

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات ۱۱۲ - ۱۰۳

## تبیین و بررسی چیستی و اعمال اصل عدم تبعیض در قراردادهای گروه بی

پروانه زمانی جباری<sup>۱</sup>مسعودرضا رنجبر<sup>۲</sup>رضا زارعی<sup>۳</sup>مصطفی ماندگار<sup>۴</sup>

### چکیده

مشارکت‌های عمومی - خصوصی یکی از اشکال اصلی تامین منابع و اجرای پروژه‌های زیربنایی در کشورهای در حال توسعه می‌باشد. قراردادهای (گروه بی) از جمله موفقترین و موثرترین قراردادهای در این حوزه می‌باشند که همین مسئله موجب رشد چشمگیر این قراردادهای شده و تدوین مقررات و قوانین ناظر بر انعقاد و اجرای آن از سوی دولت‌ها را نیز در پی داشته است.

در واقع، چهارچوب کنونی دسته بندی قراردادهای در قالب قرارداد بی. او. تی، ساخته و پرداخته مهندسان و بر اساس نیازهای آنان بوده و اصول حقوقی در آن رعایت نشده است. لذا دسته بندی فعلی دارای چند ایراد اساسی است، از جمله، عدم توجه به ماهیت قراردادهای عدم توجه به ارکان قراردادهای و عدم توجه به اصول تقسیم بندی در علم حقوق. بررسی دقیق این قراردادهای نشان می‌دهد، تفاوت‌های برخی از قراردادهای مزبور با قرارداد بی. او. تی به حدی است که نمی‌توان آنها را قسیم قرارداد بی. او. تی دانست و تقسیم بندی صحیح این قراردادهای، قراردادن آنها در قالب (گروه بی) و زیرگروه قراردادهای گروه بی. او و دی. بی. است.

### واژگان کلیدی

سرمایه گذاری خارجی، مشارکت عمومی - خصوصی، گروه بی، قرارداد ساخت، قرارداد طراحی و ساخت.

۱. گروه حقوق، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.

Email: parvanehzamanijabari@gmail.com

۲. گروه حقوق، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران (نویسنده مسئول).

Email: masoodreza.ranjbar@gmail.com

۳. گروه حقوق، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.

Email: rezazareie@yahoo.com

۴. گروه حقوق، واحد شیراز، دانشگاه آزاد اسلامی، شیراز، ایران.

Email: drmandegar@gmail.com

پذیرش نهایی: ۹۸/۱۰/۱۷

تاریخ دریافت: ۹۸/۸/۱۴

## طرح مسأله

در دو دهه اخیر بیشتر دولت‌ها استفاده از روابط عمومی-خصوصی<sup>۱</sup> را جهت سرمایه‌گذاری و بهره‌برداری از تجهیزات افزایش داده‌اند. یکی از اشکال متداول روابط عمومی-خصوصی، استفاده از قراردادهای ساخت (گروه بی) است که بر اساس آن بخش خصوصی یک پروژه زیرساختی را ایجاد کرده و برای یک دوره امتیاز تعریف شده به بهره‌برداری می‌رساند و سپس آن را به مسئولین دولتی واگذار می‌نماید. در اکثر موارد، اینگونه قراردادهای امتیاز جهت سرمایه‌گذاری در زیرساختهای حمل و نقل مثل بزرگراه‌ها، تونل‌ها، فرودگاه‌ها، بندرها، پل‌ها، کانال‌ها، راه آهن و سیستم حمل و نقل قطار مورد استفاده قرار گرفته‌اند. همچنین از این قالب قراردادی جهت سرمایه‌گذاری در پروژه‌های نیروگاه‌ها، تامین آب، سد، آبیاری، زهکشی و فاضلاب و تا حدی مدیریت پسماند آب و زیرساختهای مخابرات استفاده می‌گردند. علیرغم شهرت و اعتبار عملی آنها، تحقیقات علمی کمی به بررسی این مقوله پرداخته است. (۱)

