

دریک ویلیام باوت

DEREK WILLIAM BOWETT

ترجمه: علی قاسمی



قراردادهای دولت با بیگانگان:

تحولات معاصر در مسأله

غرامت ناشی از فسخ یا نقض این نوع قراردادها





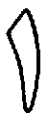
پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

* مقاله حاضر نوشته پروفسور دریک ویلیام باوت، استاد حقوق بین الملل
دانشگاه کمبریج، از مأخذ زیر ترجمه و چاپ شده است:

*The British Year Book of International Law, 1988, Fifty-Ninth Year of
Issue, Oxford, The Clarendon press, 1989.*



شعبه‌شناسی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی



مقدمه

تصمیمات جاری دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده و دیگر احکام داوریهای بین‌المللی، موقعیتی کاملاً استثنایی فراهم ساخته است تا وضعیت فعلی مقررات مربوط به تعهد دولت به جبران خسارت ناشی از دخالت مؤثر در حقوق قراردادی متعلق به بیگانگان مورد بررسی قرار گیرد.

اعم از اینکه اخذ مال شکل آشکار مصادره (یا ملی کردن)^۱ را داشته باشد یا به نحوی که غالباً معمول است به صورت ادعای نقض قرارداد منعقد با بیگانه

1. expropriation (or "nationalization")

جلوه گر شود، خواهان خارجی معمولاً برای اثبات غیرقانونی بودن ضبط اموال با مشکلات عدیده‌ای روبروست.^۱ همان‌گونه که بعداً ملاحظه خواهد شد، مزیت اثبات غیرقانونی بودن عمل دولت توسط خواهان در این واقعیت نهفته است که در صورت غیرقانونی بودن ضبط اموال میزان غرامت دریافتی به مراتب بیش از موردی خواهد بود که ضبط اموال به صورت قانونی انجام گرفته باشد. ولی از آنجا که مشروعیت یا عدم مشروعیت نقض قرارداد یا دیگر اشکال ضبط اموال براساس قانون حاکم بر قرارداد («قانون مناسب»)^۲ تعیین می‌گردد، حداقل در بدو رسیدگی^۴، بخش عظیمی از استدلالهای حقوقی در این جهت بکار گرفته می‌شود تا ثابت کند که قانون مناسب قانون کشور طرف قرارداد نیست. دلیل آن هم روشن است، و آن اینکه کشور طرف قرارداد با استفاده از اختیار اصلاح قوانین داخلی خویش نمی‌تواند اقدامات خود نسبت به قرارداد را مشروعیت بخشد. بنابراین، خواهان خارجی سعی در اثبات این نکته دارد که قانون کشور طرف قرارداد، قانون مناسب نیست بلکه قانون حاکم بر قرارداد از حیثه کنترل دولت طرف قرارداد خارج است. لذا اولین پرسشی که غالباً مطرح می‌شود این است که قانون حاکم بر قرارداد کدام است.

۲. بازنویسی قانون امریکا (The US Restatement, Third Restatement, vol. 2, 1987, s.712) زمانی فسخ یا نقض قرارداد را در ردیف ضبط اموال قرار می‌دهد که: الف) نقض قرارداد (۱) تبعیض‌آمیز باشد، (۲) یا به جهات غیرتجاری وبدون پرداخت غرامت صورت گرفته باشد؛ ب) یا در مواردی که به تبعه خارجی امکان دسترسی به مراجع ذیصلاح جهت روشن شدن این موضوع که آیا قراردادی نقض شده یا در مقابل نقض قرارداد غرامتی پرداخت شده یا نه، داده نشود. نه تنها دلایل معارضی در مشابهت نقض قرارداد با ضبط اموال وجود ندارد بلکه حتی به نظر می‌رسد که دیوانهای داوری آنرا پذیرفته باشند: به پرونده‌هایی که در ادامه همین مقاله (صفحات ۴۰۷-۴۱۷) ذکر شده‌اند رجوع شود.

3. Proper Law

۴. صرف انطباق عمل ضبط اموال با قانون مناسب، برای احراز مشروعیت اقدام دولت کافی نخواهد بود بلکه این اقدام از نظر حقوق بین‌الملل نیز باید موجه و مشروع باشد. بنابراین، در مواردی که ضبط اموال تبعیض‌آمیز باشد، یا فاقد انگیزه منافع ملی و یا فاقد غرامت عادلانه یا مناسب که به‌عنوان معیارهای بین‌المللی تعیین شده‌اند، باشد، اقدام دولت در ضبط اموال ممکن است، حتی اگر براساس قانون مناسب صورت گرفته باشد، از نظر حقوق بین‌الملل غیرقانونی شناخته شود.



قانون حاکم بر قرارداد یا «قانون مناسب»

در مورد قانون حاکم بر قرارداد دو حالت قابل تصور است: الف) عدم قید قانون حاکم در قرارداد؛ ب) ذکر قانون حاکم در قرارداد.

الف. عدم قید قانون حاکم

در این حالت سه نظریهٔ مختلف وجود دارد که غالباً برای عدم اعمال قانون کشور طرف قرارداد به آنها استناد می‌گردد.

۱. نظریهٔ اصالت و استقلال قرارداد از نظام حقوقی خاص^۵ (خلأ قانون)

براساس این نظریه^۶ هر قرارداد در واقع مناسب و حاکم بر خود است و می‌تواند بدون توسل به یک نظام حقوقی کلیهٔ قوانین لازم برای تنظیم روابط بین طرفین را ارائه دهد. به عبارت دیگر، این نظریه به‌طور خلاصه چنین عنوان می‌دارد که هر قراردادی می‌تواند در یک خلأ قانونی اجرا شود. این نظریه، چه از جنبهٔ نظری و چه از بُعد عملی، با اشکالاتی مواجه بوده و به‌همین جهات قابل انتقاد است. از لحاظ نظری می‌توان گفت که برای لازم‌الاجراء شدن یک قرارداد باید قوانینی خارج از خود آن وجود داشته باشد تا چنین نتیجه‌ای حاصل آید. از بُعد عملی می‌توان گفت که هیچ قراردادی نمی‌تواند به‌عنوان شروط صریح

5. The "Vacuum" theory

6. McNair: «The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations», *The British Year Book of International Law*, 33 (1957), p. 1 at p. 9.

قراردادی، مجموعه قوانین لازم را برای برخورد با موارد احتمالی نظیر اشتباه، تدلیس، تخلف، عدم امکان اجرای قرارداد و نظایر آن دربر گیرد. نیاز به قانون مناسب حاکم بر قرارداد دقیقاً همان نیاز توسل به مجموعه قواعد جامعی است که یک نظام حقوقی تثبیت شده برای برخورد با چنان موارد احتمالی پیش‌بینی کرده است. به عبارت دیگر، صالح نشناختن هیچ‌یک از نظامهای حقوقی به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد، در واقع به منزله نفی تمامی مفاهیم نظم عمومی نیز خواهد بود؛ چرا که در چنین حالتی شخص با قراردادی روبروست که به هیچ‌یک نظام حقوقی وابستگی ندارد و لذا از کلیه محدودیتهای ناشی از نظم عمومی رها و آزاد است.^۷ بنابراین، جای تعجب نیست که دادگاهها متمایل به رد نظریه خلأ قانون بوده‌اند. پروفیسور ساسر-هال^۸ در حکم صادره در پرونده «عربستان سعودی و آرامکو»^۹ این تمایل را به شرح زیر تبیین کرده است:

«مسلم است که هیچ قراردادی، بدون اتکا به یک نظام حقوقی خاص نمی‌تواند در خلأ وجود داشته باشد. انعقاد یک قرارداد صرفاً بر قصد و اراده بلاشرط طرفین آن موکول نیست بلکه قرارداد لزوماً با قواعد موضوعه‌ای که به اعلام اراده و قصد متقابل و هماهنگ طرفین اثر حقوقی ببخشد، مرتبط و وابسته است. حتی تصور انعقاد قراردادی بدون اتکا به یک نظام حقوقی امکان‌پذیر نیست و فرد صرفاً وقتی می‌تواند به خلق یک رابطه قراردادی مبادرت ورزد که قبلاً نظام حقوقی پذیرفته شده‌ای، توانایی انعقاد قرارداد را به او داده باشد.»^{۱۰}

۷. نمی‌توان گفت که این اشکال را دادگاه با اعمال قواعد نظم عمومی محل وقوع خود بر طرف می‌کند. زیرا در مواردی که دعوی نزد داوریه‌های فراملی یا غیرمحلّی شده (Delocalized Arbitral Tribunal) مطرح شود، «قانون محل دادگاه» به مفهوم متعارف آن مطرح نیست، تا گفته شود مقررات نظم عمومی آن اجرا خواهد شد. حتی در داوری داخلی، اعمال قواعد مربوط به نظم عمومی در واقع به معنای اجرای «قانون حاکم» بر دعوی است که رعایت نظم عمومی مقرّ داوری را لازم‌الاجراء می‌سازد. به این ترتیب، از حیث مسأله نظم عمومی نیز نظریه «قرارداد در خلأ قانون» پذیرفتنی نیست.

8. Sauser-Hall

9. 27 International Law Reports (ILR) 117 (Arbitral Tribunal, 1958).

۱۰. همان، ص ۱۶۵.

۲. نظریه بین‌المللی شدن قرارداد^{۱۱}

نظریه دیگر این است که برخی از قراردادها به اقتضای طبیعتشان جنبه بین‌المللی دارند و لذا مشمول حقوق بین‌الملل خواهند بود که یا جانشین قانون کشور طرف قرارداد می‌گردد و یا آن را تکمیل می‌کند. این نظریه توسط دوپویی^{۱۲} داور منفرد پرونده «تگراکو و جمهوری عربی لیبی (تاپکو)»^{۱۳} پذیرفته شده است و طرفداران زیادی نیز دارد.

انتقادهای زیادی نیز بر این نظریه وارد شده است^{۱۴}. ایراد نخست آن است که تاکنون تعریف قانع‌کننده و جامعی از قراردادهای به اصطلاح «بین‌المللی» ارائه نشده است. بعلاوه، این حقیقت که کشورهای پیشرفته غربی هنگام انعقاد قراردادهای موسوم به قراردادهای توسعه [اقتصادی] با سرمایه‌گذاران خارجی نظریه بین‌المللی شدن قرارداد را قبول ندارند، لزوماً این پرسش را مطرح می‌کند که چرا این قبیل قراردادها فقط هنگامی «بین‌المللی» تلقی می‌شوند که با کشورهای درحال توسعه منعقد شده باشند^{۱۵}. همان‌گونه که جنیک در این خصوص اظهار داشته است:

«... رفتار دوگانه با قراردادهای فراملی به دلیل حجم و میزان سرمایه‌گذاری، علاوه بر اینکه منطقاً قابل توجه نیست، رویه قضایی نیز از آن پشتیبانی نمی‌کند، مگر در مواردی که طرفین قصد خود مبنی بر خارج کردن قرارداد از حیطه شمول صلاحیت قانون محلی را با توافق به ارجاع اختلافات خود به داوری بین‌المللی آشکارا ابراز کرده باشند.»^{۱۶}

11. The "Internationalization" theory

12. Dupuy

13. 53 ILR 389 (1977), *International Legal Materials*, 17 (1978), p. 1 (International Arbitral Tribunal, 1978).

۱۴. برای ملاحظه نقد این نظریه رجوع شود به:

Rigaux: *Droit public et droit privé dans les relations internationales* (1977), p. 435.

15. Fatouros: "International Law and the Internationalized Contract", *American Journal of International Law*, vol. 74 (1980), p. 136.

← 16. Jaenicke: "Consequences of a Breach of an Investment Agreement governed by

بنابراین، تصمیمات داوری مبنی بر رد^{۱۷} یا نادیده گرفتن^{۱۸} این نظریه وجود دارد. و باید گفت که به نظر می‌رسد این نظریه اساساً نظریه‌ای خودمحمور است که درصدد حمایت از نگرشی یکجانبه و سرمایه‌داری در اختلافات قراردادی است؛ لذا درک اهداف اساسی این نظریه حایز اهمیت است. این اهداف در دو جهت خلاصه می‌شود: اول، خارج کردن قرارداد از حیطه قانون کشور طرف قرارداد (یعنی جانشین ساختن حقوق بین‌الملل به‌عنوان قانون مناسب)؛ و دوم، محروم کردن کشور طرف قرارداد از حق مسلم تغییر و اصلاح قانون خود و نتیجتاً اثر گذاشتن بر قرارداد (یعنی استناد به قاعده کلی الزام‌آور بودن تعهدات در حقوق بین‌الملل).

البته، این مطلب همچنان قابل بحث است که اگر قرارداد متضمن یک شرط داوری است که آن را از حوزه صلاحیت محاکم داخلی خارج کند، شرط مزبور می‌تواند به‌عنوان انتخاب ضمنی حقوق بین‌الملل تلقی گردد. این نظری است که یقیناً توسط دویوئی داور منفرد پرونده تاپکو پذیرفته شده است. لیکن بدیهی است که شرط داوری مؤثر در صلاحیت است نه در انتخاب قانون، و دلیل

International Law, by General Principles of Law, or by Domestic Law of the Host State", in Dicke (ed.), *Foreign Investment in the Present and a New International Economic Order* (1987), pp. 177-93, at p. 180. →

۱۷. رجوع شود به:

Paulsson: "The ICSID Klöckner v. Cameroon Award: The Duties of Partners North - South Economic Development Agreements", *Journal of International Arbitration*, vol. 1 (1984), p. 145 at p. 157:

«منظور ما از اعمال اصول جدید یا فوق‌العاده در قراردادهای مهم توسعه اقتصادی صرفاً این نیست که اقدامات مزبور با پروژه‌های مؤثر بر توسعه اجتماعی و اقتصادی کشور مورد نظر در ارتباط هستند.»

به‌این ترتیب، باید گفت نظریه‌ای که در آن این قبیل قراردادها دسته خاصی را تشکیل می‌دهند، به‌طور مؤثری رد می‌شود.

۱۸. به‌ویژه در پرونده زیر، نظریه بحث‌انگیز «بین‌المللی شدن قراردادها» مطمح نظر دیوان قرارنگرفت بلکه به شرط انتخاب قانون حاکم در قرارداد و دلالت قانون کویت تکیه کرد:

Kuwait v. American Independent Oil Co. (Aminoil), *International Legal Materials*, 21 (1982), p. 976 (Arbitral Tribunal, 1982).

موجهی دالّی بر عدم اعمال قانون داخلی توسط داوران وجود ندارد. جایگزینی قانون داخلی وقتی می‌تواند صحیح استنباط گردد که دیوان داوری مکلف به اعمال حقوق بین‌الملل شده باشد. برای مثال، انتخاب داوری حسب کنوانسیون حل و فصل اختلافات بانک جهانی^{۱۹} منعقد در ۱۹۶۵^{۲۰} متضمّن اعمال بند ۱ ماده ۴۲ کنوانسیون است که به موجب آن مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری^{۲۱} مکلف است در مواردی که طرفین صراحتاً قانونی را انتخاب نکرده‌اند، قانون کشور میزبان (از جمله قواعد تعارض قوانین این کشور) و آن دسته از قواعد حقوق بین‌الملل را که قابل اجرا باشند اعمال کند. نتیجه این می‌شود که قانون کشور میزبان تا حدّی که با حقوق بین‌الملل مغایرت نداشته باشد، قابل اعمال شناخته می‌شود.^{۲۲}

۳. نظریه «حقوق عرفی تجاری»^{۲۳}

بر اساس این نظریه، حقوق عرفی تجاری بر قراردادهای حاکم است جز در مواردی که صریحاً قانون خاصی تعیین شده باشد. این حقوق مفاهیم متعددی دارد، اگرچه بعضاً در کنار رسوم و رویه‌های بازرگانی به معنای اصول کلی حقوق بکار می‌رود. این نظریه موافقان^{۲۴} و مخالفانی^{۲۵} دارد، لیکن اشکال عمده آن این

19. The World Bank Convention on the Settlement of Disputes

20. *United Nations Treaty Series*, vol. 575, p. 159.

