

مدرسہ شہری

شماره ۴۷ تابستان ۹۶

No.47 Summer 2017

۷۵-۹۴

زمان پذیرش نهایی: ۱۳۹۵/۱۲/۱۴

زمان دریافت مقاله: ۱۳۹۵/۲/۱۲

تقابل مقررات شهری و قوانین سرمایه گذاری در زمینه حمایت از مالکیت؛ چالشی در راستای جذب سرمایه گذاری خارجی در ایران

منوچهر توسلی نائینی* - استادیار گروه حقوق دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

رضانصوحیان - دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه اصفهان، اصفهان، ایران.

Municipal regulations and laws opposed to investing in property protection; the challenge to attract foreign investment in Iran

Abstract

Clarification of the legal status and legal property ownership rights and paving the way for elimination of defects and complete the existing rules and thus expanding economic security, and determine and explain the limits of expropriation by the government legitimate religious expression and religious permissibility of such action by the government and makes clear the objectives of the political system because they ignored the privacy of personal property; And the dispossessing of them. Cases, which the Iranian legal system is essential; Garlic legislation in the laws and regulations related to the implementation of public projects and urban deprivation and confinement of persons under the rules and principles of equity. Public law and government entities that prefer equity; There is no doubt that the need to reach the goals that involve the public interest and social interests tried provider. Islam as a major source of nutrition Iranian law, respect for private property has been emphasized. It is recommended that legislators in the drafting of such provisions, special attention and consideration to the rights of persons show. The current state laws and regulations in the field of urban deprivation and restriction of property rights of urban land by the government is not satisfied. And the safeguards necessary to protect the property rights of individuals not cause. Foreign Investment Promotion and Protection Act, enacted in 1381 as the main law governing foreign investment in Iran in Article 9 of the ownership of foreign investors coming in to support. And contrary to the laws and regulations of the city of expropriation and nationalization of alcohol is placed. And it would be an important factor to attract and encourage foreign investment to be considered. It can be concluded in total foreign investment law closer to international standards have been developed.

Key words: municipal laws and regulations, ownership, expropriation, nationalization, foreign investors, effective and adequate compensation.

چکیده

شفاف سازی جایگاه حقوقی و شرعی مالکیت و حقوق مالکانه و بستر سازی برای رفع نقص و تکمیل قوانین موجود و در نتیجه، گسترش امنیت اقتصادی، و نیز تعیین و تبیین محدوده های مجاز سلب مالکیت توسط دولت مشروع دینی و بیان شرعی جواز چنین اقدامی از سوی حکومت اسلامی و روش ساختن اهدافی که سبب می شود نظام سیاسی حریم مالکیت اشخاص را به خاطر آنها نادیده گرفته و از آنها سلب مالکیت نماید؛ مواردی است که بررسی آن در نظام حقوقی ایران ضروری است. سیر قانونگذاری در تدوین قوانین و مقررات شهری مربوط به نحوه اجرای طرح های عمومی و سلب و تحديد حقوق مالکانه اشخاص، بیشتر تحت تأثیر قواعد و اصولی بوده که حقوق عمومی و دولت بر حقوق مالکانه اشخاص ترجیح می دهد؛ تردیدی نیست که باید برای رسیدن به اهدافی که متناسب منافع عمومی و تأمین کننده مصالح اجتماعی است، تلاش کرد؛ اما اینکه اشخاص و افراد در این مسیر، چه هزینه هایی باید پرداخت کنند و تا چه میزان باید از آزادی ها و مالکیت خصوصی بگذرد مهم و درخور توجه است. در دین اسلام به عنوان یکی از منابع اصلی تغذیه حقوق موضوعه ایران، بر احترام به مالکیت خصوصی تأکید گردیده است. از این روی، شایسته است که مقتن در تدوین این قبیل مقررات، توجه و التفات ورثه به حقوق اشخاص نشان دهد. وضعیت فعلی قوانین و مقررات شهری در زمینه سلب و تحديد حقوق مالکیت اراضی شهری توسط دولت راضی کننده نیست و تضمینات لازم را برای حفظ حقوق مالکانه اشخاص، ایجاد نمی کند. با این اوصاف بهتر است قوانین فعلی اصلاح شوند و جهت گیری اصلاح باید به سمتی باشد که بر جریان تملک قهری حقوق مالکانه، به نوعی نظرات قضایی وجود داشته باشد؛ تا در پرتو این نظرات از خودسری و خود کامگی های احتمالی متصدیان امر جلوگیری شود؛ زیرا عدم احترام به حقوق مالکیت وی و رفتار عادلانه و غیر تعیین امیز در کشور سرمایه پذیر و نوع موضع گیری قانون نسبت به وی از موانع حقوقی سرمایه گذار خارجی می باشد؛ این موضوع در قانون سرمایه گذاری خارجی هر کشوری با ملی کردن و سلب مالکیت سرمایه گذاران خارجی نمود پیدا خواهد کرد که در آن حق مالکانه سرمایه گذار خارجی با دلایل و توجیهاتی سلب می شود؛ از این رو قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ به عنوان اصلی ترین قانون حاکم بر سرمایه گذاری خارجی در ایران در ماده ۹ در جهت حمایت از مالکیت سرمایه گذار خارجی برآمده و برخلاف قوانین و مقررات شهری؛ اصل را بر عدم سلب مالکیت و عدم ملی سازی اموال قرار داده شده است و این امر می تواند عاملی مهم در جذب و تشویق سرمایه گذار خارجی قلمداد شود و در مجموع می توان نتیجه گرفت قانون سرمایه گذاری خارجی ایران نزدیک به استانداردهای بین المللی تدوین شده و به حقوق مالکانه اشخاص احترام گذاشته است که این مهم در جذب و تشویق سرمایه گذار خارجی از منظر خود سرمایه گذار و کلای آنان بسیار مهم خواهد بود. واژگان کلیدی: قوانین و مقررات شهری، مالکیت، سلب مالکیت ملی سازی، سرمایه گذار خارجی، جبران خسارت مؤثر و کافی.

مقدمه

انقلاب ۱۳۵۷ و جایگزینی رژیم سیاسی جدید با نظام ارزشی متفاوت، آثار و پیامدهای فراوانی داشت. یکی از برجسته ترین آثار این دگرگونی، سلب مالکیت از اشخاص خارجی و ایرانیان وابسته به دستگاه حکومت سابق بود.^۱ این سابقه در کنار ارزش‌هایی که با دنیای غرب و هنجارهای آن مغایرت کمابیش جدی داشت^۲، هیچ گونه تمایل جدی برای سرمایه‌گذاران غربی جهت سرمایه گذاری در کشور ایجاد نمود. تا مدت‌ها، این موضوع به عنوان مسئله‌ای با اهمیت تلقی نمی‌شد اما با پایان جنگ هشت ساله عراق، اندک اندک نیاز به جذب دانش فنی و سرمایه‌گذاری خارجی کلان جامعه بود.

۱. در غالب قوانینی که پس از انقلاب وضع گردید می‌توان رده‌پایی از تجویز ضمنی یا صریح مصادره املاک متعلق به وابستگاه رژیم سابق را دید. از جمله این قوانین می‌توان به قانون نحوه و اگذاری و احیاء اراضی در حکومت جمهوری اسلامی ایران، قانون لغو مالکیت اراضی موات شهری و کیفیت عمران آن و قانون ملی شدن جنگل‌ها اشاره کرد.

۲. به عنوان مثال، مطابق اصل ۱۱ قانون اساسی: «به حکم آیه کریه «ان هذه امتكم امه واحده و آن ربكم فاعبدون»، همه مسلمانان یک امت اند و دولت جمهوری اسلامی ایران موظف است سیاست کلی خود را بر پایه ائتلاف و اتحاد ملل اسلامی قرار دهد و کوشش به عمل آورد تا وحدت سیاسی، اقتصادی و فرهنگی جهان اسلام را تحقق بخشد».

۳. از حیث تاریخی و تحول نظام حقوقی حاکم بر سرمایه‌گذاری باید گفت که نخستین قانون حاکم بر سلب مالکیت از سرمایه‌های خارجی، قانون سلب مالکیت از اراضی مزروعی متعلق به اتباع خارجی مصوب شانزدهم خرداد ۱۳۱۰ بود. در این قانون نیز موضوع پرداخت غرامتی ناشی از سلب مالکیت مورد شناسایی قرار گرفته بود. با این حال، این قانون منحصراً راجع به اراضی اتباع خارجی بود. متعاقباً در سال ۱۳۳۴، قانون جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی و آیین نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۳۵ به تصویب مجلس وقت رسید که چارچوب قانونی سرمایه‌گذاران خارجی در ایران را تأسیل ۱۳۸۱ تشکیل می‌داد.

(حاتمی، علی؛ کریمیان، اسماعیل؛ حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه‌گذاری، انتشارات تیسا، چاپ اول، ۱۳۹۳، ص ۲۹) نکته‌ای که در این قانون وجود داشت مربوط به صلاحیت تام تشخیصی دولت در اعمال آن نسبت به سرمایه‌گذار خارجی بود بدین معنا که سهامدار خصوصی خارجی می‌توانست برای دریافت مجوز سرمایه‌گذاری اقدام به ارائه درخواست نماید ولی دولت در صورت تشخیص صرفه و صلاح، سرمایه خارجی را تحت شمول ضوابط ترجیحی این قانون قرار می‌داد. در صورتی که این درخواست مورد پذیرش قرار نمی‌گرفت درخواست کننده در صورت تمایل به سرمایه‌گذاری می‌باشد تحت شمول قانون تجارت و قانون ثبت شرکت‌ها در ایران سرمایه‌گذاری و فعالیت می‌نمود. پس از آن در راستای انجام اصلاحات در ساختار اقتصادی کشور، مجلس ایران طرح قانون مورد بحث را با عنوان مشابه قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی پیشنهاد نمود که به دلیل بروز اختلاف میان این مرجع با شورای نگهبان درخصوص مطابقت آن با قانون اساسی و شرع به مجمع تشخیصی رفت و در پایان در سال ۱۳۸۱ به تصویب مجمع رسید. (پاکدامن، رضا؛ مجموعه قوانین و مقررات ناظر بر فعالیت اقتصادی خارجیان در ایران، شرکت چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۸۶، ص ۴۹) در ماده ۲۲ این قانون به صراحت مقرر گردیده که «از تاریخ تصویب این قانون و آیین نامه اجرایی آن، قانون جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی «مصطفوی ۱۳۳۴/۹/۷» و آئین نامه جرایی آن لغو می‌گردد. سرمایه‌های خارجی که قبل ابراساس قانون مذبور مورد پذیرش قرار گرفته اند تحت شمول این قانون قرار می‌گیرند...».

