

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

اعراض دولت از مصونیت در قراردادهای سرمایه گذاری خارجی



مؤلف
زهرا نجفی راد

انتشارات چتر دانش

سرشناسه	: نجفی‌راد، زهرا، ۱۳۶۷-
عنوان و نام پدیدآور	: اعراض دولت از مصونیت در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی / مولف زهرا نجفی‌راد.
مشخصات نشر	: تهران: چتر دانش، ۱۴۰۲.
مشخصات ظاهری	: ۱۴۲ ص.
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۶۱۸-۴
وضعیت فهرست نویسی: فیپا	
یادداشت	: کتابنامه: ص. ۱۰۳ - ۱۰۸.
موضوع	: مصونیت‌های دولت‌های خارجی Immunities of foreign states مسئولیت دولت (حقوق بین‌الملل) Government liability (International law) سرمایه‌گذاری خارجی Investments, Foreign داوری بین‌المللی تجاری International commercial arbitration سرمایه‌گذاری خارجی -- قوانین و مقررات Investments, Foreign -- Law and legislation
رده بندی کنگره	: KZ۴۰۱۲
رده بندی دیویی	: ۳۴۱/۲۶
شماره کتابشناسی ملی	: ۹۲۷۵۳۵۰
اطلاعات رکورد کتابشناسی: فیپا	

نام کتاب	: اعراض دولت از مصونیت در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی
ناشر	: چتر دانش
مولف	: زهرا نجفی‌راد
نوبت و سال چاپ	: اول - ۱۴۰۲
شمارگان	: ۱۰۰۰
شابک	: ۹۷۸-۶۰۰-۴۱۰-۶۱۸-۴
قیمت	: ۹۰۰۰۰ تومان

فروشگاه مرکزی: تهران، میدان انقلاب، خم‌نبری جاوید (اردیبهشت شمالی)، پلاک ۸۸
 تلفن مرکز پخش: ۶۶۴۹۲۳۲۷ - تلفن فروشگاه کتاب: ۶۶۴۰۲۳۵۳
 پست الکترونیک: nashr.chatr@gmail.com
 کلیه حقوق برای مؤلف و ناشر محفوظ است.

سخن ناشر

رشته‌ی حقوق با تمام شاخه‌ها و گرایش‌هایش، به‌منزله‌ی یکی از پرطرفدارترین رشته‌های دانشگاهی کشور، تعداد فراوانی از دانشجویان علوم انسانی را به‌خود جلب کرده است؛ دانشجویانی که پس از تحصیل، وارد عرصه‌ی خدمت شده و در مناصب و جایگاه‌های گوناگون به ایفای وظیفه مشغول می‌شوند.

منابعی که در دانشکده‌های حقوق، مبنای کار قرار گرفته و تحصیل دانشجویان بر مدار آن‌ها قرار دارد، در واقع، مجموعه‌ی کتب و جزواتی هستند که طی سالیان متمادی چنان‌که باید تغییر نیافته و خود را با تحولات و نیازهای زمانه هماهنگ نکرده‌اند.

این، درحالی است که نیاز مبرم دانش‌پژوهان به مجموعه‌های پربار و سودمند، امری انکارناپذیر است. به‌این ترتیب، ضرورت تدوین کتب غنی و ارزشمند برای رفع نیازهای علمی دانشجویان رشته‌ی حقوق و نیز رشته‌های متأثر از آن، باید بیش از گذشته مورد توجه قرار گیرد؛ کتاب‌هایی که روزآمدی محتوای آنها از یک سو و تناسب آنها با نیاز دانش‌پژوهان از سوی دیگر، مورد توجه و لحاظ ناشر و نویسنده، قرار گرفته باشد.

