

The Creeping Expropriation in Investment Arbitration and Protection of Foreign Investment

(Article Type: Original Research)

SayyedAli HosseiniAzad^{*1}, Majid Zahmatkesh², Salman Rahimi³

Abstract

A kind of taking of property done indirectly, gradually and during the time and finally deprives foreign investors of his ownership rights is called “creeping expropriation”. This kind of expropriation is formed by various actions of host states that none of them be an expropriation solely but their collective consequence is deprivation of owner from his ownership rights. So, this kind of expropriation could be predicted and verified hardly and consequently protection of foreign investors against it’s very different forms is really challengeable. This articles tries to consider the notion of creeping expropriation in arbitration case law and answering the question that what criteria and terms are be used by arbitration tribunals to diagnose creeping expropriation. And also it should be observed how can protect foreign investment against creeping expropriation. At the end we can see interantional arbitration case law has stablished specified criteria for recognition of creeping expropriation and simultainously international investment law has various capacities and contexts in order to protect foreign investors against such expropriations.

Keywords: International investment law, International arbitration, Foreign investment, creeping expropriation, indirect expropriation.

1. PhD student in International Law, Faculty of law and Political Studies, Allameh Tabatabai University, Tehran, Iran.; Corresponding Author: saha_110@yahoo.co.uk.

2. PhD in International Law, Faculty of law, Theology and Islamic Studies, Najafabad Branch, Islamic Azad University, Najafabad, Iran.

3. Master of Private Law, Faculty of law and Political Science, Shahid Beheshti University, Tehran.Iran.



سلب مالکیت خزنده در رویه داورى سرمايه گذارى و حمايت از سرمايه گذارى خارجى (نوع مقاله: علمى پژوهشى)

سیدعلی حسینی آزاد*^۱، مجید زحمتکش^۲، سلمان رحیمی^۳

چکیده

سلب مالکیتی که بطور غیرمستقیم، به تدریج و در طول زمان انجام می‌گیرد و در نهایت به محرومیت مالک از حقوق مالکانه وی می‌انجامد را اصطلاحاً سلب مالکیت خزنده گویند. این نوع سلب مالکیت از مجموعه‌ای از اعمال و رفتارهای دولت میزبان شکل می‌گیرد که هیچکدام از آنها به تنهایی نشانی از سلب مالکیت و نظیر آن ندارد، اما نتیجه مجموع آنها محرومیت سرمایه‌گذار خارجی از حقوق مالکانه است. از این جهت، این نوع سلب مالکیت به سختی قابل پیش‌بینی و قابل احراز بوده و در نتیجه، حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در برابر صور احتمالی آن نیز به سختی میسر است. این مقاله سعی در بررسی جایگاه سلب مالکیت خزنده در رویه داورى بین‌المللى و یافتن پاسخی برای این سؤال دارد که رویه داورى بین‌المللى چه معیارها و ضوابطی را برای شناسایی این نوع سلب مالکیت ثبت کرده است. در عین حال باید دید چگونه می‌توان از سرمایه‌گذاری خارجی در برابر سلب مالکیت خزنده حمایت کرد. در نهایت ملاحظه می‌گردد که رویه داورى سرمایه‌گذاری معیارها و ضوابط مشخصی را برای احراز و شناسایی سلب مالکیت خزنده ایجاد کرده و در کنار آن، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری نیز دارای بستر و ظرفیت‌های فراوان برای ارائه راهکارهای حمایتی در برابر این نوع سلب مالکیت است.

واژگان کلیدی: حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، داورى بین‌المللى، سرمایه‌گذاری

خارجی، سلب مالکیت خزنده، سلب مالکیت غیرمستقیم

۱. دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران؛ نویسنده مسئول

saha_110@yahoo.co.uk

۲. دانش‌آموخته دکتری حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق، الهیات و معارف اسلامی، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران.

۳. دانش‌آموخته کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران

درآمد

مسئله سلب مالکیت از حقوق بیگانگان توسط کشور میزبان، مقوله‌ای کهن در حقوق بین‌الملل بوده و از دیرباز موضوع محافل حقوقی بوده است^۱ و مباحث راجع به آن در شاخه‌های حقوق بشر، رفتار با بیگانگان و حقوق سرمایه‌گذاری خارجی ظهور می‌کند. قطعاً در گام نخست مسئله مشروعیت یا عدم مشروعیت آن در این حوزه از حقوق مطرح بوده است که بحثی کلاسیک بوده و این مقاله در جستجوی آن نیست. اما بدو یادآور می‌شود که منابع عمده حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی یعنی معاهدات بین‌المللی و حقوق بین‌الملل عرفی هیچکدام دولت میزبان را از اقدام به سلب مالکیت سرمایه‌گذاری خارجی منع نکرده است، منتها شرایط و ضوابطی را برای دولت‌های میزبان ترسیم کرده‌اند که اقدام به سلب مالکیت از سرمایه‌گذاری خارجی جز از طریق

۱. از لحاظ ترمینولوژی و دلیل استعمال واژه «سلب مالکیت» بعنوان معادل «expropriation»، باید بیان داشت که مناسب‌ترین معادل فارسی برای واژه expropriation که به معنی اخذ مال خارجیان یا ازاله حقوق مالکانه بر آن با رعایت شرایط خاص و از جمله همراه با پرداخت غرامت است، «سلب مالکیت» دانسته می‌شود. این مفهوم افاده تصرفی در حقوق مالکانه اشخاص خصوصی توسط دولت در جهت منافع عمومی می‌کند (ملکی، ۱۳۷۹: ۶).

ملی کردن یا ملی سازی نیز که معادل واژه «Nationalization» است می‌تواند همین ویژگی‌ها را داشته باشد، ولی مفهوم اخیر خاص‌تر است و یکی از گونه‌های سلب مالکیت می‌باشد و در فرهنگ علوم اقتصادی از آن بعنوان «تملک و اداره کردن یک واحد اقتصادی از طرف دولت که قبلاً در دست افراد یا مؤسسات خصوصی یا بیگانگان بوده» تعریف شده است. این شکل توصیف از ملی کردن به معنای انتقال و حذف مدیریت سرمایه داری خصوصی و سامان دادن آن به صورت عمومی است. از بعد بین‌المللی در پی ملی کردن، بیشتر انگیزه‌های سیاسی و رهائی از سلطه خارجی مدنظر بوده است. گروهی از حقوقدانان ملی کردن را بر مبنای هدف دولت از آن تعریف کرده‌اند و بر این اساس ملی کردن را برانداختن قدرت سرمایه داران بخش خصوصی توسط دولت می‌دانند. (جزایری، ۱۳۳۵ (۱): ۳۷۴). سلب مالکیت از نوع ملی کردن عمدتاً برای سلب مالکیت‌های بزرگ و گروهی به کار می‌رود (ملکی، ۱۳۷۹: ۷).

از واژه مصادره یا «confiscation» استفاده نشده است، چرا که این عمل بیشتر حالت مجازات دارد و در برابر ارتکاب جرم قرار می‌گیرد و از آثار مترتب بر محکومیت‌های جزایی است (ملکی، ۱۳۷۹: ۷) که هیچکدام از شرایط سلب مالکیت و از جمله پرداخت غرامت را نیز در بر ندارد. مطمئناً «اخذ مالی که بدون جبران خسارت باشد، سلب مالکیت نبوده، بلکه مصادره است» (Subedi, 2008: 16).

از طرف دیگر، ضبط مال (seizure) عبارت است از توقیف مال موجود و کشف شده حاصل از جرم به طور موقت و بدون حق برداشت (ملکی، ۱۳۷۹: ۸). ضبط اموال یا موقت است یا دائم که در ضبط موقت امید بازگشت وجود دارد، لکن ضبط دائم با سلب مالکیت از مالک همراه است، علی‌الاصول ضبط و مصادره اموال به موجب دستور یا قرار یا حکم مقام قضائی انجام می‌شود. در قوانین کیفری ایران از ضبط و مصادره اموال گاهی بعنوان مجازات و گاهی بعنوان یک اقدام تأمینی و گاهی هم در مفهوم مدنی آن به کار رفته است (قاسمی، ۱۳۷۹: ۱).

رعایت تمام و کمال آنها میسور نمی‌باشد.^۱ این شرایط عبارتند از: ضبط دارایی خارجی برای مقاصد عمومی، قانونی بودن عمل، غیر تبعیض آمیز بودن و همراهی عمل با پرداخت غرامت یا جبران خسارت (OECD, 2004: 3).

