

# پژوهش‌های حقوقی

شماره ۱۶

هزار و سیصد و هشتاد و هشت - نیمسال دوم

## مقالات

- دسترسی به وکیل در مرحله تحقیقات پلیسی
- حق بایع برای رفع عیب مبیع در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران
- مسؤلیت مدنی در قبال حوادث طبیعی (بررسی تطبیقی مبانی، محدودیت‌ها و رویه قضایی با تأکید بر زلزله)
- فسخ قرارداد کار در حقوق ایران پیش و پس از تصویب قانون رفع برخی از موانع تولید و سرمایه‌گذاری
- اجرای فراسرزمینی میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی با تکیه بر رویه کمیته حقوق بشر
- سیستم اطلاعاتی مطمئن در قانون تجارت الکترونیکی
- رویکرد متعارض دولت‌ها به حق تعیین سرنوشت خارجی: بررسی نظریات دولت‌ها در قضیه کوزوو
- ملاحظاتی بر شورای قانون اساسی فرانسه
- «رفتار عادلانه و منصفانه» دولت میزبان با پیمانکاران خارجی
- غرامت در دعاوی ناشی از قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی (غیر از سلب مالکیت)
- کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد و منابع طبیعی مشترک

## موضوع ویژه: حقوق نفت و گاز در نظام ملی و بین‌المللی

- چرا حقوق نفت و گاز؟
- پیوند میان بخش انرژی و مقررات سازمان جهانی تجارت
- ثبات قراردادی با تأکید بر نمونه قراردادهای اکتشاف و استخراج نفت
- شرکت‌های نفتی و معضل اعمال حمایت دیپلماتیک توسط ایران
- مالکیت خصوصی بر منابع نفت و گاز در حقوق ایالات متحد آمریکا
- حل اختلافات سرمایه‌گذاری در معاهده منشور انرژی و آثار حقوقی الحاق ایران به آن

## نقد و معرفی

- تأملی انتقادی بر لایحه «آیین دادرسی دیوان عدالت اداری»
- نقد و ارزیابی طرح نمایندگان مجلس جهت انتقال و دوره‌ای کردن مقر سازمان ملل متحد
- اجلاس کپنهاگ (۲۰۰۹) و ضرورت مقابله با تغییرات آب و هوایی





## حل اختلافات سرمایه‌گذاری در معاهده منشور انرژی و آثار حقوقی الحاق ایران به آن

دکتر محسن صادقی\*

بهنام غفاری فارسانی\*\*

انرژی بر حسب نقشی که امروزه ایفا می‌کند، ابعاد جهانی یافته و احکامی جهانی به خود اختصاص داده است.<sup>۲</sup>

**چکیده:** معاهده منشور انرژی، معاهده‌ای چندجانبه، برای برقراری حقوق و تعهدات قانونی نسبت به سرمایه‌گذاری، تجارت و سایر موضوعات راجع به حوزه انرژی نظیر ترانزیت، محیط زیست و انتقال تکنولوژی در سطح بین‌المللی محسوب می‌شود. این معاهده بر مبنای هویت طرفین درگیر، دو سیستم حل اختلاف یعنی سیستم حل اختلاف میان سرمایه‌گذار خصوصی با دولت و سیستم حل اختلاف میان دولت با دولت پیش‌بینی نموده است. برخی مقررات ما با مفاد معاهده منشور انرژی در این زمینه دارای تعارض بوده و ایران به عنوان عضو ناظر این معاهده، مکلف به منطبق‌سازی مقررات داخلی خود با مفاد معاهده جهت الحاق می‌باشد.

**کلیدواژه‌ها:** معاهده منشور انرژی، حل و فصل اختلافات، داوری، سرمایه‌گذاری، حقوق ایران

\* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران و پژوهشگر گروه حقوق اقتصادی مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی  
Email: sadeghilaw@ut.ac.ir

\*\* دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران و عضو گروه حقوق اقتصاد مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی  
Email: behnam.ghafari@gmail.com

2. The Energy Charter Treaty; A Reader's Guide. Available at: <http://www.encharter.org/> visited: 04/10/06

## درآمد

معاهده منشور انرژی<sup>۳</sup> معاهده‌ای چندجانبه برای برقراری حقوق و تعهدات قانونی در سطحی وسیع نسبت به سرمایه‌گذاری، تجارت و سایر موضوعات راجع به حوزه انرژی نظیر ترانزیت، محیط زیست و انتقال تکنولوژی محسوب می‌شود. در شرایط کنونی که هنوز موضوع نفت به طور اساسی و جدی در مباحث سازمان جهانی تجارت قرار نگرفته و در شمول مقررات این سازمان بر نفت و سایر حامل‌های انرژی تردیدهای بسیاری وجود دارد، معاهده منشور انرژی، مهم‌ترین ضابطه و چارچوب حقوقی است که تاکنون در سطح بین‌المللی تعریف شده است.

اولین جرقه‌های تنظیم چنین معاهده‌ای به اوایل دهه ۹۰ که مصادف با پایان جنگ سرد و ایجاد تغییرات اساسی در سیاست اروپا و جهان بود، برمی‌گردد. در این برهه زمانی، فرصتی استثنایی برای همکاری میان دول شرق و غرب در زمینه‌های مختلف، فراهم آمد. در این میان، اهمیت یافتن حوزه انرژی به نیاز اساسی کشورهای صنعتی به انرژی به عنوان نیروی محرک در عمده زمینه‌های اقتصادی از یکسو، و نیاز کشورهای با اقتصاد گذار به مدرنیزه کردن تجهیزات استخراج و استفاده از انرژی خود از طریق جذب سرمایه خارجی در کنار اتکای این کشورها به درآمدهای حاصل از صادرات و فروش فرآورده‌های انرژی از سوی دیگر، باز می‌گشت.<sup>۴</sup>

به منظور تأمین هر چه بهتر منافع دو قطب شرق (به عنوان صادرکننده انرژی) و غرب (به عنوان واردکننده آن)، نخست‌وزیر وقت هلند، در ژوئن ۱۹۹۰، با مطرح ساختن این ایده که تسهیل تجارت همکاری در بخش انرژی اروپای شرقی - غربی - مرکزی با شوروی سابق، موجب احیای اقتصادی در اروپای شرقی و تضمین شدن تأمین انرژی برای جامعه اروپا می‌گردد، خواستار انجام گفتگوهای در این زمینه شد. این گفتگوها در دسامبر ۱۹۹۱، به تنظیم معاهده‌ای به نام «منشور انرژی اروپا»<sup>۶</sup> منتهی شد<sup>۷</sup> که طرح کلی آن

3. Energy Charter Treaty (ECT)

از این به بعد و در ادامه مقاله به منظور رعایت اختصار از ECT به جای معاهده منشور انرژی استفاده می‌شود.

4. *Ibid.*

5. Ruud Rubbers

6. European Energy Charter (EEC)

۷. روند تاریخی تشکیل و تکامل ECT، مندرج در خبرنامه منشور انرژی وابسته به مؤسسه مطالعات بین‌المللی

انرژی، سال اول، ش ۱، اسفند ۱۳۸۲، ص ۴.