به طور معمول به منظور ترغیب سرمایه‌گذاران خصوصی در جهت سرمایه‌گذاری در پروژه‌های زیرساختی بسیار پرهزینه و با ریسک بالا، دولت‌ها بایستی به دارندگان امتیاز در طی فعالیت‌هایشان اجازه پرداخت نمایند. در قرن ۱۷ و ۱۸ بیشتر این امتیازات فاقد هرگونه نظم خاصی بودند، بدین شکل که دارندگان امتیاز، دارای حقوق انحصاری در قبال زیرساخت‌های خود بودند. در بین قراردادهای تامین مالی، ویژگی متمایز قراردادهای (گروه بی) در واگذاری مسئولیت‌های بهره‌برداری و منافع به دارنده امتیاز خصوصی برای یک دوره زمانی تعریف شده است. دوره‌های امتیاز در کارکرد زمان مورد نیاز برای بهبود هزینه‌های ارزیابی شده تجهیزات با هم متفاوت هستند.

گادوین، ویلیام و محمدصالح جابری در کتاب قراردادهای ساخت و ساز بین‌المللی به همراه تفسیر فرم‌های طراحی و ساخت فیدیک، ابتدا به بررسی انواع قراردادهای ساخت و ساز بین‌المللی، از جمله قراردادهای بی. او. تی پرداخته و ضمن بررسی انواع قرارداد و حقوق و تعهدات طرفین در آنها، قراردادهای نمونه کمیته فیدیک در این زمینه را نیز مورد بررسی و تفسیر قرار داده است. با این حال در کتاب مزبور، کلیه قراردادهای گروه بی در زیرمجموعه و به عنوان اقسام قرارداد بی. او. تی مورد بررسی قرار گرفته است که این مسئله نقص تالیف مزبور تلقی می‌شود.

صادقی، محسن در مقاله بررسی قراردادهای بین‌المللی ساخت، بهره‌برداری و واگذاری (BOT) و جایگاه آن در نظام حقوقی ایران به بررسی قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و

واگذاری یا بی.اوتی (BOT)، امروزه اهمیت بسزایی در نزد متخصصان حقوق و اقتصاد پرداخته است. برای موفقیت بی.اوتی، دولت باید بستر مناسب اقتصادی، سیاسی و بویژه حقوقی را برای سرمایه گذار خصوصی فراهم سازد. تنها متن قانونی موجود در نظام حقوقی ایران که به این قرارداد پرداخته است، قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی است که البته درباره بسیاری از جنبه های بی.اوتی ساکت است. در اینجا قصد داریم به تبیین و بررسی چپستی و اعمال اصل عدم تبعیض در قراردادهای گروه بی بپردازیم.

### ۱- مفهوم قراردادهای (گروه بی)

قراردادهای (گروه بی)، قراردادهایی هستند که در آن طرحی با مجوز اصیل (دولت میزبان)، برای ساخت به یک شرکت خصوصی واگذار شده، شرکت خصوصی تامین مالی پروژه را برعهده داشته و پس از ساخت، امتیاز بهره برداری از طرح برای مدتی به شرکت سازنده داده شده و بعد از انقضای مدت قرارداد، مالکیت طرح به دولت طرف قرارداد انتقال می یابد. بر این اساس، انواع قراردادهای (گروه بی) عبارتند از:

۱. قراردادهای بی او تی.<sup>۱</sup>
۲. قراردادهای بی. او. او تی.<sup>۲</sup>
۳. قراردادهای بی. او. او.<sup>۳</sup>
۴. قرارداد بی. ال. تی.<sup>۴</sup>
۵. قراردادهای دی. بی. اف. او.<sup>۵</sup>
۶. قراردادهای دی. بی. او تی.<sup>۶</sup>
۷. قراردادهای دی. سی. ام. اف.<sup>۷</sup>

شرح مبسوط این قراردادها و تقسیم بندی نوین آنها ذیل عنوان (گروه بی) در مباحث بعدی به نحو مبسوط مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

در حقوق کامن لا، در یک قالب قراردادهای متعارف (گروه بی)، پروژه ای با مجوز دولت توسط یک شرکت خصوصی ساخته می شود و پس از ساخت، برای مدتی، مورد بهره برداری آن شرکت قرار می گیرد و پس از انقضای مدت قرارداد، پروژه به دولت طرف قرارداد منتقل می شود. (۲)

- 
- 1- Build-operate-transfer (B.O.T).
  - 2- BOOT (Build-Own-Operate-Transfer).
  - 3 - BOO (Build-Own-Operate).
  - 4- BLT (Build-Lease-Transfer).
  - 5- DBFO (Design-Build-Finance-Operate).
  - 6- DBOT (Design-Build-Operate-Transfer).
  - 7- DCMF (Design-Construct-Manage-Finance).