در سلب مالکیتی که ضبط مال به صورت آنی و مستقیم و بلاواسطه است، هم عمل انجام شده مشخص و خالی از ابهام است و هم دولت میزبان متعهد به جبران خسارت می‌شود و آنچه امکان طرح دعوا به وجود می‌آورد، صرفاً میزان غرامت و یا تأدیه یا عدم تأدیه آن است. مشکل زمانی بروز می‌کند که سلب مالکیت از حالت مستقیم و بی‌واسطه خارج شده و در پی اقداماتی هرچند قانونی و در گذر زمان رخ می‌دهد. بعنوان مثال، دولت با تصویب یک قانون، شرکت‌های خارجی بزرگ مستقر در سرزمین خود را ملزم می‌کند که مدیر دولتی داشته باشند، در این حالت بدون اینکه مال را بطور مستقیم از دست مالک خارجی بیرون آورد، بطور غیرمستقیم با در دست گرفتن مدیریت آن بنگاه اقتصادی عملاً اداره و کنترل آن را از آن خود کرده است. در این موارد، هم احراز عمل سلب مالکیت برای خواهان متضرر از این اقدام و هم برای مراجع حل اختلاف سخت می‌شود و هم اینکه دولت مزبور با توسل به این دفاع که عمل او به هیچ وجه حالت سلب مالکیت نداشته است، از زیر بار تعهد به جبران خسارت می‌گریزد.

پیچیدگی‌های مسئله سلب مالکیت غیرمستقیم آنگاه بغرنج‌تر می‌شود که دولت در گذر زمان و به‌صورت تدریجی بنگاه اقتصادی یا دارایی سرمایه‌گذار خارجی را به سمتی می‌کشاند که از اعتبار و ارزش اقتصادی ساقط می‌شود. اعمالی که قدم به قدم و به‌صورت قانونی صورت می‌گیرد و هریک به تنهایی نشانی از عمل سلب مالکیت ندارد، اما تأثیر کلی و جمعی آنها باعث می‌شود که دارایی سرمایه‌گذار از حیث اعتبار و ارزش اقتصادی تنزل فاحش یافته یا از فاقد اعتبار شود. این نوع سلب مالکیت غیرمستقیم، در ادبیات حقوقی سلب مالکیت خزنده^۲ خوانده می‌شود.^۳

۱. بنگرید به: رئیسی نافچی، امیر (۱۳۹۶)، «سلب مالکیت غیرمستقیم و حق نظارت در سرمایه‌گذاری خارجی»، پژوهش ملل، دوره دوم، شماره ۲۰، صص. ۱۲۰ - ۱۱۸؛ میهمی، مهدی و محمود باقری (۱۳۹۶)، و «تحلیل نظریات موجود در احراز سلب مالکیت غیرمستقیم و تحولات آن در خصوص سرمایه‌گذاری در حوزه انرژی»، مطالعات حقوق انرژی، دوره ۳، شماره ۲، صص. ۴۰۷ - ۴۰۶.

2. Creeping Expropriation

۳. این نوع سلب مالکیت غیرمستقیم از این جهت که دولت اقدام کننده بنا ندارد در قبال آن جبران خسارتی انجام دهد یا غرامتی بپردازد، به مفهوم مصادره نزدیک می‌شود.

سلب مالکیت خزنده ممکن است به اشکال و صور مختلف جلوه گر شود و تشخیص و تبیین آن با دشواری‌هایی روبرو است و بنابراین حمایت از سرمایه‌گذار خارجی در برابر سلب مالکیت خزنده یکی از دغدغه‌های مهم حقوق سرمایه‌گذاری است. بنابراین، سؤال اساسی که این مقاله در جستجوی یافتن پاسخی برای آن است، جایگاه، شناسایی و چگونگی سلب مالکیت خزنده در رویه داوری بین‌المللی^۱ و بررسی طرق حمایت سرمایه‌گذاران خارجی در برابر آن است.

۱. سلب مالکیت خزنده در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

سلب مالکیت که «گرفتن یا تغییر گسترده در حقوق مالکانه اشخاص توسط دولت» معنی شده است (Garner, 2004: 602)، در چند حوزه حقوق بین‌الملل نظیر رفتار با بیگانگان، حقوق بشر و حقوق سرمایه‌گذاری خارجی مطرح می‌شود. سلب مالکیت در حقوق بین‌الملل عبارت است از اخذ مال اشخاص خصوصی خارجی توسط دولت میزبان ضمن پرداخت غرامت مقتضی.^۲ همانطور که گفته شد، سلب مالکیت مستقیم حکایت از اخذ بی‌واسطه و آنی مال دارد که در حال حاضر به ندرت رخ می‌دهد (Schreuer, 2005: 3). اما سلب مالکیت غیرمستقیم عبارت است از مجموعه اقداماتی که فی‌نفسه سلب مالکیت نخواهند بود، اما نتیجه نهایی آن تغییر حقوق مالکانه دارنده مال و در نتیجه محروم سازی او از اموال می‌باشد. این عمل هرچند الزاماً همراه با عمل گرفتن مال نمی‌باشد، اما همواره با سه عنصر مداخله غیرموجه، ممانعت از تمتع و محرومیت از حقوق مالکانه قرین است (عسکری، ۱۳۹۱: ۲۵۴).

در اسناد و معاهدات بین‌المللی معمولاً تعریفی از سلب مالکیت اعم از مستقیم و غیرمستقیم به عمل نمی‌آید و بدون ذکر تعریف آن به مسئله وقوع و آثار آن پرداخته می‌شود. اما می‌توان گفت حقوق مالکانه خارجی‌ان در سرزمین میزبان حقوقی مطلق

۱. بدیهی است که این موضوع منحصر به رسیدگی‌ها و رویه داوری نبوده و در بسیاری از قضایای بین‌المللی نزد مراجع قضایی و دادگاه‌های بین‌المللی نظیر دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی و خلف آن دیوان بین‌المللی دادگستری و یا دیوان اروپایی حقوق بشر مطرح شده است، اما نظر به موضوع این مقاله و محدودیت‌های پیش رو، مقاله تنها رویه داوری بین‌المللی را بررسی نموده است.

۲. «این یک قاعده تثبیت شده در حقوق بین‌الملل است که اموال خارجی‌ان بدون پرداخت غرامت، مصادره نخواهد

شد». (میهمی و باقری، ۱۳۹۶: ۴۰۶)

نبوده و می‌تواند در مواردی برای نیل به مقاصد عمومی و اجتماعی کلان محدود یا کأن لم یکن شود (Bernhardt, 1985: 217). بنابراین، اخذ، گرفتن، تصاحب یا هرگونه عملی که در نهایت به ازاله حقوق مالکانه انجامد، نظیر مداخله در مدیریت، کنترل یا کاهش عمده ارزش دارایی‌ها، بلوکه کردن یا مسدود کردن اموال، عدم تمدید پروانه‌های صادره، کنترل قیمت یا دستمزد و وضع قوانین مالیاتی شدید همه می‌تواند سلب مالکیت تلقی شود (مالکی، ۱۳۸۹: ۵۸ - ۵۲).

معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری نیز اخیراً به سلب مالکیت غیرمستقیم می‌پردازند. به طور مثال، بند اول ماده ۳ معاهده سرمایه‌گذاری بین ایالات متحده و مصر تعریف ضبط اموال را به موارد زیر نیز تعمیم می‌دهد: «هرگونه اقدام مستقیم یا غیرمستقیم، به طور مثال «وضع مالیات، فروش اجباری جزء و یا کل سرمایه‌گذاری، محرومیت جزئی یا کامل از مدیریت، کنترل و یا ارزش اقتصادی سرمایه‌گذاری» که اثر نهایی آنها به منزله ضبط اموال باشد» (The Treaty Between The United States of America and the Arab Republic of Egypt, September 29, 1982).

بر این اساس همه تعاریفی که از سلب مالکیت غیرمستقیم موجود است در واقع تمثیل و بیان مصادیق می‌باشد و از این رو شاید بتوان این تعریف را جامع قلمداد کرد: «مصادره غیرمستقیم عبارت است از هرگونه دخالت عمدی و غیرمعقول دولت نسبت به مال مشخص، به نحوی که بتوان نتیجه‌گیری کرد مالک مال برای همیشه از بهرمندی، برخورداری و حق واگذاری مال خود محروم گردیده است» (پیران، ۱۳۸۳ و ۱۳۸۴: ۴۲۲).