در فوریه همان سال از سوی کمیسیون شورای اروپا پیشنهاد شده بود.<sup>۸</sup> اعضای امضاکننده این منشور متعهد به پیگیری موضوعات آن و انجام همکاری به منظور انعقاد یک «موافقت‌نامه مبنایی»<sup>۹</sup> الزام‌آور جهت ترویج مشارکت در حوزه‌هایی چون سرمایه‌گذاری در بخش انرژی گشتند.<sup>۱۰</sup> مذاکرات جهت انعقاد این موافقت‌نامه — که در خلال گفتگوهای گات<sup>۱۱</sup> انجام گرفت — به تاریخ ۱۷ دسامبر ۱۹۹۴ در لیسبون پرتغال به تهیه سندی به نام «معاهده منشور انرژی» منجر شد و با پیوستن سی‌امین عضو، از تاریخ ۱۶ آوریل ۱۹۹۸ لازم‌الاجرا گردید.<sup>۱۲</sup> در همین تاریخ به منظور انطباق مقررات بخش تجارت معاهده با قواعد فعلی سازمان جهانی تجارت<sup>۱۳</sup>، اصلاحاتی در معاهده صورت پذیرفت.<sup>۱۴</sup> ECT دارای یک کنفرانس به نام کنفرانس منشور انرژی<sup>۱۵</sup> در بروکسل است که تمامی کشورها و سازمان‌هایی که به معاهده می‌پیوندند، خودبه‌خود عضو آن خواهند شد.

امروزه این منشور با اهدافی چون: ایجاد و توسعه بازارهای آزاد در حوزه انرژی، تجارت در این بخش مبتنی بر قواعد سازمان جهانی تجارت، تأمین سلامت محیط زیست و بهبود شفافیت حقوقی<sup>۱۶</sup> در پنج محور: تجارت، ترانزیت، سرمایه‌گذاری خارجی، حل و فصل اختلافات و پروتکل راجع به بهینه‌سازی انرژی و جنبه‌های مرتبط با محیط زیست<sup>۱۷</sup> با عنوان یکی از معاهدات مدرن بین‌المللی، جایگاه و پویایی خاصی در میان قواعد حقوقی مربوط به انرژی یافته و عنوان الگویی جوان در تکامل است.<sup>۱۸</sup>

در میان موضوعات فوق، مبحث سرمایه‌گذاری در بخش انرژی از اهمیت ویژه‌ای در نزد تهیه‌کنندگان ECT برخوردار بوده و در برهه زمانی کنونی نیز ارزشی افزون‌تر یافته

۸. این منشور توسط ۵۴ کشور به امضا رسیده است.

9. Basic Agreement

10. see: Energy Charter Treaty, Available at: <http://www.europa.eu/scadplus/leg/enlvb/127028.htm>. visited: 02/10/06.

11. General Agreement on Tariff & Trade (GATT)

۱۲. در حال حاضر این معاهده دارای ۵۲ عضو دائم (مثل: ژاپن، آلمان، فرانسه، انگلیس، مغولستان و ازبکستان)،

۲۰ عضو ناظر (از جمله ایران، آمریکا و چین) و ۸ سازمان بین‌المللی (نظیر سازمان جهانی تجارت) می‌باشد. برای مشاهده فهرست کامل اعضا؛ نک: <http://www.encharter.org/>

13. World Trade Organization

14. The Energy Charter - An Introduction, Available at: <http://www.encharter.org/> visited: 04/10/06

15. The Energy Charter Conference

16. Improved Legal Transparency

17. Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects (PEEREA)

۱۸. ماده ۲ معاهده در مورد هدف آن تصریح می‌کند: «این معاهده، چارچوبی حقوقی را به منظور ارتقای همکاری درازمدت در زمینه انرژی، مبتنی بر جنبه‌های هم‌تکمیل‌کننده و منافع متقابل، مطابق اهداف و اصول منشور ایجاد می‌کند.»

است، چرا که اولاً؛ حجم بالایی از همکاری میان کشورهای صادر و واردکننده انرژی، به سرمایه‌گذاری در این بخش اختصاص یافته، ثانیاً؛ بسیاری از فعالیت‌های مرتبط با انرژی نظیر تجارت و ترانزیت، مستلزم استخراج انرژی از طریق سرمایه‌گذاری است که این امر برای کشورهای در حال توسعه و سرمایه‌پذیر در بخش انرژی، به‌ویژه کشورهایی که عمده درآمد ارزی خود را از طریق فروش انرژی تأمین می‌کنند، بسیار حیاتی است؛ ثالثاً؛ ریسک‌های زیاد سرمایه‌گذاری در بخش انرژی، تهیه‌کنندگان معاهده را بر آن داشت تا با تنظیم مقرراتی بین‌المللی در این زمینه، گامی در راه افزایش جذب سرمایه‌های خارجی و کاهش ریسک بردارند.

بحث سرمایه‌گذاری خارجی در بخش انرژی، به‌ویژه با توجه به حساسیت‌های خاص آن، بی‌گمان مباحث حقوقی مهمی را به دنبال دارد که موضوع حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری از مهم‌ترین آنها به‌شمار می‌آید. از این رو تهیه‌کنندگان معاهده با اختصاص مواردی مفصل، شیوه‌های متنوع و قابل توجهی را برای این اختلافات پیش‌بینی کرده‌اند. آشنایی با این شیوه‌ها نه تنها از لحاظ علمی ارزشمند بوده و خلأ ادبیات حقوقی ما در این زمینه را تا حدودی مرتفع می‌سازد، بلکه مقامات دولتی و سرمایه‌گذاران ما را با شیوه‌های حل و فصل سریع اختلافات آشنا می‌سازد که این آشنایی برای زمان پس از الحاق ایران، بسیار مفید خواهد بود؛ به‌ویژه آنکه در شرایط فعلی، ایران درگیر قراردادهای کلانی در بخش انرژی بوده (نظیر قراردادهای سرمایه‌گذاری مربوط به پروژه پارس جنوبی) و کشور ما می‌تواند با عضویت در این معاهده، در یک جمع چندجانبه متشکل از مصرف‌کنندگان عمده جهان و تولیدکنندگان منطقه‌ای، به تبادل افکار و آرا بپردازد. با توجه به اهمیت این امر بوده است که ایران به عضویت ناظر ECT درآمده<sup>۱۹</sup> و اکنون مکلف است در صورت تصمیم برای عضویت دائم در این منشور، قوانین و مقررات داخلی خود در این زمینه را با اصول و قواعد این معاهده هماهنگ سازد.

این ضرورت، نویسندگان این مقاله را بر آن داشت تا با توجه به فقر ادبیات حقوقی کشور در زمینه معرفی این معاهده مهم و تبیین آثار حقوقی الحاق ایران بدان، در قالب گفتار نخست، شیوه‌های حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری در معاهده را بیان کرده و سپس در گفتار دوم، آثار حقوقی الحاق ایران به این سند را در این حوزه مورد

۱۹. یک عضو ناظر تا زمانی که عضو دائم نشده است، مکلف به رعایت الزامات و تعهدات معاهده نبوده و در مقابل، نمی‌تواند در رأی‌گیری شرکت کند.

بررسی قرار داده و راه کارهای مقتضی را به قانون‌گذار پیشنهاد دهند.

