

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.
رضا نصوحیان - 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 dispossession 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 تبیین محدوده های مجاز سلب مالکیت توسط دولت مشروع دینی و بیان شرعی جواز چنین اقدامی از سوی حکومت اسلامی و روشن 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 تحدید حقوق مالکانه اشخاص، بیشتر تحت تأثیر قواعد و اصولی بوده که حقوق عمومی و دولت بر حقوق مالکانه اشخاص ترجیح می دهند؛ 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 هزینه هایی باید پرداخت کنند و تا چه میزان باید از آزادی ها 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 و مقررات شهری در زمینه سلب و تحدید 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 نظارت قضایی وجود داشته باشد؛ تا در پرتو این نظارت از خودسری و خودکامگی های احتمالی متصدیان امر جلوگیری شود؛ زیرا عدم احترام به حقوق مالکیت وی و رفتار عادلانه و غیر تبعیض آمیز 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 ی 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 وکلای 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

خود را نمایان نمود و به تدریج با افزایش جمعیت و مشکلات زیرساختی کشور این نیاز، تبدیل به ضرورتی اجتناب ناپذیر گردید. فضای گذشته و تبلیغات گسترده‌ای که در مورد ساختار و ماهیت نظام سیاسی و فضای اجتماعی کشور صورت گرفته بود، تصویب قانونی خاص که تضمین کننده ثروت سرمایه‌گذاران باشد را نیازی بی‌اگر ساخته بود. تصویب قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری مصوب ۱۳۸۱/۳/۴^۳ گامی در جهت تحقق این ضرورت بود. عنوان انتخابی این قانون و دخالت مجمع تشخیص مصلحت در تصویب نهایی آن، خود تأیید کننده وجود این نیاز در بدنه نظام مدیریت کلان جامعه بود.

انقلاب ۱۳۵۷ و جایگزینی رژیم سیاسی جدید با نظام ارزشی متفاوت، آثار و پیامدهای فراوانی داشت. یکی از برجسته‌ترین 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، هیچ‌گونه تمایل جدی برای سرمایه‌گذاران غربی جهت سرمایه‌گذاری در کشور ایجاد نمی‌نمود. 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

مدیریت شهری

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

۷۶

۱. در غالب قوانینی که پس از انقلاب و به وسیله شورای انقلاب وضع گردید می‌توان ردپایی از تجویز ضمنی یا صریح مصادره املاک متعلق به وابستگان رژیم سابق را دید. از جمله این قوانین می‌توان به قانون نحوه واگذاری 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 کریمه «ان هذه امتکم امه واحده و أنا ربکم 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 منحصرراً راجع به اراضی اتباع خارجی بود. متعاقباً در سال ۱۳۳۴، قانون جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی و آیین‌نامه اجرایی آن مصوب ۱۳۳۵ به تصویب مجالس وقت رسید که چارچوب قانونی سرمایه‌گذاران خارجی در ایران را تا سال ۱۳۸۱ تشکیل می‌داد. (حاتمی، علی؛ کریمیان، اسماعیل؛ حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه‌گذاری، انتشارات تپسا، 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، سرمایه‌گذاری 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 می‌بایست 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 در خصوص مطابقت آن با قانون اساسی و شرع به مجمع تشخیص 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 بازگانی، ۱۳۸۶، ص ۴۹) در ماده ۲۲ این قانون به صراحت مقرر گردیده که «از تاریخ تصویب این قانون و آیین‌نامه اجرایی آن، قانون جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی «مصوب ۱۳۳۴/۹/۷» و آئین‌نامه اجرایی آن لغو می‌گردد. سرمایه‌های خارجی که قبلاً براساس قانون مزبور 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 وکلای آن ها را برای سرمایه گذاری در کشورشان رونق دهند.^۱

در این میان مؤلفه های خاصی این مهم را تحت تأثیر قرار می دهد که یکی از این مؤلفه ها از منظر حقوقی می باشد که سرمایه گذار خارجی می خواهد در این فضای حقوقی به زیست اقتصادی بپردازد و در چارچوب این قواعد حقوقی فعالیتی نظاممند 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

شود.

«اهمیت روز افزون سرمایه گذاری و رقابتی که بین کشورها در جذب بیش تر آن صورت می گیرد، یکی از گسترده ترین و در عین حال پرمناقشه ترین مباحث حقوقی می باشد»^۳ و همچنین «سرمایه گذار در کشور سرمایه پذیر به سود حاصله از سرمایه گذاری و نیز امکان بازگشت سرمایه و عوائد حاصله می اندیشد و نیازمند محیطی آرام و با ثبات جهت فعالیت و کار در حرفه مورد نظر است»^۴.

