

## تحلیل نظریات موجود در احراز سلب مالکیت غیر مستقیم و تحولات آن در خصوص سرمایه‌گذاری در حوزه انرژی

مهدی میهمی<sup>۱</sup>، محمود باقری<sup>۲\*</sup>

۱. دانش‌آموخته دوره دکتری حقوق خصوصی، گروه حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.
۲. دانشیار گروه حقوق خصوصی و اسلامی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ایران.

### چکیده

معیار احراز سلب مالکیت غیرمستقیم سال‌هاست که در کانون مباحث حمایتی قرار گرفته است. احراز عمل سلب مالکیت به صورت مصداقی و موردی روش کاربردی عمومی و به‌نوعی روش حاکم در مراجع داورى با وجود اختلاف نظرهای موجود در رویه داورى است، اما این بحث نیز در میان صاحب‌نظران وجود دارد که آیا مراجع داورى باید تشویق شوند که روش شفاف، متحدالشکل و مناسبی را تبیین کنند؟ این مقاله پس از بررسی پیچیدگی‌ها و ابهامات معیارهای کنونی احراز سلب مالکیت غیرمستقیم و توجیه لزوم وجود مبنای عام یا معیار شفاف و واحدی که در آن حداقل الزامات سلب مالکیت غیرمستقیم تبیین شده باشد، در نهایت با استقرا از نظریات اندیشمندان این حوزه پیشنهاد می‌دهد که دیوان‌های داورى زمانی می‌بایست رأی به تحقق سلب مالکیت غیرمستقیم دهند که اولاً، اقدامات دولت میزبان، سرمایه‌گذار را از سوددهی سرمایه‌گذاریش به طور اساسی محروم کند و حداقل یکی از مؤلفه‌های اصلی حقوق مالکیت وی باید از بین رفته باشد و ثانیاً، سرمایه‌گذار نمی‌توانسته است به طور متعارف اقدام دولت میزبان را که به از بین رفتن قابلیت سوددهی سرمایه‌گذاری منجر شده است پیش‌بینی کرده باشد.

### واژگان کلیدی

انتظارات مشروع، تناسب، دولت میزبان، سلب مالکیت غیرمستقیم، قانون‌گذاری.

## ۱. مقدمه

این یک قاعده تثبیت شده در حقوق بین الملل است که اموال خارجیان بدون پرداخت غرامت مصادره نخواهد شد. تصاحب، مصادره، محروم کردن، خصوصی سازی حقوق مختلفی از مفهوم سلب مالکیت است. نگاهی به رویه داوری مراجع بین المللی در امر رسیدگی به اختلافات حوزه سرمایه گذاری نفت و گاز مؤید وجود معیارهای مهمی است که برای احراز تحقق سلب مالکیت غیرمستقیم از قبیل محرومیت کامل یا ناقص تدوین یافته است، اما در همان حال نشان دهنده وجود پیچیدگی و ابهام در برخورد با موضوع است.<sup>۱</sup> تا پیش از تصویب معاهدات سرمایه گذاری دوجانبه<sup>۲</sup> میزان صدور آرای متعارض در حال کاهش بوده است، اما همچنان در آثار منتشر شده مسائل و شبهاتی را در پی داشته است.<sup>۳</sup> نگاهی به چند رأی مرتبط نشان می دهد که در تعیین معیار مناسب برای احراز امر سلب مالکیت غیرمستقیم به منزله اقدامی کلی یا میزان محرومیت که لازمه اثبات سلب مالکیت است به منزله موضوعی خاص، با تعارضات، ناهماهنگی و یکنواخت نبودن برداشت ها روبه رو هستیم.<sup>۴</sup> سرمایه گذاران خارجی به طور

۱. طبق حقوق بین الملل عرفی و قواعد و مقررات حاکم بر سرمایه گذاری خارجی، دو نوع سلب مالکیت وجود دارد؛ مستقیم یا رسمی و غیرمستقیم، خزنده یا نظام مند. هرچند سلب مالکیت مستقیم در حق مالکیت بخش خصوصی تأثیرگذار بوده و مستلزم آثار مستقیم، فیزیکی و شفاف در سرمایه گذاری خارجی از قبیل مصادره است، اما سلب مالکیت غیرمستقیم عملاً از پیچیدگی بیشتری برخوردار است، زیرا متضمن ارزیابی چگونگی تأثیر زنجیره ای از افعال در سرمایه گذار و سرمایه خارجی است. ر.ک:

Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v Argentine Republic (2009), ARB/01/3 (International Centre for Settlement of Investment Disputes) at 244.

2. Bilateral Investment Treaties (BITs).

۳. هنگام بحث درخصوص دوره پیش از معاهدات دوجانبه (BITs) شارحان بر این نظر متفق القول بودند که دکترین حقوق سرمایه گذاری بین المللی درباره سلب مالکیت دچار تشتت آرا و رویه ها متعارض بوده و نتایج قابل پیش بینی نبوده است. ر.ک:

Rudolf Dolzer, 'Indirect Expropriations: New Developments' (2010) 11(1) NYU Envtl LJ 64 at 68.

۴. مفاد و مندرجات بیشتر معاهدات سرمایه گذاری دوجانبه و چندجانبه به وضوح می گویند که سرمایه های خارجی نباید به صورت مستقیم یا غیرمستقیم تصرف یا ملی شوند (از طریق اقداماتی در حکم ملی کردن و سلب مالکیت)، مگر به منظور منافع عمومی و به شیوه ای غیرتبعیض آمیز، مشروط به پرداخت غرامت مناسب، کافی و مؤثر. البته این مفاد و عبارات فقط زمینه کلی برای مراجع داوری محسوب می شوند و آنچه خاص و ویژه نیستند که به محاکم عوامی را نشان دهند که در احراز سلب مالکیت غیرمستقیم به آن توسل جویند. دیوان داوری در دعوی LG & E v Argentina اعلام کرد که معاهدات دوجانبه عموماً سلب مالکیت را تعریف نمی کنند و فقط به آن اشاره سریع می کنند و الفاظی را به کار

فزاینده‌ای دعاوی جبران خسارت براساس قانون‌گذاری‌های دولتی مانند اعمال سیاست‌های مالیاتی سخت یا اعمال محدودیت در استفاده از اموالشان را مطرح کرده‌اند که به سلب مالکیت مالک از مالش منجر نمی‌شود، اما ارزش مال سرمایه‌گذاری شده یا بهره‌مندی از حقوق مالکیت سرمایه‌گذار را به نحو مؤثری تحت تأثیر قرار می‌دهد (Dolzer (b), 2012: 75).

البته برای ایجاد ثبات و یکنواختی به معیار شفاف‌ی نیاز داریم، اما برخی مفسران به این نکته اشاره دارند که روش رسیدگی موردی که مبتنی بر حقوق عرفی است، اگر نگوئیم بهترین است، روش مناسب‌تری به نظر می‌رسد.<sup>۱</sup> این مقاله به بحث پیرامون اعتبار مناسب بودن این نتیجه‌گیری پس از ارزیابی نظرها می‌پردازد و این سؤال را بررسی می‌کند که آیا روش موردی بهترین روش برای احراز سلب مالکیت غیرمستقیم با توجه به رویه‌ داوری موجود است یا خیر؟ این مقاله پیشنهاد می‌کند که اندازه‌گیری میزان محرومیت اساسی، باید به جای آنکه به صورت ریاضیاتی محاسبه شود باید در پرتو اصول انصاف و عدالت و با استاندارد معقول بودن ارزیابی شود. درنهایت نگارنده پس از تبیین نظریات موجود در دیوان‌های داوری در خصوص احراز سلب مالکیت غیرمستقیم در بخش نخست، به ارائه فرمولی دوبخشی که جامع بین تئوری‌های موجود در این زمینه است در بخش دوم، می‌پردازد.

## ۲. نظریه‌های موجود در تعیین و احراز سلب مالکیت غیرمستقیم

می‌برند که به‌گونه‌ای از انجا دارای اثری مشابه است. همین مرجع در تفسیر خود از ماده چهارم معاهده امریکا-آرژانتین اضافه کرد که معاهده مانند بسیاری دیگر از معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه، سلب مالکیت غیرمستقیم را تعریف نمی‌کند، همچنین اقدامات، اعمال یا رفتاری را که در حکم سلب مالکیت است مشخص نمی‌کند.  
ر.ک:

LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, and LG&E International, Inc v Argentine Republic (2007), ARB/02/1 (International Centre for Settlement of Investment Disputes), Decision on Liability, at 185.

۱. در سطح داخلی دیوان عالی امریکا در پرونده اندروز به طرفیت آرز، تصمیم گرفت از روش واحدی برای مطالعه سناریوها و شرایط مختلف استفاده کند. ر.ک:

- GC Christie, 'What Constitutes a Taking of Property Under International Law?' (1962) 38(1) Brit YB Int'l L 307 at 338. and: - Jan Paulsson, 'Indirect expropriation: is the right to regulate at Risk?' (12 December 2005), online: oecd.org.

تحلیل مورد به مورد ثابت می‌کند که مباحث پیرامون سلب مالکیت غیرمستقیم عمدتاً پیرامون بحث اساسی موازنه بین منافع سرمایه‌گذار و حق ذاتی دولت میزبان در قانون‌گذاری در حوزه منافع عمومی است (Brunetti, 2008: 151). هریک از نظریات سه‌گانه آتی‌الذکر به‌وسیله دیوان‌های داوری به‌منظور مدیریت حقوقی اختلافات سرمایه‌گذاری چارچوبی تحلیلی ایجاد کرده است. این نظریات را دیوان‌های بین‌المللی از دو عنصر تناسب اقدامات دولت میزبان و پرداخت غرامت استحصال کرده‌اند.

از تلفیق رویه دیوان‌های داوری گذشته و با نظریات محققان حقوقی و رویه معاهدات جدید، سه عامل که در هر زمانی می‌تواند برای احراز سلب مالکیت غیرمستقیم به کار رود عبارت است از: الف) اثر اقتصادی اقدام دولت که مشتمل بر درجه مداخله و زیان در ارزش اقتصادی سرمایه‌گذاری است؛ ب) انتظارات مشروع سرمایه‌گذار و ج) خصوصیت اقدامات تقنینی. این تحقیق این عوامل را در خلال سه نظریه اصلی ذیل که بیشترین تطابق را با توسعه پایدار دارند، بیشتر واکاوی می‌کند. با تمسک به رویه و ادبیات موجود می‌توان به وجود سه دکترین برجسته ناظر بر احراز سلب مالکیت غیرمستقیم در دیوان‌های داوری اشاره کرد: ۱. اختیارات سیاست‌گذاری دولت یا قصد دولت؛ ۲. نظریه آثار صرف<sup>۲</sup> و ۳. نظریه تناسب<sup>۳</sup>.

