



چالش دعوای متقابل دولت میزبان در داوری دولت-سرمایه گذار

مجید غمامی^۱ * ✉، امین ارژنگی^۲

۱. نویسنده مسئول: دانشیار، گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: mghamami@ut.ac.ir

۲. دانشجوی دکتری، حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: amin.arzhanghi@ut.ac.ir

چکیده

امکان طرح دعوای متقابل از جانب دولت میزبان در داوری مبتنی بر معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری (دولت-سرمایه‌گذار) با تردید فراوان روبه‌روست و در بیشتر موارد به شکست می‌انجامد. بر خلاف داوری‌های تجاری مبتنی بر قرارداد که در آنها طرح دعوای متقابل امری جاافتاده و غیرقابل تردید است، این امر در داوری مبتنی بر معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری به دلیل وجود نظام معاهداتی- قراردادی در روند تشکیل چنین داوری‌هایی با تردید فراوان همراه می‌شود، البته اصل امکان طرح دعوای متقابل توسط دولت میزبان در قوانین حاکم بر داوری سرمایه‌گذاری همچون کنوانسیون ایکسید و قواعد آنسیترال به رسمیت شناخته شده است، با وجود این به دلیل ابهامات و پیچیدگی‌هایی که داوران در این زمینه دچار آن‌اند، بررسی مؤلفه‌های صلاحیت رسیدگی و قابلیت استماع دعوای متقابل می‌تواند به روشن‌تر شدن موضوع موردنظر که موضوع روز دیوان‌های معروف داوری بین‌المللی است، کمک شایانی برساند و در نهایت از تضييع حق دولت‌های میزبان سرمایه در طرح دعوای متقابل در داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار جلوگیری کند. مقاله حاضر به بررسی چالش دعوای متقابل دولت میزبان و برخورد با آن در رویه داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار می‌پردازد و تلاش می‌کند تا با ارائه راهکارهایی به تفسیری سهلگیرانه در راستای پذیرش دعوای متقابل دست یابد.

واژه‌های کلیدی: دعوای متقابل، داوری سرمایه‌گذاری مبتنی بر معاهده، دولت میزبان سرمایه، دولت-سرمایه‌گذار، نقض معاهده.

* غمامی، مجید؛ امین ارژنگی (تابستان ۱۴۰۲). «چالش دعوای متقابل دولت میزبان در داوری دولت-سرمایه‌گذار»، *مطالعات حقوق خصوصی*، ۵۳، ۲: ۲۵۳ - ۲۷۳. DOI: 10.22059/JLQ.2023.298707.1007347

تاریخ دریافت: ۱۱ خرداد ۱۴۰۰، تاریخ بازنگری: ۹ اسفند ۱۴۰۱، تاریخ تصویب: ۳۱ خرداد ۱۴۰۲، تاریخ انتشار: ۲۵ مرداد ۱۴۰۲



۱. مقدمه

دعوایی که در طول دادرسی توسط خواننده علیه خواهان مطرح شده و با دعوی طرح شده توسط خواهان ارتباط دارد، دعوی متقابل^۱ نامیده می‌شود (شمس، ۱۳۹۳: ش ۸۴۱). این دعوا با پاسخ‌هایی که در مقام دفاع توسط خواننده ارائه می‌شود، تفاوت دارد، به این معنا که در دفاع، خواننده سعی دارد تا ادعای طرح شده توسط خواهان را رد کند، بدون آنکه مدعی هرگونه نقض تعهدی از جانب خواهان باشد. این در حالی است که در برخی دعاوی، خواننده علاوه بر اینکه در جواب ادعای خواهان دفاعیاتی را مطرح می‌کند، در قالب دعوی جداگانه نقض تعهد صورت گرفته توسط خواهان را به چالش می‌کشد و خواستار جبران آثار آن می‌شود. به عبارتی در دفاع، خواننده سبب دعوا^۲ را انکار می‌کند، اما در دعوی متقابل، خواننده در صدد بیان سبب جدید برای طرح دعوا علیه خواهان است، بنابراین به تعبیری دعوی متقابل بیشتر «ضدحمله» است تا «دفاع» (Rentlen, 1986: 380). از طرفی برخی نویسندگان آیین دادرسی مدنی در ایران دعوی متقابل را از اقسام دفاع در مفهوم اخص می‌دانند و رابطه بین دفاع و دعوی متقابل را عموم و خصوص مطلق در نظر گرفته‌اند (غمامی، ۱۳۸۴: ۲۲۶).

بر خلاف داوری‌های تجاری معمول و دادرسی‌های ملی که خواننده در آنها محق در طرح دعوی متقابل شناخته می‌شود^۳، طرح این دعوا در داوری‌های سرمایه‌گذاری مبتنی بر معاهده به طرح پرسش‌هایی پیچیده منتهی می‌شود. شاید دلیل این مسئله، ماهیت خاص داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار است که نظام قراردادی آن سه‌جانبه است، با این توضیح که دولت‌ها با یکدیگر وارد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری^۴ می‌شوند و با ایجاد شرایط تسهیل‌گر برای سرمایه‌گذاران یکدیگر توافق می‌کنند که سرمایه‌گذاران هریک از دولت‌های متعاقد در قلمرو کشور مقابل از شرایط مطلوبی همچون ارجاع دعوی به داوری به جای دادرسی ملی بهره‌مند شوند. این سه‌گانگی در بیشتر موارد به عدم تقارن حقوق طرفین در دادرسی می‌انجامد، به این معنا که فقط سرمایه‌گذار می‌تواند دولت میزبان را در صورت نقض معاهده، طرف دعوا قرار دهد نه بر عکس. این عدم تقارن در نهایت به محرومیت دولت میزبان از تعقیب قضایی سرمایه‌گذاران به وسیله داوری دولت-سرمایه‌گذار و به تبع آن منع طرح دعوی متقابل در آن منجر می‌شود که آثار زیانباری را برای این دولت‌ها پدید می‌آورد.

این مقاله علاوه بر تبیین روند خاص تشکیل داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار که به ایجاد چالش دعوی متقابل دولت میزبان منجر می‌شود، با ارائه نظری سهل‌گیرانه‌تر در خصوص

1. Counter claim
2. Cause of action

۳. ماده ۱۴۱ ق.آ.د.م

4. BIT (Bilateral investment treaty)

مؤلفه‌های موردنظر داوران جهت احراز صلاحیت و استماع دعاوی متقابل دولت‌ها سعی در ارائه تفسیری دارد که بتواند تعادل بیشتری بین حقوق طرفین دعا در داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار مبتنی بر معاهده ایجاد کند. همچنین نگارنده بر این باور است با دقت در برخی از معاهدات سرمایه‌گذاری، هنگام انعقاد می‌توان از به‌وجود آمدن چنین مشکلاتی جلوگیری کرد و به دولت‌ها در احقاق حق خود در داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار کمک شایانی رساند. همچنین پیوستن به شیوه‌های حل اختلاف معاهدات چندجانبه مانند داوری سرمایه‌گذار-دولت سازمان همکاری اسلامی یا ایکسید تا حدودی این خلأ را پوشش می‌دهد.

۲. روند خاص تشکیل داوری دولت-سرمایه‌گذار

۲.۱. فلسفه ایجاد سازوکار داوری دولت-سرمایه‌گذار

هدف غایی در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی و به‌ویژه داوری‌های سرمایه‌گذاری دولت-سرمایه‌گذار، تشویق به سرمایه‌گذاری خارجی و حمایت از سرمایه‌گذاران است. این سرمایه‌گذاری مستلزم همکاری بلندمدت سرمایه‌گذاران خارجی با دولت‌های میزبان سرمایه است و دخالت سرمایه‌گذاران در داخل مرزهای کشور میزبان را موجب می‌شود (Dolzer and Schreuer, 2012: 20). داوری در این موارد فرایندی است که طی آن طرفین دعا به خواست خود نهادی غیردولتی برای رسیدگی به اختلافات خود برمی‌گزینند که حکمی قطعی و الزام‌آور در مورد موضوع متنازع‌فیه صادر کند و در اثنای رسیدگی اصولی همچون بی‌طرفی، تقابل و تساوی را مدنظر قرار دهد (G.born, 2012: 37). با توجه به تعریف مذکور فرایند داوری با استقلال و آزادی طرفین دعا ملازمه دارد، با این توضیح که طرفین دعا قدرت این را دارند تا شکل، ساختار و دیگر جزئیات فرایند داوری را طبق نظر خود مشخص کنند. استقلال طرفین در داوری طبعاً بی‌طرفی و مهارت داوران را هرچه بیشتر تأمین می‌کند تا آنها بتوانند در دادگاهی غیررسمی و غیرتشریفاتی در مورد موضوع دعا تصمیم‌گیری کنند. در نهایت تصمیم نهایی داوران در قضیه، قدرت الزام‌آورش را به‌وسیله سازوکارهای حقوق بین‌الملل و معاهداتی همچون ایکسید و نیویورک^۱ تضمین می‌کند (Lew, 2003: 7).

