

# The phenomenon of Treaty Shopping and the International Investment Dispute Settlement

(Type of Paper: Research Article)

Seyed Mostafa Mirmohammadi <sup>1\*</sup>, Mehran Khamisizadeh <sup>2</sup>

## Abstract

For more than one decade, Treaty Shopping is at the center of the discussion of the International Investment Dispute Settlement. Generally, treaty shopping is a practice which international investors (natural and legal persons) through various methods, in particular, nationality planning, corporate structuring or restructuring, and by transfer of claims deliberately are seeking to use or take more benefits of the more favorable advantages of the BITs which the home country probably conclude with the host or third countries. The arbitration courts are faced with this question that they should dismiss the disputes containing treaty shopping or not? And is nationality planning or changing the corporate nationality by investors which occur aiming at utilization of the treaties advantages would be “Legitimate Nationality Changing” or “Treaty Abuse”? The aim of this article is to consider and analyze the notion of treaty shopping, methods which treaty shopping will be occurred and the quality of determining treaty shopping, in particular, in line with the foreign control notion based on the jurisprudence of the arbitration courts and investor-State arbitrations, in particular, ICSID and the solution for decreasing its possible effects.

## Keywords

Nationality, Corporate Restructuring, International Investment Law, Disputes Settlement, Investor-State Arbitration, Treaty Shopping.

1. Associate Prof., Department of Law, Faculty of Law, University of Mofid, Qom, Iran (Corresponding Author). Email: mirmohammadi@mofidu.ac.ir
  2. Ph.D. in International Law, Faculty of Human Sciences, Qom Branch, Islamic Azad University, Qom, Iran. Email m\_khamisizadeh@yahoo.com
- Received: July 24, 2019 - Accepted: July 12, 2020



This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution 4.0 International, which permits others to download this work, share it with others and Adapt the material for any purpose.

## پدیده معاهده‌گزینی و حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی

(نوع مقاله: علمی - پژوهشی)

سید مصطفی میرمحمدی<sup>\*</sup>، مهران خمیسی‌زاده<sup>۲</sup>

### چکیده

بیش از یک دهه است که پدیده معاهده‌گزینی در کانون مباحث حل و فصل اختلافات بین‌المللی سرمایه‌گذاری جای گرفته است. معاهده‌گزینی به‌طور کلی رفتارهایی است که طی آن سرمایه‌گذاران بین‌المللی (اشخاص حقیقی و حقوقی) با شیوه‌های گوناگون به‌ویژه برنامه‌ریزی برای تغییر تابعیت، تجدید ساختار شرکت و یا انتقال دعاوی، در پی هدف خاص استفاده و انتفاع بیشتر از امتیازات معاهدات مطلوب‌تری هستند که دولت متبوعشان ممکن است در یک معاهده سرمایه‌گذاری با دولت میزبان سرمایه یا کشور ثالث منعقد کرده باشد. دیوان‌های داوری در رویارویی با این پدیده همواره با این پرسش مواجه‌اند که آیا دعاوی مشتمل بر معاهده‌گزینی قابل استماع است؟ آیا طراحی تابعیت یا تغییر تابعیت شرکت از سوی سرمایه‌گذار با هدف بهره‌مندی از امتیازات معاهدات «تغییر تابعیت قانونی» یا «سوء استفاده از معاهدات» خواهد بود؟ هدف مقاله حاضر بررسی و تحلیل مفهومی معاهده‌گزینی، دلایل و شیوه‌های وقوع و نحوه احراز آن به‌ویژه در پرتو مفهوم کنترل خارجی با استناد به رویه‌های دیوان‌های داوری و قضایای داوری دولت- سرمایه‌گذار به‌ویژه ایکسید، و راهکارهای کاهش تأثیرات احتمالی معاهده‌گزینی است.

### کلیدواژگان

تابعیت، تغییر ساختار شرکت، حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، حل و فصل اختلافات، داوری دولت- سرمایه‌گذار، معاهده‌گزینی.

۱. دانشیار، گروه حقوق، دانشکده حقوق، دانشگاه مفید، قم، ایران (نویسنده مسئول).

Email: mirmohammadi@mofidu.ac.ir

۲. دکتری حقوق بین‌الملل عمومی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد قم، ایران.

Email: m\_khamisizadeh@yahoo.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۵/۰۲ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۴/۲۲

## مقدمه

رژیم حاکم بر سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر پایه بیش از سه هزار معاهده سرمایه‌گذاری است و همین موضوع چندپارگی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری را در پی داشته و از جمله موجب شده است سرمایه‌گذاران بین‌المللی به بهره‌برداری از امتیازات موجود در معاهدات فیما بین کشور سرمایه‌پذیر با کشورهای ثالث که احیاناً مزایای مطلوب‌تری دارد، ترغیب شوند و به‌ویژه از منظر سازوکار حل‌وفصل اختلافات در جست‌وجوی معاهده مطلوب‌تری باشند تا از حمایت‌ها و امتیازات مندرج در آن به نفع خود استفاده کنند. این رفتار که در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری معاهده‌گزینی<sup>۱</sup> نام دارد، به لحاظ حقوقی و به‌طور مبنایی براساس حقوق بین‌الملل ممنوع نشده است. به همین سبب دیوان‌های داوری نیز رویکردهای متعارضی به این پدیده داشته‌اند. تعریف واحد و جامعی برای معاهده‌گزینی وجود ندارد. در واقع سرمایه‌گذاران بین‌المللی اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی با توسل به شیوه‌های گوناگون به‌ویژه برنامه‌ریزی برای تغییر تابعیت خود، ساختاربندی شرکتی و تجدید ساختار شرکت سرمایه‌گذاری یا انتقال دعاوی به ثالث، تلاش می‌کنند حداکثر بهره‌برداری را از امتیازات معاهده‌ای کنند. این پدیده می‌تواند پیش یا پس از بروز اختلاف بین دولت‌ها- سرمایه‌گذاران به‌وقوع بپیوندد، همین امر موجب پیچیده‌تر شدن وضعیت می‌شود. از موارد قابل تأمل در پدیده معاهده‌گزینی، نحوه احراز تابعیت نهایی شرکت‌های خارجی و مفهوم کنترل خارجی است. چه این مسئله همواره برای مراجع داوری چالش‌برانگیز بوده و آنها را با این پرسش روبه‌رو ساخته است که برای پی بردن به تابعیت شرکت‌های سرمایه‌گذاری و توسل به مفهوم کنترل خارجی به کدام شاخص‌ها استناد کنند؟ آیا کنترل قانونی باید مدنظر قرار گیرد یا کنترل مؤثر؟ و برای پی بردن به سطح کنترل می‌بایست در کدام‌یک از لایه‌های کنترل متوقف شوند؟ آیا در احراز تابعیت شخصیت‌های حقوقی می‌بایست به لایه‌های اول اکتفا کرد یا تا رسیدن به کنترل نهایی، تمامی لایه‌های کنترل لازم است بررسی شوند. این موارد از جمله مسائل اساسی است که در تحلیل پدیده معاهده‌گزینی توسط اشخاص حقیقی و حقوقی، به‌ویژه در وضعیت طراحی تابعیت و تجدید ساختار شرکت توسط سرمایه‌گذاران بین‌المللی شایسته بررسی است و از سویی دیوان‌های داوری به‌خصوص دیوان داوری ایکسید در قضایای مشتمل بر معاهده‌گزینی با آنها روبه‌رو بوده‌اند.

پرسش دیگری که از نگاه مفهومی مجال طرح می‌یابد این است که آیا در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری معاهده‌گزینی «طراحی تابعیت مشروع» است یا نوعی «سوء استفاده از معاهده» به‌شمار می‌آید؟ آیا رویه‌ای در دیوان‌های داوری در این باره وجود دارد؟ برای پاسخ به

---

1. Treaty Shopping  
2. Legitimate Nationality Planning  
3. Treaty Abuse

این پرسش‌ها نخست به ماهیت و مفهوم معاهده‌گزینی و وضعیت‌هایی که طی آن اشخاص حقیقی و حقوقی از طریق طراحی تابعیت یا تجدید ساختار شرکتی مبادرت به معاهده‌گزینی می‌کنند، خواهیم پرداخت و در ادامه راهکارهای کاهش آثار احتمالی معاهده‌گزینی بررسی و تحلیل خواهد شد. با توجه به اهمیت و نقش مهم مفهوم کنترل خارجی در معاهده‌گزینی این موضوع به‌ویژه در وضعیت‌های حاوی تابعیت مضاعف و در چارچوب رویه دیوان داوری ایکسید نیز مورد توجه خواهد بود.