### گفتار نخست: قواعد حل و فصل

#### اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری در ECT

ECT اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری در بخش انرژی را بر اساس ویژگی طرفین اختلاف به دو دسته تقسیم نموده است: این اختلافات گاه میان سرمایه‌گذار خارجی با دولت میزبان و گاه میان دولت سرمایه‌گذار با دولت سرمایه‌پذیر می‌باشد و معاهده برای هر یک، ماده‌ای مجزا پیش‌بینی نموده است. ما نیز بر اساس همین تفکیک، مطالب این گفتار را طی دو بند ارائه می‌کنیم:

#### الف) اختلافات میان سرمایه‌گذار خصوصی و دولت میزبان

معاهده به سرمایه‌گذار خصوصی حق داده است تا با توسل به برخی شیوه‌های حقوقی، اختلاف خود را با دولت میزبان حل و فصل نماید. فلسفه اعطای این حق آن بوده است که اولاً: یکی از اهداف مهم معاهده، برخورداری سرمایه‌گذار از تضمین حقوقی قوی جهت الزام دولت به انجام تعهدات یا جبران خسارات وارده بوده است؛ ثانیاً: مزیت امکان اقدام حقوقی سرمایه‌گذار علیه دولت آن است که به ابتکار تهیه‌کنندگان معاهده، دولت تا حد یک شخص خصوصی تنزل یافته است به طوری که سرمایه‌گذار می‌تواند مستقیماً و بدون لزوم توسل به دولت متبوع خود رأساً علیه دولت میزبان سرمایه اقدام کند؛ این در حالی است که در بسیاری از معاهدات مهم بین‌المللی نظیر موافقت‌نامه سازمان جهانی تجارت، سرمایه‌گذار خصوصی تنها قادر است به صورت غیرمستقیم و با دستاویز قرار دادن حمایت دیپلماتیک دولت متبوع، دعوا را به هیأت حل اختلاف سازمان جهانی تجارت ارجاع دهد.<sup>۲۰</sup>

ماده ۲۶ معاهده، شیوه‌های متعددی را در خصوص حل و فصل اختلافات میان سرمایه‌گذار خصوصی و دولت سرمایه‌پذیر مقرر داشته است. با این حال، قلمرو اعمال این ماده با دو محدودیت روبه‌روست:

۱- تنها زمانی می‌توان از مکانیسم‌های مقرر در این ماده استفاده کرد که منشأ اختلافات

مزبور، نقض یکی از تعهدات شمرده شده در بخش سوم معاهده باشد. این تعهدات عبارتند از: تعهد به تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری (ماده ۱۰) اختلافات راجع به کارکنان کلیدی (ماده ۱۱) جبران خسارات (ماده ۱۲) مصادره سرمایه (ماده ۱۳) و انتقالات مربوط به سرمایه‌گذاری‌ها (ماده ۱۴) و جانشینی (ماده ۱۵). بر عکس، این ماده در مورد دیگر اختلافات، اعمال نمی‌شود مثلاً در صورت کوتاهی یک کشور در ترویج شرایط برای دستیابی سرمایه‌گذاران خارجی به بازارهای سرمایه خود، سرمایه‌گذاران متضرر نمی‌توانند طبق معاهده به حل و فصل اختلاف اقدام کنند زیرا مقرره مربوط به این فرض (ماده ۹)، در بخش ۳ ECT نیامده است.<sup>۲۱</sup>

۲- ماده ۲۶ تنها ناظر به امکان اقدام حقوقی سرمایه‌گذار خصوصی علیه دولت میزبان است و در مورد امکان اقدام دولت علیه سرمایه‌گذار با بهره‌گیری از شیوه‌های مذکور در آن، ساکت است؛ اما در عمل، دولت نیز می‌تواند در جریان رسیدگی به دعوا، ادعاهای خود راجع به نقض تعهدات سرمایه‌گذار را در قالب دعوای متقابل<sup>۲۲</sup> مطرح ساخته و مرجع رسیدگی نیز مکلف به اتخاذ تصمیم در مورد آن است. اما در پاسخ به پرسش که آیا دولت نیز می‌تواند خود آغازگر اقدام حقوقی علیه سرمایه‌گذار خصوصی باشد یا خیر، هنوز تردیدهایی وجود دارد؛ با این حال، به نظر می‌رسد پذیرش این امکان برای دولت، منطقی‌تر جلوه می‌کند زیرا اولاً: خصوصیتی در دعوای متقابل وجود ندارد و همانگونه که طرح دعوای متقابل از سوی دولت مجاز دانسته شده است، آغاز دعوا از سوی دولت نیز نباید با مانعی روبه‌رو باشد؛ ثانیاً: فقدان چنین امکانی، ممکن است تبعات منفی داشته باشد؛ برای نمونه دولت برای حل اختلاف خود با سرمایه‌گذار، مستقیماً به دادگاه‌های قضایی داخلی خود متوسل شود؛ امری که به وضوح مطلوب سرمایه‌گذار خارجی نیست. شیوه‌های حل اختلاف مندرج در ماده ۲۶ معاهده که باید به ترتیب به کار گرفته شوند، از این قرارند:

۱- حل و فصل دوستانه<sup>۲۳</sup>: حل و فصل دوستانه شامل شیوه‌هایی چون مذاکره<sup>۲۴</sup> و مشورت مقدماتی<sup>۲۵</sup> می‌شود. به این شیوه در بند ۱ این ماده اشاره شده است. اگر طرفین

21. Thomas W. Walde, "Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the Light of New NAFTA Precedents", in: *Oil Gas & Energy Law Intelligence*, volume I, March 2003, Available at: [www.gasandoil.com.ogle.htm](http://www.gasandoil.com.ogle.htm)

22. Counter-Claim

23. Amicable Settlement

24. Negotiation

25. Prior Consultations

ظرف یک دوره سه ماهه از تاریخ تقاضای هر یک از آنان برای فیصله دادن دوستانه اختلاف، به حل آن نائل نیامدند، می‌توانند از مکانیسم‌های مقرر دیگر بهره جویند.

۲- اختیار انتخاب میان شیوه‌های داخلی یا بین‌المللی حل اختلافات: اگر امکان حل دوستانه وجود نداشته یا مذاکرات با انقضای مدت، به نتیجه نرسد، مطابق بند ۲ ماده ۲۶، سرمایه‌گذار خارجی دارای سه حق انتخاب است:

الف) رجوع به دادگاه‌های داخلی<sup>۲۶</sup> یا مراجع اداری<sup>۲۷</sup> طرف متعاقد درگیر اختلاف (قسمت الف بند ۲ ماده ۲۶)؛

ب) مطابق با هر شیوه و آیین رسیدگی<sup>۲۸</sup> قابل اجرا که از پیش بر آن توافق شده است مثلاً ترتیبی بر اساس معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری (قسمت ب بند ۲ ماده ۲۶)؛

ج) توسل به داوری یا سازش بین‌المللی<sup>۲۹</sup> با موافقت بی‌قید و شرط طرفین (بند ۳ ماده ۲۶).

در خصوص بند اخیر ماده فوق، ذکر دو نکته ضروری است: ۱- این بند به دو شیوه رایج حل غیرقضایی اختلافات یعنی داوری و سازش اشاره کرده است. بارزترین تفاوت این دو شیوه در این است که رأی صادره از سوی داور همانند رأی قضایی، لازم‌الاتباع می‌باشد در حالی که تبعیت طرفین از تصمیم سازشگر کاملاً اختیاری بوده و تنها در صورت توافق قبلی طرفین بر الزامی بودن آن، لازم‌الاجرا می‌گردد<sup>۳۰</sup>؛ ۲- در قسمت ۳ بند ماده ۲۶ از «رضایت بی‌قید و شرط»<sup>۳۱</sup> برای ارجاع اختلاف به داوری یا سازش سخن به میان آمده است، منظور از این قید آن است که یک موافقت‌نامه از قبل میان دولت متعاقد و سرمایه‌گذار موجود باشد و کسب اجازه مجدد سرمایه‌گذار از دولت برای ارجاع دعوا به داوری یا سازش، لازم نباشد.