21. International Centre for Settlement of Investment Disputes

۲۲. رأی صادره در تاریخ ۱۶ مه ۱۹۸۶ در پرونده *Amco Asia Corp. v. Indonesia*، مندرج در مجله *International Legal Materials*، جلد ۲۵ (سال ۱۹۸۶)، صص ۱۹۴۵ و ۱۴۴۶. تفسیر فوق از ماده ۴۲ اخیراً توسط دیوان داوری در رأیی که در تاریخ ۳۱ مارس ۱۹۸۶ در پرونده *Librian Eastern Timber Co. (Letco) v. Liberia* صادر گردید، مورد تأکید قرار گرفت. به مجله مزبور، جلد ۲۶ (سال ۱۹۸۷) صص ۶۴۷ و ۶۵۸ مراجعه شود.

23. *Lex mercatoria*

۲۴. رجوع شود به:

Goldman: "La Lex Mercatoria dans les contrats et L'arbitrage internationale", *Clunies*, 106 (1979), pp. 471 ff.

۲۵. رجوع شود به:

است که فقط متضمن چند قاعده متجز و از پیش تعیین شده است و در مقابل اختیارات وسیعی را به داور اعطا می‌کند. علاوه بر آن، هر روشی که بر پایه نظریه حقوق عرفی تجاری بنا شده باشد به نفع اشخاص خصوصی و مصالح بازرگانی است و به کاهش نقش منافع دولت گرایش دارد.

۴. راه حل مرجح^{۲۶}

راه حل مرجح با اعمال اصول شناخته شده تعارض قوانین، یعنی با تعیین عینی قانونی که با قرارداد نزدیکترین ارتباط را دارد، حاصل می‌شود^{۲۷}. فرض بر این است که قانون کشور طرف قرارداد از نزدیکترین ارتباط با آن برخوردار است، و اگرچه این اماره قابل رد است ولی اگر بنا باشد قرارداد در کشور طرف معامله اجرا شود و نیز اگر بر پایه قانون خود آن کشور، کشور طرف قرارداد ملزم به عقد قرارداد با استناد و براساس قانون متبوع خود باشد، در این صورت رد اماره مزبور آسان نخواهد بود.

بدیهی است مواردی وجود داشته که قانون کشور طرف قرارداد برای مقابله با مشکل خاص مطروحه نارسا بوده است و بنابراین دیوانهای داوری به نحو قابل قبولی ناچار شده‌اند با تمسک به اصول کلی حقوقی، خلأ موجود در قانون داخلی آن کشور را برطرف سازند^{۲۸}. اما استفاده از اصول کلی حقوقی به عنوان منبع تکمیلی حقوقی، به منظور رفع ابهام و اجمال در نصوص قانونی، با بی‌اعتنایی و عدم رعایت قانون کشور طرف قرارداد به عنوان قانون پایه و مناسب، بسیار متفاوت است. بعلاوه، با غنی‌تر شدن نظامهای حقوقی کشورهای در حال توسعه

→ Lagarde: "Approche critique de la lex mercatoria", in *Mélanges Goldman* (1982), pp. 125.

26. The Preferable Solution

27. Serbian and Brazilian Loans cases, Judgment No. 14 and Judgment No. 15 (1929) PCIJ, Series A, No. 20, at p.42, No. 21, at p. 121; *Aramco*, 27 International Law Reports at 167 (Sausser-Hall as arbitrator).

۲۸. برای مثال رجوع کنید به:

Société Riale v. Ethiopia, *Recueil des décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes*, 8

نیاز برای تکمیل قوانین داخلی به وسیله اصول کلی حقوق کاهش خواهد یافت.

ب. انتخاب صریح قانون

آزادی انتخاب قانون که پرتوی از اصل حاکمیت اراده طرفین قرارداد به شمار می‌رود در کلیه نظامهای حقوقی با رعایت محدودیتهای مربوط به نظم عمومی، پذیرفته شده است و چنین انتخابی اصولاً باید محترم شمرده شود.^{۲۹} بنابراین، چنانچه طرفین صریحاً توافق کرده باشند که تاحدی اصول کلی حقوق یا قواعد حقوق بین‌الملل را بر روابط قراردادی خود حاکم بدانند، نکته اصلی این

→ (1929), p. 742; *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi*, 18 ILR 144 (Arbitral Tribunal, 1951); *Aramco*, 27 ILR at 168-70, 171.

۲۹. با وجود این، یک رأی داوری صادره از اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) وجود دارد که با بحث ما و مورد بالا ناهماهنگ است. به نظر نگارنده این رأی به‌طور کلی سفسطه‌آمیز و غلط است. در پرونده مزبور دیوان پذیرفت که قانون مصر، قانون مناسب موافقتنامه باشد، یعنی «قانون داخلی مربوطه»، لیکن دیوان در پی آن بود که حقوق بین‌الملل بتواند به‌عنوان بخشی از قانون مصر تلقی شود و سرانجام چنین نتیجه‌گیری کرد: «به نظر این دیوان تمسک به قانون مصر باید به‌نحوی تعبیر گردد که آن دسته از اصول حقوق بین‌الملل را که قابل اجرا در قضیه هستند نیز شامل گردد و قوانین داخلی مصر فقط تا حدودی که با اصول فوق مغایر نباشند، قابل استناد هستند».

SPP (Middle East) Ltd. v. Egypt, *International Legal Materials*, 22 (1983), p. 752.

چنین نتیجه‌گیری باید نادرست باشد، زیرا واقعاً در تمامی نظامهای حقوقی داخلی راه برای تلفیق با قواعد حقوق بین‌الملل و اجرای آن باز است. این نتیجه‌گیری دیوان مبنی بر اینکه در موارد عدم مطابقت، اصول حقوق بین‌الملل بر قوانین داخلی تفوق دارد، با رویه اکثر دولتها سازگار نیست. بعلاوه، این امر عملاً بدین معنی است که قید صریح قانون داخلی نظام مربوطه که بر قرارداد حاکم است، هرگز به‌عنوان قید انحصاری تلقی نمی‌شود. زیرا اعم از اینکه قانون انتخاب شده قانون انگلیس، فرانسه، مصر یا ایران باشد، تاحدودی که حقوق بین‌الملل بخشی از نظامهای حقوقی باشد، این امکان برای هر دیوانی وجود دارد که از قانون مناسب صرف‌نظر کند و اصول دیگر نظامهای داخلی را به‌عنوان «اصول کلی حقوق» که قسمتی از حقوق بین‌الملل را تشکیل می‌دهد، اعمال نماید. چنین اقدامی با انتظارات طرفین سازگار نخواهد بود و این نکته‌ای است که تصمیم مزبور آشکارا آن را نادیده انگاشته است. خلاصه آنکه، در صورت انتخاب قراردادی یک نظام حقوقی داخلی معین به‌عنوان قانون مناسب، انتخاب منحصر به همان نظام حقوقی است و پس. با استفاده از مفهوم اصول کلی حقوق به‌عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل، هیچ‌گونه احاله‌ای به حقوق بین‌الملل و از آن طریق به سایر نظامهای داخلی عموماً صورت نگرفته است.

نیست که آیا این انتخاب مجاز است یا نه، بلکه مسأله آثار چنین انتخابی است. انتخاب اصول کلی حقوق، حداقل این امکان را به داور می‌دهد که به مجموعه قابل ملاحظه حقوق قراردادها که در نظامهای حقوقی مختلف یافت می‌شوند، مراجعه کند. یقیناً چنین انتخابی به داور اختیار وسیعی را اعطا می‌کند، چرا که انتخاب و تعیین اصول کلی ذی ربط توسط داور جنبه اعتباری و ذهنی دارد. البته حداقل در این خصوص حقوق قراردادها غنی است، لیکن ارجاع امر به حقوق بین الملل موضوع کاملاً جداگانه‌ای است، زیرا در حال حاضر هیچ گونه قواعد و اصول مسلم حقوق بین الملل ناظر به قراردادها وجود ندارد. این بدان معنی نیست که در توان حقوق بین الملل برای ایجاد و تثبیت^{۳۰} چنین قواعدی تردید کنیم بلکه فقط حاکی از این است که در حال حاضر تشخیص و تعیین چنین مجموعه‌ای از قواعد آسان نیست. بنابراین، ارجاع به حقوق بین الملل چه معنایی می‌تواند داشته باشد؟

انتخاب حقوق بین الملل معمولاً برای جایگزین ساختن آن به جای قانون کشور طرف قرارداد نیست بلکه به عنوان تضمینی در مقابل هرگونه اجرای نامعقول آن است. به عنوان مثال بارز، می‌توان به ماده ۲۸ قرارداد امتیاز لیبی، موضوع پرونده «تاپکو»^{۳۱} اشاره کرد. ماده مذکور اشعار می‌دارد:

«این قرارداد امتیاز تابع اصول مشترک بین حقوق لیبی و حقوق بین الملل است و مطابق آن تفسیر خواهد شد. در صورت فقدان چنین اصول مشترکی، اصول کلی حقوق شامل آن دسته از اصولی که می‌توانند در دیوانهای بین المللی اعمال شوند، حاکم خواهد بود.»^{۳۲}

۳۰. اینکه چرا حقوق بین الملل نباید مجموعه‌ای از قواعد تنظیم‌کننده در رابطه با اختیار دولت در انعقاد قرارداد با بیگانگان را توسعه دهد، متکی به دلیل خاصی نیست. با این حال، مجموعه‌ای از قواعد حقوقی مربوط به مسؤولیت دولت وجود دارد که نحوه رفتار دولت با بیگانگان را مقرر می‌دارد. حقوق بین الملل، دکترین مصونیت محدود دولت را به این منظور ارائه داده است که مانع تمسک دولتها به آن در روابط تجاری‌شان با بیگانگان گردد.

31. 53 ILR at 389; *International Legal Materials*, 17 (1978), at p. 1.

۳۲. رجوع شود به:

← 53 ILR at 404; *International Legal Materials*, 17 (1978), at p. 11.

منظور از ماده فوق نسبتاً روشن است. بدین معنی که قانون لیبی تا جایی بر قرارداد اعمال می‌شود که با حقوق بین‌الملل هماهنگی دارد، و در صورت عدم هماهنگی به اصول کلی حقوق رجوع خواهد شد.

ولی با توجه به فقدان مقرراتی در حقوق بین‌الملل ناظر بر قراردادهای خصوصی چگونه می‌توان تطابق قانون لیبی را با حقوق بین‌الملل انتظار داشت؟ پاسخ سرمایه‌گذاران غربی به این پرسش این است که گرچه عملاً در حقوق بین‌الملل قواعد در رابطه با قراردادهای خصوصی وجود ندارد، ولی حقوق بین‌الملل شامل قواعدی دربارهٔ عهدنامه‌هاست که می‌تواند بر پایهٔ قیاس نسبت به این قبیل قراردادهای نیز اعمال شود. با توجه به قاعدهٔ الزام‌آور بودن عهدنامه‌ها در حقوق معاهدات، با اعمال چنین قاعده‌ای، دولت طرف قرارداد نمی‌تواند با استناد به قانون لیبی حقی را ادعا کند که به موجب آن تغییر یا فسخ قرارداد امکان‌پذیر باشد.

لیکن قیاس ادعایی در واقع قیاس نیست، زیرا قرارداد سرمایه‌گذاری فی‌مابین دولت و شخص خصوصی نه تنها یک عهدنامه محسوب نمی‌شود بلکه قابل قیاس با آن هم نیست، چرا که در حقوق بین‌الملل، معاهده بین دو دولت که از حاکمیت مساوی برخوردارند با قرارداد منعقد شده میان دولت و شخص خصوصی که طبعاً تحت قانون آن کشور تنظیم می‌شود، تفاوت بی‌نی دارد. بدیهی است در مورد نخست، یک دولت نمی‌تواند با استناد به قانون داخلی خود تعهدات قراردادی خویش را در مقابل دولت دیگر تغییر دهد. ولی به هیچ‌وجه روشن نیست که چرا در مورد یک قرارداد تابع حقوق خصوصی، دولت طرف قرارداد نمی‌تواند چنان ادعایی داشته باشد. همان‌گونه که خواهیم دید، دولتها عموماً مدعی چنین حقی هستند.

چنانچه در قرارداد به اصول کلی حقوق اشاره شود، در آن صورت توسل

البته، حتی تحت چنین شرطی نقض حقوق بین‌الملل همچنان یک نقض قراردادی محسوب خواهد شد، و فی‌نفسه مسؤولیت حقوقی بین‌المللی را در پی نخواهد داشت. همچنین رجوع شود به:

Abi-Saab: «The International Law of Multinational Corporations: a Critique of American Legal Doctrines», *Annales d'études internationales* (1971), pp. 97-122 at p. 100.

به چنین اصولی مانند قاعده الزام آور بودن قراردادها به هیچ وجه کفایت نمی کند. اطلاق توصل به چنین اصولی گمراه کننده (زیرا کلیه نظامهای حقوقی استثنائاتی را بر این قاعده در صورت موجه بودن فسخ قرارداد می پذیرند) و حتی اشتباه آمیز است، چرا که اصل فوق تمایز اساسی بین قراردادهای خصوصی و عمومی (یادولتی) را در نظر نمی گیرد.

اهمیت این تمایز اخیراً در حکم صادره در دعوی «آمکو ایشیا و اندونزی»^{۳۳} به شرح زیر مورد تأیید قرار گرفته است:

«به هر حال، رابطه برقرار شده بین آمکو و دولت اندونزی از نوع رابطه قراردادی تحت حقوق خصوصی نیست، زیرا واقعیت این است که دولت می تواند از تأیید قبلی خود به جهاتی که نمی تواند مورد استناد یک طرف خصوصی قرارداد قرار گیرد، رجوع کند یا اینکه روشهایی را در انصراف خود مورد استفاده قرار دهد که با روشهای مورد استفاده یک مؤسسه خصوصی متفاوت است.»^{۳۴}

دیوان در ادامه صریحاً به حق دولت در ملی کردن اشاره می کند؛ حقی که امروزه در کلیه نظامهای حقوقی داخلی و نیز حقوق بین الملل به رسمیت شناخته شده و نمونه بارز آن، اختیار استثنایی دولت در فسخ قراردادهاست.

نتیجه چنین تفکیکی این است که در حالی که در یک قرارداد خصوصی موجبات و جهات فسخ محدود است، ولی در قراردادهای عمومی، دولت طرف قرارداد دارای اختیارات تام و انحصاری در جهت تغییر یا فسخ قرارداد به منظور تأمین مصالح جامعه است.

در دائرة المعارف بین المللی حقوق تطبیقی پس از آنکه نظامهای حقوقی فرانسه،

33. Amco Asia v. Indonesia

۳۴. رجوع شود به:

ICSID Award of 21 November 1984, *International Legal Materials*, 24 (1985), p. 1022 at p. 1029.

در تاریخ ۱۶ مه ۱۹۸۶ حکم مزبور توسط کمیته ویژه لغو شد، لیکن الغای حکم مبتنی بود بر ارزیابی اشتباهی که در مورد سرمایه گذاری آمکو صورت گرفت نه باعطف به نکته ای که در بالا ذکر شد. به همان مأخذ جلد ۲۵ (سال ۱۹۸۶) ص ۱۴۳۹ رجوع کنید.

آلمان غربی، ایتالیا، بریتانیا و ایالات متحده آمریکا مورد بررسی قرار گرفته، موضوع مورد بحث چنین تبیین شده است:

«بارزترین امتیازات ویژه‌ای که دولت از آن بهره می‌برد، حق فسخ یکطرفه قرارداد به جهت مقتضیات و مصالح عامه است. این اختیار برجسته چهره‌ای بارز از تدابیر و تدارکات نظامهای داخلی را به نمایش می‌گذارد و ضرورت آن برای آزادی عمل مقامات اجرایی مملکتی محسوس است.»^{۳۵}

در نظام حقوقی ایالات متحده قراردادهای عمومی، به نحو مطلوبی تحویل یافته است^{۳۶}، گرچه جهت و سمت این تحویل برخلاف حمایت قانون اساسی از حقوق مالی و قراردادی بوده است^{۳۷}. به نظر می‌رسد که می‌توان چهار موضع‌گیری متفاوت را تشخیص داد:

اول آنکه دولت ذاتاً حق دارد که قراردادهای عمومی را به استناد منافع ملی لغو کند، اما چنین فسخ یکطرفه‌ای نوعی نقض قرارداد است که طرف خصوصی را محق به جبران خسارت کاملاً (یا جبران خسارت کلی) می‌سازد^{۳۸}.

35. *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. 2, *Contracts in General*, ch. 4, "Public Contracts", p. 40.