## ۲- تقسیم بندی قراردادهای (گروه بی)

قراردادهای (گروه بی) ممکن است به صورت سه عاملی که از این پس قراردادهای زیرگروه بی. او. نامیده می شوند یا قراردادهای دو عاملی که از این پس قراردادهای زیرگروه دی. بی. نامیده می شوند منعقد گردند.

### الف: قراردادهای دسته بی. او. (قراردادهای سه عاملی)

در این قرارداد منظور از سه عامل اصیل (کارفرما) طراح و شرکت پروژه می باشد. در این روش اصیل از طریق قراردادهای جداگانه با طراح و سازنده (یا شرکت پروژه)، پروژه را به اجرا در می آورد.

### ب: قراردادهای دسته دی. بی. (قراردادهای دو عاملی)

در این قرارداد منظور از دو عامل اصیل و شرکت پروژه است. در این روش اصیل از طریق یک قرارداد واحد با شرکت پروژه (طراح - سازنده)، خدمات طراحی و ساخت پروژه را تحصیل می نماید.

## ۳- شرط عدم تبعیض

شرط عدم تبعیض در خصوص مشروعیت اقدام دولت در سلب مالکیت، از جمله شروط شناسایی شده در حقوق بین الملل عرفی و حقوق معاهده ای است. معنا و محتوای دقیق این عبارت چندان روشن نیست، اما به نظر می رسد که منظور از سلب ملکیت تبعیض آمیز، اقدامی باشد که بدون دلیل موجهی، شخص یا گروهی از افراد را هدف گرفته باشد. به عبارت دیگر، این شرط به این معناست که سلب مالکیت از برخی بیگانگان یا بیگانگان تابع ملیتی خاص و یا برخی افراد خاص بیگانه، مغایر حقوق بین الملل است. بنابراین، «تبعیض» به معنای «تفکیک غیر موجه» است و چنانچه سلب مالکیت از برخی اشخاص، بنا به دلایل امنیتی یا اقتصادی و به طور کلی دلایل موجه صورت گرفته باشد، نامشروع نخواهد بود.

رویه داوری بین المللی نیز، شرط عدم تبعیض را برای مشروعیت بخشیدن به اقدامات منجر به سلب مالکیت، لازم دانسته است. (۳)

در این خصوص، ابتدا به سراغ دعاوی نفتی علیه دولت لیبی می رویم. داور منفرد، در پرونده شرکت بی پی علیه لیبی<sup>۱</sup>، مصادره صورت گرفته را اقدامی نامشروع و در مغایرت با حقوق بین المللی عمومی می دانست. زیرا از نظر وی، این اقدام با انگیزه های سیاسی و به صورت تبعیض آمیز، مشروع نیست. وی اعلام نمود:

«واضح و مبرهن است که عدم تبعیض از جمله شروط اعتبار و مشروعیت ملی سازی محسوب می شود. این قاعده ای است که در تئوری و رویه حقوق بین المللی، تثبیت شده و

1- BP Exploration Co (Libya) v Hunt (No 2) [1983] 2 AC 352.

بنابراین ملی سازی با ماهیت تبعیض آمیز، غلط و غیر قانونی است.»

مراجع داوری توجه خاصی به دلایل و انگیزه های دولت دارند و لزوماً در مواقعی که یک سرمایه گذار خارجی، موضوع مصادره بوده در حالی که سرمایه گذاری دیگر، مشمول این اقدام نبوده است، رأی به سلب مالکیت تبعیض آمیز صادر نمی کنند؛ بلکه صدور چنین رأیی، علاوه بر این واقعیات، مستلزم عدم وجود دلایل موجه برای تبعیض است.

