

بررسی شروط مندرج در موافقت نامه های دو جانبه سرمایه گذاری

جمهوری اسلامی ایران

شماره ۱۰ / زمستان ۱۳۹۶ / ص ۳۸-۵۰

مجله علمی پژوهش در حقوق، فقه، فلسفه و الهیات (سال سوم)

علی اسلامی پناه^۱، مصطفی مداحی نسب^۲، سجاد مهربانی^۳

^۱ عضو هیئت علمی و استادیار حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

^۲ دانشجوی دکترای حقوق نفت و گاز دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

^۳ دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق نفت و گاز دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(نویسنده مسئول):

علی اسلامی پناه

چکیده

امروزه سرمایه گذاری خارجی مستقیم از الزامات توسعه به خصوص در کشورهای در حال توسعه می باشد. به همین دلیل دولت ها همواره برای جذب سرمایه گذاری خارجی در تلاش و رقابت هستند. از ابزارهای جذب سرمایه خارجی، معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری است که در آنها مشوق ها و استانداردهای رفتاری مناسبی برای حمایت از سرمایه گذار خارجی در قبال مسائلی مانند عدم تبعیض، تضمین تعهدات، سلب مالکیت، انتقال عواید، مرجع حل و فصل اختلافات داده می شود. جمهوری اسلامی ایران در سال های اخیر تعداد ۶۱ قانون موافقتنامه دوجانبه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری خارجی با کشورهای مختلف به تصویب مجلس شورای اسلامی رسانده شده است؛ در این تحقیق نظری که به روش کتابخانه ای نگارش شده است شروط اصلی مندرج در معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری ایران با رویکرد به قالب کلی این معاهدات در سطح بین المللی مورد بررسی قرار می گیرد. و نتیجه گیری می شود که با توجه به کشورهای مختلف و هدف جذب سرمایه گذاری تا چه حد این معاهدات مناسب دارند.

کلیدواژه: سرمایه گذار، رفتار ملت کامل الوداد، رفتار ملی، سلب مالکیت، شرط التزام، حل و فصل اختلافات

مقدمه

بحث سرمایه گذاری خارجی به لحاظ تاریخی دو مرحله متفاوت و مجزا را در برداشته است در یک مرحله که بیشتر در دهه ی ۱۹۷۰ بوده است شاهد مصادره و ملی کردن سرمایه گذاری های خارجی و ایجاد محدودیت برای فعالیت شرکت های خارجی و به خصوصی شرکت های چند ملیتی در کشورهای در حال توسعه بوده است مرحله بعدی از دهه ۱۹۸۰ به بعد بود که توجه به سرمایه گذاری خارجی و جذب آن مورد توجه کشورهای در حال توسعه (سرمایه پذیر) قرار گرفت این رخس عمدتاً ناشی از نیاز کشورهای در حال توسعه و دارای منابع طبیعی) به سرمایه خارجی، تغییرات سریع تکنولوژی و نیاز این کشورها به جذب فناوری و دانش، شبکه های درهم تنیده تولید و توزیع کالا و خدمات در سطح بین المللی و افزایش وابستگی کشورها به یکدیگر بوده است. (شیری، ۱۳۹۱: ۴۳۸-۴۳۹)

بررسی تطبیقی وضعیت اقتصادی کشورهای مختلف حکایت از این دارد که توسعه پایدار همواره با سرمایه گذاری خارجی همراه بوده است و سرمایه گذاری خارجی در کشورهای مختلف از ابعاد گسترده و چشمگیری برخوردار بوده است. (اخلاقی، ۱۳۷۹: ۶) لذا دهه های اخیر حاکی از لزوم سرمایه گذاری مستقیم خارجی است زیرا باعث رشد و توسعه اقتصادی و انتقال تکنولوژی و مدیریت و دستیابی به بازار بین المللی فروش خواهد بود، ایران با دارا بودن ۱۱/۵ درصد ذخایر نفتی و ۱۵/۵ درصد ذخایر گاز طبیعی جهان و به واسطه شرایط خاص جغرافیایی بستر بسیار مستعد و مناسبی برای جذب سرمایه های خارجی است (ذباح، ۱۳۸۷: ۱۳۸، ۱۳۹).

یکی از راهکارهای جذب سرمایه گذاری خارجی انعقاد معاهدات دو جانبه و چند جانبه سرمایه گذاری خارجی می باشد. در این عهدنامه ها تلاش می شود تا از اعمال اقداماتی که سرمایه گذاری خارجی را تهدید می کند مانند سلب مالکیت و مصادره نامشروع جلوگیری به عمل بیاید. (اخلاقی، ۱۳۷۹: ۷) اما معمولاً کشورهای در حال توسعه آن چنان که نشان داده اند نسبت به معاهدات چند جانبه سرمایه گذاری (Multilateral investment treaty) بی میل هستند زیرا در مقایسه با موافقتنامه های دو جانبه سرمایه گذاری (Bilateral investment treaty) معاهدات چند جانبه سرمایه گذاری قدرت مانور حاکمیتی بیشتری را از آنها سلب می کند. (Leal, 2009: 50) برای مثال ایران تعداد زیادی موافقتنامه دو جانبه سرمایه گذاری تاکنون منعقد کرده است در حالی که تنها به یک معاهده چند جانبه سرمایه گذاری که موافقتنامه چند جانبه تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی بین کشور های عضو آکو می باشد پیوسته است.

یک معاهده ی دو جانبه سرمایه گذاری توافقی است که شرایط و شروط سرمایه گذاری شرکت های خصوصی و یا دولتی از یک کشور در کشور دیگر را مشخص می کند براساس آنکتاب ۱۹۹۸ معاهدات دو جانبه دو هدف را دنبال می کنند: ۱) فراهم کردن حمایت قانونی از سرمایه سرمایه گذاران خارجی، ۲) تشویق سرمایه گذاری خارجی در کشورهای تصویب کننده. (Siegmann, 2007: 3)

از لحاظ تاریخی ریشه ی معاهدات دو جانبه ی سرمایه گذاری به سال ۱۷۷۸ بازمیگردد، یعنی زمانی که آمریکا و فرانسه اولین معاهده بازرگانی را بین خویش امضا کردند. این امر در قرن ۱۹ با انعقاد موافقتنامه هایی بین آمریکا و متحدان آن کشور و همچنین با کشورهای آمریکای لاتین تداوم یافت.

بعد از سال ۱۹۱۹ بود که آمریکا اقدام به مذاکره در مورد موافقتنامه هایی موسوم به معاهدات «مودت، بازرگانی و دریانوردی» کرد که منجر به انعقاد بیست و یک مورد از این نوع معاهدات در بین سال های ۱۹۴۵ تا ۱۹۶۶ شد در این معاهدات مودت قواعد راجع به سرمایه گذاری خارجی هرگز به صورت مشخص و متمایزی منعکس نبود (دالزر، ۱۳۹۱: ۵۰). معاهدات مودت معمولاً بین کشورهای توسعه یافته منعقد می شد و قواعدی مربوط به تجارت و روابط بازرگانی و دریایی را شامل می شد اما بعدها کم کم با رونق گرفتن سرمایه گذاری خارجی به سمت حمایت از سرمایه گذاری خارجی رفت و تبدیل به معاهداتی شد که بین کشورهای صاحب سرمایه و توسعه یافته از یک طرف و کشورهای در حال توسعه از طرف دیگر، منعقد می شد اولین معاهده دو جانبه سرمایه گذاری بین کشورهای آلمان و پاکستان در تاریخ ۱۹۵۹ منعقد شد. (Siegmann, 2007: 3)

براساس آمار آنکتاب سال ۲۰۱۳، تا پایان سال ۲۰۱۲، تعداد ۲۸۵۷ فقره معاهده دوجانبه تصویب شده است که از این میان ۶۱ مورد مربوط به ایران می باشد. (شیری، ۱۳۹۳: ۲۱۷) این معاهدات بطور کلی حاوی حمایت ها و استانداردهای مشابهی هستند و بعضاً در جزئیات تفاوت های کوچکی دارند. (شیری، ۱۳۹۱: ۴۶۳)

در این تحقیق هدف این نیست به شکل کاربردی و دقیق موافقتنامه های مورد بحث بررسی شوند و حقوق و تعهدات ایران نسبت به هر کدام یا بعضی از کشورهای متعاقد این موافقتنامه ها مشخص شود بلکه هدف مطالعه ی نظری در شروط و تعهدات مندرج در این موافقتنامه

ها می باشد. شایان توجه است که این مقاله تحقیقی نو و با رویکردی خاص می باشد زیرا عمر این موافقتنامه ها بیشتر ۱۰ تا ۱۲ سال نیست که در کشور ما مطرح شده اند.

