

Interaction and Confrontation of Indirect Expropriation and Regulation of the Host State

(Type of Paper: Research Article)

Adel Ebrahimpoor Asanjan^{1*}, Maedeh Soleimani Dinani²

Abstract

Indirect interference of the host State with the investor's right to property has made it very difficult to decide whether the usual restrictions resulting from government intervention are considered expropriation or not. On the one hand, the exceptions to the right of the State to exercise public interest are expanding and on the other hand, the investor seeks economic benefits and stability. The question is what is the most achievable criterion for establishing a balance between the right of the State and the interests of the investor? The present study, after reviewing and analyzing existing theories and justifying the need to amend investment treaties and then review the domestic legal systems, concluded that, in the perspective of international investment, this is slow but decisively rotating towards a new generation of treaties, with emphasis on the right of States to regulate as an inherent right in the State sovereignty, it also creates an attractive space for investment. Therefore, recognizing the right of regulation as a starting point in any treaty can be a framework for creating bilateral or multilateral investment treaties that has not been very successful so far.

Keywords

Balance, Right to Regulate, Indirect Expropriation, Investment Treaties, Public and Private Interests.

1. Assistance Prof., Department of Law, University of Tabriz, Tabriz, Iran (Corresponding Author).
Email: ebrahimpooradel@gmail.com

2. Ph.D. Student in Public Law, Department of Law, University of Tabriz, Tabriz, Tabriz, Iran.
Email: Soleimani.m67@gmail.com

Received: March 29, 2020 - Accepted: October 26, 2020



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International, which permits others to download this work, share it with others and Adapt the material for any purpose.

تقابل و تعامل سلب مالکیت غیرمستقیم و تنظیم‌گری دولت میزبان

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

عادل ابراهیم‌پور اسنجان^{۱*}، مائده سلیمانی دینانی^۲

چکیده

تداخل غیرمستقیم اقدامات دولت میزبان با حق مالکیت سرمایه‌گذار، تصمیم‌گیری در مورد این مسئله را که آیا محدودیت‌های معمول ناشی از مداخله دولت، سلب مالکیت محسوب می‌شود یا خیر، بسیار دشوار ساخته است. از یک سو استثنائات ناشی از حق دولت برای تمشیت منافع عمومی رو به گسترش است و از سوی دیگر سرمایه‌گذار به دنبال کسب منافع و ثبات اقتصادی است. مسئله این است که قابل وصول‌ترین معیار برای برقراری تعادل بین حق دولت و منافع سرمایه‌گذار چیست؟ پژوهش حاضر، پس از بررسی و تحلیل نظریات موجود و توجیه لزوم اصلاح معاهدات سرمایه‌گذاری و سپس بازبینی نظام‌های حقوقی داخلی، به این نتیجه دست یافت که در چشم‌انداز سرمایه‌گذاری بین‌المللی، این امر به آهستگی اما قاطعانه در حال چرخش به سمت نسل جدیدی از معاهدات با تأکید بر حق دولت‌ها برای تنظیم‌گری به‌عنوان حق ذاتی در حاکمیت دولت، ضمن ایجاد فضایی جذاب برای سرمایه‌گذاری است. از این رو به رسمیت شناختن حق تنظیم‌گری به‌عنوان نقطه شروع در هر معاهده می‌تواند چارچوبی باشد برای ایجاد معاهده سرمایه‌گذاری دو یا چندجانبه که تاکنون چندان موفق نبوده است.

کلیدواژگان

برقراری تعادل، حق تنظیم‌گری، سلب مالکیت غیرمستقیم، معاهدات سرمایه‌گذاری، منافع عمومی و خصوصی.

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه تبریز، تبریز، ایران (نویسنده مسئول).
Email: ebrahimpooradel@gmail.com

۲. دانشجوی دوره دکتری حقوق عمومی دانشگاه تبریز، تبریز، ایران.
Email: soleymani.m67@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۰۱/۱۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۸/۰۵

مقدمه

این واقعیت که دولت‌ها ممکن است به دلیل منافع عمومی به نحوی عمل کنند که از شرایط عادی حاکم بر روابط بدهکار و بستانکار خارج شوند، امری است که نباید از آن غافل بود (هوهن فلدن، ۱۳۹۳: ۳۱۹). در پی اعمال اختیارات قانونی دولت‌ها ممکن است دارایی خارجی‌ان در معرض مالیات، محدودیت‌های تجاری همچون مجوزها و سهمیه‌بندی‌ها یا اقدامات دیگر، به کاهش ارزش پول منجر شود، لیکن اعمال چنین مواردی اصولاً ایجاد سلب مالکیت نمی‌کنند، هرچند بسته به ویژگی‌های هر مورد قابل بررسی است (Brownlie, 2008: 532)، بنابراین دادگاه‌ها نسبت به اعمال سلب‌آمیز دولت میزبان که تنها برخی از خارجی‌ان را تحت تأثیر قرار می‌دهد، به‌ویژه زمانی که چنین تبعیضاتی در نتیجه سیاست‌های مشروع دولت باشد، رویکردهای متفاوتی دارند (Reinisch, 2008: 186).

حاکمیت دولت‌ها در قلمرو خود مطلق است و در چارچوب اختیارات حاکمیتی، نظم اجتماعی، اقتصادی و سیاسی خود را تعیین و اقدامات لازم را برای ارتقای اهداف مشروع رفاه عمومی اتخاذ می‌کنند. اما به دلیل تعارض اقدامات با منافع سرمایه‌گذاران خارجی، در حفظ چارچوب حقوقی و سیاسی مطلوب دولت میزبان، مهم‌ترین موضوع در جریان مذاکرات معاهدات سرمایه‌گذاری، ایجاد تعادل مناسب بین منافع متضاد طرفین است (Louizaki, 2017: 44). بر این مبنا ادعاهای سلب مالکیت غیرمستقیم براساس رویه‌های اتخاذشده در مراجع بین‌المللی، به‌طور فزاینده‌ای تهدیدی برای توانایی دولت‌ها در زمینه کنترل املاک در قلمرو خود به حساب می‌آید. در حال حاضر هیچ‌یک از نظریات مطروحه برای ایجاد تعادل بین منافع طرفین، به‌طور مداوم در رویه قضایی مورد حمایت نیست و همین امر موجب بروز درجه بالایی از عدم اطمینان برای سرمایه‌گذار و دولت میزبان، هنگام بروز اختلاف شده است. طبیعی است که شفاف‌سازی مقررات در این خصوص ضمن تقویت جایگاه سرمایه‌گذاران موجب ایجاد اعتماد بیشتر در آنها و افزایش سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی می‌شود (Mostafa, 2008: 267-268).

با وجود ضرورت حمایت از سرمایه‌گذار همواره تأکید می‌شود که تلاش برای تضمین حقوق سرمایه‌گذاران، نباید حق کشورها را در اعمال اختیارات سیاسی و عملکردهای نظارتی تضعیف کند (UNCTAD, 2012: 140). با بررسی رویه محاکم بین‌المللی در حل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری و نظریات مختلف ارائه‌شده توسط حقوقدانان در مورد چگونگی برقراری تعادل بین منافع سرمایه‌گذار و حق دولت، ارائه پاسخی شفاف و معقول به پرسش‌های ذیل برای این پژوهش ضروری است، اول اینکه در بین معیارهای ارائه‌شده برای تمییز حق دولت بر تنظیم منافع عمومی از سلب مالکیت غیرمستقیم کدامیک توجیه‌تر پذیر به‌نظر می‌رسد و می‌تواند مبنای تصمیم‌گیری در مراجع داورى باشد؟ دوم اینکه به چه طریقی می‌توان ضمن عدم

تضعیف حق تنظیم‌گری دولت به حفظ منافع سرمایه‌گذاران امیدوارتر بود؟ به عبارت دیگر، آیا این دو مفهوم با هم قابل تطبیق و سازش‌پذیرند؟

سلب مالکیت پرچالش‌ترین ریسک ناشی از سرمایه‌گذاری

براساس نظرهای مطروحه در آنسیترال، ریسک سرمایه‌گذاری مستلزم شرایطی است که سرمایه‌گذار نمی‌تواند از بازگشت سرمایه خود اطمینان داشته باشد و ممکن است حتی اگر همه طرف‌های ذی‌ربط تعهدات قراردادی خود را انجام دهند، مبلغی را که در پایان آن هزینه خواهند کرد، نامشخص باشد. در صورت وجود «خطر» از این نوع، سرمایه‌گذار به‌سادگی نمی‌تواند نتیجه معامله را پیش‌بینی کند (UNCITRAL, 2009: para.230).

