

احترام مالکیت و سرمایه گذاری خارجی*

ناصر علیدوستی شهرکی*

استادیار گروه حقوق دانشکده الهیات و حقوق دانشگاه پیام نور

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۶/۱۱/۱۷ - تاریخ تصویب: ۱۳۸۶/۲/۱۶)

چکیده:

حرمت مالکیت بوسیله نظام های مهم حقوقی مورد شناسایی قرار گرفته است. با وجود این، «سلب مالکیت»، «ملی سازی»، «مصادره» و «ضبط اموال» از جمله استثناهای وارد بر احترام مالکیت هستند که منشا اختلاف می شوند. تعارض ظاهری منافع سرمایه گذار خارجی و دولت میزبان از حیث میزان رعایت قاعده احترام مالکیت، دو مصلحت حمایت از سرمایه گذاری خارجی و صیانت از منافع ملی را مقابل یکدیگر قرار می دهد. با شناسایی ماهیت قاعده احترام مالکیت و استثناها به هنگام بروز اختلاف میان سرمایه گذار خارجی و دولت میزبان می توان به راه حلی که با مصالح انطباق بیشتر دارد، دست یافت. شناخت قاعده کلی پیش گفته و حدود آن در ارتباط با سرمایه گذاری خارجی و نقد برخی رویه های موجود در این باره پژوهش حاضر را تشکیل می دهد.

واژگان کلیدی:

احترام مالکیت، سلب مالکیت، ملی کردن، مصادره، ضبط اموال، سرمایه گذاری خارجی، جبران خسارت.

* این مقاله با استفاده از اعتبارات دانشگاه پیام نور تالیف شده است.

Email: Dr.Aliidoosti@yahoo.com

* فاکس: ۰۳۸۱۲۲۴۴۹۴۶

از این نویسنده تاکنون مقاله زیر در همین مجله منتشر شده است:

«انصاف در حل اختلافات سرمایه گذاری خارجی» سال ۱۳۸۹، شماره ۳.

مقدمه

قاعده «احترام مالکیت» و استثنائات وارد بر آن چنان با موضوع سرمایه گذاری خارجی پیوند خورده که اگر نگوئیم تمام اختلافات سرمایه گذاری خارجی به این مقوله باز می‌گردد، دست کم بیشتر این اختلافات حول محور احترام مالکیت و استثناهای وارد بر آن است. هر چند، یافتن مستند قانونی برای قاعده «احترام مالکیت» بنا به بدهات آن ضروری نیست؛ چرا که این قاعده از قواعدی است که بر اراده انسان حاکم است و عدالت در دادرسی را به گونه ای تضمین می‌کند و حتی اگر در هیچ متنی مقرر نشود بر سراسر دادرسی، حکومت دارد (غمای و محسنی ۱۳۸۵، ص ۲۶۶)؛ با وجود این، از حیث ریشه یابی، احترام مالکیت در موازین فقهی و حقوق فرانسه به عنوان دو منبع از منابع حقوق ایران مورد شناسایی قرار گرفته است. برابر اعلامیه جهانی حقوق بشر، مصوب دهم دسامبر ۱۹۴۸ حق مالکیت، به عنوان یکی از حقوق بشری اشخاص تلقی می‌شود. به تعبیری، اعلامیه مزبور این حق را از مقوله حقوق فطری می‌داند و برای آن نیز چون سایر حقوق فردی صفت «حقوق تعرض ناپذیر و مقدس» انسانها قائل است (قاضی ۱۳۸۰، ص ۶۷۲). قاعده مزبور در همه عرصه‌های حقوق خصوصی، اعم از حقوق مدنی و حقوق تجارت قابلیت استناد و اعمال دارد؛ با وجود این در سرمایه گذاری خارجی و اختلافات ناشی از تعرض به مالکیت، جایگاه ویژه بحث آشکارتر است. با وجود شناسایی حکم کلی «احترام مالکیت»، استثناهایی بر آن وارد است. «سلب مالکیت»، «ملی کردن»، «مصادره» و «ضبط اموال» از جمله استثناهای وارد بر احترام مالکیت بشمار می‌روند که عمدتاً در گستره سرمایه گذاری خارجی منشا اختلاف می‌شوند.

در حقوق ایران اصول ۲۲ و ۴۷ قانون اساسی، ماده ۳۰ قانون مدنی، ماده ۱۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی و موافقتنامه‌های دو جانبه سرمایه‌گذاری خارجی، ضمن شناسایی قاعده احترام مالکیت، استثناهای آن را نیز به طور پراکنده مورد اشاره قرار داده‌اند. تعارض ظاهری منافع سرمایه گذار خارجی و دولت میزبان از حیث میزان رعایت قاعده احترام مالکیت، دو مصلحت «حمایت از سرمایه گذاری خارجی» و «صیانت از منافع ملی» را مقابل یکدیگر قرار می‌دهد. بررسی ماهیت قاعده احترام مالکیت، مفاهیم تحدید کننده آن و جبران خسارت ناشی از سلب مالکیت با رویکرد جمع بین دو مصلحت یاد شده در این پژوهش دنبال می‌شود.

۱- ماهیت قاعده احترام (Respect) مالکیت و عمل

بر اساس قاعده احترام مالکیت، اموال اشخاص دارای احترام بوده، تعرض غیرقانونی به آن ممنوع است (نجفی، ج ۴ صص ۳۸۲ و ۵۵۹ و ج ۶ صص ۹۷ و ۲۳۶ و ۱۳۷۶، میرفتاح بی تا ص ۳۳۱). محققان بر

پایه این حکم، مال مسلم و کافر ذمی را در سرزمین اسلامی محترم و مصون از تعرض غیر دانسته‌اند (جعفری نگرودی ۱۳۸۱، ج اول، ش ۶۳۴، ص ۱۷۴). با وجود این، نمی‌توان احترام اموال غیرمسلم در سرزمین غیراسلامی را انکار کرد. ماده ۱۷ اعلامیه جهانی حقوق بشر مصوب دهم دسامبر ۱۹۴۸ مقرر می‌دارد:

«۱- هر شخصی به تنهایی یا به صورت جمعی حق مالکیت دارد؛

۲- هیچ کس را نباید خودسرانه از حق مالکیت محروم کرد».

بیهوده نیست که لئون دوگی Leon duguít استاد حقوق اساسی، آنجا که قواعد حقوقی را متشکل از دو دسته هنجارهای حقوقی و قواعد فنی یا سازمانی (Regles de droit normatives et les regles de droit constructives ou techniques) می‌داند، برای توجیه نظریه خود در حقوق خصوصی صرف نظر از حقوق خانواده، تمام مواد قانون مدنی ناپلئون را ناشی از سه اصل بنیادین قلمداد می‌کند: احترام به مالکیت فردی؛ اصل آزادی قراردادها؛ الزام به جبران خسارت ناشی از تقصیر (duguít, 1926, P.49). هر چند، استادان فلسفه حقوق، نقدهایی بر این نظر وارد کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، صص. ۹۸ تا ۹۵)؛ با وجود این، در ابتدای بخش قابل توجه از حقوق مدنی بر قاعده «احترام به مالکیت» تردید نشده است. در حقوق داخلی ایران احترام مالکیت مورد شناسایی و تاکید قانون‌گذار قرار گرفته است.^۱ با وجود این، حرمت اموال، مفهومی وسیع‌تر دارد و شامل تمام انواع حقوق قانونی مالک بر مال خود می‌شود که یکی از این حقوق، «حق تصرف» است.