در معاهدات دو جانبه ی سرمایه گذاری معمولاً چهار مبحث عمده مورد توافق قرار می گیرد: استقرار و ایجاد سرمایه گذاری، رفتاری که با سرمایه گذاری پس از استقرارش می شود، حمایت ها و ضمانت های معطوف به سرمایه گذاری، حل و فصل اختلافات بین دولتهای متعاقد و به علاوه بین دولت میزبان و سرمایه گذاران. (Leal, 2009: 78) در این تحقیق نیز از همین قالب استفاده شده و ذیل چهار فصل به ترتیب مباحث: سرمایه گذاری و سرمایه گذار، رفتارها و استانداردهای حمایتی، مالکیت و انتقال و عواید و حل و فصل اختلافات، با توجه به موافقتنامه دو جانبه سرمایه گذاری ایران مورد بررسی قرار خواهند گرفت و در نهایت با توجه به مطالب بیان شده نتیجه گیری مباحث خواهد آمد.

فصل اول: سرمایه گذاری و سرمایه گذار خارجی

در این فصل ابتدا مفهوم سرمایه گذاری و سرمایه با توجه به قوانین و موافقتنامه های دو جانبه سرمایه گذاری بررسی می شود و در مبحث دوم سرمایه گذار و معیارهای تابعیت به خصوص برای اشخاص حقوقی مورد بررسی قرار می گیرند.

مبحث اول: سرمایه گذاری و سرمایه

سرمایه گذاری خارجی به دو قسم مستقیم و غیر مستقیم است در سرمایه گذاری غیر مستقیم، سرمایه گذار صرفاً قصد کسب سود و منفعت دارد اما در سرمایه گذاری مستقیم سرمایه گذار علاوه بر اینکه دارایی مادی و غیر مادی به کشور سرمایه پذیر وارد می کند مدیریت و کنترل سرمایه گذاری را هم در دست می گیرد. (شیروی، ۱۳۹۱: ۴۴۰)

در موافقت نامه های دو جانبه ی تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری نیز همین نوع از سرمایه گذاری یعنی سرمایه گذاری مستقیم خارجی مرد نظر است.

از سرمایه گذاری مستقیم خارجی تعاریف زیادی ارائه شده است برای مثال براساس آنکتاد ۲۰۰۹: سرمایه گذاری خارجی می تواند به عنوان یک سرمایه گذار که توسط یک (سرمایه گذار) مستقر در یک اقتصاد، در اقتصاد دیگری ایجاد می شود معنی شود... که ماهیت بلند مدت یا دارای منافع بلند مدت باشد. (Bath, 2011: 1)

صندوق بین المللی پول نیز در تعریف سرمایه گذاری مستقیم به دو معیار منافع بلند مدت در شرکت سرمایه گذار و داشتن نقش مدیریتی در سرمایه گذاری به عنوان سرمایه گذار خارجی تأکید دارد همچنین براساس سازمان تجارت جهانی سرمایه گذاری مستقیم خارجی زمانی رخ می دهد که یک سرمایه گذار از یک کشور در کشور دیگر سرمایه و دارایی را دایر کند با قصد مدیریت کردن آن. (Leal, 2009: 38)

تعاریفی که در موافقتنامه های دو جانبه سرمایه گذاری آمده بسیار کلی است و به روش پیچیده ای نگارش شده اند بدین سان که ضمن ارائه ی تعریفی کلی از سرمایه گذاری (برای مثال تمام دارایی ها) این تعاریف کلی را با ارائه مصادیق عینی و مشخص از دسته های مختلف این دارایی ها ترکیب کرده اند. (دالزر، ۱۳۹۱: ۱۱۵) در موافقتنامه های دو جانبه سرمایه گذاری از جمله موافقتنامه های تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری جمهوری اسلامی ایران با کشورهای دیگر عموماً قالب کلی اینگونه است که در ماده ۱، تحت عنوان تعاریف، برای تعریف سرمایه گذاری ابتدا اشعار می دارد: سرمایه گذاری عبارت است از هر نوع مال یا دارائی که طبق قانون کشور متعاقد به نظام اقتصادی آن کشور وارد شود و در قدم بعدی مصادیق آن را بر می شمارد، با توجه به سیاق عبارت که از عبارت "از جمله موارد زیر" استفاده کرده است به نظر می رسد مصادیق بر شمرده شده تمثیلی هستند و اگر موارد دیگری هم باشد که در زمره موارد بر شمرده شده نباشد اما ویژگی های یک مال یا دارائی را داشته باشد نیز می تواند سرمایه تلقی شود. هرچند موارد ذکر شده آنقدر دامنه شمول گسترده ای دارند که مورد دیگری را باقی نمی گذارند.

در این موافقتنامه ها معمولاً مواردی مانند اموال منقول و غیر منقول و حقوق مربوط به آنها، مالکیت های معنوی و صنعتی، پول یا هرگونه مطالبات قابل وصول، حق اکتشاف و استخراج و بهره برداری، حقوق اقتصادی و هر گونه مجوز و امتیاز که به موجب قانون اعطاء شده باشد، تحت عنوان این مصادیق آمده است.

نکته ای که در اینجا حائز اهمیت است این است که در بعضی موافقتنامه ها از جمله موافقتنامه های ایران بین کشورهای، ایتالیا، آلمان، فرانسه، چین، ونزوئلا و... یکی از مصادیق سرمایه گذاری خارجی داشتن سهام یا هر نوع مشارکت در شرکتها بیان شده است و این باعث می شود که سهامداران خارجی از موقعیت مستقلی نسبت به شرکت برخوردار شوند و شخص حقیقی که سهامدار است از حمایت های مندرج در موافقتنامه برخوردار شود (دالز، ۱۳۹۱، ۱۱۰). البته به صرف اینکه یک شخص حقیقی تبعه کشور متعاقد چنان موافقتنامه هایی در شرکتی سهامدار باشد یا مشارکت داشته باشد باعث نمی شود که مشمول این حمایت ها باشند بلکه بایستی این سهام داشتن، سرمایه گذاری مستقیم باشد یعنی چنانکه گفته شد صرفاً به قصد کسب سود و منفعت نباشد بلکه علاوه بر آن دارایی سطحی از مدیریت در آن شرکت نیز باید باشد به عبارت دیگر باید سرمایه گذاری خارجی راهبردی باشد. در آیین نامه سرمایه گذاری خارجی در بورسها و بازارهای خارج بورس، بین سرمایه گذار خارجی راهبردی و غیر آن تفاوت قائل شده است. به موجب بند ۱۰ ماده ۱۱ آیین نامه مزبور، سرمایه گذار خارجی راهبردی، سرمایه گذار خارجی است که قصد تملک بیش از ده درصد از سهام یک شرکت پذیرفته شده در بورس یا بازار خارج از بورس را داشته باشد و یک کرسی هیأت مدیره آن شرکت را در اختیار بگیرد، لذا سرمایه گذاری غیر مستقیم یا غیر راهبردی به موجب ماده ۷ این آیین نامه نمی تواند بیش از ده درصد سهام یک شرکت را مالک شود. (شیروی، ۱۳۹۱: ۴۴۲)