کشورها در پروسه جهانی شدن سرمایه گذاری خارجی را به عنوان اصلی ترین سرفصل توسعه اقتصادی درک و نسبت به تقویت و ارتقاء آن از هیچ کوششی دریغ نمی نمایند. در این میان بازیگران اصلی سرمایه گذاران خارجی هستند که نقش اساسی در آن ایفاء می نمایند و ایجاد طیب خاطر و ایجاد فضایی مطمئن و امن در کشورها و فضای اقتصادی و حقوقی آن ها (کشورهای سرمایه پذیر) به عرصه ای رقابتی جهت جذب و جلب سرمایه گذاران در کشورها تبدیل شده تا در کنار سایر مزیت های خاص یک کشور، رغبت سرمایه گذاران خارجی و وكلای آن ها را برای سرمایه گذاری در کشورشان رونق دهد.^۱

در این میان مؤلفه های خاصی این مهم را تحت تأثیر قرار می دهد که یکی از این مؤلفه ها از منظرون حقوقی می باشد که سرمایه گذار خارجی می خواهد در این فضای حقوقی به زیست اقتصادی بپردازد و در چارچوب این قواعد حقوقی فعالیتی نظامی و مطابق با هنجارهای خاص حقوقی کشور مربوطه داشته باشد.^۲ لذا به عنوان اینکه میهمان در کشور سرمایه پذیر باشد، همیشه دغدغه حفاظت و تأمین فضای امن و رعایت عدالت و عدم تبعیض و برخورد یکسان از دغدغه های اصیل و اصلی هر سرمایه گذار خارجی قلمداد می شود و کشورهای سرمایه پذیر نیز در مقابل، در صدد تأمین فضایی با چنین مؤلفه هایی برای وی (سرمایه گذار خارجی) هستند و از منظر حقوقی قوانین مرتبط کشور سرمایه پذیر، تضمین اصلی این مهم، قلمداد می

۱. خرم فرهادی، یوسف؛ تحلیل موافقت نامه های دو جانبه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاران میان ایران و سایر کشورها در دهه های اخیر (۱۳۷۵-۱۳۸۵)، رساله دکتری، رشته حقوق بین الملل عمومی، دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات، ۱۳۸۸، ص. ۱۹.

۲. رضایی، مهدی؛ بررسی موانع حقوقی سرمایه گذاری خارجی در ایران با تأکید سرمایه گذاری در حوزه انرژی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۵، ص. ۱۲.

۳. پیران، حسین؛ مسائل حقوقی سرمایه گذاری بین المللی، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۹، ص. ۱۳.

۴. تفرشی، عیسی؛ تضمین سرمایه گذاری خارجی در ایران (مطالعه تطبیقی)، موسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی، ۱۳۸۶، ص. ۱۲.

قانون استثناء نکرده است در آن شیء بنماید، حقوق دانان نیز مالکیت را حق استعمال و تصرفات به هر صورت از سوی مالک در ملک و در مال خود به مواردی که در قانون استثناء شده باشد می دانند^۳، مرحوم استاد کاتوزیان در تعریف مالکیت چنین مقرر می دارند: «مالکیت حقی است دائمی که به موجب آن شخص می تواند در حدود قوانین تصرف در مالی را به خود اختصاص دهد و از تمام منافع آن استفاده کند»^۴. یکی از حقوق مسلم افراد در جامعه حق مالکیت است تحدید این حق باید به موجب قانون باشد چراکه امری خلاف قاعده است.

بند دوم: مفهوم ملی کردن^۵

«ملی کردن» عبارت از عملی است از سوی قوه عمومی که به موجب آن و با تأمین غرامت عادلانه، مالکیت مجموعه ای از وسائل تولید یا یک یا چند مؤسسه متعلق به اشخاص به شرکت های دولتی یا به سازمان های گروهی (عمومی) ملت، انتقال می یابد^۶. ملی کردن دارای هدفی کلی و دامنه ای گسترده است و منظور از آن، تغییر در چگونگی استفاده از مال نیست^۷. بلکه هدف از آن ایجاد تغییر در ماهیت مالکیت این قبیل اموال است. بنابراین، ملی کردن، «فرایندی قانونی است که بنا به مصالح سیاسی، اقتصادی کلان، موجب سلب مالکیت فرآگیر در گستره معینی از اقتصاد کشور و ایجاد مالکیت انحصاری ملت می شود»^۸. انتیتو حقوق بین المللی در اجلاسیه سال ۱۹۲۵ ملی کردن را این گونه تعریف کرده است: «ملی کردن عبارت است از

ادامه به موضع نظام حقوقی و قانون سرمایه گذاری خارجی ایران درخصوص موضوع ملی کردن و سلب مالکیت از سرمایه گذاران خارجی خواهیم پرداخت.

گفتار اول: مفاهیم

در این گفتار به بررسی مفاهیم مرتبط با مقاله خواهیم پرداخت.

بند اول: مفهوم مالکیت در اراضی شهری

در تعریف مالکیت گفته شده است: «اختصاص اجتماعی و قراردادی که موضوع (اعتباری) به یک فرد یا گروه یا جامعه که بیانگر حقانیت بالقوه هر گونه تصرف او در آن موضوع و حقانیت جلوگیری از تصرف دیگران در آن است.^۱

علامه طباطبایی در تعریف مالکیت بیان داشته است: «مالکیت و ملک نوع خاصی از اختصاصی است که باعث می شود تصرف در ملک که توسط صاحب آن صورت می گیرد صحیح می گردد.^۲

مالکیت از دیدگاه حقوقی چندان تفاوتی با تعاریف ارائه شده (توسط فقهاء) ندارد به این نحو که در تعریف مالکیت بیان داشته اند: «حق استعمال و بهره برداری و انتقال یک چیز به هر صورت مگر در مواردی که قانون استثناء کرده باشد.^۳ مالکیت چه در فرهنگ لغت های عمومی و چه در ترمینولوژی حقوق به معنی حق تعبیر شده است، فرهنگ لغت معین مالکیت در حقی می داند که انسان نسبت به شیء دارد و براساس آن می تواند هرگونه لغت معین مالکیت را حقی می داند که انسان نسبت به شیء دارد و براساس آن می تواند هرگونه تصرفی که

۱. بهشتی، سلسله درس های اسلامی «۱» مسأله مالکیت، نقل از میرزایی، علیرضا؛ مراجع تشخیص اراضی مواد نحوه رسیدگی و اعتراض، تهران، انتشارات بهنامی، چاپ سوم، ۱۳۹۲، ص ۱۲.

۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ ترمینولوژی حقوق، انتشارات امیر کبیر، ۱۳۷۶، واژه ۴۷۱۳.

۳. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۱، واژه مالکیت. ص ۲۹۶.

۴. کاتوزیان، ناصر؛ اموال و مالکیت، تهران، انتشارات میران، چاپ بیست و نهم، ۱۳۸۸، ص ۱۱۰.

NATIONALIZATION^۵

۶. اوژن شافر، به نقل از سلجوقی، محمود؛ حقوق بین الملل خصوصی، تعارض قوانین، جلد دوم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۷، ص ۳۴۸.

۷. سلجویی، محمود؛ همان.

۸. خردمندی، سعید؛ تحدید مالکیت، انتشارات اندیشه عصر، چاپ اول، ۱۳۹۲، ص ۳۳۰.

مدیریت شهری

فصلنامه مدیریت شهری
Urban Management
شماره ۴۷ تابستان ۹۶
No.47 Summer 2017

۷۹

واز آنجا که مالکیت را حقی دائمی دانسته اند که به موجب آن شخص می تواند در حدود قوانین تصرف در مالی را به خود اختصاص دهد و از تمام منافع آن استفاده کند و وقتی واژه سلب را با مفهومی که در بالا بیان شد به مالکیت اضافه کنیم اصطلاح مرکب «سلب مالکیت» به دست می آید که مقصود از آن، تملک بدون رضایت و قهری ملک کسی و محروم ساختن صاحب آن از اختیارات مالکانه خود نسبت به دارایی او می باشد.^۱

بنابراین می توان گفت که سلب مالکیت به معنی خارج ساختن قهری ملک از مالکیت مالک و تملک اجباری آن می باشد و به نادیده گرفتن حق مالکانه صاحب مال می انجامد. بدیهی است که این اتفاق، چنانکه با مجوز قانونی باشد عملی مشروع و در غیر این صورت کاری خلاف شرع و غاصبانه به حساب خواهد آمد. به همین دلیل مواد ۳۰ و ۳۱ قانون مدنی ایران، ضمن بیان حقوق مالکانه مالک، نشان می دهد که فقط به حکم قانون ممکن است در مواردی صاحب مال از این حقوق محروم گردد. درجه ای ضعیف تر و پایین سلب مالکیت محروم ساختن مالک از اختیارات مالکانه است که در هر دو مورد چنانچه با مجوز شرعی و قانونی انجام پذیرد عملی مشروع خواهد بود و در غیر این صورت، طبق ادله ای مالکیت همچون قاعده‌ی «تسليط» و «حرمت مال مسلم» امری خلاف شرع و غیر مجاز به شمار خواهد رفت.^۲

در حقوق بین الملل از سلب مالکیت به عنوان

انتقال مالکیت اموال و حقوق خصوصی در بعضی از رشته های اقتصادی از طریق قانونگذاری، به دولت و منظور از آن حفظ منافع اجتماعی و اداره و کنترل فعالیت اقتصادی از طرف دولت و تعیین هدف های تازه می باشد.^۳

ملی کردن اموال به دو صورت قانونی و غیرقانونی قابل تصور است که بی تردید از حیث جبران خسارت، میان این دو دسته تفاوت هایی وجود دارد. در ارائه معیار تعیین کننده این دو دسته گاهی فرض بر قانونی بودن ملی شدن است. مگر خلاف آن اثبات شود. از این رو در رویه دیوان داوری ایران و آمریکا در لاهه چنین می خواهیم: «نمی توان ملی کردن ایران و آمریکا را به خودی خود، غیرقانونی دانست. خواه براساس عرف حقوق تجارت بین الملل یا معاهده مودت باشد، همچنانکه ادله کافی نزد دیوان اقامه نشده که نشان دهد، ملی کردن برای منافع عمومی نبوده یا به صورت تبعیض آمیز صورت گرفته است. در این رویه فرض بر قانونی بودن ملی سازی است مگر خلاف آن ثابت شود.

بند سوم: مفهوم سلب مالکیت اراضی شهری^۴
سلب مالکیت یک اصطلاح دو بخشی و مرکب است که برای فهم معنای دقیق آن لازم است ابتدا کلمه «سلب» را جداگانه مفهوم شناسی کرده و سپس آن را به همراه کلمه «مالکیت» معنا می نماییم.

واژه «سلب» در لغت به معنی انتزاع کردن، ربودن و برداشتن قهر آمیز چیزی می باشد.^۵ که معنای اصطلاحی آن با برداشتن قهری بسیار همخوانی دارد

۱. فیوضی، رضا؛ مسئولیت بین المللی و نظریه‌ی حمایت سیاسی، مرکز مطالعات عالی بین المللی دانشگاه تهران، چاپ دوم، ۱۳۵۶، ص ۴۷.

2. Amoco international finance corp V. Iran, Iran – US. C.T.R, vol; 1987 ,15 – II, pp. 17 ,52-51 Avanessian Aida B. 1993, Iran-united stats clams Tribunal in Action, Kluwer academic .publisher grope London., p.34

۳. به نظر می رسد اصلاح «سلب مالکیت» (EXPROPRIATION) ترجمه درستی نیست زیرا در معنای خود نشان می دهد آنچه در ملی سازی اتفاق می افتاد سلب مالکیت نیست بلکه چیز دیگری است. (زرگوش، مشتاق؛ حقوق اداری تملک املاک، شبه تملک ها و سلب مالکیت از سرمایه ها توسط دولت، انتشارات میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱، ص ۴۷).

۴. طریحی ، فخرالدین؛ مجمع البحرين، تهران : کتابفروشی مرتضوی ، ج ۲، ۱۴۱۶، هـ.ق، ص ۸۳.

