

فرض وجود خطر به عنوان عاملی تأثیرگذار بر مسئولیت در اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی با تأکید بر رویه داورى بین‌المللى

سید قاسم زمانى*

دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسى دانشگاه علامه طباطبائى

وحید بذآر

دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومى دانشگاه علامه طباطبائى

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۸/۲۱ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۶/۱۰/۶)

چکیده

وجود خطر در تمامی سرمایه‌گذاری‌های خارجی مفروض است و صرفاً میزان آن با توجه به موضوع و مکان سرمایه‌گذاری متفاوت است. فرض وجود خطر در سرمایه‌گذاری به عنوان یک عامل تأثیرگذار بر مسئولیت در اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داورى بین‌المللى به رسمیت شناخته شده است. با این حال، میزان این تأثیرگذاری با توجه به رابطه سببیت میان نقش سرمایه‌گذار و ورود خسارت می‌تواند موجب کاهش غرامت قابل تعیین یا رفع مسئولیت شود. رویه داورى بین‌المللى هیچ تمایزی میان حالتی که سرمایه‌گذار از روی بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی خطر مفروض در سرمایه‌گذاری را نادیده می‌گیرد و وضعیتی که سرمایه‌گذار با تقصیر خود این خطر را افزایش می‌دهد، قائل نشده و هر دو مورد را در بررسی مسئولیت مورد توجه قرار داده است. این مقاله تلاش دارد تا به این پرسش اصلی پاسخ دهد که فرض وجود خطر در سرمایه‌گذاری بین‌المللى در چه شرایطی و تا چه حد می‌تواند بر مسئولیت ناشی از آن سرمایه‌گذاری تأثیرگذار باشد و چه راهکارهایی را می‌توان در خصوص کاهش این خطرها مورد توجه قرار داد؟

واژگان کلیدی

جبران، داورى بین‌المللى، سرمایه‌گذاری خارجی، فرض وجود خطر، مسئولیت.

۱. مقدمه

برخی از فعالیت‌های بین‌المللی از جمله سرمایه‌گذاری خارجی، بسیار مخاطره‌آمیزند. در خصوص چنین فعالیت‌هایی، «خطر»^۱ یا ریسک، قطعی نبودن منفعت، زیان یا خسارت تعریف شده است (Hoffman, 2008: 27). از آنجا که بازدهی اقتصادی از مهم‌ترین عوامل انجام سرمایه‌گذاری است، ریسک، معیار مهمی برای سرمایه‌گذاران جهت تصمیم‌گیری در خصوص سرمایه‌گذاری است (طهماسبی، ۱۳۹۴: ۹۰۴). در واقع، تمامی تصمیمات سرمایه‌گذاری به‌عنوان یک اقدام اقتصادی براساس روابط میان ریسک و بازده به‌عنوان مؤلفه‌های سرمایه‌گذاری صورت می‌گیرد (روانپاک و رجایی، ۱۳۹۳: ۱۲) و ماهیت فعالیت‌های سرمایه‌گذاری به‌گونه‌ای است که کسب بازده، مستلزم تحمل ریسک است (فدایی‌نژاد و محمد، ۱۳۸۶: ۳۴). خطرهای سرمایه‌گذاری، انواع مختلفی دارد که طبعاً راه‌های مختلفی برای مدیریت آنها وجود دارد، اما هیچ راهی برای از بین بردن کامل ریسک وجود ندارد (مشکی، ۱۳۹۶: ۴۵). «فرض وجود خطر»^۲ در فعالیت‌های سرمایه‌گذاری سبب شده است تا مسئولیت بین‌المللی در قبال خسارت ناشی از این‌گونه فعالیت‌ها کاهش یابد یا به‌طور کلی مرتفع شود. علاوه بر اینکه تأثیر فرض وجود خطر بر مسئولیت بین‌المللی دولت در برخی موارد محدود در کنوانسیون‌های بین‌المللی مورد پذیرش قرار گرفته است،^۳ این مسئله به‌طور گسترده در رویه دیوان‌های داوری بین‌المللی که به اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی می‌پردازند، مطرح شده است.

پذیرش فرض وجود خطر در اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری مبتنی بر این رویکرد است که یک سرمایه‌گذار منطقی و معقول پیش از سرمایه‌گذاری در یک کشور خارجی باید به‌نحو مقتضی خطرهای ناشی از سرمایه‌گذاری از جمله منابع خطر و برنامه‌ریزی در خصوص مواجهه با خسارت‌های احتمالی را بررسی کند (Howell, 2001: 5). در واقع، کارکرد حقوق بین‌الملل این نیست که خطرهای طبیعی یک سرمایه‌گذاری را مرتفع کند یا جبران خسارت ناشی از شکست یک برنامه تجاری را که به‌منظور موفقیت و بهره‌مند شدن سرمایه‌گذار انجام گرفته بود، بر «دولت میزبان»^۴ تحمیل کند^۵ و موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی،

1. Risk.

2. Assumption of Risk.

۳. به‌عنوان یک مورد استثنایی، کنوانسیون مسئولیت بین‌المللی در قبال خسارت ناشی از اشیاء فضایی (۱۹۷۲) که کلیه مسائل مربوط به خسارت ناشی از فعالیت‌های فضایی را پیش‌بینی کرده است، در ماده ۷(ب) تصریح می‌کند که مقررات کنوانسیون مزبور در خصوص خسارت وارده به‌وسیله شیء فضایی (Space Objects) به افرادی که در نزدیکی منطقه پیش‌بینی شده برای «پرتاب» (Launch) یا بازگشت آن حضور دارند، اعمال نخواهد شد.

4. Host State.

5. Waste Management v. United Mexican States (No. 2), ICSID Case No. ARB/AF/98/02, 30 April 2004, para. 177.

بیمه‌نامه‌هایی در قبال تصمیمات تجاری نامناسب نیستند.^۱ بنابراین، در رسیدگی به مسئولیت بین‌المللی در اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی باید میان خسارت ناشی از عمل متخلفانه دولت میزبان و خطر ناشی از سرمایه‌گذاری تمایز قائل شد (Ripinsky, 2009: 22-23). این نوشتار از سه قسمت تشکیل شده است. در بخش نخست، به مفهوم «فرض وجود خطر» به‌عنوان مبنایی تأثیرگذار بر مسئولیت بین‌المللی دولت در اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی می‌پردازیم. در قسمت دوم رویه داوری بین‌المللی در این خصوص مورد مذاقه و بررسی قرار می‌گیرد و در بخش پایانی، راهکارهای تحدید خطر ناشی از سرمایه‌گذاری بررسی خواهد شد.

۲. «فرض وجود خطر» به‌عنوان مبنایی تأثیرگذار بر مسئولیت در اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی

فرض وجود خطر در سرمایه‌گذاری خارجی حدود ۸۵ سال پیش از سوی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری مورد تصریح قرار گرفت. در قضیه اُسکارچین دیوان اعلام کرد که هیچ سرمایه‌گذاری نمی‌تواند از حوادث و خطرهای احتمالی ناشی از شرایط اقتصادی بگریزد و در صورت ایجاد چنین وضعیتی، هیچ‌کدام از حقوق اعطایی به سرمایه‌گذار از سوی دولت نقض نشده است.^۲ خطر، ذاتی سرمایه‌گذاری بین‌المللی است و در واقع، عنصر «خطر» است که یک سرمایه‌گذاری را از قرارداد فروش متمایز می‌کند (Dekastros, 2013: 316). بدین معنا که تحولات آتی می‌تواند تأثیرات منفی از جمله کاهش یا از دست دادن منافع اقتصادی مورد انتظار از سرمایه‌گذاری را در پی داشته باشد. دسته‌بندی مشخصی از این خطرها وجود ندارد و موارد متعددی همچون خطر تجاری، خطر سیاسی، خطر بازار، خطر نقدینگی، خطر نرخ تبادل، خطر قانونگذاری، خطر مکانی و خطر حاکمیتی را در این خصوص می‌توان ذکر کرد (Ripinsky and Williams, 2008: 326). با این حال، تمامی خطرها را می‌توان در دو دسته‌بندی عام «خطرهای سیاسی» و «خطرهای اقتصادی» جای داد.