همانطور که بیان شد در موافقتنامه ها بیشتر تعریف کلی از سرمایه گذاری بیان شده است و سایر مشخصات و ترتیبات و جزئیات سرمایه گذاری به قانون کشور سرمایه پذیر محول شده است به عبارت دیگر چنانکه در این موافقتنامه ها درج شده سرمایه گذاری باید طبق قوانین و مقررات طرف متعاقد سرمایه پذیر استقرار پیدا کند در همین راستا در کشور ما قوانین ناظر بر سرمایه گذاری خارجی اعم از اینکه مانند قانون حمایت و تشویق سرمایه گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۰ مستقیماً به این موضوع پرداخته باشد یا غیر مستقیم به سرمایه گذاری و سرمایه گذاری خارجی مربوط باشد مانند قوانین بودجه و همین طور بعضی اصول قانون اساسی و سایر قوانین و مقررات باید رعایت شوند.

مبحث دوم: سرمایه گذار

سرمایه گذاران اعم از افراد به معنی اشخاص حقیقی و شرکتها به معنی اشخاص حقوقی هستند. در اکثر پرونده ها، سرمایه گذار خارجی شخص حقوقی است اما گاهی افراد هم تحت عنوان سرمایه گذار خارجی قرار می گیرند. برای اینکه معلوم شود یک شخص حقیقی سرمایه گذار خارجی است و مشمول حمایت های مندرج در موافقتنامه دو جانبه می شود یا نه به دو عامل توجه می کنند. نخست اینکه سرمایه اولیه منشاء خارجی و ناشی از کشور طرف متعاقد موافقتنامه دو جانبه سرمایه گذاری باشد دوم اینکه سرمایه گذار تابعیت کشور سرمایه فرست را داشته باشد. (دالز، ۱۳۹۱: ۹۴)

در موافقتنامه های دو جانبه ایران در بعضی موارد تصریح شده است که سرمایه گذار نباید تابعیت کشور میزبان را دارا باشد و صرفاً تابعه ی کشور سرمایه فرست باشد مانند موافقتنامه های دو جانبه ایران با کشورهایمانند چین، عمان، اریتره، ونزوئلا، قطر و... در چنین حالتی سرمایه گذارانی که دارای تابعیت مضاعف هر دو کشور متعاقد باشند نمی توانند سرمایه گذار خارجی تلقی شوند. بعضی از کشورها مانند کشور ما تبعه های زیادی دارند که در کشورهای دیگر زندگی می کنند و دارای تابعیت مضاعف هستند و کشور سرمایه پذیر خواهان جذب سرمایه ی تبعه ی خود که در کشور طرف متعاقد زندگی می کند می باشد لذا از آوردن این شرط در موافقتنامه هایی که کشور طرف متعاقد کشوری است که تعداد زیادی از تبعه های کشور سرمایه پذیر در آن زندگی می کنند اجتناب شده است برای مثال در موافقتنامه ی بین ایران و آلمان برای شخص حقیقی داشتن تابعیت آلمانی کفایت می کند و این شرط که نبایستی سرمایه گذار تابعه ی کشور میزبان باشد نیامده است فلذا افراد دارای تابعیت مضاعف ایرانی و آلمانی می توانند سرمایه گذار خارجی تلقی شوند و از حمایت های مقرر شده بهره ببرند در همین راستا نیز در ماده ۱ قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۰ آمده است "اشخاص حقیقی و حقوقی غیر ایرانی و ایرانی با استفاده از سرمایه با منشاء خارجی که مجوز موضوع ماده ۶ را اخذ کرده باشند" سرمایه گذار خارجی تلقی می شوند. (شیروی، ۱۳۹۱: ۴۴۳) شرط نداشتن تابعیت کشور میزبان معمولاً در موافقتنامه هایی که بین ایران و کشورهایی که اتباع زیادی از کشورمان به آنجا مهاجرت کرده اند نیامده است مانند موافقتنامه های بین ایران و کشورهایمانند آلمان، ایتالیا، سوئیس، فرانسه، سوئد، اسپانیا، اندونزی، اتریش، کویت، بحرین و ترکیه و... نبودن این شرط که سرمایه گذار نبایستی تابعیت کشور میزبان را دارا باشد در موضعی که کشور ما سرمایه پذیر است و افراد زیادی از کسانی که تابعیت مضاعف ایرانی و کشور طرف متعاقد دیگر را دارند، به نفع کشور ما خواهد بود و در اکثر موارد خوشبختانه این شرط را در موافقتنامه ها نمی بینیم.

موضوع تابعیت شرکت ها کمی پیچیده تر از تابعیت افراد است برای این موضوع در موافقتنامه های دو جانبه ی سرمایه گذاری از

معیارهای متفاوتی استفاده می کنند و معمولاً از چند معیار در کنار یکدیگر استفاده می شود تا معنای دقیق تر و مضیق تری پیدا کند، اکثر موافقتنامه ها معمولاً از معیار محل تشکیل شرکت» یا محل امور تجاری استفاده می کنند (دالزر، ۱۳۹۱: ۹۸) در معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری ایران بیشتر از ترکیب معیارهای «محل تشکیل شرکت» و «اقامتگاه شخص حقوقی» استفاده شده است در بعضی از موافقتنامه ها مانند موافقتنامه ی بین ایران و سوئیس علاوه بر موارد مزبور معیار منفعت غالب نیز بایستی موجود باشد به این معنی که علاوه بر اینکه شرکت بایستی مطابق با قوانین کشور سرمایه فرست و در آن کشور تشکیل شده باشد و اقامتگاهش نیز در آنجا باشد، هم چنین باید منافع اقتصادی واقعی و غالب در کشور طرف متعاقد داشته باشد و گر نه آن شخص حقوقی سرمایه گذار خارجی تحت حمایت این موافقتنامه قلمداد نمی شود. (دالزر، ۱۳۹۱: ۱۰۱)

به نظر می رسد هرچه معیارهای بیشتری باهم ترکیب شوند و مصداق شخص حقوقی را دقیق تر و مضیق تر کند، به نفع کشور سرمایه پذیر خواهد بود. زیرا تعریف مضیق تر باعث می شود دایره محدودتری از سرمایه گذاران خارجی بتوانند از مزایای مندرج در معاهده دو جانبه سرمایه گذاری سود ببرند.

فصل دوم: استانداردهای رفتاری

مطابق آنکتاب ۲۰۰۴ کشورها باید توانمندی هایشان را برای ارائه خدمات رقابتی به سرمایه گذاران تقویت کنند. (علیدوستی، ۱۳۸۸: ۴۷)

لذا استانداردهای حمایتی را برای ایجاد شرایط مطلوب سرمایه گذاران ارائه می دهند که در این فصل این استانداردها، در دو مبحث تحت عنوان های استانداردهای رفتاری مبتنی بر عدم تبعیض که در برگیرنده ی قیود رفتار ملی و رفتار دولت کامله الوداد است و استانداردهای رفتاری تضمین کننده ی تعهدات که در برگیرنده ی شرط التزام و رفتار منصفانه و عادلانه و حمایت کامل است بررسی می شوند.

