

سید محمد تقی

۱۴۹۲۱۹



دانشگاه شهید بهشتی

دانشکده حقوق

پایان نامه جهت دریافت درجه ی کارشناسی ارشد رشته حقوق تجارت بین الملل

عنوان:

مفهوم سلب مالکیت خزنده:

با نگاهی ویژه به تحولات اخیر در این خصوص

دانشجو:

زینب مالکی

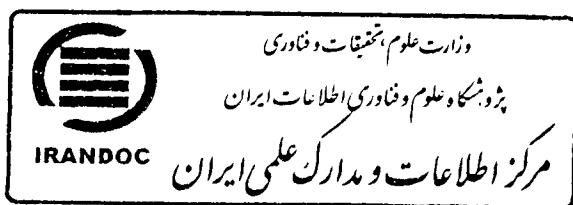
استاد راهنما:

جناب آقای دکتر گودرز افتخار جهرمی

استاد مشاور:

جناب آقای دکتر محمد جعفر قنبری جهرمی

بایز ۱۳۸۹



۱۴۹۲۱۹

۱۳۸۹/۰۴/۱۹

تقدیم به معلمانم

با سپاس فراوان از استاد راهنما  
جناب آقای دکتر گودرز افتخار  
جهرمی و استاد مشاور جناب  
آقای دکتر محمد جعفر قنبری

## چکیده:

مسئله‌ی سلب مالکیت از سرمایه‌گذاران خارجی، از مهمترین موضوعات مورد بحث در رویه داوری بین‌المللی در دعاوی سرمایه‌گذاری خارجی بوده است. سلب مالکیت به دو طریق مستقیم یا غیرمستقیم (خزنده) صورت می‌پذیرد. سلب مالکیت مستقیم که بخصوص به صورت پدیده ملی کردن بروز می‌یابد، مفهوم واضحی است که بدلیل رخداد موارد متعددی از آن از ابتدای قرن گذشته، مورد توجه حقوقدانان قرار گرفته است. اما از آنجا که این روش با واکنش جامعه جهانی رو به رو شد دولتها بمنظور پرهیز از تنشهای ناشی از مصادره مستقیم اموال بیگانگان، به روشهای غیر مستقیم روی آوردند که بعضاً از آنها بنام سلب مالکیت خزنده یاد می‌شود. در این روش دولت میزبان سرمایه، با استفاده از ابزارهای مختلفی که غالباً اشکال موجهی نیز دارد، در صدد محروم نمودن سرمایه‌گذار خارجی از اصل و یا منافع منتج از سرمایه‌گذاری انجام شده‌ی وی می‌گردد.

مسئله‌ی مهمی که در این خصوص مطرح می‌شود این است که دولتها برای حفظ مصالح عمومی و بر اساس حق حاکمیت خود می‌توانند با وضع مقررات و آیین‌نامه‌ها قیود و محدودیت‌هایی را بر سرمایه‌گذار خارجی تحمیل نمایند. این قبیل اقدامات قانون‌گذاری به دو بخش تقسیم می‌شوند: الف) اقدامات مشروعی که بر سرمایه‌گذاری خارجی اثر منفی دارد اما دولت در قبال سرمایه‌گذار خارجی مسئولیتی به پرداخت غرامت نخواهد داشت. ب) اقداماتی که به مصادره‌ی سرمایه‌گذاری خارجی از سوی دولت میزبان می‌انجامد و مسئولیت دولت به پرداخت غرامت را به بار می‌آورد. که این همان سلب مالکیت خزنده نامیده می‌شود. مرزبندی و تفکیک این دو مفهوم از یکدیگر با مطالعه‌ی مورد به مورد هر پرونده توسط داوران و توجه به معیارهای ارائه شده از سوی آنان از قبیل توجه به شدت مداخلات، انتظارات معقول سرمایه‌گذار از انجام سرمایه‌گذاری و از همه مهمتر معیار نسبیت امکان پذیر است.

آنچه که از رویه‌های جدید آشکار می‌شود این حقیقت است که اخیراً دادگاهها برای رسیدن به این نتیجه که سلب مالکیتی اتفاق افتاده است مردد هستند و با تردید در این خصوص تصمیم می‌گیرند و به عبارتی تمایل زیادی به صدور حکم وقوع سلب مالکیت در قبال اقدامات دول میزبان از خود نشان نمی‌دهند. و به نظر می‌رسد که بهتر است خواهان‌ها علاوه بر ادعای مصادره، ادعای رفتار غیرعادلانه و غیر منصفانه را نیز مطرح نمایند (به نظر می‌رسد که آستانه‌ی دریافت نقض این استاندارد در مقایسه با مصادره پایین‌تر باشد و شانس بالاتری برای قبول شدن از سوی دادگاه دارد).