36. McBride and Wachtel: *Government Contracts* (1976), ch. 30, "Termination for Convenience of the Government".

۳۷. براساس بند ۱۰ ماده ۱ دولتها «از تصویب هرگونه قانونی که به تمهید قراردادی خدشه‌ای وارد کند، ممنوع هستند». قاضی عالی مقام «مارشال» در تسری آن به قراردادهای عمومی کمک کرد. رجوع شود به:

Pritchett: *The American Constitution* (1977), ch. 28, pp. 512-13.

۳۸. در پرونده *US v. Corliss Steam Engine Co.*, 91 US 321 (1875) موضع مک‌براید و واشل به شرح زیر خلاصه می‌شود:

«حق مزبور ذاتی است، لیکن وظیفه الزامی پرداخت غرامت وجود دارد.... در موارد فقدان قانون و قید انتخاب قانون در قرارداد که حقوق طرفین را مشخص کند، دولت با استناد به قاعده فسخ یکطرفه آن را یکجانبه فسخ می‌کند، که در چنین مواردی پیمانکار مستحق دریافت غرامت براساس کاملاً است...» (همان‌گونه که در بخشهای ۲۰ و ۳۰ مأخذ پانوشت شماره ۳۶ آمده است). در توصیف اعمال این حق ذاتی به عنوان «نقض قرارداد» اشکال عمده‌ای وجود دارد، با این حال به نظر می‌سد که موضع همان باشد.

دوم آنکه در مواردی که دولت به موجب شرط صریح مندرج در قرارداد دارای حق فسخ است، فسخ به معنای نقض قرارداد نخواهد بود و اگرچه وظیفه پرداخت خسارت وجود دارد ولی این تکلیف به پرداخت خسارت محدودتر است و مشخصاً اینکه تکلیفی به پرداخت خسارت بابت منافع آتی و مورد انتظار وجود ندارد. در عمل، دولت ایالات متحده معمولاً متن استناداری به عنوان شرط فسخ دلبخواهی و یکطرفه [خیار فسخ] در قراردادها می‌گنجاند. چنین شروطی در مقررات خریدهای دفاعی^{۳۹}، مقررات راجع به خرید و تهیه خدمات نظامی^{۴۰} و مقررات فدرال خرید و تهیه لوازم^{۴۱} وجود دارد که شرط مذکور در «FPR» به عنوان نمونه نقل می‌شود:

«الف. کلیات: مطالبه منافع برای تهیه مقدمات یا کارهایی که در ارتباط با قرارداد فسخ شده انجام گرفته مجاز است. مطالبه منافع آتی و مورد انتظار و خسارت تبعی مجاز نیست.»^{۴۲}

آثار وجود چنین شرطی در قرارداد عبارت است از تفاوت بین آنچه که طرف خصوصی قرارداد در قراردادهای دولتی می‌تواند مطالبه کند با آنچه که در یک قرارداد تجاری معمولی بین دو طرف خصوصی می‌توان مطالبه کرد، و این آثار را چنین توضیح داده‌اند:

«قاعده کلی این است که طرف خصوصی قرارداد در ازای مقدماتی که طبق قرارداد فراهم کرده یا کارهایی که انجام داده است و مربوط می‌شود به آن قسمت از قرارداد که فسخ شده، استحقاق دریافت منافع معقولی را خواهد داشت... ولی منافع مورد انتظار قابل مطالبه و وصول نیست. برخلاف مقررات حقوقی ناظر به قراردادهای تجاری معمولی، منافع کلی

39. Defence Acquisition Regulations

40. The Armed Services Procurement Regulations

41. Fedederal Procurement Regulations

۴۲. رجوع شود به:

Perlmann and Goodrich: "Termination for Convenience Settlements: the Government's Limited Payment for Cancellation of Contracts", *Public Contracts Law Journal*, 1 (1978), p. 1 at p. 28.

که در صورت اجرای کامل قرارداد طرف خصوصی می‌توانست به دست آورد، نمی‌تواند در تسویه حساب مربوط به خیارفسخ (یکطرفه) پرداخت گردد.^{۴۳}

حتی اگر شرط مربوط به حق فسخ یکطرفه سهواً در قرارداد از قلم افتاده باشد دادگاههای ایالات متحده این شرط را به عنوان شرط ضمنی اعمال خواهند کرد.^{۴۴}

البته، ممکن است گفته شود که چنین قیاسی وقتی می‌توانست مصداق پیدا کند که دولت شرط مشابهی را در قراردادهای با شرکتهای خصوصی خارجی هم می‌گنجاند، که معمولاً این طور نیست. هرچند این ایراد ممکن است درست باشد ولی شواهد رویه ایالات متحده حاکی از وجود دلایل دولتی از اصرار بر چنین شرطی در قراردادهای با شرکتهای خارجی است (برای اینکه اگر یک شرکت خصوصی امریکایی بر این مبنا با دولت متبوع خودش وارد قرارداد شود، چرا نباید این شرکت با دولتهای خارجی هم همین کار را بکند؟). بعلاوه، این امر قاعدهٔ تقدس و احترام قراردادهای را با تردید مواجه می‌سازد، زیرا این وضعیت نشان می‌دهد که شرکتهای امریکایی با دولت متبوعشان بر مبنایی نسبتاً بدون تضمین قرارداد می‌بندند و هیچ امیدی ندارند که اگر دولت طرف قرارداد آنها (ایالات متحده) آنرا فسخ کرد، زیان از دست دادن منافع آتی را جبران کند.

سومین موضع گیری بیشتر مشابه با موارد نوعی مصادره است که در آن، مصادره بر اساس قانون انجام می‌شود. یعنی در مواردی که دولت امریکا قراردادی را بر اساس اجازه‌ای که طبق قانون یافته فسخ می‌کند، گویی حق قانونی او برای فسخ یکی از شرایط ضمنی قرارداد به شمار می‌رود.^{۴۵} علاوه بر این، در هر

^{۴۳}. رجوع شود به:

Andrews and Peacock: "Termination: an Outline of the Parties Rights and Remedies", *Public Contract Law Journal*, 2 (1980), p. 269. For recent developments, controlling the Government's pleas of good faith, see «Limiting the Government's Ability to Terminate for its Convenience following Tornocello»: Note in *George Washington Law Review*, 1984, p. 892.

44. *Christian v. US*, 312 F 2d 418 (1963).

45. *College Point Boat Corp. v. US*, 267 US 12 (1925)

قراردادی که بادولت امریکا منعقد می‌گردد شرط می‌شود که دولت می‌تواند برطبق قوانینی که بعداً به تصویب می‌رسد قراردادهای عمومی یا دولتی را درجهت منافع امریکا اصلاح یا فسخ کند^{۴۶}. این موضع چنین بیان شده است:

«... نکتهٔ اساسی که باید به ذهن سپرد این است که آیا قراردادی که صادره یا لغو شده، ازجملهٔ قراردادهای بادولت است یا قراردادهای بین طرفهای خصوصی؟ شخصی که حقوق مالی او توسط دولت سلب شده یا ازین رفته است حق دارد که غرامت عادلانه دریافت کند نه خساراتی که برای نقض قرارداد وجود دارد. دلیل تفاوت بین این دو مورد در این واقعیت نهفته است که در مورد اول صادره یا لغو قرارداد عملی قانونی مستند به «قدرت فائقهٔ دولت»^{۴۷} است، در حالی که در مورد دیگر عمل منتهی به نقض قرارداد قانونی نیست.»^{۴۸}

نتیجهٔ چنین تفکیک و تفاوتی میان نقض غیرقانونی یا قانونی قرارداد (یعنی فسخ مجاز و مبتنی بر قانون) در آن است که در صورت نقض قانونی، هیچ‌گونه پرداخت خسارتی بابت منافع آتی مجاز نیست:

«چون فسخ براساس قانونی که مجوز آن را داده به معنای نقض قرارداد توسط دولت نیست، لذا طرف قرارداد زیان دیده نمی‌تواند خسارت کامن‌لا [خسارت کلی] دریافت کند. این امر این نتیجه را در پی دارد که... منافع موردانتظار به عنوان بخشی از خسارات ناشی از فسخی که مبتنی بر قانون بوده است نمی‌تواند مورد مطالبه واقع شود، زیرا منافع مورد انتظار در واقع معادل همان خسارات کلی است.»^{۴۹}

چهارمین موضع این است که دولت نمی‌تواند با درج شرطی در قرارداد

46. *Delaval Steam Turbine Co. v. US*, 284 US 61, 70 (1931).

47. eminent domain

۴۸. مک برایدو واشل: همان‌گونه که در مأخذ پانوش شماره ۳۶ (بخشهای ۳۰ و ۴۰ «حق قانونی») آمده است.

۴۹. همان مأخذ و مذکور در پروندهٔ زیر:

Monolith Portland Midwest Co. v. Reconstruction Finance Corp., 95 F Supp. 570 (DCSD Cal., 1951).

(شرط تثبیت قرارداد)، حق تغییر یا فسخ قرارداد براساس قانونی را که در آینده وضع می‌شود، از خود نفی و سلب کند. در یک رأی دیوان عالی امریکا آمده است:

«ضبط اموال خصوصی به جهت مصالح عامه در ازای غرامت عادلانه برای انجام صحیح وظایف دولت همان ضرورتی را دارد که داشتن قدرت برای حیات دولت. صرف نظر کردن از این حق [گرفتن و ضبط اموال توسط دولت] حتی به صورت قراردادی امکان پذیر نیست و این حق به اراده دولت قابل اعمال خواهد بود.»^{۵۰}

نظر و موضع حقوق انگلیس نیز در این مورد مشابه نظر حقوق امریکاست. در انگلیس در مواردی که دولت از بُعد اجرایی تصمیم به تغییر یا فسخ قراردادی می‌گیرد، اقدام او به عنوان عملی قانونی و موجه به شمار می‌آید نه نقض قرارداد. مجدداً به نقل مطلبی از دائرة المعارف بین المللی حقوق تطبیقی می‌پردازیم:

«... تعبیر از یک قرارداد عمومی این است که به طور ضمنی مشروط به اعمال اختیارات و صلاحدید مرجع ذی صلاح دولتی در جهت مصالح عامه است. بنابراین، اقداماتی که شاه یا سایر مقامات دولتی در چارچوب انجام صحیح وظایفشان یا برای «یک هدف اجرایی» انجام می‌دهند، به منزله نقض قرارداد نخواهد بود، ولو اینکه چنین اقدامی اجرای قرارداد توسط متعهد را عقیم یا متعذر سازد.»^{۵۱}

علاوه بر این، زمانی که قرارداد تابع قوانین انگلیس باشد (به نظر می‌رسد که کلیه قراردادهایی که دولت انگلیس منعقد می‌کند و در قلمرو خاک انگلستان

۵۰. رجوع شود به:

George v. City of Chatanooga, 264 US 472, 480 (1924).

همچنین رجوع شود به:

McAllister: "US Constitutional Law and its relation to a Contract between a State and a Foreign National", *Rights and Duties of Private Investors Abroad* (1965), p. 213 at pp. 249-51.

۵۱. همان گونه که در مأخذ پانوش شماره ۳۵ (بخش ۴، «قراردادهای عمومی»، صص ۳۸-۳۹) آمده است.

اجرا می‌شود، چنین است)، همواره ممکن است موضوع قوانین جدیدی که در آینده تصویب می‌شود، قرار گیرد. نه مقامات دولتی محلی^{۵۲} و نه دولت مرکزی نمی‌توانند با قید «شرط تثبیت قرارداد» اعمال قوانینی را که بعداً تصویب می‌شود، مانع گردند. بطوریکه در سالهای اخیر در بعضی پرونده‌های مطروحه نزد محاکم استیناف انگلیس بیان شده است:

«... دولت نمی‌تواند انجام وظیفه خود را در رعایت منافع و مصالح عمومی محدود سازد. دولت نمی‌تواند، ضمن قرارداد، خود را ملزم کند که از انجام وظایف عمومی خودداری ورزد.»^{۵۳}

در واقع، در حقوق انگلیس نه تنها قید «شرط تثبیت قرارداد» در قبال قوانین آتی غیر ممکن است بلکه، با توجه به دکترین نظارت مجلس^{۵۴} (مجلس لردها) بر نظام قضایی انگلیس، هیچ دادگاهی نمی‌تواند اصل حرکت پارلمان در جهت رعایت مصالح عمومی را نادیده بگیرد. آمادگی سالهای اخیر دولت انگلیس برای تغییر و اصلاح شرایط و مفاد قراردادهایش با شرکتهای خارجی در مورد توسعه پروژه دریای شمال، عدم ثبات نسبی قراردادهای دولتی را نشان داده است.^{۵۵}

52. *Ayr Harbour Trustees v. Oswald* (1883), 8 App. Cas. 623 (HL)

۵۳. رجوع شود به:

Czarnikow v. Rolimpex, (1977) 3 WLR 686 per Lord Denning MR, following *The Amphitrite*, (1921) 3 KB 500: the Court of Appeal's decision was affirmed by the House of Lords in (1978) 3 WLR 274.

نکته مشابهی که توسط «مان» بخوبی بیان شد در انتقاد از ادعای دولت انگلیس (در مخالفت با پرونده *Anglo-Iranian Oil Company*) صورت گرفت. رجوع شود به:

Mann: "State Contracts and State Responsibility", *American Journal of International Law*, 54 (1969), pp. 587-8.

54. The Doctrine of Parliamentary Supremacy

۵۵. اینکه حق دولت در تغییر و اصلاح قراردادهایی که با خارجیان منعقد می‌کند اساساً به نفع کشورهای در حال توسعه تمام می‌شود، کاملاً غیر قابل دفاع است، زیرا این کشورهای اروپای غربی هستند که بالاخص در زمینه امتیازات نفتی بدین سان عمل می‌کنند که اخیراً توسط دو حقوقدان انگلیسی بیان شده است: «بر شرکتهای نفتی روشن خواهد شد که دولتهای انگلیس و نروژ نیز از همتهای خود در اوپک تمایل بیشتری به حفظ قراردادهای نامناسب ندارند و در قوانین ←

واضح است که هدف اصلی چنین تلاشهایی که برای حاکم ساختن اصول کلی حقوقی یا حقوق بین‌الملل بر قراردادهای یا برای درج شرط تثبیت قرارداد بعمل می‌آید، آن است که تردیدی باقی نماند که اگر دولت طرف قرارداد آن را فسخ کند، این اقدام او اقدامی غیرقانونی تلقی خواهد شد.

ممکن است سؤال شود که اگر چنین نقض قراردادی، نوعی گرفتن و ضبط غیرقانونی آن تلقی شود، اثر و امتیاز عملی آن چیست؟ چرا که حقوق بین‌الملل برای تعیین قانونی بودن یا نبودن ضبط و مصادره، ضوابط و شرایط خودش را دارد که عبارتند از وجود مصالح عمومی، عدم تبعیض و پرداخت غرامت، و این طور نیست که به صرف اینکه قراردادی مشمول حقوق و قوانین داخلی کشور دولت طرف قرارداد باشد، بتوان این ضوابط حقوق بین‌الملل را کنار گذارد و غیرمرتبط تلقی کرد. اگر ضبط و مصادره اموال با لحاظ ضوابط یاد شده حقوق بین‌الملل صورت گیرد، آنگاه مشروعیت یا عدم مشروعیت مصادره از حیث قانون مناسب

→ اساسی هیچ‌یک از کشورهای مذکور حمایت قاطعی از اصل «الزام آور بودن تعهد» وجود ندارد. رجوع شود به:

Daintith and Gault: "Pacta Sunt Servanda and the Licensing and Taxation of North Sea Oil Production", *Cambrian Law Review*, 8 (1977), pp. 28, 42.

قانون خطوط لوله نفتی و زیردریایی مصوب سال ۱۹۷۵ انگلیس، تغییرات عمیقی نسبت به تمامی امتیازات موجود در زمینه تولید ایجاد کرد و بدون پیش‌بینی پرداخت غرامت، تعهدات جدید، به‌ویژه مبنی بر رعایت برنامه‌های توسعه و تخلیه بوجود آورد و موجب محدودیتهای زیادی در احاله آنها گردید. در برخورد با انتقاد قابل پیش‌بینی مجلس مبنی بر اینکه قانون مزبور نسبت به تعهدات قراردادی انگلیس و حاکمیت قانون بی‌توجه بوده و حتی مصادره غیرقانونی حقوق و امتیازات در حقوق بین‌الملل تلقی می‌شود، اعضای کابینه پیوسته اذعان داشتند که این قانون تفاوتی با دیگر اقدامات مالی و تقنینی که انعقاد قراردادهای راسخ‌تر می‌کند، ندارد.

