

جذب سرمایه‌گذاری خارجی و ایجاد ثبات سیاسی و اقتصادی پس از تحریم در حوزه انرژی به وسیله عضویت در معاهده منشور انرژی (با توجه به عضویت ناظر ایران)

نادر مردانی^۱، حمیده بهمنی^{۲*}

۱. دانشیار بخش حقوق عمومی و بین‌الملل دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز.

۲. کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه شیراز.

چکیده

با توجه به توافق هسته‌ای میان ایران و قدرت‌های جهانی و لغو تحریم‌های اقتصادی، اینک فرصت مناسبی است که با ایجاد ثبات اقتصادی زمینه جذب سرمایه‌گذاری خارجی و دانش فنی به ویژه در حوزه انرژی را فراهم کرد. ایران می‌تواند با عضویت دائمی در معاهده منشور انرژی به‌منزله معاهده‌ای جامع در تنظیم روابط میان دولت‌های تولید و مصرف‌کننده انرژی به اهداف ذکر شده دست یابد و ضمن تأمین منافع حاکمیتی ناشی از ذخایر نفت و گاز، به صورت توأمان، نیاز این حوزه به منابع مالی و فنی سرمایه‌گذاری خارجی و نیاز متقابل سرمایه‌گذار به تضمین حقوق سرمایه‌گذاری اش را تأمین کند. از طرف دیگر، از قراردادهای ایران براساس این معاهده حمایت شده است و از اعمال تحریم علیه ایران و منع ورود سرمایه‌گذاری خارجی جلوگیری خواهد شد. در این مقاله توضیح داده خواهد شد که چگونه ایران می‌تواند با اصلاحات جزئی در قوانین بدون خدشه بر حاکمیت بر منابع، از مزایای عضویت در این پیمان حقوقی بین‌المللی بهره‌مند شود.

واژگان کلیدی

تضمین سرمایه‌گذاری خارجی، معاهده منشور انرژی.

۱. مقدمه

ایران از نظر ذخایر شناخته‌شده گازی و نفتی به ترتیب دومین و چهارمین کشور محسوب می‌شود (OPEC, 2012). موقعیت جغرافیایی و ژئوپلیتیک منحصربه‌فرد ایران در دستیابی به بازارهای عمده مصرف انرژی جهان از یک طرف از مهم‌ترین و مستعدترین بخش‌های اقتصادی کشور برای جذب سرمایه‌های خارجی است و از طرف دیگر، براساس قاعده مزیت نسبی به دلیل حجم عظیم ذخایر نفت و گاز و موقعیت جغرافیایی سهل‌الوصول‌تر است.

هم‌اکنون مسئله نفت و گاز کشور مسئله داخلی و خارجی است. از یک طرف به دلیل اهمیت حاکمیتی منابع نفت و گاز در اصول متعدد قانون اساسی، ورود بخش خصوصی داخلی و خارجی در فعالیت‌های بالادستی ممنوع و حل اختلافات احتمالی نیز به شرایط محدود شده است که موجب کاهش تضمین حقوق سرمایه‌گذار و جذب‌نشده سرمایه‌گذاری می‌شود. از طرف دیگر، نفت و گاز اصلی‌ترین منبع درآمدی کشور محسوب می‌شود. در برنامه‌های متعدد توسعه بر افزایش تولید و انجام فعالیت‌های اکتشافی تأکید شده است، اما با توجه به اینکه سرمایه‌گذاری در بخش نفت و گاز به منابع مالی عظیمی نیاز دارد و انجام بسیاری از فعالیت‌های اقتصادی دیگر مستلزم تزریق مالی از طریق این صنعت است، جذب سرمایه‌گذاری در این حوزه اجتناب‌ناپذیر است و از آنجا که بخش داخلی نمی‌تواند به تنهایی پاسخگوی تمام این نیازها باشد، بایستی درصدد جذب سرمایه‌گذاری خارجی بود. سرمایه‌گذار خارجی نیز به دلیل خطرهای بالای سرمایه‌گذاری در بخش انرژی که ممکن است با خسارات هنگفتی همراه باشد، تأمین و تضمین امنیت آن را از دولت میزبان خواستار است. در حوزه بین‌المللی نیز تحریم‌های اقتصادی و سیاسی سال‌های اخیر، از یک طرف مانع ورود سرمایه‌های خارجی، دانش فنی و سایر مزایای حاصل از سرمایه‌گذاری خارجی شده و از طرف دیگر، موجب تزلزل و بی‌ثباتی وضعیت داخلی کشور برای سرمایه‌گذاران و تضمین امنیت فعالیت اقتصادی در ایران شده است. بنابراین، لازم است براساس چارچوبی حقوقی به صورت توأمان، ضمن حفظ حاکمیت کشور بر منابع و ذخایر، از یک طرف نیاز کشور به سرمایه‌گذاری و مزایای حاصل از آن برآورده شود و از طرف دیگر، خواسته سرمایه‌گذار خارجی مبنی بر تضمین حقوق

سرمایه‌گذاری‌اش را با ایجاد ثبات و اعتمادسازی بین‌المللی پس از دوران تحریم تأمین کرد.

با توجه به عضویت ناظر ایران در معاهده منشور انرژی، به‌منزله نهادی بین‌المللی در تنظیم روابط تجاری، ترانزیتی و سرمایه‌گذاری میان کشورهای تولید و مصرف‌کننده انرژی، در این مقاله بررسی خواهد شد که آیا عضویت دائم ایران در این معاهده، می‌تواند ضمن تأمین منافع ملی و حاکمیتی ایران بر ذخایر انرژی، نیاز آن را به سرمایه‌گذاری تأمین کند، آیا تعهد و التزام به پیمانی بین‌المللی موجب تثبیت وضعیت داخلی و اعتمادسازی جهانی خواهد شد؟.

ابتدا فرصت و چالش‌های حقوقی ایران در زمینه سرمایه‌گذاری در حوزه انرژی، معرفی اجمالی معاهده منشور انرژی، مزایای عضویت در معاهده منشور انرژی نسبت به عضویت در سازمان تجارت جهانی توضیح داده خواهد شد. در ادامه قوانین ایران و قواعد معاهده منشور انرژی بررسی تطبیقی خواهد شد. شایان یادآوری است که در این مقاله به دلیل گستردگی مباحث، تنها به بررسی بخش سرمایه‌گذاری بسنده کرده‌ایم.

۲. فرصت‌ها و چالش‌های حقوقی سرمایه‌گذاری در ایران

حجم عظیم ذخایر نفت و گاز و موقعیت ژئوپلیتیک منحصربه‌فرد ایران در دستیابی به بازارهای عمده مصرف انرژی جهان، ایران را در زمره مهم‌ترین کشورهای دارنده ذخایر هیدروکربوری دنیا قرار داده است. علاوه بر اهمیت این ذخایر در دنیا، صنعت نفت ایران مهم‌ترین بخش اقتصادی و تکیه‌گاه توسعه اقتصادی کشور است. از این حیث صنعت نفت برای ایران نقشی دوگانه در اقتصاد ایفا می‌کند. نفت و گاز علاوه بر اینکه اصلی‌ترین منبع انرژی کشور محسوب می‌شوند، درآمد حاصل از فروش نفت خام به تنهایی بخش اعظم درآمد ارزی و بودجه کشور را به خود اختصاص می‌دهد. بدیهی است با وجود وابستگی اقتصاد کشور به صنعت نفت، پویایی و استمرار فعالیت‌های این صنعت از اهمیت استراتژیک ملی برخوردار است. صنعت نفت نه تنها اصلی‌ترین تأمین‌کننده منابع ارزی برای دیگر بخش‌های اقتصادی است، مهم‌ترین بخش نیازمند سرمایه‌گذاری نیز محسوب می‌شود. این صنعت همزمان اصلی‌ترین مزیت اقتصادی کشور در جذب منابع مالی

خارجی نیز به شمار می‌آید. حجم منابع مالی موردنیاز این صنعت بسیار بالا و در کشور ما گاه به تنهایی معادل مجموع چندین بخش اقتصادی و صنعتی دیگر است (دهقانی، ۱۳۹۳: ۱۵).

۲. ۱. محدودیت‌های قانونی سرمایه‌گذاری در حوزه نفت و گاز

در قانون اساسی به منزله اصلی‌ترین قانون تعیین خط‌مشی کلی قوانین، هیچ مقررۀ خاصی درخصوص نفت و گاز و فعالیت‌های مربوط به آن وضع نشده است. اصول ۴۳، ۴۴ و ۴۵ قانون اساسی به استقلال اقتصادی کشور، حاکمیت دولت بر منابع طبیعی و تقسیم فعالیت‌های اقتصادی به دولتی، خصوصی و تعاونی می‌پردازد. از مجموع این اصول به‌وضوح اصل حاکمیت دولت بر منابع نفت و گاز و منع دخالت بخش خصوصی داخلی و به طریق اولی سرمایه‌گذاران خارجی در آن دیده می‌شود. هرچند با گذشت زمان با قوانین عادی این ممنوعیت‌ها تعدیل شده، اما به دلیل گستردگی فعالیت‌هایی که در اصل ۴۴ در انحصار دولت قرار گرفته است قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ با تجویز مقام رهبری به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید (روزنامه رسمی، ۱۳۹۰). به موجب این قانون بخشی از فعالیت‌های اقتصادی که در اصل ۴۴ انحصاراً در بخش دولتی قرار گرفته بود از این حوزه خارج و به بخش خصوصی و تعاونی واگذار شد. البته این قانون موجب آزادسازی فعالیت‌های حوزه نفت و گاز نشده و همچنان سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت معادن نفت و گاز در انحصار دولت است. دولت تنها مجاز شده است که خدمات مالی، فنی، مهندسی و مدیریتی موردنیاز را از بنگاه‌های غیردولتی خریداری کند. قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذاری خارجی را به دو گروه مستقیم و سرمایه‌گذاری در چارچوب ترتیبات قراردادی تقسیم کرده است. سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی مستلزم توافق قبلی با یک دستگاه دولتی نیست و سرمایه‌گذار می‌تواند رأساً به فعالیت اقدام کند، اما این روش تنها برای آن دسته از فعالیت‌های اقتصادی مجاز است که بخش خصوصی می‌تواند در آن فعالیت سرمایه‌گذاری کند. روش سرمایه‌گذاری در چارچوب ترتیبات قراردادی به قراردادی اتکا دارد که بین سرمایه‌گذار و دستگاه دولتی منعقد می‌شود و سرمایه‌گذار نمی‌تواند به طور مستقیم و رأساً به سرمایه‌گذاری

اقدام کند، اما مزیت آن این است که برای کلیه فعالیت‌های اقتصادی مجاز است اعم از اینکه این فعالیت‌ها در انحصار دولت باشند یا بخش خصوصی نیز امکان ورود به آن‌ها را داشته باشد. این روش تفکیک می‌تواند به نوعی هم سبب آزادسازی فعالیت‌های سرمایه‌گذاری در حوزه نفت و گاز و هم کنترل دولت بر آن را همراه داشته باشد.

