی گرایش دولت‌ها به ایجاد نمونه‌های کلان از موافقت‌نامه‌های تجارت منطقه‌ای و همچنین چالش‌هایی که این موافقت‌نامه‌ها در راستای حصول به این همبسته‌سازی در حوزه مقرره‌گذاری سرمایه‌گذاری با آن مواجه خواهند بود، با تحلیل مقررات موجود در موافقت‌نامه‌های کلان به آثار بالقوه این موافقت‌نامه‌ها در جهت حل چالش‌های مطرح در حوزه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری می‌پردازد. این پژوهش بر این باور است که موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای نه تنها قادر به حل چالش‌های مطرح شده از طریق ارائه نمونه‌هایی متعادل از معاهدات سرمایه‌گذاری هستند، بلکه ایجاد این موافقت‌نامه‌ها با مقرراتی متعادل و ویژگی‌های ساختاری کلان می‌تواند زمینه تحولی تثبیت‌کننده در منابع مختلف رژیم حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را فراهم آورد.

### واژگان کلیدی

تجارت منطقه‌ای، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، داوری سرمایه‌گذاری، مشروعیت، موافقت‌نامه‌های کلان، همبسته‌سازی.

## ۱. پیدایش و چالش‌های موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای

اگرچه انعقاد موافقت‌نامه‌های تجارت منطقه‌ای امر تازه‌ای نیست، تمایل گسترده اقتصادهای بزرگ جهانی در یک دهه اخیر نسبت به مقررگذاری تجارت، سرمایه‌گذاری و خدمات در خارج از سیستم سازمان تجارت جهانی و در قالب نمونه‌هایی کلان و فرامنطقه‌ای از موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد، پرسش‌های بسیاری را در خصوص چرایی این تمایل، تمایزات این موافقت‌نامه‌ها با نمونه‌های سنتی موافقت‌نامه‌های تجارت منطقه‌ای، چالش‌ها و تأثیرات احتمالی آنها بر سیستم حقوق بین‌الملل اقتصادی مطرح کرده است. در بخش نخست به بیان مبانی و ارائه تعریفی از این موافقت‌نامه‌ها می‌پردازیم تا از این رهگذر هدف وجودی این موافقت‌نامه‌ها را روشن سازیم؛ در ادامه نیز با تمرکز بر جنبه مقررگذاری حوزه سرمایه‌گذاری به تحلیل چالش‌های این موافقت‌نامه‌ها در مسیر وصول به هدف غایی خود می‌پردازیم.

### ۱.۱. تعریف و مبانی پیدایش موافقت‌نامه‌ها

در طول یک دهه اخیر حقوق بین‌الملل اقتصادی شاهد ایجاد نوعی از موافقت‌نامه‌های تجارت منطقه‌ای با ویژگی‌های بسیار متفاوت‌تر از موافقت‌نامه‌های تجاری رایج در قرن بیستم-که صرفاً در پی کاهش موانع تعرفه‌ای تجارت بودند- بوده است؛<sup>۱</sup> بدین توضیح که آخرین موج از موافقت‌نامه‌های تجارت منطقه‌ای،<sup>۲</sup> که با عنوان موافقت‌نامه‌های قرن بیست‌ویکم نیز شناخته می‌شوند (Baldwin, 2014: 6-7)، علاوه بر ایجاد نرخ‌های تعرفه‌ای تجاری بسیار پایین میان اعضا، گستره وسیع‌تری از مسئولیت و تعهدات معاهده‌ای را از طریق مقرراتی که اغلب بسیار عمیق‌تر از موضوعات مقررهای سازمان تجارت جهانی‌اند،<sup>۳</sup> بر اعضا بار کرده‌اند. همچنین مقررات این موافقت‌نامه‌ها از حیث سطح پوشش حقوقی فراتر از موضوعاتی می‌روند که سازمان تجارت جهانی به آنها پرداخته است.<sup>۴</sup> موافقت‌نامه‌های تجارت منطقه‌ای جدید برخلاف نمونه‌های قبلی خود که اغلب با ویژگی همگرایی در نقاط جغرافیایی خاص تعریف می‌شدند، بیشتر بر ایجاد اتحادها و ائتلافات تجاری فرامنطقه‌ای با اهداف بلندپروازانه‌تر سیاسی-اقتصادی تأکید دارند.<sup>۵</sup>

۱. طبق تعریف ارائه‌شده از سوی سازمان تجارت جهانی موافقت‌نامه‌های تجارت منطقه‌ای را باید هر نوع موافقت‌نامه با موضوع تجارت هر موافقت‌نامه خارج از سیستم چندجانبه سازمان تجارت جهانی دانست. در حقیقت Regional در این عنوان به ویژگی جغرافیایی اشاره ندارد و در مقابل Multilateral یا Cross-Regional قرار می‌گیرد. اگرچه در عمل نمونه‌های عمومی و سنتی این موافقت‌نامه‌ها اغلب میان کشورهای با پیوند جغرافیایی منعقد می‌شد.

2. Regional Trade Agreement(s)

۳. موسوم به مقررات WTO-plus.

۴. موسوم به مقررات WTO-more or extra.

۵. برای مطالعه تفاوت میان نسل سنتی موافقت‌نامه‌های تجارت منطقه‌ای و موج جدید این موافقت‌نامه‌ها و همچنین دشواری‌های ناشی از این گرایش جدید، رک:

از این رو، محور این موافقت‌نامه‌ها ایجاد «همگرایی» و «همبستگی» هرچه بیشتر و به تبع دارا بودن ابزارهای ایجاد این همگرایی است.<sup>۱</sup> مطابق تعریف مجمع جهانی اقتصاد<sup>۲</sup> می‌توان این موافقت‌نامه‌ها را این‌گونه توصیف کرد: «همکاری همگرایانه عمیق در قالب موافقت‌نامه‌های تجارت منطقه‌ای بین کشورها و مناطقی با سهم عظیمی از تجارت و سرمایه‌گذاری مستقیم جهانی، که در آن دو یا بیش از دو طرف موافقت‌نامه را کشورهایی که نقش سرآمد اقتصادی در منطقه تجاری خود دارند یا یکی از قطب‌های زنجیره ارزش جهانی<sup>۳</sup> هستند، تشکیل می‌دهند» (World Economic Forum, 2014:13). با توجه به تعریف ارائه‌شده، منظور از موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای در پژوهش حاضر موافقت‌نامه‌هایی است که ویژگی‌های زیر را دارا باشند: ۱. میان حداقل سه کشور یا گروه‌های منطقه‌ای در حال مذاکره باشد؛ ۲. اعضای آن در مجموع سهم عظیمی (لااقل ۲۵ درصد یا بیشتر) از تجارت و سرمایه‌گذاری جهانی را دارا باشند؛<sup>۴</sup> ۳. این همکاری باید از نوع عمیق، یعنی دامنه شمول مقرراتی آن فراتر از مقررات سازمان تجارت جهانی رفته باشد (شمول بر مقررات WTO+ و WTO-X) و ۴. لااقل یکی از اعضای حاضر در موافقت‌نامه از قطب‌های زنجیره ارزش جهانی باشد. اصلی‌ترین مصادیق این موافقت‌نامه‌های عبارت‌اند از موافقت‌نامه‌های TTP، TTIP و RCEP که هر کدام واجد ویژگی‌های پیش‌گفته‌اند.

Evans, 2009: 53-57.

۱. به همین علت تأکید فزاینده این موافقت‌نامه‌ها بر ایجاد مجموعه‌ای است که علاوه بر دسترسی به بازار کالا (موضوعی که مرکز توجه نسل سنتی بود)، شامل مواردی همچون هماهنگی و کاهش موانع مقرره‌ای در زمینه‌های خدمات، رقابت، مقررات سرمایه‌گذاری از جمله مقررات مربوط به نقل و انتقال اموال، موانع غیرتعرفه‌ای و الزام انطباق مقررات داخلی کشورهای عضو، حمایت از مالکیت فکری، محیط زیست و همکاری‌های گمرکی است؛ از این رو اشتباه نخواهد بود اگر موافقت‌نامه‌های تجارت منطقه‌ای جدید را موافقت‌نامه‌های «همگرایی مقرره‌ای» نیز توصیف کرد.

