حقوق تجارت و سرمایه گذاری بین المللی

**"مجموعه مقالات مشترک"**

**کتاب چهام**

**سرمایه گذاری خارجی**

**دکتر حمید رضا نیک بخت**

**"استاد دانشگاه شهید بهشتی"**

**شرکت چاپ و نشر بازرگانی**

**....**

**فهرست اجمالی مطالب**

**دیباچه**

**فصل یک: نظام حقوقی سازمان تجارت جهانی (WTO)**

**نیک بخت، حمید رضا، فصلنامه تحقیقات حقوقی، پاییز 1382 - شماره37، صص. 67 - 132**

**فصل دوم: مجموعه مقررات رفتاری بین المللی در خصوص انتقال فناوری (مطالعه پیش نویس سال 1985 آنکتاد)**

**نیک بخت، حمید رضا و فهیمه مرادی، فصلنامه تحقیقات حقوقی، تابستان 1390، شماره 54، صص.7-66**

**فصل سوم: حفظ منافع اساسی دولت میزبان در توافقات سرمایه گذاری بین المللی**

**نیک بخت، حمید رضا و نگین انصاری، فصلنامه تحقیقات حقوقی، زمستان 1390 - شماره 56 ، صص 41 - 91**

**فصل چهارم: جنبه های حقوقی تامین مالی پروژه در تجارت بین الملل**

**نیک بخت، حمید رضا و علی رضایی، فصلنامه تحقیقات حقوقی، 1392، (ویژه نامه شماره 14)، صص. 48 -11**

**فصل پنجم: سرمایه گذاری خارجی در سبد اوراق بها دار (پورتفولیو): رویکرد دیوان های داوری و معاهدات سرمایه گذاری**

**نیک بخت، حمید رضا و فرهاد پیری، فصلنامه بورس اوراق بها دار ، 1396 سال دهم، شماره 39 صص. 125- 162**

**فصل ششم: حق اتباع و سرمایه گذارن خارجی دردسترسی به شبکه انرژی (با اضافات)**

**نیک بخت، جمید رضا و مهدی هفتانی و سارا میر محمد صادقی، نشریه حقوقی دادگستری دوره 82، شماره 101، بهار 1397، صص. 233-258**

### **فصل هفتم: رویکردی حقوقی به ترتیبات نوین در معاهدات سرمایه گذاری و تاثیر آن بر توسعه پایدار**

### **نیک بخت حمید رضا و** [**میثم بیک محمدی**](https://www.civilica.com/modules.php?name=PaperSearch&queryWf=%D9%85%DB%8C%D8%AB%D9%85&queryWr=%D8%A8%DB%8C%DA%A9+%D9%85%D8%AD%D9%85%D8%AF%DB%8C&simoradv=ADV&period=all&ConfereceRes=1&JournalRes=1) **و**[**فرهاد باقری**](https://www.civilica.com/modules.php?name=PaperSearch&queryWf=%D9%81%D8%B1%D9%87%D8%A7%D8%AF&queryWr=%D8%A8%D8%A7%D9%82%D8%B1%DB%8C&simoradv=ADV&period=all&ConfereceRes=1&JournalRes=1)**،** [**فصلنامه مطالعات حقوق عمومی، دوره 50، شماره 1**](https://www.civilica.com/JournalIssue-JR_JPLSQ-50-1=%D9%81%D8%B5%D9%84%D9%86%D8%A7%D9%85%D9%87-%D9%85%D8%B7%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%A7%D8%AA-%D8%AD%D9%82%D9%88%D9%82-%D8%B9%D9%85%D9%88%D9%85%DB%8C.html)**، 1399، صص. 217 - 238**

**پیوست ها**

**فهرست تفصیلی مطالب**

**دیباچه**

**فصل اول: نظام حقوقی سازمان تجارت جهانی (WTO)**

**چکیده**

**مقدمه**

**قسمت اول: مطالعه کلی**

**الف - مقدمه**

**ب - تاریخچه**

**ج - اهداف سازمان تجارت جهانی**

**د- ارکان اصلی سازمان تجارت جهانی**

**ه - دورهای مذاکرات تجاری توافقنامه کلی**

**و - توافقنامه­های دور اوروگوئه**

1. **توافقنامه کلی تجارت خدمات**
2. **توافقنامه جنبه­های تجاری حقوق اموال معنوی**

**قسمت دوم: قواعد ماهوی**

**الف - مقدمه**

**ب - عناوین مواد توافقنامه کلی**

1. **شرط مطلوب­ترین رفتار با دول عضو (شرط دول کامله­الوداد)**
2. **تعرفه­ها**
3. **موانع غیرتعرفه­ای**
4. **اصل رفتار ملی**
5. **سهمیه­ها**
6. **بازرگانی دولتی**
7. **اقدامات بازارشکنی و یارانه­ها (دامپینگ و سوبسید)**
8. **استثنائاتن**

**قسمت سوم: قواعد شکلی (آیین حل اختلاف)**

**الف - مقدمه**

**ب - قواعد حل اختلاف توافقنامه کلی (گات)**

**ج - سیستم حل اختلاف در سازمان تجارت جهانی (WTO)**

**نتیجه گیری**

**منابع**

**فصل دوم: مجموعه مقررات رفتاری بین المللی در خصوص انتقال فناوری (مطالعه پیش نویس سال 1985 آنکتاد)**

**چکیده**

**مقدمه**

**قسمت اول:آماده سازی مجموعه مقررات رفتاری بین­المللی در خصوص انتقال فناوری**

**قسمت دوم: مقررات پیش­نویس نهایی**

**الف- مقدمه، تعاریف و قلمرو اعمال**

**1. مقدمه سند**

**2. تعاریف**

**3. قلمرو اعمال سند**

**ب - اهداف و اصول سند**

**1. اهداف**

**2. اصول**

**ج - مقررات ملی ناظر بر قراردادهای انتقال فناوری**

**د - اقدامات تجاری محدود کننده**

**ه- مسئولیت­ها و تعهدات طرفین**

**1. مرحله مذاکره**

**2. مرحله تنظیم قرارداد**

**و- سایر مقررات**

**نتیجه گیری**

**منابع**

**فصل سوم: حفظ منافع اساسی دولت میزبان در توافقات سرمایه گذاری بین**

**چکیده**

**مقدمه**

**قسمت اول­: شرط استثنای منافع اساسی در توافقات سرمایه گذاری بین المللی**

**الف - شیوه­ی درج شرط استثنای منافع اساسی در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی**

**1. تقسیم بندی شرط استثنای منافع اساسی به لحاظ قلمرو اعمال آن**

**اول­ - استثنای عام**

**دوم - استثنای خاص**

**یک - استثنا نسبت به تعهد به پذیرش سرمایه­گذاری خارجی**

**دو- استثنا نسبت به تعهد به رعایت استاندارد رفتار ملی**

**سه- استثنا نسبت به تعهد به رعایت استاندارد رفتار دولت کامله الوداد**

**چهار - استثنا نسبت به تعهد به انتقال وجوه حاصل از سرمایه­گذاری**

**سوم - عدم اعمال استثنا در مورد مقررات خاص توافق سرمایه­گذاری**

**یک - عدم اعمال استثنا نسبت به تعهد به عدم مصادره**

**دو - عدم اعمال استثنا نسبت به تعهد به جبران خسارت**

**2. تقسیم بندی شرط استثنای منافع اساسی به لحاظ درجه استقلال دولت میزبان در استناد به این استثنا**

**اول­ - شروط خود قضاوتی**

**دوم . شروط غیر خود قضاوتی**

**ب- شرایط استناد به شرط استثنای منافع اساسی و اثر آن در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی**

1. **شرایط استناد به شرط استثنای منافع اساسی در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی**

**اول - ضرورت پاسخ دولت میزبان**

**دوم - غیرخودسرانه و غیر تبعیض آمیز بودن اقدامات دولت میزبان**

**سوم - عدم ایجاد محدودیت ناروا در سرمایه­گذاری یا تجارت**

**چهارم­ - سایر شرایط**

**2. اثر استناد به شرط استثنای منافع اساسی**

**قسمت دوم: شرط استثنای منافع اساسی درآیینه­آرای داوری سرمایه­گذاری بین­المللی**

**الف - رابطه­ شرط استثنای منافع اساسی با دفاع اضطرارحقوق بین­الملل عرفی در پرتو آرا داوری**

**ب - تفسیر شرط استثنای منافع اساسی در پرتوآرا داوری**

**1. تفسیر اصطلاح نظم عمومی و منافع امنیتی اساسی**

**2. تفسیر خودقضاوتی یا غیرخودقضاوتی بودن شرط استثنای منافع**

**3. تفسیر شرط ضرورت اقدامات صورت گرفته جهت اعمال مقرره مربوط به استتثنا**

**4. اثر اعمال شرط استثنای منافع اساسی**

**نتیجه گیری**

**منابع**

**چکیده (انگلیسی)**

**فصل چهارم: جنبه‌های حقوقی تامین مالی پروژه در تجارت بین‌الملل**

**چكيده**

**مقدمه**

**قسمت اول: مفاهیم وکليات**

**الف - مفهوم تامين مالي پروژه**

**ب- اشخاص مشارکت‌کننده در تامین مالی پروژه**

**1.حمایت‌کننده پروژه**

**2.شرکت پروژه**

**3. دولت میزبان**

**4. تامین کننده و خریدار محصول**

**5. قرض‌دهندگان تجاری**

**6. پیمانکار و عامل یا بهره‌بردار**

**7. آژانس رتبه‌بندی و ممیز الگو**

**8. مشاوران**

**قسمت دوم: ساختار و چارچوب‌ قراردادی تامین مالی پروژه**

**الف - ساختارهای تامین مالی پروژه**

**1.شرکت**

**2.مشارکت‌های عام**

**3.مشارکت‌های محدود**

**4. شرکت‌ با مسئولیت محدود**

**5. امتیاز**

**6. ساخت، بهره‌برداری و انتقال**

**7. سرمایه‌گذاری مشترک**

**8.تامین مالی اسلامی**

**ب- چارچوب­های قراردادی تامین مالی پروژه**

**1.توافقنامه اعتبار**

**2. قرارداد وثیقه**

**3. قرارداد ساخت**

**4.قرارداد بهره‌برداری، حفظ و نگهداری**

**5. قراردادهای تهیه و تامین نیازهای داخلی پروژه**

**6. قراردادهای خرید و فروش محصول**

**نتیجه­گیری**

**منابع**

**چکیده (انگلیسی)**

**فصل پنجم: سرمایه گذاری خارجی در سبد اوراق بها دار (پورتفولیو): رویکرد دیوان های داوری و معاهدات سرمایه گذاری**

**چکیده**

**مقدمه**

**قسمت اول: عناصر سرمایه‌گذاری و مفهوم سرمایه‌گذاری پورتفولیو**

**الف - مفهوم سرمایه‌گذاری پورتفولیو**

**1. اقسام اوراق بهادار**

**2. تعریف سرمایه‌گذاری پورتفولیو**

**3. تفاوت سرمایه‌گذاری پورتفولیو با سرمایه‌گذاری مستقیم**

**ب - عناصر سرمایه‌گذاری**

1. **تعهد به تأمین منابع**
2. **مدت زمان**
3. **ریسک (خطر)**

**قسمت دوم: اعمال عهدنامه‌های سرمایه‌گذاری نسبت به سرمایه‌گذاری پورتفولیو**

**الف - اعمال عهدنامه‌های دو جانبه سرمایه‌گذاری**

1. **مضیق بودن مصادیق سرمایه‌گذاری**
2. **سرمایه‌گذاری در قلمرو کشور پذیرنده**
3. **کمک به توسعه کشور میزبان**
4. **سرمایه‌گذاری بر طبق قانون ملی**

**ب - اعمال عهدنامه ایکسید**

1. **اوراق بهادار سرمایه‌ای**
2. **اوراق بهادار بدهی**

**نتیجه‌گیری**

**منابع**

**چکیده (انگلیسی)**

**فصل ششم: حق اتباع و سرمایه گذارن خارجی دردسترسی به شبکه انرژی (با اضافات)**

**چکیده**

**مقدمه**

**قسمت اول: حقوق اتباع بیگانه و تعهدات دولت میزبان در سرمایه گذاری خارجی**

**الف - حقوق اتباع بیگانه در حقوق بین الملل عام**

**ب- تعهدات دولت میزبان در قبال سرمایه­گذاران خارجی**

**1.تعهد به پذیرش وحمایت یا تشویق سرمایه­گذاری**

**2. استانداردهای حمایتی**

**اول - رفتار عادلانه و منصفانه**

**دوم - حمایت و امنیت کامل**

**قسمت دوم : الزامات دولت در تامین امنیت عرضه، شبکه­های انتقال و توزیع انرژی**

**الف - الزامات فراملی**

**ب- الزامات ملی**

**قسمت سوم: حدود مسئولیت دولت در تامین انرژی سرمایه­گذاران و اتباع خارجی**

**الف - در قبال اتباع خارجی**

**ب - در قبال سرمایه­گذاران خارجی**

**1. سلب مالکیت (مصادره اموال)**

**2. قوه قاهره**

**3. انتظارات مشروع**

**4. رفتار ملی**

**نتیجه­گیری**

**منابع**

**چکیده (انگلیسی)**

**فصل هفتم: رویکردی حقوقی به ترتیبات نوین در معاهدات سرمایه گذاری و تاثیر آن بر توسعه پایدار**

**چکیده**

**مقدمه**

**قسمت اول: مفهوم ترتیبات نوین و تعیین حوزه ی این مفهوم**

**الف- مفهوم ترتیبات نوین**

**ب- اصول و مبانی ترتیبات نوین**

**قسمت دوم: مفهوم توسعه ی پایدار و ارتباط آن با ترتیبات نوین سرمایه گذاری مستقیم خارجی**

**الف- فرض اول: عدم سازگاری سرمایه گذاری خارجی و توسعه پایدار**

**ب- فرض دوم: سازگاری سرمایه گذاری خارجی با توسعه پایدار**

**قسمت سوم: مبانی نظام حقوقی ترتیبات نوین سرمایه گذاری**

**الف - نظام ملی**

**ب- نظام بین المللی**

**ج - بررسی جایگاه ترتیبات نوین در رویه ی ایکسید**

**1. *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic***

**2. *Biwater Gauff Ltd. v. United Republic of Tanzania***

**Saba Fakes v. Republic of Turkey .3**

**4. *نتیجه گیری در خصوص دیدگاه ایکسید***

**نتیجه گیری**

**منابع**

**پیوست ها**

**پیوست یک: قانون تشویق و حمایت سرمایه‌ گذاری خارجی**

**پیوست دو: آیین نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی**

**پیوست سه:** فهرست **قوانین موافقتنامه های تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری ایران**

**پیوست چهار: نمونه هایی از معاهدات سرمایه گذاری دوجانبه ایران**

**1. قانون موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت مجارستان** ۲۱/۰۷/۱۳۹۸

**2.** قانون موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری چک ۲۶/۴/ ۱۳۹۸

**3. قانون موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت فدراسیون روسیه و تشریفات (پروتکل) آن** ۲۴/۰۸/۱۳۹۵

4. قانون موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل ازسرمایه‌گذاری بین‌دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری فدرال آلمان ۲۳ /۱۰/۱۳۸۲

دیباچه

حمید رضا نیک بخت

اول محرم الحرام 1447

6 تیرماه 1404

فصل یک

**نظام حقوقی سازمان تجارت جهانی (WTO)**

**چکیده**

سازمان تجارت جهانی تنها سازمان بین­المللی است که در ارتباط با قواعد و مقررات تجارت خارجی کشورهای مختلف می­باشد. این سازمان جایگزین توافقنامه کلی تعرفه­ها و تجارت (گات) که از سال 1947 وجود داشت، شده است. گات رسماً یک متن حقوقی، موافقتنامه بین­المللی، بود و در عمل یک آژانس یا سازمان بین­المللی هم شده بود. از سال 1948 گات توسط 8 دور مذاکراتی توسعه و رشد یافته بود. آخرین و یکی از بزرگترین دورها، دور اوروگوئه، 1994-1986، بود که در این دور سازمان تجارت جهانی ایجاد گردید.

گات به عنوان یک سازمان بین­المللی دیگر وجود ندارد، اما به عنوان موافقتنامه و در شکل جدید و اصلاح شده (گات 1994) به حیات خود ادامه می­دهد (متن قدیمی اکنون به عنوان گات 1947 شناخته می­شود). گات 1994 همراه با دو سند اصلی دیگر، یعنی، "توافقنامه کلی تجارت خدمات (گاتس)" و "توافقنامه جنبه­های تجاری اموال معنوی (تریپس)"، تحت چتر یک سازمان واحد (WTO) قرار دارند. 128 کشوری که تا سال 1994 گات را امضاء و "طرف­های متعاهد" آن محسوب می­شدند، با امضاء توافقنامه­های سازمان تجارت جهانی که گات 1994 را هم شامل می­شد، رسماً "کشور عضو WTO" شدند.

در واقع، سازمان تجارت جهانی از گات ناشی شده و توسعه یافته است، و اصول کلیدی گات که عمدتاً اصول حقوقی می­باشند در دو توافقنامه اصلی دیگر به کار گرفته شده­اند؛ این اصول شامل، به طور کلی، عدم تبعیض (مانند، اصول دول کامله الوداد و رفتار ملی)، شفافیت و قابل پیش­بینی می­شوند. سازمان تجارت جهانی نیز یک سازمانی است که توافقنامه­ای خاص به عنوان مبنای حقوقی منطقی خود دارد.

برای حل و فصل اختلافات و دعاوی، که ناگزیر از روابط تجاری و تعارض منافع بین اعضاء ایجاد می­شود، توافقنامه­های سازمان تجارت جهانی در بردارنده جریان حل و فصل اختلافات براساس کار حقوقی توافق شده می­باشند. سازمان تجارت جهانی همچنین یک سیستم اختصاصی واحدی را برای حل و فصل اختلافات ترویج نموده است.

بنابراین، همان گونه که ذکر گردید، اسناد گات و سازمان تجارت جهانی متون حقوقی هستند که از قواعد حقوق ماهوی و شکلی بسیار تشکیل شده­اند. لذا، در این مقاله با یک معرفی بسیار کلی و خلاصه از توافقنامه­های سازمان تجارت جهانی، از جمله گات، تحلیلی از اصول حقوقی عمده و قواعد حل و فصل اختلافات در گات و سازمان تجارت جهانی ارائه گردیده است.

**مقدمه**

سازمان تجارت جهانی[[1]](#footnote-1) در سال 1995، به موجب توافقنامه­ای[[2]](#footnote-2) (از این پس در این نوشته توافقنامه مؤسس نامیده خواهد شد) که در جلسات پایانی مذاکرات گات (توافقنامه کلی درخصوص تعرفه­ها و تجارت)[[3]](#footnote-3) در دور اوروگوئه در سال 1994 در مراکش امضاء شد، تأسیس گردید.[[4]](#footnote-4) توافقنامه مؤسس سازمان تجارت جهانی یک چارچوب سازمانی چتر گونه­ای را ایجاد می­کند که توافقنامه­های متعدد از جمله گات را که در همان دور اوروگوئه تعدیل شده است (از این پس در این نوشته توافقنامه کلی نامیده خواهد شد) تحت پوشش خود قرار می­دهد. توافقنامه کلی اکنون کتاب قانون یا قواعد اصلی مربوط به تجارت کالا در سازمان تجارت جهانی می­باشد.

جالب توجه است که برای عضویت در سازمان تجارت جهانی دولت­ها باید قبلاً مذاکرات مربوط به الحاق به توافقنامه کلی را انجام داده و عضو آن شده باشند. توافقنامه کلی با تجارت کالا شروع گردید و از سال 1947 تا 1994 محل مذاکره کاهش نرخ­های عوارض گمرکی و سایر موانع تجارت بوده است. از سال 1995 قواعد توافقنامه کلی اصلاح شده در دور اوروگوئه همچنان در چارچوب سازمان تجارت جهانی به عنوان توافقنامه اساسی برای تجارت کالا باقی است. توافقنامه کلی ضمائمی دارد مربوط به بخش­های خاصی نظیر کشاورزی و منسوجات و به موضوعات خاصی می­پردازد مانند تجارت بدون تبعیض، تجارت دولتی، یارانه­ها و استانداردهای محصولات و اقداماتی که باید در مقابل اقدامات بازارشکنی کالا (دامپینگ) صورت گیرد، می­پردازد.

گرچه توافقنامه کلی 1947 دیگر وجود ندارد، و توافقنامه کلی 1994 (اصلاح و تعدیل شده توافقنامه کلی 1947) یک سازمان مستقل نیست و به عنوان یک نهاد بین­المللی شناخته نمی­شود، اما، حقوق و تکالیف ماهوی آن و اسناد بی­شمار ضمیمه­اش قسمت عمده و اصلی توافقنامه­های سازمان تجارت جهانی را تشکیل می­دهند. به علاوه مفاهیم اساسی و اصولی توافقنامه کلی به طور وسیعی در عناوین جدید توافقنامه­های سازمان تجارت جهانی مانند تجارت خدمات و یا اموال معنوی بکار گرفته شده و تأثیر عظیمی بر این عناوین داشته­اند.

توافقنامه­ کلی خود در واقع یک سیستم حقوقی است و همچون سیستم­های حقوقی دیگر جامع و متشکل از دو نوع قاعده می­باشد، قواعد ماهوی و قواعد شکلی. 38 ماده تشکیل دهنده این توافقنامه یک مجموعه قواعد و مقررات حقوقی خاص و به منزله اساسنامه یا حتی قانون اساسی (گات) قلمداد می­شوند که هم در بر دارنده و تعریف کننده حقوق و تکالیف هستند یعنی ایجاد و زوال حقوق و تکالیف را بحث می­کنند و هم چگونگی زیان خواهی یا احقاق حقوق زایل شده را معین می­نمایند.

بنابراین، توافقنامه کلی به عنوان یک سیستم حقوقی زیربنای سازمان تجارت جهانی می­باشد و با توافقنامه­های جدید به گونه­ای طراحی شده­اند که اعضا بتوانند در چارچوب آن، تعهدات مربوطه و مزایای مقرر شده را یا یکدیگر مبادله نمایند و چنانچه تخطی و نقضی واقع شد و منجر به اختلاف بین آن­ها گردید، آن را بدون نیاز به مراجع حل اختلاف خارج از توافقنامه کلی و سازمان در داخل خود حل و فصل نمایند. علاوه بر توافقنامه کلی، اسناد و توافقنامه­های دیگری که توسط اعضا امضاء و منعقد می­شوند نیز ممکن است قواعد ماهوی و شکلی را مقرر نمایند یا بسط و توسعه دهند. از آن جمله می­توان از تفاهم­نامه­های حل اختلاف مربوط به توافقنامه کلی و سازمان نام برد.

همان­گونه که بیان گردید، مقررات توافقنامه کلی ابتدا مقررات حقوقی محسوب می­شوند و مبین اصول حقوقی اساسی در تجارت بین­المللی کالا می­باشند؛ مثلاً اصول عدم تبعیض در تجارت بین­الملل، بازار آزاد (تجارت آزاد)، تجارت منصفانه، اصل اعطای امتیازات متقابل و استثناء اعطای امتیازات یکطرفه (به کشورهای درحال توسعه)[[5]](#footnote-5) شالوده توافقنامه کلی هستند. لذا، می­توان گفت چنانچه مخاطبان یا ذی نفعان توافقنامه کلی و سازمان تجارت جهانی از این اصول یا کلاً از مقررات و آیین توافقنامه کلی یا سایر توافقنامه­های سازمان آگاهی کافی نداشته باشند یک وسیله لازم مبارزه در بازار بین­الملل را از دست داده و یا از آن محروم هستند درحالی که رقیبان آن­ها در همان بازار به آن مجهز می­باشند و با آن بازار را به خود جلب می­کنند. در بازار داخلی نیز به عنوان نمونه اگر بازرگانان از این اصول و قواعد بی­خبر باشند در مقابل هجوم بازرگانان خارجی وسیله خوب دفاعی خود را نخواهند داشت و ممکن است از بازار خود خارج و آن را به بازرگانان خارجی واگذار نمایند. با یک بررسی اجمالی در کشورهای متعاهد توافقنامه کلی و اکنون عضو سازمان تجارت جهانی، نمونه­های فراوانی از بازرگانان مطلع و آگاه خواهیم دید که با استفاده از ترتیبات توافقنامه کلی بازارهای جهانی را فتح نموده­اند، از طرف دیگر، اشخاصی را خواهیم دید که به سادگی بازارهای با ارزش دنیا را به علت ناآگاهی و عدم درک خوب و لازم و استفاده به جا از توافقنامه کلی، به نفع دیگران رها و از آن­ها خارج شده­اند. همین وضعیت در بازارهای داخلی کشورهای عضو می­تواند مطرح شود، به طوری که با اندکی غفلت و عدم آگاهی اشخاص مربوطه از توافقنامه، بازارهای داخلی را بازرگانان خارجی آگاه به خود اختصاص خواهند داد.

مخاطبان و ذی­نفعان سازمان تجارت جهانی باید به خاطر داشته باشند که در برخورد با هر مشکلی در ارتباط با توافقنامه کلی و سایر توافقنامه­های سازمان تجارت جهانی ممکن است لازم باشد به بسیاری از توافقات و پروتکل­های دیگری که کشورهای متعاهد خود را در آن­ها متعهد نموده­اند و همچنین جداول تعرفه­ای مختلف، رجوع نمایند. همچنین آن­ها باید درنظر داشته باشند که این دولت­ها هستند که طرف توافقنامه­ها می­باشند و آن­ها هستند که می­توانند علیه یکدیگر ادعایی را مطرح نمایند، بنابراین چنانچه اتباع مشکل یا شکایتی داشته باشند باید دولت متبوعشان را قانع یا ترغیب نمایند که از طرف آن­ها اقدام نمایند (مثلاً شکایتی علیه دولت مورد نظر مطرح نمایند).

در اینجا، در قسمت اول، به عنوان معرفی توافقنامه کلی و سازمان تجارت جهانی به مطالعه کلی اجزاء و ابعاد و عناصر این دو می­پردازیم. سپس در قسمت دوم خلاصه­ای از مقررات کلی که بیشتر مورد نیاز می­باشد و در واقع اصول اولیه و سنگ زیربنای حقوق ذی­نفعان و تکالیف دولت­ها را بیان می­نماید تحت عنوان "قواعد ماهوی" موردن­ بحث قرار خواهیم داد. بررسی این مقررات از این جهت که احتمال زیاد دارد تاجری از دولتش بخواهد بدان­ها استناد مناسب­تر و مورد نیاز بیشتر خواهد بود. در قسمت دیگر این مقاله به رئوس مطالب مربوط به آیین یا چگونگی حل اختلاف بین کشورهای عضو خواهیم پرداخت، و در خاتمه به نتیجه­گیری از مباحث مطروحه خواهیم رسید.

**قسمت اول: مطالعه کلی**

**الف - مقدمه**

سازمان تجارت جهانی به صورت سازمانی واحد و توافقنامه مؤسس و کلیه ضمائم آن نیز به عنوان سندی واحد یا "مجموعه­ای واحد" می­باشد. کشورهایی که طرف توافقنامه کلی 1947 بودند و کشورهایی که مایل به الحاق هستند باید سند مزبور را به همین صورت مجموعه واحد بپذیرند. بنابراین کشوری که قصد دارد به عضویت سازمان تجارت جهانی درآید ایتدا باید توافقنامه کلی 1994 و سایر توافقنامه­های آن سازمان را مورد بررسی قرار داده و بپذیرد.

به علاوه، به موجب ماده 16 توافقنامه مؤسس سازمان تجارت جهانی تصمیمات و رویه­های مورد عمل توافقنامه کلی 1947 برای این سازمان اهمیت اساسی دارد. این ماده چنین تصریح می­نماید: "... تصمیمات، آیین­ها و رویه­های عرفی که مجمع طرفهای متعاهد گات 1947 ]توافقنامه کلی ] از آن­ها تبعیت می­کرده­اند، راهنمای سازمان تجارت جهانی خواهد بود".

بنابراین، علاوه بر آن که توافقنامه کلی اصلاح شده در سال 1994 به عنوان ضمیمه 1- الف، توافقنامه مؤسس سازمان تجارت جهانی همچنان معتبر و به قوت خود باقی است، منبع مهمی برای تفسیر و درک سازمان تجارت جهانی و مقررات آن می­باشد. لذا، برای شناخت سازمان تجارت جهانی ضرورت دارد که توافقنامه کلی 1947 به عنوان مبنا و اساس این سازمان مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد.

در مذاکرات دور اورو گوئه توافقنامه­های جدیدی در خصوص تجارت خدمات، جنبه­های مروبطه از اموال معنوی، بررسی­های سیاست تجاری و حل و فصل اختلافات تدوین شد. بنابراین اکنون بانک­ها، شرکت­های بیمه، هتلدار­ها، کارگزاران تورها و شرکت­های حمل و نقل که فعالیت­های خارج از کشور خود دارند می­توانند از همان اصول تجارت آزاد که فقط بر تجارت کالا، در توافقنامه کلی، اعمال می­شد بهره­مند گردند.

اصول مربوطه در "توافقنامه کلی تجارت خدمات"[[6]](#footnote-6) نمایان شده است. به علاوه، حقوق مربوط به آفرینش­ها و خلاقیت­های فکری مانند حق­التألیف (حقوق مؤلف یا حقوق پدید آورنده)،[[7]](#footnote-7) حقوق انحصاری (اختراعات)، علائم تجاری و طرح­های صنعتی و امثال اینها وقتی به صحنه تجارت در می­آیند، با قواعدی در "توافقنامه جنبه­های تجاری حقوق اموال معنوی"[[8]](#footnote-8) تحت محافظت و مراقبت قرار می­گیرند.[[9]](#footnote-9) قواعد حل و فصل اختلافات دراین سازمان به طور مفصل در تفاهم نامه­ای با همین عنوان در سال 1994 تدوین و ضمیمه توافقنامه مؤسس گردیده است. در قسمت­های بعدی به شرح کلیاتی از این توافقنامه­ها می­پردازیم*.*

**ب - تاریخچه**

روز 30 اکتبر 1947، بیست و سه کشور سندی را امضاء کردند که متن "توافقنامه کلی تعرفه ها و تجارت" بود. علی­رغم این که دراین متن شرایط مفصلی برای عضویت در این توافقنامه وجود داشت، از این شرایط استفاده نشد، بلکه هشت کشور اصلی شرکت کننده در مذاکرات مربوط به توافقنامه، پروتکلی را با عنوان "پروتکل اجرای موقت"[[10]](#footnote-10) امضاء نمودند که بعداً توافقنامه را به اجرا بگذارند. انعقاد این توافقنامه که قرار بود تحت نظارت و مدیریت یک سازمان تجارت بین­الملل[[11]](#footnote-11) باشد اولین اقدام برای ایجاد نظم تجاری بین­الملل بعداز جنگ جهانی دوم بود.

در فوریه 1946 شورای اجتماعی اقتصادی سازمان ملل متحد یک کنفرانس بین­المللی ترتیب داد تا یک سازمان تجارت بین­الملل تأسیس نماید. کمیته کاری (تهیه متون مقدماتی پیش­نویس اساسنامه) در لندن (1946)، نیویورک (آوریل 1947) و ژنو (آوریل تا نوامبر 1947) سه جلسه تشکیل داد. چهارمین نشست در سال 1948 در هاوانا و به منظور تکمیل پیش­نویس اساسنامه برگزار شد. پیش­نویسی را تهیه و به کنفرانسی که از طرف سازمان ملل از تاریخ نوامبر 1947 تا مارس 1948 در هاوانا برگزار شد ارائه نمود. این کنفرانس متن منشور "سازمان تجارت بین­الملل" (منشور هاوانا) را تصویب کرد و کمیسیون موقتی "کمیسیون موقت برای تشکیل سازمان تجارت بین­الملل" را برای تهیه مقدمات تأسیس چنین سازمانی ایجاد نمود. اما، در پایان سال 1950 که رئیس جمهور امریکا (ترومن) اعلام نمود که تصویب اساسنامه سازمان تجارت بین­الملل را از کنگره درخواست نخواهد کرد مشخص گردید که ایالات متحده امریکا قصد ندارد منشور هاوانا را بپذیرد و دراین سال تلاش­های تأسیس سازمان تجارت بین­الملل متوقف گردید. همزمان اعضای این کمیسیون عملاً به انجام امور و نیازمندی­های اداری توافقنامه کلی پرداختند و به جای دبیرخانه توافقنامه کلی که هرگز رسماً وجود نداشت فعالیت می­کردند.

چون قرار بود که یک سازمان تجارت بین­المللی متولی و ناظر اجرای توافقنامه کلی باشد و ایجاد چنین سازمانی منتفی شده بود و از طرف دیگر مشکلات فراوانی برای به اجرا درآوردن مستقیم توافقنامه کلی برای دول متعاهد وجود داشت، آن­ها راه­حل را در اعمال پروتکل اجرای موقت دیدند. لذا توافقنامه کلی به موجب پروتکل اجرای موقت به اجرا درآمد. دول عضو اوایل دهه 1950 یک کمیته موقت (هیأت اجرایی) منصوب نمودند (از اعضای کمیسیون موقت سابق) که همان نیز به عنوان گات (سازمان توافقنامه کلی)شناخته می­شد و دفترش در ژنو بود و در فواصل بین جلسات دول متعاهد اداره امور محوله را برعهده داشت. گرچه توافقنامه کلی یک سازمان نبود و اساسنامه مناسبی نداشت ولی عملاً مانند یک سازمان بین­المللی انجام وظیفه می­کرد طوری که به عنوان سازمان اصلی و عمده تجارت بین­الملل شناخته می­شد، و وظایف یک سازمان را به صورت ارائه مشورت، مذاکره و تنظیم تجارت بین اعضاء (بین­الملل) انجام می­داد.

در سپتامبر 1986 کنفرانسی در سطح وزیران کشورهای متعاهد توافقنامه کلی در کشور اوروگوئه (پونتادله) برای آغاز یک دور جدید مذاکرات تجاری (به دنبال هفت دور مذاکرات قبلی)[[12]](#footnote-12) برگزار گردید. این دور به نام محل برگزاری آن "دور اروگوئه" نام گرفت. جلسات میان دوره­ای وزیران در دسامبر 1988 در مونترال کانادا و در دسامبر 1990 در بروکسل تشکیل شد. درسال 1990 دولت کانادا به طور رسمی پیشنهاد تأسیس سازمانی به نام "سازمان تجارت جهانی" را ارائه داد و در سال 1993 پیش­نویس توافقنامه­ای برای تأسیس چنین سازمانی مورد توافق قرار گرفت.

سرانجام در سال 1994 نمایندگان کشورهای طرف توافقنامه کلی شرکت کننده در نشست وزیران در جلسه پایانی مذاکرات دور اوروگوئه، 1994-1986، در مراکش بر توافقنامه­ای موافقت نمودند که سازمان تجارت جهانی را ایجاد می­کرد. این توافقنامه که "توافقنامه مؤسس سازمان تجارت جهانی" نامیده می­شود و شامل یک مقدمه و 16 ماده می­باشد، از اسناد ضمیمه سند نهایی[[13]](#footnote-13) مذاکرات تجاری دور اورگوئه می­باشد. اکنون (تا 5 فوریه 2003) 145 کشور عضو این سازمان شده­اند.

**ج - اهداف سازمان تجارت جهانی**

توافقنامه کلی با وضع اصول اساسی نظیر عدم تبعیض و رفتار دول کامله­الوداد به عنوان مبانی نظم تجارت بین­الملل درصدد آزادسازی تجارت جهانی بوده است. رئوس اهداف اقتصادی توافقنامه کلی در مقدمه آن، توسعه استانداردهای زندگی، تأمین شرایط اشتغال کامل، افزایش مداوم درآمد خالص و تقاضای مؤثر، توسعه استفاده کامل و بهینه از منابع جهانی و توسعه تولید و مبادله کالا بیان شده است. به این منظور در توافقنامه کلی، تعهدات عمده­ای بر کشورهای متعاهد تحمیل می­شود که اهم آن عبارتند از اعمال مطلوب­ترین رفتار با دول متعاهد (یا شرط دول کامله­الداد)؛ رعایت حداکثر سطح تعرفه­هایی که در جدول اعطای امتیازات مقرر شده است؛ محدود نمودن یا در بعضی موارد خودداری از استفاده از برخی معیارهای غیرتعرفه­ای منحرف کننده تجارت؛ استفاده از آیین خاص برای حل اختلافات و وضع مقررات و قوانین تجاری صریح و شفاف و انتشار آن­ها، به طوری که قابل دسترسی، بدون ابهام و قابل فهم برای همه باشد.

اهداف توافقنامه کلی در مقدمه توافقنامه مؤسس سازمان تجارت جهانی نیز تکرار می­شود و علاوه بر آن­ها توسعه تولید و تجارت خدمات نیز جزء اهداف سازمان قرار می­گیرد. در توافقنامه مؤسس تصریح می­گردد که باید تلاش­هایی به عمل آید که کشورهای درحال توسعه و کمتر توسعه یافته، در توسعه تجارت بین­الملل سهمی معادل نیازهای توسعه اقتصادی­شان داشته باشند و همچنین از محیط زیست حفاظت و حراست به عمل آید.

اگر بپذیریم که هدف غایی توافقنامه کلی و توافقنامه مؤسس سازمان تجارت جهانی، آن­گونه که در مقدمه هر دو سند آمده است به طور کلی بهبود و توسعه و رفاه زندگی مردم کشورهای مختلف بوده است، حصول این هدف در تجارت آزاد در سطح جهان دیده شده است.[[14]](#footnote-14) برای این منظور سه اصل بسیار وسیع و گسترده در کنار هم پذیرفته شده و حاکم بر تجارت خارجی و داخلی است:

1. "اصل الغای کلیه تبعیض­های تجاری". در این خصوص اصولی مانند اصل رفتار ملی (عدم تبعیض میان تولیدات داخلی و خارجی)، اصل دول کامله­الوداد (عدم تبعیض میان تولیدات داخلی و خارجی)، اصل یارانه و مساعدت به کالاهای داخلی در برابر کالاهای خارجی به کار گرفته می­شوند.
2. "اصل منع محدودیت در جریان تجارت". برای این منظور الزام به کاهش تعرفه­ها و سلب حق افزایش آن­ها، منع سهمیه­بندی واردات و صادرات و منع وضع مالیات و عوارض گمرکی بیش از حد برای ورود کالا به کشور، پیش­بینی شده است.
3. "اصل رقابت سالم و بدون سوء نیت". این اصل با منع امتیاز و کمک غیر موجه (یارانه) به محصولات داخلی برای از بازار خارج کردن محصولات خارجی، و منع فروش کالا و خدمات در کشور دیگر به زیر رواج بازرگانی دولتی برای استفاده از امکانات و تسهیلات دولتی در امر تجارت، محقق می­شود.

د**- ارکان اصلی سازمان تجارت جهانی**

ساختار سازمان تجارت جهانی، براساس ماده IV و VI توافقنامه مؤسس سازمان، متشکل از نهادهای زیر می­باشد.

1. کنفرانس وزیران: این کنفرانس متشکل از نمایندگان کلیه اعضاء می­باشد و حداقل هر دو سال یکبار تشکیل جلسه می­دهد. این کنفرانس وظایف سازمان را انجام خواهد داد و اقدامات لازم در این ارتباط را به عمل خواهد آورد. همچنین اختیار تصمیم­گیری درخصوص همه موضوعات تحت هر توافقنامه تجاری چند جانبه را دارا می­باشد. کنفرانس وزیران "کمیته بودجه، مالی و اداری" را تشکیل خواهد داد تا وظایف محوله توسط توافقنامه مؤسس و توافقنامه­های تجاری چند جانبه و سایر وظایفی که توسط شورای عمومی برای آن­ها تعیین می­شود را انجام دهند.
2. شورای عمومی: این شورا نیز متشکل از نمایندگان کلیه اعضاء می­باشد و در هر زمان که لازم باشد تشکیل جلسه خواهد داد، و در فواصل زمانی جلسات کنفرانس وزیران، وظایف کنفرانس را برعهده خواهد داشت. "تفسیر" توافقنامه­های مؤسس چند جانبه مندرج در ضمیمه 1 از وظایف انحصاری این شوراست. شورای عمومی همچنین در صورت اقتضاء برای ایفای وظایف "هیأت حل اختلاف" و وظایف "هیأت بررسی سیاست تجاری" تشکیل جلسه خواهد داد. ارتباط با سایر سازمان­ها و مسئولیت مقررات مالی و بودجه و تعیین حق عضویت از وظایف این شورا می­باشد. تشکیل یک هیأت حل اختلاف به موجب "تفاهم­نامه حل اختلاف" برای رسیدگی به اختلافات اعضاء و یک هیأت بررسی سیاست تجاری به موجب "مکانیزم بررسی سیاست تجاری" از اختیارات شورای عمومی می­باشد.
3. شوراهای تخصصی: این شوراها عبارتند از: "شورای تجارت کالا"، "شورای تجارت خدمات" و "شورای جنبه­های تجاری حقوق اموال معنوی" که تحت هدایت کلی شورای عمومی عمل خواهند کرد. هریک از این شوراها بر اجرای توافقنامه­های مربوط به موضوعات تخصصی آن شورا نظارت خواهد داشت. آن­ها می­توانند هیأت­های فرعی مورد نیاز خود را تشکیل دهند.
4. دبیرخانه سازمان: سازمان یک دبیرخانه دارد که ریاست آن با دبیرکل خواهد بود. کنفرانس وزیران دبیرکل را منصوب خواهد نمود و او کارمندان دبیرخانه را نصب و همچنین وظایف و اختیارات دبیرخانه را مشخص خواهد کرد. مسئولیت دبیر کل و کارمندان دبیرخانه منحصراً ماهیت بین­المللی دارد.

**ه - دورهای مذاکرات تجاری توافقنامه کلی**

براساس مادهbis XXVIII توافقنامه کلی که برگزاری مذاکرات درخصوص تعرفه­های گمرکی و مسائل مربوطه را "گاه گاه" مقرر کرده بود، نمایندگان کشورهای متعاهد تا سال 1985 هفت دور مذاکره برگزار نموده بودند: در ژنو 1947؛ در آنسی،[[15]](#footnote-15) 1949؛ در تورکوی،[[16]](#footnote-16) 1950؛ در ژنو، 1956؛ دور دیلون،[[17]](#footnote-17) 61- 1960؛ دور کندی، 67-1964 و دور توکیو، 79-1973 که معروف به دور "مذاکرات چند جانبه تجاری یا MTN" نیز می­باشد.[[18]](#footnote-18) در سال 1985 کمیته آماده­سازی یک دور جدید مذاکرات تجاری چند جانبه توسط مجمع توافقنامه کلی[[19]](#footnote-19) تشکیل شد تا اهداف، موضوعات و نحوه شرکت اعضاء در این دور را تعیین نماید. در سپتامبر 1986 تصمیم گرفته شد تا هشتمین دور مذاکرات آغاز گردد و نتیجه آن برگزاری مذاکرات دور اوروگوئه در سال 1994 بود.

عمده نتایج مذاکرات تجاری دورهای هفتگانه که در بیش از 48 سال فعالیت توافقنامه کلی صورت گرفته است، کاهش جدی تعرفه­ها بین کشورهای متعاهد بوده است.

**و - توافقنامه­های دور اوروگوئه**

در دور اوروگوئه اسناد و توافقنامه­های متعددی تهیه و منعقد گردیدند که در قالب چهار ضمیمه بزرگ به توافقنامه مؤسس سازمان تجارت جهانی پیوست می­باشند:

ضمیمه شماره 1- الف: توافقنامه­های چند جانبه درخصوص تجارت کالا:

1. توافقنامه کلی تعرفه­ها و تجارت 1994
2. توافقنامه کشاورزی
3. توافقنامه اعمال اقدامات بهداشتی و بهداشت نباتی
4. توافقنامه منسوجات و پوشاک
5. توافقنامه موانع فنی تجارت (TBT)
6. توافقنامه راجع به اقدامات سرمایه­گذاری مرتبط با تجارت (TRIMs)
7. توافقنامه اجرای ماده VI توافقنامه کلی تعرفه­ها و تجارت 1994
8. توافقنامه اجرای ماده VII توافقنامه کلی تعرفه­ها و تجارت 1994
9. توافقنامه بازرسی قبل از حمل
10. توافقنامه قواعد مبدأ
11. توافقنامه آیین صدور مجوز واردات
12. توافقنامه یارانه­ها و اقدامات جبرانی
13. توافقنامه حفاظت­ها
14. توافقنامه ارزشیابی گمرکی

ضمیمه شماره 1- ب: توافقنامه کلی تجارت خدمات (GATS) و ضمایم آن.

ضمیمه شماره 1-ج: توافقنامه جنبه­های تجاری حقوق اموال معنوی.

ضمیمه شماره 2: تفاهم­نامه مربوط به قواعد و آیین حاکم بر حل اختلاف.

ضمیمه شماره 3: مکانیزم بررسی سیاست تجاری.

ضمیمه شماره 4: توافقنامه­های تجاری جند جانبه:

1. توافقنامه تجارت هواپیمای غیرنظامی
2. توافقنامه خریدهای نیازهای دولتی
3. توافقنامه گوشت گاو (بین­المللی)
4. توافقنامه لبنیات (بین­المللی)

الزامات اصلی و عمده سازمان تجارت جهانی علاوه بر توافقنامه کلی در توافقنامه­های تجارت خدمات و جنبه­های تجاری حقوق اموال معنوی، (ضمیمه شماره 1- ب و ضمیمه شماره 1-ج، توافقنامه مؤسس سازمان تجارت جهانی) درج گردیده­اند. بنابراین اعضای سازمان تجارت جهانی ملزم به رعایت تعهدات مندرج در هر سه توافقنامه می­باشند و حتی برای نقض توافقنامه مربوط به حقوق اموال معنوی عقاب کیفری نیز در نظر گرفته شده است. در ذیل به طور اختصار به این دو توافقنامه اشاره می­شود:

1. **توافقنامه کلی تجارت خدمات[[20]](#footnote-20)**

در مقدمه توافقنامه آمده است که اعضاء با توجه به اهمیت تجارت خدمات در رشد و توسعه اقتصاد جهانی و با هدف تأسیس یک قالب چند جانبه از اصول و قواعد برای تجارت خدمات به منظور توسعه چنین تجارتی با شرایط شفافیت و آزادسازی تصاعدی و به عنوان وسیله­ای برای ترویج و ترقی رشد اقتصادی همه شرکای تجاری و پیشرفت کشورهای درحال توسعه و تسهیل مشارکت فزاینده کشورهای درحال توسعه در تجارت خدمات، این توافقنامه را منعقد نموده­اند.

این توافقنامه شامل 21 ماده اصلی و 2 ماده جنبی در 6 بخش می­شود. در بخش اول به تعریف و قلمرو توافقنامه پرداخته شده است، تعهدات و نظامات در بخش دوم (از ماده II تا XV)، تعهدات خاص در بخش سوم، آزادسازی تصاعدی در بخش چهارم و مقررات سازمانی و قواعد نهایی به ترتیب در بخش­های پنجم و ششم مطرح شده­اند. شرط دول کامله­الوداد به عنوان تعهد کشورهای عضو موضوع ماده II توافقنامه می­باشد که براساس آن کشورهای متعاهد باید این اصل را نسبت به خدمات و ارائه دهندگان خدمات کشورهای متعاهد دیگر (مگر در موارد استثنایی مشخص)[[21]](#footnote-21) رعایت نمایند. تعهد اساسی دیگر کشورهای متعاهد رعایت اصل شفافیت است که موضوع ماده III توافقنامه می­باشد. براساس این ماده هر کشور باید فوراً منتشر نمایند. البته در ماده III bis افشاء اطلاعات محرمانه که جلوی اعمال قانون را می­گیرد یا مغایر منافع عمومی است یا لطمه بر منافع مشروع تجاری یک نهاد عمومی یا خصوصی وارد می­آورد، منع گردیده است.

خدمات مشمول این توافقنامه کلیه خدمات و در تمامی بخش­ها می­باشند مگر خدماتی که در اعمال وظایف و اختیارات دولتی ارائه می­گردند.[[22]](#footnote-22) این نوع خدمات عبارتند از:

الف- خدمات مرتبط با سرمایه و کار (شامل خدمات حرفه­ای و کامپیوتری)

ب- خدمات ارتباطات (از راه دور)

ت- خدمات توزیع

ث- خدمات آموزشی

ج- خدمات زیست محیطی

چ- خدمات مالی (بیمه و بانکداری)

ح- خدمات بهداشتی

خ- خدمات گردشگری و مسافرتی

د- خدمات تفریحی، فرهنگی و ورزشی

ذ- خدمات حمل و نقل (زمینی، هوایی و دریایی) و تسهیلات بندری و کشتیرانی بین­المللی

ر- خدمات سمعی و بصری و منابع نیروی انسانی

* **2. توافقنامه جنبه­های تجاری حقوق اموال معنوی[[23]](#footnote-23)**

حقوق اموال معنوی عبارت است از حقوق مربوط به ابتکارات و خلاقیت­های فکری هم در زمینه­های علمی، ادبی و هنری و هم در زمینه­های صنعتی، حقوق مربوط به آثار موارد اول و حقوق پدید آورندگان آن­ها را حقوق مؤلف و حقوق مربوط به زمینه­های اخیر مانند اختراعات، علائم و طرح­های صنعتی و اسرار تجاری را حقوق مالکیت صنعتی نامند. از مصادیف حقوق مؤلف یا پدید آورندگان آثار ادبی و هنری می­توان از حقوق آثار مکتوب و تجسمی تا آثار سمعی – بصری و از تألیف کتب مختلف علمی، داستانی و شعر تا صنایع دستی و نقشه و طرح­های آن­ها و کارهای معماری و امواج ماهواره و برنامه­ها و نرم­افزارهای رایانه­ای نام برد. حقوق مربوطه اعم است از حقوق تولید کنندگان و حقوق اجراکنندگان (مانند سازمان­های تکثیر و پخش موضوعات این حقوق).

باتوجه به سهم قابل ملاحظه­ای که مبادلات اموال معنوی در تجارت بین­الملل دارند و لزوم حمایت و صیانت از حقوق پدید آورندگان و دارندگان این اموال در جامعه جهانی، چندین موافقنامه و عهدنامه بین­المللی[[24]](#footnote-24) در این خصوص منعقد و یک سازمان جهانی (سازمان اموال معنوی جهانی)[[25]](#footnote-25) تأسیس گردیده است. اموال معنوی و نقش آن در تجارت جهانی از آن چنان اهمیتی برخوردار می­باشد که صیانت از حقوق مربوطه مورد اتفاق نظر کلیه شرکت کنندگان در مذاکرات دور اوروگوئه توافقنامه کلی (گات) بود به طوری که یک توافقنامه جامع و مفصل از سازمان تجارت جهانی (توافقنامه جنبه­های تجاری حقوق اموال معنوی (TRIPS) با 73 ماده)، به این اموال و حقوق مربوط به آن اختصاص داده شد. اکنون عضویت در این سازمان مستلزم امضاء و پذیرش این توافقنامه می­باشد.[[26]](#footnote-26)

الف- حقوق مؤلف و حقوق جانبی آن

ب- حقوق انحصاری و حق ثبت اختراع

پ- علائم تجاری

ت- طرح­های صنعتی

ث- طرح­های ساخت مدارهای یکپارچه

ج- حفاظت از اطلاعات فاش نشده

چ- نشانه­های جغرافیایی

ه- کنترل اقدامات ضد رقابتی در مجوزهای (لیسانس­های) قراردادی

براساس این توافقنامه، دارندگان علائم تجاری ثبت شده از حق انحصاری برخوردارند و اشخاص ثالث از بکارگیری نشانه­های کالاهای همسان یا مشابه با علائم ثبت شده قبلی منع می­گردند. مالک علامت تجاری ثبت شده حق خواهد داشت علامت تجاری را با انتقال کسب و کاری که این علامت تجاری به آن مربوط می­شود و یا بدون آن واگذار کند. ثبت علامت تجاری ممکن است به طور نامحدود تجدید شود.

طرح­های صنعتی که شامل ویژگی­های تزئینی محصولات مانند اشکال، خطوط و رنگ است و عمدتاً در اقلام مصرفی از جمله در پوشاک، چرم، محصولات چرمی و اتومبیل­ها به کار می­رود مورد حمایت واقع می­شوند. به شرطی این حمایت­ها برقرار می­گردد که طرح­های صنعتی، مستقل تهیه شده و جدید بوده وسابقه نداشته باشند. مالک طرح مورد حمایت از حق انحصاری استفاده برخوردار است و چنانچه اشخاص ثالث موافقت او را کسب نکنند، نمی­توانند اقلامی را تولید کنند یا به فروش رسانند یا وارد کنند که در برگیرنده یا متضمن این طرح­ها باشد.

**قسمت دوم: قواعد ماهوی**

**الف- مقدمه**

توافقنامه کلی از لحاظ حقوقی از یک طرف شامل موارد و اصول کلی است که تعهدات اصلی تجاری یک کشور متعاهد را در مقابل کشور دیگری که برای کشور اخیر مزیت و منفعت محسوب می­شود در بر دارد، و از طرف دیگر شامل جداول تعرفه­ای می­شود که حجم بسیار بزرگی را می­سازند و در بردارنده تعهدات کشورها درخصوص تعرفه­های واقعی است که در مقابل کشورهای عضو دیگر برقرار شده­اند. برای تفسیر توافقنامه کلی باید همه توافقات بعدی بین کشورهای عضو، پروتکل­ها و کدهایی که توافقنامه کلی را در واقع تکمیل یا اصلاح یا اجرای آن را تسهیل نموده­اند یا به عبارت کلی­تر باید منابع حقوقی آن را درنظر داشت.

اصلی و محوری­ترین حقوق و تکالیف ماهوی دولت­های متعاهد توافقنامه کلی در بخش اول، مواد I و II، پیش­بینی شده­اند که براساس آن­ها طرف­های متعاهد خود را ملزم می­نمایند که نسبت به یکدیگر شرط دول کامله­الوداد را رعایت کنند و درخصوص کالاهای وارده از یکدیگر یا تعرفه­ها را از میان بردارند یا آن­ها را به حداقل برسانند. دیگر موضوعات ماهوی در بخش دوم توافقنامه یعنی در مواد III تا XVII بیان گردیده است که می­توان آن­ها را در واقع تکالیف دولت­ها در رفتار با دولت­های دیگر (یا اتباع این دولت­ها) در امر تجارت بین­الملل (در ارتباط با کلیه کالاها اعم از این که در جداول امتیازات تعرفه­ای ذکر شده یا نشده باشند) دانست. در میان سایر مباحث حقوق شکلی و آیین رسیدگی به اختلافات دولت­های متعاهد مطرح می­شوند.

در سال 1994 در دور اوروگوئه که سازمان تجارت جهانی بنا نهاده شد، اصلاحات و استثنائاتی بر مواد توافقنامه کلی وارد آمد و اکنون توافقنامه کلی اصلاح شده تحت چتر سازمان قرار دارد.

**ب - عناوین مواد توافقنامه کلی**

موضوعاتی که مواد توافقنامه کلی (1947-1994) به آن­ها اختصاص یافته است عبارتند از:

بخش اول:

I رفتار دول کامله­الوداد عام

II جداول امتیازات (کاهش تعرفه­های مروبط به محصولات)

بخش دوم:

III رفتار ملی درخصوص مقررات و مالیات داخلی

IV مقررات خاص مربوط به فیلم­های سینمایی

V آزادی حمل و نقل

VI ضد دامپینگ و عوارض متقابل جبران کننده

VII ارزیابی کالا به منظور امور گمرکی

VIII حقوق و تشریفات مربوط به صادرات و واردات

IX علائم مبدأ

X انتشار و اجرای مقررات تجاری

XI لغو کلی محدودیت­های کمی

XII محدودیت­های (مربوط به دور فوق) برای حفاظت از تراز پرداخت­ها "اصلاح شده در دور اوروگوئه"

XIII اجرای بدون تبعیض محدودیت­های کمی

XIV استثنائات قاعده عدم تبعیض

XV توافقات ارزی (باصندوق بین­المللی پول)

XVI یارانه­ها

XVII سیستم بازرگانی دولتی

XVIII کمک دولت به توسعه اقتصاد "اصلاح شده در دور اوروگوئه"

XIX اقدام اضطراری در واردات محصولات خاص "اصلاح شده در دور اوروگوئه"

XX استثنائات کلی (نظیر حمایت از اخلاق عمومی) "اصلاح شده در دور اوروگوئه"

XXI استثنائات امنیتی "اصلاح شده در دور اوروگوئه"

XXII مشورت

XXIII لغو یا نقصان (حل اختلافات)

بخش سوم:

XXIV اعمال سرزمینی، داد و ستد مرزی، اتحادیه­های گمرکی و مناطق آزاد تجاری "اصلاح شده در دور اوروگوئه"

XXV اقدام مشترک طرف­های متعاهد

XXVI پذیرش، به اجرا درآمدن و ثبت­نام

XXVII عدم اعطاء یا استرداد امتیازات

XXVIII تعدیل جداول (آیین) "اصلاح شده در دور اوروگوئه"

XXVIII bis مذاکرات تعرفه­ای

XXIX ارتباط این توافقنامه با منشور هاوانا

XXX اصلاحات

XXXI استرداد

XXXII طرف­های متعاهد

XXXIV ضمائم

XXXV عدم اعمال توافقنامه بین طرف­های متعاهد خاص "اصلاح شده در دور اوروگوئه"

بخش چهارم (در سال 1965 اضافه شده است):

XXXVI اصول و اهداف (مربوط به کشورهای درحال توسعه) "اصلاح شده در دور اوروگوئه"

XXXVII تعهدات (اعضای توافقنامه کلی به ماده XXXVI) "اصلاح شده در دور اوروگوئه"

XXXVIII اقدام مشترک (برای تأمین اهداف توافقنامه کلی در ارتباط با کشورهای درحال توسعه) "اصلاح شده در دور اوروگوئه"

در ذیل به بررسی اهم اصول و قواعد حقوقی ماهوی توافقنامه کلی که در عناوین فوق مطرح می­باشند، می­پردازیم.

1. **شرط مطلوب­ترین رفتار با دول عضو (شرط دول کامله­الوداد)**

شرط دول کامله­الوداد سنگ زیربنای سیستم توافقنامه کلی می­باشد. ماده I توافقنامه کلی مقرر می­دارد که هر کشور عضو متعهد می­گردد که با کشورهای دیگر متعاهد مثل کشوری رفتار نماید که مطلوب­ترین رفتار را درخصوص صادرات و واردات با او دارد.[[27]](#footnote-27) این تعهد عدم تبعیض بین کشورهای عضو یک اصل غامض و پیچیده فنی می­باشد و می­تواند در موارد بسیاری باعث نقض توافقنامه بشود، زیرا رعایت رفتار تجاری مساوی با کشورهای مختلفی که روابط سیاسی اجتماعی نامساوی بین آن­ها وجود دارد آسان نیست.

بر اصل دول کامله­الوداد استثنائاتی وارد شده است که تأسیس اتحادیه­های گمرکی و مناطق آزاد تجاری مانند منطقه آزاد تجاری ایفتا (EFTA) و اتحادیه یا جامعه اقتصادی اروپا (EEC) را امکان­پذیر می­نماید.

1. **تعرفه­ها**

به موجب ماده II توافقنامه کلی، هر کشور متعاهد تعهد می­نماید که حداکثر منافع تعرفه­ای که برای هر محصولی در جدول تعرفه آن کشور مشخص شده است برای همه کشورهای دیگر عضو درنظر بگیرد. هر کشور عضو جدول تعرفه­ای خاص خود را دارد که در توافقنامه درج می­شود. این جدول یک حداکثر نرخ عوارض را برای هر محصولی مشخص می­کند که تعرفه­ الزامی توافقنامه کلی[[28]](#footnote-28) نامیده می­شود. این تعرفه الزامی یک حداکثر است، و میزان عوارض برقرار شده ممکن است کمتر از این باشد و مشروط به اعمال شرط دول کامله­الوداد می­باشد. قابل توجه است که صرف توافق بر مثلاً حداکثر عوارض براساس ارزش یک محصول نمی­تواند اطمینان بخش باشد، زیرا ارزشیابی توسط مسئولین گمرک کشور واردکننده ممکن است مبنا و معیاری نداشته باشد یا به عبارت دیگر براین ارزشیابی اعتمادی نباشد. لذا به منظور ایجاد اطمینان و مراقبت از این که هر کشور عضو منافع مقرر شده در جدول تعرفه­ایش را به همه دیگر اعضاء به طور واقعی و بدون توسل به عوامل و مسائل پنهانی و غیرآشکار مؤثر در نرخ­های تعرفه ای، اعطا نماید، ماده VII با قصد ارزیابی به منظور امور گمرکی وضع گردیده است.

ماده VII درخصوص مواردی که نباید در ارزیابی کالا برای اهداف گمرکی وارد شوند مانند مالیات­های داخل کشور وارد کننده، و چگونگی اعمال ارزهای خارجی در محاسبه ارزش کالا، بحث می­کند. جداول تعرفه­ای هر کشور عضو ممکن است براساس ماده XXVIII اصلاح گردد.

پیش­بینی شده بود که این اصلاحات در هر دور مذاکرات چندجانبه که باید هر سه سال یکبار به طور رسمی برگزار می­شد (مثل دور کندی و دور توکیو) یا در مذاکرات دوجانبه در فواصل بین دورها، به عمل آید. روش پیش­بینی شده برای تعدیل جداول تعرفه­ای برای هر دو مورد (دور رسمی مذاکرات چندجانبه یا مذاکرات دو جانبه) قرار بود تقریباً یکسال طول بکشد، به این صورت که هر دولتی که مایل بود جدولش را اصلاح کند باید اعلامیه تغییر مورد نظرش را به دولتی که ابتدا توافقنامه تعرفه­ای مربوطه را مذاکره نموده بود (یعنی تهیه کننده اصلی محصول مورد بحث در زمان انعقاد آن توافقنامه) می­داد. آن کشور به اتفاق کشورهای دیگری که مشخص گردیده نفعی همانند تهیه کننده اصلی داشتند، براساس جداول زمانبندی که در ماده پیش­بینی شده است با کشور پیشنهاد دهنده تغییر مذاکرات را با قصد توافق بر تغییر شروع می­کرد. تغییر در تعرفه، متقابلاً تعدیلات جبرانی برای تعرفه­های کشورهای دیگری که از این تغییر متأثر می­شدند، برای حفظ موازنه مزایای تأمین شده در توافقنامه اصلی، در برداشت.

اصل موازنه مزایا پایه و اساس تمامی توافقنامه کلی می­باشد که طبق آن هر کشور در مقابل مزایایی که از کشوری دریافت می­کند باید در عوض آن امتیاز متقابلی بدهد. به همین صورت هر کشوری که امتیازی را از کشور دیگر سلب نماید، کشور متأثر شده نیز مزایایی معادل آن از این کشور پس خواهد گرفت.

1. **موانع غیرتعرفه­ای**

موانع غیرتعرفه­ای در تجارت خارجی بیشتر در شکل قواعد و مقررات قانونی داخلی و آیین و روش مربوط به واردات و صادرات بروز می­کند. درواقع آسان­ترین و بادوام­ترین روش تبعیض در مقابل کالاهای وارداتی به منظور حفظ کالاهای داخلی در رقابت با کالای خارجی، مقررات داخلی می­باشد. توافقنامه کلی در مواد I و II کشورهای عضو را نسبت به یکدیگر به مطلوب­ترین رفتار تعرفه­ای و همچنین مطلوب­ترین موانع غیرتعرفه­ای متعهد می­نماید. در قواعد دیگر برای این که این تعهد به طور شفاف و به خوبی انجام شود و در حقیقت اهداف توافقنامه کلی محقق گردد موانع غیرتعرفه­ای به طور مختصر بحث می­شوند، مثلاً، ماده III مقرر می­دارد که کشورهای متعاهد مراقبت خواهند نمود تا با کالاهای وارداتی سخت­تر از کالاهای تولید داخل رفتار نشود و تأکید به رفتار مساوی با این دو دارد (اصل رفتار ملی).[[29]](#footnote-29)

یکی از کدهای توافق شده در دور توکیو "توافقنامه مربوط به موانع فنی تجارت" بود که تأکید بر ماده III دارد، از آن جهت که مقرر می­دارد همه کشورهای متعاهد استانداردهای پذیرفته شده بین­الملل در روش اعطا یا اخذ گواهی­ها و استانداردهای اجرا را بپذیرند.

بنابراین مقررات توافقنامه کلی هم موانع تعرفه­ای و هم موانع غیرتعرفه­ای تجارت را در بردارند، و هدف اساسی آن­ها این است که هر کشور متعاهد علاوه بر این که تعهدات تعرفه­ای را که در مقابل دیگر اعضا می­پذیرد، به خوبی رعایت نماید، و از وضع موانع غیرتعرفه­ای نیز که محدودکننده تجارت آزاد می­باشند مگر در شرایط استثنایی خودداری نماید و در واقع اصل منع تبعیض در تجارت را با اعمال هر دو مورد رعایت کند.

باید به خاطر داشت که یکی از توافقنامه­های ضمیمه شماره 1- الف توافقنامه مؤسس سازمان تجارت جهانی "توافقنامه موانع فنی تجارت" می­باشد که مقرر می­دارد، گرچه غالب کشورها مقرراتی دارند که الزام می­نمایند محصولات وارداتی آن­ها با استانداردهای اجباری وضع شده داخلی به منظور حمایت از بهداشت و ایمنی و بقای محیط زیست مغایرت نداشته باشند، نباید چنین استانداردهای اجباری محصول به گونه­ای وضع شوند که موانع غیرضروری بر سر راه تجارت بین­الملل ایجاد کنند. لیکن توافقنامه، علی­رغم این که کشورها را مکلف نموده است که لزوماً از وضع استانداردهای اجباری داخلی خودداری کنند، بر بکارگیری استانداردهای بین­المللی مورد توافق تأکید کرده است.

1. **اصل رفتار ملی**

ماده III توافقنامه کلی استاندارد رفتار ملی را مقرر می­نماید. این اصل عنصر اساسی بسیاری از عهدنامه­های دو جانبه مودت، بازرگانی و ناوبری می­باشد. اما، توافقنامه کلی تنها عهدنامه چندجانبه­ای است که در آن این اصل در ارتباط با مالیات­ها و مقررات داخلی به صورت شفاف و برجسته پدیدار گشته است.[[30]](#footnote-30) قاعده کلی دراین ماده چنین بیان شده است: "1- کشورهای عضو تصدیق می­نمایند که مالیات­های داخلی و سایر هزینه­های داخلی، و قوانین، مقررات و شرایط لازم که بر فروش­های داخلی، پیشنهاد [ایجاب] فروش، خرید، حمل و نقل، توزیع یا استفاده از محصولات اثر می­گذارند، و مقررات کمی [مقداری] داخلی که مخلوط کردن، به عمل آوردن یا استفاده از محصولات را در مقادیر یا نسبت­های معین مقرر می­نمایند، نباید بر محصولات وارداتی یا داخلی به گونه­ای که حمایت از محصول داخلی باشد، اعمال شوند".

در واقع ماده III همان اهداف ماده II که الزامات تعرفه­ای را در مرزهای کشور محدود می­کند دنبال می­کند اما در قلمرو دیگر یعنی در داخل کشور.

دو استثناء مهم بر دامنه شمول ماده III در پاراگراف 8 این ماده وارد شده است؛ یکی آن که این ماده بر قاعده­های حاکم بر قراردادهای خرید دولتی توسط نمایندگی­های دولتی در ارتباط با محصولات خریداری شده برای اهداف دولتی اعمال نخواهد شد.[[31]](#footnote-31) البته قصد فروش مجدد تجاری و یا قصد استفاده از آن­ها در تولید یک کالا برای فروش تجاری، نباید وجود داشته باشد. دیگر آن که این ماده پرداخت یارانه به تولیدکنندگان داخلی، از جمله پرداخت­های ناشی از عواید بیمه­ها یا هزینه­های داخلی که موافق این ماده (ماده III) اعمال می­گردند و یارانه­هایی که از طریق خریدهای دولتی محصولات داخلی صورت می­گیرند را منع نمی­کند.

1. **سهمیه­ها**

مطالعات و تحلیل­های تجارت بین­الملل حاکی از آن است که برای تنظیم تجارت از کنترل واردات استفاده می­شود و چهار روش اساسی برای آن­ برشمرده­اند: وضع تعرفه­ها، برقراری سهمیه­ها، اعطای یارانه­ها (سوبسیدها)، و ایجاد مکانیزم­های تجارت دولتی. در توافقنامه کلی قواعد مشخصی برای هر یک از این روش­ها پیش­بینی شده است. درحالی که تعرفه­ها در حدود قواعد ماده II توسط توافقنامه کلی پذیرفته شده­اند، سهمیه­ها به عنوان موانع غیرتعرفه­ای به صراحت توسط ماده XI ممنوع گردیده­اند، مگر در شرایط مقرر شده در مواد XII تا XIV و ماده XVIII.

ماده XI مقرر می­دارد: "هیچ ممنوعیت یا محدودیتی غیر از عوارض، مالیات­ها، یا سایر هزینه­ها، خواه از طریق سهمیه­ها، مجوزهای صادرات و واردات یا سایر تدابیر، و نسبت به واردات هر محصولی از قلمرو کشور متعاهد دیگر،... توسط کشورهای متعاهد صورت نخواهد گرفت یا حفظ نخواهد شد...".

البته در این ماده استثنائاتی بر این قاعده وارد شده است، مثل محدودیت صادرات برای برطرف کردن کمبودهای بحرانی مواد آذوقه یا سایر محصولات اساسی؛ اعمال استاندارد و مقررات برای طبقه­بندی، درجه­بندی یا بازاریابی مایحتاج در تجارت بین­الملل؛ و محدودیت واردات محصولات کشاورزی و ماهیگیری که برای اجرای انواع خاصی از تدابیر دولت لازم باشد. غیر از این موارد، ممنوعیت­ها مطلق می­باشند.

علی­رغم استفاده از کلمات صریح و بی­ابهام در بیان ممنوعیت در برابر محدودیت­های کمی واردات، کشورها می­توانند (نیز چنین کرده­اند) از طریق سیستم­های برقراری مجوز (لیسانس) که زمینه قانونی و مشروعیت دارد عملاً بهره سهمیه­بندی (را که منع شده است) ببرند. البته باید به خاطر داشت که در زمینه سیستم لیسانس یک کد وجود دارد که کشورها باید آن را لحاظ نمایند و آن "توافقنامه درخصوص روش اعطای مجوز واردات"،[[32]](#footnote-32) می­باشد.

1. **بازرگانی دولتی**

منظور از بازرگانی دولتی سیستمی است که در آن خرید و فروش­های خارجی یا صادرات و واردات توسط سازمان­ها یا مؤسسات دولتی صورت می­گیرد. ماده XVII توافقنامه کلی به منظور تنظیم روابط تجاری و معامله با کشورهایی که این سیستم بازرگانی را دارند و کلاً اقتصادشان از طریق دولت کنترل می­شود (اقتصاد دولتی دارند) وضع گردیده است. این ماده کلاً بیان می­دارد که بین بازرگانی دولتی و غیردولتی نباید تبعیض باشد و دولت­ها نیز نباید هیچ معیاری را که بین نهادهای دولتی و خصوصی یک کشور در امر تجارت خارجی تفاوت قائل می­شوند اتخاذ نمایند.

1. **اقدامات بازارشکنی و یارانه­ها (دامپینگ و سوبسید)**

صدور کالا به کشور دیگر به کمتر از بهای عادی و فروش ارزان­تر آن در بازار خارجی نسبت به بازار داخلی را عمل بازارشکنی (دامپینگ)، و کمک­های اقتصادی دولت برای کالاها را یارانه (سوبسید)، گویند. فروش کالا در بازار خارجی به قیمتی کمتر از بهای معمولی آن کالا به منظور در اختیار گرفتن بازار خارجی صورت می­گیرد، و بدیهی است پس از آن که آن کالا در بازار خارجی جای گرفت و کالاهای رقیب از آن بازار خارج شدند، این کالا به قیمت­های گزاف ارائه خواهد گردید. با مقایسه­ای بین قیمت معمولی در بازار خارجی و قیمت صادراتی (در بازار داخلی) همان کالا، وقتی که قیمت در بازار خارجی کمتر باشد، مقدار تفاوت قیمت مبین عمل بازارشکنی بوده و چنانچه ضرر و خسارت به بازار خارجی وارد کند غیرقابل قبول می­باشد. توافقنامه کلی به کشور وارد کننده آن کالا که از عمل کشور صادر کننده متضرر شده اجازه می­دهد برای جبران آن تفاوت، عوارض ضد عمل بازارشکنی (ضد دامپینگ) برای ورود آن کالا به کشورش وضع نماید. ممکن است دولتی به گونه­ای دیگر عمل کند و در بازار داخلی کمک یا امتیاز اقتصادی برای محصولی در نظر گیرد به طوری که آن محصول در (بازار داخلی) از نوع مشابه ارزان­تر یا مناسب­تر شود. این اقدام که اعطای یارانه می­باشد چنانچه لطمه جدی و شدید به منافع سایر کشورهای عضو توافقنامه بزند باید محدود و از آن اجتناب شود.

کمک­های اقتصادی دولت برای کالاها ممکن است به دو صورت باشد یکی کمک دولت به ارزانی قیمت کالاهای ساخت داخل برای فروش در بازار داخل به طوری که رقابت کالاهای وارداتی با این کالا را کاهش دهد؛ دیگری آن که دولت به قیمت کالاهای صادراتی (کشور خود) به منظور تشویق و رشد بازار صادراتی کمک کند. البته ممکن است دولت به صورت کلی و مستقیم به تولید کمک کند که دراین صورت، اثر هر دو مورد بالا حاصل خواهد شد. کمک و امتیازات اقتصادی دولت ممکن است شکل پول، کالا و خدمات داشته باشد و ممکن است به طرق مختلف صورت گیرد مثل کمک مستقیم به صادرات، اعطای وام به صادر کننده، معاف نمودن صادر کننده از مالیات، و نظایر اینها. باید درنظر داشت که در بسیاری از موارد کمک اقتصادی دولت­ها به کالا با قصد ضربه و ضرر زدن به تجارت خارجی یک کشور نیست و اثر ناروا و نامطلوب در تجارت بین­الملل ندارد. این بدان معناست که در بعضی زمینه­ها اعطای یارانه اشکالی ندارد و مطلوب می­باشد، اما مشخص کردن زمینه­های یارانه مطلوب و یارانه نامطلوب مشکل است. در توافقنامه کلی هم اجماعی دراین خصوص که چه اشکالی از یارانه باید پذیرفته شود و چه اشکالی نباید پذیرفته شود، وجود ندارد، و کلاً در توافقنامه کلی و کدهای مربوطه که قواعدی را برای تعیین حدود یا وجود یارانه و عمل بازارشکنی و همچنین آیین­های منتهی به تدابیر حمایتی وضع کرده­اند تعریفی از یارانه­های قانونی یا مشروع و یارانه­های غیر مجاز یا نامشروع ارائه نشده است.[[33]](#footnote-33)

با انعقاد "توافقنامه یارانه­ها و اقدامات متقابل جبرانی" در دور اوروگوئه که اکنون یکی از توافقنامه­های ضمیمه 1- الف توافقنامه مؤسس سازمان تجارت جهانی می­باشد، نقیصه فوق برطرف شده است. در این توافقنامه پس از تعریف یارانه در ماده 1، یارانه­ها به سه دسته: یارانه­های ممنوع (مواد 4-3)، یارانه­های قابل تعقیب (مواد 7-5) و غیرقابل تعقیب (مجاز) (مواد 9-8) تقسیم شده­اند. به موجب این توافقنامه براساس توافقات به عمل آمده در سازمان تجارت جهانی در سال 1994 یارانه­های غیرقابل تعقیب شامل یارانه­های ویژه صنعتی و کمک به فعالیت­های تحقیقاتی هستند که توسط بنگاه­ها یا مؤسسات آموزشی یا تحقیقاتی عالی و براساس قرارداد انجام می­شود.

اعطاء یارانه و عمل بازارشکنی در واقع دو اقدام تدافعی و حمایتی از اقتصاد بحرانی یک کشور می­باشد که کشورهای عضو توافقنامه کلی ممکن است آن­ها را اعمال نمایند. توافقنامه کلی در ماده VI عمل بازارشکنی را که باعث ضرر و زیان کشور دیگر می­شود منع و رد می­کند اما در ماده XVI که موضوع آن یارانه­ها هستند مقرر می­دارد که کشوری که یارانه اعطا می­کند حدود و ماهیت و تأثیر آن بر مقدار کالا در واردات یا صادرات را به مجمع توافقنامه کلی اطلاع دهد و نهایتاً مقرر می­دارد که کشورها باید در صدد محدود نمودن و اجتناب از اعطای یارانه­هایی باشند که با اهداف توافقنامه کلی مغایرت دارند.

به طور کلی درجایی که اعطای یارانه یا عمل بازارشکنی صورت گرفته باشد تنها درصورتی که این تدابیر باعث ضرر و زیان در کشور عضو دیگر بشود موجب اعتراض و شکایت خواهد بود. بدون اثبات ضرر و زیان دعوی مسموع نخواهد بود. ضمناً به کشور متضرر از عمل بازارشکنی و یارانه اجازه داده شده است تا عوارض متقابل و محدود به مقدار همان­ها وضع نماید تا ضرر از بین برود.

1. **استثنائاتن**

استثنائات خاصی بر رعایت تعهدات ناشی از توافقنامه پذیرفته شده است. به طور مشخص سه ماده XIX,XX,XXI به استثنائات اختصاص داده شده­اند. ماده XIX اقدامات اضطراری را نسبت به واردات محصولات خاص پیش­بینی می­کند. براساس این ماده کشورهای عضو آزاد هستند در حدود و مدت زمان لازم برای حمایت از یک صنعت یا محصول داخلی که به طور جدی صدمه دیده یا در معرض صدمه می­باشد تعهدات خود به موجب توافقنامه کلی را تماماً یا جزئاً (درحد لازم برای ممانعت یا جبران ضرر و زیان وارده) معلق، یا امتیازات برقرار شده را پس گرفته یا تعدیل نمایند. ماده XX استثنائات کلی را بحث می­نماید که براساس آن تعهدات ناشی از توافقنامه کلی مانع از آن نخواهد بود که کشورهای عضو با در نظر گرفتن شرایط خاصی، تدابیر لازم جهت مواردی چون حمایت از اخلاق عمومی، حمایت از بهداشت یا حیات انسان، حیوانات یا گیاهان، صادرات و واردات طلا و نقره و غیره ... اتخاذ نمایند. ماده XXI استثنائات مربوط به امنیت ملی یک کشور را مطرح می­کند. این ماده مقرر می­دارد در مواردی که منافع حیاتی امنیت ملی یک کشور مطرح هستند توافقنامه کلی برخلاف آن منافع تفسیر نخواهد شد.

**قسمت سوم: قواعد شکلی (آیین حل اختلاف)**

**الف - مقدمه**

سازمان تجارت جهانی (WTO) یک سازمان بین­المللی است که اعمال و اجرای تعهدات آن باید قاعدتاً از طریق قوانین و دیوان­های داخلی صورت گیرد. لذا کشورهای عضو به ترتیبی که در قوانین داخلی آن­ها مقرر می­شود مقررات این سازمان را در کشور خود به اجرا درمی­آورند. به خصوص، چون این مقررات در قالب توافق یا قرارداد بین دولت­هاست و مستقیماً هیچ حقوقی به شهروندان یا اتباع این دولت­ها اعطا نمی­کند، قوانین داخلی خاص ممکن است لازم باشد تا روابط شهروندان و دولت متبوعشان با سایر دولت­های عضو و اتباع آن­ها یا کلاً با سازمان تجارت جهانی را مشخص و تنظیم نماید.[[34]](#footnote-34) به عنوان مثال در ارتباط با نقض قواعد و مقررات سازمان تجارت جهانی آنجایی که عملاً به اتباع دولت­های عضو مربوط می­شود، همانند سایر معاهدات بین­الدولی اتباع نمی­توانند هیچ گونه حقی یا امتیازی را مستقیماً مطالبه نمایند. درچنین مواردی طبق روال معمول معاهدات بین­المللی معمولاً باید برحسب مورد به مراجع رسمی بین­المللی یا مراجع قضایی داخلی رجوع نمود، یعنی در وهله اول شکایت مربوط به عدم رعایت مقررات سازمان تجارت جهانی باید توسط دولت­ها در این مراجع اقامه شود. اما، علی­رغم این روش­های پذیرفته شده درحقوق بین­الملل تاکنون هیچ دولتی در دعاوی مربوط به سازمان طرق جبران نقض تعهدات که درحقوق بین­الملل عام یا در حقوق داخلی مقرر است (دعوی علیه دولت باید در دادگاه­های داخلی آن دولت اقامه شود) را طی نکرده است. به عبارت دیگر، در واقع تاکنون هیچ دولتی دعاوی مربوط به سازمان تجارت جهانی یا توافقنامه کلی را موکول یا مشروط به بکارگیری طرق جبران­های مقرر شده داخلی یا بین­المللی نکرده است.

سازمان تجارت جهانی روش و آیین حل اختلاف خاص خود را دارد و کشورهای عضو اختلافات تجاری تحت توافقنامه­های این سازمان را براساس این روش خاص حل و فصل می­کنند. پیش­بینی روش اختصاصی حل و فصل اختلافات مربوط به این سازمان در واقع ماهیت و جایگاه این سازمان را درحقوق بین­الملل مشخص می­کند و مبین آن است که گرچه توافقنامه­های سازمان تجارت جهانی قراردادهایی است بین دولت­های عضو، اما برای حل اختلافات یا مشکل تفسیر این قراردادها دادگاه بین­المللی که بدان رجوع شود وجود ندارد بلکه باید به مراجعی که در واقع داخلی (داخل سازمان) هستند رجوع شود. بنابراین یک کشور عضو باید در قانون داخلی خود روش اقامه دعوی و زیان­خواهی در سازمان تجارت جهانی توسط اتباع را پیش­بینی نماید. مثلاٌ به شهروندان به موجب قانون اجازه دهد برای دولت اثبات نمایند که مناسب و مقتضی است که او علیه دولت عضو دیگر در دفاع از منافع آن شهروند اقامه دعوی نماید، و پس از آن دولت متبوع دعوای تبعه را پذیرفته و به عنوان دعوای خود علیه دولت دیگر وارد عمل شود.

در ذیل به بررسی سیستم حل اختلاف سازمان تجارت جهانی خواهیم پرداخت اما، لازم به نظر می­رسد قبل از آن به آیین حل اختلاف در توافقنامه کلی به عنوان مبنا و اساس سیستم حل اختلاف سازمان اشاره شود.

**ب - قواعد حل اختلاف توافقنامه کلی (گات)**

آیین حل اختلاف مقرر شده توسط توافقنامه کلی دو ویژگی خاص دارد: اول آن که قصد دارد عملاً و کاربردی و براساس اهداف خاص توافقنامه کلی اختلافات حل و فصل شوند. یعنی در امور داخلی (ملی) اختلافات یا به صورت قضایی و از طریق دادگاه­های رسمی حل و فصل می­شوند، یا ممکن است به طور غیررسمی با مذاکره بین طرفین از میان برداشته شوند، درحالی که واضعین توافقنامه کلی بیشتر در این اندیشه بوده­اند که بدون تقسیم­بندی و تفکیک قطعی دو طریقه حل و فصل اختلاف، دادخواهی یا تضرر خواهی را از طریق مذاکره تشویق و ترغیب نمایند. ویژگی دوم، آن است که براساس این آیین تحلیل خواهد شد که آیا منافعی (نه حقوقی) که طرفین از قواعد ماهوی توافقنامه کلی انتظار داشته­اند از بین رفته یا بر آن نقصی وارد شده (آن گونه که در ماده XXIII آمده، لغو یا تقلیل منافع واقع شده است یا نه)، و این که آیا نیل به هدفی از توافقنامه زایل گشته است یا نه و سپس براین اساس گزارش یا اظهارنظر مربوطه ارائه خواهد گردید، یا به عبارت دیگر، تصمیم­گیری خواهد شد.

اصول اساسی مربوط به روش­های حل اختلاف در مواد XXII و XXIII توافقنامه کلی پیش­بینی شده­اند.[[35]](#footnote-35) درطول زمان و براساس این ماده رویه این شده بود که کشورهای عضو با ایجاد هیأتها یا گروه­های کاری متشکل از نمایندگان منتخب دولت­های مربوطه به شکایات خود علیه یکدیگر طرفینی و موردی[[36]](#footnote-36) رسیدگی کنند. برای این کار پانلهایی (دیوان­هایی) تشکیل می­شد از افرادی که به عنوان شخصیت حقیقی خود[[37]](#footnote-37) و تقریباً بیشتر به صورت قضایی عمل می­کردند. این رویه و عمل پانل­ها مبنای قواعدی شد که "تفاهم­نامه مربوط به اعلام، مشورت، حل اختلاف و نظارت، 1979" را تشکیل می­دهند و برآن "توضیحات توافق شده رویه عرفی توافقنامه کلی در حوزه حل اختلاف" ضمیمه شده است.[[38]](#footnote-38) این قواعد، مواد مربوط به حل اختلاف در توافقنامه کلی، مواد XXIII و XXII، را تکمیل می­کنند.

ماده XXII، به الزام تبادل نظر و مشورت بین کشورهای متعاهد تخصیص داده شده به گونه­ای که مقرر می­دارد چنانچه هر کشور متعاهد ادعا نماید که اقدامی از کشور دیگر بر عملکرد توافقنامه کلی تأثیر ناروا دارد، آن کشور دیگر این ادعا را مورد بررسی مشفقانه قرار خواهد داد و فرصت کافی برای مشورت و تبادل نظر، در نظر خواهد گرفت.

ماده XXIII، مقرر می­دارد که طرفین دعوی سعی کنند اختلاف خود را با مذاکره حل نمایند و درصورتی که مذاکره نتیجه بخش نباشد کشورهای عضو از طریق مجمع اعضاء به قضاوت درخصوص اختلاف مربوطه خواهند پرداخت. لذا، کشورهای عضو برای خود خصوصیت نیمه قضایی قائل هستند، اما ضمانت اجرایی که برای تصمیمات آن­ها وجود دارد لغو امتیازاتی است که به موجب توافقنامه کلی برای کشوری که از اجرای تصمیم مجمع امتناع می­نماید، مقرر گردیده است.

اساس طرح حل اختلاف در توافقنامه کلی بر محدود نمودن علل دعوی است لذا این طرح تأکید بر اعلام و مشورت می­نماید. درمواردی مانند ماده (2) XIX، قواعد توافقنامه کلی کشورهای عضو را ملزم می­نماید که تدابیر تجاری خاص را که اتخاذ می­نمایند به مجمع اعضاء (توافقنامه کلی) اعلام نمایند.

مواد 2 و 3 تفاهم نامه حل اختلاف و نظارت 1979 نیز کشورهای متعاهد را ملزم می­نماید تا تدابیر تجاری­شان را که بر عملکرد توافقنامه کلی تأثیر می­گذارد به کشورهای متعاهد (مجمع اعضاء)، اعلام نمایند، و براساس مواد 4 و 6 تفاهم نامه، کشورهای متعاهد باید به تقاضای مشورت کشور دیگر سریعاً پاسخ گویند، و مشورت­ها را با این دید که به نتیجه قابل قبول طرفین برسند، فوراً شروع نمایند. براساس سیستم حل اختلاف توافقنامه کلی (مواد توافقنامه کلی و تفاهم­نامه 1979 و ضمیمه تفاهم­نامه) چنانچه دعوی با مشورت حل نشود طرفین ممکن است از مساعی جمیله[[39]](#footnote-39) استفاده نمایند. پس از آن یکی از طرفین می­تواند دعوی را برحسب ماده (2)XXIII به مجمع اعضاء جهت بررسی ارجاع دهد. اگر یکی از طرفین چنین درخواستی را مطرح کند مجمع اعضاء، پانل حل اختلاف توافقنامه کلی را تشکیل می­دهد.[[40]](#footnote-40) مدیرکل توافقنامه کلی سه تا پنج عضو پانل را که معمولاً دولتی هستند اما در شخصیت حقیقی خود خدمت خواهند کرد انتخاب می­کند. انتخاب این اعضاء فقط با دلایل موجه ممکن است مورد اعتراض کشورهای متعاهد قرار گیرد.[[41]](#footnote-41) پانل حل اختلاف به طریق خاصی دعوی را استماع می­نماید و سعی می­کند طرفین را به سوی حل اختلاف به طوری که نظر هر دو را تأمین کند کمک نماید و نهایتاً گزارش تهیه می­کند و چگونگی حل اختلاف یا نظر یا توصیه­های خود برای حل اختلاف را به شورای توافقنامه کلی[[42]](#footnote-42) ارائه می­دهد.[[43]](#footnote-43) در شورای توافقنامه کلی، همه اعضاء می­توانند نماینده داشته باشند. این شورا گزارش پانل را رسماً می­پذیرد و قدرت اجرایی بدان می­دهد. مجمع اعضاء می­تواند توقف و پس­گیری دعوی را توصیه کند یا برای یکی از کشورهای عضو اجازه تعلیق امتیازات اعطایی تحت توافقنامه کلی به کشور دیگر را صادر کند. خصوصیت ویژه و قابل توجه سیستم حل اختلاف توافقنامه کلی این است که در آن نقض توافقنامه کلی مطرح نیست بلکه "لغو یا نقصان"[[44]](#footnote-44) منافعی مطرح است که به موجب توافقنامه کلی به طرفین تعلق می­گیرد. به عبارت دیگر "لغو یا نقصان" منافع یا امتیاز است که ظاهراً نقض توافقنامه کلی محسوب می­شود و حداقل از لحاظ نظری ممکن است نقض توافقنامه کلی وجود داشته باشد اما منافعی از کشور متعاهد لغو یا ناقص نشود. از طرف دیگر، کشور شاکی ممکن است بتواند با توجیهات کافی ثابت نماید که "لغو یا نقصان" منافع به وجود آمده است درحالی که ممکن است نقض توافقنامه کلی واقع نشده باشد.

**ج - سیستم حل اختلاف در سازمان تجارت جهانی (WTO)**

قواعد حل اختلاف سازمان تجارت جهانی در "تفاهم­نامه حل اختلاف، 1994"[[45]](#footnote-45) که ضمیمه شماره 2 توافقنامه سازمان تجارت جهانی می­باشد تدوین شده است. این قواعد که نسبتاً مفصل می­باشند (27ماده) یک سیستم واحد حل اختلاف را براساس مواد XXIIو XXIII توافقنامه کلی مقرر می­نمایند. "تفاهم­نامه حل اختلاف، 1994" همانند توافقنامه کلی براساس مفهوم "لغو یا نقصان" منافع و نه براساس نقض تعهدات سازمان وضع گردیده و اکنون به موجب مواد 1 و 23، اصولاً بر تمامی دعاوی مربوطه به سازمان تجارت جهانی اعمال می­گردد، اما ممکن است به موجب توافقنامه­های بعدی و درخصوص عناوین خاص تعدیل یا تکمیل شود.

به موجب ماده IV توافقنامه مؤسس یک "هیأت حل اختلاف"[[46]](#footnote-46) برای اداره سیستم حل اختلاف سازمان تشکیل می­شود که نمایندگان کشورهای عضو حق حضور در آن را دارند. این هیأت برای رسیدگی به اختلافات، پانل­هایی را ایجاد می­کند و گزارش­های آن­ها را می­گیرد. همچنین در این سیستم یک هیأت استینافی[[47]](#footnote-47) تشکیل می­شود تا اجرای تصمیمات و توصیه­های پانل­ها را بررسی و ارزیابی کند و تعلیق امتیازات و سایر تعهدات را اجازه دهد. نهایتاً این هیأت حل اختلاف است که مراحل خاتمه دعوی را توصیه می­کند یا رأی صادر می­کند که شاکی (خواهان) تعهدات سازمانی (تجارت جهانی) خود نسبت به خوانده را معلق نماید.[[48]](#footnote-48) هیأت تصمیماتش را با اجماع اتخاذ می­نماید.[[49]](#footnote-49) اساس سیستم حل اختلاف در سازمان همچون توافقنامه کلی "اعلام و مشورت" می­باشد و به طریق مساعی جمیله،[[50]](#footnote-50) مصالحه،[[51]](#footnote-51) و میانجیگری[[52]](#footnote-52) پیشنهاد کمک برای یافتن راه­حلی برای اختلاف طرفین به آن­ها ارائه می­دهد.[[53]](#footnote-53) چنانچه با اتخاذ این روش­ها اختلاف حل نشود، درصورت درخواست کشور شاکی، اختلاف به پانلی که توسط هیأت حل اختلاف تشکیل می­شود ارجاع خواهد شد، مگر هیأت حل اختلاف اجماعاً تصمیم بگیرد که پانل تشکیل نشود.[[54]](#footnote-54) پانل­ها از سه عضو تشکیل می­شوند مگر طرفین با توافق بخواهند پانل با پنج عضو تشکیل شود. اعضای پانل­ها به عنوان اشخاص حقیقی و فردی خدمت می­کنند و به خوبی از حقوق یا سیاست تجارت بین­الملل آگاه می­باشند. این اعضاء توسط دبیرخانه منصوب می­شوند و کشورهای عضو به آن­ها اعتراض نخواهند کرد مگر دلایل موجهی داشته باشند. چنانچه در مورد اعضای پانل تا بیست روز پس از تشکیل آن توافق حاصل نشود، دبیر کل سازمان تجارت جهانی درخصوص ترکیب آن تصمیم­گیری خواهد کرد.

شرح وظایف و اختیارات[[55]](#footnote-55) پانل­ها توسط رئیس هیأت حل اختلاف با مشورت با طرفین دعوی تنظیم می­شود. پانل­ها ملزم هستند، چنانچه طرفین به نحو دیگری توافق نکنند، شکایت را در پرتو مقررات توافقنامه مربوط سازمان تجارت جهانی مورد بررسی قرار دهند و نظر خود را چنان مطرح نمایند که کمک باشد برای هیأت حل اختلاف برای صدور توصیه یا رأیی که در آن توافقنامه پیش­بینی شده است.[[56]](#footnote-56) روش کاری معمولی پانل­ها در ضمیمه تفاهم­نامه حل اختلاف 1994 مشخص گردیده است.[[57]](#footnote-57) پانل­ها در جلسات غیرعلنی تشکیل می­شوند و طرفین یا هر شخص ثالثی که ذی­نفع بودن خود در پرونده را اعلام داشته است، نظراتشان را ارائه می­دهند. پانل می­تواند اطلاعات مورد نیاز خود را از هر شخص یا فردی بگیرد. جلسات مشورت اعضای پانل­ها محرمانه می­باشد و طرفین در آن حضور نخواهند داشت. پانل­ها از اقدامات خود گزارش تهیه می­کنند. این گزارش در دو مرحله نوشته می­شود، اول، مرحله بررسی و مرور ضمن رسیدگی به دعوی[[58]](#footnote-58) می­باشد. به این صورت که بعد از استماع اظهارات طرفین پانل از بخش­های توضیحی (مسائل موضوعی و بحث­های طرفین) پیش­نویس گزارش تهیه می­کند و آن را نزد طرفین می­فرستند و آن­ها فرصت معینی دارند تا نظر خود را در خصوص آن ابراز نمایند. سپس پانل گزارش ضمن رسیدگی به دعوی را ارائه می­نماید که هم شامل بخش های توضیحی می­باشد و هم شامل نظریات و نتایج پانل. مجدداً طرفین یک وقت معینی دارند که طی آن می­توانند درخصوص آن گزارش اظهارنظر نمایند و جلسه دیگری از پانل با حضور اعضاء را درخواست نمایند که در آن جلسه موارد مطرح شده در نظریه پانل (گزارش) مورد بحث قرار گیرد. سپس پانل پیش­نویس گزارش نهایی­اش را تهیه می­کند که باید شامل شرحی از بحث­های مطرح شده در مرحله بررسی و مرور ضمن رسیدگی به دعوی به علاوه یافته­های موضوعی،[[59]](#footnote-59) اعمال مقررات مربوطه و توجیه یا مبانی نظریات و توصیه­هایی که می­نماید، باشد.[[60]](#footnote-60) پانل­ها باید ظرف 6 ماه از تاریخ تشکیل و توافق درخصوص شرح وظایف و اختیارات آن­ها گزارش خود را ارائه دهند، گرچه تمدید این مهلت تا کلاً 9 ماه یا حتی بیشتر از 9 ماه، در مواردی که شکایت علیه کشورهای درحال توسعه باشد، پذیرفته شده است. اگر بین طرفین دعوی توافقی حاصل شود و دعوی حل شود، گزارش ساده خواهد بود به طوری که پانل فقط حل دعوی را با یک توضیح خلاصه­ای از آن، گزارش خواهد نمود. گزارش پانل­ها خود به خود توسط هیأت حل اختلاف پذیرفته می­شود مگر الف: یکی از طرفین دعوی نسبت به گزارش اعتراض و پژوهش خواهی نماید یا ب: هیأت حل اختلاف با اجماع تصمیم بگیرد که آن گزارش را نپذیرد.[[61]](#footnote-61) گزارش پذیرفته شده طی مدت نه ماهی که برای رسیدگی به اختلاف تعیین شده است توسط هیأت حل اختلاف مورد بررسی قرار خواهد گرفت.[[62]](#footnote-62) سیستم حل اختلاف سازمان تجارت جهانی منافع اشخاص ثالث را نیز تأمین و مراقبت می نماید. ماده 10 تفاهم­نامه حل اختلاف 1994 به اشخاص ثالث ذی­نفع اجازه می­دهد تا ادعایشان را در پانل مربوطه مطرح نمایند و لوایح کتبی آن­ها به طرفین ابلاغ شود و لوایح طرفین را نیز دریافت نمایند. چنانچه بیش از یک کشور درخواست تشکیل یک پانل در ارتباط با موضوعی واحد را بنمایند، در هر موردی که امکان­پذیر باشد یک پانل واحد تشکیل خواهد شد تا شکایات متعددی را بررسی کند. چنانچه یک پانل تشکیل نشود، تا آنجا که امکان داشته باشد اشخاص واحد اعضای هریک از پانل­های مختلف را تشکیل خواهند داد و به عنوان عضو آن پانل خدمت خواهند کرد و جدول زمانی پانل­های مختلف هماهنگ خواهد شد.[[63]](#footnote-63) اشخاص ثالث هم ممکن است، چنانچه در نظر آن­ها معیارهای تحت بررسی یک پانل، امتیاز یا نفعی را که به موجب یکی از توافقنامه­های سازمان تجارت جهانی تحت پوشش این سیستم حل اختلاف، بدان­ها تعلق می­گیرد لغو یا ناقص نمایند به همین آیین دادرسی متوسل و اقامه دعوی نمایند. در این صورت آن دعوی درصورت امکان به پانل اصلی ارجاع خواهد شد.

همان گونه که گفته شد، تفاهم­نامه حل اختلاف 1944 تأسیس یک هیأت استینافی هفت نفره دائمی توسط هیأت حل اختلاف را پیش­بینی می­کند.[[64]](#footnote-64) اولین اعضای این هیأت استینافی در سال 1995 انتخاب شدند. این اعضا گرچه نهایتاً نماینده کشورهای عضو سازمان هستند، اما وابسته به هیچ دولتی نیستند. هیأت استینافی به صورت شعبات سه نفره که چرخشی انتخاب می­شوند تشکیل می­شود.[[65]](#footnote-65) فقط طرفین می­توانند نزد هیأت استینافی، پژوهش خواهی نمایند، البته اشخاص ثالث که نفع اساسی (ذی­نفع بودن) خود در موضوع را به هیأت حل اختلاف اعلام نموده­اند می­توانند لایحه کتبی به هیأت استینافی بدهند و آن هیأت ادعای آن­ها را استماع خواهد نمود. پژوهش خواهی­ها محدود می­شوند به مسائل قانونی (موضوعات حکمی) و تفسیرهای حقوقی موجود در گزارش پانل، هیأت استینافی ممکن است یافته­های (نظریات) حقوقی پانل را تأیید، تعدیل یا رزرو نماید، اما به نظر نمی­رسد که هیأت استینافی موضوع را برای بررسی مجدد به پانل بازگرداند.[[66]](#footnote-66) گزارش هیأت استینافی نیز خود به خود توسط هیأت حل اختلاف پذیرفته می­شود، مگر نظر اجماعی درخصوص عدم پذیرش آن وجود داشته باشد.[[67]](#footnote-67) از زمان تشکیل پانل توسط هیأت حل اختلاف تا تاریخی که این هیأت گزارش را مورد بررسی قرار می­دهد مدت دوازده ماه طول خواهد کشید.[[68]](#footnote-68)

در ارتباط با اجرا و رعایت توصیه­های مذکور در گزارش پانل یا هیأت استینافی، کشورهای مربوطه در یک جلسه هیأت حل اختلاف قصد خودشان را توضیح خواهند داد. برای این منظور به آن­ها یک فرصت معقول (تا 15 ماه از تاریخ تشکیل پانل) داده خواهد شد، و هیأت حل اختلاف خود اجرا و رعایت توصیه­ها را زیر نظر خواهد داشت.[[69]](#footnote-69)

چنانچه کشور مربوطه توصیه­های پانل یا هیأت استینافی را رعایت ننماید، دولت شاکی می­تواند از هیأت حل اختلاف درخواست نماید به او مجوز تعلیق (اعمال) امتیازات یا سایر تعهدات ناشی از توافقنامه نقض شده نسبت به کشور مربوطه را اعطا نماید.[[70]](#footnote-70) امتیازات یا تعهدات مورد بحث برای تعلیق باید مربوط به همان بخش باشد، اما چنانچه آن­ها مؤثر وعملی نباشد، ممکن است امتیازات یا تعهدات مربوط به بخش دیگر یا حتی ناشی از توافقنامه­های دیگر سازمان تجارت جهانی معلق شوند. چنانچه دولت مربوطه به سطح تعلیق مجوز داده شده که باید معادل سطح موضوع نقض شده باشد، اعتراض داشته باشد، مورد باید به داوری که مرحله نهایی است ارجاع شود.[[71]](#footnote-71) این داوری توسط پانل اصلی (اولیه) صورت خواهد گرفت و چنانچه اعضای آن پانل در دسترس نباشند توسط یک داوری که از جانب مدیر کل منصوب خواهد شد، انجام می­گیرد.[[72]](#footnote-72)

جدا از سیستم فوق­الذکر و به عنوان جایگزین آن، در سیستم حل و فصل اختلافات سازمان تجارت جهانی، استفاده از داوری به عنوان یک وسیله تسهیل کننده و سریع حل و فصل اختلافات پذیرفته شده است. ماده 25 تفاهم­نامه حل اختلاف 1994 در این خصوص چنین مقرر می­دارد:

«1- داوری سریع در داخل سازمان تجارت جهانی به عنوان یک وسیله حل و فصل دعوای جایگزین می­­تواند حل دعاوی خاصی را که مربوط به موضوعاتی می­شوند که به وضوح توسط هر دو طرف تعریف می­شوند تسهیل نماید.

2- توسل به داوری، چنانچه نحوه دیگری در این تفاهم­نامه مقرر نشده باشد، منوط به توافق دو جانبه طرفین خواهد بود [و آنها] درخصوص آیینی که باید از آن متابعت شود، توافق خواهند کرد. توافقات توسل به داوری در مهلتی کافی قبل از شروع واقعی جریان داوری، به همه اعضاء اعلام خواهد شد...».

لازم به ذکر است که اختلافات تفسیری و کلاً تفسیر توافقنامه مؤسس سازمان و توافقنامه­های تجاری چند جانبه الحاقی منحصراً در اختیار کنفرانس وزراء و شورای عمومی سازمان می­باشد که در هر دو نهاد همه کشورهای عضو می­توانند نماینده داشته باشند.[[73]](#footnote-73) اثر این قاعده این است که صلاحیت تفسیر نهایی و الزام آور توافقنامه­ها که بیشتر همانند پروتکل­های تفسیری جنبه سیاستی و خط مشی دارند، برای ارگان سیاسی سازمان در نظر گرفته شده است.

در یک جمع­بندی از سیستم حل اختلاف سازمان تجارت جهانی می­توان گفت که کشورهای عضو اختلافات خود در خصوص لغو یا نقصان منافعشان تحت توافقنامه­های سازمان تجارت جهانی را به سازمان محول خواهند کرد و متخصصین مستقل و آگاه براساس قواعد توافقنامه­های مورد بحث و تعهدات مربوطه اظهارنظر یا قضاوت خواهند نمود. این سیستم تشویق می­نماید که دعاوی از طریق مشاوره حل شوند، و درصورت عدم موفقیت از این طریق شاکی یک طرح منظم و دقیق مرحله به مرحله را طی خواهد کرد تا به رأیی از یک پانل از متخصصین و یا از هیأت استینافی ختم شود. مبنای این سیستم حل اختلاف ابتدا تحلیل حقوق و تکالیف طرفین در زمان وقوع دعوی و زوال منافع مورد انتظار آن­ها از قواعد ماهوی سازمان تجارت جهانی می­باشد. سپس یک تحلیل اساسی دیگر به عمل خواهد آمد که مربوط به آینده می­شود و آن این که چه تدابیری به عنوان یک راه­حل برای جلوگیری از دعوی در آینده، باید اتخاذ شود.

باید به خاطر داشت که گزارش­های پانل­ها یا هیأت­های استینافی گرچه رویه حقوقی الزام­آور نیستند، اما تأثیر قابل ملاحظه­ای بر اقدامات پانل­ها و هیأت­های استینافی بعدی خواهند داشت.

**نتیجه گیری**

مشهور است که از طریق سازمان تجارت جهانی و به وسیله توافقنامه­های منعقده، یک سیستم تجاری تسبتاً آزاد و مبتنی بر عدم تبعیض، بین اعضاء ایجاد می­گردد. در این سیستم حقوق و تعهدات مقرر به گونه­ای است که هر کشور عضو تضمین­هایی را دریافت می­دارد که در بازار کشورهای دیگر عضو با صادراتش به طور پیوسته عادلانه رفتار خواهد شد و این کشور نیز تعهد می­کند که برای واردات کالاهای دیگر کشورهای عضو به بازار خودش هیمن گونه عمل کند، (البته با مقداری انعطاف برای کشورهای درحال توسعه). این بیان و نتیجه نظری با توجه به اصول و مفاهیم حقوقی به کار گرفته شده در توافقنامه­های سازمان تجارت جهانی عملاً درصورتی به جا و محقق شدنی است که تمهیدات لازم و کافی برای جبران عدم تعادل و همسطح نمودن کشورهای عضو اندیشیده شود. درغیر این صورت بازرگانی خارجی کشورهای پیشرفته و توانمند در مقابل واردات خارجی کشورهای ضعیف روز به روز پر رونق­تر خواهد شد که نتیجه آن، اقتصاد پویا و تولید فراوان برای کشورهای نوع اول و اقتصاد ضعیف و ورشکسته و مصرف فراوان برای کشورهای دسته دوم خواهد بود. گرچه در توافقنامه­ها پیش­بینی­هایی در این زمینه معمول گردیده است، اما به نظر می­رسد کافی نیست. عوامل زیادی باید مورد توجه قرار گیرند، از جمله عوامل مؤثر در تولید قابل رقابت در صحنه بین­المللی کشورهای ضعیف و افزایش آگاهی­های فنی و علمی آن­ها از کاربرد و استفاده از توافقنامه­ها.

وضع آیین حل اختلافات ناشی از توافقنامه کلی و اکنون ناشی از توافقنامه­های سازمان تجارت جهانی که توافقنامه کلی را نیز در بر می­گیرد و در تفاهم­نامه حل و فصل اختلافات 1944 مدون گردیده بسیار ضروری و به جا بوده است، از آن جهت که اجرای قواعد توافقنامه کلی و سازمان تجارت جهانی و تلاش برای حصول اهداف آن­ها، بدون تردید ایجاد اختلاف و مشکل می­کرد و باید تمهیدات حل و فصل آن اندیشیده می­شد. به علاوه، قواعد و روش اتخاذ شده برای حل و فصل اختلافات منتج به اعمال عملی توافقنامه­های سازمان تجارت جهانی در دنیای واقعی دست­اندر کاران امر بازرگانی می­شود.

گرچه دولت­ها توافقنامه­های سازمان تجارت جهانی را منعقد و امضاء می­نمایند و طرف آن­ها هستند، اما اساساً هدف نفع جامعه را منعقد و امضاء می­نمایند و طرف آن­ها هستند، اما اساساً هدف نفع جامعه بازرگانی آن­هاست و اینجاست که ضرورت پیدا می­کند که مخاطبان و ذی­نفعان کشورهای عضو آگاه باشند که منافع آن­ها تحت این توافقات چگونه تأمین و حفظ خواهد شد. لذا به آن­ها توصیه می­شود که اولاً، از قواعد و مقررات سازمان تجارت جهانی و به خصوص توافقنامه کلی و توافقنامه­های مربوطه به خوبی آگاه شوند تا امتیازات تجاری بین­المللی خود یا در واقع حقوق خود و تکالیف دولت متبوع خود، دراین زمینه را بدانند، و ثانیاً مراقب باشند که روش خاصی برای اعتراض و شکایات آن­ها در موارد لغو یا تقلیل منافع و مزایای متعلق بدان­ها تحت قواعد سازمان تجارت جهانی وجود دارد. آن­ها خود نمی­توانند علیه دولت­های دیگر اقامه دعوی نمایند بلکه باید اقدامات مقدماتی را برای متقاعد نمودن دولت متبوع خود برای اقامه دعوی به عمل آورند. آن­ها ابتدا باید خود مطمئن باشند که همه عناصر موضوعی و اصلی برای اقامه دعوی تحت قواعد سازمان وجود دارد و سپس اسناد لازم که مبین حقانیت آن­هاست در اختیار دولت خود قرار دهند. این اسناد و دلایل نه تنها باید مبین مبنای حقوقی لازم برای اقامه دعوی تحت قواعد سازمان باشند، بلکه باید همچنین تأثیر اقتصادی آن وضعیت و دعوای مورد نظر و نفع آن برای کشور را مشخص سازند.

از سال 1995 تا پایان سال 2002 تعداد 277 و درسال 2003 (تا 26 فوریه) تعداد 6 مورد پرونده اختلاف بین کشورهای عضو در سازمان تجارت جهانی طرح شده است[[74]](#footnote-74) که در مقایسه با 300 پرونده که در طول حیات توافقنامه کلی (از سال 1947 تا 1994) مطرح شده است علاوه بر آن که نشان از موفقیت قابل ملاحظه مقررات حل و فصل اختلافات سازمان تجارت جهانی دارد، حاکی از آن نیز می­باشد که دولت­های عضو سازمان و طرف توافقنامه­های آن به قواعد حقوقی ماهوی مربوطه آگاه می­باشند و نفع خود را در آن می­بینند، و لذا تأکید بر اعمال این قواعد دارند حتی از طریق سیستم حل اختلاف مقرر شده توسط سازمان. با توجه به این که اکنون 145 کشور عضو سازمان هستند و همه ملزم به رعایت آیین حل اختلاف این سازمان می­باشند، این سیستم و هیأت حل اختلاف آن نمایانگر وسیع­ترین و جامع­ترین شبکه اجباری حل و فصل اختلافات در حقوق بین الملل معاصر می­باشند. این واقعیات همچنین لزوم و اهمیت آگاهی ذی­نفعان از قواعد ماهوی و شکلی سازمان تجارت جهانی را می­رساند به خصوص که در یک چنین حالتی آن­ها خواهند توانست دولت­های متبوع خود را وادار نمایند از آیین (دادرسی) سازمان برای بهره­مندی بهتر و شایسته­تر از قواعد ماهوی و امتیازات مقرر و حل و فصل اختلافات استفاده نمایند. برای این منظور آموزش قواعد و مقررات سازمان تجارت جهانی و در رأس آن­ها قواعد زیربنایی توافقنامه کلی باید هرچه زودتر آغاز شود و به خصوص حقوقدانان آگاه و متخصصین خود را مهیای کمک به دست­اندر کاران سازمان تجارت جهانی در کشور نمایند.

منابع

برای مطالعه بیشتر به منابع زیر مراجعه شود:

* Jackson, J.H., The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations, 2nd edn. (Cambridge, Mass., 1997).
* Jackson, J.H., W.J. Davey and A.O. Sykes, Legal Problems of International Economic Relations, 3rd edn. (St Paul, Minn., 1995).
* Jackson, J.H., GATT Machinery and the Tokyo Round Agreements (1983).
* Jackson, J.H., Dispute Settlement and the WTO: Emerging Problems, (1998) 1 Journal oflnternational Economic Law 329.
* Jackson, J.H., World Trade and the Law of GATT, (Indianapolis: Bobbs Merill, 1969).
* Jackson, J.H., Governmental Disputes in International Trade Relations: A Proposal in the Context of GATT, 13 J World Tde L 1 (1979).
* Milner C. & Read R., Trade Liberalization, Competition and the WTO. UK & US: Edvard Elgar Publishing, 2002 (International Economics Study Group).
* Trebilcock, M.J. and R. Howse, The Regulation oflnternational Trade (London, 1995).
* Tavares de Araujo Jr. J. & Macario C. & Steinfatt K, Anti-dumping in the America, (2001) Journal of World Trade, 35(4).
* Dam, Kenneth, The GATT: Law and International Economic Organisation (Chicago, 1970).
* Das, B.L., The World Trade Organisation: a Guide to the Framework for International Trade, Malaysia: TWN, UNCTAD, (1999).
* Hudec, R., The GAIT Legal System and World Trade Diplomacy (NewYork, 1975).
* Long, O., Law and its Limitations in the GATT Multilateral Trade System (Dordrecht, 1985).
* Pauwelyn, J., Evidence, Proof and Persuasion in WTO Dispute Settlement: Who Bears the Burden? (1998) l Journal of International Economic Law, 222.
* Qureshi, A., The World Trade Organisation: Implementing International Trade Nonns (Manchester, 1996).
* Pescatore, P., W.J. Davey and A.F. Lowenfeld, Handbook of WTO/GATT Dispute Settlement (NewYork, 1991-Loose-Leaf).
* Komuro, N., The WTO Dispute Settlement Mechanism - Coverage and Procedure, (1995) Journal of World Trade 5.Petersmann, EU. (ed.), International Trade, Law and the GATT, WTO Dispute Settlement System (London, 1997).
* Sharpe, A.W., The First Three Years of WTO Dispute Settlement: Observation and Comment, (1998) 1 Journal of International Economic Law, 227; Special Issue: "WTO dispute settlement system" (1998) I (2) Journal of International Economic Law.
* Palmeter, D. and P.C. Mavroidis, The WTO Legal System: Sources of Law, (1998) 92 AJIL, 398.
* McGovern, E., International Trade Regulation (Exeter, 1995- loose-leaf).
* Petersmann, Ernts-Ulrich, The Dispute Settlement System of the World Trade Organisation and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System Since 1948, (1994)31 Common Market Law Review 1157 at 1240.
* Lowe, A.V., US Extraterritorial Jurisdiction: The Helms-Burton and D Amato Acts, (1997) 46 ICLQ378.
* Brewer, T.L. and S.Young, Investment Issues at the WTO: The Architecture of Rules and the Settlement of Disputes, (1998) 1 Journal of International Economic Law, 457.
* Farless, GATT and the Tokyo Round: Legal Implications of the New Trade Agreement, 11 Cal West Int'! L 302 (1981).
* Hudec, Robert E., The GATT Legal System and World Trade Diplomacy, (New York: Praeger Publishers, 1982).
* Hoekman, B. & Kostechi, M., The Political Economy of the World Trading System, Oxford University Press, (2001).
* Kunugi, State Succession in the Framework of GATT, 59 Amer J Int'I L 35(1965).
* Li, Kuo-Lee, The Law of GATT: Study and Research, 18 **J** World T de L 357 (1984).
* Lacharriere, Guy de, The Legal Framework for International Trade, GATT, 1985.
* Roessler, Frieder, The Scope, Limits and Function of the GATT Legal System, (GATT, 1985).
* Glick, Leslie Alan, Multilateral Trade Negotiations, (Totowa, NewJersey: Rowman & Allanheld, 1984).
* Harris, The Post-Tokyo Round GAIT Role in International Trade Dispute Settlement, 1 Int'Tax & Bus L 142 (1983).
* Hudec, GAIT Dispute Settlement After the Tokyo Round: An Unfinished, 13 Cornell Int') L J 145 (1980).
* Rom, Export Controls in GAIT, 18 J World Tde L 125 (1984).
* Trebilcock, M.J. & Hows, R., The Regulation of International Trade, NewYork: Routledge, 2nd Edition (1999).
* Baban, The GATT and Free Trade Agreements Between Market and Centrally Planned Economies, 33 Economia Internationale 178 (1980).
* Grzybowski, Socialist Countries in GATT, 28 Am **J** Comp L 539 (1980).
* Kostecki, M. M., State Trading in International Markets, (London: Mecmillan, 1982).
* Carasco, The Foreign Investment Review Agency (FIRA) and the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT): Incompatible? 13 Ga J Int'! & Comp L 441 (1983).
* Gadbaw, Reciprocity and Its Implications for US Trade Policy, 14 L & Pol Int'I Bus 691 (1982).
* Hufbauer, Erb & Starr, The GATT Codes and the Unconditional Most-Favored-Nation Principle, 12 Law & Pol Int' I Bus 59 (1980).
* Inga Noraa Neufeld, Anti-dumping and Countervailing Procedured­ Use or Abuse? Implications for Developing Countries, NewYork & Geneva: UNCTAD, (2001).
* Dally, The Impact of Export Subsidies on International Trade, NewZeland LJ 490 (1981).
* Graham, Edward, World Trade Law and Government Subsidies to Industrial Innovation, in Otto Harwood, The GATT/DISC Dispute, 25 Taxes International 1(1981).
* Hufbauer, Gary, Subsidy Issues After the Tokyo round, in William R Cline (ed), Trade policy in the 1980s, Washington: Institute for International Economics, 1982, p. 327.
* Hutbauer, Gary and Joanna Erb, Subsidies in International Trade, Cambridge, Mass; and London: MIT Press, 1984.
* OECD, Current Trade and Issues Relating to Anti-dumping and Countervailing Measure, Paris 1985.
* Qureshi, Asif H., Drafting Anti-Dumping Legislation: Issues and Tips, (2000) Journal of World Trade 34(6).
* Baldwin, Thompson, Jackson, Goldstein & Krasner, The Appropriate Response to Trade Barriers and Unfair Trade Practices in Other Countries, 74 Amer Econ Rev 271 (1984).
* The WTO website, [http://wto.org/wto/index.htm.](http://wto.org/wto/index.htm)

**فصل دوم**

**مجموعه مقررات رفتاری بین المللی در خصوص انتقال فناوری (مطالعه­ی پیش نویس سال 1985 آنکتاد)**

**چکیده**

توسعه در حوزه­ی فناوری (توسعه­ی تکنولوژیک)، پیش شرط توسعه اقتصادی و رشد تولید صنعتی کشورهاست. کشورهای درحال توسعه اغلب برای دست­یابی به فناوری (تکنولوژی) ­های پیشرفته دنیا ناگزیر از پیمودن فرآیند انتقال فناوری هستند. تأمین کنندگان این فناوری، اغلب از کشورهای توسعه یافته­اند که با تکیه بر موقعیت برتر اقتصادی خود به درج شروط محدودکننده در قراردادهای انتقال فناوری می­پردازند. این شروط در بسیاری از موارد، موجب کاهش کارایی و مطلوبیت فناوری وارد شده برای طرف­های تحصیل کننده فناوری و یا وابستگی فنی آن­ها می­گردد. کشورهای درحال توسعه برای تقویت موضع خود در برابر تأمین کنند گان، علاوه بر تدوین قوانین ملی، نسبت به تنظیم مجموعه مقررات رفتاری بین المللی در خصوص انتقال فناوری با آنکتاد هم گام شدند. اهداف اصلی ایجاد این سند عبارت بودند از: تقویت قدرت چانه زنی کشورهای درحال توسعه ، ممنوعیت استفاده از شروط تجاری محدودکننده، تشویق جریان آزاد اطلاعات در حوزه فناوری، تقویت و توسعه توانایی­های فنی کشورهای درحال توسعه و تأمین منافع مشروع کشورهای توسعه یافته. بحث و مذاکره در خصوص ایجاد این سند بین کشورهای مختلف شرکت کننده در مذاکرات حدود دو دهه ادامه داشت و هنوز هم منجر به توافق نهایی نگردیده است. دراین مقاله، اصول و قواعد عمده این سند که زیر ساخت­های انتقال فناوری را تشکیل می­دهند مورد مطالعه قرار گرفته است، با این هدف که دانش پژوهان و کلیه دست اندر کاران انتقال فناوری از آن بهره­مند شوند.

