

## اعراض دولت از مصونیت در قراردادهای سرمایه گذاری خارجی

حسین فرحی<sup>۱</sup> زهرا نجفی راد<sup>۲</sup>

### – چکیده

مفهوم مصونیت قضائی دولت‌ها و اموال آنان یکی از موانع اساسی برای توسعه سرمایه گذاری خارجی در کشورهای در حال توسعه بوده بطوری که سرمایه گذاران نمی‌توانند با ریسک حداکثری به موضوع سرمایه گذاری ورود کنند. در واقع سرمایه گذار هرچقدر هم ضمانت خارج از قلمرو حاکمیتی یک دولت را کسب نماید به واسطه اصل مصونیت قضائی دولت‌ها و اموال آنان که در کنوانسیون ۲۰۰۴ میلادی به یک قاعده حقوقی مبدل گردیده در صورت بروز اختلاف با مشکلات اساسی مواجه می‌شوند و از طرفی دیگر نظر به ظهور پدیده تحریم‌های یکجانبه، چندجانبه و شورای امنیت که خارج از پیش‌بینی‌های کلی واقع می‌شوند دولت‌ها و سرمایه گذاران را با بحران‌های جدی و غیر قابل جبران روبرو می‌کنند. با این حال به عبارتی انصراف دولت از مصونیت را به‌عنوان یک سیاست تشویقی می‌توان تلقی کرد که در صورت بروز اختلاف فی مابین سرمایه گذار و دولت، سرمایه گذار بتواند مانع تضییع اصل سرمایه گذاری و آثار آن باشد. چرا که حتی تحریم، معلول روابط و سیاست خارجی دولت‌هایی است که نتوانسته‌اند با جامعه جهانی به یک همزیستی مسالمت آمیز دست پیدا کنند. البته انصراف از مصونیت به معنی انصراف از اعمال حاکمیتی نیست بلکه به اعمال تصدی دولت اطلاق می‌شود که در محاکم داوری یا قضائی هیچ امتیاز خاصی نسبت به دولت‌ها اعمال نشود و از شرایطی برابر برخوردار باشند. از این رو در این مقاله انصراف دولت از مصونیت در قرارداد های سرمایه گذاری خارجی در حقوق و رویه بین المللی را که از مهم‌ترین مسائل حیاتی کشورهای نفتی تک محصولی محسوب می‌شود مورد بحث قرار داده و نظر به اینکه تاکنون آثار عنصر تحریم در رویه های سرمایه گذاری خارجی بررسی نگردیده به درک عمیقی نسبت به این موضوع دست پیدا کرده‌ایم.

کلیدواژگان: دولت – مصونیت دولت – اعراض از مصونیت – شورای امنیت – تحریم

۱- استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه آزاد اسلامی - farahihosseini@yahoo.com

۲- کارشناس ارشد حقوق بین الملل، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد تهران جنوب (نویسنده مسوول). najafirad.z@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۴۰۱/۰۴/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۴۰۱/۰۶/۲۰ تاریخ انتشار: ۱۴۰۱/۰۶/۲۹ نوع مقاله: پژوهشی (۴۲-۲۰).

— مقدمه

مصونیت دولت یکی از اولین مفاهیم و اصول حقوقی شناخته شده در جامعه بین‌المللی است. از نظر تاریخی، سابقه این مفهوم را می‌توان در روابط بین‌المللی دوران باستان، در عهد امپراطوری های ایران، روم و یونان قدیم یافت که در زمینه مصونیت سفرای خارجی، بر مبنای شعائر مذهبی و آیین مهمان نوازی پذیرفته شده بود (متین دفتری، ۱۳۴۱: ۲۳). با توسعه حقوق بین‌الملل و تشکیل دولت‌ها و مصونیت آنها در محاکم قضائی، سرمایه‌گذاری خارجی بعنوان یک ریسک بزرگ و مانع توسعه در زمره قراردادهای خارجی بشمار می‌رود. «مهم‌ترین ویژگی منحصر به فرد قراردادهای دولتی که یک طرف آن سرمایه‌گذار خارجی است، نابرابری طرفین قرارداد به لحاظ اقتدار و حقوق حاکمیتی دولت است. با گسترش سرمایه‌گذاری، افزایش اختلافات ناشی از آن نیز غیر قابل اجتناب است. از موانعی که سرمایه‌گذار خارجی در هنگام بروز اختلاف با آن مواجه می‌شود، سد مصونیت دولت در محاکم غیر ملی است. داوری ابزار رایج حل اختلافات در این حوزه است و هرگاه دعوا به داوری محاکم غیر ملی دولت برده شود، مانع مصونیت دولت توأمان در مراحل قضاوت و اجرا برای احقاق حق سرمایه‌گذار خارجی مشکل آفرین خواهد بود. در نگاه بین‌الملل، از نتایج اصل حاکمیت و برابری دولت‌ها در حقوق بین‌الملل، مصونیت از صلاحیت محاکم قضایی یکدیگر است، لذا مصونیت دارای چهره‌ای اصولی شناخته می‌شود که استثنائاتی بر آن مترتب می‌شود. رویکرد به عدم مصونیت دولت ابتدا از تفکیک اعمال تصدی‌گرایانه و اعمال حاکمیتی دولت شکل گرفته تا جایی که امروزه این اصل تقریباً در تمام کشورها از مصونیت مطلق به مصونیت محدود تغییر وضع داده است. تفکیک بین اعمال تصدی‌گرایانه و اعمال حاکمیتی دولت که مبنای عدم مصونیت قرار می‌گیرد، خود امری دشوار و محل مناقشه است. اما رویکرد قوانین در حوزه عدم مصونیت در سرمایه‌گذاری خارجی تحت اعراض از مصونیت به طور صریح یا ضمنی شکل گرفته است. هرگاه اعراض از مصونیت دولت صراحتاً در ذیل شرط قرارداد درج شود، عدم مصونیت امری بدیهی است. در قوانین، رویه و دکتترین نیز بدون شک پذیرفته شده است. شرط داوری از شروط اصلی موثر در ایجاد امنیت سرمایه‌گذار خصوصی در مواجهه با ریسک‌های سیاسی ناشی از سرمایه‌گذاری می‌باشد» (هوشمند، ۱۳۹۱: ۱).

در این میان «یکی از تحولات مهم در آیین‌های حل و فصل اختلافات بین‌المللی رشد سریع نهاد داوری‌های مختلط بوده است: یعنی بین دولت‌ها از یک طرف و ماهیت‌های غیر از دولت‌ها (non-state entities)، معمولاً شرکت‌ها و در موارد خاص اشخاص، از طرف دیگر از مهم‌ترین محاکم داوری که عهده دار داوری‌های مختلط هستند، می‌توان به محاکمی که به همت مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری (ICSID) تأسیس شده‌اند و همچنین دیوان داوری ایران و آمریکا اشاره کرد. طرح ایکسید را بانک جهانی (بانک بین‌المللی توسعه و عمران) طراحی کرده است. در سال ۱۹۴۶ از مدیران عامل بانک جهانی خواسته شد تا پیش‌نویس کنوانسیون «ایجاد تسهیلات و آیین‌هایی که بر یک مبنای داوطلبانه برای حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌های متعاقد و اتباع دیگر دولت‌های متعاقد از طریق سازش و داوری در دسترس باشند» را تهیه نمایند. پیش‌نویس تهیه شده، که به کنوانسیون واشنگتن در مورد حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دیگر دولت‌ها تبدیل شد (کنوانسیون ایکسید)، قصدش تقویت مشارکت کشورها در رابطه با توسعه اقتصادی و ورود سرمایه خصوصی بین‌المللی به آن دسته از کشورها بود که می‌خواستند قرارداد منعقد نمایند و در عین حال می‌خواست نگرانی‌های مربوط به مصادره خودسرانه و بدون پرداخت غرامت را برطرف سازد» (نژندی منش و صلح چی، ۱۳۹۵: ۳۵۴).

مع الوصف با توجه به اصل حاکمیت دولت‌ها و مصونیت آنها، بنظر می‌رسد سرمایه‌گذاری خارجی یک ریسک بزرگ برای سرمایه‌گذار بوده و از طرفی احتمال تحریم‌های یکجانبه، چندجانبه و شورای امنیت سازمان ملل علیه یک دولت می‌تواند بکلی تضييع یک سرمایه‌گذاری را منجر شود که این مقاله با سوال اصلی «انصراف دولت از مصونیت چه میزان در قرارداد های سرمایه‌گذاری صنعت نفت از منظر حقوق بین‌الملل تأثیر دارد؟؟» کمک خواهد کرد تا در صورت انصراف دولت از مصونیت، رویه‌ها و راه‌حل‌های تحقق منافع یک سرمایه‌گذاری با دولت متعاقد در محاکم بین‌المللی بررسی گردیده و شیوه‌های نظام مند آن در حقوق بین‌الملل مشخص گردد.

