

قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی نگاهی بر ماهیت، احکام و ویژگی‌ها

سید نصرالله ابراهیمی*

استادیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

شهاب جعفری‌ندوشن

دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۸/۴ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۵/۱۱/۶)

چکیده

قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی که به قرارداد دولتی یا قرارداد توسعه اقتصادی نیز معروف است، متداول‌ترین روش برای سرمایه‌گذاری‌های بزرگ خارجی خصوصاً در کشورهای در حال توسعه است. این نوع قراردادها از نظر موضوعی طیف وسیعی از مرادفات اقتصادی را شامل می‌شوند و مصداقاً نیز متنوع و گوناگون‌اند. مهم‌ترین ویژگی قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی این است که یک طرف قرارداد، دولت یا شرکت دولتی یا شخص حقوق عمومی و طرف دیگر قرارداد شخص خصوصی خارجی است. قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی پس از پیدایش، در مجموع تابع نظامی شبیه نظام الزامات و ضمانت‌اجراهای موجود در حقوق خصوصی است. قرارداد دولتی در ادبیات حقوقی ایران، در دو معنای متفاوت استفاده می‌شود که یکی از این معانی قابل تطبیق بر آن نوع قراردادی است که در این مقاله تحت عنوان قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی احکام و ماهیت آن را بررسی می‌کنیم.

واژگان کلیدی

حقوق سرمایه‌گذاری خارجی، قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی، قرارداد سرمایه‌گذاری بین‌المللی، قرارداد توسعه اقتصادی، قرارداد دولتی.

۱. مقدمه

در ادبیات حقوقی بین‌المللی از اصطلاحات گوناگونی برای نام‌گذاری آنچه ما قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی^۱ می‌نامیم استفاده می‌شود: اصطلاحاتی چون: «قرارداد توسعه اقتصادی»^۲، «توافق‌نامه سرمایه‌گذاری بین‌المللی»^۳، «قرارداد سرمایه‌گذاری»^۴ یا «قرارداد دولتی»^۵. این اصطلاحات همگی تقریباً به یک نوع قرارداد نظارت دارند که ما در نوشتار حاضر آن را قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی یا قرارداد دولتی می‌خوانیم، اما هریک با نظر به جنبه خاصی از این نوع قراردادها وضع شده‌اند و با انگیزه‌های متعدد استفاده می‌شوند.

در این مقاله پس از بیان مختصری از کارکرد قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی و بررسی جایگاه آن در میان اعمال اداری و دولتی، ویژگی‌های اصلی این نوع قرارداد یعنی موضوع و طرفین قرارداد را شرح می‌دهیم. در مرحله بعدی و در نگاهی عمیق‌تر، ماهیت دوگانه این قراردادها را از منظر حقوق خصوصی و حقوق عمومی تحلیل می‌کنیم. از آنجا که قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی یا دولتی در حقوق ایران در معانی متفاوت - و البته مرتبط - به کار رفته است، قسمت آخر مقاله به تحلیل این معانی و کاربردها در حقوق ایران و تطبیق آن‌ها با آنچه در قسمت‌های قبلی در بیان ماهیت و احکام قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی گفته شده اختصاص داده شده است.

۲. جایگاه و کارکرد قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی

همان‌طور که در ادامه خواهد آمد طرفین قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی یک شخص حقوق عمومی یا دولتی از یک‌سو و شخص خصوصی خارجی از سوی دیگر است، اما از این بیان نباید نتیجه گرفت که هر ارتباط سرمایه‌گذاری خارجی بین دولت سرمایه‌پذیر و شخص خصوصی خارجی لزوماً در چارچوب قرارداد سرمایه‌گذاری انجام می‌شود. توضیح بیشتر اینکه اعمال حقوقی دولت می‌توانند به دو صورت تحقق یابند: اول به صورت قرارداد و دوم به صورت اعمال حقوقی یک‌جانبه یا اصطلاحاً ایقاعات اداری. ایقاعات اداری دولت ممکن است مخاطب مشخص داشته باشند، همانند صدور پروانه، گواهینامه یا احکام استخدام یا اینکه مخاطب جمعی داشته باشند همانند آیین‌نامه‌ها، بخش‌نامه‌های دولتی و امثال آن (رضایی‌زاده، ۱۳۸۷: ۱۳۸۷).

1. Foreign Investment Contract.
2. Economic Development Agreement.
3. International Investment Agreement.
4. Investment Contract
5. State Contract

۱۳۹). صدور مجوز سرمایه‌گذاری به منزلهٔ مقدمهٔ قرارداد سرمایه‌گذاری^۱ یا به جای آن یا در کنار قرارداد سرمایه‌گذاری^۲ از اموری است که ماهیت ایقاعی دارد.

اگر جزئیات توافق طرفین در سرمایه‌گذاری خارجی مستند به قرارداد نباشد، قاعدتاً، حقوق و تکالیف طرفین صرفاً به موجب مجوز سرمایه‌گذاری مشخص می‌شود که از سوی دولت سرمایه‌پذیر به سرمایه‌گذار خارجی اعطا می‌شود. بدون عقد قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی، حقوق سرمایه‌گذار خارجی که به موجب مجوز به وجود آمده است در چارچوب حقوق عمومی کشور سرمایه‌پذیر مورد تفسیر، اعمال یا حتی تغییر واقع می‌شود و این حقوق اعطایی ممکن است دستخوش تغییراتی شوند که برای سرمایه‌گذار مطلوب نباشد. حقوق بین‌الملل عرفی و خصوصاً معاهدات سرمایه‌گذاری موجب پیدایش مقرراتی شده‌اند که تا اندازهٔ زیادی زمینهٔ تغییر غیرمجاز و یک‌طرفهٔ مفاد مجوز سرمایه‌گذاری را محدود کرده‌اند،^۳ اما این قرارداد سرمایه‌گذاری است که حتی در نبود معاهدهٔ سرمایه‌گذاری نیز سبب تثبیت واقعی حقوق مکتسبهٔ سرمایه‌گذار خارجی می‌شود و امکان واردکردن شروطی چون شرط تثبیت، قانون حاکم و شرط داوری (شهبازی‌نیا، ۱۳۹۲: ۷۸-۷۹) را در نظام حقوق و تکالیف طرفین سرمایه‌گذاری خارجی فراهم می‌آورد^۴ و همان‌طور که در ادامه خواهد آمد وجود قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی سبب می‌شود، ماهیت ارتباط دولت و سرمایه‌گذار از چارچوب حقوق عمومی فاصله بگیرد و به اقتضانات حقوق خصوصی نزدیک‌تر شود. با این وصف طبیعی است که

۱. ممکن است برای انعقاد قرارداد سرمایه‌گذاری اخذ مجوز سرمایه‌گذاری که ماهیت ایقاعی دارد لازم باشد. برای مثال، اگر بناست که سرمایه‌گذاری خارجی که به موجب قراردادهای سرمایه‌گذاری مذکور در قسمت ب بند ۳ قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی (مصوب ۱۳۸۱) انجام می‌شود از حمایت‌های این قانون بهره‌مند شود اخذ مجوز سرمایه‌گذاری به موجب این قانون که قالب حقوقی آن نوعی ایقاع اداری است ضرورت دارد.

۲. همانند صدور پروانهٔ بهره‌برداری از سوی وزارت نفت برای اشخاص واجد صلاحیت برای فعالیت‌های بالادستی و پایین‌دستی نفتی به موجب قسمت ۴ و ۵ بند پ مادهٔ ۳ قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت مصوب ۹۱/۲/۱۹ که ظاهراً در کنار قراردادهای نفتی سبب تعیین حقوق و تکالیف طرفین قرارداد است.

3. For example Article 1(6) (f) Energy Charter Treaty.

بعضاً در قوانین ملی نیز چنین حمایتی دیده می‌شود. برای مثال، می‌توان از سرمایه‌گذاری‌های موضوع بند الف مادهٔ ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ایران نام برد. در این نوع سرمایه‌گذاری‌ها، اعطای مجوز سرمایه‌گذاری مستلزم توافق قبلی با یک دستگاه دولتی نیست و سرمایه‌گذار می‌تواند رأساً تقاضای خود را به سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های اقتصادی و فنی ایران تقدیم کند (شیروی، ۱۳۹۳: ۳۱۶). بدین ترتیب به نظر می‌رسد که در قانون تشویق، سرمایه‌گذاری‌هایی که مستند به قرارداد نبوده‌اند نیز می‌توانند مشمول حمایت باشند.

