

قراردادهای دولت با بیگانگان:
تحولات معاصر در
مسئله غرامت ناشی از فسخ یا نقض
این نوع قراردادها

دریک ویلیام باوت BEREK WILLIAM BOWETT
ترجمه: علی قاسمی

1

مقدمه

تصمیمات جاری دیوان داوری دعای ایران - ایالات متحده و دیگر احکام داوری‌های بین‌المللی، موقعیتی کاملاً استثنایی فراهم ساخته است تا وضعیت فعلی مقررات مربوط به تعهد دولت به جبران خسارت ناشی از دخالت مؤثر در حقوق قراردادی متعلق به بیگانگان مورد بررسی قرار گیرد.

اعم از اینکه اخذ مال شکل آشکار مصادره (یا ملی کردن)¹ را داشته باشد یا به نحوی که غالباً معمول است به صورت ادعای نقض قرارداد منعقد با بیگانه

1. Expropriation (or "nationalization").

جلوه‌گر شود، خواهان خارجی معمولاً برای اثبات غیرقانونی بودن ضبط اموال با مشکلات عدیده‌ای روبروست.² همان‌گونه که بعداً ملاحظه خواهد شد، مزیت اثبات غیرقانونی بودن عمل دولت توسط خواهان در این واقعیت نهفته است که در صورت غیرقانونی بودن ضبط اموال میزان غرامت دریافتی به مراتب بیش از موردی خواهد بود که ضبط اموال به صورت قانونی انجام گرفته باشد. ولی از آنجا که مشروعیت یا عدم مشروعیت نقض قرارداد یا دیگر اشکال ضبط اموال براساس قانون حاکم بر قرارداد («قانون مناسب»)³ تعیین می‌گردد، حداقل در بدو رسیدگی،⁴ بخش

2. بازنویسی قانون امریکا (The US Restatement, Third Restatement, vol. 2, 1987, s. 712) زمانی فسخ یا نقض قرارداد را در ردیف ضبط اموال قرار می‌دهد که: الف) نقض قرارداد (1) تبعیض‌آمیز باشد، 2) یا به جهت غیرتجاری و بدون پرداخت غرامت صورت گرفته باشد؛ ب) یا در مواردی که به تبعه خارجی امکان دسترسی به مراجع ذیصلاح جهت روشن شدن این موضوع که آیا قراردادی نقض شده یا در مقابل نقض قرارداد غرامتی پرداخت شده یا نه، داده نشود. نه تنها دلایل معارضي در مشابهت نقض قرارداد با ضبط اموال وجود ندارد بلکه حتی به نظر می‌رسد که دیوانه‌های داوری آن را پذیرفته باشند: به پرونده‌هایی که در ادامه همین مقاله (صفحات 407_417) ذکر شده‌اند رجوع شود.

3. Proper Law.

4. صرف انطباق عمل ضبط اموال با قانون مناسب، برای احراز مشروعیت اقدام دولت کافی نخواهد بود بلکه این

عظیمی از استدلال‌های حقوقی در این جهت به کار گرفته می‌شود تا ثابت کند که قانون مناسب قانون کشور طرف قرارداد نیست. دلیل آن هم روشن است، و آن اینکه کشور طرف قرارداد با استفاده از اختیار اصلاح قوانین داخلی خویش نمی‌تواند اقدامات خود نسبت به قرارداد را مشروعیت بخشد. بنابراین، خواهان خارجی سعی در اثبات این نکته دارد که قانون کشور طرف قرارداد، قانون مناسب نیست بلکه قانون حاکم بر قرارداد از حیثه کنترل دولت طرف قرارداد خارج است. لذا اولین پرسشی که غالباً مطرح می‌شود این است که قانون حاکم بر قرارداد کدام است.

اقدام از نظر حقوق بین‌الملل نیز باید موجه و مشروع باشد. بنابراین، در مواردی که ضبط اموال تبعیض‌آمیز باشد، یا فاقد انگیزه منافع ملی و یا فاقد غرامت عادلانه یا مناسب که به‌عنوان معیارهای بین‌المللی تعیین شده‌اند، باشد، اقدام دولت در ضبط اموال ممکن است، حتی اگر براساس قانون مناسب صورت گرفته باشد، از نظر حقوق بین‌الملل غیرقانونی شناخته شود.

قراردادهای دولت با بیگانگان... ❖ 399

2

قانون حاکم بر قرارداد یا «قانون مناسب»

در مورد قانون حاکم بر قرارداد و حالت قابل تصور است: الف) عدم قید قانون حاکم در قرارداد؛ ب) ذکر قانون حاکم در قرارداد.

الف - عدم قید قانون حاکم

در این حالت سه نظریه مختلف وجود دارد که غالباً برای عدم اعمال قانون کشور طرف قرارداد به آنها استناد می‌گردد.

1. نظریه اصافت و استقلال قرارداد از نظام حقوقی خاص⁵ (خلأ قانون)

براساس این نظریه⁶ هر قرارداد در واقع مناسب و حاکم بر خود است و می‌تواند بدون توسل به یک نظام حقوقی کلیه قوانین لازم برای تنظیم روابط بین طرفین را ارائه دهد. به عبارت دیگر، این

5. The "Vacuum" theory.

6. McNair: "The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations", The Birthish Year Book of International Law, 33 (1957), p. I at p. 9.

نظریه به‌طور خلاصه چنین عنوان می‌دارد که هر قراردادی می‌تواند در یک خلأ قانونی اجرا شود. این نظریه، چه از جنبه نظری و چه از بُعد عملی، با اشکالاتی مواجه بوده و به همین جهات قابل انتقاد است. از لحاظ نظری می‌توان گفت که برای لازم‌الاجرا شدن یک قرارداد باید قوانینی خارج از خود آن وجود داشته باشد تا چنین نتیجه‌ای حاصل آید. از بُعد عملی می‌توان گفت که هیچ قراردادی نمی‌تواند به‌عنوان شروط صریح قراردادی، مجموعه قوانین لازم را برای برخورد با موارد احتمالی نظیر اشتباه، تدلیس، تخلف، عدم امکان اجرای قرارداد و نظایر آن دربرگیرد. نیاز به قانون مناسب حاکم بر قرارداد دقیقاً همان نیاز توسل به مجموعه قواعد جامعی است که یک نظام حقوقی تثبیت شده برای برخورد با چنان موارد احتمالی پیش‌بینی کرده است. به‌عبارت دیگر، صالح نشناختن هیچ‌یک از نظام‌های حقوقی به‌عنوان قانون حاکم بر قرارداد، در واقع به‌منزله نفی تمامی مفاهیم نظم عمومی نیز خواهد بود؛ چرا که در چنین حالتی شخص با قراردادی روبروست

که به هیچ نظام حقوقی وابستگی ندارد و لذا از کلیه محدودیتهای ناشی از نظم عمومی رها و آزاد است.⁷ بنابراین، جای تعجب نیست که دادگاهها متمایل به رد نظریه خلأ قانون بوده‌اند. پروفسور ساسر⁸ در حکم صادره در پرونده «عربستان سعودی و آرامکو»⁹ این تمایل را به شرح زیر تبیین کرده است:

«مسلم است که هیچ قرارداد، بدون اتکا به یک نظام حقوقی خاص نمی‌تواند در خلأ وجود داشته باشد. انعقاد یک قرارداد صرفاً بر قصد و اراده بلاشرط طرفین آن موکول نیست بلکه قرارداد لزوماً با قواعد موضوعه‌ای که به اعلام اراده و

7. نمی‌توان گفت که این اشکال را دادگاه با اعمال قواعد نظم عمومی محل وقوع خود برطرف می‌کند. زیرا در مواردی که دعوی نزد داوریه‌های فراملی یا غیرمحلّی شده (Delocalized Arbitral Tribunal) مطرح شود، «قانون محل دادگاه» به مفهوم متعارف آن مطرح نیست، تا گفته شود مقررات نظم عمومی آن اجرا خواهد شد. حتی در داوری داخلی، اعمال قواعد مربوط به نظم عمومی در واقع به معنای اجرای «قانون حاکم» بر دعوی است که رعایت نظم عمومی مقرر داوری را لازم‌الاجرا می‌سازد. به این ترتیب از حیث مسئله نظم عمومی نیز نظریه «قرارداد در خلأ قانون» پذیرفتنی نیست.

8. Sauser- Hall.

9. 27 International Law Reports (ILR) 117 (Arbitral Tribunal, 1958).

قصد متقابل و هماهنگ طرفین اثر حقوقی
بیخشد، مرتبط و وابسته است. حتی
تصویر انعقاد قراردادی بدون اتکا به
یک نظام حقوقی امکان‌پذیر نیست و فرد
صرفاً وقتی می‌تواند به خلق یک رابطه
قراردادی مبادرت ورزد که قبلاً نظام
حقوق پذیرفته شده‌ای، توانایی انعقاد
قرارداد را به او داده باشد».¹⁰

2. نظریه بین‌المللی شدن قرارداد¹¹

نظریه دیگر این است که برخی از
قراردادها به اقتضای طبیعتشان جنبه
بین‌المللی دارند و لذا مشمول حقوق
بین‌الملل خواهند بود که یا جانشین
قانون کشور طرف قرارداد می‌گردد و یا آن
را تکمیل می‌کند. این نظریه توسط
دوپویی¹² داور منفرد پرونده «تگزاکو و
جمهوری عربی لیبی (تاپکو)»¹³ پذیرفته
شده است و طرفداران زیادی نیز دارد.

10. همان، ص 165.

11. The "Internationalization" theory.

12. Dupuy.

13. 53 ILR 389 (1977), International Legal Materials, 17 (1978), p.I (International Arbitral Tribunal, 1978).

انتقادهای زیادی نیز بر این نظریه وارد شده است.¹⁴ ایراد نخست آن است که تاکنون تعریف قانع‌کننده و جامعی از قراردادهای به اصطلاح «بین‌المللی» ارائه نشده است. به‌علاوه، این حقیقت که کشورهای پیشرفته غربی هنگام انعقاد قراردادهای موسوم به قراردادهای توسعه [اقتصادی] با سرمایه‌گذاران خارجی نظریه بین‌المللی شدن قرارداد را قبول ندارند، لزوماً این پرسش را مطرح می‌کند که چرا این قبیل قراردادهای فقط هنگامی «بین‌المللی» تلقی می‌شوند که با کشورها در حال توسعه منعقد شده باشند.¹⁵ همان‌گونه که جنیک در این خصوص اظهار داشته است:

«... رفتار دوگانه با قراردادهای فراملی به دلیل حجم و میزان سرمایه‌گذاری، علاوه بر اینکه منطقاً قابل توجیه نیست، رویه قضایی نیز از آن پشتیبانی نمی‌کند، مگر در مواردی که طرفین قصد خود مبني بر خارج کردن

14. برای ملاحظه نقد این نظریه رجوع شود به:

Rigaux: Droit public et droit privé dans les relations internationales (1977), p. 435.

15. Fatouros: "International Law and the Internationalized Contract", American Journal of International Law, vol. 74 (1980), p. 136.

قرارداد از حیثه شمول صلاحیت قانون
محلی را با توافق به ارجاع اختلافات
خود به داوری بین‌المللی آشکارا ابراز
کرده باشند».¹⁶

بنابراین، تصمیمات داوری مبني بر
رد¹⁷ یا نادیده گرفتن¹⁸ این نظریه وجود
دارد. و باید گفت که به نظر می‌رسد این
نظریه اساساً نظریه‌ای خودم‌محور است که
در صدد حمایت از نگرشی یکجانبه و

16. Jaenicke: "Consequences of a Breach of an Investment Agreement governed by International Law, by General Principles of Law, or by Domestic Law of the Host State", in Dicke (ed.), *Foreign Investment in the Present and a New International Economic Order* (1987), pp. 177-93, at p. 180.

17. رجوع شود به:

Paulsson: "The ICSID Klöckner v. Cameroon Award: The Duties of Partners North-South Economic Development Agreements", *Journal of International Arbitration*, vol. I (1984), p. 145 at p. 157:

«منظور ما از اعمال اصول جدید یا فوق‌العاده در
قراردادهای مهم توسعه اقتصادی صرفاً این نیست که
اقدامات مزبور یا پروژه‌های مؤثر بر توسعه اجتماعی و
اقتصادی کشور مورد نظر در ارتباط هستند».
به این ترتیب، باید گفت نظریه‌ای که در آن این
قبیل قراردادهای دسته خاصی را تشکیل می‌دهند، به‌طور
مؤثری رد می‌شود.

18. به‌ویژه در پرونده زیر، نظریه بحث‌انگیز «بین‌المللی
شدن قراردادهای» مطمح‌نظر دیوان قرار نگرفت بلکه به شرط
انتخاب قانون حاکم در قرارداد و دلالت قانون کویت تکیه
کرد:

Kuwait v. American Independent Oil Co. (Aminoil), *International Legal materials*, 21 (1982), p. 976 (Arbitral Tribunal, 1982).

سرمایه داری در اختلافات قراردادی است؛ لذا درك اهداف اساسی این نظریه حایز اهمیت است. این اهداف در دو جهت خلاصه می‌شود: اول، خارج کردن قرارداد از حیطه قانون کشور طرف قرارداد (یعنی جانشین ساختن حقوق بین‌الملل به‌عنوان قانون مناسب)؛ و دوم، محروم کردن کشور طرف قرارداد از حق مسلم تغییر و اصلاح قانون خود و نتیجتاً اثر گذاشتن بر قرارداد (یعنی استناد به قاعده کلی الزام‌آور بودن تعهدات در حقوق بین‌الملل).

البته، این مطلب همچنان قابل بحث است که اگر قرارداد متضمن يك شرط داوری است که آن را از حوزه صلاحیت محاکم داخلی خارج کند، شرط مزبور می‌تواند به‌عنوان انتخاب ضمنی حقوق بین‌الملل تلقی گردد. این نظری است که یقیناً توسط دوپوویی داور منفرد پرونده تاپکو پذیرفته شده است. لیکن بدیهی است که شرط داوری مؤثر در صلاحیت است نه در انتخاب قانون، و دلیل موجهی دال بر عدم اعمال قانون داخلی توسط داوران وجود ندارد. جایگزینی قانون داخلی وقتی می‌تواند صحیح استنباط گردد که دیوان

داوري مكلف به اعمال حقوق بين الملل شده باشد. براي مثال، انتخاب داوري حسب كنوانسيون حل و فصل اختلافات بانك جهاني¹⁹ منعقد در 1965²⁰ متضمن اعمال بند 1 ماده 42 كنوانسيون است كه به موجب آن مركز بين المللي حل و فصل اختلافات ناشي از سرمايه گذاري²¹ مكلف است در مواردتي كه طرفين صراحتاً قانوني را انتخاب نكرده اند، قانون کشور میزبان (از جمله قواعد تعارض قوانين اين کشور) و آن دسته از قواعد حقوق بين الملل را كه قابل اجرا باشند اعمال كند. نتيجه اين ميشود كه قانون کشور میزبان تا حدي كه با حقوق بين الملل مغايرت نداشته باشند، قابل اعمال شناخته ميشود.²²

19. The World Bank Convention on the Settlement of Disputes.

20. United Nations Treaty Series, vol. 575, p. 159.

21. International Centre for Settlement of Investment Disputes.

22. رأي صادره در تاريخ 16 مه 1986 در پرونده Amco Asia Corp. v. Indonesia، مندرج در مجله International Legal Materials، جلد 25 (سال 1986)، صص 1446 و 1945. تفسير فوق از ماده 42 اخيراً توسط ديوان داوري در رأيي كه در تاريخ 31 مارس 1986 در پرونده Librian Eastern Timber Co. (Letco) v. Libria صادر گرديد، مورد تأكيد قرار گرفت. به مجله مزبور، جلد 26 (سال 1987) صص 457 و 658 مراجعه شود.

3. نظریه «حقوق عرفی تجاری»²³

بر اساس این نظریه، حقوق عرفی تجاری بر قراردادهای حاکم است جز در مواردی که صریحاً قانون خاصی تعیین شده باشد. این حقوق مفاهیم متعددی دارد، اگرچه بعضاً در کنار رسوم و رویه‌های بازرگانی به معنای اصول کلی حقوق به کار می‌رود. این نظریه موافقان²⁴ و مخالفان²⁵ دارد، لیکن اشکال عمده آن این است که فقط متضمن چند قاعده منجز و از پیش تعیین شده است و در مقابل اختیارات وسیعی را به داور اعطا می‌کند. علاوه بر آن، هر روشی که بر پایه نظریه حقوق عرفی تجاری بنا شده باشد به نفع اشخاص خصوصی و مصالح بازرگانی است و به کاهش نقش منافع دولت گرایش دارد.

