

## شرط انکار منافع در معاهدات سرمایه‌گذاری

مجید غمامی\*

دانشیار گروه حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

ریحانه صدیقی

دانشجوی دوره دکتری حقوق تجارت بین‌الملل و سرمایه‌گذاری خارجی

دانشگاه شهید بهشتی

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۵/۷/۱۸ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۶/۸/۲۱)

### چکیده

امروزه تحت قواعد حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، حق سرمایه‌گذاران خارجی برای طرح دعوا به‌طور مستقیم علیه دولت میزبان به رسمیت شناخته شده است. این حق اغلب در معاهدات دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری برای سرمایه‌گذاران خارجی مقرر می‌شود. با این حال این قاعده در حال حاضر توسط رویه‌هایی متقلبانه برای جلب حمایت معاهدات سرمایه‌گذاری که در ادبیات حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به خرید معاهده موسوم شده، در معرض تهدید قرار گرفته است. توضیح آنکه سرمایه‌گذاران برای انتفاع از معاهداتی که شرایط مطلوبی دارند و میان دولت میزبان و دولت‌های دیگری به‌جز دولت متبوع آنها منعقد شده است، دست به طراحی و اتخاذ روش‌هایی زده‌اند تا تابعیت دولت‌های عضو معاهدات مدنظر را کسب کنند و از این طریق از مزایای معاهدات مربوط منتفع شوند. این روش‌ها گاه توسط سرمایه‌گذاران بومی که واجد تابعیت دولت میزبان هستند نیز به‌کار رفته است. دولت‌های میزبان برای مقابله با پدیده خرید معاهدات راهکارهای گوناگونی اندیشیده‌اند. یکی از این تدابیر تنظیم متن معاهدات به‌صورتی است که پیش از بروز اختلاف و مطرح شدن اختلاف در مرجع دآوری مقرر در معاهده، امکان بهره‌مندی سرمایه‌گذاری که دولت متبوع آن طرف معاهده با دولت میزبان نیست، از معاهده مربوطه فراهم نشود. گنجاندن شرط موسوم به «شرط انکار منافع» در معاهدات سرمایه‌گذاری ابزاری است که برای این منظور به‌کار می‌رود. هدف این مقاله بررسی مفهوم، تاریخچه پیدایش و تحول این شرط در بوتۀ عمل است، به‌نحوی که نمایانگر میزان کارایی آن در مقابله با اتخاذ رویه‌های متقلبانه باشد.

### واژگان کلیدی

حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، خرید تابعیت، خرید معاهدات، شرط انکار منافع، معاهدات دوجانبه.

## ۱. مقدمه

در دنیای امروز، سرمایه‌گذاری خارجی بی‌تردید از مهم‌ترین ارکان توسعه اقتصادی و اجتماعی است که حقوق حاکم بر آن نیز فراز و نشیب‌های فراوانی را پشت سر گذاشته است. یکی از چالش‌هایی که امروز در عرصه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری به‌نحو بارزی مطرح شده و مورد بحث قرار گرفته است، مسئله رویه‌های متقلبانه برای جلب حمایت معاهدات سرمایه‌گذاری از طریق تغییر ساختار تابعیت اشخاص حقوقی سرمایه‌گذار و در مقابل، راهکارهایی است که دول میزبان برای مقابله با پیشگیری از این رویه‌ها اتخاذ کرده‌اند. از جمله مهم‌ترین این راهکارها که بحث در خصوص پیچیدگی‌های حاکم بر آن در سال‌های اخیر توجه بسیاری از اندیشمندان و نیز مراجع حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری به‌ویژه دیوان‌های داوری را به خود معطوف داشته، گنجاندن شرطی به نام «شرط انکار منافع»<sup>۱</sup> در معاهدات است. این نوشتار درصدد است با معرفی این رویه‌ها در ضمن تبیین این راهکار خاص، پیچیدگی‌های مزبور را در حد توان بررسی و تجزیه و تحلیل کند و به ارزیابی کلی کارایی این شرط در راستای تأمین اهدافی که دولت‌های سرمایه‌پذیر از پیش‌بینی آن در نظر داشته‌اند، بپردازد.

## ۲. کلیات

### ۲.۱. کارکردهای معاهدات سرمایه‌گذاری

از آنجا که بررسی شرط انکار منافع به‌عنوان یکی از راهکارهای مقابله با رویه‌های متقلبانه برای جلب حمایت معاهدات سرمایه‌گذاری مستلزم شناخت مفهومی و آشنایی با کارکرد این معاهدات و چگونگی برخورداری از آنهاست، ضروری است این مفاهیم پیش از ورود به موضوع اصلی به‌اختصار بررسی شوند.

به‌طور کلی کارکردهای معاهدات را که به اقبال گسترده و روزافزون کشورهای مختلف در عرصه بین‌المللی از آنها منجر شده است، می‌توان در دو دسته حمایت‌های ماهوی و حمایت‌های شکلی توضیح داد.

۱. حمایت‌های ماهوی: حمایت‌های ماهوی حسب توافق طرفین عضو معاهده می‌توانند شامل موارد گوناگونی باشند، لیکن به‌طور عمومی در قالب موافقت‌نامه‌های دوجانبه حمایت‌های ماهوی که هر یک از طرفین معاهده متعهد به تضمین آن در قبال طرف مقابل می‌شود، در چهار دسته کلی زیر قابل تقسیم‌بندی است: الف) تعهد به عدم مصادره، ملی کردن

1. Denial of benefits

یا هر گونه تصرف و تملک اموال و دارایی‌های سرمایه‌گذار خارجی در قلمرو کشور میزبان؛ (ب) تعهد به اینکه کشور میزبان با سرمایه‌گذار خارجی همان رفتاری را که با اتباع داخلی خود انجام می‌دهد خواهد داشت که در معاهدات به شرط «رفتار داخلی» معروف است؛ (ج) شرط «دولت کامله‌الوداد»، به این معنا که کشور میزبان متعهد می‌شود هر گونه امتیازی را که در آینده به کشورهای ثالثی که عضو معاهده نیستند اعطا می‌کند، نسبت به کشور عضو معاهده نیز گسترش دهد و اعمال کند؛ (د) تعهد طرفین به اعمال رفتار منصفانه و عادلانه نسبت به سرمایه‌گذاران خارجی تبعه دولت طرف مقابل یا شرط رفتار منصفانه و عادلانه (Lowenfeld, 2008: 555).

۲. حمایت‌های شکلی: کلیه حمایت‌های ماهوی مورد پیش‌بینی در معاهدات زمانی قابلیت اجرایی پیدا می‌کنند که مکانیسمی مطمئن و مؤثر برای تضمین اجرای آنها وجود داشته باشد. حمایت‌های شکلی ناظر به شیوه‌های حل و فصل اختلافات، ایجاد مراجع خاص برای رسیدگی پیش‌بینی مقررات شکلی خاص برای چگونگی رسیدگی این مراجع به ادعاهای سرمایه‌گذار خارجی در مقابل دولت میزبان و به اجرا گذاشتن آرای صادره این مراجع است.

