

معیارهای مصادره غیرمستقیم در دعاوی نفتی بازخوانی پرونده ال پاسو

حمیدرضا علومی یزدی^۱

عرفان قاسم پور^۲

تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۰۲/۲۲، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۳/۰۶/۰۲

چکیده

مصادره غیر مستقیم در آرای متعدد داوری صادرشده در خصوص دعاوی سرمایه‌گذاران خارجی علیه دولت‌های میزبان بررسی شد. با بررسی این دعاوی، به خصوص دعاوی نفتی، که اخیراً مورد داوری قرار گرفت، می‌توان دو اصل را استخراج کرد: اصل نخست این است که برخی قانون‌گذاری‌های عمومی می‌توانند به مصادره غیر مستقیم منجر شوند، به این معنا که به منزله یک اصل کلی مقررات عمومی به مصادره غیرمستقیم منجر نمی‌شوند، مگر اینکه به نحو غیرمنطقی وضع شده باشند. اصل دومی که دیوان‌های داوری به کار گرفتند، این است که شرط لازم برای مصادره خنثی‌سازی استفاده از سرمایه‌گذاری است. به این معنا که حداقل یکی از مؤلفه‌های اساسی حقوق مالکیت باید از بین رفته باشد و همچنین اینکه صرف کاهش در ارزش یک سرمایه‌گذاری حتی اگر مهم هم باشد، مصادره غیر مستقیم محسوب نمی‌شود. اصول مذکور، که تشریح شرایط وقوع مصادره غیرمستقیم‌اند، در نوع خود یک نوآوری در بررسی دعاوی مصادره غیرمستقیم محسوب می‌شوند. هدف از نگارش مقاله پیش رو بررسی این اصول است.

واژگان کلیدی: اصل، دعاوی، دولت، سرمایه‌گذاری، مالکیت، مصادره غیرمستقیم، مقررات عمومی.

۱. استادیار حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی تهران (نویسنده مسئول)،
E-mail: oloumi@atu.ac.ir, E-mail: holoumiyazdi@yahoo.com

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبایی تهران،
E-mail: Ghassempour.erfan@yahoo.com

مقدمه

در سال‌های اخیر دعاوی مرتبط با ملی‌سازی سرمایه‌گذاری‌ها، که در دهه‌های ۱۹۷۰ و ۱۹۸۰ به طور گسترده‌ای وجود داشتند، جای خود را به دعاوی مربوط به قانون‌گذاری درباره سرمایه‌گذاری خارجی و مصادره غیرمستقیم داده‌اند. سرمایه‌گذاران خارجی به‌طور فزاینده‌ای دعاوی جبران خسارت براساس قانون‌گذاری‌های دولتی مانند اعمال سیاست‌های مالیاتی سخت یا اعمال محدودیت در استفاده از اموالشان را مطرح کرده‌اند، که به سلب مالکیت مالک از مالش منجر نمی‌شود، اما ارزش مال سرمایه‌گذاری‌شده یا بهره‌مندی از حقوق مالکیت سرمایه‌گذار را به گونه مؤثری تحت تأثیر قرار می‌دهد.

مصادره غیرمستقیم مفهومی به مراتب پیچیده‌تر از مصادره مستقیم است و شناسایی مصادره مستقیم به سبب وجود توازن مناسب بین اقدامات دولتی مداخله‌گرایانه با حقوق مالکیتی یک سرمایه‌گذار دشوارتر است. بیش‌تر مواقع دیوان داوری باید به این موضوع پردازد که آیا دولت میزبان از خط قرمز عبور کرده و مانع اعمال حقوق مالکیتی سرمایه‌گذار شده است یا خیر؟ (Abtahi, 2011: 82).

اخیراً نیز دعاوی متعددی از سوی سرمایه‌گذاران خارجی علیه دولت آرژانتین به سبب قانون‌گذاری‌های این دولت در بخش انرژی خود مطرح شده است که سرآمد آن‌ها ادعای شرکت بین‌المللی ال پاسو انرژی^۱ علیه جمهوری آرژانتین است که مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید)^۲ در این خصوص رأی خود را صادر کرد.

قبل از سال ۱۹۹۰ میلادی، بیش‌تر فعالیت‌های اقتصادی اصلی آرژانتین متعلق به بخش دولتی بود. زیرساخت‌ها راضی‌کننده نبودند و بدهی عمومی، به‌خصوص در رابطه با تولید نفت و گاز، بالا بود. این امر موجب گردید که دولت آرژانتین لایحه‌ای را تحت عنوان قانون اصلاح دولتی^۳ به تصویب برساند که برنامه خصوصی‌سازی شامل مشوق‌ها و همچنین اقدامات مالی و ساختاری برای ترویج سرمایه‌گذاری خارجی و تثبیت اقتصاد کشور را معرفی می‌کرد.^۴ ضمناً آرژانتین حدود ۵۰ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد نمود.

1. El Paso Energy International Company
2. International Centre For Settlement of Investment Disputes (ICSID)
3. State Reform Law
4. El Paso Energy International v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/15, Award of 31 October 2011, Para. 51.