3. راه حل مرجع²⁶

23. Lex mercatoria.

24. رجوع شود به:

Goldman: "La Lex Mercatoria dans les contrats et L'arbitrage internationale", Clunet, 106 (1979), pp. 471 ff.

25. رجوع شود به:

Lagarde: "Approche critique de lax mercatoria", in Mélanges Goldman (1982), pp. 125.

26. The Preferable Solution.

راه حل مرجح با اعمال اصول شناخته شده تعارض قوانین، یعنی با تعیین عینی قانونی که با قرارداد نزدیکترین ارتباط را دارد، حاصل می‌شود.²⁷ فرض بر این است که قانون کشور طرف قرارداد از نزدیکترین ارتباط با آن برخوردار است، و اگرچه این اماره قابل رد است ولی اگر بنا باشد قرارداد در کشور طرف معامله اجرا شود و نیز اگر بر پایه قانون خود آن کشور، کشور طرف قرارداد ملزم به عقد قرارداد با استناد و براساس قانون متبوع خود باشد، در این صورت رد اماره مزبور آسان نخواهد بود.

بدیهی است مواردی وجود داشته که قانون کشور طرف قرارداد برای مقابله با مشکل خاص مطروحه نارسا بوده است و بنابراین دیوانهای داور به نحو قابل قبولی ناچار شده اند با تمسک به اصول کلی حقوق، خلأ موجود در قانون داخلی آن کشور را برطرف سازند.²⁸ اما استفاده از

27. Serbian and Brazilian Loans cases, Judgment No. 14 and Judgment No. 15 (1929) PCIJ, Series A, No. 20, at p. 42, No. 21, at p. 121; Aramco, 27 International Law Reports at 167 (Sausser-Hall as arbitrator).

28. برای مثال رجوع کنید به:

اصول کلی حقوق به‌عنوان مذبح تکمیلی حقوق، به‌منظور رفع ابهام و اجمال در نصوص قانونی، با بی‌اعتنایی و عدم رعایت قانون کشور طرف قرارداد به‌عنوان قانون پایه و مناسب، بسیار متفاوت است. به‌علاوه، با غنی‌تر شدن نظام‌های حقوقی کشورهای در حال توسعه نیاز برای تکمیل قوانین داخلی به‌وسیله اصول کلی حقوق کاهش خواهد یافت.

ب - انتخاب صریح قانون

آزادی انتخاب قانون که پرتوی از اصل حاکمیت اراده طرفین قرارداد به‌شمار می‌رود در کلیه نظام‌های حقوقی با رعایت محدودیتهای مربوط به نظم عمومی، پذیرفته شده است و چنین انتخابی اصولاً باید محترم شمرده شود.²⁹ بنابراین،

Société Riale v. Ethiopia, Recueil des décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes, 8 (1929), p. (1929), p. 742; *Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi*, 18 ILR 144 (Arbitral Tribunal, 1951); *Aramco*, 27 ILR at 168-70, 171.

29. با وجود این، یک رأی داور صادره از اتاق بازرگانی بین‌المللی (ICC) وجود دارد که با بحث ما و مورد بالا ناهم‌هنگ است. به‌نظر نگارنده این رأی به‌طور کلی سفسطه‌آمیز و غلط است. در پرونده مزبور دیوان پذیرفت که قانون مصر، قانون مناسب موافقت‌نامه باشد، یعنی «قانون داخلی مربوطه»، لیکن دیوان در پی آن بود که حقوق بین‌الملل بتواند به‌عنوان بخشی از قانون مصر تلقی

چنانچه طرفین صریحاً توافق کرده باشند که تا حدی اصول کلی حقوق یا قواعد حقوق بین‌الملل را بر روابط قراردادی خود حاکم بدانند، نکته اصلی این نیست که آیا این انتخاب مجاز است یا نه، بلکه مسئله آثار چنین انتخابی است.

شود و سرانجام چنین نتیجه‌گیری کرد: «به‌نظر این دیوان تمسک به قانون مصر باید به‌نحوی تعبیر گردد که آن دسته از اصول حقوق بین‌الملل را که قابل اجرا در قضیه هستند نیز شامل گردد و قوانین داخلی مصر فقط تا حدودی که با اصول فوق مغایر نباشند، قابل استناد هستند».

SPP (Middle East) Ltd. v. Egypt, International Legal Materials, 22 (1983), p. 752.

چنین نتیجه‌گیری باید نادرست باشد، زیرا واقعاً در تمامی نظامهای حقوقی داخلی راه برای تلفیق با قواعد حقوق بین‌الملل و اجرای آن باز است. این نتیجه‌گیری دیوان مبنی بر اینکه در موارد عدم مطابقت، اصول حقوق بین‌الملل بر قوانین داخلی تفوق دارد، با رویه اکثر دولتها سازگار نیست. به‌علاوه، این امر عملاً بدین معنی است که قید صریح قانون داخلی نظام مربوطه که بر قرارداد حاکم است، هرگز به‌عنوان قید انحصاری تلقی نمی‌شود. زیرا اعم از اینکه قانون انتخاب شده قانون انگلیس، فرانسه، مصر یا ایران باشد، تا حدودی که حقوق بین‌الملل بخشی از نظامهای حقوق باشد، این امکان برای هر دیوانی وجود دارد که از قانون مناسب صرف‌نظر کند و اصول دیگر نظامهای داخلی را به‌عنوان «اصول کلی حقوق» که قسمتی از حقوق بین‌الملل را تشکیل می‌دهد، اعمال نماید. چنین اقدامی با انتظارات طرفین سازگار نخواهد بود و این نکته‌ای است که تصمیم مزبور آشکارا آن را نادیده انگاشته است. خلاصه آنکه، در صورت انتخاب قراردادی یک نظام حقوقی داخلی معین به‌عنوان قانون مناسب، انتخاب مختصر به همان نظام حقوقی است و بس. با استفاده از مفهوم اصول کلی حقوق به‌عنوان بخشی از حقوق بین‌الملل، هیچ‌گونه احاله‌ای به حقوق بین‌الملل و از آن طریق به سایر نظامهای داخلی عموماً صورت نگرفته است.

قراردادهای دولت با بیگانگان... ❖ 411

انتخاب اصول كلي حقوقی، حداقل این امکان را به داور می‌دهد که به مجموعه قابل ملاحظه حقوق قراردادها که در نظامهای حقوقی مختلف یافت می‌شوند، مراجعه کند. یقیناً چنین انتخابی به داور اختیار وسیعی را اعطا می‌کند، چرا که انتخاب و تعیین اصول كلي ذی‌ربط توسط داور جنبه اعتباری و ذهنی دارد. البته حداقل در این خصوص حقوق قراردادها غنی است، لیکن ارجاع امر به حقوق بین‌الملل موضوع کاملاً جداگانه‌ای است، زیرا در حال حاضر هیچ‌گونه قواعد و اصول مسلم حقوق بین‌الملل ناظر به قراردادها وجود ندارد. این بدان معنی نیست که در توان حقوق بین‌الملل برای ایجاد و تثبیت³⁰ چنین قواعدی تردید کنیم بلکه فقط حاکی از این است که در حال حاضر تشخیص و تعیین چنین مجموعه‌ای از قواعد آسان

30. اینکه چرا حقوق بین‌الملل نباید مجموعه‌ای از قواعد تنظیم‌کننده در رابطه با اختیار دولت در انعقاد قرارداد با بیگانگان را توسعه دهد، متکی به دلیل خاصی نیست. با این حال، مجموعه‌ای از قواعد حقوقی مربوط به مسئولیت دولت وجود دارد که نحوه رفتار دولت با بیگانگان را مقرر می‌دارد. حقوق بین‌الملل، دکترین مصونیت محدود دولت را به این منظور ارائه داده است که مانع تمسک دولتها به آن در روابط تجاری‌شان با بیگانگان گردد.

نیست. بنابراین، ارجاع به حقوق بین‌الملل چه معنایی می‌تواند داشته باشد؟

انتخاب حقوق بین‌الملل معمولاً برای جایگزین ساختن آن به جای قانون کشور طرف قرارداد نیست بلکه به عنوان تضمینی در مقابل هرگونه اجرای نامعقول آن است. به عنوان مثال بارز، می‌توان به ماده 28 قرارداد امتیاز لیبی، موضوع پرونده «تاپکو»³¹ اشاره کرد. ماده مذکور اشعار می‌دارد:

«این قرارداد امتیاز تابع اصول مشترک بین حقوق لیبی و حقوق بین‌الملل است و مطابق آن تفسیر خواهد شد. در صورت فقدان چنین اصول مشترکی، اصول کل حقوق شامل آن دسته از اصولی که می‌توانند در دیوانه‌های بین‌المللی اعمال شوند، حاکم خواهد بود».³²

31. 53 ILR at 389; International Legal Materials, 17 (1978), at p. 1.

32. رجوع شود به:

53 ILR at 404; International Legal Materials, 17 (1978), at p. 11.

البته، حتی تحت چنین شرطی نقض حقوق بین‌الملل همچنان یک نقض قراردادی محسوب خواهد شد، و فی‌نفسه مسئولیت حقوقی بین‌المللی را در پی نخواهد داشت. همچنین رجوع شود به:

Abi-Saab: "The International Law of Multinational Corporations: a Critique of American Legal Doctrines", *Annales d'études internationales* (1971), pp. 97-122 at p. 100.

413 ❖ قراردادهای دولت با بیگانگان...

منظور از ماده فوق نسبتاً روشن است. بدین معنی که قانون لیبی تا جایی بر قرارداد اعمال می‌شود که با حقوق بین‌الملل هماهنگی دارد، و در صورت عدم هماهنگی به اصول کلی حقوق رجوع خواهد شد.

ولی با توجه به فقدان مقرراتی در حقوق بین‌الملل ناظر بر قراردادهای خصوصی چگونه می‌توان تطابق قانون لیبی را با حقوق بین‌الملل انتظار داشت؟ پاسخ سرمایه‌گذاران غربی به این پرسش این است که گرچه عملاً در حقوق بین‌الملل قواعد در رابطه با قراردادهای خصوصی وجود ندارد، ولی حقوق بین‌الملل شامل قواعدی درباره عهدنامه‌هاست که می‌تواند بر پایه قیاس نسبت به این قبیل قراردادها نیز اعمال شود. با توجه به قاعده الزام آور بودن عهدنامه‌ها در حقوق معاهدات، با اعمال چنین قاعده‌ای، دولت طرف قرارداد نمی‌تواند با استناد به قانون لیبی حقی را ادعا کند که به موجب آن تغییر یا فسخ قرارداد امکان‌پذیر باشد.

لیکن قیاس ادعایی در واقع قیاس نیست، زیرا قرارداد سرمایه‌گذاری فی‌مابین دولت و شخص خصوصی نه تنها یک عهدنامه محسوب نمی‌شود بلکه قابل قیاس با آن هم نیست، چرا که در حقوق بین‌الملل، معاهده بین دو دولت که از حاکمیت مساوی برخوردارند با قرارداد منعقد شده میان دولت و شخص خصوصی که طبعاً تحت قانون آن کشور تنظیم می‌شود، تفاوت بینی دارد. بدیهی است در مورد نخست، یک دولت نمی‌تواند با استناد به قانون داخلی خود تعهدات قراردادی خویش را در مقابل دولت دیگر تغییر دهد. ولی به هیچ‌وجه روشن نیست که چرا در مورد یک قرارداد تابع حقوق خصوصی، دولت طرف قرارداد نمی‌تواند چنان ادعایی داشته باشد. همان‌گونه که خواهیم دید، دولت‌ها عموماً مدعی چنین حقی هستند.

چنانچه در قرارداد به اصول کلی حقوق اشاره شود، در آن صورت توسل به چنین اصولی مانند قاعده الزام آور بودن قراردادها به هیچ‌وجه کفایت نمی‌کند. اطلاق توسل به چنین اصولی گمراه‌کننده (زیرا کلیه نظام‌های حقوقی استثنائاتی

را بر این قاعده در صورت موجه بودن فسخ قرارداد می‌پذیرند) و حتی اشتباه‌آمیز است، چرا که اصل فوق تمایز اساسی بین قراردادهای خصوصی و عمومی (یا دولتی) را در نظر نمی‌گیرد.

اهمیت این تمایز اخیراً در حکم صادره در دعوی «آمکو و ایشیا و اندونزی»³³ به شرح زیر مورد تأیید قرار گرفته است:

«به هر حال، رابطه برقرار شده بین آمکو و دولت اندونزی از نوع رابطه قراردادی تحت حقوق خصوصی نیست، زیرا واقعیت این است که دولت می‌تواند از تأیید قبلی خود به جهاتی که نمی‌تواند مورد استناد یک طرف خصوصی قرارداد قرار گیرد، رجوع کند یا اینکه روشهایی را در انصراف خود مورد استفاده قرار دهد که با روشهای مورد استفاده یک مؤسسه خصوصی متفاوت است».³⁴

33. Amco Asia v. Indonesia.

34. رجوع شود به:

ICSID Award of 21 November 1984, International Legal Materials, 24 (1985), p. 1022, at p. 1029.

در تاریخ 16 مه 1986 حکم مزبور توسط کمیته ویژه لغو شد، لیکن الغای حکم مبتنی بود بر ارزیابی اشتباهی

دیوان در ادامه صریحاً به حق دولت در ملی کردن اشاره می‌کند؛ حقی که امروزه در کلیه نظامهای حقوقی داخلی و نیز حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته شده و نمونه بارز آن، اختیار استثنایی دولت در فسخ قراردادهاست.

نتیجه چنین تفکیکی این است که در حالی که در یک قرارداد خصوصی موجبات و جهات فسخ محدود است، ولی در قراردادهای عمومی، دولت طرف قرارداد دارای اختیارات تام و انحصاری در جهت تغییر یا فسخ قرارداد به منظور تأمین مصالح جامعه است.

در *دائرة المعارف بین‌المللی حقوق تطبیقی* پس از آنکه نظامهای حقوقی فرانسه، آلمان غربی، ایتالیا، بریتانیا و ایالات متحده آمریکا مورد بررسی قرار گرفته، موضوع مورد بحث چنین تبیین شده است:

«بارزترین امتیازات ویژه‌ای که دولت از آن بهره می‌برد، حق فسخ یکطرفه قرارداد

که در مورد سرمایه‌گذاری آموکو صورت گرفت نه با عطف به نکته‌ای که در بالا ذکر شد. به همان مأخذ جلد 25 (سال 1986) ص 1439 رجوع کنید.

قراردادهای دولت با بیگانگان... ❖ 417

به جهت مقتضیات و مصالح عامه است. این اختیار برجسته چهره‌ای بارز از تدابیر و تدارکات نظام‌های داخلی را به نمایش می‌گذارد و ضرورت آن برای آزادی عمل مقامات اجرایی مملکتی محسوس است».³⁵

در نظام حقوقی ایالات متحده قرارداد‌های عمومی، به‌نحو مطلوبی تحول یافته است،³⁶ گرچه جهت و سمت این تحول برخلاف حمایت قانون اساسی از حقوق مالی و قرارداد‌ی بوده است.³⁷ به‌نظر می‌رسد که می‌توان چهار موضع‌گیری متفاوت را تشخیص داد:

اول آنکه دولت ذاتاً حق دارد که قرارداد‌های عمومی را به استناد منافع ملی لغو کند، اما چنین فسخ یک‌طرفه‌ای نوعی نقض قرارداد است که طرف خصوصی را

35. International Encyclopedia of Comparative Law, vol. 2, Contracts in General, ch. 4, "public Contracts", p. 40.

36. McBride and Wachtel: Government Contracts (1976), ch. 30, "Termination for Convenience of the Government".

37. براساس بند 10 ماده 1 دولتها «از تصویب هرگونه قانونی که به تعهد قرارداد‌ی خدشه‌ای وارد کند، ممنوع هستند». قاضی عالی مقام «مارشال» در تسری آن به قرارداد‌های عمومی کمک کرد. رجوع شود به:

Prichett: The American Constitution (1977), ch. 28, pp. 512-13.