## ۲. ۱. نظریه اختیارات سیاست‌گذاری دولت (قصد دولت)

بسیاری از دیوان‌های داوری اعلام داشته‌اند که دولت بابت زیان‌های اقتصادی که متعاقب اقدام قانون‌گذاری با حسن نیت دولت ایجاد می‌شود، مسئول نیست. مبنای اقتدار عمومی یا دکترین قصد (هدف) از سوی دولت دارای اختیارات قانونی مشروع به کار می‌رود. برخلاف دکترین آثار صرف که بر وضعیت سرمایه‌گذار تمرکز دارد (و در گفتار بعدی بحث خواهد شد)، این نظریه بر قصد عمل، انگیزه و نیاز دولت به جای میزان محرومیت متمرکز است. این دکترین از اختیارات دولت در نظام‌مندی اقتصاد در حالت کلی ریشه می‌گیرد و به‌منظور مسئولیت مضاعف دولت در نظام‌مند کردن منافع و مصالح عمومی

1. the police powers or purpose doctrine.

2. the sole effects doctrine.

3. the proportionality doctrine.

توسعه یافته است. احراز سلب مالکیت غیرمستقیم براساس این دکترین مستلزم آن است که دولت باید توانمند و اقدام صورت‌گرفته به نحو آگاهانه و عامدانه، سرمایه‌گذار معینی را هدف قرار داده باشد.<sup>۱</sup> البته رویه، تنها بر پیشبرد رفاه عمومی به منزله هدف تمرکز می‌کند بدون اینکه قالب و شکل رفتار را لحاظ کند (Schreuer & Dolzer, 2008: 91). اهداف مربوط به رفاه متضمن قانونی است که بر حوزه‌های حساس مانند سلامت، ایمنی و محیط‌زیست تأثیر می‌گذارد. این حوزه‌ها به فاکتور مهمی در احراز تحقق سلب مالکیت وفق دکترین هدف تبدیل شده‌اند. علاوه بر این، این حوزه‌ها به منزله استثنائی بر سلب مالکیت توأم با جبران خسارت در معاهدات دوجانبه لحاظ شده‌اند که برای مثال، می‌توان به معاهدات دوجانبه نمونه آمریکا (۲۰۱۲) اشاره کرد.<sup>۲</sup> در عین اینکه این استثنا بر سلب مالکیت غیرمستقیم و دکترین آثار صرف؛ تحول اساسی در سرمایه‌گذاری بین‌المللی را موجب شده است، اما وظیفه چالشی برای مراجع آن است که شمول و حدود مقررات غیرتبعیض‌آمیز و مبتنی بر حسن‌نیت را مشخص کنند. به عبارت دیگر، باید معین کنند که دقیقاً چه نوع مقرراتی عرفاً مجاز و در حوزه تقنینی و سیاست‌گذاری دولت‌ها قرار می‌گیرد و لذا جبران‌ناپذیرند. پیامد این تکلیف این است که مراجع باید بین مقررات مشروع و سلب مالکیت قانونی تمایز قائل شوند و مرز آن را مشخص کنند.

در حقوق بین‌الملل، دولت‌ها از منظر تاریخی مجاز بودند تا مادامی که هدف آن‌ها رعایت رفاه عمومی و رویکرد غیرتبعیض‌آمیز است، به تدوین مقررات اقدام کنند (Fortier & Drymer, 2002: 84). پیش‌نویس کنوانسیون هاروارد درباره مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها در خصوص خسارات وارد شده به اتباع بیگانه (مصوب ۱۹۶۱) شامل حوزه‌های خاص قانون‌گذاری است که نمی‌تواند مبنای طرح دعوی خسارت باشد. علاوه بر این، پروفیسور کریسیتی می‌نویسد «دولت‌ها می‌توانند از پرداخت غرامت جهت سلب مالکیت

1. Sea-Land Service Inc v Iran (1984), Award No 135-33-1 (Iran-US Claims Tribunal); Eudoro A Oguin v Republic of Paraguay (2001), ARB/ 98/5 (International Centre for Settlement of Investment Disputes), Award.

۲. به استثنای برخی شرایط نادر، وضع قوانین غیرتبعیض‌آمیز از سوی یکی از اطراف قرارداد برای حمایت از اهداف رفاه عمومی مشروع، نظیر بهداشت عمومی، امنیت و محیط‌زیست، سبب ایجاد مالکیت غیرمستقیم نخواهد شد. ر.ک:

The 2012 US Model BIT maintains most provisions of the 2004 Model BIT. US Department of State, 'Model Bilateral Investment Treaty' (20 April 2012), online: state.gov <<http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/04/188199.htm>>.

شانه خالی کنند، چنانچه قصدی را در ذهن داشته باشند که از منظر حقوق بین‌الملل، عامل موجه اعمال محدودیت‌های شدید و هرچند به ظاهر ناحق بر استفاده از اموال تلقی می‌شود که دربرگیرنده مقررات ناظر بر مالیات، کنترل ارز، نظم عمومی و بهداشت و اخلاقیات می‌باشد» (Ibid: 231). چنین اقداماتی باید متضمن موارد و مقررات مندرج در پیش‌نویس هاروارد باشد. همان‌گونه که پیش‌تر گفته شد، چنین اقدامات گسترده‌ای در نظام‌مند کردن منافع عمومی بدون ایجاد زمینه طرح دعوی خسارت از سوی مراجع، مضیق تعریف می‌شود تا صرفاً شامل اقداماتی باشد که حوزه‌های حساسی مثل بهداشت ایمنی و محیط‌زیست را دربرگیرد. رویه جدید در این خصوص بیشتر همین رویکرد را نشان می‌دهد.<sup>۱</sup>

در بین طرفداران این نظریه برخی با اتخاذ موضعی افراطی نسبت به سایرین بر این نظرند که با وجود مشروعیت و وجاهت قصد دولت (که به منظور اهداف عمومی است)، نه تنها سلب مالکیت غیرمستقیم احراز نمی‌شود، بلکه هیچ‌گونه غرامتی نیز به سرمایه‌گذار پرداخت نمی‌شود.<sup>۲</sup> در این حالت سلب مالکیت معنا و مفهوم خود را از دست می‌دهد و انگیزه سرمایه‌گذاران را نیز کمرنگ خواهد کرد.

برای مثال، دیوان در پرونده متانکس اعلام کرد که اگر اقدام منتهی به محرومیت اساسی با اهداف نفع عمومی، غیرتبعیض‌آمیز و هر دو با رسیدگی منصفانه باشد دولت متعهد نیست جبران خسارت کند، مشروط بر آنکه انگیزه آن باور صادقانه، همراه با حسن‌نیت و مستند به جهات علمی معقول اعلام شود.<sup>۳</sup> دعوای مطروحه در چارچوب نفتا مربوط به اقدام مقررات استمراری از سوی ایالت کالیفرنیا بود که استفاده از مواد افزودنی خاصی از سوخت را ممنوع اعلام کرد که به میلیون‌ها دلار خسارت به سرمایه‌گذار کانادایی منجر شد.

۱. استثنائات اندکی مانند پرونده فلوسن به طرفیت مکزیک وجود دارند. مرجع نفتا در این رأی اعلام کرد که دولت باید بتواند

با تنظیم مقررات به نفع مصالح ملی از منافع عمومی حمایت کند. ر.ک:

Marvin Roy Feldman Karpa v United Mexican States (2002), ARB(AF)/99/1 (International Centre for Settlement of Investment Disputes), Award.

2. for examples: Methanex corp. v. Usa & saluka v. Czech republic.

3. Methanex Corporation v United States of America (2005), UNCITRAL, Final Award at para 102.

مرجع رسیدگی‌کننده اعلام کرده است که این ممنوعیت اقدام مشروع برای جلوگیری از حضور مواد خطرناک برای بهداشت عمومی بود و لذا مقررات قانونی بوده است و سلب مالکیت محسوب نمی‌شود. این رأی تأکید می‌کند که چنانچه هدف از اقدام صورت‌گرفته حمایت از بهداشت عمومی باشد، دولت قطع‌نظر از میزان محرومیت آورده سرمایه‌گذار ضامن خسارت نخواهد بود.<sup>۱</sup> بی‌شک، بین اقدام حفاظت از امنیت عمومی یا جلوگیری از خسارات قوی محیط‌زیستی و اقدامی که منافع اقتصادی دارد یا از سرمایه‌گذاران داخلی حمایت می‌کند، تفاوت وجود دارد.<sup>۲</sup> نمی‌توان گفت قوانینی که از سوی دولت بنا به هر دلیلی از جمله توجه به منافع عمومی شهروندان وضع شده‌اند تماماً از دایره شمول مصادره غیرمستقیم خارج می‌شوند؛ به عبارت دیگر مراجع رسیدگی‌کننده باید به این مسئله توجه کنند که اقدامات صورت‌گرفته در حوزه سلامت عمومی تناسب عرفی و عقلایی را با شرایط داشته باشند و دولت راه‌حلی را انتخاب کند که حداقل ضرر را برای سرمایه‌گذاران در پی داشته باشد. در تک‌مد، مرجع رسیدگی از استاندارد تناسب برای احراز سلب مالکیت بهره‌برد و حکم داد که می‌باید مشخص شود:

«آیا چنین اقداماتی با عنایت به اهداف، محرومیت حقوق اقتصادی و انتظارات مشروع متضرر، معقول می‌باشد. می‌باید رابطه معقولی از حیث تناسب میان هزینه بر سرمایه‌گذار خارجی و هدف موردنظر اقدامات دولت وجود داشته باشد. به عبارت دیگر، چنانچه تأثیر اقدام دولت بر سرمایه‌گذار در جهت منافع عمومی حمایت شده، متناسب و درخور باشد، هیچ سلب مالکیتی رخ نداده است».<sup>۳</sup>

اگرچه رویکرد اتخاذشده از سوی مرجع متانکس، اقدام غیرتبعیض‌آمیز، مشروع و توأم با حسن‌نیت را استثنائی بر سلب مالکیت غیرمستقیم و دکترین آثار صرف می‌داند، اما رویکرد مرجع رسیدگی‌کننده در پرونده تک‌مد دکترین قصد دولت و تأثیر صرف را تعدیل کرده است.<sup>۴</sup> البته با فقدان تناسب، هدف اعلامی اقدام صورت‌گرفته در احراز سلب مالکیت تأثیر خود را از دست خواهد داد.