در بیان مفهوم این قاعده گفته‌اند که تصرفات افراد در اموال خویش منوط به رعایت احترام حقوق دیگران است؛ همچنانکه در حقوق فرانسه این تعبیر به معنای عدم اضرار و یا دخالت نکردن در امور مالی دیگران است (انصاری، طاهری، ۱۳۸۴ ج اول، ص ۱۴۷۱). از نتایج قاعده احترام مال اینک تصرف و وضع ید غیر قانونی بر مال غیر، موجب ضمان است و کسی که از مال خود اعراض کند، احترام مال خود را نقض کرده است. به تعبیر علمای اصول فقه از این حکم تکلیفی (حرمت) احکام وضعی (مانند ضمانت) به دست می‌آید. به همین دلیل احترام مالکیت را «قاعده» می‌نامیم. سند فقهی قاعده احترام اموال و مالکیت، علاوه بر حکم «لاتاکلوا

۱. به موجب اصل ۴۷ قانون اساسی: «مالکیت شخصی که از راه مشروع باشد، محترم است. ضوابط آن را قانون معین می‌کند» و در اصل ۲۲ مقرر است: «حیثیت، جان، مال، حقوق، مسکن و شغل اشخاص از تعرض مصون است مگر در مواردی که قانون تجویز کند». قاعده احترام اموال با حکم مواد ۳۰ و ۳۱ قانون مدنی نیز مرتبط می‌باشد. به موجب ماده ۳۰: «هر مالکی نسبت به مایملک خود حق همه گونه تصرف و انتفاع دارد مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد». حکم این ماده را که متضمن بیان اصل تسلیط است، باید بر آمده از «قاعده احترام مالکیت» دانست. برابر ماده ۳۱ این قانون: «هیچ مالی را از تصرف صاحب آن نمی‌توان بیرون کرد مگر به حکم قانون».

اموالکم بینکم بالباطل^۱ در آیه ۱۸۸ از سوره بقره و آیه ۲۹ از سوره نساء، روایاتی مانند «لا یحل مال امریء مسلم إلا بطیب نفس منه»^۲ و «حرمت مال مسلم کحرمت دمه»^۳ است. «احترام عمل» نیز از قواعد فقهی به شمار آمده است؛ به این معنی که کار کارگر، ارزش و قیمت مادی دارد و کسی حق ندارد بلاعوض از کارش بهره بگیرد (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱، ج اول، ش ۳۴ ص ۱۷۴ و نجفی، ج ۴ ص ۴۴۹). این قاعده در مورد همه اشخاص از جمله سرمایه گذاران خارجی قابل اعمال است و حتی با شناسایی و تبیین این قاعده حقوق بشری برای سرمایه گذاران خارجی، آرامش خاطری منطقی که لازمه جذب سرمایه گذاری خارجی است، فراهم آمده و هر گاه اختلافی در این خصوص، میان سرمایه گذار خارجی و دولت بروز کند، با لحاظ این قاعده حل و فصل می‌شود. چرا که سرمایه گذاران خارجی همواره نگران تعرض دولت میزبان به دارائی‌های خود هستند. بیهوده نیست که در میان تجار گرایشی نسبت به رهایی از حقوق‌های دولتی وجود دارد که طرفین با توسل به داوری به آن سو گام می‌نهند (جنیدی، ۱۳۷۶، ص ۱۰).

۲- استثنای قاعده

همچنانکه هر قاعده حقوقی موارد نقض دارد، قاعده احترام مالکیت نیز دارای استثناهایی است و در واقع این تعیین حدود حق مالکیت و طرز اثبات و اجرای آن است که مفهوم احترام به مالکیت را مشخص می‌کند (کاتوزیان، ۱۳۷۹، ص ۹۸). این استثنایها را به اعتباری به دو بخش تقسیم کرده‌اند: گاهی شکستن احترام مال به موجب اراده مالک است. مانند اعراض و ابراء و هبه که مورد اخیر جای تامل دارد. گاهی به جهت قانونی حرمت مال از بین می‌رود؛ مانند: مصادره اموال، ملی کردن و بریدن علاقه مالکانه مالک برای تامین یک منفعت عمومی (سلب مالکیت) (جعفری لنگرودی، ۱۳۶۸، صص ۶۴ و ۶۵). در فرض اول هتک و نقض احترام، ریشه در اراده مالک داشته و استثنای واقعی نیست. اما فرض دوم استثنای واقعی است و ریشه در قانون دارد. بنابراین، با وجود شناسایی احترام مالکیت در عرصه سرمایه گذاری خارجی، به انگیزه تامین مصالح جمعی این اختیار نیز برای دولت شناخته شده که با وضع مقرراتی در باره شرایط اعمال حق مالکیت در آن محدودیت‌هایی ایجاد یا در مواردی مالی را برای اجرای حکم دادگاه، بدون مداخله مالک به دیگری تملیک کند یا با گذراندن قوانینی آن را خود تملک کند (سلجوقی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۳۴۷). اصل ۴۹ قانون اساسی مهم ترین اصلی است که امکان سلب

۱. «اموال خود را در میان خود ناروا مخورید».

۲. «تعرض به مال مسلمان روا نیست مگر به موجب رضایت خاطر وی».

۳. «احترام مال مسلمان بسان احترام جان او است».

مالکیت و شرایط و برخی مصادیق آن را بیان می‌کند. از مصادیق بارز سلب مالکیت که در مقوله سرمایه گذاری خارجی به کرات دیده می‌شود، می‌توان به «ملی کردن»، «مصادره» و «ضبط اموال» اشاره کرد. لازم به ذکر است که در قرن اخیر، در عرصه سرمایه گذاری خارجی به طور خاص، قواعد مربوط به مسئولیت مدنی دولت و معیارهای سستی رفتار با بیگانگان از سوی کشورهای در حال توسعه مورد انتقاد واقع شده، اختیار «سلب مالکیت» در مقابل قاعده «احترام مالکیت» مطرح شد. حقوقدانان سلب مالکیت را پیامد قانون (règle) یا تصمیم دولت (décision de l'Etat) می‌دانند (Heuze et Mayer 2001, p.448).

بی تردید، اگر دومی ریشه در قانون نداشته و فقره‌ای مجزا تلقی شود؛ از موارد سلب مالکیت غیر مجاز بوده آثار و تبعات ویژه از حیث جبران خسارت به دنبال خواهد داشت. هر چند واژه سلب مالکیت مسامحتاً در معنای اعم، شامل «ملی کردن» و «مصادره اموال» نیز آمده است (افتخار جهرمی، ۱۳۷۳، صص ۷۴-۹۲) اما این اصطلاحات در حقوق ما و دیگر نظام‌های حقوقی، معانی متفاوت دارند و حقوقدانان برای تمیز ملی کردن از دیگر گونه‌های سلب مالکیت، اوصاف و شرایطی را ذکر کرده‌اند که از حیث ابعاد و آثار، نشانگر تفاوتها است (سلجوقی، ۱۳۷۷، صص ۳۴۶-۳۵۵).