۲.۱. وظایف سرمایه‌گذار در خصوص بررسی خطرهای ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی
در راستای فرض وجود خطر، سرمایه‌گذار باید با اتخاذ تدابیر تجاری مناسب، «تلاش مقتضی»^۳ خود را در خصوص بررسی خطر ناشی از سرمایه‌گذاری انجام دهد (Kaldunski, 2011: 113).

1. Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB977, Award of 13 November 2000, para. 64.

2. Oscar Chinn Affair (Britain v. Belgium), PCIJ Reports 1934, ser A/B, Case No. 63, 12 December 1934, para. 100.

3. Due Diligence.

با اینکه تشخیص انجام مناسب این وظیفه بر عهده مرجعی است که به موضوع رسیدگی می‌کند، در برخی وضعیت‌ها، پاسخ به‌وضوح آشکار است. برای مثال، هنگامی که سرمایه‌گذار برای بررسی قوانین داخلی و عدم مغایرت با فعالیت‌های مربوط به سرمایه‌گذاری با حقوقدانان مسلط به حقوق داخلی کشور میزبان به مشاوره می‌پردازد، تلاش مقتضی در زمینه بررسی مقررات داخلی کشور میزبان را انجام داده است. با این حال، دیوان ایکسید در قضیه ای دی اف علیه ایالات متحده آمریکا (۲۰۰۳) تصریح کرد هنگامی که سرمایه‌گذار از مشاوران حقوقی خصوصی در این مورد استفاده می‌کند، خطر و خسارت ناشی از مشاوره اشتباه این افراد را خودش متقبل خواهد شد.^۱

در خصوص بررسی خطرهای ناشی از سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذار باید بررسی‌هایی را به لحاظ موضوع سرمایه‌گذاری و محل سرمایه‌گذاری انجام دهد و علاوه بر عوامل اقتصادی، عوامل متعددی از جمله عوامل سیاسی، فرهنگی و تاریخی موجود در کشور میزبان را نیز مورد توجه قرار دهد.^۲ همچنین، این بررسی تنها به رقابت داخلی سرمایه‌گذار یا شرایط سیاسی، اقتصادی و قانونگذاری داخلی دولت میزبان محدود نمی‌شود، بلکه حتی عوامل بیرونی که آشکارا بر این شرایط تأثیرگذارند نیز باید بررسی شود. برای مثال، اگر سرمایه‌گذاری در یک کشور عضو اتحادیه اروپا صورت می‌گیرد، سرمایه‌گذار باید روند تصویب مقررات اتحادیه را که به‌صورت مستقیم در کشور میزبان لازم‌الاجراست نیز بررسی کند یا بررسی تأثیری که درخواست دولت میزبان در خصوص عضویت در یک سازمان بین‌المللی می‌تواند بر شرایط داخلی آن دولت بگذارد. برای مثال، دیوان داور «آنسیترال»^۳ در قضیه سالوکا علیه دولت چک (۲۰۰۶) اعلام کرد که پیش‌بینی یک نظام سختگیرانه احتیاطی از سوی بانک ملی چک در دوره زمانی که این دولت قصد پیوستن به اتحادیه اروپا (۱۹۹۸م) را داشت، بسیار محتمل بود و این اقدام باید خط‌مشی عمومی دولت تلقی شود.^۴ به‌علاوه، از آنجا که خطر ناشی از هر سرمایه‌گذاری متفاوت از سایرین است، بررسی‌های متمایزی نیز در خصوص هر سرمایه‌گذاری قابل تصور است. دیوان ایکسید در قضیه اولگن علیه پاراگوئه (۲۰۰۱) تصریح کرد که در خصوص یک خارجی که وارد کشوری با مشکلات اقتصادی شدید می‌شود، احتیاط حکم می‌کند که در اقدام نسبت به سرمایه‌گذاری، بسیار محتاط‌تر و محافظه‌کارانه‌تر عمل کند.^۵

1. ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1 (NAFTA), Award of 9 January 2003, para. 189.

2. Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/28, Award of 18 August 2008, para. 340.

3. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).

4. Saluka Investments B (The Netherlands) v. Czech Republic, Partial Award of 17 March 2006, para. 357.

5. Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, Award of 26 July 2001, para. 75.

۲.۲. تمایز میان میزان خطر ناشی از هر سرمایه‌گذاری خارجی

میزان خطر ناشی از هر سرمایه‌گذاری متفاوت از سایرین است و اغلب به نوع تجارت و کشوری بستگی دارد که سرمایه‌گذاری در آن انجام می‌گیرد. خطرهای موجود در کشورهای مختلف به وسیله «سازمان همکاری اقتصادی و توسعه»^۱ برآورد می‌شود و کشورها با توجه به مشخصه‌های ریسک در هفت گروه طبقه‌بندی می‌شوند؛ بدین ترتیب که کشورهای سطح یک دارای کمترین میزان خطر و کشورهای سطح هفت دارای بالاترین میزان خطرند (Yuniarti, 2016: 55). با این حال، سرمایه‌گذارانی که تجربه سرمایه‌گذاری در اقتصادهای بی‌ثبات‌تر را می‌پذیرند، انتظار بهره‌وری بیشتری دارند (Wells and Gleason, 1995: 55). تمایز خطر ناشی از سرمایه‌گذاری در کشورها از سوی دیوان داوری ایکس‌اید نیز مورد پذیرش قرار گرفته است. در قضیه ای ام تی علیه زئیر (۱۹۹۷) که سربازان دولت زئیر به اموال یک شرکت آمریکایی خسارت وارد آوردند، دیوان با وجود اعلام نقض «معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری»^۲ از سوی دولت خواننده، خاطر نشان کرد که غرامت باید کمتر از آن حالتی تعیین شود که این سرمایه‌گذاری در یک کشور به لحاظ اقتصادی باثبات انجام می‌گرفت و خطرهای گسترده تجاری و سیاسی سرمایه‌گذاری در کشوری مانند زئیر را باید سرمایه‌گذار متحمل شود؛ دیوان بیان می‌کند با اینکه خواهان تمایل دارد تا غرامت براساس رویه متداول در خصوص کشورهایی چون سوئد و آلمان محاسبه شود، به این سبب که اعمال شیوه تعیین غرامت بدون توجه به وقایع حائز اهمیت پرونده، اقدامی معقول و منطقی نخواهد بود، به این طریق عمل نخواهد کرد.^۳ با این حال، باید توجه داشت که کشورهای دارای ریسک سرمایه‌گذاری بالا نمی‌توانند در موارد «حکمرانی نامطلوب»^۴ خود، اوضاع نابسامان اقتصادی و خطر سرمایه‌گذاری در کشور خود را به‌عنوان یک عذر مطرح کنند، به‌خصوص در مواردی که با وجود توانایی در ارائه استانداردهای بالا، از آن امتناع می‌ورزند (Muchlinski, 2006: 546).

