

هویت حقوقی سرمایه گذار "تبعه دولت متعاقد" در رویه داوری ایکسید

دکتر علی اکبر براتی دارانی alibarati.1342@gmail.com

دکترای حقوق بین الملل از دانشگاه علامه طباطبائی

تاریخ دریافت: ۸۹/۱۱/۲۰ تاریخ پذیرش نهایی: ۹۰/۴/۱

چکیده

تحولات حقوق بین الملل بویژه از شروع قرن بیستم در شناسایی و ارتقا بخشیدن نقش فرد در عرصه حقوق بین الملل انکار ناپذیر است. یکی از حوزه های مهمی که در این تحول به یاری حقوق بین الملل آمده عرصه سرمایه گذاری خارجی است، زیرا که اشخاص خصوصی جزء کنشگران اصلی آن بشمار می آیند. در به ثمر نشستن و تثبیت وضعیت مزبور، کنوانسیون واشنگتن ۱۹۶۵ مربوط به حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری میان دولت ها و اتباع دول دیگر، با تاسیس "مرکز" داوری برای رسیدگی به اختلافات ناشی از سرمایه گذاری نقش بسیار مهمی ایفاء کرده است؛ زیرا که اجازه داده است تا «فرد» بعنوان یک تابع فعال در عرصه بین المللی حضور مستقیم داشته باشد و بتواند بدون هیچگونه واسطه ای مستقیماً علیه دولت میزبان اقامه دعوی نماید. این مقاله به بررسی هویت حقوقی سرمایه گذار به عنوان تبعه دولت متعاقد" بعنوان یکی از عناصر صلاحیت شخصی در رویه دیوانهای داوری "مرکز" می پردازد.

واژه های کلیدی: سرمایه گذار، تابعیت، اشخاص حقیقی و حقوقی، کنترل خارجی.

کمتر کسی انکار می کند که نیمه دوم قرن بیستم شاهد برسمیت شناختن تدریجی نهال نوپای حقوق بشر در قلمرو نظم حقوق بین الملل نبوده است و گسترش دامنه حقوق بشر گواه وضعیت موجود و ارتقاء یافته نقش "فرد" در عرصه حقوق بین الملل است. (کلیار، سال ۹۹، ص ۶۲۹) آن وضعیت اعتلاء یافته بر پایه اصول اساسی مربوط به شان و مقام انسان استوار شده است. پیشنهاداتی مطرح شده است تا با اعطای شخصیت بین المللی به افراد و برخی از موجودیت ها، سازمان ها و موسسات غیر دولتی یا شرکت های چندملیتی، آنها را در نیز در زمره تابع^۱ جدید حقوق بین الملل در آورند. (Kelsen, 1997, 287) اما این پیشنهادات تاکنون در حد نظریه باقی مانده و نتایج عملی چندانی بدنبال نداشته است. پیرو این دیدگاه، امروزه از برخی بازیگران غیر دولتی آنها بصورت مشروط، می توان بعنوان دارندگان شخصیت حقوقی بین المللی نام برد (Ibid) تغییرات صورت گرفته ساختاری در جامعه بین المللی نشان می دهد که در عرصه حقوق سرمایه گذاری خارجی از اواخر قرن نوزدهم پیشرفت و توسعه شگرفی روی داده و باعث شده است تا اشخاص خصوصی بتوانند بطور استثنایی در حکم تابع فعال حقوق بین الملل ابراز وجود نمایند. اگرچه هنوز سلوک برابری فرد به شرکتهای منتسب نشده است، ولی نباید از نقش شرکتهای چند ملیتی در فزاینده شرکتهای چند ملیتی و حضور آنها در عرصه بین المللی مواجهه بوده است که این شرکتهای در عرصه تجارت و سرمایه گذاری بین المللی برای خویش از جایگاه والایی برخوردار شده اند. بر همین اساس جایگاه، نقش و حضور اشخاص خصوصی اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی در

1. Subject

۲. کلیار، همان منبع. تابع یک نظام حقوقی کسی است که آن نظام برای وی حقوق و تکالیفی ایجاد نموده باشد. شرایط سنتی برای تابع حقوق بین الملل محسوب شدن عبارتست از: ۱- توانائی داشتن حق و تکلیف تحت نظام حقوق بین الملل ۲- اهلیت انعقاد قرارداد با سایر تابعان حقوق بین الملل ۳- داشتن حق اقامه دعوی نزد مراجع بین المللی. مسلماً کشورها تابع حقوق بین الملل هستند زیرا که واجد کلیه شرایط پیش گفته شده میباشند لیکن وضعیت افراد در این عرصه کاملاً مبهم است. اما تا آنجا که به رعایت برخی تکالیف مانند، رعایت کنوانسیونهای حقوق بشری عدم ارتکاب دزدی دریایی، جنایت علیه صلح، جنایت علیه بشریت و جنایت جنگی مربوط است، شکی نیست که افراد در این موارد تابع حقوق بین الملل بشمار می آیند (نویسنده: این وضعیت امروزه نزد مراجع بین المللی از قبیل دیوان اروپایی حقوق بشر، دیوان بین المللی کیفری، دیوان کیفری برای یوگسلاوی سابق و رواندا کاملاً" بچشم میخورد). در مقابل برخی از حقوقدانان روسی اعتقاد دارند که افراد دارای تعهداتی تحت حقوق بین الملل هستند (برای مثال، ممکن است بخاطر ارتکاب اعمال و جنایات جنگی، جنایت علیه بشریت و... تحت تعقیب و محاکمه قرار گیرند اما نمیتوان آنان را دارا حقی در قلمرو حقوق بین الملل دانست. بعبارت دیگر از نظر ایندسته از حقوقدانان "افراد" موضوع حقوق بین الملل هستند اما تابع آن نیستند. برای مطالعه بیشتر ر.ک.:

Bledsoe .R, and Boczek, B, Boleslaw Adam Boczek, 2005 ,pp.70-71.

عرصه سرمایه گذاری بین المللی غیر قابل انکار است؛ زیرا معمولاً یک سوی هر پروژه سرمایه گذاری خارجی اشخاص خصوصی قرار دارند که هدف حمایت موافقتنامه های سرمایه گذاری و یا قوانین داخلی مربوط به سرمایه گذاری بشمار می روند و طرف دیگر آن دولتهای میزبان سرمایه، که در پی رشد و توسعه اقتصادی خود بدنبال جلب و جذب سرمایه گذاری خارجی هستند.^۱

حقوق سرمایه گذاری خارجی یکی از عرصه هایی بشمار می رود که جایگاه اشخاص خصوصی را در عرصه حقوق بین الملل ارتقاء بخشیده است. در این حوزه اشخاص خصوصی اجازه یافته اند تا همچون تابعان سنتی حقوق بین الملل (دولتها و سازمانهای بین المللی) مستقیماً و بدون دخالت دولت متبوع خود علیه دولت میزبان اقامه دعوی نمایند.

کنوانسیون مربوط به حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری میان دولتها و اتباع دول دیگر (۱۹۶۵)^۲ بعنوان یک معاهده چند جانبه بین المللی لازم الاجراء که تاکنون ۱۴۶ کشور به عضویت آن در آمده اند، "مرکز" حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری میان دولتها و اتباع دول دیگر^۳ را برای مراجعه اتباع دول متعاقد، تاسیس کرده است تا بعنوان یک نهاد داوری مختلط به بررسی اختلافات میان دولتها و اشخاص خصوصی تبعه دولتهای متعاقد پردازد. این نهاد داوری با رسیدگی به پرونده های عدیده اختلافات ناشی از سرمایه گذاری نیز بعنوان یکی از پر مراجعه ترین نهادهای تخصصی داوری سرمایه گذاری بین المللی تحت شرایطی خاص به اشخاص خصوصی اجازه می دهد تا بدون هیچ واسطه ای و بطور مستقیم علیه دولت میزبان اقامه دعوی نمایند.

صلاحیت شخصی^۴، علاوه بر شرط رضایت^۵ و صلاحیت موضوعی^۶، یکی از شروط ضروری کنوانسیون برای امکان حضور اشخاص خصوصی نزد داوری بین المللی "مرکز" است. آرون بروشه، در باره صلاحیت اشخاص خصوصی بعنوان "سرمایه گذار" طرف دعوی با دولت میزبان معتقد است، "...از دیدگاه حقوقی برجسته ترین ویژگی کنوانسیون واشنگتن این است که برای یک فرد یا شرکت خصوصی، اهلیت طرح دعوی مستقیم علیه یک دولت در یک مرجع بین

۱. البته این به آن معنا نیست که دولتها و موسسات وابسته به آنها در سرمایه گذاری فاقد نقش هستند. برای مطالعه بیشتر ر. ک. به ماده (۲) ۲۵ کنوانسیون واشنگتن.

۲. از این پس جهت اختصار در این مقاله تنها به عبارت "کنوانسیون" بسنده می کنیم.

۳. از این پس و به جهت اختصار در این مقاله به عبارت "مرکز" اشاره می شود.