1. SD Myers Inc v Canada (2000), UNCITRAL, Partial Award.

2. ibid at 281 para 15.

3. Tecmed (n 16) at 47 para 122.

۴. همچنین، در قسمتی دیگر از رأی اشعار می‌دارد: «ما قاعده کلی نیافتیم که بیان نماید که اقدامات اجرایی نظم‌دهنده به‌خودی‌خود از محدوده معاهده دوجانبه مستثنی هستند، حتی اگر این اقدامات اساساً برای جامعه مفید فایده باشند (مانند

**انتقاد از نظریه:** شناسایی قصد پنهان دولت از سوی مرجع رسیدگی کننده چالش برانگیز و غامض است. برای نمونه، به مثال خودداری یا عدم تجدید تأییدیه زیست محیطی توجه کنید. دولت معین می‌تواند با ادعای نقض مقررات زیست محیطی تصمیم خود را توجیه کند، هرچند هدف پنهان می‌تواند خارج کردن سرمایه‌گذار از دور رقابت باشد. برای مثال، در پرونده میرز، مرجع رسیدگی کننده اعلام کرد که قصد پنهان کانادا حفاظت از محیط زیست - آن گونه که ادعا شده است - نبود، بلکه حفاظت از صنایع داخلی در برابر رقیبان امریکایی است و ملاحظات زیست محیطی کانادا در خصوص حفاظت از محیط زیست قابل تحقق از سایر طرق است.<sup>۱</sup> از طرفی این مسئله یک بار غیرعادی را بر دوش خواهان قرار می‌دهد که اثبات کند دولت میزبان به صورت عامدانه و هدفمند در فعالیت تجاری سرمایه‌گذار خلل ایجاد کرده است. ابهامات متعددی که اعمال این نظریه انتزاعی و ذهنی در پی دارد، حتی می‌تواند به طور نامناسبی برخی اعمال دولتی مشروع را به منزله سلب مالکیت غیرمستقیم دسته‌بندی کند.

با توجه به مطالب ذکر شده، احراز رعایت نکردن مقررات مشروع و سلب مالکیت قانونی متضمن ایجاد توازن میان چندین ملاحظه است و در چنین شرایطی (مانند اهداف رفاه عمومی)، عامل معینی وجود ندارد که مراجع با تکیه بر آن بین این دو موضع متعارض تمایز قائل شوند. مرجع رسیدگی کننده باید به صورت موردی و مصداقی اقدام کند، اما می‌توان این سؤال را مطرح کرد که آیا معاف کردن دولت از پرداخت غرامت در خصوص محرومیت اساسی بر پایه مقررات بهداشت عمومی اگر در معاهده دوجانبه منعقد شده شرطی نباشد و نسبت به آن ساکت باشد، عملی منصفانه خواهد بود؟ آیا تضعیف یا بلاانتفاع کردن استثنائات مشروع سرمایه‌گذار در تعارض با تعهدات مربوط به مقررات محلی اقدامی عادی است؟

بدین ترتیب، با استقرا از آرای دیوان‌های داوری می‌توان چنین نتیجه‌گیری کرد که مراجع مذکور این نظر را پذیرفتند که مقررات دولتی و عمومی به منزله یک اصل به مصادره

حمایت زیست محیطی) علی‌الخصوص چنانچه اثر اقتصادی منفی این اقدامات بر روی موقعیت مالی سرمایه‌گذار موجب خنثی نمودن تمام ارزش سرمایه یا استفاده اقتصادی یا تجاری از سرمایه‌گذاری اش بدون دریافت هیچ‌گونه غرامتی گردد». ر.ک: Tecmed (n 16) at 47 para 123.

1. Fortier and Drymer (n 44) at 109; Dolzer (n 2) at 90 & 91; Paulsson (n 7).



غیرمستقیم منجر نمی‌شوند. در واقع قانون‌گذاری اقدامی حاکمیتی است و به مجرد اینکه به سرمایه‌گذاری خارجی لطمه وارد کرده است نمی‌توان آن را سلب مالکیت غیرمستقیم تلقی کرد و آن را باید در شرایط استثنائی و در صورتی که قانون‌گذاری دارای وصف غیرمنصفانه و مثلاً به صورت خودسرانه، تبعیض‌آمیز یا غیرمتناسب باشد، تحت عنوان مصادره غیرمستقیم در نظر گرفت.

## ۲.۲. نظریه آثار صرف

بدون شک یکی از عوامل اصلی در احراز وقوع سلب مالکیت غیرمستقیم، تأثیر اقدام دولت در سرمایه‌گذار مانند میزان محرومیت و تأثیر اقدامات انجام گرفته در حقوق وی است. نگاهی به رویه داوری از جمله آرای صادره در دو دهه گذشته نشان می‌دهد که به نظریه ذکر شده در تعداد زیادی از آرا توجه شده است. این روش که به صراحت در برخی از معاهدات دوجانبه اخیر تنظیم مبنای عمل قرار گرفته است<sup>۱</sup> برای مدت مدیدی است که در حقوق عرفی به‌ویژه دیوان اروپایی حقوق بشر طی دعوی اسپورونگ علیه پاپامیچالاپولوس و دیوان دعوی ایران-امریکا پذیرفته شده است که اعلام می‌کنند تأثیر اقدامات دولت باید بدون لحاظ قصد و هدف دولت از اقدامات ذکر شده مورد توجه قرار گیرد. عموماً اذعان شده است که مداخله کم‌اهمیت در سرمایه‌گذاری خارجی به سلب مالکیت غیرمستقیم منجر نخواهد شد.<sup>۲</sup> بنابراین، شدت مداخله به منزله از دست رفتن اساسی

۱. یک مصداق، ضمیمه B 13 معاهده دوجانبه نمونه کاناداست که شبیه معاهده دوجانبه نمونه ۲۰۰۴ امریکاست که مقرر می‌دارد:

الف) تملک غیرمستقیم حاصل اقدام یا اقدامات طرفی است که بدون انتقال رسمی مالکیت یا مصادره آشکار، تأثیری معادل تملک مستقیم دارد؛

ب) احراز سلب مالکیت غیرمستقیم این اقدام یا اقدامات مستلزم رسیدگی موردی است که از جمله بررسی عوامل زیر را دربر خواهد گرفت:

۱. تبعات اقتصادی اقدام یا اقدامات دولت، هرچند این حقیقت که اقدام یا اقدامات واحد طرفین در ارزش اقتصادی سرمایه‌گذاری تأثیر منفی دارد نمی‌تواند مؤید وقوع سلب مالکیت غیرمستقیم باشد.

۲. میزان مداخله اقدامات انجام گرفته در بحث انتظارات معقول و برجسته از سرمایه‌گذاری.

۳. ماهیت اقدام یا اقدامات مذکور. ر.ک:

Canada Model BIT 2004, Annex B.13(1), online: [italaw.com <http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>](http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf).

2. Significant interference with foreign property is central for the concept of indirect expropriation. For instance, the Iran-US Claims Tribunal in *Starrett Housing v. Iran* qualified indirect expropriation as a state measure interfering with property rights to the

کنترل یا ازدست رفتن اساسی ارزش سرمایه‌گذاری‌های خارجی نخستین عنصر لازمه برای بررسی تحقق سلب مالکیت غیرمستقیم است.<sup>۱</sup> خصوصیت و قصد اقدام محل ارزیابی ما در این تئوری نیست. در دعوای اسپرونگ به طرفیت سوئد (۱۹۸۲) برای مثال مرجع رسیدگی کننده بر اهمیت ایجاد توازن میان منافع عمومی و حفاظت از حقوق مالکیت خصوصی تأکید کرد. مرجع مذکور اعلام کرد که در صورتی که بین منافع عمومی جامعه و الزام حمایت از حقوق اساسی افراد توازن منصفانه‌ای نباشد لازم است که غرامت پرداخت شود و مرجع رسیدگی کننده این روش را در چندین رأی تدوین کرد.<sup>۲</sup> برای مثال، در دعوای پاپامیچالوپوس به طرفیت یونان (۱۹۹۳)، دیوان اعلام کرد که تملک زمین خصوصی از سوی نیروی دریایی یونان، سلب مالکیت عملی است، هرچند اسناد مالکیت همچنان از آن خواهان‌هاست، زیرا خواهان‌های پرونده از بهره‌مندی از زمین خود موضوع ماده ۱ پروتکل شماره ۱ کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادی‌های اساسی محروم شده‌اند.<sup>۳</sup>

در قضیه استارت هوزینگ کورپ و فیلیپس نیز نتایج مشابهی به دست آمد. در هر دو این پرونده‌ها آمده است که تملیک غیرمستقیم زمانی رخ می‌دهد که سرمایه‌گذار از حقوق

---

extent of rendering them so useless, that they must be deemed to have been expropriated, even though the legal title to the property formally remains with the original owner. *Starrett Housing Corp. v Islamic Republic of Iran*, (1983) 4 Iran-U.S CTR 122, 154 [Starrett Housing v Iran]. Another tribunal in *Ronald S. Lauder v. Czech Republic*, held that indirect expropriation is “a measure that does not involve an overt taking, but that effectively neutralizes the enjoyment of the property.” See *Ronald S. Lauder v The Czech Republic*, UNCITRAL, Final Award (September 3, 2001), para. 200, at. 43 [Ronald S. Lauder v Czech Republic].

1. UNCTAD, *Taking of Property*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements, at 41, U.N. Doc. UNCTAD/ITE/IIT/15 (2000). In present context the notions “interference with rights” and “economic loss” should be considered separately, as “a substantial interference with rights may well occur without actually causing any economic damage.” See *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID, Case No ARB/05/22, Award, 24 July 2008, at para. 464, online: ITA Law <<http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0095.pdf>> [Biwater v. Tanzania].
2. *Sporrong & Lonnroth v Sweden* (1982).
3. *Papamichalopoulos v Greece* (1993).