ECT طرفین درگیر را به یک مرجع داوری بین‌المللی خاص، محدود نساخته و به آنان اختیار داده است تا از میان سه نهاد زیر، یکی را برگزینند:

26. Domestic Courts

27. Administrative Tribunals

28. Procedure

29. International Arbitration or Conciliation

۳۰. برای مطالعه بیشتر در این خصوص و ملاحظه سایر تفاوت‌ها؛ نک: علی‌حسین مصلحی محسن صادقی،

«نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل اختلاف (ADR)»، مجله نامه مفید، سال دهم، شماره ۴۶، بهمن و اسفند

۱۳۸۳، صص ۱۳۰ تا ۱۳۵.

31. Unconditional Consent



۱) مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید)<sup>۳۲</sup> که در سال ۱۹۶۵ و به موجب کنوانسیون واشنگتن تأسیس شد. به موجب بخش ۱ قسمت الف بند ۴ ماده ۲۶ ECT امکان رجوع به این مرکز تنها زمانی میسر است که هم دولت متبوع سرمایه‌گذار و دولت میزبان هر دو عضو کنوانسیون ایکسید باشند. اما در جایی که تنها دولت متبوع سرمایه‌گذار یا دولت میزبان - نه هر دو - عضو کنوانسیون ایکسید باشند، سرمایه‌گذار خارجی صرفاً می‌تواند از آیین رسیدگی این مرکز برای اداره جریان داوری توسط مرکز استفاده نماید؛

۲) داور منفرد<sup>۳۳</sup> یا نهاد داوری موردی<sup>۳۴</sup> که طبق قواعد داوری آنستیرال<sup>۳۵</sup> تأسیس شده است؛

۳) نهاد داوری اتاق بازرگانی استکهلم<sup>۳۶</sup>.

در زمینه توسل به داوری بین‌المللی با موافقت بی‌قید و شرط طرفین<sup>(۹)</sup>، پرونده‌ای در ۱۹ اوت ۲۰۰۳، میان کنسرسیوم (شرکت سرمایه‌گذاری) پالما<sup>۳۸</sup> علیه جمهوری بلغارستان مطرح و ایکسید به عنوان مرکز حل اختلاف برگزیده شد. این پرونده، نخستین پرونده‌ای بود که از جانب این مرکز به استناد ماده ۲۶ ECT رسیدگی گردید. علت اقدام حقوقی کنسرسیوم، مشکلاتی بود که در بلغارستان با آن مواجه شده بود. این شرکت به شرط داوری ایکسید مندرج در ماده ۲۶ ECT استناد جست. در جلسه نخست، خواننده در مقام دفاع، رضایت غیرمشروط خود مبنی بر ارجاع اختلاف به داوری ایکسید را رد کرده و مدعی شد که چون منشأ اختلاف، نقض تعهدات بخش ۳ معاهده نبوده است، لذا هیأت داوری، برای صدور رأی طبق ماده ۲۶ صلاحیت ندارد. اما هیأت داوری به (الف) (۳) ۲۶ استناد جست و با عنایت به اوضاع و احوال پرونده، رضایت غیرمشروط خواننده بر ارجاع دعوا به داوری را احراز نموده و عمل دولت بلغارستان را نقض تعهد مندرج در بخش ۳ معاهده تشخیص و به نفع خواهان رأی داد.<sup>۳۹</sup>

با این حال، در مورد رضایت بی‌قید و شرط هر دولت عضو به تسلیم دعوا به داوری

32. International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)

33. A sole Arbitrator

34. Ad hoc Arbitration Tribunal

35. UNCITRAL

36. The Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce

37. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, P.259.

38. Palma

۳۹. برای دیدن متن کامل رأی به سایت زیر مراجعه شود: [www.worldbank.org/icsid/caseno.ARB/03/24](http://www.worldbank.org/icsid/caseno.ARB/03/24).

بین‌المللی، دو استثنا وجود دارد:

(۱) قسمت ب بند ۳ ماده ۲۶ به دول عضو مندرج در فهرست ID<sup>۴۰</sup> اجازه می‌دهد که از ارجاع دعوا به داوری بین‌المللی در جایی که سرمایه‌گذار قبلاً اختلاف را به مرجع حل اختلاف دیگری تسلیم کرده است، امتناع کنند و بدان رضایت ندهند.

(۲) قسمت ج بند ۳ ماده ۲۶ مقرر می‌دارد که دول عضو مندرج در فهرست IA<sup>۴۱</sup>، به داوری بین‌المللی در مورد اختلافات ناشی از نقض تعهدات جمله آخر ماده (۱) ۱۰ رضایت نمی‌دهند. مقرره اخیر راجع به نظارت بر تعهدات بر اساس قرارداد سرمایه‌گذاری خصوصی میان یک دولت عضو و سرمایه‌گذار با سرمایه‌گذاری هر دولت عضو دیگر می‌باشد.

در مورد قانون قابل اعمال بر ماهیت اختلاف، باید گفت که صرف‌نظر از راهکار انتخاب شده برای داوری بین‌المللی، قواعد مربوط به مقررات معاهده و اصول حقوق بین‌الملل، حاکم خواهد بود (بند ۶ ماده ۲۶). چنان که ملاحظه می‌شود ECT در زمینه قانون حاکم بر ماهیت دعوا، رویه‌ای متفاوت با رویه جاری در معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی در پیش گرفته است زیرا در غالب معاهدات دوجانبه بین‌المللی، اصل آزادی طرفین اختلاف در تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوا به رسمیت شناخته شده و در صورت عدم تعیین این قانون توسط طرفین، طبق قواعد کنوانسیون واشنگتن یا قواعد آنسیترال، قانون حاکم بر ماهیت توسط قواعد حل تعارض انتخاب می‌شود. اما ECT امکان توافق طرفین درگیر و یا اعمال قواعد تعارض قوانین برای تعیین قانون حاکم بر ماهیت دعوا را میسر نمی‌داند چرا که ممکن است در برخی فروض، قانون ملی دولت میزبان سرمایه بر دعوا حاکم شود که این موضوع با یکی از اهداف اصلی معاهده یعنی حمایت از سرمایه‌گذار، منطبق نیست.

اجرای آرای داوری<sup>۴۲</sup> برای طرفین درگیر اختلاف به‌ویژه سرمایه‌گذار خارجی، اجرا شدن رأی، واجد اهمیت است؛ از این رو معاهده، مقرراتی در این زمینه پیش‌بینی نموده است؛ از جمله اینکه رأی صادره از مراجع داوری مطابق بند ۸ ماده ۲۶، الزام‌آور و قطعی

۴۰. دولت‌های عضو مندرج در فهرست ID عبارتند از: استرالیا، آذربایجان، بلژیک، کانادا، کرواسی، قبرس، جمهوری چک، جوامع اروپا، فنلاند، یونان، مجارستان، ایرلند، ایتالیا، ژاپن، قزاقستان، نروژ، لهستان، پرتغال، رومانی، فدراسیون روسیه، اسلواکی، اسپانیا، سوئد، ایالات متحد آمریکا.

۴۱. دولت‌های عضو مندرج در فهرست IA عبارتند از: استرالیا، کانادا، مجارستان و نروژ.