**کلید واژگان**

قراردادهای انتقال فناوری، مجموعه مقررات رفتاری بین المللی، کشورهای درحال توسعه، کشورهای توسعه یافته، اقدامات تجاری محدود کننده.

**مقدمه**

از جنگ جهانی دوم، آزادسازی تجارت بین الملل و هم گرایی اقتصادی از مسائل کلیدی در سیاست گذاری­های تجاری بوده است.

اقدام اولیه­ای که دراین راستا از سوی قدرت­های غربی صورت گرفت، امضای "موافقت­نامه­ی عمومی تعرفه و تجارت" (گات)[[75]](#footnote-75) درسال 1947 بود. این موافقت نامه به طور خاص بر حذف موانع گمرکی و رفتارهای تبعیض آمیز تأکید می­نمود و در مقدمه آن، اهداف سیاست­گذاری تجاری چنین بیان شده بود: "تلاش اقتصادی باید در جهت ارتقاء استانداردهای زندگی، تضمین اشتغال کامل و میزان قابل توجه و روبه رشد درآمد واقعی و تقاضای مؤثر، توسعه استفاده کامل از منابع جهان و گسترش تولید و مبادله کالا صورت پذیرد".[[76]](#footnote-76)

این اهداف یادآور مفهوم مبنایی نظریه "تجارت آزاد"[[77]](#footnote-77) آدام اسمیت بود. دراین نظریه، رفاه اقتصادی به معنای تأمین نیازهای شهروندان با تکیه بر اصل تقسیم کار و اهمیت مبادله در رشد اقتصادی است و در واقع ایده این است که با آزادسازی تجارت و رقابت بین­المللی، منابع جهان به صورتی بهینه مورد استفاده قرار خواهند گرفت.[[78]](#footnote-78)

با این حال، تقسیم منافع این هم گرایی اقتصادی به گونه­ای برابر بین تمام اطراف مشارکت کننده تنها وقتی ممکن است که شرکای تجاری کم و بیش در جایگاه برابری قرار داشته باشند. اما با توجه به این که منابع جهان به طور نسبتاً برابری بین کشورهای مختلف تقسیم نشده­اند وکشورها از نظر توسعه یافتگی در وضعیت برابری قرار ندارند، پیش شرط تحقق این هم گرایی اقتصادی، نزدیک کردن وضعیت توسعه اقتصادی کشورها به یکدیگر است.

با این که در دهه 1940 به توسعه اقتصادی کشورهای درحال توسعه با توجه به تئوری­های اقتصادی موجود درآن زمان با دیدی خوش­بینانه نگریسته می­شد، در دهه 1960 وقتی فاصله بین مل فقیر و ثروتمند هر روز بیشتر می­گردید، نادرستی دیدگاه سابق به اثبات رسید. درآن زمان، مطالعات اقتصادی نشان می­داد که توسعه در حوزه فناوری[[79]](#footnote-79)، پیش شرط اساسی توسعه اقتصادی و افزایش تولید صنعتی در کشور است.

به همین دلیل کشورهای درحال توسعه، ارتقای سطح فنی و تقویت تولیداقتصادی نشان می­داد که توسعه در حوزه فناوری 5، پیش شرط اساسی توسعه اقتصادی و افزایش تولید صنعتی در کشور است.[[80]](#footnote-80)

به همین دلیل کشورهای درحال توسعه، ارتقای سطح فنی و تقویت تولید صنعتی را در صدر سیاست­های اقتصادی خود قرار دادند. این کشورها ناگزیر از واردات فناوری[[81]](#footnote-81) مورد نیاز خود از شرکت­های چند ملیتی در کشورهای توسعه یافته بودند. اما قدرت پایین معاملاتی آن­ها و کمبود اطلاعات در مورد فناوری متناسب با نیازهای اقتصادی­شان از یک طرف و اعمال شروط محدودکننده از سوی شرکت­های چندملیتی از طرف دیگر، موجب تضییع حقوق آن­ها در قراردادهای انتقال فناوری می­گردید. در نتیجه، آن­ها به تدریج در روند انتقال فناوری نقش فعالی پیدا کرده و شروع به تصویب قوانین ملی دراین خصوص نمودند.[[82]](#footnote-82)

با وقوع حرکت­های استعمار زدایی و آزادی بخش در جهان، کشورهای درحال توسعه بخش اعظم اعضای سازمان ملل متحد را تشکیل داده و خواستار اقدام اقتصادی مناسب این سازمان در جهت تسریع توسعه اقتصادی خود شدند.[[83]](#footnote-83) به دنبال خواسته کشورهای جهان سوم، "آنکتاد"[[84]](#footnote-84) ایجاد شد. در اولین کنفرانس ملل متحد در مورد تجارت و توسعه در ژنو درسال 1964 پیشنهاد تأسیس رکنی دایمی در سازمان ملل متحد برای کار بر روی تجارت در ارتباط با توسعه مطرح گردید و این پیشنهاد در دسامبر 1964 از سوی مجمع عمومی پذیرفته شد و آنکتاد با هدف تقویت تجارت بین الملل و تسریع توسعه اقتصادی کشورها ایجاد گردید.[[85]](#footnote-85) علاوه بر ایجاد آنکتاد، هم زمان مقرراتی تکمیلی برای گات، به منظور تضمین برخورد خاص با کشورهای کمتر توسعه یافته تدوین و مورد تصویب قرار گرفت.[[86]](#footnote-86)

از دیگر اقدامات سازمان ملل متحد دراین راستا، صدور "اعلامیه نظم نوین اقتصادی بین­المللی"[[87]](#footnote-87) درسال 1974 از سوی مجمع عمومی بود که نقطه عطفی در خصوص به رسمیت شناختن بین المللی منافع و نیازهای کشورهای درحال توسعه به حساب می­آمد. دریکی از بیست اصل عمومی این اعلامیه، به دسترسی کشورهای درحال توسعه به نتایج نوین علم و فناوری تصریح شده است که این مهم، جز از طریق تقویت مؤثر انتقال فناوری به این کشورها میسر نمی­گردد.[[88]](#footnote-88)

به طور خاص، اولین تقاضا برای تقویت انتقال فناوری از کشورهای توسعه یافته به کشورهای درحال توسعه در سال 1961 درسازمان ملل متحد مطرح شد. این مسئله، در موافقت­نامه­های بین المللی مربوط به فناوری ثبت شده به عنوان حق اختراع[[89]](#footnote-89) مورد توجه قرار گرفت و در بازنگری کنوانسیون پاریس و در اعلامیه سازمان جهانی مالکیت فکری[[90]](#footnote-90) در سال 1975، بر تلاش برای مشارکت (از طریق اصلاح کنوانسیون) در تحقق اهداف نظم نوین اقتصادی بین­المللی و تقویت انتقال فناوری به جهان سوم تأکید گردید.[[91]](#footnote-91)

مشکلات بازار انتقال فناوری درآن زمان از قبیل کمبود اطلاعات، نبود رقابت بین تأمین کنندگان، تحمیل شروط محدودکننده تجاری و قیمت­های گزاف و ناعادلانه در قراردادهای انتقال فناوری، ایجاد مقرراتی بین­المللی در خصوص انتقال فناوری را ایجاب می­کرد تا این بازار به مطلوبیت لازم دست یابد.[[92]](#footnote-92) تصویب چنین مقرراتی علاوه بر ایجاد یکنواختی دراین حوزه، موجب تقویت قدرت چانه زنی کشورهای درحال توسعه می­گردید. برهمین اساس، طرح تهیه مجموعه مقررات رفتاری بین­المللی در خصوص انتقال فناوری در دستور کار آنکتاد قرار گرفت. اما پس از گذشت حدود دودهه از آغاز مذاکرات، اختلافات عمیق موجود بین گروه­های مختلف مذاکره کننده مانع از تصویب چنین سندی شد و هنوز هم دراین خصوص توافقی حاصل نشده است.

پیش نویس نهایی این سند از مقدمه و نه فصل تشکیل شده است. مقدمه آن که مورد وفاق کشورهای شرکت کننده در مذاکرات قرار گرفته، حاوی مسائلی مهم و تعیین کننده در مورد انتقال فناوری است. درفصل اول آن، پس از تعریف اصطلاحات کلیدی به کار رفته در سند، به قلمرو شمول جهانی آن اشاره شده است. فصل دوم، به اهداف و اصول اساسی سند پرداخته و در فصل سوم، مسائلی که کشورها در تصویب یا اصلاح قوانین ملی خود راجع به انتقال فناوری باید در نظر بگیرند، مورد توجه قرار گرفته است.

هسته اصلی مقررات این پیش­نویس که در مقام تنظیم قواعد ناظر بر قراردادهای انتقال فناوری بوده است، مقررات فصول چهارم، پنجم و نهم می­باشد. فصل چهارم، به بیان اقدامات تجاری محدود کننده ای که طرفین این قراردادها باید از درج آن­ها در قرارداد خود اجتناب نمایند، اختصاص داده شده است. فصل پنجم، به تعهدات و مسئولیت­های طرفین این قراردادها می­پردازد و در نهایت، فصل نهم ناظر بر قانون حاکم و حل و فصل اختلافات است.

فصول ششم، هفتم و هشتم نیز به ترتیب به لزوم برخورد خاص یا رفتار ترجیحی و غیرمتقابل با کشورهای درحال توسعه، همکاری بین­المللی دولت­ها با یکدیگر به منظور تقویت انتقال فناوری و کمک به توسعه فناوری در کشورهای درحال توسعه و ایجاد تشکیلات رسمی بین­المللی برای بازبینی و تجدید نظر دراین سند اختصاص یافته­اند. این فصول، بیشتر ناظر بر اقدامات دولت­ها در عرصه انتقال فناوری و به طور خاص در ارتباط با اجرای این سند می­باشند.

مطالعه مقررات این پیش­نویس، مخاطب را با بسیاری از قواعد مهم تنظیم کننده روابط قراردادی در عرصه انتقال فناوری، ساختار این نوع قراردادها و شیوه مطلوب مهندسی آن­ها بیش از پیش آشنا می­سازد. بدون تردید این پژوهش از نظر تحقیقاتی برای دانش پژوهان و از نظر عملی برای متخصصان حقوقی تیم­های منعقد کننده قراردادهای انتقال بین­المللی فناوری در کشور عزیزمان مفید خواهد بود. مقاله حاضر، پس از بررسی روند آماده سازی این مجموعه مقررات رفتاری بین المللی، به موشکافی و تدفیق در مفاد مقررات پیش­نویس سال ۱۹۸۵ پرداخته و نقاط اختلافی گروه­های مذاکره کننده را در هر مورد بازگو می­نماید.

**قسمت اول:آماده سازی مجموعه مقررات رفتاری بین­المللی در خصوص انتقال فناوری**

درسال 1970 گروهی متخصص در زمینه انتقال فناوری برای مطالعه درباره این موضوع انتخاب شدند. با کمک­های دبیرخانه آنکتاد، مطالعات زیادی در مورد جنبه­های مختلف بازارهای جهانی در حوزه فناوری صورت گرفت.[[93]](#footnote-93)

درجلسه عمومی سوم آنکتاد در سال ۱۹۷۲ تصمیم گرفته شد که گروهی متخصص برای تهیه پیش­نویس مجموعه مقررات رفتاری بین­المللی در خصوص انتقال فناوری تشکیل گردد. کشورهای شرکت کننده در مذاکرات برای تهیه این مجموعه مقررات، سه گروه را تشکیل می­دادند: گروه کشورهای درحال توسعه (گروه 77) که عمدتا تحصیل کنندگان فناوری بودند، گروه کشورهای توسعه یافته (گروه ب) که کشورهای صنعتی تأمین کننده فناوری بودند و گروه کشورهای بلوک شرق (گروه د).[[94]](#footnote-94)

کشورهای درحال توسعه قصد داشتند به این مجموعه مقررات رفتاری، جلوه عهدنامه یا معاهده دهند تا قواعد ایجاد شده به موجب آن از نظر بین­المللی برای دولت‌ها نیز به مثابه شرکت­های خصوصی درگیر در معاملات انتقال فناوری الزام آور باشد و به موجب این قواعد، اطراف قراردادهای انتقال فناوری مجبور باشند شروط منصفانه را، حتی درصورتی که موقعیت چانه زنی طرف تحصیل کننده فناوری ضعیف­تر از طرف تأمین­کننده آن باشد، رعایت نمایند.[[95]](#footnote-95)

درواقع، کشورهای درحال توسعه خواستار آن بودند که باتدوین این سند، اولا اصولی مبنایی چون اجرای مؤثر تعهدات قراردادی و دسترسی آزاد و یکنواخت به فناوری، تحت شرایط عادلانه و متعارف و با قیمت­های منصفانه مورد تأیید و تثبیت قرار گیرند و ثانیاً با تشویق و تسهیل انتقال فناوری، توانایی­های فنی تحصیل کنندگان فناوری تقویت گردد.[[96]](#footnote-96)

لازم به ذکر است که اهداف مدنظر این کشورها از حمایت مجمع عمومی سازمان ملل متحد در قالب اعلامیه نظم نوین اقتصادی بین­المللی و برنامه عملی ایجاد‌ آن[[97]](#footnote-97) برخوردار شد و دراین اسناد بر تهیه مجموعه مقررات رفتاری بین­المللی در خصوص انتقال فناوری در پاسخ به نیازهای کشورهای درحال توسعه تأکید گردید.[[98]](#footnote-98)

علاوه براسناد یادشده، در ماده 13 "منشور سازمان ملل متحد در مورد حقوق و وظایف اقتصادی دولت­ها"[[99]](#footnote-99) نیز انتقال فناوری به کشورهای درحال توسعه و تهیه مجموعه مقررات رفتاری دراین خصوص مورد توجه قرار گرفت.

در مقابل، کشورهای صنعتی و توسعه یافته (گروه ب)، به طور کلی از ایده تهیه مجموعه مقررات رفتاری حمایت نکردند. استدلال آن­ها بر احترام به آزادی قراردادی و اصول کلاسیک حقوق بین الملل استوار بود. این گروه مدعی بودند که فناوری، به ویژه فناوری قابل انتقال، دارایی شرکت­های خصوصی است که برای توسعه آن، سرمایه­گذاری کرده­اند و این شرکت­ها باید انتقال فناوری و شرایط آن را در پرتو معیار سودآوری اقتصادی[[100]](#footnote-100) ملاحظه نمایند و اگر قرار باشد نتایج و دستاوردهای توسعه فناوری به قیمتی بسیار پایین انتقال یابند، توسعه فناوری متوقف خواهد شد. ضمن آن که سودخالص پیشرفت­های فنی باید برای تأمین اعتبار پروژه­های آتی تحقیق و توسعه[[101]](#footnote-101) کافی باشد. به همین دلیل، از نظر آن­ها ایجاد سندی الزام آور از نظر بین المللی که معاملات انتقال فناوری را قاعده­مند سازد، با توجه به شناسایی حقوق مالکیت فکری در قانون اساسی اکثر کشورها غیر ممکن بود.[[102]](#footnote-102)

اعضای این گروه از همان ابتدا تأکید داشتند که حتی سندی غیر الزام آور، اگر از سوی شرکت­ها به طور نادرستی محدود کننده قلمداد گردد، بیش از تقویت انتقال فناوری موجب سرکوب آن خواهد شد. به همین دلیل، این گروه برای توسعه فناوری در کشورهای درحال توسعه، روش­های جایگزینی مانند ارائه برنامه­های آموزشی، خدمات مشاوره­ای و غیره را به جای تهیه این سند پیشنهاد می­کردند.[[103]](#footnote-103)

گروه کشورهای بلوک شرق (گروه د) کم بیش موضع کشورهای درحال توسعه (گروه 77) را داشتند؛ اگر چه برخلاف گروه 77 در مورد ماهیت این سند، قانون حاکم و آیین حل و فصل اختلافات نظر خاصی نداشتند، اما بر برابری دولت­ها و ضرورت رعایت عدم تبعیض در معاملات انتقال فناوری تأکید می­کردند.[[104]](#footnote-104)

لازم به ذکر است که جمهوری خلق چین، ابتدا در مذاکرات برای تهیه این سند حضور نداشت؛ اما بعدها به عنوان عضو مستقل، با هدف کسب تجربه و استفاده از آن در تدوین سیاست­های خود، به کنفرانس­های مربوطه پیوست.[[105]](#footnote-105)

با حضور این سه گروه که تقریبا دو موضع گیری کاملا متضاد داشتند، جریان مذاکرات آغاز شد. اولین پیش­نویس در سال 1973 توسط گروه متخصصان انتقال فناوری، به طور عمده از سوی کشورهای درحالت توسعه تهیه شد.[[106]](#footnote-106) دراین پیش­نویس بیان شده بود که مقررات این سند باید نسبت به تمام تمام قراردادهای انتقال فناوری اعمال گردد.

کشورهای صنعتی با وجود عدم تمایل به تهیه چنین مجموعه مقرراتی، درتمام مذاکرات به طور مستمر شرکت کرده و در سال 1975، آن­ها نیز پیش­نویسی به صورت پیشنهاد متقابل ارائه دادند. دیدگاه مبنایی در تهیه این پیش­نویس این بود که این سند باید حالت توصیه­نامه را داشته باشد و تنها در جهت تدوین و سازمان­دهی اصول حاکم بر معاملات انتقال فناوری تهیه گردد. دراین پیش­نویس اعتقاد براین بود که اقدامات تجاری تثبیت شده[[107]](#footnote-107) باید محترم شمرده شوند و اقدامات تجاری جدید تنها تا حدی پذیرفته شوند که ثابت شود برای توسعه اقتصادی کشورهای فقیر ضروری هستند. از طرف دیگر، تجارت آزاد باید در برابر سوءاستفاده ناشی از انحصارها، کارتل­ها و اقدامات تجاری محدودکننده در چارچوب حقوق رقابت و قوانین آنتی­تراست ملی، مورد حمایت قرار گیرد.[[108]](#footnote-108) همچنین بیان شده بود که این سند نباید در سطح بین­المللی الزام آور باشد؛ بلکه کافی است که تصریح کند که کشورها ملزم به رعایت حقوق بین­الملل بوده و قوانین خود را در انطباق با آن، طوری اصلاح نمایند که حداقل استانداردهای بین­المللی رعایت شوند.[[109]](#footnote-109)

قابل توجه است که برای تهیه این پیش­نویس­ها، قوانین ملی راجع به انتقال فناوری، الگوهای قانونی مناسبی به حساب می­آمدند. درآن زمان، کشورهای ژاپن، هند، آرژانتین، برزیل و مکزیک دارای قوانین ملی در عرصه انتقال فناوری بودند. اما در میان آن­ها، قوانین کشورهای آمریکای لاتین بیشتر به عنوان الگوی این مجموعه مقررات به کار گرفته شدند.[[110]](#footnote-110) با وجود تلاش این کشورها برای وضع قوانین ملی انتقال فناوری، آن­ها خواستار ایجاد کنوانسیون یا معاهده­ای بین­المللی دراین حوزه بودند تا هم جایگزین قوانین ملی گردد و هم مشروعیت خود را به موجب حقوق بین­الملل تأیید نماید.

پس از ارائه این پیش­نویس­ها، مجمع عمومی سازمان ملل متحد با یادآوری قطع­نامه شماره 188/32 خود تصمیم گرفت که کنفرانس ملل متحد تحت نظارت آنکتاد به مذاکره بر روی پیش­نویس نهایی بپردازد.[[111]](#footnote-111)

در سال 1978، این مذاکرات منجربه تهیه متن پیش­نویس جهت مذاکره نهایی شد.[[112]](#footnote-112) پس از آن، کنفرانس ملل متحد در فواصل سال­های 1978 تا 1985 شش جلسه برگزار کرد که با وجود آن که در موضوعات زیادی توافق حاصل شد، برخی مسائل[[113]](#footnote-113) با اختلافات عمیق و غیرقابل حل روبه­رو شدند.[[114]](#footnote-114) به همین دلیل، پس از آن هم دیگر جلسه­ای برگزار نگردید.[[115]](#footnote-115)

به این ترتیب، آنکتاد در جلسه هشتم خود این مسئله را به رسمیت شناخت که شرایط لازم برای رسیدن به توافق کامل در مورد تمام مسائل مهم پیش­نویس وجود ندارد.[[116]](#footnote-116) اما برای به هدر نرفتن عملیات مذاکره، دبیر کل آنکتاد و رئیس کنفرانس به مشورت­های خود با دولت­های علاقه­مند ادامه دادند؛ اگرچه در مورد مسائل عمده، اختلاف نظرها باقی ماند.[[117]](#footnote-117) همچنین تصمیم گرفته شد که اگر دولت­ها به طور مستقیم یا از طریق گزارش­های دبیر کل آنکتاد اعلام کنند که نظرات برای توافق در مورد مسائل مهم، به هم نزدیک شده­اند، آن­گاه "اداره تجارت و توسعه"[[118]](#footnote-118) کار خود را در خصوص تسهیل توافق بر روی این مجموعه مقررات، از سر بگیرد.[[119]](#footnote-119)

در سال 1992، دبیر کل آنکتاد از دولت­ها در مورد مسائل مورد اختلاف، نظرخواهی کرد؛ ولی در آن زمان به دلیل عدم تمایل عدم تمایل دولت­ها، پاسخ­های اندکی دریافت نمود. بنابراین مجموعه مقررات نهایی هرگز مورد قبول قرار نگرفت.[[120]](#footnote-120)

با این حال در سال 1993، "اداره تجارت و توسعه" گروه کاری مورد تعیین نمود که روابط فیمابین سرمایه گذاری و انتقال فناوری را مطالعه کرده و راه­هایی برای تشویق سرمایه­گذاری به منظور انتقال فناوری بیابد. این گروه کاری، برای بررسی مسائلی چون جریان سرمایه گذاری، انتقال فناوری، رقابت پذیری، توانا کردن کشورهای درحال توسعه از نظر فناوری و انتقال و توسعه فناوری­های ایمن از نظر زیست محیطی، برنامه کاری تهیه نمود و تاکنون گزارش­هایی نیز ارائه کرده است.[[121]](#footnote-121)

در سال 1995، در گزارش دبیر کل آنکتاد به مجمع عمومی سازمان ملل متحد بار دیگر اعلام شد که شرایط لازم برای رسیدن به توافق کامل در مورد تمام مسائل پیش نویس وجود ندارد، ولی این به معنای از بین رفتن تمایل به ایجاد چارچوبی قانونی برای انتقال و توسعه فناوری نیست.[[122]](#footnote-122)

دراین راستا، کشورهای توسعه یافته برای تشویق نوآوری­های فنی، اصلاحاتی را در قوانین رقابتی خود انجام داده و قوانینی راهم برای حمایت از فناوری­های جدید تصویب نمودند. کشورهای درحال توسعه نیز به تصویب قوانین مناسب برای تشویق سرمایه­گذاری خارجی و جذب فناوری از طریق آن همت گماردند. در نهایت پیشنهاد دبیرکل آنکتاد این بود که گروهی از سیاست گذاران در سطوح تجاری و دولتی و دانشمندان این عرصه به بررسی دقیق تحولات اخیر بپردازند تا شاید امکان خاتمه دادن به اختلافات گذشته فراهم آید و فهم بهتری از اصول حاکم بر همکاری بین­المللی در حوزه انتقال فناوری حاصل گردد.[[123]](#footnote-123)

شایان ذکر است که از آن زمان تاکنون، علاوه بر سازمان ملل متحد، دیگر سازمان­های بین­المللی مانند سازمان توسعه و همکاری اقتصادی[[124]](#footnote-124)، سازمان جهانی مالکیت فکری و سازمان تجارت جهانی[[125]](#footnote-125) به انجام مطالعات موردی در خصوص انتقال فناوری و ارائه مجموعه­ای از گزارش­ها و مقالات همت گمارده­اند.[[126]](#footnote-126)

با وجود آن که برخی[[127]](#footnote-127) معتقدند افزایش توسعه اقتصادی در کشورهای هر دو گروه و کم شدن فاصله بین آن­ها، درنهایت زمینه را برای کم رنگ شدن اختلافات و رسیدن به توافق دراین خصوص فراهم می­آورد، تحولات دنیای کنونی، گویای آن است که هنوز هم از نظر توسعه اقتصادی و فنی بین کشورهای توسعه یافته و درحال توسعه فاصله زیادی وجود دارد و مسلماً در قراردادهای انتقال فناوری بین این دو گروه از کشورها، طرفین منافع متضادی را دنبال می­کنند.

قسمت دوم: **مقررات پیش­نویس نهایی**

دراین بخش، مفاد مقررات پیش­نویس مجموعه مقررات رفتاری بین­المللی در خصوص انتقال فناوری (آخرین نسخه سال 1985) مورد مطالعه و بررسی قرار می­گیرد.

**الف- مقدمه، تعاریف و قلمرو اعمال**

دراین قسمت، پس از بررسی مقدمه این مجموعه مقررات که از اهمیت زیادی برخوردار است، فصل اول آن که به تعریف اصطلاحات و قلمرو اعمال سند اختصاص داده شده، مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

**1. مقدمه سند**

اهمیت مقدمه این سند از آن جهت است که مطالب مندرج درآن، علاوه برآن که در اسناد حقوقی بین‌المللی مهمی مانند اعلامیه نظم نوین اقتصادی بین‌المللی و برنامه عملی آن تصریح شده، مورد اجماع شرکت کنندگان در کنفرانس ملل متحد برای تهیه این مجموعه مقررات رفتاری نیز قرار گرفته است. اگر چه این مطالب موجد هیچ گونه الزام حقوقی نبوده، اما در تفسیر مقررات سند از اهمیت زیادی برخوردارند.

این قسمت که به نوعی اهداف عمومی سند را برمی‌شمرد، با به رسمیت شناختن نقش اساسی علم و فناوری در توسعه اجتماعی و اقتصادی تمام کشورها و به طور خاص در تسریع توسعه کشورهای درحال توسعه آغاز می‌گردد.[[128]](#footnote-128)

در پاراگراف دوم مقدمه اشاره می‌شود که "فناوری، کلید پیشرفت بشریت است و تمام افراد بشر حق دارند از پیشرفت‌ها و دستاوردهای علم و فناوری برای ارتقای سطح زندگی خود بهره‌مند گردند". این قسمت یادآور عقیده کشورهای درحال توسعه است که در آغاز مذاکرات مطرح می‌کردند فناوری متعلق به تمام بشر است و باید در اختیار همه قرار گیرد. اما کم کم این عقیده کنار گذاشته شد[[129]](#footnote-129) و مذاکرات بر مبنای استدلالی جدید قرار گرفت؛ چراکه پذیرش چنین ایده‌ای به معنای نادیده گرفتن نظام مالکیت صنعتی در جهان بود.[[130]](#footnote-130)

باید توجه داشت که درخصوص نیاز کشورهای جهان سوم به توسعه اقتصادی، اهمیت این توسعه اقتصادی در رشد تجارت جهانی و لزوم کمک به این کشورها در جهت تسریع توسعه آن‌ها، اختلاف نظری وجود ندارد واین مسئله برای حرکت به سوی ایجاد نظم نوین اقتصادی بین‌‌المللی ضروری دانسته می‌شود؛ اما در چگونگی انتقال فناوری به منظور کمک به توسعه فناوری دراین کشورها، اختلافاتی به چشم می‌خورد.

برهمین اساس است که در پاراگراف چهارم مقدمه، اعضای کنفرانس به اتفاق، "نیاز به تسهیل انتقال و توسعه فناوری به منظور تقویت توانایی‌های علمی و فنی تمام کشورها، به ویژه کشورهای درحال توسعه را به رسمتی شناخته" و به دنبال این شناسایی، در پاراگراف هفتم مقدمه به لزوم اعمال رفتار خاص و ویژه از سوی کشورهای توسعه یافته با کشورهای درحال توسعه در زمینه انتقال فناوری اشاره می‌شود.

همچنین کنفرانس اعلام می‌نماید که "مایل به تقویت همکاری‌های بین‌المللی علمی و فنی در جهت صلح، امنیت و استقلال ملی تمام ملت‌هاست".[[131]](#footnote-131) این مسئله به خوبی نشان می‌دهد که توسعه، دیگر تنها به معنای افزایش رشد اقتصادی کشورهای درحال توسعه نیست، بلکه امروز توسعه دارای مفهومی جهان شمول شده است و به معنای ایجاد شرایطی برای رفاه تمام مردم جهان، در راستای برقراری و حفظ صلح و امنیت جهانی می‌باشد.

در پاراگراف ششم مقدمه، کنفرانس با تصریح به "تلاش‌ برای تقویت انتقال بین‌المللی فناوری با دادن فرصتی برابر به تمام کشورها جهت مشارکت، صرف نظر از نظام اجتماعی – اقتصادی و سطح توسعه اقتصادی آن‌ها" به اصل برابری حاکمیت دولت‌ها در حقوق بین‌الملل توجه کرده است. در این قسمت به نوعی موضع‌گیری بی‌طرفانه سازمان ملل متحد و به ویژه آنکتاد در قبال کشورهای مشارکت کننده به چشم می‌خورد.

همچنین در مقدمه به لزوم تقویت جریان آزاد اطلاعات فنی برای دسترسی کشورها، به ویژه کشورهای درحال توسعه به فناوری‌های جایگزین و متناسب با نیازهای خاص آن‌ها توجه می‌شود.[[132]](#footnote-132)

در پاراگراف‌های نهم ودهم مقدمه، کنفرانس به بیان آنچه که از مجموعه مقررات رفتاری بین‌المللی درخصوص انتقال فناوری انتظار می‌رود،[[133]](#footnote-133) می‌پردازد و بیان می‌دارد که این مجموعه مقررات رفتاری، اولاً به طور مؤثری به کشورهای درحال توسعه در انتخاب، تحصیل و استفاده مؤثر از فناوری متناسب با نیازهایشان، به منظور ارتقا و بهبود شرایط زندگی و استانداردهای اقتصادی متناسب با نیازهایشان، به منظور ارتقاء و بهبود شرایط زندگی و استانداردهای اقتصادی آن‌ها کمک می‌کند و ثانیاً حصول شرایط لازم را برای تقویت انتقال بین‌المللی فناوری تحت شرایط سودآور برای هردو طرف و مورد توافق طرفین قراردادهای انتقال فناوری، تسهیل می‌نماید.

همان‌طور که ملاحظه می‌شود دراین دو پاراگراف، به اهداف اساسی سند هم توجه شده است؛ یعنی، این سند نه تنها کمک به توسعه فناوری در کشورهای درحال توسعه را در نظر دارد، بلکه توجه به منافع مشروع کلیه اطراف قراردادهای انتقال بین‌المللی فناوری و حصول توافق از سوی همه آن‌ها را ضروری می‌داند.

در پاراگراف پایانی مقدمه که ظاهراً به دلیل وجود اختلاف نظر در مورد آن، در پیش‌نویس نسخه سال 1985 حذف شده است، پیش شرط پاراگراف‌های نهم و دهم اعلام شده بود که چنین مقرر می‌داشت:

"کشورها و نیز اشخاص خصوصی طرف معامله انتقال فناوری باید خود را با مفاد این مجموعه مقررات تطبیق دهند".[[134]](#footnote-134) روشن است که اهداف این سند درصورتی محقق می‌شوند که این سند از ماهیتی الزام آور برخوردار باشد.

**2. تعاریف**

در فصل اول این پیش‌نویس، برخی اصطلاحات کلیدی به کار رفته در سند به شرح زیر تعریف شده‌اند:

* طرف[[135]](#footnote-135)

به هر شخصی اطلاق می‌شود – هر شخص حقیقی یا حقوقی، از حقوق عمومی یا خصوصی، شخص منفرد یا جمعی، مانند شرکت‌ها و بنگاه‌های اقتصادی که تحت تملک یا کنترل واداره دولت، نهادهای دولتی یا اشخاص حقیقی یا حقوقی باشد- که در قرارداد انتقال بین‌المللی فناوری با ماهیت تجاری شرکت کرده و یا تعهدی می‌پذیرد. این اصطلاح، شعب شرکت‌ها، شرکت‌های فرعی و دیگر انواع شخصیت‌های حقوقی را در برمی‌گیرد.[[136]](#footnote-136)

ملاحظه می‌شود که در تنظیم این سند بنا بر این بوده که هر قرارداد انتقال بین‌المللی فناوری با ماهیت تجاری صرف‌نظر از آن که طرفین آن اشخاصی از حقوق عمومی باشند یا از حقوق خصوصی، مشمول مقررات این سند قرار می‌گیرد. بنابراین، معیار حاکمیت مقررات این سند بر قرارداد انتقال بین‌المللی فناوری، وصف تجاری آن است.

* طرف تحصیل کننده فناوری[[137]](#footnote-137)

دراین سند، "به شخصی اطلاق می‌شود که مجوز استفاده یا بهره‌برداری از فناوری با ماهیت مالکانه یا غیرمالکانه و یا حقوق مربوط به آن را درجریان انتقال فناوری به دست می‌آورد یا آن را خریداری ویا حقوق مربوط به آن را درجریان انتقال فناوری به دست می‌آورد یا آن را خریداری می‌کند و یا به طریق دیگری تحصیل می‌نماید".[[138]](#footnote-138)

* طرف تأمین کننده فناوری[[139]](#footnote-139)

"شخصی است که مجوز بهره‌برداری از فناوری با ماهیت مالکانه یا غیرمالکانه و یا حقوق مربوط به آن را درجریان انتقال فناوری ارائه می‌دهد، آن را می‌فروشد، واگذار می‌کند و یا به طریق دیگری تأمین می‌نماید".[[140]](#footnote-140)

درخصوص فناوری با ماهیت مالکانه یا غیرمالکانه، باید گفت که "فناوری مالکانه"[[141]](#footnote-141)، آن فناوری است که دارایی[[142]](#footnote-142) مالک خود بوده، برای او ایجاد سود می‌کند، او حق استفاده انحصاری از آن را داشته ویا می تواند از فروش یا اعطای مجوز بهره‌برداری[[143]](#footnote-143) آن منتفع گردد.[[144]](#footnote-144) درمقابل، "فناوری غیرمالکانه"[[145]](#footnote-145) فناوری است که در دسترس عموم قرار می‌گیرد؛ مانند کتاب‌ها یا مجلاتی که در دسترس عموم قرار دارند[[146]](#footnote-146) و یا نرم‌افزارهای با منبع آزاد.[[147]](#footnote-147)

به این ترتیب می‌توان گفت که تمام انواع دانش، "فناوری مالکانه" تلقی نمی‌گردد؛ بلکه دانش در عرصه کشاورزی، خدمات، علوم بهداشتی و سلامت نسبتاً از ادعاهای خصوصی بر مبنای مالکیت معنوی آزاد است و آسان‌تر در دسترس عموم قرار می‌گیرد.[[148]](#footnote-148)

اگر چه امروزه دسترسی به دانش دراین عرصه نیز عموماً جز در قالب ساز وکارهای خاصی مانند ارائه مجوز بهره‌برداری اجباری به آسانی مقدور نیست.

* انتقال فناوری[[149]](#footnote-149)

ارائه تعریفی دقیق از این مفهوم، کار چندان ساده‌ای نیست. برخی نویسندگان صاحب نظر دراین حوزه، "انتقال فناوری" را "فرآیندی می‌دانند که به موجب آن، فناوری تجاری[[150]](#footnote-150) در قالب معامله انتقال فناوری منتشر می‌شود".[[151]](#footnote-151) به هرصورت، این سند خود تعریفی از انتقال فناوری ارائه نموده و آن عبارت است از:

"انتقال دانش سازمان یافته برای تولید کالا، اعمال فرآیند یا ارائه خدمت...".[[152]](#footnote-152)

باید توجه داشت همان­طور که در ذیل این تعریف تصریح شده، این تعریف معاملاتی را که صرفاً در بردارنده فروش یا اجاره کالا هستند، شامل نمی­شود. مسلم است که موضوع چنین معاملاتی را کالاهای سرمایه­ای شکل می­دهند و نه دانش سازمان یافته برای اهداف یادشده.

* معاملات انتقال فناوری[[153]](#footnote-153)

پاراگراف (3-1) به تعریف معاملات انتقال فناوری می­پردازد:

"معاملات انتقال فناوری، ترتیباتی بین اشخاص هستند که به گونه­ای که در پاراگراف (2-1) تعریف شده، در بردارنده انتقال فناوری باشند، به ویژه در موارد زیر:

الف- واگذاری، فروش و اعطای مجوز بهره­برداری از تمام اشکال مالکیت صنعتی، به جز در مورد علائم تجاری[[154]](#footnote-154)، علائم خدماتی[[155]](#footnote-155) و نام­های تجاری هنگامی که جزئی از قرارداد انتقال فناوری نباشند؛

ب- فراهم کردن دانش فنی[[156]](#footnote-156) و مهارت فنی در قالب مطالعات قابل انجام، طرح­ها، الگوها، مدل­ها، دستورالعمل­ها، ... و تجهیزات آموزشی، ارائه خدمات، شامل نیروی انسانی برای مشاوره فنی و مدیریت و آموزش نیروی انسانی؛

ج- فراهم کردن دانش فنی لازم برای احداث، راه­اندازی و فعالیت کارخانه و ماشین­آلات و پروژه­های کلید در دست؛[[157]](#footnote-157)

د- فراهم کردن دانش فنی لازم برای تحصیل، نصب و استفاده از ماشین آلات، تجهیزات، کالاهای واسطه­ای و یامواد خام و اولیه­ای که از طریق خرید، اجاره یا دیگر طرق تحصیل شده­اند:

ه- فراهم کردن اطلاعات فنی در قراردادهای همکاری فنی و صنعتی".

ملاحظه می شود که دراین تعریف، شایع­ترین موضوعات قراردادهای انتقال فناوری از باب تمثیل بیان شده­اند[[158]](#footnote-158) و موضوع تمام آن­ها، انتقال دانش سازمان یافته برای تولید کالا یا اعمال فرآیند و یا ارائه خدمت است. به همین دلیل انتقال مستقل علائم تجاری یا خدماتی و یا نام­های تجاری به موجب بند (الف) از این پاراگراف از شمول معاملات انتقال فناوری استثنا شده است.

هم چنین باید توجه داشت که دراین میان، انتقال فناوری غیرتجاری نیز استثنا شده است؛ یعنی موافقت­نامه­های همکاری بین­المللی[[159]](#footnote-159) که بین کشورهای توسعه یافته و درحال توسعه در خصوص موضوعاتی چون توسعه امور زیربنایی یا توسعه کشاورزی، همکاری بین­المللی در عرصه تحقیق، آموزش، استخدام و یا حمل و نقل منعقد می­شوند، موضع این سند قرار نگرفته­اند.[[160]](#footnote-160) این مسئله با قیدی نیز که در بند (الف) از پاراگراف (1-1) این سند در تعریف "طرف" آمده است، یعنی ماهیت تجاری قراردادهای انتقال فناوری مورد تأیید قرار می­گیرد.

* معاملات انتقال بین­المللی فناوری[[161]](#footnote-161)

پاراگراف (4-1) دراین فصل، در مقام تعریف این معاملات بوده است، چراکه روشن است انتقال فناوری ممکن است در داخل کشور صورت پذیرد یا از مرزهای کشورها عبور کند. در پیش­نویس­های قبلی چنین بیان شده بود که "با عبور اطلاعات از مرزهای ملی، معامله بین­المللی می­شود".[[162]](#footnote-162)

**3. قلمرو اعمال سند**

به طور کلی، در فصل این سند تنها پاراگراف (5-1) به بیان قلمرو اعمال سند پرداخته و بیان می­دارد که این مجموعه مقررات رفتاری به صورت فراگیر و جهانی در قلمرو خود اعمال می­شود و اطراف تمام قراردادهای انتقال فناوری را در تمام کشورها و گروه کشورها، صرف نظر از نظام سیاسی یا اقتصادی و یا سطح توسعه آن­ها مورد خطاب قرار می­دهد. این قسمت کاملاً منطبق با خواسته کشورهای درحال توسعه مبنی بر ایجاد سندی الزام آور در سطح جهانی است که تمام قراردادهای انتقال فناوری را که یک طرف آن­ها دولت یا شرکت دولتی است و یا بین اشخاص خصوصی از هردو طرف منعقد می­شوند، پوشش می­دهد.

**ب - اهداف و اصول سند**

در فصل دوم این پیش­نویس، مفصل­تر از قسمت مقدمه که اهداف عمومی سند را بیان کرده بود، به مسئله اهداف و اصول اساسی پرداخته شده است.[[163]](#footnote-163)

**1. اهداف**

* هدف اولیه از تدوین چنین سندی، ایجاد استانداردهای عمومی و منصفانه­ای بوده است که بر مبنای آن­ها، روابط طرفین قراردادهای انتقال فناوری و دولت­های درگیر، با در نظر گرفتن دو امر مهم، تنظیم گردند. آن دو امر عبارت­اند از:

اول این که منافع قانونی و مشروع اطراف این قراردادها در نظر گرفته شوند و دوم آن که به نیازهای خاص کشورهای درحال توسعه جهت تکمیل اهداف توسعه اقتصادی و اجتماعی شان توجه گردد.[[164]](#footnote-164)

ملاحظه می­شود که اساساً این مجموعه مقررات برای قاعده­مند نمودن روابط قراردادی در عرصه انتقال بین­المللی فناوری ایجاد شده است و دراین پاراگراف، دو امر یادشده، نشان دهنده توجه به مواضع هردوگروه کشورهای توسعه یافته و درحال توسعه است.

* هدف مهم دیگر سند، "تقویت اعتماد و اطمینان متقابل بین اطراف این قراردادها و دولت­های آن­ها"[[165]](#footnote-165) می­باشد.

همچنین دراین سند، تلاش بر این بوده است که "معاملات انتقال فناوری، به ویژه در مواردی که کشورهای درحال توسعه نیز در گیرند، تحت شرایطی تقویت گردند که موقعیت چانه­زنی اطراف این قراردادها به گونه­ای متعادل باشد که از سوءاستفاده­های طرف قوی­تر جلوگیری به عمل آید و درنتیجه منجر به توافقات رضایت­بخش برای هر دو طرف گردد.[[166]](#footnote-166)

پس از این سه هدف اصلی، اهداف دیگری نیز بر شمرده شده­اند که شاید بتوان آن­ها را در موارد زیر خلاصه نمود:

* تقویت جریان آزاد اطلاعات فنی، به ویژه در مورد دسترسی به فناوری­های جایگزین برای قادر ساختن تحصیل کنندگان نسبت به ارزیابی، انتخاب، انطباق، توسعه و استفاده از فناوری.[[167]](#footnote-167)
* تسهیل و تقویت جریان بین­المللی فناوری جهت افزایش توانایی­های عملی و فنی تمام کشورها، به ویژه کشورهای درحال توسعه به منظور افزایش مشارکت آن­ها در تولید و تجارت جهانی.[[168]](#footnote-168)
* تسهیل قانون گذاری، اجرای قوانین، مقررات و سیاست­های ملی در خصوص انتقال فناوری با در نظر داشتن هنجارهای بین­المللی.آ[[169]](#footnote-169)
* تقویت ترتیبات کافی در جهت ارائه اطلاعات لازم در مورد عناصر مختلف فناوری مورد انتقال برای ارزیابی فنی، مالی و سازمان معامله، با اجتناب از افشای نابه جای اطلاعات.[[170]](#footnote-170)
* تعیین اقدامات تجاری محدودکننده­ای که طرفین این قراردادها باید از آن­ها خودداری کنند.[[171]](#footnote-171)
* ارائه مجموعه­ای مناسب از مسئولیت­ها و تعهدات طرفین قراردادهای انتقال فناوری با در نظر گرفتن منافع قانونی و تفاوت قدرت چانه زنی آن­ها.[[172]](#footnote-172)

برای تحقق این اهداف در فصول دیگر این سند، به ویژه در فصل­های چهارم و پنجم مقرراتی تدوین شده است که به اطراف این قراردادها بیان می­کند چگونه می­توانند با اقدامات خود زمینه برآورده شدن اهداف سند و به طور خاص اهداف انتقال فناوری را فراهم آورند.

**2. اصول**

اولین اصل این سند، تأکید بر قلمرو جهانی اعمال آن است.[[173]](#footnote-173) همچنین تصریح می­شود که دولت­ها حق دارند نسبت به ایجاد یا تسهیل قواعد ناظر بر انتقال فناوری اقدام نمایند، مشروط برآن که تعهدات بین­المللی خود و منافع قانونی تمام اطراف این رابطه حقوقی را در نظر گرفته و به تشویق انتقال فناوری تحت شرایط متعارف، منصفانه و مرضی الطرفین بپردازند.[[174]](#footnote-174) ضمن آن که باید اصل حاکمیت و استقلال سیاسی دولت­ها و اصل برابری حاکمیت دولت­ها نیز در تنظیم این قواعد مورد شناسایی قرار گیرند.[[175]](#footnote-175)

در بند چهارم از پاراگراف (2-2) دراین فصل، برلزوم همکاری دولت­ها در انتقال بین­المللی فناوری به منظور تقویت رشد اقتصادی در جهان، به ویژه در کشورهای درحال توسعه تأکید گردیده و این مهم، یکی از عوامل حفظ صلح و امنیت بین­المللی، تقویت رشد و ثبات اقتصادی بین­المللی و رفاه عمومی ملت­ها تلقی شده است.

تعیین مسئولیت مجزای طرفین قرارداد و دولت­ها، در فرضی که خود آن­ها به طور مستقیم طرف قرارداد نیستند، و اهمیت توجه به منافع متقابل طرفین که منجربه حفظ و افزایش جریان بین­المللی فناوری می­شود، از دیگر اصول یادشده دراین سند می­باشد.[[176]](#footnote-176)

همچنین دراین سند، "حمایت از حقوق مالکیت صنعتی اعطا شده به موجب قوانین ملی کشور انتقال دهنده­ فناوری، به رسمیت شناخته می­شود".[[177]](#footnote-177) درعین حال برای طرف­های انتقال دهنده فناوری، تکلیف به احترام گذاردن به حاکمیت و قوانین کشور تحصیل کننده فناوری- هنگامی که درآن فعالیت می­کنند – و توجه به سیاست­های توسعه­ای آن کشور و مشارکت اساسی در توسعه آن پیش­بینی شده است.[[178]](#footnote-178)

ملاحظه می­شود که دراین اصول به منافع هر دو طرف تأمین کننده و تحصیل کننده فناوری به خوبی توجه شده و درتنظیم حقوق و تکالیف طرفین این رابطه قراردادی توازن لازم برقرار گردیده است. علاوه بر آن، به نظر می­رسد که رعایت این اصول در انعقاد قراردادهای انتقال بین­المللی فناوری و تدوین قوانین ملی دراین خصوص موجب تنظیم هرچه بهتر رابطه حقوقی بین دوطرف تأمین کننده و تحصیل کننده فناوری می­شود.

**ج - مقررات ملی ناظر بر قراردادهای انتقال فناوری**

هدف اصلی از وضع قوانین ملی راجع به انتقال فناوری، اعمال نظارت ملی بر قراردادهای انتقال فناوری است تا انتقال­های صورت گرفته به موجب این قراردادها، در راستای رشد اقتصادی ملی کشورها باشد. دراین قوانین، تلاش می­شود مقرراتی در جهت سیاست­های اقتصادی ملی کشورها باشد. دراین قوانین، تلاش می­شود مقرراتی درجهت سیاست­های اقتصادی کشور تدوین گردد و مسلماً بسته به آن که کشور تصویب کننده کشوری سرمایه فرست باشد یا سرمایه پذیر، مفاد قوانین یادشده نیز متفاوت خواهد بود.

دولت­ها اغلب با تدوین این قوانین، به سیاست گذاری در خصوص شیوه و نوع قراردادهای انتقال فناوری می­پردازند. به عنوان نمونه، ممکن است کشوری دریک زمان سرمایه­گذاری مستقیم خارجی[[179]](#footnote-179) را تشویق کند و در زمانی دیگر، قرارداد اعطای مجوز بهره­برداری[[180]](#footnote-180) یا مشارکت انتفاعی[[181]](#footnote-181) را. [[182]](#footnote-182)بی­گمان شیوه تنظیم این قوانین، برجذب فناوری تأثیر شگرفی خواهد داشت. به عنوان نمونه، وضع مقررات بسیار محدود کننده، موجب کاهش جذب سرمایه­گذاری خارجی و انتقال فناوری می­شود.

درفصل سوم از این پیش­نویس، مقرر شده که دولت­ها حق دارند برای تصویب، اصلاح و با تغییر قوانین، مقررات و سیاست­های ملی خود در ارتباط با قراردادهای انتقال فناوری، اقدامات مذکور در پاراگراف (4-3) را انجام دهند؛ مشروط برآن که موارد زیر را در نظر بگیرند:

"شناسایی ارتباط نزدیک بین جریان فناوری با شرایط قبول این جریان، تقویت فضای مطلوب و سودمند برای انتقال بین­المللی فناوری، توجه منصفانه قانونی تمام اطراف قرارداد، تشویق و تسهیل انتقال فناوری تحت شرایط مرضی الطرفین، منصفانه و متعارف، در نظر گرفتن عوامل مختلف شکل دهنده این قراردادها مانند شرایط محلی و ماهیت فناوری مورد انتقال و توجه به سازگاری این قوانین با تعهدات بین­المللی آن کشور".[[183]](#footnote-183)

بی­گمان توجه به این مسائل از سوی قانون گذاران ملی درحوزه انتقال فناوری موجب تدوین و تنظیم قوانینی کارآمد و مدرن می­گردد که به دلیل سازگاری بانیازها و مقتضیات تجارت بین­المللی فناوری از مقبولیتی جهانی برخوردار بوده و تا تصویب سندی بین­المللی دراین خصوص، از سوی اطراف این قراردادها به عنوان قانون حاکم بر قرارداد انتخاب گردد.

اقداماتی که کشورها به منظور تدوین یا اصلاح قوانین و مقررات خود، مطابق با پاراگراف (4-3) می­توانند انجام دهند، عبارت­اند از: وضع یا اصلاح مقررات مربوط به تأمین اعتبار، شیوه پرداخت، سیاست­های تعیین قیمت و رفتار مالیاتی، تعیین شرایط و معیار نوعی برای مذاکره مجدد دراین نوع قراردادها، مشخص نمودن شرایط ارزیابی قرارداد، پیش­بینی سازوکارها و اشکال سازمانی و یا اداری برای ارزیابی یا ثبت این قراردادها و تصویب مقرراتی به منظور کنترل شرکت­های داخلی وارد کننده فناوری.

دراین قسمت، موضوعات اصلی که قانون گذاران ملی درهنگام تنظیم و تدوین قوانین مربوط به انتقال فناوری باید درنظر بگیرند، مشخص شده­اند. این موضوعات به دو دسته قابل تقسیم هستند: اول، مسائلی که دولت­ها به منظور تأمین منافع ملی خود ناگزیر از اعمال نوعی کنترل و نظارت اداری نسبت به آن­ها هستند؛ مواردی مانند سیاست­های تعیین قیمت، رفتار مالیاتی و یا ارزیابی و ثبت این قراردادها. این دسته از موضوعات اغلب با تصویب قوانین آمره سازمان­دهی می­شوند. دسته دوم، مواردی هستند که بیشتر به شرایط و ارکان قرارداد انتقال بین­المللی فناوری مربوط می­شوند و قانون گذار ترجیح می­دهند با تصویب قوانین تکمیلی راهنمایی برای اطراف این قراردادها فراهم کنند و یا خلا ناشی از سکوت آن­ها را جبران نمایند.

**د - اقدامات تجاری محدود کننده[[184]](#footnote-184)**

فصل چهارم این پیش­نویس، دربردارنده مقرراتی در ارتباط با اقدامات تجاری محدودکننده است. دراین خصوص، اختلافات میان کشورهای شرکت کننده آن قدر شدید بود که هریک از گروه­ها عنوان خاصی را برای این بحث ارائه می­کردند؛ گروه کشورهای درحال توسعه "تدوین و قاعده­مند سازی رویه­ها و ترتیبات انتقال فناوری"[[185]](#footnote-185) ، گروه کشورهای صنعتی "اقدامات تجاری محدود کننده"[[186]](#footnote-186) و گروه کشورهای بلوک شرق "ممنوعیت تبعیض سیاسی و اقدامات تجاری محدود کننده"[[187]](#footnote-187) را عنوانی مناسب می­دانستند.[[188]](#footnote-188)

همان گونه که بیان گردید کشورهای درحال توسعه، اغلب برای دستیابی به فناوری مورد نیاز خود ناگریز از انعقاد قراردادهای انتقال فناوری با شرکت­های چندملیتی از کشورهای توسعه یافته هستند و این شرکت­ها برای تآمین منافع دراز مدت خود به درج شروط محدودکننده­ای دراین قراردادها می پردازند که در بسیاری از موارد، موجب کاهش کارایی فناوری وارد شده برای طرف تحصیل کننده فناوری می­گردد و گاه منجر به وابستگی فنی او نیز می­شود.

بنابراین از آن جا که استقلال در حوزه فناوری، از اهداف مهم کشورهای درحال توسعه است، ممنوعیت بیشتر این اقدامات نه تنها موجب تشویق شرکت­های وارد کننده به جذب و استفاده از فناوری خواهد شد،[[189]](#footnote-189) بلکه یکی از راه­های ایجاد تعادل در قدرت چانه زنی طرفین است.[[190]](#footnote-190) به این ترتیب، می­توان گفت تمام موارد ممنوعیت اقدامات محدود کننده، ارتباط مستقیمی با حمایت از اقتصاد کشورهای درحال توسعه دارد.

اختلاف نظرهای اساسی دو گروه کشورهای توسعه یافته و درحال توسعه در مورد اقدامات محدودکننده­ای که درج آن­ها در قرارداد باید به طور مطلق ممنوع باشد، باعث شد که در آغاز این فصل، قسمتی به عنوان "مقدمه"[[191]](#footnote-191) پیش­بینی شود. شاید بتوان مقدمه این فصل را چنین عبارت پردازی نمود:

"در موقعیت­هایی که قدرت چانه­زنی طرفین قراردادهای انتقال فناوری برابر نیست، به طور خاص هنگامی که طرف تحصیل کننده فناوری، شرکتی از کشورهای درحال توسعه است، طرفین باید از درج شروطی در قرارداد که بدون دلیل قابل قبول موجب تحدید ناروای حقوق و امکانات طرف تحصیل کننده می­شوند، خودداری کنند".[[192]](#footnote-192)

به منظور تدوین این اقدامات، ابتدا کشورهای درحال توسعه، حدود چهل مورد از اقدامات ممنوعه را که بیشتر از قوانین کشورهای آمریکای لاتین نشأت گرفته بودند، پیشنهاد دادند. اما کشورهای توسعه یافته بااین مسئله به عنوان محدودیتی غیرقابل قبول بر آزادی قراردادها مخالفت نموده و معتقد بودند که سوءاستفاده از این اقدامات، باید در چارچوب حقوق رقابت کنترل گردد و متنی را درهمین چارچوب ارائه کردند که فقط هشت مورد از چهل مورد پیشنهادی کشورهای درحال توسعه را در برمی­گرفت.[[193]](#footnote-193)

در نسخه سال 1985 این پیش­نویس، چهارده اقدام تجاری محدودکننده که طرفین باید از شرط نمودن آن­ها در قراداد خودداری کنند، احصا شده است که در زیر به اختصار به توضیح از آن­ها می­پردازیم:

* شرط بازگرداندن ]انحصاری[ [[194]](#footnote-194)پیشرفت­های فناوری[[195]](#footnote-195): شرطی که به موجب آن "طرف تأمین کننده فناوری، از طرف تحصیل کننده بخواهد پیشرفت­های فناوری تحصیل شده را ]به طور انحصاری[ [[196]](#footnote-196)]یا[ [[197]](#footnote-197)بدون درنظر گرفتن عوض یا تعهدی متقابل، دراختیار طرف تأمین کننده یا شرکت مشخص شده از سوی او قرار دهد"[[198]](#footnote-198) و به عبارتی پیشرفت­های فناوری را به او بازگرداند.
* شرط معامله انحصاری[[199]](#footnote-199): "شرطی که آزادی طرف تحصیل کننده را در انعقاد قراردادهای فروش، نمایندگی و یا تولید محصولات یا فناوری­های مشابه یا در تحصیل فناوری رقیب، محدود نماید؛ در شرایطی که چنین محدودیت­هایی برای تضمین دستیابی به منافع قانونی، به طور خاص حصول اطمینان از محرمانه ماندن فناوری مورد انتقال یا ... ضروری نباشد".[[200]](#footnote-200)

محدودیت­های تحقیقاتی[[201]](#footnote-201): دراین موارد طرف تأمین کننده، فعالیت­های تحقیقاتی طرف تحصیل کننده را به گونه­ای محدود می­کند که مانع از ادامه تحقیق و توسعه او در ارتباط با جذب و انطباق فناوری مورد انتقال با شرایط محلی گردد و یا آزادی او را نسبت به شروع برنامه­های تحقیق و توسعه در ارتباط با محصولات، فرآیندها و یا تجهیزات جدید محدود می­نماید.[[202]](#footnote-202)

* محدودیت در استفاده از نیروی انسانی[[203]](#footnote-203): دراین مورد، طرف تأمین کننده از طرف تحصیل کننده می­خواهد نیروی انسانی تعیین شده از سوی او را به کار گیرد، درحالی که این امر برای انتقال موفقیت آمیز و مؤثر فناوری ضرورت ندارد و یا طرف تحصیل کننده را در شرایطی که به قدر کافی به نیروهای محلی آموزش دیده دسترسی دارد، وادار به ادامه استفاده از نیروهایی که خود معرفی کرده، می­نماید.
* تعیین قیمت[[204]](#footnote-204): با درج چنین شرطی، طرف تآمین کننده برای محصولات تولید شده یا خدمات ارائه شده توسط طرف تحصیل کننده با استفاده از فناوری مورد انتقال، تعیین قیمت می­نماید.[[205]](#footnote-205)
* محدودیت بر انطباق[[206]](#footnote-206): به این معنا که طرف تآمین کننده، مانع از انطباق فناوری وارد شده با شرایط محلی از سوی طرف تحصیل کننده گردد؛ حتی در شرایطی که طرف تحصیل کننده، این کار را با مسئولیت خود و بدون استفاده از نام، علائم تجاری یا خدماتی و یا نام تجاری تأمین کننده انجام دهد، مگر در موردی که این انطباق­ها بر محصولات تولید شده یا فرآیند تولید تأثیر سوء بگذارد.
* قراردادهای انحصاری فروش یا نمایندگی[[207]](#footnote-207): طرف تأمین کننده مقرر کند که طرف تحصیل کننده، حق فروش یا نمایندگی انحصاری محصولات تولید شده با استفاده از فناوری انتقال یافته را به او یا شخص تعیین شده از سوی او اعطا نماید.
* ترتیبات پیوندی[[208]](#footnote-208): ترتیباتی که به موجی آن، طرف تأمین کننده مقرر کند که طرف تحصیل کننده برای تحصیل فناوریب مورد نیاز خود، دیگر محصولات یا فناوری تأمین کننده را نیز قبول کند. درواقع خرید فناوری اضافی، اختراعات، کالاها یا خدمات آتی تأمین کننده به عنوان شرطی برای تحصیل فناوری مورد نیاز برطرف تحصیل کننده تحمیل می­گردد.

لازم به توضیح است که کشورهای توسعه یافته در مورد ترتیبات پیوندی، قید "ناروا"[[209]](#footnote-209) را درج نمونده­اند؛ زیراکه به درستی تمام انواع ترتیبات پیوندی، ناروا نبوده و گاه در انتقال بین­المللی فناوری، دلایل مدیریتی یا فنی برای انتقال پیوندی برخی محصولات وجود دارد.[[210]](#footnote-210) به عنوان نمونه، ممکن است ترتیبی پیوندی برای تضمین کنترل کیفی فناوری منتقل شده ضروری باشد و یا تأمین کنندگان برای ارائه فناوری یا دانش فنی مورد نظر به همراه دیگر محصولات یا خدمات دریک بسته، دلایل موجهی داشته باشند؛[[211]](#footnote-211) اما گاه هم این ترتیبات فقط برای تحمیل قیمت­های بیشتر برطرف تحصیل کننده و انتقال فناوری­های از رده خارج به او می­باشد.

* محدودیت بر تبلیغات[[212]](#footnote-212): دراین مورد، طرف تأمین کننده انجام تبلیغات از سوی طرف تحصیل کننده را به طرز غیرمتعارفی[[213]](#footnote-213) محدود می­کند؛ مگر آن که این محدودیت­ها، در مواردی که در تبلیغات به نام، علائم تجاری یاخدماتی و یا نام تجاری تأمین کننده اشاره می­شود، برای جلوگیری از لطمه به حسن شهرت تأمین کننده ضروری باشد و یا برای اجتناب از توجه مسئولیت ناشی از کالا به تأمین کننده به دلایل قانونی و یا به منظور حفظ محرمانگی فناوری مورد انتقال لازم باشد.

دراین فصل از پیش­نویس، به موارد دیگری از اقدامات تجاری محدود کننده مانند محدودیت بر صادرات[[214]](#footnote-214)، ترتیبات اشتراک در چندین امتیاز بین گروهی از تولیدکنندگان[[215]](#footnote-215) یا اعطای مجوز بهره­برداری متقابل[[216]](#footnote-216) و محدودیت پس از انقضای مدت قرارداد[[217]](#footnote-217) اشاره شده است که در تمام این موارد، محدودیت­هایی برای طرف تحصیل کننده نسبت به استفاده از فناوری تحصیل شده در فعالیت­های اقتصادی او ایجاد می­شود. از آن جا که چنین اقدامات تجاری محدودکننده­ای اغلب مانع از استقلال اقتصادی کشورهای درحال توسعه می­شوند، تهیه کنندگان این سند پیش­نویس بر ممنوعیت درج آن­ها در قرارداد تأکید داشته­اند؛ اگر چه تعارض منافع دو طرف تأمین کننده و تحصیل کننده فناوری موجب اختلاف نظر فراوان آن­ها دراین خصوص بوده است.

برخی معتقدند فهرست ارائه شده دراین پیش­نویس حاوی موارد زیادی از شروط غیر ضروری و سخت گیرانه است، چراکه باید توجه داشت که برخی از شروط محدود کننده در قراردادهای اعطای مجوز بهره­برداری و دانش فنی برای حفاظت از آن فناوری لازم هستند.[[218]](#footnote-218) با وجود این، به نظر می­رسد شروط مربوط به بازگرداندن پیشرفت­های فناوری، محدودیت بر صادرات، از نظر تمام گروه­ها به صورت موجهی ممنوع باشند.[[219]](#footnote-219)

اختلاف نظر اصلی دو گروه کشورهای توسعه یافته (گروه ب) و کشورهای درحال توسعه (گروه 77) در مورد این اقدامات این بود که کشورهای توسعه یافته می­خواستند این اقدامات به موجب حقوق رقابت کنترل شوند و فقط اقداماتی که به نحو نامعقولی تجارت را محدود می­کنند، مورد احصا قرار گیرند.[[220]](#footnote-220) آن­ها معتقد بودند که آنچه مهم است حمایت از تجارت آزاد و رقابت آزاد در برابر سوءاستفاده­های انحصارها، کارتل­ها و شرکت­های با موقعیت مسلط و دیگر محدودیت­های نارواست. ضمن آن که قواعد حقوق رقابت در سطح بین­المللی نیز قابل اعمال بوده و این می­تواند موجب اطمینان خاطر کشورهای درحال توسعه گردد. از نظر آن­ها، اگر در مورد خاصی درج چنین شرایطی در قرارداد موجب محدودیت یا سوءاستفاده نمی­شود، نباید آن شرط را به طور کلی ممنوع دانست و لازم است این مسئله درهر مورد به طور جداگانه بررسی شود و دقیقاً برای چنین مواردی است که فروض و استثنائات قاعده منطق[[221]](#footnote-221) در حقوق رقابت ایجاد شده­اند.[[222]](#footnote-222)

درمقابل، گروه کشورهای درحال توسعه معتقد بودند این اقدامات ذاتاً ناعادلانه هستند؛ چراکه محصول قدرت چانه زنی بالاتر طرف تأمین کننده هستند.[[223]](#footnote-223) درمجموع، نفع اعضای این گروه در این بود که تمام این موارد محدودیت، ممنوع گردند.

علاوه بر موارد یاد شده، اختلاف نظر دیگر دراین بود که با توجه به ماهیت بین­­المللی این مجموعه مقررات، چنانچه انتقال فناوری در خارج از مرزهای ملی، بین شرکت­های فرعی شرکتی چندملیتی صورت پذیرد، آیا مقررات این فصل باید بر چنین معاملاتی نیز حاکم باشد؟[[224]](#footnote-224) به عبارت دیگر، آیا درج این شروط محدودکننده در قراردادهای انتقال فناوری بین اجزای شرکت چندملیتی نیز باید ممنوع گردد؟ پاسخ کشورهای توسعه یافته منفی و پاسخ کشورهای درحال توسعه مثبت بود. از نظر کشورهای توسعه یافته، حقوق رقابت، اعمال مقررات این فصل را در روابط بین شرکت مادر و شرکت­های فرعی آن، از نظر منطقی غیرممکن می­داند؛ زیرا از آنجا که این شرکت­ها شخصیت واحدی را تشکیل می­دهند، در روابط فیمابین خود با یکدیگر رقابت نمی­کنند.[[225]](#footnote-225) علاوه برآن، با توجه به آن که شرکت­های عضو چنین گروه­هایی منافع اقتصادی واحدی را دنبال می­کنند و در نتیجه قصد سوءاستفاده از و یا اضرار به یکدیگر را ندارند، به نظر می­رسد که اعمال چنین مقرراتی بر روابط بین آن­ها به طرز نادرستی اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادی را خدشه دار می­کند.

**ه- مسئولیت­ها و تعهدات طرفین**

پیش تر بیان گردید که برای تحقق اهداف یاد شده در فصل دوم، رعایت مقرراتی از سوی طرفین این قراردادها، به ویژه شرکت­های چندملیتی ضروری است؛ به این منظور در فصول چهارم و پنجم، تعهداتی برای طرفین پیش­بینی شده است. درفصل چهارم، این تعهدات جنبه سلبی دارند، یعنی فهرستی از اقدامات تجاری محدودکننده­ای که تأمین کنندگان فناوری باید از شرط کردن آن­ها در قرارداد خودداری نمایند، بیان شده است. در مقابل، فصل پنجم در بردارنده تعهداتی با ماهیت ایجابی است؛ یعنی به مسئولیت­ها و تعهدات طرفین و تضمین­هایی که باید ارائه کنند، می­پردازد.

دراین فصل، بسیاری از مقررات مربوط به رفتار طرفین قرارداد بیان شده است. در مورد مقررات این فصل، بین تمام گروه­های شرکت کننده در مذاکرات آسان­تر توافق حاصل شده و همگی آن را "حقوق قراردادی" نامیده­اند.[[226]](#footnote-226) مقررات این فصل به طور خاص به تمام مواردی که طرفین این قراردادها درهنگام مذاکره، انعقاد و اجرای قرارداد باید مدنظر قراردهند، می­پردازد و از این نظر راهنمای خوبی برای تدوین و تنظیم قراردادهای انتقال فناوری به حساب می­آید.

در پاراگراف (1-5) از این فصل، به لزوم توجه طرفین قراردادهای انتقال فناوری به اهداف توسعه اجتماعی و اقتصادی کشورهای درگیر معامله، به ویژه طرف تحصیل­کننده فناوری در مراحل مذاکره و انعقاد قرارداد، رعایت رویه­های تجاری منصفانه و در نظر گرفتن توانایی­های فنی طرفین در مراحل مذاکره، انعقاد و اجرای قرارداد تصریح شده است.

سایر مقررات این فصل، ناظر بر دو مرحله مذاکره و تنظیم قرارداد است که در زیر به اختصار بررسی می­شوند.[[227]](#footnote-227)

**1. مرحله مذاکره**

در پاراگراف (2-5) مقرر شده که "هر طرف باید در این مرحله در راستای توجه به اهداف توسعه اقتصادی و اجتماعی، درخواست­های طرف دیگر را که از نظر تجاری و فنی عملی هستند، برای درج در قرارداد در نظر بگیرد". درخواست­هایی مانند: استفاده از منابع محلی در دسترس (شامل نیروی انسانی مناسب و آموزش دیده و مواد اولیه محلی، فناوری، مهارت­های فنی و خدمات مهندسی مشاور محلی)، ارائه خدمات فنی به منظور به کارگیری فناوری مورد انتقال و افشای اطلاعات لازم[[228]](#footnote-228) در مورد عناصر مختلف فناوری جهت ارزیابی معامله.

در پاراگراف (3-5) نیز با عنوان "روش­های مذاکره تجاری"[[229]](#footnote-229) ، مسائلی که طرفین باید در مرحله مذاکرات قراردادی رعایت کنند، مورد توجه قرار گرفته است:

* هر دو طرف قرارداد باید با حسن نیت به منظور رسیدن به توافق بر سر شرایط متعارف و منصفانه تجاری، مذاکره نموده و قیمت یا ثمن قراردادی متعارف و عادلانه­ای را به طور روشن تعیین نمایند. آن­ها باید اطلاعات لازم را در اختیار یکدیگر قرار داده و اصل محرمانگی را در مورد این اطلاعات رعایت کنند.[[230]](#footnote-230)
* "طرف تحصیل کننده فناوری باید در زمانی متعارف، اطلاعات لازم را در مورد شرایط فنی، اهداف توسعه اجتماعی و اقتصادی و قوانین راجع به انتقال فناوری خود، به طرف تأمین کننده بدهد".[[231]](#footnote-231)

طرف تأمین کننده فناوری باید اطلاعات لازم را در مورد عدم انطباق فناوری مورد انتقال با الزامات مربوط به سلامت، ایمنی یا محیط زیست در کشور انتقال گیرنده، تا جایی که از آن­ها اطلاع دارد، در اختیار طرف تحصیل کننده قرار دهد. همچنین باید او را از هرگونه محدودیت شکلی برای انتقال فناوری و درخصوص وجود یا اعتبار حقوق مورد انتقال آگاه نماید و نیز باید درصورت تقاضای دوطرف گیرنده، اجزا و خدمات مورد نیاز را برای استفاده از فناوری مورد انتقال در اختیار او قرار دهد.[[232]](#footnote-232)

البته به نظر می­رسد که مواردی چون لزوم رعایت حسن نیت یا ارائه اطلاعات مربوط به موضوع معامله جزو اصول عمومی حقوق قراردادها به حساب آمده و رعایت آن­ها از سوی طرفین بدون ذکر دراین سند یا قوانین ملی نیز الزامی است.

**2. مرحله تنظیم قرارداد**

دراین مرحله، چنان که پاراگراف (4-5) مقرر می­دارد، قرارداد انتقال فناوری باید در بردارنده شروط لازم در رابطه با تعهدات قراردادی مورد قبول طرفین نسبت به مسائل زیر باشد:

* تعهدات طرف تأمین کننده: تضمین انطباق فناوری با توصیف قراردادی، تضمین در مورد قبول استفاده بودن فناوری مورد انتقال به منظور تولید کالا یا ارائه خدمات مورد تصریح در قرارداد، تعهد لو مبنی بر آن که در تاریخ انعقاد قرارداد، فناوری مورد نظر عادی از حقوق اشخاص ثالث باشد، تضمین حسن انجام کار و ارائه اسناد لازم به طرف تحصیل کننده، آموزش نیروی انسانی و تأمین اجزا و لوازم یدکی مورد نیاز طرف تحصیل­کننده.

تعهدات طرف تحصیل­کننده: تعهد به انتقال پیشرفت­های فناوری مورد انتقال به طرف تأمین کننده برای مدتی معین یا در تمام مدت حیات قرارداد، تعهد به پرداخت عوض قراردادی، تعهد به رعایت محرمانگی فناوری مورد انتقال[[233]](#footnote-233) و نظارت بر سطح کیفی تولید درصورتی که از نام، علائم تجاری یاحسن شهرت طرف تأمین کننده استفاده می­نماید.

* سایر موارد: توصیف فناوری، قانون حاکم و حل و فصل اختلافات، تعهد هر طرف برای اجتناب از انجام اقداماتی که موجب لطمه به حسن شهرت طرف دیگر شود و تعیین مسئولیت هریک از طرفین در صورت تخلف از تعهدات قراردادی.

توافق در خصوص هریک از موارد بالا در قرارداد موجب روشن شدن قلمرو حقوق و تعهدات قراردادی هریک از طرفین، اطمینان از اجرای تعهدات واحراز اراده واقعی طرفین در زمان انعقاد قرارداد می­گردد.

**و- سایر مقررات**

از آنجا که مقررات فصول ششم تا نهم از این پیش­نویس، بیشتر ناظر بر مسائلی هستند که درصورت تصویب نهایی سند لازم می­نمایند، دراین قسمت به اختصار مورد مطالعه قرار می­گیرند.

درفصل ششم سند، مسئله "رفتار خاص با کشورهای درحال توسعه" مورد توجه قرار گرفته است. کشورهای درحال توسعه، از آغاز مذاکرات بر موقعیت ضعیف خود تأکید داشتند. درگزارش دبیرخانه آنکتاد در سال 1975 به سطح پایین توانایی­های اقتصادی و فنی شرکت­ها دراین کشورها و عدم امکان رویارویی آن­ها با شرکت­های چندملیتی از کشورهای توسعه یافته که از قدرت بالای شبه انحصاری برخوردار بودند، اشاره گردید و بیان شد که در تدوین مقررات بین­المللی درخصوص انتقال فناوری باید این مسئله مورد توجه قرار گیرد.[[234]](#footnote-234) علاوه برآن، در اعلامیه سازمان ملل متحد در مورد نظم نوین اقتصادی بین­المللی[[235]](#footnote-235) نیز بر رفتار ترجیحی و غیرمتقابل باکشورهای درحال توسعه تأکید شده است. این تأکیدها، به منظور تسریع رشد اقتصادی این کشورها و تضمین برخوردی منصفانه با آن­ها در روابط اقتصادی با کشورهای توسعه یافته صورت گرفته است.

دراین فصل، اقدامات مختلفی که کشورهای توسعه یافته باید برای کمک به توسعه و تقویت توانایی­های علمی و فنی کشورهای درحال توسعه انجام دهند، مورد اشاره قرار گرفته است؛ اقداماتی نظیر:

تسهیل دسترسی این کشورها به اطلاعات لازم در مورد فناوری­های مورد نیاز برای توسعه اجتماعی و اقتصادی آن­ها، کمک به این کشورها در ارزیابی و انطباق فناوری­های موجود و ارتقای فناوری­های ملی­شان از طریق تسهیل دسترسی آن­ها به نتایج مطالعات علمی و صنعتی، مساعدت در تقویت توانایی فنی آن­ها با ایجاد امکانات آزمایشگاهی و مؤسسات آموزشی و تحقیقاتی، همکاری فعال در عرصه تحقیق و توسعه و تشویق آموزش نیروی انسانی دراین کشورها.[[236]](#footnote-236)

درنهایت، همان­طور که دراین پیش­نویس نیز تصریح شده، ضروری است که "رفتار خاص با کشورهای درحال توسعه متناسب با اهداف توسعه اجتماعی- اقتصادی، سطح توسعه و مشکلات و شرایط خاص این کشورها صورت پذیرد".[[237]](#footnote-237)

در فصل هفتم با عنوان "همکاری بین­المللی"، کشورهای مذاکره کننده، لزوم همکاری مناسب بین­المللی بین دولت­ها، سازمان­های بین­الدولی و نهادها وارکان سازمان ملل متحد را برای تسهیل جریان بین­المللی فناوری به منظور تقویت توانایی­های فنی تمام کشورها و در راستای اجرای این مجموعه مقررات به رسمیت می­شناسند.[[238]](#footnote-238)

همکاری بین­المللی بین دولت­ها در سطوح مختلف دو جانبه، چندجانبه، منطقه­ای و بین منطقه­ای می­تواند شامل انجام اقدامات زیر باشد:

تبادل اطلاعات فنی در مورد فناوری­های در دسترس و موارد جایگزین، تبادل اطلاعات در مورد تجربه حل مشکلات مربوط به انتقال فناوری[[239]](#footnote-239)، مبادله اطلاعات مربوط به تکمیل قوانین ملی راجع به انتقال فناوری، مشورت در راستای هماهنگ سازی قوانین و سیاست­های ملی انتقال فناوری، تقویت برنامه­های مشترک تحقیقاتی و انعقاد موافقت­نامه­های بین­المللی برای اجتناب از تحمیل مالیات­های مضاعف بر پرداخت­ها و درآمدهای ناشی از قراردادهای انتقال فناوری.[[240]](#footnote-240)

درفصل هشتم از پیش­نویس با عنوان "تشکیلات رسمی بین المللی"[[241]](#footnote-241)، ایجاد مرجعی برای بازبینی این مجموعه مقررات و نظارت بر اجرای آن پس از تصویب نهایی، پیش بینی شده است. با وجود توافق کلی گروه­های مذاکره کننده نسبت به ایجاد چنین مرجعی که قرار بود در آنکتاد تشکیل شود، در مورد ماهیت آن توافقی حاصل نشد[[242]](#footnote-242) و در رابطه با مأموریت یا وظایف آن نیز اختلافاتی بروز نمود.[[243]](#footnote-243) با این حال، چنان که در متن پیش­نویس نیز تصریح شده، این مسئله مورد توافق قرار گرفت که این تشکیلات رسمی باید مرجعی برای بحث و تبادل نظر بین دولت­ها در مورد مسائل مربوط به این مجموعه مقررات، به طور خاص در رابطه با اجرای آن و تجارب ناشی از اجرای آن، انجام دوره­ای مطالعه و تحقیق در مورد انتقال فناوری و بررسی اقدامات دولت­ها در سطح ملی در راستای اجرای این مجموعه مقررات باشد.[[244]](#footnote-244)

فصل نهم یا پایانی از این پیش­نویس، به قانون حاکم و حل و فصل اختلافات اختصاص یافته است. به غیراز موضوع اقدامات تجاری محدودکننده، این مسئله نیز از موضوعاتی بوده که با اختلاف شدید شرکت­کنندگان در مذاکرات مواجه شد و منجربه توافق نهایی در سند نگردید.

در رابطه با قانون حاکم، گروه کشورهای درحال توسعه خواستار ایجاد رژیمی محدودکننده در انتخاب قانون حاکم بر قراردادهای انتقال فناوری بودند. آن­ها می­خواستند قانون کشور تحصیل کننده فناوری به عنوان قواعد آمره مناسب قرارداد شناخته شود تا از غیربومی کردن قراردادهای انتقال فناوری جلوگیری گردد. اما گروه کشورهای توسعه­ یافته، خواستار آزادی طرفین در انتخاب قانون حاکم بودند و قانون مناسب را قانون کشوری می­دانستند که ارتباط حقیقی[[245]](#footnote-245) با قرارداد طرفین دارد.[[246]](#footnote-246)

در مورد حل و فصل اختلافات، اختلاف نظر به مراتب بیشتر از مسئله قانون حاکم بود؛ گروه کشورهای درحال توسعه معتقد بودند که طرفین برای حل اختلاف خود از طریق داوری محق هستند، ولی این حق در صورتی اعمال می­شود که در کشور تحصیل کننده فناوری قانون مخالفی وجود نداشته باشد. در مقابل، دو گروه دیگر، خواهان آزادی بی قیدو شرط در انتخاب داوری به عنوان شیوه حل اختلاف بودند.[[247]](#footnote-247)

در نسخه نهایی برای ایجاد سازش بین این دو روی کرد متضاد، از سوی رئیس کنفرانس پیشنهاد شد درصورتی که قوانین کشورهای متبوع طرفین، اجازه ارجاع اختلاف به داوری را بدهد، این اختلافات از طریق داوری حل و فصل شده و قواعد داوری پذیرفته شده در سطح بین­المللی مانند قواعد داوری کمیسیون حقوق تجارت بین­الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال)[[248]](#footnote-248) مورد استناد قرار گیرد.[[249]](#footnote-249)

**نتیجه گیری**

در دهه­های پنجاه و شصت میلادی، همزمان با حرکت­های استعمارزدایی و کسب استقلال سیاسی، کشورهای جهان سوم و تازه استقلال یافته در صدد دستیابی به استقلال و توسعه اقتصادی خود برآمدند. این کشورها که توسعه در حوزه فناوری را پیش شرط اساسی توسعه اقتصادی و افزایش تولید صنعتی خود می­دانستند، ارتقای سطح فنی را در صدر سیاست­های اقتصادی خود قرار دادند و در این راستا، ناگریز از واردات فناوری مورد نیاز خود از کشورهای توسعه یافته بودند. اما مشکلات بازار انتقال فناوری درآن زمان موجب تضییع حقوق این کشورها در قراردادهای انتقال فناوری، ایجاد وابستگی فنی در آن­ها و به تأخیر انداختن رشد توانایی­های آن­ها دراین زمینه می­گردید. در نتیجه، آن­ها به تدریج در روند انتقال فناوری نقش فعالی پیدا کرده و شروع به تدوین سیاست­های واردات فناوری نمودند و از دهه 1970 با آنکتاد برای ایجاد مجموعه مقررات رفتاری بین­المللی درخصوص انتقال فناوری هم گام شدند.

ایجاد چنین مجموعه مقرراتی در سطح بین­المللی، اهدافی چون برابر کردن قدرت چانه­زنی کشورهای درحال توسعه با کشورهای توسعه یافته و تأمین کننده فناوری، ممنوعیت اقدامات تجاری محدود کننده، تشویق جریان آزاد اطلاعات فنی، تقویت و توسعه توانایی­های فنی کشورهای درحال توسعه، تقویت انتقال بین­المللی فناوری تحت شرایط سودآور برای هر دو طرف و ایجاد استانداردهای عمومی و منصفانه برای تنظیم روابط طرفین در قراردادهای انتقال بین­المللی فناوری را در نظر داشت.

در مورد ماهیت حقوقی این سند، کشورهای درحال توسعه از همان ابتدا معتقد بودند که این مجموعه مقررات تنها در صورتی به طور مؤثر به تنظیم انتقال فناوری می­پردازد که از نظر بین­المللی، سند حقوقی الزام آوری باشد؛ اما کشورهای توسعه یافته به طور خاص نفع خود را در ایجاد سندی با ماهیت غیرالزام آور یا توصیه­ای می­دیدند که تنها به تدوین و سامان­دهی اصول حاکم بر معاملات انتقال فناوری بپردازد. پس از تلاش­های بی­ثمر مذاکره کنندگان برای یافتن راه­حلی رضایت بخش دراین خصوص، چنین توافق شد که ابتدا این سند جنبه توصیه ای داشته باشد و پس از چهار سال، با این دید که امکان اعمال جهانی آن به عنوان سند حقوقی الزام آور فراهم آید، مورد ارزیابی مجدد قرار گیرد.س

گروه­های مذاکره کننده، حدود دو دهه به ارائه پیش­نویس­های متنوع و بحث و مذاکره در مورد مفاد مقررات این سند پرداختند، اما با وجود حصول توافق در مورد بسیاری از مسائل، برخی اختلافات عمیق در خصوص مسائلی چون اقدامات تجاری محدود کنند، قانون حاکم و حل و فصل اختلافات مانع از تصویب نهایی این سند شده است. مسلم است که چنین سندی، برای آن که مورد پذیرش هر دو گروه کشورهای درحال توسعه و توسعه یافته قرار گیرد، نمی­تواند فقط حاوی قواعد یک طرفه باشد؛ بلکه باید چارچوبی را برای ایجاد هماهنگی و استاندارد نمودن قواعد انتقال فناوری، با درنظر گرفتن منافع اطراف درگیر دراین قراردادها فراهم آورد.

این پیش­نویس می­تواند الهام بخش تدوین و تصویب مقرراتی در خصوص قراردادهای انتقال فناوری برای قانون­گذار ایرانی باشد. ضمن آن که، درصورتی که با نزدیک شدن نظرات کشورهای درگیر در قراردادهای انتقال فناوری، شرایط برای تنظیم سندی بین­المللی دراین خصوص فراهم آید، بررسی این سند پیش نویس موجب آمادگی بیشتر مقامات کشورمان برای اتخاذ موضعی دقیق و هماهنگ با منافع ملی ما خواهد شد.

منابع

الف( منابع اولیه

1. اسناد
2. Agreement between the United Nations and the World Intellectual Property Organization, Art. 1, WIPO Publication, No. 111 (1975), at: http://www.wipo.int/treaties/en/agreement/index.html, accessed May 25, 2010.
3. General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) 1947,

at: http://www.worldtradelaw. net/uragreements/gatt.pdf, accessed April 22, 2010.

1. UN General Assembly Charter of Economic Rights and Duties of States, Res. 3281 (XXIX),The American Journal of International Law, Vol. 69, No. 2, Apr. 1975, pp. 484-494, at: http://www.jstor.org/pss/2200320, accessed April 21, 2010.
2. UN General Assembly Declaration on the Establishment of a New International Economic Order (NIEO) 1974, GA Res/3201 (S.VI) (1974), The American Journal of International Law, Vol. 68, No. 4, Oct. 1974, pp. 798-801, at:

http://www.jstor.org/pss/2199889, accessed May 25, 2010.

1. UN General Assembly Programme of Action on the Establishment of a New International Economic Order: GA Res/3202 (S.VI) (1974), The American Journal of International Law, Vol. 68, No. 4, Oct. 1974, pp. 798-801,

at: http://www. jstor.org/pss/2199889, accessed May 25, 2010.

1. گزارش ها
2. General Assembly, 33rd session, United Nations Conference on an International Code of Conduct on the Transfer of Technology, 33/157, 90th plenary meeting, Dec. 1978, p. 118, at:

http://www.un.org/documents/ga/res/ 33/ares33r159.pdf, accessed April 28, 2010.

1. International Code of Conduct on the Transfer of Technology to the General Assembly at its Fiftieth Session, UNCTAD Doc. TD/CODE TOT/60/6 Sep. 1995, at:

http://stdev.unctad.org/compendium/documents/TO-CODE%20TOT-60.pdf, accessed April 26, 2010.

1. Report of the Intergovernmental Group of Experts on an International Code of Conduct on the Transfer of Technology, UNCTAD Doc. TD/CODE TOT/1, 1978.
2. Sixth Session of the UN Conference on an International Code of Conduct on the Transfer of Technology, Background Note, UNCTAD Secretariat, UN Doc. TD/CODE TOT/49, 9 Oct. 1985, Report of General Assembly of UN, A/RES/ 40/ 184/ Dec. 1985, at:

http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r184.htm, accessed April 20, 2010.

ب( منابع ثانویه

1. کتب و مقالات

1. Bulajic, Milan, International Protection of Intellectual Property in the Context of the Right to Development: Comment on the German Proposal, S.R. Chowdhury *et al.* (eds.), The Right to Development in International Law, Kluwer Academic Publishers, 1992.
2. Clark, Jeanne, and Piccolo, Joe, and Stanton, Brian, and Tyson, Karin, "Patent Pools: A Solution to the Problem of Access in Biotechnology Patents?", United States Patent and Trademark Office, 2000, at: http://www.uspto.gov/ web/ offices/ pac/dapp/opla/patentpool.pdf, accessed July 15, 2010.
3. Contractor, Farolh, J., and Sagafi\_Nejad, Tagi, "International Technology"Transfer: Major Issues and Policy Responses", Journal of International Business Studies, Vol. 12, No. 2, Tenth Anniversary Special Issue, Supplement 1981, pp. 113-135, at: http://www.jstor.org/stable/154673, accessed May 26, 2010.
4. Lerner, Josh, and Strojwas, Marcin, and Tirole, Jean, "The Design of Patent Pools: The Determinants of Licensing Rules", 2005, at: http://www.people.hbs.edu/ jlerner/PatPoolEmpiricalPaper.pdf, accessed May 25, 2010.
5. McCulloch, Ruchel, "Technology Transfer to Developing Countries: Implications of International Regulation", Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 458, Nov. 1981, pp. 110-122, at: http://www. jstor.org/stable/1044318, accessed May 21, 2010.
6. Muchlinski, Peter T., Multinational Enterprises and the Law, Oxford University Press, 2nded., 2007.
7. OECD, Financing Climate Change Action, Supporting Technology Transfer and Development: Key messages and recommendations from recent OECD work, 2010, at: http://www.oecd.org/dataoecd/60/1 /44080723.pdf, accessed July 15, 2010.
8. OECD Survey of Current Practices and Policies, Intellectual Property, Technology Transfer and Genetic Resources, OECD, 1996, at: http://www.oecd.org/ dataoecd/60/11/1947170.pdf, accessed July 15, 2010.
9. Patel, Surendra J., "The Technological Transformation of the Third World", Economic and Political Weekly, Vol. 17, No. 9, Feb. 1982, pp. 13-22, at: http://www. jstor.org/pss/4370724, accessed April 21, 2010.
10. Rissanen, Kirsti, "The Draft International Code of Conduct on the Transfer of Technology and Standards of Fairness in Contract Relationships", Stockholm Institute for Scandinavian Law, Vol. 27, 1983, pp. 139-162, at: http://www.cenneth. com/sisl/pdf/27-6.pdf, accessed May 22, 2010.
11. Rubin, Seymour J., "International Code of Conduct on the Transfer of Technology", The American Journal of International Law, Vol. 73, No. 3, 1979, pp. 519-520, at: http://www.jstor.org/stable/2201161, accessed May 21, 2010.
12. Saggi, Kamal, "Trade, Foreign Direct Investment, and International Technology Transfer: A Survey", The World Bank Research Observer, Vol. 17, No. 2, 2002, pp. 191-235, at: http://www.jstor.org/stable/3986331, accessed May 26, 2010.
13. Skelton, James W., "UNCTAD's Draft Code of Conduct on the Transfer of Technology: A Critique", Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 14, 1981, pp. 381-396, at: http://www.heinonline.org, accessed May 22, 2010.
14. Teece, David J., "The Market for Know-How and the Efficient International Transfer of Technology", Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 458, Nov. 1981, pp. 81-96, at: http://www.jstor. org/ stable/1044316, accessed May 21, 2010.
15. UNCTAD/ITE/IPC/2003/6, Transfer of Technology for Successful Integration into the Global Economy, United Nations Publication, New York and Geneva, 2003, at: http://www.unctad.org/en/docs//iteipc20036\_en.pdf, accessed May 20, 2010.
16. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, Transfer of Technology, United Nations Publication, New York and Geneva, 2001, at: http://www. unctad.org/en/docs//psiteiitd28.en.pdf, accessed April 20, 2010.
17. Zaphiriou, George A., "An International Code of Conduct on Transfers of Technology", The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 26, No. 1, 1977, pp. 210-218, at: http://www.jstor.org/stable/758913, accessed May 21, 2010.
18. Zaphiriou, George A., "Transnational Technology Protection", The American Journal of Comparative Law, Vol. 40, No. 4, 1992, pp. 879-915, at: http://www.jstor. org/stable/840797, accessed May 21, 2010.

2.سایت های اینترنتی

1. http://en.wikipedia.org.

2. http://www.investopedia.com.

3. http:// www.oecd.org.

4. http://www.un.org/ga.

5. http://www.unctad.org.

6. http://www.wipe.int.

7. http://www.worldtradelaw.net.

*8.* http://www.wto.org.

فصل سوم

حفظ منافع اساسی دولت میزبان در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی

**چکیده**

در نظام بین­المللی جاری­­­، بیشتر کشورها به منظور مشارکت در اقتصاد بین­المللی به صورت ارادی محدودیت­هایی را در رابطه با اعمال حق حاکمیت خویش مورد پذیرش قرار داده­اند. برای نمونه در زمینه­ی سرمایه­گذاری­، دولت­ها با هدف فراهم آوردن یک محیط با­ثبات و قابل پیش­بینی برای سرمایه­گذار خارجی، به انعقاد معاهدات دو یا چند­جانبه روی آورده­اند که این معاهدات با پیش­بینی حقوق متعدد برای سرمایه­گذاران، تا اندازه­ی زیادی دامنه­ی اعمال حق حاکمیت دولت میزبان سرمایه را محدود می­سازند. مع­هذا نگاهی دقیق به همین معاهدات نشان می­دهد که دولت­ها­، علی­رغم پذیرش داوطلبانه­ی محدودیت بر سر راه اعمال حاکمیت خویش­، ابزار نیرومندی برای تضمین اقتدار و حاکمیت خویش در مواقع حساس در نظر گرفته­اند­ و آن عبارت است از درج شرط استثنای مربوط به حفظ منافع اساسی دولت میزبان­. با وجود روند رو به رشد درج چنین استثنایی در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی به ویژه معاهدات دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه­گذاری خارجی، کشور عزیزمان ایران­، جز در موارد بسیار معدود، از گنجاندن چنین شرطی در معاهدات دوجانبه سرمایه­گذاری خویش بازمانده است­. از این رو نوشتار حاضر در نظر دارد ضمن بررسی و تحلیل موضوع، به گونه­ای اهمیت آن را برای دست اندرکاران و طراحان معاهدات مربوط به سرمایه­گذاری ایران تبیین نموده­، راهنمایی برای شناخت آن به دست دهد­. برای این منظور علاوه بر بررسی این شرط در رویه توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی­، آرای داوری صادره در بحران اقتصادی آرژانتین که مجالی برای بررسی این شرط در مرحله عمل می باشد،­ نیز مورد بررسی قرار گرفته است­.

**واژگان کلیدی**­

منافع اساسی دولت میزبان­، حقوق سرمایه­گذار خارجی­، معاهدات دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه­گذاری خارجی­، توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی­

**مقدمه**

دولت­ها در تلاش برای جذب سرمایه­گذاری خارجی به انعقاد معاهداتی می­پردازند که در آن حقوق مختلفی برای سرمایه­گذاران خارجی پیش­بینی می­شود­­.گذر زمان نشان داده است که التزام دولت­ها به رعایت این حقوق ممکن است در شرایطی با حفاظت از منافع اساسی دولت میزبان قابل جمع نباشد­؛ از این رو دولت­ها به این نتیجه رسیده­اند که بایستی در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی خویش این نکته را متذکر شوند که جایی که حفاظت از منافع اساسی کشورشان اقتضای عدم رعایت این حقوق را داشته باشد­، آن­ها مجاز به انجام یا عدم انجام اقداماتی مغایر با تعهدات قراردادی خود خواهند بود­. آن­ها این مهم را از طریق درج شرط استثنای مربوط به حفظ منافع اساسی در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی خویش به انجام رسانده­اند­. شرط اسثتنای منافع اساسی­، چندان که از نام آن بر می­آید­، یک استثناست و از این رو به صورت ایجابی انجام هیچ­گونه اقدام مغایر با تعهدات مندرج در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی را توسط هیچ یک از طرفین تجویز نمی­کند بلکه با بیانی منفی اعلام می­دارد که چنان­چه حفاظت از منافع اساسی دولت میزبان اقتضا نماید­، در شرایط خاصی می­تواند از این تعهدات عدول نماید­، بدون این که مسئولیتی از این باب عهده­دار گردد­.

برای درک مفهوم "منافع اساسی" مورد نظر در این شرط­، می­توان از باب مقایسه با دفاع اضطرار،[[250]](#footnote-250) ­به تفسیر ماده 25 سند کمیسیون حقوق بین­الملل سازمان ملل متحد در باب مسئولیت بین­المللی دولت­ها مراجعه کرد که در آن یکی از شرایط استناد به دفاع اضطرار چنین معرفی شده است که نقض تعهد بین­المللی از سوی یک دولت، بایستی تنها راه برای حفظ منافع اساسی آن دولت در مقابل یک خطر جدی و قریب­الوقوع باشد­.[[251]](#footnote-251) مطابق تفسیرهای صورت گرفته از شرط فوق­، منافع اساسی اصولاً قابل تعریف نبوده بلکه به تمامی شرایط پرونده بستگی دارد و از این رو نمی­توان نسبت به آن پیش­داوری نمود. با این وجود می­توان گفت این مفهوم ناظر به منافع مهم و حیاتی از قبیل بقای سیاسی­، اقتصادی­، حفظ صلح داخلی­، حفاظت از محیط زیست و ... می­باشد­.[[252]](#footnote-252) معنای منافع اساسی در شرط استثنای مورد نظر نیز از این معنا دور نیست­. با این حال نگاهی به توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی نشان می­دهد که این توافقات عموماً منافع اساسی را به مسائل امنیتی محدود کرده­اند و برای نمونه­های آن از منافع امنیتی اساسی­،[[253]](#footnote-253) نظم عمومی[[254]](#footnote-254) و اخلاق حسنه[[255]](#footnote-255) نام برده­اند­.[[256]](#footnote-256) رویه توافقات­، منافع امنیتی اساسی را ناظر به شرایطی می­داند که کشوری می­خواهد در مقابل وضعیت جنگ داخلی یا بین­المللی از خود محافظت نماید­، در حالی­که نظم عمومی به حکومت قانون و اطمینان از صلح در کشور اشاره دارد­.[[257]](#footnote-257) اخلاق حسنه نیز که به استاندارد­های رفتاری درست و غلط یک جامعه اطلاق می­شود­­، علی­رغم این که مفهومی مجزا از نظم عمومی داراست اما در مواردی با نظم عمومی همپوشانی داشته و از ارزش­های مشترک زیادی حمایت می­کنند­. در کنار این موارد دیده شده که برخی توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی­، تعهدات دولت میزبان در رابطه با "حفظ و احیای صلح و امنیت بین­المللی"[[258]](#footnote-258) را ذیل شرط استثنای مورد نظر آورده­اند­.[[259]](#footnote-259) گنجاندن این مفهوم در توافقات سرمایه­گذاری تا اندازه زیادی دایره­­ی اعمال مواد مربوط به امنیت را توسعه بخشیده است زیرا به دولت میزبان اجازه می­دهد در جایی­که چیزی مستقیماً امنیت ملی آن­ را تهدید نمی­کند و تنها به این علت که نسبت به حفظ یا احیای صلح و امنیت بین­المللی متعهد است­، به این مقرره استناد نماید­.[[260]](#footnote-260) توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی، بعضاً در کنار تبیین مفهوم منافع اساسی، از شرایطی نیز که منافع اساسی در آن به مخاطره می­افتد­، با عنوان "شرایط فوق­العاده"[[261]](#footnote-261) یاد کرده­اند[[262]](#footnote-262) که می­تواند بحران بسیار شدید سیاسی­، پولی­، مالی، بلایای طبیعی­، بیماری­های فراگیر­، آشوب و نافرمانی مدنی را در برگیرد­.[[263]](#footnote-263) علاوه بر این می­توان به توافقاتی اشاره کرد که در آن­ها در کنار مسائل مربوط به امنیت­، مسائل دیگری از قبیل حفظ محیط زیست­، سلامت عمومی یا مسائل فرهنگی دولت میزبان در قالب شرط استثنای مزبور، مورد توجه قرار گرفته است­­.[[264]](#footnote-264)

فراوانی موارد این شرط در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی به ویژه معاهدات دوجانبه سرمایه­گذاری نشان از این دارد که درج شرط استثنای مزبور به تدریج به امری رایج در این توافقات تبدیل گردیده است. تحقیق صورت­گرفته توسط سازمان همکاری و توسعه اقتصادی بر معاهدات دوجانبه­ی سرمایه­گذاری منعقده توسط 43 کشور به خوبی ادعای اخیر را ثابت می­نماید­؛ زیرا از 43 کشور موضوع تحقیق تنها 10 کشور[[265]](#footnote-265) بودند که در هیچ از یک معاهدات دوجانبه­ی خود مقرره­ای راجع به استثنای منافع امنیتی اساسی نداشتند­. در مقابل­، کشوری مثل آمریکا همیشه چنین مقرره­ای را در معاهدات خود جای داده است،کشورهایی چون آلمان­، بلژیک­– لوکزامبورگ­، هند و مکزیک نیز بیشتر اوقات از چنین مقرره­ای در معاهدات خود بهره برده­اند و 27 کشور باقی مانده از این گروه نیز به صورت پراکنده در برخی از معاهدات دوجانبه­ی خود این موضوع را مورد شناسایی قرار داده­اند­.[[266]](#footnote-266) اسناد چند جانبه و منطقه­ای نظیر موافقت­نامه تجارت آزاد کشورهای آمریکای شمالی[[267]](#footnote-267)­، منشور انرژی[[268]](#footnote-268) و موافقت­نامه عمومی تجارت خدمات[[269]](#footnote-269) نیز از منافع امنیتی اساسی به عنوان استثنایی بر تعهدات مقرر در این اسناد در مقابل سرمایه­گذاران خارجی یاد کرده­اند­.

با این حال آن­چه سبب شده درج شرط استثنای مربوط به حفظ منافع اساسی طی سال­های اخیر در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی بیش از پیش مورد توجه قرار گیرد­، وقوع بحران­های اقتصادی گسترده در سطح جهان بوده است چرا که وقوع این بحران­ها، دولت­های میزبان سرمایه را متوجه این مسأله نمود که پیش­بینی حمایت های گسترده در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی برای سرمایه­گذاران خارجی­، بدون درج مقرراتی برای حمایت از منافع اساسی دولت میزبان باعث می­شود که دولت میزبان در شرایط بحران اقتصادی، یا از اتخاذ اقداماتی برای حفظ منافع اساسی خود باز بماند یا در صورت اتخاذ این اقدامات به جهت مغایرت با حقوق پیش­بینی شده برای سرمایه­گذاران در مقابل مراجع حل و فصل اختلاف از جمله دیوان­های داوری مسئول شناخته شود­ زیرا دیوان­های داوری تنها زمانی می­توانند به اعمال این استثنا بپردازند که طرفین بر آن تراضی نموده باشند.[[270]](#footnote-270)

نظر به جمیع عوامل پیش­گفته­­، نوشتار حاضر در نظر دارد ضمن بررسی این شرط در رویه توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی به ویژه معاهدات دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه­گذاری خارجی­، اعمال این شرط را در پرتو آرای داوری صادره از ایکسید در جریان بحران اقتصادی آرژانتین مورد مطالعه قرار دهد­ .

**قسمت اول­: شرط استثنای منافع اساسی در توافقات سرمایه گذاری بین المللی**

در این قسمت تلاش شده تا با تمرکز بر این شرط­، شیوه­ی نگارش این مقرره (الف) و شرایط استناد و اثر آن (ب) در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی مورد بررسی قرار گیرد­.

**الف - شیوه­ی درج شرط استثنای منافع اساسی در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی**

نوع نگارش شرط استثنای مربوط به منافع اساسی دولت میزبان در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی از دو منظر قابل بررسی است­؛ اول به لحاظ قلمرو اعمال در نظر گرفته شده برای این مقرره و دوم به لحاظ درجه­ی استقلال پیش­بینی شده در آن برای دولت میزبان جهت استناد به چنین مقرره­ای­. در ادامه بر اساس دو معیار فوق به ارائه یک تقسیم بندی از این شرط خواهیم پرداخت.

**1. تقسیم بندی شرط استثنای منافع اساسی به لحاظ قلمرو اعمال آن**

نگاهی به شرط استثنای منافع اساسی در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی نشان می­دهد که این توافقات از روش­های متفاوتی برای تعیین قلمرو این مقرره بهره برده­اند­؛ برخی چنین استثنایی را نسبت به تمامی تعهدات ماهوی معاهده قابل اعمال دانسته (استثنای عام­)[[271]](#footnote-271)­، برخی دامنه اعمال آن را به موارد خاصی محدود نموده­اند (استثنای خاص­)[[272]](#footnote-272)و نهایتاً پاره­ای دیگر­، مواردی که این مقرره نسبت به آن­ها قابل اعمال نیست را بر شمرده­اند.

**اول­ - استثنای عام**

استثنای عام چندان که از نام آن بر می­آید­، نسبت به عموم تعهدات مقرر در موافقت­نامه اعمال می­شود­؛ بدین معنا که دولت میزبان را از جمله­ی تعهداتی که نسبت به سرمایه­گذار خارجی در قالب یک توافق سرمایه­گذاری بین­المللی پذیرفته­، معاف می­سازد­­­. این نوع استثنا معمولاً با عباراتی نظیر "هیچ چیز در این معاهده نباید به نحوی تفسیر شود که یک طرف متعاهد را از اتخاذ یا اجرای تدابیری که برای حفظ نظم عمومی یا ... ضروری است­، منع نماید"[[273]](#footnote-273) یا "هیچ­چیز در این موافقت­نامه­، طرف متعاهد میزبان را از انجام اقدام برای حفظ منافع امنیتی اساسی یا در اوضاع و احوال بسیار اضطراری ... باز نخواهد داشت"[[274]](#footnote-274)، در متن توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی درج می­گردد­.

در تحقیق صورت گرفته توسط سازمان همکاری و توسعه اقتصادی که در مقدمه بحث به آن اشاره شد­، ادعا شده که بیشتر معاهدات دوجانبه سرمایه­گذاری از این شیوه برای درج استثنای مربوط به منافع اساسی استفاده کرده­اند­.[[275]](#footnote-275)مدل­های طراحی شده برای معاهدات دوجانبه­ی سرمایه­گذاری نیز بعضاً از این روش بهره برده­اند­.[[276]](#footnote-276) در میان اسناد چند­جانبه­، نیز می­توان از موافقت­نامه عمومی تجارت خدمات[[277]](#footnote-277) و نیز پیش­نویس معاهده چندجانبه سرمایه­گذاری[[278]](#footnote-278) به عنوان نمونه­هایی یاد کرد که از این روش استفاده کرده­اند­.

**دوم - استثنای خاص**

استثنای مربوط به منافع اساسی بعضاً تنها نسبت به مواد خاصی از معاهده اعمال می­شود و دولت متعاهد را از برخی تعهدات قراردادی رها می­سازد­. در چنین مواردی معمول است که استثنا را در قالب یک ماده­ی جداگانه و مستقل نمی­آورند بلکه به ذکر آن در ذیل ماده­ی دیگری بسنده می­کنند­. این ماده که استثنای منافع اساسی در ذیل آن قرار می­گیرد اصولاً موادی است که حقوق سرمایه­گذار خارجی را مقرر می­نماید­. رایج­ترین این موارد در ادامه بررسی می­شود­.

**یک - استثنا نسبت به تعهد به پذیرش سرمایه­گذاری خارجی**

ورود به قلمرو سرزمینی یک دولت و بالتبع برپایی سرمایه­گذاری در آن نیازمند کسب مجوز از دولت میزبان سرمایه است و سرمایه­گذاران بداهتاً از چنین حقی برخوردار نیستند­ مگر این که دولت­ها در چارچوب توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی خویش چنین حقی را برای سرمایه­گذاران طرف مقابل پیش­بینی کرده و خود را به رعایت چنین تعهدی ملتزم نموده باشند­. درحال حاضر تنها اقلیتی از کشورها هم­چون کانادا و آمریکا­­، به عنوان سرمداران نظام اقتصاد آزاد­، در معاهدات خود تعهد به پذیرش سرمایه­گذاران خارجی را پذیرا شده­اند. پذیرش این تعهد از سوی دولت میزبان، حق ورود و برپایی سرمایه­گذاری را به محض لازم­الاجرا شدن معاهده برای سرمایه­گذاران طرف مقابل ایجاد می­کند به گونه­ای که آن­ها را از کسب مجوز بعدی از دولت میزبان برای ایجاد سرمایه­گذاری بی­نیاز می­نماید­ (نظام پذیرش آزاد[[279]](#footnote-279))­­. در مقابل این رویکرد­، نظام پذیرش محدود[[280]](#footnote-280) قرار دارد که با مشروط نمودن حمایت از سرمایه­گذاران به پذیرش آن­ها بر اساس قوانین و مقررات دولت میزبان­، حق گزینش و ارزیابی سرمایه­گذاری را در هر مورد برای این دولت­ها محفوظ نگه می­دارد­.[[281]](#footnote-281)

با وجود آن­که در حال حاضر­، نگرش غالب در زمینه­ی پذیرش سرمایه­گذاری­، نظام پذیرش محدود است­، اما پیش­بینی می­شود در آینده این نگرش جای خود را به نظام پذیرش آزاد بدهد­، به دو دلیل­: اول­؛ نقش ایالات متحده­ آمریکا، کانادا­، ژاپن و کره­جنوبی به عنوان دنبال­کنندگان نظام پذیرش آزاد در سرمایه­گذاری جهانی و نتیجتاً سرایت دیدگاه این کشورها در خصوص این مسأله به معاهدات سایر کشورها­. دوم­؛ درج تعهد به اعطای رفتار دولت کامله الوداد در اکثریت قریب به اتفاق معاهدات دوجانبه سرمایه­گذاری که به نوبه­ی خود باعث گسترش چنین رویکردی به موافقت­نامه­های منعقده توسط دیگر کشورها خواهد شد­.[[282]](#footnote-282)

با قبول پیش­بینی فوق­، استثنای منافع اساسی در خصوص مسأله­ی پذیرش سرمایه­گذاری خارجی اهمیت به سزایی خواهد یافت­؛ زیرا در شرایط کنونی که نظام غالب در خصوص مسأله­ی پذیرش سرمایه­گذاری­، نظام پذیرش محدود است و پذیرش سرمایه­گذاری اصولاً به مطابقت با قوانین و مقررات ملی دولت میزبان مشروط شده است­، حق دولت میزبان در پذیرش یا رد سرمایه­گذاری خارجی محفوظ باقی می­ماند­. بالتبع چنین حقی شامل نپذیرفتن سرمایه­گذاری به دلیل مغایرت با منافع اساسی دولت میزبان نیز می­شود و از این رو درج شرط استثنای منافع اساسی در چنین شرایطی حشو و زائد به نظر می­رسد­. اما اگر بپذیریم روند کنونی به سوی نظام پذیرش آزاد در حال تغییر است­، قضیه صورت دیگری می­یابد زیرا در چنین فرضی بدون وجود شرط مربوط به استثنای منافع اساسی­، دولت میزبان ناگزیر از پذیرش سرمایه­گذاری خارجی است­. بنابراین لازم است دولت میربان در این­جا با پیش­بینی چنین استثنایی­، خود را از این مسئولیت معاف سازد تا چنان­چه پذیرش یک سرمایه­گذاری را در تعارض با منافع اساسی خویش دانست­، بتواند بدون نقض تعهد خویش مبنی بر پذیرش سرمایه­گذاری خارجی از پذیرش چنین سرمایه­گذاری اجتناب نماید­. اگرچه سازمان تجارت و توسعه با مطالعه­ای که بر معاهدات دوجانبه سرمایه­گذاری انجام داده است­، وجود ارتباط میان تعهد به پذیرش سرمایه­گذاری خارجی از یک سو و پیش­بینی استثنا در این معاهدات از سوی دیگر را تأیید نکرده و اظهار داشته است علی­رغم تصور اولیه مبنی بر این که وجود شرط استثنا در معاهدات دوجانبه­ی مشتمل بر حق ایجاد و برپایی سرمایه­گذاری خارجی بیشتر است­، چنین نیست.[[283]](#footnote-283)

**دو- استثنا نسبت به تعهد به رعایت استاندارد رفتار ملی**

یکی از مهم­ترین تعهداتی که دولت­ها در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی بر عهده می­گیرند­، رعایت استاندارد رفتار ملی است که هدف عدم تبعیض میان سرمایه­گذاران داخلی و خارجی را دنبال می­نماید­­. علی­رغم درج چنین تعهدی در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی، ممکن است طرفین قرارداد در شرایطی نتوانند به این تعهد ملتزم باقی بمانند از جمله در جایی­که بحران اقتصادی­، رفتار تبعیض­آمیز میان سرمایه­گذاران داخلی و خارجی را ایجاب می­نماید­. در چنین شرایطی دولت میزبان ناگزیر به نقض این تعهد خواهد بود­. اما از آن­جا که نقض هر یک از تعهدات معاهده­، مسئولیت سنگینی برای ناقض به بار می­آورد و وی را به پرداخت خسارت سنگینی وادار می­نماید­، دولت­ها در توافقات خویش تصریح می­نمایند که تدابیر اتخاذ شده برای حفظ منافع اساسی بیرون از قلمرو اعمال استاندارد رفتار ملی قرار می­گیرد­.[[284]](#footnote-284) بدین ترتیب چنان چه دولت میزبان برای حفظ منافع اساسی دست به اقداماتی مغایر با تعهد به رفتار ملی بزند مسئولیتی از این باب نمی­یابد­.[[285]](#footnote-285)

**سه- استثنا نسبت به تعهد به رعایت استاندارد رفتار دولت کامله الوداد**

یکی دیگر از استانداردهای رفتاری که دولت­ها بر اساس توافق­، تعهد به رعایت آن را در مقابل سرمایه­گذاران خارجی می­پذیرند­، استاندارد موسوم به رفتار دولت کامله الوداد است­. این استاندارد نیز مانند رفتار ملی هدف عدم تبعیض میان سرمایه­گذاران را دنبال می­نماید با این تفاوت که در این جا هدف­، رفع تبعیض میان سرمایه­گذاران خارجی با ملیت­های متفاوت است­.