## – دولت در مفهوم مصونیت

«هدف مصونیت دولت، پشتیبانی از نهاد دولت<sup>۱</sup> یا «دولت - کشور» به عنوان تابع اصلی حقوق بین‌الملل، در برابر تعقیب یا ایراد اتهام در دادگاه‌های خارجی یا ملزم بودن این نهاد به اعمال اجرایی خارجی است» (Wirth, 2001 : 431). لذا در مبحث مصونیت، «دولت» مصون از صلاحیت قضایی دولت مقرر دادگاه خارجی تلقی می‌شود. «البته منظور از دولت خارجی که می‌تواند ادعای مصونیت کند، دولتی است که مطابق حقوق بین‌الملل، دارای شخصیت بین‌المللی بوده و به‌عنوان یک دولت مستقل و حاکم شناخته شده باشد. از آنجایی که در حقوق بین‌الملل شناسایی دولت‌ها به‌عنوان یک دولت مستقل و دارای حاکمیت به دولت‌های موجود واگذار شده است، طبیعی است که از نظر دولت مقرر دادگاه، دولتی به این عنوان تلقی شود که توسط دولت مزبور مورد شناسایی قرار گرفته باشد به طور معمول، دادگاه‌ها وضعیت استقلال و حاکمیت دولت خوانده را از طریق آگهی قوه قضاییه احراز می‌کنند، اما در مواقع تردید نیز ممکن است از قوه مجریه مشورت لازم را کسب نمایند» (Fox, 2008 : 31). بطور کلی، مفهوم «دولت خارجی»، شامل موضوع‌های پنج‌گانه زیر است:

- ۱- «دولت و ارگان‌های مختلف حکومتی آن»<sup>۲</sup>؛
- ۲- «واحد‌های تشکیل دهنده یک دولت فدرال»<sup>۳</sup>؛
- ۳- «تقسیمات سیاسی دولت که حق دارند در اجرای اقتدار عمومی دولت عمل کنند»<sup>۴</sup>؛
- ۴- «آژانس‌ها یا دستگاه‌های دولتی و سایر واحد‌ها تا حدی که حق دارند در اجرای اقتدار عمومی دولت عمل کنند»<sup>۵</sup>؛

۱- دولت به مفهوم (State) به قوه اجرایی یک کشور اطلاق می‌شود که به نمایندگی از تمامیت کشور در عرصه بین‌الملل نقش ایفا می‌کند.  
 ۲- این دسته شامل خود دولت است که از طریق ارگان‌های مختلف حکومتی با هر نام و عنوانی از قبیل پادشاه، رئیس دولت، رئیس حکومت، وزارتخانه‌ها یا زیربخش‌های وزارتی، ادارات یا دفاتر، ارگان‌ها و مأموریت‌های مادون نماینده دولت شامل مأموریت‌های دیپلماتیک و پست‌های کنسولی و مأموریت‌ها و نمایندگی‌های دائمی بنام خود عمل می‌کند. همچنین شامل تمام شعب حکومتی است و صرفاً به قوه مجریه محدود نمی‌شود. بنابراین، مصونیت قضایی دولت تنها ناظر بر اعمال قوه مجریه نیست، بلکه آراء و تصمیمات محاکم داخلی و قوانین مصوب پارلمان را نیز در بر می‌گیرد.

۳- در برخی از سیستم‌های فدرال، واحدهای تشکیل دهنده دولت فدرال از تقسیمات سیاسی کشورهای تک بافت متمایز هستند؛ به این معنی که بدلائل تاریخی و غیره، بدون لحاظ این شرط که در اعمال اقتدار عمومی دولت عمل کنند، دارای همان مصونیت‌های دولت‌ها می‌باشند. اما در سیستم‌های فدرال دیگر، واحدهای تشکیل دهنده دولت فدرال از تقسیمات سیاسی کشورهای تک بافت متمایز نیستند، زیرا به آنها مصونیت تا حدی داده شده است که در اعمال اقتدار عمومی عمل کنند.

۴- این دسته شامل تقسیمات کشوری است که بر اساس حقوق داخلی حق دارند در اعمال اقتدار عمومی دولت عمل کنند. مناطق خود مختار دولت که بر اساس حقوق داخلی حق دارند در اعمال اقتدار عمومی عمل کنند، نیز می‌توانند در این دسته قرار گیرند.

۵- این دسته دربرگیرنده کارگزاری‌ها و دستگاه‌های دولتی و سایر واحدها شامل واحدهای غیرحکومتی تا حدی است که حق دارند در اعمال اقتدار عمومی عمل کنند. در مورد واحدهای غیرحکومتی میتوان به عنوان مثال به بانکهای تجاری خاصی اشاره کرد که امر صدور مجوز صادرات

۵- «نمایندگان دولت<sup>۱</sup>» که در صلاحیت دولتی عمل می‌کنند.

### – صلاحیت قضایی در مفهوم مصونیت دولت

« دریافت صحیح از مفهوم مصونیت دولت، مستلزم توجه به مفهوم صلاحیت قضایی دولت مقرر دادگاه نیز می‌باشد. لذا اگر چه صلاحیت به معنای اختیار و اقتدار حکومتی جامع و فراگیر دولت‌ها در همه ابعاد تقنینی،

قضایی و اداری است، اما در ارتباط با مصونیت دولت، اهمیت عمده موضوع عملاً مربوط به حق قضاوت دولت، تصمیم‌گیری در مورد مسائل حکمی و موضوعی، رسیدگی قضایی و نهایتاً اعمال قدرت اجرایی و اداری مقامات قضایی و اداری در این مورد است» (Steinberger, 1989 : 428).

«صلاحیت یک دولت ممکن است به موازات صلاحیت دولت‌های دیگر مطرح شود یا انحصاری باشد. قواعد صلاحیت هر دولت، اشخاص و اموال مشمول قوانین آن دولت و آئین اجرای قوانین مزبور را معین می‌کند. این قواعد مربوط به جنبه ماهوی قوانین دولت‌ها نیستند، مگر تا حدی که برای تعیین اشخاص و اموال تحت صلاحیت و آئین اعمال قوانین بر آنها لازم باشد» (Harris, 2004 : 265). فراتر از قواعد داخلی صلاحیت، حقوق بین‌الملل نیز واجد معیارها و قواعدی برای تعیین حدود صلاحیت دولت‌ها است. «این قواعد که در طول قرن‌ها از طریق رویه دولت‌ها تحول یافته‌اند، معین می‌کنند که چه نوع از صلاحیت ملی از سوی دولت‌ها قابل اعمال و پذیرش است و دولت‌ها این صلاحیت را در چه قلمروی می‌توانند بر اشخاص و اموال اعمال کنند» (Murphy, 2006 : 240).

«به طور کلی، امکان اعمال صلاحیت قضایی از سوی دولت‌ها، از مسلمات رویه دولت‌ها است. این رویه بعد از صلاحیت توسط دادگاه‌های داخلی اعمال می‌شود. اما دادگاه‌های هردولت، صرف نظر از قوانین و مقررات داخلی خود، اصولاً در چارچوب اصول و قواعد حقوق بین‌الملل، دارای اختیار اعمال کارکردهای قضایی بر اشخاص و اموال موجود در حوزه صلاحیت خود هستند. اصول پیش فرض حقوق بین‌الملل که بر اساس آنها

و واردات که انحصاراً جزء اختیارات حکومتی است، به آنها واگذار می‌شود. بنابراین، این واحدهای غیرحکومتی هنگامی که چنین کارکردهای حکومتی را انجام می‌دهند، تا همین حد، باید به عنوان دولت از مصونیت برخوردار باشند.

۱- این دسته شامل اشخاص عادی است که اجازه دارند در جایگاه تمام مصادیق دولت که در چهار دسته قبل بیان شد، دولت را نمایندگی کنند. بنابراین پادشاهان و سران دولت‌ها در صلاحیت عمومی خود چنانکه در دسته اول قرار داشتند جزء این دسته نیز هستند و در معنی وسیع جزء ارگان‌های دولت به شمار می‌روند.

