



## انتساب سلب مالکیت غیرمستقیم اموال سرمایه‌گذار خارجی به دولت در پرتو رویه‌دآوری‌های بین‌المللی\*



علی دلداری\*\* - دکتر محمود جلالی\*\*\* - دکتر لیلا رئیسی\*\*\*\*

This is an open access article under the CC BY license (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).

### چکیده

سلب مالکیت غیرمستقیم یکی از مسائل مهم، پرمناقشه و بحث‌انگیز در حقوق سرمایه‌گذاری خارجی است. از چالش‌های مهم سلب مالکیت، انتساب فعل یا ترک فعل منجر به سلب مالکیت به دولت است که، در هاله‌ای از ابهام قرار دارد. سوال اساسی مقاله این است که، چه فعل یا ترک فعلی منجر به سلب مالکیت غیرمستقیم از اموال می‌شود؟ در صورت احراز محرومیت سرمایه‌گذار از سرمایه در سرمایه‌گذاری‌های در قالب قرارداد آیا سلب مالکیت محقق می‌شود؟ پژوهش حاضر با روش تحلیلی و توصیفی با استفاده از منابع کتابخانه‌ای به این نتیجه رسیده که قبلاً، شدت و ضعف محرومیت اساسی سرمایه‌گذار از حقوق مالکانه، و میزان منفعت اساسی دولت میزبان با تفاسیر متنوع و تشتت آراء دآوری همراه بوده که هر محرومیتی را اساسی تلقی نکرده و هر منفعتی را ضروری تشخیص نداده‌اند؛ اما امروزه، در صورت تعارض بین منفعت دولت میزبان و سرمایه‌گذار این امر به آرامی اما قاطعانه در حال چرخش بسوی سرمایه‌گذاری‌هایی با رویکردی نو است که دولت را به‌عنوان حاکم مطلق به رسمیت شناخته است. هدف پژوهش پیش‌رو رسیدن به این مقصود است که: تمایز بین سرمایه‌گذاری از طریق معاهده و قرارداد را در سلب مالکیت بررسی کند. نقش ارگان‌ها و نهادهای سرمایه‌گذاری و همچنین سازمان‌های زیست‌محیطی را در سلب مالکیت بررسی، و تلاش جهت جلوگیری از بوجود آمدن مسئولیت داخلی و بین‌المللی دولت‌ها و ایجاد هماهنگی بین دولت و نهادهای دولتی است.

**کلیدواژگان:** سرمایه‌گذاری خارجی، منفعت اساسی، محرومیت اساسی، سلب مالکیت، انتساب عمل به دولت.

\* این مقاله برگرفته از رساله دکتری علی دلداری با عنوان «حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری» و راهنمایی دکتر محمود جلالی است.

\*\* دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشگاه آزاد اسلامی واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران

\*\*\* نویسنده مسئول، دانشیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران. / ایمیل: [m.jalali@ase.ui.ac.ir](mailto:m.jalali@ase.ui.ac.ir)

\*\*\*\* دانشیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشگاه آزاد اسلامی واحد اصفهان (خوراسگان)، اصفهان، ایران.

## مقدمه

امروزه بر تمام کشورها محرز شده که، ورود آنها به بازار رقابتی تجارت بین‌الملل<sup>۱</sup> و ارتقای سطح رفاه جامعه نیازمند جذب سرمایه خارجی است. سرمایه‌گذاری خارجی<sup>۲</sup> واجد فوایدی مانند افزایش تولید و صادرات، کاهش بیکاری و انتقال فناوری به داخل کشور است. به همین دلیل بسیاری از کشورها که خواهان جذب هرچه بیشتر سرمایه<sup>۳</sup> هستند دست به تصویب قوانینی می‌زنند که هرچند سرمایه‌گذاران را تشویق به حضور در آن کشور می‌کند از سوی دیگر محیط‌زیست<sup>۴</sup> و... را در بلندمدت به ناپودی می‌کشاند (Ziaee, 2014: 195). از آنجا که محیط‌زیست ابزار مهمی برای نظارت و مدیریت توسعه پایدار سرمایه‌گذاری است (Naderi and et.al, 2020: 111). و به عنوان یک امانت عمومی باید برای نسل‌های آینده حفظ شود و کشورها و افراد برای استفاده از آن دارای حق و تکلیف هستند و با توجه به اسناد حقوق بشری نسل سوم در خصوص حق بر محیط‌زیست سالم، دولت‌ها تعهداتی دارند که موظف به انجام آن می‌باشند (Amiri and et.al., 2021: 135).

در این بین ممکن است رفتار یا عملی باعث محرومیت اساسی و بنیادین سرمایه‌گذار از حقوق مالکانه خود به صورت دائمی یا طولانی گردد. از طرف دیگر رفتار یا عمل انجام شده ممکن است از سوی دولت یا نهادهای دولتی صورت گرفته باشد که منجر به سلب مالکیت گردد. پس برای احراز سلب مالکیت: ۱. سرمایه‌گذار به صورت اساسی از حق مالکیت خود به مدت طولانی محروم شده باشد، ۲. عمل انجام شده برای سرمایه‌گذار غیرقابل پیش‌بینی باشد، ۳. توسط ارگان‌های دولتی انجام شود، ۴. سلب مالکیت برای دولت منفعتی نداشته باشد (Maihami and Bagheri, 2016: 405). به همین علت در برخی از نظام‌های حقوقی داخلی، اینکه آیا اقدامات اتخاذی، منافع مستقیمی برای دولت، ایجاد کرده است یا خیر، در تعیین سلب مالکیت مورد توجه زیادی قرار می‌گیرد. برای نمونه در سال ۲۰۰۶ دیوان عالی کانادا ادعای سلب مالکیت از سوی شرکت راه آهن را نپذیرفت. با این استدلال که اقدام به محدودسازی استفاده غیراقتصادی از ملک و توقف توسعه بخشی از زمین متعلق به شرکت راه آهن، منافع سودمند و شایان توجهی برای شهر (دولت) نداشته است (Ebrahimpour Asanjani and Salimi Dinani, 2021: 808).

با توجه به مطالب بالا گاهی اوقات فعالیت سرمایه‌گذاران در کشور سرمایه‌پذیر باعث آلودگی زیست‌محیطی، به هم زدن بهداشت و سلامت جامعه و حقوق محیط‌زیست بشر می‌شود؛ در مقابل

<sup>1</sup>. International Trade

<sup>2</sup>. Foreign Investment

<sup>3</sup>. Capital

<sup>4</sup>. Investors

<sup>5</sup>. Environmental

دولت‌ها، نهادهای وابسته به دولت و سازمانهای داخلی برای مقابله با این وضعیت شوم دست به اقداماتی می‌زنند که ممکن است باعث محرومیت سرمایه‌گذار شود.<sup>۱</sup> پژوهش حاضر با عنوان انتساب سلب مالکیت غیرمستقیم اموال سرمایه‌گذار خارجی به دولت در پرتو رویه داورهای بین‌المللی، در صدد پاسخ به این سوالات است که: آیا مقرراتی که از سوی نهادها، سازمان‌ها و... به هر دلیلی وضع می‌شود قابل انتساب به دولت است و سلب مالکیت غیرمستقیم تلقی می‌شود؟ از طرف دیگر، در تعارض محرومیت اساسی سرمایه‌گذار از اموال و منفعت اساسی کشور میزبان چگونه باید عمل کرد؟ تاثیر بین سرمایه‌گذاری در قالب معاهده و سرمایه‌گذاری در قالب قرارداد در سلب مالکیت چیست؟

فرض اساسی مقاله براین مبنا استوار است که: ۱. اگر سرمایه‌گذار به مدت طولانی و تمامی ارزش اقتصادی سرمایه را از دست داده باشد، ۲. با توجه به اوضاع و احوال دولت میزبان از آن اطلاعی نداشته باشد، ۳. سرمایه‌گذاری بین دولت میزبان و سرمایه‌گذار منعقد شده باشد، ۴. از محرومیت سرمایه‌گذار منفعتی برای مردم حاصل نشده باشد و تبعض آمیز باشد، سلب مالکیت رخ داده است. در غیراین صورت سلب مالکیت احراز نشده است.

