



Role of Abuse of Rights Doctrine and Investment Arbitration Ratione Temporis in Limiting Nationality Planning

Pouria Askari 

Associate Professor, Public International Law,
Allameh Tabataba'i University, Tehran, Iran

Niloofer Saeidi* 

Ph.D Student, Public International Law, Allameh
Tabataba'i University, Tehran, Iran

Abstract

Sometimes foreign investors after the dispute have arisen or when it is predictable and with the intention of bringing the dispute to arbitration, change their nationality or acquire new nationality. The phenomenon called Nationality Planning eases foreign investors' access to a desirable treaty and increases the chance of bringing disputes against host states. So host states try to avoid these disputes by raising objections to Ratione Temporis or claiming abuse of rights. Arbitration tribunals' approach towards their Ratione Temporis and abuse of rights is material in host states' success in limiting Nationality Planning. So the question to be answered is that what requirements are considered by arbitrations in determining Ratione Temporis and abuse of rights and how these two are different. Arbitral precedent shows that these tribunals make distinction between cases of nationality planning contrary to their Ratione Temporis and cases that are considered as abuse of rights. However, in practice their strict approach results in limited acceptance of objections to Ratione Temporis or abuse of rights claims.


Keywords: Ratione Temporis, Abuse of Rights, Nationality Planning, Bilateral Investment Treaty, Foreign Investment Arbitration.

* Corresponding Author: niloo1t91@yahoo.com


How to Cite: Askari, P., Saeidi, N, (2022), "Role of Abuse of Rights Doctrine and Investment Arbitration Ratione Temporis in Limiting Nationality Planning", The Quarterly Journal of Public Law Research, 23(74), 107-141. doi: 10.22054/QJPL.2022.58734.2569

نقش دکترین سوء استفاده از حق و صلاحیت زمانی مراجع داوری سرمایه‌گذاری در مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت

دانشیار حقوق بین‌الملل عمومی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران، ایران

پوریا عسکری 

دانشجوی دکتری حقوق بین‌الملل عمومی دانشگاه علامه طباطبائی، تهران،

نیلوفر سعیدی* 

ایران

چکیده

گاه سرمایه‌گذار خارجی پس از بروز اختلاف یا زمانی که اختلاف قابل پیش‌بینی است و به قصد طرح دعوی در مرجع داوری، اقدام به تغییر تابعیت یا کسب تابعیت جدید می‌نماید. این اقدام که برنامه‌ریزی تابعیت نام دارد، دسترسی سرمایه‌گذار خارجی به یک معاهده سرمایه‌گذاری مطلوب را تسهیل کرده و احتمال طرح دعوی علیه دولت میزبان را افزایش می‌دهد. از این رو دولت‌های میزبان تلاش می‌کنند با طرح ایراد به صلاحیت زمانی یا سوء استفاده از حق، مانع پذیرش چنین دعوایی شوند. رویکرد مراجع داوری در احراز صلاحیت زمانی خود و تشخیص موارد سوء استفاده از حق، در موفقیت یا عدم موفقیت دولت میزبان در مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت تعیین‌کننده است. بنابراین باید به این پرسش پرداخته شود که مراجع داوری چه شرایطی را برای احراز صلاحیت زمانی و سوء استفاده از حق در نظر می‌گیرند و چگونه میان این دو تمایز قائل می‌شوند. رویه مراجع داوری حاکی از آن است که این مراجع میان مواردی از برنامه‌ریزی تابعیت که مانع صلاحیت زمانی آن‌هاست و مواردی که سوء استفاده از حق تلقی می‌گردد، تمایز قائل می‌شوند. هرچند رویکرد سخت‌گیرانه آنها در عمل موجب می‌شود تنها در موارد محدودی ایراد به صلاحیت زمانی یا ادعای سوء استفاده از حق مورد پذیرش واقع شود.

واژگان کلیدی: صلاحیت زمانی، سوء استفاده از حق، برنامه‌ریزی تابعیت، معاهده
دوجانبه سرمایه‌گذاری، داوری سرمایه‌گذاری خارجی.

مقدمه

برنامه‌ریزی تابعیت^۱ اصطلاحی است که بر هرگونه تغییر استراتژیک تابعیت از سوی سرمایه‌گذار خارجی برای بهره‌مندی از یک معاهده سرمایه‌گذاری مطلوب اطلاق می‌شود. با توجه به اینکه معاهده‌های سرمایه‌گذاری، سطوح حمایت مختلفی را به سرمایه‌گذاران اعطا می‌کنند، ممکن است سرمایه‌گذاری که دولت متبوع او فاقد معاهده با دولت میزبان است یا در جایی که معاهده موجود به قدر کافی مطلوب نیست، با برنامه‌ریزی تابعیت به یک معاهده مطلوب دسترسی یابد.^۲ برنامه‌ریزی تابعیت حسب مورد با ایجاد شرکت صوری در کشور ثالثی که معاهده مطلوبی با دولت میزبان دارد و ادغام آن با زنجیره شرکت سرمایه‌گذار و یا با انتقال بخشی از سهام به یک شرکت دیگر ممکن می‌شود. همچنین گاه، سرمایه‌گذار داخلی به طرقی از جمله سرمایه‌گذاری در یک شرکت خارجی مشمول معاهده سرمایه‌گذاری با کشور میزبان، از حمایت معاهده بهره‌مند می‌شود. اگرچه برنامه‌ریزی تابعیت فی‌نفسه ممنوع نیست اما مراجع داوری در برخی موارد آن را قابل قبول ندانسته‌اند. یکی از این موارد، زمانی است که سرمایه‌گذار پس از بروز اختلاف یا در زمانی که اختلاف قابل پیش‌بینی بوده است، اقدام به برنامه‌ریزی تابعیت کرده و دعوا را ذیل معاهده‌ای که متعاقب تغییر تابعیت بدان دسترسی یافته، طرح می‌نماید.^۳ در این موارد دولت میزبان خواه با ایراد به صلاحیت زمانی و خواه با ادعای سوء استفاده از حق و یا هر دو، به برنامه‌ریزی تابعیت اعتراض می‌کند.^۴

مراجع داوری با بررسی زمان‌بندی برنامه‌ریزی تابعیت و قصد سرمایه‌گذار از چنین اقدامی، نسبت به رد صلاحیت زمانی و یا رد دعوا به دلیل سوء استفاده از حق اقدام

1. Nationality Planning

2. Suzy H. Nikièma, *Definition of Investor* (Canada: International Institute for Sustainable Development, 2012) at 3.

3. Oke Davis, *Towards Limiting Treaty Shopping in International Investment Law and Arbitration: A Critical Analysis of the Effectiveness of the Denial of Benefits Clause*, A Thesis Submitted to the University of Birmingham for the Degree of Ph.D., (2018), at 74-75.

۴. از دیگر راهکارهای موجود در اختیار دولت میزبان - که البته موضوع این پژوهش نمی‌باشد - استفاده از شرط انکار منافع - Denial of Benefits - است. برخی معاهده‌های سرمایه‌گذاری قیدی دربردارند که به دولت میزبان اجازه می‌دهد منافع معاهده را از سرمایه‌گذار تبعه ثالث یا دولت میزبان که متعاقب تغییر تابعیت به معاهده سرمایه‌گذاری دسترسی پیدا کرده است، سلب کند.

می‌نمایند. برای ارزیابی میزان موفقیت خواننده در توسل به این راهکارها، نحوه احراز صلاحیت زمانی و سوء استفاده از حق از سوی مراجع تعیین‌کننده است. بعلاوه باید با توجه به رویه این مراجع مشخص شود چه تفاوتی میان این دو راهکار وجود دارد. به بیان دیگر آیا در هر موردی که مرجع داوری در مواجهه با برنامه‌ریزی تابعیت پس از بروز اختلاف، صلاحیت زمانی خود را احراز نمی‌نماید، سوء استفاده از حق رخ داده است و یا باید میان این دو مورد تفکیک قائل شد؟ برای پاسخ به این پرسش ابتدا صلاحیت زمانی و سپس سوء استفاده از حق و شرط‌های تحقق آن‌ها بررسی می‌شود تا ضمن ارزیابی نقش آن‌ها در ممانعت از برنامه‌ریزی تابعیت، رویکرد مراجع داوری نسبت به تفاوت این دو راهکار مشخص شود.

۱. صلاحیت زمانی مراجع داوری سرمایه‌گذاری

مراجع داوری تنها از صلاحیت رسیدگی به اختلافاتی برخوردارند که پس از لازم‌الاجرا شدن معاهده سرمایه‌گذاری مربوطه بوجود آمده باشد. این امر ریشه در اصل عطف بما سبق نشدن معاهدات دارد که در ماده ۲۸ کنوانسیون وین حقوق معاهدات مندرج است.^۱ همچنین طبق ماده ۱۳ طرح مسئولیت بین‌المللی دولت‌ها «فعل دولت نقض تعهد بین‌المللی محسوب نمی‌گردد مگر آنکه دولت در زمان وقوع آن فعل، به تعهد ملتزم باشد.»^۲ در همین راستا در معاهده سرمایه‌گذاری نمونه ایالات متحده مقرر شده است «این معاهده هیچیک از طرفین را به هیچ اعمال یا وقایع رخ داده یا وضعیت خاتمه یافته پیش از تاریخ لازم‌الاجرا شدن این معاهده، ملتزم نمی‌نماید.»^۳ در واقع مقررات ماهوی معاهده بر اعمال و وقایع رخ داده - یا نقض‌های صورت گرفته - پیش از لازم‌الاجرا شدن معاهده حتی در مواردی که معاهده بر سرمایه‌گذاری

۱. طبق این ماده، به استثنای مواردی که از معاهده یا از طرق دیگر قصد دیگری استنباط شود، مقررات یک معاهده برای یک طرف در ارتباط با عمل حقوقی یا واقعه‌ای که قبل از تاریخ لازم‌الاجرا شدن معاهده صورت گرفته یا وضعیتی که قبل از لازم‌الاجرا شدن معاهده خاتمه یافته باشد، تعهدآور نیست.

2. ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, (2001), article 13.

3. United States Model BIT, (2004), article 2(3).

صورت گرفته قبل از لازم‌الاجرا شدن خود تسری می‌یابد، اعمال نخواهد شد.^۱ برای نمونه در قضیه Impregilo علیه پاکستان، معاهده میان ایتالیا و پاکستان در سال ۲۰۰۱ لازم‌الاجرا شده بود^۲ و بر سرمایه‌گذاری‌های پس از سپتامبر سال ۱۹۵۴ اعمال می‌شد.^۳ مرجع داوری اعلام نمود «خواهان از اقداماتی که مدعی است پاکستان مسئول آن است، شکایت کرده است. در هر مورد، قانونی بودن این اقدامات باید طبق قانون لازم‌الاجرا در زمان انجام آن‌ها مشخص شود».^۴ این نکته در برخی معاهده‌های سرمایه‌گذاری نیز ذکر شده است. برای نمونه طبق معاهده میان ایران و سنگاپور «این معاهده بر سرمایه‌گذاری‌های سرمایه‌گذاران هر طرف متعاهد، در قلمرو طرف متعاهد دیگر، خواه قبل یا بعد از لازم‌الاجرا شدن، اعمال خواهد شد اما نسبت به هر گونه اختلاف در خصوص سرمایه‌گذاری ایجاد شده یا هر ادعای حل و فصل شده، قبل از لازم‌الاجرا شدن آن اعمال نخواهد گردید».^۵

در احراز صلاحیت زمانی فقط لازم‌الاجرا شدن معاهده برای طرفین کفایت نمی‌کند بلکه سرمایه‌گذار نیز باید در زمان بروز اختلاف، یک سرمایه‌گذار مشمول معاهده باشد. فرضاً سرمایه‌گذار یک شرکت فرعی در کشور ثالث تأسیس و سرمایه‌گذاری در کشور میزبان را از طریق این شرکت انجام داده است. این شرکت جدیدالتأسیس تنها می‌تواند برای اختلافات ایجاد شده با میزبان، پس از برنامه‌ریزی تابعیت که آن را یک سرمایه‌گذار واجد شرایط تابعیتی ذیل معاهده مربوطه نموده است، به داوری مراجعه نماید. این مسأله با توجه به ارتباط میان طرفین معاهده و سرمایه‌گذاران که خاص حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری بوده و طی آن در معاهدات منعقد شده میان دو دولت، حقوقی به ثالث - سرمایه‌گذار - اعطا می‌شود، قابل توجیه است.^۶ از این رو مرجع داوری در قضیه ST-AD علیه بلغارستان اعلام داشت: «مرجع داوری از صلاحیت زمانی برای رسیدگی به ادعاهای

1. Ping an Life Insurance Company of China and Ping an Insurance of China v Belgium, ICSID Case No. ARB/12/29, Award, 30 April (2015), para 172.

