



انجمن علمی فقه‌پژای تطبیقی ایران



فصلنامه حقوق جزای بین‌الملل

Volume 2, Issue 4, 2024

The Feasibility of the Breach of Investment Protection Standards as a Result of Corruption-Related Crimes Committed by the Host State: A Case Study of the Fair and Equitable Treatment Standard

Amin Kelishadi Najafabadi¹, Masoud Shirani^{*2}, Reza Soltani³

1. Phd Student of Private Law, Najafabad Branch, Islamic Azad University, Najafabad, Iran.

2. Assistant Professor, Najafabad Branch, Islamic Azad University, Najafabad, Iran. (Corresponding Author)

3. Assistant Professor, Najafabad Branch, Islamic Azad University, Najafabad, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Type of Article:

Original Research

Pages: 115-132

Corresponding Author's Info:

ORCID: 0000-0000-0000-0000

TELL: +980000000000

Email: Masoudshirani@iau.ac.ir

Article history:

Received: 28 Jun 2024

Revised: 23 Sep 2024

Accepted: 19 Nov 2024

Published online: 21 Dec 2024

Keywords:

Foreign Investment,
Corruption-Related Crimes of
the Host State, Investment
Protection Standards, Fair and
Equitable Treatment (FET),
International Responsibility of
States.

ABSTRACT

Corruption-related crimes committed by the host State, including extortion, bribery solicitation, collusion, abuse of public authority, and other criminal conduct attributable to the State in connection with foreign investment, constitute a significant challenge in international investment law. Investment arbitral practice has traditionally addressed such conduct as a corruption defense, relying on the investor's involvement in corruption to challenge the legality of the investment, the tribunal's jurisdiction, or the admissibility of claims. By contrast, the potential of criminal conduct committed by host State officials to give rise to the State's international responsibility has received far less attention. Since investment treaties do not recognize corruption-related crimes as an independent cause of action, this study examines the legal basis upon which foreign investors may invoke such conduct in claims against the host State. Using a descriptive-analytical approach and drawing on investment treaties, arbitral jurisprudence, and legal scholarship, the study argues that although corruption-related crimes may result in the breach of several investment protection standards, the Fair and Equitable Treatment (FET) standard provides the most appropriate legal basis for addressing their consequences. Owing to its broad and flexible scope, the FET standard encompasses principles such as good faith, legitimate expectations, transparency, stability, predictability, and protection against arbitrariness and abuse of authority. The findings demonstrate that where corruption-related criminal conduct is attributable to the host State and results in the breach of an investment protection standard, foreign investors may invoke that breach as the legal basis for establishing the State's international responsibility, with the FET standard offering the most effective framework for such claims



This is an open access article under the CC BY license.

© 2024 The Authors.

How to Cite This Article: Kelishadi Najafabadi, A; Shirani, M & Soltani, R (2024). "The Feasibility of the Breach of Investment Protection Standards as a Result of Corruption-Related Crimes Committed by the Host State: A Case Study of the Fair and Equitable Treatment Standard". *Journal of International Criminal Law*, 2(4): 115-132.



انجمن عالی فقه برای تقیته ایران

فصلنامه حقوق برای بین الملل

www.iclj.ir



فصلنامه حقوق برای بین الملل

دوره دوم، شماره چهارم، زمستان ۱۴۰۳

امکان سنجی نقض استانداردهای حمایت از سرمایه گذاری خارجی در اثر جرائم مرتبط با فساد توسط دولت میزبان (مطالعه موردی: استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه)

امین کلیشادی نجف آبادی^۱، مسعود شیرانی^{۲*}، رضا سلطانی^۳

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

۲. استادیار، گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران. (نویسنده مسؤول)

۳. استادیار، گروه حقوق، واحد نجف آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف آباد، ایران.

چکیده

جرائم مرتبط با فساد دولت میزبان، از جمله اخاذی، رشوه خواهی، تبانی، سوءاستفاده از قدرت و سایر رفتارهای مجرمانه قابل انتساب به دولت در ارتباط با سرمایه گذاری خارجی، از مهم ترین چالش های حقوق سرمایه گذاری بین المللی به شمار می روند. با وجود این، رویه داوری سرمایه گذاری عمدتاً این دسته از جرائم را در قالب «دفاع فساد» بررسی کرده و با استناد به مشارکت سرمایه گذار در رفتارهای فسادآمیز، مشروعیت سرمایه گذاری، صلاحیت مرجع داوری یا قابلیت استماع دعوا را مورد تردید قرار داده است. در مقابل، ظرفیت اقدامات مجرمانه مقامات دولت میزبان برای ایجاد مسؤولیت بین المللی دولت کمتر مورد توجه قرار گرفته است. از آنجا که معاهدات سرمایه گذاری، جرائم مرتبط با فساد را به عنوان سبب مستقلى برای طرح دعوا پیش بینی نکرده اند، پژوهش حاضر به بررسی مبنای حقوقی استناد سرمایه گذار خارجی به این رفتارها در دعاوی علیه دولت میزبان می پردازد. این پژوهش با روش توصیفی - تحلیلی و با اتکا به معاهدات سرمایه گذاری، رویه دیوان های داوری و منابع حقوقی نشان می دهد که هرچند جرائم مرتبط با فساد، حسب مورد، می توانند به نقض استانداردهای حمایتی مختلف سرمایه گذاری منجر شوند، اما استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه، به دلیل گستره مفهومی و انعطاف تفسیری خود، مناسب ترین مبنای حقوقی برای ارزیابی آثار این دسته از جرائم است. این استاندارد با در بر گرفتن اصولی همچون حسن نیت، حمایت از انتظارات مشروع، شفافیت، ثبات و قابلیت پیش بینی، منع خودسری و منع سوءاستفاده از قدرت، چارچوب مناسبی برای احراز مسؤولیت بین المللی دولت فراهم می آورد. یافته های پژوهش نشان می دهد هرگاه جرائم مرتبط با فساد به دولت قابل انتساب بوده و موجب نقض یکی از استانداردهای حمایتی شوند، سرمایه گذار خارجی می تواند با استناد به آن، مسؤولیت بین المللی دولت میزبان را مطرح کند و در این میان، استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه مؤثرترین مبنای حقوقی برای طرح چنین ادعایی به شمار می رود.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۱۱۵-۱۳۲

اطلاعات نویسنده مسؤول

کد ارکید:-.....-.....-.....

تلفن: ۹۸۰۰۰۰۰۰۰۰

ایمیل: Masoudshirani@iau.ac.ir

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۰۸

تاریخ ویرایش: ۱۴۰۳/۰۷/۰۲

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۲۹

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۱۰/۰۱

واژگان کلیدی:

سرمایه گذاری خارجی، جرائم مرتبط با فساد دولت میزبان، استانداردهای حمایتی سرمایه گذاری، رفتار منصفانه و عادلانه، مسؤولیت بین المللی دولت.



مقدمه

جرائم ناشی از فساد، به‌ویژه ارتشاء، اخاذی، تبانی، سوءاستفاده از قدرت و سایر رفتارهای مجرمانه مقامات عمومی، امروزه از مهم‌ترین تهدیدهای فراروی نظام اقتصادی بین‌المللی و سرمایه‌گذاری خارجی به‌شمار می‌روند. این دسته از جرائم، افزون بر آنکه با نقض اصول بنیادین حکمرانی مطلوب، شفافیت و حاکمیت قانون، مسؤولیت کیفری مرتکبان را در پی دارند، می‌توانند آثار حقوقی گسترده‌ای نیز در حوزه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری بر جای گذارند. از همین رو، اسناد بین‌المللی مبارزه با فساد و رویه‌های داوروی سرمایه‌گذاری، طی سال‌های اخیر توجه ویژه‌ای به تأثیر اقدامات مجرمانه مرتبط با فساد بر روابط میان دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی معطوف کرده‌اند (Mbiyavanga, 2017: 132).

با وجود این، بررسی رویه داوروی بین‌المللی نشان می‌دهد که مفهوم فساد غالباً در قالب «دفاعیه فساد» مطرح شده است؛ بدین معنا که دولت میزبان با استناد به ارتکاب رفتارهای نامشروع از سوی سرمایه‌گذار، مشروعیت سرمایه‌گذاری را مورد تردید قرار داده و از این طریق درصد نفی صلاحیت مرجع داوروی یا رد دعوی سرمایه‌گذار برمی‌آید. این رویکرد، اگرچه نقش مهمی در حمایت از نظم عمومی بین‌المللی و مقابله با سرمایه‌گذاری‌های نامشروع دارد، اما تنها یکی از ابعاد رابطه میان جرائم فساد و حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی را منعکس می‌کند.

در مقابل، جنبه‌ای که کمتر مورد توجه قرار گرفته، وضعیتی است که در آن رفتار مجرمانه، نه از سوی سرمایه‌گذار، بلکه از سوی مقامات دولت میزبان ارتکاب می‌یابد. در عمل، مقامات دولتی ممکن است از طریق اخاذی، درخواست رشوه، تبانی با رقبای اعمال نفوذ غیرقانونی، سوءاستفاده از اختیارات عمومی یا سایر رفتارهای مجرمانه مرتبط با فساد، موجبات ورود خسارت به سرمایه‌گذاری خارجی را فراهم آورند. در چنین شرایطی، این پرسش اساسی مطرح می‌شود که آیا اقدامات مجرمانه منتسب به دولت میزبان صرفاً واجد آثار کیفری برای مرتکبان است یا

آنکه می‌تواند از منظر حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نیز به‌منزله نقض تعهدات بین‌المللی دولت تلقی شود.

در پاسخ به این پرسش، نخستین مانع در برابر سرمایه‌گذار، ساختار معاهدات سرمایه‌گذاری است؛ بررسی این معاهدات نشان می‌دهد که اقدامات مجرمانه دولت میزبان، معمولاً به‌عنوان یک سبب دعوای مستقل برای طرح دعوی علیه دولت میزبان از جانب سرمایه‌گذار پیش‌بینی نمی‌شود، به عبارت دیگر، هیچ مقرره صریحی وجود ندارد که به سرمایه‌گذار اجازه دهد مستقیماً و با استناد به رفتار مجرمانه دولت میزبان، دعوایی علیه آن دولت در مراجع داوروی اقامه کند. این خلأ حقوقی، در نگاه نخست، سرمایه‌گذار را در موقعیتی نامتقارن و آسیب‌پذیر قرار می‌دهد (Wendler, 2022: 255).

