



University of Tehran Press

The extent of the State's Discretion in Protecting Essential Interests in International Investment Law

Mohammadreza Shakib^{1✉} | Abbasali Kadkhodaei²

1. Corresponding Author; Ph.D. in International law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: shakib.mohammadreza@gmail.com
2. Prof., Department of Public Law, Faculty of Law and Political Science, University of Tehran, Tehran, Iran. Email: kadkhoda@ut.ac.ir

| Article Info | Abstract |
|--|--|
| <p>Article Type: Research Article</p> <hr/> <p>Pages: 1-26</p> <hr/> <p>Received: 2024/05/08</p> <p>Received in Revised form: 2024/08/18</p> <p>Accepted: 2024/11/11</p> <p>Published online: -----</p> <hr/> <p>Keywords: <i>International Investment Law, Security Exception Clause, State Discretion, Investment Treaties, Essential Security Interests.</i></p> | <p>The "security exception" Clause, which is referred to as a safety valve, was provided for the first time in Article 21 of "GATT (1947)" in order to protect states from their "Essential security interests" and contains a phrase (which it [contracting party] considers necessary) that gave a Very Considerable Discretion to the member states. In the following years, the desire of countries to attract foreign capital made them often omit its inclusion in investment agreements; But the concern of the governments regarding the Essential interests, especially in recent years, has led to the re-insertion of the above phrase in the Clause of the security exception. Now we have to ask how the evolution of the discretion of the governments has been and whether they have sought to expand the discretion in the meaning of Article 21 of the GATT or are they thinking beyond it? By examining the procedures of the States and the international jurisprudence, it seems that not only the governments sought to obtain "Very Considerable discretion", but some were not even satisfied with that and by depriving the competence of investigating authority of the security exception, they sought to obtain "full discretion" in matters related to their Essential security interests.</p> |
| <p>How To Cite</p> | <p>Shakib, Mohammadreza; Kadkhodaei, Abbasali (2025). The extent of the State's Discretion in Protecting Essential Interests in International Investment Law. <i>Public Law Studies Quarterly</i>, -- (--), 1-26. DOI: https://doi.com/10.22059/jplsqt.2024.376042.3527</p> |
| <p>DOI</p> | <p>10.22059/jplsqt.2024.376042.3527</p> |
| <p>Publisher</p> | <p>The University of Tehran Press.</p> |





گستره صلاحدید دولت در حفاظت از منافع اساسی

در حقوق بین الملل سرمایه گذاری

محمد رضا شکیب^۱ | عباسعلی کدخدایی^۲

۱. نویسنده مسئول؛ دانش آموخته دکتری حقوق بین الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: shakib.mohammadreza@gmail.com

۲. استاد، گروه حقوق عمومی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، تهران، ایران. رایانامه: kadkhoda@ut.ac.ir

| اطلاعات مقاله | چکیده |
|---|---|
| <p>نوع مقاله: پژوهشی</p> <p>صفحات: ۲۶-۱</p> <p>تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۲/۱۹</p> <p>تاریخ بازنگری: ۱۴۰۳/۰۵/۲۸</p> <p>تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۸/۲۱</p> <p>تاریخ انتشار برخط:</p> | <p>شرط «استثنای امنیت» که از آن به عنوان یک سوپاپ اطمینان یاد می شود، برای اولین بار در ماده ۲۱ «گات (۱۹۴۷)» و جهت حفاظت دولت ها از «منافع اساسی امنیتی» شأن پیش بینی شد و حاوی عبارتی (چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد) بود که صلاحدید بسیار گسترده ای به دولت های عضو اعطا می کرد. در سال های بعد، تمایل کشورها به جذب سرمایه خارجی موجب شد تا در موافقت نامه های سرمایه گذاری، اغلب از درج آن صرف نظر کنند؛ اما نگرانی دولت ها نسبت به منافع اساسی، به ویژه در سال های اخیر، موجب درج مجدد عبارت مذکور در شروط استثنای امنیت شده است. اکنون باید پرسید که سیر تحول صلاحدید دولت ها چگونه بوده و آیا آنها به دنبال گسترش صلاحدید در معنای ماده ۲۱ گات بوده اند یا به فراتر از آن می اندیشند؟ با بررسی رویه دولت ها و رویه قضایی بین المللی به نظر می رسد نه تنها دولت ها در پی کسب «صلاحدید بسیار گسترده» هستند، بلکه برخی حتی بدان نیز بسنده نکرده و با سلب صلاحیت مرجع رسیدگی کننده نسبت به استثنای امنیت، در پی کسب «صلاحدید کامل» در موضوعات مربوط به منافع اساسی امنیتی خود هستند.</p> |
| <p>کلیدواژه ها:</p> <p>حقوق بین الملل سرمایه گذاری، شرط استثنای امنیت، صلاحدید دولت، معاهدات سرمایه گذاری، منافع اساسی امنیت.</p> | <p>شکیب، محمد رضا؛ کدخدایی، عباسعلی (۱۴۰۳). گستره صلاحدید دولت در حفاظت از منافع اساسی در حقوق بین الملل سرمایه گذاری. <i>مطالعات حقوق عمومی</i>، -- (--)، ۱-۲۶.</p> <p>DOI: https://doi.com/10.22059/jplsq.2024.376042.3527</p> |
| DOI | 10.22059/jplsq.2024.376042.3527 |
| ناشر | مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران. |



۱. مقدمه

جنگ‌های سی‌ساله مذهبی (۱۶۱۸ - ۱۶۴۸) همچون آتشی بود که اروپا را به ویرانه‌ای تبدیل کرد و از خاکستر آن اروپای جدید سر برآورد. این جنگ‌ها در نهایت به صلحی میان طرفین درگیر منجر شد که به صلح وستفاليا معروف شد. از خرابه‌های این جنگ مفاهیم و تحولات جدیدی ظهور کرد که آثار ماندگاری به جای گذارد. از آن به بعد «دولت» واحد پایه در روابط بین‌الملل قلمداد شد و با قاعده‌مند شدن روابط بین‌المللی کشورها مفهوم جدیدی به نام حقوق بین‌الملل ظهور و بروز پیدا کرد و حاکمیت کشور یعنی حق هر کشوری برای انتخاب ساختار داخلی و جهت‌گیری سیاسی خود به دور از مداخله دیگران ارزش والایی پیدا کرد. بنابراین حقوق بین‌الملل در عین حال که نظامی دولت‌محور است، به‌عنوان انتظام بخش روابط بین‌المللی، قواعد و مقررات خود را اغلب از محدود شدن «حاکمیت دولت‌ها» به‌دست آورده است.

مهم‌ترین وظیفه حاکمیت را باید حفاظت از «منافع ملی» بدانیم؛ مفهومی که مهم‌ترین مصالح و منافع یک کشور را در برمی‌گیرد و اصلی‌ترین عامل تأثیرگذار بر سیاست خارجی کشورهاست. منافع ملی مفهومی پیچیده است و مهم‌ترین دلیل آن نیز تعاریف متفاوت هر کشور از آن است. هر کشوری بنا به پیشینه، موقعیت جغرافیایی، فرهنگ، ساختارهای اجتماعی و اهداف تعریف منحصربه‌فردی از منافع ملی دارد و شاید بتوان گفت که جدی‌ترین عامل اختلاف میان کشورها نیز منافع ملی است که بنا به تعریف خود از منافع ملی و میزان شباهت‌ها و تفاوت‌ها در خصوص آن از هم دور و یا به هم نزدیک می‌شوند.

از نظر برخی، منافع ملی متشکل از اهداف سیاسی و چراغ راه سیاست خارجی است و حیاتی‌ترین نیازهای یک کشور تلقی می‌گردد و شامل استقلال، تمامیت ارضی، امنیت، رفاه اقتصادی و حفظ بقاست (قوام، ۱۳۷۳: ۱-۲). در فرهنگ لغت روابط بین‌الملل، منافع ملی اساسی‌ترین و نهایی‌ترین عامل و هدفی ذکر شده که حکام یک کشور را به طراحی سیاست خارجی رهنمون می‌سازد و نوعاً مفهومی دربرگیرنده اساسی‌ترین نیازهای یک کشور از جمله تمامیت ارضی، امنیت، استقلال و رفاه اقتصادی است (Olton, 1988: 15). با این حال، در خصوص منافع ملی تعریف واحدی وجود ندارد و می‌توان از یک تشتمت مفهومی در خصوص آن صحبت کرد (پیری و دهقانی، ۱۳۹۷: ۱۶۲) و در عمل هر کشوری بنا به سیاست‌ها و مقتضیات ملی خود منافع ملی را تعریف و مصادیق آن را مشخص می‌نماید.

به‌طور حتم، قدرت نقشی اساسی در تعریف و تعیین مصادیق منافع ملی و حفاظت از آن دارد و حکومت‌ها در پی استفاده حداکثری در این خصوص هستند. با این حال، آنچه تا حدودی مانع خودسری دولت‌ها و اعمال مطلق حاکمیت شده است، همانا اراده آنها از رهگذر موافقت‌نامه‌های بین‌المللی و ضرورت زیست در جامعه بین‌المللی بوده است و موافقت‌نامه‌های تجاری - سرمایه‌گذاری را باید از مهم‌ترین ابزارهای محدود شدن حاکمیت کشورها تلقی کرد.

واقعیت جهان کنونی این است که از یک طرف کشورهایی با حاکمیت‌های برابر قرار دارند و به دنبال بهره‌بری حداکثری از قدرت حاکمه خود به‌ویژه در راستای حفاظت از منافع ملی‌شان هستند و از طرف دیگر سرمایه‌گذارانی قرار دارند که پیرو اهداف مالی خود و بنا به نیاز و ضروریات اقتصادی کشورها، با آنها مرادوات تجاری - سرمایه‌گذاری ایجاد می‌کنند. از این رهگذر لازم بود تا برای اطمینان بخشی به سرمایه‌گذاران، در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری «حقوق حمایتی» برای آنها پیش‌بینی شود. با این حال، حقوق که به منظور نظم‌بخشی به اجتماع (داخلی و بین‌المللی) پا به عرصه نهاده، نمی‌تواند فارغ و مستقل از واقعیت‌های موجود باشد و به‌هنگام اعمال قواعد حقوقی بایستی اولویت را به وقایع حقوقی داد و وضعیتی متناسب با آنها بجا آورد. از این‌روی، مقرره‌ای تحت عنوان «استثنای امنیت»^۱ به عنوان یک «سوپاپ اطمینان» در بسیاری از موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری پیش‌بینی شد تا در مواقع تهدید «منافع اساسی»^۲، دولت‌ها بتوانند فارغ از حقوق حمایتی سرمایه‌گذار اقدامات لازم و ضروری برای حفاظت از منافع اساسی‌شان به‌عمل آورند. منافع اساسی کشور و به‌خصوص منافع امنیتی از جایگاه والایی برخوردار است و آن‌گونه که قاضی آنزیلوتی و قاضی هوبر در نظر مشترک مخالف خود در قضیه ویملدون بیان کردند:

«حق یک دولت برای اتخاذ روشی که بهترین راه برای مقتضیات امنیت و حفظ تمامیت خود تلقی می‌کند، به قدری ضروری است که در صورت تردید، شروط معاهده نمی‌تواند به‌نحوی تفسیر شود که موجب محدود شدن چنین حقی گردد» (PCIJ Series, 1923: 37(3))

مهم‌ترین مبنای شروط استثنا را باید در «اصل انصاف» جست‌وجو کرد که مقرر می‌دارد حمایت از سرمایه‌گذار نباید موجب آسیب به منافع دولت میزبان شود (Wang, 2017: 449). به‌عبارتی، درج چنین شرطی بدان منظور است که اگر معاهده‌ای واجد میزانی از ریسک باشد، بتوان نوعی «توازن در ریسک»^۳ را بدان تزریق کرد که معاهده یک‌طرفه تنظیم نشده باشد و همان‌طور که حقوق حمایتی قابل توجهی برای سرمایه‌گذار پیش‌بینی کرده است و نقض آنها مسئولیت دولت را در پی خواهد داشت، در صورت لزوم به کمک دولت بیاید و چنانچه منافع اساسی‌اش به خطر افتاد و اقدامات حفاظتی اتخاذ کرد، مسئولیتی متوجه‌اش نباشد (Burke-White & von Staden, 2007: 314). در همین زمینه، هیأت رسیدگی سازمان تجارت جهانی در قضیه اقدامات مربوط به خاک‌های کمیاب بیان کرد: «استثنای عمومی و امنیت به‌دنبال ایجاد توازن میان منافع حاکمیتی دولت و تجارت آزادند» (Panel Report, 2014: 7.137).