#### ۴- اعمال شرط رفتار ملی و منصفانه

اصل عدم تبعیض که در ماده ۲ موافقتنامه سازمان تجارت جهانی به عنوان رفتار مبتنی بر دولت کامله الوداد نیز نام برده شده است، ناظر به رفع تبعیض در رفتار کشورهای عضو نسبت به یکدیگر است و بر پایه آن، هر امتیازی که یک کشور به کشور دیگر یا گروهی از کشورهای عضو اعطا می نماید، بدون هیچ قید و شرطی به سایر کشورهای عضو نیز تسری می یابد. به عنوان مثال، اگر عربستان بتواند امتیازی را از آلمان در جهت صادرات کالاهای خاصی به آن کشور اخذ نماید، در صورت عضویت ایران، خود به خود این امتیاز شامل ایران هم می شود (البته استثنایی هم برای این اصل در نظر گرفته شده است).<sup>(۴)</sup>

#### الف: شرط رفتار ملی<sup>۱</sup>

استاندارد رفتار ملی به دنبال برابری رفتار در قبال سرمایه گذاری خارجی در مقایسه با سرمایه گذاری داخلی است، بدین معنا که کنسرسیوم خارجی از حداقل رفتاری که با شرکت های داخلی در صنایع مشابه کشور میزبان می گردد، بهره مند شود. در اعلامیه سرمایه گذاری بین المللی و شرکت های فراملی «رفتار ملی» مذکور است. در مجموعه موافقتنامه های سرمایه گذاری بین المللی آنکتاد نیز می توان قواعد مربوط به رفتار ملی را مشاهده نمود.<sup>(۵)</sup> این مقرر در حقیقت حداقل حمایت حقوق بین الملل را از شرکت های فراملی فراهم می آورد. از سوی دیگر، استاندارد رفتار ملی، حداکثر حمایت حقوق اقتصادی از کنسرسیوم خارجی در کشور میزبان را تأمین می کند. هدف اصلی، الغاء تبعیض میان سرمایه گذاران خارجی و داخلی و رشد سرمایه گذاری در میان کشورهاست. اما زمانی که استانداردهای رفتار ملی پایین تر از استانداردهای بین المللی باشد، سرمایه گذاران به رفتار ملی بسنده نکرده و به دنبال کسب حداقل استانداردهای بین المللی هستند.

در مقابل دکترینی از سوی کشورهای در حال توسعه و مخصوصاً کشورهای امریکای لاتین در دهه های اخیر اتخاذ شده است به نام دکترین کالو<sup>۲</sup> که سرمایه گذار خارجی را تنها محق در دریافت حداقل رفتار ملی نموده حتی اگر این رفتار از حداقل رفتارهای بین المللی هم

1 - National treatment.

2- Calvo Doctrine

کتر باشد. (۶) چراکه استاندارد رفتار بین المللی را تبعیضی علیه واحدهای داخلی در نظر می‌گیرند. این دکتربین توسط کارلس کالو<sup>۱</sup> یکی از حقوقدانان برجسته آرژانتین مطرح شد. مطابق این دکتربین، بیگانه ای که برای تجارت وارد یک کشور می‌شود بطور ضمنی می‌پذیرد که حقوق او همانند اتباع داخلی آن کشور است و امتیاز و برتری نسبت به آن‌ها ندارد و قواعد و موازین حقوق بین الملل نمی‌تواند در تعیین حقوق وی مداخلیتی داشته باشد. (۷)

رفتار تبعیض آمیز خواه قانونی باشد یا عملی، موجد حق برای شرکت فراملی است. رفتار تبعیض آمیز زمانی محقق می‌گردد که در قوانین کشور میزبان، مقررات تبعیض آمیزی نسبت به سرمایه گذار خارجی پیش بینی شده باشد. اما زمانی که در قانون کشور میزبان مقرر تبعیض آمیز پیش بینی نشده اما دولت عملاً دست به اقدامات تبعیض آمیز علیه واحد خارجی می‌زند تبعیض عملی محسوب می‌گردد. رفتار دارای وصف تبعیض باید مشهود باشد و این شرکت است که ملزم به اثبات رفتار است.