برای رسیدن به این مقصود، بررسی موضوع مدنظر را با روش توصیفی، تحلیلی و استفاده از منابع کتابخانه‌ای، بررسی می‌کنیم. هدف پژوهش حاضر، کشف میزان تاثیرگذاری عمل دولت و ارکان دولتی بر سلب مالکیت از یک‌سو، وجود معاهده بین دولت میزبان و دولت سرمایه‌گذار یا وجود قرارداد بین سرمایه‌گذار و ارگان‌های غیردولتی از سوی دیگر، در نهایت ارائه راه کارهایی به منظور پیشگیری و مقابله با سلب مالکیت و تعامل بین دولت و ارگان‌های دولتی، در توافقات سرمایه‌گذاری است (در این پژوهش برای تمایز با سایر مقالات به مقایسه سرمایه‌گذاری بین دولت و سرمایه‌گذار در قالب معاهده و اشخاص با هم در قالب قرارداد پرداخته شده و تاثیر آن در سلب مالکیت بررسی شده است).

## ۱- پیشینه پژوهش

سمیرا محسن‌پور (۱۳۹۵) در کتاب «سرمایه‌گذاری خارجی و حفاظت از محیط‌زیست در حقوق بین‌الملل»، به بررسی تاثیر سرمایه‌گذاری در محیط‌زیست پرداخته و به مواردی از سلب مالکیت اشاره کرده، اما به چرایی رد یا پذیرش سلب مالکیت اشاره نکرده است (Mohsenpour, 2016). مهدی میهمی و محمود باقری در مجله مطالعات حقوق انرژی، دوره ۲، شماره ۲ (۱۳۹۵)، با عنوان «تحلیل نظریات موجود در احراز سلب مالکیت غیرمستقیم و تحولات آن در خصوص

<sup>۱</sup> البته باید توجه داشت که برخی سرمایه‌گذاری‌ها در راستای حفظ محیط‌زیست و توسعه فناوری‌های پاک صورت می‌گیرد.

سرمایه‌گذاری در حوزه انرژی» به بررسی اثبات سلب مالکیت پرداخته که، اولاً: سرمایه‌گذار بصورت واقعی از سرمایه خود محروم شده و از طرفی به آن آگاهی نداشته و ثانیاً: فعل و رفتار انجام شده از طرف دولت بوده است اشاره دارد. اما اگر محرومیت سرمایه‌گذار از طرف دولت نبوده یا قرارداد سرمایه‌گذاری با نهادهای غیردولتی بوده اشاره نکرده است (Maihemi and Bagheri, 2016). حسین پیران در مجله حقوقی شماره ۱۹ و ۱۸ (۱۳۷۴)، در مقاله با عنوان «مصادره غیرمستقیم در حقوق بین‌الملل و رویه دیوان داوری ایران و آمریکا» به بحث سلب مالکیت و اینکه محرومیت سرمایه‌گذار باعث سلب مالکیت وی شده یا عمل به دولت منتسب است یا خیر پرداخته است، اما آیا سرمایه‌گذار در اثر نقض معاهده یا نقض قرارداد سرمایه را از دست داده اشاره نکرده است (Piran, 1995).

در قضیه آنتونیو گنزو و برونندی،<sup>۱</sup> مرجع داوری ایکسید در مورد لغومجوز بیان داشته: از آنجا که ... لغومجوز منطقه آزاد صادرات از ناحیه وزارت صنایع و بازرگانی، سرمایه‌گذاران را مجبور به توقیف عملیات نموده ... و سرمایه‌گذاران را از فعالیت بازداشته و آنها را از منافع مورد انتظار سرمایه‌گذاری محروم ساخته است، اقدام مورد اعتراض را می‌توان بعنوان «اقدامی با آثار مشابه محروم‌سازی یا اعمال محدودیت بر دارایی، قلمداد نمود و حکم آن را بر این اساس صادر کرد...» (Antoine Goetz v. Brundi, 2013). در این قضیه هرچند به محرومیت و محدودیت در اثر لغومجوز اشاره کرده، اما به سلب مالکیت و این که عمل وزارت صنایع به دولت منتسب است یا خیر اشاره نکرده است.

نوآوری پژوهش حاضر این است که، داوران در صورت مواجهه با مساله محرومیت اساسی سرمایه‌گذار و منفعت اساسی دولت میزبان تحت تاثیر مسائل زیست محیطی، منابع طبیعی و... تمایل به رعایت مسائل حقوق جمعی دارند؛ از طرف دیگر برای اینکه سلب مالکیت منتسب به دولت باشد، سرمایه‌گذاری باید بین دولت و سرمایه‌گذار در قالب معاهده باشد و سرمایه‌گذاری در قالب قرارداد و بین نهادهای غیردولتی سلب مالکیت تحقق پیدا نمی‌کند (هرچند سرمایه‌گذار از سرمایه‌اش محروم شده باشد)، زیرا سلب مالکیت عملی ذاتا دولتی است و عمل نهادهای غیردولتی جز در موارد استثنایی قابل انتساب به دولت نیست.

پس ملاحظات و سوابق داوری بخوبی آشکار می‌سازد که فعل یا ترک فعل دولت و نهادهای غیردولتی (در قالب معاهده یا قرارداد) به عنوان مفهومی نو در تحولات سلب مالکیت در داوری‌ها، رویه قضایی و دکترین حقوقی وارد نشده است و خلاء تئوری پردازی در این خصوص در سرمایه‌گذاری‌ها محسوس است.

<sup>۱</sup>. Goetz v. Brundi Antoine

## ۲- مبانی نظری

قبل از ورود به بحث اصلی، لازم است به اختصار به بررسی مفهوم سرمایه‌گذاری خارجی، انواع سرمایه‌گذاری خارجی، سلب مالکیت و ارکان مسئولیت بین‌المللی دولت در سلب مالکیت پردازیم.

### ۲-۱- مفهوم سرمایه‌گذاری خارجی

عبارت سرمایه‌گذاری در کنوانسیون ایکسید، جایگاه محوری دارد. با این حال، کنوانسیون هیچ تعریف یا حتی توصیفی از این مفهوم پایه ارائه نمی‌کند. در جریان بحث‌های تدوین کنوانسیون، چندین تعریف پیشنهاد و بررسی شد ولی در متن نهایی کنوانسیون وارد نشد. با توجه به اختلاف نظرها تلاش برای ارائه یک تعریف مورد قبول عام، در پرتو الزام اساسی رضایت طرفین، کنار گذاشته شد و تعریف سرمایه‌گذاری و بواسطه آن، تعیین گستره دقیق صلاحیت مرکز به خود طرفین دعوا واگذار شد. آرون بروشه (۲۰۱۹) معتقد است شناسایی سرمایه‌گذاری آسان‌تر از تعریف آن است، این تصمیم را سازگار با ماهیت اجماعی کنوانسیون دانسته است (Broches, 2019: 362).

بخش اعظم اختلافات ارجاعی به ایکسید بر مبنای رضایت در معاهدات دوجانبه و قوانین انجام پذیرفته است. اما این به معنی آزادی عمل نامحدود طرفین نیست و آنها نمی‌توانند با توافق، هر اختلافی را به ایکسید ارجاع نمایند. بعنوان مثال، معاملات تجاری عادی، صرف نظر از چگونگی توافق طرفین، قابل ارجاع به ایکسید نیست زیرا مطابق کنوانسیون، اختلاف باید مستقیماً ناشی از یک سرمایه‌گذاری باشد. مرجع حل اختلاف ایکسید یک معیار دوگانه را بکار گرفته‌اند: اول؛ ناظر بر این است که آیا فعالیت بازرگانی مورد نظر در قلمرو رضایت طرفین قرار دارد؟ دوم؛ سنجش آن با الزامات کنوانسیون است. اگر صلاحیت بر مبنای معاهده سرمایه‌گذاری یا قانون ملی سرمایه‌گذاری، حاوی شرط رضایت باشد، تعریف سرمایه‌گذاری در آن معاهده یا قانون لحاظ خواهد شد. بعلاوه، دیوان باید قانع شود که آن فعالیت مطابق مفهوم مورد نظر کنوانسیون نیز یک سرمایه‌گذاری تلقی می‌شود. به تعبیر دیگر، داوری در ایکسید دارای دو مبنای صلاحیتی است. مبنای اول، مربوط به الزامات صلاحیتی معاهده دوجانبه و مبنای دوم مربوط به الزامات صلاحیتی مندرج در بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون در ارتباط با نوع اختلاف است.<sup>۳</sup>

<sup>۱</sup>. International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

<sup>۲</sup>. Aron Broches

<sup>۳</sup>. بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون واشنگتن که به صلاحیت مرکز اختصاص دارد، اشعار می‌دارد: «صلاحیت مرکز، هر اختلاف حقوقی را که مستقیماً ناشی از یک سرمایه‌گذاری بین دولت متعهد... و یک تبعه دولت متعهد دیگر است شامل می‌شود، به شرطی که طرفین اختلاف، رضایت خود را برای ارجاع اختلاف به مرکز، بصورت مکتوب اعلام کرده باشند. هنگامی که طرفین رضایت خود را اعلام کردند، هیچ یک از آنها نمی‌توانند بطور یک‌جانبه آنرا پس بگیرند». ایکسید صلاحیت موضوعی، تخصصی و صلاحیت شخصی دارد.