## 2. World Economic Forum

۳. به‌طور کلی «زنجیره ارزش»، زنجیره‌ای است که همه فعالیت‌های مرتبط با جریان کالا و تبدیل مواد، از مرحله تهیه ماده اولیه تا مرحله تحویل کالای نهایی به مصرف‌کننده را در برمی‌گیرد. در کنار جریان کالا، دو جریان دیگر - جریان اطلاعات و جریان منابع مالی و اعتبارات - نیز وجود دارد. فعالیت‌هایی که یک زنجیره ارزش را تشکیل می‌دهند، می‌تواند درون یک شرکت یا در میان شرکت‌های مختلف تقسیم شده باشد. موضوع زنجیره ارزش جهانی طی ۱۰ تا ۱۵ سال اخیر توجه بیشتری را به خود جلب کرده است. این در حالی است که سابقه این مسئله در شرکت‌های بین‌المللی به بیش از یک قرن می‌رسد. طرح «زنجیره ارزش جهانی» به این دلیل که در میان شرکت‌های مختلف و در فضای جغرافیایی وسیع‌تر گسترش یافته، اصطلاحاً زنجیره ارزش جهانی نامیده می‌شود. از همین رو، طی یک دهه آینده رقابت جهانی، رقابت بر سرزنجیره جهانی ارزش تعریف خواهد شد (روزنامه دنیای اقتصاد، ش ۳۲۵۰، تاریخ چاپ: ۱۳۹۳/۰۴/۲۶، «اهمیت زنجیره ارزش جهانی»).

قطب‌های زنجیره ارزش جهانی عبارت‌اند از: ایالات متحده آمریکا، اتحادیه اروپا، چین و ژاپن.

۴. مقدار این سهم از سوی حقوقدانان و اقتصاددانان و همچنین اسناد منتشرشده از سوی سازمان‌های جهانی تجارت و سرمایه‌گذاری، شمول موافقت‌نامه بر «یک‌چهارم یا ۲۵ درصد» از سهم جهانی تجارت یا سرمایه‌گذاری بیان شده است. برای نمونه رک:

Draper et al., 2014: 8.

دلایلی متعدد اعم از اقتصادی، سیاسی و حقوقی را می‌توان در زمینه چرایی تمایل دولت‌های مختلف به خصوص دولت‌های قدرتمند اقتصادی در یک دهه اخیر برای مذاکره در جهت انعقاد چنین موافقت‌نامه‌هایی برشمرد؛ در این میان اما یکی از اصلی‌ترین محرک‌ها را باید عدم حصول نتیجه‌ای ملموس در ادوار مختلف مذاکرات سازمان تجارت جهانی از جمله نشست سنگاپور و دوحه در راستای ایجاد سیستم حقوقی واحد و یکپارچه برای حکومت بر تجارت و سرمایه‌گذاری دانست. دور مذاکراتی دوحه که چهارمین دور از نشست وزیران کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی پس از نشست‌های سنگاپور، ژنو و سیاتل است. دور دوحه در سال ۲۰۰۱ میلادی و به‌منظور پیگیری دستورکارهای ادوار قبلی<sup>۱</sup>، اصلاح در سیستم سازمان از طریق کاهش موانع تجارت و تصویب موافقت‌نامه‌های جدید در موضوعاتی از جمله حقوق رقابتی، سرمایه‌گذاری، کشاورزی، دسترسی به بازار در موضوعات غیر از کشاورزی، خدمات، تسهیل تجارت، تغییر قواعدی مانند قواعد ضد دامپینگ، تسهیل در تجارت‌های مرتبط با محیط زیست و تغییر در مقررات و ساختار سیستم حل و فصل اختلافات برای تبدیل سیستم سازمان تجارت جهانی به سازوکاری چندجانبه و در عین حال یکپارچه که مطابق با الزامات قرن بیست و یکم باشد<sup>۲</sup>، آغاز شد. با این حال، علل مختلف همچون پیچیدگی در موضوعات گنجانده‌شده در «دستور کار توسعه‌ای دوحه»، تعارض بسیار زیاد در منافع اعضا و عدم تمایل اقتصادهای نوظهوری همچون چین، برزیل و هند برای ایجاد قواعد دسترسی به بازار و به‌تبع دسترسی بیشتر و آزادتر کشورهای توسعه‌یافته به بازارهای داخلی خود و همچنین ایجاد بحران مالی جهانی سال ۲۰۰۸ و به‌تبع آن مواضع حمایت‌گرایانه<sup>۳</sup> دولت‌ها، در نهایت این دور مذاکراتی را تقریباً با شکست مواجه گرداند. به‌نظر می‌رسد جمع این شرایط موجب شد که با شکست نسبی این دور، بسیاری از قدرت‌های بزرگ پیگیری قاعده‌سازی و سیاست‌گذاری در خصوص جنبه‌های مختلف تجارت و سرمایه‌گذاری ذیل سیستم چندجانبه یعنی سازمان تجارت جهانی را در حال حاضر غیرممکن بدانند.

۱. برای مطالعه روند مذاکراتی ادوار مختلف در سازمان تجارت جهانی رک: پوراسماعیلی، ۱۳۹۶: ۱۸۴-۱۷۰.

۲. برای مطالعه بیشتر در خصوص ویژگی‌های منحصربه‌فرد تجارت در قرن بیست و یکم رک:

Baldwin, 2011: 4-8, 25-30.

قابل دسترسی در آدرس زیر:

[https://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201108\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201108_e.pdf)

۳. برای مشاهده تفصیلی موارد مشخص‌شده در «دستور کار توسعه‌ای دوحه» رک: تارنمای سازمان تجارت جهانی به نشانی زیر (آخرین دسترسی تیرماه ۹۸).

[https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dda\\_e/update\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/update_e.htm)

۴. منظور گرایش به سوی پشتیبانی از مقررات حمایت‌کننده از تولیدات داخلی است.

عدم موفقیت در دور دوحه به موازات نیاز شدید اقتصادهای بزرگ جهان به پیگیری و ایجاد مقرراتی در خصوص موضوعات موردنظر در دستور کار سازمان تجارت جهانی سبب شد تا قدرت‌های اقتصادی خود ابتکار عمل را به دست گیرند و خارج از سازمان جهانی معاهداتی چندجانبه منعقد کنند.<sup>۱</sup> در حقیقت، موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای را باید از بلندپروازانه‌ترین اقدامات خارج از سیستم سازمان تجارت جهانی دانست که با دارا بودن ویژگی‌های بیان‌شده می‌توانند ارکان پایه‌ای و بالقوه برای ایجاد حاکمیت حقوقی متحدالشکل‌تر بر تجارت و سرمایه‌گذاری جهانی سده بیست و یکم فراهم سازند. در راستای حصول به این اهداف، تا آنجا که به حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری مربوط است، موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای برای همراه ساختن دولت‌های سرمایه‌پذیر باید بتوانند پاسخی مناسب به چالش‌های سیستمی طرح‌شده در این رژیم حقوقی بدهند.

