



انجمن علمی فقه‌بزرای تطبیقی ایران



فصلنامه فقه‌بزرای تطبیقی

Volume 4, Issue 1, 2024

Dual Criminal and Non-Criminal Methods in Deciding Foreign Investment Lawsuits with a Look at Jurisprudence

Mahmoud Qomshal¹, Ahmad Moradkhani*², Seyed Mahdi Mirdadashi³

1. Ph.D Student of Private Law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.

2. Associate Professor, Department of Fiqh and Fundamentals of Islamic Law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.
(Corresponding Author)

3. Assistant Professor, Department of Private Law, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Type of Article:

Original Research

Pages: 93-101

Corresponding Author's Info

ORCID: 0000-0002-8322-6130

TELL: +989121513729

Email: ah_moradkhani@qom-iaau.ac.ir

Article history:

Received: 17 Aug 2023

Revised: 02 Sep 2023

Accepted: 19 Nov 2023

Published online: 20 Mar 2024

Keywords:

*Jurisprudence, Arbitration,
Criminal Litigation, Fair
Treatment, Foreign
Investment.*

ABSTRACT

Attracting foreign investment is one of the best ways to benefit from foreign financial resources. Considering dual and proportionate methods to resolve legal and criminal lawsuits resulting from foreign investment is one of the most important incentives for attracting foreign investment. It is considered a foreign investment. By looking at the related jurisprudence, one can look for traces of these dual criminal and non-criminal methods, the most important of which is the standard of fair behavior and recourse to arbitration. Regarding the standard of fair treatment, in addition to rationality and its approval from the point of view of Shariah standards, it should be said that this criterion is used in the settlement of legal disputes and criminal lawsuits caused by foreign investment. behaving within the framework of the law, avoiding arbitrary actions, paying attention to the expectations of the investor and maintaining legal stability are among the most important applications of this criterion in the settlement of legal disputes and paying attention to the principles of fair criminal proceedings, the most important application of this criterion in the decision of criminal lawsuits. In relation to the method of arbitration, in addition to the generality of Sharia evidence, its application in legal claims is faced with challenges such as obstacles in the legal system of the host country, parallel proceedings and lack of coordination in the decisions, and in claims In criminal cases, most countries avoid resorting to this method and consider it as a supplementary restorative strategy; Although the balancing role of arbitration in this field is very important.



This is an open access article under the CC BY license.

© 2024 The Authors.

How to Cite This Article: Qomshal, M; Moradkhani, A & Mirdadashi, SM (2024).“Dual Criminal and Non-Criminal Methods in Deciding Foreign Investment Lawsuits with a Look at Jurisprudence”. *Journal of Comparative Criminal Jurisprudence*, 4(1): 93-101.



انجمن علمی فقه‌پژای تطبیقی ایران



فصلنامه فقه‌پژای تطبیقی

دوره چهارم، شماره اول، بهار ۱۴۰۳

شیوه‌های دوگانه کیفری و غیرکیفری در فیصله دعاوی سرمایه‌گذاری خارجی با نگاهی بر آموزه‌های فقهی

محمود قمشال^۱، احمد مرادخانی^{۲*}، سیدمهدی میرداداشی^۳

۱. دانشجوی دکتری حقوق خصوصی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

۲. دانشیار، گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران. (نویسنده مسؤول)

۳. استادیار، گروه حقوق خصوصی، واحد قم، دانشگاه آزاد اسلامی، قم، ایران.

چکیده

جذب سرمایه‌گذاری خارجی یکی از بهترین و کم‌ریسک‌ترین راه‌ها در راستای بهره‌گیری از منابع مالی خارجی است. در نظر گرفتن شیوه‌های دوگانه و متناسب به منظور فیصله دعاوی حقوقی و کیفری ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی، از مهمترین مشوق‌ها در جهت جذب سرمایه‌گذاری خارجی به‌شمار می‌رود. با نگاهی به آموزه‌های فقهی مرتبط، می‌توان ردیابی از این شیوه‌های دوگانه کیفری و غیرکیفری را جستجو نمود که مهم‌ترین آن‌ها، معیار رفتار منصفانه و توسل به داوری است. در خصوص معیار رفتار منصفانه، علاوه بر حُسن عقلی و تأیید آن از منظر موازین شرعی، بایستی گفت که این معیار، در حل و فصل اختلافات حقوقی و دعاوی کیفری ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی دارای کاربرد است. رفتار در چارچوب قانون، پرهیز از اقدامات خودسرانه، توجه به انتظارات اساسی سرمایه‌گذار و حفظ ثبات حقوقی از مهمترین کاربردهای این معیار در حل و فصل اختلافات حقوقی و توجه به اصول دادرسی منصفانه کیفری، مهم‌ترین کاربرد این معیار در فیصله دعاوی کیفری است. در ارتباط با شیوه داوری، علاوه بر شمول عمومات ادله شرعی بر آن، اعمال آن در دعاوی حقوقی، مواجه با چالش‌هایی همچون موانع نظام حقوقی کشور میزبان، رسیدگی‌های موازی و عدم هماهنگی در آرای صادره است و در دعاوی کیفری نیز عموم کشورها از توسل به این شیوه، اجتناب کرده و آن را به‌عنوان یک راهبرد ترمیمی تکمیلی قلمداد می‌نمایند؛ اگرچه که نقش متعادل‌کننده داوری در این حوزه، بسیار حائز اهمیت است.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۹۳-۱۰۱

اطلاعات نویسنده مسؤول

کد آرکاید: ۶۱۳۰-۸۳۲۲-۰۲-۰۰۰۰-۰۰۰۰

تلفن: ۹۸۹۱۲۱۵۱۳۷۲۹+

ایمیل: ah_moradkhani@qom-iau.ac.ir

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۵/۲۶

تاریخ ویرایش: ۱۴۰۲/۰۶/۱۱

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۸/۲۸

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۱/۰۱

واژگان کلیدی:

آموزه‌های فقهی، داوری، دعاوی کیفری، رفتار منصفانه، سرمایه‌گذاری خارجی.



