

## نقش دکترین خرق حجاب در تعیین تابعیت سرمایه‌گذار خارجی در رویه داوری ایکسید

علی مقدم ابریشمی<sup>۱</sup> - حامد ضمّامی<sup>۲</sup>

دریافت: ۱۳۹۶/۲/۱۰ - پذیرش: ۱۳۹۶/۸/۲۰

### چکیده

تابعیت و دکترین خرق حجاب از موضوعات بحث برانگیز در داوری بین‌المللی می‌باشد و دیوان‌های داوری نظرات متفاوتی در این زمینه اتخاذ نموده‌اند. در داوری سرمایه‌گذاری تحت نظام ایکسید، دکترین خرق حجاب با موضوع تابعیت ارتباط پیدا می‌کند و در زمینه «کنترل خارجی» و «سوءاستفاده از حق» مورد توجه دیوان‌های داوری ایکسید قرار گرفته و آرای متعارضی نسبت به امکان اعمال این دکترین صادر گردیده است. یکی از مشکلات، تعیین معیار برای «کنترل خارجی» در ماده ۲۵ کنوانسیون واشنگتن می‌باشد. قلمرو و تفسیر سوءاستفاده از حق برای اعمال دکترین خرق حجاب نیز از دیگر مشکلات در رویه داوری ایکسید می‌باشد. این مقاله به تجزیه و تحلیل آرای داوری ایکسید می‌پردازد و در پاسخ به این سوال که آیا امکان اعمال دکترین خرق حجاب در داوری سرمایه‌گذاری وجود دارد به این نتیجه می‌رسد که رویه داوری در بسیاری از موارد این دکترین را به رسمیت شناخته است و لذا حداقل در داوری ایکسید نمی‌توان این دکترین را یک استثنای مطلق در نظر گرفت.

**واژگان کلیدی:** خرق حجاب، داوری سرمایه‌گذاری ایکسید، معاهدات سرمایه‌گذاری، کنترل خارجی، سوء استفاده از حق

## مقدمه

تفکیک شخصیت حقوقی شرکت به عنوان یک اصل در حقوق شرکتها شناخته شده است. این اصل در پرونده Salmon نیز به عنوان یکی از پرونده‌های مهم در این خصوص مورد توجه قرار گرفته<sup>۱</sup> و مسئولیت شرکت را مستقل از مسئولیت اشخاص حقیقی می‌داند. اما با این حال، اصول استقلال شخصیت حقوقی و مسئولیت محدود شرکت دارای استثنائاتی می‌باشند که یکی از این استثنائات تحت عنوان خرق حجاب<sup>۲</sup> از شرکت تحقق پیدا می‌کند.<sup>۳</sup>

در نظام سرمایه‌گذاری خارجی در برخی موارد شاهد حمایت دولتها از سرمایه‌گذاران هستیم که غالباً تحت عنوان حمایت دیپلماتیک تحقق پیدا می‌کند؛ دلیل اصلی حمایت دولتها این است که ایراد خسارت به اشخاصی که تابعیت یک دولت را دارند در حقیقت ایراد خسارت به خود آن دولت است و درخواست خسارت از دولت مسئول بر این مبنا واقع می‌شود (Newcombe and Paradell, 2009: 5). این بحث از قلمروی این نوشتار خارج است و صرفاً بررسی می‌نمایم که بر اساس رویه داوری و کنوانسیون ایکسید چگونه خرق حجاب از شرکت برای تعیین تابعیت سرمایه‌گذار خارجی اعمال می‌شود.

امروزه در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی شیوه‌های متفاوتی در رابطه با بحث خرق حجاب از شرکت مطرح می‌گردد. بطور کلی مهم‌ترین اثر خرق حجاب از شرکت، نادیده گرفتن تابعیت سرمایه‌گذار خارجی است و چنانچه تابعیت سرمایه‌گذار خارجی به عنوان متبوع یکی از دولتهای عضو کنوانسیون ایکسید احراز نشود، دیوان صلاحیت رسیدگی به پرونده را ندارد. هدف این مقاله تجزیه و تحلیل دکتترین خرق حجاب در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی ایکسید می‌باشد و موضوعات ذیل را مورد توجه قرار می‌دهد:

ابتدا به این سوال پاسخ می‌دهد که تابعیت شخص حقوقی و روشهای تعیین آن در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بین‌المللی چگونه احراز می‌شود؛ سپس به چگونگی تحقق خرق حجاب در کنوانسیون بر اساس معیار غایبی و معیار عینی می‌پردازد و در ادامه بحث، معیار لفظی (رسمی)،

1. Salomon v Salomon & Co; Available at: [https://www.trans-lex.org/310810/\\_/salomon-v-salomon-co-ltd-%5B1897%5D-ac-22/](https://www.trans-lex.org/310810/_/salomon-v-salomon-co-ltd-%5B1897%5D-ac-22/); Last accessed 2019.02.02
2. Piercing/ Lifting the Corporate veil.

۳. برای مطالعه بیشتر در رابطه با خرق حجاب رجوع کنید به:

شهبازی نیا، عیسانی و کاویانی و فرجی، (۱۳۹۰)، «عبور از شخصیت حقوقی شرکت در فرض تقلب شریک در حقوق ایران و انگلیس»، مجله حقوقی دادگستری، سال ۷۵، شماره ۷۵؛ جنیدی، لیا و زارع، ملیحه، (۱۳۹۴)، «اعمال قاعده خرق حجاب شخصیت حقوقی بر مدیران؛ تحلیل مسئولیت مدیران شرکت‌های سرمایه در قبال دیون پرداخت نشده شرکت»، مطالعات حقوق تطبیقی، دوره ۶، شماره ۱.

ذهنی) که خرق حجاب براساس آن تحقق نخواهد یافت را مورد بررسی قرار می‌دهد و به این نتیجه می‌رسد که امکان تحقق خرق حجاب در مراجع داوری ایکسید با تکیه بر اصل سوء استفاده از حق و بررسی عینی «کنترل خارجی» وجود دارد.

## ۱. احراز تابعیت شخص حقوقی بر اساس مقررات ایکسید و معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری

اصولاً براساس ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید، چهار شرط برای اقامه دعوا در مرجع حل اختلاف ایکسید باید احراز شود: الف- طرفین باید به صورت کتبی به داوری ایکسید رضایت<sup>۱</sup> دهند؛ ب- اختلاف باید یک اختلاف «حقوقی» باشد؛ پ- اختلاف «به طور مستقیم» از «سرمایه‌گذاری» ناشی شده باشد؛ ت- طرفین باید یکی از «دول عضو کنوانسیون» و سرمایه‌گذار باید «از تابعان دولت دیگر عضو کنوانسیون» باشد. شرط تابعیت، علاوه بر جنبه مثبت دارای جنبه سالبه نیز هست به طوری که نه تنها لازم است سرمایه‌گذار تابعیت دولتی را داشته باشد - یکی از طرفین کنوانسیون ایکسید است - بلکه نباید تابعیت دولت میزبان را داشته باشد؛ علاوه بر این در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، بار اثبات تابعیت سرمایه‌گذار بر عهده خود سرمایه‌گذار است (Topcan, 2014: 631).

اگرچه تابعیت اشخاص حقیقی با ارائه مدرکی دال بر تابعیت این اشخاص که توسط مقامات صالح دولت صادر می‌شود، ثابت می‌گردد؛ در رابطه با اشخاص حقوقی شاهد وضعیت پیچیده‌تری هستیم زیرا در حالیکه محل ثبت شخص حقوقی و مقرر اصلی شخص حقوقی از جمله مهم‌ترین و متداول‌ترین عوامل برای تعیین تابعیت و اقامتگاه شخص حقوقی تلقی می‌شوند، ممکن است موارد دیگری نیز برای تشخیص تابعیت این اشخاص بکار گرفته شود. با این اوصاف در نظام ایکسید که موضوع اصلی این مقاله می‌باشد، تابعیت اشخاص حقوقی اصولاً مبتنی بر «محل ثبت» است.<sup>۲</sup>

کنوانسیون ایکسید برای تعیین تابعیت سرمایه‌گذار خارجی (شرط سوم ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید) معیاری را ذکر نکرده است و صرفاً بیان می‌دارد که شرکت سرمایه‌گذار خارجی «شرکت» باید تابعیت یکی از دولت‌های عضو کنوانسیون به غیر از کشور میزبان را داشته باشد؛

۱. این رضایت یا از طریق توافق مستقیم بین سرمایه‌گذار و دولت میزبان است یا از طریق مقررات قانونگذار داخلی کشور میزبان است و یا اینکه در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها صورت گرفته است.

۲. برای توضیح بیشتر رجوع شود به: مجتهدی، محمدرضا، (۱۳۹۰)، «درآمدی بر حقوق حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر مبنای کنوانسیون (داوری ایکسید)»، فقه و حقوق/اسلامی، سال دوم، شماره ۳، ص ۱۸۷.

البته لازم به ذکر است که استثنایی را هم در این رابطه تحت عنوان «کنترل خارجی» بیان کرده است. با توجه به اینکه کنوانسیون؛ معیار تابعیت «شرکت» را بیان نکرده، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در جهت رفع این مشکل معیارهای مختلفی برای تشخیص تابعیت «شرکت» ذکر نموده‌اند. برای مثال می‌توان به ماده 1.2(b) معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران و ایتالیا اشاره داشت؛ در این ماده علاوه بر اینکه ثبت شرکت لازم دانسته شده است، مقرر گردیده که مرکز اصلی شرکت یا فعالیتهای اصلی اقتصادی آن در همان کشور محل ثبت باشد. از طرف دیگر می‌توان به ماده 1.1(b) معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران و سوئیس اشاره داشت؛ در این ماده علاوه بر اینکه ثبت شرکت را لازم دانسته است، مقرر داشته که مرکز اصلی شرکت و فعالیتهای اصلی اقتصادی آن در همان کشور محل ثبت باشد.