۴. اهمیت قرارداد سرمایه‌گذاری در حفظ حقوق سرمایه‌گذار خارجی به درجه‌ای است که برخی بر این باورند که تمامی کارکردهای حمایتی معاهدهٔ سرمایه‌گذاری می‌تواند در قرارداد سرمایه‌گذاری جمع شود (Webb Yakee, 2008: 121-).

متداول‌ترین روش برای سرمایه‌گذاری‌های مستقیم خارجی خصوصاً در کشورهای در حال توسعه، انعقاد قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی باشد^۱ (UNCTAD, 2004 A, 1). قسمت ب از ماده ۳ قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، انواعی از قراردادها چون ساخت، بهره‌برداری، انتقال، بیع متقابل و مشارکت مدنی را از جمله سرمایه‌گذاری‌های مورد حمایت در این قانون برشمرده است که البته در آیین‌نامه این قانون به این دسته، نام ترتیبات قراردادی داده شده است. این مسئله نشان‌دهنده این نکته است که قانون‌گذار ایران نیز اهمیت قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی در رشد اقتصادی ایران را دریافته است و با ایجاد سازوکارهای قانونی لازم، استفاده از ترتیبات قراردادی سرمایه‌گذاری خارجی را برای کلیه فعالیت‌های اقتصادی - اعم از اینکه این فعالیت‌ها در انحصار دولت باشند یا بخش خصوصی نیز بتواند در این نوع کارها فعالیت کند - مجاز اعلام کرده است (شیروی و امین‌مجد، ۱۳۹۱: ۱۸). البته اینکه در ماده ۳ آیین‌نامه این قانون، سرمایه‌گذاری خارجی به دو دسته سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و سرمایه‌گذاری در چارچوب ترتیبات قراردادی تقسیم شده است، این معنا را به ذهن متبادر می‌کند که سرمایه‌گذاری در چارچوب ترتیبات قراردادی ذیل سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی قرار نمی‌گیرد که البته این تصور منطبق با واقع نیست و آنچه سرمایه‌گذاری در چارچوب ترتیبات قراردادی خوانده شده است نیز خود قسمی از سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی است.^۲

۳. موضوع و مصادیق قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی

اولین گام برای شناخت قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی، شناخت مفهوم سرمایه‌گذاری خارجی به‌منزله موضوع این نوع قراردادهاست. قوانین ملی^۳، معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی^۴ و رویه‌داوری سرمایه‌گذاری خارجی هر یک در تعریف سرمایه‌گذاری خارجی کوشیده‌اند. برخی از نویسندگان حقوقی به ارائه تعریف محدود و مقید از سرمایه‌گذاری خارجی در قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی متمایل‌اند و برای موضوع قراردادهای سرمایه‌گذاری عناصر متعددی شمرده‌اند (Maniruzzaman, 2005: 265-270) که یادآور مؤلفه‌هایی است که در تعریف

۱. برای مطالعه در مفهوم سرمایه‌گذاری خارجی مراجعه کنید به: پیران، ۱۳۹۳: ۲۰-۲۴.

۲. برای دیدن نظر مخالف مراجعه کنید به: میروسی، ۱۳۹۳: ۳۴-۳۵.

۳. برای نمونه ماده یک قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، مصوب ۱۳۸۱.

۴. برای نمونه مراجعه کنید به:

ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investment (ASEAN agreement) (Signed 1987, Entered into Force 1988).

عینی از سرمایه‌گذاری - که آن هم تعریفی مقید و محدود از سرمایه‌گذاری خارجی است - از طرف دیوان‌های داوری بیان شده است.^۱

نمونه‌ای از تعریف عینی از سرمایه‌گذاری را می‌توان در دعوای سالینی در برابر مراکش دید. در این دعوا دیوان داوری عناصر یا مؤلفه‌های زیر را برای تعریف سرمایه‌گذاری اختیار کرده است:^۲

۱. تعهد به انتقال منابع به کشور میزبان (نقدی یا غیرنقدی یا نیروی کار).

۲. طول مدت زمانی مشخص برای عملیات.

۳. مشارکت در خطرها.

۴. کمک به توسعه اقتصادی کشور سرمایه‌پذیر.^۳

بخشی دیگر از صاحب‌نظران حقوقی به ارائه تعریفی از سرمایه‌گذاری خارجی تمایل دارند که انواع بیشتری از مصادیق مراودات اقتصادی را شامل می‌شود. برای مثال، یکی از نویسندگان حقوقی، قرارداد دولتی یا سرمایه‌گذاری خارجی را بدین شرح تعریف می‌کند:

«قراردادی است که بین دولت یا شخص دولتی - که کنترل انحصاری بر یک قسمت فعالیت اقتصادی دولت دارد - و یک شخص خارجی با قصد برقراری یک رابطه تجاری بلندمدت در آن بخش اقتصادی منعقد می‌شود» (Sornarajah, 1990: 3).

در انتخاب از میان معانی موسع یا مضیق سرمایه‌گذاری برای موضوع قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی باید به این نکته توجه کرد که نتیجه عملی چنین گزینشی در کجا و چگونه ظاهر خواهد شد. در پاسخ باید گفت از آنجا که حقوق به وجود آمده به موجب قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی اصولاً به موجب قوانین ملی حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی^۴ یا معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی در مقابل اعمال غیرمنصفانه و خودسرانه دولت سرمایه‌پذیر حمایت

۱. در مقابل دیدگاه عینی، دیدگاه ذهنی (subjective) قرار دارد که در آن مفهوم سرمایه‌گذاری صرفاً از طریق توافق طرفین در زمانی که رضایت خود را به داوری اعلام می‌کنند شکل می‌گیرد (Ben Hamida, 2007: 288). این نگرش در تعدادی از دعوای ملاک عمل داوران قرار گرفته است. برای مثال:

Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi, (ICSID case No.ARB/95/3), Award on February 10, 1999; Middle East Cement and Handling Co .S.A. v. Arab Republic of Egypt, (ICSID case No.ARB/99/6), Award on April 12, 2002.

2. Salini Construttori S.P.A and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco, (ICSID case No. ARB/00/4), Decision on Jurisdiction, July 23, 2001, Paras 50-58.

۳. برای ملاحظه تعدادی دیگر از دعوای که از معیارهای عینی استفاده شده است ن.ک:

Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco (ICSID case No. ARB/00/6), Decision on Jurisdiction, July 16, 2001, paras. 58-66; Joy Mining Machinery Ltd. v. Arab Republic of Egypt, (ICSID case No.ARB/03/11), Award on August 6, 2004.

۴. همانند مواد ۸ و ۹ قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی ایران.

می‌شود،^۱ لذا چنانچه مفهوم سرمایه‌گذاری در قرارداد سرمایه‌گذاری با تعریف سرمایه‌گذاری در معاهدات سرمایه‌گذاری یا قوانین ملی مربوطه منطبق باشد، می‌توان حقوق حاصله از چنین قراردادی را از حقوق مورد حمایت در نظام حقوقی سرمایه‌گذاری خارجی دانست. از آنجا که تعریف سرمایه‌گذاری در معاهدات، عموماً با مفهوم عام سرمایه‌گذاری هماهنگ است^۲ و قوانین ملی حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی نیز غالباً بر همین منوال حرکت کرده‌اند، برای اینکه قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی مشمول حمایت‌های معاهده‌ای مرتبط قرار گیرد، موضوع قرارداد سرمایه‌گذاری می‌بایست بر یک یا چند مورد از مواردی منطبق باشد که در معاهده سرمایه‌گذاری مربوطه، به‌منزله سرمایه‌گذاری شناسایی شده است. با این وصف ایجاد محدودیت در موضوع قرارداد سرمایه‌گذاری و رای تعریف موسع ارائه‌شده از سرمایه‌گذاری در معاهدات سرمایه‌گذاری نه لزومی دارد و نه فایده‌ای بر آن مترتب است. پذیرش تعریف وسیع سرمایه‌گذاری در قراردادهای سرمایه‌گذاری در دکتترین حقوقی نیز پذیرفته شده است (Dolzer & Schreuer, 2008: 72). مصادیق قراردادهای سرمایه‌گذاری که در ادامه می‌آید نیز نشان‌دهنده پذیرش معنای موسع از سرمایه‌گذاری در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی است.

قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی موضوعات گوناگونی را شامل می‌شوند از جمله قراردادهای وام،^۳ قراردادهای توزیعی یا خدماتی،^۴ قراردادهای استخدام،^۵ قراردادهای بهره‌برداری صنعتی یا بهره‌برداری از سایر حقوق مالکیت فکری به موجب قرارداد لیسانس،^۶ قراردادهای ساخت و بهره‌برداری از سیستم‌های حمل و نقل یا تلفن،^۷ قراردادهای اعطاکندنده حق استخراج منابع طبیعی^۸ و قراردادهای مشارکت در تولید (UNCTAD, 2000 B, 135). تنوع قراردادهای سرمایه‌گذاری به شکلی است که این قراردادهای حتی در حوزه خاصی از فعالیت‌های اقتصادی، از یک مدل واحد پیروی نمی‌کنند (Dolzer & Schreuer, 2008: 72).

۵. برای نمونه: ماده ۵ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران و اتریش، ۲۰۰۱؛ مواد ۶ و ۸ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین ایران و ترکیه، ۱۹۹۶؛ مواد ۳ و ۴ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین ایران و اسپانیا، ۲۰۰۲.

۱. برای نمونه در معاهدات سرمایه‌گذاری زیر از حقوق به‌وجودآمده از سوی قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی صریحاً به‌منزله سرمایه‌گذاری مورد حمایت نام برده شده است:

Article 1(a) (v) of the Ecuador-United Kingdom BIT, 1994; Article 1(f) (vi) of the Canada-the Philippines BIT, 1995; Article 2(e) of the Iran-Swiss Confederation BIT, 1997; Article (d) of Iran-kazakhstan BIT, 1996. 1(c) of Iran-Srilanka BIT, 2000; Article 1(I) در برخی از موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری بین ایران و دول دیگر نیز تعریف موسع سرمایه‌گذاری پذیرفته شده است (پیران، ۱۳۹۳: ۲۴).

3. Loan Agreements
4. Contracts for Supplies or Services.
5. Employment Contracts
6. Agreements for Operation of Industrial and other Patent Rights under License.
7. Agreements for the Construction and Operation of Transport or Telephone Systems
8. Agreements Conferring Rights to Exploit Natural Resources.

قراردادهای سرمایه‌گذاری در یک تقسیم‌بندی کلی به دو دسته سنتی و مدرن تقسیم می‌شوند. مهم‌ترین نوع قراردادهای سرمایه‌گذاری سنتی، قرارداد امتیاز است.^۱ حقوق سرمایه‌گذاری خارجی ابتدا در مواجهه با اختلافات دولت و شخص خصوصی خارجی صاحب امتیاز شکل گرفت و در همان بستر نیز رشد کرد، اما هم‌اکنون قراردادهای امتیازی سنتی، کم و بیش منسوخ شده و انواع جدیدتری از قراردادهای سرمایه‌گذاری تحت عنوان قراردادهای مدرن به وجود آمده‌اند که علاوه بر موارد ذکر شده می‌توان به این موارد اشاره کرد: قراردادهای امتیازی جدید،^۲ قراردادهای مدیریتی^۳ یا قراردادهای همکاری فنی،^۴ قراردادهای کلید در دست،^۵ قراردادهای خرید، مهندسی و ساخت،^۶ قراردادهای مشارکت تجاری،^۷ قراردادهای انتقال تکنولوژی^۸ و قراردادهای ساخت، بهره‌برداری و انتقال.^۹

عموماً در قراردادهای مدرن سرمایه‌گذاری، برای دولت سرمایه‌پذیر حق مالکیت و مدیریت بیشتری در موضوع سرمایه‌گذاری به نسبت قراردادهای سنتی لحاظ می‌شود. تفاوت دیگر قراردادهای سنتی و مدرن در این است که در قراردادهای مدرن معمولاً به جای دولت، شرکت‌های دولتی طرف قرارداد سرمایه‌گذار خارجی قرار می‌گیرند (Voss, 2011: 24) و دست آخر اینکه، اگرچه قراردادهای استخراج منابع طبیعی و نفتی نقش مهمی در توسعه حقوق قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی ایفا کرده‌اند و کماکان نیز به علت حجم بالای سرمایه‌گذاری در این حیطه‌ها، این نوع قراردادها از سایر انواع قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی بیشتر مورد توجه‌اند (UNCTAD, 2004 A, 16)، اما قراردادهای سرمایه‌گذاری مدرن بر خلاف قراردادهای سنتی در بسیاری از حوزه‌های فعالیت‌های اقتصادی به غیر از استخراج منابع طبیعی و نفتی نیز استفاده می‌شوند (Voss, 2011: 25).

نکته آخر در این خصوص اینکه در برخی از انواع قراردادهای سرمایه‌گذاری مدرن همانند قراردادهای کلید در دست و برخی دیگر از قراردادهای خدماتی غالباً پرداخت حق‌الزحمه پیمانکار و هزینه‌های انجام‌شده از جانب وی به گونه‌ای مورد توافق طرفین قرار می‌گیرد که کسب سود پیمانکار تحت تأثیر ریسک عدم توفیق اقتصادی پروژه قرار نمی‌گیرد. با این وصف اگر بخواهیم به تعریف مضیق سرمایه‌گذاری پایبند بمانیم که ریسک‌پذیری را از

۸. برای مطالعه بیشتر در خصوص قراردادهای امتیاز مراجعه کنید به: پیران، ۱۳۹۳: ۱۹.

2. Modern Concession Agreements.
3. Management Agreements.
4. Technical Assistance Agreements.
5. Turnkey Contracts.
6. Engineering, Procurement, Construction.
7. Joint Venture Agreements.
8. Transfer of Technology Agreements.
9. Build, Operate and Transfer Agreements (B.O.T).

ویژگی‌های سرمایه‌گذاری می‌داند (علیدوستی شهرکی، ۱۳۸۹: ۱۶-۱۷)، این‌گونه قراردادها را نباید قرارداد سرمایه‌گذاری دانست، اما وجود اوصافی چون بلندمدت بودن زمان پروژه و حجم بالای گردش مالی سبب می‌شود که نویسندگان حقوقی این قبیل قراردادها را نیز قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی بدانند (Maniruzzaman, 2005: 268) و (voss, 2011: 21-22-23).

۴. طرفین قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی

قرارداد دولتی (یا همان قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی) از سوی آنکتاب به صورت زیر تعریف شده است:

«قرارداد دولتی، قراردادی است که بین دولت یا یک نهاد دولتی - که برای مقصود حاضر بدین صورت تعریف می‌شود: هر مؤسسه‌ای که به وسیله قانون در دولت تشکیل می‌شود و کترلی بر یک فعالیت اقتصادی که به آن اعطا می‌شود دارد- و تبعه خارجی یا شخص حقوقی دارای تابعیت خارجی بسته می‌شود» (UNCTAD, 2004 A, 3).