## ۱.۲. چالش‌های مطرح‌شده در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به صورت خاص در یک دهه اخیر موضوع مباحثات و اعتراضات بسیاری بوده است؛ اگرچه چالش‌های مطرح‌شده در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری متعددند، به نظر می‌رسد تمامی چالش‌های مطرح‌شده را می‌توان در ادعای کلی «از دست دادن بالقوه قدرت حاکمیتی دولت‌های میزبان در خصوص مقررات و سیاست‌گذاری‌های عمومی» و در نتیجه «فقدان تعادل سیستمی میان حقوق سرمایه‌گذاران و دولت‌ها» خلاصه کرد.<sup>۲</sup> در واقع، مبتنی بر تجربه به دست آمده از آرای صادره و نحوه تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری در سال‌های اخیر، بسیاری از کشورهای میزبان عملکرد دیوان‌های داوری را مورد انتقاد قرار داده‌اند. در این زمینه، ایرادات وارده از یک سو مربوط به «ساختارهای شکلی و رویه عملی دیوان‌های داوری» بوده و از سوی دیگر اعتراضات معطوف به «نوع تفسیری که این دیوان‌ها از مقررات ماهوی مندرج در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری- به عنوان اصلی‌ترین قالب مقررگذاشته در این حوزه- ارائه می‌دهند» بوده است. به این معنا که از نظر دولت‌های میزبان، با اینکه مقررات ماهوی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بر دو هدف و مبنای تشویق سرمایه‌گذاری خارجی و همچنین حمایت و حفاظت از منافع سرمایه‌گذاران خارجی استوارند و تفسیر و اجرای این

۱. با توجه به اینکه سیستم رأی‌گیری سازمان تجارت مبتنی بر ضرورت حصول یک اجماع است، حصول تصمیم نهایی در قالب سازمان تجارت جهانی بسیار دشوار است. بنابراین، پیگیری سیاست‌های حقوقی قدرت‌های بزرگ اقتصادی در قالب موافقت‌نامه‌های تجارت آزاد بسیار آسان‌تر خواهد بود.

۲. برای دیدن مباحث حول این موضوع رک:

Tienhaara, K., (2009). *The expropriation of environmental governance: protecting foreign investors at the expense of public policy*. Cambridge: Cambridge University Press.

مقررات نیز باید با توجه به این روح حاکم انجام گیرد، دیوان‌های داوری با تفاسیر بسیار وسیع از شروط حمایتی مندرج در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری صرفاً سعی بر گسترش هرچه بیشتر چتر حمایتی این مقررات نسبت به سرمایه‌گذاران خارجی داشته‌اند؛ این مسئله سبب محدود شدن قدرت عمل و حقوق حاکمیتی دولت‌های میزبان شده و همچنین دولت‌ها برای پیگیری مقرره‌گذاری‌ها و اعمال سیاست‌های عمومی داخلی خود با نوعی ترس و نگرانی مواجه شده‌اند. به همین دلیل بسیاری از دولت‌ها در یک دهه اخیر سعی کرده‌اند از طریق ابزارهای ممکن در راستای افزایش هرچه بیشتر «قدرت کنترلی دولت‌ها» در سیستم حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری قدم بردارند. این چالش را از این نظر باید اصلی‌ترین چالش حقوقی در سیستم حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری دانست که - چنانکه اشاره شد - ترمیم این چالش متضمن تغییر و تحول ساختاری در دو بخش اصلی سیستم معاهده‌ای سرمایه‌گذاری یعنی «مقررات ماهوی» و «سیستم شکلی داوری سرمایه‌گذاری» است.<sup>۱</sup> از این رو در بخش بعد به تأثیرات و ابتکارات موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای در راستای ارائه نوعی متعادل از معاهدات سرمایه‌گذاری و همچنین تأثیرات بالقوه این معاهدات کلان در جهت تحول در سیستم کلی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری خواهیم پرداخت.

## ۲. آثار موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای بر حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

سطح پوشش گسترده موافقت‌نامه‌های کلان، این موافقت‌نامه‌ها را به صورت بالقوه واجد قدرت تأثیرگذاری حقوقی بالایی می‌گرداند. از یک سو این موافقت‌نامه‌ها در صورت حل چالش‌های طرح‌شده در حوزه معاهدات سرمایه‌گذاری می‌توانند خود را به عنوان نمونه‌ای تعدیل‌شده ارائه کنند؛ از سوی دیگر ایجاد موافقت‌نامه‌ای تعدیل‌شده با ویژگی‌های کلان ساختاری می‌تواند تبعاً سبب ایجاد تحولاتی در دیگر منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری شود.

۱. اگرچه بررسی موردی ایرادات وارده به تفصیل می‌تواند مفید در فهم بهتر مطلب باشد، اما به دلیل تقیید نویسندگان به حجم مشخص از تفصیل این موارد صرف‌نظر می‌شود؛ با این حال در بخش بعد به فراخور هر موضوع، به مبانی و علل ایجاد تغییرات صورت‌گرفته در مقررات مربوط در موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای به اختصار اشاره خواهد شد. به هر روی انتظار می‌رود خوانندگان علاقه‌مند به این حوزه اطلاع کافی از این ایرادات که خود موضوع مقالات و کتاب‌های متعددی بوده‌اند، داشته باشند. برای مثال برای دیدن ایرادات بنگرید به مقالات و کتاب‌های زیر:

Armin von Bogdandy and Ingo Venzke (2014), *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, New York, Oxford University Press; Schill, Stephan W. (2017), *Authority, Legitimacy, and Fragmentation in the (Envisaged) Dispute Settlement Disciplines in Mega-Regionals*, ACIL Research Paper 2017-04, available at SSRN;

### ۲.۱.۱.۱. **ارائه نمونه‌ای متعادل از موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری**

چنانکه بیان شد، موضوع «افزایش قدرت کنترلی دولت بر محیط مقررات‌گذاری داخلی» اغلب منبعث از تجربه دولت‌های میزبان در برخورد با دعوایی بوده است که توسط سرمایه‌گذاران در مقابل برخی مقرره‌گذاری‌ها و اقدامات دولتی شکل می‌گرفت؛ در این دعاوی موضع طرف سرمایه‌گذار اغلب در قالب چنین استدلال کلی بود: دولت‌ها طبق موافقت‌نامه‌های دوجانبه مکلف‌اند از «هرگونه» اقدامی که مخل سرمایه‌گذاری آنهاست، امتناع ورزند، در نتیجه اگر حتی با مقرره‌گذاری داخلی سبب از بین رفتن منافع اشخاص خصوصی سرمایه‌گذار شوند نیز می‌بایست تعهد به جبران خسارت با شرایط موجود آن در موافقت‌نامه‌ها را به انجام برسانند. همچنین گفته شد دیوان‌های داوری با تفسیری موسع از تعهدات دولت میزبان، از ادعاهای مطروحه از سوی سرمایه‌گذاران حمایت قرار می‌کردند؛<sup>۱</sup> از این رو این موضوع بسیاری از دولت‌ها را بر آن داشت تا در پی تغییر این وضعیت باشند؛ مسئله‌ای که با شواهدی که خواهیم آورد، از اصلی‌ترین موارد اصلاحی در موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای بوده است.

### ۲.۱.۱.۱. **موضع موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای در خصوص ایرادات مقررات ماهوی موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری**

این موافقت‌نامه‌ها با تغییر و بازتعریف مقررات ماهوی که به صورت سنتی در BIT ها وجود داشت، قدرت حاکمیتی دولت‌ها را در راستای حق پیگیری سیاست‌های عمومی خود افزایش می‌دهند. این هدف از دو طریق انجام می‌گیرد.

#### ۲.۱.۱.۱.۱. **محدودسازی حوزه قابلیت اعمال استانداردهای حمایتی**

محدودسازی قابلیت اعمال استانداردهای حمایتی سرمایه‌گذاری در مرحله پس از تأسیس بنگاه سرمایه‌گذاری از مواردی است که فضای سیاست‌گذاری بیشتری برای دولت‌های میزبان ایجاد می‌کند. این محدودیت‌ها می‌تواند از طریق اعمال مقررات مختلفی انجام گیرد، از جمله: ۱. شروط استخراج حوزه‌هایی مشخص، ۲. ایجاد استثنائاتی عمومی، ۳. شروط مربوط به عدم انتفاع برخی از مصادیق مشخص از استانداردهای حمایتی و ۴. شرط «منطبق با حقوق دولت میزبان بودن».<sup>۲</sup>

1. *Azurix Corp. v. Republic of Argentina*, ICSID Case No. ARB/01/12, Award of July 14, 2006, para. 310; *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1, Award of Feb 17, 2000, paras. 71-72;

۲. ماده 8.1 CETA بنگاه یک طرف معاهده را این‌گونه تعریف می‌کند:

“an enterprise that is constituted or organized under the laws of that Party and has substantial business activities in the territory of that Party [...]”