۲-۱. سلب مالکیت

در حقوق بین‌الملل از سلب مالکیت (Expropriation) به عنوان حقی که در مفهوم موسع مورد شناسایی است و قطع نظر از تابعیت و وضعیت مالی اشخاص در موردشان اعمال می‌شود، یاد کرده‌اند. این حق از سوی بسیاری از مراجع قضایی و غیرقضایی و حتی به موجب اعلامیه‌های سازمان‌ها و کنفرانس‌های بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است (Bishop, Crawford Michael and Reisman 2005, P. 837).

«سلب مالکیت» برای رفع نیازهای عمومی و با هدفی معین صورت می‌گیرد و منظور از آن استفاده از مال در زمینه‌ای است که به موجب قانون تصریح شده است (سلجوقی، ۱۳۷۷، صص ۳۴۶-۳۵۵). بنابراین، علاوه بر ویژگی تامین مصالح عموم باید روند سلب مالکیت مطابق قانون صورت گیرد. با وجود این، سلب مالکیت، در معنای اعم به هر گونه تعرض به حق مالکیت خواه قانونی یا غیر قانونی نیز اطلاق می‌شود. در دکتترین حقوقی، سلب مالکیت و ملی کردن را از حقوق مشروع ملتها و از مصادیق بارز حق حاکمیت دولتها بر منابع طبیعی و ثروت‌های ملی می‌دانند (افتخار جهرمی، ۱۳۷۳-۷۴، صص ۹۴)؛ با وجود این، هنوز اختلافاتی وجود دارد. مجمع عمومی

سازمان ملل متحد بارها صحنه مباحثات و مجادلات طرفداران این دو نظر بوده و قطعنامه‌هایی نیز برای فصل این اختلاف فیما بین کشورهای شمال و جنوب صادر شده است.^۱

۲-۲. سلب مالکیت خزنده (Creeping or indirect expropriation(En))

سلب مالکیت خزنده، مفهومی نوین است که بنا به ارتباط آن با سلب مالکیت در سرمایه گذاری خارجی زیر این عنوان بررسی می‌شود. این عنوان متشکل از اجزاء متعدد است که از دیدگاه حقوق بین‌الملل هیچیک نمی‌تواند به تنهایی تقصیر حقوقی دولت میزبان تلقی شود. با وجود این، اقدامات صورت گرفته به سلب مالکیت نرم منتهی می‌شود. در این خصوص می‌توان به عدم پرداخت، فسخ قرارداد، رد دسترسی به دادگاه، عملکرد واقعی جهت تبعیض، عدم پای بندی به قواعد معامله، تعارض در توقیف (block) قانونی و مواردی از این قبیل اشاره کرد. براساس این معیار، سلب مالکیت خزنده الزاماً سلب مالکیت سنتی نیست (Reisman & Robert D. Sloane, 2004.p123 W. Michael).

مفسرین در بیان واقعیت «خزنده» و پنهان بودن سلب مالکیت عنوان می‌کند که دولت سومالی اعمال گوناگون به ستوه آورنده و ایدایی (از قبیل بازداشت‌های گاه و بیگاه کارکنان کلیدی، جلوگیری از دسترسی به محل کار و ملی کردن جایگاه نفتی که قسمتی از اجزاء پروژه بود) علیه مالک بیگانه یک واحد سرمایه گذاری به راه انداخت. گروه سرمایه‌گذاری خصوصی ماوراء بحار (Overseas private Investment corporation (OPIC)) اینگونه نظر داد که هر چند این اعمال دولت سومالی مستقیماً سلب مالکیت تلقی نمی‌شوند اما به عنوان مختل کننده فعالیت مجاز شخص خارجی محسوب می‌شود که از آن می‌توان نیت و قصد سلب مالکیت را استنباط و استنتاج کرد. بنابراین، ادعای خواهان پذیرفته شد (Vance R. Koven, , 1981.P.291). با توجه به ارتباط مستقیم این موضوع با قصد و نیت دولت، احراز آن به سادگی امکانپذیر نیست ولی با بررسی و تجزیه و تحلیل جریان عملکرد دولت میزبان و مقایسه با برخوردی که در همان دوره با موارد مشابه داخلی یا خارجی صورت گرفته است؛ می‌توان به نتایج قابل استنادی دست یافت. مباحثات مربوط به این موضوع موجب ایجاد رویه قضایی باارزشی شد که تا حدودی در شکل گیری معیارهای حقوق بین‌الملل سهم است (Thomas W. Merrill, 2002, p.124). همچنانکه در پرونده شرکت نفتی فلیپس علیه ایران ادعا شده که سلب مالکیت تحت تاثیر یک سلسله فعالیت‌های منسجم به غیر از آنچه که به طور ویژه در شکل متداول وجود دارد صورت گیرد (Phillips Petroleum Co. v Iran, (1989) 21 Iran-US CTR 79).

۱. برای نمونه می‌توان به قطعنامه‌های شماره ۳۱۷۱ مجمع عمومی سازمان ملل به تاریخ ۱۷ دسامبر ۱۹۷۳ و قطعنامه شماره ۳۲۸۱ مجمع عمومی به تاریخ ۱۲ دسامبر ۱۹۷۴ (منشور حقوق و وظایف اقتصادی کشورها).

۲-۱. ملی کردن (Nationalization (En), Nationalisation (Fr))

«ملی کردن» عبارت از عملی است از سوی قوه عمومی که به موجب آن و با تأمین غرامت عادلانه، مالکیت مجموعه‌ای از وسائل تولید یا یک یا چند موسسه متعلق به اشخاص به شرکت‌های دولتی یا به سازمان‌های گروهی (عمومی) ملت، انتقال می‌یابد (اوژن شافر، به نقل از سلجوقی، ۱۳۷۷، ص ۳۴۸). ملی کردن دارای هدفی کلی و دامنه‌ای گسترده است و منظور از آن، تغییر در چگونگی استفاده از مال نیست (سلجوقی، ۱۳۷۷، ص ۳۴۸)؛ بلکه هدف از آن ایجاد تغییر در ماهیت مالکیت این قبیل اموال است. بنابراین، ملی کردن، «فرایندی قانونی است که بنا به مصالح سیاسی - اقتصادی کلان، موجب سلب مالکیت فراگیر در گستره معینی از اقتصاد کشور و ایجاد مالکیت انحصاری ملت می‌شود». ملی کردن اموال به دو صورت قانونی و غیر قانونی قابل تصور است که بی تردید از حیث جبران خسارت، میان این دو دسته تفاوت‌هایی وجود دارد. در ارائه معیار تعیین کننده این دو دسته گاهی فرض بر قانونی بودن ملی شدن است، مگر خلاف آن اثبات شود. از این رو در رویه دیوان داوری ایران و آمریکا در لاهه چنین می‌خوانیم:

«نمی‌توان ملی کردن ایران - آمریکا را به خودی خود، غیرقانونی دانست، خواه بر اساس عرف حقوق تجارت بین‌الملل یا معاهده مودت باشد، همچنانکه ادله کافی نزد دیوان اقامه نشده که نشان دهد، ملی کردن برای منافع عمومی نبوده یا به صورت تبعیض آمیز صورت گرفته است» (Avanessian 1993, p. 34). در این رویه فرض بر قانونی بودن ملی سازی است مگر خلاف آن ثابت شود. در ملی کردن، قانون حاکم، تابع ماهیت مال ملی شده است. یعنی اگر مال ملی شده، غیرمنقول باشد، قانون محل وقوع مال و اگر دین بود، قانون محل پرداخت، حاکم خواهد بود (Heuze et Mayer 2001, p.449).