## مفهوم و ماهیت معاهده‌گزینی

تعریف جامع و مقبول همگان از «معاهده‌گزینی» وجود ندارد و دیدگاه‌های متفاوتی درباره مفهوم و ماهیت این پدیده از منظر حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری ارائه شده است که در ادامه به تعریف، دلایل و شیوه‌های وقوع آن می‌پردازیم.

### ۱. تعاریف

در ادبیات آکادمیک و رویه‌های داوری از واژه پرکاربرد «معاهده‌گزینی» با عناوین دیگری مانند «برنامه‌ریزی معاهده»، «طراحی تابعیت»، «مانور شرکتی»<sup>۱</sup> و «سوء استفاده از معاهده»<sup>۲</sup> نیز تعبیر شده است (Baumgartner, 2016: 7-8). جمعی نیز معاهده‌گزینی را اقدامی توصیف می‌کنند که طی آن سرمایه‌گذاران بین‌المللی [با استفاده از شیوه‌های گوناگون] به دنبال هدف خاص استفاده و انتفاع بیشتر از امتیازاتی هستند که دولت متبوعشان در یک موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری با دولت میزبان سرمایه [یا دولت‌های ثالث] منعقد کرده است (Lee, 2015: 5). همچنین معاهده‌گزینی اقدامی است که طی آن سرمایه‌گذار در پی دستیابی و برنامه‌ریزی یک معاهده سرمایه‌گذاری است که وجود ندارد یا به‌منظور دستیابی به حمایت‌های معاهداتی مطلوب‌تر به این اقدام مبادرت می‌کند. از این رو ماهیت معاهده‌گزینی تلاش برای تغییر ساختار سرمایه‌گذاری به‌منظور دستیابی به صلاحیت بین‌المللی مطلوب‌تر است (Chaisse, 2015: 228). بنابراین هدف خاص معاهده‌گزینی کسب امتیاز بیشتر و مطلوب‌تر از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری با کشور سرمایه‌پذیر است. در این باره تعریف و توصیف «سازمان توسعه و همکاری اقتصادی»<sup>۳</sup> از معاهده‌گزینی شایان توجه است: «...سرمایه‌گذار - از

---

1. Treaty Planning  
2. Nationality Planning  
3. Corporate Maneuvering  
4. Treaty Abuse  
5. Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)

طریق تأسیس یک شرکت یا احتمالاً تغییر فعالیت اقتصادی شرکت- مبادرت به عملیات سرمایه‌گذاری می‌کند تا حمایت‌های مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری مشخصی را به دست آورد....ولی از آنجا که سرمایه‌گذاران معمولاً در زمان سرمایه‌گذاری‌های خود از ماهیت اختلافی که در آینده بروز می‌کند، بی‌اطلاع‌اند، بنابراین به‌گونه‌ای سرمایه‌گذاری می‌کنند تا بتوانند از پوشش‌های بالقوه‌ای که وفق معاهدات سرمایه‌گذاری متعدد با مشخصات و خصوصیات متفاوت وجود دارد، بهره ببرند» (Baumgatner, 2016: 10).

از مجموع تعاریف مذکور درمی‌یابیم که رویکردهای متفاوتی نسبت به معاهده‌گزینی وجود دارد. گروهی از حقوقدانان معاهده‌گزینی را امری مطلوب و موافق ماهیت نظام سرمایه‌گذاری بین‌المللی می‌دانند، زیرا سرمایه‌گذاران در توسل به معاهده‌گزینی صرفاً در پی استفاده از حمایت‌های بیشتر از معاهدات سرمایه‌گذاری هستند. اگر آنان از حمایت‌های لازم و کافی معاهداتی برخوردار می‌شدند، به دنبال کسب امتیازات بیشتر و مطلوب‌تر که در دیگر معاهدات وجود دارد، نمی‌رفتند. بر این اساس، سرمایه‌گذاران به‌صورت قانونی و به‌طور راهبردی مبادرت به تغییر تابعیت شرکت و تغییر عملیات سرمایه‌گذاری شرکت‌های خود می‌کنند (Baumgatner, 2016: 10-11). در مقابل دسته‌ای دیگر از حقوقدانان با استناد به رویکردهای متعارضی که مراجع داوری نسبت به این مفهوم داشته‌اند، بر این باورند که اساساً معاهده‌گزینی رفتارهایی ناسازگار با مبانی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری است و رواج آن موجب به چالش کشیدن دولت‌ها می‌شود. از نگاه این دسته، مادام که قواعد مربوط به تابعیت مطابق موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری رعایت شود، اقدامی غیرقانونی انجام نگرفته است، اما اگر به قصد معاهده‌گزینی انجام گیرد، به دلیل آنکه پیامدهای ناخواسته‌ای برای دولت میزبان سرمایه به‌همراه دارد، با مخالفت روبه‌رو شده است (Van Os, Knottnerus, 2011: 11). به دیگر سخن، در این حالت در رفتارهای سرمایه‌گذاران نوعی سوء استفاده از معاهدات همراه با سوء نیت وجود دارد، که موافق هدف سرمایه‌گذاری نیست، بلکه در برخی موارد اقدامی غیرقانونی محسوب می‌شود.

## ۲. دلایل وقوع معاهده‌گزینی

دلایل متعددی در بروز رفتار معاهده‌گزینی وجود دارد که مهم‌ترین آنها عبارت‌اند از: گسترش معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه و به نتیجه نرسیدن مذاکرات در زمینه دستیابی به معاهدات چندجانبه سرمایه‌گذاری، تغییر الگوهای حمایت سنتی از سرمایه‌گذار یعنی روش حمایت دیپلماتیک به روش‌های مستقیم حمایت در قالب معاهدات سرمایه‌گذاری جدید، ایجاد و شناسایی حق دسترسی مستقیم سرمایه‌گذاران خارجی به داوری بین‌المللی و اقامه دعوا علیه دولت‌های میزبان سرمایه و ادعاهای مبتنی بر نقض این حقوق، آسان بودن تغییر ساختار شرکت،

تغییر تابعیت یا تحصیل تابعیت شرکت‌ها در برخی از کشورهای میزبان سرمایه، و فقدان دکتترین سابقه و رویه در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری که خود به صدور تصمیمات متعارض دیوان‌های داوری در دعوی دولت- سرمایه‌گذار، منجر می‌شود (Baumgätner, 2016: 20). همچنین از منظر نظام حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری، برخوردار شدن از حمایت‌های خاص و استفاده از فرایندها و سازوکارهای مطلوب حل اختلافات موجود در یک معاهده خاص، از جمله مهم‌ترین عوامل بروز معاهده‌گزینی شمرده شده است (Gaukrodger & Gordon, 2012: 55). بررسی تفصیلی همه عوامل مذکور از عهده مقاله حاضر بیرون است. مع‌الوصف و صرف‌نظر از میزان اهمیت هر یک از عوامل یادشده در بروز رفتار معاهده‌گزینی، از منظر نظام حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری سهم فقدان دکتترین سابقه و صدور تصمیمات متعارض دیوان‌های داوری شایسته توجه است، زیرا موجب افزایش رفتارهای معاهده‌گزینی از سوی سرمایه‌گذاران بین‌المللی می‌شود و آنان را ترغیب می‌کند تا برای برخوردار شدن از امتیازات خاص معاهداتی به راه‌هایی متوسل شوند که در ظاهر قانونی و مشروع به‌نظر می‌آید، اما در واقع با مبانی و اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری و نیز منافع دولت‌ها و ملت‌های سرمایه‌پذیر ناسازگار است.