با توجه به تعریف بالا از مهم‌ترین ویژگی‌های قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی این است که یک طرف آن دولت یا شرکت‌های دولتی یا در کل اشخاص حقوق عمومی‌اند و از همین روست که قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی به قرارداد دولتی نیز مشهور است. بنابراین، قراردادی که بین اشخاص خصوصی ولو با ملیت‌های متفاوت در امری که ویژگی‌های عینی سرمایه‌گذاری را دارد منعقد می‌شود قرارداد سرمایه‌گذاری محسوب نمی‌شود. البته در عین حال نباید فراموش کرد که هر قراردادی که یک طرف آن شخص حقوق عمومی باشد نیز لزوماً قرارداد سرمایه‌گذاری نیست. برای مثال، قراردادی که از سوی دولت یا شرکت دولتی به موجب مناقصه برای خرید تجهیزات کارخانه منعقد می‌شود - ولو بعد بین‌المللی نیز داشته باشد- قرارداد سرمایه‌گذاری محسوب نمی‌شود. این ویژگی یعنی طرفیت شخص دولتی یا عمومی در قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی از این جهت اهمیت فوق‌العاده‌ای دارد که بسیاری بر این باورند که وجود دولت در یک طرف قرارداد عمده‌تاً بلندمدت، آثار خاصی به بار می‌آورد که در قراردادهایی که بین اشخاص حقوق خصوصی منعقد می‌شود لزوماً وجود ندارد. این آثار اصولاً مربوط به وضعیت ممتاز دولت در حقوق عمومی است که از نظر برخی از حقوق‌دانان به موقعیت متفاوت و برتر دولت می‌انجامد. در نقد و تحلیل این مسئله در ماهیت قرارداد دولتی بیشتر سخن خواهیم گفت.

با اینکه اشخاص حقوق عمومی یا شرکت‌های دولتی نقش مهمی در قراردادهای سرمایه‌گذاری ایفا می‌کنند، اما هیچ تعریف مشخص و واحد پذیرفته‌شده بین‌المللی برای شخص حقوق عمومی یا شرکت دولتی وجود ندارد (Maniruzzaman, 2005: 275). قدر متیقن

این است که شخص عمومی یا دولتی ممکن است شخصیت حقوقی مجزا از دولت داشته یا اینکه شخصیت حقوقی مجزا از دولت نداشته باشد. شرکت دولتی یا شخص عمومی که شخصیت حقوقی جدا از دولت نداشته باشد در بحث ما در حکم دولت است و بنابراین، هر جا در این نوشتار سخن از شرکت دولتی یا شخص عمومی است منظور شرکت دولتی یا شخص عمومی است که شخصیت حقوقی مجزا از دولت دارد.

در حقوق ایران مؤسسات عمومی به صورت سازمان‌هایی تعریف شده‌اند که شخصیت حقوقی دارند و به موجب قانون عهده‌دار یک یا چند امر عمومی هستند و در این خصوص از نوعی حق حاکمیت نیز برخوردارند (امامی و استوارسنگری، ۱۳۸۸: ۱۳۰-۱۳۱). کلیه مؤسسات عمومی (دولتی و غیردولتی) می‌توانند به‌منزله طرف قرارداد سرمایه‌گذاری قرار گیرند، اما معمولاً تنها یک قسم از مؤسسات عمومی به نام شرکت‌های دولتی (همانند شرکت ملی نفت یا شرکت مخابرات) هستند که به‌منظور انجام قسمتی از وظایف خود به انعقاد قرارداد سرمایه‌گذاری مبادرت می‌کنند. در کل دو معیار عمده برای تمایز شرکت دولتی از سایر انواع شرکت‌ها متصور است: معیار اول اینکه شرکت دولتی شرکتی است که اکثریت سهام آن متعلق به دولت است و معیار دوم این است که شرکت دولتی شرکتی است که کنترل آن در اختیار دولت است. از نظر قانون محاسبات عمومی، شرکت دولتی واحد سازمانی مشخصی است که با اجازه قانون به صورت شرکت ایجاد یا به حکم قانون یا دادگاه صالح صادره می‌شود و به‌منزله شرکت دولتی شناخته شده و بیش از پنجاه درصد از سرمایه آن متعلق به دولت باشد.^۱ قانون مدیریت خدمات کشوری نیز شرکت دولتی را بنگاه اقتصادی می‌داند که به موجب قانون ایجاد شده و بیش از پنجاه درصد سرمایه و سهام آن متعلق به دولت است.^۲ علاوه بر آن، تشکیل شرکت‌های دولتی صرفاً با تصویب مجلس شورای اسلامی مجاز است و تبدیل شرکت‌هایی که سهام دولتی در آن‌ها کمتر از پنجاه درصد است به شرکت دولتی ممنوع است.^۳ البته شایان یادآوری است که به علت اصل استقلال شخصیت حقوقی شرکت از شرکا یا سهامداران (چه در شرکت دولتی و چه غیر آن)، سرمایه یا دارایی شرکت متعلق به خود شرکت است و مالکیت شرکا یا سهامداران بر سهم‌الشرکه یا سهام آنان اعمال می‌شود و نه بر سرمایه یا دارایی شرکت. بنابراین، اگر از مسامحه‌ای که در تعاریف بالا در این خصوص وجود دارد صرف‌نظر کنیم باید گفت که در قانون ایران، شرکت دولتی شرکتی است که اولاً مالکیت بیش از نیمی از سهام آن متعلق به دولت باشد و ثانیاً تشکیل آن به تصویب مجلس رسیده باشد. با این وصف

۱. ماده ۴ قانون محاسبات عمومی کشور مصوب ۱۳۶۶.

۲. ماده ۴ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶.

۳. تبصره ۱ ماده ۷ قانون برنامه چهارم توسعه مصوب ۱۳۸۳.

مشاهده می‌شود که از میان دو معیار مالکیت یا کنترل، نظام حقوقی ایران نظام مالکیت حداکثری را برای تشخیص شرکت دولتی از سایر انواع شرکت‌ها برگزیده است.

همان‌طور که گفته شد در حقوق ایران شرکت‌های دولتی را ذیل مؤسسات عمومی طبقه‌بندی می‌کنیم، زیرا این شرکت‌ها از برخی امتیازات حاکمیتی برخوردارند. برای مثال، شرکت‌هایی مثل مخابرات و نفت می‌توانند مانند دستگاه‌های دولتی به تملک اراضی افراد برای انجام وظایف و خدمات خود اقدام کنند که مصداق بارز اعمال حاکمیت است. اما نباید فراموش کرد که فلسفه وجودی شرکت‌های دولتی کسب سود و درآمد است و مانند تاجر عمل می‌کنند و بنابراین می‌بایست اصولاً غیر از مواردی که اعمال حاکمیت می‌کنند تابع حقوق تجارت و در کل حقوق خصوصی باشند^۱ (همان: ۱۳۳ و ۱۳۵). این یافته که شرکت‌های دولتی اصولاً به اعمال غیرحاکمیتی می‌پردازند و از این رو، قاعدتاً در روابط حقوقی خود (به‌خصوص روابط قراردادی خود) با اشخاص حقوق خصوصی تابع قواعد و مقررات حقوق خصوصی‌اند با یافته دیگر این نوشتار که قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی را پس از پیدایش در مجموع تابع قواعد حقوق خصوصی می‌داند هماهنگی کامل دارد.^۲

وقتی سخن از طرفین قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی است سه حالت ممکن است به وجود آید: اول قرارداد دوجانبه بین دولت و شخص خصوصی خارجی، دوم قرارداد سه جانبه بین دولت و شرکت تحت کنترل یا تحت مالکیت دولت از یک طرف و شخص خصوصی خارجی از طرف دیگر و سوم قرارداد دوجانبه بین شرکت دولتی یا شخص عمومی از یک طرف و شخص خصوصی خارجی از طرف دیگر (Ibid). نکته درخور توجه اینکه صرف تأیید یا امضای دولت در قرارداد سرمایه‌گذاری به معنای طرفیت دولت در قرارداد نیست و تشخیص حالت دوم از سوم در عمل با دشواری‌هایی همراه است.^۳

از آنجا که در حالت‌های اول و دوم، دولت به‌تنهایی یا همراه نماینده خود طرف قرارداد با شخص خصوصی خارجی قرار می‌گیرد، بسیاری از ابهامات در قراردادهای دولتی در خصوص اعتبار شروط خاص قراردادی مندرج در قرارداد سرمایه‌گذاری و مسائل مشابه به وجود نمی‌آید. توضیح بیشتر اینکه، در حالت سوم که صرفاً شرکت دولتی طرف قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی است سؤالات و مباحثی بدین شرح ممکن است مطرح شود: آیا اعمال

۱. در حال حاضر براساس ماده ۳ طرح اساسنامه شرکت ملی نفت ایران مصوب مجلس شورای اسلامی (اردیبهشت ۹۳) شرکت ملی نفت ایران به‌منزله یک شرکت تخصصی تجارتهی فعالیت می‌کند و امور حاکمیتی در حوزه نفت به موجب ماده ۲ همان قانون و قانون وظایف و اختیارات وزارت نفت (مصوب ۹۱/۲/۱۹) به وزارت نفت محول شده است. البته تا انتهای برنامه چهارم توسعه، وزارت نفت متکفل امور حاکمیتی عملیات بالادستی نیز بوده است (شپروی، ۱۳۹۳: ۳۳۱-۳۳۳).