4. Ratione Persona
5. Consent
6. Ratione Materiae

المللی را ایجاد نموده است و بدینوسیله در شناسایی فزاینده نقش فرد بعنوان تابع حقوق بین الملل سهمیم گردیده است." (Broches, 1972, p.349) پرفسور توپ نیز سعی کرده است تا حقوق افراد و شرکتها را بهم مرتبط ساخته و ظاهراً وضعیت معنوی آنها را با یکدیگر برابر سازد. (Toope, 1990, p.251)

منظور از صلاحیت شخصی "مرکز"، محدودیتهای لازم مرجع رسیدگی کننده برای مراجعه طرفین اختلاف نزد آن است. محدودیت هایی که در بند یک ماده ۲۵ کنوانسیون مقرر شده است. بموجب ماده مذکور، اختلاف ناشی از سرمایه گذاری باید میان یک کشور متعاقد (یا یکی از واحدهای تابعه و موسسات وابسته آن که توسط آن کشور به مرکز معرفی شده است) و تبعه کشور متعاقد دیگر باشد. شروط صلاحیت شخصی پیش بینی شده در این ماده از کنوانسیون برای مراجعه طرفین اختلاف باعث شده است تا طبق ماده (۱) ۲۵ کنوانسیون، دعاوی قابل طرح نزد "مرکز" مشخصاً به دعاوی میان یک "دولت متعاقد" و "شخص خصوصی تبعه دولت دیگر" عضو کنوانسیون محدود گردد. اتباع دولت متعاقد از نظر کنوانسیون، شخص خصوصی (اعم از اشخاص حقیقی یا حقوقی) است که دارای تابعیت کشور متعاقدی، غیر از کشور متعاقد طرف دعوی است. پس مسلم است که اختلافات ناشی از سرمایه گذاری مطروحه در "مرکز" همیشه میان اشخاص خصوصی از یک سو و دولت میزبان از سوی دیگر است. بنابراین شیوه های حل و فصل اختلاف میان دولتها (یا واحدهای تابعه و موسسات وابسته) با یکدیگر که طبق مقررات حقوق بین الملل سنتی مورد حل و فصل قرار میگیرند و روش های حل و فصل اختلافات میان اشخاص خصوصی با یکدیگر که می توانند از طریق توسل به محاکم داخلی یا داوری تجاری مورد حل و فصل واقع شوند را باید از نظام صلاحیت "مرکز" خارج دانست (Broches, op.cit, p.354).

مراجع داوری "مرکز"، با ارائه تفاسیر بعضاً موسع از شروط صلاحیتی مقرر در کنوانسیون شرایطی را فراهم آورده اند که اشخاص خصوصی بتوانند براحتی و همچون یک تابع فعال حقوق بین المللی مستقیماً در مقام استیفای حقوق ناشی از سرمایه گذاری خویش در سرزمین دولت میزبان و کلیه دولتهای متعاقد در کنوانسیون بر آیند (مواد ۵۳-۵۴ و ۵۵ کنوانسیون واشنگتن).

این مقاله در پی شناسایی هویت حقوقی "سرمایه گذار" بعنوان تبعه دولت متعاقد که یکی از شاخصه های ضروری و اصلی صلاحیت شخصی (تبعه کشور متعاقد) محسوب می شود می باشد تا در پرتو آراء و رویه دیوانهای داوری در احراز صلاحیت "مرکز"، مسائل مربوط به نحوه احراز "تابعیت" و شیوه تفسیر شرط "کنترل خارجی شرکت" سرمایه گذاران که از مهمترین و بحث برانگیزترین قضایای مطروحه در صلاحیت شخصی مرکز در سالیان اخیر می باشند را مورد

بررسی قرار داده و در نهایت به این سوال پاسخ دهد که رویه مراجع داوری در نحوه احراز صلاحیت "مرکز" در این عنصر از صلاحیت شخصی تا چه اندازه باعث ارتقاء نقش و حضور "فرد" در صحنه بین المللی شده است؟ آیا عملکرد مراجع مذکور در مقام احراز صلاحیت "مرکز" در راستای تقویت حضور اشخاص خصوصی در عرصه داوری بین المللی بوده و یا بالعکس با تفسیر مضیق از شرط صلاحیت شخصی مانع حضور اشخاص مذکور در این مرجع داوری بین المللی شده است؟

۱. مصادیق "سرمایه گذار" تبعه دولت متعاقد

از عبارت "سرمایه گذار" در کنوانسیون واشنگتن هیچ تعریفی بعمل نیامده و فقط مصادیق بارز آن در ماده (۲) ۲۵ بیان شده است که بموجب آن، "سرمایه گذار" می تواند:

الف) هر شخص حقیقی که در تاریخ تراضی طرفین در ارجاع اختلاف به سازش یا داوری و در تاریخی که درخواست مربوطه بر طبق بند ۳ ماده ۲۸ یا بند ۳ ماده ۳۶ ثبت شده است، تابعیت کشور متعاهدی غیر از کشور طرف اختلاف را داشته باشد؛ ولی شامل شخصی که در هر یک از دو تاریخ فوق تابعیت کشور متعاقد طرف اختلاف را داشته باشد نخواهد بود؛ و؛

ب) هر شخص حقوقی که در تاریخ تراضی طرفین در ارجاع اختلاف به سازش یا داوری تابعیت کشور 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 طرف اختلاف را داشته باشد، ولی به علت کنترل خارجی (بر آن)، طرفین موافقت نموده اند که به منظور اهداف این کنوانسیون مثل یک تبعه کشور متعاقد دیگر با آن رفتار شود.

نظر به اینکه کنوانسیون هیچ تعریف جامع و مانعی از اصطلاح "سرمایه گذار" بدست نداده است. تعریف "سرمایه گذار" در قلمرو حقوق و تکالیف قراردادهای سرمایه گذاری و احراز صلاحیت محاکم داوری غالباً در موافقتنامه های سرمایه گذاری بعمل می آید. (Yannaca, 2008, p.7) در این راستا اکثر موافقتنامه های مذکور، مصادیق "سرمایه گذار" را در کنار اصطلاح "سرمایه گذاری" مورد تعریف قرار داده و در صدد تبیین آن بر آمده اند تا از این راه ضمن حفظ و شناسایی حقوق مکتسبه سرمایه گذاران در سرزمینهای دولت میزبان، خلاء موجود در کنوانسیون را نیز مرتفع سازند (Subedi, 2008, p.60-1).

سرمایه گذار معمولاً باید یک شخص حقیقی یا حقوقی باشند ولی در اغلب موارد سرمایه گذاران خارجی اشخاص حقوقی بالاخص شرکتهای فراملیتی هستند که در وضعیت کنونی نقش

اول را در عرصه بین‌المللی ایفاء می‌کنند؛^۱ در کنار این اشخاص نباید از نقش شرکت‌های دولتی یا موسسات عمومی وابسته به دولت در این حوزه نیز غافل ماند؛ زیرا ایندسته از اشخاص حقوقی نیز بطور گسترده در عرصه فعالیت‌های تجاری و تصدی‌گری می‌توانند بعنوان سرمایه‌گذار محسوب شده و از مزایای این سند بین‌المللی برخوردار گردند. به همین دلیل است که ملاحظه می‌شود این معاهدات، در جهت هدف و موضوع کنوانسیون، عنوان "سرمایه‌گذار" را نه فقط شامل اشخاص خصوصی، بلکه دولت و واحدهای تابعه و یا موسسات دولتی که در سرزمین کشورهای دیگر در مقام تصدی‌گری سرمایه‌گذاری کرده یا می‌کنند را نیز مشمول این عبارت می‌داند. بعنوان مثال، موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری ایران-ترکیه در تعریف سرمایه‌گذار مقرر می‌دارد:

اصطلاح سرمایه‌گذار از نظر هر طرف متعاهد عبارت از اشخاص زیر است که در قلمرو طرف متعاهد دیگر سرمایه‌گذاری می‌کنند:

الف- اشخاص حقیقی که برابر قوانین همان طرف متعاهد، اتباع آن طرف متعاهد به شمار می‌آیند.

ب- شرکتها، مؤسسات یا انجمنهای تجاری که به موجب قوانین جاری هر یک از طرفها تشکیل و تأسیس شده باشند و مراکز اداره، مقر و فعالیتهای اقتصادی حقیقی آنها در قلمرو همان طرف قرار داشته باشند مشروط بر اینکه توسط مقامهای صلاحیتدار طرف متعاهد سرمایه‌پذیر مورد تأیید قرار گیرند.^۲

در مدل آمریکایی معاهدات دو جانبه (BITs US Model) در تعریف "سرمایه‌گذار" چنین مقرر شده است: "...سرمایه‌گذار یکی از طرفین یعنی شرکت دولتی یا خصوصی و یا هر کدام از آنها که در پی انجام سرمایه‌گذاری در سرزمین دولت متعاهد دیگر است.....". فرمول مشابهی نیز در معاهده دو جانبه میان پرو - کانادا در سال ۲۰۰۶ بشرح زیر مورد توافق قرار گرفته است (Canada- Peru BIT Concluded at 2006):

۱. لازم به ذکر است در برخی از موارد اشخاص حقیقی توانسته‌اند در عرصه سرمایه‌گذاری خارجی فعالیتهای گسترده‌ای داشته باشند که در این ارتباط دعاوی متعددی نیز از ناحیه آنها بر علیه دولتهای میزبان در داوری مرکز به ثبت رسیده است. برای مطالعه بیشتر ر.ک

Azinian and Others V. Mexico, 5 ICSID Reports 272. Feldman V. Mexico, 7 ICSID Reports 327, (2001). Maffezini V. Spain, 5 ICSID Reports 484. Olguin V. Paraguay, 6 ICSID Reports 164. Soufkari V. United Arab Emirates, Award, 7 July 2004. BIT US Model

۲. قانون موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری جمهوری اسلامی ایران - ترکیه، ۳۰ اردیبهشت ماه ۱۳۷۸.

"... سرمایه گذار کانادائی یعنی:

الف- دولت کانادا یا یک شرکت دولتی این کشور

ب- یک تبعه یا یک شرکت خصوصی کانادایی که در پی ایجاد یا انجام یک پروژه سرمایه گذاری کرده است.....

و از نظر دولت پرو " سرمایه گذار " عبارتست از:

الف- دولت یا یک شرکت دولتی پرو

ب- تبعه یا شرکت خصوصی دولت پرو که در پی ایجاد و یا در حال انجام سرمایه گذاری در کشور کانادا است.....