اساسی محروم شده باشد یا این حقوق قابل استیفا نباشند.<sup>۱</sup> علاوه بر این، بسیاری از اختلافات در مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) و مراجع مربوط به موافقت‌نامه تجارت آزاد آمریکای شمالی (نفتا) در پرونده‌هایی چون سوئز<sup>۲</sup>، ای‌ئی‌اس سامیت<sup>۳</sup> و متالکلاد به نتایج مشابهی رسیدند.<sup>۴</sup>

البته رویه معاصر موضع بالا را می‌پذیرد، اما همزمان نشان می‌دهد که هر اقدام دولت که در سرمایه‌گذار تأثیر خود را به جای می‌گذارد، نمی‌تواند مؤید سلب مالکیت غیرمستقیم باشد. برای مثال، در پرونده تک‌مد مرجع داوری اعلام کرد که برای احراز سلب مالکیت، باید ابتدا مشخص شود که خواهان به میزان اساسی از بهره‌مندی از سرمایه‌گذاری و استفاده اقتصادی از آن محروم شده است.<sup>۵</sup> همین رویکرد در بسیاری از آرای لاحق پذیرفته شد و مراجع از انواع عبارات و فرمول‌ها استفاده کردند که همگی بر یک شرط تمرکز داشت: محرومیت اساسی یا کامل. برای مثال، مرجع رسیدگی در پرونده فوتال به طرفیت آرژانتین اعلام کرد که در حقوق بین‌الملل اقدام دولت میزبان در صورتی معادل تملک است که محرومیت مؤثر از سرمایه‌گذاری را ایجاد کند و دارای ویژگی‌های سلب مالکیت رسمی باشد. مرجع رسیدگی‌کننده «محرومیت مؤثر» را این‌گونه تعریف می‌کند که «ضرر کامل به ارزش مال وارد آید به نحوی که مال موضوع ضرر در اثر اقدام گرفته‌مانند مورد سلب مالکیت مستقیم از مالکیت خارج شود ولو آنکه مالکیت ظاهراً همچنان در

1. Starrett Housing Corporation, Starrett Systems, Inc, Starrett Housing International, Inc, v The Government of the Islamic Republic of Iran, Bank Omran, Bank Mellat (1987). Phillips Petroleum Company Iran v The Islamic Republic of Iran, The National Iranian Oil Company (1989).
2. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA, and Vivendi Universal SA v The Argentine Republic (2010).
3. AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Ero'umu' Kft v The Republic of Hungary (2010).
۴. تعریفی که شایسته توجه به آن است تعریف ارائه‌شده در متاکلاد به طرفیت مکزیک (۲۰۰۲) است. مرجع داوری به تعریف موجود با مورد مشابه اشاره نکرد و این دعوا اولین مورد ذیل نفتا محسوب می‌شود، اما در ادامه اعلام می‌کند که سلب مالکیت ذیل نفتا نه تنها شامل تملک آگاهانه، عمدی و آشکار است مانند مصادره آشکار یا انتقال رسمی و اجباری به نفع دولت میزبان، بلکه شامل مداخله تصادفی یا پنهان در استفاده از اموال است که تأثیر آن همان محروم‌شدن کلی یا به میزان قابل توجه از بهره‌مندی از اموال یا سود اقتصادی معقول از آن‌هاست و الزاماً نباید این اقدام به نفع آشکار دولت میزبان باشد. ر.ک: Metalclad v Mexico (2002).
5. Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v The United Mexican States (2003) ARB (AF)/00/2 (International Centre for Settlement of Investment Disputes) at 43.

دست مالک باقی بماند».<sup>۱</sup> در پرونده آکسان موبیل مرجع رسیدگی اعلام کرد که «سطح محرومیت برای احراز سلب مالکیت غیرمستقیم آن است که ضرر کامل به ارزش سرمایه گذاری یا ازدست دادن کامل کنترل توسط سرمایه گذار بر سرمایه هر دو با ماهیت دائمی، وارد شود».<sup>۲</sup>

مرجع داوری چنین نتیجه گیری کرد که اقدامات تقنینی از سوی ونزوئلا ذیل دستور شماره ۵۲۰۰ در حکم سلب مالکیت قانونی است، زیرا طرفین در مذاکراتی شرکت داشته اند که مبلغ آن باید برای خواهان جبران شود.<sup>۳</sup> در پرونده یوکوس؛ مرجع داوری شکی در خصوص ماهیت اساسی محرومیت که ناشی از اقدامات مختلف مالیات گذاری دولت روسیه علیه سهامداران یوکوس بود نداشت. این اقدامات شامل ارزیابی مجدد مالیات، تغییرات ارزش افزوده، مصادره دارایی ها، طرح دعوای کیفی، ایجاد مزاحمت برای پرسنل یوکوس و فروش اجباری دارایی های اصلی یوکوس بود و چنین نتیجه گیری می کند که این اقدامات معادل سلب مالکیت است، زیرا در نهایت به ورشکستگی یوکوس منتهی شد.<sup>۴</sup> دیوان متالکلاد اعلام کرد: «سلب مالکیت نه تنها شامل تصاحب عامدانه و آگاهانه

1. Total SA v Argentine Republic (2010), ARB/04/1 (International Centre for Settlement of Investment Disputes), Decision on Liability, at 195.

2. Mobil Corporation, Venezuela Holdings, BV, Mobil Cerro Negro Holding, Ltd, Mobil Venezolana De Petroleos Holdings, Inc, Mobil Cerro Negro, Ltd, and Mobil Venezolana De Petroleos, Inc v Bolivarian Republic of Venezuela (2014), ARB/07/27 (International Centre for Settlement of Investment Disputes), Award at 97.

۳. دولت ونزوئلا در مقطع سال های ۲۰۰۴ تا ۲۰۰۷ پس از تصویب قانون منابع هیدروکربنی در سال ۲۰۰۱ اقداماتی را اجرا کرد که شامل افزایش مالیات بر درآمد، افزایش سهام شرکت PDVSA در شرکت منطقه نفتی اورنیکو و در نهایت دستور شماره ۵۲۰۰ است که به طرفین توافق دستور می دهد تا به شرکت های مختلط وفق قانون اشاره شده تبدیل وضعیت بدهند. این اقدامات برای شش شرکت معظم فعال در حوزه نفتی اورنیکو تأثیرگذار بوده است و به تغییرات در منافع مالکان و ضررهای معتنا بهی به آن ها منجر شد. منبع پیشین، ۱۹.

۴. مرجع رسیدگی مشاهده کرد که هرچند روسیه مستقیماً یوکرمین را تملک نکرده است، اما اقدامات آن تأثیری معادل تملک را به استناد ماده ۱۰ و ۱۲ ELT دارد که مبنای این نتیجه گیری ضرر کاملی بود که به شرکت یوکرمین وارد شده بود. مرجع رسیدگی کننده، نحوه برخورد روسیه با یوکرمین را در مقایسه با سایر شرکت های نفتی مطالعه کرد و به این نتیجه رسید که روسیه از شرکت های دولتی روس نفت حمایت کرده است که توانست دارایی های اصلی این شرکت را تصاحب کند. ر.ک:

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation, AA 227 (Permanent Court of Arbitration), Final Award; Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v The Russian Federation, AA 226 (Permanent Court of Arbitration), Final Award; and Veteran

اموال، نظیر توقیف و انتقال رسمی و قانونی مالکیت به نفع دولت میزبان می‌شود، بلکه همچنین مداخله پنهانی و ضمنی به گونه‌ای که منجر به محرومیت کلی یا قابل توجه مالک، از استعمال یا منفعت مالی و اقتصادی مورد انتظار و متعارف شود را نیز دربر می‌گیرد، حتی اگر ضرورتاً و به‌وضوح دولت میزبان از آن کار منتفع نشود.<sup>۱</sup>

به هر حال مقرراتی که سوددهی سرمایه‌گذاری را کاهش می‌دهند، اما آن را به طور کامل از بین نمی‌برند و همچنان قدرت کنترل آن را به سرمایه‌گذار می‌دهند، به طور کلی به منزله مصادره غیرمستقیم توصیف نمی‌شوند، حتی اگر این مقررات مسئولیت تخلف از دیگر استانداردهای رفتاری از قبیل رفتار ملی یا منصفانه را افزایش دهند.<sup>۲</sup> لذا هر موقع که شدت مداخله دولت از سطح معینی تجاوز کند، سرمایه‌گذار تمام غراماتش را دریافت خواهد کرد.

**انتقاد از نظریه:** هرچند معیار محرومیت اساسی ظاهراً به طور گسترده پذیرفته شده است، اما برخی از مراجع رسیدگی‌کننده یا آن را نادیده گرفته یا سوء تفسیر کرده‌اند که موجب شده است در رویه با تعارضاتی روبه‌رو شویم. برای مثال، بسیاری از دیوان‌های بین‌المللی که از این نظریه پیروی کرده‌اند، صرفاً روی اثر اقدام دولت در محرومیت سرمایه‌گذار از کل یا جزء اساسی اموالش تمرکز کرده‌اند، بدون اینکه هدف و منظور دولت از اقدام سلب مالکیت را (که اغلب به منظور منافع عمومی است) به حساب آورند (80-79 Dolzer(a), 2010). این امر به ایجاد خط‌مشی یک‌جانبه سرمایه‌گذار دوستی منجر شده است یا به طور نمونه هرچند مرجع رسیدگی در دعوای کونوکوفیلیس تلویحاً اعلام کرده است که از آنجا که سرمایه‌گذار به طور اساسی محروم نشده است، لذا سلب مالکیت غیرمستقیم محقق نشده است، اما دیوان مزبور این مسئله را از بررسی مواردی چون فقدان موازنه قراردادی به جای بررسی خود معیار محرومیت، احراز کرد.<sup>۳</sup> مرجع نامبرده اعلام

---

Petroleum Limited(Cyprus) v The Russian Federation, AA 228 (Permanent Court of Arbitration), Final Award.

1. Metalclad v Mexico, supra note 46 at para. 195.

2. ibid at para 350.

3. ConocoPhillips Company et al v The Bolivarian Republic of Venezuela (2013), ARB/07/30 (International Centre for Settlement of Investment Disputes), Decision on Jurisdiction and Merits.

کرد که «تنها انتظارات مشروع و موجهی وجود داشته که در توافق نامه مسکوت مانده و این انتظارات نمی تواند موجب ادعای سلب مالکیت شود و در بهترین حالت داخل در شمول استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه<sup>۱</sup> می شود». مسلماً دیوان می بایست کوشش بیشتری (با بررسی سطح محرومیت لازم برای احراز سلب مالکیت غیرمستقیم) برای توجیه اینکه چرا استاندارد محرومیت اساسی، محقق نشده است، به عمل آورد. پس بهتر است که دیوان های داوری برای تمیز موارد سلب مالکیت غیرمستقیم از مقررات مشروع جبران ناپذیر، لایه های تحلیلی دیگری بر استاندارد محرومیت اساسی اضافه کنند.