۵. حسن زاده، بهرام؛ حقوق تحلیلی اراضی و املاک، انتشارات جنگل، چاپ سوم، ۱۳۹۳، ص ۴۶۳.

۶. محمدی، امید؛ تحدید حقوق مالکانه در طرح های عمرانی و عمومی، انتشارات جنگل، چاپ اول، ۱۳۹۵، ص ۲.

حقی که در مفهوم موسع مورد شناسایی است و قطع نظر از تابعیت و وضعیت مالی اشخاص در موردها اعمال می‌شود، یاد کرده‌اند. این حق از سوی بسیاری از مراجع قضایی و غیرقضایی و حتی به موجب اعلامیه‌های سازمان‌ها و کنفرانس‌های بین‌المللی به رسمیت شناخته شده است.^۵

«سلب مالکیت» برای رفع نیازهای عمومی و با هدفی معین صورت می‌گیرد و منظور از آن استفاده از مال در زمینه‌ای است که به موجب قانون تصریح شده است.^۶ بنابراین، علاوه بر ویژگی تأمین مصالح عموم باید روند سلب مالکیت مطابق قانون صورت گیرد. با وجود این، سلب مالکیت، در معنای اعم به هر گونه تعرض به حق مالکیت خواه قانونی یا غیر قانونی نیز اطلاق می‌شود. در دکترین حقوقی، سلب مالکیت و ملی کردن را از حقوق مشروع ملت‌ها و از مصادیق بارز حق حاکمیت دولت‌ها بر منابع طبیعی و ثروت‌های ملی می‌دانند.^۷

سلب مالکیت باید طبق رویه‌های قانونی باید صورت بگیرد و حمایت حقوقی کافی در مورد شخصی که از آن سلب مالکیت می‌شود تضمین کند. بنابراین، با وجود شناسایی احترام مالکیت در عرصه سرمایه گذاری خارجی، به انگیزه تأمین مصالح جمعی این اختیار نیز برای دولت شناخته شده که با وضع مقرراتی درباره شرایط اعمال حق مالکیت در آن محدودیت‌هایی ایجاد یا در مواردی مالی را برای اجرای حکم دادگاه، بدون مداخله مالک به دیگری تمیلیک کند یا با گذراندن قوانینی آن را در خود تملک.^۸

بند چهارم: مفهوم سلب مالکیت خزنه^۹
سلب مالکیت خزنه، مفهومی نوین است که بنا به ارتباط آن با سلب مالکیت در سرمایه گذاری خارجی زیر این عنوان بررسی می‌شود. این عنوان متضمن از اجزاء متعدد است که از دیدگاه حقوق بین‌الملل هیچ یک نمی‌تواند به تنها یکی تصریح حقوقی دولت میزان تلقی شود. با وجود این، اقدامات صورت گرفته به سلب مالکیت نرم منتهی می‌شود. در این خصوص می‌توان به عدم پرداخت، فسخ قرارداد، رد دسترسی به دادگاه، عملکرد واقعی جهت تعییض، عدم پای بندی به قواعد معامله، تعارض در توقيف قانونی^{۱۰} و مواردی از این قبیل اشاره کرد. براساس این معیار، سلب مالکیت خزنه‌را ملأاً سلب مالکیت سنتی نیست.^{۱۱}

تفسرین در بیان واقعیت «خرزنه» و پنهان بودن سلب مالکیت عنوان می‌کنند که دولت سومالی اعمال گوناگون به سته آورزنه و ایدایی (از قبیل بازداشت‌های گاه و بیگانه کارکنان کلیدی، جلوگیری از دسترسی به محل کار و ملی کردن جایگاه نفتی که قسمتی از اجزاء پروژه بود) علیه مالک بیگانه یک واحد سرمایه گذاری به راه انداخت. گروه سرمایه گذاری خصوصی مأموره بخار^{۱۲} اینگونه نظر داد که هرچند این اعمال دولت سومالی مستقیماً سلب مالکیت تلقی نمی‌شوند اما به عنوان مختل کننده فعالیت مجاز شخص خارجی محسوب می‌شود که از آن می‌توان نیت و قصد سلب مالکیت را استنباط و استنتاج کرد. با توجه به ارتباط مستقیم این موضوع با قصد و نیت دولت، احراز آن به

1. Michael Reisman & R. Doak Bishop, James Crawford 2005 "Foreign investment disputes" published by Kluwer Law International, Hague. P837

۲. سلجویی، محمود؛ حقوق بین‌الملل خصوصی، تعارض قوانین، منبع پیشین، صص ۳۴۶-۳۵۵.

۳. افتخار جهرمی، گودرز؛ دیوان داوری ایران - امریکا و عملکرد آن در قلمرو حقوق بین‌الملل، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه بهشتی، شماره ۱۵، ۱۳۷۳، ص ۹۴.

4. CREEPING OR INDIRECT EXPROPRIATION.

5. BLOCK

6. Michael Reisman & Robert D. Sloane, (2004) "Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation," 74 The British Yearbook of International Law , P.123

7. OVERSEAS PRIVATE INVESTMENT CORPORATION. (OPIC)

با وجود این برخی^۷ مصادره را مسامحه‌تاً در معنای سلب مالکیت و ملی کردن نیز به کار برده و ضمن تفکیک میان شق قانونی مصادره از فرض غیرقانونی، در مصادره قانونی، مالک مال مصادره شده را مستحق «عدم النفع» نمی‌دانند ولی در مصادره غیرقانونی، افزون بر ارزش مال مذبور «عدم النفع» آن نیز قابل مطالبه است. در هر دو حالت، ارزش مال بدون لحاظ سود آتی مال تعیین می‌شود.

البته ممکن است تغییرات دیگری نیز در کشور روی دهد که مالکیت سرمایه گذار خارجی را تحت تأثیر قرار دهد. این امر خصوصاً به هنگام روی کار آمدن دولت جدید در کشور میزبان، تغییر دیدگاه‌های ایدئولوژیک دولت میزبان، ملی گرایی اقتصادی و بحران‌های مالی نمود می‌یابد که در شدیدترین حالت می‌تواند منجر به مصادره اموال سرمایه گذاری خارجی گردد.^۸

در حقیقت مصادره، شدیدترین نوع مداخله دولت میزبان در حقوق و اموال بیگانگان و سرمایه گذار خارجی است. البته برعکس بسیاری مقررات مندرج در معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری که مشابه آن‌ها در حقوق بین‌المللی عرفی وجود ندارد (مانند استانداردهای رفتاری) حقوق بین‌المللی عرفی در زمینه سلب مالکیت و جبران خسارت بسیار پربار بوده و بخش عمده‌ای از این امر از حقوق رویه‌ای غنی در سطح بین‌المللی نشأت گرفته است.^۹ لذا

садگی امکان پذیر نیست ولی با بررسی و تجزیه و تحلیل جریان عملکرد دولت میزبان و مقایسه با برخورده که در همان دوره با موارد مشابه داخلی یا خارجی صورت گرفته است، می‌توان به نتایج قابل استنادی دست یافت.^{۱۰}

بند پنجم: مفهوم مصادره^۲

مصادری اموال یکی از شیوه‌های مهم سلب مالکیت خصوصی در راه منافع اجتماعی است^۳; حقوقدانان مصادره را این گونه تعریف کرده‌اند: «مصادره، عملی است که به موجب آن مالکیت به دولت، بازگردانده شده و یا موقتاً و به نمایندگی از مالک حقیقی، به دولت منتقل می‌گردد»^۴; و برخی معتقدند: «مصادره اموال فرآیندی است که به موجب آن از شخص یا اشخاص معین به دلیل ارتکاب جرایمی (مانند همکاری با بیگانگان، اقدامات غیرقانونی، سوءاستفاده و کسب اموال نامشروع) به عنوان مجازات سلب مالکیت شود».^۵

در مصادره، غرامتی قابل پرداخت نیست؛ از این رو اگر اموالی بدون پیش‌بینی پرداخت غرامت ملی شده باشد، دادگاه‌های خارجی آن را صورتی از مصادره غیر قانونی تلقی می‌کنند^۶. فایده عملی تفکیک بالا در این است که هریک از این مفاهیم از حیث حکمی تابع قواعد و اصول حقوقی ویژه خود هستند. در مصادره اموال به دلیل وجود جنبه کیفری، لزوماً غرامت و جبران خسارت مطرح نیست.

۱. علیدوستی، شهرکی، ناصر؛ احترام مالکیت و سرمایه گذاری خارجی، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۱، بهار ۱۳۹۰، ص. ۳۰۰.

2. CONFISCATION.

۳. خردمندی، سعید؛ تحدید مالکیت، منبع پیشین، ص ۳۳۶.

۴. زرگوش، مشتاق؛ حقوق اداری تملک املاک، شبه تملک‌ها و سلب مالکیت از سرمایه‌ها توسط دولت، منبع پیشین، ص ۴۷.

۵. افتخار جهرمی، گودرز؛ دیوان داوری دعاوی ایران – امریکا و عملکرد آن در قلمرو حقوق بین‌الملل، منبع پیشین، ص ۹۴.

۶. اوژن شافر، به نقل از سلجوچی، محمود؛ حقوق بین‌الملل خصوصی، تعارض قوانین، منبع پیشین، ص ۳۵۵.

۷. حجازی، احمد؛ ارزش اموال مصادر شده بیگانگان در آرای دیوان داوری دعاوی ایران و ایالت متحده، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره چهاردهم و پانزدهم، ۱۳۷۰، ص ۸۸ و ۷۰.

8. Bilateral Investment Treaties 2111-4999: Trends in Investment rulmaking,unctad,op.cit.,p. 471

۹. محبی، محسن؛ مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین‌المللی، سلب مالکیت و غرامت در قرار داده‌های نفتی، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهردانش، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۶، ص ۳۹.

نحوی در توقیف اموال درآمده است در اختیار سازمانی به نام سازمان جمع آوری و فروش اموال تملیکی گذاشته می شود تا بر طبق قانون تأسیس سازمان مذکور و اساسنامه آن نسبت به اداره و یا فروش آن ها اقدام کند.