چنانچه در تعاریف ارائه شده فوق ملاحظه میگردد، یکی از مصادیق سرمایه گذار خارجی در این اسناد بین المللی، دولتها و شرکتهای دولتی می باشند که در راستای اعمال تصدی گری در سرزمین دولت میزبان مبادرت به سرمایه گذاری مینمایند. نمونه بارز عنوان " سرمایه گذار " در این دسته از اشخاص حقوقی غیر خصوصی که واحد تابعه یا موسسه وابسته به دولت هستند را می توان در دعوی (CSOB v.Senegal, 1999, par. 15-27) ملاحظه کرد. در این قضیه دولت اسلواکی بعنوان خواننده در قبال دعوی خواهان که یک بانک دولتی وابسته به دولت چک محسوب می شد، به صلاحیت " مرکز " ایراد کرده و در جهت توجیه ادعای خویش استدلال نمود:

"... از آنجا که خواهان قبل از اینکه یک شخص حقوقی خصوصی تجاری و مستقل باشد، یک بانک دولتی و موسسه وابسته به دولت چک میباشد که ضرورتاً به فعالیت اقتصادی سرمایه گذاری پرداخته است و در نتیجه بلحاظ عدم وجود عناصر صلاحیت شخصی، دیوان صلاحیت رسیدگی به داوری مورد اختلاف را ندارد....". دیوان این استدلال خواننده را مردود اعلام و بیان داشت که... "مراجعه به داوری "مرکز" ارتباطی به اینکه یک شخص حقوقی کلاً یا جزئاً دولتی باشد، ندارد. بلکه معیار اساسی در خصوص تشخیص وضعیت این اشخاص بعنوان سرمایه گذار آنست که بینیم آیا آنها در امر سرمایه گذاری به فعالیت های حاکمیتی^۱ اشتغال دارند یا در مقام انجام امور تصدی^۲ هستند. از آنجا که فعالیت بانک خواهان با توجه به ماهیت عمل آن مورد ارزیابی قرار می گیرد و نه عنوان آن، باید گفت که عمل خواهان یک عمل کاملاً "تجاری تصدی گری و غیر حاکمیتی محسوب می شود و در نتیجه "سرمایه گذار" محسوب می گردد....".

1. Jure imperi
2. Jure gestinios

شاید بتوان دلیل استدلال دیوان را اینگونه توجیه کرد که طبق بند ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون هیچ صحبتی از اینکه سرمایه گذار تبعه دولت متعاقد خصوصی باشد یا دولتی، سخنی به میان نیامده است. پرفسور آمارا سینگ در این ارتباط معتقد است: در اولین بند مقدمه کنوانسیون عبارت "...سرمایه گذاری های بین المللی..." بکار رفته و هدف اصلی نیز آن تشویق و توسعه سرمایه گذاری های خصوصی خارجی در سرزمین دولت میزبان است. در راستای حصول به این هدف پیش بینی شده در کنوانسیون، شرکتهای سرمایه گذاری بسیاری وجود دارند که سرمایه آنها ترکیبی از منابع مالی خصوصی و دولتی و یا کلاً متعلق به دولت است، ولی از حیث خصائص حقوقی و نوع فعالیت خود از شرکتی که کاملاً خصوصی قابل تفکیک نمی باشند؛ لذا بنظر می رسد که بمنظور تحقق اهداف کنوانسیون، یک شرکت اقتصادی مختلط دولتی-خصوصی و یا یک شرکت تجاری صددرصد متعلق به دولت، بمنزله "سرمایه گذار دولت متعاقد دیگر" محسوب می شود، مگر آنکه بعنوان نماینده و یا کارگزار مستقیم دولت اقدام نماید و یا اساساً دارای وظائف دولتی باشد. بنابراین شرکتی که قسمتی از سهام آن متعلق به دولت بوده اما عملاً فعالیت های خصوصی تجاری انجام می دهد، صلاحیت حضور نزد "مرکز" از حیث صلاحیت شخصی را خواهد داشت؛ بویژه اگر میان آن شرکتهای دولت سرمایه پذیر توافقی نیز در مورد ارجاع اختلافات به "مرکز" منعقد شده باشد. زیرا با توجه به خصیصه رضایی بودن کنوانسیون، موافقت دولت میزبان با این شرکتهای برای ارجاع اختلافاتشان به "مرکز" اماره و قرینه ای قوی است که آن شرکت را "سرمایه گذار دولت متعاقد دیگر" در مفهوم کنوانسیون تلقی کنیم...

(Amerasingh, 2005, pp. 242-3).

با دریافت این مفهوم به بررسی مفهوم "سرمایه گذار تبعه دولت متعاقد" که شرط اصلی در باب صلاحیت شخصی "مرکز" موضوع ماده (۲، ۱) ۲۵ کنوانسیون است، می پردازیم.

۲. مفهوم سرمایه گذار تبعه دولت متعاقد دیگر

اولین هدف از امکان توسل به نظام داوری حل و فصل اختلافات طبق مقررات "مرکز" آن است که سرمایه گذاری خارجی در بین کشورها از طریق این امکانات فراهم گردد. به همین خاطر کنوانسیون در بند ۲ از ماده ۲۵ مقرر داشته است که در داوریهای "مرکز"، شخص خصوصی طرف دعوی باید شخص حقیقی یا حقوقی باشد که دارای تابعیت کشوری متعاقد، به غیر از کشور متعاقد طرف اختلاف باشد. این مقررره دارای دو جنبه سلبی و ایجابی است.

از جنبه ایجابی، سرمایه گذار باید "تبعه دولت متعاقد دیگر" باشد. وجود این جنبه از تابعیت، بنابراین رابطه طرفینی (Mutual Principle) کنوانسیون در ایجاد توازن میان منافع کشورهای سرمایه پذیر و سرمایه گذاران خصوصی خارجی، ضروری است. زیرا اگر به سرمایه گذارانی که تبعه یک کشور عضو کنوانسیون نیستند اجازه طرح اختلاف نزد "مرکز" داده شود از آنجا که بموجب ماده ۲۷ کنوانسیون حق "حمایت دیپلماتیک" یک کشور غیر متعاقد، بر خلاف دولت متعاقد، معلق نمی گردد، ممکن است دولت سرمایه پذیر بطور همزمان با دو دعوی، یکی توسط دولت متبوع سرمایه گذار خارجی و دیگری توسط شخص سرمایه گذار نزد "مرکز" مواجه گردد، که این عمل می تواند علاوه بر غیر منصفانه بودن آن، در مقایسه با دولتها و اتباع دول عضو کنوانسیون، احیاناً در موضوع اختلاف واحد به آرای متعارض بیانجامد. مضافاً اینکه در کشورهای غیر متعاقد کنوانسیون، بر خلاف کشورهای متعاقد (بند ۱ ماده ۵۴)، تضمینی برای اجرای رای داوری صادره از "مرکز" وجود ندارد و در صورت صدور حکم بنفع دولت میزبان سرمایه، اگر کشور متبوع شخص سرمایه گذار، که غالباً دارائیهای اصلی وی در آنجا قرار دارد عضو کنوانسیون نباشد، دولت محکوم له نخواهد توانست از تضمینهای مقرر در کنوانسیون برای شناسایی و اجرای آرای داوری "مرکز"، در کشور متبوع سرمایه گذار بنفع خود استفاده نماید.

از جنبه سلبی نیز باید گفت که شخص سرمایه گذار باید "تبعه دولت طرف اختلاف در قضیه داوری" نباشد. (ماده (۲) ۲۵)) زیرا هدف کنوانسیون حمایت از سرمایه گذاران خارجی بیگانه در قلمرو سرزمینی کشورهای سرمایه پذیر است، (Broches, op.cit, pp.355-6) و تشویق دولتهای میزبان و سرمایه گذاران خارجی برای حل و فصل اختلاف خویش از طریق داوری "مرکز" است؛ تبعاً سرمایه گذارانی که بهر شکل تابعیت دولت متبوع خود که طرف اختلاف قرار می گیرد را داشته باشند، مشمول هدف مذکور در کنوانسیون قرار نخواهند گرفت.

علاوه بر آن طبق بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون، چنانچه سرمایه گذار خارجی به شرط صلاحیت "مرکز" استناد کند، وی باید تابعیت یکی از دولتهای متعاقد را دارا باشد. نتیجه اینکه، در مواردی که داوری نزد "مرکز" انجام می شود، صرفنظر از اینکه سرمایه گذار خارجی (خواهان) باید ثابت نماید که دولت میزبان طرف اختلاف یکی از دولتهای متعاقد کنوانسیون می باشد، خود او نیز تبعه دولت متعاقد دیگر است (Dolzer, 2005, p.236).

با این وصف و به جهت تبیین ابعاد مختلف موضوع مقاله در ادامه بحث تابعیت اشخاص حقیقی و حقوقی و عملکرد دیوانهای داوری "مرکز" در نحوه رسیدگی به وضعیت تابعیت سرمایه گذاران خواهیم پرداخت.

۳. "تابعیت" اشخاص حقیقی از نگاه کنوانسیون

مفهوم "تابعیت" در ماده (۱-۲) ۲۵ کنوانسیون، شبیه استنباط و برداشتی که از مفهوم تابعیت در نهاد حمایت دیپلماتیک می شود، نیست؛ زیرا که هدف از وضع ماده (۱) ۲۷ کنوانسیون آن بوده است که به دولت میزبان این اطمینان داده شود که پس از اعلام رضایت به صلاحیت "مرکز" با حمایت دیپلماتیک دولت متبوع سرمایه گذاران خارجی (به استثناء موارد خاص) مواجه نخواهند شد؛ و در مقابل این تضمین را نیز می دهد که چنانچه حکمی بفع دولت در قبال سرمایه گذار خارجی صادر گردد، محکوم له بتواند براضی حکم صادره را در سرزمین دولت متبوع شخص حقیقی و دیگر دول متعاقد بمرحله اجرا در آورد. (Amerasingh, 1979, pp163).