برای نخستین بار، در سال ۱۹۴۷ مقرر «استثنای امنیت» در موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت

1. Security Exception
2. Essential Interests
3. Risk-Allocation Function

«گات»^۱ پا به عرصه معاهداتی نهاد و ماده ۲۱ آن که هسته اصلی و اولیه شرط استثنای امنیت است و بسیاری از معاهدات بعدی از ادبیات آن پیروی کرده‌اند، مقرر می‌دارد:

«هیچ امری در موافقت‌نامه حاضر بدان معنا نیست که:

الف) یک دولت متعهد را ملزم به ارائه اطلاعاتی کند که افشای آنها را مغایر با منافع اساسی امنیتی خود تلقی نماید؛

ب) یک دولت را از اتخاذ هرگونه اقدامی که برای حفاظت از منافع اساسی امنیتی خود ضروری تلقی می‌کند، مانع گردد. چنین اقدام (اقداماتی) ممکن است: ...»^۲

در این نوشتار^۳ در پی پاسخگویی به این پرسش هستیم که سیر تحول صلاحدید دولت‌ها چگونه بوده است و آیا دولت‌ها به دنبال گسترش صلاحدید خود در معنای ماده ۲۱ گات بوده‌اند یا به فراتر از آن یعنی صلاحدید کامل می‌اندیشند؟ بدین منظور پس از طرح بحث در چکیده و مقدمه، فراز و فرود گستره صلاحدید دولت را مورد توجه قرار داده‌ایم که بیانگر وجود «صلاحدید بسیار گسترده» برای دولت در حفاظت از منافع اساسی (امنیتی) در بدو پیدایش رسمی شرط استثنای امنیت است که پس از آن بنا به ملاحظات اقتصادی و لزوم جذب سرمایه‌گذاری خارجی تب و تاب چنین صلاحدید فروکش کرد و دولت‌ها از ادبیاتی که متضمن «صلاحدید محدودتر» بود، در موافقت‌نامه‌های تجاری - سرمایه‌گذاری استفاده کردند. سپس بررسی خواهد شد که چگونه بروز نگرانی در دولت‌ها بر ادبیات استثنای امنیت اثر گذاشت و مجدداً «صلاحدید بسیار گسترده» به صدر چالش‌های حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری بازگشت و رویکرد محاکم بین‌المللی نیز از آن بی‌نصیب نماند. در نهایت متوقف نشدن کشورها به این میزان از صلاحدید بسیار گسترده و متعاقباً تماایل برخی از آنها به کسب «صلاحدید کامل» مورد توجه قرار گرفته است.

1. The General Agreement on Tariffs and Trade (1947).

2. to prevent any contracting party from taking "any action" "which it considers necessary" for the protection of its "essential security interests".

۳. در خصوص پیشینه پژوهش در ادبیات حقوقی فارسی و انگلیسی شایان ذکر است که تحقیقات زیادی در زمینه منافع اساسی دولت و شرط استثنای امنیت صورت گرفته، اما در هیچ‌کدام به‌طور خاص موضوع گستره صلاحدید دولت بررسی نشده است. برای مثال در مقاله «استناد به استثنای امنیت ملی در نظام معاهدات بین‌المللی» بر درج این شرط در معاهدات مختلف عمومی - بین‌المللی، یا در مقاله «بررسی رویکرد دیوان‌های داوری ایکسید به دفاع ضرورت و شرط استثناء: تأملی بر پرونده‌های گازی آرژانتین»، بر تفاوت شکلی - ماهوی استثنای امنیت و دفاع عرفی ضرورت در خلال برخی آرای ایکسید، یا در مقاله «کارکرد منافع ملی حیاتی در حوزه‌های انسانی حقوق بین‌الملل: حقوق بشردوستانه» بر حوزه حقوق بشردوستانه و در مقاله «ماهیت حقوقی شروط استثناء به‌عنوان عامل محدودکننده قلمرو تعهدات ماهوی معاهده و آثار این توصیف در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری» بر تعیین ماهیت چنین شروطی تمرکز شده است.

۲. فراز و فرود گستره صلاحدید دولت

واژه «صلاحدید»^۱ یا «حاشیه صلاحدید»^۲ به معنای قضاوت شخصی یا اختیار تصمیم‌گیری آزادانه بدون کسب اجازه از شخص یا نهاد دیگر معنا شده است و «اختیار صلاحیدی»^۳ نیز به معنای توانایی یک شخص (حقیقی یا حقوقی) است که بنا به تشخیص خود تصمیم بگیرد در خصوص موضوعی مشخص اقدامی انجام دهد یا خیر (Garner, 2009: 534, 1288). به نظر می‌رسد که صلاحدید مدنظر در شرط استثنای امنیت و استثنای عمومی^۴، اختیاری است که دولت به منظور اهداف مربوط به حفاظت از منافع ملی و منافع اساسی از آن برخوردار است.

گفته شده که برای اولین بار در گزارش کمیسیون حقوق بشر اروپا (۱۹۵۸) و در اختلاف قبرس و بریتانیا اصطلاح صلاحدید به کار رفته است (عبدی و زمانی، ۱۳۹۶: ۶۴). با این حال، اعمال صلاحدید به منظور حفاظت از منافع اساسی به خیلی قبل از آن و در چارچوب دکترین «خود پاسداری یا صیانت از خود»^۵ برمی‌گردد که می‌توان این دکترین را سلف «دفاع ضرورت» مندرج در ماده ۲۵ طرح مسئولیت دولت‌ها تلقی کرد.^۶ به موجب دکترین خود پاسداری، دولت‌ها می‌توانستند برای حفظ موجودیت خود و حفظ منافع حیاتی خود دست به اقدامات مقتضی و ضروری بزنند و به‌طور قطع در تشخیص «تهدید موجودیت» و در تعیین «اقدامات مقتضی» از صلاحدید شایان توجهی برخوردار بوده‌اند. در قضایای جنرال اورینوکو (French- Venezuelan commission, 1905: 280) و اسکار شین (PCIJ Series, 1934: 112) دکترین خود پاسداری تأیید شده یا دست‌کم، استدلال طرفین اختلاف مبتنی بر آن بوده است. همان‌گونه که ملاحظه شد، ماده ۲۱ گات برای اولین بار استثنای امنیت را وارد ادبیات معاهداتی کرد

1. Discretion

2. Margin of Discretion

3. Discretionary Power

۴. شرط «استثنای عمومی (General Exception)» نیز همچون شرط استثنای امنیت برای محافظت از منافع ملی بوده و برای اولین بار در ماده ۲۰ گات مقرر شد. تفاوت این دو در این است که استثنای عمومی از منافع عمومی مانند نظم، امنیت، بهداشت و اخلاق عمومی و ... و استثنای امنیت از منافع اساسی یا منافع اساسی امنیتی محافظت می‌کند. همچنین گستره صلاحدید دولت در استناد به استثنای امنیت بیشتر است؛ اما آستانه توسل بالاتری نیز با توجه به عبارات موجود در آن مانند «اساسی» بودن منفعت دارد.

5. Self-Preservation

۶. یکی از چالش‌هایی را که سال‌ها گریبانگیر داوری ایکسید بود، باید خلط «استثنای امنیت» به‌عنوان یک دفاع معاهده‌ای و «دفاع ضرورت» به‌عنوان یک دفاع عرفی تلقی کنیم که هر دو به‌عنوان استثنایی بر تعهدات دولت تعبیه شده‌اند تا در مواقع تهدید منافع اساسی، دولت بتواند به آنها استناد نماید و اقدامات حفاظتی‌اش نقض تعهدات تلقی نگردد. در خصوص تبعات خلط استثنای امنیت و دفاع ضرورت ر.ک: پیری و همکاران، ۱۳۹۷: ۳۸۵-۳۹۷.

و عبارت «چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد»^۱ که در این ماده بسیار جلب توجه می‌کند، بیانگر صلاحیت گسترده دولت‌های عضو گات در اتخاذ اقداماتی است که برای حفاظت از منافع اساسی امنیتی خود ضروری تشخیص می‌دهند.^۲

در سال‌های پس از تصویب گات که جنگ جهانی دوم به پایان رسیده بود و کشورها مایل به خروج از فضای جنگ و شروع دور تازه‌ای از روابط به‌ویژه اقتصادی بودند، «گات» این فرصت را بیش از همیشه هموار ساخت و فضای حاکم بر روابط اقتصادی را چارچوب‌بندی کرد و تأثیر مهمی بر تمام موافقت‌نامه‌های تجاری - سرمایه‌گذاری پس از خود بر جای گذاشت.

با این حال تمایل به جذب سرمایه خارجی موجب شد تا اغلب کشورها در سال‌های بعد، از درج شرط استثنای امنیت در معاهده صرف‌نظر کنند یا صرفاً شرط استثنای عمومی با صلاحیت محدود و مشروط به جبران خسارت را درج کنند یا در صورت قید استثنای امنیت، عبارت «چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد» را از آن حذف کنند و از این طریق صلاحیت خود را کاهش دهند. ادبیات معاهدات موسوم به «مودت»^۳ و سایر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقدشده گویای این مهم است؛ برای مثال در ماده ۲۰ معاهده مودت ایران - آمریکا (۱۹۵۵)، ماده ۲۱ معاهده مودت آمریکا - نیکاراگوئه (۱۹۵۶)، یا در ماده ۱۰ معاهده مدل سرمایه‌گذاری آمریکا (۱۹۸۴) و ... شرط استثنای امنیت آمده است؛ اما عبارت «چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد» از آن حذف شده است. یا اینکه در بند ۲ پروتکل منضم به معاهده سرمایه‌گذاری آلمان - پاکستان (۱۹۵۹)^۴، بند ۳ پروتکل منضم به معاهده سرمایه‌گذاری ایران - آلمان (۱۹۶۵)، ماده ۳ معاهده سرمایه‌گذاری چین - سوئد (۱۹۸۲) و تعدادی از معاهدات سرمایه‌گذاری دیگر، تنها شرط استثنای عمومی با صلاحیت محدود و اغلب مشروط به جبران خسارت قید شده است. علاوه بر موارد مذکور، درج واژگانی همچون «اساسی»^۵، «امنیت»^۶ و «ضروری»^۷ در مقررۀ مربوطه نیز موجب شده تا در اغلب موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری، صلاحیت دولت محدود و قابل کنترل باشد.

