

پژوهشهای حقوقی

شماره ۱۶

هزار و سیصد و هشتاد و هشت - نیمسال دوم

مقالات

- دسترسی به وکیل در مرحله تحقیقات پلیسی
- حق بایع برای رفع عیب مبیع در کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و حقوق ایران
- مسؤلیت مدنی در قبال حوادث طبیعی (بررسی تطبیقی مبانی، محدودیت‌ها و رویه قضایی با تأکید بر زلزله)
- فسخ قرارداد کار در حقوق ایران پیش و پس از تصویب قانون رفع برخی از موانع تولید و سرمایه‌گذاری
- اجرای فراسرزمینی میثاق بین‌المللی حقوق مدنی و سیاسی با تکیه بر رویه کمیته حقوق بشر
- سیستم اطلاعاتی مطمئن در قانون تجارت الکترونیکی
- رویکرد متعارض دولت‌ها به حق تعیین سرنوشت خارجی: بررسی نظریات دولت‌ها در قضیه کوزوو
- ملاحظاتی بر شورای قانون اساسی فرانسه
- «رفتار عادلانه و منصفانه» دولت میزبان با پیمانکاران خارجی
- غرامت در دعاوی ناشی از قرارداد سرمایه‌گذاری خارجی (غیر از سلب مالکیت)
- کمیسیون حقوق بین‌الملل سازمان ملل متحد و منابع طبیعی مشترک

موضوع ویژه: حقوق نفت و گاز در نظام ملی و بین‌المللی

- چرا حقوق نفت و گاز؟
- پیوند میان بخش انرژی و مقررات سازمان جهانی تجارت
- ثبات قراردادی با تأکید بر نمونه قراردادهای اکتشاف و استخراج نفت
- شرکت‌های نفتی و معضل اعمال حمایت دیپلماتیک توسط ایران
- مالکیت خصوصی بر منابع نفت و گاز در حقوق ایالات متحد آمریکا
- حل اختلافات سرمایه‌گذاری در معاهده منشور انرژی و آثار حقوقی الحاق ایران به آن

نقد و معرفی

- تأملی انتقادی بر لایحه «آیین دادرسی دیوان عدالت اداری»
- نقد و ارزیابی طرح نمایندگان مجلس جهت انتقال و دوره‌ای کردن مقر سازمان ملل متحد
- اجلاس کپنهاگ (۲۰۰۹) و ضرورت مقابله با تغییرات آب و هوایی





شرکت‌های نفتی و معضل اعمال حمایت دیپلماتیک توسط ایران

دکتر فیصل عامری*

چکیده: موضوع این مقاله بررسی صلاحیت ایران در اعمال حمایت دیپلماتیک از شرکت‌های پیمانکار نفتی مثل پتروپارس است که در خارج از کشور تشکیل شده‌اند ولی اقامتگاه آنها در ایران است و تابعیت سهامدارانشان ایرانی است. در این راستا، آرای دیوان بین‌المللی دادگستری و دیوان دائمی داوری، نظریات و عقاید حقوقدانان ملی و بین‌المللی، معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه و قوانین ملی برخی از کشورها بررسی می‌شوند و به استناد وجود رابطه واقعی و مؤثر میان ایران و شرکت‌های موضوع مطالعه، وجود حق حمایت دیپلماتیک برای ایران از چنین شرکت‌هایی اثبات می‌شود.
کلیدواژه‌ها: حمایت دیپلماتیک، تابعیت، اقامتگاه، رابطه واقعی و مؤثر، شرط ثبات، شرط چتری

مقدمه

یکی از پدیده‌های بعد از انقلاب اسلامی، تولد شرکت‌های پیمانکار نفتی مثل پتروپارس (با مسئولیت محدود) و نیکو در ایران است. به دلیل محدودیت‌های قانونی که در خصوص سرمایه‌گذاری و فعالیت در صنایعی مثل نفت و گاز در ایران وجود دارد، این نوع شرکت‌ها - که عمدتاً، سهامدارانشان را اتباع ایرانی تشکیل می‌دهند - در خارج از کشور ثبت و تأسیس شده‌اند و در نتیجه از حیث «تابعیت» در مقایسه با شرکت‌های محلی وضعیت

* استادیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبائی

ویژه‌ای پیدا کرده‌اند. غرض از «وضعیت ویژه» تعیین تابعیت اینگونه شرکت‌هاست. زیرا، بر اساس قانون کشور محل ثبتشان این شرکت‌ها «شرکتی بین‌المللی» به حساب می‌آیند. از مشکلات تعیین تابعیت این واقعیت است که کشورها معیار واحدی را به کار نمی‌برند: برخی از کشورها، محل تولد و تشکیل شرکت را برای تعیین تابعیت معیار می‌دانند، برخی دیگر، اقامتگاه یا مرکز اصلی و کنترل آن را و عده‌ای مرکز فعالیت را. در ایران - همانگونه که در این مقاله بحث خواهد شد - اسلوب روشنی اتخاذ نگردیده و مشخص نیست که چنین شرکت‌هایی تابعیت ایران را دارند یا کشور محل تشکیلشان. پاسخ به این پرسش از اهمیت زیادی برخوردار است. زیرا، با تعیین کشور متبوع امکان حمایت دیپلماتیک از چنین شرکت‌هایی که ممکن است قربانی تضييع حق در کشوری خارجی گردند فراهم می‌شود.

توسعه فعالیت این شرکت‌ها، به‌ویژه شرکت پتروپارس، به اشکال مختلف در سطح بین‌المللی در کشورهایی چون امارات متحده عربی، انگلستان، ونزوئلا و آنگولا موضوع حمایت دیپلماتیک از این شرکت‌ها را در مواردی که اموالشان موضوع سلب مالکیت مستقیم و یا غیر مستقیم یا خزنده^۱ قرار می‌گیرند مطرح می‌سازد. به عبارتی دیگر، در چنین مواردی کشور محل تشکیل این شرکت‌ها صلاح حمایت دیپلماتیک از آنها را دارد یا کشور متبوع سهامداران و یا کشور محل مرکز اصلی شرکت (مرکز اداری و محل تشکیل جلسات هیأت مدیره و سهامداران)؟ پاسخ، ظاهراً همانگونه که در ماده ۱ قانون ثبت شرکت‌های ایران پیش‌بینی شده است، کشور محل تشکیل شرکت است، ولی، با عنایت به نظام‌های حقوقی مختلف، و اختلاف در تفسیر ماده ۱ قانون فوق‌الذکر، نمی‌توان به درستی این پاسخ اطمینان داشت. علاوه بر این، خیلی از کشورها از حمایت از شرکت‌های متبوعشان، به دلیل نداشتن رابطه واقعی با آنها خودداری می‌کنند. لذا این سؤال مطرح می‌گردد که آیا در چنین مواردی کشور متبوع سهامداران یا کشور محل کنترل اقتصادی شرکت حق حمایت دیپلماتیک را خواهد داشت؟

شایان ذکر است که در این خصوص حقوق بین‌الملل جواب صریحی ندارد، و صاحب‌نظران بسته به اینکه متأثر و یا معتقد به چه قاعده حقوقی هستند پاسخ متفاوتی داده‌اند.

تلاش این مقاله یافتن پاسخی مناسب است که برای این منظور آرای متفاوت

1. Creeping or constructive expropriation.

حقوقدانان ملی و بین‌المللی، معیارهای قانونی تابعیت و به تبع آن اصول مربوط به حمایت دیپلماتیک مورد بررسی قرار خواهند گرفت. در این راستا، نخست، قضیه یا دعوای بارسلونا تراکشن مورد بررسی قرار می‌گیرد. هدف از مطالعه این دعوا، بررسی و مطالعه قواعد و معیارهایی است که به نظر دیوان و منتقدان رأی آن، برای تعیین صلاحیت در اعمال حمایت دیپلماتیک می‌توانستند به کار برده شوند. بخش بعدی، بررسی ماهیت حقوقی شرکت‌های نفتی در ایران از حیث تعیین تابعیت و معضل حمایت دیپلماتیک خواهد بود. در این بخش، با عنایت به یافته‌های بخش پیشین، تلاش خواهد شد که به این پرسش پاسخ داده شود که در موارد تضييع حق، کدام کشور حق حمایت دیپلماتیک دارد: کشور متبوع سهامداران و محل کنترل اقتصادی شرکت (مثل ایران) یا کشور محل تشکیل. در بخش بعدی مقاله معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه - که به منظور تأمین و تحکیم حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی منعقد شده‌اند - مطالعه خواهند شد. هدف پاسخ به این پرسش است که آیا آن خلأیی را که اصول کلی حقوقی در خصوص حمایت دیپلماتیک جا گذاشته است این معاهدات توانسته‌اند پر کنند؟ به عبارتی دیگر در مواردی که شرکت یا شرکت‌های موضوع مطالعه ما در کشور ثالثی شرکتی محلی که تابع آن کشور می‌شود تأسیس می‌کنند و آن شرکت قربانی اقداماتی چون مصادره می‌گردد آیا کشور متبوع سهامداران یا محل کنترل آن شرکت (یا شرکت مادر) می‌تواند از چنین شرکت فرعی حمایت دیپلماتیک نماید؟

الف) قضیه بارسلونا تراکشن^۲

بارسلونا تراکشن، شرکت با مسئولیت محدودی بود که در سال ۱۹۱۱ در کانادا تأسیس و ثبت گردید. دفتر این شرکت در تورنتوی کانادا ولی فعالیتش در اسپانیا بود. اکثر سهامداران این شرکت، اتباع بلژیکی بودند که مالکیت ۸۸٪ سهام را داشتند. اقدامات مقامات دولتی و رسمی اسپانیا این شرکت را غیرفعال و به ورطه ورشکستگی کشاند. از آنجایی که، به زعم سهامداران، از سوی تصمیمات نهادهای قضایی نسبت به آنها تضييع حق شده بود و کانادا به دلایل فراقانونی از اعمال حقوق دیپلماتیک برای دفاع از حقوق آنان خودداری کرده بود، لهذا، کشور بلژیک به عنوان کشور متبوع سهامداران برای جبران خسارت علیه دولت اسپانیا در دیوان بین‌المللی دادگستری اقامه دعوا نمود که دیوان به دلایل نداشتن صلاحیت،

2. 1970 *I.C.J. Reports*, Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, New Application: 1962, Belgium v. Spain, 2nd Phase, Judgment of 5 February 1970.

دعوی بلژیک را رد نمود.