۲.۲. نیاز بخش نفت و گاز به سرمایه‌گذاری

در برنامه چشم‌انداز بیست‌ساله وزارت نفت مصوب آبان ۱۳۸۶ کل سرمایه موردنیاز صنایع نفت، گاز و پتروشیمی تا افق سال ۱۴۰۳ حدود ۴۷۲ میلیارد دلار^۱ برآورد شده است. بی‌تردید تأمین و تخصیص بهینه این حجم عظیم منابع مالی در دوره بیست‌ساله مستلزم برخورداری از برنامه‌ریزی و استراتژی کارآمد و مؤثر است. با توجه به نیاز شدید بخش نفت و گاز به سرمایه‌گذاری تا سال ۱۴۰۳ ارائه روش‌هایی برای تأمین و تخصیص کارآمد منابع مالی برای پروژه‌ها نیز ضرورتی انکارناپذیر است. تأمین این سرمایه عظیم از طریق درآمدهای نفتی عملاً غیرممکن است، بنابراین بخش اعظم آن بایستی از طریق بخش خصوصی تأمین شود (شیروی، ۱۳۹۳: ۳۰۱). طی سال‌های اخیر به تبع تشدید تحریم‌های اقتصادی کشور بر منابع مالی داخلی تأکید می‌شود، اما باید پذیرفت که منابع مالی داخلی به تنهایی قادر به تأمین سرمایه‌های موردنیاز صنعت نفت در بلندمدت نخواهند بود، زیرا اولاً پروژه‌های نفتی به سرمایه‌گذاری بسیار نیاز دارند، ثانیاً توسعه بخش‌های دیگر اقتصاد کشور نیز مستلزم تزریق منابع مالی است و مهم‌تر اینکه جذب سرمایه‌گذاری خارجی در ایران براساس قاعده مزیت نسبی در بخش نفت و گاز سهل‌الوصول‌تر است. در نتیجه، سرمایه‌گذاری خارجی برای تأمین منابع موردنیاز به منظور حفظ و افزایش تولید نفت و گاز کشور امری اجتناب‌ناپذیر است. سرمایه‌گذار نیز به دلیل خطرهای بالای سرمایه‌گذاری در بخش انرژی که با خسارت‌های هنگفتی ممکن است همراه باشد، تأمین و تضمین امنیت

۱. گزارش معاونت برنامه‌ریزی و نظارت بر منابع هیدروکربوری ۱۳۸۶، این رقم را در گزارش بعدی معاونت خود حدود ۵۰۱ میلیارد دلار و با توجه به افزایش قیمت نفت و هزینه‌ها در گزارش‌های بعدی تا حدود ۷۰۰ میلیارد دلار نیز برآورد کرده است.

آن را از دولت میزبان خواستار است. بنابراین، بایستی موضوع و هدف معاهدات سرمایه‌گذاری با هدف اصلی و ماهیت خود سرمایه‌گذاری خارجی، یعنی تأمین منافع کشور میزبان و سرمایه‌گذار خارجی به صورت توأمان و با فراهم‌آوردن شرایط و زمینه مناسب برای توسعه سرمایه‌گذاری خارجی، همچنین رفع موانعی که ورود سرمایه‌گذاری خارجی به کشور میزبان را دچار اختلال می‌کند، در تطابق باشد. پس باید بیان داشت که هدف معاهدات سرمایه‌گذاری، در وهله اول پوشش خطرهایی است که اصولاً در پروژه‌های بلندمدت سرمایه‌گذاری امکان بروز آن وجود دارد و در مرحله بعد ایجاد ثبات و افزایش هرچه بیشتر قابلیت پیش‌بینی شرایط در فضای مساعد برای سرمایه‌گذاری است. در معاهده سرمایه‌گذاری، دولت میزبان عامدانه و به رضایت از بخشی از حاکمیت خود اغماض می‌کند تا در مقابل، برخی از منافع و فرصت‌ها را به دست آورد؛ یعنی همان به‌دست‌آوردن موقعیت مساعد و مطلوب برای جذب هرچه بیشتر سرمایه‌گذاری خارجی (دالزر و همکاران، ۱۳۹۳: ۵۸-۶۰).

۳.۲. معاهده منشور انرژی

خطرهای بالای سرمایه‌گذاری در بخش انرژی که ممکن است با خسارت هنگفتی همراه باشد، تأمین و تضمین امنیت آن و حفظ حاکمیت کشور صاحب منبع، نیازمند تنظیم مقررات مؤثر در این زمینه است تا گامی در راه افزایش جذب سرمایه‌های خارجی و کاهش خطر برداشته شود. علاوه بر این، مسائل حل اختلاف احتمالی، قواعد زیست‌محیطی ناشی از فعالیت‌های اکتشاف، استخراج و مصرف انرژی به‌گونه‌ای هستند که نمی‌توانند به صورت یک‌جانبه یا در سطح محدودی از کشورها حل و فصل شوند. بر این اساس، ضروری است که یک نظام حقوقی بین‌المللی برای تنظیم قواعد حقوقی حاکم بر روابط دولت‌ها در زمینه انرژی شکل گیرد. در همین خصوص معاهده منشور انرژی^۱ در ۱۷ دسامبر ۱۹۹۴ به‌منزله پیمانی حقوقی در زمینه تنظیم روابط تجاری، ترانزیتی و سرمایه‌گذاری در بخش انرژی با هدف تأمین نیاز روزافزون کشورهای صنعتی به تأمین انرژی کافی و تضمین امنیت سرمایه‌گذاری آنان و

1. Energy Charter Treaty. <http://www.encharter.org>.

نیاز تولیدکنندگان انرژی به توسعه امکانات برای دستیابی بهتر به بازاری رقابتی و مداوم با تأکید بر حفظ حاکمیت کشور صاحب منبع، شکل گرفت. معاهده منشور انرژی، قواعد و مقررات دقیقی نه تنها در زمینه تأمین امنیت انرژی مقرر کرده است، بلکه برای افزایش جذابیت کشور میزبان برای سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، ایجاد توازن منصفانه بین حاکمیت کشور میزبان و حق مالکیت سرمایه گذار، تلاش برای افزایش امنیت انرژی از طریق الزام به رعایت موازین حقوق بین‌الملل بر پایه خواست و قصد مشترک دولت‌ها، چارچوب حل اختلافات منحصربه‌فردی نیز پیش‌بینی کرده است که تمامی این عوامل به منظور تأمین منافع متقابل دولت‌های تولیدکننده انرژی و سرمایه‌گذاران است.

با توجه به نیاز کشور به مزایای حاصل از سرمایه‌گذاری از قبیل تأمین مالی و ارزی و انتقال تکنولوژی که در جریان تحریم‌های گسترده در سال‌های اخیر بر شدت آن افزوده شد و از طرف دیگر، اهمیت حاکمیتی ذخایر نفت و گاز که در اصول متعدد قانون اساسی بدان اشاره شده است و قواعد پیش‌بینی شده در منشور که براساس همین نیاز شکل گرفته است، به نظر می‌رسد تقابل منافع وجود داشته باشد. معاهده منشور انرژی به دلیل تأکید بر حاکمیت و مالکیت کشورها بر منابع و ذخایرشان، کشورهای عضو را به انعقاد نوع خاصی از قراردادهای اکتشاف و توسعه ملزم نکرده است، بلکه کشورها را در تعیین مناطق جغرافیایی برای فعالیت‌های حفاری و حتی سرمایه‌گذاران آزاد گذاشته و به مقررات داخلی کشورها ارجاع داده است و تنها بر مبنای اصول رفتاری استاندارد جهانی در پی بسترسازی حقوقی جذب و تأمین امنیت سرمایه‌گذاری است. منشور، نهاد اقتصادی و مالی صرف نیست، بلکه نهاد حقوقی جامع، پایدار و غیرتبعیض‌آمیز است که چارچوب، قواعد و مقررات حقوقی کلیه امور مربوط به انرژی را مشخص و اعمال می‌کند.^۱ برای مثال، در بخش سرمایه‌گذاری منشور تضمین‌های حقوقی ارائه می‌کند و با این دستاورد چه قبل از شروع و چه بعد از دوره سرمایه‌گذاری موجب کاهش ریسک‌پذیری سرمایه و در نتیجه جذابیت سرمایه‌گذاری می‌شود و هزینه فرصت پایین را برای اقتصادهای در حال گذر و

1. <http://www.EnCharter.org/Secretariat.2007>. p. 9.

کشورهایی که به‌ویژه از لحاظ سرمایه‌گذاری خارجی در حال خروج از انزوا هستند مانند کشور ما فراهم می‌کند (صحرانورد، ۱۳۹۳: ۳۲).

۳. امتیازات عضویت ایران در معاهده منشور انرژی نسبت به سازمان تجارت جهانی

عضویت در منشور انرژی در مقایسه با سازمان تجارت جهانی امتیازاتی دارد که ناشی از حاکمیت کشورها بر منابع نفت و گاز آنهاست و سبب می‌شود که کشورها با اطمینان خاطر از حاکمیت خود بر منابع و آزادی عمل بیشتری متعهد شوند. این امتیازات به ویژه برای کشور ما که با دیده تردید و نگرانی از تسلط خارجیان بر اقتصاد کشور، عضویت این گونه نهادهای بین‌المللی را می‌پذیرد، حائز اهمیت است. عضویت ایران در سازمان تجارت جهانی مستلزم تغییرات بنیادین و گسترده‌ای در قوانین است، اما در ادامه این مقاله توضیح داده می‌شود که تنها حوزه انرژی مطابق قواعد منشور انرژی استانداردهای خواهد شد. در نتیجه به نظر می‌رسد دولت مردان با اولویت‌بخشیدن به عضویت در معاهده منشور انرژی با صرف زمان و انرژی کمتری می‌توانند منافع بیشتری را به دست آورند.

۳.۱. مقایسه روند الحاق

پیوستن به سازمان تجارت جهانی به لحاظ مقررات پیچیده برای عضویت کشور متقاضی، کار آسانی نیست. برای مثال، کشور ما درخواست خود را در سال ۱۹۹۶ تسلیم کرده که تاکنون توفیقی به دست نیاورده است (شیروی، ۱۳۹۱: ۱۲۱). این در حالی است که معاهده منشور انرژی روش‌های مختلف و انعطاف‌پذیری را برای مشارکت در فرایند الحاق به منشور انرژی پیش‌بینی کرده است، به طوری که در نتیجه این انعطاف و تنوع روش‌ها، کشورها و سازمان‌های غیرعضو نیز بتوانند اهداف و وضعیت خاص خود را درخصوص منشور مدنظر قرار دهند و به صورت گام به گام با تعهدات پس از عضویت دائم در منشور آشنا شوند. امکان عضویت ناظر و شرکت در کنفرانس منشور بدون داشتن حق رأی برای کشورهای غیرعضو پیش‌بینی شده است که فرصتی است برای کشورهای غیرعضو تا با منشور، اعضا و روند تصمیم‌گیری در منشور آشنا شوند و بتوانند

در چارچوب بین‌المللی در زمینه مسائل انرژی مشارکت کنند بدون اینکه کشور عضو ناظر هیچ‌گونه تعهدی بر عهده گیرد. کنفرانس منشور انرژی از چنین کشورهایی برای شرکت یا معرفی نماینده در جلسات کنفرانس بدون حق رأی دعوت می‌کند. این کشورها می‌توانند پیش از تصمیم برای عضویت دائم و برعهده گرفتن تعهدات آشنایی نزدیک و کاملی با منشور به دست آورند. در منشور یک گام دیگر برای آشنایی بیشتر پیش از عضویت دائم پیش بینی شده است که در این حالت کشور عضو ناظر با امضای اعلامیه منشور انرژی، حمایت خود را از اصول و اهداف اولیه منشور اعلام می‌کند، اما همچنان این کشور به تعهدات منشور ملزم نخواهد بود و علاوه بر امکان شرکت در جلسات کنفرانس بدون حق رأی، می‌تواند در مذاکرات مربوط به اسناد جدید منشور مشارکت و طبق بند ۱ ماده ۴۵ منشور (ترجمه مواد هاشمیان و طارم‌سری، ۱۳۸۴) را به طور موقت اجرا کند، مگر اینکه براساس قسمت الف بند ۲ همین ماده، نپذیرفتن اجرای موقت معاهده را رسماً اعلام کند.