آرون بروشه هدف اصلی تدوین کنندگان از واژه "تابعیت" در این ماده از کنوانسیون را مبتنی بر دو فرض می داند: "... اول اینکه از مفهوم خاص تابعیت در معنای حمایت دیپلماتیک توسط دولت متبوع فاصله بگیرند؛ زیرا واژه تابعیت در مفهوم سنتی آن که باعث استیفای حق حمایت دیپلماتیک برای دولت متبوع اشخاص می شود، با مفهوم مندرج در کنوانسیون واشنگتن کاملاً متفاوت است. تابعیت در مفهوم سنتی حقوق بین الملل، از اهمیت ماهوی بسیار مهمی برخوردار است که ملاک و معیار اعمال یا عدم اعمال حمایت دیپلماتیک دولت متبوع اشخاص محسوب می گردد و دولت متبوع شخص با اعمال این حق می تواند از ناحیه تبعه خویش در مراجع بین المللی مبادرت به طرح و اقامه دعوی نماید. حال آنکه تابعیت طبق مقررات کنوانسیون در مفهومی بکار رفته است که بموجب آن سرمایه گذار خارجی اجازه می یابد تا در شرایط بسیار محدود و مشخص بطرفیت دولت میزبان اقامه دعوی کند. ثانیاً از آنجا که ماده (۱) ۵۴ کنوانسیون، دولتهای متعاقد را ملزم به شناسائی و اجرای احکام صادره از ناحیه "مرکز" همچون احکام قطعیت یافته از محاکم داخلی شان کرده است." (Broches, ibid) در نتیجه اجرای آرای داوری "مرکز" منوط به اعمال حق حمایت دیپلماتیک نیست، بلکه به سرمایه گذار خارجی اجازه داده شده تا تنها با اثبات اینکه تبعه دولت دیگر طرف متعاقد دیگر است، بتواند مستقیماً نزد مرکز حاضر شده و از مزایای رای داوری صادره بفع خود بهره مند گردد. (Amerasingh, ibid)

خلاصه اینکه تابعیت در معنای مندرج در ماده (۱) ۲۵ کنوانسیون واشنگتن صرفاً بدین معناست که سرمایه گذار خارجی (اعم از شخص حقیقی یا حقوقی) تحت شرایط خاص و محدودی قادر می باشد تا با حضور نزد "مرکز" بطور مستقیم علیه دولت میزبان متعاقد طرح دعوا نماید و حکمی را بدست آورد که برای هر دو طرف اختلاف (دولت میزبان و سرمایه گذار) لازم الاتباع و لازم الاجراء باشد (Broches, op.cit, p349).

ماده (۱) ۲۵ کنوانسیون که به عبارت " تبعه دولت دیگر متعاهد " اشاره کرده، خواسته است تا اولاً اشخاص بدون تابعیتی را که فاقد هر گونه رابطه تابعیتی با دولتی خاص هستند و ثانياً موسسات و یا شرکتهای ثبت نشده، از جمله اشخاصی که دارای تابعیت یک یا چند دولت از جمله دولت های غیر عضو کنوانسیون هستند را از دایره شمول خود خارج سازد. علاوه بر آنچه گفته شد باید اضافه کرد که کنوانسیون هیچ راهکار، معیار و یا ملاک حقوقی خاص برای تعیین تابعیت اشخاص حقیقی ارائه نمی دهد و این امر را طبق معیارهای پذیرفته شده سنتی حقوق بین الملل به عهده دولتهای عضو قرار داده است (Schreuer, 2001, para 460). آرون بروشه معتقد است که سکوت کنوانسیون در تعیین مفهوم حقوقی تابعیت، این مجوز را به دولتهای متعاهد می دهد تا آنها بتوانند آزادانه و بدلخواه خود (البته مشروط به رعایت ملاک های عینی حقوق بین الملل خصوصی) معیارهای سرمایه گذار تبعه دولت متعاهد را در توافقتنامه های خود معین نمایند. (Broches, 1962, p. 18). بنا به گفته الیهولاتریپاخت (Lauterpacht, 1962, p. 18) در دعاوی مربوط به اختلافات ناشی از سرمایه گذاری نزد "مرکز" نسبت به تعیین تابعیت اشخاص حقیقی احتمالاً مشکلات عمده ای حادث پیش نمی آید. اثبات صحت این بیان لاتریپاخت را می توان در سابقه داوری "مرکز" به عینه مشاهده نمود. زیرا اختلافاتی که تاکنون از ناحیه اشخاص حقیقی به "مرکز" ارائه شده است در مقایسه با اختلافات تعیین تابعیت بین اشخاص حقوقی و دولتهای میزبان بسیار اندک بوده و شاید در شمار هم نیاید. (www.icsid.com/cases).

۱-۳. بررسی دلایل و مدارک تابعیت اشخاص حقیقی

اشخاص حقیقی دائماً از یک کشور به کشور دیگر مهاجرت می کنند و یا با طی تشریفات قانونی از تابعیت قبلی خویش خارج می شوند و یا علیرغم داشتن تابعیت سابق، تابعیت جدیدی را کسب می کنند. بنابراین و بدلیل دائمی نبودن "تابعیت"، یکی از مسائل بسیار مهمی که در اختلافات مطروحه نزد "مرکز" مطرح شده آنست که دولت میزبان عموماً با طرح ایراد صلاحیت دیوان نسبت به "تابعیت" اشخاص حقیقی، بدلیل اینکه یا این افراد دارای تابعیت آن دولت هستند و یا تابعیتی غیر از تابعیت دولت متعاهد کنوانسیون را دارا می باشند، در مقام ایراد عدم صلاحیت "مرکز" بر آمده اند... طبق معیارهای پذیرفته شده حقوق بین الملل خصوصی، علی الظاهر تعیین تابعیت اشخاص حقیقی کار پیچیده ای نیست و این امر طبق قانون ملی متبوع شخص تعیین می گردد. کنوانسیون واشنگتن جهت احراز صلاحیت شخصی "مرکز" هیچ معیار دیگری،

بجز قانون ملی متبوع و یا اقامتگاه را برای تعیین تابعیت اشخاص حقیقی پیش بینی نکرده است. (Amerasingh, 1979, p.205)

در عین حال باید گفت که برخی از معاهدات سرمایه گذاری، معیارهای جایگزین دیگری از جمله شرط اقامت شخص و یا اقامت دائم در سرزمین دولت متبوع را نیز بعنوان معیارهای لازم برای تشخیص تابعیت اشخاص حقیقی معرفی کرده اند (Yannaca, op.cit, p.8). که در چنین مواردی نیز باید گفت تعیین تابعیت سرمایه گذار فقط طبق ضوابط عینی حقوق بین الملل خصوصی میان دولت میزبان و سرمایه گذار خارجی بعمل می آید. به بیان دیگر اگر چه توافق میان دولتها ممکن است بطور خاص مبین ملاک و معیار لازم برای تعیین تابعیت اشخاص محسوب شود و قرائن دیگری جز آنچه را که در حقوق بین الملل خصوصی برای تشخیص تابعیت اشخاص مرسوم است را بین خود مقرر نمایند، اما این بدان معنی نیست که آنها قادر باشند تا معیارهای عینی شناخته شده تعیین تابعیت در حقوق بین الملل را تغییر دهند (Dolzer, op.cit, p.236)؛ زیرا حق اعطاء یا سلب تابعیت اشخاص حقیقی در حقوق بین الملل در حوزه قدرت و حاکمیت دولتهاست و حق مداخله در امور حاکمیتی دولتها تا این اندازه امکان پذیر نیست.

حال سؤالی که مطرح می شود آن است که دیوانهای داوری "مرکز" در روند رسیدگیهای خویش تا چه اندازه به جزئیات موضوع و شناسایی یا رد تابعیت اشخاص حقیقی را که ریشه در حاکمیت دولتها دارد ورود پیدا می کنند و آن را مورد کنکاش قرار می دهند؟^۱

سوابق داوری "مرکز" نشان می دهد که دیوانهای رسیدگی کننده در مقام شناسایی و تعیین یا رد تابعیت اشخاص حقیقی با چالشهای حقوقی جدی مواجه بوده اند. یکی از این قضایای جنجالی در دعوی (Sufraiki Case, 2004) اتفاق افتاد که در آن دولت امارات نسبت به وجود تابعیت ایتالیایی خواهان ایراد کرد و اعلام داشت که وی دارای تابعیت ایتالیایی نیست تا واجد

۱. رویه بین المللی در رابطه با این موضوع ابتدا در چارچوب حمایت دیپلماتیک شکل گرفته است. دیوان بین المللی دادگستری، با پرداختن به شرایط تعیین تابعیت از نظر حقوق بین الملل عرفی، رهنمودهای مفیدی را در قضیه نوته بام ارائه نمود (I.C.J. Nottebohm case, 1995). که در مواقع خلاء قانونی یا حقوق عرفی این رای میتواند راهنمای مفیدی برای دیگر مراجع داوری و قضایی بین المللی باشد. در این قضیه دیوان حکم داد که، اگر چه یک دولت می تواند بر طبق قوانین و مقررات داخلی خود در رابطه با اعطاء و یا سلب تابعیت اشخاص تصمیم گیری کند، اما باید دانست که در این خصوص الزاماً باید نوعی رابطه واقعی میان دولت و تبعه وجود داشته باشد. در ادامه دیوان خصوصیات اصلی تابعیت را چنین عنوان می کند: ".... تابعیت عبارتست از یک واقعیت اجتماعی و معنوی، یک رابطه واقعی از موجودیت، منافع و احساسات و وجود حقوق و تکالیف دوجانبه میان شخص و دولت....". اما لازم به ذکر است که تابعیت اشخاص حقیقی معمولاً بر مبنای، حقوق داخلی کشورها تعیین میگردد، و فقط در صورتی که مقررات این کشورها صریح نباشد، می توان از رای دیوان در قضیه نوته بام برای تعیین تابعیت راهنمایی گرفت.