با وجود این، در معاهدات سرمایه‌گذاری سازوکارهای حمایتی دیگری در جهت حفظ حقوق سرمایه‌گذار پیش‌بینی شده است. در واقع این معاهدات مجموعه‌ای از «استانداردهای رفتاری» را مقرر می‌دارند که تعهدات دولت میزبان در قبال سرمایه‌گذار خارجی را ترسیم می‌کنند. مهم‌ترین این استانداردها عبارتند از: رفتار منصفانه و عادلانه، حمایت و امنیت کامل، منع سلب مالکیت بدون غرامت و رفتار ملی. چنانچه رفتار یا اقدامات دولت میزبان با هر یک از این استانداردها مغایرت داشته باشد، سرمایه‌گذار می‌تواند با استناد به نقض آن استاندارد، علیه دولت میزبان در مراجع داوروی طرح دعوا نماید (عسکری، ۱۳۹۴: ۳۲).

در این میان، استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه به‌دلیل انعطاف‌پذیری مفهومی و دامنه گسترده خود، جایگاهی ویژه دارد. این استاندارد یک مفهوم ثابت نیست، بلکه هنجاری منعطف و در حال تحول است که از زمان ظهور خود در داوروی بین‌المللی، پیوسته برای پوشش چالش‌های نوین توسعه یافته است. رویه داوروی، مؤلفه‌های ماهوی متعددی را برای این استاندارد شناسایی کرده است که از آن جمله می‌توان به «حمایت از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار»، «اصل حسن نیت»، «شفافیت»، «منع رفتار خودسرانه و تبعیض‌آمیز» و «منع

تعریف که مورد پذیرش نهادهای بین‌المللی از جمله بانک جهانی و سازمان شفافیت بین‌الملل قرار گرفته است، بر دو عنصر اساسی تأکید دارد: نخست، وجود قدرتی که به فرد یا نهادی عمومی سپرده شده است و دوم، استفاده از این قدرت در جهت غیر از منافع عمومی و به قصد کسب منفعت شخصی، سیاسی یا مالی (Mbiyavang, 2017: 139).

اسناد بین‌المللی مبارزه با فساد، هر یک تعاریف و طبقه‌بندی‌های خاص خود را از انواع فساد ارائه داده‌اند. کنوانسیون سازمان همکاری اقتصادی و توسعه مصوب ۱۹۹۷، عمدتاً بر جرم‌انگاری رشوه‌دهی به مقامات عمومی خارجی در معاملات تجاری بین‌المللی متمرکز است. ماده ۱ این کنوانسیون، کشورهای عضو را ملزم می‌سازد تا رشوه‌دهی عمدی به مقامات عمومی خارجی را به‌عنوان جرم تلقی کرده و برای آن ضمانت‌اجرای کیفری پیش‌بینی کنند. کنوانسیون ملل متحد برای مبارزه با فساد مصوب ۲۰۰۳، جامع‌ترین سند بین‌المللی در این حوزه محسوب می‌شود و طیف وسیعی از اعمال فسادآمیز را پوشش می‌دهد.

در رویه داوری بین‌المللی، دیوان‌ها تعاریف متنوعی از جرائم مرتبط با فساد ارائه داده‌اند. در پرونده «World Duty Free» علیه کنیا^۱، دیوان داوری، رشوه‌پردازی به رئیس‌جمهور وقت کنیا را مصداق فساد تلقی کرد و با استناد به سیاست عمومی بین‌المللی، قرارداد حاصله را غیرقابل اجرا دانست. در پرونده Metal-Tech علیه ازبکستان، دیوان با استناد به پرداخت‌های قابل توجه به مشاورانی که فاقد هرگونه تخصص مرتبط بودند، وقوع فساد را احراز و صلاحیت خود را رد کرد.

رفتارهای فسادآمیزی که در این مقاله بررسی می‌شوند، محدود به مواردی هستند که به‌صورت یک‌جانبه از سوی مقامات دولت میزبان ارتکاب یافته و مطابق قواعد انتساب در حقوق بین‌الملل، قابل انتساب به دولت باشند. در واقع، موضوع این پژوهش نه تمامی اشکال فساد، بلکه آن دسته از رفتارهای مجرمانه‌ای است که توسط مقامات یا نهادهای قابل انتساب به دولت

سوءاستفاده از قدرت، اجبار و مزاحمت» اشاره کرد (Klager, 2011: 96).

هدف این مقاله آن است که نشان دهد علیرغم عدم شناسایی رفتار مجرمانه دولت میزبان به‌عنوان یک سبب دعوای مستقل در معاهدات سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذار خارجی می‌تواند با این استدلال که این اقدامات، مصداق نقض استانداردهای رفتاری، به‌ویژه استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه است، علیه دولت میزبان اقامه دعوا نماید. این مهم از طریق تحلیل تطبیقی مؤلفه‌های این استاندارد و ماهیت اعمال مجرمانه قابل تحقق است. برای نمونه، یک رفتار مجرمانه مانند درخواست رشوه، ذاتاً ناقض «حسن نیت»، محل «انتظارات مشروع» سرمایه‌گذار به یک محیط اداری سالم، ناقض «شفافیت» و مصداق بارز «سوءاستفاده از قدرت و اجبار» است (Bowling, 2019: 936).

۱- چارچوب مفهومی

۱-۱- تعریف جرائم مرتبط با فساد و انواع آن

جرائم مرتبط با فساد از مهم‌ترین عوامل تهدیدکننده امنیت حقوقی سرمایه‌گذاری خارجی محسوب می‌شوند. این دسته از جرائم، علاوه بر آنکه نظم اداری و اقتصادی دولت‌ها را مختل می‌کنند، می‌توانند آثار مستقیمی بر حقوق و منافع سرمایه‌گذاران خارجی نیز برجای گذارند و زمینه مسؤولیت بین‌المللی دولت میزبان را فراهم سازند.

مفهوم فساد، علی‌رغم کاربرد گسترده در اسناد بین‌المللی، فاقد تعریف واحد و مورد اجماع است. علت این امر، تنوع رفتارهایی است که می‌توانند در زمره اعمال فاسد قرار گیرند. با این حال، اغلب نویسندگان، فساد را سوءاستفاده از قدرت عمومی برای تحصیل منفعت خصوصی می‌دانند. هنگامی که این رفتار در قالب اعمالی نظیر رشوه‌خواهی، اخاذی، تبانی، اعمال نفوذ نامشروع، سوءاستفاده از اختیارات قانونی یا سایر رفتارهای دارای وصف کیفری تحقق یابد، می‌توان از عنوان «جرائم مرتبط با فساد» استفاده کرد (Kreindler, 2010: 317). این

^۱- Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD).

^۲- United Nations Convention against Corruption (UNCAC).

^۳- World Duty Free Co. v. Republic of Kenya, ICSID Case No. ARB/00/7, Award.2006 Para 157.

^۴- MetalTech Ltd. v. Republic of Uzb., ICSID Case No. ARB/10/3, Award, 2013, Paras 293-298.

یک توافق فسادآمیز میان شخص ثالث و دولت میزبان، رابطه سببیت میان آن توافق و تصمیم یا اقدام زیان‌بار دولت علیه سرمایه‌گذاری خود را نیز به اثبات برساند (Wendler, 2022: 251).

۱-۲- زمان وقوع رفتار فسادآمیز و تأثیر آن بر صلاحیت مرجع داوری

زمان وقوع رفتار فسادآمیز دولت میزبان، در احراز صلاحیت مرجع داوری برای رسیدگی به دعوای سرمایه‌گذار، نقشی اساسی ایفا می‌کند. رکن بنیادین هر دعوای مبتنی بر معاهدات سرمایه‌گذاری، وجود یک «سرمایه‌گذاری» مشمول حمایت معاهده است. از این‌رو، مرجع داوری تنها زمانی صلاحیت رسیدگی خواهد داشت که فعالیت مورد ادعا در قلمرو رضایت دولت مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری قرار گیرد و در مورد دیوان‌های ایکسید، شرایط مقرر در ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید نیز احراز شود (Haugeneder, 2009: 332).

چنانچه رفتار فسادآمیز دولت میزبان پس از تحقق سرمایه‌گذاری و در جریان اجرای آن رخ داده باشد، همانند پرونده‌های EDF علیه رومانی و Methanex علیه ایالات‌متحده آمریکا، مسأله عمدتاً به احراز شرایط عمومی صلاحیت و شمول فعالیت مزبور در مفهوم «سرمایه‌گذاری» محدود می‌شود؛ اما در بسیاری از پرونده‌های مرتبط با فساد، رفتار فسادآمیز دولت در مرحله پیش از ایجاد سرمایه‌گذاری و پیش از آنکه شخص، وصف «سرمایه‌گذار» را کسب کند، رخ می‌دهد. در این مرحله که سرمایه‌گذار بالقوه برای ورود به بازار کشور میزبان ناگزیر از تعامل گسترده با مقامات دولتی است، زمینه برای اعمال نفوذ، اخاذی یا سایر اشکال فساد بیش از هر زمان دیگری فراهم است و همین امر ممکن است اساساً از تحقق سرمایه‌گذاری جلوگیری کند (Wendler, 2022: 253).

در چنین وضعیتی، این پرسش مطرح می‌شود که آیا مرجع داوری صلاحیت رسیدگی به ادعاهای ناشی از رفتارهای مجرمانه دولت در مرحله پیش از تحقق سرمایه‌گذاری را نیز

میزبان ارتکاب یافته و آثار مستقیم یا غیرمستقیم بر سرمایه‌گذاری خارجی بر جای می‌گذارند. در این چارچوب، رایج‌ترین اشکال رفتارهای فسادآمیز عبارت است از:

۱. اخاذی یا درخواست رشوه: نخستین و رایج‌ترین سناریو، وضعیتی است که در آن یک مقام دولتی از سرمایه‌گذار درخواست رشوه می‌کند و وی را در برابر دو انتخاب قرار می‌دهد: نخست، پرداخت رشوه و برخورداری از منفعت یا امتیاز مورد انتظار در ارتباط با سرمایه‌گذاری، و دوم، امتناع از مشارکت در رفتار فسادآمیز و پذیرش خطر اتخاذ تصمیمات یا اقدامات زیان‌بار علیه سرمایه‌گذاری. پیامد گزینه نخست روشن است؛ سرمایه‌گذاری که خود در رفتار فسادآمیز مشارکت کرده باشد، نمی‌تواند همان رفتار را مبنای طرح دعوا علیه دولت میزبان قرار دهد، زیرا نمی‌تواند از عمل متخلفانه خویش برای مطالبه حمایت حقوقی بهره گیرد. در مقابل، اگر سرمایه‌گذار از پرداخت رشوه خودداری کند، این پرسش مطرح می‌شود که آیا می‌تواند به استناد اقدامات تلافی‌جویانه یا زیان‌بار دولت علیه خود اقامه دعوا نماید. در چنین فرضی، سرمایه‌گذار باید، از یک‌سو، وقوع اخاذی یا درخواست رشوه از سوی مقام دولتی و از سوی دیگر، رابطه سببیت میان امتناع از مشارکت در رفتار فسادآمیز و تصمیم یا اقدام زیان‌بار دولت میزبان نسبت به سرمایه‌گذاری را اثبات کند (Wendler, 2022: 250).