بند ششم: ضبط اموال^۳

«ضبط مال» از اصطلاحاتی است که علی رغم تفاوت با مفاهیم بالا در مقوله سلب مالکیت و ملی سازی بررسی می شود که به موجب آن مرجعی اداری یا انتظامی در موقع فوق العاده بر پایه اختیارات قانونی خود به فرد یا شخصی حقوقی تکلیف می کند، خدمتی به او یا شخص ثالث ارائه کند یا اجازه استفاده از مالی را بدهد یا مال منقولی را منتقل کند. مقام دستور دهنده مکلف است پس از آن به جبران آن بپردازد.^۴

گفتار دوم: مبانی نظری تحقیق

بند اول: ماهیت حقوقی سلب مالکیت

هرچند در اکثر قوانین مربوط به تملک و سلب مالکیت، از عنوان هایی همچون «خرید»، «فروش» و «معامله» برای بیان این اقدام یک طرفه‌ی دولت در مورد اراضی و املاک شخصی مردم استفاده شده است ولی واقعیت این است که نه تنها ماهیت حقوقی تملک با هیچ یک از مفاهیم مذکور یا دیگر عقود و ایقاعات رایج حقوقی همخوانی ندارد بلکه به تعبیر برخی از تحلیل گران حقوق اداری، آنچه به عنوان یک اصل در قراردادهای اداری این چنینی اعمال می گردد ممکن است در حقوق خصوصی، یک ضد قاعده محسوب شود.^۵ بر این اساس ناچاریم به پیروی از اندیشمندان حقوق اداری، ماهیت حقوقی تملک را در ذیل دو عنوان «قرارداد

ضمن وجود قواعدی در مورد مصادره و سلب مالکیت اموال سرمایه گذاران خارجی که مورد اشاره قرار گرفت درخصوص پرداخت غرامت (به عنوان یکی از پرمناقشه ترین مسائل حقوق بین الملل) در سطح حقوق بین المللی عرفی، تمامی معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری هم به صورت مشخص به این مبحث توجه داشته و قواعد خاصی را برای این ضوابط پیش بینی می نمایند و به عنوان مثال مهم ترین منبع در زمینه پرداخت غرامت در موضوع ملی کردن رویه دولت ها هست، خصوصاً که هیچ کنوانسیون جامع بین المللی در مورد غرامت تهیه و امضاء نشده است.^۱

معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری به تبعیت از حقوق بین المللی عرفی، حق دولت میزبان به ملی سازی اموال بیگانگان را به عنوان یک حق بنیادین دولت، با رعایت شرایط خاصی به رسمیت شناخته و آثار و نتایج حاصله از آن را پیش بینی کرده‌اند. اصل معروف به فرمول هال که از سال ۱۹۳۸ میلادی در محافل بین المللی شهرت خاصی یافت. در خصوص نحوه و کم و کیف پرداخت غرامت است که در فرمول هال به «پرداخت غرامت فوری مکفی و مؤثر» اشاره می شد که این مفهوم با تحولات دهه های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ میلادی به پرداخت غرامت مناسب تعبیر شد که مورد استقبال کشورهای سرمایه فرست و اعتراض کشورهای در حال توسعه و سرمایه پذیر است و آن ها معتقدند این فرمول باید براساس موازین حقوق داخلی تعیین شود.^۲

حکم به مصادره اموال باید با تجویز مقتن باشد و اموال واشیایی که به موجب حکم دادگاه مطابق قانون مصادره شده‌اند باید عیناً در اختیار دولت قرارداده شود؛ تمام اموال و حقوق مالی که به

۱. محبی، محسن؛ همان.

۲. حسیبی، به آذین؛ دولت و سرمایه گذاران خارجی، موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۰، ص ۲۸.

۳. REQUISITION.

۴. علیدوستی، شهرکی، ناصر؛ احترام مالکیت و سرمایه گذاری خارجی، منبع پیشین، ص ۳۰۲.

۵. ر.ک: طباطبایی مؤتمنی، منوچهر؛ حقوق اداری، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۷۳، ص ۳۰۴.

ب. عمل یکجانبه اداری از آنجا که بیشتر تصمیمات اداری یک جانب، به صورت ایقاعاتی که ناظر بر وضع اشخاص معینی هستند صورت می‌گیرد آن‌ها را ایقاع شخصی می‌نامند.^۵ تملک از این دیدگاه، «عمل یکجانبه شخصی» به حساب می‌آید. ولی این بدان معنا نیست که صرف اراده‌ی دستگاه اجرایی منجر به تحقق تملک خواهد شد بلکه این اعمال اراده، مقید به رعایت شرایط و الزامات قانونی می‌باشد که عدم رعایت آن‌ها توسط مراجع عمومی، موجبات ابطال عملیات سلب مالکیت را فراهم خواهد آورد. زیرا همان‌گونه که برخی از محققان گفته‌اند: «ایقاعات مدنی در مرحله وقوع یک طرفی است اما در مرحله اجرا همانند عقود دو جانبه است و آثار آن منحصراً محدود به ایقاع کننده نمی‌باشد. بنابراین اگر مفاد ایقاع ناظر بر ایجاد حق و تکلیف یک جانب برای دیگران باشد کفه‌ی مقابل آن التزامی است که بر دوش ایجاد کننده می‌ماند و گریزی از اجرای آن نیست.^۶

از این رو هرچند ماهیت حقوقی تملک، عمل یک جانب اداری دستگاه‌های اجرایی دولتی و عمومی می‌باشد لکن طبق قوانین و مقررات، کم و بیش اقدامی کنترل شده است که مالکان املاک هم در تکمیل فرایند آن تأثیرگذار خواهند بود.

بند دوم: چرایی اعطای صلاحیت سلب مالکیت به دولت یکی از تعاریف ارائه شده از مفهوم «دولت» عبارت است از: «قدرت سازمان یافته حقوقی به منظور اجرای عدالت و انجام دادن خدمات عمومی است^۷.» بر این مبنای هر دولت و حکومتی، امانت دار و خدمتگزار مردم خویش می‌باشد، تا چه رسد به

اداری» و «عمل یک جانبه اداری» مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم:

الف. قرارداد اداری

برخی قرارداد اداری را اصطلاح علمی ناظر به قراردادهایی دانسته‌اند که لاقل یک طرف آن اداره‌ای از ادارات عمومی بوده و برای تأمین پاره‌ای از خدمات عمومی و به عنوان حقوق عمومی منعقد می‌شود^۱ و برخی دیگر، قرارداد اداری را توافق اراده طرفین بر انجام امری واحد قلمداد کرده‌اند^۲ در صورتی که قوانین ناظر بر امر تملک به دستگاه‌های اجرایی اجازه می‌دهند هنگام نیاز به ملکی برای انجام خدمات عمومی، حتی بدون نظارت و توافق مالک به طور یکجانبه اقدام تعیین و پرداخت بهای عادله نموده و املاک را تصرف کنند.^۳ بنابراین نمی‌توان ماهیت حقوقی تملک را در این فرض، قرارداد اداری تلقی نمود، زیرا اراده‌ی مالک در این گونه موارد کمترین دخلاتی در تحقق این فرایند ندارد. اما زمانی که در مسیر تملک، رضایت صاحب ملک جلب و میزان بهای عادله املاک و سایر حقوق و خسارات وارد از طریق توافق میان دستگاه اجرایی با مالکان تعیین گردد تا حدی به مفهوم قرارداد اداری نزدیک می‌شود. شاید آنچه که باعث شده تا برخی از نویسنندگان حقوق اداری خرید اجرایی زمین از مردم برای طرح‌های دولتی را از مهتمرين مصادیق قراردادهای اداری بدانند^۴ همین شببه باشد. در حالی که این اتفاق چندان هم که باید و شاید نشان از تراضی طرفین بر سر تملک اراضی مورد بحث نمی‌باشد بلکه توافق مالک یا مالکین در اینجا فقط برای تعیین بهای عادله و خسارات وارد صورت گرفته و اصل تملک خارج از اراده و رضایت آن‌ها و به شکل یک طرفه انجام شده است.

۱. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش، ۱۳۸۱، ص ۵۳۳.

۲. انصاری، ولی الله؛ کلیات حقوق اداری، تهران: نشر حقوق‌دانان، ۱۳۷۷، ص ۲۷.

۳. ماده ۴ قانون نحوه خرید و تملک اراضی.

۴. انصاری، ولی الله، همان، ص ۳۷.

۵. ر.ک: انصاری، ولی الله، همان، ص ۲۷.

۶. کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی (ایقاع)، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۷، ص ۱۸۸.

۷. کاتوزیان، ناصر؛ مبانی حقوق عمومی، تهران: نشر دادگستر، ۱۳۷۷، ص ۵۰.

دولت موظف است از محل درآمدهای عمومی به ارائه خدمات عمومی و توزیع عادلانه امکانات رفاهی اقدام نماید. بدیهی است زمانی که اموال دولتی و آنچه که به حکم شرع و قانون در تملک دولت اسلامی است مانند انفال و دارائی‌های مشابه به جمع اموال عمومی اضافه گردد اهمیت وظیفه خدمت رسانی دولت دوچندان خواهد شد و اعطای صلاحیت تملک و سلب مالکیت را به این مجموعه خدمتگذار از توجیه منطقی برخوردار خواهد نمود.

دانشمند شهید، سید محمد باقر صدر در این مورد به احادیث و روایاتی چند استناد کرده است و بیان می‌کند: «نصوص و روایات روشنی، اصل تأمین و تضمین اجتماعی را مقرر، و مسؤولیت مستقیم دولت را در اعلاء فرد و تأمین سطح زندگی مناسب برای او تشریع می‌کند. این اصل تأمین اجتماعی است که دولت مستقیماً مأمور پیاده کردن آن می‌باشد. اما اساس تئوریک و نظری آن را باید در حق مشترک جامعه در منابع ثروت جستجو کرد.^۱».

بند سوم: چرا بی جبران خسارت در سلب مالکیت با هدف خدمات عمومی
هر چند اقدام دولت در سلب مالکیت افراد بدون توجه خواست و اراده آن‌ها صورت می‌گیرد ولی عدالت اقتضا می‌کند که بهای مال تملک شده به صاحب آن پرداخت و خسارات احتمالی وارد بر او جبران گردد.^۲ زیرا همان گونه که همه مردم در ثروت‌های عمومی سهیم می‌باشند،

دولت اسلامی که در واقع امین خداوند و خادم امت محسوب شده و به گفته شهید سید محمد باقر صدر، مکلف به تأمین کامل وسائل زندگی عموم افراد جامعه می‌باشد.^۳ از این‌رو، امروزه اکثر دولت‌ها بیشتر از آن که به زور و قدرت خود افتخار کنند به میزان خدمت رسانی و تأمین منافع ملت خویش مباهات می‌کنند. این وظیفه و به تبع آن احساس مسؤولیت دولت‌های مشروع، نسبت به انجام آن بر دو پایه استوار می‌باشد:

الف. اصل کفالت همگانی: طبق این اصل، از نگاه دینی همه مسلمانان جهان مسئول سرنوشت و وضع زندگانی یکدیگر بوده و کفالت همدیگر را بر عهده دارند که روایات و احادیث نیز مؤید آن می‌باشند^۴ و تمام اعضای جامعه اسلامی نسبت به یکدیگر دارای مسؤولیت متقابل بوده و موظف به رفع نیازها و احتیاجات همدیگر می‌باشند.

ب. اصل سهیم بودن جامعه در درآمد و دلایل شرعی آن: مسؤولیت دیگر دولت در تأمین منافع و مصالح مردم که توجیه کننده اعطای صلاحیت تملک و سلب مالکیت به آن می‌باشد ناشی از سهیم بودن همه افراد جامعه در درآمدهای دولتی است. یک نوع مالکیت که هم در عرف و هم در شرع پذیرفته شده، مالکیت عمومی است که زمین‌های آباد فتح شده توسط مسلمانان و درآمدهای ناشی از آن‌ها و نیز پل‌ها، موزه‌ها و معابر عمومی نمونه‌هایی از آن می‌باشند.^۵ بنابراین

۱. ر.ک: صدر، سید محمد باقر؛ اقتصاد ما، ج ۲، ترجمه ع. اسپهبدی، مشهد: انتشارات جهاد سازندگی مشهد (خراسان)، ۱۳۶۰، ص ۲۹۰.

۲. الكلینی، محمدين یعقوب؛ الکافی، ج ۲، مصحح: علی اکبر غفاری، ج ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه ، ۱۴۰۷ق، ص ۱۶۹: «وَالْحَقُّ الْخَامِسُ أَن لَا تُشْبَعَ وَيَجُوعَ وَلَا تُرُوَى وَيَظْمَأَ وَلَا تُلَبِّسَ وَيَعْرَى». - شیخ صدوq، ابو جعفر محمد بن علی، کتاب الخصال، قم: انتشارات جامعه مدرسین، ج ۱، ۱۳۶۲، ص ۴۷: «مَنْ وَاسَى الْفَقِيرَ وَأَنْصَفَ النَّاسَ مِنْ نَفْسِهِ فَذَلِكَ الْمُؤْمِنُ حَقًا».