در قضیه سی‌اس‌اوبی علیه اسلواکی<sup>۱</sup> قرارداد بین خواهان و خوانده به یک معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری اشاره داشت که در آن داوری ایکسید پیش‌بینی شده بود. تصور این بود که، طرفین، معامله خود را به‌منزله یک سرمایه‌گذاری در چارچوب کنوانسیون قلمداد کرده‌اند ولی محکمه آنرا نپذیرفت و اعلام کرد: «... دیوان برای بررسی ماهیت دعوا، یک معیار دوگانه بکار برده: نخست، آیا اختلاف از یک سرمایه‌گذاری در چارچوب (تعریف ذکر شده در معاهده یا قرارداد سرمایه‌گذاری) کنوانسیون ناشی می‌شود؟ (صلاحیت موضوعی) اگر چنین است، آیا اختلاف مربوط به همان سرمایه‌گذاری می‌شود که در رضایت طرفین به داوری ایکسید، مطابق معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری و معانی مندرج در ماده یک آن تعریف شده است؟» (CSOB, 1999: 251). پس با توجه به مطالب بالا هر سرمایه‌گذاری، بعنوان سرمایه‌گذاری خارجی محسوب نمی‌شود؛ و تعریف طرفین باید مدنظر قرار گیرد و اختلاف حاصله نیز از سرمایه‌گذاری ناشی شده باشد. (صلاحیت شخصی، موضوعی و تخصصی را باید مد نظر قرارداد).

## ۲-۲- انواع سرمایه‌گذاری خارجی

### ۲-۱- سرمایه‌گذاری مستقیم<sup>۲</sup>

بر اساس تعریف کنفرانس سازمان ملل در مورد تجارت و توسعه (آنکتاد)<sup>۳</sup> سرمایه‌گذاری مستقیم عبارت است از: «ایجاد و کسب منافع پایدار برای اشخاص حقیقی و حقوقی کشوری در یک فعالیت اقتصادی واقع در کشور دیگر، به‌نحوی که این منافع پایدار دلالت بر وجود رابطه بلندمدت میان سرمایه‌گذاری مستقیم از یک‌سو و موضوع سرمایه‌گذاری از سوی دیگر دارد. همچنین مدل سرمایه‌گذاری به‌گونه‌ای است که سرمایه‌گذار بر مدیریت موضوع سرمایه‌گذاری تأثیرگذار است، و حداقل ۱۲ درصد از سهام شرکت را در اختیار دارد. بدیهی است کلیه معاملات آتی بین شرکت‌های وابسته و تابعه شرکت‌های پذیرنده FDI، نیز در طبقه‌بندی معاملات FDI وارد می‌شود» (UNCTAD, 2019).

### ۲-۲- سرمایه‌گذاری غیرمستقیم خارجی<sup>۴</sup>

اگر سرمایه‌گذار با خرید سهام یک شرکت در سرزمین دولت میزبان تنها بدنبال کسب سود بوده و قصد نداشته باشد کنترل و مدیریت بنگاه اقتصادی را کاملاً در اختیار گیرد، سرمایه‌گذاری از نوع پرتفولیو<sup>۵</sup> (غیرمستقیم) خواهد بود. بعبارت دیگر، در سرمایه‌گذاری مستقیم سرمایه‌گذار

<sup>۱</sup>. CSOB v. Slovakia Republic, (1999).

<sup>۲</sup>. Foreign Direct Investment (FDI)

<sup>۳</sup>. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (2019). (UNCTAD).

<sup>۴</sup>. Foreign Indirect Investment

<sup>۵</sup>. Portfolio Investment

بدنبال منافع طولانی مدت و تاثیرگذاری قابل توجهی بر مدیریت و کنترل آن شرکت است اما در سرمایه‌گذاری غیرمستقیم کسب سود برای او اولویت دارد و سرمایه‌گذار ممکن است به محض ترقی در ارزش سهام، بفروش آن و خرید سهام جایگزین اقدام نماید (Piran, 2019: 72).

### ۲-۳- سلب مالکیت در سرمایه‌گذاری خارجی

سلب مالکیت از لحاظ حقوقی شامل سلب مالکیت مستقیم<sup>۱</sup> و سلب مالکیت غیرمستقیم<sup>۲</sup> است. سلب مالکیت مستقیم زمانی است که دولت رأساً و به‌طور رسمی یا غیر از آن اقدام به مداخله در اموال بیگانگان نماید. سلب مالکیت غیرمستقیم که به آن سلب مالکیت پنهانی یا خزنده<sup>۳</sup> گویند، هنگامی مطرح می‌شود که به‌موجب قوانین ملی آثار سلب مالکیت نسبت به مال کشور سرمایه‌فرست حاصل شود؛ و در نهایت موجب دست کشیدن صاحب مال از آن گردد چرا که ادامه دادن وضع موجود برای او مقرون به‌صرفه نخواهد بود و به‌طور کلی تمتع و استیفای حقوق مالکانه نسبت به مال غیرممکن می‌شود. تفاوت اساسی سلب مالکیت مستقیم و غیرمستقیم در نحوه انتقال مالکیت و مرجع آن است که در سلب مالکیت مستقیم اصولاً دولت با اخذ مال بیگانگان آن‌را به تملک خود درمی‌آورد ولی در سلب مالکیت غیرمستقیم لزوماً انتقال مالکیت به‌دولت صورت نمی‌گیرد اما تاثیر اقتصادی بر سرمایه‌گذار دارد (Mohsenpour, 2016: 67).

### ۲-۴- ارکان مسئولیت بین‌المللی دولت در سلب مالکیت غیرمستقیم

یکی از اصول شناخته شده حقوق بین‌الملل این است که هر دولت مسئول اعمال مخالف حقوق بین‌الملل ارگان‌های اجرایی<sup>۴</sup>، قضایی<sup>۵</sup> و قانون‌گذاری<sup>۶</sup> خود می‌باشد. دکتین حقوق بین‌الملل، بطور یکنواخت این اصل را تایید کرده‌اند، در غیر این صورت بنیان روابط بین‌الملل به‌هم ریخته و دگرگون می‌گردد. دولت‌ها حق ندارند برای فرار از مسئولیت بین‌المللی ناشی از ارگان‌های خود استناد به قانون اساسی یا اصل تفکیک قوای سه‌گانه یا عدم مسئولیت بعضی از ارگان‌های خود استفاده کند، قواعد حقوق بین‌الملل بالاتر و مقدم به قواعد سیستم حقوقی ملی هر کشور می‌باشند (Fayouzi, 2019: 203).

اعمالی که از طرف یک ارگان و سازمان عمومی در یک کشور صورت می‌گیرد در هر شرایط

<sup>۱</sup> Direct Expropriation

<sup>۲</sup> Indirect Expropriation

<sup>۳</sup> Creeping expropriation

<sup>۴</sup> Executive

<sup>۵</sup> Judicial

<sup>۶</sup> Legislative

<sup>۷</sup> منظور از ارگان اجرایی، تمام سازمان‌ها و شخصیت‌هایی می‌باشد که به‌عنوان نیروی اجرایی در کشور انجام وظیفه می‌کنند.

ناشی از عمل فرد یا افرادی می‌باشد که با داشتن صلاحیت‌های لازم به‌نام و برای آن ارگان یا سازمان‌ها حق تصمیم‌گیری داشته‌اند. پس بدیهی است مسئولیت‌های ناشی از تصمیمات آنها نیز در صورتی که قانون را اجرا نکرده باشند دامن‌گیر آنها نشده، بلکه ارگان یا سازمانی که تصمیم به نام آنها گرفته شده است بار این مسئولیت را باید تحمل کند، به عبارتی این دولت است که پاسخگوی اعمال ارگان‌های خود می‌باشد، و فرقی بین ارگان‌ها و سازمان‌های گوناگون یک دولت در روابط بین‌الملل وجود ندارد (Fayouzi, 2019: 203).

