

## سلب مالکیت غیرمستقیم سرمایه‌گذاران خارجی؛ جستاری در حقوق ایران و بین‌الملل

محمدصادق تیموری<sup>۱</sup> - لعلیا جنیدی<sup>۲</sup> - محمد صقری<sup>۳</sup> - رضا عباسیان<sup>۴</sup>

تاریخ دریافت: ۱۳۹۶/۷/۱۱ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۶/۱۲/۲۶

### چکیده

یکی از عمده‌ترین دغدغه‌های حقوق بین‌الملل در دنیای امروز تجارت و اقتصاد حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در کشور سرمایه‌پذیر است؛ لیکن شناسایی اقداماتی که سرمایه‌گذاران می‌بایست نسبت به آن حمایت شوند تا به امروز از جمله موضوعات چالش‌برانگیز در حوزه دعاوی سلب مالکیت بوده است. نظر به اناطه امر احراز وقوع سلب مالکیت غیرمستقیم به آشنایی با مفهوم مزبور، به برشماری عناصر و اجزای متشکله آن خواهیم پرداخت. علیرغم اصدار آرای بی‌شمار توسط مراجع بین‌المللی در مورد اختلافات ناشی از سلب مالکیت غیرمستقیم و اقسام آن، تشتت آرا چنان در این حوزه مشهود است که به نظر می‌رسد رهایی از چالش فرارو جز با بررسی موردی اوضاع و احوال هر پرونده به سهولت میسر نیست. سعی ما در این پژوهش، ارائه معیارهایی جهت شناسایی اقدامات سالب مالکیت غیرمستقیم، با تأکید بر رویکرد نوین قانون‌گذار داخلی از یک‌سو و رهنمودهای بین‌المللی و دکترین موجود در این حوزه از سوی دیگر می‌باشد. رویه داوری بین‌المللی ایکسید و دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده آمریکا مطمح نظر نگارنده قرار دارد.

**واژگان کلیدی:** سلب مالکیت غیرمستقیم، سلب مالکیت خزنده، سلب مالکیت ضابطه‌مند، سرمایه‌گذاری خارجی، ایکسید.

۱. گروه حقوق خصوصی واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران. sadegh.teimoori@yahoo.com

۲. گروه حقوق خصوصی واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران و دانشیار دانشگاه تهران. (نویسنده مسئول)

ljoneydi@yahoo.com

۳. گروه حقوق خصوصی واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران و استادیار دانشگاه علوم قضایی.

dr.msaghri@yahoo.com

۴. گروه حقوق خصوصی واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران. bbasian\_reza37@yahoo.com

## مقدمه

تردید نیست که سرمایه‌گذاران خارجی با محاسبه احتمال بروز خطرات پیش‌بینی شده و پیش‌بینی نشده مبادرت به سرمایه‌گذاری می‌کنند، با این حال هرگاه که احتمال تحقق این خطرات افزایش یابد، تمایل به سرمایه‌گذاری کاهش خواهد یافت.<sup>۱</sup>

یکی از حقوق‌دانان غربی در سال ۱۹۶۲ در گزارش سالانه حقوق بین‌الملل بریتانیا به تشریح آرای قضایی بین‌المللی در حوزه سلب مالکیت غیرمستقیم پرداخته است.<sup>۲</sup> از اواخر قرن نوزدهم سلب مالکیت غیرمستقیم، وارد مقولات حقوق بین‌الملل عرفی شده و آثار عملی و سودمند آن<sup>۳</sup> در دهه ۱۹۹۰ نمودار شد. به طوری که پس از آن اغلب قراردادهای دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی متضمن قواعد حاکم بر سلب مالکیت غیرمستقیم بودند.<sup>۴</sup>

از مهم‌ترین مناقشات سرمایه‌گذاری خارجی در اواخر قرن بیستم و نیز قرن حاضر، سلب مالکیت به عنوان یک خطر غیرتجاری است؛ به نحوی که اغلب آرای صادره در دعاوی ارجاع شده به مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید)،<sup>۵</sup> حاکی از احراز مسئولیت دولت میزبان در قبال سلب مالکیت از سرمایه‌های سرمایه‌گذار خارجی است.<sup>۶</sup>

نمونه‌های «سلب مالکیت مستقیم» با هدف انتقال اجباری اموال یک شخص خصوصی به دولت (از طریق دولت به نفع شخص خصوصی دیگر)<sup>۷</sup> امروزه بسیار نادر است؛ چنین سلب

۱. علی دوستی شهرکی، ناصر، «جران خسارت سلب مالکیت در سرمایه‌گذاری خارجی» فصل نامه دیدگاه‌های حقوقی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، بهار و تابستان، شماره ۴۶ و ۴۷، ۱۳۸۸. صفحه ۸۵

۲. Cristie J. 1962.

۳. UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, W. Michael Reisman & Robert D. Sloane, "Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation," 74 The British Yearbook of International Law 115 (2004), p119.

۴. از جمله مهم‌ترین این آثار سودمند می‌توان به صیانت از محیط زیست، بهداشت و سلامت عمومی... اشاره نمود.

۵. Krajewski, M, "Direct and indirect expropriation" University of Erlangen-Nürnberg ITAP-UNCTAD Annual Capacity Building Program International Investment Agreements: Negotiating for Sustainable Development, Casablanc, 2015, p10.

۶. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention), signed 18 March 1965, entered into force 14 October 1966.

۷. Schatcher, O, "compensation for expropriation", American journal of international law, vol 78, 1984, p121.

۸. ICSID, LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International Inc. v. Argentine Republic, case n. ARB/02/1, decision on liability, 3 October 2006, para 187; ICSID, Enron Corporation Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine, case n. ARB/01/3, award, 2007, para. 243.

مالکیت‌هایی با اقدامات دولتی که در مالکیت‌های خارجی مداخله می‌کند، جایگزین شده‌اند و این اقدامات اغلب به صورت غیرمستقیم منجر به ایجاد موقعیت‌های «معادل سلب مالکیت» می‌گردد، ولی ظاهراً این مسئله تأثیری بر سلامت «فضای سرمایه‌گذاری» در کشور میزبان ندارد؛ بنابراین، اقدامات بالفعل مبتنی بر سلب مالکیت در دکتین و رویه قضایی ابعاد مختلف و متنوعی یافته‌اند که بیشتر به صورت سلب مالکیت غیرمستقیم جلوه گر می‌شوند.

### ۱- تعریف سلب مالکیت غیرمستقیم

جستجوی یک نظریه کلی و تعریف جامع برای سلب مالکیت غیرمستقیم در پیشینه حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی اقدامی است که همچنان ادامه دارد.<sup>۱</sup> گرچه بسیاری از مفسرین بر این باورند که رویکرد موردی مناسب‌ترین رویکرد در این حوزه است اما نیاز به یک تعریف مشخص و معیارهای پایدار نیز، ظاهراً ضروری خواهد بود.<sup>۲</sup>

فقدان تعریف مشخص و دقیق مفهوم سلب مالکیت غیرمستقیم به عقیده برخی از نویسندگان، دشوارترین مسئله در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی است تا آنجا که به گزارش نفتا عمده‌ترین دعاوی مطروحه<sup>۳</sup> در حوزه مالکیت سرمایه‌گذاری از سال ۱۹۹۰ به بعد از این فقدان ناشی می‌شود.<sup>۴</sup> در تعریف کلی سلب مالکیت غیرمستقیم در پیش‌نویس کنوانسیون هاروارد درباره مسئولیت‌پذیری بین‌المللی دولت‌ها برای آسیب‌های وارده به بیگانگان<sup>۵</sup> در بند الف (۳) ماده ۱۰ چنین آمده است:

<sup>۱</sup> Stern, B, In Search of the Frontiers of Indirect Expropriation, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, 2009.  
Brownlie I, *Principles of Public International Law*. the (edition. Oxford University Press: 2008), p29.

<sup>۲</sup> Dolzer, R., "Indirect Expropriations: New Developments"  
, New York University Environmental Law Journal v.11,2002. P577.

<sup>۳</sup> Christie, G. C. "What Constitute a Taking of Property under International Law?«», in British Yearbook of International Law, Vol. 38, 1962. P338.

<sup>۴</sup> Ethyl Corporation v. United States, award of 1998. Available online at: <http://italaw.com>; SD Myers Inc. v. Canada, award of 2000; Pope & Talbot Inc. v. Canada, award of ۲۰۰۰.

<sup>۵</sup> Nikièma , Suzy H, "Best Practices Indirect Expropriation, The International Institute for Sustainable Development", 2015, P5.

<sup>۶</sup> Harvard draft convention on the international responsibility of state for injuries to aliens(1961).

«گرفتن اموال نه تنها شامل گرفتن مستقیم اموال است بلکه هر مداخله نامعقولی در استفاده، بهره‌برداری یا در اختیار داشتن مال به نحوی که مالک قادر به استفاده و بهره‌وری و داشتن آن در مدت معقولی پس از آغاز مداخله نباشد را نیز در برمی‌گیرد.»<sup>۱</sup>

ایکسید در پرونده میدلند و دولت مکزیک، عامل «میزان مداخله» را در احراز وقوع سلب مالکیت غیرمستقیم مورد بررسی قرارداد.<sup>۲</sup> همچنین دیوان داوری ایران و آمریکا در دعوی تپیتس با ارزیابی «میزان مداخله» دولت ایران در نصب و انتخاب مدیر تشکیلات سرمایه‌گذاری خارجی، سلب مالکیت خزننده را احراز نمود.<sup>۳</sup>

یکی از حقوق‌دانان برجسته، سلب مالکیت غیرمستقیم را چنین تعریف می‌کند: سلب مالکیت غیرمستقیم عبارت است از محروم کردن یا گرفتن اموال که طبق حقوق بین‌الملل می‌تواند از طریق مداخله توسط دولت میزبان با انتفاع از اموال مزبور یا بهره‌مندی از سود و عواید آن صورت گیرد در حالی که حتی ممکن است مالکیت قانونی اموال مزبور از سرمایه‌گذار سلب نشده باشد.<sup>۴</sup>

تلاش‌های (آنکتاد)<sup>۵</sup> اگرچه از ماهیت موسع سلب مالکیت غیرمستقیم به‌طور کامل، ابهام‌زدایی نکرده لیکن به عقیده برخی از نویسندگان حقوقی، افق‌های جدیدی را جهت شناسایی آن در برابر دادرسان گشوده است. در مقابل، برخی از نویسندگان بر این عقیده‌اند که صرف شناسایی عناصر و مؤلفه‌های تشکیل‌دهنده سلب مالکیت غیرمستقیم یا برشماری مثال‌هایی برای آن، کمک چندانی به رفع ابهام از مفهوم سلب مالکیت غیرمستقیم نکرده است و کماکان نتوانسته سبب خروج مفهوم مزبور از مفاهیم چالش‌برانگیز حقوق سرمایه‌گذاری شود.<sup>۶</sup>

سرانجام می‌توان گفت آرای متشتت مراجع بین‌المللی در مورد سلب مالکیت غیرمستقیم از طرفی حاکی از آن است که کماکان تعریف مشخص و دقیقی برای شناسایی سلب مالکیت

<sup>۱</sup> Archer Daniels Midland Co. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/04/5, Award (redacted version), 240(2007).