در پی این اقدامات، شرکت‌های خارجی متعددی در آرژانتین سرمایه‌گذاری کردند. اما در سال‌های ۲۰۰۱ و ۲۰۰۲ بحران اقتصادی شدیدی آرژانتین را فرا گرفت که منجر شد این دولت به تصویب قوانین، مقررات و تصویب‌نامه‌هایی برای فرار از این بحران اقدام کند. در پی این قانون‌گذاری‌ها، شرکت‌های متعدد خارجی علیه این دولت در دیوان‌های داوری طرح دعوا کرده و مدعی شدند که آرژانتین تعهدات صریح و ضمنی‌ای را که نسبت به سرمایه‌گذاران به عهده گرفته بود و این شرکت‌ها نیز بر اساس همین تعهدات، اقدام به سرمایه‌گذاری در آرژانتین کرده بودند نقض کرده است.^۵ چنین اتفاقی از سوی دولت‌های دیگر نظیر مکزیک نیز به وقوع پیوست و سبب شد سرمایه‌گذاران در بخش نفت و گاز ادعاهای متعددی را علیه دولت‌های میزبان مطرح کنند.

هدف از طرح پژوهش پیش رو، پرداختن به نظرهای دیوان‌های داوری و به‌طور اخص اشاره به دو اصل محتوایی است که از سوی آن‌ها در مورد تشریح مفهوم مصادره غیرمستقیم بیان شده است. در نهایت، این مقاله با بررسی آرای دیوان‌های داوری در این زمینه، در پی پاسخ به پرسش‌های ذیل است:

* بنا بر اصل نخست در رابطه با مفهوم مصادره غیرمستقیم، که بیان می‌دارد بعضی از مقررات کلی می‌توانند به مصادره غیرمستقیم منجر شوند، محدوده این مقررات کلی کدام است؟ و چه مقرراتی این ویژگی را دارند؟ و متعاقباً این اصل شامل چه استثنائاتی می‌شود؟
* همچنین درباره اصل دیگر، که مقرر کرده یک شرط لازم برای مصادره خنثی‌سازی استفاده از سرمایه‌گذاری است، منظور از خنثی‌سازی و فاقد اثرسازی استفاده از سرمایه‌گذاری چیست؟ و حدود و قلمرو آن در رابطه با مفهوم مصادره غیر مستقیم تا کجاست؟

اصل اول: برخی از مقررات عمومی می‌توانند به مصادره غیر مستقیم منجر شوند

۱. کلیات

دیوان داوری ایکسید در قضیه ال پاسو برای ورود به اصل نخست، که بیان می‌کند بعضی از مقررات کلی را می‌توان به‌منزله یک عمل مصادره‌ای در نظر گرفت، با این سؤال مبنایی مواجه شده است که آیا قانون‌گذاری عمومی از سوی دولت می‌تواند به‌مثابه عملی محسوب شود که

5. Ibid Para 215.

مصادق مصادره غیر مستقیم در نظر گرفته شود یا خیر؟ در واقع در ابتدا، دیوان به این مسئله رجوع کرده است که باید دید پیش از ورود به جزئیات اصل نخست، آیا در اصل و به طور کلی این امر وجود دارد که مقررات دولتی وضع شده را به منزله یک عامل و سبب عملی که تحت عنوان مصادره غیر مستقیم خوانده می شود در نظر گرفت یا خیر؟ سپس با پاسخ به این پرسش دال بر اینکه هستند مقرراتی که با وضع آن ها از سوی دولت میزبان تبدیل به عاملی می شوند که به عنوان مصادره غیر مستقیم محسوب می شوند، به این موضوع پرداخته است که نمی توان گفت قوانینی که از سوی دولت بنا به هر دلیلی از جمله توجه به منافع عمومی شهروندان دولت وضع شده اند تماماً از دایره شمول مصادره غیر مستقیم خارج می شوند. در تأیید این نظر می توان به رأی صادر شده از سوی دیوان ایکسید در قضیه «Tecmed, S.A علیه ایالات متحده مکزیک» اشاره کرد:

«... ما قاعده کلی نیافتیم که بیان نماید که اقدامات اجرایی نظم دهنده به خودی خود از محدوده موافقت نامه مستثنی هستند، حتی اگر این اقدامات تماماً برای جامعه مفید فایده هستند (مانند حمایت پیرامونی) به خصوص اگر اثر اقتصادی منفی این اقدامات بر روی موقعیت مالی سرمایه گذار موجب خنثی نمودن تمام ارزش سرمایه یا استفاده اقتصادی یا تجاری از سرمایه گذاری اش بدون دریافت هیچ گونه غرامتی گردد».^۶

چنین رویه ای را می توان در رأی دیوان آنسیترال در قضیه «Pope & Talbot Inc. علیه دولت کانادا» نیز مشاهده کرد. در جایکه بیان کرده است: «... یک استثنای فراگیر برای اقدامات نظم دهنده می تواند باعث ایجاد یک شکاف گسترده در حمایت های بین المللی در برابر مصادره گردد».^۷

این نظر مشابه در پرونده «Saluka Investments BV علیه جمهوری چک» نیز بیان شد، جایی که دیوان داوری آنسیترال لیستی از استثنائات درباره قواعد کلی تحت این عنوان که «مقررات کلی به عنوان یک قاعده به مصادره منجر نمی شوند» فهرست کرد:

6. Tecmed, S.A v. The United Mexican states [hereinafter Tecmed], ICSID Case No.ARB(AF)/00/2), Award of 29 May 2003, Para 121.

7. Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada [hereinafter Pope & Talbot], UNCITRAL (NAFTA), Interim Award of 26 June 2000, Para 99.

«این استثنائات به هیچ طریقی این قاعده کلی را که مشخص می کند درآمدها یا محرومیت از درآمدها غیر قابل جبران اند تضعیف نمی کند».^۸

بدین ترتیب، می توان چنین نتیجه گیری کرد که دیوان های داوری مذکور این نظر را پذیرفتند که مقررات دولتی می توانند به مصادره غیر مستقیم منجر شوند و به این بهانه که این مقررات جزء قدرت حکومتی^۹ یا قدرت های پلیسی^{۱۰} دولت محسوب می شوند نمی توان آن ها را از مصادیق مصادره غیر مستقیم خارج کرد.^{۱۱}

۲. به عنوان یک اصل مقررات عمومی به مصادره غیر مستقیم منجر نمی شوند

سؤالی که در قضایای مصادره غیر مستقیم مطرح می شود این است که چگونه باید آن را از به کارگیری قدرت قانون گذاری از سوی دولت میزبان متمایز کرد؟ (Ruza, 2011: 39). دیوان در قضیه ال پاسو مقرر کرده اصولاً مقررات عمومی به مصادره غیر مستقیم منجر نمی شوند. البته دیوان پس از بیان این اصل شرایطی را برای آن مقرر کرد. در واقع دیوان معتقد است که اگر قانون گذاری به صورت غیر تبعیض آمیز برای هدف عمومی و مطابق با فرایند قانونی انجام شود، اقدامی قانونی خواهد بود و نباید آنرا یک مصادره غیر مستقیم فرض کرد.^{۱۲} دیوان برای تصدیق این اصل به آرای متعدد داوری نیز استناد کرد.

در قضیه «Marvin Roy Feldman Karpa علیه ایالات متحده مکزیک» دیوان داوری ایکسید گفت: «دولت ها باید دستشان در توسعه منافع عمومی و اقدامات در این راستا باز باشد؛ آن هم از طریق حفاظت از محیط زیست، نظام های مالیات بندی جدید یا اصلاح شده، اعطاکردن یا عدم انجام کمک های مالی دولتی، کاهش یا افزایش تعرفه های گمرکی، تحمیل ممنوعیت های منطقه ای و از این قبیل. مقررات منطقی و متعارف دولتی در این زمینه قابل دستیابی نیست، اگر هر تجارتی که تأثیر منفی در این باره دیده است، امکان این را داشته است که خسارتش را پیگیری کند و غرامت بگیرد. البته می توان این نکته اطمینان بخش را گفت که حقوق بین الملل عرفی این موارد را تشخیص می دهد».

8. Saluka Investments BV v. The Czech Republic [hereinafter Saluka], UNCITRAL, Partial Award of 17 March 2006, Para 258.

9. Sovereign Power

10. Police Powers

11. Ibid paras 234-236.

12. El Paso Energy International v. The Argentine Republic, Op.cit, Para 240.

«... همه فعالیت‌های قانونگذاری دولت که باعث سخت‌شدن یا غیر ممکن‌شدن یک تجارت برای یک سرمایه‌گذار می‌شوند، تغییر در قانون یا تغییر در استعمال و استفاده از قانون موجود که باعث غیراقتصادی‌شدن انجام یک تجارت به‌خصوص می‌شوند، نمی‌تواند وصف مصادره را به خود بگیرد ... دولت‌ها خیلی اوقات در اقدامات مربوط به قدرت قانونگذاری خود، قوانین و مقررات خود را در واکنش به تغییر شرایط اقتصادی یا تغییر ملاحظات سیاسی، اقتصادی یا اجتماعی تغییر می‌دهند ... این تغییرات ممکن است تماماً فعالیت‌های آن سرمایه‌گذاران را کم‌سود یا حتی فاقد وجهه اقتصادی بنمایند».^{۱۳}

از نظر دیوان، واضح‌ترین و مهم‌ترین بیان این اصل را می‌توان در رأی داوری «*Saluka Investments B.V* علیه جمهوری چک» مشاهده کرد:

«در حال حاضر در حقوق بین‌الملل این قاعده به‌وجود آمده است که دولت‌ها زمانی که در اقدامات عادی مربوط به قدرت مقررات‌گذاری خود، با یک روش غیر تبعیض‌آمیز مقررات جدی را که در راستای رفاه و آسایش عمومی است می‌پذیرند، دیگر مسئول پرداخت خسارت به یک سرمایه‌گذار خارجی نمی‌باشند».^{۱۴}

در واقع همان‌گونه که پروفیسور یان براونلی اعلام کرده است:

«اقدامات دولت، در نظر اول یک عمل قانونی و مشروع مربوط به حوزه حاکمیتی دولت است که می‌تواند به طور نسبتاً زیادی به روی منافع خارجی اثر بگذارد، بدون اینکه به مصادره منجر شود. بنابراین، اموال خارجی و استفاده از آن‌ها ممکن است در معرض مالیات‌بندی، محدودیت‌های تجاری شامل گواهی‌نامه‌ها و سهمیه‌ها یا اقدامات مرتبط با کاهش ارزش پول قرار گیرند. در حالیکه واقعیات مشخصی ممکن است قضایا را تغییر دهند، اما چنین اقداماتی در اصل غیرقانونی نیستند و موجب ایجاد مصادره نمی‌شوند» (Brownlie, 2003:509).