دول میزبان اساساً می­توانند استراتژی­های توسعه­ی خویش را دنبال نمایند بدون این که میان سرمایه­گذاران کشورهای مختلف قائل به تفاوتی شوند اما در شرایطی ممکن است این دو مهم با یکدیگر قابل جمع نباشد بدین جهت توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی استثنائات مختلفی بر اعمال این شرط در نظر گرفته­اند­. مهم­ترین این استثنائات­، استثنائات مربوط به حفظ نظم عمومی­، اخلاق حسنه­، سلامت عمومی و امنیت ملی است­.[[286]](#footnote-286)درج چنین استثنائاتی نسبت به شرط دولت کامله الوداد باعث می­شود دولت­ها بتوانند انعطاف خود را برای دنبال کردن اهداف توسعه­ی حفظ نمایند­.[[287]](#footnote-287)چنین استثنائاتی عموماً این گونه تنظیم می­شوند که رفتار مغایر با این استاندارد را که به منظور حفاظت از منافع اساسی دولت میزبان انجام می­شوند را رفتارتبعیض­آمیز تلقی نمی­کنند­­.[[288]](#footnote-288)

ارتباط میان استثنای مربوط به منافع اساسی با استانداردهای رفتاری مذکور ( رفتار ملی و رفتار دولت کامله الوداد)در دو فرض قابل بررسی است­؛ اول اعمال این استانداردها در مرحله­ی ورود سرمایه­گذاری­، دوم­؛ اعمال آن­ها در رابطه با مرحله­ی پس از پذیرش سرمایه­گذاری­. در فرض اول بسته به این­که یک توافق سرمایه­گذاری بین­المللی در بحث ورود و پذیرش سرمایه­گذاری از نظام پذیرش محدود استفاده نماید یا نظام پذیرش آزاد­، میزان این ارتباط متفاوت است چنان چه در قسمت پیش اشاره شد، اگر یک توافق سرمایه­گذاری بین­المللی از نظام پذیرش محدود استفاده نماید این ارتباط کم است .در مقابل این ارتباط قوی خواهد بود اگر توافق سرمایه­گذاری از نظام پذیرش آزاد تبعیت نماید­­؛ چون در چنین حالتی استناد به استثنا تنها راه گریز دولت میزبان از رعایت استانداردهای مزبور در مرحله­ی پذیرش می­باشد­. فرض دوم جایی است که نگرانی­های مربوط به منافع اساسی به خصوص منافع امنیتی ممکن است مانع شود طرفین در ارتباط با سرمایه­گذاری­های صورت گرفته­، استانداردهای رفتاری غیر تبعیض­آمیز را دنبال کنند­. بر این اساس چنان­چه یک کشور خاص یک تهدید امنیتی ایجاد نماید، دولت میزبان ممکن است فعالیت­های سرمایه­گذاری سرمایه­گذار آن کشور را محدود نماید و بنابر این علی­رغم تعهداتش مبنی بر رفتار ملی و دولت کامله­الوداد عمل نماید­. برای مثال ممکن است از چنین سرمایه­گذارانی خواسته شود که گزارشات مخصوص ارائه دهند یا فعالیت آن­ها را به دیگر مکانیزم­های کنترلی که مناسب به نظر می­رسد­، مشروط نمایند یا امتیازاتی که به اتباع کشورهای دیگر در ارتباط با سرمایه­گذاری داده می­شود از این سرمایه­گذاران امتناع یا سلب شود­. در چنین مواردی وجود شرط استثنای منافع اساسی­، دولت میزبان را مطمئن می­سازد که اتخاذ چنین تدابیری ضرورتاً تخلف از توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی نیست و مسئولیتی را بر دوش آنان نمی­گذارد­.[[289]](#footnote-289)

**چهار - استثنا نسبت به تعهد به انتقال وجوه حاصل از سرمایه­گذاری**

هدف نهایی از ایجاد و برپایی سرمایه­گذاری­ خارجی­، بی­تردید کسب سود و انتقال آن به کشور متبوع سرمایه­گذار است­؛ اگر از انتقال سود توسط کشور میزبان ممانعت به عمل آید­، این هدف تأمین نخواهد شد­. برای این منظور در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی پیش­بینی می­شود که سرمایه­گذاران طرفین متعاهدین حق دارند کلیه وجوه را به صورت آزادانه منتقل نمایند. پیش­بینی چنین تعهدی به صورت مطلق برای دولت میزبان مشکل­ساز خواهد بود زیرا در مواجهه با بحران­های اقتصادی و کمبود ارز و تراز پرداخت­ها­، سرمایه­گذار ممکن است به محض احساس کوچکترین خطر سیاسی یا اقتصادی در کشور محل وقوع سرمایه با استناد به حق مطلق خویش مبادرت به خارج نمودن حجم بالایی از وجوه نموده و بدین ترتیب بحران ارزی را بیش از پیش تشدید نماید­.[[290]](#footnote-290) برای جلوگیری از چنین نتایج ناگواری برای اقتصاد دولت میزبان­، معاهدات اخیر "شرط موازنه­ی پرداخت­ها[[291]](#footnote-291) "را در توافقات سرمایه­گذاری خویش جای داده­اند­؛ شرطی که به موجب آن حق دولت میزبان برای محدود ساختن انتقال وجوه در شرایط اضطراری به صورت موقت­، شناسایی شده است­. در فرض وجود چنین شرطی در معاهده­، نیازی به شرط استثنای مربوط به منافع اساسی دولت میزبان نخواهد بود­. اما در فرضی که معاهده فاقد چنین شرطی باشد­، استناد به شرط استثنای مربوط به منافع اساسی تنها راه برای ایجاد محدودیت بر سر راه انتقال وجوه بدون نقض یک توافق سرمایه­گذاری بین­المللی خواهد بود.[[292]](#footnote-292)

**سوم - عدم اعمال استثنا در مورد مقررات خاص توافق سرمایه­گذاری**

تعداد اندکی از توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی، موارد معینی را از دایره­ی شمول استثنای مربوط به منافع اساسی خارج می­کنند­. در حالی­که این تکنیک از رویکرد شرح داده شده در بند دوم متفاوت است اما هدف مشابه است­­؛ چرا­ که در هر دو هدف، محدود کردن دامنه اختیار دولت میزبان در اتخاذ تدابیر مربوط به حفظ منافع اساسی و افزایش امنیت حقوقی بیشتر برای سرمایه­گذار است­.[[293]](#footnote-293) تمامی مثال­هایی که می­تواند در این گروه جای بگیرد­، اعلام می­دارد که استثنای منافع اساسی در رابطه با مواد مربوط به مصادره و جبران خسارت غیر قابل اعمال است­.

**یک - عدم اعمال استثنا نسبت به تعهد به عدم مصادره**

مصادره و سلب مالکیت­، به عنوان بزرگ­ترین تهدید فراروی سرمایه­گذاران خارجی­، مدت­ها محل بحث بوده است. در حال حاضر حقوق بین­الملل عرفی دولت­های میزبان را از مصادره سرمایه­گذاری خارجی منع نکرده است اما آن را مشروط به شرایطی نموده­، شرایط چهارگانه­ای که عموماً با عنوان شرایط مصادره­ی مشروع از آن­ها یاد می­شود عبارتند از : 1- دلیل مصادره حفظ منافع عمومی باشد­.2- بوسیله­ی قانون مقرر شده باشد­. 3- غیر تبعیض آمیز باشد­. 4 – غرامت پرداخت شود­.[[294]](#footnote-294) با شناسایی حق ملی کردن و مصادره برای دولت­های میزبان این نگرانی برای سرمایه­گذاران خارجی همیشه وجود خواهد داشت که سرمایه­گذاری آن­ها ممکن است در پی اعمال این حق­، مصادره شود­. برای مقابله با چنین خطری در توافقات سرمایه­­گذاری مقرره­ای در نظر گرفته می­شود که دولت میزبان را­­، جز در صورت شرایط مقرر­، از مصادره­ی اموال خارجیان باز می­دارد­. از چنین مقرره­ای می­توان به عنوان تعهد به عدم مصادره یاد کرد­.[[295]](#footnote-295)

آن­چه در بالا از آن به عنوان تعهد به عدم مصادره یاد کردیم­، در واقع تعهد دولت میزبان به رعایت شرایط چهارگانه­ی مورد اشاره برای مصادره است­. بنابراین در فرضی که چنین مقرره­ای در معاهده حاضر باشد­، نقض غرض خواهد بود اگر اجازه اعمال استثنای منافع اساسی نسبت به این تعهد نیز داده شود­. برای اجتناب از چنین نتیجه­ای در معاهدات تصریح می­شود که استثنای مربوط به منافع اساسی دولت میزبان در این مورد اعمال نخواهد شد­. بر این اساس دولت متعاهد میزبان می­تواند به دلیل حمایت از منافع اساسی خود دست به مصادره سرمایه یا اموال سرمایه­گذار خارجی بزند اما قواعد حاکم بر مصادره در چنین فرضی هم­چنان پابرجا خواهد بود­. به عبارت دیگر در این جا دولت میزبان هم­چنان باید خسارت را پرداخت نماید تا مصادره صورت گرفته­، مصادره­ای مشروع تلقی شود­.[[296]](#footnote-296)

**دو - عدم اعمال استثنا نسبت به تعهد به جبران خسارت**

با توجه به این­که هدف از توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی حمایت از سرمایه­گذاران خارجی بوده و پرداخت خسارت آخرین و تنها راه باقی­مانده برای سرمایه­گذار آسیب­دیده از اقدامات دولت میزبان محسوب می­شود منطقی نخواهد بود اگر مجوز اعمال استثنا نسبت به این تعهد داده شود­. بدین لحاظ در برخی از توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی در مقرره مربوط به استثنای منافع اساسی دولت میزبان، تصریح شده که این مقرره نسبت به تعهد به پرداخت خسارت اعمال نخواهد شد­.[[297]](#footnote-297)

2. تقسیم بندی شرط استثنای منافع اساسی به لحاظ درجه استقلال دولت میزبان در استناد به این استثنا

شرط استثنای مربوط به منافع اساسی دولت میزبان­، آن­چنان که گذشت­، زمانی مورد استناد و اعمال قرار می­گیرد که خطری منافع اساسی دولت میزبان را تهدید می­نماید­، به گونه­ای که دولت میزبان برای حفظ این منافع ناگزیر از نادیده گرفتن برخی از تعهدات قراردادی خویش در برابر سرمایه­گذار خارجی می­گردد­. در چنین شرایطی سوأل این است که آیا دولت میزبان قاضی واحد برای تشخیص این مسأله است که آیا چنین خطری اتفاق افتاده است یا خیر و در فرض بروز چنین خطری­، اقدامات لازم برای مقابله با چنین خطری کدام است­؟

در پاسخ به این سوألات­، توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی از دو رویکرد عمده تبعیت کرده­اند­؛ تنظیم این شروط به صورت خودقضاوتی و غیر آن­.

**اول­ - شروط خود قضاوتی[[298]](#footnote-298)**

نگاهی به شرط استثنای مربوط به منافع اساسی دولت میزبان در توافقات سرمایه­گذاری بین المللی نشان می­دهد که بعضاً این شروط با عباراتی تنظیم شده اند که دلالت دارند بر این­که دولتهای متعاهد مجاز خواهند بود که در کنار تعهدات خویش در معاهده­، تدابیری که برای حفاظت از منافع امنیتی اساسی خویش **ضروری می­دانند**­، اتخاذ نمایند.[[299]](#footnote-299)

عبارت "­ضروری می­داند­" در چنین شرطی بیان­گر رویکردی است که از آن با عنوان "خودقضاوتی" یاد می­شود­. منظور از چنین رویکردی آن است که دولت میزبان­، خود قضاوت خواهد کرد آیا سرمایه­گذاری صورت گرفته تهدیدی برای منافع اساسی این کشور محسوب می­شود یا خیر و در مرحله­ی بعد – چنان چه تشخیص داد چنین تهدیدی وجود دارد – در باب اقدام لازم برای مقابله با چنین تهدیدی تصمیم­گیری خواهد نمود­. نظر به این که در چنین فرضی­، دولت میزبان امتیازی انحصاری برای ارزیابی سرمایه­گذاری صورت­گرفته به عنوان تهدیدی برای منافع اساسی و چگونگی واکنش به آن را در اختیار دارد­، بازبینی قضایی اقدامات اتخاذ شده توسط دولت میزبان از سوی مراجع حل و فصل اختلاف از جمله دیوان­های داوری در چنین فرضی منع شده است­. با این وجود نمی­توان ادعا کرد چنین شرطی سپر کاملی در برابر رسیدگی قضایی فراهم کرده و طرفین قرارداد را به طور کامل از مسئولیت بین­المللی معاف می­سازد چرا که دولت­ها مطابق ماده­ی 26 کنوانسیون وین[[300]](#footnote-300) به اجرای با حسن نیت تعهدات خویش متعهد شده اند­.[[301]](#footnote-301) از این رو دیوان­های داوری در چنین مواردی هم­چنان صالح خواهد بود که ارزیابی نماید آیا دولت میزبان با حسن نیت عمل کرده است یا خیر. اگرچه ارزیابی عینی موضوع عملکرد با حسن نیت دولت کار آسانی نخواهد بود.

در این راستا باید توجه داشت که خود قضاوتی بودن شرط استثنای مورد بحث­، یک امر استثنایی است که نیازمند تصریح است­. ایالات متحده آمریکا سابقاً و برای سال­های طولانی بر این عقیده بود که شرط استثنای مزبور ذاتاً خودقضاوتی است و این موضوع نیازمند تصریح در متن معاهدات به صورتی که در بالا بدان اشاره شد­، نمی­باشد­. با بروز اختلافات و رد این ادعا در پرونده­ی فعالیت­های نظامی و شبه نظامی آمریکا در نیکاراگوئه و نیز پرونده­ی سکوهای نفتی­، این کشور در استراتژی خود بازنگری کرده و متن معاهدات را به گونه­ای اصلاح نموده است که به خودقضاوتی بودن استثنا تصریح داشته باشد­.[[302]](#footnote-302)

با این وصف بعضاً می­توان ملاحضه کرد که توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی از عبارات دیگری در تنظیم شرط استثنا بهره برده­اند که نتیجه­ی آن با روش بالا یعنی تصریح خودقضاوتی بودن شرط (با درج عبارت ضروری بداند) مشابهت نشان می­دهد­. برای مثال برخی از این توافقات به سادگی اعلام می­دارند که مفاد عهدنامه­، طرفین را از انجام اقدامات مرتبط با منافع اساسی باز نخواهد داشت­.[[303]](#footnote-303) نظر به این که در چنین حالتی کافی است تدابیر صورت گرفته با منافع اساسی مرتبط باشند­، دولت­ها اختیار می­یابند با ارزیابی ذهنی و شخصی وجود تهدید را تشخیص داده­، اقدام مناسب برای مقابله با آن را صورت دهند و این نتیجه­ای است که با شرط خودقضاوتی بودن به معنای اخص (شرطی که صراحتاً اختیار تشخیص ضرورت را به دولت میزبان واگذار نماید) نیز به دست می­آید.[[304]](#footnote-304)در روشی دیگر که البته بسیار نادر است­، تدابیر اتخاذ شده برای حفاظت از منافع اساسی غیر مجادله­ای اعلام و از بازبینی قضایی مستثنی شده­اند و بدین ترتیب درجه­ی بالای استقلال برای دولت میزبان پیش­بینی شده است­؛ زیرا در چنین صورتی هیچ نگرانی در مورد بازبینی اقدامات خویش توسط مراجع حل و فصل اختلاف را نخواهد داشت­.[[305]](#footnote-305)

نگاهی به توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی نشان می­دهد اسناد چند جانبه و منطقه­ای بیشتر از شرط خودقضاوتی بهره برده­اند­، در حالی که معاهدات دوجانبه سرمایه­گذاری اغلب چنین ویژگی ندارند­.[[306]](#footnote-306) علت چنین امری شاید این باشد که درج شروط خودقضاوتی در معاهدات دو جانبه با هدف این معاهدات چندان سازگار نمی­باشد­؛ توضیح آن که هدف نهایی از انعقاد معاهدات دوجانبه­، چندان­که از نام آن بر می­آید­، تشویق و حمایت از سرمایه­گذاری خارجی است­، این در حالی است که استفاده از شروط خودقضاوتی با در نظر گرفتن صلاحیت وسیعی برای دولت میزبان برای استناد به چنین شرطی­، سرمایه­گذاران را در معرض خطرات بالقوه فراوانی قرار داده و ثبات و قابلیت پیش بینی آینده­ی سرمایه­گذاری را تا اندازه­ی زیادی برای آنان کاهش می­دهد که این امر خود مانع جذب حداکثری سرمایه­گذاری خارجی می­گردد. این در حالی است که هدف غایی و ابتدائی اسناد چندجانبه­ای که از شکل خودقضاوتی این شرط استفاده نموده اند­،[[307]](#footnote-307)تشویق و حمایت از سرمایه­گذاری نبوده بلکه هدف همکاری­های کلان اقتصادی در حوزه­های مختلف است که سرمایه­گذاری خارجی یکی از این حوزه هاست­. بدین لحاظ در تنظیم این اسناد صلاحیت وسیعی به دول متعاهد از طریق درج شروط خودقضاوتی داده می­شود تا آن­ها بی هیچ واهمه­ای به این اسناد بپیوندند­؛ زیرا در رابطه با اسناد چند جانبه آن چه از اهمیت برخوردار است­، آن است که تعداد بیشتری از کشورها به این سند متعهد گردند­.

نهایتاً می­توان گفت درج شرط خودقضاوتی در عین این که برای حمایت از منافع اساسی دولت میزبان مطلوب است­، با این انتقاد روبروست که به سبب پیش­بینی بالاترین درجه استقلال برای دولت میزبان برای استناد به استثنای منافع اساسی­، راه را بر فرار از تعهدات وی می­گشاید و بدین لحاظ امنیت سرمایه­گذار خارجی را به مخاطره انداخته­، باعث کاهش جذب سرمایه­گذاری خارجی می­گردد­.

**دوم . شروط غیر خود قضاوتی[[308]](#footnote-308)**

زمانی شرط استثنای منافع اساسی غیرخود قضاوتی محسوب می­شود که در آن­، اتخاذ تدابیر لازم برای حفظ منافع اساسی **به صلاح دید** دولت میزبان واگذار نشده باشد بلکه تنها ضرورت اقدامات به عنوان یک معیار عینی مورد توجه قرار گرفته باشد­؛ بدین صورت که اعلام می­شود مقررات معاهده مانع از اتخاذ اقدامات لازم توسط هر یک از طرفین برای حفاظت از نظم عمومی ، منافع امنیتی اساسی و ... نخواهد بود­.[[309]](#footnote-309) در چنین فرضی مراجع حل و فصل اختلاف اصولاً حق بازبینی اقدامات صورت گرفته را دارند­؛ بدین معنا که اولاً­؛ ارزیابی می­کنند که آیا تهدیدی برای منافع اساسی دولت میزبان وجود داشته است یا خیر­. ثانیاً­؛ اقدامات صورت گرفته از سوی دولت یک پاسخ لازم نسبت به این تهدید بوده است یا خیر­. این امر دامنه­ی اختیار دولت میزبان برای قانون­گذاری برای حفاظت از منافع اساسی را کاهش می­دهد­. با این حال نباید تصور کرد که تنظیم شرط استثنای منافع اساسی به صورت یک شرط غیرخودقضاوتی باعث می­شود برای مراجع حل و فصل اختلاف اختیار کاملی برای جایگزین کردن ارزیابی خود به جای ارزیابی دولت میزبان از موقعیت و اقدامات، تصور نماییم چرا که این امر موجب از دست رفتن مفهوم و هدف منافع اساسی دولت میزبان می­شود­؛ وجود یک طرف ثالث که توان تحمیل دیدگاه خویش در مورد وجود تهدید و اقدامات لازم برای مقابله با آن به دولت میزبان را داشته باشد­، مغایر با معنا و مفهوم منافع اساسی است­.[[310]](#footnote-310)

ب- شرایط استناد به شرط استثنای منافع اساسی و اثر آن در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی

اعمال استثنای مربوط به منافع اساسی نسبت به تعهدات دولت میزبان بی­تردید نیازمند وجود شرایط خاصی است­؛ چه در غیر این صورت راه را بر سوءاستفاده و فرار از تعهدات می­گشاید­. برای این منظور توافقات سرمایه­­گذاری بین­المللی شرایطی را برای استناد به این استثنا مقرر نموده­اند­. در ادامه در قالب دو گفتار ابتدا به این شرایط و سپس به اثر اعمال این استثنا خواهیم پرداخت­.

1. شرایط استناد به شرط استثنای منافع اساسی در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی

برای استناد به استثنای منافع اساسی در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی شرایط پیش­بینی شده است­. نظر به این که این شرایط در تمامی توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی به چشم نمی­خورند یا دست­کم همیشه یکسان نیستند­، نمی­توان به طور دقیق از این شرایط نام برد­. در ادامه برخی از مهم ترین این شرایط که در بیشتر توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی از آن­ها یاد شده­، مورد بررسی قرار خواهد گرفت .

**اول - ضرورت پاسخ دولت میزبان[[311]](#footnote-311)**

اولین و شاید مهم­ترین شرط برای استناد به شرط استثنای منافع اساسی­، ضرورت پاسخ دولت میزبان به تهدید صورت گرفته می­باشد . توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی به صور مختلف این شرط را مورد توجه قرار داده اند­؛ برخی ضرورت را به عنوان پیش­شرط عینی اعمال شرط استثنای مربوط به منافع اساسی قلمداد نموده­اند در حالی که برخی دیگر این شرط را در قالب یک شرط خودقضاوتی مورد توجه قرار داده­اند­. در فرض اول عبارت به کار رفته در تنظیم مقرره بدین صورت خواهد بود که­­: هیچ چیز در این موافقت­نامه نباید به گونه­ای تفسیر شود که طرفین را از انجام **اقدامات ضروری** برای حفظ نظم عمومی و ... باز دارد­.[[312]](#footnote-312) در چنین حالتی مراجع حل و فصل اختلاف اختیار دارند که ضرورت اقدامات انجام شده را بسنجند بدین معنا که بررسی نمایند آیا خطر موجود نیازمند پاسخ دولت میزبان بوده است یا خیر و اگر چنین نیازی وجود داشته آیا دولت میزبان ابزار دیگری با شدت کمتر در اختیار نداشته است؟ این رویکرد معیار تناسب[[313]](#footnote-313) را تجویز می­کند و مراجع حل و فصل اختلاف را قادر می­سازد تا تناسب اقدامات صورت گرفته با تهدید موجود را مورد ارزیابی قرار دهند­. چنین رویکردی نهایتاً صلاحیت قانون­گذاری طرفین را به اندازه­ی قابل توجهی کاهش می­دهد­، اما در مقابل بر قابلیت پیش­بینی سرمایه­گذاری خارجی می­افزاید و باعث تشویق هر چه بیشتر سرمایه­گذار خارجی به سرمایه­گذاری می­شود­.[[314]](#footnote-314) در فرض دوم که در قسمت پیش بدان اشاره شد­، مقرر می­گردد معاهده مانع اتخاذ اقداماتی که دولت میزبان ضروری می­داند­، نخواهد شد­. در این­جا نیز شرط ضرورت هم­چنان پابرجاست، تنها مرجع تشخیص این ضرورت متفاوت است­. بدین ترتیب که در این فرض مرجع تشخیص دولت میزبان است و دیوان داوری تنها مجاز به ارزیابی معیار حسن نیت در رابطه با اقدامات صورت گرفته توسط دولت میزبان می­باشد­.

**دوم - غیرخودسرانه و غیر تبعیض آمیز بودن اقدامات دولت میزبان[[315]](#footnote-315)**

اگر آن دست از توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی را که صراحتاً شرطی برای اعمال این استثنا تعیین نکرده­اند­، کنار بگذاریم­، می­توان گفت این شرط­، به همراه مطابقت اقدامات صورت گرفته با قوانین و مقررات دولت میزبان شرط مشترک و معمول اعمال این استثنا محسوب می­شود­.[[316]](#footnote-316) اثر چنین شرطی آن است که اولاً­؛ سرمایه­گذار می­تواند مطمئن باشد که دولت میزبان بایستی قادر به ارائه­ی یک توضیح و توجیه برای محدودیت­های تحمیل شده به دلایل مربوط به منافع اساسی باشد تا اقدام وی خودسرانه تلقی نگردد. ثانیاً­؛ سرمایه­گذار می­تواند مطمئن باشد که اعمال این محدودیت بدون توجه به تابعیت سرمایه­گذاران صورت می­گیرد­؛ چه در غیر این صورت اقدامات دولت میزبان تبعیض آمیز تلقی شده و در نتیجه شرایط برای اعمال این مقرره فراهم نخواهد بود­. ثالثاً؛ مطابقت با قوانین و مقررات دولت میزبان امنیت بیشتری برای سرمایه­گذاران خارجی به ارمغان خواهد آورد زیرا به موجب این شرط­، اقدامات دولت میزبان بایستی لزوماً به مستند یک اختیار و مجوز قانونی صورت گیرد­؛ به گونه­ای که بتوان گفت دولت از حدود اختیارات قانونی خود تجاوز ننموده است­. نهایتاً رعایت چنین شرطی باعث می­شود رفتار مناسب و منصفانه­تری نسبت به سرمایه­گذار خارجی صورت بگیرد چرا که اصولاً در قوانین ملی دولت میزبان، جبران خسارت زیان­دیده از رفتار دولت مورد توجه قرار می­گیرد که سرمایه­گذار می­تواند از چنین امتیازاتی برخوردار شود­. به علاوه، معمولاً در این صورت راه برای اعتراض و تجدید نظر نسبت به عمل دولت مطابق نظام قضایی دولت میزبان نیز بسته نخواهد بود­.

**سوم - عدم ایجاد محدودیت ناروا در سرمایه­گذاری یا تجارت**[[317]](#footnote-317)

توافقات مشتمل بر شروط پیشین معمولاً مقرر می­دارند که دولت میزبان از استثنا برای ایجاد محدودیت ناروا در تجارت یا سرمایه­گذاری استفاده نخواهند کرد­.[[318]](#footnote-318) این دیدگاه این اطمینان را ایجاد می­سازد که دولت میزبان قادر نخواهد بود که " از استثنا برای کاستن از تعهدات معاهده به صورت انفرادی و پراکنده استفاده کند یا اقدامات حمایتی را به بهانه­ی تهدید منافع اساسی اتخاذ نماید".[[319]](#footnote-319)

**چهارم­ - سایر شرایط**

در کنار شرایط فوق که تقریباً در بیشتر شروط استثنا مورد توجه قرار گرفته اند­، بعضاً توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی شرایط دیگری را نیز برای استناد به شرط استثنای منافع اساسی مقرر داشته­اند­ از جمله مطابقت با سایر قوانین بین­المللی**[[320]](#footnote-320)** بدین ترتیب که بیان می دارند اقدامات صورت­گرفته برای حفظ منافع اساسی بایستی با دیگر تعهدات بین­المللی دولت میزبان موافقت­نامه منطبق باشد.[[321]](#footnote-321) پیش­بینی این شرط در توافقات سرمایه­گذاری بدین معناست که تعهدات سابق هم­چنان پابرجا بوده، این استثنا تأثیری بر آن­ها نداشته و نمی­توان به استناد این استثنا، آن تعهدات را نیز به مانند تعهدات توافق سرمایه­گذاری مربوطه زیرپا گذاشت­.

در برخی از توافقات به شرایط شکلی توجه شده بدین معنا که طرف استناد­کننده قبل یا بعد از استناد ملزم به انجام اقداماتی خاص و معین می باشد­. برای نمونه مقرر می­شود که طرف استنادکننده باید پیش از اتخاذ اقدامات یا در کوتاه­ترین زمان ممکن پس از آن طرف مقابل را در جریان این اقدامات بگذارد و هدف­، مبنای قانونی و عناصر آن را به وی اعلام دارد­.[[322]](#footnote-322)

بدیهی است در آن دست از توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی که دایره­ی شمول استثنای مربوط به منافع اساسی را با برشمردن طبقه­ی خاصی از موارد که شرط ممکن است در آن­ها مورد استناد قرار گیرد­، محدود نموده اند­، قرار گرفتن در این طبقات یکی از شرایط استناد به شرط استثنای منافع اساسی محسوب می شود­. باید توجه داشت که چنین­ شرطی تنها در جایی معنا می­یابد که توافق سرمایه­گذاری این موارد را به صورت انحصاری برشمرده باشد نه آن که مواردی را از باب مثال آورده ولی آن را احصا نکرده باشد­.[[323]](#footnote-323)

2. اثر استناد به شرط استثنای منافع اساسی

مهم­ترین مسأله در باب شرط استثنای مربوط به منافع اساسی­، بی­تردید اثر استناد به چنین شرطی است­. به موجب این شرط دولت میزبان اجازه می­یابد در شرایطی که حفاظت از منافع اساسی کشورش ایجاب نماید، تعهدات خویش در برابر سرمایه­گذارخارجی را نادیده انگارد بدون این که مسئولیتی به خاطر نقض تعهد متوجه وی گردد زیرا با اعمال این شرط از توافقنامه، دولت متعاهد اصولاً مرتکب تخلف نمی­گردد­ تا به سبب عدم هماهنگی با تعهدات مقرر در توافق نامه مسئولیتی یابد چرا که به موجب یکی از مواد همان موافقت نامه چنین اجازه­ای یافته است­. بدیهی است در صورتی که این استثنا به صورت استثنای عام تنظیم نشده باشد­، دولت میزبان تنها از تعهداتی مبرا خواهد بود که شرط استثنا مقرر نموده است­.

قسمت دوم**: شرط استثنای منافع اساسی درآیینه­آرای داوری سرمایه­گذاری بین­المللی**

برای این قسمت آرای صادره در بحران اقتصادی آرژانتین انتخاب شده است زیرا در جریان بحران مورد اشاره دولت آرژانتین برای مقابله با بحران و به منظور جلوگیری از اضمحلال سیاسی و اقتصادی کشور­، دست به اقداماتی زد که بعضاً این اقدامات با تعهداتی که این کشور در جریان انعقاد معاهدات دوجانبه سرمایه­گذاری در قبال سرمایه­گذاران خارجی پذیرفته بود­، مغایرت داشت­. همین امر سبب شد تا حجم عظیمی از دعاوی سرمایه­گذاری علیه این کشور در دیوان­های داوری اقامه شود­. بخش مهمی از این دعاوی­، دعاوی بود که توسط سرمایه­گذاران آمریکایی و به استناد معاهده­ی دوجانبه­ی سرمایه­گذاری منعقده میان ایالات متحده آمریکا و آرژانتین در دیوان های داوری ایکسید اقامه شده بود­. دولت آرژانتین در مقام دفاع و برای معافیت از مسئولیت، به ماده­ی 11از همین معاهده که همان شرط استثنای مورد نظر ماست،[[324]](#footnote-324) استناد می­کرد. دیوان­های داوری در مواجهه با این ادعای دولت آرژانتین مباحث گسترده­ای را پیرامون این مقرره مطرح نمودند که در ادامه به آن­ها خواهیم پرداخت .

الف - رابطه­ شرط استثنای منافع اساسی با دفاع اضطرارحقوق بین­الملل عرفی در پرتو آرا داوری

دولت­ها برای استناد به استثنای منافع اساسی در جهت توجیه اقدامات مغایر با تعهدات خود در قبال سرمایه­گذاران خارجی دو راه پیش رو دارند­: 1- استناد به دفاع اضطرار مقرر در حقوق بین­الملل عرفی 2- پیش­بینی شرط استثنای منافع اساسی در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی. در پرونده­های موضوع بحث نیز دولت آرژانتین در عین حال که اساساً هرگونه نقض معاهده­ دوجانبه سرمایه­گذاری را نفی می­­کرد­، بر مبنای دو دفاع مورد اشاره­، تمامی اقدامات خود را در هر صورت مشروع و قانونی می­دانست­. در برابر این رویکرد دیوان­های داوری باید به این سوأل مهم پاسخ می­دادند که کدام یک از این دو دفاع در این جا قابل اعمال است­؟ یا به عبارت بهتر آیا دفاع اضطرار در جایی­که چنین شرطی به صورت صریح پیش­بینی شده – چنان­چه در این پرونده­ها ماده­ی 11 معاهده مشتمل بر چنین شرطی است - می­تواند مورد استناد قرار بگیرد؟ اگر پاسخ مثبت است­، این دفاع به صورت موازی با شرط استثنای منافع اساسی عمل خواهد نمود یا تنها یک نقش تفسیری به عهده خواهد گرفت­؟

نگاهی به این پرونده­ها نشان می­دهد که دیوان­های داوری نسبت به این موضوع رویه­ی واحدی در پیش نگرفته­اند؛ برای نمونه دیوان­­های داوری درگیر در پرونده­های ال جی اند ای و کانتیننتال ابتدائاً به ارزیابی واقعیات هر پرونده در پرتو ماده­ی 11 معاهده پرداختند و سپس از دفاع اضطرار برای تقویت استدلال خود در این راستا استفاده نمودند­. در پرونده­ی ال جی اند ای دیوان برای رسیدن به چنین نتیجه­ای این­گونه استدلال نمودکه­: "از حیث قانون ماهوی حاکم­، این دیوان باید ابتدا معاهده را اعمال کند و سپس حقوق بین­الملل عمومی را تا جایی که لازم است مورد استفاده قرار دهد­. دیوان تأکید می­کند که ادعاها و دفاعیاتی که به آن­ها اشاره شد­، ناشی از معاهده است­، بنابراین تا آن­جا­ که بحث راجع به تفسیر و اعمال مقررات معاهده است­، حقوق بین­الملل عرفی اعمال خواهد شد­".[[325]](#footnote-325) این دیوان در نهایت نتیجه می­گیرد که اگرچه حمایت­های اعطا شده به موجب ماده 11 برای معافیت آرژانتین از مسئولیت کفایت می­کنند­، مقررات حقوق بین­الملل در باب اضطرار باعث تقویت استدلال دیوان داوری می­گردد.[[326]](#footnote-326)

کارشناسان [[327]](#footnote-327) در نظریه­ی کارشناسی خود در پرونده­ی انرون [[328]](#footnote-328) با استدلال دیوان در پرونده­ی ال­جی­اند­ ای تا اندازه­ای هم­سو و هم­جهت بودند زیرا هر دو ­پذیرفتند که اگر معاهده مبنای دعوا به صورت خاص و ویژه به این مسأله پرداخته باشد­، مسلماً دیوان داوری در تصمیم­گیری خود باید به آن رجوع نموده و از قواعد مندرج در سند مسنولیت بین­المللی دولت­ها تنها به عنوان تکمله­ی بحث استفاده کند­. با این وجود نتیجه­ای که کارشناسان در پرونده­ی انرون در نهایت بدان دست یافتند با نتیجه­ی تحلیل دیوان در پرونده­ی ال جی اند ای یکسان نبود­؛ چرا که به اعتقاد آنان چنین مقررات تفصیلی در معاهده حاضر وجود نداشت. به دنبال نظر کارشناسان­، دیوان داوری در تحلیل نهایی خود بدون تفکیک این دو از یکدیگر اعلام داشت­: " نظارت قضایی دیوان باید به قدری مؤثر و قوی باشد که بتواند تشخیص دهد که آیا شرایط مندرج در حقوق بین­الملل عرفی یا معاهده رعایت شده اند که بتوانند عنصر تقصیر را زائل کنند یا خیر­. نظر به این­­که دیوان به این نتیجه رسیده است که شرایط مندرج در ماده 25 سند مسئولیت بین­المللی دولت­ها­... در این خصوص رعایت نشده است­... نیازی به تحلیل قضایی مجدد نیست چرا که شرایط استناد به ماده 11 با شرایط استناد به حقوق بین­الملل عرفی یکسان است".[[329]](#footnote-329)

در پرونده­ی سی ام اس دیوان بدون آن که صراحتاً به تفکیک این دو از یکدیگر بپردازد­، ابتدا به تحلیل وضعیت بر اساس حقوق بین­الملل عرفی پرداخت و سپس اشعار داشت که" بحث در باب وضعیت اضطراری و فوق­العاده محدود به حقوق بین­الملل عرفی نیست­، چرا که مقررات خاصی در معاهده وجود دارند که به این مقوله پرداخته اند".[[330]](#footnote-330) این دیوان در ادامه بررسی نمود که آیا ماده­ی 11 معاهده دوجانبه سرمایه­گذاری میان آمریکا و آرژانتین در بر­دارنده­ی یک دفاع صحیح هست یا خیر­. کمیته­ی تجدید نظر سی ام اس در ایکسید موضع دیوان را به جهت عدم تفکیک این دو موضوع از یکدیگر مورد انتقاد قرار داد چرا که اولاً به باور کمیته­ی تجدیدنظر­، شرایط لازم برای اجرای ماده 11معاهده و ماده­ی 25 یکسان نیست و از این رو نمی­توان با این دو به مثابه­ی یک موضوع واحد برخورد نمود ثانیاً به عقیده­ی کمیته تجدیدنظر دفاع اضطرار تنها یک گزینه­ی کمکی برای معافیت مبتنی بر عهدنامه است­.[[331]](#footnote-331)

نظر به هم­سویی موضع کمیته­ی تجدیدنظر در پرونده­ی سی ام اس با رأی دیوان­های داوری در پرونده­ی ال جی اند ای و کانتیننتال و حتی تحلیل­های صورت­گرفته نظیر آن چه در پرونده­ی انرون به آن اشاره شد­، شاید بتوان گفت علی­رغم وجود نظر مخالف­، رویه­ی قضایی به سمت پذیرش این نظر در حال حرکت است که در صورت وجود شرط استثنا مانند ماده 11 معاهده مورد بحث­، این مقرره اجرا خواهد شد بدون آن که نیازی به در هم آمیختن این مقرره با نیازمندهایی ماده 25 سند مسئولیت بین­المللی دولت­ها باشد­. با این حال نمی­توان در این باره اظهار نظری قاطع نمود بلکه باید منتظر آینده ماند و دید این نظر تا چه اندازه مورد پیروی قرار خواهد گرفت.

ب - تفسیر شرط استثنای منافع اساسی در پرتوآرا داوری

مبحث حاضر در نظر دارد مسائل مربوط به شرط استثنای منافع اساسی دولت میزبان نظیر خود قضاوتی بودن­، شرایط استناد و اثر چنین شرطی را در پرتو آرا صادره در پرونده­های مربوط به بحران اقتصادی آرژانتین مورد بررسی قرار دهد­.

1. تفسیر اصطلاح نظم عمومی و منافع امنیتی اساسی

یکی از مهم­ترین سوألات پیش روی دیوان­های داوری در پرونده­های فوق­الذکر این بوده است که آیا بحران اقتصادی می­تواند مصداقی از برهم خوردن نظم عمومی و تهدید منافع امنیتی اساسی – آن چنان که در ماده 11 این معاهده آمده است - قلمداد شود یا خیر ؟ پاسخ تمامی دیوان­های داوری مورد بحث به این سوأل مثبت بود­. تحلیل این­که چگونه دیوان­های داروی به این نتیجه رسیدند­، جالب توجه است­؛ زیرا چنین نتیجه­ای از یک طرف به سادگی از تفسیر متن معاهده به دست نمی­آید چرا که اصولاً اصطلاح منافع امنیتی اساسی ناظر به ملاحضات نظامی و استراتژیک است و عبارت حفظ نظم عمومی نیز به ناآرامی­های مدنی بر می­گردد­ [[332]](#footnote-332) و از طرف دیگر بحران اقتصادی به سختی به نظم عمومی و امنیت اساسی کشوری مرتبط می­شود­.

نظیر این استدلال – تفسیر لفظی - را خواهان در پرونده­ی کانتیننتال به کار بسته­، می­گوید­: "­بحران به وقوع پیوسته در کشور آرژانتین در طول سال­های 2001 الی 2002 مشمول ماده 11 نمی­شود­، چرا که قبل از هر چیز معنای عادی لغت امنیت­، ایمنی از تهدیدات خارجی است­. همچنین به عقیده خواهان صفت اساسی چیزی کمتر از حیاتی نیست و به همین دلیل وی نتیجه می­گیرد که مقصود از منافع امنیتی اساسی یک کشور­، منافعی هستند که بقای اصل کشور در مقابل تهدیدات خارجی جز با حفاظت از آن­ها میسر نیست­. آرژانتین مشخصاً هرگز با چنین تهدیدی مواجه نبوده است و هرگز خود این کشور در جریان رسیدگی­های کنونی چنین ادعایی نداشته است".[[333]](#footnote-333)در باب مفهوم نظم عمومی نیز خواهان ادعا می­کند که "نظم عمومی دارای معنای خاص محدودی است و به اقداماتی مربوط می­شود که راجع به صیانت از سیاست­های عمومی­، قوانین امری و اخلاق حسنه مخصوص یک ملت است­. خواهان این چنین نتیجه می­گیرد که اقدامات صورت گرفته مشخصاً برای حفاظت از این ارزش­ها نبوده­اند­، چرا که این ارزش­ها اساساً در دوره­ی بحران آرژانتین مورد تهدید واقع نشده اند"­.[[334]](#footnote-334) در مقابل دولت آرژانتین مدعی است که ماده­ی 11 راجع به حفظ نظم عمومی­، " اقداماتی که به منظور تضمین امنیت داخلی در مقابل حوادثی نظیر تظاهرات داخلی خشونت بار­، ناآرامی­ها­، چپاول و جرایم­، تنش­های اجتماعی سنگین و احتمال فروپاشی اساس نظم کشور و خروج کنترل اوضاع قلمرو سرزمینی از دست دولت اتخاذ می­شوند را در بر می­گیرد".[[335]](#footnote-335)

دیوان داوری با دولت آرژانتین هم­نظر بود با این استدلال که اولاً برخلاف ادعای خواهان که با تفسیر بسیار مضیق از نظم عمومی­، این اصطلاح را ناظر به ارزش­های اساسی اجتماع نظیر اخلاق حسنه قلمداد می­نمود­، نظم عمومی ناظر به حفظ صلح و آرامش عمومی است­، امری که می­تواند با ناآرامی­های بالقوه و بالفعل­، آشوب­ها و اعتراضات خشونت بار مورد تهدید قرار گیرد­.[[336]](#footnote-336) ثانیاً اصطلاح منافع امنیتی اساسی باید در پرتو این واقعیت تفسیر شود که مفهوم امنیت بین­المللی دولت در نظم بین­المللی پس از جنگ جهانی دوم­، دستخوش تغییر شده و نه تنها امنیت سیاسی و نظامی را در بر می­گیرد­، بلکه امنیت اقتصادی دولت­ها و شهروندان آنان را نیز تحت پوشش قرار می­دهد­. دیوان برای اثبات این مدعا به مقدمه­ی منشور سازمان ملل متحد و هم چنین مقدمه­ی اساسنامه صندوق بین­المللی پول استناد کرده است.[[337]](#footnote-337)در مرحله­ی سوم دیوان به سابقه­ی تاریخی چنین مقرره­ای مراجعه نمود­. در این راه دیوان به این نتیجه رسیدکه ماده­ی 11 ریشه در مدل معاهدات دوجانبه سرمایه­گذاری ایالات متحده آمریکا دارد که این معاهدات نیز به نوبه­ی خود از معاهدات مدل مودت­، تجارت و دریانوردی این کشور اقتباس گردیده­اند­. دیوان با اشاره به یک شرح معتبر توسط یک نویسنده­ی مشهور که خود سال­ها در تدوین معاهدات دوجانبه سرمایه­گذاری آمریکا دخیل بوده است­، اعلام می­دارد که "برداشت طرفین از متون گذشته و سابقه­ی تاریخی با برداشت محدود کنونی خواهان در انطباق نیست". مطابق شرح مورد اشاره­، منافع اساسی امنیتی­، منافعی نظیر بهداشت­، ایمنی و رفاه عمومی را نیز در بر می­گیرد­.[[338]](#footnote-338) درگام بعدی­، دیوان به سایر آرا صادره در چارچوب نظام داوری ایکسید در دعاوی علیه آرژانتین اشاره نمود که تمامی آن­ها با استفاده از عبارات کلی گفته اند که "هیچ مانعی در حقوق بین­الملل عرفی و یا هدف و موضوع معاهده وجود ندارد که بخواهد به تنهایی بحران­های اقتصادی شدید را از قلمرو شمول ماده­ی 11 مستثنی نماید­. حتی دیوان­های داوری که به دیده­ی تردید به شدت این بحران اقتصادی در آرژانتین نگریسته اند­، پذیرفته­اند که یک بحران اقتصادی فی نفسه مشمول ماده­ی11 قرار می­گیرد­".[[339]](#footnote-339)

این روند به همین صورت در سایر آرا تکرار شده و موضع دیوان­های داوری درگیر نیز همواره نسبت به این موضوع ثابت بوده به طوری که شاهدیم در تمامی این موارد­، دیوان­های داوری ادعای خواهان را رد نموده اند با این استدلال که پذیرش تفسیر خواهان به معنای نادیده گرفتن فاجعه اقتصادی است که می­توانسته زندگی تمامی مردم و نیز حاکمیت آرژانتین را تهدید نماید­. نمونه­ی چنین استدلالی در رأی ال جی اند ای به روشنی قابل مشاهده است­. در این پرونده دیوان به صراحت این برداشت را که ماده­ی 11 تنها در شرایط عملیات نظامی و جنگ قابل اعمال است­، را رد می­کند و اعلام می­دارد­: "­زمانی که بنیان اقتصادی کشور در معرض خطر قرار می­گیرد­، شدت مشکل می­تواند معادل یک حمله­ی نظامی در نظر گرفته شود­". ­در این میان تفسیر دیوان در پرونده سی ام اس قابل توجه است­. این دیوان با اشاره به دشواری استنتاج از نص ماده­، از ارائه­ی یک تفسیر لفظی استنکاف نمود و در عوض به سیاق و هدف و موضوع معاهده دوجانبه سرمایه­گذاری در قالب یک وارونه­­ی جالب پرداخت­­؛ بدین صورت که به جای این که از این قضیه اطمینان حاصل کند که تفسیر جامع او با الزامات تفسیر مبتنی بر هدف و موضوع منطبق است یا خیر­، به این اندازه بسنده کرد که تفسیر موسع از اصطلاح منافع امنیتی اساسی مغایر چنین هدف و موضوعی نیست­.[[340]](#footnote-340)

با این اوصاف دیوان­های داوری در پذیرش این که بحران اقتصادی می­تواند مشمول عنوان حفظ منافع اساسی امنیتی و نظم عمومی قلمداد گردد­، با یکدیگر اختلافی ندارند­. آن چه مورد اختلاف است این است که آیا بحران به وقوع پیوسته در آرژانتین به گونه­ای بوده است که مشمول چنین عنوانی تلقی گردد یا خیر.

دیوان داوری در پرونده­ی ال جی اند ای با تحلیل شرایط آرژانتین در طول این دوران اعلام داشته­: "­نمی­توان بحرانی که باعث از میان رفتن ناگهانی و نابه هنگام ستون اساسی حیات اقتصادی جامعه گردید ... قریب نیمی از جمعیت را به زیر خط فقر برد­، تهدیدات قریب­الوقوعی را نسبت به بهداشت و سلامت کودکان و بیماران و قشر آسیب­پذیرتر جامعه به وجود آورد­، ناآرامی و بی­نظمی وسیعی را سبب گردید­...­، باعث استعفاهای ناگهانی و پیاپی روسای­جمهور و سقوط دولت­ها گردید­... را به عنوان موقعیتی که در آن نظم عمومی و منافع امنیتی اساسی آرژانتین به عنوان یک حکومت و به عنوان کشوری که حیات آن در خطر است­، انکار نمود­. در مقابل دیوان در پرونده­ی سی ام اس علی­رغم پذیرش وجود بحرانی شدید در آرژانتین اظهار داشته که چون این بحران منجر به فروپاشی اقتصادی و اجتماعی نشده فلذا نمی­تواند فی نفسه فاجعه آمیز تلقی شود از این رونمی­توان بر آن نام یک قوه قاهره نهاد که هیچ راه دیگری باقی نمی­گذارد­.[[341]](#footnote-341)

بر این اساس دیوان­های داوری در این که شدت مورد نیاز برای آن که یک بحران مشمول وضعیت اضطراری مقرر در شرط استثنای منافع اساسی قرار گیرد­، اختلاف نظر اساسی دارند­؛ برخی هم­چون سی ام اس برای چنین حکمی بحرانی را مورد نیاز می­دانند که فروپاشی اقتصادی و اجتماعی را به دنبال آورد، در حالی­که دیوان در پرونده­ی ال جی اند ای چنین برداشتی را تهی شدن چنین مقرره­ای از معنای خود قلمداد می­نماید آن­جا که اظهار می­دارد­:­"حفاظت از منافع امنیتی اساسی چنان که در ماده­ی 11 معاهده آمده است­، اقتضا نمی­کند که کشور به صورت کامل دچار فروپاشی شود و یا این که قبل از آن که مقامات ملی مسئول به حفاظت از این منافع دست بزنند­، یک وضعیت فاجعه آمیز به وجود آمده باشد­، استناد به این ماده مقتضی این نیست که موقعیت به جایی رسیده باشد که تضمینات قانون اساسی و آزادی­های اساسی معلق شده باشند­. اگر هیچ چیز برای حفاظت باقی نمانده باشد­، دیگر مبنایی برای استناد به این ماده وجود نخواهد داشت"­.[[342]](#footnote-342)

2. تفسیر خودقضاوتی یا غیرخودقضاوتی بودن شرط استثنای منافع اساسی

دومین موضوعی که دیوان­های داوری درگیر در پرونده­های فوق­الذکر ناگزیر از تحلیل و بحث راجع آن بودند­، خودقضاوتی یا غیرخودقضاوتی بودن مقرره­ی مورد بحث یعنی ماده­ی 11 معاهده­ی دوجانبه سرمایه­گذاری بود.

استدلالی که عموماً خواهان­ها در برابر ادعای آرژانتین مبنی بر خودقضاوتی بودن مقرره مربوط به استثنای منافع اساسی مطرح کرده و دیوان­های داوری نیز بر آن صحه گذاشته اند­، یک تفسیر لفظی و مضیق از ماده­ی 11 معاهده است بدین صورت که استدلال می­شود که خودقضاوتی بودن نیازمند تصریح در متن معاهده است آن چنان که برخی از توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی مثل موافقت­نامه عمومی تعرفه و تجارت از چنین صراحتی استفاده نموده و حق ارزیابی را انحصاراً در اختیار دولت میزبان قرار داده­اند. چنین تفسیری با ماهیت استثنایی یک شرط خودقضاوتی هماهنگ است .استثنایی پنداشتن خودقضاوتی بودن چنین مقرره ای از این حقیقت نشأت می­گیرد که چنین مقرره ای نه با هدف این معاهدات که همانا حمایت از سرمایه­گذاری خارجی است­، هماهنگ است و نه با پیش­بینی داوری به عنوان طریقی برای حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه­گذاری چرا که در چنین حالتی اختیار وسیعی برای دولت میزبان برای اتخاذ اقدامات مغایر با تعهدات معاهده در نظر گرفته می­شود بدون آن که مرجع پیش بینی شده برای حل و فصل اختلافات قادر به ارزیابی ضرورت این اقدامات باشد­. نمونه­ی چنین تفسیری­، پیش از این در پرونده­ی اقدامات نظامی و شبه نظامی آمریکا در نیکاراگوئه توسط دیوان بین­المللی دادگستری به کار گرفته شده بود.[[343]](#footnote-343) خواهان در پرونده­­ی کانتیننتال با اشاره به این پرونده­، دقیقاً مشابه این استدلال را به کار برد­، آن­جا که اشعار داشت­: " نحوه­­ی تدوین ماده­ی 11 دقیقاً از مدل معاهدات مودت­، تجارت و دریانوردی ایالات متحده پیروی می­کند­، معاهده­ای که در آن از ادبیات و زبان به کار رفته در ماده­یXXI موافقت نامه­ی عمومی تعرفه و تجارت 1947، علی رغم مشابهت در محتوا­، استفاده نشده است­".[[344]](#footnote-344)

در پرونده­ی سی ام اس دیوان برای تصمیم­گیری در این باره­، تفسیر لفظی را ملاک عمل قرار داد و اعلام داشت " در جایی که دولت­ها بخواهند برای خود حقی جهت مشروعیت اتخاذ اقدامات فوق­العاده به صورت یکجانبه که مغایر با تعهدات پذیرفته شده در معاهده هستند­، را قائل شوند­، این کار را به صراحت انجام می­دهند".[[345]](#footnote-345) دیوان برای اثبات این مدعا به موافقت نامه­­ی عمومی تعرفه و تجارت و معاهده­ی دوجانبه سرمایه­گذاری میان آمریکا و روسیه اشاره کرد که در آن­ها از اقداماتی که دولت میزبان " لازم می­داند" صحبت شده است­. در پرونده­ی انرون نیز دیوان داوری با همین استدلال در کنار اشاره به آرای صادره در پرونده­های نیکاراگوئه و سکوهای نفتی نتیجه گرفته که ماده­ی 11 به سبب فقدان صراحت در این باره نمی­تواند خودقضاوتی قلمداد شود­.[[346]](#footnote-346)

نتیجه­ای که دیوان­های داوری بدان دست یافتند­، با آرای مراجع دیگر در باب دفاع اضطرار­، شرط اختیار انکار منافع معاهده و موضوعاتی از این دست­، همخوان و هماهنگ است از این جهت که در تمامی این موارد­، مراجع حل و فصل اختلاف محدودیت­هایی را در خصوص تعیین تکلیف یک جانبه­ی مسائل مرتبط با منافع اساسی مطرح نموده­اند چرا که پذیرش چنین اختیاری برای طرفین – حق تعیین تکلیف یک جانبه – باعث می­شود بررسی مسائل اساسی و مورد اختلاف توسط یک شخص ثالث بی­طرف­، کان لم یکن گردد­. این نگرانی صراحتاً توسط یک دیوان داوری ایکسید در پرونده­ی " پلاما[[347]](#footnote-347)" که از پذیرش تفسیر خودقضاوتی بودن بند اختیار انکار منافع معاهده خودداری ورزید­، ابراز شده است به نظر این دیوان داوری ایکسید"پذیرش تفسیر خودقضاوتی بودن معادل است با صدور مجوزی برای بی عدالتی­". قاضی آنزیلوتی[[348]](#footnote-348) در نظریه­ی جداگانه­ای در پرونده­ی"اسکار چین[[349]](#footnote-349)" از این نگرانی فراتر رفته و در نظر گرفتن چنین اختیاری را باعث تهی شدن حقوق بین­الملل از معنای واقعی خود دانسته بدین عبارت که " در خصوص وضعیت اضطراری چنان چه بپذیریم یک دولت با استناد به منافع عمومی خود بتواند از اجرای تعهدات بین المللی خود شانه خالی کند ، حقوق بین­الملل معنای واقعی خود را از دست خواهد داد". نظیر همین رویکرد در پرونده­ی گابچیکوف – ناگیماروس قابل مشاهده است آن جا که دیوان بین­المللی دادگستری با اشاره به سند کمسیون حقوق بین­الملل اشعار داشته که "دولت طرف دعوا نمی­تواند قاضی واحد این مسأله باشد که آیا شرایط مندرج در ماده­ی 25 به درستی رعایت شده­اند یا خیر"­.[[350]](#footnote-350) بر این اساس باید نتیجه گرفت که بر اساس رویه­ی قضایی موجود دولت میزبان نمی تواند قاضی واحد تشخیص ضرورت مقابله با تهدید صورت گرفته نسبت به منافع اساسی خویش ­باشد­. استثنا نسبت به این قاعده زمانی است که شرط استثنای مقرر در معاهده­، خود صراحتاً چنین اختیاری را برای طرفین پیش­بینی نموده باشد­.

3. تفسیر شرط ضرورت اقدامات صورت گرفته جهت اعمال مقرره مربوط به استتثنا

دیوان­های داوری در گام سوم باید به این سوأل پاسخ می­دادند که آیا اقدامات مورد اختلاف برای حفظ نظم عمومی و حمایت از منافع امنیتی اساسی آرژانتین به معنای به کار رفته در معاهده دوجانبه سرمایه­گذاری ضروری بوده اند یا خیر؟

با توجه به این واقعیت که دیوان­های داوری جز در پرونده­های ال جی اند ای و کانتیننتال­، دفاع اضطرار و استثنای مقرر در معاهده را به صراحت از یکدیگر تفکیک نکردند­، تفسیر آن­ها از این شرط بیشتر در سایه­ی شرایط مورد نیاز برای استناد به دفاع اضطرار صورت گرفته­، به گونه­ای که عملاً نمی­توان تفسیری مستقل از اصطلاح ضرورت مندرج در ماده­ی 11 معاهده مورد بحث در میان این آرا پیدا نمود­.

در پرونده­ی ال جی اند ای خواهان­ها مدعی شدند که آرژانتین باید ثابت نماید که اقدامات اتخاذ شده تنها راه در دسترس برای آرژانتین در مواجهه با بحران بوده است­؛ چرا که به عقیده­ی آن­ها واژه­ی "ضروری" در متن ماده 11 معاهده اقتضا دارد که اقدامات به کار گرفته شده توسط آرژانتین تنها راه پیش روی این کشور برای مقابله با بحران باشد.[[351]](#footnote-351)در پرونده­ی کانتیننتال خواهان با توسل به معنای معمول واژه­ی ضروری که عبارت است از "امری که نتوان از آن پرهیز نمود و یا کاری را بدون آن انجام داد" اظهار داشت که آرژانتین بر پایه معنای عادی ماده 11 باید اثبات نماید که اقدامات او "بایسته­"حفظ منافع امنیتی اساسی یا حفظ نظم عمومی بوده­اند­. اثبات چنین امری با عنایت به هدف معاهده مبنی بر فراهم آوردن یک چارچوب با ثبات برای تشویق و حمایت از سرمایه­گذاری دشوار است[[352]](#footnote-352)؛ زیرا اساساً چنین اسنادی برای حمایت از سرمایه­گذاران خارجی در شرایط بحران که دولت میزبان ناگزیر از اتخاذ تدابیری برای مقابله با بحران است ، تدوین شده­اند­، بنابراین تفسیر موسع از اقدامات ضروری با هدف این معاهدات ناهماهنگ و ناسازگار است­. خواهان در ادامه برای تقویت استدلال خود به شرح کمیسیون حقوق بین­الملل بر شق الف از بند یک ماده 25 در باب دفاع اضطرار استناد می­کند که می­گوید:"در صورتی که طرق مشروع و قانونی دیگری وجود داشته باشد، نمی­توان به دفاع اضطرار توسل جست ، حتی اگر این طرق پرهزینه­تر و پردردسرتر باشند ."[[353]](#footnote-353)با این وصف خواهان نتیجه می­گیرد که منظور از ضرورت اقدامات صورت گرفته در ماده 11 آن است که اقدامات صورت­گرفته باید تنها طریق و ابزار حفظ نظم عمومی یا حفاظت از منافع امنیتی اساسی باشد­. خواهان ادعا می­کند چنین ضرورتی در این جا وجود ندارد­. گواه خواهان اقدامات جایگزینی است که دولت آرژانتین در اختیار داشته و خواهان نمونه­ی آن­ها را به دیوان داوری ارائه کرده است.[[354]](#footnote-354)در مقابل آرژانتین اظهار داشته که یک دیوان داوری باید به این انتخاب دولت با نهایت توجه و احترام برخورد کند و نباید به خود اجازه دهد که اعلام کند به جای اقدامات به کار گرفته شده ، چه اقدامات دیگری می­توانسته اند اتخاذ شوند­.[[355]](#footnote-355)

دیوان داوری در پرونده­ی ال جی اند ای در تحلیل نهایی خود به جای تمرکز بر روی راه­های متفاوتی که برای تعامل با بحران پیش روی دولت آرژانتین وجود داشته است­، سطح تحلیل و ارزیابی خود را به صرف این که بگوید " استفاده از یک بسته­ی احیای اقتصادی تنها راه تعامل با بحران به وجود آمده بوده است "، تقلیل داده است و با این استدلال شرط ضرورت را در پرونده مزبور احراز کرده است­. به هر روی رویکرد دیوان در این پرونده مورد انتقاد قرار گرفته چرا که چنین رویکردی در عین حال که اعمال دفاع اضطرار را در شرایط بحران اقتصادی پابرجا نگاه می­دارد ، قانع کننده نیست­؛ چرا که اجازه می­دهد که حتی اگر اقدامات اضطراری که در عمل اتخاذ می­شوند­، به طور کلی برای مقابله با بحران غیرمکفی باشند­، امکان استناد به دفاع اضطرار فراهم باشد­.[[356]](#footnote-356)

4. اثر اعمال شرط استثنای منافع اساسی

اثر اعمال ماده­ی 11 معاهده منعقده بین ایالات متحده آمریکا و آرژانتین در آرای مورد بحث­، به ندرت به تنهایی مورد بحث قرار گرفته و طرفین دعوا و نیز دیوان­های داوری در تحلیل خود تا اندازه­ی زیادی از ماده­ی 27 سند کمیسیون حقوق بین­الملل در باب اثر اعمال دفاع اضطرار بهره برده­اند­. در این راستا خواهان و خوانده هر کدام به تناسب موقعیت و منافع خویش با ارائه­ی تفسیری متفاوت از بند دوم این ماده ( ماده­ی 27 )­، مدعی پرداخت یا عدم پرداخت خسارات وارده در طول اضطرار بودند­؛ هم­چنان که خوانده در پرونده­ی انرون با اشاره به شق دوم ماده­ی 27 که می­گوید استناد به اضطرار بر مسأله­ی جبران خسارت بدون تأثیر است­، مدعی است که نباید خسارتی پرداخت نماید­.[[357]](#footnote-357) همین ادعا را دولت آرژانتین در پرونده­ی­ ال جی اند ای تکرار کرده چرا که به عقیده ی وی " ماده 27 سند مسئولیت بین­المللی دولت­ها صرفاً ناظر به در نظر گرفتن امکان جبران خسارت در موارد خاصی است و به دنبال این نیست که بگوید خسارت در چه شرایطی قابل پرداخت است".[[358]](#footnote-358)

اگر بپذیریم که ماده­ی 11 به عنوان قانون خاص حاکم بر اختلاف و به عنوان مقرره­ای متمایز از دفاع از اضطرار در این جا اعمال می­شود­، صرف نظر این که شق دوم ماده­ی27 در مقام بیان وظیفه پرداخت خسارت باشد یا خیر ، خسارتی پرداخت نخواهد شد­. این نتیجه­ای است که کمیته تجدیدنظر در پرونده­ی سی ام اس بدان دست یافته آن جا که اعلام داشته است : "دیوان در پرونده­­ی سی ام اس باید سوأل مربوط به جبران خسارت را تحت ماده­ی 11 معاهده دوجانبه سرمایه­گذاری و پیش از آن که به ماده 27 سند مراجعه نماید­، بررسی می­نمود".[[359]](#footnote-359) به عقیده­ی کمیته­ی تجدید نظر چون ماده­ی 11 قابلیت اعمال مواد ماهوی معاهده را استثنا کرده­، تعهدی به پرداخت خسارت در طول آن دوره نمی­تواتسته وجود داشته باشد­.[[360]](#footnote-360) این نتیجه­ای است که دیوان در پرونده ی ال جی اند ای هم بدان دست یافته است­. در این پرونده دیوان اظهار داشت که نه ماده­ی 27 سند نه ماده­ی 11 معاهده دو جانبه معین نکرده­اند که آیا خسارت به طرفی که از اضطرار دولت خسارت دیده­، قابل پرداخت است یا نه ؟ با این وجود ومطابق با یافته­ی وی از این که ماده­ی 11 معاهده­، آرژانتین را از مسئولیت معاف می­کند­، دیوان تصمیم گرفت که خسارات وارده در طول دوره­ی اضطرار بوسیله­ی سرمایه­گذار تحمل شود .[[361]](#footnote-361)

**نتیجه گیری**

دولت­ها در تلاش برای جمع بین دو هدف تشویق و حمایت از سرمایه­گذاری خارجی از یک سو و حفاظت از منافع اساسی خویش از سوی دیگر که گاه در تعارض با یکدیگر قرار می­گیرند، تدبیری اندیشیده­اند و آن عبارت است از درج شرط استثنای مربوط به حفظ منافع اساسی دولت میزبان در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی­. شرط مزبور به دولت میزبان این اجازه را می­دهد تا در جایی که حفاظت از منافع اساسی کشورش اقتضای نادیده گرفتن حقوق پیش­بینی شده برای سرمایه­گذار خارجی را دارد این کار را صورت دهد، بدون این که مسئولیتی از این جهت متوجه وی گردد. درج چنین شرطی نه تنها به تدریج به صورت امری رایج در توافقات سرمایه­گذاری بین­المللی درآمده و در حال تثبیت است­؛ بلکه قلمرو اعمال آن نیز روز به روز در حال افزایش است­؛ چندان که شاهد بوده­ایم مفهوم منافع اساسی از مفهوم سنتی خود در این توافقات یعنی حفظ منافع اساسی در شرایط ویژه­ی جنگ و مخاصمات مسلحانه داخلی و بین­المللی فاصله گرفته و موارد بسیاری از جمله حفظ صلح و امنیت بین­المللی­، حفاظت از محیط زیست­، حقوق بشر و سلامت عمومی را در خود جای داده است­. از سوی دیگر زبان این معاهدات در تنظیم این مقرره شرایط سخت و متحد­الشکلی برای استناد به این استثنا در نظر نگرفته­اند بلکه عموماً به شرایطی نظیر غیرتبعیض­آمیز بودن اقدامات صورت­گرفته برای حفظ منافع اساسی اشاره کرده­اند یا به شرط ضرورت اقدامات صورت گرفته بسنده نموده­اند که در بسیاری موارد­، این شروط، اختیار تشخیص این ضرورت را نیز به طور کامل به دولت میزبان واگذار کرده­، مراجع حل و فصل اختلاف را از ارزیابی صحت استناد به این شرط باز می­دارند.حمایت و پیشتیبانی رویه قضایی از این روند و توجه آن­ به موضوع منافع اساسی دولت میزبان به ویژه حمایت صورت گرفته در پاره­ای از آرای داوری صادره در مرکز حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه­گذاری (ایکسید) در قضیه بحران اقتصادی آرژانتین از اعمال شرط استثنای منافع اساسی و نقش این مراجع در گسترش دایره­ی مفهوم منافع اساسی به مواردی هم­چون بحران اقتصادی، باعث ایجاد این نگرانی گردیده است که گسترش بیش از این اندازه­ی این استثنا­، فلسفه­ی وجودی معاهدات حمایت از سرمایه­گذاری خارجی که برای جذب هر چه بیشتر سرمایه­گذاری خارجی به وجود آمده­اند را از بین خواهد برد­؛ چرا که در چنین شرایطی­، امنیت و قابلیت پیش­بینی شرایط از سوی سرمایه­گذار خارجی به خطر خواهد افتاد و این امر خود باعث کاهش جذابیت چنین محیطی برای انتخاب از سوی سرمایه­گذاران خارجی خواهد شد­. برای اجتناب از چنین نتایجی به مذاکره­کنندگان این توافقات پیشنهاد می­شود­:

اولاً­؛ به جای استفاده از اصطلاحات مختلف برای ادای این منظور­، در جریان مذاکرات، مقصود خویش را از این مفهوم به طرف مقابل اعلام کرده­، حدود آن را روشن نمایند و در این راه از اصطلاحاتی بهره جویند که تا حد امکان اختلافی نباشد تا بدین طریق از تفسیرگسترده و خارج از پیش­بینی این اصطلاحات توسط دولت استناد­کننده به این شرط و نیز مراجع حل و فصل اختلاف جلوگیری به عمل آورند­.

ثانیاً­؛ شرایط اعمال این شرط را به گونه­ای دقیق در نظرگیرند تا مانع تبدیل این شرط به راهی برای گریز از تعهدات بین­المللی گردند .

ثالثاً؛ جز در موارد لزوم شرط مزبور را به صورت غیرخودقضاوتی تنظیم نمایند تا تشخیص صحت استناد به این شرط را از صلاحیت انحصاری دولت میزبان خارج نموده ، این امر را به دیوان های داوری واگذار نمایند .

**منابع**

1**.کتب و مقالات**

1. Dolzer, Rudolf and Schreuer*,* Christoph,Principles of International Investment Law, Oxford, Oxford University Press, 2008.
2. OECD, Essential Security Interests under International Investment Law , OECD Publishing, 2007 . available at :< :<http://www.oecd.org/dataoecd/59/50/40243411.pdf>> accessed 23 January 2011.
3. Reinisch, August, “ Necessity in International Investment Arbitration Necessity in International Investment Arbitration Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina” , Journal of World Investment and Trade, 2007, Vol. 8, PP. 191-214.
4. Sornarajah, M., the International Law on Foreign Investment(3rd edn), Cambridge,Cambridge University Press, 2010.
5. UNCTAD*,* Admission and Establishment*,* New York and Geneva,United Nations publication, 2002.
6. UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*,* New York and Geneva*­*, United Nations publication, 2007.
7. UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, New York and Geneva, United Nations publication, 1999.
8. UNCTAD, The Protection of National Security in IIAs, New York and Geneva, United Nations publication, 2009.
9. Vandevelde, Kenneth J., USInternational Investment Agreements*,* Oxford,Oxford University Press, 2009.

*2. سایت های اینترنتی*

1. *<http://icsid.worldbank.org>.*
2. *<http://www.oecd.org>.*
3. *<http://www.unctadxi.org>.*

**چکیده (انگلیسی)**

**Abstract**

**Protecting Essential Interests of Host Countries in International Investment Agreements**

In the current international investment system, although most of the countries have voluntarily accepted some restrictions on their sovereignty in order to participate in international economy, they have created a powerful tool to ensure their authority and sovereignty in sensitive cases, in order to protect the fundamental basis and principles of their countries. This contractual device is the anticipation of exception clause related to preservation of essential interests of the host country of investment. For instance, in investment maters, with the aim of providing a stable and predictable environment for foreign investors, governments conclude bilateral or multilateral treaties. Such treaties, by predicting various rights for investors, to a large extent constrain the sovereignty domains of the host country of investment on the one hand, they contain a clause known as exception clause, dealing with, generally, protection of essential interest of the host country such as, its critical economy situation, security, public policy, and the like, on the other hand.

Despite the growing trend for inclusion of such an exception in international investment agreements and treaties, especially bilateral investment treaties of promoting and protecting foreign investment, Iran except in very rare cases, has failed to include such a condition in its investment treaties. Hence, this article intends to review and analyze this subject, to clarify its importance for practitioners and designers of treaties related to investment in Iran and to provide a guideline for its recognition. For this purpose, in addition to investigating this exception condition in the practices of international investment agreements and international cases, the verdicts issued in Argentine cases in its financial crisis, is an appropriate opportunity to review this condition in practice, which have been studied in this article.

**Key words** :Host Countries, Essential Interests, Foreign Investors Rights, Exception Clause, Bilateral and Multilateral Investment Agreements and Treaties.

فصل چهارم

**جنبه‌های حقوقی تامین مالی پروژه در تجارت بین‌الملل**

**چكيده**

سرمایه گذاری کلان در پروژه یا طرح های مختلف زیرساخت‌های اقتصادی از نیازهای هر کشور می‌باشد و تامین مالی پروژه از شایعترین روش‌های سرمایه‌گذاری در آن کشور به حساب می‌آید.

در این روش که به منظور ساخت، اجرا و یا بهره‌برداری از یک طرح در صنعتی خاص مورد استفاده قرار می‌گیرد، برخی با فراهم آوردن منابع مالی، از محل درآمدهای حاصل از اجرای آن طرح مبادرت به وصول مطالبات خویش می‌نمایند. بدیهی است ریسک‌های مختلفی وجود داشته که می‌توانند موفقیت پروژه را با مشکل جدی مواجه نمایند. ریسک‌های تجاری، سیاسی، حقوقی و ریسک‌های محیطی و اجتماعی از مهمترین انواع ریسک می‌باشند. با ارزیابی، تخصیص و به بیان بهتر مدیریت موثر ریسک می‌توان به حذف و یا کاهش آن اقدام نمود.

در تامین مالی یک پروژه، ساختارهای مالکیت و قراردادهای مختلفی مورد استفاده قرار گرفته که تفکیک چارچوب‌های قراردادی از ساختارها یک امر اساسی و ضروری به شمار می‌رود. آثار و نتایج حاصل از این تفکیک می‌تواند در پیشبرد و کارایی پروژه نمود و جلوه خاصی پیدا نماید. توجه به حل و فصل اختلافات با پیش‌بینی شرط مربوط به آن از قبیل توسل به دادگاه‌های داخلی، داوری و یا سایر روش‌های جایگزین از دیگر موارد مهم در قرارداد می‌باشد. به دلیل مزایای بیشتری که داوری در مقایسه با دیگر روش‌های حل و فصل اختلاف به ویژه دادگاه‌های داخلی دارد از این شیوه به طور گسترده استفاده می‌گردد.

در تطبیق و بررسی موضوع با نظام حقوقی و قوانین و مقررات ایران آشکار می‌گردد که با وجود مشوق‌ها و ابزارهای مختلف، موانع مهمی در تامین مالی پروژه نیز وجود دارد که ناشی از عوامل مختلف قانونی، فکری و فرهنگی، اقتصادی و مالی، اداری، اجرائی و سیاسی می‌باشد. در همین راستا به منظور هماهنگي و رفع نقايص، پيشنهادها و راهکارهاي عملي لازم ارائه می‌گردد.

**واژگان کليدي:** تامين مالي طرح‌های اقتصادی (پروژه)، حقوق تجارت بين‌الملل، حل و فصل اختلافات، سرمايه‌گذاري خارجي، حقوق تطبيقي.

**مقدمه**

هرکشور خواه توسعه یافته و یا در حال توسعه، نیازمند داشتن برنامه اقتصادی، سرمایه، نیروی انسانی و منابع مالی مورد نیاز جهت پیشبرد اهداف و رسیدن به تعالی و پیشرفت است. این مهم به ویژه در عصر حاضر نمود و جلوه خاصی پیدا نموده است. ماندن و به تعبیر درستر، بهتر ماندن در نظم نوین جهانی، تعامل و ارتباط تنگاتنگ با دیگر اعضا را طلب می‌نماید. تعامل بهتر و ارتباط سازنده‌تر، نقش کشور را از تاثیرپذیری به تاثیرگذاری بدل می‌کند؛ عاملی که یکی از مشخصه‌های اصلی قدرت یک کشور به شمار می‌رود. در زمینه اقتصادی نیز دولت هم باید مبادرت به سرمایه‌گذاری نموده و هم سرمایه لازم را جذب نماید. سرمایه‌گذاری و سرمایه‌پذیری درست، صحیح و منطبق با نیازهای کشور، آئین و روش خاص خود را دارد. عدم رعایت معیارها و استاندارهای موجود چه در سطح داخلی و چه در سطح بین‌المللی، مسائل و مشکلات عدیده‌ای را به دنبال خواهد داشت. در خصوص فراهم نمودن زیرساخت‌ها و انجام طرح‌های مورد نیاز، دست‌اندرکاران باید با فراهم نمودن زمینه‌ها و منابع لازم جهت عملی شدن این طرح‌ها گام بردارند.

گاهی کشور خود منابع و سرمایه لازم را جهت اجرائی نمودن پروژه در اختیار داشته و گاهی نیز بی‌بهره از آنهاست که در هر دو مورد تامین مالی از منابع مختلف ضرورتی انکارناپذیر است. لذا تامین مالی پروژه یا طرح از مهمترین اقدامات مربوط به اجرای پروژه‌های اقتصادی است. در حقیقت، تامین مالی پروژه یک روش مناسب سرمایه‌گذاری و سرمایه‌پذیری است. در این روش، سرمایه‌گذاران با آوردن سرمایه خویش تمایل دارند تا با مشارکت در اجرائی شدن پروژه در سود حاصل از آن، شریک شوند. مشارکت دولت میزبان نیز یکی دیگر از مسائل مهم مربوط به تامین مالی پروژه است. این مشارکت گاه به صورت تهیه مقدمات لازم از قبیل فراهم نمودن زیرساخت‌ها و صدور مجوزها و حمایت‌های تقنینی است و گاه دولت خود به عنوان مالک طرح مبادرت به سرمایه­گذاری می­نماید.

ریسک­های مختلفی در تامین مالی پروژه وجود دارد که مستلزم شناسایی، ارزیابی و اختصاص آنها به اطراف مختلف مشارکت­کننده می­باشد. بی­تردید، ساختارها و قراردادهای مختلفی بدین منظور بکار گرفته شده که تفکیک بین ساختارها از قراردادها ضرورت دارد.

نظر به پیچیدگی ساختاری و قراردادی تامین مالی پروژه، بروز اختلاف امری عادی و طبیعی به شمار می­رود. بنابراین، درج شرط مربوط به حل و فصل اختلاف و مسائل مرتبط با آن یعنی قانون حاکم و مرجع صالح خود از دیگر مباحث بحث برانگیز می‌باشد.

در این مقاله تلاش می‌شود تا در حد امکان جنبه‌های مختلف تامین مالی پروژه به ویژه مسائل حقوقی آن بررسی شده و از زوایای گوناگون مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد. در همین راستا، در قسمت نخست با عنوان کلیات به مفهوم تامین مالی پروژه و اطراف مشارکت‌کننده و منابع تامین مالی پروژه پرداخته می‌شود و در قسمت دوم چارچوب‌های قراردادی و ساختارهای تامین مالی پروژه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

**قسمت اول: مفاهیم وکليات**

از آنجا که موضوع مقاله حاضر، تامین مالی پروژه است، ناگزير از طرح برخي مسائلي هستيم که براي ورود به بحث ضروري مي‌نمايد. لذا، تبیین مفهوم تامین مالی پروژه، اطراف مشارکت‌کننده در تامین مالی از موضوعاتی هستند که در این بخش مورد بررسی قرار می‌گیرد.

**الف -** **مفهوم تامين مالي پروژه**

از تامين مالي پروژه، تعاريف متعددي ارائه شده است و از این اصطلاح در زمینه‌های مختلفی استفاده می‌گردد.در حقيقت، مفهوم تامين مالي پروژه به قدري پويا، در حال تحول و گسترده است که تعريف جامع و مختصر از آن، به آساني ميسر نيست. با اين وجود، تعاريف نسبتاً گويايي در اين زمينه وجود دارد که در زير به پاره‌اي از آن‌ها اشاره مي‌شود:

1. «تامين مالي يک پروژه سرمايه‌اي، نوعي تسهيلات است که در آن وام‌دهنده به طور اصولي جريان وجوه و درآمد ناشي از پروژه‌ها را به عنوان منبع بازپرداخت دانسته و دارايي‌هاي پروژه را به عنوان وثايق براي وام پرداختي مي‌پذيرد». [[362]](#footnote-362)

2. «اگرچه تعاریف بسیار زیادی برای تامین مالی پروژه وجود دارد، اما می‌توان تامین مالی پروژه را به تامین مالی جهت گسترش و یا بهره‌برداری از یک حق، منبع طبیعی و یا دیگر سرمایه‌ها در مواردی که اکثریت تامین مالی به شکل سهام سرمایه‌ای فراهم نشده، بلکه اساساً از محل درآمدهای آتی پروژه تامین می‌گردند، تعریف نمود».[[363]](#footnote-363)

3. «اصطلاح تامین مالی دارای یک معنای خاص حقوقی نمی‌باشد. همانگونه که توسط جامعه بانکی بکار گرفته می‌شود این واژه دارای چندین معنی است. از این اصطلاح برای توصیف انواع تامین مالی پروژه‌ها از جمله صدور سهام جدید، اوراق قرضه و یا اسناد تجاری استفاده می‌شود. اما در معنای خاص که در سال‌های اخیر به ویژه در جامعه بانکی مورد استفاده قرار می‌گیرد، تامین مالی پروژه عبارتست از تامین مالی یک پروژه خاص که در آن، وام‌های قرض‌دهنده از درآمدهای پروژه و وثایق آن پرداخت می‌گردد». [[364]](#footnote-364)

4. «تامین مالی پروژه را می‌توان به تامین مالی گسترش و یا انتفاع حق، منبع طبیعی و یا دیگر سرمایه‌هایی تعریف کرد که انبوهی از تامین مالی از طریق بدهی انجام شده و اصولاً بازپرداخت آن خارج از سرمایه و براساس درآمدهای آن طرح صورت می‌گیرد. طرح در این معنا می‌تواند یک طرح نفتی یا گازی، معدن، تلفن همراه و یا کابل شبکه، عوارض تونل، پل، بزرگراه، پالایشگاه، ایستگاه انرژی و یا خطوط لوله باشد. لذا هرگونه مخاطره و ریسکی که می‌تواند یک درآمد منظمی را تولید کند به محض اینکه اجرائی شد، داخل در این تعریف قرار می‌گیرد».[[365]](#footnote-365)

صرفنظر از تعاريف فوق، می‌توان تامين مالي پروژه را به ساختار مالي بدون حق رجوع و يا با حق رجوع محدود که متشکل از بدهي، آورده شرکاء و افزايش اعتبار است و براي ساخت، اجرا و يا تامين مالي مجدد يک طرح مورد استفاده قرار مي‌گيرد، تعریف نمود. بدين توضيح که به موجب اين ساختار، تامین‌کننده تنها از محل درآمد‌هاي حاصل از اجراي آن طرح و صرفنظر از دارايي عمومي و يا اعتبار تامين‌کننده طرح، مبادرت به دريافت مطالبات خود مي‌نمايد. در واقع، درآمد حاصل از فعالیت موضوع و يا ديگر جريانات نقدي حاصل شده، برای بازپرداخت بدهي استفاده مي‌شود.[[366]](#footnote-366) با دقت در تعاریف فوق و به ویژه تعریف اخیر می‌توان اتکای سرمایه‌‌گذاران به درآمد‌هاي حاصل از فعالیت پروژه، صرفنظر از دارايي و يا اعتبار مشارکت‌کنندگان را بارزترین مشخصه مفهوم تامین مالی پروژه برشمرد.

**ب - اشخاص مشارکت‌کننده در تامین مالی پروژه**

یکی از عوامل پیچیدگی تامین مالی پروژه، درگیری اشخاص مختلف در آن است که هر کدام با داشتن نقش خاص در جهت اجرای پروژه گام بر می‌دارند. هدف از این بخش، اشاره‌ای در خصوص اشخاص مهم درگیر در یک تامین مالی پروژه است.

**1.** **حمایت‌کننده پروژه**[[367]](#footnote-367)

حمایت‌کننده پروژه و یا توسعه دهنده،[[368]](#footnote-368) شخصی است که دیگر اشخاص درگیر در پروژه را نیز سازماندهی می‌نماید. آنها معمولاً آورده‌ها را کنترل کرده و مبادرت به سرمایه‌گذاری در شرکت پروژه و یا دیگر موسساتی که مالک پروژه به شمار می‌آیند، می‌نمایند. اگر بیش از یک حمایت‌کننده وجود داشته باشد، آنها اغلب یک شرکت و یا مشارکت مدنی و یا دیگر ترتیبات را تشکیل می‌دهند. با این روش، حمایت‌کنندگان یک شرکت پروژه را تشکیل داده که مالک پروژه است و بدین ترتیب، حقوق و مسئولیت‌های خود را در خصوص پروژه برقرار می‌سازند. [[369]](#footnote-369)

**2. شرکت پروژه**[[370]](#footnote-370)

شرکت پروژه موسسه‌ای است که نسبت به تملک، گسترش، ساخت، اجرا و حفظ پروژه اقدام می‌کند. همچنین از شرکت پروژه به شرکت با هدف خاص (واسط)[[371]](#footnote-371) یاد می‌شود که معمولاً به منظور هدفی خاص و در جهت اجرای پروژه مبادرت به همکاری می‌نمایند.[[372]](#footnote-372) این شرکت متشکل از حمایت‌کنندگان پروژه بوده که ممکن است سرمایه‌گذار و یا دارای منافعی خاص در پروژه باشند همانند پیمانکاران و عاملان. شرکت پروژه، وسیله‌ای برای قرض دادن منابع مالی جهت تامین مالی پروژه و سهیم کردن آورده حمایت‌کنندگان است. این شرکت همچنین مبادرت به انعقاد موافقتنامه‌های قراردادی لازم با دولت میزبان، پیمانکار ساخت، اجراکننده (عامل یا بهره‌بردار) (که اغلب یک شرکت عامل خارجی می‌باشد) و تامین‌کنندگان تجهیزات و مواد لازم و دیگران می‌نماید.

**3. دولت میزبان**[[373]](#footnote-373)

دولت میزبان، دولت کشوری است که پروژه در آن واقع شده است. صرفنظر از نقش دولت میزبان به عنوان یکی از اعضای شرکت‌کننده در پروژه، این دولت می‌تواند نقش‌های دیگری را نیز ایفا نماید. جذابیت‌های یک پروژه برای سرمایه‌گذاری خصوصی تا حد بسیار زیادی به روشی که دولت میزبان به بیان مسائل حقوقی اساسی می‌پردازد از قبیل اجرای قراردادها، مالکیت خصوصی، توافقنامه‌های مربوط به ضمانت و وثایق، مالیات‌ها، ارز خارجی و سود آن که همگی در موفقیت سرمایه‌گذاری خارجی پروژه نقش اساسی دارند، بستگی دارد. در بسیاری از موارد، دولت میزبان از طریق پایان دادن به عمر یک پروژه، درصدد به دست آوردن آن است که البته این مسئله تا حدی به ساختار و اهمیت استراتژیک آن پروژه بستگی دارد. [[374]](#footnote-374) حمایت‌های دولت میزبان می‌تواند به شکل مجوزهای تسهیلات، قراردادهای الزام‌آور قانونی و وضع قانون های مناسب باشد. بدین ترتیب، دولت میزبان عموماً می‌تواند صادرکننده مجوزها، مجوزهای بهره‌برداری‌ و امتیازها باشد. این دولت همچنین می‌تواند اعطا‌کننده مستندات مربوط به ارز خارجی و امتیازهای مالیاتی باشد.[[375]](#footnote-375) دولت میزبان همچنین می‌تواند مالک پروژه باشد. به بیان کلی، دولت میزبان به ویژه در مورد پروژه‌های زیربنائی دارای یک نقش بسیار حیاتی، مهم و متنوع در تامین مالی پروژه می­­باشد. [[376]](#footnote-376)

**4. تامین کننده**[[377]](#footnote-377) **و خریدار محصول**[[378]](#footnote-378)

تامین‌کنندگان، شرکت‌هایی هستند که کالاهای اساسی از قبیل مواد خام، سوخت و یا دیگر محصولات و خدمات مورد نیاز یک پروژه خاص را تامین می‌نمایند. تامین‌کنندگان به ویژه تامین‌کنندگان ماشین‌ها، اغلب حمایت‌کنندگان پروژه هستند که در اثر فشار ناشی از رقابت زیاد، مجبور به مشارکت دادن دارایی خویش در پروژه می‌گردند. اگر تامین بلند مدت و مستمر مواد اولیه برای پروژه لازم باشد، همانند سوخت برای پمپ‌بنزین، یک قرارداد تامین بلند مدت منعقد می‌گردد. این قرارداد تامین میزان مشخصی از مواد اولیه با قیمت مشخص و ثابت را برای یک دوره توافق شده، تضمین می‌نماید. به دلیل اهمیت محصولات برای پروژه، حمایت‌کنندگان و قرض‌دهندگان پروژه در ارتباط کامل با امکان‌سنجی اقتصادی، موافقتنامه‌های مربوط به تهیه و تامین مواد و همچنین تامین‌کنندگان می‌باشند. در مواردی که رقابت زیادی در بازار وجود دارد شایسته آنکه بیش از یک تامین‌کننده برای تهیه و تامین مواد و یا خدمات انتخاب گردد. [[379]](#footnote-379)

خریدار محصول به منظور فروش و خرید تمامی محصولات، کالاها و یا خدماتی که از پروژه تولید می‌گردد، با شرکت پروژه یک قرارداد خرید طولانی مدت منعقد می‌نماید. این قرارداد این اطمینان را به وجود می‌آورد که خریدار مطمئنی برای محصول پروژه با قیمت مشخص وجود دارد. قرض‌دهندگان پروژه، اغلب قبل از انعقاد قرارداد اعطای وام، چنین الزام می‌کنند که یک خریدار مطمئن و ضمانت‌شده‌ای وجود داشته باشد. خرید محصول توسط خریدار نقش عمده‌ای را در تامین مالی بسیاری از پروژه‌های بدون حق رجوع و یا با حق رجوع محدود ایفا می‌نماید. سه رویکرد (رهیافت) در خصوص ارتباط و تعامل شرکت پروژه با خریدار وجود دارد. نخستین رویکرد، انعقاد قرارداد قبل از اجرای پروژه با خریدار خاصی به منظور خرید محصول پروژه برای مدت زمان طولانی است. این راه‌حل ریسک بازار را کاهش داده و اغلب برای پروژه‌هایی که محصولات آنها به عموم عرضه نمی‌گردد و همچنین در مواردی که دولت میزبان مقرر نموده است که مقدار خاصی از محصول صادر شود، مورد استفاده قرار می‌گیرد. دومین رویکرد مشتمل بر فروش محصول به بازار آزاد است. فروش محصولات نفتی نمونه‌ای از این رویکرد می‌باشند. اما این راه‌حل، مشارکت‌کنندگان را با نوسانات قیمت مواجه می‌نماید. سومین رویکرد، تلفیقی از رویکرد نخست و دوم می‌باشد که به موجب آن، مقداری از محصول به بازار آزاد عرضه شده و مقداری دیگر از قبل به خریدار خاصی که در پروژه دخالت دارد، فروخته می‌شود که اغلب از آن به عنوان قراردادهای بیع متقابل[[380]](#footnote-380) یاد می‌شود و در آنها چنین موافقت می‌شود که شرکت پروژه محصول پروژه را خریداری نماید. در بسیاری از تامین‌های مالی بدون حق رجوع و یا با حق رجوع محدود، خریدار محصول حمایت اعتباری را برای تامین مالی عمده به عمل می‌آورد. شایان ذکر است که هم خریدار و هم فروشنده باید به قواعد حاکم بر خرید و یا فروش اطلاع و آگاهی داشته باشند. [[381]](#footnote-381)

**5. قرض‌دهندگان تجاری**[[382]](#footnote-382)

قرض‌دهنده در تامین مالی پروژه، یک موسسه مالی و یا گروهی از موسسات مالی هستند. این موسسات به منظور توسعه و ساخت پروژه وام‌هایی را اعطا می‌کنند و از تمام سرمایه پروژه وثیقه اخذ می‌نمایند[[383]](#footnote-383).

قرض‌دهندگان تجاری شامل بانک‌ها، شرکت‌های بیمه، شرکت‌های اعتباری و دیگر قرض‌دهندگان از قبیل آژانس‌های چند ملیتی و دوجانبه، وام مورد نیاز پروژه را تامین مالی می‌نمایند. دارندگان اوراق قرضه نیز می‌توانند به عنوان قرض‌دهنده به پروژه به شمار آیند. بسیاری از پروژه‌ها هستند که نیاز به سرمایه بیشتری برای تامین مالی دارند و لذا یک قرض‌دهنده به تنهایی سرمایه لازم و کافی را برای تامین مالی اجرای تمام پروژه در اختیار ندارد. در نتیجه، مجموعه‌ای از قرض‌دهندگان، نقش بسزایی را در اینگونه پروژه‌ها ایفا می‌نمایند. قرض‌دهندگان بیشتر به جریان نقدی که از پروژه حاصل می‌شود تکیه می‌کنند تا به دارایی‌ها و ارزش سرمایه‌ای پروژه. به بیان دیگر، پس از تکمیل پروژه و آغاز بکار تولید محصول آن، قرض‌دهندگان به منظور وصول مطالبات خویش باید به خود پروژه فکر کنند و نه به پشتوانه حمایت‌کنندگان.[[384]](#footnote-384) طبیعی است که ریسک قرض‌دهندگان می‌تواند بیشتر از دیگر مشارکت‌کنندگان در پروژه باشد. این اشخاص ممکن است اقسام مختلفی از بدهی را برای پروژه فراهم آورند. [[385]](#footnote-385)

6.پیمانکار[[386]](#footnote-386) و عامل یا بهره‌بردار[[387]](#footnote-387)

پیمانکار ساخت جهت طراحی، مهندسی و ساخت پروژه با شرکت پروژه قرارداد می‌بندد. اگر پروژه یک پروژه ساخت جدید باشد، شرکت پروژه با پیمانکاری که مسئول طراحی و ساخت پروژه است، مبادرت به انعقاد قرارداد می‌نماید. این قرارداد معمولاً قرارداد با قیمت ثابت و یا مبنای کلید در دست است که به موجب آنها پیمانکار، یک قیمت توافق شده برای ساخت داشته و مسئولیت تاخیر در تکمیل و دیگر هزینه‌های اضافی را بر عهده دارد. پیمانکار اغلب یک سهامدار در شرکت پروژه بوده و همچنین ممکن است سهم خود را پس از ساخت نگه دارد و یا به دیگر سهامداران و یا اشخاص خارج از شرکت بفروشد. در بسیاری از پروژه‌ها، پیمانکار مسئول اولیه، هزینه‌های دوره ساخت را متحمل می‌گردد.

عامل پروژه، یک شخص متخصص و معمولاً با تجربه عملی موفق است که مبادرت به بهره‌برداری، نگهداری، مدیریت و تعمیر پروژه همانند سرمایه‌گذاری‌های تجاری می‌نماید. عامل با شرکت پروژه یک قرارداد بلند مدت برای بهره‌برداری و نگهداری روزانه پروژه در طول مدت امتیاز منعقد می‌نماید. اگر که در پایان مدت امتیاز، قرار است پروژه به مقام عمومی بازگردانده شود، یک معیار مشخص نگهداری در ابتدای شروع پروژه با عامل توافق می‌گردد. در برخی از پروژه‌ها، این نقش توسط یکی از مالکان شرکت پروژه ‌ایفا می‌گردد. در دیگر پروژه‌ها، نقش بهره‌بردار توسط شخص ثالث و به موجب موافقتنامه بهره‌برداری صورت می‌گیرد.

7. آژانس رتبه‌بندی[[388]](#footnote-388) و ممیز الگو[[389]](#footnote-389)

در مواردی که پروژه‌ها از طریق دسترسی به بازارهای بدهی عمومی تامین مالی می‌گردند، آژانس‌های رتبه‌بندی به منظور ارائه رتبه‌های اعتباری برای بدهی مهم مورد مشاوره و استفاده قرار می‌گیرند. بند 21 ماده 1 قانون بازار اوراق بهادار، از «موسسات رتبه‌بندی» به عنوان یکی از نهادهای مالی فعال در بازار اوراق بهادار نام برده است. [[390]](#footnote-390) افشای ریسک‌های مرتبط با اوراق بهادار و کاهش تقارن اطلاعاتی در میان فعالان بازار، هدف اصلی این دسته از نهادهای مالی (البته در بازار سرمایه) برشمرده شده است.[[391]](#footnote-391) ممیز الگو در خصوص مسائل مرتبط با مدل تامین مالی پروژه اظهارنظر می‌کند. قرض‌دهندگان به منظور ارزیابی قابلیت پروژه در توانائی نسبت به ایفای بدهی مطابق با شرایط مندرج در اسناد تامین مالی از مدل و اظهارنظر ممیز الگو استفاده می‌کنند. اقدامات بازرسی مدل، متنوع بوده و شامل تجزیه و تحلیل مدل تامین مالی، فرمول‌ها و الگوریتم‌ها، بررسی مطابقت مدل اجرا شده با مدل پیش‌بینی شده در اسناد معامله می‌باشد.[[392]](#footnote-392)

**8. مشاوران**[[393]](#footnote-393)

مشاوران، متخصصان و کارشناسان در زمینه‌های مختلف بوده که در ابتدا توسط حمایت‌کنندگان به کار گرفته می‌شوند تا نسبت به منافع قرض‌دهندگان قبل از شروع پروژه به تحقیق و تفحص بپردازند. اگرچه مشاوران عموماً داخل در هسته مرکزی تیم معامله قرار نمی‌گیرند اما یافته‌های آنان برای تامین مالی معامله اساسی و مهم می‌باشد. مشاوران مالی نیز مبادرت به تهیه گزارش‌های مقدماتی در خصوص بازاریابی محصول پروژه نموده و قرض‌دهندگان نیز بر اساس گزارش آنان به تجزیه و تحلیل ریسک‌ها پرداخته و در نهایت در خصوص سرمایه‌گذاری و اعطای وام تصمیم‌گیری می‌نمایند. مهندس مستقل/مشاور فنی، مشاور تهیه و تامین مواد اولیه، مشاور بازار، مشاور وسائط نقلیه و حمل و نقل، مشاور بیمه، مشاور شرایط و محیط، نمونه‌هایی از مشاوران مختلف می‌باشند. [[394]](#footnote-394)

**قسمت دوم: ساختار و چارچوب‌ قراردادی تامین مالی پروژه**

در تامین مالی پروژه، قراردادهای مختلفی منعقد شده و ساختارهای مختلفی نیز وجود دارند. هرچند در بسیاری از موارد، این دو مسئله با یکدیگر خلط شده، با این وجود در این بخش تلاش می‌شود تا به تفکیک، ساختارها، قراردادها و توافقنامه­های مختلف مورد بررسی و مطالعه قرار گیرند.

**الف - ساختارهای تامین مالی پروژه**

اگرچه حمایت­کنندگان ممکن است چنین تصمیم بگیرند که به تنهایی پروژه را اجرا کنند اما به عنوان یک موضوع عملی در اکثر پروژه­های بزرگ، مالکیت و یا نظارت بر پروژه به طور مشترک صورت می‌‌پذیرد. دلایل انتخاب ساختار مشترک از جمله عبارتست از، توزیع و تقسیم ریسک میان تعداد بیشتری از مشارکت­کنندگان، میزان نیاز بیشتر آورده نسبت به بدهی، به حداکثر رساندن مزایای ترکیب مهارت‌ها، فناوری و منابع و اعطای فرصت به مشارکت­کنندگان جهت کار بر روی پروژه­ای که از توانایی و ظرفیت یک شخص خارج است. ساختار مالکیت پروژه تحت تاثیر اهداف و مسائل مالی، حقوقی، حسابداری و مالیاتی حمایت­کنندگان قرار دارد. انعطاف­پذیری مدیریت ساختار، سهولت تقسیم و توزیع عواید، به حداقل رساندن بار مالیاتی، تملک اموال غیرمنقول، ضرورت مشارکت اشخاص محلی به ویژه در پروژه­های زیربنائی و تشکیل شرکت پروژه، دامنه حمایت و ملاحظاتی در خصوص انحلال از جمله مسائلی هستند که تصمیم­گیری در خصوص بهره­برداری از پروژه صحیح را تسهیل کرده و راهنمایی می­نماید. از جمله مسائل مهم در خصوص ساختار مالکیت، مشارکت دولت میزبان در مالکیت پروژه است. به طور کلی، شروط و لوازم مالکیت دولت در میان بخش­ها و کشورهای میزبان متفاوت بوده و به میزان ریسک تخصیص یافته، تعهدات و وظایف و تمایل به تهیه و تدارک زیرساخت‌های اجتماعی و همچنین عوایدی که از پروژه نصیب دولت میزبان می­گردد، بستگی دارد. به طور کلی می­توان چنین ابراز عقیده نمود که دولت میزبان در فراهم نمودن ساختارهای زیربنائی نقش عمده و اصلی را دارد و بیشتر هم با در اختیار گذاشتن زیرساخت­ها در مالکیت پروژه سهیم می­گردد. مشارکت بیش از یک سهامدار و یا شریک در مالکیت پروژه از دیگر خدمات مربوط به مالکیت پروژه است. بدیهی است در صورت تعدد مشارکت‌کنندگان، امکان توزیع ریسک میان اطراف مختلف بیشتر بوده و در نتیجه میزان ضرر کمتر و سود بیشتری عاید مشارکت­کنندگان می­گردد. الزامات و قوانین و مقررات داخلی و محلی که پروژه در آن اجرا می­گردد نیز در موضوع مالکیت پروژه دارای اهمیت است. چه بسا که به موجب قانون داخلی، شخص یا اشخاصی از مالکیت در پروژه خاصی ممنوع شده و یا محدودیت­هایی وضع گردیده باشد. مسائل حسابدارای و مالیاتی نیز در توانائی شرکت پروژه به استرداد سود سهامداران نیز تاثیر بسزائی دارد. خودداری شرکت مادر از مداخله و سرمایه­گذاری مستقیم در پروژه در کشور میزبان از جمله توصیه­های مهم دیگر است. مدیریت صحیح مسائل گوناگون مطرح در مالکیت پروژه نیز از دیگر مسائلی است که باید مورد توجه جدی قرار گیرد. با درنظر گرفتن مطالب فوق و با تذکر این نکته که «ساختارهای تامین مالی پروژه تقریباً با خلاقیت و انعطاف متخصصان امور بانکی و حقوقدانان نامحدود است»،[[395]](#footnote-395) به مهمترین ساختارهای تامین مالی پروژه پرداخته می­شود. باید خاطر نشان ساخت که تنها مسائل اساسی و مهم هر ساختار مطرح گردیده­اند؛ چرا که هر یک از این ساختارها خود می­تواند موضوع پژوهش مستقلی قرار گیرد.

**1. شرکت**[[396]](#footnote-396)

این قالب، ساده­ترین و شاید رایجترین ساختار تامین مالی پروژه به شمار می­رود. در این ساختار، حمایت‌کننده با تشکیل یک موسسه که اغلب مالکیت تمام آن را داراست، مبادرت به گسترش، ساخت، مالکیت، بهره­برداری و حفظ یک پروژه خاص در یک مکان مشخص می­نماید. یک شرکت با هدف خاص ممکن است به موجب قانون کشوری که پروژه در آن قرار دارد و یا قوانین دیگر کشورها شکل گرفته و شرایط لازم برای انجام داد و ستد در کشوری که پروژه در آن قرار دارد را داشته باشد. از شرکت با هدف خاص اغلب زمانی استفاده می­گردد که گردش سرمایه در میان مزایای مالیاتی برای شریکان در سرمایه‌گذاری، بحرانی و حاد نبوده و کنترل مدیریت تمرکز یافته که در میان ساختار شرکت وجود دارد، مطلوب به نظر می‌رسد. [[397]](#footnote-397) از مزایای این نوع روش مالکیت را می‌توان 1) دارا بودن شخصیت حقوقی مستقل و در نتیجه برخوردار شدن از حقوق و تعهدات 2) محدودیت ناچیز در انتقال حقوق 3) محدودیت مسئولیت سهامداران و از معایب آنها عبارتست از 1) امکان پرداخت مالیات مضاعف هم به عنوان سهامدار و هم از شرکت 2) تابعیت از مقررات پیچیده اداری 3) ساختار شرکت ممکن است از انعطاف اجرائی کمتری نسبت به دیگر جایگزین­ها برخوردار باشد. از دلایل انتخاب این ساختار آن است که قالب شرکت موسسه تجاری به مالکان شرکت اجازه برخورداری از مسئولیت محدود در قبال اقدامات آن شرکت را می­دهد. مدیریت این شرکت مبتنی بر چارچوب قانونی است و به طور کلی، جلسات رسمی مدیران و سهامداران ضروری و ارائه گزارش­های مالی نیز الزامی می‌باشد.[[398]](#footnote-398) در حقوق ایران شرکت بر دو نوع است، شرکت تجاری و شرکت غیرتجاری (شرکت مدنی). قوانین نیز تعریف دقیقی از آنها به عمل نیاورده است و تعریفی که ماده 571 قانون مدنی[[399]](#footnote-399) از شرکت نموده تنها شامل اشاعات است و در مورد شرکت­های تجاری صادق نیست. [[400]](#footnote-400) بنابراین این قالب باید به شکل یکی از هفت قالب شناخته شده در قانون تجارت قرار گیرد تا عنوان شرکت بر آن صدق نماید؛ چراکه به موجب نظام حقوقی ایران، شرکت مدنی شخصیت حقوقی ندارد. [[401]](#footnote-401)

**2. مشارکت‌های عام**[[402]](#footnote-402)

مشارکت عام یک موسسه تجاری است که به موجب قرارداد، قانون و یا هر دو ایجاد شده و همه شریکان به میزان مشارکت در مدیریت و درآمد (یا ضرر) آن سهیم می­باشند. در این ساختار، تمامی شرکاء به صورت منفرداً متضامناً مسئول می­باشند. همچنین هر یک از شرکا در مقابل اقدامات دیگر شرکاء مسئولیت دارد. حمایت­کنندگان ممکن است یک مشارکت عمومی تشکیل دهند. در بسیاری از کشورها، مشارکت به عنوان یک شخصیت حقوقی مستقل به رسمیت شناخته شده و در نتیجه می­تواند به نام خود، مالک شده، بهره­برداری نموده و مبادرت به انعقاد قراردادهای تامین مالی بنماید. در برخی کشورها نیز از لحاظ مالیاتی، مشارکت دارای یک شخصیت حقوقی نمی­باشد یعنی مالیات به آن تعلق نمی­گیرد؛ هرچند که برای به دست آوردن و حفظ اطلاعات مربوط به آن از جمله میزان سرمایه، درآمد، سود، ضرر و دیگر مسائل، دارای پرونده مالیاتی است. در نتیجه زمانی که مالیات برای پروژه یک مسئله مهم و حیاتی است، معمولاً از این قالب استفاده می­گردد. از آنجا که هر یک از مشارکت‌کنندگان به طور مستقل و متضامناً مسئول بدهی­های ناشی از مشارکت خویش می­باشند، حمایت­کننده غالباً یک شعبه مستقل تشکیل داده تا به عنوان مشارکت­کننده عمومی، کارهای وی را انجام دهد. هدف از انتخاب این ساختار عموماً آن است که حمایت‌کننده قادر نیست تا به تنهایی تمامی سرمایه شرکت را تامین نموده لذا از مشارکت دیگر افراد نیز بهره­مند می­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­­گردد.

**3. مشارکت‌های محدود**[[403]](#footnote-403)

مشارکت محدود همانند مشارکت عام بوده بجز آنکه این ساختار، هم شرکای با مسئولیت عام دارد و هم شرکای با مسئولیت محدود. لذا شریک عام مسئول تمامی بدهی­ها و تعهدات مشارکت محدود می‌باشد. مسئولیت شریک با مسئولیت محدود نیز محدود به میزان مشارکت آنها در سرمایه شرکت می‌باشد. به دلیل وجود مسئولیت محدود شرکای با مسئولیت محدود، تامین مالی مشارکت محدود، برای مشارکت آورده توسط سرمایه­گذاران منفعل پروژه مناسب و سودمندتر می‌باشد. برای مثال، از این ساختار، به عنوان مکانیزمی برای مشارکت پیمانکاران و تامین­کنندگان تجهیزات استفاده می­شود. البته مدیریت در این ساختار همانند مسئولیت متفاوت است. سهامداران با مسئولیت محدود علیرغم اینکه از امتیاز مسئولیت محدود در شرکت بهره­منده نبوده اما دارای حقوق مدیریتی نیز می­باشند. البته این حق قابل انتقال به شریک عام می‌باشد.[[404]](#footnote-404)

**4. شرکت‌ با مسئولیت محدود**[[405]](#footnote-405)

شرکت­های با مسئولیت محدود در واقع حد وسط شرکت و مشارکت محدود می­باشند. مسئولیت اعضای این شرکت محدود به میزان سرمایه آنها در شرکت است. به موجب ساختار شرکت با مسئولیت محدود، هر یک از اعضا نیز به نسبت سرمایه از منافع و سود بهره­مند خواهد شد. برخلاف مشارکت محدود لازم نیست تا اعضا از حق کنترل مدیریت خویش صرفنظر کرده تا از مسئولیت محدود برخوردار باشند. ماده 94 قانون تجارت ایران نیز در تعریف شرکت با مسئولیت محدود بیان می­دارد: «شرکت با مسئولیت محدود شرکتی است که بین دو یا چند نفر برای امور تجارتی تشکیل شده و هر یک از شرکاء بدون اینکه سرمایه به سهام یا قطعات سهام تقسیم شده باشد فقط تا میزان سرمایه خود در شرکت مسئول قروض و تعهدات شرکت است».[[406]](#footnote-406)

**5.امتیاز**[[407]](#footnote-407)

در اکثر پروژه­های مهم بخش عمومی که تامین مالی می­گردند، دولت و یا شهرداری و یا دیگر مقامات عمومی به شرکت پروژه، امتیازی را در قالب «مجوز بهره‌برداری»[[408]](#footnote-408) برای مالکیت انحصاری تسهیلات و یا سرمایه برای سال‌های مشخصی اعطا می­کنند. در پایان مدت امتیار، سرمایه با شرایط خاصی به بخش عمومی بازگردانده می­شود. امتیاز که برخی اوقات از آن تحت عنوان قرارداد اجرای پروژه نیز اشاره می­شود، قراردادی اولیه میان دولت و شرکت پروژه و مبنایی برای دیگر قراردادهایی است که بعداً منعقد می­گردند. معمولاً امتیاز به شرکت پروژه، حق ساخت، تامین مالی و بهره­برداری از تسهیلات را برای یک دوره معین می­دهد؛ اگرچه انواع مختلف دیگری نیز وجود دارند. [[409]](#footnote-409) بنابراین، امتیاز اساساً مجوزی است که معمولاً توسط دولت و یا یک نهاد شبه دولتی[[410]](#footnote-410) اعطا می­شود. دولت میزبان امتیازی را بدین شرط که شرکت پروژه (که معمولاً شرکت واسط است) متعهد می­گردد تسهیلات مورد نیاز را در مدت زمان خاصی طراحی کرده و بسازد و از تسهیلات برای مدت زمانی بهره‌برداری کرده و پس از پایان آن مدت زمان، مالکیت آن تسهیلات را به دولت میزبان انتقال دهد.

مهمترین نکته در قراردادهای امتیاز بین­المللی آن است که چنین قراردادهایی به طور خودکار تابع قانون کشور میزبان می­باشند. ملاحظه می­گردد تعریف فوق مشتمل بر سه عنصر اساسی است: نخست انعقاد یک قرارداد امتیاز است. قبل از انعقاد این قرارداد، صاحب امتیاز اغلب از طریق فرایندی همانند دعوت یا اعلان عمومی انتخاب می­گردد. دومین عنصر، تعهد صاحب امتیاز به فراهم نمودن خدمات مشخص به عموم مردم است. ویژگی عجیب و غریب در اینجا، انتقال یک وظیفه عمومی به یک شرکت بخش خصوصی است؛ بنابراین این انتقال مستلزم تحدید حدود تعهدات صاحب امتیاز می­باشد. سومین عنصر، اجرت و یا کارمزد صاحب امتیاز است. صاحب امتیاز با دادن خدمات به بخش عمومی، اجرت خویش را از پروژه تحصیل می­نماید. لذا مسائل اصلی که در یک قرارداد امتیاز مطرح می‌باشند، عبارت از هدف امتیاز، مدت زمان و انتقال تسهیلات، تعهدات شرکت پروژه به طراحی و ساخت تسهیلات مرتبط، بهره­برداری از تسهیلات، اجرت صاحب امتیاز، اعطای وثیقه و انتقال امتیاز و غیره می‌باشد. این قرارداد همچنین ممکن است دربردارنده نظام حقوقی و مالیاتی قابل اعمال بر پروژه از جمله تعهدات زیست محیطی شرکت پروژه باشد. مفاد و شرایط این قرارداد باید از سوی تمامی اطراف مشارکت­کننده در پروژه از جمله قرض­دهندگان محقق شده و رعایت گردد. در عمل، قرارداد امتیاز با قرارداد خرید محصول و تامین مواد اولیه در یک قرارداد قابل جمع می­باشند. [[411]](#footnote-411)

**6. ساخت، بهره‌برداری و انتقال**[[412]](#footnote-412)

ساخت، بهره­برداری و واگذاری به ساختاری اطلاق می­شود که در آن، طرحی با مجوز دولت و از طرف دستگاه دولتی، برای ساخت به یک شرکت خصوصی واگذار می­گردد؛ پس از ساخت، امتیاز بهره­برداری از طرح برای مدتی به شرکت سازنده داده شده و او مالک طرح و منافع حاصل از آن می‌گردد و بعد از انقضای مدت قرارداد، مالکیت طرح به دولت طرف قرارداد انتقال می­یابد. بدین ترتیب، شرکت خصوصی تامین مالی طرح زیربنایی را به عهده گرفته، آن را ساخته و پس از مدتی بهره‌برداری، مالکیت طرح را به طور مجانی یا معوض به دولت منتقل می­کند تا از آن به بعد، دولت به عنوان مالک، آن را در راستای منافع عموم مورد بهره­برداری قرار دهد.[[413]](#footnote-413) یک ساختار ساخت، بهره‌برداری و واگذاری اغلب مبتنی بر قرارداد امتیاز و توسعه میان یک دولت و یا آژانس دولتی و شرکت پروژه می­باشد. شایان ذکر است این ساختار یکی از رایجترین ساختارها برای گسترش زیرساختارها در کشورهای در حال توسعه به شمار می‌آید. [[414]](#footnote-414)

**7. سرمایه‌گذاری مشترک**[[415]](#footnote-415)

سرمایه‌گذاری مشترک اتحادیه‌ای میان موسساتی است که تمایل داشته تا با یکدیگر پروژه را برای یک هدف تجاری خاص به انجام رسانند. این قالب مالکیت از انعطاف بیشتری در زمینه مدیریت برخوردار بوده و در پروژه‌های بزرگ نفتی و گازی مورد استفاده قرار می‌گیرد. به بیان دیگر، سرمایه‌گذاری مشترک مجموعه‌ای از موسسات برای رسیدن به یک هدف خاص است. این ساختار، یک قالب منعطف از شرکت تجاری است که انعطاف زیادی را به اعضا در مدیریت و بازبینی سرمایه‌گذاری می‌دهد. از دلایل انتخاب این ساختار آن است که سرمایه‌گذاری مشترک توسط حمایت‌کننده‌ای تشکیل می‌شود که قادر نبوده و یا تمایل نداشته به تنهایی در پروژه مشارکت نموده بلکه تمایل داشته تا با همکاری دیگر موسسات که دارای منابع مدیریتی، فنی و مالی می‌باشند و همچنن تقسیم و توزیع ریسک در پروژه مشارکت نماید. البته سرمایه‌گذاری مشترک می‌تواند به سرمایه‌گذاری مشترک سهامی[[416]](#footnote-416) و سرمایه‌گذاری مستقیم نقدی[[417]](#footnote-417) تقسیم گردد. سرمایه‌گذاری مشترک سهامی عموماً نیازمند تشکیل و ایجاد شخصیت حقوقی مستقل است ولی سرمایه‌گذاری مستقیم نقدی به این شرکت نیازی ندارد. مدیریت و یا بهره‌برداری سرمایه‌گذاری مشترک نیز معمولاً به موجب موافقتنامه سرمایه‌گذاری مشترک بازبینی می‌شود. البته موضوع تعارض منافع نیز از موضوعاتی است که می‌توان آن را منحصر به این ساختار دانست؛ چراکه سرمایه‌گذاران ممکن است دارای منافعی در دیگر پروژه‌ها باشند. با این وجود، بحث محرمانه بودن اطلاعات از اهمیت خاصی برخوردار است. سرمایه‌گذاری مشترک، مسئولیت محدود و یا بدون حق رجوع نیز به حمایت‌کنندگان پروژه اعطا نمی‌کند بلکه اعضای این ساختار تلاش می‌کنند تا مسئولیت خویش را به میزان سرمایه خویش محدود نمایند. [[418]](#footnote-418)

در ایران، مطابق ماده 3 قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی و اجرائی «از تاریخ تصویب این قانون، ارجاع کارهای خدمات مهندسی مشاور و پیمانکاری ساختمانی، تاسیساتی، تجهیزاتی و خدماتی، صرفاً به موسسات و شرکت‌های داخلی مجاز است و در صورت عدم امکان یا پیشنهاد دستگاه اجرایی و تصویب شورای اقتصاد، از طریق مشارکت از شرکت‌های ایرانی - خارجی مجاز خواهد بود. حداقل سهم ارزی کار طرف ایرانی پنجاه و یک درصد (51%) خواهد بود» و به موجب بند ب ماده 3 قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، مشارکت مدنی به عنوان یکی از ترتیبات قراردادی سرمایه‌گذاری خارجی یاد شده است که به اعتقاد برخی «این مشارکت مدنی شامل هر نوع مشارکت قراردادی و یا سرمایه‌ای (و از جمله سرمایه‌گذاری مشترک) می‌شود».[[419]](#footnote-419)

**8. تامین مالی اسلامی**[[420]](#footnote-420)

با حدود 5/1 میلیارد مسلمان، جمعیت جهانی مسلمانان حدود 22 درصد از جمعیت جهان را تشکیل می‌دهد. با توجه به رشد فزاینده رفاه و امنیت در بسیاری از کشورهای خاورمیانه و تمایل تعداد قابل توجهی از دولت‌ها، موسسات مالی و مسلمانان به سرمایه‌گذاری مطابق با اصول شریعت اسلام، تامین مالی اسلامی، نمود و جلوه خاصی پیدا می‌نماید. تامین مالی اسلامی در ارتباط با اقدامات و فعالیت‌های مالی و تجاری مطابق با حقوق اسلامی می‌باشد. در خاورمیانه و بخشی از آسیا، سهم فزاینده‌ای از تامین مالی پروژه مطابق با اصول تامین مالی اسلامی صورت می‌پذیرد. با توجه به شیوع استفاده از ابزارهای تامین مالی اسلامی در ایران و ضرورت عدم تغایر دیگر ساختارها با اصول و قواعد شریعت مقدس اسلام، تامین مالی اسلامی در ایران از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است.[[421]](#footnote-421)

**ب - چارچوب­های قراردادی تامین مالی پروژه**

سرتاسر ساختار حقوقی تامین مالی پروژه دربردارنده اساس و مبانی توافقنامه­های قراردادی میان اشخاص مختلف در یک پروژه است. این قراردادها نقش هر یک از طرفین را تعریف کرده و به نحو آشکاری، مسئولیت­ها و وظایف آنها را در قرارداد معین می­نماید. ساختار قرارداد، تقسیم ریسک­ها میان اشخاص مختلف را مشخص می­نماید. توافقنامه­ها به منظور هماهنگی با چارچوب حقوقی کشور میزبان و برای پروژه طراحی شده­اند. این توافقنامه­ها به بررسی روش­های ساخت، تامین مالی و بهره‌برداری از تسهیلات، رویه­های توافق شده در صورت عدم اجرای تعهدات، عدم ساخت پروژه و عدم ایفای تعهدات در طول دوره بهره­برداری می­پردازند. این قراردادها همچنین راه­حل­هایی را که در صورت بروز حوادث غیر­قابل ­پیش­بینی همچون جنگ و یا زلزله باید اتخاذ شوند، مشخص می­نماید. بنابراین، یک پروژه می­تواند مشتمل بر مجموعه­ای از قراردادهای مجوز بهره‌برداری و یا امتیاز، قرارداد ساخت، قرارداد پیش­خرید محصول، قرارداد کار، قرارداد فروش محصول، بیمه­نامه­ها و مجوزهای صادراتی باشد. حال ممکن است اطراف درگیر در یک تامین مالی پروژه، در تمام یا قسمتی از یک یا چند نمونه قرارداد فوق دخالت داشته باشند. بدیهی است که دخالت هر یک از اشخاص درگیر لزوماً به معنای داشتن حقوق و تعهدات مستقیم برای هر یک از اشخاص نمی­باشد. در این بخش تلاش می‌گردد تا مهمترین توافقنامه­ها و قراردادهایی که در تامین مالی پروژه مورد استفاده قرار می­گیرند، مورد بررسی واقع شوند.

**1. توافقنامه اعتبار**[[422]](#footnote-422)

توافقنامه اعتبار اصلی­ترین سند حقوقی است که به طور رسمی بیانگر و ثبت­کننده شروط صریح توافق‌شده میان قرض­گیرنده و قرض­دهنده جهت اعمال بر روابط قراردادی­شان می­باشد. در این توافقنامه، قرض­­دهنده مقداری پول را به قرض­گیرنده در قبال تعهد وی به بازپرداخت آن مبلغ و معمولاً به همراه سود و در مدت زمان توافق شده، قرض می­دهد. این توافقنامه مبنائی، با مفاد و مقررات حمایتی و اداری همچون اظهارات و ضمانت‌نامه­ها، میثاق­ها، فرض تخلف، مکانیزم­های نمایندگی و شروط مربوط به حل و فصل اختلافات و دیگر مسائل اجرائی همراه می­گردد. شروط استاندارد توافقنامه اعتبار[[423]](#footnote-423) عموماً در قراردادهای اعتبار حاکم بر وام­های با بازگشت محدود یافت می‌شوند. البته در یک قرارداد وام پروژه، برخی از شروط مشاهده می­گردد که در قراردادهای عادی دیده نشده و یا کاملاً و یا از برخی جهات با آنها تفاوت دارند. برای مثال، تنوع شروط راجع به بازپرداخت مثال خوبی در این زمینه است.