همچنین:

## الف) شروط استخراج

یکی از ابزارهای کاربردی در موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای شروط موسوم به شروط استخراج<sup>۱</sup> است. هدف اصلی از به‌کارگیری شروط استخراج، ایجاد اطمینان از «آزادی مقررگذاشته برای دولت میزبان» در برخی از حوزه‌های مشخص از چتر حمایتی معاهدات سرمایه‌گذاری از طریق خارج کردن این حوزه‌ها از محدوده حمایتی معاهدات سرمایه‌گذاری است. براساس بررسی‌های انجام‌گرفته، به‌نظر می‌رسد این مستثناسازی ممکن است به سه شیوه صورت گیرد: ۱. استخراج نسبت به کل موافقت‌نامه، ۲. استخراج نسبت به بعضی از تعهدات مشخص معاهده‌ای و ۳. استخراج برخی از صنایع و حوزه‌های مقررهای.

برخی از شایع‌ترین شروط استخراج نسبت به کل موافقت‌نامه را می‌توان مواردی از جمله خارج‌سازی‌های مربوط به اقدامات مالیاتی، یارانه‌ها، خریدهای دولتی (تدارکات دولتی) و تأمین خدمات مورد نیاز جهت اجرای اختیارات دولتی دانست.<sup>۲</sup> برخی دیگر از موافقت‌نامه‌ها بعضی از موارد را از تعهدات مشخصی مانند شرط ملت کامله‌الوداد، رفتار ملی و ممنوعیت اعمال الزامات اجرایی (اضافی) خارج می‌سازند. در واقع موافقت‌نامه‌های کلان گرایشی محسوس به درج مقرراتی با دامنه شمول مشخص و قابل پیش‌بینی در مورد استانداردهای رفتاری مندرج در معاهدات، ممنوعیت‌های کلی نسبت به اعمال الزامات اجرایی و شروط مربوط به ملیت مدیران میانی بنگاه‌های سرمایه‌گذاری دارند. برای مثال ماده ۹.۳ موافقت‌نامه تجارت آزاد اروپا- سنگاپور<sup>۳</sup> مواردی از جمله یارانه‌ها، واگذاری‌ها، خریدهای دولتی و خدمات صوتی- تصویری را از گستره مقررات اصل رفتار ملی خارج کرده است. در خصوص آخرین مدل از شروط خارج‌سازی یا استخراج که در آن صنعت یا حوزه خاصی از شمول معاهده خارج می‌شود، می‌توان به مواردی همچون خروج خدمات صوتی- تصویری<sup>۴</sup>، صنایع فرهنگی<sup>۵</sup>، خدمات هوایی<sup>۶</sup> یا بعضی از حوزه‌های حساس مانند خدمات مالی<sup>۷</sup> یا بدهی‌های دولتی اشاره کرد.

*an "investor" means "a Party, a natural person or an enterprise of a Party, other than a branch or a representative office, that seeks to make, is making or has made an investment in the territory of the other Party."*

1. Carve-out(s)

۲. بند ۵ از Article 8.15 موافقت‌نامه CETA.

۳. این موافقت‌نامه داخل در تعریف ارائه‌شده ما از موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای است، زیرا اتحادیه اروپا را باید نماینده ۲۸ عضو آن دانست.

۴. برای مثال رک: Article 8.2(3) موافقت‌نامه CETA. در این ماده این امتیاز به نفع اروپا ایجاد شده است.

۵. برای مثال رک: Article 8.2(3) موافقت‌نامه CETA. در این ماده در مقابل امتیاز اعطایی قبلی به اروپا این امتیاز به نفع کانادا ایجاد شده است.

۶. برای مثال رک: Article 8.2(2)(a) موافقت‌نامه CETA.

۷. برای مثال Article 8.3.(1) موافقت‌نامه CETA خدمات مالی را به‌صراحت از حوزه سرمایه‌گذاری و به تبع امتیازات آن خارج می‌کند.



**ب) استثنائات عمومی**

موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای علاوه بر شروط استخراج، شامل مجموعه‌ای از استثنائات عمومی‌اند که به صورت مشخص اعلام می‌دارند که مقررات معاهده سرمایه‌گذاری نمی‌توانند حق دولت‌های میزبان برای اجرای اقدامات حمایتی از برخی نگرانی‌های داخلی را تحت الشعاع قرار دهند. استثنائات عمومی ممکن است در اشکال و محتواهای مختلفی در متن معاهدات گنجانده شوند؛<sup>۱</sup> اگرچه اغلب مبتنی و مشابه استثنائات موجود در ماده ۲۰ موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت یا ماده ۲۴ موافقت‌نامه عمومی خدمات هستند. این نهاد به دولت‌ها اجازه می‌دهد که اقداماتی را که در خصوص مواردی از جمله «حفاظت از اخلاق و نظم عمومی»<sup>۲</sup>، «حفاظت از زندگی انسان‌ها، حیوانات و طبیعت»<sup>۳</sup>، «اطمینان از تطابق عملیاتی خاص با قانون» یا «اتخاذ مالیات‌های مستقیم»<sup>۴</sup> ضروری است، به انجام رسانند.

**ج) شرط انکار انتفاع**

شرط انکار انتفاع<sup>۵</sup> یا منافع مقررهای است در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری که به موجب آن یکی از طرفین معاهده سرمایه‌گذاری برخوردار از مزایا و حمایت‌های موجود در معاهده مزبور را برای بنگاه‌هایی که صرفاً به منظور بهره‌مندی از مزایای معاهده به صورت متقابلانه تأسیس شده‌اند، محدود می‌کند. شایع‌ترین شرایطی که مبتنی بر آن طرفین متعاقد می‌توانند و ممکن است انتفاعات معاهده‌ای را محدود کنند، موقعیتی است که سرمایه‌گذار تابع کشوری ثالث بوده و هیچ‌گونه فعالیت اساسی کسب‌وکار در کشورهای متعاقد ندارد.<sup>۶</sup> برخی از موافقت‌نامه‌های کلان ضرورت دارا بودن رابطه اساسی اقتصادی با طرفین معاهده‌ای را نه به عنوان شرط انکار انتفاعی مستقل، بلکه در تعریف سرمایه‌گذار گنجانده‌اند. برای مثال ماده ۱.۸ موافقت‌نامه CETA «بنگاه متعلق به یکی از طرفین» را بنگاهی تعریف می‌کند که «...تأسیس شده یا سازمان‌یافته تحت قوانین آن طرف معاهده باشد و همچنین دارای فعالیت‌های کسب‌وکاری اساسی در محدوده آن طرف معاهده‌ای داشته باشد...» و همچنین «سرمایه‌گذار» را

۱. برای مثال در موافقت‌نامه CETA شرط استثنای عمومی در بخش ۲۸ این موافقت‌نامه به عنوان یک بخش مستقل از سرمایه‌گذاری درج شده است.

۲. اگرچه ایده درج استثنائات عمومی را نباید از ابتکارات موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای دانست، چنانکه این موضوع در موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری جدید جمهوری اسلامی ایران نیز یافت می‌شود. برای مثال ر.ک: Article 13.1 از معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری جمهوری اسلامی ایران - جمهوری سنگاپور (۲۰۱۶).

۳. ر.ک: Article 13(a) از معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری جمهوری اسلامی ایران - ژاپن (۲۰۱۶).

۴. ر.ک: Article 11.3 از معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری جمهوری اسلامی ایران - جمهوری اسلوواکی (۲۰۱۷).

**5. Denial of Benefit Clause**

۶. برای مثال ر.ک: مقاله ۱۷ از معاهده سرمایه‌گذاری آسه‌آن - جمهوری کره جنوبی.