در غیاب شرط حل‌وفصل اختلافات در معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، سرمایه‌گذاران خارجی تنها می‌توانند از طریق مراجعه به دادگاه‌های ملی دولت میزبان حقوق ضایع‌شده خود را بازیابند یا اینکه از طریق دیپلماتیک توسط دولت متبوعشان به پیگیری قضیه پردازند. هیچ‌کدام از این دو روش برای سرمایه‌گذاران خارجی ایده‌آل نیست. پیگیری از طریق دیپلماتیک مستلزم این است که دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی به قائم‌مقامی از تبعه خود، به

1. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award, entered into force 7 June 1959, "New York Convention"

دادخواهی در مراجع بین‌المللی پردازد، زیرا مطابق با حقوق بین‌الملل سنتی، بازیگران حقوق بین‌الملل دولت‌ها و سازمان‌های بین‌المللی‌اند و بنا به تعبیر یکی از نویسندگان این رشته «برای یکایک افراد طبیعی و اشخاص حقوقی در هواپیمای حقوق بین‌الملل جایی وجود ندارد» (Schreur, 2015: 882). طبیعتاً پیگیری از این طریق با مشکلاتی روبه‌روست، مانند اینکه دولت متبوع سرمایه‌گذار تمایلی برای ورود به قضیه و سیاسی کردن موضوع متنازع‌فیه را در فضای بین‌المللی نداشته باشد یا حتی در صورت تمایل نتواند راهی مناسب برای پیگیری دعوی تبعه خود بیابد. با این توضیح بدیهی به نظر می‌رسد که سرمایه‌گذاران خارجی علاقه‌ای به چنین شیوه‌هایی برای حل و فصل اختلافات خود نداشته باشند و بعید است که بتوانند به چنین روش‌های حمایتی اعتماد کنند (Schreur, 2015: 882). ارجاع دعوا به مراجع ملی کشور میزبان سرمایه نیز، روشی مطلوب و کارآمد برای سرمایه‌گذاران نیست. درست یا غلط، همواره این نگرانی وجود دارد که دادگاه‌های ملی اصل بی‌طرفی را رعایت نکنند و منافع کشور میزبان را بر منافع سرمایه‌گذاران خارجی ترجیح دهند، حتی در بی‌طرف‌ترین محاکم ملی تعهد بیشتری به دولت میزبان و قوانین آن در تفسیر و صدور حکم دیده می‌شود که این عارضه را به ندرت می‌توان در داورهای مستقل یافت (Alvik, 2011: 44). علاوه بر این در بیشتر موارد، قضات در دادگاه‌های ملی ملزم‌اند که در صورت تعارض بین تعهدات بین‌المللی و قوانین داخلی، مورد اخیر را ملاک کار خود قرار دهند. همچنین اغلب قضات دادگاه‌های ملی در کشورهای میزبان از مهارت و آمادگی کافی برای قضاوت موضوعات پیچیده حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی برخوردار نیستند. به‌طور کلی اختیار ارجاع دعوی به داور برای سرمایه‌گذاران خارجی این امکان را فراهم می‌کند که هرچه بیشتر موانع مذکور را از پیش رو بردارند و آسوده‌تر به سرمایه‌گذاری اقدام کنند.

۲.۲. چالش محدوده تراضی طرفین در دعوی متقابل دولت میزبان

طرفین دعوا در داور دولت-سرمایه‌گذار همان‌طور که از اسم آن هویداست، دولت میزبان سرمایه و سرمایه‌گذار خارجی‌اند، با این توضیح که دولت‌ها با درج ایجاب داور در معاهده و سرمایه‌گذاران با قبول این ایجاب، داور دولت-سرمایه‌گذار را آغاز می‌کنند. احراز صلاحیت داوران در استماع دعوی سرمایه‌گذار خارجی مستلزم احراز صلاحیت و قابلیت استماع دعوی متقابل دولت میزبان نیست. زمانی که داور در موضوع متنازع‌فیه نیاز به رضایت طرفین دارد، استماع دعوی متقابل دولت‌ها نیز به طریق اولی باید در محدوده رضایت مذکور قرار گیرد.^۱ دولت‌ها با لحن و ادبیاتی که در معاهده دوجانبه یا چندجانبه سرمایه‌گذاری

۱. ماده ۴۶ کنوانسیون ایکسید

به‌کار می‌گیرند، موسع بودن ایجاب یا مضیق بودن آن را تعیین می‌کنند (Stiengruber, 2013: 299). این ایجاب در واقع در استماع دعوی متقابل دولت‌ها نیز تأثیرگذار است. در صورتی که دولت میزبان بخواهد دعوی متقابلی را مطرح کند، باید این دعوا در محدوده رضایت طرفین بر داوری احراز شود. در بند ۴۰۹ قضیه متال-تک و ازبکستان داوران بیان کردند: «محدوده ایجاب دولت‌ها در متن معاهده تعریف می‌شود، به‌خصوص در شرط حل‌وفصل اختلاف معاهده». وقتی که سرمایه‌گذار خارجی داوری را شروع می‌کند، شرط داوری معاهده را با همان کیفیتی که در معاهده مشخص شده است، می‌پذیرد.^۱ با توجه به مطالب ذکر شده باید نتیجه گرفت که اگر دولتی درصدد مطرح کردن دعوی متقابل باشد، می‌بایست رضایت طرفین بر دعوی متقابل را هم ثابت کند. برای این کار می‌تواند استدلال کند که ایجاب موجود در معاهدات سرمایه‌گذاری مشمول دعوی متقابل نیز است. برای اینکه دولت‌ها نیز بتوانند در داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار دعوی متقابل طرح کنند، باید ایجاب آنها که در معاهده گنجانده شده است، مورد قبول سرمایه‌گذاران خارجی قرار بگیرد. با این توضیح که سرمایه‌گذار تنها می‌تواند ایجاب دولت‌ها را رد یا قبول کند و نمی‌تواند آن را محدود یا در آن تغییری ایجاد کند. به عبارتی سرمایه‌گذار نمی‌تواند از مرزهای موجود در ایجاب فراتر رود (Stiengruber, 2013: 300). تغییر در ایجاب دولت‌ها با این مضمون که دولت‌ها توانایی طرح دعوی متقابل در داوری ندارند، می‌بایست به‌عنوان تغییری غیرقابل پذیرش در ایجاب مدنظر داوران قرار گیرد (Kjos, 2013: 135). برای دستیابی به محدوده تراضی طرفین در داوری دولت-سرمایه‌گذار داوران ابتدا به متن شرط حل اختلاف دولت-سرمایه‌گذار موجود در معاهدات سرمایه‌گذاری رجوع می‌کنند. این شرط منبع اولیه برای تفسیر تراضی طرفین به حساب می‌آید، زیرا شامل ایجابی است که از طرف دولت‌ها به سرمایه‌گذاران خارجی داده شده است و مطابق با آن سرمایه‌گذاران می‌توانند دعاوی خود را به داوری ارجاع دهند، بنابراین از رهگذار ادبیات و لحن ایجاب مذکور می‌توان به محدوده تراضی طرفین پی برد. سرنوشت دعوی متقابل کاملاً وابسته به تفسیری است که داوران از معاهدات سرمایه‌گذاری می‌کنند؛ به این معنا که داوران با در نظر گرفتن متن معاهدات سرمایه‌گذاری درمی‌یابند که آیا این ایجاب شامل دعوی متقابل دولت‌ها می‌شود یا خیر. برای مثال در «قضیه شرکت روسالیز و رمانی» داوران معاهده سرمایه‌گذاری بین یونان و رومانی در سال ۱۹۹۷ را تفسیر کردند و مطابق با آن هیچ‌گونه حقی برای دولت رومانی در اقامه دعوی متقابل قائل نشدند.^۲ در صورتی که لفظ دعوی متقابل