باید توجه داشت هر دعوی که در دیوان داوری ایکسید مطرح می‌شود علاوه بر پیروی از کنوانسیون ایکسید که شرایط شکلی ایجاد دیوان داوری ایکسید را معین کرده است، باید با ملاحظه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری که همزمان دارای شرایط شکلی و حقوق ماهوی هستند، اقامه گردد زیرا معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری به عنوان قوانین حاکم بر حل و فصل اختلاف مورد توجه قرار می‌گیرند (Hansen, 2010: 95; Polonskaya, 2014: 24).

به طور کلی در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بین‌المللی معیارهای متفاوتی در رابطه با تابعیت سرمایه‌گذار خارجی وجود دارد که اهم آنها عبارتند از: الف- معیار محل ثبت شرکت: بدین معنا که چنانچه شرکتی در حوزه صلاحیت یک کشور ثبت شود<sup>۱</sup> ممکن است متبوع کشور ذیربط شناخته شود.<sup>۲</sup> این معیار یکی از معیارهایی است که نسبت به سایر موارد ترجیح داده شده است (Sornarajah, 2010: 324).

ب- معیار کنترل خارجی: این معیار نیز در کنوانسیون ایکسید نیز مورد توجه قرار گرفته است و در پرونده Salt ذکر گردیده است (Vacuum Salt v. Republic of Ghana, 1994).

پ- معیار منشاء سرمایه‌گذاری: این همان معیاری است که توسط Weil در نظر مخالف خود در پرونده Tokios Tokelés بیان گردید ولی همانطوری که ملاحظه خواهد شد دیوان بدون توجه

1. (BIT between the Government of the Republic of Austria and the Government of the Islamic Republic of Iran, Article 2 (b), BIT between the Federal Republic of Germany and the Islamic Republic of Iran, Article 2 (b); BIT between Sierra Leone and the United Kingdom, 2000, Article 1(d)).

2. Rompetrol Group NV v Romania, 2008; Yukos Universal Ltd v Russian Federation, 2009; Veteran Petroleum Ltd v Russian Federation, 2009.

به این نظر، دیدگاه دیگری را در رأی خود ابراز داشت (Tokios Tokelés v. Ukraine, Dissenting Opinion, 2004).

ت- علاوه بر این موارد، باید به مرکز اصلی شرکت به عنوان روش دیگری برای تابعیت سرمایه‌گذار خارجی اشاره داشت (Lee, 2016: 97).

حال که روش‌های تعیین معیار تابعیت مختصراً ذکر شد باید به این سوال مهم پاسخ داد که آیا اساساً تابعیت جزء شخصیت حقوقی شرکت تلقی می‌شود که با توسل به دکترین خرق حجاب آن را نادیده گرفت؟

در پاسخ به این سوال باید گفت اولاً بر اساس اصل تفکیک شخصیت حقوقی، اصولاً شرکت دارای شخصیتی مستقل از سهامداران و موسسین خود می‌باشد؛ ثانیاً بر اساس نظر حقوقدانان، شرکتها نیز می‌توانند دارای تابعیت باشند و در مورد آنها تابعیت بدین معنا است که بررسی شود شرکت با کدام نظام ملی در ارتباط است و تشکیل، حیات و انحلال آن تابع چه قانونی است (اسکینی، ۱۳۹۰: ۶ و ۷؛ به طور کلی بنگرید به مقصودی، داودی، ۱۳۹۴). بنابراین با توجه به وجود تابعیت برای شخصیت حقوقی و نیز با توجه به اینکه شرکت دارای ماهیتی مجزا و مستقل است، می‌توان نتیجه گرفت که تابعیت جزء شخصیت حقوقی شرکت است زیرا در غیر این صورت بخشی از متعلقات شخصیت حقوقی مستقل را پذیرفته و بخشی را نپذیرفته‌ایم که منطقی‌اً ایده درستی نمی‌باشد. بنابراین می‌توان گفت یکی از مصادیق خرق حجاب از شرکت، می‌تواند منجر به نادیده گرفتن تابعیت آن شود.

## ۲. خرق حجاب بر اساس قواعد و کنوانسیون ایکسید

با توجه به اظهارات فوق باید به این سوال پاسخ داد که دیوان‌های داوری ایکسید برای تشخیص تابعیت شرکت سرمایه‌گذار خارجی به منظور احراز صلاحیت خود از چه معیارهایی استفاده می‌کنند؟ برخی از دیوان‌های داوری صرفاً متن معاهده دوجانبه و معیار مندرج در آن را برای احراز صلاحیت خود در نظر می‌گیرند (معیار لفظی / رسمی / ذهنی)؛ برخی دیگر از متن معاهده دوجانبه فراتر رفته و به ظاهر معیار مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری منعقد شده بین طرفین را نادیده گرفته‌اند و برای احراز تابعیت واقعی شرکت با استفاده از اصل حسن نیت و اصل سوء استفاده از حق، به خرق حجاب از شرکت پرداخته‌اند (معیار غایی).

علاوه بر دو حالت فوق، در برخی از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، با توجه به معیار

«کنترل خارجی» مندرج در ماده (ب) (۲) ۲۵ کنوانسیون ایکسید، مقرر گردیده است که در صورت کنترل «شرکت» توسط اتباع خارجی، با «شرکت» مزبور علی‌رغم اینکه در قلمرو کشور میزبان ثبت شده است مانند اتباع سایر کشورهای عضو کنوانسیون بر خورد می‌شود، به عبارت دیگر معیار خارجی بودن سرمایه‌گذار بر مبنای «کنترل خارجی» احراز می‌گردد. در این حالت اگرچه طرفین در متن قرارداد دوجانبه سرمایه‌گذاری منعقد معیار «کنترل خارجی» را برای تشخیص تابعیت قید کرده‌اند اما برخی دیوانهای داوری تاکنون درصدد بوده‌اند تا به طور عینی احراز نمایند که آیا شرکت مزبور اساساً تحت کنترل خارجی هست یا خیر و بدین منظور به خرق حجاب از «شرکت» پرداخته‌اند (معیار عینی).

از آنجا که دیوان داوری سرمایه‌گذاری برای احراز صلاحیت خود، باید براساس کنوانسیون ایکسید دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی را شناسایی نماید؛ پیشنهاد شده است به جای استفاده از نام «دکترین خرق حجاب» در داوری سرمایه‌گذاری از «دکترین جد خارجی»<sup>۱</sup> استفاده شود (Shmatenko, 2012: 4). هر سه معیار فوق‌الذکر در پرتو آرای دیوان داوری ایکسید بررسی خواهد شد.<sup>۲</sup>

حال این سوال مطرح می‌شود که خرق حجاب تحت کنوانسیون ایکسید چگونه تحقق می‌یابد؟ در پاسخ باید گفت به طور کلی در دو حالت خرق حجاب در دیوان داوری ایکسید موضوعیت پیدا می‌کند: الف- خرق حجاب با استفاده از مفهوم Treaty Shopping؛ ب- خرق حجاب با استفاده معیار «کنترل خارجی».

الف- خرق حجاب با استفاده از مفهوم Treaty Shopping (سوء استفاده از حق به منظور انتفاع از استانداردهای حمایتی در معاهده سرمایه‌گذاری)

در مواردی که دیوان داوری ایکسید تابعیت سرمایه‌گذار خارجی را به عنوان یکی از شروط احراز صلاحیت خود مشخص می‌نماید؛ ممکن است خرق حجاب از شرکت اتفاق بیفتد. همانطوری که بیان شد در این حالت، امکان تحقق خرق حجاب از شرکت وجود دارد اما لزوماً خرق حجاب حاصل نمی‌شود. دلیل عدم قطعیت در تحقق خرق حجاب این است که آرای

#### 1. Doctrine of the Foreign Ancestor.

۲. برای مطالعه بیشتر در خصوص خرق حجاب در مرجع حل و فصل اختلاف ایکسید رجوع شود به: براتی دارانی و علی اکبر، (۱۳۹۵)، نظام صلاحیت ایکسید و حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری، چاپ اول، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

دیوان‌های داوری در این رابطه متفاوت است زیرا صرف تغییر تابعیت شرکت نمی‌تواند به سوء استفاده از حق به منظور انتفاع از استانداردهای حمایتی معاهده سرمایه‌گذاری تعبیر شود (Dolzer and Schreuer, 2008: 54).

درحالی‌که برخی از دیوان‌های داوری معیار ثبت شرکت مندرج در موافقتنامه سرمایه‌گذاری دوجانبه را برای احراز تابعیت سرمایه‌گذار خارجی کافی دانسته‌اند؛ برخی دیگر علیرغم وجود معیار تشخیص سرمایه‌گذار خارجی در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، برای احراز اینکه آیا سرمایه‌گذار تابعیت دولت دیگری از اعضای کنوانسیون را دارد یا خیر به خرق حجاب از شرکت می‌پردازند تا از این طریق تابعیت شرکت موردنظر را احراز نمایند. مبنای این امر را سوء استفاده از حقی می‌دانند که سرمایه‌گذار خارجی صرفاً برای انتفاع از استانداردهای حمایتی معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری و اقامه دعوی خود در مرجع حل اختلاف ایکسید به انجام آن مبادرت ورزیده است تا شرایط اقامه دعوی در ایکسید را داشته باشد (معیار غایی). در حقیقت، این گروه از دیوان‌های داوری معتقدند که هدف معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری با تکیه بر تفسیر لفظی نادیده گرفته می‌شود (Sornarajah, 2010: 328).