محق به جبران خسارت کامنلا (یا جبران خسارت کلی) می‌سازد.³⁸

دوم آنکه در مواردی که دولت به موجب شرط صریح مندرج در قرارداد دارای حق فسخ است، فسخ به معنای نقض قرارداد نخواهد بود و اگرچه وظیفه پرداخت خسارت وجود دارد ولی این تکلیف به پرداخت خسارت محدودتر است و مشخصاً اینکه تکلیفی به پرداخت خسارت بابت منافع آتی و مورد انتظار وجود ندارد. در عمل، دولت ایالات متحده معمولاً متن استنادی به عنوان شرط فسخ دلبخواهی و یکطرفه [خیار فسخ] در قراردادها می‌گنجاند. چنین شروطی در مقررات خریدهای دفاعی،³⁹ مقررات راجع به خرید و تهیه خدمات

38. در پرونده *US v. Corliss Steam Engine Co.*, 91 US 321 (1875) موضع مک براید و واشل به شرح زیر خلاصه می‌شود: «حق مزبور ذاتی است، لیکن وظیفه الزامی پرداخت وجود دارد... در موارد فقدان قانون و قید انتخاب قانون در قرارداد که حقوق طرفین را مشخص کند، دولت با استناد به قاعده فسخ یکطرفه آن را یکجانبه فسخ می‌کند، که در چنین مواردی پیمانکار مستحق دریافت غرامت براساس کامن لاس است...» (همان‌گونه که در بخشهای 20 و 30 مأخذ پانوش شماره 36 آمده است). در توصیف اعمال این حق ذاتی به عنوان «نقض قرارداد» اشکال عمده‌ای وجود دارد، با این حال به نظر می‌رسد که موضع همان باشد.

39. Defence Acquisition Regulations.

419 ❖ قراردادهای دولت با بیگانگان...

نظامی⁴⁰ و مقررات فدرال خرید و تهیه
لوازم⁴¹ وجود دارد که شرط مذکور در "FPR"
به عنوان نمونه نقل می‌شود:

«الف. کلیات: مطالبه منافع برای تهیه
مقامات یا کارهایی که در ارتباط با
قرارداد فسخ شده انجام گرفته مجاز
است. مطالبه منافع آتی و مورد انتظار
و خسارت تبعی مجاز نیست.»⁴²

آثار وجود چنین شرطی در قرارداد
عبارت است از تفاوت بین آنچه که طرف
خصوصی قرارداد در قراردادهای دولتی
می‌تواند مطالبه کند با آنچه که در یک
قرارداد تجاری معمولی بین دو طرف خصوصی
می‌توان مطالبه کرد، و این آثار را چنین
توضیح داده اند:

«قاعده کلی این است که طرف خصوصی
قرارداد در ازای مقدماتی که طبق
قرارداد فراهم کرده یا کارهایی که
انجام داده است و مربوط می‌شود به آن

40. The Armed Services Procurement Regulations.

41. Federal Procurement Regulations.

42. رجوع شود به:

Perlmann and Goodrich: "Termination for Convenience Settlements: the Government's Limited Payment for Cancellation of Contracts", Public Contracts Law Journal, I (1978), p. 1 at p. 28.

قسمت از قرارداد که فسخ شده، استحقاق دریافت منافع معقولي را خواهد داشت ... ولي منافع مورد انتظار قابل مطالبه و وصول نيست. برخلاف مقررات حقوقي ناظر به قراردادهاي تجاري معمولي، منافع كلي که در صورت اجرائي کامل قرارداد طرف خصوصي ميتوانست به دست آورد، نمي تواند در تسويه حساب مربوط به خيار فسخ (يکطرفه) پرداخت گردد».⁴³

حتي اگر شرط مربوط به حق فسخ يکطرفه سهواً در قرارداد از قلم افتاده باشد دادگاههاي ايالات متحده اين شرط را به عنوان شرط ضمنی اعمال خواهند کرد.⁴⁴ البته، ممکن است گفته شود که چنين قياسی وقتي ميتوانست مصداق پيدا کند که دولت شرط مشابهي را در قراردادهاي با شرکتهاي خصوصي خارجي هم مي گنجاند، که معمولاً اينطور نيست. هرچند اين ايراد

43. رجوع شود به:

Andrews and Peacock: "Termination: an Outline of the Parties Rights and Remedies", Public Contract Law Journal, 2 (1980), p. 269. For recent developments, controlling the Government's pleas of good faith, see "Limiting the Government's Ability to Terminate for its Convenience following Torncello": Note in George Washington Law Review, 1984, p. 892.

44. Christian, v. US, 312 F 2d 418 (1963).

421 ❖ قراردادهاي دولت با بيگانگان ...

ممکن است درست باشد ولی شواهد رویه ایالات متحده حاکی از وجود دلایل دولتی از اصرار بر چنین شرطی در قراردادهای با شرکتهای خارجی است (برای اینکه اگر یک شرکت خصوصی امریکایی بر این مبنا با دولت متبوع خودش وارد قرارداد شود، چرا نباید این شرکت با دولتهای خارجی هم همین کار را بکند؟). به علاوه، این امر قاعده تقدس و احترام قراردادهای را با تردید مواجه می‌سازد، زیرا این وضعیت نشان می‌دهد که شرکتهای امریکایی با دولت متبوعشان بر مبنایی نسبتاً بدون تضمین قرارداد می‌بندند و هیچ امیدی ندارند که اگر دولت طرف قرارداد آنها (ایالات متحده) آن را فسخ کرد، زیان از دست دادن منافع آتی را جبران کند.

سومین موضع‌گیری بیشتر مشابه با موارد نوعی مصادره است که در آن، مصادره براساس قانون انجام می‌شود. یعنی در مواردی که دولت امریکا قراردادی را براساس اجازه‌ای که طبق قانون یافته فسخ می‌کند، گویی حق قانونی او برای فسخ یکی از شرایط ضمنی قرارداد به‌شمار می‌رود.⁴⁵

45. College Point Boat Corp. v. US, 257 US 12 (1925).

علاوه بر این، در هر قراردادی که با دولت آمریکا منعقد می‌گردد شرط می‌شود که دولت می‌تواند برطبق قوانینی که بعداً به تصویب می‌رسد قراردادهای عمومی یا دولتی را در جهت منافع آمریکا اصلاح یا فسخ کند.⁴⁶ این موضع چنین بیان شده است:

«... نکته اساسی که باید به ذهن سپرد این است که آیا قراردادی که صادره یا لغو شده، از جمله قراردادهای با دولت است یا قراردادهای بین طرفهای خصوصی؟ شخصی که حقوق مالی او توسط دولت سلب شده یا از بین رفته است حق دارد که غرامت عادلانه دریافت کند نه خساراتی که برای نقض قرارداد وجود دارد. دلیل تفاوت بین این دو مورد در این واقعیت نهفته است که در مورد اول صادره یا لغو قرارداد عملی قانونی مستند به «قدرت فائقه دولت»⁴⁷ است، در حالی که در مورد دیگر عمل منتهی به نقض قرارداد قانونی نیست».⁴⁸

46. Delaval Steam Turbine Co. v. US, 284 US 61, 70 (1931).

47. Eminent domain.

48. مک برایدو و اشل: همان‌گونه که در مأخذ پانوشت شماره 36 (بخشهای 30 و 40 «حق قانونی») آمده است.

423 ❖ قراردادهای دولت با بیگانگان...

نتیجه چنین تفکیک و تفاوتی میان نقض غیرقانونی یا قانونی قرارداد (یعنی فسخ مجاز و مبتنی بر قانون) در آن است که در صورت نقض قانونی، هیچ‌گونه پرداخت خسارتی بابت منافع آتی مجاز نیست:

«چون فسخ براساس قانونی که مجوز آن را داده به معنای نقض قرارداد توسط دولت نیست، لذا طرف قرارداد زیان‌دیده نمی‌تواند خسارت کاملاً [خسارت کلی] دریافت کند. این امر این نتیجه را در پی دارد که ... منافع مورد انتظار به‌عنوان بخشی از خسارات ناشی از فسخی که مبتنی بر قانون بوده است نمی‌تواند مورد مطالبه واقع شود، زیرا منافع مورد انتظار در واقع معادل همان خسارات کلی است».⁴⁹

چهارمین موضع این است که دولت نمی‌تواند با درج شرطی در قرارداد (شرط تثبیت قرارداد)، حق تغییر یا فسخ قرارداد براساس قانونی را که در آینده

49. همان مأخذ و مذکور در پرونده زیر:

Monolith Portland Midwest Co. v. Reconstruction Finance Corp., 95 F Supp. 570 (DCSD Cal., 1951).

وضع می‌شود، از خود نفی و سلب کند. در
یک رأی دیوان عالی امریکا آمده است:
«ضبط اموال خصوصی به جهت مصالح عامه
در ازای غرامت عادلانه برای انجام
صحیح وظایف دولت همان ضرورتی را دارد
که داشتن قدرت برای حیات دولت.
صرفنظر کردن از این حق [گرفتن و ضبط
اموال توسط دولت] حتی به صورت
قراردادی امکان‌پذیر نیست و این حق به
اراده دولت قابل اعمال خواهد بود».⁵⁰

نظر و موضع حقوق انگلیس نیز در این
مورد مشابه نظر حقوق امریکاست. در
انگلیس در مواردی که دولت از بُعد
اجرایی تصمیم به تغییر یا فسخ قراردادی
می‌گیرد، اقدام او به عنوان عملی قانونی
و موجه به شمار می‌آید نه نقض قرارداد.
مجدداً به نقل مطلبی از دائرة
المعارف بین‌المللی حقوق تطبیقی
می‌پردازیم:

50. رجوع شود به:

George v. City of Chatanooga, 264 US 472, 480 (1924).

همچنین رجوع شود به:

McAllister: "US Constitutional Law and its relation to a Contract between a State and a Foreign National", Rights and Duties of Private Investors Abroad (1965), p. 213, at pp. 249-51.

425 ❖ قراردادهای دولت با بیگانگان...

«... تعبیر از يك قرارداد عمومي این است که به‌طور ضمنی مشروط به اعمال اختیارات و صلاحدید مرجع ذيصلاح دولتی در جهت مصالح عامه است. بنابراین، اقداماتی که شاه یا سایر مقامات دولتی در چارچوب انجام صحیح وظایفشان یا برای «يك هدف اجرایی» انجام می‌دهند، به‌منزله نقض قرارداد نخواهد بود، ولو اینکه چنین اقدامی اجرایی قرارداد توسط متعهد را عقیم یا متعذر سازد».⁵¹

علاوه براین، زمانی که قرارداد تابع قوانین انگلیس باشد (به‌نظر می‌رسد که کلیه قراردادهایی که دولت انگلیس منعقد می‌کند و در قلمرو خاک انگلستان اجرا می‌شود، چنین است)، همواره ممکن است موضوع قوانین جدیدی که در آینده تصویب می‌شود قرار گیرد. نه مقامات دولتی محلی⁵² و نه دولت مرکزی نمی‌توانند یا قید «شرط تثبیت قرارداد» اعمال قوانینی را که بعداً تصویب می‌شود، مانع گردند.

51. همان‌گونه که در مأخذ پانوشته شماره 35 (بخش 4، «قراردادهای عمومی»، صص 38-39) آمده است

52. *Ayr Harbour Trustees v. Oswald* (1883), 8 App. Cas. 623 (HL).

به طوری که در سالهای اخیر در بعضی پرونده های مطروحه نزد محاکم استیناف انگلیس بیان شده است:

«... دولت نمی تواند انجام وظیفه خود را در رعایت منافع و مصالح عمومی محدود سازد. دولت نمی تواند، ضمن قرارداد، خود را ملزم کند که از انجام وظایف عمومی خودداری ورزد».⁵³

در واقع، در حقوق انگلیس نه تنها قید «شرط تثبیت قرارداد» در قبال قوانین آتی غیرممکن است بلکه، با توجه به دکترین نظارت مجلس⁵⁴ (مجلس لردها) بر نظام قضایی انگلیس، هیچ دادگاهی نمی تواند اصل حرکت پارلمان در جهت رعایت مصالح عمومی را نادیده بگیرد. آمادگی سالهای اخیر دولت انگلیس برای

53. رجوع شود به:

Czarnikow v. Rolimpex, (1977) 3 WLR 686 per Lord Denning MR, following The Amphitrite, (1921) 3 KB 500: the Court of Appeal's decision was affirmed by the House of Lords in (1978) 3 WLR 274.

نکته مشابهی که توسط «مان» به خوبی بیان شد در انتقاد از ادعای دولت انگلیس (در مخالفت با پرونده (Anglo-Iranian Oil Company) صورت گرفت. رجوع شود به:

Mann: "State Contracts and State Responsibility", American Journal of International Law, 54 (1969), pp. 587-8.

54. The Doctrine of Parliamentary Supremacy.

427 ❖ قراردادهای دولت با بیگانگان...

تغییر و اصلاح شرایط و مفاد قراردادهایش
با شرکتهای خارجی در مورد توسعه پروژه
دریای شمال، عدم ثبات نسبی قراردادهای
دولتی را نشان داده است.⁵⁵

55. اینکه حق دولت در تغییر و اصلاح قراردادهایی که با
خارجیان منعقد می‌کند اساساً به نفع کشورهای در حال
توسعه تمام می‌شود، کاملاً غیرقابل دفاع است، زیرا این
کشورهای اروپای غربی هستند که بالاخص در زمینه
امتیازات نفتی بدین سان عمل می‌کنند که اخیراً توسط دو
حقوقدان انگلیسی بیان شده است: «بر شرکتهای نفتی روشن
خواهد شد که دولتهای انگلیس و نروژ نیز از همتهای
خود در اوپک تمایل بیشتری به حفظ قراردادهای نامناسب
ندارند و در قوانین اساسی هیچ‌یک از کشورهای مذکور
حمایت قاطعی از اصل «الزام اور بودن تعهد» وجود
ندارد». رجوع شود به:

Daintith and Gault: "Pacta Sunt Servanda and the Licensing and Taxation of North Sea Oil
Production", *Cambrian Law Review*, 8 (1977), pp. 28, 42.

قانون خطوط لوله نفتی و زیردریایی مصوب سال 1975
انگلیس، تغییرات عمیقی نسبت به تمامی امتیازات موجود
در زمینه تولید ایجاد کرد و بدون پیش‌بینی پرداخت
غرامت، تعهدات جدید، به‌ویژه مبنی بر رعایت برنامه‌های
توسعه و تخلیه به‌وجود آورد و موجب محدودیتهای زیادی
در احاله آنها گردید. در برخورد با انتقاد قابل
پیش‌بینی مجلس مبنی بر اینکه قانون مزبور نسبت به
تعهدات قراردادی انگلیس و حاکمیت قانون بی‌توجه بوده و
حتی مصادره غیرقانونی حقوق و امتیازات در حقوق
بین‌الملل تلقی می‌شود، اعضای کابینه پیوسته اذعان
داشتند که این قانون تفاوتی با دیگر اقدامات مالی و
تقنینی که انعقاد قراردادهای را شاق‌تر می‌کند، ندارد.

Daintith and Willoughby: *A Manual of United Kingdom Oil and Gas law* (1977), p. 30.

هرگونه نظری مبنی بر نادرستی عمل دولت یا حتی
تکلیف به جبران خسارت رسماً توسط دولت انگلیس رد شد.
آنتونی وود بن (Anthony Wedgwood Benn) وزیر انرژی انگلیس
در مجلس اظهار داشت: «تغییرات حاصله در ساختار حقوقی
که در اختیار دولتهاست معمولاً با توجه به مجموعه‌ای از

واضح است که هدف اصلی چنین تلاشهایی که برای حاکم ساختن اصول کلی حقوقی یا حقوق بین‌الملل بر قراردادهای یا برای درج شرط تثبیت قرارداد به عمل می‌آید، آن است که تردیدی باقی نماند که اگر دولت طرف قرارداد آن را فسخ کند، این اقدام او اقدامی غیرقانونی تلقی خواهد شد.