مبحث اول: استانداردهای مبتنی بر عدم تبعیض (استانداردهای نسبی)

دو قید اصلی برای استانداردهای نسبی که تقریباً در تمام موافقتنامه های دو جانبه ی سرمایه گذاری می آیند، قیود ملت کامله الوداد (Most favored nation treatment) و رفتار ملی (National treatment) می باشند که هر کدام به ترتیب ناظر به عدم تبعیض بین سرمایه گذاران خارجی سایر کشورها و سرمایه گذاران داخلی می باشد. (siegmman, 2007: 8) از آنجایی که این استانداردها نسبت به رفتار با سایر سرمایه گذاران سنجیده می شوند به آنها استانداردهای نسبی هم می گویند. هر چند در تمام موافقتنامه های دو جانبه ی سرمایه گذاری قید ملت کامله الوداد آمده است اما دولتهای سرمایه پذیر نشان داده اند که نسبت به پذیرش شرط رفتار ملی بی رغبت بوده اند. زیرا در این صورت نمی توانند هیچگونه مداخله ای تبعیض جویانه ای به نفع سرمایه گذاران داخلی خود کنند و مجبورند امتیازاتی که به سرمایه گذاران و شرکتهای داخلی می دهند به سرمایه گذاران و شرکتهای خارجی هم بدهند از همین روی در برخی معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری شرط رفتار ملی نیامده است. (siegmman, 2007: 8)

برای مثال در قانون موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری بین ایران و مالزی، بند یک ماده سوم، رفتار ملت کامله الوداد را بیان می کند بدون اینکه رفتار ملی هم شرط شده باشد. در موافقتنامه ی دو جانبه سرمایه گذاری بین ایران و اوکراین نیز رفتار ملی شرط نشده است.

در مورد شرط کامله الوداد همواره این مورد که گستره ی آن شامل چه مواردی از تعهدات می شود اختلاف نظر بوده است از همین روی در بعضی از موافقتنامه های دو جانبه صراحتاً مواد و اصولی که مشمول اصل رفتار ملت کامله الوداد می شوند را ذکر می کنند (دالزر، ۱۳۹۱: ۳۰۲) در موافقتنامه ی دو جانبه ی سرمایه گذاری ایران و اکراین، ماده سوم آن بیانگر چنین عملکردی است. در این ماده به طور خاص موارد مشخص شده ی سرمایه گذاری ها و عواید سرمایه گذاران و همچنین مدیریت، نگهداری، استفاده، بهره مندی یا انتقال سرمایه گذاری ها مشمول رفتار ملت کامله الوداد شده است.

همچنین در تمامی موافقتنامه های دو جانبه ی سرمایه گذاری ایران با کشورهای مختلف، حقوق و مزایایی که بدلیل تأسیس مناطق آزاد تجاری، اتحادیه گمرکی، بازار مشترک یا موافقتنامه های منطقه ای یا زیر منطقه ای و یا موافقتنامه های بین المللی اقتصادی چند جانبه یا موافقتنامه های اجتناب از اخذ مالیات مضاعف یا تسهیل تجارت مرزی، به کشور ثالثی داده می شود از شمول قید رفتار ملت کامله الوداد استثناء شده است. یعنی گستره این شرط به این موارد راه پیدا نخواهد کرد.

مبحث دوم: استانداردهای رفتاری تضمین کننده ی تعهدات (استانداردهای مطلق)

استانداردهای تضمین کننده تعهدات یا استانداردهای مطلق استانداردهایی هستند که ناظر بر تعهدات و رعایت رفتارها و استانداردها و تعهداتی هستند که کشورهای متعاهد یک موافقتنامه سرمایه گذاری در قبال سرمایه گذاریهای که در قلمروشان صورت می گیرد پذیرفته اند. اهم این استانداردها رفتار عادلانه و منصفانه (Fair and equitable treatment)، حمایت کامل و همچنین شرط التزام یا استاندارد فراگیر (Umbrella clause) می باشند.

یکی از استانداردهای اصلی رفتاری در سرمایه گذاری خارجی استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه است این استاندارد در حقوق بین الملل معاهده ای، ابتدا از پیش نویس کنوانسیون ۱۹۶۷ سازمان همکاری اقتصادی و توسعه در مورد حمایت از اموال خارجی، نشأت گرفت. (siegmman, 2007: 8)

در تمامی موافقتنامه های سرمایه گذاری ایران این استاندارد آمده است این استاندارد الزاماتی از جمله عدم تبعیض، شفافیت نظام حقوقی، داشتن حسن نیت را بر طرفین متعاهد الزام می کند. بحثی که همواره در مورد این استاندارد مطرح بوده است این است که آیا باید این استاندارد در حد حداقل استانداردهای حقوق بین الملل معنی شود یا فراتر از آن معنی شود. بسیاری بر این عقیده اند که استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه بایستی مطابق با حداقل استانداردهای حقوق بین الملل معنی شود. (siegmman, 2007: 8) اما از طرفی در بعضی تصمیمات اخیر دیوان های داوری سرمایه گذاری، استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه معنی گسترده تری شده است به طور کلی این دیوان های داوری این استدلال را می آورند که این شرط بایستی حمایتی بیشتر از حداقل استانداردهای حقوق بین الملل را فراهم کند (Mayeda, 2007: 274)

اما به نظر می رسد نظر درست تر و غالب تر چنانچه بعضی اسناد بین المللی و موافقتنامه ها مانند، منشور هاوانا ۱۹۴۸ و پیش نویس کنوانسیون حمایت از اموال خارجی سازمان همکاری اقتصادی و توسعه، آمده است، معنی کردن این شرط به حداقل استانداردهای حقوق بین الملل باشد. (Mayeda, 2007: 280)

در بسیاری از موافقتنامه های دو جانبه ی سرمایه گذاری ایران با کشورهای مختلف مانند: ونزوئلا، اوکراین، ترکیه، کرواسی، ایتالیا، و مقدونیه در کنار شرط رفتار عادلانه و منصفانه شرط حمایت کامل قانونی هم آمده است. این استاندارد حاکی از این است که کشور میزبان متعهد به اتخاذ اقداماتی است تا سرمایه گذار خارجی را در برابر اعمال و تأثیرات نامطلوب و مضر محافظت نماید این تأثیرات نامطلوب ممکن است از اعمال دولت میزبان و نهادهای وابسته به دولت نشأت بگیرد یا از اعمال افراد ثالث ناشی شود (دالز، ۱۳۹۱: ۲۴۲) برخی از دیوان ها این استاندارد را با استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه یکسان دانسته برخی دیگر بر تمایز و استقلال این دو استاندارد از هم تأکید داشته اند. نقش این استاندارد زمانی عینیت می یابد که اعمال و اجرای قوانین مکی دولت میزبان بر امنیت و حمایت از سرمایه گذاری تأثیر نامطلوب داشته باشد. (دالز، ۱۳۹۱: ۲۴۳) شرط التزام یا استاندارد فراگیر یکی دیگر از شروط تضمین کننده تعهدات کشور سرمایه پذیر در قبال سرمایه گذار خارجی است این شرط اولین بار در معاهده دو جانبه ی سرمایه گذاری بین آلمان و پاکستان گنجانده شد با این عبارت که هر یک از طرفین متعاهد سایر تعهداتی را نیز ممکن است در خصوص سرمایه گذاری های اشخاص و شرکتهای طرف دیگر به عهده گرفته باشند محترم خواهند شمرد یعنی تعهداتی که در قرارداد سرمایه گذاری بین دولت و سرمایه گذاری خارجی به عهده ی دولت میزبان گذاشته شده است به موجب این شرط تضمین می شوند و نقض آنها برابر با نقض موافقتنامه دو جانبه ی سرمایه گذاری بین دو دولت متعاهد خواهد بود در واقع از طریق شرط التزام قرارداد سرمایه گذاری به موافقتنامه دو جانبه مرتبط می شود. (پیران، ۱۳۸۸: ۲۶۱)

فکر ایجاد این شرط از جریانات بعد از ملی شدن صنعت نفت ایران سرچشمه می گیرد. (شیروی، ۱۳۹۳: ۲۱۳)، زمانی که دولت انگلیس دنبال دستاویزی بود تا موضوع ملی کردن صنعت نفت ایران را به صورت دعوی بین دو دولت در دیوان بین المللی دادگستری مطرح کند. اما هیچ دستاویزی وجود نداشت که قرارداد امتیاز مربوطه بین دولت ایران و شرکت نفت ایران و انگلیس را به مسئله ای بین دولت ایران و دولت انگلیس تبدیل کند لذا این ایده مطرح شد که شرطی در معاهدات دوجانبه ایجاد شود که تعهدات مندرج در قراردادهای سرمایه گذاری را تضمین کند. و این دو دسته تعهدات را به هم مرتبط کند.