۲.۳. «آگاهی» سرمایه‌گذار از خطر ناشی از سرمایه‌گذاری

در این بخش به این سؤال می‌پردازیم که آیا آگاهی سرمایه‌گذار از خطر سرمایه‌گذاری، شرط پذیرش آن خطر به‌عنوان سببی تأثیرگذار بر مسئولیت بین‌المللی دولت میزبان است؟ حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذار را یک تاجر مجرب و آگاه از انجام و اجرای سرمایه‌گذاری سودآور فرض می‌کند که از طرق تجاری مناسب از کلیه اطلاعات لازم در

1. The Organization for Economic Co-operation and Development (OECD).

2. Bilateral Investment Treaty (BIT).

3. American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, Award of 21 February 1997, paras. 7.14-7.15.

4. Bad Governance.

خصوص شرایط فعلی و آتی سرمایه‌گذاری آگاه است یا طبیعتاً باید آگاه بوده باشد (Kaldunski, 2011: 114) در واقع، به سبب مفروض دانستن کاردانی سرمایه‌گذار و فرض مسلم آگاهی او، دیوان داوری در بیشتر قضایا به این نتیجه می‌رسد که سرمایه‌گذار از وجود خطر آگاه بوده یا به طور طبیعی باید آگاه بوده باشد و حتی اگر وقوع خطر، پیش‌بینی‌ناپذیر و خارج از کنترل سرمایه‌گذار باشد نیز در این زمینه مورد توجه قرار خواهد گرفت (Ripinsky, 2009: 24) همچنین، بررسی عنصر آگاهی سرمایه‌گذار از وجود خطر در دیوان‌های داوری نباید برای ما این تصور اشتباه را ایجاد کند که این آگاهی، پیش‌شرط لحاظ کردن قاعده مزبور است. از جمله آرای داوری که در آن، عنصر آگاهی مورد توجه قرار گرفته، قضیه اولگن علیه پاراگوئه (۲۰۰۱) و قضیه شرکت متانکس علیه ایالات متحده آمریکا (۲۰۰۵) است. دیوان ایکسید در قضیه اولگن تأکید کرد که آقای اولگن نمی‌تواند نسبت به کمبودهای جدی نظام حقوقی پاراگوئه و نهادهای دولتی آن هیچ‌گونه شکایتی داشته باشد، به این سبب که ایشان به عنوان یک تاجر تمام‌عیار با سال‌ها تجربه تجارت در کشورهای مختلف از وضعیت پاراگوئه بی‌اطلاع نبوده و دلایل خود را برای سرمایه‌گذاری در این کشور داشته است؛ بنابراین، از او قابل پذیرش نخواهد بود که در خصوص خسارت‌های وارده درخواست غرامت کند.^۱ دیوان داوری آنسیترال نیز در قضیه شرکت متانکس، تحولات قانونگذاری را که فعالیت سرمایه‌گذار را تقریباً نابود کرده بود، به عنوان یک اقدام قانونگذاری مجاز بر اساس حقوق بین‌الملل نه «سلب مالکیت»^۲ سرمایه‌گذاری تلقی کرد.^۳ در قضیه مزبور، شرکت کانادایی تولیدکننده متانول در آمریکا که با قانون ممنوعیت تولید بنزین حاوی افزودنی‌های متانولی مواجه شده بود، ادعا می‌کرد که قانون مزبور با ایجاد «تبعیض»^۴ سعی در حمایت از صنعت بومی اتانول دارد. دیوان ضمن رد این ادعا تصریح کرد که شرکت متانکس به یک اقتصاد سیاسی وارد شده که در آن به طور وسیع پذیرفته شده است که نهادهای دولتی حمایت‌کننده از بهداشت و محیط زیست به طور مستمر، استفاده و تأثیر ترکیبات شیمیایی را بررسی و به طور منظم کاربرد برخی از آنها را به دلایل بهداشتی و زیست‌محیطی ممنوع یا محدود می‌کنند؛ همچنین، شرکت خواهان به هنگام ورود به این بازار کاملاً از این پروسه آگاهی داشته است و با اینکه هیچ تعهدی در

1. Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, Award of 26 July 2001, para. 65(b).

2. Expropriation.

3. Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL Award of 3 August 2005, part. IV, para. 15.

4. Discrimination.

خصوصاً عدم پیش‌بینی تدابیر قانونگذاری محدودکننده فعالیت این شرکت پذیرفته نشد، شرکت مزبور اقدام به سرمایه‌گذاری کرد.^۱

۲.۴. تأثیر «فرض وجود خطر» بر مسئولیت بین‌المللی: رفع مسئولیت بین‌المللی یا کاهش میزان جبران غرامت؟

هنگامی که سرمایه‌گذار با نادیده گرفتن فرض وجود خطر اقدام به سرمایه‌گذاری می‌کند، این اقدام به‌عنوان «مشارکت در زیان»^۲ تلقی می‌شود. براساس طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها (۲۰۰۱)، مشارکت زیان‌دیده یا شخص یا کنشگری که خسارت در رابطه با او مطالبه می‌شود، صرفاً در تعیین غرامت تأثیرگذار است^۳ و نمی‌تواند یکی از عوامل رافع وصف متخلفانه عمل تلقی شود. طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها (۲۰۰۱) که بدون تردید در خصوص مسئولیت بین‌المللی دولت ناشی از سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز قابل‌اعمال است، علاوه بر مؤثر تلقی کردن مشارکت زیان‌دیده در ورود خسارت، هنگامی که زیان‌دیده پس از ورود خسارت _علی‌رغم توانایی_ در راستای کاهش خسارت اقدام نکند نیز کاهش میزان غرامت قابل تعیین را پذیرفته است.^۴ در رویه دآوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز مشارکت سرمایه‌گذار در ورود یا تشدید خسارت اغلب به‌عنوان مبنایی برای کاهش غرامت قابل تعیین پذیرفته شده است.^۵ اما، در مواردی که سرمایه‌گذار علی‌رغم فرض وجود خطر اقدام به سرمایه‌گذاری می‌کند، اقدام او می‌تواند موجب رفع مسئولیت بین‌المللی شود. در واقع، هنگامی که علی‌رغم مفروض بودن خطر، زیان‌دیده به‌طور ارادی اقدام می‌کند، تعهد پذیرفته‌شده در قبال زیان‌دیده به‌واسطه «اعراض»^۶ صریح یا ضمنی او، محل تردید قرار می‌گیرد (Fleming, 1987: 256) بنابراین، می‌توان این استدلال را مطرح کرد که اگر زیان‌دیده با علم به اینکه قطعاً خطر وجود خواهد داشت، اقدام کند، عمل او به‌منزله رضایت ابرازشده قبل از وقوع عمل متخلفانه تلقی خواهد شد که براساس طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها (۲۰۰۱)، یکی از عوامل رافع وصف متخلفانه عمل

1. Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL Award of 3 August 2005, paras. 9-10.

2. Contribution to the Injury.

3. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, art. 39.

4. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, art. 31, Commentary 11.

5. For example see: MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award of 25 May 2004, paras. 243-246; Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Award of 5 October 2012, paras. 824-825; Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No AA 227, Final Award of 18 July 2014, para. 1637.