طبیعتاً سرمایه‌گذاران خارجی تمایل دارند اختلافات آنها به‌جای طرح در مراجع قضایی داخلی کشور میزبان توسط مراجع بی‌طرف بین‌المللی که واجد تخصص لازم برای رسیدگی به اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری هستند و از طریق شیوه‌های جایگزین حل و فصل اختلافات- در مقابل شیوه‌های قضایی، رسیدگی شود.

امروزه رایج‌ترین شیوه غیرقضایی برای رسیدگی به چنین اختلافاتی داوری است. در میان مراجع گوناگون داوری، مرکز بین‌المللی حل و فصل دعاوی سرمایه‌گذاری (ایکسید)<sup>۱</sup> مهم‌ترین مرجع رسیدگی و در واقع مرجع تخصصی رسیدگی به اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی محسوب می‌شود. این مرکز که در سال ۱۹۶۶ براساس کنوانسیون حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری و با هدف تسهیل داوری و سازش برای حل اختلافات حقوقی ناشی از سرمایه‌گذاری تأسیس شد، در حال حاضر از ارکان اساسی رژیم حقوقی سرمایه‌گذاری خارجی است.<sup>۲</sup>

با در نظر گرفتن مزایای مقرر در معاهدات دوجانبه که به‌طور کلی به آن اشاره شد، علت تمایل سرمایه‌گذاران خارجی به دست زدن به اقداماتی که به جلب حمایت این معاهدات منجر شود تا حدود زیادی روشن می‌گردد، این اقدامات به‌اجمال در گفتار آتی بررسی می‌شود.

1. The international Center for Settlement of Investment Disputes. ("ICSID")

۲. براساس ماده ۵۴ کنوانسیون ایکسید دول عضو ملزمند که آرای داوری ایکسید را الزام‌آور بدانند و با آرای مزبور برخوردی مانند تصمیمات نهایی مراجع قضایی و دادگاه‌های داخلی خود اتخاذ کنند.

## ۲.۲. رویه‌های متقلبانانه برای جلب حمایت معاهدات سرمایه‌گذاری

### ۲.۲.۱. مفهوم‌شناسی رویه‌های متقلبانانه

برای تعریف دقیق اصطلاح خرید معاهدات<sup>۱</sup> یا رویه‌های متقلبانانه برای جلب حمایت معاهدات چنانکه در این نوشتار نامیده می‌شود، نویسندگان و حقوقدانان مختلف تلاش‌هایی انجام داده‌اند. برای مثال گفته شده است که خرید معاهدات به وضعیتی ارجاع دارد که سرمایه‌گذار خارجی سرمایه‌گذاری خود را از طریق کشور ثالثی که با کشور میزبان سرمایه‌گذار معاهده مطلوبی دارد، به گونه‌ای جهت‌دهی می‌کند که به‌نحوی تحت پوشش معاهده مربوطه قرار گیرد و از مزایای آن بهره‌مند شود (Effe, 2013: 2). به‌طور مثال اگر ایران و نیجریه معاهده دوجانبه‌ای منعقد کرده باشند، درحالی‌که بین ایران و انگلیس هیچ معاهده‌ای منعقد نشده باشد، سرمایه‌گذار انگلیسی که قصد سرمایه‌گذاری در ایران را دارد، در صورتی که سرمایه‌گذاری خود را به گونه‌ای از طریق کشور نیجریه در ایران انجام دهد، می‌تواند از مزایای معاهده منعقد شده بین دو کشور اخیر بهره‌مند شود.

### ۲.۲.۲. ضرورت مقابله با رویه‌های متقلبانانه

در مخالفت با رویه‌های متقلبانانه برای جلب حمایت معاهدات استدلال‌های گوناگونی مطرح شده است. علل عمده مخالفت با این رویه‌ها در بیانی کلی نخست مغایرت این رویه‌ها با اصل عمل متقابل و دیگری بین‌المللی‌سازی سرمایه‌گذاری‌های داخلی است که ضرورت مقابله با این رویه‌ها را توجیه می‌کند. بررسی بیشتر این علل در خلال بحث در خصوص شرط انکار منافع به‌عنوان یکی از راهکارهای اصلی مقابله با این رویه‌ها صورت می‌پذیرد.

### ۳. شرط انکار منافع

یکی از تدابیر دولت‌های میزبان برای مقابله با خرید معاهده که در عمل نیز به‌کار گرفته شده است، تنظیم متن معاهدات به‌صورتی است که پیش از بروز اختلاف و مطرح شدن اختلاف در مرجع داوری مقرر در معاهده، اساساً زمینه امکان بهره‌مندی سرمایه‌گذاری که دولت متبوع آن طرف معاهده با دولت میزبان نیست، از معاهده مربوطه فراهم نشود. گنجاندن شرط موسوم به شرط انکار منافع در معاهدات در این زمینه مرسوم شده است که در ادامه مفهوم، تاریخچه پیدایش و تحول این شرط در عمل بررسی خواهد شد.

### ۳.۱. پیشینه تاریخی

از نظر تاریخی در عرصه حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، هدف اصلی از پیش‌بینی و مقرر ساختن شرط انکار منافع مستثنا ساختن اشخاص ثالث از حمایت‌هایی بود که در معاهدات مقرر شده بودند، در واقع عدم اعمال حمایت‌های معاهداتی در خصوص اشخاصی که اعمال این حمایت‌ها را در مورد خود مورد ادعا قرار می‌دادند، خواستار بودند، بدون اینکه تعهدات موجود در آن را به‌عهده بگیرند. مقصود اصلی از تأسیس چنین شرطی بود. این ممنوعیت در ابتدا به‌طور خاص در مورد "شرکت‌های تبعه کشورهای دشمن" قابلیت اعمال پیدا می‌کرد. در وهله نخست این شرط ناظر به ممنوعیت اعمال حمایت دیپلماتیک بود، لیکن با گذر زمان به معاهدات سرمایه‌گذاری نیز ورود یافت (Baltag & Mistelis, 2008: 1131).

پیشینه شرط انکار منافع در معاهدات سرمایه‌گذاری به معاهدات منعقد شده توسط ایالات متحده آمریکا پس از جنگ جهانی دوم بازمی‌گردد. عهدنامه‌های مودت، تجارت و دریانوردی<sup>۱</sup> میان آمریکا و ژاپن از نخستین معاهداتی بودند که این شرط در آنها گنجانده شده بود. از آن زمان تاکنون این شرط به‌طور روزافزونی در کلیه عهدنامه‌های مودت، تجارت و دریانوردی و نیز و معاهدات دو یا چندجانبه منعقد شده توسط دولت ایالات متحده آمریکا گنجانده شده است (walker, 1956: 373).

به‌جز آمریکا کشورهای دیگر مانند کانادا، استرالیا، مکزیک، اتریش و بریتانیا نیز این شرط را به‌طور جداگانه در معاهدات خود گنجانده‌اند. در میان معاهدات چندجانبه می‌توان از معاهده نفتا<sup>۲</sup> و پیمان منشور انرژی<sup>۳</sup> به‌عنوان معاهداتی نام برد که ملهم از معاهدات دوجانبه منعقد شده توسط ایالات متحده این شرط را در خود جای داده‌اند.

