

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۶، شماره ۱،

بهار و تابستان ۱۳۹۴

صفحات ۲۲۷ تا ۲۴۹

## بررسی تطبیقی منع الزام اجرایی در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی

محمدباقر شیخی\*

دکتری حقوق بین‌الملل، پژوهشگر مطالعات بین‌المللی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۵/۱۶ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۱۱/۱۶)

### چکیده

این نوشتار به منع «الزام‌های اجرایی» در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری می‌پردازد. الزام اجرایی از ابزارهای مهم حقوقی در کنترل سرمایه‌گذاری است. منع الزام نیز یکی از پدیده‌های حقوقی رو به گسترش در قرن حاضر است که برای رفع موانع تجارت آزاد به روابط سرمایه‌گذاری راه یافته و از اهمیتی ویژه برخوردار است. ادبیات حقوق بین‌الملل اقتصادی به استفاده و منع استفاده از الزام‌ها اشاره دارد، اما نتایج و آثار حقوقی آن‌ها را کمتر مد نظر قرار داده است. منع الزام اجرایی، تعارض تعهدات در چارچوب روابط تجارت آزاد را تا حدودی کاهش می‌دهد، اما تعارض جدیدی را از زاویه مسئولیت بین‌المللی موجب می‌شود. در این مقاله خلأ حقوقی ناشی از گسترش دامنه این منع، موضوع تحلیل تطبیقی قرار خواهد گرفت.

### واژگان کلیدی

الزام‌های اجرایی، انتقال فناوری، تعهدات بین‌المللی، سرمایه‌گذاری خارجی، منع الزام‌های اجرایی.

### مقدمه

بحث «الزام‌های اجرایی» و آثار حقوقی ناشی از آن از مسائل حقوقی بااهمیت در سرمایه‌گذاری بین‌المللی است. منع این الزام‌ها یکی از پدیده‌های جدید و رو به گسترش

در حقوق بین‌الملل است که با تلاش برخی کشورها به روابط سرمایه‌گذاری راه یافته است. هدف نگارنده، بررسی آثار حقوقی ناشی از این منع است. در ادبیات بین‌المللی به موضوع استفاده و منع استفاده از این الزام‌ها پرداخته شده، اما به مشکلات حقوقی آن توجه نشده است. از آنجا که گرایش به هریک از دو مسیر پیامدهایی دارد، تحلیل صحیح در این زمینه می‌تواند به منافع ملی کشورها کمک نماید. اهمیت نظری و عملی این بحث وقتی نمایان می‌شود که آن را در ارتباط نزدیک با تعهدات دولت در حمایت از سرمایه‌گذاری، تجارت بین‌الملل، انتقال فناوری، مالکیت فکری و محیط زیست در نظر بگیریم. شناخت و تحلیل حقوقی قیده‌های معروف الزام اجرایی نه‌تنها به پژوهشگران حقوق سرمایه‌گذاری در کشف ربط و تعارض بین سه مقوله حمایت از منافع سرمایه‌گذار، دولت میزبان و جامعه بین‌المللی کمک می‌کند، دارای فواید عملی و کاربردی نیز می‌باشد. از جمله به قانون‌گذاران، وکلای حقوقی و دیپلمات‌ها برای حمایت از منافع اقتصادی، تجاری و فنی کمک خواهد کرد؛ به‌ویژه برای کشور ما که تلاش دارد به سازمان جهانی تجارت (World Trade Organization/ WTO) بپیوندد، تسلط بر تحولات و تکنیک‌های جدید موجب افزایش توان مذاکره‌کنندگان می‌شود.

با تحلیل تطبیقی و انتقادی از منابع و رویه‌های عملی، به تبیین مشکلات حقوقی می‌پردازیم و از ورود به آثار اقتصادی و سیاسی خودداری می‌کنیم. از طرف دیگر، قوانین داخلی، کنوانسیون‌ها و تعهدات ذاتی دولت‌ها، مانند تعهد به توسعه و تقویت محیط زیست و معیارهای حقوق بشری نقش مهمی در تبیین آثار منع الزام‌ها دارند. این بحث در دو بعد بررسی می‌شود؛ در بعد اول به نقش کلی الزام‌های اجرایی و رویه دولت‌ها در توسل به آن، و در بعد دوم به گسترش منع الزام‌های اجرایی و تعارض‌های حقوقی ناشی از آن اشاره می‌شود.

### نقش الزام‌های اجرایی در سرمایه‌گذاری خارجی

یکی از پدیده‌های مهم در قرن حاضر، رژیم در حال ظهور سرمایه‌گذاری خارجی است که با بسیاری از قلمروهای حقوقی برخورد دارد (Salacuse, 2010, p. 427). این شاخه جدید حقوقی که با هدف حمایت از سرمایه‌گذار در مقابل قدرت حاکمیتی توسعه یافته است، جنبه‌های گوناگونی از حیات بشری را تحت تأثیر قرار می‌دهد. طبق آمارهای رسمی، تا پایان سال ۲۰۱۱ حدود ۳۰۰۰ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین کشورهای دنیا امضا و لازم‌الاجرا شده است (UNCTAD, 2012). کمتر کشوری است که دست‌کم در یک معاهده

دوجانبه سرمایه‌گذاری عضویت نداشته باشد (Salacuse, 2010, p. 428). از طرفی، مسائل اجتماعی، مالی، فنی و مهارتی در آن‌ها، چالش‌های جدی در حقوق بین‌الملل و در زمینه توسعه، حقوق بشر و حقوق مالکیت فراهم می‌آورد (Muzaka, 2010, p. 755; Arts, 2000, p. 513). دولت‌ها در تعامل با این موضوع رویکرد همسان ندارند (توسلی جهرمی، ۱۳۸۱، ص ۹۹). البته ورود حقوق بین‌الملل به روابط سرمایه‌گذاری، توسعه حقوقی به دنبال دارد. از طرفی، توسل روزافزون سرمایه‌گذاران به نهاد داوری، زمینه ورود اشخاص خصوصی را در حقوق بین‌الملل فراهم می‌آورد.

در کنار این تحولات، اصول، قواعد حقوقی و رویه‌های عملی ناظر بر روابط سرمایه‌گذاری خارجی نیز توسعه یافته است؛ از جمله می‌توان به اصل رفتار ملی، شرط الزام‌های اجرایی، شرط کامله‌الوداد، شرط ثبات و موازنه اقتصادی اشاره کرد که در تقویت روابط سرمایه‌گذاری مؤثرند. باوجوداین، برخی کشورها با استناد به اصل «رفتار ملی» خواستار منع الزام اجرایی شدند؛ درحالی که دولت‌ها می‌توانند در صورت تشخیص، هنگام مذاکره برخی از الزام‌های اجرایی را از اصل رفتار ملی مدنظر گات مستثنا کنند (ADF v. USA, 2003, p. 195).

## ۱. تعریف و انواع الزام‌های اجرایی

یادآوری می‌شود که قید «الزام اجرایی»، ترجمه عبارت انگلیسی «Performance Requirments» است که در متون فارسی با عبارات متفاوت دیگری نیز ترجمه شده است (لوفلد، ۱۳۹۰، ص ۲۰۱؛ دالزر و شروتر، ۱۳۹۱، ص ۱۴۵). با وجود ادبیات شایان توجه در اسناد حقوقی، معاهدات، قراردادهای و آثار علمی (Burt, 1997, p. 1029; Lowenfeld, 2008, p. 103)، تعریف روشنی از مفهوم الزام اجرایی ارائه نشده است. به عبارتی بهتر، از ارائه آن خودداری شده است (Vandeveld, 2005, p. 622). این واقعیت تا حدودی می‌تواند ناشی از حساسیت و اختلاف در دیدگاه کشورها باشد. باین همه، الزام‌های اجرایی را «مجموعه‌ای از قیود و شروط دانسته‌اند که به سرمایه‌گذار خارجی تحمیل می‌شوند تا به نحوی که منافع دولت ایجاب می‌کند، عمل نمایند» (UNCTAD, 2003, p. 119). این شروط به‌عنوان ابزار حقوقی دولت‌ها، در هدایت جریان سرمایه‌گذاری دارای کاربرد اساسی‌اند.

از منظر علم حقوق، بین التزام و الزام تفاوت وجود دارد.<sup>۱</sup> کاربرد آن‌ها در حقوق، از اهمیت عملی این دو در برقراری روابط قراردادی نشان دارد. ممکن است گاهی موضوع الزام اجرایی در سرمایه‌گذاری با التزام یا تعهدات اصلی مندرج در متن قرارداد تفاوت داشته باشد، اما به نظر می‌رسد که اهمیت حقوقی آن دست‌کم در قالب الزام معاملی و الزام خارج از قرارداد، به قوت خود باقی باشد. از نظر عرفی هم یکی از الزام‌ها، گردن نهادن سرمایه‌گذار به کنترل کیفی دولت است. چنین الزامی را می‌توان ناشی از حق حاکمیت دانست؛ مثل حق دولت در رد یا قبول سرمایه‌گذاری که مورد قبول همه است (Dolzer and Schreuer, p. 7).