«...شخصی طبیعی یا بنگاه یکی از طرفین، غیر از شعبه یا دفتر نمایندگی، که یا در پی ایجاد یا در حال ایجاد یا سابقاً بنگاهی را در یکی از کشورهای طرف معاهده ایجاد کرده است». از این رو، این معاهدات شرکت‌های ظاهری را از شمول مقررات حمایتی معاهدات خارج می‌سازند.<sup>۱</sup>

#### د) شرط مطابقت داشتن با حقوق دولت میزبان

موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای علاوه بر دارا بودن شروط بیان‌شده، شرطی دارند که برخورداری از امتیازات حمایتی معاهده را محدود به آن سرمایه‌گذارانی می‌کند که با انطباق کامل نسبت به حقوق داخلی دولت میزبان ایجاد و فعالیت می‌کنند. در این زمینه موافقت‌نامه‌ها یکی از این دو روش را که در برخی از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری را که پیش از این نیز مسبوق به سابقه بود، برگزیده‌اند. از یک سو، برخی شرط مطابقت با حقوق داخلی را به‌عنوان بخشی از تعریف «سرمایه‌گذاری تحت پوشش» ذکر کرده‌اند و از سوی دیگر برخی نیز در بحث محدوده اعمال معاهده، آن را صرفاً نسبت به سرمایه‌گذاری‌هایی قابل اعمال دانسته‌اند که مطابق با حقوق داخلی کشور میزبان ایجاد شده یا در حال فعالیت باشند. به هر روی، هریک از دو شیوه تأکیدی بر اهمیت جایگاه حقوق داخلی دولت میزبان دارند و از این جهت هدفشان را باید اطمینان از ایجاد هرچه بیشتر محیط مقررهای برای دولت میزبان دانست.

#### ۲.۱.۱.۲. بازتعریف استانداردهای ماهوی رفتاری

##### الف) شفاف‌سازی در مقررات سلب مالکیت

تمامی موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دارای مقرراتی‌اند که دولت‌های میزبان را از هرگونه سلب مالکیت یا ملی‌سازی مگر در موارد ابتدای آن بر منافع عمومی، انجام به شیوه‌ای غیرتبعیض‌آمیز، اجرای تشریفات قانونی و پرداخت خسارت فوری، کافی و مؤثر برحذر و ممنوع می‌دارند. با این حال، غالب موافقت‌نامه‌های کلان به‌منظور افزایش قابلیت کنترلی دولت‌های میزبان بر محیط مقررهای داخلی خود سعی کرده‌اند با روش‌های مختلف دامنه حمایتی مقرر سلب مالکیت را محدود کنند. در این باره، یکی از روش‌های به‌کاررفته تعیین هدف از وضع مقرر سلب مالکیت یا به‌عبارت دیگر موضوعات مورد شمول این مقررات و ایجاد ارتباطی میان قابلیت سلب مالکیت در این موضوعات با حقوق داخلی کشورهای میزبان است. به‌عبارت دیگر، چنانکه CPTPP بیان می‌دارد، سلب مالکیت تنها در صورتی محقق می‌شود که دخالت

۱. همچنین ر.ک: ماده ۹.۱ موافقت‌نامه تجارت آزاد اروپا-سنگاپور.

دولتی در خصوص «حقوق یا منافع مالکانه محسوس و غیرمحسوس» باشد.<sup>۱</sup> حال با توجه به اینکه تعیین این موضوع که آیا حقوق سرمایه‌گذار نسبت به سرمایه‌گذاری یک حق مالکانه مستقر است یا صرفاً یک امتیاز که در مورد اخیر نقض آن با ضمانت اجرایی کمتری مواجه است، با استفاده از تحلیل حقوق داخلی دولت میزبان صورت می‌گیرد، چراکه موضوعات مالکیتی اصولاً ذیل حقوق ملی باید تعیین شوند.

یکی دیگر از مواردی که همواره در خصوص مقررات مربوط به سلب مالکیت مورد انتقاد دولت‌های میزبان بود، تصمیم‌گیری در خصوص مفهومی تحت عنوان سلب مالکیت غیرمستقیم بود؛ از همین رو برخی از موافقت‌نامه‌های کلان محدودیت‌هایی را در خصوص محدوده مفهومی سلب مالکیت غیرمستقیم ایجاد کرده‌اند. برای مثال موافقت‌نامه CETA سلب مالکیت غیرمستقیم را تنها در مواقعی محقق می‌داند که مجموعه‌ای از اقدامات دولتی به سطحی رسیده‌اند که یک سرمایه‌گذار را به صورت «اساسی» از مبنای‌ترین ویژگی‌های اموال مورد استفاده در سرمایه‌گذاری خود محروم سازد.<sup>۲</sup> برخی از موافقت‌نامه‌های کلان نیز به منظور افزایش هرچه بیشتر توان مقررده‌گذاری برای دولت‌های میزبان، نسبت به مقررده سلب مالکیت استثنایی مشخص به سود مقررده‌گذاری دولت ایجاد می‌کنند. برای مثال ضمیمه ۲ موافقت‌نامه ACIA اقدامات «غیرتبعیض‌آمیز» دولت‌های عضو را که به منظور حمایت از منافع مشروع عمومی طراحی و اجرا شده‌اند، از شمول سلب مالکیت خارج می‌گرداند؛<sup>۳</sup> برخی دیگر نیز از اصطلاحاتی مانند «به‌جز در موارد نادر» برای تأکید بیشتر بر محدودسازی امکان تحقق سلب مالکیت غیرمستقیم استفاده می‌کنند.<sup>۴</sup>

#### (ب) اعمال محدودیت بر اصل رفتار منصفانه و عادلانه

یکی دیگر از مواردی که موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای در راستای اعمال محدودیت بر ظرفیت مقررات ماهوی به اصلاح آن پرداخته‌اند، اصل «رفتار منصفانه و عادلانه» است؛ مشابه آنچه در خصوص مقررده سلب مالکیت بیان شد، یکی از روش‌های به‌کاررفته در راستای افزایش قدرت عمل مقررده‌ای دولت‌های میزبان ایجاد نوعی اتصال میان اصل رفتار منصفانه و عادلانه و استانداردهای اعطایی در سطح حقوق داخلی کشور میزبان است. موافقت‌نامه جامع سرمایه‌گذاری کشورهای آسه‌آن در ماده ۱۱ بیان می‌دارد: «هر کدام از کشورهای عضو باید

۱. رک: ضمیمه ۹- (b) از موافقت‌نامه CPTPP. در حقیقت این روش جایگزین روش قبلی در موافقت‌نامه TPP شده است؛ همچنین رک: پاراگراف ۱ از ضمیمه ۲ موافقت‌نامه ACIA.

۲. پاراگراف ۱ از ضمیمه ۸- (a) موافقت‌نامه CETA.

۳. پاراگراف ۴ از ضمیمه ۲ موافقت‌نامه جامع سرمایه‌گذاری کشورهای آسه‌آن (ACIA).

۴. پاراگراف ۳ از ضمیمه ۸- (a) موافقت‌نامه CETA.