شرایط لازم برای استناد به معاهده دو جانبه ایتالیا- امارات متحده عربی باشد و بتواند بر اساس آن معاهده اختلاف خود را طبق مقررات کنوانسیون نزد "مرکز" مطرح نماید. خواهان در مقام دفاع از ایراد دولت میزبان و اثبات ادعای خویش دلایل و مستنداتی از جمله داشتن پاسپورت ایتالیایی، پنج گواهی موید صحت تابعیت ایتالیایی که در ده سال گذشته برای او صادر شده بود و نامه وزارت امور خارجه که تابعیت ایتالیایی او را تصدیق می کرد، ارائه نمود. (Ibid, para, 14) در مقابل دولت امارات پاسخ داد که طبق قوانین ایتالیا، خواهان با اکتساب داوطلبانه شهروندی کانادایی در سال ۱۹۹۱ قهراً و عملاً تابعیت ایتالیایی خود را از دست داده است (Ibid, paras. 66-8). این دفاع باعث تعجب خواهان دعوی شد؛ زیرا او مستنداتی ارائه کرده بود که بموجب آنها مقامات ایتالیایی کماکان تابعیت ایتالیایی وی را معتبر می دانستند و همین اندازه کافی بود تا او مستحق بهره مندی از مزایای مقرر در معاهده دو جانبه و کنوانسیون شناخته شود. دیوان با رد استدلال خواهان مذکور و با استناد به بند ۱ ماده ۴۱ کنوانسیون که مقرر می دارد، دیوان داور "مرکز" خود قاضی صلاحیت خود (ICSID Convention, Article 41(1)) می باشد، نظر داد که دیوان حق دارد تا برای اقتناع وجدان قضایی خود در جهت احراز و اثبات تابعیت خواهان نسبت به بررسی اصالت و صحت مدارک ارائه شده از سوی وی تحقیقات لازم را معمول دارد، زیرا این امر موضوع مهمی است که صلاحیت "مرکز" بدان بستگی دارد. (Soufkari Case, Ibid, para. 55).

در نهایت دیوان پس از رسیدگیهای طولانی و دقیق، مدارک و مستندات ارائه شده از سوی خواهان را برای اقتناع وجدان قضائی خود کافی ندانست و با پذیرش دفاع دولت امارات متحده عربی صلاحیت خویش را احراز نکرد. نکته اصلی در عدم پذیرش صلاحیت دیوان در این قضیه به اقداماتی بر می گشت که خواهان در سال ۱۹۹۱ جهت کسب حق شهروندی کانادا انجام داده بود و همین امر باعث شد تا دیوان به این نتیجه برسد که خواهان طبق قانون و ایتالیا با کسب شهروندی کانادایی، تابعیت ایتالیایی خود را در سال ۱۹۹۱ از دست داده است و حالا بواسطه فقدان تابعیت مذکور بعنوان تبعه ایتالیا نمی تواند به معاهده دو جانبه میان امارات متحده عربی- ایتالیا استناد و علیه دولت میزبان اقامه دعوی نماید. (Soufraki, Award, 1 Para. 81). در توجیه عمل دیوان داور در رسیدگی به صحت و سقم و اصالت اسناد تابعیت خواهان پروفیسور شرور چنین می گوید: "طبق ماده ۴۳ کنوانسیون گواهی تابعیت و گذرنامه می توانند در زمره دلایل تابعیت مورد ملاحظه قرار گیرند. این مدارک اگر چه دارای ارزش ثبوتی می باشند اما مانع از آن نخواهد بود

که با توجه به قرائن و دلایل دیگر موجود در دعوی نتوان خلاف آنها را به اثبات رساند." (Scheruer, 2006, paras, 432-3)

بعد از صدور حکم در این پرونده، بود که دیوانهای داوری دیگر "مرکز" نیز با اقتدار کامل در راستای احراز صلاحیت خویش به بررسی اسناد و مدارک تابعیت خواهان پرداختند. یکی از دعاوی مشهور دیگر در این ارتباط در قضیه (Siag and Vecchi v. Egypt) روی داد و در آن دعوی مرجع داوری به ورود و بررسی صحت و سقم اسناد، دلایل و مدارک تابعیت ارائه شده از سوی خواهان پرداخت. در این دعوی دولت خواننده ضمن ارسال اسناد سجلی و پاسپورت متعلق به خواهانها و ارائه مدارکی که از طرف وزارت کشور مصر به وزارت امور خارجه منعکس شده بود و حکایت از آن داشت که خواهانها دارای تابعیت مصری هستند، مدعی عدم صلاحیت "مرکز" شد و اظهار داشت که طبق مقررات کنوانسیون، خواهانها حق ندارند علیه آن دولت اقامه دعوی نمایند. (Siage and Vecchi Case, Ibid). در این رای، دیوان علیرغم آنکه پذیرفت که اسناد و مدارک مزبور ارائه شده از سوی خواننده علی الظاهر دلایل مربوط به وجود تابعیت مصری خواهانها بشمار می رود، اما اعلام کرد از آنجا که این مرجع یک نهاد بین المللی است، با پیروی از حکم صادره شده در قضیه Sufarki و نظریه پرفسور شروئر به هیچ وجه محدودیتی در رسیدگی به صحت و سقم مدارک ارائه شده تابعیت در چارچوب دعوی حاضر و احراز اصالت آنها ندارد. (Siage and Vecchi Case, ibid, paras, 152-193)

دیوان معتقد بود که طبق اسناد و مدارک موجود ارائه شده و نیز قوانین تابعیت کشور مصر، تا جاییکه بر خلاف این اماره قانونی ادعایی وجود نداشته باشد، ظاهر امر حکایت از آن دارد که خواهانها دارای تابعیت مصری هستند و علی الاصول این امر بعهدده خواننده است که بتواند ثابت کند خواهان در زمان مورد نظر کنوانسیون، فاقد تابعیت مصری بوده است. (Ibid, paras, 138-144).

تصمیمات متخذه در دعاوی Sufkari و Siag and Vecchi این اصل را تأیید می کند که اگرچه اسناد رسمی تابعیت (گذرنامه) علی الظاهر دلیلی بر تابعیت فرد محسوب می شوند؛ اما به هیچ وجه دیوانهای "مرکز" را ملزم به پذیرش بدون قید و شرط این اسناد و غیر قابل رد دانستن آنها نمی کند. به بیان دیگر در زمان طرح دعوی نزد "مرکز"، دیوانهای داوری در چنین مواردی می توانند نسبت به رسیدگی به اصالت و صحت و سقم اسناد مزبور اقدام نمایند و نهایتاً اگر صحت یا اصالت صدور یا وجود چنین اسناد و مدارکی مورد تردید قرار گیرند، می تواند با ارجاع موضوع به قوانین تابعیت قابل اعمال در حقوق بین الملل خصوصی تصمیم بگیرد که آیا خواهان

دارای سمت قانونی در اقامه دعوی طبق معاهده در چهار چوب صلاحیت شخصی نزد "مرکز" می باشد یا خیر؟

۲-۳. حضور اشخاص حقیقی دارای تابعیت مضاعف نزد "مرکز"

ماده (۲) ۲۵ کنوانسیون که به اتفاق آراء مورد تصویب تدوین کنندگان کنوانسیون قرار گرفت. (Schreuer, ibid, para422) حاوی یک قاعده کاملاً مشخص و فاقد هرگونه ابهام و پیچیدگی حقوقی و سیاسی در خصوص وضعیت اشخاص حقیقی دارنده تابعیت مضاعف است. بموجب این ماده اختلافات اشخاص حقیقی دارای تابعیت مضاعف که یکی از تابعیت های آنان به تابعیت دولت طرف اختلاف بر می گردد، مطلقاً از حیطه صلاحیت "مرکز" مستثنی شده است (Director Reports, 1993, no, 377). این مهم در جزء الف از بند ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون به صراحت اعلام شده است که افرادی که دارای دو یا چند تابعیت هستند و در هر یک از دو تاریخ ((تاریخ اعلام رضایت طرفین به داوری و تاریخ ثبت درخواست داوری)) یکی از تابعیت ایشان، تابعیت کشور متعاقد طرف اختلاف باشد، از حق حضور در برابر دیوان های "مرکز" محروم می باشند. چنین اشخاصی حتی اگر یکی از تابعیت های شان "تابعیت موثر" یک کشور متعاقد دیگر هم باشد، حق اقامه دعوی نزد "مرکز" را ندارد (Amerasingh, op.cit, p251). عدم صلاحیت مرکز در چنین مواردی مطلق و ذاتی بوده و حتی اگر کشور طرف اختلاف هم به چنین امری رضایت دهد، قابل پذیرش نمی باشد (Director Reports, op.cit, Para.29). یکی از دعاوی معروفی که در ارتباط با وضعیت دارندگان تابعیت مضاعف در داوری "مرکز" مطرح شد، قضیه *Champion Trading v. Egypt* بود. این دعوی از سوی شرکت ثبت شده *Champion* در مصر به اتفاق سهامداران آن، سه برادر (خواهان) که از پدری مصری و مادر ایتالیایی در طی سالهای ۱۹۸۵-۱۹۷۹ بدینا آمده بودند، طبق معاهده دو جانبه مصر- ایالات متحده آمریکا اقامه شده بود. این اشخاص در عین حالیکه بواسطه تولد و اقامت در خاک دولت آمریکا تبعه کشور اخیر الذکر نیز بودند، طبق قانون مصر چون در زمان تولد پدر آنها مصری بود، تبعه دولت خوانده نیز محسوب می شدند. (اصل خون). دولت مصر در مقام ایراد عدم صلاحیت "مرکز" عنوان کرد، از آنجا که یکی از تابعیت های خواهان های این دعوی تابعیت دولت طرف اختلاف (میزبان) است، شرایط مقرر در ماده (۲) ۲۵ کنوانسیون رعایت نشده و در نتیجه "مرکز" فاقد صلاحیت در رسیدگی به اختلاف می باشد. مضافاً آنکه، از آنجا که خواهان ها در زمان ورود سرمایه خود به این کشور از مزایای تابعیت مصری خویش بهره برده اند، احراز صلاحیت "مرکز"