از طرفی دیگر، به موجب حقوق بین‌الملل عرفی یک دولت دارای مسئولیت بین‌المللی برای نقض تعهد حقوقی است در صورتی که عمل مورد بحث قابل انتساب به آن دولت باشد. این موضوع در طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به مسئولیت دولت‌ها برای اعمال متخلفانه بین‌المللی پیش‌بینی شده است. بنابراین اگر فعل یا ترک فعلی را بتوان به دولتی منتسب کرد که منجر به نقض یک تعهد حقوقی بین‌المللی (به موجب حقوق بین‌الملل عرفی یا معاهده‌ای) شده باشد، آن‌گاه می‌توان گفت که آن دولت به موجب حقوق بین‌الملل مسئولیت دارد. این موضوع در طرح کمیسیون حقوق بین‌الملل و تفاسیر آن تصریح شده است. بر اساس این قواعد، فعل یا ترک فعل قوای سه‌گانه خود و همچنین مسئولان از جمله پلیس، مقامات نظامی، مهاجرتی و امثال آن دارای مسئولیت می‌باشد (Solhchi, 2013: 109).

#### ۲-۴-۱- مسئولیت اعمال استان‌ها و شهرها و شهرداری‌ها در سلب مالکیت غیرمستقیم

دولت میزبان سرمایه، می‌تواند با سرمایه‌گذاران خارجی هم از طریق ارگان‌های اصلی دولتی، مانند وزارتخانه‌ها، ارتباط داشته باشد و هم از طریق یک شخصیت حقوقی کاملاً متفاوت از نهادهای اصلی دولت، مثل استان‌ها یا شهرستان‌ها. بدیهی است که اقداماتی که منجر به نقض حقوق بین‌الملل می‌شود، حتی اگر بوسیله نهادهای فرعی یک دولت صورت گیرد باز هم منتسب به دولت مرکزی خواهد بود. بر اساس حقوق بین‌الملل در خصوص مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها، دولت در قبال کلیه نهادها و از جمله واحدهای سرزمینی و همچنین نهادهای دولتی که اقتدارات حاکمیتی را اعمال می‌کنند مسئولیت دارد بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی نیز، دولت مسئول اعمال کلیه نهادهای خویش و زیر مجموعه‌های خود است (Dolzer and Shreuer, 2016: 368).

در قضیه ویوندی<sup>۱</sup> دیوان مقرر می‌دارد که: «این امر کاملاً محرز است که اعمال واحدهای سیاسی تابعه دولت فدرال، مثل اعمال استان توکومن آرژانتین، منتسب به دولت مرکزی می‌باشد. کاملاً واضح است که ساختار نظام داخلی یک دولت نمی‌تواند بر این تعهدات خدش‌های وارد

<sup>۱</sup> دولت مسئول اعمال کلیه سازمان‌های گوناگون محلی می‌باشد که در کشور او وظیفه انجام کارهای عمومی و دولتی را به عهده دارند.

<sup>۲</sup> Vivendi.



نماید». دیوان این قاعده را نسبت به عملکرد استان‌ها، شهرستان‌ها، و شهرها اعمال کرده‌اند (Vivendi, 2010: 316). در این قضیه داوری اعمال استان را به دولت منسوب کرده، پس می‌توان گفت اعمال شهر، شهرستان و بخش نیز قابل انتساب به دولت است و سلب مالکیت محسوب می‌شود.

در قضیه آمتو و اکراین مقرر شد که یک «موافقتنامه سرمایه‌گذاری»، صرفاً قراردادی با خود دولت است. پس قرارداد به‌طرفیت شهرداری شهرکیف، حتی در صورتی که اقدامات شهرداری قابل انتساب به دولت باشد، واجد شرایط نیست. دیوان افزود: یک «موافقتنامه سرمایه‌گذاری» باید توافقی میان سرمایه‌گذار و یکی از دو طرف معاهده دوجانبه باشد. شاکی هرگز مستقیماً با دولت طرف معاهده یعنی اوکراین، قرارداد منعقد نکرده است (Amto v Ukraine, 2005: 8).

در قضیه پیش‌رو طرفین قرارداد اجاره و احداث، شاکی و شهرداری کیف است. درست است که اقدامات فرمانداری شهرکیف، احیاناً قابل انتساب به دولت اوکراین است و شاکی حق دارد ادعایی مبنی بر مصادره سرمایه‌گذاری خود به‌موجب اقدامات اجرایی شهرداری کیف مطرح نماید و دعوایی بین‌المللی اقامه کند، منتهی چنین اقدامی باعث نخواهد شد قواعد بین‌المللی، پیوندی میان حکومت مرکزی اوکراین و روابط قراردادی شهرداری‌های آن برقرار کند. در این قضیه قرارداد سرمایه‌گذاری بین شهرداری کیف و سرمایه‌گذار خارجی منعقد شده است و هیچ‌یک از طرفین قرارداد صلاحیت شخصی در نزد دیوان داوری ندارند، از طرفی نقض قرارداد صورت گرفته و اختلاف داخلی است و قابل رسیدگی در دیوان نیست و در محاکم داخلی قابل رسیدگی است.

#### ۲-۴-۲- قوه مقننه و سلب مالکیت غیرمستقیم

قوه مقننه ممکن است با تصویب قوانین خاص و یا امتناع از تصویب قوانین موجب ورود خسارت به بیگانگان شود و از این بابت مسئولیتی بین‌المللی دولت را سبب گردد. در حقوق بین‌الملل دولت یک مجموعه است و تفکیک قوای سه‌گانه در قانون اساسی تأثیری در مسئولیت بین‌المللی ندارد (Piran, 2019: 273).

ماده ۴ طرح پیشنهادی کمیسیون حقوق بین‌الملل در خصوص انتساب رفتار به یک کشور چنین مقرر می‌دارد: ۱. رفتار هر ارگان کشوری، باید بموجب حقوق بین‌الملل، بعنوان عمل آن کشور دانسته شود؛ خواه آن ارگان [وظایف] تقنینی، اجرایی، قضایی یا هر وظیفه دیگر را صرف نظر از موقعیتی که در سازمان کشور دارد و صرف نظر از ویژگی آن بعنوان ارگانی از دولت مرکزی یا واحد سرزمینی کشور اعمال کند. ۲. یک ارگان، متضمن هر فرد یا واحدی است که موقعیت مزبور را مطابق با حقوق داخلی کشور داراست.

در قضیه تکمد<sup>۱</sup> بنظر دیوان عدم تمدید مجوز، مبنای کافی نداشته و تهدیدات زیست‌محیطی

<sup>۱</sup>. Tecmed

آن‌چنان شدید نبوده که سلامتی جمعی را به مخاطره اندازد. به همین خاطر فعل انجام شده توسط قوه قانون‌گذاری و نهاد تمدید‌کننده را موجب سلب مالکیت قلمداد کرده است (Tecmed, 2003: 35). در این قضیه بنظر می‌رسد که مرجع رسیدگی‌کننده بین منفعت دولت‌میزبان و تهدید زیست‌محیطی، اصل تناسب و ضرورت را مدنظر قرار داده و با وجود اینکه راه‌های دیگری برای جلوگیری وجود داشته و قریب‌الوقوع نبوده، عدم تمدید مجوز با سوءنیت همراه بوده، از نظر دیوان ضرورتی به تصویب قانون و سلب مالکیت نبوده است.

### ۲-۴-۳- قوه قضائیه و سلب مالکیت غیرمستقیم

مسئولیت دولت از بابت قوه قضائیه به دو صورت ممکن است. اول، عدم اجرای عدالت در مورد بیگانه و صدور احکام خلاف اصول مسلم حقوق بین‌الملل یا خلاف تعهدات دولت. دوم، از طریق احکامی که فی‌نفسه موجب محرومیت بیگانه از اموال خود می‌گردد (Piran, 2019: 278). در قضیه سی‌ام‌اس علیه آرژانتین دیوان بیان کرد که: «در رابطه با مسئولیت آرژانتین تحت معاهده باید گفت، اصلاً این موضوع مطرح نیست که برخی از اعمال بوسیله قوه قضائیه انجام شده و برخی دیگر بوسیله یک بخش اداری، قوه مجریه یا قوه مقننه انجام شده است». ماده ۴ طرح مسئولیت دولت که بوسیله کمیسیون حقوق بین‌الملل تصویب شده در این رابطه کاملاً شفاف است (CMS, 2003: 70).