### ۳.۲. نظریه تناسب

این نظریه به این معناست که آیا اقدامات دولت ضروری، متناسب و درخور است یا خیر؟ این دکتترین هم در بستر اهداف رفاه عمومی و هم در بستر واکنش دولت به نقض مقررات محلی از سوی سرمایه گذار استفاده شده است. چنین تحلیلی شامل ارزیابی توجیه دولت برای اقدامات سلب مالکانه بوده است و مستلزم آن است که در صورتی که جایگزین آن اقدامات وجود داشته باشد، انجام کار جایگزین مرجح است (Henckels, 2012: 226). عناصر مؤلفه مفهوم تناسب در این نظریه عبارت است از: الف) ضرورت و درخور بودن مداخله برای رسیدن به اهداف عمومی؛ ب) اصالت و صحت اهداف عمومی استناد شده و ج) انتظارات مشروع سرمایه گذار. بدو می بایست اثبات شود که سلب مالکیت به حال نفع عمومی سودمند است. در وهله بعد بایست روشن شود که سلب مالکیت حداقل تهاجم و تعرض برای نیل به این هدف بوده است. در غیر این صورت، سلب مالکیت نامتناسب و غرامت کامل لازم است که پرداخت شود. تعهد به پرداخت غرامت در این اصل، مفروغ عنه است، اما میزان غرامتی که می بایست پرداخته شود بخشی از معیار تناسب است. مرجع رسیدگی باید بررسی کند که دلیل عمومی استناد شده برای سلب مالکیت دلیل واقعی سلب مالکیت بوده است یا خیر؟ همچنین، در ارزیابی این معیار باید بررسی شود که آیا برخورد دولت با سرمایه گذار در مقایسه با دیگران تبعیض آمیز بوده است یا خیر؟

---

1. fair and equitable treatment (FET) standard.

پس از رأی تک‌مد، دکترین تناسب در چندین رأی حوزه نفت و گاز مانند LG & E Energy Corp در سال ۲۰۰۷<sup>۱</sup>، توتال در سال ۲۰۱۰<sup>۲</sup>، الپاسو در سال ۲۰۱۱<sup>۳</sup>، اکسیدنتال در سال ۲۰۱۲<sup>۴</sup> و یوکوس در سال ۲۰۱۴<sup>۵</sup> استفاده شد. در پرونده اکسیدنتال، مرجع رسیدگی‌کننده اعلام کرد که نقض قرارداد مشارکت با واگذاری ۴۰ درصد قرارداد به ثالث (شرکت آلبرتا انرژی طی قرارداد موسوم به فارموت) بدون تأیید اکوادور که ذیل قرارداد شرط شده بود محقق شده است، اما مرجع رسیدگی‌کننده اعلام کرد که واکنش دولت اکوادور (که لغو قرارداد و سلب مالکیت دارایی‌های اکسیدنتال بود) فاقد تناسب با واقعه است.<sup>۶</sup> مرجع رسیدگی‌کننده برای رسیدن به این نتیجه‌گیری به بررسی اصل تناسب در حقوق بین‌الملل و حقوق اکوادور پرداخت. به نظر مرجع رسیدگی‌کننده، توافق مذکور (فارموت) برای اکوادور مضر نیست، زیرا شرکت آلبرتا انرژی پیش‌تر به منزله عامل مورد تأیید در اکوادور بوده است و در صورت درخواست مجوز، تأییدیه صادر می‌شد.<sup>۷</sup>

مرجع داوری به انگیزه سیاسی برای عدم تناسب واکنش اکوادور اشاره کرد که حقیقت آن این بود که اکوادور پیش‌تر اختلافات داوری جداگانه‌ای را بر سر مالیات ارزش افزوده باخته بود.<sup>۸</sup> علاوه بر این، مرجع داوری به این نکته اشاره کرد که اکوادور جدا از فسخ

1. LG & E Energy Corp (n 3).

2. Total (n 17).

3. El Paso Energy International Company v The Argentine Republic (2011), ARB/03/15 (International Centre for Settlement of Investment Disputes).

4. Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador (2012), ARB/06/11 (International Centre for Settlement of Investment Disputes), Award.

5. Yukos (n 20).

6. Fortier and Drymer (n 44) at 109.

۷. این حقیقت که شرکت آلبرتا پیش‌تر عامل تأییدشده در اکوادور بوده و همچنان تأییدیه‌ها را درخصوص سایر موارد دریافت می‌کرده است، نشان می‌دهد که این احتمال جدی وجود دارد که تأییدیه در صورت درخواست مجوز در سال ۲۰۰۰ قابل وصول بوده است. حتی اگر مجوز به وجه معقول داده نشود، نمی‌گویند که خواننده دچار ضرر شده است. براساس سوابق مندرج در نامه مورخ ۲۰۰۵ پترواکوادور، دلایل نشان می‌دهند که خواننده دچار ضرر قابل تعیین در اثر تصاحب منافع اقتصادی بلوک ۱۵ از سوی شرکت آلبرتا نشده است. علاوه بر این، این احتمال وجود دارد که درگیری شرکت آلبرتا با بلوک ۱۵ معمولاً به سرمایه‌گذاری مضاعف در آن بلوک منجر خواهد شد و لذا عواید پترواکوادور ذیل قرارداد مشارکت افزایش می‌یابد. ر.ک: Occidental (n 64) at 179, para. 445.

۸. به نظر می‌رسد که رأی VAT در محافل سیاسی اکوادور، موجب خشم و ناامیدی شد. در این رأی برای بحث درخصوص ارزش‌داشتن یا نداشتن VAT مطرح نیست. کافی است اشاره کنیم که به نظر می‌رسد در برابر OPEC موضع‌گیری

قرارداد می‌توانست از راه‌های دیگری از جمله سازش موضوع را پیگیری کند که موجب صدمه کمتر به اکسیدنتال شود.<sup>۱</sup> با توجه به موارد ذکر شده، مرجع داوری تصمیم‌گیری کرد که فسخ قرارداد مشارکت اکوادور در حکم سلب مالکیت است و اکسیدنتال حق دارد ۲۰/۲۵ میلیارد دلار امریکا (که تا ۲۵ درصد به علت تقصیر او به علت نقض قرارداد کاهش یافت) دریافت کند.

هرچند مرجع داوری اعلام کرد که یوکوس مرتکب نقض تعهدات مالیاتی خود ذیل معاهده مالیات روسیه و قبرس (رفتار توأم با سوءنیت و غیرقانونی) شده است، در یوکوس، اعلام شد این تقصیر از ناحیه خود خواهان نباید موجب واکنش مذکور مقامات روسیه می‌شد. لذا مرجع داوری کل مبلغ غرامت را تا ۲۵ درصد (همانند اکسیدنتال) کاهش داد که به نظر اعضای مرجع رسیدگی، درخصوص مسئولیت طرفین، منصفانه و متناسب بود.<sup>۲</sup>

**انتقاد از نظریه:** این معیار شاید توانسته باشد از نقص یک جانبه‌گرایی دو نظریه قبلی به دور مانده باشد و از طرفی بتواند نقش مکمل را برای نظریات پیش گفته بازی کند، اما در مقام ارزیابی بسیار انتزاعی و وابسته به سلیقه دیوان‌های داوری است که اقدام دولت در سلب مالکیت را متناسب و شایسته بدانند یا خیر؟

### ۳. ایجاد معیار واحد برای تحلیل سلب مالکیت غیرمستقیم

همان‌طور که پیش‌تر بیان کردیم، دیوان‌های داوری طیف گسترده‌ای از نظریات را در تبیین مقررات سلب مالکیت غیرمستقیم جبران‌ناپذیر و قابل جبران اتخاذ کرده‌اند. این امر به تشتت زیادی منجر شده است و نیاز به یک معیار واحد را برای رفع این ابهام بیش از پیش عیان می‌کند. نظام داوری سرمایه‌گذاری نیازمند معیار شفاف برای احراز سلب مالکیت غیرمستقیم است تا با رفع نواقص و ابهامات و خلأهای نظریات موجود،

منفی ایجاد کند، زیرا OPEC حقوق خود ذیل قرارداد مشارکت را با نقض قوانین اکوادور منتقل کرده است. ر.ک: Ibid at 178, para. 442

۱. مرجع داوری به برخی جایگزین‌ها اشاره می‌کند: ۱. اصرار بر پرداخت هزینه انتقال معادل ۱۱۰۸ میلیون دلار امریکا و ۲. اصلاح مفاد اقتصادی قرارداد اصلی و ۳. سازش که می‌تواند حوزه‌ای را دربرگیرد که طرفین مایل‌اند، از جمله پرداخت

هزینه انتقال که پرداخت نشده بود، مذاکره مجدد درخصوص عقد و جبران اضافی. ر.ک: Ibid at 170, para. 434.

2. Yukos (n 20) at 510, para. 1637.



بتوان آن را در غالب پرونده‌ها اعمال کرد. در اینجا درصدد ارائه این معیار هستیم. به نظر نگارنده دیوان‌های داوری در این خصوص می‌بایست زمانی سلب مالکیت غیرمستقیم را احراز کنند که اولاً؛ اقدامات دولت به طور اساسی سرمایه‌گذار خارجی را از استفاده اقتصادی و بهره‌برداری از سرمایه‌گذاری محروم کند (محرومیت اساسی) و ثانیاً؛ اقدام دولت از سوی سرمایه‌گذار به طور متعارف قابل پیش‌بینی نبوده باشد (انتظارات متعارف سرمایه‌گذار). با تحقق این دو شرط می‌توان به تحقق سلب مالکیت غیرمستقیم قائل شد.

### ۳.۱. محرومیت اساسی

محرومیت کامل از استفاده و بهره‌برداری از سرمایه‌گذاری منجر به خنثی‌سازی کامل قابلیت سوددهی سرمایه‌گذاری می‌شود. معمول‌ترین استدلال‌هایی که محاکم در رد ادعای سلب مالکیت غیرمستقیم بر آن تکیه می‌کنند، تحقق نیافتن محرومیت اساسی است. بسیاری از فرمول‌ها و عبارات استفاده‌شده به این استاندارد اشاره دارند:

۱. محرومیت کامل یا به میزان درخور توجه.<sup>۱</sup>
۲. محرومیت از حقوق اساسی مالکیت.<sup>۲</sup>
۳. محرومیتی که موجب می‌شود سرمایه‌گذاری فاقد ارزش و سود شود.<sup>۳</sup>
۴. ضرر کامل؛<sup>۴</sup>
۵. تداخلی که موجب شود حقوق مورد انتظار به گونه‌ای از حیث انتفاع ساقط شود که باید آن را تملک تلقی کرد؛<sup>۵</sup>

---

۱. برای تحقق سلب مالکیت لازم است که سرمایه‌گذار به طور کامل یا از بخش قابل توجهی از اموال تحت کنترل خود در سرمایه‌گذاری محروم شود یا از ارزش کامل یا به میزان قابل توجه محروم شود.  
۲. هرچند فرض کنترل بر مال از سوی دولت قهراً و بلافصل نمی‌تواند این نتیجه را به دنبال داشته باشد که مال از طرف دولت تصاحب شده است و لذا باید به استناد حقوق بین‌الملل غرامت پرداخت شود، بلکه چنین نتیجه‌گیری زمانی متقن است که وقایع نشان دهند که مالک از حقوق اساسی مالکیت محروم شده است. ر.ک: Tippetts (n 10) at page 225.