سرمایه‌گذاری خارجی متأثر از دو نوع ریسک کلی است؛ ریسک تجاری و ریسک سیاسی. صرف‌نظر از ریسک‌های تجاری که موضوع بحث پژوهش حاضر نیست، ریسک‌های سیاسی شامل هر گونه فعل یا ترک فعل قابل انتساب به دولت میزبان است که سرمایه‌گذار را از مالکیت، کنترل یا بهره‌برداری اساسی از سرمایه‌اش محروم کند (دری، ۱۳۹۵: ۲۶). در این زمینه سلب مالکیت به‌عنوان یک ریسک سیاسی مهم و معیارها و چالش‌های موجود در مسیر احراز آن، موضوع مورد بحث است.

۱. انتساب عمل به دولت

با اینکه کشورها در حال حاضر از درگیر کردن خود با هر نوع ملی‌سازی و خدشه‌دار کردن ثبات خود در صحنه بین‌المللی دوری می‌جویند، به روش‌های مختلفی دوره‌هایی از ملی‌گرایی در الگوهای چرخشی تاریخ ملل رخ خواهد داد (sornarajah, 2010: 412). بنابراین در احراز سلب مالکیت به مفهوم اعم که شامل ملی‌سازی نیز می‌شود، گام اول، بررسی قابلیت انتساب عمل به دولت است. در دعوای شرکت‌های تناریس و تالتا علیه دولت ونزوئلا در خصوص انتساب عمل شرکت CVG FMO، که متهم به اعمال تبعیض در تخصیص منابع اولیه بود، دیوان ایکسید در خصوص انتساب اعمال شرکت مذکور به کشور ونزوئلا این‌گونه استدلال کرد که به صرف ارائه خدمات عمومی این نتیجه حاصل نمی‌شود که نهاد اقدام‌کننده دولتی و اقداماتش قابل انتساب به دولت است (ICSID, 2016: para.381).

این پرونده از رویکرد دعاوی سابق، مبنی بر اینکه «صرف اقدام در راستای تحقق اهداف عمومی برای اینکه به‌عنوان یک عمل قابل انتساب به دولت توصیف شود کافی نیست، زیرا عنصر ضروری اعمال اختیار حاکمیتی یا به‌کارگیری امتیازات ویژه ناشی از اقتدار عمومی

است»، پیروی کرد.^۱ همچنین از نظر دیوان بین‌المللی دادگستری، صرف وجود یک وضعیت کلی وابستگی و پشتیبانی برای توجیه انتساب رفتار به دولت کافی نیست، بلکه آنچه لازم است، کنترل مؤثر بر عملیات خاص است (Wittich, 2002: 894).

۲. دارایی‌های قابل سلب

ماهیت و اعتبار منافی که ادعا می‌شود از آنها سلب مالکیت شده است، باید با توجه به مقررات کشور میزبان توصیف و ارزیابی شوند. براساس نظر ایکسید برای ارزیابی ماهیت منافع، در مواردی که ادعای سلب مالکیت می‌شود، اولین گام این است که قانونی که حقوق و مالکیت تحت آن ایجاد شده است، مورد ملاحظه قرار گیرد (ICSID, 2010: para.140). بنابراین به‌طور ضمنی هر عملیات سرمایه‌گذاری مستعد سلب مالکیت، باید مطابق قانون حاکم بر آن که نوعاً این قانون، قانون دولت میزبان است، یک حق یا دارایی باشد که به‌طور صحیح، تعریف، تشکیل و به رسمیت شناخته شده است. از این رو قواعد و مقررات بین‌المللی در خصوص سلب مالکیت فقط مربوط به نفس حمایت از حقوق مالکیت یا سایر منافع اقتصادی سرمایه‌گذاران است، ولی روند ایجاد و شناسایی آنها را تنظیم نمی‌کند (UNCTAD, 2012: 22).

۳. سلب مالکیت مستقیم و غیرمستقیم

به‌غیر از سلب مالکیت مستقیم که در اثر آن صاحب دارایی از حق تمتع و استیفای آن محروم می‌شود، اشکال مختلفی از اقدامات غیرمستقیم وجود دارند که می‌توانند بر حقوق فرد به روشی ظریف تأثیر بگذارند. برای مثال دولت میزبان می‌تواند با عملکرد غیرمستقیم خود، منابع درآمدی سرمایه‌گذار را به‌شدت کاهش دهد، درحالی‌که عنوان قانونی مالکیت مختل نشده است، (Alqurashi, 2005: 79-80). از این رو دشواری در تعیین آنچه سلب مالکیت غیرمستقیم است، مشکلی است که بیش از ۶۰ سال پیش شناخته شد. در سال ۱۹۴۱، هرگز خاطر نشان کرد در مواردی که اقدامات به‌طور غیرمستقیم با حقوق مالکیت تداخل می‌یابد، تصمیم‌گیری در مورد اینکه آیا محدودیت‌های معمول ناشی از مداخله، سلب مالکیت محسوب است، ممکن است بسیار دشوار باشد (Mostafa, 2008: 270).

در برخی از نظام‌های حقوقی داخلی، اینکه آیا اقدامات اتخاذی، منافع مستقیمی برای دولت ایجاد کرده است یا خیر، در تعیین سلب مالکیت مورد توجه زیادی قرار می‌گیرد. برای نمونه در سال ۲۰۰۶ دیوان عالی کانادا ادعای سلب مالکیت از سوی شرکت راه‌آهن را نپذیرفت. با این

1. Gustav F W Hamester GmbH & Co KG v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/07/24, Award, 18 June 2010, para. 202 ; and Bayindir v. Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Award, 27 August 2009, para. 122.

استدلال که اقدام به محدودسازی استفاده غیراقتصادی از ملک و توقف توسعه بخشی از زمین متعلق به شرکت راه‌آهن، منافع سودمند و شایان توجهی برای شهر (دولت) نداشته است (Schwartz & Bueckert, 2006: 489).

همواره بر این امر تأکید می‌شود که دولت‌ها ممکن است به روشی به‌غیر از اعلام رسمی، سلب مالکیت کنند؛ یعنی سلب مالکیت توسط دولت میزبان با پوششی از مشروعیت تحقق می‌یابد. از این رو در تحلیل سلب مالکیت به‌جای مقید شدن به اصطلاحات رسمی باید نتایج امر را بررسی کرد. پس مسئله بااهمیت بررسی تأثیر رفتار دولت است نه صدور حکم رسمی یا اعلام صریح قصد سلب مالکیت (REISMAN & SLOANE, 2004: 121).

ادعای سلب مالکیت غیرمستقیم، چالش در خصوص حق دولت بر تنظیم‌گری

سابقاً دعوای مطالبه منافع علیه دولت، براساس تئوری «پادشاه (دولت) همواره آماده و مایل به انجام وظایف خود است» یا براساس این تئوری که «مطالبه منافع جریمه عمل اشتباه است درحالی که پادشاه نمی‌تواند اشتباه کند» مسموع نبود. لیکن امروزه پذیرفته شده است که مطالبه منافع در موارد مناسب به‌عنوان بخشی از رأی مربوط به جبران خسارات مسموع است (Snyder, 1953: 113). در حال حاضر ادعای سلب مالکیت غیرمستقیم که سبب زوال منافع سرمایه‌گذار می‌شود، تحت سازوکارهای معاهدات دو یا چندجانبه معمول است و به سرمایه‌گذاران اجازه می‌دهد ادعای خود را مستقیماً علیه دولت میزبان مطرح کنند. توجه بیشتر به سلب مالکیت غیرمستقیم و تعامل آن با حق تنظیم‌گری دولت ناشی از دو عامل مهم است: اول اینکه، از قرن نوزدهم تا قرن بیست‌ویکم، دولت‌ها نقش شایان توجه و فزاینده‌ای در تنظیم مالکیت خصوصی داشتند؛ دوم اینکه، تعهدات بین‌المللی متعددی وجود دارد که کشورها را ملزم به تنظیم‌گری می‌کنند. برای مثال، نیاز به مقررات‌گذاری در حوزه حفاظت از محیط زیست که ناشی از افزایش آگاهی از پیوندهای بین‌فعالیت‌های انسان و آسیب به محیط زیست و سلامت بشر است.^۱ به‌طور گسترده‌تر، نگرانی‌های موجود در زمینه محدود شدن حق دولت، دلیل اصلی عدم موفقیت در مذاکرات توافقنامه‌های چندجانبه برای حمایت از سرمایه‌گذاری ذکر شده است. بنابراین در این خصوص باید رویکردی پایدار برای ایجاد تعادل بین حق سرمایه‌گذار و دولت اتخاذ شود (Mostafa, 2008: 270).

۱. برای مطالعه بیشتر در زمینه ارتباط حقوق محیط زیست و حقوق حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی ر.ک: میرلواسانی و همکاران، ۱۳۹۷: ۸۴-۷۸.