برای درک معانی کاربردی انواع الزام‌های اجرایی، آشنایی با نمونه‌های رایج و کارکرد ویژه هر یک نیز ضرورت دارد. از جمله مهم‌ترین الزام‌های کاربردی در سرمایه‌گذاری خارجی عبارت‌اند از: ظرفیت‌های محلی (Local Contents)، الزام‌های مربوط به صادرات (Export Requirements)، سرمایه‌گذاری مشترک (Joint Ventures)، سهم داخلی (Domestic Equity)، انتقال فناوری (Technology Transfer) و ایجاد اشتغال (Employment Requirements). در عمل، دولت به نوع خاصی از این الزام‌ها علاقه نشان می‌دهد و بنابه ضرورت، رعایت آن را خواستار می‌شود. از نظر شیوه اعمال نیز این قیود به دو دسته کلی تقسیم می‌شوند (UNCTAD, 2003, p. 119)؛ یا امری (Mandatory) هستند که پیش‌شرطی الزامی برای ورود سرمایه‌گذار به قلمرو سرزمینی دولت شمرده می‌شوند و موجب تحمیل تعهداتی حقوقی در آغاز ورود خواهند بود، و یا از نوع اختیاری

۱. التزام به معنای به‌گردن گرفتن و ملزم شدن (محمد معین، فرهنگ فارسی، جلد اول، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۵۳، ص ۳۳۵)، و الزام به معنی به‌عهده کسی قرار دادن و واجب کردن آمده است (همان، ص ۳۳۸). از نظر اصطلاحی، واژه التزام بیشتر در تعهدات ناشی از عقود مرسوم است، اما در تعهدات خارج از عقود هم به کار می‌رود (جعفری لنگرودی، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، گنج دانش، ۱۳۷۸، ص ۵۷۸). قانون مدنی ایران مواد ۶۹۹ و ۷۲۳ التزام را به معنی تعهد می‌آورد، لذا التزام یا تعهد را به «رابطه حقوقی بین دو شخص که به موجب آن متعهدله می‌تواند متعهد را ملزم به انجام فعل و ترک فعل نماید» تعریف کرده‌اند (کیانی، الزامات بایع و مشتری قبل و بعد از تسلیم مورد معامله، ۱۳۷۶، ص ۲۶). اما برای الزام، معانی اصطلاحی بیشتری وجود دارد. الزام‌های خارج از قرارداد را برخی محدود به قالب عقد و مسائل مسئولیت مدنی نمی‌دانند (کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، جلد دوم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۷۸، ص ۹) یا الزام‌های شرعی که در بیان قدر مشترک اوامر و نواهی شارع است (جعفری لنگرودی، پیشین، ص ۵۸۸) و نیز «الزام‌های معاملی» در فقه به معنای تعهدات ناشی از عقود، اعم از تعهد اصلی و تبعی آمده است (همان، ص ۵۷۹).

(Voluntary) هستند که معمولاً پس از پذیرش سرمایه‌گذاری مطرح می‌شوند و سرمایه‌گذار خارجی این الزام‌ها را در مقابل مشوق‌های اعطایی (Incentives) برعهده می‌گیرد. اگرچه تلاش کشورهای سرمایه‌فرست نشان از مخالفت با هر دو دسته از الزام‌ها دارد، خودداری آن‌ها بر دسته اول متمرکز است و این نوشتار نیز بر آن تأکید دارد.

## ۲. جایگاه الزام‌های اجرایی در رویه دولت‌ها

الزام اجرایی ابزار مهمی برای تقویت منافع ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی مستقیم در قلمرو سرزمینی یک کشور است. در مجموع، هدف اصلی در الزام‌های اجرایی، کنترل قدرت شرکت‌های فراملی و افزایش قدرت ملی در امر سرمایه‌گذاری است که برای دولت‌های میزبان از اهمیت حاکمیتی برخوردار است، اما برخی دولت‌های توسعه‌یافته، قید الزام اجرایی را مغایر اصول حاکم بر بازار و تجارت آزاد می‌دانند (دالزر و شرورث، پیشین، ص ۱۴۵). این موضوع، به‌ویژه با شکل‌گیری مقررات گات به یکی از بحث‌های دامنه‌دار بین دو گروه از کشورها تبدیل شده است.

### ۱.۲. کشورهای توسعه‌یافته

از نظر تاریخی، نیاز به الزام‌های اجرایی همواره مطرح بوده است (عرفانی، ۱۳۸۹، ص ۴-۱) و کشورهای توسعه‌یافته نیز از آن بهره‌برده‌اند<sup>۲</sup>. در دهه‌های ۱۹۷۰ و ۱۹۸۰م، این کشورها برای کنترل و هدایت سرمایه‌گذاری متمرکز در صنایعی چون حمل و نقل، صنعت نفت، صنایع الکتریکی، شیمیایی و معدن، از الزام اجرایی استفاده کرده‌اند (UNCTAD, op. cit, pp. 9 & 119). اما، بنابه دلایلی که در ادامه این نوشتار به آنها اشاره می‌شود، نگاه آن‌ها به الزام‌های اجرایی کم‌کم تغییر کرد و با کاهش توسل به الزام‌ها به سمت جایگزینی به نام «مشوق‌ها» سوق یافت. البته، کاهش استفاده از الزام‌های اجرایی در برخی کشورها به معنی اعمال نفوذ نکردن آن‌ها در رفتار سرمایه‌گذار خارجی تلقی نمی‌شود (Sornarajah, 2004, pp. 237-38).

**ایالات متحده آمریکا.** این کشور از جنگ جهانی اول تاکنون از جمله کشورهای

۲. برای مثال، کشور ژاپن پس از جنگ جهانی دوم، با تصویب قوانین سختگیرانه و گزینشی و نیز کنترل سرمایه‌گذاری خارجی مجاز به ورود در آن کشور، به دانش و فناوری روز برای توسعه سریع‌تر کشورش دست یافت (عرفانی، پیشین، ص ۳۰۲).

عمده صادرکننده سرمایه شمرده می‌شود. امروزه، سهم امریکا در سرمایه‌گذاری خارجی چشمگیر است.<sup>۳</sup> باوجوداین، از آغاز توسعه اقتصادی داخلی تا زمان جنگ جهانی اول، این کشور از بزرگترین واردکنندگان سرمایه خارجی در جهان بوده است و به‌عنوان واردکننده محض سرمایه خارجی، تمایل آن کشور به دخالت در روند سرمایه‌گذاری و استفاده از الزام اجرایی، عادی است. در قانون‌گذاری نیز می‌توان به رویکرد سختگیرانه کنگره از سال‌های آغازین پس از استقلال تا اواخر قرن بیستم اشاره کرد.<sup>۵</sup>

توسل امریکا به الزام‌های اجرایی به‌ویژه «الزام سهم داخلی» در برخی صنایع مهم، مانند نفت و اتومبیل‌سازی، در سال‌های اخیر نیز گزارش شده است (شیروی و پور اسماعیلی، ۱۳۹۰، ص ۴۴-۴۶). دست‌کم تا اواخر قرن بیستم در قوانین داخلی امریکا برای کنترل حجم سرمایه‌گذاری خارجی محدودیت‌هایی وجود داشت؛ از جمله فروش کالا و خدمات به ارتش، مناقصه خریدهای دولتی، کنترل ادغام شرکت‌ها و خرید سهام خارجی و دیگر نمونه‌های امنیتی (عرفانی، پیشین، ص ۶-۷). مهم‌تر از آن، می‌توان به دعوای شرکت کانادایی ا. دی. اف. (ADF) علیه امریکا (۲۰۰۳م) اشاره کرد که طرف کانادایی ادعا می‌کند که برخی قوانین داخلی امریکا با قید «الزام خرید از امریکا» (Buy America Requirements) و محدود کردن توان مدیریتی شرکت‌های خارجی نه‌تنها با مقررات تجارت آزاد مغایر است، بلکه مواد ۱۱۰۲، ۱۱۰۵ و ۱۱۰۶ نفتا را (که دو طرف در آن عضوند) هم نقض می‌کند (ADF Group INC. v USA, op. cit, paras. 60-82).

باوجوداین، ایالات متحده از دهه ۱۹۹۰م با استناد به تریمز در سازمان جهانی تجارت و نیز با تأکید بر مقررات گات، تحرک حقوقی جدیدی را در مخالفت با الزام‌ها آغاز کرد که

۳. بر اساس گزارش‌های رسمی، سهم ایالات متحده از سرمایه‌گذاری خارجی مستقیم در سال ۲۰۱۲م مبلغ ۲۰۷ تریلیون دلار و معادل ۱۶ درصد تولید ناخالص داخلی (GDP) آن کشور بوده است؛ برای مثال نک:

Foreign Direct Investment in the United States - 2013 Report, Organization for International Investment, Washington, DC 20036, available at [https://www.ofii.org/sites/default/files/FDIUS\\_2013\\_Report.pdf](https://www.ofii.org/sites/default/files/FDIUS_2013_Report.pdf).