### ۳. عنصر زمان در معاهده‌گزینی

به لحاظ شکلی و از منظر زمان وقوع معاهده‌گزینی دو فرض اساسی وجود دارد. فرض نخست که پیشینی است، اغلب توسط سرمایه‌گذاران هنگام فرایند سرمایه‌گذاری صورت می‌گیرد. در این فرض شرکت سرمایه‌گذاری در کشوری تأسیس می‌شود که به باور سرمایه‌گذار معاهده سرمایه‌گذاری مطلوب‌تری با کشور میزبان سرمایه دارد. این نوع برنامه‌ریزی سرمایه‌گذار برای تغییر تابعیت، گویای آن است که سرمایه‌گذار در پی هدف خاص انتفاع از مقررات رویه‌ای و ماهوی است که از مزیت‌های بیشتری نسبت به معاهده سرمایه‌گذاری منعقد با کشور متبوعش، برخوردار است (Van Os, Knottnerus, 2011: 9). از این زاویه معاهده‌گزینی نوعی برنامه‌ریزی برای تغییر تابعیت مشروع تلقی می‌شود. فرض دوم که پسینی است و بسیار هم مناقشه‌برانگیز، آنجاست که سرمایه‌گذار پس از بروز اختلاف با دولت میزبان سرمایه مبادرت به تجدید ساختار شرکت سرمایه‌گذاری می‌کند تا از حمایت معاهداتی برخوردار شود. این نوع معاهده‌گزینی به دلیل آشکار بودن عنصر سوء نیت در آن، غیرقانونی است، زیرا سرمایه‌گذار در واقع و در عمل به معاهده، حسن نیت در همکاری نداشته و صرفاً با هدف خاص برخورداری از مطلوبیت معاهداتی مبادرت به این اقدام کرده است. برخی از این نوع رفتار معاهده‌گزینی با

عنوان سوء استفاده معاهداتی یاد کرده‌اند، زیرا یکی از نمودهای اصل حسن نیت، منع سوء استفاده از حق است. بنابراین نقض این اصل، نقض اصل حسن نیت است (هوهن فلدرن، ۱۳۹۶: ۳۸۱). به عبارتی وقتی قصد سرمایه‌گذار از ابتدا آن است که پس از بروز اختلاف با دولت میزبان سرمایه با تجدید ساختار سرمایه‌گذاری خود در کشورهای مختلف، مبادرت به تأسیس شرکت‌های صوری کند تا از آن طریق بتواند به سازوکار مناسب‌تر حل اختلاف موجود در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری دست یابد، در واقع مبادرت به سوء استفاده از حق کرده است. در این فرض منع سوء استفاده از حق، واجد اعتباری مستقل است و آستانه‌ای را تعیین می‌کند که براساس آن نقض اصل حسن نیت به نقض حقوق بین‌الملل می‌انجامد و تبعات حقوقی از جمله لزوم جبران خسارت را به همراه خواهد داشت (هوهن فلدرن، ۱۳۹۶: ۳۸۳). به هر روی، با بررسی روند و جریان سرمایه‌گذاری در جهت خاص، درمی‌یابیم که آیا سرمایه‌گذار پیش از بروز اختلاف مبادرت به برنامه‌ریزی برای تغییر تابعیت کرده یا پس از بروز آن، مبادرت به تغییر تابعیت یا تغییر ساختار شرکت سرمایه‌گذاری کرده است. توجیه قانونی و غیرقانونی بودن این رفتار معاهده‌جویانه در این است که رفتار سرمایه‌گذار در کدام دسته جای می‌گیرد و بر همین اساس دیوان‌های داوری مبادرت به تصمیم‌گیری و صدور حکم می‌کنند.

### شیوه‌ها و رفتارهای معاهده‌گزینی

از آنجا که معاهده‌گزینی رفتارهایی است که سرمایه‌گذار با توسل به آن در جست‌وجوی بهره‌مند شدن از مزایای یک معاهده به نفع خود است، ممکن است این رفتارها مجاز و قانونی باشد یا غیرقانونی. از دیدگاه عملی سرمایه‌گذاران از راه‌هایی مانند تغییر تابعیت (اشخاص حقیقی و حقوقی)، ساختار بندی شرکت یا تجدید ساختار شرکت سرمایه‌گذاری، و نیز از طریق انتقال دعاوی در جست‌وجوی معاهده‌ای مطلوب‌ترند. بیشتر معاهده‌گزینی‌ها توسط اشخاص حقوقی و شرکت‌های سرمایه‌گذاری و با توسل به طراحی تابعیت یا تجدید ساختار شرکت سرمایه‌گذاری به وقوع می‌پیوندد. ولی معاهده‌گزینی از طریق انتقال دعاوی کمتر اتفاق می‌افتد. چه دیوان‌های داوری در این شیوه با استناد به فقدان صلاحیت زمانی و سوء استفاده از حق یا سوء استفاده از فرایندها توسط سرمایه‌گذاران، معمولاً دعوا را غیر قابل استماع اعلام می‌کنند. هرچند این امر نسبت به اشخاص حقیقی دارای تابعیت مضاعف نیز محتمل است، اما این پدیده بیشتر از سوی اشخاص حقوقی صورت می‌گیرد. در ادامه با تمرکز بر معاهده‌گزینی توسط اشخاص حقیقی و حقوقی که از طریق طراحی تابعیت یا تجدید ساختار شرکت سرمایه‌گذاری و طرق دیگر مبادرت به معاهده‌گزینی می‌کنند، مفاهیم کنترل خارجی، کنترل مؤثر و کنترل نهایی نیز در چارچوب رویه داوری ایکسید بررسی خواهد شد.

## ۱. معاهده‌گزینی توسط اشخاص حقیقی<sup>۱</sup>

به‌طور معمول اشخاص حقیقی تلاش می‌کنند به‌طور راهبردی تابعیت خود را تغییر دهند و با کسب تابعیت‌های دوگانه و چندگانه از حمایت‌های موجود در معاهدات برخوردار شوند. در چنین وضعیت‌هایی دیوان‌های داوری اغلب در جست‌وجوی یافتن «ارتباط مؤثر» یا «ارتباط واقعی» بین سرمایه‌گذار و کشور سرمایه‌پذیرند و در صورت فقدان چنین ارتباطی دعوا را استماع نمی‌کنند و این پرسش مجال طرح یافته است که آیا دکتترین ارتباط مؤثر و ارتباط واقعی در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری کاربرد دارد؟ برای پاسخ به این پرسش لازم است ابتدا جایگاه این دو موضوع در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری بررسی شود.

### ۱.۱. دکتترین ارتباط واقعی و ارتباط مؤثر در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری

کنوانسیون ایکسید در بند «الف» (۲) ماده ۲۵ تصریح می‌کند که معیار «ارتباط مؤثر» در خصوص اشخاص حقیقی موضوعیت ندارد، اما آن دسته از اتباع دارای تابعیت مضاعف که تابعیت دولت سرمایه‌پذیر (خواننده) را دارند، از حمایت‌های مندرج در کنوانسیون ایکسید مستثنا خواهند بود. برخی از موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری نیز در خصوص معیار ارتباط مؤثر در قضایایی که با تابعیت مضاعف اتباع مواجه‌اند، سکوت اختیار کرده‌اند. با وجود چنین معیارهایی، طرف‌های اختلاف در داوری‌های سرمایه‌گذاری همواره تلاش دارند تا به این مقرر استناد کنند. در هر حال مراجع داوری سرمایه‌گذاری در قضایایی که اتباع دارای تابعیت یگانه یا حتی دوگانه بوده‌اند، از به‌کارگیری معیارهای «ارتباط واقعی» و «ارتباط مؤثر» خودداری کرده‌اند (Baumgatner, 2016: 93). شاهد مثال در وضعیت تابعیت یگانه اشخاص حقیقی را می‌توان در قضیه «میکولا علیه رومانی»<sup>۲</sup> مشاهده کرد. در این قضیه خواهان‌های متولد رومانی، پس از کسب تابعیت سوئد از تابعیت رومانیایی خود انصراف دادند. با علم بدین موضوع که تنها تابعیت یگانه آنها در این قضیه مطرح بوده، خواننده نسبت به تابعیت سوئدی آنها با استناد به سفرهای تجاری متعدد و نیز اقامت خواهان‌ها در رومانی، اعتراض کرد. در این دعوا خواننده، مدعی ارتباط مؤثرتر خواهان‌ها با رومانی بود، از این رو به دکتترین «ارتباط واقعی» استناد کرد. دیوان در این زمینه تصریح کرد که نقش و وضعیت دکتترین «ارتباط واقعی» در حقوق بین‌الملل، حداقل در قضایایی که به تابعیت یگانه مربوط می‌شود، محل مناقشه است.

1. Natural Persons

2. Effective Link

3. Genuine Link

4. Ioan Micula, Viorel Micula, SC Eyuropean Food SA, SC Sttarmill SRL and SC Multipack SRL v. Republic of Romania.



از این رو دیوان داوری بر همین اساس و با توجه به بند «الف» (۲) ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید با این استدلال که وقتی خواهان دارای تابعیت یگانه است یا مادامی که تابعیت دوم او مربوط به دولت طرف اختلاف نیست، الزامی در به کارگیری معیار «ارتباط مؤثر» وجود ندارد، از رسیدگی خودداری کرد (ICSID Award, 2008, Paras: 99-100).