یکی از انواع دغدغه های سرمایه گذار خارجی حفظ اموال و احترام به مالکیت سرمایه گذار خارجی از منظر قانون کشور سرمایه پذیر است که اصل بر تداوم مالکیت و تخطی ناپذیر بودن آن است که در مواقعی امکان دارد؛ قانون مجوز سلب مالکیت را به دولت براساس تحقق شرایطی از جمله به خاطر منافع ملی و یا عامه بدهد که در این مقابله این مهم از ابعاد مختلف و از منظر حقوق بین الملل و نیز نظام حقوقی مرتبط ایران مورد بحث و بررسی قرار خواهد گرفت. در بحث سرمایه گذار خارجی با بحث بیگانگان به صورت صرف، موضوع متفاوت بوده و دولت ها در این وادی (سرمایه گذاری خارجی) به خاطر منافع ملی که برای کشورشان متصور است و نیز ذهنیتی که قانون برای سرمایه گذاران آتی به عنوان سابقه ذهنی ایجاد می کند سعی می کنند کاملاً منعطف و متفاوت از شق دیگر آن (بیگانگان غیر سرمایه گذار)، از تمامی ابعاد برخورد نمایند. با این مقدمه و ضرورت موضوع در ابتدا به تبیین مفاهیم مرتبط با موضوع مقاله می پردازیم و در

مدیریت شهری

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

■ ۷۷ ■

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.

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.^۱»

مالکیت از دیدگاه حقوقی چندان تفاوتی با تعاریف ارائه شده (توسط فقها) 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.^۲» 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

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 فراگیر در گستره معینی از اقتصاد کشور و ایجاد مالکیت انحصاری ملت می شود.^۸» انسیتیتو حقوق بین المللی در اجلاس سال ۱۹۲۵ ملی کردن را این گونه تعریف کرده است: «ملی کردن عبارت است از

۱. بهشتی، سلسله درس های اسلامی «۱» مسأله مالکیت، نقل از میرزایی، علیرضا؛ مراجع تشخیص اراضی موات 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 میزان، چاپ بیست و نهم، ۱۳۸۸، ص ۱۱۰.

۵. NATIONALIZATION

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

۷. سلجوقی، محمود؛ همان.

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

و از آنجا که مالکیت را حقی دائمی دانسته‌اند که به موجب آن شخص می‌تواند 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 می‌آید که مقصود از آن، تملک بدون رضایت و قهری ملک کسی و محروم ساختن صاحب آن از اختیارات مالکانه خود نسبت به دارایی او می‌باشد.^۴

بنابراین می‌توان گفت که سلب مالکیت به معنی خارج ساختن قهری ملک از مالکیت مالک و تملک اجباری آن می‌باشد و به نادیده گرفتن حق مالکانه صاحب مال می‌انجامد. 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 می‌دهد که فقط به حکم قانون ممکن است در مواردی صاحب مال از این حقوق محروم گردد. درجه ی 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 ی مالکیت همچون قاعده ی «تسلیط» و «حرمت مال مسلم» امری خلاف شرع و غیر مجاز به شمار خواهد رفت.^۵

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.^۱

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 خوانیم: «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^۲

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.^۳ که معنای اصطلاحی آن با برداشتن قهری بسیار همخوانی دارد

۱. فیوضی، رضا؛ مسئولیت بین المللی و نظریه ی 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 Avanesian 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 افتد 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 ه.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 موردشان اعمال می شود، یاد کرده اند. این حق از سوی بسیاری از مراجع قضایی و غیرقضایی و حتی به موجب اعلامیه های سازمان ها و کنفرانس های بین المللی به رسمیت شناخته شده است.^۱

«سلب مالکیت» برای رفع نیازهای عمومی و با هدفی معین صورت می گیرد و منظور از آن استفاده از مال در زمینه ای است که به موجب قانون تصریح شده است.^۲ 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 می شود. در دکتترین حقوقی، سلب مالکیت و ملی کردن را از حقوق مشروع ملت ها و از مصادیق بارز حق حاکمیت دولت ها بر منابع طبیعی و ثروت های ملی می دانند.^۳

سلب مالکیت باید طبق رویه های قانونی باید صورت بگیرد و حمایت حقوقی کافی در مورد شخصی که از آن سلب مالکیت می شود 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 محدودیت هایی ایجاد یا در مواردی مالی را برای اجرای حکم دادگاه، بدون مداخله مالک به دیگری تملیک کند یا با گذراندن قوانینی آن را در خود تملک.^۴