حقوقدانان سلب مالکیت خزنده را در تقسیم‌بندی‌های متمایزی قرار داده‌اند. برخی آن را مترادف با سلب مالکیت غیرمستقیم دانسته و تفکیکی قائل نشده‌اند (پیران، ۱۳۸۳ و ۱۳۸۴: ۴۱۸)؛^۱ بعضی آن را مفهومی جدای از سلب مالکیت غیرمستقیم می‌دانند و برخی نیز بر این باورند که سلب مالکیت خزنده در

1. See also: Energy Charter Secretariat, Expropriation Regime under the Energy Charter Treaty, Brussels, Belgium, 2012, pp. 35 and 39

تلقی مرجع داوری ایکسید در پرونده شرکت کشتیرانی و حمل و نقل خاورمیانه علیه دولت مصر نیز چنین است که این دو مفهوم را مترادف با هم در نظر گرفته است. (ICSID, April 12, 200: para. 107)

است (Schreuer, 2005: 14)^۱ که از نظر منطقی رابطه این دو عموم و خصوص مطلق است، با این توضیح که سلب مالکیت غیرمستقیم دامنه وسیع‌تری دارد. به نظر نگارندگان تقسیم‌بندی اخیر دقیق‌تر و نزدیک‌تر به واقع است.

بنابراین، سلب مالکیت خزنده، شکلی از سلب مالکیت غیرمستقیم است که در برهه‌ای از زمان و به صورت مرحله به مرحله و گام به گام انجام می‌شود. این مفهوم از مفاهیمی چون سلب مالکیت دو فاکتو یا عملی^۲ و سلب مالکیت حکمی یا ضمنی^۳ نیز متمایز گردد؛ چرا که به رغم اینکه این دو مفهوم نیز در واقع نوعی سلب مالکیت غیرمستقیم هستند، اما می‌توانند برخلاف سلب مالکیت خزنده بدون همراهی عنصر زمان محقق شوند (ICSID, May 29, 2003: para. 114).

نظر به مراتب فوق، سلب مالکیت خزنده در پی مجموعه‌ای از اقدامات صورت می‌گیرد که هر یک به خودی خود سلب مالکیت نیستند، اما عنصر زمان و تأثیر نهایی و جمعی آنها منتهی به نابودی ارزش سرمایه‌گذاری می‌شود. لذا اقدامات گسترده‌ای نظیر وضع مالیات، وضع مقررات، امتناع از دادرسی منصفانه، تأخیر یا عدم اجرا یا دیگر اشکال اهمال، یا قصور یا تقصیر دولت چنانچه به کاهش عمده ارزش دارایی سرمایه‌گذار انجامد یا موجبات زیان سنگین او را فراهم آورد، ممکن است سلب مالکیت خزنده تلقی شود (Reisman, Sloane, 2004: 123). پس دو عنصر برای این نوع سلب مالکیت متصور است: عنصر زمان و وجود آثار جمعی^۴.

1. See also: Isakoff, Peter D., "Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments", *Global Bus. L. Rev.* Vol. 3, 2013.

همچنین بنگرید به: تیموری، محمدصادق، لعیا جنیدی، محمد صقری و رضا عباسیان (۱۳۹۷)، «سلب مالکیت غیرمستقیم سرمایه‌گذاران خارجی؛ جستاری در حقوق ایران و بین‌الملل»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۲۴، ص. ۱۳

2. de facto expropriation
3. Constructive Expropriation
4. Combined effect

اسناد بین‌المللی متعددی نظیر پیش‌نویس کنوانسیون سازمان توسعه و همکاری اقتصادی در خصوص حمایت از اموال خارجی،^۱ و سومین بازنگری قانون روابط خارجی ایالات متحده^۲ و متن پیش‌نویس تجمیع‌شده موافقت‌نامه چندجانبه سرمایه‌گذاری^۳ حاوی موضوع سلب مالکیت خزنده هستند.

۲. سلب مالکیت خزنده در رویه داوری بین‌المللی

مراجع داوری در هنگام پرداختن به ادعاهای سلب مالکیت‌هایی که حالتی خزنده داشته‌اند، همواره با مشکل احراز مواجه بوده‌اند و دفاع طبیعی و بدوی خواننده نیز این است که اقدامات او هیچگونه عمل مبتنی بر سلب مالکیت نبوده است. بنابراین، مشکل اصلی در این مرحله این است که خواننده دعوا منکر انجام اصل عمل است. همانطور که گفته شد، سلب مالکیت خزنده برخلاف بسیاری از اشکال سلب مالکیت‌های غیرمستقیم از عملی واحد ناشی نمی‌شود و مجموعه‌ای از اقدامات به ظاهر موجه را در بر می‌گیرد (Isakoff, 2013: 195).

۲-۱. شناسایی سلب مالکیت خزنده در رویه مراجع داوری

مراجع داوری متعددی در تشخیص سلب مالکیت خزنده در پرونده‌های مطروحه سعی در تبیین و احراز آن داشته‌اند. رویه داوری، تصدیق می‌کند که گام‌های صعودی که به صورت ضمنی منجر به ازاله تصرف و مالکیت شود اقداماتی هستند که با سلب

1. The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) Draft Convention on the Protection of Foreign Property
 2. American Law Institute, Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States, Vol. 2, 1986, pp. 196-200
 3. the multilateral agreement on investment draft consolidated text - OECD, 22 April 1998
- تفسیر نوشته شده بر این پیش‌نویس گویای آن است که هرچند واژه سلب مالکیت خزنده در این سند به کار نرفته است، اما عبارت «اقدامات دارای اثری یکسان» با سلب مالکیت، مفهوم سلب مالکیت خزنده را نیز پوشش می‌دهد (The Multilateral Agreement on Investment (Report by the Chairman of the Negotiating Group) DAF/MAI(98)17, 4 May 1998)

مالکیت یکسان‌اند.^۱ دیوان داوری ایکسید در پرونده‌های متعددی بیان داشته است که هرچند هریک از اقدامات واحد انجام‌شده به خودی خود سلب مالکیت نیستند، اما اثر جمعی آنها و نتیجهٔ همهٔ آنها نهایتاً می‌تواند به سلب مالکیت بیانجامد (ICSID, Feb.) (17, 2000: para. 153 and ICSID, Sep. 16, 2003: para. 20.22).

دیوان داوری ایکسید در مقام شناسایی مفهوم سلب مالکیت خزنده بیان می‌دارد: «سلب مالکیت خزنده یکی از اشکال مصادرهٔ غیرمستقیم است که با مشخصهٔ زمانی همراه است. به این معنا که مجموعه‌ای از اقدامات منتسب به دولت در یک برههٔ زمانی منتهی به سلب مالکیت می‌شود» (ICSID, September 16, 2003: para. 20 & 22).^۲

رویهٔ داوری بین‌المللی به شکل گسترده‌ای به مجموعه‌ای از اقداماتی که منجر به مصادره‌ی خزنده می‌شوند اشاره دارد. دیوان داوری اختصاصی در قضیهٔ بیلون علیه غنا دریافت که جمیع اقدامات و ترک فعل‌های صورت گرفته توسط دولت، که به نحو مؤثری سرمایه‌گذار را از ادامه‌ی پروژه‌ی خود باز داشته است، منجر به سلب مالکیتی ضمنی^۳ شده است. از نظر دیوان، چنانچه هریک از این اقدامات به تنهایی صورت گرفته بود نمی‌توانست سلب مالکیت قلمداد شود، اما مجموع آنها این نتیجه را به دنبال داشته است (Biloune and Marine Drive Complex Ltd V. Ghana Investments) (Centre and the Government of Ghana, 1989-1990: para. 81).