وجود سلب مالکیت در مواردی که اقدامات نظارتی دولت بدون هدف خاصی برای سلب مالکیت انجام می‌پذیرد، چالش برانگیز است. این چالش ناشی از عدم تمایز روشن بین اقدامات معادل سلب مالکیت با اقداماتی است که با وجود تأثیر منفی بر یک سرمایه‌گذاری سلب مالکیت به حساب نمی‌آید. این موارد نه تنها از منظر حقوقی، بلکه از نظر سیاسی نیز محل چالش است، زیرا نفع عموم در اعمال دولت مفروض است و چنین اعمالی از طریق ملاحظات سیاسی پشتیبانی می‌شود. بنابراین انتظار جبران خسارت از دولت در جایی که برای مثال اموال بر اثر یک تصمیم قضایی یا به‌عنوان مجازات جرائم گرفته شده است، صحیح به نظر نمی‌رسد (Zamir, 2017: 319). به‌طور کلی زمانی که کشوری به موجب فرمانی ملی شدن یک صنعت خاص را اعلام کند و نیاز به جبران خسارت متضررین را نیز شناسایی کند، سلب مالکیت به‌وضوح قابل تشخیص است. اما مشکل زمانی ایجاد می‌شود که هر عمل دولت که با حق مالکیت سرمایه‌گذار تداخل پیدا می‌کند، سلب مالکیت محسوب نمی‌شود (Pasipanodya, 2015: 409)، زیرا همان‌طور که پروفیسور Andrew بیان می‌کند، دارایی یک نهاد اجتماعی و در خدمت کارکردهای اجتماعی است و نمی‌تواند به روشی مضر برای نظم عمومی و امنیت اجتماعی به کار رود، بدون اینکه دولت بتواند در چنین رفتاری مداخله و آن را تنظیم کند (Newcombe, 2007: 13).

در این زمینه، قدرت تنظیم‌گری و سیاستگذاری دولت به‌گونه‌ای که در حقوق مالکیت دخالت کند، بدون آنکه سلب مالکیت تلقی شود، در سیستم‌های کامن‌لا نیز شناخته شده است. در استرالیا در پی تنظیم‌گری در منافع عمومی اقداماتی که ابزاری برای اعمال سیاست‌های کلی و وسیله‌ای برای اجرای حقوق و تعهدات شهروندان به حساب می‌آید، تملک دارایی از سوی دولت برخلاف قانون اساسی استرالیا تلقی نمی‌شود. همچنین در آلمان تمییز حق تنظیم‌گری از سلب مالکیت به تعادل منصفانه بین حق آزادی فردی و رفاه جامعه بستگی دارد (Mitchell, 2014: 21-22).

معیارهای تمییز سلب مالکیت غیرمستقیم از حق تنظیم‌گری دولت

کاهش سلب مالکیت مستقیم، فقدان تعریفی مشخص از سلب مالکیت غیرمستقیم و گسترش معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه و البته انعقاد معاهدات چندجانبه برای ایجاد عرف بین‌المللی^۱، منجر به سؤال بسیار بحث‌برانگیز در خصوص تشخیص اعمال قابل جبران دولت و میزان خسارت مورد نیاز شده است. در راستای حل این معضل دو نظریه اصلی در مورد نحوه تعیین یک اقدام دولتی به‌عنوان سلب مالکیت غیرمستقیم، ظهور پیدا کرده است: دکتترین «اثرات صرف» و دکتترین «اختیار اعمال سیاست‌گذاری حاکمیتی». در واقع یکی آزمودن شدت تأثیر

۱. برای مطالعه بیشتر در مورد تلاش کشورها برای ایجاد عرف بین‌المللی در سرمایه‌گذاری خارجی رک: شیروی، ۲۰۱۳: ۲۱۸-۲۱۶.

اقدامات بر سرمایه‌گذاری و دوم ناظر بر آزمایش انگیزه‌ای یا هدف‌محور است که در پی احراز قصد سلب مالکیت است.

۱. دکترین اثرات صرف^۱

یکی از رویکردهای غالب در محاکم داوری بین‌المللی، دکترین اثرات صرف است که توسط رودلف دولزر به دلیل تمرکز صرف بر اثرات عمل دولت بر سرمایه‌گذاری این‌چنین نامگذاری شد. طبق این نظریه تأثیرات ناشی از سلب مالکیت غیرمستقیم باید معادل تأثیرات ناشی از سلب مالکیت مستقیم و به‌گونه‌ای باشد که حقوق مالکانه را بلااستفاده سازد، یعنی مالک از منافع اقتصادی سرمایه‌گذاری محروم شود (UNCTAD, 2012: para. 63). در خصوص امکان سازش این نظریه با حق دولت بر تنظیم و مقررات‌گذاری دو رویکرد موافق و مخالف در ادامه شرح داده می‌شود:

۱.۱. دفاع از نظریه

در تعامل بین دکترین اثرات صرف و حقوق دولت‌ها برای تنظیم اولین نکته این است که سطح بالای دخالت مورد نیاز در سرمایه‌گذاری تحت رویکرد اثرات صرف یعنی همان احراز محرومیت اساسی، بدان معناست که اکثریت بزرگی از سیاست‌گذاری‌های حاکمیتی سلب مالکیت محسوب نمی‌شود.^۲ دلیل این امر آن است که مقررات‌گذاری توسط دولت میزبان به‌سادگی به این آستانه بسیار بالا از سلب مالکیت منجر نمی‌شود. نکته دوم اینکه با وجود تعریف گسترده مالکیت در حقوق بین‌الملل، این تعریف انتظارات صرف را در بر نمی‌گیرد. با تکیه بر این دو نکته، حق تنظیم‌گری دولت‌ها تحت دکترین اثرات صرف کمتر در معرض ادعای سلب مالکیت غیرمستقیم قرار می‌گیرد. محدودیت مهم دیگر در اعمال رویکرد اثرات صرف که حتی از حق دولت بر سیاست‌گذاری حاکمیتی بیشتر محافظت می‌کند، قاعده «استفاده از اموال نباید موجب آسیب به دیگران گردد» است که در راستای محدود کردن حق مالکیت، بخشی از قوانین داخلی محسوب می‌شود که هم در سیستم کامن‌لا و هم در حقوق نوشته موضوعه وجود دارد و مراجع بین‌المللی هنگام احراز حق مالکیت، باید ابتدائاً به قوانین داخلی مراجعه کنند. در نتیجه نبود حق مالکیت یک سرمایه‌گذار طبق قانون داخلی کشور خودش، می‌تواند مانع ادعای وی مبنی بر اینکه تحت قوانین بین‌المللی قربانی سلب مالکیت شده است، شود. از این‌رو دکترین اثرات

1. Sole Effects Doctrine

۲. نمونه آرای مراجع داوری با محوریت دکترین اثرات صرف و تأکید بر ضرورت محرومیت اساسی
Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL, NAFTA, Decision, 1976, LG&E v. Argentina, ICSID Case No. ARB/02/1, 2002

صرف با حق تنظیم‌گری دولت‌ها قابل جمع است، زیرا اولاً طبق قواعد مربوط به سلب مالکیت، تنظیم‌گری مستلزم جبران خسارت نیست، مگر اینکه اثرش همانند سلب مالکیت مستقیم باشد و ثانیاً اقدام تنظیمی دولت باید بر حق مالکیتی تأثیر بگذارد که هم در قوانین عرفی و هم در بسیاری از قوانین داخلی به رسمیت شناخته شده است. شایان ذکر است که اتخاذ دکترین اثرات صرف سبب آسیب‌پذیری سرمایه‌گذاران خارجی در برابر اقدامات دولت میزبان نمی‌شود و مباحثه‌های فعلی تا حدی به این علت است که توازن بین حق کشورها برای تنظیم‌گری و حمایت از سرمایه‌گذاران بیش‌ازحد به نفع سرمایه‌گذاران تغییر یافته است (Mostafa, 2008: 288-292).