از تاریخ صدور رأی دیوان، شرکت بارسلونا تراکشن دیگر هیچ‌گونه فعالیت اقتصادی انجام نداد و در نهایت در سال ۱۹۸۰ بر اساس قوانین کانادا منحل شد.^۳

۱- رأی دیوان و علت رد دعوی بلژیک

در مقام بررسی ادعای بلژیک، دیوان، بین شخصیت مستقل شرکت و سهامداران تمایز قائل شد و حقوق هر یک از آنها را جدا و متفاوت دانست. در عین حال، تأکید نمود که مستقل بودن به این معنا نباید تلقی شود که متضرر شدن شرکت منجر به ضرر و زیان سهامدارانش نمی‌شود. برعکس، هرگونه تعرض به اموال و منافع شرکت، سهامداران را نیز متضرر می‌کند. مع‌هذا، متأثر شدن منافع سهامداران به دلیل زیان دیدن شرکت به این معنا نیست که سهامداران می‌توانند رأساً مبادرت به اقامه دعوا نمایند. زیرا، بین منافع و حقوق باید تفاوت قائل شد و در اینجا این منافع سهامداران است که مورد تعرض قرار گرفته است نه حقوق آنان. بنابراین، در هر موردی که منافع سهامداران بر اثر اقدام یا عملی علیه شرکت، صدمه دیده است زیان‌دیدگان تنها از طریق شرکت می‌توانند مبادرت به اقدام قضایی نمایند. زیرا، این درست است که دو موجودیت مجزا و مستقل از عمل خطاکارانه شخص ثالثی متضرر شده‌اند ولی تنها یک موجودیت - یعنی شرکت - است که حقوقش نقض گردیده است.^۴

به منظور انتساب شرکت به دولت برای حمایت دیپلماتیک، به‌خصوص تعیین تابعیت، دیوان از اصول کلی حقوق شرکت‌ها^۵ یعنی قوانین داخلی کشورها الهام می‌گیرد و در این خصوص خاطر نشان می‌سازد که قوانین و مقررات ملی، حق و صلاحیت حمایت دیپلماتیک از شرکتی را به دولت یا کشوری می‌دهند که آن شرکت در آنجا ثبت شده و دفتری داشته باشد. به نظر دیوان، این دو معیار و ضابطه را رویه طولانی و اسناد بین‌المللی تأیید می‌کنند. مع‌الوصف، دیوان به معیارهای دیگری برای اعمال حمایت اشاره می‌کند:

3. D.J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, 6th edition, London, Thomson, Sweet & Maxwell, 2004, at 642.

4. 1970 *I.C.J. Reports*, *op. cit.*, paras. 41, 44.

5. در مواردی که برای رسیدگی و حل و فصل دعوی یا اختلافات حقوقی مربوط به موضوعاتی چون حقوق و تکالیف دولت‌ها در رفتار با شرکت‌ها و سهامداران، قاعده‌ای حقوقی بین‌المللی وجود ندارد دیوان ارجاع به قوانین و مقررات ملی را توصیه می‌کند. *Ibid*, para. 38. همچنین، نک:

John Dugard, Special Rapporteur, *Fourth report on diplomatic protection*, Document no. A/CN.4/530, submitted to the International Law Commission, fifty fifth session, Geneva, 5 May-6 June and 7 July-8 August 2003, para. 15.

رویه برخی کشورها این است که به شرکتی که بر اساس قوانین و مقررات آنها ثبت و تأسیس شده زمانی حمایت دیپلماتیک به عمل می‌آورند که دفتر، مدیریت و یا مرکز کنترل و نظارت شرکت در قلمروشان باشد، یا اینکه اکثریت و یا در صد معتنا بهی از سهام یا سرمایه شرکت متعلق به اتباع آن کشور باشد. برخی دیگر از کشورها معیار یا ضابطه «رابطه واقعی» را به طور مطلق نپذیرفته و به آن خصلت و ماهیتی نسبی داده‌اند. زیرا، به اعتقاد آنان در اجرای آن، روابط یک کشور با کشور دیگر را باید مورد لحاظ قرار داد.

اگر چه به عنوان نمونه، دیوان به قضیه نوته‌بام^۶ که طرف‌های اختلاف - اسپانیا و بلژیک - آن را مطرح کرده بودند اشاره و معیار رابطه واقعی را به عنوان معیار منتفی نمی‌کند ولی به دلیل عدم تشابه این قضیه با قضیه بارسلونا تراکشن بحث پیرامون آن را غیرضروری می‌خواند.^۷ قبول و استناد به معیار «رابطه واقعی» توسط دیوان را می‌توان در پاراگراف بعدی آن دید. در این ارتباط دیوان نخست اظهارات بلژیک را که مالکیت ۸۸٪ سهام شرکت را توسط اتباعش به عنوان دلیل وجود رابطه واقعی با شرکت بارسلونا تراکشن می‌دانست رد می‌کند و در عوض وجود این رابطه را میان کانادا و شرکت مزبور نه تنها در محل ثبت شرکت می‌بیند بلکه وجود عواملی چون مستقر بودن دفتر مرکزی و دائمی شرکت در کانادا و برگزاری جلسات هیأت مدیره آن شرکت در آن کشور را برای سال‌های متمادی ضروری می‌داند.^۸

استدلال دیگر بلژیک برای اثبات حقانیت خود در مبادرت به حمایت دیپلماتیک از اتباع خود مبتنی بر عدل و انصاف بود. به اعتقاد این کشور زمانی که کشور محل تشکیل شرکت از اعمال حمایت خودداری کند عدل و انصاف اقتضا می‌کند که سهامداران بتوانند به وسیله کشور متبوع خود از منافع و حقوق خویش دفاع کنند. زیرا اجتناب کشور متبوع شرکت از حمایت، این حق را به دولت متبوع سهامداران منتقل می‌کند. عدل و انصاف ضرورت شناسایی چنین حقی را برای کشور متبوع سهامداران توجیه می‌کند.

ضمن قبول رعایت عدل و انصاف دیوان استدلال بلژیک را به شرح زیر نپذیرفت: موضوع مطرح شده از این قرار است: اگر در دعوی به خصوصی امکان اجرای این قاعده کلی که می‌گوید حق حمایت دیپلماتیک از شرکتی متعلق به دولت یا کشور متبوع

6. Nottebohm Case, Liechtenstein v. Guatemala (I.C.J. Reports 1955), p. 4.

D.J. Harris, *op. cit.*, pp. 616-622.

برای دیدن خلاصه رأی دیوان در این دعوا، نک:

7. 1970 I.C.J. Reports, *op. cit.*, para. 70.

8. *Ibid.*, para. 71.

آن است، وجود نداشته باشد ملاحظات انصاف باید امکان حمایت از سهامداران را توسط کشور متبوعشان به وجود بیاورد. این بر اوضاع حاکم بر قضیه کنونی مصداق ندارد.^۹ علاوه بر این، وجود حق ثانوی حمایت دیپلماتیک برای کشور متبوع سهامداران زمانی که کشور متبوع شرکت از اعمال حمایت دیپلماتیک خودداری کند را نمی‌توان پذیرفت.^{۱۰} زیرا، انصراف کانادا از حمایت دیپلماتیک از شرکت متبوع خود نباید به این معنا تلقی شود که دیگر راهی برای اقامه دعوا علیه اسپانیا وجود ندارد. حق اعمال حمایت دیپلماتیک توسط کانادا یک حق فرضی نیست و در این خصوص مانع قانونی برای بهره‌برداری از آن وجود ندارد. بنابراین، این ادعا را نمی‌توان پذیرفت که تنها گزینه‌ای که برای حمایت وجود دارد مداخله بلژیک برای اعمال حمایت است.^{۱۱}

علاوه بر این، انصراف کانادا از اعمال حمایت را نباید به حق نداشتن آن کشور در اعمال آن دانست. در این خصوص، اسپانیا، نه در مکاتبات خود با کانادا و نه در مکاتبات خود به دیوان، هرگز صلاحیت کانادا را به چالش نکشیده است. برعکس، همانگونه که در مکاتبات اسپانیا منعکس است، این کشور صلاحیت کانادا را مورد شناسایی قرار داده است.^{۱۲}

استدلال بلژیک را - که مالکیت ۸۸٪ از سهام شرکت توسط اتباعش را دلیل حق حمایت دیپلماتیک از آنها را می‌داند - دیوان دوباره مطرح و پاسخ زیر را می‌دهد:

«به نظر دیوان اتخاذ نظریه حمایت از سهامداران به این شکل - با باز کردن راه دعاوی مربوط به حمایت دیپلماتیک - ممکن است فضایی از سردرگمی و ناامنی را در روابط بین‌المللی به وجود بیاورد. هرچه سهام شرکت‌هایی که در بعد بین‌المللی فعالیت می‌کنند پراکنده و از دستی به دست دیگر منتقل شوند خطر ناامنی بیشتر می‌گردد. شاید ادعا شود که چنانچه حق حمایت دیپلماتیک از سهامداران به عنوان یک امر یا حق ثانوی تلقی شود این نوع خطر کمتر خواهد شد. با این فرض یا ادعا نمی‌توان موافقت کرد زیرا، اساس و ماهیت وجود حق ثانوی زمانی مصداق پیدا خواهد کرد که حق اصلی و واقعی از بین رفته باشد. در قضیه ما نحن فیه، وضعیت فرق می‌کند. زیرا، حق حمایت کشور متبوع شرکت منتفی نشده است. بنابراین، نمی‌توان این را پذیرفت که عدم استفاده از آن، به کشور متبوع سهامداران حق ثانوی حمایت دیپلماتیک را منتقل

9. *Ibid*, para. 93.

10. *Ibid*, paras. 81-83.

11. *Ibid*, para. 81.

12. *Ibid*, para. 83.