۲-۴. مصادره (confiscation (En , Fr))

«مصادره اموال»، فرایندی است که به موجب آن از شخص یا اشخاص معین به دلیل ارتکاب جرایمی (مانند همکاری با بیگانگان، اقدامات غیرقانونی، سوء استفاده و کسب اموال نامشروع) به عنوان مجازات سلب مالکیت شود (افتخار جهرمی، ۷۴ - ۱۳۷۳، ص ۹۴). در مصادره، غرامتی قابل پرداخت نیست؛ از این رو اگر اموالی بدون پیش بینی پرداخت غرامت ملی شده باشد، دادگاه‌های خارجی آن را صورتی از مصادره غیر قانونی تلقی می‌کنند (اوژن شافر، به نقل از سلجوقی، ۱۳۷۷، ص ۳۵۵). فایده عملی تفکیک بالا در این است که هر یک از این مفاهیم از حیث حکمی تابع قواعد و اصول حقوقی ویژه خود هستند. در مصادره اموال به دلیل وجود جنبه کیفری، لزوماً غرامت و جبران خسارت مطرح نیست. با وجود این برخی (حجازی، ۱۳۷۰، صص ۸۸ و ۶۹-۷۰)،

مصادره را مسامحتاً در معنای سلب مالکیت و ملی کردن نیز به کار برده و ضمن تفکیک میان شق قانونی مصادره از فرض غیرقانونی، در مصادره قانونی، مالک مال مصادره شده را مستحق «عدم النفع» نمی‌دانند ولی در مصادره غیرقانونی، افزون بر ارزش مال مزبور «عدم النفع» آن نیز قابل مطالبه است. در هر دو حالت، ارزش مال بدون لحاظ سود آتی مال تعیین می‌شود (حجازی، ۱۳۷۰، ص. ۸۸).

۲-۵. ضبط اموال (Requisition(En Demande(Fr))

«ضبط مال» از اصطلاحاتی است که علی‌رغم تفاوت با مفاهیم بالا در مقوله سلب مالکیت و ملی‌سازی بررسی می‌شود که به موجب آن مرجعی اداری یا انتظامی در مواقع فوق‌العاده بر پایه اختیارات قانونی خود به فرد یا شخصی حقوقی تکلیف می‌کند، خدمتی به او یا شخص ثالث ارائه کند یا اجازه استفاده از مالی را بدهد یا مال منقولی را منتقل کند. مقام دستور دهنده مکلف است پس از آن به جبران آن بپردازد (اوژن شافر، به نقل از سلجوقی، ۱۳۷۷، ص. ۳۴۸).

۳- غرامت و جبران خسارت ناشی از سلب مالکیت

چنانکه گذشت از نتایج حکم تکلیفی حرمت مالکیت، حکم وضعی ضمان و مسولیت برای جبران خسارات ناشی از نقض این حکم است. بی‌تردید، هدف از قواعد عمومی مسولیت مدنی، جبران ضرر است. به بیان دیگر، باید زیانی به بار آید تا برای جبران آن مسولیت ایجاد شود و دینی بر عهده مسول قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص. ۲۴۲). میزان و نحوه محاسبه غرامت و خسارت قابل پرداخت به سرمایه گذار خارجی در صورت سلب مالکیت یا مصادره اموال، مورد اختلاف حقوقدانان تجارت بین‌الملل است. بیشتر حقوقدانان کشورهای سرمایه فرست خواهان پرداخت کامل غرامت به خاطر ملی شدن اموال سرمایه گذاران خارجی هستند. موضع طرف آمریکایی در دعاوی مطرح در دیوان لاهه، این نظر را دنبال می‌کرد (clagett) به نقل از اعتمادی، ۱۳۸۴، ص. ۳۲۲. در مقابل، حقوقدانان کشورهای پذیر با این نظر مخالفند و نظر به پرداخت محدود غرامت به سرمایه گذار خارجی دارند. برای مثال خواهان ارزیابی اموال بر اساس ارزش خالص دفتری آنها هستند. موضع طرف ایرانی در دیوان داوری لاهه مبتنی بر این نظر بود. به نظر برخی از نویسندگان (اعتمادی، ۱۳۸۴، ص. ۳۲۳) از آنجا که حقوقدانان کشورهای در حال توسعه عملاً از صحنه دیوان داوری ایران و آمریکا حذف شده‌اند، مواضع کشورهای شمال در این داوری به کرسی نشست. اگر سلب مالکیت و مصادره قانونی باشد، ارزش کامل مال، تنها عبارت است از «ارزش آن در زمان سلب مالکیت». به تعبیری ارزش مال شامل ارزش آن در زمان سلب مالکیت است، به اضافه ارزشی کلی که در همان زمان برای

منافع آتی (Future Prospect) در نظر گرفته می شود و عدم النفع آینده از اجزاء مال مورد نظر خارج است. اگر سلب مالکیت غیرقانونی باشد ارزش کامل مال عبارت است از «ارزش آن در زمان سلب مالکیت به اضافه عدم النفع از دست رفته در فاصله بین سلب مالکیت و صدور حکم». این تجزیه و تحلیل در پرونده معروف به «حمکو» و رای صادره بوسیله شعبه سوم دیوان داوری لاهه به ریاست میشل ویرالی ارائه شد (افتخار جهرمی، ۱۳۷۳، صص ۷۴-۱۰۸ الی ۱۱۰). بنابراین این نظر، در صورتی که سلب مالکیت قانونی باشد سرمایه گذار استحقاق عدم النفع را نخواهد داشت. در هر حال در حقوق داخلی و رویه قضایی بین المللی، روش های گوناگون برای تعیین میزان غرامت و خسارت قابل پرداخت، وجد دارد که به مهم ترین آنها اشاره می شود.

۳-۱. جریان نقدی تنزیل شده (Discounted Cash Flow DCF) یا عدم النفع (lucrum cessans)

بر اساس این روش در مرحله اول تمامی سود خالصی که در آینده ممکن است نصیب شرکت شود محاسبه می شود. یعنی مجموع درآمدهایی که ممکن است در آینده نصیب شرکت شود پیش بینی شده، سپس هزینه های بهره برداری و نگهداری از آن کسر می شود. در مرحله دوم، نرخ تنزیلی مناسب انتخاب شده، بر اساس آن سودهای خالص آتی تعیین می شود تا به ارزش واقعی نزدیک شود. برای تعیین نرخ تنزیلی، سه عامل تورم، ریسک و نرخ سود واقعی (یعنی حداقل سودی که بدون آن سرمایه گذار خارجی حاضر به سرمایه گذاری باشد) در نظر گرفته می شود. شعبه دوم دیوان نیز در پرونده فیلیپس (Phillips) به این روش ناعادلانه و غیرحقوقی متوسل شد. دارائی های شرکت آمریکایی حدود ۲۰ میلیون دلار ارزش داشت در حالیکه شرکت مزبور بر اساس روش «جریان نقدی تنزیل شده» (DCF) خواهان مبلغ ۱۵۰/۱۹۹/۰۰۰ دلار بود. در این مورد نیز با وجود اذعان به قانونی بودن حق دولت ایران در ملی کردن این شرکت، سود آتی شرکت به عنوان قسمت اصلی غرامت مورد خواسته بود. دادگاه با روشی کاملاً تصادفی و غیرمطمئن سعی کرد تا سود این شرکت را از سال ۱۳۵۸ تا ۱۳۷۸ (بیست سال آینده) محاسبه کند که رقم ۵۵ میلیون دلار به عنوان سود خالص آتی قابل مطالبه تلقی می شود (اعتمادی، ۱۳۸۴، ص ۳۲۸). این در حالی است که شعب یاد شده در قانونی بودن اصل ملی کردن اموال و شرکتهای مزبور شبهه نکردند، با این حال، عدم النفع آینده را نیز به عنوان قسمت عمده رای خود ذکر کردند.