1. which it [contracting party] considers necessary

۲. شایان ذکر است که باید نحوه نگارش مقررۀ مربوطه به‌نحوی باشد که بتوان با قطعیت آن را ذیل استثنای امنیت برد، در غیر این صورت با سختگیری و تفسیر مضیق محکمه مواجه خواهد شد. در قضیه سوئز علیه آرژانتین دیوان دآوری در همین خصوص اذعان کرد که طرفین متعاقد می‌توانستند در وضعیت‌های خاص و در صورت تمایل معاذیر استثنایی پیش‌بینی کنند و به آن متوسل گردند؛ با این حال از این اقدام صرف‌نظر کردند و مقررۀ حاضر چنین اثری ندارد (مک لاکلن و همکاران، ۱۴۰۰: ۱۱۳).

3. Friendship, Commerce and Navigation (FCN)

۴. این معاهده اولین معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری تلقی می‌شود.

5. Essential

6. Security

7. Necessary

برای مثال در ماده ۱۸ معاهده مدل سرمایه‌گذاری آمریکا آمده است: «... معاهده... مانع هیچ‌یک از طرفین برای اتخاذ اقداماتی نمی‌گردد که وی... در رابطه با حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی و یا حفاظت از منافع اساسی امنیتی خود ضروری تشخیص می‌دهد» (United States Model BIT, 18: 2012). اهمیت این سه واژه از این حیث است که «اساسی» بودن موجب می‌شود دولت نتواند برای هر نوع منفعت ملی به استثنای امنیت استناد کند و اضافه شدن «امنیت» به آن نیز دایره صلاحیت دولت را محدودتر می‌سازد و واژه «ضروری» بودن نیز سبب می‌شود که دولت ملزم باشد با معیارهای عینی ثابت کند حفاظت از چنان منافع ضرورت داشته است.

دیوان داوری قضیه سی دی دیواس علیه هند اظهار کرد: «[هرچند] درج عبارتی همچون به هیچ وجه^۱، از هر نوع^۲ و اتخاذ هرگونه اقدام^۳، بیانگر آن است که دولت آزادی عمل (صلاحیت) شایان توجهی در اتخاذ اقدامات مربوطه دارد، اما باید توجه داشت که چنین اقداماتی باید صرفاً متوجه «منافع اساسی امنیتی» باشد (Permanent Court of Arbitration, 2016: 234-235). در قضیه محدودیت‌های ترانزیتی، هیأت رسیدگی سازمان تجارت جهانی به واژه «اساسی» مندرج در ماده ۲۱ اشاره و اظهار کرد که «منافع اساسی امنیتی» آشکارا مفهومی مضیق‌تر نسبت به «منافع امنیتی» است. چنین مفهومی در بردارنده کاربست‌های بنیادین دولت یعنی محافظت از قلمرو سرزمینی و مردمانش در مقابل تهدیدات خارجی و همچنین نگهداشت قانون و نظم عمومی داخلی است (Panel Report, 2019: 7.130).

دیوان بین‌المللی دادگستری نیز با اشاره به رویه خود در دو قضیه سکوه‌های نفتی و فعالیت‌های نظامی و شبه‌نظامی در و علیه نیکاراگوئه، در قضیه برخی داری‌های ایران اظهار کرد که: «...اقدامات اتخاذی دولت نباید صرفاً به گونه‌ای باشد که از منافع اساسی امنیتی طرف ذی‌ربط محافظت کند، بلکه باید برای چنان منظوری ضروری باشد...» (ICJ, 1986: 282 & ICJ, 2003: 43 & ICJ, 2023: 106).

شایان ذکر اینکه در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر نیز عبارت «ضروری بودن» قید شده و دیوان اروپایی حقوق بشر نیز که در اکثر قریب به اتفاق پرونده‌های مطروحه با مسئله «حاشیه صلاحیت»^۴ مواجه بوده است، در خصوص شرط ضروری بودن رویکرد ثابتی داشته است. برای مثال در قضیه گاجیلانز علیه گرجستان که در سال ۲۰۲۱ صادر شد، نظر دیوان در خصوص «ضروری بودن» همچون قضیه لینگنس علیه اتریش که در سال ۱۹۸۶ صادر شده است.^۵ در هر دو قضیه و قضایای دیگر دیوان

1. shall not in any way

2. of any kind

3. take any action

۴. حاشیه صلاحیت یا Margin of Appreciation اصطلاحی است که بیشتر در رسیدگی‌های دیوان اروپایی حقوق بشر به کار می‌رود و به لحاظ مفهومی تفاوتی با صلاحیت یا Discretion ندارد.

معتقد است که «صفت ضروری بودن بیانگر نیاز مبرم/اجتماعی^۱ است و وجود صلاحیت خاص دولت موجب نمی‌شود نظارت دیوان بر عملکرد دولت‌ها از بین برود» (ECHR, 1986: 39 & ECHR, 1997: 51 & ECHR, 2021: 50).

با این حال، نباید از کنار نسبی بودن دایره مفهومی واژه «اساسی» به راحتی عبور کرد و امکان تفسیر موسع آن را نادیده انگاشت. به زعم کرافورد اینکه یک منفعت کم و بیش اساسی باشد از مجموعه شرایطی مشخص می‌شود که دولت در آن شرایط خاص قرار دارد و به عبارتی، لازمه ارزیابی اوضاع و احوال، وضعیتی است که در آن یکی منفعت مطرح است و آنچه را که اساسی است نمی‌توان به طور انتزاعی و از قبل تعیین کرد (Crawford, 1999: 30). بنابراین نسبی بودن «منافع اساسی امنیتی» موجب می‌شود دولت‌ها در هر شرایطی گفتمان متفاوتی از امنیت در نظر داشته باشند و شدت و حدت اساسی بودن مقوله مربوط به امنیت را خود تعیین کنند. کلی‌گویی مقرر «استثنای امنیت» نیز به آنها کمک می‌کند؛ چراکه به طور معمول در شروط استثنای امنیت تأکید اصلی بر «تهدید منافع اساسی (امنیتی)»، «اتخاذ هرگونه اقدام لازم» و «ضروری بودن اقدام دولت» است.

۳. تلاش برای گسترش صلاحیت؛ بازگشتی به ماده ۲۱ گات

گفته شد که در سال ۱۹۴۷ استثنای امنیت پا به عرصه نهاد و در سال‌های بعد از آن سیر نزولی صلاحیت دولت با هدف جذب سرمایه خارجی و تسهیل روابط اقتصادی آغاز شد. اما مسئله به تعدیل حاکمیت و کاهش صلاحیت خاتمه نیافت و وقوع یک سری مسائل موجب شد تا مسیری بر عکس طی شود. میل به جذب سرمایه خارجی که مستلزم فراهم کردن شرایطی مساعدتر برای سرمایه‌گذاران بود، بازیگرانی قدرتمند را به عرصه جهانی معرفی کرد؛ مانند شرکت‌های چندملیتی که نقش اصلی در تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی ایفا می‌کنند و بیشترین سرمایه را در جهان دارند. جهانی شدن اقتصاد سبب شد حاکمیت ملی در فعالیت‌های اقتصادی مانند تجارت و سرمایه‌گذاری کم‌رنگ شود؛ از جمله موانع گمرکی کاهش یافت، دریافت عوارض گمرکی به عنوان یکی از مظاهر حاکمیت در حال رنگ باختن است، آزادی عمل دولت‌ها همچون گذشته نیست و جای قدرت دولت‌ها را سازمان‌های بین‌المللی مانند بانک جهانی و صندوق بین‌المللی پول گرفته و قدرت فائقه دولت‌ها محدودتر شده است (روحانی، ۱۳۸۲: ۱۵).

با این حال، دولت‌ها تسلیم این وضعیت نشدند و نگرانی آنها از قدرت روزافزون بازیگران غیردولتی، دعای طرح شده علیه آرژانتین، انتقاد نسبت به عملکرد دیوان‌های داوری^۲، اجتناب دولت‌ها از اجرای

1. Pressing Social Need

۲. برای نمونه در قضایای آرژانتین، وزیر دادگستری وقت این کشور پس از صدور اولین رأی ایکسید علیه آرژانتین بیان کرد:

آرای داوری، خروج آنها از برخی نهادهای بین‌المللی مانند ایکسید^۱ و ... به بازنگری در معاهدات مدل سرمایه‌گذاری و همچنین تنظیم معاهدات جدید با رویکردی «حاکمیت‌محورتر» منجر شد.

۱.۳. گسترش صلاحیت با استفاده از ظرفیت معاهدات سرمایه‌گذاری

از مهم‌ترین تلاش دولت‌ها برای توسعه گستره صلاحیتی، تغییر ادبیات معاهده، به‌ویژه درج عبارت «چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد» بوده است. برای مثال در معاهدات مدل سرمایه‌گذاری آمریکا (۱۹۸۴، ۲۰۰۴ و ۲۰۱۲) که نمونه بارز و مهمی در این خصوص تلقی می‌شود، می‌توان چنین تحولی را ملاحظه کرد.

در ماده ۱۰ معاهده مدل سال ۱۹۸۴ و در ذیل «استثنائات عمومی» آمده است: «این معاهده مانع هیچ‌یک از طرفین برای اتخاذ اقدامات ضروری در حوزه صلاحیتی خود نمی‌شود که به منظور حفظ نظم عمومی، [یا] اجرای تعهدات خود در رابطه با حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی و یا حفاظت از منافع اساسی امنیتی باشد» (United States Model BIT, 1984: 10). اما در ماده ۱۸ معاهده مدل سال ۲۰۰۴، ادبیات «استثنای امنیت» تغییر یافت. این ماده اشعار می‌دارد: «هیچ چیزی در این معاهده نباید به نحوی تفسیر شود که:

۱. از یک طرف متعهد بخواهد اجازه دسترسی به اطلاعاتی را بدهد که افشای آنها را مغایر با منافع

اساسی امنیتی خود تشخیص می‌دهد؛ یا

۲. مانع یکی از طرفین برای اتخاذ اقداماتی شود که وی ... در رابطه با حفظ یا اعاده صلح و امنیت

بین‌المللی و یا حفاظت از منافع اساسی امنیتی خود ضروری تشخیص می‌دهد» (United States Model BIT, 2004: 18).