نموده است.^{۱۳}

نهایتاً، دیوان، ضمن مخالفت با طرح تابعیت مضاعف و اعمال آن در خصوص بارسلونا، با این توضیح که وقتی سهامداران در شرکتی که در خارج از کشور فعالیت می‌کند، سرمایه‌گذاری می‌کنند باید خطر از دست دادن سرمایه‌شان را از یک‌سو، و احتمال عدم توانایی از استفاده از حمایت دیپلماتیک را از سوی دیگر به پذیرند از بلژیک رد صلاحیت می‌نماید. در عین حال، حق مبادرت به حمایت دیپلماتیک توسط کشور متبوع سهامداران را دیوان در سه مورد جایز و امکان‌پذیر می‌داند:^{۱۴}

- زمانی که حق سهامداران به طور مستقیم مورد تعرض قرار گرفته باشد؛^{۱۵}
 - زمانی که موجودیت یا شخصیت حقوقی شرکت در کشور محل ثبتش متنفی و از بین رفته باشد؛^{۱۶}

- و زمانی که عمل نقض یا تعرض به حقوق شرکت توسط عمل خطاکارانه کشور متبوعش انجام شده باشد.^{۱۷}

۲- انتقاد از رأی دیوان

اگرچه دعوی بلژیک با اکثریت آرای دیوان (۱۵ موافق و ۱ رأی مخالف عضو بلژیکی) رد شد ولی، در خصوص استدلال دیوان اختلاف نظر بین اعضا وجود داشت.^{۱۸} مثلاً، در خصوص نپذیرفتن حمایت مضاعف توسط دیوان، قاضی تاناکا آن را موافق موازین حقوق بین‌الملل ندانست. زیرا به اعتقاد وی در حقوق عرف بین‌المللی قاعده‌ای وجود ندارد که حمایت از سهامداران را توسط کشور متبوعشان منع کند، حتی زمانی که کشور متبوع شرکت حق حمایت از شرکت را داشته باشد. علاوه بر این، ایشان بر این باورند:

«این درست است که قاعده عرف بین‌المللی که اعمال دو نوع حمایت را به ترتیب اولویت نسبت به شرکت و سهامداران تجویز کند وجود ندارد. ولی، قاعده عرفی

13. *Ibid*, para. 96.

14. Quoted: John Dugard, *Special Rapporteur, op. cit.*, para. 20.

15. 1970 *I.C.J. Reports, op. cit.*, para. 47.

16. *Ibid*, paras. 64-68.

17. *Ibid*, para. 92.

۱۸. از ۱۶ عضو هیأت دیوان ۸ عضو عقیده مستقل خود را دادند، که از میان آنها ۵ عضو از اعمال حمایت دیپلماتیک توسط کشور متبوع سهامداران حمایت کردند. John Dugard, *Special Rapporteur, op. cit.*, at 5.

بین‌المللی که حمایت مضاعف را ممنوع کند وجود ندارد.^{۱۹}

از منتقدان دیگر دیوان قاضی گروس بود که دیوان را به علت ندیدن واقعیت‌های سرمایه‌گذاری مدرن سرزنش نمود:

«بنیان و شالوده یک قاعده حقوق بین‌الملل اقتصادی باید از واقعیت‌های اقتصادی تبعیت کند. تابعیت یا ملیت یک شرکت به تنهایی نمی‌تواند منعکس‌کننده یک رابطه و پیوند بنیادین اقتصادی شود. از میان دو معیار یا ضابطه، قاضی باید آن معیاری را انتخاب کند که ناشی از انطباق قوانین با واقعیت‌ها باشد: کشوری حق اعمال حمایت و توسل به اقدام قضایی دارد که اقتصاد ملی‌اش به نحو نامطلوبی متأثر شده باشد.»^{۲۰}

این دیدگاه بی‌شبهت با موضعی که در مرحله نخستین رسیدگی، قاضی کو اتخاذ کرده بود نمی‌باشد. ایشان در خصوص صلاحیت کشور متبوع سهامداران تأکید داشتند که:

«مصادیق فراوانی از رویه دولت‌ها، معاهدات و آرای داوری وجود دارد که حاکی است از تأیید وجود ضمنی یک قاعده عرف بین‌المللی که بر اساس آن کشور متبوع سهامداران می‌تواند از سهامداران خود که در یک کشور خارجی قربانی تضییع حق شده‌اند دفاع کند، صرف‌نظر از اینکه این تضییع حق ناشی از کشور متبوع شرکت باشد یا نباشد.»^{۲۱}

با گذشت ۴۰ سال از رأی دیوان، هنوز دیوان از انتقاد مصون نمانده است. آخرین گزارشی که در سال ۲۰۰۳ برای کمیسیون حقوق بین‌الملل تهیه شده بود رأی دیوان را به دلیل اولویت بخشیدن به معیار محل تشکیل شرکت و عدم اهمیت دادن به ضابطه رابطه واقعی به شدت مورد انتقاد قرار داد:

«واقعیت امر این است که دیوان در قضیه بارسلونا تراکشن معیاری غیرواقعی اتخاذ کرد. در عمل هیچ‌گاه دیده نشده است که کشوری حمایت دیپلماتیک را صرفاً بر اساس تابعیت شرکت یعنی بدون وجود رابطه واقعی اعمال کند. این غیر واقع‌بینانه

19. *Ibid*, para. 12.

اعضای دیگر مثل فیتز موریس، جوسپ و گروس ولو اینکه آن صراحت و شدت قاضی تاناکا را نداشتند ولی با استدلال و توجیه اکثریت مخالف بودند. به خصوص، در شرایطی که کشور متبوع شرکت، خطاکار باشد که به نظر آنها در چنین وضعیتی کشور متبوع سهامداران حق اعمال حمایت را از سهامداران خواهد داشت.

Ibid, paras. 12-13.

20. *Ibid*, para. 12.

21. *Ibid*, p. 6.

است که از کشوری انتظار داشته باشیم که زمان، انرژی، پول و نفوذ زیادی را برای شرکتی صرف کند که با آن رابطه مادی و واقعی نداشته باشد. و به همین ترتیب به دور از واقعیت خواهد بود که از کشور خوانده‌ای توقع داشته باشیم که صرف تابعیت شرکت را به عنوان یک رابطه واقعی در دعاوی بین‌المللی بپذیرد. این بخودی خود توضیح می‌دهد که چرا بسیاری از کشورها اعلام کرده‌اند که از شرکت‌هایی که با آنها رابطه‌ای با ماهیتی چون کنترل اقتصادی (مثلاً مالکیت اکثر سهام شرکت) و یا مرکز اداری یا هر دو را نداشته باشند حمایت دیپلماتیک به عمل نمی‌آورند. رویه کشورها بعد از قضیه بارسلونا تراکشن این را نشان می‌دهد که کشورها اسلوب‌های متنوعی را در خصوص اینکه نمایندگی دعاوی شرکتی را علیه کشوری به پذیرند و اعمال کنند، اتخاذ کرده‌اند. برخی مثل بریتانیا، ایرلند شمالی و ایالات متحد وجود رابطه واقعی و اساسی با شرکت را لازم می‌دانند. برخی دیگر، به لزوم وجود کنترل اقتصادی و عنصر اقامتگاه تأکید می‌ورزند. به اختصار، معیارهایی چون کنترل، اقامتگاه یا مرکز فعالیت و داشتن اکثریت سهام را که رابطه واقعی بین کشور و شرکت را منعکس می‌کند بر صرف محل ثبت شرکت اولویت دارند.^{۲۲}

۳- دکرترین «رابطه واقعی» و دیدگاه دیوان

نمی‌توان با تمام انتقاداتی که بر دیوان وارد شد موافقت کرد. با کمی تأمل، می‌توان پی برد که برای دیوان علاوه بر محل تشکیل شرکت، معیارهای دیگری چون وجود دفتر ثبت و برگزاری جلسات اعضای هیأت مدیره برای مدت طولانی (۵۰ سال) در تعیین صلاحیت حمایت دیپلماتیک حائز اهمیت بودند.^{۲۳} اگرچه، این اسلوب دیوان را برخی متناقض خواندند^{۲۴} ولی برای بسیاری شیوه اتخاذی دیوان بیشتر حاکی از تأکید بر اهمیت معیار رابطه واقعی و یا به بیان دیوان «وجود رابطه نزدیک و دائمی میان کانادا و شرکت» بود. تنها

22. *Ibid.*, pp. 6-7.

23. 1970 *I.C.J. Reports, op. cit.*, para. 47.

۲۴. مثلاً، گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین‌الملل چنین انتقادی را از دیوان داشت: دیوان از یک سو اعمال «رابطه واقعی» را بر شرکت با این عبارت مردود می‌سازد: در خصوص حمایت دیپلماتیک از شرکت‌ها معیار «رابطه واقعی» مقبولیت بین‌المللی نیافته است. و بنابراین، مقایسه و تشابه بین دو قضیه نوت‌بام و بارسلونا منتفی است. از سوی دیگر، دیوان روابط بین شرکت بارسلونا و کانادا را مثل محل تشکیل شرکت، دفتر ثبت، محاسبان، سهام، جلسات هیأت مدیره و اسناد مقامات مالیاتی کانادا را مطرح و به این نتیجه می‌رسد که رابطه نزدیک و دائمی بین کانادا و شرکت ایجاد شده است.

1970 *I.C.J. Reports, op. cit.*, para. 70.

Also quoted in John Dugard, *Special Rapporteur, op. cit.*, at 9, para 18.

در صورت نبودن اینگونه رابطه واقعی - و یا کافی نبودن آن - بین کشور محل ثبت و شرکت است که دیوان در مرحله بعدی (یا ثانوی) وجود آن را میان شرکت و کشور متبوع سهامداران جستجو می‌کند.^{۲۵} مع‌هذا، در خصوص اینکه این رابطه واقعی را چگونه می‌توان میان شرکت و کشور متبوع سهامداران پیدا کرد، دیوان پاسخی نمی‌دهد و صرفاً، به خاطر «سردرگمی و ناامنی که در مناسبات اقتصادی» در اثر توسل به این معیار به وجود می‌آید دیوان آن را معیار مناسبی برای تعیین صلاحیت (در قضیه بارسلونا تراکشن) ندانست.^{۲۶}

با این شیوه و استدلال دیوان نمی‌توان موافقت کرد. زیرا، همانگونه که منتقدانی چون تاناکا و فیتز موریس مطرح ساختند، طبیعت اختیاری و در صلاحدید دولت بودن اعمال حمایت از یک‌سو، و احتمال مبادرت به اقدام مشترک دولت‌های متبوع سهامداران برای اقامه دعوا امکان ایجاد ناامنی و سردرگمی را منتفی می‌سازد.^{۲۷}

علاوه بر این، شمردن محل اقامت سهامداران به عنوان نشانه وجود رابطه واقعی میان کشور متبوع آنها و شرکت و استحقاق چنین کشوری در اعمال حمایت دیپلماتیک در مقایسه با سایر معیارها بیشتر با واقعیت‌های اقتصادی سرمایه‌گذاری خارجی مطابقت دارد. معیاری که بر اساس آن، کشور متبوع سهامداران منافع بیشتری را در تأمین یا جبران خسارت دارد تا کشور متبوع شرکت که منافع جانبی دارد. اتخاذ این معیار از چند مزیت برخوردار است:

«اولاً، این امکان را که کشور متبوع از اعمال حمایت صرف‌نظر می‌کند کمتر می‌نماید. ثانیاً، اهمیت لزوم وجود رابطه واقعی و مؤثر بین کشور حامی و شخص حقوقی زیان‌دیده را مورد شناسایی قرار می‌دهد. ثالثاً، با محدود کردن حق حمایت به یک کشور از ادعاهای متعدد توسط کشورها - یعنی اینکه هر کدام از کشورهای متبوع سهامدار مستقلاً به حمایت دیپلماتیک از اتباع خود بر می‌خیزند - جلوگیری می‌شود. رابعاً، از جهاتی مقررات حقوق بشری رعایت می‌شود، بدین معنا که سهامداران خارجی از دفاع و حمایت از حقوقشان محروم نمی‌شوند.»^{۲۸}

مع‌هذا، نمی‌توان با موضع دیوان کاملاً مخالفت کرد. زیرا، اعطای صلاحیت به کشور متبوع سهامداران مستلزم اثبات «کنترل اقتصادی» آنها بر شرکت و عملیات آن در کشور

25. *Ibid.*, p. 9, para. 19.