۴. بنا به نقلی از ویلکینز، تحلیلگر تاریخ اقتصادی، در خلال سال‌های ۱۹۱۴-۱۸۷۵م امریکا از کشورهای بدهکار دنیا شمرده می‌شده است. برای اطلاع بیشتر ر.ک.

Ha-Joon Chang, "Regulation of foreign investment in historical perspective," 16 (3) The European Journal of Development Research, 2004, p. 689.

۵. تبعیض کنگره در زمینه‌های ملکی، مالی، بانکی و کشتی‌رانی قابل توجه است، ر.ک. Ibid, pp. 691- 692 .

آثار آن در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری چندجانبه و دوجانبه نمایان شد. در قوانین داخلی امریکا نیز آثار این گرایش جدید آشکار گردید. مهم‌ترین آن‌ها قوانینی است که نمونه معاهدات دوجانبه (معاهده تیپ) سرمایه‌گذاری را در دو دهه اخیر معرفی می‌کند.

## ۲.۲. کشورهای در حال توسعه

کشورهای در حال توسعه تمایل بیشتری به استفاده از الزام‌های اجرایی نشان داده و در برابر منع آن‌ها مقاومت کرده‌اند. این کشورها به دلایل اقتصادی و از جمله برای تقویت صنایع کوچک و متوسط داخلی و نیز برای حل مشکلات مربوط به تراز پرداخت‌ها، به الزام اجرایی متوسل می‌شوند. بالاترین آمار استفاده از الزام‌ها در سال‌های اخیر به کشورهایمانند برزیل، چین، هند، و روسیه اختصاص دارد (UNCTAD, op. cit, p. 119). اقدام هند در الزام سرمایه‌گذار خارجی به رعایت ظرفیت داخلی تا هفتاد درصد در بخش خودروسازی در اواخر دهه ۱۹۹۰م، اعتراض امریکا، ژاپن و اتحادیه اروپا را برانگیخت و این موضوع به هیئتی در سازمان جهانی تجارت ارجاع داده شد (شیروی و پور اسماعیلی، پیشین، ص ۴۵). از سوی دیگر، این کشورها از اهداف اصلی سرمایه‌گذاری خارجی برای شرکت‌های فراملی هستند. آن‌ها استفاده از این قیود را حق خود می‌دانند؛ به‌ویژه کشورهای اسلامی که نظام داخلی مبتنی بر حقوق اسلامی دارند، کنترل سرمایه‌گذاری خارجی در آن‌ها از اهمیت بالایی برخوردار است. در ادامه، از میان دیگر کشورها، برای نمونه به مواضع حقوقی جمهوری اسلامی ایران اشاره می‌شود.

ایران. این کشور از جمله کشورهای در حال توسعه است که به لحاظ جغرافیایی و نوع منابع طبیعی، همواره در سرمایه‌گذاری خارجی ایفای نقش کرده است (پیران، ۱۳۸۹، صص ۳۷ تا ۴۹). از آنجا که سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی عمدتاً در منابع و معادن زیرزمینی این کشورها تمرکز یافته، در ایران نیز معادن و منابع نفتی از موضوعات اصلی سرمایه‌گذاری بوده است. صنعت انرژی ایران یکی از منابع مهم اقتصادی کشور است که تحت تأثیر مستقیم نتایج سرمایه‌گذاری خارجی قرار دارد<sup>۶</sup>. به‌طور کلی نوع مالکیت بر

۶. باوجوداین، سهم ایران از سرمایه‌گذاری بین‌المللی و بازار تجارت بین‌المللی، به‌ویژه در چند سال اخیر با کاهش معناداری روبرو شده است که قابل بررسی تطبیقی است (برای مثال نک: بهروز اخلاقی، روند جهانی شدن تجارت و جایگاه ایران در سازمان جهانی تجارت، به اهتمام سید قاسم زمانی، جامعه بین‌المللی و حقوق بین‌الملل در قرن ۲۱، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، ۱۳۹۲، ص ۵-۸۰۴).

معادن و منابع طبیعی ایران، استفاده از الزام‌های اجرایی را در هدایت سرمایه‌گذاری توجیه‌پذیر می‌کند. سابقه بحث معادن، انواع آن و نیز حق مالکیت بر آن‌ها بسیار طولانی است و احکام تفصیلی آن از منابع حقوق اسلامی و آثار علمی فقیهان نیز قابل استخراج است.<sup>۷</sup> تأثیر منابع فقهی بر توسعه حقوق موضوعه در زمینه‌های مالکیت، اکتشاف، استخراج، بهره‌برداری، توسعه و واگذاری منابع طبیعی گسترده است (کاشانی، ۱۳۸۸، ص ۹-۱۲؛ امانی، ۱۳۸۹، ص ۵۸-۳۹). باید پذیرفت که قوانین موجود در زمینه سرمایه‌گذاری خارجی تابع سیاست‌گذاری خاص در کشور است. درک و تحلیل مناسب الزام‌های اجرایی در قوانین ایران بدون توجه به این سیاست‌گذاری دشوار خواهد بود. از طرفی، سیاست حقوقی کشور در این زمینه تابعی از اصول قانون اساسی است که باید مد نظر قرار گیرد.

از مصوبات قانونی پیشین که به حق بهره‌برداری از معادن (به‌ویژه معدن نفت) می‌پردازد، قانون معدن مصوب سال ۱۳۱۷ش است. ماده ۳ این قانون حق استخراج معادن نفتی را در انحصار دولت قرار می‌داد (شرکت ملی نفت ایران، ۱۳۸۱، ص ۱۰۷). در قانون معدن مصوب ۱۳۳۶ش نیز مالکیت معادن نفتی به‌طور مطلق در اختیار دولت قرار گرفت. مطابق قانون نفت ۱۳۵۳، منابع نفتی ملی اعلام شد و دولت به نیابت و از طریق شرکت ملی نفت اعمال مالکیت می‌کرد. در نهایت، مطابق قانون اساسی ۱۳۵۸ش، معادن کشور در شمار انفال قرار گرفت و ثروت عمومی شمرده شد. اصل ۴۵ قانون اساسی، انفال را در اختیار حکومت اسلامی قرار می‌دهد. در نتیجه، اعمال حق حاکمیت و مالکیت نسبت به معادن به حکومت اسلامی تعلق گرفت و حق اعمال مالکیت بر معادن نفتی هم با توجه به مقررات قانون نفت ۱۳۶۶ش، و اصلاحیه ۱۳۹۰ش، بر عهده وزارت نفت است. افزون‌براین، مطابق اصل ۴۴ قانون اساسی، اقتصاد ایران بیشتر در بخش دولتی متمرکز است که بسیاری از امور زیربنایی از قبیل صنایع مادر را در انحصار دولت قرار می‌دهد. بخش خصوصی، با وجود تصمیم‌ها و اقدام‌های انجام‌شده با عنوان سیاست‌های کلی اصل ۴۴ هنوز هم در عمل در حاشیه قرار دارد. از سوی دیگر، با فرض عبور موفقیت‌آمیز

۷. افزون‌بر منابع اصلی حقوق اسلامی مانند قرآن و سنت، در آثار علما و محققان اسلامی، اعم از شیعه و سنی، نیز به بحث حقوق معادن و انواع آن، انفال و مصادیق آن و نیز روش‌های مصرف آنها پرداخته شده است (نک: المحقق الحلی، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، مؤسسه الاعلمی، طهران- ایران، ۱۹۶۹، ص ۱۸۴-۱۷۷؛ و نیز امام خمینی، تحریر الوسیله، جلد دوم، ترجمه محمد باقر موسوی همدانی، قم، انتشارات دارالعلم، ۱۳۶۸).



خصوصی‌سازی اصل ۴۴، لزوم دخالت دولت در سرمایه‌گذاری خارجی بر اساس دیگر قوانین نیز مطرح است (علیدوستی، ۱۳۸۶، ص ۳۴۱-۳۳۹؛ زارع، ۱۳۸۵، ص ۱۴۸). به‌طور کلی می‌توان گفت که در ایران و دیگر کشورهای در حال توسعه، به لحاظ اقتصادی، سیاسی و فرهنگی هنوز حساسیت‌ها و مقاومت‌هایی در قبال سرمایه‌گذاری خارجی وجود دارد که در قوانین این کشورها نیز مشهود است. یعنی تجویز یا منع استفاده از الزام‌های اجرایی محدود به اختلافات تئوریک دو گروه از کشورها نیست. گاهی این مسئله با منافع اساسی کشورها نیز گره می‌خورد که خود موجب بروز اختلافات عمیق می‌شود.