است؛ همچنین قسمت ب بند ۵ این ماده، از فرضی سخن می‌گوید که در آن، به درخواست هر طرف اختلاف، داوری میان سرمایه‌گذار و دولت، در کشوری برگزار می‌شود که یکی از اعضای کنوانسیون نیویورک در خصوص شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی<sup>۴۳</sup> است<sup>۴۴</sup>. با این حال، باید خاطر نشان ساخت که به موجب شق آخر بند ۸ ماده ۲۶ معاهده، هر طرف متعاقد بدون تأخیر نسبت به اجرای رأی داوری اقدام خواهد کرد و ترتیبات لازم برای اعمال مؤثر آن را در قلمروی خود فراهم نمود. از این رو حتی کشورهای عضو ECT که عضو کنوانسیون نیویورک نیستند نیز به موجب این حکم کلی، مکلف به اتخاذ ترتیبات لازم جهت اجرای آرای داوری خارجی در زمینه سرمایه‌گذاری در بخش انرژی خواهند بود. این مقرر به سرمایه‌گذار امکان می‌دهد که از تعهد دولت سرمایه‌پذیر به اجرای رأی داوری اطمینان حاصل کند. وانگهی معاهده برای اعطای تضمین بیشتر به سرمایه‌گذار در مورد اجرای رأی، در حکم قسمت ب بند ۵ ماده ۲۶ خود مقرر داشته است: «دعای ارجاعی به داوری تحت شرایط مذکور به عنوان دعاوی ناشی از یک رابطه بازرگانی یا مبادله ... تلقی خواهند شد.»<sup>۴۵</sup> فلسفه تلقی دعاوی ارجاعی به عنوان دعاوی بازرگانی از آن رو بوده است که اجرای رأی صادره را از طریق کنوانسیون نیویورک - که مختص دعاوی تجاری بین‌المللی است - تضمین نماید.<sup>۴۶</sup>

با این حال، مقررات ECT در زمینه اجرای رأی داوری، دارای نقصی بزرگ است؛ زیرا در حالی که برخی موافقت‌نامه‌ها نظیر موافقت‌نامه نفتا<sup>۴۷</sup> به دولت متبوع سرمایه‌گذار اجازه داده است که در صورت امتناع دولت سرمایه‌پذیر از اجرای رأی، از یک هیأت<sup>۴۸</sup> بخواهد که با بررسی علت عدم متابعت دولت سرمایه‌پذیر، انطباق یا عدم انطباق رفتار او با اوضاع و احوال را احراز نماید (بند ۵ ماده ۱۱۳۶)؛ اما چنین امکانی برای سرمایه‌گذار در معاهده پیش‌بینی نشده است.

مکانیسم حل و فصل اختلاف ECT برای نخستین بار در آوریل ۲۰۰۱ و زمانی که یک

43. The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Award (the New York Convention)

44. برای مطالعه بیشتر در خصوص مفاد این کنوانسیون، نک: لعیا جنیدی، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش، چاپ اول، ۱۳۸۱.

45. ترجمه ارائه شده از این ماده، برگرفته از منبع زیر می‌باشد: متن معاهده منشور انرژی و ضمائم آن، ترجمه مسعود طارم سری و مسعود هاشمیان، تهران، مؤسسه مطالعات بین‌المللی انرژی، ۱۳۸۴.

46. The Energy Charter Treaty; A Reader's Guide, *op. cit.*, p. 55.

47. North America Free Trade Agreement (NAFTA)

48. Panel

سرمایه‌گذار اروپایی علیه کشوری اروپایی نزد ایکسید به علت نقض ماده ۱۳ (مصادره اموال) اقامه دعوا نموده بود، مورد استناد قرار گرفت.

### ب) اختلافات میان دولت سرمایه‌گذار و دولت میزبان

ECT ماده ۲۷ خود را به حل اختلاف میان دو دولت متعاهد اختصاص داده است. تفاوت مهم این ماده با ماده ۲۶، به قلمرو اعمال آن باز می‌گردد؛ به این ترتیب که ماده ۲۶ تنها در موارد اختلاف میان سرمایه‌گذار و دولت که ناشی از نقض تعهدات مندرج در بخش ۳ معاهده (تعهدات راجع به سرمایه‌گذاری) است، قابلیت اعمال دارد، در حالی که ماده ۲۷، «ظاهراً» اختلافات دول متعاهد، ناشی از دیگر موضوعات نظیر رقابت، محیط زیست و مالیات را نیز پوشش می‌دهد.<sup>۴۹</sup> اما از آنجا که موضوع این نوشتار، به حل اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری در بخش انرژی اختصاص یافته است، لذا در این بند، تنها از اختلاف میان دو دولت در زمینه سرمایه‌گذاری سخن می‌گوییم. به عنوان مثال، اگر دولت میزبان، تعهدات مندرج در ماده ۱۰ معاهده شامل تعهد به رفتار غیر تبعیض‌آمیز، رفتار منصفانه و مساوی و حمایت دائم از دولت سرمایه‌گذار را نقض کند<sup>۵۰</sup>، دولت زیان‌دیده با چه شیوه و آیین رسیدگی می‌تواند به اختلافات موجود پایان دهد.

شیوه‌های حل اختلاف میان دو دولت درگیر اختلاف، به موجب ماده ۲۷ به ترتیب عبارتند از:

#### ۱- استفاده از مجاری دیپلماتیک

مطابق با بند ۱ ماده فوق، نخستین شیوه حل اختلافات میان دول متعاهد ناشی از اجرا یا تفسیر این معاهده، توسل به شیوه‌های دیپلماتیک نظیر مذاکره و سازش است. از ظاهر بندهای ۱ و ۲ این ماده چنین برمی‌آید که طرفین اختلاف، باید ترتیب استفاده از شیوه‌های حل اختلاف را رعایت کنند یعنی طرفین نمی‌توانند بدون تمسک به مجاری دیپلماتیک مستقیماً به سراغ شیوه دوم (داوری) بروند.

نکته دیگر در خصوص شیوه نخست حل اختلاف آن است که بر خلاف اختلاف میان سرمایه‌گذار خصوصی و دولت، مدت مشخصی برای حل اختلاف میان دو دولت از طریق دیپلماتیک مقرر نشده است. به استناد بند ۲ ماده ۲۷، طرفین ظرف مدت معقولی<sup>۵۱</sup> برای حل

۴۹. از آنجا ماده ۲۷ صراحتاً از موضوعات تحت پوشش خود، سخن نمی‌گوید، از واژه «ظاهراً» استفاده کرده‌ایم.

50. Salem-Haghighi, Sanam, *op. cit.*, p. 43.

51. A Reasonable Period of Time

اختلاف خود تلاش می‌کنند. این مدت معقول، برحسب نوع و اوضاع و احوال هر اختلاف، متغیر خواهد بود.

## ۲- ارجاع دعوا به داوری

اگر اختلاف از طرق دیپلماتیک حل نشد، هر یک از طرفین اختلاف می‌تواند با ارسال یادداشت کتبی، موضوع را طبق بند ۲ ماده ۲۷ به داوری ویژه ارجاع دهد، مگر اینکه:

الف) طرفین به طور کتبی بر شیوه دیگری توافق کرده باشند؛

ب) اختلاف مربوط به طرف‌های مندرج در ضمیمه IA باشد<sup>۵۲</sup> که به سرمایه‌گذار یا طرف متعاقد اجازه ندهد اختلاف ناشی از نقض تعهد دولت میزبان در رفتار منصفانه و برابر با سرمایه‌گذار (آخرین جمله بند ۱ ماده ۱۰) به داوری بین‌المللی ارجاع شود<sup>۵۳</sup>.