26. 1970 *I.C.J. Reports*, *op. cit.*, para. 96.

27. John Dugard, *Special Rapporteur*, *op. cit.*, p. 19, para. 46.

28. *Ibid.*, p. 33.

سرمایه‌پذیر است. از دلایل مهم اثبات «کنترل»، مالکیت اکثریت سهام است. از نظر تئوری این استدلال بدیهی و منطقی به نظر می‌رسد. مع‌ذلک، در عمل دو مشکل وجود دارد. مشکل اول در خصوص مفهوم داشتن اکثریت سهام است. به عبارتی دیگر غرض از آن، مالکیت ۵۰٪ یا ۶۰٪ از سهام است؟ یعنی، کسب اکثریت مطلق است؟ یا صرف احراز اکثریت نسبی سهام کافی است؟ بدون شک، اتخاذ رویه اول ممکن است شرکت را از نظر تابعیت به وضعیت بی‌تابعیتی^{۲۹} بکشاند. زیرا، ممکن است با نرسیدن به حد نصاب معین شده هیچ‌یک از سهامداران نتواند اکثریت مقتضی را داشته باشد. به این دلیل، آنانی که از نظریه کنترل اقتصادی تبعیت می‌کنند در عمل معیار دوم را، یعنی احراز اکثریت نسبی را ترجیح داده‌اند.^{۳۰}

با وجود این، احراز اکثریت، همواره در عمل به معنای وجود کنترل نبوده است. تجربه این را ثابت کرده است و در خصوص کنترل، دو نوع رابطه میان سهامداران و شرکت وجود داشته است: نوع اول صرف وجود مالکیت سهام است و سهامداران نقشی در تصمیم‌گیری مسائل استراتژیک شرکت ندارند. به عبارتی دیگر، هر کدام از شرکت‌های فرعی و یا وابسته شرکت در تصمیم‌گیری نسبت به فعالیت‌های اقتصادی حاضر و آینده خود مختارند و وابسته به تأیید یا صوابدید سهامداران نیستند. این نوع شرکت‌ها را «شرکت‌های آزاد» و برخی «چندملیتی» - در مقابل عنوان «فراملی» که متناسب به نوع دوم است - می‌خوانند.^{۳۱} در عوض، در نوع دوم، مدیریت و تصمیم‌گیری در خصوص برنامه‌ها و فعالیت‌های اقتصادی شرکت و نهادهای فرعی و وابسته به آن توسط سهامداران و به تبع آنها هیأت مدیره که در محل اقامت سهامداران مستقر و جلسات خود را برگزار می‌کنند، انجام می‌گیرد.

شاید وجود چنین مشکلاتی موجب شد که دیوان از پرداختن به موضوع داشتن اکثریت سهام و اثبات کنترل خودداری کند.^{۳۲} مع‌ذلک، این موضع دیوان، مانع از این نمی‌شود که استنادش را به لزوم نه تنها وجود دفتر مرکزی در کشور محل ثبت، بلکه برگزاری جلسات

29. statelessness

30. *Ibid*, p. 16, para. 34.

۳۱. در این خصوص، نک:

Grazia Letto-Gillies, *Transnational Corporations and International Production: Concepts, Theories and Effects*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2005, pp. 8-9.

۳۲. ولو اینکه در این خصوص قاضی جسوپ در نظر مستقل خود به چنین مواردی اشاره کرده بود. به نقل از: John Dugard, *Special Rapporteur, op. cit.*, p. 15, para. 35.

هیأت مدیره در آن کشور به معنای ضرورت وجود عنصر کنترل تعبیر کنیم. این نتیجه‌گیری به دور از منطق نیست. زیرا، صرف ثبت شرکتی در کشوری خارجی و داشتن دفتری ثبتی در آنجا نمی‌تواند به معنای وجود رابطه واقعی میان شرکت و آن کشور تلقی شود. در چنین مواردی دفتر ثبتی چیزی بیش از یک نشانی یا آدرس پستی نخواهد بود و بنابراین، احتمال حمایت از شرکت، توسط کشور محل ثبت - اگر محال نباشد - بسیار ضعیف خواهد بود.

ب) شرکت‌های نفتی در ایران و معضل حمایت دیپلماتیک: کشور متبوع شرکت‌ها یا کشور متبوع سهامداران

با عنایت به مسائل مطروحه بالا، این سؤال مطرح می‌شود که آیا دولت ایران می‌تواند از شرکت‌هایی چون نیکو و پتروپارس که در یک کشور خارجی سرمایه‌گذاری کرده‌اند و قربانی اقدامات مغایر با مقررات حقوق بین‌الملل شده‌اند، حمایت نماید؟ به عبارتی دیگر، کشور ایران، به عنوان کشور متبوع سهامداران می‌تواند علیه کشور میزبان خارجی در دیوان بین‌المللی اقامه دعوا کند؟ بدون تردید، پاسخ زمانی می‌تواند مثبت باشد که شرکت‌های مزبور نخست به مراجع قضایی کشور میزبان متوسل شده باشند، ولی قربانی اقدامات تبعیض‌آمیز (در مقایسه با نهادهای محلی کشور سرمایه‌پذیر) و حق‌شکنانه مقامات ذیصلاح کشور مزبور قرار گرفته‌اند. ولی، صرف احراز این شرط برای صالح دانستن ایران کافی نیست. زیرا، با عنایت به توضیحات فوق‌الذکر باید دید میان این نوع شرکت‌ها و ایران، به عنوان کشور متبوع سهامداران، چه نوع رابطه و معیاری حاکم است تا بتوان بر اساس آن پاسخ مناسب را برای پرسش بالا به دست آورد. برای این منظور ما نخست مستثنیاتی را که دیوان برای صالح دانستن کشور متبوع سهامداران در اعمال حمایت مطرح کرد مورد بررسی قرار می‌دهیم و سپس اصولی را که بر اساس حقوق بین‌الملل بتوان آنها را به عنوان معیار برای تشخیص ذیصلاح بودن یا نبودن به کار برد، مورد مطالعه قرار می‌دهیم.

۱- مستثنیاتی دیوان و حق حمایت کشورهای متبوع سهامداران

همانگونه که در بالا ذکر آن رفت، دیوان در سه مورد کشور متبوع سهامداران را برای حمایت از تبعه سهامدار خود ذیصلاح دانسته است:

- زمانی که حق سهامداران به طور مستقیم مورد تعرض قرار گرفته باشد؛^{۳۳}

- زمانی که موجودیت یا شخصیت حقوقی شرکت در کشور محل ثبتش منتفی و از بین رفته باشد؛^{۳۴} و

- زمانی که عمل نقض یا تعرض به حقوق شرکت توسط عمل خطاکارانه کشور متبوعش انجام شده باشد.^{۳۵}

غرض دیوان از نقض مستقیم حقوق سهامداران، نقض حقوقی چون حقوق مربوط به سهام اعلام شده، دارایی شرکت پس از تصیفه و حق سهامداران در شرکت و رأی دادن در جلسات مجمع عمومی است. به نظر دیوان هر زمان یکی از این حقوق نقض گردد، سهامدار یا سهامداران حق خواهند داشت رأساً اقدام کنند.^{۳۶} در عین حال، دیوان این نقض بلاواسطه حقوق سهامداران را از ضرر و زیانی که در اثر صدمه به شرکت، متحمل می‌شوند متمایز می‌سازد و صلاحیت اقدام قضایی در چنین وضعیتی را منحصر به کشور متبوع شرکت اعلام می‌کند.^{۳۷}

مرگ شرکت و به تبع آن، امکان اقامه دعوا از سوی سهامداران، اصلی است که متأثر از اصول کلی حقوق شرکت‌هاست. اصلی که به دلیل مقبولیتش در سطح بین‌المللی مورد اعتراض کسی قرار نگرفته است. اما در خصوص شرط یا اصل سوم یعنی مورد تعرض قرار گرفتن شرکت توسط کشور متبوعش وضعیت فرق می‌کند و در این خصوص موافقان و مخالفان بسیاری دارد. از نظر موافقان، زمانی که سهامداران ملزم به تشکیل شرکت محلی می‌شوند و سپس بر اساس اقدامات دولتی، مثل مصادره اموال شرکت، شرکت متضرر می‌شود این ناعادلانه خواهد بود که سهامداران متضرر را از احقاق حق از طریق کشور متبوعشان محروم کرد. به عبارتی دیگر، همانگونه که در قضیه Mexico Eagle توسط نماینده بریتانیا مطرح گردید: «اگر این نظریه را بپذیریم که بر اساس آن هر دولتی بتواند سرمایه‌گذاری خارجی را مشروط به تشکیل شرکتی محلی در کشور خود نماید و سپس از همین شرط (یعنی تابعیت شرکت به کشور میزبان) استفاده کند و آن را به مثابه ابزاری برای منع کشور متبوع سهامداران از حمایت دیپلماتیک از اتباعشان به کار برد، در این صورت آن تعداد مواردی که کشورهای خارجی نتوانند بر اساس حقوق بین‌الملل از حقوق

33. 1970 *I.C.J. Reports, op. cit.*, para. 47.

34. *Ibid*, paras. 64-68.

35. *Ibid*, para. 92.

36. *Ibid*, para. 47.

37. *Idem*.