مؤسسه‌ی آموزش عالی آزاد چتردانش، در مقام مؤسسه‌ای پیشگام در امر نشر کتب آموزشی روزآمد و غنی، توانسته است گام‌های مؤثری در همراهی با دانشجویان رشته‌ی حقوق بردارد. این مؤسسه افتخار دارد که با بهره‌مندی از تجربیات فراوان خود و با رصد دقیق نیازهای علمی دانشجویان، به تولید آثاری همت گمارد که مهم‌ترین دستاورد آن‌ها، تسهیل آموزش و تسریع یادگیری پژوهندگان باشد. انتشارات چتر دانش امیدوار است با ارائه‌ی خدمات درخشان، شایستگی‌های خود را در این حوزه‌ی علمی بیش از پیش به منصه‌ی ظهور برساند.

فرزاد دانشور

مدیر مسئول انتشارات چتر دانش



تقدیم به : پدر، مادر و همسر عزیزم



پیش‌گفتار

این کتاب، حاصل زحمات بخشی از پژوهش در مقطع کارشناسی ارشد رشته حقوق بین‌الملل با راهنمایی استاد ارجمند جناب آقای دکتر حسین فرحی در دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران جنوب می‌باشد که با تغییرات اساسی و تکمیل مطالب تحت یک کتاب برای پژوهشگران تدوین شده است.

مؤلف در این کتاب قصد دارد، با توجه به مصونیت دولت‌ها از پیگرد قضایی در محاکم داخلی دول دیگر، شرایطی که برای سرمایه‌گذاران خارجی در صورت بروز اختلاف یا هر شرایط دیگر می‌تواند ظهور یابد را بررسی و به‌عنوان یک فلسفه حقوقی بیان کند.

«فهرست مطالب»

عنوان	صفحه
مقدمه	۱۱
مبحث اول؛ حاکمیت و دولت در پرتو گفتمان	۱۷
گفتار اول - تئوری فرا سرزمینی	۱۸
گفتار دوم - تئوری تفکیک قوا	۱۸
گفتار سوم - تئوری ضمانت ضمنی	۱۹
گفتار چهارم - تئوری عمل متقابل	۲۰
گفتار پنجم - تئوری نزاکت	۲۱
گفتار ششم - تئوری شان و منزلت	۲۲
گفتار هفتم - اصل منع مداخله	۲۳
گفتار هشتم - اصل برابری دولت‌ها	۲۳
گفتار نهم - مصونیت دولت و دکترین عمل دولت	۲۷
مبحث دوم؛ مصونیت دولت در مفهوم	۳۱
گفتار اول - مفهوم مصونیت دولت	۳۲
گفتار دوم - دولت، کشور، در مفهوم مصونیت	۳۳
گفتار سوم - صلاحیت قضائی در مفهوم مصونیت دولت	۳۵
گفتار چهارم - جنبه شکلی مصونیت در مفهوم دولت	۳۷
گفتار پنجم - تدوین حقوق مصونیت دولت	۳۸

«فهرست مطالب»

عنوان	صفحه
گفتار ششم - مبنای مصونیت دولت	۴۱
گفتار هفتم - اعمال تصدی دولت	۴۲
گفتار هشتم - اعمال حاکمیتی دولت	۴۴
گفتار نهم - تمایز اعمال تصدی و اعمال حاکمیتی	۴۴
گفتار دهم - مصونیت مطلق	۴۶
بند اول - مصونیت محدود	۴۸
بند دوم - اعراض از مصونیت	۴۹
گفتار یازدهم - مفهوم سرمایه‌گذاری خارجی	۵۰
گفتار دوازدهم - مفهوم سرمایه‌گذاری در معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری	۵۲
گفتار سیزدهم - دیوان داوری اکسید	۵۲
گفتار چهاردهم - آنسیترال	۵۵
مبحث سوم «اعراض از مصونیت در قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی»	۵۷
گفتار اول - نظریه اعراض	۵۸
گفتار دوم - مبنای سقوط مصونیت در اعراض	۵۹
گفتار سوم - اصل رضایت و رضایت ضمنی در اعراض	۶۰
گفتار چهارم - قواعد حاکم بر اعراض	۶۱
بند اول - قلمرو اعراض	۶۲

«فهرست مطالب»