شعبه اول دیوان داوری لاهه در پرونده استارت (Starrett Housing corp) با موضوع ملی کردن ساختمانی مسکونی (۱۵۰۰ واحد آپارتمانی) با وجود اذعان به قانونی بودن این عمل به کارشناس اجازه داد برای تعیین میزان غرامت به روش «جریان نقدی تنزیل شده» (DCF)

متوسل شود (Iran - us C.T.R , 1983, pp. 122-159). در این روش به جای آنکه ارزش دارایی‌های موجود موسسه را مبنای محاسبه قرار دهند، دست به پیش بینی عملکرد آینده و تخمین میزان عوایدی می‌زنند که احتمالاً طی چندین سال بعد از تاریخ سلب مالکیت، به دست می‌آید و همین تخمین را پس از تنزیل به زمان حال، مبنای ارزش ادعایی موسسه قرار می‌دهند. ایرادی که به روش مزبور وارد است این که اصولاً مبالغ اولیه سرمایه گذاری، یعنی واقعیت قبلی را به کلی نادیده می‌گیرد و صرفاً نظر به آینده دارد (حجازی، ۱۳۷۰، ص ۷۳). لازم به ذکر است که قبلاً دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی در پرونده کروزوف تنها در فرض مصادره غیرقانونی اموال، مطالبه عدم النفع را مورد حکم قرار داده بود و اعتقاد علمای برجسته حقوق بین‌الملل نیز موید این نظر است.

۲-۳. ارزش خالص دفتری

یکی از روش‌های تعیین خسارت ناشی از سلب مالکیت توسل به ارزش خالص دفتری است. در این روش اولاً، ارزش شرکت صرفاً از جمع ارزش دارایی‌های فیزیکی و یا دارایی‌های قابل احراز آن تشکیل می‌شود. ثانیاً، ارزش دارایی‌ها بر مبنای هزینه‌ای که شرکت برای خرید یا ایجاد آن متحمل شده، تعیین می‌شود. از آنجا که در این روش، پرداختن به ذهنیات مدعی و فرضیات بعید وی در خصوص میزان خسارت منتفی می‌شود، دولتها نیز در حقوق داخلی به این روش متوسل می‌شوند. با وجود این، ایراداتی نیز مطرح می‌شود. ایراد اول اینکه، رویه ملی دولتها در حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری خارجی الزاماً نمی‌تواند الگویی برای ایجاد قواعد بین‌المللی تلقی شود. نکته دیگر اینکه در روش مزبور به فعالیت و پویایی شرکت، توجه نمی‌شود (حجازی، ۱۳۷۰، صص ۸۱ و ۸۲). در حقوق داخلی ایران این روش تعیین میزان خسارت، برای حل اختلافات سرمایه گذاری خارجی قابلیت استناد دارد. زیرا یکی از شرایط مسولیت مدنی، قطعیت ضرر است و در این روش ضرری که قطعاً وارد شده پیدا می‌شود نه ضرر محتمل آینده.

۳-۳. قاعده جبران خسارت مناسب (Suitable damages)

حقوقدانان وجود ضرر را رکن مسولیت مدنی شمرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۴۲). این مقدمه در یافتن معیار جبران خسارت، تعیین کننده است. ناگفته نماند که گاهی به موجب قرارداد یا قانون خسارت مقطوعی بیش یا کمتر از ضرر وارده پیش بینی شود؛ مانند وجه التزام (ماده ۲۳۰ ق.م.و) و خسارت تاخیر تادیه. با وجود این، استثنای مزبور در قلمرو سلب مالکیت

کمتر ورود دارند. افزون بر این اگر اختلاف ناشی از این موارد باشد و توافق یا مقررہ ای در بین باشد، اختلاف به مفهوم گسترده آن رخ نخواهد داد. بنا بر این، باید تأیید کرد که دعوای ناشی از سرمایه گذاری خارجی نمی‌تواند وسیله سود جویی قرار گیرد (کاتوزیان، ۱۳۸۵، ص ۲۴۲). از سوی دیگر، در قرن اخیر، دکترین «حاکمیت دائمی دولت بر منابع طبیعی، تعیین سرنوشت اقتصادی و کنترل ملی بر تمامی فعالیت‌های اقتصادی» در سرتاسر جهان پذیرفته شد (ام‌سورنا راجا، ۱۳۸۳، ص ۲۶۲). امروزه، قاعده جبران خسارت فوری، کافی و موثر در سلب مالکیت از بیگانگان جای خود را به «جبران خسارت مناسب» داد.

۱-۳-۳. قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی

حکم ماده ۱۹ «قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی»^۱ در راستای ارائه راهکار جبران خسارت تدوین شده است. به موجب این ماده: «سرمایه گذاری خارجی مورد سلب مالکیت و ملی شدن قرار نخواهد گرفت مگر برای منافع عمومی و به موجب فرآیند قانونی و به روش غیر تبعیض آمیز و در مقابل پرداخت مناسب غرامت به ماخذ ارزش واقعی آن سرمایه گذاری بلافاصله از سلب مالکیت». بنابراین در صورت وجود ملاحظات زیر عمل دولت در سلب مالکیت، قابل توجیه و اصطلاحاً قانونی و مشروع است:

اولاً، عمل دولت در راستای منافع ملی باشد؛

ثانیاً، عمل غیر تبعیض آمیز باشد؛

ثالثاً، ترتیباتی برای تعیین و پرداخت خسارت به زیان‌دیده اتخاذ شود.