منافع تجاری اتباع خود در خارج دفاع کنند، کم نخواهد بود.^{۳۸}

در عوض مخالفان معتقدند چنانچه شرکتی در کشوری ثبت و تشکیل شود، آن شرکت به عنوان تبعه آن کشور تابع قوانین و مقررات آن خواهد بود. اگر، تضييع حقی در خصوص آن شرکت شد باید بر اساس قوانین ملی آن کشور اقدام شود. هرگونه اقدامی در این رابطه باید تحت حاکمیت و بر اساس قانون ملی کشور متبوع آن شرکت باشد. بنابراین، اعطای حق حمایت دیپلماتیک به کشور متبوع سهامداران، به عنوان استثنا از اصل صلاحیت انحصاری کشور متبوع شرکت، عملی «غیرعادی» و «خودسرانه» است. زیرا، این قاعده قانونی فراموش می‌شود که می‌گوید: «هیچ کشوری را به خاطر صدمه‌ای که به یکی از اتباعش می‌رساند نمی‌توان متهم به نقض حقوق بین‌الملل کرد.»^{۳۹}

وجود ابهام و به طور کل، نبودن راه‌حل صریح و قطعی در این خصوص باعث گردید که اکثریت قریب به اتفاق کشورها برای حمایت از سرمایه‌گذاران خود متوسل به معاهدات دو و یا چندجانبه شوند. رویکردی است که بخش بعدی مقاله آنها را مورد بررسی قرار خواهد داد. مع‌ذلک، قبل از پرداختن به این موضوع، ما نخست، ماهیت حقوقی شرکت‌های نفتی فوق‌الذکر در ارتباط با کشور محل ثبت آنها و کشور متبوع سهامدارانشان را مورد مطالعه قرار خواهیم داد. به عبارتی دیگر کدامیک از این کشورها با این شرکت‌ها رابطه واقعی و مؤثر دارند؟

۲- شرکت‌های نفتی و رابطه واقعی

برای آنکه بتوان وجود رابطه واقعی را میان این نوع شرکت‌ها با یکی از کشورهای محل ثبت و متبوع سهامداران جستجو کرد از چند ضابطه یا رابطه استفاده خواهد شد: محل تشکیل شرکت، محل دفتر مرکزی، محل اقامت سهامداران، تابعیت سهامداران و محل فعالیت اقتصادی شرکت.

از معیارهایی که دیوان در قضیه بارسلونا تراکشن برای احراز صلاحیت حمایت دیپلماتیک اولویت قائل شد محل تشکیل شرکت است. در خصوص شرکت‌های موضوع

۳۸. به نقل از

John Dugard, Special Rapporteur, *op. cit.*, p. 37, para.87. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. VIII, pp. 1273-1274.

۳۹. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 4th edition, Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 493; M. Sornarajah, *International Law on Foreign Investment*, 2nd edition, Cambridge University Press, 2004, p. 230.

تحقیق (مثل پتروپارس) محل ثبت آنها جزایر بریتیش وریجین^{۴۰} است. علاوه بر محل ثبت، داشتن دفتری ثبتی است که طبق بند ۲، پاراگراف (e) ماده ۵ قانون شرکت‌های تجاری بین‌المللی (۲۹۱) بریتیش ورجین آیلندز (مصوبه ۱۹۸۴) به منظور تهیه و حفظ سوابق و دفاتر محاسبه شرکت و برقراری ارتباط میان سهامداران تشکیل می‌گردد. شخص حقیقی یا حقوقی که مسؤولیت دفتر و وظایف آن را به عهده می‌گیرد نماینده‌ای است که بر اساس مواد ۳۸ و ۳۹ قانون مزبور، چنین شرکتی باید داشته باشد.

رابطه شرکت و به تبع آن سهامداران با کشور محل ثبت شرکت فراتر از آن نمی‌رود. زیرا، چنین محلی نه تنها محل اقامت سهامداران شمرده نمی‌شود، بلکه محل اقامت و فعالیت اقتصادی شرکت نیز محسوب نمی‌گردد. این ویژگی‌ها را خود قانون فوق‌الذکر بریتیش ورجین آیلندز پیش‌بینی کرده است. مثلاً بر اساس ماده ۲ این قانون، مقیم بریتیش ورجین آیلندز شخصی است که یا در آن قلمرو اقامت داشته باشد یا اینکه اعمال و امور تجاری خود را از دفتر یا محل مستقری در بریتیش ورجین آیلندز انجام می‌دهد.^{۴۱} نص عبارت کلی است و مشخص نیست که هدف از توصیف «مقیم بودن یا اقامت» فقط داشتن دفتر ثبت است یا فعالیت‌های تجاری در آن قلمرو را نیز شامل می‌شود. اگر، غرض مورد اولی است در این صورت پتروپارس را می‌توان مقیم آنجا دانست. خوشبختانه، خود ماده در عبارت بعدی خود با مقیم ندانستن شرکت‌هایی که بر اساس قانون مزبور تأسیس می‌شوند به ابهام مزبور پایان داده است.^{۴۲} از نظر فعالیت‌های اقتصادی محدودیت‌هایی را که در این خصوص قانون مزبور برای این نوع شرکت‌ها مقرر نموده است، وضعیت را بیشتر برای ما روشن می‌سازد. محدودیت اول را می‌توان در بین‌المللی خواندن این شرکت‌ها و پیش‌بینی این شرط که تنها این نوع شرکت‌ها بر اساس این قانون ثبت می‌شوند مشاهده کرد. طبق ماده ۴ این قانون هیچ شرکتی را بر اساس این قانون نباید ثبت نمود مگر اینکه شرکت فوراً بعد از ثبت به صورت یک شرکت بین‌المللی باشد.^{۴۳} غرض از بین‌المللی خواندن این نوع شرکت‌ها چیزی جز متمایز ساختن آنها از شرکت‌های محلی آن قلمرو و همچنین ممنوعیت آنها در مبادرت به فعالیت‌های اقتصادی در آنجا نمی‌تواند باشد. ماده ۵

40. British Virgin Islands

41. Article 2, Section (b) of the International Business Companies Act (CAP 291) (1984): "person resident in the British Virgin Islands" means a person who ordinarily resides within the British Islands or carries on business for an office or other fixed place of business within the British Virgin Islands but does not include a company incorporated under this Act.

42. "...but does not include a company incorporated under this Act."

43. Article 4: No company shall be incorporated under this Act unless immediately upon its incorporation the company is an international business company.

قانون مزبور به صراحت چنین محدودیت‌هایی را پیش‌بینی کرده است. طبق این ماده، شرکت‌های بین‌المللی موضوع این قانون نباید به فعالیت‌هایی چون موارد زیر مبادرت ورزند: الف- مبادرت به داد و ستدهای بازرگانی با اشخاص مقیم بریتش ویرجین آیلندز؛ ب- تملک اموال غیرمنقول در آن قلمرو؛ ج- فعالیت در کارهای بانکی و مبادرت به داد و ستدهای بازرگانی از طریق تراست؛ و د- مبادرت به فعالیت‌های بیمه‌ای و مدیریتی؛ مگر اینکه در این خصوص بر اساس قانون خاصی مجوز لازم را تحصیل کرده باشند.^{۴۴} عین این محدودیت‌ها در شرکت‌نامه این شرکت‌ها قید شده‌اند.^{۴۵}

در عوض رابطه این شرکت‌ها با کشور متبوع سهامداران، یعنی ایران، بسیار متفاوت است. یکی از این تفاوت‌ها مرکز اصلی شرکت است که در ایران مستقر می‌باشد.

ناگفته نماند که در خصوص معنای «مرکز اصلی» بین کشورها اختلاف نظر وجود دارد. برخی از کشورها مرکز اصلی را به معنای «محل تشکیل مجامع عمومی و جلسات هیأت مدیره شرکت» تعریف می‌کنند و عده‌ای آن را «مرکز امور مهم» شرکت می‌دانند. بعضی کشورها مرکز اصلی را محلی می‌دانند که در اساسنامه قید شده است.^{۴۶} در ایران، رویه روشن و صریحی اتخاذ نشده است. مثلاً، به موجب ماده ۵۹۰ قانون تجارت ایران (مصوب ۱۳۱۱) «اقامتگاه شخص حقوقی محلی است که اداره شخص حقوقی در آنجاست». و ماده ۵۹۱ آن در این خصوص مقرر می‌دارد که «اشخاص حقوقی تابعیت مملکتی را دارند که اقامتگاه آنها در آن مملکت است». این در حالی است که بر اساس ماده ۱ قانون ثبت شرکت‌ها (مصوب ۱۳۱۰)، هر شرکتی که در ایران تشکیل و مرکز اصلی آن در ایران باشد شرکت ایرانی محسوب می‌شود. ظاهراً، این ماده‌ها دو معیار متفاوت را برای تابعیت

44. Article 5 (1) For purposes of this Act, an international business company is a company that does not:

- a) carry on business with persons resident in the British Virgin Islands,
- b) own an interests in real property situate in the British Virgin Islands...
- c) carry on banking or trust business, unless it is licensed under the Banks and Trust Companies Act, 1990;
- d) carry on business as an insurance or reinsurance company; insurance agent or insurance broker, unless it is licensed under an enactment authorizing it to carry on that business;
- e) carry on the business of company management unless it is licensed under the Company Management Act, 1990;
- f) carry on the business of providing the registered office or the registered agent for companies incorporated in the British Virgin Islands.

۴۵. مثلاً در بند (i) شرکت‌نامه شرکت پتروپارس عین عبارت فوق‌الذکر قید شده است. در این خصوص، نک:

Memorandum of Association of Petropars Limited: para. (i).