1. Metal-Tech Ltd v Republic of Uzbekistan, ICSID Case No. ARB/10/3, Award (Oct 4, 2013).

۲. با توجه به ماده ۳۱ کنوانسیون وین و تصمیم ایکسید در قضیه بالا دادگاه با اکثریت قاطع اعلام می‌دارد که با توجه به ادبیات ماده ۹ معاهده سرمایه‌گذاری مذکور که بیان می‌دارد ارجاع به داوری برای اختلافاتی است که برای سرمایه‌گذاران

به‌صراحت در معاهدات سرمایه‌گذاری آمده باشد، پیچیدگی در احراز صلاحیت بر استماع دعوای متقابل وجود نخواهد داشت. در این حالت سرمایه‌گذار نمی‌تواند به بهانه اینکه دعوای متقابل در محدوده رضایت وی نیست، از فرایند داوری سربازند. مشکل جایی آغاز می‌شود که معاهدات سرمایه‌گذاری مانند معاهده تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری جمهوری کره و ایران هیچ‌گونه اشاره صریحی به دعوای متقابل نداشته باشند.^۱ پاسخ این پرسش که آیا دعوای متقابل به‌طور کلی در چنین معاهداتی قابل استماع نیست؟ با توجه به رویه داوری دولت-سرمایه‌گذار، منفی است. داور برای تفسیر قاعده موجود در معاهدات نباید غیرمنعطف عمل کند، به این معنی که حتی در صورتی که ادبیات معاهده به‌صورت صریح به قابلیت استماع دعوی متقابل اشاره نکرده باشد، باز هم می‌توان مانند قضیه سالوکا و چک قبول این دعوای را تفسیر کرد.^۲ برای مثال در موردی که ادبیات ماده به‌صورت عام بیان می‌کند: «تمامی» دعوای حاصل از سرمایه‌گذاری خارجی قابلیت ارجاع به داوری سرمایه‌گذاری را دارند، این شرط حل و فصل اختلاف توانایی تفسیر موسع را دارد و می‌توان دعوای متقابل دولت‌ها را نیز داخل در محدوده تراضی طرفین دانست و از آن تفسیر کرد. به‌طور کلی چند نوع شرط معمول وجود دارد که در معاهدات سرمایه‌گذاری مختلف تکرار می‌شوند. با توجه به مطالب بالا توصیه می‌شود که در جریان تنظیم معاهدات از لفظ‌های شفاف که قابلیت استماع دعوای متقابل دولت‌های میزبان سرمایه را نیز فراهم می‌کند، استفاده شود تا در تفسیر معاهدات توسط هیأت داوران، دعوای متقابل دولت‌ها نیز در محدوده تراضی طرفین قرارداد داوری قرار گیرد. در این مقاله بحث اصلی روی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری (معاهده تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی) است، اما پس از بررسی متن معاهدات چندجانبه سرمایه‌گذاری که ایران در آنها عضویت دارد (سازمان همکاری اسلامی، مواد ۱۶ و ۱۷ کنوانسیون) و پروتکل الحاقی آن با عنوان سازوکار دائمی حل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت (در دستور کار دولت کنونی است) و در مراحل مذاکره است، صراحت پذیرش دعوای متقابل دولت میزبان سرمایه یافت شد که نشان‌دهنده توجه تنظیم‌کنندگان به چالش مذکور است. به هر روی معاهدات چندجانبه مانند معاهده تشویق سرمایه‌گذاری بین دولت‌های عضو سازمان همکاری اسلامی^۳

خارجی پیش می‌آید، هیچ شکلی باقی نمی‌ماند که محدوده تراضی طرفین شامل دعوای متقابل دولت نمی‌شود و صرفاً در راستای حمایت از سرمایه‌گذاران در برابر تعهدات دولت‌های میزبان بیان شده است.

1. Iran-korea BIT (1998), Iran-Turkey BIT (1996), France-Mexico BIT (1998), USA-Uruguay (2005)

2. Saluka v Czech Republic & Paushak v Mangolia, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and liability, 2011

3. Organization of Islamic Cooperation (OIC)

پروتکل الحاقی ایجاد سازوکار دائمی جهت حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری^۱ و معاهده منشور انرژی^۲ و ... نیز که دارای شرط داوری دولت-سرمایه‌گذارند نیز وضعیتی همانند معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در خصوص چالش مذکور دارند و از این منظور تفاوتی بین آنها نیست.

۳. وضعیت دعوی متقابل در داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار

۳.۱. شکست دعوی دولت متقابل دولت میزبان به روایت آمار

طرح دعوی متقابل در داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار بحث جدیدی است و دلیل نظام‌مند نشدن قواعد و احکام مربوط به آن ریشه در همین تازگی دارد، برای مثال اولین دعوی متقابل در داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار مربوط به سال ۲۰۰۱ است که طی آن کشور استونی علیه شرکت جنین دعوی متقابلی را طرح کرد (Atonasava, 2012: annex 4). این در حالی است که در داوری‌های تجاری معمول که بر اساس موافقت‌نامه داوری ایجاد می‌شود (نه بر مبنای معاهدات)، طرح دعوی متقابل بسیار قبل‌تر در سال ۱۹۷۷ در دعوی بین شرکت گاردلا و جمهوری ایوری تجربه شده بود (Freidman, 2014: 139). بیشترین تعداد داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار که دولت‌های میزبان دعوی متقابل در آنها طرح کرده‌اند، از سال ۲۰۱۰ به بعد بوده است و سابقه‌ای کمتر از ۱۳ سال دارد (Farmer, 2016: 4). آمار طرح دعوی متقابل در داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار انگشت‌شمار است. به گزارش آنکتاد از بین بیش از ۹۰۰ مورد داوری تنها ۱۵ مورد وجود دارد که در آنها دولت میزبان اقدام به طرح دعوی متقابل کرده است^۳ و جالب‌تر اینکه از بین این ۱۵ مورد تنها یک مورد موفقیت‌آمیز گزارش شده است.^۴ شرایطی که برای استماع دعوی متقابل در رویه داوری به آنها توجه شده است عبارت‌اند از:

۱. دعوی متقابل باید در محدوده تراضی طرفین وارد شده باشد (بحث صلاحیت) و ۲. دعوی متقابل باید ارتباط نزدیکی با دعوی اصلی داشته باشد (بحث قابلیت استماع).

آمار توجه به دعوی متقابل و تصریح امکان طرح آن از جانب دولت میزبان برای نمونه در خصوص معاهدات دوجانبه حمایت و تشویق سرمایه‌گذاری خارجی ایران با دیگر کشورها صورت پذیرفت که طی آن توجه ناکافی به این مسئله در سیر تاریخی و معاهدات دوجانبه موجود ایران با دیگر کشورها مشهود است. در متن نمونه اولیه معاهدات دوجانبه

1. PROTOCOL OF ESTABLISHMENT OF A PERMANENT ORGAN AND MECHANISM FOR THE SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES

2. Energy Treaty Charter (ECT)

۳. برگرفته از سایت: <http://Investmentpolicyhub.unctad.org>

4. Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID case No. ARB/08/5, Decision on Ecuador's Counterclaim, 7 February 2017.

سرمایه‌گذاری ایران، ابلاغی سال ۱۳۷۳ این نکته ذکر نشد و پس از آن در متن نمونه جدید ابلاغی ۱۴۰۰ دولت وقت نیز تصریح به دعوی متقابل دولت میزبان پیش‌بینی نشد، از این رو در تمامی معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران (بیش از ۷۰ معاهده حمایت و تشویق سرمایه‌گذاری خارجی) تصریح به امکان استماع دعوی متقابل دولت در داوری دولت-سرمایه‌گذار یافت نمی‌شود. در برخی معاهدات ایران به دلیل وجود بندی مربوط به رعایت حقوق داخلی دولت میزبان و یا گستردگی ادبیات شرط حل اختلاف مندرج در معاهده به صورت تلویحی امکان طرح این دعوا در داوری دولت سرمایه‌گذار مبتنی بر معاهده دریافت می‌شود، اما در برخی معاهدات مانند متن نمونه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری هندوستان، پروتکل الحاقی سازوکار دائمی حل اختلاف سرمایه‌گذاران متبوع کشورهای عضو سازمان همکاری اسلامی و همچنین متن اصلاحی معاهده حمایت و تشویق سرمایه‌گذاری خارجی ایران و عمان در سال ۱۴۰۱ به صراحت در بندی جداگانه امکان طرح این دعوا را برای دولت‌های میزبان سرمایه به رسمیت شناخته است که موجب رفع بسیاری از ابهامات در ادبیات شرط حل اختلاف می‌شود. شایسته است که در اصلاح متن معاهدات دوجانبه و چندجانبه که در دستور دولت است، به این موضوع توجه شود.^۱