شرط التزام ممکن است با بیان های متفاوت اما مفهوم کلی ثابتی آورده شود. (Reinisch, 2007: 5) به عنوان مثال در موافقتنامه دو جانبه سرمایه گذاری بین ایران و عمان ماده ۱۰ آن اشعار می دارد: "هر یک از طرفهای متعاهد رعایت تعهداتی را که در ارتباط با سرمایه گذاری های اشخاص حقیقی و حقوقی طرف متعاهد دیگر تقبل نموده است، تضمین می نماید."

شرط التزام را هم معنی اصل لازم الاجرا بودن تعهدات هم می دانند و حتی عده ای آوردن این شرط را غیر ضروری قلمداد می کنند اما به هر حال شرط التزام تفاوتها و مبانی خاص خودش را دارد. (Reinisch, 2007: 5)

تقریباً اکثر قریب به اتفاق معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری ایران شرط التزام را دارند و حتی اگر نداشته باشند این شرط با قید ملت کامله الوداد قابل تسری می باشد. (پیران، ۱۳۸۸: ۲۸۰)

در معاهدات دو جانبه ی سرمایه گذاری ایران با کشورهای ایتوپی، اندونزی، اوکراین، ایتالیا، بحرین، سوئد، فرانسه، مقدونیه، یمن و یونان شرط التزام نیامده است.

فصل سوم: مالکیت و انتقال دارایی و سرمایه و سود

از مهمترین بخش های موافقتنامه های دو جانبه ی سرمایه گذاری مواد ناظر بر مالکیت سرمایه گذار خارجی و انتقال دارایی و سود و عواید حاصل از سرمایه گذاری و سایر عواید و غرامت ها به خارج از کشور سرمایه پذیر است در این فصل در دو مبحث ابتدا سلب مالکیت (Expropriation) و سپس انتقال عواید (Transfer of payments) بررسی می شود.

مبحث اول: سلب مالکیت

امروزه برای کشورهای میزبان و هم سرمایه گذاران، حاکمیت ملی و حق بر ملی کردن پذیرفته شده است زیرا از اصول کلی مسلم حقوق بین الملل می باشد و در اسنادی از جمله ماده دوم منشور حقوق و تکالیف اقتصادی کشورها آمده است. (ذباح، ۱۳۸۷: ۱۴۱)

حقوقدانان و اقتصاددانان در بحث سرمایه گذاری خارجی در کشورهای در حال توسعه همواره از منظر حقوق مالکیتی نگاه کرده اند و اعتقاد دارند که یک حمایت قوی از حقوق مالکیتی ضروری است تا سرمایه گذاران خارجی تشویق به سرمایه گذاری در این کشورها بشوند. (Mayeda, 2007: 273)

در مورد سلب مالکیت و ملی کردن ۳ مورد مهم همواره مطرح می شود: شرایط سلب مالکیت، معیار اندازه گیری غرامت و دریافت و انتقال غرامت به خارج از کشور سرمایه پذیر. (Leal, 2009: 79)

یکی از حمایت هایی که موجب تشویق سرمایه گذاران خارجی می شود حمایت از سرمایه گذاری ها در قبال سلب مالکیت های غیر مشروع است، چنانکه آنکتاد ۲۰۰۰ اشاره می کند، به طور کلی معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری سلب مالکیت از سرمایه گذاری ها را بر یک اساس غیر تبعیض آمیز و برای هدف عمومی و در قبال پرداخت غرامت مجاز می دانند. این سلب مالکیت در معاهدات دو جانبه آنقدر وسیع معنا می شوند که هم سلب مالکیت مستقیم و هم سلب مالکیت غیر مستقیم را شامل می شود. (siegmann, 2007: 9)

در ماده نهم قانون حمایت و تشویق سرمایه گذاری خارجی، شرایطی که برای سلب مالکیت و ملی کردن در نظر گرفته است عبارتند از: برای منافع عمومی، به موجب فرایند قانونی، به روش غیر تبعیض آمیز و در مقابل پرداخت مناسب غرامت به مآخذ ارزش واقعی آن سرمایه گذاری بلافاصله قبل از سلب مالکیت، باشد. (علیدوستی، ۱۳۸۶: ۵۲) به طور کلی همین شرایط با اندک تغییر جزئی در موافقتنامه های دو جانبه سرمایه گذاری ایران آمده است برای مثال در معاهده دو جانبه سرمایه گذاری بین ایران و آلمان شرایط سلب مالکیت عبارتند از: نفع عمومی و جبران خسارت و وجود مقررات کافی برای تعیین و پرداخت خسارت در هنگام سلب مالکیت یا قبل از آن، چنانکه دیده می شود شرط عدم تبعیض و طبق رویه قانونی نیامده است اما این به معنی این نیست که می توان این دو شرطی که در موافقتنامه دو جانبه ی سرمایه گذاری با آلمان نیامده است را در مورد سلب مالکیت از سرمایه گذاران آلمانی نادیده گرفت زیرا این دو شرط نیز در هر صورت با توجه به استانداردهای رفتاری، رفتار عادلانه و منصفانه و همینطور رفتار ملت کامل الوداد قابل استنباط هستند و رعایت آنها الزامی می باشد.

چنانکه برای مثال در معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری ایران بیان شده است «هیچگونه سلب مالکیتی صورت نخواهد گرفت». مگر با لحاظ شرایط مقرر و یا در موافقتنامه بین ایران و سوئیس صراحتاً بیان شده است هرگونه سلب مالکیت اعم از مستقیم و غیر مستقیم صورت نخواهد گرفت مگر با شرایط مقرر.

در مورد معیار پرداخت غرامت بایستی گفت که در کل جهان تقریباً نیمی از معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری فرمول های (سریع، کافی،

مؤثر) را قبول کرده اند. هر چند این فرمول آن چنان که بیان می شود اجراء نمی شود، معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری دیگری معیار دقیق، کامل، معقولانه را در نظر گرفته اند که به آن معیار عادلانه و منصفانه هم می گویند در نهایت بعضی دیگر از معاهدات ارزش واقعی سرمایه گذاری بلافاصله قبل از سلب مالکیت و یا اعلان آن را در نظر می گیرند. (Leal, 2009: 80) در معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری ایران غالباً از معیار ارزش واقعی سرمایه گذاری قبل از سلب مالکیت یا قبل آگهی عمومی آن استفاده شده است مانند معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری ایران با کشورهایمانند آلمان، چین، مالزی، رومانی، قطر، سوئد، تاجیکستان و اتریش در معاهده دو جانبه با برخی از کشورها علاوه بر این معیار عبارت «پرداخت غرامت سریع، مؤثر و مناسب» آمده است مانند معاهدات دو جانبه ایران با کشورهای ایتالیا، فرانسه، اندونزی، عمان، اسپانیا، لهستان، صربستان و مونتنگرو در بعضی مانند معاهده دو جانبه سرمایه گذاری با ارمنستان از عبارت غرامت سریع، مؤثر و منصفانه در کنار معیار ارزش واقعی سرمایه گذاری قبل از سلب مالکیت استفاده شده است در بعضی نیز مانند معاهده دو جانبه سرمایه گذاری با سوئیس از عبارت «غرامت مؤثر و کافی» به تنهایی استفاده شده است در تمام موارد پرداخت و انتقال غرامت ناشی از سلب مالکیت به صورت آزادانه و بدون تأخیر تضمین شده است.