نسبت به سرمایه‌گذاران دیگر اعضا، رفتاری منصفانه و عادلانه و امنیت و حمایت کامل را روا دارند؛<sup>۱</sup> در این راستا برای مشخص شدن این تعهد در پاراگراف بعد چنین توضیح داده می‌شود که «رفتار منصفانه و عادلانه از کشورهای عضو می‌خواهد که مطابق با تشریفات قانونی موجود، عدالت را در هیچ روند قانونی یا اداری ضایع نکنند».<sup>۱</sup> این در حقیقت به این معنا خواهد بود که دولت‌ها صرفاً در مواقعی رفتار منصفانه و عادلانه را نقض می‌کنند که اعمال دولتی موردنظر مفهوم داخلی تشریفات قانونی یا انکار (تضییع) عدالت را نقض کنند. یکی دیگر از رویکردهای مرتبط تهیه فهرستی حصری از عناصری است که تنها در صورت وقوع آنها اصل رفتار منصفانه و عادلانه نقض شده تلقی می‌شود؛ برای مثال ماده ۸.۱۰ موافقت‌نامه CETA، نقض تعهد رفتار منصفانه و عادلانه را نتیجه تحقق این موارد می‌داند: ۱. انکار عدالت در فرایندهای کیفری، مدنی و اداری؛ ۲. نقض اساسی تشریفات قانونی، شامل نقض اساسی اصول شفافیت در دادرسی‌های اداری یا قضایی؛ ۳. رفتار مبرهن خودسرانه؛ ۴. تبعیض هدفمند براساس زمینه‌هایی به صراحت اشتباه مانند جنسیت، نژاد و باورهای اعتقادی؛ ۵. انجام رفتارهای بد نسبت به سرمایه‌گذار مانند اجبار، حبس و آزار و اذیت یا ۶. نقض هر عنصری از تعهد رفتار منصفانه و عادلانه که توسط دولت‌های عضو لازم شمرده شده است. چنانکه قابل مشاهده است، استفاده از ادبیات محدودکننده و کاربرد اصطلاحاتی مانند «نقض اساسی»، «خودسرانگی مبرهن» یا «تبعیض هدفمند» بی‌تردید به منظور بالا بردن سطح قابلیت تحقق نقض رفتار منصفانه و عادلانه است.

## ۲.۱.۲. موضع موافقت‌نامه‌های کلان نسبت به ایرادات ساختاری داوری سرمایه‌گذاری

### الف) ایجاد کمیته‌های تفسیری مشترک

همانند آنچه در خصوص حل و فصل اختلافات دولت-دولت وجود دارد، هر دو موافقت‌نامه CETA و CPTPP نهادها و تشکیلاتی را ایجاد می‌کنند که می‌توانند تفاسیری از مقررات موجود در بخش سرمایه‌گذاری ارائه کنند که برای دیوان‌های داوری کاملاً لازم‌الاتباع است. این موضوع طرفین را قادر می‌سازد تا بتوانند در مقابل تفاسیر ناخواسته و خلاف اراده معاهده‌ای ایشان که به وسیله دیوان‌های داوری سرمایه‌گذار-دولت ارائه می‌شود، واکنش مؤثری داشته باشند (Van Harten, 2007: 80-94). موافقت‌نامه سینتا اختیار ارائه تفاسیر الزام‌آور توسط کمیته تفسیری مشترک در خصوص بخش سرمایه‌گذاری را مربوط به زمانی می‌داند که «نگرانی‌های جدی در خصوص مشکلات تفسیری به وجود آمده که می‌تواند بر سرمایه‌گذاری تأثیر

۱. ماده (۱) (a) ۱۱ موافقت‌نامه ACIA

بگذارد»<sup>۱</sup> در ذیل موافقت‌نامه CPTPP، تفاسیر ارائه شده توسط «کمیسیون موافقت‌نامه» نسبت به دیوان‌های داور سرمایه‌گذار-دولت لازم‌الاتباع است.<sup>۲</sup> برخلاف نگرانی‌ای که ممکن است در این مورد قابل تصور باشد، این مقررات هیچ‌گاه به تشکیلات معاهده‌ای اجازه نمی‌دهند که یک اختلاف خاص را با چنین روش الزام‌آوری حل کنند. در حقیقت، این نهادها صرفاً به منظور تفسیر موافقت‌نامه تشکیل شده‌اند تا معانی‌ای کلی و عمومی از واژه‌های معاهده- بدون اعمال این تفسیر بر اختلافی خاص- ارائه کنند. اگرچه به هر روی از طریق پیش‌بینی چنین ساختار و قابلیت برای طرفین معاهدات، این فعالیت‌ها از سطح تفسیر صرف فراتر می‌رود و وارد قلمرو رسیدگی‌های قضایی می‌شود؛ از این رو، دولت‌ها می‌توانند کنترل بهتری نسبت به فعالیت‌های دیوان‌های سرمایه‌گذاری- به خصوص فرایند حقوق‌سازی این دیوان‌ها که به وسیله تفسیر معاهدات صورت می‌گیرد- داشته باشند. علاوه بر این، نکته مهم و شایان توجه دیگر این است که کمیته مشترک CETA و همچنین کمیسیون CPTPP هر دو بدون نیاز به مذاکره رسمی مجدد درباره موافقت‌نامه، در صورت نیاز دارای صلاحیت تعدیل مقررات مربوط به حل و فصل اختلاف برای تغییر شرایط آن هستند.<sup>۳</sup> این امر به طرفین اطمینان می‌دهد که در هر زمان بتوانند واکنش مناسبی به نقایصی که ممکن است سیستم از خود بروز دهد، داشته باشند. به عنوان آخرین نکته تأکید می‌شود که اگرچه باید صبر کرد تا بتوان نتیجه عملی این تدابیر را دریافت، اما به هر حال در نگاه به این تغییرات همواره باید به این موضوع توجه داشت که طرف‌های حاضر در این معاهدات لزوماً دو کشور نیستند، چراکه این موافقت‌نامه‌ها بعضاً حدود ۳۰ تا ۵۰ کشور را شامل می‌شوند و این تعدد اراده‌ها بیش از پیش می‌تواند زمینه رسیدن به تفاسیر و تحلیل‌هایی همه‌پسند را فراهم آورد و چه بسا این خود در نهایت سبب افزایش تعادل در مقررات حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری و مشروعیت این سیستم خواهد شد.<sup>۴</sup>

#### (ب) ایجاد سازوکار استینافی

یکی از اصلی‌ترین ایرادات وارده بر سیستم سنتی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری موجود در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و موافقت‌نامه‌های عمومی تجارت منطقه‌ای فقدان سیستم استینافی کارآمد در داوری سرمایه‌گذاری بوده است. این ایراد اگرچه می‌تواند از سوی هر دو طرف یعنی سرمایه‌گذاران و دولت‌ها مطرح شود، بیش از سرمایه‌گذاران این دولت‌ها بوده‌اند

۱. ماده (۳) ۸.۳۱ CETA.

۲. ماده (۳) ۹.۲۵ CPTPP.

۳. ماده (۳) ۸.۴۴ CETA و ماده (۱) ۲۷.۲ CPTPP.

۴. برای دیدن نظر مخالف رک:

که در مواجهه با آرایایی که تفاسیر ارائه شده از مقررات ماهوی در طی آنها را به کلی خلاف آنچه مقصود ایشان در زمان انعقاد معاهدات بوده است، دانسته‌اند. از این رو، به‌عنوان یکی از آخرین راه‌حل‌ها، دولت‌های مذاکره‌کننده موافقت‌نامه CETA در پی ایجاد سیستمی جدید از داوری سرمایه‌گذاری برآمده‌اند. این موافقت‌نامه نوعی «دادگاه سرمایه‌گذاری» متشکل از دیوان‌های بدوی و دیوان استینافی را پیش‌بینی کرده است.<sup>۱</sup> گنجاندن دیوان‌های استینافی در حقیقت تکمیل‌کننده هدف مذکور در بند پیشین یعنی اطمینان یافتن هرچه بیشتر از به‌کارگیری تفاسیر منطبق با اراده دولت‌های طرف موافقت‌نامه است؛ چنانکه طبق ماده (۲). ۲۸. ۲ دیوان‌های استینافی می‌توانند در موارد («...الف») وجود ایرادات آشکار در نحوه اعمال قانون حاکم یا تفسیر قانون حاکم؛ (ب) ایرادات آشکار در خصوص توجه به امور موضوعی، شامل توجه به قانون داخلی مرتبط؛ ...» رأی صادره توسط دیوان‌های بدوی را مورد تجدیدنظر قرار دهند. نکته دیگر آنکه اعضای این دیوان‌ها نیز بقید قرعه از میان کمیته‌ای پانزده نفره که قبلاً از سوی دو طرف معاهده معین شده‌اند، انتخاب می‌شوند<sup>۲</sup>، از این رو می‌توان انتظار داشت که بسیاری از ایرادات مربوط به تعارض منافع که در سیستم سنتی از موارد اصلی مورد ایراد بود نیز در این سیستم مرتفع شود (Sands QC, 2011:19-42).