6. Waiver.

است.^۱ در چنین قضایایی حتی خاتمه نادرست قرارداد سرمایه‌گذاری نیز می‌تواند به‌عنوان پاسخ مناسبی در برابر اقدام سرمایه‌گذار تلقی و بدین‌وسیله توجیه شود (Muchlinski, 2006: 536). برای مثال، دیوان داوری «نفتا»^۲ در قضیه توندربرد علیه مکزیک (۲۰۰۶) تصریح کرد که شرکت گیمینگ توندربرد با وجود غیرقانونی بودن فعالیت‌های مربوط به قمار و شرط‌بندی در حقوق داخلی مکزیک و آگاهی از محدودیت‌های قانونی که برای متصدیان ماشین‌های قمار مشابه در این کشور ایجاد شده بود، اقدام به سرمایه‌گذاری در این حوزه کرد؛ بنابراین، سرمایه‌گذار با آگاهی از وجود خطر بالقوه برای سرمایه‌گذاری اقدام کرده است و نمی‌تواند به نقض ارتكابی از سوی دولت خوانده استناد کند.^۳

دیوان‌های داوری بین‌المللی با استفاده از معیار سببیت، فرض وجود خطر ناشی از سرمایه‌گذاری را علاوه بر تأثیرگذاری در تعیین میزان غرامت، به‌عنوان یکی از عوامل رافع مسئولیت بین‌المللی تلقی کرده‌اند. بدین‌ترتیب که با توجه به خطری که در هر سرمایه‌گذاری وجود دارد و میزان نقش آن در ورود خسارت، مسئولیت بین‌المللی تعیین خواهد شد. برای مثال، در قضیه بی‌واتر علیه تانزانیا (۲۰۰۸)، با وجود اقدام دولت خوانده به مصادره غیرقانونی، دیوان داوری ایکسید اعلام کرد که در زمان اقدام دولت، ارزش سرمایه‌گذاری به سبب مشکلات و ضعف مدیریتی و اجرایی و بدون توجه به اقدام دولت به صفر رسیده بود و در نتیجه، ادعای جبران خسارت در قبال عمل متخلفانه دولت به سبب نبود رابطه سببیت قابل پذیرش نیست.^۴ با اینکه معمولاً گفته می‌شود که رفتار سرمایه‌گذار باید به آستانه‌ای از غیرمعقول بودن برسد تا رفتار نامناسب دولت میزان را توجیه کند (Muchlinski, 2006: 539)، در عمل مشاهده می‌کنیم که هیچ هماهنگی، ثبات و انسجامی میان آرای دیوان‌های داوری در خصوص تأثیر فرض وجود خطر به چشم نمی‌خورد و مرجع تصمیم‌گیرنده کاملاً براساس «صلاحدید»^۵ خود در این خصوص عمل می‌کند. برای مثال، با اینکه دیوان داوری ایران-آمریکا در قضایای متعددی، وقوع انقلاب در ایران را به‌عنوان خطر سرمایه‌گذاری و به‌منزله مبنایی برای کاهش میزان غرامت قابل تعیین پذیرفته است^۶، در قضیه فلیپ داج علیه ایران (۱۹۸۶) ضمن رد ادعای کاهش میزان غرامت به‌واسطه انقلاب ایران، مبلغی را که شش سال

1. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts 2001, art. 20.

2. North American Free Trade Agreement (NAFTA).

3. International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, NAFTA Tribunal under UNCITRAL Rules, 26 January 2006, para. 151.

4. Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award of 24 July 2008, paras. 789-792.

5. Discretion.

6. for example see: Sola Tiles Inc. v. Iran, 14 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 223 (1987); Khosrowshahi v. Iran, 30 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 76, (1994), paras. 52, 78.

قبل از سلب مالکیت در قبال سرمایه‌گذاری پرداخت شده بود، مورد حکم قرار داد.^۱ همچنین، در مواردی که تصمیم به کاهش میزان غرامت گرفته می‌شود، هیچ تعریف یا روشی که به‌طور گسترده در خصوص تعیین میزان این کاهش پذیرفته شده باشد، وجود ندارد (Baas, 2010: 137).

۳. پذیرش «فرض وجود خطر» در رویه داوری بین‌المللی

رویه داوری بین‌المللی در حال حرکت به سمت شناسایی این اصل است که سرمایه‌گذار ملزم به بررسی میزان خطر سرمایه‌گذاری قبل از اقدام به آن است تا انتظارات معقولی از سودآوری، سختی‌ها و خطرهای پیش رو داشته باشد. همچنین، خسارات ایجادشده در نتیجه برآورد ناصحیح خطر بر عهده سرمایه‌گذار خواهد بود. (Muchlinski, 2006: 542). پذیرش فرض وجود خطر به‌عنوان مبنایی تأثیرگذار بر مسئولیت بین‌المللی دولت میزبان سبب شده است تا دولت مزبور، موضعی متمایز از آنچه اغلب هنگام سرمایه‌گذاری اتخاذ می‌کند، در رسیدگی به اختلاف ناشی از همان سرمایه‌گذاری در پیش گیرد. بدین معنا که دولت‌های میزبان پیش از سرمایه‌گذاری تلاش می‌کنند تا کشور خود را یک کشور دارای ریسک پایین معرفی کنند، اما به‌هنگام رسیدگی به مسئولیت ناشی از خسارت وارده به همان سرمایه‌گذاری سعی می‌کنند تا این ادعا را به اثبات برسانند که سرمایه‌گذاری در یک کشور با ریسک بالا انجام گرفته است (Garcia Dominguez, 2017: 114). با این حال، هیچ فرقی نمی‌کند که اقدام سرمایه‌گذار اعم از فعل یا ترک فعل از روی تقصیر یا بی‌مبالاتی و بی‌احتیاطی رخ داده باشد و رویه داوری بین‌المللی هنگامی که سرمایه‌گذار با «بی‌احتیاطی»^۲ یا بی‌مبالاتی خود، خطر ناشی از سرمایه‌گذاری را نادیده می‌گیرد یا با «تقصیر»^۳ خود، این خطر را افزایش می‌دهد، نقش سرمایه‌گذار در خسارت را مورد توجه قرار داده است.

۳.۱. نادیده گرفتن فرض وجود خطر در اقدام به سرمایه‌گذاری به‌عنوان مبنایی برای رفع

مسئولیت بین‌المللی

۳.۱.۱. قضیه اِکس جینن علیه لیتوانی (۲۰۰۱)

در قضیه مزبور، دیوان داوری ایکسید تصریح کرد که ضروری است تا در رسیدگی به اختلاف موجود، وضعیت خاص کشور لیتوانی به‌عنوان یک دولت تازه ایجادشده که به‌سرعت در حال سازگاری با اصول اقتصاد و بانکداری است و مؤسسات دولتی تازه ایجادشده این کشور که

1. Phelps Dodge Corp. v. Iran, 10 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 121, (1986), paras. 30-31.

2. Negligence.

3. Fault.

مسئول نظارت و تنظیم امور در حوزه‌هایی بودند که تا پیش از این، برای آنها ناشناخته بود، مورد توجه قرار گیرد. دیوان در نتیجه‌گیری پایانی خود اعلام کرد که با وجود چنین شرایطی، خواهان‌ها آگاهانه تصمیم گرفتند تا در یک مؤسسه مالی استونیایی - «بانک نوآوری استونی»^۱ - سرمایه‌گذاری کنند و تصمیم بانک مرکزی استونی در خصوص لغو مجوز خواهان‌ها با توجه به اقتصاد و سیاست در حال گذار استونی توجیه‌پذیر است و این اقدام دولتی که در راستای یک هدف عمومی انجام گرفته، به آن آستانه نرسیده است که لغو تعهدات مذکور در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری تلقی شود.^۲

۳.۱.۲. قضیه آزانین علیه مکزیک (۱۹۹۹)

در قضیه آزانین علیه مکزیک (۱۹۹۹)، خواهان‌ها اتباع آمریکایی بودند که با تأسیس یک شرکت مکزیک‌یی به نام «دسون»^۳، امتیاز جمع‌آوری و انتقال زباله شهر «نوکالپن»^۴ مکزیک را به دست آوردند؛ در برنامه تجاری که خواهان‌ها پیش از اعطای امتیاز، به دولت مکزیک ارائه کرده بودند از توانایی‌های گسترده آنها در مدیریت زباله با همکاری شرکت آمریکایی «گلوبال ویست»^۵ که ۴۰ سال سابقه فعالیت در لوس‌آنجلس آمریکا را داشت، سخن گفته شده بود.^۶ دیوان داوری ایکسید پس از رسیدگی اعلام کرد که هیچ‌کدام از خواهان‌ها به‌جز یک نفر - تجربه کافی در همه زمینه‌های مرتبط با موضوع سرمایه‌گذاری را نداشتند و شرکت «گلوبال ویست» نیز ۱۴ ماه پس از تأسیس، در سال ۱۹۹۲ دچار ورشکستگی شده است.^۷ در پایان، دیوان نتیجه‌گیری کرد که خواهان‌ها علاوه بر اینکه خود توانایی و منابع لازم برای اجرای پروژه را نداشتند، در اقدامی نادرست، کنار کشیدن شرکت ثالث (گلوبال ویست) از پروژه را نیز به مقامات مکزیک اطلاع ندادند، بنابراین خاتمه دادن به قرارداد اعطای امتیاز از سوی دولت میزبان، اقدامی توجیه‌پذیر است (Ibid., paras. 33,110).