قابل توجه است که در بعضی از معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری صراحتاً به طور خاص موضوع تطبیق سلب مالکیت با قوانین مربوط با در خصوص مبلغ جبران خسارت به موجب فرایند قانونی به عهده دادگاههای ذی صلاح کشور سرمایه پذیر گذاشته شده است معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری ایران با کشورهای آلمان و فنلاند و اتریش از این قسم می باشند برای مثال در بند دو ماده چهارم معاهده دوجانبه سرمایه گذاری ایران و آلمان، آمده است:

"... مقررات کافی برای تعیین و پرداخت خسارت در هنگام سلب مالکیت یا قبل از تاریخ سلب مالکیت بایدوضع شده باشد. هرگونه اختلاف درمورد تطبیق سلب مالکیت با قوانین مربوطه، یادخصوص مبلغ جبران خسارت باید به موجب فرآیند قانونی در دادگاههای صلاحیتدار کشوری که سرمایه گذاری در آن انجام شده است، مورد بررسی قرار گیرد."

به علاوه در تمامی معاهدات دو جانبه ی سرمایه گذاری شرطی است که رفتار غیر تبعیض آمیزی را برای موارد جنگ و ناآرامی های مدنی تجویز می کند. چنان قواعد واضح و صریحی ناشی از تمایز حقوق بین الملل عرفی بین سلب مالکیت و آسیب های تحمیل شده توسط حکومت و ضرورت های نظامی است. (siegmman, 2009: 9)

مبحث دوم: انتقال عواید و دارایی ها و پرداختها

انتقال پرداخت ها یکی از بحث برانگیزترین و مهم ترین مقررهای معاهدات دو جانبه ی سرمایه گذاری هستند از آنجائی که سرمایه گذاران و کشورهای میزبان انگیزه های متعارضی از معنای حقوقی این مقررهای دارند. از یک طرف برای کشورهای میزبان خارج کردن ناگهانی و گسترده ی سود و عواید ناشی از سرمایه گذاری باعث افزایش دشواری های تعادل پرداخت می شود و از طرف دیگر سرمایه گذاران خارجی علاقه به پرداخت های مرتب دارند بدین سان ضمانت های گسترده و مخصوص را مورد تأکید قرار می دهند برای مثال پرداخت های به موقع از یک ارز معتبر قابل تبدیل با نرخ مشخص را شرط می کنند دو رویکرد در معاهدات دو جانبه ی سرمایه گذاری برای معین کردن مصداق این انتقالات وجود دارد:

۱- مقررهای قوی تری که انتقال آزاد تمام پرداخت های مرتبط با سرمایه گذاری ها را تضمین می کند که محل تفسیر گسترده ای برای معنی کردن آن وجود دارد لذا این رویکرد بیشتر به نفع کشور فرستنده ی سرمایه است.

۲- رویکرد دوم اینچنین است که همه پرداختهای تحت شمول این مقررات لیست می شوند، بر خلاف رویکرد قبل دایره شمول مشخص و به اندازه ای دارد. (siegmman, 2007: 10)

در معاهدات دو جانبه ی سرمایه گذاری ایران معمولاً رویکرد دوم آمده است و لیست مواردی که انتقال آزاد و بدون تأخیر آن تضمین شده است، آمده مانند معاهده دو جانبه سرمایه گذاری با آلمان، چین و اتریش.

در بعضی از معاهدات نیز هر دو رویکرد با هم آمده اند مانند معاهده دو جانبه سرمایه گذاری ایران با ونزوئلا که در ماده هشتم اشعار می دارد "هر یک از طرفهای متعاقد طبق قوانین و مقررات خود و با حسن نیت اجازه خواهد داد که در مورد سرمایه گذاریهای موضوع این

موافقتنامه، به ویژه، اما نه منحصرأ، انتقالات زیر به صورت آزاد و بدون تأخیر به خارج از قلمرو آن انجام شود." و در ادامه لیست موارد مورد نظر آمده است.

انتقالات مورد نظر بطور کلی در سه گروه قرار می گیرند: بازگرداندن اصل سرمایه، سود سهام و سرمایه، پرداختهای مستمر مربوط به سرمایه گذاری (siegmman, 2007: 10)

یکی از مواردی که در ضمن این لیست ها مورد تأکید قرار می گیرد مبالغ پرداخت شده به عنوان غرامت می باشد.

فصل چهارم: حل و فصل اختلافات

مطابق با معاهدات دو جانبه ی سرمایه گذاری اختلاف های مرتبط با آن می تواند سه حالت داشته باشد: بین دو دولت متعاهد، بین سرمایه گذار خارجی و کشور میزبان، بین جانشین سرمایه گذار خارجی و کشور میزبان.

در این فصل ذیل دو مبحث این موارد مورد بررسی قرار خواهند گرفت.

مبحث اول: حل و فصل اختلافات بین طرفین متعاهد

اختلاف ما بین طرفین متعاهد یک معاهده ی دو جانبه ی سرمایه گذاری ممکن است در سه قالب رخ دهد: حمایت دیپلماتیک، شرط التزام و در نهایت اختلافی که مستقیماً بین طرفین متعاهد بوجود می آید.

حمایت دیپلماتیک یکی از ابداعات حقوق بین الملل کلاسیک است که به وسیله ی آن سرمایه گذاران می توانند به کشور متبوع خود متوسل شوند تا در مورد اختلاف آنها با کشور سرمایه پذیر مذاکره یا طرح دعوا کند دولتی که مبادرت به اعمال حمایت دیپلماتیک می کند، در واقع از اتباعش در برابر دولتی دیگر حمایت می کند و این اقدام را به نام خود انجام می دهد. (دالزر، ۱۳۹۱: ۳۳۶)

برای توسل به شیوه ی حمایت دیپلماتیک قبل از آن سرمایه دار بایستی به مراجع داخلی کشور میزبان رجوع کند و در صورت عدم حصول نتیجه می تواند به حمایت دیپلماتیک متوسل شود اما استناد به شرط التزام یا استاندارد فراگیر این محدودیت را ندارد چنانکه در مبحث دوم از فصل دوم توضیح داده شد استاندارد فراگیر تعهدات مندرج در قرارداد سرمایه گذاری بین سرمایه گذار و کشور میزبان را تضمین می کند لذا هر زمان اختلافی مبنی بر اینکه دولت میزبان به تعهداتش در قرارداد سرمایه گذاری عمل نکرده است می تواند عمل نکردن به تعهدات مندرج در معاهده دو جانبه سرمایه گذاری، بطور خاص همان شرط التزام، تعبیر شود و دولت متعاهد سرمایه فرست براین مبنا نزد مرجع حل اختلاف طرح دعوا کند.