### ۳.۲. تعریف

شرط انکار منافع شرطی است در معاهدات سرمایه‌گذاری که به موجب آن یکی از طرفین یک معاهده سرمایه‌گذاری، اعطای مزایا و حمایت‌های مقرر در معاهده مربوط را برای شرکت یا هر شخص حقوقی که به‌وسیله شخص یا اشخاصی کنترل می‌شود که از اتباع دولت متعاقد دیگر نیستند، به رسمیت نشناخته و حمایت‌های مربوطه را شامل اشخاص مزبور نمی‌داند، اگرچه اشخاص موصوف اصولاً مشمول حمایت‌های معاهده باشند.

1. Treaties of Friendship, Commerce and Navigation (FCN)  
2. The North American Free Trade Agreement, entered into force on January 1, 1994, Article 1113.  
3. Energy Charter Treaty, Article.17.

به‌طور کلی هدف هر معاهده سرمایه‌گذاری عبارت است از حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی تبعه دولت طرف معاهده که در قلمرو دولت طرف دیگر معاهده سرمایه‌گذاری می‌کنند، بنابراین تعیین این مسئله که آیا سرمایه‌گذاری تحت پوشش معاهده‌ای است یا خیر، اساساً به تعیین تابعیت سرمایه‌گذار مزبور برمی‌گردد و عامل ارتباطی تابعیت از فاکتورهای اساسی برای تعیین حوزه شمول معاهدات سرمایه‌گذاری است (Schreuer, 2009: 423).

تابعیت خارجی سرمایه‌گذار تعیین‌کننده صلاحیت شخصی مرجع رسیدگی به حل و فصل اختلافات مقرر در معاهده سرمایه‌گذاری است که خود مجرای بهره‌مندی از سایر مزایای مقرر در معاهده از جمله مزایای ماهوی است (Dolzer & Schreuer, 2008: 55).

درباره شرط انکار منافع گفته شده که این شرط قانونی‌ترین روش برای وارد کردن ایراد به صلاحیت شخصی است، چراکه در واقع این شرط ناشی از آزادی طرفین قرارداد در خصوص وضع شروط خاص قراردادی است. به بیان دیگر، براساس چنین شرطی دولت‌ها حق دارند که منافع مقرر در معاهده را از شرکت یا شخص حقوقی که فاقد ارتباط اقتصادی با کشوری که به تابعیت آن استناد می‌کند است، سلب یا اعمال این منافع را برای چنین اشخاصی ممنوع سازند (Dolzer & Schreuer, 2008: 55).

دالزر و شرور شرط انکار منافع را به‌منزله "روشی برای مقابله با برنامه‌ریزی برای تابعیت یا آنچه به خرید معاهده موسوم شده است" تلقی کرده‌اند. دولت‌های میزبان که به دنبال مقابله با این اقدامات هستند، اغلب مقرره‌های احکام خاصی را در متن معاهدات منعقد خود می‌گنجانند که شرط انکار منافع یکی از آنهاست. به اعتقاد این دو حقوقدان «براساس چنین شرطی دولت‌ها حق انکار منافع معاهده مربوطه را برای شرکتی که علقه اقتصادی با کشوری که بر تابعیت آن تکیه می‌کنند ندارند، برای خود محفوظ می‌دارند» (Dolzer & Schreuer, 2008: 55).

علقه اقتصادی در تعریف مذکور نیز یا به معنای کنترل شرکت توسط اتباع دولت مورد ادعای متبوع بودن اشخاصی است که ادعای تابعیت دولت طرف معاهده را دارند یا با انجام فعالیت‌های اقتصادی اساسی در قلمرو این کشور محقق می‌شود (Mistelis & Baltag, 2008: 1311).

### ۳.۳. بررسی ماهیت شرط انکار منافع

چنانکه گفته شد، ویژگی اصلی شرط انکار منافع یا به‌عبارت دیگر هدف اصلی از مقرر ساختن این شرط در معاهدات این است که اشخاصی را که فاقد علقه یا ارتباط اقتصادی واقعی با

کشور میزبان بوده و فی‌الواقع دارای تابعیت کشوری متفاوت از کشوری که عضو معاهده مورد استناد هستند نیست، از حمایت‌های مقرر در این معاهده مستثنا سازد. این ویژگی در تمامی معاهدات دو یا چندجانبه‌ای که حاوی شرط انکار منافع‌اند، یکسان بوده و هدف اصلی است که کلیه معاهدات از طریق مقرر کردن این شرط به دنبال تحقق آن هستند. لیکن تفاوت‌های موجود در شیوه تنظیم این شرط و عبارات به‌کاررفته برای توصیف آن در معاهدات گوناگون، سبب شده که دیوان‌های داوری بسته به این تفاوت‌ها تفاسیر متفاوتی را در خصوص جنبه‌های گوناگون آن داشته باشند (Behlman, 2013: 411).

یکی از سؤالات اساسی که در خصوص این شرط مطرح می‌شود این است که آیا بررسی این شرط جزو مسائل شکلی است یا ماهوی؟ به عبارت دیگر، آیا دیوان داوری برای بررسی شرط مورد استناد از جانب دولت متعاقد باید وارد ماهیت اختلاف شود و آن را مورد رسیدگی قرار دهد یا برعکس، پیش از ورود در ماهیت، دیوان باید در ابتدا قابلیت استناد به شرط را بررسی کند و سپس براساس نتیجه‌ای که در خصوص قابلیت یا عدم قابلیت اعمال شرط می‌گیرد، تصمیم به رسیدگی یا عدم رسیدگی در ماهیت را اتخاذ کند (ibid).

مسئله دوم بحث شیوه تأثیر شرط انکار منافع است. پرسشی که در این زمینه طرح می‌شود این است که آیا تأثیر این شرط صرفاً نسبت به آینده است<sup>۱</sup> یا اینکه اثر قهقرایی<sup>۲</sup> دارد و به گذشته نیز سرایت پیدا می‌کند؟

به غیر از دو نکته مذکور، ممکن است مسائل و پیچیدگی‌های دیگری نیز در خصوص تفسیر و قابلیت اعمال شرط انکار منافع به وجود آید. برخی از این مسائل عبارت‌اند از: نخست تعریف «فعالیت اقتصادی قابل توجه، دومین مسئله بحث کنترل و مالکیت توسط اتباع دولت غیرمتعاقد است. مسئله دیگر «اخطار معقول و متعارف» است، بدین معنا که بعضاً گفته شده که اعمال چنین شرطی از جانب دولت میزبان مستلزم دادن اخطار قبلی توسط این دولت به سرمایه‌گذار خارجی که بناست مشمول منافع مقرر در معاهده خاصی قرار نگیرد، است. در نهایت بحث «بار اثبات» مسئله مهم دیگر در خصوص این شرط است که در واقع تعیین‌کننده این است که بار اثبات شرایطی که اعمال شرط انکار منافع را امکان‌پذیر یا برعکس استناد به آن را غیرممکن می‌سازد، به عهده دولت میزبان یا سرمایه‌گذار است (Zhang, 2013: 58).