۳. ر.ک: صدر، سید محمد باقر؛ اقتصاد ما، ج ۲، منبع پیشین، ص ۶۹-۷۳ کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی اموال و مالکیت، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸، ص ۶۸-۷۰.

۴. صدر، سید محمد باقر؛ اقتصاد ما، ج ۲، منبع پیشین، ص ۲۹۵.

۵. ر.ک: صحیفه نور، ج ۲۰، ص ۱۷۱.

مدیریت شهری

فصلنامه مدیریت شهری
Urban Management
شماره ۴۷ تابستان ۹۶
No.47 Summer 2017

۸۵

اغنا کننده نباشد و این ترتیبات فراملی و ملی اگر دولت های متبع آنها اقدامی در حمایت از این سرمایه گذاران به عمل نیاورند حمایت مؤثر مدنظر را در اختیار سرمایه گذاران خارجی قرار نخواهد داد. راه های قانونی فرا روی سرمایه گذار خارجی برای جبران خسارات، تضمینات مورد انتظار سرمایه گذاران خارجی را فراهم نمی آورد. قواعد عام حقوق بین المللی نیز تضمینات قابل توجهی را در اختیار سرمایه گذاران خصوصی خارجی نمی گذارد؛ حتی امروزه تحت شرایطی اجازه سلب مالکیت از اتباع خارجی وجود دارد با توجه به این وضعیت تلاش هایی در جامعه بین المللی برای تدوین مجموعه مقرراتی در زمینه سرمایه گذاری بین المللی از جمله توسط سورای اروپا، اتاق بازرگانی بین المللی، سازمان همکاری اقتصادی و توسعه صورت گرفته که هیچ کدام نتیجه ای در بر نداشتند و به موازات آن کوشش شد اختلافات سرمایه گذار بین المللی از جمله در موضوعاتی چون سلب مالکیت و ملی سازی سرمایه ها و ... به جای حل و فصل در دادگاه های داخلی در مراجع بین المللی حل و فصل گردد که خود به خود و به طرق غیرمستقیم حمایت از سرمایه گذاری خصوصی خارجی در بحث سلب مالکیت اموالشان به شمار می آید.^۱

در این راستا اقدامات منطقه ای زیادی هم صورت پذیرفته که شاید کار کرد آن بسیار قوی تراز اصول حقوق بین الملل البته در حیطه تحت شمول خود خروجی داشته است. به عنوان مثال اعضای سورای اروپا توافق کرده اند که دادگاه حقوق بشر اروپا نسبت به شکایات اتباع هریک علیه دولت متبع خویش از بابت نقص حقوق بشر من جمله حقوق مالی (مثل حق غرامت در سلب مالکیت) صلاحیت

در مقابل هزینه های عمومی نیز دارای مسؤولیت برابر می باشند. مبنای این دیدگاه، علاوه بر اصل عدالت، نظریه «برابری همگان در تأمین هزینه های عمومی» است که برخی از آن به عنوان نظریه «جبران زیان ناشی از مسؤولیت بیرون از خط و خطر» یاد کرده اند.^۲

یکی از صاحب نظران حقوق در توجیه این نظریه و لزوم اجرای آن چنین می گوید: تمامی شهروندان به تساوی عهده دار هزینه هایی هستند که دولت به منظور تأمین هزینه های عمومی و یا استقرار نظم صرف می کند و بر این پایه اگر در اثر عملکرد سازمان دولتی زیانی به شخص یا اشخاص معین وارد آید این برابری از هم می گسلد. زیرا در چنین فرضی بهره خدمت عمومی نصیب همگان می گردد در حالی که زیان آن را عده ای خاص تحمل می کنند و به این جهت، دولت به نمایندگی از عموم، خسارت زیان دیدگان را تا حدی که تساوی مذکور مجدداً برقرار شود جبران می نماید تا همگان از ضرر زیان دیدگان جلوگیری به عمل آورند.^۳ بر همین اساس، طبق قوانین جاری تملک، نه تنها دولت موظف به پرداخت بهای عادلانه زمین یا ساختمان یا تأسیسات سلب مالکیت شده به مالکان آنهاست، بلکه مکلف به جبران خسارات ناشی از تملک نیز می باشد.^۴

گفتار سوم: حمایت از مالکیت سرمایه گذار خارجی از منظر حقوق بین الملل
حمایت و تضمین عملی از سرمایه گذار خارجی در خصوص سلب مالکیت و ملی سازی از سوی قواعد حقوق بین المللی صورت نمی گیرد و البته این به معنی نفی تأثیر آن نیست و مسلمان این چنین قواعد فراملی انعطاف قوانین داخلی را دو چندان می کند. اما این قوانین داخلی نیز شاید برای سرمایه گذار

۱. ابوالحمد، عبدالحمید؛ حقوق اداری ایران ، تهران : انتشارات توسعه ، ۱۳۷۶ ، ص ۵۶۳.

۲. موسیزاده، رضا؛ حقوق اداری، ج ۱-۲، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۶، ص ۲۶۹.

۳. ر.ک: کاتوزیان، ناصر؛ حقوق مدنی اموال و مالکیت، تهران: نشر میزان، ۱۳۸۸، ص ۱۵۱.

۴. طارم سری، مسعود؛ حقوق بازرگانی بین المللی، چاپ و نشر بازرگانی، ۱۳۷۹، ص ۵۱.

باشد. ثانیاً به موجب فرآیندی قانونی باشد. ثالثاً: به روش غیر تبعیض آمیز باشد. رابعاً: در مقابل پرداخت خسارت سریع و مؤثر و مناسب انجام پذیرد.^۱

تردیدی نیست که سرمایه گذاران خارجی با محاسبه احتمال بروز خطرات پیش بینی شده و پیش بینی نشده مبادرت به سرمایه گذاری می نمایند. با این حال هرگاه که احتمال تحقق این خطرات افزایش یابد، تمایل به سرمایه گذاری کم می شود. سابقه تاریخی کشورها و سرگذشت سرمایه گذاری های خارجی در یک کشور به مثابه الگویی جهت تبیین میزان احتمال بروز خطر برای سرمایه گذاران خارجی است. هر سرمایه گذاری خارجی با مطالعه سابقه ملی کردن یا ملی شدن امثال آنها، تکرار این تجربه را مورد دارایی های خود پیش بینی می کند؛ تصویب و تأیید قانون اصل منع ملی کردن و مصادره و سلب مالکیت، مشابه آنچه که گفته شد؛ تا حد زیادی از نگرانی سرمایه گذاری خارجی می کاهد.^۲ آنچه مسلم است، اشتیاق به جذب سرمایه گذاری خارجی نمی تواند باعث فراموشی منافع ملی و مصالح عمومی گردد.

گفتار چهارم: حمایت از مالکیت سرمایه گذار خارجی با تأکید بر قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی ایران مصوب ۱۳۸۱

قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ به عنوان اصلی ترین قانون حاکم بر سرمایه گذاری خارجی در ایران^۳ در ماده ۹ به بحث «ملی کردن» به عنوان یک استثنای قاعده احترام مالکیت در مبحث سرمایه گذاری خارجی پرداخته

داشته باشد. طبعاً دادگاه حقوق بشر اروپا در موضوع سلب مالکیت و میزان غرامت تابع قوانین کنوانسیون حقوق بشر اروپا است.

عمده ترین خطر برای سرمایه گذاری خارجی سلب مالکیت توسط دولت است برای رفع این نگرانی، کشورها قوانینی را در قانون سرمایه گذاری خارجی به عنوان تضمین تصویب می نمایند. البته در بحث ملی کردن مصاديقی هم بصورت مطلق وجود دارد. عنوان مثال یک سری موارد اساسی در بحث حاکمیت دولت مانند استقلال اقتصادی و حاکمیت دائم بر منابع طبیعی، که به هیچ عنوان قابل واگذاری نیست و در صورتی هم که چنین شود، هیچ اثر حقوقی بر آن نمی توان بار کرد. مثلاً هرگاه دولتی بواسطه یک امتیاز نامه حق اکتساف و بهره برداری از یک معدن را برای همیشه واگذار کند، آثار چنین معامله ای فقط تا آنجا شناسایی می شود که با استقلال و حاکمیت دائمی دولت در تعارض نباشد. مالکیت دولت کماکان پابرجا بوده و دولت هنوز حق ملی کردن آن معدن را خواهد داشت.^۴ لذا قید واگذاری دائم حق بهره برداری در آن امتیازنامه؛ مانع عمل دولت نمی شود. به عبارت دیگر فعل ملی کردن یا سلب مالکیت، تحت حقوق بین الملل غیرقانونی محسوب نخواهد شد. در مجموع می توان نتیجه گرفت که اصل منع سلب مالکیت تخلف ناپذیر نیست. با این حال نقض اصل منوط به شرایطی شده که در عمل نگرانی های سرمایه گذار خارجی برطرف می گردد. این شرایط عبارتند از اینکه: اولاً: نقض اصل برای اهداف عمومی

۱. رضایی، مهدی؛ بررسی موانع حقوقی سرمایه گذاری خارجی در ایران با تأکید سرمایه گذاری در حوزه انرژی، منبع پیشین، ص ۶۳.

۲. برادران، علی رضا؛ بررسی مکانیزم های حقوقی تضمین سرمایه گذاری خارجی در ایران، رشته حقوق بین الملل، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز، ۱۳۸۷، ص ۸۹.

۳. پیران، حسین؛ مسائل حقوقی سرمایه گذاری بین المللی، منبع پیشین، ص ۲۵۹.

۴. با وجود تصویب این قانون، ولی همچنان نظام سرمایه گذاری در ایران وضعیت مناسبی ندارد. صرفه نظر از موانع حقوقی این سیاستگذاری، یکی از دلایل مهم عدم جذب سرمایه های خارجی و گریز سرمایه ایرانیان به خارج از کشور، نامناسب بودن محیط تجاری به دلیل عدم ثبات سیاسی و بالا بودن ریسک سرمایه گذاری به دلیل عدم ثبات اقتصادی بوده است. ...

است.

ماده ۳ قانون قدیم جلب و حمایت سرمایه گذاری خارجی قدمی ایران مصوب ۱۳۳۴ مقرر می داشت: «چنانچه با وضع قانون خاصی از صاحب سرمایه ای سلب مالکیت شود، دولت جبران عادلانه خسارت وارد را تضمین می کند به شرط آنکه در مدت سه ماه پس از سلب مالکیت، تقاضای جبران خسارت وارد به هیأت مذکور در ماده ۲ تسليم شود و در صورت بروز اختلاف، رسیدگی به ادعای جبران عادلانه خسارت وارد ای که دولت آن را تضمین می کند در محاکم صلاحیت دار ایران به عمل می آید».

در کنار قانون فوق و آئین نامه اجرایی آن^۱، ماده ۲۱ «قانون چگونگی اداره مناطق آزاد» قرار دارد که به موجب آن: «حقوق قانونی سرمایه گذاران خارجی که پذیرش سرمایه آن ها به تصویب هیأت وزیران رسیده است مورد تضمین و حمایت است. سرمایه گذاران یاد شده سلب مالکیت شود، جبران عادلانه خسارت به عهده دولت می باشد. آئین نامه مربوط به نحوه جبران خسارت به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید».