۲. فساد ناشی از تبانی میان دولت و رقیب سرمایه‌گذار: سناریوی دوم، وضعیتی است که در آن سرمایه‌گذار نه قربانی اخاذی مستقیم، بلکه متضرر از توافقات فسادآمیز میان مقامات دولت میزبان و یکی از رقبای خود می‌شود. در این حالت، تصمیمات یا اقدامات دولت نه بر مبنای ملاحظات قانونی و منافع عمومی، بلکه تحت تأثیر منافع نامشروع ناشی از توافق با شخص ثالث اتخاذ می‌شوند. برای نمونه، در پرونده Methanex علیه ایالات‌متحده آمریکا، سرمایه‌گذار مدعی بود که ممنوعیت محصول وی نتیجه نفوذ ناروا از طریق کمک‌های مالی به کارزار انتخاباتی فرماندار وقت کالیفرنیا، گری دیویس، بوده است. در چنین وضعیتی، سرمایه‌گذار باید افزون بر اثبات وجود

¹ - Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL, Final Award on Jurisdiction and Merits, 3 Aug 2005.

² - ICSID

رفتار منصفانه و عادلانه موضوع بحث، تحلیل و پژوهش‌های علمی قرار گرفته باشد (Palombino, 2018:166).

ویژگی برجسته این معیار آن است که برخلاف بسیاری از استانداردهای حمایتی، دارای محتوایی ایستا و از پیش تعیین شده نیست، بلکه مفهومی پویا و انعطاف‌پذیر است که رویه داوری بین‌المللی، متناسب با تحولات حقوق سرمایه‌گذاری و چالش‌های نوظهور این حوزه، به تدریج بر ابعاد و قلمرو آن افزوده است (Dolzer & Schreuer, 2012: 133).

۴-۱- شرط قانونی بودن سرمایه‌گذاری و دکترین «دست‌های پاک»

بسیاری از معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری، بهره‌مندی از حمایت‌های معاهده‌ای را منوط به آن می‌دانند که سرمایه‌گذاری «مطابق قوانین و مقررات» دولت میزبان انجام شده باشد. این قید که در ادبیات حقوقی از آن با عنوان شرط قانونی بودن سرمایه‌گذاری یاد می‌شود، در دعاوی ناشی از فساد جایگاهی تعیین کننده دارد؛ زیرا در مواردی که سرمایه‌گذاری از طریق رفتارهای نامشروع، از جمله فساد، ایجاد یا تحصیل شده باشد، دولت میزبان می‌تواند با استناد به آن، مشروعیت سرمایه‌گذاری و در نتیجه صلاحیت مرجع داوری یا قابلیت استماع دعوا را مورد تردید قرار دهد (Kreindler, 2010: 316).

در کنار این شرط، دکترین «دست‌های پاک» نیز در برخی دعاوی سرمایه‌گذاری مورد استناد قرار گرفته است. بر اساس این دکترین که ریشه در حقوق کامن‌لا دارد، شخصی که خود مرتکب رفتار نامشروع شده است، نمی‌تواند همان رفتار را مبنای مطالبه حمایت یا اقامه دعوا علیه طرف مقابل قرار دهد (Kryvoi, 2018: 601). با وجود این، رویه داوری بین‌المللی در پذیرش این دکترین به عنوان یک اصل کلی حقوقی از انسجام لازم برخوردار نیست. برای مثال، دیوان داوری در پرونده Yukos علیه روسیه اعلام کرد که دکترین دست‌های

داراست؟ رویه داوری بین‌المللی در پاسخ به این پرسش، محدود و محتاطانه بوده است. برای نمونه، دیوان در پرونده Nordzucker علیه لهستان تصریح کرد که تعهد دولت به تشویق و پذیرش سرمایه‌گذاری، با تعهد به اعطای حمایت معاهده‌ای از سرمایه‌گذاری متفاوت است و برای بهره‌مندی از حمایت معاهده، سرمایه‌گذاری باید دست‌کم در آستانه تحقق قرار داشته باشد، نه آنکه صرفاً در حد قصد یا برنامه‌ای مقدماتی باقی مانده باشد. همچنین، دیوان‌های ایکسید عموماً از تسری مفهوم «سرمایه‌گذاری» به مرحله پیش از سرمایه‌گذاری خودداری کرده‌اند. برای مثال، در پرونده Mihaly علیه سریلانکا، هزینه‌های انجام‌شده برای اجرای پروژه‌ای که هرگز به مرحله تحقق نرسید، به عنوان «سرمایه‌گذاری» تلقی نشد. از این رو، حمایت از سرمایه‌گذار در برابر رفتارهای مجرمانه دولت در این مرحله همچنان با ابهام مواجه است و تحقق آن، علاوه بر اوضاع و احوال هر پرونده، به مفاد خاص معاهده سرمایه‌گذاری مربوط نیز بستگی خواهد داشت.

۳-۱- استانداردهای رفتاری در معاهدات سرمایه‌گذاری و جایگاه ویژه معیار رفتار منصفانه و عادلانه

معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری، به منظور حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی، مجموعه‌ای از استانداردهای رفتاری را بر دولت میزبان تحمیل می‌کنند که رعایت آنها برای دولت الزامی است. مهم‌ترین این استانداردها عبارت‌اند از: معیار رفتار منصفانه و عادلانه، حمایت و امنیت کامل، منع اقدامات خودسرانه یا تبعیض‌آمیز و پرداخت غرامت مناسب در موارد سلب مالکیت (انصاری‌مهیاری و رئیسی، ۱۳۹۷: ۶۲).

در میان این استانداردها، معیار رفتار منصفانه و عادلانه به دلیل گستره وسیع، انعطاف‌پذیری و قابلیت انطباق با وضعیت‌های گوناگون، جایگاهی ممتاز دارد؛ به گونه‌ای که در ادبیات حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری از آن به عنوان «هنجار بنیادین» این نظام حقوقی یاد شده است. همچنین، کمتر استاندردی را در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری می‌توان یافت که به اندازه معیار

¹ - Nordzucker AG v The Republic of Poland, UNCITRAL, Partial Award on Jurisdiction, 10 December 2008.

² - Mihaly International Corporation v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/00/2, Award, 15 March 2002 (hereinafter: "Mihaly v Sri Lanka, Award"), para 48.

۲-۱- قلمرو و دامنه استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه و نسبت آن با فساد دولت میزبان

استاندارد رفتار منصفانه^۱ و عادلانه مفهومی انعطاف‌پذیر است که نمی‌توان آن را به تعریفی واحد و محدود فروکاست. در رویه داوری، دو رویکرد اصلی درباره ماهیت این استاندارد شکل گرفته است. بر اساس رویکرد نخست که به‌ویژه در رویه داوری ذیل موافقت‌نامه تجارت آزاد آمریکای شمالی غالب است، استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه، تجلی حداقل استاندارد رفتار با اتباع بیگانه در حقوق بین‌الملل عرفی محسوب می‌شود (حسیبی، ۱۳۹۰: ۴۸). یادداشت تفسیری کمیسیون تجارت آزاد نفتا نیز این برداشت را تأیید کرده و تصریح نموده است که این استاندارد حمایتی فراتر از حداقل استاندارد عرفی ایجاد نمی‌کند.

در تبیین محتوای این حداقل استاندارد، بسیاری از دیوان‌های داوری به رأی دیوان داوری در قضیه «Neer» استناد کرده‌اند. مطابق این رأی، مسؤولیت بین‌المللی دولت، زمانی محقق می‌شود که رفتار آن به سطحی از سوءنیت، خودسری، غفلت آشکار از انجام وظیفه یا رفتاری برسد که هر ناظر معقولی آن را مغایر استانداردهای پذیرفته‌شده بین‌المللی بداند. هرچند امروزه بیشتر مراجع داوری سوءنیت را شرط ضروری نقض این استاندارد نمی‌دانند، اما همچنان بر لزوم وجود رفتاری آشکارا غیرمنصفانه، خودسرانه یا فاحش تأکید دارند. در عین حال، رویه متأخر داوری نشان می‌دهد که حداقل استاندارد عرفی، مفهومی ایستا نیست، بلکه همراه با تحولات حقوق بین‌الملل تکامل یافته است. دیوان در پرونده Mondev علیه ایالات متحده آمریکا نیز تأکید کرد که آنچه امروز ناعادلانه تلقی می‌شود، لزوماً محدود به رفتارهای «فاحش» یا «هانت‌آمیز» مورد نظر در رأی Neer نیست.

پاک هنوز به‌عنوان یکی از اصول کلی حقوقی مورد شناسایی نظام حقوق بین‌الملل تثبیت نشده است و به‌تنهایی، نمی‌تواند مانع رسیدگی به دعوای سرمایه‌گذار شود. در مقابل، دیوان در پرونده Fraport علیه فیلیپین با استناد توأمان به شرط قانونی بودن سرمایه‌گذاری و دکترین دست‌های پاک، دعوای سرمایه‌گذار را غیرقابل استماع دانست.

این اختلاف رویکرد در رویه داوری، اهمیت مسأله مورد بررسی در پژوهش حاضر را برجسته‌تر می‌سازد. اگر دولت میزبان خود مرتکب رفتارهای فسادآمیز شده و از طریق نقض قوانین داخلی یا تعهدات بین‌المللی، به سرمایه‌گذار زیان وارد کرده باشد، آیا همچنان می‌تواند با استناد به شرط قانونی بودن سرمایه‌گذاری یا دکترین دست‌های پاک، سرمایه‌گذار را از حمایت‌های معاهده‌ای، به‌ویژه معیار رفتار منصفانه و عادلانه محروم سازد؟ پاسخ به این پرسش، محور اصلی تحلیل‌های پیش رو را تشکیل می‌دهد.

۲- تحلیل استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه و نسبت آن با جرائم مرتبط با فساد

در میان استانداردهای حمایتی پیش‌بینی‌شده در معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری، استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه بیش از سایر استانداردها قابلیت انطباق با دعوای ناشی از رفتارهای مجرمانه دولت میزبان را دارد. از این‌رو، برای ارزیابی اینکه آیا و تحت چه شرایطی رفتارهای مجرمانه می‌تواند نقض این استاندارد تلقی شود، ابتدا باید ماهیت و قلمرو آن تبیین گردد.

^۱- Yukos Universal Limited (Isle of Man) v Russian Federation Award, PCA Case No AA 227, ICGJ 481 (PCA 2014), 18 July 2014, para 1358.