اما در قضایایی که تابعیت مضاعف در آنها مطرح است، رویکرد دیوان‌های داوری متفاوت است، به گونه‌ای که با استفاده از دکترین «ارتباط واقعی» و «ارتباط مؤثر» به قضیه ورود کرده‌اند. برای مثال در قضیه «چمپیون ترید علیه مصر»<sup>۱</sup> خواهان‌ها اتباع آمریکا و متولد این کشور بودند، اما براساس سیستم خون تابعیت مصری هم داشتند. خواهان‌ها براساس موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری بین مصر- آمریکا، دعوایی را علیه مصر نزد دیوان ایکسید مطرح کردند و با استفاده از معیار «ارتباط مؤثر» خواهان نادیده گرفتن تابعیت مصری خود شدند. دیوان داوری در این قضیه با استناد به «پرونده الف-۱۸» دادگاه داوری ایران- آمریکا، دال بر اینکه تابعیت مؤثر و واقعی قابل استناد است، مگر اینکه یک استثنا به‌طور صریح وجود داشته باشد، اعلام کرد چنین استثنایی می‌تواند در بند «الف» (۲) ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید که دربرگیرنده قانون شفاف و خاص در مورد تابعیت مضاعف است، یافت شود (ICSID Award, 2013, Para:16).

همچنین در قضیه «اولیگون علیه پاراگوئه»<sup>۲</sup> خواهان دارای تابعیت دوگانه آمریکا- پرو، دعوایی را علیه پاراگوئه بر طبق معاهده سرمایه‌گذاری پرو- پاراگوئه اقامه کرد. پاراگوئه استدلال کرد تابعیت آمریکایی خواهان، «تابعیت مؤثر» او بوده، بنابراین از پذیرش صلاحیت شخصی دیوان امتناع ورزید. دیوان داوری ضمن رد استدلال خواننده، اعلام کرد: «در این قضیه پی بردن به این موضوع که آیا خواهان به صلاحیت دیوان مطابق معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری دسترسی داشته، تنها از منظر اینکه آیا [خواهان] تابعیت پرویی دارد و آیا آن تابعیت مؤثر است، اهمیت دارد» (ICSID Award, 2001, Para:61).

با توجه به قضایای مذکور و نیز محتوای «پرونده الف- ۱۸ دادگاه داوری ایران- آمریکا»، از دعاوی حاوی تابعیت مضاعف چنین استنباط می‌شود که اساساً دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف فی‌نفسه مشمول صلاحیت دیوان‌های داوری نیست و لزوماً هم قابل پذیرش نیستند، بلکه فراتر از این دیوان‌ها پذیرفته‌اند که چه‌بسا دعاوی مذکور به‌علت سوء استفاده از تابعیت مضاعف در ماهیت رد شوند. بنابراین امکان رد این‌گونه دعاوی در مراحل رسیدگی‌های شکلی، صلاحیتی و ماهوی وجود دارد.

1. Champion Trade Company , Ameritrade International Inc v. Arab Republic of Egypt.  
2. Eudoro Armando Olguin v. Republic of Paraguay.

## ۲.۲. تابعیت مضاعف اشخاص حقیقی در چارچوب مفهوم کنترل خارجی

همان‌گونه که گفتیم، معاهده‌گزینی توسط اشخاص حقیقی هم از طریق تحصیل تابعیت مطلوب (اعم از یگانه یا دوگانه) و هم از طریق ساختارسازی جریان سرمایه‌گذاری توسط شرکت‌های واسطه که اشخاص حقیقی کنترل‌کننده نهایی آن است، قابل انجام است. اگر سرمایه‌گذار (شرکت محلی) دعوایی را مطرح کند و کنترل‌کننده نهایی دارای تابعیت مضاعف باشد، یکی از تابعیت‌های او تابعیت دولت سرمایه‌پذیر است. در این فرض که یکی از تابعیت‌ها مربوط به دولت سرمایه‌پذیر است، آیا امکان استناد به مفهوم کنترل خارجی مندرج در بند «ب» (۲) ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید وجود دارد؟ دو قضیه زیر به این پرسش پاسخ روشنی می‌دهند:

در قضیه «برومی اس - آر - ال و ایگل گیمز علیه آلبانی»<sup>۱</sup>، یکی از خواهان‌ها (ایگل گیمز)، شرکتی آلبانیایی بود که اکثریت سهام آن به فردی با تابعیت دوگانه آلبانی - ایتالیایی تعلق داشت. دیوان در این قضیه تصریح می‌کند براساس ماده ۲۵ ایکسید خواهانی که دارای تابعیت مضاعف است نمی‌تواند به یکی از دو تابعیت خود برای رسیدگی به یک دعوا استناد کند. به نظر دیوان، نه کنوانسیون ایکسید و نه دیگر رویه‌های مرتبط، ظرفیتی را برای تابعیت مضاعف ایجاد نمی‌کند تا براساس آن خواهان بتواند با استناد به یکی از دو تابعیت خود خواستار رسیدگی شود. از این رو دیوان استدلال می‌کند که با استناد به کنترل خارجی می‌توان با شرکت ایگل گیمز به‌عنوان تبعه دولت دیگر رفتار شود (مثلاً ایتالیا) یا اینکه آقای «الیر بوریمی» نمی‌تواند به تابعیت ایتالیایی‌اش برای ایجاد کنترل خارجی شرکت ایگل گیمز استناد کند (ICSID Award, 2013, Paras: 120-121).

این یافته دیوان در قضیه دیگری به نام «نشنال گاز علیه مصر»<sup>۲</sup> تأیید شد. در این قضیه کنترل نهایی شرکت در دست فردی بود که تابعیت مضاعف مصری - کانادایی داشت. دیوان با اجماع خود را صالح برای رسیدگی ندانست. دیوان در این قضیه تصریح کرد با اینکه بند «ب» (۲) ماده ۲۵ ایکسید متنی به‌هم‌پیوسته و متوالی است، ولی دو معیار جداگانه ارائه می‌دهد: معیار عینی<sup>۳</sup> و معیار ذهنی<sup>۴</sup> که هر دو این معیارها باید در اعطای صلاحیت به مرکز مدنظر قرار گیرد. معیار ذهنی در بخش اول بند «ب» (۲) ماده ۲۵ یعنی عبارت «طرف‌ها توافق نموده‌اند که [با سرمایه‌گذار] به‌عنوان یک تبعه دیگر طرف متعاقد در راستای این کنوانسیون رفتار خواهد شد»، نهفته است. از منظر دیوان معیار ذهنی در ماده ۱۰ (۴) معاهده سرمایه‌گذاری دو کشور لحاظ شده است، چه این ماده به‌صراحت به بند «ب» (۲) ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید

1. Burimand Eagle Games SH.A, v. Republic of Albania.

2. National Gas S.A.E. V. Arab Republic of Egypt.

3. Objective Test

4. Subjective Test

ارجاع می‌دهد، بدین ترتیب خواهان یک شخصیت حقوقی ثبت شده یا تأسیس شده بر طبق قوانین مصر است که مالک اکثریت سهام خواهان است. به نظر دیوان منشأ معیار عینی عبارت «به دلیل کنترل خارجی» در همین بند است که تنها با معیار ذهنی برآورده نمی‌شود. همان‌طور که در قضیه «سالت و کیوم» آمده است: «...توافق طرف‌ها به رفتار با خواهان به‌عنوان یک تبعه خارجی به دلیل کنترل خارجی اعطای صلاحیت به حکم قانون محسوب نمی‌شود. بنابراین ارجاع بند «ب» (۲) ماده ۲۵ به «کنترل خارجی» لزوماً محدودیت عینی کنوانسیون ایجاد می‌کند که فراتر از صلاحیت ایکسید نخواهد بود. بنابراین، صرف‌نظر از اینکه طرفین تا چه حد تمایل داشته باشند، ولی بار اثبات کنترل خارجی بر عهده آنهاست» و تنها معیار ذهنی توافق کافی نیست (ICSID Award, 2014, Paras: 131-133).

براساس این دو حکم درمی‌یابیم که دیوان‌های داوری استناد به دکترین «ارتباط مؤثر» و «ارتباط واقعی» را نه به‌عنوان «حقوق عام»، بلکه در صورت فقدان تعهدات صریح معاهداتی، با ارائه شواهد و با استناد به مقررات بند «الف» (۲) ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید به‌عنوان یک «حقوق خاص» می‌پذیرند. به‌عبارتی این مقرر از یک طرف برای خواهانی که دارای تابعیت یگانه است و خوانده تلاش می‌کند تا تابعیت استنادشده خواهان را رد و به‌گونه‌ای استدلال کند که خواهان ارتباط مؤثر با دولت میزبان سرمایه دارد، صدق می‌کند. از طرف دیگر، در قضایایی که تابعیت مضاعف یا چندگانه مطرح است، نه خوانده می‌تواند با استناد به معیار کنترل واقعی به‌گونه‌ای استدلال کند که یکی از دو تابعیتش مؤثر و غالب است و نه خواهان می‌تواند به‌گونه‌ای از این معیار استفاده کند که تابعیت دولت میزبان سرمایه را غیرمؤثر نشان دهد. در نتیجه تابعیت در صلاحیت حقوق داخلی کشورهاست و امری ساختگی نیست، بنابراین تمامی ملزومات آن نیز باید از ابتدا وجود داشته و قابل اثبات باشد.

