



## تحلیل رای صلاحیتی دیوان ICSID در دعوی شرکت توکیوس توکلس به طرفیت کشور اوکراین در پرونده کلاسه ARB/۰۲/۱۸ مورخ ۲۹ آوریل ۲۰۰۴

یوسف خرم‌فرهادی \*

### چکیده

در این نوشتار نمونه‌ای از آراء صلاحیتی دیوان داوری ICSID از حیث شرایط و مبانی صلاحیت و نحوه پذیرش دعوا مورد نقد و بررسی قرار گرفته است، همچنانکه حدود اختیارات طرفین معاهده دو جانبه حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در تعیین تابعیت شخصیت حقوقی سرمایه‌گذار نیز با در نظر گرفتن هدف کنوانسیون ICSID مورد توجه می‌باشد. مطالعه مفاد رای و تحلیل آن در این مقاله راهنمای مناسبی برای مقامات ایرانی در الحاق ایران به کنوانسیون ICSID و نیز انعقاد معاهدات دو جانبه حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی است.

### کلید واژه‌ها

دیوان داوری ICSID، کنوانسیون ICSID، معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری (BIT)، سرمایه‌گذاری خارجی، صلاحیت، نحوه پذیرش دعوا

## مقدمه

تحلیل آراء صادره از سوی دیوانهای داوری مرکز فیصله اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری میان کشورها و اتباع دولتهای دیگر ضمن اینکه مؤید میزان موفقیت مرکز در فیصله اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری براساس کنوانسیون ICSID<sup>۱</sup> (کنوانسیون واشنگتن)<sup>(۱)</sup> و در نهایت حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی است، بیانگر نقاط ضعف آراء با هدف توجه داوران در رفع اشکالات و نواقص موجود، در آراء بعدی و آتی می‌باشد، بویژه اینکه متخصصین ICSID که معمولاً داوران از بین آنها انتخاب یا منصوب می‌شوند به منظور تقویت مکانیزم مندرج در کنوانسیون مذکور برای فیصله اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری تلاش فراوانی را در این جهت با بررسی نظرات سایر حقوقدانان و نیز ملاحظه سایر آراء داوری یا قضائی بین المللی معمول می‌دارند، نگاهی گذرا به آثار برخی از آنان بیانگر این واقعیت است.

در این مقاله یک نمونه از آراء صادره توسط داوری ICSID راجع به صلاحیت مرکز و اسناد ضمیمه آن مورد تجزیه و تحلیل قرار گرفته است.<sup>(۲)</sup> این رای در تاریخ ۲۹ آوریل ۲۰۰۴ در پرونده ARB/۰۲/۱۸ در دعوی «توکیوس توکلس» به طرفیت اوکراین توسط داوران منتخب طرفین مبنی بر پذیرش صلاحیت دیوان علی‌رغم مخالفت سرداور منصوب، صادر گردید. ایرادات متعدد خواننده راجع به صلاحیت دیوان و نیز نحوه پذیرش دعوی در دیوان، تجزیه و تحلیل نسبتاً مفصل دیوان در رد این ایرادات بسیار مهم و درخور توجه است ضمن اینکه ایرادات کاستی‌هایی نیز به نظر نویسنده مقاله در رای وجود داشته که به منظور تقویت استدلال دیوان در ذیل هر قسمت بصورت جداگانه در داخل علامت [ ] و یا در زیرنویسها بدان اشاره گردید. ضمناً در این مقاله بخش مهمی از مفاد رای به لحاظ ضرورت نقل گردید. البته دیوان در کنار رای صلاحیتی مبادرت به صدور دستور موقت نیز نمود که به لحاظ عدم ارتباط با موضوع صلاحیت از بررسی آن در این مقاله خودداری شده است ضمناً به لحاظ اینکه سرداور نیز عمدتاً همان ایراداتی را که خواننده طرح نموده بود، با بیانی دیگر تأیید و یا مطرح نموده و دیوان به تجزیه و تحلیل آنها مفصلاً پرداخته، از ذکر آن خودداری و صرفاً قسمتی از نظر سرداور که از

۱- در این مقاله هر جا از اصطلاح ایکسید (ICSID) استفاده شده است، مقصود «مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر» (International Center Settlement Investment Disputes) که زیر نظر بانک بین‌المللی ترمیم و توسعه است، می‌باشد و هر جا اصطلاح کنوانسیون ایکسید (ICSID) بکار رفته است، مقصود «کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر مصوب ۱۹۶۵ موسوم به کنوانسیون واشنگتن خواهد بود.

نظر نویسنده مقاله نیز صحیح می نمود در قسمت نتیجه گیری و در نقد نهائی رای به آن اشاره گردید. دیوان در رای خود ضمن اینکه به ارکان دعوا، نحوه ی به جریان افتادن پرونده از اعلام موافقت به داوری و تقدیم دادخواست به مرکز گرفته تا ثبت دادخواست و تشکیل دیوان و مبانی صلاحیت اشاره می کند، بدو در خصوص هر اعتراض خواننده راجع به صلاحیت به تجزیه و تحلیل مفاد کنوانسیون ICSID، BIT<sup>۱</sup> و انطباق این دو با هم و نیز سایر مستندات از جمله رویه قضائی (بویژه رویه ICSID)، نظرات متخصصین و روش سنتی می پردازد و در قسمتی دیگر اعتراضات خواننده را از حیث نحوه پذیرش دعوا در دیوان نیز مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار می دهد و در پایان با اکثریت آراء مبادرت به صدور رای می نماید، در نتیجه نویسنده این مقاله نیز با رعایت همان ترتیب و با تغییراتی اندک از حیث شکلی، این رای را مورد تجزیه و تحلیل قرار داده است. در پایان لازم به یادآوری است مستندات دیوان شامل اسناد ارائه شده از سوی خواهان و خواننده از جمله تقاضای داوری، لوائح دفاعیه، اعتراضات، متمم و ضامم آنها عیناً در پاورقی هر صفحه آمده است و به عنوان منابع استنادی نویسنده مقاله نمی باشد.

## فصل اول: کلیات

### ۱- اختلاف:

#### الف - خواهان: توکیوس توکلس

توکیوس توکلس یک مؤسسه یا شرکت تجاری است که طبق قوانین کشور لیتوانی تأسیس شده است. این شرکت در سال ۱۹۸۹ بعنوان یک شرکت تعاونی تشکیل شد و از سال ۱۹۹۱ بعنوان یک شرکت سهامی خاص به ثبت رسید. فعالیت خواهان عمدتاً کار تبلیغات، انتشارات و چاپ در کشور لیتوانی و خارج از آن کشور بوده است. خواهان در سال ۱۹۹۴ یک شرکت فرعی کاملاً وابسته به خود به نام تاکی اسپراوی را طبق قوانین کشور اوکراین در آن کشور تأسیس کرد فعالیت شرکت اخیر نیز تبلیغات، انتشارات، چاپ و فعالیت مرتبط با آن در اوکراین و خارج از آن کشور بوده است. خواهان در سال ۱۹۹۴ سرمایه گذاری اولیه خود را در شرکت وابسته خود به میزان USD ۱۷۰۰۰۰ انجام داد که اعم آن شامل لوازم و دستگاههای چاپ و وسایل

۱- در این مقاله هر جا از اصطلاح (BIT) استفاده شد، مقصود Bilateral Investment Treaty یا «معاهده دو جانبه سرمایه گذاری» یا همان «معاهده دو جانبه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری» است.

اداری بوده است. خواهان از سودهای حاصله از فعالیت شرکت تابعه خود برای خرید تجهیزات اضافی و تکمیلی چاپ، تجهیزات کامپیوتر، سهام بانکی و خرید اتومبیل سرمایه‌گذاری مجدد انجام داد و مجموع سرمایه‌گذاری آن در شرکت تابعه بین سالهای ۱۹۹۴ تا ۲۰۰۲ بالغ بر ۶/۵ میلیون USD گردید.

### ب- مبانی ادعای خواهان و موجبات آن:

خواهان مدعی بود مقامات دولتی اوکراین یک سری اقداماتی را علیه شرکت تاکی اسپرایی انجام دادند که ناقض تعهدات قرارداد سرمایه‌گذاری دوجانبه میان اوکراین و لیتوانی<sup>(۳)</sup> بود<sup>۱</sup> و این اقدامات از ابتداء سال ۲۰۰۲ شروع شد و تأثیر نامطلوبی را در سرمایه‌گذاری خواهان در شرکت تابعه به جا گذاشت این اقدامات شامل: ۱- تحقیقات متعدد و تجاوزگرانه تحت عنوان اعمال قوانین مالیاتی ملی ۲- طرح و تعقیب دعاوی بی پایه و اساس در دادگاههای داخلی از جمله طرح دعاوی با انگیزه بی‌اعتبار کردن قراردادهایی که شرکت تابعه منعقد کرده بود ۳- توقیف داراییهای شرکت تابعه ۴- توقیف اسناد مالی و سایر اسناد به طور نامعقول ۵- وارد کردن اتهام به شرکت تاکی اسپرایی به فعالیتهای غیر قانونی.

خواهان معتقد است که مقامات دولتی خوانده، این اقدامات را با انگیزه و در پاسخ به انتشار کتابی از سوی خواهان در فوریه ۲۰۰۲ انجام داده‌اند زیرا این کتاب توصیف و تصویری مساعد از رهبر سیاستمدار جناح مخالف دولت اوکراین یعنی یولیاتیموشنکو به نمایش می‌گذاشت و این کار مورد اعتراض مقامات دولتی خوانده قرار گرفت. برای حل و فصل اختلاف تلاشهای بی‌نتیجه بسیاری از سوی خواهان صورت گرفت که از جمله آن ملاقات با مقامات محلی و ارسال شکایت کتبی به مقامات اجرایی و نیز رئیس جمهور اوکراین بوده است.

### ج - خوانده: کشور اوکراین

د- خواسته: (۱) - دادرسی فوری (۲) - جبران خسارت

[خواسته اصلی جبران خسارت بود زیرا اقدامات استنادی به خوانده از مصادیق سلب مالکیت محسوب می‌شد].

۱- منعقد در ۸ فوریه ۱۹۹۴، لازم‌الاجراء شده در ۲۷ فوریه ۱۹۹۵ موسوم به BIT

## ۲- پذیرش دادخواست و شروع به رسیدگی

به لحاظ عدم حصول نتیجه در مذاکرات، خواهان در ۱۴ آگوست ۲۰۰۲ تقاضایی جهت داوری به مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری ICSID<sup>۱</sup> در رابطه با شرکت وابسته خود تقدیم کرد، ضمیمه این درخواست، اعلامیه‌هایی مبنی بر موافقت با داوری از سوی خواهان و شرکت تابعه به تاریخهای ۷ و ۹ آگوست ۲۰۰۲ می‌باشد و در چهارم سپتامبر ۲۰۰۲ نیز تقاضای مطالبه خسارت نیز تقدیم شد. در ۱۵ اکتبر ۲۰۰۲ خوانده به مرکز کتباً اعلام نمود که شرط انجام مذاکره طی یک دوره شش ماهه مذکور در ماده ۸ معاهده اوکراین و لیتوانی جهت امکان رسیدگی داوری رعایت نشده است لذا در ۱۷ اکتبر ۲۰۰۲ خواهانها تقاضای داوری را مسترد نمودند تا امکان طرح دعوی مجدد تحقق یابد. در ۲۲ نوامبر ۲۰۰۲ مجدداً خواهان و شرکت تابعه تقاضای داوری را به مرکز تقدیم کردند. در ۶ دسامبر ۲۰۰۲ مرکز به خواهان اعلام نمود در خصوص اینکه تا کی اسپر اوای طبق قوانین اوکراین تأسیس شده باشد، اوکراین و لیتوانی موافق نیستند لذا باید بعنوان تبعه لیتوانی طبق بند b شق ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون و نیز بند C شق ۲ ماده ۱ معاهده اوکراین و لیتوانی (BIT) عمل شود. در ۹ دسامبر ۲۰۰۲ اوکراین از مرکز تقاضای مهلت کرد تا ملاحظات مقدماتی راجع به صلاحیت قبل از ثبت دادخواست در دبیرخانه مرکزی (RFA) ارائه نماید، زیرا معتقد بود طبق بند b از شق یک ماده ۶ مقررات آیین دادرسی داوری و سازش، اختلاف آشکارا خارج از صلاحیت مرکز است. [علت تقاضای خوانده جهت ارائه ملاحظات مقدماتی قبل از ثبت دادخواست در دبیرخانه مرکز این بود که بتواند از اختیار دبیرکل طبق بند ۳ ماده ۳۶ کنوانسیون ICSID بهرمنند شود زیرا طبق آن بند، دبیرکل چنانچه تشخیص دهد که مورد اختلاف آشکارا خارج از صلاحیت مرکز باشد از ثبت تقاضا خودداری و مراتب رد درخواست را فوراً به طرفین اطلاع خواهد داد و به این ترتیب بتواند قبل از تشکیل دیوان موضوع پرونده را از دستور کار مرکز خارج نماید.]