3. Burlington Resources Inc v Republic of Ecuador (2012), ARB/08/5 (International Centre for Settlement of Investment Disputes), Decision on Liability at 151.

4. Total (n 17) at 195; Mobil (n 18) at 97.

5. Starrett (n 11).

۶. مداخله‌ای که موجب شود استفاده اقتصادی از سرمایه‌گذاری به صورت ریشه‌ای برطرف شود.<sup>۱</sup>

خلاصه معیارهای بالا گویای این مطلب است که تأثیر اقدام دولت یا درجه دخالت باید به حدی باشد که حقوق مالکیت را بدون استفاده گذارد، بدین معنا که مالک را از منفعت و استفاده اقتصادی از سرمایه‌اش محروم کند. به عبارت دیگر، شدت قانون‌گذاری باید اندازه‌گیری شود و زمانی که سرمایه‌گذار از حقوق اساسی محروم شود یا زمانی که حقوق اقتصادی سرمایه‌گذار به نحو اساسی آسیب ببیند می‌توان گفت مصادره غیرمستقیم رخ داده است. در پرونده برلینگتون به طرفیت دولت اکوادور، مرجع رسیدگی‌کننده اعلام کرد که «صرفاً تصرف فیزیکی بر اموال برلینگتون است که منتهی به سلب مالکیت می‌گردد». با وجود این، در بسیاری از آرا سلب مالکیت را نیازمند تصرف فیزیکی نمی‌دانند. این مرجع رأی داد که: «۱. ۵۰ درصد مالیات بر سود (به موجب قانون) که به ۳۸ درصد کاهش درآمد کل منتهی گردیده و ۲. ۹۹ درصد مالیات بر سود که به ۶۵ الی ۷۰ درصد کاهش ارزش کل سرمایه منتهی گردیده هر دو اقداماتی هستند که تأثیری معادل سلب مالکیت ندارند، زیرا به عدم سوددهی یا بی‌ارزش شدن کامل سرمایه‌گذاری منجر نخواهند شد. به‌ویژه، مرجع داوری اعلام کرد که هرچند ۹۹ درصد مالیات نقض مفاد قراردادهای مشارکت در تولید بوده و فقط سود برلینگتون را به میزان قابل توجهی کاهش داده است؛ لکن سرمایه‌گذاری را از ارزش ساقط نکرده و از دسترس خارج نمی‌شود و سرمایه‌گذار توانایی خود را برای تولید تجاری حفظ می‌کند».<sup>۲</sup>

بدیهی است که اکثریت محاکم به مفهوم سلب مالکیت غیرمستقیم با نگاه مضیق نزدیک شده و این کار را با تفکیک اقدامات مختلف انجام‌شده در پرونده اکوادور و تعدیل آثار آن صورت داده‌اند. این یافته ارزیابی حقوقی سلب مالکیت غیرمستقیم را که در چند دهه گذشته به‌ویژه در خصوص ضرورت ارزیابی آثار کلی اقدامات دولت که توأمان (و نه

1. Tecmed (n 16) at 43.

۲. زیرا در قراردادهای مشارکت در تولید آمده است که شرکت دولتی پترواکوادور برای جذب هرگونه مالیات آتی، مالیات بر سود را با تغییر فرمول تولید افزایش می‌دهد. رک: Ibid at 151.

جداگانه) صورت گرفته است نادیده می‌گیرد.<sup>۱</sup> در عمل اکثریت، دکترین سلب مالکیت خزننده را نادیده و تأثیر هر اقدام را به صورت مجزا در نظر گرفته‌اند و آثار تجمعی آن را تعدیل می‌کنند.<sup>۲</sup> باید به مقوله آثار از ابتدا تا انتها و نه فقط به مرحله آخر توجه شود (Vicuna, 2012: 35). این یافته‌ای جدی است و نتیجه‌ای غیرمنصفانه برای محاسبه میزان غرامت در پرونده برلینگتون در پی داشته است.<sup>۳</sup> جالب اینکه، مسئله میزان اندازه‌گیری محرومیت و نوع معیارها برای ارزیابی اساسی بودن محرومیت است. برای تحقق این هدف دو سؤال طرح می‌شود: ۱. در صورتی که دولت اکوادور به موجب قراردادهای مشارکت در تولید متعهد است تا افزایش مالیات را جذب کند آیا این تعهد در حکم شرط ثبات است که نقض آن سبب سلب مالکیت غیرمستقیم است؟ و ۲. چرا ۹۰ درصد مالیات که به ۷۰ درصد کاهش ارزش سرمایه منتهی می‌شود، اقدامی در حکم سلب مالکیت نیست؟.

پاسخ به سؤال نخست: با توجه به این مورد که قراردادهای مشارکت در تولید از پترواکوادور می‌خواهند تا افزایش مالیات در آینده را جذب کند، چنین تعهدی به مثابه شرط ثبات و رعایت آن ضروری است و اگر همین تحلیل را که مورد استفاده مرجع داوری است در رأی بعدی (کونوکوفیلیس) (که پیش‌تر وصف آن رفت) اعمال کنیم، به این نتیجه خواهیم رسید که این موافقت‌نامه به جای آنکه دربردارنده انتظارات مشروع و معقول باشد تعهدی است که می‌تواند ادعای سلب مالکیت غیرمستقیم را اثبات کند.<sup>۴</sup>

مرجع داوری با نگاه به افزایش قابل توجه در نرخ مالیات، توجه بیشتری به این موضوع داشته است. پروفیسور دولرز در توصیف خود از انتظارات مشروع سرمایه‌گذار

۱. بسیاری از تصمیمات به این نکته تأکید داشته‌اند که احراز تملک غیرمستقیم باید دربرگیرنده ارزیابی تأثیر کلی اقدام در مجموع و نه در حالت جدا جدا و تفکیکی باشد.
۲. سلب مالکیت خزننده، شکل معمول سلب مالکیت غیرمستقیم است. معمولاً متضمن مجموعه‌ای از اقدامات یا اعمال است و به صورت تدریجی یا در چند مرحله رخ می‌دهد و درنهایت به محرومیت کامل یا مؤثر از سرمایه منتهی می‌شود تا آنجا که پروژه بی‌ارزش می‌شود یا سوددهی خود را از دست می‌دهد. برای مثال، مرجع داوری در پرونده انرون اعلام کرد که شکی نیست سلب مالکیت غیرمستقیم می‌تواند ناشی از انواع مختلف اقدامات باشد و باید با توجه به آثار تجمعی ارزیابی شود. ر.ک: Enron (n 1) at 244.
۳. برلینگتون نشان داد که چنانچه مرجع داوری بررسی سلب مالکیت خزننده را نادیده بگیرد، اکوادور قسمت اعظم سرمایه‌گذاری برلینگتون را قبل از تصرف فیزیکی آن تصاحب و نابود خواهد کرد.
۴. پروفیسور ویکونا در رأی مخالف خود نظر مشابهی را مطرح و از جمله بر این نکته تمرکز کرده است که نقض قراردادهای مشارکت در تولید تا حد بند معاهداتی ارتقا می‌یابد که حاصل بند حمایتی مندرج در معاهده دوجانبه است.

اعلام کرد: «بی‌شک هر دولتی حق دارد قواعد مالکانه خود را اعمال کند که در زمان سرمایه‌گذاری، اتباع خارجی باید آن را به رسمیت بشناسند. از سوی دیگر، اقدامی که موجب افزایش مالیات از ۷۵ درصد تا ۹۸ درصد می‌شود را نمی‌توان همانند موردی دانست که مالیات از ۱۰ به ۸۰ درصد می‌رسد (Dolzer (b), 2012: 75). این برداشت در این پرونده نیز اعمال خواهد شد، زیرا تغییر اساسی یا مالیات از نوع جدید که به‌ناگاه یا برخلاف انتظارات مشروع سرمایه‌گذار یا با نقض شرط ثبات انجام می‌گیرد، باید موجب سلب مالکیت غیرمستقیم باشد»<sup>۱</sup>.

پاسخ به سؤال دوم: فرمول‌های مختلف بالا مستلزم تحقق ضرر اساسی است. اکثریت اعضای داوری در برلینگتون اعلام کردند که این شرط محقق نشده است، زیرا خواهان همچنان می‌توانست با وجود کاهش سود به بازده اقتصادی خود ادامه دهد و چنین کاهش نشان نداد که سرمایه‌گذاری غیرسودده است. پروفیسور ویکونا با نظر اکثریت به‌خصوص درباره‌ی اندازه‌گیری میزان محرومیت، مخالف بود. وی بر این باور بود که «هرچند این معیار برای تعیین سلب مالکیت غیرمستقیم عاملی از میان عوامل مربوطه است، اما شروط آن حتی در این پرونده نیز رعایت شده است. وی اعلام کرد که اقدامات اکوادور به میزان قابل توجهی موجب کاهش ارزش کل سرمایه‌گذاری شده است»<sup>۲</sup>.

تاجر متعارف احتمالاً به این نتیجه خواهد رسید که پس از فوت ۵۰ درصد یا بدتر از آن، ۹۹ درصد از درآمد خود، چنین فعالیتی دیگر ارزشمند و سودده نخواهد بود. مفهوم محرومیت اساسی تمرین ریاضی نیست، بلکه مسئله‌ای عقلانی است. افزایش مالیات به استناد قانون به‌ویژه ۹۹ درصد، فراتر از معیار معقول بودن است.<sup>۳</sup> علاوه بر این، ویکونا بر این باور بود که ۵۰ درصد مالیات بسیار اساسی است و ۹۹ درصد مالیات به جای سلب مالکیت، مصادره است. البته مهم‌ترین وجه مخالفت ویکونا طرح این موضوع است که وظیفه‌ی اندازه‌گیری محرومیت اساسی موضوعی متعارف است نه بحث ریاضی. اما برخی مفسران بر این باورند که پیشنهاد ویکونا برای اعمال معیار معقول بودن، بحث قطعیت و پیش‌بینی‌پذیری را بالطبع به دنبال داشته است و پیشنهاد می‌کنند که در تأثیر کمی اقدام

1. Tecmed (n 16) at para. 115.

2. Ibid.

3. Vicuna (n 37) at paras. 25 & 26.

کمتر و بیشتر بر عوامل کیفی چون ماهیت تبعیض‌آمیز اقدام و نقض تعهدات دولتی تمرکز کنند (Gildemeister, 2014: 318).