## ۲. معاهده‌گزینی توسط اشخاص حقوقی

اساساً محتمل‌ترین شکل‌های بروز معاهده‌گزینی از سوی اشخاص حقوقی صورت می‌گیرد. شرکت‌های مادر که شعبات متعددی در کشورهای مختلف دارند، این امکان را دارند تا از طریق یکی از شعبات موجود در کشوری که معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری با امتیازات مطلوب‌تر با دولت سرمایه‌پذیر دارد، علیه دولت سرمایه‌پذیر اقامه دعوا کنند. در فرضی که شرکت مادر هیچ شعبه‌ای در کشور موردنظر نداشته باشد، این امکان وجود دارد تا با تأسیس شرکتی در کشور موردنظر آن را در مجموعه شرکتی خود وارد کرده و بر آن اساس اقامه دعوا کند.

شیوه معمول معاهده‌گزینی توسط اشخاص حقوقی ساختاربندی شرکت یا تغییر ساختار آن توسط سرمایه‌گذار است. برای مثال سرمایه‌گذار می‌تواند سهام یک شرکت تحت تابعیت معاهده سرمایه‌گذاری در کشور هدف را خریداری کند و پس از طرح اختلاف بین طرفین، سرمایه‌گذار با استفاده از شرکت موجود یا توسط شرکت سرمایه‌گذاری که سهام آن را به‌دست آورده است (چه مستقیم و چه غیرمستقیم) و از طریق مالکیت یا کنترل‌کننده سرمایه با استفاده از معاهده مطلوب‌تر از امتیازات آن برخوردار شود (Baumgartner, 2016: 13). از دیگر نکات مهم در خصوص تغییر ساختار شرکت مفهوم سرمایه‌گذاری و صلاحیت موضوعی آن است. پرواضح است بین این سؤال که کدام سرمایه‌گذار صلاحیت برخوردار از حمایت را دارد و سؤال از اینکه کدام سرمایه‌گذار صلاحیت برخوردار از حمایت براساس یک معاهده سرمایه‌گذاری را دارد، تفاوت وجود دارد. سرمایه‌گذار (خواهان) نه‌تنها ملزومات تابعیتی خود، بلکه معاهده مورد استناد برای برخوردار از حمایت را نیز باید اثبات کند. اگر سرمایه‌گذار، بخشی از یک شرکت مادر یا گروه شرکتی باشد که به‌سادگی دارایی شرکتی را تغییر می‌دهد، بار اثبات برخوردار از حمایت‌های مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری با اوست. بدیهی است نحوه برخوردار از حمایت‌های معاهداتی در سرمایه‌گذاری مستقیم و غیرمستقیم نیز متفاوت است. در سرمایه‌گذاری مستقیم حمایت از سهامداران عنصر اساسی در دسترسی به مزیت معاهداتی دوجانبه است، از این‌رو معاهده‌گزینی بدون حمایت از سرمایه‌گذاری غیرمستقیم به اثر کامل خود نمی‌رسد. شرکت‌های چندملیتی با ساختار شرکتی‌شان صلاحیت‌های تابعیتی متعددی را پوشش می‌دهند که به‌طور چشمگیری می‌تواند حمایت‌های معاهداتی را در زمینه هر کدام از شخصیت‌های حقوقی در زنجیره شرکتی که مالکیت جداگانه هم دارند، امتداد و گسترش دهد. امروزه معاهدات سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذاری‌های مستقیم و غیرمستقیم را پوشش می‌دهند، هرچند دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری ترجیح می‌دهند احراز حمایت‌های معاهداتی در خصوص سرمایه‌گذاری غیرمستقیم از طریق تفسیر صورت پذیرد.

نکته مهمی که باید بدان پرداخته شود، مفهوم کنترل شرکت و به‌ویژه کنترل خارجی در پرتو مقررۀ بند «ب» (۲) مادۀ ۲۵ کنوانسیون ایکسید است. دیوان‌های داوری در چنین قضایایی می‌بایست تصمیم بگیرند که چطور می‌توانند به‌طور دقیق مفهوم کنترل را در ارتباط با «کنترل خارجی» تعریف کنند. با توجه به مراتب مذکور جا دارد مفهوم کنترل خارجی در مورد اشخاص حقوقی به‌ویژه در چارچوب رویه نظام ایکسید بررسی شود.

## ۲.۱. تعریف و مفهوم کنترل نسبت به اشخاص حقوقی

مفهوم کنترل و مالکیت شرکت خواهان توسط اتباع یک کشور غیرمتعهد از عناصر مهم در

معاهده‌گزینی است که دیوان‌های داوری برای بررسی تابعیت کنترل‌کنندگان یک شرکت سرمایه‌گذاری با آن مواجه‌اند. اساساً احراز مفهوم «کنترل خارجی» برای دیوان‌های داوری امری پیچیده است. چه به دلیل موضوعاتی مانند تابعیت مضاعف سرمایه‌گذاران، دیوان‌های داوری در اینکه کنترل مؤثر یا کنترل بالقوه را ملاک عمل قرار دهند، همواره با چالش مواجه بوده‌اند. اساساً «تئوری کنترل» که از آن به‌عنوان «معیار مالکیت» هم یاد می‌شود، بدین‌معناست که شخص حقوقی (سرمایه‌گذار) به‌طور واقعی به‌عنوان تبعه دولتی شناخته شود که تابعیت آن را دارد یا شرکت سرمایه‌گذار تحت کنترل آن است. مفهوم کنترل خارجی از منظر ابعاد مختلف اهمیت دارد، زیرا شخصیت‌های حقوقی که مبادرت به سرمایه‌گذاری بین‌المللی می‌کنند، اغلب ساختارهای پیچیده‌ای دارند و با وجود لایه‌های متعدد مالکیت در این ساختار، تشخیص تابعیت واقعی کنترل‌کننده دشوار است. افزون‌بر این، پرسش‌های گوناگونی در خصوص ماهیت و لوازم کنترل پیش می‌آید. از جمله اینکه آیا سرمایه‌گذار باید «کنترل واقعی»<sup>۴</sup> داشته باشد یا «کنترل قانونی»<sup>۵</sup> و اینکه در این زنجیره و لایه‌های شرکتی در نهایت کدام‌یک از تابعیت‌های شخص حقوقی کنترل‌کننده نهایی است. همچنین تابعیت شرکت‌های سرمایه‌گذاری در طول مدت سرمایه‌گذاری به‌ویژه در مواردی که سهام شرکت‌ها آزادانه قابل نقل و انتقال هستند، می‌تواند تغییر کند و این موضوع ریسک بزرگی را در پی خواهد داشت (Puukka, 2018: 40-41). با توجه به تنوع و پیچیدگی مفهوم و ابعاد کنترل و پرسش‌های مذکور، در ادامه این مفهوم در رویهٔ ایکسید بررسی می‌شود.

## ۲.۲. مفهوم کنترل خارجی اشخاص حقوقی در رویه ایکسید

بند «ب» (۲) ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید مقرر می‌دارد: «هر شخص حقوقی که تابعیت یکی از دولت‌ها به‌غیر از دولت طرف اختلاف را داشته باشد، یا هر شخص حقوقی که تابعیت طرف متعاهدی را که در دعوی است داشته باشد، براساس توافق طرف‌ها و به‌دلیل کنترل خارجی، با آن شخص حقوقی به‌عنوان تبعه دولت دیگر در چارچوب مقاصد و اهداف کنوانسیون رفتار می‌شود». در اینجا سؤال این است که دیوان‌های داوری در مواجهه با شرکت‌های محلی کشور سرمایه‌پذیر که خودشان را برای اقامهٔ دعوا علیه دولت متبوع خود مطابق با مقررهٔ «ب» (۲) ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید در پرتو مفهوم کنترل خارجی محق می‌دانند، چطور و به چه نحو می‌بایست مفهوم کنترل را تعریف کنند. به‌طور معمول در چنین قضایایی، خواهان‌ها اغلب با