۴۶. مرتضی نصیری، حقوق تجارت بین‌المللی در نظام حقوق ایران، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۳،

منعکس می‌کنند: دو ماده قانون تجارت فقط «اقامتگاه» را برای تعیین تابعیت کافی می‌دانند و ماده ۱ قانون ثبت علاوه بر مرکز اصلی بودن، محل ثبت را برای تشخیص لازم می‌دانند. برخی برای حل این تعارض بر این باورند «چون قانون تجارت بعد از قانون ثبت شرکت‌ها تصویب شده است، قانون تجارت را باید ناسخ قانون ثبت شرکت‌ها تلقی کرد.»^{۴۷} بعضی دیگر نظر متفاوت دارند. به نظر آنها، «چون موضوع ماده ۵۹۱ «اشخاص حقوقی» اعم از اشخاص حقوقی خصوصی و حقوقی عمومی است و ماده ۱ ثبت شرکت‌ها صرفاً راجع به «شرکت‌ها» می‌باشد و قانون عام لاحق ناسخ خاص سابق نیست، لذا در این مورد قانون ثبت شرکت‌ها حاکم است.»^{۴۸} ظاهراً، استدلال دومی منطقی‌تر به نظر می‌رسد. مع الوصف، اگر چنین دیدگاهی را بپذیریم در این صورت معیار محل ثبت کشورها ملاک تعیین صلاحیت حمایت دیپلماتیک خواهد بود. با وجود این، با عنایت به معیار «رابطه واقعی یا مؤثر» نمی‌توان با آن موافق بود. زیرا، همانگونه که پیش از این، بدان اشاره گردید، به منظور گریز از مقررات سخت و مشکل، بسیاری از سرمایه‌گذاران مبادرت به ایجاد «مرکز اصلی تصنعی» در کشورهای دیگر می‌نمایند.^{۴۹}

موضوع جنجال‌برانگیز دیگر در این خصوص تعریف مفهوم «اقامتگاه» است. ریشه اختلاف در توصیف این مفهوم را می‌توان در ماده ۵۹۰ قانون تجارت ایران و ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی یافت. ماده اخیرالذکر اقامتگاه را به «مرکز عملیات اشخاص حقوقی» تعریف کرده است. در حالی که در ماده ۵۹۰ اقامتگاه به «اداره شخص حقوقی» وصف شده است. صرف نظر از بحث‌هایی که در خصوص مقدم و مؤخر و عام و خاص بودن این قوانین نسبت به دیگر شده است،^{۵۰} به نظر نگارنده نظر صائب آن است که میان دو ماده فوق‌الذکر تفاوت قائل نمی‌شود و برای مفهوم «مرکز عملیات» ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی و اصطلاح «اداره» مندرج در ماده ۵۹۰ قانون تجارت معنای مشترک «مرکز اصلی شرکت» را تعریف

۴۷. ربیعا اسکینی، حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری، جلد ۱، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، پاییز ۱۳۷۵،

ص ۶۴. به نقل از محمد دمرچیلی، علی حاتمی، محسن قرائی، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر خلیج فارس، چاپ دوم، ۱۳۸۱، ص ۹۴۶.

۴۸. محمد دمرچیلی، علی حاتمی، محسن قرائی، پیشین، ص ۹۴۷.

۴۹. مرتضی نصیری، پیشین، ص ۳۱۹.

۵۰. برای توضیح بیشتر، نک: همان، ص ۳۱۸؛ و محمد دمرچیلی، علی حاتمی، محسن قرائی، پیشین، ص ۹۴۴.

می‌کند.^{۵۱} منظور از مرکز اصلی، مرکز تصمیم‌گیری شرکت است؛ «یعنی محلی که ارگان‌های محرک شرکت (هیأت مدیره، مدیرعامل و مجامع عمومی) در آن واقع هستند.»^{۵۲} با عنایت به مباحث فوق‌الذکر، وجود رابطه واقعی و مؤثر میان ایران و شرکت‌هایی مثل پتروپارس را می‌توان در این واقعیت دید که این کشور نه تنها محل مرکز اصلی آن شرکت را تشکیل می‌دهد بلکه کشور محل اقامت و متبوع سهامداران و محل فعالیت اقتصادی شرکت نیز می‌باشد. بدیهی است وجود چنین شرایطی یا به تعبیری دیگر داشتن چنین رابطه واقعی و مؤثر صلاحیت ایران را برای حمایت دیپلماتیک از این نوع شرکت‌ها منعکس می‌کند.

علی‌رغم این احراز چنین صلاحیتی صرفاً بر مواردی صادق است که شرکت‌های مزبور در کشور خارجی رأساً و مستقیماً مبادرت به سرمایه‌گذاری کرده باشند. بنابراین، زمانی که این شرکت‌ها، بر اساس قانون کشور سرمایه‌پذیر خارجی، ملزم به تشکیل شرکتی محلی شوند، از آنجایی که تبعه آن کشور می‌شوند و بنابراین تابع حاکمیت قانون کشور می‌گردند توسل به معیارها و ضوابط یادشده بالا - برای حمایت از سهامداران - به دلایل ابهاماتی که قبلاً توضیح داده شده‌اند، بسیار مشکل خواهد شد. راه برون‌رفت را بسیاری از کشورها در انعقاد معاهدات دو و چندگانه سرمایه‌گذاری می‌بینند. بنابراین، پرسش دیگر این بخش از مقاله بدین صورت خواهد بود: آیا ایران می‌تواند از منافع سهامداران شرکت در مواردی که شرکت مزبور، شرکتی محلی در کشور سرمایه‌پذیر خارجی تشکیل می‌دهد و سپس آن شرکت قربانی اقدامات دولتی (همانند مصادره اموال شرکت اعم از مستقیم و غیرمستقیم) می‌گردد، حمایت دیپلماتیک نماید؟

۳- معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی

یکی از هدف‌های اساسی این معاهدات پرکردن خلأیی است که حقوق بین‌الملل در خصوص حمایت دیپلماتیک از سهامداران به جا گذاشته است؛ به عبارتی دیگر، تأمین و تضمین حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی.^{۵۳} شیوه‌ها و یا مقرراتی که در این معاهدات به

۵۱. «... مقصود از مرکز عملیات همان محل اداره اصلی اعمال شرکت است نه محل اجرای عملیات.» ناصر

کاتوزیان، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر دادگستر، تابستان ۱۳۷۷، صص ۶۲۵-۶۲۶.

۵۲. محمد دمرچیلی، علی حاتمی، محسن قرائی، پیشین، صص ۹۴۵-۹۴۶.

۵۳. این ویژگی عامل عمده‌ای را در روند رو به افزایش استفاده از آنها تشکیل می‌دهد. بر اساس تحقیقی که در

این منظور پیش‌بینی شده‌اند عمدتاً سه نوع هستند: مقررات یا شروط چتری^{۵۴}، مقررات یا شروط داوری و مقررات یا شروط ثبات^{۵۵}.

شروط چتری^{۵۶} به آن شروطی اطلاق می‌شود که بر اساس آن طرف‌های معاهده ملزم می‌شوند به تعهدات ناشی از توافق میان آنها و اتباع سرمایه‌گذارشان در کشور یکدیگر جامه عمل بپوشانند. اگرچه، نص این شروط از حیث نگارش متفاوت است ولی، از نظر هدف، یعنی تعهد یا لزوم به ایفای عهد، همه آنها مشترکند.^{۵۷} این بدین معناست که، اگر قراردادی در خصوص سرمایه‌گذاری میان نهادی دولتی از کشور میزبان یا سرمایه‌پذیر با شرکتی که متبوع کشور متعاقد دیگر بسته شود و این قرارداد توسط کشور میزبان نقض گردد، این نقض قرارداد به مثابه نقض شرط چتری و بنابراین نقض معاهده تلقی می‌شود. در خصوص نقض شرط چتری یا نقض معاهده دو تفسیر وجود دارد: یک تفسیر، نقض را به نقض معاهده‌ای بین‌المللی و بنابراین نقض حقوق بین‌الملل، می‌شمارد. و تفسیری دیگر، نقض را صرفاً نسبت به آن شرط و در محدوده آن معاهده خاص تعبیر می‌کند. به عبارتی دیگر، در تفسیر نخست گرایشی کلی وجود دارد که تلاش می‌کند نقض را به نقض یک قاعده بین‌المللی تعبیر نماید. این در حالی است که در شیوه دوم اسلوبی محدود و خاص وجود دارد که تلاش می‌کند با این محدودیت نقض را به نقض قاعده‌ای

سال ۱۹۹۴ توسط بانک جهانی به عمل آمد، تعداد ۷۰۰ معاهده دوجانبه منعقد گردید و تا پایان هزاره دوم رقم اینگونه معاهدات به ۲۰۰۰ رسید. در سال ۲۰۰۳ آنکتاد در گزارش سالیانه خود این رقم را ۲۱۵۳ اعلام کرد.

M. Sornarajah, *op. cit.*, p. 204. Also see: UNCTAD, *World Investment Report*, 2003.

54. umbrella clauses

55. stabilization clauses

۵۶. این شروط یا شرط با عناوین دیگری چون مفاهیم زیر نیز به کار رفته است:

pacta sunt servanda, *mirror effect clause*, *observation of commitments clause*, *observation of undertakings clause*, *sanctity of contract clause*.

۵۷. به عنوان مثال، طبق شرط زیرین که اسلوبی کلی اتخاذ نموده است، هریک از طرف‌های قرارداد ملزم به ایفای تعهداتی که در خصوص سرمایه‌گذاری متقبل می‌شود خواهد بود.

"Each Contracting Party shall observe any obligation it may have assumed with regard to investments."

در عوض، برخی معاهدات از شیوه مفصل‌تر و در عین حال، محدودتری تبعیت کرده‌اند: هر کدام از طرف‌های قرارداد ملزم است ایفای تعهداتی را که در خصوص سرمایه‌گذاری با سرمایه‌گذاران متبوع طرف دیگر قرارداد بر اساس این توافق‌نامه، ملتزم می‌شود، تضمین کند.

"Either Contracting party shall guarantee the observance of the commitments it has entered into through this agreement with respect to investment of investors of the other Contracting party."

در این خصوص، نک:

Dr. August Reinisch, "Umbrella Clauses", *Seminar on International Investment Protection*, Winter Semester 2006/2007, Axel Weissenfels, Register number 0100220, London, pp. 5-8.

خاص بنمایاند (lex specialis).^{۵۸} هدف از اتخاذ رویه کلی این است که با شمردن نقض قراردادی به عنوان نقض حقوق بین‌الملل بتواند امکان بهره‌برداری از حمایت دیپلماتیک را برای کشور متبوع سرمایه‌دار فراهم سازد. این اسلوب را می‌توان در رأی دیوان داوری در قضیه SGS v. Philipnes که در آن نقض تعهد قراردادی را به مثابه نقض حقوق بین‌الملل دانست، یافت.^{۵۹} در عین حال شیوه دوم ضمن اینکه میان نقض تعهد قراردادی با نقض معاهده تفاوت قائل می‌شود براین باور است چنانچه نقض تعهدی قراردادی منجر به نقض یکی از معیارهای مندرج در معاهده شود (مثل اقدامات تبعیض‌آمیز، عدم رعایت اصل رفتار ملی، شرط دولت کامله‌الوداد یا تزییقاتی که منجر به مصادره خزنده می‌شود) در آن صورت نقض، نقض آن معاهده خاص خواهد بود. بنابراین، شیوه حل و فصل بر اساس این دیدگاه، توسل به داوری خواهد بود.^{۶۰} در این رویکرد، توسل به حمایت دیپلماتیک آخرین راهکار تلقی می‌شود.