این پیشنهاد متقابل می‌تواند برای اجرا در عمل با مشکل روبه‌رو شود، زیرا در دعاوی مربوط به نقض تعهد دولت، با میزان بالایی از عدم قطعیت و ابهام روبه‌رو هستیم. لذا تأثیر کمی عامل مرکزی در ارزیابی سلب مالکیت غیرمستقیم کماکان باقی می‌ماند. از نظر اکثر دیوان‌های داوری برای اینکه بتوان گفت که خنثی‌سازی صورت گرفته است باید دو نکته در نظر گرفته شود:

الف) دست‌کم یکی از مؤلفه‌های اساسی حقوق مالکیت نباید وجود داشته باشد؛  
ب) به صرف از دست رفتن ارزش سرمایه‌گذاری، حتی اگر دارای اهمیت باشد، یک تملیک غیرمستقیم نیست.

هرچند قصد دولت، ماهیت تبعیض‌آمیز اقدام و نقض تعهد خاص همگی تأثیر نسبی (و نه قاطع) در احراز سلب مالکیت دارند، این عناصر را می‌توان به‌منزله عواملی در تحلیل ماهیتی لحاظ کرد و حتی در برخی شرایط، عواملی قاطع در نظر گرفت. البته معیار معقول‌بودن را می‌توان هر زمان که خواهان بتواند تغییر ریشه‌ای و ناگهانی در نرخ مالیات را ثابت کند و نشان دهد که با توجه به انتظارات متعارف یا مفاد اصلی قرارداد دولت میزبان، ارزش کلی آن کاهش یافته است، اعمال کرد.<sup>۱</sup> مرجع معین مادامی که از رویکرد قصد-محور در ارزیابی محرومیت اساسی به جای معیار مضیق و محدودکننده استفاده می‌کند، نمی‌بایست در اعمال معیار معقول‌بودن با مشکل زیادی روبه‌رو شود.

### ۳.۲. انتظارات سرمایه‌گذار

۱. فورتیر در بررسی خود از دکتترین آثار صرف، بین تأثیر در سرمایه‌گذاری و سرمایه‌گذار تمایز قائل است و اعلام کرد که معیار پذیرش انتظارات مشروع در احراز مورد اخیر مسئله انصاف است و اینکه سرمایه‌گذار به‌درستی احساس می‌کند که با او سخت برخورد شده است، زیرا چارچوب قانونی به‌ناگاه تغییر کرده است. ر.ک:

L Yves Fortier and Stephen L Drymer, 'Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor' (2005) 13(1) Asia Pac L Rev 79 at 91.

با ادعای سرمایه‌گذار که به محرومیت اساسی از استفاده و بهره‌برداری اقتصادی از سرمایه‌گذارش منجر می‌شود، دیوان‌های داوری سپس به بررسی این امر می‌پردازند که آیا اقدام دولت به طور متعارف برای سرمایه‌گذار قابل پیش‌بینی بوده است یا خیر؟ البته خاطر نشان می‌کنیم که دیوان‌های داوری به بحث حمایت از سرمایه‌گذار به منزله سیاست بیمه‌ای نگاه نمی‌کنند، بلکه همواره برخورد با برخی از ریسک‌ها را اقتضا و لازمه سرمایه‌گذاری می‌دانند و این مسئله را برخی از دیوان‌های داوری در پرونده‌های سلب مالکیت غیرمستقیم لحاظ می‌کنند.

برای مثال، دیوان داوری در پرونده متالکلاد و مکزیک چنین استنادی را به مثابه پرونده تک‌مد اعمال کرد. در این پرونده خواهان یک ایستگاه انتقال ضایعات خطرناک را در سن لوئیز مکزیک با هدف ساخت سایت دفن زباله، خریداری کرده بود. پیشنهاد پروژه پیش‌تر از سوی دولت فدرال مجوز ساخت گرفته بود و متالکلاد بلافاصله پس از خرید مجوز ساخت را دریافت کرد.<sup>۱</sup> علاوه بر این، متالکلاد از مقامات فدرال اطمینان‌هایی را در خصوص اخذ کلیه مجوزهای لازم دریافت کرد. پس از اینکه ساخت پروژه کلید خورد، دولت محلی دستور توقف ساخت را به دلیل اینکه متالکلاد مجوز ساخت را از شهرداری محل نگرفته بود، داد. مقامات فدرال به متالکلاد اطمینان دادند که چنانچه شهرداری بخواهد مانع ساخت شود به وسیله اخذ مجوز اضطراری مشکل را حل خواهند کرد. متالکلاد پروژه را تکمیل کرد، اما ۱۳ ماه پس از تکمیل ساخت شهرداری از صدور مجوز استنکاف کرد. متالکلاد از اداره سایت ممنوع شد و حکومت محلی بعداً اعلام کرد؛ منطقه‌ای که سایت در آن قرار گرفته و حومه‌اش به دلایل زیست‌محیطی و حفاظت از گونه‌های زیستی نادر، منطقه محافظت‌شده است و صنایعی همچون شرکت متالکلاد باید از آن منطقه برچیده شوند.<sup>۲</sup> در اینجا دیوان دریافت که مکزیک از شرکت متالکلاد سلب مالکیت غیرمستقیم کرده است، زیرا مالک را، کلاً یا به نحو قابل توجهی، از استفاده یا بهره‌برداری اقتصادی مورد انتظار از اموالش محروم کرده است. دیوان در تصمیمش بدو بر اتکای معقول متالکلاد بر اطمینان داده‌شده مقامات مکزیکی تمرکز کرد.<sup>۳</sup> به لحاظ اینکه

1. Metalclad Corp. v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award (Aug. 30, 2000), 5 ICSID Rep. 212 (2002), available at <http://icsid.worldbank.org/ICSID/>.

2. Ibid. para. 30-36.

3. Ibid. para. 37-40.

متالکلاد درگیر فعالیتی گسترده با اتکا به اطمینان‌های مقامات دولتی شده بود، این انتظاری مشروع بود که سرمایه‌گذار بتواند پروژه را تکمیل و اجرا کند. در صورت نبود چنین تضامینی از سوی مقامات دولتی، دیوان احتمالاً به نتیجه دیگری می‌رسید.

در رأی داوری در قضیه امین اوایل، هم حق حاکمیت طرف قرارداد -به‌ویژه در جایی که به نام منافع عمومی یا نظم عمومی در قرارداد دخالت می‌کند یا آن را تغییر می‌دهد- به رسمیت شناخته شده و هم حقوق شرکت خصوصی که قرارداد او در معرض چنین مداخله‌ای قرار گرفته است. ثمره این اعتدال، چنانکه در رأی امین اوایل آمده است، آن است که خسارات شرکت خصوصی که قرارداد او فسخ شده است، باید در چارچوب «انتظارات معقول» جبران شود (محبی، ۱۳۹۳: ۱۳۰).

اعمال این استاندارد مبتنی است بر اینکه آیا اقدام تقنینی دولت با لحاظ تبعات و آثار جانبی آن به طور متعارف قابل پیش‌بینی و قابل انتظار بوده است یا خیر؟. هنگامی که بتوان با پیش‌بینی معقول و متعارف ریسک سلب مالکیت غیرمستقیم را پیش‌بینی کرد، سرمایه‌گذاران نمی‌بایست غرامتی دریافت کنند.

در کنار کوشش‌هایی که ریسک سلب مالکیت غیرمستقیم را از بین می‌برد، سرمایه‌گذاران خارجی کماکان می‌توانند بر دیگر اقدامات کاهش‌دهنده ریسک نظیر بیمه خصوصی اتکا کنند. در دهه‌های اخیر، بازاری برای بیمه خصوصی علیه ریسک سیاسی نظیر سلب مالکیت پدیدار شده است. سرمایه‌گذاران همچنین از نهادهای داخلی نظیر اوپک در امریکا یا نهادهای بین‌المللی نظیر میگا درخواست بیمه می‌کنند. مجرد از اینکه سرمایه‌گذاران اقدامات کاهش‌دهنده ریسک را انتخاب کنند یا نه؟ در عین حال می‌توانند چنانچه اقدام دولت به طور متعارف و پس از تحقیق معمول، قابل پیش‌بینی نبوده باشد، بابت سلب مالکیت غیرمستقیم به موجب استاندارد ذکر شده غرامت دریافت کنند.

مسئله بالقوه در خصوص معیار بالا این است که انتظارات متعارف از سلب مالکیت غیرمستقیم می‌تواند در اثنای دوره سرمایه‌گذاری تغییر یابد. برای مثال، سرمایه‌گذار خارجی ممکن است در بدو امر به طور متعارف احراز کند که هیچ خطر سلب مالکیت غیرمستقیمی تهدیدش نمی‌کند، اما به واسطه تغییرات در اقلیم سیاسی دولت میزبان ریسک مزبور رخ بنماید. دیوان‌های داوری ممکن است دو مسئله را در اینجا دنبال کنند. نخست اینکه، آن‌ها می‌توانند به یک تقسیم‌بندی دست بزنند و تعیین و احراز کنند که چه سهمی از

سرمایه‌گذاری پیش از بروز ریسک ایجاد شده بود. با این حال، این مسئله در اجرا با پیچیدگی‌های زیادی روبه‌روست. در عوض، مراجع رسیدگی می‌توانند تغییرات نظام سیاسی را ریسک تجاری متعارف شناسایی و بر انتظارات متعارف سرمایه‌گذار در زمان سرمایه‌گذاری تمرکز کنند. این مسئله می‌تواند سرمایه‌گذاران را به تحصیل تضامین دولتی قبل از سرمایه‌گذاری یا به انجام اقدامات کاهنده ریسک نظیر بیمه ریسک سیاسی تشویق کند.