### هدف از اعمال الزام‌های اجرایی

مطالعه عملکرد کشورهای متقاضی نشان می‌دهد که حداقل دو هدف عمده در استفاده از الزام اجرایی مد نظر است؛ اول، هدف اقتصادی و دوم، هدف سیاسی. توسعه اقتصادی از نیازهای اساسی و دائمی دولت‌ها به حساب می‌آید (زایدل، ۱۳۷۹، ص ۱۰۲). جنبه سیاسی استفاده از الزام‌ها نیز جزء اهداف این دولت‌هاست؛ به‌ویژه آنکه به دلیل شرایط و جایگاه خاص کشورهای سرمایه‌پذیر، کفه سیاسی توسل به الزام اجرایی بر جنبه اقتصادی آن می‌چربد. این دولت‌ها از واهمه سلطه مجدد قدرت‌ها و شرکت‌های چندملیتی (Caruba, 2006, p. 41)، سعی دارند با پذیرش اصل سرمایه‌گذاری، آن را با قیودی مثل «الزام اجرایی» کنترل کنند.

افزون بر آن، مسئولیت بین‌المللی در قبال اقدامات سرمایه‌گذاری هم مطرح است. امروزه در افکار عمومی جهان، به‌ویژه در سازمان‌های غیردولتی (NGOs)،<sup>۸</sup> مسئله مسئولیت‌پذیری در امر سرمایه‌گذاری مهم است (Brabandere, 2012, p. 2). دولت‌های میزبان نیز سعی دارند تا اقدامات مداخله‌جویانه خود را با توسل به مسئولیت‌های عام بین‌المللی توجیه نمایند. در اختلاف بین دولت آرژانتین و تعدادی از کمپانی‌های خارجی توسعه آب، دولت سعی کرد تا نقض توافق سرمایه‌گذاری را با توسل به حقوق بشر آب توجیه نماید. در دعوای معروف به «ازوریکس» (Azurix v. Argentina) یکی از کارشناسان آرژانتین (دکتر سالومونی) در همین باره در داوری ایکسید ادعا کرده بود که تعارض میان

۸. ورود NGOs به‌عنوان دوستان محکمه در اختلاف معروف به Shrimp-Turtles مطرح شده در سیستم حل اختلاف سازمان جهانی تجارت، یکی از آن نمونه‌هاست. در این دعوی، گروه‌های مدنی از مرجع رسیدگی‌کننده اختلاف خواستار لحاظ کردن ابعاد زیست‌محیطی در مراحل رسیدگی شدند (WTO, 1998, case Nos. 58).

معاهدات سرمایه‌گذاری و تعهدات حقوق بشری بایستی به نفع حقوق بشر خاتمه یابد (ICSID, 2006, CASE No. ARB/01/12). بنابراین، نقش الزام اجرایی برای نظارت بر ایفای تعهدات بین‌المللی نیز مطرح است. در هر حال، مسئولیت بین‌المللی دولت میزبان هم از دلایل توسل به الزام‌های اجرایی است.

### منع الزام‌های اجرایی

تغییر رویه در زمینه الزام‌ها، به تعارض دیدگاه امریکا و کانادا در اوایل دهه ۱۹۸۰ م برمی‌گردد که در چارچوب روابط شمال-شمال مطرح شد (Lowenfeld, op.cit, p. 104). امریکا شکایت خود را مبنی بر اینکه کانادا با تجدید نظر در قانون سرمایه‌گذاری، مقررات گات را نقض کرده است، در شورای گات مطرح کرد. با وجود این، اختلاف بر سر استفاده یا منع استفاده از الزام اجرایی حل نشد. امریکا اهداف خود را در سطح بین‌المللی، منطقه‌ای و معاهدات دوجانبه دنبال کرد. در نهایت، این تلاش‌ها به پیدایش تریمز، نفتا و شمار زیادی از معاهدات دوجانبه انجامید و منع الزام اجرایی را گسترش داد.

#### ۱. منع الزام‌های اجرایی در تریمز

طرح موضوع سرمایه‌گذاری خارجی مستقیم (FDI) برای ایجاد موافقت‌نامه چندجانبه، به سال‌های پس از جنگ جهانی دوم برمی‌گردد (Ibid, p. 482). «سازمان تجارت بین‌المللی» (International Trade Organization/ITO) که به عنوان ضلع سوم نهادهای اقتصادی-مالی در اواخر دهه ۱۹۴۰ م و در چارچوب منشور هاوانا پیشنهاد گردید، برای اولین بار متضمن مقرراتی برای حمایت از FDI بود. اما با وجود امضای بیش از ۵۰ کشور، نتوانست تصویب نهایی کشورها را به تعداد لازم به دست آورد (Ibid). اختلاف بر سر مقررات سرمایه‌گذاری را از دلایل این ناکامی می‌دانند (Burt, op.cit, p.1029). به این ترتیب، در فاصله زمانی سال‌های ۱۹۴۸ م تا آغاز مذاکرات دور اروگوئه (۱۹۹۴ م)، نه گات و نه سازمان دیگری دارای حق اعمال صلاحیت بر FDI نبود. این موضوع در قالب «موضوعات جدید» در اروگوئه مطرح گردید و تریمز یکی از آن‌ها بود که به تصویب رسید و جزء اختیارات سازمان جهانی تجارت شد.<sup>۹</sup>

۹. تصویب موافقت‌نامه تریمز بی‌ارتباط با اختلاف بر سر موضوع FIRA در کانادا نبوده است. دولت امریکا در ادامه دیدگاه‌های مطرح‌شده خود علیه کانادا، فعالیت چشمگیری را برای طرح گسترده‌تر موضوع الزام‌های اجرایی و مغایرت آن با مقررات تجاری گات در مذاکرات دور اروگوئه انجام داد، نک: Ibid, p. 1037.

بنابراین، مذاکرات دور اروگوئه به مسائل سرمایه‌گذاری خارجی نیز توجه کرد (Ibid, p.1029). این موضوعات به ایجاد موافقت‌نامه‌هایی در زمینه خدمات (گاتس)، سرمایه‌گذاری مرتبط با تجارت (تریمز)، و مالکیت فکری مرتبط با تجارت (تریپس) انجامید. تریمز که به مسئله منع الزام‌های اجرایی می‌پردازد، با بحث ما ارتباط دارد که البته قلمرو آن محدود است؛ یعنی الزام‌های اجرایی ممنوع شده تا حدی است که مزاحم قید رفتار ملی و رفع محدودیت‌های کمی مندرج در گات باشند. تریمز مشمول تحقیق و توسعه محلی، مشوق‌ها و منع الزام به انتقال فناوری نمی‌شود (WTO, TRIMs, 2001) و حاصل جمع آن را می‌توان مذاکره برد-برد تلقی کرد.

## ۲. در نفتا (NAFTA)

موافقت‌نامه تجارت آزاد منطقه امریکای شمالی (نفتا) که در سال ۱۹۹۴م و پس از موافقت‌نامه تریمز میان سه کشور امریکا، کانادا و مکزیک منعقد شد، در فصل یازدهم خود به موضوع سرمایه‌گذاری خارجی می‌پردازد. در ماده ۱۱۰۶ آن لیستی ارائه شده است که مصداق‌های الزام‌های اجرایی منع‌شده در سرمایه‌گذاری خارجی را معین می‌کند. در مقایسه با اقدامات پیشین، نفتا قلمرو گسترده‌تری از الزام‌ها را ممنوع کرده است. طبیعی است که اعضای نفتا، به‌ویژه امریکا و کانادا، با توجیه عضویت در نفتا، در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری که با دیگر کشورها در قاره‌های مختلف منعقد می‌کنند، به دنبال منع حداکثری الزام‌های اجرایی باشند.

در نتیجه، هرچند نفتا از نظر قلمرو جهانی محدود به منطقه‌ای خاص و حاکم بر روابط سه کشور عضو است، از نظر حقوقی، تحولی قابل ملاحظه قلمداد می‌شود. قلمرو منع الزام‌ها در آن از تریمز فراتر رفته، به ارتباط مستقیم با آزادی تجارت کالا یا تراحم با مقررات تجاری گات و امثال آن محدود نمی‌شود که آن را باید موفقیت حامیان منع الزام اجرایی تلقی کرد. نوع نتایج به دست آمده در نفتا و تریمز نشان می‌دهد که کشورهای توسعه‌یافته برای دستیابی به اهداف حقوقی خود در مذاکرات منطقه‌ای و دوجانبه موفق‌تر عمل می‌کنند تا در مذاکرات چندجانبه (Salacuse, opcit, p. 464)؛ چنان که در بحث معاهدات دوجانبه خواهیم دید که این کشورها با استفاده از قدرت چانه‌زنی خود، موفقیت‌های بیشتری کسب کرده‌اند.

در ادامه این موفقیت‌ها و در قالب تشکیلات OECD، طرحی با عنوان موافقت‌نامه چندجانبه سرمایه‌گذاری (Multilateral Agreement on Investment/ MAI) به جامعه

جهانی عرضه شد. در MAI هم بحث منع الزام‌های اجرایی بسیار فراتر از تریمز و نفتا مطرح گردید. این مذاکرات که از سال ۱۹۹۵م آغاز شد، قرار بود در سال ۱۹۹۸م به توافق نهایی دست یابد، اما به دلیل اختلافات شدید بر سر موضوع الزام‌های اجرایی، به‌ناچار شکست خود را در همین سال پذیرفت. این طرح بر لیست مورد نظر امریکا در مذاکرات تریمز به‌طور کامل تأکید داشت (Brut, op.cit, p.1043). با توجه به عقیم ماندن طرح، نگارنده از ادامه بحث در اینجا خودداری و علاقه‌مندان را به مطالعه مشروح مذاکرات آن دعوت می‌کند (OECD Doc, MAI, 1997).