مقدمه

متصدیان اجرای مقررات و محاکم قضایی در کشور میزبان، رویکرد بی طرفانه‌ای را در اعمال قانون نسبت به سرمایه‌گذاران خارجی اتخاذ نمایند. معاهدات سرمایه‌گذاری که غالباً به صورت دوجانبه بین کشورها منعقد می‌شوند، پاسخی هستند برای حل این مشکلات؛ در معاهدات مزبور، شیوه‌هایی متنوع به منظور حل و فصل اختلافات حقوقی ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی پیش‌بینی می‌شود. در دعاوی کیفری، اوضاع کمی متفاوت است و در صورت ارتکاب عمل دارای وصف کیفری از جانب سرمایه‌گذار خارجی، موضوع، عموماً تابع نظام کیفری کشور میزبان است تا ساز و کارهای معاهده‌ای. با توجه به اعمال شیوه‌های متناسب و دارای کاربرد دوگانه به منظور فیصله دعاوی حقوقی و کیفری ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی از جانب اکثر کشورها، با امعان نظر به آموزه‌های فقهی مرتبط، می‌توان ردپایی از اینگونه شیوه‌ها را در این راستا (ولو به طور ناقص و ابتدایی) جستجو نمود. بر مبنای آنچه گفته شد، در این پژوهش، بر آن شدیم تا با هدف پیوند مباحث مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی با آموزه‌های فقهی و با روش توصیفی - تحلیلی، ضمن تبیین آموزه‌های فقهی مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی، به تبیین و تحلیل مهمترین شیوه‌های دارای کاربرد دوگانه در فیصله دعاوی حقوقی و کیفری ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی با نگاهی بر آموزه‌های مزبور بپردازیم. نقش روزافزون نظام حقوقی و کیفری یک کشور، مهم‌ترین عاملی است که اهمیت انجام این پژوهش را بیش از پیش عیان می‌کند.

۱- آموزه‌های فقهی مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی

با مطالعه آموزه‌های فقهی، می‌توان به این نتیجه رهنمون گردید که علی‌رغم نوظهور و اصطلاحاً مستحدثه بودن مقوله سرمایه‌گذاری خارجی، پاره‌ای از آموزه‌های مزبور، قابلیت اعمال در این مقوله نوظهور را دارا می‌باشند؛ به عنوان نمونه

یکی از بهترین و کم‌ریسک‌ترین راه‌های بهره‌گیری از منابع مالی خارجی، جذب سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشد. امروزه جذب منابع مالی خارجی در اشکال گوناگون، از اولویت‌های غالب کشورهای جهان بوده و به یکی از پیش‌نیازهای دستیابی به اهداف توسعه‌ای آنها بدل گردیده است. گسترش جهانی سرمایه‌گذاری خارجی از دهه ۱۹۸۰ میلادی بدین سو از شتاب بی‌سابقه‌ای برخوردار بوده، به طوری که نرخ رشد آن از نرخ رشد سایر شاخص‌های اقتصادی جهان (مانند صادرات، واردات و تولید ناخالص ملی) بسیار بالاتر رفته است. امروزه کشورهای در حال توسعه و توسعه یافته در رقابتی شدید و تنگاتنگ برای جذب سرمایه خارجی قرار دارند و کشورهای در این امر موفق هستند که بتوانند به بهترین وجه، اعتماد و نظر سرمایه‌گذار خارجی را جلب کنند؛ این مهم به دست نمی‌آید، مگر با در نظر گرفتن مشوق‌های حقوقی مناسب و تضمین حقوق سرمایه‌گذار خارجی^۱ (بوربور، ۱۴۰۰: ۱۶۵)؛ در همین راستا، امروزه کشورهای سرمایه‌پذیر، با در نظر گرفتن شیوه‌های متناسب و دارای کاربرد دوگانه در فیصله دعاوی حقوقی و کیفری، به حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، تضمین سودآوری آن و مصونیت بخشی به اموال، سرمایه و آورده سرمایه‌گذار خارجی می‌پردازند. در خصوص دعاوی حقوقی، آن دسته از مقررات قانونی که از نظام حقوقی کشور میزبان پیروی کرده و هرگونه اختلاف حقوقی ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی را در صلاحیت انحصاری دادگاه‌های داخلی می‌داند، اعتماد و امنیت سرمایه‌گذاری‌های خارجی را تضمین نمی‌کنند (مجتهدی، ۱۳۹۰: ۱۷۶)؛ چرا که به عنوان مثال، کشور سرمایه‌پذیر به سهولت می‌تواند نسبت به تغییر قوانین خود مبادرت ورزد؛ همچنین این احتمال قوی نیز وجود دارد که

۱- البته قوانین سرمایه‌گذاری، بسته به نظام حقوقی و اقتصادی و تاریخ یک کشور متفاوت است (پوراسماعیلی و شیروی، ۱۳۹۲: ۳۶). مقررات مزبور در کشورهایی که از نظام حقوقی کامن‌لا پیروی می‌کنند، کمتر به جزئیات و تفصیل امور پرداخته و در مقابل، نقش پررنگ‌تری را برای رویه قضایی به منظور تفسیر و تکمیل متون قانونی قائل گردیده است؛ این در حالی است که مقررات سرمایه‌گذاری در کشورهایی که از نظام حقوقی نوشته (رومی - ژرمنی) تبعیت می‌کنند، تفصیل بیشتری را دارد و طبیعی است که نقش کم‌رنگ‌تری را برای رویه قضایی به منظور تفسیر قانون قائل شده باشد (GAO, 2008: 9).