ممکن است سؤال شود که اگر چنین نقض قراردادی، نوعی گرفتن و ضبط غیرقانونی آن تلقی شود، اثر و امتیاز عملی آن چیست؟ چرا که حقوق بین‌الملل برای تعیین قانون بودن یا نبودن ضبط و مصادره، ضوابط و شرایط خودش را دارد که عبارتند از وجود مصالح عمومی، عدم تبعیض و پرداخت غرامت، و این‌طور نیست که به صرف اینکه قراردادی مشمول حقوق و قوانین داخلی کشور دولت طرف قرارداد باشد، بتوان این ضوابط حقوق بین‌الملل را کنار گذارد و غیرمرتبط تلقی کرد. اگر ضبط و مصادره اموال با لحاظ ضوابط یاد شده حقوق بین‌الملل صورت گیرد، آنگاه

عوامل مربوط به محیط زیست، بهداشت، مالیات و غیره به وسیله هر دولت مسئولی اعمال می‌شود و نتیجتاً متضمن قید پرداخت خسارت نیست.»

مشروعیت یا عدم مشروعیت مصادره از حیث قانون مناسب قرارداد موضوعیتی ندارد. بدین ترتیب، بحث⁵⁶ برمی‌گردد به اینکه این‌گونه نقض قرارداد را فی‌نفسه يك عمل غیرقانونی به‌شمار آوریم و در معنی آن را يك عمل مستقل غیرقانونی بین‌المللی بدانیم و یا در عوض، قانونی بودن عمل را با توجه به قانون داخلی مناسب يك شرط اضافی دیدگر برای مصادره قانونی محسوب کنیم.

توضیح دیگر موضوع این است که هرگاه اختلاف از مقوله مصادره خارج و موضوع دعوی يك نقض قراردادی صرف تلقی شود به نحوی که معمولاً در داوریهایی تجاری بین‌المللی مطرح می‌شود، در این صورت طبیعی است که احراز «نقض قرارداد» منتهی به جبران خسارت ناشی از این نقض خواهد شد که در نهایت به مراتب بیش از خسارتی است که به‌عنوان غرامت برای مصادره قانونی می‌توان انتظار آن را داشت.

56. برای توضیح جزئیات بیشتر این بحث رجوع شود به: Schwebel: "On whether the breach by a State of a Contract with an Alien is a Breach of International Law", in *Le Droit international à l'heure de sa codification, Essays in Honour of Roberto Ago* (1987), vol. 3, pp. 401-13.

3

پی آمدهای تفکیک بین ضبط قانونی و ضبط غیرقانونی اموال: تأثیر آن بر انواع مطالبه خسارت

در صورتی که آثار متفاوتی از ضبط قانونی و غیرقانونی ناشی نگردد تفکیک بین این دو بی معنی است و البته جای شگفتی خواهد بود اگر تفکیک بین این دو واجد آثاری نباشد. در واقع، رویه اینگونه نشان می دهد که این تفکیک بر طرق و انواع مطالبه خسارات که مدعی در اختیار دارد، اثر می گذارد که ذیلاً بدان می پردازیم.

الف. اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق⁵⁷
مدلول استدلال دیوان دائمی دادگستری بین المللی⁵⁸ در قضیه کارخانه خورژوف حاکی از آن است که پی آمد یک عمل غیرقانونی عبارت است از اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق به عنوان روش اصلی و

57. Restitutio in Integrum.

58. Permanent Court of International Justice.

اولیه جبران خسارت. پرداخت غرامت می‌تواند به‌عنوان روش ثانوی جبران خسارت، در صورتی‌که اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق ممکن نباشد، مورد استفاده واقع شود.⁵⁹

در پرونده «تگزاکو و لیبی»، دوپویی داور پرونده، از همین استدلال پیروی کرد «و اجرای خاص مورد تعهد» را با اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق یکسان فرض نمود.⁶⁰ اما لاگرگرن،⁶¹ داور پرونده «شرکت نفت بریتانیا (بی پی) و لیبی»،⁶² و نیز «محمصانی»، داور پرونده «لیامکو»،⁶³ این استدلال را رد کرده‌اند. به‌طوری‌که معلوم است، «اجرای خاص مورد

59. PCIJ, Series A. No. 17, p. 47.

Mann: "The Consequences of an International Wrong in International and National Law", this Year Book, 48 (1976-7), p. 1, at pp. 2-5.

60. رجوع کنید به: (1974), 53 ILR 389 at 497-508

دوپویی به‌علاوه به پرونده‌های زیر استناد کرد:

The Mavrommatis Jerusalem Concessions Case (1925), PCIJ, Series A, No. 5 at p. 51; the Temple of Preah Vihear Case, ICJ Reports, 1962, p. 6 at pp. 36-37; the Judgment of the Central American Court of Justice in El Salvador v. Nicaragua, American Journal of International Law, 11 (1917), p. 624 at p. 730.

همچنین رجوع شود به پرونده مارتینی (Martini) در مأخذ قبلی، جلد 25 (سال 1931)، صص 554 و 585، و نوشته‌های علمای حقوق.

61. Lagergren.

62. 53 ILR 296.

63. 62 ILR 140.

433 ❖ قراردادهای دولت با بیگانگان...

تعهد» در پرونده «تگزاکو و لیبی» هیچ‌گاه انجام نشد و سرانجام طرفین توافق کردند که غرامت پرداخت شود. تردید و تأملی را که در مورد امکان مطالبه خسارت به صورت اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق وجود دارد، می‌توان در رأی مربوط به پرونده «آمکو ایشیا کورپوریشن و اندونزی» مشاهده کرد. دیوان داوری رسیدگی‌کننده به پرونده مزبور با این اعاده مواجه بود که دولت اندونزی، به طور غیرقانونی، مجوز و پروانه سرمایه‌گذاری را که به شرکت آمکو به عنوان یک شرکت بیگانه اعطا شده بود، لغو کرده است. در رأی این پرونده آمده است:

«... بدیهی است که هیأت داوری نمی‌تواند خود را جانشین دولت اندونزی [خوانده] محسوب کند و عمل آن دولت در لغو پروانه سرمایه‌گذاری را کان لم یکن اعلام نماید و پروانه را برگرداند؛ حتی چنین درخواست و ادعاهایی مطرح نیز نشده است. تردید فراوانی وجود دارد که بتوان علیه یک

دولت حاکم به اعاده عین مال یا اعاده
وضع سابق حکم صادر کرد». ⁶⁴

البته، در بعضی موارد اعاده عین
مال یا اعاده وضع سابق محلی از اعراب
می‌یابد توقیف غیرقانونی کشتی، هواپیما
یا سایر لوازم و اموال عینی، ⁶⁵ یا
مواردی از قبیل اشغال غیرقانونی سرزمین
که می‌توان تقاضا کرد وضع به حالت اول
برگردد. ⁶⁶

اما در مواردی که ضبط اموال به
اکتشاف و استخراج از منابع طبیعی، در
قلمرو یک کشور مربوط می‌شود یا ناظر به

64. رجوع شود به:

ICSID Tribunal, award of 20 November 1984: International Legal Materials, 24 (1985), p. 1022 at para. 202.

همچنین رجوع کنید به حکم دیگر از ICSID (همان مأخذ، جلد
26 (سال 1987)، ص 668) در جایی که دیوان امکان اجرای
خاص مورد تعهد یک قرارداد امتیاز با لیبریا یا حتی
ارزش دستور موقت را مستثنی کرد و خود را محدود در
خسارت مالی نمود. برای بررسی کامل موارد رجوع کنید
به:

Gray: Judicial Remedies in International Law (1987), pp. 12-16.

65. Actual property.

66. بنابراین، لاگرگرن در پرونده «بی پی و لی بی» از
صدور دستور اعلامی بیان‌کننده حقوق طرفین، بر این اساس
که صدور چنین دستوری مشابه اجرای خاص مورد تعهد است،
خودداری کرد. همچنین به مأخذ مذکور در پانوش شماره 62
(صص 352-353) مراجعه شود.

435 ❖ قراردادهای دولت با بیگانگان...

عملیات واحد تجاری دیگری باشد که در داخل قلمرو وی فعالیت دارد، امکان اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق بسیار بعید است و معمولاً «اجرای خاص مورد تعهد» عملی نخواهد بود. به همین لحاظ، در چنین مواردی واقع‌بینانه آن است که مطالبه غرامت به‌عنوان جبران خسارت ارجح تلقی شود. با توجه به مراتب فوق می‌توان نتیجه‌گیری کرد که در چنین مواردی درخواست صدور حکم یک اعلامی که کاشف از حقی باشد که از قبل وجود داشته است، اصولاً باید در مرحله دوم اهمیت قرار گیرد.⁶⁷

ب. جبران خسارت یا غرامت

اگرچه در اکثر موارد صدور حکمی که متضمن محکومیت مالی و وجه نقد باشد

67. Schwebel: "Apeculations on Specific Performance of a Contract Between a State and a Foreign National", *The Rights and Duties of Private Investors Abroad* (1965), pp. 209-10.

مقاله مزبور مطرح می‌کند در جایی که دولت مصادره‌کننده نتواند زیانهای لازم را بپردازد، مطالبه خسارت نیز ممکن است به‌عنوان راه‌حل ثانوی جبران خسارت، مناسب باشد. رجوع شود به:

Higgins: "The Taking of Property by the State", *Recueil des cours*, 176 (1982-III), at p. 321.

هیگینز عملاً نتوانست به دلایلی دست یابد که هرگونه انتظار واقعی دایر بر اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق برآورده شود.

بیشتر عملی است اما از سوی دیگر اگر حکم داور بین ضبط اموال قانونی و غیرقانونی تفاوتی نگذارد، خود امری خلاف عقل سلیم خواهد بود. با تکیه به همین قاعده منبعت از عقل سلیم بوده که بسیاری از خواهانهای امریکایی که نزد دیوان داور طرح دعوی کرده اند چنین استدلال نمودند که بین ضبط اموال قانونی و غیرقانونی تفاوت وجود دارد. تفاوت در این واقعیت نهفته است که اگر ضبط اموال و مصادره غیرقانونی باشد دیوان میتواند آن را نادیده بگیرد و حکم به اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق بدهد (مانند حکم صادره در پرونده «تاپکو»)، یا اینکه با توجه به ارزش مال ضبط شده در تاریخ صدور حکم (چنانچه این ارزش بیشتر از ارزش مال به هنگام ضبط باشد) نسبت به صدور حکم اقدام کند. توجیه این به اصطلاح تفاوتها چندان قانع کننده به نظر نمی رسد. همان طور که پیش از این دیدیم، معمولاً اعاده عین مال یا اعاده وضع سابق غیرعملی است. به علاوه، به ندرت اتفاق می افتد که ارزش مال مورد ضبط پس از مصادره بیشتر شود. در عمل نیز در اکثر

دعاوی مربوط به مصادره اموال، مطروحه در دیوان داوری، مبلغ مورد ادعا به‌طور یکسان مطالبه شده است، اعم از اینکه ادعا ناشی از نقض قرارداد بوده باشد یا مصادره، و در هیچ‌کدام از دعاوی مذکور خواهانهای امریکایی برحسب اینکه مصادره اموال ایشان قانونی بوده یا غیرقانونی، غرامتهای متفاوتی را مطالبه نکرده‌اند. بدین‌ترتیب، خواهانهای امریکایی عملاً با مانع غیرقابل عبوری مواجه گردیدند و در نتیجه ناگزیر شدند بین آن دو تفاوتی به‌دست آورند و به دیوان ارائه دهند.

پیشتر بررسی رویه دولتها در موضوع مربوط به قراردادهای دولتی نشان داد⁶⁸ که تفاوت بین موارد ضبط اموال قانونی و غیرقانونی از نظر حقوق خصوصی امری بنیادی است. ضبط اموال یا نقض قرارداد به‌طور غیرقانونی ممکن است به حکم به پرداخت خسارات کلی منجمله از دست دادن منافع آتی مورد انتظار منجر شود؛ در صورتی‌که ضبط اموال قانونی، که براساس استیفای حق ممتاز دولت یا حق قانونی او انجام می‌شود، فقط با پرداخت غرامت

68. رجوع کنید به صفحات 388-390 مربوط به همین مقاله.

عادلانه شدنې است که طبعاً منافع آتی مورد انتظار را دربرنمی‌گیرد و با مفهوم و قلمرو «خسارت» تفاوت دارد.⁶⁹

بنابراین، می‌توان گفت مفهوم کلی غرامت - اعم از اینکه با اوصافی مانند «کامل»، «عادلانه»، «معقول»، «متناسب» یا هر چیز دیگر تعیین شود - فی‌نفسه مناسب نیست، بلکه آنچه باید انجام گیرد این است که به‌جای بحث از غرامت به‌طور مجرد و انتزاعی باید اجزای منافع و علایق گوناگون مدعی (یعنی رئوس ادعای او) به ریز درآید. در چنین حالتی معمولاً می‌توان مجموع اجزای ادعای مربوط به ضبط مال را در سه حوزه بررسی کرد.

1. داراییها، اعم از عینی یا مادی، یا داراییهای دینی (دفتری) از قبیل مطالبات و دیون نقدي

غرامت ضبط این قبیل داراییها معمولاً معادل ارزش آنهاست، اعم از اینکه ضبط

69. دیوان داورې دعاوي ایران - ایالات متحده تفاوت بین جبران خسارت و غرامت را در رأی پرونده زیر مورد تأکید قرار داده است:

Amoco International Finance Corp. v. Iran, Award No. 310-56-3, 14 July 1987, para. 194.

اموال قانوني باشد يا غيرقانوني.⁷⁰ بهترين استدلال براي توجيه غرامت معادل ارزش داراييها در مواردی که ضبط اموال قانوني بوده باشد، مبتني بر قاعده منع «دارا شدن غيرعادلانه» به وسيله دولت مصادره کننده است. ترديدي نيست که، به طريق اولي، در موارد ضبط اموال غيرقانوني و غيرموجه نيز بايد اين غرامت پرداخت شود.

بدیهي است اين سؤال باقي مي ماند که بهترين روش ارزيابي «داراييهاي مصادره شده» کدام است؟ داراييها معمولاً داراي «ارزش دفتری» هستند که ممکن است معادل قيمت خالص يا قيمت روز و يا قيمت مستهلك شده آنها باشد، و برحسب نوع دارايي ممکن است ارزش آن در طول زمان افزايش يا کاهش يابد.⁷¹ بدین ترتیب،

70. براي نمونه رجوع کنید به رأی صادره مورخ 12 آوریل 1987 توسط محمضاني (Mahmassani) دلار پرونده ليامکو، مندرج در 201 ILR 62: «... به آساني مي توان نتيجه گيري کرد که جبران خسارت (indemnity) بايد شامل ضرر بالفعل داراييها، تاسيسات و ساير مخارج متفرقه باشد». همچنين رجوع شود به:

Sedco v. Iran, Award No. ITL 59-129-3 (Chamber Three) of 27 March 1086.

71. در رأی پرونده زیر، هیئت داوری پرداخت «ارزش دفتری خالص» (net book value) اموال به عنوان غرامت را فقط در مواردی مناسب دانسته است که سرمایه گذاری جدید باشد،

قیمت زمین یا ساختمان ممکن است به‌نحو مطلوبی افزایش یابد، و در مقابل از ارزش ماشین‌آلات و کارخانه کاسته شود. همچنین، اگر قرار باشد که مالک خلع ید شده همان دارایی مصادره شده را جایگزین سازد، «ارزش جایگزینی» آن می‌تواند به‌عنوان معیار دیگری برای ارزشیابی به‌کار گرفته شود. با وجود مراتب فوق، هنوز مسائل ضمنی زیادی در این زمینه وجود دارد که حل آنها با متخصصان ارزش‌گذاری و حسابداران است، که دادگاهها نیز جهت حصول به یک رقم مناسب غالباً نظریه کارشناسی از این قبیل افراد می‌گیرد. ریشه مشکل اصلی بحث ما

زیرا در به‌عنوان غرامت را فقط در مواردی مناسب دانسته است که سرمایه‌گذاری جدید باشد، زیرا در چنین حالتی هزینه‌های اصلی و اولیه به قیمت جایگزینی اموال نزدیک است و ارزش دفتری آنها می‌تواند ملاک قرار گیرد. تفاوت قیمت بین این دو می‌تواند با به روز کردن قیمت‌ها تطبیق و تصفیه گردد:

Kuwait v. Aminoil, International Legal Materials, 21 (1982), p. 976 at pp. 1038-9

بنابراین، عامل اصلی که هیئت داوران پرونده مذکور را تحت تأثیر قرار داده و به چنین نظر و رأی رسانده، آن بوده است که طبق قرارداد مقرر بوده در پایان مدت قرارداد حق‌الامتیاز، اموال مربوط بدون هیچ‌گونه هزینه اضافی متعلق به کویت باشد. مع‌ذک، هیئت داوران برای دارایی‌های ثابت، ضابطه «ارزش جایگزینی مستهلک شده» (depreciated replacement value) را ملاک عمل قرار داده است بدون اینکه توضیحی در مورد آن بدهد.