بعد از انقضای مهلت و دریافت نقطه نظرات اوکراین و خواهان دبیرکل مرکز در ۲۰ دسامبر ۲۰۰۲ دادخواست را در دبیرخانه ثبت نمود. [به این ترتیب دبیرکل تشخیص داد که موضوع در صلاحیت مرکز است و یا حداقل آشکارا خارج از صلاحیت مرکز نیست.]

برای تشکیل دیوان، طرفین طبق بند b شق ۲ ماده ۳۷ کنوانسیون عمل نمودند که بر اساس آن می‌بایست هر طرف جهت گزینش یک داور و توافق دو طرف برای داور سوم بعنوان رئیس

۱- لیتوانی و اوکراین به ترتیب در تاریخ ۵ آگوست ۱۹۹۲، ۷ جولای ۲۰۰۰ عضو کنوانسیون ICSID شدند.

دیوان اقدام می‌کرد. در مارس ۲۰۰۳ خواهان «دانیل پرایس» آمریکایی و اوکراین «پیروبرنادردینی» ایتالیایی را انتخاب نمودند و به لحاظ عدم توافق طرفین برای انتخاب داور سوم، خواهان از رئیس شورای اجرایی مرکز طبق ماده ۳۸ کنوانسیون و بند ۱ ماده ۴ مقررات داوری، درخواست نمود داور سوم را منصوب کند و رئیس شورا پس از مشورت با دو طرف پروفیسور «پروسپرویل» فرانسوی را منصوب کرد و بدین ترتیب دیوان داوری رسماً در ۲۹ آوریل ۲۰۰۳ تأسیس و شروع بکار نمود و خانم «ماتینابولاسک» از سوی دیوان بعنوان مدیر دفتر دیوان برگزیده شد. در سوم ژوئن ۲۰۰۳ اولین جلسه رسیدگی دیوان در شهر پاریس برگزار و در آن جلسه خوانده نسبت به صلاحیت دیوان اعتراضاتی را مطرح نمود و درخواست کرد باید بدو صلاحیت دیوان جدای از ماهیت دعوی مورد رسیدگی قرار گیرد. خواهان در مخالفت با این درخواست استدلال نمود ماهیت دعوی به گونه‌ای است که از موضوع صلاحیت دیوان تفکیک ناپذیر است.

بعلاوه خواهان درخواست دادرسی فوری جهت تعلیق رسیدگی دادگاه ملی اوکراین و نیز اقدامات مقامات مالیاتی آن کشور را که در حال رسیدگی و انجام بوده ارائه کرد تا بتواند هم حقانیتش را به اثبات برساند، و هم جلوی خسارات احتمالی جبران ناپذیر را بگیرد، خوانده با این درخواست مخالفت نمود. بعد از دریافت نظرات کتبی طرفین در اول جولای ۲۰۰۳ دیوان با درخواست دادرسی فوری خواهان و درخواست خوانده مبنی به رسیدگی بدوی به صلاحیت جدای از ماهیت دعوی، موافقت نمود.<sup>۱</sup> [بنظر می‌رسد تصمیم دیوان در این قسمت صحیح بوده است زیرا همانگونه که بعداً در بخش موجبات اعتراض خوانده خواهیم دید موضوع صلاحیت با ماهیت دعوی ارتباط مستقیم نداشته و از سوی دیگر برای جلوگیری از خسارات بیشتر خواهان که بواسطه رسیدگی داخلی و اقدامات مقامات محلی بعضاً غیر قابل جبران و یا غیر قابل رسیدگی در دیوان فعلی بوده، صدور قرار دستور موقت ضرورت داشت]. پس از تبادل لوایح از سوی طرفین در ۱۰ دسامبر ۲۰۰۳ دیوان جهت استماع شفاهی اظهارات طرفین راجع به صلاحیت دیوان، در فرانسه جلسه رسیدگی تشکیل داد.

### ۳- مقررات حقوقی مربوط به صلاحیت (مبانی صلاحیت)

۱- اصولاً در دیوان بین‌المللی دادگستری دستور موقت زمانی صادر می‌شود که صلاحیت دیوان احراز شده باشد.

در این پرونده به موجب مواد ۱ و ۸ BIT اوکراین ولیتوانی ناظر به ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID باید به موضوع صلاحیت یا عدم صلاحیت دیوان با اکثریت آراء اتخاذ تصمیم می‌شد.

۱- طبق ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID معیارهای عینی و واقعی راجع به صلاحیت مرکز در خصوص داوری به شرح زیر است:

« ۱) صلاحیت مرکز به هر اختلاف حقوقی که مستقیماً از سرمایه‌گذاری بین دولت عضو و تبعه دولت دیگر عضو کنوانسیون سرچشمه گیرد گسترش خواهد یافت که طرفین اختلاف به صورت کتبی برای اقامه آن در مرکز موافقت می‌نمایند. وقتی طرفین موافقتشان را اعلام کردند هیچ کدام از طرفین نمی‌تواند به طور یکجانبه موافقتش را مسترد نماید.

۲) تبعه کشور دیگر عضو کنوانسیون معنی می‌دهد:

a -.....

b - هر شخص حقوقی که تابعیت کشور متعاقد به جز کشور طرف اختلاف را در تاریخی که طرفین برای رسیدگی چنین اختلافی از طریق داوری یا سازش رضایت داشته‌اند، داراست و هر شخص حقوقی که تابعیت کشور متعاقد طرف اختلاف را در آن تاریخ دارد اما به خاطر کنترل خارجی (بر آن) طرفین متعاقد توافق نموده باشند تا بعنوان تبعه کشور متعاقد دیگر برای تحقق اهداف این کنوانسیون با آن رفتار گردد. »

۲- ماده ۸ BIT اوکراین و لیتوانی اختلافاتی را که می‌توان به داوری بین المللی ارائه کرد به شرح زیر اعلام نمود:

« ۳) هر اختلاف واقع بین سرمایه‌گذار یک طرف قرارداد و طرف دیگر قرارداد در ارتباط با سرمایه‌گذاری در قلمرو طرف دیگر قرارداد مشروط بر اینکه مذاکراتی بین طرفین اختلاف صورت گرفته باشد»

۴) اگر هر اختلافی بین سرمایه‌گذار یک طرف قرارداد و طرف دیگر قرارداد که نتواند طی یک دوره شش ماهه حل و فصل گردد، سرمایه‌گذار مجاز است دعوی حقوقی را ارائه دهد به:

a - مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری ICSID ... »

۳- بند ۱ ماده ۱ BIT بین لیتوانی و اوکراین سرمایه‌گذاری را به عنوان «هر نوع دارایی که به وسیله سرمایه‌گذار یک طرف قرارداد در سرزمین طرف دیگر قرارداد مطابق با قوانین و مقررات طرف اخیر سرمایه‌گذاری شود» تعریف کرده است. این تعریف لیست غیر کاملی از داراییها را شامل می‌شود که ممکن است از طریق سرمایه‌گذاری تحصیل شود از قبیل: دارایی منقول و

غیر منقول - حصص و سهام، و مطالبات پولی. این ماده ضمناً مقرر کرده است «هر تغییر شکل نسبت به داراییهای سرمایه‌گذاری شده روی دهد، ویژگی آنها را به عنوان سرمایه‌گذاری تحت تأثیر قرار نمی‌دهد مشروط بر اینکه چنین تغییر انجام شده‌ای مطابق با قوانین طرف قرارداد در کشوری که سرمایه‌گذاری انجام گرفته، صورت گرفته باشد.» و بند ۲ ماده ۱ BIT سرمایه‌گذار را این طور تعریف می‌کند:

«الف - نسبت به اوکراین: - هر شخصی حقیقی که بر طبق قوانین اوکراین تابعیت اوکراین را داشته باشد - هر موجودیتی (یا شخصیت حقوقی) که در کشور اوکراین تأسیس شود و با قوانین و مقررات اوکراین مطابقت داشته باشد

ب - نسبت به لیتوانی: - هر شخص حقیقی که بر طبق قوانین لیتوانی تابعیت جمهوری لیتوانی را داشته باشد - هر موجودیتی (یا شخصیت حقوقی) که در کشور لیتوانی تأسیس شود و با قوانین و مقررات لیتوانی مطابقت داشته باشد.

ج - نسبت به طرف قرارداد: هر موجودیت (یا شخصیت حقوقی) که به موجب قانون کشور ثالثی تأسیس شده و مستقیماً یا غیر مستقیماً توسط اتباع طرف قرارداد یا توسط موجودیتهایی (شخصیتهای حقوقی) که مقر آن در سرزمین طرف قرارداد است، تحت نظارت یا کنترل باشد. مسلم است که جهت نظارت دارا بودن سهم عمده در مالکیت ضروری است.»

[لذا اولاً: صلاحیت مرکز قبل از هر چیز به موافقت طرفین اختلاف بستگی دارد و رضایت طرفین مبنای صلاحیت مرکز است<sup>(۴)</sup> به عبارتی در درجه اول طرفین، ذینفع در تعیین صلاحیت جهت ارائه اختلاف به مرکز می‌باشند زیرا مبنای صلاحیت داور توافق طرفین است. ثانیاً: دیوان داوری نسبت به کلیه اختلافاتی که در محدوده توافق طرفین قرار می‌گیرد، صلاحیت رسیدگی را دارد به شرطی که اختلاف مذکور شرایط مورد نظر مقرر در ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID را دارا باشد.]

به نظر دیوان بر اساس ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID و BIT بین لیتوانی و اوکراین، دیوان نسبت به اختلاف حاضر صلاحیت دارد اگر شرایط زیر احراز شود:

- ۱- خواهان یک سرمایه‌گذار تبعه یک طرف قرارداد باشد
- ۲- خواهان در سرزمین طرف دیگر قرارداد سرمایه‌گذاری کرده باشد.
- ۳- اختلاف مستقیماً از سرمایه‌گذاری نشأت گرفته باشد.
- ۴- طرفین به صلاحیت مرکز در مورد اختلاف موافقت داشته باشند.



اینک استدلال خواننده را که مبتنی بر ادعای عدم تحقق شرایط فوق می باشند در فصل دوم بررسی می کنیم.

فصل دوم: تجزیه و تحلیل اعتراضات خواننده به صلاحیت مرکز از حیث شرایط صلاحیت  
۱- اعتراض اول: خواهان یک سرمایه گذار واقعی لیتوانیایی نیست.

### الف - استدلال خواننده:

خواننده مخالفتی ندارد که خواهان به طور قانونی شخصیت حقوقی است که طبق قوانین لیتوانی تأسیس شده است ولی خواهان یک شخصیت حقوقی واقعی لیتوانیایی نیست زیرا عمدتاً اتباع اوکراینی مالکیت و نظارت بر آن را دارا هستند. زیرا اتباع اوکراینی مالکیت ۹۹٪ سهام توکیوس توکلس و مدیریت  $\frac{2}{3}$  آن را در اختیار دارند<sup>۱</sup> بعلاوه خواهان قویتاً تأیید نمود که توکیوس توکلس هیچ فعالیت تجاری قابل توجهی در لیتوانی ندارد و اداره مرکزی آن در اوکراین است لذا خواهان برحسب داراییهایش یک سرمایه گذار اوکراینی در لیتوانی است نه یک سرمایه گذار لیتوانی در اوکراین.

خواننده معتقد است صدور رأی مبنی بر صلاحیت دیوان در این پرونده یعنی اعطاء اجازه به اتباع اوکراینی جهت استفاده از داوری بین المللی علیه دولت متبوعشان و این رخداد با هدف و مقصود کنوانسیون ICSID مغایر است. ازیرا کنوانسیون تصریح کرده است برای سهولت فیصله اختلاف سرمایه گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر تدوین و تصویب گردید لذا عبارت مذکور این معنا را نمی دهد که اختلاف بین دولتها و اتباع خودشان قابل رسیدگی در مرکز باشد. [ <sup>(۵)</sup> برای اجتناب از آن خواننده درخواست می کند تا دیوان داوری پوشش و لفافه شرکت خواهان را بشکافد یعنی به معیار کشور محل تشکیل آن توجه نکند و تابعیت شرکت را بر اساس تابعیت سهامداران و مدیران برجسته آن مشخص کند. خواننده در توجیه درخواست خود جهت شکافتن لفافه و پوشش شرکت سه دلیل را مطرح می کند:

(۱) متن کنوانسیون ICSID و BIT بین اوکراین و لیتوانی در تعیین تابعیت شرکت به دیوان اجازه می دهد تا به کشور محل تشکیل شرکت خواهان توجهی نکند و تابعیت شرکت را بر پایه تابعیت سهامداران و کنترل کنندگان آن مشخص کند.