۲- به موجب ماده ۱۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۰/۱۲/۱۹: «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 آن که در قانون موافقتنامه دوجانبه سرمایه‌گذاری با دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی، در مورد شیوه دیگری از حل و فصل اختلافات توافق شده باشد».

چون به دلیل وجود مقتضی ارجاع و شمول عمومات ادله، هرگونه دعاوی متصور، قابلیت ارجاع به حکمیت و داوری را دارا می‌باشد (شهید ثانی، ۱۳۹۵، ج ۲: ۲۸۳؛ نجفی، ۱۳۹۳، ج ۴۰: ۲۷)، بنابراین دعاوی ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی نیز قابل ارجاع به حکمیت می‌باشد. با توجه به وجود آموزه‌های فقهی مرتبط با سرمایه‌گذاری خارجی که به بخشی از آنها اشاره گردید، اینک به تبیین و تحلیل شیوه‌های غیرکیفری در حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی می‌پردازیم.

۲- شیوه‌های دوگانه کیفری و غیرکیفری در فیصله دعاوی ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی

۱-۲- تمسک به معیار رفتار منصفانه

انصاف، مجموعه قواعدی است که در کنار و به موازات قواعد اصلی حقوق وجود دارد و چون بر اصول عالی و برتر اخلاقی متکی است، لذا این قابلیت را دارد که حسب مورد، به لغو یا تخصیص قواعد حقوقی مبادرت نماید (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۴۷/۱). رجوع به انصاف، زمانی است که نتایج نامطلوب بر اعمال یک قاعده عادلانه در مورد خاص مترتب گردد؛ به نحوی که وجدان اخلاقی، اصلاح آن قاعده به ظاهر عادلانه را تجویز نماید (مظاهری و آل اسحاق خوئینی، ۱۳۹۱: ۱۳۹). به‌طورکلی، سرمایه‌گذاران خارجی، به‌منظور انجام سرمایه‌گذاری در کشورهای کمتر توسعه یافته (چه از منظر موازین حقوقی و چه از منظر نظام اقتصادی حاکم بر آنها)، خواهان ارائه تضمین‌ها و پشتیبانی‌هایی از جانب دولت میزبان می‌گردند که یکی از مهم‌ترین آن‌ها تضمین رفتار منصفانه^۳

به روایات مختلفی نیز به منظور اثبات جواز و نفوذ امر حکمیت استناد گردیده است که عمدتاً منقول از جانب اهل سنت است؛ یکی از مهمترین روایات، نحوه عمل رسول اکرم (ص) و داوری ایشان در دعاوی حادث شده میان سعد بن معاذ و قبیله یهودی بنی قریظه است. فقهای امامیه عمدتاً از باب اجماع، داوری را مجاز شمرده‌اند. با توجه به آنچه گفته شد، به ضرس قاطع می‌توان گفت که هیچ سند مکتوب نسبتاً جامعی در حوزه فقه و حقوق اسلامی نیست که در آن، بحثی از قضاوت تحکیمی و نیز شرایط آن صورت نگرفته باشد؛ این امر، نشان دهنده اجماع فقها و اتفاق صاحب‌نظران حقوق اسلامی در باب جایز و نافذ بودن حکمیت یا همان قضاوت تحکیمی است (بهبهانی، ۱۳۹۵: ۲۱-۲۰).

در مورد قاعده انصاف^۱، بایستی گفت که چون انصاف، از سوی همه عقلای عالم، حسن و نیکوست و بی انصافی قبیح است (مظاهری و آل اسحاق خوئینی، ۱۳۹۱: ۱۵۶) و با توجه به قاعده ملازمه، این حکم، به شرع نیز تسری پیدا می‌کند، بنابراین در مواجهه با امورات مختلف، بایستی جانب انصاف را نگه داشت؛ لذا چنانچه در بُعد حقوقی، حکم شرعی و قانونی مشخصی را در ارتباط با سرمایه‌گذاری و سرمایه‌گذار خارجی نیابیم، بایستی از قواعد انصاف بهره جوییم. در بُعد کیفری نیز نظام دادرسی اسلامی، متضمن اصولی است که دادرسی منصفانه را از طریق تأمین حقوق متهم در حد اعلایش، تضمین می‌کند؛ به‌گونه‌ای که، با مراجعه به دستورات قرآنی می‌بینیم که خداوند متعال، هدف از فرستادن پیامبران را اقامه قسط و عدل معرفی می‌کند. علاوه بر اصل کلی فوق، صحت این ادعا با رجوع به منابع اسلامی (کتاب، سنت، اجماع و عقل) و سیره قضایی و کیفری امامان معصوم، امری قطعی و غیرقابل انکار است (براری لاریمی و قبولی درافشان، ۱۳۸۹: ۲۴). همچنین به موجب قاعده حکمیت^۲

۱- قاعده انصاف را از این منظر قاعده‌ای فقهی نیز تلقی می‌نماییم که گزاره‌های مختلفی از کتاب، سنت و بنای عقلاء مرید عمل به قاعده مزبور است. درخصوص آیات قرآن، برخی آیات (نحل/۹۰) امر به عدل و انصاف در تمام امور گردیده است و در برخی دیگر (سبا/۲۴؛ مائده/۸۳؛ آل عمران/۱۱۳) منصفانه استدلال گردیده است که نشان‌دهنده اهتمام قرآن به رعایت انصاف است. در ارتباط با سنت، در برخی روایات (وصایای پیامبر (ص) به ابن مسعود و در فرازهای مختلف نهج‌البلاغه) امر به رعایت انصاف شده است و در ارتباط با بنای عقلاء، چون انصاف، از سوی همه عقلاء، نیکوست و بی‌انصافی قبیح است، لذا با توجه به قاعده ملازمه، شرعی بودن قاعده انصاف نیز اثبات می‌گردد. برای مطالعه بیشتر ر.ک: مظاهری، معصومه. آل اسحاق خوئینی، زهرا (۱۳۹۱). قاعده فقهی، حقوقی انصاف. فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی. ۸ (۲۷)، صص ۱۴۵-۱۵۶.