پس در معاهدات سرمایه‌گذاری اصل بر وحدت ارگان‌های دولت است، و فعل و ترک فعل آنها در احراز مسئولیت برای دولت حائز اهمیت است. در نتیجه نمی‌توان گفت گروهی از ارگان‌های دولتی وجود دارند که اختصاصاً برای ارتکاب اعمال متخلفانه بین‌المللی تعیین شده‌اند بلکه در واقع هر ارگان دولتی ممکن است مرتکب چنان فعلی شود.<sup>۲</sup>

### ۳- تاریخچه سلب مالکیت

مسئله سلب مالکیت از اموال خصوصی خارجیان در حقوق بین‌الملل به اوایل قرن بیستم باز می‌گردد که دولت‌های مکزیکی و شوروی با الهام از فلسفه‌های نوظهور در زمینه سعادت و بهزیستی اقتصادی و اجتماعی (سوسیالیسم) اموال خصوصی اتباع خود و بیگانگان را در مقیاسی وسیع ملی کردند. بدنبال ملی کردن‌های دیگری که پس از جنگ جهانی دوم در سایر کشورها همچون

<sup>۱</sup>. CMS

<sup>۲</sup>. بطور کلی مراجع رسیدگی‌کننده، به صورت دقیق و عینی، نهادهای مختلف دولت را که اعمالی مرتکب شده و اعمال آنها به دولت منتسب شده را مشخص کرده‌اند، عبارتند از: وزیر دولت، نیروهای نظامی و پلیس، بانک مرکزی، نهادهای تقنینی و دادگاه‌ها می‌شود. اما از سوی دیگر، دیوان‌ها از انتساب اعمال اشخاص خصوصی به دولت اجتناب کرده‌اند.

کشورهای شرق و غرب اروپا و جهان سوم انجام شد بحث و اختلاف به اوج خود رسید که محور اصلی اغلب مناقشات مسئله غرامت قابل پرداخت در قبال سلب مالکیت بود. عمده موارد سلب مالکیت اختلافات زیست محیطی، منابع طبیعی، و... کشورها از اموال شرکت‌ها بود و داوری‌های بین-المللی به‌مواردی مانند، SPP علیه مصر (1973)، (Mosenpour, 2016: 236)، اسکر دینو علیه ایتالیا (۲۰۰۶)، (Mohsenipour, 2016: 235)، رسیدگی کردند. داوری ایکسید در قضیه الگیون و پاراگوئه فقط فعل دولت را در وقوع سلب مالکیت مدنظر قرار داد و بیان کرد که: «سلب مالکیت در غایت برای وقوع، مستلزم فعل است؛ ترک فعل، هر چند که فاحش باشد، برای تحقق سلب مالکیت، کافی نیست» (Eudoro, 2001: 48). در این قضیه داوری فقط فعل دولت را در سلب مالکیت قرار داده است. در قضیه تلنور و مجارستان<sup>۳</sup> داوری ایکسید برای سلب مالکیت در منفعت اساسی بیان کرد که: «یکی از راه‌های تشخیص سلب مالکیت، تعیین این نکته است که آیا اقدام مورد نظر در راستای وظایفی که دولت برای تنظیم و سازماندهی رفاه عمومی بر عهده دارد، بوده یا خیر» (Telenor, 2006: 119).

#### ۴- معیارهای تحقق سلب مالکیت

یکی از گام‌های مقدماتی در رسیدگی به ادعای سلب مالکیت، موضوع انتساب عمل به دولت است. انتساب عمل مورد شکایت به دولت از عناصر مهم مسئولیت دولت<sup>۴</sup> در حقوق بین‌الملل است و بی‌شک بار اثبات این امر به‌دوش طرفی است که مدعی چنین انتسابی است. در این رابطه، مدعی باید ثابت کند که از کنترل اموالش بطور اساسی محروم شده و عمل مورد ادعا که منجر به محرومیت وی گردیده، قابل انتساب به دولت است. اثبات نشدن چنین ارتباطی منجر به رد دعوی می‌شود (Piran, 2019: 272). پس می‌توان گفت که برای تحقق سلب مالکیت باید به سه عنصر، ساختار دولتی، تاثیر اقتصادی و محرومیت سرمایه‌گذار توجه داشت.

#### ۴-۱- ارزیابی ساختاری عملکرد دولت در سلب مالکیت

بر اساس حقوق بین‌الملل، رفتار هر یک از نهادهای دولت، رفتار دولت تلقی می‌شود صرف نظر از جایگاهی که در سازمان دولتی دارد.<sup>۵</sup> بنابراین انتساب رفتاری که به نقض حقوق بین‌الملل منجر می‌شود، کافی است وجود یکی از عناصر: ارگان دولت (ساختار)، از اختیار اعمال اقتدارات حاکمیتی برخوردار باشد (کارکرد) و یا نهاد مربوطه تحت کنترل دولت باشد (کنترل)

<sup>۱</sup>. Scordino

<sup>۲</sup>. Olguin v. Paraguay

<sup>۳</sup>. Telenor v. Hungary

<sup>۴</sup>. Government's Responsibility

<sup>۵</sup>. رفتار فرد یا گروهی از افراد بر اساس حقوق بین‌الملل رفتار دولت محسوب می‌شود مشروط بر آنکه، فرد یا گروه

تحت کنترل دولت اقدام کنند (International Law Commission, Article 8).

(Ebrahimagol, 2018: 59). هر چند دولت‌ها در داخل از حاکمیت مطلق برخوردارند، اما در سرمایه‌گذاری خارجی، فعل دولت باید متعارف و متناسب با اقدام باشد.

#### ۴-۱-۱- انتساب فعل یا ترک فعل به دولت در سلب مالکیت

عمل متخلفانه بین‌المللی یک کشور هنگامی منتسب به دولت است که، رفتار دربرگیرنده یک فعل یا ترک فعل<sup>۳</sup>؛ اولاً؛ به موجب حقوق بین‌الملل، قابل انتساب به کشور باشد؛ ثانیاً؛ نقض تعهد بین‌المللی کشور را بنیان نهد. بنابراین، انتساب رفتار به دولت، بر اساس معیارهای تعیین شده به موجب حقوق بین‌الملل صورت می‌گیرد و نه به صرف احراز وجود رابطه سببیت موضوعی (Mohsenpour, 2016: 363). حال فعل دولت چیست؟ مرجع حل اختلاف ایکسید در قضیه مافزینی<sup>۴</sup> مقرر داشت: «اگر قرار است فعل یک نهاد برای تحقق مسئولیت، فعل دولت تلقی شود، آن فعل باید به فعالیت‌های دولتی مربوط شود و نه دیگر فعالیت‌های تجاری یا خصوصی که ممکن است در آن دخالت داشته باشد. در این قضیه دیوان اظهار داشت که فقط اقداماتی که ماهیت حکومتی داشته باشد، قابل انتساب به دولت است» (Maffezini, 2004: 48).

حال سوال این است که، آیا تفاوتی بین نقض اعمال حاکمیتی<sup>۵</sup> با نقض اعمال صرفاً تجاری<sup>۶</sup> وجود دارد؟ قرارداد بین دولت‌ها و اشخاص، معاهده بین‌المللی نیست و نمی‌توان آثار معاهدات سرمایه‌گذاری را با آثار قراردادهای تجاری قیاس کرد. البته این امر معلول تفاوت در ماهیت و مفهوم نقض قرارداد با نقض معاهده است؛ زیرا نقض معاهدات، مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها و نقض قرارداد مسئولیت داخلی دولت را ایجاد می‌کند. همین امر معیار طبقه‌بندی سنتی اعمال دولت‌ها به اعمال تصدی‌گری و حاکمیتی شده است. بر این مبنا، نقض معاهده بین‌المللی یا نقض قواعد حقوق بین‌الملل توسط دولت، تنها وقتی منجر به مسئولیت بین‌المللی می‌گردد که دولت اقدام به عمل حاکمیتی کرده باشد. اقدام دولت در نقض یک قرارداد صرفاً تجاری، مشابه اقدام هر شخص دیگر در تمام معاملات تجاری است که طبیعتاً نقض تعهد بین‌المللی را بدنال ندارد. این قاعده در اکثر معاهدات سرمایه‌گذاری مورد پذیرش قرار گرفته است (Borchard, 1934: 177). به عنوان مثال در دعوای تناریس و تالتا علیه دولت ونزوئلا، با وجود استدلال دولت ونزوئلا مبنی بر اینکه سلب مالکیت ماتیسسی<sup>۷</sup> بر اساس اعمال اقتدار حاکمیتی و مطابق الزامات حقوق بین‌الملل است،