و نیز تبصره ۱۰ تصویب نامه ای به نام «مقررات سرمایه گذاری در مناطق آزاد تجاری - صنعتی جمهوری اسلامی ایران» مبنی بر اینکه: «سرمایه گذاری خارجی که پذیرش آن ها مطابق تبصره (۱) ماده (۶) این مقررات به تصویب اکثربت وزرای عضو شورای عالی مناطق آزاد رسیده باشد، چنانچه در مواردی به وسیله قانون به نفع عموم ملی شود یا اینکه از سرمایه گذاران یاد شده سلب مالکیت شود جبران عادلانه خسارت به عهده دولت جمهوری اسلامی ایران می باشد. پرداخت خسارت به مأخذ ارزش بازاری سرمایه گذاری بلافضله قبل از ملی شدن و یا سلب مالکیت خواهد بود و سرمایه گذار خارجی ظرف مدت سه ماه از تاریخ ملی شدن یا سلب مالکیت، تقاضای جبران خسارت را به سازمان منطقه تسليم نماید». قرار دارد که

در ماده ۹ قانون جدید سرمایه گذاری خارجی در ایران مصوب ۱۳۸۰ مجلس شورای اسلامی و مجمع تشخیص مصلحت نظام مصوب ۱۳۸۱، که قانون قبلی را نسخ کرده مقرر شده است: «سرمایه گذاری خارجی مورد سلب مالکیت و ملی شدن قرار نخواهد گرفت مگر برای منافع عمومی به موجب فرایند قانونی به رو ش غیر تبعیض آمیز و در مقابل پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه گذاری بلافضله قبل از سلب مالکیت» در این خصوص مطابق قانون مورد بحث، هرگاه دولت ایران قصد داشته باشد اموال و دارایی هایی را که با کسب مجوز سرمایه گذاری به ایران وارد شده است ضبط نماید؛ باید این چهار شرط را رعایت کند و گرنه فعل دولت غیر قانونی خواهد بود.

... براساس آماری که سازمان اطلاعات تجاری کشورها به صورت جهانی و منطقه ای ارائه داده است، ایران (طی سال های ۲۰۰۲-۱۹۹۸) از حیث جهانی در بین ۵۹ کشور رتبه ۶۰ و از حیث منطقه ای و در بین ۸ کشور (الجزایر، مصر، ایران، عراق، عربستان، نیجریه، اسرائیل و آفریقای جنوبی) رتبه ۷ را دارد می باشد. از طرف دیگر روشن است که سرمایه گذاران اصولاً از ریسک گریزان می باشند. این در حالی است که بالا بودن ریسک یکی از شاخصه های بازار ایران است؛ زیرا در ایران قیمت ها محصول مکانیزم ها و قواعد نظام بازار نیست. بلکه این دولت است که با دخالت وسیعی خود قیمت ها را مشخص می کند، عوامل تأثیرگذار بر تولید مانند تک یا چند نرخی بودن ارز، نرخ بهره بانکی، نرخ سوخت، تعرفه های گمرکی و ... توسط دولت مشخص می شود و با توجه به اینکه در ادامه همین سیاست، قوانین و مقررات در حال تغییر می باشند بخش خصوصی از حضور در بازار ایران یا سرمایه گذاری قابل توجه در آن خودداری می کند. (رزاقی، ابراهیم؛ خصوصی سازی در ایران، تهران، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۸۰، صص ۱۰۱-۷۷).

۱. مطابق زیر بند ۴ از بند الف ماده ۴ آئین نامه اجرایی این قانون: «سرمایه خارجی در مقابل ملی شدن و سلب مالکیت تضمین می شود و سرمایه گذاری خارجی در این موارد حق دریافت غرامت را دارد».

دریس شهری

فصلنامه مدیریت شهری
Urban Management
شماره ۴۷ تابستان ۹۶
No.47 Summer 2017

■ ۸۷ ■

پذیرای تفاسیر چندی قرار گیرد. در نظام حقوقی ایران، اعمال اقتدار دولت - حکومت که به صورت تصمیم گیری نمود می یابد؛ می تواند به صور مختلفی همچون قانون، آئین نامه، آراء وحدت رویه و تصمیمات مقامات عالی و اداری ظاهر گردد. براین مبدأ، آیا به عنوان مثال، رئیس جمهور و یا هیأت وزیران، صلاحیت سلب مالکیت یا ملی نمودن یک سرمایه گذار خارجی را دارند؟

در بادی امر چنین به نظر می رسد که هیأت وزیران و هریک از وزراء دارای چنین صلاحیتی هستند زیرا ماده ۲۱ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد در ذیل خود مقرر داشته که: «..... آئین نامه مربوط به نحوه جبران خسارت به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید». از طرف دیگر زیربند ۲ از بند ب ماده ۴ آئین نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت نیز همین معنا را مورد دفاع قرارمی دهد. در این ماده مقرر شده که:

«جبران زیان سرمایه گذاری خارجی ناشی از ممنوعیت و یا توقف اجرای موافقت نامه های بر اثر وضع قانون و یا تصمیمات دولت حداکثر تا سقف اقساط سررسیده شده توسط دولت تضمین می شود».^۵

با این حال، این برداشت درست نمی باشد. زیرا اولاً در ماده ۲۱ قانون چگونگی اداره مناطق آزاد، آئین

در کنار مفاد موضوعاً مرتبط موافقتنامه های دو جانب سرمایه گذاری میان ایران و دولت ای دیگر،^۶ مجموعاً نظام حقوقی حاکم بر مسئولیت ناشی از ملی سازی و سلب مالکیت سرمایه های خارجی را تشکیل می دهدند.

نسبت میان قانون تشویق و حمایت با قانون چگونگی اداره مناطق، آنگونه که از عنوانشان بر می آید عام و خاص است. به عبارت دیگر، قانون دوم منحصراً راجع به مناطق آزاد تحت پوشش^۷، است و بر این مبدأ، قانون حاکم بر غیر مناطق یاد شده و نیز در مواردی که در قانون چگونگی اداره مناطق، حکمی مقرر نشده باشد قانون نخست (قانون تشویق و حمایت) است. ذیل ماده ۲۴ قانون یاد شده نیز با بیان اینکه بی اعتباری یا تغییر این قانون توسط قوانین آتی، منوط به تصریح بدون ابهام این موضوع در قوانین متعاقب است^۸ تلویحاً در صدد بیان اقتدار این قانون و حاکمیت آن بر موضوع سرمایه گذاری

به عنوان یک قاعده است.^۹

در قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی و به طور مشخص در ماده ۹ این قانون به صراحة و به صورت غیرقابل بحثی، مشخص نشده است که چه منبع قانونی می تواند وسیله حقوقی ملی سازی و سلب مالکیت گردد. در این مقرره از واژه «قانون» استفاده شده که به طور بالقوه می تواند

۱. ایران تا کنون موافقتنامه های تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری فراوانی را با کشورهای مختلف و به تصویب رسانده است. در سایت مجلس شورای اسلامی، فهرست این موافقتنامه ها که عمدتاً ادبیات و عبارت پردازی همسانی دارند آمده است.

۲. مطابق ماده ۱ قانون چگونگی اداره مناطق، مناطق تحت پوشش قانون شامل: الف- منطقه آزاد جزیره کیش، ب - منطقه آزاد قشم حداکثر به وسعت سیصد کیلومتر مربع به هم پیوسته در ضلع شمال شرق جزیره، در محدوده ای که هیأت وزیران تعیین خواهد نمود. پ - منطقه آزاد چهابهار می باشد.

۳. «...مفاد این قانون توسط قوانین و مقررات آتی در صورتی لغو یا تغییر می یابد که لغو یا تغییر این قانون در قوانین و مقررات مذکور تصریح شده باشد».

۴. زرگوش، مشتاق؛ حقوق اداری تملک املاک، شبه تملک ها و سلب مالکیت از سرمایه ها توسط دولت، منبع پیشین، ص ۴۰۴.

۵. ماده ۳۰ آئین نامه اجرایی این قانون نیز متضمن حکم مشابهی است. به موجب این مقرره: «دولت با رعایت اصل (۱۳۸) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران تعیین حدود تعهدات قابل پذیرش موضوع تبصره (۲) ماده (۱۷) قانون را به وزیران عضو شورای عالی سرمایه گذاری تفویض می نماید. هیأت مجاز است میزان خسارت حاصل از ممنوعیت و یا توقف اجرای موافقت نامه های مالی مربوط را تا سقف تعهدات حال شده در محدوده تعهدات قابل پذیرش از سوی شورای عالی سرمایه گذاری که در مجوز سرمایه گذاری قید گردیده است، تعیین نماید...»

تعیین دقیق آن در صورت اختلاف با محکمه است. قبل از عمل رسمی سلب مالکیت شایعه دخالت دولت موجب نوسان در ارزش مال می‌شود و تقویم تأثیر این دوره با محکمه می‌باشد. منظور از شرط «فرآیند قانونی» نیز چندان روش نیست و می‌تواند بدین معنی باشد که سلب مالکیت یا ملی کردن حتماً باید به موجب قانون باشد و در این فرض مصادره حکمی که به مصادره غیر مستقیم یا خزنه هم شهرت دارد مستثنی می‌گردد و یا منظور رعایت حقوقی سرمایه گذار در تمامی مراحل من جمله، مراجعه به محاکم و تعیین غرامت می‌باشد.

مطابق قانون فوق، سرمایه گذاران برای تقاضای جبران خسارات وارد ناشی از سلب مالکیت یا ملی شدن باید به هیأت سرمایه گذاری خارجی موضوع ماده ۶ قانون مراجعه نمایند. مهلت مراجعه یک سال است.^۱ هرگاه اختلافی درخصوص سلب مالکیت یا

ملی شدن پیش می‌آید، موضوع توسط مراجعت مندرج در ماده ۱۹ قانون حل و فصل می‌شود. در این خصوص قابل ذکر است که قانون هیچ ضمانت اجرایی برای عدم رعایت شروط مندرج در ماده ۹ پیش بینی نمی‌کند. اگر دولت بدون رعایت آن شروط سرمایه خارجی را ضبط کند یا ملی کند چه آثاری بر عمل دولت قابل تصور است؟ تصمیم گیری در خصوص این امر نیز با محکمه صالحه خواهد بود.

در صورتی که فعل دولت غیرقانونی باشد، دولت علاوه بر جبران خسارات مستقیم، ممکن است به پرداخت غرامت از بابت خسارات جانبی و تبعی نیز محکوم شود. اما اگر محکمه قانون داخلی را ناظر بر قضیه تشخیص دهد، طبعاً مقررات قانون داخلی تعیین کننده آثار و عواقب فعل غیرقانونی دولت خواهد بود.^۱ در اینجا باید چند نکته را یادآور شد: نکته اول اینکه عموماً سلب مالکیت نامشروع و غیرقانونی کمتر رخ می‌دهد و مراجع رسیدگی

نامه‌ای که بنا بوده تصویب گردد بنا به تصریح قانون ناظر به «تحویه جبران خسارت» است و نه سلب مالکیت و ملی سازی و ثانیاً مفاد مورد استناد مربوط به آئین نامه قانون تشویق، حتی اگر صحیح بوده و این آئین نامه مطابق قانون و در چهار چوب قانون وضع شده باشد وضعیت مشابهی داشته و منحصرًا ناظر به «... منوعیت و یا توقف اجرای موافقت نامه مالی...» بوده و نه ملی سازی یا سلب مالکیت. به نظر نگارنده، تنها منبع مجاز برای این مهم، «قانون اولیه» است و منظور از واژه «قانون» در قوانین یاد شده؛ مفهوم خاص قانون است و هیچ تصمیم دیگری و به طور مشخص، آراء وحدت رویه قضایی و نیز تصویب نامه، آئین نامه و به طریق اولی بخشنامه، دستورالعمل و مواردی از این دست که در زمرة قانونگذاری ثانویه هستند، نمی‌توانند به این مهم بیانجامند.