441 ❖ قراردادهای دولت با بیگانگان...

هنوز در این نکته نیست و باید آن را در جاهای دیگر جستجو کرد.

2. بهره ارزش داراییها

دادگاهها عموماً بهره ارزش داراییها برای يك دوره زمانی از تاریخ ضبط مال تا تاریخ حکم یا اجرای آن را مورد حکم قرار می‌دهند. منطق این امر کاملاً توجیه‌پذیر است، زیرا صاحب مال از تاریخ ضبط مال از ارزش دارایی‌اش محروم شده است و چنانچه مال به‌عنوان «سرمایه‌ای»⁷² تلقی گردد که از آن پس مالک قادر به کسب درآمد از آن نیست، دارنده آن استحقاق دریافت بهره چنین سرمایه‌ای را نیز دارد. برای مثال، دیوان داوری در سالهای 1982—1983 معمولاً با بهره منصفانه‌ای به نرخ 10 تا 12 درصد در سال مبادرت به صدور رأی نموده است.⁷³

72. Capital.

73. رجوع شود به:

Stewart and Sherman: "Developments at the Iran-United States Claims Tribunal: 1981-1983", Virginia Journal of International Law, 24 (1984), p. 1 at pp. 35-6. In *Starrett Housing Corp. v. Iran*, Award No. 314-24-1 (Chamber One), of August 1987.

دیوان در پرونده استارت به بهره با نرخ 8/5 درصد حکم داد که منجر به مخالفت قاضی امریکایی هولتزمن (Holtzman) شد. وی در نظر مخالفش (dissenting opinion) به بهره با

با وجود این، منطقی به نظر می‌رسد که رأی به بهره باید بدون محاسبه عدم النفع یا حتی بدون محاسبه «عنصر تورم»⁷⁴ در دوره زمانی ذی‌ربط باشد. توجیه چنین نظری این است که «دارایی» را یا باید از نظر مفهوم به‌عنوان «سرمایه» به حساب آورد که بهره‌زاست (بهره‌ای به نرخ رایج بازار که با نرخ تورم تطابق داشته باشد) و یا به‌عنوان «دارایی» مورد استفاده و بهره‌برداری بوده است که امکان تحصیل منفعت از آن می‌رود؛ اما جمع هر دو صفت با هم ممکن نیست، چرا که نمی‌توان دارایی را در یک زمان به‌عنوان سرمایه‌ای که بهره کسب می‌کند و در عین حال سودزاست، محسوب داشت.

از این‌رو، حکم صادره در پرونده «کویت و امینویل»⁷⁵ جلب توجه می‌کند. در

نرخ بیشتر و حتی بهره مرکب معتقد بود. حکم به بهره با نرخ مرکب در واقع طرفداران زیادی ندارد.
رجوع کنید به:

Whiteman: Damages in Interantional Law, vol. 3, pp. 1997-2003.

همچنین رویه دیوان مبني بر نپذیرفتن بهره مرکب در حکم زیر متجلی است:

Sylvania Technical Systems v. Iran Award No. 180-64-1, 27 June 1985.

74. Inflation factor.

75. International Legal Materials, 21 (1982), p. 976 at p. 1041, para. 176(2).

پرونده مزبور دیوان داوری نرخ بهره‌ای معادل 7/5 درصد و نرخ تورمی معادل 10 درصد را در حکم خود منظور کرد، یعنی ظاهراً عامل مشابهی [بهره - تورم] را دوبار اعمال و محاسبه کرده است. اینکه علاوه بر بهره و نرخ تورم، دیوان «عدم النفع» (یعنی رأی به غرامت با محاسبه و اعمال همان عامل برای سومین بار) را نیز مورد رأی قرار داده باشد، به جای خود مشاجره انگیزتر خواهد بود؛ اما این مطلبی نیست که بتوان فعلاً بدان پرداخت، چرا که آن قسمت از رأی که به این موضوع مربوط می‌شود، گنگ و پیچیده است.⁷⁶

76. رجوع شود به:

Teson: "State Contracts Oil Expropriations: The Aminoil-Kuwait Arbitration", Virginia Journal of International Law, 24 (1984), p. 323 at pp. 357-8.

تسن، نویسنده مقاله فوق، معتقد است که تقویت سودهای آتی مبنای جبران خسارت است. نویسندگان دیگری چون یونگ (Young) و اوون (Owen) در مقاله "Valuation Aspects of the Aminoil Award" چاپ شده در کتاب "Valuation of Nationalized Property in International Law (vol. 4, 1987, pp. 3-30) (ویرایش شده توسط لیلیج) نظر می‌دهند که [در رأی امینویل] مبنای پرداخت غرامت، دو عامل ضرر مسلم و عدم النفع بود که در واقع روش «ارزش مؤسسه دایر» را مورد تأیید قرار داد. این نظر نه تنها با رد صریح روش تنزیل جریان نقدینه (Discounted Cash Flow) توسط دیوان بلکه با ارقام نیز مطابقت ندارد (خواسته پرونده امینویل برای ارزش مؤسسه دایر مبلغی در حدود 2/5

3. تقویت سودهای آتی (عدم النفع)⁷⁷

مهمترین اثر تفکیک بنیادین بین ضبط اموال قانونی و غیرقانونی در مسئله عدم النفع هویدا می‌شود. زیرا به موجب یک قاعده و اصل کلی که مورد اعتقاد همگان است، درحالی‌که عدم النفع ناظر به سودهای آتی، در اقدامات غیرقانونی بخشی از خسارات کلی و عمومی است در ضبط قانونی اموال بخشی از غرامت نخواهد بود و در نتیجه اختصاص به انواع مصادره غیرقانونی دارد.⁷⁸ این موضع مسلم حقوق ایالات

میلیارد دلار بود که میزان به مبلغ 206 میلیون دلار حکم داد).

77. Loss of future profits (lucrum cessans).

78. حتی در این مورد، لازمه جبران عدم النفع این است که ضررها، نظری و اجمالی نباشد. بر این اساس، مسئله جبران مکرراً توسط دیوانهای داوری رد شده است. رجوع کنید به:

The de Caro case, Italy/Venezuela Claims Commission, Reports of International Arbitral Awards, vol. 10, p. 642; the Valentiner case, Germany Venezuela Claims Commission.

همچنین، برای مواردی که مدت منافع از دست رفته کوتاه است و ضررها تا حدی با واقعیت تطبیق دارد، رجوع کنید به پرونده May، «ایالات متحده و گواتمالا» (همان مأخذ، جلد 15، صص 55 و 72) که در آن فقط شش ماه به پایان قرارداد مانده بود و لذا سودهای آتی محاسبه و حکم داده شد. تعدادی از عهدنامه‌ها حکم به تقویت سودهای آتی را ممنوع کردند. برای نمونه رجوع کنید به عهدنامه برلین منعقد شده بین ایالات متحده در آلمان در پرونده Robert

قراردادهای دولت با بیگانگان... ❖ 445

متحده در رابطه با فسخ قانوني قراردادهاي دولتي است، اعم از اينکه مستند به شرط «فسخ يکطرفه» باشد يا مطابق قانون خاص صورت گرفته باشد.⁷⁹ البته، اين نکته قابل توجه است که تفکيک بين ضبط اموال قانوني و غيرقانوني که در حقوق ايالات متحده جنبه بنيادي دارد، در نظرها و مواضع معاصر امريکايها در زمينه مسائل حقوق بين الملل نادیده انگاشته مي شود.⁸⁰ با وجود اين، شايد بتوان گفت که اين مهم با تکرار و درج شرط «غرامت کامل»، صرفنظر از اينکه مصادره قانوني بوده باشد يا غيرقانوني، مورد توجه امريکايها واقع شده است. در مواردی که بين امريکا و کشورهاي ديگر عهدنامه اي وجود داشته که به موجب آن حق مصادره يا ملي کردن اموال اتباع امريکا در خاک کشور طرف مقابل عهدنامه شناخته شده است (و اينگونه فرض مي شود که چنين

Davie Trudgett، همان مأخذ، ص 60 و نيز پرونده Vinland (سال 1925)، تصميم اداري شماره 7، همان مأخذ، صص 203-204.
79. رجوع شود به صفحات 390-392 مجله مربوط به همين مقاله.

80. رجوع شود به:

US Restatement, s. 712, Comment(d).

مصادره اي قانوني خواهد بود)، شرط غرامت کامل را در عهدنامه قيد کرده اند. بنابراین، مسئله تفکیک بین انواع مصادره از این طریق نیز مورد توجه و رعایت امریکایی‌ها قرار گرفته و از آن غفلت نشده است. به‌عنوان مثال، بند 2 ماده 4 عهدنامه مودت 1955 [1334 شمسی] ایران و امریکا مشعر بر این است که:

«... اموال جز به منظور نفع عمومی آن هم بدون پرداخت غرامت عادلانه گرفته نخواهد شد. غرامت مزبور باید وجه مؤثري قابل تحقق باشد و به‌نحو کامل معادل مالي خواهد بود که گرفته شده است...».

دیوان داوری در پرونده «اي. ان. ا. و جمهوری اسلامی ایران»⁸¹ به این نتیجه

81. رجوع شود به:

Award No. 184-161-1, 13 August 1985.

و همچنین، برای اثر مشابه رجوع شود به:

Sola Tiles, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, Award No. 298-317-1 (22 April 1987), at pp. 15-16.

در پرونده مزبور دیوان چنین نظر داد: «دیوان نتیجه‌گیری کرده که ضابطه پرداخت غرامت در این پرونده، چه به موجب قواعد عرفی و چه با اعمال مستقیم خود عهدنامه مودت، یکسان است؛ بنابراین، لزومی ندارد که

قراردادهای دولت با بیگانگان... ❖ 447

رسیده است که این ماده در صدد وضع ضابطه بیشتر و وسیع‌تر در عهدنامه نیست بلکه مقصود آن رعایت ضوابط حقوق بین‌الملل عرفی در مورد غرامت است. البته، این نکته بحث ما را روشن‌تر نمی‌کند و آن را از جایی که هست جلوتر نمی‌برد، چون این سؤال باقی می‌ماند که منظور از عباراتی از قبیل «غرامت عادلانه» یا «غرامت معادل کامل مال» که در ماده مزبور آمده است یعنی چه؟

در پرونده‌های متعدد نزد دیوان داور، خواهان‌های امریکایی استدلال کرده‌اند که اعم از اینکه مصادره اموال آنها مطابق حقوق بین‌الملل قانونی بوده باشد یا غیرقانونی، براساس عهدنامه مودت 1955 ایران و امریکا و نیز طبق حقوق بین‌الملل عرفی، مستحق دریافت «ارزش کامل» اموال که بر مبنای «ارزش مؤسسه دایر» ارزیابی شده باشد، هستند.⁸² این بدان معنی است که آنها نه

راجع به قابلیت یا عدم قابلیت اعمال عهدنامه یا مبنای اعمال آن در این پرونده تصمیم گرفته شود». 82. برای کسب آگاهی روشن از موضع ایالات متحده، رجوع شود به:

تنها مدعي ارزش کامل مال هستند بلکه در قبال از دست دادن سودهاي آتي که معمولاً براساس روش «تنزیل جریان نقدینه» محاسبه کرده اند نیز ادعای دریافت غرامت دارند.⁸³

Clagett: "Just Compensation in International Law: The Issues before the Iran-US Claims Tribunal" in Lillich (ed.). *The Valuation of Nationalized Property in International Law*, vol. 4 (1987), pp. 31-97.

83. برای ملاحظه بحث تفصیلی درخصوص روش ارزیابی براساس «تنزیل جریان نقدینه» (Discounted Cash Flow) رجوع کنید به: Starrett Housing Corp. v. Iran, Award No. 314-241-1, 14 August 1987.

اساساً روش مزبور زمانی که به کار برده می‌شود که نتوان ارزش عادلانه بازار را از ارزش سهام یا قیمت واقعی که برای خرید سهام پیشنهاد می‌شود، به دست آورد. منظور از اعمال این روش، تخمین آن چیزی است که می‌توان انتظار داشت خریدار بابت این داد و ستد بپردازد. چنین تخمینی مستلزم دو عامل است:

(1) برآورد درآمدهای مورد انتظار در بقیه عمر اموال یا مدت منقضی نشده یک قرارداد اجاره یا امتیاز که «به ارزش خالص نقدینگی آتی» (Future net cash flow) معروف است، و

(2) تعیین نرخ تنزیل مناسب، برای تبدیل جریان نقدینه آتی که مورد پیش بینی قرار گرفته است به «ارزش فعلی» آن.

عامل اول ابهاماتی را داراست، زیرا که میزان قابلیت سودهی را به طور قطع نمی‌توان پیش‌بینی کرد. عامل دوم نیز حاکی از وجود عنصر تعیین یا تصور برای نرخ تنزیل معین است که به احتمال ریسک، تورم و «نرخ واقعی بهره» در آینده بستگی دارد. بدین ترتیب، داراییهای همراه با ریسک زیاد با نرخ بیشتری تنزیل می‌شوند تا ارزش فعلی کمتری را نشان دهند. در پرونده «استارت هاوژینگ» دیوان آن عوام ابهام را در نظر نگرفت و این امر بدین معنی است که تعیین خسارات، تصوری خواهد بود و مسلماً چنین نظری با قاعده کلی مربوط به تعیین خسارات متصور

449 ❖ قراردادهای دولت با بیگانگان...

بدین ترتیب، مطالبه سودهای آتی - اعم از اینکه با ارزش «ارزش مؤسسه دایر» یا به طرق دیگر مورد نظر باشد - موضوع اصلی است و از جنبه مالی تفاوت بسیار زیادی خواهد داشت. علی‌هذا، سودمند خواهد بود که در اینجا مروری داشته باشیم بر سوابق و «رویه‌های» گوناگونی که ما را در تنظیم قواعد مربوط به حقوق بین‌الملل عرفی در این زمینه کمک کند.

3-1- رویه‌های مبتنی بر عهدنامه‌ها

3-1-1- عهدنامه‌های سرمایه‌گذاری:

درخصوص قاعده جبران خسارت، خواهانهای امریکایی که در دیوان داوری ایران و امریکا طرح دعوی کرده‌اند، چنین استدلال نموده‌اند که بیش از یکصد و پنجاه فقره

مغایر است. لیکن سایر دیوانهای داوری به جهت غیرمتناسب بودن، از اعمال روش «تنزیل جریان نقدینه» امتناع ورزیدند. برای مثال رجوع کنید به:

Kuwait v. Aminoil, International Legal Materials, 21 (1982) pp. 976-1053 at paras. 154, 167-71.

در پرونده امینویل، دیوان از اعمال روش مذکور خودداری ورزید و در مقابل، نظریه «نرخ معقول سوددهی» را پذیرفت.

عهدنامه سرمایه‌گذاری که بین بیش از هشتاد دولت منعقد و امضا شده است، از روش محاسبه غرامت براساس استانداردها و ضابطه‌ای که به‌عنوان «غرامت عادلانه، کامل، معادل و مناسب» شناخته و توصیف گردیده، استفاده شده است. به‌نظر خواهانهای مزبور این ضابطه، ضابطه‌ای مناسب برای تعیین غرامت به‌موجب حقوق بین‌الملل عرفی است، حتی در مواردی که ملی‌کردن یا مصادره اموال خارجی‌ان قانونی و موجه بوده باشد.⁸⁴ حتی اگر بپذیریم که مواد و مفاد چنین عهدنامه‌هایی قواعد حقوق بین‌الملل عرفی را منعکس می‌سازد، اشکال وارد بر این استدلال آن است که کلیه نکات و مسائل مزبور نامشخص باقی مانده است، زیرا استدلال مذکور صراحتاً به مسئله از دست دادن سودهای آتی یا ارزیابی براساس «ارزش مؤسسه دایر» اشاره نمی‌کند. شواهدی وجود ندارد که دولتها تاکنون در جریان اجرا و به‌کارگیری مفاهیم و ضوابط

84. براوئر (Brower) قاضی امریکایی و از اعضای سابق دیوان داورى دعاوى ایران - ایالات متحده، بحث معیار مناسب پرداخت غرامت را در پرونده «سدکو» پذیرفت (رک. مأخذ پانوشت شماره 70).