در اینجا باید چند نکته را یاد آور شد:

نکته اول اینکه؛ معمولاً سلب مالکیت نامشروع و غیرقانونی کمتر رخ می‌دهد و مراجع رسیدگی کننده به ندرت عمل دولتی را در سلب مالکیت نامشروع تلقی می‌کنند؛ مگر آنکه دولتی در ضبط اموال سرمایه‌گذار خارجی انگیزه غیر اقتصادی و نامربوط به منافع ملی را صراحتاً عنوان کند. مثلاً دولت لیبی در سال ۱۹۷۱ انگیزه اقدام خود مبنی بر ضبط اموال شرکت نفت انگلیس را چشم پوشی آن دولت از اقدام دولت ایران در استقرار بر جزایر سه گانه ایرانی خلیج فارس اعلام کرد. هیات داور به ریاست گونار لاگرگرن داور سوئدی عمل دولت لیبی را نامشروع اعلام کرد. به این استدلال که: «عمل ضبط اموال خواهان به وضوح

۱. قانون فوق مشتمل بر بیست و پنج ماده و یازده تبصره در جلسه علنی روز یکشنبه مورخ نوزدهم اسفند ماه یکهزار و سیصد و هشتاد مجلس شورای اسلامی تصویب و صدر مواد (۱) و (۲)، بندهای (ج) و (د) ماده (۲)، بند (ب) ماده (۳) و تبصره (۲) ماده (۱۷) در جلسه روزشنبه مورخ ۱۳۸۱/۳/۴ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسیده است.

نقض حقوق بین‌الملل است. زیرا این عمل صرفاً به دلایل سیاسی نامربوط صورت گرفته است» (افتخار ۱۳۷۳، ص ۷۴-۹۹).

نکته دیگر اینکه اگر سلب مالکیت نامشروع باشد و مطالبه عدم النفع موجه شود، این غرامت محدود به نفعی خواهد بود که فوت آن تا هنگام صدور رای، تحقق یافته باشد و موارد احتمالی و فرضی قابل پرداخت نیست. از این رو، دیوان داوری لاهه در پرونده آموکو چنین نظر داده است: «...حتی در مورد مصادره نامشروع، خسارتی که واقعا وارد شده ضابطه غرامت است» (بند ۱۹۷، رای جزئی پرونده خمکو، افتخار جهرمی، ۱۳۷۳، صص ۷۴-۹۹).

۲-۳-۳. موافقتنامه‌های دو جانبه تشویق سرمایه‌گذاری خارجی

حمایت از سرمایه‌گذار در قوانین موافقتنامه‌های دو جانبه ایران و دولت‌های متعاقد به منظور اطمینان دادن به سرمایه‌گذاری خارجی راجع به مصادره اموال با سلب مالکیت با ورود خسارت قوانین موافقتنامه تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری متقابل میان کشورمان و دیگر دولتها مقررات قابل توجهی پیش بینی کرده‌اند. ماده ۵ قانون مزبور میان ایران و فرانسه در خصوص مصادره و غرامت مقرر می‌دارد:

۱- «سرمایه‌گذاری‌های هریک از طرف‌های متعاقد بوسیله طرف متعاقد دیگر ملی، مصادره و سلب مالکیت نخواهد شد و یا تحت تدابیر مشابه قرار نخواهد گرفت، مگر آنکه اقدامات مزبور برای اهداف عمومی به موجب فرایند قانونی به روش غیر تبعیض آمیز در مقابل جبران خسارت سریع و مؤثر و مناسب انجام پذیرد.

۲- میزان جبران خسارت باید معادل ارزش سرمایه‌گذاری بلافاصله قبل از ملی شدن، مصادره یا سلب مالکیت می‌باشد.

۳- خسارت باید بدون تأخیر پرداخت شود و در صورت تأخیر این خسارت شامل هزینه‌های مربوطه نیز خواهد بود. خسارت باید عملاً قابل پرداخت بوده و آزادانه قابل انتقال باشد»^۱.

مشابه این مقرر را می‌توان در قوانین موافقتنامه‌های متقابل تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری میان دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت‌های ایتالیا (ماده ۴)، قرقیزستان (ماده ۶)، تونس (ماده ۶)، بلغارستان (ماده ۵)، ازبکستان (ماده ۶) ملاحظه کرد. این ماده اصولاً سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران هر یک از طرف‌های متعاقد را از سوی طرف دیگر مصون از « ملی شدن»، «سلب مالکیت» و « مصادره» اعلام می‌کند.

۱. قانون موافقتنامه تشویق و حمایت جمهوری اسلامی ایران و فرانسه مصوب ۱۳۸۲/۷/۱۵.

این وضعیت تخلف ناپذیر نیست، با این حال، نقض احترام مالکیت، منوط به شرایطی شده که در عمل نگرانی‌های سرمایه گذار خارجی بر طرف می‌گردد. این شرایط عبارتند:

اولاً، سلب مالکیت یا ملی کردن برای اهداف عمومی باشد؛

ثانیاً، به موجب فرایندی قانونی؛

ثالثاً، به روش غیر تبعیض آمیز؛

رابعاً، در مقابل پرداخت خسارت سریع و مؤثر و مناسب انجام پذیرد.

اگر در فرایند سلب مالکیت مجموع بندهای بالا رعایت شود، می‌توان گفت که قاعده جبران خسارت مناسب به گونه‌ای قابل قبول اعمال شده است. تضمین پیش بینی شده در ماده ۱۹ قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱/۳/۴ نیز ناظر به احترام مالکیت سرمایه‌گذار خارجی است. با توجه به عام بودن قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی نسبت به قوانین موافقتنامه‌های دو جانبه، این حکم و دیگر احکام مشابه که در قانون مزبور انشاء شده، حتی اگر در قوانین دو جانبه ذکر نشود به استناد قانون یاد شده قابلیت اعمال دارند؛ تنها تفاوتی که می‌توان برای این فرض تصور کرد این است که تکرار احکام در قوانین موافقتنامه‌های دو جانبه، طرف مقابل را در برابر سرمایه گذاران ایرانی به احکام مورد اشاره پایبند می‌سازد.

۳-۳-۳. جبران خسارت مناسب در رویه دیوان داوری ایران و امریکا (لااه)

در پرونده آموکو شرکت مزبور که مالک بخشی از سهام شرکت خمکو (Khemco) بود به ادعای ملی شدن شرکت خمکو که به منظور اکتشاف و بهره برداری از منابع جزیره خارک تاسیس شده بود، حدود ۱۸۳ میلیون دلار به عنوان خسارت درخواست کرد (Iran - us, 1987, pp. 189-289). آموکو میزان این خسارت را بر اساس روشی موسوم به «جریان نقدی تنزیل شده» محاسبه کرده بود. در این روش، سود آتی شرکت آمریکایی با این فرض که پروژه ملی نمی‌شد، محاسبه می‌شود تا دیوان لاهه بر اساس آن مبلغ مورد حکم را مشخص کند. در مقابل، طرف ایرانی ارزش خالص دفتری اموال ملی شده را به عنوان غرامت، قابل پرداخت می‌دانست. افزون بر این، به نظر طرف ایرانی، دیوان می‌بایست به ناچیز بودن سرمایه اولیه که تنها ۷ میلیون دلار بود و نیز سودهای فراوان که تا زمان ملی شدن از این سرمایه گذاری به دست آمده بود نیز توجه کند. میشل ویرالی ریاست شعبه سوم دیوان که مرجع رسیدگی به این پرونده بود، قائل به تفکیک میان ملی کردن و مصادره قانونی از مورد غیر قانونی آن شده است. از نظر وی سلب مالکیت زمانی قانونی است که مصادره اموال بیگانگان به خاطر منافع عمومی و بدون هیچگونه تبعیضی و با پیش بینی غرامت به آنان همراه باشد (اعتمادی، ۱۳۸۵، ص ۳۲۴). رئیس