۲- جواز و نفوذ قاعده حکمیت در فقه که تحت عنوان «قضاوت تحکیمی» مطرح می‌شود، در درجه اول، مستند به آیه ۳۵ سوره مبارکه نساء می‌باشد که می‌فرماید: «وَإِنْ حُفَّتُمْ شِقَاقَ بَيْنَهُمَا فَابْتِئُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنَّ يَرْبِنَا إِصْلَاحًا يَوْفِقُ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَبِيرًا» و چنانچه بیم آن دارید که نزاع سخت بین آنها پدید آید، از طرف کسان مرد و کسان زن داوری برگزینید که اگر مقصود اصلاح داشته باشند خدا میان ایشان موافقت و سازگاری برقرار کند، که خدا دانا و آگاه است. مفاد آیه نشان‌دهنده مجاز و همچنین نافذ بودن امر داوری در دعاوی مرتبط با حقوق خانواده است که با الغای خصوصیت، قابل تسری به سایر دعاوی مشابه نیز می‌باشد و همین امر، نشان‌دهنده تأیید اصل حکمیت و داوری از منظر فقه و حقوق اسلامی است. علاوه بر آیات قرآن،

که تطبیق آن را با شرایط حاکم بر هر قضیه خاص، امکان‌پذیر می‌سازد. اهمیت معیار انصاف تا بدانجاست که برخی (صمیمی‌فر، ۱۴۰۰: ۴۷۳) معتقدند که چنانچه سرمایه‌گذار، ادعائی را در خصوص نقض و متعاقب آن فسخ قرارداد که منجر به نادیده گرفتن و نقض اصول انصاف در معاهده شده است را مطرح کند، هر دو سیستم قانونی (حقوق داخلی و حقوقی بین‌المللی) در اینجا قابل استناد خواهند بود. اما تمسک به معیار انصاف، منحصر به بُعد غیرکیفری و حقوقی قضیه نیست و می‌تواند به‌عنوان یک بایسته به‌منظور حل‌وفصل دعاوی کیفری ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی نیز مطرح نظر قرار گیرد؛ به گونه‌ای که اگر سرمایه‌گذار خارجی، پس از شروع فعالیت اقتصادی، در مظان اتهام اقتصادی قرار گیرد و احساس غیرمنصفانه بودن دادرسی‌های کیفری در جامعه حاکم باشد و یا این احساس به سرمایه‌گذاران القاء شود، نتیجه آن، فرار و عدم جذب سرمایه خواهد بود (صادقی مادوانی و همکاران، ۱۴۰۰: ۱۵۵)؛ لذا اصول دادرسی منصفانه کیفری، بایستی در رسیدگی‌های اقتصادی، به‌عنوان مهمترین ابزار تضمین‌کننده عدالت کیفری و محکم‌ترین زیربنای امنیت اقتصادی مور لحاظ قرار گیرد تا محسوب شود تا سبب ایجاد احساس وجود امنیت اقتصادی در فضای کسب و کار و در نهایت موجبات جذب سرمایه (خارجی) و افزایش بهره‌وری و اشتغال را فراهم سازد (صادقی مادوانی و همکاران، ۱۴۰۰: ۱۵۵).

از جانب دولت سرمایه‌پذیر است. در بُعد غیرکیفری، معیار رفتار منصفانه در اکثریت معاهدات و موافقت‌نامه‌های حمایت و جذب سرمایه‌گذاری^۱ پیش‌بینی و درج می‌گردد که این امر، در معاهدات دوجانبه منعقد دولت ایران با سایر دول نیز به چشم می‌خورد.^۲ معیار رفتار منصفانه در وجه حقوقی قضیه را می‌توان کانون مرکزی حقوقی رو به گسترش سرمایه‌گذاری خارجی قلمداد نمود که مقصود غایی آن، افزودن به سرمایه در گردش در سطح جهان و نیز ارتقا و بهبود سطح روابط اقتصادی میان کشورهای مختلف است (پاسبان و اصغری، ۱۳۹۳: ۴۴). طبق این معیار، دولت میزبان سرمایه‌گذاری، باید براساس معیارهای حقوق بین‌الملل، شرایط مساعد و مناسب را برای حمایت از سرمایه‌گذار خارجی و اموال وی فراهم نماید (انصاری مهباری و رئیسی، ۱۳۹۷: ۵۹)؛ این معیار مشتمل بر انجام بایسته‌هایی همچون رفتار در چارچوب قانون، پرهیز از اقدامات تبعیض‌آمیز و خودسرانه، توجه به انتظارات اساسی سرمایه‌گذار و حفظ ثبات حقوقی سرمایه‌گذاری از جانب کشور میزبان است؛ با این وجود، بایستی توجه داشت که رفتار منصفانه (به‌عنوان یک معیار و نه یک قاعده حقوقی)^۳ از سطحی از انعطاف برخوردار است

۱- در اکثر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد در سالیان اخیر، ماده‌ای درخصوص معیار رفتار منصفانه پیش‌بینی گردیده و در نحوه نگارش آنها نیز تقریباً گزرها و عبارات مشابهی استعمال گردیده است (De Brabandere, 2016: 287).