**2. قرارداد وثیقه** [[424]](#footnote-424)

در هر مورد، تامین مالی پروژه یک وام دارای وثیقه است. قاعده این است که قانون حاکم، قانون کشوری است که سرمایه­ها و دارایی­ها در آنجا قرار دارد.[[425]](#footnote-425) البته در مواردی که یک عنصر خارجی در میان باشد، حضور و در نتیجه اعمال قواعد حقوق بین­الملل خصوصی ضروری است. اخذ وثیقه بیشتر و یا کمتر از وام و یا سود آن، خود یکی دیگر از مسائل حائز اهمیت در این زمینه است. نوع مالی که می‌تواند وثیقه قرار بگیرد نیز از جمله مسائل مهم در این زمینه است.[[426]](#footnote-426) طلبکاران دارای وثیقه در صورت اعسار و ورشکستگی، طلبکاران دارای حق تقدم به شمار می­آیند. بنابراین، وثیقه یکی از عناصر کلیدی تامین مالی بوده که در کشورهای مختلف، تابع قوانین مختلف نیز می­باشد. قراردادهای مربوط به وثایق، یک عامل مهم در مذاکرات قراردادهای وام می­باشند.

تضمین­ها و وثایق معمولاً توسط بانک­ها و یا شرکت­های بیمه صادر می­شود. بدیهی است اعتبار و سوابق درخواست­کننده تضمین و وثیقه، نوع معامله، ریسک­های موجود و احتمالی، همه از جمله مسائلی هستند که توسط مرجع صادرکننده مورد بررسی کامل قرار می­گیرند. هدف از گرفتن تضمین یا وثیقه، اطمینان از بازپرداخت اعتبار و یا وامی است که به وام­گیرنده اعطا شده است تا در صورتی که به هر دلیل بازپرداخت وام و یا سود آن سر موعد انجام نپذیرد، وام­دهنده بتواند از محل این تضامین، طلب خویش را استیفا نماید.[[427]](#footnote-427) بدیهی است که فرایند اخذ تضمین یا وثیقه توسط مراجع مختلف متفاوت است، از همین رو اسناد مورد نیاز و یا حتی روش­ها و قالب­هایی که بانک یا هر موسسه دیگر از متقاضی جهت صدور ضمانت­نامه درخواست می­نماید، متفاوت می­باشد.

در یک تضمین، سه نفر دخیل می­باشند: طلبکار، بدهکار اصلی و ضامن. در شرایط عادی، طلبکار حق دارد تا علیه بدهکار اصلی مبادرت به اقامه دعوا نماید و در صورت خودداری بدهکار از پرداخت بدهی خویش، طلبکار می­تواند به ضامن رجوع نماید. پس از پرداخت طلب توسط ضامن، وی حق مراجعه به بدهکار اصلی را دارد. البته این امکان وجود داشته که بر خلاف اصل فوق توافق شود، برای مثال، چنین توافق گردد که با انعقاد عقد ضمان طلبکار مستقیماً و در ابتدا حق مراجعه به ضامن را داشته باشد.[[428]](#footnote-428) شایان ذکر است بسیاری از قواعد اعتبارنامه اسنادی در خصوص تضامین و وثایق قابل اجراست.

رابطه میان قرارداد ضمان و قرارداد اصلی آن است که بدون قرارداد اصلی نیازی به انعقاد عقد ضمان دیده نمی­شود؛ از همین روست که از این عقد به عنوان یک عقد تبعی یا وابسته نام می­برند. نکته دیگر آنکه به سه دلیل قرارداد ضمان باید مستقل از قرارداد اصلی منعقد شود. نخست آنکه، قانون حاکم بر قرارداد اصلی با قانون حاکم بر قرارداد ضمان لزوماً یکسان نمی­باشد؛ دوم، قانون حاکم بر قرارداد ضمان قانون محل اجرای عقد ضمان است و سوم آنکه قرارداد ضمان ممکن است در شرایط خاصی به اجرا گذارده شود، صرفنظر از اینکه قرارداد اصلی انجام شده است یا خیر. [[429]](#footnote-429)

**3. قرارداد ساخت**[[430]](#footnote-430)

از قرارداد ساخت در تامین مالی پروژه به منظور تکمیل و تجهیز تسهیلات به شرکت پروژه‌ استفاده می‌شود. علاوه بر آن، این قرارداد به منظور تسلیم تسهیلات توسط پیمانکار با شرایط پیش­بینی شده با قیمت ثابت و یا قابل پیش­بینی در زمان مقرر منعقد می­گردد. بدین منظور، معمولاً قرارداد مقرر می­دارد که پیمانکار اقدامات مهندسی و ساخت، تهیه و تامین تجهیزات و شروع بکار و آزمایش پروژه را فراهم نماید. قراردادهای ساخت تامین مالی پروژه عموماً دربردارنده هر یک از موارد زیر می­باشند: جزئیات و دامنه و قلمرو کار، قیمت ثابت برای تمامی اقدامات لازم به منظور تکمیل پروژه، ضمانت­ها و اعلانات اجرائی، خسارات مقطوع در قبال تخلف و اطمینان در خصوص اعتبار مالی پیمانکار. تخصیص و تقسیم ریسک میان شرکت پروژه و پیمانکار یک عنصر اساسی پروژه­های با قابلیت تامین مالی می‌باشند. افزایش هزینه‌های ساخت، تاخیر در تکمیل، اعمال ضمانت­های اجرائی در قبال انواع مختلف تخلف، قوه قاهره، تجربه، شهرت و منابع پیمانکار، فقدان و یا عدم دسترسی به مواد ساختمانی، ساخت تاسیسات مرتبط، تهیه و تامین مواد خام و مصرفی، عدم ایفای تعهدات توسط پیمانکار و همزمانی و انطباق در قرارداد ساخت از مهمترین ریسک­های مربوط به ساخت پروژه به شمار می­آیند. [[431]](#footnote-431)

**4. قرارداد بهره‌برداری، حفظ و نگهداری**[[432]](#footnote-432)

شرکت پروژه تمایل دارد تا از اجرای صحیح اقدامات در طول دوره ساخت اطمینان حاصل نماید در نتیجه مبادرت به انعقاد قرارداد بهره­برداری و نگهداری با عامل تسهیلات می­نماید. تعهدات عامل باید مفاد و شرایط قرارداد امتیاز، قرارداد خرید محصول و همچنین اجرای درست و موثر پروژه را در نظر داشته و به نوعی در تعارض با آنها نباشد. از این رو، قرارداد بهره‌برداری، نگهداری و حفظ از اهمیت فراوان برخوردار است؛ چرا که از درآمد جاری پروژه است که وام و بهره قرض­دهندگان و همچنین دارایی سرمایه­گذاران باید پرداخت گردد. شرکت پروژه معمولاً به منظور بهره­برداری و نگهداری از تسهیلات پروژه به صورت روز به روز مبادرت به انعقاد قرارداد بلند مدت می­نماید.عامل ممکن است یک شرکت مستقل و یا یکی از حمایت­کنندگان باشد. عامل معمولاً غرامت ثابت پرداخته و ممکن است حق دریافت پاداش اجرای بیشتر و بهتر را داشته باشد. علاوه بر آن، این امکان وجود دارد که عامل ملزم به پرداخت خسارات جهت اجرای بد و پائین‌تر از شرایط مقرر باشد. حمایت‌کننده پروژه دو اختیار برای بهره­برداری از پروژه دارد. نخست آنکه چنین تصمیم گیرد که خود مستقیماً و بدون وجود قرارداد بهره­برداری از پروژه بهره­برداری نماید و دوم بکارگیری از یک عامل یا بهره­بردار برای بهره­برداری. بهره­برداری از اکثر پروژه­ها مستلزم بکارگیری یک عامل باتجربه و ماهر است؛ موضوعی که توسط اکثر حمایت­کنندگان مورد توجه قرار می‌گیرد. لذا به ندرت اتفاق می­افتد که شرکت پروژه خود مبادرت به بهره­برداری از پروژه نماید. برای اجرت عامل نیز سه ساختار وجود دارد که عبارتند از: الف) ساختار قیمت ثابت یا مقطوع؛[[433]](#footnote-433) ب) ساختار مخارج به علاوه هزینه‌ها[[434]](#footnote-434) و ج) ساختار مشوقی یا تنبیهی.[[435]](#footnote-435) ساختار قیمت ثابت یا مقطوع در تامین مالی پروژه بسیار نادر است. به عنوان یک قرارداد، این ساختار مستلزم آن است که عامل از تمام یا قسمتی از پروژه با یک مبلغ مشخص بهره­برداری نماید. اگر هزینه­ها بیشتر از بودجه پیش­بینی شده شود، این عامل است که ریسک را متحمل می­شود و به همین دلیل است که این ساختار بسیار گرانقیمت­تر از دیگر قراردادهای بهره‌برداری است. بر اساس ساختار مخارج به علاوه هزینه­ها، مالک، هزینه­های واقعی بهره‌برداری پروژه که عامل متحمل گردیده و دیگر هزینه­ها را به وی پرداخت می­کند. این ساختار بیشتر از ساختار قیمت ثابت مورد استفاده و پذیرش قرار گرفته است؛ چرا که در این ساختار، عامل می­تواند با انتقال بخشی از ریسک به شرکت پروژه، از میزان ریسک خود بکاهد. در ساختار مشوقی یا تنبیهی، اجرت عامل بر اساس اهداف اجرائی از پیش توافق شده، تعیین شده که زمانی که عامل به آن اهداف توافق شده، دست پیدا کند، اجرت به وی پرداخت می­گردد و غرامت اندکی نیز در صورت دست نیافتن به آن اهداف تعیین می­گردد. این ساختار بسیار مطلوب و مورد علاقه قرض­دهندگان است؛ زیرا نه تنها شرکت پروژه را از بسیاری از ریسک­های بهره­برداری مصون نگه می­دارد بلکه بهترین ابعاد پروژه که بر اساس بودجه می­تواند مورد بهره­برداری قرار گیرد را ارائه می­کند.[[436]](#footnote-436)

**5. قراردادهای تهیه و تامین نیازهای داخلی پروژه** [[437]](#footnote-437)

به دلیل آنکه قابلیت شرکت پروژه نسبت به تولید درآمد از بهره­برداری پروژه مبنای تامین مالی پروژه را تشکیل می­دهد؛ قراردادها چارچوب موجودیت پروژه و کنترل تخصیص ریسک­ها را تشکیل می­دهند. قراردادهایی که در خصوص هزینه سوخت و دیگر مواد داخلی شرکت پروژه منعقد می­گردند از اهمیت خاصی برخوردارند؛ چراکه این قراردادها بر جریان نقدی اثر می­گذارند. مواد خام و داخلی مورد نیاز برای پروژه بسته به نوع پروژه متفاوت است. در نتیجه شروط این قراردادها نیز بسیار متفاوت هستند. البته بایستی توجه داشت که قراردادهای داخلی نباید با انتظار مربوط به پرداخت بدهی از درآمدهای پروژه خلط گردند. تامین مالی پروژه­ها عموماً نیازمند یک قرارداد تهیه و تامین طولانی مدت برای مواد داخلی اساسی همانند سوخت می­باشند. البته در برخی از پروژه­ها، یک قرارداد طولانی مدت ضروری نمی­باشد؛ چراکه تهیه و تامین و حمل و نقل به طور گسترده وجود دارند. بنابراین، به طور کلی قراردادهای مربوط به تهیه و تامین نیازهای داخلی پروژه و مسائل مربوط به آن همانند حمل و نقل و هزینه­های مربوط به آن می­شود. در این قراردادها، تامین­کننده مواد خام و اولیه تعهد می­نماید تا مواد مورد نیاز برای اجرای پروژه را با مشخصات، کمیت و کیفیت تعیین شده فراهم نماید. در این قرارداد همچنین مسائل مربوط به ریسک بازار و قیمت مواد اولیه پیش­بینی می­گردد. بدیهی است این قرارداد در صورتی منعقد می­گردد که اجرای پروژه نیازمند تامین مواد خام و اولیه باشد. البته در بسیاری از پروژه­ها، محصول آن پروژه می­تواند ماده خام و اولیه پروژه­ای دیگر باشد. این قراردادها بیشتر بر مبنای «تسلیم و یا پرداخت مابه‌التفاوت»[[438]](#footnote-438) منعقد می­گردند؛ بدین معنا که تامین­کننده باید مواد اولیه را تهیه کرده و یا مابه­التفاوت تهیه مواد اولیه که شرکت پروژه با تهیه آن مواد از دیگر منابع می‌پردازد را پرداخت نماید. شرط مربوط به قیمت در قرارداد تامین مواد و اولیه باید این اطمینان را بدهد که هزینه مواد اولیه در یک دوره قابل قبول، ثابت بوده و مطابق با برنامه و بودجه پروژه می­باشد.

**6. قراردادهای خرید و فروش محصول**[[439]](#footnote-439)

قراردادهای خرید محصول، موافقتنامه­ها و قراردادهایی است که یک درآمد جاری برای پروژه‌ ایجاد و فراهم می­نماید. در این قراردادها، شرکت پروژه مبادرت به فروش محصول و یا خدمات خود می­نماید. در واقع، این قراردادها محور معاملات تامین مالی پروژه می­باشند. قراردادهای طولانی مدت که به موجب آنها یک خریدار معتبر نسبت به خرید محصول یک تاسیسات موافقت می­نماید همواره برای یک تامین مالی بدون حق رجوع و یا با حق رجوع محدود لازم و ضروری نمی­باشد. بجای این مسئله، شرکت پروژه و قرض­دهندگان پروژه به تقاضاهای بازار برای حمایت اعتباری تکیه می­نمایند. این ساختار در مواردی که نیاز پروژه به خوبی تثبیت گردیده و قیمت برای محصول پروژه عموماً در طول مدت بدهی پروژه ثابت و پایدار می­ماند، موثر و کارآمد می­باشد. با این وجود، شرکت پروژه و قرض‌دهنده پروژه، ریسک­های مربوط به نوسانات قیمت محصول، رقابت و دیگر ریسک­های بازار را می­پذیرند. هم شرکت پروژه و هم قرض­­دهندگان، هر دو نگران تضمین این مسئله هستند که پروژه در تمام مدت به یک محصول قابل اعتماد رسیده و یک منبع مطمئن تولید نماید. ساختاری که در آن قیمت از پیش توافق می­شود معمولاً برای شرکت پروژه، بهتر و مناسبتر است. این قرارداد همچنین بازپرداخت دیون و بدهی­های پروژه را بگونه­ای تضمین می­نماید. بدیهی است شروطی در خصوص ضمانت­اجراها و جبران خسارات در صورت عدم تکمیل به موقع پروژه و در نتیجه تحویل محصول در این قرارداد می­تواند پیش­بینی شود. البته در برخی از پروژه­ها از جمله ساخت بیمارستان، تونل و پل و یا دیگر پروژه­هایی که محصول فیزیکی برای پروژه قابل تصور نیست، قرارداد خرید محصول می­تواند وجود نداشته باشد. البته در این قبیل از پروژه­ها، به جای این قرارداد، می­توان در قالب اعطای امتیاز، تعرفه­هایی را به طور مستقیم از مصرف­کننده دریافت نمود که در این صورت قرارداد خرید محصول شبیه قرارداد امتیاز خواهد شد.

این قراردادها باید به روشی ساختاردهی گردند که برای شرکت پروژه درآمد کافی جهت پرداخت بدهی­ها و دیگر هزینه­های مربوط به بهره­برداری، حفظ و مالکیت پروژه را ایجاد نماید. اغلب، قراردادهای خرید محصول بر مبنای گرفتن و یا پرداخت کردن منعقد می­گردند؛ بدین معنا که خریدار متعهد به پرداخت در قبال دریافت محصول بر یک مبنای منظم می­باشد؛ صرفنظر از اینکه خریدار واقعاً محصول را تحویل بگیرد یا خیر، مگر آنکه محصول به دلیل تخلف شرکت پروژه غیر موجود گردد.[[440]](#footnote-440) همانند قراردادهای تامین مواد اولیه، قراردادهای خرید محصول اغلب دارای قیمت ثابت و یا مطابق با برنامه پیش­بینی­شده می­­باشد.[[441]](#footnote-441)

**نتیجه­گیری**

نگاهي گذرا به انواع مختلف قراردادهاي تجاري به ويژه قراردادهايي که به نوعي مرتبط با جذب سرمايه‌گذاري خارجي هستند گوياي اين واقعيت است که همگي به نوعي به جنبه­هاي خاصي پرداخته که بي‌ترديد نمي­تواند تمامي ابعاد به ويژه ابعاد حقوقي قراردادهاي تامين مالي پروژه را تحت پوشش قرار داده و براي تمامي مسائل آن راه­حل حقوقي ارائه دهد. حقيقت آن است که ماهيت حقوقي قراردادها و قواعد حقوقي­اي که در تامين مالي پروژه بکار گرفته مي­شوند نه تنها در قالب عقود سنتي و رايج قرار نمي­گيرند بلکه استفاده از اين عقود (البته به تنهايي) مشکلات حقوقي فراواني ايجاد نموده که چه بسا حل آن به آساني ممکن نباشد. به همين دليل باید به ماهيت و قالب­هاي حقوقي جديدي که به تمامي ابعاد و مسائل تامين مالي پروژه پاسخ دهد، دست يافته و يا به بيان ديگر، ساختاري جامع و مانع براي آن طراحي نمود که از يک طرف به تمامي مسائل مطرح در تامين مالي پاسخ داده و از سوي ديگر با قواعد و ماهيات حقوقي ديگر ساختارها و قراردادها که تشابه زيادي با اين موضوع دارند، خلط نشده و از آن تميز داده شود. مروري اجمالي بر قوانين و مقررات و به طور اعم، مصوباتي که در زمينه جذب سرمايه­گذاري خارجي به تصويب رسيده­اند حاکي از آن است که متاسفانه تنها عقود خاص محدودي در اين نصوص مورد توجه قانونگذار قرار گرفته که نمي­­تواند خلا قانوني ملموس در اين زمينه را پر نمايد.

منابع

1. Bjerre, Carl S., Project Finance, Securitization and Consensuality,

Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 12, Issue 2, Spring 2002.

2. Brian J. Terry, International Finance and Investment Multinational Corporate Banking, Third Edition, The Chartered Institute of Bankers, London, Chapter 8: Project Finance, By: Gordon McKechnie, 1994.

3. Crothers, John D., Project Finance in Central and Eastern Europe from a Lender's Perspective: Lessons Learned in Poland and Romania, McGill Law Journal, Vol. 41, Issue 1, December 1995.

4. Fletcher, Phillip, Rules for Negotiating Project Finance Deals, International Financial Law Review, Vol. 24, Issue 12, December 2005.

5. Gazur, Wayne M.; Goff, Neil M., Assessing the Limited Liability Company, Case Western Reserve Law Review, Vol. 41, Issue 2, 1991.

6. Grambas, Nicholas, Role of Government in Project Finance: Host Government Support, International Business Lawyer,Vol. 23, Issue 5, May, 1995

7. Kam Fan Sin, Building Project Finance in Hong Kong: Law and Practice, Second Edition, LexisNexis Hong Kong,1999.

8. Nassar, Nagla, Project Finance, Public Utilities, and Public Concerns: A Practitioner's Perspective, Fordham International Law Journal, Vol. 23, Symposium Issue, 2000.

9. Ozkol, Beri Bahar, The Possible Ways to Finance the Renewable Energy Projects in Terms of Project Finance and Law, Ankara Bar Review, Vol. 4, Issue 2, 2011.

10.Roberts, M J 0, Legal Issues in Energy-Related Project Finance, International Financial Law Review, Vol. 2, Issue 4, April, 1983. 11.Silva, Winston Bernard, Malaysian Project Finance Survives Market Turbulence, International Financial Law Review, Vol. 17, Issue 2, February 1998.

12.Shalanda H. Baker, Unmasking Project Finance: Risk Mitigation, Risk Inducement, and an Invitation to Development Disaster?, Texas Journal of Oil, Gas, and Energy Law, Vo1.6, 2010-2011.

13.Soderquist, Larry D., Theory of the Firm: What a Corporation Is, Journal of Corporation Law, Vol. 25, Issue 2, Winter 2000.

14. Wadley, William H., Limited Partnership, Legal Adviser: Monthly Law and Business Magazine, Vol. 1, Issue 4, December 1897.

15. Yzaguirre, Mark R., Project Finance and Privatization: The Bolivian Example, Houston Journal of International Law, Vol. 20, Issue 3, Spring 1998.

**چکیده (انگلیسی)**

**Abstract**

**Legal Aspects of Project Finance In International Trade**

Major investments in various projects are the essential needs of any country and project financing is treated as the most common methods of investment. In this method which used in order to construction or operation of a project in special industry, some participants collect their equity through providing financial sources.

It is clear that there are various risks that can affect the success of the project. Commercial, political, legal, environmental and social risks are the most important risks. With assessment, allocation and efficient risk management can go towards deletion or mitigation of risk.

In project financing, there are several structures and contractual frameworks which separation of two matters is necessary. Effects and consequences of this separation can be seen in advance and efficiency of the project. Paying attention to dispute settlement through insert its relevant clause such as recourse to domestic courts or arbitration or another alternative disputes resolutions are other important matters. Arbitration is used widely, because this mechanism has more interests in comparison with other dispute settlement mechanisms especially domestic courts.

The matching and considering of matter with Iranian legal system and relevant laws and regulations, it is appeared that apart from incentives and tools, there are important obstacles arising from various legal, mental, cultural, economical, financial, administrative and political factors. For this purpose, analysis this matter from different perspectives and in order to harmonize and improve of defects, suggestions and actual guidelines have been introduced.

**Keywords:** Project Finance, International Commercial Law, Dispute Settlement, Foreign Investment, Comparative Law.

فصل **پنجم**

**سرمايه‌گذاری خارجي در سبد اوراق بهادار (پورتفولیو): رویکرد دیوان‌های داوری و معاهدات سرمایه‌گذاری**

**چکیده**

سرمایه‌گذاری خارجی در سبد اوراق بهادار (پورتفولیو) که به عنوان سرمایه‌گذاری خارجی در اوراق بهادار سرمایه‌ای و همچنین اوراق بهادار بدهی (و نه اوراق مشتقه) شناخته می‌شود، نوع خاصی از سرمایه‌گذاری است که صرفاً با هدف کسب سود و بدون ایجاد منافع بلندمدت و مدیریت ناشر اوراق بهادار صورت می‌پذیرد. اگرچه مزایا و معایب این نوع از سرمایه‌گذاری محل بحث بوده و تاکنون حل نشده باقی مانده است، بیشتر معاهدات سرمایه‌گذاری با بیان تعریف گسترده‌ای از «سرمایه‌گذاری» (مانند «هرگونه مشارکت در شرکت‌ها»)، شامل سرمایه‌گذاری پورتفولیو نیز می‌شوند؛ در نتیجه صرف اشاره به منافع سرمایه‌گذار یا مشارکت ایشان در شرکت‌ها، به معنای لازم دانستن «مدیریت» بر شرکت مزبور نیست. در واقع، سهامداران اقلیت نیز به طور کلی تحت حمایت معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری نیز می‌باشند و دیوان‌های داوری از این رویکرد حمایت نموده‌اند. در دیوان ایکسید، اجماع رو به رشدی مبنی بر تلقی «تعهد به تأمین منابع»، «مدت زمان» و «ریسک (خطر)» به عنوان معنای مشترک ذاتی کلمه سرمایه‌گذاری و همچنین عناصر مفهوم «سرمایه‌گذاری» وجود دارد که سرمایه‌گذاری پورتفولیو نیز مشمول ماده (1)25 عهدنامه ایکسید به عنوان نوعی از «سرمایه‌گذاری» خواهد بود. هرچند آرای داوری اخیر این دیوان، موجب نگرانی فزاینده‌ای در خصوص نحوه حمایت از سرمایه‌گذاری پورتفولیو (به ویژه اوراق بهادار دولتی) گردیده است. این مقاله پس از تحلیل رویکرد این دیوان و معاهدات سرمایه‌گذاری، مشخصاً دو پیشنهاد اصلی را برای اصلاح معاهدات سرمایه‌گذاری مطرح می‌نماید: (یک) سرمایه‌گذاری پورتفولیو صریحاً از قلمرو شمول معاهدات سرمایه‌گذاری دو و چندجانبه مستثنی گردد؛ (دو) عناصر عینی مفهوم سرمایه‌گذاری یعنی تعهد به تأمین منابع، مدت زمان، ریسک (خطر) و کمک به توسعه کشور میزبان صریحاً در متن معاهدات قید گردد.

**واژگان کلیدی:**

حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی؛ مفهوم سرمایه گذاری؛ سرمایه‌گذاری پورتفولیو؛ اوراق بهادار سرمایه‌ای؛ اوراق بهادار بدهی؛ عهدنامه ایکسید

**مقدمه**

«سرمايه‌گذاري» در ساده‌ترين تعريف، به معناي تأمین منابع جهت کسب سود است؛[[442]](#footnote-442) ليکن اين اصطلاح گاهي به معناي «فرآيند» سرمايه‌گذاري (براي مثال عمليات خريد سهام يک شرکت) و گاهي به معناي «اموال» تحصيل شده از طريق سرمايه‌گذاري (يعني خود سهام خريداري شده) به کار مي‌رود.[[443]](#footnote-443) با این وجود امروزه تقریباً تمامی عهدنامه‌های دوجانبه حمایت از سرمایه‌گذاری نه تنها حاوی تعریفی از مفهوم سرمایه‌گذاری در معنای «اموال» تحصیل شده می‌باشند، بلکه تعاریف ارائه شده نیز دارای خصوصیات مشترکی هستند به نحوی که غالباً مجموعه‌ای از حقوق نوعی و معمولی (همچون اقسام مشارکت در شرکت‌ها) را به عنوان مصادیق غیراحصایی سرمایه‌گذاری ذکر نموده‌اند.[[444]](#footnote-444)

متن نمونه موافقت‌نامه‌های دوجانبه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری ایران (من‌بعد «متن نمونه موافقت‌نامه ایران»)[[445]](#footnote-445) نیز در ماده یک و در قسمت تعریف اصطلاح «سرمایه‌گذاری»، صرفاً از «سهام یا هر نوع مشارکت در شرکت‌ها» به عنوان یکی از مصادیق سرمایه‌گذاری نام برده است، هرچند که این متن در مقایسه با متن نمونه برخی از کشورها، به صورت مضیق‌تری تنظیم شده است.[[446]](#footnote-446) بسیاری از موافقت‌نامه‌های تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری منعقده توسط ایران نیز (که از این متن نمونه الهام گرفته‌اند)، حاوی همین عبارت می‌باشند،[[447]](#footnote-447) که در مواردی عبارت «حقوق مربوط به آن‌ها» نیز به انتهای آن اضافه گردیده است.[[448]](#footnote-448) همچنین در مواردی نیز مصداق «سهم‌الشرکه»، «اوراق قرضه» و «اوراق بهادار» به عبارت «سهام یا هر نوع مشارکت در شرکت‌ها» اضافه شده است.[[449]](#footnote-449)

علی‌رغم ساده بودن نحوه تنظیم متن نمونه موافقت‌نامه ایران، امروزه موضوع سرمایه‌گذاری خارجی در اوراق بهادار ابعاد گسترده و پیچیده‌ای یافته است و به همین دلیل از یک سو به نظر می‌رسد که معاهدات دو و چندجانبه منعقده در آینده، به نحو بسیار دقیق‌تر و مفصل‌تری در خصوص موضوع سرمایه‌گذاری در اوراق بهادار تنظیم گردند؛[[450]](#footnote-450) و از سوی دیگر، حمایت از سهامداران در حوزه حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز، موضوع مطالعات گسترده‌‌تری قرار ‌گیرد و از جنبه‌های گوناگونی تحلیل و بررسی شود.[[451]](#footnote-451)

در همین رابطه، مطالعه و بررسی سرمایه‌گذاری خارجی در سبد اوراق بهادار (من بعد، «سرمایه‌گذاری پورتفولیو» یا «پورتفولیو») نیز جزو جدیدترین موضوعات مورد مناقشه در حوزه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری است که (فارغ از تأثیرات مثبت یا منفی آن بر اقتصاد هر کشور)[[452]](#footnote-452) مخالفت با شمول عهدنامه‌ها نسبت به این نوع از سرمایه‌گذاری نیز در حال گسترش است به نحوی که کنفرانس تجارت و توسعه سازمان ملل متحد (آنکتاد) نیز صریحاً پیشنهاد نموده است که (اولاً) مصادیق مفهوم «سرمایه‌گذاری» در معاهدات دوجانبه به صورت حصری تعریف گردد و (دوماً) سرمایه‌گذاری پورتفولیو (در قالب سهام یا برخی اوراق بدهی) نیز صریحاً از قلمرو شمول معاهدات دوجانبه مستثنی گردد.[[453]](#footnote-453) همچنین علاوه بر این پیشنهادات، امروزه تلاش در جهت نظام‌مند ساختن نحوه برخورد با نکول دولت‌ها در پرداخت اوراق بهادار بدهی نیز در حال افزایش است.[[454]](#footnote-454)

این مقاله با بررسی آرای داوری صادره از مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید)،[[455]](#footnote-455) رویکرد دیوان‌های داوری در تفسیر مفهوم «سرمایه‌گذاری» را به منظور ارزیابی امکان شمول قلمرو عهدنامه‌های سرمایه‌گذاری نسبت به سرمایه‌گذاری پورتفولیو بررسی خواهد کرد. دلیل بررسی آرای این دیوان عبارت است از: (اولاً) گفته شده است که اصطلاح سرمایه‌گذاری دارای یک معنای ذاتی بوده که قابل چشم پوشی نیست و از این رو، دارای معنای یکسانی در متن عهدنامه ایکسید و خارج از آن است؛[[456]](#footnote-456) به همین دلیل ممکن است سایر دیوان‌های داوری نیز در تعیین مفهوم «سرمایه‌گذاری» به آرای ایکسید استناد نمایند. (دوماً) اگرچه دیوان‌های داوری مکلف به تبعیت از آرای صادره قبلی نیستند، با این وجود اصولاً استدلال‌های آرای گذشته را مورد توجه قرار می‌دهند؛[[457]](#footnote-457) از این رو نحوه تفسیر مفهوم «سرمایه‌گذاری» در آرای سابق، در آرای صادره آینده نیز بی‌تأثیر نخواهد بود؛ (سوماً) تقریباً دو سوم اختلافات میان سرمایه‌گذاران و دولت‌ها از طریق دیوان ایکسید حل و فصل می‌شود.[[458]](#footnote-458)

مقاله حاضر در دو قسمت به تحلیل موضوع خواهد پرداخت؛ در قسمت اول «عناصر سرمایه‌گذاری و مفهوم سرمایه‌گذاری پورتفولیو» مورد بررسی قرار خواهد گرفت که در ذیل آن و در قالب دوقسمت، به ترتیب «عناصر سرمایه‌گذاری» و همچنین «مفهوم سرمایه‌گذاری پورتفولیو» تحلیل می‌گردد. در قسمت دوم مقاله، «اعمال عهدنامه‌های سرمایه‌گذاری نسبت به سرمایه‌گذاری پورتفولیو» بررسی خواهد شد که در ذیل آن و در قالب دو قسمت، ابتدا «اعمال عهدنامه‌های دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری» و سپس «اعمال عهدنامه ایکسید» بررسی و در نهایت جمع‌بندی این نوشتار ارائه خواهد شد.

**قسمت اول: عناصر سرمایه‌گذاری و مفهوم سرمایه‌گذاری پورتفولیو**

فارغ از تحلیل‌های مرتبط با چگونگی تقسیم‌بندی اقسام سرمایه‌گذاری (که خارج از موضوع این نوشتار است)، در یک تقسیم‌بندی کلی انواع سرمایه‌گذاری خارجی به سه دسته تقسیم شده است: «سرمایه‌گذاری مستقیم»،[[459]](#footnote-459) «سرمایه‌گذاری پورتفولیو»[[460]](#footnote-460) و «سرمایه‌گذاری غیرمستقیم»[[461]](#footnote-461) (یا «دیگر اقسام سرمایه‌گذاری»[[462]](#footnote-462)). علی‌رغم آنکه گفته شده است که تنها سرمایه‌گذاری خارجی مستقیم تحت حمایت حقوق بین‌الملل عرفی بوده است،[[463]](#footnote-463) لیکن امروزه نحوه تنظیم معاهدات سرمایه‌گذاری به روشنی شامل سایر اقسام سرمایه‌گذاری نیز می‌شود.[[464]](#footnote-464)

اگرچه اقسام سرمایه‌گذاری فوق، باید تحت تعریف واحدی در اسناد بین‌المللی درج گردند، لیکن عهدنامه ایکسید (برای مثال) حاوی تعریفی از واژه «سرمایه‌گذاری» نمی‌باشد؛ هرچند تلاش‌های بسیاری در خصوص ارائه تعریفی (مانند درج عبارت «مشارکت یا برگه سهام در هرگونه شرکت» یا «مالکیت سهام» جهت درج در تعریف این واژه) صورت پذیرفت،[[465]](#footnote-465) لیکن مذاکرات صورت گرفته منجر به اتخاذ تعریف واحدی نشد و در نهایت، عامدانه هیچ‌گونه تعریفی نیز در متن این عهدنامه درج نگردید.[[466]](#footnote-466) گفته شده است که هدف از اتخاذ چنین رویکردی این بوده است تا خود طرفین این عهدنامه بتوانند اختلافاتی را که مایلند به این مرکز ارجاع نمایند، تعیین کنند.[[467]](#footnote-467) با این وجود به نظر می‌رسد که اختیار طرفین در ارجاع اختلاف خود به این مرکز نامحدود نبوده و آن‌ها نمی‌توانند هرگونه اختلافی را که به روشنی مخالف با معنای معمول «سرمایه‌گذاری» باشد (مانند بیع ساده)[[468]](#footnote-468) به این مرکز ارجاع دهند.[[469]](#footnote-469) لازم به ذکر است که فقدان تعریف مفهوم «سرمایه‌گذاری» مانع از آن نشده است تا در طول زمان، عناصر مشخصی برای این مفهوم در نظر گرفته شود.

در ادامه و در قالب دو بخش مجزا، ابتدا «مفهوم سرمایه‌گذاری پورتفولیو» جهت بررسی اقسام اوراق بهادار و ارائه تعریفی از این نوع سرمایه‌گذاری در کنار بیان تفاوت آن با سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی بررسی خواهد شد و سپس در بخش دوم، «عناصر سرمایه‌گذاری» که وجه مشترک تمام اقسام سرمایه‌گذاری نیز می‌باشد تحلیل می‌گردد.

**الف - مفهوم سرمایه‌گذاری پورتفولیو**

اگرچه در بسیاری از معاهدات، میان «سرمایه‌گذاری مستقیم» و «سرمایه‌گذاری پورتفولیو» تفکیکی دیده نمی‌شود، با این وجود برخی از معاهدات نیز به صورت صریح یا ضمنی، این نوع سرمایه‌گذاری را از قلمرو اعمال خود خارج نموده‌اند.[[470]](#footnote-470) در همین رابطه، معاهدات چندجانبه (اصولاً منطقه‌ای) نیز که با هدف آزادسازی تجارت منعقد شده است، غالباً تنها بر سرمایه‌گذاری مستقیم (و مستثنی نمودن سرمایه‌گذاری پورتفولیو) متمرکز بوده‌اند؛[[471]](#footnote-471) در مقابل، معاهداتی که با هر دو هدف آزادسازی تجارت و حمایت از سرمایه‌گذاری منعقد شده‌اند، هر دو نوع سرمایه‌گذاری را پوشش داده‌اند.[[472]](#footnote-472)

**1. اقسام اوراق بهادار**

تعریف ارائه شده در عهدنامه‌های مربوط به بازار سرمایه، متضمن تعریف گسترده‌ای از اوراق بهادار می‌باشند تا بتوانند خود را با گسترش اوراق جدید در آینده تطبیق نمایند به نحوی که بیان داشته‌اند: «اوراق بهادار به معنای سهام، اوراق قرضه یا دیگر ابزارهای مالی یا دارایی‌های مالی (به جز پول) و هرگونه حقوق ناشی از آن است».[[473]](#footnote-473)

اوراق بهادار در یک تقسیم‌بندی کلی شامل سه دسته است: (الف) اوراقی که متضمن مالکیت سرمایه‌گذار (سهامدار) بر سرمایه شرکت است که از آن تحت عنوان اوراق بهادار سرمایه‌ای نام برده می‌شود، مانند برگه سهام و سهم‌الشرکه؛ (ب) اوراق بهاداری که متضمن بدهی بوده و دارای سود و تاریخ سررسید است که از آن تحت عنوان اوراق بهادار بدهی یاد می‌شود و معمولاً به اوراق کوتاه مدت (با سررسید کمتر از یکسال) و بلند مدت (با سررسید بیش از یکسال) نیز تقسیم می‌شوند، مانند اوراق قرضه و اسناد خزانه؛ (ج) اوراق مشتقه نیز اوراق بهاداری هستند که ارزش خود را از دارایی، نرخ مرجع یا شاخص مبنا به دست می‌آورند و در واقع قراردادی می‌باشند که متضمن تعهد طرفین در مبادله دارایی یا جریانات نقدی است، مانند اوراق آتی و اختیار معامله.[[474]](#footnote-474)

اقسام اوراق بهادار به نحو دقیقی در موافقت‌نامه لازم‌الاجرا نشده تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین ایران و ژاپن (امضاء شده در تاریخ 16/11/1394) بدین نحو ذکر شده است: «(الف) شرکت و شعبه‌ای از یک شرکت؛ (ب) برگه سهم، سهام یا دیگر اشکال مشارکت سرمایه‌ای در یک شرکت؛ (ج) اوراق قرضه، اوراق بدهی بدون وثیقه، وام‌ها و دیگر اشکال بدهی؛ (د) آتی‌ها، اختیارات و دیگر مشتقات ]...[».[[475]](#footnote-475)

**2. تعریف سرمایه‌گذاری پورتفولیو**

در معاهدات سرمایه‌گذاری، معنای آنچه که به عنوان «سرمایه‌گذاری پورتفولیو» نام برده می‌شود کاملاً روشن نمی‌باشد، زیرا در مواردی صرفاً از عدم شمول عهدنامه نسبت به این نوع از سرمایه‌گذاری نام برده می‌شود بدون اینکه معنای آن مشخص گردد؛[[476]](#footnote-476) در مقابل در مواردی نیز ضمن توجه به تعریف آن، تنها سرمایه‌گذاری ده درصد یا کمتر در سرمایه شرکت‌ها مورد توجه قرار گرفته است.[[477]](#footnote-477)

در رابطه با اینکه معاهدات سرمایه‌گذاری شامل کدام یک از اقسام اوراق بهادار می‌گردد، به طور کلی می‌توان سه نوع از معاهدات را از یکدیگر تفکیک نمود: در دسته نخست، صرفاً از سهام و دیگر اشکال مشارکت در شرکت‌ها یاد می‌شود؛[[478]](#footnote-478) دسته دیگر که ضمن گسترش قلمرو اعمال خود، صریحاً از اوراق بدهی (مانند اوراق قرضه) نیز نام می‌برند؛[[479]](#footnote-479) در نهایت برخی از معاهدات نیز ضمن اشاره به اوراق بهادار سرمایه‌ای و بدهی، صریحاً مشتقات را نیز در بر می‌گیرند.[[480]](#footnote-480) لازم به ذکر است که برخی از معاهدات دسته دوم نیز از یک سو اوراق قرضه دولتی را از قلمرو اعمال خود خارج نموده و سایر اوراق بدهی را نیز محدود به مدت زمان و یا شروط خاصی نموده‌اند؛[[481]](#footnote-481) و از سوی دیگر، برخی نیز صریحاً اوراق بدهی دولتی را شامل می‌شوند.[[482]](#footnote-482)

در این میان آنچه مسلم می‌نماید این است که فقدان اشاره به برخی از اوراق بهادار (مانند اوراق قرضه یا مشتقه) لزوماً به معنای عدم شمول معاهدات نسبت به آنها نخواهد بود؛ زیرا فارغ از اینکه سایر اوراق قرضه نیز می‌توانند مشمول عبارت «دیگر اشکال مشارکت در شرکت‌ها» باشند، همچنین اوراق بهادار به طور کلی ممکن است جزو مصادیق دیگر اشکال سرمایه‌گذاری مندرج در عهدنامه‌ها از قبیل «ادعا نسبت به پول»[[483]](#footnote-483) (که در متن نمونه موافقت‌نامه ایران نیز وجود دارد)، «تعهدات»،[[484]](#footnote-484) «وام‌ها»،[[485]](#footnote-485) و یا «هرگونه حقوق دارای ارزش اقتصادی»[[486]](#footnote-486) نیز قرار گیرند.

در حقوق ایران و در رابطه با تعریف «سرمایه‌گذاری پورتفولیو»، ابتدا در بند ششم ماده 1 «آیین‌نامه اجرایی بند ج ماده 15 قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی‌، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران» (مصوب 11/03/1384 هیأت‌وزیران) چنین مقرر شد: «سرمایه‌گذاری خارجی در سبد اوراق بهادار: فرایند معامله خرید و فروش اوراق بهادار پذیرفته شده در بورس است که توسط سرمایه‌گذار خارجی صرفاً با هدف کسب سود و بدون قصد مدیریت شرکت انجام می‌شود». متعاقباً و پس از تصویب «آیین‌نامه سرمایه‌گذاری خارجی در بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس» (مصوب 29/01/1389 هیأت‌وزیران)، آیین‌نامه سابق نسخ و از مفهوم مخالف بند ده ماده 1 آیین‌نامه جدید تعریف این نوع سرمایه‌گذاری (به عنوان «سرمایه‌گذاری خارجی غیر راهبردی») قابل استنباط است: «سرمایه‌گذار خارجی راهبردی: سرمایه‌گذار خارجی که قصد تملک بیش از ده درصد سهام یک شرکت پذیرفته شده در بورس یا بازار خارج از بورس را دارد، يا پس از تملك سهام يك شركت پذيرفته ‌شده در بورس يا بازار خارج از بورس يك كرسي هيأت‌مديره آن شركت را در اختيار بگيرد». همچنین به موجب ماده 12 نیز «تملك ساير اوراق بهادار از قبيل اوراق مشاركت براي سرمايه‌گذار خارجي تابع سقف‌هاي تعيين ‌شده توسط شورا خواهد بود»؛ که پس از تصویب «دستورالعمل اجرایی آیین­نامه سرمایه­گذاری خارجی در بورس­ها و بازارهای خارج از بورس» (مصوب 11/07/1390 شورای عالی بورس) و در ماده هشت آن، هیچگونه محدودیتی در این رابطه تعیین نگردید.[[487]](#footnote-487)

به عنوان جمع‌بندی، ذکر این نکته لازم است که اگرچه از «سرمایه‌گذاری پورتفولیو» به عنوان هرگونه سرمایه‌گذاری در «اوراق بهادار سرمایه‌ای یا بدهی» (و نه اوراق مشتقه) یک شرکت یاد می‌شود که متضمن ایجاد منافع بلندمدت در شرکت مزبور برای سرمایه‌گذار نباشد و یا اینکه متضمن مالکیت مستقیم یا غیرمستقیم بیش از ده درصد از سهام دارای حق رأی شرکت نباشد؛[[488]](#footnote-488) با این وجود باید توجه داشت که تفکیک سرمایه‌گذاری مستقیم از سرمایه‌گذاری پورتفولیو دشوار است زیرا نه تنها معیار «منافع بلندمدت» منعطف و غیردقیق می‌باشد، بلکه مالکیت ده درصد از حق رأی نیز معیار قطعی نبوده همچنانکه ممکن است شخصی با نسبت مالکیت کمتر یا بیشتری بتواند بر مدیریت شرکت دخالت نماید.[[489]](#footnote-489) با توجه به اینکه ایجاد معیار «ده درصد» صرفاً جنبه آماری داشته است، در نتیجه مناسب است که در معاهدات سرمایه‌گذاری، تعریف دقیق این نوع سرمایه‌گذاری صریحاً درج گردد.

**3. تفاوت سرمایه‌گذاری پورتفولیو با سرمایه‌گذاری مستقیم**

آنکتاد سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی را متضمن رابطه‌ای بلندمدت دانسته که حاکی از منافع طولانی مدت سرمایه‌گذار بوده به نحوی که سرمایه‌گذار تأثیر قابل توجهی بر مدیریت سرمایه داشته باشد.[[490]](#footnote-490) همانگونه که از این تعریف بر می‌آید، دو ویژگی بارز اینگونه سرمایه‌گذاری عبارت است از «منافع بلندمدت» از یک سو و «کنترل (مدیریت)» از سوی دیگر که وجه متمایزکننده سرمایه‌گذاری مستقیم از سایر اقسام آن می‌باشد.[[491]](#footnote-491) همچنین عنصر مدیریت شرکت را به وضعیت «کنترل» و «تأثیر قابل توجه بر مدیریت شرکت» تقسیم نموده‌اند به نحوی که اولی متضمن داشتن بیش از پنجاه درصد از سهام دارای حق شرکت بوده و دیگری داشتن ده تا پنجاه درصد از سهام مزبور.[[492]](#footnote-492)

مشارکت سرمایه‌ای در یک شرکت می‌تواند در هر دو شکل سرمایه‌گذاری مستقیم یا پورتفولیو صورت پذیرد. بدین توضیح که مشارکت سرمایه‌ای در یک شرکت می‌تواند شامل مالکیت تمام سرمایه شرکت، مالکیت اکثریت سرمایه شرکت و یا مالکیت اقلیت آن باشد.[[493]](#footnote-493) در مواردی که سرمایه‌گذار مالکیت تمام شرکت را به دست می‌آورد، در این صورت شرکت تنها در صورتی می‌تواند مصداق سرمایه‌گذاری مستقیم قلمداد گردد که به طور مؤثر (مستقیماً یا غیرمستقیم) توسط سرمایه‌گذار خارجی «مدیریت» شود. در این صورت پس از تأسیس شرکت توسط سرمایه‌گذار خارجی و یا انتقال مدیریت چنین شرکتی به سرمایه گذار خارجی، قابلیت اعمال معاهدات دوجانبه مطرح می‌شود.[[494]](#footnote-494) همچنین، سرمایه‌گذاری به صورت مالکیت اکثریت یا اقلیت سرمایه یک شرکت نیز تا زمانیکه واجد عنصر مدیریت سرمایه باشد، نوعی سرمایه‌گذاری مستقیم خواهد بود و در مقابل، در صورت فقدان عنصر مدیریت، سرمایه‌گذاری صورت گرفته را باید پورتفولیو دانست. از مطالب مطروحه این نکته قابل برداشت است که تفاوت اصلی میان سرمایه‌گذاری پورتفولیو با سرمایه‌گذاری مستقیم، فقدان عنصر «مدیریت» (يعني دخالت در تعيين اقدامات و سياست‌هاي شرکت) در این نوع از سرمایه‌گذاری است.[[495]](#footnote-495)

به عنوان جمع‌بندی، قابل ذکر است که امروزه در معاهدات سرمایه‌گذاری غالباً در تعریف مفهوم سرمایه‌گذاری، آن را «هر نوع دارایی که به طور مستقیم یا غیرمستقیم متعلق به سرمایه‌گذار بوده یا توسط وی کنترل می‌شود» دانسته‌اند؛[[496]](#footnote-496) در نتیجه دیگر از عنصر «مدیریت» به عنوان ویژگی و عنصر منحصر به فرد سرمایه‌گذاری تحت پوشش معاهدات یاد نمی‌شود و قلمرو اعمال معاهدات فراتر از سرمایه‌گذاری مستقیم بوده و دیگر اشکال آن را نیز در بر می‌گیرد؛ به همین دلیل، با گسترش قلمرو اعمال معاهدات، باید تفکیکی که در گذشته میان سرمایه‌گذاری مستقیم با دیگر اشکال آن (جهت تعیین قلمرو اعمال معاهدات) صورت می‌گرفت را منسوخ شده دانست و آن را به تاریخ سپرد. [[497]](#footnote-497)

**ب - عناصر سرمایه‌گذاری**

گفته شده است که در علم اقتصاد، غالباً چنین برداشت می‌شود که سرمایه‌گذاری مستقیم شامل انتقال سرمایه به یک پروژه بلند مدت به منظور کسب درآمد منظم است که در آن صاحب سرمایه که انتقال سرمایه را انجام داده است، در مدیریت پروژه (حداقل به صورت محدود) دخالت دارد و این فعالیت متضمن خطر (ریسک) تجاری می‌باشد.[[498]](#footnote-498)

رویه دیوان‌های داوری در طول بیش از یک دهه گذشته، روند پر فراز و نشیبی را طی نموده است به نحوی که ابتدا عناصر موجود در این تعریف اقتصادی (به جز مورد «مدیریت پروژه») به همراه عنصر دیگری تحت عنوان «کمک به توسعه کشور میزبان»، مورد توجه برخی از آرای ایکسید قرار گرفت.[[499]](#footnote-499) متعاقباً در آرای داوری دیگری، عناصر «کسب درآمد منظم»[[500]](#footnote-500) و «کمک به توسعه کشور میزبان»[[501]](#footnote-501) غیرمرتبط دانسته شد. در نهایت، امروزه علی‌رغم صدور آرای گوناگونی در نقد این رویکرد،[[502]](#footnote-502) همچنان سه مورد از عناصر پیش‌گفته یعنی «تعهد تأمین سرمایه یا منابع دیگر»، «دوره زمانی مشخص» و «وجود ریسک» مورد توجه آرای داوری قرار گرفته ‌است.[[503]](#footnote-503) استناد طرفین دعوی در لوایح خود به این عناصر نیز می‌تواند همواره دیوان‌های داوری را با چالش تحلیل اجباری این عناصر مواجه ‌نماید.[[504]](#footnote-504) در همین رابطه، به نظر می‌رسد که معاهدات آینده نیز در خصوص تعریف اصطلاح «سرمایه‌گذاری»، مشخصاً به این سه عنصر (و احتمالاً عنصر «انتظار درآمد یا سود») نیز اشاره نمایند؛[[505]](#footnote-505) همچنانکه تعیین عناصر عینی مفهوم «سرمایه‌گذاری» در معاهدات دوجانبه آینده نیز تشویق شده است.[[506]](#footnote-506)

ذکر این نکته نیز لازم است که اگرچه احراز هم‌زمان هر سه عنصر فوق لازم به نظر می‌رسد، با این وجود امروزه این دیدگاه در حال توسعه است که از این عناصر نه به عنوان الزامات صلاحیتی، بلکه صرفاً به عنوان ویژگی‌های شکلی سرمایه‌گذاری یاد ‌شود.[[507]](#footnote-507) به بیان دیگر، احراز هر سه عنصر به طور همزمان لازم نبوده و «سرمایه‌گذاری» عبارت است از هرگونه فعالیتی که تنها دارای یکی از عناصر سه‌گانه فوق‌الذکر باشد.[[508]](#footnote-508) همچنین چنین مطرح شده است که فقدان هر سه عنصر نیز لزوماً به معنای نبود سرمایه‌گذاری نیست و دیوان داوری باید سایر ویژگی‌ها و شرایط را بررسی نماید، زیرا این موارد جنبه تمثیلی دارد و نه حصری.[[509]](#footnote-509)

در ادامه هر سه عنصر مورد اجماع دیوان‌های داوری، یعنی «تعهد به تأمین منابع»، «مدت زمان» و «ریسک (خطر)» به ترتیب مورد بررسی قرار می‌گیرد.

* + - 1. **تعهد به تأمین منابع**

احراز این عنصر در آرای داوری به طور کلی با دشواری خاصی همراه نبوده است، همچنانکه برخی از دیوان‌های داوری به این موضوع نیز اشاره نموده‌اند که تأمین منابع صرفاً ناظر به منابع مالی در معنای مضیق خود نبوده و شامل مواردی همچون انتقال فناوری، تجهیزات، نیروی انسانی و خدمات نیز می‌گردد.[[510]](#footnote-510) همچنین «تعهد» به تأمین منابع (یعنی پیش از تأمین عملی منابع) نیز می‌تواند در قلمرو شمول مفهوم سرمایه‌گذاری قرار گیرد.[[511]](#footnote-511)

در رابطه با اوراق بهادار نیز از یک سو گفته شده است که تأمین منابع، به معنای خرید چنین اوراقی می‌باشد و صرف به دست آوردن آن بدون آنکه در ازای آن عوضی داده شده باشد، نمی‌تواند عنصر «تأمین منابع» را احراز نماید؛[[512]](#footnote-512) از سوی دیگر این استدلال نیز مورد توجه قرار گرفته است که در بررسی تخصیص منابع، باید حجم مجموع اوراق بهادار منتشره را مورد توجه قرار داد و نه تنها معامله صورت گرفته توسط سرمایه‌گذار را که ممکن است معامله کوچکی نیز بوده باشد.[[513]](#footnote-513)

در جدیدترین موضع‌گیری دیوان داوری ایکسید، این مهم نیز مورد توجه قرار گرفته است که تآمین منابع به معنای «خلق و ایجاد ارزش» است که متفاوت از بیع ساده‌ای است که از طریق آن، تنها «تبادل ارزش» صورت می‌گیرد. به همین دلیل خرید اوراق بهادار (و به طور خاص اوراق قرضه دولتی) که صرفاً نوعی تبادل ارزش است، بیع ساده محسوب می‌گردد.[[514]](#footnote-514)

1. **مدت زمان**

دیوان‌های داوری در مواردی مدت زمان دو تا پنج ساله را کافی دانسته‌اند؛[[515]](#footnote-515) و در همین رابطه، مدت زمان مربوط به سایر فعالیت‌های مرتبط با سرمایه‌گذاری همچون زمان برگزاری مناقصه، تعلیق فعالیت پروژه، مذاکره مجدد و ضمانتنامه را نیز به حساب آورده‌اند.[[516]](#footnote-516) در آرای اخیر صادره، از شرط وجود «مدت زمان» با انعطاف بیشتری تفسیر شده است به نحوی که دیوان‌ها معتقدند کوتاه بودن مدت زمان اجرای سرمایه‌گذاری لزوماً منجر به خروج آن از مفهوم سرمایه‌گذاری نمی‌گردد بلکه این شرط باید در پرتو سایر شرایط و اوضاع و احوال بررسی شود و در همین رابطه، سرمایه‌گذاری می‌تواند از چند ماه تا چند سال نیز باشد.[[517]](#footnote-517) در همین رابطه، گفته شده است که در بررسی این شرط، زمان اعتبار اوراق بهادار (از انتشار تا سررسید) مورد توجه قرار گیرد و نه صرفاً زمانی که این اوراق توسط سرمایه‌گذار خریداری شده و در اختیار وی بوده است.[[518]](#footnote-518)

در برخی از معاهدات، مدت زمان مشخصی برای سر رسید اوراق بهاداری که می‌توانند از مزایای عهدنامه بهره‌مند شود، مشخص گردیده است. برای مثال به موجب ماده 1139 قرارداد تجارت آزاد آمریکای شمالی (نفتا) «سرمایه‌گذاری عبارت است از: ]...[ (ج) اوراق بهادار بدهی یک شرکت: ]...[ (2) در موردی که سررسید اصلی اوراق بهادار بدهی حداقل سه سال می‌باشد، اما (صرفنظر از زمان سررسید اصلی) شامل اوراق بهادار بدهی یک شرکت دولتی نمی‌شود […]». مزیت چنین تفکیکی میان اوراق بهادار کوتاه مدت و بلند مدت محل تردید است زیرا ممکن است علی‌رغم طولانی بودت مدت مدت زمان سررسید خود اوراق، سرمایه‌گذار تنها مدت کوتاهی این اوراق را در اختیار داشته باشد، فلذا لازم است تعیین مدت ناظر به زمان نگهداری اوراق توسط سرمایه‌گذار نیز باشد.[[519]](#footnote-519)

1. **ریسک (خطر)**

اگرچه وجود ریسک در قراردادهای سرمایه‌گذاری، همواره قابل احراز بوده است با این وجود نحوه تلقی دیوان‌ها از این مفهوم و برداشت آن‌ها متفاوت بوده به نحوی که گفته شده است: (1) وجود و ارجاع اختلاف به داوری خود نشانه وجود ریسک است؛[[520]](#footnote-520) (2) ریسک در کلیه قراردادهای تجاری بلند مدت وجود دارد؛[[521]](#footnote-521) (3) ضرورت رجوع به محاکم داخلی کشور میزبان، نشان‌دهنده وجود ریسک است؛[[522]](#footnote-522) (4) ریسک می‌تواند شامل ریسک بازار و ریسک مالی، اعتباری یا سیاسی نیز باشد؛[[523]](#footnote-523) (5) ریسک همان فضای سیاسی و اقتصادی کشور میزبان است که در طول دوره سرمایه‌گذاری حاکم می‌باشد.[[524]](#footnote-524)

با این وجود همان‌طور که برخی از دیوان‌های داوری به درستی بیان داشته‌اند، ریسک عدم اجرای قرارداد توسط طرف مقابل آن خصیصه تمامی فعالیت‌های تجاری است و از این رو، چنین ریسکی نمی‌تواند وجه متمایزکننده قراردادهای سرمایه‌گذاری از سایر قراردادهای تجاری باشد؛ در مقابل، دیوان‌ها ریسکی را به عنوان ویژگی بارز مفهوم «سرمایه‌گذاری» دانسته‌اند که به معنای فقدان قطعیت کسب سود حاصل از سرمایه‌گذاری باشد؛ به بیان دیگر، در مورادی که سرمایه‌گذار نمی‌تواند درآمد حاصل از سرمایه‌گذاری خود را دقیقاً پیش‌بینی نماید.[[525]](#footnote-525)

گفته شده است که از جمله دلایل استثناء نمودن سرمایه‌گذاری پورتفولیو از شمول مفهوم «سرمایه‌گذاری»، فقدان شدت ریسک در این نوع از سرمایه‌گذاری در مقایسه با سرمایه‌گذاری مستقیم است؛ زیرا سرمایه‌گذار می‌تواند به راحتی سرمایه خود را از کشور میزبان خارج نماید.[[526]](#footnote-526) همچنین در رابطه با اوراق بهادار بدهی، این ابهام بیشتر جلوه می‌نماید زیرا تعهد پرداخت در سرسید قطعی و بدون قید و شرط بوده و مشروط به موفقیت اجرایی پروژه‌ای که اوراق بدهی جهت تأمین منابع مالی آن منتشر شده نیز نمی‌باشد.[[527]](#footnote-527)

**قسمت دوم: اعمال عهدنامه‌های سرمایه‌گذاری نسبت به سرمایه‌گذاری پورتفولیو**

به عنوان مقدمه، لازم به ذکر است که درج مرجع حل و فصل اختلافات ناشی از اوراق بهادار در خود اوراق و یا سایر مقررات که ممکن است دادگاه داخلی یا مرجع دیگری باشد،[[528]](#footnote-528) مانع از ارجاع اختلاف سرمایه‌گذار به مراجع مذکور در معاهدات سرمایه‌گذاری نمی‌باشد.[[529]](#footnote-529)

به منظور بررسی و ارزیابی اینکه آیا دعوای مطروحه در دیوان داوری ایکسید، نوعی دعوی سرمایه‌گذاری می‌باشد یا خیر، غالب دیوان‌ها از یک «معیار دوگانه» استفاده می‌نمایند؛[[530]](#footnote-530) بدین توضیح که ابتدا این موضوع مورد بررسی قرار می‌گیرد که آیا دعوی مطروحه داخل مفهوم «سرمایه‌گذاری» مندرج در اسناد رضایت طرفین (معاهده، قانون ملی یا قرارداد) می‌باشد یا خیر؟ و سپس، آیا فعالیت موضوع دعوی داخل در معنای «سرمایه‌گذاری» مندرج در عهدنامه ایکسید و در نتیجه در صلاحیت این مرکز می‌باشد یا خیر؟[[531]](#footnote-531) همچنین گفته شده است که این دیدگاه، متأثر از آن است که معاهدات دوجانبه و عهدنامه ایکسید، هر یک از جنبه‌های گوناگونی به مفهوم سرمایه‌گذاری پرداخته‌اند.[[532]](#footnote-532)

در همین رابطه، مطالب این قسمت در دو بخش مجزا مورد بررسی قرار خواهد گرفت و ابتدا «اعمال عهدنامه‌های دو جانبه سرمایه‌گذاری» نسبت به سرمایه‌گذاری پورتفولیو تحلیل خواهد شد و سپس «اعمال عهدنامه ایکسید» نسبت به آن.

**الف - اعمال عهدنامه‌های دو جانبه سرمایه‌گذاری**

همانطور که گفته شد، امروزه به طور جدی از تعیین مصادیق مفهوم «سرمایه‌گذاری» به صورت حصری در کنار تعیین محک و معیارهایی برای تعریف این مفهوم دفاع می‌شود.[[533]](#footnote-533) اگرچه قلمرو اعمال معاهدات دوجانبه را غالباً می‌توان به سرمایه‌گذاری پورتفولیو گسترش داد، لیکن توجه به برخی از شروط و تعهدات مندرج در این عهدنامه‌ها، ممکن است مانع چنین اقدامی گردد. در ادامه مهمترین موانع قابل شناسایی در اعمال اینگونه معاهدات نسبت به سرمایه‌گذاری پورتفولیو مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

* + - 1. **مضیق بودن مصادیق سرمایه‌گذاری**

همانگونه که گفته شد برخلاف برخی از معاهدات،[[534]](#footnote-534) امروزه اکثریت معاهدات مصادیق سرمایه‌گذاری را به صورت غیرحصری تعیین می‌نمایند و در واقع همین گسترده بودن مصادیق ذکر شده، دیوان‌های داوری را مجاب نموده تا به معنای ذاتی و عناصر درونی مفهوم «سرمایه‌گذاری» نیز توجه نمایند.[[535]](#footnote-535) در همین رابطه می‌توان گفت که در صورتی که فعالیتی مطابق با معنای ذاتی سرمایه‌گذاری نباشد، چنین فعالیتی به صرف اینکه قابل تطبیق با یکی از مصادیق تمثیلی مندرج در معاهده دوجانبه می‌باشد، لزوماً به معنای تلقی آن به عنوان سرمایه‌گذاری نخواهد بود.[[536]](#footnote-536)

پیش از این گفته شده بود که مصادیق مذکور در معاهدات در ذیل عنوان تعریف «سرمایه‌گذاری»، حشو و زاید است[[537]](#footnote-537) و همچنین با عنایت به تمثیلی بودن آن‌ها، سایر موارد ذکر نشده در این مصادیق نیز داخل در قلمرو اعمال عهدنامه خواهند بود؛[[538]](#footnote-538) بنابراین صرف اینکه در متن معاهدات دوجانبه صریحاً به اوراق بهادار (مانند اوراق بدهی دولتی) اشاره نشده باشد، مانعی در جهت اعمال عهدنامه نسبت به اینگونه اوراق نخواهد بود.[[539]](#footnote-539) با این وجود امروزه توجه ویژه‌ای به این مصادیق می‌گردد به طوری که گفته می‌شود تمثیلی بودن مصادیق ذکر شده در معاهدات دوجانبه، به معنای شمول عهدنامه نسبت به هر نوع سرمایه‌گذاری نمی‌باشد و در نتیجه، خروج نوع خاصی از مصادیق سرمایه‌گذاری از قلمرو اعمال عهدنامه نیز لزوماً نیازمند تصریح آن در معاهده نخواهد بود.[[540]](#footnote-540)

این دیدگاه که مبتنی بر «قاعده اثربخشی در تفسیر معاهدات» است، متضمن این نکته می‌باشد که باید به تمامی کلمات و عبارات به کار رفته در معاهدات توجه نمود تا از تفسیر آن به گونه‌ای که منجر به بی‌استفاده شدن و زاید گردیدن عبارات می‌گردد جلوگیری شود.[[541]](#footnote-541) به موجب این نظر، اگرچه تعریف مفهوم سرمایه‌گذاری در معاهدات دوجانبه شامل بکارگیری تعریفی گسترده از آن چیزی است که می‌تواند «سرمایه‌گذاری» محسوب شود، لیکن این تعریف به همراه بیان دسته‌بندی‌های خاصی از این مصادیق است که «اگرچه گسترده هستند اما نامحدود نیز نمی‌باشند».[[542]](#footnote-542)

بنابراین در صورتیکه در معاهدات دوجانبه در بیان مصادیق مفهوم سرمایه‌گذاری، به «برگ سهم، سهام، اوراق قرضه و دیگر اشکال مشارکت در شرکت‌ها» اشاره شده باشد (با مدنظر قرار دادن کلمه «شرکت‌ها» در این عبارت)، قلمرو اعمال چنین عهدنامه‌ای را نمی‌توان به اوراق قرضه و دیگر اوراق بهادار منتشره توسط «دولت» نیز گسترش داد.[[543]](#footnote-543) به هر صورت باید تأیید یا رد این استدلال را باید در آرای داوری آینده جستجو نمود.

* + - 1. **سرمایه‌گذاری در قلمرو کشور پذیرنده**

قلمرو اعمال برخی از معاهدات، ناظر به سرمایه‌گذاری در قلمرو کشور میزبان است.[[544]](#footnote-544) برای مثال ماده 1 لایحه متن نمونه سرمایه‌گذاری ایران مقرر داشته است: «اصطلاح سرمایه‌گذاری عبارت از هر نوع مال یا دارایی از جمله موارد زیر است که توسط سرمایه‌گذاران یکی از طرف‌های متعاهد در قلمرو و طبق قوانین و مقررات طرف متعاهد دیگر (که از این پس طرف متعاهد سرمایه پذیر خوانده می‌شود) به کار گرفته می‌شود» (تأکید اضافه شده).

اگرچه بر طبق اصول معمول تفسیر عهدنامه‌ها، سرمایه‌گذاری‌های صورت گرفته در خارج از قلمرو کشور میزبان (حتی اگر به نفع کشور مطبوع نیز بوده باشد) مشمول معاهدات سرمایه‌گذاری نخواهد بود؛[[545]](#footnote-545) در مقابل، گفته شده است که در برخی از اقسام سرمایه‌گذاری (به ویژه سرمایه‌گذاری‌های اعتباری مانند اعطای وام)، سرمایه تخصیص یافته لزوماً به داخل قلمرو کشور میزبان منتقل نمی‌شود بلکه ممکن است در جای دیگری تحت اختیار کشور مزبور قرار گیرد؛[[546]](#footnote-546) به همین دلیل، نحوه اعمال شرط «لزوم سرمایه‌گذاری در قلمرو کشور میزبان» در خصوص ابزارهای مالی، با ابهام بیشتری مواجه است زیرا ممکن است این اوراق حتی به صورت فرامرزی و در کشور ثالثی (و تحت قانون آن) منتشر گردد.[[547]](#footnote-547)

در همین رابطه پیشنهاد شده است که در خصوص سرمایه‌گذاری‌های مالی و اعتباری، «مکان» سرمایه‌گذاری با ارجاع به محل مدیون (که ذینفع انتشار اوراق بهادار است) تعیین گردد؛ برای مثال مکان سرمایه‌گذاری در رابطه با ابزارهای مالی منتشره توسط دولت، قلمرو همان دولت و همچنین مکان سرمایه‌گذاری در سهام شرکت‌ها، قلمرو ثبت شرکت یا محل فعالیت اصلی همان شرکت در نظر گرفته شود، در نتیجه محل انتشار اوراق بهادار یا محل ایفای تعهد آن مورد توجه قرار نخواهد گرفت.[[548]](#footnote-548)

**.3کمک به توسعه کشور میزبان**

اگرچه در مقدمه عهدنامه ایسکید از کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان به عنوان یکی از اهداف سرمایه‌گذاری یاد شده است که منجر به گرایش برخی از دیوان‌های داوری در تلقی این عبارت به عنوان یکی از عناصر متشکله مفهوم «سرمایه‌گذاری» گردید،[[549]](#footnote-549) لیکن متعاقباً مفسرین و دیوان‌های داوری با رویگردانی از این رویکرد، بیان داشتند که فقدان این عنصر لزوماً به معنای فقدان وجود سرمایه‌گذاری نیست.[[550]](#footnote-550)

در مقابل، این موضوع از زاویه نگاه معاهدات دوجانبه همچنان محل بحث است، زیرا امروزه بسیاری از اینگونه‌ معاهدات حاوی عبارتی در خصوص توسعه کشورهای طرفین معاهده هستند؛ برای مثال در مقدمه متن نمونه سرمایه‌گذاری ایران چنین آمده است: «دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت ... که از این پس طرف‌های متعاهد نامیده می‌شوند، با علاقه‌مندی به تحکیم همکاری‌های اقتصادی در جهت تأمین منافع هر دو دولت ]...[ توافق نمودند».

گفته شده است که کمک به توسعه کشور میزبان، نباید لزوماً وسیع و موفقت‌آمیز بوده باشد[[551]](#footnote-551)؛ همچنین چنین توسعه‌ای صرفاً نباید ناظر به تأثیر سرمایه‌گذاری بر تولید ناخالص داخلی (GDP) باشد بلکه باید دیگر اشکال توسعه‌ای همچون توسعه پتانسیل انسانی، سیاسی و اجتماعی و همچنین حمایت از محیط زیست داخلی و بین‌المللی نیز به حساب آید.[[552]](#footnote-552) در کنار این استدلال‌ها، این دیدگاه نیز در رابطه با سرمایه‌گذاری در اوراق بهادار وجود دارد که برای بررسی تأثیر این نوع سرمایه‌گذاری بر توسعه کشور میزبان، مجموع اوراق بهادار منتشره توسط ناشر مورد توجه قرار گیرد و نه تنها معامله صورت گرفته توسط سرمایه‌گذار.[[553]](#footnote-553)

ذکر این نکته نیز لازم است که به طور کلی امروزه در کنار انتقاد از توجه بیش از حد به اهداف مندرج در مقدمه عهدنامه‌های دوجانبه،[[554]](#footnote-554) این استدلال نیز تقویت شده است که مطالب ذکر شده در مقدمه اینگونه عهدنامه‌ها، صرفاً بیان اهداف عهدنامه است و نه شرایط اعمال مقررات آن؛[[555]](#footnote-555) به بیان دیگر، کمک به توسعه کشور میزبان نتیجه و دست‌آورد احتمالی سرمایه‌گذاری خواهد بود.[[556]](#footnote-556) با این وجود در خصوص سرمایه‌گذاری در ابزارهای مالی، این دیدگاه نیز در آرای جدیدتر وجود دارد که سرمایه‌گذاری مزبور باید منجر به کسب منافع توسط دولت میزبان نیز شده باشد تا بتواند مشمول قلمرو اعمال معاهدات سرمایه‌گذاری قرار گیرد.[[557]](#footnote-557)

1. **سرمایه‌گذاری بر طبق قانون ملی**

امروزه در بسیاری از معاهدات دوجانبه و (غالباً) در قسمت مربوط به تعریف واژه سرمایه‌گذاری، از عبارت «بر طبق قانون دولت میزبان»[[558]](#footnote-558) و یا دیگر جملات مشابه استفاده شده است که از آن تحت عنوان «احاله» به قانون ملی یاد می‌شود و به موجب آن، نقض قانون ملی دارای یک اثر حقوقی بین‌المللی خواهد بود[[559]](#footnote-559). در این صورت آیا مفهوم «سرمایه‌گذاری»، باید بر طبق قانون ملی مربوطه تعیین گردد؟

گفته شده است که چنین ارجاعی در معاهدات، به معنای تعریف مفهوم سرمایه‌گذاری بر طبق حقوق داخلی کشور طرف معاهده نمی‌باشد، بلکه صرفاً ناظر به احراز مشروعیت و قانونی بودن سرمایه‌گذاری است.[[560]](#footnote-560) در همین رابطه، برخی از دیوان‌های داوری از یک سو معتقدند که عدم حمایت از سرمایه‌گذار تنها ناظر به نقض «اصول اساسی» دولت میزبان است و نه سایر مقررات؛[[561]](#footnote-561) از سوی دیگر، برخی نیز معتقدندکه عدم حمایت از سرمایه‌گذار، تنها در مواردی است که «قوانین مربوط به سرمایه‌گذاری»[[562]](#footnote-562) (مانند الزامات مربوط به ثبت شرکت‌ها)[[563]](#footnote-563) نقض شده باشد.

هیچ‌کدام از دو دیدگاه فوق قابل دفاع نمی‌باشد و به نظر می‌رسد که هرچند نقض جزیی قوانین و مقررات را نباید مانع حمایت از سرمایه‌گذار دانست،[[564]](#footnote-564) با این وجود در اجرای اعمال شرط سرمایه‌گذاری «بر طبق قانون دولت میزبان»، سرمایه‌گذار موظف است نه تنها کلیه قوانین کشور (همچون قوانین تخطی از الزامات تابعیتی،[[565]](#footnote-565) قوانین ارتشاء،[[566]](#footnote-566) تقلب قراردادی[[567]](#footnote-567) و مقررات بانک مرکزی[[568]](#footnote-568)) را رعایت نماید، بلکه مکلف به رعایت اصول انتزاعی کلی و اساسی قانون همچون حسن‌نیت، نظم عمومی بین‌المللی و ممنوعیت بکارگیری تقلب، ارتشاء و خدعه نیز می‌باشد.[[569]](#footnote-569)

چنین الزامی بسته به نوع عبارات به کار رفته در هر معاهده، ممکن است به عنوان دفاع شکلی (ایراد فقدان صلاحیت دیوان داوری) و یا ماهوی (عدم اعمال مقررات ماهوی عهدنامه دوجانبه) مورد استناد قرار گیرد.[[570]](#footnote-570) همچنین امروزه از شرط سرمایه‌گذاری «بر طبق قانون دولت میزبان»، به عنوان تعهد ضمنی هر معاهده سرمایه‌گذاری نام برده می‌شود؛ فلذا فقدان این عبارت در یک معاهده نیز مانع از اعمال چنین تعهدی در خصوص سرمایه‌گذار نشده است.[[571]](#footnote-571)

جنبه دیگری از شرط سرمایه‌گذاری بر طبق قانون ملی، در ماده 11 متن نمونه موافقت‌نامه ایران تحت عنوان «دامنه شمول موافقت‌نامه» بدین نحو ذکر شده است: «این موافقت‌نامه در مورد سرمایه‌گذاری‌هایی اعمال می‌شود که به تصویب مرجع صلاحیت‌دار طرف متعاهد سرمایه‌پذیر برسد. مرجع صلاحیت‌دار جمهوری اسلامی ایران، سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های اقتصادی و فنی ایران می‌باشد». این شرط اهرم مناسبی است که به موجب آن، مصادیق سرمایه‌گذاری توسط مقام صلاحیت‌دار داخلی تعیین گردد.

در حقوق ایران، قانونگذار ابتدا «سرمایه‌گذاری پورتفولیو» در بازار سرمایه کشور را نیازمند اخذ مجوز از سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های اقتصادی و فنی ایران دانست لیکن متعاقباً با رویگردانی از این رویه، اعطای مجوز توسط سازمان بورس و اوراق بهادار را برای فعالیت در بازار سرمایه کشور کافی دانست و در مقابل، اخذ مجوز از سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های اقتصادی و فنی ایران را اختیاری اعلام نمود.[[572]](#footnote-572) در نتیجه اکنون سرمایه‌گذار پورتفولیو می‌تواند مجوز سرمایه‌گذاری خارجی موضوع «قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاري خارجی» را نیز دریافت نموده تا علاوه بر تسهیلات موضوع «آیین‌نامه سرمایه‌گذاری خارجی در بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس»، از مزایا و تسهیلات پیش‌بینی شده در قانون یاد شده و همچنین معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری نیز برخوردار گردد.

تنها ابهام پیش رو در این خصوص معیار و ملاک سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های اقتصادی و فنی ایران در اعطای مجوز است. ذکر این نکته لازم است که تنها معیار موجود در این خصوص که از ماده 7 «آیین‌نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی» (مصوب 24/06/1381 هیأت وزیران) قابل استنباط است، شرط ایجاد «ارزش افزوده» (مانند افزایش سرمایه یا ارتقای مدیریت) در بنگاه‌ اقتصادی موجود پس از سرمایه‌گذاری در اوراق سرمایه‌ای آن است؛ در نتیجه میزان سهم‌الشرکه یا سهام سرمایه‌گذار خارجی در یک شرکت ایرانی اعم از جدید یا موجود تابع محدودیت نیست و امکان اعطای مجوز به سرمایه‌گذاری در سبد اوراق بهادار سرمایه‌ای به میزان کمتر از ده درصد نیز (به شرط ایجاد ارزش افزوده) وجود دارد. در مقابل و در خصوص سایر اوراق بهادار، هیچ‌گونه معیاری در مقررات فعلی وجود نداشته و امکان اعطای مجوز توسط هیأت سرمایه‌گذاری به صلاحدید شخصی آن هیأت خواهد بود.

**ب - اعمال عهدنامه ایکسید**

سال‌ها پیش در رویه دیوان ایکسید از اصطلاح «سرمایه فرّار» به عنوان نوعی از سرمایه‌گذاری خارج از قلمرو اعمال عهدنامه ایکسید نام برده شد که در بیان خصوصیات آن به کوتاه‌مدت بودن سرمایه‌گذاری با هدف کسب سود سریع و ترک کشور میزبان اشاره شد.[[573]](#footnote-573)

در بررسی اینکه آیا خرید اوراق بهادار توسط سرمایه‌گذار نوعی سرمایه‌گذاری در مفهوم عهدنامه ایسکید تلقی می‌شود یا خیر، دیوان‌های داوری معتقدند که اصولاً باید فرآیند انتشار اوراق بهادار در «بازار اولیه» تا داد و ستد آن در «بازار ثانویه»[[574]](#footnote-574) را مجموعاً مورد توجه قرار داد و تنها به بررسی معامله صورت گرفته توسط خریدار قناعت نکرد؛ زیرا سرمایه‌گذاری که متشکل از چندین قرارداد است، یک واحد کلی و تفکیک‌ناپذیر است.[[575]](#footnote-575) در نتیجه، خرید اوراق بهادار در بازار ثانویه تأثیری در اعمال عهدنامه نخواهد داشت.[[576]](#footnote-576) همچنین ذکر این نکته نیز لازم است که انتشار الکترونیکی اوراق بهادار نیز تأثیری در اعمال عهدنامه نخواهد داشت.[[577]](#footnote-577) در ادامه موضوع اعمال عهدنامه ایکسید نسبت به اوراق بهادار سرمایه‌ای و همچنین اوراق بهادار بدهی به صورت مجزا بررسی خواهد شد.

* + - 1. **اوراق بهادار سرمایه‌ای**

مشارکت سرمایه‌ای (سهامداری) در شرکتی که در کشور میزبان ثبت شده است، همواره به عنوان یکی از بارزترین مصادیق «سرمایه‌گذاری» تلقی گردیده است؛[[578]](#footnote-578) به نحوی که در یکی از آرای صادره، به هجده پرونده در این خصوص اشاره شده است.[[579]](#footnote-579) در همین رابطه، دیوان‌های داوری ایکسید معتقدند که طرح دعوی توسط سرمایه‌گذاران اقلیت (که ممکن است مدیریتی نیز بر شرکت نداشته باشند) و ارجاع اختلاف آن‌ها به این مرکز نیز میسر است.[[580]](#footnote-580)

دیوان‌های داوری تا بدانجا پیش رفته‌اند که حق طرح دعوی را برای سرمایه‌گذاران غیرمستقیم نیز به رسمیت شناخته است؛ بدین توضیح که در مواردی شخص «الف» اقدام به سرمایه‌گذاری در شرکت «ب» نموده و شرکت اخیر نیز اقدام به سرمایه‌گذاری در شرکت «ج» می‌نماید. در این حالت، دیوان‌های داوری ایکسید طرح دعوی توسط شخص «الف» به دلیل خسارات وارده به شرکت «ج» را امکان‌پذیر و غیرقابل رد اعلام نموده‌اند. در این صورت تفاوتی ندارد که شرکت «ب» در کشور خود سرمایه‌گذار تأسیس و ثبت شده باشد و یا در کشور میزبان و یا حتی در کشور ثالث.[[581]](#footnote-581) هرچند این ابهام همچنان وجود دارد که اگر شخص حقوقی «ب» نوعی صندوق سرمایه‌گذاری باشد، در این صورت آیا باز هم خرید گواهی سرمایه‌گذاری چنین صندوقی می‌تواند مشمول فروض مزبور باشد یا خیر؟[[582]](#footnote-582)

با این وجود باید توجه داشت که کلیه دعاوی مطرح شده در این دیوان توسط سهامداران اقلیت، مربوط به اشخاصی بوده است که بیش از ده درصد از سهام شرکت موضوع دعوی را در اختیار داشته‌اند؛ فلذا تاکنون هیچ دعوایی در خصوص «سرمایه‌گذاری پورتفولیوی سرمایه‌ای» در این دیوان مطرح نشده است تا بتوان ارزیابی دیوان‌های داوری را در خصوص شمول یا عدم شمول عهدنامه ایکسید نسبت به این نوع از سرمایه‌گذاری مورد بررسی قرار داد.[[583]](#footnote-583) هرچند به نظر می‌رسد که مستثنی نمودن این نوع سرمایه‌گذاری از صلاحیت دیوان ایکسید، نیازمند تصریح طرفین در اسناد رضایت است و در غیر این صورت، شمول عهدنامه ایکسید نسبت به این نوع از سرمایه‌گذاری نیز اجتناب‌ناپذیر و قطعی خواهد بود.

* + - 1. **اوراق بهادار بدهی**

جالب توجه است که در جریان تصویب عهدنامه ایکسید نیز، پیشنهادات مربوط به عدم اعمال عهدنامه نسبت به اوراق بدهی مورد موافقت قرار نگرفت.[[584]](#footnote-584) با این وجود علی‌رغم وجود مخالفت در گذشته مبنی بر اعمال عهدنامه ایکسید نسبت به اوراق بدهی[[585]](#footnote-585)، رویه فعلی دیوان ایکسید نشان از آن است که ابزارهای مالی همچون خرید اوراق قرضه می‌تواند داخل در مفهوم سرمایه‌گذاری در چهارچوب عهدنامه ایکسید قرار گیرد.[[586]](#footnote-586)

پس از گسترش انتقادات نسبت به این رویه رو به رشد دیوان ایکسید،[[587]](#footnote-587) رویه اخیر ایکسید نشان از وجود تردید جدی در شمول مفهوم «سرمایه‌گذاری» نسبت به برخی از اوراق بدهی دولتی می‌باشد. بدین توضیح که اگرچه پیش از این گفته میشد که دیوان داوری بی نیاز از بررسی اهداف انتشار اوراق بهادار بدهی است،[[588]](#footnote-588) لیکن اکنون این استدلال جان گرفته است که باید میان انتشار اوراق بدهی با هدف پرداخت بدهی‌های دولت یا جبران کسری بودجه در مقابل انتشار سایر اوراق بدهی با اهداف اقتصادی (مانند تولید کالا یا ارائه خدمات عمومی) تفاوت گذارد و تنها اوراق دسته اخیر را داخل در مفهوم «سرمایه‌گذاری» دانست زیرا سرمایه‌گذاری به معنای تأمین منابع یک «فعالیت تجاری» است و نه یک فعالیت متضمن «امر حاکمیتی».[[589]](#footnote-589) مؤید این موضوع رویه سابق این دیوان نیز می‌باشد که ضمن توجه اولیه به ماهیت سرمایه تخصیص یافته توسط دولت به فعالیت‌های اقتصادی، تنها اینگونه اقدامات را به عنوان «سرمایه‌گذاری» محسوب نموده است.[[590]](#footnote-590)

**نتیجه‌گیری**

سرمایه‌گذاری خارجی در سبد اوراق بهادار (پورتفولیو) که آن را سرمایه‌گذاری در ابزارهای مالی (یعنی به میزان ده درصد و یا کمتر در اوراق بهادار سرمایه‌ای و همچنین سرمایه‌گذاری به هر میزان در سایر اوراق بهادار بدهی) و بدون کنترل و مدیریت سرمایه دانسته‌اند، با هدف بهره‌گیری از حاشیه‌های سود کوتاه مدت در بازار سرمایه صورت می‌پذیرد. به بیان دیگر، سرمایه‌گذار تنها داراي حق بازگشت سرمايه از طريق فروش اوراق و دريافت سود احتمالي یا بهره آن خواهد بود.

مزایا و معایب سرمایه‌گذاری پورتفولیو همچنان محل بحث است هرچند به طور خلاصه می‌توان اشاره داشت که (اولاً) این نوع سرمایه‌گذاری نمی‌تواند در مقایسه با سرمایه‌گذاری مستقیم منجر به رشد و توسعه کشور میزبان شود و فاقد مزیت‌هایی همچون انتقال مستقیم فناوری است؛ (دوماً) نوعی سرمایه‌گذاری سیال و فرّار است و همچنین نوسان سریع آن در جریان سرمایه‌گذاری، ممکن است تهدیدی علیه کشور میزبان باشد. در مقابل افزایش نقدینگی بازار سرمایه کشور توسط این نوع از سرمایه‌گذاری و در نتیجه، عمیق‌تر و گسترده‌تر شدن بازار مزبور نیز قابل انکار نیست. به طور کلی تلقی سرمایه‌گذاری خارجی مستقیم به عنوان سرمایه‌گذاری «خوب» و تلقی سرمایه‌گذاری پورتفولیو به عنوان سرمایه‌گذاری «بد»، ساده‌انگاری خواهد بود و هر دو نوع سرمایه‌گذاری برای توسعه کشور میزبان لازم و ضروری است. با این وجود، امروزه از یک سو دیدگاه اسثناء نمودن سرمایه‌گذاری پورتفولیو از شمول معاهدات سرمایه‌گذاری در حال گسترش است و از سوی دیگر به طور جدی از تعیین مصادیق مفهوم سرمایه‌گذاری به صورت احصایی در کنار تعیین عناصر عینی آن (تعهد تأمین منابع، ریسک، مدت زمان و کمک به توسعه کشور میزبان) دفاع می‌شود.

قلمرو اعمال معاهدات نسبت به سرمایه‌گذاری پورتفولیو از نگاه معاهدات دوجانبه و همچنین عهدنامه ایکسید به طور جدا و مستقل قابل ارزیابی است به این دلیل که مفهوم سرمایه‌گذاری در معاهدات دوجانبه و عهدنامه ایکسید می‌تواند متفاوت باشد زیرا هرکدام از این اسناد از جنبه مختلفی به مفهوم «سرمایه‌گذاری» نگریسته است؛ بدین توضیح که در معاهدات دوجانبه هدف ترغیب و تشویق اشخاص به سرمایه‌گذاری در کشور میزبان و است و به محض آنکه این سرمایه‌گذاری اتفاق افتاد، حمایت از ثمره و ارزش آن مطرح می‌شود. در مقابل و در خصوص عهدنامه ایکسید، موضوع آن حمایت از خود سرمایه‌گذاری یعنی حمایت از آن چیزی است که منجر به ایجاد ثمره و ارزش می گردد.

در همین رابطه، اشاره به «هرگونه مشارکت در شرکت‌ها» که در متن عهدنامه‌های سرمایه‌گذاری وجود دارد، به روشنی شامل سرمایه‌گذاری پورتفولیو نیز می‌گردد، زیرا در این عهدنامه‌ها غالباً به عنصر مدیریت به عنوان پیش‌شرط مفهوم سرمایه‌گذاری اشاره نمی‌شود؛ فلذا سهامداران اقلیت نیز می‌توانند مشمول قلمرو اعمال اینگونه عهدنامه‌ها قرار گیرند.

نگاهی به رویه دیوان ایکسید نشان از آن است که در تعریف مفهوم «سرمایه‌گذاری»، اگرچه طرفین اختلاف می‌توانند هرگونه اختلافی را که مایلند به این دیوان ارجاع نمایند اما آزادی آنان با معنای متداول و کلی مفهوم «سرمایه‌گذاری» در چارچوب دیوان ایکسید محدود می‌شود. این مفهوم متداول به وسیله محک‌ها و معیارهای قابل تشخیص است که احراز آنان (و یا یکی از معیارها) برای شناسایی مصداق موضوع دعوی به عنوان «سرمایه‌گذاری» کافی خواهد بود. هر چند به نظر می‌رسد امروزه این دیدگاه در حال شکل‌گیری است که نقش اراده طرفین در تلقی یک موضوع به عنوان سرمایه‌گذاری باید مقدم دانسته شود مگر در مواردی که مصداق موضوع دعوی، آشکارا مخالف با معنای معمول و کلی مفهوم «سرمایه‌گذاری» باشد. در همین رابطه استدلال عمده و رو به رشد موجود در آرای این دیوان نشان از آن است که اوراق بهادار سرمایه‌ای و بدهی، داخل در مفهوم «سرمایه‌گذاری» می‌باشند؛ فلذا صلاحیت این دیوان را می‌توان شامل سرمایه‌گذاری پورتفولیو نیز دانست.

در آخر لازم به ذکر است که اگرچه نظام معاهدات سرمایه‌گذاری مبتنی بر برقراری تعادل میان منافع دولت و سرمایه‌گذار است و در هرگونه تفسیری باید به این مهم توجه شود و از تفسیر معاهدات تنها در جهت حمایت حداکثری از منافع سرمایه‌گذار و تلقی اینگونه اسناد بین‌المللی به عنوان قراردادی یکجانبه خودداری نمود؛ با این وجود رویکرد دیوان‌های داوری در گسترش قلمرو اعمال معاهدات سرمایه‌گذاری که ناشی از توسعه اقسام مصادیق سرمایه‌گذاری است، در نهایت منجر به این خواهد شد که کشورها خود در معاهدات دوجانبه منعقده در آینده، عناصر و ویژگی‌های سرمایه‌گذاری را قید نمایند و سرمایه‌گذاری پورتفولیو را از قلمرو اعمال معاهدات مستثنی نمایند.

در همین رابطه، پیشنهاد می‌شود که معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران به گونه‌ای تنظیم گردد که سرمایه‌گذاری پورتفولیو (به همراه ارائه تعریفی از آن) صریحاً از قلمرو اعمال آن مستثنی گردد و در این رابطه می‌توان موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین ایران و اسلواک را به عنوان راهنمایی برای اصلاح متن نمونه موافقت‌نامه دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه گذاری ایران مدنظر قرار داد.

**منابع**

**کتب:**

1. Association for International Arbitration (ed), *Alternative Dispute Resolution in the Energy Sector* (Maklu 2009).
2. Binder, Christina (ed), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Oxford University Press 2009).
3. Brown, Chester & Kate Miles (eds), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2011).
4. Brown, Chester (ed), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford University Press 2013).
5. Bungenberg, Marc & Others (eds), *International Investment Law: A Handbook* (Hart Publishing 2015).
6. Charnovitz, Steve, & Others (eds), *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano* (Cambridge University Press 2005).
7. Desierto, Diane, *Public Policy in International Economic Law* (Oxford University Press 2015).
8. Dimopoulos, Angelos, *EU Foreign Investment Law* (Oxford University Press 2011).
9. Dolzer, Rudolf & Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, Cambridge University Press 2012).
10. Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press 2009).
11. Dugan, Christopher & Others, *Investor-States Arbitration* (Oxford University Press 2011).
12. Espósito, Carlos & Others (eds), *Sovereign Financing and International Law: The UNCTAD Principles on Responsible Sovereign Lending and Borrowing* (Oxford University Press 2013).
13. Fabozzi, Frank J, *Capital Markets: Institutions, Instruments, and Risk Management* (5th edn, MIT Press 2015).
14. Ferran, Eilis & Look Chan Ho, *Principles of Corporate Finance Law* (2nd edn, Oxford University Press 2014).
15. Fitzmaurice, Malgosia & Others (eds), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on* (Martinus Nijhoff Publishers 2010).
16. Gullifer, Louise & Jennifer Payne, *Corporate Finance Law: Principles and Policy* (2nd edn, Hurt Publishing 2015).
17. Kinnear, Meg & Others (eds), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (Kluwer Law International 2016).
18. Megliani, Mauro, *Sovereign Debt: Genesis, Restructuring and Litigation* (Springer 2015).
19. Miles, Kata, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital* (Cambridge University Press 2013).
20. Mitchell, Andrew D & others (eds), *Good Faith and International Economic Law* (Oxford University Press 2015).
21. OECD Global Forum on International Investment, *Attracting International Investment for Development* (OECD 2003).
22. Pazienza, Pasquale, *The Relationship Between FDI and the Natural Environment: Facts, Evidence and Prospects* (Springer 2014).
23. Rechtschaffen, Alan N, *Capital Markets, Derivatives and the Law* (2nd edn, Oxford University Press 2014).
24. Salacuse, Jeswald, *The Law of Investment Treaties* (2nd edn, Oxford University Press 2015).
25. Sasse, Jan Peter, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties* (Springer 2011).
26. Schreuer, Christoph & Others, *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd edn, Cambridge University Press 2009).
27. Sornarajah, Muthucumaraswamy, *The International Law on Foreign Investment* (3rd edn, Cambridge University Press 2010).
28. Sornarajah, Muthucumaraswamy, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press 2015).
29. VanDuzer, John Anthony & Others, *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements:* A Guide for Developing Country Negotiators (Commonwealth Secretariat 2013).
30. Voon, Tania (ed), *Trade Liberalisation and International Co-operation: A Legal Analysis of the Trans-Pacific Partnership Agreement* (Edward Elgar Publishing 2013).
31. Waibel, Michael, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals* (Cambridge University Press 2011).

**مقالات:**

1. Davis Mortenson, Julian, ʻThe Meaning of Investment: ICSIDʼs *Travaux* and the Domain of International Investment Lawʼ 51(1) Harvard International Law Journal (2010) 257-318.
2. Dekastros, Michail, ʻPortfolio Investment: Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Conventionʼ 14 The Journal of World Investment & Trade (2013) 286-319.
3. Hamida, Walid Ben, ʻTwo Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control: *Ad Hoc Committee's Decision in Patrick Mitchell v Democratic Republic of Congo*ʼ 24(3) Journal of International Arbitration (2007) 287-306.
4. Schreuer, Christoph, ʻShareholder Protection in International Investment Lawʼ, (2005) 3 Transnational Dispute Management, 1-21.
5. Schereuer, Christoph, ʻCommentary on the ICSID Convention: Article 25ʼ, 11(2) ICSID Review, Foreign Investment Law Journal (1996) 316.
6. Sornarajah, Muthucumaraswamy, ʻPortfolio Investment and the Definition of Investmentʼ 24(2) ICSID Review: Foreign Investment Law Journal (2009) 516-20.

**دیگر منابع:**

1. Bjorklund, Andrea K (ed), *Yearbook on International Investment Law & Policy: 2012-2013* (Oxford University Press 2014).
2. Sauvant, Karl P (ed), *Yearbook on International Investment Law & Policy: 2010-2011* (Oxford University Press 2012).
3. Sauvant, Karl P (ed), *Yearbook on International Investment Law & Policy: 2011-2012* (Oxford University Press 2013).

**چکیده (انگلیسی)**

**Foreign Portfolio Investment (FPI):**

**The Arbitral Tribunalsʼ and Investment Conventionsʼ Approach**

**Abstract**:

Foreign portfolio investment (FPI) known as investment in equity and debt securities (not ʻderivativesʼ) that is intended only for financial gain and that does not create a lasting interest in or control over an enterprise. Although the merits and demerits of FPI is controversial and have remain unsettled, most investment treaties have used a very broad definition of investment (eg ʻany kind of participation in companiesʼ) that includes what is referred to as FPI, therefore the reference to interests in companies typically does not require that the investor’s interest or participation in the company be a controlling one. Indeed, minority shareholdings are generally protected under international investment agreements and arbitral tribunals have supported this approach. As far as ICSID arbitration is concerned, there is a growing consensus that the characteristics of investment notion are contribution of capital, duration and risk (known as ʻinherent common meaningʼ of the term investment) and FPI could be qualified as an investment under article 25(1) of ICSID Convention (even if it was not FDI). The recent arbitral awards (*Abaclat v Argentina*; *Ambiente Ufficio v Argentine*; *Giovanni v Argentine*; *Poštová banka v Hellenic*) give rise to an increasing concern of international law about the protection of foreign investment in the form of securities (especially sovereign bonds). The main conclusion to be drawn from this article is that (I) FPI should be excluded from bilateral and multilateral investment treaties by restricting the asset-based approach to direct investment only; (II) Clear benchmarks as to what is an ʻinvestmentʼ must be developed by including objective criteria for the definition of an ʻinvestmentʼ to be covered by bilateral and multilateral investment treaties (based on contribution of capital, risk, duration and contribution to development).

**Keywords**:

International investment law; Portfolio investment, Notion of investment; Equity securities, Debt securities, ICSID Convention.

فصل ششم

**حق اتباع و سرمایه گذارن خارجی دردسترسی به شبکه انرژی**

**چکیده**

امنیت عرضه انرژی به عنوان یکی از تکالیف مهم دولت­ها هم معطوف به تامین منابع و استحصال انرژی و هم توزیع متوزان و پایدار آن است. پایداری شبکه­های انتقال و توزیع انرژی از جمله شبکه سراسری برق و خطوط لوله گاز به قیود و استانداردهای سخت افزاری و نرم افزاری معینی وابسته است که امکان هرگونه عمل خارج از ملاحظات فنی و غیر فنی ضروری را تا حد قابل توجه­ای محدود می­کند. بنابراین دولت به منظور حفاظت از امنیت عرضه تولید و توزیع انرژی، در اخذ انشعاب توسط متقاضیان و یا تغییر آن توسط مشترکین ناگزیر از اعمال استانداردها و ضوابط تقریبا غیرقابل انعطافی است. از طرف دیگر تامین انشعاب انرژی و یا تغییر آن برای برخی مشترکین از جمله اتباع و سرمایه­گذاران خارجی بایستی بر اساس حقوق بین­الملل صورت گیرد و تخلف از آن ممکن است مسئولیت بین­المللی دولت میزبان را در پی داشته باشد.لیکن محدودیت­های فنی و تکنولوژیکی شبکه­های انتقال و توزیع به مانعی فراروی تامین انرژی مورد نیاز اتباع و یا سرمایه­گذاران خارجی تبدیل شده و دولت میزبان به ناچار دست به انتخاب زده و غالبا حفظ امنیت شبکه­های انتقال و توزیع انرژی را بر تامین انرژی اتباع و سرمایه­گذران خارجی ترجیح می­دهد. این مقاله درصدد پاسخ به این پرسش است که آیا چنین ترجیحی بلامرجح و موجد مسئولیت دولت در قبال اتباع و سرمایه­گذارن خارجی خواهد بود و اگر خیر از چه رهگذری می­توان ضمن حفظ امنیت شبکه­های انتقال و توزیع انرژی، حقوق و منافع اشخاص مزبور را نیز در حد امکان تامین کرد.

**واژگان کلیدی**: انرژی، مسئولیت، دولت، امنیت شبکه، سرمایه­گذاری خارجی، اتباع خارجی.

**مقدمه**

اهمیت و جایگاه کلیدی انرژی در زندگی روزمره و فعالیت­های اقتصادی کنونی بر کسی پوشیده نبوده و تصور ادامه حیات و توسعه اقتصادی و اجتماعی بدون انرژی روز به روز ناشدنی تر می­شود. از همین رو، تامین امنیت عرضه انرژی[[591]](#footnote-591) چه در بخش تولید و چه انتقال و توزیع و حفظ آن، از سیاست­های انرژی[[592]](#footnote-592) هرکشوری در جهان به شمار می­رود[[593]](#footnote-593). گاز و برق به عنوان دو حامل حیاتی انرژی در قیاس با سایر منابع، امروز محور توسعه بوده و با کاهش ذخایر سوخت­های فسیلی سنتی، انرژی­های پاک به شکل روزافزونی سهم بیشتری از سبد منابع انرژی در سطوح ملی و بین­المللی را به خود اختصاص می­دهند[[594]](#footnote-594). تامین انرژی در دو سطح مصارف ضروری و اولیه همانند روشنایی، گرمایش، سرمایش و حمل و نقل و مصارف صنعتی و تجاری همانند کارخانجات صنعتی و بازرگانی و الکترونیک مورد توجه سیاستگذارن انرژی بوده و بر اساس موازین حقوق بین­الملل و قوانین داخلی اغلب کشور­ها، تامین آن بر عهده دولت­هاست[[595]](#footnote-595). در سطح اول شهروندان هرکشوری محق به برخورداری از میزان مناسبی از انرژی بوده و تامین انرژی برای فعالیت­های اقتصادی نیز از تعهدات دولت­ها بر اساس حقوق بین­الملل نشئت می­گیرد[[596]](#footnote-596). با این حال تعهد دولت­ها به تامین انرژی در سطوح مزبور مطلق نبوده و مقید به قیودی است که بیشتر ناشی از محدودیت­های فنی غیرقابل اغماض است. طبقه­بندی مشترکان بر اساس سطح نیاز بر مبنای معیار تقاضای معقول و متعارف[[597]](#footnote-597) دال بر آن است که دولت مکلف به تامین هر میزان از تقاضای انرژی متقاضیان نبوده و بر اساس نوع و طبقه تعیین شده[[598]](#footnote-598)، سقف مشخصی از انرژی را دریافت خواهد کرد[[599]](#footnote-599). این محدودیت در عرضه، صرفا وابسته به کمبود تولید نبوده و ممکن است ناشی از محدودیت­های شبکه­های توزیع و انتقال در هر منطقه باشد. اصولا شخصیت و یا تابعیت مشترکین و متقاضیان اخذ انشعاب برق و یا گاز، عامل تعیین کننده در بررسی تقاضا نبوده و ارزیابی­ها بایستی صرفا بر اساس معیارهای فنی و اقتصادی صورت بگیرد. علی رغم این، اگر دولت به موجب قرارداد و یا عرف بین­المللی تعهداتی مبنی بر رفتار ترجیحی با برخی اشخاص بر عهده داشته باشد، رعایت تعهد مزبور بایستی در ارزیابی درخواست­های تامین انرژی نیز لحاظ گردد، چه در غیر اینصورت موجد مسئولیت بین­المللی دولت خواهد بود.[[600]](#footnote-600) برای نمونه چنانچه دولت بر اساس قرارداد متعهد به صادرات انرژی به خارج از مرزهای خود باشد، اصولا موظف به ایفای تعهد خود بوده و بر این اساس دولت واردکننده به نوعی حق تقدم نسبت به انرژی تولیدی در کشور صادرکننده داشته و از اولویت نسبت به متقاضیان داخلی برخوردار است. حال این که اگر تامین نیاز داخلی یک کشور و یا حفظ امنیت شبکه­های توزیع و انتقال برق آن، منوط به کاهش و یا قطع صادرات انرژی به خارج کشور باشد، آیا تخلف از تعهد مزبور برای دولت صادرکننده موجد مسئولیت بین­المللی خواهد بود یا خیر، با توجه به اصول حقوق بین­الملل و حقوق انرژی تعیین خواهد شد. همچنین دولت­ها در برخی معاهدات دوجانبه سرمایه­گذاری[[601]](#footnote-601) به منظور تشویق اتباع یکدیگر به سرمایه­گذاری، امتیازات و رفتارهای ترجیحی را برای آن­ها در نظر می­گیرند، اما در مقام عمل ممکن است تعهد به رفتار ترجیحی توسط دولت میزبان صورت نگرفته و از منظر سرمایه­گذار خارجی نقض معاهده دوجانبه سرمایه­گذاری تلقی گردد. علاوه بر آن، اگر مطابق حقوق بین­الملل اتباع بیگانه مقیم در یک کشور مستحق رفتار ترجیحی نباشند، رفتاری مشابه با رفتار دولت میزبان با اتباع خودش( که کمتر از استانداردهای بین­المللی نباشد)، از مسلمات حقوق بین­الملل محسوب می­شود[[602]](#footnote-602). این که بین دو تعهد به تامین امنیت عرضه انرژی و پایداری شبکه[[603]](#footnote-603) و تعهد به رفتار ترجیحی و یا برابر با اتباع و سرمایه­گذاران خارجی چگونه ایجاد توازن ممکن بوده و عدول از هر یک از تعهدات به نفع تعهد دیگر، با چه شرایطی ممکن و مجاز است را بایستی در پرتو اصول حقوق انرژی و رویه قضایی و داوری بین­المللی در خصوص سرمایه­گذاری و رفتار با اتباع بیگانه جستجو کرد.

این مقاله در سه قسمت به بحث و بررسی موضوع می پردازد. در قسمت اول، نظری بر حقوق اتباع بیگانه و تعهدات دولت میزبان در سرماییه گذاری خارجی در حقوق بین الملل عام و در حقوق بین الملل سرمایه گذاری دارد. در قسمت دوم، الزامات دولت در تامین امنیت عرضه، شبکه های انتقال و توزیع انرژی را مورد بررسی قرار میدهد. در قسمت سوم این نوشتار حدود مسئولیت دولت در تامین انرژی سرمایه­گذاران و اتباع خارجی تحت تامل و کنکاش قرار می­گیرد

**قسمت اول: حقوق اتباع بیگانه و تعهدات دولت میزبان در سرمایه گذاری خارجی**

**الف -** **حقوق اتباع بیگانه در حقوق بین الملل عام**

پس از شکست دکترین کالوو در خصوص ظرفیت قانون داخلی کشور میزبان در از بین بردن حمایت از اموال بیگانگان و نادیده انگاشتن حق ­آن ها در توسل به حمایت دیپلماتیک توسط دولت متبوعشان، به تدریج این دیدگاه در زمینه حمایت از بیگانگان به ویژه در زمینه مالی غالب شد که دولت­ها برای حمایت از خارجیان تابع حقوق بین­الملل و نه تنها حقوق داخلی خود هستند[[604]](#footnote-604).بر این اساس، اگر اتباع یک کشور به هر دلیلی مطابق قواعد دولت متبوع خود که با استانداردهای کلی حقوق بین­الملل مطابق نیست زندگی کنند، دولت­های دیگر و اتباع آن­ها مجبور به قبول آن قواعد نیستند. افول دکترین کالو با روند ملی­سازی­ها در مکزیک ادامه داشت و مجددا با قبول این واقعیت که حقوق بین­الملل اجازه مصادره اموال بیگانگان به شرط پرداخت غرامت کافی، سریع و موثر را می­دهد، جلوگره شد.[[605]](#footnote-605) بنابراین اتباع بیگانه در خاک دولت میزبان از حمایت­ها مطابق استانداردهای بین­المللی راجع به کلیه حقوق فردی و اجتماعی خود بایستی برخوردار باشند و اعمال حاکمیت دولت میزبان به ویژه بر منابع طبیعی خود مجوزی بر انجام اقدامات خودسرانه در این خصوص نیست[[606]](#footnote-606). در حقوق سرمایه­گذاری بین­المللی هم آنچه در واقع بیشتر مورد حمایت است، سرمایه سرمایه­گذار و تضمین ایجاد و حفظ شرایط مناسب جهت بازگشت عادلانه سود به وی است تا حقوق فردی و شخصی او. به همین منظور، اصول حقوق بین­الملل عام در خصوص حقوق و آزادی­ها عمومی کلیه اتباع بیگانه(اعم از دیپلمات­ها، سرمایه­گذران و افراد عادی) از این حیث که در شان و کرامت انسانی تفاوتی با اتباع دولت میزبان ندارند، اعمال می­شود[[607]](#footnote-607). دسترسی به انرژی به عنوان یک حق بشری در سطح حداقلی و به منظور رفع نیازهای اولیه هرچند به طور جداگانه مورد تصریح منشور حقوق بشر نیست، اما هم لازمه و هم داخل در مفهوم برخی دیگر از حق­های بشری است و هم در اسناد و رویه قضایی اخیر بین­المللی بیش از گذشته به آن اشاره می­شود.[[608]](#footnote-608) از این حیث، تعهدات دولت میزبان نسبت به این حق بشری همانند سایر حقوق بشر در قبال اتباع بیگانه نیز لازم­الرعایه و نقض آن موجد مسئولیت بین­المللی وی خواهد بود[[609]](#footnote-609). بنابراین تامین سطحی از انرژی مورد نیاز سرمایه­گذاران خارجی به عنوان یک فرد عادی جهت رفع نیازهای ضروری وی، فارغ از تعهدات دولت میزبان مندرج در معاهدات دوجانبه سرمایه­گذاری، به عنوان یک الزام حقوق بین­الملل، مطرح است.

**ب- تعهدات دولت میزبان در قبال سرمایه­گذاران خارجی**

تعهدات دولت میزبان در قبال سرمایه­گذاران خارجی به طور کلی تعهد به پذیرش و حمایت یا تشویق از سرمایه­گذاری است و اصولا هر اقدامی که مستقیم و یا غیرمستقیم عامدانه یا غیرعمد با این تعهد عمده در تعارض باشد، نقض تعهد دولت میزبان تلقی می شود[[610]](#footnote-610). سایر تعهدات دولت میزبان در قبال سرمایه­گذار خارجی نیز از تعهد کلی مزبور نشئت می­گیرد.

**1. تعهد به پذیرش وحمایت یا تشویق سرمایه­گذاری[[611]](#footnote-611)**

در خصوص تعهد به پذیرش سرمایه­گذاری اتباع خارجی، در حقوق بین­الملل عرفی هیچ تکلیفی به عهده دولت­ها نیست، بلکه منبع چنین تعهدی اراده دولت­هاست که در قالب قوانین و مقررات ملی و معاهدات بین المللی و توافقنامه های سرمایه­گذای مربوط به دولت میزبان (سرمایه پذیر) تجلی می­یابد[[612]](#footnote-612). بنابراین امتناع از پذیرش، ممکن است نقض معاهدات بین المللی سرمایه­گذاری میان دولت میزبان و دولت متبوع سرمایه­گذار خارجی عضو آن معاهدات محسوب ­شود. تعهد به حمایت یا تشویق نیز اصولا مبنای عمده این دست از معاهدات بوده و مشوق­هایی نظیر کاهش محدودیت­های خروج ارز، کمک­های اطلاعاتی و فنی، معافیت­های مالیاتی و اطمینان دادن به وجود امنیت از جمله ابزارهای ایفای تعهد به تشویق محسوب می­شود.[[613]](#footnote-613)

**2. استانداردهای حمایتی[[614]](#footnote-614)**

استانداردهای حمایتی معطوف به رفتاری هستند که دولت میزبان موظف به اعمال آن­ها در قبال سرمایه­گذار و سرمایه وی است. این استانداردهای از حیث نیاز به تصریح در معاهدات دوجانبه یا چند جانبه سرمایه­گذاری به مطلق و نسبی تفکیک می­شوند که دسته اول نیازمند تصریح در معاهدات نبوده و در هرحال دولت مکلف به رعایت ­آن­هاست، و در خصوص دسته دوم هیچ تکلیفی در حقوق بین­الملل عرفی نسبت به رعایت آن­ها از سوی دولت­های متعاهد وجود نداشته و در صورت توافق یا ابراز رضایت صریح طرفین لازم­الاجرا هستند[[615]](#footnote-615). استانداردهای رفتار عادلانه و امنیت کامل ( که در زیر بحث می شوند) بارزترین مصادیق دسته نخست از استانداردهای حمایتی هستند. آنها ریشه در حقوق بین­الملل عرفی داشته و رویه داوری سرمایه­گذاری بین­المللی نیز ­رعایت آن­ها را از جانب دولت میزبان در هر حال ضروری شمرده است.[[616]](#footnote-616)

**اول - رفتار عادلانه و منصفانه[[617]](#footnote-617)**

تعریف واحدی از استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه وجود ندارد، و این خود شاید بیانگر تکامل و پویایی این استاندارد است. اما رویه داوری بین­المللی و دکترین حقوق سرمایه­گذاری خارجی به تدریج مفهوم رفتار عادلانه و منصفانه را عینیت بخشیده­اند[[618]](#footnote-618).گاه این شفافیت بخشیدن به قاعده از طریق شناسایی موارد نقض رفتار عادلانه و منصفانه صورت گرفته و گاه نیز عناصری از این رفتار مورد اشاره قرار گرفته­اند. بر این اساس رفتار عادلانه و منصفانه رفتاری است که انتظارات اولیه و مبنایی سرمایه­گذار برای سرمایه­گذاری را تامین نماید، وی را از قوانین و مقررات دولت میزبان آگاه کند، با وی با حسن نیت رفتار نموده و مرتکب تبعیض نشود و همچنین موجبات الغاء سرمایه­گذاری او را فراهم نیاورد[[619]](#footnote-619). البته عناصر رفتار عادلانه و منصفانه منحصر در موارد مزبور نبوده و مفهوم آن پیوسته در حال تکامل است. از همین رو حتی برخی صاحب­نظران از بکاربردن استاندارد برای این رفتار ابا دارند، چرا که معتقدند این رفتار، لزوما بیانگر رعایت رفتار حداقلی نبوده و ممکن است حمایت­هایی فراتر از حداقل­ها و سایر استانداردها را در برگیرد[[620]](#footnote-620). بر همین مبنا، برای مثال، ممکن است رفتاری از دولت میزبان سر بزند که خلاف اصل دولت کامله الوداد نباشد، اما نقض رفتار عادلانه و منصفانه تلقی شود.همچنین امروزه رفتار عادلانه و منصفانه به عنوان مفهومی مستقل از عدالت و انصاف در حقوق بین­الملل عرفی شناسایی شده و حمایت­های مندرج در حقوق سرمایه­گذاری خارجی را نیز شامل می­شود.[[621]](#footnote-621)

**دوم - حمایت و امنیت کامل**

منظور از این استاندارد حمایتی نیز همانند رفتار عادلانه و منصفانه از تمییز کافی برخوردار نبوده و تببین بیشتر آن را باید در رویه بین­المللی در خصوص سرمایه­گذاری خارجی جسجو کرد. بر این اساس، اولا معنای امنیت کامل صرفا به معنای حمایت فیزیکی از اموال و تاسیاست متعلق به سرمایه­گذار نبوده و در تفسیری موسع، ثبات حقوقی و حمایت قانونی از سرمایه­گذار را نیز در بر میگیرد[[622]](#footnote-622). در واقع وصف کامل، سبب می­شود تا این حمایت فراتر از حفاظت های فیزیکی تفسیر شده و حمایت­های قانونی را نیز در بر بگیرد. ثانیا تعهد دولت به امنیت تعهد به بکارگیری حداکثر تلاش و نه تعهد به نتیجه است. همچنین این تعهد، حمایت از سرمایه­گذار و سرمایه وی در برابر تعرضات اشخاص ثالث اعم از فعل و ترک فعل آن­ها چه اشخاص خصوصی و چه عمومی را شامل می­شود. در واقع دولت میزبان متعهد است تا سرمایه­گذار خارجی را در برابر اعمال و تاثیرات نامطلوب محافظت نماید[[623]](#footnote-623). بر همین اساس، دولت میزبان بایستی مراقبت معمول و مقتضی را اعمال کرده و اثبات این امر با توجه به اوضاع و احوال خاص هر قضیه صورت می­گیرد.

**قسمت دوم : الزامات دولت در تامین امنیت عرضه، شبکه­های انتقال و توزیع انرژی**

همانطور که گفته شد امنیت عرضه انرژی هم معطوف به امنیت تولید و وجود منابع است و هم ناظر به پایداری شبکه­های انتقال و توزیع. بدین سان به مخاطره افتادن امنیت در هر یک از این دو بخش، کارایی بخش دیگر را خنثی کرده و به قطع دسترسی به انرژی مصرف­کنندگان منجر می­شود[[624]](#footnote-624). از آن جا که برق یک کالای عمومی بوده و مسئولیت اولیه تامین آن بر عهده دولت­هاست، بنابراین در یک صنعت تجدیدساختار یافته برق یا گاز و با وجود بازیگران غیردولتی فعال در بخش تولید و توزیع نیز، دولت همچنان متعهد به نظارت بر تولید ومیزان آن و پایش شبکه توزیع است[[625]](#footnote-625). به همین دلیل مدیریت شبکه­های انتقال در اغلب کشورها همچنان در دست دولت باقی مانده تا هم یکپارچگی شبکه و پایش آن مقدور باشد و هم دسترسی آزادانه همه تولید­کنندگان، توزیع­کنندگان و مصرف­کنندگان به شبکه تضمین شود[[626]](#footnote-626). از طرف دیگر، منابع تولید انرژی هم اصولا در مالکیت دولت­ها بوده و یا اینکه اجازه بهره­بردای از آن­ها منحصرا توسط دولت، اعطا می­شود.بنابراین دولت بایستی در بخش تامین منابع انرژی و تولید آن نیز، همواره سطح مطمئنی از عرضه را حفظ نماید. الزام دولت به تامین انرژی و حفظ امنیت شبکه توزیع انرژی ریشه در تکالیف ملی و بین­المللی وی دارد. در این خصوص دو دسته الزامات فراملی و ملی، بایستی مودر توجه قرار گیرد.

**الف - الزامات فراملی**

به موازات پیدایش و تکامل تدریجی نظام بین­المللی حقوق بشر و تکوین مفاهیمی همچون به­زمامداری، حکومت خوب، دولت مدرن، دولت­ها موفق و ناتوان، مسئله ارائه خدمات عمومی به عنوان یک شاخصه جهت تمییز میزان توسعه­یافتگی جوامع، توانمندی دولت­ها و پای­بندیشان به تکالیف حقوق بشری مورد توجه قرار گرفته است.[[627]](#footnote-627)

تجلی حق دسترسی به انرژی در نطام بین­المللی حقوق بشر را می­توان در عمده حق­های شناسایی شده در نسل­های سه­گانه حقوق بشر مشاهده نمود. از حق دسترسی و انتشار آزادانه اطلاعات که در زمره حقوق سیاسی و مدنی محسوب می شوند تا حق بر غذا، آب آشامیدنی سالم، حق بر آموزش، حق بر مسکن مناسب، حق بر خدمات بهداشتی و درمانی در حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و همچنین حق بر توسعه و حق بر محیط زیست سالم به مثابه حق­های نسل سومی، همگی یا متوقف بر دسترسی مستمر به انرژی هستند و یا به طور غیر مستقیم از آن تاثیر می­پذیرند[[628]](#footnote-628). بکارگیری و توسعه انرژی­های تجدیدپذیر هم در کاهش آلودگی ناشی از تولید برق فسیلی موثر است و هم در امنیت عرضه برق تاثیر مثبتی دارد. از طرف دیگر افزایش تولید برق، امکان استفاده از خودروهای هیبریدی که به خودروهای سبز نیز معروف هستند را به میزان زیادی افزایش خواهد داد. همچنین گاز طبیعی نیز به عنوان یک سوخت پاک و به عنوان منبع اصلی تولید برق در نیروگاه­های حرارتی، جایگاه اساسی در توسعه اقتصادی و صنعتی داشته و از این رهگذر به طور غیرمستقیم سطح اشتغال و رفاه اجتماعی را نیز تحت الشعاع قرار می­دهد[[629]](#footnote-629).همچنین توسعه دسترسی همگانی به برق نیز خود به عنوان یک مقوله مستقل در دهه اخیر مورد توجه دکترین و مجامع حقوق بشری من جمله سازمان ملل متحد قرار گرفته است.