<sup>۲</sup> Tippetts, Abbott, McCarthy, Stratton v TAMS-AFFA Consulting Eng'rs of Iran, 6 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 219 (1984) at 225-226.

<sup>۳</sup> Baughen, S. (2006), "expropriation and environmental regulation: the lessons of NAFTA chapter eleven", Journal of Environmental Law, Vol 18 No 2, 207-228. P 209.

<sup>۴</sup> Dolzer, R., (2002), P88.

<sup>۵</sup> (united nations conference on trade and development, ۲۰۰۴)

<sup>۶</sup> Trakman, Leon E. and Nicola W, Regionalism in International Investment Law (Oxford University Press: 2013), p445.

غیرمستقیم حاصل نگردیده است و نیز از طرف دیگر گویای این حقیقت است که تشخیص وقوع یا عدم وقوع سلب مالکیت غیرمستقیم، مستلزم مطالعه موردی است.<sup>۱</sup>

## ۲- انواع سلب مالکیت غیرمستقیم<sup>۲</sup>

در اینجا به ذکر اشکال سلب مالکیت غیرمستقیم وفق طبقه‌بندی معروف فوریه<sup>۳</sup> و تشریح هر یک خواهیم پرداخت.

سلب مالکیت خزنده؛ سلب مالکیت ضابطه‌مند؛ سلب مالکیت ناشی از نقض قرارداد.<sup>۴</sup>

### ۲-۱- سلب مالکیت خزنده<sup>۵</sup>

مجموعه‌ای از فعالیت‌ها و اقدامات پیاپی که در کنار هم تحقق سلب مالکیت غیرمستقیم را موجب گردیده و به دودسته تقسیم می‌شوند؛ نخست، به تدریج و آرام‌آرام به حقوق مالکیت تجاوز می‌کنند. دوم، اقدامات پیاپی که سلب مالکیت را به حداکثر خود می‌رسانند.

عموما سلب مالکیت خزنده زمانی اتفاق می‌افتد که دولت‌ها درصدد تحصیل نتیجه‌ای شبیه نتیجه‌ای که متعاقب سلب مالکیت مستقیم حادث می‌شوند، باشند؛ نتیجه‌ای که از طریق گستره مقررات اجرایی باشد. برای نمونه، مرجع رسیدگی در دعوی فلدمن علیه مکزیک<sup>۶</sup> به بررسی این موضوع پرداخت که آیا مقررات مالیاتی باعث ایجاد سلب مالکیت خزنده شده است یا خیر؟

در دعوی مذکور، شاکی آمریکایی به تجارت سیگارهای خارجی در مکزیک مبادرت نموده بود. دولت مکزیک بر سیگارها مالیات تعیین کرد؛ اما پس از وارد آوردن فشارهای تولیدکنندگان داخلی سیگار، دولت مزبور به موجب اصلاحیه‌ای بر این مقررره برای تولیدکنندگان

<sup>۱</sup> Ibid.p423.

<sup>۲</sup> Indirect expropriation.

<sup>۳</sup> Fortier L.Y.

<sup>۴</sup> Fortier, L.Y. and Drymer, S. L. "Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor", in ICSID Review-Foreign Investment Journal. 19 (2), 2004, p297.

<sup>۵</sup> Creeping expropriation.

<sup>۶</sup> Feldman v. United Mexican States.

داخلی سیگار قائل به تخفیف مالیاتی شد که این تخفیف شامل فروشندگان خارجی سیگار از جمله شاکی آمریکایی نمی‌شد. پس از اقامه دعوا در دادگاه مکزیک، شاکی توانست به موجب حکم دادگاه برای چند سال تخفیف مالیاتی اخذ کند لیکن دولت مکزیک مجدداً حکم قبلی خود مبنی بر پرداخت مالیات بر فروشندگان خارجی سیگار را ابقا کرده و شاکی را ملزم به پرداخت مالیات نمود. مبلغ تعیین شده در حدود ۲۵ میلیون دلار بود که مالیات سال‌هایی را که شاکی توانسته بود بخشودگی مالیاتی بگیرد را نیز شامل می‌شد. در این دعوا فلدمن ادعا می‌کرد که مقررات مالیاتی و تجدیدنظر بعدی آن، متضمن سلب مالکیت غیرمستقیم است. چراکه آنها در صدد تحصیل نتیجه‌ای دقیقاً مشابه نتیجه سلب مالکیت آشکار بوده‌اند. او معتقد بود که مقررات مالیاتی و تجدیدنظر بعدی آن، فعالیت‌های تجاری او را عملاً به حالتی زیان‌آور و غیراقتصادی تبدیل نموده تا وی از ادامه فعالیت‌های تجاری خویش اعراض نماید.

ایکسید در دعوی شرکت کشتیرانی سمت علیه دولت مصر نیز با محرز دانستن محرومیت سرمایه‌گذار از استفاده از حقوق مالکانه و انتفاع از منافع و عواید سرمایه‌گذاری خویش، علیرغم عدم انتقال رسمی اموالش به دولت میزبان و یا شخص ثالث دیگری، ادعای خواهان مبنی بر تحقق سلب مالکیت خزنده را مورد پذیرش قرارداد<sup>۱</sup>.

## ۲-۲- سلب مالکیت ناشی از مقررات اجرایی (ضابطه‌مند)<sup>۲</sup>

سلب مالکیت ضابطه‌مند، مشمول آن دسته قوانین و مقررات حکومتی است که سرمایه‌گذار را از بهره‌برداری و استفاده از اموال خود محروم می‌کند. اگرچه مقررات مزبور سبب خلع ید و انتقال مالکیت سرمایه نشود<sup>۳</sup>. سلب مالکیت ضابطه‌مند بر مبنای مقررات و تدابیر حکومتی راجع به بهداشت، امنیت، حقوق محیط‌زیست، سیاست‌های فرهنگی و... تحقق می‌یابد. لازم به ذکر است قوانین و مقرراتی که با حسن نیت و اغراض مشروع تصویب و اجرایی می‌شوند شامل تعریف مزبور نمی‌شوند.

آنستیرال در پرونده سالوکا در برابر جمهوری چک، همین رویکرد را مورد توجه و استفاده

<sup>۱</sup> Middle East Cement shipping and handling Co.v. Egypt. ICSID. Case no ARB/ 99/ 6. (2002)

<sup>۲</sup> Regulatory expropriation.

<sup>۳</sup> Amokura, K(2012) "international law protection of foreign owned property and regulatory freedom" University of Auckland, 2012, p12.

قرارداد<sup>۱</sup> و چنین اظهار داشت: «از نظر دیوان این اصل که اقدام دولت سرمایه‌پذیر به هنگام وضع مقررات عمومی در چارچوب اختیارات به‌منزله سلب مالکیت تلقی نمی‌شود، در زمره اصول حقوق بین‌الملل عرفی، پذیرفته‌شده و رویه گسترده‌ای در این مورد وجود دارد که مؤید این دیدگاه است».

دیوان داوری دعاوی ایران و آمریکا، مدت‌زمان<sup>۲</sup> مقررات داخلی کشور میزبان را معیاری حائز اهمیت در احراز سلب مالکیت غیرمستقیم قلمداد نموده است و با استظهار بر همین طرز تلقی در یکی از آرای خود بیان داشت: «... هرگاه رویدادها نشان دهد که مالک از حقوق اساسی مالکیت محروم شده و ظاهراً محرومیت امری صرفاً گذرا نبوده است، احراز سلب مالکیت قابل توجیه می‌باشد...»<sup>۳</sup>

این دیوان اظهار داشت که مصادره موقت اموال سرمایه‌گذار توسط دولت ایران را می‌توان سلب مالکیت غیرمستقیم تلقی نمود چراکه محرومیت سرمایه‌گذار از حقوق مالکانه خویش، اگرچه موقتی لیکن کوتاه‌مدت نبوده است.

این در حالی است که آنسیترال در پرونده میرز علیه کانادا، با رویکردی متفاوت از ایکسید، ادعای سلب مالکیت میرز را به دلیل موقتی بودن مقررات کشور میزبان نپذیرفت و چنین استدلال کرد که محرومیت سرمایه‌گذار از حقوق مالکانه‌اش موقتی و جزئی بوده است.<sup>۴</sup> شایان ذکر است که ایکسید در پرونده زیمنس علیه آرژانتین، با استناد به «عمده» و «کلی» بودن محرومیت زیمنس از حقوق مالکانه خویش، سلب مالکیت ضابطه‌مند را محرز دانست. دیوان اظهار داشت که مالکیت زیمنس در حال حاضر صرفاً نوعی مالکیت صوری بر اموال خویش است؛ به طوری که وی عملاً امکان بهره‌برداری از آن را ندارد.<sup>۵</sup> مذاقه در آرای متشتمت فوق‌الذکر آشکار می‌سازد که رویه ایکسید از وجاهت منطقی بیشتری برخوردار است. چراکه شاید نتوان به سهولت، محرومیت موقتی سرمایه‌گذار از بهره‌برداری از

<sup>۱</sup> Saluka Investments BV(The Netherlands) v Czech Republic(UNCITRAL),2006, para.257.

<sup>۲</sup> Duration.

<sup>۳</sup> حکم شماره ۱۴۱-۷-۲ مورخ اول تیرماه ۱۳۶۳/۲۲ ژوئن ۱۹۸۴. صادره در پرونده تیپس، ایت، مکاری، استراتن و شرکت مهندسین مشاور تامز افا ایران و دیگران.