۳.۱.۳. قضیه پارکرینگ علیه لیتوانی (۲۰۰۷)

در قضیه پارکرینگ که خواهان به واسطه تغییرات نظام حقوقی داخلی متحمل خسارت شده بود، دیوان داوری ایکسید استدلال کرد که سرمایه‌گذار، کشور لیتوانی را به‌عنوان یک کشور ایجادشده از فروپاشی اتحادیه شوروی سابق - یا «یک کشور در دوره انتقال»^۸ - که مترصد

1. Estonian Innovation Bank (EIB).

2. Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, 25 June 2001, paras. 348,365,370.

3. Desona.

4. Naucalpan.

5. Global Waste.

6. Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Award of 1 November 1999, para. 5.

7. Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Award of 1 November 1999, para. 29.

8. A Country in Transition.

عضویت در اتحادیه اروپاست، برای سرمایه‌گذاری انتخاب کرده و شرایط حقوقی و قانونگذاری موجود در زمان تصمیم به سرمایه‌گذاری نیز به‌وضوح نشان‌دهنده عدم ثبات در کشور لیتوانی بوده است؛ بنابراین سرمایه‌گذار با اقدام به سرمایه‌گذاری در چنین شرایطی، خطر ناشی از تغییرات احتمالی قوانین و حتی احتمال ورود خسارت به سرمایه‌گذاری را پذیرفته است.^۱

۳. ۱. ۴. قضیه استارت علیه ایران (۱۹۸۳)

در این قضیه که در دیوان داوری ایران-آمریکا رسیدگی شد، دیوان تصریح کرد که سرمایه‌گذاران در ایران یا هر کشور دیگر باید خطرهایی از جمله اعتصاب، آشوب، تغییرات نظام سیاسی یا اقتصادی یا حتی بروز انقلاب را به‌عنوان فرض وجود خطر در نظر داشته باشند و از آنجا که وقوع هر یک از آنها لزوماً به معنای مصادره حقوق مالی سرمایه‌گذار نیست، هیچ حقی برای سرمایه‌گذار در حقوق بین‌الملل ایجاد نخواهند کرد.^۲ دیوان داوری ایران-آمریکا در چند قضیه دیگر نیز این امر را تأیید کرده است که خسارت وارده به سرمایه‌گذار در قبال وخامت اوضاع اقتصادی دولت میزبان یا بدتر شدن شرایط موجود قابل جبران نخواهد بود.^۳

۳. ۲. نادیده گرفتن فرض وجود خطر در اقدام به سرمایه‌گذاری به‌عنوان مبنای کاهش

مسئولیت بین‌المللی

۳. ۱. ۲. ۱. قضیه اس پی پی علیه مصر (۱۹۹۲)

در قضیه مزبور که اختلافی در خصوص توقیف دو هتل در کشور مصر مطرح بود، دولت خواننده مدعی بود که برخلاف ادعای شرکت خواهان در خصوص دارا بودن منابع مالی و تخصص لازم در صنعت توریسم و راستی‌آزمایی این موارد از سوی مقامات مصری پیش از آغاز سرمایه‌گذاری، خواهان توانایی انجام موضوع سرمایه‌گذاری را نداشته است و این اقدام غیرمنطقی خواهان، قرارداد سرمایه‌گذاری فیما بین و تعهدات ناشی از آن را برای دولت خواننده بلاثر می‌کند؛ دیوان داوری ایکسید پس از بررسی استدلال‌های طرفین، ضمن رد کلیه ادعاهای خواننده اعلام می‌کند که خواهان، منابع مالی و تجربه و تخصص لازم را پیش از مبادرت به انجام پروژه داشته و مشکلات مربوط به تأمین مالی هتل‌ها به‌واسطه کوتاهی مقامات مصری (شرکای مصری شرکت خواهان) ایجاد شده است.^۴ در واقع، در این قضیه دولت خواننده سعی

1. Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania, ICSID Case No. ARB/05/8, 11 September 2007, paras. 335-336.

2. Starrett Housing Cor. v. Iran, 19 December 1983, 4 Iran-US C.T.R. 122, Case No. 24.

3. for example see: Ebrahimi Shahin Shaine v. Iran, 30 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 170, *28 (1994); Sola Tiles Inc. v. Iran, 14 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 223, *11 (1987).

4. Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB843, Award of 20 May 1992, paras. 113-115, 128, 117-121.

داشت تا ناتوانی سرمایه‌گذار در انجام موضوع سرمایه‌گذاری در زمان پذیرش یا شروع سرمایه‌گذاری را به‌عنوان مبنایی تأثیرگذار بر مسئولیت بین‌المللی خود جلوه دهد که دیوان ضمن پذیرش ضمنی این مهم که ناتوانی خواهان در انجام موضوع سرمایه‌گذاری در بررسی مسئولیت بین‌المللی دولت خواننده تأثیرگذار است، هیچ رابطه سببیتی میان آن واقعیت و خسارت وارده احراز نکرد.

۳.۲.۲. قضیه ام تی دی علیه شیلی (۲۰۰۴)

در قضیه مزبور، نمایندگان شرکت ام تی دی که یک شرکت ثبت شده در مالزی بود، تنها پس از چهار روز بررسی، مکانی را در نزدیکی «سانتیاگو»^۱ پایتخت شیلی برای ساخت و انجام پروژه سرمایه‌گذاری برگزیدند (قبری جهرمی و وصالی، ۱۳۹۵: ۱۳۱). خواهان‌ها پس از خریدن زمین متوجه شدند که براساس مقررات شهرسازی، امکان احداث ساختمان برای انجام امور مرتبط با پروژه وجود ندارد و پروژه سرمایه‌گذاری (ساخت ساختمان جدید) با وجود تأیید «کمسیون سرمایه‌گذاری خارجی شیلی»^۲، با قوانین داخلی دولت میزبان مطابقت نداشت. دیوان پس از بررسی مدارک و اسناد ارائه شده از سوی طرفین بیان می‌کند که خواهان‌ها در تلاش مقتضی در خصوص بررسی این موضوع که آیا می‌توانند مجوزهای لازم را برای پیشبرد سرمایه‌گذاری کسب کنند یا خیر، کوتاهی کردند و به این سبب موجب افزایش خطر ناشی از سرمایه‌گذاری شدند.^۳ همچنین، دیوان خاطر نشان می‌کند که خواهان‌ها پذیرفتند تا بدون حمایت حقوقی مناسب، مبلغی را در قبال یک قطعه زمینی برای انجام پروژه بپردازند و یک سرمایه‌گذار منطقی، کل مبلغ زمین را از پیش پرداخت نمی‌کند و اغلب مبلغ به‌صورت مرحله‌ای و متناسب با پیشرفت پروژه از جمله گرفتن مجوزهای لازم پرداخت می‌شود. (Ibid., para. 242) دیوان رأی ماهیتی را به نفع خواهان‌ها صادر کرد، ولی ۵۰ درصد از میزان غرامت را به سبب مشارکت سرمایه‌گذار در خسارت کاهش داد. (Ibid., paras. 243-246) کمیته ابطال رأی دیوان ایکسید که پس از بررسی مجدد پرونده، رأی خود را در سال ۲۰۰۷ صادر کرد نیز در راستای تأیید رأی نخستین، تصریح کرد که در قضیه مزبور، سرمایه‌گذار تلاش مقتضی در خصوص حمایت از خود در قبال خطر قانونگذاری داخلی را پیش از انعقاد قرارداد سرمایه‌گذاری انجام نداده است و برخی از هزینه‌های تحمیل شده به خواهان صرفاً به‌واسطه تصمیم تجاری خود او بوده است که ارتباطی به نقض «رفتار منصفانه و عادلانه»^۴ از سوی دولت خواننده ندارد.^۵ همچنین، کمیته