1. Foreign Control
2. Control Theory
3. Ownership Test
4. Factual Control
5. Legal Control

استدلال‌هایی که مطرح می‌کنند، به‌دنبال «کنترل مؤثر» هستند تا اینکه صرفاً «کنترل قانونی» یا رسمی را دنبال کنند. با توجه به اثر نافذ قاعده تابعیت غالب و مؤثر که پس از صدور حکم قضیه «نوته بام» رواج یافت، «دادگاه داوری ایران- آمریکا در پرونده الف- ۱۸» نتیجه می‌گیرد اشاراتی که در بیانیه‌های الجزایر به تبعه و اتباع شده است، می‌بایست بر طبق قاعده موصوف درک شود، مگر اینکه استثنایی برای این قاعده به‌روشنی ذکر شده باشد (ماروسی، ۱۳۹۱: ۵۳۴) و اساساً دادگاه طبق همین دلایل اعلام می‌کند که صلاحیت رسیدگی به دعاوی اتباع دارای تابعیت مضاعف را دارد. در این زمینه دادگاه تمامی عوامل از جمله اقامت معمولی، مرکز علایق و منافع، پیوندهای خانوادگی، مشارکت در زندگی عمومی و غیره را در نظر گرفته است (ماروسی، ۱۳۹۱: ۵۵۴). مسئله مهم دیگر اینکه اساساً دیوان‌های داوری کدام سطح و لایه از کنترل را باید مدنظر قرار دهند تا از طریق آن بتوانند تابعیت واقعی شرکت و کنترل‌کننده واقعی آن را پیدا کنند؟ پاسخ به این پرسش به میزان بسیار زیادی به ساختار بندی شرکت و تغییر ساختار شرکت سرمایه‌گذاری مرتبط است. بدین‌منظور، شاخص‌های تعریف کنترل، نحوه کنترل (مؤثر یا قانونی) و سطح کنترل نیازمند بررسی است.

#### ۱.۲.۲. شاخص‌های تعریف کنترل

دیوان‌های داوری همواره در پی آن‌اند که آیا شاخص‌های مورد توافق طرف‌های اختلاف برای تعریف کنترل معقول است یا خیر؟ یا اینکه آیا طرف‌ها از مقرره «ب» (۲) ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید برای مقاصدی غیر از آنچه در آن وجود دارد، استفاده کرده‌اند یا خیر؟ در قضیه «آبوکون علیه ونزوئلا»<sup>۱</sup> نزد دیوان داوری ایکسید که خواهان آن یک شرکت محلی تحت مالکیت و کنترل غیرمستقیم فردی مکزیکی بود، دولت ونزوئلا براساس «شاخص سهامداری مستقیم»<sup>۲</sup> موافقت خود را مبنی بر رفتار با این شرکت به‌عنوان یک شرکت خارجی مطابق با مفهوم کنترل خارجی مندرج در مقرره «ب» (۲) ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید اعلام کرده بود. دولت ونزوئلا نزد دیوان ایکسید به خواهان اعتراض و اعلام کرد که مفهوم کنترل خارجی در مقرره یادشده ایکسید به معنای «کنترل مؤثر» است. دیوان ضمن رد نظر ونزوئلا اعلام کرد: «هدف تهیه‌کنندگان کنوانسیون از درج این مقرره اعطای اختیار وسیع به طرف‌هاست تا تعیین کنند تحت کدام شرایط و اوضاع و احوال می‌توان با یک شرکت به‌عنوان تبعه دیگر کشور متعاقد به‌دلیل کنترل خارجی رفتار شود. مفهوم کنترل خارجی انعطاف‌پذیر و موسع است و شاخص‌های متعدد همانند سهامداران، صاحبان حق رأی و غیره می‌تواند در آن مدنظر قرار گیرد». از منظر دیوان هرچند سهامداری مستقیم شاخص معقولی است، ولی لزوماً منحصر

1. Autopista Concesionada de Venezuela, (Aucoven) v. Venezuela.

2. Criterion of Direct Shareholding

به این شاخص نیست و شاخص‌های دیگری مانند حق رأی سهامداران که موجب کنترل و مشارکت آنها در فرایندهای تصمیم‌گیری‌های شرکت خواهد شد، نیز وجود دارد (ICSID Award, 2011, Paras: 113-121). با توجه به رأی مذکور و دیگر آرای دیوان‌های داوری می‌توان گفت معمولاً دیوان‌های داوری در تعیین شاخص‌های کنترل مطابق نخست به شاخص‌های مندرج در معاهدات دو یا چندجانبه مراجعه می‌کنند و در صورت ابهام یا ناکافی بودن آنها، براساس اوضاع و احوال به دیگر شاخص‌ها مراجعه خواهند کرد. البته احراز «کنترل مؤثر» برای دیوان‌های داوری نیز منحصر به شاخص‌های مورد توافق طرف‌های اختلاف، نیست، بلکه انعطاف‌پذیری مفهوم کنترل خارجی به دیوان‌های داوری این فرصت را می‌دهد تا براساس شرایط و اوضاع و احوال به دیگر شاخص‌ها نیز توجه کنند.

#### ۲.۲.۲. کنترل مؤثر و کنترل قانونی

چنانکه اشاره شد، از موارد قابل بحث در مفهوم کنترل، ابعاد کنترل یعنی کنترل قانونی یا کنترل واقعی و مؤثر است. این مفهوم با توجه به میزان سهامداران اقلیت یا اکثریت متغیر خواهد بود. در قضیه «ایوکون علیه ونزوئلا» که در بالا اشاره شد، دیوان استدلال ونزوئلا در خصوص کنترل خارجی مبنی بر استناد به دکترین کنترل مؤثر را نپذیرفت و اعلام داشت در این قضیه شاخص حق رأی سهامداران که توسط طرف‌ها برای تعریف کنترل خارجی در نظر گرفته شده است، امکان کنترل سهامداران را ممکن می‌کند (ICSID Award, 2011, Paras: 112 & 121). همچنین دیوان ایکسید در قضیه «کاراتیوب علیه قزاقستان» اعلام داشت، با اینکه اکثریت سهامداران بر روی شرکت کنترل دارند، لکن اثبات کنترل در اینجا ضرورت دارد. در این قضیه دیوان می‌بایست به این موضوع پی می‌برد که آیا خواهان، یعنی شرکت محلی ایجادشده در قزاقستان، مطابق با معاهده سرمایه‌گذاری قزاقستان- آمریکا توسط تبعه آمریکایی کنترل و مالکیت می‌شد یا خیر؟ دیوان استدلال کرد صرف وجود یک شرکت بدون اینکه مدارکی برای احراز کنترل واقعی آن وجود داشته باشد، برای اثبات کنترل در چارچوب مقرره «ب» (۲) ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید کافی نیست (ICSID Award, 2012, Para: 407). به عبارت دیگر شرکتی که به تابعیت موردنظر خود استناد می‌کند، نیازمند این است که بدو تمامی ملزومات تابعیت موردنظر را کسب کرده و مهم‌تر اینکه توانایی اثبات آن را نیز داشته باشد.

با مقایسه دو رأی مذکور می‌توان استنباط کرد که در عمل تصمیم‌گیری در خصوص رسیدگی به دعاوی حاوی وضعیت تابعیت مضاعف و استناد به تابعیت غالب و مؤثر مستلزم این است که از یک طرف سرمایه‌گذار واجد فعالیت‌های اقتصادی شایان توجه در کشور محل

تأسیس بوده و اساساً این امر از ابتدای تغییر ساختار شرکت سرمایه‌گذاری وجود داشته باشد و نه در زمان بروز اختلاف. از سوی دیگر، دارا بودن سهام توسط اکثریت ملاک برای احراز کنترل نیست، بلکه میزان کنترل سهامداران، خواه اکثریت یا اقلیت، بر امور شرکت معیار اصلی است. به عبارت دیگر کنترل امور شرکت یا از سوی اقلیت سهامداران است یا اکثریت، ولی صرف اینکه به لحاظ قانونی کنترل در دست اکثریت باشد اما به‌طور مؤثر کنترلی بر امور شرکت از سوی آنان وجود نداشته باشد، معیاری قابل اعتماد برای دیوان‌های داوری نخواهد بود. بنابراین شرکت سرمایه‌گذاری خارجی علاوه بر اثبات تمامی ملزومات تابعیتی خود، باید ارتباط مؤثر خود را با دولت موردنظر پیش از بروز اختلاف و از زمان ابتدای شروع ساختاربندی شرکت سرمایه‌گذاری اثبات کند؛ چه این امر تأثیر مستقیمی بر نحوه تفسیر دیوان‌های داوری در پرونده‌های سرمایه‌گذاری دارد.