<sup>۴</sup> S.D. Myers, Inc.v. Canada, Partial Award, 232. I.L.M. 408 (2000).

<sup>۵</sup> Siemens A.G.v. Argentina, Para 248.

اموالش را حتی در صورت طولانی بودن محرومیت، سلب مالکیت قلمداد نمود.

گاهی صرف نظر از انگیزه و هدف دولت‌ها از تصویب قوانین و مقررات اجرایی، تنها نتیجه این مقررات مورد امعان نظر مرجع رسیدگی، قرار می‌گیرد.<sup>۱</sup> برای نمونه، ایکسید در پرونده متال کلید علیه مکزیک، استنکاف مقامات ذیصلاح کشور میزبان از صدور مجوز انهدام زباله‌های مضر و خطرناک را به‌عنوان مقرره‌ای واجد اثر و نتیجه‌ای مشابه سلب مالکیت، طبق ماده ۱۱۱۰ نفتا تلقی نمود؛ زیرا این مقررات به طرز مؤثری از انجام فعالیت‌های تجاری خواهان ممانعت می‌کرد.<sup>۲</sup>

همچنین در دعوی تکمد علیه دولت مکزیک که در ایکسید مطرح شد،<sup>۳</sup> اگرچه خواننده ادعا می‌کرد که به دلیل حفظ محیط‌زیست و بهداشت و سلامت عمومی از تمدید مجوز ادامه فعالیت‌های تجاری خواهان استنکاف ورزیده؛ لیکن صحت ادعای شخص اخیرالذکر در مرجع مزبور مورد تردید قرار گرفت و ایکسید، دولت مکزیک را به دلیل استنکاف از تمدید مجوز انجام فعالیت تجاری خواهان با عنوان سلب مالکیت غیرمستقیم در دعوا محکوم نمود.<sup>۴</sup>

اگرچه در پروتکل کنوانسیون اروپایی حقوق بشر<sup>۵</sup> اشاره صریحی به سلب مالکیت ضابطه‌مند نشده است، اما دیوان اروپایی حقوق بشر در آراء خود این نکته را متذکر شده، ممکن است اقدامات اجرایی که به واسطه دولت صورت می‌گیرد منجر به سلب مالکیت شود. شایسته ذکر است که ایکسید در رای صادره در پرونده تکمد نیز از رویه دیوان اروپایی حقوق بشر بهره برده است.

برای احراز اینکه خواننده از نظر حقوق و تعهدات بین‌المللی مکلف به پرداخت غرامت است

۱ Aydoğan, Rabia C. (2008) "State Measures Affecting the Property of Foreign Investors: Expropriation or Regulation?" Wilner, Academic Year: 2007-2008. P134.

۲ Metalclad Corp. v. United Mexican States, ICSID(Additional Facility)Case No. ARB (AF)/97/1, Award 2000.

۳. تکمد شرکتی اسپانیایی بود که در سال ۱۹۹۶ طی معاهده‌ای دوجانبه با دولت مکزیک، انباری جهت تخلیه ضایعات صنعتی خویش در کشور مکزیک در اختیار گرفته بود که پس از مدتی دولت مزبور بهانه مقررات جدید خود، از تمدید مجوز بهره برداری از انبار استنکاف نمود.

۴ Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States ICSID Case No. ARB (AF)/00/2, Award 2003, paras [115]-[122].

۵ European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, (1950), as amended by Protocols Nos. 11 and 14 supplemented by Protocols Nos. 1, 4, 6, 7, 12 and ۱۳.



یا خیر؛ موجه بودن یا نبودن سلب مالکیت ادعایی تحت لایحه قانونی اهمیتی ندارد؛ زیرا دولت با اثبات اینکه اقداماتش به‌موجب و بر طبق قوانین مصوب خود به‌عمل آمده، نمی‌تواند از مسئولیت پرداخت غرامت، شانه خالی کند.<sup>۱</sup>

دیوان داوری دعاوی ایران و امریکا، در رأیی که راجع به همین موضوع در پرونده برنهام در ارتباط با یکی از لوایح قانونی کشور صادر کرد، موضع خود را بدین شرح بیان نمود: «دلایل و نگرانی‌های خواننده در کنترل شرکت، وی را از مسئولیت پرداخت غرامت به خواهان معاف نمی‌کند. مضافاً دولت نمی‌تواند با اثبات اینکه اقداماتش به‌طور مشروع و بر طبق قوانین مصوب خود به‌عمل آمده از زیر بار مسئولیت رهایی پیدا کند.»

در ادامه، دیوان در پرونده مورد اشاره چنین اشعار می‌دارد: یک اصل کلی حقوق بین‌الملل عمومی این است که حتی در موردی که سلب مالکیت طبق موازین قانونی صورت گرفته باشد، صاحب‌مال معمولاً حق دارد بابت «ارزش مال ضبط‌شده» خسارت دریافت کند. این استدلال در بند ۲۲ حکم شماره ۲۱۷-۲-۹۹ مورخ ۱۳۶۴ صادره در پرونده فلپ داچ علیه دولت ایران نیز منعکس می‌باشد: «دیوان، دلایلی را که به‌موجب آن خواننده جهت حفظ منافع خود ناگزیر به انتقال مدیریت شد و نیز نگرانی‌های مالی و اقتصادی و اجتماعی را که الهام‌بخش قانونی بود که خواننده به‌موجب آن اقدام کرد، کاملاً درک می‌کند. باین حال آن دلایل و نگرانی‌ها نمی‌تواند رافع تعهد خواننده برای جبران زیان فیلپس داچ باشد.»

نکته قابل‌ذکر آنکه اگرچه در مطالعات اخیر، تمرکز حقوقدانان بر ارائه معیارهای تمیز و تفکیک میان «سلب مالکیت خزنده» و «سلب مالکیت ضابطه‌مند» بوده، لیکن به دلیل فقد معیارها و قوانین پایدار حتی برای تمایز میان سلب مالکیت مستقیم و غیرمستقیم، این مرز تفکیک همچنان نامشخص باقی‌مانده است.<sup>۲</sup>

## ۲-۳- سلب مالکیت ناشی از نقض قرارداد

۱. حکم شماره ۹۳-۲-۳ مورخ ۱۳۶۲. ۱۹ دسامبر ۱۹۸۳. صادره در پرونده امریکن اینترنشنال گروپ اینکوپوریتد و دیگران علیه ایران و دیگران

۲. بند ۳۵ حکم شماره ۵۴۹-۹۶۷-۲ مورخ ۱۳۷۲/ ششم ژوئیه ۱۹۹۳. صادره در پرونده هارولد برنهام و ایران.

۳ Ruzza, A, "Indirect Expropriation in International Law: Balancing the Protection of Foreign Investments and Public Interests" School of International Studies University of Trento. Academic Year 2010/2011. P10.

دعاوی متعددی در خصوص سلب مالکیت غیرمستقیم ناشی از نقض قرارداد، در مراجع بین‌المللی مطرح شده‌اند. یکی از پرونده‌های اخیر در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی که با ادعای سلب مالکیت غیرمستقیم به واسطه نقض قرارداد تشکیل شد، دعوی زیمنس علیه دولت آرژانتین بود.<sup>۱</sup> زیمنس در این دعوا به یکی از نظریات مشورتی پروفیسور شروتر بدین شرح استناد کرد: «صرف این واقعیت که سرمایه‌گذاری خارجی بر مبنای یک قرارداد، صورت گرفته است، مانع از امکان فرض تحقق نقض موافقت‌نامه دوجانبه نمی‌شود. ادعای نقض قرارداد بدین معنا نیست که دعوی ناشی از نقض موافقت‌نامه را نمی‌توان بر مبنای همان عمل نقض آمیز اقامه نمود. چنانچه مدعی، متقاضی اثبات نقض موافقت‌نامه دوجانبه باشد، با وجود نقض هم‌زمان قرارداد، با صعوبت کمتری به مقصود خود خواهد رسید».

در دعوی مطروح میان فیلیپین و شرکت اس جی اس<sup>۲</sup> شخص اخیر با استناد به نقض قراردادی که دولت فیلیپین مبنی بر عدم پرداخت هزینه‌های ارسال مرتکب شده بود، ادعای سلب مالکیت نمود. دیوان اظهار داشت که اگرچه نقض بند ۱۲ قرارداد فی‌مابین محرز است ولیکن صرف نقض قرارداد را نمی‌توان سلب مالکیت تلقی کرد و تنها می‌توان فیلیپین را به ایفای تعهد خویش مبنی بر پرداخت هزینه‌های مزبور ملزم نمود.

همچنین دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی<sup>۳</sup> در پرونده کارخانه خورثوف<sup>۴</sup> چنین رای داد که دولت لهستان با ضبط کارخانه نمک طعام و ماشین‌آلات آن، در حقیقت، حقوق قراردادی و مالکیت صنعتی آن را بازداشت کرده است و بر همین اساس مقرر کرد که قصد دولت میزبان در این خصوص، مؤثر در مقام نیست؛ همچنین این دیوان در قضیه کشتی داران نروژی<sup>۵</sup> رای داد که دولت آمریکا با ضبط کشتی‌های نیمه‌تمام، در واقع، حقوق مرتبط به قراردادهای مزبور

<sup>۱</sup> Siemens A.G. v. Argentina, ICSID CASE No. ARB/02/8, Award of 2007,

<sup>۲</sup> quotation from Professor Schreuer's legal opinion, para 433.

<sup>۳</sup> SGS v. Philippines. ICSID.2004

<sup>۴</sup> Permanent Court of International Justice.

<sup>۵</sup> The Factory at Chorzów (Claim for Indemnity) (The Merits), Germany v. Poland, Permanent Court of International Justice, Judgment. 1928.

<sup>۶</sup> Norwegian Shipowner's Claims (Norway v. USA). 1922.

را مصادره کرده است!