<sup>۱</sup>. Proportionality

<sup>۲</sup>. Governmental Organs

<sup>۳</sup>. Act or Omission

<sup>۴</sup>. Maffezini

<sup>۵</sup>. Exercise of Sovereignty

<sup>۶</sup>. Commercial Practices

<sup>۷</sup>. شرکت Talta تحت مالکیت شرکت Tenaris در دهه ۱۹۹۰ به‌دنبال خصوصی‌سازی صنعت فولاد ونزوئلا کنترل صادرات بخش اصلی فولادهای کشور ونزوئلا و سایر کشورهای آمریکای جنوبی را بدست گرفت و بعدها با یک

از نظر دیوان، ونزوئلا بدلیل محقق نساختن الزامات ملی‌سازی طبق قانون داخلی خود یعنی تخطی از طی مراحل قانونی ضروری، مرتکب سلب مالکیت غیرقانونی شده است (Tenaris and Tatla, 2016: 495). بنابراین در احراز سلب مالکیت به مفهوم اعم، گام اول، بررسی قابلیت انتساب عمل به دولت است. در دعوی شرکت‌های تناریس<sup>۱</sup> و تالتا<sup>۲</sup> علیه ونزوئلا در خصوص انتساب عمل شرکت CVG FMO، که متهم به اعمال تبعیض در تخصیص منابع اولیه بود، دیوان ایکسید در خصوص انتساب اعمال شرکت مذکور به کشور ونزوئلا این‌گونه استدلال کرد که به‌صرف ارائه خدمات عمومی این نتیجه حاصل نمی‌شود که نهاد اقدام‌کننده دولتی و اقداماتش قابل انتساب به دولت باشد (Tenaris and Tatla, 2016: 381).

بررسی رویه قضایی ثابت می‌کند که رفتار اشخاص خصوصی هیچ‌گاه موجب مسئولیت بین‌المللی دولت نشده است؛ مگر اینکه همراه با فعل یا ترک فعل از سوی یک ارگان دولتی باشد. امکان دارد عمل افراد به دولت نسبت داده شود؛ اما فقط هنگامی که شرکت ارگان دولتی در ارتکاب عمل ثابت شده باشد (Rahimi, 2018: 73).

با توجه به مطالب مطرح شده، فرض وجود تعهد و مسئولیت دولت‌ها در سرمایه‌گذاری خارجی تنها در اعمال حاکمیتی (آن‌هم در غیر موارد منفعت اساسی) قابل تصور است، نه در همه قراردادهای تجارت دیگر، دعاوی مالی ناشی از قرارداد تخصصاً از موضوع معاهده حمایت از سرمایه‌گذاری خارج هستند، مگر اینکه سرمایه‌گذار اثبات کند، در نتیجه عملکرد دولت در نقض تعهدی که اصولاً تعهد معاهده‌ای بوده، بطور اساسی محروم شده است.

۴-۱-۲- تعارض بین منفعت اساسی دولت میزبان و محرومیت سرمایه‌گذار در سلب مالکیت حاکمیت دولت‌ها در قلمرو خود مطلق است، اما گاهی دولتها متعهد به انجام عملی می‌شوند که در تعارض با حاکمیت‌شان است و در شرایطی قرار می‌گیرند که آن تعهد را نقض می‌کنند (دفاع اضطرار)<sup>۳</sup> زیرا با منافع اساسی کشورشان در تعارض است.<sup>۴</sup> به‌عنوان مثال «دولت ایالات متحده در

(ادامه از صفحه پیشین) شرکت ونزوئلایی به نام Matesi ترکیب شدند که در نهایت در سال ۲۰۱۰ پس از اعلام رسمی رئیس جمهور ونزوئلا، این شرکت ملی شد.

<sup>1</sup>. Tenaris

<sup>2</sup>. Talta

<sup>3</sup>. Essential Interest

<sup>4</sup>. Deprivation

<sup>5</sup>. Emergency Defense

<sup>۶</sup>. ماده ۲۵ کمیسیون حقوق بین‌الملل یکی از شرایط استناد به دفاع اضطرار را چنین بیان کرده که: «نقض تعهد بین‌المللی از سوی یک دولت، بایستی تنها راه برای حفظ منافع اساسی آن دولت در مقابل یک خطر جدی و قریب‌الوقوع باشد» (Ebrahimagol, 2018: 89).

قضیه کووید-۱۹ طبق قانون تولیدات دفاعی، تجهیزات بهداشتی را که توسط سرمایه‌گذاران خارجی تولید شده را به نفع دولت توقیف کرد و برخی از شرکت‌ها را موظف به تولید ماسک و تجهیزات تنفسی نمود» (Kraus, 2020). این عمل ایالات متحده هر چند باعث محرومیت سرمایه‌گذار از سرمایه‌اش شده اما سلب مالکیت تلقی نمی‌گردد. زیرا نوعی نظام‌سازی است؛ نظام‌سازی که برای یک دوره کوتاه، درآمذزایی یک سرمایه‌گذار را کاهش می‌دهد ولی بطور کامل آنرا متوقف نمی‌کند و کنترل سرمایه‌گذار ادامه می‌یابد، محرومیت تلقی نمی‌گردند (Lowenfeld, 2017: 215). پس در صورت تعارض بین منفعت اساسی دولت‌میزبان و محرومیت سرمایه‌گذاری رعایت حقوق بشر جمعی بر حقوق (فردی) سرمایه‌گذار برتری دارد و سلب مالکیت تلقی نمی‌گردد.

#### ۴-۲- ارزیابی ارزش اقتصادی فعل دولت در سلب مالکیت غیرمستقیم

در ارزیابی درجه مداخله اقدام دولت در حق مالکیت سرمایه‌گذار، باید تاثیر اقتصادی آن بررسی شود و برای ارزیابی ارزش اقتصادی فعل دولت دو عامل باید مد نظر قرار گیرد که در زیر می‌آید. (Mohsenpour, 2016: 363).

۴-۲-۱- تاثیر کلی یا جزئی بودن محرومیت سرمایه‌گذار از سرمایه در سلب مالکیت غیرمستقیم سرمایه‌گذاران معمولاً پس از ارزیابی قوانین و مقررات داخلی کشور میزبان مبادرت به سرمایه‌گذار می‌کنند. حال ممکن است دولت‌میزبان پس از سرمایه‌گذاری اقدام به افزایش بی‌رویه مالیات، ممنوعیت صادرات و واردات و... کند که تاثیر اقتصادی بر سرمایه‌گذاری وی داشته باشد.

حال آیا افزایش بی‌رویه مالیات، منجر به سلب مالکیت و محرومیت وی می‌شود؟

در پرونده ریور علیه اوپیک سرمایه‌گذار، قراردادی با دولت جامائیکا منعقد نمود که، شرط ثبات در خصوص مالیات‌ها و سایر تعهدات مالی قید شده بود. متعاقباً دولت با نقض این بند از قرارداد، به افزایش بی‌رویه مالیات مبادرت کرد. سرمایه‌گذار با توجه به اقدامات مصادره‌آمیز دولت‌میزبان، درخواست دریافت غرامت داشت. در حالی که آژانس بیمه سرمایه‌گذار (خواننده) اعتقاد داشت که سرمایه‌گذار از کنترل مؤثر سرمایه‌گذاری محروم نشده و لذا نباید پرداختی در خصوص اقدامات سلب مالکیت به وی صورت گیرد. همین مسئله باعث طرح دعوا نزد مرجع داوری شد و دیوان در خصوص اقدامات دولت جامائیکا بیان کرد: «از لحاظ ماهوی اقدامات دولت جامائیکا 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» (Teimouri and et.al., 2018: 19).

<sup>1</sup>. Revere Copper and Brass v. OPIC.

در این قضیه بنظر می‌رسد که، افزایش مالیات بحدی فاحش بوده که موجب ناپایداری اقتصادی سرمایه‌گذاری شده و خواهان کنترل بر سرمایه‌اش را از دست داده است.

اما اگر سرمایه‌گذار از قوانین مالیاتی اطلاعی داشته باشد سلب مالکیت تلقی نخواهد شد. دیوان اروپایی حقوق بشر 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 کرد (ECHR, 2020: 23).

در پرونده ویست منیجمنت علیه مکزیک (راجع به حق امتیاز بازیافت زباله) دیوان حکم داد که صرف عدم پرداخت مبلغی که تحت عنوان موافقتنامه امتیاز باید توسط مقامات شهر آکاپالکو پرداخت می‌شده به منزله لغو مجوز<sup>۲</sup> و سلب مالکیت نیست و قصور دولت در پرداخت صورت حساب‌ها به منزله «نقض آشکار معامله» نبوده و به قصد فسخ معامله صورت نگرفته و حکم حکومتی یا اداری یا قدرت قانونگذاری به منزله سلب مالکیت است (Waste Management, 2003: 161). در قضیه فوق‌الذکر بنظر می‌رسد که محدودیت و ممنوعیت به صورت جزئی و قسمتی از سرمایه بوده و دیوان عدم پرداخت جزئی و موقت را مدنظر قرار داده و سلب مالکیت تلقی نکرده است.