در ذیل با بررسی آرای برخی دیوان‌های داوری در این خصوص، رویکرد دیوان‌های داوری در زمینه ماهیت این شرط از جنبه‌های مورد اشاره به ترتیب بررسی می‌شود.

1. Prospective effect  
2. Retrospective effect

### ۳.۳. ۱. شرط انکار منافع: مسئله شکلی یا ماهوی؟

در اختلاف پلاما یک شرکت با تابعیت کشور قبرس، به استناد پیمان منشور انرژی علیه دولت بلغارستان طرح دعوا کرده و ادعا کرد که دولت بلغارستان، با خصوصی‌سازی یک پالایشگاه نفت با مالکیت دولتی در ایجاد محیطی باثبات برای سرمایه‌گذاری خارجی موفق عمل نکرده است. دیوان داوری در این اختلاف رسیدگی به شرط انکار منافع را مسئله‌ای مربوط به ماهیت اختلاف دانسته و تشخیص داد که قابلیت اعمال یا عدم اعمال این شرط در هر صورت محدودیتی برای صلاحیت دیوان‌های داوری ایکسید ایجاد نمی‌کند (Plama, No 146, Jurisdiction Decision). مطابق با ماده ۱۷ پیمان منشور انرژی: «هر یک از طرفین متعاقد حق انکار منافع مقرر در این بخش را نسبت به اشخاص ذیل برای خود محفوظ می‌دارد: ۱. هر شخص حقوقی که اتباع کشور ثالث کنترل و مالکیت آن را در دست داشته باشند و در صورتی که شخص حقوقی مزبور فعالیت اقتصادی قابل ملاحظه‌ای در قلمرو کشوری که در آن سازماندهی شده است نداشته باشد» (ECT, Art, 17).

دیوان داوری با پیروی از اصول تفسیر معاهدات در ماده ۳۱ کنوانسیون وین در خصوص حقوق معاهدات که از جمله بیان می‌دارد: «یک معاهده به حسن نیت و منطبق با معنای معمولی آن که باید به اصطلاحات آن در سیاق عبارت و در پرتو موضوع و هدف معاهده داده شود، تفسیر خواهد شد»، و با در نظر گرفتن «معنای معمول» عبارات ماده ۱۷ مذکور، رسیدگی به امکان استناد به این شرط را در زمره مسائل ماهوی قلمداد کرد. استدلال اصلی دیوان برای اتخاذ چنین رویکردی از این قرار بود که ماده ۲۶ معاهده مزبور که مربوط به حل و فصل اختلافات بین طرفین بود، در بخش پنجم معاهده گنجانده شده بود، نه بخش سوم معاهده که انکار منافع مقرر در آن به موجب ماده ۱۷ در فروض خاصی ممکن بود (Plama Jurisdiction Decision, No.147-149).

در مقابل در اختلاف پاسیفیک ریم شرط انکار منافع به‌عنوان یکی از دلایل چهارگانه ایراد به صلاحیت دیوان توسط خواننده مورد استناد قرار گرفت. دیوان در رأی خود بیان کرد همان‌طور که به‌صراحت در معاهده کفتا مقرر شده، این نکته حائز اهمیت است که منافعی که در ماده ۱۰، ۱۲، ۲۲ حاوی شرط انکار منافع از سرمایه‌گذار خارجی نفی می‌شود، شامل کلیه منافعی است که ذیل فصل ۱۰ معاهده مزبور به سرمایه‌گذار اعطا می‌شود که از جمله این منافع، منافع مقرر در بخش اول در خصوص سرمایه‌گذاری و بخش دوم به‌طور خاص دربرگیرنده ماده ۱۰، ۱۶، ۳ است که داوری در ایکسید را مقرر می‌دارد و توسط خواهان در این پرونده به‌عنوان مبنای صلاحیت ایکسید برای تصمیم‌گیری در خصوص ادعاهای خواهان تحت معاهده علیه خواننده مورد استناد قرار گرفته است. بنابراین این مسئله یعنی شرط انکار



منافع دربرگیرنده صلاحیت نیز بوده و شباهتی با مسئله محدودتری که تحت ماده ۱۷،۱ پیمان منشور انرژی مطرح شده است، ندارد (Behlman, 2013: 414).

با مقایسه دو رأی مذکور می‌توان استنباط کرد که در عمل، تصمیم‌گیری در این خصوص که رسیدگی به شرط انکار منافع در مراحل اولیه رسیدگی و به‌عنوان ایراد به صلاحیت دیوان‌های داوری رسیدگی می‌شود یا برعکس، رسیدگی به آن مؤخر به احراز صلاحیت دیوان و در زمره مسائل ماهوی است، به معاهده مورد استناد و عباراتی که در آن به توصیف شرایط و نحوه اعمال شرط فوق‌الذکر پرداخته‌اند، بستگی دارد.

فارغ از رویه عملی، به این رویکرد یعنی منحصر دانستن شرط انکار منافع به حمایت‌های ماهوی و در نتیجه بررسی آن در ماهیت امر به‌جای قلمداد کردن آن در زمره ایرادات وارد به صلاحیت انتقادات فراوانی وارد شده است. در این زمینه گفته شده است که دیوان‌های داوری در پرونده‌هایی مانند پلاما و آمتو (Ukraine.Amto v. Final Award No 64, 2005/080.SCC Arbitration No. Ukraine.Amto v) اصول تفسیر معاهدات در ماده ۳۱ کنوانسیون وین را به‌درستی اعمال نکرده‌اند، چراکه تنها معنای معمول عبارت را در نظر گرفته‌اند و با این تفسیر لفظی که به‌وضوح غیرمعقول و غیرمنطقی است، شرط انکار منافع را از هر گونه هدف و معنا تهی ساخته‌اند.

باید توجه داشت که شیوه تدوین شرط انکار منافع تأثیر مستقیمی بر نحوه تفسیر دیوان‌های داوری در پرونده‌های اخیر داشته است. دیده شد که ناهماهنگی بین معنای معمول این شرط و متن پیمان منشور انرژی یا به‌عبارت دیگر عدم تطابق میان معنای معمول و معنای اصطلاحات در سیاق عبارت منجر به این شد که شرط مزبور در اختلافات پلاما و آمتو هدف و تأثیر خود را به‌طور کامل از دست بدهد. این مسئله نشان می‌دهد که تدوین عبارات معاهدات به‌صورت نامطلوب به ارائه تفاسیر نامطلوب خواهد انجامید (Behlman, 2013: 414-415).