**کلید واژه: سلب مالکیت خزنده، مصادره، ملی کردن، گرفتن قانون مند، معیار نسبیت، غرامت، اختیارات تنظیماتی و مصالح عمومی.**

۱	مقدمه :
۹	فصل مقدماتی : کلیات و سوابق ملی کردن
۹	مبحث اول- ملی کردن و سلب مالکیت سنتی
۱۰	بند اول- پدیده ملی کردن در قرن بیستم
۱۱	بند دوم- تعریف ملی کردن، سلب مالکیت نمودن و سایر مفاهیم مشابه
۱۷	مبحث دوم- شناسایی بین المللی حق ملی کردن و سلب مالکیت نمودن
۱۷	بند اول- قطع نامه های دایر بر حاکمیت روی منابع ثروت طبیعی
۱۹	بند دوم- منشور حقوق و تکالیف اقتصادی
۲۳	مبحث سوم- شرایط چهارگانه مشروعیت سلب مالکیت در حقوق بین الملل سنتی
۲۳	بند اول- مبتنی بودن بر مصالح عمومی
۲۸	بند دوم- عدم تبعیض
۳۳	بند سوم- لزوم انطباق با قوانین
۳۶	بند چهارم- التزام به پرداخت غرامت
۳۸	فصل اول: مفهوم سلب مالکیت خزنده
۳۸	مبحث اول- بررسی رویه های مربوط به مصادره: موانع و منابع
۴۴	مبحث دوم- تعریف سلب مالکیت خزنده
۴۴	بند اول- تعریف سلب مالکیت خزنده در دکترین حقوقی
۴۷	بند دوم- تعریف سلب مالکیت خزنده در آرا داوری های بین المللی
۵۲	بند سوم- انواع سلب مالکیت خزنده
۵۲	الف- وضع مقررات مربوط به کنترل و اداره ی شرکت توسط دولت
۵۳	ب- تاسیس انحصارات خصوصی یا دولتی
۵۴	ج- عدم تمدید پروانه ی صادره
۵۵	د- ایجاد محدودیت در وارد کردن سرمایه و نیروی کار
۵۵	ه- کنترل قیمت یا دستمزد
۵۶	و- ممنوعیت فروش یا توزیع کالا
۵۶	ز- بلوکه کردن یا مسدود کردن اموال
۵۷	ح- وضع قوانین مالیاتی
۵۷	ط- تغییر ارزش پول
۵۸	مبحث سوم- سلب مالکیت خزنده در اسناد و معاهدات بین المللی
۵۸	بند اول- سلب مالکیت خزنده در حقوق بین الملل
۵۹	بند دوم- سلب مالکیت از بیگانگان در حقوق بین الملل عمومی
۶۰	مبحث چهارم- سلب مالکیت در عهدنامه های بین المللی چندجانبه (TREATY LAW)
۶۱	بند اول- بررسی سیر تاریخی تهیه و تصویب عهدنامه های چندجانبه سرمایه گذاری
	بند دوم- بررسی مفاد مربوط به سلب مالکیت و جبران خسارت در معاهده ی چند جانبه ی سرمایه گذاری (MAI)
۶۵	
۶۷	بند سوم- اعتراضات به مقررات پیش نویس در ارتباط با سلب مالکیت
۶۸	مبحث پنجم- سلب مالکیت در عهدنامه های دوجانبه ی سرمایه گذاری (BITS)

۶۹	بند اول- عهدنامه های مودت، تجارت و دریانوردی.....
۷۰	بند دوم- دلایل انعقاد عهدنامه های دو جانبه سرمایه گذاری.....
۷۲	بند سوم- ویژگی های عهدنامه های دو جانبه سرمایه گذاری.....
۷۲	الف- بیان اهداف عهدنامه.....
۷۳	ب- تعاریف.....
۷۳	اول - سرمایه.....
۷۶	دوم - سرمایه گذاری در اوراق بهادار.....
۷۷	ج- معیار رفتار.....
۷۷	بند چهارم- مفهوم سلب مالکیت در رویه عهدنامه های نوجانبه ی سرمایه گذرای (BITS).....
۸۳	بند پنجم- مفهوم سلب مالکیت در رویه ایران در موافقت نامه های حمایت از سرمایه گذاری خارجی.....
۸۶	مبحث ششم- بررسی مفاد مربوط به سلب مالکیت خزانده در عهدنامه ی منطقه ای نفتا (NAFTA).....
۹۲	مبحث هفتم- سلب مالکیت خزانده در رویه داور ی معاهدات سرمایه گذاری دو جانبه (CASE LAW).....
۹۲	بند اول- قضیه استفاده از مجوز زمین.....
۹۴	بند دوم- قضیه لغو مجوز بانک استونی.....
۹۵	بند سوم- قضیه شرکت ای. دی. سی. و غیره علیه مجارستان.....
۹۸	بند چهارم- قضیه شرکت ارتباطات همراه تلنور علیه مجارستان.....
۱۰۱	بند پنجم- قضایای سی. ام. اس و آوریکس علیه آرژانتین.....
۱۰۲	بند ششم- رویه داور ی و ارائه معیار برای سلب مالکیت خزانده.....
۱۰۴	مبحث هشتم- مسئولیت دولت و غرامت اموال سلب مالکیت شده.....
۱۰۵	بند اول- مروری بر سابقه تکلیف دولت به پرداخت غرامت.....
۱۰۹	بند دوم- قاعده ی رفتار با بیگانگان.....
۱۱۲	الف - رفتار منصفانه و عادلانه.....
۱۱۴	ب - معیار رفتار ملی.....
۱۱۵	ج - حمایت و امنیت کامل.....
۱۱۶	مبحث نهم - اصول کلی حقوقی مربوط به مالکیت.....
۱۱۷	بند اول- اصل حق مکتسب.....
۱۱۹	بند دوم - اصل منع دارا شدن غیر عادلانه.....
۱۲۱	بند سوم- حق مالکیت به عنوان حقوق بشر.....
۱۲۳	مبحث دهم- قابلیت انتساب.....
۱۲۳	بند اول- قابلیت انتساب عمل گرفتن به دولت.....
۱۲۷	الف - قضیه ی سی. ام. ای. علیه جمهوری چک.....
۱۲۹	ب - قضیه لادر.....
۱۳۱	بند دوم- مصادره در نتیجه ی ترک فعل :.....
۱۳۳	بند سوم- قصد و نیت دولت.....
۱۳۸	<b>فصل دوم : بررسی تحولات اخیر در مسئله ی سلب مالکیت خزانده.....</b>
۱۳۸	مبحث اول - تمایز میان سلب مالکیت خزانده با ضابطه مند سازی.....
۱۳۹	بند اول- عناصر اساسی به وجود آورنده ی سلب مالکیت.....
۱۴۱	الف- شرط دوام.....
۱۴۳	ب - شدت مداخلات.....
۱۴۶	ج- انتظارات معقول از سرمایه گذاری.....