بنابراین، با مشاهده نظرهای دیوان در زمینه این اصل و همچنین مستندات که از سوی آن در این باره ذکر شده‌اند، نمی‌توان اقدامات قانون‌گذاری صورت‌گرفته از سوی دولت میزبان، آن هم در صورتی که متضمن شرایط بیان‌شده از جانب دیوان باشند، را در حکم یک مصادره غیرمستقیم در نظر گرفت؛ شرایطی از جمله غیرتبعیض‌آمیز بودن، داشتن وصف منفعت عمومی و طی کردن فرایند قانونی.

13. Ibid Para 239.

14. Ibid Para 239.

در واقع قانون‌گذاری اقدامی حاکمیتی است و به صرف اینکه به سرمایه‌گذاری خارجی لطمه وارد کرده است نمی‌توان آن را مصادره غیر مستقیم تلقی کرد و آن را باید در شرایط استثنایی و در صورتی که فاقد شرایط مذکور باشد تحت عنوان مصادره غیر مستقیم در نظر گرفت.

۳. استثنای بر اصل، قانون‌گذاری‌های عمومی غیر منطقی می‌توانند به مصادره

غیرمستقیم منجر شوند

با بررسی آرای دیوان‌های داوری می‌توان این‌گونه استنباط کرد که اگر مقررات عمومی به صورت غیرمنطقی وضع شوند و در عین حال موجب خنثی‌سازی حقوق مالکیت سرمایه‌گذار خارجی شوند، می‌توان آن‌ها را اقدامی تحت عنوان مصادره غیرمستقیم در نظر گرفت.

برای اینکه مقررات عمومی غیر منطقی تلقی شود باید دارای وصف غیرمنصفانه^{۱۵} بودن باشد، مثلاً به صورت خودسرانه^{۱۶}، تبعیض‌آمیز^{۱۷} یا غیرمتناسب^{۱۸} وضع شده باشد.

در خصوص نیاز به متعارف بودن و متناسب بودن اقدامات دولت در تزامن با حقوق شخصی، می‌توان به رأی داوری در قضیه « LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. and LG & E International Inc. علیه جمهوری آرژانتین » اشاره کرد که مقرر کرده است:

«با ملاحظه و احترام به قدرت دولت در رابطه با اتخاذ سیاست‌هایش، به طور کلی می‌توان گفت که دولت حق اتخاذ اقداماتی را که دارای هدف رفاه و آسایش عمومی یا اجتماعی است دارد. در چنین مواردی، اقدام باید بدون تحمیل هیچ‌گونه مسئولیتی پذیرفته شود، مگر در مواردی که اقدام و عمل دولت به صورت آشکاری نامتناسب با نیازی که وجود دارد، باشد»^{۱۹}

در ادامه، مواردی که مقررات عمومی به‌منزله مصادره‌های محتمل در نظر گرفته شده‌اند بررسی خواهد شد.

15. Unfair

16. Discriminatory

17. Arbitrary

18. Disproportionate

19. LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. and LG&E International Inc. v. Argentine Republic [hereinafter LG&E], ICSID Case No. ARB/02/1, Decision on Liability of 3 October 2006, Para 195

۳.۱. تبعیض آمیز

برای مثال، در قضیه «ال پاسو» دیوان در ابتدا به بررسی آرا در خصوص قانون گذاری تبعیض آمیز تعدی یا یک مقررۀ تبعیض آمیز بی طرفانه و منصفانه پرداخته است. از نظر دیوان از ظواهر امر بر نمی آید که در پرونده ال پاسو یک مصادره غیر مستقیم وجود داشته باشد و برای بررسی تمیز مقررات تبعیض آمیز از مقررات غیر تبعیض آمیز به رأی دیوان داوری در قضیه «Methanex Corporation علیه ایالات متحده آمریکا» اشاره کرده که مقرر داشته است:

«از نظر دیوان، حق با متانکس است که یک مقررۀ تبعیض آمیز تعدی در برابر یک سرمایه گذار خارجی یک شرط کلیدی برای به وجود آوردن مصادره را مهیا می کند. اما بنا بر حقوق بین الملل عمومی، یک مقررۀ غیر تبعیض آمیز برای یک هدف عمومی، که بر طبق اقدامات قانونی و چارچوب بندی حقوقی وضع شده است و از جمله بر یک سرمایه یا سرمایه گذار خارجی اثر می گذارد، به عنوان یک مورد مصادره ای و نیازمند جبران انگاشته نمی شود. جز زمانی که مسئولیت های خاصی از سوی دولت قانون گذار به سرمایه گذار خارجی تحمیل شده باشد و قصد آن سرمایه گذاری باشد که دولت امکان سرباز زدن از چنین مقرراتی را در آینده داشته باشد».^{۲۰}