### ۳.۲. تفسیر قهقرایی یا رو به آتی

همان‌طور که در ابتدای این بخش ذکر شد، دو نوع تفسیر از عناصر متشکله شرط انکار منافع قابل اعمال است. نخست تفسیر قهقرایی، به این معنا که با نگاه به گذشته وجود یا فقدان این عناصر را در ارتباط با سرمایه‌گذار بررسی کنیم. به‌طور مثال اینکه آیا سرمایه‌گذار واجد فعالیت‌های اقتصادی شایان توجه در کشور محل تأسیس بوده است یا خیر، نه در زمان حال یعنی زمان بروز اختلاف، بلکه از ابتدای تغییر ساختار آن، بررسی کنیم.

1. Ltd. Liab. Co. AMTO v. Ukraine, SCC Arbitration No. 080/2005, Final Award, 64 (Mar. 28, 2008) [hereinafter AMTO].

دومین تفسیر، تفسیر رو به جلو یا آتی است، در این رویکرد شرایط اعمال شرط انکار منافع یعنی اینکه آیا سرمایه‌گذار فعالیت اقتصادی چشمگیر در کشور میزبان دارد یا خیر و اینکه یکی از اتباع کشورهای متعاقد کنترل و مالکیت آن را در دست دارد، از لحظه استناد به شرط در جریان اختلاف بررسی و وجود یا فقدان این شرایط در گذشته و پیش از استناد به شرط مزبور نادیده انگاشته می‌شود (Behlman, 2013: 417).

برای دستیابی به شناخت جامع‌تری از هر یک از این دو تفسیر به مقایسه دو اختلاف پلاما و پک ریم که دیوان‌های داوری در آنها به ترتیب تفسیر رو به آینده و تفسیر قهقرایی را اعمال کردند، پرداخته می‌شود.

۱. تفسیر رو به آتی در رویه ایکسید: در اختلاف پلاما دیوان واژه «حق» در عبارت «حق (انکار منافع) را محفوظ نگاه می‌دارد» را به منزله وجود حقی که باید اعمال و اجرا شود، تفسیر کرد. استدلال دیوان از این قرار بود که «از آنجا که شرط انکار منافع در قالب فعل زمان حال تدوین شده و پیمان منشور انرژی براساس همکاری‌های بلندمدت تنظیم گردیده است، در صورت ارائه تفسیر قهقرایی از شرط انکار منافع سرمایه‌گذار قادر به برنامه‌ریزی برای سرمایه‌گذاری خود نخواهد بود» (Plama Jurisdiction Case, No 159). این تفسیر در پرونده یوکوس<sup>۱</sup> نیز به کار برده شد، در این پرونده دیوان نظر داد که: «تفسیر قهقرایی از شرط انکار منافع با ارتقای حمایت (از سرمایه‌گذاری خارجی) منافات دارد و به رفتار (با سرمایه‌گذار) برخلاف اهداف مذکور منجر می‌شود» (Yukos, 2009, No 458).

بنابراین تفسیر دیوان‌های داوری در دو پرونده پلاما و یوکوس به نفع سرمایه‌گذار بود و در واقع منافع سرمایه‌گذار خارجی را بر منافع دولت میزبان مرجح قلمداد می‌کرد. این تفسیر مورد انتقاد صاحب‌نظران گوناگونی قرار گرفته است. یکی از حقوقدانان در انتقاد از این تفسیر بیان می‌دارد که «می‌توان چنین استدلال کرد که اعمال ماده ۱۶ پیمان منشور انرژی به صورت قهقرایی منجر به بهبودی مشارکت‌های بلندمدت می‌شود، به این ترتیب که سرمایه‌گذار را تشویق می‌کند که در خصوص مالکیت، کنترل، تابعیت و شهروندی با صداقت برخورد کند» (Chalcker, 2006: 17).

۲. تفسیر قهقرایی در رویه ایکسید: در مقابل تفسیر مذکور، دیوان داوری در اختلاف پک ریم تفسیر قهقرایی را اعمال کرد که ثمره آن ایجاد تعادل بیشتر میان منافع سرمایه‌گذار و منافع دولت میزبان بود. از نکات اساسی که دیوان در اعمال این تفسیر به آن توجه کرد، این بود که هدف از گنجاندن شرط انکار منافع ایجاد تعادل میان حقوق سرمایه‌گذار و دولت میزبان

1. Yukos Universal Unlimited (Isle of Man) and The Russian Federation, PCA Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, ¶ 458 (Nov. 30, 2009) [hereinafter *Yukos*].

به‌نحوی است که تنها سرمایه‌گذاران تبعهٔ یک دولت متعاقد بتوانند از حمایت‌های معاهده‌ای منتفع شوند. اعمال تفسیر قهقرایی و رو به گذشته با وجود استفاده از زمان حال در تدوین شرط انکار منافع و با توجه به زمینه و معنای آن با نظر به متن معاهدهٔ کفتا صورت گرفت (Behlman, 2017: 417).

حال که کلیت این دو تفسیر شناسایی شد، در ذیل پس از بررسی و شناخت کلی دو عنصر اصلی شرط انکار منافع که پیشتر در مقدمه به آن اشاره شد، یعنی فقدان فعالیت‌های اقتصادی قابل توجه از یک سو و عنصر کنترل و مالکیت توسط اتباع کشورهای غیرمتعاقد از سوی دیگر، مقایسهٔ دقیق‌تری از چگونگی اعمال هر یک از این دو رویکرد در احراز این دو عنصر به‌عمل خواهد آمد.

### ۳.۳.۳. فقدان فعالیت‌های اقتصادی اساسی

۱. مفهوم فعالیت‌های اقتصادی اساسی: گفته شد یکی از عواملی که اعمال شرط انکار منافع به آن بستگی دارد، این است که سرمایه‌گذاری که منافع معاهدهٔ مربوطه از وی سلب می‌شود، فاقد فعالیت اقتصادی شایان توجه در کشور محل تأسیس باشد. معنای تحت‌اللفظی این پیش‌شرط که از سیاق خود عبارت استنباط می‌شود، این است که سرمایه‌گذار، برای اینکه از مزایای معاهده‌ای منتفع می‌شود، باید فعالیت‌های حقیقی‌تر و شایان توجه‌تر از مواردی مانند صرف پرداخت مالیات یا برگزاری جلسات سهامداران در کشوری داشته باشد (final award, Amto case, No69). با این حال تاکنون هیچ معاهده‌ای به ارائهٔ تعریف دقیقی از این پیش‌شرط نپرداخته است و در نتیجه تفکیک مشخصی بین فعالیت اقتصادی واقعی و قابل توجه و فعالیت اقتصادی صوری یا غیراساسی صورت نگرفته است.

بنا به یکی از تعاریف آنچه در احراز فعالیت‌های اقتصادی اساسی یا قابل توجه اهمیت دارد، بررسی این مسئله است که آیا شرکت خواهان در قلمرو یک کشور متعاقد است یا اینکه شرکت مزبور علقه‌ای مستمر و حقیقی با کشور مزبور دارد یا خیر.