لازم به ذکر است که در اغلب موارد نمی‌توان با استناد به دکترین خرق حجاب تابعیت شخص را انکار کرد زیرا بسیاری از دولت‌ها صرفاً معیار «ثبت شرکت» را معیار «تابعیت» در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خود تعیین کرده‌اند و برخی دیوان‌های داوری ایکسید مشکلی به لحاظ تعیین سرمایه‌گذاری و سرمایه‌گذار خارجی در این قبیل معاهدات ندارند؛ این قبیل از دیوان‌های داوری همچنین معتقدند صرفاً در حالتی که با ثبت شخصیت حقوقی در یکی از کشورهای طرف معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، سوء استفاده صورت پذیرد، این تئوری قابلیت استناد دارد.<sup>۱</sup>

باید گفت که شرکت سرمایه‌گذار، بر اساس کنوانسیون، برای ارجاع اختلاف خود به داوری ایکسید باید تابعیت یکی از کشورهای عضو کنوانسیون ایکسید را داشته باشد اما در برخی موارد شرکت موردنظر تابعیت کشوری به غیر از کشورهای عضو کنوانسیون را دارد؛ در این حالت شرکت موردنظر با ثبت خود در حوزه یکی از کشورهای دیگر عضو کنوانسیون ایکسید یا از طریق انتقال سهام خود به یکی از شرکتهای دارای تابعیت دولت عضو کنوانسیون ایکسید یا به هر

1. ADC Affiliate Ltd. and ADC & ADMC Mgmt. Ltd. v. Republic of Hungary, 2006: Para.358; Schreuer, 2009: 526

طریقی که معیار تشخیص تابعیت است، تلاش می‌نماید اختلاف خود را در مرجع داوری ایکسید اقامه نماید (Kirtley, 2009: 429; Subedi, 2008: 181).

در چنین مواردی است که دیوان داوری ایکسید، اقدام به خرق حجاب از شرکتی می‌کند که با سوء استفاده از حق<sup>۱</sup> و صرفاً به منظور انتفاع از استانداردهای حمایتی و ارجاع اختلاف خود به داوری ایکسید قصد استفاده از مزایای حقوق معاهده مربوطه را داشته است. در عمل، از آنجاییکه اصل سوء استفاده از حق در داوری سرمایه‌گذاری خارجی فقط در رابطه با تغییر تابعیت شرکت جلوه پیدا می‌کند (Polonskaya, 2014: 2)، دیوان‌های داوری با استناد به این اصل، به خرق حجاب از شرکت خواهند پرداخت و تابعیتی که شرکت مربوط برای دسترسی به دیوان داوری ایکسید اکتساب نموده است را نادیده می‌گیرند. این مورد در پرونده Banro American Resources مطرح شد.<sup>۲</sup> در این پرونده، شرکت Banro Resource به عنوان سرمایه‌گذار کانادایی که در عرصه معدن فعالیت می‌کرد با دولت کنگو قراردادی را منعقد می‌نماید که حاوی شرط داوری ایکسید بود. دولت کنگو بعد از مدتی قرارداد منعقد را باطل اعلام می‌دارد و اموال شرکت Sakima که در کنگو به ثبت رسیده بود و ۹۹٪ سهام آن که متعلق به Banro Resource بود را توقیف می‌کند؛ از آنجاییکه کانادا در آن زمان یکی از اعضای کنوانسیون ایکسید نبود<sup>۳</sup> شرکت اخیرالذکر نمی‌توانست به اقامه دعوی علیه کنگو در مرجع داوری ایکسید اقدام نماید. به منظور رفع این مشکل شرکت آمریکایی Banro American Resources تاسیس شد و ۹۳٪ سهام Banro Resource در شرکت Sakima به شرکت آمریکایی انتقال یافت تا با این استناد که آمریکا و کنگو دو کشور عضو کنوانسیون ایکسید هستند و مرجع حل و فصل اختلاف بین این دو کشور مرکز داوری ایکسید است، دیوان داوری ایکسید مرجع صالح برای حل و فصل اختلاف باشد. پس از آنکه شرکت آمریکایی دعوی خود را علیه کنگو نزد مرجع داوری ایکسید اقامه داشت دیوان داوری با خرق حجاب از شرکت، خود را فاقد صلاحیت دانست و اعلام داشت که سرمایه‌گذار، تبعه دولت عضو کنوانسیون نیست و تبعه دولت کانادا محسوب می‌شود. (Banro

۱. دیوان‌های داوری ایکسید در مواجهه با سوء استفاده از حق به منظور انتفاع از استانداردهای حمایتی معاهده سرمایه‌گذاری (Treaty Shopping)، برای تعیین گستره اعمال کنوانسیون به اصل سوء استفاده از حق ارجاع داده‌اند که یکی از مهمترین اصول حقوق بین‌الملل است و در بسیاری از نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به:

Michael Byers in Utku Topcan, (2014), "Abuse of the Right to Access ICSID Arbitration", ICSID Review—Foreign Investment Law Journal, Vo. 29, No. 3, P. 628.

2. Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo, 2000, Para 17

۳. در حال حاضر این کشور عضو کنوانسیون ایکسید است.



(American Resources, Para 23-26).

دیوان داوری ایکسید در پرونده Mobil نیز از طریق اعمال اصل حسن نیت برای کشف تابعیت اصلی شرکت به خرق حجاب از آن می‌پردازد. در این پرونده شرکت آمریکایی Mobil که در ایالت Delaware این کشور به ثبت رسیده بود ابتدا اقدام به ایجاد دو شعبه می‌کند که دارای منافع قابل توجهی در پروژه‌های نفتی در کشور ونزوئلا بودند.<sup>۱</sup> نکته قابل توجه این بود که شرکت Mobil در طول سال ۲۰۰۵ تا ۲۰۰۶ با تغییر تابعیت خود و ایجاد یک شرکت هلدینگ در کشور هلند، سرمایه‌گذاری خود در پروژه‌های نفتی کشور ونزوئلا را از طریق این شرکت هلدینگ اداره می‌کند و تمام سهام دو شعبه خود را به شرکت هلدینگ خود در هلند انتقال می‌دهد.<sup>۲</sup> در سال ۲۰۰۷ دعوی از جانب خواهان‌ها علیه دولت ونزوئلا مطرح شد و خواهان‌ها برای احراز رضایت دولت ونزوئلا به منظور حل و فصل اختلاف توسط مرجع داوری ایکسید به موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری ونزوئلا و هلند مصوب ۱۹۹۳ استناد می‌کنند. اگرچه موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری معیار تشخیص تابعیت را تأسیس شخصیت حقوقی بر اساس قانون کشور متبوع قرار داده بود، ولی دیوان به تفسیر متن معاهده با بیان دیدگاهی فراتر از آن متن پرداخت و بیان داشت که تغییر ساختار شرکت و ایجاد هلدینگ در کشور هلند صرفاً برای دسترسی به صلاحیت اقامه دعوی در مرجع داوری ایکسید بوده است و نوعی سوء استفاده از حق در این رابطه صورت گرفته است.

با این وجود دیوان بین اختلافاتی که قبل و بعد از تغییر ساختار بوجود آمده بود قائل به تفکیک شد؛ توضیح آنکه اختلاف بین خواهان‌ها (Mobil) و شرکت‌های فرعی و شرکت هلدینگ) و دولت ونزوئلا قبل از ایجاد شرکت هلدینگ مربوط به مالیات بر درآمد و پرداخت حق امتیاز بود درحالی‌که اختلاف مربوط بین خواهان‌ها و دولت ونزوئلا بعد از ایجاد شرکت هلدینگ به تصمیم ملی کردن پروژه‌های نفتی ارتباط داشت. با توجه به این تفکیک دیوان مقرر داشت ارجاع اختلافاتی که بعد از ایجاد شرکت هلدینگ بوجود آمده است به دیوان داوری ایکسید در جهت حفظ منافع سرمایه‌گذار خارجی است و کاملاً مشروع می‌باشد و در رابطه با این اختلاف، دیوان صالح به رسیدگی است.<sup>۳</sup> اما در رابطه با اختلافی که پیش از ایجاد شرکت هلدینگ بوجود آمده است از آنجا که تغییر در ساختار تابعیت شرکت صرفاً برای دسترسی به

1. Mobil Corporation and Others v Bolivarian Republic of Venezuela, 2010: Para 32, 203.

2. Ibid, Para 186.

3. Ibid, Para 204.

دیوان داوری ایکسید بوده است، سوء استفاده از حق تلقی می‌شود<sup>۱</sup> و دیوان در رابطه با این اختلافات صالح به رسیدگی نمی‌باشد.<sup>۲</sup>

باید گفت این دیدگاه همان دیدگاه کمیسیون حقوق بین‌الملل نیز می‌باشد؛ بر اساس آن زمانیکه امکان تفسیر معاهده به دو طریق وجود داشته باشد (یعنی یا از طریق معیار غایی یا معیار رسمی) و یکی از این دو تفسیر منجر به آثار مناسب شود و دیگری چنین آثاری را نداشته باشد، تفسیری که آثار مناسب را دارد ارجحیت خواهد داشت.<sup>۳</sup>

در پرونده Phoenix نیز علی‌رغم اینکه سرمایه‌گذار خارجی به سرمایه‌گذاری در کشور میزبان اقدام کرد، دیوان معتقد بود که فقط آن دسته از سرمایه‌گذاری‌هایی که با حسن نیت صورت گرفته است، بر اساس کنوانسیون ایکسید و معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، قابلیت ارجاع به دیوان داوری ایکسید دارد.<sup>۴</sup>

این اختلاف مربوط به شرکت Phoenix به عنوان خواهان و دولت جمهوری چک به عنوان خوانده بود که در آن خواهان که یک شرکت اسرائیلی بود سهام دو شرکت تابع جمهوری چک (شرکت BP و BG)<sup>۵</sup> را تملک کرده و دعوای خود را در دیوان داوری ایکسید اقامه نمود در این پرونده، دیوان داوری به خرق حجاب از شرکت Phoenix پرداخت و در حقیقت اعتقاد داشت که علیرغم تملک سهام دو شرکت تبعه جمهوری چک توسط شرکت اسرائیلی Phoenix، از آنجا که سرمایه‌گذاری با سوء استفاده از حق به تغییر ساختار تابعیت شرکتهای کشور جمهوری چک منجر گردیده بود لذا با خرق حجاب از شرکت اسرائیلی، دیوان به این نتیجه رسید که این شرکت در حقیقت همان شرکتهای تبعه چک است و با این استدلال که شرکتهای تبعه یک دولت نمی‌توانند علیه همان دولت اقامه دعوا کنند، صلاحیت خود را رد کرد.