۲.۳. رویکرد داوران در برخورد با دعوی دولت میزبان

با توجه به ویژگی‌های ذکر شده در داوری‌های مبتنی بر معاهده می‌توان معاهدات سرمایه‌گذاری را یک ساختار نامتقارن در خصوص حقوق سرمایه‌گذاران و تکالیف دولت‌های میزبان سرمایه دانست. این ساختار خاص، استماع دعوی متقابل دولت‌ها را با مشکل روبه‌رو می‌کند. در این قسمت سعی می‌شود تا با تبیین و تحلیل وضعیت دعوی متقابل در داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار، نگاه سهل‌گیرانه‌تری در استماع دعوی متقابل دولت‌ها توصیه شود. علاوه بر اینکه استماع دعوی متقابل دولت‌ها در داوری واحد هزینه‌های دادرسی را کاهش می‌دهد و به عادلانه‌تر شدن رأی نهایی کمک می‌کند، موافقت با استماع دعوی متقابل با اهداف عالی داوری که همان تسهیل روند دادرسی در فضایی بی‌طرفانه است، همخوانی بیشتری دارد. در صورتی که دعوی متقابل دولت‌ها در داوری رد شود، دولت‌ها اغلب به سراغ دادگاه‌های ملی می‌روند یا از طرق دیگری که در قرارداد سرمایه‌گذاری وجود دارد، به دادخواهی می‌پردازند (Kjos, 2013: 130). اجبار دولت‌ها و سرمایه‌گذاران خارجی در مراجعه به دادگاه‌های ملی دولت میزبان دقیقاً موردی است که داوری‌های سرمایه‌گذاری برای جلوگیری از آنها پدید آمده است،

۱. متن فارسی معاهدات دوجانبه حمایت و تشویق سرمایه‌گذاری خارجی دولت ایران در سایت سازمان سرمایه‌گذاری و متن انگلیسی این معاهدات در سایت: Investment Policy Hub

بنابراین سرمایه‌گذاران خارجی و دولت‌ها در ارجاع دعوی به دادگاه‌های ملی یا داوری مخیرند (Spyridon Roussalis v Romania, 2011: 146).^۱ علاوه بر این، مجزا کردن دعوی متقابل از دعوی خواهان و تصمیم‌گیری در مورد هریک به صورت جداگانه و در دادگاه‌ها یا محاکم داوری مختلف این خطر را پدید می‌آورد که تصمیمات متناقض در مورد موضوع واحدی گرفته شود و این امر موجب تناقض رأی‌هایی است که در آینده مبنای رأی داوران دیگر قرار می‌گیرد. طرح دعوی متقابل به دولت‌ها این امکان را می‌دهد که از حالت صرفاً دفاعی خارج شوند. گفته می‌شود که بدون این توانایی، دولت‌ها نمی‌توانند پیروز باشند، صرفاً می‌توانند نیازند (Bjorkland, 2013: 461). توانایی طرح دعوی متقابل، دولت‌ها را ترغیب می‌کند تا روند داوری را ترجیح دهند یا دست‌کم سرمایه‌گذاران را از طرح دعوی بی‌اساس و ضعیف بازدارد. به‌جای صرف هزینه و زمان در دادگاهی جداگانه، استماع همزمان آنها می‌تواند تمرکز بر روی ماهیت قضیه را بیشتر از مسائل شکلی کند (Bjorkland, 2013: 461).

انتقادی که طرفداران منع استماع دعوی متقابل مطرح می‌کنند بر این نکته تأکید دارد که اقتضای طبیعت معاهدات سرمایه‌گذاری مستلزم عدم تقارن بین حقوق سرمایه‌گذاران و دولت‌هاست و اصلاً ایرادی به این موضوع وارد نیست (Bjorkland, 2013: 461). با این توضیح که یکی از اهداف اصلی معاهدات سرمایه‌گذاری کمرنگ‌تر کردن خطرهای سیاسی است که به‌وسیله اقدامات دولت میزبان سرمایه صورت می‌پذیرد. مطابق با این نظر، آنچه باید کنترل و مدیریت شود رفتار دولت‌های میزبان سرمایه است نه سرمایه‌گذاران خارجی. اما باید به این نکته توجه داشت که برخی از شرکت‌های خارجی بین‌المللی تأثیرگذاری بی‌نظیری در اقتصاد ملی کشور میزبان دارند و عملاً بازوی اقتصادی در بخش‌های مهمی در اختیار این شرکت‌هاست تا دولت میزبان. برای مثال وقتی که شرکت تنباکوی بین‌المللی مولتی ملیون دلاری «فیلیپ موریس» علیه اروگوئه اقدام به طرح داوری کرد، چنین وضعیتی بر قضیه حاکم بود.^۲ بنابراین رفتار سرمایه‌گذاران نیز باید همانند رفتار دولت‌های میزبان سرمایه تحت کنترل درآید که این مهم از طریق تجویز طرح دعوی متقابل توسط دولت میزبان برآورده می‌شود (97: 2007, Laborde). سرمایه‌گذاران خارجی با استناد به چارچوب خاص معاهدات سرمایه‌گذاری سعی دارند تا در روند داوری محق بودن دولت‌های میزبان در طرح دعوی متقابل را زیر سؤال ببرند و این امر را غیرقابل پذیرش جلوه دهند (212: 2013, Bubrowski). ممکن است که در نگاه نخست معاهدات سرمایه‌گذاری و شرط داوری موجود در آنها صرفاً

۱. نظر مخالف (Dissenting Opinion) قاضی مایکل ریس من در قضیه مذکور این است.

2. Philip Morris Brand Sarl (Switzerland), Philip Morris Products (Switzerland) and Abal Hermanos S.A (Uruguay) v Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, pending.

به نفع سرمایه‌گذار جلوه کند، اما با توجه به دلایلی که ذکر شد، اتخاذ رویکردی منعطف‌تر در مورد استماع دعاوی متقابل دولت‌ها می‌تواند با اهداف و کارکرد داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار سازگارتر باشد و از مشکلات احتمالی جلوگیری کند. از آنجا که طرح دعوی متقابل توسط دولت‌های میزبان به‌ندرت اتفاق افتاده و در همان موارد نادر نیز مقرون به موفقیت نبوده است، برخی صاحب‌نظران از این وضعیت با عنوان «سی سال شکست» یاد می‌کنند (Greist, 2009: 124). از همین رو در توانایی دولت‌ها در طرح دعوی متقابل تا همین اوان اخیر تردیدهای جدی وجود داشت (Hoffman, 2013: 16). در تأیید این نگاه تا امروز دعوی متقابل تنها در سه درصد دعاوی در داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار مطرح شده است که بسیاری از قضایا در ده سال اخیر مورد حکم قرار گرفته‌اند (Rivas, 2014: 2)، البته رویه سال‌های اخیر نشان می‌دهد که دولت‌ها در اظهار دعوی متقابل مصمم‌تر شده‌اند، هرچند خیلی به توفیق در آن امید نداشتند (Bjorkland, 2013: 464).

۴. پذیرش دعوی متقابل دولت میزبان به‌مثابه یک اصل

۴.۱. موافقت دکترین و رویه داوری با اصل پذیرش دعوی متقابل

اصل استماع دعاوی متقابل در جریان دادرسی، علاوه بر اجتناب از صدور آرای متعارض، کاهش هزینه‌های دادرسی، فیصله دادن یکپارچه تمامی اختلافات ناشی از رابطه حقوقی واحد و تأمین هرچه بیشتر عدالت قضایی است (غمامی، ۱۳۸۴: ۲۲۶). استماع همزمان دعوی خواهان و دعوی متقابل خواننده وضعیتی را فراهم می‌آورد که طی آن قضات و داوران درک جامع‌تری از مسائل پرونده داشته باشند (Kjos, 2013: 128) و با در نظر گرفتن دیدگاه‌های هر دو طرف به حکمی عادلانه‌تر دست یابند. زمانی که هر دو دعوا ارتباط معقولی با هم داشته باشند، استماع شهود و جمع‌آوری اطلاعات در دادرسی‌های جداگانه موجب اطاله دادرسی، تأخیر در رسیدن به حکم و در نهایت افزایش هزینه‌های معاملاتی می‌شود (Kjos, 2013: 128). ترکیب هر دو ادعا در یک داوری واحد علاوه بر اینکه به عادلانه‌تر شدن حکم کمک می‌کند و موجب پرهیز از صدور آرای متضاد و متعارض می‌شود، صرفه‌جویی در وقت و هزینه طرفین را هم در پی دارد و نگرش یکنواخت به ساختار حقوقی موضوع منازعه را به‌عنوان یک کل واحد تضمین می‌کند (Antonopoulos, 2016: 60) چنانچه در دعوی متقابل محکومیت خواهان خاطی مورد تقاضاست (Congo v Uganda, 2011: 684). منع یک طرف دعوا از طرح دعوی متقابل و عدم استماع آن در دیوان داوری، با قاعده طبیعی عدالت در دادرسی^۱ تعارض دارد. برای مثال اصل تعادل ترافیعی یا تقابل^۲ که اصلی پذیرفته‌شده و جهان‌شمول در نظام جهانی دادرسی است و به‌منزله

1. Natural justice rules

2. "Audi Alteram Partem" or "le principe de contradiction"

ستون فقرات تمام دادرسی‌های عادلانه به‌شمار می‌رود، رویکرد عدم استماع دعوای متقابل خواننده دعوا را نفی می‌کند.