صلاحیت دولت‌ها در ابعاد مختلف آن اعمال می‌شود، عبارتند از: اصل سرزمینی بودن، اصل شخصی بودن، اصل حمایتی بودن، اصل جهانی بودن و اصل تابعیت منفعل. در میان این اصول، اصل سرزمینی بودن صلاحیت، قلمرو اصلی صلاحیت دولت‌ها را به صورت پیش فرض مشخص می‌کند و سایر اصول را می‌توان استثناهایی به شمار آورد که بر اصل مزبور وارد شده‌اند. در عین حال، این اصول تعیین کننده نهایی محدوده صلاحیت دولت‌ها نیستند و قواعد مصونیت دولت نیز، نقش تعیین کننده‌ای در تعیین قلمرو صلاحیت قضایی دولت‌ها دارند. به بیان دیگر، در جایی که اصول مذکور، اعمال صلاحیت را مجاز می‌دارند، ممکن است قواعد مصونیت دولت به عنوان مانعی بر اعمال صلاحیت عمل کنند» (خضری، ۱۳۹۱: ۱۱۷).

### – مبنای مصونیت دولت

بر اساس قاعده مصونیت دولت، دولتی که به عنوان شخصیت بین‌المللی مورد شناسایی قرار می‌گیرد، حق دارد از تعقیب دادگاه دولت‌های دیگر مصئون باشد. سؤالی که در این مورد به ذهن متبادر می‌شود، این است که مبنا و علت وجودی این مصونیت چیست و چرا دادگاه‌های داخلی با دارا بودن صلاحیت عام، در این مورد خاص از اعمال صلاحیت منع شده‌اند؟ به تعبیری، کدام علت، ضرورت یا واقعیت اجتماعی وجود چنین مصونیتی را ایجاب کرده است؟ شناخت این علت یا علل، از آن جهت دارای اهمیت است که اصولاً اعتبار هر قاعده به بقای علل و جودی آن بستگی دارد و چنانچه علل و عوامل اجتماعی و تاریخی دیگری، ضرورت اولیه پیدایش قاعده را از میان برده و یا تحت تأثیر قرار داده باشد، به همان میزان اصل قاعده یا حدود اعتبار آن تحت تأثیر قرار خواهد گرفت. بنابراین پرداختن به مبنا و علت وجودی مصونیت، دارای اهمیت بسیاری است؛ به ویژه، با توجه به این که بسیاری از مجادلات و استدلال‌ها پیرامون برخی تحولات در عرصه مصونیت دولت، بر پایه ادعای تحول در مبانی آن مطرح می‌شود.

### – اعمال تصدی دولت

تقسیم اعمال دولت به دو دسته اعمال حاکمیت و تصدی‌گری اولین بار به وسیله علمای حقوق اداری فرانسه مطرح شد، و در وضعیت فعلی طرفداران زیادی ندارد. البته علت وجود این طبقه‌بندی بر می‌گردد به پذیرش مسؤولیت مدنی دولت که محاکم فرانسه بدو دولت را مسؤول پرداخت خسارتی که از اعمال حاکمیتی پدید می‌آید تلقی نمی‌کردند، در آن زمان اعمال دولت نسبتاً محدود به اعمال قدرت

بود. با توسعه مداخلات در امور اقتصادی و پرداختن به فعالیت‌هایی که به بخش خصوصی تعلق دارد زمینه را برای پذیرش مسؤلیت آن در مورد فعالیت‌های غیر حاکمیتی ایجاد کرد. در واقع وظایف اداری بر حسب اینکه متصدی آن در حال استفاده از اقتدار عمومی است یا خیر به عمل حاکمیتی و تصدی تقسیم می‌شود. بعضی از وظایفی که مستلزم استفاده از اقتدار عمومی است اساساً پاسخگوی نیازهایی هستند که نهادهای دولتی برای آن ایجاد گردیده‌اند. هدایت روابط خارجی، دفاع، حفظ نظم، وصول مالیات و وظایفی هستند که جزء ثابت‌ترین فعالیت‌های اداری محسوب می‌شوند، حتی در لیبرال‌ترین کشورها به دولت تعلق دارد و در این کشورها نیز هرگز پذیرفته نشده که حفظ نظم و امنیت عمومی به بخش خصوصی واگذار شود، اینها وظایف حاکمیتی است که دامنه آن تغییر کرده است مثلاً وظیفه حفظ نظم که به حفظ در معابر تعبیر می‌شد در حال حاضر حفظ نظم اقتصادی را نیز در بر می‌گیرد. در اعمال تصدی، دولت وظیفه ارائه خدمات و کالاها را مانند اشخاص خصوصی و چه بسا با هدف سودآوری محدود و جلب منافع به عهده داشته و جنبه تصدی‌گری دارد. اما الزاماً دولت تولیدکننده کالا و خدمات نیست و ممکن است بخش خصوصی یا تعاونی آن را تولید نماید یا مانند تولید برق یا کالاهای عمومی مورد نیاز مردم مثل خدمات پست را تولید نماید. هر زمان که دولت، وظایف تصدی‌گری را به بخش‌های دیگری واگذار نماید، این واگذاری می‌تواند در قالب شرکت‌های خصوصی عمل کرده و نیازی به اعمال حاکمیتی نباشد و فقط موسسات و شرکت‌های دولتی که از بودجه عمومی دولت استفاده می‌کنند نیاز به کنترل توسط دولت دارند.

### – اعمال حاکمیتی دولت

«مشاغل حاکمیتی» کارهایی هستند که شاغلان آنها «عمل حاکمیت دولت» را انجام می‌دهند یا «اعمال حاکمیت» می‌کنند. «عمل حاکمیت» عملی است که دولت از حیث داشتن قدرت عمومی و به عنوان اعمال قدرت عمومی انجام می‌دهد. مانند تاسیس معابر عمومی و میدان‌ها و استخدام ماموران رسمی. در مقابل «عمل حاکمیت»، «عمل تصدی» است که دولت آن را مانند سایر افراد جامعه انجام می‌دهد (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶: ۴۷۱)، مثل دخالت دولت در اتوبوسرانی یا مترو یا اداره هتل‌ها و

سینماها و مانند اینها. برخی اعمال که از جانب اشخاص حقوقی مستقل مثل بانک‌ها و بعضی شرکت‌های دولتی انجام می‌شود، نه حاکمیتی است و نه تصدی (جعفری لنگرودی، ۱۳۹۶: ۴۷۱).

## – مصونیت مطلق

«در دوران گذشته حاکمان و علمای حقوق بین‌الملل بر اصل عام مصونیت مطلق حاکم و اموالش از اعمال صلاحیت پادشاهان دیگر تأکید داشتند. این دکترین لازمه نظریه استقلال و برابری دولت‌ها و وضعیت محترمانه حکام و پادشاهان تلقی می‌شد از نظر تاریخی، از یک سو، به موجب یک عرف بسیار قدیمی در کامن‌لا، فرض بر این بوده است که دولت از هر مسئولیتی مبرا است. زیرا گفته شده که نمی‌توان علیه مرجعی که خود موجد حق است و اصل حق ناشی از اراده اوست، اقامه دعوی نمود و قوه حاکمه را نمی‌توان برخلاف میل آن تحت صلاحیت دادگاه‌ها درآورد» (نصیری، ۱۳۷۰: ۲۸۷). از سوی دیگر، ریشه تئوری مصونیت مطلق را می‌توان در اصل سنتی حقوق روم که مطابق آن «برابرها بر یکدیگر صلاحیت (برتری) ندارند» یافت. مطابق این اصل که اساساً مربوط به تنظیم توزیع داخلی قدرت در داخل مرزهای صلاحیتی امپراتوری روم بوده است، پذیرفته شده بود که پادشاه حاکم نباید تحت صلاحیت قضایی داخلی یا خارجی قرار گیرد (Steinberger, 1989: 429). مطابق این اصل قدیمی، دولت خارجی همانند دولت مقرر دادگاه، باید از مصونیت مطلق برخوردار باشد. این دو استدلال، در واقع تعبیری از اصول شأن و منزلت دولت و برابری و استقلال دولت‌ها به عنوان شناخته شده‌ترین مبانی مصونیت دولت است که در رویه و دکترین، برای اتخاذ رویکرد مصونیت مطلق، مورد استناد قرار گرفته است. استدلال‌های دیگری که در حمایت از دکترین مصونیت مطلق به عمل آمده، این است که چون مطابق قواعد برتر حقوق بین‌الملل عمومی، اعمال اقدام‌های اجرایی علیه دولت خارجی بدون رضایت آن دولت ممکن نیست، بنابراین، اعمال صلاحیت، حتی اگر مشروط به تصدی بودن عمل موضوع اختلاف باشد، تلاشی بیهوده برای یک امر ناممکن است. همچنین اعمال صلاحیت بر دولت خارجی که بر فرض تفکیک «اعمال تصدی»<sup>۱</sup> از «اعمال حاکمیتی»<sup>۲</sup> دولت مبتنی است، به دلیل عدم امکان عملی این تمایز، تحقق یافتنی نیست. (Bankas, 2005: 42) بنابراین استدلال‌ها، تئوری سنتی مصونیت مطلق، مدت

<sup>۱</sup> - jure gestionis.