ج) بر اساس ماده ۲۸ معاهده باید گفت، اختلاف به وجود آمده میان طرف‌های متعاقد در خصوص اجرا و تفسیر ماده ۵ جز در صورت توافق طرفین بر اساس مکانیسم‌ها و قواعد مندرج در ماده ۲۷ حل و فصل نخواهد شد. ماده ۵ معاهده ناظر به مفاد یکی از موافقت‌نامه‌های سازمان جهانی تجارت به نام موافقت‌نامه اقدامات سرمایه‌گذاری مرتبط با تجارت (تریمز)<sup>۵۴</sup> بوده و دولت میزبان را از اعمال برخی محدودیت‌ها بر سرمایه‌گذار خارجی نظیر الزام او به استفاده از نیروی انسانی و تجهیزات داخلی دولت میزبان منع می‌کند.<sup>۵۵</sup>

قواعد راجع به داوری مندرج در ماده ۲۷ ECT را می‌توان به سه بخش تقسیم کرد:

۱- قواعد ناظر بر نحوه انتخاب داوران و تشکیل هیأت داوری<sup>۵۶</sup> (مندرجه در قسمت‌های الف تا ه بند ۳ ماده ۲۷)؛

۲- قواعد ناظر بر آیین رسیدگی به اختلاف توسط داوران: مطابق قسمت «و» بند ۳ ماده ۲۷، طرفین درگیر می‌توانند آیین رسیدگی به اختلاف را با توافق یکدیگر تعیین کنند اما در

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۵۲. این کشورها شامل استرالیا، کانادا، مجارستان و نروژ هستند.

۵۳. البته بند ۲ ماده ۲۷، استثنای دیگری نیز مقرر کرده است (یعنی اختلاف ناشی از رقابت (ماده ۶) یا جنبه‌های زیست‌محیطی (ماده ۱۹)) که به دلیل عدم ارتباط آن با موضوع مقاله (سرمایه‌گذاری) در متن بدان اشاره نشد.

54. Agreement on Trade Related Investment Measures (TRIMs)

۵۵. محسن صادقی، «موافقت‌نامه راجع به اقدامات سرمایه‌گذاری مرتبط با تجارت (موافقت‌نامه تریمز) و آثار حقوقی الحاق ایران به آن»، مجله پژوهش‌های حقوقی، شماره ۹ سال ۱۳۸۵، صص ۱۶۷ به بعد.

56. Arbitral Tribunal

صورت فقدان چنین توافقی، قواعد داوری آنسیترال<sup>۵۷</sup> اعمال خواهد شد. در متن معاهده، اشاره‌ای به مصادیق آیین رسیدگی نشده است اما می‌توان قواعدی چون اصل رفتار مساوی با طرفین اختلاف، نحوه تنظیم دفاعیه و اقدامات هیأت داوری برای جمع‌آوری دلایل را از جمله این قواعد دانست.

۳- قواعد حاکم بر ماهیت دعوا: منظور از ماهیت دعوا، موضوعی است که طرفین درگیر، در خصوص آن اختلاف دارند. برای مثال، در ادعای سرمایه‌گذار علیه دولت میزبان نسبت به نقض تعهد رفتار مساوی توسط دولت میزبان، ماهیت دعوا عبارت است از: نقض تعهدی که طرفین درگیر، در خصوص آن با یکدیگر اختلاف دارند. در خصوص قانون حاکم بر ماهیت دعوا، قسمت «ز» بند ۳ ماده ۲۷ معاهده مقرر می‌دارد: هیأت داوری در مورد اختلاف، برطبق این معاهده و اصول قابل اعمال حقوق بین‌الملل تصمیم‌گیری خواهد کرد. همانند بخش اختلاف میان سرمایه‌گذار خصوصی و دولت میزبان، در این بخش نیز معاهده امکان توافق طرفین درگیر و یا اعمال قواعد حقوق تعارض قوانین برای تعیین قانون حاکم بر ماهیت را میسر نمی‌داند.

ایرادی که بر آیین رسیدگی داوری مندرج در معاهده می‌توان وارد دانست، این است که در هیچ جای ماده ۲۷، امکان ورود دولت ثالث ذینفع به دعوی دو دولت دیگر پیش‌بینی نشده است. برای نمونه، اختلاف میان کشور صادرکننده انرژی و کشور محل انتقال (ترانزیت) آن، مستقیماً بر منافع و تأمین انرژی کشور واردکننده آن تأثیرگذار است. این در حالی است که با توجه به سکوت معاهده در خصوص امکان ورود دولت ثالث، علی‌الظاهر، دولت اخیر در صورت ارجاع این اختلاف به داوری، حق مداخله ندارد. پیامد عدم شناسایی چنین امکانی می‌تواند به خسارات جبران‌ناپذیری برای دولت ثالث منجر گردد زیرا دولت اخیر، ناگزیر است یا تا پایان جریان رسیدگی داوری، انتظار بکشد و یا در مرجع داوری دیگر طرح دعوا نماید و مشکلات و پیچیدگی‌های حاصل از تعارض احتمالی و اجرای آرای متعدد صادره در موضوع واحد را متحمل شود.<sup>۵۸</sup>

۵۷. قواعد آنسیترال (UNCITRAL) در مورد آیین رسیدگی به اختلاف، در فصل پنجم این قانون (مشمول بر مواد ۱۸ تا ۲۵) ذکر شده است. برای ملاحظه متن اصلی و ترجمه قانون نمونه آنسیترال، نک: لعیا جنیدی، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۸، صص ۱۶۷ به بعد.

58. Sanam Salem-Haghighi, *op. cit.*, p. 44.

## گفتار دوم: مغایرت‌های نظام حقوقی ایران

### با قواعد حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری در ECT

چنان که در بخش درآمد گفتیم، ایران در حال حاضر عضو ناظر ECT بوده و برای الحاق دائم به این معاهده، مکلف است مقررات مغایر خود را اصلاح یا حذف نماید. در این گفتار کوشیده‌ایم به دو مورد از مهم‌ترین مقررات مغایر ایران در بخش حل اختلافات راجع به سرمایه‌گذاری در حوزه انرژی اشاره کنیم. البته لازم به ذکر است که عمده مغایرت‌های حقوق ایران با مفاد معاهده، به استفاده از شیوه داورى بازمی‌گردد و گرنه در بخش شیوه‌های دوستانه، مغایرتی میان حقوق ایران و معاهده دیده نمی‌شود؛ همچنان که صدر ماده ۱۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ایران، بر امکان استفاده از مذاکره به عنوان شیوه حل اختلاف، تصریح کرده است.

#### الف) اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی

مطابق اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی ایران، «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داورى در هر مورد موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند.» ظاهر این اصل، سرمایه‌گذاران خارجی را در انعقاد قرارداد سرمایه‌گذاری با طرف ایرانی در زمینه انرژی، دچار تردید می‌کند زیرا طرف خارجی تمایل ندارد برای رفع اختلافات خود با طرف ایرانی به دادگاه مراجعه کند یا رجوع به داورى که امروزه به شیوه معمول حل اختلافات بدل شده است را منوط به تشریفات طولانی مقامات ایرانی ببیند. در حقیقت وجود این مانع از منظر بخش خارجی، به منزله عدم بسترسازی حقوقی مناسب دولت ایران برای اجرای طرح تلقی می‌شود.

ممکن است برای رفع این ایراد گفته شود که دایره اعمال اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی محدود به مواردی است که در آنها دولت به عنوان نماینده عموم به اعمال حاکمیت می‌پردازد بنابراین در جایی که دولت به اعمال تصدی مشغول است - و قرارداد سرمایه‌گذاری از مصادیق بارز آن به شمار می‌آید - مانعی به نام اصل یکصد و سی و نهم وجود نداشته و به اصطلاح موضوع تخصصاً از قلمرو این اصل خارج است. اما این استدلال در حوزه انرژی پذیرفتنی نیست زیرا حوزه انرژی با مسأله حاکمیت دولت‌ها -

به‌ویژه دولت‌هایی که درآمد حاصل از منابع انرژی، شریان حیاتی اقتصاد آنان محسوب می‌شود - ارتباط حیاتی داشته و در نتیجه، اقدام دولت به انعقاد قرارداد سرمایه‌گذاری در این موارد را نمی‌توان در زمره اعمال تصدی محسوب نمود. ارتباط انرژی با مسأله حاکمیت دولت‌ها بالصراحه در بند ۱ ماده ۱۸ ECT مورد تأکید دول متعاقد قرار گرفته است.<sup>۵۹</sup> با عنایت به این استدلال باید گفت که در شرایط کنونی، اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی ما، با مقررات ECT در زمینه تسهیل ارجاع اختلافات انرژی به داوری، در تعارض جدی است.