در تمامی داوری‌های موردی دولت-سرمایه‌گذار صورت‌گرفته که قانون حاکم آنها قواعد آنسیترال بود، صلاحیت خود را برای رسیدگی به موضوع احراز کرده‌اند. در قضیه «سالوکا و جمهوری چک» داوران مستند به قواعد ایکسید و دیوان داوری ایران و آمریکا استدلال کردند که اگر دامنه رضایت طرفین شامل دعوای موردنظر باشد و اعلام رضایت با عباراتی موسع ابراز شده باشد، دعوای متقابل قابلیت استماع دارد. داوران در نهایت دعوای دولت چک را پذیرفتند و صلاحیت خود را در استماع چنین دعوایی احراز کردند (Saluka Investment B.V v Czech Republic, 2004: 76).^۱ همین استدلال دقیقاً در قضیه «پوشاک و جمهوری مغولستان» از سوی داوران تکرار شد.^۲ حتی در برخی داوری‌ها صلاحیت هیأت داوری در استماع دعوای متقابل به‌منزله امری بدیهی تلقی شده است. برای مثال در قضیه «شرکت جنین و استونی» دعوای متقابل دولت استونی بدون هیچ استدلالی قابل استماع دانسته شد با اینکه در نهایت به‌دلیل مسائل ماهوی نه شکلی رد شد.^۳

محرومیت از طرح دعوای متقابل به کاهش کارایی دادرسی منجر می‌شود. رسیدگی به دعوای مرتبط به‌صورت همزمان موجب هماهنگی بیشتر داوری با واقعیت موضوع می‌شود و رأی منطقی‌تری را به‌همراه خواهد داشت (Rentlen, 1986: 381). همچنین اجازه طرح دعوای متقابل برای دولت‌های میزبان، تعقیب قضایی احتمالی آنها در دادگاه یا داوری مستقل دیگر در آینده را منتفی کرده و از صدور آرای متعارض جلوگیری می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۸۹: ۲۰۶) و به این ترتیب هزینه‌های معاملاتی^۴ را کاهش می‌دهد. در نهایت، توجه به دعوای متقابل دولت‌های میزبان حقایقی از قضیه را نمایان می‌سازد که چه‌بسا به عادلانه‌تر شدن رأی داوری کمک کند (Rentlen, 1986: 383). عدم استماع دعوای متقابل دولت‌ها در داوری‌های مبتنی بر معاهده موجب این مفسده احتمالی است که سرمایه‌گذاران خارجی با علم به عدم استماع دعوای متقابل دولت‌ها و یا عدم صلاحیت داوری در خصوص دعوای متقابل آنها، از تعهدات خود در برابر دولت میزبان سر باز زنند. این امر در نهایت موجب ناامن‌تر شدن بازار سرمایه‌گذاری و تضرر دولت‌ها و همچنین خود سرمایه‌گذاران خارجی می‌شود. ترس از مورد تعقیب قرار گرفتن توسط دولت میزبان می‌تواند موجبات رعایت هرچه بیشتر قوانین را فراهم بیاورد یا دست‌کم

1. Saluka Investment B.V v Czech Republic, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's counter claim, UNCITRAL, 7 MAY 2004,

2. Paushok v Mongolia, Award on Jurisdiction and liability, UNCITRAL, 28 April 2011

3. Alex Genin and others v Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award (June, 25, 2001).

4. Transaction cost

مانع از ایجاد تنش شود. سرمایه‌گذارانی که بدانند ممکن است با دعوی متقابل دولت میزبان مواجه شوند، دست از تعقیب قضایی و داوری برمی‌دارند و با جایگزین کردن روش‌های دیگر حل اختلاف مانند مذاکره و سازش از بار پرونده‌های قضایی می‌کاهند. همچنین شهرت از دست‌رفته دولت‌ها در بین سرمایه‌گذاران خارجی می‌تواند با طرح دعوی متقابل تا حدی اعاده شود (Rentlen, 1986: 383). با توجه به رویه داوری‌های موجود در این زمینه می‌توان امکان طرح دعوی متقابل را یک اصل پذیرفته‌شده در داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار دانست.

۲.۴. موافقت قوانین حاکم بر داوری با اصل پذیرش دعوی متقابل

طرفین داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار اغلب در موافقت‌نامه داوری قانون حاکم بر فرایند داوری را انتخاب می‌کنند.^۱ حتی ممکن است طرفین مدل داوری مختص خودشان را طراحی کنند و قواعد مورد توافق خود را بر روند داوری حاکم سازند. اما عرف داوری‌ها نشان از آن دارد که اکثر قریب به اتفاق داوری‌ها به قواعد شناخته‌شده داوری موردی مانند آنستیرال^۲ یا سازمانی مانند ایکسید ارجاع می‌دهند و آن را حاکم بر دعوی احتمالی می‌دانند (Kendra, 2013: 575). قواعد آنستیرال و قواعد ایکسید هر دو به صراحت امکان طرح دعوی متقابل را پیش‌بینی کرده‌اند. علاوه بر این از پیش‌نویس‌های کنوانسیون ایکسید می‌توان فهمید که نویسندگان آن، امکان طرح دعوی متقابل در داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار را مانند داوری‌های معمول تجاری تأیید کرده و بر آن صحه گذاشته‌اند (Rentlen, 1986: 383).

ماده ۴۶ کنوانسیون ایکسید درباره دعوی متقابل چنین مقرر می‌دارد: «در صورت درخواست طرفین دادگاه می‌تواند به هر دعوی طاری یا اضافی یا دعوی متقابلی که مستقیماً مربوط به دعوی مطرح شده است، رسیدگی کند، به شرطی که موضوع در محدوده تراضی طرفین قرار گرفته باشد یا به هر ترتیب دیگری مرکز حل اختلاف صلاحیت رسیدگی به آن را داشته باشد، مگر شرط خلاف شده باشد». این ماده برای استماع دعوی متقابل سه شرط را برشمرده است. اولی مربوط به رضایت طرفین داوری در مورد موضوع و دومی مربوط به ارتباط دعوی متقابل با دعوی اصلی و سومین شرط این است که اگر دعوی متقابل موضوع توافق صریح طرفین نباشد، رسیدگی به آن باید به‌نحوی دیگر در صلاحیت مرکز حل و اختلاف قرار گیرد؛ بدین ترتیب که دعوا مربوط به سرمایه‌گذاری باشد و بین سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان رخ داده باشد و دولت متبوع سرمایه‌گذار و دولت سرمایه‌پذیر عضو کنوانسیون باشند. البته بسیار بعید است که دعوی در ایکسید مطرح شود و این شرایط در آن

1. Lex Arbitri

2. United Na

tions Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Rules

موجود نباشد و به‌طور معمول با احراز شرط اول و اساسی که همان رضایت طرفین دعواست، مرکز صلاحیت را احراز می‌کند. بر این پایه می‌توان گفت که مرکز ایکسید در صورتی که دعوای متقابل برخاسته از موضوع دعوای اصلی باشد و طرفین دعوا بر استماع آن توافق کرده باشند یا شرایط صلاحیت مرکز وجود داشته باشد، دعوای متقابل را قابل استماع می‌داند.^۱ با توجه به مواد دیگر موجود در کنوانسیون و همچنین متن پیش‌نویس‌ها به‌نظر می‌رسد که نویسندگان آن انتظار داشتند تا دعوای متقابل دولت‌ها قابلیت طرح داشته باشد. به هر روی در معاهده ایکسید طرح دعوای متقابل با محدودیتی جز آنچه در ماده ۴۶ ذکر شده است، مواجه نیست.