در پرونده فوق دیوان معتقد بود که خواهان از سیستم ایکسید سوء استفاده کرده و درخواست خواهان را به دلیل فقدان صلاحیت خود مردود دانست. دیوان در مورد زمان سرمایه‌گذاری بیان داشت که قبل از سرمایه‌گذاری شرکت Phoenix در دو شرکت تابع جمهوری چک، این دو شرکت طرفین دعوایی بودند که بیش از یک سال از زمان آغاز آن در دادگاههای ملی جمهوری

1. Ibid, Para 32, 203.

2. Ibid, Para 205.

3. Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries ILC YB 1966: 219.

4. Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, 2009: Para 106-107.

5. Ibid, Para 2.

6. Ibid, Para 137.

چک می‌گذشت و به عقیده دیوان، خواهان قصد داشت که با سوء استفاده از معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان جمهوری چک و اسرائیل اختلافاتی را که اساساً باید توسط مراجع ملی جمهوری چک حل و فصل شود، توسط مرجع داوری ایکسید حل و فصل نماید.<sup>۱</sup>

در رابطه با ماهیت عملکرد اقتصادی شرکت Phoenix دیوان بیان داشت که نه تنها هیچ فعالیت اقتصادی در جمهوری چک انجام نشده است بلکه هیچ قصدی برای انجام فعالیت اقتصادی وجود نداشته است؛ در حقیقت به عقیده دیوان، سرمایه‌گذاری Phoenix در شرکت‌های جمهوری چک کاملاً جنبه تصنعی داشته است و سرمایه‌گذاری مبتنی بر اهداف اقتصادی نبوده بلکه هدف آن صرفاً دستیابی به دیوان داوری ایکسید بوده است.<sup>۲</sup>

بنابراین دیوان بیان داشت که چنانچه در پرونده Phoenix صلاحیت رسیدگی داشته باشد؛ هر اختلافی که در دادگاه‌های ملی دولت‌های عضو کنوانسیون ایکسید مطرح باشد، به صرف انتقال سهام از شرکتی که متبوع یکی از دولت‌های عضو کنوانسیون ایکسید است به شرکتی که تابعیت عضو دیگر کنوانسیون را دارد، می‌تواند در داوری این نهاد مطرح شود و این درحقیقت نوعی سوء استفاده از حق به منظور انتفاع از استانداردهای حمایتی معاهده به منظور ارجاع اختلاف به نهاد داوری ایکسید است.<sup>۳</sup>

سوالی که مطرح می‌شود این است که آیا اساساً اصل سوء استفاده از حق که مبنای خرق حجاب قرار گرفته است، اصل قابل اتکایی در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی هست یا خیر؟ باید گفت یکی از منابع حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی، اصول کلی حقوق بین‌الملل می‌باشد و نیز در سطح بین‌المللی اصول حسن نیت و سوء استفاده از حق به عنوان اصولی کاملاً شناخته شده مورد شناسایی قرار گرفته‌اند؛ بنابراین این اصول در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی مورد پذیرش قرار گرفته‌اند (De Brabandere, 2012: 619). علاوه بر این، اصل سوء استفاده از حق حتی به عنوان یک اصل عام حقوق بین‌الملل پذیرفته شده است.<sup>۴</sup>

با توجه به چنین استقبالی از اصل سوء استفاده از حق در حقوق بین‌الملل، این اصل به عنوان نقطه اتکای مناسبی در بسیاری از سیستم‌های حقوقی که در حال توسعه و تکامل می‌باشند،

1. Ibid, Para 136.

2. Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, 2009: Para 136-140,143.

3. Ibid, Para 144.

۴. برای توضیح بیشتر رجوع شود به:

Antony D'Amato (blog), Available at: [anthonydamato.law.northwestern.edu/encyclopedia/good-faith.pdf](http://anthonydamato.law.northwestern.edu/encyclopedia/good-faith.pdf).

استفاده می‌گردد (Byers in Polonskaya, 2014: 27). امروزه در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی شاهد آن هستیم معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری متعددی منعقد شده که در این معاهدات معیاری برای تابعیت سرمایه‌گذار و تشخیص آن درج گردیده است و طبیعتاً بر اساس معیار مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذار از حقوق معاهده برخوردار می‌شود. با این وجود دلایل متنوعی می‌تواند وجود داشته باشد که سرمایه‌گذار به تغییر تابعیت خود بپردازد تا از این طریق بتواند با استناد به معاهده ذیربط از تضمین‌های حمایتی بیشتری برخوردار شود. در چنین مواردی می‌توان از اصل سوء استفاده از حق در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی که در حال تکامل و توسعه است بهره جست و خلأ وجود محدودیت برای تغییر تابعیت شرکت در معاهدات سرمایه‌گذاری را پوشش داد (Polonskaya, 2014: 27).

سوال دیگر این است که آیا (با فرض پذیرش اصل سوء استفاده از حق) در پرونده‌های Mobil و Phoenix، دیوان‌های داوری رویه واحدی در رابطه با اعمال این اصل برگزیده‌اند؟ پاسخ به این سوال منفی است زیرا با مقایسه دو پرونده Mobil و Phoenix اگرچه در هر دو پرونده، دیوان‌های داوری بر لزوم وجود محدودیت در تشخیص تابعیت شرکت‌ها تاکید نموده‌اند و به خرق حجاب از شرکت‌ها بر مبنای سوء استفاده از حق پرداخته‌اند اما معیار تشخیص سوء استفاده از حق در آنها متفاوت است. در پرونده Mobil، دیوان؛ میان اختلافات حاصله قبل و بعد از تغییر تابعیت شرکت، قائل به تفکیک شد و اختلافات اخیر را حتی در فرض سوء استفاده از حق قابل طرح در دیوان داوری ایکسید دانست. اما در پرونده Phoenix، علاوه بر معیار زمان تغییر ساختار تابعیتی شرکت، معیار سرمایه‌گذاری مبتنی بر هدف اقتصادی مورد توجه قرار گرفت؛ علاوه بر این، تفکیکی بین اختلافات حاصله قبل و بعد از تغییر ساختار تابعیت شرکت وجود نداشت. به عقیده برخی از نویسندگان اثبات این نوع (معیار غایی) خرق حجاب از شرکت بسیار مشکل است (Hansen, 2010: 107). اما در پرتو آرای بررسی شده همانظوری که مشهود است برخی از دیوان‌های داوری این مورد را پذیرفته‌اند.

حال سوال این است که چگونه می‌توان از این نوع خرق حجاب رهایی جست؟ اصل سوء استفاده از حق در متن معاهدات دوجانبه و نیز کنوانسیون ایکسید وجود ندارد و در حقیقت به عنوان یک مستند فرا متنی به آن نگریسته می‌شود. بسیاری از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری به منظور محدود ساختن واژه «سرمایه‌گذار» شروطی را تحت عنوان شرط «انکار منافع معاهده نسبت

به سرمایه‌گذار خارجی<sup>۱</sup> ذکر کرده‌اند.<sup>۲</sup> این شرط به طرفین معاهده سرمایه‌گذاری قابلیت تعیین قلمروی معاهده را می‌دهد و چنانچه حضور سرمایه‌گذار خارجی در کشور میزبان نسبتاً محدود باشد طرفین مشخص می‌نمایند که معیار خارجی بودن سرمایه‌گذار تحقق یافته است یا خیر.<sup>۳</sup> در حقیقت شرط «انکار منافع معاهده بر سرمایه‌گذار خارجی» باعث می‌شود سرمایه‌گذار خارجی علیرغم احراز شرایط حقوقی برای برخورداری از حمایت معاهده سرمایه‌گذاری، امکان برخورداری از این منافع را به دلیل عدم انجام فعالیت اقتصادی نداشته باشد. به عبارت دیگر سرمایه‌گذار برای گریز از شرط «انکار منافع معاهده بر سرمایه‌گذار خارجی» علاوه بر تحقق شرایط حقوقی به تحقق شرایط اقتصادی نیز نیاز دارد (Sornarajah, 2010: 293; Feldman, 2012: 293). برای مثال می‌توان به ماده (۱) ۱۷ منشور انرژی<sup>۴</sup> اشاره داشت که بیان می‌دارد شرکت فاقد فعالیت اقتصادی اگرچه در قلمرو طرف متعاقد تاسیس شده باشد از شمول معاهده خارج است.