۲- به‌عنوان نمونه، بند ۳ ماده ۲ «موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری فدرال آلمان» (مصوب ۱۳۸۲) اشعار می‌دارد: «طرف‌های متعهد همیشه اعمال رفتار عادلانه و منصفانه نسب، به سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران طرف متعهد دیگر را تضمین خواهند کرد و مدیریت، فعالیت، نگهداری، استفاده، تغییر شکل، بهره‌مندی، فروش یا واگذاری سرمایه‌گذاری‌های مزبور را به هیچ وجه مشمول اقدامات تبعیض‌آمیز قرار نخواهند داد» (حسینی، ۱۳۸۸: ۱۸۲)؛ همچنین ماده ۴ قانون موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری ایران و چین (مصوب ۱۳۸۳) بیان می‌دارد: «سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران هریک از طرف‌های متعهد در قلمرو طرف دیگر متعهد، طبق قوانین و مقررات طرف متعهد سرمایه‌پذیر از حمایت کامل قانونی طرف متعهد سرمایه‌پذیر و رفتار منصفانه‌ای که از رفتار اعمال شده نسبت به سرمایه‌گذاران خود یا سرمایه‌گذاران هر کشور ثالث در شرایط مشابه نامساعدتر نباشد، برخوردار خواهد بود» (پاسبان و اصغری، ۱۳۹۳: ۴۶).

۳- در مورد اینکه معیار رفتار منصفانه، مبنایی معاهده‌ای دارد یا اینکه تبدیل به یک قاعده عرفی بین‌المللی شده است، اختلاف‌نظر وجود دارد. برخی بر این باورند که این استاندارد، یک قاعده عرفی بین‌المللی می‌باشد؛ چراکه با توجه به

رویه دولت‌ها، این معیار در اکثر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری مقرر شده است؛ اما عده‌ای دیگر معتقدند که اگر این معیار، تبدیل به یک قاعده عرفی بین‌المللی شده بود، دیگر نیازی نبود تا دولت‌ها، آن را در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خود درج نمایند و فی‌نفسه رعایت آن برای دولت‌ها الزامی بود؛ اما امروزه شاهد هستیم که همچنان در اکثر معاهدات سرمایه‌گذاری، این استاندارد قید می‌شود؛ بنابراین، این استاندارد، مبنایی معاهده‌ای دارد (انصاری مهباری و رئیسی، ۱۳۹۷: ۶۳-۶۲) و نظر نگارندگان نیز قول دوم است؛ بنابراین اگر در معاهده سرمایه‌گذاری، طرفین به صراحت و یا به طور ضمنی، اشاره‌ای به معیار مزبور نداشته باشند، سرمایه‌گذار خارجی نمی‌تواند به رفتار منصفانه به مثابه یک شیوه حل‌وفصل اختلافات خود با کشور میزبان و سرمایه‌پذیر تمسک جوید (Dumbery, 2016: 23).

۲-۲- توسل به داوری

داوری، یکی از مفاهیم پرکاربرد در مباحث مرتبط با مدیریت تعارض^۱ است که می‌تواند از جانب یک فرد، گروه و یا نهاد در اشکال مختلف رسمی و غیررسمی انجام پذیرد. به موجب بند (الف) ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران (مصوب ۱۳۷۶): «داوری عبارت است از رفع اختلاف بین متداعین در خارج از دادگاه به وسیله شخص یا اشخاص حقیقی یا حقوقی مرضی‌الطرفین و یا انتصابی». فارغ از چند و چون و معایب این تعریف^۲، بایستی توجه داشت که هر تعریفی از داوری، از نظر جامع و مانع بودن، قابل انتقاد خواهد بود؛ شاید به این دلیل است که در اکثر قوانین ملی، داوری تعریف نشده است (عزیزی، ۱۳۹۸: ۳۹۷). درخصوص سرمایه‌گذاری خارجی، همانگونه که پیشتر نیز گفته شد، متصدیان اعمال قانون و مراجع قضایی در کشور سرمایه‌پذیر، ممکن است در اعمال قانون نسبت به سرمایه‌گذاران خارجی، بی‌طرفانه برخورد نمایند؛ به همین دلیل، یکی از انتظارات سرمایه‌گذار خارجی، وجود نهاد مستقل یا محکمه قضایی بی‌طرف است که در صورت حدوث دعوی حقوقی منبعت از سرمایه‌گذاری، در دسترس وی باشند و روش داوری در اینجا، سیستم ترجیحی است (مجتهدی، ۱۳۹۰: ۱۷۵). در کنوانسیون ۱۹۶۶ واشنگتن راجع به تأسیس مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری که به معاهده ایکسید^۳ موسوم است، یکی از شرایط مهم صلاحیت مرکز داوری، وجود دعوی حقوقی بین سرمایه‌گذار خارجی و دولت طرف معاهده است (غمامی و یادگاری، ۱۳۹۸: ۹). یکی از مهم‌ترین چالش‌های پیش‌روی اعمال داوری به‌منظور حل اختلافات حقوقی ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی، این است که چون احتمال بروز موانعی

از نظر نظام حقوقی داخلی کشور میزبان برای رجوع به داوری وجود دارد^۴ و یا ممکن است دشواری‌هایی در ترکیب داوری، قانون حاکم بر ماهیت دعوا و آیین دادرسی (خصوصاً اجرای احکام) به وجود آید، نه تنها انگیزه و رغبتی را در سرمایه‌گذاران ایجاد نمی‌کند، بلکه باعث یأس نیز می‌گردد (مجتهدی، ۱۳۹۰: ۱۷۷).