۲. در بررسی ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری به این امر خواهیم پرداخت.

3. Southern Pacific properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, Case No. ARB/84/3, Award on 1992.

شرکت‌های دولتی قابل انتساب به دولت است؟ آیا شرط داوری موجود در قرارداد دولتی مابین شرکت دولتی و سرمایه‌گذار، به دولت سرمایه‌پذیر نیز سرایت می‌کند؟ آیا شرکت دولتی اهلیت پذیرش شروط خاص قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی همانند داوری و شرط تثبیت را دارد؟ (Crawford, 2008: 363-364).

تشخیص این مسئله که در قراردادهای دولتی که با حضور شرکت دولتی منعقد می‌شود آیا خود دولت نیز یک طرف قرارداد است یا خیر؟ از بعد دیگری نیز حائز کمال اهمیت است: برخی بر این باورند که بسیاری از قوانین خاص حاکم بر قراردادهای دولتی (یا سرمایه‌گذاری) -که بعضاً وجود و دامنه اعمال آنها نیز مورد نزاع و بحث فراوان نیز واقع شده است- صرفاً در حالتی وجود دارد که دولت، خود مستقیماً طرف قرارداد باشد. با این تفسیر مباحثی چون جواز اعمال حاکمیت دولت در تغییر یا فسخ یک‌جانبه قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی، مصونیت قضایی دولت و مصونیت دولت در اجرای حکم علیه وی^۱ و از همه مهم‌تر اعمال حمایت‌های معاهده‌ای مرتبط در رابطه قراردادی خاص تنها در زمانی موضوعیت می‌یابد که خود دولت مستقیماً طرف قرارداد دولتی (یا سرمایه‌گذاری) باشد (Maniruzzaman, 2005: 278). بدین ترتیب در این نگرش نیز حتی استفاده از نام قرارداد دولتی برای زمانی که صرفاً شرکت دولتی طرف قرارداد با شخص خصوصی است صحیح نیست (Ibid: 273). بحث در این نظریه و آثار آن، همچنین سؤالات مطروحه در پاراگراف پیش، بیش از آنکه مستقیماً به ماهیت و ویژگی‌های قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی مربوط باشد، در بستر تعامل قرارداد سرمایه‌گذاری و معاهده سرمایه‌گذاری مرتبط با آن، همچنین تعارض صلاحیت مراجع قراردادی و معاهده‌ای در حل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی شکل گرفته و رشد کرده است و لذا تحلیل و تبیین کامل آن مجال دیگری می‌طلبد (جعفری‌ندوشن و نیکبخت، ۱۳۹۲: ۳۴-۵۹).

۴. ماهیت قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی

ماهیت دوگانه قراردادهای دولتی یا سرمایه‌گذاری خارجی انکارناپذیر است. ریشه الزامات و تفسیر حقوق و تکالیف طرفین در این‌گونه قراردادها را نمی‌توان منحصرراً در نظام حقوق خصوصی یافت، زیرا در حقوق خصوصی اهمیت تقدس‌گونه و جوب انجام تعهدات قراردادی مانع تغییر یک‌جانبه قرارداد یا شانه خالی کردن از انجام تعهدات قراردادی می‌شود و معافیت از انجام تعهدات قراردادی صرفاً در حالات بسیار نادری چون فورس‌ماژور امکان‌پذیر است.^۲ این در حالی است که برقراری چنین چارچوب خشکی برای تعیین وظایف دولت در یک قرارداد

1. Jurisdictional Immunity & Executional Immunity.

۲. مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی جمهوری اسلامی ایران.

دولتی یا سرمایه‌گذاری ممکن است در مواردی به ضرر تعداد زیادی از افراد جامعه و مخالف نفع اجتماعی باشد. در نتیجه از نظر برخی صاحب‌نظران این یک اصل پذیرفته شده است که طرف دولتی در قرارداد سرمایه‌گذاری می‌تواند در مواردی که نفع عموم ایجاب می‌کند و با رعایت تشریفات از التزام سفت و سخت در انجام تعهدات قراردادی - آن‌گونه که در حقوق خصوصی ملحوظ است - تخلف کند (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۵: ۳). با وجود این، قراردادهای سرمایه‌گذاری تماماً بر اصول حقوق عمومی نیز مبتنی نیستند، زیرا در حقوق عمومی منافع جامعه یک‌سره بر منافع قراردادی اشخاص خصوصی برتری دارد (Voss, 2011: 17) و روشن است که پذیرش چنین مفهومی در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی امکان‌پذیر نیست.

در خصوص ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی به نظر می‌رسد که می‌بایست بین دو مرحله تفکیک قائل شد. مرحله پیدایش قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی که براساس مجوزها و قانون‌گذاری‌های دولت میزبان انجام می‌شود و مباحثی چون اهلیت شخص حقوق عمومی را که در انعقاد قرارداد حائز اهمیت است می‌توان در چارچوب حقوق عمومی جای داد و تفسیر کرد، اما پس از انعقاد قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی، نظام حقوقی حاکم بر حقوق و تعهدات طرفین و خصوصاً ضمانت‌اجراهای تخلف از این تعهدات شباهت زیادی با نظام حقوقی موجود در حقوق خصوصی دارد.

در توضیح قسمت دوم یافته بالا یعنی تبیین نظام حقوقی حاکم بر قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی پس از پیدایش آن، باید گفت که الزام دولت به ایفای تعهدات قراردادی همواره با محدودیت‌هایی همراه است - و این در حالی است که در بسیاری از نظام‌های حقوقی، ممتنع غیردولتی از ایفای تعهدات یا شروط قراردادی بر انجام این تعهدات الزام می‌شود^۱ - اما به نظر می‌رسد بعضاً مطرح کردن این تفاوت و تفاوت‌هایی از این قبیل بین قراردادهای دولتی و غیردولتی، که با هدف اثبات نظام حقوقی خاص بر قرارداد دولتی یا قرارداد سرمایه‌گذاری صورت می‌گیرد، بیش از حد و به صورت مبالغه‌آمیزی انجام می‌شود. در جهت توضیح بیشتر این مدعا ذکر سه نکته ضروری است.

اول اینکه، از بعد تطبیقی قضیه می‌بایست مدنظر داشته باشیم که در نظام حقوقی کامن‌لا، الزام به ایفای عین تعهد در حقوق خصوصی صرفاً در مواردی ممکن است که موضوع تعهد ویژگی و اهمیت خاصی داشته باشد و قاعدتاً هرگاه حکم به پرداخت خسارت نقدی برای جبران نقض تعهد قراردادی کفایت کند حکم به ایفای تعهد از جانب دادگاه‌ها صادر نمی‌شود (Hudson, 2005: 906-908). از آنجا که تعهد دولت در قرارداد سرمایه‌گذاری در بسیاری از موارد در نهایت به پرداخت حق‌الزحمه سرمایه‌گذار یا فراهم‌آوردن شرایطی برای سودآوری

۱. ماده ۲۳۷ قانون مدنی.