^۲- Fraport A.G. Airport Services Worldwide, ICSID Case No. ARB/03/25, para 396- 404.

^۳- North American Free Trade Agreement (NAFTA).

^۴- North American Free Trade Agreement, Notes of Interpretation of Certain Chapter 11 Provisions, NAFTA Free Trade Commission July 31, 2001.

^۵- L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States, American-Mexican General Claims Commission Award of 15 October 1926, para 4.

^۶- Mondev Intl. Ltd. v. USA, ICSID Case No. ARB (AF)/99/2, Award, 11 October 2002, para 115-117.

۲-۲- محتوای استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه در پرتو رفتار مجرمانه دولت میزبان

پس از تبیین دامنه استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه، باید به بررسی محتوای هنجاری آن پرداخت و مشخص ساخت که چه اصول و مؤلفه‌هایی در قلمرو این استاندارد قرار می‌گیرند و رفتار مجرمانه دولت میزبان چگونه می‌تواند موجب نقض آن شود. مفهوم «رفتار منصفانه و عادلانه» ماهیتی ذاتا باز و انعطاف‌پذیر دارد و به همین دلیل، ارائه تعریفی جامع و مانع که تمامی مصادیق آن را در بر گیرد، امکان‌پذیر نیست. از این‌رو، دیوان‌های داوری و نویسندگان حقوق سرمایه‌گذاری، به جای ارائه تعریفی انتزاعی، محتوای این استاندارد را از طریق شناسایی مجموعه‌ای از اصول و مؤلفه‌های هنجاری تبیین کرده‌اند که در رویه داوری به تدریج شکل گرفته و تکامل یافته‌اند. اگرچه این مؤلفه‌ها از حیث مفهومی با یکدیگر همپوشانی دارند، اما همگی جلوه‌های مختلف یک اصل بنیادین، یعنی الزام دولت میزبان به رفتار با حسن نیت، انصاف، شفافیت و احترام به اعتماد مشروع سرمایه‌گذار محسوب می‌شوند. در ادامه، مهم‌ترین این مؤلفه‌ها با تمرکز بر نسبت آنها با پدیده فساد مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۲-۲-۱- اصل حسن نیت؛ سنگ‌بنای استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه

۲-۲-۱-۱- ارزیابی مفهومی

اصل حسن نیت از بنیادی‌ترین مؤلفه‌های استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه و یکی از اصول اساسی حقوق بین‌الملل عمومی است (Crawford, 1998: 97). دیوان بین‌المللی دادگستری نیز این اصل را از جمله قواعد بنیادینی دانسته که بر ایجاد و اجرای تمامی تعهدات حقوقی، صرف‌نظر از منشأ آنها، حکومت می‌کند. در دهه‌های اخیر، دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی به نحو فزاینده‌ای از این اصل برای تفسیر و تعیین محتوای استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه بهره گرفته‌اند؛ تا آنجا که برخی نویسندگان، حسن نیت را عنصری

در مقابل، بخش قابل توجهی از دیوان‌های داوری خارج از چارچوب نفتا، استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه را تعهدی مستقل و خودمختار می‌دانند که صرفاً از حقوق بین‌الملل الهام می‌گیرد و به حداقل استاندارد عرفی محدود نمی‌شود. برای نمونه، دیوان در پرونده Azurix علیه آرژانتین تصریح کرد که ارجاع معاهده به حقوق بین‌الملل، صرفاً حداقل سطح حمایت را تضمین می‌کند و مانع از اعطای حمایت گسترده‌تر به سرمایه‌گذاران نیست. این دیوان‌ها با استناد به قواعد تفسیر معاهدات و اهداف معاهدات سرمایه‌گذاری، استاندارد رفتار منصفانه را ابزاری برای تأمین حمایت مؤثرتر از سرمایه‌گذاری خارجی تلقی می‌کنند.

با وجود این اختلاف نظری، به نظر می‌رسد تمایز میان دو رویکرد در دعوای مرتبط با رفتارهای مجرمانه دولت میزبان، آثار عملی چندانی نداشته باشد. اقداماتی همچون ارتشاء، اخاذی، تباری و... امروزه به موجب اسناد متعدد بین‌المللی، جرم‌انگاری شده، مغایر نظم عمومی فراملی شناخته می‌شود و جامعه بین‌المللی در محکومیت آن به اجماع رسیده است. از این‌رو، سوءاستفاده مقام عمومی از اختیارات حاکمیتی برای تحصیل منافع شخصی، مصداق بارز رفتار خودسرانه، سوءاستفاده از قدرت و نقض آشکار وظایف عمومی است؛ رفتاری که حتی بر مبنای معیار سخت‌گیرانه Neer نیز مسؤولیت بین‌المللی دولت را به دنبال خواهد داشت. بنابراین، خواه استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه به‌عنوان حداقل استاندارد عرفی تفسیر شود و خواه تعهدی مستقل و خودمختار تلقی گردد، قطعاً رفتار مجرمانه دولت میزبان در هر دو فرض، نقض جدی این استاندارد محسوب می‌شود. به همین دلیل، همان‌گونه که برخی مراجع داوری نیز تصریح کرده‌اند، تفاوت میان این دو رویکرد در دعوای سرمایه‌گذاری خارجی، بیش از آنکه آثار عملی داشته باشد، بیشتر واجد جنبه نظری و تحلیلی است (Wendler, 2022: 265).

¹ - Azurix Corp. v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/12, Award, 14 July 2006, paras. 407-408.

² - Fisheries Case (United Kingdom v Norway), Judgment, 18 December 1951, ICJ Reports .

ذاتی و جدایی‌ناپذیر از این استاندارد دانسته‌اند (Cheng, 2003: 115).

اهمیت این اصل در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری از آن‌رو دوچندان است که رابطه میان دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی، به دلیل برخورداری دولت از اقتدار حاکمیتی، رابطه‌ای ذاتاً نامتوازن است. از این‌رو، حسن نیت نه تنها یکی از عناصر محتوایی استاندارد رفتار منصفانه، بلکه شالوده تنظیم این رابطه حقوقی و معیار سنجش مشروعیت رفتار دولت محسوب می‌شود (الهویی نظری، ۱۳۹۳: ۱۰۰).

اصل حسن نیت صرفاً دولت میزبان را مخاطب قرار نمی‌دهد، بلکه سرمایه‌گذار نیز مکلف است در تمامی مراحل سرمایه‌گذاری بر اساس این اصل رفتار کند. در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی، این الزام دو پیامد مهم به همراه دارد. نخست آنکه سرمایه‌گذار موظف است از هرگونه مشارکت مستقیم یا غیرمستقیم در رفتارهای مجرمانه، از جمله پرداخت یا پیشنهاد رشوه، خودداری کند. دوم آنکه سرمایه‌گذار نمی‌تواند دعوای خود را بر رفتاری استوار سازد که خود در ایجاد آن نقش داشته است. بنابراین، هرگاه سرمایه‌گذار یا نمایندگان وی در پرداخت رشوه یا هر رفتار مجرمانه دیگری مشارکت کرده باشند، اصولاً امکان استناد به همان رفتار به عنوان مبنای نقض استاندارد را از دست خواهند داد. در این میان، تفاوتی نمی‌کند که ابتکار اقدام غیرقانونی از سوی مقام دولتی و از طریق اخاذی یا اعمال فشار صورت گرفته باشد یا خیر؛ زیرا پذیرش و مشارکت آگاهانه سرمایه‌گذار در یک توافق فسادآمیز، وی را به بخشی از همان رفتار نامشروع تبدیل می‌کند (Llamzon, 2014: 167).

در مقابل، دولت میزبان نیز مکلف است در تمامی مراحل مرتبط با سرمایه‌گذاری، اعم از مرحله پذیرش، اجرا و بهره‌برداری، بر اساس اصل حسن نیت رفتار کند (لبانی مطلق، ۱۳۸۹: ۹۲). رویه داوری نشان می‌دهد که دیوان‌ها برای تبیین محتوای این اصل، غالباً به مفهوم «انتظارات مشروع» استناد کرده‌اند. برای نمونه، دیوان در پرونده Tecmed تصریح کرد که سرمایه‌گذار خارجی حق دارد انتظار داشته باشد دولت میزبان در روابط خود

با وی به شیوه‌ای منسجم، شفاف و عاری از ابهام عمل کند. همچنین، دیوان در پرونده Saluka علیه جمهوری چک تأکید نمود که سرمایه‌گذار می‌تواند انتظار داشته باشد دولت سیاست‌ها و تصمیمات خود را با حسن نیت اجرا کند. بر این اساس، اصل حسن نیت اقتضا می‌کند که دولت در تصمیم‌گیری‌های خود از خودداری، تبعیض و انگیزه‌های نامشروع پرهیز کرده و همواره در راستای تأمین منافع عمومی، با شفافیت، انسجام و ثبات عمل کند.

با وجود جایگاه بنیادین اصل حسن نیت، رویه داوری به‌طور مستمر تأکید کرده است که احراز سوءنیت، شرط لازم برای اثبات نقض استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه نیست. به بیان دیگر، ممکن است دولت بدون آنکه عامدانه قصد اضرار داشته باشد، رفتاری انجام دهد که به دلیل مغایرت با الزامات ناشی از حسن نیت، ناقض استاندارد رفتار منصفانه محسوب شود؛ بنابراین، عدم اثبات سوءنیت لزوماً به معنای رعایت استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه نیست (Kreindler, 2010: 322).

با این وجود، هرگاه سوءنیت دولت احراز شود، همین امر به‌تنهایی می‌تواند دلیل کافی برای احراز نقض استاندارد باشد. دیوان‌های داوری تصریح کرده‌اند که اگرچه سوءنیت از عناصر ضروری این استاندارد نیست، اما وجود آن آشکارترین جلوه نقض اصل حسن نیت بوده و شدت مسؤولیت بین‌المللی دولت را افزایش می‌دهد. در چنین وضعیتی، دولت آگاهانه از اختیارات عمومی خود در جهت مغایر اهداف قانونی استفاده کرده و از اقتدار حاکمیتی برای تحقق مقاصد نامشروع بهره می‌گیرد (Paparinskis, 2014: 112).

۲-۱-۲-۲- ارتباط اصل حسن نیت و جرائم مرتبط با فساد
در این چارچوب، فساد را باید بارزترین و آشکارترین مصداق اقدام مبتنی بر سوءنیت دانست. سوءنیت زمانی تحقق می‌یابد که مقام عمومی آگاهانه از اختیارات قانونی خود برای دستیابی به هدفی غیر از هدفی که قانون برای آن پیش‌بینی کرده است استفاده کند یا تصمیم اداری خود را بر مبنای ملاحظات نامرتب، نامشروع یا شخصی اتخاذ نماید. تصمیمی که صرفاً با

¹- Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, Para 793.