#### ۴. نتیجه‌گیری

در دیوان‌های داوری روش مورد به مورد برای احراز سلب مالکیت غیرمستقیم، روش عملیاتی است و به‌نوعی با توجه به رویه متعارض مراجع، روش حاکم محسوب می‌شود، اما مراجع می‌بایست تشویق شوند که به تدوین روش مناسب، یکپارچه و ثابت دست زنند.<sup>۱</sup> در خلال این معیارهای متشتت فعلی، برخی اندیشمندان صرفاً به تأثیرات منفی و سلبی اقدام دولت در سوددهی سرمایه‌گذاری و میزان محرومیت سرمایه‌گذار توجه دارند و برخی دیگر نیت و قصد دولت میزبان را از اقدامات مضر به سرمایه‌گذاری معیار احراز قرار می‌دهند و عده‌ای دیگر نیز به استاندارد رفتار عادلانه و منصفانه به‌منزله راه‌حل متناسب در تحلیل سلب مالکیت می‌نگرند. به هر حال هیچ‌کدام از این راه‌حل‌ها در احراز مشروعیت و قانونی‌بودن ادعای سلب مالکیت غیرمستقیم جامع نیستند و نمی‌توانند بین منافع دولت میزبان و سرمایه‌گذار مرزبندی و تعادل ایجاد کنند. نظریه‌پردازانی چون پولسن و پیش از او کریستی، به‌درستی بر این نکته تأکید می‌کنند که فرمولی ثابت یا تحلیل معینی وجود ندارد که در تمامی شرایط و زمان‌ها قابلیت اجرا داشته باشد، اما باید مبنای عام یا روش مشترکی وجود داشته باشد که الزامات حداقلی سلب مالکیت غیرمستقیم را تدوین کند.

با کنار گذاشتن مواردی که به وضع مقررات غیرتبعیض‌آمیز برای اهداف رفاه عمومی می‌پردازد، چندین مسئله برای احراز سلب مالکیت غیرمستقیم حیاتی است که محرومیت،

۱. هیچ فرمول جادویی که به طور اتوماتیک‌وار باشد، وجود ندارد که تضمین کند پرونده واحد مجرد از نحوه مطرح‌شدن و قطع‌نظر از مرجع تصمیم‌گیری به شکل واحد مورد رسیدگی قرار گیرد. امکان تضمین این نکته وجود دارد که یک تحلیل معین به طور مکرر در پرونده‌های گوناگون قابل اعمال باشد.



عنصر اساسی آن‌هاست. میزان، گستره، سبب، آثار کلی و اوضاع و احوال وقوع محرومیت همگی عوامل مؤثری است که باید در احراز سلب مالکیت غیرمستقیم مدنظر قرار گیرند. دادگاه باید رویکرد موسعی برای ارزیابی محرومیت اتخاذ کند. اندازه‌گیری محرومیت باید به جای محاسبات ریاضیاتی به معقول‌بودن توجه داشته باشد و اصول انصاف و عدالت را در این امر رعایت کند. به نظر می‌رسد که در بین مراجع تمایل به اتخاذ تصمیم مبنی بر ایجاد تعادل میان منافع طرفین وجود دارد.

چنانچه سرمایه‌گذار محرومیت اساسی را ثابت کند، در کنار هم قرار دادن معیارهای حمایت از سرمایه‌گذاری برای اتخاذ تصمیم متوازن (که دربردارنده نفع هر دو طرف منازعه باشد) را نمی‌توان توجیه کرد. آرای متوازن، خطری جدی است که تهدیدکننده سرمایه‌گذاری بین‌المللی در برابر آرای خوب و منصفانه خاصه در حوزه اختلافات نفت و گاز است. انگیزه اصلی چنین آرای و وجود اختلافات سنگینی است که به دنبال آن مراجع مایل‌اند میان انتظارات سرمایه‌گذار و حق دولت در نظام‌مند کردن و وضع مقررات به‌گونه‌ای که اتخاذ رأی هر دو طرف قابل قبول باشد، به موازنه دست یابند. اما این رویکرد فاقد شفافیت است و به نظر می‌رسد که برای دولت میزبان بیشتر مفید باشد، زیرا در برخی موارد سنجش درستی از میزان محرومیت انجام نگرفته<sup>۱</sup> است و در سایر موارد نیز تعیین سهم مسئولیت به وجه صحیح صورت نمی‌پذیرد.<sup>۲</sup> آرای بسیاری درخصوص سلب مالکیت غیرمستقیم اصدار یافته است که بسیاری از آن‌ها به این دکتین توجه داشته‌اند. تئوری‌ها و اصول مذکور در این مقاله که از طریق بررسی آرای مهم دیوان‌های داوری در زمینه مصادره غیرمستقیم استخراج شده‌اند ضمن اینکه با معاهدات حمایت از سرمایه‌گذاری دولت‌ها مطابقت دارند، با تدقیق بیشتر و به صورت موشکافانه‌تری شرایط مصادره غیرمستقیم را تشریح و از طرفی نگرشی جدید را درباره شرایط مصادره غیرمستقیم ارائه می‌کنند که می‌تواند در بررسی دعاوی مصادره غیرمستقیم به‌منزله یک معیار نقش کلیدی داشته باشد.

۱. نظیر پرونده‌های آکسان موبیل، کونوکوفیلیپس و برلینگتون.

۲. نظیر پرونده اکسیدنتال.

این مقاله فرمول ثابتی را برای احراز سلب مالکیت غیرمستقیم پیشنهاد می‌دهد. دیوان‌های داوری صرفاً هنگامی می‌بایست سلب مالکیت غیرمستقیم را احراز کنند که الف) اقدام دولت به طور کامل سرمایه‌گذار خارجی را از قابلیت سوددهی سرمایه‌گذارش محروم کند یا حداقل یکی از مؤلفه‌های اساسی حقوق مالکیت باید از بین رفته باشد و ب) اقدام دولت برای سرمایه‌گذار به طور متعارف قابل پیش‌بینی نبوده باشد. این معیار تا حد زیادی ابهام و تشتت معیارهای فعلی سلب مالکیت غیرمستقیم را جبران می‌کند. علاوه بر این، معیار مذکور می‌تواند به راحتی در دعاوی سلب مالکیت جریانی اعمال شود و همین‌طور استفاده از داوری را در اختلاف بین دولت و سرمایه‌گذار به منزله مکانیسم حل اختلاف ارتقا می‌دهد.

## منابع

### الف) فارسی

۱. محبی، محسن (۱۳۹۳). *مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین‌المللی*، چاپ سوم، تهران: شهر دانش.

### ب) انگلیسی

#### A) Books

2. Rudolf Dolzer (2010). *Indirect Expropriations: New Developments*, 6 th edition, oxford university press.
3. Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer (2008). *Principles of International Investment Law*, 1th edition, Cambridge University Press.
4. Rudolf Dolzer (2012). *New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property*, 2 th edition, Martinus Nijhoff Publishers.

#### B) Articles

5. Caroline Henckels (2016). "Indirect Expropriation and the Right to Regulate: Revisiting Proportionality Analysis and the Standard of Review in Investor-State Arbitration", *Journal of World Energy Law and Business*, vol. 9.
6. Orrego Vicuna (2014). "Dissenting Opinion of Arbitrator Orrego Vicuna", *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 5.
7. GC Christie (2006). "What Constitutes a Taking of Property Under International Law?", *N.Y. U.L. Review*, New york, Vol. 78.
8. Arno E Gildemeister (2014). "How Much is Too Much: When is Taxation Tantamount to Expropriation", *ICSID Rev*, vol. 29.
9. L Yves Fortier & Stephen L Drymer (2008). "Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know It When I See It, or Caveat Investor", *13(1) Asia Pac L Rev*, vol. 13.
10. Jan Paulsson (2014). "Indirect expropriation: is the right to regulate at Risk?", (12 December 2005), *Journal of International Economic Law*, ,vol. 17, online: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/36055332.pdf> accessed 26 August 2015.

### ج) آرای مراجع داوری

11. *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador*, ICSID Award, (2012), ARB/06/11, Award.
12. *El Paso Energy International Company v The Argentine Republic*, ICSID Award, (2011), ARB/03/15.
13. *Marvin Roy Feldman Karpa v United Mexican States*, ICSID Award, (2002), ARB (AF)/99/1 Award.
14. *Eudoro A Oguin v Republic of Paraguay*, ICSID Award, (2001), ARB/98/5, Award.
15. *ConocoPhillips Company et al v The Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Award, (2013), ARB/07/30.
16. *Burlington Resources Inc v Republic of Ecuador*, ICSID Award, (2012), ARB/08/5.
17. *Enron Corporation and Ponderosa Assets, LP v Argentine Republic*, ICSID Award, (2009), ARB/01/3.
18. *LG&E Energy Corp, LG&E Capital Corp, and LG&E International, Inc v Argentine Republic*, ICSID Award, (2007), ARB/02/1.
19. *Tecnicas Medioambientales Tecmed SA v The United Mexican States*, ICSID Award, (2003) ARB (AF)/00/2.
20. *Total SA v Argentine Republic*, ICSID Award, (2010), ARB/04/1.
21. *Sempra Energy International v Argentine Republic* (2007), ARB/02/16 ICSID Award, Total (n 17).
22. *CMS Gas Transmission Company v The Argentine Republic*, ICSID Award, (2005), ARB/01/8
23. *Mobil Corporation, Venezuela Holdings, BV, Mobil Cerro Negro Holding, Ltd, Mobil Venezolana De Petroleos Holdings, Inc, Mobil Cerro Negro, Ltd, and Mobil Venezolana De Petroleos, Inc v Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Award, (2014), ARB/07/27, Award at 97.
24. *Sea-Land Service Inc v Iran*, (Iran-US Claims Tribunal), (1984), Award No 135-33-1.
25. *SD Myers Inc v Canada* , UNCITRAL, (2000), Partial Award.
26. *Methanex Corporation v United States of America* , UNCITRAL, (2005), Final Award at para 102.
27. *BG Group Plc v The Republic of Argentina*, UNCITRAL, (2007)

28. *Enron (n 1); LG&E (n 3); Occidental Exploration and Production Company v The Republic of Ecuador*, London Court of International Arbitration ,(2004), UN3467.
29. *Petrobart Limited v The Kyrgyz Republic*, Stockholm Chamber of Commerce, (2005), 126/2003.
30. *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v The Russian Federation*, AA 227, Final Award; *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v The Russian Federation*, AA 226, Final Award; and *Veteran Petroleum Limited(Cyprus) v The Russian Federation*, AA 228 (Permanent Court of Arbitration), Final Award.
31. *Phillips Petroleum Company Iran v The Islamic Republic of Iran, The National Iranian Oil Company* (1989).

#### د) معاهدات و اسناد

32. The 2012 US Model BIT maintains most provisions of the 2004 Model BIT. US Department of State, 'Model Bilateral Investment Treaty' (20 April 2012), online: state.gov <<http://www.state.gov/r/pa/prs/ps/2012/04/188199.htm>>.
33. Canada Model BIT 2004, Annex B.13(1), online: italaw.com <<http://italaw.com/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>>.