سرمایه‌گذاری خارجی مربوط است (آن‌گونه که در قرارداد توافق شده است) و حکم به پرداخت خسارت در صورت نقض این تعهد دولت، اصولاً جبران مافات را می‌کند قاعداً اگر به جای دولت، شخص حقوق خصوصی نیز طرف قرارداد می‌بود نظام حقوقی کاملاً بر صدور حکم الزام بر ایفای تعهد قراردادی علیه متخلف قراردادی تمایلی نمی‌داشت. بنابراین، ملاحظه می‌شود که در نگاه تطبیقی، جبران خسارت به‌منزله مهم‌ترین ضمانت‌اجرای تخلف از انجام تعهدات قراردادی نقش بسیار مهمی دارد و نکته مهم این است که در نظام حقوقی سرمایه‌گذاری خارجی نیز این یک اصل پذیرفته شده است که استفاده از حق حاکمیت دولت در فسخ یک‌طرفه یا تغییر شرایط قراردادهای سرمایه‌گذاری به پرداخت خسارت عادلانه منوط است.^۱

دوم اینکه، در نظام حقوقی ایران که در صورت تخلف از تعهدات قراردادی، متخلف، قانوناً به ایفای تعهد ملزم می‌شود،^۲ در حال حاضر و با حذف جریمه اجبار از قانون آیین دادرسی مدنی،^۳ در بسیاری از تعهدات قراردادی برای الزام متعهد به ایفای تعهد روشی کارآمد وجود ندارد و در این‌گونه تعهدات، کاربرد درخواست اجبار متعهد به ایفای تعهد قراردادی از دادگاه تنها این است که حکم دادگاه در این خصوص مقدمه اعمال حق فسخ و دریافت خسارات ناشی از آن است؛^۴ ضمانت‌اجرایی که همواره در قراردادهای دولتی نیز در صورت تخلف دولت از تعهداتش وجود خواهد داشت.

نکته سوم اینکه، این نظریه مطرح است که در داوری‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی نیز، امکان صدور رأی مبنی بر الزام دولت بر انجام عمل خاص یا الزام وی بر انجام‌ندادن عمل خاص وجود دارد،^۵ اما چون اجرای چنین رأیی با قوه قاهره ممکن نخواهد بود، ضمانت‌اجرایی تخلف از اجرای مفاد این رأی، مجدداً به صورت پرداخت وجه نقدی تعیین و اجرا می‌شود (Schreuer, 2004: 325-332).

۱. ماده ۹ و تبصره ۲ ماده ۱۷ از قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی.

می‌بایست توجه داشت که نظام حقوق بین‌الملل و اغلب قوانین حمایت و تشویق سرمایه‌گذاری خارجی کشورها و من‌جمله ایران در خصوص پرداخت غرامت به سرمایه‌گذاران خارجی معیارهای پیشرفته‌تر و سخت‌گیرانه‌تری نسبت به زمانی که متضرر، سرمایه‌گذار داخلی است را پیش‌بینی کرده‌اند.

۲. ماده ۲۳۷ قانون مدنی.

۳. ماده ۷۲۹ قانون آیین دادرسی مدنی سابق.

۴. ماده ۲۳۹ قانون مدنی.

5. *Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. Government of Libyan Arab Republic*, Award on the Merits, 19 January 1977, *International Law Review*, Vol. 53, 497-504.

در نتیجه به نظر می‌رسد آنچه قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی را از قراردادهای متداول حقوق خصوصی متمایز می‌کند بیش از آنکه ماهیت خاص این نوع قرارداد باشد این واقعیت است که وجود دولت در یک طرف قرارداد سرمایه‌گذاری با ابزارهای قانون‌گذاری و حاکمیتی وی، در یک تعامل بلندمدت، عملاً ریسک‌ها و خطرهایی را بر طرف خصوصی تحمیل می‌کند. با تفسیری که از ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی ارائه دادیم، مداخلات دولت ممکن است لزوماً مجاز یا قانونی نباشند، اما این مسئله سبب نمی‌شود که خطر بروز آن‌ها را نادیده بگیریم و همین خطرها و ریسک‌هاست که قرارداد سرمایه‌گذاری را از قراردادهای متعارف حقوق خصوصی متمایز می‌کند (Boivin, 2002: 285-299).

۵. قرارداد دولتی و سرمایه‌گذاری در ادبیات حقوقی ایران

همان‌طور که گفته شد در بحث‌های حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری بین‌المللی، اصطلاح «قرارداد دولتی» مترادف با اصطلاح «قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی» استفاده می‌شود، اما در ادبیات حقوقی ایران اصطلاحات «قرارداد عمومی» یا «قرارداد دولتی» یا «قرارداد اداری» - که در معنای تقریباً یکسان رواج دارند- لزوماً با قرارداد سرمایه‌گذاری بین‌المللی در مفهوم پیش‌گفته هم‌معنی نیستند.

در هیچ سند قانون‌گذاری ایران به اصطلاح قرارداد دولتی یا اداری اشاره‌ای نشده است (مولایی، ۱۳۹۴: ۱۳۹)، اما در آثار نویسندگان حقوقی، اصطلاح قراردادهای دولتی یا اداری در دو معنای نزدیک به هم، اما متفاوت استفاده می‌شوند.

در معنای اول، نویسندگان حقوق عمومی ایران مدت‌هاست که به پیروی از نظام حقوقی فرانسه سعی در تفکیک نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای اداری از نظام حقوقی حاکم بر سایر انواع قراردادها و خصوصاً قراردادهای خصوصی کرده‌اند (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۸۵: ۳)، (مولایی، ۱۳۹۴: ۱۴۴) و (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۳: ۳۴۰-۳۴۵). در این مبنا از آنجا که همه قراردادهایی که دولت منعقد می‌کند به‌منزله قرارداد دولتی شناخته نمی‌شود (رضایی‌زاده، ۱۳۸۷: ۱۴۰)، می‌بایست به دنبال معیارهایی برای شناخت قرارداد دولتی از سایر انواع قراردادها باشیم. در این نظریه گفته شده است که قرارداد دولتی باید حداقل دو ویژگی داشته باشد: ۱. یک طرف آن دولت یا شرکت‌های دولتی یا اشخاص حقوق عمومی باشند (عراقی و حبیب‌زاده، ۱۳۸۸: ۸۸-۸۹) و (رضایی‌زاده، ۱۳۸۷: ۱۴۵-۱۴۷) و ۲. موضوع این قرارداد امور عمومی جامعه یا خدمت عمومی باشد (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۸: ۵۳۳). بدین معنی که دولت به جای اینکه خدمات عمومی را به مباشرت انجام دهد، از طریق انعقاد قرارداد با بخش خصوصی انجام این امور را به غیر واگذار می‌کند (عراقی و حبیب‌زاده، ۱۳۸۸: ۸۹-۹۰). بنابراین، ملاحظه می‌شود که در معنای اول قرارداد دولتی در

ادبیات حقوقی ایران، درخصوص تابعیت داخلی یا خارجی طرفین قرارداد اظهارنظری نشده است،^۱ اما به طور مشخص اکثر احکام و بحث‌های موجود در این معنا بدون در نظر گرفتن عنصر خارجی احتمالی موجود در قرارداد دولتی طرح می‌شود و عموماً قابل تطبیق با انواعی از قراردادهای دولتی است که فاقد عنصر خارجی‌اند.

با اینکه نویسندگان حقوق عمومی ایرانی به تبعیت از نظام حقوق فرانسه سعی در تفکیک نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای دولتی از نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای خصوصی داشته و دارند، اما نگاهی بر رویه قضایی و قانون‌گذاری ایران، وجود چنین تمایزی را نشان نمی‌دهد (مولایی، ۱۳۹۴: ۱۴۱ و ۱۴۵). به طور خلاصه دلایل زیر را می‌توان برای عدم وجاهت وجود این تمایز مطرح کرد:

اول اینکه، دعاوی ناشی از اعمال یک‌طرفه دولت یا مأموران دولتی در ایران در صلاحیت دیوان عدالت اداری قرار دارند،^۲ در حالی که دعاوی ناشی از قراردادهای دولتی، نه در صلاحیت دیوان عدالت اداری، بلکه در صلاحیت دادگاه‌های عمومی‌اند.^۳ دادگاه‌های عمومی نیز هم‌اکنون طبق قواعد حاکم بر حقوق خصوصی در اختلافات ناشی از قراردادهای دولتی به حل و فصل اختلاف می‌پردازند (ویژه و تنگستانی، ۱۳۹۳: ۱۰۸). این امر نشان‌دهنده تمایز نداشتن نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای اداری از سایر انواع قراردادهای خصوصی در رویه قضایی است.