1. Santiago.

2. The Chilean Foreign Investment Commission.

3. MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award of 25 May 2004, paras. 242-243.

4. Fair and Equitable Treatment (FET).

5. TD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award of 25 May 2004, paras. 39-40.

تصریح کرد در این قضیه نیز به‌مانند سایر پرونده‌هایی که مشارکت زیان‌دیده در ورود خسارت مطرح می‌شود، نقش هر یک از طرفین در خسارت کاملاً متفاوت است و در چنین شرایطی، تسهیم مساوی خسارت میان آنها امری متداول است؛ بنابراین، کمیته هیچ اشتباه قابل‌ابطالی را در این خصوص احراز نمی‌کند.^۱

۳.۲.۳. قضیه آزوریکس علیه آرژانتین (۲۰۰۶)

دیوان داوری ایکسید در قضیه آزوریکس بیان می‌کند که تصمیم تجاری غیرمنطقی خواهان در خصوص پرداخت مبلغ ۴۳۸.۵ میلیون دلار در قبال دریافت یک امتیاز _درحالی‌که پیشنهاد سایر شرکت‌کنندگان در مناقصه، ۱۰ برابر پایین‌تر از این مبلغ و ارزش واقعی آن، ۶۰ میلیون دلار بود_ نادیده گرفتن فرض وجود خطر در سرمایه‌گذاری است.^۲ دیوان اعلام می‌کند که حتی بدون در نظر گرفتن وضعیت اقتصادی دولت آرژانتین نیز هیچ سرمایه‌گذار منطقی و معقولی در سال ۱۹۹۹م، چنین مبلغی را در قبال دریافت این امتیاز پرداخت نمی‌کرد، اما بی‌تردید بخشی از خسارت، قابل‌انتساب به اقدامات دولت خواننده به‌واسطه «سیاسی کردن»^۳ امتیاز مزبور است و نقض معاهده سرمایه‌گذاری از سوی آرژانتین، یک عمل متخلفانه در حقوق بین‌الملل است.^۴ دیوان در نهایت به این نتیجه رسید که به‌سبب خطر ناشی از سرمایه‌گذاری، حدود ۷/۶ میلیون دلار از خسارت را باید خواهان متقبل شود؛ همچنین هزینه‌های شرکت خواهان در زمینه مذاکرات با دولت و انتقال خدمات پس از خاتمه امتیاز، هزینه‌های مربوط به خطر سرمایه‌گذاری تلقی می‌شوند که خواهان به‌هنگام تصمیم به سرمایه‌گذاری آنها را تقبل کرده است (Ibid., paras. 430,432).

۳.۲.۴. قضیه بوگدانو علیه مولداوی (۲۰۰۵) و قضیه سی‌ام اس علیه آرژانتین (۲۰۰۵)

در قضیه بوگدانو که در «دیوان داوری استکهلم»^۵ مطرح شد، دیوان اعلام می‌کند از آنجا که در قرارداد هیچ مکانیزم مشخصی در خصوص خسارت و تعیین میزان آن پیش‌بینی نشده است، خواهان‌ها با امضای آن، این خطر را پذیرفته‌اند که موافقت‌نامه قادر نخواهد بود تا خسارت احتمالی وارده به آن را به‌طور کامل پوشش دهد و به همین سبب، میزان جبران خسارت

1. Ibid., para. 101.

2. Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award of 14 July 2006, paras. 424-429.

3. Politicization.

4. Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award of 14 July 2006, paras. 426, 438.

5. The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce.

کاهش خواهد یافت.^۱ دیوان داوری ایکسید در قضیه سی ام اس ضمن پذیرش تأثیر شدید بحران اقتصادی آرژانتین بر فعالیت تجاری سرمایه‌گذار، اعلام می‌کند که این تأثیر باید تا حدودی به خطر ناشی از سرمایه‌گذاری مرتبط باشد که خواهان به‌هنگام سرمایه‌گذاری در آرژانتین پذیرفته است و این قضیه به‌طور خاص از مواردی است که به کاهش غرامت درخواست شده می‌انجامد؛ دیوان تصریح می‌کند که تأثیر بحران اقتصادی آرژانتین نمی‌تواند نادیده گرفته شود، همان‌طور که اگر موضوع سرمایه‌گذاری طبق روال معمول ادامه می‌یافت، چنین تأثیری شایان ملاحظه بود.^۲ دیوان داوری ایران-آمریکا نیز در قضیه خسروشاهی علیه ایران (۱۹۹۴)^۳ و قضیه سولا تایلز علیه ایران (۱۹۸۷)، وقوع انقلاب در ایران را مبنایی برای کاهش میزان غرامت قابل تعیین پذیرفت.^۴

۴. محدود کردن خطر ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی

در مقابل این واقعیت که سرمایه‌گذاری با خطر عجین است، راهکارهایی در خصوص کاهش خطر پیش از اقدام به سرمایه‌گذاری قابل تصور است. نخستین مورد، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری هستند که ابزارهایی برای تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری از سوی سرمایه‌گذاران یک کشور در سرزمین دولت دیگر می‌باشند که علاوه بر حقوق سرمایه‌گذار، مواردی همچون تعهدات دولت میزبان نسبت به رفتار با سرمایه‌گذاران براساس «حداقل استاندارد بین‌المللی»^۵، حق آزادی در انتقال پول رایج، حق دریافت خسارت مناسب در موارد سلب مالکیت از سرمایه‌گذاری و حل و فصل اختلافات از طریق داوری بین‌المللی را نیز شامل می‌شوند (Hoyos, 2013: 291). این معاهدات خطرهای ناشی از سرمایه‌گذاری را با پیش‌بینی استانداردهای رفتاری حمایت‌کننده از سرمایه‌گذار خارجی از جمله حمایت در قبال مصادره^۶ مستقیم یا مصادره غیرمستقیم، «رفتار عادلانه و منصفانه»، «رفتار ملت کامله‌الوداد»^۷ و منع رفتار تبعیض‌آمیز و محدود ساختن بازگرداندن منافع کاهش می‌دهند (Ripinsky, 2009: 22-23). اما مؤثرترین رفتار حمایت‌کننده از سرمایه‌گذار «شرط ثبات‌دهنده»^۸ است که سبب می‌شود تا

1. Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. and Agurdino-Chimia JSC v. Republic of Moldova, The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Award, 22 September 2005, paras. 4.2.1., 5.2.

2. CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005, para. 248.

۳. دیوان در قضیه خسروشاهی علیه ایران (۱۹۹۴) حدود ۳۰ درصد از میزان غرامت را به‌واسطه خطرهای سیاسی و اقتصادی ناشی از انقلاب ایران کاهش داد (Khosrowshahi v. Iran, 30 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 76, (1994), paras. 52, 78).