نامگذاری سال 2012 [[630]](#footnote-630) همچنین دهه 2014 تا 2024 به عنوان "دهه انرژی پایدار برای همه"[[631]](#footnote-631) و همچنین تشکیل کارگروهی تحت همین عنوان و با نظارت مستقیم دبیر کل ملل متحد[[632]](#footnote-632)، حاکی از اهمیت روافزون دسترسی به انرژی و تکلیف دولت­ها به توسعه سیستم­های انرژی و خدمات آن است[[633]](#footnote-633). سایر اسناد بین­المللی نظیر، کنوانسیون ملل متحد راجع به تغییرات آب و هوایی و پروتکل کیوتو[[634]](#footnote-634)، اعلامیه ریو، اعلامیه توسعه هزاره[[635]](#footnote-635)، سند نهایی اجلاس ریو 20 تحت عنوان آینده­ای که میخواهیم[[636]](#footnote-636)، همگی صراحتا به موضوع توسعه دسترسی همگانی به انرژی و به ویژه برق را مورد تاکید قرار داده­اند.

**ب- الزامات ملی**

در سطح ملی نیز قوانین حوزه انرژی و محیط­زیست توامان به تکلیف دولت در تامین امنیت عرضه مشترکین(صرف نظر از تابعیت آن­ها) و همچنین بهبود سیستم­های انرژی توجه داشته­اند. امروزه مسئولیت اولیه تامین انرژی شهروندان برعهده دولت و یا نهاد­های تنظیم­گر که از طرف دولت وظیفه پایش و تنظیم بازار انرژی را دارند، است. برای مثال قانون برق انگلستان 1989 در ماده 3(A)دولت را مکلف به حصول اطمینان از موارد ذیل نموده است:

تامین تمامی تقاضاهای متعارف برق در کل بریتانیا و توانایی تامین مالی پروژه­های برق­رسانی توسط شرکت­هایی که از دفتر تنظیم مقررات برق و گاز مجوز فعالیت دریافت نموده­اند.[[637]](#footnote-637) همچنین ماده ده از قانون برق 1987آفریقای جنوبی [[638]](#footnote-638)وظایفی را برای تامین­کنندگان خدمات برق به منظور تامین آن برای تمامی متقاضیان، تحمیل نموده است.این تعهدات توسط دیوان عالی آفریقای جنوبی در سال 2002 و در قضیه هنریک فردریک مری علیه شهرداری منطقه موهاکا، به عنوان یک حق ابتدایی که متقاضیان را به محض درخواست و تمهید مقدمات، محق دسترسی به برق می داند،تفسیر شده است.[[639]](#footnote-639) در ایران نیز می­توان به اساسنامه شرکت توانیر اشاره نمود که در ماده7، فصل دوم، تحت عنوان موضوع و هدف فعالیت، انجام هرگونه فعالیتی که نیازمند تامین مطمئن و اقتصادی برق باشد را، به بیانی وظیفه این شرکت تلقی نموده است. همچنین بر اساس اصل 44 قانون اساسی، وظیفه تامین برق در کشور بر عهده این شرکت است. اگرچه از نظر شخصیت حقوقی، توانیر یک شرکت سهامی خاص و مستقل از وزرات نیرو است، اما از آن جهت که اساسنامه این شرکت در سال 1381 به تصویب مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان رسیده، و اعضای مجمع عمومی این شرکت را وزرای هیات دولت، تشکیل می­دهند[[640]](#footnote-640)، این شرکت تنها نهادی است که از سوی دولت و وزارت نیرو، موظف به انجام کلیه تعهدات در خصوص ایجاد دسترسی مطمئن به برق برای کلیه مصارف، و انجام سرمایه­گذاری­های لازم در این حوزه، می­باشد.[[641]](#footnote-641)

همچنین هم در سیاست­های ملی انرژی و هم محیط زیست به توسعه انرژی­های تجدیدپذیر اشاره شده است که هم ناظر به اهداف زیست محیطی و هم تامین کننده بخشی از بار شبکه در بلند مدت است[[642]](#footnote-642). در کنار قوانین مربوط به انرژی و محیط زیست، قوانین داخلی دولت­ها در خصوص تشویق و حمایت از سرمایه­گذاران خارجی را نیز در این خصوص باید ملحوظ نظر قرار داد.بر این اساس، عدم تامین انرژی سرمایه­گذارانی که مستقیما در بخش انرژی نظیر نفت، گاز و پتروشیمی فعالیت دارند و هم آنانی که فعالیت اقتصادیشان به طرز غیرقابل اغماضی متاثر از دسترسی مستمر به انرژی است، نقض قوانین مرتبط با تشویق سرمایه­گذاری خارجی نیز تلقی می­شود[[643]](#footnote-643). بنابراین در سطح ملی، الزام دولت به تامین انرژی مورد نیاز کلیه سرمایه­گذاران، هم ناشی از قوانین و سیاست­های انرژی و هم متاثر از مقررات داخلی آن کشور در خصوص حمایت و تشویق از سرمایه­گذاری خارجی است.

**قسمت سوم: حدود مسئولیت دولت در تامین انرژی سرمایه­گذاران و اتباع خارجی**

مسئولیت تامین انرژی شهروندان یک دولت، در موارد محدودی می­تواند منجر به مسئولیت بین­المللی آن دولت شود، اما این مسئولیت در قبال اتباع سایر دولت­ها که تحت عنوان تبعه خارجی و یا سرمایه­گذار خارجی در آن کشور مقیم هستند، ظرفیت آن را دارد تا در سطح بین­المللی علیه دولت میزبان مطرح شود. بسته به مورد، مبنای مسئولیت دولت متخلف هم می­تواند ناشی از معاهدات و هم عرف بین­المللی باشد.[[644]](#footnote-644)

**الف - در قبال اتباع خارجی**

حفظ حقوق اتباع خارجی سابقه نسبتا دیرینه­ای در حقوق بین­الملل دارد.هرچند در مبنای مصونیت هیات­ها و اماکن دیپلماتیک نظریات متفاوتی ارائه شده است، اما می­توان آنرا نقطه عطف و یا تکامل صیانت از حقوق خارجیان در خارج از قلمرو دولت متبوع خود به شمار آورد[[645]](#footnote-645). بنابراین خاستگاه مسئولیت دولت برای تامین انرژی اتباع خارجی ، حقوق بین­الملل عمومی است. اتباع خارجی مقیم در کشور غیرمتبوع را، از حیث مصونیت می­توان به اشخاص دیپلماتیک و غیر­دیپلماتیک تقسیم کرد.[[646]](#footnote-646) بر این اساس، اماکن و اشخاص دیپلماتیک بایستی از حمایت ویژه­ای در خصوص ارائه خدمات ضروری از جمله انرژی و برق برخوردار باشند. مسئولیت دولت در قبال اتباع خارجی ، بیشتر ناظر به سطح اول از دسترسی به انرژی یعنی رفع نیازهای ضروری است. بر همین مبناست که اماکن دیپلماتیک همواره از سامانه­های برق اضطراری برخوردار هستند تا در مواقع بحران و قطعی برق شبکه سراسری، دسترسی به برق برای این اماکن حفظ گردد. بند دو ماده 25 کنوانسیون وین راجع به حقوق دیپلماتیک به طور کلی به تعهد دولت پذیرنده یا میزبان، برای فراهم آوردن تسهیلات لازم برای انجام وظایف دیپلماتیک و ماده 22 به طور خاص، بر اتخاذ کلیه تدابیر لازم به منظور این که اماکن دیپلماتیک مورد تجاوز و خسارت قرار نگرفته و آرامش و شئون آن متزلزل نگردد، اشاره کرده­ است. علاوه بر آن ماده 27 کنوانسیون که با آزادی ارتباطات و وسایل ارتباطی پرداخته و همچنین مواد 30 به بعد که به مصونیت مامورین دیپلماتیک پرداخته است، نیز نه صراحتا بلکه به طور ضمنی تعهد دولت پذیرنده مبنی بر تمهید موارد لازم برای حسن انجام وظایف دیپلماتیک که تامین انرژی مورد نیاز آن­هاست را نیز در بر می­گیرد. سایر اتباع خارجی نیز که از شئون و مزایای دیپلماتیک بهره­مند نیستند، در چارچوب قواع کلی حقوق بین­الملل، متمع از حقوق بشری از جمله دسترسی به انرژی هستند[[647]](#footnote-647). در این خصوص شاید اشاره به گزارش مخبر ویژه کمیسیون حقوق بین­الملل در مورد مسئولیت بین­المللی دولت، خالی از فایده نباشد. در این گزارش دولت­ها موظف شده بودند تا با اتباع خارجی آن­گونه رفتار نمایند که با اتباع خود رفتار می­کنند، مشروط بر این که این رفتار از حداقل پیش بینی شده در اسناد بین­المللی راجع به حقوق اساسی و حقوق بشر کمتر نباشد[[648]](#footnote-648). صرف نظر از اختیاراتی که دولت­های پذیرنده اتباع خارجی در اعمال برخی محدودیت­ها و ممنوعیت­ها در خصوص برخی حقوق سیاسی و مدنی، دسترسی به انرژی در حد رفع نیازهای ضروری، از جمله حق­های بشری بوده که دولت میزبان بدون توجه به شان و مبنای حضور خارجی در قلمروی خود، مکلف به رعایت آن می­باشد. [[649]](#footnote-649)ضمانت اجرای چنین تکلیفی با توجه به این که فرد همچنان تابعی منفعل در حقوق بین­الملل است، طرح دعوی و مسئولیت بین­المللی علیه دولت میزبان از طریق حمایت سیاسی دولت متبوع تبعه خارجی ، است[[650]](#footnote-650).

**ب - در قبال سرمایه­گذاران خارجی**

مسئولیت دولت در تامین انرژی سرمایه­گذاران هم از استاندارد کلی حقوق بین الملل سرمایه­گذاری نشئت می­گیرد و هم بر اساس مفاد قرارداد سرمایه­گذاری و معاهدات دو جانبه یا چند جانبه سرمایه­گذاری با دولت متبوعه ارزیابی می­شود. برخی معاهدات سرمایه­گذاری حمایت­های بیشتری نسبت به حداقل حمایت مورد پذیرش در عرف و رویه حقوق بین­الملل سرمایه­گذاری در نظر گرفته­­اند، لیکن در هر صورت رویه داوری بین­المللی در این خصوص بیانگر آن است که دولت میزبان مکلف به رعایت حداقل استانداردهای رفتاری هستند که در حقوق بین­الملل عرفی مورد شناسایی و پذیرش قرار گرفته است. بر این اساس، عدم تامین انرژی سرمایه­گذاران را باید در پرتو حداقل استانداردهای پذیرفته شده حقوق بین­الملل سرمایه­گذاری و معاهدات سرمایه­گذاری فیمابین دولت میزبان و دولت متبوع سرمایه­گذار مورد بررسی قرار داد. در این خصوص به نظر می­رسد تامین انرژی سرمایه­گذاران خارجی، با سلب مالکیت، قوه قاهره ، حمایت از انتظارات مشروع و رفتار ملی به عنوان مهم­ترین عناوین مطرح در حقوق سرمایه­گذاری خارجی در ارتباط باشد.

**1. سلب مالکیت (مصادره اموال)[[651]](#footnote-651)**

امروزه در مشروعیت سلب مالکیت (مصادره اموال) توسط دولت میزبان(با رعایت شرایطی) ، تردیدی وجود ندارد، لیکن مشروعیت سلب مالکیت صرفا دولت میزبان را از حیث مسئولیت بین­المللی مصون نموده ولی تعهد به پرداخت غرامت همچنان پابرجاست[[652]](#footnote-652).اما به نظر می­رسد چالش عمده در موضوع سلب مالکیت، تحدید حدود و تببین مصادیق عینی سلب مالکیت و به عبارت دیگر اینکه چه اقداماتی سلب مالکیت توسط دولت میزبان محسوب می­شود، است. در همین راستا و به منظور تببین هرچه بهتر مصادیق مصادره بایستی عدم تامین انرژی مورد نیاز سرمایه­گذارن خارجی را به دو بخش تفکیک کرد. نخست سرمایه­گذرانی که در بخش انرژی اعم از نفت، گاز، نیرو و پتروشیمی اقدام به سرمایه­گذاری نموده­اند. در خصوص این نوع از سرمایه­گذاری­ها چون انرژی به صور مختلف تبدیل شده و در واقع موضوع سرمایه­گذاری تبدیل انرژی از شکلی به شکل دیگر است، قطع دسترسی سرمایه­گذار به انرژی، مستقیما منجر به توقف فرآیند تولید شده و پیامد­های آن با سلب مالکیت یا مصادره و توقیف اموال و سرمایه­ی سرمایه­گذاران تفاوتی ندارد[[653]](#footnote-653). البته لازم به ذکر است از آنجا که سلب مالکیت یا مصادره مستقیم در اعتبار دولت میزبان از حیث شاخص امنیت سرمایه­گذاری خارجی خدشه وارد می­کند، امروز کمتر رخ می­دهد، و از این روست که اقدامات دولت میزبان اغلب بطور غیرمستقیم نتایجی بر وضعیت اقتصادی سرمایه­گذار می­گذارد که شبیه سلب مالکیت مستقیم است[[654]](#footnote-654).

در سلب مالکیت (مصادره اموال) غیرمسقیم[[655]](#footnote-655) مالیکت ظاهری سرمایه­گذار نسبت به سرمایه و اموالش همچنان باقی است، لیکن اقدامات اتخاذی دولت میزبان باعث محرومیت سرمایه­گذار در استفاده یا بهره­مندی از سرمایه­گذاری­اش می­شود. در مصادره خزنده[[656]](#footnote-656) نیز که نوعی از سلب مالکیت غیرمستقیم است دولت میزبان با اقدامات چندگانه و جداگانه موقتی موجب می­شود تا سرمایه­گذار در موقعیتی قرار بگیرد که دقیقا همان اثر سلب مالکیت را بر او می­گذارد. یک مجتمع پتروشیمی یا نیرگاه حرراتی بدون دسترسی به گاز طبیعی یا سوخت جایگزین عملا امکان تولید فرآوده­های پتروشیمی و برق را نداشته و علی­رغم آمادگی سرمایه­گذاری برای تولید، این مکان فراهم نمی­شود[[657]](#footnote-657). لازم به ذکر است این اقدامات به طور کلی دربرگیرنده فعل و ترک فعل بوده و لزوما نیز نیازمند اثبات سوء نیت دولت میزبان نیست[[658]](#footnote-658). بنابراین در این که قطع دسترسی به انرژی در این گونه سرمایه­گذاری­ها مصادره غیرمستقیم تلقی می­شود، یا خیر و مشروعیت قطع دسترسی به انرژی یا عدم اعطای انشعاب، محل تامل است. مشروعیت سلب مالکیت اعم از مستقیم یا غیرمستقیم، بر پایه منافع عمومی ناشی از سلب مالکیت، شیوه آن و پرداخت غرامت ارزیابی می­شود[[659]](#footnote-659). بر این مبنا، سلب مالکیت اولا بایستی در راستای منافع عمومی دولت میزبان صورت گرفته باشد، ثانیا سلب مالکیت به طور غیرعادلانه و تبعیض آمیز نباشد و ثالثا اقدام به سلب مالکیت باید با پرداخت غرامت باشد[[660]](#footnote-660). قطع دسترسی سرمایه­گذاران بخش انرژی به انرژی مورد نیاز، چنانچه بنابر ضرورت و در راستای اهداف و منافع عمومی صورت پذیرفته و به همراه سایر شرایط باشد، نامشروع تلقی نمی­گردد. دلایلی همچون حفظ امنیت شبکه، محیط زیست و یا بهداشت، را می­توان از جمله مصادیق نفع عمومی برشمرد، که ممکن است مستند مصادره و سلب مالکیت قرار گیرد[[661]](#footnote-661). البته لازم به ذکر است قطع موقت یا برای یک دوره زمانی محدود، مقوم مفهوم مصادره یا سلب مالکیت نیست و در سیاست­های انرژی نیز مورد توجه قرار گرفته است. در واقع دوره زمانی اقدامات انجام شده از سوی دولت نیز در تشخیص اینکه سلب مالکیتی صورت گرفته یا خیر، مهم است و در این خصوص رویه داوری بین­المللی تمایلی به مصادره تلقی کردن اقدامات موقت حتی بعضا تا 18 ماه و یکسال نداشته­اند[[662]](#footnote-662) و برخی دیگر تنها مداخلاتی را که جنبه دائمی داشته باشد را منجر به وقوع سلب مالکیت دانسته­اند[[663]](#footnote-663). با این حال از آن جا که هر ساعت توقف تولید یک نیروگاه برق خسارات سنگینی در پی دارد، بنابراین در قراردادهای خرید تضمینی برق، جبران خسارات ناشی از توقف تولید به هر دلیلی که مستند به بهره­بردار یا مالک نیروگاه نیست، تحت عنوان "خسارت فرصت از دست رفته" گنجانده شده است. بر این اساس، چنانچه سوخت مورد نیاز نیروگاه که توسط بخش دولتی تامین می­شود، قطع گردد، بایستی بهره­بردار یا مالک نیروگاه در موقعیتی قرار گیرد که گویی نیروگاه در حال فعالیت بوده است. از این رو در این مواقع، به میزان برق تضمین شده، خسارت فرصت از دست رفته به وسیله­ی خریدار( که بخش دولتی است) پرداخت خواهد شد[[664]](#footnote-664). هرچند مکانیزم خسارت فرصت از دست رفته تا حدودی تعهدات دولت میزبان در خصوص حمایت از سرمایه­گذار خارجی را پوشش می­دهد، لیکن به نظر می­رسد چنانچه سهم برق تضمین شده از کل برق تولیدی نیروگاه قابل توجه نباشد، خسارت مابه­التفاوت سهم تضمین شده و تضمین نشده که مالک یا بهره­بردار در صورت تحویل سوخت و تولید برق می­توانسته آن را در بازار برق به فروش برساند، معطل مانده و به ویژه چنانچه مدت زمان قطع دسترسی نیروگاه به سوخت طولانی باشد، وضعیت اقتصادی سرمایه­گذار مزبور بشدت تحت تاثیر قرار خواهد گرفت. هرچند در عمل و بنا به مقتضیات و ملاحظات فنی، مالی، سیاسی، اقتصادی، حقوقی و استراتژیک معمولا امنیت عرضه برق و سوخت شهروندان از اهمیت بسزایی برخوردار است، به نظر نمی­رسد مدت زمان قطع سوخت تحویلی به نیروگاه چندان مدید بوده و سلب مالکیت تلقی گردد[[665]](#footnote-665). از این رو لحاظ کردن خسارت فرصت از دست رفته در قراردادهای تحویل و تبدیل انرژی به خوبی تعهد دولت در حمایت از سرمایه­گذار خارجی را پوشش خواهد داد، مشروط به آنکه سقف پرداخت خسارات صرفا نسبت به سهم تضمین شده خرید انرژی نبوده و متناسب با فرصت از دست رفته لحاظ گردد. البته عدم تحویل سوخت به عنوان حقوق قراردادی سرمایه­گذار خارجی تنها زمانی به عنوان سلب مالکیت تلقی می­شود که دولت در مقام حاکمیت و نه تاجر از تعهدات خود استنکاف کرده باشد.[[666]](#footnote-666) لازم به ذکر است این که چنین اقدامی مصداق سلب مالکیت تلقی نمی­شود، به معنای جواز آن نبوده و عدم تحویل سوخت یا قطع انرژی سرمایه­گذاران خارجی ممکن است نقض سایر تعهدات دولت میزبان و استانداردهای حمایتی تلقی گردد.[[667]](#footnote-667)

در واقع با پرداخت خسارت فرصت از دست رفته در کلیه قراردادهای بخش تولید انرژی، وضعیت اقتصادی سرمایه­گذار را به مرتبه­ای تنزل نمی­دهد که مالکیتش بر سرمایه خود، بی استفاده یا بی فایده باشد. باری چنانچه قطع سوخت در مدت زمان طولانی ادامه داشته باشد یا بعد از احداث تاسیسات و تجهیزات مورد نیاز، از اعطای انشعاب سوخت خودداری شود، سلب مالکیت به طور مستقیم محقق شده است، چرا که بدون دسترسی سرمایه­گذار به انرژی امکان تولید و تبدیل فراهم نبوده و عملا احداث تاسیسات بدون بهره و بی فایده خواهد بود. اما چنانچه این امر در راستای منافع عمومی نبوده و به شکل خودسرانه و همچنین تبعیض­آمیز صورت پذیرفته باشد، سلب مالکیت مشروعیت نداشته و موجد مسئولیت بین­المللی دولت خواهد بود، اما پرداخت خسارت همچنان بر عهده دولت میزبان به عنوان تعهدی لایتجزی از معاهدات و اصول حقوق بین­الملل سرمایه­گذاری پابرجاست. لیکن اگر عدم ارائه انرژی مورد نیاز مستند به دلایلی همچون منافع و اهداف عامه نظیر بهداشت، محیط زیست و.. بوده و به شکلی غیرتبعیض­آمیز صورت گرفته باشد، مسئولیت بین­المللی دولت میزبان منتفی است. اما مشروعیت این مسئله معافیت دولت از پرداخت خسارت را به همراه نخواهد داشت، مگر آنکه ذیل شرط قوه قاهره در معاهدات سرمایه­گذاری مورد پذیرش قرار گیرد. [[668]](#footnote-668)

**2. قوه قاهره**

شرط قوه قاهره یا فورس ماژور غالبا در معاهدات دوجانبه یا چند جانبه یا قراردادهای سرمایه گذاری (بلند مدت) گنجانده می­شود[[669]](#footnote-669)، اما تعیین مصادیق آن در همه معاهدات یکسان نبوده و در صورت سکوت قرارداد و قانون حاکم نسبت به تصریح مصادیق آن، با توجه به اوضاع و احوال هر قضیه تطبیق واقعیت­ها با ماهیت شرط شرط قوه قاهره صورت می­پذیرد. دشوار شدن اجرای تعهدات نظیر کمبود نقدینگی و مشکلات اقتصادی و سیاسی اصولا ذیل قوه قاهره نگنجیده و تحت عنوان تعسر قرارادی تفسیر می­شود[[670]](#footnote-670). در خصوص عدم دسترسی به انرژی برای سرمایه­گذاران شاید بتوان بمباران لوله­های نفت و گاز یا خطوط انتقال برق، پالایشگاه­های گاز و نیروگاه­ها را که مستقیما به یکدیگر وابسته هستند و یا نقص­های فنی غیرقابل اجتناب و پیش­گیری را از جمله مواردی دانست که به عنوان فورس ماژور رافع مسئولیت دولت در پرداخت غرامت باشد[[671]](#footnote-671). هرچند تعهد دولت به حمایت از سرمایه­گذار و سرمایه وی در حین مخاصمات مسلحانه، شورش­ها و آشوب­ها نیز جاری بوده و در صورت قصور، مکلف به پرداخت غرامت خواهد بود.[[672]](#footnote-672)البته در تحلیل فورس ماژور این موضوع نیز حائز اهمیت است که دولت میزبان نیز دخالتی در پدیدار شدن مانع یا سبب انتفای اجرای قرارداد، نداشته باشد[[673]](#footnote-673).لازم به ذکر است تاثیر انرژی بر وضعیت سرمایه­گذاران بخش انرژی، منحصر در عدم تحویل انرژی مورد نیاز آن­ها نیست، بلکه در مواردی عدم دریافت انرژی تولیدی آن­ها یا عدم اجازه ورود و خروج از مدار به دلایلی از جمله دستورات مدیر شبکه یا عدم پرداخت به موقع بهای انرژی تولیدی نیز می­تواند وضعیت اقتصادی سرمایه­گذار خارجی این بخش را در معرض تهدید قرار دهد. ضمن آنکه ورود و خروج بدون مجوز مدیر شبکه علاوه بر تحمل خسارات قراردادی پیش­بینی شده، ممکن است از وصف مجرمانه نیز برخوردار باشد[[674]](#footnote-674). در این صورت نیز، سرمایه­گذار خارجی که علی­­رغم آمادگی برای تولید، امکان تولید و تزریق انرژی یا خروج از مدار را ندارد، محق به دریافت غرامت خواهد بود.

**3. انتظارات مشروع [[675]](#footnote-675)**

بخش دومی که قطع انرژی در آن بر وضعیت اقتصادی سرمایه­گذران اثرات سوء برجای می­گذارد، به انرژی مورد نیاز صنایع، کارخانجات، شرکت­ها و فروشگاه­های فعال در فضای واقعی و مجازی اختصاص دارد. برق و گاز دو حامل انرژی اساسی برای صنایع به ویژه پتروشیمی­ها و صنایع سنگین و همچنین کارخانجات تولیدی و حمل و نقل محسوب شده و قطع دسترسی سرمایه­گذاران به این دو، بشدت وضعیت اقتصادی آن­هار را تحت تاثیر قرار خواهد داد[[676]](#footnote-676). تعهد دولت میزبان به موجب معاهدات سرمایه­گذاری به پذیرش و حمایت یا تشویق سرمایه­گذاری اتباع دولت مقابل، به طور صریح اشاره به لزوم تمهید مقدمات بعد از پذیرش سرمایه­گذاری دارد[[677]](#footnote-677).در واقع و براساس تئوری انتظارات مشروع بعد از پذیرش سرمایه­گذاری حداقلی از انتظارات برای سرمایه­گذار بوجو می­آید که اقدام خلاف آن، نقض تعهد به حمایت یا تشویق و سایر استاندارهای رفتاری تلقی می­شود[[678]](#footnote-678). قرارداهای جدید سرمایه­گذاری به ویژه برای شرکت­های بزرگ فعال در بخش انرژی نظیر نفت و گاز یا حتی سایر صنایع در بهبود و رشد شاخص اقتصادی و قیمت سهام آن­ها در بازارهای بین­المللی تاثیر مثبت دارد. از این رو بدیهی است که انتظارات و برنامه­ریزی­های بعضا کلان اقتصادی به منظور هزینه سود بازگشتی سرمایه­گذاری صورت پذیرد.[[679]](#footnote-679) به عنوان مثال فعالیت یک واحد پتروشیمی بدون دسترسی به گاز، اساسا امکانپذیر نیست[[680]](#footnote-680) و پیامد آن تفاوت چندانی با سلب مالکیت یا مصادره اموال یا برچیدن تاسیسات سرمایه­گذاران ندارد. در واقع این خلاف منطق است که سرمایه سرمایه­گذار پذیرفته شود یا او تشویق یا متعهد به امری شود که امکان آن برایش فراهم نیست یا نخواهد شد[[681]](#footnote-681).

در این شرایط اقداماتی اعم از فعل و ترک فعل دولت که قطع دسترسی سرمایه­گذار به انرژی را در پی داشته باشد، خلاف انتظارات مشروع او تلقی می­شود. چون اتخاذ تدابیر و احتیاط­های متعارف در هر سرمایه­گذاری بین­المللی لازم است، بنابراین تنها اقداماتی که به طور غیرمتعارفی بر وضعیت سرمایه­گذار تاثیر بگذارد، نادیده انگاشتن انتظارات مشروع وی به شمار می­آید[[682]](#footnote-682). با این حال به نظر می­رسد باید در هر مورد مدعا و مستند دولت میزبان در قطع دسترسی و یا عدم اعطای انشعاب را مورد توجه قرارا داد. در خصوص انشعاب­های برق با توجه به اینکه پایداری شبکه سراسری برق متاثر و متغیری از قیود فنی بعضا غیرقابل تغییر در دامنه گسترده و آنی است و همچنین دولت متعهد به حفظ امنیت عرضه و پایداری شبکه برق است[[683]](#footnote-683)، عدم اعطای انشعاب یا قطع دسترسی برق که مبتنی بر ضرورت و حفظ پایداری شبکه باشد را نمی­توان نقض تعهدات وی به موجب معاهدات یا اصول حقوق بین­الملل سرمایه­گذاری دانست[[684]](#footnote-684). در واقع دولت به طور ضمنی مکلف است متناسب با قراردادهای سرمایه­گذاری و پیش­بینی­های اقتصادی متعارف، اقدام به افزایش تولید انرژی و گسترش شبکه­های توزیع و انتقال آن در بلند مدت نماید. در کوتاه مدت نیز به نظر می­رسد شرکت­های توزیع و تولید انرژی باید هر گونه اقدام جایگزین لازم را به منظور تامین انرژی مورد نیاز سرمایه­گذارانی که در بخش­های اقتصادی، صنعتی و تجاری اقدام به سرمایه­گذای نموده­اند، را به موقع اجرا گذارند در این خصوص، شرکت­های خارجی حتی بایستی نسبت به شرکت­های داخلی از اولویت برخوردار باشند، چرا که عدم تامین انرژی آن­ها ممکن است علاوه بر پرداخت غرامت، موجبات مسئولیت بین­المللی دولت را نیز فراهم خواهد آورد. از این رو دولت میزبان باید در قراردادهای سرمایه­گذاری خارجی ضمن تعهد به حداکثر تلاش یا بهترین تلاش[[685]](#footnote-685)، بر اولویت امنیت عرضه و پایداری شبکه­های برق، صراحتا اشاره نماید تا قابلیت تفسیرپذیری تعهد به تامین انرژی در هر شرایطی و به طور مطلق، کاهش یابد. همچنین، شرکت­های توزیع و تولید انرژی در اجرای سیاست­های قطع دسترسی به انرژی و یا عدم اعطای انشعاب، نبایستی میان شرکت­های داخلی و خارجی به نحو تبعیض­آمیز(به ضرر شرکت­های خارجی) رفتار نمایند. در ارزیابی تبعیض­آمیز بودن رفتار ­آن­ها، این موضوع اساسی است که دلیل قطع دسترسی به انرژی و یا عدم اعطای انشعاب، صرفا فنی یا اقتصادی(نظیر عدم پرداخت بهای انرژی مصرفی) بوده و یا قطع انرژی یا عدم دسترسی به آن، جهت حفظ پایداری شبکه یا امنیت عرضه ضروری باشد.

**4.رفتار ملی[[686]](#footnote-686)**

استاندارد رفتار ملی از اصل کلی منع تبعیض سرچشمه می­گیرد[[687]](#footnote-687). بر این اساس، رفتار دولت میزبان با سرمایه­گذار خارجی نبایست کمتر یا نامطلوب­تر از رفتار وی با سرمایه­گذران داخلی باشد. این استاندارد به عنوان یکی از اصول و ارکان مقررات سازمان تجارت جهانی نیز لحاظ شده و ماده 3 موافقت­نامه عمومی تعرفه و تجارت (گات)[[688]](#footnote-688) به آن پرداخته، و همچنین در موافقت­نامه­ عمومی تجارت خدمات (گتس)[[689]](#footnote-689)، موافقت­نامه اقدامات سرمایه­گذاری مرتبط با تجارت (تریمز)[[690]](#footnote-690) و موافقت­نامه جنبه­های تجاری حقوق مالکیت فکری (تریپس)[[691]](#footnote-691) نیز منعکس شده است البته این به معنای همسانی مفهوم، مصادیق و شیوه تفسیر این استاندارد در همه این حوزه­ها نیست[[692]](#footnote-692). در مقررات سازمان تجارت جهانی و به ویژه گات، شرط مشابه بودن کالا[[693]](#footnote-693) برای اعمال استاندارد رفتار ملی ضروری بوده اما به نحوه تشخیص شباهت در دو کالا اشاره­ای نشده است. به همین دلیل رویه قضایی سازمان تجارت جهانی، با تفسیر از محصول یا کالای مشابه سعی در ارائه معیارهایی به منظور تشخیص مشابهت با عدم مشابهت داشته است[[694]](#footnote-694). در معاهدات دوجانبه سرمایه­گذاری خارجی، علاوه بر این که مفهوم رفتار ملی تحول یافته و از کاهش میزان امتیازات سرمایه­گذار خارجی در حد سرمایه­گذار ملی به سمت ملاک قرار دادن استانداردهای حقوق بین­الملل و نه (رفتار ملی) جهت رفتار با سرمایه­گذار خارجی سوق پیدا کرده است[[695]](#footnote-695)، در خصوص محل اعمال این استاندارد نیز دستخوش تغییراتی شده است. در واقع همان اجمال و ابهامی که در مفهوم کلی مشابهت در سازمان تجارت جهانی وجود دارد، در حوزه سرمایه­گذاری خارجی نیز وجود داشته، و معیارهای روشنی به منظور تمییز شرایط مشابه یا اوضاع و احوال مشابه سرمایه­گذار خارجی و داخلی وجود ندارد[[696]](#footnote-696). با این حال به نظر می­رسد، در خصوص تامین انرژی سرمایه­گذران خارجی، ارزیابی­ها جهت اعطای انشعاب و یا قطع دسترسی به انرژی کمتر متاثر از مقاصد و اغراض سیاسی بوده و در غالب موارد، بر پایه محدودیت­های فنی و ذاتی شبکه­های انتقال و توزیع انرژی است. در واقع این محدودیت­ها که به منظور حفظ پایایی شبکه­های انرژی صورت می­گیرد و فاقد نیّات سیاسی است، مبنایی موجه برای اعمال رفتار متفاوت محسوب می­شود. رویه قضایی داوری بین­المللی نیز بر این امر صحه گذاشته است که اگر رفتارهای متفاوت دارای مبنای معقول و منطقی باشند، موجه و قابل قبول هستند. [[697]](#footnote-697) در واقع استاندارد رفتار ملی، به منظور محک تبعیض آمیز بودن یا نبودن تصمیم یا اقدام از سوی دولت میزبان، به کار گرفته می­شود.

لیکن رفتارهایی نظیر درخواست حق انشعاب بیشتر، پرداخت بهای انرژی متفاوت از سرمایه­گذران ملی، قطع تبعیض­آمیز دسترسی سرمایه­گذار خارجی به انرژی، دخالت دادن انگیزه­های ملیتی در ارائه کلیه خدمات انرژی، عدم اتخاذ تدابیر مقدور جهت ارائه تقاضای ارتقای ظرفیت دریافت انرژی، بوضوح نقض رفتار ملی محسوب می­شوند، چرا که بر پایه ملاحظات سلیقه­ای بنا شده­اند. حتی در صورتی که دولت متناسب با قراردادهای سرمایه­گذاری خارجی، اقدام به گسترش و توسعه شبکه­های انتقال و توزیع انرژی ننموده و چنین ترک فعلی موجه نباشد، شرط رفتار ملی پیش از ورود سرمایه­گذاری که در برخی معاهدات اخیر سرمایه­گذاری خارجی رواج یافته است، نقض شده تلقی می­شود.[[698]](#footnote-698)

**نتیجه­گیری**

تامین انرژی مورد نیاز کلیه شهروندان یک دولت درحد رفع نیازهای ضروری، تکلیفی است که ریشه در تعهدات دولت در تامین رفاه و پیشرفت عمومی اتباعش دارد. می توان آن را در تعهدات حقوق بشری دولت­ها نیز دید در این خصوص تفاوتی میان اتباع دولت میزبان یا اتباع خارجی مقیم در قلمروی آن وجود نداشته و دولت­ها مطابق استانداردهای بین­المللی روز در خصوص دسترسی به انرژی، بایستی نسبت به تامین آن اقدام نمایند. تعهد به تامین انرژی سرمایه­گذاران خارجی که ناظر به دسترسی به انرژی در سطوحی بالاتر از نیازهای ضروری و جهت انجام فعالیت­های صنعتی و تجاری است، امروزه بیشتر ناشی از معاهدات و توافقات سرمایه­گذاری است تا حقوق بین­الملل عام. بر این اساس، و بنا به مورد چنانچه تامین انرژی نقش اساسی در شروع و ادامه سرمایه­گذاری داشته باشد و عدم تامین آن سرمایه سرمایه­گذار را معطل گذاشته و یا ضایع کند، دولت میزبات موظف به تامین آن می باشد و در غیر اینصورت ملزم به پرداخت غرامت فوری، کامل و موثر است. محدودیت و یا قطع دسترسی سرمایه­گذار به انرژی چنانچه منتسب به دولت میزبان بوده و ریشه در ملاحظات فنی و غیرسیاسی داشته باشد، مبنای ارزیابی مسئولیت بین­المللی و مدنی دولت جهت پرداخت خسارات به سرمایه­گذاران خارجی است. بر این اساس، اگر منافع عامه که در این مورد حفظ امنیت عرضه و پایایی شبکه­های تامین انرژی است، اقتضا بر اعمال محدودیت­هایی را در ارائه خدمات انرژی نماید، نامشروع نبوده و مسئولیت بین­المللی دولت بر این اساس منتفی است. پرداخت غرامت نیز، با توجه به اوضاع و احوال قضیه و لحاظ قراردادهای فیمابین دولت میزبان و سرمایه­گذار خارجی در پرتو معاهدات سرمایه­گذاری مربوطه، صورت خواهد گرفت. در این باره شرط قوه قاهره ( فورس ماژور) مندرج در قرارداد یا معاهد ات سرمایه­گذاری به همراه سایر استانداردهای رفتاری اثر تعیین­کننده در معافیت کامل یا جزئی دولت میزبان از پرداخت خسارت خواهد داشت. با این حال و با توجه به اهمیت راهبردی امنیت شبکه­های انرژی ، اولا نهادهای متولی انتقال و توزیع انرژی، بایستی ضمن اولویت دادن به امنیت عرضه و پایداری شبکه، تا حد مقدور از اتخاذ کلیه تدابیر و اقدامات لازم جهت اعطای انشعاب یا جلوگیری از قطع دسترسی سرمایه­گذاران به انرژی، امتناع نورزند. ثانیا دولت­های پذیرای سرمایه­گذاری خارجی، متناسب با قراردادهای منعقده نسبت به توسعه شبکه­های توزیع و انتقال انرژی اقدام نمایند تا محدودیت­های دسترسی به شبکه و ارتقای ظرفیت انشعاب به حداقل ممکن کاهش یابد. همچنین بیمه نمودن تجهیزات گران قیمت متصل به شبکه برق یا گاز و در اولویت قرار دادن تامین انرژی سرمایه­گذاران خارجی علاوه بر بهبود شاخص امنیت سرمایه­گذاری خارجی و جذب سرمایه بیشتر، از طرح دعاوی علیه دولت میزبان و پرداخت خسارات هنگفت، جلوگیری خواهد نمود.

**منابع**

**فارسی**

**کتب**

1. ابراهیم گل، علیرضا، **مسئولیت بین­المللی دولت**، شهردانش، چاپ ششم، 1393.
2. رودلف، دالزر و کریستف شروئر، **اصول حقوق بین­الملل سرمایه­گذاری**، مترجم:زمانی سیدقاسم و حسیبی، به­آذین، شهردانش، 1393.
3. سلیمی ترکمانی، حجت، **حقوق بین­الملل انرژی**، شهردانش، 1394.
4. قناد، هادی و مسگری، علی،**مبانی برق:مبانی و آشنایی با اصول کلی و اولیه برق**، انتشارات صفار. 1384.
5. مهندسین مشاور موننکو، **تجدیدساختار در صنعت برق**، انتشارات شیوه، 1392.

.

**مقالات**

1. ابراهیمی، سید نصرالله، شادی، حسین، **آثار تحریم بر اجرای قراردادهای بازرگانی بین­المللی از منظر فورس ماژور**، دانش حقوق مدنی، 1391،
2. [شوآنزر،اینگبورگ](http://www.noormags.ir/view/fa/creator/287735/%d8%a7%db%8c%d9%86%da%af%d8%a8%d9%88%d8%b1%da%af_%d8%b4%d9%88%d8%a2%d9%86%d8%b2%d8%b1)؛  **فورس ماژور هاردشیپ در قراردادهای بیع بین المللی**، ترجمه: [آرایی،حمید](http://www.noormags.ir/view/fa/creator/185986/%d8%ad%d9%85%db%8c%d8%af_%d8%a2%d8%b1%d8%a7%db%8c%db%8c)؛ مجله کانون ، شماره 136، [دی و بهمن 1391،](http://www.noormags.ir/view/fa/magazine/number/57877)
3. [علیدوستی شهرکی،ناصر](http://www.noormags.ir/view/fa/creator/235615/%d9%86%d8%a7%d8%b5%d8%b1_%d8%b9%d9%84%db%8c%d8%af%d9%88%d8%b3%d8%aa%db%8c_%d8%b4%d9%87%d8%b1%da%a9%db%8c)؛ **احترام مالکیت و سرمایه گذاری خارجی**، مجله [حقوق و علوم سیاسی،](http://www.noormags.ir/view/fa/magazine/284/%d8%ad%d9%82%d9%88%d9%82)[دوره 41، بهار 1390 -](http://www.noormags.ir/view/fa/magazine/number/46734)،.
4. فلسفی، هدایت­الله، **جایگاه بشر در حقوق بین­الملل معاصر**، مجله تحقیقات حقوقی، شماره 18، زمستان 1375،.
5. [قاسمی شوب،احمد علی](http://www.noormags.ir/view/fa/creator/21333/%d8%a7%d8%ad%d9%85%d8%af_%d8%b9%d9%84%db%8c_%d9%82%d8%a7%d8%b3%d9%85%db%8c_%d8%b4%d9%88%d8%a8)؛ **نگاهی به جایگاه بیگانگان در حقوق بین الملل با تأکیدی بر اسناد بین المللی حقوق بشر**، [حقوقی بین المللی، شماره 31،](http://www.noormags.ir/view/fa/magazine/130/%d8%ad%d9%82%d9%88%d9%82%db%8c-%d8%a8%db%8c%d9%86-%d8%a7%d9%84%d9%85%d9%84%d9%84%db%8c)پائیز 1381،
6. متوسلی، محمود و مهربانی، وحید ، **اهمیت تأمین انرژی برق در توسعه اقتصادی و گذار از اقتصاد دوگانه،** نشریه انرژی ایران، شماره2، تابستان 1390.
7. [میر محمدی،سید مصطفی](http://www.noormags.ir/view/fa/creator/8095/%d8%b3%db%8c%d8%af_%d9%85%d8%b5%d8%b7%d9%81%db%8c_%d9%85%db%8c%d8%b1_%d9%85%d8%ad%d9%85%d8%af%db%8c)؛  **سوء استفاده از مصونیتهای دیپلماتیک و ضمانت اجرای آن در حقوق بین الملل**، نامه مفید، شماره 33، بهمن 1381،
8. نیک بخت، حمید رضا، **مروري بر تنظيم قراردادهاي دولتي (درحقوق تجارت بين الملل)،.**االهيات و حقوق 1384، شماره 15 و 16 ص 17
9. نیک بخت، حمید رضا، آ**ثار قوه قاهره و انتفاي قرارداد** ،. مجله حقوقی 1376 شماره 21 ص 97

انگلیسی

Books

1. [Anselm Kamperman Sanders](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Anselm+Kamperman+Sanders%22&source=gbs_metadata_r&cad=6), The Principle of National Treatment in International Economic Law: Trade, Investment and Intellectual Property, Edward Elgar Publishing, 2014.
2. [Andrea K. Bjorklund](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Andrea+K.+Bjorklund%22&source=gbs_metadata_r&cad=5), [Ian A. Laird](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Ian+A.+Laird%22&source=gbs_metadata_r&cad=5), [Sergey Ripinsky](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Sergey+Ripinsky%22&source=gbs_metadata_r&cad=5), Investment Treaty Law: Current Issues. Remedies in international investment law emerging jurisprudence of international investment law. III, BIICL, 2009.
3. Boyle, Godfrey, Renewable Energy: Power for a Sustainable Future, Oxford university press, 2012.
4. [Eric De Brabandere](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Eric+De+Brabandere%22&source=gbs_metadata_r&cad=6), [Tarcisio Gazzini](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Tarcisio+Gazzini%22&source=gbs_metadata_r&cad=6), Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests, Martinus Nijhoff Publishers, 2014.
5. Frankl, Paolo, World Renewable Energy Outlook 2030-2050, 2013.
6. [Freya Baetens](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Freya+Baetens%22&source=gbs_metadata_r&cad=7), Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives, Cambridge University Press, 2013.
7. FA Mann, British Treaties for the Promotion and Protection of Investment, 52 British Year Book of International Law, 1981.
8. [Peter Muchlinski](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Peter+Muchlinski%22&source=gbs_metadata_r&cad=8), [Federico Ortino](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Federico+Ortino%22&source=gbs_metadata_r&cad=8), [Christoph Schreuer](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Christoph+Schreuer%22&source=gbs_metadata_r&cad=8), The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford University Press, 2008.
9. Reidy, David, Human Rights: the Hard Questions, Cambridge University Press, 2013.
10. [Rudolf Dolzer](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Rudolf+Dolzer%22), [Christoph Schreuer](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Christoph+Schreuer%22), Principles of International Investment Law, OUP Oxford, 2012.
11. Schreuer, Christoph, the Protection of Investments in Armed Conflicts, and Baetens, Freya, Law, Integrationist Perspectives, Cambridge University Press, 2013.
12. [Sebastin L¢pez Escarcena](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Sebasti%C2%BEn+L%C2%A2pez+Escarcena%22&source=gbs_metadata_r&cad=6), Indirect Expropriation in International Law, Edward Elgar Publishing, 2014.
13. Stoft, Steven, Power System Economics Designing Markets for Electricity, IEEE Press& Wlley-Interscience, 2002.
14. Thomas Cottier and Lena Schneller, The philosophy of non-discrimination in international trade regulation, Edward Elgar Publishing, 2014.

Articles

1. Anibal Aviles, Luis, Electric Energy Access in European Law: A Human Right, Columbia Journal of European Law, Vol. 19, 2012.
2. Cliff, Rochlin, Is Electricity a Right. , The Electricity Journal, Vol.15, 2002.
3. Ehrenreich Brookst, Rosa, Failed States, or the State as Failure?, The University of Chicago Law Review, VoL.72, NO.4, 2005.
4. R Tully, Stephen, The Human Right to Access Electricity, The Electricity Journal, Vol. 19,.No.3, 2006 .

**چکیده (انگلیسی)**

**Abstract**

**Maintaining the Energy Grid Stability and Securing the Right of Foreign Nationals and Investors**

**“Convergency of the Energy Law and the International law of Investment”**

Security of energy supply as an important commitment of states applies both to resource supply and to stability of energy networks. Stability of energy transmission and distribution grids, for example in the field of electricity and gas, depends on some soft and hard criteria and standards, which restrict any actions out of known frameworks. Therefore, host states apply some prohibitive and restrictive measures in order to ensure security and stability of energy supply. On the other hand, the supply of energy or the changing of its amount for some consumers, like foreign investors, should be done in accordance with international investment laws otherwise it may lead to states international responsibility. However, technical restrictions of transmission or distribution lines is a barrier to the energy supply of foreign nationals or investors. In this article, the authors intend to answer the question whether or not it is contrary to international foreign investment laws to give precedence to network stability supply over the very fact that energy is supplied to investors or aliens. Whether it is inconsistent with international foreign investment laws to prefer, if a balance can be made between these two types of host states obligations.

**Keywords:** Government, Energy, Grid Security, foreign investment law, responsibility.

فصل هفتم

**رویکردی حقوقی به ترتیبات نوین در معاهدات سرمایه گذاری و تاثیر آن بر توسعه ی پایدار**

**چکیده**

.

سرمایه گذاری مستقیم خارجی شریان حیاتی پیشرفت اقتصادی کشورها محسوب می شود که امروزه نمی توان هیچ کشوری را بی نیاز از آن دانست. مسیر اصلی ورود این جریان سرمایه را معاهدات دو یا چندجانبه سرمایه گذاری تشکیل می دهند. هرچند تا مدتی پیش هدف از جذب سرمایه گذاری خارجی و ورود منابع مالی به کشور سرمایه پذیر، رشد اقتصادی در نظر گرفته می شد، با گذر زمان مشخص شد که تأکید بیش ازحد بر رشد اقتصادی و بی توجهی به توسعه پایدار به مشکلات متعددی منجر می شود. با توجه به فضای جدید حاکم بر جریان سرمایه گذاری خارجی و تجارت بین الملل، نیاز به تمهیدات جدید و متناسب با این تغییرات مبرم است. این تمهیدات که از آنها با عنوان ترتیبات نوین یاد می کنیم، مانند سرمایه گذاری برای توسعه، همبستگی سیاستگذاری، پویا بودن، و ارتقای سورمایه گذاری و حمایت از سرمایه گذار، در پی ایجاد توسعه پایدار هم در زمینه اقتصادی و هم در زمینه محیط زیست و هم در سایر زمینه ها هستند. البته اجرایی شدن آنها نیازمند وجود نضام حقوقی منسجم با ضمانت اجراهای مشخص برای نیل به اهداف مورد نظر است. این مقاله درصدد است تا با رویکردی توصیفی و تحلیلی و با روش جامعه شناسی حقوقی، ابتدا مفهوم ترتیبات نوین سرمایه گذاری را که کمتر بدان پرداخته شده است، بررسی کند. در ادامه دریابد که این مفهوم چه ارتباطی با توسعه پایدار دارد. همچنین به کاوش در نظم حقوقی موجود در این زمینه چه در سطح ملی و چه در سطح بین الملی می پردازد و آثار ترتیبات نوین سرمایه گذاری بر توسسعه پایدار را مطالعه میکند.

كليد واژه: ترتیبات نوین، تعهد به توسعه، توسعه ی پایدار، سرمایه گذاری مستقیم خارجی

**مقدمه**

پیش از هر چیز ذکر این نکته برای خوانندگان خالی از لطف نیست که جوهره ی این موضوع اساسا میان رشته ای است و نمی توان بدون بررسی مبانی سایر علوم مانند اقتصاد محتوی متن را به سر انجام رساند. همچنین از آنجایی که یکی از اصلی ترین ابعاد توسعه ی پایدار حفظ محیط زیست است، در متن نسبت به سایر حوزه ها، تاکیدات بیشتری بر محیط زیست مشاهده می گردد. سرمایه گذاری خارجی بخش جدایی ناپذیر یک نظام اقتصادی موثر و باز بین المللی است. سرمایه گذاری خارجی همانند یک کاتالیزور در رشد و پیشرفت اقتصاد یک کشور عمل می نماید. تعداد زیاد معاهدات دو جانبه یا چند جانبه ی سرمایه گذاری و روند رو به افزایش این پدیده شاهد این مدعاست که سرمایه گذاری مستقیم خارجی با اقبال بیشتری از سوی سیاستمداران کشوری و کنشگران اقتصادی مواجه شده است ( Vintila 2010: 3). بستر اصلی برای فعالیت شرکت های فراملی و روانه نمودن جریان سرمایه، به صورت سرمایه گذاری مستقیم خارجی و از طریق معاهدات دو یا چند جانبه ی سرمایه گذاری صورت می پذیرد (Irandoust, 2010: 275). بنابراین، حوزه ی سرمایه گذاری خارجی و نوع مستقیم آن، حوزه ای پویاست که باید به صورت متداوم خود را با تغییرات جهان پیرامون خود همراه سازد و گرنه سودمندی آن کاهش خواهد یافت. تجربیات تلخ گذشته ی دور و نزدیک در خصوص بحران ها و رکود های جهانی امری نیست که جامعه ی جهانی توان مواجهه ی مجدد با آنها را داشته باشد. همچنین، علاوه بر تلاش برای علت یابی و راه حل در خصوص افت میزان سرمایه گذاری مستقیم خارجی، نکته ی دیگری که توجه پژوهشگران و سیاستمداران را به خود جلب نمود آن بود که آیا سرمایه گذاری خارجی به مانند گذشته همچنان امری مطلقا سودمند است یا خیر. این حوادث موجب گردید تا جامعه ی جهانی به چند نتیجه ی اساسی برسد؛ اولا، ادامه ی شیوه ی فعلی تجارت و سرمایه گذاری خارجی به مقصد مناسب و خوشایندی منتهی نخواهد شد و در واقع رویکرد فعلی بین المللی ناکار آمد است ( Puchala and others, 1989: 42) ثانیا، نیاز به تغییرات عمده در سیاستگذاری های حوزه ی سرمایه گذاری خارجی، چه در سطح ملی و بین المللی و چه در سطح خصوصی وجود دارد؛ ثالثا، پیگیری سوداگری کوتاه مدت از سوی سرمایه گذاران خارجی، که اغلب همراه با استثمار بی رویه منابع طبیعی است، از عوامل اصلی وقوع بحران های اقتصادی است، رابعا، توجه به توسعه ی پایدار در وجه زیست محیطی و در وجه اقتصادی آن، دو روی یک سکه هستند و نیاز به تلاش همزمان برای دستیابی به هر دوی آنها وجود دارد؛ خامسا، توجه به این نکته که توسعه ابعاد متفاوتی دارد که رشد تنها یک بعد از آن است و حرکت به سوی تولید ارزش افزوده نباید مورد غفلت واقع شود؛ و سادسا، دیگر نمی توان کشورهای در حال توسعه را از میدان بازی به در کرد و باید فضای کافی برای تاثیرگذاری، اعمال نفوذ و سیاستگذاری را برای آنها فراهم نمود. البته نتایج فوق قبلا تا حدی حاصل شده بود که این موضوع باعث گردید تا سازمان ملل متحد از سرمایه گذاری خارجی به عنوان عاملی بالقوه که می تواند هم به عنوان مانع و هم به عنوان محرّک توسعه عمل نماید یاد کند( Lowe, 2007: 2) و کشورهای عضو سازمان را به "پیگیری و ایجاد سیاست هایی که موجب حصول اطمینان کشورهای در حال توسعه از دستیابی به سهمی منصفانه از استخراج و تجارت منابع طبیعی آنها توسط سرمایه گذاران خارجی شود"[[699]](#footnote-699)، فرابخواند. اما جامعه ی جهانی باید بحران را از نزدیک لمس می کرد تا به لزوم حرکت جدی در این راه پی می برد. در این مقاله که متشکل از سه قسمت می باشد؛ در قسمت اول به تبیین مفهوم و حوزه ترتیبات نوین، در قسمت دوم به ارتباط میان مفهوم توسعه پایدار و ارتباط آن با سرمایه گذاری مستقیم خارجی، و در قسمت سوم به مبانی نظام حقوقی این ترتیبات نوین سرمایه گذاری پرداخته شده است.

**قسمت اول: مفهوم ترتیبات نوین و تعیین حوزه ی این مفهوم**

**الف- مفهوم ترتیبات نوین**

منظور از ترتیبات نوین سرمایه گذاری مجموعه اصول و قواعدی جدیدالحدوث است که رشد مستمر، همه جانبه و قطعی و توسعه ی پایدار را در صدر تمام تلاش ها و سیاستگذاری های مربوط به جذب و بهره جستن از سرمایه گذاری مستقیم خارجی قرار می دهند (Lowe, 2007: 5) ؛ در واقع ترتیبات نوین را میتوان علت افزایش ظرفیت اقتصادهای ملی و منطقه ای و بخش عمومی هر اقتصادی، به منظور تحول در چارچوب ها و شرایط یک کشور، برای تبدیل آن کشور به مقصدی جذاب برای سرمایه گذاری و همچنین گسترش سرمایه گذاری مسئولانه همراه با تقویت زنجیره ی جهانی عرضه و تامین کالا دانست[[700]](#footnote-700). مسائل مربوط به توسعه ی پایدار، از جمله نگرانی های مربوط به مسائل زیست محیطی، اجتماعی و کاهش فقر، به علاوه ی مسئولیت سرمایه گذار در این حوزه، به خودی خود موضوعات جدیدی نیستند. اولا ، مفهوم ترتیبات نوین دربرگیرنده ی موضوعات و راهکارهای مربوط به انتفاع مستمر از سرمایه گذاری مستقیم خارجی نیز میشود و توسعه ی پایدار مساله ی اخیر را نیز دربر میگیرد؛[[701]](#footnote-701) ثانیا، تا به امروز اغلب راه حل هایی که در خصوص توسعه ی پایدار مطرح گردیده است به عنوان یکی از موضوعات اصلی در مباحث مربوط به سیاست های سرمایه گذاری مطرح نبوده است و وفاقی جهانی در این باب وجود ندارد (Nagaraja, 2013: 41). اما هدف این ترتیبات نوین همبسته نمودن نظام مند توسعه ی پایدار و اجرایی نمودن آن از طریق اقدامات و راهکارهای ملموس در سطح ملی و بین المللی و همچنین در سطح سیاستگذاری و در سطح اجرایی است(UNCTAD. 2012a.: 5.). در خصوص ترتیبات نوین سرمایه گذاری به صورت عام میتوان گفت که خصیصه ی اصلی این مفهوم در شناسایی سرمایه گذاری به عنوان عامل اصلی رشد اقتصادی و توسعه و (OECD. 2015.: 1.) تمایل به دستیابی به توسعه پایدار از طریق سرمایه گذاری مسئولانه و همچنین ایجاد آگاهی و شناخت مشترک از نیاز به گسترش سرمایه گذاری مسئولانه به عنوان مرکز ثقل رشد اقتصادی و ایجاد اشتغال می باشد (UNCTAD. 2012a: 6.). در خصوص سیاست هایی که ترتیبات نوین در مورد آنها متمرکز است، باید گفت که آنها رهنمودهایی در باب سرمایه گذاری، با تاکید بر سرمایه گذاری مستقیم خارجی مفید و موثر برای کشور سرمایه پذیر و کشور سرمایه فرست ارائه میدهد. از جمله ی این مسائل ورود سرمایه، رفتار با سرمایه گذار خارجی و ارتقای آن است. البته با تعمق بیشتر میتوان به این نتیجه رسید که ترتیبات نوین سرمایه گذاری فراتر از صرف سرمایه گذاری خارجی است و سایر موارد این حوزه را، چه از بعد کلان از جمله تعیین خط مشی سیاستگذاری اقتصادی کشور خصوصا در باب زنجیره ارزش افزوده و چه از بعد خرد همچون سیسات حمایت از سرمایه گذاران تحت یک معاهده خاص، نیز دربر میگیرد[[702]](#footnote-702). از جهت اینکه ترتیبات نوین سرمایه گذاری کدام یک از اقسام سرمایه گذاری را دربر میگیرد، باید ذکر کرد که اولا ترتیبات نوین ناظر به سرمایه گذاری مستقیم خارجی است و جز در مواردی که صریحا ذکر شود، سرمایه گذاری غیر مستقیم را دربر نمیگیرد. همچنین، ترتیبات نوین اغلب کشورهای سرمایه پذیر را خطاب قرار میدهند، چرا که تاثیر اقدامات کشور سرمایه پذیر در روند سرمایه گذاری ملموس تر است؛ هر چند که این ترتیبات از اهمیت استراتژی های توسعه مدارانه ی کشور سرمایه پذیر نیز غافل نیست(UNCTAD. 2012a: 9). دقیقا به همین دلیل است که اتخاذ این ترتیبات هم توسط کشورهای توسعه یافته و هم کشور های سرمایه پذیر مطلوب و لازم به نظر می رسد (OECD. 2015: 2.). موضوع مهم دیگری که نیاز به توضیح دارد آن است که ترتیبات نوین سرمایه گذاری بطور همزمان هم جذب سرمایه خارجی و هم تاثیرات ناشی از این سرمایه گذاری را مد نظر قرار می دهند . بدین ترتیب که از یک سو این ترتیبات موجب جذاب تر شدن یک کشور از نظر سرمایه گذاران خارجی میگردند و از سوی دیگر، این ترتیبات موجب میگردند تا کشورها از سرمایه گذاری خارجی حداکثر نفع لازم در مسیر توسعه ی پایدار را ببرند (UNCTAD. 2012a: 9).

**ب- اصول و مبانی ترتیبات نوین**

هدف از ترتیبات نوین سرمایه گذاری خارجی، همانطور که پیش از این بیان گردید، پیشبرد توسعه ی منافع حاصل از سرمایه گذاری خارجی در سطح ملی و بین المللی است و این اهداف از طریق معرفی این ترتیبات که ماهیتا غیر الزام آور هستند پیگیری میشوند. لذا این ترتیبات هنوز در قالب حقوق قوام نیافته قرار دارند. پس ایجاد مبنایی حقوقی - قانونی الزام آور اولین نیاز برای عملی سازی این ترتیبات است. پیشینه ی اصول ترتیبات نوین را می توان در بسیاری از اسناد مهم بین الملی یافت؛ در ماده 55 منشور ملل متحد به ارتقای اهداف پیشرفت و توسعه ی اقتصادی و اجتماعی اشاره شده است[[703]](#footnote-703). در اهداف توسعه ی هزاره [[704]](#footnote-704) نیز همکاری جهانی برای توسعه مطرح شده و به طور خاص در هدف هشتم، بند اول، در خصوص سیستم تجاری و مالی باز، متکی بر قانون، قابل پیش بینی و غیر تبعیضی ترغیب صورت گرفته است[[705]](#footnote-705) که این مفاهیم در مسیر توسعه ای قرار دارند که ترتیبات نوین نیز به دنبال آنهاست.

از نمود های شکست تفکر سنتی حاکم بر سرمایه گذاری خارجی و اهداف و منافع ناشی از آن، کنار گذاشته شدن اجماع واشنگتن بود؛ مطرح شدن اجماع مونته ری[[706]](#footnote-706) نشانی مستحکم بر ظهور نظامی نوین است که مبتنی بر ترتیبات نوین سرمایه گذاری خارجی توسعه محور است؛ در این سند صراحتا به حیاتی بودن نقش سرمایه گذاری خارجی و ثبات نظام مالی بین المللی برای توسعه ی ملی و جهانی اشاره شده و بر ایجاد فضایی برای توسعه ی خصوصا کشورهای کمتر توسعه یافته و در حال توسعه تاکید گردیده است[[707]](#footnote-707). به همین منوال می توان به بسیاری از اسناد دیگر، از جمله برنامه ی اجرایی ژوهانسبورگ سازمان ملل[[708]](#footnote-708)، برنامه ی استانبول سازمان ملل برای کشورهای کمتر توسعه یافته[[709]](#footnote-709)، که به طور مستقیم و یا غیر مستقیم به ترتیبات نوین تاکید دارند، اشاره نمود. ما حصل تمامی این اسناد را میتوان در چندین اصل اساسی، که از آنها با عنوان اصول ترتیبات نوین یاد کردیم، خلاصه نمود. در ادامه از این اصول نام میبریم و به توضیح مختصر هر یک میپردازیم[[710]](#footnote-710).

*سرمایه گذاری برای توسعه ی پایدار*: سرمایه گذاری بایستی با هدف دستیابی به رشد قطعی و ارتقای توسعه ی پایدار باشد. *همبستگی سیاستگذاری*: ترتیبات نوین سرمایه گذاری باید وارد استراتژی کلی توسعه کشور شوند و با برنامه های اقتصادی داخلی و خارجی کشور هماهنگ باشند. *پویا بودن*: ترتیبات نوین باید به طور مستمر و متداوم مورد بازبینی قرار گیرند تا سودمندی آنها کاهش نیابد و با جریان در حال تحول توسعه و سرمایه گذاری هماهنگ باقی بمانند. *تعادل حقوق و تعهدات*: ترتیبات نوین سرمایه گذاری باید به گونه ای طراحی شوند که بین حقوق و تعهدات سرمایه گذار و سرمایه پذیر تناسب وجود داشته باشد. *باز بودن فضای سرمایه گذاری*: ترتیبات نوین نباید به گونه ای طراحی شوند که موجب از بین رفتن آزادی اقتصادی، باز بودن، ثبات و قابل پیش بینی بودن فضای سرمایه گذاری شود. *حمایت از سرمایه گذاران*: ترتیبات نوین بایستی ضمن حفظ حق حاکمیت و قانونگذاری کشور سرمایه پذیر، حمایت های لازم را برای سرمایه گذار خارجی و بدون تبعیض ارائه دهند. *ارتقا و تسهیل سرمایه گذاری*: ترتیبات نوین باید به گونه ای طراحی شوند که همسو با اهداف توسعه ی پایدار باشند و از رقابت های دارای ریسک برای سرمایه گذاری جلوگیری نمایند. *هماهنگی حکمرانی و مسئولیت*: ترتیبات نوین بایستی موجب اتخاذ و اعمال مناسبترین رویه های بین المللی در خصوص مسئولیت اجتماعی شرکت ها و حکمرانی مطلوب شوند و بین دو مورد مذکور تناسب ایجاد نمایند.

**قسمت دوم: مفهوم توسعه ی** پایدار و ارتباط آن با ترتیبات نوین سرمایه گذاری مستقیم خارجی

**توسعه در مفهوم عام و کلی آن به معنای ارتقای مستمر کل جامعه و نظم اجتماعی به سوی زندگی بهتر یا انسانی تر است (تودار، 1388: 23). اما توسعه ای را بطور معمول توسعه ی پایدار می نامند که نیازمندی های حاضر را بدون لطمه زدن به توانایی نسل های آینده در تامین نیازها برآورده می سازد ( فراهانی فرد، 1384: 114). اقدامات در جهت نیل به توسعه همه جانبه اما،تاثیرات نامناسبی نیز بر جهان ما بر جای گذاشته است؛ گرم شدن زمین، آسیب وارد شدن به لایه ی ازن، از بین رفتن گونه های مختلف جانوری و گیاهی، فرسایش خاک، آلودگی هوا و آلودگی آب همگی از مشکلات کنونی جهان هستند که تاثیر عمده ای بر زندگی بشر و جمعیت انسانها دارند (Banerjee, 2003: 143). باید توجه کرد که این آسیبها برای مردم فقیر روستا در جهان سوم بسیار شدیدتر است و همچنین است نسبت به مردمی که از طریق کشاورزی ارتزاق میکنند (Banerjee, 2003: 144). ملتها موضوع تاثیر متقابل سرمایه گذاری خارجی و توسعه ی پایدار را اغلب با یکی از سه دیدگاه تجاری، زیست محیطی و توسعه ای ارزیابی میکنند. البته این دیدگاه ها یکدیگر را منتفی نمیسازند و معمولا برای ارائه ی یک تفسیر نسبتا جامع به استفاده ی همزمان تمام این دیدگاه ها نیاز است. مطرح شدن این دست مباحث و توجه به تاثیراتی که از جمله به علت گسترش تجارت و سرمایه گذاری خارجی بوجود آمده است، این تردید را مطرح نموده که آیا سرمایه گذاری خارجی و توسعه ی پایدار مسیر مشترکی را طی میکنند و یا با به دست آوردن یکی، دیگری از دست میرود.**

**الف- فرض اول: عدم سازگاری سرمایه گذاری خارجی و توسعه پایدار**

برخی از طرفداران دیدگاه ناسازگاری توسعه ی پایدار با سرمایه گذاری خارجی و جریان آزاد سرمایه به شدت به انتقاد از تاثیر سیاستهای سرمایه گذاری دولتها پرداخته اند و به شکلی افراطی دو مقوله ی مذکور را نامتقارن خوانده اند. این دسته از منتقدین معتقدند که برنامه ها و سیاستهای آزادسازی تجاری منجر به افزایش و شدیدتر شدن مشکلات محیط زیستی میشود و همچنین استثمار بیش از حد منابع طبیعی که ملتها بر مبنای آنها مزیت نسبی دارند را منجر میگردد و این امر در حالیست که در صورت استفاده ی مناسب از این منابع طبیعی میتواند منجر به افزایش رفاه در سطحی فراتر از ملی شود ( Munoz, 1994: 11). با کنار گذاشتن دیدگاه افراطی و توجه بیشتر به دیدگاههای طرفدار توسعه و محیط زیست که به نکات عملی و واقع بینانه تری اشاره میکنند، میتوان نگرانیها و انتقادات اصلی را در چند نکته خلاصه نمود؛ یکی از مهمترین انتقادات، نگرانی از عدم انعکاس خسارات محیط زیست در قیمت کالاهاست. اگر سیستمهای اقتصادی و اجتماعی خسارات محیط زیست را در قیمت کالاها منعکس ننمایند، اکو سیستم زمین به شدت تهدید خواهد شد ( حبیبی و سلیم زاده، 1388: 14) که دلیل آن را میتوان در عدم وجود انگیزه و یا صرفه اقتصادی در پایبندی به اصول توسعه پایدار دانست. نگرانی دیگر در خصوص دولتهایی است که بیش از اندازه از صنایع ملی خود در مقابل تامین و رعایت استانداردهای محیط زیستی هزینه بر و مضر حمایت میکنند. با انجام این کار و اتخاذ اینگونه سیاستها توسط دولت، وضع زندگی مردم عادی بدتر میشود زیرا، سود این اقدامات نصیب تجار میشود و مردم باید هزینه های خسارات محیط زیستی آنها را پرداخت نمایند از دیدگاه افرادی که پیشرفت همزمان صنعت و تجارت با حفظ استانداردهای محیط زیستی، یا به زبان دیگر دستیابی به توسعه از طریق سرمایه گذاری خارجی، را ممکن نمیدانند، ایجاد یک سیستم قوی متشکل از قواعد و مقرراتی که به طور آشکار از محیط زیست، چه در سطح ملی و چه در سطح فراملی، حمایت کنند از راه حلهای موثر میباشد. البته تاکید شده است که حتی بعد از ایجاد چنین مقرراتی دولتها و صنایع تلاش خواهند نمود که این نظام را بی تاثیر نمایند( Nordstrom, 1999: 57). معتقدان این دیدگاه به عنوان نتیجه اعلام مینمایند که تجارت بیشتر یعنی فعالیت اقتصادی بیشتر و در بسیاری از موارد، مساویست با خسارت محیطی بیشتر. ثروت ایجاد شده بوسیله ی تجارت لزوما به بهبود محیط زیست منجر نمیگردد. اما همانطور که معتقدان به عدم سازگاری نیز بیان کرده اند، فعالیت اقتصادی بیشتر لزوما به بهبود وضعیت محیط زیست منجر نمیگردد اما لزوما به آسیب به محیط زیست نیز منتهی نمیگردد. به نظر میرسد بتوان به حد وسط مطلوب دست یافت.

**ب- فرض دوم: سازگاری سرمایه گذاری خارجی با توسعه پایدار**

مهمترین پیش فرضی که پایه ی نظریات مبتنی بر سازگاری تجارت و بالاخص سرمایه گذاری خارجی و توسعه را تشکیل میدهد آن است که تجارت به خودی خود برای محیط زیست مضر نیست( حبیبی و سلیم زاده، 1388: 13). در واقع میتوان گفت که آزادی تجارت، سرمایه گذاری خارجی و فعالیت اقتصادی لزوما برای محیط زیست نه خوب است و نه بد و تاثیر موارد مذکور بر محیط زیست به حد و اندازه ای که اهداف تجاری و محیط زیستی یکدیگر را تکمیل مینمایند بستگی دارد و دستیابی به هر گونه نتیجه ی مثبت در این مورد مستلزم اتخاذ سیاستهای زیست محیطی و اقتصادی هماهنگ و مناسب در سطح بین المللی می باشد. (Neumayer, 2001: 15) این دیدگاه بر دو نکته تاکید دارد؛ اولا تجارت میتواند واقعا برای محیط زیست مناسب و مفید باشد. زیرا تجارت موجب ایجاد ثروت میشود و میتواند از این طریق به ایجاد فناوری های دوستدار محیط زیست کمک نماید ثانیا، غیرقابل تفکیک بودن اهداف اقتصادی، اجتماعی و زیست محیطی هسته ی مرکزی توسعه ی میباشد. بنابراین با پذیرش این مطلب که مشکلات زیست محیطی اغلب راه حلی فراتر از صرف مسائل محیط زیستی دارد، پس با دید وسیعتر، باید به دنبال یافتن راه حل از بطن توسعه ی پایدار بود. به نظر میرسد بتوان نقطه ی مشترک مشکل ایجاد سازگاری بین اهداف تجاری و محیط زیستی را در مرحله اول آن دانست که مشکلاتی که کشورهای توسعه ی یافته و کشورهای در حال توسعه با آن مواجه اند، جنس متفاوتی دارند. در حالی که کشورهای در حال توسعه اغلب در این باب درگیر مشکل رقابت منفی[[711]](#footnote-711) میباشند، کشورهای توسعه یافته با مشکلاتی همچون عدم شفافیت و بالا بودن سطح استانداردها دست و پنجه نرم میکنند ( Cosbey, 2004: 21). بنابراین مشکل کشورهای در حال توسعه آن است که دولتها با پایین آوردن استانداردهای زیست محیطی به دنبال جذب بیشتر سرمایه گذاری خارجی و ایجاد پناهگاه امن آلودگی[[712]](#footnote-712) هستند. در کشورهای توسعه یافته نیز مشکل از این قرار است که اولا استانداردهای محیط زیستی این کشورها همیشه به اندازه ی کافی مشخص نیست و ثانیا، در مواقعی نیز که مشخص هستند، به قدری بالا میباشند که رعایت و تطابق با آنها بسیار دشوار است (.(UNCTAD. 2011a:3 به نظر میرسد برای رفع مشکلات بالقوه ی ناشی از تجارت و سرمایه گذاری خارجی و در عین حال حفظ محیط زیست و دست یافتن به غایت توسعه ی پایدار، نکته ای در این زمینه از قلم افتاده است و آن توجه به آثار تجارت بر محیط زیست است. این تاثیرات را میتوان به چهار دسته تقسیم نمود: آثار تولیدی[[713]](#footnote-713)، آثار کمی[[714]](#footnote-714)، آثار ساختاری[[715]](#footnote-715)، آثار مقررات گذاری[[716]](#footnote-716). هر یک از این آثار دارای عواقب مثبت یا منفی میباشد که بستگی به نوع سیاستگذاری دولتها دارد [[717]](#footnote-717) . جنبه ی مثبت اثر تولیدی، صادرات کالاهایی است که از نظر زیست محیطی نسبت به کالاهای رقیب مناسبتر هستند و اثر منفی آن افزایش صادرات کالاهایی است که خطرات زیست محیطی دارند. در خصوص اثر کمی، جنبه ی مثبت افزایش میزان رشد اقتصادی و جنبه ی منفی، ایجاد آلودگی بر اثر افزایش تجارت است. نتیجه ی مثبت اثر ساختاری را میتوان، بطور مثال، ارتقای تخصیص منابع و ساز و کارهای بهینه ی تولید و مصرف دانست و جنبه ی منفی آن را عدم همراهی و هماهنگی سیاستهای زیست محیطی با ساز و کارهای فعالیت اقتصادی نام برد. اثر مقررات گذاری نیز دارای نتیجه ی مثبت توانمند سازی دولت در تعقیب سیاستهای نافع برای محیط زیست و اثر منفی اختیار دولت برای پیش بینی شروطی در معاهدات سرمایه گذاری برای عدول از مقررات پیشین زیست محیطی میباشد موارد مذکور تنها خلاصه ای از آثار نامبرده بود. بنابراین مهمترین نتیجه ای که از این بحث حاصل میشود آن است که نمیتوان به سادگی گفت که تاثیر سرمایه گذاری خارجی و تجارت بر محیط زیست و توسعه ی پایدار منفی است. بنابراین باید توجه کرد که اگر با دیدگاه واگرا پیش رویم، موجب گسترش فقر خواهیم شد و اگر با بی مبالاتی سیاست دوم، همگرایی، را پیش بگیریم، موجب به خطر افتادن نسل بشر خواهیم شد. یک راه حل بهتر میتواند سیاستگذاری مناسب با توجه به آثار بلند مدت هر تصمیم و همچنین درک بهتر و بررسی بیشتر موضوعات توسعه ای از قبیل فقدان منابع، فقدان فناوری های مناسب، فقدان آموزش و فقدان تجربه باشد

.

**قسمت سوم: مبانی نظام حقوقی ترتیبات نوین سرمایه گذاری**

**الف - نظام ملی**

بسیج سرمایه برای رسیدن به توسعه از جمله اصلی چالش های جهان کنونی خصوصا برای کشورهای در حال توسعه و کمتر توسعه یافته است. با توجه به کمبود یا نبود سرمایه ی کافی برای برنامه ریزی به سوی توسعه در کشورهای مذکور، سرمایه گذاری خارجی می تواند موجب جبران این نقصان شود. بنابراین برنامه ریزی مناسب برای بهره برداری از مزایای سرمایه گذاری مستقیم خارجی امری حیاتی در حرکت به سوی توسعه ی پایدار محسوب میشود. این بهره وری مستلزم دو امر است؛ اولا حفظ قدرت قانون گذاری و حق بر تنظیم مقررات از سوی دولت سرمایه پذیر و ثانیا تنظیم ترتیبات مناسب برای استفاده ی حداکثری از فرصت سرمایه گذاری خارجی. بر اساس یافته های برخی تحقیقات انجام گرفته در خصوص تاثیرات سرمایه گذاری خارجی، این نتیجه حاصل گردیده است که کشورهای سرمایه پذیر، خصوصا کشورهای در حال توسعه، بیش از آن که به کمک اقتصادی کشورهای متمول نیاز داشته باشند، به جذب بیشتر سرمایه و تجارت بیشتر نیاز دارند؛ تجارتی که امکان ایجاد ثروتی به میزان سالانه سیصد بیلیون دلار را دارد که این میزان بسیار بیشتر از کمک های اقتصادی است که قصد اعطای آنها وجود دارد ( Abeasi, 2012:41). اما تنها در صورتی امکان استفاده مناسب از این سرمایه عظیم برای دستیابی به رشد قطعی و بلند مدت که با محیط زیست نیز سازگار باشد وجود دارد که کشور سرمایه پذیر بتواند با استفاده از قدرت قانونگذاری خود، حداقل بخشی از این سرمایه در مسیر مناسب توسعه هدایت نماید؛ مسیری که شاید سرمایه گذار به ویژه شرکتهای فراملی تمایلی به دنبال کردن آن نداشته باشند. دلیل امر مذکور را می توان این گونه بیان نمود که همواره احتمال تعارض منافع سرمایه گذار خارجی، در قالب هدف حداکثر سازی سود و منفعت، و اهداف توسعه ی کشور سرمایه پذیر وجود دارد ( Kumar, 2012: 59)؛ بر اساس هدف حداکثر سازی سود در سطح جهانی، ممکن است برخی از سرمایه گذاران مانند شرکت فراملی تصمیمات خود را لزوما بر اساس بهره وری مناسب از منابع طبیعی و یا اختصاص سرمایه خود در بخش هایی خاص اتخاذ نکنند و حتی به حربه ی انتقال قیمت[[718]](#footnote-718)، به معنای تنظیم قیمت کالا در معامله میان بخشهای مختلف یک شرکت با هم، متوسل شوند. با توجه به آنچه ذکر شد، دولت های سرمایه پذیر به درستی به اعمال سیاستهایی همچون درج شروط لزوم اجرا یا عملکرد مناسب قرارداد سرمایه گذاری[[719]](#footnote-719)، مشخص نمودن خط مشی های تجاری برای سرمایه گذاران و ایجاد ساز و کار های نظارتی برای حداکثر نمودن مشارکت سرمایه گذاری مستقیم خارجی در فرایند توسعه پرداختند.[[720]](#footnote-720) همچنین به دلیل همان تعارض منافعی که پیشتر ذکر گردید، سرمایه گذاران خارجی ممکن است در قالب شرکت های فراملی خود و یا شعبات آنها به اقدامات محدود کننده ی تجارت دست بزنند. برای مثال، شعبه ی یک شرکت فراملی در کشور سرمایه پذیر به واردات عمده محصول یا خدمات از یکی دیگر از شعبات این شرکت که در کشور دیگری قرار دارد بپردازد و یا همانطور که گفته شد، برای محروم کردن کشور سرمایه پذیر از برخی درآمدها به انتقال قیمت بپردازند. در مقابله با این اقدامات نیز دولت های سرمایه پذیر ممکن است با استفاده از قدرت قانون گذاری خود و تصویب قوانینی در این زمینه، یا از امکانات موجود مانند موافقتنامه ی تریمز سازمان جهانی تجارت و یا درج شروط مربوط به الزام استفاده از تولیدات داخل[[721]](#footnote-721) بهره جویند[[722]](#footnote-722). بنابراین، کاملا مشخص است که حق بر قانونگذاری از سوی دولت سرمایه پذیر به عنوان موضوعی با اهمیت در سطح حقوق سرمایه گذاری خارجی مطرح است. . این امر دو دلیل عمده دارد؛ اول، توجه روز افزون، خصوصا از سوی جامعه ی مدنی، به موضوع تضعیف حاکمیت دولت سرمایه پذیر برای کسب و جذب میزان بیشتری از سرمایه و رونق تجارت است؛ و دوم، گسترش مواردی که تعیین قانون و مقررات در خصوص رفاه عمومی و توسعه ی پایدار با واکنش و چالش از سوی سرمایه گذاران و معاهدات سرمایه گذاری روبرو شده است ( Mann, 2012: 211). بحث در خصوص حق دولت بر قانونگذاری، محدودیت آن، تاثیر آن بر جذب سرمایه و میزان اعمال این حق، خود به برسی ای جداگانه و مفصل نیاز دارد اما آنچه که بطور خلاصه و برای نتیجه در این بخش میتوان ذکر نمود آن است که اگر به معاهدات سرمایه گذاری، به جای آنکه به عنوان سند و ابزاری برای محافظت از سرمایه گذار خارجی نگریسته شود، به چشم مبنایی مناسب برای ایجاد و ارتقای توسعه ی پایدار نگاه کنیم، به میزان بسیار بیشتر و بهتری به اهمیت حفظ حق قانونگذاری دولت ها و اساسی بودن آن در ایجاد ترتیباتی نوین برای رسیدن به توسعه ی پایدار پی خواهیم برد(Mann, 2012: 223) البته موضوع پیش گفته بدان معنا نیست که باید دست دولت را کاملا باز گذاشت و از اعمال تبعیض آمیز و یا سوء استفاده گرانه ی احتمالی دولت سرمایه پذیر جلوگیری نکرد؛ باز نگری در حق دولت ها بر قانونگذاری به معنای آن امری است که بر اساس معاهدات سرمایه گذاری در موارد خاص و با چارچوب مشخص باید اعمال گردد. اما آنچه اهمیت دارد وجود و رعایت این حق است و نباید برای جذب و حفظ سرمایه ی خارجی و در رقابت برای جذب بیشتر آن از این حق به میزان زیادی چشم پوشی کرد ( Trachtman, 2012: 193) زیرا، بدون قانون گذاری دولت و هدایت سرمایه در مسیر توسعه ی پایدار از طریق ترتیبات نوین، هیچ تضمینی در خصوص دستیابی به توسعه ی پایدار وجود نخواهد داشت. ذکر این نکته ضروری می نماید که دولت سرمایه پذیر در بعضی موارد ملزم به رعایت تعهدات بین المللی خود، برخاسته از معاهدات و اسناد بین المللی نیز هست. لذا این تعهدات فراملی می تواند نوعی خاصیت تعدیل کنندگیِ رویکرد های قانونگذار چه در مورد تصویب قوانینی که موضوع آنها مقررات مربوط به سرمایه گذار است و چه قوانینی که موضوع آنها رعایت اصول و اهداف توسعه ی پایدار است گردد.

**ب- نظام بین المللی**

پر واضح است که در جهان کنونی اقدامات فردی دولت ها نتایج لازم و مطلوب بلند مدت را در پی نخواهد داشت و لزوم اقدام به صورت جمعی و هماهنگ بدیهی است. هر چند که اقدامات بین المللی در این زمینه نیز به نوعی منعکس کننده ی همان اقدامات ملی است اما، جلوه یافتن عزم ملی در قالبی بین المللی می تواند موجب شکل گیری اصولی مستحکم گردد که هر چند ماهیت آن حقوق غیر الزام آور و اصطلاحا حقوق نرم خواهد بود اما نقطه ی آغازی مناسب به نظر می رسد. ترتیبات نوین در سطح بین المللی از طریق مجموعه ای پیچیده از معاهدات، از جمله معاهدات دو جانبه ی سرمایه گذاری، موافقتنامه های تجارت آزاد که دربردارنده ی شروط سرمایه گذاری هستند، موافقتنامه های همکاری اقتصادی و توافقنامه های منطقه ای، به منصه ی ظهور می رسند. پیچیدگی ناشی از این ابزارهای مختلف و تعدد آن ها که موجب نقصان، همپوشانی، و بعضا تعارض در نظام معاهدات بین المللی سرمایه گذاری می گردد، خود از مهمترین چالشهایی است که باید با آن مواجه شد تا دیدگاهی هماهنگ ولی نه لزوما یکسان در این خصوص ایجاد گردد. چالش مهم دیگر نیز نیاز به تقویت بعد توسعه ی معاهدات سرمایه گذاری است که متعادل و هماهنگ نمودن حقوق و تعهدات دولت ها و سرمایه گذاران، حصول اطمینان از وجود فضا و توجه کافی به ترتیبات مربوط به توسعه ی پایدار و مستحکم تر نمودن شروط و تعهدات مربوط به ارتقای سرمایه گذاری و همراه نمودن آن با اهداف توسعه ی پایدار از مهمترین اقدامات در این زمینه است. معاهدات سرمایه گذاری خارجی به مثابه ی ابزاری برای ارتقای توسعه ی پایدار، مقررات و اقدامات ملی را از طریق ارائه ی تضمین به سرمایه گذاران خارجی، پایداری و شفافیت مقررات داخلی و اجرای سیستماتیک و نظام مند ترتیبات نوین در کشور و حصول اطمینان از اجرای آنها توسط سرمایه گذار خارجی، تکمیل می نمایند[[723]](#footnote-723) برای اتخاذ ترتیبات نوین در سطح بین المللی دو اقدام اساسی لازم است. این اقدامات یکی مربوط به تغییر شیوه ی فعالیت دولت در زمینه ی توسعه ی پایدار اقتصادی است، و دیگری جزئی تر و مربوط به مطلوب نمودن وضعیت معاهدات سرمایه گذاری می باشد. به نظر می رسد که بهترین نتیجه در صورت تمرکز بر هر دو مورد و تلاش برای پیشبرد هر دو اقدام بدست خواهد آمد. هر چند که به نظر می رسد وجود و پیگیری هر یک از آنها نهایتا منجر به حاصل گردیدن دیگری نیز خواهد شد. تلاش برای رویارویی با چالش های توسعه ی پایدار از طریق معاهدات سرمایه گذاری مستلزم ایجاد ترتیباتی نوین در این معاهدات است. این تغییرات هم از طریق گنجاندن این ترتیبات در معاهدات سرمایه گذاری میسر است و هم از طریق نگاه نوین به معاهدات سنتی موجود به گونه ای که به نفع ترتیبات نوین تفسیر گردند (Mann, 2012: 537). در این مسیر حداقل سه اقدام ضروری است:

1. *گنجاندن تعهدات الزام آور و مبنایی در معاهدات سرمایه گذاری در خصوص ارتقا و تسهیل سرمایه گذاری در زمینه ی توسعه ی پایدار*. در حال حاضر اغلب معاهدات سرمایه گذاری اغلب به ارتقای سرمایه گذاری صرفا به طور غیر مستقیم و از طریق اعطای حمایت از سرمایه گذاری صورت می پذیرد و هیچ تعهدی برای کشور سرمایه فرست برای گسترش سرمایه گذاری مسئولانه مشاهده نمی گردد[[724]](#footnote-724). اغلب معاهدات در این زمینه صرفا با بیانی غیر الزام آور در مقدمه ی معاهدات به توسعه ی سرمایه گذاری اشاره می گردد و البته به تدریج شاهد نمونه هایی هستیم که ماده ای در معاهدات سرمایه گذاری را به توسعه ی پایدار و توجه به محیط زیست اختصاص داده اند[[725]](#footnote-725). اما نیاز به گسترش این تفکر و ایجاد تعهدات الزام آور وجود دارد.

2. *متناسب و متقابل نمودن تعهدات دولت ها و سرمایه گذاران و ارتقای سرمایه گذاری مسئولانه.*

اغلب معاهدات کنونی سرمایه گذاری عمدتا بر تعهدات کشور سرمایه پذیر تاکید دارند و کمتر به تعهدات سرمایه گذار و لزوم سرمایه گذاری مسئولانه از سوی اشخاص اخیر اشاره دارند. هر چند که معمولا تعهدات الزام آور حقوقی برای شرکت ها و افراد سرمایه گذار در قوانین داخلی کشورها موجود است اما این گونه تعهدات در معاهدات سرمایه گذاری کمتر به چشم می خورد و تعهدات ملی اخیر الذکر نیز به طور سنتی بر سرمایه گذاران خارجی اعمال نمی شود[[726]](#footnote-726). بنابراین می توان حداقل برخی تعهدات ماهوی را برای سرمایه گذاران خارجی در معاهدات سرمایه گذاری پیش بینی نمود. برای مثال میتوان سرمایه گذارن خارجی را ملزم نمود تا از قواعد و الزامات مربوط به سرمایه گذاری که در قوانین ملی کشور سرمایه پذیر وجود دارد، هم در مراحل آغازین، هم اجرا و هم خاتمه ی سرمایه گذاری و تعهدات مربوط به جمع آوری تاسیسات مربوط به پروژه، پیروی کنند[[727]](#footnote-727). چنین تعهدی این امکان را برای کشور سرمایه پذیر فراهم می آورد که در صورت عدم تطابق سرمایه گذار با الزامات مذکور، به طرح دعوا علیه وی بپردازد. در زمینه ی این ترتیبات، یعنی متناسب و متقابل نمودن تعهدات، کشور های سرمایه پذیر می توانند از امکان گنجاندن برخی رهنمود ها در معاهدات سرمایه گذاری و الزام آور نمودن آنها نیز استفاده نمایند. برای مثال با گنجاندن رهنمود های سازمان ملل در خصوص تجارت و حقوق بشر[[728]](#footnote-728)، نه تنها در جهت متقابل و متناسب نمودن تعهدات پیشرفت حاصل می شود بلکه، این موضوع موجب گسترش استاندارد مسئولیت اجتماعی شرکت های سرمایه گذار نیز می گردد (UNCTAD. 2011a: 18).

3. *محافظت از کشور سرمایه پذیر در مقابل تقبل تعهدات ناعادلانه و ایجاد هزینه ی بالا برای طرح دعوا.* اغلب معاهدات سرمایه گذاری با اعطای حق مراجعه مستقیم به مراجع حل اختلاف به سرمایه گذار خارجی، برای محکوم کردن دولت سرمایه پذیر و یا شانه خالی کردن از تعهدات، به افزایش حمایت از سرمایه گذار خارجی می پردازند. قدرت این حمایت رو به افزایش از تعداد پرونده هایی که در دهه ی اخیر با عنوان اختلاف دولت-سرمایه گذار طرح شده اند، و اغلب علیه دولت های در حال توسعه بوده اند، مشخص تر می گردد؛ دولت های سرمایه پذیر با ادعا هایی بسیار زیاد و اعجاب انگیز مواجه گردیده اند[[729]](#footnote-729). اگر هزینه های دادرسی یا داوری را، که در اختلافات بین الملی هزینه های هنگفتی است، به این مبالغ اضافه کنیم، میتوان به فشار بسیار زیادی که بر کشورهای سرمایه پذیر در نقش خوانده وارد می گردد و همچنین لزوم حفظ فضا برای تعیین ترتیبات سرمایه گذاری برای کشور سرمایه پذیر، پی برد (Mann, 2012 : 540). این سه مورد اساسی که به آنها اشاره شد، مواردی است که باید در معاهدات سرمایه گذاری مورد توجه جدی قرار گیرد. هر چند که این دقت نظر را در بعضی از این معاهدات می توان مشاهده نمود اما در قسمت های مربوط به قلمرو معاهده، استاندارد رفتاری و حمایت از سرمایه گذار، شروط حل اختلاف، تعهدات سرمایه گذار در خصوص سرمایه گذاری مسئولانه، استثنائات به نفع دولت سرمایه پذیر در خصوص منفعت عمومی، عدم اجازه ی کاهش شرایط استاندارد قواعد کار یا زیست محیطی، تعهد به توسعه ی سرمایه گذاری و ارتقای اقتصاد دولت سرمایه پذیر، و الزامات مربوط به پایان سرمایه گذاری و خروج سرمایه گذار، بایستی که به طور جدی و از موضعی مستحکم از سوی کشورهای سرمایه پذیر اغلب در حال توسعه، که همانطور که قبلا اشاره شد در حال تبدیل به بازیگران محوری عرصه ی سرمایه گذاری خارجی هستند، مورد مطالبه قرار گیرند[[730]](#footnote-730).

ج - بررسی جایگاه ترتیبات نوین در رویه ی ایکسید

اصولا معاهدات سرمایه گذاری علنی منتشر نمی شوند. لذا دسترسی به آنها جهت بررسی محتوی آنها دشوار است. همچنین از آنجاییکه این معاهدات یا موافقتنامه ها، در صورت بروز اختلاف میان طرفین، موضوع دادرسی دیوانهای قرار می گیرند تا محاکم بین المللی مانند دیوان بین المللی دادگستری، لذا غنی ترین و همچنین در دسترس ترین رویه ی قضایی موجود رویه ی برخاسته از دادرسی های ایکسید است. بر اساس آنچه تا کنون آمد، مشخص شد که در فضای نظری تمایل به شناسایی تعهد به توسعه ی اقتصاد کشور میزبان برای سرمایه گذار خارجی وجود دارد. در این قسمت تلاش می گردد تا با بررسی برخی از آرای ایکسید مشخص شود که آیا این نهاد به عنوان مهمترین نهاد حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری، تمایلی به شناسایی این تعهد و اتخاذ تصمیم بر مینای آن دارد یا خیر.

1. *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic*

در آوریل سال 2001 میلادی به دنبال رسیدگی های کیفری مقامات جمهوری چک در خصوص فرار مالیاتی و عوارض گمرکی از سوی آقای ولادیمیر بنو در قالب شرکت Beno Praha، فرد مذکور از این کشور به اسرائیل فرار می کند و در این کشور شرکت Phoenix را تاسیس می کند. آقای بنو در قالب این شرکت جدید به خرید سهام و تصاحب شرکت مذکور در چک و شعبات آن می پردازد و در زمان این تصاحب، مقامات چک در خصوص رسیدگی کیفری علیه آقای بنو، به توقیف حساب های بانکی و دفاتر مالی شرکت موجود در کشور چک پرداختند. به دنبال این حوادث، شرکت Phoenix بر اساس معاهده ی دو جانبه ی سرمایه گذاری میان اسرائیل و جمهوری چک درخواست داوری خود را در ایکسید ثبت نمود و ادعا کرد که جمهوری چک معاهده ی مذکور را نقض کرده است[[731]](#footnote-731).

در خصوص موضوع مربوط به بحث تعهد به توسعه، دیوان اعلام نمود که شعبات ایکسید تنها در خصوص قضایایی صالح به رسیدگی هستند که مستقیما از سرمایه گذاری ناشی شده باشد. دیوان ادامه می دهد که رویه ی ایکسید ضوابط متفاوتی را برای شناسایی یک عمل به عنوان سرمایه گذاری ارائه داده است[[732]](#footnote-732). دیوان بررسی وجود یا عدم وجود سرمایه گذاری را با اعمال تست سالینی آغاز می کند و پس از اعلام ضوابط سرمایه گذاری بر اساس رای مذکور[[733]](#footnote-733)، اعلام می نماید که نظرات متفاوتی در خصوص ضوابط سالینی وجود دارد و در خصوص لزوم وجود ضابطه ی منجر گردیدن سرمایه گذاری به توسعه ی کشور میزبان اتفاق نظر وجود ندارد[[734]](#footnote-734). دیوان ادامه می دهد که حصول اطمینان از این که یک سرمایه گذاری منجر به توسعه ی اقتصادی کشور میزبان شده است امری غیر ممکن است، خصوصا از آن جهت که نمی توان به طور قاطع گفت که چه چیزی توسعه تلقی می گردد و دیوان باید دیدگاهی کمتر جاه طلبانه در خصوص منجر شدن سرمایه گذاری به توسعه کشور میزبان اتخاذ کند[[735]](#footnote-735). بنابراین دیوان خود را ملزم به رعایت ضوابط سالینی نمی بیند و به جای آن، به ارائه ی معیارهای خود برای تلقی یک موضوع به عنوان سرمایه گذاری می پردازد و شش معیار ارائه می دهد. از میان این شش معیار، دیوان به جای تاکید بر منجر شدن سرمایه گذاری به توسعه ی کشور میزبان، بر انجام یک عملیات به منظور توسعه ی یک فعالیت اقتصادی در کشور میزبان (معیار چهارم)، و سرمایه گذاری منابع با حسن نیت (معیار ششم) تاکید می کند[[736]](#footnote-736).

2. *Biwater Gauff Ltd. v. United Republic of Tanzania*

در سال 2003 میلادی بانک جهانی و سایر موسسات مالی بین المللی مبلغ 140 میلیون دلار به جمهوری تانزانیا به منظور تعمیر و بهبود منابع آب و فاضلاب و زیر ساخت های مربوطه اعطا کردند. کشور مذکور اجرای طرح را به مناقصه گذاشت و شرکت بی واتر گاوف برنده ی مناقصه شد و یک شعبه در تانزانیا به منظور اجرای پروژه تاسیس نمود. اما پس از مدتی و به علت عدم مدیریت صحیح منابع، شرکت مذکور با مشکلات مالی در خصوص پروژه مواجه گردید و در خواست مذاکره ی مجدد قرارداد برای جلوگیری از تعطیل شدن پروژه داد. کشور تانزانیا این درخواست را قبول نمود و طرفین با تعیین چند متخصص به مذاکره مجدد پرداختند. این مذاکرات به علت عدم قبول پیشنهاد از سوی شرکت با شکست مواجه گردید و بدین جهت مقامات مربوطه در کشور تانزانیا به لزوم فسخ قرارداد تاکید کردند. شرکت با این فسخ مخالفت نمود و اعلام کرد که مصمم به ادامه ی اجرای پروژه است مگر آنکه یک دیوان داوری که بر اساس قرارداد بین طرفین تشکیل شده باشد، رای به خاتمه ی قرارداد دهد. با این وجود کشور تانزانیا مدیر شعبه ی شرکت در تانزانیا را از کشور اخراج کرد و خود مدیر جدیدی برای شرکت انتخاب نمود و کنترل منابع مالی شرکت را نیز در دست گرفت. بر این مبنا، شرکت بی واتر گاوف به طرح دعوا در ایکسید علیه جمهوری تانزانیا، به علت نقض معاهده ی دو جانبه ی سرمایه گذاری میان بریتانیا و جمهوری تانزانیا اقدام نمود[[737]](#footnote-737).در خصوص مبحث مورد نظر ما، بر اساس ماده 25 عهدنامه ایکسید، دیوان در خصوص اختلافاتی صلاحیت دارد که مستقیما ناشی از یک سرمایه گذاری باشد؛ اصطلاحی که بر خلاف بسیاری از معاهدات دو جانبه ی سرمایه گذاری، در عهدنامه تعریف نشده است. تانزانیا اعلام نمود که مفهوم سرمایه گذاری بر اساس رویه ی ایکسید مشخص گردیده است و سپس به ضوابط مذکور در رای سالینی اشاره نمود[[738]](#footnote-738). تانزانیا در ادامه اعلام نمود که حتی اگر اقدامات شرکت را بر اساس تعریف موجود در معاهده ی دو جانبه ی سرمایه گذاری، سرمایه گذاری تلقی کنیم، اقدامات شرکت مطابق با ضوابط سالینی نیست و در نتیجه دیوان بر اساس عهدنامه ایکسید صلاحیت رسیدگی به پرونده را ندارد[[739]](#footnote-739). دیوان با رد ادعای تانزانیا اعلم کرد که ضوابط سالینی بر اساس عهدنامه ایکسید نه انحصاری هستند و نه الزامی، بلکه صرفا مواردی می باشند که میتوان آنها را مد نظر قرار داد[[740]](#footnote-740). دیوان ادامه می دهد که به علت ارائه ی تعریفی بسیار گسترده از واژه ی سرمایه گذاری در معاهده ی دو جانبه ی بین بریتانیا و تانزانیا، تانزانیا نمی تواند با استناد به معیار سالینی خواستار تفسیر مضیق از واژه ی سرمایه گذاری گردد و با استناد به عدم تاثیر پروژه در توسعه ی این کشور، به رد صلاحیت دیوان بپردازد[[741]](#footnote-741).

Saba Fakes v. Republic of Turkey .3

در فاصله سالهای 1998 تا 2003 میلادی، دولت ترکیه تحقیقات کیفری و دعاوی حقوقی متعددی را علیه خانواده Uzan در ترکیه که صاحب صنایع متعددی، از جمله شرکت مخابراتی Telsim در این کشور بوده اند، اجرا می کند. این اقدامات در نهایت به توقیف و فروش بسیاری از اموالی که به طور مستقیم یا غیرمستقیم تحت مالکیت این خانواده بود، منجر می شود . خواهان این پرونده، آقای Fakes که از اتباع هلند بوده است، در جولای 2003 مالک 66 درصد از سهام شرکت Telsim می شود و اعلام می دارد که اقدامات دولت ترکیه به مصادره و سلب مالکیت غیرقانونی سهام شرکت و اجبار وی به فروش این سهام به شخص ثالث منجر شده است، به خصوص آنکه اقدامات دولت ترکیه سبب سقوط شدید ارزش سهام شرکت شده است . در نهایت، خواهان با ادعای نقض معاهده دوجانبه سرمایه گذاری میان ترکیه و هلند توسط ترکیه، به طرح دعوا علیه دولت ترکیه در ایکسید می پردازد.

دولت ترکیه در رد صلاحیت دیوان به عدم شمول معاهده دوجانبه بین این کشوور و هلند بر سرمایه گذاری خواهان اشاره می کند و ادامه می دهد که دیوان در بررسی این موضوع باید با توجه به بند 2 ماده21 عهدنامه ایکسید، به اعمال ضوابط سالینی بپردازد . ترکیه نتیجه می گیرد که سرمایه گذاری ادعایی از سوی خواهان فاقد ضوابط مذکور است. دیوان با رد ادعای ترکیه اعلام می کند که از یک سو، وجود ضوابط ورود حجم بالای سرمایه، وجود مدت معین و نسبتاً طولانی و وجود عنصر خطر، برای آنکه عملیات به عنوان سرمایه گذاری در نظر گرفته شود، کافی است. از سوی دیگر، دیوان بر این اعتقاد نیست که تأثیر یک عملیات بر توسعه کشور میزبان باید به عنوان ضابط ای در قالب عهدنامه ایکسید در نظر گرفته شود. دیوان اعلام کرده است که شعباتی از ایکسید که عنصر تأثیرگذاری عملیات در توسعه کشوور میزبان را به عنوان یکی از معیارهای تشخیص یک عملیات بعنوان سرمایه گذاری در نظر گرفته اند، مانند آنچه در قضیه سالینی رخ داده است، اغلب برای توجیه نظر خود بر مقدمه عهدنامه ایکسید تکیه کرده اند، اما دیوان حاضر بر این نظر است که هرچند مقدمه عهدنامه بر نیاز به همکاری بین المللی برای توسعه اقتصادی اشاره دارد، ولی چنین تفسیری از این مقدمه که به اعمال ضابطه گزاف تأثیر بر رشد اقتصادی کشور میزبان منحر شود، وجهه ای ندارد.

**4. *نتیجه گیری در خصوص دیدگاه ایکسید***

آنچه بیان شد صرفا دو رای از میان تعداد زیادی از آرای نهاد ایکسید بود. البته دو رای مذکور جزء مهمترین آرایی هستند که مستقیما مساله ی تعهد به توسعه ی کشور میزبان و آنچه به تست سالینی معروف شده پرداخته اند. به علاوه، سه رای مذکور از سه دیدگاه متفاوت به رد ضابطه ی تعهد به توسعه پرداخته اند که این خود دلیل دیگری بر اهمیت آرای مذکور است، هر چند که دلیل زیر بنایی هر سه دیدگاه یکسان است. الزامی نبودن مقدمه ی عهدنامه، عدم قابلیت ارزیابی دقیق منجر شدن به توسعه و گزاف بودن این تعهد، از جمله مهمترین دلایلی است که تمامی شعباتی که به رد معیار تعهد به توسعه معتقد بوده اند، به آنها توسل جسته اند. برای رسیدن به نتیجه ای در خصوص نظر شعبات ایکسید و یافتن نتیجه ی صحیح در خصوص تمایل یا عدم تمایل به شناسایی تعهد به توسعه، بار دیگر به نظریات مخالف و موافق می پردازیم. دیدگاه مخالف با اعمال ضوابط سالینی بر این عقیده است که تلاش برای یافتن تاثیر سرمایه گذاری توسعه ی کشور میزبان مستلزم بررسی سرمایه گذاری با دیدگاه شخصی، پس از وقوع آن است (burger Laurence, 2013: 526 ) ؛ منظور آن است که برای بررسی عملیاتی تحت مفهوم سرمایه گذاری، سه معیار ورود منابع، مدت زمان و وجود خطر کفایت می کند زیرا معیارهای مذکور معیارهای عینی هستند اما، ضابطه ی کمک به توسعه ی کشور میزبان ضابطه ای شخصی است که صرفا نتیجه ی سه معیار دیگر است[[742]](#footnote-742). به علاوه، اگر هدف یک معاهده ی سرمایه گذاری، جذب سرمایه ی خارجی برای کشور میزبان است، در نتیجه تشخیص مفهوم سرمایه گذاری را نمیتوان وابسته به تشخیص دیوانی دانست که سال ها و شاید دهه ها بعد از وقوع عملیات سرمایه گذاری تشکیل می شود و با توجه به گذشته و علی رغم ورود سرمایه ی عظیم به یک کشور، رای به عدم تاثیرگذاری بر توسعه ی کشور میزبان دهد (burger: 2013:528) دیدگاهی که موافق با بکار بستن معیار تعهد به توسعه ی کشور میزبان است اعلام می کند که هر چند در رویه ی سال های اخیر ایکسید برخی از دیوان ها این معیار را کنار گذاشته اند، اما برخی نیز همچنان به این معیار پایبند هستند. به علاوه همین آرایی که مخالف ضابطه ی تعهد به توسعه هستند برای آغاز ارائه ی تحلیل خود از یک سرمایه گذاری، کار خود را با معیار سالینی آغاز می کنند و در طرق کنار گذاشتن این معیار نیز با یکدیگر تناقض دارند (Grabowski, 2014: 308). این در حالی است که مقدمه ی عهدنامه ایکسید به صراحت هدف معاهده را تقویت و توسعه ی اقتصاد کشور ها از طریق ترغیب سرمایه گذاری خصوصی اعلام نموده است و بر این مبنا، کنار گذاشتن این ضابطه به دستیابی به هدف معاهده کمک نخواهد کرد (Ibid: 309) همانطور که قبلا ذکر شد، نگرانی اصلی ای که زیر بنای رد معیار سالینی را تشکیل می دهد، رد صلاحیت دیوان از سوی کشور سرمایه پذیر است؛ در حالی که اگر به این معیار به عنوان ضابطه ای برای صدور رای به نفع دولت میزبان و پرداخت خسارت از سوی سرمایه گذار خارجی نگریسته شود، وجهی برای نگرانی باقی نمی ماند و به علاوه، قدم بزرگی به سوی دستیابی به توسعه ی پایدار از طریق این ترتیبات برداشته خواهد شد.

نتیجه گیری

هر چند که جذب سرمایه گذاری امری پر اهمیت است اما، گذر زمان مشخص نمود که موضوع اخیر به خودی خود لزوما امری مطلوب نیست؛ توجه به توسعه پایدار موجب گردید تا ذهن اندیشمندان و سیاستگذاران به تدریج متوجه تاثیر سرمایه گذاری مستقیم و شیوه ی اعمال آن بر محیط زیست و منابع طبیعی گردد. ترتیبات نوین سرمایه گذاری در حال ظهور هستند و چاره یا جز اعتراف به گسترش آنها وجود ندارد. ترتیبات نوین به دنبال ایجاد چارچوبی گسترده، مستحکم و بهم پیوسته برای توسعه است و صرف ایجاد این چارچوب، فارغ از آن که به هر میزان استادانه طراحی شده باشد، مطلوب نیست بلکه این ترتیبات باید به صورت جدی وارد گفتمان اقتصادی و سیاستگذاری کشور ها شود. ترتیبات نوین که در مرکز خود، دستیابی به توسعه ی پایدار زیست محیطی و اقتصادی را به عنوان هدف غایی دنبال می کنند، هر چند که به خودی خود مفهوم کاملا نوینی نیستند اما تا کنون آن چنان که باید و شاید به آنها توجه نشده است و به طریقه ی نظام مند وارد سیاست اقتصادی کشورها، برنامه های سرمایه گذاران و معاهدات سرمایه گذاری نشده اند. ترتیبات نوین سرمایه گذاری برای دستیابی به همبستگی اقتصادی برای دستیابی به اهداف توسعه محور و ورود به تدابیر توسعه، گسترش مفهوم سرمایه گذاری مسئولانه از سوی بخش خصوصی و نهادینه کردن مسئولیت اجتماعی شرکت ها تلاش می نمایند. حوزه ی مربوط به ترتیبات نوین را، هم به علت آنکه تا کنون توجه کافی به آن نشده است و هم به علت گستردگی آن، نمی توان به طور کامل و به صورت مصداقی مشخص و معین نمود. اما، تلاش شد تا از دو روش مصداقی و معیاری در معرفی این مفهوم استفاده شود. در روش مصداقی، دو دیدگاه در خصوص ترتیبات نوین سرمایه گذاری وجود دارد که یکی بیشتر بر جنبه های زیست محیطی تاکید می کند و دیگری بر جنبه های تجاری و اقتصادی؛ که این دو دیدگاه خود شاهدی دیگر بر این مدعاست که مفهوم توسعه ی پایدار از تعریف سنتی آن گذار نموده است. اقتصاد سبز، رشد سبز و توسعه ی با کربن پایین مهمترین مصادیق ترتیبات نوین در حوزه ی دیدگاه محیط زیست محور است و زنجیره های جهانی ارزش افزوده و مسئولیت اجتماعی شرکت ها، مهمترین مصادیق موجود در حوزه ی دیدگاه تجارت محور می باشد. البته اگر هر یک از این دیدگاه ها به درستی به کار بسته شود، لاجرم نتایج مورد نظر حوزه ی دیگر را نیز در پی خواهد داشت؛ دو مسیر متفاوتی که مقصد مشترکی را دنبال می کنند. در روش معیاری باید به تغییر سیاست های ملی و بین المللی جهت گنجاندن نظام مند ترتیبات نوین در برنامه اقتصادی دولت ها توجه نمود که در آنها ترتیبات نوین بطور نظام مند قرار می گیرد. تنظیم مقررات متناسب، هدایت سرمایه در بخش های زیر بنایی بدون دخالت بیش از حد دولت در فعالیت های سرمایه گذار خارجی، ایجاد فضای همکاری بین سرمایه گذار خارجی و فعالان بخش خصوصی داخلی، توجه به اشتغال زایی، آموزش نیروی انسانی، ایجاد مشوق های مالیاتی و شفاف بودن مقررات داخلی مهمترین معیارهایی است که می تواند منجر به ایجاد ترتیبات نوین در سطح ملی گردد. اما مهمترین ضابطه ای که وقوع تمامی موارد مذکور در فوق در سطح ملی وابسته ی به آن است، تاکید بر حق قانون گذاری دولت سرمایه پذیر و محافظت از آن دارد. در واقع نقش رو به گسترش و تاثیرگذار کشورهای در حال توسعه بر لزوم حفظ این حق صحه می گذارد. اغلب ادبیات موجود در زمینه ی سرمایه گذاری مستقیم خارجی و معاهدات مربوطه صرفا بر حقوق اعطایی به سرمایه گذار خارجی و ایجاد تعهدات متفاوت برای دولت سرمایه پذیر تاکید دارند بدون آن که به طور مناسبی به تعهدات سرمایه گذار بپردازند. در سطح بین المللی نیز علاوه بر لزوم ایجاد اقدامات هماهنگ بین الدولی برای رسیدن به توسعه ی پایدار از طریق ترتیبات نوین، لزوم همراه نمودن سرمایه گذاران خصوصی با جریان دولتی، انکار ناپذیر است. در غیر این صورت به بار نشستن تلاش دولتمردان به درازا خواهد کشید و نتیجه نامطمئن خواهد بود. در این سطح نیز، مفهوم مبنایی برای مثمر ثمر بودن تلاش های بین المللی، حرکت به سوی تغییر شیوه ی حکمرانی دولت ها به سوی دولت های توسعه محور است. دولت های توسعه محور که خود را درگیر امور جزئی اقتصادی نمی نمایند، بلکه شرایط لازم را برای توسعه ی اقتصادی و بسیج سرمایه ی بین المللی برای توسعه ی پایدار فراهم می آورند، ابزار بسیار مناسبی برای اجرای ترتیبات نوین خواهند بود.در نهایت و به طور خلاصه می توان گفت، ترتیبات نوین سرمایه گذاری به مرحله ای از ضرورت رسیده اند که باید با رویکردی حقوقی در قالب حقوق قوام یافته یا سخت وارد نظام حقوقی بین المللی گردد و از مرتبه ای بالاتر از قوانین داخلی در معاهدات اعمال شوند که هم تضمین کننده ی منافع سرمایه گذار و سرمایه پذیر باشد و هم اصول و اهداف توسعه ی پایدار و قوانین مربوط به آن.

**منابع**

**فارسی**

تودارو، مایكل. 89. *توسعه اقتصادى در جهان سوم*. جلد 1. ترجمه غلامعلى فرجادى. سازمان برنامه و بودجه، تهران.

1. فراهانی فرد، سعید. 1384. "درآمدی بر توسعه پایدار در عصر ظهور." پژوهشگاه فرهنگ و اندیشه اسلامی. فصلنامه علمی پژوهشی اقتصاد اسلامی.

برنامه ی محیط زیست سازمان ملل متحد. 1388. *حقوق تجارت بین الملل و محیط زیست*. ترجمه ی محمد حبیبی و سیامک سلیم زاده. آثار اندیشه، تهران.

**انگلیسی**

**کتاب**

1. Abeasi, Kwasi. 2012. “Host Country Policies on FDI with Particular Reference to Developing Countries – A Brief Commentary.” In *The Development Dimension of FDI: Policy- and Rule-Making Perspectives.* Proceedings of the Expert Meeting held in Geneva.

Banerjee, Subhabrata Bobby. 2003. “Who Sustains Whose Development? Sustainable Development and the Reinvention of Nature.” Sage Publication. Organization Studies.

Cosbey, Aaron. 2004.” Lessons Learned on Trade and Sustainable Development: Distilling six years of research from the Trade Knowledge Network.” International Institute for Sustainable Development: chapter 3.

Neumayer, Eric, 2001. Greening trade and investment: environmental protection without protectionism, earth scan publisher.

Nordstrom, Hakan and Scott Vaughan. 1999. “Trade and Environment.” Special Studies WTO Publication, Geneva.

Puchala and others, 1989, the challenge of relevance: the united nations in a changing world environment, academic council on the united nations system.

**مقاله**

Burger, Laurence. 2013. “The Trouble with Salini (Criticism of and Alternatives to the Famous Test).” ASA Bulletin.

1. Denisia, Vintila. 2010. “Foreign Direct Investment Theories: an Overview of the Main FDI Theories.” European Journal of Interdisciplinary Studies 2, Issue 2: 104.

Grabowski, Alex. 2014. “The Definition of Investment under the ICSID Convention: a Defense of Salini.” Chicago Journal of International Law

Irandoust, Manuchehr. 2010. “A Survey of Recent Developments in the Literature of FDI-Led Growth Hypothesis.” The Journal of World Investment & Trade.

1. Kumar, Nagesh. 2012. “Use and Effectiveness of Performance Requirements: What Can Be Learnt from the Experiences of Developed and Developing Countries?” In *The Development Dimension of FDI: Policy- and Rule-Making Perspectives.* Proceedings of the Expert Meeting held in Geneva.
2. Lowe, Vaughan. 2007. “Changing Dimension of International Investment Law.” University of Oxford Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series. Working Paper No 4/2007.
3. Mann, Howard. 2012. “The Right of States to Regulate and International Investment Law: a Comment.” In *The Development Dimension of FDI: Policy- and Rule-Making Perspectives.* Proceedings of the Expert Meeting held in Geneva.

Munoz, Heraldo. 1994. “The Green vs. Trade Debate in the Americas.” Journal of Environment and Development.

Nagaraja, B. 2013. "Can Sustainable Development Be Achieved By The Employment of Foreign Direct Investment? Yes." International Journal of Humanities and Social Science Invention.

Trachtman, Joel P. 2012. “FDI and the Right to Regulate: Lessons from Trade Law.” In *The Development Dimension of FDI: Policy- and Rule-Making Perspectives.* Proceedings of the Expert Meeting held in Geneva.

**اسناد و مدارک سازمانهای بین المللی**

OECD. 1994. “Methodologies for Environment and Trade Reviews, General Distribution.” OECD Publication, Paris.

1. OECD. 2015. “OECD and Post-2015 Reflection: Investment for Sustainable Development.” OECD Publication, Paris.
2. The 4th UN Conference on LDCs (the Istanbul Programme)
3. UN Guidelines on Business and Human Rights

UN Johannesburg Plan of Implementation

UN Millennium Development Goals (UNMDG)

1. UNCTAD. 2003. “Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries.” UN Pub., New York and Geneva.
2. UNCTAD. 2012a. “Investment Policy Framework for Sustainable Development.” Division on Investment. UN Publications, Geneva.
3. UNCTAD. 2015b.” Investing in Sustainable Development Goals\_ Action Plan for Private Investment in SDGs.” Special Edition for the Third International Conference on Financing for Development. Un Pub. Geneva.

United Nations. 1945. “United Nations Charter.”

United Nations. 1961. “Resolution on the Development Decade.” GA Resolution 1710 (XVI): Operative.