رئیس بانک جهانی نیز در جریان بهسازی کنوانسیون ایکسید بر اهمیت استماع دعوای اصلی و متقابل دولت‌ها تأکید و اظهار کرد: «با اینکه هدف عالی در این کنوانسیون حمایت و تشویق سرمایه‌گذاری‌های خارجی به‌صورت خصوصی است، اما قوانین کنوانسیون تعادل هوشمندانه‌ای را بین منافع سرمایه‌گذاران خارجی و دولت‌های میزبان برقرار کرده است. علاوه بر آن طبق معاهده دولت‌های سرمایه‌گذار نیز می‌توانند شروع‌کننده جریان داوری باشند و هیأت عامل بانک جهانی همواره بر اعمال مساوی قوانین در مورد هر دو طرف تأکید دارد...» (Farmer, 2016: 18). در قضیه «آمکو و اندونزی»^۲ داوران بیان کردند: «کنوانسیون ایکسید حمایت از هر دو طرف را هدف خود قرار داده است، با همان دایره شمول و با همان میزان شدت...»، شایان ذکر است که قوانین مدلی که در سال ۱۹۶۸ توسط ایکسید در این زمینه منتشر شد، تنها دعوای سرمایه‌گذاران را در برمی‌گرفت که با اصلاح آن در سال‌های بعد امکان طرح دعوای برای دولت نیز به این قوانین مدل اضافه شد که این امر خود مؤید پذیرش دعوای متقابل (Farmer, 2016: 18).

در بیشتر داوری‌های موردی^۳ قانون حاکم بر حل و فصل اختلاف به‌صورت قراردادی قواعد آنسیترال تعیین می‌شود. در داوری‌های موردی که در برخی معاهدات سرمایه‌گذاری یکی از روش‌های حل اختلاف شمرده می‌شود، اغلب قانون آنسیترال به‌عنوان قانون آیینی داوری تعیین می‌شود و بیشتر داوری‌های شکل‌گرفته تا به امروز از قواعد آنسیترال پیروی کرده‌اند. از این‌رو سیر تاریخی این قواعد می‌تواند روشن‌کننده برخی نقاط تاریک قابلیت استماع دعوای متقابل دولت‌ها حتی در داوری‌های مبتنی بر معاهده باشد. در داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار صورت‌گرفته که قانون حاکم آنها قواعد آنسیترال بود، صلاحیت خود را برای رسیدگی به موضوع احراز کرده‌اند. در قضیه «سالوکا و جمهوری چک» داوران مستند به قواعد ایکسید و

۱. ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید

2. Amco Asia Corporation and others v The Republic of Indonesia, 10 May 1988

3. Ad hoc arbitrations

دیوان داوری ایران و آمریکا استدلال کردند که اگر دامنه رضایت طرفین شامل دعوای مورد نظر باشد و اعلام رضایت با عباراتی موسع ابراز شده باشد، دعوای متقابل قابلیت استماع دارد. داوران در نهایت دعوای دولت چک را پذیرفتند و صلاحیت خود را در استماع چنین دعوایی احراز کردند (Saluka Investment B.V v Czech Republic, 2004: 76).^۱ همین استدلال دقیقاً در قضیه «پوشاک و جمهوری مغولستان» از سوی داوران تکرار شد.^۲ حتی در برخی داوریه‌ها صلاحیت هیأت داوری در استماع دعوای متقابل به منزله امری بدیهی تلقی شده است. برای مثال در قضیه «شرکت جنین و استونی» دعوای متقابل دولت استونی بدون هیچ استدلالی قابل استماع دانسته شد با اینکه در نهایت به دلیل مسائل ماهوی نه شکلی رد شد.^۳ در قواعد سال ۲۰۱۰ که اکنون مورد استفاده داوریه‌های مبتنی بر معاهده است، در راستای موسع کردن دامنه شمول دعوای متقابل عبارت «در همان قرارداد» حذف شد (Kendra, 2013: 578). در نظر گرفتن این تغییر توسط کمیسیون اصلاح قواعد آنسیترال مؤید این نظر است که در داوریه‌های مبتنی بر معاهده نیز دولت‌ها می‌توانند با طرح دعوای متقابل حقوق ضایع شده خودشان را بازیابند (Paulson, 2006: 93). بند ۳ ماده ۲۱ قواعد داوری آنسیترال ۲۰۱۰ بیان می‌کند: در زمان تعیین شده برای دفاع یا مراحل بالاتر دادرسی (به شرط آنکه دیوان دلایل موجه برای تأخیر در ارائه دفاع توسط خواننده بیابد)، خواننده می‌تواند دعوای متقابل یا دعوای تهاثر علیه خواهان مطرح کند، به شرط آنکه رسیدگی به دعوای مذکور در صلاحیت دیوان داوری باشد. ماده ۲۳ در مورد «میزان ارتباط دعوای اصلی و دعوای متقابل» ساکت است. کمیسیون تجارت بین‌الملل سازمان ملل در یکی از گزارش‌های خود درباره این ماده بیان می‌کند: طرز نگارش این ماده به حدی وسیع است که نیازی نیست حتماً در مسائل اساسی متناظر با دعوای اصلی باشد، بلکه این ماده موقعیت‌های گسترده‌تری را پوشش می‌دهد (UNCTAD rep, 2007: 31). در زمان تنظیم این ماده پیش‌بینی می‌شد که در آینده، داوریه‌ها ملاک استماع دعوای متقابل دولت‌ها را ارتباط آن با دعوای اصلی برشمردند. این پیش‌بینی با صدور رأی قضیه «سالوکا و جمهوری چک» به واقعیت تبدیل شد. با توجه به رویه داوریه‌های اخیر و قوانین حاکم بر آنها، به راحتی می‌توان گفت که قابل استماع بودن دعوای متقابل دولت‌ها در داوریه‌های مبتنی بر معاهده به عنوان یک اصل پذیرفته شده است.

1. Saluka Investment B.V v Czech Republic, Decision on Jurisdiction over the Czech Republic's counter claim, UNCITRAL, 7 MAY 2004.

2. Pausok v Mongolia, Award on Jurisdiction and liability, UNCITRAL, 28 April 2011

3. Alex Genin and others v Republic of Estonia, ICSID Case No. ARB/99/2, Award (June, 25, 2001)

۵. نتیجه

مفهوم دعوی متقابل در داوری‌های سرمایه‌گذاری دولت-سرمایه‌گذار با توجه به نظام خاص معاهداتی- قراردادی این دعاوی از موضوعات چالش‌برانگیز این نوع از داوری‌هاست. به این ترتیب که دولت میزبان سرمایه‌ایجاب خود را در معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه از قبل گنجانده است. برای شروع فرایند داوری و استفاده از این اختیار توسط سرمایه‌گذاران خارجی، این افراد باید به ایجاب موجود در معاهده، به روش پیش‌بینی شده در معاهده، پاسخ دهند و آن را قبول کنند. در صورت عدم پیش‌بینی روش خاص برای بیان قبول توسط سرمایه‌گذار خارجی، با شروع فرایند داوری توسط وی و طرح شکایت در دیوان داوری قرارداد داوری منعقدشده محسوب می‌شود و سرمایه‌گذار به‌طور ضمنی به ایجاب دولت میزبان برای ارجاع اختلاف به داوری، قبول خود را الحاق کرده است.

احراز صلاحیت برای استماع دعاوی خواهان در داوری مستلزم احراز صلاحیت برای استماع دعاوی متقابل دولت‌های میزبان نیست. برای اینکه دعاوی متقابل نیز مورد بررسی دیوان داوری قرار بگیرد، داوران باید برای این دعاوی به‌صورت جداگانه صلاحیت خود را احراز کنند و این امر به این معناست که قابلیت استماع دعاوی متقابل باید در محدوده تراضی طرفین و منطبق با آن باشد. داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار مکانیسم خاصی دارند، به این ترتیب که مرزهای رضایت طرفین در ایجاب دولت میزبان که در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ذکر شده است، مشخص می‌شود و با دقت در ادبیات و لحن معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه به دست می‌آید. سرمایه‌گذار تنها می‌تواند این ایجاب را به‌طور کامل رد یا قبول کند و توانایی ایجاد تغییر در ایجاب مذکور را ندارد. برای تعیین محدوده رضایت طرفین باید توجه داشت که آیا استماع دعاوی متقابل دولت‌ها نیز در متن ایجاب، قابل پیش‌بینی است یا با توجه به ادبیات آن قابلیت استماع چنین دعاوی وجود ندارد. متأسفانه تعداد کمی از معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه وجود دارند که دارای احکامی در مورد موضوع دعاوی متقابل باشند. اما این دلیل نمی‌شود که این دعاوی به‌طور کلی در چنین داوری‌هایی قابلیت استماع نداشته باشند. رویه داوری ثابت کرده است که حتی در مواردی که معاهده سرمایه‌گذاری حکمی در خصوص دعاوی متقابل ندارد، داوران به قابلیت استماع دعاوی متقابل مبتنی بر چنین معاهداتی حکم می‌کنند.