در مراحل اولیهٔ تنظیم پاره‌ای معاهدات، نسبت به فایده و ارزش عملی ارائهٔ تعریفی عینی از فعالیت‌های اقتصادی قابل توجه تا حدود زیادی تردید وجود داشت، چراکه اعتقاد بر این بود که این مسئله الزاماً به اوضاع و احوال خاص هر پرونده بستگی دارد. مضاف بر این نظر گفته می‌شد که با اجتناب از توصیف دقیق فعالیت‌های اقتصادی قابل توجه احتمال سوءاستفاده در قالب خرید معاهده نیز کاهش می‌یابد، چراکه دولت‌ها این آزادی عمل را خواهند داشت تا میزان فعالیت‌های اقتصادی مورد نیاز را به‌صورت موردی و با توجه به ویژگی‌های خاص هر پرونده تعیین کنند. از سوی دیگر، این انعطاف‌پذیری در تعریف مشکلات عملی خاص خود را

به همراه دارد و موجب ناهماهنگی در آرای صادره توسط دیوان‌ها در این زمینه می‌شود که نمونه‌هایی از آن در زیر به اختصار بررسی می‌شود.

در اختلاف بین شرکت بی.پی علیه آرژانتین دیوان داوری این مسئله را بیان کرد که فعالیت اقتصادی اساسی در کشور میزبان توسط سرمایه‌گذار خارجی صورت گرفته بود، چراکه سرمایه‌گذار مزبور بیش از ۳۷۰۰۰ نیروی استخدامی در این کشور داشت و در ۵۰ ایالت دارای دفتر اداری بود، با وجود این دیوان توضیح بیشتری در مورد این معیار ارائه نداد (Pan American energy LLC & BP Argentina v. the Argentine Republic, ICSID case No.ARB/03/13). در پرونده توکیوس توکلز دیوان نظر داد که صورت وضعیت مالی - اطلاعات استخدامی و کاتالوگ تولیدات مربوط به بازه زمانی بین ۱۹۹۴-۱۹۹۱ حاکی از فعالیت‌های اقتصادی اساسی بودند، با وجود این در این پرونده نیز دلیل مشخصی برای چنین نتیجه‌گیری ارائه نشد (Tokios v. Tokeles, ICSID Case No, Ukraine .v. Tokelés, 18/02/ARB.ICSID Decisi, on Jurisdiction, 2004) در اختلاف آمتو نظر دیوان از این قرار بود که محل اداره، پرداخت مالیات و استخدام بومی برای احراز صلاحیت اقتصادی اساسی مکفی است (SCC Arbitration, Ukraine.Amto v.Co.Liab.Ltd, Final Award 2005/080.No).

با مروری بر آرای مذکور در می‌یابیم که ملاک یکسانی برای تشخیص مفهوم فعالیت اقتصادی قابل توجه از آن قابل استخراج نیست، در واقع پاسخ به اینکه آیا یک شرکت دارای فعالیت اقتصادی شایان توجهی در کشور محل تأسیس است، تنها به صورت موردی و با توجه به اوضاع و احوال خاص هر پرونده انجام گرفته است. این تفسیر موسع از فعالیت اقتصادی اساسی احتمال اینکه حقی را که به موجب شرط انکار منافع برای کشورهای متعاقد ایجاد می‌شود مخدوش سازد، افزایش می‌دهد (Mistekus & Baltag, 2008:12).

۲. فعالیت‌های اقتصادی اساسی در پرتو رویکرد قهقرایی و آتی: دیوان‌های داوری در اختلافات پلاما، یوکوس و آمتو با اعمال تفسیر رو به آینده از شرط انکار منافع، این مسئله را که سرمایه‌گذار پیش از بروز اختلاف فعالیت‌های اقتصادی شایان توجه داشته است، مفروض گرفته و مسئله اصلی را بررسی این مسئله که آیا سرمایه‌گذار در زمان بروز اختلاف و استناد به شرط انکار منافع از جانب خواننده واجد فعالیت‌های اقتصادی چشمگیر است یا خیر، در نظر گرفتند. با اعمال چنین تفسیری در واقع این مسئله اساسی که آیا چنین فعالیت‌هایی برای اینکه خواهان از ابتدای امر و پیش از بروز اختلاف سرمایه‌گذار با حسن نیت قلمداد شود کفایت می‌کند یا خیر، نادیده انگاشته شد. به بیان دیگر، مفروض دانستن این مسئله که سرمایه‌گذار پیش از بروز اختلاف نیز واجد فعالیت‌های اقتصادی شایان توجه بوده است و بررسی وجود یا

فقدان این فعالیت‌ها صرفاً در زمان حال، مستقیماً به مفروض دانستن صلاحیت دیوان منجر می‌شود. همان‌طور که پیش از این نیز ذکر شد، این تفسیر صرفاً با معنای معمول عبارات هماهنگ است و معنای عبارات با توجه به متن معاهده را در نظر نمی‌گیرد (Behlman, 2013: 418).

در مقابل در اختلاف پاسیفیک ریم آنچه موضوع بررسی دیوان قرار گرفت، وجود فعالیت‌های اقتصادی شایان توجه نه تنها از زمان شروع و به جریان افتادن پروسه داور، بلکه از تاریخی که شرکت خواهان در ایالات متحده آمریکا تشکیل و ثبت شده بود، تا بدین ترتیب نسبت به صلاحیت دیوان نیز تعیین تکلیف صورت پذیرد (ibid).

### ۳.۳.۴. کنترل و مالکیت توسط اتباع کشور غیرمتعاقد

۱. مفهوم کنترل و مالکیت: کنترل و مالکیت شرکت خواهان توسط اتباع یک کشور غیرمتعاقد دومین عنصری است که وجود آن برای استناد به شرط انکار منافع ضرورت دارد. در خصوص این معیار پیچیدگی‌ها و سؤالات مختلفی قابل طرح است، برای مثال تشخیص اینکه مفهوم کنترل دربرگیرنده چه عناصری است، آیا مالکیت اکثریت سهام یک شرکت به معنای کنترل آن است یا مواردی مانند قدرت تصمیم‌گیری در شرکت یا به بیان دیگر، مدیریت مؤثر آن به‌منزله کنترل آن است؟ به عبارت دیگر کدام یک ملاک است، کنترل عملی یا کنترل بالقوه؟ یا این سؤال اساسی که دیوان‌های داور جست‌وجو و بررسی تابعیت کنترل‌کنندگان را در چه مرحله‌ای باید متوقف کنند، همگی از مسائلی است که ممکن است در مرحله رسیدگی مطرح شود.

صرف‌نظر از پیچیدگی‌های عملی مذکور، مسئله کنترل و مالکیت نیز مانند عنصر فعالیت‌های اقتصادی اساسی با یکی از دو رویکرد قهرایی یا رو به آتی قابل بررسی است که در اختلافات پاسیفیک ریم و پلاما به ترتیب مجدداً در ارتباط با این عنصر نیز اعمال شدند و در قسمت پیش رو مطالعه می‌شود.