۳.۲. نامتناسب

مقررات نامتناسب مقرراتی است که در آن دخالت در حقوق شخصی سرمایه گذاران نامتناسب با منافع عمومی است. به بیان دیگر، باید بین هدف عمومی که از سوی مقررۀ پروراندۀ می شود و وجود دارد و همچنین تداخل با حقوق مالکیت سرمایه گذاران تناسب باشد، همان گونه که در قضیه تسمد مشخص شده است:

«بعد از تصدیق این نکته که اعمال و اقدامات نظم دهنده و تنظیمی کاملاً از تعریف اقدامات مصادره ای مستثنا نیستند، افزون بر اثر مالی منفی چنین اقداماتی، به منظور اینکه این اقدامات به عنوان یک اقدام مصادره ای مشخص شوند، دیوان داوری با در نظر گرفتن اینکه اهمیت چنین اثری نقش کلیدی در تصمیم در خصوص تناسب دارد، در نظر خواهد گرفت که آیا چنین اقدامات یا فعالیت هایی متناسب با منفعت عمومی هستند که بر فرض به وسیله آن مورد

20. Ibid Para 243.

حمایت قرار می‌گیرند و همچنین متناسب با حمایتی که قانوناً به سرمایه‌ها اعطا شده است، هستند یا نه؟»^{۲۱}

به عبارت دیگر، مقررات کلی تبعیض‌آمیز یا نامتناسب این پتانسیل را دارند که به عنوان سلب مالکیت در نظر گرفته شوند آن هم اگر به قدر کافی با حقوق سرمایه‌گذار در تزامن و تعارض باشند، همان‌گونه که در ادامه بحث خواهد شد.

اصل دوم، شرط لازم برای مصادره خنثی‌سازی استفاده از سرمایه‌گذاری است

دیوان در قضیه ال پاسو خنثی کردن استفاده از سرمایه‌گذاری را شرط ضروری برای مصادره دانسته است. در توضیح این اصل می‌توان گفت که تأثیر اقدام دولت یا درجه دخالت باید به حدی باشد که حقوق مالکیت را بدون استفاده گذارد، بدین معنا که مالک را از منفعت و استفاده اقتصادی از سرمایه‌اش محروم کند. به عبارت دیگر، شدت قانون‌گذاری باید اندازه‌گیری شود و زمانی که سرمایه‌گذار از حقوق اساسی محروم شود (Kunoy, 2006: 240) یا زمانی که حقوق اقتصادی سرمایه‌گذار به نحو اساسی آسیب ببیند (OECD, 2004:10-11). می‌توان گفت مصادره غیر مستقیم رخ داده است. آرای داوری متعددی چنین مفهومی را پذیرفته‌اند؛ مثلاً در رأی «CME علیه جمهوری چک» دیوان اظهار کرد که محرومیت زمانی واقع می‌شود که دولت اقداماتی انجام دهد "که به طور مؤثری منفعت مال را برای مالک خارجی خنثی کند" (UNCTAD, 2011: 63). به نظر می‌رسد دیوان در این خصوص از آرای گذشته داوری پیروی کرده است، زیرا دیوان‌ها زمانی که سرمایه‌گذاری‌ها اساساً خنثی نشده‌اند و از ارزششان محروم نشده‌اند رأی به مصادره غیرمستقیم نمی‌دهند (Stern, 2007: 40). از نظر دیوان برای اینکه بتوان گفت که خنثی‌سازی صورت گرفته است باید دو نکته در نظر گرفته شود:

- الف) دست‌کم یکی از مؤلفه‌های اساسی حقوق مالکیت نباید وجود داشته باشد؛
 - ب) صرف از دست رفتن ارزش سرمایه‌گذاری، حتی اگر دارای اهمیت باشد، یک مصادره غیر مستقیم نیست.
- در ادامه، به تحلیل دیوان در خصوص هر یک از این نکات پرداخته خواهد شد.

21. Tecme-d, Op. cit, Para 122.

۱. دست کم یکی از مؤلفه‌های اساسی حقوق مالکیت نباید وجود داشته باشد

در این مبحث نخستین مسئله‌ای که به ذهن متبادر می‌شود مفهوم مؤلفه‌های اساسی حقوق مالکیت است. به این صورت که این مؤلفه‌ها شامل چه مواردی می‌شوند؟ رویکرد دیوان داوری در قضیه ال پاسو درباره مفهوم مؤلفه‌های اساسی حقوق مالکیت رادر پرونده تسمد می‌توان مشاهده کرد. هنگامی که «ارزش اقتصادی استفاده، بهره‌برداری یا صورت‌بندی دارایی‌ها یا حقوقی که تحت تأثیر اقدامات یا تصمیمات اجرایی قرار گرفته‌اند مورد خنثی‌سازی یا نابودی قرار گرفته شده‌اند»^{۲۲} می‌توان به رخ دادن عمل مصادره پی‌برد. بنابراین، دیوان نیز همانند دیدگاه‌های موجود در چند پرونده دیگر، که یکی از طرفین آن‌ها آرژانتین است، مؤلفه‌های اساسی حقوق مالکیت، که جزء یکی از ارکان قابل تأمل درباره خنثی‌سازی استفاده از سرمایه‌گذاری مالک، که شرط لازم برای مصادره است، را بیان کرده و چارچوب آن را مشخص کرده است.