2. Italy-Pakistan BIT, 19 July (1997).

3. Ibid. article 1(1).

4. Impreglio v. Pakistan, ICSID Case No ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April (2005), para 311.

5. Iran-Singapore BIT, 29 February (2016), article 2(2).

6. Jorun Baumgartner, *Treaty Shopping in International Investment Law* (UK: Oxford University Press, 2016) at 177.

پیش از تاریخ سرمایه‌گذاری را ندارد زیرا معاهده بر اعمال دولت پیش از سرمایه‌گذاری خواهان در کشور میزبان، اعمال نمی‌شود...»^۱

صلاحیت زمانی مراجع داوری موجب می‌شود دعاوی از پیش موجود- یعنی پیش از لازم‌الاجرا شدن معاهده برای طرفین و همچنین پیش از سرمایه‌گذاری- از محدوده زمانی دعاوی قابل طرح نزد این مراجع خارج باشند. در بسیاری موارد قواعد حاکم بر مراجع داوری مانند کنوانسیون ایکساید مقررهای در خصوص زمان بروز اختلاف دربرندارد. بنابراین این امر به مفاد رضایت طرفین در مورد صلاحیت آن مرجع بستگی دارد. در بعضی موارد معاهده سرمایه‌گذاری صراحتاً حاوی مقرره‌ای است که در خصوص زمان بروز دعاوی قابل طرح در داوری تعیین تکلیف نموده است.^۲ طبق معاهده میان نیجریه و امارات «معاهده بر تمامی سرمایه‌گذاری‌ها در سرزمین هر یک از طرفین اعمال می‌شود اما بر هیچیک از اختلافاتی که پیش از لازم‌الاجرا شدن، به وجود آمده، اعمال نخواهد گردید.»^۳ چنین ماده‌ای در بسیاری از معاهدات و عموماً تحت عنوان «دامنه شمول معاهده» درج می‌گردد. بعلاوه گاهی مقررات معاهده که به حل و فصل اختلافات میان سرمایه‌گذار و دولت میزبان می‌پردازند از عباراتی نظیر «اختلافاتی که ممکن است ایجاد شود» استفاده می‌نمایند. در قضیه Salini علیه اردن، معاهده میان ایتالیا و اردن مقرر می‌نمود که هر اختلاف میان یکی از طرفین و سرمایه‌گذار طرف دیگر در خصوص سرمایه‌گذاری باید تا حد امکان به صورت مسالمت‌آمیز حل و فصل شود. در صورت عدم تحقق این امر، اختلاف قابل طرح در داوری است. مرجع داوری به این نتیجه رسید که نحوه نگارش این ماده حاکی از این است که اختلافات آتی و نه اختلافات موجود در زمان لازم‌الاجرا شدن معاهده مشمول آن هستند.^۴

اما معمولاً معاهده سرمایه‌گذاری مربوطه در خصوص محدوده زمانی اعمال معاهده ساکت است. با این حال، اغلب مراجع داوری از پذیرش صلاحیت در خصوص دعاوی

1. ST-AD v. Bulgaria, UNCITRAL, PCA Case No 2011- 06, Award on Jurisdiction, 18 July 2013, para 300.

2. Christoph H. Schreuer; Loretta Malintoppi, et al, *The ICSID Convention: A Commentary* (New York: Cambridge University Press, 2016) at 95.

3. Nigeria-UAE BIT, 18 January 2016, Article (2).

4. Salini and Italstrade v. Jordan, ICSID Case No ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 9 November 2004, para 170.

از پیش موجود خودداری کرده‌اند. برخی مراجع این اقدام را با اتکا به اصل عطف به ماسبق نشدن معاهدات انجام داده‌اند. برای نمونه در قضیه M.C.I علیه اکوادور مرجع داوری اعلام داشت: «اصل عطف به ماسبق نشدن معاهده مانع اعمال آن بر اختلافات موجود پیش از لازم‌الاجرا شدن می‌شود. ... سکوت معاهده در خصوص اعمال آن در مورد اختلافات از پیش موجود اثر اصل عطف به ماسبق نشدن معاهده را تغییر نمی‌دهد.»^۱ عدم شمول معاهده سرمایه‌گذاری بر اختلافات پیش از لازم‌الاجرا شدن آن برای طرفین معاهده و سرمایه‌گذار، در ظاهر امر مقررهای ساده و بدون ابهام است. هرچند در عمل می‌تواند سوالات و چالش‌هایی را به همراه داشته باشد. در ادامه شرایط احراز صلاحیت زمانی و تفاسیر مراجع داوری از این شرایط مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۱. زمان بروز اختلاف

نحوه تعیین زمان بروز اختلاف اهمیت زیادی در مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت دارد. تعارض میان سرمایه‌گذار و دولت میزبان ممکن است از اعلام قصد دولت میزبان مبنی بر اتخاذ اقدامی - مثلاً تصویب یک قانون - که احتمالاً بر سرمایه‌گذار اثر منفی می‌گذارد، آغاز شود. سپس علی‌رغم اعتراض سرمایه‌گذار، پس از مدتی دولت میزبان اقدام ادعایی را عملی نماید. در نتیجه این اقدام، یکی از تعهدهای دولت میزبان نقض و به سرمایه‌گذار خسارات وارد می‌شود. متعاقباً سرمایه‌گذار طرح دعوا می‌کند. اینکه مرجع داوری زمان بروز اختلاف را کدامیک از این مراحل - آغاز تعارضات، اقدام میزبان، نقض تعهد، ورود خسارت - (ممکن است سه مورد آخر هم‌زمان رخ دهند) بداند، حسب مورد برنامه‌ریزی تابعیت را برای خواهان دشوار یا آسان می‌کند. اگر وجود اختلاف در مراحل اولیه احراز شود، فرصت برنامه‌ریزی تابعیت کاهش می‌یابد و به هر میزان که زمان بروز اختلاف را به طرح دعوا نزدیک‌تر بدانیم، سرمایه‌گذار فرصت بیشتری برای برنامه‌ریزی تابعیت پس از بروز نشانه‌های اولیه اختلاف خواهد داشت.^۲

مرجع داوری در قضیه Maffezini علیه اسپانیا توالی اتفاقات منتهی به اختلافات را اینگونه توضیح می‌دهد: «یک توالی طبیعی وقایع که به اختلاف منتهی می‌شود، وجود

1. MCI Power and New Turbine v. Ecuador, ICSID Case No ARB/03/6, Award, 31 July 2007, para 61.

2. Jorun Baumgartner, op. cit. at 182.

دارد. مسأله با ابراز اختلاف عقیده آغاز می‌شود. به مرور این وقایع با شکل‌گیری ادعاهای حقوقی، بحث در خصوص آنها یا عدم پاسخگویی طرف دیگر معنای دقیق حقوقی می‌یابند. تعارض دیدگاه حقوقی و منافع اگرچه ریشه در وقایع پیشین دارد، در مرحله آخر بروز می‌کند. ... این توالی وقایع باید در تعیین تاریخ دقیقی که طبق معاهده اختلاف مشمول رضایت لازم برای ایجاد صلاحیت مرجع داوری می‌شود، در نظر گرفته شود.^۱

اگرچه توضیحات فوق قابل قبول به نظر می‌رسد اما تعیین تاریخ اختلاف با توجه به پیچیدگی وقایع منتهی به طرح دعوا و همچنین اوضاع و احوال خاص حاکم بر هر قضیه آسان نبوده و در نتیجه مراجع در این خصوص به شیوه یکسانی عمل نکرده‌اند. برخی معاهده‌ها با استثنا کردن اختلافات پیشین از دامنه زمانی خود، تأثیر مهمی بر مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت پس از بروز اختلاف دارند. با این حال این معاهده‌ها از الفاظ یکسانی استفاده نمی‌نمایند. برای نمونه در حالیکه که معاهده میان ترکیه و ساحل عاج «دعاوی»^۲ پیش از لازم‌الاجرا شدن معاهده را از شمول آن خارج می‌داند^۳، معاهده میان نیجریه و سنگاپور «ادعاهای»^۴ از پیش موجود را از حوزه اجرای این سند خارج می‌داند.^۵ حتی اگر بپذیریم که واژه‌های اختلاف و ادعا در این معاهده‌ها مترادف هستند، در برخی دیگر از موارد از اصطلاحاتی به وضوح متفاوت استفاده شده است. معاهده میان کانادا و پرو بر اعمال یا وقایع^۶ رخ داده پیش از لازم‌الاجرا شدن معاهده اعمال نمی‌شود.^۷ طبیعتاً مراجع داوری در مواجهه با معاهده‌هایی که نقاط زمانی مختلف از توالی وقایع رخ داده میان طرفین اختلاف را از دامنه شمول سند خارج کرده‌اند، نمی‌توانند از این اصطلاحات تفاسیر یکسانی بعمل آورند. در حالیکه که واژه اختلاف به مراحل پایانی تعارض‌های میان طرفین اشاره دارد، واژه‌های اعمال یا وقایع مراحل اولیه تعارض‌ها را شامل شده و بنابراین از قابلیت بیشتری برای محروم ساختن سرمایه‌گذار از امکان برنامه‌ریزی تابعیت برخوردار است.

1. Maffezini v. Spain, ICSID Case No ARB/ 97/7, Decision on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000, para 96.

2. Disputes.

3. Turkey-Cote d'Ivoire BIT, 29 February 2016, article 2.

4. Claims.

5. Nigeria-Singapore BIT, 4 November 2016, article 2(2).

6. Acts or Facts.

7. Canada-Peru BIT, 14 November 2006, article 2(2).

تفاوت میان این اصطلاحات برای تعیین زمان اختلافات در مواردی که معاهده مربوطه قیدی در خصوص دعاوی از پیش موجود ندارد نیز باید به دقت مورد توجه قرار گیرد. برای نمونه در قضیه Phoenix علیه چک، معاهده مربوطه قیدی در خصوص دعاوی از پیش موجود نداشت. با این وصف، مرجع داوری اعلام داشت: «صلاحیت زمانی دیوان به «فعل و ترک فعل‌های» صورت گرفته پس از سرمایه‌گذاری خواهان محدود است.»^۱ در ادامه اما آن مرجع نتیجه گرفت که «از صلاحیت زمانی برای رسیدگی به «ادعاهای» مطروحه پیش از سرمایه‌گذاری خواهان در چک برخوردار نمی‌باشد.»^۲ اگرچه نتیجه نهایی این مرجع قابل اعتراض نیست اما استفاده غیردقیق از نقطه‌های زمانی مختلف که می‌تواند موجب عدم انسجام در رویه داوری شود، مسأله قابل توجهی است.^۳ زمانی که تاریخ برنامه‌ریزی تابعیت به زمان طرح دعوا نزدیک است، این احتمال که خواهان پس از بروز اختلاف به دستکاری تابعیت مبادرت نموده باشد، از سوی مرجع داوری بررسی می‌شود. خواننده در این موارد معتقد است که اختلاف پیش از آنکه خواهان یک سرمایه‌گذار مشمول معاهده شود، وجود داشته و مرجع داوری فاقد صلاحیت زمانی است. در مقابل خواهان تلاش می‌کند زمان بروز اختلاف را تاریخی پس از کسب تابعیت طرف معاهده مربوطه نشان دهد. با توجه به اینکه یک سلسله وقایع و اختلاف نظرها که گاه ممکن است چندین سال طول کشیده باشد، قبل از برنامه‌ریزی تابعیت تا پس از آن و تا زمان طرح دعوا ادامه می‌یابد، تعیین نقطه زمانی که تاریخ بروز اختلاف است و تفکیک آن از وقایع منتهی به اختلاف که اگرچه در رخداد اختلاف و شناسایی آن نقش دارند اما مشمول دامنه زمانی معاهده نمی‌شوند، می‌تواند به قبول یا رد صلاحیت منجر شود.