<sup>۲</sup> - jure Imperii.

زمانی طولانی، مانع از آن بود که دادگاه‌ها بتوانند به ادعاهای مطرح علیه دولت‌های خارجی رسیدگی نمایند فلذا دولت‌ها در هر دو دسته دعاوی تجاری و غیرتجاری دارای مصونیت بودند و تئوری مصونیت مطلق همچنان به‌عنوان تنها راه حل مسأله رسیدگی دادگاه‌های ملی به دعاوی علیه دولت‌های خارجی تلقی می‌شد و رسیدگی به اعمال دولت‌های خارجی در دادگاه‌های داخلی مطلقاً امکان پذیر نبود.

### – مصونیت محدود

«با زوال تدریجی مفهوم شخصی حاکمیت و ایجاد جمهوری‌های جدید در اروپا و آمریکا، گسترش تجارت و بازرگانی میان کشورها و افزایش دخالت دولت در توسعه اقتصادی کشور، به تدریج مسائل پیچیده‌تری را برای دادگاه‌ها مطرح ساخت. دولت‌ها هر روز بیش از پیش کنترل فعالیت‌هایی را در دست گرفتند که قبلاً به ابتکار بخش خصوصی واگذار شده بود. انحصارهای دولتی تدریجاً گسترده‌تر شد و روابط تجاری دولت با اشخاص خصوصی منجر به اختلافات بسیاری می‌گردید که توسط اشخاص خصوصی نزد دادگاه‌های داخلی مطرح می‌شد» (Dunbar, 1971 : 203) با شکل‌گیری این تحولات به تدریج، ناکارآمدی تئوری مصونیت مطلق مورد توجه قرار گرفت و تئوری مزبور مبنا و فلسفه وجودی خود را از دست داد.

از یک سو با پیدایش دولت‌های جدید، دولت دیگر از آن چنان شأن و قداستی برخوردار نبود تا تعقیب آن در دعاوی اشخاص خصوصی آسیبی به شأن و منزلتش وارد سازد و از دیگر سو، با توجه به توسعه دخالت دولت‌ها در فعالیت‌های اقتصادی و تجاری، در جایی که دولت همانند سایر بازرگانان به تجارت و کسب سود می‌پرداخت، برخورداری دولت از امتیاز ویژه مصونیت، ناعادلانه و در تعارض با اصل آزادی تجارت شناخته می‌شد و به دلیل ایجاد مانع در راه دسترسی به عدالت قضایی، به طور ناعادلانه خطرات تجارت بین‌المللی را به زیان تجار خصوصی افزایش می‌داد از این رو، به تدریج رویکرد جدیدی میان حقوقدان‌ها، قضات و دولت‌ها پدیدار گردید که بر پایه آن عدول از مصونیت مطلق در شرایط خاص، نقض برابری و شأن و منزلت دولت‌های حاکم محسوب نمی‌شد و می‌توانست بدون لطمه به حاکمیت کشور خوانده، مانع مصونیت در رسیدگی به برخی دعاوی را مرتفع نماید.

## – انصراف از مصونیت

مبنای شناخته شده دیگر برای عدول از اصل مصونیت دولت، انصراف دولت خواننده از مصونیت خود است. در انصراف، غیر از رضایت دولت خواننده دعوی به اعمال صلاحیت، دلیل دیگری برای رد مصونیت یا به بیان صحیح‌تر، سقوط مصونیت وجود ندارد. در واقع، از آنجا که قاعده مصونیت دولت، جزء قواعد عادی (غیرآمره) حقوق بین‌الملل محسوب می‌شود، برای هر دولت این حق شناخته شده است که به طور صریح یا ضمنی، به اعمال صلاحیت دولت مقرر دادگاه رضایت دهد و بدین ترتیب از مصونیت خود اعراض کند موارد فوق، عمده‌ترین مستثنیات و موارد سقوط مصونیت دولت می‌باشد که کلیات آنها در کنوانسیون‌های بین‌المللی موجود و رویه تقنینی و قضایی اغلب دولت‌های مطرح در عرصه تحولات حقوق مصونیت دولت پذیرفته شده است. البته این بدان معنی نیست که در مورد پذیرش اصل این مستثنیات یا شروط اعمال آنها در رویه اتفاق نظر وجود دارد. به عبارتی، اگر در گذشته نه چندان دور، مباحث حقوق مصونیت دولت، حول محور قابل پذیرش بودن تئوری مصونیت محدود یا کلیات مستثنیات و موارد سقوط مصونیت می‌گردید، اکنون با استقرار بسیاری از این قواعد کلی، دکترین و رویه قضایی با مسائل جدیدتری در مورد شروط و چگونگی اعمال این مستثنیات در دعاوی و همچنین مستثنیات جدیدتر مواجه است. به ویژه، در دو دهه گذشته، در عرصه حقوق مصونیت دولت تحولات جدیدی پدیدار شده که بحث‌های دامنه‌داری را به همراه داشته است. از یک طرف در دکترین و رویه قضایی برخی کشورها همچون ایتالیا و حتی در آراء دیوان اروپایی حقوق بشر، گرایش به محدود کردن مصونیت دولت در دعاوی صدمات ناشی از نقض قواعد آمره حقوق بشر مشاهده می‌شود و از طرف دیگر، در رویه تقنینی و قضایی ایالات متحده، در دعاوی غرامت صدمات ناشی از عملیات تروریستی مورد حمایت دولت، مصونیت دولت کلاً رد شده است.

## – نظریه اعراض

«جامعه بین‌المللی فاقد یک ساختار سلسله‌مراتبی است. از این رو فقدان یک قدرت فراکشوری که قواعدی را برای تنظیم روابط دولت‌ها وضع کند و به موقع اجرا بگذارد موجب گردیده تا اعضای جامعه بین‌المللی روابط خود را بر پایه اصول برابری و تبادل و رضایت متقابل استوار سازند. بدین علت، قواعد

و اصول حقوقی حاکم بر روابط بین‌المللی، اصولاً مبتنی بر رضایت متقابل بوده و بالتبع با اراده و توافق بعدی طرف‌های ذی ربط قابل تغییر و بازنگری و عدول هستند. از سوی دیگر فقدان یا ضعف همبستگی بر پایه ارزش‌های مشترک در میان اعضای جامعه بین‌المللی، وجود یک نظم عمومی بین‌المللی مستحکم و جامع الاطراف و قواعد بنیادینی که استقرار این نظم را تضمین کنند، تقریباً منتفی ساخته است. هرچند که آرمان بشریت و استقرار نظمی عمومی بر پایه احترام به حقوق و کرامت انسان، جامعه بین‌المللی را در ابتدای راه پذیرش قواعدی فراتر از قواعد حاصل از اراده، توافق و تبادل صرف دولت‌ها قرار داده است؛ یعنی قواعد معدودی که با عنوان «قاعده آمره حقوق بین‌الملل»، تحقق و استقرار نظم عمومی بین‌المللی را در ابعاد مربوط تضمین می‌کنند. از واقعیات فوق می‌توان استنتاج کرد که قواعد کنونی حقوق بین‌الملل عمدتاً بر مبنای رضایت و تبادل در روابط میان دولت‌ها شکل گرفته‌اند و هدف اغلب آنها حفظ منافع خصوصی دولت‌های طرف رابطه می‌باشد. طبیعی است که چنین قواعدی فاقد خصیصه آمره هستند فلذا دولت‌های ذی ربط هرگاه اراده کنند، می‌توانند به طور عام از طریق اصلاح و تغییر قواعد موجود یا (به طور خاص) از طریق توافق در یک مصداق عینی (یا حتی با اعراض یک جانبه دولت ذی نفع از اجرای قواعدی که از پیش توافق، مورد شناسایی قرار گرفته چشم پوشی کنند» (هوشمند، ۱۳۹۱: ۶۸). در واقع اعراض از مصونیت یک اختیار و صلاحیت دولت‌ها محسوب می‌شود که تحت هیچ قاعده حقوقی، الزامی بر دولت‌ها ایجاد نشده است. از این رو دولت‌ها با علم بر آثار حقوقی انصراف از مصونیت با در نظر گرفتن منافع ملی خود به این امر مبادرت می‌نمایند.