از دیگر چالش‌ها در این راستا می‌توان به مقوله رسیدگی‌های موازی اشاره نمود؛ توضیح مطلب اینکه در قسمت حل اختلاف برخی از معاهدات سرمایه‌گذاری، مقرر می‌شود که تمام دعاوی ناظر به سرمایه‌گذاری، به نظام حل اختلاف معاهده‌ای (که عمدتاً داوری است) ارجاع شوند و به علت اطلاق عبارت فوق‌الذکر (که تمامی دعاوی سرمایه‌گذاری را شامل می‌شود و نه فقط دعاوی نقض معاهده را) برخی از دیوان‌های داوری پیش‌بینی شده در معاهده (دیوان داوری معاهده‌ای)، خود را برای رسیدگی داوری، صالح می‌دانند و بدین‌گونه صلاحیت خود را توسعه می‌دهند و از آنجاکه قرارداد سرمایه‌گذاری، معمولاً نظام حل اختلاف مختص خود را دارد، لذا این توسعه صلاحیت، مشکل تعدد مراجع را بیشتر می‌کند (جعفری ندوشن، ۱۳۹۲: ۴۸). و در نهایت بایستی به عدم هماهنگی در آرای صادره از مراجع داوری نیز در این زمینه اشاره نمود؛ به نحوی که مواردی مشاهده می‌شود که آرای متناقضی از سوی مراجع داوری در قضایای مشابه و حتی در قضیه‌ای واحد توسط مراجع موازی صادر شده است (براهویی مقدم و همکاران، ۱۳۹۷: ۷۴). در وجه کیفری قضیه، چون حقوق کیفری و اعمال آن، با حاکمیت و امنیت

۴- در ارتباط با نظام حقوقی حال حاضر ایران، در بیان موانع حقوقی سرمایه‌گذاری خارجی به طور عام، به اصول متعددی از قانون اساسی همچون اصل ۱۳۹ و نیز قدیمی بودن قوانین داوری تجاری بین‌المللی، اشاره گردیده است (کامل، ۱۳۹۸). به موجب اصل ۱۳۹: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد، موقوف به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی، باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند». با وجود این، برخی (علیدوستی شهرکی، ۱۳۸۸: ۶۱) معتقدند که با وجود تشویق و تلاش برای جذب سرمایه‌گذاری خارجی که در راستای مصلحت «رونق و توسعه اقتصادی» کشور است، نباید از مصلحت دیگر که عبارت از «حفظ و صیانت از منابع و منافع ملی» است، غافل شد و اصل ۱۳۹ قانون اساسی نیز در این راستا تنظیم شده است.

1 - Conflict Management.

۲- تعریف مزبور، اولاً؛ به جنبه قضایی رسیدگی در داوری توجه نکرده است و به این ترتیب شامل سایر روش‌های حل و فصل اختلاف مثل سازش و میانجی‌گری نیز می‌شود؛ درحالی‌که میانجی بدون صدور رأی به اختلاف پایان می‌دهد. ثانیاً؛ تعریف به نحوه حل و فصل اختلاف که باید مبتنی بر اصول حقوقی باشد، اشاره‌ای نکرده است. ثالثاً؛ به لازم الاجرا بودن رأی و تصمیم داور نیز اشاره‌ای نمی‌کند (عزیزی، ۱۳۹۸: ۳۹۷).

3 - The International Centre for Settlement of Investment Disputes.

ملی کشورها مرتبط است، لذا عموم کشورها از پیش‌بینی نهاد داوری به‌منظور رسیدگی به اتهامات و اعمال مجرمانه ارتكابی توسط سرمایه‌گذار خارجی اجتناب ورزیده و داوری را تنها به‌عنوان یک راهبرد ترمیمی (فرع بر دعوای کیفری) قلمداد می‌نمایند. البته نقش راهبردهای ترمیمی از جمله داوری، درخصوص دعوای کیفری ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی، از آن جهت اهمیت دارد که در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی، به‌طور معمول یکی از طرفین سرمایه‌گذاری، دولت است. با توجه به مصونیت دولت میزبان از تعقیب توسط افراد خصوصی، توازن قدرت و برابری موقعیت میان سرمایه‌گذار خارجی و کشور سرمایه‌پذیر، وجود ندارد. بنابراین، در زمان طرح دعوای کیفری، سرمایه‌گذار ممکن است با مصادره سرمایه و دخالت خارج از ضابطه دولت میزبان مواجه شود (میرمجتبایی و همکاران، ۱۳۹۹: ۲۰۲)؛ اینجا است که اتخاذ راهبردهای ترمیمی از جمله توسل به داوری می‌تواند نقشی متوازن‌کننده را در این راستا ایفا نماید.

نتیجه‌گیری

یکی از راه‌های مؤثر و کم‌هزینه به‌منظور استفاده از منابع مالی خارجی، جذب سرمایه‌گذاری خارجی است که امروزه از اولویت‌های اکثریت کشورهای دنیا بوده و به یکی از ملزومات دستیابی به اهداف توسعه‌ای آنها تبدیل شده است. رقابت شدید و تنگاتنگ میان کشورهای در حال توسعه و توسعه‌یافته در جهت جذب سرمایه خارجی، نشان می‌دهد کشورهایی که به بهترین شکل ممکن، نظر و اعتماد سرمایه‌گذار خارجی را جلب نموده‌اند، به توفیقات افزون‌تری در این مسیر نائل گردیده‌اند. یکی از پراهمیت‌ترین راه‌های جلب نظر و اعتماد سرمایه‌گذار خارجی، تضمین حقوق وی از طریق پیش‌بینی مشوق‌های حقوقی در کشور سرمایه‌پذیر است. درنظر گرفتن شیوه‌های دوگانه (دارای کاربرد جداگانه) به‌منظور حل‌وفصل دعوای مختلف حقوقی و کیفری ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی، از مهم‌ترین مصادیق مشوق‌های حقوقی در این راستاست. با نگاهی به آموزه‌های فقهی مرتبط با مقوله سرمایه‌گذاری خارجی همچون قاعده انصاف و قاعده حکمیت، می‌توان ردپایی از اینگونه شیوه‌ها را (ولو به‌طور ناقص و ابتدایی) جستجو نمود. در مورد قاعده انصاف، چون