در قضیه Levy علیه پرو، سهامدار فرانسوی شرکت تأسیس شده در پرو طرح دعوا کرد. به عقیده خواننده، خواهان ثابت ننمود که در زمان بروز وقایع مورد ادعا، مالک سرمایه تحت حمایت معاهده بوده است.^۴ او پس از بروز اختلاف، سهام را خریداری و مدتی بعد طرح دعوا کرد. مرجع داوری به این پرسش پرداخت که در چه تاریخی تبعه طرف معاهده باید سرمایه‌گذاری کرده باشد تا از حق طرح دعوا ذیل معاهده برخوردار

1. Phoenix Action v. Czech, op. cit. para 68.

2. Ibid. para 71.

3. Jorun Baumgartner, op. cit. at 183.

4. Renée Rose Levy v. Peru, ICSID Case No ARB/10/17, Award, 26 February 2014, para 92.

شود؟ خواننده زمان بروز وقایعی که شکایات از آن ناشی می‌شد را ملاک می‌دانست و خواهان وجود هرگونه محدودیت زمانی در معاهده را انکار می‌کرد.^۱ مرجع داوری علی‌رغم سکوت معاهده، مقرر نمود که باید «در زمان وقوع نقض» هم معاهده لازم‌الاجرا بوده و هم تبعه از قبل سرمایه‌گذاری کرده باشد تا صلاحیت زمانی محقق شود.^۲ بنابراین، تعیین تاریخ دقیق برای احراز صلاحیت زمانی ضروری است. به عقیده مرجع، این زمان؛ تاریخی است که دولت اقدام مورد اختلاف را اتخاذ می‌نماید حتی اگر این اقدام نقطه اوج یک فرآیند یا توالی وقایعی باشد که سال‌ها قبل آغاز شده است. غیرمعمول نیست که اختلاف نظرهای طی یک دوره زمانی افزایش یافته و سرانجام با اقدام واقعی که بر حقوق معاهده‌ای سرمایه‌گذار تأثیر می‌گذارد، متبلور شود.^۳

سپس مرجع داوری با بررسی وقایع قضیه به این نتیجه رسید که تصویب قطعنامه سال ۲۰۰۷ تأثیر اصلی را بر حقوق سرمایه‌گذار گذاشته است. این قطعنامه برای تعیین مرزهای یک منطقه تاریخی واقع در اراضی خواهان صادر شده و وضعیتی برای این زمین‌ها ایجاد کرد که مانع اجرای پروژه‌ها است. هرچند دو سال قبل از این اقدام، تنش میان طرفین به وجود آمد اما کماکان احتمال عدم تصویب قطعنامه وجود داشت. بنابراین خواهان باید تا زمان انتشار قطعنامه در ۱۸ اکتبر ۲۰۰۷ مالک سهام می‌گردید.^۴ فروش سهام به خواهان در ۹ اکتبر ۲۰۰۷ - ۹ روز قبل از صدور قطعنامه - صورت گرفت.^۵ در نتیجه سرمایه‌گذاری قبل از بروز اختلاف صورت گرفته است.^۶

اختلاف نظرهای طرفین حداقل سه سال پیش از صدور قطعنامه آغاز گردید. علی‌رغم توافق خواهان با نهادهای ذیربط برای همکاری در مرزبندی منطقه تاریخی، دولت پرو رأساً اقدامات لازم را انجام داده و به نامه‌های خواهان مبنی بر عدم رعایت مفاد توافق‌نامه میان دو طرف توجه ننمود.^۷ با این حال مرجع داوری تصمیم‌های پیشین، دولت پرو را علی‌رغم اینکه صراحتاً مورد مخالفت خواهان بوده و در اجرای پروژه‌ها اثر منفی داشته،

1. Ibid. para 141.

2. Ibid. para 146.

3. Ibid. para 149.

4. Ibid. para 150.

5. Ibid. para 159.

6. Ibid. para 161.

7. Ibid. para 31.

اقدام منشأ اختلاف ندانست؛ بلکه نزدیک‌ترین اقدام خوانده به زمان طرح دعوا را منشأ اختلاف در نظر گرفت. در نتیجه اگرچه به وضوح خواهان در شرایطی که وجود اختلاف برای آن قطعیت یافته و برای تضمین دسترسی به معاهده بهتر اقدام به برنامه‌ریزی تابعیت نمود، رویکرد مرجع داوری در تعیین زمان اختلاف کمکی به مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت ننمود.

در قضیه Philip Morris Asia علیه استرالیا، خواهان، یک شرکت در هنگ‌کنگ، ادعا می‌کرد در نتیجه تصویب قانون بسته‌بندی ساده محصولات ۲۰۱۱ توسط دولت استرالیا، حقوق مالکیت معنوی شرکت تابعه او در استرالیا نقض شده است. به عقیده خوانده، اختلاف میان طرفین از یکسال قبل و از زمان اعلام قصد دولت مبنی بر تصویب این قانون آغاز گردید. شرکت مادر و دو شرکت استرالیایی تابعه آن از طریق مکاتبه با دولت استرالیا، موضع مخالف خود را اعلام کردند. در ابتدای سال ۲۰۱۱ سهام دو شرکت تابعه استرالیایی به یک شعبه فرعی در هنگ‌کنگ-خواهان-انتقال یافت. رویدادی که به عقیده خوانده پس از بروز اختلاف بوده است.^۲

مرجع داوری، یافته دیگر مراجع در خصوص محدوده زمانی اعمال معاهده را تأیید نمود. با این وصف اعلام داشت: «تاریخ اختلاف لزوماً با تاریخ نقض یکسان نیست بلکه حداقل تا جایی که یک اقدام واحد - و نه مستمر - مدنظر است، اختلاف معمولاً به دنبال نقض ادعایی رخ می‌دهد. اختلاف زمانی ایجاد می‌شود که سرمایه‌گذار به شکل مثبتی به اقدامات صورت گرفته یا هر ادعای طرف دیگر که از آن اقدامات ناشی می‌شود، اعتراض نماید.»^۳ در نتیجه همانند قضیه پیشین، این مرجع زمان اختلاف را تاریخ اتخاذ اقدامات مورد اختلاف از سوی خوانده دانست که در این قضیه تصویب قانون است. به عقیده مرجع داوری تا پیش از این اقدام، حقوق خواهان تأثیری نپذیرفته بود. در نتیجه

۱. این نوع بسته‌بندی که به خصوص برای سیگار مورد استفاده قرار می‌گیرد، تولیدکننده را ملزم می‌نماید بدون هیچگونه تبلیغاتی صرفاً نام کمپانی را در اندازه، خط و محل مشخصی روی بسته‌بندی به همراه هشدارهای پزشکی و دیگر اطلاعات لازم طبق قانون مانند محتویات سمی یا برچسب پرداخت مالیات درج نماید. شکل ظاهری بسته و حتی رنگ آن نیز باید از استانداردهای خاصی پیروی کند.

2. Philip Morris Asia v. Australia, UNCITRAL, PCA Case No 2012- 12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015, para 525.

3. Ibid. para 532.

اگر خواهان تا زمان تصویب این قانون یعنی ۲۱ نوامبر ۲۰۱۱، سهام دو شرکت استرالیایی را بدست آورده باشد، تحت حمایت معاهده قرار خواهد گرفت. از آنجایی که فرآیند انتقال سهام به خواهان در فوریه ۲۰۱۰ تکمیل گردید، این شرط زمانی محقق شده است.^۱

۲-۱. معیار احراز زمان اختلاف

مراجع داوری برای احراز زمان بروز اختلاف می‌تواند معیار عینی یا ذهنی را ملاک عمل قرار دهند. در معیار عینی، زمان اختلاف به صورت مستقل و بر مبنای وقایع تعیین می‌شود. در مقابل در معیار ذهنی، مرجع داوری به اظهارات طرفین - عموماً خواهان - مبنی بر اینکه آیا اختلاف در زمان مقرر وجود داشته یا نه، بسنده می‌نماید. به هر میزان که زمان اختلاف به شکلی مستقل مشخص شود، بهتر می‌توان با برنامه‌ریزی تابعیت پس از بروز اختلاف مقابله کرد. از طرفی به هر میزان که دیدگاه خواهان در خصوص زمان بروز اختلاف ملاک عمل قرار گیرد، احتمال پذیرش دعوای طرح شده متعاقب برنامه‌ریزی تابعیت افزایش خواهد یافت.

در قضیه Lao Holdings علیه لائو، خواهان - شرکت تأسیس شده در هلند - در ۱۷ ژانویه ۲۰۱۲ صد درصد مالکیت یک شرکت سرمایه‌گذار در لائو را بدست آورد.^۲ سرمایه‌گذار در ابتدا یک موافقت‌نامه پنج ساله برای نرخ مالیات ثابت - یعنی مالیات همواره درصد ثابتی از درآمد سرمایه‌گذار خواهد بود - با دولت لائو منعقد نمود و مقرر گردید پس انقضای دوره پنج ساله در سال ۲۰۱۳ موافقت‌نامه تمدید شود. هرچند دولت لائو از تجدید موافقت‌نامه خودداری نمود.^۳ به عقیده خواننده، سرمایه‌گذار از سال ۲۰۱۱ و پیش از برنامه‌ریزی تابعیت، از تصمیم دولت مبنی بر عدم تمدید موافقت‌نامه و اعمال قانون جدید مالیاتی بر این شرکت مطلع بود.^۴ در مقابل، خواهان ادعا می‌نمود که مذاکرات تا سال ۲۰۱۲ ادامه یافته و مقامات دولتی به او اطمینان داده بودند که قانون

1. Ibid. para 533.

2. Lao Holdings v. Lao, ICSID Case No ARB(AF)/12/6, Decision on Jurisdiction, 21 February 2014, para 28.

3. Ibid. para 22.

4. Ibid. paras 24-27.

جدید نسبت به این شرکت اعمال نخواهد شد. بنابراین تا زمان کسب سهام از سوی شرکت هلندی هنوز اختلافی میان طرفین وجود نداشته است.^۱

مرجع داوری ابتدا مقرر نمود که تعیین زمان اختلاف امری عینی است. مسأله این نیست که آیا به باور ذهنی خواننده اختلاف از قبل وجود داشته یا طبق باور ذهنی خواهان اختلاف متعاقباً بروز کرده است بلکه مسأله این است که آیا بررسی عینی وقایع، وجود اختلاف قبل از لازم‌الاجرا شدن معاهده را اثبات می‌نماید؟^۲ البته مرجع داوری در عمل، روشی متفاوت از دیگر مراجع در پیش نگرفت. به منظور احراز زمان اختلاف، این مرجع سیر وقایع رخ داده میان طرفین را بررسی نمود. پس از درخواست خواهان برای تجدید موافقتنامه در خصوص نرخ مالیات، اختلافاتی در سطح دولت در خصوص تجدید این موافقتنامه وجود داشته است. در حالی که دفتر نخست وزیر ماه‌ها خواهان را در بلاتکلیفی قرار داده بود، وزارت امور مالی در سال ۲۰۱۱ درخواست خواهان را رد کرد. با این حال به خواهان اطمینان داده شد که در نهایت درخواست او پذیرفته می‌شود و او باید خواسته خود را از طریق نخست وزیری پیگیری نماید. به همین دلیل خواهان، منطقاً انتظار داشت که تصمیم وزارت امور مالی تنها یک مانع موقتی باشد. در نهایت، مرجع داوری مقرر نمود که اختلاف پس از صدور تصمیم نهایی دولت مبنی بر عدم تجدید موافقتنامه مالیات در ۲۱ مارس ۲۰۱۲ بوجود آمده است.^۳ این مرجع با ملاک قرار دادن تصمیم قطعی بالاترین مقام دولتی در عمل، تاریخی را زمان بروز اختلاف دانست که با نظر خواهان هم‌راستا بود.