دیوان داوری در پرونده ریور علیه اوپیک نیز اشعار داشت؛ افزایش مالیات به حدی بوده که موجب ناپایداری اقتصادی سرمایه‌گذاری شده و از این رهگذر، خواهان پرونده، موفق به اثبات سلب مالکیت غیرمستقیم شد. موضوع این دعوا، اختلاف میان یک سرمایه‌گذار آمریکایی در جامائیکا و آژانس بیمه سرمایه‌گذاری خارجی آمریکا (اوپیک) بود که سرمایه‌گذار با توجه به اقدامات مصادره‌آمیز دولت میزبان، درخواست دریافت غرامت داشت. سرمایه‌گذار، قراردادی با دولت جامائیکا منعقد نمود که در آن قرارداد، شرط ثبات در خصوص مالیات‌ها و سایر تعهدات مالی قید شده بود. متعاقباً دولت با نقض این بند از قرارداد، به افزایش بی‌رویه مالیات‌ها مبادرت کرده و این در حالی بود که آژانس بیمه سرمایه‌گذاری (خوانده) اعتقاد داشت که سرمایه‌گذار از کنترل مؤثر سرمایه‌گذاری محروم نشده و لذا نباید پرداختی در خصوص اقدامات سالب مالکیت به وی صورت گیرد. همین مسئله باعث طرح دعوا نزد مرجع داوری شد و دیوان در خصوص اقدامات دولت جامائیکا بیان کرد: «از نظر دیوان، آثار اقدامات دولت جامائیکا از لحاظ ماهوی مشابه تأثیر فسخ قرارداد حق امتیاز بر کنترل مؤثر بر عملیات بوده... بنابراین، صرف کنترل مؤثر خواهان بر عملیات، نمی‌تواند حاکی از عدم سلب مالکیت غیرمستقیم باشد».

### ۳- عناصر و اجزای تحقق سلب مالکیت غیرمستقیم

عملاً وضعیت‌های بسیار متنوعی قابل وقوع هستند که می‌توان آنها را تحت عنوان سلب مالکیت غیرمستقیم تشریح نمود. اگرچه حقوق می‌تواند اصول و مبانی معینی را به‌عنوان شرط تحقق چنین وضعیتی برشمارد، لیکن اوضاع و احوالی که منجر به وقوع سلب مالکیت غیرمستقیم می‌شود به سهولت قابل احصا نیست.<sup>۲</sup> برخلاف سلب مالکیت مستقیم که واجد مفهومی روشن و فاقد هرگونه ابهام است؛ مفهوم سلب مالکیت غیرمستقیم با ابهاماتی روبرو است. محاکم قضایی و مراجع داوری، در هر پرونده مرتبط، در پاسخ به این پرسش که آیا سلب مالکیت غیرمستقیم رخ داده است یا خیر؛

۱. حاتمی، علی، کریمیان، اسماعیل، حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو قانون قراردادهای سرمایه‌گذاری، (تهران: انتشارات تیسرا، ۱۳۹۵)، ص ۳۲۷.

۲ Revere Copper & Brass Inc. v. OPIC, 1980.

۳ Cristiana, L. negura, S. & spataru-negura, M. "cases of indirect expropriation in international economic law". Nicolae Titulescu University, Romania.p821.

دیدگاه‌های مختلفی را اتخاذ نموده‌اند. عمده‌ترین اجزا و معیارهای موردنظر محاکم جهت پاسخگویی به پرسش فوق‌الاشعار به دودسته قابل تقسیم است: الف) تشریح تأثیر قوانین داخلی بر سرمایه‌گذار خارجی ب) بررسی اغراض دولت از تصویب قوانین داخلی.

باید توجه داشت که استدلال محاکم بسته به اتکا هر یک از این دو دیدگاه، جلوه‌ای متفاوت به خود خواهد گرفت! طبق نظر اغلب نویسندگان حقوقی، عنصر اساسی در تحقق سلب مالکیت غیرمستقیم، فقدان اختیار کنترل یا اتلاف ارزش اقتصادی سرمایه‌گذار خارجی است، اگرچه عملاً خلع ید صورت نگرفته باشد. برخی تصمیمات مراجع داوری حاکی از آن است که قوانین و مقررات اجرایی کشورها می‌تواند سبب سلب مالکیت غیرمستقیم شود و برای تحقق این امر، تأثیر منفی این قوانین بر ارزش سرمایه کافی است.<sup>۲</sup> برخی از محاکم بر این باورند که برای تحقق سلب مالکیت غیرمستقیم لازم است ارزش سرمایه به کلی از بین برود و اجرای قوانین و مقررات، سبب اتلاف کامل سرمایه شود.<sup>۳</sup>

متکی بر دیدگاه اخیر، سلب مالکیت غیرمستقیم زمانی تحقق یافته تلقی می‌شود که ارزش اقتصادی سرمایه یا امکان بهره‌برداری از اموال و حقوق مترتب بر آن در نتیجه قوانین و مقررات، به کلی از بین رفته باشد.<sup>۴</sup> البته شایان ذکر است که سلب مالکیت غیرمستقیم لزوماً تنها از طریق قوانین و مقررات تحقق نمی‌یابد. در شرایطی ممکن است سلب مالکیت غیرمستقیم، نتیجه توالی و تسلسل مجموعه‌ای از تدابیر و تمهیدات حکومتی دولت میزبان باشد؛ حتی اگر هر یک از این تدابیر به تنهایی متضمن سلب مالکیت نباشند.<sup>۵</sup> به عبارتی، تنها جمع تدابیر مزبور با یکدیگر است که شرایط لازم و کافی جهت تحقق سلب مالکیت غیرمستقیم را مهیا می‌کند.<sup>۶</sup>

<sup>۱</sup> Isakoff, Peter D, "Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments". Cleveland State University, The Global Business Law Review Law Journals, ۲۰۱۳, ۱۹۸.

<sup>۲</sup> See Metalclad Corp. v. United Mexican States, ICSID, 2000, & Talbot Inc. v. Canada (NAFTA Arbitration Trib. 2000).

<sup>۳</sup> Porterfield, Matthew C, "State Practice and the (Purported) Obligation under Customary International Law to Provide Compensation for Regulatory Expropriations". New York international journal law and commercial. Vol. XXXVII.2011, P164.

<sup>۴</sup> Newcombe, A. (2005) The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law, ۲۰:۱, ۴۰۰-۴۰۱.

<sup>۵</sup> Isakoff, Peter D. P197.

<sup>۶</sup> Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Award of the Tribunal, 2000; see also Generation Ukraine Inc. v. Ukraine,

بناءً علیهذا، به‌طور کلی مداخله جزئی یا ایجاد محدودیت‌های سطحی در حقوق مالکانه، سلب مالکیت غیرمستقیم محسوب نمی‌شود. برای توصیف عمل دولت به‌عنوان سلب مالکیت غیرمستقیم، میزان و آستانه خاصی از مداخله، مطمح نظر می‌باشد. با اینکه دستورالعمل منتشر شده آنکتاد<sup>۱</sup> به از دست رفتن عمده کنترل یا تنزل فاحش ارزش اقتصادی اشاره دارد.<sup>۲</sup> لیکن ماده ۱۱۱۰ نفتا، علاوه بر اینکه تعریف روشنی از شرایط تحقق سلب مالکیت غیرمستقیم به دست نداده است، راجع به اینکه چه مواقعی مقررات حکومتی با تأثیرات مخربی که بر سرمایه‌گذاری خارجی برجای می‌گذارد، سبب تحقق سلب مالکیت غیرمستقیم می‌شود نیز، فاقد هرگونه رهنمود و یا دستورالعمل جامعی است.<sup>۳</sup>

رویه دیوان داوری دعاوی ایران و آمریکا بر این طرز تلقی استوار است که «اقدامات متخذه توسط یک دولت ممکن است به حدی موجب مداخله در حقوق مالکیت گردد که می‌بایست آن حقوق را سلب شده تلقی نمود. چنین سلب مالکیتی موقعی تحقق می‌یابد که مالک از امکان «استفاده مؤثر»، «کنترل» و «منافع مال» خود محروم می‌شود ولو آنکه دولت اذعان به مصادره نکرده و مالکیت قانونی به نام مالک اصلی باقی مانده باشد».

کنفرانس ایالات متحده آمریکا در مورد تجارت و توسعه اشعار می‌دارد:<sup>۴</sup> سلب مالکیت غیرمستقیم زمانی قابل تحقق است که یک کشور بدون اینکه لزوماً مالکیت سرمایه‌گذار را متعلق به خود بداند، اقدام به تخریب و زیان رساندن به سرمایه و کاهش ارزش آن نماید. از این رو حتی ممکن است در شرایطی که دولت میزبان هرگونه قصد و نیت سلب مالکیت را نفی نماید، لیکن وقوع سلب مالکیت غیرمستقیم احراز شود.

ICSID Case No. ARB/00/9, Award 2003.

<sup>۱</sup> UNCTAD Series on issues in international investment agreements. New York and Geneva, ۲۰۰۰

<sup>۲</sup> loss of management, use or control, or a significant depreciation of the value, of the assets of a foreign investor...

<sup>۳</sup> Kurtz, J., Jean Monnet Working Paper, "A General Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment", NYU School of Law, 2002. P61.

<sup>۴</sup> پرونده استارت هاووزینگ کورپوریشن و دیگران و دولت ایران، قرار اعدادی شماره ۳۲-۲۴-۱. مورخ ۱۳۶۲. همچنین پرونده یونایتد پیتینگ کامپنیک و ایران، حکم شماره ۴۵۸-۱۱۲۸۶-۲ مورخ ۱۳۶۸. نیز پرونده فیث لیتا خسروشاهی و دیگران و دولت ایران، حکم شماره ۵۵۸-۱۷۸-۲ مورخ ۱۳۷۳.

<sup>۵</sup> U.N. Conference on Trade and Development, Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s, 1998, p.66

نویسندگان حقوقی بر این عقیده هستند که در تشخیص و احراز اقدامات موجب سلب مالکیت غیرمستقیم<sup>۱</sup> باید ثابت شود که شخص بیگانه به طور واقعی و برای همیشه از حقوق مالکانه خود محروم شده است<sup>۲</sup> و آن محرومیت در اثر دخالت غیرمعقول و غیرموجه دولت میزبان رخ داده است<sup>۳</sup>. قابل توجه آنکه، هرگاه اثر دخالت دولت، موقتی بوده و یا صرفاً برای کاهش اعمال بخشی از حقوق مالکانه صورت گرفته باشد، مصادره غیرمستقیم واقع نشده است<sup>۴</sup>.