بنابراین از معاهده مدل ۲۰۰۴ گسترش صلاحیت در دستور کار مدل معاهداتی آمریکا قرار گرفته است (Gibson, 2015: 27) و معاهده مدل سال ۲۰۱۲ آمریکا نیز با ادبیات مشابه معاهده مدل سال ۲۰۰۴ تنظیم یافت و ماده ۱۸ آن عیناً همانند ماده ۱۸ معاهده سال ۲۰۰۴ است. در ماده ۳۲،۲ موافقت‌نامه سال ۲۰۱۸ فی‌مابین آمریکا، مکزیک و کانادا نیز شاهد درج این عبارت هستیم. چنین تغییر لحنی را در معاهدات سرمایه‌گذاری چین نیز می‌توان مشاهده کرد. در معاهدات دوجانبه

همواره تأکید کرده‌ایم که این دیوان (دیوان پرونده سی ام اس علیه آرژانتین) توانایی و آمادگی حل‌وفصل چنین حجتی از دعاوی دولت را ندارد و دیوان از چارچوب صلاحیت خود پا را فراتر گذاشته است و ... رأی داوری را به نفع سرمایه‌گذاران صادر می‌کند.

۱. می‌توان به خروج اکوادور، نیکاراگوئه، ونزوئلا و بولیوی از کنوانسیون واشنگتن (ایکسید) اشاره کرد.

سرمایه‌گذاری که چین تا سال ۲۰۱۲ منعقد کرده است، یا از شرط استثنای امنیت استفاده نشده یا اگر شده، واجد ادبیاتی با صلاحیت محدود است. برای مثال در معاهده دوجانبه سال ۲۰۰۹ چین - سوئیس استثنای عمومی یا امنیت نیامده است و در ماده ۱۲ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری چین - کلمبیا (۲۰۰۸)، تحت عنوان «استثنائات» آمده بود:

«این معاهده مانع هیچ‌یک از طرفین برای اتخاذ اقدامات (ضروری) نمی‌شود که به منظور حفظ نظم عمومی مانند حفاظت از منافع اساسی امنیتی باشد...» (China - Colombia BIT, 2008: 12).

اما از سال ۲۰۱۲ لحن معاهدات سرمایه‌گذاری چین نیز به سوی توسعه دامنه صلاحیت پیش رفته و در ماده ۱۸ معاهده سه‌جانبه سرمایه‌گذاری چین، کره و ژاپن که بسیار شبیه ماده ۲۱ گات است، از عبارت «چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد» استفاده شده است (Investment promotion and protection agreement between Japan, Republic of Korea and China, 2012: 18).

در اغلب موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری اتحادیه اروپا نیز این عبارت درج شده است.^۱ همچنین در ماده ۱۶ معاهده مدل سرمایه‌گذاری ایتالیا (۲۰۲۲)، ماده ۲۲ معاهده مدل سرمایه‌گذاری کانادا (۲۰۲۱)، ماده ۵ معاهده مدل آذربایجان (۲۰۱۶)، ماده ۲۳ معاهده مدل هند (۲۰۱۵)، ماده ۱۴ معاهده مدل اسلواکی (۲۰۱۹)، ماده ۱۳ معاهده مدل چک (۲۰۱۶)، ماده ۲۶ معاهده مدل نروژ (۲۰۱۵) و ... نیز عبارت «چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد» مقرر شد.^۲

۲.۳. اهمیت عبارت «چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد» و تأثیر آن بر گستره صلاحیت دولت در رویه قضایی

ملاحظه شد که دغدغه‌های پیش‌گفته موجب شد تا کشورها به‌وضوح منافع اساسی امنیتی را بر جذب سرمایه‌گذاری یا حمایت از سرمایه‌گذاری ترجیح بدهند یا دست‌کم با حفظ صلاحیت گسترده برای خود

1. Central America - EU Association Agreement (2012), art. 357; EU-Japan Economic Partnership Agreement (2018), art. 1.5; EU - Viet Nam Investment Protection Agreement (2019), art. 4.8; EU - Kenya EPA (2023), art. 129; ACP (African, Caribbean and Pacific Group of States) - EU Samoa Agreement (2023), art. 48; EU - New Zealand FTA (Free trade Agreement), (2023), art. 25.2; EU - United Kingdom Trade and Cooperation Agreement (2020), art. EXC.4 &...

۲. در مواردی که دولت‌ها قصد گسترش صلاحیت خود را دارند، اغلب از دو عبارت «it determine» و «it consider» استفاده می‌شود؛ اما به‌صورت نادر از عبارات دیگری که بیانگر همان معناست نیز استفاده شده است. برای مثال در معاهده مدل سرمایه‌گذاری ذیل استثنائات عمومی کلمبیا از عبارت «that such Contracting Party deems necessary for» استفاده شده است. هرچند مراجع حل اختلاف نسبت به عبارات درج‌شده حساسیت نشان می‌دهند و به راحتی هر عبارتی را متضمن صلاحیت گسترده تلقی نمی‌کنند. در این باره می‌توان به سختگیری دیوان بین‌المللی دادگستری نسبت به عبارت‌بندی شرط استثنای مندرج در کنوانسیون (ICRW) اشاره کرد (Whaling in the Antarctic case, 2014: 67).

چنان معاهداتی را منعقد نمایند و به تدریج عبارت‌بندی استثنای امنیت در معاهدات تغییر یافت و متعاقب آن استدلال مراجع حل اختلاف نیز به نفع کشورها تغییر جهت داد.

در ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات (۱۹۶۹) آمده است: «معاهده با حسن نیت و منطبق با معنای متداول... در سیاق عبارات و در پرتو موضوع و هدف معاهده تفسیر خواهد شد». وفق این ماده بایستی در تفسیر، چهار معیار اصلی را مدنظر داشت و آنچه در قدم اول مورد توجه مراجع حل اختلاف قرار می‌گیرد، «معنای متداول» عبارات و اصطلاحات معاهده است و به همین سبب است که دولت‌ها در سال‌های اخیر تلاش زیادی کردند تا عبارت «چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد» را در مقرر استثنای امنیت بگنجانند. دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه برخی مسائل مربوط به معاضدت متقابل در امور کیفری (جیبوتی - فرانسه) با عنایت به عبارت «چنانچه دولتی که از او تقاضا شده تشخیص دهد...» مقرر در ماده ۲ کنوانسیون معاضدت متقابل در امور کیفری (۱۹۸۶) از تعبیر «صلاحیت بسیار گسترده»^۱ در تفسیر خود استفاده کرد (ICJ, 2008: 145). در قضیه برخی داریی‌های ایران، دیوان در فراز مهمی از رأی اظهار کرد: «درست است که در رأی ... [معاضدت کیفری] ... دیوان بر این نظر بوده که معاهده ذی‌ربط ... به طرف متعاهد ... صلاحیت بسیار گسترده‌ای اعطا می‌کند؛ اما عبارت‌بندی مقرر مربوطه در آن معاهده با معاهده مودت ایران - آمریکا تفاوت اساسی دارد. در آن مقرر عبارت «به تشخیص خود [دولت]» آمده است... و چنین عبارتی گستره صلاحیت‌های گسترده‌ای برای دولت در مقایسه با مقرر مندرج در ماده ۲۰ معاهده مودت (۱۹۵۵) فراهم آورده است» (ICJ, 2023: 107).

در صدر و بند «د» ماده ۲۰ عهدنامه مودت ایران - آمریکا (۱۹۵۵) و ماده ۲۱ عهدنامه مودت نیکاراگوئه - آمریکا (۱۹۵۶) آمده است: «این معاهده مانع طرفین در اتخاذ اقدامات ذیل نخواهد بود... (د) [اقدامات] ضروری جهت اجرای تعهدات هریک از طرفین متعاهد در راستای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی، یا [اقدامات] ضروری برای حفاظت از منافع اساسی امنیتی‌شان» (FCN Treaty (Iran - America, 1955: 20 & FCN Treaty (Nicaragua - America, 1956: 21). ملاحظه می‌شود که در این دو مقرر عبارت (which it [contracting party] considers necessary) یا همان (چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد) نیامده و همین امر مورد توجه جدی دیوان قرار گرفته است (ICJ, 2023: 106 & ICJ, 1986: 282). همچنین دیوان در قضیه نیکاراگوئه بر درج عبارت «به تشخیص دولت» در ماده ۲۱ گات و عدم درج آن در معاهدات تحت بررسی خود به صراحت تأکید کرد و بر اهمیت آن صحنه گذاشت (ICJ, 1986: 222).

در قضیه نهنگ‌ها، ماده ۸ کنوانسیون (ICRW) که مبنای تصمیم‌گیری دیوان بود بیان می‌کرد:

1. Very Considerable Discretion

«...هریک دول متعهد می‌تواند به اتباع خود مجوزهای مخصوصی اعطا کند که به موجب آن کشتن، صید و نگهداری نهنگ‌ها را برای اهداف تحقیقاتی ... منوط به ... شرایطی که کشورهای عضو آن را مناسب می‌دانند، مجاز تلقی کند» (Whaling Convention, 1946: 8). در خصوص گستره صلاحیت دولت ناشی از این ماده دیوان اظهار کرد: «ماده ۸ صلاحیت برای رد درخواست مجوز خاص یا شرایطی که بر مبنای آن مجوز باید صادر شود به دولت متعهد اعطا کرده است؛ اما اینکه کشتن، صید و نگهداری نهنگ‌ها در راستای اهداف تحقیقاتی است، صرفاً به صلاحیت کشور صادرکننده مجوز بستگی ندارد» (ICJ, 2014: 61). دلیل اینکه دیوان در این قضیه صلاحیت گسترده‌ای برای دولت متعهد قائل نشد، از این حیث بود که می‌بایست توأمان به دو عبارت «دولت عضو آن را مناسب بداند» و «برای اهداف تحقیقاتی»^۲ توجه می‌کرد؛ ضمن اینکه عبارت (thinks fit) مندرج در ماده ۸ نیز چنان صراحتی نداشته است که دیوان را به وجود صلاحیت گسترده قانع سازد. به همین سبب دیوان ماده ۸ معاهده را این‌گونه تفسیر کرد که «اعطای مجوز مندرج در ماده ۸ معاهده باید هم برای فعالیت‌هایی در چارچوب تحقیقاتی صادر شود ... و هم با معیارهای عینی^۳ محرز شود که به صورت معقول^۴ در راستای چنان اهدافی بوده است» (ICJ, 2014: 67).

دیوان‌های داوری ایکسید نیز بر اهمیت عبارات معاهده صحنه گذاشته‌اند. برای مثال دیوان داوری *نرون و سمپرا* با توجه به عدم درج چنان عبارتی در معاهده دوجانبه آرژانتین - آمریکا اظهار کردند: «...مقرره‌های واقعاً استثنایی و فوق‌العاده مانند خودقضاوتی بودن [استثنای امنیت] قاعداً باید به صراحت برای انعکاس چنان قصدی تنظیم شوند، زیرا در غیر این صورت و با عنایت به ماهیت استثنایی آن، می‌توان فرض کرد چنان مفهومی‌اند و [در تفسیر استثنا باید به قدر متیقن اکتفا کرد]» (ICSID, 28 September 2007: 379 & ICSID, 22 May 2007: 335). دو دیوان به رویه گات و پرونده‌های *نیکاراگوئه، سکوه‌های نفتی و گابچیکوو - ناگیماروس* مطروحه در بین‌المللی دادگستری اشاره کردند که در آنها نیز «وجود عبارت‌بندی بسیار دقیق به منظور اینکه مقرره‌ای را مبتنی بر قضاوت خود دولت تلقی کنیم» ضروری تلقی شده است (ICSID, 28 September 2007: 383 & ICSID, 22 May 2007: 336). کمیته ابطال قضیه *سی/ام اس* و کمیته ابطال قضیه *سمپرا* نیز علی‌رغم ایرادات زیادی که از رأی دیوان‌های گرفتند، خودقضاوتی نبودن مقرره استثنا امنیت را تأیید کردند (ICSID, Annulment Decision, 2007: 119-127 & ICSID, 2010: 170).