#### ب- خرق حجاب با استفاده معیار «کنترل خارجی»

در چنین مواردی دیوان داوری ایکسید با اعمال معیار کنترل خارجی تابعیت اصلی سرمایه‌گذار خارجی را تعیین می‌نماید، در این حالت نیز خرق حجاب از شرکت محقق می‌شود. برخی از دیوان‌های داوری ایکسید حتی با وجود معیاری دقیق برای تشخیص تابعیت سرمایه‌گذار

1. Denial of benefit.

2. Agreement between the Government of Canada and the Government of the Republic of Costa Rica for the Protection and Promotion of Investments annex I, S III(7), signed 18 March 1998; Agreement between the Government of the United Mexican States and the Government of the People's Republic of China on Promotion and Reciprocal Protection of Investments art 31 signed 11 July 2008; Agreement Among the Government of Japan, the Government of the Republic of Korea, and the Government of the People's Republic of China for the Promotion, Facilitation, and Protection of Investment art 22, signed 13 May 2012.

۳. اعمال شرط «عدم شمول منافع معاهده بر سرمایه‌گذار خارجی» از دیدگاه‌های دیوان‌های داوری ایکسید مشروط به دو شرط مهم شده است که عبارت است از: الف- بار اثبات این شروط باید توسط خواننده صورت گیرد و ب- اطلاعیه‌ای که باید توسط خواننده پیش از اعمال این شرط به سرمایه‌گذار خارجی داده شود. این اطلاعیه همانطوری که در پرونده Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria آمده است می‌تواند یا از طریق قوانین و مقررات دولت‌های طرف سرمایه‌گذاری مورد توجه قرار گیرد و یا از طریق مبادله مکاتباتی که با سرمایه‌گذار مربوطه صورت می‌گیرد، تحقق یابد. برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به:

Feldman, Mark, (2012), "Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration", ICSID Review, *Foreign Investment Law Journal*, Vo. 27, No. 2, PP.293-301

4. Energy Charter Treaty.

خارجی،<sup>۱</sup> معیار عینی<sup>۲</sup> را در کنار معیاری که در موافقتنامه سرمایه گذاری درج شده است به طور دقیق مورد توجه قرار می دهند (Sinclair, 2008: 117; Garcí'a-Bolívar, 2008: 117).

در بسیاری از کشورها شرکتی را که از پیش با سرمایه خارجی تأسیس شده است به عنوان شرکت تبعه خود می پذیرند؛ در این حالت مشکلی که پیش می آید این است که براساس مقررات ایکسید اصولاً نمی توان دعوی را از جانب شرکتی که تبعه دولت میزبان می باشد، پذیرفت؛ به عبارت دیگر بر اساس مقررات ایکسید دولت میزبان نیز نمی تواند علیه آن شرکت در داوری ایکسید اقامه دعوا کند (مجتهدی، ۱۳۹۰: ۱۸۸). باید خاطر نشان ساخت که دیوانهای داوری ایکسید برای تعیین صلاحیت خود بر طبق مقررات بین المللی عمل می کنند نه بر اساس مقررات ملی و داخلی.<sup>۳</sup>

برای رفع این مشکل در کنوانسیون ایکسید مقرر خاصی درج شده و در رابطه با تعیین تابعیت شخص حقوقی معیار «کنترل خارجی» در ماده (ب) (۲) ۲۵ ذکر شده است: «اشخاص حقوقی که در تاریخ ارجاع اختلاف به سازش یا داوری، تابعیت کشور<sup>۴</sup> متعاهدی غیر از کشور طرف اختلاف را داشته باشد و هر شخص حقوقی که در آن تاریخ [ارجاع اختلاف به سازش یا داوری] تابعیت کشور متعاهد طرف اختلاف را داشته باشد ولی به علت کنترل خارجی<sup>۵</sup> [بر آن]، طرفین موافقت نموده باشند که به منظور اهداف این کنوانسیون مانند یک تبعه کشور متعاهد دیگر با آنها رفتار بشود».

همانطوری که در این ماده آمده دو معیار برای تعیین صلاحیت دیوان داوری بر شخص

۱. این معیار دقیق ممکن است در معاهده دوجانبه سرمایه گذاری یا مقررات دولت میزبان و یا در قراردادی که بین طرفین سرمایه گذاری (دولت سرمایه پذیر و سرمایه گذار خارجی) منعقد می شود، تعیین شود.

۲. چنین رویه ای حتی در خصوص مفهوم سرمایه گذاری در دیوانهای داوری ایکسید وجود دارد. باید اشاره داشت به این دلیل که کنوانسیون ایکسید هیچگونه معنا و مفهومی را در رابطه با واژه «سرمایه گذاری» بیان نکرده است دیوانهای داوری در این مورد نه تنها برای احراز صلاحیت خود در رابطه با اختلاف مطروحه بر اساس تفسیر لفظی نیازمند احراز سرمایه گذاری بر اساس مقررات کنوانسیون ایکسید و موافقت نامه سرمایه گذاری بین دو طرف هستند بلکه ممکن است به احراز این مورد پردازند که آیا اساساً، بدون در نظر گرفتن معیار لفظی، بطوری عینی سرمایه گذاری صورت گرفته است یا خیر.

برای مطالعه بیشتر در رابطه با مفهوم سرمایه گذاری رجوع کنید به: زمانی، سید قاسم، درونپور، امیر، (۱۳۹۴)، «پویایی مفهوم سرمایه گذاری در پرتو متدولوژی های احراز صلاحیت ایکسید»، فصلنامه دیدگاه های حقوق قضایی، شماره ۶۹؛ ابراهیمی، سید نصرالله، سلطان زاده، سجاد، (۱۳۹۳)، «مفهوم سرمایه گذاری در رویه داوری مرکز حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری خارجی (ایکسید)»، مجله حقوقی بین المللی، شماره ۵۰.

3. S. P. Prop. (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, Decision on Jurisdiction, 1988.

4. Nationality.

5. Foreign Control.

حقوقی مشخص شده است که عبارت است از معیار «تابعیت» و معیار «کنترل خارجی» که بر خلاف معیار «تابعیت»، معیار «کنترل خارجی» یک معیار عینی<sup>۱</sup> تلقی می‌شود و نیازمند کنکاش بیشتری در یافتن کنترل‌کننده واقعی شخص حقوقی است. بنابراین صلاحیت دیوان داوری ایکسید در اصل شامل آن دسته از اختلافات سرمایه‌گذاری است که به طور مستقیم بین دولت‌های عضو کنوانسیون و یکی از تابعان دولت دیگر عضو کنوانسیون بوجود می‌آید. با این حال این ماده یک استثنای مهم بر قاعده اصلی وارد کرده است. بدین معنا که شرکتهای داخلی دارای تابعیت کشور سرمایه‌پذیر ممکن است طبق موافقتنامه سرمایه‌گذاری و بر اساس معیار «کنترل خارجی» به عنوان شرکت‌های عضو دیگر کنوانسیون تلقی شوند. باید توجه داشت که اگر با اعمال خرق حجاب از شرکت، تابعیت آن همان تابعیت دولت میزبان باشد و معیار «کنترل خارجی» در توافق طرفین وجود نداشته باشد، دیوان داوری ایکسید صلاحیت رسیدگی به آن پرونده را نخواهد داشت. بنابراین مهم‌ترین اثر خرق حجاب در داوری سرمایه‌گذاری ایکسید، تعیین صلاحیت دیوان داوری برای رسیدگی به اختلاف می‌باشد.

نکته‌ای که باید در اینجا اشاره شود این است که آیا به صرف توافق شرکت داخلی با دولت میزبان در رابطه با اعمال کنترل خارجی مندرج در ماده (ب) (۲)۲۵، دیوان داوری ایکسید مرجع صالح رسیدگی به اختلاف است؟ پاسخ به این سوال در پرتو برخی از آرای صادره و نظر مفسرین کنوانسیون منفی است. در این رابطه Schreuer در نظر تحلیلی خود ذیل ماده فوق چنین بیان می‌دارد که معیار کنترل خارجی از آنجا که به عنوان «معیار عینی» تلقی می‌شود، به صرف اینکه در معاهده سرمایه‌گذاری درج شود نمی‌تواند دیوان را از جستجوی کنترل‌کننده اصلی شرکت بازدارد<sup>۲</sup> (Schreuer, 2010: 312). برای تحلیل بیشتر موضوع خرق حجاب از شرکت، آرای دیوان داوری ایکسید ذیلاً بررسی می‌شود.

در پرونده TSA v. Argentina اهمیت کنترل خارجی مورد توجه قرار گرفته است و دیوان بیان

#### 1. Objective.

۲. توضیح مفهوم کنترل خارجی و اینکه منظور از کنترل خارجی چیست، خارج از حوزه این مقاله است. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به:

Chieh Lee, (2016), "Resolving Nationality Planning Issue Through the Application of the Doctrine of Piercing the Corporate Veil in International Investment Arbitration", *Contemporary Asia Arbitration Journal*, pp.115- 121.

داشت که بدلیل فقدان کنترل خارجی، از حیث ماهوی صلاحیت رسیدگی به پرونده را ندارد.<sup>۱</sup> شرکت TSA به عنوان یک شرکت آرژانتینی بر اساس معاهده دوجانبه سرمایه گذاری منعقد شده بین آرژانتین و هلند به اقامه دعوا در دیوان داوری ایکسید پرداخت. شرکت مذکور ادعا کرد که «سرمایه گذار خارجی» تلقی می شود زیرا مالک اصلی آن یک شرکت هلندی به نام TSI است و نیز بیان نمود که بر اساس معاهده دوجانبه بین دو کشور، شرکت آرژانتینی بر اساس معیار «کنترل خارجی» به عنوان یک شرکت خارجی تلقی می شود. با بررسی این پرونده باید گفت که ادعای شرکت آرژانتینی مبنی بر معیار کنترل خارجی بر اساس معاهده منعقد شده بین طرفین کاملاً قابل توجیه بود زیرا در معاهده معیار «کنترل خارجی» لحاظ شده بود.