عنوان	صفحه
بند دوم - تجاوز از حدود و اختیار در اعراض	۶۳
گفتار پنجم - تاثیرات اعراض دولت از مصونیت	۶۴
گفتار ششم - اشکال انصراف از مصونیت (اعراض)	۶۷
بند اول - اعراض معاهداتی در رویه دولت‌ها	۶۸
بند دوم - اعراض معاهداتی در رویه بین‌المللی	۷۲
گفتار هفتم - نحوه اقامه دعوا علیه دولت	۷۶
گفتار هشتم - مداخله در دعوا با حفظ مصونیت	۷۹
گفتار نهم - نحوه استیفای حق به موجب مصونیت دولت	۸۱
گفتار دهم - موافقتنامه داوری	۸۱
بند اول - اعتبار موافقتنامه داوری	۸۲
بند دوم - موافقتنامه داوری در رویه قراردادی	۸۳
گفتار یازدهم - مصونیت دولت در رویه داوری	۸۴
گفتار دوازدهم - مصونیت قضائی دولت در رویه داوری	۸۶
گفتار سیزدهم - رویه دادگاه‌ها در مواجهه با اعراض قراردادی از مصونیت دولت	۸۹
گفتار چهاردهم - رویه بین‌المللی در سرمایه‌گذاری	۹۲
بند اول - معاهدات چند جانبه سرمایه‌گذاری	۹۴
بند دوم - رویه ایکسید در سرمایه‌گذاری‌های خارجی	۹۷

«فهرست مطالب»

صفحه	عنوان
۹۸	بند سوم - نگاه آنسیترال به مفهوم مصونیت دولت
۹۹	گفتار پانزدهم - ضمانت اجرایی آراء داوری در تقابل با مصونیت دولت
۱۰۱	مبحث نهایی؛ جمع بندی تحلیلی
۱۰۲	جمع بندی تحلیلی
۱۰۹	- پیوست
۱۰۹	کنوانسیون سازمان ملل متحد در خصوص مصونیت های قضائی دولت ها و اموال آنها
۱۳۵	منابع و مآخذ

مقدمه

مصونیت دولت یکی از اولین مفاهیم و اصول حقوقی شناخته شده در جامعه بین‌المللی است. از نظر تاریخی، سابقه این مفهوم را می‌توان در روابط بین‌المللی دوران باستان، در عهد امپراطوری‌های ایران، روم و یونان قدیم یافت که در زمینه مصونیت سفرای خارجی، بر مبنای شعائر مذهبی و آیین مهمان‌نوازی پذیرفته شده بود (متین دفتری، ۱۳۴۱: ۲۳).

با توسعه حقوق بین‌الملل و تشکیل دولت‌ها و مصونیت آنها در محاکم قضائی، سرمایه‌گذاری خارجی «به‌عنوان یک ریسک بزرگ و مانع توسعه در زمره قراردادهای خارجی بشمار می‌رود. مهم‌ترین ویژگی منحصر به فرد قراردادهای دولتی که یک طرف آن سرمایه‌گذار خارجی‌ست، نابرابری طرفین قرارداد به لحاظ اقتدار و حقوق حاکمیتی دولت است. با گسترش سرمایه‌گذاری، افزایش اختلافات ناشی از آن نیز غیر قابل اجتناب است. از موانعی که سرمایه‌گذار خارجی در هنگام بروز اختلاف با آن مواجه می‌شود، سد مصونیت دولت در محاکم غیر ملی است.