### ۳. در معاهدات دوجانبه

معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری از ابزارهای حقوق بین‌الملل هستند که برای دولت‌های میزبان در قبال سرمایه‌گذاران خارجی تعهداتی ایجاد می‌کنند. هدف بنیادین معاهدات سرمایه‌گذاری تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری بین‌المللی است و منظور از حمایت هم تضمین منافع سرمایه‌گذار خارجی در مقابل دخالت‌های حاکمیتی دولت میزبان است. از پایان جنگ جهانی دوم تاکنون کشورهای مختلف دنیا حدود ۳۰۰۰ معاهده سرمایه‌گذاری منعقد کرده‌اند که اغلب آن‌ها حاوی قید الزام اجرایی نیز بوده‌اند. اتفاقی که از نگاه برخی پژوهشگران حقوق بین‌الملل اقتصادی، از وقایع مؤثر در زمینه قانون‌گذاری بین‌المللی شمرده می‌شود (Salacuse, op.cit. P. 428). بررسی‌ها نشان می‌دهد که کشورهای دنیا به دلیل نیازهای داخلی خود، در پیوستن به رژیم معاهدات سرمایه‌گذاری علاقه نشان می‌دهند. باوجوداین، یکی از تغییرات بحث‌برانگیز در این معاهدات، منع تدریجی برخی از اختیارات حاکمیتی است که با نام الزام‌های اجرایی همواره ملازم سرمایه‌گذاری خارجی بود. برخلاف گذشته، سرمایه‌گذاران خارجی عمدتاً به‌وسیله همین معاهدات دوجانبه حمایت می‌شوند. در واقع، با محدود کردن قلمرو الزام اجرایی قدرت چانه‌زنی سرمایه‌گذار را تقویت کرده‌اند.

یکی از ویژگی‌های معاهدات دوجانبه، تشابه مفاهیم، هنجارها، قواعد و اصول تعیین‌شده برای تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی است. این تشابه باعث شده است باوجود استقلال حقوقی و نسبی بودن این معاهدات، از آن‌ها به عنوان شکل‌دهنده حقوق بین‌الملل عرفی یاد شود (Salacuse, 2010, pp. 329-31). برخی معیارها و رفتارها، در بیشتر معاهدات دوجانبه برای تداوم و موفقیت روابط سرمایه‌گذاری بین طرفین

ضروری و گریزناپذیرند؛ برای مثال معیارهای رفتار ملی، رفتار عادلانه و منصفانه، و رفتار بین‌المللی از جمله معیارهایی هستند که در ماده رفتار بیشتر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بر آنها تأکید شده است. با وجود این، با الزام‌های اجرایی برخورد یکسان نمی‌شود؛ برای نمونه در امریکا و کانادا میزان منع الزام‌ها فراتر از تریمز است. گاهی به منع در حد تریمز اکتفا می‌شود و بسیاری از معاهدات هم به منع الزام‌ها اشاره‌ای ندارند (IISD, 2010, p.28).

در بحث ما، معیار رفتار ملی از پایه‌های اصلی بروز مخالفت با الزام اجرایی است. چنان‌که اشاره شد، اصل رفتار ملی در روابط تجاری بین‌المللی مطرح است و تعارض دو معیار پذیرفته شده، یعنی رفتار ملی و توسل به الزام اجرایی موجب بروز مشکل و اختلاف شده است. در روابط سرمایه‌گذاری، کشورهای در حال توسعه مدافع قید الزام اجرایی بوده، وجود آن را برای تأمین منافع دولت و جلوگیری از انحراف شرکت‌های خصوصی لازم می‌دانند، اما در مقابل، کشورهای توسعه‌یافته ضمن مخالفت تدریجی با الزام اجرایی، آن را مغایر با معیار رفتار ملی می‌دانند. با این توضیح، رابطه الزام‌های اجرایی با اصل رفتار ملی نیز مشخص می‌شود. سرمایه‌گذاران خارجی و دولت‌های توسعه‌یافته با تأکید بر جایگاه معیار رفتار ملی، می‌گویند که الزام‌های اجرایی مغایر این معیار هستند، چون دولت‌های میزبان چنین الزام‌هایی را فقط برای شرکت سرمایه‌گذار خارجی در نظر می‌گیرند و بر شهروندان خود تحمیل نمی‌کنند. با وجود این، حقوق بین‌الملل جواز بی‌حد و حصر محدود کردن حاکمیت در این زمینه را صادر نمی‌کند. مطابق رویه و نیز طبق آرای داوری، دولت‌های میزبان از این حق برخوردارند تا هنگام مذاکره برخی از الزام‌های اجرایی را از معیار رفتار ملی مستثنا کنند. داوری اکسید در دعوی ا. دی. اف علیه ایالات متحده امریکا آن را تأیید می‌کند ( ICSID, 2003, Case No. ARB. (AF)/00/1).

به دنبال این تحولات، نگرش جدیدی در معاهدات دوجانبه نسبت به قید الزام‌های اجرایی شکل گرفت. امریکا در این سطح نیز پیشتاز بود و سعی کرد از این معاهدات کمال استفاده را در منع کلی الزام‌ها بنماید. این کشور در اولین مدل (معاهده تیپ) خود در سال ۱۹۸۴م به صورت افراطی خواستار منع درج الزام‌های اجرایی در توافق

سرمایه‌گذاری خارجی شد<sup>۱۰</sup> و دیگر کشورهای همفکر نیز این راه را با اندکی تعدیل پیمودند (Salacuse, op.cit, p. 329). در مدل بعدی (مدل ۲۰۰۴) هم سیاست منع الزام‌ها دنبال شد، اما برخلاف گذشته، تغییراتی در دیدگاه دولت امریکا پدید آمد که سیاست یکدست کردن روابط سرمایه‌گذاری خارجی کشورها بر مبنای بازار آزاد و اقتصاد لیبرالی را تا حدودی تعدیل کرد (US BIT Model, 2004). در ماده ۸ مدل ۲۰۰۴ با تجدید نظر در بحث الزام‌های اجرایی، لیست الزام‌های منع‌شده تقریباً شامل همان مصداق‌هایی شد که در نفتا آمده است. اما در بند ۳ همان ماده، برخی از الزام‌ها، مثل لزوم آموزش نیروی انسانی بومی، تعهد به تحقیق و توسعه محلی، و تعیین مکان خاصی از قلمرو دولت میزبان برای اولویت سرمایه‌گذاری، از الزام‌های ممنوعه تلقی نشد (Ibid). در سال‌های اخیر نیز روند تعدیل در قوانین و رویه دولت امریکا مشاهده می‌شود؛ چنان‌که معاهده نمونه ۲۰۱۲ این کشور نیز گویای این حقیقت است. اگرچه این معاهده بر منع گسترده الزام‌ها اصرار دارد، ولی توجه به ملاحظات زیست‌محیطی دارای اهمیت تلقی شده است (US BIT Model, 2012).

در مجموع، روند بین‌المللی حکایت از توسعه تدریجی پدیده نوظهور منع الزام اجرایی در سرمایه‌گذاری خارجی دارد. اگرچه تلاش‌های برخی کشورها در سیاست خصوصی‌سازی سرمایه‌گذاری در قالب منشور هاوانا ۱۹۴۸م با ناکامی روبرو شد، اما بخشی از آن در مذاکرات دور اروگوئه ۱۹۹۴م و در چارچوب تریمز به ثمر نشست و نفتا نیز باعث گسترش آن شد. این پازل در معاهدات دوجانبه در حال کامل شدن است. نکته بااهمیت در این بین، رشد روزافزون منع الزام اجرایی و پذیرش آن در دولت‌های میزبان است که تعارض تعهدات حقوقی دولت را دامن می‌زند.

### تعارض میان منع الزام‌های اجرایی و تعهدات حقوقی دولت‌ها

دولت‌ها در انجام وظایف اجرایی خود از آزادی کامل برخوردار نبوده، همواره از طریق

۱۰. برای مثال، در معاهده میان ایالات متحده و کامرون (۱۹۸۴م)، طرفین از عبارت «خودداری از هرگونه الزام اجرایی به اتباع سرمایه‌گذار طرفین» استفاده کرده‌اند که عبارتی کلی است؛ ر.ک. Dolzer & Schreuer, op.cit, p. 8؛ و معاهده دوجانبه میان ایالات متحده و ازبکستان (۱۹۹۴م) ر.ک.