شعبه رسیدگی کننده در مقام بیان مقدمه دیگر قضیه تاکید کرد که هر دولتی (از جمله دولت ایران) حق دارد به خاطر منافع ملی مردم کشور خود، اموال خارجی را ملی کند. حتی انعقاد قرارداد بین دولت میزبان و سرمایه گذار خارجی نمی تواند مانعی برای اعمال چنین حقی باشد؛ مگر آنکه در قرارداد خلاف آن تصریح شده باشد. در رای صادره اشاره می شود که به دنبال ملی کردن قانونی اموال و دارائی های خارجیها بر اساس حقوق بین الملل می بایست غرامتی برابر با «ارزش عادلانه چیزی که مصادره شده» یعنی «ارزش شرکت در هنگام سلب مالکیت» پرداخت شود. از اینرو در پرونده آموکو خسارت قابل پرداخت شامل موارد ذیل است:

- ارزش حقوق مادی (مانند زمین، ساختمان و دیگر اموال)؛

- حقوق قراردادی (مانند قرارداد تحویل کالا)؛

- ارزش حقوق معنوی (مانند شهرت تجاری) (Iran - us, 1987 - II, pp. 51-52).

در نتیجه، این شعبه پرداخت عدم النفع را رد می کند زیرا بر این باور است که شرکت خمکو به طور قانونی ملی اعلام شده است. همچنین خواسته طرف آمریکایی مبنی بر محاسبه خسارت به روش «جریان نقدی تنزیل شده» (DCF) را به دلیل «عدم امکان تعیین دقیق خسارت» و نیز به دلیل احتمال تحقق «دارا شدن ناعادلانه و بلاجهت» برای سرمایه گذار خارجی رد می کند.

۴- بررسی تطبیقی

ماده ۵۴۵ قانون مدنی فرانسه در خصوص احترام مالکیت مقرر می دارد: «هیچ کس را نمی توان به انتقال مالکیت خود اجبار کرد؛ مگر آنکه مصلحت عمومی ایجاب کند، آن هم پس از پرداخت غرامت عادلانه».

از ویژگی های ماده بالا اینکه در آن، «مقتضیات مصلحت عمومی» به عنوان شرط توجیه کننده تعرض به مالکیت تلقی شده و «پرداخت غرامت عادلانه» نیز پیش بینی شده است. با وجود این، نباید احترام مالکیت را همانند این ماده در منع اجبار به انتقال مالکیت خلاصه کرد. زیرا در سایه این قاعده همه لوازم و مقتضیات حق مالکیت محترم است. در فرانسه، چنانچه مال منتقل شده به آن کشور در کشور دیگر بدون پرداخت غرامت یا تعهد مناسب برای پرداخت، بوسیله دولت تملک شده باشد، حق مکتسب مالک اصلی، به موجب ماده ۵۴۵ قانون مدنی این کشور به رسمیت شناخته می شود (سلجوقی، ۱۳۷۷، ص ۳۵۱). از این رو، در این کشور، بسیاری از سلب مالکیت ها و ملی شدن ها به دلیل مغایرت با نظم عمومی بلااثر اعلام می شوند (Heuze et Mayer 2001, p.452).

در انگلستان، دادگاهها در دعاوی علیه دولت خارجی در مورد تملک اموال از سوی آن دولت، افزون بر سعی در شناخت دقیق معنای قانون خارجی، سبب تملک و تفسیر آن این نکته را تحقیق می‌کنند که آیا مال مورد تملک در هنگام اجرای قانون در حوزه صلاحیت آن دولت بوده و اگر خارج از آن حوزه قرار داشته؛ آیا بیان قانون به گونه‌ای است که مال موضوع دعوا را در بیرون از سرزمین آن دولت نیز در بر می‌گرفته است. در صورت عدم احراز این شرایط آن را موثر تلقی نمی‌کنند (چه شایر و نورث، به نقل از سلجوقی، ۱۳۷۷، ص ۳۵۱). هر چند این قانون برای خود اثر برون مرزی قائل باشد؛ چنین ادعایی به منزله تجاوز از حاکمیت ملی بوده با حق حاکمیت دولت‌های دیگر در تعارض است و با اصول پذیرفته شده عمومی در حقوق بین‌الملل مغایرت دارد (اشمیتف، ترجمه اخلاقی و دیگران، ۱۳۷۸، ص ۳۶۴).

راجع به ملی کردن اموال شخص حقوقی در آلمان، نظر بر این است که طلب به عنوان عنصری از دارایی شخص ملی شده تلقی می‌شود و محل آن گذشته از اقامتگاه بدهکار، کشوری است که اموال وی در آنجا واقع شده و می‌توان از محل آن اموال، طلب را وصول کرد. نتیجه اینکه دولت ملی کننده برای وصول مطالبات آن شخص از اموال بدهکاری که در خارج واقع است، مردود شناخته می‌شود. در مقابل، انتقال دین در مقابل بستانکار قابل استناد نیست و وی می‌تواند از دیگر اموال بدهکار اصلی بیرون از سرزمین دولت ملی کننده واقع اند وصول کند (سلجوقی، ۱۳۷۷، ص ۳۵۵).

نتیجه

بر اساس قاعده احترام مالکیت در حقوق ما «اموال و کارکرد اشخاص محترم و مصون از تعرض است؛ مگر خلاف آن به موجب قانون برای حفظ مصالح عمومی در برابر غرامت مناسب مقرر گردد». قاعده فوق ریشه در منابع فقهی دارد و افزون بر اصل ۴۷ قانون اساسی در قانون مدنی و به طور خاص در ماده ۱۹ قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی مورد شناسایی و تایید قرار گرفته است. گاهی به موجب قانون حرمت مال از بین می‌رود، مانند: مصادره اموال، ملی کردن و بریدن علاقه مالکانه مالک که همواره برای تامین منفعت عمومی صورت می‌پذیرد. ملی کردن از مصادیق بارز سلب مالکیت محسوب می‌شود و چنانکه اشاره شد «فرایندی قانونی است که بنا به مصالح سیاسی - اقتصادی کلان، موجب سلب مالکیت فراگیر در گستره معین از اقتصاد کشور و ایجاد مالکیت انحصاری ملت می‌شود». نوع دیگر از سلب مالکیت که نسبتاً مفهومی نو است «سلب مالکیت خزنده» نامیده می‌شود. سلب مالکیت خزنده متشکل از اجزاء متعدد است که از دیدگاه حقوق بین‌الملل هیچ‌یک نمی‌تواند

به تنهایی تقصیر حقوقی دولت میزبان تلقی شود. با وجود این، اقدامات صورت گرفته به سلب مالکیت نرم منتهی می‌شود.

در مصادره اموال، به دلیل وجود جنبه کیفری، لزوماً غرامت و جبران خسارت مطرح نیست. به موجب قاعده احترام مالکیت و مقررات ماده ۱۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی در مواردی که از سرمایه گذار خارجی سلب مالکیت شده باید شرایط ذیل رعایت شود: اولاً، سلب مالکیت یا ملی کردن برای اهداف عمومی باشد؛ ثانیاً، به موجب فرایندی قانونی؛ ثالثاً، به روش غیر تبعیض آمیز و رابعاً، در مقابل پرداخت خسارت سریع و مؤثر و مناسب انجام پذیرد.