مبهم فوق‌الذکر، دعاوی ناشی از غرامت را براساس «ارزش مؤسسه دایر» یا طرق دیگری که مشتمل بر جبران خسارت ناشی از سوده‌های آتی باشد حل و فصل کرده باشند.

3-1-2_ موافقتنامه‌های حل و فصل دعاوی:

تا جایی‌که به موافقتنامه‌های حل و فصل دعاوی به صورت موافقتنامه‌های مقطوع و یکجا مربوط می‌شود، در بسیاری از آنها که بعد از 1945 منعقد شده‌اند، پرداخت رقمی از 10 تا 90 درصد ارزش اموال مصادره شده قید گردیده و هرگز به روش «ارزش مؤسسه دایر» توجهی نشده است.⁸⁵ با وجود این، دیوان داوری در رأی صادره در پرونده «سدکو» ارزش این موافقتنامه‌ها را مورد تردید قرار داده و در عوض سایر روش‌های حل و فصل و پرداخت غرامت را، که بین دولتها و شرکتهای خارجی مورد مذاکره و عمل قرار می‌گیرد، پذیرفته است. رأی مذکور درخصوص موافقتنامه‌های حل و فصل مقطوع چنین اظهار داشته است:

85. رجوع کنید به:

Lillich and Weston: International Claims: Their Settlement by Lump Sum Agreements (1975), Pts. I and II Passim.

«هر دو نوع توافق می‌تواند آنچنان ملهم از ملاحظات غیرحقوقی از قبیل تجدید روابط سیاسی و تجاری باشد که بسیار دشوار است از آنها به‌نظر حقوقی متداول رسید و قاطعانه نظر داد که دولتهای مصالحه‌کننده، محتوای این‌گونه مصالحه‌ها را از لحاظ مقررات حقوق بین‌الملل الزامی شمرده‌اند. دیوان بین‌المللی دادگستری و دیوانهای داوری بین‌المللی، ارزش این قبیل مصالحه‌ها را به‌عنوان دلیل و مدرک عرف حقوقی، به‌طور جدی مورد شک و تردید قرار داده‌اند. همان‌گونه که دیوان داوری در قالب دیگری بیان کرده موافقتنامه‌های حل و فصل برای ملاحظات مبتنی است که غالباً شامل عناصری غیر از عناصر حقوقی است. پرونده «ایالات متحده آمریکا و جمهوری اسلامی ایران»، تصمیم شماره 8 — الف/1 دیوان عمومی (14 اردیبهشت 1361) ... هر دو نوع توافق تا حدودی متضمن چانه زدن در زمینه و

شرایطی است که نظر حقوقی متداول⁸⁶ با

آن بیگانه است»⁸⁷.

البته، این بدان معنی است که انبوه رویه‌های دولتها در این مورد، به‌میزان معتنابهی نادیده انگاشته شده است، از جمله بسیاری از مصالحه‌های داوطلبانه یا مورد توافق در صنعت نفت که به‌موجب آن دولت ذی‌ربط سهم مشارکت خود را در قرارداد حق‌الامتیاز، پروانه‌های تولید، یا مشارکت و نظایر آن افزایش داده و در نتیجه از مزایایی که شرکتهای خارجی در قلمروشان برخوردار بودند، بهره برده است. در واقع، در تمام این موارد قیمت سهامی که دولت به خود اختصاص داده براساس ارزش اموال یا ارزش دفتری بوده است.⁸⁸

86. *Opinio Juris.*

87. در این خصوص، شاهد مثالهای دیوان بین‌المللی دادگستری (International Court of Justice) و دیوانهای داوری پرونده‌های زیر بودند:

Barcelona Traction (Belgium v. Spain), ICJ Reports, 1970, p. 3 at p. 40 (Judgment of 5 February 1970); and to Kuwait v. American Independent Oil Company (Aminoil), paras. 156-7 (Reuter, Sutlan and Fitzmaurice, arbitrators, award of 24 March 1982), International Legal Materials, 21 (1982), p. 973 at p. 1036.

88. برای مثال رجوع شود به:

The 1972 General Agreement on Participation (in which the Gulf States acquired participation rights rising to %51); the 1972 Iraqi nationalization of IPC; the 1973 Sales and Purchase Agreement between Iran and the Consortium members; the 1972-3 Libyan acquisitions of %50

لیکن بسیاری از عهدنامه‌ها یا سایر رویه‌های مورد عمل بین دولتها به عناصری غیر از عناصر و مبانی حقوقی متکی است، زیرا اگر قرار می‌شد رویه‌های دولتها الزاماً از نفوذ و تأثیر عواملی غیر از عناصر حقوقی برکنار بماند، آنگاه شواهد کمی از رویه دولتها در زمینه‌های مختلف باقی می‌ماند که بتواند به‌عنوان نشانه‌ای از عرف مورد عمل آنها به‌کار آید. بنابراین، دیوان داوران ایران و امریکا عملاً کلیه رویه‌ها به‌غیر از تصمیمات داوران یا قضایی را رد کرده است. از این‌رو لیلیچ و وستون،⁸⁹ دو حقوقدان

of the equity of AGIP, Occidental, Amerada Hess, Exxon, Mobil; the 1974 Kuwait acquisition of %50 of the KOC; the 1975 Venezuelan oil nationalization.

همچنین، قاضی براونر، «ارزش دفتری خالص را به‌عنوان بیان عملی پرداخت غرامت، کافی تلقی کرد که در اکثر و فصلها ... در سالهای اخیر منعکس است»:
"Recent Developments in the International Law of Expropriation and Compensations", The Southwestern Legal Foundation (1975), p. 153.

89. رجوع کنید به:

Lillich, Weston: "Lump-sum Agreements: their Continuing Contribution on the Law of International Claims", American Journal of International Law, 82 (1988), pp. 69-78.

دالزر (Dolzer) نیز با لیلیچ و وستون هم عقیده است و مقاله‌ای تحت عنوان "New Foundations of the Law of Expropriation of Alien Property" دارد که در همان مأخذ (جلد 75، سال 1981، صص 560-559) منعکس است، و همچنین مقاله‌ای (Compensation for Expropriation) از شاکتر (Schachter) که در همان مأخذ، (جلد 78، سال 1984، صص 121 و 126) به چاپ رسیده است.

455 ❖ قراردادهای دولت با بیگانگان...

برجسته امریکایی، اخیراً در یکی از نوشته‌های خود گفته‌اند که باید به مصالحه‌هایی که براساس مبلغی مقطوع صورت می‌گیرد اهمیت بیشتری داده شود؛ موافقتنامه‌هایی که خود بهترین دلیل و شاهد است بر ضوابط تعیین غرامت که عموماً در رویه دولت‌ها پذیرفته شده است. این دو نویسنده آشکارا از موضع داوران امریکایی دیوان داوری انتقاد کرده‌اند، زیرا آنها در ترغیب دیوان بر رد دلایل ناظر بر اجتماع و اتفاق نظر در مورد نحوه غرامت، که در موافقتنامه‌های حل و فصل مقطوع آمده است، نقش اساسی داشتند.

3-2. تصمیمات قضایی یا داوری

3-2-1- احکام ناظر بر مصادره

غیرقانونی: برخی از احکام قدیمی‌تر که در این زمینه صادر شده، بسیار مفید است. پاره‌ای از این احکام منافع آتی را مستثنی می‌کند، بر این اساس که هرگونه ارزیابی خسارات در این مورد، صرفاً نظری خواهد بود.⁹⁰ بعضی دیگر از احکام مذکور

90. برای مثال رجوع کنید به پرونده‌های زیر:

به این دلیل که موافقتنامه حل و فصل دعاوی اجازه صدور حکم به غرامت بابت «سودهای آتی» را نداده، آن را مردود دانسته است.⁹¹ در هرحال، به طوری که بعداً خواهیم دید، تمایل چندانی وجود ندارد که موارد ساده نقض قرارداد⁹² با مصادره کلی یا ملی کردن اموال که براساس سیاسی ملی جامعه و مصالح عامه صورت گرفته یکسان تلقی شود و از آنجا که بسیاری از این دعاوی مربوط به نقض قرارداد بوده لذا اهمیت قیاسی آنها بسیار محدود است.

لذا ضروری است که احکام داوری یا قضایی که به زمان معاصر نزدیکتر است دقیقاً مورد بررسی قرار گیرد. در این

The De Caro case, Italy/Venezuela Claims Commission, Reports of International Arbitral Awards, vol. 10, p. 642; the Valentiner case, Germany/Venezuela Claims Commission, 10 ILR, pp. 403-4; The Rudloff case, US/Venezuela Claims Commission, 9 ILR, pp. 258-9.

91. برای نمونه رجوع شود به:

The Vinland case (1925), Administrative Decision No. VII US/Germany, 7 ILR, pp. 203-4, and Report Davie Trudgett, 7 ILR, p. 6.

تصمیم اداری فوق، عهدنامه برلین را چنین تفسیر کرده که عامل محدودیت تعهد آلمان نسبت به پرداخت غرامت بابت زیانهای وارده است.

92. پرونده زیر در این طبقه‌بندی قرار می‌گیرد:

Delagoa Bay Railway Company case (1900) British Digest of International Law, vol. 5, p. 535.

دولت پرتغال با استناد به نقض ادعایی امتیاز توسط شرکت مورد بحث، آن را فسخ کرد که دیوان این اقدام دولت پرتغال را بی‌اساس خواند.

457 ❖ قراردادهای دولت با بیگانگان...

میان، پرونده «کارخانه خورژوف»⁹³ از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است، زیرا در احکام صادره از دیوان داوران ایران و امریکا کراراً مورد تأکید قرار گرفته است. موضوع راجع است به ضبط غیرقانونی یک کارخانه آلمانی تولید نیترات توسط دولت لهستان که به استناد تفسیر نادرست ماده 256 عهدنامه ورسای⁹⁴ در مورد روابط بین دولتها در مورد خسارات جنگی صورت گرفته بود. نکات جالب توجه و بااهمیت رأی صادره در این قضیه ناشی از «قرار کارشناسی» است که دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی برای تحقیق کارشناسی از حیث تعیین ارزش مؤسسه تدوین کرده است. «قرار کارشناسی» مذکور چنین مقرر داشته است:

«2- تحقیق کارشناس باید به موارد زیر مربوط گردد:

اول. الف - در تاریخ سوم ژوئیه 1922 ارزش مؤسسه مربوط به کارخانه تولید محصولات نیترات واقع در منطقه خورژوف سیلیسیای علیای لهستان⁹⁵ با فرض اینکه

93. PICJ, Series A. No. 17 (1928).

94. Treaty of Versailles.

95. Chorzów in Polish Upper Silesia.

این موسسه (از جمله زمین، ساختمان، تجهیزات، موجودی کالا و قراردادهای خرید و فروش، سرقفلی و دورنمای آتی آن) در تاریخ یاد شده در مالکیت «بایریش» و «اوبریشکی استیکستف» باقی می‌ماند، به مارک رایج آلمان چه بوده است؟

ب - نتایج مالی ناشی از این موسسه (اعم از سود یا زیان) در فاصله بین سوم ژوئیه 1922 تا زمان حکم حاضر، با فرض اینکه این موسسه در مالکیت شرکتهای مذکور باقی می‌ماند، به مارک رایج آلمان چه مقدار می‌توانست باشد؟

دوم - در زمان حکم حاضر ارزش همان موسسه (خورژوف) در صورتی که این موسسه (از جمله زمین، ساختمان، تجهیزات، موجودی کالا، قراردادهای خرید و فروش، سرقفلی و دورنمای آتی آن) در مالکیت بایریش و اوبریشکی استیکستف باقی می‌ماند و عمدتاً همان موسسه‌ای بود که در سال 1922 بوده و یا اینکه متناسب با دیگر مؤسسات مشابه تحت کنترل بایریش، به‌عنوان مثال موسسه‌ای که کارخانه اش در «پیس‌تریتز» واقع است،

قراردادهای دولت با بیگانگان... ❖ 459

توسعه پیدا کرده بود، به مارک رایج
آلمان چه مقدار می‌توانست باشد؟

در رأی پرونده «آموکو اینترنشنال
فایننس و ایران»،⁹⁶ که در شعبه سوم
دیوان داور به ریاست ویرالی در تاریخ
14 ژوئیه 1987 صادر گردیده، پرونده
کارخانه خورژوف به‌عنوان یک مأخذ در
موارد زیر مورد اشاره واقع شده است:

1. بین مصادره‌های قانونی و
غیرقانونی تمایز کامل باید
باشد.⁹⁷

2. در حقوق بین‌الملل در موارد
مصادره‌های غیرقانونی، اعاده عین
باید صورت گیرد و یا اگر این
امر امکان‌پذیر نباشد، باید
معادل نقدي آن پرداخت شود.⁹⁸

3. در موارد مصادره قانونی باید
«گرامت عادلانه» یا «قیمت

96. حکم جزئی شماره 3_56_310.

97. همان، بند 192.

98. بند 193.

منصفانه» آنچه که صادره شده
است، پرداخت گردد.⁹⁹

شعبه سوم، رأی پرونده «کارخانه
خورژوف» را رهنمود مفیدی برای تعیین
آثار حاصل از تفکیک بین صادره قانونی
و غیرقانونی یافته است:

«تفاوت در اینجاست که اگر صادره
قانونی باشد، ارزش مؤسسه بازرگانی در
موقع صادره ضابطه و میزان غرامت
محسوب می‌شود؛ حال آنکه اگر صادره
غیرقانونی باشد، این ارزش فقط بخشی
از غرامت قابل پرداخت است یا امکان
دارد باشد».¹⁰⁰

دیگر عناصر خساراتی که باید از
ازای صادره غیرقانونی پرداخت شود از
دو نوع متفاوت روشهای برآوردی که در
سؤالهای اول و دوم قرار کارشناسی دیوان
دائمی دادگستری بین‌المللی در «پرونده
خورژوف» منعکس شده است، به دست می‌آید.
روش اول (بند اول قرار کارشناسی) دو

99. همان.

100. بند 197.

عنصر ارزش در زمان مصادره و عدم النفع تا تاریخ صدور حکم را مشخص می‌کند. بنابراین، عنصر «ارزش مال» فی‌نفسه دربرگیرنده عدم النفع نیست بلکه عنصری جداگانه و ثانوی است. به این ترتیب، عنصر «ارزش مال» محدود است به اموال عینی، حقوق قراردادی و سایر حقوق غیرملموس (از قبیل حسن شهرت بازرگانی یا «دورنمای تجاری» ولی نه منافع آتی) که آنها «ضرر بالفعل»¹⁰¹ گوئیم. عنصر عدم النفع یا منافع آتی، به‌طور جداگانه در قسمت دوم از بند اول قرار کارشناسی بررسی می‌شود و محدود است به منافع تا زمان صدور حکم.¹⁰²

روش دوم ارزیابی (بند دوم قرار کارشناسی) دقیقاً از همان اجزای تشکیل شده است، ولی با این فرض که تا زمان صدور حکم، صاحبان اصلی مالک اموال بوده‌اند. اما در اینجا نیز سودهای حاصله - اعم از سود واقعی یا مفروض در ارزش مؤسسه - فقط شامل سودهای حاصله تا زمان صدور حکم خواهد بود.¹⁰³

101. Damnum emergens.

102. بندهای 200-203.

103. بند 204.

خلاصه مطلب آن است که، حتی در موارد مصادره غیرقانونی، منافع مال مصادره شده فقط برای مدت نسبتاً کوتاهی، یعنی تا زمان صدور حکم، قابل تأمین و وصول است.¹⁰⁴ نتیجتاً، در مصادره‌های قانونی، پرداخت غرامت براساس روش «ارزش مؤسسه دایر» که مستلزم ارزیابی سودهای آتی درازمدت است (اگرچه با روش «تنزیل جریان نقدینه» کاهش یابد) نامناسب و بی‌مورد به نظر می‌رسد.

در دیگر موارد مصادره غیرقانونی نیز همین نظریه معتبر خواهد بود، مشروط بر آنکه مصادره در راستای سیاست کلی ملی کردن صورت گیرد نه به صورت مصادره موردی و خاص.¹⁰⁵ این شرط هم به طوری که خواهیم دید دارای اهمیت است. در پرونده «لنا گلدفیلدز»¹⁰⁶ هیئت داوران به جای خسارت ناشی از نقض

104. بند 205.