#### ۴-۲-۴- تاثیر مدت زمان محرومیت سرمایه‌گذار از سرمایه در سلب مالکیت غیرمستقیم

سلب مالکیت باید دائمی<sup>۳</sup> و بر کل سرمایه محدودیت یا ممنوعیت ایجاد کند. اگر نظامند سازی کوتاه مدت<sup>۴</sup> باعث کاهش درآمدزایی شده و بطور کامل آنرا متوقف نکرده و سرمایه‌گذار بر سرمایه خود کنترل داشته باشد؛ ممکن است دولت اصل رفتار عادلانه و منصفانه را نقض کرده باشد اما سلب مالکیت رخ نداده است.

در رابطه با تاثیر و دوام فعل دولت بر سرمایه‌گذاری این سوال مطرح می‌شود که: آیا ابطال یا<sup>۵</sup> نقض مجوز سرمایه‌گذاری می‌تواند به عنوان سلب مالکیت مطرح شود؟ در پرونده آژوریکس<sup>۶</sup> علیه آرژانتین، که راجع به نقض حق امتیاز آب بود، بوسیله یکی از ایالت‌های آرژانتین رخ داده بود. دیوان با وجود حکم به وقوع چند مورد نقض مفاد معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، از جمله حکم به نقض رفتار عادلانه و منصفانه، وقوع سلب مالکیت غیرمستقیم را به علت اینکه کنترل سرمایه‌گذار بر شرکت کماکان باقی است را رد کرد. زیرا تاثیر آن به حدی نبوده که سرمایه‌گذار از دستیابی به تمام

<sup>1</sup>. Waste Management

<sup>2</sup>. Cancellation of investment license

<sup>3</sup>. Permanent

<sup>4</sup>. Temporary

<sup>5</sup>. Void of licenses

<sup>6</sup>. Breach of licenses

<sup>7</sup>. Azurix

سرمایه‌اش محروم شود. نظر دیوان براین بود که، ممکن است دولت اصل رفتار عادلانه و منصفانه را نقض کرده باشد اما سلب مالکیت رخ نداده باشد (Azurix, 2006: 283).

در قضیه ام.تی.دی اعلیه شیلی خواهان مدعی بود که با عدم صدور مجوز توسط دولت میزبان و ناکام ماندن تلاش‌های خواهان برای دریافت مجوز مجدد، بخش اعظمی از ارزش سرمایه‌گذاری را از دست داده است و دیگر قادر به ادامه پروژه نمی‌باشد. در واقع خواهان اقدامات دولت میزبان را مصداقی از سلب مالکیت غیر مستقیم می‌دانست اما دیوان دعوی مربوط به سلب مالکیت را رد نمود (MTD, 2004: 56). در این قضیه دیوان کنترل سرمایه‌گذار بر سرمایه‌اش را مدنظر قرار داده و محرومیت را موقت فرض کرده است.

در پرونده متالکلدا، مکزیکی مجوزی جهت توسعه و عملیات دفن زباله‌های خطرناک به شرکت آمریکایی اعطا کرده بود. اما به مرور زمان، مقامات شهرداری محلی از اعطای مجوز لازم برای عملیات ساختمانی امتناع کرده و مقامات منطقه‌ای اعلام کردند که زمین مورد نظر، یک منطقه ملی جهت محافظت از کاکتوس است. دیوان مقرر داشت که: «هریک از طرفین ممکن است مستقیماً یا غیر مستقیم در محدوده سرزمینی اقدام به ملی‌سازی یا سلب مالکیت سرمایه‌گذار طرف دیگر معاهده بنماید یا اقدامی را انجام دهد که به منزله ملی‌سازی یا سلب مالکیت سرمایه‌گذاری باشد...» (Metalclad, 2002: 209). در این قضیه دیوان دولت مکزیکی را واحد تلقی کرده است، زیرا پروژه سرمایه‌گذاری به تصویب دولت رسیده است، هر چند شهرداری محلی طرف سرمایه‌گذاری نیست اما چون سرمایه‌گذاری بین دولت مکزیکی و سرمایه‌گذار است، شهرداری به‌عنوان بدنه دولت محسوب شده و دیوان حکم به سلب مالکیت داده است.

مسئله اصلی در این قضایا فقدان همکاری و یا تطابق بین فعالیت‌هایی است که به دولت قابل انتساب است. موضوع مجوزهای زیست‌محیطی معمولاً در اختیار کمیته‌ای است که ارتباط چندانی با ارگان‌های سرمایه‌گذاری ندارد. وقتی یک مجوز سرمایه‌گذاری صادر می‌گردد و سرمایه‌گذار برای شروع پروژه خویش نیازمند یک مجوز زیست‌محیطی است ولی نهادهای زیست‌محیطی از صدور مجوز امتناع ورزد، باید اقدامات لازم را نسبت به حمایت از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار اتخاذ نماید، ولی عدم صدور مجوز توسط یک نهاد به معنای سلب مالکیت نمی‌باشد، مگر اینکه سرمایه‌گذار تعهد و تضمین خاصی را از دولت میزبان دریافت نموده باشد که بر اساس آن دولت میزبان خود را از تصویب اصول و مقرراتی که بر عملیات سرمایه‌گذاران تأثیر معکوس دارد منع نموده باشد.

<sup>1</sup>. M.T.D

<sup>2</sup>. Metalclad



## نتیجه‌گیری

با توجه به آراء داوری یافته‌های پژوهش، فرضیه اصلی مقاله را تایید و نشان می‌دهد که، در سرمایه‌گذاری در قالب معاهده وظیفه دولت میزبان سرمایه در صورت بروز مشکلات ابتدا پیشگیری است سپس درمان. یعنی در سرمایه‌گذاری‌های خارجی بخصوص مسائل زیست‌محیطی، دولت میزبان باید اصول پیشگیری، تناسب، منفعت اساسی، شفافیت، ثبات و ضرورت را مدنظر قرار دهد. دولت ممکن است گزینه‌های مختلفی برای حفظ نظم و یا منفعت عمومی در اختیار داشته باشد ولی اقدام دولت باید بهترین گزینه برای مقابله با آن باشد یعنی توصیه به جایگزین کردن راه‌های دیگر برای جلوگیری از بروز خسارت. و در صورت نقض تعهد، در آن شرایط هیچ انتخابی جز ارتکاب نقض تعهدات خود نداشته باشد، و متناسب با مسئله در محدود کردن فعالیت سرمایه‌گذار و شدت و ضعف آسیب وارده عمل کند. از طرفی سرمایه‌گذارانی که فعالیت آنها موجب خسارت زیست-محیطی می‌شود، مسئولیت دارند در جهت کاهش خطرات تلاش نمایند تا کمتر در معرض مسئولیت مالی قرار گیرند. پس این دیدگاه هم درمان‌کننده است و هم پیشگیرانه.

اما در سرمایه‌گذاری در قالب قرارداد دولت نقشی نداشته و طرفین قرارداد از بروز مشکلات جلوگیری خواهند کرد. از طرفی، طرفین صلاحیت شخصی ارجاع اختلاف به دیوان داوری را ندارند قابل رسیدگی در دیوان نبوده و سلب مالکیت نیز محقق نشده است، و در مراجع داخلی دولت میزبان به آن رسیدگی خواهد شد.

صرف مالکیت و کنترل بر اموال از طرف دولت سلب مالکیت محسوب نمی‌شود بلکه باید در حقوق قراردادی مداخله‌ای صورت گرفته و چنین مداخله‌ای قابل انتساب به دولت بوده و ماهیت حاکمیتی داشته باشد. در معاهدات نیز، سرمایه‌گذار در مقابل هرگونه سوءاستفاده از اعمال حاکمیتی مورد حمایت قرار می‌گیرد و داوری نیز از سرمایه‌گذار در مقابل مداخلات دولت میزبان در عرصه‌های تقنینی، قضایی، اداری یا دیگر اعمال حاکمیتی حمایت می‌کند مگر این که، سرمایه‌گذار به صورت گسترده‌ای در بروز بحران نقش داشته باشد. هر زمان نهادهای دولتی، مبادرت به سلب مالکیت و نقض استاندارد حمایتی و انتظارات مشروع نمایند یا این نقض به آنها منتسب باشد، به هیچ وجه بحث انتساب یا مراقبت معمول موضوعیت ندارد، چرا که در چنین مواردی دولت مستقیماً مسؤول خواهد بود.