1. as the Contracting Government thinks fit
2. for Purposes of Scientific Research.
3. Objective
4. Reasonable

دیوان ال جی/اند ای در این خصوص اظهار کرد بی شک نگارش معاهده مشخص نمی کند که چه کسی باید تصمیم بگیرد که چه چیزی اقدامات ضروری امنیتی را تشکیل می دهد؛ آیا چنین تشخیصی بر عهده خود آرژانتین مشروط به بازنگری تحت استاندارد حسن نیت است یا تشخیص آن بر عهده دیوان داوری است و در نهایت به علت نبودن صراحت معاهداتی صلاحیت گسترده آرژانتین مردود اعلام شد (ICSID, 2006: 212-213).

همچنین در دو قضیه موبیل و ال پاسو، دیوان های داوری در نظری تقریباً مشابه بیان کردند که ماده ۱۱ معاهده آمریکا - آرژانتین مدت کوتاهی پس از صدور رأی دیوان بین المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه تنظیم شده است و آمریکا کاملاً آگاه بوده که در آن قضیه دیوان به عبارت بندی معاهده ذی ربط و عدم صراحت ماده مربوطه برای تفسیر خود قضاوتی بودن استثنای امنیت توجه داشته و چنین تفسیری را مردود دانسته است. از این رو اینکه در معاهده دوجانبه سرمایه گذاری که چند سال بعد از این رأی تنظیم شده و چنان صراحتی به کار نرفته است، دیوان داوری را به این سو رهنمود می سازد که ماده ۱۱ معاهده سرمایه گذاری فاقد اختیار خود قضاوتی بوده است (ICSID, 2011: 594,597 & ICSID, 2013: 1041,1055). داور دیوان داوری فیلیپ موریس نیز بر عبارت «چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد» به مثابه امری تعیین کننده در تصمیم گیری دیوان تأکید داشته است (ICSID, 2016: 143).

همچنین رکن استیناف سازمان تجارت جهانی در پرونده واردات، فروش و توزیع موز و در تحلیل بند ۱ ماده ۲۳ به بند «ب» ماده ۲۱ گات اشاره و اظهار کرد:

عبارت «چنانچه هر یک از کشورهای متعاقد تشخیص دهد» مندرج در بند ۱ ماده ۲۳ گات همسو با بند ۷ ماده ۳ تفاهم نامه حل و فصل اختلافات است که اشعار می دارد: «بهتر است پیش از طرح دعوا، کشور متعاقد بر مبنای قضاوت خود تشخیص دهد که آیا اقدام ذیل رویه های [حل اختلاف موجود] مثمر ثمر خواهد بود یا خیر» و در هر دو مورد تشخیص موضوع به صلاحیت کشور متعاقد واگذار شده است (Appellate Body Report, 1997: 134-135).

هیأت رسیدگی سازمان تجارت جهانی نیز در پرونده چین - محصولات خام در تحلیل بند ۲ ماده ۱۱، با توجه به ماده ۲۱ گات اظهار کرد:

عبارات ماده ۱۱(۲) و اظهارات مربوط به مذاکرات مربوط به این ماده مبنی بر اینکه اهمیت یک محصول «باید در ارتباط با کشور خاص ارزیابی شود» بدان معنا نیست که کشور عضو سازمان تجارت جهانی می تواند به تنهایی تشخیص دهد کالایی برای او اساسی است یا خیر، چراکه اگر [خلاف این] بود، می بایست ماده ۱۱(۲) نیز به شیوه ای همانند ماده ۲۱ [شرط استثنای امنیت] موافقت نامه گات (۱۹۹۴) نگارش می یافت (Panel Report, 2012: 7.276).

شایان ملاحظه است که در آرای صادره توسط مراجع حل اختلاف، مسئولیت دولت در حفاظت از منافع

اساسی‌اش از احترام زیادی برخوردار است. دیوان‌های بین‌المللی حتی در مواردی که عبارات متضمن صلاحدید بسیار گسترده نیز در معاهده وجود ندارد، «صلاحدید قابل توجهی» برای دولت قائل‌اند. برای مثال دیوان دآوری ایکسید در پرونده کاتینتال (که مقرر استثنای امنیت در معاهده ذی‌ربط فاقد عبارت متضمن صلاحدید بسیار گسترده بود) معتقد بود، «ارزیابی عینی بایستی توأم با در نظر گرفتن یک «حاشیه ارزیابی قابل توجهی»^۱ برای دولتی که اقدامات خاصی را اتخاذ کرده باشد؛ [چراکه] بحران‌های خطیر زمان مناسبی برای قضاوت‌های پسندیده نیستند، به‌ویژه زمانی که دیگر [بازیگران] بینش صحیحی از وقایع گذشته ندارند» (ICSID, 2008: 181). دیوان دآوری ایکسید در پرونده فیلیپ موریس نیز با اشاره به «حاشیه صلاحدید» در زمان بررسی ادعای مطروحه در خصوص رفتار عادلانه و منصفانه بیان کرد که دیوان باید «احترام زیادی»^۲ برای قضاوت دولتی در خصوص نیازهای ملی راجع به موضوعاتی مانند حفاظت از سلامت عمومی قائل باشد (ICSID, 2016: 388, 398-399).

دیوان دآوری تلکام نیز بیان کرد: «اینکه آیا اقدام صورت‌گرفته ضروری بوده یا تا حدی که ضرورت داشته اتخاذ شده، منوط به ارزیابی دیوان است؛ چراکه مقرر مربوط فاقد اختیار خودقضاوتی بودن است. در این‌گونه ارزیابی، دیوان حاشیه صلاحدید شایان توجهی در خصوص تشخیص ضرورت داشتن برای دولت میزبان قائل است» (Permanent Court of Arbitration, 2017: 238-239). بنابراین باید توجه داشت که مراجع حل اختلاف نمی‌توانند مهم‌ترین خط قرمز کشورها یعنی منافع ملی و به‌خصوص منافع اساسی را نادیده بگیرند و با نگاهی جزم‌اندیشانه صرفاً به اجرای تعهدات بین‌المللی توجه داشته باشند. از طرفی نیز باید مراقب باشند تا کشورها از شروط استثنای که یک راه‌گریز از تعهدات تلقی می‌شوند، سوءاستفاده نکنند و نظارت قضایی لازم را به‌عمل آورند. از این‌رو باید دید در مواردی که دولت‌ها از صلاحدید گسترده‌ای برخوردارند، مراجع حل اختلاف چگونه نظارت لازم را به‌عمل می‌آورند.

۳.۳. حسن‌نیت ابزار کنترل صلاحدید دولت

در خصوص استثنای امنیت، رویکرد تفسیری مراجع حل اختلاف مضیق بوده که امری است معقول، زیرا همان‌طور که از نام این مقرر برمی‌آید، استثنایی است تا در شرایط خاص «اصل وفای به عهد» را به کناری بزند و بدیهی است باید به چنان راه‌گریزی نگاهی محتاطانه داشت و اصل «تفسیر مضیق استثنای» نیز آن را تأیید می‌کند؛ مگر اینکه ادبیات معاهداتی محکمه را مجبور به اتخاذ تفسیر دیگری کند. برای مثال در قضیه سی سی دیواس دیوان دآوری اظهار کرد: «همان‌طور که در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری و آرای دیوان‌های دآوری سرمایه‌گذاری نیز به‌خوبی قابل استنباط است، تنها در صورتی که

1. Significant Margin of Appreciation

2. Great Deference

عبارت بندی معاهده به وضوح «صلاحیت کاملی»^۱ را به دولت برای تشخیص آنچه برای حفاظت از منافع اساسی امنیتی اش ضروری تلقی می کند اعطا کند، می توان چنین مقررهای را مبتنی بر خودقضاوتی دانست که در معاهده تحت بررسی چنین وضوحی قابل دریافت نیست (Permanent Court of Arbitration, 2016: 219).

بنابراین اگر آنچنان صراحتی که مرجع رسیدگی کننده را به تفسیر دیگری سوق دهد وجود نداشت، باید با احتیاط عمل کرد تا اجرای تعهدات بین المللی دستخوش امیال دولت ها قرار نگیرد و تا حد امکان مانع سوءاستفاده آنها شد. در قضیه کانتینتال دیوان داوری اظهار کرد: «باید مراقب بود تا به یک طرف اجازه داده نشود به طور یکجانبه از تعهدات خود ذیل معاهده، در غیاب نشانه های متنی صریح، عدول کند» (ICSID, 2008: 187). دیوان در این خصوص ضمن اشاره به نظر دیوان بین المللی دادگستری، بیان کرد طبیعتاً ماده ۱۱ معاهده واجد نوعی «حاشیه صلاحیت» برای دولت استنادکننده به آن است؛ اما در عین حال باید مراقب بود تا به یک طرف معاهده اجازه داده نشود به طور یکجانبه از تعهدات معاهده ای خود در غیاب نشانه های صریح متنی شانه خالی کند. مضاف بر اینکه، طرف مدعی خودقضاوتی بودن ماده می تواند موضوع و در نتیجه ادعای نقض معاهده علیه دولت میزبان را از بررسی داوری حذف کند (ICSID, 2008: 188-182). قاضی بورن نیز در قضیه فیلیپ موریس معتقد بود که «این مقرر نوعی استثنا بر تضمین های بین المللی اعطاشده به سرمایه گذاری ها تلقی می شود» (ICSID, 2016: 143).

یکی از مهم ترین محدودیت های دولت حتی زمانی که عبارت «چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد» در مقرر استثنای امنیت وجود دارد، رعایت «حسن نیت» است. به زعم دیوان بین المللی دادگستری، رعایت حسن نیت حتی در مواردی که «صلاحیت بسیار گسترده ای»^۲ برای دولت قابل تصور است، وفق ماده ۲۶ کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات (۱۹۶۹) امری ضروری است (ICJ, 2008: 145). هیأت رسیدگی سازمان تجارت جهانی در قضیه محدودیت های ترانزیتی جاده ای و ریلی کالا معتقد بود، «تشخیص اینکه چه موضوعی منافع اساسی امنیتی است به صلاحیت دولت واگذار شده است، با این حال، چنین تفسیری به معنای صلاحیت بی حد و حصر دولت نیست و دولت نمی تواند هر نگرانی^۳ را بزرگ کند و آن را در چارچوب منافع اساسی امنیتی جای دهد. بلکه دولت ... موظف است در تفسیر ... حسن نیت را رعایت کند. هیأت رسیدگی خاطر نشان ساخت که «حسن نیت» یک اصل کلی حقوقی و حقوقی بین المللی است و همان طور که در بند ۱ ماده ۳۱ کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات آمده است، رعایت حسن نیت در تفسیر تمامی معاهدات الزامی است» (Panel Report, 2019: 7.131 - 7.132).