²- Saluka Investments B.V. v. The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 Mar. 2006, Para 235.

کارکردهای استاندارد رفتار منصفانه به‌شمار می‌رود (Wongkaew, 2019: 61).

۲-۲-۲-۱- دامنه اصل انتظارات مشروع

رویه داوری در خصوص دامنه اصل انتظارات مشروع به‌تدریج توسعه یافته است. دیوان داوری در پرونده Tecmed علیه مکزیک، یکی از گسترده‌ترین تبیین‌ها را از این اصل ارائه کرد و اعلام داشت که دولت میزبان باید به گونه‌ای با سرمایه‌گذاری خارجی رفتار کند که انتظارات اساسی سرمایه‌گذار که مبنای تصمیم او برای سرمایه‌گذاری بوده است، مخدوش نشود. به تعبیر این دیوان، سرمایه‌گذار حق دارد انتظار داشته باشد که دولت میزبان در تمامی روابط خود با وی به شکلی منسجم، شفاف، عاری از ابهام و قابل پیش‌بینی عمل کند تا بتواند پیشاپیش آثار حقوقی و مقررات حاکم بر سرمایه‌گذاری خود را ارزیابی نماید.

اگرچه برخی دیوان‌های بعدی این برداشت موسع را مورد انتقاد قرار داده‌اند، اما هسته اصلی آن را پذیرفته‌اند. با این حال، پذیرش چنین برداشتی نباید این تصور را ایجاد کند که معیار ارزیابی صرفاً برداشت ذهنی سرمایه‌گذار است. استاندارد رفتار منصفانه ماهیتی عینی دارد و در نتیجه، مشروع بودن انتظارات نیز باید بر اساس معیارهای عینی سنجیده شود. تأکید بر وصف «مشروع» یا «معقول» دقیقاً با همین هدف صورت می‌گیرد؛ یعنی انتظاراتی مورد حمایت قرار می‌گیرند که یک سرمایه‌گذار متعارف و محتاط، در همان شرایط، بر پایه رفتار دولت میزبان به‌طور منطقی آنها را شکل داده باشد (Jacob & Schill, 2015: 325).

بر این اساس، منشأ اصلی انتظارات مشروع نه ذهنیت سرمایه‌گذار، بلکه رفتار دولت میزبان است. بنابراین، کانون هر تحلیل باید بر اقدامات، تضمین‌ها و رفتارهایی متمرکز باشد که از سوی دولت صادر شده و زمینه شکل‌گیری اعتماد

هدف تحصیل رشوه اتخاذ شده باشد یا پرداخت رشوه در شکل‌گیری آن مؤثر بوده باشد، آشکارا خارج از قلمرو تصمیم‌گیری مبتنی بر حسن نیت قرار دارد. در چنین شرایطی، مقام دولتی نه بر اثر اشتباه یا سهل‌انگاری، بلکه آگاهانه منافع شخصی خود را بر وظیفه قانونی خویش در تأمین منافع عمومی ترجیح می‌دهد. بنابراین، آنچه موجب نقض اصل حسن نیت می‌شود صرفاً تخلف از قوانین داخلی نیست، بلکه بی‌اعتنایی عمده مقام عمومی به الزامات قانونی و سوءاستفاده آگاهانه از اختیارات عمومی برای تحصیل منافع شخصی است. از این رو، هرگاه تصمیم یا اقدام دولت میزبان تحت تأثیر فساد قرار گیرد، چنین رفتاری به احتمال بسیار زیاد مصداق اقدام مبتنی بر سوءنیت بوده و در نتیجه ناقض اصل حسن نیت و استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه خواهد بود (Draguiev, 2014: 281).

۲-۲-۲-۲- حمایت از انتظارات مشروع

اصل حمایت از انتظارات مشروع، مهم‌ترین و پرکاربردترین مؤلفه استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه محسوب می‌شود و ارتباطی وثیق با اصل حسن نیت دارد (Annacker, 2011: 932). در واقع، بسیاری از دیوان‌های داوری، حمایت از انتظارات مشروع را تجلی عملی اصل حسن نیت در روابط میان سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان دانسته‌اند. فلسفه این اصل آن است که ایجاد یک محیط مناسب برای سرمایه‌گذاری صرفاً در گرو وجود قوانین و مقررات مطلوب نیست، بلکه مستلزم آن است که این قواعد به شیوه‌ای منسجم، قابل پیش‌بینی و قابل اتکا اجرا شوند. سرمایه‌گذار خارجی پیش از اتخاذ تصمیم برای سرمایه‌گذاری، ناگزیر رفتار دولت میزبان، چارچوب حقوقی و رویه اجرایی آن را ارزیابی می‌کند و بر مبنای همین ارزیابی، انتظاراتی معقول نسبت به نحوه اعمال اختیارات عمومی شکل می‌دهد. از این رو، حمایت از این انتظارات، یکی از اساسی‌ترین

¹- Legitimate Expectation.

²- MTD v Chile, Award, para 114; Eureko v Poland, Partial Award, para 235; Saluka v Czech Republic, Partial Award, para 302; LG&E v Argentina, Decision on Liability, para 127.

³- Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, Para 795.

⁴- Siemens v Argentina, Award, para 298-299; Duke v Ecuador, Award, paras 339-340; PSEG v Turkey, Award, para 240.

۲-۲-۲-۲- انتظار مشروع نسبت به وجود یک محیط سرمایه‌گذاری عاری از فساد

یکی از مهم‌ترین جلوه‌های اصل انتظارات مشروع، انتظار سرمایه‌گذار نسبت به برخورداری از محیطی عاری از فساد است. این انتظار نه بر پایه تصورات ذهنی سرمایه‌گذار، بلکه بر مبنای مجموعه‌ای از اقدامات حقوقی و سیاسی دولت میزبان شکل می‌گیرد.

نخست، فساد تقریباً در تمامی نظام‌های حقوقی به‌عنوان جرم کیفری شناخته می‌شود و اصل حاکمیت قانون اقتضا می‌کند که دولت خود از ارتکاب رفتاری که قوانین داخلی آن را ممنوع اعلام کرده‌اند، اجتناب ورزد. دوم، اغلب دولت‌ها مجموعه‌ای از قوانین ضد فساد، مقررات اداری و سازوکارهای نظارتی را برای تضمین حکمرانی مطلوب و تصمیم‌گیری اداری سالم ایجاد کرده‌اند. سوم، بسیاری از دولت‌ها سیاست‌های رسمی مبارزه با فساد را اعلام و اجرا می‌کنند (Wendler, 2022: 278).

مجموع این اقدامات این انتظار مشروع را در سرمایه‌گذار ایجاد می‌کند که دولت میزبان نه تنها خود در رفتارهای فسادآلود مشارکت نخواهد داشت، بلکه قوانین و سیاست‌های ضد فساد خود را نیز به‌طور مؤثر اجرا خواهد کرد این انتظار صرفاً به رعایت قوانین داخلی محدود نمی‌شود. در دنیای امروز، اغلب دولت‌ها با الحاق به اسناد و کنوانسیون‌های بین‌المللی مبارزه با فساد، تعهد خود را نسبت به مبارزه با این پدیده در سطح بین‌المللی نیز اعلام کرده‌اند. در نتیجه، یک سرمایه‌گذار معقول حق دارد انتظار داشته باشد که دولت میزبان این تعهدات را با حسن نیت اجرا کرده و تمامی ابزارهای حقوقی و اجرایی لازم را برای ایجاد محیطی سالم، شفاف و عاری از فساد به کار گیرد (Liamzon, 2014: 278).

۲-۲-۲-۳- تأثیر آگاهی سرمایه‌گذار از فساد دولت میزبان بر انتظارات مشروع

ممکن است این پرسش مطرح شود که اگر فساد در یک کشور به‌طور گسترده شناخته شده باشد، آیا سرمایه‌گذار همچنان می‌تواند به اصل انتظارات مشروع استناد کند؟ در نگاه نخست، دو استدلال در تأیید پاسخ منفی قابل طرح است. نخست آنکه سرمایه‌گذار پیش از ورود به کشور میزبان، با استفاده از

سرمایه‌گذار را فراهم آورده است. پرسش اساسی آن است که یک سرمایه‌گذار معقول، با توجه به رفتار دولت میزبان در زمان ورود به سرمایه‌گذاری، چه انتظاراتی می‌توانسته به‌طور منطقی و مشروع داشته باشد (بهمنی، ۱۳۹۵: ۱۵۵).

پاسخ به این پرسش نیز باید با توجه به هدف معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری، یعنی تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، ارائه شود. از این منظر، انتظارات مشروع تنها زمانی شایسته حمایت هستند که مبنای واقعی تصمیم سرمایه‌گذار برای ورود به سرمایه‌گذاری بوده و وی عملاً بر رفتار یا تضمین‌های دولت اتکا کرده باشد. این تضمین‌ها باید به اندازه‌ای مشخص و معتبر باشند که بتوانند انگیزه سرمایه‌گذاری را ایجاد کنند و اعتماد مشروع سرمایه‌گذار را برانگیزند (Kopar, 2021: 149).

به همین دلیل، رویه داوری میان تضمین‌های رسمی و اظهارات کلی یا غیررسمی تمایز قائل شده است. اظهارات مبهم، کلی یا غیررسمی معمولاً برای ایجاد انتظارات مشروع کافی نیستند؛ بلکه لازم است سرمایه‌گذار تضمین‌هایی مشخص، رسمی و قابل انتساب به دولت دریافت کرده باشد، به گونه‌ای که مقام یا مقامات ذی‌صلاح آگاه بوده یا دست‌کم باید آگاه می‌بودند که سرمایه‌گذار به‌طور معقول بر این تضمین‌ها اتکا خواهد کرد (Potesta, 2013: 117).

با وجود این، منشأ انتظارات مشروع صرفاً به تضمین‌های اختصاصی محدود نمی‌شود. گاه شرایط کلی حاکم بر سرمایه‌گذاری، سیاست‌های اقتصادی دولت، چارچوب حقوقی، مقررات اداری، رویه‌های اجرایی و حتی فضای سیاسی و اقتصادی کشور میزبان نیز می‌توانند مبنای شکل‌گیری چنین انتظاراتی قرار گیرند. قوانین و مقررات داخلی تا آنجا که بازتاب سیاست‌های رسمی دولت باشند، می‌توانند نوعی اعلام عمومی تلقی شوند که سرمایه‌گذاران را به اتکا بر ثبات و اجرای آنها ترغیب می‌کنند. از این‌رو، دامنه تعهد دولت میزبان نسبت به سرمایه‌گذار، حاصل تعامل میان رفتار دولت در ایجاد اعتماد و میزان اتکای معقول سرمایه‌گذار بر آن رفتار است (Marial, 2010: 77).