در این قانون و قوانین موافقتنامه‌های دو جانبه ایران و دولت‌های متعاقد به منظور اطمینان دادن به سرمایه‌گذاری خارجی راجع به سلب مالکیت، تضمینی قابل قبول برای رعایت احترام مالکیت اموال و دارایی‌های سرمایه گذاران خارجی پیش بینی شده است.

برای جبران خسارت سرمایه گذار خارجی تعیین میزان خسارت قابل جبران اجتناب ناپذیر است؛ با این حال، روش یکنواخت و قاعده فراگیر برای تعیین غرامت یاد شده وجود ندارد. محاسبه خسارت به روش «جریان نقدی تنزیل شده» دو مرحله دارد: در مرحله اول، تمامی سود خالص که در آینده ممکن است نصیب شرکت شود، محاسبه می‌شود؛ یعنی مجموع درآمدهایی که ممکن است در آینده نصیب شرکت شود، پیش بینی شده، سپس هزینه‌های بهره برداری و نگهداری از آن کسر می‌شود. در مرحله دوم، تنزیل آینده کسر می‌شود. محاسبه خسارت به روش «جریان نقدی تنزیل شده» را به دلیل «عدم امکان تعیین دقیق خسارت» و نیز به دلیل احتمال تحقق «دارا شدن ناعادلانه و بلاجهت» برای سرمایه گذار خارجی عادلانه به نظر نمی‌رسد.

یکی از روش‌های تعیین خسارت ناشی از سلب مالکیت، توسل به «ارزش خالص دفتری» است. در این روش، ارزش شرکت شرکت صرفاً از جمع ارزش دارائی‌های فیزیکی و یا دارائی‌های قابل احراز آن تشکیل می‌شود.

در روش «جبران خسارت مناسب» اگر سلب مالکیت قانونی باشد، می‌بایست غرامتی برابر با «ارزش عادلانه چیزی که مصادره شده» یعنی «ارزش شرکت در هنگام سلب مالکیت» پرداخت شود و اگر سلب مالکیت نامشروع باشد، مطالبه عدم النفع نیز موجه می‌شود؛ اما این غرامت محدود به نفعی خواهد بود که فوت آن تا هنگام صدور رای تحقق یافته باشد و موارد احتمالی و فرضی قابل پرداخت نیست. ملاحظه شد دیوان داوری لاهه نیز در پرونده‌هایی مانند آموکو از این نظر پیروی کرده است.

منابع و مآخذ

الف- فارسی

۱. اشمنتیف، کلابو، ام، (۱۳۷۸)، ترجمه زیر نظر دکتر بهروز اخلاقی و دیگران، «حقوق تجارت بین الملل»، جلد اول، چاپ اول، تهران: انتشارات سازمان مطالعه و تدوین کتب علوم انسانی (سمت).
۲. اعتمادی، فرهاد، (۱۳۸۴)، «دادگاه داوری دعاوی ایران و آمریکا»، چاپ اول، تهران: انتشارات گنج دانش.
۳. انصاری، مسعود و طاهری، محمد علی، (۱۳۸۴)، «دانشنامه حقوق خصوصی»، ج اول، ج اول، تهران: انتشارات محراب فکر.
۴. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۸۱)، «مبسوط در ترمینولوژی حقوق»، ج اول، چاپ دوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۵. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۶۸)، «حقوق اموال»، تهران: چاپ اول، انتشارات گنج دانش.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، (۱۳۷۲)، «ترمینولوژی حقوق»، تهران: چاپ ششم، انتشارات گنج دانش.
۷. جنیدی، لعیا، (۱۳۷۶) «قانون حاکم در داوری‌هایی تجاری بین‌المللی» تهران: نشر دادگستر، چاپ اول.
۸. سلجوقی، محمود، (۱۳۷۷)، «حقوق بین‌الملل خصوصی تعارض قوانین»، ج ۲، تهران: ج اول، نشر دادگستر.
۹. قاضی، ابوالفضل، (۱۳۸۰)، «حقوق اساسی و نهادهای سیاسی»، چاپ هفتم، انتشارات دانشگاه تهران.
۱۰. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۵)، «ضمان قهری؛ مسولیت مدنی»، چاپ اول، تهران: شرکت سهامی انتشار.
۱۱. کاتوزیان، ناصر، (۱۳۷۹)، «کلیات حقوق؛ نظریه عمومی»، چاپ پنجم، انتشارات دانشگاه تهران.

- مقالات

۱. افتخار جهرمی، گودرز، (۱۳۷۳) «دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده و عملکرد آن در قلمرو حقوق بین الملل» مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، شماره ۱۵.
۲. حجازی، احمد، (۱۳۷۰) «ارزش اموال مصادره شده بیگانگان در آراء دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحد»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره چهاردهم و پانزدهم.
۳. سورنا راجا، ام، «معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری»، ترجمه توکل حبیب‌زاده، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، (بهار ۱۳۸۳)، شماره ۳۱، صص ۲۵۱ - ۳۲۹.
۴. غمامی، مجید و محسنی، حسن، (۱۳۸۵) «اصول تضمین‌کننده عملکرد دموکراتیک در دادرسی و اصول مربوط به ویژگیهای دادرسی مدنی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۷۴، سال ۷۴، صص ۲۴۷-۲۶۵.

ب- عربی

۱. نجفی، محمد حسن، (۱۳۷۶) جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴ و ۶، انتشارات دار الکتب الاسلامیه، تهران: چاپ چهارم.
۲. میر فتاح، بی تا. عناوین، چاپ سنگی.

ج- خارجی

- 1- Amoco international finance corp V. Iran, Iran – US. C.T.R., vol; 15, 1987 – II, pp. 51-52, 17 Avanesian Aida B. 1993, **Iran-united stats clams Tribunal in Action**, Kluwer academic .publisher grope London.
- 2- Duguit Léon 1926, leçon de droit public, theore general, paris.
- 3- Mayer, Piere et Heuze, Vincent . 2001, " **Driot international prive** ", editions Montchrestien , 7edition , paris.
- 4- Michael Reisman & R. Doak Bishop, James Crawford 2005 "**Foreign investment disputes**" published by Klawer Law International, Hague.

-
- 5- Thomas W. Merrill, (2002) **Incomplete Compensation for Takings**, II N.Y.U. Envtl. L.J. 110-115.
- 6-Vance R. Koven, , (1981) **Expropriation and the 'Jurisprudence' of OPIC** 22 Harv. J. Int'l L. 269,291 at <http://www.bu.edu/law/faculty/scholarship/workingpapers/L.269,291> at Sloane Resiman Brit Yearbook.html.
- 7-W. Michael Reisman & Robert D. Sloane, (2004) "**Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation**," 74 The British Yearbook of International Law 115.
- 8-<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/RechercheSimpleArticleCode25>-http://www.google.com/translate_t?langpair=en|fr.
- 9-Vance R. Koven, , (1981) **Expropriation and the 'Jurisprudence' of OPIC** 22 Harv. J. Int'l L. 269,291 at [http://www.bu.edu/law/faculty/scholarship/workingpapers/SloaneResiman Brit Yearbook.html](http://www.bu.edu/law/faculty/scholarship/workingpapers/SloaneResimanBritYearbook.html).