بند دوم - رویه های معاهده ای اخیر: بیان چندین مورد از موارد سلب مالکیت در معاهدات	۱۴۸
بند سوم- تمایز میان سلب مالکیت خزنده با ضابطه مند سازی در رویه داورى (بررسى پرونده ی تی سمید)	۱۵۱
الف- استاندارد قانونی قابل اجرا ( قانون حاکم بر دعوی)	۱۵۲
ب- نابودی اعتبار و ارزش سرمایه گذاری	۱۵۴
ج- معیار نسبیّت	۱۵۵
د- ارتباط جدید بین دکترین تاثیر و دکترین اختیارات تنظیماتی	۱۵۸
مبحث دوم - بررسی تحولات اخیر در دعاوی بین المللی در ارتباط با مسئله ی سلب مالکیت	۱۶۱
بند اول- دکترین سلب مالکیت خزنده در دیوان داورى دعاوی ایران و آمریکا	۱۶۱
بند دوم- شرح رای داوران در دعاوی متانکس و بررسی آراء مؤخر بر آن	۱۶۸
الف- رویکرد دادگاه در دعاوی متانکس و سالکا	۱۶۹
ب- بررسی دعاوی متاخر	۱۷۱
<b>نتیجه گیری</b>	۱۷۶
<b>فهرست منابع</b>	۱۸۳
منابع فارسی	۱۸۳
منابع انگلیسی	۱۸۵



## علائم اختصاری

IUSCTR	Iran United States Claim Tribunal Reports, Grotiuos, London
ICSID Rev.	International Center for Settlement of Investment Disputes Review.
OECD	Organization for Economic Cooperation and Development
PCIJ	Permanent Court of International Justice
ICJ	International Court of Justice
BYIL	British Yearbook of International Law
ILC	International Law Commission
ILM	International Legal Materials
NY Univ. JIL	New York University Journal of International Law
JIL & Pol	Journal of International Law and Politics
ECHR	European Court of Human Right

## مقدمه :

پروژه‌های عظیم زیربنایی همانند توسعه و بهره برداری از منابع نفتی، سد سازی، ساخت نیروگاه، راه و ساختمان، مخابرات و ... بخش عمده ای از سرمایه‌گذاری خارجی در کشورهای سرمایه پذیر را به خود اختصاص داده است. ویژگی خاص این پروژه‌ها مدت زمان طولانی و سرمایه عظیمی است که برای اجرای آنها مورد نیاز است. این ویژگی‌ها سبب شده است که ریسک سرمایه‌گذاری در این پروژه‌ها افزایش یافته، موضوع امنیت سرمایه گذاری بعنوان یکی از دغدغه های اصلی سرمایه گذاران خارجی در آید. یکی از نگرانی‌های عمده سرمایه‌گذاران در این بخش، مسأله سلب مالکیت خصوصاً سلب مالکیت خزننده یا غیر مستقیم است .