105. رجوع کنید به:

Lighthouses arbitration (France/Greece, 1956), 23 ILR 299.

توجه داشته باشید که داوران لایت هاووز، یک مورد جانشینی دولتی بود تا مصادره. پرونده زیر از موارد تصرف و توقیف غیرقانونی کشتی در زمان جنگ بود:

The Norwegian Shipowners case, 1922, Reports of International Arbitral Awards, vol. 1, p. 307.

106. رجوع شود به:

Lena Goldfields, (1930), Whiteman: Damages in International Law, vol. 3, p. 1738.

❖ 463 قراردادهای دولت با بیگانگان...

قرارداد (از جمله عدم النفع)، ارزش روز
حق الامتياز موضوع قرارداد را به عنوان
مبنای صحیح ارزیابی و تعیین غرامت ملك
عمل قرار داده است. در پرونده
«سافیر»¹⁰⁷ بر اساس نصفت و انصاف
تصمیم‌گیری شد که هیچ وقت به اجرا
درنیامد (و در واقع به وسیله محاکم
ایران نقض گردید). پرونده های «تاپکو»¹⁰⁸
و «بی پی و لیبی»¹⁰⁹ حکایت از وجود
اختلاف نظر بین دوپویی (داور پرونده بی
پی) می‌کند در خصوص اینکه آیا اعاده عین
مال یا اعاده وضع سابق (لغو مصادره)
معیار قابل اجرا هست یا نه. به هر حال،
در هیچ یک از این دو پرونده داوران به
تعیین ارزش واقعی خسارات اقدام
نکرده اند. در پرونده «ا.جی.آی.پی. و
کنگو»¹¹⁰ فرانسه غرامت عدم النفع مطالبه
کرد و به نشانه اینکه عدم النفع مورد

در پرونده مزبور، اتحاد جماهیر شوروی حکم را نپذیرفت
و نهایتاً خواهان به میزان ارزش سرمایه اش راضی شد.

107. *Sapphire International Petroleum Ltd. v. NIOC* (award of Cavin, 15 March 1953); 35 ILR 136, 186.

108. *Texaco Overseas Petroleum v. Libya* (award of Dupuy, 19 January 1979): 53 ILR 389.

109. *BP Exploration Co. v. Libya* (award of Lagergren, 1 August 1974): 53 ILR 297.

110. *AGIP Co. v. People's Republic of Congo* (award of 30 November 1979, ICSID): *International Legal Materials*, 21 (1982), p. 729.

حکم واقع شده يك فرانك مورد حکم قرار گرفت. در پرونده «بنه ونوتي - بونفان و کنگو»¹¹¹ ادعای مطرح شده بیشتر ناظر به مطالبه سود سهامی بود که می‌بایست در گذشته پرداخت می‌شد تا سود آتی سهام.

حال، به بحث اصلی خود برگردیم و ببینیم مبنا و شرط لازم برای تفکیک بین مصادره قانونی و غیرقانونی کدام است. در حال حاضر مجموعه‌ای از آرای دیوان داوران ایران - ایالات متحده را پیش‌رو داریم که بین موارد ملی کردن عمومی اموال خارجی‌ان از يك طرف و ضبط غیرقانونی اموال ایشان از طرف دیگر، آشکار قائل به تفکیک شده‌اند.

در پرونده¹¹² «استارت هاوزینگ کورپوریشن و ایران»¹¹³ دیوان داوران رأی

111. رأی 8 اوت 1980 در پرونده مندرج در همان مأخذ به شرح زیر، ص 740:

Benevenuti et Bonfant v. The Congo, ICSID.

112. حکم نهایی شماره 1-24-314، 14 اوت 1987. مورد دیگری که وضعیت بحث فوق (روش پرداخت) را روشن ساخته است، حکم پرونده 19، 217-99-2، *Phelps Dodge Corp. and OPIC v. Iran (Award No. 217-99-2, 19 March 1986)* است، زیرا هنوز پروژه مربوط به مرحله بهره‌برداری نرسیده بود که خواهان وجه سرمایه‌گذاری شده خود را مطالبه کرد، یعنی سهم وی از بابت سرمایه پروژه نه غرامت منافع آتی.

113. *Starrett Housing Corporation v. Iran.*

داد که مداخلات خواننده در پروژه خانه‌سازی کوتاه مدت «استارت» غیرقانونی بوده است، به‌طوری که نوعی «مصادره غیرمستقیم» را افاده می‌کند، و سپس از روش «تنزیل جریان نقدینه» برای تعیین قیمت عادلانه اموال مصادره شده در بازار استفاده کرد. البته، دیوان در رأی خود بین این نوع ضبط اموال با ملی کردن رسمی و عمومی صراحتاً قائل به تفکیک نشد (گرچه «مصادره غیرمستقیم» معمولاً از نظر ماهیت با ملی کردن عمومی اموال متفاوت است).

اما دیوان داوری در سه پرونده دیگر مشخصاً ضبط اموال موردی و ضبط اموال مبتنی بر سیاست کلی مصادره و ملی کردن را از هم تفکیک کرد، و آنها عبارتند از: پرونده «آی.ان.ا.»،¹¹⁴ پرونده «سدکو»¹¹⁵ و پرونده «تایلز».¹¹⁶ مثلاً در پرونده سدکو، دیوان بین مصادره

114. INA Corp. v. Iran. Award No. 184-161-1, 13 August 1985.

115. پرونده Sedco Inc. v. Iran (Award No. ITL 59-129-3) که تنها خواسته خواهان این بود که ارزش زمان تصفیه با بهره منصفانه را دریافت کند.

116. پرونده Sola Tiles Inc. v. Iran (Award No. 298-317-1, 22 April 1987) موضوع مصادره غیرمستقیم و غیرقانونی یک کارخانه آجرسازی بود نه یک ملی کردن رسمی.

غیرمستقیم اموال خارجیان و ملی کردن اموال در سطح وسیع و رسمی، مثل ملی کردن صنعت یا منابع طبیعی، تفاوت آشکاري گذارده است.

آنچه که از بررسی این پرونده‌ها برمی‌آید آن است که اصولاً در ضبط غیرقانونی اموال سه فرضیه یا حالت متصور است:

1. عدم النفع فقط تا تاریخ صدور حکم محاسبه می‌شود (مانند خورژوف و آموکو اینترنشنال فایننس).¹¹⁷

2. در ضبط اموال موردی، «ارزش کامل» می‌تواند مورد حکم قرار گیرد، لیکن این مفهوم برای اینکه با مورد شماره 1 در انطباق باشد، عدم النفع بعد از تاریخ صدور حکم را مستثنی می‌سازد، به طوری که «ارزش مؤسسه دایر» بر مبنای منافع پس از آن تاریخ با رأی صادره در پرونده خورژوف تعارض پیدا می‌کند.

3. مبلغی کمتر از «ارزش کامل»، در مواردی که مصادره مبتنی بر ملی کردن

117. این فرضیه نمی‌تواند به موارد ملی کردنهای وسیع محدود شود، زیرا در پرونده خورژوف اصولاً بحث ملی کردن مطرح نبوده است.

اموال به صورت رسمي و منظم باشد،
مي‌تواند حكم داده شود.

مشكل در حالت سوم وجود دارد صرفاً
به اين لحاظ كه نمي‌توان از يك ديوان
انتظار داشت تا اقدام يك دولت در ملي
كردن اموال در سطح وسيع، رسمي و منظم
را «غيرقانوني» به‌شمار آورد. زيرا اين
احتمال كه بتوان ملي كردن در چنين
ابعادي را غيرقانوني تلقي كرد بسيار
بعيد است، چرا كه در چنين مواردی بعید
به نظر مي‌رسد كه دولت ملي‌كننده در
پرداخت غرامت تبعيض قائل شود يا از
انجام آن امتناع ورزد، و از اين‌رو
نمي‌توان آن را غيرقانوني دانست. كفايت
يا عدم كفايت غرامت پرداختي، همواره
مي‌تواند محل اختلاف باشد، ولي صرف اين
واقعيت كه هيئت داوري به پرداخت غرامتي
بيش از مقداري كه دولت آماده پرداخت آن
بوده است، رأي بدهد، في‌نفسه اقدام دولت
در ملي كردن را به عملي غيرقانوني مبدل
نمي‌سازد. براي اينكه چنين ملي كردني در
شمار ضبط و مصادره غيرقانوني درآيد لازم
است مبلغ پيشنهادي دولت چندان قليل

باشد که به حد امتناع از پرداخت غرامت
برسد.

به عبارت دیگر، ارتباط این فرضیه
سوم (یا تمایز دقیق دیوان در مورد ملی
کردن عمومی) با مقبولیه اخذ غیرقانونی
اموال روشن نیست.

3-2-2_ تصمیقات محاکم و مراجع داوری

در مورد مصادره قانونی: احکام و
تصمیقاتی که درخصوص دعاوی ناشی از
مصادره قانونی صادر شده، چندان محدود و
کم است که موجب شگفتی می‌گردد. احتمالاً
دلیلش این است که ملی کردن کلی و عمومی
اموال به ندرت از طریق طرح دعوی حقوقی
مورد اعتراض قرار می‌گیرد، بلکه معمولاً
در چنین مواردی یا از طریق مسالمت‌آمیز
سازش می‌شود و یا طرفین به صورت «پرداخت
مقطوع» مصالحه می‌کنند.¹¹⁸ به هر حال،
دلیلی وجود ندارد که تنها شکل مصادره

118. اگر این واقعیت درست باشد، آنگاه باید در صحت
عمل دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده که به این
قبیل مصالحه‌ها توجه چندانی نکرده و از آنها غفلت
نموده است، تردید کرد، چرا که همین مصالحه‌ها خود بخشی
از مجموعه رویه دولتها در مورد نحوه برخورد با مصادره
قانونی و مشروع را نشان می‌دهد و نباید نسبت بدان
بی‌توجه بود.

قانون ملي کردن کلي و در سطح وسیع باشد. در واقع، تمامی دولت‌ها براساس [اصل] «حق حاکمیت دولت» مدعی‌اند که در ضبط اموال خاص اختیار قانونی دارند، و دلیلی وجود ندارد که گفته شود چنین ضبط و گرفتن اموالی از نظر حقوق بین‌الملل غیرقانونی و غیرمشروع تلقی گردد.

رأی روشن و صریحی که در مورد ملي کردن قانونی وجود دارد، همان است که در پرونده «لیامکو»¹¹⁹ اتخاذ شده است. محمصانی داور این پرونده، ضمن قبول مشروعیت اقدام دولت لیبی، این استدلال را که حقوق بین‌الملل جبران عدم‌النفع را در چنین مواردی اجازه می‌دهد، صریحاً رد کرد. به نظر وی:

«اینکه آیا صاحب حق‌الامتیاز می‌تواند غرامت تمام منافع آتی را به مدت آن منقضی نشده باشد مطالبه کند یا نه، موضوعی است اختلافی که تا به حال مشخصاً تعیین تکلیف نشده است».¹²⁰

119. Libyan American Oil Co. (Liamco), v. Libya, 62 ILR 139 (award of Mahmasani, 12 April 1977).

120. همان، ص 207. محمصانی بدین‌گونه با اعراض از حقوق بین‌الملل، «اصول کلی حقوق» را مطمحنظر قرار می‌دهد و از آن مفهوم «انصاف» را استخراج می‌کند و سپس با اعمال همین مفهوم و قاعده در پرونده لیامکو، به یک سوم از

دعوای «امینویل»¹²¹ نیز از جمله موارد ملی کردن قانونی تلقی شده است. آنچه در این پرونده کاملاً روشن است آن است که ادعای 2/5 میلیارد دلاری خواهانها که متضمن منافع آتی آنها تا سال 2008 بود و براساس روش «تنزیل جریان نقدینه» محاسبه و تعیین گردیده بود، رد شد. اما مبنای رد دیوان در ارزیابی و تعیین غرامت البتة به این اندازه در رأی روشن و واضح نیست. بی‌تردید، دیوان در پرونده امینویل پرداخت ارزش داراییهای ملموس را که براساس «ارزش جایگزینی مستهلک شده» محاسبه شده بود، مجاز دانسته است، اما به هیچ وجه روشن نیست که دیوان روش ارزیابی «ارزش مؤسسه دایر»¹²² را پذیرفته یا به نحوی محلی برای پرداخت

خواسته مدعی به عنوان عدم النفع او که بخشی از منافع او در سالهای 1973-1976 را تشکیل می‌دهد و به هر حال غیر از منافع دوره سه‌ساله قرارداد حق الامتیاز است، رأی صادر می‌کند.

121. Kuwait v. American Independent Oil Company (Aminoil), International Legal Materials, 21 (1982), p. 1041 (award of March 1982 Reuter Sultan and Fitzmaurice, arbitrators).

122. یونگ (Young)، اوون (Owen) و نیز تسن (Teson) که در مأخذ پانوش شماره 76 به آنها اشاره شد، عقیده مخالف دارند، حال آنکه از نظر دیوان آنها در اشتباه هستند.

471 ❖ قراردادهای دولت با بیگانگان...

عدم النفع¹²³ قبول کرده باشد. دیوان، در واقع، روش «انتظارات مشروع صاحب امتیاز»¹²⁴ را در رسیدن به رقم 63 میلیون دلار به عنوان غرامت اعمال کرده، گرچه مینا و نحوه محاسبه آن در رأی نیامده است. به دلالت مفاد رأی، به نظر می‌رسد که این رقم از اوضاع و احوال خاص پرونده فوق ناشی شده باشد به این معنی که کویت شرکت امینویل را مجاب و متقاعد کرده بود که می‌تواند عملیات خود را در چارچوب یک قرارداد خدمات برای مدت هفت سال بعد ادامه دهد، و همین واقعیت منطقاً منتهی شده بود به حق الزحمه برای امینویل که مبلغ آن تقریباً به همان 63 میلیون دلار بالغ می‌شد.

همین‌طور پرونده «لیتگو و دیگران»¹²⁵ را داریم که ناشی از اقدام دولت انگلیس

123. رجوع کنید به:

Redfern: "The Arbitration between the government of Kuwait and Aminoil", The British Year Book of International Law, 55 (1984), p. 65 at p. 108; Mann: "The Aminoil Arbitration", this Year Book, 54 (1983), p. 213 at p. 221.

124. بند 178 حکم مزبور.

125. دادگاه اروپایی حقوق بشر، رأی 8 ژوئیه 1986 به شماره 2/1986/74/112-118.

همچنین رجوع کنید به:

Mendelson: "The United Kingdom Nationalization Cases and the European Convention on Human Rights" The British Year Book of International Law, 57 (1986), p. 33-76.

به ملی کردن اموال چند شرکت کشتی‌سازی بود که به استناد «قانون صنایع کشتی‌سازی و هواپیماسازی» مصوب 1977 صورت گرفته است. دادگاه ارو پای حقوق بشر¹²⁶ در پرونده مذکور رأی داد که حقوق بین‌الملل بر روابط فی‌مابین دولت انگلیس و شرکتهای انگلیسی حاکم نیست.¹²⁷ البته، در این پرونده مبلغ غرامتی که دولت پیشنهاد کرده و دادگاه نیز آن را به‌عنوان امری منطبق با کنوانسیون اروپایی حقوق بشر¹²⁸ پذیرفته بود، اهمیت و تأثیر خود را داشته و دارد. زیرا وقتی میزان غرامتهایی که دولت انگلیس حاضر بوده بپردازد و در واقع رویه مورد عمل دولت انگلیس را - که با رویه اروپایی انعکاس یافته در کنوانسیون مذکور نیز هماهنگ و منطبق بود - منعکس

126. The European Court of Human Rights.

127. این تصمیم مغایر با ماده 1 پروتکل شماره 1 کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است که مقرر می‌دارد: «هیچ‌کس نباید از اموالش محروم شود مگر به نفع عامه و آن هم مشروط به شرایط پیش‌بینی شده در قانون و اصول کلی حقوق بین‌الملل». برای بررسی سوابق آخرین پرونده‌هایی که در این زمینه وجود دارد، رجوع کنید به نوشته هیگینز همان‌گونه که در مأخذ پانوش شماره 67 صص 357-375 به آن اشاره شد.

128. The European Convention on Human Rights.

473 ❖ قراردادهای دولت با بیگانگان...