لازم بذکر است که دولت نمی‌تواند بدون دلیل موجه سرمایه را ضبط کند و باید یک منفعت عمومی در ورای تصمیم دولت نهفته باشد یا اینکه دولت نمی‌تواند سرمایه را مثلاً به صرف اینکه مالک آن تبعه کشور خاصی است و یا مالک دارای اوصاف خاصی است ضبط کند و لازم است ضبط مال بدون تبعیض باشد و نیز ضرورتاً خسارات سرمایه گذار خارجی جبران شود و غرامت به او پرداخت گردد. عبارت «پرداخت مناسب غرامت بسیار مهم» است. ماده ۹ علاوه بر ضابطه غرامت (پرداخت مناسب غرامت) ضابطه ارزیابی را هم تصریح کرده است و آن عبارت است از ارزش واقعی سرمایه گذاری بلاfacسله قبل از سلب مالکیت، طبعاً تقویم ارزش واقعی قبل از سلب مالکیت با کارشناسان و مقومین و یا محکمه خواهد بود؛ قید بلاfacسله قبل از سلب مالکیت به این معنی است که تقلیل ارزش مال و بعضًا ارتقای ارزش آن در اثر دخالت دولت و سلب مالکیت نباید در تقویم مؤثر باشد و از «بلافاصله» نسبی است و

۱. تبصره ۱ ماده ۹ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی ایران مصوب ۱۳۸۱.

مالحظه شد دیوان داوری لاهه نیز در پرونده های مانند اموکو از این نظر پیروی کرده است.^۵

اصولاً در اکثر معاهدات دو جانب سرمایه گذاری کشورها نیز از جمله ایران شروط مقرر برای ملی سازی مشروع، الزامی به جبران خسارت، پیش بینی شده و هرچه بیشتر این شرایط به قواعد مطلوب سرمایه گذاران نزدیک باشد عاملی خواهد بود تا سرمایه گذاران خارجی انگیزه بیشتری به سرمایه گذاری در کشور میزبان پیدا کنند. لذا ماده ۶ «موافقت نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاران بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری کنفراسیون سوئیس» به عنوان یک

نمونه در این باره مقرر می دارد:

«هیچ یک از طرف های متعاهد، چه به طور مستقیم و چه غیر مستقیم، اقداماتی جهت مصادره یا ملی کردن سرمایه گذاری های سرمایه گذاران طرف متعاهد دیگر یا اقدامات دیگری در جهت سلب مالکیت این قبیل سرمایه گذاران نسبت به سرمایه گذاری هایشان به عمل نخواهد آورد، مگر اینکه چنین اقدامی در جهت منافع عمومی، به روشنی غیر تبعیض آمیز و طبق موازین قانونی باشد و جبران خسارت مؤثر و کافی پیش بینی شده باشد. مبلغ خسارت، بدون تأخیر به شخص ذیحق پرداخت خواهد شد». البته شایان ذکر است که در رویه‌ی معاهداتی ایران در انعقاد معاهدات دو جانب سرمایه گذاری رویه‌ی ثابتی درباره استاندارد غرامت مشاهده نمی شود و بسیار متنوع است.

همانطور که مشاهده می شود در این موافقنامه فرمول پرداخت غرامت به شکل «جبران خسارت مؤثر و کافی» پیش بینی شده است. و این مهم در خود قانون جلب و حمایت از سرمایه گذاری

کننده به ندرت عمل دولتی را در سلب مالکیت نامشروع تلقی می کنند؛ مگر آنکه دولتی در ضبط اموال سرمایه گذار خارجی انگیزه غیراقتصادی و نامربوط به منافع ملی را صراحتاً عنوان کند؛ نکته دیگر اینکه اگر سلب مالکیت، نامشروع باشد و مطالبه عدم النفع موجه گردد.^۶ این غرامت محدود به نفعی خواهد بود که فوت آن تا هنگام صدور رأی، تحقق یافته باشد و موارد احتمالی و فرضی، قابل پرداخت نیست. از این رو، دیوان داوری لاهه در پرونده آموکو نیز چنین نظر داده است: «... حتی در مورد مصادره نامشروع، خسارتی که واقعاً وارد شده ضابطه غرامت است».

برای جبران خسارت سرمایه گذار خارجی تعیین میزان خسارت قابل جبران اجتناب ناپذیر است. با این حال، روش یکنواخت و قاعده فراگیر برای تعیین غرامت یاد شده وجود ندارد، محاسبه خسارت به روش «جریان نقدی تنزيل شده» دو مرحله دارد: در مرحله اول، تمامی سود خالص که در آینده ممکن است نصیب شرکت شود محاسبه می شود یعنی مجموع درآمدهایی که ممکن است درآینده نصیب شرکت شود پیش بینی شده سپس هزینه های بهره برداری و نگهداری از آن کسر می شود و در مرحله دوم تنزيل آینده کسر می شود.^۷

در روش «جبران خسارت مناسب» اگر سلب مالکیت قانونی باشد؛ می بایست غرامتی برابر «ارزش عادلانه چیزی که مصادره شده» یعنی «ارزش شرکت در هنگام سلب مالکیت» پرداخت شود و اگر سلب مالکیت نامشروع باشد، مطالبه عدم النفع نیز موجه می شود. اما این غرامت محدود به نفعی خواهد بود که فوت آن تا هنگام صدور رأی تحقق یافته باشد و موارد احتمالی و فرضی قابل پرداخت نیست.

۱. پیران، حسین؛ مسائل حقوقی سرمایه گذاری بین المللی، منبع پیشین، ص ۲۶۰.
۲. علیدوستی شهرکی، ناصر؛ جبران خسارت سلب مالکیت در سرمایه گذاری خارجی، مجله دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۴۶-۴۷، بهار و تابستان ۱۳۸۸، ص ۹۳.
۳. افتخار جهرمی، گودرز؛ دیوان داوری دعاوی ایران - امریکا و عملکرد آن در قلمرو حقوق بین الملل، منبع پیشین، ص ۹۴.

۴. علیدوستی شهرکی، ناصر؛ جبران خسارت سلب مالکیت در سرمایه گذاری خارجی، همان، ص ۸۰.

۵. علیدوستی، شهرکی، ناصر؛ احترام مالکیت و سرمایه گذاری خارجی، منبع پیشین، ص ۳۰۴.

۶. محبی، محسن؛ مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین المللی، منبع پیشین، ص ۳۸.

مدیریت شهری

فصلنامه مدیریت شهری
Urban Management
شماره ۴۷ تابستان ۹۶
No.47 Summer 2017

۹۱

۱. سطحی نگری حاکم بر دیدگاه قانونگذاران.
 ۲. تشتت و کثرت قوانین موجود در این زمینه و بعضًا تعارض میان آنها و مشخص نبودن اولویت و ارجحیت میان قوانین.
 ۳. تعدد مراجع ذیصلاح در تدوین و تنظیم ضوابط و مقررات مرتبط با این موضوع.
 ۴. تغییرات مکرر و سریع قوانین که موجب عدم اطلاع به موقع مجریان و مخاطبان از قوانین شده و بعضًا باعث بکارگیری قوانین نسخ شده می‌گردد.
 ۵. عدم توجه به نظرات کارشناسی مختلف در جهت لحاظ نمودن دیدگاه‌ها و جنبه‌های مختلف و اثراتی که قوانینی از این قبیل در جامعه دارند.
- سیر قانونگذاری در تدوین مقررات شهری مربوط به نحوه اجرای طرح‌های عمومی و سلب و تحديد حقوق مالکانه اشخاص، بیشتر تحت تأثیر قواعد و اصولی بوده که حقوق عمومی و دولت بر حقوق مالکانه اشخاص ترجیح می‌دهند؛ تردیدی نیست که باید برای رسیدن به اهدافی که متضمن منافع عمومی و تأمین کننده مصالح اجتماعی است، تلاش کرد؛ اما اینکه اشخاص و افراد در این مسیر، چه هزینه‌هایی باید پرداخت کنند و تا چه میزان باید از آزادی‌ها و مالکیت خصوصی بگذرند مهم و درخور توجه است. در دین اسلام به عنوان یکی از منابع اصلی تغذیه حقوق موضوعه ایران، بر احترام به مالکیت خصوصی تأکید گردیده است. از این روی، شایسته است که مقنن در تدوین این قبیل مقررات، توجه و التفات ویژه به حقوق اشخاص نشان دهد. وضعیت فعلی قوانین موجود در زمینه سلب و تحديد حقوق مالکیت اراضی شهری توسط دولت راضی کننده نیست و تضمینات لازم را برای حفظ حقوق مالکانه اشخاص، ایجاد نمی‌کند. با این اوصاف بهتر است قوانین فعلی اصلاح شوند و جهت گیری اصلاح باید به سمتی باشد که بر جریان تملک قهری حقوق مالکانه، به نوعی نظارت قضایی وجود داشته باشد؛ تا در پرتو این نظارت از خودسری و خودکامگی‌های احتمالی متصدیان امر

خارجی ایران «پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه گذاری بلا فاصله قبل از سلب مالکیت» قید شده است که در مجموع می‌توان نتیجه گرفت قانون ایران و به تبع آن موافقت نامه‌های منعقده بسیار لیبرال بوده و نزدیک به استانداردهای بین‌المللی تدوین شده علی الخصوص در موافقنامه اخیر که استاندارد «جبران خسارت مؤثر و کافی» تصریح شده و بسیار نزدیک به قاعده و فرمول (ها) که یکی از معیارهای شاخص و مطلوب نظر سرمایه گذار خارجی و حتی کشورهای سرمایه فرست است، می‌باشد و می‌تواند این مهم در جذب سرمایه گذار خارجی از منظر خود سرمایه گذار و کلای وی یک نکته مثبت و طلایی قلمداد شود و در خود قانون سرمایه گذاری خارجی ایران قید «پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه گذاران بلا فاصله قبل از سلب مالکیت» تصریح شده و «جبران خسارت مؤثر و کافی» در موضع ملی کردن با تحولات دهه‌های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ میلادی به پرداخت غرامت مناسب تبییر شد و قانون جلب سرمایه گذاری ایران نیز از این نرم در خود قانون اصلی اش بهره جسته و نشان می‌دهد این معیار قانون اصلی سرمایه گذاری خارجی ایران نیز متناسب با معیار استاندارد و بین‌المللی حقوقی می‌باشد.