بند چهارم: مفهوم سلب مالکیت خزنده^۵

سلب مالکیت خزنده، مفهومی نوین است که بنا به ارتباط آن با سلب مالکیت در سرمایه گذاری خارجی زیر این عنوان بررسی می شود. این عنوان متشکل از اجزاء متعدد است که از دیدگاه حقوق بین الملل هیچ یک نمی تواند به تنهایی تقصیر حقوقی دولت میزبان تلقی شود. با وجود این، اقدامات صورت گرفته به سلب مالکیت نرم منتهی می شود. در این خصوص می توان به عدم پرداخت، فسخ قرارداد، رد دسترسی به دادگاه، عملکرد واقعی جهت تبعیض، عدم پای بندی به قواعد معامله، تعارض در توقیف قانونی^۶ و مواردی از این قبیل اشاره کرد. براساس این معیار، سلب مالکیت خزنده الزاماً سلب مالکیت سنتی نیست.^۷

مفسرین در بیان واقعیت «خزنده» و پنهان بودن سلب مالکیت عنوان می کنند که دولت سوماتی اعمال گوناگون به ستوه آورنده و ایدایی (از قبیل بازداشت های گاه و بیگاه کارکنان کلیدی، جلوگیری از دسترسی به محل کار و ملی کردن جایگاه نفتی که قسمتی از اجزاء پروژه بود) علیه مالک بیگانه یک واحد سرمایه گذاری به راه انداخت. گروه سرمایه گذاری خصوصی ماوراء بحار^۸ اینگونه نظر داد که هرچند این اعمال دولت سوماتی مستقیماً سلب مالکیت تلقی نمی شوند اما به عنوان مختل کننده فعالیت مجاز شخص خارجی محسوب می شود که از آن می توان 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 Klawer Law International, Hague. P837

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

۳. افتخار جهرمی، گودرز؛ دیوان داوری دعاوی ایران - امریکا و عملکرد آن در قلمرو حقوق بین الملل، 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 مسامحتاً در معنای سلب مالکیت و ملی کردن نیز به کار برده و ضمن تفکیک میان شق قانونی مصادره از فرض غیرقانونی، در مصادره قانونی، مالک مال مصادره شده را مستحق «عدم النفع» نمی دانند ولی در مصادره غیرقانونی، افزون بر ارزش مال مزبور «عدم النفع» آن نیز قابل مطالبه است. در هر دو حالت، ارزش مال بدون لحاظ سود آتی مال تعیین می شود.

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 دیدگاه های ایدئولوژیک دولت میزبان، ملی گرایی اقتصادی و بحران های مالی نمود می یابد که در شدیدترین حالت می تواند 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 آن ها در حقوق بین المللی عرفی وجود ندارد (مانند استانداردهای رفتاری) حقوق بین المللی عرفی در زمینه سلب مالکیت و جبران خسارت بسیار پربار بوده و بخش عمده ای از این امر از حقوق رویه ای غنی در سطح بین المللی نشأت گرفته است.^۹ لذا

سادگی امکان پذیر نیست ولی با بررسی و تجزیه و تحلیل جریان عملکرد دولت میزبان و مقایسه با برخوردی که در همان دوره با موارد مشابه داخلی یا خارجی صورت گرفته است، می توان به نتایج قابل استنادی دست یافت.^۱

بند پنجم: مفهوم مصادره^۲

مصادری اموال یکی از شیوه های مهم سلب مالکیت خصوصی در راه منافع اجتماعی است؛^۳ حقوقدانان مصادره را این گونه تعریف کرده اند: «مصادره، عملی است که به موجب آن مالکیت به دولت، بازگردانده شده و یا موقتاً و به نمایندگی از مالک حقیقی، به دولت منتقل می گردد»^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، سوء استفاده و کسب اموال نامشروع) به عنوان مجازات سلب مالکیت شود»^۵.

در مصادره، غرامتی قابل پرداخت نیست؛ از این رو اگر اموالی بدون پیش بینی پرداخت غرامت ملی شده باشد، دادگاه های خارجی آن را صورتی از مصادره غیر قانونی تلقی می کنند.^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 تملک ها و سلب مالکیت از سرمایه ها توسط دولت، منبع پیشین، ص ۴۷.

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

۶. اوژن شافر، به نقل از سلجوقی، محمود؛ حقوق بین الملل خصوصی، تعارض قوانین، منبع پیشین، ص ۳۵۵.

۷. حجازی، احمد؛ ارزش اموال مصادره 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، ۱۳۷۰، صص ۷۰ و ۸۸.

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 بین المللی، سلب مالکیت و غرامت در قرار داده های نفتی، موسسه مطالعات و پژوهش های حقوقی شهر دانش، تهران، چاپ اول، ۱۳۸۶، ص ۳۹.

ضمن وجود قواعدی در مورد مصادره و سلب مالکیت اموال سرمایه گذاران خارجی که مورد اشاره قرار گرفت در خصوص 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 کرده اند. 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 مقنن باشد و اموال و اشیایی که به موجب حکم دادگاه مطابق قانون مصادره شده اند باید عیناً در اختیار دولت قرار داده شود؛ تمام اموال و حقوق مالی که به

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 مواقع 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 پردازد.^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 طرفه ی 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

۱. محبی، محسن؛ همان.