### ب) ماده ۱۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱

با توجه به اینکه حقوق ایران فاقد قانونی خاص در مورد سرمایه‌گذاری در بخش انرژی است، لذا قانون عام تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب مجمع تشخیص مصلحت نظام در این حوزه نیز قابلیت اعمال دارد به‌ویژه آنکه در بند «د» ماده ۲ این قانون به سرمایه‌گذاری در بخش نفت تصریح شده است. ماده ۱۹ این قانون با مقررات ECT در زمینه حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری، مغایرت دارد. به موجب این ماده:

«اختلافات بین دولت و سرمایه‌گذاران خارجی در خصوص سرمایه‌گذاری‌های موضوع این قانون چنانچه از طریق مذاکره حل و فصل نگردد در دادگاه‌های داخلی مورد رسیدگی قرار می‌گیرد، مگر آنکه در قانون موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری با دولت سرمایه‌گذار خارجی در مورد شیوه دیگری از حل و فصل اختلافات توافق شده باشد.»

همانگونه که از ظاهر ماده برمی‌آید، قانون‌گذار ما در میان شیوه‌های خصوصی و غیرقضایی حل اختلاف، تنها از مذاکره سخن گفته و بلافاصله به شیوه قضایی اشاره کرده است. حتی بخش دوم همین ماده، توافق طرفین اختلاف بر سایر شیوه‌های غیرقضایی از جمله داوری را منوط به وجود موافقت‌نامه دوجانبه میان ایران و دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی کرده است. بنابراین چون مقررات این قانون نسبت به قراردادهای سرمایه‌گذاری بخش انرژی در ایران نیز اعمال می‌شود، در صورت فقدان موافقت‌نامه دوجانبه نمی‌توان از نهاد داوری به عنوان مکانیسم حل و فصل دعاوی بهره برد.

۵۹. بند ۱ ماده ۱۸: «طرف‌های متعاقد، حاکمیت دولت و حقوق ناشی از حق حاکمیت بر منابع انرژی را به

رسمیت می‌شناسند ...»



البته برای رفع این ایراد، می‌توان به تفاسیر زیر متوسل شد تا ظاهراً مغایرت میان ماده و معاهده برطرف شود:

۱- می‌توان با استفاده از قیاس گفت که خصوصیتی در شیوه مذاکره وجود ندارد و اشاره قانون‌گذار به امکان حل اختلاف از طریق مذاکره، نشانگر آن است که استفاده از دیگر شیوه‌های دوستانه و غیرقضایی حل اختلاف نظیر سازش، میانجیگری و داوری نیز میسر می‌باشد؛ همچنان که تمام این شیوه‌ها تحت یک عنوان واحد یعنی شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلاف<sup>۶۰</sup>، مورد مطالعه قرار می‌گیرند.

۲- اطلاق قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (مصوب ۱۳۷۶/۶/۲۶) بیانگر این حقیقت است که ارجاع کلیه دعوی تجاری بین‌المللی به داوری جز در چند مورد مصرح قانونی، مجاز بوده و سکوت قانون سرمایه‌گذاری خارجی نسبت به داوری نیز به معنای محدود کردن دایره شمول قانون داوری تجاری بین‌المللی نبوده است؛ وانگهی مطابق اصول حقوقی، در صورت تردید در تخصیص یک قانون توسط قانون دیگر، اصل، عدم تخصیص و اعمال قانون عام (قانون داوری تجاری) است. به علاوه؛ مطابق اصول حاکم بر تفسیر قانون، سکوت قانون خاص را می‌توان با استفاده از مقررات قانون عام جبران کرد. بنابراین رجوع به داوری در اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بخش انرژی در حقوق ایران نیز پذیرفتنی است؛ به‌ویژه آنکه بند ۱ ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی در بیان قلمرو اجرای این قانون، صراحتاً به سرمایه‌گذاری نیز اشاره داشته است.

۳- با توجه به اینکه عبارت اخیر ماده ۱۹، شرط ارجاع به سایر شیوه‌های حل اختلاف از جمله داوری - به عنوان رایج‌ترین شیوه - را در موافقت‌نامه‌های دوجانبه به رسمیت شناخته است، می‌توان پذیرفت از آنجا که خصوصیتی در اینگونه موافقت‌نامه‌ها نیست، بنابراین در صورتی که ایران به عضویت ECT - به عنوان موافقت‌نامه‌ای چندجانبه - درآید، ارجاع دعوا به داوری طبق مقررات این معاهده، مغایرتی با ماده ۱۹ نداشته و مشمول استثنای اخیر آن قرار می‌گیرد.

این سه تفسیر هرچند به منظور نزدیک ساختن مفاد این قانون به معیارهای پذیرفته شده جهانی و رفع مغایرت با مقررات ECT ارائه شده‌اند، اما پذیرش آنها با تردیدهایی جدی زیر روبه‌روست:

۱- با توجه به رایج بودن شیوه داوری در حل اختلافات راجع به سرمایه‌گذاری و

آگاهی قانون‌گذار ما به این امر، ماده ۱۹ در مقام برشمردن شیوه‌های مجاز حل اختلاف بوده است لذا نمی‌توان از قیاس استفاده کرده و سکوت مقنن را دال بر تجویز ارجاع به داوری تلقی کرد. به عبارت دیگر، اگر قانون‌گذار ما درصدد پذیرش امکان ارجاع به داوری می‌بود، ضرورتاً بدان تصریح می‌کرد همچنان که صراحتاً به مذاکره اشاره کرده است. وانگهی، به نظر می‌رسد با توجه به الزام‌آور بودن رأی صادره از سوی داور (مرجع ثالث)، مقنن ایرانی، با سرلوحه قرار دادن جوانب احتیاط، عالماً از ذکر داوری امتناع ورزیده است؛

۲- تفسیر ارائه شده در بند ۲ فوق، هرچند به لحاظ نظری قابل دفاع بوده و بند ۱ ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ در خصوص صحت ارجاع اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری به داوری، صریح است، اما سکوت قانون‌گذار در ماده ۱۹ قانون موصوف که خاص قلمروی سرمایه‌گذاری بوده و پس از قانون داوری تجاری بین‌المللی، در سال ۱۳۸۱ به تصویب رسیده است، به خوبی بیانگر احتیاط مقنن بوده و این احتیاط، تأثیر منفی خود را در عمل، بروز داده است به نحوی که در برخی قراردادهای ایران با سایر کشورها در زمینه سرمایه‌گذاری در بخش نفت، از درج شرط ارجاع اختلافات آینده به داوری خودداری شده و ذکر آن بر خلاف ماده ۱۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی تلقی گردیده است؛

۳- تجویز ارجاع اختلاف به داوری از طریق موافقت‌نامه‌های دوجانبه را نمی‌توان به موافقت‌نامه‌های چندجانبه نظیر ECT تعمیم داد چرا که امکان ارجاع به داوری، به عنوان استثنای قاعده کلی مندرج در ماده ۱۹ مطرح بوده و حکم استثنایی را نمی‌توان به موارد تردید تسری داد و باید به قدر متیقن اکتفا کرد.