در پرونده‌ای دیگر علیه دولت مصر، دیوان ایکسید به تأیید ادعای خواهان مبنی بر وقوع سلب مالکیت خزنده پرداخت و بیان داشت که اگر چنانچه اثر اقدامات انجام شده توسط دولت همانا محرومیت سرمایه‌گذار از منافع سرمایه‌گذاری‌اش باشد، هرچند که رسماً مالکیت اسمی او بر اموالش باقی باشد، اقدامات انجام‌گرفته یک سلب مالکیت

1. See: Benvenuti & Bonfant v. Congo, Award, 8 August 1980, 1 ICSID Reports 330; Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2, 31 March 1986; Pope and Talbot v. Canada, Award, 26 June 2000, 7 ICSID Reports 69, at para. 99. And Ad hoc Arbitration, S.D. Myers, Inc. v. Canada, (November 13, 2000) Partial Award, para. 286

2. See also: Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 (also known as Marvin Feldman v. Mexico), award of 16 Dec 2002, para. 101

3. Constructive expropriation

خزنده یا غیرمستقیم است. در پرونده حاضر نیز این امر صادق است و سرمایه‌گذار از ارزش اقتصادی سرمایه‌گذاری خود محروم شده است. اینگونه اخذ مال همسان با سلب مالکیتی است که در ماده ۴ موافقت‌نامه آمده است و از اینرو، خواننده متعهد به جبران خسارت است. (ICSID, April 12, 2002: para. 107)

در پرونده بنونوتی علیه کنگو نیز مرجع داوری ایکسید نتیجه گرفت که اثر مجموع اقدامات و ترک فعل‌های دولت، سلب مالکیت عملی سهام خواهان در شرکت بوده است. (ICSID, August 8, 1980: para. 4.64) در پرونده لتکو علیه لیبیا نیز مرجع داوری اعلام داشت مجموعه‌ای از اقدامات و ترک فعل‌های صورت گرفته توسط دولت موجب سلب مالکیت غیرمستقیم شده است (عسکری، ۱۳۹۱: ۲۵۷). در پرونده تریدکس علیه آلبانی خواهان مدعی سلب مالکیت از سرمایه‌گذاری کشاورزی اش بود که اساساً توسط مقامات ذیربط در اصلاحات ارضی پیش رو و همچنین به وسیله نابود کردن محصولات و تصرف زمین او توسط روستائیان انجام شده بود. مرجع داوری ایکسید در این پرونده بدون اینکه صریحاً از اصطلاح سلب مالکیت خزنده نام ببرد، با اشاره به ویژگی‌های مرحله به مرحله و گام به گام بودن آن، بیان می‌دارد که: «هرچند هیچ یک از تصمیمات و وقایع واحد ادعایی توسط تریدکس نمی‌تواند سلب مالکیت تلقی شود، اما ممکن است و همچنین دیوان باید بررسی کند که آیا ترکیبی از این تصمیمات و وقایع می‌تواند سلب مالکیت سرمایه‌گذاری خارجی تریدکس توسط دولت آلبانی در یک فرآیند طولانی و گام به گام تلقی شود» (ICSID, April 29, 1999: para. 191). هرچند در نهایت دعوای تریدکس ناوارد دانسته شده و دیوان سلب مالکیت خزنده را احراز نمی‌کند (ICSID, April 29, 1999: para. 204)، و آن هم پیش از هر چیز به این سبب است که عمل روستائیان را به دولت نمی‌توانست منتسب کند (ICSID, April 29, 1999: paras. 197-203)، اما بیان مرجع داوری نشان از شناسایی سلب مالکیت خزنده دارد.

در دعوایی به موجب معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان مکزیک و اسپانیا نیز مرجع داوری دریافت که ابطال مجوز برداشت از زمین‌های دفن زباله به نقض ماده ۵ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان دو کشور در رابطه با حمایت از سرمایه‌گذار در برابر سلب مالکیت یا هر اقدام مشابه انجامیده است. آنگاه دیوان داوری بیان داشت:

«بطور کلی، چنین فهمیده می‌شود که اصطلاح «یکسان با سلب مالکیت» یا «به مثابه سلب مالکیت» که در موافقت‌نامه و دیگر معاهدات بین‌المللی راجع به حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی آمده است، به سلب مالکیت‌های باصطلاح «خزنده» یا «غیرمستقیم» و همچنین به سلب مالکیت‌های «عملی» اشاره دارد» (ICSID, May 29, 2003: para. 114).

مرجع داوری ایکس‌اید در پرونده‌ای بیان داشت که «مقررات می‌تواند به گونه‌ای طراحی شوند که منجر به سلب مالکیت خزنده شوند... در واقع، اکثر سلب مالکیت‌های خزنده از راه تصویب مقررات صورت می‌گیرد و با اقداماتی در ظاهر قانونی شکافی عمیق در قواعد حمایتی حقوق بین‌الملل از سرمایه‌گذار ایجاد می‌کند» (ICSID, June 26, 2000: para. 99).

۲-۲. معیارهای احراز سلب مالکیت خزنده در رویه داوری

با مطالعه آراء داوری بین‌المللی مشخص می‌شود که عموماً مراجع داوری با بررسی معیارهایی خاص در جستجوی یافتن و احراز وقوع سلب مالکیت بر می‌آیند که این معیارها به شرح و ترتیب ذیل هستند:

۲-۱. شدت مداخله دولت و تأثیر آن بر سرمایه‌گذار

قطعاً یکی از معیارهایی که مرجع داوری را به سمت احراز عمل سلب مالکیت سوق می‌دهد، میزان تأثیر اقدامات دولت بر سرمایه‌گذار و یا به عبارتی دیگر استفاده از معیار «میزان مداخله» است. (تیموری و سایرین، ۱۳۹۷: ۱۲)

یکی از مهمترین عناصری که به تشخیص میزان مداخله دولت کمک می‌کند، شدت تأثیرات اقتصادی بر خواهان است. «عموماً اذعان شده است که مداخله کم اهمیت در سرمایه‌گذاری خارجی به سلب مالکیت غیرمستقیم منجر نخواهد شد، بنابراین، شدت مداخله به منزله از دست رفتن اساسی کنترل یا از دست رفتن اساسی ارزش سرمایه‌گذاری‌های خارجی نخستین عنصر لازمه برای بررسی تحقق سلب مالکیت غیرمستقیم است». (میهمی و باقری، ۱۳۹۶: ۴۱۴ - ۴۱۳)

داوران بین‌المللی نیز همواره به این عنصر جهت تشخیص وقوع سلب مالکیت

توجه داشته‌اند و عموماً مراجع داوری در مواردی که اقدامات دولت تمام یا بخش قابل توجهی از ارزش اقتصادی اموال سرمایه‌گذار را از بین نبرده باشد، از احراز سلب مالکیت امتناع می‌کنند^۱ و بر این باور هستند که مداخله دولت باید بسیار اساسی باشد تا بتواند سلب مالکیت تلقی شود. دیوان‌های بین‌المللی متعددی دریافته‌اند که یک مقرر قانونی زمانی می‌تواند به سلب مالکیت غیرمستقیم ختم شود که حقوق اقتصادی سرمایه‌گذار (نظیر حق مالکیت، استفاده، بهره‌برداری یا مدیریت بر فعالیت و تجارت) را به طور اساسی تنزل داده و با بلااستفاده نمودن آنها به ورطه نابودی کشاند، هرچند عنوان مالکانه همچنان از آن سرمایه‌گذار باشد.^۲ صرف اعمال محدودیت ضبط و سلب مالکیت نخواهد بود (OECD, 2004: 11 and ICSID, June 26, 2000: paras. 96-98).

در پرونده‌ای نزد دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده که برای یک شرکت ساختمان‌سازی آمریکایی مدیران ایرانی منصوب شده بود دیوان عمل واقع شده را نوعی سلب مالکیت دانست و بیان داشت «این امر در حقوق بین‌الملل پذیرفته شده است که اقدامات انجام شده توسط دولت در مداخله در حقوق مالی خواهان اگر به حدی باشد که این حقوق را بلااستفاده گردانیده، از حیز انتفاع خارج کند، می‌تواند سلب مالکیت [غیر مستقیم] قلمداد شود، هرچند دولت منکر سلب مالکیت باشد و مالکیت قانونی بر اموال رسماً به نام مالک قبلی باشد» (Iran-United States Cl. Trib. Rep. 1983: 609-585; and Aldrich, 1994: 585-609).

یکی دیگر از عناصری که به تشخیص تأثیر اقدامات دولت در سلب مالکیت، بخصوص در مورد سلب مالکیت‌های خزنده کمک می‌کند، مدت زمان مقرراتی است که باعث محرومیت مالک از حقوق خود می‌شود (Wagner, 1999: 465-538). منظور این است که مقررات مختلف طی زمانی طولانی موجود باشند و منجر به محرومیت مالک از حقوقش شود. هرچند در مواردی مراجع داوری حتی توقیف موقت و کوتاه مدت یک مال را نیز سلب مالکیت دانسته‌اند (ICSID, Dec. 8, 2000: 131) اما باید

1. Sea-Land Service Inc. v. Iran, 6 Cl. Trib. Rep.149 (1984); Pope & Talbot, Inc v. Canada, Interim Award (June 26, 2000), paras. 96-98
2. Starret Housing Corp. v. Iran, 4 Iran-United States Cl. Trib. Rep. 122, 154 (1983); and Tippett v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, 6 Cl. Trib. 219 (1984)
3. See also: S.D. Myers, Inc. v. Canada, (November 13, 2000) Partial Award, 232.