### ۱-۳- سلب مالکیت غیرمستقیم در نتیجه ترک فعل

برخی از مراجع داوری بر این باورند که در شرایط خاص، ترک فعل به خودی خود می تواند موجب تحقق سلب مالکیت غیرمستقیم شود. ایکسید در پرونده یوروکو علیه هلند<sup>۵</sup> اعلام نمود که حقوق سرمایه گذار می تواند به موجب استتکاف دولت میزبان از اقدامات امنیتی نیز مورد نقض و تضییع قرار گیرد. در دعوی والتر بائو علیه تایلند<sup>۶</sup> مرجع رسیدگی با احراز ترک فعل دولت تایلند، سلب مالکیت غیرمستقیم را محقق دانست<sup>۷</sup>.

این در حالی است که رویه داوری ایکسید حاکی از آن است که استدلال فوق همواره هم مورد پذیرش داوران نبوده است. برای نمونه، مرجع داوری در پرونده اولگاین علیه پاراگوئه<sup>۸</sup> به وضوح بیان داشت: «... بنابراین سلب مالکیت نهایتاً برای تحقق، مستلزم فعل است؛ ترک فعل

۱. اقداماتی از قبیل: مالیات های مضاعف، ممانعت از توزیع سهام، وامهای اجباری، استفاده از مدیران تعیین شده توسط دولت میزبان، اخراج از کار پرسنل، ممانعت از دستیابی به مواد خام، استتکاف از صدور مجوزهای صادرات و واردات... (trackman L. 2013, p445.)

۲. ملاک در اینجا محرومیت دائمی سرمایه گذار خارجی، ولو جزئا از حقوق مالکانه است، حتی اگر دولت واقعا قصد مصادره نداشته باشد. این ملاک ذهنی است و برای تشخیص مصادیق آن باید به نحوه اقدام دولت و گستره و آثار آن در هر مورد خاص، مراجعه کرد و این اغلب زمانی ضرورت می یابد که سرمایه گذار خارجی با ادعای سلب مالکیت غیرمستقیم توسط دولت میزبان به مرجع رسیدگی یا داوری مراجعه کرده باشد. (محبی، محسن. مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین المللی سلب مالکیت و غرامت در قراردادهای نفتی. چاپ سوم، تهران، شهر دانش.، ۱۳۹۳: ۱۸)

۳. در برخی از طبقه بندی ها و تعاریف ارائه شده جهت تبیین مفهوم مالکیت غیرمستقیم علاوه بر محرومیت از حقوق مالکانه و مداخله غیرموجه، به ممانعت از تمتع نیز اشاره شده است. (محبی، ۱۳۹۳: ۲۵۴)

۴. محبی، محسن. (۱۳۹۳). صفحه ۱۸.

۵. *Eureko BV v. Poland, Partial Award, August 19, 2005. (ICSID).*

۶. *Walter Bau v. Thailand, Award, 1 July 2009.*

۷. *Jinyuan Su, , China and International Investment Law Twenty Years of ICSID Membership, (Boston: Brill Nijhoff Publication, 2014), P 156.*

۸. *Eudoro A. Olguin v. Republic of Paraguay, ICSID( 2001).*

هرچند که فاحش هم باشد برای تحقق سلب مالکیت، کافی نیست.<sup>۱</sup> به‌هر روی پاسخ به این سوال که آیا در نتیجه ترک فعل، سلب مالکیت غیرمستقیم تحقق یافته است یا خیر؛ در حقیقت یک نگرانی صرفاً آکادمیک به شمار نمی‌آید، بلکه مسئله مربوط به جبران خسارت‌هایی است که باید به سرمایه‌گذاران خارجی محروم، پرداخت شود؛ حقی که در نهایت، نشان‌دهنده محدودیت‌های دولت میزبان در اعمال حاکمیت خویش است.<sup>۲</sup>

پرونده زیمنس علیه آرژانتین نیز از جمله مواردی بود که خواهان، ترک فعل دولت میزبان را تحت عنوان نقض تعهدات بین‌المللی مورد اشاره قرارداد و مدعی بود که به‌واسطه آن ترک فعل، وی از بهره‌مندی از اموال خویش محروم شده است. پروفسور شروتر<sup>۳</sup> معتقد است هرگونه فعل یا ترک فعل قابل انتساب به دولت میزبان که واجد اثر محرومیت سرمایه‌گذار از حقوق مالکانه خویش یا کنترل بر اموال باشد و یا در گستره وسیعی، امکان انتفاع وی از سرمایه‌گذاری مخدوش نماید را می‌توان ذیل عنوان تدابیری دارای اثر مشابه سلب مالکیت تلقی نمود.<sup>۴</sup>

با توجه به آنچه گفته شد به نظر می‌رسد که ترک فعل هم می‌تواند موجبات سلب مالکیت غیرمستقیم را پدید آورد؛ زیرا اقدامات منفی نیز به‌طور پنهانی و آرام‌آرام باعث محرومیت سرمایه‌گذار خارجی از بهره‌مندی کامل از حقوق خویش می‌شود.

## ۲-۳- دکتترین «اثر صرف»<sup>۵</sup>

تحلیل این مطلب که آیا اقدامات اداری و اجرایی دولت‌های سرمایه‌پذیر می‌تواند منجر به سلب مالکیت غیرمستقیم شود یا خیر؛ بدواً منوط به تعیین دامنه تأثیرگذاری اقداماتی است که در تقابل با سرمایه‌گذاری خارجی قرار می‌گیرند. این دیدگاه به دکتترین اثر صرف موسوم است.<sup>۶</sup>

۱. محبی، محسن. (۱۳۹۳). صفحه ۲۵۸.

۲ Reisman, W. Michael. & Sloane, Robert D. "p121.

۳ Schreuer. Ch.(2005)."the Concept of expropriation under the ECT and other investment treaties".p4

۴ See also UNCTAD Series on issues in international investment agreements. New York and Geneva, 2000.

۵ Sole effect.

۶ Ruzza, A. P14.

طبق دکترین «اثر صرف» قصد و انگیزه مقامات ذیصلاح کشور در تحقق یا عدم تحقق سلب مالکیت غیرمستقیم محل اعتنا نیست. آنچه باید مطمح نظر قرار گیرد، نتایج و آثار مقررات اجرایی بر حقوق مالکیت سرمایه گذار است. به عبارت دیگر اینکه مزاحمت یا مداخله دولت میزبان در حقوق مالکیت سرمایه گذار صرفاً جهت ایجاد محدودیت استفاده از اموال است یا باهدف حمایت از نظم عمومی و مصالح اجتماعی، مؤثر در مقام نیست!

در سال‌های اخیر، تمرکز و توجه مراجع بین‌المللی قضایی و داوری در رسیدگی به دعاوی سلب مالکیت غیرمستقیم به نحو محسوسی از بررسی قصد و نیت دولت از تصویب و اجرای مقررات به سمت بررسی تأثیر قوانین مزبور بر مالکیت سرمایه گذار، تغییر جهت داده است.<sup>۲</sup>

دیوان داوری دعاوی ایران و آمریکا با پیروی از دکترین اثر صرف در پرونده استارت<sup>۳</sup> مبادرت به صدور رای نمود. در این پرونده، دولت ایران (وزارت مسکن) برای شرکت شاهگلی، مدیر دولتی منصوب کرده بود؛ لازم به توضیح است که خواهان این دعوا یعنی شرکت استارت در شرکت شاهگلی، سهامدار بوده است؛ خواننده دعوا (دولت ایران) در مقام دفاع اظهار داشت که هدف دولت از این اقدام، صرفاً اداره امور شرکت و تعیین تکلیف کارکنان و قراردادهای شرکت بوده و به هیچ وجه قصد سلب مالکیت نداشته است. کما اینکه سهام شرکت استارت در دفاتر شرکت شاهگلی به نام آن باقی مانده و به دولت ایران منتقل نشده است؛ اما چنانکه ملاحظه شد، دیوان داوری این دفاع را نپذیرفت و عمل دولت ایران را سلب مالکیت خزننده تلقی نمود. می‌توان گفت استظهار دیوان در صدور این رای بر دکترین اثر صرف بوده و ملاک تحقق سلب مالکیت خزننده را قصد دولت میزبان ندانسته بلکه آثار و نتایج ناشی از اقدامات دولت، مطمح نظر دیوان بوده است.

پیروی دیوان داوری دعاوی ایران و آمریکا از دکترین اثر صرف در اظهار نظر ذیل به وضوح مشهود است: «قصد و انگیزه دولت آمریکا در مورد سلب مالکیت در مقایسه با تأثیرات و نتایج مقررات اجرایی در بردارنده اهمیت به مراتب کمتری است و شکل مقررات ناظر بر مدیریت و

<sup>۱</sup> Aydoğan. Rabia C.P134.

<sup>۲</sup> Dolzer, R., 2002.p6.

<sup>۳</sup> Starrett housing v. Islamic Republic of Iran, 1984.



کنترل یا مداخله در فعالیت‌های تجاری سرمایه‌گذار در مقایسه با تأثیرات حقیقی آن فاقد اهمیت است»<sup>۱</sup>.

این دیوان در پرونده دیگر اظهار داشت: «قصد دولت، اهمیت کمتری از آثار اقدامات دولت بر صاحب‌مال دارد. همچنین است، شکل کنترل یا دخل و تصرف، نسبت به واقعیت آثار آن.» بنابراین ادعای خوانده مبنی بر اینکه نصب مدیران دولتی برای تثبیت امور گسترش مسکن و حمایت از کارگران آن و منافع ایران در پروژه‌های آن شرکت ضرورت داشته است، رافع مسئولیت آن نمی‌باشد. دیوان معتقد است که مسئله اصلی، اثر عینی و واقعی اقدامات مؤثر در وضعیت مالی سهامداران است و نه قصدی که مسئولین در ذهن خود از آن اقدامات داشته‌اند.<sup>۲</sup> ایکسید نیز در داوری خود، از دکتین مزبور بهره گرفته است که از جمله می‌توان به رای صادره در دعوی معروف متال کلید علیه مکزیک اشاره نمود.<sup>۳</sup>

با توجه به مطالب مورداشاره، می‌توان گفت که دکتین اثر صرف، برای تعیین و شناسایی این مهم که آیا اقدامات اجرایی دولت میزبان، منجر به وقوع سلب مالکیت شده است یا خیر؛ بر اثر اقدامات مزبور تمرکز دارد، نه بر قصد و انگیزه دولت از انجام آن اقدامات.