در نتیجه مراجع داوری به منظور تشخیص زمان اختلاف که امری تعیین کننده در احراز صلاحیت زمانی است، عموماً اتخاذ تصمیم نهایی در سطوح بالای دولتی را ملاک عمل قرار داده‌اند. این در حالی است که اختلاف نظر در یک مسأله حقوقی یا وقایع، تعارض نظر حقوقی یا منافع، پیش از اتخاذ تصمیم قطعی از سوی خواننده محقق گردیده است.^۴ این رویکرد در عمل موجب می‌شود مراجع داوری، یک معیار ذهنی که همانا

1. Ibid. para 28.

2. Ibid. para 124.

3. Ibid. paras 129-146.

۴. برای مطالعه در خصوص مفهوم اختلاف در رویه داوری سرمایه‌گذاری خارجی مراجعه شود به:

تاریخ مورد نظر خواهان در خصوص زمان بروز اختلاف است را اعمال نمایند. در قضیه فوق‌علی‌رغم اینکه مرجع داوری در ابتدا از اعمال یک معیار عینی حمایت نمود، به وضوح نگرش خواهان در این خصوص را مدنظر قرار داد.^۱ چنین عملکردی مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت از منظر صلاحیت زمانی را دشوار می‌نماید.

۳-۱. احراز زمان بروز اختلاف در نقض مستمر

همانطور که در قضایای فوق مشخص شد در بسیاری از موارد، دوره زمانی نسبتاً طولانی از اختلاف نظر و تعارض میان طرفین وجود دارد. گاه دولت میزبان با اقداماتی نظیر عدم اعطای مجوز، عدم پرداخت وجوه طبق قرارداد مربوطه و...، مرتکب نقض تعهد خود در مقابل سرمایه‌گذار می‌شود. طبیعتاً تا زمانی که دولت یک اقدام مثبت برای خاتمه این نقض انجام ندهد، نقض استمرار خواهد یافت. حال اگر در اثنای نقض، خواهان اقدام به برنامه‌ریزی تابعیت نماید، منطقی‌تر از مرجع داوری انتظار می‌رود با در نظر گرفتن زمان بروز نقض بعنوان زمان اختلاف، از پذیرش صلاحیت زمانی خود خودداری نماید. هرچند چنانچه مرجع داوری بخواهد به باور خواهان در خصوص وجود اختلاف تکیه نماید، نتیجه دیگری بدست خواهد آمد.

در قضیه Pac Rim علیه السالوادور، شرکت کانادایی از طریق شرکت تابعه خود در جزایر سلیمان سرمایه‌گذاری کرد. درخواست سرمایه‌گذار برای اخذ مجوز حفاری معادن طلا و نقره با مانع مواجه گردید. در سال ۲۰۰۷؛ سرمایه‌گذار، یک شرکت در آمریکا تأسیس و سرمایه‌گذاری صورت گرفته در السالوادور به این شرکت جدید انتقال یافت. شرکتی که متعاقباً طرح دعوا نمود. مرجع داوری باید به این پرسش پاسخ می‌داد که آیا اختلاف در زمان برنامه‌ریزی تابعیت در سال ۲۰۰۷ وجود داشته و یا پس از آن ایجاد شده است؟

عمل متخلفانه دولت در این قضیه، یک ترک فعل یعنی عدم اعطای مجوز حفاری معادن بود. این ترک فعل مستمر در زمان بخصوصی پس از درخواست مجوز از سوی

Eduardo Savarese, 'BIT Clause Bearing on Ratione Temporis Jurisdiction of ICSID Tribunal: Survey on Constituent Elements of Investor-State Legal Disputes under BITs', *Journal of World Investment and Trade*, Vol.10, (2009)A

1. Jorun Baumgartner, op. cit. at 191.

خواهان و قبل از برنامه‌ریزی تابعیت در دسامبر ۲۰۰۷ آغاز شد و پس از این تاریخ همچنان ادامه یافت.^۱ سپس مرجع داوری تلاش نمود آثار حقوقی یک نقض مستمر که در خلال آن، تغییر تابعیت خواهان رخ داده بود را از منظر صلاحیت زمانی تعیین نماید. به عقیده مرجع داوری در مواجهه با نقض مستمر، این مرجع تنها از صلاحیت زمانی نسبت به بخشی از فعل یا ترک فعل که پس از تغییر تابعیت ادامه یافته، برخوردار است.^۲ هر چند وقایعی که قبل از برنامه‌ریزی تابعیت رخ داده‌اند بعنوان ادله پیشینه اختلاف میان طرفین قابل استفاده هستند. در واقع اعمال و وقایع رخ داده قبل از لازم‌الاجرا شدن معاهده برای دولت خواننده در تعیین اینکه آیا دولت متعاقباً تعهد را نقض نموده، مورد توجه قرار می‌گیرد اما اقدامی که نقض تعهد محسوب می‌شود باید لزوماً پس از تاریخ لازم‌الاجرا شدن معاهده صورت گیرد.^۳ از این رو مرجع داوری مقرر نمود با توجه به اینکه عدم اعطای مجوز به خواهان یک نقض مستمر بوده است، لازم است اختلاف میان طرفین پس از آنکه سرمایه‌گذار با برنامه‌ریزی تابعیت، مشمول این معاهده شده ایجاد شده باشد.^۴ در این قضیه خواهان برای اثبات اینکه اختلاف پس از برنامه‌ریزی تابعیت بروز نموده، تنها خسارات وارد شده پس از سال ۲۰۰۸ را تقاضا نمود. مرجع داوری نیز همانند رویه دیگر مراجع، بیانات رئیس جمهور السالوادور در سال ۲۰۰۸ مبنی بر مخالفت با هرگونه حفر معادن را نقطه بروز اختلاف دانست.^۵ به عقیده این مرجع تا پیش از این تاریخ و حتی قبل از برنامه‌ریزی تابعیت، خواهان از دشواری اخذ مجوز اطلاع داشته و گفتگو با مقامات دولتی در این خصوص را حتی پس از اظهارات رئیس جمهور ادامه داده است. ادامه این تلاش‌ها از سوی خواهان حاکی از آن است که او هنوز به دریافت مجوز امیدوار بوده و عدم اتخاذ یک تصمیم رسمی از سوی خواننده برای خاتمه رسیدگی به درخواست خواهان نیز حاکی از آن است که تا سال ۲۰۰۸ و پس از برنامه‌ریزی تابعیت همچنان اختلاف قطعیت نیافته بوده است.^۶

1. Pac Rim v. El Salvador, ICSID Case No ARB/09/12, Decision on Objections to Jurisdiction, 1 June 2012, para 2.94.

2. Ibid. para 2.104.

3. Mondev International v United States, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002, para 69.

4. Pac Rim v. El Salvador, op.cit., para.2.106.

5. Ibid. para 2.109.

6. Ibid. para 2.85.

رویکرد مرجع داوری در این قضیه با رویه دیگر مراجع که همواره یک تصمیم قطعی در سطوح بالای دولتی مبنی بر عدم تحقق درخواست سرمایه‌گذار را منشأ اختلاف دانسته‌اند، هماهنگی ندارد. داوری در این قضیه صراحتاً پذیرفت که نقض تعهد پیش از برنامه‌ریزی تابعیت آغاز شده است، هرچند متعاقباً این نقض تعهد و خسارات وارد آمده از آن به سرمایه‌گذار را برای احراز اختلاف کافی ندانست. گویا تا مادامی که خواهان از جلب موافقت دولت میزبان ناامید نگردد، مرجع داوری اختلاف را قطعی نمی‌داند. تنها در زمانی که خواهان ناامید شده و به طرح دعوا روی بیاورد، مرجع داوری بروز اختلاف را آن هم در تاریخی نزدیک به طرح دعوا می‌پذیرد.

۴-۱. وجود یک یا چند اختلاف

گاهی اوقات دولت میزبان فعل و ترک فعل‌های گوناگونی نسبت به سرمایه‌گذار انجام می‌دهد. در این صورت مراجع داوری با این پرسش مواجه می‌شود که آیا یک اختلاف میان طرفین وجود دارد یا چند اختلاف؟ اهمیت این پرسش زمانی آشکار می‌شود که سرمایه‌گذار زمانی در اثنای تعارض‌ها با دولت میزبان اقدام به برنامه‌ریزی تابعیت نماید. در این صورت ممکن است خواهان با طرح شکایت از اقدامات دولت میزبان پس از برنامه‌ریزی تابعیت، ادعا نماید که این اختلاف جدیداً بروز نموده و از اختلاف موجود پیش از برنامه‌ریزی تابعیت متفاوت است. در مقابل، دولت خواننده ادعا می‌نماید که تمامی افعال و ترک فعل‌ها چه قبل و چه بعد از برنامه‌ریزی تابعیت، همگی بخشی از یک اختلاف هستند که از پیش موجود بوده و بنابراین مرجع داوری فاقد صلاحیت رسیدگی به آن است.

مرجع داوری در قضیه Lucchetti علیه پرو، این مسأله را بررسی نمود. اختلاف در خصوص دریافت مجوز از شهرداری برای ساخت کارخانه در منطقه‌ای با حساسیت‌های زیست‌محیطی بود. معاهده میان پرو و شیلی در سال ۲۰۰۱ لازم‌الاجرا شد. در حالیکه خواهان اختلاف را ناشی از دو حکم شهرداری در سال ۲۰۰۱ می‌دانست، خواننده معتقد بود اختلاف چند سال قبل یعنی در سال ۱۹۹۸ و قبل از لازم‌الاجرا شدن معاهده ایجاد شده است. خواهان وجود اختلاف قبلی را انکار نمی‌کرد، هرچند معتقد بود آن اختلاف

با آرای محاکم داخلی پرو حل و فصل شده‌اند. در نتیجه مرجع داوری باید احراز می‌نمود که آیا این اختلاف، یک اختلاف جدید است یا خیر؟

از این رو مرجع داوری تصمیم گرفت تا وقایع منشأ اختلاف سال ۲۰۰۱ و وقایع اختلافات ۱۹۹۸ را بررسی نماید تا در هر مورد مشخص شود آیا و تا چه اندازه‌ای موضوع و وقایعی که سبب اصلی^۱ اختلافات، متفاوت یا یکسان هستند؟ معیار تعیین وجود یک یا دو اختلاف مستقل این است که آیا آنها موضوع^۲ یکسانی دارند یا خیر؟ صرفنظر از اینکه مرجع داوری بر موضوع یا سبب اصلی اختلاف تمرکز نماید، در هر مورد باید تعیین شود که آیا وقایع یا ملاحظاتی که به اختلاف نخست منجر شده در اختلاف اخیر نیز محوریت داشته است؟^۳ حکم سال ۱۹۹۸ شهرداری به هدف الزام خواهان برای پیروی از الزامات زیست‌محیطی در ساخت کارخانه صادر شده بود. هر چند متعاقباً با صدور حکم دادگاه به نفع سرمایه‌گذار، شهرداری ملزم به اعطای مجوز گردید.^۴ در سال ۲۰۰۱ شهرداری این مجوزها را لغو و دلیل این کار را نگرانی‌های زیست‌محیطی اعلام کرد. بنابراین موضوع اختلاف نخست، تفاوتی با اختلاف جدید که منشأ دعوای طرح شده - است، ندارد. هر دو اختلاف منشأ یا منبع یکسانی دارند که عبارت است از تمایل شهرداری به تضمین رعایت سیاست‌های زیست‌محیطی.^۵ در نتیجه مرجع داوری، صلاحیت رسیدگی به این دعوا را احراز نمود.