Daintith and Willoughby: *A Manual of United Kingdom Oil and Gas Law* (1977), p. 30.

هرگونه نظری مبنی بر نادرستی عمل دولت یا حتی تکلیف به جبران خسارت رسماً توسط دولت انگلیس رد شد. آنتونی وچ‌وود بن (Anthony Wedgwood Benn) وزیر انرژی انگلیس در مجلس اظهار داشت: «تغییرات حاصله در ساختار حقوقی که در اختیار دولتهاست معمولاً با توجه به مجموعه‌ای از عوامل مربوط به محیط زیست، بهداشت، مالیات و غیره به‌وسیله هر دولت مسؤلی اعمال می‌شود و نتیجتاً متضمن قید پرداخت خسارت نیست».

قرارداد موضوعیتی ندارد. بدین ترتیب، بحث^{۵۶} برمی‌گردد به اینکه این گونه نقض قرارداد را فی نفسه یک عمل غیرقانونی به شمار آوریم و در معنی آن را یک عمل مستقل غیرقانونی بین‌المللی بدانیم و یا در عوض، قانونی بودن عمل را با توجه به قانون داخلی مناسب یک شرط اضافی دیگر برای مصادره قانونی محسوب کنیم.

توضیح دیگر موضوع این است که هرگاه اختلاف از مقوله مصادره خارج و موضوع دعوی یک نقض قراردادی صرف تلقی شود به نحوی که معمولاً در داوریه‌های تجاری بین‌المللی مطرح می‌شود، در این صورت طبیعی است که احراز «نقض قرارداد» منتهی به جبران خسارت ناشی از این نقض خواهد شد که در نهایت به مراتب بیش از خسارتی است که به عنوان غرامت برای مصادره قانونی می‌توان انتظار آن را داشت.



پی آمدهای تفکیک بین ضبط قانونی و ضبط غیرقانونی اموال: تأثیر آن بر انواع مطالبه خسارت

در صورتی که آثار متفاوتی از ضبط قانونی و غیرقانونی ناشی نگردد تفکیک بین ایندو بی‌معنی است و البته جای شگفتی خواهد بود اگر تفکیک بین

۵۶. برای توضیح جزئیات بیشتر این بحث رجوع شود به:

Schwebel: "On whether the breach by a State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law", in *Le Droit international à l'heure de sa codification, Essays in Honour of Roberto Ago* (1987), vol. 3, pp. 401-13.

ایندو واجد آثاری نباشد. در واقع، رویه این گونه نشان می‌دهد که این تفکیک بر طرق و انواع مطالبه خسارات که مدعی در اختیار دارد، اثر می‌گذارد که ذیلاً بدان می‌پردازیم.

الف. اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق^{۵۷}

مدلول استدلال دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی^{۵۸} در قضیه کارخانه خورژوف حاکی از آن است که پی‌آمد یک عمل غیرقانونی عبارت است از اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق به عنوان روش اصلی و اولیه جبران خسارت. پرداخت غرامت می‌تواند به عنوان روش ثانوی جبران خسارت، در صورتی که اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق ممکن نباشد، مورد استفاده واقع شود^{۵۹}.

در پرونده «تگزاکو و لیبی»، دوپوئی داور پرونده، از همین استدلال پیروی کرد «و اجرای خاص مورد تعهد» را با اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق یکسان فرض نمود^{۶۰}. اما لاگرگرن^{۶۱}، داور پرونده «شرکت نفت بریتانیا (بی‌پی) و لیبی»^{۶۲}، و نیز «محصانی»، داور پرونده «لیامکو»^{۶۳}، این استدلال را رد

57. Restitutio in Integrum

58. Permanent Court of International Justice

59. PCIJ, Series A, No. 17, p. 47.

Mann: "The Consequences of an International Wrong in International and National Law", this Year Book, 48 (1976-7), p. 1 at pp. 2-5.

۶۰. رجوع کنید به: (1974), 53 ILR 389 at 497-508.

دوپوئی بعلاوه به پرونده‌های زیر استناد کرد:

The Mavrommatis Jerusalem Concessions Case (1925), PCIJ, Series A, No. 5 at p. 51; the Temple of Preah Vihear Case, ICJ Reports, 1962, p. 6 at pp. 36-37; the Judgment of the Central American Court of Justice in El Salvador v. Nicaragua, *American Journal of International Law*, 11 (1917), p. 624 at p. 730.

همچنین رجوع شود به پرونده مارتینی (Martini) در مأخذ قبلی، جلد ۲۵ (سال ۱۹۳۱)،

صص ۵۵۴ و ۵۸۵، و نوشته‌های علمای حقوق.

61. Lagergren

62. 53 ILR 296.

63. 62 ILR 140.

کرده‌اند. بطوریکه معلوم است، «اجرای خاص مورد تعهد» در پرونده «تگزا کو و لیبی» هیچگاه انجام نشد و سرانجام طرفین توافق کردند که غرامت پرداخت شود. تردید و تأملی را که در مورد امکان مطالبه خسارت به صورت اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق وجود دارد، می‌توان در رأی مربوط به پرونده «آمکو ایشیا کورپوریشن و اندونزی»، مشاهده کرد. دیوان داوری رسیدگی‌کننده به پرونده مزبور با این ادعا مواجه بود که دولت اندونزی، به‌طور غیرقانونی، مجوز و پروانه سرمایه‌گذاری را که به شرکت آمکو به‌عنوان یک شرکت بیگانه اعطا شده بود، لغو کرده است. در رأی این پرونده آمده است:

«... بدیهی است که هیأت داوری نمی‌تواند خود را جانشین دولت اندونزی [خوانده] محسوب کند و عمل آن دولت در لغو پروانه سرمایه‌گذاری را کان‌لم‌یکن اعلام نماید و پروانه را برگرداند؛ حتی چنین درخواست و ادعاهایی مطرح نیز نشده است. تردید فراوانی وجود دارد که بتوان علیه یک دولت حاکم به اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق حکم صادر کرد.»^{۶۴}

البته، در بعضی موارد اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق محلی از اعراب می‌یابد مانند توقیف غیرقانونی کشتی، هواپیما یا سایر لوازم و اموال عینی^{۶۵}، یا مواردی از قبیل اشغال غیرقانونی سرزمین که می‌توان تقاضا کرد وضع به‌حالت اول برگردد.^{۶۶}

۶۴. رجوع شود به:

ICSID Tribunal, award of 20 November 1984: *International Legal Materials*, 24 (1985), p. 1022 at para. 202.

همچنین رجوع کنید به حکم دیگر از ICSID (همان مأخذ، جلد ۲۶ (سال ۱۹۸۷)، ص ۶۶۸) در جایی که دیوان امکان اجرای خاص مورد تعهد یک قرارداد امتیاز با لیبی را یا حتی ارزش دستور موقت را مستثنی کرد و خود را محدود در خسارت مالی نمود. برای بررسی کامل موارد رجوع کنید به: Gray: *Judicial Remedies in International Law* (1987), pp. 12-16. 65. actual property

۶۶. بنابراین، لاگرگرن در پرونده «بی‌پی و لیبی» از صدور دستور اعلامی بیان‌کننده حقوق طرفین، بر این اساس که صدور چنین دستوری مشابه اجرای خاص مورد تعهد است، خودداری کرد. همچنین به مأخذ مذکور در پانوشت شماره ۶۲ (صص ۳۵۲-۳۵۳) مراجعه شود.

اما در مواردی که ضبط اموال به اکتشاف و استخراج از منابع طبیعی، در قلمرو یک کشور مربوط می‌شود یا ناظر به عملیات واحد تجاری دیگری باشد که در داخل قلمرو وی فعالیت دارد، امکان اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق بسیار بعید است و معمولاً «اجرای خاص مورد تعهد» عملی نخواهد بود. به همین لحاظ، در چنین مواردی واقع بینانه آن است که مطالبه غرامت به عنوان جبران خسارت ارجح تلقی شود. با توجه به مراتب فوق می‌توان نتیجه‌گیری کرد که در چنین مواردی درخواست صدور حکم یک اعلامی که کاشف از حقی باشد که از قبل وجود داشته است، اصولاً باید در مرحله دوم اهمیت قرار گیرد.⁶⁷

ب. جبران خسارت یا غرامت

اگر چه در اکثر موارد صدور حکمی که متضمن محکومیت مالی و وجه نقد باشد بیشتر عملی است اما از سوی دیگر اگر حکم داوری بین ضبط اموال قانونی و غیرقانونی تفاوتی نگذارد، خود امری خلاف عقل سلیم خواهد بود. با تکیه به همین قاعده منبعت از عقل سلیم بوده که بسیاری از خواهانهای امریکایی که نزد دیوان داوری طرح دعوی کرده‌اند چنین استدلال نمودند که بین ضبط اموال قانونی و غیرقانونی تفاوت وجود دارد. تفاوت در این واقعیت نهفته است که اگر ضبط اموال و مصادره غیرقانونی باشد دیوان می‌تواند آن را نادیده بگیرد و حکم به اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق بدهد (مانند حکم صادره در پرونده

67. Schwebel: "Speculations on Specific Performance of a Contract Between a State and a Foreign National", *The Rights and Duties of Private Investors Abroad* (1965), pp. 209-10.

مقاله مزبور مطرح می‌کند در جایی که دولت مصادره‌کننده نتواند زبانهای لازم را بپردازد، مطالبه خسارت نیز ممکن است به عنوان راه حل ثانوی جبران خسارت، مناسب باشد. رجوع شود به:

Higgins: "The Taking of Property by the State", *Recueil des cours*, 176 (1982-III), at p. 321.

هیگینز عملاً نتوانست به دلایلی دست یابد که هرگونه انتظار واقعی دایر بر اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق برآورده شود.

«تاپکو»)، یا اینکه با توجه به ارزش مال ضبط شده در تاریخ صدور حکم (چنانچه این ارزش بیشتر از ارزش مال بهنگام ضبط باشد) نسبت به صدور حکم اقدام کند. توجیه این به اصطلاح تفاوتها چندان قانع کننده به نظر نمی‌رسد. همان‌طور که پیش از این دیدیم، معمولاً اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق غیر عملی است. بعلاوه، به ندرت اتفاق می‌افتد که ارزش مال مورد ضبط پس از مصادره بیشتر شود. در عمل نیز در اکثر دعاوی مربوط به مصادره اموال، مطروحه در دیوان دآوری، مبلغ مورد ادعا به‌طور یکسان مطالبه شده است، اعم از اینکه ادعا ناشی از نقض قرارداد بوده باشد یا مصادره، و در هیچ‌کدام از دعاوی مذکور خواهانهای امریکایی برحسب اینکه مصادره اموال ایشان قانونی بوده یا غیرقانونی، غرامتهای متفاوتی را مطالبه نکرده‌اند. بدین ترتیب، خواهانهای امریکایی عملاً با مانع غیرقابل عبوری مواجه گردیدند و در نتیجه ناگزیر شدند بین آندو تفاوتی به‌دست آورند و به دیوان ارائه دهند.

بیشتر بررسی رویه دولتها در موضوع مربوط به قراردادهای دولتی نشان داد^{۶۸} که تفاوت بین موارد ضبط اموال قانونی و غیرقانونی از نظر حقوق خصوصی امری بنیادی است. ضبط اموال یا نقض قرارداد به‌طور غیرقانونی ممکن است به‌حکم به پرداخت خسارات کلی من جمله از دست دادن منافع آتی مورد انتظار منجر شود؛ در صورتی که ضبط اموال قانونی، که براساس استیفای حق ممتازة دولت یا حق قانونی او انجام می‌شود، فقط با پرداخت غرامت عادلانه شدنی است که طبعاً منافع آتی مورد انتظار را دربر نمی‌گیرد و با مفهوم و قلمرو «خسارت» تفاوت دارد^{۶۹}.

بنابراین، می‌توان گفت مفهوم کلی غرامت - اعم از اینکه با اوصافی مانند «کامل»، «عادلانه»، «معقول»، «متناسب» یا هر چیز دیگر تعیین شود -

۶۸. رجوع کنید به صفحات ۳۸۸ - ۳۹۰ مربوط به همین مقاله.

۶۹. دیوان دآوری دعاوی ایران - ایالات متحده تفاوت بین جبران خسارت و غرامت را در رأی پرونده زیر مورد تأکید قرار داده است:

Amoco International Finance Corp. v. Iran, Award No. 310-56-3, 14 July 1987, para. 194.

فی نفسه مناسب نیست، بلکه آنچه باید انجام گیرد این است که به جای بحث از غرامت به طور مجرد و انتزاعی باید اجزاء منافع و علایق گوناگون مدعی (یعنی رئوس ادعای او) به ریز درآید. در چنین حالتی معمولاً می توان مجموع اجزاء ادعای مربوط به ضبط مال را در سه حوزه بررسی کرد.

۱. داراییها، اعم از عینی یا مادی، یا داراییهای دینی (دفتری) از قبیل مطالبات و دیون نقدی

غرامت ضبط این قبیل داراییها معمولاً معادل ارزش آنهاست، اعم از اینکه ضبط اموال قانونی باشد یا غیر قانونی.^{۷۰} بهترین استدلال برای توجیه غرامت معادل ارزش داراییها در مواردی که ضبط اموال قانونی بوده باشد، مبتنی بر قاعده منع «دارا شدن غیر عادلانه» به وسیله دولت مصادره کننده است. تردیدی نیست که، به طریق اولی، در موارد ضبط اموال غیر قانونی و غیر موجه نیز باید این غرامت پرداخت شود.

بدیهی است این سؤال باقی می ماند که بهترین روش ارزیابی «داراییهای مصادره شده» کدام است؟ داراییها معمولاً دارای «ارزش دفتری» هستند که ممکن است معادل قیمت خالص یا قیمت روز و یا قیمت مستهلک شده آنها باشد، و برحسب نوع دارایی ممکن است ارزش آن در طول زمان افزایش یا کاهش یابد.^{۷۱} بدین ترتیب، قیمت زمین یا ساختمان ممکن است به نحو مطلوبی

۷۰. برای نمونه رجوع کنید به رأی صادره مورخ ۱۲ آوریل ۱۹۸۷ توسط محمضانی (Mahmassani) داور پرونده لیامکو، مندرج در 201 ILR 362: «... به آسانی می توان نتیجه گیری کرد که جبران خسارت (indemnity) باید شامل ضرر بالفعل داراییها، تأسیسات و سایر مخارج متفرقه باشد». همچنین رجوع شود به:

Sedco v. Iran, Award No. ITL 59-129-3 (Chamber Three) of 27 March 1086.

۷۱. در رأی پرونده زیر، هیأت داوری پرداخت «ارزش دفتری خالص» (net book value) اموال به عنوان غرامت را فقط در مواردی مناسب دانسته است که سرمایه گذاری جدید باشد، زیرا در چنین حالتی هزینه های اصلی و اولیه به قیمت جایگزینی اموال نزدیک است و ارزش دفتری آنها می تواند ملاک قرار گیرد. تفاوت قیمت بین این دو می تواند با به روز کردن قیمتها تطبیق و تصفیه ←

افزایش یابد، و در مقابل از ارزش ماشین آلات و کارخانه کاسته شود. همچنین، اگر قرار باشد که مالک خلع ید شده همان دارایی مصادره شده را جایگزین سازد، «ارزش جایگزینی» آن می‌تواند به‌عنوان معیار دیگری برای ارزشیابی بکار گرفته شود. با وجود مراتب فوق، هنوز مسائل ضمنی زیادی در این زمینه وجود دارد که حل آنها با متخصصان ارزش‌گذاری و حسابداران است، که دادگاهها نیز جهت حصول به یک رقم مناسب غالباً نظریه کارشناسی از این قبیل افراد می‌گیرند. ریشه مشکل اصلی بحث ما هنوز در این نکته نیست و باید آن را در جاهای دیگر جستجو کرد.