### – مبنای سقوط مصونیت در اعراض

«مبنای شناخته شده دیگر برای عدول از اصل مصونیت دولت، اعراض دولت خوانده از مصونیت خود است. در اعراض، غیر از رضایت دولت خوانده دعوی به اعمال صلاحیت، دلیل دیگری بر رد مصونیت یا به بیان صریح تر، سقوط مصونیت وجود ندارد. در واقع، از آنجا که قاعده مصونیت دولت، جزء قواعد عادی (غیر آمره) محسوب می‌شود، برای هر دولت این حق شناخته شده است که بطور صریح یا ضمنی، به اعمال صلاحیت دولت مقرر دادگاه رضایت دهد و بدین ترتیب از مصونیت خود اعراض کند. موارد فوق، عمده ترین مستثنیات و موارد سقوط مصونیت دولت می‌باشد که کلیات آنها در کنوانسیون‌های

بین‌المللی موجود و رویه تقنینی و قضایی اغلب دولت‌های مطرح در عرصه تحولات حقوق مصونیت دولت پذیرفته شده است. البته این بدان معنی نیست که در مورد پذیرش اصل این مستثنیات یا شروط اعمال آنها در رویه اتفاق نظر وجود دارد. به عبارتی، اگر در گذشته نه چندان دور، مباحث حقوق مصونیت دولت، حول محور قابل پذیرش بودن تئوری مصونیت محدود یا کلیت مستثنیات و موارد سقوط مصونیت می‌گردید، اکنون با استقرار بسیاری از این قواعد کلی، دکترین و رویه قضایی با مسائل جدیدتری در مورد شروط و چگونگی اعمال این مستثنیات در دعاوی و همچنین مستثنیات جدید تر مواجه است» (خضری، ۱۳۹۱: ۱۳۵).

### – اصل رضایت و رضایت ضمنی در اعراض

«اگر فقدان رضایت به‌عنوان مانعی برای اعمال صلاحیت عمل می‌کند، به طور منطقی این نتیجه حاصل می‌شود که وجود رضایت دولتی که دعوا علیه آن ترتیب داده شده، باید در جهت رفع این مانع عمل کند. به عبارتی، اگر فقدان رضایت به عنوان عامل اساسی ایجادکننده مصونیت دولت تلقی شود، اعلام رضایت دولت ذی ربط باید این مانع اعمال صلاحیت را از بین ببرد. لذا با اعلام رضایت، دادگاه دولت دیگر قادر می‌شود تا براساس قواعد عام صلاحیت خودش اعمال صلاحیت کند، چنانکه گویی دولت خارجی یک بیگانه معمولی است که می‌توان علیه آن اقامه دعوا کرد و آن را به طریق عادی تحت تعقیب و رسیدگی قرار داد؛ بدون این که از هرگونه دکترین یا قاعده مصونیت دولت استفاده شود» (هوشمند، ۱۳۹۱: ۷۱). اما «مطابق تئوری رضایت ضمنی، فرض می‌شود که هر دولتی رضایت دارد از اعمال صلاحیت سرزمینی انحصاری خود در پرونده های قضایی که دولت دیگر در آن خواننده دعوی است، اجتناب کند» (Sucharitkul, 1991 : 327) در دعوی شونر اکسچنج علیه مک فادن<sup>۱</sup> در سال ۱۸۱۲، دیوان عالی ایالات متحده ضمن توجیه دکترین مصونیت دولت بر مبنای اصول برابری، استقلال و شان و منزلت دولت ها، به فرض رضایت ضمنی دولت مقرر دادگاه به منزله ی پایه ای دیگر برای دکترین مصونیت دولت اشاره می کند» (Harri, 2004 : 309) در واقع در این دعوی قاضی مارشال با استناد به اقتدار انحصاری که هر حاکم (دولت) بر قلمرو خود دارد، کشتی شونر اکسچنج را که در تصرف

<sup>1</sup> - The Schooner Exchange v. McFadon, 11 U. S. 116 (1812) cited at: <http://supreme.justia.com>.

واحدهای نیروی دریایی فرانسه قرار داشت، از هر گونه دعوی و توقیف مصئون دانسته و رضایت ضمنی ایالات متحده به مصونیت کشتی متعلق به دولت خارجی را مبنای این مصونیت اعلام نموده است» (Trooboff, 1987: 255). با این اوصاف، اصل رضایت در انصراف از مصونیت یکی از عناصر اصلی در سقوط مصونیت در قرارداد بشمار رفته که دولت‌ها از هیچ‌گونه مصونیتی در محاکم برخوردار نمی‌باشند.

### – قواعد حاکم بر اعراض

اعراض از مصونیت، امری نیست که یک ارگان دولتی (قوه مجریه) بتواند با اختیار تام بر آن اعمال صلاحیت نماید، بلکه مستلزم قواعد و شرایطی است که می‌بایست بطور کلی لحاظ و مشروعیت کافی برای این امر را داشته باشد چه از لحاظ قوانین داخلی و چه از لحاظ قوانین بین‌المللی، که به چند مورد از این عناصر می‌پردازیم.

### – قلمرو اعراض

«با رضایت به اعمال صلاحیت یا به تعبیر دیگر، اعراض از مصونیت، دولت خارجی می‌تواند تابع قانون آیین دادرسی دولت مقرر دادگاه، شامل قواعد مربوط به دلیل، هزینه‌ها، تضمین هزینه‌ها قرار گیرد» (Steinberger, 1989: 436).

«به طور کل در قلمرو اعراض، در اعراض صریح باید با تفسیر شروط آن براساس قواعد حقوق بین‌الملل و در اعراض ضمنی، با ارزیابی اوضاع و احوالی که اعراض از آن استنباط شده است تعیین شود. اگر اعراض از مصونیت در مورد دعوای خاصی که علیه دولت خارجی اقامه شده، صورت گرفته باشد، قلمرو آن محدود به همان دعوا، یعنی به مفاد تصمیم مورد درخواست خواهان، به عنوان نتیجه حقوقی وقایع موضوع دعوا در زمان اعراض باشد. بنابراین اگر در موضوع دعوا، از طریق توسعه آن تغییری داده شود، موضوع‌های جدیدی که از این طریق به خواسته خواهان افزوده می‌شود، در قلمرو اعراض اصلی قرار نمی‌گیرد، اصولاً قلمرو اعراض به مراحل پژوهش یا استیناف یا سایر راه‌های جبران قضایی مرتبط با رسیدگی گسترش می‌یابد، مگر این که دولت خارجی به هنگام اعلام اعراض به نحو دیگری شرط کرده باشد» (هوشمند، ۱۳۹۱: ۷۲).

## – تجاوز از حدود و اختیار در اعراض

در ارتباط با تجاوز از حدود اختیارات یا اقدام‌های فراتر از اختیار ارگان‌های اعلام‌کننده اعراض، به نظر می‌رسد که مقررات کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات<sup>۱</sup> از طریق قیاس قابل اعمال است در دعوا «کانل» که در دادگاه‌های فرانسه مورد رسیدگی قرار گرفت، وقایع پرونده از این قرار بود که جواهراتی که توسط یک مقام رسمی توقیف شده بود، در سال ۱۹۴۲ به کنسول اسپانیا در پرپیگنان تحویل گردید. فردی که مدعی مالکیت این جواهرات بود، دعوایی علیه کنسول اسپانیا در دادگاه پرپیگنان اقامه کرد و خواستار صدور حکم گردید. متعاقباً کنسول اسپانیا ادعای مصونیت قضایی و اجرایی کرد. دادگاه مونت پلیه نظر داد که محاکم فرانسه نمی‌توانند در ارتباط با اقدام‌های دولت خارجی که در اعمال حقوق قدرت عمومی صورت گرفته است، قضاوت کنند. از آنجا که کنسول اسپانیا رسیدهای برای جواهرات داده و متعهد شده بود که تا تصمیم‌گیری مقامات قضایی فرانسه راجع به هر دعوایی که مطرح شود، از آن‌ها حفاظت نماید، مسأله اعراض از مصونیت مطرح شد. دادگاه به این دلیل که کنسول اختیار نداشته است تا چنین تعهدی را برای دولت اسپانیا ایجاد کند، ادعای اعراض توسط کنسول را نپذیرفت» (Dunbar, 1971: 232). استنباط از رویه فوق و همچنین ماده ۸ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ دربرگیرنده این امر است که صرف طرف قرارداد بودن یک ارگان دولتی برای انصراف از مصونیت کافی نبوده و می‌بایست شرایت و صلاحیت کافی نیز برای اعراض وجود داشته باشد.