1. Full Discretion
2. Very Considerable Discretion
3. any concern

در قضایای *انرون* و *سمپرا* که در معاهده مربوطه عبارتی همچون «چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد» نیامده بود، سختگیری بیشتری در تفسیر از خود نشان دادند. به زعم دو دیوان، «ارزیابی قضایی در این خصوص صرفاً محدود به این نیست که آیا استناد [به استثنای امنیت] یا اقدامات اتخاذ شده [توسط دولت] با حسن نیت بوده است یا خیر؛ بلکه کنترل قضایی باید به صورت ماهوی باشد تا بررسی شود که آیا شروط مندرج در حقوق عرفی یا معاهده‌ای رعایت شده است یا خیر که به موجب آن وصف متخلفانه بودن عمل زایل گردد» (ICSID, May 22, 2007: 339 & ICSID, 28 September 2007:388).

در قضیه محدودیت‌های ترانزیتی هیأت رسیدگی معتقد بود:

حسن نیت زمانی محقق می‌شود که اقدامات مورد اختلاف دارای حداقل ارتباط قابل پذیرش با منافع امنیتی [دولت] باشند... [و] چنانچه اقدامات دولت در حمایت از چنان منافی صورت گرفته باشد [اقدامی] قابل پذیرش تلقی می‌شود. [به عبارت دیگر]، اقدامات دولت نباید فاصله زیادی با [حمایت از] منافع امنیتی داشته باشد (Panel Report, 2019, 7. 138-139). چنین ارتباطی را هیأت «حداقل ارتباط قابل پذیرش»^۱ نامید که در قضیه عربستان - حمایت از حقوق مالکیت معنوی نیز مجدداً مورد تأیید و تأکید هیأت رسیدگی در ارزیابی حسن نیت قرار گرفت. هیأت رسیدگی در این خصوص اظهار کرد:

شق سوم بند «ب» ماده ۲۱ گات مشابه شق سوم بند «ب» ماده ۷۳ موافقت‌نامه تریپس است که اخیراً در قضیه روسیه - محدودیت‌های ترانزیتی مورد بررسی هیأت رسیدگی قرار گرفته است. [در آن قضیه] آمده است که هیأت خود باید تعیین کند که آیا اقدامات عضو استنادکننده «در زمان جنگ یا سایر وضعیت‌های اضطراری در روابط بین‌الملل» انجام شده است یا خیر... همچنین اینکه آیا اقدامات دولت عضو «که برای حفاظت از منافع اساسی امنیتی‌اش ضروری می‌داند» مستلزم ارزیابی این مسئله است که... آیا اقدامات صورت گرفته از «[وضعیت‌های] اضطراری در روابط بین‌المللی» فاصله داشته یا با آن غیرمرتبط است... [بدین ترتیب] به نحوی غیرقابل پذیرش چنان اقداماتی را به منظور حفاظت از منافع اساسی امنیتی‌اش اتخاذ کرده است. به زعم هیأت در قضیه محدودیت ترانزیتی، تکلیف دولت عضو در تفسیر با حسن نیت ماده ۲۱ مستلزم این است که اقدامات مورد اختلاف «حداقل ارتباط قابل پذیرش بودن» را برآورده سازد (Panel Report, 2020, 7.230).

بنابراین همان‌طور که رکن استیناف در قضیه میگو اظهار کرد، حسن نیت اعمال حق (ها) توسط دولت‌ها را کنترل می‌کند و جلوی سوءاستفاده از حق را می‌گیرد (Appellate Body Report, 1998: 158). نکته شایان توجه اینکه، اینکه میان «خودقضای (خودداوری)» بودن شرط استثنای امنیت و یا وجود «صلاحیت بسیار گسترده» باید تفکیک قائل شد. توضیحاً اینکه، از آرای برخی مراجع حل اختلاف چنین

برمی آید که درج عبارت «چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد» به معنای خودقضاوتی بودن استثنا و صلاحیت تام و تمام دولت است؛ اما وجود این عبارت همان طور که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه معاضدت کیفری بدان اذعان داشت، متضمن صلاحیت بسیار گسترده‌ای برای کشور است. به عبارت دیگر، خودقضاوتی بودن را باید معادل صلاحیت کامل بدانیم؛ اما دیدیم که حتی با وجود عبارات «صلاحیت گسترده»، باز هم ابزارهایی کنترلی به‌ویژه «حسن‌نیت» ارزیابی می‌شود و تلقی صلاحیت بسیار گسترده به‌جای خودقضاوتی بودن موجب می‌شود که وجود مرجع حل اختلاف امری عبث و بی‌هوده نباشد و حسن‌نیت دولت و برخی الزامات دیگر از جمله اثبات «ضروری بودن» اقدامات صورت‌گرفته، بررسی شود.

بنا به مطالب پیش‌گفته، مشخص شد که عبارت «چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد» به‌زعم دیوان بین‌المللی دادگستری و دیگر مراجع حل اختلاف «صلاحیت بسیار گسترده‌ای» به دولت می‌دهد و «در صورت احراز چنین صلاحیتی، مرجع رسیدگی‌کننده تنها محدود به بررسی حسن‌نیت دولت استنادکننده است» (Kasenz, 2010: 736-737). با این حال، نمی‌توان از ابهامات موجود در مقرره استثنای امنیت و امکان مانور مرجع حل اختلاف به‌سادگی عبور کرد. برای مثال منظور از «هرگونه اقدام» چیست و آیا دولت قادر به توسل به هر اقدامی مانند اقدام سیاسی، تجاری، اقتصادی و... به تشخیص خود خواهد بود؟ موضوعی که در قضیه نیکاراگوئه و سکوه‌های نفتی و در خصوص توسل به دفاع مشروع مورد توجه دیوان بین‌المللی دادگستری قرار گرفت. دیوان معتقد بود که موضوع تفسیر معاهده بالأخص بند ۱ «د» ماده ۲۰ (استثنای امنیت) است و سؤال این است که طرفین معاهده در زمان درج این مقرره بر این نظر بوده‌اند تا «توسل به اقدامات ... ضروری جهت حفاظت از منافع اساسی‌شان را منع نکنند»؛ حتی اگر چنین اقداماتی به توسل به نیروی نظامی و زور منجر شود؟ (ICJ, 1986: 224). دیوان در نهایت به این نتیجه رسید که سخت است واژه «اقدامات» مندرج در بند ۱ «د» ماده ۲۰ شامل توسل به زور نامشروع توسط یکی از طرفین معاهده علیه طرف دیگر شود و چنین اقداماتی را برای حفاظت از منافع اساسی امنیتی آمریکا «ضروری» تلقی کرد (ICJ, 1986: 228 & ICJ, 2003: 41).

یا در تفسیری قابل تأمل، هیأت رسیدگی سازمان تجارت جهانی در قضیه اختلاف آمریکا و نیکاراگوئه اظهار کرد: «اگر بپذیریم تفسیر ماده ۲۱ منحصرأ با کشور متعاقد استنادکننده بدان است، سایر کشورهای متعاقد چگونه می‌توانند مطمئن شوند ماده ۲۱ که ممکن است استثنایی بر تمامی مقررات گات باشد، به‌نحوی افراطی و یا جهت‌اهدافی خارج از مراتب مندرج در این ماده به‌کار نرود؟ (Panel Report, 1986: 5.17)»

همچنین دیوان داوری سمیرا اظهار کرد: «این واقعیت که چنین ماده‌ای [استثنا امنیت] از حل‌وفصل اختلاف مستثنا نشده است، بیانگر ماهیت غیر خودقضاوتی آن است» (ICSID, 28 September 2007: 384) یا هیأت رسیدگی سازمان تجارت جهانی در قضیه محدودیت‌های ترانزیتی (پرونده‌ای که استثنای

امنیت موسعی موضوع بحث بوده) اظهار کرد: «مراجع حل اختلاف بین‌المللی از جمله این هیأت‌های حل اختلاف سازمان تجارت جهانی واجد صلاحیت ذاتی که از اعمال و اجرای کارکرد قضایی آنها ناشی می‌شود. یکی از جنبه‌های چنین صلاحیت ذاتی، اختیار تعیین تمامی اموری است که در حیطه صلاحیت ماهوی آنها [صلاحیت در تعیین صلاحیت] قرار می‌گیرد» و هیأت در تکمیل این رویکرد به ماده ۱ تفاهم‌نامه حل اختلاف (DSU)^۱ نیز استناد کرد (7.54 - 7.53: Panel Report, 2019). بنابراین حتی در صورتی که صلاحیت بسیار گسترده‌ای برای دولت قائل باشیم، برخی مسائل مهم باید برای مرجع حل اختلاف محرز شود، از جمله: ۱. اقدام دولت «ضروری»^۲ باشد؛ نه اینکه دولت تمایل به حفاظت داشته باشد یا حفاظت ادعایی برای منافع مناسب باشد؛ ۲. اقدام (اقدامات) دولت واقعاً از چنین منافی «حفاظت»^۳ کند و واژه حفاظت به مراتب اهمیت و شدت بیشتری نسبت به واژه‌ای چون حمایت^۴ دارد. به همین علت، اقدام دولت باید از منافع حفاظت کند و دولت نمی‌تواند به بهانه حمایت یا پیشبرد آن منافع به چنان اقداماتی دست بزند؛ ۳. منافع مربوطه باید «اساسی»^۵ باشند و ذیل «امنیت» داخلی یا خارجی دولت قرار داشته باشند و دولت نمی‌تواند برای هر منفعتی یا هر نوع از منافع اساسی به شرط استثنا مبادرت ورزد.

۴. تلاش برای کسب صلاحیت کامل؛ عقب‌گردی به سوی حاکمیت مطلق

در مباحث قبلی ملاحظه شد که دیوان‌های بین‌المللی برای ایفای نقشی بی‌طرف، تلاش کردند تا برای تعیین گستره صلاحیت دولت، در آرای خود تفسیری متن‌محور از مفاد معاهده به عمل آورند. به همین سبب در جایی که عبارت «چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد» وجود نداشت، میزانی از صلاحیت را برای دولت به رسمیت شناخته‌اند بدون آنکه استثنای امنیت را متکی به قضاوت دولت بدانند و در جایی که عبارت مذکور آمده بود، صلاحیت بسیار زیادی برای دولت در نظر گرفته شده است. با وجود این، به نظر کشورها هنوز راضی به این میزان از صلاحیت نیستند و انعطاف مراجع حل اختلاف نیز برای آنها نگرانی‌هایی را در خصوص مسئولیتشان نسبت به منافع اساسی‌شان به وجود آورده است. به عبارت دیگر، برخی کشورها با نگاهی انتقادی نسبت به عملکرد مراجع حل اختلاف تلاش کردند تا با استفاده از ظرفیت‌های حقوقی، ادبیات معاهدات را به نحوی تنظیم کنند تا در صورت لزوم بتوانند از منافع اساسی خود مراقبت کنند و اموری به این مهمی را به دست افرادی نسپارند که ممکن است بینش صحیحی از وقایع و اهمیت آن برای حیات کشور نداشته باشند.