## ۲.۲. اثر بالقوه موافقت‌نامه‌های کلان بر رژیم حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

پرسشی که هنوز وجود دارد و باید به آن پاسخ داده شود، مربوط به چگونگی تأثیرگذاری این موافقت‌نامه‌ها بر سیستم کلی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری است و اینکه چرا باید آنها را متفاوت از دیگر موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری دانست. در این خصوص ابتدا باید در نظر داشت یکی از مواردی که این موافقت‌نامه‌ها را از دیگر موافقت‌نامه‌های تجارت و سرمایه‌گذاری مجزا می‌کند، ویژگی‌های ساختاری موجود در این موافقت‌نامه‌ها یعنی تعداد زیاد اطراف این موافقت‌نامه‌ها و پوشش سطح زیادی از تجارت و سرمایه‌گذاری است. در کنار این ویژگی، در این موافقت‌نامه‌ها توجه طرف‌های مذاکره‌کننده به ایجاد تحولات مقرره‌ای و ارائه ابتکاراتی در راستای کاستن هرچه بیشتر از نواقص موجود در سیستم سنتی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری بوده است. در حقیقت این دو ویژگی به موازات یکدیگر نه تنها به اهمیت اقتصادی این موافقت‌نامه‌ها می‌افزاید، بلکه از حیث حقوقی نیز بر سیستم جهانی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری تأثیرگذار خواهد بود. با این توضیح که از یک سو، یکی از محتمل‌ترین نتایج این موافقت‌نامه‌ها طرح دعاوی متعدد تجاری و سرمایه‌گذاری ذیل این

۱. ر.ک: ماده ۲۷. ۸ و ماده ۲۸. ۷ CETA.

۲. ماده (۶). ۲۸. ۸ CETA.

موافقت‌نامه‌ها با این ویژگی که همگی مبتنی بر یک موافقت‌نامه واحدند، است. این موضوع به تبع سبب خواهد شد که با توجه اصلاحات ماهوی در مقررات سرمایه‌گذاری و همچنین سیستم داوری سرمایه‌گذاری ذیل این موافقت‌نامه‌ها-به‌خصوص با توجه به پیش‌بینی کمیته‌های تفسیری و همچنین سیستم استینافی- آرای برآمده از این سیستم رأی‌هایی با منطقی تفسیری و حقوقی منسجم باشد. اهمیت موضوع اخیر در این است که اگرچه از حیث نظری تنوری «سابقه رویه قضایی»<sup>۱</sup> در داوری‌های بین‌المللی قابل اعمال نیست، اما در عمل آنچه اتفاق می‌افتد، پیروی عملی از منطق تفسیری و نحوه استدلال‌های ارائه‌شده در آرای دیوان‌های داوری پیشین در موارد مشابه است (Paulsson, 2010: 699-701). از این رو از این طریق می‌توان انتظار داشت که این موافقت‌نامه‌ها نه تنها بر روابط تجاری و سرمایه‌گذاری کشورهای عضو تأثیر حقوقی مستقیم داشته باشند، بلکه می‌توانند از طریق ایجاد رویه قضایی گسترده و در عین حال منسجم به توسعه حقوق بین‌الملل و فهم عمومی از مقررات حقوقی در حوزه سرمایه‌گذاری در سطح کلی حقوق بین‌الملل تأثیرگذار باشند.

از سوی دیگر، تأثیر حقوقی این موافقت‌نامه‌ها می‌تواند بسیار مهم‌تر از ایجاد رویه قضایی که منبعی ثانویه به‌شمار می‌رود، باشد. در حقیقت موافقت‌نامه‌های چندجانبه می‌توانند در شناسایی و حتی ایجاد حقوق بین‌الملل عرفی نیز نقش داشته باشند. اگرچه نباید در نقش معاهدات در ایجاد قواعد عرفی بین‌المللی بزرگ‌نمایی کرد، اما به‌صورت کلی تأثیر بالقوه معاهدات بر ایجاد حقوق عرفی بین‌المللی به تأیید بسیاری از آرای بین‌المللی و دکترین حقوقی رسیده است.<sup>۲</sup> چنانکه فن‌هوف بیان می‌دارد: در تقسیم‌بندی کلی می‌توان گفت دولت‌هایی که یک معاهده را منعقد می‌کنند یا در مقام «قانون‌سازی» یا در مقام «مصرف‌کننده قواعد قبلی» این عمل را انجام می‌دهند و این دو نوع هر کدام تأثیراتی متفاوتی در ایجاد حقوق بین‌الملل عرفی دارند، چراکه معاهدات از نوع اول را باید مهم‌تر و مؤثرتر دانست (Van Hoof, 1983:113). برخی حقوق‌دانان نیز بر این عقیده‌اند که در این خصوص به‌صورت کلی باید معاهدات «چندجانبه» را عموماً قانون‌ساز تلقی کرد و معاهدات دوجانبه را از نوع معاهدات قراردادی و دارای آثار الزام‌آوری نسبی دانست. براساس استاندارد کلی پذیرفته‌شده، برای نقش داشتن یک معاهده در ایجاد حقوق عرفی، این معاهده باید دربردارنده هر دو عنصر عملی و

### 1. Precedent Theory

۲. برای مثال در رأی مشهور «فلات قاره دریای شمال» دیوان بین‌المللی دادگستری این موضوع را تأیید کرد؛ اگرچه در این پرونده دیوان در خصوص عدم اغراق در نقش معاهدات در ایجاد حقوق عرفی نیز هشدار می‌دهد و بیان می‌دارد که برای این منظور همواره باید عنصر قصد طرفین (*Opinio Juris*) مورد توجه قرار گیرد. ر.ک:

*North Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1969. Available at: <https://www.icj-cij.org/files/case-related/51/051-19690220-JUD-01-00-EN.pdf>*

معنوی عرف باشد؛<sup>۱</sup> در این باره تا پیش از شکل‌گیری موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای نیز موضوع نقش موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری در ایجاد حقوق بین‌الملل عرفی از مباحث مورد اختلاف میان حقوقدانان بوده است. در این خصوص، از یک سو برخی حقوقدانان بر این عقیده‌اند که در پی گسترش موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری با مقررات تقریباً یکسان در سطح جهانی، مقررات مشترک موجود در BITها را باید از نوع قواعد عرفی بین‌المللی دانست (Lowenfeld, 2003:130). از سوی دیگر، برخی بر این عقیده‌اند که با وجود مشابهت‌های زیاد در BITها، موافقت‌نامه‌های امضاشده توسط دولت‌های در حال توسعه را نباید دلیلی بر اعتقاد ایشان بر تعهد حقوقی ایشان نسبت به الزامات معاهده‌ای به‌عنوان قواعد حقوقی عرفی دانست (Dumberry, 2010:684). در حقیقت عامل اصلی سوق دولت‌های در حال توسعه به این موافقت‌نامه‌ها نیاز شدید آنها به جذب سرمایه‌گذار خارجی از طریق امضای این موافقت‌نامه‌ها بوده است نه مشخصاً ایجاد قواعد حقوقی جهانی در خصوص سرمایه‌گذاری؛ از این‌رو این موافقت‌نامه‌ها از عنصر معنوی عرف بین‌المللی برخوردار نیستند (Guzman, 1998: 685-687). علاوه بر این، چنانکه برخی بیان داشته‌اند، اگرچه ساختار معاهدات در ظاهر آ یکسان‌اند، با توجه به تناقضات و ابهامات موجود در نحوه انعقاد این معاهدات و تأثیر صلاحیدهای سیاسی در انعقاد بسیاری از BITها و همچنین آرا و تفاسیر متعارض برآمده از قواعد یکسان، تمیز هرگونه قاعده مستمر و واحد به‌عنوان قاعده حقوقی پذیرفته‌شده در زمینه سرمایه‌گذاری خارجی امری بسیار دشوار است (Kishoiyian, 1994: 372). برخلاف موافقت‌نامه‌های دوجانبه، به نظر ما موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای تمامی ویژگی‌های لازم برای نقش داشتن در ایجاد قواعد عرفی بین‌المللی را دارا هستند. در واقع، با توجه به مبانی شکل‌گیری این موافقت‌نامه‌ها و هدف حاکمیت فراگیر بر دو حوزه تجارت و سرمایه‌گذاری و همچنین تعداد اطراف قراردادی و سطح پوشش اقتصادی این معاهدات آنها را به موافقت‌نامه‌هایی «چندجانبه» و «قانون‌ساز» تبدیل می‌کند (عنصر مادی). این موافقت‌نامه‌ها در صورت پیش‌بینی راه‌های جلوگیری از بروز تعارضات و ایرادات موجود در سیستم سنتی و در نتیجه ایجاد «موافقت‌نامه‌های معتدل»<sup>۲</sup> می‌توانند توجیه‌کننده وجود عنصر معنوی عرف بین‌المللی نیز باشند و پاسخی به ایرادات وارد بر فقدان عنصر معنوی در سیستم BITها باشند. چه بسا آنچنان‌که تجربه عملی نشان داده است، ایجاد موافقت‌نامه‌های معتدل خود بتواند به الگوگیری موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری از این موافقت‌نامه‌های اصلاح‌شده و متعادل