می‌کرد، در این صورت خود این امر بهترین دلیل است بر اینکه رویه و عرف معاصر و موجود در مورد ملی کردن قانونی نیز چیزی جز آن نیست؛ رویه‌ای که بررسی و مورد قبول نیز واقع شده است. ممکن است از جنبه نظری این‌گونه استدلال شود که بیگانگان مستحق رفتاری بهتر از آنچه با اتباع انگلیس عمل می‌شود، یا مستحق بیشتر از آنچه که به‌موجب کنوانسیون اروپایی حقوق بشر قابل حصول است، هستند. با وجود این، از آنجا که حقوق بین‌الملل به‌طور سنتی به تضمین «حداقله‌ای» مقرر در حقوق بین‌الملل توجه داشته است، لذا این پیشنهاد که «حداقل ضابطه» باید بالاتر از معیارهای پیش‌بینی شده در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر باشد، بسیار دشوار خواهد بود.¹²⁹

ارقام غرامت در پرونده «لیتگو و دیگران» نشان می‌دهد در حالی‌که هدف این بوده که براساس ارزش تخمینی سهام

129. کمیسیون اروپایی حقوق بشر در گزارش مورخ مارس 1984 خود موضع دیگری گرفته و پیشنهاد کرده است که «منابع عامه» ایجاب می‌کند که اتباع، بار مالی سنگین‌تری از خارجیان متحمل شوند. به‌دشواری می‌توان پیش‌بینی کرد که کشورهای جهان سوم با این نظر موافقت کنند.

گرامتی پرداخت گردد، اما وقتی ارقام یاد شده به ارزش دارایی تبدیل شود، این ارقام کمتر از ارزش خالص اموال است و هرگز بیشتر نیست، یا هنگامی که به صورت ضریبی از منافع سالیانه (به استثنای کل ارزش دارایی) تقسیم شود. به طور معدل مساوی با منافع دو سال قبل از کسر مالیات و یا منافع چهار سال پس از کسر مالیات خواهد بود.¹³⁰

از هر زاویه‌ای که به ارقام نگاه شود، هیچ‌گونه شباهتی با ارقام متراکمی که معمولاً بابت منافع مورد انتظار آتی مطالبه می‌شود و سپس براساس روش «تنزیل جریان نقدینه» بروز تنزیل می‌گردد، نخواهد داشت.

130. جدول زیر خواهان، ارزش خالص داراییها، منافع حاصله قبل از کسر مالیات سال 1976 یا 1977 و رقم گرامت

را به لیره استرالینگ نشان می‌دهد:

گرامت میلیون منافع سالیانه میلیون

ارزش خالص داراییها میلیون

5/9	1/3	3/8
25/6	5/5	5/3
98/	53/6	95
10/5	3/1	6
1/6	8	1/5
32/4	3/7	14/4
4/8	8	1/8

475 ❖ قراردادهای دولت با بیگانگان...

در 14 ژوئیه 1987، شعبه سوم دیوان داورى دعاوى ایران - ایالات متحده حکم جزیی¹³¹ حایز اهمیتی در پرونده «آموکو اینترنشنال فایننس کورپویشن و ایران»¹³² صادر کرد. این حکم که از بحث در مورد پرونده «خورژوف» شروع می‌شد،¹³³ به تفصیل درباره روشهای ارزیابی اموال در مصادره‌های قانونی سخن گفته است. با اینکه پایه و اساس بحث در رأی مذکور «ارزش بازار»¹³⁴ اموال صادر شده بود، ولی دیوان بدواً به این نتیجه رسید که نوعاً در اوضاع و احوالی که مصادره‌ای صورت می‌گیرد بازار آزادی وجود ندارد تا بتوان ارزش بازاری مال را به دست آورد؛ از اینرو دیوان ناچار به بررسی طرق دیگر ارزیابی پرداخت.

131. دیوان داورى دعاوى ایران - ایالات متحده عبارت حکم جزیی (Partial Award) را در مواردی به کار می‌برد که نسبت به بخشی از ادعا حکم می‌دهد و این عنوان از قطعیت حکم در قسمتی که اتخاذ تصمیم کرده است نمی‌کاهد (مترجم).

132. رأی شماره 3_56_310.

133. رجوع کنید به صفحات 411 و 412 مجله مربوط به همین مقاله.

134. دیوان در بندهای 217 و 218 حکم، به ملی کردنهای سال 1982 فرانسه استناد می‌کند.

در این حکم، دیوان اعمال روش ارزیابی براساس «تنزیل جریان نقدینه» را در مورد مصادره قانونی نامناسب دانسته¹³⁵ و اولین وظیفه خود را در این دیده است که طوری رأی ندهد که به «دارا شدن غیرعادلانه» یا محرومیت از حق یکی از طرفین منتهی گردد.¹³⁶ به همین دلیل دیوان مقرر داشته است که «ارزش دفتری خالص» معیار مناسبی برای غرامت نیست، زیرا اگر این روش ارزیابی را اعمال کنیم سبب می‌شود که داراییهای دینی مؤسسه مانند حق الاختراع، رموز فنی کار در تکنولوژی، سرقفلی و شهرت بازرگانی و نیز آینده تجاری او نادیده انگاشته شود.¹³⁷ دیوان داور، با هر دو روش ارزیابی مطرح شده توسط طرفین، سرانجام ضابطه ارزیابی براساس «غرامت کامل» را که آن را با روش ارزیابی براساس «ارزش

135. دیوان در بند 227 حکم بیان داشت که روش «تنزیل جریان نقدینه» با مفهوم اعاده وضع سابق پیوستگی دارد، اگرچه روش مزبور در مورد مصادره قانونی در پرونده خورژوف مستثنی گردید. دیوان به این نکته توجه داشت که روش «تنزیل جریان نقدینه» در [حکم] امینویل پذیرفته نشد.

136. بند 325.

137. بند 255.

مؤسسه دایر»¹³⁸ یکی دانسته است، اعمال نموده و رأی به پرداخت غرامت داده است. البته، ضابطه «ارزش مؤسسه دایر» پذیرفته شده در دیوان داوری همان نیست که خواهانهای امریکایی در دعاوی خود مطرح و از آن دفاع می‌کردند. ضابطه مذکور متضمن دو عنصر است: 1) داراییهای عینی و مالی (که ارزش دفتری در مورد آنها متناسب است)، و 2) داراییهای دینی از قبیل حقوق قراردادی، سرقفلی و شهرت بازرگانی و نیز آینده تجاری، ولی به استثنای منافع آتی تا تاریخ صدور حکم.¹³⁹

نکته‌ای که باقی می‌ماند این است که آیا در مواردی که ضبط قانونی باشد، بر تمایز و تفکیک بین ضبط موردی و خاص

138. بند 263. موضوع آن پرونده طرح پتروشیمی براساس موافقتنامه سرمایه‌گذاری مشترک در جزیره خارک به نام خمکو (Khemco) بود.

139. بند 264 رأی پرونده 56 (آموکو). دیوان داوری سپس به طرفین دستور داد که مدارک خود را درخصوص این اقدام ثبت کنند تا میزان محاسبه منافع امکان‌پذیر شود. بدین‌جهت رأی صادره هنوز به صورت جزئی است و پرونده منتهی به رأی نهایی نشده است [شایان توجه است که این مقاله در سال 1988 منتشر شده که هنوز تکلیف پرونده مذکور مشخص نبود. این پرونده بعداً به مصالحه ختم شد (مترجم)].

اموال يك شركت يا مؤسسه مشخص از يك سو (مانند ضبط اموال به استناد اصل حق دولت در تصاحب اموال خصوصي براي استفاده عامه) و ملي كردن كلي و عمومي از سوي ديگر، فايده‌اي هم مترتب است، يا اينكه در مصادره قانوني و موجه ديگر تفاوتی نمی‌کند که آن مصادره به صورت موردی و فقط نسبت به بعضی شرکتهای خارجی یا بعضی اموال ایشان باشد یا به صورت كلي و عمومي.

درست است که در بسياری از نظامهای حقوقی کشورها انجام مصادره به اعتبار حق دولت در تصاحب اموال برای استفاده عامه یا به اصطلاح مصادره موردی، هرچند که به صورت قانونی انجام می‌شود، پرداخت غرامت کامل را موجه می‌سازد. به همین دلیل، خواهانهای امریکایی که در دیوان داورى طرح دعوی نموده‌اند استدلال کرده‌اند که اعم از اینکه مصادره اموال ایشان در ایران به صورت قانونی بوده باشد یا غیرقانونی، تفاوتی نخواهد کرد و در هر حال بایستی «غرامت کامل» به آنها پرداخت شود. خواهانهای امریکایی گفته‌اند که «غرامت کامل» یعنی همان

«ارزش مؤسسه دایر» که با استفاده از روش «تنزیل جریان نقدینه» به دست می‌آید، و این روش ظاهراً همان روشی است که در حقوق امریکا درخصوص مصادره به استناد حق دولت در تصاحب اموال برای منافع عامه وجود دارد. تسری این فرض نسبت به موارد ملی کردن عمومی و کلی از نظر حقوق امریکا¹⁴⁰ ممکن نیست، زیرا در امریکا اصولاً ملی کردن اموال رخ نمی‌دهد، و به علاوه دیوان داورى نیز چنین موضعی را صراحتاً رد کرده است. موضعی که به نظر می‌رسد دیوان داورى حالیه اتخاذ کرده و مستند و متکی به رأی پرونده «امینویل» است، عبارت است از اینکه اصولاً سه ضابطه برای غرامت در ازای مصادره وجود دارد: (1) غرامت برای مصادره غیرقانونی، (2) غرامت برای مصادره قانونی که به شکل موردی و خاص انجام شده، (3) ملی کردن عمومی و کلی که به شکل قانونی و موجه صورت گرفته است.

140. مضافاً اینکه در هیچ نظام حقوق داخلی دیگری که عمل ملی کردن براساس قوانین آن صورت گرفته باشد نیز نمی‌توان آن را تسری داد. خواهانهای امریکایی که در دیوان داورى طرح دعوی کرده‌اند نتوانستند نمونه‌ای از رویه دولت را که در جهت تأیید برداشت ایشان از «ارزش کامل» باشد، ارائه کنند.

آشکارا دلالت کافي وجود دارد که ضابطه یا روش سوم از همه خفیفتر است و با رویه دولتها و نیز با جهت‌گیری که در قعطنامه مجمع عمومی سازمان ملل در مورد غرامت به سمت غرامت «مناسب» و «عادلانه» گرایش دارد، هماهنگ و منطبق است.

با کمی دقت و کنجکاوی درمی‌یابیم که رویه قضایی فاقد یک توضیح روشن در مورد دلایل تمایز و تفاوت بین روش یا ضابطه دوم و سوم است، یعنی ضبط قانونی به صورت موردی و ملی کردن کلی و عمومی. البته، ممکن است برای این تفاوت، منطقی دو وجهی قائل شد:

توجیه اول اینکه جامعه از بین همه مردم، دارنده مالی را که اموالش مصادره شده برگزیده و به صورت موردی و خاص او را از اموالش محروم کرده است. چنین مالکی محرومین را از این جهت تحمل می‌کند که خانه‌اش، محل اقامتش یا هر محل دیگری که در آنجا بوده، در منطقه یا محل خاصی قرار داشته و جامعه نیز مثلاً برای گسترش راهها و معابر یا توسعه خانه‌سازی یا غیره به همان محل احتیاج داشته و ناگزیر از خرید اجباری آن از

او شده که نتیجه آن به هر حال سلب مالکیت از مالک است. به عبارت دیگر، دارنده مال صرفاً برحسب وقوع اموالش در محلی یا در شرایطی خاص، از بین همه مالکان انتخاب و جدا شده و موضع مصادره قرار گرفته است و مالکان دیگر با هیچ‌گونه مشکلی مواجه نشده‌اند. اگر چنین مواردی پیش آید طبعاً جامعه باید غرامت مالک را سخاوتمندانه بپردازد و برای این منظور باید روش ارزیابی براساس «ارزش مؤسسه دایر» یا «ارزش کامل بازار» به کار گرفته شود.

برعکس، در موارد ملی کردن کلی و عمومی، همه صاحبان این قبیل اموال موضوع مصادره واقع می‌شوند و هیچ‌کدام از آنها منفرداً مورد توجه نیستند. به همین جهت، چنین اقدامی شبیه اخذ مالیات است که نسبت به همه یکسان اعمال می‌شود، یعنی نوعی توزیع مجدد ثروتها و منابع، بنابه ماهیتی که وضع مالیات دارد خواه ناخواه قسمتی از اموال مالکان و مؤدیان بدون دریافت ما به ازاء مصادره می‌شود، یعنی در واقع بخشی از ثروت و دارایی

آنها به دولت تعلق می‌گیرد.¹⁴¹ میسن مقایسه یا قیاس ملی کردن عمومی با نظام اخذ مالیات را در بسیاری از قسمت‌ها نپذیرفته است،¹⁴² زیرا او اعتقاد دارد که موضوع برقراری معیار پرداخت غرامت در واقع يك مسئله حقوق بین‌الملل است نه حقوق داخلی که مالیات‌گیری جزئی از آن است، و از همین رو نمی‌توان آن را [ملی کردن کلی و عمومی] با استناد و استمداد از شباهتهایی که در حقوق داخلی وجود دارد، حل یا توجیه کرد. اگر رویه کلی دولت‌ها را به استناد چنین مشابَهت یا قیاسی بپذیریم، آن وقت نمی‌توان به همین راحتی آن را رد کرد. به‌دشواری بتوان ثابت کرد کشوری که چنان نظام مالیاتی

141. نظر جداگانه فیتزموریس (Fitzmaurice) را در پرونده زیر نگاه کنید:

The Amninoil case, International Legal Materials, 21, (1982), p. 1043 at para. 26.

به عقیده فیتز موریس، ملی کردن یا هر نوع تسلط دیگر ضرورتاً مصادرات است... ملی‌کردن‌ها ممکن است قانونی یا غیرقانونی باشند، اما اینکه مصادره هستند یا خیر جای بحث ندارد، چون اینها بنابه ماهیت ذاتی‌شان همیشه مصادره‌اند.

142. رجوع شود به:

Meessen: "Domestic Law Concepts in International Expropriation law", in Lillich (ed.), pp. 169-71.

همان‌گونه که در مأخذ پانوش 76 بیان شده است.

را برقرار می‌کند، در واقع به نوعی ملی کردن مبادرت ورزیده است. توجیه دوم برای تفاوت بین ضابطه دوم و سوم غرامت که قبلاً گفتیم، بر این نظر استوار است که غالباً ملی کردن ناظر بر منابع طبیعی، که موضوع «حاکمیت دائمی»¹⁴³ دولت است، و نیز ناظر بر صنایعی است که از نظر رفاه اقتصادی کشور (که اصولاً به عهده دولت است) نقش اساسی دارند. بنابراین، می‌توان گفت که منابع مذکور و نیز ابزارهای تولید یا قبلاً در مالکیت دولت قرار گرفته‌اند و یا اینکه احتمال دارد بعداً به مالکیت او درآیند. شرکتهای خصوصی که اموالشان ملی می‌شود، مستحق دریافت غرامت کامل در ازای اموال صادره شده و نیز مطالبه و وصول آنچه که سرمایه‌گذاری کرده‌اند، هستند، اما از تاریخی که دولت آن منابع یا ابزار و وسایل تولید را خود در دست می‌گیرد حق دریافت منافع آتی را ندارند. زیرا منافع به دست آمده بعد از ضبط در واقع حاصل تلاشهای خود دولت است و به هر حال به وسیله مالک قبلی تحصیل نشده، و

143. Permanent Sovereignty.

لذا نمی‌تواند بخشی از غرامتی را تشکیل دهد که مالک استحقاق دریافت آن را دارد.

امید است که دیوان داور دعوای ایران - ایالات متحده توجیهی برای چنین تفکیکی در آرای بعدی خود مقرر دارد. به نظر می‌رسد که تصمیمات دیوان در مسیر صحیحی حرکت می‌کند که نتایج حاصل با رویه مورد عمل دولتها بیگانه نیست، هرچند دیوان در استدلالهای خود به رویه دولتها در این خصوص چندان توجه نمی‌کند. با این حال، می‌توان انتظار داشت که هر رأی مستدل بتواند مبنای عقلی و ضابطه‌ای را برای عناصر اصلی رأی فراهم سازد.