همان‌طور که معاهده سرمایه‌گذاری سندی است که بر پایه آن دعاوی داوری شکل می‌گیرد، متن آن نیز منبع اولیه برای احراز قابلیت استماع دعاوی متقابل دولت‌هاست. در جایی که معاهده سرمایه‌گذاری امکان طرح دعاوی متقابل را پیش‌بینی نکرده و یا طرح آن را ممنوع کرده است، حتی در صورتی که در قوانین آیینی حاکم بر داوری، استماع چنین دعاوی پذیرفته

شده باشد، داوران به عدم قابلیت استماع دعاوی متقابل نظر خواهند داد. به طور کلی به دولت‌های میزبان سرمایه مثل ایران پیشنهاد می‌شود که در معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه خود از ادبیاتی شفاف استفاده کنند و به‌صراحت در متن معاهده، امکان طرح دعاوی متقابل را به رسمیت شناسند یا با اصلاح آنها تا حد امکان از ضایع شدن حقوق خود در داوری‌های دولت-سرمایه‌گذار جلوگیری کنند. نمونه معاهداتی مثل «کومیس»^۱ که در آنها به‌صراحت نقض حقوق داخلی کشور میزبان از جمله مواردی است که سرمایه‌گذار خارجی را در موقعیتی قرار می‌دهد که بتوان علیه آنان در مراجع داوری طرح دعوا کرد، می‌تواند راهنمای خوبی باشد تا در صورتی که ایران قدرت چانه‌زنی در مذاکره با کشوری را داشت، بتواند چنین شروطی را در معاهدات سرمایه‌گذاری درج کند، بدیهی است که به‌علت سرمایه‌پذیر بودن کشور ایران چنین شرطی هیچ‌گاه به ضرر او و اتباعش نخواهد بود. همچنین به‌نظر می‌رسد با توجه به امکان طرح دعاوی توسط دولت‌ها (به‌عنوان خواهان) علیه سرمایه‌گذاران در مرکز حل و فصل اختلاف یکسید و همچنین تصریح به پذیرش دعاوی متقابل دولت میزبان در پروتکل الحاقی سازمان همکاری اسلامی در ایجاد سازوکار دائمی حل اختلاف سرمایه‌گذار-دولت، با پیوستن به چنین معاهدات چندجانبه‌ای تا حدی بتوان این خلأ قانونی و حقوقی را پر کرد تا از رهگذر آنها دولت‌های میزبان سرمایه بتوانند راه طرح دعوا و به طریق اولی طرح دعاوی متقابل را هموارتر کنند.

بیانیه نبود تعارض منافع

نویسندگان اعلام می‌کنند که تعارض منافع وجود ندارد و تمام مسائل اخلاق در پژوهش را شامل پرهیز از دزدی ادبی، انتشار و یا ارسال بیش از یک بار مقاله، تکرار پژوهش دیگران، داده‌سازی یا جعل داده‌ها، منبع‌سازی و جعل منابع، رضایت ناآگاهانه سوژه یا پژوهش‌شونده، سوءرفتار و غیره، به‌طور کامل رعایت کرده‌اند.

منابع

الف) فارسی

۱. شمس، عبدالله (۱۳۹۳). *آیین دادرسی مدنی پیشرفته*. ج ۲، تهران: دراک.
۲. غمامی، مجید (۱۳۸۳). «دعوی متقابل». *مجله حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران*، ۶۶. در: https://jflps.ut.ac.ir/article_11232.html (۱ آبان ۱۴۰۱)
۳. کاتوزیان ناصر (۱۳۸۲). *نظریه عمومی تعهدات*. تهران: میزان.
۴. کاتوزیان ناصر (۱۳۶۸). «اعتبار امر قضاوت‌شده». *مجله حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه تهران*، ۳۸ (۱)، در: https://jlq.ut.ac.ir/article_19429.html (۱ مهر ۱۴۰۱)

1. Investment Agreement for Establishing the Common Market for Eastern and Southern Africa. (COMESA)

(ب) خارجی

Books and Articles

5. Alison Dundes, R. (1986). *Encountering Counterclaims*. *Denver journal of International Law and Policy*. <https://digitalcommons.du.edu/djilp/vol15/iss2/12/>, 379 - 394 (Accessed 30, September, 2022)
6. Bjorkland, K. (2013). The role of counterclaims in Rebalancing Investment Law. *Clark Law Review*. <https://law.lclark.edu/live/files/12556-2012-fall-forumbjorklund-paper>, 462 - 479, (Accessed 30, December, 2022)
7. Vohryzek, A. (2009). State Counterclaims in Investor-State Disputes: A History of 30 Years of Failure. *15 International Law, Revista Colombiana de Derecho International*. <https://ssrn.com/abstract=2338135>, 135 - 146, (Accessed 15, October, 2023)
8. Atanasova, D., Benoit, C., Adrian, M., & Osransky, J. (2014). The Legal Framework for Counterclaims in investment Treaty Arbitration. *Journal of International Arbitration* 31(3). <https://unov.tind.io/record/42452?ln=en>
9. Atanasova, D., Benoit, C., Adrian, M., & Osransky, J. (2012). Counterclaims in Investor-State Dispute Settlement under International Investment Agreements. *Graduate Institute Center for Trade and Economic Integration*. <https://repository.graduateinstitute.ch/record/296913?ln=en>, 535 -537 (Accessed 21, October, 2023)
10. Alvik, I., (2011). *Contracting with Sovereignty: State Contracts and International Arbitration*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2011. ISBN 978-1-84113-657-8, 320 pages. DOI 10.1163/157181011X598463
11. Douglas, Z. (2013). The enforcement of environmental norms in investment treaty arbitration?, *Cambridge University Press*. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139344289.019>
12. Douglas, Z. (2009). The International Law of Investment claims. *Cambridge University Press*. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511581137>
13. Christopher K. (2005). Set off in International Arbitration- what can Asian Region Learn?. *first Asian International journal*, 141 - 162, <http://edoc.unibas.ch/dok/A5263875>
14. Schreuer, H., (2015). Do We Need Investment Arbitration?. in *Jean E. Kalicki and Anna JoubinBret (eds) Reshaping the Investor-State Dispute Settlement System: Journeys for the 21st Century, Leiden*. https://doi.org/10.1163/9789004291102_001
15. Freidman, M. (2014). Can State Counterclaims Salvage Investment Arbitration?. *World Arbitration & Mediation Review* 8. <https://jsumundi.com/en/document/publication/en-can-state-counterclaims-salvage-investment-arbitration>, (Accessed 01, November, 2023)
16. Dolzer R, Scheruer, Ch, (2012). *Principals of International Investment*. 2nd edition, Oxford University Press.
17. Hoffman, A. (2013). Counterclaims in Investment Arbitration. *ICSID Review*. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/arbitrators/2021-06/CV_Hoffmann.pdf
18. Hege, K. (2013). *The scope of the arbitration agreement: claims and counterclaims of National Nature*. in applicable law in Investment Arbitration, Oxford University Press. 104 - 155, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199656950.003.0004>
19. Pualsson, J. (2005). Jurisdiction and Admissibility. *Global Reflection on International Law, Commerce and Dispute Resolution, ICC Publication*. 603 -624, <https://pcacases.com/web/sendAttach/2315>, (Accessed 30, July, 2023)
20. Farmer, K., (2016). The Best Defence is a Good Offense – State Counterclaims in Investment Treaty Arbitration. *Victoria University of Wellington Journal*. <https://researcharchive.vuw.ac.nz/xmlui/bitstream/handle/10063/5004/paper.pdf?sequence=1> (Accessed 21, October, 2022)
21. Klaus, P. B. (1999). Set off in International Economic Arbitration. *15 Arbitration International*. <https://doi.org/10.1093/arbitration/15.1.53>
22. Kendra, T. (2013). State counterclaims in Investment Arbitration- A New Lease of Life?. *29th Arbitration International*. <https://brill.com/display/book/9789004453692/back-1.xml?language=en>, (Accessed 01, October, 2022).