دلیل این امر تأکید بر فلسفه وجودی معاهدات سرمایه‌گذاری مبنی بر تشویق و تسهیل فعالیت‌های سرمایه‌گذاری در جهان است که به افزایش سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی و فراهم ساختن مزایای شایان توجهی برای جهان توسعه یافته و در حال توسعه منجر شده است (حبیب‌زاده و غلامی، ۱۳۹۵: ۸۳). در راستای حل این مسئله، شایان ذکر است با اینکه دکترین اثرات صرف به‌آسانی به سرمایه‌گذاران امکان طرح ادعای سلب مالکیت را نمی‌دهد، این امکان برای سرمایه‌گذاران فراهم است تا سایر حمایت‌ها را مورد استناد قرار دهند. بنابراین پذیرش اینکه سرمایه‌گذاران به‌ندرت می‌توانند ادعای سلب مالکیت کنند، لزوماً به از دست رفتن اعتماد به نفس سرمایه‌گذار و متعاقب آن کاهش سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی منجر نمی‌شود. در این زمینه ابتدائاً سرمایه‌گذاران از طریق قاعده منع تبعیض که در بیشتر معاهدات سرمایه‌گذاری گنجانده شده است، در برابر اقداماتی که بنا به موقعیتشان به‌عنوان یک بیگانه آنها را هدف می‌دهد و حتی ممکن است به نقض استاندارد رفتار عادلانه منجر شود، محافظت می‌شوند. یکی دیگر از مهم‌ترین تضمینات سرمایه‌گذاری، استاندارد رفتار حداقل است که به موجب قوانین بین‌المللی ضروری است. رویه قضایی اخیراً حاکی از این است که آنچه برای نقض استانداردهای بین‌المللی مورد نیاز است، عدم حسن نیت نیست، بلکه اقدامات دلخواهانه و خودسرانه، کاملاً ناعادلانه و تبعیض‌آمیز است که مدعی را در معرض تعصبات مقطعی یا نژادی قرار می‌دهد؛ همچنین فقدان فرایند رسیدگی مناسب که حق قضایی سرمایه‌گذار را خدشه‌دار می‌کند (Mostafa, 2008: 292-294). به‌ویژه، مفهوم تناسب نیز می‌تواند در اینکه آیا حداقل استاندارد برآورده شده است یا خیر، مؤثر باشد. اقدام در مواردی که متناسب با اهداف نباشد، به اندازه کافی ناعادلانه است. همچنین زمانی که دولت میزبان انتظارات مشروع سرمایه‌گذار را که باید ناشی از بازنمایی‌های صریح یا ضمنی از طرف کشور میزبان باشد، نقض

1. Azurix Corp v The Argentine Republic, ICSID Case No ARB/01/12, (September 2009), at 368, Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v United Republic of Tanzania, ICSID Case No ARB/05/22 (24 July 2008), at 602 & CMS Gas Transmission Company v Argentine Republic, Annulment Proceedings, 25 September 2007, ICSID Case No. ARB/01/8 at 280.

می‌کند، هر دو استاندارد رفتار حداقل و رفتار عادلانه نقض می‌شود. بنابراین دولت باید راه‌حلی اتخاذ کند تا کمترین ضرر را برای سرمایه‌گذار به‌دنبال داشته باشد (میهمی، ۱۳۹۸: ۲۶۰). در نتیجه قاعده منع تبعیض، استاندارد رفتار حداقل طبق حقوق عرفی و استاندارد رفتار عادلانه طبق حقوق معاهدات، سطح شایان توجهی از حمایت را به سرمایه‌گذاران ارائه می‌دهد. بنابراین این قواعد در خصوص دکترین اثرات صرف می‌تواند در برقراری تعادل بین حق تنظیم‌گری دولت و حمایت از سرمایه‌گذار مؤثر باشد. این توازن ضمن اعطای آزادی عمل بیشتر به دولت در سیاست‌گذاری، سرمایه‌گذاران خارجی را از قرار گرفتن در معرض اقدامات ناعادلانه محفوظ می‌دارد (Mostafa, 2008: 294).

در قضیه Telenor v. Hungary با توسل به دکترین اثر صرف و بر مبنای معیار محرومیت اساسی، تأکید شد که عامل تعیین‌کننده برای ایجاد سلب مالکیت شدت و مدت زمان محرومیتی است که سرمایه‌گذار متحمل شده است (ICSID, 2006: para. 70). همچنین در پرونده دیگری، بین محرومیت جزئی از ارزش اقتصادی و محرومیت کامل یا نزدیک به کامل تمایز قائل شد (ICSID, 2007: paras. 7,5,11).

۲.۱. انتقاد از نظریه

ماهیت محرومیت اساسی و نامشخص بودن دامنه آن برای احراز سلب مالکیت از مهم‌ترین ایرادات وارد بر این دکترین است. همچنین درحالی‌که قرارداد سرمایه‌گذاری دوطرفه است و باید منافع طرفین لحاظ شود، این نظریه به‌دلیل در نظر نگرفتن انگیزه و شرایط دولت رویکردی مدافع سرمایه‌گذار دارد و بین منافع طرفین تعادل برقرار نمی‌کند (Batyrova, 2017: 21). همچنین کشور ممکن است در راستای اجرای تعهدات بین‌المللی با پیاده‌سازی سیاست‌گذاری‌های شدید، محدودیت‌های وسیعی را بر سرمایه‌گذار تحمیل کند. بنابراین اقدامات دولت می‌تواند به‌آسانی به معیارهای لازم در دکترین اثرات صرف برسد. سؤال مهم این است که چطور ممکن است به حق تنظیم‌گری دولت خدشه‌ای وارد نشود، وقتی قصد دولت از اقدامات اتخاذی در نظر گرفته نمی‌شود؟ بنابراین برای قضاوت منصفانه علاوه‌بر تأثیرات اقدام باید سایر جنبه‌های ممکن و منافع طرفین لحاظ شود (Batyrova, 2017: 22).

۲. دکترین اختیار اعمال سیاست‌گذاری‌های حاکمیتی^۱

استدلال شده است که حق تنظیم‌گری حاکمی از مجاز بودن دولت برای سیاست‌گذاری برخلاف تعهداتی است که به موجب معاهده سرمایه‌گذاری بر عهده گرفته است. بنابراین همان‌گونه‌که

1. Police Powers Doctrine

انتظارات مشروع سرمایه‌گذار تحت استانداردهای مقرر در حقوق بین‌الملل محافظت می‌شود، منافع مشروع دولت نیز باید از این طریق مورد حمایت قرار گیرد (Titi, 2014: 33). طبق موافقت‌نامه ارتقا و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی مدل به‌روزرسانی‌شده کانادا (FIPA) بر مبنای حق تنظیم‌گری دولت، به‌جز در موارد نادر، اقدامات نظارتی غیرتبعیض‌آمیز که توسط یک دولت برای محافظت از اهداف قانونی رفاه عمومی، مانند بهداشت عمومی، ایمنی و محیط زیست، طراحی و به‌کار گرفته شده است، سلب مالکیت غیرمستقیم نیست و مشمول الزامات جبران خسارت نمی‌شود (OECD, 2004: 21).

تعریف موسع از این نظریه، هر گونه مقررات‌گذاری با حسن نیت و غیرقابل تبعیض برای اهداف عمومی را پوشش می‌دهد و براساس رویکرد محدود تنها اقدامات مربوط به حفظ سلامت، اخلاق و نظم عمومی مانند وضع مالیات و پیشگیری و مجازات جرائم در محدوده این دکترین قرار می‌گیرد. حال سؤال این است که آیا دکترین مورد بحث بخشی از حقوق عرفی محسوب می‌شود؟ (Zamir, 2017: 327). آرای داوری حاکی از این است که دکترین اعمال اختیار سیاست‌گذاری حاکمیتی جزئی از حقوق بین‌الملل بوده و می‌تواند در صورت تفسیر محدود بخشی از حقوق عرفی باشد، لیکن بدیهی است که تفسیر گسترده از این دکترین طبق حقوق عرفی پشتیبانی نمی‌شود.^۱

با این حال، حتی تحت تفسیر محدود و طبق منابع مختلف^۲ در صورتی این دکترین اقدامات دولت را بدون جبران خسارت توجیه می‌کند که با چند معیار همراه باشد: اقدام نظارتی دولت متعاقب حمایت از منافع عمومی باشد؛ عمل دولت دلیخواهانه و تبعیض‌آمیز نباشد؛ اقدام طی مراحل قانونی انجام گرفته و سوءاستفاده از اختیارات نیز محرز نباشد؛ همین‌طور مرجع رسیدگی، تناسب اقدام با هدف و عدم مغایرت با تعهدات مستقیم دولت را بررسی می‌کند (Zamir, 2017: 332-333).

در خصوص شرط رعایت مراحل قانونی شایان ذکر است که در دعوای تناریس و تالتا علیه دولت ونزوئلا با وجود استدلال دولت ونزوئلا مبنی بر اینکه سلب مالکیت ماتیسسی^۳ براساس

1. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic*, Award, ICSID Arbitral Tribunal, Case No. ARB/97/3, 20 August, 2007 (Vivendi II), para 7.5.21. *Azurix Corp v. Argentina*, Award, ICSID Arbitral Tribunal, Case No. ARB/01/12, 14 July, 2006, paras 310-1. *Quiborax S.A. and Non Metallice Minerals S.A. v. Plurinational stste of Bolivia*, ICSID case No. ARB/06/2, Award, 16 sep ۲۰۱۵, para 243-245.
2. Article 10(5) of the 1961 Harvard Draft; American Law Institute, Restatement (Third) Foreign Relations of the United States (1987), vol. 1, para 7.
۳. شرکت Talta تحت مالکیت شرکت Tenaris در دهه ۱۹۹۰ به‌دنبال خصوصی‌سازی صنعت فولاد ونزوئلا کنترل صادرات بخش اصلی فولادهای کشور ونزوئلا و سایر کشورهای آمریکای جنوبی را به‌دست گرفت و بعدها با یک شرکت ونزوئلایی به نام Matesi ترکیب شدند که در نهایت در سال ۲۰۱۰ پس از اعلام رسمی

اعمال اقتدار حاکمیتی و مطابق الزامات حقوق بین‌الملل است، از نظر دیوان، ونزوئلا به‌دلیل محقق نساختن الزامات ملی‌سازی طبق قانون داخلی خود یعنی تخطی از طی مراحل قانونی ضروری مرتکب سلب مالکیت غیرقانونی شده است (ICSID, 2016: paras.495-497).