قاعده مزبور، از سوی همه عقلا عالم، حسن و نیکوست و با توجه به قاعده ملازمه، این حکم، به شرع نیز تسری پیدا می‌کند، بنابراین چنانچه حکم شرعی و یا قانونی مشخصی در ارتباط با سرمایه‌گذاری و سرمایه‌گذار خارجی را نیابیم، بایستی از قواعد انصاف استفاده نماییم. همچنین درمورد قاعده حکمیت، چون علی‌الأصول هرگونه دعوا، قابلیت ارجاع به حکمیت و داوری را دارد، لذا دعوای ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی نیز این قابلیت را دارا می‌باشند. در این پژوهش، نگارندگان با هدف پیوند مباحث مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی با آموزه‌های فقهی فوق‌الاشاره، به تبیین و تحلیل مهمترین شیوه‌های دوگانه کیفری و غیرکیفری به‌منظور فیصله دعوای ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی پرداختند. یافته‌های پژوهش، نشان دهنده نقش پررنگ معیار رفتار منصفانه و همچنین توسل به داوری در این راستا می‌باشد. درخصوص معیار رفتار منصفانه، بایستی گفته که این معیار، هم هم در حل‌وفصل اختلافات حقوقی و هم در فیصله دعوای کیفری ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی دارای کاربرد است. در حل‌وفصل اختلافات حقوقی ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی، این معیار، دولت میزبان سرمایه‌گذاری را ملزم به فراهم نمودن شرایط مساعد و مناسب به‌منظور حمایت از سرمایه‌گذار خارجی و اموال وی نموده و دربرگیرنده الزاماتی همچون رفتار در چارچوب قانون، پرهیز از اقدامات تبعیض‌آمیز و خودسرانه، توجه به انتظارات اساسی سرمایه‌گذار و حفظ ثبات حقوقی سرمایه‌گذاری از جانب کشور میزبان است. در بُعد کیفری و فیصله دعوای کیفری، مقصود از توسل به معیار رفتار منصفانه این است که در صورت توجه اتهام به سرمایه‌گذار خارجی، دولت میزبان، بایستی پای‌بند به موازین دادرسی منصفانه در رسیدگی کیفری به دعوای مزبور باشد تا بتواند از این طریق، ضمن تضمین عدالت، به ایجاد احساس وجود امنیت اقتصادی در فضای کسب و کار نیز یاری رساند. درخصوص شیوه داوری، چون متصدیان اعمال قانون و مراجع قضایی در کشور سرمایه‌پذیر، ممکن است در اعمال قانون نسبت به سرمایه‌گذاران خارجی، بی‌طرفانه برخورد ننمایند، لذا انتظار سرمایه‌گذار خارجی، دسترسی به یک مرجع قضایی بی‌طرف و مستقل در صورت بروز اختلاف ناشی از

- براهویی‌مقدم، حبیب‌اله؛ ابوعطا، محمد و مسجدسرایبی، حمید (۱۳۹۷). «بررسی نظام اخلاقی در داوری حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی با نگاهی به اسناد بین‌المللی». فصلنامه پژوهش‌های اخلاقی. ۹ (۲): ۶۹-۸۳.

- بوربور، محمدرضا (۱۴۰۰). «سرمایه‌گذاری خارجی در حقوق موضوعه ایران و موانع پیش‌روی آن». دوفصلنامه تمدن حقوقی. ۴ (۸): ۱۶۴-۱۷۳.

- بهبهانی، محمد رحیم (۱۳۹۵). «جایگاه نهاد داوری در حقوق ایران با رویکرد فقهی». دوفصلنامه مبانی فقهی حقوق اسلامی. ۹ (۱۸): ۹-۲۸.

- پاسبان، محمدرضا. اصغری، زینب (۱۳۹۳). «نقش رفتار منصفانه در حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی با تأکید بر مفهوم مسوولیت اجتماعی شرکت‌های فراملی». فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی. ۳ (۸): ۴۳-۷۰.

- پوراسماعیلی، علیرضا و شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۲). «امنیت ملی در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی». فصلنامه حقوق. ۴۳ (۳): ۳۳-۵۱.

- جعفری ندوشن، شهاب (۱۳۹۲). «رسیدگی‌های موازی در دعاوی سرمایه‌گذاری خارجی و روش‌های مقابله با آن». مجله حقوقی دادگستری. ۷۷ (۸۴): ۴۱-۶۹.

- حسیبی، به‌آذین (۱۳۸۸). «رفتار عادلانه و منصفانه دولت میزبان با پیمانکاران خارجی». مجله پژوهش‌های حقوقی. ۸ (۱۶): ۲۱۴-۱۷۹.

- شهید ثانی، زین‌الدین علی بن احمد جبل عاملی (۱۳۹۵). *الروضه البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. جلد دوم، چاپ اول، قم: مرکز مدیریت حوزه علمیه قم.