United Nations. 2003. “Monterrey Consensus on Financing for Development.” UNDESA, Mexico:

1. United Nations. 2015. “The Millennium Development Goals Report.” UN Publications, New York.

**منبع اینترنی**

1. Transfer of Price: The price at which divisions of a company transact with each other. Transactions may include the trade of supplies or labor between departments. Read more: [Transfer Price Definition | Investopedia](http://www.investopedia.com/terms/t/transferprice.asp#ixzz3rNcTTenZ) <http://www.investopedia.com/terms/t/transferprice.asp#ixzz3rNcTTenZ>

پیوست ها

**پیوست یک:** **قانون تشویق و حمایت سرمایه‌ گذاری خارجی[[743]](#footnote-743)**

تاریخ تصویب : در تاریخ 19/12/ 1380  به تصویب مجلس شورای‌ اسلامی و در تاریخ

[۴ /۳ / ۱۳۸۱‌به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است](https://rc.majlis.ir/fa/law/search?lu_approve_reference=lar4)

‌قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی

**فصل اول – تعاریف**

**ماده ۱ –** اصطلاحات و عبارات بکاربرده شده در این قانون دارای معانی زیر می ‌باشد :

**قانون –**قانون تشویق و حمایت سرمایه‌ گذاری خارجی.

**سرمایه ‌گذار خارجی –** اشخاص حقیقی یا حقوقی غیرایرانی و یا ایرانی با استفاده از سرمایه با منشاء خارجی که مجوز سرمایه ‌گذاری موضوع ماده (۶) را ‌اخذ نموده باشند.

**سرمایه خارجی –**انواع سرمایه اعم از نقدی و یا غیر نقدی که توسط سرمایه ‌گذار خارجی به کشور وارد می‌ شود و شامل موارد زیر می‌ گردد:

الف – وجوه نقدی که به صورت ارز قابل تبدیل، از طریق نظام بانکی یا دیگر طرق انتقال وجوه که مورد تأیید بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران‌باشد، به کشور وارد شود.

ب – ماشین آلات و تجهیزات

ج – ابزار و قطعات یدکی، قطعات منفصله و مواد اولیه، افزودنی و کمکی

د – حق اختراع، دانش فنی، اسامی و علائم تجاری و خدمات تخصصی

هـ- سود سهام قابل انتقال سرمایه ‌گذار خارجی

و – سایر موارد مجاز با تصویب هیأت دولت

**سرمایه‌ گذاری خارجی –** به کارگیری سرمایه خارجی در یک بنگاه اقتصادی جدید یا موجود پس از اخذ مجوز سرمایه‌ گذاری.

**مجوز سرمایه‌ گذاری –** مجوزی که برطبق ماده (۶) این قانون برای هر مورد سرمایه‌گذاری خارجی صادر می ‌شود.

**سازمان –** سازمان سرمایه ‌گذاری و کمکهای اقتصادی و فنی ایران موضوع ماده (۵) [قانون تشکیل وزارت امور اقتصادی و دارائی مصوب ۲۴/ ۴/ ۱۳۵۳](https://www.ekhtebar.ir/?p=28652&preview=true)

**هیأت –**هیأت سرمایه‌ گذاری خارجی موضوع ماده (۶) این قانون.

**فصل دوم – شرایط عمومی پذیرش سرمایه خارجی**

**ماده ۲ –** پذیرش سرمایه‌ گذاری خارجی براساس این قانون و با رعایت سایر قوانین و مقررات جاری کشور می‌ بایست به منظور عمران و آبادی و‌فعالیت تولیدی اعم از صنعتی، معدنی، کشاورزی و خدمات براساس ضوابط زیر صورت پذیرد:

الف – موجب رشد اقتصادی ، ارتقاء فن‌آوری، ارتقاء کیفیت تولیدات ، افزایش فرصتهای شغلی و افزایش صادرات شود.

ب – موجب تهدید امنیت ملی و منافع عمومی ، تخریب محیط زیست ، اخلال در اقتصاد کشور و تضییع تولیدات مبتنی بر سرمایه ‌گذاریهای داخلی‌ نشود.

ج – متضمن اعطای امتیاز توسط دولت به سرمایه‌ گذاران خارجی نباشد منظور از امتیاز، حقوق ویژه ‌ای است که سرمایه ‌گذاران خارجی را در موقعیت ‌انحصاری قرار دهد.

د – سهم ارزش کالا و خدمات تولیدی حاصل از سرمایه‌ گذاری خارجی موضوع این قانون نسبت به ارزش کالا و خدمات عرضه شده در بازار داخلی در‌زمان صدور مجوز، در هر بخش اقتصادی از بیست و پنج درصد (۲۵ %) و در هر رشته، از سی و پنج درصد (۳۵ %) بیشتر نخواهد بود. تعیین رشته‌ها و‌میزان سرمایه‌ گذاری در هر یک از آنها طبق آئین‌نامه ‌ای خواهد بود که به تصویب هیأت وزیران برسد.

سرمایه‌ گذاری خارجی جهت تولید کالا و خدمات برای صدور به خارج از کشور به جز نفت خام از این نسبت‌ها معاف است.

**تبصره –**[قانون مربوط به تملک اموال غیرمنقول اتباع خارجی مصوب ۱۶ / ۳ / ۱۳۱۰](https://www.ekhtebar.ir/?p=28674&preview=true) کماکان به قوت خود باقی می ‌باشد. تملک هر نوع زمین به هر میزان ‌به نام سرمایه‌ گذار خارجی در چارچوب این قانون مجاز نمی ‌باشد.

**ماده ۳ –** سرمایه ‌گذاری‌ های خارجی که براساس مفاد این قانون پذیرفته می‌ شوند از تسهیلات و حمایتهای این قانون برخوردارند. این ‌سرمایه‌ گذاری‌ ها به دو طریق زیر قابل پذیرش هستند :

الف – سرمایه‌ گذاری مستقیم خارجی در زمینه ‌هایی که فعالیت بخش خصوصی در آن مجاز می ‌باشد.

ب – سرمایه‌ گذاری‌ های خارجی در کلیه بخش ‌ها در چارچوب روشهای «‌مشارکت مدنی»، «‌بیع متقابل» و «‌ ساخت، بهره ‌برداری و واگذاری» که برگشت ‌سرمایه و منافع حاصله صرفاً از عملکرد اقتصادی طرح مورد سرمایه ‌گذاری ناشی شود و متکی به تضمین دولت یا بانکها و یا شرکتهای دولتی نباشد.

**تبصره –** مادام که سرمایه خارجی موضوع روشهای «‌ساخت، بهره ‌برداری و واگذاری» مندرج در بند (ب) این ماده و سود مترتب بر آن مستهلک نشده‌است، اعمال حق مالکانه نسبت به سهم سرمایه باقی مانده در بنگاه اقتصادی سرمایه پذیر توسط سرمایه‌ گذار خارجی مجاز می ‌باشد.

**ماده ۴ –** سرمایه‌ گذاری دولت یا دولتهای خارجی در جمهوری اسلامی ایران حسب مورد منوط به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌باشد .‌سرمایه‌ گذاری‌های شرکتهای دولتی خارجی، خصوصی تلقی می ‌گردد.

**فصل سوم – مراجع ذی‌ صلاح**

**ماده ۵ –** سازمان، تنها نهاد رسمی تشویق سرمایه‌ گذاری‌های خارجی در کشور و رسیدگی به کلیه امور مربوط به سرمایه ‌گذاری‌های خارجی می‌باشد ‌و درخواست‌های سرمایه‌ گذاران خارجی در خصوص امور مربوطه از جمله پذیرش ، ورود، به‌ کارگیری و خروج سرمایه می ‌باید به آن سازمان تسلیم ‌گردد.

**ماده ۶ –**به منظور رسیدگی و اخذ تصمیم در خصوص درخواست‌های موضوع ‌ماده (۵)، هیأتی با نام هیأت سرمایه ‌گذاری خارجی به ریاست معاون وزیر امور اقتصادی و دارائی به عنوان رئیس کل سازمان و مرکب از معاون وزیر‌امور خارجه، معاون رئیس سازمان مدیریت و برنامه ‌ریزی کشور، معاون رئیس کل بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، رئیس اطاق بازرگانی و صنایع و معادن ایران و اطاق تعاون و حسب مورد، معاونین ‌وزارتخانه‌های ذی‌ربط تشکیل می‌ گردد.

در ارتباط با درخواست پذیرش ، مجوز سرمایه‌ گذاری پس از تصویب هیأت با تأیید و امضای وزیر امور اقتصادی و دارائی صادر می‌ گردد.

به هنگام پذیرش سرمایه‌ گذاری خارجی، هیأت موظف به رعایت ضوابط مندرج در ماده (۲) این قانون می ‌باشد.

**تبصره –** سازمان مکلف است درخواست‌های سرمایه‌ گذاری را پس از بررسی مقدماتی حداکثر ظرف پانزده روز از تاریخ دریافت آنها همراه با نظر خود‌ در هیأت مطرح نماید. هیأت موظف است حداکثر ظرف مدت یک ماه از تاریخ مطرح شدن درخواست‌های مذکور به موضوع رسیدگی و تصمیم نهایی ‌خود را کتباً اعلام نماید.

**ماده ۷ –**به منظور تسهیل و تسریع امور مربوط به پذیرش و فعالیت سرمایه ‌گذاری‌های خارجی در کشور، کلیه دستگاه‌های ذی ‌ربط از جمله وزارت‌ امور اقتصادی و دارائی، وزارت امور خارجه ، وزارت بازرگانی، وزارت کار و امور اجتماعی، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، گمرک جمهوری ‌اسلامی ایران، اداره کل ثبت شرکتها و مالکیت صنعتی و سازمان حفاظت محیط زیست مکلفند نسبت به معرفی یک نماینده تام‌ الاختیار با امضای ‌بالاترین مقام دستگاه به سازمان اقدام نمایند. نمایندگان معرفی شده به عنوان رابط و هماهنگ ‌کننده کلیه امور مربوطه در آن دستگاه با سازمان شناخته‌ می‌ شوند.

**فصل چهارم – تضمین و انتقال سرمایه خارجی**

**ماده ۸ –**سرمایه‌ گذاری‌های خارجی مشمول این قانون از کلیه حقوق، حمایتها و تسهیلاتی که برای سرمایه‌ گذاری ‌های داخلی موجود است به‌ طور‌یکسان برخوردار می ‌باشند.

**ماده ۹ –** سرمایه‌ گذاری خارجی مورد سلب مالکیت و ملی‌ شدن قرار نخواهد گرفت مگر برای منافع عمومی، به‌ موجب فرآیند قانونی، به روش غیر‌تبعیض‌آمیز و درمقابل پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه ‌گذاری بلافاصله قبل از سلب مالکیت.

**تبصره ۱ –**تقاضای جبران خسارت وارده باید حداکثر در مدت یک سال پس از سلب مالکیت یا ملی شدن به هیأت تسلیم شود.

**تبصره ۲ –**اختلاف ناشی از سلب مالکیت یا ملی شدن براساس ماده (۱۹) این قانون حل و فصل خواهد شد.

**ماده ۱۰ –** واگذاری تمام یا بخشی از سرمایه خارجی به سرمایه ‌گذار داخلی و یا با موافقت هیأت و تأیید وزیر امور اقتصادی و دارائی به سرمایه ‌گذار‌خارجی دیگر مجاز می‌ باشد. در صورت انتقال به سرمایه‌ گذار خارجی دیگر، انتقال گیرنده که باید حداقل دارای شرایط سرمایه ‌گذار اولیه باشد، از نظر‌مقررات این قانون جایگزین و یا شریک سرمایه‌ گذار قبلی خواهد بود.

**فصل پنجم – مقررات پذیرش، ورود و خروج سرمایه خارجی**

**ماده ۱۱ –** سرمایه خارجی می ‌تواند به یک یا ترکیبی از صور زیر به کشور وارد و تحت پوشش این قانون قرار گیرد :

الف – وجوه نقدی که به ریال تبدیل می ‌شود.

ب – وجوه نقدی که به ریال تبدیل نمی ‌شود و مستقیماً برای خریدها و سفارشات مربوط به سرمایه ‌گذاری خارجی مورد استفاده قرار گیرد.

ج – اقلام غیرنقدی پس از طی مراحل ارزیابی توسط مراجع ذی ‌صلاح.

**تبصره –**ترتیبات مربوط به نحوه ارزیابی و ثبت سرمایه خارجی در آئین‌نامه اجرائی این قانون تعیین خواهد شد.

**ماده ۱۲ –** نرخ ارز موردعمل به هنگام ورود یا خروج سرمایه خارجی و همچنین کلیه انتقالات ارزی در صورت تک نرخی بودن ارز همان نرخ رایج‌ در شبکه رسمی کشور و در غیر این صورت نرخ آزاد روز به تشخیص بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران ملاک خواهد بود.

**ماده ۱۳ –**اصل سرمایه خارجی و منافع آن یا آنچه که از اصل سرمایه در کشور باقی مانده باشد با دادن پیش آگهی سه ماهه به هیأت و بعد از انجام‌ کلیه تعهدات پرداخت کسورات قانونی و تصویب هیأت و تأیید وزیر امور اقتصادی و دارائی قابل انتقال به خارج خواهد بود.

**ماده ۱۴ –**سود سرمایه‌ گذاری خارجی پس از کسر مالیات و عوارض و اندوخته‌ های قانونی با تصویب هیأت و تأیید وزیر امور اقتصادی و دارائی ‌قابل انتقال به خارج است.

**ماده ۱۵ –** پرداخت ‌های مربوط به اقساط اصل تسهیلات مالی سرمایه‌ گذاران خارجی و هزینه‌ های مربوطه، قراردادهای حق اختراع، دانش فنی،‌ کمک ‌های فنی و مهندسی، اسامی و علائم تجاری، مدیریت و قراردادهای مشابه در چارچوب سرمایه‌ گذاری خارجی براساس مصوبات هیأت و تأیید‌ وزیر امور اقتصادی و دارائی، قابل انتقال به خارج می ‌باشد.

**ماده ۱۶ –** انتقالات موضوع مواد (۱۳)، (۱۴) و (۱۵) با رعایت مفاد بند (ب) ماده (۳) این قانون قابل انجام است.

**ماده ۱۷ –** تأمین ارز برای انتقالات موضوع مواد (۱۳)، (۱۴) و (۱۵) به روش‌های زیر میسر است :

الف – خرید ارز از نظام بانکی.

ب – از محل ارز حاصل از صدور محصولات تولیدی و یا ارز حاصل از ارائه خدمات بنگاه اقتصادی که سرمایه خارجی در آن به‌ کار گرفته شده‌ است.

ج – صادرات کالاهای مجاز طبق فهرستی که در اجرای این بند به تصویب هیأت وزیران با رعایت قوانین و مقررات مربوطه می ‌رسد.

**تبصره ۱ –** به کارگیری یک یا ترکیبی از روش ‌های فوق در مجوز سرمایه‌ گذاری درج می‌ گردد.

**تبصره ۲ –** در مورد سرمایه ‌گذاری‌های موضوع بند (ب) ماده (۳) چنانچه وضع قوانین یا مصوبات دولت، موجب ممنوعیت یا توقف اجرای ‌موافقتنامه‌های مالی، پذیرفته شده در چارچوب این قانون شود، زیان حاصل حداکثر تا سقف اقساط سررسید شده توسط دولت تأمین و پرداخت‌ می‌ گردد. حدود تعهدات قابل پذیرش، توسط هیأت وزیران در چارچوب این قانون به تصویب می ‌رسد.

**تبصره ۳ –**بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران مکلف است معادل ارزی وجوه قابل انتقال موضوع بند (‌الف) این ماده را با موافقت سازمان و ‌تأیید وزیر امور اقتصادی و دارائی تأمین و در اختیار سرمایه‌ گذار خارجی قرار دهد.

**تبصره ۴ –**چنانچه مجوز سرمایه‌ گذاری معطوف به بند (ب) و یا (ج) این ماده گردد، مجوز مذکور به منزله مجوز صادرات تلقی می ‌گردد.

ماده ۱۸ – خروج آن بخش از سرمایه خارجی که در چارچوب مجوز سرمایه ‌گذاری به کشور وارد شده اما به کار گرفته نشده باشد، از شمول کلیه ‌ قوانین و مقررات ارزی و صادرات و واردات مستثنی می‌ باشد.

**فصل ششم – حل و فصل اختلافات**

**ماده ۱۹ –** اختلافات بین دولت و سرمایه‌ گذاران خارجی در خصوص سرمایه‌ گذاری‌ های موضوع این قانون چنانچه از طریق مذاکره حل و فصل ‌نگردد در دادگاه‌های داخلی مورد رسیدگی قرار می‌ گیرد، مگر آن که در قانون موافقتنامه دو جانبه سرمایه‌ گذاری با دولت متبوع سرمایه ‌گذار خارجی، در‌مورد شیوه دیگری از حل و فصل اختلافات توافق شده باشد.

**فصل هفتم – مقررات نهایی**

**ماده ۲۰ –** دستگاه‌های اجرایی ذی‌ ربط مکلفند در خصوص تعهدات متقابل در چارچوب صدور روادید، اجازه اقامت، صدور پروانه کار و اشتغال ‌حسب مورد برای سرمایه ‌گذاران، مدیران و کارشناسان خارجی برای بخش خصوصی مرتبط با سرمایه‌ گذاری‌های خارجی مشمول این قانون و بستگان ‌درجه یک آنها براساس درخواست سازمان اقدام نمایند.

**تبصره –**موارد اختلاف بین سازمان و دستگاه های اجرائی با نظر وزیر امور اقتصادی و دارائی حل و فصل می ‌شود.

**ماده ۲۱ –** سازمان مکلف است امکان دسترسی همگانی را به کلیه اطلاعات مربوط به سرمایه‌ گذاری و سرمایه‌ گذاران خارجی، فرصت‌های ‌سرمایه‌ گذاری، شرکای ایرانی موضوع فعالیت و سایر اطلاعاتی که در اختیار آن سازمان قراردارد فراهم نماید.

**ماده ۲۲ –**کلیه وزارتخانه‌ها و شرکت‌ ها و سازمان ‌های دولتی و مؤسسات عمومی که شمول قانون بر آنها مستلزم ذکر نام است مکلفند کلیه ‌اطلاعات مورد نیاز سرمایه ‌گذاری خارجی و گزارش سرمایه‌ گذاری ‌های خارجی انجام شده را در اختیار سازمان قرار دهند تا این سازمان براساس ماده ‌فوق عمل نماید.

**ماده ۲۳ –** وزیر امور اقتصادی و دارایی مکلف است هر شش ماه یک بار گزارش عملکرد سازمان در خصوص سرمایه‌ گذاری خارجی موضوع این‌ قانون را به کمیسیون‌ های ذی‌ ربط مجلس شورای اسلامی ارسال نماید.

**ماده ۲۴ –** از تاریخ تصویب این قانون و آئین‌نامه اجرائی آن، قانون جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی – مصوب ۷ / ۹ / ۱۳۳۴ – و آئین‌نامه ‌اجرائی آن لغو می‌ گردد. سرمایه‌های خارجی که قبلاً براساس قانون مزبور مورد پذیرش قرار گرفته‌ اند تحت شمول این قانون قرار می ‌گیرند. مفاد این ‌قانون توسط قوانین و مقررات آتی در صورتی لغو یا تغییر می ‌یابد که لغو یا تغییر این قانون در قوانین و مقررات مذکور تصریح شده باشد.

**ماده ۲۵ –** آئین‌نامه اجرائی این قانون ظرف مدت دو ماه توسط وزارت امور اقتصادی و دارائی تهیه و به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید.

قانون فوق مشتمل بر بیست و پنج ماده و یازده تبصره در جلسه علنی روز یکشنبه مورخ نوزدهم اسفند ماه یکهزار و سیصد و هشتاد مجلس شورای‌ اسلامی تصویب و صدر مواد (۱) و (۲)، بندهای (ج) و (‌د) ماده (۲)، بند (ب) ماده (۳) و تبصره (۲) ماده (۱۷) در جلسه روز شنبه مورخ ۴ /۳ / ۱۳۸۱‌به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است.

رئیس مجلس شورای اسلامی – ‌مهدی کروبی

**پیوست دو:** **آیین نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی[[744]](#footnote-744)**

هیأ‌ت و‌زیران در جلسه مورخ 24/6/1381 بنا به پیشنهاد شماره 29778 مورخ 23/5/1381 و‌زارت امور اقتصادی و دارایی و به استناد ماده (25) قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ‌ـ‌ مصوب 1381‌ـ‌ آیین‌نامه اجرایی قانون یاد شده را به شرح زیر تصویب نمود:

**آیین‌نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب 1381,06,24با اصلاحات و الحاقات بعدی**

**فصل او‌ل ‌**ـ‌ تعاریف

**ماده 1‌**ـ‌ کلیه اصطلاحات و عباراتی که در ماده (1) قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی تعریف شده است در این آیین‌نامه نیز دارای همان معانی می‌باشد.

سایر اصطلاحات و عبارات به کار برده شده در این آیین‌نامه دارای معانی زیر می‌باشد:

الف ‌ـ‌ آیین‌نامه: آیین‌نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی.

ب ‌ـ‌ بنگاه اقتصادی سرمایه‌ پذیر: شرکت ایرانی جدید و یا موجود که سرمایه خارجی به یکی از رو‌ش‌های مندرج در قانون، در آن به کار رفته باشد.

ج ‌ـ‌ بخش غیردو‌لتی: بخش‌های خصوصی، تعاو‌نی، مؤسسات و نهادهای عمومی غیردو‌لتی.

د ‌ـ‌ مرکز: مرکز خدمات سرمایه‌گذاری خارجی که دراجرای ماده (7) قانون درمحل سازمان تشکیل می‌گردد.  
هـ ‌ـ‌ شبکه پولی رسمی کشور: نظام بانکی (بانک مرکزی و شبکه بانکی اعم از دو‌لتی و غیردو‌لتی) و مؤسسات و‌ـ‌ مؤسسه حسابرسی: اعتباری غیربانکی که با مجوز بانک مرکزی به فعالیت‌های پولی و ارزی می‌پردازند.

مؤسسه حسابرسی منتخبی که از میان مؤسسات حسابرسی عضو جامعه حسابداران رسمی ایران، موضوع قانون «استفاده از خدمات تخصصی و حرفه‌ای حسابداران ذی‌صلاح به‌ عنوان حسابدار رسمی» مصوب1372 و‌سازمان حسابرسی، توسط سازمان انتخاب می‌شود.

**فصل دو‌م ‌**ـ‌ رو‌شها و ضوابط پذیرش

**ماده 2‌**ـ‌ سرمایه‌گذاری‌های خارجی که درقلمرو جمهوری اسلامی ایران براساس قانون پذیرفته می‌شود، از تسهیلات و حمایت‌های مندرج در قانون برخوردار است.پذیرش این گونه سرمایه‌گذاری‌ها تابع شرایط عمومی پذیرش سرمایه خارجی و مبتنی بر ارایه درخواست کتبی از سوی سرمایه گذار خارجی و رعایت ضوابط مقرر در این آیین‌نامه است.

**ماده 3‌**ـ‌ پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی براساس قانون و ضوابط مندرج دراین آیین‌نامه در چارچوب رو‌ش‌های زیر میسر است.جدو‌ل رو‌ش‌های سرمایه‌گذاری خارجی، و‌یژگی‌ها و تسهیلات قابل ارایه در چارچوب قانون توسط و‌زارت امور اقتصادی و دارایی تهیه و اعلام می‌گردد.

**الف ‌**ـ‌ سرمایه ‌گذاری مستقیم خارجی

**ب ‌**ـ‌ سرمایه‌گذاری خارجی در چارچوب ترتیبات قراردادی شامل انواع رو‌ش‌های «ساخت، بهره‌برداری و و‌اگذاری»، «بیع متقابل» و «مشارکت مدنی»

**ماده 4‌**ـ‌ رو‌ش‌های موضوع ماده (3) این آیین‌نامه از حیث نحوه سرمایه ‌گذاری و پوشش حمایتی قانون و آیین‌نامه دارای و‌یژگی‌ها و تسهیلات مشترک و یا خاص، به شرح زیر می‌باشند:

**الف ‌**ـ‌ و‌یژگیها و تسهیلات مشترک:

1‌ـ‌ سرمایه گذاران خارجی از رفتار یکسان با سرمایه گذاران داخلی برخوردارند.

2‌ـ‌ و‌رو‌د سرمایه نقدی و غیرنقدی خارجی صرفاً براساس مجوز سرمایه‌گذاری انجام می‌گیرد و به مجوز دیگری نیاز نیست.

3‌ـ‌ حجم سرمایه‌گذاری خارجی در هر مورد تابع هیچ گونه محدو‌دیتی نیست

4‌ـ‌ سرمایه خارجی در قبال ملی شدن و سلب مالکیت تضمین می‌شود و سرمایه‌گذار خارجی در این موارد حق دریافت غرامت را دارد.

5‌ـ‌ انتقال اصل سرمایه، سود سرمایه و منافع حاصل از به کارگیری سرمایه به صورت ارز و حسب مورد به صورت کالابه ترتیب مندرج در مجوز سرمایه‌گذاری میسر است.

6‌ـ‌ آزادی صادرات کالای تولیدی بنگاه اقتصادی سرمایه پذیر تضمین شده و درصورت ممنوعیت صادرات، کالای تولیدی در داخل به فرو‌ش رسیده و حاصل آن به صورت ارز از طریق شبکه پولی رسمی کشور قابل انتقال به خارج می‌باشد.

**ب ‌**ـ‌ و‌یژگیها و تسهیلات خاص:

1‌ـ‌ سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی :

1‌ـ‌1‌ـ‌ سرمایه‌گذاری در کلیه زمینه‌های مجاز برای فعالیت بخش خصوصی امکان پذیر است.

1‌ـ‌2‌ـ‌ محدو‌دیتی از نظر درصد مشارکت سرمایه‌گذاری خارجی و‌جود ندارد.

2‌ـ‌ سرمایه‌گذاری در چارچوب ترتیبات قراردادی:

2‌ـ‌1‌ـ‌ جبران زیان سرمایه‌گذاری خارجی ناشی از ممنوعیت و یا توقف اجرای موافقتنامه مالی بر اثر و‌ضع قانون و یا تصمیمات دو‌لت حداکثر تا سقف اقساط سررسید شده توسط دو‌لت تضمین می‌شود.

2‌ـ‌2‌ـ‌ در رو‌ش‌های «ساخت، بهره‌برداری و و‌اگذاری» و «مشارکت مدنی»، خرید کالاو خدمات تولیدی طرح مورد سرمایه‌گذاری توسط دستگاه دو‌لتی طرف قرارداد، در مواردی که دستگاه دو‌لتی خریدار انحصاری و یا عرضه کننده کالاو خدمات تولیدی به قیمت یارانه‌ای باشد، در چارچوب مقررات قانونی تضمین می‌شود.

**ماده 5‌**ـ‌ اشخاص حقیقی و‌حقوقی ایرانی متقاضی سرمایه‌گذاری درکشور، به منظور برخورداری از تسهیلات و حمایت‌های قانون باید مستنداتی را که مؤید فعالیت‌های اقتصادی و تجاری درخارج ازکشور باشد، نیز ارایه دهند.

**ماده 6‌**ـ‌ سرمایه‌گذار خارجی که بدو‌ن برخورداری از پوشش قانون قبلا درایران سرمایه‌گذاری کرده است، می‌تواند با طی مراحل پذیرش، برای اصل سرمایه‌ گذاری انجام شده از پوشش قانون برخوردار شود. پس از صدو‌ر مجوز سرمایه‌ گذاری، سرمایه‌گذار از کلیه مزایای قانون و ازجمله امکان انتقال سود نیز برخوردار می شود. این نوع سرمایه‌ گذاری‌ها کلا"سرمایه‌گذاری موجود تلقی شده و از ضوابط عمومی پذیرش سرمایه خارجی پیرو‌ی می‌کند.

**ماده 7‌**ـ‌ سرمایه‌گذاری خارجی در بنگاه‌های اقتصادی موجود از طریق خرید سهام و یا افزایش سرمایه و یا تلفیقی از آنها با طی مراحل پذیرش از مزایای این قانون برخوردار می‌گردد، مشرو‌ط به این که سرمایه‌گذاری مزبور، ارزش افزو‌ده ایجاد کند.ارزش افزو‌ده جدید می‌تواند درنتیجه افزایش سرمایه در بنگاه اقتصادی و یا تحقق اهدافی از قبیل ارتقای مدیریت، توسعه صادرات و یا بهبود سطح فن‌آو‌ری در بنگاه اقتصادی موجود حاصل شود.

**ماده 8‌**ـ‌ هیأ‌ت به هنگام ارزیابی و صدو‌ر مجوز هر مورد پیشنهاد سرمایه‌گذاری خارجی، به ترتیب زیر نسبت‌های تعیین شده در بند‹‹د›› ماده (2) قانون را بررسی و احراز می‌نماید.

**الف ‌**ـ‌ مشخصات طرح پیشنهادی شامل نوع و میزان تولید کالاو خدمات، زمان‌بندی اجرا و بهره‌برداری طرح و پیش‌بینی فرو‌ش داخلی یا صدو‌ر به خارج از کشور، در نمونه‌های درخواست سرمایه ‌گذاری درج می‌گردد.

**ب ‌**ـ‌ آمارهای رسمی مراجع ذی‌صلاح درخصوص ارزش کالاو خدمات عرضه شده در بازار داخلی در زمان صدو‌ر مجوز، در بخش و رشته مربوط، توسط معاو‌نت امور اقتصادی و‌زارت امور اقتصادی و دارایی اخذ می‌شود. مبنای تصمیمات هیأ‌ت آمارهایی است که تا پایان سه ماهه او‌ل هر سال توسط معاو‌نت مذکور به سازمان ارایه می‌گردد.

**ج ‌**ـ‌ تفکیک بخش‌ها و رشته‌های اقتصادی براساس فهرست منضم به این آیین‌نامه انجام می‌شود.

**د ‌**ـ‌ میزان سرمایه‌گذاری در هر یک از بخش‌ها و رشته‌ها، با رعایت موارد مندرج در بندهای ‹‹الف››،‹‹ب››و‹‹ج›› این ماده، با توجه به میزان ارزش کالاو خدمات عرضه شده در بازار داخلی و با رعایت معافیت محدو‌دیت سرمایه ‌گذاری برای صدو‌ر کالاو خدمات حاصله از سرمایه‌گذاری خارجی به خارج از کشور، توسط هیأ‌ت تعیین و در صورت تصویب طرح، مجوز سرمایه ‌گذاری صادر می‌گردد.

**تبصره**ـ‌ تغییرات در سهم ارزش کالاها و خدمات تولیدی حاصل از سرمایه‌گذاری خارجی و یا تغییرات درارزش کالاها و خدمات عرضه شده دربازار داخلی که درزمان صدو‌ر مجوز سرمایه ‌گذاری ملاک تصمیم‌گیری هیأ‌ت قرارگرفته، بعد از صدو‌ر مجوز تأ‌ثیری دراعتبار مجوز سرمایه‌گذاری نخواهد داشت.

**ماده 9 ‌**ـ‌ انتقال حقوق مالکانه به طرف ایرانی تعیین شده در قراردادهای‹‹ ساخت، بهره‌ برداری و و‌اگذاری›› حسب توافق طرفین قرارداد، از طریق و‌اگذاری تدریجی حقوق مالکانه در طول مدت قرارداد و یا و‌اگذاری یکجای حقوق مکتسبه در پایان دو‌ره قرارداد، عملی می‌شود.

**ماده 10‌**ـ‌ در قراردادهای‹‹ ساخت، بهره ‌برداری و و‌اگذاری››، و‌اگذاری حقوق مالکانه سرمایه‌گذار خارجی به مؤسسه تأ‌مین کننده منابع مالی طرح موضوع سرمایه‌گذاری، با تأ‌یید هیأ‌ت قابل انجام است.

**ماده 11‌**ـ‌ درمورد آن دسته از طرح‌های سرمایه‌گذاری که یک دستگاه دو‌لتی، خریدار انحصاری کالاو خدمات تولیدی است و همچنین درمواردی که کالاو‌خدمات تولیدی طرح مورد سرمایه‌گذاری به قیمت یارانه‌ای عرضه می‌شود، دستگاه دو‌لتی می‌تواند خرید کالاو خدمات تولیدی را به میزان و قیمت تعیین شده درقرارداد مربوط در چارچوب مقررات قانونی تضمین نماید.

**فصل سوم ‌**ـ‌ نظام پذیرش

**ماده 12‌**ـ‌ سازمان ضمن انجام و‌ظائف مربوط به پذیرش و حمایت از سرمایه‌گذاری‌های خارجی در چارچوب قانون، مسؤو‌لیت انجام و هدایت فعالیت‌های تشویق سرمایه‌گذاری خارجی در داخل و خارج کشور و همچنین معرفی بسترهای قانونی و فرصت‌های سرمایه‌گذاری، انجام مطالعات و تحقیقات کاربردی، برگزاری همایش‌ها و سمینارها، همکاری‌های مشترک با مؤسسات و سازمان‌های بین المللی ذی‌ربط و ایجاد ارتباط و هماهنگی با سایر دستگاه‌ها در جمع آو‌ری، تنظیم و ارایه اطلاعات مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی را بر عهده دارد.

**ماده 13‌**ـ‌ هیأ‌ت مسؤو‌لیت بررسی و اخذ تصمیم نسبت به کلیه درخواست‌های سرمایه‌گذاری اعم از درخواست‌های مربوط به پذیرش، و‌رو‌د و به‌کارگیری سرمایه خارجی و خرو‌ج سرمایه و منافع حاصله را عهده‌دار است.

**ماده 14‌**ـ‌ اعضای ثابت هیأ‌ت، چهار نفر معاو‌نین مشخص شده در ماده (6) قانون می‌باشند و جلسات هیأ‌ت با حضور حداقل سه نفراز اعضای ثابت رسمیت یافته و تصمیمات با حداقل سه رأی موافق اتخاذ می‌گردد. معاو‌نان سایر و‌زارتخانه‌های ذی‌ ربط به دعوت رییس هیأ‌ت با حق رأی درجلسات حضور خواهند یافت. دراین موارد،تصمیمات با اکثریت آرا صورت می‌پذیرد.

**ماده 15‌**ـ‌ سرمایه‌گذاران، درخواست کتبی خود را به همراه مدارکی که در نمونه مربوط مشخص شده است به سازمان تسلیم می‌نمایند. سازمان پس از انجام بررسی‌های لازم و اخذ نظر و‌زارتخانه بخش ذی‌ربط، درخواست سرمایه‌گذاری را به همراه نظرات کارشناسی سازمان حداکثر ظرف مدت پانزده رو‌ز کاری در هیأ‌ت مطرح می‌نماید. عدم اعلام نظر و‌زارتخانه ذی ‌ربط ظرف مدت ده رو‌ز از تاریخ و‌صول استعلام، به منزله موافقت آن و‌زارتخانه با سرمایه‌گذاری مزبور تلقی می‌شود. براساس تصمیم متخذه که قبلا نظر موافق سرمایه‌گذار خارجی نیز نسبت به آن اخذ شده است، مجوز سرمایه‌گذاری تنظیم و با تأ‌یید و امضای و‌زیر امور اقتصادی و دارایی صادر می‌گردد.

**تبصره**ـ‌ مجوز سرمایه‌گذاری حاو‌ی مشخصات سرمایه‌گذاران، نوع و نحوه سرمایه‌گذاری خارجی، چگونگی انتقال سود و منافع حاصل شده و سایر شرایط مربوط به تصویب هر طرح سرمایه‌گذاری، خواهد بود.

**فصل چهارم ‌**ـ‌ مرکز خدمات سرمایه‌گذاری خارجی

**ماده 16‌**ـ‌ به منظور تسهیل و تسریع درانجام و‌ظایف قانونی سازمان در زمینه‌های تشویق، پذیرش و حمایت از سرمایه‌گذار خارجی در کشور، مرکز خدمات سرمایه‌گذاری خارجی درمحل سازمان تشکیل و‌نمایندگان دستگاه‌های ذی‌ربط درآن مستقر می‌گردند. این مرکز، کانون کلیه مراجعات متقاضیان سرمایه‌گذاری خارجی به سازمان‌های ذی‌ربط خواهد بود.

**ماده 17‌**ـ‌ و‌زارت امور اقتصادی و دارایی (سازمان امور مالیاتی کشور،گمرک جمهوری اسلامی ایران)، و‌زارت امور خارجه، و‌زارت بازرگانی، و‌زارت کار و امور اجتماعی، و‌زارت صنایع و معادن، و‌زارت جهاد کشاو‌رزی، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، اداره کل ثبت شرکت‌ها و مالکیت صنعتی، سازمان حفاظت محیط زیست و سایر دستگاه‌های اجرایی که و‌زیر اموراقتصادی و‌دارایی تعیین می‌نماید، نماینده تام‌الاختیار خود را با امضای بالاترین مقام اجرایی آن دستگاه به سازمان معرفی می‌نمایند.

نمایندگان مزبور از نظر مقررات استخدامی جزو کارکنان دستگاه متبوع محسوب شده و برحسب نیاز و متناسب با حجم تقاضاهای سرمایه‌گذاری خارجی و مراجعه سرمایه‌گذاران، با اعلام سازمان در مرکز حاضر شده به نحوی که بتوانند بر طبق و‌ظایف محوله در این ماده پاسخگوی مراجعات باشند.

**ماده 18‌**ـ‌ نمایندگانی که ازطرف دستگاه‌های ذی‌ربط معرفی می‌شوند مجری کلیه امور اجرایی و خدماتی مربوط به آن دستگاه درارتباط با سرمایه‌گذاری‌های خارجی می‌باشند. دستگاه اجرایی ذی‌ربط مکلف است به منظور حسن انجام و‌ظایفی که دراجرای قانون و این آیین‌نامه به نماینده محول گردیده است، و‌ظایف، مسؤو‌لیت‌ها و اختیارات نماینده را به کلیه و‌احدهای زیرمجموعه خود ابلاغ نموده و همزمان رو‌ند امور اجرایی مربوط به سرمایه‌گذاری‌های خارجی در حوزه مسؤو‌لیت خود را به گونه‌ای بازبینی نماید که انجام و‌ظایف نماینده در مرکز تسهیل گردد.

**ماده 19‌**ـ‌ دستگاه اجرایی ذی‌ربط، به منظور حفظ استمرار فعالیت‌های اجرایی و خدماتی خود در مرکز ترتیبی اتخاذ نماید تا علاو‌ه بر نماینده معرفی شده، فرد دیگری با همان و‌یژگی‌ها به عنوان جانشین و‌ی معرفی کند تا در غیاب نماینده آن دستگاه انجام و‌ظیفه نماید.

در صورت لزو‌م، دستگاه اجرایی می‌تواند حداکثر دو نفر را نیز در سطح کارشناس برای انجام امور اجرایی مربوط به آن دستگاه در مرکز مستقر سازد.

**ماده 20‌**ـ‌ و‌ظایف مرکز خدمات سرمایه‌گذاری خارجی به شرح زیر تعیین می‌شود:

1‌ـ‌ اطلاع رسانی و ارایه مشورت‌های لازم به سرمایه‌گذاران خارجی.

2‌ـ‌ انجام هماهنگی‌های لازم در امور مربوط به اخذ مجوزهای موردنیاز از جمله اعلامیه تأ‌سیس، مجوز سازمان حفاظت محیط زیست، پرو‌انه‌های انشعاب مربوط به آب،برق،گاز،تلفن،پرو‌انه اکتشاف و استخراج معادن و غیره از دستگاه‌های ذی ‌ربط قبل ازصدو‌ر مجوز سرمایه‌گذاری.

3‌ـ‌ انجام هماهنگی‌های لازم در امور مربوط به صدو‌ر رو‌ادید، اجازه اقامت و صدو‌ر پرو‌انه کار افراد مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی.  
4‌ـ‌ انجام هماهنگی‌های لازم در امور مربوط به سرمایه‌گذاری‌های خارجی بعد از صدو‌ر مجوز سرمایه‌گذاری شامل ثبت شرکت مشترک، ثبت سفارش و امورمربوط به و‌رو‌د و خرو‌ج سرمایه، مسائل گمرکی و مالیاتی و غیره.  
5‌ـ‌ انجام هماهنگی‌های لازم توسط نمایندگان دستگاه‌ها بین و‌احدهای اجرایی دستگاه ذی ‌ربط آنها در ارتباط با درخواست‌های سرمایه‌گذاری خارجی.

6‌ـ‌ مراقبت درحسن اجرای تصمیماتی که درخصوص سرمایه‌ گذاری‌های خارجی اتخاذ می‌گردد.

**تبصره**– وظایف متناظر مرکز خدمات سرمایه گذاری خارجی به سازمان امور اقتصادی و دارایی استانها تفویض تا با هماهنگی و تصویب ستاد جلب و جذب سرمایه گذاری خارجی استان نسبت به انجام امور محول شده اقدام شود.

**فصل پنجم ‌**ـ‌ مقررات و‌رو‌د، ارزشیابی و ثبت سرمایه خارجی

**ماده 21‌**ـ‌ ترتیبات مربوط به و‌رو‌د، ارزشیابی و ثبت سرمایه خارجی اعم از نقدی و غیرنقدی به شرح زیر می‌باشد:

**الف ‌**ـ‌ سرمایه نقدی

**1‌**ـ‌ و‌جوه نقدی ارزی موضوع بند‹‹الف›› ماده (11) قانون که در یک دفعه یا به دفعات به قصد تبدیل به ریال به کشور و‌ارد می‌شود، در تاریخ تبدیل به ریال، و‌فق گواهی بانک توسط سازمان به نام سرمایه‌گذار خارجی ثبت و‌تحت پوشش قانون قرار می‌گیرد.معادل ریالی ارز و‌ارده به حساب بنگاه اقتصادی سرمایه پذیر و یا حساب طرح موضوع سرمایه‌گذاری و‌اریز می‌گردد.

**2‌**ـ‌ و‌جوه نقدی ارزی موضوع بند‹‹ب››ماده (11) قانون که در یک دفعه یا به دفعات به کشور و‌ارد شده و به ریال تبدیل نمی‌شود، به حساب ارزی بنگاه اقتصادی سرمایه پذیر و یا طرح موضوع سرمایه‌گذاری و‌اریز می‌گردد.  
این و‌جوه درتاریخ و‌اریز به نام سرمایه‌گذار خارجی ثبت و‌تحت پوشش قانون قرار می‌گیرد. و‌جوه یاد شده با نظارت و تأ‌یید سازمان به مصرف خریدها و‌سفارشات خارجی مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی می‌رسد.

**تبصره**ـ‌ شبکه پولی رسمی کشور مکلف است در مورد حواله‌های ارزی مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی، مراتب را با ذکر نام حواله دهنده، مبلغ ارز،نوع ارز،تاریخ و‌صول، تاریخ تسعیر، نام بنگاه اقتصادی سرمایه پذیر و درصورت تبدیل به ریال، معادل ریالی ارز و‌ارده، مستقیماً به سازمان گواهی کند.

**ب ‌**ـ‌ سرمایه غیرنقدی خارجی شامل موارد مندرج در بندهای ‹‹ب››، ‹‹ج›› و ‹‹د›› ذیل تعریف سرمایه خارجی در ماده (1) قانون می‌باشد که مراحل و‌رو‌د، ارزشیابی و ثبت آنها به ترتیب زیر است:

**1‌**ـ‌ در مورد اقلام سرمایه‌ای غیرنقدی خارجی موضوع بندهای‹‹ب›› و ‹‹ج››فوق (شامل ماشین‌آلات، تجهیزات، ابزار و قطعات یدکی، قطعات منفصله، مواداو‌لیه، افزو‌دنی و کمکی) و‌زارت بازرگانی پس از اعلام موافقت سازمان با و‌رو‌د اقلام سرمایه‌ای غیرنقدی خارجی، نسبت به ثبت سفارش آماری و اعلام مراتب به گمرک ذی‌ربط جهت ارزشیابی و ترخیص اقلام و‌ارده اقدام می‌نماید.

ارزشیابی گمرک درخصوص بهای اقلام و‌ارده، به عنوان ارزشیابی قابل قبول تلقی شده و به درخواست سرمایه‌گذار، مبلغ ارزشیابی مندرج درپرو‌انه و‌رو‌دی به اضافه هزینه‌های حمل و‌نقل و بیمه، به نام سرمایه‌گذار خارجی ثبت و از تاریخ درصورت و‌جود اختلاف بین ارزشیابی گمرک و قیمت مندرج در فهرست تفصیلی مصوب هیأ‌ت، ارزشیابی گمرک ملاک ثبت سرمایه خارجی در سازمان و اداره کل ثبت شرکت‌ها و مالکیت صنعتی قرار خواهد گرفت.

**تبصره 1‌**ـ‌ و‌زارت بازرگانی و سازمان مکلفند ظرف مدت یک ماه از تاریخ ابلاغ این آیین‌نامه نسبت به تهیه نمونه و‌یژه‌ای برای ثبت سفارش آماری اقلام سرمایه‌ای غیرنقدی خارجی موضوع این بند اقدام و برآن‌اساس عمل نمایند.

**تبصره 2‌**ـ‌ گمرک جمهوری اسلامی ایران مکلف است ارزشیابی بهای ماشین‌آلات و‌تجهیزات دست دو‌م مربوط به سرمایه‌گذاری‌های خارجی را به قیمت دست دو‌م انجام دهد.

**تبصره 3‌**ـ‌ چنانچه مشخص شود که سرمایه خارجی غیرنقدی و‌ارده به کشور ناقص، معیوب، غیرقابل استفاده و یا با مشخصات اظهار شده در فهرست تأ‌یید شده توسط هیأ‌ت منطبق نمی‌باشد، موضوع در هیأ‌ت مطرح و ارزش آن قسمت از کالای و‌ارده که مورد تأ‌یید هیأ‌ت قرار نگیرد، ازحساب سرمایه و‌ارده کسرخواهد شد.

**2‌**ـ‌ در مورد اقلام سرمایه‌ای موضوع بند ‹‹د›› ماده (1) قانون (شامل حق اختراع، دانش فنی، اسامی و علایم تجاری و خدمات تخصصی) سازمان پس از انجام بررسی‌های لازم، گزارش مربوط به ایفای تعهدات قراردادی موضوع قراردادهای فن آو‌ری و خدمات را در هیأ‌ت مطرح می‌نماید و و‌جوه تأ‌یید شده در چارچوب دستورالعملی که هیأ‌ت تهیه و به تصویب و‌زیر امور اقتصادی و دارایی می‌رساند، توسط هیأ‌ت به عنوان سرمایه خارجی ثبت و تحت پوشش قرار می‌گیرد.

**فصل ششم ‌**ـ‌ مقررات خرو‌ج سرمایه و عایدات سرمایه‌ای

**ماده 22‌**ـ‌ کلیه درخواست‌هایی که منجر به انتقال سرمایه، سود، و عایدات ناشی از افزایش ارزش سرمایه موضوع قانون می‌گردد، باید مستند به گزارش مؤسسه حسابرسی عضو جامعه حسابرسان رسمی ایران باشد.

این گونه انتقالات پس از کسر کلیه کسورات قانونی به میزانی که مؤسسه حسابرسی یادشده تأ‌یید می‌کند، میسر است.

**ماده 23‌**ـ‌ انتقال اصل، سود و عایدات ناشی از افزایش ارزش سرمایه موضوع سرمایه‌گذاری‌های بند ‹‹الف›› ماده (3) قانون به صورت ارز و یا به درخواست سرمایه‌گذار خارجی، از طریق صدو‌ر کالای مجاز صورت می‌پذیرد.

خرو‌ج سرمایه و منافع مربوط به سرمایه‌گذاری‌های موضوع بند‹‹ب›› ماده (3) قانون از طریق ارز حاصل از صادرات محصولات تولیدی و یا ارز حاصل از ارایه خدمات بنگاه اقتصادی سرمایه پذیر و یا صادرات سایر کالاهای مجاز انجام می‌پذیرد.

هیأ‌ت براساس گزارش مؤسسه حسابرسی پیرامون آخرین و‌ضعیت اصل سرمایه، میزان سود سرمایه و عایدات سرمایه‌ای متعلق به سرمایه‌گذار خارجی، میزان قابل انتقال را تعیین و با تأ‌یید و‌زیر امور اقتصادی و دارایی مجوز خرو‌ج و‌جوه مربوط در هر مورد را صادر می‌کند.

**تبصره**ـ‌ در مورد سرمایه‌گذاری‌های موضوع بند‹‹ب››ماده (3) قانون، چنانچه در نتیجه عدم امکان صادرات، به نظر هیأ‌ت تأ‌مین ارز برای انتقالات مورد نظر، میسر و ضرو‌ری تشخیص داده شود، ارز مورد نیاز از طریق نظام بانکی تأ‌مین می‌گردد.

**ماده 24‌**ـ‌ چنانچه مجوزسرمایه‌گذاری معطوف به بند ‹‹ب›› و یا ‹‹ج››ماده (17) قانون گردد، مجوز مذکور درحکم مجوز صادرات می‌باشد و بنگاه سرمایه پذیر می‌تواند ارز حاصل از صادرات خود را دریک حساب امانی نزد یکی از بانک‌های داخلی و یا خارجی و‌اریز نموده و درحد مصارفی که درمجوز سرمایه‌گذاری تعیین شده است، مستقیماً از آن برداشت و به سرمایه‌گذار خارجی پرداخت نماید.

هرگونه مازاد ارز نسبت به مصارف قابل برداشت، مشمول مقررات ارزی کشور است.

درهرصورت بنگاه اقتصادی سرمایه پذیر مکلف است پس از پرداخت و‌جوه مربوط ضمن ارایه گواهی انجام صادرات، مراتب را کتباً به اطلاع سازمان برساند.

**ماده 25 ‌**ـ‌ ارز حاصل از صادرات سرمایه‌گذاری‌های خارجی درحدو‌د مصارف تعیین شده از سوی هیأ‌ت، از شمول هرگونه مقررات محدو‌د کنند صادرات و مقررات ارزی ازجمله سپردن تعهد برای بازگشت ارز حاصل از صادرات به کشور براساس مقررات دو‌لتی موجود و یا آنچه در آینده جاری می‌گردد، معاف می‌باشد.

**ماده 26‌**ـ‌ درصورت و‌جود محدو‌دیت قانونی و یا اعمال شده از سوی دو‌لت که درنتیجه آن بنگاه‌های اقتصادی سرمایه‌پذیر نتوانند تولیدات خود را صادر نمایند، مادام که محدو‌دیت قانونی و یا تصمیم دو‌لت برای عدم انجام صادرات جاری است، بنگاه‌های مزبور اجازه دارند تولیدات خود را در بازار داخلی به فرو‌ش رسانده و درمقابل تأ‌مین معادل ریالی مصارف ارزی مندرج در مجوز سرمایه‌گذاری، ارز مورد نظر را از نظام بانکی خریداری و منتقل نموده و یا مبادرت به صدو‌ر کالاهای مجاز نمایند.

**ماده 27‌**ـ‌ و‌جوه قابل انتقال موضوع قانون پس از تأ‌یید هیأ‌ت توسط سرمایه‌گذار خارجی از سیستم بانکی خریداری و حواله می‌شود و بدین منظور بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران ارز لازم را دراختیار نظام بانکی قرار خواهد داد.

**ماده 28‌**ـ‌ هرگاه سرمایه گذار خارجی و‌جوه قابل انتقال را ظرف مدت شش ماه از تاریخ خاتمه انجام تشریفات اداری مربوط، به خارج انتقال ندهد، و‌جوه مزبور از شمول قانون خارج می‌گردد.

استمرار شمول قانون بر و‌جوه مزبور با تأ‌یید هیأ‌ت امکان پذیر می‌باشد.

**ماده 29‌**ـ‌ سرمایه‌گذار خارجی در صورت تمایل می‌تواند تمام یا قسمتی از مبالغ قابل انتقال ناشی از مواد (13)، (14) و (15) قانون را با اجازه هیأ‌ت به افزایش سرمایه‌گذاری خود در همان بنگاه اختصاص دهد و یا پس از طی تشریفات قانونی برای اخذ مجوز سرمایه‌گذاری، صرف سرمایه‌گذاری جدید بنماید.

**ماده 30‌**ـ‌ دو‌لت با رعایت اصل (138) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تعیین حدو‌د تعهدات قابل پذیرش موضوع تبصره (2) ماده (17) قانون را به و‌زیران عضو شورای عالی سرمایه‌گذاری تفویض می‌نماید.

هیأ‌ت مجاز است میزان خسارت حاصل از ممنوعیت و یا توقف اجرای موافقتنامه‌های مالی مربوط را تا سقف تعهدات حال شده در محدو‌ده تعهدات قابل پذیرش از سوی شورای عالی سرمایه‌گذاری که در مجوز سرمایه‌گذاری قید گردیده است، تعیین نماید.

ملاک تصمیم گیری درخصوص اختیار موضوع این ماده، موافقت اکثریت و‌زیران عضو شورای یاد شده است.  
تصمیمات متخذه در صورت تأ‌یید رییس جمهور با رعایت ماده (19) آیین‌نامه داخلی هیأ‌ت دو‌لت قابل صدو‌ر است.

**ماده 31‌**ـ‌ هرگاه سرمایه‌گذار خارجی، سرمایه‌گذاری خود در ایران را بیمه نمایدو به موجب مفاد بیمه نامه، به و‌اسطه پرداختی که بابت خسارت ناشی از خطرات غیرتجاری به سرمایه‌گذار صورت گرفته، مؤسسه بیمه جانشین سرمایه‌گذار شود، جانشین از همان حقوقی برخوردار می‌باشد که به و‌اسطه آن پرداخت خسارت صورت گرفته است. این جانشینی و‌اگذاری سرمایه محسوب نخواهد شد مگر اینکه حسب مورد، مواد (4) و یا (10) قانون رعایت شده باشد.

**فصل هفتم ‌**ـ‌ مقررات عمومی

**ماده 32 ‌**ـ‌ سرمایه‌گذار خارجی مکلف است از تاریخ ابلاغ مجوز سرمایه‌گذاری طی مدت مشخصی که به اقتضای شرایط طرح مورد سرمایه‌گذاری توسط هیأ‌ت تعیین می‌گردد، مبادرت به و‌رو‌د بخشی از سرمایه خود به کشور، که حاکی از عزم سرمایه‌گذار به اجرای طرح می‌باشد، بنماید.

درصورتی که سرمایه‌گذار درطی مدت مشخص شده مبادرت به و‌رو‌د بخشی از سرمایه به کشور ننماید و یا با ارایه دلایل قانع کننده نسبت به تمدید مدت اقدام نکند، مجوز سرمایه‌گذاری و‌ی باطل شده تلقی خواهد شد.

**ماده 33‌**ـ‌ سرمایه‌گذار خارجی موظف است هرگونه تغییر در نام، شکل حقوقی، تابعیت و‌تغییرات بیش از سی درصد (30%) در مالکیت خودرا به اطلاع هیأ‌ت برساند.

**ماده 34‌**ـ‌ در مواردی که انجام سرمایه‌گذاری خارجی منجر به تشکیل شرکت ایرانی گردد، تملک زمین به نام شرکت متناسب با طرح سرمایه‌گذاری به تشخیص سازمان مجاز می‌باشد.

**ماده 35 (اصلاحی 27/10/1383)**ـ دستگاههای اجرایی ذی‌ ربط از جمله و‌زارت امور خارجه، و‌زارت کشور، و‌زارت کار و امور اجتماعی و نیرو‌ی انتظامی جمهوری اسلامی ایران مکلفند در خصوص صدو‌ر رو‌ادید، اجازه اقامت و صدو‌ر پرو‌انه کار برای سرمایه‌گذاران، مدیران، کارشناسان خارجی و بستگان درجه یک آنها در ارتباط با سرمایه‌گذاریهای مشمول قانون بر اساس درخواست سازمان که متضمن تأ‌یید سرمایه‌ گذار بودن آنها خواهد بود، به شرح زیر اقدام نمایند:

الف ـ و‌زارت امور خارجه مکلف است پس از و‌صول درخواست سازمان بنا به نوع رو‌ادید مورد تقاضا مجوز صدو‌ر رو‌ادید یک بار و‌رو‌د و یا چند بار و‌رو‌د کثیرالمسافره (سه ساله) را با حق اقامت سه ماه در هر بار برای افراد مورد نظر به نمایندگیهای جمهوری اسلامی ایران در خارج از کشور ابلاغ نماید.

ب ـ افراد فوق‌الذکر که موفق به اخذ رو‌ادید و‌رو‌د به منظور سرمایه‌ گذاری شده‌اند، می‌توانند پس از و‌رو‌د به کشور با مراجعه به نیرو‌ی انتظامی جمهوری اسلامی ایران و ارایه تأ‌ییدیه سازمان مبنی بر اینکه سرمایه‌ گذاری آنها مشمول قانون سرمایه‌ گذاری است، پرو‌انه اقامت با اعتبار سه‌ ساله اخذ نمایند. و‌زارت کار و امور اجتماعی موظف است متعاقب صدو‌ر پرو‌انه اقامت برای این دسته از افراد پرو‌انه کار صادر نماید.

ج ـ اخذ پرو‌انه اقامت با اعتبار سه‌ساله توسط سرمایه‌گذاران به ترتیب فوق‌الذکر آنها را از اخذ رو‌ادید رفت و برگشت برای خرو‌ج از کشور و و‌رو‌د مجدد به آن معاف می‌نماید.

**ماده 36‌**ـ‌ مسؤو‌لیت سازمان در قبال انتشار عمومی اطلاعات موضوع ماده (21) قانون، در حدو‌د اطلاعاتی است که درعرف تجاری قابل انتشار باشد.تشخیص قابل انتشاربودن اطلاعات به عهده هیأ‌ت است.

**ماده 37 ‌**ـ‌ سازمان و هیأ‌ت مجازند برای انجام و‌ظایف و تکالیف مقرر در قانون و این آیین‌نامه حسب مورد از خدمات تخصصی حرفه‌ای و مشاو‌ره‌ای مؤسسات حسابرسی عضو جامعه حسابداران رسمی ایران و سایر مؤسسات خصوصی و تعاو‌نی و‌اجد شرایط استفاده نماید.

**ماده 38‌**ـ‌ کلیه مقررات مذکور در تصویبنامه‌های هیأ‌ت و‌زیران در مورد سرمایه‌گذاری خارجی که مغایر با مفاد این آیین‌نامه می‌باشد، از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این آیین‌نامه لغو می‌گردد.

محمدرضا عارف ‌ـ‌ معاو‌ن او‌ل رییس‌ جمهور

**پیوست سه:** فهرست **قوانین موافقتنامه های تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و برخی از دولت های دیگر بر اساس تاریخ لازم الاجرا شدن آن قوانین[[745]](#footnote-745)**

| **ردیف** | **کشور** | **تاریخ شمسی** | **تاریخ میلادی** |
| --- | --- | --- | --- |
|  | ارمنستان | 1375/12/8 | 1997-02-26 |
|  | پاکستان | 1377/4/6 | 1998-06-27 |
|  | قزاقستان | 1378/1/14 | 1999-04-03 |
|  | لبنان | 1379/2/25 | 2000-05-14 |
|  | بیلوروس | 1379/4/3 | 2000-06-23 |
|  | بوسنی و هرزه‌گوین | 1379/6/4 | 2000-08-25 |
|  | یمن | 1379/7/25 | 2000-10-16 |
|  | سودان | 1380/7/27 | 2001-11-01 |
|  | لهستان | 1380/8/4 | 2001-10-26 |
|  | سوئیس | 1380/8/10 | 2001-11-01 |
|  | قطر | 1380/8/14 | 2001/11/5 |
|  | آفریقای جنوبی | 1380/12/14 | 2002-03-05 |
|  | آذربایجان | 1381/3/30 | 2002-06-20 |
|  | بنگلادش | 1381/9/14 | 2002-12-05 |
|  | مقدونیه | 1381/5/28 | 2005-08-19 |
|  | تونس | 1381/12/8 | 2003-02-27 |
|  | مغرب | 1382/1/11 | 2003-03-31 |
|  | عمان | 1382/1/19 | 2003-04-08 |
|  | اوکراین | 1382/4/14 | 2003-07-05 |
|  | کرواسی | 1382/5/11 | 2003-08-02 |
|  | بلغارستان | 1382/6/2 | 2003-08-24 |
|  | اسپانیا | 1383/2/8 | 2004-05-27 |
|  | ترکمنستان | 1383/2/10 | 2004-04-29 |
|  | فنلاند | 1383/4/5 | 2004-06-25 |
|  | ازبکستان | 1383/4/21 | 2004-07-11 |
|  | اتریش | 1383/4/21 | 2004-07-11 |
|  | فرانسه | 1383/8/22 | 2004-11-12 |
|  | تاجیکستان | 1383/8/13 | 2004-11-03 |
|  | بحرین | 1383/7/21 | 2004-10-12 |
|  | رومانی | 1383/10/23 | 2005-01-12 |
|  | سوریه | 1384/8/25 | 2005-11-16 |
|  | چین | 1384/4/10 | 2005-07-01 |
|  | آلمان | 1384/4/2 | 2005-06-23 |
|  | قرقیزستان | 1384/4/6 | 2005-06-27 |
|  | گرجستان | 1384/4/1 | 2005-06-22 |
|  | ترکیه | 1384/1/24 | 2005-04-13 |
|  | کره شمالی | 1384/2/4 | 2005-04-24 |
|  | ایتالیا | 1384/5/5 | 2005-07-27 |
|  | الجزایر | 1384/9/14 | 2005-12-05 |
|  | صربستان | 1385/4/16 | 2006-07-07 |
|  | ونزوئلا | 1385/3/17 | 2006-06-07 |
|  | کره جنوبی | 1385/1/11 | 2006-03-31 |
|  | مالزی | 1385/5/13 | 2006-08-05 |
|  | سوئد | 1386/12/12 | 2008-02-01 |
|  | افغانستان | 1386/11/13 | 2008-02-02 |
|  | یونان | 1386/12/23 | 2008-03-13 |
|  | اتیوپی | 1387/8/16 | 2008-11-07 |
|  | اندونزی | 1388/1/18 | 2009-03-28 |
|  | قبرس | 1388/1/29 | 2009-04-18 |
|  | لیبی | 1389/3/15 | 2010-06-05 |
|  | کویت | 1389/12/23 | 2011-03-14 |
|  | ویتنام | 1389/12/28 | 2011-03-19 |
|  | زیمباوه | 1393/11/6 | 2015-01-26 |
|  | سریلانکا | 1394/11/15 | 2016-02-04 |
|  | روسیه | 1396/1/18 | 2017-04-07 |
|  | ژاپن | 1396/2/6 | 2017-04-26 |
|  | اسلواکی | 1396/6/8 | 2017-08-30 |
|  | سنگاپور | 1396/12/9 | 2018-02-28 |
|  | چک | 1399/3/7 | 2020-05-27 |
|  | عراق | 1399/6/25 | 2020-09-19 |
|  | مجارستان | 1401/1/2 | 2022-03-22 |

**پیوست چهار: نمونه هایی از معاهدات سرمایه گذاری دوجانبه ایران[[746]](#footnote-746)**

1. **قانون موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت مجارستان** ۲۱/۰۷/۱۳۹۸

ماده واحده ـ موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت مجارستان مشتمل بر یک مقدمه و شانزده ماده به شرح پیوست تصویب و اجازه مبادله اسناد آن داده می شود.

تبصره۱ـ رعایت اصول هفتاد و هفتم (۷۷)، یکصد و بیست و پنجم (۱۲۵) و یکصد و سی و نهم (۱۳۹) قانون اساسی در اجرای این موافقتنامه توسط دولت جمهوری اسلامی ایران الزامی است.

تبصره۲ـ در اجرای جزء «ت» بند (۳) ماده (۲) موافقتنامه، رعایت اصول دوازدهم (۱۲) و سیزدهم (۱۳) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران الزامی است.

بسم الله الرحمن الرحیم

موافقتنامه تشویق وحمایت متقابل از سرمایه گذاری

بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت مجارستان

مقدمه:  
  
دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت مجارستان که از این پس«طرفهای متعاهد» نامیده می شوند،

با علاقمندی به تحکیم همکاری های اقتصادی در جهت تأمین منافع متقابل هر دو طرف متعاهد،

با تصدیق اینکه این اهداف باید به ترتیبی بدست آیند که سازگار با ترغیب و حمایت از سلامت عمومی، محیط زیست، امنیت، ایمنی و توسعه پایدار همچنین ترویج حقوق کار به رسمیت شناخته شده بین المللی و اصول مسؤولیت اجتماعی شرکتها باشد،

با شناسایی حقوق و تکالیف طرفهای متعاهد در قاعده مند نمودن سرمایه گذاری در درون قلمروهای خود به منظور دست یابی به اهداف سیاست های قانونی،

با هدف حفظ توازن کلی حقوق و تعهدات بین سرمایه گذاران و دولت میزبان،

با هدف ایجاد و حفظ شرایط مساعد برای سرمایه گذاری های سرمایه گذاران طرفهای متعاهد در قلمرو یکدیگر،

به شرح زیر توافق نمودند:

ماده۱ـ تعاریف

از نظر این موافقتنامه:

۱ـ اصطلاح «سرمایه گذاری» عبارت از هر نوع دارایی است که توسط سرمایه گذار یکی از طرفهای متعاهد در قلمرو طرف متعاهد دیگر طبق قوانین و مقررات طرف متعاهد اخیر به کار گرفته شود و به ویژه شامل موارد زیر خواهد بود:

الف) اموال منقول و غیرمنقول و سایر حقوق عینی، از جمله رهن، حق حبس و وثیقه وحقوق مشابه،

ب) سهام، سهم الشرکه، سهام قرضه شرکتها یا هر نوع مشارکت دیگر در شرکتها،

پ) ادعا نسبت به پول یا هر فعالیت دارای ارزش اقتصادی در ارتباط با یک سرمایه گذاری،

ت) حقوق مالکیت فکری و صنعتی از جمله حق نشر، علائم تجاری، حق اختراع، طراحی ها، دانش فنی، اسرار تجاری، نشانه‎های جغرافیایی، اسامی تجاری و حسن شهرت تجاری مرتبط با یک سرمایه گذاری،

ث) هر حق اعطاء شده به موجب قانون یا قرارداد و هر پروانه و مجوز بر اساس قانون، از جمله حق اکتشاف، استخراج، کشت یا بهره برداری از منابع طبیعی.

هرگونه تغییر در شکلی که دارایی ها سرمایه گذاری می شوند، مشروط به اینکه تغییر مزبور طبق قوانین و مقررات طرف متعاهدی باشد که در قلمرو آن سرمایه گذاری انجام شده است، ماهیت آنها را به عنوان سرمایه گذاری تغییر نخواهد داد، به شرطی که این تغییرات در صورت لزوم، توسط مقام مسؤول دولت میزبان به تصویب رسیده باشد.

۲ـ اصطلاح «سرمایه گذار» به معنی هر شخص حقیقی و حقوقی یک طرف متعاهد است که در چهارچوب این موافقتنامه در قلمرو طرف متعاهد دیگر سرمایه گذاری نموده است:

الف) اصطلاح « شخص حقیقی » به معنی هر شخص حقیقی است که طبق قوانین هر یک از طرفهای متعاهد، تبعه آن طرف متعاهد به ­شمار آید و تابعیت دولت میزبان را دارا نباشد،

ب) اصطلاح « شخص حقوقی » در رابطه با هر یک از طرفهای متعاهد به معنی هر موجودیت حقوقی است که طبق قوانین آن تشکیل یا تأسیس شده و مرکز اداره یا محل اصلی کسب و کار آن با فعالیت های اساسی کسب و کار در قلمرو یک طرف متعاهد قرار داشته باشد.

« سرمایه گذار» باید دارای فعالیت های اساسی کسب و کار در قلمرو طرف متعاهد دیگر همراه با حضور فیزیکی قابل ملاحظه در ارتباط با سرمایه گذاری خود داشته باشد. «حضور فیزیکی قابل ملاحظه» برای مثال شامل دفاتر فروش بدون سایر امکانات اجرائی، کسب و کارهای مبتنی بر صندوق پستی، یا سایر اقسام کسب و کار بدون حضور فیزیکی یا با حضور فیزیکی محدود نمی گردد.

۳ـ اصطلاح «عواید » به معنی وجوهی است که به طور قانونی از سرمایه گذاری حاصل شده باشد به ویژه از جمله منافع، هزینه های مالی، عواید سرمایه ای، سود سهام، کارمزد و حق الامتیاز.

۴ـ اصطلاح «قلمرو» به معنی زیر خواهد بود:

الف) در مورد جمهوری اسلامی ایران، این اصطلاح به مناطقی اطلاق می شود که حسب مورد تحت حاکمیت یا صلاحیت جمهوری اسلامی ایران است و شامل مناطق دریایی آن نیز می شود.

ب) در مورد مجارستان، قلمرویی که مجارستان طبق حقوق بین الملل بر آنها اعمال حقوق حاکمیتی یا صلاحیت می نماید.

۵ ـ اصطلاح «ارزی که آزادانه قابل تبدیل باشد» به معنی ارزی است که به طور گسترده برای پرداخت انتقالات بین المللی استفاده می گردد و به طور گسترده ای در بازارهای اصلی تبدیل ارز بین المللی مورد تبدیل قرار می گیرد مشروط به اینکه، به طور مستقل از نحوه تعیین دامنه تبدیل آزادانه یا آزادانه قابل تبدیل بودن ارز توسط صندوق بین المللی پول، بر خلاف مقررات هر یک از طرفهای متعاهد نباشد.

ماده۲ـ تشویق و حمایت از سرمایه گذاری

۱ـ هر یک از طرفهای متعاهد در حدود قوانین و مقررات خود زمینه مناسب را جهت جلب سرمایه گذاری های سرمایه گذران طرف متعاهد دیگر در قلمرو خود فراهم خواهد آورد.

۲ـ هر طرف متعاهد همواره در قلمرو خود نسبت به سرمایه گذاری های سرمایه گذاران طرف متعاهد دیگر و سرمایه گذاران در رابطه با سرمایه گذاری های آ­نها، رفتار منصفانه و عادلانه و حمایت و امنیت کامل را طبق بندهای (۳) الی (۶) اعمال خواهد کرد.

۳ـ نقض تعهد رفتار منصفانه و عادلانه موضوع بند (۲)، در صورتی ممکن است محقق شود که اقدام یا مجموعه­ای از اقدامات موجب موارد زیر شود:

الف) استنکاف از احقاق حق در جریان رسیدگی های کیفری، مدنی یا اداری،

ب) نقض بنیادین فرآیند قانونی، از جمله نقض بنیادین شفافیت و موانع برای دسترسی مؤثر به عدالت در جریان رسیدگی های قضائی و اداری،

پ) رفتار خودسرانه آشکار،

ت) تبعیض هدفمند بر مبنایی که آشکارا نادرست است، از قبیل جنسیت، نژاد یا باور مذهبی، یا

ث) آزار واذیت، اجبار، سوء استفاده از قدرت و یا رفتار با سوء نیت مشابه.

۴ـ برای اطمینان بیشتر، «حمایت و امنیت کامل» به معنی تعهدات طرف متعاهد در رابطه با امنیت فیزیکی سرمایه گذاران و سرمایه گذاری ها می باشد.

۵ ـ تعیین اینکه نقض مفاد دیگری از این موافقتنامه یا یک موافقتنامه بین المللی جداگانه صورت پذیرفته است، به معنی احراز نقض این ماده و اینکه رفتار منصفانه و عادلانه یا حمایت و امنیت کامل به موجب این ماده نقض شده است، نمی باشد.

۶ ـ طرفهای متعاهد تصدیق می نمایند که تشویق سرمایه گذاری ها از طریق نادیده گرفتن اقدامات مربوط به استانداردهای اصلی کار، بهداشت عمومی، ایمنی یا محیط زیست صحیح نمی باشد. آنها صرفنظر کردن یا به گونه دیگری عدول از، یا پیشنهاد صرفنظر کردن یا به­گونه دیگری عدول از چنین اقداماتی را به عنوان تشویق برای تأسیس، تحصیل، توسعه یا نگهداری سرمایه گذاری در قلمرو خود، مورد استفاده قرار نخواهند داد.

ماده۳ـ رفتار ملی و رفتار ملل کامله الوداد

۱ـ هرطرف متعاهد در قلمرو خود نسبت به سرمایه گذاران طرف متعاهد دیگر و سرمایه گذاری­های آن­ها و عواید سرمایه گذاری­ها رفتاری را اعمال خواهد کرد که در شرایط مشابه نسبت به سرمایه گذاران خود یا سرمایه گذاری های آنها و عواید سرمایه گذاری­ها در رابطه با مدیریت، اجرا، عملیات، حفظ، استفاده، بهره مندی و فروش یا سایر اقسام واگذاری سرمایه گذاری های آنها در قلمرو خود نامساعدتر نباشد.

۲ـ هر طرف متعاهد در قلمرو خود نسبت به سرمایه گذاران طرف متعاهد دیگر و سرمایه گذاری های آنها و عواید سرمایه گذاری ها رفتاری را اعمال خواهد کرد که در شرایط مشابه نسبت به سرمایه گذاران هر دولت ثالث یا سرمایه گذاری های آنها و عواید سرمایه گذاری­ها در رابطه با مدیریت، اجراء، عملیات، حفظ، استفاده، بهره مندی و فروش یا سایر اقسام واگذاری سرمایه گذاری های آنها در قلمرو خود نامساعدتر نباشد.

۳ـ برای اطمینان بیشتر، «رفتار» موضوع بند(۲) این ماده شامل رویه های حل و فصل اختلاف های سرمایه گذاری بین سرمایه گذار و دولتها که در سایر پیمان های بین المللی سرمایه گذاری و سایر موافقتنامه ‎ ها پیش بینی شده است، نمی باشد. تعهدات اساسی در سایر پیمان‏های بین المللی سرمایه گذاری و سایر موافقتنامه ‎ های بازرگانی به خودی خود، «رفتار» را شکل نمی­دهد و از این رو در نبود اقدامات اتخاذ یا اجراء شده توسط یک طرف بر اساس تعهدات مزبور نمی­تواند منجر به نقض این ماده شود.

۴ـ مفاد رفتار ملی و رفتار کامله الوداد این موافقتنامه در مورد مزایای ارائه شده توسط یک طرف متعاهد به موجب تعهدات آن به عنوان عضو اتحادیه گمرکی، اقتصادی یا پولی، بازار مشترک یا منطقه آزاد تجاری اعمال نخواهد شد.

۵ ـ مفاد این ماده به نحوی تفسیر نخواهد شد که یک طرف متعاهد را ملزم به تعمیم منافع ناشی از هر رفتار، ترجیح یا امتیاز به سرمایه گذاران طرف متعاهد دیگر یا سرمایه گذاری ها یا عواید سرمایه گذاری های این سرمایه گذاران نماید که ممکن است توسط طرف متعاهد نخست به موجب موارد زیر تعمیم داده شده باشد:

الف) هرشکل از موافقتنامه های چند جانبه در زمینه سرمایه گذاری که هر یک از طرفهای متعاهد عضو آن شده یا خواهد شد،

ب) هر ترتیبات یا موافقتنامه بین المللی که به طور کلی یا عمده مرتبط با مالیات باشد.

۶ ـ برای اطمینان بیشتر، تعیین اینکه آیا یک سرمایه گذاری یا یک سرمایه گذار از نظر بندهای (۱) و (۲) این ماده در شرایط مشابه قرار دارد یا ندارد، بر اساس ارزیابی مجموع شرایط مرتبط با سرمایه گذار یا سرمایه گذاری از جمله موارد زیر انجام خواهد پذیرفت:

الف) تأثیر سرمایه گذاری بر موارد زیر:

(۱) جامعه محلی که سرمایه گذاری در آنجا واقع شده است،

(۲) محیط زیست، از جمله آثاری که مربوط به اثر فزآینده ناشی از تمام سرمایه گذاری ها در یک حوزه صلاحیت قضائی می شود،

ب) ویژگی اقدام از جمله ماهیت، هدف، مدت و مبنای منطقی آن،

پ) مقرراتی که در مورد سرمایه گذاری ها یا سرمایه گذاران اعمال می گردد،

۷ ـ اقدام یک طرف متعاهد که با سرمایه گذاران طرف متعاهد دیگر یا سرمایه گذاری های آنها نامساعدتر از موارد زیر رفتار می­کند:

الف) سرمایه گذاران خود یا سرمایه گذاری­های آن­ها، ناسازگار با بند (۱) این ماده نمی باشد، یا

ب) سرمایه گذاران دولت دیگر یا سرمایه گذاری­های آنها، ناسازگار با بند(۲) این ماده نمی باشد.

مشروط بر اینکه اقدام مذکور در پرتو هدف عمومی مشروعی که به صراحت یا در واقع برمبنای تابعیت سرمایه گذار یا تابعیت مالک سرمایه گذاری نباشد از جمله حمایت از سلامتی، ایمنی، محیط زیست و حقوق کار به رسمیت شناخته شده داخلی و بین المللی یا محو رشوه و فساد توسط یک طرف متعاهد وضع و اجراء شده باشد و ارتباط منطقی با هدف بیان شده داشته باشد.

۸ ـ بند (۲) این ماده در موارد زیر اعمال نخواهد شد:

الف) رفتار یک طرف متعاهد به موجب هر موافقتنامه دوجانبه یا چند جانبه بین المللی که پیش از تاریخ لازم الاجراء شدن این موافقتنامه توسط آن طرف متعاهد به امضاء رسیده یا لازم الاجراء شده است،  
ب) رفتار یک طرف متعاهد براساس:

(۱) موافقتنامه دوجانبه یا چند جانبه که تأسیس کننده، تقویت کننده یا توسعه بخش منطقه آزاد تجاری، اتحادیه گمرکی، بازار مشترک، بازار کار، تعهد به یکپارچه سازی یا موافقتنامه مشابه بین المللی باشد یا،

(۲) قرارداد سرمایه گذاری که به منظور تشویق سرمایه گذاری سرمایه گذار بین دولت سرمایه پذیر و سرمایه گذار مزبور منعقد شده است یا،

پ) برای اجتناب از هرگونه تردید، هر یک از مفاد ماده (۱۴) این موافقتنامه.

ماده۴ـ سرمایه گذاری و اقدامات نظارتی

۱ـ مفاد این موافقتنامه حق طرفهای متعاهد را برای وضع مقررات در قلمرو خود برای دستیابی به اهداف مشروع سیاست گذاری از طریق اقدامات ضروری، از قبیل حمایت از سلامت عمومی، ایمنی، محیط زیست یا اخلاق عمومی، حمایت اجتماعی یا حمایت از مصرف کننده یا تشویق و حمایت از تنوع فرهنگی تحت تأثیر قرار نمی دهد. مفاد این موافقتنامه به گونه‏ای تفسیر نخواهد شد که تعهد یک طرف مبنی بر این باشد که شبکه حقوقی و نظارتی را از جمله به گونه­ای تغییر نخواهد داد که ممکن است بر فعالیت سرمایه‏گذاری‏ها یا انتظارات سرمایه گذار برای کسب منفعت تأثیر منفی بگذارد.

۲ـ برای اطمینان بیشتر، صرف این واقعیت که یک طرف متعاهد مقررات وضع می نماید، از جمله از طریق تغییر قوانین و مقررات خود به نحوی که تأثیر منفی بر سرمایه گذاری داشته باشد یا با انتظارات سرمایه گذار از جمله انتظارات وی برای کسب منفعت تداخل نماید، منجر به نقض تعهد به موجب این موافقتنامه نمی شود.

۳ـ برای اطمینان بیشتر، تصمیم یک طرف متعاهد برای عدم صدور، تجدید یا حفظ یارانه یا کمک بلاعوض:

الف) در صورت عدم وجود هر تعهد خاصی به موجب قانون یا قرارداد برای صدور، تجدید یا حفظ آن یارانه یا کمک بلاعوض، یا

ب) اگر تصمیم ـ در صورت وجود ـ طبق ضوابط یا شرایط مربوط به صدور، تجدید یا حفظ یارانه یا کمک بلاعوض اتخاذ شده باشد، سبب نقض مفاد این موافقتنامه نمی شود.

۴ـ برای اطمینان بیشتر، هیچ یک از مفاد این موافقتنامه به نحوی تفسیر نمی شود که مانع یک طرف متعاهد برای ادامه ندادن به اعطای یارانه یا درخواست بازپرداخت آن در شرایطی گردد که این اقدام توسط دادگاه صلاحیت دار، محکمه اداری یا مقام صلاحیت دار دیگر دستور داده شده باشد، یا آن طرف متعاهد بر اساس آن ملزم به پرداخت غرامت به سرمایه گذار شده باشد.

ماده۵ ـ مصادره و جبران خسارت

۱ـ سرمایه گذاری ها و عواید حاصل از سرمایه گذاری های سرمایه گذاران هر یک از طرفهای متعاهد توسط طرف متعاهد دیگر ملی، ضبط یا مصادره نخواهد شد یا تحت تدابیر مشابه قرار نخواهد گرفت، مگر آنکه اقدامات مزبور برای اهداف عمومی، به موجب فرآینـد قانونی، به روش غیر تبعیض آمیز انجام پذیرد و غرامت مؤثر، مناسب و فوری پرداخت گردد. مبلغ غرامت بدون تأخیر پرداخت خواهد شد.

۲ـ غرامت ذکر شده در بند (۱) این ماده معادل ارزش بازاری سرمایه گذاری مصادره شده بلافاصله پیش از وقوع مصادره یا آگاهی عمومی از مصادره قریب الوقوع، هرکدام که زودتر است، خواهد بود و شامل هزینه مالی برمبنای رویه بانکی بین المللی از روز سررسید پرداخت خسارت تا روز پرداخت واقعی خواهد بود و بدون تأخیر پرداخت خواهد شد، به طور مؤثر قابل شناسایی خواهد بود و به ارزی که آزادانه قابل تبدیل باشد قابل انتقال خواهد بود.

۳ـ تعیین این که اقدام یا مجموعه­ای از اقدامات طرف متعاهد، اقدامات با اثر مشابه مصادره تلقی می شود یا نمی­شود، مستلزم تحقیق مورد به مورد و مبتنی بر واقعیت است که موارد زیر را در نظر می گیرد:

الف) اثر اقتصادی اقدام یا مجموعه­ای از اقدامات، اگرچه این واقعیت که اقدام یا مجموعه ای از اقدامات طرف متعاهد اثر نامطلوب بر ارزش اقتصادی سرمایه گذاری داشته است، سبب نمی گردد که اقدام یا مجموعه­ای از اقدامات مزبور، اقدامات دارای اثر مشابه با مصادره یا ملی شدن تلقی گردند.

ب) حدی که تا آن، اقدام یا مجموعه ای از اقدامات، با انتظارات صریح، منطقی و مربوط به سرمایه گذاری که ناشی از تعهد مستقیم و ویژه الزام آور، صریح و مکتوب قبلی طرف متعاهد نسبت به سرمایه گذار است، تداخل می­ نماید.

پ) خصوصیت اقدام یا مجموعه­ای از اقدامات، از جمله ماهیت، محتوا، هدف، مدت و مبنای منطقی آنها.

۴ـ تدابیر غیرتبعیض آمیز طرف متعاهد که با هدف حمایت از اهداف مشروع رفاه عمومی، مانند سلامت، ایمنی و محیط زیست طراحی و اعمال شده اند، با حسن نیت اتخاذ شده باشند، خودسرانه نبوده، و با توجه به اهداف آنها نامتناسب نباشند، نمی توانند به نحوی تعبیر شوند که به عنوان اقدامات دارای اثر مشابه با مصادره یا ملی شدن تلقی شوند.

ماده۶ ـ جبران خسارت

۱ـ اگر سرمایه گذاری ها یا عواید حاصل از سرمایه گذاری های سرمایه گذاران هر یک از طرفهای متعاهد به علت جنگ، مخاصمه مسلحانه، یا حالت اضطراری ملی، انقلاب، شورش، هرج و مرج یا حوادث مشابه در قلمرو طرف متعاهد دیگر دچار خسارت شود، از رفتاری که نسبت به رفتار طرف متعاهد اخیر با سرمایه گذاران خود یا سرمایه گذاران هر کشور ثالث نامساعدتر نباشد، هر کدام که برای سرمایه گذار مورد نظر در خصوص اعاده، جبران خسارت، پرداخت غرامت یا طریق دیگر حل و فصل مساعدتر باشد، برخوردار خواهد بود.

۲ـ بدون لطمه به بند (۱) این ماده، سرمایه گذاران یک طرف متعاهد که در هر یک از وقایع مورد اشاره در آن بند متحمل خسارت هایی در قلمرو طرف متعاهد دیگر می شوند که ناشی از موارد زیر باشد:

الف) ضبط سرمایه گذاری آنها یا قسمتی از آن توسط نیروها یا مقامات آن طرف،

ب) تخریب سرمایه گذاری آنها یا قسمتی از آن توسط نیروها یا مقامات آن طرف، که ناشی از عملیات جنگی یا

ضرورت موقعیت نباشد،

توسط طرف متعاهدی که در قلمرو آن دچار زیان شده است، مشمول اعاده مال یا پرداخت خسارت خواهند شد که سریع، مناسب و مؤثر، بدون تأخیر غیر موجه خواهد بود.

ماده۷ـ انتقالات

۱ـ طرف های متعاهد انتقال آزاد پرداخت های مربوط به سرمایه گذاری ها و عواید را اجـازه خواهند داد. انتقالات به ارزی که آزادانه قابل تبدیل باشد و طبق قوانین و مقررات طرف متعاهدی که سرمایه گذاری ها در آن انجام پذیرفته، بدون هرگونه محدودیت و تأخیر غیر موجه انجام خواهد پذیرفت. انتقالات مزبور به ویژه، هرچند نه به طور انحصاری، شامل موارد زیر می‎‏شوند:

الف) سرمایه و وجوه اضافی برای حفظ یا افزایش سرمایه گذاری،

ب) عواید طبق تعریف بند(۳) ماده(۱) این موافقتنامه،

پ) وجوه مورد نیاز برای پرداخت هزینه هایی که ناشی از فعالیت سرمایه گذاری، مانند پرداخت حق الامتیـــازها و هزینه های مجوز یا هزینه های مشابه باشد،

ت) پرداخت های مرتبط با قراردادها، از جمله موافقتنامه های وام،

ث) مبالغ حاصل از فروش یا تصفیه تمام یا قسمتی از سرمایه گذاری،

ج) دستمزدها یا سایردرآمدهای مشابه اشخاص حقیقی استخدام شده از خارج کشور در ارتباط با سرمایه گذاری، با رعایت قوانین و مقررات طرف متعاهدی که سرمایه گذاری در آن انجام شده است،

چ) مبلغ غرامت به موجب مواد (۵) و (۶) این موافقتنامه،

ح) وجوه پرداختی ناشی از حل و فصل یک اختلاف به موجب ماده (۱۴) این موافقتنامه.

۲ـ انتقالات پس از آن انجام خواهد شد که سرمایه گذار تمام تعهدات مالی مربوط به خود را طبق قوانین لازم الاجرای طرف متعاهدی که در قلمروآن سرمایه گذاری صورت پذیرفته، ایفاء نموده باشد.

۳ـ هیچ یک از مفاد این ماده به نحوی تفسیر نخواهد شد که مانع یک طرف متعاهد در اعمال عادلانه و غیرتبعیض آمیز قوانین خود و به نحوی که سبب ایجاد محدودیت پنهان در مورد انتقالات نگردد، در ارتباط با موارد زیرشود:

الف) ورشکستگی، عسر و حرج یا حمایت از حقوق بستانکاران،

ب) صدور، مبادله یا معامله اوراق بهادار،

پ) تخلفات جزایی یا کیفری،

ت) گزارش دهی مالی یا حفظ سوابق انتقالات هرگاه برای کمک به مراجع نظارتی مالی یا مجری قانون ضروری باشد،

ث) تأمین اجتماعی، بازنشستگی عمومی و برنامه های پس انداز اجباری،

ج) اجرای احکام در جریان رسیدگی های قضائی.

۴ـ از نظر این موافقتنامه، نرخ تبدیل ارز، نرخ منتشر شده توسط مؤسسه مالی خواهد بود که انتقال را طبق قوانین و مقررات طرف متعاهدی انجام می دهد که سرمایه گذاری را پذیرش نموده است، مگر آنکه به نحو دیگری توافق شده باشد. چنانچه این نرخ وجود نداشته باشد نرخ رسمی باید اعمال شود مگر آنکه به نحو دیگری توافق شده باشد.

ماده۸ ـ جانشینی

۱ـ هرگاه یک طرف متعاهد یا مؤسسه تعیین شده توسط آن پرداختی به موجب یک تضمین یا بیمه به سرمایه گذار خود در خصوص سرمایه گذاری در قلمرو طرف متعاهد دیگر نماید، طرف متعاهد اخیر موارد زیر را شناسایی می نماید:

الف) واگذاری هر حق یا ادعا توسط سرمایه گذار طرف متعاهد نخست یا مؤسسه تعیین شده توسط آن اعم از اینکه به موجب قانون یا بر اساس داد و ستد قانونی در آن کشور صورت پذیرفته باشد، همچنین،

ب) طرف متعاهد نخست یا مؤسسه تعیین شده توسط آن به موجب جانشینی مستحق اعمال حقوق و اجرای ادعاهای آن سرمایه گذار می باشد و تعهدات مربوط به سرمایه گذاری را بر عهده می گیرد.

۲ـ حقوق یا ادعاهای جانشین شده بیش از حقوق یا ادعاهای اولیه سرمایه گذار نخواهد بود.

ماده۹ـ منع برخورداری از منافع

یک طرف متعاهد می تواند مانع برخورداری سرمایه گذار طرف متعاهد دیگر که شخص حقوقی است و سرمایه گذاری های آن سرمایه گذار از منافع این موافقتنامه شود، اگر سرمایه گذاران دولت ثالث مالک و کنترل کننده سرمایه گذار ذکر شده اول باشد و:

الف) سرمایه گذار دارای فعالیت عمده کسب و کار در قلمرو طرف متعاهدی که به موجب قوانین آن تأسیس شده است، نباشد،

ب) طرف متعاهد منع کننده در مورد دولت ثالث اقداماتی را اتخاذ یا برقرار نماید که داد و ستد با چنین سرمایه گذار و سرمایه گذاری های آن را منع کند یا چنانچه منافع این موافقتنامه به سرمایه گذاری های چنین سرمایه گذاری داده شود، نقض یا نادیده گرفتن اقدامات مذکور باشد.

ماده۱۰ـ استثنائات عمومی

۱ـ با رعایت این الزام که اقدامات زیر به نحوی اعمال نشوند که موجب تبعیض خودسرانه یا غیرقابل توجیه بین سرمایه گذاری ها یا سرمایه گذاران شود، هیچ یک از مفاد این موافقتنامه به گونه ای تعبیر نخواهد شد که مانع یک طرف متعاهد برای اتخاذ یا انجام اقدامات ضروری برای موارد زیر شود:

الف) حمایت از امنیت یا اخلاق عمومی یا حفظ نظم عمومی،

ب) حمایت از زندگی یا سلامت انسان، حیوان یا گیاه،

پ) تضمین رعایت قوانین و مقررات، یا

ت) حفاظت از منابع طبیعی زنده یا غیرزنده تمام شدنی.

۲ـ هیچ یک از مفاد این موافقتنامه مانع طرف متعاهد برای اتخاذ یا حفظ اقدامات متعارف به دلایل احتیاطی از جمله موارد زیر نخواهد شد:

الف) حفظ ایمنی، صحت و یکپارچگی یا مسؤولیت مالی مؤسسات مالی،

ب) تضمین یکپارچگی و ثبات نظام مالی طرف متعاهد.

۳ـ  
الف) هیچ چیز در این موافقتنامه به نحوی تفسیر نخواهد شد که مانع از اتخاذ یا حفظ اقداماتی توسط یک طرف متعاهد شود که نقل و انتقالات را محدود می نماید، وقتی که آن طرف متعاهد مشکلات جدی در تراز پرداخت یا تهدید ناشی از آن را تجربه می نماید و این محدودیت ها سازگار با بند(ب) می باشند.

ب) اقدامات موضوع جزء (الف) باید عادلانه باشند و خودسرانه یا به نحو غیر قابل توجیهی تبعیض آمیز نباشند و همراه با حسن نیت بوده، دارای مدت زمان محدودی باشند و نباید فراتر از آنچه برای جبران وضعیت تراز پرداختها ضروری است، باشند. طرف متعاهدی که اقداماتی را به موجب این ماده وضع می نماید، در اسرع وقت ممکن برنامه زمان بندی برای رفع آنها را ارائه خواهد نمود. این اقدامات طبق سایر تعهدات بین المللی طرف متعاهد ذی ربط، از جمله تعهدات ناشی از اساسنامه صندوق بین المللی پول خواهد بود.

۴ـ مفاد این موافقتنامه در مورد بیمه سلامت عمومی، یا طرحهای بازنشستگی عمومی اعمال نخواهد شد.

۵ ـ حل و فصل اختلاف طبق ماده (۱۴) به عنوان رفتار، ترجیح یا امتیاز در نظر گرفته نمی شود.

ماده۱۱ـ منافع مهم امنیتی

۱ـ هیچ یک از مفاد این موافقتنامه به نحوی تعبیر نخواهد شد که:

الف) هر طرف متعاهد را ملزم به ارائه یا اجازه دسترسی به هرگونه اطلاعاتی نماید که افشای آن را برخلاف منافع مهم امنیتی خود می داند، یا

ب) مانع هر طرف متعاهد برای اتخاذ هر اقدامی شود که آن را برای حمایت از منافع مهم امنیتی خود در موارد زیر ضروری می داند:

(۱) قاچاق سلاح، مهمات و تجهیزات جنگی و داد و ستد سایر کالاها، مواد، خدمات و فن آوری که به طور مستقیم یا غیر مستقیم به منظور تأمین تأسیسات نظامی یا دیگر تأسیسات امنیتی به کار برده می شود،  
  
(۲) اقدامات اتخاذ شده در زمان جنگ یا دیگر حالتهای اضطراری در روابط بین الملل، یا

(۳) اجرای سیاستهای ملی یا موافقتنامه بین المللی در ارتباط با عدم گسترش تسلیحات هسته ای یا سایر ادوات انفجاری هسته ای.

۲ـ منافع مهم امنیتی یک طرف متعاهد می تواند شامل منافع و اقدامات ناشی از عضویت آن طرف متعاهد در اتحادیه گمرکی، اقتصادی یا پولی، بازار مشترک یا منطقه آزاد تجاری باشد.

ماده۱۲ـ قابلیت اجرای موافقتنامه

۱ـ این موافقتنامه در مورد همه سرمایه گذاران و سرمایه گذاری های انجام شده سرمایه گذاران هریک از طرف های متعاهد در قلمرو طرف متعاهد دیگر که طبق قوانین و مقررات آن پذیرفته شده است، اعم از اینکه پیش یا پس از لازم الاجراء شدن این موافقتنامه انجام شده باشند، اعمال خواهد شد، اما نسبت به هر گونه اختلاف ‎ یا ادعای مربوط به سرمایه گذاری که پیش از لازم الاجراء شدن آن حسب مورد ایجاد شده یا حل و فصل شده باشد، اعمال نخواهد شد.

در مورد جمهوری اسلامی ایران این موافقتنامه فقط در مورد سرمایه گذاری هایی اعمال می شود که به تصویب مرجع صلاحیتدار یعنی سازمان سرمایه گذاری و کمکهای اقتصادی و فنی ایران یا هر مرجع دیگری برسد که ممکن است جایگزین آن شود.

۲ـ برای اطمینان بیشتر، این موافقتنامه فقط رفتار و حمایت پس از تأسیس را فراهم خواهد نمود و دوره پیش از تأسیس یا امور مربوط به دسترسی به بازار را تحت پوشش قرار نمی دهد.

ماده۱۳ـ شفافیت و انتشار اطلاعات

۱ـ هر طرف متعاهد قوانین و مقررات عمومی خود همچنین موافقتنامه های بین المللی که می تواند سرمایه گذاریهای سرمایه گذاران طرف متعاهد دیگر در قلمرو طرف متعاهد نخست را تحت تأثیر قرار دهد، منتشر یا به نحو دیگری در دسترس عموم قرار خواهد داد.

۲ـ هیچ یک از مفاد این ماده طرف متعاهد را ملزم به ارائه یا اجازه دسترسی به هرگونه اطلاعات محرمانه یا خصوصی از جمله اطلاعات مربوط به سرمایه گذاران یا سرمایه گذاری های خاصی نخواهد کرد که افشای آن مانع اجرای قانون می شود یا برخلاف قوانین داخلی حمایت از محرمانگی است یا به منافع مشروع تجاری سرمایه گذاران خاص لطمه وارد می­نماید.

ماده۱۴ـ حل و فصل اختلاف‎ها بین

یک طرف متعاهد و سرمایه گذار(سرمایه گذاران) طرف متعاهد دیگر

۱ـ چنانچه اختلافی میان طرف متعاهد سرمایه پذیر و یک یا چند سرمایـه گذار طرف متعاهد دیگر درباره یک سرمایه گذاری بروز کند، طرف متعاهـد سرمایه پذیر و سرمایـه گذار (سرمایه گذاران) مزبور در ابتدا تلاش خواهند کرد که اختلاف را از طریق مشاوره و بصورت دوستانه حل و فصل کنند.

۲ـ مشاوره از تاریخی آغاز می شود که سرمایه گذار طرف اختلاف یک طرف متعاهد از طریق اطلاعیه کتبی درخواست مشاوره از طرف متعاهد دیگر نموده است. به منظور تسهیل حل و فصل دوستانه اختلاف، اطلاعیه کتبی موضوعات، مبانی واقعی اختلاف، یافته های سرمایه گذار طرف اختلاف (از جمله هر سند پشتیبان) و مبانی حقوقی مفروض را مشخص می نماید. حداقل یک مشاوره در مدت نود روز از تاریخی که سرمایه گذار طرف اختلاف یک طرف متعاهد از طریق اطلاعیه کتبی از طرف متعاهد دیگر درخواست نموده، برگزار می گردد، مگر آنکه به نحو دیگری توافق شده باشد.

۳ـ اگر اختلاف بین سرمایه گذار یک طرف متعاهد و طرف متعاهد دیگر ظرف مدت شش ماه از تاریخ دریافت اطلاعیه مکتوب بدین ترتیب حل و فصل نگردد، هرکدام از آنها، هم زمان با اعلام کتبی به طرف دیگر، می تواند اختلاف را به هریک از موارد زیر ارجاع نماید:

الف) دادگاه صلاحیت دار طرف متعاهدی که در قلمرو آن سرمایه گذاری انجام شده است، یا

ب) دیوان داوری موردی که طبق قواعد داوری کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال) تأسیس شده باشد. طرفهای اختلاف می توانند به طور کتبی برای تغییر آن قواعد توافق نمایند.

پ) هرشکل دیگر حل و فصل اختلاف که توسط طرفهای اختلاف مورد توافق قرار گرفته باشد.

۴ـ هنگامی که یک اختلاف به دادگاه یا دیوان داوری اشاره شده در جزءهای (الف) تا (پ) بند (۳) ارجاع شده است، سرمایه گذار نمی تواند به سایر گزینه های حل و فصل اختلاف فهرست شده در جزءهای (الف) تا (پ) بند (۳) متوسل گردد.

۵ ـ سرمایه گذار فقط در صورتی می تواند اختلاف موضوع بندهای (۱) و (۲) را طبق بند (۳) به داوری ارجاع نماید، که بیش از دو سال از تاریخی که نقض ادعایی اتفاق افتاده، نگذشته باشد. اگر خواهان نتواند ظرف این دوره زمانی ادعایی را اقامه نماید، چنین تلقی خواهد شد که از حقوق خود برای طرح دعوی صرفنظر کرده است و نمی تواند دعوی را به موجب این ماده به داوری ارجاع نماید.

۶ ـ داوران منصوب شده در دیوان داوری به موجب این ماده باید در حقوق بین الملل عمومی، به­ویژه حقوق بین الملل سرمایه گذاری دارای تخصص یا تجربه باشند. مطلوب است آنها تخصص یا تجربه در حل و فصل اختلاف ‎ های ناشی از موافقتنامه های بین المللی سرمایه گذاری را داشته باشند.

۷ـ داوران و کارمندان و دستیاران آنها باید مستقل باشند و نباید وابسته یا در خصوص امور سرمایه گذاری دستور گیرنده از خواهان یا خوانده یا دولت یک طرف متعاهد باشند. داوران نباید از هیچ سازمان، دولت یا طرف های دعوی در خصوص امور مربوط به اختلاف دستور بگیرند. آنها نباید در بررسی هر اختلافی شرکت نمایند که ممکن است به طور مستقیم یا غیر مستقیم تضاد منافع ایجاد نماید. به علاوه آنها باید از فعالیت به عنوان مشاور حقوقی یا کارشناس منصوب شده توسط یک طرف یا شاهد در هر اختلاف در حال رسیدگی یا جدید در زمینه حمایت از سرمایه گذاری به موجب این موافقتنامه یا هر موافقتنامه دیگر یا قانون محلی امتناع نمایند.

۸ ـ قواعد حاکم داوری تا حدی که توسط این ماده یا طبق این موافقتنامه تغییر نموده است، ناظر بر داوری خواهد بود.  
۹ـ دیوان داوری تأسیس شده به موجب این ماده در مورد موضوعات مورد اختلاف طبق موارد زیر تصمیم گیری خواهد نمود:

الف) این موافقتنامه؛ و

ب) قواعد حاکم و اصول حقوق بین الملل.

۱۰ـ دیوان داوری موضوع جزءهای(ب) و(پ) بند (۳) صلاحیت تعیین قانونی بودن یک اقدام به موجب قانون داخلی یک طرف که ادعا می شود سبب نقض این موافقتنامه شده است را ندارند. برای اطمینان بیشتر، دیوان می تواند در صورت اقتضا، قانون محلی یک طرف را به عنوان امر موضوعی جهت تعیین سازگار بودن یک اقدام با این موافقتنامه در نظر بگیرد. در انجام این کار، دیوان داوری از تفسیر غالبی که توسط دادگاهها یا مقامات آن طرف از قانون محلی ارائه شده، پیروی خواهد نمود و هر معنی داده شده به قانون داخلی توسط دیوان برای دادگاهها و مقامات آن طرف لازم الاتباع نخواهد بود

.۱۱ـ تفسیر مشترک طرفهای متعاهد، که از طرق مجاری دیپلماتیک تبادل شده و مفادی از این موافقتنامه را تفسیر می نماید، برای دیوان داوری لازم الاتباع خواهد بود و هر تصمیم یا حکم صادره توسط دیوان باید با آن تفسیر سازگاری داشته باشد.

۱۲ـ احکام دیوان داوری برای طرفهای اختلاف نهائی و لازم الاتباع خواهد بود و طبق قانون طرف متعاهدی اجراء می گردد که در قلمرو آن سرمایه گذاری انجام شده است و حکم از تاریخی که در رأی ذکر شده قابل اتکاء است.

۱۳ ـ در مورد جریان های رسیدگی داوری که به موجب این موافقتنامه علیه مجارستان مطرح شده باشد، قواعد آنسیترال در زمینه شفافیت در داوری مبتنی بر معاهده بین سرمایه گذار و دولت اعمال خواهد شد. جمهوری اسلامی ایران اعمال قواعد آنسیترال در زمینه شفافیت در داوری مبتنی بر معاهده بین سرمایه گذار و دولت را در مورد جریان های رسیدگی داوری که به موجب این موافقتنامه علیه جمهوری اسلامی ایران مطرح شده باشد را به طور مقتضی بررسی خواهد نمود. هیچ یک از مفاد این موافقتنامه یا قواعد حاکم داوری مانع از تبادل اطلاعات مربوط به اختلاف بین اتحادیه اروپا و مجارستان یا بالعکس نخواهد شد.

۱۴ـ به محض لازم­الاجراء شدن یک موافقتنامه بین المللی بین طرفهای متعاهد که در آن، دیوان چندجانبه سرمایه گذاری و یا ساز وکار چندجانبه فرجام خواهی قابل اعمال در مورد اختلاف­ها به موجب این موافقتنامه پیش بینی شده باشد، بخشهای مرتبط در این موافقتنامه، اعمال نخواهند شد.

ماده۱۵ـ حل و فصل اختلاف‎های بین طرفهای متعاهد

۱ـ اختلاف های بین طرفهای متعاهد ناشی از اجراء یا تفسیر این موافقتنامه، در صورت امکان، از طریق مشاوره یا مذاکره حل و فصل خواهد شد.

۲ـ اگر اختلاف ظرف مدت شش ماه بدین ترتیب حل و فصل نشود، بنا به درخواست هر طرف متعاهد به یک دیوان داوری متشکل از سه عضو طبق مفاد این ماده ارجاع خواهد شد.

۳ـ دیوان داوری برای هر مورد اختلاف به روش زیر تشکیل خواهد شد. ظرف مدت دو ماه(شصت روز) از تاریخ دریافت درخواست داوری، هر طرف متعاهد یک عضو دیوان را تعیین خواهد نمود. این دو عضو سپس تبعه یک دولت ثالث را انتخاب خواهند نمود که به عنوان ریاست دیوان تعیین خواهد شد(از این پس رئیس دیوان خوانده می شود). رئیس دیوان ظرف مدت سه ماه از تاریخ انتخاب دو عضو دیگر انتخاب خواهد شد. رئیس دیوان باید تابعیت دولتی را داشته باشد که در زمان انتخاب با هر دو طرف متعاهد روابط سیاسی دارد.

۴ـ اگر ظرف مدت زمانهای تعیین شده در بند(۳) این ماده، انتخاب های ضروری انجام نشده باشد، می توان از رئیس دیوان بین المللی دادگستری درخواست نمود که انتخابها را انجام دهد. اگر رئیس تبعه هریک از طرفهای متعاهد باشد، یا اگر رئیس از انجام وظیفه مذکور معذور باشد، از معاون رئیس دیوان بین المللی دادگستری دعوت خواهد شد تا انتخاب ها را انجام دهد. چنانچه معاون رئیس نیز تبعه هریک از طرفهای متعاهد باشد یا از انجام وظیفه مذکور معذور باشد، از عضو ارشد بعدی دیوان بین المللی دادگستری که تابعیت هیچ یک از طرفهای متعاهد را ندارد دعوت خواهد شد تا انتخاب ها را انجام دهد.

۵ ـ دیوان داوری تصمیم خود را با اکثریت آراء اتخاذ خواهد نمود.

۶ ـ هیأت داوری رأی خود را براساس مفاد این موافقتنامه همچنین قواعد حاکم و اصول حقوق بین الملل صادر خواهد نمود.

۷ـ هیأت داوری با توجه به سایر مواردی که طرفهای متعاهد توافق نموده اند آئین کار خود را تعیین خواهد نمود.

۸ ـ هرطرف متعاهد هزینه داور و نمایندگی خود در جریان رسیدگی داوری را بر عهده خواهد گرفت، هزینه رئیس دیوان و هزینه های باقیمانده به طور مساوی برعهده طرفهای متعاهد خواهد بود. دیوان داوری می تواند مقررات متفاوتی را در مورد هزینه ها تعیین نماید.

۹ـ تصمیم های دیوان برای هریک از طرف متعاهد لازم الاتباع است.

ماده۱۶ـ مقررات نهائی،لازم الاجراء شدن، مدت، خاتمه و اصلاحات

۱ـ این موافقتنامه بدون لطمه به تعهدات طرفهای متعاهد ناشی از عضویت یا مشارکت آنها در هر اتحادیه گمرکی، اتحادیه اقتصادی، موافقتنامه یکپارچه سازی اقتصادی منطقه ای یا موافقتنامه بین المللی مشابه فعلی یا آتی مانند اتحادیه اروپا اعمال خواهد شد. در نتیجه مفاد این موافقتنامه به صورت کلّی یا جزئی به نحوی استناد یا تفسیر نخواهد شد که تعهدات طرف­های متعاهد ناشی از چنین عضویت یا مشارکتی را بی اعتبار، اصلاح یا به نحو دیگری تحت تاثیر قرار دهد.

۲ـ این موافقتنامه توسط مقامات صلاحیت دار هر طرف متعاهد طبق قوانین و مقررات آنها به تصویب خواهد رسید. طرفهای متعاهد از طریق مجاری دیپلماتیک به یکدیگر اعلام خواهند کرد که تشریفات داخلی ضروری برای لازم الاجراء شدن این موافقتنامه رعایت شده است. این موافقتنامه شصت روزپس از دریافت اطلاعیه مؤخر لازم الاجراء می گردد.

۳ـ این موافقتنامه برای یک دوره ده ساله لازم الاجراء باقی خواهد ماند و پس از آن، همچنان لازم الاجراء خواهد بود مگر آنکه یکی از طرفهای متعاهد خاتمه موافقتنامه را به طور کتبی حداقل یک سال پیش از پایان دوره ده ساله اول یا هر زمانی پس از آن به طرف متعاهد دیگر اعلام نماید. این موافقتنامه دوازده ماه از تاریخی خاتمه خواهد یافت که در آن هریک از طرفهای متعاهد اطلاعیه کتبی خاتمه را به طرف متعاهد دیگر ارائه  
نموده باشد.

۴ـ در مورد سرمایه گذاری های انجام شده پیش از تاریخ خاتمه این موافقتنامه، مفاد این موافقتنامه برای یک دوره زمانی ده (۱۰) ساله از تاریخ خاتمه معتبر خواهد بود.

۵ ـ این موافقتنامه را می توان با موافقت کتبی بین طرفهای متعاهد اصلاح نمود. هر اصلاح بخشی جدایی ناپذیر از موافقتنامه خواهد بود و به موجب همان رویه ای لازم الاجراء می گردد که برای لازم الاجراء شدن این موافقتنامه مقرر شده است.

در تأیید مراتب فوق، امضاءکنندگان زیر که بدین منظور به طور مقتضی مجاز می باشند، این موافقتنامه را امضاء نموده اند.

این موافقتنامه در تهران در تاریخ ۱۳ آذرماه سال ۱۳۹۶ (شمسی خورشیدی) برابر با ۴ دسامبر سال ۲۰۱۷ (میلادی) در دو نسخه به زبانهای فارسی، مجاری وانگلیسی تنظیم شده و همه متون از اعتبار یکسان برخوردار می باشند. در صورت هر گونه اختلاف در تفسیر، متن انگلیسی ملاک خواهد بود.

از طرف دولت جمهوری اسلامی ایران

مسعود کرباسیان

وزیر امور اقتصادی و دارایی

از طرف دولت مجارستان

ویهالی وارگا

وزیر اقتصاد ملی

قانون فوق مشتمل بر ماده واحده و دو تبصره منضم به متن موافقتنامه، شامل مقدمه و شانزده ماده در جلسه علنی روز یکشنبه مورخ بیست و یکم مهر ماه یکهزار و سیصد و نود و هشت مجلس شورای اسلامی تصویب شد و در تاریخ ۱۳۹۸/۸/۱ به تأیید شورای نگهبان رسید.

رئیس مجلس شورای اسلامی ـ علی لاریجانی

1. قانون موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری چک ۲۶/۴/ ۱۳۹۸

ماده واحده ـ موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری چک مشتمل بر یک مقدمه و هجده ماده به شرح پیوست تصویب و اجازه مبادله اسناد آن داده می شود.

تبصره ـ رعایت اصول هفتاد و هفتم (۷۷)، یکصد و بیست و پنجم (۱۲۵) و یکصد و سی و نهم (۱۳۹) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در اجرای این موافقتنامه الزامی است.

بسم الله الرحمن الرحیم

موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری

بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری چک

مقدمه:

دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری چک که از این پس «طرفهای متعاهد» نامیده می شوند،

با علاقه مندی به تحکیم همکاری های اقتصادی در جهت تأمین منافع هر دو دولت،

با هدف به کارگیری منابع اقتصادی و امکانات بالقوه خود در امر سرمایه گذاری و نیز ایجاد و حفظ شرایط مساعد برای سرمایه گذاری های اتباع طرفهای متعاهد در قلمرو یکدیگر،

با تأیید لزوم تشویق و حمایت از سرمایه گذاری های اتباع طرفهای متعاهد در قلمرو یکدیگر،

با آگاهی از اینکه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری در این موافقتنامه سبب افزایش ابتکارهای کسب و کار در این زمینه، توانمندی اقتصادی و توسعه پایدار هر دو دولت می گردد و در این بستر، علاقه مند به ترغیب اصول مسؤولیت اجتماعی شرکتها می باشند، و با تمایل به دستیابی به این اهداف به نحوی که با حمایت از سلامت، امنیت و محیط زیست و با ارتقای حمایت از مصرف کننده و استانداردهای مربوط به کار سازگار باشد، به شرح زیر توافق نمودند:

ماده۱ـ تعاریف

از نظر این موافقتنامه، معانی اصطلاحات به کار رفته در آن به شرح زیر خواهد بود:

۱ـ اصطلاح «سرمایه گذاری» عبارت از هر نوع مال یا دارایی از جمله موارد زیر است که توسط سرمایه گذاران یکی از طرفهای متعاهد در قلمرو و طبق قوانین و مقررات طرف متعاهد دیگر (که از این پس طرف متعاهد سرمایه پذیر خوانده می شود) به کار گرفته شود، که ویژگی های یک سرمایه گذاری، از جمله ویژگی هایی مانند تعهد سرمایه یا سایر منابع، پیش بینی فایده یا سود، پذیرش خطر (ریسک) و یک دوره معین را دارا باشد:

الف) اموال منقول و غیرمنقول و حقوق مربوط به آنها،

ب) سهام یا هر نوع مشارکت در شرکتها،

پ) پول و یا هرگونه مطالبات قابل وصول،

ت) حقوق مالکیت معنوی و صنعتی از قبیل حق اختراع، حق اختراع با مدت محدود، طرحها یا نمونه های صنعتی، علائم و اسامی تجاری، دانش فنی، حسن شهرت تجاری و اسرار تجاری مرتبط با سرمایه گذاری،

ث) حق اکتشاف، استخراج یا بهره برداری از منابع طبیعی.

هرگونه تغییر یا تبدیل در شکلی که دارایی ها سرمایه گذاری می شوند، مشروط به اینکه توسط مقام صلاحیتدار طرف متعاهد میزبان تصویب شده باشد، در ماهیت آنها به عنوان سرمایه گذاری تأثیر نخواهد داشت.

۲ـ اصطلاح «سرمایه گذاران» عبارت از اشخاص زیر است که در چهارچوب این موافقتنامه در قلمرو طرف متعاهد دیگر سرمایه گذاری کنند:

الف) اشخاص حقیقی که به موجب قوانین هر یک از طرفهای متعاهد اتباع آن طرف متعاهد به شمار آیند و تابعیت طرف متعاهد سرمایه پذیر را دارا نباشند.

ب) اشخاص حقوقی هر یک از طرفهای متعاهد که به موجب قوانین همان طرف متعاهد تأسیس شده و مرکز اداره و مرکز اصلی فعالیت های آنها در قلمرو طرف متعاهد مزبور قرار داشته باشد.

۳ـ اصطلاح «عواید» به معنی وجوهی است که به طور قانونی از سرمایه گذاری حاصل شده باشد از جمله سود حاصل از سرمایه گذاری، سود سهام، کارمزد و حق الامتیاز.

۴ـ اصطلاح «قلمرو» به معنی مناطقی است که حسب مورد تحت حاکمیت یا صلاحیت هر یک از طرفهای متعاهد قرار دارد و شامل مناطق دریایی مربوط آنها نیز می شود.

ماده۲ـ تشویق سرمایه گذاری

۱ـ هر یک از طرفهای متعاهد اتباع خود را به سرمایه گذاری در قلمرو طرف متعاهد دیگر تشویق خواهد کرد.

۲ـ هر یک از طرفهای متعاهد در حدود قوانین و مقررات خود زمینه مناسب را جهت جلب سرمایه گذاری اتباع طرف متعاهد دیگر در قلمرو خود فراهم خواهد آورد.

ماده۳ـ پذیرش

۱ـ هریک ازطرفهای متعاهد طبق قوانین و مقررات خود نسبت به پذیرش سرمایه گذاری‏های اشخاص حقیقی و حقوقی طرف متعاهد دیگر در قلمرو خود اقدام خواهد کرد.

۲ـ هر یک از طرفهای متعاهد پس از پذیرش سرمایه گذاری، کلیه مجوزهایی را که طبق قوانین و مقررات خود جهت تحقق سرمایه گذاری مزبور لازم است اعطاء خواهد کرد.

۳ـ این موافقتنامه فقط در مورد سرمایه گذاری هایی اعمال خواهد شد که به تصویب مرجع صلاحیتدار طرف متعاهد سرمایه پذیر رسیده باشد. مرجع صلاحیتدار جمهوری اسلامی ایران سازمان سرمایه گذاری و کمکهای اقتصادی و فنی ایران است یا هر مرجع دیگری که جایگزین آن شود.

ماده۴ـ حمایت از سرمایه گذاری

۱ـ هر طرف متعاهد نسبت به سرمایه گذاری های سرمایه گذاران طرف متعاهد دیگر و سرمایه گذاران در رابطه با سرمایه گذاری های آنها، رفتار منصفانه و حمایت و امنیت کامل را طبق بندهای (۲) تا (۴) اعمال خواهد کرد.

۲ـ نقض تعهد رفتار منصفانه موضوع بند (۱)، تنها در صورتی ممکن است محقق شود که اقدام یا مجموعه­ای از اقدامات موجب موارد زیر شود:

الف) استنکاف از احقاق حق در رسیدگی های کیفری، مدنی یا اداری،

ب) نقض بنیادین فرآیند قانونی، از جمله نقض بنیادین شفافیت در رسیدگی های قضائی یا اداری،

پ) رفتار خودسرانه آشکار،

ت) تبعیض هدفمند در مورد مدیریت، فعالیت، نگهداری، استفاده، تغییر شکل، بهره برداری، فروش یا واگذاری سرمایه گذاری های مزبور، یا

ث) نقض تعهدات مکتوب ویژه داده شده به سرمایه گذار توسط مقام ذی ربط طرف متعاهد سرمایه پذیر.

۳ـ برای اطمینان بیشتر، حمایت و امنیت کامل به معنی تعهدات طرف متعاهد در رابطه با امنیت فیزیکی سرمایه گذاران و سرمایه گذاری ها می باشد.

۴ـ تعیین اینکه نقض مفاد دیگری از این موافقتنامه یا یک موافقتنامه بین المللی جداگانه صورت پذیرفته است، به معنی احراز نقض این ماده نمی باشد.

ماده۵ ـ رفتار ملی و رفتار ملل کامله الوداد

۱ـ هر طرف متعاهد در قلمرو خود نسبت به سرمایه گذاری ها و عواید سرمایه گذاران طرف متعاهد دیگر رفتاری را اعمال خواهد کرد که در شرایط مشابه نسبت به سرمایه گذاری و عواید سرمایه گذاران خود یا سرمایه گذاری و عواید سرمایه گذاران هر کشور ثالث در قلمرو خود، نامساعدتر نباشد؛ با در نظر گرفتن رفتار مساعدتر.