یکی از عناصر موجود در تصمیمات داوری برای احراز معقول بودن اعمال دولت، تناسب اثر ناشی از سیاستگذاری‌ها با منافع عمومی مورد پیگیری است. اعمال اختیار اگر برخلاف اطمینان و تضمینات خاصی است که به یک سرمایه‌گذار داده شده، غیرمنطقی است. طبق نظر ایکسید اقدامات دولت در مداخله با مالکیت خصوصی باید توجیه‌پذیر و متناسب باشد و انتظارات ناشی از تضمینات داده‌شده از سوی دولت میزبان را تحت تأثیر قرار ندهد. از این رو اقدامی غیرمنطقی در صورت خنثی کردن حقوق سرمایه‌گذار خارجی به‌عنوان سلب مالکیت غیرمستقیم تلقی می‌شود (ICSID, 2016: para.241). طبق تحقیقات اخیر که بر تعدادی از حوزه‌های قضایی ملی و تجربیات دادگاه حقوق بشر و اتحادیه اروپا متمرکز است، یک عامل مهم برای ارزیابی ادعای سلب مالکیت در دادگاه این است که آیا فرد دارای نوعی از انتظارات مشروع است؟ به‌صورتی که حقوق او تنظیم‌نشده یا به طریقی خاص محدود شده است (Perkams, 2010: 149). بنابراین هنگامی که کشوری مقررات گذاری لازم را در راستای امور جاری برای تأمین منافع جامعه انجام می‌دهد، ممکن است سلب مالکیت، جبران‌پذیر تلقی نشود؛ مگر اینکه در زمان سرمایه‌گذاری تعهدات خاصی توسط دولت تنظیم‌کننده به سرمایه‌گذار خارجی داده شده باشد که طبق آن دولت باید از این‌گونه اقدامات خودداری کند (Cosmas, 2016: 13).

۲.۱. ارزیابی انتقادی نظریه

دامنه بسیار گسترده و مبهم این نظریه، به رویه متناقضی در محاکم منجر شده است، به‌نحوی که می‌تواند تمام اقدامات نظارتی دولت را تحت پوشش قرار داده و تمامی ادعاهای سلب مالکیت غیرمستقیم را در این محدوده قرار دهد. همچنین با وجود متفاوت بودن از سلب مالکیت قانونی، که مستلزم جبران خسارت است، معیارهای اثبات این دکتترین با معیارهای سلب مالکیت قانونی بسیار همپوشانی دارد و ارزیابی آن با دشواری‌های زیادی روبه‌روست (Batvrova, 2017: 51). برخی عنوان کرده‌اند که این دکتترین جایی برای رفع تنش بین حق تنظیم‌گری و سلب مالکیت غیرمستقیم ندارد و آن را باید صرفاً به‌عنوان قاعده‌ای کلی در نظر گرفت که طبق آن حقوق بین‌الملل به کشورها اجازه می‌دهد تا زمانی که طبق قانون منع نشده‌اند، می‌توانند مطابق خواسته خود عمل کنند. اینکه دولت در برابر صدمات اقتصادی ناشی از اقدامات تنظیمی با حسن نیت مسئولیتی ندارد، می‌تواند زمانی به‌عنوان یک قاعده صحیح

مورد پذیرش قرار داد که تأثیر یک مقررۀ تنظیمی دولت به حد دخالت مورد نیاز برای تشکیل سلب مالکیت نرسیده باشد. از این رو می‌توان نتیجه گرفت که سلب مالکیت رخ نداده است و در نتیجه دولت مسئول نیست. بنابراین هنگام تعیین محرومیت اساسی، اگر دخالت به این حد رسیده باشد، این مسئله که آیا اقدام مورد بحث به دنبال هدف خاصی است یا خیر، موضوعی کاملاً بی‌ارتباط است. به عبارت دیگر وقتی دخالت به حد مورد نیاز برای احراز سلب مالکیت رسیده باشد، احراز قصد دولت موضوعیت ندارد (Mostafa, 2008: 279).

با اینکه دیدگاه مطروحه توسط دکتر محمصانی در قضیۀ پروندۀ لیامکو، مبنی بر اینکه اقدام برای منافع عمومی، در تعیین قانونی بودن یک سلب مالکیت بی‌تأثیر و نامربوط است، بازتاب دقیق‌تری از چالش‌های موجود در تعریف اهداف عمومی مشروع در حقوق بین‌الملل ارائه می‌دهد، اما نیاز به هدف عمومی مطروحه در قوانین و مقررات سلب مالکیت و فقدان هر گونه تمایز قابل تشخیص بین هدف عمومی مشروع از هدف عمومی نامشروع در مقررات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، در عمل چنان قدرت استدلال گسترده‌ای به دولت‌ها در تعریف اهداف عمومی‌شان اعطا می‌کند که نمی‌توان هدف ادعایی را مورد خدشه قرار داد، مگر اینکه نقض قاعدۀ جداگانه مانند منع تبعیض وجود داشته باشد. از این رو هرچند در زمینۀ تمایز بین سلب مالکیت‌های قانونی و غیرقانونی اهداف عمومی مورد ملاحظه قرار می‌گیرد، اما همان دشواری‌های تعیین و احراز اهداف عمومی مشروع، در به‌کارگیری دکترین اختیار سیاست‌های حاکمیتی نیز وجود دارد که این امر به تفاوت بین اهداف دنبال‌شده توسط دولت‌ها بستگی دارد (Mostafa, 2008: 277).

وضعیت فعلی حقوق بین‌الملل عرفی در زمینۀ سرمایه‌گذاری خارجی این است که کشورها در تعیین نفع عمومی خود آزاد باشند. در نتیجه قاعدۀ ضرورت اهداف عمومی که نسبت به دکترین اختیار سیاست‌گذاری حاکمیتی از عمومیت بیشتری برخوردار است، مشکلات عدیده‌ای دارد: اول اینکه واضح است، مشروعیت یک هدف عمومی به دنباله‌روی همه کشورها بستگی ندارد، بلکه برعکس تقریباً هر هدف می‌تواند مشروع باشد، اگر یک کشور آن را به نفع عمومی خود تلقی کند. دوم، صرف دنباله‌روی از یک هدف توسط اکثریت کشورها سبب نمی‌شود که اتهام سلب مالکیت از اقدامات در راستای آن هدف به‌صورت خودکار مرتفع شود. از این رو لازم است که اکثریت بزرگ کشورها ضمن مشروع دانستن یک هدف، بر این عقیده باشند که اقدامات انجام‌گرفته برای این منظور به‌عنوان سلب مالکیت در نظر گرفته نمی‌شود یا از الزام به جبران خسارت معاف است. از این رو به‌دلیل فقدان چنین اجماعی که نشان دهد صرف وجود هدفی خاص در پشت یک اقدام می‌تواند از احراز سلب مالکیت جلوگیری کند، در حال حاضر در زمینۀ سلب مالکیت غیرمستقیم گونه‌ای از عدم قطعیت غالب است. این مسئله حتی در خصوص اهدافی که ممکن است توسط همه دولت‌ها دنبال شود، مانند محافظت از بهداشت عمومی یا محیط زیست نیز صدق می‌کند (Mostafa, 2008: 278).

برقراری تعادل بین حق دولت و منافع سرمایه‌گذار

مراجع داوری تاکنون هر دو دکتین را برای تمایز بین اقدامات تنظیمی غیرسلب‌آمیز و اعمال سلب‌آمیز دولت به کار برده‌اند، اما همچنان مرز مشخصی بین اعمال جبران‌ناپذیر از اعمال جبران‌پذیر وجود ندارد. از اینرو از طریق ارزیابی انتقادی می‌توان تا حدودی به تمییز این دو مفهوم برای یافتن تعادل بین منافع دولت و سرمایه‌گذار و اینکه آیا این دو مفهوم با هم قابل تطبیق‌اند یا خیر، دست یافت. در این بین بررسی رویه مراجع داوری و نظرات کارشناسان این حوزه کاستی‌های بی‌شمار هر دو نظریه را آشکار می‌کند. رویه محاکم در تعیین آستانه لازم برای ارزیابی اثر ناشی از اقدام، طبق دکتین اثر صرف، متناقض است. دکتین مذکور با لحاظ نکردن اهداف دولت و بررسی موضوع صرفاً از منظر سرمایه‌گذار، به یافته‌های یکسویه منجر می‌شود و به تنهایی در ارزیابی اقدامات دولت تعیین‌کننده نیست. دکتین اختیار سیاست‌گذاری حاکمیتی نیز به دلیل برخورداری از دامنه وسیع، می‌تواند تمام اقدامات نظارتی دولت را تحت پوشش قرار دهد. تا جایی که ممکن است تمامی ادعاهای سلب مالکیت غیرمستقیم در این محدوده قرار گیرند. از این‌رو هر دو دکتین می‌توانند برای بررسی جامع و عادلانه با هم سازش کنند و در ایجاد تعادل هرچه بیشتر نقش مؤثری داشته باشند. ولی ایجاد دستورالعملی واحد در این زمینه غیرممکن است، زیرا تصمیمات مراجع رسیدگی تا حد زیادی به حقایق و شرایط پرونده بستگی دارد (Batvrova, 2017: 50-51).