4. Sola Tiles Inc. v. Iran, 14 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 223 (1987).

5. Minimum International Standard.

6. Most-Favored-Nation Treatment.

7. Stabilization Clause.

برخی خطرهای ناشی از سرمایه‌گذاری که در آینده ایجاد خواهد شد، تأثیری بر سرمایه‌گذاری نداشته باشد. با این حال، در برخی وضعیت‌ها برای سرمایه‌گذار مناسب‌تر خواهد بود تا به‌جای توسل به قیود مذکور در معاهده، به مذاکره با دولت میزبان پردازد (Yackee, 2014: 499). همچنین، این معاهدات در مقابل خطرهای تجارت یا تصمیمات اشتباه تجارتي یک تضمین مطمئن تلقی نمی‌شوند.^۱ بیمه سرمایه‌گذاری نیز راهکار دیگری است که خسارت ناشی از سرمایه‌گذاری را به‌نحو مناسبی جبران می‌کند. با اینکه بانک‌های منطقه‌ای همچون «بانک توسعه آسیایی»^۲، «بانک توسعه آفریقایی»^۳، «بانک آمریکایی توسعه»^۴ و «سازمان همکاری اسلامی برای توسعه و صادرات»^۵ در روابط میان اعضای خود، بیمه‌هایی در خصوص سرمایه‌گذاری ارائه می‌کنند، متداول‌ترین نهاد مورد استفاده برای بیمه سرمایه‌گذاری خارجی، آژانس چندجانبه تضمین سرمایه‌گذاری (میگا)^۶ است که از سرمایه‌گذاران دولت‌های عضو بانک جهانی که در دولت‌های در حال توسعه عضو بانک جهانی سرمایه‌گذاری می‌کنند، حمایت می‌کند (Shihata, 1986: 11). این سیاست‌های سرمایه‌گذاری اغلب سه نوع خطر را پوشش می‌دهند: خطر ناشی از مصادره یا سلب مالکیت سرمایه‌گذاری، خطر ناشی از جنگ، آشوب‌های داخلی و تروریسم و خطر ناشی از کاهش ارزش پول رایج^۷ و محدودیت‌های اعمال‌شده از سوی دولت میزبان در این خصوص (Garcia Dominguez, 2017: 102-103). در عین حال، سرمایه‌گذار می‌تواند بخشی از سرمایه‌گذاری را بیمه کند؛ همچنین، بیمه سرمایه‌گذاری می‌تواند قیود متنوعی از جمله «قید نجات»^۸ یا «قید نیابت»^۹ را شامل شود

1. MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award of 25 May 2004, para. 178; Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB977, Award of 13 November 2000, para 64.

2. The Asian Development Bank.

3. The African Development Bank.

4. The Inter-American Development Bank.

5. Islamic Corporation for Insurance of Investment and Export Credit.

6. Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA).

عضویت گسترده دولت‌ها در میگا (۱۷۹ دولت) این امکان را فراهم آورده است تا این نهاد بتواند نقش فعالی در بیمه سرمایه‌گذاری بین‌المللی ایفا کند (Waters, 2015: 370). به‌طوری‌که تنها در سال ۲۰۱۳م، سرمایه‌گذاری‌های متعددی به ارزش ۲/۶ میلیارد دلار در میگا بیمه شده‌اند (www.miga.org/Documents/Annual_Report13.pdf, p. 2).

۸. دیوان داوری آنسیتراول در قضیه بیلون علیه غنا (۱۹۹۰) به این سبب که خطر کاهش ارزش پول رایج کشور محل سرمایه‌گذاری بر دوش سرمایه‌گذار است، به جبران خسارت ناشی از کاهش ارزش پول رایج حکم نداد (Biloune and Marine Drive Complex Ltd v Ghana Investments Centre and the Government of Ghana (Biloune v Ghana), UNCIT11usc, Award on Damages and Costs of 30 June 1990, (1994) 95 ILR 211, 230).

8. Salvage Clause.

براساس «قید نجات»، بیمه‌گر می‌تواند به‌منظور کاهش خسارت وارده به خود، اموال باقیمانده از سرمایه‌گذاری را به فروش برساند.

9. Subrogation Clause.

(Feils & Florin, 2000: 131). آگاهی و بررسی سرمایه‌گذار پیش از سرمایه‌گذاری می‌تواند به تقویت راهکار «بیمه» بینجامد. بدین ترتیب که سرمایه‌گذار می‌تواند با بررسی شرایط و قوانین داخلی دولت میزبان و موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری میان دولت متبوع خود و دولت میزبان، خلأهای موجود را در قرارداد بیمه پیش‌بینی کند و پوشش دهد (Gingsburg, 2013: 953).

علاوه بر موارد مزبور، دولت‌های میزبان نیز به منظور محدود ساختن خطر ناشی از سرمایه‌گذاری و با هدف جذب و تشویق سرمایه‌گذاران خارجی، قوانین داخلی مناسب را تصویب یا قوانین سابق خود را تغییر می‌دهند؛ برای مثال، دولت آرژانتین در اوایل دهه ۱۹۹۰ میلادی قانونی را تصویب کرد که براساس آن تعرفه توزیع و انتقال گاز برای سرمایه‌گذاران خارجی به دلار آمریکا محاسبه می‌شد و بدین وسیله خطر ناشی از کاهش ارزش «پزو» در مقابل دلار را به طور کلی مرتفع می‌کرد. همچنین، قانون دیگری که تعرفه‌ها را در هر نیمسال براساس شاخص بهای تولیدکننده آمریکایی تنظیم می‌کرد، خطر تورم را به حداقل می‌رساند (Ripinsky & Williams, 2008: 327).

۵. نتیجه

سرمایه‌گذاری خارجی به عنوان یک اقدام اقتصادی از دو مؤلفه ریسک و بازدهی تشکیل می‌شود. بدین ترتیب که هر سرمایه‌گذاری مستلزم تحمل ریسک است و سرمایه‌گذار باید به منظور رسیدن به بازدهی، خطرهای احتمالی سرمایه‌گذاری از جمله عوامل اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و تاریخی را پیش از انجام آن به طور مستمر بررسی کند. فرض وجود خطر در اقدامات مربوط به سرمایه‌گذاری در تعیین مسئولیت بین‌المللی ناشی از آن سرمایه‌گذاری تأثیرگذار خواهد بود. اقدامات یا شرایط مشخصی در این خصوص ملاک قرار نمی‌گیرد و دیوان‌های داوری موارد مختلفی از جمله ناتوانی در انجام موضوع سرمایه‌گذاری، تصمیم تجاری اشتباه، ارائه اطلاعات نادرست به دولت میزبان، امضای موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری فاقد حمایت‌های لازم، وقوع انقلاب، عدم ثبات اقتصادی، تحولات قانونگذاری و تازه‌تأسیس بودن کشور میزبان را در راستای فرض وجود خطر ناشی از سرمایه‌گذاری به عنوان مبنایی تأثیرگذار بر مسئولیت تلقی کرده‌اند. با این حال، پیش‌بینی قیود حمایت‌کننده در موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری یا بیمه سرمایه‌گذاری می‌تواند خسارات وارده به سرمایه‌گذار را که در نتیجه فرض وجود خطر بدون جبران می‌مانند را پوشش دهد.

براساس «قید نیابت»، حق طرح دعوا یا حل و فصل اختلاف با دولت میزبان برای بیمه‌گر محفوظ است.
۱. واحد پول آرژانتین.