طبق ماده (۲) ۲۵ منطبق با عدالت نمی‌باشد. (Champion Case, 2003, paras 16-17) و صرف اعلام تابعیت از سوی سرمایه‌گذار بهنگام ثبت درخواست داوری "مرکز" نمی‌تواند قطعی و مسلم محسوب شود.^۱ در این قضیه، دیوان دعوی اشخاص حقیقی مذکور را بدلیل وجود تابعیت مضاعف آنها که یکی از آنها تابعیت دولت مصر بود را نپذیرفت و نسبت به رد صلاحیت خویش حکم داد.

طبق کنوانسیون، دارندگان تابعیت مضاعف که دارای تابعیت یک کشور متعاقد و یک کشور غیر متعاقد، یا چند کشور متعاقد (غیر از کشور طرف اختلاف) باشند، اهلیت اقامه دعوی نزد "مرکز" را دارند. (Broches, op.cit. p. 249) این موضوع بقدری در کنوانسیون صریح و شفاف است که حتی اگر دولت‌های عضو بخواهند شرطی خلاف آن هم بعمل آورند، چنین مجوزی به آنها داده نشده است. بررسی سوابق داوری دیوان در این خصوص ادعای مذکور را تأیید می‌نماید.

برای نمونه، در قضیه *Siag and Vecchi v. Egypt* ملاحظه می‌شود که هر دو خواهان که اشخاص حقیقی بودند، بواسطه ورود خسارت به تاسیسات تروریستی آنها در بندر عقبه با ادعای اینکه تبعه ایتالیا می‌باشند به استناد معاهده دو جانبه ایتالیا - مصر دعوایی علیه دولت مصر مطرح نمودند. در این دعوی تردیدی وجود نداشت که خواهانها در حال حاضر دارای تابعیت ایتالیایی هستند، اما سؤال اصلی آن بود که طبق کنوانسیون واشنگتن در زمان اعلام رضایت به داوری و احراز صلاحیت شخصی "مرکز"، آیا آنها تبعه دولت مصر محسوب می‌شده‌اند یا نه (ماده (۲) ۲۵) (*Siage and Vecchi Case, para 14*). در این قضیه وضعیت خواهانها با یکدیگر متفاوت بود. بدین توضیح که *Siag* بواسطه تولد در مصر از پدر مصری الاصل تبعه این دولت محسوب می‌شد. (*Ibid, para. 155*) ولی ظاهراً بخاطر فرار از خدمت سربازی بدون اینکه تابعیت مصری خود را ترک نماید، در ۱۵ دسامبر ۱۹۸۹ به تابعیت دولت لبنان درآمده بود و در حالیکه از زمان کسب تابعیت لبنانی او فقط چهار روز می‌گذشت، درخواستی به وزارت کشور مصر تقدیم داشت که بموجب آن تقاضای کسب تابعیت خارجی کرده بود. وی در فرم مخصوص تقاضای کسب تابعیت خارجی خویش به وزارت کشور، اعلام کرد که همچنان خواستار بقاء به تابعیت مصری است. این در حالی بود که وی قبل از کسب تابعیت لبنانی از تابعیت قبلی خود

۱. واقعیتهایی که در قضیه *sufkari* هم ملاحظه شد. بدین توضیح که اگرچه خواهان آن دعوی برای بهره‌مندی از مزایای معاهده دو جانبه ایتالیا امارات متحده عربی به تابعیت ایتالیایی خود استناد کرد اما این موضوع نتوانست مثبت تابعیت ایتالیایی وی باشد و دیوان را بر آن داشت تا با بررسی اسناد و مدارک، و سوابق تابعیت خواهان به اقناع وجدان قضایی نایل گردد.

(مصری) خارج نشده بود. قوانین دولت مصر در این ارتباط مقرر می‌دارد که اگر مجوز کسب تابعیت خارجی برای متقاضی صادر گردد، بقاء در تابعیت دولت مصر، منوط به آنست که ظرف مدت یکسال از زمان کسب تابعیت خارجی با صدور اعلامیه‌ای باقی ماندن به تابعیت مصری خود را اعلام نماید، در غیر اینصورت تابعیت دولت مصر از وی سلب می‌شود. به این ترتیب ملاحظه می‌شود از آنجا که مجوز کسب تابعیت درخواستی خواهان در ۵ مارس ۱۹۹۰ صادر شده است و نامبرده از این تاریخ هیچ اعلامیه‌ای مبنی بر قبول به باقیماندن به تابعیت مصری خود ظرف مدت یکسال مقرر در قانون تابعیت مصر را ارائه نداده است، در نتیجه نامبرده فاقد تابعیت مصری و بعنوان تبعه دولت لبنان شناخته می‌شود. او سپس با یک دختر ایتالیایی ازدواج می‌کند و پس از گذشت ۳ ماه از ازدواج با همسر ایتالیایی خود در ماه مه ۱۹۹۳ تابعیت ایتالیایی را نیز طبق مجوز وزارت کشور دولت ایتالیا کسب کرد و از آن تاریخ به بعد، وی با وجود داشتن تابعیت لبنانی، تبعه ایتالیا نیز محسوب می‌شود. دولت مصر در ارتباط با دعوای مطروحه از ناحیه شخص یاد شده، به صلاحیت "مرکز" ایراد و عنوان نمود که، خواهان کماکان یک شخص مصری محسوب می‌شود. زیرا اولاً زمانی که او تابعیت لبنانی خود را کسب کرده از تابعیت دولت مصر خارج نشده بوده است (۱۵ دسامبر ۱۹۸۹) (زمان تقدیم درخواست کسب تابعیت خارجی ۱۹ دسامبر ۱۹۸۹ بعد از اخذ تابعیت لبنانی وی بوده است که بدلیل عدم صدور مجوز کسب تابعیت از ناحیه دولت مصر تاثیری در تابعیت سابق وی ندارد (Ibid) و ثانیاً چهار روز پس از اینکه خواهان تابعیت لبنانی خود را کسب کرده بود، مبادرت به تقدیم درخواست کسب تابعیت خارجی به دولت مصر را تقدیم داشت در نتیجه وی همچنان مصری محسوب می‌شود. دیوان استدلالهای بعمل آمده از ناحیه دولت را نپذیرفت و با ورود به جزئیات و موارد ماهوی در موضوع تابعیت اظهار داشت، طبق قانون مصر، کسب تابعیت خارجی برای اتباع مجاز شمرده شده است و آنها در انجام این عمل نیازی به اخذ مجوز قبلی کسب تابعیت خارجی از آن دولت ندارند. (Ibid, para. 159) از نظر دیوان Siag بدرستی و مطابق با مقررات قانونی دولت مصر اقدام به کسب تابعیت خارجی نموده و طبق قوانین جاری آن کشور تابعیت جدید را اخذ کرده است. اگر Siag می‌خواست که در تابعیت مصری خود باقی بماند، لازم بود که ظرف مدت یکسال پس از کسب تابعیت خارجی‌اش اعلامیه‌ای بر بقاء به تابعیت قبلی خویش صادر نماید، که آن اعلامیه نیز هیچ وقت از ناحیه وی صادر نشد. (Ibid, para. 171). (در همین راستا اکثریت داوران دیوان نیز همین اعتقاد داشتند که قانون مصر شرط بقاء در تابعیت آن کشور را صدور اعلامیه از ناحیه متقاضی می‌داند که خواهان هرگز چنین اقدامی را معمول نداشته است. (Ibid, para. 174). در نتیجه خواهان پس از

کسب تابعیت لبنانی و عدم صدور اعلامیه ظرف مدت مقرر یکساله پیش بینی شده در حقوق بین‌الملل خصوصی کشور مصر، دیگر نمی‌تواند تبعه دولت مصر محسوب شود. نتیجتاً Siag تبعه دولت مصر شناخته نشد و با وجود داشتن تابعیت مضاعف (ایتالیایی-لبنانی)، منعی برای اجرای مقررات (۲)، ۲۵ کنوانسیون در احراز صلاحیت شخصی "مرکز" وجود نداشت.