داوری ابزار رایج حل اختلافات در این حوزه است و هرگاه دعوا به داوری محاکم غیر ملی دولت برده شود، مانع مصونیت دولت توأمان در مراحل قضاوت و اجرا برای احقاق حق سرمایه‌گذار خارجی مشکل‌آفرین خواهد بود. در نگاه بین‌الملل، از نتایج

اصل حاکمیت و برابری دولت‌ها در حقوق بین‌الملل، مصونیت از صلاحیت محاکم قضایی یکدیگر است، لذا مصونیت دارای چهره‌ای اصولی شناخته می‌شود که استثنائاتی بر آن مترتب می‌شود. رویکرد به عدم مصونیت دولت ابتدا از تفکیک اعمال تصدی‌گرایانه و اعمال حاکمیتی دولت شکل گرفته تا جایی که امروزه این اصل تقریباً در تمام کشورها از مصونیت مطلق به مصونیت محدود تغییر وضع داده است. تفکیک بین اعمال تصدی‌گرایانه و اعمال حاکمیتی دولت که مبنای عدم مصونیت قرار می‌گیرد، خود امری دشوار و محل مناقشه است.

اما رویکرد قوانین در حوزه عدم مصونیت در سرمایه‌گذاری خارجی تحت اعراض از مصونیت به‌طور صریح یا ضمنی شکل گرفته است. هرگاه اعراض از مصونیت دولت صراحتاً در ذیل شرط قرارداد درج شود، عدم مصونیت امری بدیهی است. در قوانین، رویه و دکتترین نیز بدون شک پذیرفته شده است. شرط داوری از شروط اصلی موثر در ایجاد امنیت سرمایه‌گذار خصوصی در مواجهه با ریسک‌های سیاسی ناشی از سرمایه‌گذاری می‌باشد» (هوشمند، ۱۳۹۱: ۱).

نظر به اینکه توسعه و امنیت کشورها مستلزم جذب سرمایه‌گذار خارجی می‌باشد از این‌رو دولت‌ها می‌بایست شرایطی را فراهم آورند تا سرمایه‌گذار با امنیت خاطر و بدون هرگونه نگرانی از تزییع سرمایه‌گذاری خود مشتاق سرمایه‌گذاری در کشورهای مستعد باشند. امروزه صنعت نفت یکی از مهم‌ترین محورهای سرمایه‌گذاری بشمار رفته و اکثر دولت‌ها جهت بهره‌برداری از آن نیازمندی

تکنولوژی و سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشند. که با وجود مصونیت دولت‌ها و توسعه پدیده تحریم، این مهم را با مسائلی مواجه کرده است که حتی با اعراض دولت از مصونیت در قرارداد نیز کلیات موضوع دچار مشکل می‌شود.

نظر به بی‌ثباتی نظام‌های سیاسی در کشورهای در حال توسعه ریسک سرمایه‌گذاری برای اشخاص غیر دولتی بسیار بالا بوده و همین اصل موجب روند کاهشی سرمایه‌گذاری گردیده است و از طرفی اصل مصونیت دولت‌ها در محاکم قضائی باعث گردیده تا سرمایه‌گذاران خارجی با احتیاط لازم و شروط کافی پا در این عرصه بگذارند.

«دولت‌ها به نمایندگی از ملت خود، اموال (اعم از وجوه نقد، سهام و سرمایه، شرکت‌های دولتی، فلزات گران‌بها، اموال غیر منقول و...) را در اختیار داشته تا در اجرای برنامه‌های عمومی کشور به هدف حفظ امنیت، ارتقاء سطح معیشت و رفاه مردم، توسعه اقتصادی و اجتماعی و اجرای برنامه‌های بهداشتی و آموزشی بر طبق مقررات کشور، هزینه نماید، این اموال متعلق به دولت به معنی «قوه مجریه» نبوده بلکه به عنوان امانت، در اختیار دولت در معنی کل حاکمیت و نظام سیاسی برخاسته از اراده مردم می‌باشد. به همین لحاظ دخل و تصرف خودسرانه دولت‌ها (قوه مجریه) خارج از قوانین برنامه و بودجه مصوب پارلمان، حسب مورد، تخلف اداری یا جرم تلقی گردیده و قابل تعقیب اداری یا کیفری می‌باشد. از طرف دیگر ممکن است یک دولت به دلیل طرح دعوی توسط اشخاص خارجی در مراجع قضائی