### ۲.۲.۳. سطح کنترل

یکی دیگر از موارد مهم در این باره، پی بردن به سطوح کنترل است. به عبارتی دیوان‌های داوری برای پی بردن به تابعیت شرکت‌ها و توسل به مفهوم کنترل خارجی می‌بایست در کدامیک از لایه‌های کنترل متوقف شوند؟ آیا رسیدن به لایه‌های اول که ملزومات تابعیت را احراز می‌کند، کافی است؟ یا اینکه می‌بایست این لایه‌ها را تا رسیدن به کنترل‌کننده نهایی ادامه داد، چه‌بسا ممکن است کنترل‌کننده نهایی یکی از اتباع کشور میزبان سرمایه باشد و بدین ترتیب استناد به مفهوم کنترل خارجی بی‌اعتبار شود. در این زمینه باید گفت که اساساً رویه دیوان‌های داوری در این خصوص بسیار ناپایدار است، به طوری که برخی از دیوان‌های داوری تنها در لایه‌های اول کنترل متوقف شده و برخی نیز از آن عبور کرده‌اند. برای مثال در قضیه «سوابی علیه سنگال»<sup>۱</sup> دیوان با استناد به مقررۀ «ب» (۲) ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید به لایه دوم کنترل تکیه کرد (ICSID Award, 1984, Para: 35). همان‌گونه که تصریح شد نکته مهم در خصوص سطح کنترل، زمانی است که کنترل‌کننده نهایی به اتباع دولت میزبان سرمایه برسد. قضیه اخیر «نشنال گاز علیه مصر» که پیشتر بدان پرداخته شد، این رویه را تقویت کرده است که تا زمانی که کنترل‌کننده نهایی یکی از سرمایه‌گذاران (اتباع) کشور میزبان سرمایه باشد، و هم او می‌خواهد با استناد به مقررۀ «ب» (۲) ماده ۲۵ ایکسید در خصوص اعمال مفهوم کنترل خارجی از امتیازات معاهداتی استفاده کند، دیوان‌های داوری عدم صلاحیت خود را اعلام کنند. بنابراین، اگر این رویه که توسط قضیه نشنال گاز دنبال شده تقویت شود، کمک زیادی در راستای غلبه بر معاهده‌گزینی از طریق محدودسازی مداخله ابزارهای شرکت خواهد

1. Societe Ouest Africaine des Betons Industriels (SOABI) v Senegal.

2. Interposition of corporate vehicles



بود؛ چه اینها تنها ابزارهای رسمی‌اند که به‌صورت بالقوه صلاحیت آن را دارند تا به‌عنوان کنترل‌کننده خارجی نهایی مطرح شوند، بدون اینکه مقاصد و اهداف کنوانسیون ایکسید را تحت تأثیر قرار دهند. بر این اساس، ابزارهای شرکت در زنجیره مالکیت پتانسیل زیادی برای افزایش حمایت‌های معاهداتی و در نتیجه معاهده‌گزینی خواهند داشت و محدودسازی آنها به روش مذکور که به کشف کنترل‌کننده نهایی منجر می‌شود، گام مؤثری در جلوگیری از سوء استفاده‌های احتمالی خواهد بود.

## معاهده‌گزینی: رهیافت‌های حقوقی

به‌منظور کاستن از رفتار معاهده‌گزینی از سوی سرمایه‌گذاران راهکارهایی مورد توجه قرار گرفته است که در ادامه به آنها می‌پردازیم.

### ۱. تدوین دقیق موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری

مشخص‌ترین روشی که کشورهای میزبان سرمایه می‌توانند از بروز رفتار معاهده‌گزینی بکاهند، دقت در تدوین متن معاهدات سرمایه‌گذاری است. تعریف صریح و روشن مفاهیم به‌کاررفته در معاهدات، به‌ویژه مفاهیم سرمایه‌گذار، سرمایه‌گذاری، شرط انکار منافع و مانند آن، در کاهش رفتارهای معاهده‌گزینی مؤثر است. هنگام مذاکرات موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری جدید، کشورها باید توجه بیشتری به ادبیات معاهده و عواقب آن کنند، و برای موافقت‌نامه‌های دوجانبه موجود، تلاش‌های لازم به‌منظور تجدیدنظر و اصلاح آن دسته از مفاهیمی که موجب سوء استفاده سرمایه‌گذاران می‌شود، به‌عمل آید. بنابراین استفاده از واژگان شفاف و روشن توسط دولت‌ها در طراحی مفاهیم معاهدات سرمایه‌گذاری، می‌تواند موجب جلوگیری از مشکلات ناشی از تعدد تفاسیر توسط دیوان‌های داوری شود.

### ۲. شرط انکار منافع<sup>۱</sup>

شرط انکار منافع در واقع شرطی است که به‌عنوان اقدام متقابل برای دولت‌های میزبان سرمایه علیه معاهده‌گزینی در نظر گرفته شده و براساس آن در موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری به کشورهای متعاقد حق انکار حمایت معاهده‌ای از سرمایه‌گذارانی که فعالیت‌های اقتصادی واقعی و اصیل در کشور میزبان سرمایه ندارند، اعطا می‌کند. به‌عبارت دیگر دولت طرف معاهده، این حق را برای خود محفوظ می‌دارد در مواردی که شرکتی به تابعیت کشوری استناد می‌کند که شرکت مذکور با آن کشور رابطه

1. Denial of of Benefits

اقتصادی مهمی ندارد، آن کشور محق است بهره‌مندی از منافع و امتیازات آن معاهده را رد کند و نپذیرد (دالزر و شروتر، ۱۳۹۵: ۱۰۷). هدف از شرط انکار منافع مستثنا کردن شرکت‌های صوری است که در قلمرو یک دولت متعهد برای انتفاع از موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری خاص تأسیس می‌شوند، اما در واقع ارتباط اقتصادی واقعی با دولت میزبان سرمایه ندارند. شرط انکار منافع، قانونی‌ترین روش برای وارد کردن ایراد به صلاحیت شخصی تلقی شده است، چراکه در واقع این شرط ناشی از آزادی طرفین قرارداد در خصوص وضع شروط خاص قراردادی است. به بیان دیگر، براساس چنین شرطی دولت‌ها حق دارند منافع مقرر در معاهده را از شرکت یا شخص حقوقی که فاقد ارتباط اقتصادی با کشوری است که به تابعیت آن استناد می‌کند، سلب کنند یا اعمال این منافع را برای چنین اشخاصی ممنوع سازند (غمامی و صدیقی، ۱۳۹۷: ۱۲۰).

### ۳. خرق حجاب شخصیت حقوقی<sup>۱</sup>

یکی از ابزارهایی که به دولت‌های میزبان سرمایه اجازه می‌دهد از دیوان‌ها درخواست کنند تا از طریق آن از تقلب و سوء استفاده جلوگیری کنند، استفاده از روش خرق حجاب شخصیت حقوقی است. در واقع هدف از این سازوکار جلوگیری از سوء استفاده از پوشش شرکت و پنهان شدن در حجاب شخصیت حقوقی شرکت برای فرار از مسئولیت و تعهدات است. با خرق حجاب شخصیت حقوقی می‌توان به مسئولیت سهامداران یا شرکت اصلی به‌عنوان سهامدار شرکت فرعی به‌ویژه شرکت‌های فراملی استناد کرد و در صورت لزوم علیه آنها اقامه دعوا کرد (محبی ضیایی، ۱۳۹۲: ۸). دیوان‌های دآوری در برخی موارد به‌ویژه آن دسته از دعاوی که شرکت‌های صوری با استفاده از حمایت‌های معاهده‌ای مبادرت به تقلب کرده‌اند، به خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت استناد کرده‌اند. البته باید در نظر داشت که رویه دیوان‌های دآوری به‌ویژه ایکسید و نیز رویه دیوان بین‌المللی دادگستری نشان می‌دهد که دآوری‌ها و نیز دیوان بین‌المللی دادگستری در استفاده از روش خرق حجاب شخصیت حقوقی همواره محتاطانه اقدام کرده‌اند. شاهد مثال اینکه دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه «بارسلونا تراکشن» به تفاوت بسیار مهم حق و علاقه در این زمینه اشاره کرده است. به عبارت دیگر، آنچه سهامداران نسبت به یک شرکت سهامی دارا هستند، از نوع علاقه است و نه حق، درحالی‌که برای اهلیت به طرح دعوا در مرجع بین‌المللی لازم است از خواهان حقی ضایع شده باشد نه صرفاً علاقه. از این‌رو مراجع بین‌المللی در این‌گونه موارد هیچ‌گاه به خرق شخصیت حقوقی شرکت مبادرت نمی‌ورزند (پیران، ۱۳۹۳: ۱۲۷). به هر روی خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت سرمایه‌گذاری سازوکاری قابل تأمل برای کاستن از رفتارهای معاهده‌گزینی است.