(۲) دیوان باید در این پرونده پوشش شرکت خواهان را بشکافد زیرا در غیر اینصورت شرکت

۱- دوشیزگان سرجی دنی لو، الکساندرنی لواتباع اوکراینی دارای ۹۹٪ سهام توکیوس توکلس و خانم لودمیلازیتسوا تبعه لیتوانی مالک ۱٪ باقی مانده سهام است این سه مدیران شرکت مذکور می باشند. رجوع کنید به ضمیمه ۶ درخواست داوری، پاراگرافهای ۳ تا ۶ اساسنامه شرکت سهامی خاص توکیوس توکلس

اجازه خواهد یافت در لیتوانی تأسیس شود اما نظارت و کنترل و مالکیت آن عمدتاً در دست اوکراینی‌ها باشد و دنبال نمودن داوری ICSID علیه اوکراین مغایر با هدف و مقصود کنوانسیون ICSID و BIT اوکراین و لیتوانی می‌باشد که در آن دیوانی برای حل و فصل اختلافات بین‌المللی پیش بینی شده نه اختلافات داخلی

۳) رویه قضایی در داوری ICSID مبین آن است که برای تعیین تابعیت اشخاص حقوقی از تست کنترل بیش از معیار کشور محل تشکیل شرکت حمایت می‌کند و نیز مبین حمایت از شکافتن پوشش شرکت در موقعیتهای خاصی مثل پرونده اخیر است.

### ب - تجزیه و تحلیل دیوان در پاسخ به اعتراض اول خواننده در خصوص مفاد کنوانسیون ICSID راجع به تعیین تابعیت اشخاص حقوقی:

کنوانسیون ICSID ضروری می‌داند تبعه کشور متعاقد، طرف اختلاف با دولت متعاقد دیگر باشد ولی شیوهایی را برای تعیین تابعیت اشخاص حقوقی تعیین نکرده و این وظیفه را به طور معقول به صلاحدید کشورهای متعاقد کنوانسیون واگذار نموده است<sup>(۶)</sup> که معمولاً به موجب معاهدات دو جانبه حمایت از سرمایه گذاری (BIT) و یا قوانین ملی نظیر قانون حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی آن را تعیین می‌کنند که البته این امر باید مورد قبول دیوان داوری نیز واقع شود<sup>(۷)</sup> لذا هدف کنوانسیون ICSID در بند b شق دو ماده ۲۵، تعیین محدودیتهای خارجی در اختلافاتی است که ممکن است به سازش یا داوری تحت حمایت مرکز و با توافق متعاهدین به آن ارائه گردد، نه تعیین تابعیت.<sup>(۸)</sup>

### ج - تجزیه و تحلیل دیوان در پاسخ به اعتراض خواننده در خصوص مفاد معاهده BIT راجع به تعیین تابعیت اشخاص حقوقی:

در تفسیر کنوانسیون ICSID و BIT همانند دیگر دیوانهای داوری باید وفق ماده ۳۱ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات<sup>(۹)</sup> که منعکس کننده حقوق بین‌المللی عرفی است معاهده را براساس حسن نیت و در مطابقت با معنای عادی اصطلاحات در متن معاهده و در پرتو هدف و مقصود معاهده باید تفسیر کرد. طبق بند b شق ۲ ماده ۱ معاهده BIT بین اوکراین و لیتوانی اصطلاح سرمایه‌گذار نسبت به لیتوانی اینگونه تعریف شده «هر موجودیت (حقوقی) که در سرزمین لیتوانی مطابق با قوانین و مقررات آن کشور تأسیس گردد». معنای عادی اصطلاح «موجودیت» چیزی است که وجود واقعی داشته باشد<sup>(۱۰)</sup> و معنای عادی

«تأسیس کردن» این است که بر پایه دائمی و مطمئن ایجاد شده باشد<sup>(۱)</sup> از سوی دیگر ثبت یک شرکت در یک کشور مؤید آن است که آن شرکت مطابق با قوانین و مقررات کشور مذکور تأسیس گردیده است و خواهان در سال ۱۹۸۹ بعنوان شرکت تعاونی در لیتوانی تأسیس و در ۱۹ آگوست همان سال در این کشور ثبت و در ۱۹۹۱ توسط مؤسسین به شرکت سهامی خاص تبدیل و در می ۱۹۹۱ تحت همین عنوان در لیتوانی ثبت گردید.<sup>۱</sup> لذا خواهان دارای وجود واقعی بر یک پایه مطمئن و دائمی وفق مقررات لیتوانی در این کشور تأسیس گردیده و در نتیجه بر طبق معنای عادی بند b شق ۲ ماده ۱ BIT خواهان یک سرمایه‌گذار لیتوانیایی است. معیار مذکور در بند c شق ۲ ماده یک BIT یعنی تابعیت افرادی که شرکت را کنترل می‌کنند و مرکز اداری شرکت در کشور دیگر است در مورد شرکتهایی است که در اوکراین و لیتوانی تأسیس نشده باشند و حوزه معاهده را نسبت به اشخاص حقوقی که در کشور ثالث تشکیل و به ثبت رسیده‌اند بسط و توسعه می‌دهد. اگر طرفین BIT قصد داشتند که این روش انحصاری را نسبت به اشخاص حقوقی که بطور قانونی در اوکراین و لیتوانی تأسیس شده‌اند، اجرانمایند، طرفین آن معیارها را در بند b شق دو ماده ۱ درج میکردند. لذا هدف بند c شق ۲ ماده ۱ فقط گسترش تعریف سرمایه‌گذار است نسبت به اشخاص حقوقی که طبق قانون کشور ثالث تأسیس شده باشد چون هدف BIT بین اوکراین و لیتوانی حمایت وسیع از سرمایه‌گذاران خارجی و سرمایه‌گذاری آنها است در نتیجه باید طبق قاعده «تصریح به امری موجب اخراج غیر است» عمل کرد و شرکت خواهان را لیتوانیایی تلقی نمود و تست کنترل را برای سوژه سرمایه‌گذاران موضوع بند b شق ۲ ماده ۱ بکار نبرد. زیرا ماده ۱ که قلمرو اجرای معاهده را مشخص می‌کند، سرمایه‌گذاران را به عنوان موجودیتی که در اوکراین یا لیتوانی تأسیس گردد، تبعه آن کشور محسوب و چنانچه موجودیتی در کشور ثالثی تأسیس شود ولی توسط اتباع یا اشخاص حقوقی اوکراینی یا لیتوانیایی نظارت شوند، تبعه کشوری که کنترل شرکت در دست اتباع آن است محسوب می‌نماید.

بنابراین اعتراض خواننده برای محدود کردن قلمرو سرمایه‌گذاران تحت پوشش از طریق تست کنترل با هدف و مقصود BIT که حمایت وسیع از سرمایه‌گذاران و سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشد، سازگاری نداشته و ندارد.

۱- بخش ۵ ضمیمه شماره ۱۰ اسناد ارائه شده از سوی خواهانها ۲۰ ژوئن ۲۰۰۳ و ضمام ۵- ۶ تقاضای داوری

به علاوه اگرچه استدلال خواننده از این حیث که خواهان فعالیت تجاری عمده ای در لیتوانی نداشته، صحیح است اما معاهدات مربوط به سرمایه گذاری میان کشورها است که به اراده طرفین آن میزان برخورداری سرمایه گذاران را از حمایت‌های مندرج در مشخص می کنند همانگونه که در معاهده اوکراین و ایالات متحده<sup>(۱۲)</sup> و یا معاهده ایالات متحده و آرژانتین<sup>(۱۳)</sup> آمده است، به موجب این معاهدات هر طرف این حق را دارد تا منافع موضوع این معاهده را نسبت به شرکتی که در قلمرو طرف مقابل تأسیس شده ولی اتباع کشور ثالث آنها را تحت کنترل و نظارت خود دارند یا چنین شرکتی فعالیت تجاری مهمی در سرزمین محل تأسیس خود (در قلمرو طرف مقابل) ندارد، رد نماید.

این توافقات تأیید و ثابت می کنند که طرفین قادرند قلمرو موافقت‌نامه را نسبت به اشخاص حقوقی طرف دیگر که توسط اتباع کشور ثالث یا توسط اتباع کشور میزبان نظارت می شوند یا در کشور محل تأسیس فعالیت تجاری مهمی ندارند، مستثنی کنند در حالی که معاهده اوکراین و لیتوانی چنین شرط رد منافی را شامل نمی شود. فقدان چنین شرطی به عنوان انتخاب آگاهانه طرفهای معاهده در نظر گرفته می شود و دیوان عقیده ندارد برای خود محدودیت‌هایی راجع به قلمرو معاهده را که در متن آن یافت نمی شود، تحمیل نماید. دیوان داوری نباید از حدود تعریف شده برای اعمال صلاحیت ماورای آنچه تعیین شده فراتر رود همچنان که نباید در اعمال صلاحیتی که به آن اعطاء شده قصور ورزد زیرا متعهد به اعمال آن است. به علاوه خواهان اطلاعات مهمی را به دیوان داوری در رابطه با فعالیت‌هایش در لیتوانی ارائه کرد از جمله آن گزارش یا اظهارنامه‌های مالی یا ترازنامه، اطلاعات شغلی، کاتالوگی از مواد تولید شده طی سالهای ۱۹۹۱ تا ۱۹۹۴ در لیتوانی می باشد.<sup>۱</sup> وقتی که این فعالیت احراز شد در اثبات فعالیت‌های تجاری واقعی مهم نیازی نیست تا اثباتاً تصمیم بگیریم که آنها انجام شده اند زیرا این موضوع ارتباطی با تعیین صلاحیت دیوان ندارد. تنها مسأله ای که مربوط می باشد این است که آیا خواهان وفق قوانین لیتوانی تأسیس شده است یا نه زیرا این موضوع جزء شرایط صلاحیت می باشد و [همانگونه که قبلاً بیان شد ثبت شرکت در لیتوانی دلیل بر آن است که مطابق قوانین آن کشور تأسیس شده است لذا]<sup>۲</sup> تردیدی نیست که خواهان یک سرمایه گذار لیتوانی طبق بند b شق ۲ ماده ۱ BIT است. ضمناً آزادی طرفین معاهده در تعیین قلمرو

<sup>۱</sup> ضمائم ۱۱-۱ از اسناد ارائه شده توسط خواهان در ۳۰ دسامبر ۲۰۰۳. این کاتالوگ‌های منتشره مربوط به سالهای ۱۹۹۱-۱۹۹۲-۱۹۹۳ و ۱۹۹۴ می باشد.

<sup>۲</sup> تأکید از جانب نویسنده این مقاله است متأسفانه دیوان علیرغم ضرورت ذکر آن صرفاً به نتیجه گیری اکتفا نمود.

اجرای آن برای تعیین صلاحیت دیوان تا حدی است که از مزایای کنوانسیون برای مقاصدی که آشکارا مورد نظر کنوانسیون نبوده، بهره برداری ننمایند. دیوان در توجه به این نظر خود به رأی دیوان داوری در دعوی شرکت آسیایی آمکو و دیگران به طرفیت جمهوری اندونزی<sup>(۱۴)</sup> اشاره می‌کند تا بدین ترتیب استدلال کند که رأی دیوان در پرونده حاضر نیز با رویه قضایی ICSID مطابقت دارد.

## د - تجزیه و تحلیل دیوان در پاسخ به اعتراض اول خواننده در خصوص مطابقت بند ۲ ماده ۱ BIT با کنوانسیون ICSID

اگرچه بند b شق ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون شیوه الزام آوری را برای تعیین تابعیت شرکت بیان نمی‌کند اما عموماً این اصل پذیرفته شده است که تابعیت شرکت بر پایه مرکز اداری آن یا مکان تشکیل شرکت مشخص می‌شود<sup>(۱۵)</sup> و در رویه قضایی دیوان داوری ICSID زمانی که مسأله تعیین تابعیت اشخاص حقوقی مطرح می‌گردد جملگی معیار تشکیل شرکت یا مکان مرکز اداری را بیش از نظارت پذیرفته‌اند<sup>(۱۶)</sup> و اگر بر اساس معیار مرکز اداری بخواهیم تابعیت خواهان را مشخص کنیم برخلاف اظهارات خواننده، ملاحظه گواهی ثبت خواهان و اساسنامه شرکت و آگهی‌های خبری منتشره خواهان در خصوص مبلغ سرمایه‌گذاری خارجی<sup>۱</sup> جملگی حکایت از تطابق محل تشکیل شرکت و مرکز اداری آن با هم در کشور لیتوانی دارد. [در این قسمت دیوان علیرغم اینکه تطابق محل تشکیل و مرکز اداری را ضروری نمی‌بیند ولی با این حال برای رفع هر گونه شبه احتمالی و از باب احتیاط و اثبات عدم صحت اظهارات خواننده، در مقام اثبات تطبیق محل تشکیل شرکت با مرکز اداری آن برمی‌آید.] استناد به معیار کنترل برای تعیین تابعیت شرکت نیازمند تصریح طرفین معاهده سرمایه‌گذاری است و طرفین BIT این استثناء را به مورد خاصی غیر از وضعیت پرونده حاضر پیش‌بینی کرده‌اند و خواننده متقاضی ایجاد استثنایی بر اصل دولت محل تشکیل شرکت است بدون اینکه توافقی در معاهده سرمایه‌گذاری در این خصوص ایجاد شده باشد. دیوان هیچ راهی در حمایت از تقاضای خواننده در متن کنوانسیون نیز نیافت و قسمت اخیر بند b شق ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID کاربرد معیار کنترل را برای موقعیتهایی که توصیف کرده محدود می‌کند یعنی وقتی که طرفین BIT توافق دارند به اینکه تبعه کشور میزبان را به عنوان تبعه طرف دیگر قرارداد به لحاظ کنترل