K. J. Vandeveld, (2005), *The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty*, in F. Beveridge (ed.), *Globalization and International Investment*, Ashgate Publication, 2002, p.623

قوانین داخلی، قواعد عرفی و معاهده‌ای محدود می‌شوند. بنابراین، اگر دولت‌ها در خصوص نداشتن هرگونه مداخله در سرمایه‌گذاری خارجی تعهداتی برعهده بگیرند، در عمل و در قبال نقض اساسی قوانین داخلی و یا قواعد بین‌المللی با مشکل روبرو می‌شوند. تعارض میان تعهدات ناشی از روابط سرمایه‌گذاری و دیگر تعهدات دولت بسیار پیچیده است و از طریق سازوکار حقوقی به نتیجه نمی‌رسد و معمولاً دولت‌های میزبان در چنین تعارضی به «تصمیم سیاسی» متوسل می‌شوند و یکی از دو تعهد را به تشخیص خود نقض می‌کنند.

### ۱. تعهدات حقوقی داخلی

تعهدات داخلی دولت در بسیاری از زمینه‌ها تمسک به الزام‌های اجرایی را اجتناب‌ناپذیر می‌سازد. باید دید که دولت‌ها تا چه حد مجاز به نادیده گرفتن و یا نقض تعهدات معاهده‌ای خود با استناد به حقوق داخلی هستند. همان‌طور که دیدیم در جوامع درحال توسعه از جمله ایران، قوانین بالادستی مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی سختگیرانه است. از طرفی، دولت میزبان در مبارزه با انحراف و فساد اقتصادی که در مراحل مختلف سرمایه‌گذاری امکان وقوع می‌یابد، مسئولیت دارد. این مسائل ضرورت نظارت و دخالت دولت را از بعد منافع داخلی توجیه می‌کند.

### ۲. تعهدات حقوقی بین‌المللی

آیا از نظر حقوقی می‌توان ارتباطی میان الزام‌های اجرایی و تعهدات بین‌المللی طرف‌های اصلی سرمایه‌گذاری برقرار کرد؟ پاسخ به آن آسان نیست؛ از یک طرف تعهداتی به دولت‌ها تحمیل می‌شود، که مستلزم ابزار معینی است و الزام‌های اجرایی یکی از آن ابزارهاست، و از طرف دیگر، اسناد حقوقی متقاضی منع الزام اجرایی مانند تریمز، نفتا و معاهدات دوجانبه، باوجود تلاش برای منع انواع الزام‌ها، نسبت به نقش این الزام‌ها برای ایفای تعهدات آمره ساکت‌اند.

اگرچه منع الزام‌های اجرایی برای محدود کردن اختیارات حاکمیتی دولت‌های میزبان و برای منافع تجاری کاربرد دارد، اما اصول پذیرفته‌شده دیگری هم وجود دارد که تعهدات دولت‌ها را اولویت‌بندی می‌کند. معاهدات که از منابع اصلی حقوق بین‌الملل می‌باشند، مطابق ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین‌المللی دادگستری به عام و خاص تقسیم می‌شوند (ICJ Institute, 1945, Art. 38 [1] [a]). در معاهدات خاص، مانند معاهدات

دوجانبه سرمایه‌گذاری، اصل نسبی بودن حاکم است (Vienna Convention, 1969, Art. 34). تعهدات مبتنی بر منشور ملل متحد بر دیگر تعهدات اولویت دارد (UN Charter, Art. 103). مهم‌تر از همه، مسئولیت ناشی از قواعد آمره با مصداق‌هایی همچون نقض معاهدات تجاری دارای تفاوت‌گایی است (ICJ Reports, 1970, Paras. 33-35). بحث سرمایه‌گذاری با موضوعات مهم توسعه کشور میزبان، حقوق بشر و محیط زیست گره می‌خورد (Zilman et al., 2002, p. 50). گرچه دولت‌های متعهد به تعهدات معاهده‌ای، از قبیل رعایت رفتار ملی در تجارت پایبندند، اما به نظر می‌رسد این مسئله نمی‌تواند دلیلی بر نادیده گرفتن تعهدات مهم‌تری از جنس آمره و ارگامنس باشد (Brabandere, 2012, p. 5). برخی معتقدند که اگر در مراجع قضایی و داوری بر سر اجرای تعهدات طرفین سرمایه‌گذاری اختلافی مطرح شود، انتظار می‌رود که این مراجع حتی میان اصول مشترک حقوق بین‌الملل عرفی و یا اصول کلی حقوقی و تعهدات خاص معاهده‌ای و قراردادی مانند توافق بر سر منع برخی الزام‌های اجرایی تفاوت قائل شوند (Lowenfeld, op.cit, p. 586).

### ۳. توسعه پایدار، انتقال فناوری و منع الزام‌های اجرایی

امروزه برای فناوری‌های نوین، نقشی محوری در توسعه ملی قائل می‌شوند. اهمیت این پدیده در ارزش تجاری و اقتصادی آن خلاصه نمی‌شود، بلکه بسیاری از معضلات اقتصادی-اجتماعی به نقش دوگانه مثبت و منفی انواع فناوری‌ها گره خورده است. از میان موضوعات دیگر، بهترین مثالی که می‌توان در اینجا به‌اجمال به آن اشاره کرد، همانا موضوع دامنه‌دار لزوم انتقال فناوری مناسب برای حل مشکلات تغییرات آب و هوایی است. ماجرای انتقال فناوری فقط مربوط به الزام‌های اجرایی نیست، بلکه این مسئله هم‌زمان سرمایه‌گذاری خارجی و همواره محل اختلاف میان شمال و جنوب بوده است (Alberts, 1992, pp. 65-66). هنوز هم برخورداری از فناوری بالا یکی از امتیازات منحصربه‌فرد شرکت‌های چندملیتی است و دسترسی به آن از اهداف عمده کشور میزبان شمرده می‌شود (Cassese, 2001, p. 410; Sornarajah, op.cit, p. 47). بنابراین، الزام سرمایه‌گذار به وارد کردن فناوری‌های متناسب با نیازهای اقلیمی دولت میزبان در قالب توافق‌های سرمایه‌گذاری عجیب نیست (UNCTAD, op.cit, 2003, p. 119). این خواسته به‌مرور زمان با درج در برخی معاهدات و کنوانسیون‌ها (مانند معاهده عدم گسترش سلاح‌های هسته‌ای «NPT-1968» و کنوانسیون حقوق دریاها) به صورت یک



تعهد حقوقی ظاهر شده و کشورهای توسعه‌یافته را به انتقال فناوری به کشورهای در حال توسعه و کمتر توسعه‌یافته متعهد کرده است (Alberts, op.cit, p. 6).

در این بحث که آثار حقوقی گسترش قلمرو منع الزام‌های اجرایی در سرمایه‌گذاری مطرح است، بررسی تسری قید منع به انتقال فناوری را از اهمیت ویژه برخوردار می‌کند (UNCTAD, 2006, p. 1). در کنوانسیون تغییرات آب و هوایی سازمان ملل متحد (United Nations Framework Convention on Climate Change/ UNFCCC, 1992) نیز تأکید شده است که دولت‌های توسعه‌یافته در حمایت از کشورهای در حال توسعه و کمتر توسعه‌یافته، برای انتقال فناوری‌های ضروری در موضوع محیط زیست و تغییرات آب‌وهوایی گام‌های عملی را برخواهند داشت (UNFCCC, 1994, Art 4). اگرچه در این کنوانسیون تعریفی از فناوری و انتقال فناوری داده نشده است، اما تردیدی نیست که اهداف حقوق بشری و زیست محیطی بر منافع تجاری ناشی از انتقال فناوری غلبه دارد. به‌علاوه، موضوع تغییرات آب و هوایی بیش از دو دهه است که در چارچوب فعالیت‌های سازمان ملل ادامه دارد و هنوز به نتیجه مشخصی دست نیافته است. بخش اعظم این ناکامی به مواضع ناهماهنگ دولت‌ها و شرکت‌های سرمایه‌گذار در بحث فناوری برمی‌گردد. در UNFCCC که در سال ۱۹۹۲م در ریو امضا شد، به ارتباط نزدیک تغییرات مخرب آب و هوایی با موضوع انتقال فناوری اشاره و توصیه‌هایی شد و نیز یک بار دیگر در نشست ۲۰۰۷م اعضا در بالی بر نقش محوری فناوری در کنترل این تغییرات تأکید و تأکید گردید (ICHRP, 2011, p. IX). اهمیت و نقش آن در نشست‌های کپنهاگ ۲۰۰۹م، و کانکن ۲۰۱۰م برای حل مشکل جهانی تغییرات آب‌وهوایی مورد توجه قرار گرفت (Ibid) و نیز بر اهمیت آن در نشست‌های دوربان ۲۰۱۱م و دوحه ۲۰۱۲م تأکید شد (UNFCCC, 2012)؛ اما مشکل همچنان پا برجاست؛ چراکه آشکار است اگر دولت میزبان از الزام سرمایه‌گذار برای انتقال فناوری مناسب منع شود، چه پیش خواهد آمد.