در نهایت، پس از روشن شدن این موضوع، سؤال اساسی‌ای که در این جا مطرح می‌شود این است: چگونه می‌توان به این امر معتقد بود که اقدامات دولت میزبان اثر خود را بر این مؤلفه‌ها گذاشته است؟ تا حدی که بتوان این مورد را مشمول یک عمل مصادره‌ای در نظر گرفت. با دقت در نظرهای دیوان‌های داوری در قضایای متعدد، می‌توان بیان کرد: معیاری که برای یک عمل مصادره‌ای در نظر گرفته شده است این است که خدشه وارد شده به مؤلفه‌های اساسی حقوق مالکیت باید قابل توجه و به گونه‌ای باشد که کنترل سرمایه‌گذار بر سرمایه‌گذاری‌اش را مخدوش نکند و موجب محرومیت اساسی سرمایه‌گذار در این مورد شود. اگر این اقدامات صورت گرفته از سوی دولت میزبان تداخل و تزاممی با کنترل مالکیت نداشته باشد، نمی‌توان گفت که مصادره‌ای رخ داده است. نمونه این مورد را می‌توان در پرونده «Pope & Talbot Inc علیه دولت کانادا» مشاهده کرد که در آن دولت کانادا مدعی شد:

«دخالت صرف یک عمل مصادره‌ای نیست، بلکه اثر این امر باید در یک سطح برجسته و مشهود از حقوق مالی مالک وجود داشته باشد»^{۲۳}؛ موردی که دیوان داوری ایکسید در قضیه ال پاسو نیز آن را تصدیق کرده است. در واقع مسئله اصلی «سلب حقوق مرتبط با حقوق مالکیت به وسیله دخالت دولتی است» (Schreuer, 2005: 3).

22. El Paso Energy International v. The Argentine Republic, Op.cit, Para 246.

23. Pope & Talbot, Op.cit, Para 99.

۲. صرف از دست رفتن ارزش سرمایه‌گذاری، حتی اگر دارای اهمیت باشد، یک

مصادره غیرمستقیم نیست

در این مورد دیوان به طور اخص به بحث درباره مصادره غیرمستقیم پرداخته است. دیوان معتقد است که برای پرداختن به خنثی‌سازی استفاده از سرمایه‌گذار مالک، که شرط لازم برای مصادره است، باید علاوه بر تأکید بر مبحث خدشه‌دار شدن حداقل یکی از مؤلفه‌های اساسی حقوق مالکیت، نکته دومی را هم در نظر گرفت. این امر عبارت است از اینکه صرف از دست رفتن ارزش سرمایه‌گذاری، حتی اگر دارای اهمیت باشد، یک مصادره غیرمستقیم محسوب نمی‌شود. درباره این مورد نسبت به مورد پیشین، که به خدشه به مؤلفه‌های اساسی حقوق مالکیت مربوط است، به تدقیق و موشکافی بیشتری برای روشن کردن آن نیاز است. در واقع این نکته جنبه‌های مختلفی دارد که در ذیل با بررسی نظرهای خود دیوان و مقایسه آن با آرای داوری دیوان‌های دیگر باید مورد بحث قرار گیرد تا به صورت منصفانه برداشت خواننده را در پی داشته باشد.

۲.۱. از دست رفتن ارزش و منافع مرتبط با سرمایه‌گذاری مالک

با بررسی محتوای بحث‌های مطرح شده از سوی دیوان‌های داوری مختلف در پرونده‌های مرتبط با مصادره غیرمستقیم این نکته مهم دریافت می‌شود که دیوان‌ها به نوعی بین این موارد که دولت میزبان با وضع مقرره‌ای باعث ناپدید شدن منافع سرمایه‌گذاری مالک می‌شود یا از راه تصویب قانون دیگری به طور کلی مانع استفاده سرمایه‌گذار از سرمایه‌گذاری خود می‌شود تمایز قائل شده است. اهمیت طرح این تمایز از آنجا آشکار می‌شود که صورت گرفتن هر کدام از این موارد در نوع خود پیامدهای متفاوتی دارد درباره اینکه بتوان یک عمل را در حکم یک عمل مصادره‌ای در نظر گرفت یا خیر؟

به طور کلی می‌توان گفت که صرف از دست رفتن ارزش و منافع سرمایه‌گذاری حتی اگر مهم باشد، یک مصادره غیرمستقیم محسوب نمی‌شود. مثلاً در پرونده «Waste Management Inc. علیه ایالات متحده مکزیک» دیوان با صراحت خاطر نشان کرد: «از دست دادن منافع یا

توقعات و پیش‌بینی‌ها معیاری کافی برای یک مصادره نیست؛ حتی اگر آن مورد معیاری لازم برای مصادره باشد».^{۲۴}

همچنین در دعوی «شرکت سیمان خاورمیانه علیه دولت مصر» مقامات عمومی مصر یک مجوز ده‌ساله به یک شرکت یونانی واردکننده سیمان برای سرمایه‌گذاری و ذخیره سیمان داده بودند. چند سال بعد، مصر مقرره‌ای را تصویب کرد که اجازه واردات نوع خاصی از سیمان را به مدت چهارماه منع کرد. با این شرح، دیوان داوری نتیجه‌گیری کرد:

«همان‌گونه که خواننده تصدیق می‌کند، دست‌کم برای یک مدت ۴ ماهه شاکی توسط این مقرره از حقوقی که براساس مجوز به او اعطا شده بود، محروم شده است، در رابطه با این مورد که براساس قاعده کلی یک سلب حق رخ داده است، بحثی بین طرفین دعوا نیست. زمانی که اقداماتی توسط یک دولت اتخاذ می‌شود و در حکم اثری است آنهم به منظور محروم کردن سرمایه‌گذار در مورد استفاده و منفعت بردن از سرمایه‌گذاری‌اش، حتی اگر ممکن است مالکیت اسمی حقوق مربوطه در مورد سرمایه‌گذاری را ابقا کند، این اقدامات اغلب منتسب تحت عنوان «خزنده» یا به عنوان مصادره «غیرمستقیم» هستند یا همچنان که در معاهده بین طرفین، به عنوان اقداماتی که اثر آن‌ها در حکم مصادره هستند، در نظر گرفته می‌شوند».^{۲۵}

نکته مهم این است که بنا بر نظرهای دیوان، از دست دادن منفعت در نتیجه محرومیت از حق استفاده از سرمایه‌گذاری روی می‌دهد. درباره از دست رفتن ارزش و منفعت سرمایه‌گذاری نمی‌توان گفت که حتی اگر به گونه‌ای اساسی و مهمی این امر اتفاق افتاده باشد، می‌توان حکم به مصادره کرد. به این دلیل که مالک هنوز کنترل سرمایه‌اش را حفظ کرده و آن را از دست نداده است. اما زمانی که از دست رفتن ارزش سرمایه‌گذاری معلول از دست دادن کنترل یا دسترسی به حق مالکیت توسط مالک باشد، به طوری که به صورت تمام‌عیار نتواند از

۲۴. این نظر با تحقیقی که در سازمان ملل صورت گرفته است مطابقت ندارد. در این تحقیق آمده است: «مصادره غیرمستقیم زمانی رخ می‌دهد که کشور اقدامی انجام می‌دهد که به طور اساسی به ارزشی که سرمایه‌گذاری صدمه می‌زند بدون این که ضرورتاً مالکیت آن سرمایه‌گذاری را در اختیار گیرد». برای مطالعه بیشتر تحقیق مزبور ر.ک: UNCTAD, 1998, 66.

25. Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt [hereinafter Middle East Cement], (ICSID Case No. ARB/99/6), Award of 12 April 2002, Para 107.

سرمایه‌گذاری‌اش بهره‌برداری کند، این‌جاست که دیوان اعتقاد به در نظر گرفتن این امر به عنوان یک عمل مصادره‌ای را دارد.^{۲۶}

۲.۲. فاقد اثر کردن استفاده مالک از سرمایه‌گذاری خود

همچنان که پیش‌تر نیز اشاره شد، برخی دیوان‌های داوری از جمله دیوان داوری ایکسید در پرونده ال پاسو معتقدند که ازدست‌رفتن منافع یک سرمایه‌گذاری حتی اگر مهم و قابل توجه باشد، نمی‌تواند معیاری کافی برای در نظر گرفتن این امر به عنوان یک مصادره باشد. اما بنابر تمایزی که مابین ازدست‌دادن منافع سرمایه‌گذاری و محروم‌شدن از کنترل سرمایه وجود دارد، می‌توان گفت در مواردی که از دست‌دادن منافع یک سرمایه‌گذاری از محرومیت مالک از کنترل و بهره‌برداری از سرمایه‌خود ناشی شده باشد، در نظر گرفتن این مورد به مثابه مصادره با منطق و قواعد حقوق مطابقت بیشتری دارد. «مصادره یک دارایی یا یک حق بدین شکل توصیف می‌شود که اگر ناپدید مالکیت مال رخ نداشته باشد، حداقل ناپدید بهره‌برداری از آن مال یا دسترسی به آن برای شخص مورد مصادره به‌وقوع پیوسته باشد». مقرراتی که سوددهی یک سرمایه‌گذاری را کاهش می‌دهند اما آن را به‌طور کامل از بین نمی‌برند، همچنان قدرت کنترل آن را به سرمایه‌گذار می‌دهند، به‌طور کلی به عنوان مصادره غیر مستقیم توصیف نمی‌شوند حتی اگر این مقررات موجب مسئولیت دولت در خصوص تخلف از دیگر شرایط رفتاری از جمله رفتار ملی یا رفتار منصفانه شود.^{۲۷}

سرانجام، شایان ذکر است که ازدست‌دادن ارزش سرمایه‌گذاری به منزله مبنای کافی برای وجود یک مصادره در نظر گرفته نشده است. حتی در جایی که این ازدست‌رفتن کاملاً قابل توجه و قابل مقایسه باشد با ازدست‌رفتن ارزش‌های سرمایه‌گذاری‌ای که در پرونده کمپانی «ال پاسو» مورد ادعا قرار گرفته شده است. مثلاً در دعوی «LG & E» درباره لیسانس بیش از ۹۰ درصد آن‌ها که ناشی از لغو ضمانت‌های اصلی سیستم تعرفه گمرکی از سوی خواننده بود و کاهش یافته بود، دیوان قائل به وجود یک مصادره نبود، به این دلیل که این اقدامات به خودی خود «با قدرت سرمایه به منظور ادامه دادن تجارتش» در تراحم نبوده است، هرچند این کسب سود و منفعت شدیداً تقلیل یافته باشد. مقرراتی که سوددهی یک سرمایه‌گذاری را