توجه داشت که در خصوص سلب مالکیت‌های خزنده عنصر زمان پیش از وقوع ضبط، معیار قرار می‌گیرد. یعنی مجموعهٔ اقداماتی که در طول زمان شکل می‌گیرد و بطور طولانی مدت موجب محرومیت از حقوق مالکانه می‌شود.^۱ به تعبیر دیوان داوری دعاوی ایران و آمریکا: «سلب مالکیت غیرمستقیم زمانی رخ می‌دهد که سرمایه‌گذار «از حقوق اساسی مالکیتی خود محروم شده باشد و این نشان می‌دهد که محرومیت نمی‌تواند زودگذر باشد» (Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 219, 1984: para. 222)

۲-۲-۲. محرومیت سرمایه‌گذار از حقوق مالکانه یا دارایی خود

یکی از ملاک‌های عمدهٔ مراجع داوری در تشخیص سلب مالکیت خزنده و دیگر اشکال سلب مالکیت غیرمستقیم، محرومیت خواهان یا مدعی از حقوق اساسی مالکیتی است. در واقع، در تحلیل احراز سلب مالکیت به‌جای مقید شدن به اصطلاحات رسمی باید نتایج امر را بررسی کرد (ابراهیم‌پور اسنجان و سلیمانی دینانی، ۱۴۰۰: ۸۰۹). پروندهٔ آلفا علیه اوکراین حاوی معیارهای مفیدی در جهت تعیین و تشخیص سلب مالکیت‌های غیرمستقیم است. دیوان ایکسید در این دعوا دریافت که به موجب حقوق بین‌الملل پذیرفته شده است که اقدام دولت برای اینکه سلب مالکیت تلقی شود لازم نیست شامل توقیف آشکارای مال یا انتقال عنوان مالکانهٔ آن باشد. به زعم دیوان در این پرونده خواهان بطور اساسی محروم از ارزش اقتصادی سرمایه‌گذاری شده است و چنین محرومیتی حالت دائمی داشته است و قطعاً در پی اقدام دولت پدید آمده است. لذا از حقوق خواهان به موجب موافقت‌نامه‌های ذیربط سلب مالکیت شده است (ICSID, November 8, 2010: para. 408). بنابراین در این پرونده‌ها دیده می‌شود که هر عمل دولت برای اینکه سلب مالکیت تلقی شود باید بطور عمده بر سرمایه‌گذاری اثر بگذارد و همچنین بدیهی است که محرومیت پدید آمده باید بر اثر رفتاری بوجود آمده باشد که به دولت قابل انتساب باشد (ICSID, April 29, 1999: para. 104). دیوان داوری ایکسید در پرونده‌ای دیگر نیز بر این موضع بود که خواهان نتوانسته

1. See: Phelps Dodge, 10 Iran-United States Cl. Trib. Rep., Award No. 217-99-2, 19 Mar 1986, at 130 and Tippetts v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, 6 Cl. Trib. 219 (1984)

نشان دهد سلب مالکیتی رخ داده است چرا که دلیلی مبنی بر حجم زیاد زیان‌های وارده که برای دیوان قابل اقناع باشد ارائه نداده است و نمی‌توان نتیجه گرفت که نتیجه آن محرومیت اقتصادی اساسی از سرمایه‌اش بوده است. در ادامه بیان داشت که زمانی یک سلب مالکیت غیرمستقیم رخ می‌دهد که «مداخله دولت در حقوق سرمایه‌گذار باید به حدی قابل توجه و زیاد باشد که سرمایه‌گذار را از ارزش اقتصادی سرمایه، استفاده یا بهره‌برداری از آن محروم کند» (ICSID, September 13, 2006: para. 65). پرونده متالکد نیز نمونه قوی و مناسبی برای شناسایی معیار محرومیت خواهان از حقوق مالکانه‌اش می‌باشد که مرجع داوری به صراحت اشاره به سلب مالکیتی داشت که به صورت غیرمستقیم واقع شده و در نهایت منجر به محرومیت جزئی یا کلی مالک از منافع قابل انتظار سرمایه‌گذاری‌اش شود. (ICSID, August 30, 2000: para. 103)

البته این نظر نیز وجود دارد که تمام معیارهای دیگر در نهایت به «محرومیت اساسی» ختم می‌شود (Fortier, Drymer, 2005: 222) اما رویه داوری نشان داده است که برای «محروم شدن از حقوق» جنبه‌های متمایز و مختلفی قائل است و بسته به موضوع به هر کدام می‌پردازد. این مهم هنگام تعریف سلب مالکیت خزنده بهتر نمایان می‌شود. برخی هنگام تعریف این نوع سلب مالکیت عنصر محرومیت را نیز در آن می‌گنجانند و سلب مالکیت خزنده را تنزل فاحش ارزش اقتصادی دارایی سرمایه‌گذار در پی اقدامات قانونی دولت طی مدت زمانی نسبتاً طولانی می‌دانند (Kokichashvili, 2015: 8).

این معیار که آن را معیار «تأثیر عمل»^۱ می‌خوانند، آنقدر مهم است که گاه در مراجع داوری منحصرأ به آن اکتفا می‌شود^۲ و تنها به بررسی این موضوع می‌پردازند که آیا اقدامات دولت منجر به محرومیت سرمایه‌گذار از کل یا بخش عمده منافع اقتصادی سرمایه‌گذاری‌اش شده است یا خیر (Isakoff, 2013: 198). این معیار از این جهت نیز قابل توجه و مطلوب‌تر جلوه می‌کند که تقریباً تمام سلب مالکیت‌های انجام شده، اقلأ در ادعا و تئوری حاوی معیار هدف مشروع و عمومی می‌باشند و لذا بهتر است در تحلیل و بررسی سلب مالکیت به معیار تأثیر عمل توجه کرد که حالتی عینی‌تر داشته و احراز آن ساده‌تر و قاطعانه‌تر صورت می‌پذیرد.

1. Sole effect

۲. نمونه‌هایی از آراء داوری در دست است که مرجع رسیدگی‌کننده برای تشخیص سلب مالکیت خزنده صرفاً بر معیار تأثیر عمل و در حقیقت محرومیت سرمایه‌گذار از حقوق مالکانه تکیه کرده است. (Tippetts v. TAMS-AFFA, Consulting Engineers of Iran, 6 Cl. Trib. 219 (1984), pp. 225-226; and Phelps Dodge, 10 Iran-United States Cl. Trib. Rep., Award No. 217-99-2, 19 Mar 1986, para. 22)

۲-۲-۳. هدف اقدامات مداخله‌گرانه دولت

یکی دیگر از عوامل مهمی که می‌تواند یک اقدام دولت را به عمل سلب مالکیت تبدیل کند، این است که اقدام مزبور با هدف توسعه و گسترش اهدافی چون «اهداف اجتماعی»^۱ مشخص و «رفاه عمومی»^۲ انجام شود (Weston, 1975: 116). یعنی هدف، ویژگی و جنس اقدام دولت مدنظر قرار می‌گیرد. بعنوان مثال دیوان داوری در چارچوب نفتا بیان داشت که «هر دو عبارت [یکسان یا به مثابه سلب مالکیت] هر مرجع داوری را ملزم می‌کند که به ماهیت و نه شکل آنچه رخ داده است نظر کند. یک مرجع داوری نباید اسیر ملاحظات فنی یا صوری شده و از احراز وقوع سلب مالکیت و یا هر اقدامی که به مثابه سلب مالکیت باشد، باز بماند. او باید به منافع واقعی موجود و هدف و تأثیر اقدام دولت توجه کند» (Ad hoc Arbitration, November 13, 2000: para. 285).

بسیاری از دولت‌ها این معیار را در کنار معیار «تأثیر عمل» به کار می‌برند. این نوع بررسی داوران را قادر می‌سازد که رویکردی موضوعی به هر پرونده خاص داشته باشند و بررسی آنها همراه با نگاهی عرفی و جدید به موضوع باشد (Isakoff, 2013: 199). مشخص است که توسل به صرف معیار منفعت عمومی، رفاه همگانی یا دیگر انگیزه‌های عمومی گاهی اوقات نهاد داوری را به بیراهه می‌برد. بخصوص از این جهت که تقریباً تمام اقدامات قانونگذاری یا اجرایی دولت‌ها به نام منافع عام انجام می‌شود. پس این معیار قدری گمراه کننده است. علی‌الخصوص در مورد تشخیص سلب مالکیت خزننده که بایستی رویکردی حمایتی نسبت به سرمایه‌گذار وجود داشته باشد. بر این اساس، این معیار چنانچه با معیار تأثیر عمل یا محرومیت سرمایه‌گذار با هم مورد استفاده قرار گیرد (ICSID, May 29, 2003: 122)، نتیجه‌گیری نزدیک‌تر به واقعی خواهد داشت.