۲. حسینی، 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 جانبه، به صورت ایقاعاتی که ناظر بر وضع اشخاص معینی هستند صورت می گیرد آن ها را ایقاع شخصی می نامند.^۵ تملک از این دیدگاه، «عمل یکجانبه شخصی» به حساب می آید. ولی این بدان معنا نیست که صرف اراده ی دستگاه اجرایی منجر به تحقق تملک خواهد شد بلکه این اعمال اراده، مقید به رعایت شرایط و الزامات قانونی می باشد که عدم رعایت آن ها توسط مراجع عمومی، موجبات ابطال عملیات سلب مالکیت را فراهم خواهد آورد. زیرا همان گونه که برخی از محققان گفته اند: «ایقاعات مدنی در مرحله وقوع یک طرفی است اما در مرحله اجرا همانند عقود دو جانبه است و آثار آن منحصرأ محدود به ایقاع کننده نمی باشد. بنابراین اگر مفاد ایقاع ناظر بر ایجاد حق و تکلیف یک جانبه برای دیگران باشد کفّی مقابل آن التزامی است که بر دوش ایجادکننده می ماند و گریزی از اجرای آن نیست.»^۶

از این رو هرچند ماهیت حقوقی تملک، عمل یک جانبه اداری دستگاه های اجرایی دولتی و عمومی می باشند 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 مبنا هر دولت و حکومتی، امانت دار و خدمتگزار مردم خویش می باشد، تا چه رسد به

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

الف. قرارداد اداری

برخی قرارداد اداری را اصطلاح علمی ناظر به قراردادهایی دانسته اند که لااقل یک طرف آن اداره ای از ادارات عمومی بوده و برای تأمین پاره ای از خدمات عمومی و به عنوان حقوق عمومی منعقد می شود^۱ و برخی دیگر، قرارداد اداری را توافق اراده طرفین بر انجام امری واحد قلمداد کرده اند^۲ در صورتی که قوانین ناظر بر امر تملک به دستگاه های اجرایی اجازه می دهند هنگام نیاز به ملک برای انجام خدمات عمومی، حتی بدون نظارت و توافق مالک به طور یکجانبه اقدام تعیین و پرداخت بهای عادلانه نموده و املاک را تصرف کنند.^۳ بنابراین نمی توان ماهیت حقوقی تملک را در این فرض، قرارداد اداری تلقی نمود، زیرا اراده ی مالک در این گونه موارد کمترین دخالتی در تحقق این فرایند ندارد. اما زمانی که در مسیر تملک، رضایت صاحب ملک جلب و میزان بهای عادلانه املاک و سایر حقوق و خسارات وارده از طریق توافق میان دستگاه اجرایی با مالکان تعیین گردد تا حدی به مفهوم قرارداد اداری نزدیک می شود. شاید آنچه که باعث شده تا برخی از نویسندگان حقوق اداری خرید اجباری زمین از مردم برای طرح های دولتی را از مهمترین مصادیق قراردادهای اداری بدانند^۴ همین شبهه باشد. در حالی که این اتفاق چندان هم که باید و شاید نشان از تراضی طرفین بر سر تملک اراضی مورد بحث نمی باشد بلکه توافق مالک یا مالکین در اینجا فقط برای تعیین بهای عادلانه و خسارات وارده صورت گرفته و اصل تملک خارج از اراده و رضایت آن ها 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 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 می باشد.^۱ از این رو، امروزه اکثر دولت ها بیشتر از آن که به زور و قدرت خود افتخار کنند به میزان خدمت رسانی و تأمین منافع ملت خویش مباحثات می کنند. این وظیفه و به تبع آن احساس مسؤولیت دولت های مشروع، نسبت به انجام آن بر دو پایه استوار می باشد:

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 می باشند^۲ و تمام اعضای جامعه اسلامی نسبت به یکدیگر دارای مسؤولیت متقابل بوده و موظف به رفع نیازها و احتیاجات همدیگر می باشند.