۲ـ هر طرف متعاهد نسبت به سرمایه گذاران طرف متعاهد دیگر رفتاری را اعمال خواهد کرد که در شرایط مشابه نسبت به سرمایه گذاران خود یا سرمایه گذاران هر کشور ثالث در رابطه با مدیریت، حفظ، استفاده، بهره مندی یا فروش سرمایه گذاری های آنها در قلمرو خود، نامساعدتر نباشد؛ با در نظر گرفتن رفتار مساعدتر.

۳ـ برای اطمینان بیشتر، «رفتار» موضوع بندهای (۱) و (۲) شامل تشریفات حل و فصل اختلاف سرمایه گذار با دولت پیش بینی شده در سایر پیمان‏های سرمایه گذاری بین المللی و موافقتنامه های تجاری دیگر نمی شود.

۴ـ تعهد موضوع بندهای (۱) و (۲) در مورد رفتار به موجب هر موافقتنامه دوجانبه یا چندجانبه بین المللی که پیش از تاریخ لازم الاجراء شدن این موافقتنامه به امضاء رسیده یا لازم الاجراء شده است، اعمال نخواهد شد.

۵ ـ رفتار اعمال شده به موجب این ماده نسبت به مزایای اعطاء شده توسط یک طرف متعاهد که به موجب تعهدات آن به عنوان عضو یک اتحادیه گمرکی، اقتصادی یا پولی، بازار مشترک، منطقه آزاد تجاری یا شکل دیگری از یکپارچه سازی اقتصادی منطقه ای، اعمال نخواهد شد.

۶ ـ مفاد این موافقتنامه به نحوی تفسیر نخواهد شد که یک طرف متعاهد را متعهد نماید منافع قابل تعمیم هر رفتار، ترجیح یا مزیت به وسیله یک طرف متعاهد به موجب هر موافقتنامه یا ترتیبات بین‏المللی که به طور کلی یا عمده مربوط به مالیات می­باشد را به سرمایه گذاران طرف متعاهد دیگر یا سرمایه گذاری ها یا عواید این سرمایه گذاری ها تعمیم دهد.

ماده۶ ـ شرایط مساعدتر

قطع نظر از شروط مقرر در این موافقتنامه، شرایط مساعدتری که میان هر یک از طرفهای متعاهد و یک سرمایه گذار طرف متعاهد دیگر مورد توافق قرار گرفته یا قرار گیرد، قابل اعمال خواهد بود.

ماده۷ـ مصادره و جبران خسارت

۱ـ سرمایه گذاری های اشخاص حقیقی و حقوقی هر یک از طرفهای متعاهد توسط طرف متعاهد دیگر ملی، مصادره و سلب مالکیت نخواهد شد یا تحت تدابیر مشابه قرار نخواهدگرفت، مگر آنکه اقدامات مزبور برای اهداف عمومی، به موجب فرآیند قانونی، به روش غیرتبعیض آمیز انجام پذیرد و جبران خسارت مؤثر و مناسب پیش بینی شده باشد. فرآیند قانونی شامل حق بررسی فوری موضوع و ارزش گذاری سرمایه گذاری توسط مقام صلاحیتدار طرف متعاهد میزبان می باشد. مبلغ خسارت بدون تأخیر پرداخت خواهد شد و شامل هزینه های مالی محاسبه شده طبق رویه بین المللی خواهد بود.

۲ـ میزان جبران خسارت معادل ارزش سرمایه گذاری بلافاصله پیش از ملی شدن، مصادره یا سلب مالکیت خواهد بود.

۳ـ تعیین این که اقدام یا مجموعه­ای از اقدامات دولت متعاهد، در یک وضعیت به خصوص، مصادره غیرمستقیم تلقی می­شود یا نمی­شود، مستلزم تحقیق مورد به مورد و مبتنی بر واقعیت است که موارد زیر را، در بین سایر عوامل، در نظر می گیرد:

الف) اثر اقتصادی اقدام یا مجموعه­ای از اقدامات، اگر چه این واقعیت که اقدام یا مجموعه ای از اقدامات طرف متعاهد اثر نامطلوب بر ارزش اقتصادی سرمایه گذاری داشته است، سبب نمی گردد که مصادره غیرمستقیم به وقوع پیوسته باشد،

ب) مدت اقدام یا مجموعه­ای از اقدامات دولت متعاهد،

پ) خصوصیت اقدام یا مجموعه­ای از اقدامات، به ویژه هدف و زمینه اتخاذ آنها.

۴ـ تدابیر متناسب غیرتبعیض آمیز که در پرتو عوامل فوق توسط طرف متعاهد با حسن نیت اتخاذ شده اند و با هدف حمایت از اهداف مشروع رفاه عمومی، مانند امنیت ملی، ثبات مالی، سلامت عمومی، ایمنی و محیط زیست طراحی و اعمال شده اند، به جز در شرایط نادر، به عنوان مصادره تلقی نخواهند شد.

ماده۸ ـ زیان ها

۱ـ سرمایه گذاران هر یک از طرفهای متعاهد که سرمایه گذاری های آنها به علت مخاصمه مسلحانه، انقلاب، یا حالت اضطراری مشابه در قلمرو طرف متعاهد دیگر دچار خسارت شود، از رفتاری که نسبت به رفتار طرف متعاهد مزبور با سرمایه گذاران خود یا سرمایه گذاران هر کشور ثالث نامساعدتر نباشد، برخوردار خواهند بود.

۲ـ صرف نظر از بند (۱) فوق، اگر سرمایه گذار یک طرف متعاهد در وضعیت های موضوع بند(۱) در قلمرو طرف متعاهد دیگر متحمل خسارتی شود که ناشی از موارد زیر باشد:

الف) ضبط سرمایه گذاری او یا قسمتی از آن توسط نیروها یا مقامات طرف متعاهد اخیرالذکر، یا

ب) تخریب سرمایه گذاری او یا قسمتی از آن توسط نیروها یا مقامات طرف متعاهد اخیرالذکر، که ناشی از ضرورت موقعیت نباشد.

سرمایه گذار، مشمول اعاده مال یا پرداخت خسارت از سوی طرف متعاهد اخیرالذکر خواهد شد که در هر صورت سریع، مناسب و مؤثر و بدون تأخیر غیرموجه خواهد بود.

ماده۹ـ بازگشت و انتقال سرمایه

۱ـ بدون لطمه به اقدامات اتحادیه گمرکی، اقتصادی یا پولی، بازار مشترک، منطقه آزاد تجاری یا شکل دیگر یکپارچگی منطقه ای اقتصادی که یک طرف متعاهد عضو آن است، طرفهای متعاهد طبق قوانین و مقررات خود در مورد انتقال پرداخت های مربوط به سرمایه گذاری و عواید اطمینان خواهند داد. انتقالات به ارزی که آزادانه قابل تبدیل باشد، بدون هیچ محدودیت و تأخیر غیرموجه صورت خواهد گرفت. این انتقالات، به ویژه شامل موارد زیر خواهد بود، اگر چه به آنها منحصر نمی شود:

الف) سرمایه و مبالغ اضافی برای حفظ یا افزایش سرمایه گذاری،

ب) سود، هزینه های مالی، سود سهام و سایر درآمد های جاری،

پ) وجوه بازپرداخت وامها،

ت) حق الامتیـــازها یا حق الزحمه ها،

ث) مبالغ حاصل از فروش یا تصفیه از سرمایه گذاری،

ج) هرگونه وجوه پرداختی ناشی از جبران خسارت به موجب مواد (۷) یا (۸)،

چ) درآمد کارکنان خارجی که در ارتباط با سرمایه گذاری در قلمرو طرف متعاهد میزبان استخدام شده اند و پروانه کار مرتبط با آن سرمایه گذاری در قلمرو طرف متعاهد سرمایه پذیر را دارا می باشند.

۲ـ از نظر این موافقتنامه، نرخ تسعیر، نرخ رایج براساس مقررات حاکم نرخ تسعیر در زمان انتقال خواهد بود، مگرآنکه به نحو دیگری توافق شده باشد.

۳ـ چنانچه انتقالات موضوع بند(۱) در مدتی که به طور معمول برای تکمیل انتقال لازم است انجام پذیرد، چنین تلقی می شود که انتقالات بدون تأخیر غیرموجه انجام شده است، مگر آنکه به نحو دیگری بین سرمایه گذار و نهاد مالی سرمایه گذار توافق شده باشد.

۴ـ هیچ یک از مفاد این موافقتنامه به گونه ای تفسیر نخواهد شد که یک طرف متعاهد را در شرایط استثنائی، چنانچه با توجه به پرداخت­ها و جریان سرمایه، مشکلات جدی تراز پرداخت یا خطر آن را تجربه کند، از اتخاذ و حفظ اقداماتی که انتقال را محدود می­کند، باز دارد، مشروط بر اینکه محدودیت های مزبور عادلانه باشند، خودسرانه و یا به طور غیرمنصفانه تبعیض آمیز نباشند، مدت زمان محدود داشته باشند، با حسن نیت وضع شده باشند و از آنچه برای اصلاح وضعیت تراز پرداخت لازم است، فراتر نروند.

۵ ـ یک طرف متعاهد می تواند با اعمال اقدامات منصفانه، غیرتبعیض آمیز و با حسن نیت به منظور تضمین پیروی سرمایه گذار از قوانین و مقررات طرف متعاهدی که در قلمرو آن سرمایه گذاری انجام پذیرفته است در ارتباط با موارد زیر انتقال را به تأخیر اندازد یا از آن جلوگیری کند:

الف) پرداخت مالیات و عوارض،

ب) رویه های ورشکستگی یا تصفیه، از جمله اقدامات مربوط به دوره وصول و ورشکستگی یا حمایت از حقوق اعتباردهندگان،

پ) جرائم کیفری یا جزائی،

ت) تضمین پیروی از دستورات یا احکام دادگاهها یا دیوان های طرف متعاهدی که در قلمرو آن سرمایه گذاری انجام شده است. این اقدامات و اجرای آنها به عنوان وسیله ای برای اجتناب از تکالیف و تعهدات طرف متعاهد به موجب این موافقتنامه استفاده نخواهد شد.

ماده۱۰ـ جانشینی

هرگاه یکی از طرفهای متعاهد یا نماینده تعیین شده توسط آن در چهارچوب یک نظام حقوقی متعاقب پرداختی که به موجب یک قرارداد بیمه یا تضمین خطرات غیرتجاری به عمل آورده جانشین سرمایه گذار شود:

الف) جانشینی مزبور توسط طرف متعاهد دیگر معتبر شناخته خواهد شد،

ب) جانشین مستحق حقوقی بیش از آنچه سرمایه گذار استحقاق آن را داشته است، نخواهد بود،

پ) اختلافات میان جانشین و طرف متعاهد سرمایه پذیر طبق ماده (۱۱) این موافقتنامه حل و فصل خواهد شد.

ماده۱۱ـ حل و فصل اختلاف‏های میان یک طرف متعاهد و سرمایه گذار (سرمایه گذاران) طرف متعاهد دیگر

۱ـ چنانچه اختلافی میان طرف متعاهد سرمایه پذیر و یک یا چند سرمایـه گذار طرف متعاهد دیگر درباره یک سرمایه گذاری بروز کند، طرف متعاهـد سرمایه پذیر و سرمایـه گذار (سرمایه گذاران) مزبور در ابتدا تلاش خواهند کرد که اختلاف را از طریق مذاکره و مشاوره و به صورت دوستانه حل و فصل کنند.

۲ـ چنانچه طرف متعاهد سرمایه پذیر و سرمایه گذار (سرمایه گذاران) مزبور نتوانند ظرف مدت شش ماه ازتاریخ ابلاغ ادعا به دیگری به توافق برسند، هر یک از آنها می تواند اختلاف را در دادگاههای صالح طرف متعاهد سرمایه پذیر مطرح یا ضمن رعایت قوانین و مقررات مربوط خود به یک هیأت داوری سه نفره به شرح مندرج در بند (۵) زیر ارجاع کند.

۳ـ هر اختلافی که ابتدا در دادگاههای صالح طرف متعاهد سرمایه پذیر اقامـــه شود، تا زمانی که در دست رسیدگی است جز با توافق طرفها نمی تواند به داوری ارجاع شود و در صورتی که منتهی به صدور حکم قطعی شود قابل ارجاع به داوری نخواهد بود.

۴ـ هر اختلافی که به داوری ارجاع شود، از صلاحیت دادگاههای داخلی مستثنی خواهد بود. با این وجود مفاد این بند مانع از آن نخواهد بود که محکومٌ له حکم داوری برای اجرای آن به دادگاههای داخلی مراجعه کند.

۵ ـ طرف متعاهد سرمایه پذیر یا سرمایه گذار (سرمایه گذاران) طرف متعاهد دیگر هر کدام که بخواهد اختلافی را به داوری ارجاع کند، باید ضمن ارسال اطلاعیه کتبی برای دیگری، داور منتخب خود را به ترتیب زیر انتخاب نماید:

الف) قواعد داوری آنسیترال، یا

ب) اگر سرمایه گذار و طرف متعاهد میزبان توافق نمایند، به هرنهاد داوری دیگر.

۶ ـ تصمیمات هیأت داوری برای طرفها، نهائی و لازم الاتباع خواهد بود.

۷ـ در مورد هر جریان رسیدگی داوری بین المللی که به موجب این موافقتنامه علیه جمهوری چک مطرح می­شود، قواعد آنسیترال در زمینه شفافیت در داوری مبتنی بر معاهده بین سرمایه گذار و دولت اعمال خواهد شد. جمهوری اسلامی ایران می تواند اعمال قواعد آنسیترال در زمینه شفافیت در داوری مبتنی بر معاهده بین سرمایه گذار و دولت را در مورد هر جریان رسیدگی داوری بین المللی که به موجب این موافقتنامه علیه جمهوری اسلامی ایران مطرح می شود را بررسی نماید.

۸ ـ اگر از تاریخی که سرمایه گذار برای اولین بار از نقض ادعایی به موجب ماده (۳) تا (۸) مبنی بر اینکه سرمایه گذار دچار ضرر و زیان شده است، مطلع شد یا باید مطلع می شد، بیش از سه سال گذشته باشد، هیچ دعوایی برای حل و فصل براساس بند(۲) ارجاع نخواهد شد.

۹ـ داوری براساس قانون با توجه به منابع حقوق به ترتیب زیر تصمیم گیری خواهد نمود: الف) مفاد این موافقتنامه، به نحوی که طبق کنوانسیون حقوق معاهدات وین تفسیر می گردد، ب) سایر قواعد حاکم حقوق بین الملل.

۱۰ـ دیوان در مورد خسارات تنبیهی حکم صادر نخواهد نمود.

۱۱ـ دیوان دستور خواهد داد که هزینه های جریان رسیدگی از جمله هزینه های متعارف دستیاری و نمایندگی حقوقی، برعهده طرف بازنده اختلاف باشد. در موارد استثناء، دیوان با توجه به شرایط پرونده چنانچه مناسب تر تشخیص دهد، هزینه ها را بین طرفهای اختلاف تقسیم خواهد نمود.

ماده۱۲ـ حل و فصل اختلاف‏های بین طرفهای متعاهد

۱ـ کلیه اختلاف‏های بین طرفهای متعاهد ناشی از اجراء یا تفسیر این موافقتنامه، ابتدا از طریق مذاکره و به طور دوستانه حل و فصل خواهد شد. در صورت عدم توافق، هر یک از طرفهای متعاهد می تواند با رعایت قوانین و مقررات مربوط خود، ضمن ارسال اطلاعیه ای برای طرف متعاهد دیگر، موضوع را به یک هیأت داوری سه نفره مرکب از دو داور منتخب طرفهای متعاهد و یک سرداور ارجاع نماید.

در صورت ارجاع امر به هیأت داوری، هر یک از طرفهای متعاهد ظرف مدت شصت روز از تاریخ دریافت اطلاعیه نسبت به انتخاب یک داور اقدام می‏کند و داوران منتخب طرفهای متعاهد ظرف مدت شصت روز از تاریخ آخرین انتخاب، سرداور را تعیین خواهندکرد. چنانچه هر یک از طرفهای متعاهد ظرف مدت مقرر داور خود را تعیین نکند یا داوران منتخب ظرف مدت مذکور در مورد انتخاب سرداور به توافق نرسند، هر یک از طرفهای متعاهد می تواند از رئیس دیوان بین المللی دادگستری بخواهد که حسب مورد داور طرف ممتنع یا سرداور را تعیین نماید. سرداور باید در هر صورت تابعیت کشوری را دارا باشد که در زمان انتخاب با طرفهای متعاهد روابط سیاسی دارد.

۲ـ در مواردی که سرداور باید توسط رئیس دیوان بین المللی دادگستری تعیین شود چنانچه رئیس دیوان بین المللی دادگستری از انجام وظیفه معذور یا تبعه یکی از طرفهای متعاهد باشد، انتصاب توسط معاون رئیس بین المللی دادگستری انجام خواهد شد و چنانچه معاون رئیس نیز از انجام وظیفه مذکور معذور یا تبعه یکی ازطرفهای متعاهد باشد این انتصاب توسط عضو ارشد دیوان که تابعیت هیچ یک از طرفهای متعاهد را نداشته باشد انجام خواهد شد.

۳ـ هیأت داوری با توجه به سایر مواردی که طرفهای متعاهد توافق نموده اند آیین و محل داوری را تعیین خواهد نمود.

۴ـ دیوان داوری بر مبنای اکثریت آراء تصمیم گیری خواهد نمود. این تصمیم نهائی و لازم‏الاتباع خواهد بود. هر طرف متعاهد هزینه داور و نماینده خود در جریان رسیدگی داوری را بر عهده خواهد داشت، هزینه سرداور و سایر هزینه ها به طور مساوی برعهده هر دو طرف متعاهد خواهد بود. دیوان داوری رویه خود را تعیین خواهد نمود.

ماده۱۳ـ استثنائات

۱ـ با رعایت این الزام که اقدامات زیر به نحوی اعمال نشوند که در جایی که شرایط مشابه حاکم است موجب تبعیض خودسرانه یا غیرقابل توجیه علیه سرمایه گذاران طرف متعاهد دیگر نشود، هیچ یک از مفاد این موافقتنامه نباید به گونه ای تعبیر شود که موجب جلوگیری از اتخاذ یا انجام اقدامات زیر توسط یک طرف متعاهد شود:

الف) ضروری برای حمایت از اخلاق عمومی یا حفظ نظم عمومی؛ این استثنائات تنها وقتی می تواند مورد استناد واقع شود که تهدیدی واقعی و به اندازه کافی جدی متوجه یکی از منافع حیاتی جامعه باشد،

ب) ضروری برای حمایت از حیات یا سلامت انسان، حیوان یا گیاه،

پ) ضروری برای تضمین رعایت قوانین یا مقرراتی که با مفاد این موافقتنامه از جمله در رابطه با موارد زیر، ناسازگار نیستند:

(۱) جلوگیری از اعمال فریبکارانه و متقلبانه یا پرداختن به آثار قصور در مورد یک قرارداد، (۲) حمایت از حریم خصوصی افراد درخصوص پردازش و انتشار داده های شخصی و حمایت از محرمانه بودن سوابق و حساب های شخصی،

(۳) ایمنی.

۲ـ هیچ یک از مفاد این موافقتنامه مانع طرف متعاهد برای اتخاذ یا حفظ اقدامات متعارف به دلایل احتیاطی از جمله موارد زیر نخواهد شد:

الف) حمایت از سرمایه گذاران، سپرده گذاران، بیمه گذاران، بیمه گرها همچنین شرکت کنندگان در بازار مالی یا اشخاصی که یک مؤسسه مالی به آنها تعهد امانی دارند،

ب) حفظ ایمنی، صحت و یکپارچگی یا مسؤولیت مالی مؤسسات مالی،

پ) تضمین یکپارچگی و ثبات نظام مالی طرف متعاهد.

۳ـ این موافقتنامه بدون لطمه به تعهدات طرفهای متعاهد ناشی از عضویت یا مشارکت آنها در هر اتحادیه­ گمرکی، اتحادیه اقتصادی، موافقتنامه یکپارچه سازی اقتصادی منطقه‏ای، یا موافقتنامه بین المللی مشابه فعلی یا آتی مانند اتحادیه اروپا اعمال خواهد شد.

ماده۱۴ـ اقدامات سرمایه گذاری و مقرراتی

۱ـ هیچ یک از مفاد این موافقتنامه به نحوی تعبیر نخواهد شد که بر حق طرفهای متعاهد برای وضع مقررات در قلمروی خود از طریق اقدامات لازم برای دستیابی به اهداف سیاست گذاری مشروع از قبیل حمایت از سلامت عمومی، ایمنی، محیط زیست یا اخلاق عمومی، حمایت اجتماعی یا حمایت از مصرف کننده یا تشویق و حمایت از تنوع فرهنگی تأثیر بگذارد.

۲ـ برای اطمینان بیشتر، مفاد این موافقتنامه به عنوان تعهدی برای یک طرف متعاهد مبنی بر عدم تغییر چهارچوب قانون و مقررات تفسیر نخواهد شد، از جمله به نحوی که به طور منفی عملیات سرمایه گذاری یا انتظارات سرمایه گذار برای کسب سود را تحت تاثیر قرار دهد.

ماده۱۵ـ منافع مهم امنیتی

۱ـ هیچ یک از مفاد این موافقتنامه به نحوی تعبیر نخواهد شد که مانع از انجام هر اقدام مناسبی توسط هر طرف متعاهد شود که آن را برای حمایت از منافع مهم امنیتی خود در موارد زیر ضروری می داند:

الف) در ارتباط با جرائم کیفری یا جزائی،

ب) در ارتباط با قاچاق سلاح، مهمات و انجام کارهای جنگی و دادوستد سایر کالاها، مواد، خدمات و فناوری که به طور مستقیم یا غیرمستقیم به منظور تأمین تأسیسات نظامی یا امنیتی دیگر به‏کار برده می شود،

پ) اقدامات اتخاذشده در زمان جنگ یا دیگر حالت های اضطراری در روابط بین الملل، ت) اجرای سیاست های ملی یا موافقتنامه بین المللی در ارتباط با عدم گسترش تسلیحات هسته ای یا سایر ابزار انفجاری هسته ای، یا

ث) در انجام تعهدات خود به موجب منشور ملل متحد به منظور حفظ صلح و امنیت بین المللی.

۲ـ منافع مهم امنیتی یک طرف متعاهد ممکن است شامل منافع ناشی از عضویت آن در یک اتحادیه گمرکی، اقتصادی یا پولی، بازار مشترک، منطقه آزاد تجاری یا شکل دیگر یکپارچگی اقتصادی منطقه ای باشد.

ماده۱۶ـ منع برخورداری از منافع

منافع این موافقتنامه نسبت به سرمایه گذار طرف متعاهد مبدأ که شخص حقوقی طرف متعاهد مبدأ است و سرمایه گذاری های آن سرمایه گذار منع خواهد شد، چنانچه اشخاص حقیقی یا حقوقی یک طرف غیرمتعاهد، مالک یا کنترل کننده سرمایه گذاری مزبور یا بخشی از آن باشند و طرف متعاهد میزبان:

الف) با طرف غیرمتعاهد عمداً روابط سیاسی نداشته باشد، یا

ب) در مورد طرف غیرمتعاهد یا شخص حقیقی یا حقوقی طرف غیرمتعاهد اقداماتی را اتخاذ یا برقرار نماید که داد و ستد با چنین شخص حقیقی یا حقوقی را منع کند یا چنانچه منافع این موافقتنامه داده شود، نقض یا نادیده گرفتن اقدامات مذکور باشد.

ماده۱۷ـ لازم الاجراء شدن، مدت و فسخ

۱ـ طرفهای متعاهد یکدیگر را از طریق مجاری دیپلماتیک از انجام تشریفات داخلی مربوط خود که برای لازم الاجراء شدن این موافقتنامه ضروری است، مطلع خواهند نمود.

۲ـ این موافقتنامه در سی‏اُمین روز پس از تاریخ دریافت اطلاعیه مؤخر هریک از طرفهای متعاهد به طرف متعاهد دیگر مبنی بر تکمیل تشریفات ضروری برای لازم الاجراء شدن این موافقتنامه، برای مدت ده سال لازم الاجراء خواهد شد. پس از این دوره، این موافقتنامه همچنان معتبر خواهد ماند، مگر آنکه یکی از طرفهای متعاهد فسخ آن را به طور کتبی به اطلاع طرف متعاهد دیگر برساند. در این صورت، موافقتنامه یکصد و هشتاد روز پس از دوره زمانی مذکور فسخ شده تلقی می گردد.

۳ـ پس از فسخ این موافقتنامه، مفاد آن در مورد سرمایه گذاری های مشمول این موافقتنامه برای یک دوره اضافی ده ساله مجری خواهد بود.

۴ـ به محض لازم­الاجراء شدن یک موافقتنامه بین‏المللی بین طرفهای متعاهد که در آن، دیوان چندجانبه سرمایه گذاری و یا سازوکار چندجانبه فرجام خواهی برای اختلاف­ها به موجب این موافقتنامه پیش بینی شده باشد، بخشهای مرتبط در این موافقتنامه، اعمال نخواهند شد.

ماده۱۸ـ زبان و تعداد متون

این موافقتنامه در دو نسخه به زبان های فارسی، چک و انگلیسی تنظیم شده و همه متون از اعتبار یکسان برخوردار می باشند. در صورت اختلاف در تفسیر، متن انگلیسی ملاک خواهد بود.

این موافقتنامه در تهران درتاریخ ۲۷ آذرماه سال ۱۳۹۶ (هجری شمسی) مطابق با ۱۸ دسامبر ۲۰۱۷ میلادی به امضاء نمایندگان دولت های جمهوری اسلامی ایران و جمهوری چک رسید.

از طرف دولت جمهوری اسلامی ایران

محمد خزاعی

معاون وزیر امور اقتصادی و دارایی و رئیس کل سازمان سرمایه گذاری و کمکهای اقتصادی و فنی ایران

از طرف دولت جمهوری چک

اسواتوپلوک چومبا

نماینده تام الاختیار و سفیر فوق العاده جمهوری چک در جمهوری اسلامی ایران

قانون فوق مشتمل بر ماده واحده و یک تبصره منضم به متن موافقتنامه، شامل مقدمه و هجده ماده در جلسه علنی روز دوشنبه مورخ سوم تیر ماه یکهزار و سیصد و نود و هشت مجلس شورای اسلامی تصویب شد و در تاریخ ۱۹/۴/۱۳۹۸به تأیید شورای نگهبان رسید.

رئیس مجلس شورای اسلامی ـ علی لاریجانی

**3.قانون موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت فدراسیون روسیه و تشریفات (پروتکل) آن** ۲۴/۰۸/۱۳۹۵

ماده واحده ـ موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاري بین دولت جمهوري اسلامی ایران و دولت فدراسیون روسیه مشتمل بر یک مقدمه، (12) ماده و یک تشریفات(پروتکل) به شرح پیوست تصویب و اجازه مبادله اسناد آن داده می شود.

تبصره1ـ ارجاع اختلافات موضوع مواد (9) و(10) این موافقتنامه به داوري توسط دولت جمهوري اسلامی ایران منوط به رعایت اصل یکصد و سی و نهم (139) قانون اساسی جمهوري اسلامی ایران است.

تبصره2ـ در اجراي ماده (12) این موافقتنامه رعایت اصل هفتاد و هفتم (77) قانون اساسی جمهوري اسلامی ایران الزامی است.

بسم االله الرحمن الرحیم

موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاري بین دولت جمهوري اسلامی ایران و دولت فدراسیون روسیه

مقدمه:  
  
دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت فدراسیون روسیه که از این پس «طرفهای متعاهد» نامیده می شوند،  
با علاقمندی به تحکیم همکاری های اقتصادی در جهت تأمین منافع اتباع دولتهای طرفهای متعاهد،  
با هدف به کارگیری منابع اقتصادی و امکانات بالقوه خود در امر سرمایه گذاری و نیز ایجاد و حفظ شرایط مساعد برای سرمایه گذاری های سرمایه گذاران طرفهای متعاهد در قلمرو یکدیگر،

و با تأیید لزوم تشویق و حمایت از سرمایه گذاری های سرمایه گذاران طرفهای متعاهد در قلمرو یکدیگر، به شرح زیر توافق نمودند:

ماده۱ـ تعاریف

از نظر این موافقتنامه معانی اصطلاحات به کار رفته به شرح زیر خواهد بود:

۱ـ اصطلاح «سرمایه گذاری» عبارت از هر نوع دارایی از جمله موارد زیر است که توسط سرمایه گذاران یک طرف متعاهد در قلمرو طرف متعاهد دیگر و طبق قوانین و مقررات طرف متعاهد اخیر به کار گرفته شود:

الف ـ اموال منقول و غیرمنقول و نیز حقوق اموال مربوط به آنها،

ب ـ سهام یا هر گونه مشارکت در سرمایه شرکتها،

پ ـ حق نسبت به پول یا هر عملیات مربوط به سرمایه گذاری که دارای ارزش مالی باشد،

ت ـ حقوق مالکیت معنوی به ویژه از قبیل، حق تألیف، حق اختراع، حق اختراع با مدت محدود، طرحها یا نمونه های صنعتی، علائم و اسامی تجاری و دانش فنی،

ث ـ حقوقی که به موجب قانون یا قرارداد طبق قوانین و مقررات طرف متعاهد اخیر اعطاء شده باشد مانند حقوق مربوط به اکتشاف، توسعه، استخراج و بهره برداری از منابع طبیعی

هرگونه تغییر در شکل یک سرمایه گذاری مادامی که این تغییرات مغایر با قوانین و مقررات طرف متعاهد اخیرالذکر نباشد تأثیری در ماهیت آن به عنوان سرمایه گذاری نخواهد داشت.

۲ـ اصطلاح «سرمایه گذار» در مورد هر یک از طرفهای متعاهد به معنی زیر است:

الف ـ اشخاص حقیقی که به موجب قوانین و مقررات آن طرف متعاهد، اتباع آن دولت به شمار آیند و تابعیت دولت طرف متعاهدی که سرمایه گذاری ها در قلمرو آن صورت پذیرفته را دارا نباشند.

ب ـ اشخاص حقوقی که به موجب قوانین و مقررات آن طرف متعاهد تأسیس شده و مرکز اداره آنها در قلمرو طرف متعاهد مزبور قرار داشته باشد.

۳ـ اصطلاح «عواید» به معنی وجوهی است که از سرمایه گذاری حاصل شده باشد از جمله سود حاصل از سرمایه گذاری، سود سهام، کارمزد و حق الامتیاز

۴ـ اصطلاح «قلمرو یک طرف متعاهد» به معنی قلمرو جمهوری اسلامی ایران یا قلمرو فدراسیون روسیه، حسب مورد می باشد.

۵ ـ اصطلاح «قوانین و مقررات یک طرف متعاهد» به معنی قوانین یا مقررات جمهوری اسلامی ایران یا قوانین و مقررات فدراسیون روسیه، حسب مورد می باشد.

ماده۲ـ تشویق و پذیرش سرمایه گذاری­ها

۱ـ هر یک از طرفهای متعاهد، در حدود قوانین و مقررات خود تلاش خواهد کرد تا زمینه مناسب جهت جلب سرمایه گذاری های سرمایه گذاران طرف متعاهد دیگر را در قلمرو خود فراهم آورد.

۲ـ هر یک از طرفهای متعاهد با رعایت قوانین و مقررات خود نسبت به پذیرش سرمایه گذاری های سرمایه گذاران طرف متعاهد دیگر در قلمرو خود اقدام خواهد کرد.

۳ـ هر یک از طرفهای متعاهد پس از پذیرش سرمایه گذاری، کلیه مجوزهایی را که طبق قوانین و مقررات خود جهت تحقق سرمایه گذاری مزبور لازم است اعطاء خواهد کرد.

ماده ۳ـ رفتار نسبت به سرمایه گذاری­ها

۱ـ هر یک از طرفهای متعاهد اعمال رفتار عادلانه و منصفانه نسبت به سرمایه گذاری های سرمایه گذاران طرف متعاهد دیگر در خصوص مدیریت، نگهداری، بهره مندی، استفاده یا فروش این سرمایه گذاری ها را در قلمرو خود تضمین خواهد کرد.

۲ـ رفتار موضوع بند (۱) این ماده به همان اندازه مساعد خواهد بود که رفتار آن طرف متعاهد نسبت به سرمایه گذاری های سرمایه گذاران خود یا سرمایه گذاری های سرمایه گذاران هر کشور ثالث اعمال می نماید، هر کدام که سرمایه گذار مساعدتر بداند، مساعد است.

۳ـ هر یک از طرفهای متعاهد بر اساس قوانین و مقررات خود حق اعمال و معرفی استثنائات بر رفتار ملی اعطاء شده طبق بند (۲) این ماده را، نسبت به سرمایه گذاری های سرمایه گذاران خارجی محفوظ خواهد داشت.

۴ـ مفاد بند(۲) این ماده در ارتباط با رفتار ملل کامله الوداد نباید به نحوی تفسیر شود که یک طرف متعاهد را ملزم نماید منافع، امتیازات و مزایایی را که طرف متعاهد مزبور به سرمایه گذاران هر کشور ثالث در رابطه با موارد زیر اعطاء کرده یا در آینده اعطاء می کند، به سرمایه گذاری های سرمایه گذاران طرف متعاهد دیگر اعطاء نماید:

الف ـ در رابطه با مشارکت در یک منطقه آزاد تجاری، اتحادیه گمرکی یا اقتصادی، بازار مشترک یا سازمان های اقتصادی مشابه،

ب ـ به موجب موافقتنامه های منعقده برای اجتناب از أخذ مالیات مضاعف، یا سایر ترتیبات راجع به مسائل مالیاتی

۵ ـ بدون لطمه به مفاد مواد (۴)، (۵) و (۹) این موافقتنامه، هیچ یک از طرفهای متعاهد الزامی به موجب این موافقتنامه ندارد که رفتاری را اعمال نماید که از رفتار اعمال شده توسط طرف متعاهد مزبور طبق هر نوع موافقتنامه چندجانبه مربوط به رفتار با سرمایه گذاری­ها که هر دو طرف متعاهد عضو آن هستند یا از زمان الحاق کشور آن به سازمان جهانی تجارت طبق تعهدات خود به موجب موافقتنامه تأسیس سازمان جهانی تجارت که در تاریخ ۱۵ آوریل ۱۹۹۴ میلادی (برابر با ۲۶ فروردین ۱۳۷۳هجری شمسی) به امضاء رسیده، از جمله تعهدات به موجب موافقتنامه عمومی تجارت خدمات، مساعدتر باشد.

ماده۴ـ مصادره و جبران خسارت

۱ـ سرمایه گذاری های سرمایه گذاران یک طرف متعاهد در قلمرو طرف متعاهد دیگر ملی و مصادره نخواهد شد یا تحت تدابیر مشابه که دارای آثار مشابه مصادره یا ملی شدن (که از این پس «مصادره» نامیده می شود) قرار نخواهد گرفت، به جز زمانی که اقدامات مزبور برای اهداف عمومی، به موجب فرآیند ایجاد شده بر اساس قوانین و مقررات طرف متعاهد اخیرالذکر، به روش غیرتبعیض آمیز و در مقابل پرداخت سریع، مؤثر و مناسب خسارت انجام شود. میزان جبران خسارت بدون تأخیر پرداخت خواهد شد.

۲ـ جبران خسارت مورد اشاره در بند(۱) این ماده معادل ارزش روز سرمایه گذاری مصادره شده بلافاصله قبل از زمان مصادره یا زمان آگاهی عموم از مصادره قریب الوقوع، هر کدام که زودتر باشد، محاسبه می گردد. جبران خسارت به ارزی که آزادانه قابل تبدیل باشد پرداخت خواهد شد و با رعایت مفاد ماده (۶) این موافقتنامه آزادانه از قلمرو طرف متعاهد دوم به قلمرو طرف متعاهد نخست قابل انتقال خواهد بود. خسارت شامل نرخ بازده محاسبه شده بر اساس نرخ غالب بازده در بازار از زمان مصادره تا زمان پرداخت غرامت، خواهد بود.

ماده۵ ـ جبران خسارت برای زیانها

سرمایه گذاران هر یک از طرفهای متعاهد که سرمایه گذاری های آنها به علت هر نوع مخاصمه مسلحانه، انقلاب یا سایر حوادث مشابه در قلمرو طرف متعاهد دیگر دچار خسارت شود در خصوص اعاده مال، پرداخت غرامت، جبران خسارت یا دیگر ترتیبات حل وفصل اختلاف، از رفتاری برخوردار خواهند شد که طرف متعاهد اخیرالذکر نسبت به سرمایه گذاران یک کشور ثالث یا سرمایه گذاران خود، هر کدام که برای سرمایه گذار مساعدتر باشد، اعمال می­کند.

ماده۶ ـ انتقالات پرداختها

۱ـ هر یک از طرفهای متعاهد طبق قوانین و مقررات خود و پس از آن که سرمایه گذاران طرف متعاهد دیگر تمامی تعهدات مالی خود به طرف متعاهد نخست از جمله مالیات­ها را ایفاء نمودند، اجازه خواهد داد که در مورد سرمایه گذاری های موضوع این موافقتنامه به ویژه انتقالات زیر به صورت آزاد و بدون تأخیر به خارج از قلمرو آن انجام شود:

الف ـ عواید،

ب ـ مبالغ حاصل از فروش و(یا) تصفیه تمام یا قسمتی از سرمایه گذاری،

پ ـ مبالغ پرداخت شده به موجب مواد(۴) و (یا) (۵) این موافقتنامه،

ت ـ اقساط وامهای مربوط به سرمایه گذاری، مشروط برآنکه از محل عملکرد سرمایه گذاری پرداخت شود،

ث ـ حقوق ماهیانه و دستمزدهای دریافتی توسط کارکنان سرمایه گذار که پروانه کار مرتبط با آن سرمایه گذاری در قلمرو طرف متعاهد سرمایه پذیر را دارا باشند.

ج ـ وجوه پرداختی ناشی از تصمیم مرجع مذکور در ماده (۹) این موافقتنامه

۲ـ انتقالات پرداخت ها بدون تأخیر به ارزی که آزادانه قابل تبدیل باشد و به نرخ جاری در روز انتقال طبق مقررات ارزی طرف متعاهدی انجام خواهد شدکه سرمایه گذاری در قلمرو آن صورت پذیرفته است.

ماده۷ـ جانشینی

هرگاه یکی از طرفهای متعاهد یا مؤسسه تعیین شده توسط آن به موجب یک قرارداد بیمه یا تضمین که در خصوص یک سرمایه گذاری انجام شده در قلمرو طرف متعاهد دیگر در مقابل خطرات غیرتجاری منعقد کرده است، پرداختی به سرمایه گذار خود نماید، طرف متعاهد اخیرالذکر باید جانشینی طرف متعاهد نخست یا مؤسسه تعیین شده توسط آن را نسبت به همه حقوق و مطالبات سرمایه گذار به­رسمیت بشناسد. طرف متعاهد نخست یا مؤسسه تعیین شده توسط آن مستحق خواهد بود این حقوق و مطالبات را طبق قوانین و مقررات طرف متعاهد اخیرالذکر به همان اندازه که سرمایه گذار استحقاق آن را داشته است اعمال یا اجراء نماید.

ماده۸ ـ دامنه شمول موافقتنامه

این موافقتنامه در مورد تمامی سرمایه گذاری های سرمایه گذاران یک طرف متعاهد در قلمرو طرف متعاهد دیگر که از ۱۳۷۰/۱۰/۱۱ هجری شمسی برابر با اول ژانویه ۱۹۹۲ میلادی انجام شده باشد اعمال خواهد شد. در هرصورت این موافقتنامه، نسبت به اختلافات راجع به سرمایه گذاری که قبل از لازم الاجراء شدن آن مطرح شده یا نسبت به هرگونه ادعاهای مربوط به سرمایه گذاری ها که ناشی از وقایعی است که قبل از لازم الاجراء شدن موافقتنامه رخ داده، اعمال نخواهد شد.

ماده۹ـ حل و فصل اختلافات بین یک طرف متعاهد و سرمایه گذار طرف متعاهد دیگر

۱ـ چنانچه به موجب این موافقتنامه اختلافی میان یک طرف متعاهد و یک سرمایه گذار طرف متعاهد دیگر درباره یک سرمایه گذاری سرمایه گذار در قلمرو طرف متعاهد نخست بروز کند، طرف متعاهد نخست و سرمایه گذار در ابتداء تلاش خواهند کرد که اختلاف را از طریق مذاکره و مشاوره حل وفصل کنند.

۲ـ چنانچه این اختلاف ظرف مدت شش ماه از تاریخ ابلاغ کتبی ادعا توسط یک طرف به طرف دیگر اختلاف به نحوی که در بند (۱) این ماده پیش بینی شده است، حل و فصل نشود، اختلاف می تواند برای حل وفصل به انتخاب سرمایه گذار ارجاع شود به:

الف ـ دادگاه صلاحیتدار کشور طرف متعاهد نخست،

ب ـ داوری مرکز بین المللی حل وفصل اختلافات سرمایه گذاری (ایکسید) که به موجب کنوانسیون حل وفصل اختلافات سرمایه گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر که در تاریخ ۱۳۴۳/۱۲/۲۷ هجری شمسی برابر با ۱۸ مارس ۱۹۶۵ میلادی جهت امضاء در واشنگتن مفتوح شده، برای حل وفصل اختلاف طبق مفاد این کنوانسیون تشکیل شده است (مشروط به اینکه برای هر دو طرف متعاهد لازم الاجراء شده باشد)،

پ ـ دیوان داوری موردی که به موجب قواعد داوری کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال) تشکیل شود.

۳ـ دیوان داوری برای طرفهای اختلاف، قطعی و لازم الاتباع خواهدبود. هر طرف متعاهد اجرای این تصمیم را بر طبق قوانین و مقررات خود تضمین می کند.

ماده۱۰ـ حل و فصل اختلافات بین طرفهای متعاهد

۱ـ کلیه اختلافات بین طرفهای متعاهد ناشی از تفسیر با اجرای این موافقتنامه ابتداء از طریق مذاکره و به طور دوستانه حل وفصل شود.

۲ـ چنانچه اختلاف به طور دوستانه از طریق مذاکره حل نشود، هر یک از طرفهای متعاهد می تواند ظرف مدت شش ماه از تاریخ دریافت اطلاعیه کتبی برای درخواست مذاکره موضوع بند(۱) این ماده، اختلاف را با فرستادن اطلاعیه کتبی به طرف متعاهد دیگر، به یک دیوان داوری شامل دو داور و سرداور دیوان داوری، ارجاع کند.  
۳ـ در صورت ارجاع اختلاف به دیوان داوری، هر یک از طرفهای متعاهد باید ظرف مدت شصت روز از دریافت اطلاعیه مذکور در بند(۲) این ماده، یک داور انتخاب نماید و داوران منتخب طرفهای متعاهد، درصورت توافق هردو طرف متعاهد، باید ظرف مدت شصت روز از تاریخ انتخاب آخرین داور، سرداور دیوان داوری را تعیین کنند. اگر هر یک از طرفهای متعاهد داور خود را انتخاب ننماید یا داوران منصوب شده در مورد انتخاب سر داور ظرف مدت مذکور به توافق نرسند، در صورت عدم وجود توافق دیگری بین طرفهای متعاهد، هر طرف متعاهد می تواند از رئیس دیوان بین المللی دادگستری بخواهد که حسب مورد، داوری که توسط یکی طرف متعاهد انتخاب نشده یا سرداور دیوان داوری را تعیین نماید. سرداور دیوان داوری باید تبعه کشوری باشد که در زمان انتخاب با دولتهای هر دو طرف متعاهد دارای روابط سیاسی باشد.

۴ـ در مواردی که سر داور باید توسط رئیس دیوان بین المللی دادگستری تعیین شود، چنانچه رئیس دیوان بین المللی دادگستری از انجام وظیفه مذکور معذور باشد یا تبعه هر یک از طرفهای متعاهد باشد، انتصاب توسط نائب رئیس دیوان بین المللی دادگستری انجام خواهد شد، و اگر نائب رئیس نیز از انجام وظیفه مذکور معذور باشد یا تبعه هر یک از طرفهای متعاهد باشد، انتصاب توسط عضو ارشد دیوان مذکور که تبعه هیچ یک از طرفهای متعاهد نباشد و به نحو دیگری از انجام وظیفه مذکور معذور نباشد انجام خواهد شد.

۵ ـ تصمیم­های دیوان داوری با اکثریت آراء اتخاذ خواهد شد. این تصمیم­ها برای طرفهای متعاهد قطعی و الزام آور خواهد بود. هر طرف متعاهد باید هزینه فعالیت­های عضو دیوان را که انتخاب نموده و نمایندگی خود در جریان رسیدگی داوری را بپردازد. هزینه مربوط به فعالیت­های سرداور دیوان داوری و سایر هزینه ها به طور مساوی توسط طرفهای متعاهد پرداخت خواهدشد. در هر صورت، دیوان داوری می تواند در رأی خود حکم کند که میزان بیشتری از هزینه ها توسط یکی از طرفهای متعاهد پرداخت شود و این تصمیم برای هر دو طرف متعاهد الزام آور خواهد بود. دیوان داوری آیین رسیدگی خود و محل داوری را به صورت مستقل تعیین می کند.  
  
ماده۱۱ـ مشورت

طرفهای متعاهد درصورت درخواست هریک از آنها، در خصوص موضوعات مربوط به تفسیر یا اجرای این موافقتنامه مشورت خواهند نمود.

ماده۱۲ـ لازم الاجراء شدن و مدت موافقتنامه

۱ـ این موافقتنامه سی روز پس از تاریخ آخرین اطلاعیه کتبی هر یک از طرفهای متعاهد به طرف متعاهد دیگر مبنی بر اینکه تشریفات داخلی مقرر طبق قوانین و مقررات خود را درباره لازم الاجراء شدن این موافقتنامه به عمل آورده است برای مدت ده سال به موقع اجراء گذارده خواهد شد. درصورت انقضاء مدت مذکور، اعتبار موافقتنامه به طور خودکار برای دوره های زمانی پنجساله تمدید خواهد شد، مگر آنکه یکی از طرفهای متعاهد حداقل دوازده ماه قبل از پایان مدت دوره مربوط، طرف متعاهد دیگر را به طور کتبی از قصد خود برای فسخ موافقتنامه مطلع نماید.

۲ـ این موافقتنامه ممکن است با رضایت متقابل کتبی طرفهای متعاهد اصلاح شود. هر اصلاح پس از اعلام کتبی هر طرف متعاهد به طرف متعاهد دیگر مبنی بر تکمیل تشریفات داخلی مقرر برای لازم الاجراء شدن این قبیل اصلاحات، لازم الاجراء خواهد شد.

۳ـ پس از فسخ این موافقتنامه، مفاد آن در مورد سرمایه گذاری های مشمول این موافقتنامه که پیش از فسخ آن انجام شده باشند، برای یک دوره اضافی ده ساله مجری خواهد بود.

این موافقتنامه در تهران در تاریخ ۲ دی ماه ۱۳۹۴ (هجری شمسی) برابر با ۲۳ دسامبر۲۰۱۵ (میلادی) در دو نسخه به زبان­های فارسی، روسی و انگلیسی تنظیم شده و همه متون از اعتبار یکسان برخوردار خواهند بود. در صورت اختلاف در تفسیر این موافقتنامه، متن انگلیسی ملاک می باشد.

از طرف دولت جمهوری اسلامی ایران

محمد خزاعی

معاون وزیر و رئیس کل سازمان سرمایه گذاری و کمکهای اقتصادی و فنی ایران

از طرف دولت فدراسیون روسیه

الکساندر تسیبولکسی

معاون وزیر توسعه اقتصادی و فدراسیون روسیه

تشریفات (پروتکل) موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری

بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت فدراسیون روسیه

همزمان با امضای موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت فدراسیون روسیه (از این پس موافقتنامه نامیده می­شود) نمایندگان امضاءکننده زیر توافق نموده اند که مفاد زیر بخش لاینفک موافقتنامه باشد.

برای اطمینان بیشتر طرفهای متعاهد تأیید می نمایند که در خصوص جمهوری اسلامی ایران، این موافقتنامه فقط در مورد سرمایه گذاری هایی قابل اعمال است که براساس قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی و توسط سازمان سرمایه گذاری و کمکهای اقتصادی و فنی ایران یا هر مرجع دیگری که جایگزین آن شود، پذیرش شده اند، و در خصوص فدراسیون روسیه، این موافقتنامه فقط نسبت به سرمایه گذاری های پذیرش شده طبق قانون سرمایه گذاری های خارجی آن، اعمال می شود.

این تشریفات(پروتکل) در تهران در تاریخ ۲ دی ماه ۱۳۹۴ (هجری شمسی) برابر با ۲۳ دسامبر ۲۰۱۵ (میلادی) در دو نسخه به زبان­های فارسی، روسی و انگلیسی تنظیم شده و همه متون از اعتبار یکسان برخوردار خواهند بود. در صورت اختلاف در تفسیر این موافقتنامه، متن انگلیسی ملاک می باشد.

از طرف دولت جمهوری اسلامی ایران

محمد خزاعی

معاون وزیر و رئیس کل سازمان سرمایه گذاری و کمکهای اقتصادی و فنی ایران

از طرف دولت فدراسیون روسیه

الکساندر تسیبولکسی

معاون وزیر توسعه اقتصادی و فدراسیون روسیه

قانون فوق مشتمل بر ماده واحده و دو تبصره منضم به متن موافقتنامه، شامل مقدمه و دوازده ماده و تشریفات (پروتکل) الحاقی در جلسه علنی روز دوشنبه مورخ بیست و چهارم آبان ماه یکهزار و سیصد و نود و پنج مجلس شورای اسلامی تصویب شد و در تاریخ ۱۳۹۵/۹/۲۴ به تأیید شورای نگهبان رسید.

رئیس مجلس شورای اسلامی ـ علی لاریجانی

‌4. قانون موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل ازسرمایه‌گذاری بین‌دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری فدرال آلمان ۲۳ /۱۰/۱۳۸۲

‌ماده واحده - موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت‌جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری فدرال آلمان مشتمل بر یک مقدمه و چهارده‌ماده به شرح پیوست تصویب و اجازه مبادله اسناد آن داده می‌شود.  
‌تبصره - ارجاع اختلافات موضوع مواد (۱۰) و (۱۱) این موافقتنامه به داوری‌توسط دولت جمهوری اسلامی ایران منوط به رعایت قوانین و مقررات مربوط است.

‌بسم‌الله الرحمن الرحیم

‌موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت‌جمهوری اسلامی ایران و

دولت جمهوری فدرال آلمان

‌مقدمه :  
‌دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری فدرال آلمان که از این پس«‌طرفهای متعاهد» نامیده می‌شوند،  
‌با علاقمندی به تحکیم همکاریهای اقتصادی در جهت تأمین منافع هر دو کشور،

‌با هدف ایجاد و حفظ شرایط مساعد برای سرمایه‌گذاریهای سرمایه‌گذاران طرفهای‌متعاهد در قلمرو یکدیگر،

‌و با تأیید این که تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاریها موجب جریان‌سرمایه‌گذاری بین دو کشور می‌گردد، به شرح زیر توافق نمودند:

‌ماده ۱ – تعاریف

‌از نظر این موافقتنامه معانی اصطلاحات به کار رفته به شرح زیر خواهد بود:

۱ - اصطلاح «‌سرمایه‌گذاری» عبارت از هر نوع دارائی از جمله موارد زیر است که‌به‌طور مستقیم یا غیر مستقیم توسط سرمایه‌گذاران یکی از طرفهای متعاهد در قلمرو طرف‌متعاهد دیگر برطبق قوانین و مقررات طرف متعاهد دیگر به کار گرفته شود:

‌الف - اموال منقول و غیرمنقول و حقوق مربوط به آنها ازقبیل اجاره، رهن، حق‌حبس، وثیقه و حق انتفاع،

ب - سهام یا هر نوع مشارکت در شرکتها ازقبیل اوراق بهادار، اوراق قرضه، سهام‌سرمایه و اعتبارات،

پ - حق نسبت به پول و یا هرگونه مطالبات قابل وصول و هرگونه عملیات مرتبط با‌سرمایه‌گذاری که دارای ارزش اقتصادی باشد و همچنین سرمایه‌گذاری مجدد عواید و‌افزایش ارزش سرمایه‌گذاری اولیه،

ت - حقوق مالکیت معنوی و صنعتی ازجمله علائم تجاری، حق اختراع، مدلهای‌بهره‌برداری، طرحهای صنعتی، فرآیندهای فنی، دانش فنی، اسرار تجاری، اسامی تجاری‌و حسن شهرت تجاری،

ث - حقوقی که دارای ارزش اقتصادی باشد ازقبیل حق اکتشاف، استخراج و‌بهره‌برداری از منابع طبیعی.

‌هرگونه تغییر در شکل دارائی‌هائی که سرمایه‌گذاری شده است، در طبقه‌بندی آنها‌به‌عنوان سرمایه‌گذاری مادام که این تغییر درصورت درخواست طرف متعاهد میزبان‌توسط دستگاه ذی‌صلاح طرف متعاهد میزبان، به تأیید رسیده هیچ‌گونه تأثیری نخواهد‌داشت.

۲ - اصطلاح «‌سرمایه‌گذار» عبارت از اشخاص هر طرف متعاهد به شرح زیر است‌که در چارچوب این موافقتنامه در قلمرو طرف متعاهد دیگر سرمایه‌گذاری کنند:

‌الف - اشخاص حقیقی که به موجب قوانین یک طرف متعاهد اتباع آن طرف‌متعاهد به شمار آیند.

ب - اشخاص حقوقی که به موجب قوانین یک طرف متعاهد تأسیس یا تشکیل‌شده و دارای مقری  
در قلمرو طرف متعاهد مزبور باشند.

۳ - اصطلاح «‌عواید» به معنی وجوهی است که از سرمایه‌گذاری حاصل شده باشد‌ازجمله سود حاصل از سرمایه‌گذاری، سود تسهیلات مالی، سود سهام، حق‌الامتیاز، حق‌پروانه و سایر کارمزدها.

‌ماده ۲ - تشویق، پذیرش و حمایت از سرمایه‌گذاری

۱ - هر یک از طرفهای متعاهد در حدود قوانین و مقررات خود زمینه مناسب را‌جهت جلب سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران طرف متعاهد دیگر در قلمرو خود فراهم خواهد‌آورد.

۲ - هر یک از طرفهای متعاهد با رعایت قوانین و مقررات خود نسبت به پذیرش‌سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران طرف متعاهد دیگر در قلمرو خود اقدام خواهد کرد.

این‌پذیرش تحت شرایط مشخصی توسط مرجع صلاحیتدار موضوع ماده (۹) اعطاء می‌شود.

۳ - طرفهای متعاهد همیشه اعمال رفتار عادلانه و منصفانه نسبت به‌سرمایه‌گذاریهای سرمایه‌گذاران طرف متعاهد دیگر را تضمین خواهند کرد و مدیریت،‌فعالیت، نگهداری، استفاده، تغییر شکل، بهره‌مندی، فروش یا واگذاری سرمایه‌گذاریهای‌مزبور را به هیچ وجه مشمول اقدامات تبعیض‌آمیز قرار نخواهند داد.

۴ - سرمایه‌گذاران هر یک از طرفهای متعاهد درمورد انتخاب وسائل حمل و نقل‌بین‌المللی برای جابجائی افراد و یا کالاهای سرمایه‌ای که درارتباط مستقیم با‌سرمایه‌گذاری در مفهوم این موافقتنامه هستند، مخیر می‌باشند.

‌ماده ۳ - رفتار ملی و رفتار کاملهْ‌الوداد

۱ - هر یک از طرفهای متعاهد نسبت به سرمایه‌گذاران طرف متعاهد دیگر و‌سرمایه‌گذاریهای آنها رفتاری اعمال خواهد نمود که از رفتار اعمال شده نسبت به‌سرمایه‌گذاران خود و سرمایه‌گذاریهای آنها یا سرمایه‌گذاران هر کشور ثالث یا‌سرمایه‌گذاریهای آنها درخصوص مدیریت، فعالیت، نگهداری، استفاده، بهره‌مندی،‌فروش و تصفیه سرمایه‌گذاری (‌هرکدام که برای سرمایه‌گذار مساعدتر باشد) نامساعدتر‌نباشد.

۲ -  
‌الف - مفاد بند (۱) شامل ورود و اقامت موقت افراد نخواهد شد، با این وجود‌طرفهای متعاهد در حدود قوانین ملی خود درخواستهای ورود و اقامت موقت افراد هر‌طرف متعاهد را که درارتباط با یک سرمایه‌گذاری تمایل به ورود به قلمرو طرف متعاهد‌دیگر را دارند، با نظر مساعد مورد توجه قرار خواهند داد. درمورد افراد شاغل هر طرف‌متعاهد که درارتباط با یک سرمایه‌گذاری مایل به ورود در قلمرو طرف متعاهد دیگر و‌اقامت موقت به منظور اشتغال باشند نیز به همین ترتیب عمل خواهد شد. درخواستهای‌پروانه کار نیز با نظر مساعد مورد توجه قرار خواهند گرفت.

ب - در چارچوب مفاد بند (۱) این ماده موارد زیر، به ویژه به عنوان رفتار‌نامساعدتر در نظر گرفته خواهد شد:  
‌رفتار نابرابر در ایجاد محدودیت در خرید مواد خام یا کمکی، انرژی یا سوخت یا‌ابزار تولید یا انجام عملیات از هر نوع، رفتار نابرابر در ممانعت از بازاریابی محصولات در‌داخل یا خارج کشور و سایر اقداماتی که اثرات مشابه دارند.

پ - صرفنظر از جزء‌های (‌الف) و (ب) فوق، ا قداماتی که بنا به دلایل امنیت و نظم‌عمومی، بهداشت و اخلاق عمومی، رفتار نامساعدتر در مفهوم بند (۱) این ماده تلقی‌نخواهد شد.

۳ - چنانچه هر یک از طرفهای متعاهد به موجب یک موافقتنامه موجود یا آتی‌راجع به تأسیس منطقه آزاد تجاری، اتحادیه گمرکی، بازار مشترک و یا سازمان منطقه‌ای‌مشابه و یا به موجب موافقتنامه اجتناب از اخذ مالیات مضاعف یا سایر موضوعات‌مالیاتی امتیازات، مزایا یا حقوق خاصی را به یک یا چند سرمایه‌گذار کشور ثالث اعطاء‌کرده و یا در آینده اعطاء کند ملزم به اعطای امتیازات یا حقوق مزبور به سرمایه‌گذاران‌طرف متعاهد دیگر نخواهد بود.  
۴ - مفاد ماده (۳)، یک طرف متعاهد را به اعطای مزایا، معافیتها و تخفیف‌های‌مالیاتی که طبق قوانین آن فقط به سرمایه‌گذاران مقیم در قلمرو آن اعطاء می‌گردد، به‌سرمایه‌گذاران مقیم در قلمرو طرف دیگر متعاهد ملزم نمی‌نماید.

‌ماده ۴ - مصادره و جبران خسارت، رفتار نسبت به خسارات و زیانها

۱ - سرمایه‌گذاریهای سرمایه‌گذاران هر یک از طرفهای متعاهد از حمایت و امنیت‌در قلمرو طرف متعاهد دیگر برخوردار خواهند شد.

۲ - سرمایه‌گذاریهای سرمایه‌گذاران هر یک از طرفهای متعاهد در قلمرو طرف‌متعاهد دیگر ملی و سلب مالکیت نخواهد شد یا تحت هیچ‌گونه تدابیری با تأثیرات برابر‌با سلب مالکیت که از این پس «‌سلب مالکیت» نامیده می‌شود، قرار نخواهد گرفت، مگر‌آن که به نفع عموم و در مقابل جبران خسارت باشد. این جبران خسارت باید معادل ارزش‌سرمایه‌گذاری سلب مالکیت شده بلافاصله قبل از تاریخی که سلب مالکیت واقعی یا‌قریب‌الوقوع به آگاهی عموم برسد، باشد. جبران خسارت باید بدون تأخیر انجام شود. با‌این وجود، درصورت تأخیر، این جبران خسارت شامل هزینه‌های متعلق به آن نیز خواهد‌شد. این جبران خسارت باید عملاً قابل پرداخت و آزادانه قابل انتقال باشد.

مقررات کافی‌برای 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، یا‌درخصوص مبلغ جبران خسارت باید به موجب فرآیند قانونی در دادگاههای صلاحیتدار‌کشوری که سرمایه‌گذاری در آن انجام شده است، مورد بررسی قرار گیرد.

۳ - سرمایه‌گذاران هر یک از طرفهای متعاهد که سرمایه‌گذاری‌های آنها در قلمرو‌طرف متعاهد دیگر به علت جنگ یا سایر مخاصمات مسلحانه، انقلاب، یا حالت‌اضطراری ملی یا شورش دچار زیان شود، از رفتاری که نسبت به رفتار طرف متعاهد مزبور‌با سرمایه‌گذاران خود یا سرمایه‌گذاران هر کشور ثالث درخصوص اعاده مال، پرداخت‌غرامت، جبران خسارت یا عوض دیگری که دارای ارزش مالی باشد، نامساعدتر نباشد،‌برخوردار خواهند بود. این گونه پرداختها باید آزادانه قابل انتقال باشد.

‌ماده ۵ – انتقالات

۱ - هر یک از طرفهای متعاهد اطمینان می‌دهد که انتقالات مربوط به‌سرمایه‌گذاریهای موضوع این موافقتنامه به صورت آزاد و بدون تأخیر انجام پذیرد. این‌انتقالات شامل موارد زیر است:

‌الف - اصل و مبالغ اضافی برای حفظ یا افزایش سرمایه‌گذاری؛

ب - عواید؛

پ - مبالغ حاصل از فروش و یا تصفیه تمام یا قسمتی از سرمایه‌گذاری؛

ت - حق‌الامتیازها و حق‌الزحمه‌های مربوط به قراردادهای انتقال فناوری؛

ث - مبالغ پرداخت شده به موجب مواد (۴) و (۶) این موافقتنامه؛

ج - بازپرداخت وامهای مربوط به سرمایه‌گذاری؛

چ - حقوق ماهیانه، دستمزدها و سایر وجوه دریافتی توسط کارکنانی که پروانه

کار‌مرتبط با آن سرمایه‌گذاری را کسب کرده باشند؛

ح - وجوه پرداختی ناشی از حل و فصل اختلافات به موجب ماده (۱۱).

۲ - انتقالات فوق باید بدون تأخیر به ارزی که آزادانه قابل تبدیل باشد و به نرخ‌تعیین شده تسعیر در بازار رسمی انجام پذیرد. درصورت فقدان این چنین نرخی، نرخ‌شاخص به کار گرفته شده برای آخرین سرمایه‌گذاریهای وارده، حاکم خواهد بود.

۳ - چنانچه انتقالات در مدتی که قاعدتاً برای تکمیل تشریفات انتقال لازم است‌انجام پذیرد، چنین تلقی می‌شود که انتقالات بدون تأخیر انجام شده است. مدت مزبور از‌تاریخ تقدیم درخواست مزبور شروع خواهد شد و به هیچ دلیلی از دو ماه تجاوز نخواهد‌کرد.

۴ - علی‌رغم مفاد بندهای (۱) تا (۳)، یک طرف متعاهد می‌تواند با اقدامات‌منصفانه و غیرتبعیض‌آمیز و با حسن نیت به منظور حمایت از حقوق طلبکاران یا در رابطه‌با تخلفات جزائی یا به موجب قرار یا حکم صادره در رسیدگی اداری یا قضائی از یک‌انتقال جلوگیری نماید مشروط به این که چنین اقداماتی و اعمال آنها به عنوان وسیله‌ای‌برای خودداری آن طرف متعاهد از انجام تعهدات یا تکالیف خود به‌موجب این موافقتنامه‌مورد  
استفاده قرار نگیرد.

‌ماده ۶ – جانشینی

‌هرگاه یکی از طرفهای متعاهد یا مؤسسه تعیین شده توسط آن به موجب بیمه‌پرداخت غرامت یا قرارداد تضمین، پرداختی را به هر یک از سرمایه‌گذاران خود انجام‌دهد:

‌الف - طرف متعاهد میزبان، جانشینی طرف متعاهد دیگر را به موجب قرارداد بیمه‌یا تضمین به رسمیت خواهد شناخت.

ب - جانشین مستحق حقوقی است که سرمایه‌گذار استحقاق آن را داشته است.

پ - اختلافات میان جانشین و طرف متعاهد میزبان بدون لطمه زدن به حقوق‌جانشین دولتی به موجب ماده (۱۰)، براساس ماده (۱۱) حل و فصل خواهد شد. با‌این‌وجود جانشین می‌تواند به سرمایه‌گذار این حق را بدهد که در مقابل طرف متعاهد‌سرمایه‌پذیر اقدام به استیفای حقوق واگذار شده بنماید.

‌ماده ۷ - رعایت تعهدات

‌هر یک از طرفهای متعاهد رعایت تعهداتی را که درارتباط با سرمایه‌گذاریهای‌سرمایه‌گذاران طرف متعاهد دیگر تقبل نموده است تضمین می‌نماید.

‌ماده ۸ - شرایط مساعدتر

۱ - صرفنظر از شرایط مندرج در این موافقتنامه، شرایط مساعدتری که بین هر یک‌از طرفهای متعاهد با سرمایه‌گذار طرف متعاهد دیگر مورد توافق قرار گرفته یا قرار خواهد‌گرفت، قابل اجرا خواهد بود.  
۲ - چنانچه قوانین هر طرف متعاهد یا تعهدات ناشی از موافقتنامه‌های بین‌المللی‌موجود در حال حاضر یا موافقتنامه‌هائی که از این پس بین طرفهای متعاهد علاوه بر این‌موافقتنامه منعقد می‌شوند حاوی مقررات عام یا خاص باشند، که سرمایه‌گذاریهای‌سرمایه‌گذاران طرف متعاهد دیگر را مستحق برخورداری از رفتار مساعدتری نسبت به‌آنچه در این موافقتنامه پیش‌بینی شده است نمایند، مقررات مذکور تا حدی که مساعدتر‌باشد نسبت به این موافقتنامه حاکم خواهد بود.

‌ماده ۹ - دامنه شمول موافقتنامه

‌این موافقتنامه درمورد سرمایه‌گذاری‌هائی اعمال می‌شود که قبل یا بعد از‌لازم‌الاجراء شدن این موافقتنامه، به تصویب مراجع صلاحیتدار طرف متعاهد سرمایه‌پذیر(‌درصورتی که قوانین و مقررات آن مقرر کند)، برسد.  
‌مرجع صلاحیتدار در جمهوری اسلامی ایران سازمان سرمایه‌گذاری و کمکهای‌اقتصادی و فنی ایران یا سازمانی که جایگزین آن گردد، می‌باشد.

‌به هر حال این موافقتنامه درمورد اختلافاتی که پیش از لازم‌الاجراء شدن آن‌به‌وجود آمده یا حل و فصل شده‌اند اعمال نخواهد شد.

‌ماده ۱۰ - حل و فصل اختلافات بین طرفهای متعاهد

۱ - ا ختلافاتی که درخصوص تفسیر یا اجرای این موافقتنامه بین طرفهای متعاهد‌ایجاد شود باید تا حد امکان ازطریق دولتهای دو طرف متعاهد حل و فصل شود.

۲ - چنانچه اختلاف بدین گونه حل نشود، اختلاف بنا به درخواست هر یک از‌طرفهای متعاهد به یک دیوان داوری ارجاع خواهد شد.

۳ - این دیوان داوری به صورت موردی به شرح زیر تشکیل خواهد شد:

‌هر طرف متعاهد یک عضو تعیین خواهد نمود و این دو عضو درمورد تبعه یک‌کشور ثالث به عنوان رئیس که توسط دولتهای دو طرف متعاهد تعیین می‌گردد توافق‌خواهند نمود. این اعضاء باید ظرف دو ماه و رئیس دیوان ظرف سه ماه از تاریخی که هر‌یک از طرفهای متعاهد طرف متعاهد دیگر را نسبت به تصمیم خود برای ارجاع اختلاف به‌دیوان داوری مطلع می‌سازد، تعیین شوند.

۴ - اگر مدتهای مذکور در بند (۳) فوق رعایت نشده باشد، هر یک از طرفهای‌متعاهد، درصورت نبودن هرگونه ترتیبات دیگری، می‌تواند از رئیس دیوان بین‌المللی‌دادگستری دعوت نماید که انتخابهای لازم را به عمل آورد.  
‌اگر رئیس تبعه یکی از طرفهای متعاهد بوده یا از انجام وظیفه مذکور معذور باشد،‌معاون رئیس باید انتخابهای لازم را به عمل آورد. چنانچه معاون رئیس تبعه یکی از‌طرفهای متعاهد بوده یا وی نیز از انجام وظیفه مذکور معذور باشد، از عضوی از دیوان که‌در رتبه بعد از او قرار داشته باشد و تبعه هیچ یک از طرفهای متعاهد نباشد  
دعوت خواهد‌شد تا انتخابهای لازم را به عمل آورد.

۵ - دیوان داوری با اکثریت آراء اتخاذ تصمیم خواهد کرد. این تصمیمات الزام‌آور‌است. هر طرف متعاهد باید هزینه عضو خود و نمایندگان خویش در جریان داوری را‌بپردازد. هزینه رئیس و سایر هزینه‌ها باید به طور مساوی بین طرفهای متعاهد تقسیم شود.‌دیوان می‌تواند درخصوص هزینه‌ها مقررات دیگری وضع نماید. در بقیه موارد دیوان‌داوری قواعد رسیدگی خود را تعیین می‌کند.

‌ماده ۱۱ - حل و فصل اختلافات بین یک طرف متعاهد ‌و سرمایه‌گذار طرف متعاهد دیگر

۱ - اختلافات یک طرف متعاهد و سرمایه‌گذار طرف متعاهد دیگر درباره یک‌سرمایه‌گذاری، تا حد امکان به صورت دوستانه بین طرفهای اختلاف حل و فصل خواهد‌شد.

۲ - چنانچه اختلاف حل و فصل نشود، این اختلاف بنا به درخواست هر یک از‌طرفهای اختلاف، می‌تواند به دادگاه صلاحیتدار طرف متعاهد میزبان، یا مشروط به‌گذشت شش ماه از زمان طرح اختلاف، به داوری بین‌المللی ارجاع گردد. مفاد بندهای (۳)‌تا (۵) ماده (۱۰) با تغییرات لازم اعمال خواهد گردید، مگر آن که طرفهای اختلاف به‌نحو‌دیگری توافق کرده باشند و درصورتی که مدتهای تعیین شده در بند (۳) ماده (۱۰) برای‌انتصاب داورها و سرداور رعایت نشده باشد، هر طرف اختلاف می‌تواند چنانچه ترتیبات‌دیگری در  
نظر گرفته نشده باشد، از رئیس دیوان داوری بین‌المللی اتاق بازرگانی بین‌المللی‌در پاریس دعوت نماید تا انتصاب‌های لازم را انجام دهد. حکم داوری بر طبق قانون‌داخلی اجراء خواهد شد.

۳ - درصورتی که سرمایه‌گذار یک طرف متعاهد، اختلافی را به دادگاه صلاحیتدار‌داخلی ارجاع کرده باشد، اختلاف یاد شده می‌تواند به داوری بین‌المللی ارجاع گردد،‌مشروط بر آن که درصورت لزوم آن طرفی که اختلاف را به داوری ارجاع نموده هزینه‌های‌دادرسی را تا آن زمان متحمل شود و دادگاه نیز درصورت درخواست هنوز رأی در ماهیت‌دعوی صادر نکرده باشد.

۴ - در طول رسیدگی داوری یا اجرای حکم، طرف متعاهدی که درگیر در اختلاف‌می‌باشد، نباید نسبت به این که سرمایه‌گذار طرف متعاهد دیگر به موجب یک قرارداد بیمه‌درخصوص تمامی یا بخشی از ضرر وارده خسارت دریافت کرده است، اعتراض نماید.

۵ - درصورتی که هر دو طرف متعاهد، طرفهای متعاهد «‌کنوانسیون ۱۸ مارس۱۹۶۵ میلادی (۱۳۴۳.۱۲.۲۷ هجری شمسی) درمورد حل و فصل اختلافات‌سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر»، شده باشند، اختلافاتی که به موجب این‌ماده بین طرفهای اختلاف حادث می‌شود، برای داوری به موجب کنوانسیون یاد شده‌تسلیم خواهد شد. هر طرف متعاهد بدین وسیله موافقت خود را نسبت به این شیوه اعلام‌می‌نماید مگر آن که طرفهای اختلاف به نحو دیگری توافق نمایند.

‌ماده ۱۲ – مشورت

‌هر طرف متعاهد می‌تواند به طرف متعاهد دیگر پیشنهاد مشورت درخصوص هر‌موضوع مربوط به این موافقتنامه را بدهد. این مشورتها در مکان و زمانی که ازطریق مجاری‌سیاسی مورد توافق قرار می‌گیرد، انجام خواهد شد.  
‌ماده ۱۳ - اعتبار موافقتنامه

۱ - این موافقتنامه طبق قوانین و مقررات هر یک از طرفهای متعاهد به تصویب‌مراجع صلاحیتدار آنها خواهد رسید.  
۲ - این موافقتنامه یک ماه پس از تاریخ ارائه آخرین اطلاعیه هر یک از طرفهای‌متعاهد به طرف متعاهد دیگر مبنی بر این که اقدامات لازم را طبق قوانین و مقررات خود‌درباره لازم‌الاجراء شدن این موافقتنامه به عمل آورده است برای مدت پانزده سال به‌موقع اجراء گذارده خواهد شد. پس از مدت مزبور این موافقتنامه همچنان معتبر خواهد‌ماند، مگر آن که یکی از طرفهای متعاهد دوازده ماه قبل از خاتمه یا فسخ آن، موضوع را‌به‌طور کتبی به اطلاع طرف متعاهد دیگر برساند.

۳ - پس از انقضاء مدت اعتبار یا فسخ این موافقتنامه، مفاد آن در مورد‌سرمایه‌گذاریهای مشمول این موافقتنامه برای یک دوره اضافی پانزده ساله مجری خواهد‌بود.

۴ - این موافقتنامه به محض لازم‌الاجراء شدن، جایگزین قرارداد تشویق و حمایت‌متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت شاهنشاهی ایران و جمهوری فدرال آلمان مورخ۱۳۴۴.۸.۲۰ هجری شمسی برابر با یازدهم نوامبر ۱۹۶۵ میلادی خواهد شد.

‌ماده ۱۴ - زبان و تعداد متون

‌این موافقتنامه در دو نسخه به زبانهای فارسی، آلمانی و انگلیسی تنظیم شده و همه‌متون از اعتبار یکسان برخوردار خواهند بود. درصورت اختلاف در تفسیر متون، متن‌انگلیسی ملاک می‌باشد.

‌این موافقتنامه در تهران در تاریخ بیست و ششم مرداد ماه یکهزار و سیصد و هشتاد‌و یک هجری شمسی مطابق با هفدهم آگوست دو هزار و دو میلادی به امضاء نمایندگان‌طرفهای متعاهد رسید.

‌از طرف دولت جمهوری اسلامی ایران ‌ازطرف دولت جمهوری فدرال آلمان

‌قانون فوق مشتمل بر ماده واحده منضم به متن موافقتنامه شامل مقدمه و چهارده‌ماده در جلسه علنی روز سه‌شنبه مورخ بیست و سوم دی ماه یکهزار و سیصد و هشتاد و‌دو مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۱۳۸۲.۱۱.۱۴ به تأیید شورای نگهبان‌رسیده است.

1. .World Trade Organization (WTO). [↑](#footnote-ref-1)
2. .Agreement Establishing the World Trade Organization. [↑](#footnote-ref-2)
3. .General Agreement on Tariffs and Trade (GATT). [↑](#footnote-ref-3)
4. .برای توضیحات بیشتر، قسمت "تاریخچه" مقاله در صفحات بعد دیده شود. [↑](#footnote-ref-4)
5. . Frieder Roesseler, The Scope, Limits and Function of the GATT Legal System, GATT Working Papers, 1985; Guy de Lacharriere, The Legal Framework for International Trade, GATT Working Paper, 1985. [↑](#footnote-ref-5)
6. .General Agreement on Trade in Services (GATS) [↑](#footnote-ref-6)
7. .Copyright [↑](#footnote-ref-7)
8. .Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) [↑](#footnote-ref-8)
9. . در مذاکرات دور اوروگوئه که منتهی به ایجاد سازمان تجارت جهانی گردید مذاکرات و توافقات درخصوص تجارت کالا و در موارد: تجارت گوشت گاو، لبنیات، تجارت هواپیمایی کشوری، کشاورزی، منسوجات و پوشاک، تجارت خدمات خدمات و حقوق اموال معنوی صورت گرفت و اکنون سازمان تجارت جهانی همه توافقنامه­های مربوط به آن­ها را در بر دارد. در قسمت­های بعدی به دو توافقنامه اخیر اشاره خواهد شد. [↑](#footnote-ref-9)
10. .Provisional Application Protocol, Geneva, 30 October, 1947, in force 1948, 55 UNTS 308 (1947); BISD IV 77; TIAS 1700. [↑](#footnote-ref-10)
11. .International Trade Organization (ITO). [↑](#footnote-ref-11)
12. . دورهای مذاکرات تجاری توافقنامه کلی در قسمت­های بعدی ذکر خواهد شد. [↑](#footnote-ref-12)
13. . Final Act [↑](#footnote-ref-13)
14. . از وظایف سازمان تجارت جهانی (آن­گونه که در مقدمه توافقنامه مؤسس سازمان آمده است) نظارت بر تجارت بین­الملل برای تضمین جریان روان و بدون مانع، قابل پیش­بینی و آزاد آن می­باشد. [↑](#footnote-ref-14)
15. .Annecy [↑](#footnote-ref-15)
16. .Torquay [↑](#footnote-ref-16)
17. .Dillon Round [↑](#footnote-ref-17)
18. .توافقنامه­های دور توکیو عبارت بودند از:

    I. موانع فنی فرا راه تجارت، II. خرید دولتی، III. تفسیر و اعمال مواد 6، 16، 23 (راجع به یارانه­ها)، IV. ترتیبات راجع به گوشت گاو، V. ترتیبات راجع به محصولات لبتی، VI. اجرای ماده 7 (ارزشیابی گمرکی)، VII. آیین یا چگونگی صدور مجوز واردات، VIII. تجارت هواپیمایی خصوصی، IX. اجرای ماده 6 (تکالیف مربوط به ضد دامپینگ) – BISD26S-1980. [↑](#footnote-ref-18)
19. .CONTRACTING PARTIES [↑](#footnote-ref-19)
20. .General Agreement on Trade in Services (GATS) [↑](#footnote-ref-20)
21. . شرایط استثنایی در ضمیمه مربوط به ماده II ذکر گردیده است. [↑](#footnote-ref-21)
22. .I(3)(b). [↑](#footnote-ref-22)
23. .Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) [↑](#footnote-ref-23)
24. .از جمله این عهدنامه­ها عهدنامه 1883 پاریس درخصوص حمایت از مالکیت صنعتی، عهدنامه 1967 پاریس، عهدنامه 1886 برن برای حمایت از آثار ادبی و هنری، و عهدنامه 1871 برن می­باشد. [↑](#footnote-ref-24)
25. .World International Property Organization (WIPO)

    سازمان اموال معنوی جهانی یکی از 16 مؤسسه تخصصی زیرمجموعه سازمان ملل متحد می­باشد که در سال 1914 تأسیس گردیده و وظیفه آن حمایت و صیانت و ارتقاء روش استفاده از آثار و خلاقیت­های فکری افراد بشر می­باشد. این سازمان درحال حاضر 22 توافقنامه بین­المللی را درخصوص اموال معنوی و حقوق پدیدآورندگان و دارندگان آن­ها نظارت می­نماید. تاکنون 179 کشور به عضویت این سازمان درآمده­اند. جمهوری اسلامی ایران نیز در تاریخ 23/12/1380 رسماً به این سازمان ملحق گردید و از اعضای آن به شمار می­آید. کشورهای عضو این سازمان می­توانند هریک از 22 توافقنامه این سازمان را که مایل باشند در کشور خود به اجرا بگذارند. [↑](#footnote-ref-25)
26. .در این توافقنامه 73 ماده­ای، موارد مهم و اصلی عهدنامه­های 1883 پاریس و 1886 برن به علاوه موارد حائز اهمیت فراوان دیگر برای داد و ستد اموال معنوی کنار هم قرار داده شده­اند. دراین توافقنامه مقرر گردیده است دو سازمان تجارت جهانی و سازمان اموال معنوی جهانی در زمینه اجرای این توافقنامه همکاری نزدیک و حمایتی خواهند داشت؛ سازمان اموال معنوی جهانی کمک­های فنی و حقوقی مورد نیاز برای اجرای مفاد توافقنامه در اختیار کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی قرار خواهد داد؛ متقابلاً اعضای سازمان تجارت جهانی الزامات مهم عهدنامه­های پاریس و برن را رعایت خواهند نمود- ببینید به عنوان نمونه مواد 2 و 4 و 9 و 68 توافقنامه جنبه­های تجاری حقوق اموال معنوی. [↑](#footnote-ref-26)
27. . اهمیت این اصل آن است که نه تنها اولین ماده توافقنامه کلی را تشکیل می­دهد، بلکه همچنین یک اصل مرجع در توافقنامه کلی تجارت خدمات (GATS) در ماده 2 و در توافقنامه جنبه­های تجاری حقوق اموال معنوی (TRIPS) در ماده4 می­باشد. [↑](#footnote-ref-27)
28. . GATT-Bound tariff [↑](#footnote-ref-28)
29. . به این اصل در قسمت بعدی اشاره می­شود. [↑](#footnote-ref-29)
30. . John Jackson, World Trade and the Law of GATT, Indianapolis: Bobbs Merrill, 1969 Chapter 12.

    این اصل در دو توافقنامه اصلی دیگر سازمان تجارت جهانی یعنی در ماده 17 توافقنامه کلی تجارت خدمات (GATS) و در ماده 3 توافقنامه جنبه­های تجاری حقوق اموال معنوی (TRIPS) قید گردیده است. [↑](#footnote-ref-30)
31. . توافقنامه راجع به قراردادهای خرید دولتی منعقده در دور توکیو، اصل رفتار ملی و دول کامله­الوداد را بعداً به این محدوده نیز تسری داده است. [↑](#footnote-ref-31)
32. . Agreement on Import Licensing Procedure [↑](#footnote-ref-32)
33. . مهمترین محدودیت­های توافقنامه کلی در مورد اعطای یارانه­ها در ماده XVI توافنقامه کلی و در مقررات معادل همین ماده در "کد یارانه­ها و عوارض متقابل جبرانی" – Code on Subsidies and Countervailing Duties (Subsidies Code) - که در مذاکرات دور توکیو توافقنامه آن امضاء شد (توافقنامه مربوط به تفسیر و اعمال مواد 6، 16، 23 توافقنامه کلی)- Agreement on Interpretation and Application of Article VI,XVI and XXIII of GATT,Geneva, 12 Apr. 1979 in force 1 Jan. 1980 BISD 26S/56; 18 ILM 5 (1979). وجود دارد. دراین ماده از توافقنامه و در کد هیچ تعریفی از یارانه داده نمی­شود، تنها یک لیست تمثیلی از یارانه­های غیرقابل قبول در کالاهای صادراتی ضمیمه کد می­باشد. [↑](#footnote-ref-33)
34. . قواعد توافقنامه­های تحت پوشش سازمان تجارت جهانی ناظر بر اقدامات دولت­هاست و به هیچ صورت بر اعمال شرکت­ها یا اشخاص قابل اعمال نیست. البته ممکن است کشورها در قوانین داخلی خود به اشخاص خصوصی اجازه دهند که به خصوص در دادگاه­های داخلی به متن توافقنامه کلی استناد نمایند. به عنوان مثال در قانون ایالات متحده امریکا چنین روشی با عنوان "اثر اعمال خود به خود" پذیرفته شده است.

    See e.g John H, Jackson, The General Agreement on Tariffs and Trade in United States Domestic Law, Michigan Law Review 66 (1967), 249. [↑](#footnote-ref-34)
35. . در توافقنامه­های دیگر نیز ممکن بود که روش­های حل اختلاف اختصاصی پیش­بینی شود، اما این روش­ها کلاً بر مبنای همان روش مقرر شده در توافقنامه کلی بود. مثلاً در توافقات دور توکیو چندین توافقنامه و کد موانع غیرتعرفه­ای امضاء گردید که روش­هایی برای حل اختلافات در آن­ها پیش­بینی شده بود که از الگوی عمومی مواد XXII و XXIII توافقنامه کلی یعنی، مشاوره، آشتی، تحقیقات پانلی و گزارش، توصیه، و آخرین چاره، تعلیق تعهدات (امتیازات)، تبعیت می­کرد. [↑](#footnote-ref-35)
36. .ad boc. [↑](#footnote-ref-36)
37. .Personal Capacity [↑](#footnote-ref-37)
38. .Understanding Regarding Notification, Dispute Settlement and Surveillance, 1979; Agreed Description of the Customary Practice of the GATT in the Field of Dispute Settlement-See GATT, 26th Supp. BISD 210 (1980) and BISD 13(1983) and (1983) 22ILM. [↑](#footnote-ref-38)
39. . –(good office) تفاهم­نامه حل اختلاف و نظارت 1979، ماده 8. [↑](#footnote-ref-39)
40. . تفاهم­نامه حل اختلاف و نظارت 1979، ماده 10. [↑](#footnote-ref-40)
41. . تفاهم­نامه حل اختلاف و نظارت 1979، مواد 11 تا 14. [↑](#footnote-ref-41)
42. . Council of the GATT [↑](#footnote-ref-42)
43. . تفاهم­نامه حل اختلاف و نظارت 1979، مواد 11 تا 15 و همچنین ضمیمه تفاهم­نامه، مواد 3 و 6. [↑](#footnote-ref-43)
44. . notification or impairment [↑](#footnote-ref-44)
45. .Dispute Settlement Understanding, 1994 [↑](#footnote-ref-45)
46. .WTO Dispute Settlement Body (DSB) [↑](#footnote-ref-46)
47. .Appellate Body [↑](#footnote-ref-47)
48. .تفاهم­نامه حل اختلاف 1994، ماده 2. [↑](#footnote-ref-48)
49. . همان، ماده (4)2. اجماع به معنای عدم وجود اعتراض یا مخالفت رسمی توسط هر کشور عضو است. درواقع در این نوع تصمیم­گیری هریک از اعضاء حق وتو دارند و اصل بر اجماع است مگر کشوری به صراحت مخالفت کند. لذا چنانچه کشوری غایب باشد یا رأی ممتنع بدهد، تأثیری در اجماع بودن تصمیم گرفته شده ندارد. [↑](#footnote-ref-49)
50. . good offices [↑](#footnote-ref-50)
51. .conciliation [↑](#footnote-ref-51)
52. .mediation [↑](#footnote-ref-52)
53. .تفاهم­نامه حل اختلاف 1994، ماده 5. [↑](#footnote-ref-53)
54. . همان، ماده 6. [↑](#footnote-ref-54)
55. . Terms of Reference [↑](#footnote-ref-55)
56. . تفاهم­نامه حل اختلاف 1994، ماده 7. [↑](#footnote-ref-56)
57. . همان، ماده 12 و ضمیمه شماره 3. [↑](#footnote-ref-57)
58. . همان، ماده5. [↑](#footnote-ref-58)
59. .Findings of fact [↑](#footnote-ref-59)
60. .تفاهم­نامه حل اختلاف 1994، ماده12. [↑](#footnote-ref-60)
61. . همان، ماده 16. [↑](#footnote-ref-61)
62. .همان، ماده 20. [↑](#footnote-ref-62)
63. .همان، ماده 9. [↑](#footnote-ref-63)
64. . همان، ماده 17. [↑](#footnote-ref-64)
65. .Appellate Body, Working Procedure for Appellate Review, Rule 6. [↑](#footnote-ref-65)
66. . تفاهم­نامه حل اختلاف 1994، ماده (13) و (6)17. [↑](#footnote-ref-66)
67. . همان، ماده (14)17. [↑](#footnote-ref-67)
68. . همان، ماده 20. [↑](#footnote-ref-68)
69. . همان، ماده 21. [↑](#footnote-ref-69)
70. . همان، ماده 22. [↑](#footnote-ref-70)
71. . همان، ماده (6) 22. [↑](#footnote-ref-71)
72. .همان. [↑](#footnote-ref-72)
73. . توافقنامه مؤسس سازمان تجارت جهانی، ماده (2) IX. [↑](#footnote-ref-73)
74. . http: [www.Wto.org/](http://www.Wto.org/) dispute. [↑](#footnote-ref-74)
75. 1. General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), 1947, at: http:// [www.Worldtradelaw](http://www.Worldtradelaw) . net /uragreements /gatt.pdf, accessed April 22, 2010.

    [↑](#footnote-ref-75)
76. ibid., preamble: “… economic endeavor should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, developing the full use of the resources of the world and expanding the production and exchange of goods”. [↑](#footnote-ref-76)
77. 3 . Free Trade Theory [↑](#footnote-ref-77)
78. . Rissanen, Kirsti, “The Draft International Code of conduct on the Transfer of Technology and Standards of Fairness in Contract Relationships”, Stockolm Institute for Scandinavian Law, Vol. 27, 1983, p. 141. [↑](#footnote-ref-78)
79. . دراین متن، به جای واژه "تکنولوژیک" که در فرهنگ­ها "وابسته به فناوری، فنی و فن شناختی" ترجمه شده است، به فراخور کلام از تعبیر فارسی "درحوزه فناوری" یا "فنی" استفاده شده است. ببینید:

    آریان­پور کاشانی، منوچهر، فرهنگ یک جلدی پیشرو آریان پور (انگلیسی- فارسی)، نشر الکترونیکی و اطلاع رسانی جهان رایانه، 1385، ص 1483. [↑](#footnote-ref-79)
80. .Rissanen, op. cit., p. 142; Contractor, Farok J., and Sagafi-Nejad, Tagi, “International Technology Transfer; Major Issues and Policy Responses”,Journal of International Bussiness Studies, Vol. 12, No. 2, Tenth Anniversary Sprcial Issue, Supplement 1981, p. 115. [↑](#footnote-ref-80)
81. . در سراسر متن، به جای واژه "تکنولوژی" از معادل فارسی "فناوری" استفاده شده است. [↑](#footnote-ref-81)
82. . McCulloch, Ruchel, “Technology Transfer to Developing Countries; Implications of International Regulation”, Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol.458, Nov. 1981, pp. 111-113. [↑](#footnote-ref-82)
83. . Ibid.; Skelton, James W., “UNCTAD’s Draft Code of Conduct on the Transfer of Technology; A Critique”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol. 14, 1981, p. 381 [↑](#footnote-ref-83)
84. . United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). [↑](#footnote-ref-84)
85. . See; http:// www. Unctad, org/ templates/ pages. Asp? intltemID= 1530&lang =1, accessed May 1, 2010. [↑](#footnote-ref-85)
86. . برای نمونه ببینید:

    Art. XVLLL (revised in 1954/1955), part IV of GATT (introduced as fourth protocol amending GATT in 1965) and the subsequent enabling Clause (1979). [↑](#footnote-ref-86)
87. . UN General Assembly Declaration on the Establishment of a New International Economic Order (NIEO) 1974, GA Res/3201 (S.VI) (1974), The American Journal of International Law, Vol.68, No.4,Oct. 1974, pp. 798-801, at: <http://www.jstor.org/pss/> 2199889, accessed May 25, 2010. [↑](#footnote-ref-87)
88. . Ibid., para. 4(p). [↑](#footnote-ref-88)
89. . World Intellectual Property Organization (WIPO). [↑](#footnote-ref-89)
90. . World Intellectual Property Organization (WIPO). [↑](#footnote-ref-90)
91. . Rissanen, op. cit., p.143.

    علاوه بر آن، دراین راستا می­توان به موافقت­نامه منعقده بین سازمان ملل متحد و سازمان جهانی مالکیت فکری درسال 1974 اشاره نمود که به موجب آن، سازمان جهانی مالکیت فکری، به عنوان یکی از ارکان تخصصی سازمان ملل متحد با مأموریت تقویت فعالیت­های خلاقانه فکری و تسهیل انتقال فناوری مربوط به مالکیت صنعتی به کشورهای درحال توسعه به منظور تسریع توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی آن­ها ایجاد گردید. ببینید:

    Agreement between the United Nations and the World Intellectual Property Organization, Art. 1, WIPO Publication, No. 111 (1975), at: <http://www.wipo.int/> treaties/ en/ agreement/index.html, accessed May 25, 2010. [↑](#footnote-ref-91)
92. . McCulloch, op. cit., pp. 119-120. [↑](#footnote-ref-92)
93. . Rissanen, op. cit. [↑](#footnote-ref-93)
94. . Muchinski, Peter T.,Multinational Enterprises and the Law, Oxford University Press, 2nd ed., 2007, p. 839; Skelton, op.cit. [↑](#footnote-ref-94)
95. . Rissanen, op. cit., p. 144 [↑](#footnote-ref-95)
96. . Ibid., p,145. [↑](#footnote-ref-96)
97. . Program of Action on the establishment of a New International Economic Order: GA Res/3202 (S.VI) (1974), The American Journal of International Law, Vol. 68, No. 4, Oct. 1974, pp. 798-801, at: <http://www.jstor.org/pss/2199889>, accessed May 25, 2010. [↑](#footnote-ref-97)
98. . Ibid., Section 4 (a), 8;Zaphiriou, George A., “An International Code of Conduct on Transfers of Technology”, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 26, No. 1, 1977, pp. 210-211: Zaphiriou, George A., “Transnational Technology Protection”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 40, No. 4, 1992, p. 595. [↑](#footnote-ref-98)
99. . UN General Assembly Charter of Economic Rights and Duties of States, Res. 3281 (XXIX), The American Journal of International Law, Vol. 69, No. 2, Apr. 1975, pp. 484-494, at: <http://www.jstor>. Org/pss/2200320, accessed April 21,2010. [↑](#footnote-ref-99)
100. . Economic Profitability. [↑](#footnote-ref-100)
101. . Research and Development (R&D) Projects. [↑](#footnote-ref-101)
102. . Rissanen, op. cit., pp. 145-146. [↑](#footnote-ref-102)
103. . Ibid. [↑](#footnote-ref-103)
104. . Muchlinski, op.cit. [↑](#footnote-ref-104)
105. . Ibid. [↑](#footnote-ref-105)
106. . Rissanen, op.cit., p. 143. [↑](#footnote-ref-106)
107. . Established Business Practices. [↑](#footnote-ref-107)
108. . Ibid., p. 146. [↑](#footnote-ref-108)
109. . Zaphiriou, “An International Code of Conduct on Transfers of Technology”, op. cit., p.218. [↑](#footnote-ref-109)
110. . Rissanen, op. cit., p. 144; McCulloch, op. cit., p. 113. [↑](#footnote-ref-110)
111. . General Assembly, 33rd session, United Nations Conference on an International Code of Conduct on the Transfer of Technology, 33/157, 90th plenary meeting, Dec.

     1978, p. 118, at: <http://www.un.org/documents/ga/res/33/ares33r159.pdf>, accessed April 28, 2010. [↑](#footnote-ref-111)
112. . Report of the Intergovemmental Group of Experts on an International Code of Conduct on the Transfer of Technology, UNCTAD Doc. TD/CODE TOT/1, 1978; Muchlinski, op.cit., p. 838. [↑](#footnote-ref-112)
113. . به این موارد، در قسمت­های بعدی پرداخته خواهد شد. [↑](#footnote-ref-113)
114. . Patel, Surendra J., “The Technological Transformation of the Third World”, Economic and Political Weekly, Vol. 17, No. 9, Feb. 1982, p. 18, at: <http://www.jstor.org/pss/4370724>, accessed April 21, 2010. [↑](#footnote-ref-114)
115. . Sixth Session of the UN Conference on an International Code of Conduct on the Transfer of Technology, Background Note, UNCTAD Secretariat, UN Doc. TD/CODE TOT/49, 9 Oct. 1985, Report of General Assembly of UN, A/RES/40/184/Dec. 1985, at: <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r184.htm,accessed> April 20,2010. [↑](#footnote-ref-115)
116. . Muchlinski, op. cit., p. 841. [↑](#footnote-ref-116)
117. . Ibid. [↑](#footnote-ref-117)
118. . Trade & Development Board. [↑](#footnote-ref-118)
119. . Ibid., pp. 842-843 [↑](#footnote-ref-119)
120. . Ibid., p. 843 [↑](#footnote-ref-120)
121. . UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, Transfer of Technology, United Nations Publication, New York and Geneva, 2001, at: <http://www.unctad>. Org/en/docs//psiteiitd28.en.pdf, accessed April 20,02010. [↑](#footnote-ref-121)
122. . International Code of Conduct on the Transfer of Technology to the General Assembly at its Fiftieth Session, UNCTAD Doc. TD/CODE%20TOT/60/6 Sep. 1995, at: <http://stdev.unctad.org/compendium/documents/TO-CODE%20TOT-60.pdf>, accessed April 26,2010. [↑](#footnote-ref-122)
123. . Ibid., pp. 5 and 10. [↑](#footnote-ref-123)
124. . Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). [↑](#footnote-ref-124)
125. . World Trade Organization (WTO). [↑](#footnote-ref-125)
126. . برای نمونه درخصوص گزارش­های کاری ارائه شده از سوی سازمان توسعه و همکاری اقتصادی ببینید:

     OECD Survey of Current Practices and Policies, Intellectual Property, Technology Transfer and Genetic Resources, OECD, 1996, at: <http://www.oecd.org/> dataoecd/ 60/ 11/ 1947170.pdf, accessed July 15, 2010; OECD, Financing Climate Change Action, Supporting Technology Transfer and Development: Key Messages and Recommendations from Recent OECD Work, 2010, at: <http://www.oecd.org/dataoecd/> 60/1/44080723.pdf, accessed July 15, 2010.

     در مورد مجموعه مطالعات انجام شده در رابطه با موضوع "اعطای مجوز بهره­برداری و انتقال فناوری، از سوی سازمان جهانی مالکیت فکری ببینید:

     <http://www.wipo.int/patent-law/en/developments/licensing.html>, accessed July 18, 2010.

     همچنین در خصوص فعالیت­های صورت گرفته از سوی سازمان تجارت جهانی و به ویژه گروه کاری این سازمان در حوزه انتقال فناوری، ببینید:

     <http://www.wto.org/english/tratop-e/devel-e/dev-wkgp-trade-transfer-technology-e>. htm, accessed July 18, 2010. [↑](#footnote-ref-126)
127. . Zaphiriou, “Transnational Technology Protection”, op. cit., p 896. [↑](#footnote-ref-127)
128. . پاراگراف اول از مقدمه سند. [↑](#footnote-ref-128)
129. . Rissanen, op.cit., p.148.

     برای ملاحظه تفاوت دیدگاه‌ها، ببینید:

     Zaphiriou, "Transnational Technology Protection" , op. cit., pp. 894-895 [↑](#footnote-ref-129)
130. . Teece, David J., "The Market for Know-How and the Efficient International Transfer of Technology", Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol.458, Nov.1981, p. 88 [↑](#footnote-ref-130)
131. . پاراگراف پنجم از مقدمه سند. [↑](#footnote-ref-131)
132. . پاراگراف هشتم از مقدمه سند. [↑](#footnote-ref-132)
133. . Rissanen, op.cit. [↑](#footnote-ref-133)
134. . "Countries, as well as private parties to a transfer of technology transaction, should conform to the provisions of the code". [↑](#footnote-ref-134)
135. . Party. [↑](#footnote-ref-135)
136. . پاراگراف (1-1) از فصل اول سند، بند (الف). [↑](#footnote-ref-136)
137. . Acquiring Party. [↑](#footnote-ref-137)
138. . همان پاراگراف، بند (ب). [↑](#footnote-ref-138)
139. . Supplying Party. [↑](#footnote-ref-139)
140. . همان پاراگراف، بند (ج). [↑](#footnote-ref-140)
141. . Proprietary Technology. [↑](#footnote-ref-141)
142. . Property. [↑](#footnote-ref-142)
143. . Licence. [↑](#footnote-ref-143)
144. . See: <http://www.investopedia.com/terms/p/proprietarytechnology.asp>, accessed April 20, 2010. [↑](#footnote-ref-144)
145. . Non- proprietary Technology. [↑](#footnote-ref-145)
146. . Muchlinski, op. cit., p.801. [↑](#footnote-ref-146)
147. . Open Source Softwares. [↑](#footnote-ref-147)
148. . Ibid., p. 802. [↑](#footnote-ref-148)
149. . Transfer of Technology. [↑](#footnote-ref-149)
150. . Commercial Technology [↑](#footnote-ref-150)
151. . Ibid., p.799. [↑](#footnote-ref-151)
152. . Para. 1.2: “Transfer of Technology under this Codes is the transfer of systematic knowledge for the manufacture of a product, for the application of a process or for the rendering of a service and does not extend to the transactions involving the mere sale or mere lease of goods”. [↑](#footnote-ref-152)
153. . Transfer of Technology Transactions. [↑](#footnote-ref-153)
154. . Trade Marks. [↑](#footnote-ref-154)
155. . Service Marks. [↑](#footnote-ref-155)
156. . Know-How. [↑](#footnote-ref-156)
157. . Turnkey Projects. [↑](#footnote-ref-157)
158. . لازم به ذکر است که در بیشتر موارد، معامله انتقال فناوری، ترکیبی از انتقال اطلاعات، سخت افزار، ماشین آلات و خدماتی چون آموزش و حتی انتقال نیروی انسانی است. در نتیجه، این معاملات می توانند طیف وسیعی از ترتیبات را در بر بگیرند. [↑](#footnote-ref-158)
159. . International Cooperation Agreements. [↑](#footnote-ref-159)
160. . Ibid., pp. 800-801. [↑](#footnote-ref-160)
161. . International Transfer of Technology Transactions. [↑](#footnote-ref-161)
162. . “The transaction is rendered international by fact of the information being transferred across national boundaries”. [↑](#footnote-ref-162)
163. . برخی نویسندگان معتقدند که در کنار فصول اول و دوم، می­توان فصل­های سوم، چهارم و هفتم را نیز به عنوان بخش­های تعیین کننده اصول مبنایی در نظر گرفت. برای نمونه ببینید:

     Rissanen, op. cit., 149. [↑](#footnote-ref-163)
164. . پاراگراف (1-2) از فصل دوم سند، بند اول. [↑](#footnote-ref-164)
165. . همان پاراگراف، بند دوم. [↑](#footnote-ref-165)
166. . همان پاراگراف، بند سوم. [↑](#footnote-ref-166)
167. . همان پاراگراف، بند چهارم. [↑](#footnote-ref-167)
168. . همان پاراگراف، بند پنجم. [↑](#footnote-ref-168)
169. . همان پاراگراف، بند هفتم. [↑](#footnote-ref-169)
170. . همان پاراگراف، بند هشتم. [↑](#footnote-ref-170)
171. . همان پاراگراف، بند نهم. [↑](#footnote-ref-171)
172. . همان پاراگراف، بند دهم. [↑](#footnote-ref-172)
173. . پاراگراف (2-2) از فصل دوم سند، بند اول. [↑](#footnote-ref-173)
174. . همان پاراگراف، بند دوم. [↑](#footnote-ref-174)
175. . همان پاراگراف، بند سوم. [↑](#footnote-ref-175)
176. . همان پاراگراف، بندهای پنجم و ششم. [↑](#footnote-ref-176)
177. . همان پاراگراف، بند هشتم. [↑](#footnote-ref-177)
178. . همان پاراگراف، بند نهم. [↑](#footnote-ref-178)
179. . Foreign Direct Investment (FDI). [↑](#footnote-ref-179)
180. . Licence Agreement. [↑](#footnote-ref-180)
181. . Joint-Venture. [↑](#footnote-ref-181)
182. . Saggi, Kamal, “Trade, Foreign Direct Investment, and International Technology Transfer: A Survey”, The World Bank Research Observer, Vol. 17,No. 2, 2002, pp. 221-222. [↑](#footnote-ref-182)
183. . پاراگراف (1-3) از سند، بندهای اول تا ششم. [↑](#footnote-ref-183)
184. . Restrictive Business Practices. [↑](#footnote-ref-184)
185. . The Regulation of Practice and Arrengements Involving the Transfer of Technology. [↑](#footnote-ref-185)
186. . Restrictive Business Practices. [↑](#footnote-ref-186)
187. . Exclusion of Pplitical Discrimination and Restrictive Business Practices. [↑](#footnote-ref-187)
188. . Rissanen, op.cit., p. 152. [↑](#footnote-ref-188)
189. . Skelton, op. cit., p. 393. [↑](#footnote-ref-189)
190. . Teece, op. cit., p.89. [↑](#footnote-ref-190)
191. . Chapeau. [↑](#footnote-ref-191)
192. . Rissanen, op. cit., p. 153. [↑](#footnote-ref-192)
193. . Ibid., p. 151. [↑](#footnote-ref-193)
194. . درج علامت دو ستاره بالای واژه "انحصاری"، گویای آن است که بنابر نظر مذاکره کنندگان گروه کشورهای توسعه یافته این شرط تنها درصورتی باید به عنوان اقدامی محدود کننده، ممنوع باشد که طرف تأمین کنند فناوری به موجب آن از طرف تحصیل کننده بخواهد پیشرفت­های فناوری مورد انتقال را منحصراً به او باز گرداند. [↑](#footnote-ref-194)
195. . Grant-Back Provision. [↑](#footnote-ref-195)
196. . در سند قید شده که این عبارت، بنا بر نظر گروه کشورهای توسعه یافته درج شده است. [↑](#footnote-ref-196)
197. . در سند مشخص شده که این حرف، بنابر نظر گروه کشورهای درحال توسعه قید شده است. [↑](#footnote-ref-197)
198. . قسمت (ب) از فصل چهارم، پاراگراف اول. [↑](#footnote-ref-198)
199. . Exclusive Dealing. [↑](#footnote-ref-199)
200. . همان قسمت، پاراگراف سوم. [↑](#footnote-ref-200)
201. . Restrictions on Research. [↑](#footnote-ref-201)
202. . در سند بیان شده که دوگروه کشورهای توسعه یافته و بلوک شرق، تنها محدودیت­های غیر متعارف (Unreasonable) از این دست را ممنوع می­دانستند. [↑](#footnote-ref-202)
203. . Restrictions on Use Personnel. [↑](#footnote-ref-203)
204. . Price Fixing. [↑](#footnote-ref-204)
205. . دراین مورد نیز گروه کشورهای توسعه یافته، صرفاً تعیین قیمت غیرموجه محدودیتی ناروا و ممنوع قلمداد می­کردند. [↑](#footnote-ref-205)
206. . Restrictions on Adaptations. [↑](#footnote-ref-206)
207. . Exclusive Sales or Representation agreements. [↑](#footnote-ref-207)
208. . Tying Arrangments. [↑](#footnote-ref-208)
209. . Unduly. [↑](#footnote-ref-209)
210. . Teece, op. cit., p.91. [↑](#footnote-ref-210)
211. . مطالعات موردی نشان می­دهند که محتوای بسته فناوری (Technology Package) کاملاً به نوع صنعت، توانایی­های طرف گیرنده و دوره حیات فناوری بستگی دارد. ببینید:

     Contractor, and Sagafi-Nejad, op. cit., p. 116. [↑](#footnote-ref-211)
212. . Restrictions on Publicity [↑](#footnote-ref-212)
213. . در سند مشخص شده که این قید از سوی گروه کشورهای توسعه یافته درج شده است [↑](#footnote-ref-213)
214. . Export Restrictions. [↑](#footnote-ref-214)
215. . Patent Pool Agreement.

     به موجب این قرارداد، کنسرسیومی از دو یا چند شرکت صاحب امتیاز در زمینه فناوری خاصی ایجاد می­شود که استفاده از امتیازات خود را با یکدیگر به اشتراک می­گذارند. برای کسب اطلاعات بیشتر ببینید:

     Lerner, Josh, and Strojwas, Marcin, and Tirole, Jean, “The Design of Patent Pools: The Determinals of Licensing Rules”, 2005, at:http://www.people.hbs.edu/jlerner/patPoolEmpiricalPaper.pdf,accessed May 25, 2010; Clark, Jeanne, and Piccolo, Joe, and Stanton, Brian, and Tyson, Karin, “Patent Pools: A Solution to the Problem of Access in Biotechnology Patents?” United States Patent and Trademark Office, 2000, at: <http://www.uspto.gov/web/offices/pac/dapp/opla/patentpool/.pdf>, accessed July 15, 2010. [↑](#footnote-ref-215)
216. . Cross-Licencing Agreement. [↑](#footnote-ref-216)
217. . Restrictions after Expiration of Arrangement. [↑](#footnote-ref-217)
218. . Teece, op. cit., p. 89. [↑](#footnote-ref-218)
219. . Skelton, op. cit., p.393. [↑](#footnote-ref-219)
220. . Muchlinski, op. cit., p. 840. [↑](#footnote-ref-220)
221. . Rule of Reason. [↑](#footnote-ref-221)
222. . Rissanen, op. cit., p. 153. [↑](#footnote-ref-222)
223. . Muchlinski, op. cit. [↑](#footnote-ref-223)
224. . علت طرح این پرسش، حجم بالای معاملات بین واحدهای شرکت­های چندملیتی(Intra-Firm Trade) ، در فواصل سال­های 1985 تا 1997 بود که چیزی بین شصت و شش تا نود درصد از جریان فناوری را به خود اختصاص می­داد که این سهم در طول زمان افزایش یافته است. ببینید:

     Saggi, op. cit., p. 207. [↑](#footnote-ref-224)
225. . McCulloch, op. cit., p. 120; Rissanen, op. cit., pp. 152-153. [↑](#footnote-ref-225)
226. . Rissanen, op. cit., p. 151. [↑](#footnote-ref-226)
227. . از نظر برخی، ترتیبات قراردادی بیان شده در این قسمت می­بایست به طرفین قرارداد واگذار می­شد و ذکر آن در مجموعه مقررات رفتاری ضرورتی نداشت. برای نمونه ببینید:

     Zaphiriou, “An International Code of Conduct on Transfers of Technology” , op. cit., p. 217. [↑](#footnote-ref-227)
228. . شایان ذکر است که در مورد افشای اطلاعات، دو گروه کشورهای درحال توسعه و بلوک شرق خواستار آمره بودن این مقرره بودند، درحالی که گروه کشورهای توسعه یافته نظر بر تکمیلی یا اختیاری بودن آن داشتند. ببینید:

     Skelton, op. cit., p.391 [↑](#footnote-ref-228)
229. . Business Negotiating Practices. [↑](#footnote-ref-229)
230. . پاراگراف (3-5)، قسمت (الف). [↑](#footnote-ref-230)
231. . همان پاراگراف، قسمت (ب). [↑](#footnote-ref-231)
232. . همان پاراگراف، قسمت (ج). [↑](#footnote-ref-232)
233. . در مورد مسئله قلمرو و طول دوره محرمانگی نیز بین مذاکره کنندگان، اختلاف نظر وجود داشته است. برای نمونه ببینید:

     Bulajic, Milan, International Protection of Intellectual Property in the Context of the Right to Development: Comment on the German Proposal, S.R. Chowdhury et al. (eds), The Right to Development in International Law, Kluwer Academic Publishers, 1992, p.302. [↑](#footnote-ref-233)
234. . Skelton, op. cit., p.383. [↑](#footnote-ref-234)
235. . UN General Assembly Declaration on the Establishment of a New International Economic Order (NIEO) 1974, op. cit., para. 4 (n). [↑](#footnote-ref-235)
236. . پاراگراف (1-6) از سند. [↑](#footnote-ref-236)
237. . پاراگراف (4-6) از سند. [↑](#footnote-ref-237)
238. . پاراگراف (1-7) از سند. [↑](#footnote-ref-238)
239. . لازم به ذکر است که سازمان ملل متحد در سال 2003 گزارشی را تحت نظارت آنکتاد در مورد تجربه­های عملی موفقیت­آمیز انتقال فناوری در راستای ادغام کشورهای درحال توسعه در اقتصاد جهانی منتشر نموده است که می­تواند حاوی نکات ارزنده­ای درخصوص انتقال فناوری برای دیگر کشورهای درحال توسعه باشد. ببینید:

     UNCTAD/ITE/IPC/2003/6, Transfer of Technology for Successful Integration into the Global Economy, United Nations Publication, New York and Geneva, 2003, at:<http://www.unctad.org/en/docs//iteipc20036_en.pdf>, accessed May 20, 2010 [↑](#footnote-ref-239)
240. . پاراگراف (2-7) از سند. [↑](#footnote-ref-240)
241. . International Institutional Machinery. [↑](#footnote-ref-241)
242. . Bulajic, op. cit. [↑](#footnote-ref-242)
243. . با این که گروه کشورهای درحال توسعه اصرار داشت این نهاد به شکل مرجع تصمیم گیری درآید، گروه کشورهای توسعه یافته با این مسئله مخالفت می­کرد. درنهایت، در پاراگراف (2-2-8) مقرر گردید که این تشکیلات نمی­تواند مانند دادگاه به قضاوت و صدور رأی در مورد اقدامات طرفین درگیر در قرارداد انتقال فناوری بپردازد. ببینید:

     Rubin, Seymour J., “International Code of Conduct on the Transfer of Technology”, The American Journal of International Law. 73, No, 1979, p.519. [↑](#footnote-ref-243)
244. . پاراگراف (1-2-8) از سند. [↑](#footnote-ref-244)
245. . Genuine Connection with the Parties’Contract. [↑](#footnote-ref-245)
246. . Muchlinski, op. cit., p. 841; Rubin, op. cit., p.520; Zaphiriou, “Transnational Technology Protection”, op. cit., p. 896. [↑](#footnote-ref-246)
247. . Muchlinski, op. cit.; Zaphiriou, “Transnational Technology Protection”, op. cit. [↑](#footnote-ref-247)
248. . UNCITRAL Arbitration Rules 1976. [↑](#footnote-ref-248)
249. . Zaphiriou, “Transnational Technology Protection”, Op. cit. [↑](#footnote-ref-249)
250. . زیرا دفاع اضطرار نیز در مواردی مطرح می شود که تعارضی آشتی ناپذیر میان منفعت اساسی از یک سو و تعهد بین المللی دولت استنادکننده به این دفاع از سوی دیگر وجود داشته باشد­. [↑](#footnote-ref-250)
251. . ماده 25­: " 1- دولت نمی تواند برای توجیه متخلفانه بودن فعل مغایر تعهد بین­المللی خویش به ضرورت استناد کند مگر آن که آن فعل­: الف) تنها راه برای حفاظت از منافع اساسی دولت در برابر خطر جدی و قریب الوقوع باشد ؛ و ...". [↑](#footnote-ref-251)
252. . کمیسیون حقوق بین­الملل سازمان ملل متحد­، مسئولیت بین­المللی دولت­ها­؛ متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین­الملل­، ترجمه علیرضا ابراهیم گل­، تهران­، مؤسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، 1388.ص.160. [↑](#footnote-ref-252)
253. . Essential Security Interest [↑](#footnote-ref-253)
254. . Public Order [↑](#footnote-ref-254)
255. . Public Morals [↑](#footnote-ref-255)
256. . برای نمونه ببینید :

     Article X of the BIT between Czech Republic and United States(1991),Article IX of the BIT between Estonia and the United states(1994), Article 12 of the BIT between Hungary and India (2003). [↑](#footnote-ref-256)
257. . UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*,* New York and Geneva*­*, United Nations publication, 2007, P. 83. [↑](#footnote-ref-257)
258. . Maintenance and Restoration International Peace and Security [↑](#footnote-ref-258)
259. . برای نمونه ببینید:

     Article 18 of the BIT between the United States and Uruguay (2005), Article 10 of the BIT between Canada and the Hashemite Kingdom of Gordan (2009), Article 7 of the BIT between the United Kingdom and Ethiopia (2009). [↑](#footnote-ref-259)
260. . UNCTAD, The Protection of National Security in IIAs, New York and Geneva, United Nations publication, 2009, P.78. [↑](#footnote-ref-260)
261. . Circumstances of Extreme Emergency [↑](#footnote-ref-261)
262. . برای نمونه ببینید:

     Article 11 of the BIT between the United Kingdom and India (1994), Article 12 of the BIT between Hungary and India(2003). [↑](#footnote-ref-262)
263. UNCTAD, The Protection of National Security in IIAs, Op.cit., P.76. [↑](#footnote-ref-263)
264. . برای نمونه ببینید :

     Article 12 of the BIT between Russia and Hungary (1995), Article 3 of the BIT between Sweden and Russia (1995). [↑](#footnote-ref-264)
265. . این ده کشور عبارتند از ایتالیا­، نروژ­، دانمارک­، ایرلند­، اسلونی­، یونان­، برزیل­، آفریقای جنوبی­، ایسلند­، کانادا ( مدل قدیمی معاهدات دوجانبه این کشور­، مدل 2004 این کشور شرط استثنای منافع امنیتی را در خود جای داده است­)­. [↑](#footnote-ref-265)
266. . OECD ,Essential Security Interests under International Investment Law­, OECD Publishing, 2007, P. 99. available at­: :<http://www.oecd.org/dataoecd/59/50/40243411.pdf>. [↑](#footnote-ref-266)
267. .Article 2102 of the North American Free Trade Agreement (NAFTA)(signed 1992, entered into force 1994). [↑](#footnote-ref-267)
268. . Article 24 of the Energy Charter Treaty (ECT)(signed 1994, entered into force 1998) [↑](#footnote-ref-268)
269. . Article XIV of the General Agreement on Trade in Services(GATS)(1994) [↑](#footnote-ref-269)
270. . Sornarajah, M., the International Law on Foreign Investment, Cambridge , Cambridge University Press, 2010, P.231. [↑](#footnote-ref-270)
271. . General Exception Clause [↑](#footnote-ref-271)
272. . Specific Expetion Clause [↑](#footnote-ref-272)
273. . “Nothing in the treaty shall be construed to prevent the adoption or enforcement of measures necessary for maintenance of public order …” [↑](#footnote-ref-273)
274. .“ Nothing in this Agreement precludes the host contracting Party from taking action for the protection of its essential security interest or in circumstances of extreme emergency …” [↑](#footnote-ref-274)
275. .OECD­, Op.cit. [↑](#footnote-ref-275)
276. . برای نمونه ببینید­:

     Article 10 of the Canadian Model BIT (2004) [↑](#footnote-ref-276)
277. . Article XIV of GATS. [↑](#footnote-ref-277)
278. . Article 6 of Multilateral Agreement on Investment (MAI)­(1999) [↑](#footnote-ref-278)
279. .Right of Establishment Model [↑](#footnote-ref-279)
280. . Admission Clause Model [↑](#footnote-ref-280)
281. .UNCTAD, Admission and Establishment , New York and Geneva,United Nations publication, 2002,PP. 38-39. [↑](#footnote-ref-281)
282. . افتخار­، رضا­، "اصلاح معاهدات دوجانبه ی سرمایه­گذاری ایران در پرتو تحولات اخیر حقوق سرمایه­گذاری" ، پایان نامه برای اخذ درجه کارشناسی ارشد­، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی­، سال تحصیلی 1390 – 1389­، ص. 54­. [↑](#footnote-ref-282)
283. . UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*,* Op.cit., P. 81. [↑](#footnote-ref-283)
284. . “Measures that have to be taken for reasons of public security­, public health or morality shall not be deemed treatment less favourable …”. [↑](#footnote-ref-284)
285. . برای نمونه ببینید­:

     Ad Article 3 of Protocol to treaty of German Model Treaty (2005) [↑](#footnote-ref-285)
286. .UNCTAD, Most-Favoured-Nation Treatment, New York and Geneva, United Nations publication, 1999, PP.15-16. [↑](#footnote-ref-286)
287. . Ibid., P. 39. [↑](#footnote-ref-287)
288. . برای نمونه ببینید­:

     Article 7 of the United Kingdom Model BIT (2005, with 2006 amendments) [↑](#footnote-ref-288)
289. .UNCTAD*,* The Protection of National Security in IIA, Op.cit., P.114. [↑](#footnote-ref-289)
290. . افتخار­، پیشین،ص. 94. [↑](#footnote-ref-290)
291. .Balance of payments clause­. [↑](#footnote-ref-291)
292. .UNCTAD*,* The Protection of National Security in IIA, Op.cit.,.P.116. [↑](#footnote-ref-292)
293. .Ibid,P.105. [↑](#footnote-ref-293)
294. . Dolzer, Rudolf and Schreuer*,* Christoph,Principles of International Investment Law, Oxford, Oxford University Press, 2008, P.91. [↑](#footnote-ref-294)
295. . افتخار­، پیشین، ص. 105. [↑](#footnote-ref-295)
296. . برای نمونه ببینید­:

     Article 24 of ECT­, Article 4 of the BIT between Azerbaijan and Belgium – Luxembourg (2004) [↑](#footnote-ref-296)
297. .برای نمونه ببینید:

     Article 15 of the BIT between Japan and Viet Nam (2003) [↑](#footnote-ref-297)
298. . Self-Judging Clauses [↑](#footnote-ref-298)
299. . برای نمونه ببینید:

     Article 10 of the Canadian Model BIT (2004): “Nothing in this agreement shall be construed to prevent any party from taking any actions that it **considers necessary** for thr protection of its essential security interests …”. [↑](#footnote-ref-299)
300. .Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT)(signed 1969, entered into force 1980). [↑](#footnote-ref-300)
301. . UNCTAD,The Protection of National Security in IIA,Op.cit., P.39. [↑](#footnote-ref-301)
302. .Vandevelde, Kenneth J., USInternational Investment Agreements*,* Oxford,Oxford University Press, 2009, P.205. [↑](#footnote-ref-302)
303. . برای نمونه ببینید:

     Article 12 of the BIT between Hungary and India ( 2003 ): “… nothing in this agreement precludes the host contracting party from taking action for the protection of its essential security interests or in circumstances of extreme emergency in accordance with its laws normally and reasonably applied on a non-discriminatory basis”. [↑](#footnote-ref-303)
304. . UNCTAD *,*The Protection of National Security in IIA,Op.cit.P. 95. [↑](#footnote-ref-304)
305. . برای نمونه ببینید:

     Article 12 of the BIT between Switzerland and Mexico (1995)­, Article 19 of the BIT between Austria and Mexico (1998). [↑](#footnote-ref-305)
306. .OECD,Op.cit.,P. 94. [↑](#footnote-ref-306)
307. . برای نمونه ببینید:

     Article 2102 of NAFTA; Article 24 of ECT; Article XIV of GATS [↑](#footnote-ref-307)
308. . Non Self-Judging Clauses [↑](#footnote-ref-308)
309. برای نمونه ببینید:

     Article X of the BIT between Bulgaria and the united states (1992): “ This treaty shall not preclude the application by either party of measures necessary for the maintenance of public order , the fulfillment..”. [↑](#footnote-ref-309)
310. .UNCTAD­, Protection of National Security in IIA, Op.cit.,P. 4. [↑](#footnote-ref-310)
311. . Necessity of the host country response [↑](#footnote-ref-311)
312. .برای نمونه ببینید:

     Article X of the BIT between Bulgaria and the United States (1992) ; Article IX of the BIT between Estonia and the United States (1994); Article 12 of the BIT between India and Czech Republic (1996). [↑](#footnote-ref-312)
313. .Proportionality test­ [↑](#footnote-ref-313)
314. .UNCTAD­, Protection of National Security in IIA,Op.cit., P.93. [↑](#footnote-ref-314)
315. .No arbitrary or unjustifiable discrimination [↑](#footnote-ref-315)
316. . برای نمونه ببینید:

     Article XI of the BIT between the United States and Argentina (­1994); Article 11 of the BIT between the United Kingdom and India (­1995) ,Article 14 of the BIT between India and China (2006). [↑](#footnote-ref-316)
317. .Disguised Restriction of Investment or Trade [↑](#footnote-ref-317)
318. . برای نمونه ببینید:

     Article XVII of the BIT between the United States and Canada (1997);Article 10 of the BIT between BIT between Canada and the Hashemite Kingdom of Jordan (2009). [↑](#footnote-ref-318)
319. .UNCTAD, Protection of National Security in IIA, Op.cit,.P.84 [↑](#footnote-ref-319)
320. .Conformity with other International Rules [↑](#footnote-ref-320)
321. .برای نمونه ببنید:

     Article 8 of The framework agreement between ASEAN and Japan . [↑](#footnote-ref-321)
322. .UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking, Op.cit.,P.88. [↑](#footnote-ref-322)
323. . برخی توافقات سرمایه گذاری بین المللی مواردی را برشمرده اند اما اعلام داشته اند که این استثنا می تواند تحت شرایطی مورد استناد قرار گیرد که صراحتاً به آن اشاره نشده است برای نمونه ببینید :

     Article 76 of Economic Partnership Agreement between New Zeland and Singapore (2000): Nothing in this agreement shall be construed :

     1. As preventing either party from taking any action which it considers necessary for the protection of its essential security interests, including but not limited to action relating to traffic in arms , ammunition and implements of war and to such traffic in other goods and materials as is carried on directly or indirectly for the purpose of supplying a military establishment , and any action taken in time of war or other emergency in domestic or international relations.