۲-۳-۲- شفافیت، چارچوب قابل پیش‌بینی و باثبات، و سازگاری

۲-۳-۱- ارزیابی مفهومی

یکی دیگر از مؤلفه‌های اساسی استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه، تعهد دولت میزبان به تضمین شفافیت، ایجاد چارچوبی قابل پیش‌بینی و باثبات و رفتار سازگار در قبال سرمایه‌گذار است. این مفاهیم ارتباطی نزدیک با اصل حسن نیت و حمایت از انتظارات مشروع دارند و در رویه داوری سرمایه‌گذاری به‌عنوان ارکان مکمل یکدیگر شناخته می‌شوند. هدف مشترک آنها ایجاد محیطی است که سرمایه‌گذار بتواند بر مبنای آن تصمیمات اقتصادی خود را با اطمینان اتخاذ کرده و آثار حقوقی اقدامات دولت را پیش‌بینی کند (Vasciannie, 1999: 142).

نخست، شفافیت اقتضا می‌کند که سرمایه‌گذار بتواند قواعد حاکم بر سرمایه‌گذاری و نحوه اجرای آنها را به‌گونه‌ای روشن و قابل فهم ارزیابی کند (شمسائی و حسینی، ۱۴۰۰: ۸۰۲). از دیدگاه دیوان‌های داوری، شفافیت صرفاً به قوانین و مقررات محدود نیست، بلکه فرآیندهای اداری و رفتار عملی مقامات دولتی را نیز در بر می‌گیرد. به همین دلیل، دیوان Waste Management علیه مکزیک اعلام کرد که «فقدان کامل شفافیت و صداقت در یک فرآیند اداری» می‌تواند ناقض معیار رفتار منصفانه و عادلانه باشد. همچنین دیوان Tecmed علیه مکزیک، عدم افشای اهداف واقعی مقامات دولتی در مذاکرات با سرمایه‌گذار را نمونه‌ای از فقدان شفافیت دانست. بنابراین، دولت میزبان موظف است محیطی ایجاد کند که سرمایه‌گذار بتواند نه تنها قواعد قابل اعمال، بلکه فرآیندهای اداری مؤثر بر سرمایه‌گذاری خود را نیز به‌صورت شفاف و قابل پیش‌بینی ارزیابی کند.

در کنار شفافیت، ثبات و قابلیت پیش‌بینی چارچوب حقوقی و اداری از دیگر عناصر مهم استاندارد رفتار منصفانه است. دیوان‌های داوری مکرراً تأکید کرده‌اند که سرمایه‌گذار باید

شاخص‌های بین‌المللی فساد از میزان ریسک موجود آگاه شده است. دوم آنکه این شاخص‌ها بازتاب برداشت جامعه تجاری بین‌المللی از وضعیت واقعی فساد در آن کشور هستند. بر این اساس، ممکن است ادعا شود که سرمایه‌گذار با علم به این شرایط وارد کشور شده و بنابراین نمی‌تواند انتظار برخورداری از محیطی عاری از فساد داشته باشد (Wendler, 2022: 252).

با وجود ظاهر منطقی این استدلال، چنین برداشتی با فلسفه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری سازگار نیست. هدف اصلی معاهدات سرمایه‌گذاری، بهبود محیط سرمایه‌گذاری و ایجاد شرایطی باثبات، قابل پیش‌بینی و قابل اعتماد برای جذب سرمایه خارجی است. این معاهدات دقیقاً با هدف اصلاح کاستی‌های موجود و تضمین رفتار دولت‌ها منعقد می‌شوند (بهبودی‌پارسی، ۱۴۰۰: ۴۴۲). بنابراین، دولت میزبان نمی‌تواند به سابقه تاریخی یا شیوع فساد در نظام اداری خود استناد کند تا از مسئولیت بین‌المللی ناشی از رفتار مقاماتش رهایی یابد. برعکس، تصویب قوانین ضد فساد، اعلام سیاست‌های رسمی مبارزه با فساد و پذیرش تعهدات بین‌المللی، همگی این پیام را به سرمایه‌گذاران منتقل می‌کنند که دولت در پی ایجاد محیطی سالم و قابل اعتماد برای سرمایه‌گذاری است (Maynard, 2016: 132).

بر همین مبنای، اقدامات فسادآمیز مقامات دولتی را نمی‌توان بخشی از «ریسک تجاری» سرمایه‌گذار تلقی کرد؛ بلکه چنین اقداماتی، در صورت انتساب به دولت، موجب مسئولیت بین‌المللی آن خواهند شد (Téllez, 2012: 233). این نتیجه با اظهار نظر ضمنی دیوان در پرونده EDF نیز همسو است؛ جایی که دیوان تصریح کرد اعمال اختیارات عمومی بر پایه فساد، نقض بنیادین اصل حمایت از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار محسوب می‌شود.

¹- EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Case No. ARB/05/13, Award, 8 Oct. 2009, Para 898.

²- Transparency, Predictable and Stable Framework, and Consistency.

³- Waste Management, Inc. v. United Mexican States, ICSID Case No ARB (AF)/00/3, award, 30 Apr. 2004, Para 657.

⁴- Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, Para 899.

بتواند بر وجود یک چارچوب حقوقی نسبتاً پایدار و قابل اتکا اعتماد کند. در همین راستا، دیوان Bayindir علیه پاکستان تصریح کرد که اصل ثبات، تنها ناظر بر قوانین و مقررات نیست، بلکه رویه‌های اداری دولت را نیز شامل می‌شود. البته این اصل به معنای انجماد کامل نظام حقوقی دولت یا سلب اختیار آن برای اصلاح قوانین و سیاست‌ها نیست؛ بلکه دولت همچنان حق دارد در پاسخ به تحولات اقتصادی، اجتماعی یا سیاسی مقررات خود را تغییر دهد، مشروط بر آنکه این تغییرات در چارچوبی معقول، قابل پیش‌بینی و سازگار با تعهدات بین‌المللی انجام گیرد و به سطح یک شرط تثبیت ارتقاء نیابد (Schreuer, 2005: 365).

عنصر سوم، سازگاری در رفتار دولت است. رویه داوری نشان می‌دهد که دولت میزبان باید در تصمیمات و عملکرد خود از انسجام برخوردار باشد و از اتخاذ مواضع متناقض که موجب سردرگمی یا زیان سرمایه‌گذار می‌شود، خودداری کند. برای نمونه، در پرونده MTD علیه شیلی، اتخاذ مواضع متناقض توسط دو نهاد مختلف دولتی رفتاری ناسازگار تلقی شد که با معیار رفتار منصفانه و عادلانه مغایرت داشت. با این حال، الزام به سازگاری نیز به معنای سلب اختیار دولت برای اصلاح سیاست‌ها یا تغییر مقررات نیست، بلکه صرفاً اقتضا می‌کند این تغییرات بر مبنای دلایل مشروع، شفاف و قابل توجیه صورت گیرد (Dolzer & Schreuer, 2010: 145).

۲-۲-۳-۲- ارتباط این مؤلفه‌ها با جرائم مرتبط با فساد

از منظر ارتباط این مؤلفه‌ها با فساد دولتی، می‌توان گفت که فساد، تقریباً تمامی این الزامات را به‌طور هم‌زمان نقض می‌کند. فساد پیش از هر چیز با اصل شفافیت ناسازگار است، زیرا تصمیمات اداری آلوده به رشوه یا نفوذهای نامشروع بر مبنای انگیزه‌های واقعی اتخاذ نمی‌شوند و دلایل حقیقی آنها هرگز برای سرمایه‌گذار آشکار نمی‌شود. فرآیندی که در آن مقامات دولتی تحت تأثیر رشوه یا منافع شخصی تصمیم‌گیری می‌کنند،

سرمایه‌گذار را از شناخت مبنای واقعی تصمیمات مؤثر بر سرمایه‌گذاری محروم ساخته و مصداق بارز «فقدان کامل شفافیت» خواهد بود. از آنجا که فساد ذاتاً رفتاری پنهان و مخفیانه است، انگیزه‌های واقعی تصمیمات اداری همواره در هاله‌ای از ابهام باقی می‌ماند و امکان پیش‌بینی رفتار دولت را از میان می‌برد (Amanda Musu, 2024: 9).

فساد همچنین با الزام به ایجاد چارچوبی قابل پیش‌بینی و اثبات در تعارض است. هنگامی که نتیجه تصمیمات اداری نه بر مبنای قانون، بلکه بر اساس پرداخت یا عدم پرداخت رشوه تعیین شود، رفتار دولت دیگر تابع حاکمیت قانون نخواهد بود، بلکه تابع منافع شخصی مقامات است. در چنین شرایطی هیچ سرمایه‌گذاری نمی‌تواند آینده تصمیمات اداری را پیش‌بینی کند و ثبات مورد حمایت استاندارد «رفتار منصفانه و عادلانه» عملاً از میان می‌رود (Liamzon, 2014: 267).

در نهایت، فساد غالباً به رفتار ناسازگار دولت نیز منجر می‌شود. برای مثال، ممکن است یک نهاد دولتی مجوز سرمایه‌گذاری را صادر کند، اما نهاد دیگری تحت تأثیر فساد یا به دلیل امتناع سرمایه‌گذار از پرداخت رشوه، همان مجوز را لغو کند یا مانع اجرای آن شود. چنین رفتار متناقضی فاقد هرگونه توجیه مشروع بوده و نمونه‌ای آشکار از نقض اصل سازگاری در چارچوب استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه محسوب می‌شود (Liamzon, 2014: 267).

۲-۲-۴- معقول بودن، منع خودسری و منع تبعیض

۲-۲-۴-۱- ارزیابی مفهومی

یکی دیگر از مؤلفه‌های مهم استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه، الزام دولت میزبان به رفتار معقول، پرهیز از تصمیمات خودسرانه و رعایت اصل منع تبعیض است. هرچند بسیاری از موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی این اصول را به‌صورت مستقل نیز پیش‌بینی کرده‌اند، رویه داوری

¹- Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No ARB/03/29, Award, 27 Aug. 2009, Para 235.

²- Stabilisation Clause

³- MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award, 25 May 2004, Para 670.

⁴- Reasonableness, Non-Arbitrariness and Non-Discrimination.

قصد تبعیض‌آمیز ضرورت ندارد؛ بلکه کافی است پیامد عملی اقدام دولت، رفتار متفاوت و فاقد توجیه منطقی نسبت به موارد مشابه باشد (Rrenish, 2020: 835).