به‌طور کلی نمی‌توان نتیجه گرفت که هر گونه مقررات‌گذاری از سوی دولت در راستای منافع عمومی تماماً از شمول سلب مالکیت خارج می‌شود. از این‌رو به دلیل فقدان رویه و مبنای واحدی برای تصمیم‌گیری مرجع رسیدگی باید تناسب عرفی و عقلایی اقدامات صورت گرفته با هدف دولت را بررسی و احراز کند که دولت به‌گونه‌ای عمل کرده تا ضرر متوجه سرمایه‌گذاران به حداقل برسد. البته احراز قصد پنهان دولت نیز چالش‌برانگیز و دشوار است (میهمی و باقری، ۱۳۹۵: ۴۱۱).

افزایش شایان توجه استثنائات ناشی از اختیار سیاست‌گذاری حاکمیتی در معاهدات سرمایه‌گذاری حاکی از آن است که دولت‌ها در مذاکرات معاهدات جدید در پی تضمین بیشتری برای مصونیت از مسئولیت در زمینه اقدامات مربوط به رفاه عمومی‌اند. با این حال، گسترش آنها در معاهدات اخیر از نظر چگونگی تفسیر آنها، نوعی بی‌ثباتی و عدم اطمینان ایجاد می‌کند. بنابراین رابطه بین استانداردهای حمایت از سرمایه‌گذاری و استثنائات به بررسی بیشتر نیاز دارد، از این‌رو دولت‌ها باید در مذاکرات معاهدات سرمایه‌گذاری اهداف رژیم سرمایه‌گذاری و نقش استثنائات در آن را به‌صورت جامع‌تر مورد توجه قرار دهند (Henckels, 2018: 2826).

با وجود تأکید بر حق مقررات‌گذاری دولت و درج آن در بیشتر معاهدات سرمایه‌گذاری و پافشاری کشورهای در حال توسعه بر اصول کلاسیک حاکمیت بر منابع طبیعی، این کشورها

در عمل تعهد به جبران خسارت فوری، کافی و مؤثر را به صورت دوجانبه در معاهدات سرمایه‌گذاری می‌پذیرند. دلیل این امر این است که چنین کشورهایی برای توسعه اقتصادی به سرمایه خارجی احتیاج دارند و اگر در موقع سلب مالکیت سرمایه‌گذاران خارجی عادلانه رفتار نکنند، هیچ سرمایه‌گذاری در آینده وجود نخواهد داشت که مایل به سرمایه‌گذاری در این کشورها باشد (Vig & Gajinov, 2016: 459).

اینکه یکی از شرایط سلب مالکیت قانونی و جبران‌پذیر داشتن اهداف عمومی است، حاکی از این است که اقدامات در جهت رفاه عمومی هم می‌تواند سلب مالکیت تلقی شود. از این رو پذیرش دکرترین اختیارات اعمال سیاست‌های حاکمیتی به‌طور محدود و رد رویکرد گسترده به دلایل سیاسی نیز توجیه‌پذیر است، زیرا پذیرش رویکرد محدود این امکان را فراهم می‌کند که به صرف وجود اهداف عمومی، عمل دولت جبران‌ناپذیر تلقی نشود. در غیر این صورت، ضرورت هدف عمومی برای ایجاد سلب مالکیت قانونی معنا نخواهد داشت. سرانجام، پس از نتیجه‌گیری که دکرترین اختیارات سیاست‌گذاری حاکمیتی، با رویکرد محدود خود، بخشی از حقوق عرفی است، تأکید بر این نکته مهم است که حقوق عرفی ثابت نیست، بنابراین آنچه در حال حاضر طبق حقوق عرفی داخل در محدوده دکرترین قرار می‌گیرد، ممکن است در آینده مفهوم متفاوتی داشته باشد و این حقیقت که امروزه برداشت حقوق عرفی از دکرترین بر مبنای رویکرد محدود است، به این معنا نیست که نمی‌تواند در آینده در قالب رویکردی گسترده توسعه یابد (Zamir, 2017: 333). بنابراین، حتی اگر معاهده حاوی شرط صریحی مبنی بر اختیار سیاست‌گذاری حاکمیتی نباشد، دادگاه‌ها باید در صورت عدم مخالفت صریح این مسئله را که اقدام مورد اعتراض تحت پوشش دکرترین قرار دارد یا خیر، بررسی کنند (Zamir, 2017: 337). در راستای برقراری تعادل بین حق دولت و منافع سرمایه‌گذار، معاهدات سرمایه‌گذاری تمایل دارند ضمن درج استثنائات صریح برای حمایت بیشتر از برخی سیاست‌های عمومی با مبنا قرار دادن حق تنظیم‌گری دولت این حق را هم در مقدمات و هم در قسمت‌های اساسی معاهده منعکس کنند تا جایی برای شک و تردید در این زمینه وجود نداشته باشد و این بیانگر آغاز دوره جدیدی در دنیای سرمایه‌گذاری‌های خارجی است.^۱

تا جایی که در برخی از معاهدات دوجانبه اخیر، اقدامات ضروری دولت در پی اهداف سیاسی عمومی تحت عنوان «استثناهای کلی» از محدوده اعمال مسئولیت‌ها خارج شده است.^۲

1. CETA, TPPA, EU-Vietnam and EU-Singapore FTAs, US, Canadian and Norway (draft) Model BITs.

۲. برای نمونه ر.ک.:

- India-Singapore Comprehensive Economic Cooperation Agreement (2005, Article 6.11);
 - Canada-Jordan BIT (2009, Article 10(1));
 - ASEAN-China Investment Agreement (2009, Article 16(1)); Malaysia-Pakistan
 - Comprehensive Economic Partnership (2007, Article 99);
 - Peru- Singapore FTA (2008, Article 18.1(2));

برای نمونه قانون «موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت مجارستان» (۱۳۹۸/۰۷/۲۱) در ماده ۱۰ تحت عنوان استثنائات عمومی بیان کرده است که: «با رعایت این الزام که اقدامات زیر به‌نحوی اعمال نشوند که موجب تبعیض خودسرانه یا غیرقابل توجیه بین سرمایه‌گذاری‌ها یا سرمایه‌گذاران شود، هیچ‌یک از مفاد این موافقت‌نامه به‌گونه‌ای تعبیر نخواهد شد که مانع یک طرف متعاقد برای اتخاذ یا انجام اقدامات ضروری برای موارد زیر شود:

- الف) حمایت از امنیت یا اخلاق عمومی یا حفظ نظم عمومی،
- ب) حمایت از زندگی یا سلامت انسان، حیوان یا گیاه،
- ج) تضمین رعایت قوانین و مقررات، یا
- د) حفاظت از منابع طبیعی زنده یا غیرزنده تمام‌شدنی.»