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 می باشد 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 زمین های آباد فتح شده توسط مسلمانان و درآمدهای ناشی از آن ها و نیز پل ها، موزه ها و معابر عمومی نمونه هایی از آن می باشند.^۳ بنابراین

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 دارائی های 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 می کند: «نصوص و روایات روشنی، اصل تأمین و تضمین اجتماعی را مقرر، و مسؤولیت مستقیم دولت را در اعاله فرد و تأمین سطح زندگی مناسب برای او تشریع می کند. این اصل تأمین اجتماعی است که دولت مستقیماً مأمور پیاده کردن آن می باشد. اما اساس تئوریک و نظری آن را باید در حق مشترک جامعه در منابع ثروت جستجو کرد.^۴»

بند سوم: چرایی جبران خسارت در سلب مالکیت با هدف خدمات عمومی

هرچند اقدام دولت در سلب مالکیت افراد بدون توجه خواست و اراده آن ها صورت می گیرد ولی عدالت اقتضا می کند که بهای مال تملک شده به صاحب آن پرداخت و خسارات احتمالی وارده بر او جبران گردد.^۵ زیرا همان گونه که همه مردم در ثروت های عمومی سهیم می باشند،

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

۲. الکلینی، محمد بن یعقوب؛ الکافی، ج ۲، مصحح: علی اکبر غفاری، چ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه، ۱۴۰۷ ه.ق، ص ۱۶۹: «و الحق الخامس ان لا تشیع و یجوع و لا تروى و یظلماً و لا تلیس و یعی» - شیخ صدوق، ابو جعفر محمد بن علی، کتاب الخصال، قم: انتشارات جامعه مدرسین، ج ۱، ۱۳۶۲، ص ۴۷: «مَنْ وَاسَى الْفَقِيرَ وَ أَنْصَفَ النَّاسَ مِنْ نَفْسِهِ فَذَلِكَ الْمُؤْمِنُ حَقًّا».

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

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

۵. ر.ک: صحیفه نور، ج ۲۰، ص ۱۷۱.

در مقابل هزینه‌های عمومی نیز دارای مسئولیت برابر می‌باشند. مبنای این دیدگاه، علاوه بر اصل عدالت، نظریه «برابری همگان در تأمین هزینه‌های عمومی» است که برخی از آن به عنوان نظریه «جبران زیان ناشی از مسئولیت بیرون از خطا و خطر» یاد کرده‌اند.^۱

یکی از صاحب نظران حقوق در توجیه این نظریه و لزوم اجرای آن چنین می‌گوید: تمامی شهروندان به تساوی عهده دار هزینه‌هایی هستند که دولت به منظور تأمین هزینه‌های عمومی و یا استقرار نظم صرف می‌کند و بر این پایه اگر در اثر عملکرد سازمان دولتی زیانی به شخص یا اشخاص معین وارد آید این برابری از هم می‌گسلد. زیرا در چنین فرضی بهره خدمت عمومی نصیب همگان می‌گردد در حالی که زیان آن را عده‌ای خاص تحمل می‌کنند و به این جهت، دولت به نمایندگی از عموم، خسارت زیان دیدگان را تا حدی که تساوی مذکور مجدداً برقرار شود جبران می‌نماید تا همگان از ضرر زیان دیدگان جلوگیری به عمل آورند.^۲ 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 می‌باشد.^۳

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 نمی‌گیرد و البته این به معنی نفی تأثیر آن نیست و مسلماً این چنین قواعد فراملی انعطاف قوانین داخلی را دو چندان می‌کند. اما این قوانین داخلی نیز شاید برای سرمایه گذار

اغنا کننده نباشد و این ترتیبات فراملی و ملی اگر دولت‌های متبوع آنها اقدامی در حمایت از این سرمایه گذاران به عمل نیاورند حمایت مؤثر مدنظر را در اختیار سرمایه گذاران خارجی قرار نخواهد داد. راه‌های قانونی فرا روی سرمایه گذار خارجی برای جبران خسارات، تضمینات مورد انتظار سرمایه گذاران خارجی را فراهم نمی‌آورد. قواعد عام حقوق بین المللی نیز تضمینات قابل توجهی را در اختیار سرمایه گذاران خصوصی خارجی نمی‌گذارد؛ حتی امروزه تحت شرایطی اجازه سلب مالکیت از اتباع خارجی وجود دارد با توجه به این وضعیت تلاش‌هایی در جامعه بین المللی برای تدوین مجموعه مقرراتی در زمینه سرمایه گذاری بین المللی از جمله توسط شورای اروپا، اتاق بازرگانی بین المللی، سازمان همکاری اقتصادی و توسعه صورت گرفته که هیچ کدام نتیجه‌ای در بر نداشتند و به موازات آن کوشش شد اختلافات سرمایه گذار بین المللی از جمله در موضوعاتی چون سلب مالکیت و ملی سازی سرمایه‌ها و ... به جای حل و فصل در دادگاه‌های 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 می‌آید.^۴

در این راستا اقدامات منطقه‌ای زیادی هم صورت پذیرفته که شاید کارکرد آن بسیار قوی‌تر از اصول حقوق بین الملل البته در حیطه تحت شمول خود خروجی داشته است. به عنوان مثال اعضای شورای اروپا توافق کرده‌اند که دادگاه حقوق بشر اروپا نسبت به شکایات اتباع هریک علیه دولت متبوع خویش از بابت نقض حقوق بشر من جمله حقوق مالی (مثل حق غرامت در سلب مالکیت) صلاحیت

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

۲. موسی زاده، رضا؛ حقوق اداری، ج ۲-۱، 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.