ایران علاقه مندی خود به عضویت در منشور را با صدور درخواست عضویت ناظر^۱ به دبیرخانه منشور تسلیم کرد که در یازدهمین اجلاس کنفرانس منشور انرژی در دسامبر ۲۰۰۲، تصویب و پذیرفته شد. سپس تمایل خود را برای عضویت کامل^۲ با برگزاری نشست‌های حقوقی با حضور نمایندگان منشور و ارتباط و تبادل نظر با دبیرخانه منشور ادامه داد تا اینکه با روی کارآمدن دولت نهم کارکردهای عضویت ناظر ایران رو به افول نهاد و از آن پس ایران در کنفرانس‌های دوره‌ای منشور و جلسات کارگروه‌های تخصصی نیز شرکت نمی‌کند. به نظر می‌رسد مهم‌ترین علت توقف همکاری‌های میان ایران و منشور انرژی، مباحث و مشکلات سیاسی بر سر پرونده هسته‌ای ایران در سطح جامعه جهانی است. دولت نهم با لغو تعلیق غنی‌سازی که در دولت قبلی به صورت داوطلبانه پذیرفته شده بود، عملاً همکاری خود را با آژانس بین‌المللی انرژی اتمی به پایین‌ترین حد ممکن کاهش داد. از آنجا که مقررات معاهده منشور انرژی علاوه بر نفت و گاز، انواع دیگر انرژی‌ها از جمله انرژی هسته‌ای را نیز دربر می‌گیرد، متأسفانه به این پیمان نیز به دیده تردید نگریسته و روند همکاری‌ها و رایزنی موجود عملاً متوقف

1. Observer Member.
2. Full Member.

شد (صحرانورد، ۱۳۹۳، ۵۴-۵۵). با توجه به توافق جامع هسته‌ای صورت گرفته میان ایران و جامعه جهانی و پایان مناقشات و لغو تحریم‌ها، حال فرصت مناسبی است تا ایران بتواند با عضویت دائم در معاهده منشور انرژی با حمایت از سرمایه‌گذاران و مکانیزم حل اختلاف آن، که به سرمایه‌گذاران تضمین محکم و اساسی ارائه می‌کند، هم از مزایای حقوقی جذب سرمایه‌گذاری بهره‌مند شود و هم با اعتمادسازی به دنیا اطمینان دهد که قصد اجرای تعهدات خود را دارد و بازارهای خود را در حوزه انرژی باز می‌کند که به نوعی شفاف‌سازی قواعد خود است.

۲.۳. حق حاکمیت بر منابع و ذخایر^۱

اهمیت حاکمیتی و سیاسی منابع انرژی برای کشورها و بیم ازدست‌دادن این تسلط و حاکمیت، از توجه تدوین‌کنندگان منشور دور نبوده است و در ماده ۱۸ و به طور خاص در بند ۱ آن، به حاکمیت دول عضو و مالکیت آن‌ها و حقوق ناشی از آن بر منابع انرژی تأکید و تصریح شده است که حاکمیت بر منابع کشورها براساس قوانین و اصول حقوق بین‌الملل اعمال خواهد شد. در بند ۲ همین ماده مقرر شده است که پیمان هیچ‌گونه لطمه‌ای به قوانین و مقررات حاکم در کشورهای عضو بر نظام مالکیت منابع انرژی آنان وارد نخواهد کرد، مگر آنکه تأثیری در اهداف موردنظر آن در توسعه دستیابی به منابع انرژی داشته باشد. بند ۳ در ادامه مقرر می‌دارد که کشورهای عضو می‌توانند مناطق جغرافیایی کشورشان را برای اکتشاف و توسعه منابع انرژی و مقدار تولید آن، تعیین، مالیات و حق امتیاز یا هر نوع پرداخت دیگری درخصوص اکتشاف و بهره‌برداری دریافت و هرگونه قوانین و مقررات لازم امنیتی و زیست‌محیطی را وضع کنند. همچنین، منشور انرژی مشارکت مستقیم دولت یا بنگاه‌ها و شرکت‌های دولتی را نیز تحت حمایت قرار داده است و بیان می‌کند که دولت‌ها می‌توانند از طریق مشارکت مستقیم، در اکتشاف و بهره‌برداری از سوی خود یا بنگاه‌های دولتی نیز شرکت کنند. منشور ضمن به رسمیت شناختن حاکمیت کشورهای عضو بر منابع انرژی، با هدف دستیابی به این اهداف و با استفاده از تجربه مقررات سازمان تجارت جهانی درخصوص آزادسازی تجاری کالاها مقرراتی را درخصوص تجارت آزاد مبتنی بر مقررات سازمان تجارت

1. Sovereignty over Energy Resources.

جهانی، حمایت از سرمایه‌گذاری و توسعه آن براساس اصل عدم تبعیض میان اتباع داخلی و خارجی، ترانزیت آزاد با ضمانت‌های اجرایی حقوقی برای تداوم جریان بدون وقفه انرژی تدوین کرده است. بنابراین، مشاهده می‌شود که مطابق با ماده ۱۸، منشور انرژی درخصوص مهم‌ترین مسئله در بخش نفت و گاز که همان حاکمیت و مالکیت بر آن است، درخصوص نوع مالکیت منابع نفت و گاز و حاکمیت دولت‌ها بر آن تعهدی ایجاد نکرده است، بلکه آن را تحت حمایت قرار داده است و برخلاف سازمان تجارت جهانی ممانعتی برای دولت‌ها در وضع قوانین و محدودیت‌های تولید مانند سهمیه‌بندی و افزایش یا کاهش موقتی تولید به منظور کنترل شرایط بازار و تکنیک‌های تعیین قیمت‌ها ایجاد نمی‌کند.

۳.۳. رد بهره‌مندی از منافع^۱

با عضویت در سازمان تجارت جهانی، کشورها ملزم‌اند تمام موافقت‌نامه‌های آن را درخصوص تمام کشورهای عضو اجرا کنند، اما منشور انرژی این امکان برای دولت‌های عضو پیش‌بینی کرده است که بتوانند از اعطای امتیازات و منافع بخش سرمایه‌گذاری به اتباع کشورهای بی‌گانه با دولت متبوع آنان روابط دیپلماتیک نداشته، امتناع ورزند. براساس ماده ۱۷ هر دولت متعاقد می‌تواند این حق را برای خود محفوظ دارد در مواردی که شرکتی، به تابعیت کشوری استناد می‌کند که شرکت مزبور با آن کشور دارای رابطه اقتصادی مهمی نیست، آن کشور محق است که بهره‌مندی از منافع و امتیازات آن معاهده را رد کند و نپذیرد. ضابطه رد بهره‌مندی از منافع از قبیل ارتباط اقتصادی، کنترل شرکت به وسیله اتباع آن کشوری که تابعیت آن مورد استناد قرار گرفته یا ضابطه فعالیت‌های تجاری اساسی و درنهایت نداشتن روابط دیپلماتیک مقرر شده است. بنابراین، این امکان برای دولت ایران وجود دارد که در زمان الحاق از این حق استفاده و ورود سرمایه‌گذاران را براساس امنیت ملی و سیاست خارجی خود کنترل کند.

1. Denial of Benefits.

۳.۴. آزادی در تعیین مالیات و مقررات مالی

سازمان تجارت جهانی و موافقت‌نامه‌های آن، نقش قانون اساسی در نظام‌های ملی را ایفا می‌کند. همان‌طور که مجالس قانون‌گذاری حق ندارند با وضع قوانین عادی اصول مطرح شده در قانون اساسی خود را نقض کنند، سیاست و تدابیر اقتصادی و تجاری یک کشور عضو نباید اصول و تعهدات و مقررات سازمان تجارت جهانی را نقض کند و کلیه موافقت‌نامه‌های چندجانبه سازمان به صورت یک بسته به کشورها ارائه شده‌اند و حق پیوستن به بعضی و ردکردن دیگری را ندارند. برای مثال، براساس موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت ملزم است تعرفه گمرکی خود را کاهش دهد و باید در مقررات داخلی خود همان میزان تعرفه گمرکی را اعمال کند که سایر اعضا معین کرده‌اند. بنابراین، مشاهده می‌شود که سازمان تجارت جهانی درخصوص جزئی‌ترین مسائل و قوانین داخلی کشورها نفوذ و استانداردهایی کرده است. اما معاهده منشور انرژی فقط در پی بسترسازی مناسب برای جذب و حمایت از سرمایه‌گذاری براساس اصول رفتاری پذیرفته شده حقوق بین‌الملل است. مقررات سرمایه‌گذاری منشور انرژی حاکمیت کشورها در تنظیم سیاست‌های ملی سرمایه‌گذاری در بخش انرژی را محترم می‌شمارد. بر این اساس، کشورها در اتخاذ قواعد و مقررات سرمایه‌گذاری در بخش انرژی در برابر اشخاص خارجی سرمایه‌گذار در حوزه سرزمینی خود آزادند، مشروط بر اینکه اصل عدم تبعیض و دیگر تعهدات الزام‌آور معاهده درخصوص سرمایه‌گذاری را رعایت کرده باشند. به معنای دیگر هر کشور آزاد است که تصمیم بگیرد چگونه و تا چه اندازه منابع ملی تحت حاکمیت او توسعه یابد و تا چه اندازه بخش انرژی او روی سرمایه‌گذاران خارجی باز باشد. دقیقاً با لحاظ همین دلایل است که کشورهای تولیدکننده نفت موافق با گنجاندن نفت در قواعد سازمان تجارت جهانی نبودند تا حاکمیت کشور صاحب منبع بر این کالای استراتژیک حفظ شود.

بند ۳ ماده ۲۹ منشور از دولت‌ها خواسته است در زمان الحاق تعرفه‌های فعلی خود را بدون هیچ گونه تغییری درخصوص نرخ آن‌ها به دبیرخانه ارائه کنند و هیچ الزامی درخصوص میزان یا سطح تعرفه‌ها وجود ندارد و طبق تعهد غیرالزام‌آور براساس بند ۴

همین ماده تلاش کنند که از نرخ‌های جدید تعرفه‌ای در آینده خودداری کنند. بنابراین، در منشور هیچ مقرره خاصی درخصوص میزان تعرفه‌های گمرکی پیش‌بینی نشده است، بلکه دولت‌های عضو براساس ماده ۲۱ هیچ‌گونه الزامی در برقراری میزان معینی از مالیات ندارند و تنها الزام در این زمینه اصول کلی حاکم بر معاهده یعنی اصل رفتار دولت کامله‌الوداد و اصل عدم تبعیض است، زیرا مالیات دریافتی از منابع نفت و گاز از مهم‌ترین منابع درآمدی کشورهای صاحب انرژی است.

بنابراین، یکی دیگر از تفاوت‌های اساسی معاهده با مقررات سازمان تجارت جهانی این است که معاهده، حق حاکمیت کشور میزبان را در انتخاب و گزینش سرمایه‌گذاران و نوع سرمایه‌گذاری و مقررات مالی آن محفوظ می‌دارد. به استناد همین حق حاکمیت، کشورها می‌توانند تعیین کنند که چه سرمایه‌گذارانی در چه زمینه‌هایی و تحت چه شرایطی اجازه ورود یابند.