علی‌هذا در رویکرد مناسب برای حل تعارض استدلال می‌شود که اگر حق تنظیم‌گری، به‌عنوان حق ذاتی در حاکمیت کشورها و به‌منزله یک ویژگی اساسی حاکمیت تحت قوانین بین‌المللی، نقطه شروع در هر معاهده سرمایه‌گذاری و مبنای تمام روابط سرمایه‌گذاری را تشکیل دهد، می‌تواند پایه و چارچوبی برای ایجاد معاهده سرمایه‌گذاری چندجانبه که تاکنون ناکام مانده است، باشد. همان‌گونه که اخیراً در مقدمات معاهدات سرمایه‌گذاری بر حق ذاتی طرفین برای اجرای اقدامات لازم و پیگیری مجدد اهداف سیاسی مشروع تأکید می‌شود (مثل توافقنامه جامع تجاری و اقتصادی بین اتحادیه اروپا و کانادا). در برابر این روند جدید، این نگرانی ابراز شده است که ارتقای حق دولت‌ها برای تنظیم‌گری از طریق اصلاح معاهدات سرمایه‌گذاری سبب منحرف ساختن معاهدات از هدف اصلی خود یعنی حمایت از شود. این دیدگاه به نظر بدبینانه است، زیرا می‌توان ارزیابی کرد که چگونه یک اقدام جمعی با هدف اصلاح دقیق معاهدات سرمایه‌گذاری و به‌تبع آن اصلاح سیستم حقوقی داخلی، با توجه به معیارهای طراحی خاص و نیازهای توسعه خاص هر کشور، و در پی آن تفسیر مناسب معاهده، می‌تواند به اثبات منافع سرمایه‌گذاران خارجی منجر شود. هدف چنین اصلاحاتی محروم ساختن سرمایه‌گذار از حمایت اساسی در دولت میزبان نیست، بلکه راه را برای حاکمیت قانون هموار کرده و تعادل بین منافع متضاد سرمایه‌گذاران و دولت‌ها را مدیریت می‌کند. علاوه بر این، تاکنون هیچ مدرکی مبنی بر اینکه درج حق سیاستگذاری حاکمیتی در معاهدات، به کاهش سطح حمایت از سرمایه‌گذاری در برابر رفتارهای تبعیض‌آمیز و بدخواهانه دولت منجر شده باشد، وجود ندارد. در مجموع، آنچه را که می‌توان با یقین معقول و منطقی فرض کرد این است که چشم‌انداز سرمایه‌گذاری بین‌المللی همان‌طور که می‌دانیم، در حال تغییر است. کشورها

- Panama- Taiwan Province of China FTA (2003, Article 20.02(2));
- Malaysia-New Zealand FTA (2009, Article 17.1(1));
- Japan-Switzerland EPA (2009, Article 95)

به آهستگی اما قاطعانه در حال چرخش به سمت نسل جدیدی از معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی با تأکید ویژه بر حق دولت‌ها برای تنظیم به‌عنوان یک حق ذاتی در حاکمیت دولت، ضمن ایجاد یا حفظ فضای جذاب برای سرمایه‌گذاری و در نهایت برقراری توازن بین محافظت از سرمایه‌گذاری با تنظیم‌گری هستند (Louizaki, 2017: 45-46).

در نهایت بیشتر موافقت‌نامه‌های تجاری شامل تعهدات کلی‌اند که فاقد وضوح و دقت است، از این رو باید ضمن تعیین محدودهٔ دکترین اختیار سیاست‌گذاری، اقداماتی که از محدودهٔ سلب مالکیت خارج می‌شوند، تعریف شوند. شفاف‌سازی استانداردهای اساسی رفتار، همراه با تجزیه و تحلیل درست تناسب، راهنمای تفسیری مهمی را به دادگاه‌ها ارائه می‌دهد. در ضمن با توجه به وسعت مفهوم اصطلاح سرمایه‌گذاری، محدود کردن دامنهٔ پیمان از طریق تنظیم فهرست جامع سرمایه‌گذاری‌های تحت پوشش یا حذف صریح برخی از دارایی‌ها از شمول حمایت می‌تواند به شفافیت قرارداد فی‌مابین کمک کند. برای مثال اجرای سرمایه‌گذاری با ویژگی‌های خاص یا مطابق با قوانین کشور میزبان، برای پرهیز از اختلافات آتی باید تصریح شود. استفاده از ابزار اصلاح معاهدات بدون ساختار واضح از آنها سبب ایجاد ابهام و جنجال بیشتر در عمل شده است. مهم است که دولت‌ها ابزار اصلاحات را با نیازهای خاص خود انتخاب کنند. اصلاح رژیم معاهدات متشکل از هزاران توافق، کار آسانی نیست. در واقع این چالش بزرگ جهانی و مستلزم اقدام جمعی است (Louizaki, 2017: 41-43).

امروزه معاهدات سرمایه‌گذاری به‌عنوان مجوزی برای ورود به عرصهٔ رقابت جهانی در سرمایه‌گذاری خارجی و ابزاری برای مدرن‌سازی سیستم حقوق داخلی به‌کار گرفته می‌شود (سهرابلو و طجربلو، ۱۳۹۸: ۹۷۱). در این زمینه آرای مراجعی همچون دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی حاکی از الزام حقوق داخلی به اثرپذیری و تبعیت از هنجارهای حقوق بین‌الملل است.^۱ با توجه به تأثیر معاهدات سرمایه‌گذاری بر سیستم حقوقی داخلی کشورها، تا جایی که در ایالات متحده، از تأثیرات جدی معاهدات سرمایه‌گذاری بر سیستم حقوقی داخلی دولت میزبان که گاهی غیرقابل قبول می‌نماید، ابراز نگرانی کرده‌اند (Dolzer, 2005: 956)، مؤثرترین راه برای دستیابی به بیشترین تضمین برای سرمایه‌گذار از سوی دولت‌های میزبان، اصلاح سیستم‌های حقوقی داخلی از طریق اصلاح معاهدات سرمایه‌گذاری است.

نتیجه‌گیری

ادعای سلب مالکیت غیرمستقیم تحت سازوکارهای معاهدات دو یا چندجانبه به سرمایه‌گذاران اجازه می‌دهد ادعای خود را مستقیماً علیه دولت میزبان مطرح کنند. با آشکار شدن

۱. ر.ک: PICJ, Permanent Judgement, Exchange of Greek and Turkish populations, 21 Feb 1925

کاستی‌های نظریات مطروحه در این زمینه، هر دو دکترین می‌توانند برای بررسی جامع و عادلانه به کار روند و در ایجاد تعادل هرچه بیشتر نقش مؤثری داشته باشند. هرچند ایجاد دستورالعملی واحد در این زمینه غیرممکن است، زیرا رویهٔ محاکم تا حد زیادی به حقایق و شرایط پرونده بستگی دارد.

دکترین اختیار اعمال سیاست‌های حاکمیتی بهتر است به‌عنوان یک ابزار دفاعی که در اختیار دولت قرار دارد و باید آن را به اثبات برساند، توصیف شود، نه به‌عنوان استثنایی که سلب مالکیت محرز را توجیه می‌کند، زیرا چگونگی توصیف دکترین پیامدهای متفاوتی از نظر بار اثبات می‌تواند داشته باشد؛ اگر یک اصل دفاعی باشد، بار اثبات بر عهدهٔ مدعی (کشور میزبان) قرار می‌گیرد، درحالی‌که اگر یک استثنا باشد، بار اثبات را بر عهدهٔ پاسخ‌دهنده (سرمایه‌گذار) قرار می‌دهد.

به‌دلیل اهمیت دولت‌ها از تهدید حق تنظیم‌گری‌شان، به رسمیت شناختن حق آنها به‌عنوان حق ذاتی در حاکمیت کشورها باید نقطهٔ شروع در هر معاهدهٔ سرمایه‌گذاری و چارچوبی برای ایجاد معاهدهٔ سرمایه‌گذاری چندجانبه باشد.

اقدام جمعی با هدف اصلاح معاهدات سرمایه‌گذاری، با توجه به نیازهای توسعهٔ خاص هر کشور، و به‌دنبال آن تفسیر مناسب معاهده، می‌تواند به اثبات منافع سرمایه‌گذاران خارجی منجر شود. با تأکید بر اینکه هدف چنین اصلاحاتی محروم ساختن سرمایه‌گذار از حمایت اساسی در دولت میزبان نیست، بلکه راه را برای حاکمیت قانون هموار کرده و تعادل بین منافع متضاد سرمایه‌گذاران و ایالت‌ها را مدیریت می‌کند. ضمن اینکه تاکنون هیچ مدرکی مبنی بر اینکه حق سیاست‌گذاری حاکمیتی در معاهدات سرمایه‌گذاری به کاهش سطح حمایت از سرمایه‌گذاری در برابر رفتارهای تبعیض‌آمیز دولت منجر شده باشد، وجود ندارد. البته ذکر استثنائات مشخص در معاهدات می‌تواند اطمینان و پیش‌بینی قانونی را برای کشورهای میزبان در مورد دامنهٔ تعهدات ناشی از معاهده افزایش دهد و در نتیجه جلوی اقدامات خودسرانه و توجیه متعاقب آنها تحت پوشش منافع عمومی گرفته شود.

منابع

۱. فارسی

الف) کتاب‌ها

۱. شیروی، عبدالحسین (۱۳۹۳)، *حقوق نفت و گاز*، تهران: میزان.
۲. هوهن فلدنر، زایدل (۱۳۹۳)، *حقوق بین‌الملل اقتصادی*، ترجمهٔ سید قاسم زمانی، تهران: دانش.