سلب مالکیت مستقیم که بخصوص به صورت پدیده ملی کردن بروز می یابد، مفهوم واضحی است که بدلیل رخداد موارد متعددی از آن از ابتدای قرن گذشته، مورد توجه حقوقدانان قرار گرفته است. اما از آنجا که این روش با واکنش جامعه جهانی رو به رو شد دولتها بمنظور پرهیز از تنشهای ناشی از مصادره مستقیم اموال بیگانگان، به روشهای غیر مستقیم روی آوردند که بعضاً از آنها بنام سلب مالکیت خزننده یاد می شود. در این روش دولت میزبان سرمایه، با استفاده از ابزارهای مختلفی که غالباً اشکال موجهی نیز دارد، در صدد محروم نمودن سرمایه گذار خارجی از اصل و یا منافع منتج از سرمایه گذاری انجام شده ی وی می‌گردد.

اعمال محدودیتها از راه های گوناگون میسر است.گاهی دولت با استفاده از اختیار وضع مالیات چنان عرصه را بر سرمایه گذار خارجی تنگ می کند که صاحب مال خود را ناگزیر از ترک مال می بیند و فعالیت های خود را قطع می کند. دولت ممکن است در این طریق چندان پیش رود که زیان عملیات

موجب تقلیل فاحش ارزش تأسیسات شود و در مقطعی که مناسب تشخیص می دهد دست به مصادره رسمی بزند و آن تأسیسات را با قیمتی نازل در تملک خود درآورد. باز دولت می تواند از طریق وضع مقررات مانع تقسیم منافع بین صاحبان سهام گردد و یا از انتقال منافع به بیرون از کشور ممانعت نماید. حتی دولت می تواند با خودداری از اعطای پروانه کار و اقامت جلوی ورود کارشناسان خارجی مورد نیاز در عملیات را بگیرد و در نتیجه عملیات را فلج سازد تا صاحبان منافع از ادامه کار منصرف گردد.

لذا همان طور که می بینیم سلب مالکیت خزنده ممکن است به اشکال و صور مختلف جلوه گر گردد و بنابراین حمایت از سرمایه گذار خارجی در برابر سلب مالکیت خزنده یکی از موضوعات مهم حقوق سرمایه گذاری است. تعداد بسیاری از محاکم با دعاوی سرمایه گذارانی که از سرمایه گذاری شان توسط دولت یا یکی از نهادهای وابسته به آن، سلب مالکیت شده است مواجه هستند و همان طور که گفتیم از آنجایی که هیچ تعریفی از سلب مالکیت خزنده وجود ندارد، معنی و محدوده ی این مفهوم باید از طریق بررسی رویه های داوری تعیین شود. از سوی دیگر به علت ابهامی که در مفهوم و مصادیق سلب مالکیت خزنده وجود دارد دولتها سعی می کنند در موافقت نامه های (دوجانبه، چند جانبه) حمایت از سرمایه گذاری خارجی، سلب مالکیت را طوری تعریف نمایند که سرمایه گذاری اتباع خود را در مقابل هرگونه مداخله دولت میزبان سرمایه یعنی سلب مالکیت خزنده نیز حمایت کنند. که این هم به نوبه ی خود تشخیص وقوع سلب مالکیت را برای داوران مشکل تر می سازد و منجر به صدور آرا مختلف و بعضاً متضادی از سوی آنان می شود چرا که تشخیص را وابسته به شخص داور می سازد.

همچنین در رسیدگی به دعاوی سئوالی که برای دادگاه یا دیوان داوری ای که با ادعای مصادره رویه رو است مطرح می شود این نیست که آیا شرایط لازم برای یک مصادره مشروع توسط دولت میزبان رعایت شده است یا خیر بلکه در قدم اول باید تصمیم بگیرد که آیا سلب مالکیتی به وقوع پیوسته است؟ اگر پاسخ به این سئوال مثبت باشد و مصادره صورت گرفته باشد، اصولاً الزام به پرداخت غرامت هم به دنبال دارد. اگر هم دادگاه وقوع سلب مالکیت را منتفی بداند سرمایه گذار باید نتایج اقتصادی عمل صورت گرفته توسط دولت میزبان را تحمل نماید و غرامتی به وی پرداخت نمی شود مگر اینکه غرامت تحت عنوان دیگری ( و نه مصادره) به وی تعلق گیرد.