۲- ضمیمه ۵، ۱۳، ۶، ۵ تقاضای داوری

خارجی تلقی کنند در حالیکه در پرونده حاضر خواهان نه تبعه کشور میزبان است و نه طرفین توافق دارند تا خواهان بعنوان تبعه کشور دیگری غیر از کشور محل تشکیل شرکت تلقی شود. اعمال معیار کنترل در تعیین تابعیت شرکت، در جهت محدود کردن صلاحیت مرکز، با هدف و مقصود بند b شق ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID ناهماهنگ است در حالی که مقصود از معیار کنترل در بخش دوم بند b شق ۲ ماده ۲۵ برای توسعه صلاحیت مرکز می باشد. این امر برای کشور میزبان کاملاً عادی است تا به سرمایه گذارهای خارجی ای نیازمند باشد که محل تجارت آنها در داخل قلمرو میزبان از طریق تأسیس شرکتی وفق مقررات آن کشور باشد، ادامه یابد. اگر از لحاظ تکنیکی بپذیریم که شرکت مذکور، تبعه میزبان تلقی شود ضرورت وجود یک استثناء بر اصل کلی «عدم صلاحیت مرکز نسبت به اختلاف بین دولت طرف قرارداد و اتباعش» آشکار خواهد بود زیرا در غیر اینصورت بخش مهمی و بزرگی از سرمایه گذارهای خارجی، خارج از حوزه کنوانسیون قرار خواهد گرفت<sup>(۱۷)</sup> [به نظر می رسد دیوان این استثناء را در توجیه استدلال خود در جهت هماهنگی آن با هدف کنوانسیون که حمایت از سرمایه گذاری و سرمایه گذار است بیان می کند در حالیکه چنین استثنایی با مفاد ماده ۲۵ و مقدمه کنوانسیون مغایر است چون مطابق همین مقررات هدف کنوانسیون حمایت از سرمایه گذاری خارجی و سرمایه گذار خارجی است نه صرف حمایت از سرمایه گذار و سرمایه گذاری. لذا استدلال دیوان در این جهت مصادره به مطلوب و تفسیر در مغایرت با هدف کنوانسیون و نیز منطوق آن است] در حالی که دیوان قسمت دوم بند b شق ۲ ماده ۲۵ را در جهت توسعه صلاحیت و نه در جهت محدودیت آن تشریح و تفسیر می کند.

دیوان در تفسیر اخیر خود به آرای دیوان ICSID در قضیه شرکت هتلهای ونا<sup>۱</sup> به طرفیت کشور مصر<sup>(۱۸)</sup> و نیز قضیه اوتوپیستا به طرفیت کشور ونزوئلا<sup>(۱۹)</sup> و نیز قضیه CMS به طرفیت کشور آرژانتین<sup>(۲۰)</sup> به عنوان رویه قضایی دیوان ICSID در تفسیر بند b شق ۲ ماده ۲۵ در جهت گسترش صلاحیت مرکز استناد می کند و معتقد است بر اساس رویه قضایی ICSID قسمت دوم بند b شق ۲ ماده ۲۵ برای تعیین تابعیت اشخاص حقوقی در صورت عدم توافق طرفین کاربرد دارد. [به نظر می رسد این قسمت از استدلال دیوان با استدلال قبلی آن در تعارض است زیرا دیوان قبلاً اظهار کرده بود که استناد به معیار کنترل برای تعیین تابعیت نیازمند تصریح طرفین BIT است در حالیکه در اینجا دیوان معتقد است استناد به قسمت دوم

<sup>۱</sup> این شرکت در انگلستان به ثبت رسید ولی اکثریت سهام آن متعلق به اتباع مصری بود.

بند b شق ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون در صورت سکوت طرفین برای تعیین تابعیت بر اساس معیار کنترل کاربرد دارد. حال آنکه واقعیت امر آن است که مفاد قسمت اخیر بند b شق ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون و بند c ماده ۱ BIT بدون اینکه با هم تعارض داشته باشند دو مطلب متفاوت<sup>۱</sup> که قابل جمع با یکدیگر بر اساس معیار کنترل بوده را مطرح می‌کنند زیرا اولی مقرر می‌کند «هر شخصی حقوقی... تابعیت کشور متعاقد طرف اختلاف را داشته باشد، ولی به علت کنترل خارجی (بر آن) طرفین موافقت نموده باشند که... مثل یک تبعه کشور متعاقد دیگر با آنها رفتار بشود.»

و بند c ماده ۱ BIT مقرر می‌کند «هر موجودیتی که به موجب قانون کشور ثالثی تأسیس شده و مستقیماً یا غیر مستقیماً توسط اتباع طرف قرارداد یا توسط موجودیتهایی که مقر آن در سرزمین طرف قرارداد است، تحت نظارت یا کنترل باشد (تبعه طرف قرارداد تلقی می‌شود)» لذا به موجب قسمت دوم بند b شق ۲ ماده ۲۵ برای تعیین تابعیت اشخاص حقوقی بر اساس معیار کنترل نیازمند توافق صریح طرفین معاهده است همانگونه که در بند c ماده ۱ BIT استفاده از این معیار برای حالت خاصی غیر از موضوع پرونده حاضر تصریح گردیده است [نتیجه اینکه هیچ مبنایی در BIT و یا کنوانسیون ICSID مبنی بر اینکه بر اساس معیار کنترل برای تعیین تابعیت شرکت توافق طرفین معاهده نادیده گرفته شود، یافت نگردید، گرچه برخی دیوانهای داوری شیوه متمایزی را اتخاذ کرده‌اند<sup>(۲۱)</sup> و دیوان معتقد نیست که داور بدون بررسی متن معاهده و بدون احراز توافق مخالف محدودیت صلاحیت خود را از معاهده استنباط کند.

ی - تجزیه و تحلیل دیوان در خصوص اعتراض اول خواننده راجع به نظریه معقول شکافتن لفافه شخص حقوقی

دیوان بررسی نظریه معقول شکافتن لفافه را تا حدی که حقوق بین‌الملل عرفی به رسمیت شناخته می‌پذیرد و مستند خود را در این زمینه رأی دیوان بین‌الملل دادگستری در قضیه بارسلونا تراکشن قرار می‌دهد.<sup>۲</sup> (گرچه معتقد است که دیوان مذکور در آن پرونده حوزه دقیق

۱- کنوانسیون در صدد گسترش صلاحیت خود با تلقی شرکت تبعه کشور میزبان به عنوان تبعه کشور طرف دیگر به علت کنترل خارجی بر آن است (به شرط توافق طرفین) ولی BIT در صدد گسترش صلاحیت مرکز با تلقی شرکت تبعه کشور ثالث به عنوان تبعه کشور میزبان به علت کنترل خارجی بر آن است.

۱- براساس آن رأی محل تشکیل شرکت تنها معیار تعیین تابعیت در پرونده های حمایت دیپلماتیک است.

اجرائی را برای شکافتن لفافه تعریف نکرده است) در آن پرونده ICJ بیان کرده است: «فرایند جابجایی لفافه یک مورد فوق العاده بوده که به موجب حقوق داخلی پذیرفته شد و تا حدی که با حقوق بین الملل قابل انطباق باشد در روابط بین الملل پذیرفته خواهد بود. رویه داخلی نشان می دهد تغییر لفافه چنانچه به منظور سوء استفاده از امتیاز، کلاهبرداری، یا فرار از تعهدات قانونی باشد، می تواند مورد بررسی مرجع قضائی در تعیین تابعیت قرار گیرد»<sup>(۲۲)</sup> در پرونده حاضر خواننده ثابت نکرده است که خواهان از منزلت اجتماعی خود به عنوان یک شخصیت حقوقی لیتوانیایی برای ارتکاب کلاهبرداری یا تخلف استفاده کرده و شکافتن لفافه جهت حفاظت از حقوق اشخاص ثالث با رد صلاحیت دیوان ضرورت دارد و یا ثابت نکرده است که خواهان از تابعیت خود برای شانه خالی کردن از تعهدات قانونی اش استفاده کرده باشد. دیوان متقاعد شد خواهان هیچگونه تلاشی نکرده تا هویت ملی اش را از خواننده مخفی کند بلکه بر عکس منزلت اجتماعی خواهان به عنوان یک شخص حقوقی لیتوانیایی طبق قوانین اوکراین و لیتوانی به خوبی توسط خواننده محرز و شناخته شده است. خواهان آشکارا شرکت توکیوس توکلس را برای هدف دستیابی به حکمیت ICSID طبق BIT علیه اوکراین تأسیس نکرده زیرا شرکت مذکور شش سال قبل از لازم الاجرا شدن معاهده مذکور بین اوکراین و لیتوانی تأسیس شده بود. نتیجه اینکه در سوابق هیچ دلیلی وجود ندارد که خواهان از تابعیت قانونی رسمی اش برای هدف نادرستی استفاده کرده باشد تا شکافتن لفافه برای احراز تابعیت واقعی خواهان ضرورت پیدا کند. مستند استدلال دیوان در خصوص صحت اقدامات خواهان در ابراز هویت آن، مدارک ارائه شده از سوی خواهان و سکوت خواننده در این خصوص بوده است.

ن - تجزیه و تحلیل دیوان در خصوص اعتراض اول خواننده از طریق بررسی های دیگر راجع به تابعیت خواهان

دیوان در این قسمت اظهار می دارد گرچه ذکر عناصر رأی ضرورتی ندارد ولی رویه قضایی ICSID و دیدگاههای متخصصین ICSID معرفی شده توسط اعضای کنوانسیون که به موضوع تعیین تابعیت اشخاص حقوقی مربوط می شود، مؤید استدلال دیوان است زیرا مطابق:

(۱) رویه قضایی ICSID :



به نظر دیوان احکام داوری استنادی توسط خواننده در حمایت از کنار گذاردن تعریف تابعیت بر اساس توافق طرفین نیست. استناد خواننده به نمونه‌های اندکی از آراء دیوان از جمله در قضیه شرکت منابع آمریکایی بانرو به طرفیت کنگو به منظور شکافتن لفافه شرکت خواهان موجب نمی شود صلاحیت دیوان بر اساس مقررات محدود شود زیرا در همان آرا نیز قواعد مبنای صلاحیت با توجه به شرایط پیرامون موضوع بررسی می شود. این آرا بیانگر آن است که دیوان از صدور حکم مبنی بر صلاحیت بر پایه ظواهر رسمی خودداری کند و رأی آن براساس ارزیابی واقعی شرایط، پایه‌گذاری گردد<sup>(۲۳)</sup> در دیوان داوری در قضیه بانرو خواهان به عنوان طرفی که داوری را تقاضا کرده، همان موجودیتی نبوده است که به عنوان طرف اختلاف به داوری رضایت داده باشد<sup>۱</sup> به همین جهت در آن پرونده دیوان نظر داد جهت تعیین صلاحیت باید تابعیت خواهان را بررسی نماید. در قضیه بانرو شرکت منابع بانرو کانادایی سهام خود را در سرمایه گذاری کانگوس به شرکت وابسته خود یعنی بانرو آمریکایی انتقال داد و خواهان نمی توانست از اظهار رضایت شرکت کانادایی استفاده کند زیرا شرکت کانادایی تبعه طرف غیر متعاقد بوده و از حیث قانونی نمی توانست رضایت به داوری ICSID دهد<sup>(۲۴)</sup> در نتیجه چنین رضایت غیر معتبری قابل انتقال به شرکت آمریکایی نبوده است. اگرچه دیوان بانرو خاطر نشان کرد که می تواند موضوع حق اقامه دعوی شرکت آمریکایی را به روش انعطاف پذیری مورد توجه قرار دهد.<sup>(۲۵)</sup>

لذا دیوان از طریق شکافتن لفافه شرکت خواهان، صلاحیت را رد نکرد بلکه از حیث اینکه شرکت کانادایی از حمایت دیپلماتیک بهره مند نشود (با توجه به اینکه شرکت آمریکایی داوری ICSID را دنبال می کرد)، صلاحیت را رد کرد در غیر اینصورت مغایر با هدف و مقصود ماده ۲۷ کنوانسیون بوده است.<sup>(۲۶)</sup>

در قضیه بانرو نزد دیوان روش صحیح تعریف تابعیت خواهان مطرح نبوده است زیرا اختلافی در تابعیت آمریکایی خواهان و تابعیت کانادایی شرکت اصلی منابع بانرو نبود. مسأله در قضیه بانرو

<sup>۱</sup> تقاضای داوری از سوی یک کمپانی عضو گروهی از شرکتها در دیوان ارائه شده، در حالیکه براساس مستندات، کمپانی دیگر عضو همان گروه از شرکتها رضایت خود را به داوری اعلام کرده بود ولی چون سهام خود را به شرکت متقاضی داوری انتقال داده بود شرکت متقاضی داوری بر همان مبنا تقاضای داوری از دیوان می نماید، پاراگراف ۱۰ رأی دیوان.

<sup>۲</sup> مادهی ۲۷ کنوانسیون ICSID «هیچ کشور متعاهدی نسبت به اختلافی که یکی از اتباع آن و کشور متعاقد دیگر در رجاع آن به داوری به موجب این کنوانسیون تراضی نموده اند، حمایت سیاسی و طرح دعوی بین المللی نخواهد کرد...»