۲. کنترل و مالکیت در پرتو رویکرد قهرایی و آتی: در اختلاف پاسیفیک ریم دیوان نظیر رویکردی را که در ارتباط با عنصر فعالیت‌های اقتصادی قابل توجه اتخاذ کرده بود در پیش گرفت و اصول تفسیر مقرر در ماده ۳۱ کنوانسیون وین را برای تعیین کنترل و مالکیت خواهان توسط اتباع یک کشور متعاقد اعمال کرد. این رویکرد چنانکه گفته شد، متضمن نگاه به گذشته بود تا روشن شود که شرکت خواهان همچنان به‌طور کامل توسط شرکت مادر کانادایی خود یعنی شرکتی که تبعه یک کشور غیرمتعاقد است کنترل می‌شود تا در نتیجه از حصول

شرط دیگر استناد به ماده ۱۰، ۱۲، ۲ معاهده کفتا اطمینان حاصل شود (Pac Rim Cayman LLC (v. Republic of El Salvador, ICSID).

در مقابل دیوان‌های داوری رسیدگی‌کننده به اختلافات پلاما و آمتو با احراز صلاحیت خود برای رسیدگی در واقع به‌طور ضمنی پذیرفتند که خواهان توسط اتباع کشوری متعاقد کنترل و مالکیت می‌شود. این دیوان‌ها در دو پرونده مذکور مالکیت و کنترل فعلی خواهان را به‌عنوان عامل تعیین‌کننده در امکان نفی حمایت‌های ماهوی از خواهان به موجب شرط انکار منافع در نظر گرفتند (Plama Jurisdictional Case No.91; Amto Case No.67).

در هر دو اختلاف پلاما و آمتو دیوان‌های داوری نتیجه‌گیری کردند که خواهان توسط اتباع کشورهای متعاقد کنترل و مالکیت می‌شد. با این حال این نتیجه‌گیری و تعیین کنترل و مالکیت باید پیش از احراز صلاحیت توسط دیوان انجام می‌گرفت، چراکه در صورتی که نتیجه این بررسی حاکی از این بود که خواهان توسط اتباع کشورهای متعاقد کنترل و مالکیت نمی‌شود، زمان و هزینه زیادی توسط دیوان‌های داوری برای تصمیم‌گیری در خصوص پرونده‌ای که می‌بایست پیش از بررسی ماهوی مختومه می‌شد، صرف می‌گردید (Behman, 2013: 421).

### ۳.۳. ۵. اخطار معقول و متعارف

۱. لزوم اخطار معقول و متعارف در رویه داوری: از دیگر پیش‌نیازهای اعمال شرط انکار منافع بحث اخطار معقول و متعارف است. تفاوتی که میان این پیش‌شرط و شرط مربوط به فعالیت‌های اقتصادی قابل ملاحظه وجود دارد، این است که وجود حق انکار منافع بسته به تحقق شرط اخیر یعنی فقدان فعالیت اقتصادی اساسی است، لیکن اخطار معقول و متعارف در واقع پیش‌شرط اعمال حقی است که وجود دارد (Gastrell & Cannu, 2015: 78).

این تفکیک در اختلافات گوناگونی از جمله در پرونده پلاما که پیش از این نیز از آن سخن رفته است، به‌روشنی توسط دیوان داوری صورت گرفت. در این اختلاف کشور میزبان ادعا کرد که شرط انکار منافع به‌صورت خودکار اعمال می‌شود و نیازی به اقدام خاص و جداگانه‌ای از طرف کشور میزبان نیست. لیکن دیوان با استناد به تفکیک میان «وجود حق» و «قابلیت اجرای حق» بیان کرد که اعمال چنین حقی لزوماً منوط به انتشار یا آگاهی به شیوه دیگر که از پیش برای سرمایه‌گذار به طرز معقول و متعارفی داده شود، ماست (Behlman, 2013: 421).

۲. زمان اخطار معقول و متعارف: همان‌طور که مشاهده شد غالب دیوان‌های داوری در خصوص لزوم اخطار معقول و متعارف قبلی توسط طرف متعاقدی که قصد اعمال شرط انکار

منافع را دارد اتفاق نظر داشته‌اند، لیکن در این مسئله که چنین خطاری در چه زمانی باید صورت گیرد، در آرای دیوان‌های داوری در اختلافات مختلف شاهد اختلاف نظریم. اختلاف نظر اصلی اساساً بر سر لزوم دادن چنین خطاری پیش از شروع پروسه داوری یا پس از به جریان افتادن آن بوده است.

در شماری از پرونده‌ها نیز دیوان‌های داوری از اظهار نظر در خصوص زمان مناسب برای اخطار امتناع ورزیده‌اند. برای مثال خوانده در پرونده آمتو اظهار کرد که دولت میزبان می‌تواند در هر زمانی حق خود برای انکار مزایا و منافع را اعمال کند. لیکن دیوان بدون اینکه این نظر را تأیید یا رد کند، صرفاً به تحلیل سایر شرایط اعمال چنین شرطی پرداخت (Zhang, 2013: 60).

### ۳.۳.۶. بار اثبات

یکی دیگر از مسائلی که در مورد شرط انکار منافع مطرح می‌شود، بحث بار اثبات است. سؤالی که در مورد بار اثبات مطرح شده این است که آیا سرمایه‌گذار باید اثبات کند که حق انتفاع از مزایای مقرر در معاهده را دارد یا برعکس، دولت میزبانی که قصد اعمال شرط انکار منافع را دارد، باید شرایط اثبات شرایط وجود و اعمال حقی را که به موجب این شرط ایجاد می‌شود، اثبات کند (Gadelshina, 2012: 721).

در اختلاف پلاما خواهان خود پذیرفت که فعالیت اقتصادی چشمگیر در کشور میزبان نداشته است، از این رو تمرکز دیوان داوری به سمت مالکیت یا کنترل شرکت سرمایه‌گذار، یعنی عنصر دیگر برای احراز وجود حق انکار منافع سمت‌وسو پیدا کرد. خواهان این اختلاف یعنی شرکت پلاما بیان کرد که براساس تفاهم‌نامه شماره ۳ پیمان منشور انرژی، خوانده یعنی دولت بلغارستان باید اثبات کند که شرایط اعمال شرط انکار منافع در واقع وجود دارد. در مقابل خوانده معتقد بود که خواهان باید اثبات کند که کنترل یا مالکیت آن هرگز در دست اتباع کشور ثالث غیرمتعاهدی نبوده است. دیوان داوری توضیح روشنی در مورد اینکه تعیین تکلیف مسئله بار اثبات به‌طور کلی به چه صورت انجام می‌گیرد ارائه نداد و صرفاً در رأی خود به‌صورت موردی بیان کرد که اثبات مسائل مربوط به کنترل و مالکیت شرکت بر عهده شرکت خواهان است (Plama Case, Decision on Jurisdiction, No.43).

از رأی مذکور به‌طور واضح نمی‌توان چنین استنباط کرد که بار اثبات مسئله کنترل و مالکیت شرکت توسط اتباع کشورهای غیرمتعاهد همواره بر عهده خوانده است یا خیر، لیکن در پرونده پتروبارت نظر دیوان متضمن پاسخ مثبت به پرسش اخیر بود (Petrobart Limited v. the Kyrgyz Republic, SCC Case No.126/2003).