## – اشکال انصراف از مصونیت (اعراض)

انصراف از مصونیت در حقوق بین‌الملل می‌تواند اشکال گوناگون داشته باشد، از طریق اعلامیه یا بیانیه، درج صریح در قرارداد یا معاهده‌های سرمایه‌گذاری، یا با حضور داوطلبانه در جریان رسیدگی. در واقع انصراف از مصونیت می‌تواند بصورت صریح یا ضمنی باشد. «اعراض صریح ممکن است صریحاً با صدور یک اعلامیه یکجانبه یا انعقاد یک توافق بین‌المللی یا درج ماده‌ای در یک قرارداد، برای یک دعوا خاص یا طبقه‌ای از دعاوی بیان شود. همچنین می‌تواند به طور ضمنی، از شرکت و حضور دولت

<sup>۱</sup> - ماده ۸ کنوانسیون وین در مورد اقدامی که بدون مجوز برای انعقاد معاهده صورت می‌گیرد، مقرر می‌دارد: اقدام مربوط به انعقاد یک معاهده به وسیله شخصی که به موجب ماده ۱، نماینده کشور مربوط برای این منظور محسوب نمی‌شود، اثر حقوقی نخواهد داشت، مگر آن که متعاقباً به وسیله آن کشور مورد تأیید قرار گیرد.

خارجی در رسیدگی نزد دادگاه کشور مقر استنباط شود مگر این که حضور آن دولت صرفاً با هدف ادعای مصونیت یا اثبات نفعی در دعوا باشد که در این صورت مصونیت دولت به قوت خود باقی خواهد بود. به‌عنوان یک قاعده کلی، صرف یک عکس‌العمل گذرا توسط دولت خارجی که با هدف حضور و پاسخگویی به ماهیت دعوا تلقی نشود، نمی‌تواند یک اعراض ضمنی فرض شود» (هوشمند، ۱۳۹۱: ۷۵). انصراف صریح از مصونیت نیز همانگونه که در اول پاراگراف گفته شد می‌تواند بصورت معاهداتی، بصورت شرطی در یک قرارداد، یا اعلام رضایت صریح بعد از بروز اختلاف باشد.

### – اعراض معاهداتی در رویه دولت‌ها

معاهده بین‌المللی همان‌گونه که در ماده ۲ عهدنامه وین ۱۹۶۹ تصریح گردیده عبارت است «از یک توافق بین‌المللی که بین کشورها منعقد شده و مشمول حقوق بین‌الملل باشد، صرف نظر از عنوان خاص و اعم از اینکه در سندی واحد یا در دو یا چند سند مترتب به هم منعکس شده باشد» بر این اساس چنانچه دولت‌هایی طی یک معاهده از مصونیت قضائی یا اجرایی در خصوص روابط تجاری و سرمایه‌گذاری اعراض کرده باشند، از تاریخ اجرای آن معاهده در تمامی قراردادهای تجاری و سرمایه‌گذاری مابین آن دولت‌ها اعم از صنعت نفت یا روابط بازرگانی، اعراض از مصونیت برقرار خواهد بود. در رویه ایالات متحده، معاهدات دوستی، بازرگانی و دریانوردی که توسط این دولت با دولت‌های دوست منعقد شده، عموماً مشتمل بر مقرراتی در مورد اعراض از مصونیت دولت هستند. نمونه متداول و استاندارد شرط اعراض از مصونیت دولت در این گونه معاهدات، در معاهده مودت، روابط اقتصادی و حقوق کنسولی ایران و آمریکا ذکر گردیده است. در بند ۴ ماده ۱۱ این معاهده آمده است: «هیچ مؤسسه متعلق به طرفین متعاقد شامل شرکت‌ها، انجمن‌ها، کارگزینی‌ها و دستگاه‌های حکومتی که تحت مالکیت یا کنترل عمومی قرار داشته و به فعالیت‌های بازرگانی، صنعتی، کشتی‌رانی و سایر فعالیت‌های تجاری در قلمرو طرف متعاقد دیگر اشتغال دارند، در قلمرو مزبور، برای خود یا اموالشان، مدعی یا بهره‌مند از مصونیت از مالیات، تعقیب، اجرای حکم یا مسؤولیت دیگری که شرکت‌های تحت مالکیت و کنترل خصوصی در آن قلمرو تابع آن هستند، نخواهند بود» در این ماده طرفین متعهد شده‌اند که برای مؤسسات شرکت‌های تحت مالکیت و کنترل عمومی که در یکی از زمینه‌های تجاری در قلمرو دولت متعاقد دیگر فعالیت

دارند، ادعای مصونیت از تعقیب نکنند و این به معنای اعراض صریح طرفین از مصونیت در دعاوی احتمالی است که در صورت عدم درج چنین ماده‌ای در معاهده می‌توانست در دعاوی مطرح در کشور متعاقد دیگر مورد استناد قرار گیرد» (هوشمند، ۱۳۹۱: ۷۷).

اما دادگاه‌های ایالات متحده در تفسیر مقررات مربوط به اعراض استدلال‌های دیگری آورده‌اند که بطور مثال در قضیه شیگاگو بریج مطرح گردیده که «معاهده حاوی اعراض مضیقی است که به رفتار شرکت‌های ایرانی متعلق به دولت و دارای ارتباط با ایالات متحده محدود می‌باشد»<sup>۱</sup> یا در پرونده مربوط به صدا و سیمای ج.ا.ا.<sup>۲</sup> اینگونه بیان کردند که «اعراض مندرج در معاهده محدود به رفتار دارای ارتباط با ایالات متحده نیست»<sup>۳</sup>.

«امکان اعراض معاهداتی از نظر رویه قضایی ایالات متحده مشروط بر این است که معاهده مربوطه حاوی اشاره به اعراض از مصونیت از تعقیب در دادگاه‌های ایالات متحده یا حداقل در دسترس بودن یک سبب دعوا در ایالات متحده باشد. در سال ۱۹۸۹ در دعوی «آمراداهس»<sup>۴</sup> دادگاه ایالات متحده نظر داد که «امضای یک توافق بین‌المللی توسط یک دولت خارجی که در آن اشاره‌ای به اعراض از مصونیت از تعقیب در دادگاه‌های ایالات متحده یا حتی در دسترس بودن یک سبب دعوا در ایالات متحده وجود ندارد، اعراض از مصونیت در دادگاه‌های ایالات متحده تلقی نمی‌شود»<sup>۵</sup>.

«اُگنل معتقد است که اگر یک دولت از طریق یک معاهده توافق نماید که صلاحیت دولت دیگر را بپذیرد، طبق حقوق آمریکا، این معاهده می‌تواند به عنوان یک اهدای صلاحیت عمل کند» (Connell, 1970 : 861) باید دانست که تعبیر «اهدای صلاحیت»، با واقعیات جامعه بین‌المللی سازگاری ندارد. زیرا در سیستم بین‌المللی موجود، صلاحیت هر دولت از «اعمال حاکمیت» خود آن دولت ناشی می‌شود، نه از «اهدای

<sup>1</sup> - Compare Chicago Bridge / Iran v. I.R.Iran (1980).

<sup>2</sup> - Harris Corp. v. National Iranian Radio and Television, 691 F.2d 1344 (1982), available at: [law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/691/1344/251367](http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/691/1344/251367), last visited August 20, 2012.

<sup>3</sup> - Born, Gary B.; Westin, David, International Civil Litigation in United State of America: Commentary and Materials, 2nd ed., Boston, Cluwer law & Taxation Pub., 1992, p. 476.

رفرنس‌های اعلامی در خصوص پرونده‌های مطرحه به نقل از فاطمه هوشمند در پژوهش «انصراف دولت از مصونیت در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی در حقوق و رویه بین‌المللی، صفحه ۷۷ می‌باشد.

<sup>4</sup> - Argentine Republic v. Amerada Hess Shipping, 488 U.S. 428 (1989), available at: [caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&Vol=488&inVol=428](http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&Vol=488&inVol=428), last visited August 20, 2012

<sup>5</sup> - Dickinson, Andrew; Lindsay, Rae; Loonam, James P., op.cit., p.247.

«صلاحیت» توسط دولت دیگر. لذا کاری که دولت اخیر انجام می‌دهد صرفاً در حد «رضایت به اعمال صلاحیت» بر خود اوست نه اهدای صلاحیت به دولتی که خود دارای حاکمیت است. این رضایت از آن جهت ضرورت دارد که در این سیستم، دولت‌ها با یکدیگر برابرند و اصولاً هیچیک بر دیگری حق حاکمیت ندارد. همین رویه در کشورهای اروپایی نیز معمول است بطوری که «بخش ۲ ماده (۲) قانون مصونیت دولت، مصوب ۱۹۷۸ انگلیس اجازه می‌دهد که یک دولت، قبل از بروز اختلاف از طریق انعقاد یک توافق کتبی از مصونیت اعراض کند. این بخش مقرر می‌دارد: یک دولت می‌تواند بعد از این که اختلاف به طرح دعوا منجر شود یا با یک توافق کتبی قبلی (صلاحیت دولت دیگر را) بپذیرد؛ ولی ماده مندرج در هر توافق، مبنی بر این که این توافق باید تابع قانون انگلیس باشد، نباید یک پذیرش صلاحیت تلقی شود این مقررات با راه حل شناخته شده در کامن لا متفاوت است.