اما وضعیت خانم Vecchi در این قضیه کاملاً متفاوت بود، وی که متولد کشور ایتالیا بود، وقتی که با مرد مصری که همسر سابق او بود ازدواج کرد، تابعیت ایتالیایی خویش را از دست داد و بواسطه ازدواج با مرد مصری در سال ۱۹۵۷ تابعیت دولت مصر را کسب نمود. (Ibid, para. 175) زمانی که از همسر مصری‌اش طلاق گرفت مجدداً طبق قانون ایتالیا با صدور اعلامیه‌ای در سال ۱۹۹۲ به تابعیت اصلی‌اش یعنی ایتالیا بازگشت.^۱ در این دعوی، تابعیت فعلی خانم Vicchi مورد اختلاف نبود اما دولت مصر ادعا می‌کرد که، علیرغم بازگشت ایشان به تابعیت ایتالیایی، نامبرده کماکان تابعیت مصری خود را حفظ کرده است و بنابراین دیوان داوری "مرکز" به این دلیل فاقد صلاحیت به رسیدگی به دعوی مطروحه است. دیوان این استدلال خواننده را نیز با استناد به قانون تابعیت مصر مردود دانسته و اعلام کرد که بموجب قانون تابعیت مصر، با بازگشت زن به تابعیت اول خود، تابعیت اکتسابی مصری‌اش عملاً زائل می‌شود. (Ibid, para. 180-194). در نتیجه دیوان با بررسی جزئیات موضوع در تابعیت مضاعف در دعوی حاضر به صراحت اعلام نمود که در رسیدگی به این دعوی دارای صلاحیت است (Ibid, para. 195).

دعاوی Siag and Vicchi, Champion Trading, همچون دعاوی Sufraکی در اعمال ماده (۲) ۲۵ کنوانسیون، واشنگتن نشان داد که دیوانهای داوری "مرکز" می‌توانند نسبت به تعیین تابعیت واقعی خواهان به هنگام ثبت درخواست داوری برای احراز و اعمال صلاحیت خود اقدام و با در نظر گرفتن مقررات حقوق بین‌الملل خصوصی و قانون تابعیت دولت ذیربط صلاحیت خویش را احراز می‌نمایند؛ زیرا ماده مذکور یک قاعده مطلق است که باید کاملاً مورد توجه و رعایت قرار گیرد. (Sancalir, 1950, p. 97)

۲-۳. صلاحیت "مرکز" نسبت به دارندگان تابعیت "برتر یا موثر"

تدوین کنندگان کنوانسیون در نظر داشته‌اند تا امکان حضور اشخاص حقیقی دارای تابعیت مضاعف را نزد "مرکز" فراهم کنند و اجازه دهند تا اشخاص دارای تابعیت مضاعفی که یکی از تابعیت‌های آنان، تابعیت یکی از دولتهای متعاقد عضو کنوانسیون بجز تابعیت دولت میزبان طرف

اختلاف است نیز بتوانند نزد "مرکز" حاضر شوند. (Schreuer, op.cit. para.438) سوابق تدوین کنوانسیون حاکی از آنست که سرمایه گذاران دارای تابعیت مضاعف دولتهای غیر عضو و بالاخص آنانی که یکی از تابعیت هایشان، تابعیت دولت عضو طرف اختلاف است، حق تقدیم درخواست داوری به "مرکز" را نداشته باشند.^۱ آرون بروشه نیز به سال ۱۹۷۲ در سخنرانی دوره آکادمی لاهه اظهار داشت که تدوین کنندگان کنوانسیون از وضع قانونی که مخالف اجازه مراجعه افراد دارای دو تابعیت به "مرکز" باشد، احتراز و آن را منوط به شرایط خاصی نموده اند. (Broches, 1972, p.33) حال سئوال آنست که اشخاص دارای تابعیت مضاعف که یکی از تابعیت ایشان تابعیت موثر محسوب می گردد تحت چه شرایطی امکان حضور نزد داوری "مرکز" را دارند؟

حقوق بین الملل اهمیت "تابعیت موثر" اشخاص را از مدتها قبل شناسایی کرده است. این موضوع برای اولین بار در قضیه "نوته بام" (Notthebam Case, I.C.J., 1955) توسط دیوان بین المللی دادگستری مورد نقد و بررسی حقوقی قرار گرفت. در این قضیه این سوال مطرح بود که آیا دولت لنینختن اشتاین در طرح دعوا علیه دولت گواتمالا می تواند در مقام حمایت دیپلماتیک از خواهان بر آید؟ پاسخ به این سوال از آن جهت واجد اهمیت بود که بدانیم آقای نوته بام اقامت طولانی مدت و ارتباط نزدیکی با دولت گواتمالا داشت و مدت ۳۰ سال در آن کشور زندگی میکرد؛ و درعین حال در این اثناء با وجود داشتن تابعیت لنینختن اشتاین و آلمان، رابطه بسیار محدودی با دولت لنینختن اشتاین داشت. بنابراین دیوان پس از بحث و بررسی مفصل در اطراف موضوع "تابعیت موثر"^۲ حکم داد که در این قضیه دولت لنینختن اشتاین نمی تواند در مقام حمایت دیپلماتیک از ناحیه خواهان دعوائی را بر علیه گواتمالا مطرح نماید زیرا فرد یاد شده فاقد ارتباط کافی، موثر و لازم با دولت خواهان است.

معیار اعمال شده در قضیه نوته بام برای دارندگان تابعیت مضاعف از آن زمان تاکنون توسط مراجع داوری بین المللی متعددی مورد استفاده قرار گرفته است. (Wisner, 2004, p.931) این مهم به گونه ای بسیار مشهور در دیوان داوری ایران - آمریکا در پرونده ۱۸/الف برای تعیین تابعیت اتباع آمریکایی دارای تابعیت مضاعف ایرانی در قبال دعوی علیه جمهوری اسلامی ایران مورد بررسی قرار گرفت. در این پرونده قاضی رسیدگی کننده به دعوی برای تعیین تابعیت

1. Documents concerning the origin and Formulation of the convention on the settlement of Investment Disputes between state and National of Other States ", (Washington D.c. ICSID 1968).vol II .PP 261, para 170-447

2. Effective Ntionality

اشخاصی که علیه دولت ایران اقامه دعوی نموده بودند، استدلال کرد که: "بجای استناد به معیارهای شکلی بهتر است به شیوه عینی و عملی پذیرفته شده توسط دیوان بین المللی دادگستری بر تعیین "تابعیت موثر" بر مبنای وقایع قضیه نوته بام به موضوع دعوی حاضر پرداخته شود..." و در نتیجه حکم داد که: "...دیوان برای رسیدگی به دعاوی اتباع آمریکائی دارای تابعیت مضاعف علیه ایران واجد صلاحیت است، زیرا "تابعیت موثر و برتر" خواهان در زمان لازم برای اقامه دعوی (۱۹ ژانویه ۱۹۸۱) تابعیت آمریکائی بوده است و بهمین واسطه تبعه آمریکا محسوب می شود. دیوان در تعیین تابعیت موثر و برتر همه عوامل مرتبط از جمله اقامت دائم و ارتباطات خانوادگی، مشارکت در امور اجتماعی و دیگر امور ضروری را مورد توجه قرار داد (Iran- United States Case No, A/18, para, 263)

اما نکته ای که در ارتباط با موضوع بحث حاضر لازم به ذکر است، عدم درج عبارت "تابعیت موثر" یا "تابعیت برتر" در کنوانسیون برای تشخیص و احراز صلاحیت "مرکز" می باشد. شاید بتوان یکی از دلایل عدم ذکر این واژه را در کنوانسیون بدیهی بودن آن بعنوان یک معیار پذیرفته شده در حقوق بین الملل خصوصی حاکم بر وضعیت تابعیت اشخاص دارای تابعیت مضاعف جستجو کرد (Dolzer & Stevens, 1995, p. 34).

برخی از علمای حقوق سرمایه گذاری خارجی نیز معتقدند بسیاری از موافقتنامه های سرمایه گذاری از بیان مسئله "تابعیت موثر" احتراز کرده اند. دلیل این امر را می توان وجود معیارهای پذیرفته شده کلی حقوق بین الملل دانست که بر وضعیت اشخاص دارای تابعیت مضاعف بعنوان تابعیت موثر مصداق پیدا می کند (Ibid). در ارتباط با تعمد در عدم درج عبارت "تابعیت موثر" در کنوانسیون، شاید بتوان دلیل دیگری هم ارائه کرد و آن اینست که در این سند موضوع حمایت دیپلماتیک طبق ماده ۲۷ عملاً بحالت تعلیق در آمده است (ICSID Convention, Article (1) 27).

یکی از قضایایی که دیوانهای داوری "مرکز" مستقیماً به موضوع "تابعیت موثر" ورود پیدا کرده و به آن پرداختند، دعوی (Eudoro Aolguin v. Paraguay) بود که در آن دیوان رسیدگی کننده بصراحت از "تابعیت موثر" سخن بمیان آورده و تاکید کرده که تابعیت خواهان پرونی نوعی تابعیت "واقعی" و موثر است. (Aolguin Case, ibid, para. 18). آقای اولگوین شخصی با دو تابعیت آمریکایی و پرونی بود که دعوائی را طبق معاهده دو جانبه پرو - پاراگوئه بطرفیت دولت پاراگوئه، در رابطه با سرمایه گذاری در یک شرکت تولید و توزیع محصولات غذایی در کشور پاراگوئه مطرح کرد. دیوان داوری در پاسخ به ایراد دولت پاراگوئه به "صلاحیت