از مجموع مباحث فوق چنین نتیجه‌گیری می‌شود که عدم تصریح قانون ۱۳۸۱ به داوری، اولاً: تردیدهای بسیاری را در زمینه قابلیت ارجاع دعاوی راجع به سرمایه‌گذاری به داوری به دنبال داشته است؛ ثانیاً: احتیاط مقنن در این زمینه، سرنوشت قراردادهای داوری را در نزد سرمایه‌گذاران خارجی، در هاله‌ای از ابهام فرو برده است، که این امر، در جذب سرمایه‌های خارجی در بخش انرژی می‌تواند آثار منفی به همراه داشته باشد.

### نتیجه‌گیری و پیشنهاد

از آنچه در این مقاله گفتیم چنین نتیجه‌گیری می‌شود که:

۱- ECT به عنوان سندی بی‌نظیر در زمینه یکنواخت‌سازی قواعد راجع به حوزه انرژی،

در آینده‌ای نزدیک، نقشی تعیین‌کننده در مبادلات بین‌المللی ایفا خواهد کرد. عضویت ناظر ایران در چنین معاهده‌ای، به خوبی بیانگر اهمیت این سند بین‌المللی بوده و الحاق کشورما بدان می‌تواند حقوق و تکالیفی را در بخش‌های مختلف از جمله سرمایه‌گذاری در بخش انرژی به همراه خواهد داشت لذا از هم‌اکنون آشنایی با موارد مغایرت قوانین داخلی ایران با مفاد معاهده ضروری است.

۲- معاهده در زمینه حل اختلافات راجع به انرژی، بر شیوه‌های دوستانه حل اختلاف و پس از آن بر داوری تأکید نموده است؛ این در حالی است که برخی مقررات داخلی مانع تنها پایه تأکید خود را بر حل قضایی اختلافات سرمایه‌گذاری در محاکم داخلی نهاده است، بلکه تردیدهایی را در زمینه امکان استفاده از شیوه‌های غیرقضایی حل اختلافات به‌ویژه داوری ایجاد کرده و این تردیدها بی‌گمان بر میزان سرمایه‌گذاری خارجی‌ان در این بخش تأثیر منفی داشته و خواهد داشت.

۳- مفاد اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی و ماده ۱۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ایران، با مقتضیات امروزی چندان هماهنگ نیستند. در مورد اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی، پیشنهاد می‌شود که مجلس به جای تصویب موردی، نوعی اجازه کلی به طرف ایرانی بدهد یا بنا به پیشنهاد یکی از صاحب‌نظران،<sup>۶۱</sup> تصویب این نوع شروط ارجاع به داوری را به کمیسیون ویژه تفویض کند زیرا تصویب موردی نه تنها حجم کاری سنگینی را بر هیأت وزیران و مجلس تحمیل می‌نماید بلکه این تشریفات، مانعی جدی در راه سرمایه‌گذاری سرمایه‌گذاران خارجی محسوب می‌گردد. در مورد ماده ۱۹ نیز پیشنهاد می‌شود که با توجه به احتیاط‌های موجود در عمل، قانون‌گذار در این ماده، به امکان ارجاع دعوا به داوری تصریح کند.

## فهرست منابع

1. Agreement on Trade Related Investment Measures (TRIMs)
2. Energy Charter Treaty, Available at: <http://www.europa.eu/scadplus/leg/enlvb/127028.htm>
3. General Agreement on Tariff & Trade (GATT)
4. <http://www.encharter.org/>
5. ICSID Review – Foreign Investment Law Journal
6. North America Free Trade Agreement (NAFTA)
7. Protocol on Energy Efficiency and Related Environmental Aspects (PEEREA)

۶۱. مسعود هاشمیان، «خلاصه نتایج و مطالعات گروه‌های کاری ECT و توصیه‌های سیاستی»، گزارش دوم، مؤسسه مطالعات بین‌المللی انرژی، بهار ۱۳۸۳، ص ۳۶.

8. The Energy Charter - An Introduction, Available at: <http://www.encharter.org>
9. The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Award (the New York Convention)
10. Walde, Thomas W., "Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the Light of New NAFTA Precedents", in: *Oil Gas & Energy Law Intelligence*, volume I, March 2003, Available at: [www.gasandoil.com.ogle.htm](http://www.gasandoil.com.ogle.htm)
11. [www.worldbank.org/icsid/caseno.ARB/03/24](http://www.worldbank.org/icsid/caseno.ARB/03/24)
۱۲. جنیدی، لعیا، اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهشهای حقوقی شهردانش، چاپ اول، ۱۳۸۱.
۱۳. جنیدی، لعیا، نقد و بررسی تطبیقی قانون داوری تجاری بین‌المللی، تهران، دانشگاه تهران، ۱۳۷۸
۱۴. صادقی، محسن، «موافقت‌نامه راجع به اقدامات سرمایه‌گذاری مرتبط با تجارت (موافقت‌نامه تریمز) و آثار حقوقی الحاق ایران به آن»، مجله پژوهشهای حقوقی، شماره ۹ سال ۱۳۸۵، صص ۱۶۷ به بعد.
۱۵. قواعد آنسیترال (UNCITRAL) در مورد آیین رسیدگی به اختلاف
۱۶. متن معاهده منشور انرژی و ضمیمه آن، ترجمه مسعود طارم سری و مسعود هاشمیان، تهران، مؤسسه مطالعات بین‌المللی انرژی، ۱۳۸۴.
۱۷. مصلحی، علی حسین و محسن صادقی، «نگاهی به شیوه‌های جایگزین حل اختلاف (ADR)»، مجله نامه مفید، سال دهم، شماره ۴۶، بهمن و اسفند ۱۳۸۳
۱۸. هاشمیان، مسعود، «خلاصه نتایج و مطالعات گروه‌های کاری ECT و توصیه‌های سیاستی»، گزارش دوم، مؤسسه مطالعات بین‌المللی انرژی، بهار ۱۳۸۳

# JOURNAL OF LEGAL RESEARCH

**VOL. VIII, No. 2**

**2009-2**

## Articles

- Access to Legal Assistance in Police Investigations
- The Right of Buyer for Deficiencies of Goods
- Civil Responsibility Concerning Natural Incidents
- Revocation of Labor Contract according to the Law of Iran
- The Extra-territoriality of the International Covenant on Civil and Political Rights
- Secured Information System in Electronic Commerce Law
- Contradictory Approaches to the Right of Self Determination
- Some Considerations on the Constitutional Council of the French Republic
- "Fair and Just" Treatment of the Host State concerning the Foreign Investment Contracts
- Compensation for the Breach of Foreign Investment Contracts
- The UN International Law Commission and the Common Natural Resources

## Special Issue: Oil and Gas Law in National and International Systems

- The Companionship of the Energy Sector and WTO Regulations: Facts, Challenges and Prospects
- Stabilization Clause in the Sample Contracts of Detection and Derivation of Petroleum
- Oil Companies in Iran and the Problem of Diplomatic Protection
- Private Ownership in the Case of Oil and Gas Resources under the USA Law
- Investment Dispute Settlement in Energy Charter Treaty (ECT) and Legal effects of Iran's Accession thereto

## Critique and Presentation

- A Critical Analysis of 'The Procedure Act of the Administrative Court of Justice'
- Some Critics on the Parliament's Draft Concerning Change of the UN's Headquarter
- Copenhagen Conference (2009) and Combating the Climate Change

ISSN: 1682-9220



**S. D. I. L.**

**The S.D. Institute of Law**

Research & Study