گاه مراجع داوری در پرونده‌های برنامه‌ریزی تابعیت با چنین وضعیتی مواجه گردیده‌اند. طبیعتاً ارزیابی آنها از وجود یک یا دو اختلاف تأثیر مهمی بر تأیید یا رد برنامه‌ریزی تابعیت دارد. در قضیه Tidewater علیه ونزوئلا؛ سرمایه‌گذار، یک شرکت فرعی در باربادوس تأسیس و به زنجیره شرکت‌های خود اضافه نمود. این شرکت جدید ذیل معاهده باربادوس و ونزوئلا در ایکسید طرح دعوا کرد. خواننده معتقد بود این برنامه‌ریزی تابعیت، تنها پس از بروز اختلاف صورت گرفته است. از این رو مرجع داوری تصمیم گرفت با تکیه بر معیار ارائه شده در قضیه Lucchetti علیه پرو، بررسی نماید که

1. Real Cause

2. Subject matter

3. *Empresas Lucchetti and Lucchetti Peru v. Peru*, ICSID Case No ARB/03/4, Award, 7 February 2005, para 50.

4. *Ibid.* para 52.

5. *Ibid.* para 53.

آیا پیش برنامه‌ریزی تابعیت، اختلافی با موضوع مشابه با این اختلاف میان طرفین وجود داشته است یا خیر؟^۱

ابتدا مرجع داوری با بررسی وقایع رخ داده به این نتیجه رسید که پیش از برنامه‌ریزی تابعیت در سال ۲۰۰۹ اختلافی در خصوص پرداخت معوقات میان طرفین وجود داشته است. مرجع داوری، این اختلاف را تنها یک اختلاف تجاری رایج در خصوص احیای معوقات ارائه خدمات از سوی سرمایه‌گذار دانست. در حالیکه موضوع دعوی مطروحه، مصادره اموال خواهان بود. خواهان که پس از پایان دوره قرارداد، تعهدی به ادامه ارائه خدمات نداشت اعلام نمود تا مادامی که معوقات پرداخت نشود، با تمدید قرارداد موافقت نخواهد کرد.^۲ در مقابل دولت ونزوئلا در سال ۲۰۰۹ در واکنش به اختلافات موجود در خصوص معوقات، اقدام به تصویب قانونی نمود که به مصادره اموال خواهان منتهی گردید.^۳ در نتیجه مرجع داوری با موضع خواننده مبنی بر اینکه اختلاف پرداخت معوقات بخشی از اختلاف مطروحه است مخالفت نمود^۴ و اختلاف اخیر را از منظر صلاحیت زمانی قابل پذیرش دانست.

مرجع داوری در این قضیه به درستی دریافت که موضوع اختلاف قبلی با اختلاف جدید متفاوت است. اگرچه انگیزه خواننده از مصادره اموال سرمایه‌گذار، اختلاف پیشین در خصوص معوقات بود، این امر به معنای یکی بودن موضوع دو اختلاف نیست. خواهان نیز از طرح مسأله معوقات در داوری خودداری نمود و صرفاً با طرح موضوع مصادره از هرگونه ریسک رد صلاحیت زمانی اجتناب کرد. مرجع داوری در این قضیه در تعیین زمان اختلاف، مشابه دیگر مراجع عمل نموده و اقدام نهایی دولت خواننده که تصویب قانون مصادره اموال سرمایه‌گذار بود را زمان اختلاف در نظر گرفت. مراجع داوری اختیار عمل بسیاری در تعیین زمان بروز اختلاف دارند. بنابراین این مرجع می‌توانست با پذیرش استدلال خواننده و برقراری پیوند میان اختلاف پیشین و اختلاف کنونی، اختلاف را از پیش موجود تلقی نموده و از پذیرش صلاحیت زمانی امتناع کند. هرچند به نظر می‌رسد مراجع داوری تنها زمانی موضوع اختلاف جدید و از پیش موجود را مشابه

1. Tidewater v. Venezuela, ICSID Case No ARB/10/5, Decision on Jurisdiction, 8 February 2013, para 148.

2. Ibid. para 190.

3. Ibid. para 191.

4. Ibid. para 192.

می‌دانند که موضوع هر دو اختلاف عیناً یکی باشد. به دیگر سخن؛ منظور آن‌ها از این تشابه، یکسان بودن موضوعات و نه وجود حدی از اشتراکات میان آن‌هاست.

بنابراین صرف این واقعیت که پیشینه دو اختلاف از هم متفاوت است، برای تشخیص وجود یک یا دو اختلاف کافی نیست، مرجع داوری در این موارد باید به ماهیت اختلاف‌ها توجه نماید. ممکن است زمینه دو اختلاف از هم متفاوت باشد اما آنچه مهم است این است که آیا حقوق سرمایه‌گذار تحت تأثیر قرار گرفته و آیا ادعاها «مستقیماً از یک موضوع یکسان» ناشی می‌شوند؟^۱

در کل به نظر می‌رسد بسیاری از مراجع داوری تمایل دارند در احراز وجود یک یا چند اختلاف، به منشأ یا دلیل اصلی اختلاف توجه نمایند. این امر مؤید تمایل مراجع به توجه بیشتر به ماهیت و نه شکل حتی در قضایایی که معاهده مربوطه صراحتاً اعمال یا وقایع منتهی به اختلاف را استثنا نموده می‌باشد. البته در کنار این نکته نباید این واقعیت را فراموش نمود که اعمال این روش از سوی مراجع موجب می‌شود نتیجه در هر مورد به وقایع مربوط به آن قضیه وابسته باشد و حاشیه صلاح‌دید زیادی برای داوران ایجاد خواهد شد که می‌تواند به تشتت در یافته‌های آنان دامن زند.^۲

۲. سوء استفاده از حق

سوء استفاده از حق یکی از پرکاربردترین راه‌کارهای دولت خواننده در اعتراض به برنامه‌ریزی تابعیت از سوی خواهان است. البته مراجع داوری در موارد محدودی اقدامات خواهان را سوء استفاده از حق تلقی نموده‌اند. در واقع مراجع داوری متفقاً بر این عقیده‌اند که ادعای سوء استفاده از حق تنها در موارد استثنائی قابل قبول است^۳ زیرا تلاش سرمایه‌گذار برای محافظت از خود در برابر ریسک عمومی دعاوی آتی با دولت میزبان یک هدف مشروع است.^۴ از این‌رو سوء استفاده از حق باید در هر قضیه و با در نظر

1. CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003, para 111.

2. Jorun Baumgartner, op. cit. at 200.

3. Chevron Corporation & Texaco Petroleum Company v. Ecuador, UNCITRAL, PCA Case No.34877, Interim Award, 1 December 2008, para 143.

4. Tidewater v. Venezuela, op. cit. para 184.

گرفتن تمامی اوضاع و احوال احراز شود^۱ و آستانه احراز آن بسیار بالاست.^۲ به علاوه لازم نیست سرمایه گذار اثبات نماید که دعوا را بدون سوء نیت طرح نموده است بلکه این خواننده است که باید سوء استفاده از حق را بعنوان دفاع مطرح و اثبات نماید.^۳ دو شرط باید در خصوص برنامه ریزی تابعیت محقق شود تا مرجع داوری آن را سوء استفاده از حق بدانند. نخست برنامه ریزی تابعیت باید در زمانی صورت گیرد که اختلاف بروز نموده یا قابل پیش بینی باشد. در این صورت برنامه ریزی تابعیت برای دسترسی به داوری، یک سوء استفاده از نظام داوری بین المللی سرمایه گذاری خواهد بود. دوم آنکه تنها هدف سرمایه گذار از برنامه ریزی تابعیت دسترسی به مرجع داوری باشد. برنامه ریزی تابعیتی که به قصد دسترسی به داوری و بدون حسن نیت باشد، سوء استفاده از حق است. این دو شرط، مستقل از یکدیگر بوده و وجود هر دو مورد برای تحقق سوء استفاده از حق لازم است. با این حال، تفسیر این شرطها و استفاده از معیارهای عینی یا ذهنی در احراز آنها، مراجع داوری را با چالش هایی مواجه کرده است. در ادامه این شرطها بررسی می شود.

۲-۱. قابل پیش بینی بودن اختلاف

مراجع داوری در خصوص قابل پیش بینی بودن اختلاف میان سرمایه گذار و دولت میزبان در زمان برنامه ریزی تابعیت باید به نکات متعددی توجه نمایند از جمله اینکه معیار قابلیت پیش بینی چیست؟ آیا باید سرمایه گذار بروز یک اختلاف بخصوص را تخمین زده باشد یا صرف اختلاف نظر کفایت می کند؟ آیا باید اختلاف پیش بینی شود یا اقداماتی که می تواند به اختلاف منتهی شود نیز مشمول این شرط است؟ نحوه پاسخ مراجع داوری به هر یک از این پرسشها می تواند نتیجه را به نفع سرمایه گذار یا دولت میزبان تغییر دهد. بنابراین این تفاسیر در کارآمد ساختن دکتترین سوء استفاده از حق برای مقابله با برنامه ریزی تابعیت و یا بلااثر ساختن آن اهمیت شایانی دارند.

1. Mobil v. Venezuela, ICSID Case No ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010, para 177.

2. Philip Morris Asia v. Australia, op. cit. para 539.

3. Chevron Corporation & Texaco Petroleum Company v. Ecuador, op. cit. para 138.

مراجع داوری در خصوص اینکه چه اختلافی قابل پیش‌بینی است، عموماً به دو شیوه عمل کرده‌اند. دسته اول، آستانه بالایی را در نظر گرفته و مرز میان برنامه‌ریزی تابعیت مشروع و سوء استفاده از حق را زمانی دانسته‌اند که سرمایه‌گذار، یک اختلاف بالفعل را مشاهده و یا اختلاف بخصوصی در آینده را بسیار محتمل بداند. بنابراین صرف وجود تعارض میان طرفین در زمان برنامه‌ریزی تابعیت، سوء استفاده از حق نمی‌باشد.^۱ چنین معیاری از نظر این مراجع، تعادل منصفانه‌ای میان لزوم تضمین حق سرمایه‌گذار در دسترسی به معاهده در زمان برنامه‌ریزی تابعیت مشروع و ضرورت سلب چنین حمایتی در زمان رفتار سودجویانه است.^۲ دسته دوم، اختلاف را زمانی قابل پیش‌بینی می‌دانند که تصور معقولی وجود داشته باشد مبنی بر اینکه اقدامی که به ادعای ذیل معاهده منتهی می‌شود، عینیت یابد.^۳ رویکرد اخیر عینی‌تر است. مسلماً احراز اینکه آیا سرمایه‌گذار بروز یک اختلاف بخصوص در آینده را بسیار محتمل می‌داند، مستلزم اتکا بر رویکرد سرمایه‌گذار بوده و از عنصر عینی لازم برای جلوگیری از سوء استفاده برخوردار نیست. در این صورت، سرمایه‌گذار می‌تواند به راحتی ادعا نماید علی‌رغم مشکل‌های موجود در روابط کاری خود، بروز یک اختلاف را محتمل نمی‌دانست. در مقابل، رویکرد مراجع دسته دوم با حذف برداشت شخصی سرمایه‌گذاران از احتمال بروز اختلاف، به این می‌پردازد که آیا یک سرمایه‌گذار متعارف در این شرایط می‌توانست بروز اختلاف آتی را پیش‌بینی کند.^۴

اگرچه مراجع داوری عموماً یکی از این دو رویکرد را اعمال کرده‌اند اما نتایج بسیار متنوع است. در قضایای Pac Rim علیه السالوادور و Alapli علیه ترکیه، مراجع داوری در احراز قابل پیش‌بینی بودن اختلاف رویکرد نخست را اعمال کردند. در قضیه نخست، مرجع داوری ضمن توجه به ماهیت مستمر اقدامات خواننده، اعلام داشت اگر خواهان در خلال اقدامات خواننده تابعیت خود را تغییر دهد با آگاهی از وجود یک اختلاف یا

1. Pac Rim v. El Salvador, op. cit. para 2.99; Lao Holdings v. Lao, op. cit. para 76; Alapli Elektrik v Turkey, ICSID Case No ARB/08/13, Award, 16 July 2012, para 403.