### ب: رفتار ملت‌های کامله الوداد

شرط «ملت‌های کامله الوداد» نیز از جمله شروطی است که در عهدنامه‌ها و پیمان‌های بین المللی به کار می‌رود. طبق این تعهد، کشورها آزادی متقابل تجارت را برای یکدیگر به رسمیت شناخته و رفتار برابر با سرمایه گذاران خارجی و برابری در شرایط رقابتی را تضمین می‌کنند. مطابق این استاندارد که بیشتر در معاهدات دوجانبه به عنوان یکی از شروط مطرح می‌شود، حقوقی را که قانون داخلی به شرط رفتار متقابل برای اتباع کشورهای دیگر پذیرفته است، در مورد اتباع کشور طرف موافقتنامه نیز صریحاً پذیرفته است. (۸) اما این استاندارد نیز در حقوق عرفی بین الملل قابل مطالبه نبوده و در معاهدات دوجانبه و سایر پیمان‌های بین المللی گنجانده می‌شود. در صورتی که محدودیتی برای این شرط پیش بینی نشده باشد، قلمرو آن نامحدود است. عموماً این شرط به همراه شرط رفتار ملی در یک ماده از معاهده پیش بینی می‌شود. (۹)

### ج: رفتار منصفانه و بیطرفانه

رفتار منصفانه و بیطرفانه دارای مفهوم وسیع و تغییرپذیری است. معنای تحت اللفظی «منصفانه» به معنای رفتار عاری از تعصب، همراه با مساوات و مطابق با قانون است. رفتار منصفانه هم به رفتار خود شخص نظر دارد هم طرف مقابلش و بر برابری تاکید دارد و به دنبال ایجاد برابری در موقعیتهای گوناگون است. قاعده انصاف در حقوق کشورهای کامن لا بویژه انگلستان دارای ارزش و جایگاه قابل توجهی است. میل به بررسی واقعیت‌های مشخص یک موضوع برای تعیین اینکه آیا قانون به درستی بر آن اعمال شده است یا نیازمند ارزیابی مجدد

1- Carlos Calvo (1824-1906)

است از مفاهیم انصاف تلقی می‌گردد. بر این اساس اعمال قواعد با حساسیت و احتیاط برگزار می‌شود.

این شرط در قراردادهای سرمایه‌گذاری به منظور حمایت از سرمایه‌گذار به کار می‌رود. این نوع حمایت‌ها به عنوان مشوق‌های سرمایه‌گذاری مورد استفاده قرار می‌گیرند. نیاز کشور میزبان به جذب و حضور سرمایه‌گذاران خارجی ممکن است آنان را متعهد به چنین رفتاری نماید. (۱۰) در حقیقت کشور میزبان با دو مساله روبروست؛ اول نیاز به جذب سرمایه‌های خارجی و دوم مسئولیت‌های حقوقی در قبال سرمایه‌گذار خارجی. انعطاف این شرط موجب می‌گردد که کشورهای میزبان کمتر از به خطر افتادن قدرت حاکمیتی شان در دیوان‌های بین‌المللی بترسند.

### بند چهارم: معافیت‌های مالیاتی

معمولاً دولت‌ها با عنایت به سیاست‌های مالی خود ممکن است در مراحل مختلف قراردادهای (گروه بی) پاره‌ای مشوق‌ها و معافیت‌های مالی را در نظر بگیرند. معمولاً این مشوق‌ها و معافیت‌های مالیاتی در دوره بهره‌برداری که مرحله کسب منافع برای سرمایه‌گذاران خارجی است، از اهمیت بیشتری برخوردار است. از جمله این معافیت‌ها عبارت است از:

الف: معافیت از مالیات بر ثروت و دارایی،

ب: معافیت از پرداخت مالیات ارزش افزوده برای کالاهای سرمایه‌وارد شده و ... (۱۱). تا سال‌ها ایران تنها با دو کشور آلمان و فرانسه موافقتنامه دوجانبه اجتناب از اخذ مالیات مضاعف امضاء نموده بود؛ اما اکنون ۱۹ موافقتنامه دوجانبه اجتناب از اخذ مالیات مضاعف و ۴۰ موافقتنامه دوجانبه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری امضاء کرده که برخی هنوز در مراحل تصویب نهایی است. (۱۲)