۲. بهره ارزش داراییها

دادگاهها عموماً بهره ارزش داراییها برای یک دوره زمانی از تاریخ ضبط مال تا تاریخ حکم یا اجرای آن را مورد حکم قرار می‌دهند. منطق این امر کاملاً توجیه پذیر است، زیرا صاحب مال از تاریخ ضبط مال از ارزش دارایی اش محروم شده است و چنانچه مال به‌عنوان «سرمایه‌ای»^{۷۲} تلقی گردد که از آن پس مالک قادر به کسب درآمد از آن نیست، دارنده آن استحقاق دریافت بهره چنین سرمایه‌ای را نیز دارد. برای مثال، دیوان داوری در سالهای ۱۹۸۲-۱۹۸۳ معمولاً با بهره منصفانه‌ای به نرخ ۱۰ تا ۱۲ درصد در سال مبادرت به صدور رأی نموده است.^{۷۳}

→ گردد:

Kuwait v. Aminoil, *International Legal Materials*, 21 (1982), p. 976 at pp. 1038-9

بنابراین، عامل اصلی که هیأت داوری پرونده مذکور را تحت تأثیر قرارداد و به‌چنین نظر و رأی رسانده، آن بوده است که طبق قرارداد مقرر بوده در پایان مدت قرارداد حق امتیاز، اموال مربوط بدون هیچ‌گونه هزینه اضافی متعلق به کویت باشد. مع‌ذلک، هیأت داوری برای داراییهای ثابت، ضابطه «ارزش جایگزینی مستهلک شده» (depreciated replacement value) را ملاک عمل قرار داده است بدون اینکه توضیحی در مورد آن بدهد.

72. Capital

۷۳. رجوع شود به:

با وجود این، منطقی به نظر می‌رسد که رأی به بهره باید بدون محاسبه عدم‌النفع یا حتی بدون محاسبه «عنصر تورم»^{۷۴} در دوره زمانی ذی ربط باشد. توجیه چنین نظری این است که «دارایی» را یا باید از نظر مفهوم به عنوان «سرمایه» به حساب آورد که بهره‌زاست (بهره‌ای به نرخ رایج بازار که بانرخ تورم تطابق داشته باشد) و یا به عنوان «دارایی» مورد استفاده و بهره‌داری بوده است که امکان تحصیل منفعت از آن می‌رود؛ اما جمع هر دو صفت باهم ممکن نیست، چرا که نمی‌توان دارایی را در یک زمان به عنوان سرمایه‌ای که بهره کسب می‌کند و در عین حال سودزاست، محسوب داشت.

از این رو، حکم صادره در پرونده «کویت و امینویل»^{۷۵} جلب توجه می‌کند. در پرونده مزبور دیوان داوری نرخ بهره‌ای معادل ۷/۵ درصد و نرخ تورمی معادل ۱۰ درصد را در حکم خود منظور کرد، یعنی ظاهراً عامل مشابهی [بهره - تورم] را دوبار اعمال و محاسبه کرده است. اینکه علاوه بر بهره و نرخ تورم، دیوان «عدم‌النفع» (یعنی رأی به غرامت با محاسبه و اعمال همان عامل برای سومین بار) را نیز مورد رأی قرار داده باشد، به جای خود مشاجره‌انگیزتر خواهد بود؛ اما این مطلبی نیست که بتوان فعلاً بدان پرداخت، چرا که آن قسمت از رأی که به این موضوع مربوط می‌شود، گنگ و پیچیده است.^{۷۶}

Stewart and Sherman: "Developments at the Iran-United States Claims Tribunal: 1981- 1983", *Virginia Journal of International Law*, 24 (1984), p. 1 at pp. 35 - 6. In *Starrett Housing Corp. v. Iran*, Award No. 314-24-1 (Chamber One), of August 1987.

دیوان در پرونده استارت به بهره بانرخ ۸/۵ درصد حکم داد که منجر به مخالفت قاضی امریکایی هولتزمن (Holtzman) شد. وی در نظر مخالفش (dissenting opinion) به بهره بانرخ بیشتر و حتی بهره مرکب معتقد بود. حکم به بهره بانرخ مرکب در واقع طرفداران زیادی ندارد. رجوع کنید به:

Whiteman: *Damages in International Law*, vol. 3, pp. 1997-2003.

همچنین رویه دیوان مبنی بر نپذیرفتن بهره مرکب در حکم زیر متجلی است:

Sylvania Technical Systems v. Iran. Award No. 180-64-1, 27 June 1985.

74. inflation factor

75. *International Legal Materials*, 21 (1982), p. 976 at p. 1041, para. 176(2).

۷۶. رجوع شود به:

← Teson: "State Contracts and Oil Expropriations: The Aminoil-Kuwait Arbitration",

۳. تقویت سودهای آتی (عدم‌التفع)^{۷۷}

مهمترین اثر تفکیک بنیادین بین ضبط اموال قانونی و غیرقانونی در مسأله عدم‌التفع هویدا می‌شود. زیرا به‌موجب یک قاعده و اصل کلی که مورد اعتقاد همگان است، درحالی که عدم‌التفع ناظر به سودهای آتی، در اقدامات غیرقانونی بخشی از خسارات کلی و عمومی است در ضبط قانونی اموال بخشی از غرامت نخواهد بود و در نتیجه اختصاص به انواع مصادره غیرقانونی دارد^{۷۸}. این موضع مسلم حقوق ایالات متحده در رابطه با فسخ قانونی قراردادهای دولتی است، اعم

Virginia Journal of International Law, 24 (1984), p. 323 at pp. 357-8.

تسن، نویسنده مقاله فوق، معتقد است که تقویت سودهای آتی مبنای جبران خسارت است. نویسندگان دیگری چون یونگ (Young) و اوون (Owen) در مقاله "Valuation Aspects of the Aminoil Award" چاپ شده در کتاب *Valuation of Nationalized Property in International Law* (vol.4, 1987 pp. 3-30) (ویرایش شده توسط لیلیج) نظر می‌دهند که [در رأی امینویل] مبنای پرداخت غرامت، دو عامل ضرر مسلم و عدم‌التفع بود که در واقع روش «ارزش مؤسسه دایر» را مورد تأیید قرار داد. این نظر نه تنها با رد صریح روش تنزیل جریان نقدینه (Discounted Cash Flow) توسط دیوان بلکه با ارقام نیز مطابقت ندارد (خواسته پرونده امینویل برای ارزش مؤسسه دایر مبلغی در حدود ۲/۵ میلیارد دلار بود که دیوان به مبلغ ۲۰۶ میلیون دلار حکم داد).
77. Loss of future profits (lucrum cessans)

۷۸. حتی در این مورد، لازمه جبران عدم‌التفع این است که ضررها، نظری و احتمالی نباشد. براین اساس، مسأله جبران مکرراً توسط دیوانهای داوری رد شده است. رجوع کنید به:

The de Caro case, Italy/Venezuela Claims Commission, Reports of International Arbitral Awards, vol. 10, p. 642; *the Valentiner case, Germany/Venezuela Claims Commission*.

همچنین، برای مواردی که مدت منافع از دست‌رفته کوتاه است و ضررها تا حدی با واقعیت تطبیق دارد، رجوع کنید به پرونده May، «ایالات متحده و گوآتمالا» (همان مأخذ، جلد ۱۵، صص ۵۵ و ۷۲) که در آن فقط شش ماه به پایان قرارداد مانده بود و لذا سودهای آتی محاسبه و حکم داده شد. تعدادی از عهدنامه‌ها حکم به تقویت سودهای آتی را ممنوع کردند. برای نمونه رجوع کنید به عهدنامه برلین منعقد شده بین ایالات متحده و آلمان در پرونده Robert Davie Trudgett، همان مأخذ، جلد ۷، ص ۶۰ و نیز پرونده Vinland (سال ۱۹۲۵)، تصمیم اداری شماره ۷، همان مأخذ، صص ۲۰۳-۲۰۴.

از اینکه مستند به شرط «فسخ یکطرفه» باشد یا مطابق قانون خاص صورت گرفته باشد.^{۷۹}

البته، این نکته قابل توجه است که تفکیک بین ضبط اموال قانونی و غیرقانونی که در حقوق ایالات متحده جنبه بنیادی دارد، در نظرها و مواضع معاصر امریکایی‌ها در زمینه مسائل حقوق بین‌الملل نادیده انگاشته می‌شود.^{۸۰} با وجود این، شاید بتوان گفت که این مهم با تکرار و درج شرط «غرامت کامل»، صرف‌نظر از اینکه مصادره قانونی بوده باشد یا غیرقانونی، مورد توجه امریکایی‌ها واقع شده است. در مواردی که بین امریکا و کشورهای دیگر عهدنامه‌ای وجود داشته که به موجب آن حق مصادره یا ملی کردن اموال اتباع امریکا در خاک کشور طرف مقابل عهدنامه شناخته شده است (و این گونه فرض می‌شود که چنین مصادره‌ای قانونی خواهد بود)، شرط غرامت کامل را در عهدنامه قید کرده‌اند. بنابراین، مسأله تفکیک بین انواع مصادره از این طریق نیز مورد توجه و رعایت امریکایی‌ها قرار گرفته و از آن غفلت نشده است. به‌عنوان مثال، بند ۲ ماده ۴ عهدنامه مودت ۱۹۵۵ | ۱۳۳۴ شمسی | ایران و امریکا مشعر بر این است که:

«... اموال جز به منظور نفع عمومی آن هم بدون پرداخت غرامت عادلانه گرفته نخواهد شد. غرامت مزبور باید به‌وجه مؤثری قابل تحقق باشد و به‌نحو کامل معادل مالی خواهد بود که گرفته شده است....»

دیوان داوری در پرونده «ای.ان.ا. و جمهوری اسلامی ایران»^{۸۱} به این

۷۹. رجوع شود به صفحات ۳۹۰-۳۹۲ مجله مربوط به همین مقاله.

۸۰. رجوع شود به: US Restatement, s. 712, Comment(d)

۸۱. رجوع شود به: Award No. 184-161-1, 13 August 1985.

و همچنین، برای اثر مشابه رجوع شود به:

Sola Tiles, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Award No. 298-317-1 (22 April 1987), at pp. 15-16.

در پرونده مزبور دیوان چنین نظر داد: «دیوان نتیجه‌گیری کرده که ضابطه پرداخت غرامت در

این پرونده، چه به موجب قواعد عرفی و چه با اعمال مستقیم خود عهدنامه مودت، یکسان است؛ ←

نتیجه رسیده است که این ماده درصدد وضع ضابطه بیشتر و وسیع تر در عهدنامه نیست بلکه مقصود آن رعایت ضوابط حقوق بین الملل عرفی در مورد غرامت است. البته، این نکته بحث ما را روشن تر نمی کند و آن را از جایی که هست جلوتر نمی برد، چون این سؤال باقی می ماند که منظور از عباراتی از قبیل «غرامت عادلانه» یا «غرامت معادل کامل مال» که در ماده مزبور آمده است یعنی چه؟ در پرونده های متعدد نزد دیوان داوری، خواهانهای امریکایی استدلال کرده اند که اعم از اینکه مصادره اموال آنها مطابق حقوق بین الملل قانونی بوده باشد یا غیر قانونی، براساس عهدنامه مودت ۱۹۵۵ ایران و امریکا و نیز طبق حقوق بین الملل عرفی، مستحق دریافت «ارزش کامل» اموال که بر مبنای «ارزش مؤسسه دایر» ارزیابی شده باشد، هستند.^{۸۲} این بدان معنی است که آنها نه تنها مدعی ارزش کامل مال هستند بلکه در قبال از دست دادن سودهای آتی که معمولاً بر اساس روش «تنزیل جریان نقدینه» محاسبه کرده اند نیز ادعای دریافت غرامت دارند.^{۸۳}

بنابراین، لزومی ندارد که راجع به قابلیت یا عدم قابلیت اعمال عهدنامه یا مبنای اعمال آن در این پرونده تصمیم گرفته شود.

۸۲. برای کسب آگاهی روشن از موضع ایالات متحده، رجوع شود به:

Clagett: "Just Compensation in International Law: The Issues before the Iran-US Claims Tribunal" in Lillich (ed.), *The Valuation of Nationalized Property in International Law*, vol. 4 (1987), pp. 31-97.

۸۳. برای ملاحظه بحث تفصیلی در خصوص روش ارزیابی بر اساس «تنزیل جریان نقدینه» (Discounted Cash Flow) رجوع کنید به:

Starrett Housing Corp. v. Iran, Award No. 314-24-1, 14 August 1987.

اساساً روش مزبور زمانی بکار برده می شود که نتوان ارزش عادلانه بازار را از ارزش سهام یا قیمت واقعی که برای خرید سهام پیشنهاد می شود، به دست آورد. منظور از اعمال این روش، تخمین آن چیزی است که می توان انتظار داشت خریدار بابت این دادوستد بپردازد. چنین تخمینی مستلزم دو عامل است:

(۱) برآورد درآمدهای مورد انتظار در بقیه عمر اموال یا مدت منقضی نشده یک قرارداد

اجاره یا امتیاز که «به ارزش خالص نقدینگی آتی» (Future net cash flow) معروف است، و

(۲) تعیین نرخ تنزیل مناسب، برای تبدیل جریان نقدینه آتی که مورد پیش بینی قرار گرفته ←

بدین ترتیب، مطالبه سودهای آتی - اعم از اینکه با روش «ارزش مؤسسه دایر» یا به طرق دیگر مورد نظر باشد - موضوع اصلی است و از جنبه مالی تفاوت بسیار زیادی خواهد داشت. علی هذا، سودمند خواهد بود که در اینجا مروری داشته باشیم بر سوابق و «رویه‌های» گوناگونی که ما را در تنظیم قواعد مربوط به حقوق بین الملل عرفی در این زمینه کمک کند.

۳-۱. رویه‌های مبتنی بر عهدنامه‌ها

۳-۱-۱. عهدنامه‌های سرمایه‌گذاری: در خصوص قاعده جبران خسارت، خواهانهای امریکایی که در دیوان داوری ایران و امریکا طرح دعوی کرده‌اند، چنین استدلال نموده‌اند که بیش از یکصد و پنجاه فقره عهدنامه سرمایه‌گذاری که بین بیش از هشتاد دولت منعقد و امضاء شده است، از روش محاسبه غرامت براساس استاندارد و ضابطه‌ای که به عنوان «غرامت عادلانه، کامل، معادل و مناسب» شناخته و توصیف گردیده، استفاده شده است. به نظر خواهانهای مزبور این ضابطه، ضابطه‌ای مناسب برای تعیین غرامت به موجب حقوق بین الملل عرفی است، حتی در مواردی که ملّی کردن یا مصادره اموال خارجیان قانونی و

است به «ارزش فعلی» آن. عامل اول ابهاماتی را داراست، زیرا که میزان قابلیت سوددهی را به طور قطع نمی‌توان پیش‌بینی کرد. عامل دوم نیز حاکی از وجود عنصر تعیین یا تصور برای نرخ تنزیل معین است که به احتمال ریسک، تورّم و «نرخ واقعی بهره» در آینده بستگی دارد. بدین ترتیب، داراییهای همراه با ریسک زیاد با نرخ بیشتری تنزیل می‌شوند تا ارزش فعلی کمتری را نشان دهند. در پرونده «استارت هاوزینگ» دیوان آن عوامل ابهام را در نظر نگرفت و این امر بدین معنی است که تعیین خسارات، تصویری خواهد بود و مسلماً چنین نظری با قاعده کلی مربوط به تعیین خسارات متصور مغایر است. لیکن سایر دیوانهای داوری به جهت غیرمتناسب بودن، از اعمال روش «تنزیل جریان نقدینه» امتناع ورزیدند. برای مثال رجوع کنید به:

Kuwait v. Aminoil, *International Legal Materials*, 21 (1982) pp. 976-1053 at paras. 154,167-71.

در پرونده امینویل، دیوان از اعمال روش مذکور خودداری ورزید و در مقابل، نظریه «نرخ معقول سوددهی» را پذیرفت.

موجه بوده باشد^{۸۴}. حتی اگر بپذیریم که مواد و مفاد چنین عهدنامه‌هایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را منعکس می‌سازد، اشکال وارد بر این استدلال آن است که کلیه نکات و مسائل مزبور نامشخص باقی مانده است، زیرا استدلال مذکور صراحتاً به مسأله از دست دادن سودهای آتی یا ارزیابی براساس «ارزش مؤسسه دایر»، اشاره نمی‌کند. شواهدی وجود ندارد که دولتها تاکنون در جریان اجرا و بکارگیری مفاهیم و ضوابط مبهم فوق‌الذکر، دعاوی ناشی از غرامت را براساس «ارزش مؤسسه دایر» یا طرق دیگری که مشتمل بر جبران خسارت ناشی از سودهای آتی باشد حل و فصل کرده باشند.