2. Renée Rose Levy v. Peru, op. cit. para 185.

3. Tidewater v. Venezuela, op. cit. para 193; Philip Morris Asia v. Australia, op. cit. para 554.

4. Jorun Baumgartner, op. cit. at 225.

اختلاف بخصوصی در آینده، آنگاه سوء استفاده از حق رخ داده است.^۱ همانطور که اشاره شد، مراجع داوری عموماً زمان بروز اختلاف را زمان نهایی شدن اقدامات دولت از سوی مقامات بلندپایه دانسته‌اند. در این قضیه نیز علی‌رغم آگاهی قبلی سرمایه‌گذار از تمایل دولت به ممنوع ساختن فعالیت معادن در زمان برنامه‌ریزی تابعیت، مرجع داوری معتقد بود که این ممنوعیت تنها پس از سخنرانی رئیس جمهور به اطلاع سرمایه‌گذار رسیده است.

در قضیه دوم، مرجع داوری ادعای سوء استفاده از حق را پذیرفتند. سرمایه‌گذار تبعه میزبان پس از بروز مشکل در تکمیل پروژه و شکست مذاکرات با دولت، اقدام به برنامه‌ریزی تابعیت نمود. مرجع داوری با تکیه بر وقایع این قضیه به این نتیجه رسید که شرکت صوری هلندی تنها زمانی وقایعی که اختلاف موجود از آن ناشی می‌شود، برای سرمایه‌گذار روشن گردید، ایجاد شد. بنابراین تمامی اقدامات خواننده که ادعای اصلی خواهان بر آن مبتنی است پیش از برنامه‌ریزی تابعیت صورت گرفته یا حداقل آغاز شدند.^۲

از جمله قضایایی که مراجع داوری در آن رویکرد دوم را اتخاذ کردند می‌توان به دعاوی علیه ونزوئلا اشاره نمود. در سال ۲۰۰۴ اقداماتی در این کشور در راستای ملی‌سازی صنعت نفت و افزایش مالیات بر درآمد صورت گرفت. طبیعتاً سرمایه‌گذاران خارجی فعال در این حوزه می‌توانستند پیش‌بینی نمایند که این اقدامات به نقض تعهدات این کشور منتهی خواهد شد. در همین زمان Tidewater و ConocoPhillips با برنامه‌ریزی تابعیت، تحت شمول معاهده‌های مطلوب‌تر قرار گرفتند. در قضیه نخست، مرجع داوری پس از اعمال رویکرد عینی فوق به این نتیجه رسید که اقداماتی که موضوع دعوا است، در زمان برنامه‌ریزی تابعیت قابل پیش‌بینی نبوده است. خواهان از دسامبر ۲۰۰۸ برنامه‌ریزی تابعیت را آغاز نمود. مسلماً حفاظت از سرمایه در مقابل ریسک ملی‌سازی، یکی از دلایل این اقدام بوده است. اما داوری با تکیه بر ادله موجود به این نتیجه رسید که حداقل تا چند ماه پس از اقدام خواهان، ملی‌سازی قریب‌الوقوع نبوده است.^۳ گمان می‌رفت استفاده از یک رویکرد عینی از سوی این مرجع داوری بتواند نتیجه

1. Pac Rim v. El Salvador, op. cit. para 2.107.

2. Alapli Elektrik v. Turkey, op. cit. para 416.

3. Tidewater v. Venezuela, op. cit. para 194.

را به نفع خواننده تغییر دهد. اگرچه اقدامات دولت فی نفسه به معنای بروز یک اختلاف بخصوص در آینده نبود اما تجارب ملی سازی صنایع نفت که پیشتر رخ داده‌اند، نباید برای احراز اینکه آیا بروز اختلاف به نحو معقولی قابل پیش‌بینی بوده، نادیده گرفته شوند.^۱ رویکرد دولت ونزوئلا نسبت به سرمایه‌گذاری خارجی در این دوره بر هیچکس پوشیده نبود. بنابراین هم از نظر برداشت شخصی سرمایه‌گذاران و هم در نظر یک سرمایه‌گذار متعارف، مصادره قابل پیش‌بینی بود. هرچند مرجع داوری این مصادره را به قدر کافی قریب‌الوقوع ندانست تا اقدام سرمایه‌گذار از یک برنامه‌ریزی تابعیت مشروع به سوء استفاده از حق تبدیل شود.

در قضیه دوم نیز مرجع داوری به این نکته توجه نمود که شاهد اصلی خواهان، تنها هدف از برنامه‌ریزی تابعیت را دسترسی به ایکسید خواند. با این وجود از آنجایی که در زمان برنامه‌ریزی تابعیت هیچ ادعایی از سوی خواهان طرح نگردید، این اقدام سوء استفاده از معاهده تلقی نشد.^۲ موضوع اصلی دعوای خواهان در این قضیه تغییرات در نرخ و میزان مالیات‌ها در سال‌های ۲۰۰۴ تا ۲۰۰۷ و در نهایت ملی سازی در ابتدای سال ۲۰۰۷ بود. در سال ۲۰۰۵ و زمانی که خواهان سهام خود را به دو شرکت هلندی انتقال داد، یکسال از افزایش مالیات‌ها می‌گذشت. بنابراین نباید در جایی اقدامی که در نهایت منجر به دعوای بخصوصی می‌شود، پیش از برنامه‌ریزی تابعیت صورت گرفته را نشانه‌ای مبنی بر قابل پیش‌بینی بودن اختلاف دانست؟

با توجه به آرای مذکور مشخص می‌شود که قابل پیش‌بینی بودن اختلاف در نهایت بیش از آنکه به معیار مورد استفاده از مرجع داوری در این خصوص متکی باشد، به وقایع هر قضیه وابسته است. در قضایای Pac Rim علیه السالوادور و Alaplلی علیه ترکیه مرجع داوری به جستجوی علم و آگاهی قبلی سرمایه‌گذار نسبت به اختلاف آتی پرداخت. در مقابل در قضایای Tidewater و ConocoPhillips علیه ونزوئلا، بجای تکیه بر برداشت سرمایه‌گذار، با بررسی اوضاع و احوال حاکم بر قضیه به این موضوع پرداخت که آیا بروز اختلاف در آینده به نحو معقولی قابل پیش‌بینی بوده‌است؟ گمان می‌رفت رویکرد نخست که مقرر می‌نماید سرمایه‌گذار باید یک اختلاف بالفعل را مشاهده و یا اختلاف

1. Jorun Baumgartner, op. cit. at 225.

2. ConocoPhillips Hamaca v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on Jurisdiction and Merits, 3 September 2013, para 279.

بخصوصی در آینده را بسیار محتمل بدانند، با برقراری آستانه بالا برای احراز قابل پیش‌بینی بودن اختلاف، احراز سوء استفاده از حق را دشوار نماید. هرچند در عمل مراجعی که این معیار سخت‌گیرانه‌تر را اعمال نموده‌اند، بیش از مراجعی که به سمت اعمال معیار عینی رفته‌اند، سوء استفاده از حق را احراز کرده‌اند. بنابراین نمی‌توان به طور قطع نتیجه گرفته که در صورت اعمال هر یک از این دو رویکرد نتیجه نهایی چه خواهد بود.

۲-۲. قصد

دومین شرطی که برای تحقق سوء استفاده از حق باید احراز شود، قصد سرمایه‌گذار از برنامه‌ریزی تابعیت است. مراجع داوری در تعیین قصد سرمایه‌گذار یکسان عمل نکرده‌اند. در برخی مراجع، سوء نیت خواهان بررسی شده است. در قضیه Pac Rim علیه السالوادور، خواننده ادعا می‌کرد دستکاری ساختار شرکت برای دسترسی به داوری پس از بروز اختلاف^۱، عدم اشاره به تغییر تابعیت نزد مرجع داوری^۲ و ادعای عدم اطلاع از احتمال قوی بروز اختلاف^۳ همگی از سوء نیت خواهان حکایت دارند. بنابراین نیازی نیست مرجع داوری سوء نیت را بعنوان یک عنصر اضافی احراز نماید زیرا صرف تغییر تابعیت پس از بروز اختلاف، سوء نیت تلقی می‌شود.^۴ مرجع داوری با این بخش از گفته خواننده موافقت نمود که سوء استفاده از حق باید مانع دستکاری غیرقابل قبول تابعیت از سوی سرمایه‌گذاری شود که با سوء نیت و آگاهی کامل از وجود یک اختلاف یا قابل پیش‌بینی بودن آن چنین اقدامی کرده است.^۵

برخی دیگر از مراجع با این استدلال که احراز سوء نیت در برنامه‌ریزی تابعیت برای تحقق سوء استفاده از حق لازم است، مخالفت کردند. در قضیه Philip Morris علیه استرالیا، خواهان ادعا می‌کرد اثبات سوء نیت برای احراز فقدان حسن نیت لازم است. به عقیده خواهان اصل بر این است که طرح دعوا با حسن نیت بوده و لذا خواننده برای طرح

1. Pac Rim v. El Salvador, op. cit. para 6.51.

2. Ibid. para 6.52.

3. Ibid. para 6.53.

4. Ibid. para 6.51.

5. Ibid. para 2.100.

ادعای سوء استفاده از حق باید خلاف این امر را ثابت نماید.^۱ مرجع داوری با این ادعا مخالفت کرد و اعلام داشت مفهوم سوء استفاده، متضمن سوء نیت نیست. حتی مرجع داوری پا را فراتر نهاد و سوء استفاده از حق را تنها با معیارهای عینی و نه ذهنی قابل اثبات دانست.^۲

برخی دیگر از مراجع برای جستجوی قصد واقعی سرمایه‌گذار از برنامه‌ریزی تابعیت، از معیاری دیگر استفاده کرده‌اند. به عقیده این مراجع، سیستم داوری از سرمایه‌گذارانی که تنها هدف آنها از برنامه‌ریزی تابعیت استفاده از معاهده است، حمایت نمی‌کند.^۳ از این رو اگر تنها هدف^۴ یا هدف اصلی سرمایه‌گذار از برنامه‌ریزی تابعیت، دسترسی به داوری برای یک اختلاف قابل پیش‌بینی باشد، باید آن را سوء استفاده از حق دانست.^۵ در این میان برخی دیگر از مراجع معتقدند حتی اگر دلیل اصلی و نه تنها دلیل خواهان از برنامه‌ریزی تابعیت دسترسی به داوری باشد، سوء استفاده از حق محقق می‌شود.^۶ طبیعی است که سرمایه‌گذاران دلایل مختلفی از جمله مزایای مالیاتی و بهره‌مندی از حمایت معاهده را برای مجاز جلوه دادن برنامه‌ریزی تابعیت ارائه می‌نمایند. با این حال، اگر مرجع داوری قانع شود که یکی از این دلایل تمایل به حمایت از سرمایه در مقابل ریسک بروز اختلاف باشد، برای احراز سوء استفاده از حق کافی است.^۷

مراجع داوری در آرای فوق بر این عقیده بودند که ممکن است چند دلیل مستقل برای برنامه‌ریزی تابعیت وجود داشته باشد. اما اگر دلیل اصلی، دسترسی به حمایت معاهده و متعاقب آن داوری باشد، می‌توان اقدام خواهان را سوء استفاده از حق دانست. در مقابل، مرجع داوری در قضیه Mobil اعلام نمود: «معمولاً طرح دعوا پس از برنامه‌ریزی تابعیت سوء استفاده از حق تلقی نمی‌شود اگر این برنامه‌ریزی مستقل از امکان طرح چنین دعوایی قابل توجیه باشد.»^۸ بنابراین اگر یک دلیل مستقل دیگر برای

1. Philip Morris Asia v. Australia, op. cit. para 537.

2. Ibid. para.539.

3. Phoenix Action v. Czech, op. cit. para 93; ConocoPhillips Hamaca v Venezuela, op. cit. para 279; Renée Rose Levy v. Peru, op. cit. para 191.