دوم اینکه، مصادیقی از قراردادهای اداری که تنوری‌پردازان طرفدار تفاوت نظام حقوقی حاکم بر این قراردادها از قراردادهای خصوصی در اثبات ادعای خویش می‌آورند دلالتی بر این تمایز ندارد. برای مثال، از نظر این دسته، قراردادهای پیمانکاری دولتی که می‌بایست ذیل شروط عمومی پیمان منعقد شوند از مصادیق بارز قراردادهای دولتی‌اند (عراقی و حبیب‌زاده، ۱۳۸۸: ۹۱)، (رضایی‌زاده، ۱۳۸۷: ۱۴۲) و (طباطبایی‌مؤتمنی، ۱۳۹۳: ۳۳۵). از نظر ما اگر در مواردی در قراردادهای پیمانکاری به طرف دولتی حق خاتمه پیمان بدون حدوث تخلف طرف خصوصی از مفاد قراردادی داده شده است،^۴ به علت درج این شرط به منزله شرط ضمن عقد در شروط عمومی پیمان است. چنین شروطی را در قراردادهای بین اشخاص خصوصی نیز می‌توان درج کرد و از این جهت قرارداد پیمانکاری دولتی ویژگی خاصی ندارد. توضیح بیشتر اینکه عنوان شده است

۱. البته نویسندگان حقوقی در مواردی در تعریف قرارداد عمومی به امکان طرفیت شخص خصوصی خارجی با دولت اشاره کرده‌اند که البته در این موارد نیز عملاً در توضیحات بعدی در احکام قراردادهای عمومی، تبیین ملازمات و احکام ناشی از عنصر خارجی قرارداد عمومی به فراموشی سپرده شده است (طباطبایی‌مؤتمنی، ۱۳۹۳: ۳۲۴).

۲. قسمت اول ماده ۱۳ قانون دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۸۵.

۳. آرای وحدت رویه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری به شماره ۷۵/۳۳ و ۷۷/۱۳۰.

۴. ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان، تنظیم شده از طرف سازمان برنامه و بودجه، بخش‌نامه به دستگاه‌های اجرایی، مهندسان مشاور و پیمان‌کاران در ۱۳۷۸/۳/۳.

که یکی از ملاک‌های شناسایی قراردادهای دولتی این است که می‌توان در آن‌ها شروطی به نفع طرف دولتی درج کرد که وجود این شروط در قراردادهای خصوصی مجاز نیست (عراقی و حبیب‌زاده، ۱۳۸۸: ۹۴-۹۵). ادعا شده است که از جمله این شروط، شرطی است که به شخص حقوقی عمومی حق تصمیم یک‌جانبه به فسخ یا تعلیق قرارداد را می‌دهد (رضایی‌زاده، ۱۳۸۷: ۱۴۹)، (ویژه و تنگستانی، ۱۳۹۳: ۱۱۶) و (طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۳: ۳۳۴). نمونه چنین شرطی را می‌توان در ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان، تنظیم‌شده از طرف سازمان برنامه و بودجه مشاهده کرد که به کارفرما اجازه می‌دهد پیش از اتمام امور موضوع پیمان در هر زمان و صرفاً به تشخیص خود و بدون اینکه لزوماً طرف مقابل مرتکب تخلفی از مفاد قرارداد شده باشد، به طور یک‌جانبه پیمان را خاتمه دهد یا به عبارت دقیق‌تر قرارداد را فسخ کند.^۱ به نظر می‌رسد چنین اختیاری در واقع همان خیار شرط مندرج در قانون مدنی است^۲ و از آنجا که قرارداد پیمان‌کاری مقید به زمان خاصی است، خیار شرط مندرج در آن نیز مقید به همان زمان است و جعل چنین خیاری با ماده ۴۰۱ قانون مدنی نیز مغایرتی ندارد.^۳

با همین مبنا می‌توان توقع داشت که اگر دستگاه دولتی در قرارداد پیمان‌کاری که به‌منظور انجام خدمات عمومی به‌منزله کارفرما با بخش خصوصی منعقد می‌کند از شروط عمومی پیمان استفاده نکند، با وجود تخلف کارفرما از مقررات و نظامات دولتی، مجوزی برای اعمال شروط عمومی پیمان در روابط قراردادی طرفین وجود ندارد و در این حالت امکان فسخ قرارداد از جانب کارفرما بدون وجود موجبات فسخ مذکور در قانون مدنی امکان‌پذیر نخواهد بود. بنابراین، به نظر می‌رسد که قراردادهای پیمان‌کاری که تحت شروط عمومی پیمان منعقد می‌شوند صرفاً نوعی قرارداد الحاقی باشند که در چارچوب کلی نظام حقوق مدنی تفسیر و اجرا می‌شوند.

تعریف و احکام قراردادهای دولتی در معنای دوم در حقوق ایران برگرفته از بحث‌هایی است که ذیل مباحث حقوق تجارت و سرمایه‌گذاری درخصوص قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی در ادبیات حقوقی بین‌المللی وجود دارد. در این معنا قرارداد دولتی، قراردادی است که از سوی دولت‌ها (اعم از مؤسسات دولتی فاقد ماهیت حقوقی مجزا از دولت یا دارای

۱. البته تفسیر دیگر از ماده ۴۸ شرایط عمومی پیمان این است که این ماده حق فسخ پیمان به طور مطلق و بدون پدیدآمدن موجبی از موجبات فسخ را به کارفرما نمی‌دهد، بلکه این ماده را می‌بایست درخصوص سایر مواد مربوط به فسخ و انقراض و به‌منزله مکمل آن‌ها دید (اسماعیلی‌هریسی، ۱۳۹۲: ۳۸۸-۳۸۹). به نظر می‌رسد که چنین تفسیری با رویه عملی و ظاهر ماده ۴۸ هماهنگ نیست.

۲. مواد ۳۹۹-۴۰۱ قانون مدنی.

۳. حتی بنا بر نظر برخی از حقوق‌دانان در عقد بیع نیز می‌توان برای یک طرف خیار شرط همیشگی قرار داد (امامی، ۱۳۸۷: ۴۷۳-۴۷۴).

شخصیت حقوقی مستقل) با اشخاص خصوصی خارجی (اعم از حقیقی یا حقوقی) منعقد می‌شود. بحث در قراردادهای دولتی در اینجا بحث در قراردادهای پیچیده و مهم دولت (و نه صرفاً خرید و فروش ساده) و بلندمدت است که ویژگی‌های قراردادهای توسعه اقتصادی را داشته باشد (نیکبخت، ۱۳۸۴: ۱۹-۲۲). به عبارت دیگر، قرارداد دولتی در این معنا در ادبیات حقوقی ایران همان قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی است که پیش از این در این مقاله احکام و ویژگی‌های آن را بیان کردیم. مصادیق مهم قراردادهای دولتی در معنای اخیر در قسمت ب ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ایران و قسمت ب ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی آن با عنوان ترتیبات قراردادی بیان شده‌اند که منطبق با مصادیقی است که پیش از این در انواع قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی برشمردیم.

در جمع‌بندی می‌توان گفت که کاربرد دو اصطلاح قرارداد اداری (یا همان قرارداد دولتی) و قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی یا بین‌المللی در ادبیات حقوقی ایران - یا به عبارت دیگر کاربرد دو معنای پیش‌تر بیان‌شده از قرارداد دولتی یا اداری در ادبیات حقوقی ایران - نشان می‌دهد که این دو اصطلاح در برخی از مؤلفه‌ها مشترک‌اند، اما از نظر مفهومی و مصادیقی همپوشانی کامل ندارند. برای مثال، قرارداد خرید کالا از سوی دولت به موجب مناقصه، قرارداد دولتی یا اداری است (در معنای اول)، اما قرارداد سرمایه‌گذاری بین‌المللی (یا قرارداد دولتی در معنای دوم) به شمار نمی‌آید. در مقابل، قرارداد شرکت دولتی به‌منظور اعمال تصدی با شخص خصوصی خارجی ممکن است قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی یا بین‌المللی محسوب شود، اما قرارداد دولتی یا اداری (در معنای اول) نباشد.