۳-۱-۲. موافقتنامه‌های حل و فصل دعاوی: تا جایی که به موافقتنامه‌های حل و فصل دعاوی به صورت موافقتنامه‌های مقطوع و یکجا مربوط می‌شود، در بسیاری از آنها که بعد از ۱۹۴۵ منعقد شده‌اند، پرداخت رقمی از ۱۰ تا ۹۰ درصد ارزش اموال مصادره شده قید گردیده و هرگز به روش «ارزش مؤسسه دایر» توجهی نشده است^{۸۵}.

با وجود این، دیوان داوری در رأی صادره در پرونده «سدکو» ارزش این موافقتنامه‌ها را مورد تردید قرار داده و در عوض سایر روشهای حل و فصل و پرداخت غرامت را، که بین دولتها و شرکتهای خارجی مورد مذاکره و عمل قرار می‌گیرد، پذیرفته است. رأی مذکور درخصوص موافقتنامه‌های حل و فصل مقطوع چنین اظهار داشته است:

«هر دو نوع توافق می‌تواند آنچنان ملهم از ملاحظات غیرحقوقی از قبیل تجدید روابط سیاسی و تجاری باشد که بسیار دشوار است از آنها به نظر

۸۴. براوئر (Brower) قاضی امریکایی و از اعضای سابق دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده، بحث معیار مناسب پرداخت غرامت را در پرونده «سدکو» پذیرفت (رک. مأخذ پانوش شماره ۷۰).

۸۵. رجوع کنید به:

Lillich and Weston: *International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements* (1975), Pts. I and II Passim.

حقوقی متداول رسید و قاطعانه نظر داد که دولتهای مصالحه‌کننده، محتوای این‌گونه مصالحه‌ها را از لحاظ مقررات حقوق بین‌الملل الزامی شمرده‌اند. دیوان بین‌المللی دادگستری و دیوانهای داوری بین‌المللی، ارزش این قبیل مصالحه‌ها را به‌عنوان دلیل و مدرک عرف حقوقی، به‌طور جدی مورد شک و تردید قرار داده‌اند. همان‌گونه که دیوان داوری در قالب دیگری بیان کرده موافقتنامه‌های حل و فصل بر ملاحظاتی مبتنی است که غالباً شامل عناصری غیر از عناصر حقوقی است. پرونده «ایالات متحده آمریکا و جمهوری اسلامی ایران»، تصمیم شماره ۸ - الف / ۱ دیوان عمومی (۱۴ اردیبهشت ۱۳۶۱)... هر دو نوع توافق تا حدودی متضمن چانه‌زدن در زمینه و شرایطی است که نظر حقوقی متداول ۸۶ با آن بیگانه است.»^{۸۷}

البته، این بدان معنی است که انبوه رویه‌های دولتها در این مورد، به‌میزان معتابیهی نادیده انگاشته شده است، ازجمله بسیاری از مصالحه‌های داوطلبانه یا مورد توافق در صنعت نفت که به‌موجب آن دولت ذی‌ربط سهم مشارکت خود را در قرارداد حق‌الامتیاز، پروانه‌های تولید، یا مشارکت و نظایر آن افزایش داده و در نتیجه از مزایایی که شرکتهای خارجی در قلمروشان برخوردار بودند، بهره برده است. در واقع، در تمام این موارد قیمت سهامی که دولت به‌خود اختصاص داده براساس ارزش اموال یا ارزش دفتری بوده است.^{۸۸}

86. opinio Juris

۸۷. در این خصوص، شاهد مثالهای دیوان بین‌المللی دادگستری (International Court of Justice) و دیوانهای داوری پرونده‌های زیر بودند:

Barcelona Traction (Belgium v. Spain), *ICJ Reports*, 1970, p.3 at p.40 (Judgment of 5 February 1970); and to Kuwait v. American Independent Oil Company (Aminoil), paras. 156-7 (Reuter, Sultan and Fitzmaurice, arbitrators, award of 24 March 1982), *International Legal Materials*, 21 (1982), p. 973 at p. 1036.

۸۸. برای مثال رجوع شود به:

The 1972 General Agreement on Participation (in which the Gulf States acquired participation rights rising to %51); the 1972 Iraqi nationalization of IPC; the 1973 Sales and Purchase Agreement between Iran and the Consortium members; the ← 1972-3 Libyan acquisitions of %50 of the equity of AGIP, Occidental, Amerada Hess,

لیکن بسیاری از عهدنامه‌ها یا سایر رویه‌های مورد عمل بین دولتها به عناصری غیر از عناصر و مبانی حقوقی متکی است، زیرا اگر قرار می‌شد رویه‌های دولتها الزاماً از نفوذ و تأثیر عواملی غیر از عناصر حقوقی برکنار بماند، آنگاه شواهد کمی از رویه دولتها در زمینه‌های مختلف باقی می‌ماند که بتواند به عنوان نشانه‌ای از عرف مورد عمل آنها بکار آید. بنابراین، دیوان داوری ایران و امریکا عملاً کلیه رویه‌ها بغیر از تصمیمات داوری یا قضایی را رد کرده است. از این رو لیلیچ و وستون^{۸۹}، دو حقوقدان برجسته امریکایی، اخیراً در یکی از نوشته‌های خود گفته‌اند که باید به مصالحه‌هایی که براساس مبلغی مقطوع صورت می‌گیرد اهمیت بیشتری داده شود؛ موافقتنامه‌هایی که خود بهترین دلیل و شاهد است بر ضوابط تعیین غرامت که عموماً در رویه دولتها پذیرفته شده است. این دو نویسنده آشکارا از موضع داوران امریکایی دیوان داوری انتقاد کرده‌اند، زیرا آنها در ترغیب دیوان بر رد دلایل ناظر بر اجماع و اتفاق نظر در مورد نحوه غرامت، که در موافقتنامه‌های حل و فصل مقطوع آمده است، نقش اساسی داشتند.

Exxon, Mobil; the 1974 Kuwait acquisition of %50 of the KOC; the 1975 Venezuelan oil nationalization. →

همچنین، قاضی براوئر، «ارزش دفتری خالص را به عنوان بیان عملی پرداخت غرامت، کافی تلقی کرد که در اکثر حل و فصلها... در سالهای اخیر منعکس است»:

"Recent Developments in the International Law of Expropriation and Compensation", *The Southwestern Legal Foundation* (1975), p. 153.

۸۹. رجوع کنید به:

Lillich, Weston: "Lump-sum Agreements: their Continuing Contribution on the Law of International Claims", *American Journal of International Law*, 82 (1988), pp. 69-78.

دالزر (Dolzer) نیز با لیلیچ و وستون هم عقیده است و مقاله‌ای تحت عنوان "New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property" دارد که در همان مأخذ (جلد ۷۵، سال ۱۹۸۱، صص ۵۵۹-۵۶۰) منعکس است، و همچنین مقاله‌ای (Compensation for Expropriation) از شاختر (Schachter) که در همان مأخذ، (جلد ۷۸، سال ۱۹۸۴، صص ۱۲۱ و ۱۲۶) به چاپ رسیده است.

۲-۳. تصمیمات قضایی یا داوری

۲-۳-۱. احکام ناظر بر مصادره غیرقانونی: برخی از احکام قدیمی تر که در این زمینه صادر شده، بسیار مفید است. پاره‌ای از این احکام منافع آتی را مستثنی می‌کند، براین اساس که هرگونه ارزیابی خسارات در این مورد، صرفاً نظری خواهد بود^{۹۰}. بعضی دیگر از احکام مذکور به این دلیل که موافقتنامه حل و فصل دعاوی اجازه صدور حکم به غرامت بابت «سودهای آتی» را نداده، آنرا مردود دانسته است^{۹۱}. در هر حال، بطوریکه بعداً خواهیم دید، تمایل چندانی وجود ندارد که موارد ساده نقض قرارداد^{۹۲} با مصادره کلی یا ملی کردن اموال که براساس سیاست ملی جامعه و مصالح عاقله صورت گرفته یکسان تلقی شود و از آنجا که بسیاری از این دعاوی مربوط به نقض قرارداد بوده لذا اهمیت قیاسی آنها بسیار محدود است.

لذا ضروری است که احکام داوری یا قضایی که به‌زمان معاصر نزدیکتر است دقیقاً مورد بررسی قرار گیرد. در این میان، پرونده «کارخانه خورژوف»^{۹۳}

۹۰. برای مثال رجوع کنید به پرونده‌های زیر:

The De Caro case, Italy/Venezuela Claims Commission, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. 10, p. 642; the Valentiner case, Germany/ Venezuela Claims Commission, 10 ILR, pp. 403-4; The Rudloff case, US/Venezuela Claims Commission, 9 ILR, pp. 258-9.

۹۱. برای نمونه رجوع شود به:

The Vinland case (1925), Administrative Decision No. VII US/ Germany, 7 ILR, pp. 203-4, and Robert Davie Trudgett, 7ILR, p. 6.

تصمیم اداری فوق، عهدنامه برلین را چنین تفسیر کرده که عامل محدودیت تعهد آلمان نسبت به پرداخت غرامت بابت زیانهای وارده است.

۹۲. پرونده زیر در این طبقه‌بندی قرار می‌گیرد:

Delagoa Bay Railway Company case (1900) *British Digest of International Law*, vol. 5, p. 535.

دولت پرتغال با استناد به نقض ادعایی امتیاز توسط شرکت مورد بحث، آن را فسخ کرد که دیوان این اقدام دولت پرتغال را بی‌اساس خواند.

93. PICJ, Series A, No. 17 (1928).

از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، زیرا در احکام صادره از دیوان داوری ایران و امریکا کراراً مورد تأکید قرار گرفته است. موضوع راجع است به ضبط غیرقانونی یک کارخانه آلمانی تولید نیترات توسط دولت لهستان که به استناد تفسیر نادرست ماده ۲۵۶ عهدنامه ورسای^{۹۴} در مورد روابط بین دولتها در مورد خسارات جنگی صورت گرفته بود. نکات جالب توجه و بااهمیت رأی صادره در این قضیه ناشی از «قرار کارشناسی» است که دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی برای تحقیق کارشناسی از حیث تعیین ارزش مؤسسه تدوین کرده است. «قرار کارشناسی» مذکور چنین مقرر داشته است:

«۲- تحقیق کارشناس باید به موارد زیر مربوط گردد:

اول. الف - در تاریخ سوم ژوئیه ۱۹۲۲ ارزش مؤسسه مربوط به کارخانه تولید محصولات نیترات واقع در منطقه خورژوف سیلیسیای علیای لهستان^{۹۵} با فرض اینکه این مؤسسه (از جمله زمین، ساختمان، تجهیزات، موجودی کالا و قراردادهای خرید و فروش، سرقفلی و دورنمای آبی آن) در تاریخ یاد شده در مالکیت «بایریش» و «اوبریشکی استیکستف» باقی می‌ماند، به مارک رایج آلمان چه بوده است؟

ب - نتایج مالی ناشی از این مؤسسه (اعم از سود یا زیان) در فاصله بین سوم ژوئیه ۱۹۲۲ تا زمان حکم حاضر، با فرض اینکه این مؤسسه در مالکیت شرکتهای مذکور باقی می‌ماند، به مارک رایج آلمان چه مقدار می‌توانست باشد؟

دوم - در زمان حکم حاضر ارزش همان مؤسسه (خورژوف) در صورتی که این مؤسسه (از جمله زمین، ساختمان، تجهیزات، موجودی کالا، قراردادهای خرید و فروش، سرقفلی و دورنمای آبی آن) در مالکیت بایریش و اوبریشکی استیکستف باقی می‌ماند و عمدتاً همان مؤسسه‌ای بود که در سال ۱۹۲۲ بوده و یا اینکه متناسب با دیگر مؤسسات مشابه تحت کنترل بایریش، به‌عنوان مثال مؤسسه‌ای که کارخانه‌اش در «پیس تریتز» واقع است، توسعه پیدا کرده بود، به‌مارک رایج آلمان

94. Treaty of Versailles

95. Chorzów in Polish Upper Silesia

چه مقدار می‌توانست باشد؟

در رأی پرونده «آموکو اینترنتشنال فایننس وایران»^{۹۶}، که در شعبه سوم دیوان دآوری به ریاست ویرالی در تاریخ ۱۴ ژوئیه ۱۹۸۷ صادر گردیده، پرونده کارخانه خورژوف به عنوان یک مأخذ در موارد زیر مورد اشاره واقع شده است:

۱. بین مصادره‌های قانونی و غیرقانونی تمایز کامل باید باشد^{۹۷}.

۲. در حقوق بین‌الملل در موارد مصادره‌های غیرقانونی، اعاده عین باید صورت گیرد و یا اگر این امر امکان‌پذیر نباشد، باید معادل نقدی آن پرداخت شود^{۹۸}.

۳. در موارد مصادره قانونی باید «گرامت عادلانه» یا «قیمت منصفانه» آنچه که مصادره شده است، پرداخت گردد^{۹۹}.

شعبه سوم، رأی پرونده «کارخانه خورژوف» را رهنمود مفیدی برای تعیین آثار حاصل از تفکیک بین مصادره قانونی و غیرقانونی یافته است:

«تفاوت در اینجا است که اگر مصادره قانونی باشد، ارزش مؤسسه بازرگانی در موقع مصادره ضابطه و میزان غرامت محسوب می‌شود؛ حال آنکه اگر مصادره غیرقانونی باشد، این ارزش فقط بخشی از غرامت قابل پرداخت است یا امکان دارد باشد»^{۱۰۰}

دیگر عناصر خساراتی که باید در ازای مصادره غیرقانونی پرداخت شود از دو نوع متفاوت روشهای برآوردی که در سؤالهای اول و دوم قرار کارشناسی دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در «پرونده خورژوف» منعکس شده است، به دست می‌آید. روش اول (بند اول قرار کارشناسی) دو عنصر ارزش در زمان مصادره و عدم‌النفع تا تاریخ صدور حکم را مشخص می‌کند. بنابراین، عنصر

۹۶. حکم جزئی شماره ۳-۵۶-۳۱۰.

۹۷. همان، بند ۱۹۲.

۹۸. بند ۱۹۳.

۹۹. همان.

۱۰۰. بند ۱۹۷.

«ارزش مال» فی نفسه دربرگیرنده عدم النفع نیست بلکه عنصری جداگانه و ثانوی است. به این ترتیب، عنصر «ارزش مال» محدود است به اموال عینی، حقوق قراردادی و سایر حقوق غیر ملموس (از قبیل حسن شهرت بازرگانی یا «دورنمای تجاری») ولی نه منافع آتی) که آنها را «ضرر بالفعل»^{۱۰۱} گوئیم. عنصر عدم النفع یا منافع آتی، به طور جداگانه در قسمت دوم از بند اول قرار کارشناسی بررسی می شود و محدود است به منافع تا زمان صدور حکم^{۱۰۲}!

روش دوم ارزیابی (بند دوم قرار کارشناسی) دقیقاً از همان اجزاء تشکیل شده است، ولی باین فرض که تا زمان صدور حکم، صاحبان اصلی مالک اموال بوده اند. اما در اینجا نیز سودهای حاصله - اعم از سود واقعی یا مفروض در ارزش مؤسسه - فقط شامل سودهای حاصله تا زمان صدور حکم خواهد بود^{۱۰۳}.

خلاصه مطلب آن است که، حتی در موارد مصادره غیر قانونی، منافع مال مصادره شده فقط برای مدت نسبتاً کوتاهی، یعنی تا زمان صدور حکم، قابل تأمین و وصول است^{۱۰۴}. نتیجتاً، در مصادره های قانونی، پرداخت غرامت براساس روش «ارزش مؤسسه دایر» که مستلزم ارزیابی سودهای آتی درازمدت است (اگرچه با روش «تنزیل جریان نقدینه» کاهش یابد) نامناسب و بی مورد به نظر می رسد.

در دیگر موارد مصادره غیر قانونی نیز همین نظریه معتبر خواهد بود، مشروط بر آنکه مصادره در راستای سیاست کلی ملی کردن صورت گیرد نه به صورت مصادره موردی و خاص^{۱۰۵}. این شرط هم بطوریکه خواهیم دید دارای

101. *damnum emergens*

۱۰۲. بندهای ۲۰۰-۲۰۳.

۱۰۳. بند ۲۰۴.

۱۰۴. بند ۲۰۵.

۱۰۵. رجوع کنید به: *Lighthouses arbitration (France/Greece, 1956)*, 23 ILR 299.

توجه داشته باشید که داوری لایت هاووز، یک مورد جانیشینی دولتی بود تا مصادره.

پرونده زیر از موارد تصرف و توقیف غیر قانونی کشتی در زمان جنگ بود:

The Norwegian Shipowners case, 1922, Reports of International Arbitral Awards, vol. 1, p. 307.