1. Dispute Settlement Understanding
2. Necessary
3. Protect
4. Support
5. Essential

به دلیل نگرانی‌های پیش‌گفته و تکالیفی که بر عهده دولت در زمان استناد به استثنای امنیت وجود دارد، همچنین با عنایت به امکان تفسیری که حتی با وجود عبارت «چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد» در اختیار مرجع حل اختلاف قرار دارد؛ غائله به درج عبارات متضمن صلاحیت بسیار گسترده ختم نشد و برخی کشورها اقدام به سلب «صلاحیت»^۱ مراجع حل اختلاف در رسیدگی به اقدامات مرتبط با منافع اساسی امنیتی‌شان کردند. برای مثال ماده ۱۳ معاهده مدل سرمایه‌گذاری برزیل (۲۰۱۵) اشعار می‌دارد: «اقدامات اتخاذ شده توسط یکی از طرفین ذیل این ماده یا تصمیمی که مبتنی بر قوانینی مربوط به امنیت ملی یا نظم عمومی... باشد، مشمول مکانیسم حل و فصل اختلاف مندرج در این معاهده نخواهد بود» (Brazil Model BIT, 2015: 13). در معاهدات سرمایه‌گذاری منعقدۀ بعدی توسط برزیل می‌توان شاهد چنین سلب صلاحیتی بود. از جمله ماده ۱۳ معاهده دوجانبۀ برزیل - اتیوپی (۲۰۱۸)، مواد ۱۳ و ۲۵ معاهده برزیل - گینه (۲۰۱۸)، مواد ۱۳ و ۲۵ معاهده برزیل - امارات (۲۰۱۹). همچنین در سال ۲۰۱۷ کشورهای عضو پیمان مرکوسور (آرژانتین، برزیل، اروگوئه و پاراگوئه) پروتکلی امضا کردند که در ماده ۱۲ آن آمده است:

۱. هیچ چیزی در این پروتکل مانعی بر سر راه اعضا جهت اتخاذ اقداماتی نیست که به منظور حفظ نظم عمومی، اجرای تعهداتشان برای حفظ یا اعاده صلح و امنیت بین‌المللی یا به منظور حفاظت از منافع اساسی امنیتی یا اجرای مقررات جزایی‌شان باشد؛

۲. اقداماتی که یک دولت عضو به موجب بند ۱ این ماده اتخاذ می‌کند یا تصمیماتی که بر اساس قوانین مربوط به نظم عمومی یا امنیت ملی صورت می‌گیرد ... مشمول مکانیسم حل و فصل اختلاف مقرر در این پروتکل نخواهد بود (Intra-MERCOSUR Investment Facilitation) (Protocol, 2017: 12).

نکتۀ حائز اهمیت اینکه در ماده فوق و مواد مورد اشاره در معاهدات دوجانبۀ برزیل، شرط استثنای امنیت بدون عبارت متداول «چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد» تقریر یافته است و در نگاه اول به نظر می‌رسد که صلاحیت دولت در استناد به استثنای امنیت محدود است؛ اما اولاً، در هر دو مقرره صلاحیت مرجع حل اختلاف سلب شده است و دیگر در «خودقضای» بودن مقررۀ مذکور و «صلاحیت کامل»^۲ کشور مربوطه تردیدی نمی‌توان داشت؛ ثانیاً واژه «ضروری» از ماده حذف شده و تا حد امکان دست دولت برای محافظت از منافع اساسی‌اش باز گذاشته شده است. در قضیۀ سی سی دیوس، دیوان داوری اظهار کرد که درج عبارت «ضروری بودن» یا «ضرورت داشتن»^۳ یک عنصر ارتباطی است که

1. Jurisdiction
2. Full Discretion
3. Necessity

دولت استنادکننده به شرط استثنا باید به عنوان پیش شرط عینی^۱ آن را اثبات کند و در معاهده ذی ربط چنین عبارتی درج نشده است. دیوان برای تقویت موضع خود به آرای سی ام اس، انرون، سمپرا، ال جی اند ای، کانتینتال و ال پاسو اشاره کرد که همگی در چارچوب معاهده سرمایه گذاری آمریکا - آرژانتین (۱۹۹۱) مطرح شده بودند و در آن معاهده لزوم «ضروری بودن اقدامات» شرط شده بود (Permanent Court of Arbitration, 2016: 238). همچنین اشاره شد که دیوان بین المللی دادگستری در خصوص اهمیت این واژه معتقد بود که اقدامات صورت گرفته نباید صرفاً به قصد حفاظت از منافع اساسی امنیتی یکی از طرفین متعاقد باشد؛ بلکه باید اقداماتی که انجام شده برای چنین هدفی «ضروری» باشد (ICJ, 1986: 282 & ICJ, 2003: 43 & ICJ, 2023: 106).

بنابراین ادبیات معاهداتی به سمت صلاحیت کامل پیش رفته است و چنین تغییری در معاهدات کشورهای دیگر نیز قابل تأمل است. برای مثال در ماده ۶۳ معاهده مدل ۲۰۱۶ روسیه نیز اختلافات ناشی از اقدامات اتخاذی که ذیل مواد ۶۱ و ۶۲ (استثنای امنیت) قرار بگیرد، از شمول مکانیسم حل و فصل اختلافات خارج شده است (Russia Model BIT, 2016: 61-63).

هند نیز در سال ۲۰۱۶ تلاش کرد تا با کشورهایی که با آنها معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری داشته، بیانیه تفسیری مشترکی امضا کند و در آن اقدامات صورت گرفته ذیل منافع اساسی امنیتی را از مکانیسم حل و فصل اختلافات جدا سازد. در همین زمینه هند و بنگلادش در سال ۲۰۱۷ بیانیه تفسیری مشترکی امضا کرده و اقدامات مذکور را از حل و فصل اختلافات معاهده دوجانبه سرمایه گذاری فی مابین استثنا کردند (Blanco & Pehl, 2020: 68). در معاهده سرمایه گذاری هند - برزیل (۲۰۲۰) نیز می توان شاهد چنین رویکردی بود. در خصوص بیانیه های مشترک این چینی دو نکته شایان توجه است؛ اول اینکه چنین بیانیه ای به صورت تلویحی مؤید این است که در صورت عدم سلب صریح صلاحیت، مرجع حل اختلاف صلاحیت رسیدگی به ادعای دولت در خصوص شرط استثنای امنیت را دارد و دولت نمی تواند منکر چنین صلاحیتی شود؛ دوم اینکه چنان صراحتی در شروط استثنای امنیت وجود دارد، اقداماتی که به استناد شرط استثنای دولت انجام شده از بررسی قضایی - داوری خارج شود و در نتیجه دست دولت به مراتب بازگردد. مضاف بر اینکه در چنین مواردی دیگر حسن نیت نیز تحت رصد مرجع داوری یا قضایی قرار نمی گیرد.

۵. نتیجه

موافقت نامه های سرمایه گذاری به نحوی تنظیم یافته اند که در تزامن میان حقوق سرمایه گذار و منافع دولت میزبان، راهی بینابین در پیش گیرند. از این رو در کنار حقوق حمایتی متعدد پیش بینی شده برای

سرمایه‌گذار، «شرط استثنای امنیت» به‌وجود آمد تا کشورها در شرایط حاد تهدید یا به خطر افتادن منافع اساسی‌شان یک سوپاپ اطمینان داشته باشند و به وظیفه اولیه و اساسی خود در حفظ و حراست از منافع اساسی ملی جامه عمل بپوشانند. بنابراین از طرفی، نباید این مقرر را دستاویزی قرار داد که دولت از آن برای نیل به غرایض سیاسی - اقتصادی خود بهره جوید و از طرف دیگر، نباید به حقوق حمایتی سرمایه‌گذار و هدف و موضوع معاهده نگاهی جزم‌اندیشانه داشت تا کشورها را بترساند از اینکه ممکن است جذب سرمایه و مراودات تجاری، منافع اساسی آن را به خطر اندازد.

قدرت روزافزون بازیگران غیردولتی، صدور آرای با بار مالی سنگین علیه برخی کشورها در ایکسید و انتقاداتی که از عملکرد دیوان‌های داوری وجود داشت، موجب بروز نگرانی‌های زیادی شد و برخی کشورها از مراجع حل اختلافی همچون ایکسید خارج شدند و تعداد زیادی نیز به تغییر ادبیات معاهداتی با رویکردی «حاکمیت‌محورتر» روی آوردند. شایع‌ترین اقدام دولت‌ها درج عبارت «چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد» در مقرر استثنای امنیت بوده است تا «صلاحدید بسیار گسترده» برای آنها به ارمغان آورد. تعدادی از کشورها نیز پا را فراتر گذاشتند و صلاحیت مرجع حل اختلاف را در خصوص اقدامات مرتبط با منافع اساسی و شرط استثنای امنیت سلب کردند. بدین ترتیب موضوع خودقضاوتی بودن یا نبودن و دامنه صلاحدید دولت در آنچه حفاظت از منافع اساسی امنیتی تلقی می‌شود، از دامنه صلاحیتی و رسیدگی مرجع حل اختلاف خارج شد و این کشورها «صلاحدید کامل» برای خود در نظر گرفتند. شایان ذکر اینکه، با هر نوع ادبیات معاهداتی، دولت میزانی از صلاحدید را داراست، بنابراین بهتر است به‌جای اینکه بررسی شود مقرر استثنای امنیت مبتنی بر ماهیتی خودقضاوتی است یا خیر، بدان پرداخته شود که گستره صلاحدید دولت در فروض مختلف به چه نحو است؛ از این‌رو با عنایت به عبارت‌بندی معاهدات مختلف و رویه مراجع حل اختلاف بین‌المللی و همچنین رویه دولت‌ها جمع‌بندی زیر حاصل شده است:

الف) اگر در معاهده ذی‌ربط، شروط استثنای امنیت و استثنای عمومی به‌طور کلی نیامده باشد، دولت برای حفاظت از منافع ملی خود صرفاً می‌تواند به معاذیر (عرفی) مندرج در فصل پنجم طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها (۲۰۰۱) استناد کند؛ مانند دفاع ضرورت، فورس ماژور و ...؛

ب) اگر در معاهده ذی‌ربط، شرط استثنای امنیت نیامده باشد و تنها استثنای عمومی درج شده باشد، صلاحدید دولت محدود است و به‌طور معمول اقدامات حفاظتی دولت منوط به تبعیض‌آمیز نبودن، خودسرانه نبودن، جبران خسارت، اثبات ضروری بودن اقدام و ... است؛

ج) اگر در معاهده ذی‌ربط، شرط استثنای امنیت آمده باشد؛ اما عباراتی که به‌صراحت متضمن صلاحدید گسترده باشد مانند «چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد» در مقرر پیش‌بینی نشده باشد،

دولت واجد «صلاح‌دیدی قابل توجه» است. در این شرایط، باید کنترل ماهوی - قضایی در خصوص اقدامات دولت صورت گیرد تا به طور دقیق بررسی شود که آیا شروط معاهده‌ای رعایت شده است یا خیر؛ همچنین حسن نیت دولت نیز مطمح نظر قرار می‌گیرد؛

د) چنانچه در معاهده ذی‌ربط شرط استثنای امنیت مقرر شده باشد و متضمن عبارت «چنانچه دولت ضروری تشخیص دهد» باشد، بیانگر «صلاح‌دید بسیار گسترده» ای برای دولت است. با این حال، چنین صلاح‌دیدی بی‌حد و حصر نیست و دولت نمی‌تواند هر نگرانی را تهدید منافع اساسی تلقی کند و در شرایطی با چنین صلاح‌دید، مرجع حل اختلاف باید به‌طور جد «حسن نیت» دولت را با معیارهایی عینی ارزیابی کند. همچنین اگر شرط «ضروری بودن اقدامات» از مقرر استثنای امنیت حذف شده باشد، به معنای افزایش گستره صلاح‌دید دولت است؛ با این حال، در این فرض نیز حسن نیت دولت سنجیده می‌شود؛ و

ه) چنانچه در معاهده ذی‌ربط شرط استثنای امنیت آمده باشد؛ اما صلاحیت مرجع حل اختلاف برای ارزیابی اقدامات ذیل این شرط سلب شده باشد، به نظر باید قائل بر وجود یک «صلاح‌دید کامل» برای دولت باشیم و بررسی موضوعاتی مانند ضروری بودن، حسن نیت و ... دیگر نمی‌تواند مطرح باشد و دست دولت برای اتخاذ هرگونه اقدامی جهت حفاظت از منافع اساسی امنیتی‌اش کاملاً باز گذاشته شده است و در چنین حالتی می‌توان ادعا کرد که «حاکمیت مطلق» به عرصه حقوق بین‌الملل و حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری برگشته است و خطری جدی، تعهدات بین‌المللی و توسعه حقوق بین‌الملل را تهدید می‌کند.