1. Piercing of the Corporate Veil

## نتیجه گیری

حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری و معاهدات سرمایه‌گذاری، به‌صراحت معاهده‌گزینی را ممنوع نکرده‌اند، اما با دقت در مفهوم، شیوه‌ها و عوامل بروز آن در معاهده‌گزینی اساساً رفتاری ناسازگار با مبانی، اصول و اهداف سرمایه‌گذاری بین‌المللی است. به‌ویژه در آن دسته از معاهده‌گزینی‌ها که پس از بروز اختلاف سرمایه‌گذار با دولت سرمایه‌پذیر، از طریق تغییر تابعیت شرکت یا تجدید ساختار شرکت انجام می‌گیرد، اساساً خلاف اصل حسن نیت است و می‌تواند نوعی سوء استفاده از حق تلقی شود و مسئولیت بین‌المللی به‌همراه داشته باشد. رویه دیوان‌های داوری در مواجهه با معاهده‌گزینی متفاوت است، لکن رویه دیوان‌های ایکسید حاکی از این است که اساساً دیوان‌های داوری در یافتن کنترل‌کننده نهایی در چارچوب مفهوم کنترل خارجی، و به‌طور اخص در وضعیت‌هایی که یکی از تابعیت‌های خواهان تابعیت دولت سرمایه‌پذیر است، معیار کنترل واقعی و مؤثر را مدنظر قرار می‌دهند تا کنترل قانونی. به‌عبارت دیگر در چنین وضعیت‌هایی می‌بایست تمامی ملزومات تابعیت خواهان دارای تابعیت مضاعف برای دیوان به‌طور واقعی و مؤثر احراز شود، در غیر این صورت دعوا قابل استماع نخواهد بود. علاوه‌بر آن کشورهای سرمایه‌پذیر نیز می‌توانند با اتخاذ رویکردهای اصلاحی در ساختار موجود، به‌ویژه تدقیق در متون معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، گسترش معاهدات چندجانبه سرمایه‌گذاری، استفاده از شرط انکار منافع در معاهدات سرمایه‌گذاری و نیز خرق حجاب شخصیت حقوقی شرکت‌ها، موجب ارتقای شفافیت بیشتر در طراحی معاهدات می‌شود تا بدین ترتیب استفاده متقلبانه از معاهدات سرمایه‌گذاری و رفتارهای معاهده‌گزینی کمتر شود.

## منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتاب‌ها

۱. پیران، حسین (۱۳۹۳)، *مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی*، چ دوم، تهران: گنج دانش.
۲. دالزر، رودولف؛ شروتر، کریستف (۱۳۹۵)، *اصول حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری*، ترجمه سید قاسم زمانی و به‌آذین حسینی، چ سوم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۳. ماروسی، علی (۱۳۹۱)، *مجموعه گزارش آراء دیوان داوری ایران- آمریکا*، ج ۲، چ اول، تهران: انتشارات ریاست جمهوری.
۴. هوهن فلدین، آیگنتاس زایدل (۱۳۹۶)، *حقوق بین‌الملل اقتصادی*، ترجمه سید قاسم زمانی، چ هشتم، تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.

## ب) مقالات

۵. غمامی، مجید، صدیقی، ریحانه (۱۳۹۷)، «شرط انکار منافع در معاهدات سرمایه‌گذاری»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی دانشگاه تهران*، دوره ۴۸، ش ۱، بهار، ص ۱۳۱-۱۱۵.
۶. محبی، محسن؛ ضیایی، سید یاسر (۱۳۹۲)، «صلاحیت فراسرزمینی در حقوق بین‌الملل عمومی در پرتو خرق حجاب شخصیت حقوقی»، *مجله حقوقی بین‌المللی مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری*، دوره ۲۹، ش ۴۷، ص ۳۰-۷.

## ۲. انگلیسی

### A) Books

1. Baumgätner Jorun, (2016), *Treaty Shopping in International Investment Law*, Oxford University Press, First Edition.
2. Marosi, Ali, (2012), *Iran-US. Claims Tribunal Reports*, Volume II, Tehran, Presidency Institute Publication (In Persian).
3. Piran, Hossein, (2014), *The Legal Issues of Foreign Investment*, Second Edition, Ganjdanesh Publication, Tehran (In Persian).
4. Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, (2016), *Principles of International Investment Law*, Translated by Seyed Ghasem Zamani & Behazin Hasibi, Third Edition, Tehran, The Shar-e- Danesh Institute of Law (Research & Study), (In Persian).
5. Seidl-Hohneveld, Ignaz, (2017), *International Economic Law*, Translated & Researched by Seyed Ghasem Zamani, Eight Edition, Tehran, The Shar-e- Danesh Institute of Law (Research & Study), (In Persian)

### B) Articles

6. Chaisse Julien, (2015), "The Treaty Shopping Practice: Corporate Structuring and Restructuring to Gain Access to Investment Treaties and Arbitration", *Hasting Business Law Journal*, Volum11, pp.225-306. Available at: [https://repository.uchastings.edu/hastings\\_business\\_law\\_journal/vol11/iss2/1](https://repository.uchastings.edu/hastings_business_law_journal/vol11/iss2/1)
7. Ghomami Majid, Sedighi Reihaneh, (2018), "The Denial of Benefit in Investment Treaties", *Private Law Study Magazine of Tehran University*, Period 48, No.1, Spring, Pp:115-131 (In Persian).
8. Mohebi, Mohsen, Seyed Yaser Ziaie, (2013), "Extraterritorial Competence in Public International Law in line with the Piercing of the Corporate Veil", *International Legal Magazine, Center for International Legal Affairs of the Presidency*, Period 29, No:47, PP:7-30 (In Persian).

### C) Working Papers & Thesis

9. Gaukrodger, David, Gordon, Kathryn, (2012), "Investor-State Dispute Settlement: A Scoping Paper for the Investment Policy Community", (*OECD Working Paper*)

on *International Investment*), Paris :OECD Publishing, Available at: <http://dx.doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en>

10. Lee,Eunjung,(2015),"Treaty Shopping in International Investment Arbitration: How Often it Ocuured and how it been perceived by Tribunals", Department of International Development (LSE),*London School of Economics & Political Sciences*,ISSN: 1470-2320 No15-167,.
11. Puukka Johanna,(2018),"Treaty Shopping in International Investment Law", Master's Thesis, *University of Helsinki, Faculty of Law*.
12. VanOs, R, Knottnerus,R,(2011),"Dutch Bilateral Investment Treaties:A Gate way to Treaty Shopping for Investment Protection by Multinational Corporations", Amsterdam: SOMO,Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen/ *Center for Research on Multinational Corporations*.

#### D) Cases

13. ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited v. The Republic of Hungary, ICSID Case No.ARB/03/16,Award of the Tribunal, October 2, 2006.
14. Autopista Concesionada de Venezuel,(Aucoven)v. Bolivarian Republicof Venezuela, ICSID Case No. ARB/00/5, Decision on Jurisdiction, 27 September, 2001.
15. Burimi and Eagle Games SH.A, v. Republic of Albania, ICSID Case No.ARB/11/18, May 2013.
16. Caratube International Oil Company LLP v. The Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/08/12, June 5, 2012.
17. Champion Trade Company, Ameritrade International Inc v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No ARB/02/9, Decision on Jurisdiction, 21 October 2003.
18. Eudoro Armando Olguin v. Republic of Paraguay, ICSID Case No ARB/98/5, Award, 26 July 2001.
19. Ioan Micula, Viorel Micula, SC Eyuropean Food SA,SC Sttarmill SRL and SC Multipack SRL v.Republic of Romania,ICSID Case No ARB/05/20 ,Decision on Jurisdiction and Admisibilitu,24 September 2008.
20. Mobile Corporation & Others v.Bolivarian Republic of Venezuela, ICSIDCase No.ARB/07/27, 2010.
21. National Gas S.A.E. V. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No.ARB/11/7, April,2014.
22. Phonix Action, Ltd.v.The Czech Republic, ICSID Case.No.ARB/06/5,Award, April 15, 2009.
23. Ronald S.Lauder V.The Czech Republic, UNCITRAL, Stockholm Award (Final Award), 13 September, 2001.
24. Societe Ouest Africaine des Betons Industriels (SOABI) v Senegal, ICSID Case NoArb/82/1, Decision on Jurisdiction,19 July 1984.
25. Tokios Tokeles v. Ukrain, Case No.ARB/02/18,Award of ICSID, April 29, 2004.
26. Yukos Universal Limited v.The Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No.AA227,Interim Award on Jurisdiction and Admissibility,November 30,2009.