این بود که آیا خواهان دارای یک تابعیت می‌توانست از رضایت اعلام شده از سوی شرکت اصلی با تابعیت دیگر بهره‌مند شود یا خیر. در پرونده حاضر تردیدی در اینکه خواهان تقاضای داوری کرده و موافقتش را صریحاً مبنی بر صلاحیت ICSID اظهار داشته وجود ندارد لذا اعمال رأی بانرو در این پرونده هیچ توجیهی را برای توجه به ماورای تابعیت خواهان (توکیوس توکلس) نخواهد داشت.

خواننده به رأی دیوان در قضیه آتوپیستا به طرفیت ونزولا استناد کرد در حالیکه استناد به آن برای خواننده بی‌فایده است زیرا گرچه رأی دیوان در آن قضیه پذیرفت که معیار اقتصادی اغلب بهتر از معیار قانونی، واقعیت را منعکس می‌کند اما استفاده از آن معیارها در همان پرونده نیز منوط به رعایت و احترام به توافق طرفین BIT بوده است. خواننده به رأی دیوان در قضیه شرکت لوون به طرفیت ایالات متحده در جهت توجیه موضع‌اش استناد می‌کند مبنی اینکه گرچه دیوان نپذیرفت لفافه شرکت خواهان شکافته شود ولی دیوان در آن پرونده عملاً اینکار را انجام داد زیرا دیوان نمی‌توانست بدون شکافتن لفافه شرکت نتیجه‌گیری کند که تابعیت خواهان از کانادایی به تابعیت اصلی امریکایی تغییر یافته<sup>(۲۷)</sup> است<sup>۱</sup> و در آن پرونده دیوان صلاحیت را نپذیرفت زیرا در نتیجه بروز حادثی که منجر به ورشکستگی خواهان گردید تا تاریخ تقاضای خسارت در دیوان تابعیت خواهان تداوم نداشت. [به نظر می‌رسد دیوان در این زمینه هیچ‌گونه تحلیلی ارائه نمی‌کند زیرا همانگونه که خواننده استدلال کرد تابعیت خواهان تداوم نداشت تا دیوان صلاحیت رسیدگی خود را اعلام نماید لذا نتیجه‌گیری از این حیث که دیوان در آن پرونده لفافه شرکت را شکافت یا خیر، نوعی پیشداوری محسوب می‌شود که دیوان از آن امتناع نمود].

## ۲) دیدگاه‌های متخصصین ICSID :

خواننده به دیدگاه‌های دکتر آمراسینگ و آقای بروچز استناد می‌کند<sup>۲</sup> که به نظر دیوان خواننده اظهارات آنان را بد تعبیر کرده است. به عقیده خواننده آنان کاربرد معیار نظارت یا کنترل را برای تعیین تابعیت شرکت هم بموجب اولین و هم به موجب دومین قسمت بند b شق ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID تشویق کرده اند در حالیکه آمراسینگ معتقد بود که ماده ۲۵

<sup>۱</sup> شرکت مذکور که تابعیت کانادایی داشته کاملاً در مالکیت و کنترل اتباع امریکایی بود.

<sup>۲</sup> پاسخ خواننده در پاراگراف‌های ۱۰-۱.

کنوانسیون به دیوان اجازه می‌دهد تا در اعمال روشهای متعدد در تعیین تابعیت اشخاص حقوقی از جمله معیار کنترل بی نهایت انعطاف پذیر باشد تا اینکه صلاحیت مرکز از طریق اعمال شیوه های انعطاف پذیر تحقق یابد<sup>(۲۸)</sup> به علاوه آقای بروچز معتقد بود که متن بند b شق ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID بطور ضمنی معیار محل تشکیل شرکت را برای تعیین تابعیت الزاماً مفروض، و انحراف از این قاعده کلی را مجاز ولی منوط به توافق طرفین معاهده می‌داند.<sup>(۲۹)</sup>

### ۳) شیوه سنتی طبق حقوق بین‌الملل:

به نظر دیوان همانگونه که در رأی دیوان بین‌الملل دادگستری تشریح شد «اصل یا قاعده عرفی و قدیمی این است که حق حمایت دیپلماتیک یک شخصیت حقوقی برای کشوری است که آن شخصیت طبق قوانین آن تشکیل و در آنجا به ثبت رسیده است»<sup>(۳۰)</sup> ترتیب مقرر در معاهده BIT اوکراین و لیتوانی همان روشی است که در حقوق بین‌الملل عرفی صورت می‌گیرد.

ه: نتیجه‌گیری دیوان دآوری در خصوص اعتراض اول خواننده راجع به صلاحیت [علیرغم تمامی تلاشی که دیوان در استناد به رویه قضایی، نظرات متخصصین و مقررات کنوانسیون ICSID و BIT از طریق تجزیه و تحلیل آنها انجام داده است اما به این نکته توجه نکرد: شرکتهای تجاری که در قلمرو هر یک از دولتین لیتوانی و اوکراین تأسیس شده به موجب BIT به عنوان شخصیت حقوقی مورد شناسایی قرار گرفته و شخصیت حقوقی شرکت نیز جدای از شخصیت حقوقی شرکا است لذا نباید برای تعیین تابعیت شرکت به تابعیت شرکا و میزان سرمایه گذاری آنها توجه کرد به ویژه اینکه طرفین معاهد نیز معیار تابعیت شرکت را منطبق با رویه قضایی در BIT مشخص کرده‌اند] به هر حال دیوان نتیجه می‌گیرد که خواهان یک سرمایه گذار لیتوانیایی طبق بند b شق ۲ ماده ۱ BIT و یک تبعه کشور دیگر متعاهد طبق ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID می‌باشد.

۲- اعتراض دوم: خواهان بر طبق مقررات و قوانین اوکراین سرمایه‌گذاری نکرده است

### الف - استدلال خواننده:

خواننده مدعی است حتی اگر طبق عقیده دیوان خواهان لیتوانیایی باشد، خواهان اثبات نکرده است که منبع سرمایه غیر اوکراینی است و نیز ثابت نکرده که برای سرمایه گذاری اولیه در

شرکت وابسته خود به نام تاکی اسپراوی به میزان کافی سرمایه داشته است. لذا سرمایه گذاری در تاکی اسپراوی خارج از قلمرو BIT اوکراین و لیتوانی و نیز خارج از قلمرو کنوانسیون ICSID است زیرا مقصود هر دو معاهده حمایت از سرمایه گذاری بین المللی (cross-border) است. بعلاوه حتی اگر دیوان معتقد باشد خواهان سرمایه گذاری در اوکراین انجام داده، این سرمایه گذاری طبق مقررات اوکراین انجام نگرفت لذا تحت پوشش BIT قرار نمی گیرد

### ب - تجزیه و تحلیل دیوان در خصوص اعتراض دوم خواننده بر اساس کنوانسیون ICSID

طبق ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID ضروری است اختلاف ناشی از سرمایه گذاری باشد طرفین این آزادی عمل را دارند تا انواع سرمایه گذاری را که متمایل به ارجاع اختلافات مربوط هستند، تحت صلاحیت مرکز قرار دهند<sup>(۳۱)</sup> به همین جهت کنوانسیون تعریفی از سرمایه گذاری به عمل نیاورده و این امر تابع اراده‌ی طرفین BIT است و در این پرونده این آزادی عمل در BIT میان اوکراین و لیتوانی اعمال شده است.

### ج) تجزیه و تحلیل دیوان در خصوص اعتراض دوم خواننده بر اساس BIT

طبق بند ۱ ماده ۱ BIT میان اوکراین و لیتوانی سرمایه گذاری عبارت است از هر نوع دارایی که به وسیله یک سرمایه گذار تبعه یک طرف قرارداد در سرزمین طرف دیگر قرارداد طبق قوانین و مقررات طرف اخیر سرمایه گذاری گردد به علاوه تناوب فرمی که دارایی هایی سرمایه گذاری شده داشته باشند تأثیری در شخصیت سرمایه گذار نخواهند گذاشت. لذا معاهده هیچ شرطی را که به موجب آن سرمایه از لیتوانی سرچشمه گرفته باشد یا چنین سرمایه‌ای در اوکراین سرچشمه نگرفته باشد، در بر ندارد. به علاوه در تفسیر BIT باید معانی اصطلاحات را در معنای عادی آنها در پرتو هدف و مقصود معاهده در نظر گرفت و معنای عادی سرمایه گذاری یعنی «صرف کردن پول و تلاش در چیزی که سود یا فایده‌ای را بتوان از آن انتظار داشت»<sup>(۳۲)</sup> و معنای عادی «by» نیز «وسایل یا علت» می‌باشد.<sup>(۳۳)</sup> بنابراین سرمایه گذاری طبق BIT یعنی هر نوع دارایی که از سوی یک سرمایه گذار تبعه یک طرف قرارداد باعث صرف پول و تلاش گردد و از آن انتظار سود یا فایده‌ای در سرزمین طرف دیگر قرارداد داشته باشد. لذا کافی است که خواهان ثابت کند باعث یک سرمایه گذاری در سرزمین خواننده شده است. در این پرونده خواهان دلیل محکمی را برای اثبات سرمایه‌گذاری در اوکراین ارائه کرده

زیرا او با سرمایه‌گذاری اولیه USD ۱۷۰/۰۰۰ در سال ۱۹۹۴ و ادامه سرمایه‌گذاری مجدد<sup>۱</sup> هر ساله تا سال ۲۰۰۲ جمعاً بیش از ۶/۵ میلیون USD سرمایه‌گذاری کرده است<sup>۲</sup> علاوه بر آن گرچه BIT ضروری نمی‌داند که طرفین قرارداد سرمایه‌گذاری‌های اشخاص حقوقی طرف دیگر قرار داد را که در محدوده‌ی معاهده قرار می‌گیرد تصدیق نمایند (و در این پرونده نیز خواننده چنین کاری انجام نداده) اما خواهان طی بیست و سه نسخه از اسنادی که ارائه نمود ثابت کرد که سرمایه‌گذاری‌های خارجی انجام شده توسط او در اوکراین به وسیله مسئولین دولتی اوکراین به ثبت رسیده است.<sup>۳</sup> خواننده از دیوان داوری تقاضا نموده تا بدون اینکه متن BIT تصریح کرده باشد استنباط کند معاهده مذکور ضروری می‌داند که خواهان دلایل بیشتری ارائه کند مبنی بر اینکه سرمایه به کار رفته در سرمایه‌گذاری در اوکراین از منابع غیر اوکراینی نشأت گرفته باشد. در حالیکه به نظر دیوان نه متن تعریف سرمایه‌گذاری و نه متنی که شرایط سرمایه‌گذاری را تشریح کرده و نه هدف و مقصود معاهده اجازه ضرورت چنین درخواستی را ولو بطور تلویحی راجع به اصل سرمایه نمی‌دهد. بعلاوه متنی که اصطلاح سرمایه‌گذاری را تعریف کرده یعنی «هر نوع دارایی که به وسیله یک سرمایه‌گذار، سرمایه‌گذاری می‌شود» از محدودیتی که توسط خواننده دفاع شده، حمایت نمی‌کند لذا ضرورت بررسی منشأ اصلی سرمایه با هدف و مقصود BIT که حمایت گسترده برای سرمایه‌گذاران و سرمایه‌گذاریشان در سرزمین هر طرف است، مغایر و ناهماهنگ می‌باشد. لذا دیوان هیچ اصلی نمی‌یابد تا محدودیتی را تحمیل کند که توسط خواننده در حوزه سرمایه‌گذاری پیشنهاد کرده است.

نتیجه این که طبق شرایط BIT داراییهای خواهان در سرزمین اوکراین سرمایه‌گذاری شده‌اند و این سرمایه‌گذاری با تصمیمات اتخاذی خواهان جهت تأسیس یک شرکت در اوکراین و اختصاص منابع مالی به آن شرکت طبق نظارت خواهان رخ داده است و برای انجام چنین کاری خواهان سبب صرف پول و تلاش شده و توقع سود و فایده آن را در اوکراین داشته است.

#### د - تجزیه و تحلیل دیوان در خصوص اعتراض دوم خواننده، راجع به هماهنگی بند ۱

##### ماده ۱ BIT با ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID

۱ - تعریف سرمایه‌گذاری در بند ۱ ماده ۱ BIT که مقرر می‌کند «هر نوع دارایی سرمایه‌گذاری شده توسط یک سرمایه‌گذار» مشخصاً شامل سرمایه‌گذاری مجدد منافع حاصله از سرمایه‌گذاری اولیه می‌شود.

۲ - برای مثال بخش ۴-۲ اسناد تسلیمی خواهان ۲۰ ژوئن ۲۰۰۳

۳ - ضمیمه ۱۳ تقاضای داوری

خواننده از دیوان درخواست کرده بود تا حوزه سرمایه‌گذاری تحت پوشش را با افزایش یک شرط محدود کند مبنی بر اینکه سرمایه‌گذاری صورت گرفته مستقیم نبوده است. در حالی که یافته‌های دیوان طبق BIT با کنوانسیون ICSID هماهنگ است.