### داوری بین‌المللی

آرا و نظریه‌های داوری‌های بین‌المللی به‌عنوان رکن مهم توسعه حقوق سرمایه‌گذاری

۱۱. این کنوانسیون که در نشست سران کشورها در ریو در سال ۱۹۹۲م به امضا رسید، در مارچ ۱۹۹۴ لازم‌الاجرا گردید و تاکنون بیش از ۱۹۰ کشور آن را به تصویب نهایی رسانده‌اند. برای دریافت اطلاعات بیشتر نک:

بین‌المللی نقش مهمی در بحث ما ایفا می‌کند. نوع برخورد داوری‌ها در تعارض میان هنجارها و تعهدات خاص تجاری دارای اهمیتی اساسی است. داوری‌های سرمایه‌گذاری عمدتاً از ورود به موضوع تعارضات بین‌رژیمی به بهانه‌های صلاحیتی خودداری کرده‌اند و این در حالی است که حقوق حاکم بر داوری‌ها در مجموع شامل حقوق بین‌الملل هم می‌شود و محدود به مندرجات معاهدات دوجانبه حمایت از سرمایه‌گذاری نیست. در واقع، رابطه و تعامل میان حقوق سرمایه‌گذاری و حقوق بین‌الملل بشر از پیچیدگی خاصی برخوردار است و در جای خود قابل بررسی و ارزیابی است. نکته قابل طرح این است که در چارچوب حقوق بین‌الملل، دولت میزبان است که مسئول عواقب بین‌المللی عملیات سرمایه‌گذاری است. سرمایه‌گذار پاسخگوی رعایت حقوق بشر و محیط زیست در محاکم بین‌المللی نیست؛ بنابراین، تعارض بین دو سری از حقوق به‌آسانی قابل حل نخواهد بود. شاید به دلیل همین پیچیدگی است که داوری‌ها علاقه‌ای برای ورود به این مسائل نشان نمی‌دهند. البته رویه محاکم منطقه‌ای ممکن است متفاوت باشد، ولی سکوت معاهداتی مثل نفتا و ای، سی، تی و نیز معاهدات دوجانبه در قبال مسائل حقوق بشری نقش مهمی در توجیه داوری‌ها از این تفری ایفا می‌کند.

برای نمونه، در اختلاف ازوریکس علیه آرژانتین، دولت آرژانتین ادعا می‌کند که مداخله دولت در جریان سرمایه‌گذاری، دلیل و توجیه حقوق بشری داشته است و دیوان می‌بایست در دفاع از حقوق عامه به نفع حقوق بشر رای دهد، ولی دیوان با این توجیه که استدلال دولت آرژانتین برای ارتباط موضوع اختلاف با جنبه حقوق بشری آن کافی نبوده است، ادعای این دولت را نمی‌پذیرد (ICSID, 2006, CASE No. ARB/01/12, p. 89).<sup>۱۲</sup> ملاحظه می‌شود که دیوان بر اصل ادعای دولت آرژانتین ایرادی وارد نمی‌کند. شاید کسی ادعا کند که دیوان به استناد دفاع سرمایه‌گذار گفته است که چون مطابق مقررات معاهده سرمایه‌گذاری، خدمات‌رسانی از سوی شرکت طرف قرارداد ادامه داشته<sup>۱۳</sup>، پس نقض حقوق بشر در میان نبوده است. در جواب باید گفت که مشکل اصلی همین‌جاست؛ دیوان حاضر نشده است از معاهده حمایت سرمایه‌گذاری و ادعای خواهان خارج شود و به این

۱۲. دیوان یادشده در پاراگراف ۲۶۱ چنین می‌گوید:

"The Respondent has also raised the issue of the compatibility of the BIT with human rights treaties. The matter has not been fully argued and the Tribunal fails to understand the incompatibility in the specifics of the instant case...".

13. "...The services to consumers continued to be provided without interruption by ABA during five months after the termination notice and through the new provincial utility after the transfer of service."

مسئله از زاویه حقوق بین‌الملل نگاه کند. البته قضیه ازوریکس یک نمونه است و شاید نتوان براساس آن این‌چنین نتیجه‌گیری کلی به عمل آورد. اما وقتی این امر در مقطع زمانی مشخصی تبدیل به رویه دآوری شود، چنان ادعایی بی‌جا نخواهد بود. برای مثال در اختلاف بایلون علیه غنا (Bilone v. Gana)، دیوان دآوری در خصوص بازداشت ۱۳ روزه یک سرمایه‌گذار خارجی در غنا که در نهایت به کشور توگو دیپورت شد، چنین استدلال کرد که دیوان برای ورود به دعوا صالح نیست؛ چراکه صلاحیت آن محدود به موافقت طرفین سرمایه‌گذاری است که همانا محدود به اختلافات برخاسته از خود سرمایه‌گذاری است، نه رسیدگی به نقض حقوق بشر (ILR, 1989, p. 184). در دعوی کانل تونل گروپ علیه فرانسه و انگلیس (Channel Tunnel v. France & UK) نیز دیوان چنین موضعی را اتخاذ کرد (www.pca-cpa.org, 2007). مثال دیگر دعوی زیمنس علیه آرژانتین (Siemens v. Argentina) است که دیوان به ادعای ارتباط حقوق بشری در قضیه که از سوی خوانده (دولت) مطرح گردید، به دلایل مشابه وارد نشد (ICSID Case No. ARB/02/08, 2007).

در مجموع می‌توان گفت که رژیم سرمایه‌گذاری با قید «منع الزام‌های اجرایی» دولت‌ها را با تعهدات متعارض داخلی و بین‌المللی روبرو می‌سازد. در عمل نوعی تعارض در منافع خصوصی در قالب سرمایه‌گذاری و منافع عمومی بین‌المللی در چارچوب ضرورت‌ها و نیازهای عمومی (erga omnes) در جریان است که یکی از طریق «منع الزام‌های اجرایی» در صدد تقویت خصوصی‌سازی و محدود کردن اختیارات حاکمیتی است، و دیگری در تلاش برای توسعه مسئولیت بین‌المللی دولت در توسعه پایدار و کاهش فقر عمومی است. در مثال انتقال فناوری دیدیم که با وجود برخی اسناد، مطلق انتقال فناوری به کشورهای در حال توسعه جنبه الزام‌آوری ندارد و اگر برخی کشورها یک‌جانبه و مقطعی به آن عمل می‌کنند، امری داوطلبانه تلقی می‌شود و آن‌طوری که در استدلال دیوان در دعوی نیکاراگوئه علیه امریکا نیز آمده، کمک یک‌جانبه می‌تواند با تصمیم یک‌جانبه متوقف شود (I.C.J. Reports, 1986, p. 138, para 276). بنابراین، اهمیت موضوع در حدی است که می‌تواند توجه بین‌المللی را برای توافق حقوقی همه‌جانبه جلب کند. مطالعات کمیسیون حقوق بین‌الملل در این زمینه (UN Doc. A/CN.4/L.682, ILC, 2006) می‌تواند مرجع مناسبی برای تحقیق جدید باشد.

### نتیجه

این نوشتار به موضوع تغییر دیدگاه برخی کشورها نسبت به نقش و جایگاه «الزام‌های

اجرایی» (Performance Requirments) می‌پردازد. الزام اجرایی در تاریخ سرمایه‌گذاری خارجی مورد استفاده دولت‌های میزبان بوده است. این قید، به‌عنوان ابزاری که استقلال میزبان را در قبال نفوذ شرکت‌های چندملیتی تضمین می‌کند، از سوی این کشورها حمایت شده است؛ اما دولت‌های توسعه‌یافته در چارچوب ایده اقتصاد آزاد و در قالب تریمز، نفتا و معاهدات دوجانبه، خواستار منع این الزام‌ها هستند. چنین اختلافی، تعارض میان تعهدات دولت‌ها را موجب می‌شود. این تحقیق، همکاری بین‌المللی را برای حل این مشکل ضروری می‌داند. پیشینه‌های عملی، اکتفای دولت‌ها به منع الزام‌های اجرایی در حد مقررات سازمان جهانی تجارت است؛ چراکه مذاکره‌کنندگان در مذاکرات تریمز، منافع طرفین را به‌طور نسبی در نظر گرفته‌اند، وگرنه گسترش قلمرو منع الزام‌های اجرایی در سرمایه‌گذاری خارجی به مشکلات حقوقی پیچیده‌تری دامن می‌زند.

## منابع و مآخذ

### الف) فارسی

۱. اخلاقی، بهروز (۱۳۹۲)، روند جهانی شدن تجارت و جایگاه ایران در سازمان جهانی تجارت، به اهتمام سید قاسم زمانی، جامعه بین‌المللی و حقوق بین‌الملل در قرن ۲۱: مجموعه مقالات اهدایی به استاد دکتر محمد رضا ضیائی بیگدلی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۲. امانی، مسعود (۱۳۸۹)، حقوق قراردادهای بین‌المللی نفت، تهران، انتشارات دانشگاه امام صادق (ع).
۳. پیران، حسین (۱۳۸۹)، مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری خارجی، تهران، انتشارات گنج دانش.
۴. توسلی جهرمی، منوچهر (۱۳۸۱)، "قراردادهای بین‌المللی ساخت، بهره‌برداری و انتقال (BOT)"، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۵۸، تهران، دانشگاه تهران، ص ۹۵-۱۱۵.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۷۸)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، جلد اول، تهران، کتابخانه گنج دانش.
۶. ریاست جمهوری- معاونت حقوقی و امور مجلس (۱۳۸۵)، مجموعه قوانین و مقررات سرمایه‌گذاری، تهران، اداره چاپ و انتشار معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات.
۷. حسینی، به آذین (۱۳۹۰)، دولت و سرمایه‌گذاری خارجی: استانداردهای بین‌المللی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۸. دالزر، ردلف و شروتر، کریستف (۱۳۹۱)، اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، ترجمه سید قاسم زمانی و به آذین حسینی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی.
۹. زارع، محمد حسن (۱۳۸۵)، سرمایه‌گذاری خارجی و سازمان تجارت جهانی: با نگاهی به وضعیت ایران، تهران، شرکت چاپ و نشر بازرگانی.