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 مصادیقی هم بصورت مطلق وجود دارد. بعنوان 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 اکتشاف 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.^۱ 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

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.^۲

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.^۳ 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^۴ در ماده ۹ به بحث «ملی کردن» به عنوان یک استثنا در قاعده احترام مالکیت در مبحث سرمایه گذاری خارجی پرداخته

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

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 روش غیر تبعیض آمیز و در مقابل پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه گذاری بلافاصله 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.

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 سرمایه گذاران مزبور چنانچه در مواردی بوسیله قانون به نفع عموم ملی شود یا اینکه از سرمایه گذاران یاد شده سلب مالکیت شود، جبران عادلانه خسارت به عهده دولت می باشد. آیین 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 سرمایه گذاران خارجی که پذیرش آن ها مطابق تبصره (۱) ماده (۶) این مقررات به تصویب اکثریت 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 بلافاصله 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 تسلیم نماید». قرار دارد که

مدیریت شهری

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

■ ۸۷ ■

... براساس آماری که سازمان اطلاعات تجاری از وضعیت تجاری کشورها به صورت جهانی و منطقه ای ارائه داده است، ایران (طی سال های ۲۰۰۲-۱۹۹۸) از حیث جهانی در بین ۶۰ کشور رتبه ۵۹ و از حیث منطقه ای و در بین ۸ کشور (الجزایر، مصر، ایران، عراق، عربستان، نیجریه، اسرائیل و آفریقای جنوبی) رتبه ۷ را دارا 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 نرخ 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 ۱۰۱-۷۲).

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

در کنار مفاد موضوعاً مرتبط موافقتنامه‌های دو جانبه سرمایه‌گذاری میان ایران و دولت‌ای دیگر^۱، مجموعاً نظام حقوقی حاکم بر مسئولیت ناشی از ملی‌سازی و سلب مالکیت سرمایه‌های خارجی را تشکیل می‌دهند.

نسبت میان قانون تشویق و حمایت با قانون چگونگی اداره مناطق، آنگونه که از عنوانشان بر می‌آید عام و خاص است. به عبارت دیگر، قانون دوم منحصرراً راجع به مناطق آزاد تحت پوشش^۲ است و بر این مبنا، 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 بی‌اعتباری یا تغییر این قانون توسط قوانین آتی، منوط به تصریح بدون ابهام این موضوع در قوانین متعاقب است^۳ تلویحاً درصدد بیان اقتدار این قانون و حاکمیت آن بر موضوع سرمایه‌گذاری به عنوان یک قاعده است^۴.

در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و به طور مشخص در ماده ۹ این قانون به صراحت و به صورت غیرقابل بحثی، مشخص نشده است که چه منبع قانونی می‌تواند وسیله حقوقی ملی‌سازی و سلب مالکیت گردد. در این مقررره از واژه «قانون» استفاده شده که به طور بالقوه می‌تواند

پذیرای تفاسیر چندی قرار گیرد. در نظام حقوقی ایران، اعمال اقتدار دولت - حکومت که به صورت تصمیم‌گیری نمود می‌یابد؛ می‌تواند به صورت مختلفی همچون قانون، آئین‌نامه، آراء وحدت رویه و تصمیمات مقامات عالی و اداری ظاهر گردد. بر این مبنا، آیا به عنوان مثال، رئیس‌جمهور و یا هیأت وزیران، صلاحیت سلب مالکیت یا ملی نمودن یک سرمایه‌گذار خارجی را دارند؟

در بادی امر چنین به نظر می‌رسد 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: «..... آئین‌نامه مربوط به نحوه جبران خسارت به تصویب هیأت وزیران خواهد رسید». از طرف دیگر زیربند ۲ از بند ب ماده ۴ آئین‌نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت نیز همین معنا را مورد دفاع قرار می‌دهد. در این ماده مقرر شده که:

«جبران زیان سرمایه‌گذاری خارجی ناشی از ممنوعیت و یا توقف اجرای موافقت‌نامه‌های بر اثر وضع قانون و یا تصمیمات دولت حداکثر تا سقف اقساط سررسیده شده توسط دولت تضمین می‌شود»^۵.

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

۱. ایران تا کنون موافقتنامه‌های تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری فراوانی را با کشورهای مختلف و به تصویب رسانده است. در سایت مجلس شورای اسلامی، فهرست این موافقتنامه‌ها که عمدتاً ادبیات و عبارت‌پردازی 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 محدوده‌ای که هیأت وزیران تعیین خواهد نمود. پ- منطقه آزاد چابهار می‌باشند.