1. social purpose
2. general welfare

۳. علاوه بر پرونده فوق، پرونده تکمد نیز حاوی استدلالی مشابه است:

Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A, v. The United Mexican States, ICSID Award Case No. ARB (AF)/00/2, 29 May 2003, para. 122

۳. حمایت از سرمایه‌گذار خارجی در برابر سلب مالکیت‌های خزنده

سرمایه‌گذاری خارجی در مقابل اقدامات ضبط‌کننده دولت میزبان به موجب معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری مورد حمایت واقع می‌شود. به موجب مقررات معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری هر سلب مالکیت قانونی بایستی این شرایط را داشته باشد: با مقاصد عمومی انجام شود، بدون تبعیض باشد، به موجب قانون تجویز شود و در ازای آن بطوری شایسته، منصفانه و مؤثر غرامت پرداخت شود (Shan, 2008: 273). در نتیجه باید در صدد ایجاد تعادلی میان دو منطق حقوقی بین‌المللی بود: از یک سو دولت میزبان با حاکمیت مطلق در قلمرو خود قرار دارد که می‌تواند در راستای تعیین نظم اجتماعی، اقتصادی و سیاسی اقدام به وضع مقررات یا تحدید فعالیت‌های خارجی‌ان بکند (ابراهیم‌پور اسنجان و سلیمانی دینانی، ۱۴۰۰: ۸۰۶) و از دیگر سو سرمایه‌گذارانی خارجی که لازم نیست متحمل تبعات منافع عمومی کشوری دیگر شوند. موافقت‌نامه‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری از طریق ایجاد تعهد به تضمین استانداردهای حمایتی خاص برای دولت‌های میزبان دست به حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی می‌زنند. می‌توان با برجسته کردن اصول زیر در اینگونه موافقت‌نامه‌ها، زمینه‌های حمایت از سرمایه‌گذار را در برابر سلب مالکیت‌های خزنده تقویت کرد.

۱-۳. استفاده از معیار تأثیر عمل

در خصوص معیارهایی که مراجع داوری برای احراز سلب مالکیت‌های خزنده به کار می‌برند به نظر می‌آید اگر از معیار «تأثیر عمل» بهره برده شود، از جهاتی به نفع سرمایه‌گذار خارجی بوده و دست دولت را در توسل به اقدامات خزنده جهت سلب مالکیت بسته نگه می‌دارد. این معیار هرچند نیازمند این است که خواهان دعوا بتواند «محرومیت اساسی یا کامل» از حقوق خود را اثبات کند، اما از این جهت حمایت بهتری نسبت به سرمایه‌گذار خارجی فراهم می‌آورد که نیاز به اثبات انگیزه یا نیت دولت میزبان ندارد (Montt, 2009: 260). این معیار هرچند از دیگر معیارها - که بدون نیاز اثبات نتیجه عمل یعنی محرومیت، می‌توانند هرگونه مداخله دولت را نوعی سلب مالکیت قلمداد کنند - محدودتر است اما از این حیث که طرف دولتی نمی‌تواند با انکار سوء نیت، به دفاع از اقدام صورت گرفته بپردازد، به نظر می‌آید در موضوع سلب

مالکیت‌های خزننده وافی به مقصود بوده و حمایت بیشتری از سرمایه‌گذار خارجی به عمل آورد.

۲-۳. اعمال شرط رفتار عادلانه و منصفانه

شرط رفتار عادلانه و منصفانه دولت‌ها را ملزم می‌کند که با سرمایه‌گذاران خارجی نامطلوب‌تر از اتباع خود رفتار نکنند. یعنی کمتر از آنچه در مورد اتباع خودشان اعمال می‌شود، در حق خارجیان جریان نیابد. این اصل همچنین دولت‌ها را ملزم به شفافیت^۱ می‌نماید، بدین معنی که در این زمینه نظام اقتصادی کشور نمی‌تواند به یک باره و به‌طور زیاد در جهتی تغییر یابد که با وضعیت سرمایه‌گذاری پول‌های خارجی در کشور در تضاد باشد.^۲

اعمال این اصل برای سرمایه‌گذار خارجی بسیار مفید است. بر اساس اصل مزبور گمان می‌رود دولت متعهد به فراهم آوردن حمایت کامل و امنیت از سرمایه‌گذاران است. همچنین به موجب اصل رفتار عادلانه و منصفانه که در اکثر معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری دیده می‌شود (عسکری، ۱۳۹۴: ۱۱۴)، دولت میزبان به وضوح ملزم به حمایت از سرمایه‌گذاری‌ها در برابر نابودی‌های مادی می‌شود. این شرط همچنین دولت‌ها را ملزم می‌کند نظام حقوقی خود را به گونه‌ای حفظ کنند که سرمایه‌گذاران بتوانند در برابر نقض قراردادها و عملکردهای تجاری غیرمنصفانه از سوی اشخاص ثالث از فرصت‌های جبرانی مناسب بهره‌مند باشند. تمام این موارد بطور ضمنی در اصل استانداردهای حداقل بین‌المللی^۳ نیز مستتر است. علاوه بر موارد فوق، به نظر می‌رسد شرط مزبور تعهدی مثبت و ایجابی را بر دوش دولت‌ها در جهت حمایت از سرمایه‌گذاران در برابر عملکردها و برخوردهایی اینچنینی قرار می‌دهد (Lowe, 2002: 455-456). پرونده‌هایی نظیر مافزینی پیشنهادهای از این دست را ارائه می‌دهند (IC-83-72: paras. 72-83, SID, 13 November 2000). علاوه بر این، بعنوان مثال، در

1. transparency

۲. بنگرید به: شمسایی، محمد و سیدعلی حسینی‌آزاد (۱۴۰۰)، «نقش شفافیت در تفسیر شرط رفتار عادلانه و منصفانه در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، مجله مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، دوره ۵۱، شماره ۲، صص.

3. international minimum standard

پرونده فلدمن علیه مکزیک اگر اصل رفتار عادلانه و منصفانه و یا اصل استاندارد حداقل بین‌المللی اعمال می‌شد عمل سلب مالکیت خزنده مزبور به هیچ روی رخ نمی‌داد و جنبه حمایتی از سرمایه‌گذار خارجی آنقدر تقویت می‌یافت که دولت از وضع مقررات مربوطه منع می‌شد.^۱

۳-۳. اعمال ضابطه انتظارات مشروع

جنبه دیگر حمایتی از حقوق سرمایه‌گذاران خارجی در برابر سلب مالکیت‌های خزنده اصل «انتظارات مشروع»^۲ است. برای تشخیص مشروع بودن یا نبودن انتظارات سرمایه‌گذار باید چارچوب حقوقی دولت میزبان در زمان سرمایه‌گذاری مورد ارزیابی قرار گیرد. البته اجماعی میان حقوقدانان در خصوص اینکه آیا مفهوم انتظار مشروع یک اصول کلی حقوقی است یا خیر وجود ندارد. در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، انتظارات مشروع به انتظارات بنیادین، معقول و موجه سرمایه‌گذار در خصوص رفتار دولت میزبان نسبت به او اطلاق می‌شود (Marshall, 2007: 10)

در مواردی که قوانین دولت میزبان به‌طور غیر قابل پیش‌بینی و غیرمنتظرانه‌ای بازنگری و اصلاح می‌شود، بایستی نقض و زیر پا نهادن انتظار مشروع سرمایه‌گذار خارجی مفروض انگاشته شود. به عبارت دیگر چنین اصلاحات و بازنگری‌هایی از چارچوب توسعه‌ی معمول صلاحیت دولت به دور است (Kokichashvili, 2015: 24-25). این اصل اگر در کنار استانداردهای دیگر نظیر شفافیت اعمال شود، حمایت‌های قوی‌تری از سرمایه‌گذار در برابر سلب مالکیت خزنده ایجاد می‌کند. چرا که اصل شفافیت متضمن تعهد به اطلاع‌رسانی و روشن‌سازی تنظیم‌گری‌ها و مقررات است و در نتیجه سرمایه‌گذار همواره از تصمیماتی که به تدریج اتخاذ می‌شود و ممکن است در آینده منجر به محرومیت وی از حقوق مالکانه شود، همواره آگاهی و اطلاع خواهد داشت.^۳

1. See: Feldman v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award of the Tribunal (Dec. 16, 2002), 7 ICISD Rep. 341

2. Legitimate expectation

۳. بنگرید به: شمسایی، محمد و سیدعلی حسینی آزاد (۱۴۰۰)، «نقش شفافیت در تفسیر شرط رفتار عادلانه و منصفانه در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری»، مجله مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، دوره ۵۱، شماره ۲، صص.