ابهام در مسئله ی سلب مالکیت خزنده تنها به عدم وجود معیاری برای تشخیص این موضوع توسط داوران و یا حتی اطراف دعوی ختم نمی شود، این مسئله در جایی پیچیده تر می شود که داور بین ادعای وقوع سلب مالکیت خزنده (از سوی خواهان) و ادعای قانون گذاری و ضابطه مند سازی (از سوی خواننده) مواجه می شود. به عبارت بهتر، گاهی ممکن است دولتی که طرف قرارداد با یک سرمایه گذار خارجی است برای حفظ مصالح عمومی در مقام استفاده از اختیارات قانون گذاری خود برآید. در چنین مواردی دولت می تواند با وضع مقررات و آیین نامه ها قیود و محدودیت هایی را که در نظر دارد بر سرمایه گذار خارجی تحمیل کند بی آن که فعالیت او را به تعطیل کشاند و یا دست به الغا و ابطال قرارداد بزند و از آنجایی که قانون گذاری، حق مشروع هر دولت است، نباید آن را با مصادره و سلب مالکیت یکی دانست. اما گاهی دامنه مداخلات دولت تدریجاً و به طور روز افزونی گسترده تر می شود و محدودیت هایی که بر اثر وضع مقررات بر مالک تحمیل می گردد به جایی می رسد که مالک را عملاً از تصرفات مالکانه محروم می سازد و یا او را در موقعیتی می گذارد که نتواند از حقوق قراردادی خود استفاده کند. در این رابطه نیز همه بحث در این است که اعمال اختیارات دولت و محدودیت هایی که به موجب آن وضع می شود کی و کجا از مرز ضابطه مند سازی فراتر میرود و معنی مصادره تحقق می یابد. لذا مسئله مصادره خزنده (creeping expropriation) و فرق آن با ضابطه مند سازی (regulatory measures) توجه بسیاری از حقوقدانان را به خود جلب نموده است، چرا که بیم آن می رود که مفاهیمی همچون سلب مالکیت خزنده بر اقدامات قانون گذاری ای که با هدف حمایت از محیط زیست، سلامت، بهداشت و سایر خدمات اجتماعی و منافع عمومی جامعه انجام می شوند سایه اندازد و مانع از انجام به موقع اقدامات ضروری از سوی قانون گذاران کشورهای سرمایه پذیر به دلیل واهمه از عاقبت پرداخت غرامت از سوی آنان شود.

برخی معتقدند هیچ فرمول تعیین کننده ای که به ما تضمین بدهد چه عملی سلب مالکیت خزنده است و دولت را ملزم به پرداخت غرامت به مال باختگان می کند و چه عملی ضابطه مند سازی (regulatory measures) و حق مشروع دولت است و مسوولیت به پرداخت غرامت برای دولت به وجود نمی آورد، وجود ندارد، جز اینکه بپذیریم تنها راه تمییز، مطالعه ی موردی هر پرونده و توجه به اوضاع و احوال خاص آن توسط داوران مربوطه است.

یکی از اهداف عمده ی ما در این رساله این است که با تحلیل آرا مهمی چون

### Tecmed CMS v. Mexico, and Methanex

به بررسی این موضوع پردازیم و ببینیم آیا واقعاً نمی توان هیچ راه حلی ولو نسبی پیش پای سرمایه گذار و دول میزبان سرمایه قرار داد تا تصمیم گیری در چنین دعاوی صرفاً به رأی و نظر داوران مرجوع الیه واگذار نگردد.

در بحث هایی که در ادامه خواهیم داشت غیر از اصطلاح ملی کردن و سلب مالکیت ، با اصطلاحات و تعبیراتی دیگر از قبیل ضبط و اخذ اموال و مصادره سر و کار داریم .

ملی کردن را در برابر nationalization و سلب مالکیت و مصادره را در برابر expropriation به کار می بریم. معمولاً تعبیر ملی کردن مفید این معنی است که اخذ اموال در اجرای سیاست کلی دولت، به طور مشروع و در برابر پرداخت غرامت صورت گرفته است و هدف از آن انتقال مال یا منافع موضوع ملی شده به مالکیت عمومی و ملی است و منظور از مصادره اقدامات موردی است که برای سلب مالکیت از یک شخص حقیقی یا حقوقی خاص انجام می شود و همان طور که گفتیم سلب مالکیت غیرمستقیم یا خزنده یعنی اقدامات دولت میزبان سرمایه، که ممکن است منجر به محرومیت سرمایه گذار خارجی شود، به آسانی تعریف پذیر نیست و اهمیت موضوع در تفکیک و تمایز بین آن دسته از اقدامات محدود کننده دولت (به جز ملی کردن) است که چه بسا ممکن است به مرحله سلب مالکیت برسد و آن دسته از اقدامات دولت است که گرچه ممکن است محدودیتهایی برای سرمایه گذار خارجی ایجاد نماید، لکن به محرومیت او از مالکیت منجر نمی شود، یعنی همان اقداماتی که از آن به "سلب مالکیت غیرمستقیم" یا "سلب مالکیت خزنده" تعبیر می شود و موجب مسئولیت دولت میزبان و پرداخت غرامت است. گاهی نیز ممکن است در معاهدات با واژه هایی از قبیل مصادره ی غیرمستقیم، اقدامات مشابه (equivalent measure) یا اقداماتی که منجر به سلب مالکیت می شوند (measures tantamount to expropriation) مواجه شویم، که تمامی این واژه ها همان طور که در ادامه به تناسب بحث از آنها سخن خواهیم گفت، به معنای سلب مالکیت خزنده و غیر علنی یا اقداماتی است که در طی آن کلمه ی مصادره به زبان نمی آید اما نتیجه ی مصادره که سلب مالکیت از صاحب مال است حاصل می شود.