۱. البته در این باره برخی تأکید بیشتری بر عنصر مادی یعنی «رویه عمومی» داشته و در مقابل بعضی حقوقدانان بر نقش «اعتقاد قانونی» به‌عنوان عنصر تعیین‌کننده در شکل‌گیری عرف بین‌المللی تأکید دارند. در این خصوص رک: عزیز و مختاری مطلق، ۱۳۹۴: ۱۸۲-۱۵۷. G.J.H. van Hoof, *Op. Cit.*



نیز منجر شده و از این طریق منبع معاهده‌ای حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نیز از این تغییرات متأثر گردد. به هر روی، مهم‌ترین پیش‌شرط برای عملی شدن تمامی تأثیرات بیان‌شده رفع چالش‌های سیستم سنتی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری توسط موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای در راستای ایجاد سیستمی متعادل‌تر است؛ این موضوع ذیل پژوهش‌های بعدی در شماره‌های آتی مورد بررسی تفصیلی‌تر قرار خواهد گرفت.

### ۳. نتیجه‌گیری

موافقت‌نامه‌های کلان تجارت منطقه‌ای از یک سو با بر برطرف کردن ایرادات مقررات ماهوی از طریق شفاف‌سازی دامنه تعریفی هریک از استانداردهای رفتاری دولت‌ها و همچنین محدودسازی استانداردهای حمایتی برای سرمایه‌گذاران و از سوی دیگر با پیش‌بینی نهادهای کنترل‌کننده جریان داوری سرمایه‌گذاری در راستای پاسخ به ایراد مربوط به نامتقارن بودن سیستم حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری ارائه‌دهنده نوعی متعادل از موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری هستند. تأثیر تعدیل‌کنندگی این موافقت‌نامه‌ها را نباید صرفاً محدود و به سود کشورهای عضو این موافقت‌نامه‌ها دانست، چراکه این موافقت‌نامه‌ها با توجه به ۱. ویژگی‌های ساختاری از جمله تعداد زیاد اعضا، ۲. پوشش سطحی وسیع از میزان سرمایه‌گذاری و تجارت و ۳. وجود منطق مقرره‌ای مشابه در نمونه‌های مختلف این موافقت‌نامه‌ها، از سه طریق می‌توانند بر منابع حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به‌صورت عام تأثیر بگذارند و به تبع کشورهای ثالث را نیز متأثر سازند. نخست، ایجاد موافقت‌نامه‌های چندجانبه تعدیل‌شده می‌تواند همزمان عنصر مادی و معنوی برای ایجاد عرف بین‌المللی در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی را فراهم آورد؛ دوم، آرای صادره و تفاسیر یکدست و منسجم ارائه‌شده براساس مقررات ماهوی و سازوکارهای شکلی اصلاح‌شده می‌تواند به ایجاد «رویه قضایی» منسجمی منتهی شود؛ سوم، چه بسا و چنانکه موارد مشابه نشان داده است، محتمل است که ادبیات و نحوه انعقاد مقررات و ساختارهای مورد استفاده در این موافقت‌نامه‌ها توسط دیگر کشورها به‌صورت الگوی معاهده‌ای دنبال شود.

### منابع

#### الف) فارسی

۱. پوراسماعیلی، علیرضا (۱۳۹۶). *ضوابط سرمایه‌گذاری در سازمان تجارت جهانی*، ج اول، تهران: میزان.
۲. عزیزی، ستار؛ مختاری مطلق، علی (۱۳۹۴). «عناصر قواعد عرفی در پرتو گزارش سال ۲۰۱۴ گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل»، *پژوهش‌های روابط بین‌الملل*، دوره ۵، ش ۱۸، ص ۱۵۷-۱۸۲.

## (ب) خارجی

3. Armin von Bogdandy and Ingo Venzke (2014). *In Whose Name? A Public Law Theory of International Adjudication*, New York, Oxford University Press.
4. Baldwin, R., (2011). *21st Century Regionalism: Filling the gap between 21st century trade and 20th century trade rules*, World Trade Organization: Economic Research and Statics Division, pp. 4-8, 25-30.
5. Baldwin, R., (2014). *Multilateralising 21st Century Regionalism*, OECD Global Forum on Trade.
6. Draper, P., Lacy, S., and Ramkolowan, Y., (2014). *Mega-regional trade agreements: Implications for the African, Caribbean and Pacific countries*, ECIPE Occasional Paper Work, No. 2/2014, European Centre for International Political Economy (ECIPE), Brussels, p. 8.
7. Dumbery, P., (2010). "Are BITs Representing the New Customary International Law in International Investment Law", *28 Penn State International Law Review*, p. 675.
8. Evans, D., (2009). "Bilateral and plurilateral PTAs", in Lester and Mercurio (ed.), *Bilateral and Regional Trade Agreements: Commentary and Analysis*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 53-57.
9. Guzman A. T., (1998). "Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties", *38 Virginia JIL*.
10. Kishoiyian B., (1994). *The Utility of Bilateral Investment Treaties in the Formulation of Customary International Law*, *14 JIL & Business*, p. 372.
11. Lowenfeld A. F., (2003). *Investment Agreement and Investment Law*, *42 Columbia JTL*, p. 130.
12. Paulsson, J., (2010). "The Role of Precedent in Investment Arbitration", in Yannaca-Small 'Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues', Oxford University Press, pp. 699-701.
13. Sands QC, P., (2011). "Conflict and conflicts in investment treaty arbitration: Ethical standards for counsel", in Brown and Miles 'Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration', Cambridge University Press, pp. 19-42.
14. Sauve, P., Lazo, P. R., Alvarez Zarate, J., (2019). *The Pacific Alliance in a World of Preferential Trade Agreements*, Switzerland: Springer International Publishing AG.
15. Schill, Stephan W. (2017). "Authority, Legitimacy, and Fragmentation in the (Envisaged) Dispute Settlement Disciplines in Mega-Regionals", ACIL Research Paper 2017-04, available at SSRN.
16. Sornarajah, M., (2018). "The Unworkability of "Balanced Treaties" and the Importance of Diversity of Approach Among the BRICS", *American Journal of International Law Unbound*, *112*, pp. 223-227.
17. Tienhaara, K., (2009). *The expropriation of environmental governance: protecting foreign investors at the expense of public policy*, Cambridge: Cambridge University Press.
18. Van Harten, G., (2007). *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, pp. 84-94.
19. Van Hoof G.J.H., (1983). *Rethinking the Sources of International Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers, pp. 113.
20. World Economic Forum, (2014). *Global Agenda Council on Trade & Foreign Direct Investment, Mega-Regional Trade Agreements Game-Changers or Costly Distractions for the World Trading System?*