دیوان داوری با امعان نظر به ماده (ب) ۲۵(۲) بیان داشت که این ماده گستره اعمال کنوانسیون را مشخص نموده است و بیان داشت که طرفین معاهده به هیچ وجه نمی توانند این ماده را نادیده بگیرند و گستره آن را توسعه دهند.<sup>۲</sup> در این پرونده علی رغم وجود شرط صریح در معاهده مبنی بر «کنترل خارجی»، اکثریت دیوان معتقد بودند که صرف وجود این عبارت در معاهده دلیل کافی برای تلقی شرکت ثبت شده داخلی به عنوان یک شرکت خارجی نمی باشد و معیار کنترل خارجی که طرفین در معاهده خود ذکر نموده اند باید به صورت عینی مورد بررسی قرار گیرد تا صلاحیت دیوان برای رسیدگی به اختلاف احراز شود.<sup>۳</sup> در نهایت دیوان با خرق حجاب از شرکت آرژانتینی و بدلیل عدم وجود کنترل خارجی، خود را برای رسیدگی به اختلاف فاقد صلاحیت دانست.

خرق حجاب در قواعد داوری و کنوانسیون ایکسید با تکیه بر ماده (ب) ۲۵(۲) در پرونده Salt نیز اتفاق افتاد.<sup>۴</sup> در این پرونده این موضوع مطرح شد که آیا شرکت سرمایه گذار (خواهان)، تحت کنترل خارجی است و یا تحت کنترل اتباع کشور غنا (خواننده) می باشد. دیوان در این رابطه ابراز داشت که نمی توان بدون در نظر گرفتن معیار عینی صرفاً به آنچه که در قرارداد سرمایه گذاری منعقد شده بین طرفین ذکر شده اتکا کرد و بیان داشت پذیرش صلاحیت در این پرونده «به طرفین داوری اجازه می دهد که از کنوانسیون در جهتی استفاده نمایند که در حقیقت کنوانسیون برای آن هدف تدوین نشده است». دیوان داوری معتقد بود که هدف این کنوانسیون،

1. TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic, 2008: Para 162.

2. Ibid, Para 134.

3. Ibid, Para 147.

4. Vacuum Salt v. Republic of Ghana, 1994.



ترویج سرمایه‌گذاری خصوصی بین‌المللی با ایجاد مرجعی برای حل و فصل اختلاف حاصله بین دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی است و نمی‌توان ماده (ب) ۲۵(۲) را به نوعی تفسیر کرد که این هدف نادیده گرفته شود؛ از این جهت دیوان با خرق حجاب از شرکت و با استفاده از معیار عینی در صدد یافتن تابعیت اصلی شرکت برآمد و در نتیجه حکم داد که شرکت Vacuum Salt تحت کنترل خارجی نیست و در کنترل یکی از اتباع کشور غنا است و خود را فاقد صلاحیت دانست.<sup>۱</sup>

نکته‌ای را که در رابطه با این رأی باید ذکر کرد این است که نظر دیوان دقیقاً همان نظر یکی از مدیران اجرایی کنوانسیون بود؛ بدین معنا که معیار «کنترل خارجی» یک معیار عینی را برای تعیین قلمروی اعمال کنوانسیون در نظر می‌گیرد و خارج از این معیار کنوانسیون قابلیت اعمال را ندارد.<sup>۲</sup>

بنابراین چنانچه طرفین موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری دوجانبه بر اساس ماده (ب) ۲۵(۲) کنوانسیون ایکسید، معیار «کنترل خارجی» را بپذیرند، برخی از دیوانهای داوری ایکسید به منظور احراز صلاحیت خود خرق حجاب از شرکت را انجام خواهند داد. برای تحقق خرق حجاب در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی ذیل ماده (ب) ۲۵(۲) دو معیار مهم باید محقق شود: اولاً باید توافقی بین دولت میزبان با شرکت‌های داخلی که تحت «کنترل خارجی» هستند وجود داشته باشد که بیانگر نحوه برخورد دولت میزبان با این شرکت‌ها باشد.<sup>۳</sup> ثانیاً شرکت ثبت شده داخلی باید از طریق عواملی همچون تابعیت سهامداران، سرمایه خارجی و یا مدیریت موثر که نقش مهمی در تعیین معیار کنترل خارجی دارند به طور عینی توسط اتباع سایر کشورهای عضو کنوانسیون کنترل شود (Valasek, Dumberry, 2011: 42).

پ- تفاوت دو معیار عینی و غایی  
باید توجه داشت که دو معیار عینی و غایی به عنوان دو معیار مستقل از یکدیگر توسط دیوان‌های داوری ایکسید پذیرفته شده‌اند. نکته‌ای قابل توجه این است که بر اساس معیار غایی، اگرچه سرمایه‌گذار بر اساس موافقت‌نامه دوجانبه یک سرمایه‌گذار خارجی شناخته می‌شود اما

1. Vacuum Salt v. Republic of Ghana, 1994: Para 2, 54

۲. برای مطالعه بیشتر رجوع شود به:

Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, ICSID Doc.2, 1965, Para 25

3. Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, 2005: Para 450

دیوان داوری ایکسید تعیین می‌نماید آیا تابعیت شرکت در اثر سوء استفاده از حق به منظور دسترسی به دیوان داوری (Treaty Shopping) بوده‌است یا خیر. طبیعتاً در زمانیکه سرمایه‌گذاری در نتیجه سوء استفاده از حق و صرفاً برای دسترسی به دیوان داوری ایکسید باشد، همانطوری که در بررسی آرای توضیح داده شد، دیوان با خرق حجاب از شرکت، خود را فاقد صلاحیت اعلام می‌کند.

اما در رابطه با خرق حجاب بر اساس معیار عینی، اگرچه در برخی از موافقت‌نامه‌های دو جانبه سرمایه‌گذاری معیار کنترل خارجی برای شرکت ثبت شده داخلی مورد توافق قرار گرفته است اما برخی از دیوان‌های داوری بررسی می‌نمایند که آیا شرکت مورد نظر به طور عینی (واقعی) و نه بر اساس متن معاهده، تحت کنترل خارجی می‌باشد یا خیر و در صورتی که کنترل خارجی آن برای دیوان محرز نگردد دیوان خود را فاقد صلاحیت اعلام می‌کند.

### ۳. معیار لفظی / رسمی / ذهنی

برخی از دیوان‌های داوری با پذیرش «معیار لفظی» و با تفسیر قواعد شکلی مرکز داوری ایکسید و علی‌الخصوص ماده ۱۲ آن، بیان می‌دارند که طرفین دیوان داوری باید به طور دقیق تعیین شوند و با تفسیر مضیق این ماده از گسترش صلاحیت دیوان داوری به شخص ثالث خودداری نمودند. در پرونده Tshinvali سرمایه‌گذار خارجی علاوه بر خود از جانب سه تن از سهامدارانش ادعاهایی را تقدیم داشت؛ دیوان داوری پس از بررسی موضوع ابراز داشت از آنجاییکه سه تن از سهامداران به عنوان طرفین موافقتنامه داوری مطابق مقررات ایکسید به ثبت نرسیده‌اند، این حق برای خواهان متصور نیست که از طرف آنان به اقامه دلیل پردازد.<sup>۲</sup> علاوه بر این، دیوان داوری مقرر داشت ماده ۴۷ قواعد داوری ایکسید در رابطه با رأی داوری مقرر می‌دارد که داور در رای خود باید مشخصاً طرفین داوری را به طور صریح معین نماید و در ادامه بیان داشته است که هیچ یک از مقررات کنوانسیون و قواعد داوری ایکسید حاوی مقررات صریحی در مورد ایراد ادعا از جانب شخص ثالث نیست و هرگونه حقی به شخص خواهان در این مورد متضمن توافق و یا رضایت دولت طرف مقابل دعوا است.<sup>۳</sup>

1. Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings, Rule.  
2. <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/ICSID-Convention-Conciliation.aspx>. Last Accessed 2019.02.02  
2. Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia, 2003: Para 392- 405  
3. Ibid, Para 403

یکی دیگر از پرونده‌های ایکسید حاوی نظر مخالف یکی از اعضای دیوان داوری است زیرا داور اقلیت با نظر سایر داوران مخالف بود.<sup>۱</sup> این پرونده در خصوص شرکتی بود که در یکی از کشورهای دیگر عضو کنوانسیون ایکسید به ثبت رسیده بود ولی ۹۹ درصد سهام آن متعلق به اتباع کشور خوانده بود. در این پرونده، داور مزبور اعتقاد داشت که باید خرق حجاب از شرکت صورت گیرد تا کنترل‌کننده اصلی شرکت مشخص شود ولی سایر داورها معتقد بودند که معیار ثبت شرکت برای تعیین تابعیت آن کافی است. در حقیقت وی اعتقاد داشت که پیروی از رویه معمول کنوانسیون ایکسید که همان معیار ثبت است با روح و اهداف این کنوانسیون که در حقیقت حل و فصل اختلاف میان سرمایه‌گذار خارجی یک دولت عضو و دولت دیگر عضو کنوانسیون می‌باشد، مخالف است.<sup>۲</sup>