ب) مقالات

۳. حبیب‌زاده، توکل؛ غلامی، عقیقه (۱۳۹۵)، «قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی و قلمرو تعهدات عهدنامه‌ای دولت»، *فصلنامه پژوهش حقوق عمومی*، ش ۵۱، ص ۱۰۷-۸۱.
۴. دری، محمدجواد (۱۳۹۵)، *حمایت‌های حقوقی آژانس میگا و حقوق ایران از سرمایه‌گذاری خارجی*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد.
۵. سهرابلو، علی؛ طجرلو، رضا (۱۳۹۸)، «اثرپذیری حقوق داخلی از قواعد و هنجارهای حقوق بین‌الملل»، *مجله مطالعات حقوق عمومی*، دوره ۴۹، ش ۲، ص ۴۷۰-۴۴۹.
۶. میری لواسانی، سمیه سادات؛ صادقی زیاری، حاتم؛ حسن‌پور، فاطمه (۱۳۹۷)، «تعهدات زیست‌محیطی سرمایه‌گذاران خارجی»، *دانش حقوق و مالیه*، ش ۳، ص ۹۲-۷۵.
۷. میهمی، مهدی؛ باقری، محمود (۱۳۹۵)، «نظریات موجود در احراز سلب مالکیت غیرمستقیم و تحولات آن در خصوص سرمایه‌گذاری در حوزه انرژی»، *نشریه مطالعات حقوق انرژی*، دوره ۲، ش ۲، ص ۴۳۳-۴۰۵.
۸. میهمی، مهدی (۱۳۹۸)، «انتظارات مشروع سرمایه‌گذار در تقابل با منافع اساسی کشور میزبان و تحلیل آن به‌عنوان ریسک سیاسی»، *فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی*، ش ۲۸، ص ۲۸۵-۲۵۵.

۲. انگلیسی

A) Books

1. Alqurashi, Zeyad (2005), *International oil and gas arbitration*, OGEL special study, Vol. 3.
2. Brownlie, Ian (2008), *Principles of Public International Law*. Seventh edition. Oxford University Press, Oxford.
3. Hohann Feldern, Zeidel (2015), *International Economic Law*, translated by Qasim Zamani, Tehran, Shahre Danesh (*In Persian*).
4. Perkams, Markus (2010), *The concept of indirect expropriation in comparative public law – searching for light in the dark*. In: Schill S, ed. *International Investment Law and Comparative Public Law*, Oxford University Press.
5. Reinisch, August (2008), *Expropriation*. In: Muchlinski P, Ortino F and Schreuer C, eds. *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press.
6. Shiravi, Abdolhossein (2015), *Oil and Gas Law*, Tehran, Mizan Legal Foundation (*In Persian*).
7. Sornarajah, Muthucmaraswamy (2010), *The international law on foreign investment*, Ed 3, New York, Cambridge university press.

B) Articles

8. Andrew Newcombe (2007), "The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law," *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, Issue 4.
9. Batyrova, Dinara (2017). "Regulatory expropriation in the jurisprudence of ICSID arbitral tribunal", LLM Short Thesis, *Central European University*.
10. Cosmas, Liberatus Gabagambi (2016), "THE PRACTICAL CHALLENGES FACING EXPROPRIATION OR TAKING OF INVESTORS PROPERTY BY THE HOSTING STATES. HOW SHOULD IT BE?" *Journal of Asian and African Social Science and Humanities*, Vol. 2, No. 4, pp. 1-16.
11. Dari, Mohammad Javad (2017), "Legal Support of MIGA Agency and Iranian Law on Foreign Investment", Master Thesis (In Persian).
12. Dolzer, Rudolf (2005), "THE IMPACT OF INTERNATIONAL INVESTMENT TREATIES ON DOMESTIC ADMINISTRATIVE LAW", *INTERNATIONAL LAW AND POLITICS*, Vol 37.
13. Earl A. Snyder (1953), "Measure of Compensation for Nationalization of Private Property", *Catholic University Law Review*, Vol. 3, Issue 2, pp.106-117.
14. Habibzadeh, Tavakol, Gholami, Afifeh (2017), "Foreign investment contracts and the scope of government contractual obligations", *Journal of Public Law Research*, No 51, pp 81-107 (In Persian).
15. Henckels, Caroline (2018), "Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions?", *Boston College Law Review*, Vol. 59, Issue 8, pp. 2825-2844.
16. Louizaki, Christina (2017), "The Right of States to Regulate in International Investment Law", *international Hellenic university*.
17. Mihami, Mehdi (2020), "The legitimate expectations of the investor against the fundamental interests of the host country and its analysis as a political risk", *Journal of Private Law Research*, No 28, pp 255-285 (In Persian).
18. Mihami, Mehdi, Bagheri, Mahmood (2017), "Theories on indirect expropriation and its developments in energy investment", *Journal of Energy Law Studies*, Vol 2, No 2, pp 405-433 (In Persian).
19. Mir Lavasani, Somayeh & Others, (2019), "Environmental commitments of foreign investors", *Knowledge of law and finance*, No 3, pp 75-92 (In Persian).
20. Mitchell Kate & Magdalen, College (2014), "ACCOMMODATING THE PUBLIC INTEREST IN INTERNATIONAL INVESTMENT TREATIES: POLICE POWERS, EXPROPRIATION AND TREATY INTERPRETATION", *Faculty of Law University of Oxford*.
21. Mostafa, Ben (2008), "The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law", *Australian international law Journal*, Vol. 15, pp 267-296.
22. Pasipanodya, Tafadzwa (2015), "Government Regulation on Trial: Expropriation Claims against Latin American States at ICSID", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, lape 14.
23. Reisman, Michael & Robert D. Sloane (2004), "INDIRECT EXPROPRIATION

AND ITS VALUATION IN THE BIT GENERATION”, *BOSTON UNIVERSITY SCHOOL OF LAW, OXFORD university press*, New York.

24. Schwartz.Bryan P & Melanie R. Bueckert (2006), “Regulatory Takings in Canada” , *WASH. U. GLOBALSTUD. L. REV*, vol 5 , Issue3, *WASH. U.*, pp: 488-490.
25. Sohrablo, Ali, Tajarlo, Reza (2020), “The impact of domestic law on the rules and norms of international law”, *Journal of Public Law Studies*, Vol 49, No 2, pp 47-449 (In Persian).
26. Titi, Aikaterini (2014), “The Right to Regulate in International Investment Law” , *Nomos, Studies in International Investment Law Series*.
27. Vig, Zoltan & Tamara, Gajinove (2016), “The Development of Compensation Theories in International Expropriation Law”, *Hungarian Journal of Legal Studies* 57, No. 4, pp.447-461.
28. Wittich, Stephan (2002). “The International Law Commission’s Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts Adopted on Second Reading”, *Leiden Journal of International Law*, pp.891-919.
29. Zamir, Noam (2017), “The Police Powers Doctrine in International Investment Law” , *Manchester Journal of International Economic Law*, Vol. 14, Issue 3, pp. 318-337.

C) Awards

30. ICSID (2016), *TENARIS S.A. AND TALTA-TRADING E MARKETING SOCIEDADE UNIPessoal LDA v. BOLIVARIAN REPUBLIC OF VENEZUELA*, Case No. ARB/11/26.AWARD.
31. ICSID (2010), *Gustav F W Hamster GmbH & Co KG v. Republic of Ghana*, Case No. ARB/07/24, Award.
32. ICSID (2009), *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Award.
33. ICSID (2010), *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic (“Suez et al. v. Argentina”)*, Case No. ARB/03/17. Decision on Liability.
34. ICSID (2006), *Telenor Mobile Telecommunications A.S. v. Republic of Hungary (“Telenor v. Hungary”)*. Case No. ARB/04/15. Award.
35. ICSID (2007), *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (“Vivendi v. Argentina II”)*. Case No. ARB/97/3. Award.
36. ICSID (2011), *El Paso Energy International Company v Argentine Republic*, Case No.Arb/03/15, Award.
37. ICSID (2009), *Azurix Corp v The Argentine Republic*, Case No ARB/01/12,Award.
38. ICSID (2008). *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v United Republic of Tanzania*, Case No ARB/05/22 ,Award.
39. ICSID (2007), *CMS Gas Transmission Company v Argentine Republic, Annulment Proceedings*, Case No. ARB/01/8,Award.

40. ICSID (2002). LG&E v. Argentina, Case No. ARB/02/1, Decision on Liability.
41. UNCITRAL (1976), Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, NAFTA, Decision.
42. UNCITRAL (2009), Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan, PCA Case No. AA 280, Award.
43. ICSID (2007). Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic, Case No. ARB/97/3, Award.
44. ICSID (2006), Azurix Corp v. Argentina, Case No. ARB/01/12, 14, Award.
45. ICSID (2015), Quiborax S.A. and Non Metallice Minerals S.A. v. Plurinational State of Bolivia, case No. ARB/06/2, Award.
46. PICJ (1925), Permanent Judgement, Exchange of Greek and Turkish Populations.

D) Documents

47. EXPROPRIATION, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, UNITED NATIONS PUBLICATION, New York and Geneva, 2012.
48. "INDIRECT EXPROPRIATION" AND THE "RIGHT TO REGULATE" IN INTERNATIONAL INVESTMENT LAW, September 2004, OECD WORKING PAPERS ON INTERNATIONAL INVESTMENT.