و حقوقی بین‌المللی، محکوم به پرداخت وجوهی در حق محکوم له شود که با توجه به قوانین داخلی هر کشور در خصوص نحوه اجرای احکام خارجی، اشخاص ذینفع در اجرای حکم با موانع متعددی مواجه خواهند شد، آیا امکان توقیف اموال دولت‌ها برای اجرای حکم صادره وجود دارد؟ آیا یک دولت مجاز به توقیف اموال سایر دولت‌ها که در کشورهای دیگر وجود دارد، می‌باشند؟ (موسوی، ۱۳۹۴: ۲)؛ در این میان «یکی از تحولات مهم در آیین‌های حل و فصل اختلافات بین‌المللی رشد سریع نهاد داوری‌های مختلط بوده است: یعنی بین دولت‌ها از یک طرف و ماهیت‌های غیر از دولت‌ها (non- state entities)، معمولاً شرکت‌ها و در موارد خاص اشخاص، از طرف دیگر از مهم‌ترین محاکم داوری که عهده‌دار داوری‌های مختلط هستند، می‌توان به محاکمی که به همت مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری (ICSID) تأسیس شده‌اند و همچنین دیوان داوری ایران و آمریکا اشاره کرد. طرح ایکسید را بانک جهانی (بانک بین‌المللی توسعه و عمران) طراحی کرده است.

در سال ۱۹۴۶ از مدیران عامل بانک جهانی خواسته شد تا پیش‌نویس کنوانسیون «ایجاد تسهیلات و آیین‌هایی که بر یک مبنای داوطلبانه برای حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌های متعاقد و اتباع دیگر دولت‌های متعاقد از طریق سازش و داوری در دسترس باشند» را تهیه نمایند. پیش‌نویس تهیه شده، که به کنوانسیون واشنگتن در مورد حل و فصل اختلافات

ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دیگر دولت‌ها تبدیل شد (کنوانسیون ایکسید)، قصدش تقویت مشارکت کشورها در رابطه با توسعه اقتصادی و ورود سرمایه خصوصی بین‌المللی به آن دسته از کشورها بود که می‌خواستند قرارداد منعقد نمایند و در عین حال می‌خواست نگرانی‌های مربوط به مصادره خودسرانه و بدون پرداخت غرامت را برطرف سازد» (نژندی منش و صلح چی، ۱۳۹۵: ۳۵۴).

حال «مصونیت قضایی دولت از جمله مباحث مهم و مناقشه برانگیز در حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل می‌باشد که حسب تحولات حقوق بین‌الملل تفکیک بین آن دو امکان پذیر شده است. با این توصیف، در خصوص مصونیت قضایی دولت می‌توان چنین گفت که از دیر باز در حقوق داخلی تقریباً به‌عنوان یک قاعده عمومی پذیرفته شده است که قوه مجریه یا دستگاه حکومت نسبت خسارات ناشی از اعمال حاکمیتی خود، از هرگونه مسؤولیتی معاف است مگر اینکه از روی لطف (ex gratia) و بدون اینکه مسؤولیتی متوجه آن باشد، از زیان دیدگان جبران خسارت نماید؛ اما این قاعده در حال تغییر بوده و بتدریج دولت‌ها حتی در قبال اعمال حاکمیتی خود بر اساس تعهدی حقوقی موظف به جبران خسارت می‌گردند ولی برعکس، در حقوق بین‌الملل نمی‌توان بدون در نظر گرفتن تحولات تاریخی تعریف دقیقی از مصونیت قضایی دولت‌ها عرضه کرد؛ چرا که در هر دوره تاریخی و حسب مقتضیات زیست بین‌المللی آن دوره، تحولات شگرفی بر آن وارد شده است» (عبداللهی، ۱۳۸۲: ۵). در این کتاب، سعی شده است مسائلی که سرمایه‌گذاران

خارجی به ویژه در صنعت نفت را تحت موضوع مصونیت دولت با چالش مواجه می کند را بررسی و اطلاعات کافی در اختیار پژوهشگران قرار دهد.



مبحث اول؛ حاکمیت و دولت در پرتو گفتمان