دیوان در این مورد به رأی دیوان داوری ICSID در پرونده فداکس. ان. وی به طرفیت جمهوری ونزوئلا استناد می‌کند.<sup>(۳۴)</sup> در آن پرونده خواننده استدلال می‌کرد که سفته‌های منتشر شده معتبر دولتی توسط خواهان سرمایه‌گذاری نیست زیرا خواهان سفته‌ها را با روش ظهر نویسی از یک شرکت ونزوئلایی به دست آورده<sup>(۳۵)</sup> است لذا خواهان سرمایه‌گذاری مستقیم در ونزوئلا نکرده است در حالیکه چنین سرمایه‌گذاری طبق کنوانسیون ضروری بوده است<sup>(۳۶)</sup> دیوان در آن پرونده استدلال خواننده را رد کرد و تعریف وسیع سرمایه‌گذاری که به موجب کنوانسیون انتظار می‌رفت را تأیید کرد بنابراین رأی اصطلاح «مستقیماً» در بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID به «اختلاف» مربوط می‌شود و نه «سرمایه‌گذاری» صلاحیت مرکز می‌تواند حتی نسبت به سرمایه‌گذاری که مستقیم نیستند تسری داشته باشد به شرط اینکه اختلاف مستقیماً از چنین سرمایه‌گذاری سرچشمه گرفته باشد.<sup>(۳۷)</sup>

در پرونده حاضر خواهان یک سرمایه‌گذاری در راستای اهداف کنوانسیون انجام داده و تصمیم گرفته تا سرمایه را تحت نظارت خود در سرزمین اوکراین به جای سرمایه‌گذاری در جای دیگر به کار گیرد. مبدأ سرمایه به وجود یک سرمایه‌گذاری ارتباطی ندارد.

کنوانسیون ضروری نمی‌داند که سرمایه از یک مبدأ ویژه ای منابع مالی آن تامین گردد. این مطلب به موجب رأی دیوان داوری ICSID در قضیه ترادکس هلاس. اس. ای به طرفیت جمهوری آلبانی تأیید شد<sup>(۳۸)</sup> لذا مبدأ سرمایه مورد استفاده یا تحصیل داراییهای به کار رفته با موضوع صلاحیت تحت کنوانسیون بی ارتباط است. به نظر دیوان کنوانسیون ICSID بدو هیچ ضرورتی را قائل نیست برای اینکه سرمایه‌گذاری در موضوع اختلاف یک ویژگی بین‌المللی را داشته باشد، مبدأ سرمایه تعیین کننده و سرنوشت ساز باشد. [دیوان در این قسمت از رأی علیرغم اینکه در مقام بررسی انطباق مفاد BIT و کنوانسیون ICSID است از تشریح اصطلاح سرمایه‌گذاری و منشاء آن و مستقیم یا غیر مستقیم بودن آن به موجب BIT مطلبی بیان نمی‌کند چون در قسمت قبلی به آن پرداخته و کاملاً در مطابقت با کنوانسیون طی آنچه که در این قسمت بیان شد، می‌باشد ولی بهتر بود به این مطلب در این قسمت نیز اشاره می‌کرد.] در خصوص ادعای خواننده مبنی بر اینکه سرمایه‌گذاری مطابق با قوانین و مقررات اوکراین به گونه ای که در بند ۱ ماده ۱ BIT آمده بود، انجام نگرفته برای مثال: نام کامل شرکت وابسته نادرست

ثبت شده<sup>۱</sup> و اشتباهاتی در اسناد ارائه شده توسط خواهان وجود دارد، برخی مدارک فاقد امضا یا فاقد گواهی امضا ضروری می‌باشد<sup>۲</sup> و خواهان نسبت به این ادعای خواننده اعتراض و مخالفتی نکرده است.....<sup>۳</sup> دیوان در مقابل چنین استدلال می‌کند: شرط مقرر در بند ۱ ماده ۱ BIT این است که سرمایه‌گذاری‌ها باید با متابعت از قوانین و مقررات کشور میزبان انجام گیرد هدف از چنین شرطی همانگونه که در رأی دیوان داوری در قضیه سالینی کاستروتوری اس. پی. ای و ایتالسترید اس. پی. ای به طرفیت پادشاهی موراگو اعلام شده در جلوگیری از حمایت سرماگذارها در معاهدات دوجانبه، این بوده است که از سرمایه‌گذاری‌های غیر قانونی حمایت نشود.<sup>(۳۹)</sup>

در این پرونده، خواننده اظهار نمی‌دارد که سرمایه‌گذاری خواهان در زمینه فعالیت تجاری، تبلیغ، چاپ و نشر غیر قانونی هستند و مقامات دولتی خواننده، شرکت وابسته خواهان را نیز به عنوان یک شرکت معتبر در سال ۱۹۹۴ به ثبت رساندند و طی ۸ سال پس از آن هر کدام از سرمایه‌گذاری‌های خواهان را در اوکراین ثبت کردند. اکنون خواننده اظهار می‌دارد برخی موارد که شالوده‌ی این سرمایه‌گذاری‌های ثبت شده را تشکیل می‌دادند دارای عیوب و نقایصی هستند و برخی از نواقص نیز به محتوا و مضمون قانون اوکراین مربوط می‌شود. به نظر دیوان حتی اگر بتوانیم اظهارات خواننده را ثابت و تأیید کنیم<sup>۴</sup> صرف‌نظر از اینکه این کار به بررسی کامل جزییات کوچک و دقیق شیوه‌های اجرایی در قانون اوکراین نیازمند است، این موضوع مانع یک سرمایه‌گذاری به لحاظ اشتباهات کوچک می‌شود و این امر با هدف و مقصود BIT مغایر می‌باشد به علاوه به نظر دیوان ثبت هر یک از سرمایه‌گذاری‌های خواهان توسط خواننده نشان می‌دهد که سرمایه‌گذاری در این موضوع طبق قوانین و مقررات اوکراین انجام گرفته است [به نظر می‌رسد دیوان به این نکته نیز باید اشاره می‌کرد که اگر اشتباهی هم رخ داده این اشتباهات به مقامات دولت میزبان در ثبت سرمایه بر می‌گردد که بر فرض بی‌اعتباری سرمایه‌گذاری نیز رافع مسؤلیت خواننده در جریان خسارات وارده به خواهان نخواهد بود].

### ۳- اعتراض سوم: اختلاف از سرمایه‌گذاری نشأت نگرفته است

#### الف - استدلال خواننده:

به منظور اینکه دیوان داوری نسبت به اختلاف صلاحیت رسیدگی داشته باشد باید یک ارتباط مناسبی بین، اختلاف و سرمایه‌گذاری خواهان در سرزمین طرف قرارداد وجود داشته باشد.

<sup>۱</sup> درخواست داوری ضمیمه ۸ و اعتراض خواننده در ۲-۲-۲

<sup>۲</sup> پاسخ خواننده در بخش ۴

<sup>۳</sup> پاسخ خواهان در ۴۸-۸۶-۱۳۸

<sup>۴</sup> البته این وظیفه‌ی خواننده بود که ادعای خود را ثابت کند.

بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID صلاحیت را به هر اختلافی که مستقیماً از سرمایه‌گذاری به وجود آید توسعه می‌دهد و برای اینکه این ضرورت صریحاً برآورده شود، اختلاف و سرمایه‌گذاری باید دقیقاً و بطور معقول با هم مرتبط باشند.<sup>(۴۰)</sup>

ماده ۸ BIT اوکراین و لیتوانی نیز مقرر می‌کند که سرمایه‌گذار یکی از طرفین قرارداد می‌تواند اختلافات را در رابطه با سرمایه‌گذاری در سرزمین طرف دیگر به داوری تسلیم کند. در حالیکه اختلاف فعلی مستقیماً از یک سرمایه‌گذاری سرچشمه نگرفته است زیرا طبق ادعای خواهان، اقدامات غیرقانونی مقامات دولتی اوکراین علیه دارایی‌های مادی وی صورت گرفته در حالی که این کارها واقدامات برعلیه دارایی‌های مادی خواهان یعنی وسایل و تجهیزات هدف‌گیری نشده است یا مستقیماً به آن مربوط نبوده است.<sup>۱</sup>

### ب - تجزیه و تحلیل دیوان در رابطه با اعتراض سوم خواننده

این موضوع که حوزه اختلافات قابل ارجاع به داوری طبق BIT نسبت به بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون وسیعتر هستند می‌تواند قابل دفاع و معتبر باشد با این حال حتی اگر فقط بر اساس کنوانسیون اختلاف مطرح گردد باز هم استدلال خواننده یقیناً با شکست مواجه می‌شود. زیرا خواننده شرایط حقوقی ماده ۲۵ را به اشتباه تعبیر کرده است. برای اینکه اختلاف مستقیماً از سرمایه‌گذاری نشأت گیرد گفته می‌شود رفتار غیرقانونی دولت نیازی به این ندارد تا بر علیه دارایی مادی سرمایه‌گذاری هدف‌گیری کند. شرط ضروری مستقیم بودن اختلاف برآورده می‌شود اگر اختلاف از خود سرمایه‌گذاری یا فعالیتهای مرتبط با سرمایه‌گذاری مانند مورد پرونده حاضر نشأت گرفته باشد. حوزه این شرط به وسیله اولین دیوان داوری ICSID مورد توجه قرار گرفت و آن در قضیه هالیدی انس. اس. ای، به طرفیت موراکو بود که دیوان به صلاحیت خود در خصوص قراردادهای وام رأی داد در حالیکه این قراردادهای از موضوع اصلی سرمایه‌گذاری جدا بودند ولی موکداً به توافق راجع به سرمایه‌گذاری و یکپارچگی کلی کار سرمایه‌گذاری مربوط می‌شد.<sup>(۴۱)</sup> بدین ترتیب تعهدات خواننده نسبت به سرمایه‌گذاری نه تنها به دارایی‌های مادی سرمایه‌گذار لیتوانیایی مربوط می‌شود بلکه به فعالیتهای تجاری که به دارایی مادی مربوط است، وابسته می‌باشد. تعهدات کشورها نسبت به «دارایی» و «کاربرد دارایی» در حقوق بین‌الملل به خوبی مشخص شده است برای مثال در طرح کنفرانس تدوین حقوق بین‌الملل ۱۹۳۰ لاهه، هر گونه محرومیت مالک در استفاده، اداره یا انتقال اموال خود

۱- اعتراضات خواننده راجع به صلاحیت در ۱۶-۱۲



اعم از رسمی یا بالفعل، موقت یا دائم، سلب مالکیت محسوب می‌گردد. دیوان در این خصوص به رأی دیوان داوری ایران و ایالات متحده که مؤید طرح کنوانسیون مسئولیت به شرح فوق است نیز استناد می‌کند<sup>(۴۲)</sup>

در پرونده حاضر هر یک از اقدامات غیرقانونی دولت، (ادعایی توسط خواهان) نظیر تحقیقات متعدد و غیرقانونی تحت عنوان اعمال قوانین مالیاتی ملی، طرح و تعقیب دعاوی بی‌پایه و اساس در دادگاه‌های داخلی از جمله طرح دعاوی با انگیزه بی‌اعتبار کردن قراردادهای منعقد شده توسط شرکت فرعی تابعه، توقیف دارایی‌های شرکت تابعه، توقیف اسناد مالی و سایر اسناد به طور نامعقول، وارد کردن اتهام به شرکت فرعی به فعالیت‌های غیرقانونی... از جمله اقداماتی اند که نسبت به شرکت فرعی وابسته خواهان در اوکراین انجام گرفته بنابراین دیوان متقاعد می‌شود که اختلاف فعلی مستقیماً از سرمایه‌گذاری خواهان سرچشمه می‌گیرد] در این قسمت ظاهراً ایرادی که می‌توان به رای دیوان وارد کرد این است که تا زمانی که این اقدامات غیرقانونی به اثبات نرسد نمی‌توان احراز کرد اقدامات مذکور به اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری مربوط می‌شود در نتیجه آنچه را که خواهان بدو در پاسخ به دفاع خوانده مبنی بر تفکیک ناپذیری موضوع صلاحیت با ماهیت اختلاف مطرح کرده بود منطقی به نظر می‌رسید ولی دیوان علیرغم اینکه این دفاع خواهان را قبول نکرد با این وجود در پایان رسیدگی به موضوع صلاحیت به این نتیجه رسید که این اختلافات مربوط به اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری ارتباط مستقیم دارند بدون اینکه ولو به طور اجمال به این موضوع رسیدگی نماید اما واقعیت این است که دیوان به اقدامات دولت اوکراین صرف‌نظر از قانونی بودن یا نبودن آن توجه کرده و آن اقدامات را من حیث‌المجموع از موارد اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری می‌داند لذا اشکال و شبهه به کیفیت انشا رای مربوط است نه محتوای آن<sup>۱</sup>

فصل سوم - تجزیه و تحلیل اعتراضات خوانده به صلاحیت مرکز از حیث شرایط مربوط به نحوه طرح دعوی (ایرادات مربوط به نحوه پذیرش دعوی یا ایرادات پذیرشی)

### ۱- اعتراض اول: رضایت کتبی خواهان نادرست و بیموقع بوده است

#### الف - استدلال خوانده:

۱- ممکن است تصور شود دیوان در صدور قرار دستور موقت در خصوص غیر قانونی بودن اقدامات، این بررسی اجمالی را انجام داده ولی واقعیت این است که مدارکی که خواهان ارائه نمود صرفاً می‌توانست موبد برخی اقدامات از سوی دولت خوانده باشد نظیر جریان دعوی در محاکم داخلی اوکراین یا توقیف اموال و اسناد و طرح اتهامات، که برای صدور قرار دستور موقت کفایت می‌کرد ولی اینکه آن اقدامات غیر قانونی بوده اند یا نه نیازمند بررسی در ماهیت است.