۳-۴. اصل تناسب

راهکار واپسین به منظور حمایت هرچه بیشتر از سرمایه‌گذار خارجی، استفاده از اصل تناسب^۱ است.^۲ اصل تناسب یک استاندارد حقوقی برای افراد در برابر اقدامات دولت فراهم می‌آورد. این اصل به گونه‌ای در حقوق بین‌الملل توسعه یافته است که معیاری برای سنجش عمل تلقی می‌شود و بخصوص برای سنجش توجیهات یک مداخله در حقوق دیگران یا اعمال محدودیت بر آن مورد استفاده واقع می‌شود (An- (denas, Zleptnig, 2008: 172).

ادعای فقدان اصل تناسب می‌تواند در قضایی که عدالت توزیعی مبنای محرومیت از حقوق سرمایه‌گذار عنوان شده است، دفاعی مناسب باشد (Andenas, Zleptnig, 2008: 172). خواهان می‌تواند استدلال کند که حتی در مواقعی که منافع عمومی که توسط دولت مورد استناد قرار گرفته و تحت اوضاع و احوال موجود ارجح بوده است، اما هدف مزبور نمی‌تواند از نظر هنجاری امحاء و نابودی کامل سرمایه‌ی او را توجیه کند (Montt, 2009: 286) صرف قرار گرفتن در محدوده یک کشور نمی‌تواند دلیلی بر قربانی شدن او برای مقاصد مابقی اجتماع باشد. همچنین در مورد سلب مالکیت‌های غیرمستقیم و نیز در مورد سلب مالکیت‌های خزننده پاسخ واضح است: هنگامی که دولت خواننده به یک منفعت عمومی برتر بعنوان توجیهی استثنایی بر اقدام خود استناد می‌کند، اصل تناسب بعنوان استثنای متقابل^۳ می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد و گفته شود که اقدامات انجام شده با هدف تعقیب شده تناسب نداشته است. این امر در دو مورد بسیار قابل توجه است: الف) در مواردی که دولت بیش از آنکه هدف ادعایی را بخواهد، به دنبال سلب مالکیت و محرومیت سرمایه‌گذار خارجی از دارایی است؛ یا ب) در مواردی که نفع اجتماعی برتر بعنوان شده منفعتی معمولی باشد و نه چندان اساسی (Montt, 2009: 285).

1. Principle of Proportionality

۲. در حقوق اروپا مفهوم «تناسب» نقشی ابزار - هدف (Means-ends relationship) را بازی می‌کند که به این معنی است که میان اهداف تعقیب شده توسط یک اقدام معین دولت و ابزارهای به کار گرفته شده برای دستیابی به آن اهداف تعادل برقرار شود. (Emiliou, 1996: 23-24) به زبان ساده گفته می‌شود که اصل تناسب یعنی اینکه «برای شکستن فندق، در صورتی که فندق شکن این کار را انجام می‌دهد، نباید از چکش استفاده کرد». (R v Goldstein, 1983, 1 WLR 151, p. 155)

اصل تناسب در شکل دقیق خود مشتمل بر سه شرط است: مناسب بودن، ضرورت و تناسب در معنی خاص و مضیق. (Andenas and Zleptnig, 2008: 174)

3. counter-exception

مراجع داوری ارتباط اصل تناسب را در اختلافات سرمایه‌گذاری به رسمیت شناخته‌اند و در پرونده‌های متعددی نزد دیوان‌های داوری ایکسید به این اصل اشاره شده است.^۱ در پرونده‌ای مرجع داوری بیان می‌دارد: «... بایستی رابطه منطقی تناسب میان هزینه‌ها و فشارهای وارده بر سرمایه‌گذار خارجی و هدفی که با اقدامات سلب مالکیت کننده دنبال می‌شده است، برقرار شود» (ICSID, May 29, 2003: para. 122). همچنین، در پرونده لینک تریدینگ نیز مرجع داوری به گونه‌ای احتمال تلقی وضع ناعادلانه و غیرمنصفانه مالیات را بعنوان عمل سلب مالکیت کننده بیان می‌کند که به نظر می‌رسد به فقدان تناسب اشاره دارد (Uncitral Arbitration, 18 April 2002: para. 64).

اعمال اصل تناسب می‌تواند از نقص یکجانبه‌گرایی موجود در ضابطه «تأثیر عمل» به دور مانده باشد و از طرفی می‌تواند نقش مکمل را برای راهکارهای پیش‌گفته بازی کند، هرچند به خود این ضابطه نیز انتقادهایی وارد است. (میهمی و باقری، ۱۳۹۶: ۴۲۰)

1. See: MTD Equity Sdn Bhd and MTD Chile SA v Republic of Chile, ICSID Case No ARB/01/7, Award (25 May 2004); LG&E Energy Corp LG&E Capital Corp and LG&E International Inc v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/02/1, Decision on Liability (3 October 2006); Te'cnicas Medioambientales Tecmed, SA v United Mexican States, ICSID Case No ARB(AF)/00/2, Award (29 May 2003); and Azurix Corp v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/01/12, Award (14 July 2006)

برآمد

سرمایه‌گذاری خارجی همواره با خطر سلب مالکیت‌های خزنده دست و پنجه نرم کرده است و دعاوی متعددی با این ادعا در مراجع داوری بین‌الملل طرح شده است. همانطور که گفته شد، سلب مالکیت خزنده مجموعه‌ای از اقدامات قانونی دولت‌های میزبان است که در نهایت و با مضي زمان منجر به محرومیت سرمایه‌گذار از حقوق مالکانه یا سرمایه خود می‌شود. بنابراین، در چنین اقدامی، هم تشخیص عمل سخت است و هم اثبات قصد و نیت دولت میزبان و تحقق سلب مالکیت دشوار می‌نماید. با این حال، پس از طرح پرونده‌های زیادی با ادعای سلب مالکیت خزنده نزد مراجع داوری، مراجع مزبور اقدام به شناسایی و تبیین این نوع سلب مالکیت نموده‌اند. در مرحله بعد، برای احراز عمل اقدام به ایجاد معیارهایی در رویه کرده‌اند که از رهگذر آن معیارها می‌توان به وقوع سلب مالکیت پی برد. معیارهایی نظیر شدت تأثیر عمل دولت بر سرمایه‌گذار، محرومیت سرمایه‌گذار از حقوق مالکانه (معیار تأثیر عمل) و عنصر زمان از جمله معیارهایی است که می‌توان با مطالعه رویه داوری سرمایه‌گذاری بعنوان یک رویکرد ثابت و قابل اتکا از رویه‌ها استخراج و استنباط کرد. مراجع داوری با تکیه بر همین معیارها به احراز عمل سلب مالکیت خزنده پرداخته‌اند.

نظر به شرایط ویژه و خطرناکی که سلب مالکیت خزنده به بار می‌آورد و ظاهراً سرمایه‌گذار در برابر آن بیش از سایر اشکال سلب مالکیت بی‌پشتوانه می‌ماند، ضرورت دارد که در نظام حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به دنبال راهکارهایی برای حمایت هرچه بیشتر از سرمایه‌گذاران خارجی در برابر این نوع سلب مالکیت بود. در نظم کنونی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری می‌توان با تکیه و تأکید بیشتر بر اصولی چون رفتار عادلانه و منصفانه، اصل تناسب و اصل انتظارات مشروع به موجب موافقت‌نامه‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری (اعم از دوجانبه و چندجانبه) حمایت بیشتری را از سرمایه‌گذاران در برابر اقدامات سلب مالکیت‌کننده دولت‌های میزبان به عمل آورد. تأکید بر این اصول صرفاً مختص موافقت‌نامه‌ها نبوده و مراجع داوری نیز با تفسیر موسع اصول مزبور و تکیه بر آن‌ها در کنار معیارهای مناسب برای تشخیص سلب مالکیت خزنده - که معیار تأثیر عمل ارجح می‌نماید - می‌توانند لایه‌های حمایتی از سرمایه‌گذاری خارجی را در برابر اقدامات گاه لجام‌گسیخته دولت‌ها بهبود و ارتقا بخشند.