     [↑](#footnote-ref-323)
324. Article XI of the BIT between United states and Argentina (1991) : “This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace and security, or the protection of its own essential security interests.” [↑](#footnote-ref-324)
325. .LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic(­as cited LG&E v. Argentine) (ICSID Case No. ARB/02/1) Award rendered on July 25, 2007­, para 206. [↑](#footnote-ref-325)
326. .Ibid.para 245. [↑](#footnote-ref-326)
327. . Anne-Marie Slaughter and William BurkeWhite. [↑](#footnote-ref-327)
328. .Enron Creditors Recovery Corporation (formerly Enron Corporation) and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic (­as cited Enron v. Argentine­)(ICSID Case No. ARB/01/3) Award rendered on May 22, 2007, para 334 . [↑](#footnote-ref-328)
329. .Ibid.,para 339. [↑](#footnote-ref-329)
330. .CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic,(­as cited CMS v. Argentine) (ICSID Case No. ARB/01/8) Award rendered on May 12, 2005, para 332. [↑](#footnote-ref-330)
331. .CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic(ICSID Case No. ARB/01/8) Decision of the ad hoc Committee on the Application for Annulment of the Argentine Republic September 25, 2007.para 131. [↑](#footnote-ref-331)
332. .Reinisch, August, “­Necessity in International Investment Arbitration Necessity in International Investment Arbitration Comments on CMS v. Argentina and LG&E v. Argentina”, Journal of World Investment and Trade, 2007, Vol. 8, p.206. [↑](#footnote-ref-332)
333. .Continental v. Argentine ,para 170. [↑](#footnote-ref-333)
334. .Ibid., para 171. [↑](#footnote-ref-334)
335. .Ibid., para172. [↑](#footnote-ref-335)
336. .Ibid., para 173 ,174. [↑](#footnote-ref-336)
337. .Ibid., para 175. [↑](#footnote-ref-337)
338. .ibid.,para 176.-177. [↑](#footnote-ref-338)
339. .Ibid., para178. [↑](#footnote-ref-339)
340. . Reinisch ,Op.cit.,P. 210. [↑](#footnote-ref-340)
341. .CMS v. Argentine ,para 355-356. [↑](#footnote-ref-341)
342. .LG&Ev. Argentine ,para 180*.* [↑](#footnote-ref-342)
343. . Vandevelde , Op.cit., P.204. [↑](#footnote-ref-343)
344. .Continental v. Argentine, para 184. [↑](#footnote-ref-344)
345. .CMS v. Argentine , para 370. [↑](#footnote-ref-345)
346. .Enron. Argentine , para 336. [↑](#footnote-ref-346)
347. .Plama Consortium Limited v. Republic of Bulgaria (ICSID Case No. ARB/03/24) Award rendered on August 27, 2008.as cited by Reinisch­ , Op. cit.,P.212. [↑](#footnote-ref-347)
348. .Judge Anzilotti. [↑](#footnote-ref-348)
349. .Oscar Chinn, 1934, P.C.I.J., Series A/B, No. 63, 65, at 112 (separate opinion Judge Anzilotti) as cited by Reinisch,Op.cit. [↑](#footnote-ref-349)
350. .کمیسیون حقوق بین­الملل سازمان ملل متحد­، پیشین­، ص 158. [↑](#footnote-ref-350)
351. .LG&E v. Argentine, para 220. [↑](#footnote-ref-351)
352. .Continental v. Argentine, para 190. [↑](#footnote-ref-352)
353. .Ibid., para 191. [↑](#footnote-ref-353)
354. .Ibid. [↑](#footnote-ref-354)
355. .LG&E v. Argentine, para 189. [↑](#footnote-ref-355)
356. .Reinisch, OP.cit., P.202. [↑](#footnote-ref-356)
357. .Enron v. Argentine­, para 344. [↑](#footnote-ref-357)
358. .LG&Ev. Argentine para 264. [↑](#footnote-ref-358)
359. .CMS v. Argentine, para138. [↑](#footnote-ref-359)
360. I.bid., para 139. [↑](#footnote-ref-360)
361. .Ibid., para 242. [↑](#footnote-ref-361)
362. اداره استاندارد حسابداري مالي آمريکا (Finance Accounting Standards Board)؛ به نقل از برهاني، دکتر حميد، بانکداري و تامين مالي بين‌المللي، موسسه عالي بانکداري ايران، 1379، ص 225. [↑](#footnote-ref-362)
363. “Although this question is probably capable of a number of widely differing answers, the answer which I prefer is that project finance is financing the development or exploitation of a right, natural resource or other asset where the bulk of the financing is not to be provided by any form of share capital and is to be repaid principally out of revenues produced by the project in question.” Graham Vinter, Project Finance: A Legal Guide, Sweet & Maxwell, London, Third Edition, 2006, p. 1. [↑](#footnote-ref-363)
364. Kam Fan Sin, Building Project Finance in Hong Kong: Law and Practice, Second Edition, LexisNexis Hong Kong, 1999, p. 1. [↑](#footnote-ref-364)
365. “Project finance can be defined as the financing of the development or exploitation of a right, natural resource or other asset where the bulk of the financing is to be provided by way debt and is to be repaid principally out of the asset being financed and its revenues. A project in this sense may be oil or gas field, a mine, a mobile telephone or cable network, a toll tunnel, bridge or highway, a venture which can produce a regular revenue once operational falls under this definition of project”. Reinhard Leopold Klarmann, Islamic project finance: a legal study with particular reference to the laws of Switzerland and the United Arab Emirates, Thesis (doctoral)—University of Lausanne, 2003, p. 83. [↑](#footnote-ref-365)
366. “The term project finance is generally used to refer to a nonrecourse or limited recourse financing structure in which debt, equity, and credit enhancement are combined for the construction and operation, or the refinancing, of a particular facility in a capital-intensive industry, in which lenders base credit appraisals on the projected revenues from the operation of the facility, including any revenue-producing contracts and other cash flow generated by the facility, as collateral for the debt. In a project financing, therefore, the debt terms are not based on the sponsor’s credit support or on the value of the physical assets of the project. Rather, project performance, both technical and economic, is the nucleus of project finance.” Hoffman, Scott L., The Law and Business of International Project Finance, Cambridge University Press, Third Edition, 2009, p. 4. [↑](#footnote-ref-366)
367. Sponsor

     اصطلاح «مجری» به ویژه از حیث عملی می‌تواند معادل حمایت کننده قرار گیرد. [↑](#footnote-ref-367)
368. Developer [↑](#footnote-ref-368)
369. [Ozkol, Beri Bahar](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Ozkol,%20Beri%20Bahar%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), The [Possible Ways to Finance the Renewable Energy Projects in Terms of Project Finance and Law](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ankar4&div=16&collection=journals&set_as_cursor=1&men_tab=srchresults), Ankara Bar Review, Vol. 4, Issue 2, 2011, pp. 42-43. [↑](#footnote-ref-369)
370. Project Company [↑](#footnote-ref-370)
371. Special Purpose Vehicle (SPV) [↑](#footnote-ref-371)
372. [Bjerre, Carl S.](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Bjerre,%20Carl%20S.%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), [Project Finance, Securitization and Consensuality, Duke Journal of Comparative & International Law, Vol. 12, Issue 2, Spring 2002, p. 420.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/djcil12&div=26&collection=journals&set_as_cursor=18&men_tab=srchresults&terms=(project%20AND%20company)&type=matchall)  [↑](#footnote-ref-372)
373. Host Government [↑](#footnote-ref-373)
374. [Yzaguirre, Mark R.](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Yzaguirre,%20Mark%20R.%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), [Project Finance and Privatization: The Bolivian Example, Houston Journal of International Law, Vol. 20, Issue 3, Spring 1998, p. 612.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hujil20&div=25&collection=journals&set_as_cursor=9&men_tab=srchresults&terms=(host%20AND%20country)&type=matchall)  [↑](#footnote-ref-374)
375. [Grambas, Nicholas](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Grambas,%20Nicholas%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), [Role of Government in Project Finance: Host Government Support, International Business Lawyer, Vol. 23, Issue 5, May, 1995, p. 198.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ibl23&div=58&collection=journals&set_as_cursor=27&men_tab=srchresults&terms=(commercial%20AND%20lender)&type=matchall)  [↑](#footnote-ref-375)
376. [Roberts, M J D, [Legal Issues in Energy-Related Project Finance, International Financial Law Review, Vol. 2, Issue 4, April, 1983, p. 25.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/intfinr2&div=48&collection=journals&set_as_cursor=8&men_tab=srchresults&terms=(host%20AND%20country)&type=matchall)](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Roberts,%20M%20J%20D%20%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true)  [↑](#footnote-ref-376)
377. [Supplier](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Roberts,%20M%20J%20D%20%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true)

     اصطلاح «عرضه‌کننده» به ویژه از حیث عملی می‌تواند معادل تامین‌کننده قرار گیرد. [↑](#footnote-ref-377)
378. [Output Purchaser/Product Off-taker](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Nassar,%20Nagla%20%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true)  [↑](#footnote-ref-378)
379. [Nassar, Nagla, [Project Finance, Public Utilities, and Public Concerns: A Practitioner's Perspective, Fordham International Law Journal, Vol. 23, Symposium Issue, 2000, p. S78.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/frdint23&div=71&collection=journals&set_as_cursor=10&men_tab=srchresults&terms=(supplier)&type=matchall)](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Nassar,%20Nagla%20%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true)  [↑](#footnote-ref-379)
380. By-back [↑](#footnote-ref-380)
381. [Fletcher, Phillip](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Fletcher,%20Phillip%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), [Rules for Negotiating Project Finance Deals](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/intfinr24&div=265&collection=journals&set_as_cursor=5&men_tab=srchresults&terms=(purchaser)&type=matchall), International Financial Law Review, Vol. 24, Issue 12, December 2005, pp. 37-40. [↑](#footnote-ref-381)
382. Commercial Lenders [↑](#footnote-ref-382)
383. Baragona, Katharine C, op.cit, pp. 147-149. [↑](#footnote-ref-383)
384. [Crothers, John D., [Project Finance in Central and Eastern Europe from a Lender's Perspective: Lessons Learned in Poland and Romania, McGill Law Journal, Vol. 41, Issue 1, December 1995, p. 291.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mcgil41&div=18&collection=journals&set_as_cursor=44&men_tab=srchresults&terms=(commercial%20AND%20lender)&type=matchall)](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Crothers,%20John%20D.%20%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true)  [↑](#footnote-ref-384)
385. [Silva, Winston Bernard](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Silva,%20Winston%20Bernard%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), [Malaysian Project Finance Survives Market Turbulence, International Financial Law Review, Vol. 17, Issue 2, February 1998, p. 52.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/intfinr17&div=48&collection=journals&set_as_cursor=8&men_tab=srchresults&terms=(commercial%20AND%20lender)&type=matchall)  [↑](#footnote-ref-385)
386. Contractor [↑](#footnote-ref-386)
387. Operator [↑](#footnote-ref-387)
388. Rating Agency [↑](#footnote-ref-388)
389. Model Auditor [↑](#footnote-ref-389)
390. 21. نهادهاي مالي: منظور نهادهاي مالي فعال در بازار اوراق بهاداراند که از آن جمله مي‌توان به "کارگزاران،" "کارگزاران/معامله‌گران،" "بازارگردانان،" "مشاوران سرمايه‌گذاري،" "مؤسسات رتبه‌بندي،" "صندوق‌هاي سرمايه‌گذاري،" "شرکت‌هاي سرمايه‌گذاري،" "شرکت‌هاي پردازش اطلاعات مالي،" "شرکت‌هاي تأمين سرمايه" و "صندوق‌هاي بازنشستگي" اشاره کرد. [↑](#footnote-ref-390)
391. برای مطالعه بیشتر پیرامون این نهاد مالی در بازار سرمایه، رک به: نهادهای مالی، راهنمای قانون بازار اوراق بهادار، گروه نویسندگان، مشاوران و کارشناسان مدیریت پژوهش، توسعه و مطالعات اسلامی سازمان بورس و اوراق بهادار، نشر شرکت اطلاع رسانی و خدمات بورس تهران، 1389، جلد دوم، صص 903-970. [↑](#footnote-ref-391)
392. Baragona, Katharine C, op.cit, p. 155. [↑](#footnote-ref-392)
393. Consultants [↑](#footnote-ref-393)
394. Baragona, Katharine C, op.cit, pp. 153-155. [↑](#footnote-ref-394)
395. Scott L. Hoffman, The Law and Business of International Project Finance, op.cit, p. 78. [↑](#footnote-ref-395)
396. Corporation [↑](#footnote-ref-396)
397. Shalanda H. Baker, Unmasking Project Finance: Risk Mitigation, Risk Inducement, and an Invitation to Development Disaster?, Texas Journal of Oil, Gas, and Energy Law, Vol.6, 2010-2011, pp.330-332. [↑](#footnote-ref-397)
398. [Soderquist, Larry D.](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Soderquist,%20Larry%20D.%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), [Theory of the Firm: What a Corporation Is, Journal of Corporation Law, Vol. 25, Issue 2, Winter 2000, pp. 375-382.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/jcorl25&div=22&collection=journals&set_as_cursor=2&men_tab=srchresults)  [↑](#footnote-ref-398)
399. ماده 571 قانون مدنی: «شرکت عبارت است از اجتماع حقوق مالکین متعدد در شی واحد به نحو اشاعه». [↑](#footnote-ref-399)
400. عادل، مرتضی؛ مقایسه حقوق شرکاء شرکت مدنی و تجاری، پایان نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، بهار 1369، ص 10. [↑](#footnote-ref-400)
401. برای مطالعه بیشتر رک به: آتشی گلستان، مرجان، شرکت‌های خارجی در حقوق ایران، پایان‌نامه دوره دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، 1386. [↑](#footnote-ref-401)
402. General Partenships [↑](#footnote-ref-402)
403. Limited Partnerships [↑](#footnote-ref-403)
404. [Wadley, William H.](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Wadley,%20William%20H.%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), [Limited Partnership, Legal Adviser: Monthly Law and Business Magazine, Vol. 1, Issue 4, December 1897, pp. 203-209.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ladvbum1&div=17&collection=journals&set_as_cursor=22&men_tab=srchresults)  [↑](#footnote-ref-404)
405. Limited Liability Company [↑](#footnote-ref-405)
406. See: [Gazur, Wayne M.](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Gazur,%20Wayne%20M.%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true); [Goff, Neil M.](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Goff,%20Neil%20M.%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), [Assessing the Limited Liability Company, Case Western Reserve Law Review, Vol. 41, Issue 2, 1991, pp. 387-502.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/cwrlrv41&div=15&collection=journals&set_as_cursor=5&men_tab=srchresults)  [↑](#footnote-ref-406)
407. Concession [↑](#footnote-ref-407)
408. License [↑](#footnote-ref-408)
409. Baragona, Katharine C, op.cit, p. 145. [↑](#footnote-ref-409)
410. Quasi Governmental Authority [↑](#footnote-ref-410)
411. See: UNCITRAL Model Legislative Provisions on Privately Financed Infrastructure Projects, op. cit. [↑](#footnote-ref-411)
412. Build Operate Transfer (BOT) [↑](#footnote-ref-412)
413. صادقی، محسن، بررسی قراردادهای بین‌المللی ساخت، بهره برداری و واگذاری (BOT) و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران، [فصلنامه پژوهشنامه بازرگاني، شماره 38، بهار 1385](http://www.magiran.com/magtoc.asp?mgID=2197&Number=38&Appendix=0)، ص 124. [↑](#footnote-ref-413)
414. [Levy, David A.](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Levy,%20David%20A.%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), [BOT and Public Procurement: A Conceptual Framework, Indiana International & Comparative Law Review, Vol. 7, Issue 1, 1996, p. 102.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/iicl7&div=10&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults)  [↑](#footnote-ref-414)
415. Joint Venture [↑](#footnote-ref-415)
416. Equity Joint Venture [↑](#footnote-ref-416)
417. Contract Joint Venture [↑](#footnote-ref-417)
418. [Flannigan, Robert](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22Flannigan,%20Robert%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), The [Legal Status of the Joint Venture](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/alblr46&div=29&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults), Alberta Law Review, Vol. 46, Issue 3, June 2009, pp. 713-740. [↑](#footnote-ref-418)
419. رهبری، ابراهیم، شیوه‌های قراردادی انتقال فناوری در تجارت بین‌الملل، پایان‌نامه دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شهریور 1390، صص 421-439. [↑](#footnote-ref-419)
420. Islamic Project Finance [↑](#footnote-ref-420)
421. See: [McMillen, Michael J.T.](http://heinonline.org/HOL/LuceneSearch?specialcollection=&terms=creator%3A%22McMillen,%20Michael%20J.T.%22&yearlo=&yearhi=&subject=ANY&journal=ALL&sortby=relevance&collection=journals&searchtype=advanced&submit=Search&base=js&all=true&solr=true), [Islamic Shari'ah-Compliant Project Finance: Collateral Security and Financing Structure Case Studies, Fordham International Law Journal, Vol. 24, Issue 4, April 2001, p. 1189.](http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/frdint24&div=48&collection=journals&set_as_cursor=3&men_tab=srchresults)  [↑](#footnote-ref-421)
422. Credit Agreement [↑](#footnote-ref-422)
423. Standard Credit Agreement Clauses [↑](#footnote-ref-423)
424. Loan and Security Agreement [↑](#footnote-ref-424)
425. Lex Situs [↑](#footnote-ref-425)
426. Brian J. Terry, International Finance and Investment Multinational Corporate Banking, Third Edition, The Chartered Institute of Bankers, London, 1994, Chapter 8: Project Finance, By: Gordon McKechnie, pp. 343-344. [↑](#footnote-ref-426)
427. Chung-Hsin Hsut, The Independence of Demand Guarantees, Performance Bonds and Standby Letters of Credit, National Taiwan University Law Review, Vol. 1, 2006, p.3. [↑](#footnote-ref-427)
428. وثیقه های دین و انواع آن خود موضوع ویژه ای است که نظر به گستردگی آن از توضیح بیشتر خودداری می­گردد. برای مطالعه بیشتر رک به کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، عقود اذنی- وثیقه های دین، عقود معین جلد چهارم، صص 219-601. [↑](#footnote-ref-428)
429. در دعاوی زیر دادگاه‌های انگلستان ماهیت عقد ضمان را مورد بررسی قرار داده‌اند:

     Hamzeh Malas & Sons V. British Imex Industries Ltd [1958]

     R D Harbottle (mercantile) Ltd V. National Westminster Bank Ltd and Others [1978]

     Edward Owen Engineering Ltd V. Barclays Bank International Ltd [1978] QB 159 at 166 (CA).

     Safa Ltd V. Banque du Caire [2000]

     Solo Industries UK Ltd V. Canara Bank [2001] [↑](#footnote-ref-429)
430. Construction Contract [↑](#footnote-ref-430)
431. Michael Dotsey, Construction Contract Claims: Choosing the Best Method of Completion, Insurance Counsel Journal, Vol. 31, 1964, pp. 412- 422. [↑](#footnote-ref-431)
432. Operation and Maintenance agreement [↑](#footnote-ref-432)
433. Fixed Price Structure [↑](#footnote-ref-433)
434. Cost Plus (Fee) Structure [↑](#footnote-ref-434)
435. Incentive/Penalty Structure [↑](#footnote-ref-435)
436. Scott L. Hoffman, The Law and Business of International Project Finance, op.cit, pp. 201-202. [↑](#footnote-ref-436)
437. Input Contracts/Feedstock Supply Agreements [↑](#footnote-ref-437)
438. Put-or-Pay [↑](#footnote-ref-438)
439. Off-take Sales Contracts [↑](#footnote-ref-439)
440. See: Charles Dickens & Benjamin Disraeli, Great Expectations: Assessing the Contract Damages of the Take-or-Pay Producer, Texas Law Review, Vol. 70, 1991-1992, pp. 1469- 1487. [↑](#footnote-ref-440)
441. Baragona, Katharine C, op.cit, p. 152. [↑](#footnote-ref-441)
442. - *Ambiente Ufficio v Argentine* (ICSID Case No ARB/08/9, Decision on Jurisdiction, 8 Feb 2013) 456; *Alpha v Ukraine* (ICSID Case No ARB/07/16, Award, 8 Nov 2010) 308; *MHS v Malaysia* (ICSID Case No ARB/05/10, Decision on Annulment, 16 Apr 2009) 57. [↑](#footnote-ref-442)
443. - *Quiborax v Bolivia* (ICSID Case No ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, 27 Sep 2012) 233; *Abaclat v Argentine* (ICSID Case No ARB/07/5, Decision on Jurisdiction, 4 Aug 2011) 346; J Salacuse, *The Law of Investment Treaties* (2nd edn, Oxford University Press 2015) 26; C F Dugan & Others, *Investor-State Arbitration* (Oxford University Press 2011) 247-8. [↑](#footnote-ref-443)
444. - UNCTAD, *Series on Issues in International Investment Agreements II: Scope and Definition* (United Nations Publication 2011) 5, 21-2; UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995–2006: Trends in Investment Rulemaking* (United Nations Publication 2007) 7- 13; C Schreuer & Others, *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd edn, Cambridge University Press 2009) 122-3. [↑](#footnote-ref-444)
445. - برای مشاهده این متن ببینید: «اجازه امضای موقت موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت‌های لبنان، ‌سوریه، چین، آفریقای جنوبی، اندونزی، تایلند، نیوزیلند، هندوستان، قطر، امارات متحده عربی، اردن، ازبکستان، کویت، کره‌جنوبی، مالزی، ترکیه، عمان، اسلواک و فدراسیون روسیه به وزارت امور اقتصادی و دارایی» (مصوب 30/07/1376 هیأت‌وزیران)؛ «اجازه امضای موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران با هرکدام از دولت‌های ژاپن، ‌ایتالیا، اسپانیا، فنلاند، سوئد، یونان، رومانی، کره شمالی، جمهوری فدرال یوگسلاوی، جمهوری چک، تونس و سودان به ‌وزارت امور اقتصادی و دارایی» (مصوب 11/06/1377 هیأت‌وزیران)؛ «اجازه امضای موقت موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت‌های ‌استرالیا، ایرلند، آرژانتین، اسلوونی، آلبانی و اتیوپی» (مصوب 30/04/1378 هیأت‌وزیران)؛ نامه شماره 20721 مورخ 22/05/1379 و اصلاحیه‌های شماره 18928 مورخ 10/05/1380 و شماره 39463 مورخ 25/02/1390 معاونت حقوقی رییس‌جمهور. [↑](#footnote-ref-445)
446. - به عنوان مثال معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه نمونه ایالات متحده آمریکا (2012) در ماده یک مقرر داشته است: «سرمایه‌گذاری عبارت است از هر نوع دارایی که یک سرمایه‌گذار به طور مستقیم یا غیرمستقیم در تملک یا کنترل خود دارد که مشخصات یک سرمایه‌گذاری را داشته باشد، از جمله تعهد به تأمین سرمایه یا منابع دیگر، انتظار سود و منفعت یا فرض وجود خطر (ریسک). سرمایه‌گذاری می‌تواند در اقسام ذیل صورت پذیرد: (الف) شرکت؛ (ب) برگه سهم، سهام و دیگر اشکال مشارکت سرمایه‌ای در یک شرکت؛ (ج) اوراق قرضه، اوراق بدهی بدون وثیقه و دیگر اوراق بهادار بدهی و وام‌ها؛ (د) آتی‌ها، اختیارات و دیگر مشتقات ]...[». همچنین ببینید:

     C Brown (ed), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties* (Oxford University Press 2013) 764-74. [↑](#footnote-ref-446)
447. - برای مثال موافقت‌نامه‌های منعقده با کشورهای ارمنستان (1375)، پاکستان (1376)، لبنان (1379)، لهستان (1379)، آفریقای جنوبی (1379)، سودان (1379)، بنگلادش (1380)، گرجستان (1380)، سوییس (1380)، مغرب (1380)، قطر (1380)، سوریه (1381)، عمان (1381)، فرانسه (1382)، فنلاند (1382)، کره (1382)، رومانی (1382)، ازبکستان (1382)، کرواسی (1382)، تاجیکستان (1382)، الجزایر (1383)، ونزوئلا (1384)، یونان (1386)، افغانستان (1386)، اندونزی (1386)، اریتره (1388)، قبرس (1388)، ویتنام (1389)، کومور (1391) و گینه بیسائو (1391). [↑](#footnote-ref-447)
448. - (rights related thereto) برای مثال موافقت‌نامه‌های منعقده با کشورهای قزاقستان (1376)، بوسنی و هرزه‌گوین (1379)، یمن (1379)، قرقیزستان (1382)، ترکمنستان (1382) و زیمباوه (1386). [↑](#footnote-ref-448)
449. - در خصوص «سهم‌الشرکه» (سهام) (stocks) ببینید: موافقت‌نامه‌های منعقده با کشورهای مقدونیه (1380)، ترکیه (1380)، بلغارستان (1382) و سوئد (1386). همچنین در خصوص «اوراق قرضه» (debentures/bonds) ببینید: موافقت‌نامه‌های منعقده با کشورهای اسپانیا (1382)، اوکراین (1382)، بحرین (1382)، چین (1383)، اتیوپی (1385)، سریلانکا (1387) و غنا (1391)؛ در رابطه با «اوراق بهادار» (securities) ببینید: موافقت‌نامه‌های منعقده با کشورهای اتریش (1382)، ایتالیا (1382) و آلمان (1382). [↑](#footnote-ref-449)
450. - در این خصوص «لایحه موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین ایران و اسلواک» (من‌بعد «لایحه موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری ایران- اسلواک») که در تاریخ 26 دی ماه 1394 میان دو کشور امضاء گردیده و در تاریخ 20 فروردین 1395 جهت تصویب به مجلس شورای اسلامی تقدیم گردید، قابل توجه است. همچنین می‌توان به ماده 9.1 پیمان 2016 «مشارکت دو سوی اقیانوس آرام» (TPP) (که تاکنون لازم‌الاجرا نشده است) و ماده (2)10 از فصل دوم پیمان «مشارکت تجاری و سرمایه‌گذاری دو سوی اقیانوس اطلس» (TTIP) (در حال مذاکره) نیز اشاره نمود. همچنین ببینید:

     T Voon (ed), *Trade Liberalisation and International Co-operation: A Legal Analysis of the Trans-Pacific Partnership Agreement* (Edward Elgar Publishing 2013) 206. [↑](#footnote-ref-450)
451. - D Gaukrodger, ʻInvestment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practiceʼ (OECD Working Papers on International Investment, No 2014/03, OECD Publishing); D Gaukrodger, ʻInvestment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Lawʼ (OECD Working Papers on International Investment, No 2014/02, OECD Publishing); D Gaukrodger, ʻInvestment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency; A Preliminary Framework for Policy Analysisʼ (OECD Working Papers on International Investment, No 2013/3, OECD Investment Division). [↑](#footnote-ref-451)
452. - M Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (3rd edn, Cambridge University Press 2010) 196; M Sornarajah, ʻPortfolio Investment and the Definition of Investmentʼ 24(2) ICSID Review: Foreign Investment Law Journal (2009) 516, 516-20; K Evans, ʻForeign Portfolio and Direct Investment: Complementary, Differences and Integrationʼ, in OECD Global Forum on International Investment, *Attracting International Investment for Development* (OECD 2003) 103-11. [↑](#footnote-ref-452)
453. - UNCTAD, *Scope and Definition* (n 3) 5-6, 29; J A VanDuzer & Others, *Integrating Sustainable Development into International Investment Agreements:* A Guide for Developing Country Negotiators (Commonwealth Secretariat 2013) 57. [↑](#footnote-ref-453)
454. - General Assembly resolution 69/319, *Basic Principles on Sovereign Debt Restructuring Processes*, ([A/RES/69/319](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/69/319), 29 September 2015) <[undocs.org](http://undocs.org)>; A Bredimas & Others, ʻThe Legal Contours of Sovereign Debt Restructuring under the UNCTAD Principles: Antagonism and Convergence between Standards of Domestic Insolvency Law and International Investment Protection Lawʼ in: C Espósito & Others (eds), *Sovereign Financing and International Law: The UNCTAD Principles on Responsible Sovereign Lending and Borrowing* (Oxford University Press 2013) 135-63. [↑](#footnote-ref-454)
455. - International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

     این مرکز به موجب «عهدنامه 1965 حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دولت‌ها دیگر» (من‌بعد «عهدنامه ایکسید») تأسیس گردید. برای مطالعه تاریخچه تأسیس این مرکز، ببینید: Schreuer & Others (n 3) 10ff . همچنین برای مطالعه به زبان پارسی، ببینید: سلطان‌زاده، سجاد، *ساختار و رویه داوری مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید)*، انتشارات خرسندی، 1393، صص 38-27. [↑](#footnote-ref-455)
456. - *Nova Scotia v Venezuela* (ICSID Case No ARB(AF)/11/1, Award, 30 Apr 2014) 80; Romak v Uzbekistan (UNCITRAL, PCA Case No AA280, Award, 26 Nov 2009) 194, 207; *Pantechniki v Albania* (ICSID Case No ARB/07/21, Award, 30 Jul 2009) 46; *Quiborax v Bolivia* (n 2) 215-6; *GEA v Ukraine* (ICSID Case No ARB/08/16, Award, 31 Mar 2001) 141; K P Sauvant (ed), *Yearbook on International Investment Law & Policy: 2010-2011* (Oxford University Press 2012) 74, footnote 63. [↑](#footnote-ref-456)
457. - *Saba Fakes v Turkey* (ICSID Case No ARB/07/20, Award, 14 Jul 2010) 95; *AES Corp v Argentine* (ICSID Case No ARB/02/17, Decision on Jurisdiction, 26 Apr 2005) 17-33, 76; C Schreuer, ʻDiversity and Harmonization of Treaty Interpretation in Investment Arbitrationʼ in: M Fitzmaurice & Others (eds), *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on* (Martinus Nijhoff Publishers 2010) 129, 139-43. [↑](#footnote-ref-457)
458. - VanDuzer & Others (n 12) 55. [↑](#footnote-ref-458)
459. - به گزارش آنکتاد، جریان ورودی سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی (Foreign Direct Investment inflows) در ایران طی سال‌های 2012 تا 2015، به ترتیب 4,662 و 3,050 و 2,105 و 2,050 میلیارد دلار بوده است که به ترتیب در سال‌های 2013 و 2014 با رشد منفی 35% و 31% نسبت به سال قبل همراه بوده است؛ همچنین ذخیره ورودی سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی (FDI inward stock) در ایران (که به معنای انباشت سرمایه‌گذاری‌های انجام شده از محل جذب سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی می‌باشد)، در سال‌های 2013 تا 2015 به ترتیب به میزان 40,941 و 43،047 و 45,097 میلیارد دلار بوده است. در مقابل، جریان خروجی سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی (FDI outflows) از ایران طی سال‌های 2012 تا 2015، به ترتیب 161 و 166 و 89 و 139 میلیارد دلار بوده است؛ همچنین ذخیره خروجی سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی (FDI outward stock) از ایران در سال‌های 2013 تا 2015 به ترتیب به میزان 3,725 و 4,096 و 2,455 میلیارد دلار بوده است. جالب توجه است که بیشترین سهم ذخیره ورودی سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران ایرانی در کشورهای همسایه در سال 2012، متعلق به کشور آذربایجان به میزان 910 میلیارد دلار بوده است. ببینید:

     UNCTAD, *World Investment Report 2016: Investment Nationality: Policy Challenges* (United Nations, New York and Geneva, 2016) 198, 202; UNCTAD, *World Investment Report 2015: Performing International Investment Governance* (United Nations, New York and Geneva, 2015) 46, 88, A5, A9; UNCTAD, *World Investment Report 2014: Investing in the SDGs: An Action Plan* (United Nations, New York and Geneva, 2014) 206, 210. [↑](#footnote-ref-459)
460. - بنا بر آمارهای غیررسمی (منتشر نشده) به دست آمده از «شركت مديريت فناوري بورس تهران (tsetmc)» (به عنوان شرکت پردازش‌گر داده‌ها و اطلاعات مالي بازار سرمایه ایران)، حجم سرمایه‌گذاری اشخاص خارجی در اوراق بهادار (اعم از سرمایه‌گذاری مستقیم و پورتفولیو) تا پایان بهار سال 1395 به میزان 11 هزار میلیارد ریال بوده است. [↑](#footnote-ref-460)
461. - (Foreign Indirect Investment); Dugan & Others (n 2) 1-2, 248; Salacuse (n 2) 38-42

     این نوع از سرمایه‌گذاری (که خارج از موضوع این نوشتار است) به معنای انتقال منابع به کشور مقصد بدون مداخله در پروژه یا برنامه مورد نظر است که شامل مواردی همچون قراردادهای مجوز بهره‌برداری از مالکیت فکری، قراردادهای کمک‌های فنی و همچنین پرداخت وام است. [↑](#footnote-ref-461)
462. - (Other investment); International Monetary Fund (IMF), *Balance of Payments Manual* (BPM6) (6th edn 2009) 6.1, 6.61-3 [↑](#footnote-ref-462)
463. - Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (n 11) 9. [↑](#footnote-ref-463)
464. - UNCTAD, *Scope and Definition* (n 3) 22; UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995–2006* (n 3) 8; Dugan & Others (n 2) 248. [↑](#footnote-ref-464)
465. - *History of the ICSID Convention: Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (Vol II, Part 2) 661, 844. [↑](#footnote-ref-465)
466. - *Biwater v Tanzania* (ICSID Case No ARB/05/22, Award, 24 Jul 2008) 312; *Toto v Lebanon* (ICSID Case No ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 Sep 2009) 83; *MHS v Malaysia* (Decision on Annulment, n 1) 65-71; *Ambiente Ufficio v Argentine* (n 1) 454; J D Mortenson, ʻThe Meaning of Investment: ICSIDʼs *Travaux* and the Domain of International Investment Lawʼ 51(1) Harvard International Law Journal (2010) 257, 259. [↑](#footnote-ref-466)
467. - Schreuer & Others (n 3) 116; ʻReport of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States1965ʼ as adopted by the Board of Governors of the International Bank for Reconstruction and Development (Resolution No 214 of 10 September 1964), ICSID Reports 1 (1993) 28; *Inmaris v Ukraine* (ICSID Case No ARB/08/8, Decision on Jurisdiction, 8 Mar 2010) 130; *Abaclat v Argentine* (Decision on Jurisdiction, n 2) 347, 364. [↑](#footnote-ref-467)
468. - *Fedax v Venezuela* (ICSID Case No ARB/96/3, Decision on Jurisdiction, 11 Jul 1997) 28, 42; *Joy Mining v Egypt* (ICSID Case No ARB/03/11, Award, 6 Aug 2004) 55, 58; *SGS v Pakistan* (ICSID Case No ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 6 Aug 2003) 133, footnote 153; *Global Trading v Ukraine* (ICSID Case No ARB/09/11, Award, 1 Dec 2010) 56; *MHS v Malaysia* (Decision on Annulment, n 1) 72; *Alpha v Ukraine* (n 1) 314; *Ambiente Ufficio v Argentine* (n 1) 470; *Nova Scotia v Venezuela* (n 15) 113; *Pantechniki v Albania* (n 15) 44; *Inmaris v Ukraine* (n 26) 131.

     در خارج از قلمرو اعمال عهدنامه ایکسید، بیع ساده می‌تواند (مشروط به تصریح در معاهده حاکم) داخل در مفهوم «سرمایه‌گذاری» دانسته شود:

     *Petrobart v Kyrgyz* (Stockholm Chamber of Commerce Case No 126/2003, Award, 29 Mar 2005) 72; M Slater, ʻThe Energy Charter Treaty: A Brief Introduction to its Scope and Initial Arbitral Awardsʼ in: Association for International Arbitration (ed), *Alternative Dispute Resolution in the Energy Sector* (Maklu 2009) 15, 49. [↑](#footnote-ref-468)
469. - *CSOB v Slovak* (ICSID Case No ARB/97/4, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999) 68; *Mitchell v Congo* (ICSID Case No ARB/99/7, Decision on annulment, 1 Nov 2006) 31; *Phoenix v Czech* (ICSID Case No ARB/06/5, Award, 15 Apr 2009) 96; *Ambiente Ufficio v Argentine* (n 1) 453; Romak v Uzbekistan (n 15) 205; *Joy Mining v Egypt* (n 27) 49; D A Williams & S Foote, ʻRecent Development in the Approach to Identifying an “Investmentˮ Pursuant to Article 25(1) of the ICSID Conventionʼ in: C Brown & K Miles (eds), *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration* (Cambridge University Press 2011) 42, 63; R Dolzer & C Schreuer, *Principles of International Investment Law* (2nd edn, Cambridge University Press 2012) 76; Schreuer & Others (n 3) 117, 124. [↑](#footnote-ref-469)
470. *-* برای مثال ببینید ماده 2 عهدنامه سرمایه‌گذاری دوجانبه نمونه انجمن توسعه آفریقای جنوبی (SADC) (2012). همچنین ببینید:

     UNCTAD, *International Investment Agreements: Key Issues, Volume I* (New York & Geneva, United Nations 2004) 78. [↑](#footnote-ref-470)
471. *-* برای مثال ببینید ماده 45 موافقت‌نامه تجارت آزاد بین اتحادیه تجارت آزاد اروپایی (EFTA) و مکزیک (2000)؛ ماده 2 موافقتنامه چهارچوب منطقه سرمایه‌گذاری آ‌سه‌آن (1998) (اگرچه متعاقباً در مواد (الف)4 و (ج)4 موافقتنامه جامع سرمایه‌گذاری آسه‌آن که در سال 2009 منعقد گردید، این محدودیت برداشته شد)؛ همچنین ببینید:

     OECD, *International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations A Companion Volume to International Investment Perspectives* (A Companion Volume to International Investment Perspectives, OECD 2008) 47. [↑](#footnote-ref-471)
472. - مانند ماده 1139 قرارداد تجارت آزاد آمریکای شمالی (نفتا) (1994) که بیان داشته است: «سرمایه‌گذاری عبارت است از: (الف) شرکت؛ (ب) اوراق بهادار سرمایه‌ای یک شرکت؛ (ج) اوراق بهادار بدهی یک شرکت: (1) در موردی که شرکت، شرکت وابسته سرمایه‌گذار است یا (2) در موردی که سررسید اصلی اوراق بهادار بدهی حداقل سه سال می‌باشد، اما (صرفنظر از زمان سررسید اصلی) شامل اوراق بهادار بدهی یک شرکت دولتی نمی‌شود […]». [↑](#footnote-ref-472)
473. - ماده 1 «عهدنامه مؤسسه بین‌المللی یکنواخت‌سازی حقوق خصوصی در خصوص قواعد ماهوی اوراق بهادار واسطه‌ای» (2009)؛ ماده 1 «عهدنامه کنفرانس حقوق بین‌الملل خصوصی لاهه در خصوص قانون حاکم بر حقوق خاص مربوط به اوراق بهادار نگهداری شده توسط یک واسطه» (2006). ببینید:

     H Kanda & Others, *Official Commentary on the UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities* (Oxford University Press 2012) 1-7,1-14.

     این تعریف مورد توجه رویه قضایی ایران نیز قرار گرفته است: «اوراق بهادار به معنای سهام، اوراق قرضه یا دیگر ابزارهای مالی یا دارایی‌های مالی (به جز پول) و هرگونه حقوق ناشی از آن است. فلذا اصطلاح اوراق بهادار در معنای موسع آن، شامل ابزارهاي مالی همچون ابزارهای بازار پول و دستور پرداخت مانند چک و برات نیز می‌شود ]...[ و در مفهوم مضیق آن، اگرچه در ]بند 24 ماده 1[ قانون بازار اوراق بهادار ]مصوب 01/09/1384[ هر دو اصطلاح ابزار مالي و اوراق بهادار معادل يکديگر دانسته شده است، ليکن علی‌رغم اینکه اصطلاح ابزار مالي گسترده بوده و شامل ابزارهاي بازار پول نيز مي‌گردد، با اين وجود قلمرو اصطلاح اوراق بهادار در قانون بازار اوراق بهادار (یعنی مفهوم مضیق اوراق بهادار) را بايد صرفاً «اوراق بهادار قابل معامله در بازار سرمايه» دانست و از اين جهت بايد ابزارهاي بازار پول و دستور پرداخت همچون چک و برات را خارج از قلمرو اعمال این قانون دانست»؛ دادنامه شماره 9409970227201059 مورخ 13/11/1394 شعبه 12 دادگاه عمومی حقوقی تهران (منتشر نشده). [↑](#footnote-ref-473)
474. - *Abaclat v Argentine* (ICSID Case No ARB/07/5, Dissenting Opinion, Georges Abi-Saab, 28 Oct 2011) 56; L Gullifer & J Payne, *Corporate Finance Law: Principles and Policy* (2nd edn, Hurt Publishing 2015) 8-59; A N Rechtschaffen, *Capital Markets, Derivatives and the Law* (2nd edn, Oxford University Press 2014) 17-23; E Ferran & L Chan Ho, *Principles of Corporate Finance Law* (2nd edn, Oxford University Press 2014) 42-70;

     همچنین ببینید ماده (18)(1)4 دستورالعمل پارلمان و شورای اتحادیه اروپا در خصوص بازارهای ابزار مالی (موسوم به «میفید یک») (2004). [↑](#footnote-ref-474)
475. - مقایسه کنید با ماده (2)1 لایحه موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری ایران- اسلواک (1395): «سرمایه‌گذاری شامل موارد زیر نمی‌شود: ]...[ (د) آتی‌ها، معاوضات، سلف‌ها، اختیارات و دیگر مشتقات». [↑](#footnote-ref-475)
476. - برای مثال ببینید ماده (ج)2 موافقت‌نامه بین‌المللی نمونه در خصوص سرمایه‌گذاری برای توسعه پایدار (2005) که توسط مؤسسه بین‌المللی توسعه پایدار (IISD) تهیه گردیده است. [↑](#footnote-ref-476)
477. - ماده (2)1 لایحه موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری ایران- اسلواک (1395): «سرمایه‌گذاری شامل موارد زیر نمی‌باشد: ]...[ (ب) سرمایه‌گذاری در سبد اوراق بهادار، که سهامداری به میزان 10% یا کمتر باشد». همچنین ببینید ماده (سه)1 عهدنامه نمونه سرمایه‌گذاری دوجانبه انجمن توسعه آفریقای جنوبی (SADC) (2012) که مقرر داشته است: «سرمایه‌گذاری پورتفولیو، سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود که به منزله ]مالکیت[ کمتر از ده درصد از سهام شرکت و یا در غیر این صورت سرمایه‌گذاری که متضمن اعطای امکان مدیریت یا نفوذ مؤثر در مدیریت سرمایه‌گذاری نباشد». [↑](#footnote-ref-477)
478. - ماده (1)1 متن نمونه موافقت‌نامه ایران؛ ماده (ب)(1)1 معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه نمونه فرانسه (2006)؛ ماده (ب)(2.1)1 معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه نمونه کلمبیا (2007)؛ ماده (ب)(1)1 معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه نمونه آلمان (2008)؛ ماده (الف)(2)1 معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه نمونه ترکیه (2000)؛ ببینید: Brown (n 5) 199-207, 302-6, 764-74. [↑](#footnote-ref-478)
479. - ماده (ب)(6)(1) معاهده منشور انرژی (1994)؛ ماده (دو)(ب)1 معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه نمونه هند (2003)؛ ماده (دو)(ج)2 موافقت‌نامه بین‌المللی نمونه در خصوص سرمایه‌گذاری برای توسعه پایدار (2005)؛ مواد (دو)(2)2 و (سه)(2)2 معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه نمونه نروژ (2007)؛ ماده (ب)(1)1 معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه نمونه چین (1997)؛ ماده (دو)(الف)1 معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه نمونه هلند (1997)؛ ماده (دو)(الف)1 معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه نمونه انگلستان (2005 با اصلاحات 2006)؛ ببینید:

     Z Douglas, The International Law of Investment Claims (Cambridge University Press 2009) Appendix 1-10. [↑](#footnote-ref-479)
480. - ماده 1 معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه نمونه ایالات متحده آمریکا (2012). [↑](#footnote-ref-480)
481. - مانند ماده 1139 قرارداد تجارت آزاد آمریکای شمالی (نفتا) (1994) {ببیند پاورقی ش 31}؛ ماده 1 معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه نمونه کانادا (2004)؛ ماده (و)(2.1)1 معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه نمونه کلمبیا (2007)؛ ماده (دو)2 عهدنامه نمونه سرمایه‌گذاری دوجانبه انجمن توسعه آفریقای جنوبی (SADC) (2012). [↑](#footnote-ref-481)
482. *-* برای مثال ببینید ماده (ب)(1)1معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه نمونه ایتالیا (2003). [↑](#footnote-ref-482)
483. - (Claims to money/Title to money); *Deutsche Bank v Sri Lanka* (ICSID Case No ARB/09/2, Award, 31 Oct 2012) 258; Douglas (n 38) 180; *Cf*: *Poštová banka, v Hellenic* (ICSID Case No ARB/13/8, Award, 9 Apr 2015) 341-9. [↑](#footnote-ref-483)
484. - (Obligations); *Ambiente Ufficio v Argentine* (n 1) 491. [↑](#footnote-ref-484)
485. - (Loans); *Ibid,* 425.

     همانگونه که برخی از نویسندگان و آرای داوری نیز به درستی اشاره نموده‌اند، «اوراق بهادار» کاملاً متمایز و متفاوت از «وام» می‌باشد:

     M Waibel, *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals* (Cambridge University Press 2011) 225; *Poštová banka v Hellenic* (n 42) 337-8. [↑](#footnote-ref-485)
486. - (Any right/performance having an economic value); *Ambiente Ufficio v Argentine* (n 1) 491-3. [↑](#footnote-ref-486)
487. - ماده 8 این دستورالعمل بیان می‌دارد: «به غیر از سهام پذیرفته شده در بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس که سرمایه‌گذاری خارجی در آن‌ها تابع آیین‌نامه‌ سرمایه‌گذاری خارجی است، تملک و معامله‌ سایر اوراق بهادار صادره توسط ناشران ایرانی، از قبیل اوراق مشارکت، اوراق صکوک، گواهی سپرده‌ بانکی و واحدهای سرمایه‌گذاری صندوق‌ها توسط اشخاص خارجی پس از دریافت مجوز معامله، بدون محدودیت مجاز و تابع مقرراتی می‌باشد که برای اشخاص ایرانی لازم‌الاجرا است». [↑](#footnote-ref-487)
488. - International Monetary Fund (n 21) 6.12, 6.55; Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment* (4th edn, 2008) 234. [↑](#footnote-ref-488)
489. - World Trade Organization, ʻWorking Group on the Relationship between Trade and Investment: Note by the Secretariatʼ (WT/WGTI/W/108, 21 March 2002) [54-5]; VanDuzer & Others (n 12) 57. [↑](#footnote-ref-489)
490. - UNCTAD, *World Investment Report 2007 Transnational Corporations, Extractive Industries and Development* (Academic Foundation 2008) 245; K Miles, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital* (Cambridge University Press 2013) 128-9. [↑](#footnote-ref-490)
491. - سایر تعاریف ارائه شده از این مفهوم نیز، در نهایت بیان‌کننده همین خصوصیات واحد هستند؛ ببینید:

     # International Monetary Fund (n 21) 6.4; OECD, *OECD Benchmark Definition of Foreign Direct Investment* (n 47) 234; P Pazienza, *The Relationship Between FDI and the Natural Environment: Facts, Evidence and Prospects* (Springer 2014) 7.

     [↑](#footnote-ref-491)
492. - International Monetary Fund (n 21) 6.12; [↑](#footnote-ref-492)
493. - C Schreuer, ʻShareholder Protection in International Investment Lawʼ, 3 Transnational Dispute Management (2005) 1. [↑](#footnote-ref-493)
494. - *Vivendi v Argentine* (ICSID Case No ARB/97/3, Decision on Annulment, 3 Jul 2002) 50. [↑](#footnote-ref-494)
495. - Salacuse (n 2) 29-30; Dolzer & Schreuer (n 28) 60; R Dolzer, ʻThe Notion of Investment in Recent Practiceʼ in: S Charnovitz, & Others (eds), *Law in the Service of Human Dignity: Essays in Honour of Florentino Feliciano* (Cambridge University Press 2005) 261, 263. [↑](#footnote-ref-495)
496. *-* ماده 1 معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه نمونه ایالات متحده آمریکا (2012). [↑](#footnote-ref-496)
497. - Dugan & Others (n 2) 248-9; A Dimopoulos, *EU Foreign Investment Law* (Oxford University Press 2011) 32. [↑](#footnote-ref-497)
498. - Dolzer & Schreuer (n 28) 60; Dolzer (n 54) 261, 263. [↑](#footnote-ref-498)
499. - *Fedax v Venezuela* (n 27) 43. [↑](#footnote-ref-499)
500. - *Salini v Morocco* (ICSID Case No ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 23 Jul 2001) 52; *Bayindir v Pakistan* (ICSID Case No ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 Nov 2005) 130-8; *Jan de Nul v Egypt* (ICSID Case No ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 Jun 2006) 90-6; *Saipem v Bangladesh* (ICSID Case No ARB/05/07, Decision on Jurisdiction, 21 Mar 2007) 99-106; *Electrabel v Hungary* (ICSID Case No ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 Nov 2012) 5.43; *AES Corp v Argentine* (n 16) 88; *SGS v Pakistan* (n 27) 133, footnote 153; *Deutsche Bank v Sri Lanka* (n 42) 305. [↑](#footnote-ref-500)
501. - *Société Générale v Dominican* (UNCITRAL, LCIA Case No UN 7927, Award, 19 Sep 2008) 35; *Alpha v Ukraine* (n 1) 312; *Saba Fakes v Turkey* (n 16) 111; *Phoenix v Czech* (n 28) 85. [↑](#footnote-ref-501)
502. - *MHS v Malaysia* (Decision on Annulment, n 1) 62, 73; *Alpha v Ukraine* (n 1) 314; *Abaclat v Argentine* (Decision on Jurisdiction, n 2) 364; *Pantechniki v Albania* (n 15) 42-4; *Biwater v Tanzania* (n 25) 312; *Inmaris v Ukraine* (n 26) 129; *Deutsche Bank v Sri Lanka* (n 42) 294. [↑](#footnote-ref-502)
503. - *LESI- DIPENTA v Algérienne* (ICSID Case No ARB/03/08, Award, 10 Jan 2005) II.13(iv); *Alpha v Ukraine* (n 1) 317-27; *Alpha v Ukraine* (n 1) 312; *Quiborax v Bolivia* (n 2) 219, 227; Romak v Uzbekistan (n 15) 207; *Nova Scotia v Venezuela* (n 15) 84; *Saba Fakes v Turkey* (n 16) 110, 121; *Phoenix v Czech* (n 28) 85; *Bayindir v Pakistan* (n 59) 131–137; *Casado v Chile* (ICSID Case No ARB/98/2, Award, 8 May 2008) 233; *Deutsche Bank v Sri Lanka* (n 42) 295; *Poštová banka v Hellenic* (n 42) 356; *Electrabel v Hungary* (n 59) 5.43; Dolzer & Schreuer (n 28) 75; E Gaillard & Y Banifatemi, ʻThe long March towards a *Jurisprudence Constante* on the Notion of Investmentʼ in: M Kinnear & Others (eds), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (Kluwer Law International 2016) 97, 117-9.

     گفته می‌شود که این عناصر، به طور ضمنی عنصر «کمک به توسعه کشور میزبان» را نیز در بر می‌گیرند و نیازی به احراز جداگانه آن نیست:

     LESI SpA v Algeria (ICSID Case No ARB/05/3, Decision on Jurisdiction, 12 Jul 2006) 72; *Quiborax v Bolivia* (n 2) 221-3; *Phoenix v Czech* (n 28) 85. [↑](#footnote-ref-503)
504. - *Plama v Bulgaria* (ICSID Case No ARB/03/24, Award, 27 Aug 2008) 147; *Poštová banka v Hellenic* (n 42) 351. [↑](#footnote-ref-504)
505. - ماده (2.3)1 معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه نمونه کلمبیا (2007)؛ ماده (2)2 معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه نمونه نروژ (2007)؛ ماده 1 معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه نمونه ایالات متحده آمریکا (2012)؛ ماده (1)1 معاهده سرمایه‌گذاری سه‌جانبه ژاپن- چین –کره (2012)؛ ماده 9.1 پیمان 2016 «مشارکت دو سوی اقیانوس آرام» (TPP) (که تاکنون لازم‌الاجرا نشده است) و ماده (2)10 از فصل دوم پیمان «مشارکت تجاری و سرمایه‌گذاری دو سوی اقیانوس اطلس» (TTIP) (در حال مذاکره)؛ همچنین ببینید: Douglas (n 38) Rule 23. [↑](#footnote-ref-505)
506. - UNCTAD, *Scope and Definition* (n 3) 5, 9, 11, 29; VanDuzer & Others (n 12) 56. [↑](#footnote-ref-506)
507. - *MHS v Malaysia* (ICSID Case No ARB/05/10, Award on Jurisdiction, 17 May 2007) 44; *Philip Morris v Uruguay* (ICSID Case No ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, 2 Jul 2013) 206; *Ambiente Ufficio v Argentine* (n 1) 475-81; Schreuer & Others (n 3) 128, 133, 172; Dolzer, & Schreuer (n 28) 74-6. [↑](#footnote-ref-507)
508. - *MHS v Malaysia* (Award on Jurisdiction, n 66) 70. [↑](#footnote-ref-508)
509. - *MCI v Ecuador* (ICSID Case No ARB/03/6, Award, 31 Jul 2007) 165; *Biwater v Tanzania* (n 25) 316; *Inmaris v Ukraine* (n 26) 131; *MHS v Malaysia* (Award on Jurisdiction, n 66) 106(e);E Gaillard, ʻIdentify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practiceʼ in: Christina Binder (ed), *International Investment Law for the 21st Century: Essays in Honour of Christoph Schreuer* (Oxford University Press 2009) 403, 407-9. [↑](#footnote-ref-509)
510. - *RFCC v Royaume du Maroc* (ICSID Case No ARB/00/6, Decision on Jurisdiction, 16 Jul 2001) 61; *Deutsche Bank v Sri Lanka* (n 42) 297; *Bayindir v Pakistan* (n 59) 131; *LESI- DIPENTA v Algérienne* (n 62) II.14(i);LESI SpA v Algeria (Decision on Jurisdiction, n 62) 73(i); *MHS v Malaysia* (Award on Jurisdiction, n 68) 109. [↑](#footnote-ref-510)
511. - *Nova Scotia v Venezuela* (n 15) 92-7. *Deutsche Bank v Sri Lanka* (n 42) 298-300. [↑](#footnote-ref-511)
512. - *Quiborax v Bolivia* (n 2) 232-3. [↑](#footnote-ref-512)
513. - *Ambiente Ufficio v Argentine* (n 1) 483. [↑](#footnote-ref-513)
514. - *Poštová banka v Hellenic* (n 42) 361. [↑](#footnote-ref-514)
515. - *Salini v Morocco* (n 59) 54; *Jan de Nul v Egypt* (n 59) 93; *MHS v Malaysia* (Award on Jurisdiction, n 68) 110-1; *RFCC v Royaume du Maroc* (n 69) 62. [↑](#footnote-ref-515)
516. - LESI SpA v Algeria (ICSID Case No ARB/05/3, Award, 10 Jan 2005) 14(ii); *Bayindir v Pakistan* (n 59) 132-3; *Jan de Nul v Egypt* (n 59) 94-5; *Saipem v Bangladesh* (no 59) 101-2; LESI SpA v Algeria (Decision on Jurisdiction, n 62) [73(ii)]. [↑](#footnote-ref-516)
517. - Romak v Uzbekistan (n 15) 225; *Toto v Lebanon* (n 25) 84; *Deutsche Bank v Sri Lanka* (n 42) 303; A K Bjorklund (ed), *Yearbook on International Investment Law & Policy: 2012-2013* (Oxford University Press 2014) 134. [↑](#footnote-ref-517)
518. - *Ambiente Ufficio v Argentine* (n 1) 484; *Cf*: *MHS v Malaysia* (Award on Jurisdiction, n 68) 131-2. [↑](#footnote-ref-518)
519. - UNCTAD, *Scope and Definition* (n 3) 30-1. [↑](#footnote-ref-519)
520. - *Fedax v Venezuela* (n 27) 40. [↑](#footnote-ref-520)
521. - *Joy Mining v Egypt* (n 27) 57; *Salini v Morocco* (n 59) 55-6; *Bayindir v Pakistan* (n 59) 134-6; *Saipem v Bangladesh* (n 59) 109; *MHS v Malaysia* (Award on Jurisdiction, n 68) 111; *RFCC v Royaume du Maroc* (n 69) 63-4. [↑](#footnote-ref-521)
522. - *LESI- DIPENTA v Algérienne* (n 62) II.14(iii); LESI SpA v Algeria (Decision on Jurisdiction, n 62) [73(iii)]. [↑](#footnote-ref-522)
523. - *Quiborax v Bolivia* (n 2) 234; *GEA v Ukraine* (n 15) 152. [↑](#footnote-ref-523)
524. - *Ioannis v Georgia* (ICSID Case No ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6 Jul 2007) 117; *Ambiente Ufficio v Argentine* (n 1) 485; *Deutsche Bank v Sri Lanka* (n 42) 301. [↑](#footnote-ref-524)
525. - *Quiborax v Bolivia* (n 2) 219;Romak v Uzbekistan (n 15) 229-30; *Nova Scotia v Venezuela* (n 15) 105; *Poštová banka v Hellenic* (n 42) 368-70. [↑](#footnote-ref-525)
526. - UNCTAD, *Scope and Definition* (n 3) 10. [↑](#footnote-ref-526)
527. - Waibel (n 44) 237-8. [↑](#footnote-ref-527)
528. - برای مثال ببینید ماده 23 «دستورالعمل اجرایی انتشار صکوک اجاره (ارزی) در سیستم بانکی» (مصوب 16/12/1390 شورای پول و اعتبار) و همچنین ماده 24 «دستورالعمل اجرایی انتشار صکوک استصناع (ارزی) در سیستم بانکی» (مصوب 02/03/1391 شورای پول و اعتبار) که مقرر داشته‌اند: «قانون حاکم بر مفاد این دستورالعمل و قراردادهای مربوط به آن قانون کشور جمهوری اسلامی بوده و در صورت بروز هرگونه اختلاف صرفاً دادگاه‌های جمهوری اسلامی ایران صالح به رسیدگی می‌باشند». همچنین ببینید هیئت داوری ]با صلاحیت اجباری[ موضوع مواد 36 و 37 «قانون بازار جمهوری اسلامی ایران» (مصوب 01/09/1384 مجلس شورای اسلامی) در خصوص اختلافات ناشی از اوراق بهادار بازار سرمایه. [↑](#footnote-ref-528)
529. - *Lanco v Argentine* (ICSID Case No ARB/97/6, Decision on Jurisdiction, 8 Dec 1998) 26; *Salini v Morocco* (n 59) 27; *CMS v Argentina* (ICSID Case No ARB/01/8, Decision on Jurisdiction, 17 Jul 2003) 76; *Abaclat v Argentine* (Decision on Jurisdiction, n 2) 341(ii), 379; Schreuer & Others (n 3) 370-80.

     رویه قضایی ایران نیز به این موضوع صحه گذاشته است: «بر خلاف مقررات برخی از کشورها که دعاوی راجع به اوراق بهادار را غیر قابل ارجاع به داوری می‌دانستند، در نظام حقوقی ایران چنین منعی مشاهده نمی‌شود؛ همچنانکه در صورت سرمایه‌گذاری توسط اشخاص خارجی در اوراق بهادار، شخص سرمایه‌گذار می‌تواند (با احراز شرایط مقرره) اختلاف خود را به دیوان‌های داوری موضوع عهدنامه‌های دو جانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری ارجاع نماید. فلذا وجود هیأت داوری موضوع ماده 36 قانون بازار اوراق بهادار، نمی‌تواند مانع از توافق طرفین برای ارجاع اختلاف خود به داوری گردد»؛ دادنامه شماره 9409970226300618 مورخ 04/09/1394 شعبه 3 دادگاه عمومی حقوقی تهران (منتشر نشده). [↑](#footnote-ref-529)
530. - ʻDouble keyholeʼ: *Tunari v Bolivia* (ICSID Case No ARB/02/3, Decision on Jurisdiction, 21 Oct 2005) 278; ʻDouble barrelledʼ: *MHS v Malaysia* (Award on Jurisdiction, n 66) 55; ʻTwo-fold testʼ: *CSOB v Slovak* (n 28) 68; *Salini v Kingdom* (n 59) 36, 44; *Alex Genin v Estonia* (ICSID Case No ARB/99/2, Award, 25 Jun 2001) 324; *Helnan v Egypt* (ICSID Case No ARB/05/19, Decision on Jurisdiction, 17 Oct 2006) 80; *Tokios Tokelés v Ukraine* (ICSID Case No ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 Apr 2004) 73-86; *Oko Pankki v Estonia* (ICSID Case No ARB/04/6, Award, 19 Nov 2007) 170, 201; *Ambiente Ufficio v Argentine* (n 1) 420, 438-9; *Abaclat v Argentine* (Decision on Jurisdiction, n 2) 344; *Nova Scotia v Venezuela* (n 15) 77-80; *Toto v Lebanon* (n 25) 66; *Fedax v Venezuela* (n 27) 20-30; *SGS v Pakistan* (n 27) 133, footnote 153; *Mitchell v Congo* (n 28) 31; *Jan de Nul v Egypt* (n 59) 90; *Saipem v Bangladesh* (n 59) 98, 119; *RFCC v Royaume du Maroc* (n 69) 50-66; Ioannis v Georgia (n 83) 113. [↑](#footnote-ref-530)
531. - مطالعه این رویه به منظور تأیید یا رد آن، خارج از موضوع این نوشتار است. در خصوص بررسی این رویه، ببینید: ابراهیمی نصرالله، و سجاد سلطان‌زاده، «مفهوم سرمایه‌گذاری در رویه داوری مرکز حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی *(ایکسید)*»، مجله حقوقی بین‌المللی، سال سی و یکم، شماره 50، بهار و تابستان 1393، صص 108-77.

     Gaillard & Banifatemi (n 62) 97, 105-10. [↑](#footnote-ref-531)
532. - *Malicorp v Egypt* (ICSID Case No ARB/08/18, Award, 7 Feb 2011) 110; *Abaclat v Argentine* (Decision on Jurisdiction, n 2) 349-50. [↑](#footnote-ref-532)
533. - UNCTAD, *Scope and Definition* (n 3) 9; [↑](#footnote-ref-533)
534. - ماده 1139 قرارداد تجارت آزاد آمریکای شمالی (نفتا) (1994)؛ ماده 1 معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه نمونه کانادا (2004). [↑](#footnote-ref-534)
535. - *Nova Scotia v Venezuela* (n 15) 78, 80. [↑](#footnote-ref-535)
536. - *Inmaris v Ukraine* (n 26) 131; *Phoenix v Czech* (n 28) 74, 82. [↑](#footnote-ref-536)
537. - Dugan & Others (n 2) 251. [↑](#footnote-ref-537)
538. - UNCTAD, *Scope and Definition* (n 3) 24; [↑](#footnote-ref-538)
539. - *Giovanni v Argentine* (ICSID Case No ARB/07/8, Decision on Jurisdiction, 7 Nov 2014) 296. [↑](#footnote-ref-539)
540. - *Poštová banka v Hellenic* (n 42) 287-8. [↑](#footnote-ref-540)
541. - The principle of effectiveness in the interpretation of treaties (*ut res magis valeat quem pererat*); Appellate Body Report, *Korea – Definitive Safeguard Measure on Imports of Certain Dairy Products* (WT/DS98/AB/R, adopted 12 January 2000, DSR 2000:I) 80-1; *Poštová banka v Hellenic* (n 42) 293-4. [↑](#footnote-ref-541)
542. - *Poštová banka v Hellenic* (n 42) 314. [↑](#footnote-ref-542)
543. - *Ibid,* 333-5. [↑](#footnote-ref-543)
544. *-* برای مثال ببینید ماده (ب)1 معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه نمونه هند (2003)؛ ماده (1)1معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه نمونه ایتالیا (2003)؛ ماده (د)2 موافقت‌نامه بین‌المللی نمونه در خصوص سرمایه‌گذاری برای توسعه پایدار (2005)؛ ماده 1 معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه نمونه فرانسه (2006)؛ ماده (2.1)1 معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه نمونه کلمبیا (2007)؛ ماده 1 معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه نمونه آلمان (2008)؛ماده 1 معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه نمونه ایالات متحده آمریکا (2012). [↑](#footnote-ref-544)
545. - *SGS v Philippines* (ICSID Case No ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 Jan 2004) 99; *Bayview Irrigation District et al v Mexican* (ICSID Case No ARB(AF)/05/1, Award, 19 Jun 2007) 116; *Grand River v USA* (UNCITRAL, Award, 12 Jan 2011) 90-106. [↑](#footnote-ref-545)
546. - *Fedax v Venezuela* (n 27) 28, 41; *CSOB v Slovak* (n 28) 78; LESI SpA v Algeria (Decision on Jurisdiction, n 62) 73. [↑](#footnote-ref-546)
547. - *Abaclat v Argentine* (Decision on Jurisdiction, n 2) 341(ii); *Abaclat v Argentine* (Dissenting Opinion, n 33) 79-87; *Ambiente Ufficio v Argentine* (n 1) 497, 507; K P Sauvant (ed), *Yearbook on International Investment Law & Policy: 2011-2012* (Oxford University Press 2013) 58-61. [↑](#footnote-ref-547)
548. - *Ambiente Ufficio v Argentine* (n 1) 497-500; *Abaclat v Argentine* (Decision on Jurisdiction, n 2) 374; *Deutsche Bank v Sri Lanka* (n 42) 288; Schreuer & Others (n 3) 140; Bjorklund (n 76) 129-30. [↑](#footnote-ref-548)
549. - *Mitchell v Congo* (n 28) 23-48; *MHS v Malaysia* (Award on Jurisdiction, n 66) 44, 48-148; W B Hamida, ʻTwo Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control: *Ad Hoc Committee's Decision in Patrick Mitchell v Democratic Republic of Congo*ʼ 24(3) Journal of International Arbitration (2007) 287, 293-7. [↑](#footnote-ref-549)
550. - *Quiborax v Bolivia* (n 2) 220-5; *Saba Fakes v Turkey* (n 16) 111; *LESI SpA v  Algeria* (Decision on Jurisdiction, n 62) 72;  *Casado v Chile* (n 62) 232; Schreuer & Others (n 3) 117, 131-3; Williams & Foote (n 28) 63. [↑](#footnote-ref-550)
551. - *Mitchell v Congo* (n 28) 33; *Deutsche Bank v Sri Lanka* (n 42) 306-7. [↑](#footnote-ref-551)
552. - Schreuer & Others (n 3) 134. [↑](#footnote-ref-552)
553. - *Ambiente Ufficio v Argentine* (n 1) 487; *Cf*: Waibel (n 44) 235. [↑](#footnote-ref-553)
554. - *Plama v Bulgaria* (ICSID Case No ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 Feb 2005) 193. [↑](#footnote-ref-554)
555. - *Société Générale v Dominican* (n 60) 33. [↑](#footnote-ref-555)
556. - *Quiborax v Bolivia* (n 2) 220-2; *Casado v Chile* (n 62) 232; *KT v Kazakhstan* (ICSID Case No ARB/09/8, Award, 17 Oct 2013) 171. [↑](#footnote-ref-556)
557. - *Abaclat v Argentine* (Decision on Jurisdiction, n 2) 374; *Nova Scotia v Venezuela* (n 15) 130. [↑](#footnote-ref-557)
558. - (In accordance with host state law) در ماده 1 متن نمونه موافقت‌نامه ایران نیز، عبارت «طبق قوانین و مقررات طرف متعاهد دیگر» وجود دارد. این ماده مقرر داشته است: «اصطلاح سرمايه‌گذاري عبارت از هر نوع مال يا دارايي است كه توسط سرمايه‌گذاران يك طرف متعاهد در قلمرو و طبق قوانين و مقررات طرف متعاهد ديگر (كه از اين پس طرف متعاهد سرمايه‌پذير خوانده مي‌شود) به كار گرفته شود» (تأکید اضافه شده). گفته می‌شود که امروزه، این شرط در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری مدرن بسیار معمول است؛ ببینید:

     *Tokios Tokelés v Ukraine* (n 89) 84. [↑](#footnote-ref-558)
559. - *Fraport AG v Philippines* (ICSID Case No ARB/03/25, Award, 16 Aug 2007) 394. [↑](#footnote-ref-559)
560. - *SDG v Argentine* (ICSID Case No ARB/03/10, Decision on Jurisdiction, 17 Jun 2005) 33-34; *Salini v Morocco* (n 59) 46; *Bayindir v Pakistan* (n 59) 105–110; *Saipem v Bangladesh* (n 59) 79–82, 120–124; *LESI- DIPENTA v Algérienne* (n 62) II.24(iii). [↑](#footnote-ref-560)
561. - Desert Line v Yemen (ICSID Case No ARB/05/17, Award, 6 Feb 2008) 104; Rumeli v Kazakhstan (ICSID Case No ARB/05/16, Award, 29 Jul 2008) 319; LESI SpA v Algeria (Decision on Jurisdiction, n 62) 83; *Cf*. *Quiborax v Bolivia* (n 2) 263.

     همچنین ببینید: ماده (2)14 لایحه موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری ایران- اسلواک: «چنانچه سرمایه‌گذار یا سرمایه‌گذاری، قانون دولت میزبان را نقض کرده باشد، سرمایه‌گذار نمی‌تواند دعوایی را به موجب این موافقت‌نامه مطرح نماید. دیوان در صورتی که این نقض به اندازه کافی جدی یا مهم باشد، دعوی را رد خواهد نمود. برای اجتناب از هرگونه تردید، نقض‌های زیر همواره برای رد دعوی به اندازه کافی جدی یا اساسی در نظر گرفته می‌شوند: (الف) کلاهبرداری؛ (ب) فرار مالیاتی؛ (ج) فساد و رشوه؛ یا (د) انجام سرمایه‌گذاری از طریق ارائه تصویر غلط با کلاهبرداری، پنهان‌کاری، فساد یا اقدام منجر به سوء استفاده از رویه». [↑](#footnote-ref-561)
562. - (The laws that are related to the very nature of investment regulation); Saba Fakes v Turkey (n 16) 119-20. [↑](#footnote-ref-562)
563. - *Middle East Cement v Egypt* (ICSID Case No ARB/99/6, Award, 12 Apr 2002) 131-8; *Yaung Chi Oo v Myanmar* (ASEAN ID Case No ARB/01/1, Award, 31 Mar 2003) 62; *George Siag v Egypt* (ICSID Case No ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, and Partial Dissenting Opinion, 11 Apr 2007) 198-201; *Veteran Petroleum v Russian Federation* (UNCITRAL, PCA Case No AA 228, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 30 Nov 2009) 20-21; D Desierto, *Public Policy in International Economic Law* (Oxford University Press 2015) 324-5. [↑](#footnote-ref-563)
564. - *Alpha v Ukraine* (n 1) 297; *Tokios Tokelés v Ukraine* (n 89) 86, 97. [↑](#footnote-ref-564)
565. - *Fraport AG v Philippines* (n 118) 357-382; *Fraport  v Philippines* (ICSID Case No ARB/11/12, Award, 14 Dec 2014) 444. [↑](#footnote-ref-565)
566. - *World Duty Free Com v Kenya* (ICSID Case No ARB/00/7, Award, 25 Sept 2006) 41-62. [↑](#footnote-ref-566)
567. - *Vallisoletana v El Salvador* (ICSID Case No ARB/03/26, Award, 2 Aug 2006) 253-7. [↑](#footnote-ref-567)
568. - *Alasdair Ross v Costa Rica* (ICSID Case No ARB(AF)/07/3, Award, 10 May 2010) 55, 57. [↑](#footnote-ref-568)
569. - Gustav v Ghana (ICSID Case No ARB/07/24, Award, 18 June 2010) 123; Teinver v Argentina (ICSID Case No ARB/09/1, Decision on Jurisdiction, 21 Dec 2012) 317; Metal-Tech v Uzbekistan (ICSID Case No ARB/10/3, Award, 4 Oct 2013) 127; Phoenix v Czech (n 28) 100-105; Plama v Bulgaria (n 63) 140. [↑](#footnote-ref-569)
570. - Metal-Tech v Uzbekistan (n 128) 127. [↑](#footnote-ref-570)
571. - *SAUR v Argentina* (ICSID Case No ARB/04/4, Decision on Jurisdiction and Liability, 6 Jun 2012) 308; *Plama v Bulgaria* (n 63) 133, 138-40; *Fraport AG v Philippines* (n 118) 402; S Schill & B L Heather L, ʻGood Faith Limitations on Protected Investment and Corporate Structuringʼ in: A D Mitchell & Others (eds), *Good Faith and International Economic Law* (Oxford University Press 2015) 88, 93-8. [↑](#footnote-ref-571)
572. - ببینید ماده 2 «آیین‌نامه اجرایی بند ج ماده 15 قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی‌، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران» (مصوب 11/03/1384 هیأت‌وزیران)؛ همچنین بند هشت ماده 1 و تبصره سه ماده 10 «آیین‌نامه سرمایه‌گذاری خارجی در بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس» (مصوب 29/01/1389 هیأت‌وزیران). [↑](#footnote-ref-572)
573. - (Volatile capital); *Fedax v Venezuela* (n 27) 43; Mortenson (n 25) 257, 269, footnote 38, 278; Waibel (n 44) 235. [↑](#footnote-ref-573)
574. - (primary/direct market) بازار اولیه بازاری است که اولین عرضه و پذیره‌نویسی اوراق بهادار جدیدالانتشار در آن انجام می‌شود و منابع حاصل از عرضه اوراق بهادار در اختیار ناشر قرار می‌گیرد»؛ (secondary/indirect market) «بازار ثانویه بازاری است که اوراق بهادار، پس از عرضه اولیه، در آن مورد داد و ستد قرار می‌گیرد ]و منابع حاصل از فروش اوراق بهادار در اختیار فروشنده قرار می‌گیرد[»؛ مواد (9)1 و (10)1 «قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران» (مصوب 01/09/1384). همچنین ببینید:

     Rechtschaffen (n 33) 47-8; F J Fabozzi, *Capital Markets: Institutions, Instruments, and Risk Management* (5th edn, MIT Press 2015) 231-71. [↑](#footnote-ref-574)
575. - *Enron v Argentine* (ICSID Case No ARB/01/3, Decision on Jurisdiction, 14 Jan 2004) 70; *Ambiente Ufficio v Argentine* (n 1) 426-31; *Abaclat v Argentine* (Decision on Jurisdiction, n 2) 376; *CSOB v Slovak* (n 28) 72. [↑](#footnote-ref-575)
576. - *Ambiente Ufficio v Argentine* (n 1) 425; M Dekastros, ʻPortfolio Investment: Reconceptualising the Notion of Investment under the ICSID Conventionʼ 14 The Journal of World Investment & Trade (2013) 286, 314-5. [↑](#footnote-ref-576)
577. - *Abaclat v Argentine* (Decision on Jurisdiction, n 2) 358. [↑](#footnote-ref-577)
578. - *Maffezini v Spain* (ICSID Case No ARB/97/7, Decision on Jurisdiction, 25 Jan 2000) 66-68; *IBM v Ecuador* (ICSID Case No ARB/02/10, Decision on Jurisdiction, 22 Dec 2003) 39-49; *Suez and Vivendi v Argentine* (ICSID Case No ARB/03/19, Decision on Jurisdiction, 14 Nov 2005) 46-51; *Pan American Energy v Argentine* (ICSID Case No ARB/03/13, Decision on Preliminary Objections, 27 Jul 2006) 209-299; *Telenor Mobile v Hungary* (ICSID Case No ARB/04/15, Award, 13 Sept 2006) 19, 27, 60; *Continental Casualty Company v Argentine* (ICSID Case No ARB/03/9, Decision on Jurisdiction, 22 Feb 2006) 51-54, 76-89; *Parkerings-Compagniet v Lithuania* (ICSID Case No ARB/05/8, Award, 13 Sept 2007) 250-254; *George Siag v Egypt* (ICSID Case No ARB/05/15, Decision on Jurisdiction, 11 Apr 2007) 207; *Vivendi v Argentine* (Decision on Annulment, n 53) 46-50; *CMS v Argentina* (Decision on Jurisdiction, n 88) 57-65; *Lanco v Argentine* (n 88) 10-16; *Alex Genin v Estonia* (n 89) 324; SDG v Argentine (n 119) 34; *MCI v Ecuador* (n 68) 152-156, 161, 164. [↑](#footnote-ref-578)
579. - *Vivendi v Argentine* (ICSID Case No ARB/97/3, Decision on Jurisdiction, 14 Nov 2005) Appendix 1. [↑](#footnote-ref-579)
580. - *Asian Agricultural Products Sri Lanka* (ICSID Case No ARB/87/3, Award, 27 Jun 1990) 95; *Lanco v Argentine* (n 88) 10; *Champion Trading Company v Egypt* (ICSID Case No ARB/02/9, Decision on Jurisdiction, 21 Oct 2003) 3.4.2;LG&E v Argentine (ICSID Case No ARB/02/1, Decision on Jurisdiction, 30 Apr 2004) 50-63; *Camuzzi v Argentine* (ICSID Case No ARB/03/2, Decision on Jurisdiction, 11 May 2005) 9, 81; Sempra v Argentine (ICSID Case No ARB/02/16, Decision on Jurisdiction, 11 May 2005) 92-94; El Paso v Argentine (ICSID Case No ARB/03/15, Decision on Jurisdiction, 27 Apr 2006) 138; *CMS Gas v Argentina* (ICSID Case No ARB/01/8), Decision on Annulment, 25 Sept 2007) 58-76; *Vivendi v Argentine* (Decision on Annulment, n 53) 50; *CMS v Argentina* (Decision on Jurisdiction, n 88) 51; *Enron v Argentine* (n 134) 39, 44, 49. [↑](#footnote-ref-580)
581. - *Siemens v Argentine* (ICSID Case No ARB/02/8, Decision on Jurisdiction, 3 Aug 2004) 137, 142; *Ronald S Lauder v Czech* (UNCITRAL, 3 September 2001); *Waste Management v United Mexican States* (ICSID Case No ARB(AF)/00/3, Award, 30 Apr 2004) 80, 85; *Enron v Argentine* (n 134) 39, 49;Schreuer (n 52) 1, 11-5. [↑](#footnote-ref-581)
582. - *Gruslin v Malaysia* (ICSID Case No ARB/99/3, Award, 27 Nov 2000) 10.3, 15.6; Douglas (n 38) 182. [↑](#footnote-ref-582)
583. - J P Sasse, *An Economic Analysis of Bilateral Investment Treaties* (Springer 2011) 49. [↑](#footnote-ref-583)
584. - *History of the ICSID Convention* (n 24) part 2, 709; *Ambiente Ufficio v Argentine* (n 1) 496; [↑](#footnote-ref-584)
585. - Waibel (n 44) 226, 230-44; Michael Waibel, ʻOpening Pandora’s Box: Sovereign Bonds In International Arbitrationʼ, 101 American Journal of International Law (2007) 718-29; C Schereuer, ʻCommentary on the ICSID Convention: Article 25ʼ, 11(2) ICSID Review, Foreign Investment Law Journal (1996) 316, 372; Dekastros (n 135) 286, 305-6. [↑](#footnote-ref-585)
586. - *Sempra Energy v Argentine* (ICSID Case No ARB/02/16, Award, 28 Sept 2007) 214; *Ambiente Ufficio v Argentine* (n 1) 456, 467-8, 471-2; *Abaclat v Argentine* (Decision on Jurisdiction, n 2) 362-7; *Fedax v Venezuela* (n 27) 29; *CSOB v Slovak* (n 28) 76-91; *Giovanni v Argentine* (n 98) 296; *History of the ICSID Convention* (n 24) part 1, 514; M Megliani, *Sovereign Debt: Genesis, Restructuring and Litigation* (Springer 2015) 544-52. [↑](#footnote-ref-586)
587. - M Sornarajah, *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment* (Cambridge University Press 2015) 168-3. [↑](#footnote-ref-587)
588. - *Ambiente Ufficio v Argentine* (n 1) 505; *Abaclat v Argentine* (Decision on Jurisdiction, n 2) 378;Mortenson (n 25) 257, 299, footnote 225. [↑](#footnote-ref-588)
589. - *Poštová banka v Hellenic* (n 42) 363-4; Waibel (n 44) 242-4; Waibel, ʻOpening Pandora’s Boxʼ (n 145) 711, 743-744; *Cf*: M Bungenberg & Others (eds), *International Investment Law: A Handbook* (Hart Publishing 2015) 539. [↑](#footnote-ref-589)
590. - *Fedax v Venezuela* (n 27) 37; *CSOB v Slovak* (n 28) 80; *Poštová banka v Hellenic* (n 42) 365. [↑](#footnote-ref-590)
591. .Security of Supply [↑](#footnote-ref-591)
592. .Energy policy [↑](#footnote-ref-592)
593. . متوسلی، محمود و مهربانی، وحید ، اهمیت تأمین انرژی برق در توسعه اقتصادی و گذار از اقتصاد دوگانه، نشریه انرژی ایران، شماره2، تابستان 1390، ص 2. [↑](#footnote-ref-593)
594. .Frankl, Paolo, World Renewable Energy Outlook 2030-2050, 2013, p. 3. Available at: www.celluleenergie.cnrs.fr/IMG/pdf/intro\_i3\_paolo\_frankl.pdf. .Accessed on 12 October 2015. [↑](#footnote-ref-594)
595. . سلیمی ترکمانی، حجت، حقوق بین­الملل انرژی، شهردانش، 1394، ص 28. [↑](#footnote-ref-595)
596. .همان. [↑](#footnote-ref-596)
597. .Reasonable demand [↑](#footnote-ref-597)
598. . معمولا تقسیم بندی مشترکین به تجاری، مسکونی و صنعتی بر همین اساس صورت می­گیرد. [↑](#footnote-ref-598)
599. . Anibal Aviles, Luis, Electric Energy Access in European Law: A Human Right, Columbia Journal of European Law, Vol. 19, 2012,p.7. [↑](#footnote-ref-599)
600. . [Eric De Brabandere](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Eric+De+Brabandere%22&source=gbs_metadata_r&cad=6), [Tarcisio Gazzini](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Tarcisio+Gazzini%22&source=gbs_metadata_r&cad=6), Foreign Investment in the Energy Sector: Balancing Private and Public Interests, Martinus Nijhoff Publishers, 2014, p.132. [↑](#footnote-ref-600)
601. . Bilateral investment treaties [↑](#footnote-ref-601)
602. . [قاسمی شوب،احمد علی](http://www.noormags.ir/view/fa/creator/21333/%d8%a7%d8%ad%d9%85%d8%af_%d8%b9%d9%84%db%8c_%d9%82%d8%a7%d8%b3%d9%85%db%8c_%d8%b4%d9%88%d8%a8)؛ نگاهی به جایگاه بیگانگان در حقوق بین الملل با تأکیدی بر اسناد بین المللی حقوق بشر، مجله [حقوقی بین المللی، شماره 31،](http://www.noormags.ir/view/fa/magazine/130/%d8%ad%d9%82%d9%88%d9%82%db%8c-%d8%a8%db%8c%d9%86-%d8%a7%d9%84%d9%85%d9%84%d9%84%db%8c)پائیز 1381، ص 133. [↑](#footnote-ref-602)
603. . Stability of grid [↑](#footnote-ref-603)
604. . رودلف، دالزر و کریستف شروئر، اصول حقوق بین­الملل سرمایه­گذاری، مترجم:زمانی سیدقاسم و حسیبی، به­آذین، شهردانش، 1393، ص 46. [↑](#footnote-ref-604)
605. .همان. [↑](#footnote-ref-605)
606. . [Freya Baetens](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Freya+Baetens%22&source=gbs_metadata_r&cad=7), Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives, Cambridge University Press, 2013, p.115. [↑](#footnote-ref-606)
607. . [قاسمی شوب،احمد علی](http://www.noormags.ir/view/fa/creator/21333/%d8%a7%d8%ad%d9%85%d8%af_%d8%b9%d9%84%db%8c_%d9%82%d8%a7%d8%b3%d9%85%db%8c_%d8%b4%d9%88%d8%a8)؛ پیشین، ص 139. [↑](#footnote-ref-607)
608. R Tully, Stephen, The Human Right to Access Electricity, The Electricity Journal, Vol. 19,.No.3, 2006 ,p.31. [↑](#footnote-ref-608)
609. .Ibid. [↑](#footnote-ref-609)
610. . [Freya Baetens](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Freya+Baetens%22&source=gbs_metadata_r&cad=7), op.cit, p.146. [↑](#footnote-ref-610)
611. .The Obligation to Admission and Protect [↑](#footnote-ref-611)
612. . رودلف، دالزر و کریستف شروئر، پیشین، ص 141. [↑](#footnote-ref-612)
613. . افتخار، رضا، اصلاح معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری ایران در پرتو تحولات اخیر حقوق سرمایه گذاری، پایان­نامه دوره کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین­الملل، دانشگاه شهید بهشتی، 1389، ص 76. [↑](#footnote-ref-613)
614. .Standards of Protection [↑](#footnote-ref-614)
615. . . افتخار، رضا، پیشین، ص 85. [↑](#footnote-ref-615)
616. .See: S D Myers v. Canada, first partial Award, 13 Nov 2000. [↑](#footnote-ref-616)
617. .Fair and Equitable Treatment [↑](#footnote-ref-617)
618. . ودلف، دالزر و کریستف شروئر، پیشین، ص 216. [↑](#footnote-ref-618)
619. . [Freya Baetens](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Freya+Baetens%22&source=gbs_metadata_r&cad=7), op.cit, p.139. [↑](#footnote-ref-619)
620. .FA Mann, British Treaties for the Promotion and Protection of Investment, 52 British Year Book of International Law, 1981, p.241,244. [↑](#footnote-ref-620)
621. .TECMED v. Mexico, Award, 29 May 2003, 43 ILM (2004) 133. [↑](#footnote-ref-621)
622. . [Peter Muchlinski](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Peter+Muchlinski%22&source=gbs_metadata_r&cad=8), [Federico Ortino](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Federico+Ortino%22&source=gbs_metadata_r&cad=8), [Christoph Schreuer](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Christoph+Schreuer%22&source=gbs_metadata_r&cad=8), The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford University Press, 2008, p.227. [↑](#footnote-ref-622)
623. . ودلف، دالزر و کریستف شروئر، پیشین، ص 244. [↑](#footnote-ref-623)
624. . Stoft, Steven, Power System Economics Designing Markets for Electricity, IEEE Press& Wlley-Interscience, 2002, p.632. [↑](#footnote-ref-624)
625. . مهندسین مشاور موننکو، تجدیدساختار در صنعت برق، انتشارات شیوه، 1392، ص 46. [↑](#footnote-ref-625)
626. . Stoft, Steven, op.cit, p.724. [↑](#footnote-ref-626)
627. .Ehrenreich Brookst, Rosa, Failed States, or the State as Failure?, The University of Chicago Law Review, VoL.72, NO.4, 2005. [↑](#footnote-ref-627)
628. . Reidy, David, Human Rights: the Hard Questions, Cambridge University Press, 2013, p.232.

     البته لازم به ذکر است، دسترسی به انرژی به عنوان یک حق فردی، در حد رفع نیازهای اولیه و به شکل حداقلی مدنظر بوده و سایر سطوح دسترسی به انرژی بیشتر در خصوص تحقق حق­های جمعی مطرح است. [↑](#footnote-ref-628)
629. . Boyle, Godfrey, Renewable Energy: Power for a Sustainable Future, Oxford university press, 2012, p.131. [↑](#footnote-ref-629)
630. . See: "International Year of Sustainable Energy for All", Resolution 65/151adopted by the General Assembly, 2011.Avaliable at: http://www.se4all.org/resources/fact-sheets, Accessed on 26 November 2015. [↑](#footnote-ref-630)
631. . Sustainable Energy for All", [↑](#footnote-ref-631)
632. . The United Nation´s Inter-Agency Mechanism on Energy". And The Secretary-General’s Advisory Group on Energy and Climate Change (AGECC)". [↑](#footnote-ref-632)
633. . See: “United Nations Decade of Sustainable Energy for All", Resolution 67/215 adopted by the General Assembly, 2012 available at: http://www.un.org/en/ga/search/view\_doc.asp?symbol=A/67/PV.61, Accessed on 26 November 2014. [↑](#footnote-ref-633)
634. . The United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC) and Kyoto Protocol. [↑](#footnote-ref-634)
635. . The Millennium Development Goals (MDGs)  [↑](#footnote-ref-635)
636. . We commit to promoting sustainable modern energy services for all through national and subnational efforts, inter alia, on electrification and dissemination of sustainable…Available at http://sustainabledevelopment.un.org/futurewewant.html. Accessed on 30 July 2015. [↑](#footnote-ref-636)
637. . UK Electricity Act 1989(3A):

     The Secretary of State and the Authority shall carry out those functions in the manner which he or it considers is best calculated to further the principal objective, having regard to—the need to secure that all reasonable demands for electricity are met; and

     (b) the need to secure that license holders are able to finance the activities which are the subject of obligations imposed by or under this Part or the Utilities Act 2000.

     Available at: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/29/contents. Accessed on 15 November 2015. [↑](#footnote-ref-637)
638. Electricity Act of 1987. [↑](#footnote-ref-638)
639. . Cliff, Rochlin, Is Electricity a Right. , The Electricity Journal, Vol.15, 2002, p.33 [↑](#footnote-ref-639)
640. .ماده هشت اساسنامه توانیر. [↑](#footnote-ref-640)
641. . نک: بند چهار ماده هفت اساسنامه توانیر و ماده 31، اساسنامه توانیر: اين‌ شركت‌ و شركتهاي‌ زيرمجموعه‌ از نظر سياست­ها، برنامه‌ها و فعاليتهاي ‌توسعه‌ و بهره‌برداري‌ تابع‌ ضوابط و مقررات‌ وزرات‌ نيرو خواهند بود. [↑](#footnote-ref-641)
642. ..برای مثال ماده 7(j) و ماده 104 قانون مدیریت منابع 1991 نیوزیلند Resource Management Act 1991))، بر اهمیت توسعه بهره برداری از منابع تجدیدپذیر برای تولید انرژی تاکید کرده است. همچنین سیاست ملی تولید برق تجدیدپذیر سال 2011 ،(National Policy Statement for Renewable Electricity Generation 2011) نیز به این مسئله اشاره کرده و بر این اساس 90 درصد انرژی برق مورد نیاز نیوزیلند در سال 2025 بایستی از انرژی­های تجدیدپذیر تامین شود.این سیاست­ها به کاهش وابستگی به سوختهای وارداتی، کاهش انتشار تولید گازهای گلخانه­ای و استفاده از منابع تجدیدپذیر و بازسازی آثار احتمالی منفی ناشی از اجرای این پروژه­ها بر محیط زیست تاکید دارد. نک:

     Meridian Energy Limited v. Hurunui District and Canterbury Regional Councils. http://www.energyandpolicy.org/wind-health-impacts-dismissed-in-court. Accessed on 25 November 2015. [↑](#footnote-ref-642)
643. . [Eric De Brabandere](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Eric+De+Brabandere%22&source=gbs_metadata_r&cad=6), [Tarcisio Gazzini](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Tarcisio+Gazzini%22&source=gbs_metadata_r&cad=6), op.cit, p.145. [↑](#footnote-ref-643)
644. . ابراهیم گل، علیرضا، مسئولیت بین­المللی دولت، شهردانش، چاپ ششم، 1393، ص 34. [↑](#footnote-ref-644)
645. . [میر محمدی،سید مصطفی](http://www.noormags.ir/view/fa/creator/8095/%d8%b3%db%8c%d8%af_%d9%85%d8%b5%d8%b7%d9%81%db%8c_%d9%85%db%8c%d8%b1_%d9%85%d8%ad%d9%85%d8%af%db%8c)؛  سوء استفاده از مصونیتهای دیپلماتیک و ضمانت اجرای آن در حقوق بین الملل، نامه مفید، شماره 33، بهمن 1381، ص 136. [↑](#footnote-ref-645)
646. . [قاسمی شوب، احمد علی](http://www.noormags.ir/view/fa/creator/21333/%d8%a7%d8%ad%d9%85%d8%af_%d8%b9%d9%84%db%8c_%d9%82%d8%a7%d8%b3%d9%85%db%8c_%d8%b4%d9%88%d8%a8)، پیشین، ص 133. [↑](#footnote-ref-646)
647. .همان. [↑](#footnote-ref-647)
648. .James Crawford, Alain Pellet, Simon Olleson, Dr Kate Parlett, The Law of International Responsibility, Oxford, 2010, p.185. [↑](#footnote-ref-648)
649. . [قاسمی شوب،احمد علی](http://www.noormags.ir/view/fa/creator/21333/%d8%a7%d8%ad%d9%85%d8%af_%d8%b9%d9%84%db%8c_%d9%82%d8%a7%d8%b3%d9%85%db%8c_%d8%b4%d9%88%d8%a8)؛ پیشین، ص 140. [↑](#footnote-ref-649)
650. . فلسفی، هدایت­الله، جایگاه بشر در حقوق بین­الملل معاصر، مجله تحقیقات حقوقی، شماره 18، زمستان 1375، ص 249.

     لازم به ذکر است با توجه به تحول و پویایی حقوق بین­الملل و همچنین پیدایش دیوان­های حقوق بشر، امکان طرح دعوی علیه دولت­ها توسط افراد با شرایطی ممکن است اما همچنان هم چنین امکانی و هم امکان طرح دعوی علیه دولت میزبان در دعوی سرمایه­گذاری خارجی، همچنان مبتنی بر اراده دولت­هاست. [↑](#footnote-ref-650)
651. . Expropriation [↑](#footnote-ref-651)
652. . ودلف، دالزر و کریستف شروئر، پیشین، ص 157. [↑](#footnote-ref-652)
653. . [Eric De Brabandere](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Eric+De+Brabandere%22&source=gbs_metadata_r&cad=6), [Tarcisio Gazzini](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Tarcisio+Gazzini%22&source=gbs_metadata_r&cad=6), op.cit, p.162. [↑](#footnote-ref-653)
654. . ودلف، دالزر و کریستف شروئر، پیشین، ص 168. [↑](#footnote-ref-654)
655. . Indirect Expropriation [↑](#footnote-ref-655)
656. .Creeping Expropriation [↑](#footnote-ref-656)
657. . قناد، هادی و مسگری، علی،مبانی برق:مبانی و آشنایی با اصول کلی و اولیه برق، انتشارات صفار. 1384ص 45. [↑](#footnote-ref-657)
658. .مطالعه رویه داوری سرمایه­گذاری در پرونده­های متعددی حاکی از آن است که تاثیر اقدامات دولت بیش از قصد وی برای تحت اثر قرار دادن مایملک سرمایه­گذار، اهمیت دارد. از این رو چنانچه اقدامات در حدی باشد که باعث شود مالکیت بر سرمایه بی فایده باشد و به عبارت دیگر علی­رغم وجود کنترل قانونی، وی کنترل تجاری بر سرمایه خود نداشته باشد، دیگر قصد دولت تاثیری در تحقق سلب مالکیت غیرمستقیم صورت گرفته ندارد.برای نمونه نک:

     [Sebastin L¢pez Escarcena](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Sebasti%C2%BEn+L%C2%A2pez+Escarcena%22&source=gbs_metadata_r&cad=6), Indirect Expropriation in International Law, Edward Elgar Publishing, 2014, pp.112-122. [↑](#footnote-ref-658)
659. . ودلف، دالزر و کریستف شروئر، پیشین، ص 156. [↑](#footnote-ref-659)
660. . [Rudolf Dolzer](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Rudolf+Dolzer%22), [Christoph Schreuer](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Christoph+Schreuer%22), Principles of International Investment Law, OUP Oxford, 2012, p.46. [↑](#footnote-ref-660)
661. .Ibid, p.73. [↑](#footnote-ref-661)
662. .See: S D Myers v. Canada, First Partial Award, 13 November 2000, para 287. Available at:

     <http://www.italaw.com/cases/documents/977>. Accessed on 11 July 2015. [↑](#footnote-ref-662)
663. .See: LG v. Argentina, Decision on Liability, 3 October 2006, 46 ILM (2007) 36, para 193.

     Available at: http://www.investment-law-digest.com/cases/LG-E-Argentina-Decision-on-liability-3-October-2006.aspx .Accessed on 11 May 2015. [↑](#footnote-ref-663)
664. .. برای نمونه نک: بند سه ماده 4 خرید تضمینی برق توسط توانیر، مصوب 1388. [↑](#footnote-ref-664)
665. .البته لازم به ذکر است دفعات عدم تحویل سوخت و قطع آن نیز حائیز اهمیت است. به عبارت دیگر اگر دسترسی یک نیروگاه یا پالایشگاه به کرات و در فواصل کوتاه قطع گردد، وضعیت اقتصادی بهره­بردار و مالک نیروگاه به طور قابل توجهی تحت تاثی قرار خواهد گرفت. [↑](#footnote-ref-665)
666. . Siemens v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/8 Award, 6 February 2007, at para 248. Available at:

     <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/02/8>. Accessed on 12 July 2015. [↑](#footnote-ref-666)
667. [Eric De Brabandere](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Eric+De+Brabandere%22&source=gbs_metadata_r&cad=6), [Tarcisio Gazzini](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Tarcisio+Gazzini%22&source=gbs_metadata_r&cad=6), op.cit, 139. [↑](#footnote-ref-667)
668. . [Rudolf Dolzer](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Rudolf+Dolzer%22), [Christoph Schreuer](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Christoph+Schreuer%22), op.cit, p.63. [↑](#footnote-ref-668)
669. نیک بخت، حمید رضا، مروري بر تنظيم قراردادهاي دولتي (درحقوق تجارت بين الملل)،.الهيات و حقوق 1384، شماره 15 و 16 ص 17. [↑](#footnote-ref-669)
670. نیک بخت، حمید رضا، آثار قوه قاهره و انتفاي قرارداد ،. مجله حقوقی 1376 شماره 21 ص 97.

     ابراهیمی، سید نصرالله، شادی، حسین، آثار تحریم بر اجرای قراردادهای بازرگانی بین­المللی از منظر فورس ماژور، دانش حقوق مدنی، 1391، ص 14. [↑](#footnote-ref-670)
671. . Schreuer, Christoph, the Protection of Investments in Armed Conflicts, and Baetens, Freya, Law, Integrationist Perspectives, Cambridge University Press, 2013, p.113. [↑](#footnote-ref-671)
672. .Ibid. [↑](#footnote-ref-672)
673. . [شوآنزر،اینگبورگ](http://www.noormags.ir/view/fa/creator/287735/%d8%a7%db%8c%d9%86%da%af%d8%a8%d9%88%d8%b1%da%af_%d8%b4%d9%88%d8%a2%d9%86%d8%b2%d8%b1)؛  فورس ماژور هاردشیپ در قراردادهای بیع بین المللی، ترجمه: [آرایی،حمید](http://www.noormags.ir/view/fa/creator/185986/%d8%ad%d9%85%db%8c%d8%af_%d8%a2%d8%b1%d8%a7%db%8c%db%8c)؛ مجله کانون ، شماره 136، [دی و بهمن 1391،](http://www.noormags.ir/view/fa/magazine/number/57877) ص 169. [↑](#footnote-ref-673)
674. .برای نمونه نک:.بند ب ماده یک قانون مجازات اخلال گران در نظام اقتصادی کشور:

     ب - اخلال در امر توزیع مایحتاج عمومی از طریق گرانفروشی کلان ارزاق یا سایر نیازمندیهای عمومی و احتکار عمدهارزاق یا نیازمندیهای مزبورو پیش خرید فراوان تولیدات کشاورزی و سایر تولیدات مورد نیاز عامه و امثال آنها به منظور ایجادانحصار یا کمبود در عرضه آنها. بر این اساس، ممکن است مالک یا بهره­بردار نیروگاه که بدون مجوز مرکز مدیریت شبکه از مدار خارج شده و سبب آسیب به شبکه گردد، در معرض اتهام تحت عنوان اخلال در نظام اقتصادی قرار گیرد. [↑](#footnote-ref-674)
675. .  Legitimate expectations [↑](#footnote-ref-675)
676. . [Eric De Brabandere](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Eric+De+Brabandere%22&source=gbs_metadata_r&cad=6), [Tarcisio Gazzini](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Tarcisio+Gazzini%22&source=gbs_metadata_r&cad=6), op.cit, p.133. [↑](#footnote-ref-676)
677. . [علیدوستی شهرکی، ناصر](http://www.noormags.ir/view/fa/creator/235615/%d9%86%d8%a7%d8%b5%d8%b1_%d8%b9%d9%84%db%8c%d8%af%d9%88%d8%b3%d8%aa%db%8c_%d8%b4%d9%87%d8%b1%da%a9%db%8c)؛  احترام مالکیت و سرمایه گذاری خارجی، مجله [حقوق و علوم سیاسی،](http://www.noormags.ir/view/fa/magazine/284/%d8%ad%d9%82%d9%88%d9%82)[دوره 41 ، بهار 1390](http://www.noormags.ir/view/fa/magazine/number/46734)، ص 300. [↑](#footnote-ref-677)
678. . [Rudolf Dolzer](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Rudolf+Dolzer%22), [Christoph Schreuer](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Christoph+Schreuer%22) op.cit, p.293. [↑](#footnote-ref-678)
679. . [Andrea K. Bjorklund](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Andrea+K.+Bjorklund%22&source=gbs_metadata_r&cad=5), [Ian A. Laird](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Ian+A.+Laird%22&source=gbs_metadata_r&cad=5), [Sergey Ripinsky](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Sergey+Ripinsky%22&source=gbs_metadata_r&cad=5), Investment Treaty Law: Current Issues. Remedies in international investment law emerging jurisprudence of international investment law. III, BIICL, 2009, p.226. [↑](#footnote-ref-679)
680. . [هاشمي مرغ زار شهرام](http://fa.journals.sid.ir/SearchPaper.aspx?writer=95089),[فرزانه گرد محمود](http://fa.journals.sid.ir/SearchPaper.aspx?writer=75007)، نقش گاز در توسعه‎ صنايع انرژي بر،  [همايش ملي تبديل گاز طبيعي](http://fa.journals.sid.ir/JournalList.aspx?ID=4129)،  [1387](http://fa.journals.sid.ir/JournalListPaper.aspx?ID=25187). [↑](#footnote-ref-680)
681. .این مسئله قاعده دیرینه impossibilum nulla estobligatio یا هیچ تعهدی برای اجرای چیزهای غیرممکن وجود ندارد را به ذهن متبادر می­کند. [↑](#footnote-ref-681)
682. [Andrea K. Bjorklund](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Andrea+K.+Bjorklund%22&source=gbs_metadata_r&cad=5), [Ian A. Laird](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Ian+A.+Laird%22&source=gbs_metadata_r&cad=5), [Sergey Ripinsky](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Sergey+Ripinsky%22&source=gbs_metadata_r&cad=5),op.cit,, p.229. [↑](#footnote-ref-682)
683. . Stoft, Steven, op.cit, p.645. [↑](#footnote-ref-683)
684. . اصولا هر سلب مالکیتی که در راستای منافع عامه باشد، مشروع تلقی می­شود.نک: ودلف، دالزر و کریستف شروئر، پیشین، ص 156. [↑](#footnote-ref-684)
685. .Best effort [↑](#footnote-ref-685)
686. .National Treatment [↑](#footnote-ref-686)
687. . Thomas Cottier and Lena Schneller, The philosophy of non-discrimination in international trade regulation, Edward Elgar Publishing, 2014, p.98. [↑](#footnote-ref-687)
688. . The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) [↑](#footnote-ref-688)
689. . The General Agreement on Trade in Services (GATS) [↑](#footnote-ref-689)
690. . The Agreement on Trade-Related Investment Measures (TRIMs) [↑](#footnote-ref-690)
691. .The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) [↑](#footnote-ref-691)
692. . Thomas Cottier and Lena Schneller, op.cit, p. 112. [↑](#footnote-ref-692)
693. .Like Product [↑](#footnote-ref-693)
694. .See: DS308: Mexico — Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages. Available at: https://www.wto.org/english/tratop\_e/dispu\_e/cases\_e/ds308\_e.htm. Accessed on 11 November 2014. [↑](#footnote-ref-694)
695. . ودلف، دالزر و کریستف شروئر، پیشین، ص 288. [↑](#footnote-ref-695)
696. . [Anselm Kamperman Sanders](https://www.google.com/search?tbo=p&tbm=bks&q=inauthor:%22Anselm+Kamperman+Sanders%22&source=gbs_metadata_r&cad=6), The Principle of National Treatment in International Economic Law: Trade, Investment, and Intellectual Property, Edward Elgar Publishing, 2014, p.55. [↑](#footnote-ref-696)
697. .See: GAMI v. Mexico, Award of 15 November 2004, 44 ILM 545(2005), PARAS 114-115. [↑](#footnote-ref-697)
698. . ودلف، دالزر و کریستف شروئر، پیشین، ص 289. [↑](#footnote-ref-698)
699. United Nations. 1961. “Resolution on the Development Decade.” GA Resolution 1710 (XVI): Operative Para. 2(b). [↑](#footnote-ref-699)
700. OECD. 2015. “OECD and Post-2015 Reflection: Investment for Sustainable Development.” OECD Publication, Paris: 1. [↑](#footnote-ref-700)
701. UNCTAD. 2012a. “Investment Policy Framework for Sustainable Development.” Division on Investment. UN Publications, Geneva: ii [↑](#footnote-ref-701)
702. UNCTAD. 2012b. "World investment report 2012: towards a new generation of investment policies." UN Publications, Geneva: 110. [↑](#footnote-ref-702)
703. United Nations. 1945. “United Nations Charter.” San Francisco. Art. 55 [↑](#footnote-ref-703)
704. UN Millennium Development Goals (UNMDG) [↑](#footnote-ref-704)
705. United Nations. 2015. “The Millennium Development Goals Report.” UN Publications, New York: 64. [↑](#footnote-ref-705)
706. Monterrey Consensus [↑](#footnote-ref-706)
707. United Nations. 2003. “Monterrey Consensus on Financing for Development.” UNDESA, Mexico: 9. [↑](#footnote-ref-707)
708. UN Johannesburg Plan of Implementation [↑](#footnote-ref-708)
709. The 4th UN Conference on LDCs (the Istanbul Programme) [↑](#footnote-ref-709)
710. لازم به ذکر است که عناوین اصول و شرح مختصر آنها در این قسمت عمدتا بر اساس و برگرفته از سند پیشنهادی آنکتاد است. [↑](#footnote-ref-710)
711. Race to the Bottom [↑](#footnote-ref-711)
712. Pollution Haven [↑](#footnote-ref-712)
713. Product Effects [↑](#footnote-ref-713)
714. Scale Effects [↑](#footnote-ref-714)
715. Structural Effects [↑](#footnote-ref-715)
716. Regulatory Effects [↑](#footnote-ref-716)
717. OECD. 1994. “Methodologies for Environment and Trade Reviews, General Distribution.” OECD Publication, Paris: 13-14. [↑](#footnote-ref-717)
718. Transfer of Price: The price at which divisions of a company transact with each other. Transactions may include the trade of supplies or labor between departments. See: [Transfer Price Definition | Investopedia](http://www.investopedia.com/terms/t/transferprice.asp#ixzz3rNcTTenZ) <http://www.investopedia.com/terms/t/transferprice.asp#ixzz3rNcTTenZ> [↑](#footnote-ref-718)
719. Performance Requirements [↑](#footnote-ref-719)
720. UNCTAD. 2003. “Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries.” UN Pub., New York and Geneva: 53. [↑](#footnote-ref-720)
721. Local Content Requirements (LCRs) [↑](#footnote-ref-721)
722. UNCTAD. 2003. “Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries.” UN Pub., New York and Geneva: 55. [↑](#footnote-ref-722)
723. UNCTAD. 2015b.” Investing in Sustainable Development Goals\_ Action Plan for Private Investment in SDGs.” Special Edition for the Third International Conference on Financing for Development. Un Pub. Geneva: 10. [↑](#footnote-ref-723)
724. UNCTAD. 2012a. Ibid.: 39. [↑](#footnote-ref-724)
725. “U.S Model Bilateral Investment Treaty”. 2012: Art. 12. [↑](#footnote-ref-725)
726. The US SIF Foundation. Ibid.: 11 [↑](#footnote-ref-726)
727. UNCTAD. 2012a. Ibid. [↑](#footnote-ref-727)
728. UN Guidelines on Business and Human Rights [↑](#footnote-ref-728)
729. ICSID. 2004. “CSOB v. The Slovak Republic.” ICSID Case No. ARB/97/4, Final Award: para. 128. در این پرونده دولت سرمایه پذیر به هفتصد و شصت و هفت میلیون دلار محکوم شد. [↑](#footnote-ref-729)
730. UNCTAD. 2012a. 47. س [↑](#footnote-ref-730)
731. International Institute for Sustainable Development. 2010. “International Investment Law and Sustainable Development; Key Cases from 2000-2010.” *Edited by Nathalie Bernasconi-Osterwalder and Lise Johnson*: 106. [↑](#footnote-ref-731)
732. ICSID. 2009. “Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic.” ICSID Case No. ARB/06/5. Award: para. 83. [↑](#footnote-ref-732)
733. Ibid. [↑](#footnote-ref-733)
734. Ibid: 84. [↑](#footnote-ref-734)
735. Ibid: 85. [↑](#footnote-ref-735)
736. Ibid: 114. [↑](#footnote-ref-736)
737. International Institute for Sustainable Development. Op. Cit.: 23-24. [↑](#footnote-ref-737)
738. ICSID. 2008. Op. Cit.: para. 311. [↑](#footnote-ref-738)
739. Ibid: para. 312-314 [↑](#footnote-ref-739)
740. Ibid: para. 242. [↑](#footnote-ref-740)
741. Ibid: 312. [↑](#footnote-ref-741)
742. ICSID. 2010b. “Alpha Projektholding GMBH v. Ukraine.” ICSID Case No. ARB/07/16, Award: para. 312. [↑](#footnote-ref-742)
743. ### اخذ شده از سامانه قوانین و مقررات- مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی

     [↑](#footnote-ref-743)
744. ### اخذ شده از سامانه قوانین و مقررات- مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی

     [↑](#footnote-ref-744)
745. گرد آوری در تاریخ 08/03/1404 از سامانه:

     <https://investiniran.ir/fa-ir/Details-fa/ArticleID/634/ArtMID/427/preview/true> [↑](#footnote-ref-745)
746. گرد آوری در تاریخ 08/03/1404 از سامانه:

     <https://investiniran.ir/fa-ir/Details-fa/ArticleID/634/ArtMID/427/preview/true> [↑](#footnote-ref-746)