عکس نظر دیوان در اختلاف پتروبارت در پرونده آمتو مشاهده می‌شود، با این استدلال که بار اثبات یک ادعا در داوری بین‌المللی بر عهده طرفی است که آن ادعا را مطرح می‌کند (No, Amto Case64).

#### ۴. نتیجه

در این نوشتار تلاش شد در راستای شناخت و تبیین شرط انکار منافع به‌عنوان یکی از راهکارهای اصلی و نسبتاً نوین برای مقابله با رویه‌های موسوم به خرید معاهدات که در این نوشتار رویه‌های متقلبانه برای جلب حمایت سرمایه‌گذار خوانده شدند. نکته بدیهی که از بررسی مطالب این تحقیق حاصل می‌شود، این است که شرط انکار منافع با وجود به‌کار پیری روزافزون آن در معاهدات و یکی از راهکارهای اساسی مقابله با خرید معاهده، همچنان مفهومی مبهم، پیچیده و محل بحث و اختلاف نظر است.

در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری قاعده‌ای وجود ندارد که دیوان‌های داوری را ملزم به پیروی از آرای صادره در موارد مشابه قبلی سازد، بلکه این شاخه از حقوق دست‌کم در دهه‌های اخیر به عرصه‌ای معاهده‌محور تبدیل شده است که نتایج اختلافات و اقدامات گوناگون از لحاظ حقوقی در آن تا حدود زیادی به متن معاهدات بستگی دارد.

نظر به ویژگی مذکور حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری یعنی معاهده‌محور بودن، چه از منظر سرمایه‌گذار خارجی به مسئله رویه‌های موسوم به خرید معاهدات نگاه کرده و چه موضوع را از منظر کشورهای متعاقد و میزبان سرمایه بررسی کنیم، تنها راه بررسی شرایط و امکانات موجود برای سنجیدن عواقب یک عمل یا برگزیدن دفاع مناسب و نتایج استناد به آن نخست دقت در تنظیم شرایط و مقررات معاهده و در مرحله بعدی توجه به متن معاهده‌ای است که از پیش برای تخمین نتایج احتمالی تنظیم شده است. به بیان روشن‌تر، دولت‌های متعاقد به‌هنگام انعقاد یک معاهده باید در صورت پیش‌بینی شرط انکار منافع در معاهدات خود این نکته اساسی را در نظر داشته باشند که چگونه رویکرد دیوان‌های داوری و تفاسیر گوناگونی که از عناصر مختلف این شرط ممکن است داشته باشند، می‌تواند به اثربخشی به آنچه طرفین یک معاهده از آن اراده کرده‌اند یا برعکس، بی‌اثر ساختن این راهکار و عاری ساختن آن از هر گونه فایده عملی منجر شود. در نتیجه دولت‌های متعاقد خواستار گنجاندن این شرط باید تلاش کنند تا حد امکان ابهامات احتمالی را که در تفسیر این شرط ممکن است پدید آید و در این نوشتار به‌اختصار به آن اشاره شد، پیش‌بینی کرده و شرط مزبور را به‌گونه‌ای تنظیم کنند که شانس بیشتری برای مورد پذیرش قرار گرفتن در مرحله حل‌وفصل اختلافات داشته باشد، در مقابل سرمایه‌گذاران نیز به‌هنگام برنامه‌ریزی برای اعمال تغییرات مورد نظر در ساختار



شرکت‌ها یا انجام انتقالات احتمالی باید به متن معاهده و مقررات مندرج در آن توجه کنند تا از اتلاف هزینه‌های بعضاً هنگفت یا زمان برای انجام اقداماتی که ممکن است در مرحله اختلاف و برای نیل به اهداف مورد نظر این اشخاص مورد پذیرش در دیوان‌های داوری قرار نگیرد، جلوگیری شود.

### منابع و مأخذ

1. Efe, Azaino Uzezi, (2013) Nationality/treaty shopping: can host countries shift the wheat from the chaff?, CEPMLP annual review-CAR volume 16
2. Roserlbloom, H. David, (1994) Derivative benefits: Emerging US treaty .policy. Intertax 22.2
3. Lowenfeld, Andreas, (2008) International Economic Law, Oxford University Press, Second edition.
4. Mistelis, Loukas A. & Baltag, Crina Michaela, (2008), Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty, Penn State Law Review, 113.
5. Walker, Herman., (1956) Provisions on Companies in United States Commercial Treaties, American Journal of International Law.
6. Alschner, Wolfgang, (2013) Americanization of the BIT Universe; the Influence of Friendship, Commerce and Navigation Treaties on Modern Investment Treaty Law, Goettingen Journal of International Law, 5.
7. CAMPBELL MCLACHLAN, LAURENCE SHORE, & MATTHEW WEINIGER. (2007) INTERNATIONAL INVESTMENT ARBITRATION: SUBSTANTIVE PRINCIPLES Oxford University Press
8. Schreuer, Christoph H. (2009) The ICSID Convention: a commentary. Cambridge University Press.
9. Rodolf Dolzer & Christophe Schreuer, (2008) Principles of International Investment Law, Oxford University Press.
10. P.B. Gann, (1985) The US Bilateral (Investment Treaty Program, Stanford Journal of International Law, 21.
11. Behlman, Jordan, (2013) Out on a Rim: Pacific Rim's Venture into CAFTA's Denial of Benefits Clause., University of Miami Inter-American Law Review, 45.
12. UKPE, ANIEKAN, (2012) Applicability Of The MOST-FAVORED-NATION Clause to Dispute Settlement Provisions in Bilateral Investment Treaties: A Uniform Approach?, CAR (CEPMLP Annual Review), Volume 11.
13. Plama Consortium Ltd. v. Republic of Bulgaria, ICSID Case No. ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 119, 20 I.C.S.I.D. Review.—FILJ 262 (2005)
14. Ltd. Liab. Co. AMTO v. Ukraine, (2008), SCC Arbitration No. 080/2005, Final Award, 64.
15. Gadelshina, Elvira R., (2012) Burden of Proof under the 'Denial-of-Benefits' Clause of the Energy Charter Treaty: Actor Incumbit Onus Probandi?, Journal of International Arbitration, 29.3.
16. Yukos Universal Unlimited (Isle of Man) and The Russian Federation, PCA, 2009, Case No. AA 227, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, 458.
17. Chalker, (J. 2006) Making the Energy Charter Treaty Too Investor Friendly: Plama Consortium Limited v. the Republic of Bulgaria, Transnational Dispute Management (TDM)
18. Pan American Energy LLC and BP Argentina Exploration Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/13 .
19. Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/1.
20. Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador, ICSID Case No. ARB/09/12 - No.4.67.
21. Gastrell, Lindsay, and Paul-Jean Le Cannu (2015) Procedural Requirements of 'Denial-of-Benefits' Clauses in Investment Treaties: A Review of Arbitral Decisions. ICSID Review 30.1.
22. *Petrobart Limited v. The Kyrgyz Republic*, SCC Case No. 126/2003.