نتیجه گیری و پیشنهادات

قاعده تسلیط و حمایت از مالکیت در زندگی روزمره بشر جایگاه خاصی دارد و این اصل مالکیت را مصون از تعرض قرار می‌دهد مگر آنکه به موجب قانون برای حفظ مصالح عمومی در برابر غرامت مناسب مقرره‌ای تصویب شود. این اصل در منابع فقهی ریشه دارد و همچنین در اصل ۴۷ قانون اساسی و به طور خاص در ماده ۹ قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذار خارجی مصوب ۱۳۸۱ مورد تأیید قرار گرفته است ولی با مروری بر مجموعه قوانین و مقررات شهری به این موارد برخورد می‌کنیم:

۱. برخوردهای احساسی و همچنین جزئی نگری و

جلوگیری شود؛ از دو نکته نباید غافل شد؛ یکی از اینکه، این نظارت، هرچند لازم است ولی نباید به نحوی باشد که باعث اطالة و کندی جریان تملک حقوق مالکانه شود؛ دیگر این است که این نظارت قضایی از سوی مراجع قضایی خاصی انجام شود. تخصصی شدن این نظارت هم به نفع عموم است و هم باعث جلب حمایت از حقوق مالکانه است. یکی از موانع حقوقی که دغدغه اصلی سرمایه گذار خارجی می باشد؛ عدم احترام به حقوق مالکیت وی و رفتار عادلانه و غیر تعییض آمیز در کشور سرمایه پذیر و نوع موضع گیری قانون نسبت به وی است. این موضوع در قانون سرمایه گذاری خارجی هر کشوری ملی کردن و سلب مالکیت سرمایه‌ی سرمایه گذاران خارجی است که در آن حق مالکانه سرمایه گذار خارجی با دلایل و توجیهاتی سلب می‌شود؛ از همین رو سلب مالکیت و ملی کردن اموال سرمایه گذاران خارجی از معضلات و خطرات جدی برای سرمایه گذاران خارجی می باشد و به همین دلیل بیشترین اقدامات احتیاطی برای مقابله با این خطر به عمل می آورند. حمایت از مالکیت به دلیل جلب و طیب خاطر حقوقی سرمایه گذاران خارجی و رقابت بین خود کشورها موضوعی مهم در سرمایه گذار خارجی تلقی می شود و در قانون اغلب کشورها مثل ایران اصل بر عدم سلب مالکیت و عدم ملی سازی قرار داده شده است.

قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ به عنوان اصلی ترین قانون حاکم بر سرمایه گذاری خارجی در ایران در ماده ۹ به بحث «ملی کردن» به عنوان یک استثنای قاعده احترام مالکیت در مبحث سرمایه گذاری خارجی مقرر می کند: «سرمایه گذاری خارجی مورد سلب مالکیت و ملی شدن قرار نخواهد گرفت مگر برای منافع عمومی به موجب فرایند قانونی به رو ش غیر تعییض آمیز و در مقابل پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه گذاری بلاfacسله قبل از سلب مالکیت» در این خصوص مطابق قانون مورد بحث، هرگاه دولت ایران قصد داشته باشد اموال و

دارایی هایی را که با کسب مجوز سرمایه گذاری به ایران وارد شده است ضبط نماید؛ باید این چهار شرط را رعایت کند و گرنه فعل دولت غیر قانونی خواهد بود.

به نظر نگارنده، تنها منبع مجاز برای این مهم، «قانون اولیه» است و منظور از واژه «قانون» در قوانین یاد شده؛ مفهوم خاص قانون است و هیچ تصمیم دیگری و به طور مشخص، آراء وحدت رویه قضایی و نیز تصویب نامه، آئین نامه و به طریق اولی بخشانه، دستورالعمل و مواردی از این دست که در زمرة قانونگذاری ثانویه هستند، نمی توانند به این مهم بیانجامند؛ همچنین دولت نمی تواند بدون دلیل موجه سرمایه را ضبط کند باید یک منفعت عمومی در ورای تصمیم دولت نهفته باشد یا اینکه دولت نمی تواند سرمایه را مثلاً به صرف اینکه مالک آن تبعه کشور خاصی است و یا مالک دارای اوصاف خاصی است ضبط کند و لازم است ضبط مال بدون تعییض باشد و نیز ضرورتاً خسارات سرمایه گذار خارجی جبران شود و غرامت به او پرداخت گردد. در قانون جلب و حمایت از سرمایه گذاری خارجی ایران «پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه گذاری بلاfacسله قبل از سلب مالکیت» قید شده است که در مجموع می توان نتیجه گرفت قانون ایران و به تبع آن موافقت نامه های منعقده بسیار لیبرال بوده و نزدیک به استانداردهای بین المللی تدوین شده علی الخصوص در موافقنامه اخیر که استاندارد «جبران خسارت مؤثر و کافی» تصریح شده و این امر می تواند عاملی مهمن در جذب و تشویق سرمایه گذار خارجی قلمداد شود و قید «پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه گذاران بلاfacسله قبل از سلب مالکیت» تصریح شده است که این معیار قانون ایران نیز متناسب با معیار استاندارد و بین المللی حقوقی «قاعده جبران خسارت مؤثر و کافی» می باشد.

منابع و مأخذ

۱. ابوالحمد، عبدالحمید (۱۳۷۶) حقوق اداری ایران، تهران: انتشارات توس.

مدیریت شهری

فصلنامه مدیریت شهری
Urban Management
شماره ۴۷ تابستان ۹۶
No.47 Summer 2017

۹۳

۲. افتخار جهرمی، گودرز (۱۳۷۳) دیوان داوری دعاوی ایران - امریکا و عملکرد آن در قلمرو حقوق بین الملل، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه بهشتی، شماره ۱۵.
۳. انصاری، ولی الله (۱۳۷۷) کلیات حقوق اداری، تهران: نشر حقوقدانان.
۴. برادران، علی رضا (۱۳۸۷) بررسی مکانیزم های حقوقی تضمین سرمایه گذاری خارجی در ایران، رشته حقوق بین الملل، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکز.
۵. پاکدامن، رضا (۱۳۸۶) مجموعه قوانین و مقررات ناظر بر فعالیت اقتصادی خارجیان در ایران، شرکت چاپ و نشر بازرگانی.
۶. پیران، حسین (۱۳۸۹) مسائل حقوقی سرمایه گذاری بین المللی، تهران، گنج دانش.
۷. تفرشی، عیسی (۱۳۸۶) تضمین سرمایه گذاری خارجی در ایران (مطالعه تطبیقی)، موسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی.
۸. حاتمی، علی؛ کریمیان، اسماعیل (۱۳۹۳) حقوق سرمایه گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه گذاری، انتشارات تیسا، چاپ اول.
۹. حسن زاده، بهرام (۱۳۹۳) حقوق تحلیلی اراضی و املاک، انتشارات جنگل، چاپ سوم.
۱۰. حسیبی، به آذین (۱۳۹۰) دولت و سرمایه گذاران خارجی، موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، تهران، چاپ اول، ۱۳۹۰.
۱۱. حجازی، احمد (۱۳۷۰) ارزش اموال مصادر شده بیگانگان در آرای دیوان داوری دعاوی ایران و ایالت متحده، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره چهاردهم و پانزدهم.
۱۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۱) ترمینولوژی حقوق، تهران: گنج دانش.
۱۳. خردمندی، سعید (۱۳۹۲) تحدید مالکیت، انتشارات اندیشه عصر، چاپ اول.
۱۴. خرم فرهادی، یوسف (۱۳۸۸) تحلیل مجله دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۴۶-۴۷.
۱۵. خمینی، روح الله (۱۴۲۱) کتاب البيع، جلد اول، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی ، ۱۴۲۱ مق.
۱۶. سلجوqi، محمود (۱۳۸۵) حقوق بین الملل خصوصی، تعارض قوانین، جلد دوم، تهران، نشر دادگستر، ۱۳۷۷.
۱۷. رضایی، مهدی؛ بررسی موانع حقوقی سرمایه گذاری خارجی در ایران با تأکید سرمایه گذاری در حوزه انرژی، پایان نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران، ۱۳۸۵.
۱۸. رزاقی، ابراهیم (۱۳۸۰) خصوصی سازی در ایران، تهران، نشر نی، چاپ اول، ۱۳۸۰.
۱۹. زرگوش، مشتاق (۱۳۹۱) حقوق اداری تملک املاک، شبہ تملک ها و سلب مالکیت از سرمایه ها توسط دولت، انتشارات میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱.
۲۰. صدر، سید محمد باقر (۱۳۶۰) اقتصاد ما، ج ۲، ترجمه اسپهبدی، مشهد: انتشارات جهاد سازندگی مشهد (خراسان)، ۱۳۶۰.
۲۱. صدوق، ابو جعفر محمد بن علی (۱۳۶۲) کتاب الخصال، قم: انتشارات جامعه مدرسین، ج ۱.
۲۲. طارم سری، مسعود (۱۳۷۹) حقوق بازرگانی بین المللی، چاپ و نشر بازرگانی.
۲۳. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۷۳) حقوق اداری، تهران: انتشارات سمت، ۱۳۷۳.
۲۴. طریحی، فخر الدین (۱۴۱۶) مجمع البحرين، تهران: کتابفروشی مرتضوی، ج ۲، ۱۴۱۶ مق.
۲۵. علیدوستی، شهرکی، ناصر (۱۳۹۰) احترام مالکیت و سرمایه گذاری خارجی، فصلنامه حقوق، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۱.
۲۶. علیدوستی شهرکی، ناصر (۱۳۸۸) جبران خسارت سلب مالکیت در سرمایه گذاری خارجی، مجله دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۴۶-۴۷.

۲۷. فیوضی، رضا (۱۳۵۶) مسئولیت بین المللی و نظریه‌ی حمایت سیاسی، مرکز مطالعات عالی بین المللی دانشگاه تهران، چاپ دوم.

۲۸. کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۸) اموال و مالکیت، تهران، انتشارات میزان، چاپ بیست و نهم.
۲۹. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷) حقوق مدنی (ایقاع)، تهران: نشر دادگستر.

۳۰. کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷) مبانی حقوق عمومی، تهران: نشر دادگستر.

۳۱. کلینی، محمدبن یعقوب (۱۴۰۷) الکافی، ج ۲، مصحح: علی اکبر غفاری، ج ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه ، ۱۴۰۷.

۳۲. محبی، محسن (۱۳۸۶) مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین المللی، سلب مالکیت و غرامت در قراردادهای نفتی، موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، تهران، چاپ اول.
۳۳. محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۱) قواعد فقه (بخش

مدنی ۲)، انتشارات سمت، چاپ پنجم.

۳۴. محمدی، امید (۱۳۹۵) تحدید حقوق مالکانه در طرح‌های عمرانی و عمومی، انتشارات جنگل، چاپ اول.

۳۵. میرزایی، علیرضا (۱۳۹۲) مراجع تشخیص اراضی موات نحوه رسیدگی و اعتراض، تهران، انتشارات بهنامی، چاپ سوم.

۳۶. موسی‌زاده، رضا (۱۳۸۶) حقوق اداری، ج ۱-۲، تهران: نشر میزان.

37. Amoco international finance corp V. Iran, Iran – US. C.T.R, vol; 15, 1987 – II, pp. 51-52, 17 Avanesian Aida B. 1993, Iran-united stats clams Tribunal in Action, Kluwer academic .publisher grope London.

38. Michael Reisman & R. Doak Bishop, James Crawford 2005 "Foreign investment disputes" published by Klawer Law International,Hague.

39. Michael Reisman & Robert D. Sloane, (2004) "Indirect Expropriation and Its Valuation in the BIT Generation," 74 The British Yearbook of Interna-

دریس شهری

فصلنامه مدیریت شهری
Urban Management
شماره ۴۷ تابستان ۹۶
No.47 Summer 2017

۹۴