4. Sole Purpose

5. ST-AD v. Bulgaria, op. cit. para 421.

6. Mobil v. Venezuela, op. cit. para 190.

7. Tidewater v. Venezuela, op. cit. para 183.

8. Ibid. para 270.

برنامه‌ریزی تابعیت وجود داشته باشد، دیگر نمی‌توان آن را سوء استفاده از حق تلقی کرد.^۱ در واقع مرجع داوری در این قضیه معتقد بود، سوء استفاده از حق باید با یک معیار عینی احراز شود. این عقیده که در احراز سوء استفاده از حق؛ تکیه به قابلیت پیش‌بینی اختلاف کفایت می‌نماید و لازم نیست نیت خواهان در نظر گرفته شود، قابل توجه است. چنین رویکردی با هدف جلوگیری از اعمال معیار ذهنی است که در جستجوی انگیزه‌های خواهان از برنامه‌ریزی تابعیت است. از آن جایی که احراز دلایل این اقدام تنها با تکیه بر ادله و اظهارات خواهان ممکن است، تعیین هدف از برنامه‌ریزی تابعیت با رویکرد خواهان نسبت به این مسأله گره خورده و این امر می‌تواند به ضرر دولت میزبان باشد.^۲ در مقابل اینطور استدلال می‌شود که اگرچه اثبات تقلب یا سوء نیت برای احراز سوء استفاده از حق لازم نیست اما تمامی مراجع، وجود حدی از سوء استفاده را لازم دانسته‌اند. در نظر گرفتن دو شرط قابل پیش‌بینی بودن اختلاف و نیت سرمایه‌گذار برای اثبات سوء استفاده از حق با رویه داوری همخوانی بیشتری دارد.

به علاوه، اینطور استدلال شده است که اعمال یک معیار صرفاً عینی، منجر به رد دعاوی معتبری می‌شود که صرفاً به دلیل بداقبالی خواهان، برنامه‌ریزی تابعیت در زمان نادرست انجام می‌شود.^۳ با توجه به ماهیت استثنائی سوء استفاده از حق نزد مراجع داوری باید پذیرفت که صرف تکیه بر زمان برنامه‌ریزی تابعیت نباید ملاک عمل قرار گیرد. اما می‌توان استدلال ارائه شده مبنی بر اینکه که دو شرط مجزا - قابل پیش‌بینی بودن اختلاف و قصد - برای اثبات سوء استفاده از حق لازم است را حداقل به دو دلیل قابل ایراد دانست. اولاً حتی در زمان برنامه‌ریزی تابعیت به آگاهی سرمایه‌گذار از قابل پیش‌بینی بودن اختلاف توجه می‌شود. بنابراین حتی در این مرحله نیز مرجع داوری باید به جستجوی نگرش خواهان نسبت به وقایع پردازد. بعلاوه چنانچه خواهان بروز یک اختلاف در آینده را پیش‌بینی نموده و اقدام به برنامه‌ریزی تابعیت نماید، به احتمال زیاد قصد طرح دعوا را نیز دارد. در نتیجه به نظر می‌رسد با تحقق معیار اول، می‌توان معیار دوم را نیز به نوعی محقق دانست. هر چند بررسی نیت سرمایه‌گذار به صورت جداگانه موجب

1. Duncan Watson; Tom Brebner, 'Nationality Planning and Abuse of Process: A Coherent Framework', ICSID Review, Vol. 33, (2018), at 328.

2. Jorun Baumgartner, op. cit. at 227.

3. Duncan Watson; Tom Brebner, op. cit. at 319.

می‌شود در مواردی که برنامه‌ریزی تابعیت هرچند بعد از قابل پیش‌بینی شدن اختلاف، به دلایل مختلف صورت گرفته و دسترسی به داوری تنها یکی از آثار جانبی چنین اقدامی بوده است، دعوای خواهان به استناد سوء استفاده از داوری قابل رد نباشد. البته به سختی می‌توان وجود چنین فرضی آن هم بعد از آگاهی سرمایه‌گذار از احتمال بالای بروز اختلاف در آینده را پذیرفت.

ثانیاً حتی اگر اعمال این معیار را به نفع سرمایه‌گذار دانست، بررسی آرای فوق نشان می‌دهد که تعداد قابل توجهی از مراجع داوری با پذیرش اینکه اگر یکی از چند دلیل برنامه‌ریزی تابعیت، دسترسی به داوری باشد و این دلیل اصلی باشد، سوء استفاده از حق صورت می‌گیرد، عملاً به ضرر سرمایه‌گذار عمل کرده‌اند. برخلاف نگرش سختگیرانه این مراجع در احراز زمان بروز اختلاف و قابل پیش‌بینی بودن آن در خصوص نیت سرمایه‌گذار، این مراجع محدودیت‌های کمتری اعمال کرده‌اند.^۱

۲-۳. سایر معیارها

برخی مراجع داوری علاوه بر دو معیار فوق، معیارهای دیگری را در احراز سوء استفاده از حق مدنظر قرار داده‌اند. یکی از این عوامل، ادامه سرمایه‌گذاری پس از برنامه‌ریزی تابعیت است. این مسأله در قضایای مطروحه علیه ونزوئلا - یعنی Tidewater, Mobil و ConocoPhillips - مورد توجه قرار گرفت. به عقیده این مراجع سرمایه‌گذاری خواهان پس از برنامه‌ریزی تابعیت، یک عامل تعیین‌کننده است که قویاً نبود سوء استفاده را نشان می‌دهد.^۲ حتی تعهد سرمایه‌گذار به سرمایه‌گذاری مبالغی در آینده پس از برنامه‌ریزی تابعیت نیز از نبود قصد سوء استفاده حکایت دارد.^۳ دو فرض احتمالی در خصوص جایگاه این معیار - یعنی سرمایه‌گذاری پس از برنامه‌ریزی تابعیت - وجود دارد. از یک سو می‌توان آن را جزئی از شرط دوم سوء استفاده از حق - قصد - دانست و اینطور

۱. برای مطالعه بیشتر مراجعه شود به:

Stephan Schil; Heather Bray, 'Good Faith Limitations on Protected Investments and Corporate Structuring' in Andrew A. Mitchell; M Sornarajah; Tania Voon, *Good Faith and International Law Economy* (UK: Oxford University Press, 2015) at 114.

2. ConocoPhillips Hamaca v Venezuela, op. cit. para 280.

3. Mobil v. Venezuela, op. cit. para 196.

استدلال نمود که ادامه سرمایه‌گذاری پس از برنامه‌ریزی تابعیت حاکی از فقدان قصد دسترسی به داوری برای یک اختلاف قابل پیش‌بینی است. از سوی دیگر می‌توان آن را یک شرط مستقل در نظر گرفت.^۱

پذیرش چنین شرطی چالش‌هایی را به همراه دارد. اولاً چه میزان سرمایه‌گذاری بعد از برنامه‌ریزی تابعیت لازم است تا اثبات شود این اقدام سوء استفاده از حق نمی‌باشد؟ در قضایای Mobil و ConocoPhilips مبلغ سرمایه‌گذاری شده به ترتیب یک میلیارد و ۴۰۰ میلیون دلار بود. هر چند مرجع داوری در قضیه Transglobal علیه پاناما مبلغ ۵۰۰۰۰ دلار سرمایه‌گذاری را مانع احراز سوء استفاده از حق ندانست.^۲ ثانیاً به سختی می‌توان پذیرفت که ادامه سرمایه‌گذاری علی‌رغم وجود مشکل‌ها، به معنای عدم پیش‌بینی اختلافات آتی است. اینطور نیست که هر سرمایه‌گذار با برنامه‌ریزی تابعیت و حتی طرح دعوا علیه دولت میزبان، قصد داشته باشد به سرمایه‌گذاری خود خاتمه دهد. بنابراین برنامه‌ریزی تابعیت پس از پیش‌بینی احتمال نقض معاهده از سوی میزبان که قطعاً به قصد تضمین دسترسی به مکانیزم حل و فصل اختلاف صورت می‌گیرد، منافاتی با ادامه سرمایه‌گذاری و فعالیت در کشور میزبان ندارد.^۳

یکی دیگر از نکاتی که مورد توجه مراجع داوری قرار گرفته است، پنهان‌کاری سرمایه‌گذار در خصوص جزئیات برنامه‌ریزی تابعیت است. برای نمونه در قضیه Millicom علیه سنگال مرجع داوری عملیات مخفی تغییر تابعیت یا تغییر تابعیت به صورت ساختگی را راهکاری توأم با سوء استفاده دانست.^۴ البته می‌توان این پنهان‌کاری را نه بعنوان یک معیار جداگانه بلکه جزئی از قصد سرمایه‌گذار برای دسترسی به داوری تلقی نمود. بنابراین باید پذیرفت همانطور که اطلاع دولت میزبان از برنامه‌ریزی تابعیت موضع آن در مقابله با خواهان را تضعیف می‌نماید، عدم اطلاع نیز، در مقابل، خواهان را در اثبات برنامه‌ریزی تابعیت مشروع با دشواری مواجه می‌سازد.

1. Duncan Watson; Tom Brebner, op. cit. at 329.

2. Ibid. at 328.

3. Jorun Baumgartner, op. cit. at 228.

4. Millicom International Operations and Sentel GSM v Senegal, ICSID Case No ARB/08/20, Decision on Jurisdiction, 16 July 2010, para 84.

۳. تفکیک میان سوء استفاده از حق و صلاحیت زمانی

همانطور که اشاره شد یکی از شرط‌های تحقق سوء استفاده از حق، تغییر تابعیت پس از بروز اختلاف یا قابل پیش‌بینی شدن آن است. مراجع داوری برنامه‌ریزی تابعیت پس از بروز اختلاف را در چارچوب صلاحیت زمانی بررسی می‌کنند. حال این پرسش مطرح می‌شود که چگونه باید میان صلاحیت زمانی و سوء استفاده از حق در صورت برنامه‌ریزی تابعیت پس از بروز اختلاف تفکیک قائل شد؟

برخی مراجع در این خصوص پاسخی ارائه نموده‌اند. مرجع داوری در قضیه *Pac Rim* علیه السالوادور، با توجه به اینکه آن دسته از اقدامات خوانده که مبنای اختلاف بود؛ پیش از برنامه‌ریزی تابعیت آغاز شده و پس از آن استمرار یافته است، مقرر نمود که تنها نسبت به بخشی از اقدامات که پس از برنامه‌ریزی تابعیت رخ داده، از صلاحیت زمانی برخوردار است.^۱ در ادامه، مرجع داوری اضافه نمود تاریخ موردنظر برای احراز سوء استفاده از حق ضرورتاً باید زودتر از تاریخ مورد استفاده در تعیین صلاحیت زمانی باشد. بنابراین وقتی اقدام ادعایی یک فعل مستمر است که قبل از برنامه‌ریزی تابعیت آغاز و پس از آن ادامه یافته، مسأله از منظر صلاحیت زمانی بررسی می‌شود. اما چنانچه خواهان تابعیت خود را طی این اقدامات مستمر با علم به یک اختلاف بالفعل یا بخصوص در آینده انجام دهد و بنابراین از معاهده یا کنوانسیون ایکسید برای دسترسی غیرمجاز به داوری بین‌المللی سوء استفاده نماید، این کار سوء استفاده از حق خواهد بود.^۲ در نتیجه به نظر می‌رسد مرجع داوری تفاوت این دو را در نیت سرمایه‌گذار جستجو می‌نماید. برنامه‌ریزی تابعیت پس از بروز اختلاف در نبود علم خواهان به وجود اختلاف بالقوه و بالفعل، مانع صلاحیت زمانی است اما در سوء استفاده از حق، علم و انگیزه خواهان موضوعیت می‌یابد. بنابراین عنصر دوم سوء استفاده از حق یعنی نیت سرمایه‌گذار در این مورد اهمیت می‌یابد.

رویکرد این مرجع با وابسته ساختن تمایز صلاحیت زمانی و سوء استفاده از حق در خصوص دعاوی از پیش موجود به آگاهی سرمایه‌گذار، در واقع پاسخ مسأله را به جستجو در انگیزه‌های پنهان سرمایه‌گذاری که امری کاملاً ذهنی و وابسته به نگرش

1. *Pac Rim v. El Salvador*, op. cit. para 2.104.

2. *Ibid.* para 2.107.