گاهی اختلاف اصلاً از ابتدا بین طرفین متعاهد معاهده دو جانبه سرمایه گذاری است تقریباً تمام معاهدات دو جانبه تشویق و حمایت از سرمایه گذاری متضمن شروط ارجاع اختلافات ناشی از اجرا و یا تفسیر میان طرفین متعاهد به داوری می باشند. (دالزر، ۱۳۹۱: ۳۴۰)

برخلاف اختلاف میان سرمایه گذار و دولت میزبان، گستره اختلاف میان دولتین متعاهد یک موافقتنامه دو جانبه سرمایه گذاری بسیار مضیق و محدود به مفاد همان معاهده دو جانبه سرمایه گذاری خواهد بود. (siegmman, 2007: 13) برای مثال در تمامی معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری ایران در متن ماده مربوط به حل و فصل اختلافات طرفین متعاهد آمده است: "اختلافات ناشی از اجرا یا تفسیر این موافقتنامه یامرتبط با آن..." از سیاق این عبارت پیداست راهکاری که در ادامه می آید و مرجع حل اختلافی که معین می شود صرفاً در حیطه ی اجرا و تفسیر همان موافقتنامه صلاحیت دارد و در سایر موضوعات که به این مفاد و اجرا و تفسیر آن موافقتنامه مرتبط نباشند صلاحیت ندارد.

در موافقتنامه دو جانبه سرمایه گذاری ایران قالب کلی برای حل و فصل اختلافات با طرف متعاهد اینگونه است که ابتدا طرفین باید سعی کنند از طریق مذاکره و روش های دوستانه موضوع را فیصله دهند اگر به نتیجه نرسیدند برای حل اختلاف به داوری موردی متشکل از دو داور که هر کدام منتخب یکی از طرفین می باشد و یک سرداور که توسط دو داور انتخاب می شود، رجوع می کنند. در مورد سر داور نیز این نکته حائز اهمیت است در تمامی موارد تصریح شده است که نبایستی تابعیت یکی از طرفین را داشته باشد و در بعضی از موافقتنامه های دو جانبه علاوه براین وصف، داشتن روابط سیاسی طرفین متعاهد با کشور متبوع سرداور نیز شرط شده است بدین معنا که هیچکدام از طرفین معاهده با کشور متبوع سرداور روابط خصمانه یا عدم روابط سیاسی نداشته باشد بر همین اساس برای داوری های بین ایران با کشورهایی که

این شرط را برای سرداور در موافقتنامه ذکر کرده اند، مانند چین، ونزوئلا، لبنان، سوریه، آفریقای جنوبی و عمان، نمی توان مثلاً سرداوری آمریکایی انتخاب کرد زیرا این کشور با ایران رابطه ی سیاسی ندارد. شرط داشتن روابط سیاسی با کشور متبوع سرداور در اکثر قریب به اتفاق موافقتنامه های دو جانبه ی سرمایه گذاری ایران آمده است تنها در محدود موافقتنامه هایی هستند که این وصف برای سرداور شرط نشده است. کشورهایی که موافقتنامه هایشان این چنین وضعیتی دارد عبارتند از آلمان، ایتالیا و فرانسه.

مبحث دوم: حل و فصل اختلافات بین دولت میزبان و سرمایه گذار

یکی از مکانیزم های موجود برای حمایت و تشویق سرمایه گذار خارجی پیش بینی کردن یک مکانیزم حل و فصل اختلافات مطمئن مانند داوری ها می باشد چنانکه آنکتاب ۱۹۹۸، مکانیزم های مؤثر حل و فصل اختلافات را به عنوان یک ضمانت نهایی برای حمایت از سرمایه گذاران خارجی توصیف می کند. (siegmman, 2007: 11)

در مورد ارجاع اختلاف بین سرمایه گذار و دولت میزبان به داوری دو حالت متصور است یا داوری در طول مراجع ذی صلاح کشور میزبان می باشد یا در عرض آن قرار دارد. در شرایطی که مراجعه به داوری در طول مراجع ذی صلاح کشور میزبان قرار دارد سرمایه گذار در صورت بروز اختلاف ابتدا باید به مراجع مزبور رجوع کند و در صورت عدم حصول نتیجه می تواند به داوری رجوع کند. (دالزر، ۱۳۹۱: ۲۴۲) اما در فرض که این دو مسیر در عرض یکدیگر باشند سرمایه گذار خارجی می تواند از بین آنها انتخاب کند و این انتخاب جنبه ی قطعی و نهایی خواهد داشت یعنی در صورت رجوع به هر کدام دیگر اصولاً نمی تواند به روش دیگر متوسل شود. (دالزر، ۱۳۹۱: ۳۴۴)

در قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی ایران، ماده ۱۹ ناظر بر حل و فصل اختلافات بین دولت و سرمایه گذاران خارجی است که در این خصوص مقرر می دارد. اگر اختلاف از طریق مذاکره حل و فصل نشد در دادگاههای داخلی مورد رسیدگی قرار می گیرد مگر آنکه در قانون موافقتنامه دو جانبه سرمایه گذاری با دولت متبوع سرمایه گذار در مورد شیوه دیگری از حل و فصل اختلافات توافق شده باشد. (علیدوستی، ۱۳۸۸، ۵۳)

در معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری ایران در وهله ی اول طرفین اختلاف ملزم به مذاکره و مشاوره برای حل و فیصله اختلاف شده اند اگر نتیجه نداد در مرحله ی بعد سرمایه گذار مخیر است که از بین مراجعه به دادگاههای ذی صلاح داخلی و یا مراجعه به داوری بین المللی یک راه را انتخاب کنند. داوری ها در موافقتنامه های گوناگون به روش های نهادینه مانند آنستیرال و یا داوری بین المللی اتاق بازرگانی پاریس و یا دیوان داوری اتاق بازرگانی استکهلم آمده است. همچنین بخش عمده از موافقتنامه ها صرفاً داوری موردی را پیش بینی کرده اند بعضی از موافقتنامه ها نیز هم داوری موردی و هم داوری نهادینه را در نظر گرفته اند مانند موافقتنامه دو جانبه سرمایه گذاری با کشور غنا.

اکثر معاهدات دو جانبه (همینطور تمامی موافقتنامه های دو جانبه ی سرمایه گذاری ایران) حاوی شروط جانشینی هستند که براساس آن اگر یک مؤسسه ی بیمه پرداخت غرامت یا قرار تضمینی پرداختی را بعهده بگیرد در آن مورد جانشین سرمایه گذار خارجی محسوب می شود و متعاقباً در صورت بروز اختلاف مؤسسه ای که جانشین سرمایه گذار خارجی شده است از همان حقوق و حمایتهایی که از سرمایه گذار خارجی می شود برخوردار می شود فلذا می تواند به شرط داوری استناد کند و اختلاف را در مرجع داوری مقرر در معاهده دو جانبه سرمایه گذاری مطرح کند. (siegmman, 2007: 11)

سؤالی که در رابطه با شروط داوری مندرج در موافقتنامه های دو جانبه سرمایه گذاری مطرح شود اینست که آیا در ورت بروز اختلاف و بردن اختلاف نزد داوری مقرر شده، تصویب مجلس با توجه به اصل ۱۳۹ قانون اساسی لازم است؟ در این رابطه نظریات مختلفی است اما به نظر می رسد با توجه به اینکه موافقتنامه های دو جانبه سرمایه گذاری به تصویب مجلس می رسند و عنوان قانون می گیرند دیگر نیازی به اینکه دوباره بعد از بروز اختلاف از مجلس مجوز جدید گرفته شود نمی باشد زیرا مصداق تحصیل حاصل می باشد و ضرورتی ندارد. (علیدوستی، ۱۳۸۸: ۵۶ و ۵۸)