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

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

۵. ماده ۳۰ آئین‌نامه اجرایی این قانون نیز متضمن حکم مشابهی است. به موجب این مقررره: «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 سرمایه‌گذاری تفویض می‌نماید. هیأت مجاز است میزان خسارت حاصل از ممنوعیت و یا توقف اجرای موافقت‌نامه‌های مالی مربوط را تا سقف تعهدات حال شده در محدوده تعهدات قابل پذیرش از سوی شورای عالی سرمایه‌گذاری که در مجوز سرمایه‌گذاری 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 می شود و تقویم تأثیر این دوره با محکمه می باشد. منظور از شرط «فرآیند قانونی» نیز چندان روشن نیست و می تواند 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 خزنده هم شهرت دارد مستثنی می گردد و یا منظور رعایت حقوقی سرمایه گذار در تمامی مراحل من جمله، مراجعه به محاکم و تعیین غرامت می باشد. مطابق قانون فوق، سرمایه گذاران برای تقاضای جبران خسارات وارده 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 می آید، موضوع توسط مراجع مندرج در ماده ۱۹ قانون حل و فصل می شود. دراین خصوص قابل ذکر است که قانون هیچ ضمانت اجرایی برای عدم رعایت شروط مندرج در ماده ۹ پیش بینی نمی کند. 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 غیر قانونی دولت خواهد بود.^۱ در اینجا باید چند نکته را یادآور شد: نکته اول اینکه معمولاً سلب مالکیت نامشروع و غیرقانونی کمتر رخ می دهد و مراجع رسیدگی

نامه ای که بنا بوده تصویب گردد بنا به تصریح قانون ناظر به «تحوه 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 چهارچوب قانون وضع شده باشد وضعیت مشابهی داشته و منحصراً ناظر به «... ممنوعیت 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 زمره قانونگذاری ثانویه هستند، نمی توانند به این مهم بیانجامند.

لازم بذکر است که دولت نمی تواند بدون دلیل موجه سرمایه را ضبط کند و 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 تبعیض باشد و نیز ضرورتاً خسارات سرمایه گذار خارجی جبران شود و غرامت به او پرداخت گردد. عبارت «پرداخت مناسب غرامت بسیار مبهم 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 بلافاصله قبل از سلب مالکیت، طبعاً تقویم ارزش واقعی قبل از سلب مالکیت با کارشناسان و مقومین و یا محکمه خواهد بود؛ قید بلافاصله قبل از سلب مالکیت به این معنی است که تقلیل ارزش مال و بعضاً ارتقای ارزش آن در اثر دخالت دولت و سلب مالکیت نباید در تقویم مؤثر باشد واژه «بلافاصله» نسبی است و

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

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^۲. 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»^۳.

برای جبران خسارت سرمایه گذار خارجی تعیین میزان خسارت قابل جبران اجتناب ناپذیر است. با این حال، روش یکنواخت و قاعده فراگیر برای تعیین غرامت یاد شده وجود ندارد، محاسبه خسارت به روش «جریان نقدی تنزیل شده» دو مرحله دارد: در مرحله اول، تمامی سود خالص که در آینده ممکن است نصیب شرکت شود محاسبه می شود یعنی مجموع درآمدهایی که ممکن است در آینده نصیب شرکت شود پیش بینی شده سپس هزینه های بهره برداری و نگهداری از آن کسر می شود و در مرحله دوم تنزیل آینده کسر می شود^۴.

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.

ملاحظه شد دیوان داوری لاهه نیز در پرونده هایی مانند اموکو از این نظر پیروی کرده است^۵. اصولاً در اکثر معاهدات دو جانبه 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 کنفدراسیون سوئیس» به عنوان یک نمونه در این باره مقرر می دارد:

«هیچ یک از طرف های متعاقد، چه به طور مستقیم و چه غیر مستقیم، اقداماتی جهت مصادره یا ملی کردن سرمایه گذاری های سرمایه گذاران طرف متعاقد 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 روشی 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 رویه ی معاهداتی ایران در انعقاد معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری رویه ی ثابتی درباره استاندارد غرامت مشاهده نمی شود و بسیار متنوع است^۶.

همانطور که مشاهده می شود در این موافقتنامه 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

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 - آمریکا 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.