در خصوص داوری دو نوع مکانیسم وجود دارد: یکی برای حل و فصل اختلافات بین کشورهای متعاهد، و دیگری به منظور حل و فصل اختلافات فی‌مابین کشور میزبان و سرمایه‌گذار متبوع کشور طرف معاهده. شیوه و نوع داوری بر اساس توافق طرف‌های معاهده معین می‌شوند. ولی، آنچه به داوری ویژگی می‌دهد دور نمودن مکانیسم حل و فصل از زیر نفوذ سیستم قضایی و قانونی کشور میزبان است: انتخاب سازوکاری بیطرفانه که بتواند اختلاف را بر اساس «عدل و انصاف» فیصله دهد.^{۶۱}

۵۸. برای توضیح بیشتر، نک: *Idem*.

۵۹. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Philippines, ICSID, Case no. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004.

۶۰. از این شیوه در قضیه زیر تبعیت شده است:

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID, Case no. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003 (SGS v. Pakistan).

August Reinisch, *op. cit.*, p. 10.

در این خصوص، نک:

۶۱. شایان ذکر است که علاوه بر این معاهدات، معاهده یا کنوانسیون حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری میان کشورها و اتباع سایر کشورها (Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of other States) است. پیش‌نویس این کنوانسیون در سال ۱۹۶۵ توسط بانک جهانی تهیه گردید و سپس در ۱۴ اکتبر سال ۱۹۶۶ بعد از اینکه به تصویب ۲۰ کشور عضو بانک رسید، به مرحله اجرا درآمد. تا سال ۲۰۰۶ حدود ۱۴۳ کشور به عضویت آن درآمدند. در ماده ۲۵ این کنوانسیون قاعده «کنترل» به عنوان معیار تشخیص تابعیت شناخته شده است. هدف از این کنوانسیون تسهیل، مساعدت و ایجاد امکانات برای حل و فصل اختلافات بین کشورهای عضو و اتباع دیگر کشورهای عضو است که برای این منظور مرکز حل و فصل اختلاف سرمایه‌گذاری (ICSID) The International Centre for Settlement of Dispute تأسیس شده است. در این

شرط ثبات از ابزارهای دیگری است که در اکثر معاهدات دوجانبه پیش‌بینی شده است. هدف از این شرط این است که قرارداد را تحت حاکمیت قانونی باقی بگذارد که زمان انعقاد قرارداد جاری بوده است. به عبارتی دیگر، تغییرات بعدی در قوانین ملی و یا وضع قوانین جدید (مثل قانون مالیات و قانون حفاظت از محیط زیست) در کشورهای متعاقد تأثیر در قراردادهای قبلی نداشته باشند.^{۶۳} تضمین در تأمین آزادی خروج ارز مرتبط با سرمایه‌گذاری و رعایت عدل و انصاف از دیگر مصادیق شرط ثباتند که در معاهدات دوجانبه قید شده‌اند. برخی از صاحب‌نظران، شرط چتری را نیز به عنوان یکی از مصادیق شرط ثبات دانسته‌اند، بدین معنا که تعهد به رعایت الزامات معاهده‌ای موجب ثبات می‌گردد.^{۶۳}

در خصوص تابعیت شرکت‌ها در معاهدات رویه یکسانی اتخاذ نشده است. برخی از آنها، کشور مقر اصلی شرکت و یا کشور متبوع سهامدارانی که اکثریت سهام شرکت را داشته باشند، معیار تابعیت می‌شناسند.^{۶۴} بعضی دیگر مثل معاهده الجزایر بین ایران و ایالات متحد معیار ویژه‌ای اتخاذ کرده‌اند. بر اساس این معاهده، حمایت دیپلماتیک توسط کشورهای متعاقد از شرکتی زمانی به عمل می‌آید که اولاً، بیش از ۵۰٪ سهام شرکت را تبعه یا اتباع یکی از کشورهای مزبور داشته باشد و ثانیاً، شرکت تحت کنترل آنها باشد.^{۶۵} برخی معاهدات، دو معیار محل تشکیل شرکت و محل مدیریت مؤثر (کنترل) را ضابطه تعیین‌کننده تابعیت دانسته‌اند. استرالیا و هلند هر شرکتی را که اتباعشان در آن سهم دارند مورد حمایت دیپلماتیک قرار می‌دهند؛ صرف‌نظر از اینکه محل ثبت شرکت در کشور

خصوص، نک:

The International Centre for Settlement of Disputes (ICSID), *ICSID Convention, Regulations, Rules*, ICSID/15, April 2006, Washington D.C.

۶۲. برای توضیح بیشتر در این خصوص، نک:

Peter D. Cameron, *Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil and Gas Investors*, (Final Report) 5 July 2006, Association of International Petroleum Negotiators (AIPN), University of Dundee, p. 40.

۶۳. *Idem*. Also see August Reinisch, *op. cit.*, p. 35.

۶۴. مثلاً، طبق معاهده فیما بین سنگاپور و بریتانیا شرکتی که در سنگاپور تشکیل می‌گردد زمانی شرکت بریتانیایی به حساب می‌آید که اکثریت سهام آن را اتباع بریتانیایی داشته باشند. این نظریه که بر اساس آن تابعیت شرکت بر اساس مقر اصلی شرکت یا دکتربین کنترل معین می‌شود بیشتر در نظام حقوق نوشته تبعیت می‌شود. در هلند و دانمارک از معیار محل ثبت شرکت پیروی می‌شود. ایرلند جنوبی کشوری که نظام حقوقی عرفی را دارد معیار محل ثبت شرکت را اتخاذ کرده است.

M. Sornarajah, *op. cit.*, p. 230, footnote 61.

۶۵. *Idem*.

طرف معاهده باشد یا در کشوری ثالث.^{۶۶} علاوه بر این، دولت‌ها در معاهداتی که منعقد می‌کنند، رویه یکسانی را اتخاذ نکرده‌اند. مثلاً در معاهده میان سنگاپور و بریتانیا، معیار تعیین تابعیت را محل ثبت و تشکیل شرکت مقرر کرده‌اند. ولی، در معاهده‌ای که سنگاپور با آلمان منعقد کرده، از معیار مقر یا مرکز اصلی شرکت استفاده شده است. بریتانیا نیز در این خصوص رویه یکسانی اتخاذ نکرده است. مثلاً، در معاهده‌اش با سنگاپور معیار «کشور محل ثبت و تشکیل شرکت» را به کار برده است. این در حالی است که در معاهده‌ای که با کشور فیلیپین منعقد نموده از ضابطه «کنترل» استفاده کرده است.^{۶۷}

تمام این موارد حاکی از این است که کشورها بسته به نظام حقوقی و منافع خاصی که دارند معیار مناسب را برای اعمال حمایت دیپلماتیک انتخاب می‌کنند. نتیجه دیگری که می‌توان از این عدم یکپارچگی گرفت ویژگی و خاص بودن معاهدات دوجانبه است که برای حمایت از سرمایه‌گذاران کشورهای متعاهد منعقد شده‌اند (*lex specialis*).

کشور ایران حدود ۵۹ معاهده دوجانبه با کشورها منعقد کرده است. از این تعداد فقط ۴۸ معاهده لازم‌الاجرا شده‌اند.^{۶۸}

در خصوص این پرسش که آیا کشور ایران در ارتباط با معاهدات فوق‌الذکر رویه یکسانی را اتخاذ کرده است یا نه متأسفانه به دلیل عدم دسترسی به اکثر آنها نمی‌توان پاسخ قاطعی داد. تنها معاهده‌ای که در اختیار نگارنده است معاهده دوجانبه میان ایران و ترکیه است که در آن، تمام اصول و شروط فوق‌الذکر، یعنی شرط چتری، دو شرط داوری برای حل و فصل؛ یکی فی‌مابین دو کشور متعاهد و دیگری میان کشور میزبان متعاهد و سرمایه‌گذار کشور متعاهد دیگر و شرط ثبات قید شده‌اند. در خصوص تابعیت، معاهده رویه روشنی را اتخاذ نکرده است و ضمن قید معیار محل تشکیل شرکت از معیار مرکز اصلی شرکت و کنترل نام برده است. بدون تردید این اسلوب یادآور شیوه‌های مندرج در ماده ۱ قانون ثبت شرکت‌های ایران و مواد ۵۹۰ و ۵۹۱ قانون تجارت و نیز ماده ۱۰۰۲ قانون مدنی است. در این خصوص، بند ۲ ماده ۱ معاهده اشخاص حقوقی مشمول معاهده را بدین مضمون تعریف کرده است: شرکت‌ها، مؤسسات و مشارکت‌های تجاری که بر اساس قوانین جاری هر یک از کشورهای متعاهد تشکیل شده‌اند و مقر یا مرکز اصلی اداره و فعالیت آنها در قلمرو آن کشور باشد، مشروط به اینکه مورد تأیید مقامات ذیصلاح

66. *Idem*.

67. *Ibid*, p. 232.

68. UNCTAD, *Investment Instruments/Bilateral Investment Treaties Online*, last updated 6 July 2009.

کشور میزبان شده باشند.