۴. مفاهیم و تعاریف سرمایه‌گذاری و سرمایه‌گذار

۴.۱. تعریف سرمایه‌گذاری

براساس ماده ۱ قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری انواع سرمایه‌ها اعم از نقدی و غیرنقدی از قبیل ارز معتبر بین‌المللی، ماشین‌آلات و تجهیزات، ابزار و قطعات یدکی و اموال غیرمادی مثل حق اختراع، دانش فنی، علائم تجاری و سود سهام قابل انتقال سرمایه‌گذار خارجی، دارایی‌هایی است که به‌منزله سرمایه وارد کشور می‌شوند. در جزء الف بند ۶ ماده ۱ منشور انرژی علاوه بر این اموال مادی و غیرمادی، اموال غیرمنقول را نیز از مصادیق سرمایه‌گذاری عنوان کرده است که به‌معنای الزام دولت میزبان به اعطای اموال غیرمنقول به سرمایه‌گذار خارجی نیست، بلکه در مقام حمایت از حقوق و دارایی‌هایی است که سرمایه‌گذار در دولت میزبان به دست آورده است و با تبصره ماده ۲ قانون تشویق که بر منع تملک زمین به نام سرمایه‌گذار تصریح دارد تعارض و مغایرتی با مقررات منشور ندارد و تنها دولت‌ها ملزم شده‌اند در صورت اعطای این حقوق به سرمایه‌گذار خارجی از آن حمایت کنند. لازم به توضیح است که براساس ماده ۳۴ آیین‌نامه اجرایی قانون تشویق، امکان تملک زمین به نام شرکت متناسب با طرح سرمایه‌گذاری پیش‌بینی شده است. بنابراین، در صورتی که سرمایه‌گذار مجاز به تملک اموال غیرمنقول در

ایران شد، این اموال همانند سایر دارایی‌های سرمایه‌گذار خارجی از حمایت برخوردار خواهند شد.

۴.۲. تعریف سرمایه‌گذار

ماده ۱ قانون تشویق، با هدف جلب سرمایه‌های ایرانیان، در تعریف سرمایه‌گذار خارجی علاوه بر اشخاص حقیقی یا حقوقی غیرایرانی، ایرانیان دارای سرمایه با منشأ خارجی را نیز در زمره سرمایه‌گذاران خارجی و تحت حمایت قرار داده است. در بند ۷ ماده ۱ منشور انرژی اشخاص حقیقی و حقوقی را واجد وصف سرمایه‌گذار تلقی کرده است. معیار تعیین شخص حقیقی تابعیت یا داشتن اقامت دائم در یکی از کشورهای عضو است و تعریف تابعیت و اقامت دائم را به قوانین داخلی کشورها واگذار کرده است. شخص حقوقی نیز بایستی براساس قانون داخلی کشور عضو تشکیل شده باشد و انتخاب معیاری از میان معیار کنترل مؤثر و محل فعالیت اقتصادی واقعی را به عهده قوانین داخلی دولت‌ها گذاشته است. البته باید توجه داشت که منظور از اشخاص حقوقی در منشور انرژی، شرکت‌های خصوصی است و دولت نمی‌تواند در چارچوب منشور انرژی اقدام به سرمایه‌گذاری کند. ذکر این نکته لازم است که منشور در خصوص سرمایه‌گذاری تعریف گسترده‌ای ارائه کرده است، اما در خصوص سرمایه‌گذار با احتیاط عمل کرده و در ماده ۱۷ محدودیت‌هایی را قائل شده است که در قسمت بررسی امتیازات منشور انرژی نسبت به سازمان تجارت جهانی توضیح آن آمده است.

۵. اصول رفتاری و تضمین‌های حقوقی

به موجب قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، به طور کلی هیچ دولتی ملزم به پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی در قلمرو حاکمیت خود یا بخش خاصی از اقتصاد خویش نیست. مفاهیمی چون حق عدم پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی یا حق دولت در وضع قواعدی راجع به چگونگی انجام سرمایه‌گذاری خارجی در قلمرو کشور و اهلیت انعقاد معاهدات با دیگر دولت‌ها، تماماً از حاکمیت مطلق دولت‌ها ناشی می‌شود. اما وقتی که دولت میزبان با رضایت خود سرمایه‌گذاری خارجی را در کشورش پذیرفت، اگر تنها حقوق عرفی بر

سرمایه‌گذاری مذکور حاکم باشد، طبق این حقوق، دولت میزبان باید حداقل استاندارد بین‌المللی را نسبت به سرمایه‌گذاری مزبور رعایت کند. این در حالی است که نسل جدید معاهدات مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی، تعهدات وسیع‌تر و سطح بالاتری را نسبت به حداقل استاندارد مندرج در حقوق عرفی برای کشور میزبان ایجاد می‌کند (رودلف و کریستف، ۱۳۹۳: ۳۴ و ۳۵).

امروزه اصول رفتاری در حقوق بین‌الملل برای تعامل با سرمایه‌گذار خارجی با عنوان استانداردهای رفتاری یا حمایتی^۱ شکل گرفته است که دولت‌ها در قالب معاهدات دو یا چندجانبه ملزم‌اند آن را رعایت کنند. هدف مقررات حمایت از سرمایه‌گذاری منشور این است که شرایط منصفانه‌ای برای سرمایه‌گذاری‌ها در بخش انرژی ایجاد کند و بدین‌وسیله ریسک‌های غیرتجاری مرتبط با این‌گونه سرمایه‌گذاری‌ها محدود شود. منشور حمایت از سرمایه‌گذاری را به دو مرحله تقسیم و برای هر یک حمایت‌های مختلفی پیش‌بینی کرده است. مقررات مربوط به پیش از سرمایه‌گذاری^۲ در ابتدا به صورت «نرم»^۳ بود، در حالی که منشور مقررات «سخت»^۴ را با هدف الزام دولت‌های متعاقد برای رژیم پس از سرمایه‌گذاری^۵ پیش‌بینی کرده است (T.Wälde, 1996: 437).

۵. ۱. قواعد حاکم بر مرحله پیش از سرمایه‌گذاری

ماهیتاً نوع رابطه بین سرمایه‌گذار و کشور میزبان قبل و بعد از انجام سرمایه‌گذاری کاملاً متفاوت است. اصولاً پروژه‌های بزرگ تابع قوانین کلی کشور میزبان نیستند و به جای آن کشور میزبان و سرمایه‌گذار به انعقاد یک قرارداد سرمایه‌گذاری اقدام می‌کنند که ممکن است تحت آن قرارداد، نظام حقوقی دولت میزبان را با نیازهای خاص پروژه و منافع دو طرف سرمایه‌گذاری تعدیل کنند و تطبیق دهند (همان: ۲۹). مقررات پیش از سرمایه‌گذاری، ورود و استقرار آن، سرمایه‌گذاران و نوع سرمایه‌گذاری‌ای که مجاز به فعالیت اقتصادی در کشور میزبان است براساس حق حاکمیت پیش‌بینی شده در

1. Standards of Treatment or Protection.

2. Pre-establishment Phase.

3. Soft Law.

4. Hard Law.

5. Post-establishment Phase.

ماده ۱۸ به عهده کشورهای گذاشته شده است، منشور انرژی تعهدات الزام‌آوری را بر کشورهای متعاقد در این مرحله مقرر نکرده است، اما در بند ۱ ماده ۱۰ که مقرر می‌دارد: «هر طرف متعاقد، براساس مندرجات این معاهده، برای سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران دیگر دول متعاقد در قلمرو خود شرایطی منصفانه، پایدار، عادلانه^۱ و مطلوب را ایجاد می‌نماید»، حمایت خود را به مرحله پیش از سرمایه‌گذاری نیز تعمیم و گسترش داده است. یعنی دول متعاقد بدون داشتن الزام حقوقی باید «بهترین تلاش‌ها» را جهت ایجاد شرایط ذکرشده به عمل آورند. در ادامه بند ۲ همین ماده مقرر می‌دارد: «هر طرف متعاقد تلاش خواهد نمود، جهت سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران دیگر دول عضو در قلمروش رفتار موصوف در بند ۳ (مطلوب‌ترین رفتار از میان رفتار ملی^۲ و رفتار دولت کامله‌الوداد^۳) را اتخاذ نماید».

قواعد پیش از سرمایه‌گذاری درخصوص آزادی سرمایه‌گذاری و میزان آن در کشور میزبان است و درواقع بیانگر حوزه‌ها و نوع فعالیت اقتصادی است که سرمایه‌گذار خارجی می‌تواند در آن حوزه به سرمایه‌گذاری اقدام کند. علاوه بر ممنوعیت‌های ذکرشده در قانون اساسی، مطابق با بند ۲ ماده ۲ قانون تشویق، در زمان صدور مجوز سرمایه‌گذاری خارجی که همان مرحله پیش از سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود، سهم ارزش کالا و خدمات تولیدی حاصل از سرمایه‌گذاری خارجی نباید نسبت به ارزش کالا و خدمات عرضه‌شده در بازار داخلی در هر بخش اقتصادی از ۲۵ درصد و در هر رشته از ۳۵ درصد تجاوز کند. طبق جدول پیوست آیین‌نامه اجرایی این قانون، نفت و گاز زیرمجموعه بخش معدن محسوب می‌شوند که سهم آن تا سقف ۳۵ درصد است. این محدودیت‌ها و سهمیه‌بندی‌ها به کشور میزبان برمی‌گردد که سهم خود را از منافع حاصل از سرمایه‌گذاری کاسته یا محدود می‌کند.

۲.۵. قواعد حاکم پس از سرمایه‌گذاری

با خاتمه مذاکرات و ورود منابع لازم برای سرمایه‌گذاری به کشور میزبان، جایگاه و قدرت طرفین سرمایه‌گذاری به نفع دولت میزبان تغییر می‌کند. اصلی‌ترین ریسک سیاسی که

-
1. Fair, Stable and Equitable.
 2. National Treatment.
 3. Most-Favoured Nations.

ممکن است طی این رابطه درازمدت برای سرمایه‌گذار خارجی ایجاد شود تغییر رویکرد دولت میزبان است که این امر می‌تواند به تغییر در مسئولیت‌ها، ریسک‌ها و منافع منجر شود که دو طرف سرمایه‌گذاری هنگام مذاکره اولیه بر آن توافق کرده‌اند و مبنای طرح اقتصادی ابتدایی سرمایه‌گذار و انتظارات مشروع و قانونی وی در آن طرح بوده است. بیشترین احتمال وقوع تغییر رویکرد کشور میزبان هنگامی است که در خلال دوره سرمایه‌گذاری دولت میزبان تغییر کند (همان: ۳۰). بنابراین، تضمین‌های حقوقی در این مرحله از اهمیت بسزایی برخوردارند. بند ب ماده ۴ آیین‌نامه اجرایی قانون تشویق که مقرر می‌دارد سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در کلیه زمینه‌های مجاز برای فعالیت بخش خصوصی مجاز است و هیچ محدودیتی از نظر درصد مشارکت سرمایه‌گذاری خارجی وجود ندارد؛ در مقام بیان اصل عدم تبعیض است. استاندارد رفتار ملی نیز در بند الف همین ماده بدین شکل عنوان شده است: سرمایه‌گذاران خارجی از رفتار یکسان با سرمایه‌گذاران داخلی برخوردارند. ماده ۸ نیز با تلفیقی از اصل رفتار ملی و عدم تبعیض مقرر می‌کند که: سرمایه‌گذاری‌های خارجی مشمول این قانون از کلیه حقوق، حمایت‌ها و تسهیلاتی که برای سرمایه‌گذاران داخلی موجود است به طور یکسان برخوردارند. در منشور انرژی نیز در بندهای متعدد ماده ۱۰ دولت‌های عضو را متعهد به رعایت اصول رفتاری مذکور کرده است (Kaj, 153). مهم‌ترین اثر اصل رفتار دولت کامله‌الوداد درخصوص پیوستن ایران به معاهده این است که حقوق و امتیازات اعطایی به هر دولت دیگر از سوی اعضا ولو اینکه عضو معاهده نباشد، به اعضای معاهده نیز به صورت خودکار اعطا می‌شود. بنابراین، کشورها نمی‌توانند با اعمال تحریم یک‌جانبه در زمینه انرژی علیه یکدیگر اقدام کنند. در مطالعه تطبیقی اصول رفتاری متضمن اختلاف و تعارض میان قوانین ایران و منشور انرژی نیستند.