۲-۲-۴-۲- ارتباط این مفاهیم با جرائم مرتبط با فساد

در پرتو این مفاهیم، رفتارهای فسادآمیز دولت میزبان، به‌وضوح با الزامات معقول‌بودن، منع خودسری و منع تبعیض ناسازگار است. تصمیمی که بر مبنای منافع شخصی مقام دولتی، دریافت رشوه یا سایر انگیزه‌های مجرمانه اتخاذ شود، نه بر ملاحظات سیاست عمومی، بلکه بر اهداف فردی استوار بوده و بنابراین ذاتاً نامعقول و خودسرانه خواهد بود. افزون بر این، فساد یک انگیزه پنهان را وارد فرآیند تصمیم‌گیری می‌کند که نه تنها اجرای قانون را منحرف می‌سازد، بلکه اهداف و سیاست‌های عمومی دولت را نیز بی‌اثر می‌کند. با توجه به تحول حقوق بین‌الملل و تلاش‌های گسترده جامعه بین‌المللی برای استقرار حکمرانی مطلوب و مبارزه با فساد، چنین رفتاری به‌وضوح مغایر حاکمیت قانون بوده و در بسیاری از موارد به سطحی می‌رسد که معیارهای شناخته‌شده خودسری در رویه داورى را نیز برآورده می‌سازد (Mbiyavanga, 2017: 142).

فساد همچنین می‌تواند زمینه‌ساز رفتار تبعیض‌آمیز باشد. برای مثال، اگر مقام دولتی با سرمایه‌گذارانی که حاضر به پرداخت رشوه هستند رفتاری مساعدتر از سرمایه‌گذارانی داشته باشد که از مشارکت در اقدامات مجرمانه خودداری می‌کنند، تفاوت در رفتار صرفاً بر مبنای یک معیار نامشروع شکل گرفته و فاقد هرگونه توجیه معقول خواهد بود. البته در عمل، اثبات وجود چنین تبعیضی و ارائه نمونه‌های قابل مقایسه برای سرمایه‌گذار با دشواری‌های اثباتی قابل توجهی همراه است.

سرمایه‌گذاری آنها را از عناصر تشکیل‌دهنده استاندارد رفتار منصفانه نیز می‌داند و میان این مفاهیم پیوندی نزدیک برقرار کرده است (Dolzer & Schreuer, 2010: 194).

نخست، اصل معقول بودن و منع خودسری اقتضا می‌کند که تصمیمات دولت بر پایه ملاحظات مشروع مرتبط با منافع عمومی اتخاذ شود. هر اقدامی که فاقد چنین مبنایی باشد، نامعقول تلقی خواهد شد (Vandeveld, 2010: 66). بسیاری از دیوان‌های داورى نیز تصمیمات خودسرانه را ناقض استاندارد رفتار منصفانه دانسته‌اند. در تبیین مفهوم خودسری، برخی دیوان‌ها آن را فراتر از صرف نامعقول بودن تعریف کرده و خودسری را اقدامی دانسته‌اند که بر صلاحیت شخصی، تعصب یا ترجیح فردی، به‌جای دلایل عینی و واقعی، استوار باشد. در مقابل، گروه دیگری از دیوان‌ها تحلیل خود را بر تعریف مشهور دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی ELSI بنا نهاده‌اند که مطابق آن، خودسری صرفاً نقض یک قاعده حقوقی نیست، بلکه رفتاری برخلاف حاکمیت قانون محسوب می‌شود؛ رفتاری که با بی‌اعتنایی عمدانه به الزامات قانونی همراه بوده و به اندازه‌ای جدی است که حس عدالت و شئون قضایی را جریحه‌دار یا دست‌کم شگفت‌زده می‌کند. بر همین اساس، بسیاری از دیوان‌ها احراز نقض این اصل را منوط به آن دانسته‌اند که رفتار دولت به‌طور آشکار و بارز خودسرانه باشد.

در کنار این اصل، منع تبعیض نیز یکی از عناصر شناخته‌شده معیار رفتار منصفانه و عادلانه محسوب می‌شود. تبعیض در حقوق سرمایه‌گذاری صرفاً به رفتار متفاوت بر مبنای تابعیت محدود نیست، بلکه هرگونه رفتار متفاوت با اشخاص یا سرمایه‌گذاری‌های مشابه، بدون وجود توجیه معقول و مشروع، می‌تواند مصداق تبعیض باشد. از این‌رو، تحقق تبعیض مستلزم مقایسه میان وضعیت‌های مشابه است و برای احراز آن، اثبات

¹- CMS v Argentina, Award, para 290; MTD v Chile, Award, para 196; Noble Ventures v Romania, Award, para 182; Saluka v Czech Republic, Partial Award, para 460; PSEG v Turkey, Award, para 261; Parkerings v Lithuania, Award, para 300; Biwater v Tanzania, Award, para 602; Rumeli v Kazakhstan, Award, para 609; Continental Casualty v Argentina, Award, para 261; Bayindir v Pakistan, Award, para 178; Lemire v Ukraine, Award, para 284; Alpha v Ukraine, Award, para 420.

²- Siemens v Argentina, Award, para 318.

³- Noble Ventures v Romania, Award, para 176; Azurix v Argentina, Award, para 392; Siemens v Argentina, Award, para 318; LG&E v Argentina, Decision on Liability, para 157; Glamis v United States, Award, para 626; Cargill v Canada, Award, para 291.

۲-۲-۵- سوءاستفاده از قدرت، اجبار و مزاحمت

۲-۲-۵-۱- ارزیابی مفهومی

از دیگر مؤلفه‌های استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه، منع سوءاستفاده از قدرت، اجبار و مزاحمت از سوی دولت میزبان و مقامات آن است. رویه داوری سرمایه‌گذاری این مفاهیم را از مصادیق مهم نقض استاندارد رفتار منصفانه دانسته و بر این نکته تأکید کرده است که اختیارات عمومی باید صرفاً برای تحقق اهداف قانونی و در چارچوب حسن نیت اعمال شوند.

سوءاستفاده از قدرت ارتباط نزدیکی با منع خودسری دارد و ناظر بر مواردی است که مقام عمومی از اختیارات قانونی خود برای تحقق اهدافی غیر از هدفی که قانون برای آن اختیار اعطا کرده است، استفاده می‌کند. از آنجا که اعمال اختیارات عمومی باید همواره با حسن نیت همراه باشد، هرگونه انحراف از هدف قانونی می‌تواند مصداق سوءاستفاده از قدرت و در نتیجه نقض استاندارد تلقی شود (Orellana, 2011:6). برای نمونه، در پرونده Metalclad علیه مکزیک، شهرداری با استناد به ملاحظات زیست‌محیطی، مجوز ساخت را رد کرد؛ درحالی‌که رسیدگی به این ملاحظات اساساً در صلاحیت نهادهای فدرال قرار داشت و دیوان این اقدام را استفاده نامناسب از اختیار دانست. همچنین در پرونده Tecmed علیه مکزیک، دیوان^۳ احراز کرد که خودداری از تمدید مجوز نه بر مبنای ملاحظات واقعی بهداشت عمومی یا محیط زیست، بلکه صرفاً به دلایل سیاسی و فشار افکار عمومی اتخاذ شده است. در پرونده PSEG Global علیه ترکیه نیز اقدامات دولت میزبان به دلیل خروج آشکار از اهداف قانونی، سوءاستفاده از اختیار و ناقض معیار رفتار منصفانه شناخته شد.

اجبار و مزاحمت نیز از دیگر رفتارهایی است که با استاندارد رفتار منصفانه ناسازگار است. رویه داوری نشان می‌دهد هرگونه فشار نامشروع، تهدید، رفتار انتقام‌جویانه یا آزار سازمان‌یافته علیه سرمایه‌گذار می‌تواند نقض این استاندارد محسوب شود. برای مثال، در پرونده Tecmed علیه مکزیک، تلاش مقامات برای وادار کردن سرمایه‌گذار به انتقال پروژه با تحمل هزینه‌های آن، مصداق اجبار تلقی شد. در پرونده Pope & Talbot علیه کانادا نیز تهدیدها و ارائه اطلاعات نادرست توسط مقامات دولتی که فضای تعامل را برای سرمایه‌گذار به شدت تقابلی ساخته بود، ناقض استاندارد تشخیص داده شد. همچنین در پرونده Tokios Tokelès علیه اوکراین، اقدامات هماهنگ نهادهای دولتی با هدف تنبیه سرمایه‌گذار به دلایل سیاسی، مغایر هدف موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری و ناقض استانداردهای حمایتی آن شناخته شد.

۲-۲-۵-۲- ارتباط این مؤلفه‌ها با جرائم مرتبط با فساد

از منظر ارتباط این مؤلفه‌ها با رفتار فساد آمیز دولت میزبان، فساد یکی از روشن‌ترین مصادیق سوءاستفاده از قدرت، اجبار و مزاحمت به‌شمار می‌رود. در مواردی که مقام دولتی صدور مجوز، تمدید پروانه یا اتخاذ هر تصمیم اداری مطلوب را به پرداخت رشوه مشروط می‌کند، وی از اختیارات عمومی نه برای تحقق منافع عمومی، بلکه به‌عنوان ابزاری برای کسب منفعت شخصی بهره می‌گیرد. در چنین وضعیتی، اختیار قانونی به وسیله‌ای برای اعمال فشار بر سرمایه‌گذار و وادار کردن او به مشارکت در یک سازوکار فاسد تبدیل می‌شود که مصداق آشکار سوءاستفاده از قدرت و اجبار است. همچنین هرگاه مقامات دولتی به دلیل امتناع سرمایه‌گذار از پرداخت رشوه، از اختیارات خود برای ایجاد مانع، اعمال فشار یا اتخاذ تصمیمات

^۱- Abuse of Power, Coercion and Harassment.

^۲- Lemire v Ukraine, Award, para 284.

^۳- Metalclad v Mexico, Award, para 86.

^۴- TECMED v Mexico, Award, para 154.

^۵- PSEG v Turkey, Award, para 247.

^۶- Saluka v Czech Republic, Partial Award, para 308; Bayindir v Pakistan, Award, para 178; Siag and Vecchi v Egypt, Award, para 450; Lemire v Ukraine, Award, para 284.

^۷- TECMED v Mexico, Award, para 163.

^۸- Pope & Talbot v Canada, Damages, para 68.

^۹- Tokios Tokelès v Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion Daniel M. Price, 29 June 2007, Para 20.