در سرمایه‌گذاری خارجی، سرمایه‌گذار باید با درج شرط عدم مداخله در قرارداد، اختیارات قانون‌گذاری دولت را برای اصلاح یا تعدیل مفاد قرارداد محدود کند و اجازه ندهد که نهادهای سیاسی فرعی و ارگان‌های دولتی هیچ‌گونه اقدام اداری انجام دهند که سرمایه‌گذار را از انتفاع از حقوقش طبق قرارداد محروم کند. اما انتظارات مشروع، اصل اساسی راجع به سرمایه‌گذاری است که، ثبات اقتصادی، شفافیت سیاسی و تقنینی از آن جمله‌اند. پس حق تغییر قوانین حق ذاتی هر دولتی است. اما باید بین ثبات، امنیت و قابلیت پیش‌بینی برای سرمایه‌گذار با حق قانون‌گذاری دولت

میزبان در جهت منفعت عمومی توازن و تناسب ایجاد شود. توصیه می‌شود قبل از سرمایه‌گذاری، دولت میزبان با شفافیت قانون‌گذاری زیست‌محیطی و... مانع تخریب محیط‌زیست شوند؛ زیرا الزام سرمایه‌گذار به حفاظت از محیط‌زیست فراقانونی کشور میزبان، مغایر با اصول رفتار ملی و رفتار عادلانه و منصفانه است. دولت و نهادهای وابسته انتظارات مشروع سرمایه‌گذار را رعایت کنند. اما حمایتی که سرمایه‌گذار تحت این استاندارد در برابر تعرضات مادی یا حقوقی دولت میزبان از آن برخوردار است یک حمایت مطلق و کامل نیست. دولت میزبان جهت جلوگیری از وقوع چنین تعرضاتی یک تعهد کاملاً مشخص و قوی ندارد. در واقع این امر کلاً مورد قبول قرار گرفته است که دولت میزبان تنها مراقبت معمول و مقتضی را اعمال کرده و باید با توجه به اوضاع و احوال خاص هر قضیه تنها اقدامات لازم در جهت حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی را در حد معقول انجام دهد. یعنی تعهدات دولت، تعهد به فعل است نه تعهد به نتیجه. از طرفی سرمایه‌گذار نیز باید قوانین و مقررات دولت میزبان را رعایت کرده و طبق دکترین پاک‌دستی<sup>۱</sup> و حسن‌نیت<sup>۲</sup> در سرمایه‌گذاری عمل کند.

#### References

1. Amiri, M., Raisi, L., Raee, M. (2021). The meanness of implementing countries' commitments to the right to a healthy environment (Anticsi case study of Islamic model document of Iranian progress). *International Studies Journal (ISJ)*, 17(3), 135-155. **(In Persian)**
2. Amto LLC v. Ukraine (2005). Decision Arbitration No. 80 (Arbitration Inst. Of the Stockholm Chamber of Commerce).
3. Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi (2013). Consent and Arbitral Tribunal Competence to Hear Counterclaims in Treaty-based. *ICSID, Arbitrations Foreign Investment Law Journal*, 28(2), 291-300.
4. Azurix corp. v. Argentine Republic (2006). ICSID, Case No. ARB/01/12, Decision on Jurisdiction.
5. Borchard, E. (1934). The Protection of citizens abroad and change of original nationality. *Yale Law Journal*, 43.
6. Broches, A. (2019). The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States ad Nationals of Other States. in *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, Part II*, 136.

<sup>1</sup>. Clean Hands

<sup>2</sup>. Good Faith

7. CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic (2005). ICSID Case No. ARB/01/8, Award of 12 May.
8. CSOB v. Slovakia Republic (1999). (ICSID Case No. ARB/97/4), Decision on Jurisdiction, 24 May.
9. Dolzer, R., Shreuer, C. (2016). Principles of International Investment Law. Translated by Seyed Ghasem Zamani and Behazin Hasibi, Third Edition, Tehran, Share Danesh Institute of Law (Research & Study). **(In Persian)**.
10. Ebrahimgol, A., R. (2018). International Responsibility of the Government Text and Description of the Materials of the Commission on International Law. Tehran: Shahrdanesh, Second Edition. **(In Persian)**
11. Ebrahimpour Asanjan, A., Soleimani Dinani, M. (2021). The confrontation and interaction of indirect expropriation and regulation of the host government. Public Law Studies, 51(2), 805-825. **(In Persian)**
12. ECHR cases (2020). National and provincial building society v. UK. 23/October/.
13. Eudoro A. Olguin v. Republic of Paraguay (2001). ICSID, Case No. ARB/98/5, Award, 26 July.
14. Fayouzi, R. (2018). International Law international responsibility and the theory of political protection of nationals. 1, Tehran: Tehran University. **(In Persian)**
15. Kraus, Lawrenc., et al.. (2020). Government Seizure of Medical Supplies from Health Care Providers- Is It Legal?. Foley & Lardner LLP.
16. Lowenfeld, A. (2017). International Investment Law. Translated: Mohammad Javad, Ghanbari Jahromi, Tehran: Jungel Publications, Javdaneh, Second Edition. **(In Persian)**
17. Maffezini v. Spain (2004). ICSID, Decision on Jurisdiction, 25 Jan, Available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.
18. Maithimi, M., Bagheri, M. (2016). Analysis of theories on indirect expropriation and its developments regarding investment in the field of energy. Energy Law Studies, 2(2). 405- 433. **(In Persian)**
19. Metalclad Corporation v. The United Mexican States (2002). CSID, Case No, ARB(AF)/97/1), 30 Aug.
20. Methanex Corporation V. USA (2005). UNCITRAL, Arbitration Rules, Final Award.
21. Mohsenpour, S. (2016). Foreign Investment and Environmental Protection in International Law. Tehran: Majd Publications, First Edition. **(In Persian)**
22. MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile (2004). ICSID, Case

- No, ARB/01/7, Award, May 25, available at: <http://www.italaw.com/>
23. Naderi, S., Afshari, M., Farshchi, P., Pourhashemi, S., A. (2020). Methods of implementing sustainable development goals in the Persian Gulf region from the perspective of international environmental law. *International Studies Journal (ISJ)*, 16(4), 111 – 131. **(In Persian)**
  24. Piran, H. (1995). Indirect confiscation in international law and the U.S. Court of Arbitration of Iran. *International Law Journal*. 18 - 19, 415- 529. **(In Persian)**
  25. Piran, H. (2019). *Legal Issues of International Investment*. 3rd Edition, Tehran Ganj Danesh. **(In Persian)**
  26. Rahimi, R. (2018). The responsibility of the government and the private sector towards human rights. *International Studies Journal (ISJ)*, 15(3), 65 - 88. **(In Persian)**
  27. Revere Copper and Brass (1980). Incorporated-overseas Private Investment Corporation, Arbitral Award in Dispute Involving U.S. Investment Guaranty Program.
  28. Solhchi, M., A. (2014). Government responsibility for violations of international human rights by transnational companies. *Public Law Research*, 44, 105 - 128. **(In Persian)**
  29. Tecnicas Medioambientales Tecmed SA V. United Mexican State (2003). ICSID Case No.ARB(AF)/00/2.
  30. Teimouri, M., S. Joneidi, L. Saghari, M., d. Abbasian, R. (2018). Indirect Expropriation of Foreign Investors, a research on Iranian and international law *Private Law Research Sixth Year*, 24, 9 – 36. **(In Persian)**
  31. Telenor Mobile Communication A.S. v. Rebulic of Hungary (2006). ICSID, Case No. ARB/04/15, Award, 13 September.
  32. Tenaris S.A. and Talta – Trading E Markating Sociedade Unipessoal LDA v. Bolivarian Republic of Venezuela (2016). ICSID, Case No, ARB/11/26. Award.
  33. UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (2019).
  34. Vivendi. (2010). The Vivendi Annulment Decision and the Lessons for the Future. ICSID, Arbitration- The Applicant’s Perspective, in: Gaillard, Emmanuel, Annulment of ICSID Awards, A joint IAI-ASIL Conference. Washigton DC: April 1, New York.
  35. Waste Management, Inc. v. United Mexican States ("Number 2") (2003). ICSID, Case No, ARB(AF) /00/3, Award of 30 April.
  36. Ziaee, S., Y. (2014). The Position of Environmental Obligations in International Investment Law. *Public Law Studies*, 42, 192 - 224. **(In Persian)**