۶. تسهیلات و تضمین‌های حقوقی

عموماً کشوری که به دنبال جذب سرمایه‌گذاری خارجی و بهره‌مندی از منافع آن است، تسهیلات و امتیازات ویژه‌ای در این خصوص به سرمایه‌گذاران خارجی اعطا می‌کند که به سودآورتر شدن فعالیت‌های سرمایه‌گذاری در کشور خود منجر می‌شود. این تسهیلات می‌تواند شامل تخفیف‌ها و معافیت‌های مالیاتی، کاهش عوارض گمرکی و امثال

آن باشد. در خصوص اعطای تسهیلات مالی به سرمایه‌گذاران یا سرمایه‌گذاری‌ها در منشور انرژی باید گفت، منشور انرژی دولت‌ها را به اعطای هیچ‌گونه امتیاز یا تسهیلات مالی برای سرمایه‌گذاران یا سرمایه‌گذاری‌ها ملزم نکرده است، زیرا منشور در پی استقرار یک الگوی رفتاری است و نه حاکمیت بر روابط تجاری و سرمایه‌گذاری. معاهده منشور انرژی در قوانین داخلی کشورها دخالت نکرده و خواستار برقراری نرخ مالیاتی مشخصی نشده است. در عین حال طبق استانداردهای بین‌المللی رفتار با سرمایه‌گذاری خارجی با هدف تضمین حقوق سرمایه‌گذار خارجی، تسهیلاتی را به قرار ذیل مقرر کرده است.

۶.۱. جابه‌جایی و استخدام پرسنل کلیدی

ماده ۲۰ قانون تشویق در خصوص استخدام پرسنل این چنین مقرر کرده است: دستگاه‌های اجرایی ذی‌ربط مکلف‌اند در خصوص تعهدات متقابل در چارچوب صدور روادید، اجازه اقامت، صدور پروانه کار و اشتغال حسب مورد برای سرمایه‌گذاران، مدیران و کارشناسان خارجی برای بخش خصوصی مرتبط با سرمایه‌گذاری‌های خارجی مشمول این قانون و بستگان درجه یک آن‌ها براساس درخواست سازمان اقدام کنند.

در خصوص استخدام پرسنل کلیدی براساس نوع سرمایه‌گذاری از جهت مستقیم یا براساس ترتیبات قراردادی که در قانون تشویق مقرر شده است، بایستی تفکیک قائل شد. در حوزه‌هایی که امکان سرمایه‌گذاری مستقیم وجود ندارد و سرمایه‌گذار بایستی به انعقاد قرارداد با طرف دولتی اقدام کند، بایستی قانون حداکثر استفاده از توان داخلی مصوب ۱۳۷۵ را رعایت کند، زیرا به موجب این قانون در انعقاد قرارداد با دستگاه دولتی، طرف خارجی باید حداقل ۵۱ درصد کالاها و خدمات موردنیاز پروژه را از منابع داخلی تأمین کند که در برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳، سازوکار تنبیهی و تشویقی برای اعمال این مقرر در نظر گرفته شده است. اما در حالت سرمایه‌گذاری مستقیم که سرمایه‌گذار به صورت مستقل اقدام به راه‌اندازی بنگاه اقتصادی و اجرای پروژه می‌کند این الزام منتفی است. باید گفت که منشور انرژی در ماده ۱۱ و ۱۲ تنها دولت‌ها را ملزم کرده تا به سرمایه‌گذاران طرف متعاقد دیگر امکان استخدام نیروی متخصص و پرسنل کلیدی را دهد (Walde, 1998: 298). این در حالی که قانون حداکثر استفاده از توان داخلی تأکید بر

سهم ارزشی قرارداد دارد و درخصوص استخدام نیروی متخصص خارجی منعی مقرر نکرده است. منشور انرژی نیز درخصوص الزام سرمایه‌گذار در به‌کارگیری نیروی داخلی منعی ندارد و تنها از دولت‌ها خواسته است که این‌گونه تسهیلات را در اختیار سرمایه‌گذار خارجی قرار دهند.

۲.۶. انتقال سرمایه

در جهت جذب سرمایه‌گذاری خارجی، امکان انتقال اصل سرمایه و سود حاصل از آن به خارج از کشور میزبان یکی از امتیازات ویژه‌ای است که کشورهای میزبان به سرمایه‌گذاران اعطا می‌کنند. لذا در اکثر اسناد مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی اعم از عمومی، منطقه‌ای، دوجانبه و قوانین ملی کشورها، مقرراتی درخصوص امکان انتقال آزادانه اصل سرمایه وارد شده و سود حاصل و سایر درآمدها به خارج از کشور میزبان وجود دارد. حتی در زمان‌هایی که محدودیت‌های ارزی برقرار می‌شود، کشورهای میزبان متعهد می‌شوند که آزادی انتقال وجوه مربوط به سرمایه‌گذاران خارجی را تضمین کنند. این واقعیت که بسیاری از کشورها به‌رغم نیاز شدیدی که به ارزش خارجی دارند، به‌تازگی این قبیل کنترل‌ها را کاهش داده‌اند، نشانه‌ای از تمایل این کشورها به سرمایه‌گذاری‌های خارجی است (فتوروس، ۱۳۷۳: ۱۰۱).

قانون تشویق، برخلاف منشور که از انتقال منابع گسترده‌تری حمایت کرده است، تنها بازگشت اصل سرمایه خارجی، منافع و سود آن را به خارج مقرر کرده است. موارد قابل انتقال در مواد ۱۳، ۱۴ و ۱۵ شامل اصل سرمایه و منافع آن، سود سرمایه‌گذاری خارجی و پرداخت‌های مربوط به اقساط اصل تسهیلات مالی، قراردادهای حق اختراع و دانش فنی، علائم تجاری و قراردادهای مشابه است. اما در موافقت‌نامه دوجانبه ایران و قبرس در بند ۱ ماده ۸ علاوه بر این، همانند بند ۱ ماده ۱۴ منشور انرژی از موارد بیشتری حمایت کرده است از جمله: مبالغ حاصل از فروش یا انحلال تمام یا قسمتی از سرمایه‌گذاری، اقساط وام‌های مربوط به سرمایه‌گذاری، مبالغ پرداخت‌شده برای جبران خسارت ناشی از سلب مالکیت، حقوق ماهیانه و دستمزدهای دریافتی از سوی کارکنان سرمایه‌گذار که پروانه کار دریافت کرده باشند. موارد قابل انتقال در این موافقت‌نامه دوجانبه همپوشانی بیشتری با منشور انرژی دارند و به نظر می‌رسد قوانین ایران بیگانه با این تسهیلات نیست و امکان

پذیرش آن در سایر معاهدات از جمله منشور انرژی وجود دارد. قانون تشویق بعد از تعیین منابع قابل انتقال قیود متعددی را پیش شرط انتقال عنوان کرده است از جمله: انجام کلیه تعهدات مثل، پرداخت کسورات قانونی، کسر مالیات، عوارض و اندوخته های قانونی، تصویب هیئت سرمایه گذاری خارجی و تأیید وزیر امور اقتصادی و دارایی. در منشور انرژی نیز برای حفظ و تضمین حقوق دولت میزبان و اشخاص ثالث نیز در بند ۳ همین ماده دولت های متعاقد را مختار کرده است که قوانین مربوط به صدور، خرید و فروش اوراق بهادار و حتی اجرای آرا در رسیدگی های حقوقی و جزایی خود را اعمال کند. مشاهده می شود در اینجا منشور انرژی اختیارات گسترده تری به دولت ها داده و تنها دولت ها را ملزم کرده است که به صورت عادلانه و بدون تبعیض و با حسن نیت رفتار کنند. همان طور که منشور انرژی دولت ها را در بند ۲ ماده ۱۴ ملزم کرده است که انتقالات را در قالب یک ارز قابل تسعیر فراهم کنند، تبصره ۳ ماده ۱۷ قانون تشویق نیز بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران را مکلف کرده است که معادل ارزی وجوه قابل انتقال را در اختیار سرمایه گذار خارجی قرار دهد. در منشور انرژی در بند ۳ ماده ۱۴ در خصوص نرخ ارز قابل تسعیر معیار جدیدترین نرخ اعلام شده در خصوص سرمایه گذاری یا جدیدترین نرخ ارز برای تسعیر ارزشها اشاره شده است. ماده ۱۲ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری در صورت تک نرخی بودن ارز نرخ رایج در شبکه رسمی کشور و در غیر این صورت نرخ آزاد روز را ملاک قرار داده است. از آنجا که منشور انرژی در خصوص نوع نرخ رسمی یا آزاد تعهدی بر عهده کشورها قرار نداده است، تعارضی وجود ندارد. به موجب بند ۶ الف ماده ۴ آیین نامه اجرایی قانون تشویق، آزادی صادرات کالاهای تولیدی طرح های سرمایه گذاری تضمین شده است و در صورت ممنوعیت صادرات، کالاهای مزبور در داخل به فروش می رسند و عواید آن از طریق شبکه بانکی کشور به ارز معتبر تبدیل و امکان انتقال به خارج از کشور تضمین می شود. این امکان در بند ۶ ماده ۱۴ نیز برای دولت ها پیش بینی شده است. نکته دیگر این است که اعطای مجوز انتقال اصل سرمایه خارجی و منافع آن به خارج به معنای امکان خرید ارز معتبر از شبکه بانکی نیست. حسب بند ۵ الف ماده ۴ آیین نامه اجرایی قانون تشویق، انتقال اصل سرمایه، سود و منافع حاصل از به کارگیری سرمایه به صورت ارز و حسب مورد به صورت کالا به ترتیب مندرج

در مجوز سرمایه‌گذاری میسر است. بنابراین، خرید ارز از سیستم بانکی در صورتی امکان‌پذیر است که در مجوز سرمایه‌گذاری ذکر شده باشد. در صورتی که در مجوز سرمایه‌گذاری قید شده باشد که انتقال از طریق صدور کالاهای تولیدی یا سایر کالاهای ساخت داخل باید انجام گیرد، در این صورت دولت تضمین می‌کند که سرمایه‌گذار بتواند کالاهای مزبور را صادر کند.