۶. نتیجه‌گیری

اهمیت آزادی اراده اشخاص در شکل‌دهی به حقوق و تعهدات ایشان در نظام حقوقی حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی انکارناپذیر است. بر همین مبناست که نقش قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی که قالب اصلی شکل‌دهی به توافقات طرفین سرمایه‌گذاری خارجی - یعنی دولت یا شرکت دولتی یا شخص حقوق عمومی از یک‌سو و شخص خصوصی خارجی به‌منزله سرمایه‌گذار خارجی از سوی دیگر - است اهمیت فوق‌العاده‌ای می‌یابد. تحولات جدید در حیطه قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی همانند ورود شرکت‌های دولتی به این عرصه و انواع جدید و متنوع قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی و بازتعریف مفهوم سرمایه‌گذاری به صورت موسع در معاهدات سرمایه‌گذاری، اقتضانات جدیدی در مفهوم و ویژگی‌های قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی ایجاد کرده‌اند که در این مقاله بدان‌ها پرداختیم. در این خصوص بدین نتیجه رسیدیم که اگرچه این ادعا مطرح شده است که طرفیت شرکت‌های دولتی به جای

دولت در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی مدرن سبب شده که ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی یا دولتی اساساً متحول شود، در نگاهی دقیق‌تر به نظر می‌رسد که ورود شرکت‌های دولتی در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی بیش از آنکه ماهیت این قراردادها را متحول کند سبب ایجاد تحولات بنیادین در احکام حاکم بر حل اختلافات در این‌گونه قراردادها شده باشد. دستاورد دیگر این قسمت مقاله این بود که آنچه به صورت سنتی در بیان عوامل مؤثر در تعریف سرمایه‌گذاری خارجی عنوان می‌شده است، در حال حاضر در تحدید موضوعی قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی اهمیت خود را از دست داده است و برای مثال اهمیت عامل خطرپذیری در تمایزبخشی قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی از سایر انواع مراودات اقتصادی همانند گذشته نیست.

در قسمت تحلیل ماهیت قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی بدین‌نتیجه رسیدیم که این‌گونه قراردادها پس از پیدایش، در مجموع تابع نظامی شبیه نظام الزامات و ضمانت‌اجراهای موجود در حقوق خصوصی‌اند. اینکه چنین وضعیتی، وضعیت مطلوب است یا خیر؟ نیازمند تحقیقی جداگانه است، اما از آنچه گفتیم اجمالاً کارکرد مثبت وضعیت موجود که هماهنگ با استانداردهای پذیرفته‌شده بین‌المللی است نیز به دست می‌آید.

در قسمت آخر مقاله یعنی بررسی اصطلاحات «قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی» و «قرارداد دولتی» در ادبیات حقوقی ایران کوشیدیم که مؤلفه‌های موجود در این دو اصطلاح و وجوه تشابه و افتراق آن‌ها را بیان کنیم. قرارداد دولتی در ادبیات حقوقی ایران، در دو معنای متفاوت استفاده می‌شود که یکی از این معانی قابل تطبیق بر آن نوع قراردادی است که در این مقاله تحت عنوان قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی به بررسی احکام و ماهیت آن پرداختیم.

منابع و مأخذ

الف) فارسی

۱. اسماعیلی هرسی، ابراهیم (۱۳۹۲). *مبانی حقوق بیمان*. چاپ نهم، انتشارات جاودانه، تهران: جنگل.
۲. امامی، سیدحسین (۱۳۸۷). *حقوق مدنی*. جلد اول، تهران: انتشارات اسلامی.
۳. امامی، محمد و استوارسنگری، کورش (۱۳۸۸). *حقوق اداری*. جلد اول، چاپ ششم، تهران: میزان.
۴. پیران، حسین (۱۳۹۳). *مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی*. تهران: گنج دانش.
۵. جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۸). *ترمینولوژی حقوق*. چاپ ۲۲، تهران: گنج دانش.
۶. رضایی‌زاده، محمدجواد (۱۳۸۷). «ویژگی قرارداد اداری». *فصل‌نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۸، شماره ۲*.
۷. شهبازی‌نیا، مرتضی (۱۳۹۲). *حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی (مطالعه تطبیقی)*. چاپ دوم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی.
۸. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳). *حقوق نفت و گاز*. چاپ اول، تهران: میزان.

۹. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۸۵). «نظری کوتاه بر قواعد و احکام قراردادهای عمومی». بخش دوم، فصل‌نامه حقوقی گواه، شماره‌های ۶ و ۷.
۱۰. _____ (۱۳۹۳). حقوق/اداری. چاپ نوزدهم، تهران: سمت.
۱۱. عبدالحسین، شیروی و فاطمه، امین‌مجد (۱۳۹۱). «سرمایه‌گذاری خارجی در عملیات بالادستی نفت و گاز». مجله حقوقی خصوصی دانشگاه تهران، شماره ۲۱.
۱۲. علیدوستی شهرکی، ناصر (۱۳۸۹). حقوق سرمایه‌گذاری خارجی. چاپ اول، تهران: خرسندی.
۱۳. عراقی، عزت‌الله و حبیب‌زاده، محمدکاظم (۱۳۸۸). «قراردادهای دولتی در حقوق ایران: بررسی شاخص‌ها». حقوق خصوصی، سال ششم، شماره پانزدهم.
۱۴. مولایی، آیت (۱۳۹۴). «مفهوم‌شناسی قرارداد اداری با تأکید بر موانع نهادینه‌شدن آن در حقوق ایران»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۹، شماره ۸۹.
۱۵. میروسی، علیرضا (۱۳۹۳). حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در چارچوب معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی. تهران: پریس.
۱۶. نیکبخت، حمیدرضا و جعفری‌ندوشن، شهاب (۱۳۹۲). «صلاحیت مراجع حل اختلاف معاهدات سرمایه‌گذاری در دعای معاهدات و قراردادهای سرمایه‌گذاری». مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۶۱.
۱۷. نیکبخت، حمیدرضا (۱۳۸۴). «مروری بر تنظیم قراردادهای دولتی در حقوق تجارت بین‌الملل». مجله تخصصی الهیات و حقوق، شماره ۱۵ و ۱۶.
۱۸. ویژه، محمد و تنگستانی، محمدقاسم (۱۳۹۳). «حق فسخ و انفساخ قراردادهای پیمان‌کاری دولتی (تحلیل موردی مقررات شرایط عمومی پیمان)». فصل‌نامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۴، شماره ۱.

(ب) خارجی

19. Ben Hamida, walid (2007). "Two Nebulous ICSID Features; the Notion of Investment and the Scope of Annulment Control, Ad Hoc Committee's Decision in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo", *Journal of International Arbitration*, Vol. 24, Issue 3.
20. Boivin, Richard (2008). "International Arbitration with States: An Overview of the Risks", *Journal of International Arbitration*, Vol. 19, Issue 4.
21. Crawford, James (2008). "Treaty and Contract in Investment Arbitration", *Arbitration International*, Vol. 24, No. 3.
22. Dolzer, Rudolf & Schreuer, Christoph (2008). *Principles of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press.
23. Hudson, Alastair (2005). *Equity and Trusts*, Fourth Edition, London: Cavendish Publishing.
24. Maniruzzaman, A.F.M. (2005). "the Relevance of Public International Law in Arbitrations Concerning International Economic Development Agreements An Appraisal of Some Fundamental Aspects", *the Journal of World Investment & Trade*, Vol. 6, Issue 2.
25. Schreuer, Christoph (2004). "Non-Pecuniary Remedies in ICSID Arbitration", *Arbitration International*, Vol. 20, No. 4.
26. Sornarajah, M. (1990). *International Commercial Arbitration: the Problem of State Contracts*, London & Singapor: Longman.
27. United Nations Conference on Trade and Development (2004). *State Contracts, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements*, New York and Geneva: United Nations Publication (A).
28. United Nations Conference on Trade and Development (2004). *UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, Key Terms and Concepts in IIAs: A Glossary*, New York and Geneva: UN Publication (B).
29. Voss, Jan Ole (2011). *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host States and Foreign Investors*, Leiden & Boston: Martinus Nijhoff.
30. Webb Yakee, Jason (2008). "Do We Really Need BITs? Toward a Return to Contract in International Investment Law", *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*, Vol. 3, No. 1.