در کامن لا، یک دولت می‌توانست با پذیرش صلاحیت دادگاه‌های انگلیس، از حق خود بر مصونیت اعراض نماید. اما برای مؤثر بودن این اعراض، دولت مزبور می‌بایست این عمل را بعد از آغاز دعوا و در برابر دادگاه و با علم کامل به این که مصونیت مورد اعراض قرار می‌گیرد، انجام می‌داد و توافق قبلی با اعمال صلاحیت برای اختلافی که در آینده بروز می‌کند، کافی نبود و دولت خوانده می‌توانست چنین توافقی را نادیده بگیرد. به عنوان مثال در سال ۱۹۵۱ در دعوی کاهان<sup>۱</sup> راجع به نقض قرارداد تأمین تانک‌های شرم‌ن توسط خواهان برای حکومت پاکستان، که طی آن حکومت پاکستان توافق کرده بود که در اختلافات مربوط به قرارداد، صلاحیت دادگاه‌های انگلیس را بپذیرد، دادگاه نظر داد که اگر حاکم خارجی بخواهد از این توافق عدول کند، توافق مزبور کلاً بی‌اثر است. به نظر دادگاه هیچ چیز کمتر از یک پذیرش عملی صلاحیت در برابر دادگاه کافی نیست. به عبارت دیگر، از نظر کامن لوی انگلیس، اعراض از مصونیت تنها در صورتی مؤثر و الزام‌آور بود که پس از وقوع اختلاف در محضر دادگاه صالح صورت گیرد و اعراض از طریق توافق کتبی قبلی برای دولت خوانده الزام‌آور نبود. لذا معاهده به عنوان یک توافق کتبی قبلی، ابزار مطمئنی برای اعراض قطعی از مصونیت نبود» (هوشمند، ۱۳۹۱: ۷۹).

<sup>1</sup> - Kahan v. Pakistan Federation 2 K.B.1003 (1951) C.A cited in: Verma, S.K., An introduction to Public International Law, PHI Learning Pub., 2004, pp.156-157, available at: books.google.com. last visited on August 20, 2012.

## – نتیجه گیری

مفهوم مصونیت قضائی دولت‌ها و اموال آنان یکی از موانع اساسی برای توسعه سرمایه گذاری خارجی در کشورهای در حال توسعه بوده به طوری که سرمایه گذاران نمی‌توانند با ریسک حداکثری به موضوع سرمایه گذاری ورود کنند. در واقع سرمایه گذار هرچقدر هم ضمانت خارج از قلمرو حاکمیتی یک دولت را کسب نماید به واسطه اصل مصونیت قضائی دولت‌ها و اموال آنان که در کنوانسیون ۲۰۰۴ میلادی به یک قاعده حقوقی مبدل گردیده در صورت بروز اختلاف با مشکلات اساسی مواجه می‌شوند و از طرفی دیگر نظر به ظهور پدیده تحریم‌های یکجانبه، چندجانبه و شورای امنیت که خارج از پیش‌بینی‌های کلی واقع می‌شوند دولت‌ها و سرمایه گذاران را با بحران‌های جدی و غیر قابل جبران روبرو می‌کنند. با این حال به عبارتی انصراف دولت از مصونیت را به‌عنوان یک سیاست تشویقی می‌توان تلقی کرد که در صورت بروز اختلاف فی مابین سرمایه گذار و دولت، سرمایه گذار بتواند مانع تضییع اصل سرمایه گذاری و آثار آن باشد. چراکه حتی تحریم، معلول روابط و سیاست خارجی دولت‌هایی است که نتوانسته‌اند با جامعه جهانی به یک همزیستی مسالمت آمیز دست پیدا کنند. البته انصراف از مصونیت به معنی انصراف از اعمال حاکمیتی نیست بلکه به اعمال تصدی دولت اطلاق می‌شود که در محاکم داوری یا قضائی هیچ امتیاز خاصی نسبت به دولت‌ها اعمال نشود و از شرایطی برابر برخوردار باشند. از این رو در این مقاله انصراف دولت از مصونیت در قراردادهای سرمایه گذاری خارجی در حقوق و رویه بین‌المللی را که از مهم‌ترین مسائل حیاتی کشورهای نفتی تک‌محصولی محسوب می‌شود مورد بحث قرار داده و نظر به اینکه تاکنون آثار عنصر تحریم در رویه‌های سرمایه گذاری خارجی بررسی نگردیده به درک عمیقی نسبت به این موضوع دست پیدا کرده‌ایم.

## – فهرست منابع

### کتاب‌ها

- ✓ ابراهیم گل، علیرضا. (۱۳۸۸) مسئولیت بین‌المللی دولت (متن و شرح مواد کمیسیون حقوق بین‌الملل) چاپ ۲۹، تهران: شهردانش.
- ✓ فرحی، حسین. (۱۳۹۶) مشروعیت تحریم‌های نفتی علیه ایران در ترازوی حقوق بین‌الملل، چاپ اول، قم: ابتکار دانش.
- ✓ کدخدایی، عباسعلی و داعی، علی. (۱۳۹۰) سلب مصونیت دولت، چاپ اول، نشر ریاست جمهوری، تهران.
- ✓ عبدالهی، محسن. (۱۳۸۲) مصونیت قضائی دولت در حقوق بین‌الملل، چاپ اول، تهران: معاونت تدوین، تنقیح و انتشار قوانین و مقررات ریاست جمهوری.
- ✓ لنگرودی، محمدجعفر. (۱۳۸۱) ترمینولوژی حقوق، تهران، نشر گنج دانش، چاپ دوازدهم.
- ✓ موسی زاده، رضا. (۱۳۸۹) حقوق سازمان‌های بین‌المللی (حقوق شورای امنیت)، چاپ اول، تهران: میزان.
- ✓ نژندی منش، هیبت‌الله و صلح چی، محمد علی. (۱۳۹۵) حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات بین‌المللی، چاپ پنجم، تهران: میزان.

### پژوهش‌ها

- ✓ افتخار، رضا. (۱۳۹۰) اصلاح معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران در پرتو تحولات اخیر حقوق سرمایه‌گذاری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، دانشکده حقوق، دانشگاه شهید بهشتی.
- ✓ خضری، سید مرتضی. (۱۳۸۸) مستثنیات و موارد سقوط مصونیت دولت در پرتو تحولات جاری تقنینی و قضائی بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق بین‌الملل، دانشگاه شهید بهشتی.
- ✓ کریمیان جزئی، اسماعیل. (۱۳۹۰) رژیم حقوقی حل و فصل اختلافات تحت معاهده منشور انرژی با تأکید بر اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشته حقوق خصوصی، دانشگاه تهران.
- ✓ هوشمند، فاطمه. (۱۳۹۱) انصراف دولت از مصونیت در قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی در حقوق و رویه بین‌المللی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه علامه طباطبائی.

### مقاله‌ها

- ✓ آگوست، رینیش. (۱۳۸۷) رویه دیوان اروپایی در ارتباط با مصونیت دولت‌ها از اقدامات اجرائی، ترجمه و کیل، امیرساعد، مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی امور مجلس ریاست جمهوری، شماره ۳۸ (۸۹ – ۴۷).