جمع آوری اطلاعات در این تحقیق به روش کتابخانه ای بوده و نحوه ی اجرای پژوهش نیز تحلیلی می باشد، در انجام این رساله سعی نموده ام تا علاوه بر منابع فارسی در زمینه ی سلب مالکیت خزنده، با استفاده از منابع لاتین، علی الخصوص آراء داوری مؤخرالصدور، به ارائه ی راهکاری جهت پاسخ به سئوالات مطروحه در این حوزه بپردازم.

**سئوالاتی نیز که در این تحقیق در صدد پاسخ به آنها هستیم، اجمالاً عبارتند از :**

مفهوم مصادره ی خزنده چیست؟ تحت چه شرایطی اقدامات دولت میزبان، مصادره ی خزنده قلمداد می شود؟ چگونه می توان بین قانون گذاری مشروع که وابسته به حق حاکمیت دولت است و مصادره خزنده تمایز قائل شویم؟

تعداد زیادی از دیوان های داوری که در دعاوی مربوط به سرمایه گذاری تصمیم گیری می نمایند، با ادعاهای مصادره ی سرمایه گذاری توسط دول میزبان مواجه هستند. محاکم معمولاً با استناد به رویه های موجود در این زمینه، از روشهای ثابت و معینی برای تعیین اینکه آیا عمل صورت گرفته از سوی دولت میزبان، طبق ادعای سرمایه گذار سلب مالکیت خزنده قلمداد می شود یا خیر، استفاده می کنند. با این وجود در دعاوی متانکس بر علیه آمریکا در سال ۲۰۰۵ و دعاوی سالکا بر علیه جمهوری چک در سال ۲۰۰۶، دادگاه در قدم اول به منظور احراز وقوع سلب مالکیت، معیاری را به کار برد که معمولاً برای تصمیم گیری در خصوص مشروعیت سلب مالکیت از سوی داوران به کار می رود. این استدلال دیوان داوری در دو پرونده ی فوق منجر به وقوع مباحثات و مناقشاتی در جوامع سرمایه گذاری شد که آیا نتیجه ی این دو تصمیم ایجاد تغییر در رویه ی قضایی خواهد بود؟

ما در این رساله آرایبی را که از سال ۲۰۰۷ به بعد در دعاوی با ادعای مصادره مطرح گشته است مورد مطالعه قرار خواهیم داد و یافته های دیوان های داوری را در ارتباط با سلب مالکیت بررسی خواهیم نمود تا مشخص شود که آیا متانکس و سالکا در حقیقت توانسته اند با ایجاد تغییر در طریقه ی تصمیم گیری در خصوص سلب مالکیت در محاکم داوری، رویه ی جدیدی خلق نمایند؟

ارائه ی پاسخ برای این قبیل سئوالات به سرمایه گذار و دولت میزبان کمک می کند تا رفتارهای مناسبی را در این خصوص پیش گرفته، شمار دعاوی و اختلافات حول مسئله ی سلب مالکیت به

حداقل ممکن کاهش یابد. که این نیز به نوبه ی خود موجب همکاری بیشتر طرفین برای ایجاد ثروت و تقویت رفاه عمومی می شود.

شایان ذکر است که اکثر منابع فارسی موجود در این زمینه، غالباً به مسئله ی ملی کردن و سلب مالکیت حول محور مسائل و پرونده های موجود در دیوان داوری دعای ایران و آمریکا پرداخته است و توجهی به آراء مؤخر الصدور دیوان های داوری ایکسید و نفتا که غالب تحولات اخیر در حوزه ی داوری مسائل مربوط به سلب مالکیت خزنده را در خود جای داده است، ننموده اند. در این رساله ما تلاش نموده ایم تا مفهوم مصادره را در اسناد و معاهدات بین المللی همچون معاهده نفتا (NAFTA) فصل یازده که به مسئله سلب مالکیت پرداخته و همچنین الگوی تدوین موافقت نامه ی چند جانبه سرمایه گذاری (MAI) قرار گرفته مورد بررسی قرار دهیم. و با توجه به عنوان این رساله که توجه به تحولات اخیر در زمینه ی سلب مالکیت خزنده را نیز در بر دارد، آرا داوری مهمی را که اخیراً بر اساس فصل ۱۱ نفتا و همچنین توسط دیوان داوری ایکسید صادر شده اند و نظرات حقوقی بسیاری از مفسران را به خود جلب نموده اند، مورد تحلیل و بررسی قرار دهیم. آرایه های همچون Methanex, Metalclad, Tecmed, Waste management

و بسیاری آراء برجسته ی دیگری که بعضاً رویه ساز شده اند.

همچنین نمونه هایی از معاهدات سرمایه گذاری دو جانبه (BITS) نیز که بعد از شکست مذاکرات در مورد ایجاد یک معاهده سرمایه گذاری چند جانبه همچنان رایج و تعدادشان رو به فزونی است، در قسمت مقررات مربوط به سلب مالکیت مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

این رساله در واقع به سه فصل تقسیم شده است. در فصل اول و در مرحله ابتدایی تحقیق به بیان کلیات و سوابق ملی کردن می پردازیم، اینکه چرا دولتهای میزبان اموال خارجی را مصادره می کنند، تاکتیکهایی که برای این کار به کار می برند، همچنین شرایط چهارگانه ی مصادره مشروع را توضیح می دهیم.