۳.۶. سلب مالکیت

ایجاد امنیت حقوقی برای سرمایه‌گذار خارجی زمینه‌ساز جذب سرمایه‌گذاری است و این امنیت بیشتر در مسئله سلب مالکیت^۱ مخدوش می‌شود. دولت‌ها با استناد به «حق حاکمیت دائمی کشورها بر منابع طبیعی»^۲ به بهانه حفظ و صیانت از منافع ملی با یکی از شیوه‌های سلب مالکیت مانند ملی‌کردن^۳، مصادره^۴ یا توقیف اموال^۵، مالکیت سرمایه‌گذاران را سلب می‌کنند. قواعد کلاسیک حقوق بین‌الملل براساس اصولی که به طور مکرر در قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحد^۶ که بیان‌کننده اختیار و حاکمیت مطلق قوانین داخلی در ملی‌کردن، غرامت، تجدیدنظر، فسخ و ابطال قراردادهای به‌وسیله دولت‌هاست، اصولاً اختیار کشور میزبان به سلب مالکیت را پذیرفته‌اند. اما بدون شک بنا به رقابت شدید میان کشورها در عصر حاضر در جهت جذب بیشتر سرمایه‌گذاری، کشورهایی موفق خواهند بود که بتوانند محیط مناسب‌تری برای سرمایه‌گذاری خارجی فراهم کنند و رفتار مطلوبی با سرمایه‌گذاران خارجی در پیش گیرند. با توجه به اینکه مسئله سلب مالکیت از سرمایه‌گذاران خارجی و غرامت قابل پرداخت، از مهم‌ترین موضوعات مورد بحث در رویه داوری بین‌المللی در دعاوی سرمایه‌گذاری خارجی و به‌ویژه دعاوی نفتی بوده است، تعیین دقیق مقررات آن از اهمیت بسزایی برخوردار است.

1. Expropriation.

2. Principle of Permanent Sovereignty over Natural Resources.

3. Nationalization.

4. Requisition.

5. Distraintment.

6. UNGA/Res/1803(XVII) 14 Desember 1962, UNGA/Res/3171(XXVIII) 17 Desember 1973.

امروزه در حقوق بین‌الملل براساس کنوانسیون‌های ذکرشده اصل ملی‌سازی و مصادره منع نشده است و در این خصوص اختلافی وجود ندارد و اختلافات در تعیین نوع سلب مالکیت اعم از مستقیم یا خزنده یا غیرمستقیم^۱ است که تعهدات متفاوتی را برای دولت‌ها به همراه دارد و میزان غرامت یا جبران خسارت بروز می‌کند، زیرا سلب مالکیت مستقیم که به وسیله اقدامات دولت بر مالکیت قانونی مالک صورت می‌گیرد تأثیر نامطلوبی در فضای حاکم بر سرمایه‌گذاری کشورها دارد و به الزام دولت میزبان به پرداخت غرامت منجر می‌شود، به همین دلیل امروزه سلب مالکیت مستقیم به ندرت اتفاق می‌افتد. اما سلب مالکیت غیرمستقیم، خدشه‌ای بر مالکیت رسمی و ظاهری سرمایه‌گذار وارد نمی‌کند، اما وی را از بهره‌برداری از سرمایه‌گذاری اش محروم می‌کند. خصلت سلب مالکیت غیرمستقیم آن است که دولت سلب مالکیت را انکار می‌کند و تبعاً از پرداخت غرامت نیز طفره می‌رود. معاهده منشور انرژی برای هر دو نوع سلب مالکیت در ماده ۱۳ قواعد حقوقی تنظیم کرده است (Haghighi, 2007: 203). علاوه بر این، مسئولیت دولت‌ها را به دو حالت تقصیر و عدم تقصیر دولت میزبان تقسیم کرده است. در ماده ۹ قانون تشویق تنها به مقررات حاکم بر مصادره مستقیم پرداخته شده است و در خصوص مصادره غیرمستقیم در تبصره ۲ ماده ۱۷ تنها از سرمایه‌گذاری‌های غیرمستقیم که در قالب قراردادهای بیع متقابل، مشارکت مدنی و ... صورت می‌گیرد حمایت کرده است و دولت را به تأمین ضرر حاصل از هرگونه قوانین و مصوباتی که موجب ممنوعیت و توقف اجرای این قراردادها می‌شود، موظف کرده است. این در حالی است که در موافقت‌نامه میان دولت ایران و جمهوری قبرس (روزنامه رسمی، ۱۳۸۸) عنوان «تحت تدابیر مشابه» که اشاره به سلب مالکیت غیرمستقیم دارد، ذکر شده و سلب مالکیت غیرمستقیم در برابر سرمایه‌گذاری‌های مستقیم نیز تحت حمایت قرار گرفته است.

حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در قبال سلب مالکیت و ملی‌شدن از دیگر حمایت‌هایی است که در قانون تشویق مقرر شده است. ماده ۹ قانون تشویق، همانند ماده ۱۳ منشور انرژی سلب مالکیت یا ملی‌شدن را به کلی ممنوع نکرده و شرایط

1. Indirect or Creeping Expropriation.

مشابهی را نسبت به قواعد معاهده منشور انرژی و سایر اسناد بین‌المللی مقرر کرده است. در این ماده شرایط سلب مالکیت را این‌گونه مقرر کرده است که این امر باید اولاً برای منافع عمومی و به موجب فرایند قانونی باشد، ثانیاً به طور غیرتبعیض‌آمیز اعمال و ثالثاً در مقابل پرداخت غرامت انجام شود. موضوع مورد اختلاف در این زمینه معیار پرداخت غرامت است. کشورهای صادرکننده سرمایه^۱، برای تعیین معیار غرامت، خواهان جبران خسارت «فوری، کافی و مؤثر»^۲ هستند، اما کشورهای سرمایه‌پذیر^۳ بر «جبران خسارت عادلانه»^۴، «مناسب» یا «منصفانه»^۵ تأکید دارند (Hashemi, 2004). منظور از کافی بودن خسارت در روش اول این است که مبلغ پرداختی باید معادل قیمت کامل مال و بهره تا تاریخ پرداخت باشد. مفهوم مؤثر بودن، آن است که پرداخت به گذشت مدت غیرمعقولی از تاریخ سلب مالکیت موکول نشود و پول پرداخت‌شده برای غرامت قابل تبدیل به ارزهای خارجی باشد. راهکار دوم مبین این است که مسئولیت دولت به پرداخت غرامت بابت سلب مالکیت سرمایه‌گذار خارجی منحصر به پرداخت قیمت واقعی مال در زمان سلب مالکیت است و عناصر دیگر از قبیل عدم‌النفع و غیره، قابل پرداخت نیست.

پس از کشمکش‌ها میان کشورهای سرمایه‌پذیر و سرمایه‌فرست بر معیار تعیین غرامت، طی فرایند آزادسازی سرمایه‌گذاری خارجی از دهه ۱۹۹۰ به این طرف، موضع انتقادی کلاسیک کشورهای در حال توسعه، نسبت به این قاعده به طرز فوق‌العاده‌ای تعدیل یافته است. آنکتاد بر این باور است که بسیاری از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، امروزه دربردارنده لحنی هستند که همان اثر اعمال استاندارد جبران خسارت فوری، کافی و مؤثر را در پی دارند (کونگیان، ۱۳۸۸: ۲۷۹). بنابراین، امروزه کشورها برای جذب و تضمین امنیت سرمایه‌گذاری خارجی در کشورشان این‌گونه تضمین‌های کامل را ارائه می‌کنند. در قانون تشویق، معیار غرامت مناسب و تنها شامل پرداخت ارزش واقعی آن سرمایه‌گذاری بلافاصله قبل از سلب مالکیت مقرر شده است و بنابراین سایر خسارات قابل جبران

-
1. Capital exporting countries.
 2. Prompt, Adequate and Effective.
 3. Capital importing countries.
 4. Just Compensation.
 5. Fair Value.

نیستند. اما در موافقت‌نامه دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری بین ایران و دولت قبرس براساس بندهای ۱ و ۲ ماده ۶ جبران خسارت مؤثر و مناسب، بدون تأخیر و معادل ارزش عادلانه بازار سرمایه‌گذاری مقرر کرده است که با قواعد منشور هم‌خوانی بیشتری دارد، زیرا در جزء د بند ۱ ماده ۱۳ منشور پرداخت غرامت فوری، کافی و مؤثر، معادل ارزش عادلانه بازار را از شرایط سلب مالکیت مقرر کرده است. بنابراین، در پرداخت غرامت قانون تشویق در تعارض با رویه بین‌المللی و منشور انرژی است. اما معاهدات دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری که ایران با تعداد زیادی از کشورها منعقد کرده است مقررات مشابهی دارند که موافقت‌نامه با دولت قبرس به منزله یکی از آخرین موارد منعقدشده، بررسی شد که با معیارهای پذیرفته‌شده بین‌المللی و معاهده منشور هم‌خوانی بیشتری دارد. بر این اساس، می‌توان اذعان کرد که قوانین ایران نسبت به این‌گونه تضمین‌ها حقوقی بیگانه نیست و سابقه به کارگیری آن در قوانین ایران وجود دارد که مانعی در پذیرش آن نیست.

۴.۶. جبران خسارت

یکی از قواعد حقوق بین‌الملل که تخلف از آن موجب مسئولیت بین‌المللی دولت در قبال سایر دولت‌هاست، نقض قاعده حسن رفتار با بیگانگان است، این قاعده، در حقوق بین‌الملل عرفی دارای سابقه طولانی است. مضمون قاعده این است که دولت‌ها مکلف‌اند در رفتار با خارجی‌ان و اموال آن‌ها، موازین بین‌المللی را رعایت کنند. از مهم‌ترین مصادیق رفتار با بیگانگان اخراج غیرقانونی و سلب مالکیت از آن‌هاست که نقض آن‌ها سبب مسئولیت دولت میزبان به جبران خسارت می‌شود.

همان‌طور که در بررسی شرایط سلب مالکیت عنوان شد، روش و آثار سلب مالکیت قانونی و غیرقانونی تا حدود زیادی از هم متمایز است که درنهایت در پرداخت میزان غرامت مؤثر است، زیرا اگر سلب مالکیت و مصادره قانونی باشد، ارزش کامل^۱، تنها، عبارت است از: «ارزش آن در زمان سلب مالکیت». به تعبیری ارزش مال شامل ارزش آن در زمان سلب مالکیت است، به اضافه ارزشی کلی که در همان زمان برای

1. Full Value.

منافع آتی^۱ در نظر گرفته می‌شود و عدم‌النفع آینده از اجزای مال موردنظر خارج است. حال آنکه اگر سلب مالکیت غیرقانونی باشد ارزش کامل مال عبارت است از «ارزش آن در زمان سلب مالکیت به اضافه عدم‌النفع ازدست‌رفته در فاصله بین سلب مالکیت و صدور حکم» (این استدلال در پرونده معروف به «خمکو» و رأی صادره از سوی شعبه سوم دیوان دآوری لاهه به ریاست میشل ویرالی ارائه شد) (افتخارچهرمی، ۱۳۷۱-۱۳۷۲: ۱۰۸). بنابراین، در صورتی که سلب مالکیت قانونی باشد سرمایه‌گذار، استحقاق عدم‌النفع را نخواهد داشت.