با عنایت به مباحث بالا، دوباره این پرسش مطرح می‌شود: آیا ایران می‌تواند از منافع سهامداران شرکت در مواردی که شرکت مزبور، شرکتی محلی در کشور سرمایه‌پذیر خارجی تشکیل می‌دهد و سپس آن شرکت قربانی اقدامات دولتی (همانند مصادره اموال شرکت اعم از مستقیم و غیرمستقیم) می‌گردد، حمایت دیپلماتیک نماید؟

بدیهی است با عنایت به تابعیت شرکت به کشور میزبان نمی‌توان آن معیارهایی را که برای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی مستقیم به کار برده می‌شوند در اینجا مورد استفاده قرار داد. در عوض، ضوابط و مقررات مندرج در معاهدات دوجانبه می‌توانند کاربرد داشته باشند. در این معاهدات نه تنها حقوق شرکت‌های خارجی و شرکت‌های وابسته و فرعی آنها و به طور کل اشخاص حقوقی مورد حمایت قرار گرفته‌اند، بلکه، حمایت از اشخاص حقیقی خارجی در این معاهدات تضمین شده است. مثلاً، بند ۲ ماده ۱ معاهده ایران و ترکیه سرمایه‌گذار را نه تنها اشخاص حقوقی بلکه اشخاص حقیقی نیز تعریف کرده است. علاوه بر این، بر اساس بند ۱ آن ماده سرمایه‌گذاری نه تنها شامل اموال اعم از منقول و غیرمنقول می‌شود بلکه سهام و هر نوع مشارکتی را در شرکت دربرمی‌گیرد. فرقی نمی‌کند که شخص حقیقی مالکیت اکثریت سهام را داشته باشد یا اقلیت. این بدین معناست، که در صورت تضییق حق نسبت به سهامداری، کشور متبوعش می‌تواند به منظور حمایت اقدامات لازم را انجام دهد. بدیهی است، که پیش‌بینی اصولی چون، اصل عدم تبعیض، اصل رفتار ملی، شرط چتری و شرط ثبات امکان توسل به چنین شیوه‌ای را غیرضروری می‌سازد. مع‌هذا، در صورت بروز اختلاف یا تضییع حق، موضوع یا از طریق داوری - به ترتیبی که در معاهده پیش‌بینی شده است - رسیدگی می‌شود یا در بدترین حالت از طریق دیوان بین‌المللی دادگستری. از جمله داوری‌هایی که در این زمینه صورت گرفته، قضیه ای ای بی ال علیه سریلانکا^{۶۹} است که دیوان رسیدگی‌کننده حمایت از سهامداران خارجی را که اقلیت سهام را داشتند پذیرفت. پیش از آن دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه Case Concerning Elettronica Sicula S.P.A. (ELSI)^{۷۰} - که در آن، ایالات متحد امریکا علیه ایتالیا، به خاطر خسارتی که برای شرکتی ایتالیایی که تمام سهامش را دو شرکت امریکایی مالک بودند، اقامه دعوا کرده بود - دعوای امریکا، کشور متبوع سهامداران را پذیرفته بود.

69. *AAPL v. Sri Lanka*. Quoted: M. Sornarajah, *op. cit.*, p. 23. (1992) 17 YCA 106.

70. 1989 *I.C.J. Reports*, p. 15.

لذا، با عنایت موارد بالا حمایت از شرکت‌هایی مثل پتروپارس به وسیله ایران به عنوان کشور متبوع سهامداران امکان‌پذیر است.

نتیجه

موضوع اساسی این مقاله پاسخ به این پرسش بود که آیا ایران به عنوان کشور متبوع سهامداران شرکت‌هایی مانند پتروپارس که در قلمروی خارجی مثل بریتیش ویرجین آیلندز تشکیل شده‌اند می‌تواند از آنها حمایت دیپلماتیک نماید؟

به منظور پاسخ به این پرسش مقاله، می‌توان بین دو وضعیت تفاوت قائل شد: وضعیت اول ناظر به موردی است که شرکت رأساً و بدون تشکیل شرکتی محلی در کشور میزبان و یا بدون مشارکت با شرکتی محلی مبادرت به سرمایه‌گذاری کرده باشد. وجود چنین وضعیتی اقتضا می‌کند که رابطه میان شرکت با کشور محل تشکیل از یک سو و رابطه بین آن و کشور محل اقامت از سوی دیگر مورد بررسی قرار گیرد. اتخاذ این اسلوب به تأسی از روشی بود که دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه بارسلونا تراکشن اتخاذ کرده بود. از آنجایی که در آن قضیه شرکت بارسلونا تراکشن در کانادا ثبت شده بود و مقر اصلی و تشکیل جلسات هیأت مدیره و محاسبات بازرسان شرکت در آن کشور بود، دیوان وجود رابطه واقعی میان شرکت و کانادا را در آنها دید و براین اساس صلاحیت بلژیک، کشور متبوع سهامداران را برای اقامه دعوا رد نمود.

در خصوص رابطه شرکت با کشور محل تشکیل، قانون کشور مزبور و شرکت‌نامه شرکت مورد مطالعه قرار گرفت. شروط مقرر در قانون ثبت شرکت‌های قلمرو جزایر بریتیش ویرجین برای تجویز شرکتی بین‌المللی از قبیل عدم مبادرت به داد و ستدهای تجاری و بانکی و بیمه‌ای و نیز شرط مربوط به عدم تملک اموال غیرمنقول در آن کشور همه بازتابنده فقدان رابطه واقعی بین شرکت، یعنی شرکت پتروپارس و قلمرو محل تشکیل یعنی جزایر بریتیش ویرجین می‌باشند.

در خصوص رابطه شرکت مزبور با کشور متبوع سهامداران، یعنی ایران، با عنایت به قوانین ذیربط این کشور که «اقامتگاه» را به عنوان معیار تعیین تابعیت اشخاص حقوقی پیش‌بینی کرده‌اند و در نظر گرفتن این واقعیت که اقامتگاه واقعی و قانونی شرکت، مرکز اصلی آن «یعنی محلی که ارگان‌های محرک شرکت (هیأت مدیره، مدیرعامل و مجامع عمومی) در آن واقع هستند.» و مرکز فعالیتش در ایران است به این نتیجه رسیدیم که بین

این شرکت و ایران رابطه واقعی و مؤثر وجود دارد و بنابراین کشور ایران صلاحیت حمایت دیپلماتیک از این شرکت را می‌تواند داشته باشد.

در خصوص وضعیت دوم، یعنی موردی که در آن شرکت بر اساس قانون کشور میزبان ملزم به تشکیل شرکت محلی یا مبادرت به مشارکت با شرکت‌های محلی آن کشور می‌گردد، با مطالعه معاهدات دوجانبه و مقررات آنها به این نتیجه رسیدیم که ایران به نمایندگی از شرکت مزبور و سهامدارانش می‌تواند از آن حمایت کند. مقررات و شروطی که در این معاهدات پیش‌بینی شده‌اند چنین صلاحیتی را برای چنین کشوری مورد شناسایی قرار داده‌اند. آرای برخی از داوری‌ها و رأی دیوان دادگستری در قضیه ELSI چنین صلاحیتی را تأیید کرده‌اند.

فهرست منابع

1. 1970 *I.C.J. Reports*
2. 1989 *I.C.J. Reports*
3. Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 4th edition, Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 493; M. Sornarajah, *International Law on Foreign Investment*, 2nd edition, Cambridge University Press, 2004
4. Cameron, Peter D., *Stabilisation in Investment Contracts and Changes of Rules in Host Countries: Tools for Oil and Gas Investors*, (Final Report) 5 July 2006, Association of International Petroleum Negotiators (AIPN), University of Dundee
5. Dugard, John, Special Rapporteur, *Fourth report on diplomatic protection*, Document no. A/CN.4/530, submitted to the International Law Commission, fifty fifth session, Geneva, 5 May-6 June and 7 July-8 August 2003
6. Harris, D.J., *Cases and Materials on International Law*, 6th edition, London, Thomson, Sweet & Maxwell, 2004
7. *I.C.J. Reports 1955*
8. Letto-Gillies, Grazia, *Transnational Corporations and International Production: Concepts, Theories and Effects*, Edward Elgar, Cheltenham, UK, 2005
9. Reinisch, August, "Umbrella Clauses", *Seminar on International Investment Protection*, Winter Semester 2006/2007, Axel Weissenfels, Register number 0100220, London
10. Reinisch, August, Umbrella Clauses, *Seminar on International Investment Protection*, Winter Semester 2006/2007, Axel Weissenfels, Register number 0100220, London.
11. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID, Case no. ARB/01/13, Decision on Jurisdiction, 6 August 2003 (SGS v. Pakistan).
12. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Philippines*, ICSID, Case no. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004
13. Sornarajah, M., *International Law on Foreign Investment*, Second Edition, Cambridge University Press, 2004.
14. The International Business Companies Act (CAP 291) (1984)
15. The International Centre for Settlement of Disputes (ICSID), *ICSID Convention, Regulations, Rules*, ICSID/15, April 2006, Washington D.C.
16. UNCTAD, *Investment Instruments/Bilateral Investment Treaties Online*, last updated 6 July 2009.
17. UNCTAD, *World Investment Report*, 2003.
18. UNCTAD, *World Investment Report*, 2003.
19. Whiteman, M., *Digest of International Law*, vol. VIII

۲۰. اسکینی، ربیعا، حقوق تجارت، شرکت‌های تجاری، جلد ۱، تهران، انتشارات سمت، چاپ اول، پاییز ۱۳۷۵
۲۱. دمرچیلی، محمد، علی حاتمی، محسن قرائی، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر خلیج فارس، چاپ دوم، ۱۳۸۱
۲۲. کاتوزیان، ناصر، قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی، تهران، نشر دادگستر، تابستان ۱۳۷۷
۲۳. نصیری، مرتضی، حقوق تجارت بین‌المللی در نظام حقوق ایران، تهران، مؤسسه انتشارات امیرکبیر، ۱۳۸۳

JOURNAL OF LEGAL RESEARCH

VOL. VIII, No. 2

2009-2

Articles

- Access to Legal Assistance in Police Investigations
- The Right of Buyer for Deficiencies of Goods
- Civil Responsibility Concerning Natural Incidents
- Revocation of Labor Contract according to the Law of Iran
- The Extra-territoriality of the International Covenant on Civil and Political Rights
- Secured Information System in Electronic Commerce Law
- Contradictory Approaches to the Right of Self Determination
- Some Considerations on the Constitutional Council of the French Republic
- "Fair and Just" Treatment of the Host State concerning the Foreign Investment Contracts
- Compensation for the Breach of Foreign Investment Contracts
- The UN International Law Commission and the Common Natural Resources

Special Issue: Oil and Gas Law in National and International Systems

- The Companionship of the Energy Sector and WTO Regulations: Facts, Challenges and Prospects
- Stabilization Clause in the Sample Contracts of Detection and Derivation of Petroleum
- Oil Companies in Iran and the Problem of Diplomatic Protection
- Private Ownership in the Case of Oil and Gas Resources under the USA Law
- Investment Dispute Settlement in Energy Charter Treaty (ECT) and Legal effects of Iran's Accession thereto

Critique and Presentation

- A Critical Analysis of 'The Procedure Act of the Administrative Court of Justice'
- Some Critics on the Parliament's Draft Concerning Change of the UN's Headquarter
- Copenhagen Conference (2009) and Combating the Climate Change

ISSN: 1682-9220



S. D. I. L.

The S.D. Institute of Law

Research & Study