میزان تأثیرگذاری بر مسئولیت بین‌المللی نیز تابع معیار دقیق و مشخصی نیست و این میزان اغلب براساس رابطه سببیت میان نقش سرمایه‌گذار و ورود خسارت و به صلاح‌حدید مرجع تصمیم‌گیرنده تعیین می‌شود. برای مثال، دیوان داوری ایکسید در قضیه آلکس جینین علیه لیتوانی (۲۰۰۱)، قضیه آزانین علیه مکزیک (۱۹۹۹) و قضیه پارک‌رینگ علیه لیتوانی (۲۰۰۷) و دیوان داوری ایران آمریکا در قضیه استارت علیه ایران (۱۹۸۳)، فرض وجود خطر را به‌عنوان عامل رافع مسئولیت بین‌المللی قلمداد نکرده‌اند، اما همین دادگاه‌ها در برخی قضایای دیگر، آن را مبنایی برای کاهش میزان غرامت تلقی کرده‌اند. همچنین، در مواردی که دیوان‌های داوری بین‌المللی تصمیم به کاهش غرامت می‌گیرند، میزان معینی برای این کاهش وجود ندارد. برای مثال، دیوان داوری ایران-آمریکا در قضیه خسروشاهی علیه ایران (۱۹۹۴) حدود ۳۰ درصد و دیوان داوری ایکسید در قضیه ام تی دی علیه شیلی (۲۰۰۴)، ۵۰ درصد از میزان غرامت را به‌واسطه فرض وجود خطر کاهش دادند.

منابع

الف) فارسی

۱. روانپاک نودز، حمید؛ رجایی، امین (۱۳۹۳). «بررسی ریسک سرمایه‌گذاری در ایران»، *مجله کارآفرینان*، ش ۱۰۹، ص ۱۷-۱۲.
۲. فدایی‌نژاد، محمد؛ محمد، اسماعیل (۱۳۸۶). «آزمون مدل ارزش در معرض ریسک برای پیش‌بینی و مدیریت ریسک سرمایه‌گذاری»، *مجله پیام مدیریت*، ش ۲۱ و ۲۲، ص ۵۳-۳۳.
۳. قنبری جهرمی، محمدجعفر؛ وصالی، منصور (۱۳۹۵). «تأثیر رویه و رفتار سرمایه‌گذار در تعدیل خسارات ناشی از نقض استانداردهای حمایتی معاهدات سرمایه‌گذاری»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، سال ۱۷، ش ۵۰، ص ۱۴۱-۱۱۹.
۴. طهماسبی، فرامرز (۱۳۹۴). «برآورد ریسک سرمایه‌گذاری در یک پورترفوی دارایی در ایران»، *مجله تحقیقات اقتصادی*، دوره ۵۰، ش ۴۰، ص ۹۲۳-۹۰۳.
۵. مشکئی، مهدی (۱۳۹۶). «ریسک سرمایه‌گذاری چیست و چرا باید به آن توجه کرد؟»، *ماهنامه تعالی*، سال هفتم، ش ۴۶-۴۷، ص ۴۵-۴۷.

ب) خارجی

6. Baas, Derek. (2010). "Approaches and Challenges to Political Risk Assessment: The View from Export Development Canada," *Risk Management*, Vol. 12, Issue. 2, pp. 135-162.
7. Dekastros, Michail. (2013). "Portfolio Investment Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Convention," *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 14, pp. 286-319.
8. Feils, Dorothee J. And Florin, M. Sabac. (2000). "The Impact of Political Risk on the Foreign Direct Investment Decision: A Capital Budgeting Analysis," *The Engineering Economist*, Vol. 45, Issue. 2, pp. 129-143.
9. Fleming, John G. (1987). *The Law of Torts*, The Law Book Company.
10. Garcia Dominguez, Marcos D. (2017). "Calculating Damages in Investment Arbitration: Should Tribunals Take Country Risk into Account," *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 34, pp. 95-122.

11. Gingsburg, Robert. (2013). "Political Risk Insurance and Bilateral Investment Treaties: Making the Connection," *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 14, pp. 943-977.
12. Hoffman, Scott L. (2008). *The Law and Business of International Project Finance: A Resource for Governments, Sponsors, Lawyers, and Project Participants*, Cambridge University Press.
13. Howell, Llewellyn D. (2001). "Country and Political Risk Analysis: Applications for Management," *The Handbook of Country and Political Risk Analysis* (3rd edn)-edited by Llewellyn D. Howell, PRS Group, pp. 1-45.
14. Hoyos, Juan Camilo. (2013). "The Role of Bilateral Investment Treaties in Mitigating Project Finance's Risks: The Case of Colombia," *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 40, pp. 285-318.
15. Kaldunski, Marcin. (2011). "The Element of Risk in International Investment Arbitration," *International Community Law Review*, Vol. 13, pp. 111-124.
16. Muchlinski, Peter. (2006). "Caveat Investor'? The Relevance of the Conduct of the Investor under the Fair and Equitable Treatment Standard," *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 55, pp. 527-558.
17. Ripinsky, Sergey. (2009). "Assessing Damages in Investment Disputes Practice in Search of Perfect," *The Journal of World Investment and Trade*, Vol. 10, No. 1, pp. 5-38.
18. Ripinsky, Sergey and Williams, Kevin. (2008). *Damages in International Investment Law*, British Institute of International and Comparative Law.
19. Shihata, Ibrahim. (1986). "Toward a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA," *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 1, Issue. 1, pp. 1-25.
20. Waters, James J. (2015). "A Comparative Analysis of Public and Private Political Risk Insurance Policies with Strategic Applications for Risk Mitigation," *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 25, pp. 361-384.
21. Wells, Louis T. and Gleason, Eric S. (1995), "Is Foreign Infrastructure Investment still Risky?," *Harvard Business Review*, pp. 45-59.
22. Yackee, Jason Webb. (2014). "Political Risk and International Investment Law," *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol. 24, pp. 477-500.
23. Yuniarti, S. H. (2016). "The Urgency for Regional Integration in accordance to Investment Risk Management," *Indonesian Journal of International Law*, Vol. 14, No. 1, pp. 45-59.

Jurisprudence

24. ADF Group Inc. v. United States of America, ICSID Case No. ARB (AF)/00/1 (NAFTA), Award of 9 January 2003.
25. Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc. and A.S. Baltoil v. The Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, 25 June 2001.
26. American Manufacturing & Trading, Inc. v. Republic of Zaire, ICSID Case No. ARB/93/1, Award of 21 February 1997.
27. Azurix Corp. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12, Award of 14 July 2006.
28. Biloune and Marine Drive Complex Ltd v Ghana Investments Centre and the Government of Ghana ('Biloune v Ghana'), UNcIT11usc, Award on Damages and Costs of 30 June 1990.
29. Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. V United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award of 24 July 2008.
30. CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May 2005.
31. Duke Energy International Peru Investments No. 1 Ltd. V. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/03/28, Award of 18 August 2008.
32. Emilio Agustín Maffezini v. The Kingdom of Spain, ICSID Case No. ARB977, Award of 13 November 2000.
33. Eudoro Armando Olguín v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/98/5, Award of 26 July 2001.
34. International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, NAFTA Tribunal under UNCITRAL Rules, 26 January 2006.

35. Iurii Bogdanov, Agurdino-Invest Ltd. And Agurdino-Chimia JSC v. Republic of Moldova, The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, Award, 22 September 2005.
36. Khosrowshahi v. Iran, 30 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 76, (1994).
37. Methanex Corporation v. United States of America, UNCITRAL Award of 3 August 2005.
38. MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7, Award of 25 May 2004.
39. Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Award of 5 October 2012.
40. Oscar Chinn Affair (Britain v. Belgium), PCIJ Reports 1934, ser A/B, Case No. 63, 12 December 1934.
41. Phelps Dodge Corp. v. Iran, 10 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 121, (1986)
42. Robert Azinian, Kenneth Davitian, & Ellen Baca v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/2, Award of 1 November 1999.
43. Saluka Investments B (The Netherlands) v. Czech Republic, Partial Award of 17 March 2006.
44. Sola Tiles Inc. v. Iran, 14 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 223 (1987).
45. Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB843, Award of 20 May 1992.
46. Waste Management v. United Mexican States (No. 2), ICSID Case No. ARB/AF/98/02, 30 April 2004.
47. Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No AA 227, Final Award of 18 July 2014.