- ✓ ابراهیمی، سید نصرالله و جعفری ندوشن، شهاب (۱۳۹۵) قرارداد سرمایه گذاری خارجی نگاهی بر ماهیت، احکام و ویژگی‌ها، فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، دوره ۴۸، شماره (۱-۱۹).
- ✓ ایرانپور، فرهاد (۱۳۸۲) نظام حقوقی حاکم بر قراردادهای تجاری بین‌المللی دولت، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۲ (۹۰-۵۳).
- ✓ امینی، اعظم و علیرضا، ابراهیم گل. (۱۳۹۵) شیوه‌های حل و فصل اختلافات ایران و آمریکا ناشی از احکام صادره بر اساس قوانین مصونیت دو دولت در دادگاه‌های داخلی دو کشور، پژوهش نامه ایرانی سیاست بین‌الملل، سال پنجم شماره ۹ (۲۴-۱).
- ✓ پیران، حسین. (۱۳۸۸) شرط التزام در معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری، مجله حقوقی بین‌المللی، شماره ۴۰ (۲۵۹-۲۸۸).
- ✓ جاوید، احسان. (۱۳۹۳) مشروعیت اعمال تحریم‌های اقتصادی یکجانبه در حقوق بین‌الملل؛ ضامن اجرای حقوق بین‌الملل یا ابزار سیاست ملی، دانشنامه حقوق و سیاست، شماره ۲۲.
- ✓ حاتمی، مهدی و حسینی، فرشته سادات (۱۳۹۵) مصونیت قضائی دولت با تاکید بر رای دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه آلمان علیه ایتالیا، مجله حقوقی دادگستری، سال ۸۰، شماره ۹۳ (۸۶-۶۱).
- ✓ حبیب زاده، توکل (۱۳۸۳) معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری، مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره سی ام (۳۲۷-۲۵۱).
- ✓ حبیب زاده، توکل و غلامی، عقیقه. (۱۳۹۵) قراردادهای سرمایه گذاری خارجی و قلمرو تعهدات عهدنامه‌ای دولت میزبان، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال هیجدهم، شماره ۵۱ (۱۰۷-۸۱).
- ✓ خضری، سید مرتضی. (۱۳۹۱) مصونیت دولت از نگاه حقوق بین‌الملل، پژوهشنامه اندیشه‌های حقوقی، سال اول، شماره ۳ (۱۴۶-۱۱۳).
- ✓ خزاعی، حسین. (۱۳۸۵) کنوانسیون ۱۷ ژانویه ۲۰۰۵ سازمان ملل راجع به مصونیت قضایی دولت‌ها و اموالشان، مجله حقوقی، شماره ۳۵ (۴۵۲-۴۳۷).
- ✓ خزاعی، حسین. (۱۳۸۵) مصونیت اجرایی دولت و سازمان مستقل بین‌المللی در مقابل آراء داور، مجله حقوقی، نشریه مرکز امور حقوقی بین‌المللی معاونت حقوقی امور مجلس ریاست جمهوری، شماره ۳۴ (۳۲-۹).
- ✓ عمادزاده، محمدکاظم و عبازاده، محمد علی و برجی دولت آباد، ابراهیم. (۱۳۸۶) موانع حقوقی جذب سرمایه گذاری مستقیم خارجی، مجله سیاسی اقتصادی، شماره ۲۴۳ (۱۶۷-۱۵۴).

- ✓ فهیم دانش، علی. (۱۳۹۵) ملاحظاتی بر استثنای پذیر بودن قاعده مصونیت دولتی در حقوق بین‌الملل معاصر، فصلنامه قضاوت، شماره ۸۸ (۱۴۷ - ۱۱۵).
- ✓ کاظمی نجف آبادی، عباس. (۱۳۹۵) مالکیت نفت در قراردادهای نفتی بین‌المللی از منظر حقوق خصوصی، فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، سال پنجم شماره ۱۸ (۱۶۵-۱۳۱).
- ✓ مافی، همایون و تلبا، مهدی. (۱۳۹۶) تأثیر تحریم‌ها به مثابه فورس مازور بر ضمانت نامه‌های بانکی، فصلنامه سیاست‌های مالی و اقتصادی، سال پنجم، شماره ۱۸ (۲۳۰-۲۰۹).
- ✓ محمدی، سمیه و علومی یزدی، حمیدرضا. (۱۳۹۳) شرط التزام عام در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، سال شانزدهم، شماره ۴۳ (۸۰-۴۸).
- ✓ نیک بخت، حمیدرضا و انصاری، نگین. (۱۳۹۰) حفظ منافع اساسی دولت میزبان در توافقات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۵۶ (۹۱ - ۴۱).
- ✓ هنجنی، سیدعلی و ابوالفضل استاد زاده. (۱۳۹۵) مفهوم سرمایه‌گذاری خارجی در قوانین داخلی، معاهدات بین‌المللی سرمایه‌گذاری و آرای دادگاه‌های داوری بین‌المللی، فصلنامه تحقیقات حقوقی، شماره ۷۹ (۳۵-۳۸).

(۱۱).

#### سایت‌ها

- <https://www.tabnak.ir/fa/news/844871>
- <http://supreme.justia.com>
- [www.state.gov/j/ct/list/c14151.htm](http://www.state.gov/j/ct/list/c14151.htm)
- [www.trans-lex.org/302030](http://www.trans-lex.org/302030)
- <https://www.tabnak.ir/fa/news/844871>

#### منابع انگلیسی

- Bakentas, Ilias & Susan Nash, (۲۰۰۳), "International Criminal Law", London, Cavandish.
- Bankas, Ernest K, (۲۰۰۵), "The State Immunity Controversy in International Law", Springer, Berlin.
- Brownlie, Ian, (۲۰۰۸), "Principles of Public International Law", Seventh Edition, Great Britain, Oxford University Press.
- Chuah, J.C.T., Law of International Trade, 2nd ed., Sweet & Maxwell Pub., London, 2001, p. 459.

- Council of Europe, Explanatory Reports on the European Convention on State Immunity and the Additional Protocol, 2nd ed., Council of Europe Pub., 1985, para. 23.
- Cassese, Antonio, (۲۰۰۵), "International Law", Great Britain, Oxford University Press.
- Connell, D.P.O, (۱۹۷۰), "International Law", vol. ۲, London, Steven & Sons, ۲nd Edition.
- Dickinson, Andrew, (۲۰۰۶), "Status of Forces Under the Convention on State Immunity", ICLQ vol ۵۵.
- Dickinson, Andrew, Rae Lindsay & James P. Loonam, (۲۰۰۵), "State Immunity: Selected Materials and commentary", Oxford, Oxford University Press.
- Dunbar, N.C.H., "Controversial Aspects of Sovereign Immunity in the Case Law of Some States", R.D.C., Vol. 132, Netherland, 1971, pp. 232-233
- Dunbar N.C.H, (۱۹۷۱), "Controversial aspects of sovereign immunity in the case law of some states", R.D.C. (۱۹۷۱), vol. ۱۳۲, issue I, Netherlands, A.W. Sijthoff, Leyde.
- Fox, Hazel, (۲۰۰۶), "In Defence of State Immunity: Why the UN Convention on State Immunity Is Important", ICLQ, vol ۵۵.
- Fox, Hazel, (۲۰۰۸), "The Law of State Immunity", Oxford University Press, New York
- Harris, DJ, (2004), "Cases and Materials on International Law", Sixth Edition, London, Sweet & Maxwell.
- Hoye, William P, (2002), "Fighting Fire With ... Mire? Civil Remedies and the New War on State-sponsored Terrorism", Duke Journal of Comparative and Int'l Law, vol. 12.
- Jurisdictional Immunities of States and Their Property", A/CN.4/340 and Add.1, I.L.C.Y.B., 1981, vol. II(1).
- Martin, Elizabeth, A. (Editor), (1997), "A Dictionary of Law", 4th Edition, Oxford-New York, Oxford University Press.
- Murphy, Sean D, (2006), "Principles of International Law", United States of America, Thomson/West.
- Ogiso, Motoo, (1988), "Special Rapporteur, Preliminary report on jurisdictional immunities of States and their property", A/CN.4/415 and Corr.1, I.L.C.Y.B.: 1988, vol. II(1.)

- Reece Thomas, Katherine, and Joan Small,(2003), “Human Rights and State Immunity : Is There immunity From Civil Liability for Torture?”, Netherlands International Law Review.
- Steinberger, Helmut,(1989), “State Immunity”, Encyclopedia of Public International Law”, vol. 10, Amsterdam, North-Holland.
- Sucharitkul, Sompong,(1981), “Special Rapporteur of ILC, Third report on
- Sucharitkul, Sompong,(1979), “Special Rapporteur, Preliminary report on
- Sucharitkul, Sompong,(1991), “Immunity of State, International Law” : Achievements and Prospects”, Mohammed Bedjaoui (General Editor), Paris, UNESCO.
- Sucharitkul, Sompong,(1981), “Special Rapporteur, Second report on Jurisdictional immunities of States and their property”, A/CN.4/331 and ADD.1, 1981.
- Steinberger, Helmut, State Immunity, *Encyclopedia of Public International Law*, Vol.10, Amesterdam, North-Holland, 1989, p. 436
- Sornarajah, M., The International Law on Foreign Investment, 3rd ed., Cambridge University P., Cambridge, 2010, p.175.
- The topic of urisdictional immunities of States and their property”, A/CN.4/323, para. 51-2.( in I.L.C.Y.B., 1979, vol. II(1).
- Trooboff, P.D, (1987), “Foreign State Immunity: Emerging Consensus on Principle”, R.D.C., Dordrecht/ Boston/ Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers.
- Wallace, Rebecca M.M,(1986), “International Law”, London, Sweet & Maxwell.