اوست، متکی می‌نماید. در نتیجه، اعمال این رویکرد دشواری‌هایی به همراه خواهد داشت. مرجع داوری در قضیه Lao Holdings علیه لائو، در توضیح این تفاوت استدلال نمود اگر شرکت تابعیت خود را برای دسترسی به مرجع داوری در زمانی که اوضاع در حال وخامت بوده و بروز اختلاف بسیار محتمل است، تغییر دهد؛ این اقدام سوء استفاده از حق خواهد بود اما برای اینکه اعتراض به صلاحیت زمانی مورد پذیرش قرار گیرد، اختلاف باید قبل از تاریخ برنامه‌ریزی تابعیت به صورت بالفعل بروز کرده باشد تا با اصل کلی عطف به ماسبق نشدن معاهدات مطابقت نماید.^۱ به نظر می‌رسد این رویکرد مناسبتر باشد زیرا همانطور که اشاره شد صلاحیت زمانی فرض برنامه‌ریزی تابعیت پس از دعوا را پوشش می‌دهد. پس بهتر است سوء استفاده از حق برای مواردی که اختلاف صرفاً بالقوه است، محفوظ بماند.^۲

نتیجه‌گیری

دولت‌های خوانده عموماً از دو راهکار ایراد به صلاحیت زمانی یا طرح ادعای سوء استفاده از حق برای مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت دیر هنگام از سوی سرمایه‌گذار - یعنی برنامه‌ریزی تابعیت پس از بروز اختلاف یا قابل پیش‌بینی شدن آن - استفاده کرده‌اند. به منظور پذیرش ایراد صلاحیت زمانی، لازم است اثبات شود سرمایه‌گذار در زمانی پس از بروز اختلاف، با تغییر تابعیت یا کسب تابعیت جدید مشمول معاهده سرمایه‌گذاری مستند دعوا شده است. در حالیکه زمان تغییر یا کسب تابعیت با توجه به ادله ابراز شده قابل تعیین است، احراز زمان بروز اختلاف بر عهده مرجع داوری است. تعیین زمان بروز اختلاف در جایی که ممکن است تعارض‌ها و اختلاف‌های گوناگونی میان طرف‌ها وجود داشته باشد و یا خوانده مرتکب نقض مستمر شده باشد و همچنین تفکیک آن اختلاف از اختلافات قبلی یا تعارضاتی که به آستانه اختلاف نرسیده‌اند در این موارد امری تعیین‌کننده است. مراجع داوری تلاش کرده‌اند معیارهای گوناگونی برای احراز زمان اختلاف ارائه نمایند. برخی بر معیار عینی و اوضاع و احوال قضیه تکیه نموده و برخی به جستجوی ذهنیت طرف‌های اختلاف در این خصوص پرداخته‌اند. اگرچه

1. Lao Holdings v. Lao, op. cit. para 76.

2. Emmanuel Gaillard, 'Abuse of Process in International Arbitration', ICSID Review, Vol. 32, (2017), at 21.

رویکردها متنوع است اما فارغ از روش مورد انتخاب این مراجع در اکثر موارد، آن‌ها زمان بروز اختلاف را مقارن با اتخاذ تصمیم نهایی دولت میزبان در سطوح بالای حاکمیتی که ناقض حقوق سرمایه‌گذار بوده، دانسته‌اند. در عمل مراجع زمان بروز اختلاف را نزدیک‌ترین زمان به طرح دعوا دانسته‌اند. امری که در عمل فرصت بیشتری برای برنامه‌ریزی تابعیت در اختیار سرمایه‌گذار می‌گذارد و اثبات اینکه تغییر تابعیت قبل از بروز اختلاف صورت گرفته است را برای او آسان می‌کند.

سوء استفاده از حق یکی از بهترین راهکارهایی است که می‌تواند به دولت خواننده در مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت کمک کند. رویه داوری مؤید آن است که اثبات این ادعا مستلزم احراز قابل پیش‌بینی بودن اختلاف برای سرمایه‌گذار و قصد دسترسی به مرجع داوری هنگام برنامه‌ریزی تابعیت است. مراجع داوری در احراز شرط نخست رویکردهای گوناگونی در پیش گرفته‌اند. برخی برای احراز قابل پیش‌بینی بودن اختلاف به علم و آگاهی سرمایه‌گذار و برخی به اوضاع و احوال توجه کرده‌اند. به نظر می‌رسد مراجعی که رویکرد نخست را اعمال کرده‌اند، بیش از سایر مراجع سوء استفاده از حق را احراز نموده‌اند. به همین ترتیب اغلب مراجع با احراز اینکه دلیل اصلی سرمایه‌گذار از تغییر تابعیت دسترسی به داوری بوده است، قصد سوء استفاده را محقق دانسته‌اند. بنابراین به نظر می‌رسد در احراز شرایط سوء استفاده از حق مراجع داوری در احراز آگاهی و قصد سرمایه‌گذار با سختگیری کمتری عمل کرده‌اند. با وجود این، باید توجه داشت که کماکان مراجع داوری سوء استفاده از حق را امری «استثنائی» می‌دانند. در نتیجه طبیعی است که موارد رد ادعای سوء استفاده از حق از موارد پذیرش آن بسیار بیشتر خواهد بود. نمی‌توان انتظار داشت مراجع داوری در هر مورد، برنامه‌ریزی تابعیت را که بی‌تردید تضمین دسترسی به داوری از انگیزه‌های آن است، سوء استفاده از حق بدانند اما از سوی دیگر سوء استفاده ندانستن تغییر تابعیت سرمایه‌گذار در مواردی که بروز اختلافات آتی قابل پیش‌بینی است و به سختی می‌توان اقدامات خواهان را یک برنامه‌ریزی تابعیت ساده و متداول در دنیای تجارت دانست، قابل نقد است.

در نهایت لازم است میان سوء استفاده از حق و صلاحیت زمانی مراجع داوری تفکیک قائل شد. آرای اندکی صراحتاً از این تفکیک سخن گفته‌اند، هرچند رویکرد غالب مراجع تاکنون این است که برنامه‌ریزی تابعیت پس از بروز اختلاف در قالب

صلاحیت زمانی و برنامه‌ریزی تابعیت پس از قابل پیش‌بینی شدن اختلاف آتی، ذیل سوء استفاده از حق بررسی می‌شود.^۱ اگرچه تعیین مرز میان اختلاف قابل پیش‌بینی و اختلاف محقق شده، خود امری دشوار است.

تعارض منافع

تعارض منافع وجود ندارد.

ORCID

Pouria Askari

 <https://orcid.org/0000-0002-7054-3049>

Niloofar Saeidi

 <https://orcid.org/0000-0001-6321-8128>

References

Books

- Baumgartner, Jorun, *Treaty Shopping in International Investment Law* (UK: Oxford University Press, 2016).
- Mitchell, Andrew A. & Sornarajah, M; Voon, Tania, *Good Faith and International Law Economy* (UK: Oxford University Press, 2015).
- Nikièma, Suzy H., *Definition of Investor* (Canada: International Institute for Sustainable Development, 2012).
- Schreuer, Christoph H., et al, *The ICSID Convention: A Commentary* (New York: Cambridge University Press, 2016).

Articles

- Gaillard, Emmanuel, "Abuse of Process in International Arbitration", *ICSID Review*, Vol. 32, (2017).
- Savarese, Eduardo, "BIT Clause Bearing on Ratione Temporis Jurisdiction of ICSID Tribunal: Survey on Constituent Elements of

1. Utku Topcan, 'Abuse of the Right to Access ICSID Arbitration', *ICSID Review*, Vol. 29, (2014), at 646.

Investor-State Legal Disputes under BITs”, Journal of World Investment and Trade, Vol. 10, (2009).

- Topcan, Utku, “Abuse of the Right to Access ICSID Arbitration”, ICSID Review, Vol. 29, (2014).
- Watson, Duncan & Brebner, Tom, “Nationality Planning and Abuse of Process: A Coherent Framework”, ICSID Review, Vol. 33, (2018).

Thesis

- Oke, Davis, Towards Limiting Treaty Shopping in International Investment Law and Arbitration: A Critical Analysis of the Effectiveness of the Denial of Benefits Clause, (A Thesis Submitted to the University of Birmingham for the Degree of Ph.D., 2018).

Cases

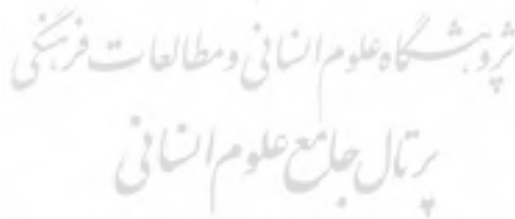
- Alapli Elektrik v. Turkey, ICSID Case No ARB/08/13, Award, 16 July 2012.
- Ampal-American Israel Corporation v. Egypt, ICSID Case No ARB/12/11, Decision on Jurisdiction, 1 February 2016.
- CMS Gas Transmission Company v. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/8, Decision on Objections to Jurisdiction, 17 July 2003.
- Chevron Corporation & Texaco Petroleum Company v. Ecuador, UNCITRAL, PCA Case No.34877, Interim Award, 1 December 2008.
- ConocoPhillips Hamaca v. Venezuela, ICSID Case No. ARB/07/30, Decision on Jurisdiction and Merits, 3 September 2013.
- Empresas Lucchetti & Lucchetti Peru v. Peru, ICSID Case No ARB/03/4, Award, 7 February 2005.
- Impreglio v. Pakistan, ICSID Case No ARB/03/3, Decision on Jurisdiction, 22 April 2005.

- Lao Holdings v. Lao, ICSID Case No ARB(AF)/12/6, Decision on Jurisdiction, 21 February 2014.
- Maffezini v. Spain, ICSID Case No ARB/97/7, Decision on Objections to Jurisdiction, 25 January 2000.
- MCI Power and New Turbine v. Ecuador, ICSID Case No ARB/03/6, Award, 31 July 2007.
- Millicom International Operations and Sentel GSM v. Senegal, ICSID Case No ARB/08/20, Decision on Jurisdiction, 16 July 2010.
- Mobil v. Venezuela, ICSID Case No ARB/07/27, Decision on Jurisdiction, 10 June 2010.
- Mondev International v. United States, ICSID Case No ARB(AF)/99/2, Award, 11 October 2002.
- Pac Rim v. El Salvador, ICSID Case No ARB/09/12, Decision on Objections to Jurisdiction, 1 June 2012.
- Philip Morris Asia v. Australia, UNCITRAL, PCA Case No 2012- 12, Award on Jurisdiction and Admissibility, 17 December 2015.
- Phoenix Action v. Czech, ICSID Case No ARB/06/5, Award, 15 April 2009.
- Ping an Life Insurance Company of China and Ping An Insurance of China v Belgium, ICSID Case No. ARB/12/29, Award, 30 April 2015.
- Renée Rose Levy v. Peru, ICSID Case No ARB/10/17, Award, 26 February 2014.
- Salini and Italstrade v. Jordan, ICSID Case No ARB/02/13, Decision on Jurisdiction, 9 November 2004.
- ST-AD v. Bulgaria, UNCITRAL, PCA Case No 2011- 06, Award on Jurisdiction, 18 July 2013.
- Suez v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Jurisdiction, 16 May 2006.

- Tidewater v. Venezuela, ICSID Case No ARB/10/5, Decision on Jurisdiction, 8 February 2013.

Conventions

- Canada-Peru BIT, 14 November 2006.
- Iran-Singapore BIT, 29 February 2016.
- Italy-Pakistan BIT, 19 July 1997.
- Nigeria-UAE BIT, 18 January 2016.
- Nigeria-Singapore BIT, 4 November 2016.
- Turkey-Cote d'Ivoire BIT, 29 February 2016.
- United States Model BIT, 2004.



استناد به این مقاله: عسکری، پوریا، سعیدی، نیلوفر، «نقش دکترین سوء استفاده از حق و صلاحیت زمانی مراجع داوری سرمایه‌گذاری در مقابله با برنامه‌ریزی تابعیت»، پژوهش حقوق عمومی، ۲۳ (۷۳)، (۱۴۰۱)، صص ۱۴۱-۱۰۷.

doi: 10.22054/QJPL.2022.58734.2569