26. El Paso Energy International v. The Argentine Republic, Op.cit, Paras 249-256.

27. Ibid Paras 254-255.

کاهش می‌دهند اما آن را به طور کامل از بین نمی‌برند و همچنان قدرت کنترل آنرا به سرمایه‌گذار می‌دهند، به طور کلی به عنوان مصادره غیرمستقیم توصیف نمی‌شوند، حتی اگر این مقررات مسئولیت تخلف از دیگر شرایط رفتاری از قبیل رفتار ملی یا رفتار منصفانه را افزایش دهند.^{۲۸}

نتیجه‌گیری

اصولی که در آرای دیوان‌های داوری به‌خصوص در پرونده ال‌پاسو به کار گرفته شده‌اند، نوآوری در بررسی دعاوی مربوط به مصادره غیر مستقیم محسوب می‌شوند. آرای متعدد داوری که در خصوص دعاوی شرکت‌های خارجی علیه دولت‌های میزبان پس از وضع مقررات این کشورها در راستای خروج از بحران اقتصادی صادر شدند هرگز در بررسی وقوع مصادره غیرمستقیم به این اصول اشاره‌ای نداشتند.

اصول مذکور که از طریق بررسی آرای مهم دیوان‌های داوری در زمینه مصادره غیر مستقیم استخراج شده‌اند ضمن اینکه در مطابقت کامل با معاهدات حمایت از سرمایه‌گذاری دولت‌هاست، با تدقیق بیش‌تر و به صورت موشکافانه‌تری شرایط مصادره غیرمستقیم را تشریح می‌کنند. به بیان بهتر، هرچند شرایط مصادره غیر مستقیم در آرای داوری، معاهدات و دکترین حقوقی از چارچوب‌بندی خاصی پیروی می‌کنند و قبلاً نیز مورد تأیید دیوان‌های داوری قرار گرفته‌اند، با این حال همواره ابهاماتی در خصوص شرایط مذکور وجود داشته است. دیوان در اقدامی جدید و از طریق به‌کارگیری دو اصل محتوایی، نگرشی جدید را درباره شرایط مصادره غیرمستقیم ارائه کرده است که می‌تواند در بررسی دعاوی مصادره غیرمستقیم به‌منزله یک معیار نقش کلیدی داشته باشد.

منابع

کتاب

Brownlie, Ian, 2003, "Principles of Public International Law", 6th Edition, New York: Oxford University Press.

Stern, Brigitte, 2008, "In Search of the Frontiers of Indirect Expropriation", W. Rowin, Arthur(ed.by), **Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation; The Fordham Papers 2007**, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers. Available at:

http://books.google.com/books?id=ToBYrW_moe4C&pg=PA29&lpg=PA29&dq=In+Search+of+the+Frontiers+of+Indirect+Expropriation+2007&source=bl&ots=aG1ccnzh2G&sig=5nF9J47vrBkTqHMhf1zk41FwEM&hl=en&sa=X&ei=xX8NU9CKA8LORqf924HQCA&ved=0CCUQ6AEwAA#v=onepage&q=In%20Search%20of%20the%20Frontiers%20of%20Indirect%20Expropriation%202007&f=false

مقاله

Abtahi. Robert, 2011, "Indirect Expropriations in the Jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal", **Journal of Law and Conflict Resolution** Vol. 3(7), pp. 80-88.

Kunoy, Bjørn, 2006, "The Notion of Time in ICSID's Case Law on Indirect Expropriation", **Journal of International Arbitration**, Vol 23(4), pp. 337-349. Available at:
http://is.muni.cz/el/1422/podzim2011/MVV61K/um/20201574/Time_in_ICSID_indirext_exprop..pdf

Ruza, Alice, **Indirect Expropriation In International Law: Balancing The Protection Of Foreign Investments And Public Interests**, Phd programme in international studies, academic year 2010/2011, School of international studies university of Trento. Available at:
<http://elawnigeria.com/articles/Indirect%20Expropriation%20in%20International%20Law.pdf>

Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), September 2004, "**Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law**", in Working Papers on International Investment. Available at:
<http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/33776546.pdf>

Schreuer, Cristoph H., 2005, "The Concept of Expropriation under the ECT and other Investment Protection Treaties", **Transnational Dispute Management**, Vol. 5, pp. 1-36. Available at:
www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=596

- U.N. Conference on Trade and Development (UNCTAD), 1998, **Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s**, New York and Geneva, United Nations Publication, U.N Doc. UNCTAD/ITE/IIT/7.
- U.N. Conference on Trade and Development (UNCTAD), 2011, **Expropriation: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement II (A sequel)**, UN, UNCTAD, New York and Geneva, United Nations Publication, UN Doc. UNCTAD/DIAE/IA/2011/7.