در فصل دوم، با بیان تعریفی از سلب مالکیت خزنده و مطالعه ی این موضوع در اسناد بین المللی حقوقی پیش می رویم، اسنادی از قبیل معاهدات سرمایه گذاری دو جانبه و چند جانبه، معاهده تجارت

آزاد کشورهای آمریکای شمالی NAFTA، پیش نویس کنوانسیون هاروارد در مورد مسئولیت بین المللی دولتها، پیش نویس توافق نامه چند جانبه سرمایه گذاری MAI و... . این اسناد به ما یک چارچوب حقوقی مناسب برای بررسی پرونده های مطروحه در این زمینه می دهد. سپس به ارزیابی رویه داوری بین المللی و بیان نمونه هایی از سلب مالکیت خزنده در آراء و رویه های داوری می پردازیم.

در فصل سوم از این رساله به موضوع مهم و بحث بر انگیز سلب مالکیت خزنده و تفاوت آن با ضابطه مند سازی دولت (Regulatory measures) که حق مشروع هر حکومتی است ولی ممکن است منجر به سلب مالکیت از سرمایه گذار خارجی شود، می پردازیم؛ بررسی می کنیم که آیا داوران بین المللی در این زمینه (تفکیک مصادره از ضابطه مند سازی) به اجماعی رسیده اند و آیا می توان فرمولی را ارائه کرد که بتواند راه گشای داوران برای جلوگیری از صدور آرا متضاد و مختلف در چنین پرونده هایی باشد. و با بررسی آرا مؤخر صادر شده در این رابطه رویه های جدید را مورد ارزیابی قرار خواهیم داد.



## فصل مقدماتی : کلیات و سوابق ملی کردن

مبحث اول - ملی کردن و سلب مالکیت سنتی  
مبحث دوم - شناسایی بین المللی حق ملی کردن و سلب مالکیت نمودن  
مبحث سوم - شرایط چهارگانه مشروعیت سلب مالکیت در حقوق بین الملل  
سنتی

## فصل مقدماتی : کلیات و سوابق ملی کردن

حق مصادره برای دولت تقریباً با خود دولت پیدا شده، یعنی از همان زمان ها که نهادی به نام دولت برای اداره ی جامعه پدید گشته است این پدیده نیز به میدان آمده است که دولت در موارد خاص دست به اقداماتی از مقوله ی محدود کردن حق مالکیت افراد یا سلب این حق از آن ها می زند. دولت ها از قدیم در مواردی اقدام به مصادره ی اموال شهروندان می کردند، حالا هم می کنند، منتها موضوع مالکیت و شکل و کیفیت فعالیتها ی اقتصادی به مرور زمان تغییر یافته و اینک مداخلات دولت نیز، به تبع تغییر موضوع، در صورت های تازه تر جلوه گر می شود. انقلاب صنعتی و سرمایه داری یکی دو قرن اخیر سبب شد که مداخله ی دولت در کسب و کار مردم روز به روز بیش تر شود و لذا اختیارات سنتی دولت ابعاد وسیع تری بر خود گرفت. ما در این فصل ابتدا به بیان کلیاتی در خصوص مصادره و ملی کردن می پردازیم و سپس شناسایی بین المللی این حق را مورد مطالعه قرار داده و خواهیم گفت که قطع نامه های مصوب سازمان ملل متحد نیز این حق ذاتی دولت را مورد شناسایی قرار داده اند.

### مبحث اول - ملی کردن و سلب مالکیت سنتی

می دانیم که مالک حق استعمال و استثمار مال خود را دارد یعنی می تواند آن را به کار گیرد و مورد بهره برداری قرار دهد و نیز می تواند با مصرف کردن و یا از بین بردن مال و یا انتقال آن به غیر، به هر طریق که بخواهد، به مالکیت خود پایان بخشد و این حقوق منحصراً متعلق به مالک است. کسی جز مالک حق ندارد ملک او را، بدون رضایت و اجازه ی او، مورد استفاده قرار دهد و یا کسی جز خود مالک نمی تواند به مالکیت او پایان بخشد و لذا مالکیت حقی است مطلق و دایمی و انحصاری. اما مالکیت در هر حال متکی بر وجود اجتماع است و مالک برای حفظ مال خود از کمک های اجتماع برخوردار می شود و لذا اجتماع، یا نماینده ی آن که دولت است، حق دارد محدودیت هایی بر مالکیت خصوصی تحمیل کند.

در گذشته دولت اگر با کسی غضب می کرد دست به مصادره اموال او می زد. نمونه های مصادره تقریباً در هر صفحه از تاریخ ایران ثبت است. این قبیل مصادره ها، چنان که پیداست، جنبه ی جزایی داشت و در همه جای دنیا حکومت ها کمابیش این گونه عمل می کردند.