#### ۴- دکتین قدرت پلیسی دولت میزبان

در پرتو قواعد حقوق بین‌الملل، دولت‌ها این اجازه را پیدا کرده‌اند که از اموال سرمایه‌گذاران خارجی در قلمرو سرزمینی حاکمیت خویش با اهداف صیانت از نظم عمومی، سلب مالکیت نمایند.<sup>۴</sup>

به موجب دکتین قدرت پلیسی دولت، برخی اقدامات سلب آمیز خاص دولت‌ها مستلزم پرداخت غرامت به موجب قواعد حقوق بین‌الملل نیستند. دکتین مزبور در یک مفهوم مضیق، اقدامات ذیل را پوشش می‌دهد: الف) توقیف اموال بیگانگان به موجب قوانین و مقررات مالیاتی

<sup>۱</sup> Starrett housing v. Islamic Republic of Iran, 1984.

<sup>۲</sup> حکم شماره ۱۴۱-۷-۲ مورخ اول تیرماه ۱۳۶۳ / ۲۲ ژوئن ۱۹۸۴. صادره در پرونده تپیتس، ایت، مکاریتی، استراتن و شرکت مهندسین مشاور تامز افا ایران و دیگران

<sup>۳</sup> Metalclad Corp. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/97/1, Award, ۲۰۰۰.

<sup>۴</sup> Reisman, W. Michael. & Sloane, Robert D. P134.

ب) قوانینی که بهره‌برداری از اموال بیگانگان را با محدودیت‌هایی روبرو می‌سازد از قبیل قوانین مرتبط با حفظ محیط‌زیست، امنیت، سلامت و بهداشت جامعه ج) اعمالی که دفاع در مقابل تهدیدات خارجی محسوب می‌شوند.<sup>۱</sup>

همچنین گفته شده که چنانچه توقیف و مصادره اموال بیگانگان توسط قوای حاکم دولت میزبان، تحت عنوان جریمه یک خطای مدنی یا جرم جزایی سرمایه‌گذار انجام گرفته باشد، چنین توقیفی را نمی‌توان سلب مالکیت قلمداد نمود.<sup>۲</sup>

به عقیده نویسندگان حقوقی، دولت‌ها در صورت احراز حسن نیت در تصویب و اجرای قوانین داخلی، نباید تحت عنوان سلب مالکیت غیرمستقیم مورد تعقیب قرار گیرند. چنانچه در این ارتباط محکومیتی علیه ایشان صادر شود این رای فاقد وجاهت حقوقی و منطقی است.<sup>۳</sup>

دیوان داوری دعاوی ایران و امریکا اظهار داشت لغو مجوز خرید و فروش مشروبات الکلی در ایران پس از وقوع انقلاب اسلامی، را نمی‌توان سلب مالکیت دانست، چراکه حسن نیت دولت ایران در تصویب مقررات جدید محرز می‌باشد و بعلاوه به صورت غیر تبعیض‌آمیز انجام گرفته است.<sup>۴</sup>

در دعوی شمتورا علیه کانادا<sup>۵</sup> نیز، تشخیص مرجع رسیدگی؟ این بود که اقدامات دولت کانادا غیر تبعیض‌آمیز بوده و باهدف حفاظت از سلامت و بهداشت افراد جامعه و نیز حفظ محیط‌زیست صورت گرفته است و در رای خود اظهار داشت که اقدامات قانونی و معتبر پلیسی کشور میزبان و نتایج ناشی از آن، سلب مالکیت تلقی نمی‌شود.

سومین بیانیه حقوق روابط خارجی ایالات متحده آمریکا نیز، متضمن اظهارات قابل توجهی

<sup>۱</sup> Brownlie I, Leon E. Trakman. . *Principles of Public International Law*. Seventh edition. (Oxford University Press, 2008). p 532.

<sup>۲</sup> (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II), 2012, p137.

<sup>۳</sup> Christian Tietje. *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*. (University Halle, Germany: 2014). P132. Dolzer, R., (2002) P49.

<sup>۴</sup> National Board of Trade, "The Right to Regulate" in the Trade Agreement between the EU and Canada and its implications for the Agreement with the USA, . (۲۰۱۵-۰۸-۱۸), p40.

<sup>۵</sup> Chemtura v. Canada, Award, 2 August 2010,

<sup>۶</sup> (UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II), 2012, p137.

درباره قانون سلب مالکیت و قدرت پلیسی دولت می‌باشد. این بیانیه متکی بر مفاهیم مداخله نامعقول، تأخیر ناروا، و بهره بردن مؤثر از مال می‌باشد؛ بیانیه مزبور به مفهوم سلب مالکیت خزنده نیز اشاره کرده است.<sup>۱</sup> به موجب این بیانیه، ارتقاء رفاه عمومی به خودی خود دلیل محکمه‌پسندی برای توجیه اقدامات سلب آمیز دولت ارزیابی نمی‌شود؛ بلکه، تمامی شرایط پرونده در نظر گرفته می‌شود تا احتمال سوء رفتارهای دولت را که توجیه هدف عمومی به راحتی می‌تواند آنها را پوشش دهد، از بین ببرد.<sup>۲</sup>

پیش‌نویس کنوانسیون هاروارد درباره مسئولیت‌های بین‌المللی دولت‌ها برای آسیب‌های وارده به بیگانگان نیز تصریح می‌کند که حقوق بین الملل مانع از دخالت نامعقول در استفاده، بهره‌برداری، یا انهدام مال می‌شود.<sup>۳</sup>

بیانیه شورای حکام اروپا<sup>۴</sup> صراحتاً اشعار می‌دارد که اعمال قدرت پلیسی دولت میزبان در اجرای مقررات غیر تبعیض آمیز را نباید سلب مالکیت خزنده تلقی کرد. همان‌طور که برخی نویسندگان غربی نیز بر این اعتقاد هستند که اختیار دولت‌ها مبنی بر تصویب و اجرای قوانین مشروع و غیر تبعیض آمیز، از موارد تحت شمول مفهوم کلی قدرت پلیسی دولت‌ها قرار دارد.<sup>۵</sup> این در حالی است که در برخی قوانین تفسیری و نیز نظریه‌های مشورتی در خصوص قوانین موافقت‌نامه‌های دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری بدین نکته اشاره شده است که هدف از توسیع و حمایت از قدرت پلیسی دولت میزبان، به هیچ‌وجه تحت پوشش قرار دادن مصادیق سلب مالکیت خزنده ذیل سرپوش اعمال قدرت پلیسی نیست.<sup>۶</sup> همچنین در بسیاری از پرونده‌های مطروحه در این باره، مراجع رسیدگی علیرغم شناسایی صلاحیت دولت میزبان در اعمال قدرت

<sup>۱</sup> Dolzer, R. and Bloch, F. "Indirect Expropriation: Conceptual Realignments?" in International Law Forum, Vol. 5(3), 2003, P157.

<sup>۲</sup> Fortier, L.Y., Drymer, S. L. p317.

<sup>۳</sup> Weiner, A.S., "Indirect Expropriations: The Need for a Taxonomy of 'Legitimate' Regulatory Purposes", in International Law Forum, Vol. 5(3)2003, .P167.

<sup>۴</sup> Declaration adopted by the Council of Ministers on April 28, 1998,

<sup>۵</sup> Jenkins, B, W, "The Next Generation Of Chilling Uncertainty: Indirect Expropriation Under CAFTA And Its Potential Impact On Environmental Protection" , University of Maine School of Law. Volume 12 | Number 2. 2006. P92.

<sup>۶</sup> Corbella-Val M. (2014) "Indirect Expropriation and Resource Nationalism in Brazil's Mining Industry" inter American law review Vol. 46:1, 2014, p132.



پلیسی، مشارالیه را به پرداخت غرامت سرمایه گذار ملزم نموده‌اند.<sup>۱</sup> برخلاف شفافیت ظاهری دکترین، چالش مطلق دیوان‌های داوری، تنظیم مرز مشخصی است که فراتر از آن اقدامات سلب آمیز، اساساً مداخله نامعقول تلقی می‌شوند و در واقع حقوق مالکیت سرمایه گذار را خدشه دار می‌سازند؛ به همین ترتیب، سعی دیوان‌های داوری برای تفکیک و تمیز میان «مقررات با حسن نیت» که در حوزه قدرت پلیسی دولت میزبان قرار می‌گیرد و اقدامات سلب آمیزی که موجب مسئولیت بین‌المللی برای دولت میزبان است، متمرکز می‌باشد.<sup>۲</sup>

### ۵. رویکرد نوین حقوق ایران

در ماده ۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری ایران، ممنوعیت سلب مالکیت به طور مطلق به کاررفته ولیکن از سلب مالکیت غیرمستقیم به طور خاص، سخنی به میان نیامده است. موافقت‌نامه‌های تشویق و حمایت سرمایه گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت اسلواکی، ژاپن، سنگاپور، روسیه، دوک‌نشین اعظم لوکزامبورگ و دولت مجارستان در دوران پسایرجام و همگی از جدیدترین موافقت‌نامه‌های مصوب در حوزه سرمایه گذاری خارجی هستند. به ترتیب مواد ۶، ۸، ۵، ۴ و ۵ موافقت‌نامه‌های فوق‌الاشعار در مقام بیان ممنوعیت مصادره اموال سرمایه گذاران خارجی، واجد مقرراتی یکسان هستند. در این موافقت‌نامه‌ها از استعمال واژه «سلب مالکیت» پرهیز شده و به ذکر اصطلاحات «ملی کردن»، «مصادره»، «تدابیری با اثر مشابه» بسنده شده است. ممکن است در بدو امر چنین به نظر برسد که رویکرد نوین قانون گذار مبنی بر اجتناب از ذکر سلب مالکیت در موافقت‌نامه‌های اخیر، حاکی از عدم انطباق این قوانین با استانداردهای بین‌المللی و یا حتی گامی به عقب باشد؛ چراکه در موافقت‌نامه‌های سابق بر این، قانون گذار، ممنوعیت سلب مالکیت را علاوه بر ملی سازی و مصادره، صراحتاً متذکر گردیده بود.<sup>۳</sup> لیکن

۱ «Indirect Expropriation» and the «Right to Regulate» in International Investment Law, OECD working papers on international investment, at 9, 2004/04, OECD.

۲ Mostafa, B, 'The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law' Australian International Law Journal, 15: 267, 2008, p ۲۷۲, ۲۷۳.