Tokios Tokelés (خواهان) که ۹۹ درصد سهام آن متعلق به اتباع اوکراین بود در سال ۱۹۸۹ تحت قوانین لتونی به ثبت رسیده بود.<sup>۳</sup> این شرکت به اموری همچون تبلیغات و انتشارات در کشور لتونی و در خارج از آن اشتغال داشت. بعد از اینکه شرکت مذکور، شرکت فرعی خودش را در اوکراین تحت عنوان Taki Spravy تأسیس کرد، در سال ۲۰۰۱ میان شرکت فرعی و دولت اوکراین اختلاف بوجود آمد که بر اساس آن خواهان مدعی بود که معاهده بین دول اوکراین و لتونی بر اساس اقدامات صورت گرفته دولت خوانده نقض شده است؛ بر اساس ادله ابرازی خواهان، دولت اوکراین به دلیل انتشار و چاپ تصویر یکی از مخالفان سیاسی آن دولت، معاهده را نقض کرده بود. دولت خوانده در مقابل استدلال کرد که خواهان دعوا یک شرکت اصیل لتونیایی نیست زیرا که ۹۹ درصد سهام آن متعلق به اتباع کشور اوکراین بوده و دو سوم مدیران آن از اتباع کشور اوکراین است.<sup>۴</sup> به همین دلیل خوانده از دیوان داوری تقاضای خرق حجاب از شرکت را داشت تا اینکه تابعیت شرکت بر اساس تابعیت سهامداران غالب آن مشخص شود و استدلال خود را بدین شرح به دیوان داوری اظهار کرد که چنانچه به شرکتی که در لتونی ثبت شده است - مالکیت و کنترل آن غالباً توسط اتباع اوکراین صورت می‌گیرد - اجازه طرح دعوا داده شود، هدف کنوانسیون ایکسید و معاهده دوجانبه بین اوکراین و لتونی نادیده گرفته می‌شود.<sup>۵</sup> دیوان داوری معتقد بود که بدلیل توافق طرفین (دولت لتونی و اوکراین) در تعیین تابعیت

1. Tokios Tokelés v. Ukraine, 2004

2. Tokios Tokelés v. Ukraine, 2004: Para 19.

3. Tokios Tokelés v. Ukraine, Decision on Jurisdiction, 2004: Para 1.

4. Ibid, Para 21, 3.

5. Ibid, Para 23.

شرکت که معیار «محل ثبت» شرکت را برای احراز تابعیت در نظر گرفته‌اند، استدلال دولت خوانده که منجر به نادیده گرفتن این توافق است، توسط دیوان رد می‌شود زیرا دیوان متعهد است که نظر طرفین در موافقتنامه سرمایه‌گذاری که همان معیار «محل ثبت» است را اعمال کند.<sup>۱</sup> البته باید بیان داشت که معیار «محل ثبت» روشی رایج برای تعیین تابعیت شرکت می‌باشد.<sup>۲</sup>

در نهایت دیوان مقرر داشت بر اساس ماده (ب) (۲) ۲۵ طرفین معاهده این اختیار را داشتند که معیار دیگری را برای تعیین تابعیت شرکت در معاهده خود تعیین نمایند و بنابراین خرق حجاب از شرکت را اعمال نمود.

باید بیان داشت چنانچه در موافقتنامه‌های سرمایه‌گذاری، تابعیت شرکتهای طرفین معاهده بر اساس معیار «محل ثبت» تعیین شده باشد، مشکلی (در فرض عدم وجود سوء استفاده از حق) از حیث تشخیص تابعیت شرکتهای ذیربط به وجود نخواهد آمد و شرکتهای طرفین موافقتنامه که در هر یک از کشورهای طرف معاهده ثبت می‌شوند نه تنها می‌توانند از حمایت موافقتنامه سرمایه‌گذاری منتفع شوند بلکه معیار «محل ثبت» منجر به آن می‌شود که سرمایه‌گذار خارجی به راحتی تشخیص داده شود و به تبع آن مشروط به تحقق سایر شرایط ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید اختلاف حاصله در مرجع داوری ایکسید قابل طرح باشد.

سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است که آیا معیار «محل ثبت» به عنوان معیاری برای تشخیص تابعیت سرمایه‌گذار خارجی؛ ممکن است منجر به خرق حجاب از شرکت شود؟ باید گفت «معیار ثبت» بدلیل اینکه کاملاً از نظر شکلی مشخص است می‌تواند در جهت ارائه راهکاری برای گریز از خرق حجاب از شرکت در داوری سرمایه‌گذاری ایکسید مورد استفاده قرار گیرد.<sup>۳</sup> دلیل این ادعا آن است که از لحاظ شکلی، قوانین بیشتر کشورها جریان ثبت هر شرکتی را در حوزه صلاحیت خود مشخص کرده‌اند و در نتیجه دیوان‌های داوری ایکسید در سال‌های اخیر به این نکته توجه داشته‌اند که چنانچه طرفین در معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه

1. Ibid, Para 26.

2. UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking, UNCTAD/ ITE/ IIT/2006/5, (2006), Available at: [http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20065_en.pdf), P.15. Last accessed 2019.02.02.

۳. برای دیدن نظر مخالف که معیار ثبت را معیار مناسبی برای احراز تابعیت تلقی نکرده است و آن را معیاری می‌داند زیرا حقیقت که شرکت‌های کوچک بخشی از شرکت‌های با گستره جهان شمول هستند را نادیده گرفته است و معیار ثبت برای تحقق تابعیت آنها نمی‌تواند معیار مناسبی باشد، رجوع شود به:

Robin F. Hansen, The Systemic Challenge of Corporate Investor Nationality in an Era of Multinational Business, *Journal of Arbitration and Mediation*, Vo. 1, No. 1. (2010), Pp.85, 86.

احراز شرط تابعیت سرمایه‌گذار خارجی را مشروط به ثبت شرکت نمایند، دیوان به همین معیار اکتفا خواهد نمود و سایر معیارها را برای تشخیص تابعیت سرمایه‌گذار خارجی ملاک قرار نمی‌دهد.<sup>۱</sup>

بنابراین چنین موردی منجر به خرق حجاب نمی‌شود زیرا داوران بر مبنای «معیار لفظی»، خواهند پذیرفت که تابعیت سرمایه‌گذار خارجی بر اساس معیار «ثبت شرکت» کاملاً مشخص شده است (Fillers, 2014: 58; Schlemmer, 2008, 76-77). نویسندگان از این معیار به عنوان معیار رسمی (Daujotas in Topcan, 2014: 62) نیز نام برده‌اند<sup>۲</sup> که البته معیار قابل اتکایی است زیرا با اتخاذ این رویه در حقیقت به رضایت مندرج در موافقتنامه بین طرفین امعان نظر شده است. در رابطه با «معیار ثبت»، مشکل زمانی بروز می‌کند که شرکت مشغول فعالیت در یک کشور، تابعیت کشوری را اکتساب نماید که دارای معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری با کشور دیگری است و از این طریق به دیوان داوری ایکسید دسترسی پیدا کند.

### نتیجه‌گیری

با امعان نظر به اینکه تابعیت شرکت بخشی از شخصیت حقوقی آن است، باید گفت که مهم‌ترین اثر خرق حجاب برای شخصیت حقوقی در داوری سرمایه‌گذاری ایکسید نادیده گرفتن تابعیت شرکت است و از این طریق یکی از شروط ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید برای احراز صلاحیت آن با مشکل بزرگی مواجه می‌شود.

در رابطه با خرق حجاب از طریق معیار «غایی» باید گفت که تشتت در رویه داوری در اعمال شرایط این معیار باعث نادیده انگاشتن اصل مهم سوء استفاده از حق که مبنای خرق حجاب از طریق این معیار است، نمی‌شود. بنابراین باید قائل به این بود که حتی با عدم وجود شروط مشابه که مثبت سوء استفاده از حق در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی ایکسید باشد، کماکان این اصل می‌تواند عاملی برای خرق حجاب از شرکت تلقی شود؛ زیرا چنانچه دیوان داوری، سوء استفاده

1. ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v Republic of Hungary, 2006: Para 357; Saluka Investments BV v The Czech Republic, 2006: Para 229, 241; Rompetrol Group NV v Romania, 2008: Para 83.

۲. در مقابل معیار «رسمی»، معیار «غایی» قرار دارد و با بررسی اینکه در عمل صرف نظر از الفاظ معاهده چه چیزی اتفاق افتاده به هدف معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری توجه دارد. مثالی که در رابطه با تفسیر «غایی» وجود دارد پرونده (Phoenix Action Ltd v The Czech Republic) است که دیوان داوری ایکسید از این معیار برای تشخیص «تابعیت سرمایه‌گذار» استفاده نمود و مقرر داشت که صرف معیار رسمی کفایت نمی‌کند و معتقد بود که سرمایه‌گذاری باید مبتنی بر حسن نیت انجام گرفته باشد.

از حق را تشخیص دهد ولی همچنان با تکیه بر معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری رأی صادر نماید، این اصل مهم در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی نادیده گرفته می‌شود.

در رابطه با معیار «عینی»، خرق حجاب با استفاده از معیار کنترل خارجی وجود دارد. دلیل عدم قطعیت در این مورد تعارض در رویه داوری است. البته باید بیان داشت در رسیدگی‌های داوری سرمایه‌گذاری منطق ایجاب می‌کند که دیوان داوری به منظور یافتن تابعیت شرکت برای احراز صلاحیت خود به تحقیق بپردازد. بنابراین چنانچه در معاهده سرمایه‌گذاری یا قرارداد حاصله بین شرکت و دولت میزبان معیار «کنترل خارجی» درج شده باشد، منطقی‌تر می‌تواند رافع حق دیوان داوری برای جستجو در یافتن تابعیت اصلی شرکت باشد.