موافقتنامه‌های دوجانبه راجع به اجتناب از مالیات مضاعف براساس طبیعت‌شان، با اصل رفتار مبتنی بر ملت کامله الوداد در تعارض هستند. با توجه به ماده ۱۴ موافقتنامه عمومی تجارت خدمات راجع به استثنائات کلی نقض رفتار مبتنی بر ملت کامله الوداد ماده ۲ این موافقتنامه در نتیجه موافقتنامه‌های راجع به اجتناب از مالیات مضاعف از ترتیبات موافقتنامه تجارت خدمات معاف است لکن نقص شرط رفتار ملی ماده ۱۷ موافقتنامه تجارت خدمات ناشی از موافقتنامه‌های راجع به اجتناب از مالیات مضاعف در اصل در قلمرو موافقتنامه عمومی تجارت خدمات می‌باشند، اما این موضوعات تابع مکانیسم کلی حل اختلاف نیستند. در عوض، با توجه به بند ۳ ماده ۲۲ موافقتنامه عمومی تجارت خدمات هر عضوی می‌تواند موضوعی را معطوف کند به شورای مربوط به تجارت خدمات که این موضوع بایستی به داوری برای قطعنامه‌های نهایی و الزامی فرستاده شود.

## نتیجه گیری

امروزه، سرمایه گذاری خارجی از جمله مهم ترین مباحث حقوقی در کشورهای در حال توسعه بوده و در این راستا شاهد تدوین قواعد و مقررات متعددی هستیم. این سرمایه گذاری‌ها در اشکال مختلفی صورت می‌گیرد که یکی از موفق ترین این شیوه‌ها، سرمایه گذاری عمومی - خصوصی است.

بررسی صورت گرفته در این پژوهش نشان داد که قراردادهای «گروه ب» یکی از موفقترین مصادیق قراردادهای این گروه هستند. این قراردادها با شیوه‌های سرمایه گذاری مستقیم خارجی تفاوت‌های چندی دارند که موجب ارجحیت استفاده از آنها شده است. تفاوت اصلی در این است که در اولی هر دو طرف قرارداد در تصمیم گیری، کنترل و فواید معامله سهیم می‌باشند.

اختلاف عمده دیگر، در بحث شیوه انتقال در قراردادهای گروه بی است که در برخی در قراردادهای به محض اتمام پروژه، به بخش دولتی تملیک شده و پس از آن به بخش خصوصی اجاره داده می‌شود. در برخی پس از اتمام، به مالکیت بخش خصوصی درآمده و پس از مدتی به دولت تملیک می‌شود و همین طور در سایر قراردادها بحث انتقال متفاوت است.

مورد دیگر، بحث تامین مالی پروژه است که در قراردادهایی که تامین مالی بر عهده «اصل» است نظیر قراردادهای مهندسی و طراحی، تامین کالا، ساخت و راه اندازی، «اصل» باید شیوه ی پرداخت هزینه های شرکت پروژه را در طول عملیات مشخص کند. همچنین باید متناسب با میزان بودجه و قدرت تامین مالی خود اقدام به اتخاذ یک روش کارآمد برای ساخت پروژه نماید.

در قراردادهایی که ریسک تامین هزینه بر عهده ی شرکت پروژه است نیز این مساله دارای اهمیت است زیرا هزینه های صورت گرفته باید از محل سود حاصل از پروژه پرداخت شود. از آنجایی که قراردادهای گروه بی اغلب بلند مدت است بنابراین نظارت بر صرف هزینه های شرکت پروژه از درجه ی اهمیت برخوردار است و «اصل» باید ضمن نظارت بر آن از مبالغ و نحوه ی هزینه ها آگاه باشد.

در صورتی که کشور میزبان به نحوی متعهد به اجرای رفتار ملی با واحدهای کشور مادر شده و این تعهد را به نحوی از انحاء نقض کرده باشد، شرکت فراملی محق در اقامه دعوی علیه کشور شناخته شده است. در اینصورت، شرکت مورد نظر باید ثابت کند که اولاً کشور میزبان، متعهد به انجام رفتار ملی شده است، ثانیاً سرمایه گذار داخلی در صنعت مشابه در کشور میزبان وجود دارد، ثالثاً رفتار کشور میزبان با وی از حداقل استاندارد رفتار ملی برخوردار نبوده است.