۳. رجوع کنید به ماده ۴ قانون موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری ایتالیا مصوب ۱۳۸۲، ماده ۷ قانون موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری فدرال دموکراتیک اتیوپی مصوب ۱۳۸۵ و همچنین قانون موافقتنامه تشویق و حمایت

تحلیل دیگری که می‌توان از اقدام اخیر قانون‌گذار به عمل آورد، آن است که حذف اصطلاح چالش‌برانگیز «سلب مالکیت» کاملاً آگاهانه صورت گرفته است. بدین صورت که قانون‌گذار برای رهایی از چالش‌های فراروی تفسیر و مصداق‌یابی سلب مالکیت، مبادرت به حذف اصطلاح مزبور نموده است. جایگزینی عبارت «تدابیری با اثر مشابه» مذکور در موافقت‌نامه‌های اخیر را می‌توان مؤید متقنی بر این ادعا دانست. به‌علاوه بند ۴ ماده ۶ موافقت‌نامه میان دولت ایران و اسلواکی، واجد مقرره‌ای بدیع و درخور توجه جهت تقویت استدلال فوق‌الذکر، به این شرح می‌باشد که «تعیین این که اقدام یا مجموعه‌ای از اقدامات دولت متعاقد، اقدام با اثر مشابه مصادره یا ملی شدن تلقی می‌شود یا نمی‌شود، مستلزم تحقیق مورد به مورد و مبتنی بر واقعیت است که موارد زیر را در نظر می‌گیرد:

الف) اثر اقتصادی اقدام یا مجموعه‌ای از اقدامات، اگرچه این واقعیت که اقدام یا مجموعه‌ای از اقدامات طرف متعاقد اثر نامطلوب بر ارزش اقتصادی سرمایه‌گذاری داشته است، سبب نمی‌گردد که اقدام یا مجموعه‌ای از اقدامات مزبور، اقدامات دارای اثر مشابه با مصادره یا ملی شدن تلقی گردند. ب) تا حدی که اقدام یا مجموعه اقدامات، با انتظارات صریح، منطقی و مربوط به سرمایه‌گذاری که ناشی از تعهد مستقیم و ویژه الزام‌آور، صریح و مکتوب قبلی دولت متعاقد نسبت به سرمایه‌گذار است، مداخله نماید. پ) خصوصیت اقدام یا مجموعه‌ای از اقدامات، از جمله ماهیت، هدف، مدت و مبنای منطقی آنها».

همانطور که ملاحظه می‌شود قانون‌گذار علیرغم ذکر خصوصیات اقدامات موجب مصادره، ملی کردن و تدابیری با اثر مشابه، احراز آن را صراحتاً منوط به بررسی موردی دانسته است. اینکه بتوان طی جریان رسیدگی موردی، سلب مالکیت را احراز نمود منوط به طرز تلقی داور یا دادرس و تفسیری است که از عبارت «تدابیری با اثر مشابه» ارائه خواهد داد. چنانچه بتوان سلب مالکیت غیرمستقیم را ذیل عبارت «تدابیری با اثر مشابه» پوشش داد، رویکرد نوین قانون‌گذار مبنی بر حذف عنوان سلب مالکیت، گامی به عقب نبوده است بلکه می‌توان آن را اقدامی

مقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری ایتالیا مصوب ۱۳۸۲. قانون موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری فرانسه مصوب ۱۳۸۲. قانون موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری فدرال آلمان مصوب ۱۳۸۲

هوشمندانه قلمداد نمود! خلاصاً تقنینی مشهود راجع به شناسایی سلب مالکیت در قوانین اخیر ایران و احاله امر احراز تحقق یا عدم تحقق آن به مطالعه مورد به مورد، رویکردی است نوین و منطبق با آخرین اندیشه‌های حقوقی که البته ما نیز آن را منطقی‌ترین روش در حل اختلافات ناشی از سلب مالکیت می‌دانیم.

## ۶. حمایت از انتظارات مشروع

آنچه در بررسی تأمین و تضمین حقوق مالکیت سرمایه‌گذار خارجی حائز اهمیت بسیار می‌باشد، حمایت از «انتظارات مشروع» سرمایه‌گذار است. به عبارت دیگر، اگرچه قوانین ملی، حقوق بین‌الملل عرفی و قوانین موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری میان کشورها، انواع و اقسام تدابیر حمایتی را مورد تصریح قرار داده‌اند، لیکن سرمایه‌گذار خارجی باید با مدنظر قرار دادن امکان برخورداری از تدابیر حمایتی مزبور در کشور میزبان، مبادرت به سرمایه‌گذاری نماید. اغتشاشات داخلی کشور میزبان، هرج و مرج، نوسانات بازارهای داخلی، همگی از جمله عواملی هستند که سرمایه‌گذار خارجی را در برخورداری تمام و کمال از حقوق خود ناامید می‌سازد.

می‌توان گفت آگاهی سرمایه‌گذار خارجی از وجود این نابسامانی‌ها در کشور میزبان، حق مطالبه حقوق وی را از او سلب می‌نماید. در دعوی یک شرکت آمریکایی به نام جنریشن اوکراین علیه کشور اوکراین<sup>۲</sup> که در ایکسید مطرح شد، دیوان در رای خود از علم و آگاهی سرمایه‌گذار خارجی از پرخطر بودن محیط تجاری بازارهای کشور میزبان سخن گفته و انتظار سرمایه‌گذار جهت بهره‌مندی از حقوق خویش را انتظاری نامشروع تلقی نموده است. لزوم حمایت از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار در بسیاری از آرای داوری مورد تأکید

۱. لایحه موافقتنامه متقابل تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری چک به پیشنهاد وزارت امور اقتصادی و دارایی در جلسه ۱۳۹۶/۱۰/۲۰ هیئت وزیران به تصویب رسیده است. نکته جالب توجه در این لایحه استفاده مجدد از عبارت «سلب مالکیت» است که البته باید دید مجلس شورای اسلامی در مقام تصویب این لایحه، بر رویکرد جدید مبنی بر حذف عبارت «سلب مالکیت» و جایگزینی آن با عبارت «تدابیری با اثر مشابه» پافشاری نشان خواهد داد یا خیر.

۲ Generation Ukraine Inc. v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/00/9, Award of 16 September ۲۰۰۳),

قرار گرفته است، به طوری که برخی دیوان‌های داوری، حمایت از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار را به عنوان یکی از عناصر برجسته استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه در نظر گرفته‌اند.<sup>۱</sup>

ایکسید، در دعوی ای دی اف علیه رومانی بیان می‌دارد: دیوان با دیدگاه بیان‌شده به وسیله سایر دیوان‌ها مبنی بر اینکه انتظارات معقول و مشروع مرتبط با سرمایه‌گذاری از عناصر عمده استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه است، موافق می‌باشد.<sup>۲</sup>

دیوان اروپایی حقوق بشر نیز در پرونده‌ای که میان یک شرکت ساختمان‌سازی علیه کشور انگلستان مطرح شد، علم و آگاهی سرمایه‌گذار از قوانین سخت مالیاتی کشور انگلیس را در رای خویش مدنظر قرارداد و ادعای سرمایه‌گذار مبنی بر سلب مالکیت غیرمستقیم را مردود اعلام کرد.<sup>۳</sup>

چنانچه اقدامات تنظیمی دولت سرمایه‌پذیر، موجب انتفاء انتظارات سرمایه‌گذار خارجی شود و ادامه فعالیت وی فاقد توجیه اقتصادی باشد، دولت باید نسبت به اثرگذاری خود بر انتظارات معقول سرمایه‌گذار، مسئول تلقی شود. در این میان اثبات تأثیر مقررات اجرایی جدید دولت میزبان در انتفاء انتظارات مشروع سرمایه‌گذار و اینکه اتکای وی در امر سرمایه‌گذاری بر مبنای شرایط قبلی بوده است، بر عهده شخص اخیرالذکر خواهد بود.<sup>۴</sup>

بدیهی است که ریسک، جزئی لاینفک از هر سرمایه‌گذاری می‌باشد که تابع تغییر و تحولات اجتناب‌ناپذیری است. لیکن انتظارات مشروع ریشه در اصل حقوقی بین‌المللی «حسن نیت» دارد و لذا می‌تواند در احراز سلب مالکیت غیرمستقیم اثرگذار باشد.<sup>۵</sup>

لازم به ذکر است که تمامی انتظارات یک سرمایه‌گذار خارجی، شایستگی حمایت به موجب حقوق بین‌الملل را ندارند.<sup>۶</sup> به طور نمونه چنانچه مقررات راجع به حقوق محیط‌زیست دچار تحول

۱. بهمنی، محمدعلی، تقوی، نجمه. صفحه ۱۴۴.

۲ EDF (Services) Limited v. Romania, ICSID Award (۲۰۰۹), para 216.

۳ ECHR.

۴ National and provincial building society v. UK. 23/October/1997. (EHCR cases)

۵ OECD, "Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law", in Working Papers on International Investment, n.2004/4, September 2004, p19.

۶ Siwy, A. "Indirect Expropriation and the Legitimate Expectations of the Investor", in Austrian Arbitration Yearbook, Vol,2007, p. 369.

۷ See, Waste Management, Inc. v. United Mexican States, case n. ARB/98/4, award, 2000,

شود و از این رهگذر، به انتظارات سرمایه‌گذار خدشه‌ای وارد گردد، وی نمی‌تواند به بهانه مخدوش شدن انتظاراتش، خواهان جمود و رکود مقررات تنظیمی ناظر بر حفظ محیط‌زیست شود.<sup>۱</sup>

دقت در رویه داوری ایکسید، نشان می‌دهد که دیوان در تشخیص مشروعیت انتظارات سرمایه‌گذار ابتدا به ارزیابی انتظارات وی در «زمان» ورود سرمایه به کشور میزبان توجه می‌کند. همچنین شرایطی که در قرارداد مورد تصریح قرار گرفته و یا گواهی‌های بهره‌برداری که به سرمایه‌گذار اعطاشده است، مدنظر قرار خواهد گرفت؛ علاوه بر این، تأمین اعتماد سرمایه‌گذار هرچند به صورت غیررسمی، یا تلاش‌های دولت جهت تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری نیز برای دولت، تعهدآور و موجد مسئولیت شناخته شده است.