بر اساس یافته‌های مقاله باید گفت که تنها در یک مورد امکان تحقق خرق حجاب از شرکت وجود ندارد و این مورد پذیرش معیار «لفظی» (در فرض عدم وجود سوء استفاده از حق) توسط دیوان داوری ایکسید است زیرا در این حالت دیوان داوری صرفاً با اتکا به آنچه که در معاهدات سرمایه‌گذاری به عنوان معیار تابعیت مشخص شده است شرط تابعیت را که در بیشتر موارد معیار ثبت شرکت می‌باشد، احراز می‌نماید.

## منابع

### الف- فارسی

#### کتاب

- براتی دارانی، علی اکبر، (۱۳۹۵)، *نظام صلاحیت ایکسید و حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری*، چاپ اول، تهران: موسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

#### مقاله‌ها

- ابراهیمی، سید نصرالله، سلطان زاده، سجاد، (۱۳۹۳)، «مفهوم سرمایه‌گذاری در رویه داوری مرکز حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی (ایکسید)»، *مجله حقوقی بین‌المللی*، شماره ۵۰.
- اسکینی، ربیعا، (۱۳۹۰)، «تعیین تابعیت‌های شرکت‌های تجاری در حقوق تطبیقی و حقوق بین‌الملل»، *حقوق خصوصی*، دوره ۶، شماره ۱۴.
- جنیدی، لیا و زارع، ملیحه، (۱۳۹۴)، «اعمال قاعده خرق حجاب شخصیت حقوقی بر مدیران؛ تحلیل مسئولیت مدیران شرکت‌های سرمایه در قبال دیون پرداخت نشده شرکت»، *مطالعات حقوق تطبیقی*، دوره ۶، شماره ۱.
- زمانی، سید قاسم، درونپور، امیر، (۱۳۹۴)، «پویایی مفهوم سرمایه‌گذاری در پرتو متدولوژی‌های احراز صلاحیت ایکسید»، *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، دوره ۲۰، شماره ۶۹.
- شهبازی نیا، عیسایی، کاویانی و فرجی، (۱۳۹۰)، «عبور از شخصیت حقوقی شرکت در فرض تقلب شریک در حقوق ایران و انگلیس»، *مجله حقوقی دادگستری*، سال ۷۵، شماره ۷۵.
- مجتهدی، محمدرضا، (۱۳۹۰)، «درآمدی بر حقوق حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر مبنای کنوانسیون (داوری ایکسید)»، *نشریه علمی- پژوهشی فقه و حقوق اسلامی*، سال دوم، شماره ۳.
- مقصودی، رضا، داودی، حسین، (۱۳۹۴)، «تغییر تابعیت شرکت‌های تجاری در حقوق ایران»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۵، شماره ۴.

### ب- انگلیسی

#### Books

- Dolzer, R, and Schreuer, C, (2008), *Principles of International Investment Law*, London: Oxford University Press.

- Polonskaya, K, (2014), *Abuse of Rights: Should the Investor-State Tribunals Extend the Application of the Doctrine?*, LLM Graduate thesis, University of Toronto:

Faculty of Law.

- Newcombe, A, Paradell, L, (2009), *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, London: Kluwer Law International.

- Schreuer, C, (2010), *The ICSID Convention: A Commentary*, London: Cambridge University Press.

- Schlemmer, E, (2008), *Investment, Investor, Nationality and Shareholders in the Oxford Handbook of International Law*, Edited by Peter Muchlinski, Federico Ortino and Christoph Schreuer, London: Oxford University Press.

- Somarajah, M, (2010), *The International Law on Foreign Investment*, Third Edition, London: Cambridge University Press.

- Subedi, Surya P, (2008), *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, London: Hart Publishing.

#### Articles

- Brabandere De, Eric, (2012), “Good Faith”, “Abuse Of Process” and the Initiation of Investment Treaty Claims, *Journal of International Dispute Settlement*, Vo. 3, No. 3.

- Sinclair, Anthony, (2008). “ICSID’s Nationality Requirement”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vo. 23, No. 1.

- Fillers, Aleksandrs, (2014), “Corporate Nationality in International Investment Law”, *European Scientific Journal*, Vo.1, No. November.

- Feldman, Mark, (2012), “Setting Limits on Corporate Nationality Planning in Investment Treaty Arbitration”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vo. 27, No. 2.

- Hansen, Robin, (2012), “The Systemic Challenge of Corporate Investor Nationality in an Era of Multinational Business”, *Journal of Arbitration and Mediation*, Vo. 1, No. 1.

- Garcí'a-Bolí'var, Omar E, (2010), “Protected Investments and Protected Investors: The Outer Limits of ICSID’s Reach”, *Trade, Law and Development Journal*, Vo. 2, No 1.

- Valasek J., Martin and Dumberry, Patrick, (2011), “Developments in the Legal Standing of Shareholders and Holding Corporations in Investor-State Disputes”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vo. 26, No. 1.

- Kirtley, William Lawton, (2009) “The Transfer of Treaty Claims and Treaty-Shopping in Investor-State Disputes”, *Journal of World Investment & Trade*, Vo. 10,



No. 3.

- Lee, Chieh, (2016), “Resolving Nationality Planning Issue Through the Application of the Doctrine of Piercing the Corporate Veil in International Investment Arbitration”, *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vo. 9, No. 1.

- Schreuer, Christoph, (2009), “Nationality of Investors: Legitimate Restrictions vs. Business Interests”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vo. 24, No. 2.

- Shmatenko, Leonid, (2012), “Piercing the Corporate Veil is Relative”, *Young Arbitration Review*, Vo. 25, No. 4.

- Topcan, Utku, (2014), “Abuse of the Right to Access ICSID Arbitration”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vo. 29, No. 3.

### Cases

- ADC Affiliate Ltd. and ADC & ADMC Mgmt. Ltd. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/03/16, Award, Oct. 2, 2006.

- Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia, ICSID Case No. ARB/02/3, Decision on Respondent’s Objections to Jurisdiction, Oct. 21, 2005.

- Banro American Resources, Inc. and Société Aurifère du Kivu et du Maniema S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/98/7, Award, Sept. 1, 2000.

- Plama Consortium Limited v Republic of Bulgaria, ICSID Case No ARB/03/24, Decision on Jurisdiction, 8 February 2005.

- Phoenix Action, Ltd. v. The Czech Republic, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, April, 2009

- Rompetrol Group NV v Romania, Decision on Respondent’s Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, ICSID Case No ARB/06/3, 18 April 2008.

- S. P. Prop. (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/84/3, Decision on Jurisdiction, April 14, 1988.

- Saluka Investments BV v The Czech Republic, UNCITRAL, Partial Award, 17 March 2006.

- Tokios Tokelés v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/02/18, Dissenting Opinion, Apr. 29, 2004.

- Tokios Tokele\_s v Ukraine, ICSID Case No ARB/02/18, Decision on Jurisdiction, 29 April, 2004.

- TSA Spectrum de Argentina S.A. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/05/5, Award, Dec. 19, 2008.

- Tidewater Inc., Tidewater Investment SRL, Tidewater Caribe, C.A., et al. v. The Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/10/5, Decision on Jurisdiction, Feb 2013.

- Telekom A.S. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, July 29, 2008.

- Vacuum Salt Products Ltd. v. Republic of Ghana, ICSID Case No. ARB/92/1, 1994.

- Veteran Petroleum Ltd v Russian Federation, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No AA 228, 30 November 2009.

- Yukos Universal Ltd v Russian Federation, Interim Award on Jurisdiction and Admissibility, PCA Case No AA 227, 30 November 2009.

- Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia, ICSID Case No. ARB/84/3, Jan. 24, 2003.

#### سایر مستندات

- Antony D'Amato, "Good Faith in Encyclopedia of Public International Law" (1992), Antony D'Amato (blog), Available at: [anthonydamato.law.northwestern.edu/encyclopedia/good-faith.pdf](http://anthonydamato.law.northwestern.edu/encyclopedia/good-faith.pdf), Last accessed 2017.03.01.

- BIT between the Government of Netherlands and Venezuela, Entered into force from 1993

- BIT between the Federal Republic of Germany and the Islamic Republic of Iran, Entered into force from 2005.

- BIT between the Government of the Republic of Austria and the Government of the Islamic Republic of Iran Entered into force from 2004.

- BIT between the Government of Canada and the Government of the Republic of Costa Rica for the Protection and Promotion of Investments annex I, S III(7), entered into force from 1999.

- BIT between the Government of the United Mexican States and the Government of the People's Republic of China, entered into force from 2009.

- BIT Among the Government of Japan, the Government of the Republic of Korea, and the Government of the People's Republic of China, signed 2012.

- BIT between Sierra Leone and the United Kingdom, Entered into force from 2001.

- BIT between Belgium – Luxembourg and Pakistan, Entered into force from 2015.
- International Law Commission (ILC), ‘Draft Articles on the Law of Treaties with Commentaries’ ILC YB 1966, Vol. II.
- Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, ICSID Doc.2, 18 March 1965.
- Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings, Rule. 2: Available at: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/ICSID-Convention-Conciliation.aspx>. Last Accessed 2019.02.02.
- UNCTAD, Bilateral Investment Treaties 1995-2006: (2006), Trends in Investment Rulemaking, UNCTAD/ITE/IIT/2006/5, available at: <http://www.unctad.org/en/docs/iteia20065en.pdf>, Last accessed 2017.02.15.





پرویشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی  
پرتال جامع علوم انسانی