درخصوص جبران خسارت منشور انرژی بر مبنای روش قانونی و غیرقانونی بودن رفتار دولت، دولت‌ها را در دو حالت تقصیر و عدم تقصیر قرار داده است. بند ۱ ماده ۱۲ معاهده منشور انرژی حالت عدم تقصیر را بیان می‌دارد که وضعیتی است که دولت میزبان سرمایه مستقیماً در ایجاد زیان وارده به سرمایه‌گذار مقصر نیست و به‌نوعی حوادث زیان‌بار، خارج از اراده او ایجاد شده‌اند؛ حوادثی از قبیل جنگ یا هر نوع مناقشه نظامی و شورش‌های مدنی. این موارد در قانون تشویق پیش‌بینی نشده‌اند و از آنجا که در این حالت دولت‌ها متعهد به جبران خسارت نیستند و تنها ملزم به عدم تبعیض و اعطای مطلوب‌ترین رفتار به سرمایه‌گذار خارجی‌اند که از اصول اولیه منشور انرژی است، در نتیجه تعارضی پیش نخواهد آمد. حالت تقصیر در بند ۲ ماده ۱۲ بیان شده و شامل حالتی است که دولت میزبان مستقیماً موجب ضرر به سرمایه‌گذار خارجی شده است. چنانچه نیروهای نظامی و مقامات دولتی با اعمال خود اموال سرمایه‌گذار را تملک، ضبط یا تخریب کنند مشروط بر اینکه چنین اتلافی لازمه آن وضعیت نباشد، دولت را ملزم به اعاده وضع به حال سابق^۲ یا جبران خسارت فوری، کافی و مؤثر کرده است (Kaj, 153). به نظر می‌رسد شرایط عنوان‌شده در حالت تقصیر همان سلب مالکیت از سوی مقامات دولتی است که در قانون تشویق از آن حمایت به عمل آمده است.

۵.۶. حل و فصل اختلافات

1. Future Prospect.
2. Restitution.

امروزه قواعد منسجم حل اختلاف می‌توانند در تضمین حقوق سرمایه‌گذار نزد دولت میزبان و ایجاد موازنه منصفانه میان حقوق حاکمیتی کشور میزبان و مالکیت سرمایه‌گذار خارجی نقش مؤثری ایفا کنند. روش‌های سنتی حل اختلاف از قبیل مراجعه به دادگاه‌های ملی که اساساً مبتنی بر حاکمیت مطلق کشور میزبان است، موجب نادیده‌انگاشتن اختیارات و آزادی‌های سرمایه‌گذار می‌شود. از این رو، کشورها در کنار اقدام به تغییر و تحول در نظام حقوقی خود برای جذب و تضمین سرمایه‌گذاری، به تدوین مکانیزم‌های حقوقی حل اختلاف از جمله داوری اقدام کرده‌اند. علت اصلی این اقدام این است که این کشورها با تبعیت از چنین قوانین یا قراردادهایی به تعهدات و وعده‌های خود اعتبار می‌بخشند، زیرا تعهدی که فقط در یک دادگاه در سطح کشوری قابل طرح و پیگیری باشد از حداقل اعتبار برخوردار است، اما پذیرش انضباط بین‌المللی، ریسک‌های سیاسی را کاهش می‌دهد. در نتیجه کشوری که به چنین انضباطی پایبند است در مقایسه با کشورهایی که حاضر به تبعیت از انضباط بین‌المللی نشده‌اند در نظر سرمایه‌گذاران خارجی از ارجحیت بیشتری برخوردار است. موفقیت اقتصادی اتحادیه اروپایی (که در آن کلیه کشورهای عضو مطیع قدرت و اختیار کمیسیون اروپایی اند)، همچنین کشورهای عضو منشور انرژی (نظیر آذربایجان و قزاقستان) در جذب سرمایه‌های خارجی خود شاهد این مدعا است که پذیرش تعهدات بین‌المللی مندرج در منشور انرژی سودهای اقتصادی قابل توجهی را برای کشورهای امضاکننده این منشور به همراه داشته است. باید توجه داشت که حاکمیت و داوری در امر سرمایه‌گذاری جزو ضروری سازوکار حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی است و بدون وجود چنین ابزار بین‌المللی دولت‌ها مسلماً به تعهدات خود پایبند نخواهد ماند.

معاهده منشور انرژی با تقسیم اختلافات سرمایه‌گذاری به دو دسته اختلاف میان سرمایه‌گذار و دولت میزبان و اختلاف میان دولت‌های متعاقد، برای هر یک از اختلافات با توجه به ماهیت اختلاف، مقررات جداگانه‌ای تدوین کرده است. معاهده منشور انرژی در ماده ۲۶ به سرمایه‌گذار اجازه داده است نسبت به نقض حمایت‌ها و تسهیلاتی که برای وی در معاهده مقرر شده است علیه دولت میزبان در صورتی که به طریق دوستانه حل و فصل

نشود، اقامه دعوا کند. معاهده منشور انرژی با این تقسیم‌بندی این امکان را فراهم کرده است که کشورهای عضو بتوانند اختلافات را کنترل و مدیریت کنند. بر این اساس، اختلاف سرمایه‌گذار اختلاف داخلی با دولت میزبان است و به کشورهای متعاقد یا حتی کشور متبوع سرمایه‌گذار سرایت نمی‌کند و طرفین دعوا به دولت میزبان و سرمایه‌گذار محدود خواهند بود. اصل اقامه مستقیم دعوا بدون لزوم توسل به حمایت دیپلماتیک دولت متبوع، علیه دولت میزبان از تبدیل شدن اختلاف میان سرمایه‌گذار با دولت میزبان به اختلافی میان دولت‌ها، جلوگیری کرده که ممکن است تبعات سیاسی بسیاری داشته باشد (مردانی و بهمنی، ۱۳۹۴: ۲۴۸).

اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران همانند منع ورود سرمایه‌گذار در حوزه نفت و گاز، ارجاع اختلافات به داوری درخصوص اموال عمومی و دولتی را به رعایت تشریفات قانونی خاصی مشروط کرده است. اما همان‌طور که عنوان شد معاهده منشور انرژی اختلافات را از یکدیگر تفکیک کرده و اختلاف سرمایه‌گذار را اختلاف میان دولت‌های متعاقد قلمداد نکرده است که مشمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی شود. طبق تصریح این اصل فقط اموال دولتی که به بخش خصوصی واگذار نشده‌اند مشمول محدودیت در ارجاع به داوری‌اند و سرمایه‌گذاری‌های مستقیم خارجی که بدون اتکا به قرارداد با نهاد دولتی صورت می‌گیرند، از حکم این اصل خارج‌اند. از طرف دیگر، حل اختلاف ناشی از یک قرارداد به معنای ارجاع دعوی اموال دولتی و عمومی نیست. لذا براساس این استدلال که اصل ۱۳۹ تنها درخصوص اموال عمومی و دولتی است نه قراردادهای نفتی و با توجه به تفکیک اختلافات در معاهده منشور انرژی، می‌توان گفت قراردادهای سرمایه‌گذاری مشمول کنترل اصل ۱۳۹ نیست.

به موجب اساس‌نامه قانونی شرکت‌های تابعه وزارت نفت مثل شرکت ملی نفت ایران (بند ه ماده ۳۵)، شرکت ملی صنایع پتروشیمی (بند م ماده ۲۵) و شرکت ملی گاز ایران (بند ل ماده ۲۵) گنجاندن شرط داوری در قراردادها مجاز اعلام شده است. از آنجا که اساس‌نامه شرکت‌های مزبور در سال ۱۳۵۶ به تصویب رسیده است، به استناد نظریه شورای نگهبان تا موقعی که آن شورا مخالفت قوانین قبل از انقلاب را مغایر با قانون اساسی ایران اعلام نکرده است، قوانین مزبور لازم‌الاجرا هستند و

شورای نگهبان نیز بندهای مزبور را خلاف قانون اساسی اعلام نکرده است. بنابراین، اختیار مزبور برای هیئت مدیره‌های شرکت‌های مزبور وجود دارد که بر داوری توافق کنند. به همین دلایل در قراردادهای پیمان‌کاری، خرید کالا و خدمات که با شرکت‌های تابعه وزارت نفت منعقد می‌شود، شرط داوری گنجانده نمی‌شود، اما اختلافات قراردادی طبق «دستورالعمل حل و فصل اختلاف قراردادی» تعیین تکلیف می‌شوند. براساس دستورالعمل مزبور، در هرکدام از شرکت‌های اصلی تابعه وزارت نفت یک هیئت حل اختلاف از سه عضو تشکیل می‌شود که اعضای مزبور به پیشنهاد هیئت عالی نظارت بر هیئت‌های حل اختلاف قراردادی و تصویب هیئت مدیره شرکت اصلی مربوط انتخاب می‌شوند. اما درخصوص قراردادهای سرمایه‌گذاری طولانی مدت مثل قراردادهای بالادستی بیع متقابل یا قراردادهای طولانی مدت فروش گاز و امثال آن شرط داوری پیش‌بینی شده است. این قراردادها از جهت شرط داوری به سه گروه تقسیم می‌شوند. قراردادهایی که در آن‌ها شرط داوری به صورت غیرمشرط مقرر شده و لزوم اخذ مجوزهای قانونی لازم ذکر نشده است؛ دوم قراردادهایی که اخذ مجوز قانونی لازم برای طرفی که خواهان داوری است قید شده است و قراردادهایی که در آن‌ها ارجاع به داوری چه به منزله خواهان و چه به منزله خواننده مستلزم اخذ مجوزهای قانونی شده است (شیروی، ۱۳۹۳: ۶۴۵، ۶۵۰ و ۶۵۱). شایان یادآوری است که مقصود از مجوزهای لازم، همان اخذ مجوز از دولت و مجلس براساس اصل ۱۳۹ است. بنابراین، مشاهده می‌شود که داوری در قراردادهای نفتی ایران گنجانده می‌شود و منعی در این خصوص وجود ندارد.

ماده ۲۷ معاهده که راجع به اختلافات میان دولت هاست، عام است و علاوه بر اختلافات سرمایه‌گذاری، اختلافات دولت‌ها درخصوص تفسیر و اجرای معاهده را نیز شامل می‌شود. در این ماده نیز مقرر شده است در صورتی که اختلاف از طریق مجاری دیپلماتیک حل نشود، طرفین بایستی اختلاف خود را به داوری بین‌المللی ارجاع دهند. این اختلاف میان دولت هاست و مشمول تصویب هیئت وزیران و مجلس شورای اسلامی خواهد بود.

در معاهده منشور انرژی همانند بسیاری از موافقت‌نامه‌های تجاری بین‌المللی نه تنها اصل ارجاع اختلافات به داوری یک حق بدیهی شناخته است، بلکه مطابق با جزء الف بند ۳ ماده ۲۶ دولت‌های عضو ملزم به موافقت بدون قید و شرط برای ارجاع اختلافات به داوری بین‌المللی اند. البته در خصوص داوری اجباری استثنائاتی وجود دارد که ایران می‌تواند در زمان الحاق از آن‌ها استفاده کند. طبق جزء ب از بند ۳ ماده ۲۶ در منشور انرژی این حق برای دولت‌های عضو پیش‌بینی شده است که با وارد کردن نام کشور خود در ضمیمه^۱ ID در مواردی که سرمایه‌گذار قبلاً اختلاف را نزد محاکم یا مراجع داخلی کشور میزبان یا هر طریق مورد توافق طرفین مطرح کرده باشد، از اعلام موافقت بدون قید و شرط خودداری کنند. بنابراین، در صورت مراجعه سرمایه‌گذار به دادگاه‌های داخلی یا هر مرجع مورد توافق دیگر، تا زمانی که جریان رسیدگی در آن مرجع ادامه دارد، سرمایه‌گذار نمی‌تواند همان اختلاف را نزد مرجع دیگری مطرح کند و در صورت رسیدگی از اعتبار امر مختومه برخوردار است و نمی‌تواند مجدداً همان اختلاف را در مرجع داوری مطرح کند. محدود کردن داوری اجباری مطابق با جزء ج بند ۳ ماده ۲۶ با پیوستن به کشورهای ضمیمه^۲ IA نیز ممکن است. بدین شکل که در موارد نقض تعهدات جزئی و ساده در اجرای بند ۱ ماده ۱۰، سرمایه‌گذار خارجی نتواند براساس موافقت بدون قید و شرط به داوری بین‌المللی مراجعه کند.