نتیجه

چنانکه گفته شد امروزه سرمایه گذاری یکی از نیازهای جوامع در حال توسعه می باشد زیرا این کشورها به دانش و فناوری و سرمایه سرمایه گذاران خارجی احتیاج دارند این ضرورت برای کشورهایی مانند کشور ما که دارای منابع طبیعی و ذخائر کلان نفت و گاز و معادن مس و سایر فلزات و سنگ های معدنی می باشد بیشتر احساس می شود لذا در ده سال اخیر کشور ما تعداد زیادی موافقتنامه دو جانبه سرمایه گذاری با کشورهای گوناگون جهان شامل کشورهای توسعه یافته ای مانند آلمان، فرانسه، سوئد، سوئیس و ایتالیا و چین و کشورهای در حال توسعه دیگر که بعضی در سطح کشور ما و بعضی در سطح پایین تر از کشور ما قرار دارند تصویب کرده است و حمایت ها و استانداردهای مطلوبی را برای جذب سرمایه های خارجی مقرر داشته است همچنین قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی را در سال ۱۳۸۱ به تصویب رسانده است که در کنار موافقتنامه های دو جانبه سرمایه گذاری بستر مناسب و مطلوبی را برای جذب سرمایه گذاری خارجی فراهم کرده است. همچنین از رویکرد ایران و تعریفی که از مفهوم سرمایه گذار خارجی شده است در بعضی موافقتنامه ها با کشورهایی که تعداد زیادی از ایرانیان به این کشورها مهاجرت کرده اند، چنین استنباط می شود که سیاست جمهوری اسلامی ایران در چنین موافقتنامه هایی جذب یا بازگرداندن سرمایه ایرانیانی است که به این کشورها مهاجرت کرده اند یا در آنها سرمایه گذاری کرده اند.

شرایط و تعهدات که ایران در هر کدام از معاهدات دو جانبه ی سرمایه گذاری خود در نظر گرفته است با توجه به طرف متعاقد که اصولاً نسبت به ایران سرمایه فرست و یا سرمایه پذیر محسوب می شوند، مناسب و در خور می باشند و منافع ملی به خوبی رعایت شده و معاهدات معقول و منطقی در هر مورد منعقد کرده است. برای مثال در مواردی که کشور مقابل نسبت به کشور ما از نظر اقتصادی قوی تر بوده و بیشتر سرمایه فرست محسوب می شود، تا جایی که منطقی و قابل قبول می باشد زمینه های بستری مناسب برای جذب سرمایه از کشور مقابل فراهم شده است به طوریکه سرمایه گذار خارجی می تواند از نظر ریسک قانونگذاری و بستر قانونی ایران را کشوری مناسب برای سرمایه گذاری تلقی کند. و در مواردی نیز که کشور مقابل اغلب نسبت به ایران سرمایه پذیر به حساب می آید نیز این معاهدات به نحو مطلوبی حمایت ها و تضمینات قانونی را برای سرمایه گذاری های احتمالی سرمایه گذاران ایرانی در این کشورها کسب کرده است.

این شروط و تعهدات چنانکه در این تحقیق ذیل چهار فصل تحت عناوین سرمایه گذار و سرمایه گذاری، استانداردهای رفتاری، مالکیت و انتقال عواید و در نهایت حل و فصل اختلافات، به عنوان موضوعات و مباحث عمده ی موافقتنامه ها مطرح شد به طور کلی مشابه یکدیگر بودند و همه ی موافقتنامه ها دارای چارچوبی همسان و یکپارچه بودند و تنها در جزئیات تفاوتهایی وجود دارد البته همین جزئیات هم می توانند منشاء اختلافات گسترده و بزرگی شوند اما به طور کلی وجود شروطی مانند کامله الوداد و رفتار منصفانه و عادلانه که در تمامی معاهدات دو جانبه آمده اند باعث می شود در عمل رفتار یکسان و تقریباً یک نواختی نسبت به همه موافقتنامه های دو جانبه ی سرمایه گذاری اعمال شود البته اینکه قیودی مانند قید ملت کاملت الوداد و یا رفتار ملی تا چه حد و چه تعهدات و مفادی را که نسبت به طرف ثالث یا سرمایه گذاران داخلی روا داشته می شود را به طرف متعاقد و سرمایه گذاران آن کشور تسری می دهد تحقیق مستقل و مفصلی را می طلبد که در حوصله ی این تحقیق نمی گنجد و تحقیق مستقلی را می طلبد.

منابع و مأخذ:

منابع فارسی:

- ۱- اخلاقی، بهروز (۱۳۷۹)؛ سخنی درباره آینده سرمایه گذاری در ایران بررسی اجمالی علل و موانع پیشرفت؛ فصلنامه حقوق مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی (دانشگاه تهران)؛ شماره ۴۷
- ۲- پیران، حسین (۱۳۸۸)؛ شرط التزام در معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری؛ مجله حقوقی بین المللی؛ شماره ۴۰، الزر، رودلف و کریستف شروتر (۱۳۹۱)؛ اصول حقوق بین الملل سرمایه گذاری؛ ترجمه سید قاسم زمانی و به آذین حسینی؛ تهران، انتشارات موسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهر دانش
- ۳- ذباح، لیلا؛ چالش های قانونی سرمایه گذاری خارجی در بخش نفت و گاز ایران؛ مجله بررسی مسائل اقتصاد انرژی؛ شماره ۱؛ بهار ۱۳۸۷
- ۱- شیروی، عبدالحسین (۱۳۸۹)؛ حقوق تجارت بین الملل؛ تهران، انتشارات سمت
- ۲- شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳)؛ حقوق نفت و گاز؛ تهران، انتشارات میزان
- ۴- علیدوستی، ناصر (۱۳۸۸)؛ منافع ملی در پرتو قوانین موافقتنامه های دوجانبه سرمایه گذاری خارجی؛ مجله مطالعات راهبردی؛ شماره ۴۳

منابع انگلیسی:

- 1- Bath, Vivienne and Luke Nottage (2011), **Foreign Investment and Dispute Resolution Law and Practice in Asia: An Overview**, Sydney Law School, Legal studies Reserch Papers No. 11/20
- 2- Leal, Rafael, **The Multilateralization of International Investment Law**, Available at: <http://ssrn.com/abstract=1524455>, final update 12/22/2009
- 3- Mayeda, Graham (2007), **Playing Fair: The meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties**, Journal of World Trade 41(2) Published by Kluwer Law International
- 4- Reinisch, August (2007), **Umbrella Clauses**, Seminar on International Investment Protection
- 5- Siegmann, Till (2007), **The Impact of Bilateral Investments Treaties and Double taxation Treaties on foreign Direct Investment**, University of St. Gallen Law School, Law and Economics Research Paper Series, Working Paper No. 2008-2
- 6- United Nations Conference on International Trade Law, UNCTAD1998
- 7- United Nations Conference on International Trade Law, UNCTAD 2000
- 8- United Nations Conference on International Trade Law, UNCTAD 2004
- 9- United Nations Conference on International Trade Law, UNCTAD 2009
- 10- United Nations Conference on International Trade Law, UNCTAD 2013

A Survey on provisions of bilateral investment treaties of Islamic republic of Iran

Ali Eslamipناه¹

Mostapha Maddahinasab²

Sajjad Mehraban³

Abstract

Nowadays foreign direct investment is a requirement for development of economies specially for developing countries. For this reason, governments often compete with each other in order to absorb more foreign capital. Bilateral investment treaties ratification is one of absorbing foreign capital tools which give suitable assurances and incentives to foreign investors against common risks threatening their investment such as discrimination and expropriation and etc. in recent years Islamic republic of Iran has ratified more than 60 bilateral investment treaties with different countries. In this research provisions of bilateral investment treaties of Iran with other countries has been studied and it is concluded that how they are reasonable and suitable with respect to different countries and the goal of investment absorbing.

Keywords: investor, most favored nation treatment, national treatment, expropriation, umbrella clause, dispute resolution

¹- Assistant professor of private law, faculty of law and political sciences, University of Tehran

²- PhD student of oil and gas law, faculty of law and political sciences, University of Tehran

³- Master student of oil and gas law, faculty of law and political sciences, University of Tehran