منابع

۱. فارسی

الف) کتاب

۱. مک لاکلن، کمپبل؛ لارنس، شور؛ متیو، واینیگر (۱۴۰۰). *داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی*. ج ۱، ترجمه لعیا جنیدی؛ محمدرضا شکیب؛ بهاره احمدپور، چ اول، تهران: میزان.

ب) مقالات

۲. پیری، حیدر؛ دهقانی، پریسا (۱۳۹۷). رهیافت‌های مختلف حقوق و روابط بین‌الملل نسبت به مفهوم منافع ملی. *مجله پژوهش‌های حقوقی*، ۳۴ (۲)، ۱۶۱-۱۸۴.
۳. پیری، مهدی؛ شکیب، محمدرضا؛ احمدپور، بهاره (۱۳۹۷). بررسی رویکرد دیوان‌های داورى ایکسید به دفاع ضرورت و شرط استثناء: تأملی بر پرونده‌های گازی آرژانتین، *مطالعات حقوق انرژی*، ۴ (۲)، ۳۷۷ - ۴۰۳.

۱. خروج از مرجع حل اختلاف معاهداتی نیز همین نتیجه را در پی دارد، مانند خروج برخی کشورها از ایکسید.

۴. روحانی، حسن (۱۳۸۲). مفهوم حاکمیت ملی قبل و بعد از ۱۱ سپتامبر. فصلنامه سیاست خارجی، ۱۷(۱).
۵. عبدی، ایوب؛ زمانی، سیدقاسم (۱۳۹۶). حاشیه صلاحدید دولت‌ها در آزادی دین در پرتو رویه دیوان اروپایی حقوق بشر. نشریه پژوهش حقوق عمومی، ۵۵، ۸۲-۶۱.
۶. قوام، عبدالعلی (۱۳۷۳). آناتومی تعاملات سیاسی و منافع ملی. مجله سیاست خارجی، ۸(۸)، بهار و تابستان.

۲. انگلیسی

A) Books

1. Bryan A. Garner (2009). *Black's Law Dictionary*. Ninth Edition: West Group.
2. Plano, Jack & Olton, Roy (1988). *The International Relations Dictionary*, 4th edition, University of California: Santa Barbara, Clio Inc.
3. Sebastián Mantilla Blanco & Alexander Pehl, (2020). *National Security Exceptions in International Trade and Investment Agreements Justiciability and Standards of Review*: Springer Briefs in Law.

B) Articles

4. Catherine H. Gibson (2015). beyond self-judgment: Exceptions clauses in us BITs. *Fordham Int'l L.J.* (38).
5. Kasenetz, E. D. (2010). Desperate times call for Desperate measures; the aftermath of Argentina's state of necessity and the current fight in the ICSID. 41 *Geo. Wash. Int'l L. Rev.* 709.
6. Wang, W. (2017). The Non-Precluded Measure Type Clause in International Investment Agreements: Significances, Challenges, and Reactions. *ICSID Review*, 32(2).
7. William W. Burke-White & Andreas von Staden (2007). Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties. *Virginia Journal of International Law*, (48).

C) Jurisprudence

8. Case concerning *Gabcikovo-Nagymaros Project* (Hungary/Slovakia), I.C.J. Rep, Judgment, (25 September 1997).
9. Case concerning *the Oscar Chinn* (Gr. Britain. v. Belgium.), P.C.I.J. No. 63, at 7 (1 May 1934).
10. *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited and Telecom Devas Mauritius Limited v. India*, PCA [Permanent Court of Arbitration] Case No. 2013-09, Award on Jurisdiction and Merits, (25 July 2016).
11. *Certain Iranian Assets* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I.C.J. Reports (30 March 2023).
12. *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters* (Djibouti v. France), Judgment, I.C.J. Reports, (4 June 2008).
13. China – Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten, and Molybdenum, WT/DS431/R, WT/DS432/R, WT/DS433/R, Panel Report, (26 March 2014).
14. China — *Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WTO Doc. WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, Panel Report, (22 February 2012).

15. CMS Gas Transmission Company V. Argentine Republic, Annulment Proceeding, ICSID Case No. ARB/01/8, (September 25, 2007).
16. CMS Gas Transmission Company V. Argentine Republic, Award, ICSID Case No. ARB/01/8, (12 May 2005).
17. *Company General of the Orinoco Case*, French- Venezuelan commission, VOLUME X pp. 184-285, United Nation Copyright, (31 July 1905).
18. *Continental Casualty Company V. Argentine Republic*, Award, ICSID Case No. ARB/03/9, (5 September 2008).
19. *Deutsche Telekom AG v. The Republic of India*, PCA Case No. 2014-10, Interim Award, (13 December 2017).
20. ECHR, *Gachechiladze v. Georgia*, (Application no. 2591/19), Chamber judgment, 22 July 2021.
21. ECHR, *Lingens v. Austria*, (Application no. 9815/82), Chamber judgment, 8 July 1986.
22. ECHR, *Zana v. turkey*, (Application no. 18954/91), Grand chamber, 25 November 1997.
23. *EL Paso Energy International Company v. the Argentine Republic*, Award, ICSID Case No. ARB/03/15, (31 October 2011).
24. *Enron Creditors Recovery Corp. V. Argentine Republic*, Award, ICSID Case No. ARB/01/3, (22 May 2007).
25. *European Communities — Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WTO Doc. WT/DS27/AB/R, Appellate Body Report, (25 September 1997).
26. *LG&E Energy Corp. V. Argentine Republic*, Decision on Liability, ICSID Case No. ARB/02/1, (3 Oct 2006).
27. *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua v. United States of America). Merits, Judgment. I.C.J. Reports (27 June 1986).
28. *Mobil Exploration and Development Argentina Inc. Suc. Argentina and Mobil Argentina S.A. v Argentina*, Decision on Jurisdiction and Liability, ICSID Case No. ARB/04/16, (10 April 2013).
29. *Oil Platforms* (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Judgment, I. C. J. Reports (6 November 2003).
30. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. & Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, (8 July 2016).
31. *Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. & Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay*, ICSID Case No. ARB/10/7, Award, Concurring and Dissenting Opinion, Gary Born (8 July 2016).
32. *Russia - Measures Concerning Traffic in Transit.*, WT/DS512/R, Panel report, (5 April 2019).
33. *S.S.Wimbledon*, Judgment, Dissenting Opinion by Judge Anzilotti and Judge Huber, [1923] PCIJ Series, (17 August 1923).
34. Saudi Arabia - Measures concerning the Protection of Intellectual Property Rights, WT/DS567/R, panel Report, 16 June 2020.
35. *Sempra Energy International v. Argentina*, Award, ICSID Case No. ARB/02/16, (28 September 2007).
36. *Sempra Energy International V. Argentine Republic*, Annulment Proceeding, ICSID Case No. ARB/02/16, (29 June 2010).
37. United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products,

- WT/DS58/AB/R, Appellate Body Report, (6 November 1998).
 38. *United States—Trade Measures Affecting Nicaragua*, L/6053, Panel Report, (Oct 13 1986).
 39. *Whaling in the Antarctic* (Australia v. Japan: New Zealand intervening), Judgment, I.C.J. Reports, (31 March 2014).

D) International Instruments, Documents and Reports

40. ACP (African, Caribbean and Pacific Group of States) - EU Samoa Agreement (2023).
 41. Azerbaijan Model BIT (2016).
 42. Brazil - Ethiopia BIT (2018).
 43. Brazil - Guyana BIT (2018).
 44. Brazil - United Arab Emirates BIT (2019).
 45. Brazil - India BIT (2020).
 46. Brazil Model BIT (2015).
 47. Canada Model BIT (2021).
 48. Central America - EU Association Agreement (2012).
 49. China - Colombia BIT (2008).
 50. Convention concerning judicial assistance in criminal matters, Signed at Djibouti (27 September 1986).
 51. Crawford, James, Second Report on State Responsibility, UN General Assembly, International Law Commission, 51st Session, Geneva, 23 July 1999, A/CN.4/498/Add 2
 52. Czech Republic Model BIT (2016).
 53. EU - Kenya EPA (2023).
 54. EU - New Zealand FTA (2023).
 55. EU - United Kingdom Trade and Cooperation Agreement (2020).
 56. EU - Viet Nam Investment Protection Agreement (2019).
 57. EU-Japan Economic Partnership Agreement (2018).
 58. India Model BIT (2015).
 59. International Convention for the Regulation of Whaling, Washington, (2 December 1946).
 60. Intra-MERCOSUR Investment Facilitation Protocol (2017).
 61. Investment promotion and protection agreement between Japan, Republic of Korea and China (2012).
 62. Italy Model BIT (2022).
 63. Norway Model BIT (draft) (2015).
 64. Russia Model BIT (2016).
 65. Slovakia Model BIT (2019).
 66. The General Agreement on Tariffs and Trade (1947).
 67. Treaty of Friendship, Commerce and Navigation, Iran - United States of America, (1955).
 68. Treaty of Friendship, Commerce and Navigation, Nicaragua - United States of America, (1956).
 69. United States Model BIT (1984).
 70. United States Model BIT (2004).
 71. United States Model BIT (2012).

References In Persian:

1. Abdi, A., & Zamani, S. Q. (2016). The margin of discretion of governments in freedom of religion in the light of the practice of the European Court of Human Rights. *Journal of Public Law Research*, (55) (In Persian).
2. Qavam, A. A.(1994). Anatomy of political interactions and national interests. *Journal of foreign policy*, (8), spring and summer (In Persian).
3. Rouhani, H. (2003). The concept of national sovereignty before and after September 11. *Foreign Policy Quarterly*, 17(1) (In Persian).
4. Piri, h., & Dehghani, P, (2018). National Interests from the Perspective of International Law and International Relations Theories, *JLR*, (34) (In Persian).
5. Piri, M., Shakib, Mo, & Ahmadpour, B. (2018). Examination of the Approach of ICSID Arbitration Tribunals to Necessity Defense and Exception Clause: Contemplating on Argentine Gas Cases, *JRELS*, (2) (In Persian).