طبق بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID صلاحیت مرکز به هر اختلاف حقوقی که طرفین اختلاف برای ارایه آن به مرکز کتباً توافق دارند بسط و گسترش می‌یابد.

موافقت اوکراین مطابق بند ۲ ماده ۸ BIT احراز گردید زیرا آن ماده مقرر می‌کند که سرمایه‌گذار مجاز خواهد بود تا موضوع را به داوری از طریق ICSID ارجاع نماید. خواننده اعتراضی ندارد که با داوری ICSID موافق بوده است ولی معتقد است که رضایت خواهان نادرست و زود هنگام بوده است زیرا خواهان مدارک بی نام و نشانی تحت عنوان موافقت به داوری با تاریخ ۷ اگوست ۲۰۰۲ به ضمیمه درخواست داوری در تاریخ ۱۴ اگوست ۲۰۰۲ تقدیم مرکز کرد ولی در ۱۷ اکتبر ۲۰۰۲ آن را پس گرفت و مجدداً در ۲۲ نوامبر ۲۰۰۲ درخواست داوری نمود. به نظر خواننده اعلام موافقت خواهان صحیح نیست زیرا در اعلامیه مبنی بر موافقت به صلاحیت مرکز خواننده را مخاطب قرار نداده بود و مستقیماً برای خواننده ارسال ننمود.<sup>۱</sup>

همچنین موافقت خواهان بی موقع و زود هنگام بوده است زیرا از یکسو موافقت قبل از شروع دعوی عقوقی در ICSID داده نشده در حالیکه این امر به موجب کنوانسیون ضروری بود<sup>۲</sup> و از سوی دیگر اعلام موافقت قبل از اتمام دوره ۶ ماهه مذاکره که طی ماده ۸ BIT ضروری بود ارایه شد.<sup>۳</sup>

### ب - تجزیه و تحلیل دیوان در خصوص اعتراض اول خواننده

دیوان هیچکدام از استدلالهای خواننده را در این مورد نپذیرفت زیرا بدو کنوانسیون رسیدگی در مرکز را مشروط به موافقت کتبی به شکلی خاص، نمی‌داند بلکه در اعلام موافقت کتبی، مخاطب یا مخاطبان آن به طور کلی یا به نحو اجمال مشخص شوند و به مرکز ارسال گردند کفایت می‌کند کنوانسیون صرفاً رضایت کتبی را ضروری می‌داند بنابراین لازم نیست که موافقت طرفین در یک سند واحد آورده شود یا ابتدائاً برای خواننده ارسال گردد. موافقتها می‌تواند واقعاً در اسناد با ویژگی‌های کاملاً گوناگون اعلام گردد و نیازی نیست تا برای طرف دیگر ارسال شود و یا در هر اختلاف با ترتیب و نظم خاصی ارجاع گردد<sup>(۴۳)</sup> در حقیقت خواهان نیاز ندارد تا اعلام رضایتش را در یک سند با فرم خاص به دبیرخانه مرکز ارسال نماید بلکه این رویه ایجاد شده است که یک سرمایه‌گذار می‌تواند پیشنهاد موافقتی را که در معاهده آمده ضمن

۲- اعتراضات خواننده راجع به صلاحیت ۳-۱-۳

۳ و ۴- اعتراضات خواننده راجع به صلاحیت در ۴-۱-۳

طرح دعوی حقوقی در ICSID در هماهنگی با دعوی بپذیرد<sup>۱</sup> بنابراین نه تنها موافقت نامه خواهان بلکه همچنین دبیرخانه مرکز می تواند شرط ضرورت رضایت کتبی مبنی بر صلاحیت مرکز را حسب مورد برآورده یا احراز کند همانطور که کنوانسیون در نظر دارد هیچ لزومی ندارد که اعلام رضایت مقدم بر اختلاف خاصی باشد و یا در تلاقی با آن ادامه یابد به عبارتی نه ضرورت دارد که رضایت مقدم بر اختلاف باشد و نه در ادامه مذاکرات مربوط به اختلاف باشد.<sup>(۴۴)</sup> به علاوه ضروری نیست خواهان موافقتش را قبل از شروع دادخواهی ارائه دهد. گزارش مدیر اجرایی زمان بندی موافقت طرفین را در پاراگراف ۲۴ بدین شرح عنوان کرده است: «موافقت طرفین در زمانی که دعوی به مرکز تسلیم شده باید وجود داشته باشد» (بند ۳ ماده ۲۸ و بند ۳ ماده ۳۶ کنوانسیون) گرچه کنوانسیون به طریق دیگری زمانی را که باید رضایت اعلام شود، مشخص نکرده است لذا وقتی یک سرمایه‌گذار پیشنهاد کلی کشوری را که در BIT موافقت خود را اعلام نمود، می‌پذیرد، چنین پذیرشی صحیح است مادامی که این کار بعد از زمان تحویل دادخواست خواهان به داوری اتفاق نیفتد.<sup>(۴۵)</sup> هیچ نیازی نیست که موافقت خواهان بر درخواست رسیدگی تقدم داشته باشد [کافی است مؤخر بر درخواست رسیدگی نباشد] به همین ترتیب نه BIT و نه کنوانسیون ICSID خواهان را ملزم نمی‌داند تا بعد از طی یک دوره شش ماهه ضروری جهت مذاکره برای اینکه موافقت خود را به صلاحیت ICSID اعلام نماید صبر کند. ماده ۸ BIT صرفاً ضروری می‌داند که یک دوره مذاکره شش ماهه بعد از اینکه اختلاف رخ داد و قبل از اینکه دادخواست جهت داوری تقدیم شود طی شود. دیوان اطمینان دارد که شرط ضروری مربوط تحقق یافته است بنابراین و بنا به دلایل مذکور موافقت کتبی خواهان شرایط کنوانسیون را برآورده کرده است.

## ۲- اعتراض دوم: خواهان و خوانده طرفین مذاکره موضوع ماده ۸ BIT نبودند

### الف - استدلال خوانده:

خوانده مدعی است که با توجه به گستردگی مذاکرات انجام شده آنها درگیر مذاکره بین مقامات دولتی محلی در کیف و شرکت تاکی اسپراری بودند نه خواهان<sup>۲</sup> لذا شرط مذاکره مقرر در بند ۱ و ۲ ماده ۸ BIT اوکراین و لیتوانی بین سرمایه‌گذار یک طرف قرارداد و طرف دیگر قرارداد تحقق نیافته است. بعلاوه مقامات محلی کیف قانوناً مجاز نبودند تا از طرف اوکراین مذاکره کنند ضمن اینکه مقامات محلی به نمایندگی از طرف دولت در برابر تاکی اسپراری و نه

<sup>۱</sup> در قضیه SGS به طرفیت فیلیپین دیوان ICSID این رویه را پذیرفت. (به نقل از اسکریر در ۲۱۸).

<sup>۲</sup> اعتراضات خوانده در ۲۰۰۶-۲۰۰۳-۲۵۳ رنوشته استماع شفاهی راجع به صلاحیت در ۵۹-۵۷.

توکیوس توکلس برای مذاکره اعمالی را انجام دادند که مقامات دولتی را وارد مذاکره کردند (به عبارتی مقامات دولتی در عمل انجام شده قرار گرفتند).

### ب - تجزیه و تحلیل دیوان در خصوص اعتراض دوم خواننده

دیوان خرسند است که خواهان و خواننده به طور گسترده در مذاکرات ضروری مربوط به اختلاف شرکت جستند. خواهان باعث شد که این اختلاف مورد توجه مقامات دولتی مرکز از جمله رئیس‌جمهور اوکراین قرار گیرد.<sup>۱</sup> به علاوه خواهان مدارکی از مذاکراتش با مقامات فدرال بصورت نامه کتبی تهیه کرده که نشان می‌دهد خواهان مکاتباتی را با دادستان کل اوکراین و رئیس اجرایی مالیات کشور اوکراین مبادله کرده است.<sup>۲</sup> علاوه بر آن مدارکی از مذاکرات طولانی بین خواهان و مقامات دولتی محلی وجود دارد<sup>۳</sup> زمانی که اقدامات مقامات محلی به دولت مرکزی قابل انتساب<sup>(۴۶)</sup> باشد<sup>۴</sup> نیازی نیست که دیوان تصمیم بگیرد که آیا مذاکرات توسط این مقامات می‌تواند برای تحقق شرط طی دوره مذاکره شش ماهه که به موجب معاهده تصریح شده مورد محاسبه و مهم تلقی شود یا نه همانگونه که مذاکرات مستقیم با مقامات دولت مرکزی ضرورت شرط حقوقی را برآورده می‌کند [مذاکره با مقام‌های محلی نیز همین اثر را دارد] و یا اینکه آیا رئیس‌جمهور اوکراین هر یک از این مذاکرات بیهوده را تصویب خواهد کرد یا نه؟ مهم نیست، همانطور که یک کشور نمی‌تواند به مقررات داخلی خود از جمله قانون اساسی در پاسخ به دعاوی بین‌المللی دفاع کند.<sup>(۴۷)</sup> نسبت به شرکت خواهان نیز در خصوص مذاکره اهمیتی ندارد که آیا نمایندگان خواهان همانند نمایندگان شرکت اصلی توکیوس توکلس مذاکره کرده باشند و یا مانند نمایندگان شرکت کاملاً وابسته تاکی اسپرایی مذاکره کرده‌اند. در این مورد خواهان طرف مذاکره بوده است.

بنابراین اختلاف فعلی موضوع مذاکره بین یک سرمایه‌گذار یک طرف قرارداد و طرف دیگر قرارداد مطابق با ماده ۸ BIT بوده است.

### ۳- اعتراض سوم: «اختلاف» موضوع مذاکره مطابق با ماده ۸ BIT نبوده است

#### الف - استدلال خواننده :

<sup>۱</sup> پیش‌نویس تقاضای داوری، ضمیمه ی ۲۰  
<sup>۲</sup> پیش‌نویس تقاضای داوری، ضمیمه ۱۶-۱۷-۱۸-۱۹-۲۱  
<sup>۳</sup> متمم تقاضای داوری در ۸-۳  
<sup>۴</sup> ماده ۱۷ طرح کنوانسیون مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها برای اقدامات غیرقانونی ۱۹۸۰ تحت عنوان "رفتار ارگان‌های دولت" مقرر می‌دارد: «رفتار هر ارگان دولتی بعنوان اقدام آن دولت بموجب حقوق بین‌الملل محسوب خواهد شد ام از اینکه خصیصه آن بعنوان یک ارگان دولت مرکزی باشد یا یک واحد سرزمینهای آن دولت.»

خواننده مدعی است حتی اگر خواهان و خواننده مذاکره کرده باشند. اختلاف، موضوع مذاکرات آنها نبوده است<sup>۱</sup> به ویژه اینکه اعمال دولتی که توسط خواهان مورد اعتراض قرار گرفته این اعتراضات در داخل اختلاف تا ۱۶ اگوست ۲۰۰۲ (تاریخ دریافت درخواست داوری) متبلور نشده است در نتیجه طرفین اختلاف طی دوره شش ماهه ضروری قبل از ثبت دادخواست در ۲۰ دسامبر مذاکره نکردند.

### ب- تجزیه و تحلیل دیوان در خصوص اعتراض سوم خواننده :

در قضیه ماروماتیس دیوان دایمی بین‌الملل دادگستری اختلاف را چنین تعریف می‌کند «به عنوان عدم توافق روی موضوعی حقوقی یا واقعی، تعارض در دیدگاه‌هایی حقوقی یا منافع بین دو طرف»<sup>(۴۸)</sup> پروفیسور اسکریر شرایط اختلاف را در متن زیر چنین توصیف می‌کند: «اختلاف باید به موضوعات مشخص و محقق شده آشکار بین طرفین مرتبط باشد و نباید صرفاً علمی (انتزاعی) باشد این به معنای آن نیست که اقدام ویژه‌ای توسط یک طرف انجام گیرد یا اختلاف باید به سطح مشخصی از برخورد و رویارویی گسترش یابد بلکه آن صرفاً باید منافع فوری برای طرفین را داشته باشد. اختلاف باید ماورای نارضایتی عمومی باشد و باید حسب تقاضای معینی حساس بیان گردد.»<sup>(۴۹)</sup> دیوان متقاعد شد که اختلاف به قدر کافی به گونه‌ای که تعریف شده مورد مذاکره حداقل طی شش ماه قبل از تاریخ ثبت دادخواست قرار گرفته است. خواهان به مقامات دولتی خواننده در خصوص موجبات اعتراض خود شامل تحقیقات ناموجه، توقیف نامعقول اسناد و مدارک و داراییها، اقدامات قضایی بی‌اساس برای لغو قراردادها، اتهامات غیر موجه علنی.. مراتب را اعلام کرده است و مشخص شد که دادخواست خسارت مبین اختلافی است که با تحقق شرایط حقوقی صلاحیت هم‌هنگ می‌باشد. [ به عبارت دیگر طرح موجبات اعتراض ضمن مذاکرات، جهت قطع آن اقدامات و جبران خسارات بوده بنابراین ضرورتی نداشت که مذاکره صریحاً تحت عنوان جبران خسارت صورت گیرد به ویژه اینکه برای طرح خسارت ضمن مذاکره، اقدامات غیر قانونی دولت باید مورد بحث قرار می‌گرفت تا در نهایت مطالبه خسارت شود ولی همانگونه که اشاره شده مذاکرات بیهوده بود و به نتیجه نرسید تا موضوع خسارت مطرح گردد.]<sup>۲</sup>

۱- اعتراضات خواننده در ۲-۳

۱- برای دستیابی به متن این رای و ضمائم آن و نیز سایر آراء ICSID به سایت [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org) مراجعه شود.