رفتار تبعیض آمیز خواه قانونی باشد یا عملی، موجد حق برای شرکت فراملی است.<sup>۱</sup> رفتار تبعیض آمیز زمانی محقق می‌گردد که در قوانین کشور میزبان، مقررات تبعیض آمیزی نسبت به سرمایه گذار خارجی پیش بینی شده باشد. اما زمانی که در قانون کشور میزبان مقرر تبعیض آمیز پیش بینی نشده اما دولت عملاً دست به اقدامات تبعیض آمیز علیه واحد خارجی می‌زند تبعیض عملی محسوب می‌گردد. رفتار دارای وصف تبعیض باید مشهود باشد و این شرکت است که ملزم به اثبات رفتار است.

### شرط

عدم تبعیض کلی کاملاً روشن نمی‌نماید که چه گروه همسانی میبایست برای ارزیابی تبعیض مدنظر قرار گیرد. مقایسه سرمایه گذاران خارجی با افراد داخلی و یا سرمایه گذاران ملی یا خارجی در همان صنعت میتواند معیار سنجش واقع گردد. همواره توصیه میشود که این مسئله در شرط عدم تمایز تصریح شود اما حتی اگر گروه معیار نیز مشخص شده باشد، برای سرمایه‌گذار مشکل است که تبعض واقعی را در دادگاه به اثبات برساند. در نتیجه شرط عدم تبعیض با عدم قطعیت های قانونی برای سرمایه گذار مرتبط میباشد.

شرط عدم تبعیض بعنوان یکی از شروط ثبات صرفاً برای برآورده ساختن نیازهای سرمایه گذاران طراحی نمیشوند. ماهیت قراردادهای دولتی که اغلب در مورد ذخایر تجدیدناپذیر یک کشور و حاکمیت دائمی دولتها میباشد مستلزم رعایت منافع عمومی ملی است. طبعاً دولت نیز تمایل به حمایت سرسختانه از منافع عمومی ملی به همراه تضمین بانبات شرایط در بهره برداری از چنین منابع کمیاب را دارا میباشد. در چنین شرایطی و همچنین نیاز به پرداختن به چنین منافع دوطرفه راهی را برای اضافه شدن شروط نبات باز میکند.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی

1- Feldman v. Mexico ICSID Case No ARB(AF)/99/1 award 16 December 2002 available on [www.naftaclaims.com](http://www.naftaclaims.com)

### فهرست منابع

1. Emmanuelle Auriol and Pierre M. Picard, A Theory of BOT Concession Contracts, 2010, p.2.
2. Ashish Gajurel (2013-07-07)."Promotion of public-private partnership". The Himalayan Times. Retrieved 15 September 2013, p. 76
3. Alidousti Shahraki, Nasser; Compensation for Expropriation in Foreign Investment, Journal: Judicial Law Perspectives »Spring and Summer 2009 - Nos. 46 and 47, p. 84
4. The OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises 27 June 2000; UNCTAD National Treatment Series on issues in international investment agreements, New York and Geneva, United Nations, 1999.
5. UNCTAD Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s , New York and Geneva, United Nations, 1998, p 59
6. Feldman v. Mexico ICSID Case No ARB(AF)/99/1 award 16 December 2002 available on [www.naftaclaims.com](http://www.naftaclaims.com)
7. Najafi Behzad, Transnational Corporations and Consumer Rights, Akhtar Publication, Tehran, First Edition 2007, p.
8. Kurtz Jurgen, The MFN Standard and Foreign Investment: An Uneasy Fit?, 6 *JWIT* ,2004, p. 861.
9. UNCTAD World Investment Report 2003, New York and Geneva, United Nations, 2003, Ch V.
10. Aminpour, p. 292.
11. Statistics of Iran Foreign Investment Promotion and Support Center Website (last visited 23/10/1395): [www.investiniran.ir](http://www.investiniran.ir)