ملی کردن در روزگار ما با مصادره ی رایج در ایام گذشته از آن حیث که به سلب مالکیت می انجامد اشتراک دارد ولی هم انگیزه ی ملی کردن و هم هدف آن با انگیزه و هدف مصادره های سابق متفاوت است. انگیزه ی ملی کردن تنبیه و مجازات و انتقام جویی نیست، آنچه دولت را به ملی کردن وا می دارد حفظ مصالح ملی است. در ادامه ی مباحث این بخش به توضیح بیشتر این مفاهیم می پردازیم.

## بند اول - پدیده ملی کردن در قرن بیستم

قرن بیستم که اینک آن را پشت سر گذارده ایم شاهد مصادره های گوناگون اموال خارجی از سوی دولتها بود. در نیمه ی اول و میانه های قرن ، دولت اتحاد شوروی و اقمار آن در شرق و غرب دست به مصادره های گسترده زدند. در خارج از بلوک کمونیستی مهم ترین مورد مصادره که در نیمه اول قرن اتفاق افتاد ملی کردن اراضی مزروعی و منابع نفتی در کشور مکزیک بود. این اقدام دولت مکزیکی کشمکش های شدیدی را بین آن دولت و ایالات متحده ی آمریکا به دنبال آورد و در نهایت نیز منجر به انعقاد قرارداد خسارت مقطوع بین دو دولت گردید.<sup>۱</sup> نیمه ی دوم قرن با ملی کردن نفت در ایران آغاز شد و موارد متعدد ملی کردن را در کشورهای مختلف آسیا و آفریقا و آمریکای جنوبی در پی داشت. ملی کردن کانال سوئز (۱۹۵۶) و ملی کردن اموال اینترنشنال پترولیم از شرکت های فرعی اکزون در پرو (۱۹۶۸) و ملی کردن آی تی تی در برزیل و پرو و ملی کردن معادن مس در شیلی (۱۹۷۰) و موارد متعدد ملی کردن نفت در الجزایر و لیبی و عراق و ونزوئلا و کویت همه در خلال ربع سوم آن قرن اتفاق افتاد.

---

<sup>۱</sup>. قرارداد هایی هستند که بر اساس آن یک دولت در ازای دریافت مبلغی در مورد دعاوی اتباع خود بر علیه دولت دیگری مصالحه می کند. از زمان جنگ جهانی دوم امضای چنین قراردادهایی با سایر دولت ها برای آمریکا ، به صورت رویه در آمده است.

ملی کردن پدیده ای نبود که انحصار به قلمرو کشورهای معروف به جهان سوم یا کشورهای تابع رژیم کمونیستی داشته باشد. پس از جنگ جهانی دوم برخی از کشورهای صنعتی اروپا چون انگلیس و فرانسه نیز در موارد متعدد دست به ملی کردن رشته های مهمی از صنایع خود زدند. امروزه ملی کردن و سلب مالکیت نمودن ( البته با لحاظ نمودن شروطی که در ادامه به آنها خواهیم پرداخت ) به عنوان حق مسلم و تردید ناپذیر یک کشور در اعمال حاکمیت خود شناخته می شود.

دولت ها صلاحیت انحصاری دارند که ساختار اقتصادی مطلوب خود را به وجود آورند و اصلاحات و تغییراتی را که مقتضی میدانند انجام دهند و این اصلاحاتی است ناشی از حاکمیت که حقوق بین الملل آن را قبول دارد. همان گونه که دولت ها حق دارند که نظامات حقوقی خاص خود را برگزینند و ارگان های مناسب قانون اساسی خود را بنیاد نهند این حق را نیز دارند که نظام های اقتصادی و اجتماعی گوناگون را به تشخیص و صوابدید خود به محک تجربه زنند و آنچه را که به مصلحت کشور می اندیشند عمل کنند.<sup>۱</sup>

## **بند دوم - تعریف ملی کردن، سلب مالکیت نمودن و سایر مفاهیم مشابه**

بطور کلی تعریف واحدی در خصوص ملی کردن در دست نیست و تعاریفی که ارائه شده هر یک مبین تاکید متفاوت بر وجوه خاصی از نهاد مزبور می باشد.

در بحث هایی که ادامه خواهیم داشت غیر از اصطلاح ملی کردن و سلب مالکیت ، با اصطلاحات و تعبیراتی دیگر از قبیل ضبط و اخذ اموال و مصادره سر و کار داریم.

ملی کردن را در برابر **nationalization** و سلب مالکیت و مصادره را در برابر **expropriation** به کار می بریم. معمولا تعبیر ملی کردن مفید این معنی است که اخذ اموال در اجرای سیاست کلی دولت، به طور مشروع ، و در برابر پرداخت غرامت صورت گرفته است.

ملی کردن اصطلاحی است بالنسبه جدید که در سالنامه ی ۱۹۵۲ انیستیتوی حقوق بین الملل چنین تعریف شده است:

---

۱. محمد علی موحد، درس هایی از داورای های نفتی، تهران، انتشارات کارنامه، چاپ اول، ۱۳۸۴، جلد دوم، ص ۲۶.