خارجی ایران «پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه گذاری بلافاصله قبل از سلب مالکیت» قید شده است که در مجموع می توان نتیجه گرفت قانون ایران و به تبع آن موافقت نامه های منعقد شده بسیار لیبرال بوده و نزدیک به استانداردهای بین المللی تدوین شده علی الخصوص در موافقتنامه 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، می باشد و می تواند این مهم در جذب سرمایه گذار خارجی از منظر خود سرمایه گذار و وکلای 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 بلافاصله قبل از سلب مالکیت» تصریح شده و «جبران خسارت مؤثر و کافی» در موضع ملی کردن با تحولات دهه های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ میلادی به پرداخت غرامت مناسب تعبیر شد و قانون جلب سرمایه گذاری ایران نیز از این نرم در خود قانون اصلی اش بهره جسته و نشان می دهد این معیار قانون اصلی سرمایه گذاری خارجی ایران نیز متناسب با معیار استاندارد و بین المللی حقوقی می باشد.

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 می دهد 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 می کنیم:

۱. برخوردهای احساسی و همچنین جزئی نگری و

۲. تشتت و کثرت قوانین موجود در این زمینه و بعضاً تعارض میان آن ها 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 بعضاً باعث بکارگیری قوانین نسخ شده می گردد.
۵. عدم توجه به نظرات کارشناسی مختلف در جهت لحاظ نمودن دیدگاه ها و جنبه های مختلف و اثراتی که قوانینی از این قبیل در جامعه دارند.

سیر قانونگذاری در تدوین مقررات شهری مربوط به نحوه اجرای طرح های عمومی و سلب و تحدید حقوق مالکانه اشخاص، بیشتر تحت تأثیر قواعد و اصولی بوده که حقوق عمومی و دولت بر حقوق مالکانه اشخاص ترجیح می دهند؛ 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 هزینه هایی باید پرداخت کنند و تا چه میزان باید از آزادی ها 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 تحدید 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 نظارت قضایی وجود داشته باشد؛ تا در پرتو این نظارت از خودسری و خودکامگی های احتمالی متصدیان امر



جلوگیری شود؛ از دو نکته نباید غافل شد؛ یکی از اینکه، این نظارت، هرچند لازم است ولی نباید به نحوی باشد که باعث اطاله 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 تبعیض 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 سرمایه ی سرمایه گذاران خارجی است که در آن حق مالکانه سرمایه گذار خارجی با دلایل و توجیهاتی سلب می شود؛ 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 استثنا در 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 روش غیر تبعیض آمیز و در مقابل پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه گذاری بلافاصله 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 بخشنامه، دستورالعمل و مواردی از این دست که در زمره 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 تبعیض 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 بلافاصله قبل از سلب مالکیت» قید شده است که در مجموع می توان نتیجه گرفت قانون ایران و به تبع آن موافقت نامه های منعقدہ بسیار لیبرال بوده و نزدیک به استانداردهای بین المللی تدوین شده علی الخصوص در موافقتنامه اخیر که استاندارد «جبران خسارت مؤثر و کافی» تصریح شده و این امر می تواند عاملی مهم در جذب و تشویق سرمایه گذار خارجی قلمداد شود و قید «پرداخت مناسب غرامت به مأخذ ارزش واقعی آن سرمایه گذاران بلافاصله 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 مآخذ

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

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 تیس، چاپ اول.

۹. حسن زاده، بهرام (۱۳۹۳) حقوق تحلیلی اراضی و
املاک، انتشارات جنگل، چاپ سوم.

۱۰. حسینی، 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

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.

۱۵. خمینی، روح الله (۱۴۲۱) کتاب البیع، جلد اول،
مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۴۲۱ ه.ق.

۱۶. سلجوقی، 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، شبه تملک ها و سلب مالکیت از سرمایه ها
توسط دولت، انتشارات میزان، چاپ اول، ۱۳۹۱.

۲۰. صدر، سید محمدباقر (۱۳۶۰) اقتصاد ما، ج ۲،
ترجمه ع. اسپیهدی، مشهد: انتشارات جهاد سازندگی
مشهد (خراسان)، ۱۳۶۰.

۲۱. صدوق، ابوجعفر 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، فخرالدین (۱۴۱۶) مجمع البحرین،
تهران: کتابفروشی مرتضوی، ج ۲، ۱۴۱۶ ه.ق.

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.

مدیریت شهری

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

■ ۹۳ ■

۲۷. فیوضی، رضا (۱۳۵۶) مسئولیت بین المللی و نظریه ی 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، محمد بن یعقوب (۱۴۰۷) الکافی، ج ۲، مصحح: علی اکبر غفاری، چ ۴، تهران: دارالکتب الاسلامیه ، ۱۴۰۷.ق.
۳۲. محبی، محسن (۱۳۸۶) مباحثی از حقوق نفت و گاز در پرتو رویه داوری بین المللی، سلب مالکیت و غرامت در قرار داده های نفتی، موسسه مطالعات و پژوهش های 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 طرح های 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. موسی زاده، رضا (۱۳۸۶) حقوق اداری، ج ۲-۱، 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 Rreisman & 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-

مدیریت شهری

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

■ ۹۴ ■