Cases

23. Amco Asia Corporation and others v The Republic of Indonesia (1993). Resubmitted Case, ICSID Case No. ARB/81/1, Decision on Jurisdiction (1988). 1 ICSID Reports. <https://www.italaw.com/cases/3475>, (Accessed 02, September, 2023)

24. Alex Genin and others v Republic of Estonia (2001). ICSID Case No. ARB/99/2, Award, <https://www.italaw.com/cases/484>, (Accessed 12, October, 2022)
25. Antoine Goetz and others v Republic of Burundi (2012). ICSID Case No. ARB/01/2, Award. <https://www.italaw.com/cases/1487>, (Accessed 21, October, 2023)
26. Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador (2017). ICSID Case No. ARB/08/5, Decision on Ecuador's Counterclaims. <https://www.italaw.com/cases/181>, (Accessed 22, June, 2023)
27. Bosnia and Herzegovina v Yugoslavia (1997). Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide Counter-Claims, Order, 17 December, <https://www.icj-cij.org/case/91>, (Accessed 10, August, 2023)
28. Democratic Republic of the Congo v Uganda (2001). Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo, Counter-Claims Order, ICJ Rep, <https://www.icj-cij.org/case/116>, (Accessed 09, October, 2023)
29. Gould Marketing, Inc. v Ministry of National Defense of Iran, (1983). Interlocutory Award, Iran-US Cl. Trib. Rep. 146, <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-gould-marketing-inc-as-successor-to-hoffman-export-corporation-v-ministry-of-defence-of-the-islamic-republic-of-iran-award-award-no-136-49-50-2-friday-22nd-june-1984-1>, (Accessed 30, July, 2023)
30. Metal-Tech Ltd v Republic of Uzbekistan (2013). ICSID Case No. ARB/10/3, <https://www.italaw.com/cases/2272>, (Accessed 30, September, 2023)
31. Philip Morris Brand Sarl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A.(Uruguay) v Oriental Republic of Uruguay, (2016). ICSID Case No. ARB/10/7, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/368/philip-morris-v-uruguay>, (Accessed 30, January, 2022)
32. Saluka Investments B.V. v Czech Republic, (2004). UNCITRAL, Decision on Jurisdiction Over the Czech Republic's Counterclaim, <https://www.italaw.com/cases/961>, (Accessed 19, October, 2023)
33. Sergei Paushok et al v The Government of Mongolia (2011). UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability. <https://www.italaw.com/cases/816>, (Accessed 21, September, 2023)
34. Spyridon Roussalis v. Romania (2011). ICSID Case No. ARB/06/1. <https://jsumundi.com/fr/document/decision/en-spyridon-roussalis-v-romania-award-wednesday-7th-december-2011>, (Accessed 30, September, 2023)



Research Paper

Counter Claims in Investor-State Treaty-based Arbitration

Majid Ghamami^{1✉*} , Amin Arzhangi² 

1. Corresponding Author: Associate Professor of Law, Private & Islamic Law Department, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: mghamami@ut.ac.ir

2. PhD Candidate in International Trade and Investment Law, Faculty of Law and Political Sciences, University of Tehran, Iran. Email: amin.arzhangi@ut.ac.ir

Abstract

Counterclaims are very rare in treaty arbitration. According to UNCTAD, there have been over 800 treaty-based investor-state arbitrations to date, but unlike commercial arbitration and litigation, where a respondent is usually entitled to raise a counterclaim, the issue of counterclaims in treaty-based investment arbitration is problematic, or at least challenging, for arbitrators. Host State counterclaims in investment treaty arbitration are rarely raised and never successful, to the extent that one commentator has described their use as "thirty years of failure". This is mainly due to the nature of treaty arbitration, which operates as a triangular system where home and host States enter into an IIA, and investor benefits from the provisions of that IIA. This system often leads to an asymmetry of procedural rights, where only an investor can sue a host state, but not vice versa. This asymmetry in turn often leads to the deprivation of the right to bring counterclaims against investors. Nevertheless, counterclaims have an important role to play in treaty arbitration.

While state counterclaims are permitted in principle under the ICSID Convention and the UNCITRAL Arbitration Rules, meeting the jurisdictional and admissibility requirements has proved more complex. This paper examines several key treaty provisions to identify those treaties that are more or less likely to extend a tribunal's jurisdiction "ratione materiae" over state counterclaims. The paper then examines the requisite connection that must exist between a counterclaim and the principal claim. A survey of international jurisprudence supports the paper's conclusion that recent treaty tribunal decisions have taken an unjustifiably narrow and often inconsistent

* **How to Cite:** Ghamami, Majid; Amin Arzhangi . (2023, Summer) "Counter Claims in Investor-State Treaty-based Arbitration" *Private Law Studies Quarterly*, 53, 2: 253- 273, DOI: <https://doi.org/10.22059/JLQ.2023.298707.1007347>

Manuscript received: 1 June 2021; final revision received: 28 February 2023; accepted: 21 June 2023, published online:16 August 2023



approach to the requisite connection, to the extent that it may be virtually impossible for states to assert counterclaims under the current formulation. This paper proposes an alternative approach.

This research examines the obstacles host states face in asserting counterclaims in investment treaty arbitration and critiques the reasoning of tribunals that have refused to hear state counterclaims. To this end, the paper proceeds in three substantive parts: it defines counterclaims, explains the overarching purpose of international investment law and arbitration, and promotes the potential value that a more permissive approach to host-state counterclaims could bring to the international investment regime. The paper agrees that investment tribunals should undertake the factual and legal assessment of the requisite nexus. However, in contrast to current practice, this paper recommends that legal nexus should be satisfied if a counterclaim relates to the same investment as the main claim, rather than insisting on symmetry in the legal instruments underlying the claims. This approach is likely to be more consistent with the jurisdiction of the tribunal as reflected in the relevant bilateral investment treaty. Crucially, this alternative approach also leaves open the possibility for state counterclaims to be based on the general domestic law of the host state.

A greater role for host state counterclaims in investment treaty arbitration has the potential to save host states and foreign investors the time and expense of protracted battles in different fora over related disputes. Even in the same form, giving both parties the means to go on the offensive, rather than reserving this right to investors, may make states more willing to arbitrate and deter foreign investors from bringing weak claims. Despite these advantages, host state counterclaims are rarely brought and never successful. The first barrier is jurisdiction. Investment treaties make a standing offer to foreign investors which, once accepted, results in an arbitration agreement. This agreement determines the jurisdiction of the tribunal. The definition of the scope of disputes that the parties have agreed to submit to arbitration is of paramount importance. It will be easier for host states to assert counterclaims if the tribunal's jurisdiction is broad "*ratione materiae*", whether it is general, referring to "all disputes", or delineates several legal sources, such as authorizations and agreements. resolution clauses may limit the scope of the dispute to host state obligations or to the exclusive application of international law and/or the BIT. Other subsidiary provisions of the BIT may also help to limit the scope of the dispute. It will be easier for host states to assert counterclaims if they have *locus standi* or if the treaty explicitly directs the tribunal to apply the host state's general domestic law - but neither is determinative.

The second obstacle is the requisite connection. A survey of international jurisprudence shows a general tendency to treat the requisite connection as a matter of both fact and law. The ICJ has adopted a flexible approach to the issue, treating both fact and law as relevant but neither as determinative. The Iran/US Claims Tribunal and treaty-based arbitral tribunals have taken a stricter approach, insisting on the symmetry of the legal instruments underlying the counterclaim and the claim. While a strict approach to legal symmetry may make sense in a commercial context, it does not apply to

treaty-based arbitration because host states cannot assert counterclaims under the BIT. Nothing in the BIT test suggests that such a strict requirement is necessary. Moreover, tribunal practice suggests that counterclaims based on domestic law are prima facie inadmissible. The conclusion is that it would be virtually impossible for States to assert a counterclaim under the current formulation of the requisite connection test.

Practice shows that counterclaims are in principle admissible in contract arbitration. However, their admissibility depends on certain factors:

- (1) the counterclaims must fall under the consent of the disputing parties (state and investor); and
- (2) they must be (closely) related to the main claim.

Keywords: Counterclaim, Treaty-based Arbitration, treaty breach, host state, ICSID

Declaration of conflicting interests

The author declares no potential conflicts of interest with respect to the research, authorship, and/or publication of this article.

Funding

The authors received no financial support for the research, authorship, and/or publication of this article.



This article is an open-access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC-BY) license.