قانون‌گذار ایرانی در سال ۱۳۷۶ به تصویب قانون داوری تجاری بین‌المللی اقدام کرده و به عضویت مراجع داوری بین‌المللی در این زمینه درآمده است از جمله: دیوان داوری اتاق بازرگانی استکهلم، دیوان داوری اتاق بازرگانی پاریس و دیوان داوری ویژه که اگر طبق قواعد داوری کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل (آنسیترال) تشکیل شوند، می‌توانند به منزله مرجع حل اختلاف برای طرفین باشند. در منشور انرژی مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) نیز به منزله یکی از مراجع حل اختلاف پیش‌بینی شده است که هنوز ایران

۱. مراجعه شود به ضمیمه معاهده منشور انرژی، هاشمیان و طارم‌سری، ۱۳۸۴: ۷۲.

۲. هاشمیان و طارم‌سری، ۱۳۸۴: ۷۳.

به آن ملحق نشده است. البته به نظر می‌رسد که مراجع مذکور در منشور انرژی برای کشورهای عضو الزامی نباشند و طرفین هنگام انعقاد قرارداد می‌توانند این مراکز را در صورت عضویت به‌منزله مرجع رسیدگی تعیین کنند. درخصوص حل اختلافات به‌ویژه داوری بیش از آنکه تعارضی میان قواعد معاهده منشور انرژی و قوانین ایران مشاهده شود، ابهام و عدم شفافیت قوانین نمایان است که قانون‌گذار ایرانی می‌تواند با تدوین قوانین منسجم، کارآمد و به‌روز بین‌المللی این بخش را نیز به نظم درآورد.

۷. نتیجه‌گیری

با توجه به محدودیت‌های قانونی ورود سرمایه‌گذار در حوزه نفت و گاز، نیاز منابع داخلی به درآمد ارزی حاصل از آن و فرصت‌های ویژه ایران برای جذب سرمایه‌گذاری خارجی، کشورمان به چارچوبی حقوقی نیاز دارد که بتواند ضمن حفظ حاکمیت بر منابع، از مزایای سرمایه‌گذاری بهره‌مند شود. معاهده منشور انرژی به‌منزله پیمانی حقوقی در زمینه تنظیم روابط تولید و مصرف‌کنندگان انرژی ضمن تأکید بر حاکمیت کشورها بر ذخایرشان، قواعد تضمین‌کننده‌ای مقرر کرده است که سبب جذب سرمایه‌گذاری می‌شود و می‌تواند چارچوب مناسبی برای تأمین این نیازها باشد. معاهده منشور انرژی، حاکمیت دول عضو و مالکیت آن‌ها و حقوق ناشی از آن بر منابع انرژی مورد تأکید قرار گرفته و تصریح شده است که حاکمیت بر منابع کشورها براساس قوانین و اصول حقوق بین‌الملل اعمال خواهد شد. کشورها می‌توانند مناطق جغرافیایی کشورشان را برای اکتشاف و توسعه منابع انرژی تعیین و مالیات و حق امتیاز یا هر نوع پرداخت دیگری درخصوص اکتشاف و بهره‌برداری دریافت کنند. طبق مقرره رد بهره‌مندی از مزایای این امکان برای ایران وجود دارد که ملزم به اعطای تضمین‌های حقوقی با اتباع تمام دولت‌های عضو نباشد و طبق منافع ملی و سیاست خارجی خود به انعقاد قراردادهای سرمایه‌گذاری اقدام کند.

از آنجا که در تدوین قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری سعی شده است استانداردهای بین‌المللی رفتار با سرمایه‌گذار خارجی رعایت شود و اصول رفتاری مقرر در منشور انرژی نیز بر همین اساس نگاشته شده است، بنابراین در این

زمینه تعارضی وجود ندارد و فقط در بحث پرداخت غرامت در صورت سلب مالکیت، معیار پذیرفته شده در حقوق بین‌الملل عرفی و منشور انرژی، غرامت فوری، کافی و مؤثر است، اما در قانون تشویق ایران معیار منسوخ شده غرامت مناسب قابل پرداخت است که در صورت عضویت ایران، در این خصوص نیاز به اصلاح است. معاهده منشور انرژی، مکانیزم حقوقی دقیقی در مسئله حل اختلافات پیش بینی کرده است که از جمله موافقت بدون قید و شرط ارجاع اختلافات به داوری و حق اقامه مستقیم دعوا از سوی سرمایه‌گذار در مراجع داوری بین‌المللی است. البته در خصوص داوری اجباری استثنائاتی وجود دارد که ایران می‌تواند در زمان الحاق با توجه به محدودیت‌های قوانین داخلی ارجاع به داوری را کنترل کند. با توجه به قیود ارجاع اختلافات راجع به اموال دولتی و عمومی مقرر در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و تفکیک اختلافات میان دولت‌ها و سرمایه‌گذاران با دولت میزبان در معاهده منشور انرژی، می‌توان دعاوی احتمالی را مدیریت کرد.

بنابراین، به نظر می‌رسد قانون‌گذار ایرانی می‌تواند از فرصت پیش آمده از توافق هسته‌ای که به لغو بسیاری از تحریم‌های اقتصادی منجر شده است، بدون خدشه به اصول قانون اساسی در منع مالکیت خصوصی بر ذخایر انرژی و با تغییرات و اصلاحات در قوانین عادی از مزایای حاصل از جذب سرمایه‌های خارجی از طریق عضویت دائم در معاهده منشور انرژی بهره‌مند شود. تعهد و التزام به پیمان بین‌المللی موجب تثبیت وضعیت داخلی و اعتمادسازی جهانی شده است و سبب اطمینان سرمایه‌گذاران برای سرمایه‌گذاری خواهد شد. از طرف دیگر، با عضویت در معاهده بین‌المللی با تکیه بر منشأ آن یعنی حقوق بین‌الملل، از قراردادهای ایران براساس این معاهده حمایت شده است و از تحریم‌های یک‌جانبه علیه ایران و منع ورود سرمایه‌گذاری خارجی و مزایای حاصل از آن جلوگیری خواهد شد.

منابع

۱. فارسی

الف) کتاب‌ها

۱. دالزر، رودلف و شروتر، کریستف (۱۳۹۳). *اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری*، مترجمان قاسم زمانی و به‌آذین حسینی، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۲. دهقانی، تورج (۱۳۹۳). *سرمایه‌گذاری و تأمین مالی پروژه‌های نفت و گاز*، جلد اول، تهران: مؤسسه مطالعات بین‌المللی انرژی.
۳. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۱). *حقوق تجارت بین‌الملل*، تهران: سازمان مطالعات و تدوین کتب علوم انسانی.
۴. ----- (۱۳۹۳). *حقوق نفت و گاز*، تهران: میزان.
۵. صحرانورد، اسدالله (۱۳۹۳). *آثار حقوقی الحاق ایران به پیمان منشور انرژی در حوزه نفت و گاز*، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

ب) مقالات

۶. افتخارجهرمی، گودرز (۱۳۷۱-۱۳۷۲). «دیوان داوری دعاوی ایران-ایالات متحده و عملکرد آن در قلمروی حقوق بین‌الملل»، *مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران*، شماره ۱۶ و ۱۷، ۱۰۸-۱۱۰.
۷. آ. آ. فتوروس (۱۳۷۳). «چشم‌انداز انعقاد یک عهدنامه عمومی بین‌المللی درباره سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی»، *ترجمه امیرمسعود میرفخرایی*، *مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی*، جلد ۱، شماره ۲۳، ۱۰۱.
۸. صادقی، محسن و غفاری‌فارسانی، بهنام (۱۳۹۰). «حل اختلافات سرمایه‌گذاری در معاهده منشور انرژی و آثار حقوقی الحاق ایران به آن»، *مجموعه مقالات نخستین همایش ملی حقوق انرژی*، مؤسسه انتشارات دادگستر، چاپ اول.
۹. کونگیان، کای (۱۳۸۸). «اثر معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر قواعد حقوق بین‌الملل عرفی»، *ترجمه حجت سلیمی ترکمانی*، *مجله حقوقی بین‌المللی*،

- نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، سال بیست و ششم، شماره ۴۱.
۱۰. مردانی، نادر و بهمنی، حمیده (۱۳۹۴). «حق مستقیم سرمایه‌گذار خارجی در اقامه دعوا علیه دولت میزبان براساس مکانیزم حل و فصل اختلافات معاهده منشور انرژی»، فصل‌نامه تحقیقات حقوقی، شماره ۶۷.
۱۱. منیرالزمان، ا.ف.م (۱۳۷۸). «قراردادهای دولت با بیگانگان مسئله یک‌جانبه قرارداد توسط دولت در حقوق بین‌الملل معاصر»، ترجمه محمدجواد میرفخرایی، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۲۴.
۱۲. هاشمیان، مسعود و طارم‌سری، مسعود (۱۳۸۴). «متن معاهده منشور انرژی و ضمیمه آن»، مؤسسه مطالعات بین‌المللی انرژی، چاپ اول، تهران.
۱۳. روزنامه رسمی، شماره ۱۸۸۷۵ مورخ ۱۳۸۸/۹/۲۵.
۱۴. روزنامه رسمی، شماره ۱۹۲۶۹، مورخ ۱۳۹۰/۲/۸.

۲. انگلیسی

A) Book

15. Energy Charter Treaty secretariat (2003-2006). *The Energy Charter Treaty, A readers Guide*, first edition, Brussels.
16. Energy Charter Secretariat (2006). *Annual Report*, first edition, Brussels.
17. Haghghi, S, Sanam (2007). *Energy Security, The External Legal Relations of the European Union with Major Oil and Gas Supplying Countries*, Hart Publishing, Oxford Portland, Oregon, first edition, 203.
18. Hashemi, Abbas (2004). *International Oil Companies Contractual Rights under oil agreements*, Overview of the leading international decisions, Workshop of experts from OPEC members states on upstream petroleum contracts, Margarita Island, Venezuela, 23-24 Nov.

B) Articles

19. Gaillard, Emmanuel (2005). "Energy Charter Treaty", International Centre for Settlement Decision New York, *Law Journal*, April.

20. Hober, Kaj. "Oxford Journals", *Journal of International Dispute Settlement*, vol.1, Issue1,153-190.
21. T.Wälde (1996). Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty From Dispute Settlement to Treaty Implementation.

C) Cases

22. Energy Charter Treaty. <http://www.encharter.org>
23. <http://www.EnCharter.org/Secretariat>.2007.p. 9
24. OPEC, Annual Statistical Bulletin, 2012.
25. UN General Assembly Resolution. 3281 (XXIX), 12 December 1962,UNGA/Res/1803 (XVII) 14 December 1962, UNGA/Res/ 2158 (XXI) 25 November 1966, UNGA/Res/ 3171 (XXVIII) 17 December 1973, Declaration on the Establishment of a New International Economic Order; UNGA/Res/ 3201 (S-VI) 1 May 1974, The Charter if Economic Rights and Duties of States; UNGA/Res/ 3281 (XXIX) 12 December 1974.