### نتیجه‌گیری

در پاسخ به این سوال که مفهوم سلب مالکیت غیرمستقیم چیست نمی‌توان به سهولت پاسخ گفت. شاید تنها بتوان اوضاع و احوال و شرایطی که سبب تحقق سلب مالکیت غیرمستقیم شده است را تشریح نمود. سلب مالکیت را می‌توان از عمده‌ترین تهدیدها برای سرمایه‌گذاری خارجی تلقی نمود. کشورهای صادرکننده سرمایه تلاش کرده‌اند حق یک کشور برای سلب مالکیت از اموال خارجی را با غیرقانونی قلمداد نمودن حداقل برخی از موارد سلب مالکیت، محدود نمایند. کلیه مقررات غیر تبعیض‌آمیز که جهت صیانت از نظم عمومی تصویب می‌شوند تنها در صورت وجود شرایط خاص و استثنائی می‌توانند سبب تحقق سلب مالکیت غیرمستقیم تلقی شوند. اگرچه از منظر حقوق بین‌الملل نمی‌توان دولت‌ها را به دلیل سلب مالکیتی که در نتیجه ارائه خدمات عمومی متعارف محقق شده مورد مأخذ قرارداد، لیکن رشد فزاینده خدمات عمومی دولت‌ها و شکل‌گیری اشکال جدید آن منجر به افزایش شمار آن دسته از مقررات حکومتی خواهد شد که بر حقوق مالکیت سرمایه‌گذاران خارجی تأثیر گذارند؛ که این

in ILM, Vol. 41,  
۲۰۰۲, ¶۸۹۶ ICSID, Alpha Projektholding GmbH v Ukraine, case n. ARB/07/16, award  
۲۰۱۰.  
۱ Waelde, T and Kolo, A, "Environmental Regulation, Investment Protection and  
'Regulatory Taking' in  
International Law", in International and Comparative Law Quarterly, Vol. 50, 2001, p824.





امر باعث افزایش آمار دعاوی سلب مالکیت غیرمستقیم خواهد شد!

مسئله معتابه در اینجا اینکه آیا دولت سرمایه‌پذیر در اعمال حاکمیت خویش از مرز ضابطه‌مندی فراتر رفته و می‌توان سلب مالکیت غیرمستقیم را محقق دانست یا خیر؟ توجه حقوقدانان به تمیز سلب مالکیت خزنده از ضابطه‌مندی از آن‌روست که بیم آن می‌رود مفاهیمی همچون سلب مالکیت خزنده بر آن دسته از اقدامات قانون‌گذاری که باهدف حمایت از محیط‌زیست، سلامت، بهداشت و سایر خدمات اجتماعی و منافع عمومی جامعه انجام می‌گیرند، سایه اندازد و مانع از انجام به‌موقع اقدامات ضروری از سوی قانون‌گذاران کشورهای سرمایه‌پذیر به دلیل ترس از عاقبت پرداخت غرامت شود.

حذف عبارت سلب مالکیت در اغلب موافقت‌نامه‌های جدید دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران با سایر کشورها توسط قانون‌گذار اگرچه ممکن است بدواً گامی به عقب تلقی شود لیکن به نظر می‌رسد اقدامی آگاهانه جهت رهایی از چالش‌های فراروی مصداق‌یابی موارد سلب مالکیت در دعاوی این حوزه و احاله امر به بررسی موردی بوده است.

به نظر می‌رسد بهتر است که قانون‌گذار در اصلاحات قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، از هر دو عبارت سلب مالکیت مستقیم و غیرمستقیم یاد کرده و ممنوعیت آن را مصرحاً اعلام کند. ضرورت چنین تصریحی به‌ویژه در مورد آن دسته از سرمایه‌گذاران خارجی که میان دولت متبوع آنها با کشورمان موافقت‌نامه دوجانبه وجود ندارد، احساس می‌شود. سلب مالکیت غیرمستقیم، پدیده‌ای است که مرجع رسیدگی را در برابر قواعد حقوق بین‌الملل و قوانین کشور میزبان قرار می‌دهد؛ لذا این یک رابطه اقتصادی است که میان عاملانی ایجاد می‌شود که ماهیت آنان ذاتاً متفاوت می‌باشد. طراحی چارچوب حقوقی تنظیم‌کننده چنین رابطه‌ای از پیچیده‌ترین مسائل پیش روی محاکم در دعاوی سلب مالکیت خواهد بود.

۱ Newcombe, A. "Regulatory Expropriation, Investment Protection and International Law: When Is Government Regulation Expropriatory and When Should Compensation Be Paid?" , Department of Faculty of Law University of Toronto. .1999, P52.



## منابع

### فارسی

- بهمئی، محمدعلی، تقوی، نجمه، «حمایت از انتظارات مشروع سرمایه گذار و چالش های فراروی آن در حقوق بین الملل»، فصلنامه تحقیقات حقوقی. شماره ۷۴، سال ۱۳۹۴. ص ۱۴۳-۱۶۸.
- حاتمی، علی، کریمیان، اسماعیل، حقوق سرمایه گذاری خارجی در پرتو قانون قراردادهای سرمایه گذاری، (تهران: انتشارات تیسرا، ۱۳۹۵)
- دولزر، رودولف، شروتر، کریستف، ترجمه زمانی، سید قاسم و حسینی، به آذین، حقوق بین الملل سرمایه گذاری، (تهران: موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی، ۱۳۹۱)
- علی دوستی شهرکی، ناصر، «جبران خسارت سلب مالکیت در سرمایه گذاری خارجی» فصل نامه دیدگاه های حقوقی دانشکده علوم قضایی و خدمات اداری، بهار و تابستان، شماره ۴۶ و ۴۷، ص ۱۹۰-۱۶۸، سال ۱۳۸۸
- محبی، محسن، مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین المللی سلب مالکیت و غرامت در قراردادهای نفتی، (تهران: انتشارات شهر دانش، ۱۳۹۳)

### English Sources

- Amokura ,K “ international law protection of foreign owned property and regulatory freedom” University of Auckland. 2010.
- Aydoğan, R C “State Measures Affecting the Property of Foreign Investors: Expropriation or Regulation?” Wilner ,Academic Year: 2007-2۰۰۸.
- Baughen, S,“expropriation and environmental regulation: the lessons of NAFTA chapter eleven”, Journal of Environmental Law, Vol 18 No 2,2006, ۲۰۷-۲۲۸.
- Brownlie ,I, *Principles of Public International Law*. Seventh edition. (Oxford University Press:2013)
- Trakman, Leon E. and W. Nicola, *Regionalism in International Investment Law*,(Oxford University Press:2013)
- Christie, G. C, “What Constitute a Taking of Property under International Law?” British Yearbook of International Law, Vol. 38, 1962.
- Corbella-Valea, M, “Indirect Expropriation and Resource Nationalism in Brazil’s Mining Industry” . inter-American law review ,Vol. 46:1, 2014.
- Cristiana, L. negura, S. & spataru-negura, M , “cases of indirect

expropriation in international economic law” (Nicolae Titulescu University, Romania:2011).

Dolzer, R. and Bloch, F “Indirect Expropriation: Conceptual Realignment”, in International Law Forum, Vol. 5(3),2003.

Dolzer, R., “Indirect Expropriations: New Developments”, New York University Environmental Law Journal v.11, 2002.

Fortier, L. Y, Drymer, S. L, “Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor”, in ICSID Review-Foreign Investment Journal. 19 (2). 2004.

Isakoff, Peter D, “Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments”.Cleveland State University ,The Global Business Law Review Law Journals.2013.

Jinyuan Su, *China and International Investment Law Twenty Years of ICSID Membership*, Brill Nijhoff Publication. Boston,2014.

Krajewski, M, “Direct and indirect expropriation” University of Erlangen-Nürnberg ITAP–UNCTAD Annual Capacity Building Program International Investment Agreements: Negotiating for Sustainable Development. January ۲۰۱۵, □□□□□□□□□□, □□□□□□□□.

Kurtz, J., Jean, “A General Investment Agreement in the WTO? Lessons from Chapter 11 of NAFTA and the OECD Multilateral Agreement on Investment”, NYU School of Law, 2001.

Matthew C. Porterfield “State Practice and the (Purported) Obligation under Customary International Law to Provide Compensation for Regulatory Expropriations”. New York international journal law and commercial. Vol. XXXVII. 2011.

Mostafa, B, “The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law’ Australian International Law Journal, ۱۵: ۲۶۷,۲۰۰۸.

Newcombe, A, “Regulatory Expropriation, Investment Protection and International Law: When Is Government Regulation Expropriatory and When Should Compensation Be Paid?” Department of Faculty of Law University of Toronto.1999.

Newcombe, A, The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law, 20:1,ICSID Review–FILJ 4, 2005.

Nikièma , Suzy H, “Best Practices Indirect Expropriation, The International Institute for Sustainable Development”. 2012.



Reisman , W. Michael & Sloane, Robert D, “*Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation*” 74 *The British Yearbook of International Law* ۱۱۵. ۰۰۰ ۰۰۰۰۰۰ ۰۰۰۰۰۰۰۰۰۰ ۰۰۰۰۰۰ ۰۰ ۰۰۰, ۲۰۰۴.

Ruzza, A, “*Indirect Expropriation in International Law: Balancing the Protection of Foreign Investments and Public Interests*” School of International Studies University of Trento PhD Program in International Studies Academic Year 2010/2011.

Schatcher,O, “*compensation for expropriation*”, *American journal of international law*, vlo 78,1984.

Schreuer. Ch, *the Concept of expropriation under the ECT and other investment treaties*.(2005)

Siwy, A, “*Indirect Expropriation and the Legitimate Expectations of the Investor*”, in *Austrian Arbitration Yearbook*, Vol. 2007.

Stern ,B.(2008). *In Search of the Frontiers of Indirect Expropriation*, in A. W. Rowe (ed.by), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*,( Leiden, Martinus Nijhoff:2008)

Tietje, C, *The Impact of Investor-State-Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership*. (University Halle: Germany,2014)

Waelde, T, and Kolo, A, *Environmental Regulation, Investment Protection and ‘Regulatory Taking’ in International Law*”, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, 2001.

Weiner, A, S, “*Indirect Expropriations: The Need for a Taxonomy of ‘Legitimate’ Regulatory Purposes*”, in *International Law Forum*, Vol. 5(3), 2003.



پروہشگاہ علوم انسانی و مطالعات فرہنگی  
پرتال جامع علوم انسانی