۱۰. آیگناس زایدل، هوهن فلدرن (۱۳۷۹)، حقوق بین‌الملل اقتصادی، ترجمه و تحقیق سید قاسم زمانی، چاپ اول، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی.
۱۱. شرکت ملی نفت ایران (۱۳۹۰)، گزیده قوانین و مقررات حاکم بر صنعت نفت، چاپ دوم، تهران، روابط عمومی شرکت ملی نفت ایران.
۱۲. شیروی، عبدالحسین و پور اسماعیلی، علیرضا (۱۳۹۰)، "مطالعه تطبیقی الزام سهم داخل در قوانین و مقررات ایران و مقررات سازمان تجارت جهانی"، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۷۴، ص ۴۱-۶۸.
۱۳. عرفانی، محمود (۱۳۸۹)، حقوق تجارت بین‌الملل، پنج جلد، جلد پنجم، تهران، انتشارات جنگل.
۱۴. علیدوستی، ناصر (۱۳۸۶)، "منافع ملی در معاهدات و اسناد تجارت بین‌الملل"، فصلنامه مطالعات راهبردی، سال دهم، شماره دوم (۳۶)، صص ۳۳۴-۳۵۷.
۱۵. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۸)، الزام‌های خارج از قرارداد: ضمان قهری، جلد دوم، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۶. کاشانی، سید صادق (۱۳۸۸)، توسعه میادین نفت و گاز، تهران، مرکز پژوهش‌های مجلس شورای اسلامی.
۱۷. کیائی، عبدالله (۱۳۷۶)، الزامات بایع و مشتری قبل و بعد از تسلیم مورد معامله، تهران، چاپ سیاوش.
۱۸. لوونفلد، آندریاس (۱۳۹۰)، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، ترجمه قنبری جهرمی، تهران، جنگل.
۱۹. معین، محمد (۱۳۵۳)، فرهنگ فارسی، جلد اول، چاپ دوم، تهران، مؤسسه انتشارات امیر کبیر.

## ب) خارجی

20. Albers, C. M (1992) "Technology Transfer and Its Role in International Environmental Law: A Structural Dilemma," 6 *Harvard Journal of Law & Technology* pp. 63-84.
21. Arts, Bas (2000), "Regimes, non-State actors and the State system: A 'structural' regime model," 6(4) *European Journal of International Relations*, pp. 513- 542, at <http://ejt.sagepub.com/content/6/4/513> (1392/02/02).
22. Azurix v. Argentina, Award, ICSID CASE No. ARB/01/12, [2006] 89.
23. Brabandere, Eric De (2012), "Human Rights Considerations in International Investment Arbitration," Grotius Centre for International Legal Studies, Leiden University, pp. 1-26.
24. Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana, (1989), Investments Centre and the Government of Ghana (UNCITRAL), Award on Jurisdiction and Liability, 95 ILR [1989]184.
25. Burt, Eric M (1997), "Developing Countries and the Framework for Negotiations on Foreign Direct Investment in the World Trade Organization," 12 (6) *American University Journal of International Law and Policy*, pp. 1016-1061.
26. Caruba, S. L (2006), "Globalization as a Nexus between the Historical Narratives of International Law and Commercial Law," 3 *The New Zealand Postgraduate Law E-Journal*, pp. 1-105.

27. Cassese, A (2001), International Law, London, UK, Oxford University Press.
28. Channel Tunnel Group v. France and United Kingdom, Partial Arbitral Award, [2007], para. 148, at [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp? pag\\_id=1184](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1184) (09/12/2014).
29. Dolzer, R, & Schreuer, C (2008), Principles of International Investment Law, Oxford.
30. Chang, Ha-Joon, (2004), "Regulation of foreign investment in historical perspective," 16 (3) *The European Journal of Development Research*.
31. ICHRP, (2011), "Beyond technology transfer: Protecting human rights in a climate-constrained world," 17 rue Ferdinand-Hodler CH-1207 Geneva, Switzerland, pp 1-128, available at [www.ichrp.org](http://www.ichrp.org) (01/02/2014) .
32. ICJ, (1970), Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd, (Belgium v Spain) Second Phase, Huge, ICJ Reports.
33. International Law Commission, (2006), Final Report of the ILC Study Group on the issue of Fragmentation of International Law, UN Doc. A/CN.4/L.682.
34. ADF Group INC. v US, ICSID, Case No. ARB(AF)/00/1, [2003], ICSID Review-Foreign Investment Law Journal.
35. International Institute for Sustainable Development (IISD), (2012), available at: [www.iisd.org/investment](http://www.iisd.org/investment) (04/01/ 2014).
36. Lowenfeld, A. F .(2008), International Economic Law, 2<sup>nd</sup> Edition, Oxford University Press.
37. Maxwell, R. C and B. M, Kramer, (2007), Oil and gas case and material, 8<sup>th</sup> edition, US, Foundation press,
38. Muzaka, Valbona, (2010), "Linkages, contests and overlaps in the global intellectual property rights regime," 17(4) *European Journal of International Relations*, pp. 755–776, at <http://ejt.sagepub.com/content/17/4/755> (04/22/2013).
39. NAFTA ,(1994 ), <http://www.nafta-sec-alena.org/en/view>, A1106 (06/ 11/2013).
40. OECD Doc ,(1997), at [www.oecd.org](http://www.oecd.org) (04/12/2013).
41. Salacuse, Jeswald W, (2010), "The Emerging Global Regime for Investment," 51 (2) *Harvard International Law Journal*, pp. 427-473.
42. Salacuse, Jeswald W ,(2010). The Law of Investment Treaties, Oxford University Press.
43. Siemens v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/08, Award, [2007], Para 75.
44. Sornarajah, M, (2004), The International Law on Foreign Investment, 2<sup>nd</sup> Edition, Cambridge University Press.
45. U.S., (2004), US BIT Model 2004, at [http://www.ustr.gov/archive/assets/Trade\\_Sectors/Investment/Model\\_BIT/asset\\_upload\\_file847\\_6897.pdf](http://www.ustr.gov/archive/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf). (09/12/2013)
46. UN ,(1974), The UNGA Res. on the Charter of Economic Rights and Duties of States (CERD), No. 3281 (XXIX) of 12 December, New Yourk, United Nations.
47. UN, (1945) Charter of the United Nations and Statute of the International Court of Justice, Reprint October 1997, UN Information Center in Tehran.
48. Uited Nations, (1969), Vienna Convention on the Law of Treaties, Done on 23 May 1969. Entered into force on 27 January 1980, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.
49. UN, (1982), UN Convention on the Law of the Sea (UNCLOS III), UN/ Doc. A/CONF.62/122, New Yourk, United Nations.

50. UNCTAD, (2003), World Investment Report, United Nations Publication, Geneva.
51. UNCTAD, (2007), Elimination of Trims: the Experience of Selected Developing Countries, United Nations Publication.
52. UNCTAD, (2012), World Investment Reports Overview, United Nations Publication.
53. UNCTAD, (2003), Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries, UNCTAD / ITE / IIA / 2003/7, United Nations, Geneva.
54. UNCTAD, (2001), Transfer of technology, issues in international investment agreements, United Nations, New York and Geneva.
55. UNCTAD, (2006), A guide to technical cooperation, New York and Geneva, 2006.
56. UNFCCC, (1994), United Nations Framework Conference on Climate Change, 1992 at [unfccc.int/documentation/documents/items/3595.php](http://unfccc.int/documentation/documents/items/3595.php) (10/17/2013).
57. US BIT Model, (2012), at [http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT\\_text\\_09/12/2013](http://www.ustr.gov/sites/default/files/BIT_text_09/12/2013).
58. Vandavelde, K. J., (2005), The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty, in Beveridge, F, (ed.), Globalization and International Investment, Ashgate Publication.
59. WTO, (1998), case Nos. 58 (and 61), 'shrimp-turtles', India etc versus US: available at [www.wto.org/english/tratop\\_e/envir\\_e/edis08\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis08_e.htm) (03/16/2014).
60. WTO, (2001), Measures-TRIMs, <http://www.docstoc.com/docs/38380068/WTO-Trade-Related-Investment-Agreement> (08/21/2013).
61. Zilman, D. N (et al.) , (2002), Human Rights in Natural Resource Development: Public Participation in the Sustainable Development of Mining and Energy Resources, Oxford.