اهمیت است.

در پرونده «لناگلدفیلدز»^{۱۰۶} هیأت داوری به جای خسارت ناشی از نقض قرارداد (از جمله عدم النفع)، ارزش روز حق الامتیاز موضوع قرارداد را به عنوان مبنای صحیح ارزیابی و تعیین غرامت ملاک عمل قرار داده است. در پرونده «سافیر»^{۱۰۷} براساس نصفت و انصاف تصمیم گیری شد که هیچ وقت به اجرا درنیامد (و در واقع به وسیله محاکم ایران نقض گردید). پرونده های «تاپکو»^{۱۰۸} و «بی بی و لیبی»^{۱۰۹} حکایت از وجود اختلاف نظر بین دوپوئی (داور پرونده بی بی) می کند در خصوص اینکه آیا اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق (لغو مصادره) معیار قابل اجرا هست یا نه. به هر حال، در هیچ یک از این دو پرونده داوران به تعیین ارزش واقعی خسارات اقدام نکرده اند. در پرونده «ا.جی.آی.پی. و کنگو»^{۱۱۰} فرانسه غرامت عدم النفع مطالبه کرد و به نشانه اینکه عدم النفع مورد حکم واقع شده یک فرانک مورد حکم قرار گرفت. در پرونده «بنهونوتی - بونفان و کنگو»^{۱۱۱} ادعای مطرح شده بیشتر ناظر به مطالبه سود سهامی بود که می بایست در گذشته پرداخت می شد تا سود آتی سهام.

حال، به بحث اصلی خود برگردیم و ببینیم مینا و شرط لازم برای تفکیک بین مصادره قانونی و غیرقانونی کدام است. در حال حاضر مجموعه ای از آراء دیوان داوری ایران - ایالات متحده را پیش رو داریم که بین موارد ملی کردن

۱۰۶. رجوع شود به:

Lena Goldfields, (1930), Whiteman: *Damages in International Law*, vol. 3, p. 1738.

در پرونده مزبور، اتحاد جماهیر شوروی حکم را نپذیرفت و نهایتاً خواهان به میزان ارزش سرمایه اش راضی شد.

107. *Sapphire International Petroleum Ltd. v. NIOC* (award of Cavin, 15 March 1953): 35 ILR 136, 186.

108. *Texaco Overseas Petroleum v. Libya* (award of Dupuy, 19 January 1979): 53 ILR 389.

109. *BP Exploration Co. v. Libya* (award of Lagergren, 1 August 1974): 53 ILR 297.

110. *AGIP Co. v. People's Republic of Congo* (award of 30 November 1979, ICSID): *International Legal Materials*, 21 (1982), p. 729.

۱۱۱. رأی ۸ اوت ۱۹۸۰ در پرونده مندرج در همان مأخذ به شرح زیر، ص ۷۴۰:

Benevenuti et Bonfant v. The Congo, ICSID.

عمومی اموال خارجیان از یک طرف و ضبط غیرقانونی اموال ایشان از طرف دیگر، آشکارا قائل به تفکیک شده‌اند.

در پرونده^{۱۱۲} «استارت هاوزینگ کورپوریشن وایران»^{۱۱۳} دیوان داوری رأی داد که مداخلات خوانده در پروژه خانه‌سازی کوتاه‌مدت «استارت» غیرقانونی بوده است، بطوریکه نوعی «مصادره غیرمستقیم» را افاده می‌کند، و سپس از روش «تنزیل جریان تقدینه» برای تعیین قیمت عادلۀ اموال مصادره شده در بازار استفاده کرد. البته، دیوان در رأی خود بین این نوع ضبط اموال با ملی کردن رسمی و عمومی صراحتاً قائل به تفکیک نشد (گرچه «مصادره غیرمستقیم» معمولاً از نظر ماهیت با ملی کردن عمومی اموال متفاوت است).

اما دیوان داوری در سه پرونده دیگر مشخصاً ضبط اموال موردی و ضبط اموال مبتنی بر سیاست کلی مصادره و ملی کردن را از هم تفکیک کرد، و آنها عبارتند از: پرونده «آی.ان.ا.»^{۱۱۴}، پرونده «سدکو»^{۱۱۵} و پرونده «تایلز»^{۱۱۶}. مثلاً در پرونده سدکو، دیوان بین مصادره غیرمستقیم اموال خارجیان و ملی کردن اموال در سطح وسیع و رسمی، مثل ملی کردن صنعت یا منابع طبیعی، تفاوت آشکاری گذارده است.

آنچه که از بررسی این پرونده‌ها برمی‌آید آن است که اصولاً در ضبط غیرقانونی اموال سه فرضیه یا حالت متصور است:

۱۱۲. حکم نهایی شماره ۱- ۲۴- ۳۱۴، ۱۴ اوت ۱۹۸۷. مورد دیگری که وضعیت بحث فوق (روش پرداخت) را روشن ساخته است، حکم پرونده Phelps Dodge Corp. and OPIC v. Iran (Award No. 217-99-2, 19 March 1986) است، زیرا هنوز پروژه مربوط به مرحله بهره‌برداری نرسیده بود که خواهان وجه سرمایه‌گذاری شده خود را مطالبه کرد، یعنی سهم وی از بابت سرمایه پروژه نه غرامت منافع آتی.

113. Starrett Housing Corporation v. Iran

114. INA Corp. v. Iran. Award No. 184-161-1, 13 August 1985.

۱۱۵. پرونده Sedco Inc. v. Iran (Award No. IITL 59-129-3) که تنها خواسته خواهان این بود که ارزش زمان تصفیه با بهره منصفانه را دریافت کند.

۱۱۶. پرونده Sola Tiles Inc. v. Iran (Award No. 298-317-1, 22 April 1987) موضوع مصادره غیرمستقیم و غیرقانونی یک کارخانه آجرسازی بود نه یک ملی کردن رسمی.

۱. عدم‌النفع فقط تا تاریخ صدور حکم محاسبه می‌شود (مانند خورژوف و آموکو اینترنشنال فایننس)^{۱۱۷}.

۲. در ضبط اموال موردی، «ارزش کامل» می‌تواند مورد حکم قرار گیرد، لیکن این مفهوم برای اینکه با مورد شماره ۱ در انطباق باشد، عدم‌النفع بعد از تاریخ صدور حکم را مستثنی می‌سازد، بطوریکه «ارزش مؤسسه دایر» بر مبنای منافع پس از آن تاریخ با رأی صادره در پرونده خورژوف تعارض پیدا می‌کند.

۳. مبلغی کمتر از «ارزش کامل»، در مواردی که مصادره مبتنی بر مّلی کردن اموال به صورت رسمی و منظم باشد، می‌تواند حکم داده شود.

مشکل در حالت سوم وجود دارد صرفاً به این لحاظ که نمی‌توان از یک دیوان انتظار داشت تا اقدام یک دولت در مّلی کردن اموال در سطحی وسیع، رسمی و منظم را «غیرقانونی» به‌شمار آورد. زیرا این احتمال که بتوان مّلی کردن در چنین ابعادی را غیرقانونی تلقی کرد بسیار بعید است، چرا که در چنین مواردی بعید به نظر می‌رسد که دولت مّلی کننده در پرداخت گرامت تبعیض قائل شود یا از انجام آن امتناع ورزد، و از این رو نمی‌توان آن را غیرقانونی دانست. کفایت یا عدم کفایت گرامت پرداختی، همواره می‌تواند محل اختلاف باشد، ولی صرف این واقعیت که هیأت داورى به پرداخت گرامتی بیش از مقداری که دولت آمادۀ پرداخت آن بوده است، رأی بدهد، فی نفسه اقدام دولت در مّلی کردن را به عملی غیرقانونی مبدل نمی‌سازد. برای اینکه چنین مّلی کردنی در شمار ضبط و مصادره غیرقانونی درآید لازم است مبلغ پیشنهادی دولت چندان قلیل باشد که به حدّ امتناع از پرداخت گرامت برسد.

به عبارت دیگر، ارتباط این فرضیه سوم (یا تمایز دقیق دیوان در مورد مّلی کردن عمومی) با مقوله اخذ غیرقانونی اموال روشن نیست.

۲-۲-۳. تصمیمات محاکم و مراجع داورى در مورد مصادره قانونی: احکام و

۱۱۷. این فرضیه نمی‌تواند به موارد مّلی کردنهای وسیع محدود شود، زیرا در پرونده خورژوف اصولاً بحث مّلی کردن مطرح نبوده است.

تصمیماتی که در خصوص دعاوی ناشی از مصادره قانونی صادر شده، چندان معذور و کم است که موجب شگفتی می‌گردد. احتمالاً دلیلش این است که ملی کردن کلتی و عمومی اموال به ندرت از طریق طرح دعوی حقوقی مورد اعتراض قرار می‌گیرد، بلکه معمولاً در چنین مواردی یا از طریق مسالمت‌آمیز سازش می‌شود و یا طرفین به صورت «پرداخت مقطوع» مصالحه می‌کنند^{۱۱۸}. به هر حال، دلیلی وجود ندارد که تنها شکل مصادره قانونی ملی کردن کلتی و در سطح وسیع باشد. در واقع، تمامی دولت‌ها بر اساس [اصل] «حق حاکمیت دولت» مدعی‌اند که در ضبط اموال خاص اختیار قانونی دارند، و دلیلی وجود ندارد که گفته شود چنین ضبط و گرفتن اموالی از نظر حقوق بین‌الملل غیرقانونی و غیر مشروع تلقی گردد.

رای روشن و صریحی که در مورد ملی کردن قانونی وجود دارد، همان است که در پرونده «لیامکو»^{۱۱۹} اتخاذ شده است. محمصانی داور این پرونده، ضمن قبول مشروعیت اقدام دولت لیبی، این استدلال را که حقوق بین‌الملل جبران عدم‌النفع را در چنین مواردی اجازه می‌دهد، صریحاً رد کرد. به نظر وی:

«اینکه آیا صاحب حق الامتیاز می‌تواند غرامت تمام منافع آتی را که مدت آن منقضی نشده باشد مطالبه کند یا نه، موضوعی است اختلافی که تا به حال مشخصاً تعیین تکلیف نشده است.»^{۱۲۰}

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

۱۱۸. اگر این واقعیت درست باشد، آنگاه باید در صحت عمل دیوان دآوری دعوی ایران - ایالات متحده که به این قبیل مصالحه‌ها توجه چندانی نکرده و از آنها غفلت نموده است، تردید کرد، چرا که همین مصالحه‌ها خود بخشی از مجموعه روتیه دولتها در مورد نحوه برخورد با مصادره قانونی و مشروع را نشان می‌دهد و نباید نسبت بدان بی‌توجه بود.

119. *Libyan American Oil Co. (Liamco) v. Libya*, 62 ILR 139 (award of Mahmassani, 12 April 1977).

۱۲۰. همان، ص ۲۰۷. محمصانی بدین‌گونه با اعراض از حقوق بین‌الملل، «اصول کلتی حقوق» را مطمح نظر قرار می‌دهد و از آن مفهوم «انصاف» را استخراج می‌کند و سپس با اعمال همین مفهوم و قاعده در پرونده لیامکو، به یک سوم از خواسته مدعی به عنوان عدم‌النفع او که بخشی از منافع او در سالهای ۱۹۷۳-۱۹۷۶ را تشکیل می‌دهد و به هر حال غیر از منافع دوره سی‌ساله قرارداد حق‌الامتیاز است، رای صادر می‌کند.

دعوی «امینویل»^{۱۲۱} نیز از جمله موارد ملی کردن قانونی تلقی شده است. آنچه در این پرونده کاملاً روشن است آن است که ادعای ۲/۵ میلیارد دلاری خواهانها که متضمن منافع آتی آنها تا سال ۲۰۰۸ بود و براساس روش «تنزیل جریان نقدینه» محاسبه و تعیین گردیده بود، رد شد. اما مبنای رد دیوان در ارزیابی و تعیین غرامت البته به این اندازه در رأی روشن و واضح نیست. بی تردید، دیوان در پرونده امینویل پرداخت ارزش داراییهای ملموس را که براساس «ارزش جایگزینی مستهلک شده» محاسبه شده بود، مجاز دانسته است، اما به هیچ وجه روشن نیست که دیوان روش ارزیابی «ارزش مؤسسه دایر»^{۱۲۲} را پذیرفته یا به نحوی محملی برای پرداخت عدم النفع^{۱۲۳} قبول کرده باشد. دیوان، در واقع، روش «انتظارات مشروع صاحب امتیاز»^{۱۲۴} را در رسیدن به رقم ۶۳ میلیون دلار به عنوان غرامت اعمال کرده، گرچه مبنا و نحوه محاسبه آن در رأی نیامده است. به دلالت مفاد رأی، به نظر می رسد که این رقم از اوضاع و احوال خاص پرونده فوق ناشی شده باشد به این معنی که کویت شرکت امینویل را مجاب و متقاعد کرده بود که می تواند عملیات خود را در چارچوب یک قرارداد خدمات برای مدت هفت سال بعد ادامه دهد، و همین واقعیت منطقاً منتهی شده بود به حق الزحمه برای امینویل که مبلغ آن تقریباً به همان ۶۳ میلیون دلار بالغ می شد.

همین طور پرونده «لینگو و دیگران»^{۱۲۵} را داریم که ناشی از اقدام دولت

121. *Kuwait v. American Independent Oil Company (Aminoil), International Legal Materials*, 21 (1982), p. 1041 (award of March 1982 Reuter Sultan and Fitzmaurice, arbitrators).

۱۲۲. یونگ (Young)، اوون (Owen) و نیز تسن (Teson) که در مأخذ پانوشت شماره ۷۶ به آنها اشاره شد، عقیده مخالف دارند، حال آنکه از نظر دیوان آنها در اشتباه هستند.

۱۲۳. رجوع کنید به:

Redfern: «The Arbitration between the government of Kuwait and Aminoil», *The British Year Book of International Law*, 55 (1984), p. 65 at p. 108; Mann: «The Aminoil Arbitration», *this Year Book*, 54 (1983), p. 213 at p. 221.

۱۲۴. بند ۱۷۸ حکم مزبور.

۱۲۵. دادگاه اروپایی حقوق بشر، رأی ۸ ژوئیه ۱۹۸۶ به شماره ۱۱۸-۱۱۲/۷۴/۱۹۸۶. ←

انگلیس به ملی کردن اموال چند شرکت کشتی سازی بود که به استناد «قانون صنایع کشتی سازی و هواپیماسازی» مصوب ۱۹۷۷ صورت گرفته است. دادگاه اروپایی حقوق بشر^{۱۲۶} در پرونده مذکور رأی داد که حقوق بین الملل بر روابط فی مابین دولت انگلیس و شرکتهای انگلیسی حاکم نیست^{۱۲۷}. البته، در این پرونده مبلغ غرامتی که دولت پیشنهاد کرده و دادگاه نیز آن را به عنوان امری منطبق با کنوانسیون اروپایی حقوق بشر^{۱۲۸} پذیرفته بود، اهمیت و تأثیر خود را داشته و دارد. زیرا وقتی میزان غرامتهایی که دولت انگلیس حاضر بود بپردازد و در واقع رویه مورد عمل دولت انگلیس را - که با رویه اروپایی انعکاس یافته در کنوانسیون مذکور نیز هماهنگ و منطبق بود - منعکس می کرد، در این صورت خود این امر بهترین دلیل است براینکه رویه و عرف معاصر و موجود در مورد ملی کردن قانونی نیز چیزی جز آن نیست؛ رویه ای که بررسی و مورد قبول نیز واقع شده است. ممکن است از جنبه نظری این گونه استدلال شود که بیگانگان مستحق رفتاری بهتر از آنچه با اتباع انگلیس عمل می شود، یا مستحق بیشتر از آنچه که به موجب کنوانسیون اروپایی حقوق بشر قابل حصول است، هستند. با وجود این، از آنجا که حقوق بین الملل به طور سنتی به تضمین «حداقلهای» مقرر در حقوق بین الملل توجه داشته است، لذا این پیشنهاد که «حداقل ضابطه» باید بالاتر از معیارهای پیش بینی شده در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر باشد، بسیار دشوار خواهد بود^{۱۲۹}.

→ همچنین رجوع کنید به:

Mendelson: "The United Kingdom Nationalization Cases and the European Convention on Human Rights" *The British Year Book of International Law*, 57 (1986), pp. 33-76.