- صادقی‌مادوانی، مهران؛ فروتن، مصطفی و سایبانی‌علیرضا (۱۴۰۰). «نقش عادلانه بودن دادرسی اقتصادی بر جذب سرمایه در کلان‌شهرها». فصلنامه علمی-پژوهشی اقتصاد و مدیریت شهری، ۹ (۳۴): ۱۵۵-۱۶۷.

سرمایه‌گذاری است و روش داوری در اینجا، سیستم ترجیحی است؛ با این وجود، موانع موجود در نظام حقوقی کشور میزبان در راستای ارجاع به داوری، ترکیب داوری، قانون حاکم بر ماهیت دعوا و آیین دادرسی (خصوصاً اجرای احکام)، رسیدگی‌های موازی از جانب مراجع مختلف داوری و همچنین عدم هماهنگی در آرای صادره از جانب آنها از مهم‌ترین چالش‌هایی است که پیش‌روی شیوه داوری در دعاوی حقوقی وجود دارند. در مورد فیصله دعاوی کیفری ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی نیز عموم کشورها از پیش‌بینی نهاد داوری بدین منظور، اجتناب ورزیده و داوری را تنها به‌عنوان یک راهبرد ترمیمی (فرع بر دعاوی کیفری) قلمداد می‌نمایند؛ اگرچه که نقش متوازن‌کننده راهبردهای ترمیمی از جمله داوری، در این خصوص، بسیار حائز اهمیت است.

ملاحظات اخلاقی: در این پژوهش تمامی ملاحظات اخلاقی رعایت گردیده است.

تعارض منافع: نگارش این مقاله، فاقد هرگونه تعارض منافی بوده است.

سهم نویسندگان: در این پژوهش، سهم همه نویسندگان به یک اندازه بوده است.

تشکر و قدردانی: لازم است از تمام کسانی که در تدوین این مقاله ما را یاری رسانده‌اند، قدردانی نماییم.

تأمین اعتبار پژوهش: این پژوهش بدون تأمین مالی انجام گرفته است.

منابع و مأخذ

الف. منابع فارسی و عربی

- انصاری مهیاری، علیرضا. رئیسی، لیلا (۱۳۹۷). «استانداردهای بین‌المللی حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی». دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی. ۲۵ (۱۳): ۴۷-۸۸.

- براری لاریمی، محمد. قبولی ڈرافشان، سید محمد تقی (۱۳۸۹). «حقوق متهم با رویکردی فقهی». فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی، ۲ (۲): ۲۳-۵۱.

- نجفی، محمد حسن بن باقر (۱۳۹۳). *جواهرالکلام فی شرح شرایع الإسلام*. جلد چهارم، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.

ب. منابع انگلیسی

- De Brabandere, E. (2016). "States' Reassertion of Control Over International Investment Law - (Re)Defining Fair and Equitable Treatment and Indirect Expropriation" in Andreas Kulick, ed., *Reassertion of Control Over the Investment Treaty Regime*, Cambridge University Press, Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2846998>

- Dumberry, P. (2016). "Has the Fair and Equitable Treatment Standard Become a Rule of Customary International Law?", *Journal of International Dispute Settlement*, first published online. Available at: <http://jids.oxfordjournals.org.sci>

- GAO (United States Government Accountability Office) (2008). "Foreign Investment: Laws and Policies Regulating Foreign Investment", available at: <http://www.gao.gov/new.items/d08320.pdf>

- صمیمی‌فر، ساغر (۱۴۰۰). «تعارض قوانین در زمینه حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی». *فصلنامه بین‌المللی قانون یار*، ۵ (۱۷): ۴۵۹-۴۸۳.

- عزیزی، آریا (۱۳۹۸). «بازبینی مقررات بین‌المللی داوری در اتاق بازرگانی». *فصلنامه بین‌المللی قانون یار*، ۳ (۹): ۳۹۵-۴۲۲.

- علیدوستی شهرکی، ناصر (۱۳۸۸). «منافع ملی در پرتو قوانین موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی». *فصلنامه مطالعات راهبردی*، ۱۲ (۱): ۴۵-۶۴.

- غمامی، مجید و یادگاری، فهیمه (۱۳۹۸). «بررسی مفهوم سرمایه‌گذار خارجی در کنوانسیون ایکساید و حقوق ایران». *مجله بین‌المللی پژوهش ملل*، ۴ (۴۴): ۷-۲۷.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵). *فلسفه حقوق (تعریف و ماهیت حقوق)*. جلد اول، چاپ هشتم، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.

- کامل، وحید (۱۳۹۸). «موانع حقوقی جذب و پذیرش سرمایه‌گذاری خارجی در ایران». *فصلنامه علمی - حقوقی قانون یار*، ۳ (۱۲): ۳۱۷-۳۵۴.

- مجتهدی، محمدرضا (۱۳۹۰). «درآمدی بر حقوق حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر مبنای کنوانسیون (داوری ایکساید)». *دوفصلنامه مطالعات حقوقی معاصر*، ۲ (۳): ۱۷۵-۱۹۹.

- مظاهری، معصومه. و آل اسحاق خوئینی، زهرا (۱۳۹۱). «قاعده فقهی، حقوقی انصاف». *فصلنامه مطالعات فقه و حقوق اسلامی*، ۸ (۲۷): ۱۳۵-۱۶۴.

- میرمجتبایی، سیده فاطمه؛ موسوی زنوز، موسی و ارفع‌نیا، بهشید (۱۳۹۹). «بررسی خسارت در حقوق بین‌الملل عمومی و حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری». *فصلنامه علمی تحقیقات حقوقی آزاد*، ۱۳ (۴۸): ۲۰۱-۲۱۸.