پژوهش همچنین نشان داد که اعمال شرط قانونی بودن سرمایه‌گذاری و دکترین «دست‌های پاک» مطلق نبوده و ناظر بر مواردی است که سرمایه‌گذار خود در رفتارهای فسادآمیز مشارکت داشته یا سرمایه‌گذاری از طریق اعمال نامشروع ایجاد شده باشد. بنابراین، هرگاه سرمایه‌گذار قربانی جرائم مرتبط با فساد ارتكابی از سوی مقامات دولت میزبان باشد، استناد دولت به این مفاهیم به‌تنهایی مانع رسیدگی به ادعای نقض تعهدات معاهده‌ای نخواهد بود. همچنین، زمان ارتكاب این جرائم در تعیین صلاحیت مراجع داوری مؤثر است؛ به‌گونه‌ای که ارتكاب آنها پس از ایجاد سرمایه‌گذاری، امکان بهره‌مندی از حمایت‌های معاهده‌ای را تقویت می‌کند، درحالی‌که وقوع آنها در مرحله پیش از سرمایه‌گذاری، همچنان با محدودیت‌های صلاحیتی و تفسیری روبه‌رو است.

در مجموع، فرضیه پژوهش مبنی بر امکان استناد سرمایه‌گذار خارجی به نقض استانداردهای حمایتی در اثر جرائم مرتبط با فساد دولت میزبان تأیید می‌شود. تحقق مسؤولیت بین‌المللی دولت مستلزم انتساب رفتار مجرمانه به دولت، وجود سرمایه‌گذاری برخوردار از حمایت معاهده‌ای و احراز نقض یکی از استانداردهای حمایتی است. از این منظر، شناسایی جرائم مرتبط با فساد به‌عنوان منشأ بالقوه نقض استانداردهای حمایتی، ضمن تقویت حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، به ایجاد توازن میان مبارزه با فساد و پاسخگو ساختن دولت‌ها در قبال تعهدات بین‌المللی آنان نیز کمک خواهد کرد.

ملاحظات اخلاقی: موارد مربوط به اخلاق در پژوهش و نیز امانت‌داری در استناد به متون و ارجاعات مقاله تماماً رعایت گردید.

تعارض منافع: تدوین این مقاله، فاقد هرگونه تعارض منافی بوده است.

سهم نویسندگان: نگارش مقاله به‌صورت مشترک توسط نویسندگان انجام گرفته است.

تشکر و قدردانی: از تمام کسانی که ما را در تهیه این مقاله یاری رسانده‌اند، سپاسگزاریم.

تنبیهی استفاده کنند، این اقدامات انتقام‌جویانه نمونه روشنی از مزاحمت اداری و نقض استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه خواهد بود (Wendler, 2022: 293).

نتیجه‌گیری

جرائم مرتبط با فساد دولت میزبان، از جمله اخاذی، رشوه‌خواهی، تبانی، سوءاستفاده از قدرت و سایر رفتارهای مجرمانه قابل انتساب به دولت، از مهم‌ترین چالش‌های حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی محسوب می‌شوند. با وجود این، رویه داوری بین‌المللی تاکنون این دسته از جرائم را عمدتاً در قالب «دفاع فساد» بررسی کرده و بیشتر بر آثار آن در نفی مشروعیت سرمایه‌گذاری، سلب صلاحیت مرجع داوری یا رد دعوای سرمایه‌گذار تمرکز داشته است. در مقابل، ظرفیت این رفتارها برای ایجاد مسؤولیت بین‌المللی دولت، کمتر مورد توجه قرار گرفته است.

یافته‌های پژوهش نشان می‌دهد که هرچند معاهدات سرمایه‌گذاری، جرائم مرتبط با فساد را به‌عنوان سبب مستقلاً برای طرح دعوا پیش‌بینی نکرده‌اند، اما هرگاه این رفتارها قابل انتساب به مقامات دولتی بوده و موجب نقض یکی از استانداردهای حمایتی معاهده شوند، سرمایه‌گذار می‌تواند دعوای خود را بر مبنای همان استاندارد اقامه کند. بنابراین، منشأ مسؤولیت دولت، صرف ارتكاب جرم نیست، بلکه نقض تعهدات حمایتی ناشی از معاهده در نتیجه آن رفتار مجرمانه است.

بررسی استانداردهای حمایتی نیز نشان داد که جرائم مرتبط با فساد، حسب مورد، ممکن است به نقض استانداردهای مختلفی منجر شوند؛ با این حال، استاندارد رفتار منصفانه و عادلانه به‌دلیل انعطاف تفسیری و در برگرفتن اصولی همچون حسن نیت، حمایت از انتظارات مشروع، شفافیت، ثبات، قابلیت پیش‌بینی، منع خودسری و منع سوءاستفاده از قدرت، بیش از سایر استانداردهای حمایتی ظرفیت انطباق با آثار ناشی از این جرائم را دارد و از این‌رو، مناسب‌ترین مبنای حقوقی برای ارزیابی مسؤولیت بین‌المللی دولت میزبان محسوب می‌شود.

Treaties”. *Chinese Journal of International Law*, 10(3): 531–570.

- Bowling, C (2019). “Corruption and FTAS: does an implicit cause of action exist for corruption claims in ISDS?”. *journal of international law and policy*, 9(38): 921-950

- Cheng, B (2003). *General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*. London: Stevens & Sons.

- Crawford, J (2012). *Brownlie’s Principles of Public International Law*. 8th ed. Oxford: Oxford University Press.

- Dolzer, R & Schreuer, C (2012). *Principles of International Investment Law* (2nd ed). Oxford: Oxford University Press.

- Draguiev, D (2014). “Bad Faith Conduct of States in Violation of the ‘Fair and Equitable Treatment’ Standard in International Investment Law and Arbitration”. *Journal of International Dispute Settlement*, 5(2): 273–305.

- Haugeneder, F (2009). “Corruption in Investor-State Arbitration”. *The Journal of World Investment and Trade*, 10(3): 323–346.

- Jacob, M & schill, S (2015). “Fair and Equitable Treatment: Content, Practice, Method”. In *Bungenberg, M et al. (eds.), International Investment Law: A Handbook*. Baden-Baden: Nomos.

- Kläger, R (2011). *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Kopar, R (2021). *Stability and Legitimate Expectations in International Energy Investments*. Oxford: Hart Publishing.

- Kreindler, R (2010). “Corruption in International Investment Arbitration: Jurisdiction and the Unclean Hands Doctrine”. In *Hobér, K et al. (eds.), Between East and West: Essays in*

تأمین اعتبار پژوهش: این پژوهش بدون تأمین اعتبار مالی سامان یافته است.

منابع و مأخذ

الف. منابع فارسی

- الهویی نظری، حمید و محمدی، عقیل (۱۳۹۲). «تحلیل ابعاد اصل حسن نیت در حقوق بین‌الملل در پرتو رویه قضایی». *مجله حقوقی بین‌المللی*، ۵۳(۳): ۹۹–۱۲۶.

- انصاری‌مهیار، علیرضا و رئیس، لیلا (۱۳۹۷). «استانداردهای بین‌المللی حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی». *دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی*، ۲۵(۱۳): ۴۹–۸۵.

- بهزادی‌پارسی، آرش و سیفی، سیدجمال (۱۴۰۰). «رابطه صلاحیت قانونگذاری دولت‌ها با انتظارات مشروع سرمایه‌گذاران خارجی در موافقتنامه‌های بین‌المللی». *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، ۵۱(۲): ۴۵۴–۴۳۱.

- بهمنی، محمدعلی و تقوی، نجمه (۱۳۹۵). «حمایت از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار و چالش‌های فراروی آن در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری». *فصلنامه تحقیقات حقوقی*، ۱۹(۷۴): ۱۴۳–۱۶۸.

- حبیبی، به‌آذین (۱۳۹۰). «حداقل استاندارد بین‌المللی و حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی». *فصلنامه پژوهش حقوقی*، ۱۳(۳۳): ۴۴–۷۸.

- شمسایی، محمد و حسینی‌آزاد، سیدعلی (۱۴۰۰). «نقش شفافیت در تفسیر شرط رفتار عادلانه و منصفانه در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری». *فصلنامه مطالعات حقوق عمومی*، ۵۱(۲): ۷۹۸–۸۱۷.

- عسگری، پوریا (۱۳۹۴). *حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داوری بین‌المللی*. تهران: شهر دانش.

- لبانی‌مطلق، محمدصادق (۱۳۹۸). *حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری*. تهران: میزان.

ب. منابع انگلیسی

- Amanda Musu, C (2024). “The Role of Transparency Standard: Effectivity in Proving The Breach Of Fair And Equitable Treatment”. *Transnational Business Law Journal*, 5(1): 1-17.

- Annacker, C (2011). “Protection and Admission of Sovereign Investment under Investment

- Schreuer, C (2005). "Fair and Equitable Treatment in Arbitral Practice." *The Journal of World Investment and Trade*, 6(3): 357–86.
- Téllez, F. M (2012). "Conditions and Criteria for the Protection of Legitimate Expectations under International Investment Law". *ICSID Review*, 27(2): 202-238.
- Vandevelde, K. J (2010). "A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment". *New York University Journal of International Law and Politics*, 43(1): 43–106.
- Vasciannie, S (1999). "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice". *British Year Book of International Law*, 70(1): 99–164.
- Wendler, C (2022). Corruption in Investment Treaty Arbitration a Balanced Approach to Corruption Issues, Available at: <https://kups.ub.uni-koeln.de>
- Wongkaew, T (2019). *Protection of Legitimate Expectations in Investment Treaty Arbitration: A Theory of Detrimental Reliance*. Cambridge: Cambridge University Press
- Honour of Ulf Franke. New York: Juris Publications, 309-327.
- Kryvoi, Y (2018). "Economic Crimes in International Investment Law". *International and Comparative Law Quarterly*, 67(3): 577–605.
- Llamzon, A. P (2014). *Corruption in International Investment Arbitration*. Oxford: Oxford University Press.
- Mairal, H. A (2010). *Legitimate Expectations and Informal Administrative Representations*. In *International Investment Law and Comparative Public Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Maynard, S (2016). "Legitimate Expectations and the Interpretation of the Legal Stability Obligation". *European Investment Law and Arbitration Review*. 12(5): 112-143.
- Mbiyavanga, S (2017). "Combating Corruption through International Investment Treaty Law". *Journal of Anti-Corruption Law*, 1(2): 132-150.
- Orellana, M (2011). "Investment Agreements & Sustainable Development: the Non-Discrimination Standards". *Sustainable Development Law & Policy*, 11(3): 1-10.
- Palombino, F (2018). *Fair and Equitable Treatment and the Fabric of General Principles*. Springer.
- Paparinskis, M (2013). *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*. Oxford: Oxford University Press.
- Potestà, M (2013). "Legitimate Expectations in Investment Treaty Law: Understanding the Roots and the Limits of a Controversial Concept". *ICSID Review*, 28(1): 88–122.
- Reinisch, A (2020). *Advanced Introduction to International Investment Law*. Cheltenham: Edward Elgar.