منابع الف) فارسی

۱. جزایری، شمس‌الدین (۱۳۳۵). *اقتصاد اجتماعی، تهران*، انتشارات دانشگاه تهران.
۲. عسکری، پوریا (۱۳۹۴). *حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داورى بین‌المللی*، تهران، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۳. ابراهیم‌پور اسنجان، عادل و مائده سلیمانی دینانی (۱۴۰۰). «*تقابل و تعامل سلب مالکیت غیرمستقیم و تنظیم‌گری دولت میزبان*»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، دوره ۵۱، شماره ۲، صص. ۸۰۵ - ۸۲۵.
۴. پیران، حسین (۱۳۸۳ و ۱۳۸۴). «*صادرده غیرمستقیم در حقوق بین‌الملل و رویه دیوان داورى دعاوى ایالات متحده - ایران*»، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۱۸ و ۱۹، صص. ۴۸۴ - ۴۱۵.
۵. تیموری، محمدصادق، لعلیا جنیدی، محمد صقری و رضا عباسیان (۱۳۹۷). «*سلب مالکیت غیرمستقیم سرمایه‌گذاران خارجی؛ جستاری در حقوق ایران و بین‌الملل*»، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۲۴، صص. ۳۶ - ۹.
۶. شمسایی، محمد و سیدعلی حسینی آزاد (۱۴۰۰). «*فقدان شفافیت در تفسیر شرط رفتار عادلانه و منصفانه در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری*»، فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، دوره ۵۱، شماره ۲، صص. ۷۸۳ - ۸۰۳.
۷. میهمی، مهدی و محمود باقری (۱۳۹۶). «*تحلیل نظریات موجود در احراز سلب مالکیت غیرمستقیم و تحولات آن در خصوص سرمایه‌گذاری در حوزه انرژی*»، مطالعات حقوق انرژی، دوره ۳، شماره ۲، صص. ۴۳۳ - ۴۰۵.
۸. نافچی، امیر (۱۳۹۶). «*سلب مالکیت غیرمستقیم و حق نظارت در سرمایه‌گذاری خارجی*»، پژوهش ملل، دوره دوم، شماره ۲۰، صص. ۱۳۳ - ۱۱۷.
۹. قاسمی، ابوالحسن (۱۳۷۹). *ضبط و مصادره اموال در حقوق کیفری ایران*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد رشته حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.
۱۰. مالکی، زینب (۱۳۸۹). *مفهوم سلب مالکیت خزنده: با نگاهی ویژه به تحولات اخیر در این خصوص*، پایان‌نامه‌ی کارشناسی ارشد رشته‌ی حقوق تجارت بین‌الملل، دانشکده‌ی حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

۱۱. ملکی، منصور (۱۳۷۹). سلب مالکیت غیرمستقیم حقوق بیگانگان با تأکید بر رویه دیوان داوری ایران و آمریکا، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی.

ب) انگلیسی

1. Bernhardt, Rudolf (1985). *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, Elsevier Science Publishers B.Y., Vol. 8.
2. Emiliou, Nicholas (1996). *The principle of proportionality in European law: a comparative study*, London, Cambridge, MA, Kluwer Law International.
3. Garner, bryan A. (2004). *Black's Law Dictionary*, 8th edition, USA, West, a Thomsom.
4. Montt, Santiago (2009). *State Liability in Investment Treaty Arbitration; Global Constitutional and Administrative Law in the BIT Generation*, Portland, Hart Publishing.
5. Subedi, Surya P. (2008). *International Investment Law; Reconciling Policy and Principle*, Portland, Hart Publishing.
6. Aldrich, George. H. (1994). "What Constitutes a Compensable Taking of Property? The Decisions of the Iran-United States Claim Tribunal", *The American Journal of International Law*, Vol. 88, No. 4, pp. 585-610.
7. Andenas, Mads and Stefan Zleptnig (2008). "The Rule of Law and Proportionality in WTO Law", in: Wenhua Shan Penelope Simons and Dalvinder Singh (eds), *Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Portland, Hart Publishing, pp. 171-196.
8. Fortier, L. Yves and Stephen L. Drymer (2005). "Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I know it When I See It, or Caveat Investor", *Asia Pacific Law Review*, Vol. 13, No. 1,

9. Isakoff, Peter D. (2013). “*Defining the Scope of Indirect Expropriation for International Investments*”, *Global Bus. L. Rev.*, Vol. 3, pp. 189-209.
10. Lowe, Vaughan (2002). “*Regulation or Expropriation?*”, *Current Legal Problems*, Vol. 55, No. 1, pp.
11. Marshall, Fiona (2007). “*Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements*”, *Issues in International Investment Law Background Papers for the Developing Country Investment Negotiators’ Forum. International Institute for Sustainable Development*, pp. 2-17.
12. Reisman, W. Michael, Robert D. Sloane (2004). “*Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation*”, *Faculty Scholarship Series, Paper 1002*, pp. 115-150.
13. Sacerdoti, G. (1997). “*Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*”, in: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. Available at: http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pp1rdc_A9789041111111_02 (last visited on: 22/07/2020)
14. Schreuer, Christoph (2005). “*The Concept of Expropriation under the ETC and other Investment Protection Treaties*”, *Online Article*. Available at: https://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/csunpublpaper_3.pdf (last visited on: 20/07/2020)
15. Shan, Wenhua (2008). “*Calvo Doctrine, State Sovereignty and The Changing Landscape of International Investment Law*”, in: *Wenhua Shan, Penelope Simons and Dalvinder Singh (eds), Redefining Sovereignty in International Economic Law*, Portland, Hart Publishing, pp. 247-312.
16. Wagner, J.M. (1999). “*International Investment, Expropriation and Environmental Protection*”, *Golden Gate University Law Review*, Vol. 29, No 3; pp. 465-538.
17. Weston, Burns H. (1975). “*Constructive Takings’ under International Law: A Modest Foray into the Problem of ‘Creeping Expropriation’*”, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 16, pp. 103-175.

18. Kokichaishvili, Ekaterine (2015). *Standards of foreign Investment Protection from Indirect Expropriation: Balancing the State's Power to Regulate and Investors' Property Rights*, LL.M. Short Thesis, Central European University, Hungary.
19. OECD (2004), “*Indirect Expropriation*” and the “*Right to Regulate*” in *International Investment Law*”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, OECD Publishing
20. UNCTAD (2000). *Taking of Property*, United Nations Publications, New York and Geneva, 2000
21. The Treaty Between The United States of America and the Arab Republic of Egypt Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, Signed at Washington on September 29 ,1982, U.S. government printing office, Waashington: 1986
22. Ad hoc Arbitration, S.D. Myers, Inc. v. Canada, UNCITRAL, Partial Award, (November 13, 2000)
23. Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/07/16), Award (November 8, 2010)
24. Biloune and Marine Drive Complex Ltd V Ghana Investments Centre and the Govern-ment of Ghana, the award Ad hoc tribunal, 1989-1990.
25. Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. Republic of Costa Rica, ICSID Case No. ARB/96/1, Award of the Tribunal (Feb. 17, 2000), 5 ICSID Rep. 153
26. Emilio Agustin Mafezini v Spain (ICSID Case No. ARB/9717), Award of the Tribunal, 13 November 2000, (2001) 16 ICSID Review-Foreign Investment Law Journal 248.
27. Feldman v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1, Award of the Tri-bunal (Dec. 16, 2002), 7 ICISD Rep. 341,

28. Generation Ukraine Inc. v. Ukraine (ICSID Case No. ARB/00/9), Award of September 16, 2003
29. Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia, ICSID Case No. ARB/83/2, award of 31 March 1986
30. Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/1 (also known as Marvin Feldman v. Mexico), award of 16 Dec 2002
31. Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, award of August 30, 2000.
32. Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/99/6, award of April 12, 2002
33. Phelps Dodge, 10 Iran-United States Cl. Trib. Rep
34. Pope & Talbot, Inc v. Canada, Interim Award (June 26, 2000)
35. S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant v. People's Republic of the Congo (ICSID Case No. ARB/77/2) Award rendered on August 8, 1980
36. Sea-Land Service Inc. v. Iran, 6 Cl. Trib. Rep.149 (1984)
37. Starret Housing Corp. v. Iran, 4 Iran-United States Cl. Trib. Rep. 122, 154 (1983)
38. Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States (ICSID Case No. ARB(AF)/00/2), Award of the Tribunal (May 29, 2003)
39. Telenor Mobile Communications AS v. Republic of Hungary (ICSID Case No. ARB/04/15) (Serial No.141), Award (September 13, 2006),
40. Tippetts, Abbett, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA Consulting Engineers of Iran, 6 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 219 (1984)
41. Tradex Hellas S.A. v. Republic of Albania (ICSID Case No. ARB/94/2), Award rendered on April 29, 1999

42. Uncitral Arbitration, Link-Trading Join Stock Co v Moldova, UN-CITRAL Ad Hoc Arbitration (Hertzfeld, Buruiana, Zykin), Award (18 April 2002)
43. Wena Hotels Ltd. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case ARB/98/4, Award on Merits, 131 (Dec. 8, 2000), 41 I.L.M. 896 (2002).