### نتیجه‌گیری نهایی دیوان راجع به صلاحیت:

«بنا به دلایل مذکور و بعد از دریافت نظر مخالف رئیس دیوان، دیوان داوری با اکثریت اعضای خود تصمیم می‌گیرد که اختلاف فعلی در محدوده صلاحیت مرکز و در صلاحیت دیوان داوری می‌باشد.»

### نتیجه‌گیری:

#### الف - تحلیل کلی

۱- به نظر دیوان با توجه به اینکه دولتمین اوکراین و لیتوانی صریحاً در خصوص کیفیت تعیین تابعیت شخص حقوقی بموجب BIT توافق نموده‌اند محملی برای توجه به معیار کنترل و نظارت و نیز شکافتن لفافه شرکت وجود ندارد.

۲- به نظر دیوان همینکه هر یک از سرمایه‌گذاری‌های خواهان توسط خواننده به ثبت رسیده بیانگر آن است که سرمایه‌گذاری طبق قوانین و مقررات اوکراین انجام گرفته است.

۳- به نظر دیوان برای اینکه اختلاف مستقیماً از سرمایه‌گذاری نشأت گیرد نیازی نیست تا رفتار غیر قانونی دولت بر علیه دارائیهای مادی سرمایه‌گذار، هدف‌گیری کند بلکه همین‌قدر که اختلاف از خود سرمایه‌گذاری یا فعالیتهای مرتبط با آن نشأت گرفته باشد کفایت می‌کند.

۴- به نظر دیوان کنوانسیون ICSID صرفاً اعلام رضایت کتبی را ضروری می‌داند و لازم نیست که موافقت طرفین در سند واحد آورده شود یا ابتدائاً برای خواننده و یا خطاب به خواننده به مرکز ارسال گردد و نیز لزومی ندارد که اعلام رضایت مقدم بر اختلاف و یا بعد از دوره مذاکره مقرر در BIT به مرکز داده شود، بلکه فقط کافی است بعد از تقدیم دادخواست نباشد و تقدیم دادخواست نیز بعد از انقضا مدت مقرر برای مذاکره صورت گیرد.

۵- به نظر دیوان مدارک خواهان گویای آن است که خواهان با مقامات فدرال نیز مکاتباتی داشته وبعلاوه مذاکره با مقامات محلی اوکراین همان اثری را دارد که مذاکره با مقامات دولت مرکزی انجام شود، با اینحال خواهان هم با مقامات مرکزی و هم با مقامات محلی مذاکره کرده است.

۶- دیوان ضمن تعریف اختلاف بر اساس رویه قضائی و نظر متخصصین ICSID استدلال می‌کند اقداماتی که منجر به سلب مالکیت خواهان (در معنای موسع آن) گردیده و در نهایت منجر به خسارت شده موضوع مذاکره بین طرفین بوده زیرا تا چنین مذاکراتی از حیث قانونی بودن یا غیر قانونی بودن آن اقدامات منجر به نتیجه نمی‌شد مذاکره در باب خسارت نیز بی نتیجه بوده است.

در نهایت دیوان با اکثریت آرا رای به صلاحیت مرکز و نیز دیوان داوری صادر می‌نماید. ۷- دیوان در تجزیه و تحلیل خود راجع به هر اعتراض خواننده در خصوص صلاحیت، اقدام به مقایسه BIT و کنوانسیون ICSID نمود مبنی بر اینکه آیا با هم منطبقند یا خیر؟ چون دیوان معتقد است BIT نمی‌تواند صلاحیتی بیش از آنچه که کنوانسیون ICSID در صلاحیت مرکز قرار داده، به مرکز اعطا نماید. همچنان‌که تعهد و الزام حقوقی دارد کمتر از آنچه که در صلاحیت آن گذاشته شده عمل ننماید و تمام ظرفیت کنوانسیون ICSID را در این خصوص اعمال کند.

## ب- پیشنهاد و انتقاد:

### ۱- انتقاد:

۱-۱ علیرغم اینکه شرکت فرعی خواهان به نام تاکی اسپراوی نیز همراه شرکت اصلی طرح دعوا نمود ولی دیوان در خصوص اهلیت و یا عدم اهلیت آن در طرح دعوا هیچگونه اظهار نظری ننمود.

۱-۲ همانگونه که سرداور اشاره نمود هدف کنوانسیون واشنگتن حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی یا بین‌المللی و به تبع آن سرمایه‌گذار خارجی است و برای تعیین ماهیت سرمایه‌گذاری بین‌المللی باید به منبع سرمایه توجه کرد در این پرونده گرچه سرمایه‌گذار طبق قوانین دولتی اوکراین و لیتوانی، ومقررات BIT (برخلاف نظر خواننده) لیتوانیایی بوده اما سرمایه‌گذاری او بین‌المللی یا خارجی نبوده یا حداقل بخش عمده آن منشأ داخلی (اوکراینی) داشته زیرا عمده مالکیت سهام شرکت خواهان (۹۹٪) حتی از بدو تأسیس متعلق به اتباع اوکراینی بوده است.

کنوانسیون گرچه تعریفی از سرمایه‌گذاری ارائه نمی‌کند و تعریف آنرا به عهده اعضاء کنوانسیون می‌گذارد اما تعاریف این اعضا نمی‌تواند فارغ از مقصود کنوانسیون که همانا جلوگیری از محروم شدن سرمایه‌گذاری خارجی واقعی از مزایای مقرر در آن و نیز جلوگیری از حمایت سرمایه‌گذار بیهای صوری که منجر به تشویق سرمایه‌گذاران در طرح دعوی به طرفیت دولت متبوع خود در مرکز است، باشد و به همین جهت باید در تعریف سرمایه‌گذاری خارجی منطبق با هدف کنوانسیون، به واقعیات اقتصادی نیز توجه نمود.

### ۲- پیشنهاد:

در پایان پیشنهاد می‌شود در تعیین ماهیت سرمایه‌گذاری خارجی یا بین‌المللی جهت امکان طرح دعوی در مرکز ICSID باید مجموعه‌ای از عوامل نظیر تابعیت سرمایه‌گذار، محل سرمایه‌گذاری، منشأ سرمایه و نیز میزان مالکیت و مدیریت (معیار کنترل) را در نظر گرفت گرچه ممکن است این نظر حمایت از شرکت‌هایی نظیر خواهان پرونده حاضر را در اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری علی‌رغم دارا بودن شخصیت حقوقی مستقل از شرکاء آن، از طریق مکانیزم ICSID منتفی سازد.



1-Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States And Nationals of Other States. Washington(1965),art. 25,27.

2-Tokios Tokeles.v.Ukraine, Decision on Jurisdiction Case No . ARB/02/18/(Apr 129,2004) and it's Annexes Involved: ORDER No .1 ( Claimt's Request for provisional Measures ). ORDER No.3 Dissenting Opinion ( Prosper Weill Chairman of Tribunal )

3-Agreement between the Government of Ukraine and the Government of the Republic of Lithuania for the Promotion and Reciprocal protection of investment Feb.8, 1994 (entered into force on Feb.27, 1995) (Ukraine-Lithuania BIT).

4-Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States,1 ICSID report 28,para.23

5-Christoph H. Schreuer, "The ICSID convention: A commentary 290" (2001).

6-Aron Broches, "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States" 136 RECUEIL DES COURS (1972-II),pp.331,359-60/

7-Christoph H.Schreuer,op.cit,at 286.

8-C.F.Amerasinghe. "Interpretation of Article 25 (2) (b) of the ICSID convention", in INTERNATIONAL ARBITRATION IN THE 21<sup>st</sup> CENTURY: TOWARDS "JUDICIALIZATION" AND UNIFORMITY 223,232 (R. Lillich and C. Brower eds. 1993).

9-Viena Convention on the Law of Treaties U.N.Da.A/CONF.39/27 (May 23, 1969), art. 31.

10-The NEW SHORTER OXFORD ENGLISH DICTIONARY (thumb Index Edition 1993),p. 830.

11-Ibid,p.852.

12-Treaty between the United States of America and Ukraine concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment, Mar.4,1994 (entered into force Nov. 16, 1996).art.1 (2).

13-Treaty between the United States of America and the Argentine Republic concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment, Nov. 14, 1991.art. 1(2).

14-Amco Asia Corp. and Others v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction, case No. ARB /81/1 (Sept.25, 1983), 1 ICSID Reports 389, 396.

15-Christoph H.Schreuer,op.cit,at 278-79.

- 16-Ibid,p.279-80.
- 17-Aron Broches,op.cit.at 358-59.
- 18-Wena Hotels Ltd.v. Republic of Egypt, Summary minutes of the session of the tribunal held in Paris on May 25, 1999, Case No. ARB /98/4, 41 I.L.M.881, 886 (2002).
- 19-Autopista Concesionada de Venezuela, C.A.v. Bolivarian Republic of Venezuela, Decision on Jurisdiction, Case No. ARB /00/5 (Sept. 27, 2001, 16 ICSID Review-FILJ 469 2001.
- 20-CMS Gas Transmission Company v. Republic of Argentina, Decision on Jurisdiction, Case No. ARB /01/8 (July 17, 2003), 42 I.L.M.788 (2003).
- 21- SGS Societe General de surveillance S.Av. Islamic Republic of Pakistan, Decision on Jurisdiction, case No. ARB /01/13 (Aug.6, 2003), 42 I.L.M 1290 (2003).
- 22- Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belg.v.Spain), 1970 Award I.C.J.3 (Feb.5),Para.58.
- 23- Banro American Resources, Inc. and Societe Aurifere du kivu et du Maniema S.A.R.L.v. Democratic Republic of Congo, Award, case No. ARB /98/7. (Cept.1,2000),para.11.
- 24-Ibid,para.5.
- 25-Ibid,para.13.
- 26- Ibid,para.12,13.
- 27-Loewen Group, Inc. and Raymond Loewen v. United States of America, Award, Case No. ARB (AF) / 98 / 3 (June 26, 2003), 42 I. L. M. 811 (2003),paras.225-22-24,237.
- 28-C. F Amerasinghe, "The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes", 19 INDIAN J.INT'L LAW 166, 214 (Apr-June 1979),pp.214-5,166.
- 29- Aron Broches ,op.cit,at 360-361.
- 30- Barcelona Traction,op.cit,para.70.
- 31- Christoph H.Schreuer,op.cit,at 124.
- 32- The NEW SHORTER OXFORD ENGLISH DICTIONARY,op.cit,at 1410.
- 33- Ibid,at310.
- 34-Fedax N.V.v. Republic of Venezuela, Decision on Jurisdiction, Case No. ARB /96/3 (July 11, 1997), 37 I. L. M. 1378 (1998),Para.22.
- 35- Ibid,para.18.

36- Ibid,para.24.

37-Ibid

38- Tradex Hellas S.A.v. Republic of Albania, Award Case No. ARB /94/2 (Apr. 29. 1999), 14 ICSID Review FILJ 161.

39- Salini Costruttori S.P.A and Italstrade S.P.A.v. Kingdom Morocco Case No.ARB/00/40 Decision on Jurisdiction of July 23,2001,para.46.

40- Christoph H. Schreuer,op,cit,at 114.

41- Ibid,at 116.

42-Tippettes, Abbott, McCarthy, Stratton v. TAMS-AFFA, Award NO. 141-7-2,6. Iran-U.S. C.T.R.219, 225 (June 22, 1984).

43- C.F Amerasinghe,op.cit,p.224.

44- Ibid

45- Christoph H.Schreuer,op.cit,at 225.

46-Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, in Report of the International Law Commission fifty-third session, U.N. Garo 56<sup>th</sup> sess., supp. No.10, at 97, U.N.Doc.A.56/10. (2001). on art 17.

47-Ian Brownlie "principles of International Law"634 (5<sup>th</sup> ed. 1998) (Footnotes Omitted),p. 451.

48- Mavrommatis Case 1924 Award P.C.I.J. Ser.A, No.2, Paras.11-12.

49- Christoph H.Schreuer,op.cit,at 102.