126. The European Court of Human Rights

۱۲۷. این تصمیم مغایر با ماده ۱ پروتکل شماره ۱ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است که مقرر می دارد: «هیچ کس نباید از اموالش محروم شود مگر به نفع عامه و آن هم مشروط به شرایط پیش بینی شده در قانون و اصول کلی حقوق بین الملل». برای بررسی سوابق آخرین پرونده هایی که در این زمینه وجود دارد، رجوع کنید به نوشته هیگینز همان گونه که در مأخذ پانوشتم شماره ۶۷ صص ۳۷۵-۳۵۷ به آن اشاره شد.

128. The European Convention on Human Rights

۱۲۹. کمیسیون اروپایی حقوق بشر در گزارش موزخ مارس ۱۹۸۴ خود موضع دیگری گرفته و ←

ارقام غرامت در پرونده «لیتگو و دیگران» نشان می‌دهد درحالی که هدف این بوده که براساس ارزش تخمینی سهام غرامتی پرداخت گردد، اما وقتی ارقام یاد شده به ارزش دارایی تبدیل شود، این ارقام کمتر از ارزش خالص اموال است و هرگز بیشتر نیست، یاهنگامی که به صورت ضریبی از منافع سالیانه (به استثنای کل ارزش دارایی) تقسیم شود به طور معدّل مساوی با منافع دوسال قبل از کسر مالیات و یا منافع چهارسال پس از کسر مالیات خواهد بود^{۱۳۰}.

از هر زاویه‌ای که به ارقام نگاه شود، هیچ‌گونه شباهتی با ارقام متراکمی که معمولاً بابت منافع مورد انتظار آتی مطالبه می‌شود و سپس براساس روش «تنزیل جریان نقدینه» بروز تنزیل می‌گردد، نخواهد داشت.

در ۱۴ ژوئیه ۱۹۸۷، شعبه سوم دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده حکم جزئی^{۱۳۱} حایز اهمیتی در پرونده «آموکو اینترنشنال فایننس کورپوریشن و

پیشنهاد کرده است که «منافع عامه» ایجاب می‌کند که اتباع، بار مالی سنگین تری از خارجیان متحمل شوند. به دشواری می‌توان پیش‌بینی کرد که کشورهای جهان سوم با این نظر موافقت کنند.

۱۳۰. جدول زیر خواهان، ارزش خالص داراییها، منافع حاصله قبل از کسر مالیات سال ۱۹۷۶ یا ۱۹۷۷ و رقم غرامت را به لیبره استرلینگ نشان می‌دهد:

گرامت میلیون	منافع سالیانه میلیون	ارزش خالص داراییها میلیون
۳/۸	۱/۳	۵/۹
۵/۳	۵/۵	۲۵/۶
۹۵	۵۳/۶	۹۸/۷
۶	۳/۱	۱۰/۵
۱/۵	۸	۱/۶
۱۴/۴	۳/۷	۳۲/۴
۱/۸	۸	۴/۸

۱۳۱. دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده عبارت حکم جزئی (Partial Award) را در مواردی بکار می‌برد که نسبت به بخشی از ادعا حکم می‌دهد و این عنوان از قطعیت حکم در قسمتی که اتخاذ تصمیم کرده است نمی‌کاهد. (مترجم)

ایران»^{۱۳۲} صادر کرد. این حکم که از بحث در مورد پرونده «خورژوف» شروع می‌شد^{۱۳۳}، به تفصیل درباره روشهای ارزیابی اموال در مصادره‌های قانونی سخن گفته است. با اینکه پایه و اساس بحث در رأی مذکور «ارزش بازار»^{۱۳۴} اموال مصادره شده بود، ولی دیوان بدو به این نتیجه رسید که نوعاً در اوضاع و احوالی که مصادره‌ای صورت می‌گیرد بازار آزادی وجود ندارد تا بتوان ارزش بازاری مال را به دست آورد؛ از این رو دیوان ناچار به بررسی طرق دیگر ارزیابی پرداخت.

در این حکم، دیوان اعمال روش ارزیابی براساس «تنزیل جریان نقدینه» را در مورد مصادره قانونی نامناسب دانسته^{۱۳۵} و اولین وظیفه خود را در این دیده است که طوری رأی ندهد که به «داوآشدن غیر عادلانه» یا محرومیت از حق یکی از طرفین منتهی گردد^{۱۳۶}. به همین دلیل دیوان مقرر داشته است که «ارزش دفتری خالص» معیار مناسبی برای غرامت نیست، زیرا اگر این روش ارزیابی را اعمال کنیم سبب می‌شود که داراییهای دینی مؤسسه مانند حق الاختراع، رموز فنی کار در تکنولوژی، سرقتی و شهرت بازرگانی و نیز آینده تجاری او نادیده انگاشته شود^{۱۳۷}. دیوان داوری، با رد هر دو روش ارزیابی مطرح شده توسط طرفین، سرانجام ضابطه ارزیابی براساس «غرامت کامل» را که آن را با روش ارزیابی براساس «ارزش مؤسسه دایره»^{۱۳۸} یکی دانسته است، اعمال نموده و رأی به پرداخت غرامت داده است.

البته، ضابطه «ارزش مؤسسه دایره» پذیرفته شده در دیوان داوری همان

۱۳۲. رأی شماره ۳۱۰-۵۶-۳.

۱۳۳. رجوع کنید به صفحات ۴۱۱ و ۴۱۲ مجله مربوط به همین مقاله.

۱۳۴. دیوان در بندهای ۲۱۷ و ۲۱۸ حکم، به ملی کردنهای سال ۱۹۸۲ فرانسه استناد می‌کند.

۱۳۵. دیوان در بند ۲۲۷ حکم بیان داشت که روش «تنزیل جریان نقدینه» با مفهوم اعاده وضع سابق پیوستگی دارد، اگرچه روش مزبور در مورد مصادره قانونی در پرونده خورژوف مستثنی گردید. دیوان به این نکته توجه داشت که روش «تنزیل جریان نقدینه» در [حکم] امینویل پذیرفته نشد.

۱۳۶. بند ۳۲۵.

۱۳۷. بند ۲۵۵.

۱۳۸. بند ۲۶۳. موضوع آن پرونده طرح پتروشیمی براساس موافقتنامه سرمایه گذاری مشترک در جزیره خارک به نام خمکو (Khemco) بود.

نیست که خواهانهای امریکایی در دعاوی خود مطرح و از آن دفاع می‌کردند. ضابطه مذکور متضمن دو عنصر است: ۱) داراییهای عینی و مالی (که ارزش دفتری در مورد آنها متناسب است)، و ۲) داراییهای دینی از قبیل حقوق قراردادی، سرقفلی و شهرت بازرگانی و نیز آینده تجاری، ولی به استثنای منافع آتی تا تاریخ صدور حکم ۱۳۹.

نکته‌ای که باقی می‌ماند این است که آیا در مواردی که ضبط قانونی باشد، بر تمایز و تفکیک بین ضبط موردی و خاص اموال یک شرکت یا مؤسسه مشخص از یک سو (مانند ضبط اموال به استناد اصل حق دولت در تصاحب اموال خصوصی برای استفاده عامه) و ملی کردن کلی و عمومی از سوی دیگر، فایده‌ای هم مترتب است، یا اینکه در مصادره قانونی و موجه دیگر تفاوتی نمی‌کند که آن مصادره به صورت موردی و فقط نسبت به بعضی شرکتهای خارجی یا بعضی اموال ایشان باشد یا به صورت کلی و عمومی.

درست است که در بسیاری از نظامهای حقوقی کشورها انجام مصادره به اعتبار حق دولت در تصاحب اموال برای استفاده عامه یا به اصطلاح مصادره موردی، هرچند که به صورت قانونی انجام می‌شود، پرداخت غرامت کامل را موجه می‌سازد. به همین دلیل، خواهانهای امریکایی که در دیوان دآوری طرح دعوی نموده‌اند استدلال کرده‌اند که اعم از اینکه مصادره اموال ایشان در ایران به صورت قانونی بوده باشد یا غیرقانونی، تفاوتی نخواهد کرد و در هر حال بایستی «غرامت کامل» به آنها پرداخت شود. خواهانهای امریکایی گفته‌اند که «غرامت کامل» یعنی همان «ارزش مؤسسه دایر» که با استفاده از روش «تنزیل جریان نقدینه» به دست می‌آید، و این روش ظاهراً همان روشی است که در حقوق امریکا در خصوص مصادره به استناد حق دولت در تصاحب اموال برای منافع عامه

۱۳۹. بند ۲۶۴ رأی پرونده ۵۶ (آموکو). دیوان دآوری سپس به طرفین دستور داد که مدارک خود را در خصوص این اقلام ثبت کنند تا میزان محاسبه منافع امکان پذیر شود. بدین جهت رأی صادره هنوز به صورت جزئی است و پرونده منتهی به رأی نهایی نشده است. شایان توجه است که این مقاله در سال ۱۹۸۸ منتشر شده که هنوز تکلیف پرونده مذکور مشخص نبود. این پرونده بعداً به مصالحه ختم شد (مترجم).^۱

وجود دارد. تسری این فرض نسبت به موارد ملی کردن عمومی و کلی از نظر حقوق امریکا^{۱۴۰} ممکن نیست، زیرا در امریکا اصولاً ملی کردن اموال رخ نمی‌دهد، و بعلاوه دیوان داوری نیز چنین موضعی را صراحتاً رد کرده است. موضعی که به نظر می‌رسد دیوان داوری حالیه اتخاذ کرده و مستند و متکی به رأی پرونده «امینویل» است، عبارت است از اینکه اصولاً سه ضابطه برای غرامت در ازای مصادره وجود دارد: ۱) غرامت برای مصادره غیرقانونی، ۲) غرامت برای مصادره قانونی که به شکل موردی و خاص انجام شده، و ۳) ملی کردن عمومی و کلی که به شکل قانونی و موجه صورت گرفته است. آشکارا دلالت کافی وجود دارد که ضابطه یا روش سوم از همه خفیف‌تر است و با رویه دولتها و نیز با جهت‌گیری که در قطعنامه مجمع عمومی سازمان ملل در مورد غرامت به سمت غرامت «مناسب» و «عادلانه» گرایش دارد، هماهنگ و منطبق است.

با کمی دقت و کنجکاوی درمی‌یابیم که رویه قضایی فاقد یک توضیح روشن در مورد دلایل تمایز و تفاوت بین روش یا ضابطه دوم و سوم است، یعنی ضبط قانونی به صورت موردی و ملی کردن کلی و عمومی. البته، ممکن است برای این تفاوت، منطقی دوجهی قائل شد:

توجیه اول اینکه جامعه از بین همه مردم، دارنده مالی را که اموالش مصادره شده برگزیده و به صورت موردی و خاص او را از اموالش محروم کرده است. چنین مالکی محرومیت را از این جهت تحمل می‌کند که خانه‌اش، محل اقامتش یا هر محل دیگری که در آنجا بوده، در منطقه یا محل خاصی قرار داشته و جامعه نیز مثلاً برای گسترش راهها و معابر یا توسعه خانه‌سازی یا غیره به همان محل احتیاج داشته و ناگزیر از خرید اجباری آن از او شده که نتیجه آن به هر حال سلب مالکیت از مالک است. به عبارت دیگر، دارنده مال صرفاً برحسب وقوع اموالش در محلی یا در شرایطی خاص، از بین همه مالکان انتخاب

۱۴۰. مضافاً اینکه در هیچ نظام حقوق داخلی دیگری که عمل ملی کردن براساس قوانین آن صورت گرفته باشد نیز نمی‌توان آن را تسری داد. خواهانهای امریکایی که در دیوان داوری طرح دعوی کرده‌اند نتوانستند نمونه‌ای از رویه دولت را که در جهت تأیید برداشت ایشان از «ارزش کامل» باشد، ارائه کنند.

و جدا شده و موضوع مصادره قرار گرفته است و مالکان دیگر با هیچ گونه مشکلی مواجه نشده‌اند. اگر چنین مواردی پیش آید طبعاً جامعه باید غرامت مالک را سخاوتمندانه بپردازد و برای این منظور باید روش ارزیابی براساس «ارزش مؤسسه دایر» یا «ارزش کامل بازار» بکار گرفته شود.

برعکس، در موارد ملی کردن کلی و عمومی، همه صاحبان این قبیل اموال موضوع مصادره واقع می‌شوند و هیچ کدام از آنها منفرداً مورد توجه نیستند. به همین جهت، چنین اقدامی شبیه اخذ مالیات است که نسبت به همه یکسان اعمال می‌شود، یعنی نوعی توزیع مجدد ثروتها و منابع. بنا به ماهیتی که وضع مالیات دارد خواه ناخواه قسمتی از اموال مالکان و مؤدیان بدون دریافت ما بزاء مصادره می‌شود، یعنی در واقع بخشی از ثروت و دارایی آنها به دولت تعلق می‌گیرد^{۱۴۱}. میسن مقایسه یا قیاس ملی کردن عمومی با نظام اخذ مالیات را در بسیاری از قسمت‌ها پذیرفته است^{۱۴۲}، زیرا او اعتقاد دارد که موضوع برقراری معیار پرداخت غرامت در واقع یک مسأله حقوق بین الملل است نه حقوق داخلی که مالیات‌گیری جزئی از آن است، و از همین رو نمی‌توان آن را [ملی کردن کلی و عمومی] با استناد و استمداد از شباهتهایی که در حقوق داخلی وجود دارد، حل یا توجیه کرد. اگر رویه کلی دولتها را به استناد چنین مشابهت یا قیاسی بپذیریم، آنوقت نمی‌توان به همین راحتی آن را رد کرد. به دشواری بتوان ثابت کرد کشوری که چنان نظام مالیاتی را برقرار می‌کند، در واقع به نوعی ملی کردن مبادرت ورزیده است.

۱۴۱. نظر جداگانه فیتز موریس (Fitzmaurice) را در پرونده زیر نگاه کنید:

The Aminoil case, *International Legal Materials*, 21, (1982), p. 1043 at para. 26.

به عقیده فیتز موریس، ملی کردن یا هر نوع تسلط دیگر ضرورتاً مصادره است.... ملی کردنها ممکن است قانونی یا غیرقانونی باشند، اما اینکه مصادره هستند یا خیر جای بحث ندارد، چون اینها بنا به ماهیت ذاتی شان همیشه مصادره‌اند.

۱۴۲. رجوع شود به:

Meessen: "Domestic Law Concepts in International Expropriation law", in Lillich (ed.), pp. 169-71.

همان‌گونه که در مأخذ پانوش ۷۶ بیان شده است.

توجیه دوم برای تفاوت بین ضابطهٔ دوم و سوم غرامت که قبلاً گفتیم، بر این نظر استوار است که غالباً ملی کردن ناظر بر منابع طبیعی، که موضوع «حاکمیت دائمی»^{۱۴۲} دولت است، و نیز ناظر بر صنایعی است که از نظر رفاه اقتصادی کشور (که اصولاً به عهدهٔ دولت است) نقش اساسی دارند. بنابراین، می‌توان گفت که منابع مذکور و نیز ابزارهای تولید یا قبلاً در مالکیت دولت قرار گرفته‌اند و یا اینکه احتمال دارد بعداً به مالکیت او درآیند. شرکتهای خصوصی که اموالشان ملی می‌شود، مستحق دریافت غرامت کامل در ازای اموال مصادره شده و نیز مطالبه و وصول آنچه که سرمایه‌گذاری کرده‌اند، هستند، اما از تاریخی که دولت آن منابع یا ابزار و وسایل تولید را خود در دست می‌گیرد حق دریافت منافع آتی را ندارند. زیرا منافع به دست آمده بعد از ضبط در واقع حاصل تلاشهای خود دولت است و به هر حال به وسیلهٔ مالک قبلی تحصیل نشده، و لذا نمی‌تواند بخشی از غرامتی را تشکیل دهد که مالک استحقاق دریافت آن را دارد.

امید است که دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده توجیهی برای چنین تفکیکی در آراء بعدی خود مقرر دارد. به نظر می‌رسد که تصمیمات دیوان در مسیر صحیحی حرکت می‌کند که نتایج حاصل با رویهٔ مورد عمل دولتها بیگانه نیست، هرچند دیوان در استدلالهای خود به رویهٔ دولتها در این خصوص چندان توجه نمی‌کند. با این حال، می‌توان انتظار داشت که هر رأی مستدل بتواند مبنای عقلی و ضابطه‌ای را برای عناصر اصلی رأی فراهم سازد.