مرکز" اظهار داشت که در این قضیه "تابعیت موثر" خواهان تابعیت پرونی است و همین مسئله کافی است تا هدف مورد نظر کنوانسیون واشنگتن و معاهده دو جانبه، حاصل شود. همین شیوه استدلال را می توان در دعوی سوفکاری (Sufkari Case, 2004) نیز مشاهده کرد. در این قضیه Sufkari بعنوان شخصی که دارای تابعیت کانادایی و ایتالیایی بود با تمسک به تابعیت ایتالیایی خود برای بهره مندی از مزایای معاهده دو جانبه سرمایه گذاری میان ایتالیا- امارات متحده مبادرت به تقدیم درخواست داوری علیه دولت امارات متحده عربی به "مرکز" نمود. با توجه به ایراد دولت امارات، دیوان در مورد تابعیت مضاعف کانادایی- ایتالیایی وی به تحقیق پرداخت و دریافت که در زمانی که وی تابعیت کانادایی را کسب نموده، تابعیت ایتالیایی خود را از دست داده است و در نتیجه نمی تواند با استناد به تابعیت ایتالیایی خود دعوی را بطرفیت امارات متحده عربی مطرح کند. (Ibid) زیرا موضوع "تابعیت موثر" ایتالیایی او منتفی است و او فقط کانادایی شناخته می شود که دولت امارات با آن دولت معاهده دو جانبه سرمایه گذاری منعقد نکرده است. در این قضیه دیوان دلیل و استدلال خود برای اینکه چرا بر روی "تابعیت موثر" تاکید کرده را توضیح نداده است. در قضیه Sufkari دولت امارات متحده عربی استدلال می کرد که حتی اگر در حال حاضر خواهان را یک فرد تبعه ایتالیایی هم تلقی کنیم اما علقه تابعیتی وی در با کشور کانادا "تابعیت موثر" می باشد و به همین خاطر در این دعوی نباید تابعیت ایتالیایی وی بمنظور بهره مندی از مزایای معاهده دو جانبه امارات ایتالیا مورد توجه قرار گیرد. (Ibid, para, 42)

۴. تابعیت اشخاص حقوقی

بند ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون، ملاک تابعیت اشخاص حقوقی در مراجعه به "مرکز" را، تعیین و در مقایسه با اشخاص حقیقی برای آن شرایط آسانتری پیش بینی کرده است. بمرجب ماده مذکور، اشخاص حقیقی در زمان مراجعه به داوری "مرکز"، باید هم در تاریخ "اعلام رضایت طرفین اختلاف" و هم در تاریخ "تسلیم و ثبت تقاضای داوری" تابعیت کشور متعاقد را داشته باشند؛ لیکن معیار لازم برای مراجعه اشخاص حقوقی به داوری "مرکز"، وجود تابعیت با دولت متبوع تنها در تاریخ "اعلام رضایت طرفین اختلاف" به داوری است و تغییرات احتمالی بعدی در تابعیت شرکت در هنگام ثبت داوری، مانع از احراز صلاحیت "مرکز" نمی باشد (Amerasingh, op.cit, pp.266-7).

۴-۱. مفاهیم و ضوابط کلی تابعیت اشخاص حقوقی بعنوان تبعه دولت متعاهد

تاکنون بخش قابل توجهی از قضایای مطروحه نزد "مرکز" در ارتباط با دعاوی مربوط به تعیین تابعیت اشخاص حقوقی بوده است که به نظر می‌رسد در این رابطه قاعده عرفی شناخته شده‌ای در حوزه حقوق بین الملل سرمایه گذاری نسبت به این مسئله شکل گرفته باشد. (Sanclair, op.cit, p.125-30). کنوانسیون واشنگتن فراتر از عبارات مندرج در ماده (ب) (۲) ۲۵ هیچ گونه روشنگری دیگری در مورد وضعیت تابعیت اشخاص حقوقی بعمل نیاورده و معیار مشخصی را برای تعیین تابعیت اشخاص ارائه نداده است و این وظیفه را به دیوان های داوری رسیدگی کننده محول کرده است تا با توجه به اسناد مربوط به اعلام رضایت طرفین نسبت به یافتن تابعیت این اشخاص جهت احراز صلاحیت شخصی خویش اقدام کنند و در این ارتباط تنها به تعیین "حد نهائی" صلاحیت "مرکز" بسنده و تعیین دقیق و حدود موضوع را به رضایت طرفین متعاهد منوط کرده است. به بیان دیگر، دولت های طرف یک معاهده سرمایه گذاری می توانند عبارات "تبعه دولت متعاهد" یا "سرمایه گذار" را در بین خود تعریف کرده و نسبت به تعیین ملاک و معیارهای قابل اعمال تعیین "تابعیت" این اشخاص توافق نمایند (Broches, op.cit, p. 360). نیک پیدا است که توافق طرفین در تعیین ملاک و معیار "تابعیت" اشخاص خصوصی نمی تواند مغایر با موازین شناخته شده حقوق بین الملل خصوصی از یک سو و برخلاف هدف و موضوع کنوانسیون از سوی دیگر باشد؛ و هر توافقی در این خصوص باید در چارچوب "حد نهائی" مقرر در ماده ۲۵ باقی بماند. (Schreuer, op.cit, Article 25) خروج طرفین از "حد نهائی" مقرر شده در کنوانسیون به معنای نادیده انگاشتن هدف و موضوع این سند بین المللی محسوب شده و قاعدتاً از وجاهت معاهداتی برخوردار نمی باشد. حال باید دید که آیا مراجع داوری "مرکز" در تفاسیر مربوط به احراز صلاحیت شان این قاعده کلی را رعایت کرده اند.

۴-۲. مفاهیم و ضوابط کلی تعیین تابعیت اشخاص حقوقی بعنوان سرمایه گذار تبعه دولت متعاهد

اصولاً تعیین تابعیت اشخاص حقوقی در مقایسه با اشخاص حقیقی در حقوق بین الملل خصوصی تا حدودی پیچیده تر است و نمی توان ملاک و معیار ثابت و شناخته شده ای را در این ارتباط ارائه داد. دلیل این امر نیز کاملاً روشن است؛ در نظر بگیریم که یک شرکت مطابق با قوانین دولت "الف" تاسیس شود، مرکز کنترل خود را در کشور "ب" قرار دهد و حوزه فعالیت اصلی خود را در کشور "ج" متمرکز سازد. در چنین اوضاع و احوالی ملاحظه می کنیم که ارائه ملاک و معیار مشخصی برای تعیین و تشخیص تابعیت اشخاص حقوقی در عرصه بین المللی کار آسانی نخواهد

بود. (Ibid,p.465) به همین دلیل دولتها به هنگام تنظیم موافقتنامه های سرمایه گذاری معمولاً بجای تعیین تابعیت اشخاص حقوقی، معیار تابعیت این اشخاص «اعم از محل ثبت، اقامتگاه، اداره و کنترل خارجی» را بطور دقیق مشخص می سازند تا از بروز اختلافات و مناقشات حقوقی آتی جلوگیری کنند.

طبق ماده (ب) ۲۵ کنوانسیون، معیار تعیین تابعیت اشخاص حقوقی "محل ثبت" یا "اقامتگاه" است، (Ibid,para,468) ودیوانهای داوری "مرکز" در رویه خویش، معیار "محل ثبت" و "اقامتگاه" را بر ملاک ضابطه "کنترل خارجی شرکت" برای تعیین تابعیت اشخاص حقوقی ارجح دانسته اند (Ibid,para,465)، مگر اینکه قرائن کافی و قوی بر ضابطه کنترل خارجی وجود داشته باشد.^۱

ماده ۲۵ کنوانسیون واشنگتن همچنین به طرفین این اجازه را می دهد تا آنها بتوانند آزادانه نسبت به انتخاب معیارهای دیگر تعیین تابعیت اشخاص حقوقی اقدام کنند. بنابراین در اختلافات و داوری های مبتنی بر معاهده، برای تشخیص و تعیین تابعیت اشخاص حقوقی باید به توافقات مندرج در معاهده فیمابین و معیارهای مشخص شده توسط متعاهدین توجه داشت. اکثر موافقتنامه های سرمایه گذاری به غیر از "محل ثبت" یا "اقامتگاه" اشخاص خصوصی که بر طبق قوانین جاری در دولتهای عضو معاهده ثبت شده و فعالیت می کنند، معیار دیگری را پیش بینی نکرده اند. اما معاهدات دوجانبه ای هم وجود دارند که علاوه بر محل ثبت یا اقامتگاه، معیارهای دیگری، از جمله "انجام فعالیت واقعی در قلمرو سرزمینی محلی" که شرکت در آنجا به ثبت رسیده و یا "حضور مستمر و عملی در محل ثبت شرکت" را هم علاوه بر دو معیار اصلی پیش گفته شده،

۱. به هنگام تدوین کنوانسیون پیشنهادی بعمل آمد که بموجب آن مقرر شده بود تا "محل ثبت شرکت" و "کنترل خارجی شرکت" هر دو بعنوان معیارهای تعیین تابعیت اشخاص حقوقی پذیرفته شوند و تصریح شد که در صورتیکه اشخاص حقوقی دارای اوصاف دوگانه مزبور باشند و بهنگام استفاده از مزایای مندرج در کنوانسیون هر کدام به نتایج متفاوتی بیانجامند، هریک از آنها بتواند بعنوان ضابطه ای جایگزین بجای دیگری مورد عمل قرار گیرد. این ماده که پیش بینی می کرد یک شرکت ثبت شده محلی بواسطه کنترل خارجی سهامداران آن باید تبعه دولتهای متعاهد قلمداد شود از دو جهت مورد انتقاد قرار گرفت. اول از این حیث که آن شرکت چون طبق قوانین داخلی دولت میزبان به ثبت رسیده است پس باید تبعه آن دولت محسوب شود و از این حیث واجد اوصاف و شرایط لازم برای طرح اختلاف در "مرکز" بطرف دولت میزبان متبوع خود نخواهد بود. دیگر اینکه عبارت "تحت کنترل خارجی" بقدری واژه مبهم و موسعی است که در مواردی که یک شرکت در دولت میزبان به ثبت رسیده باشد و بوسیله سهامداران خارجی کنترل می شود، فاقد کارائی لازم است؛ زیرا مالکیت و تابعیت متفاوت و متعدد سهامداران مانع از افاده کامل مفهوم این عبارت خواهد بود. بواسطه ایرادات بعمل آمده مزبور در نهایت ماده (ب) (۲) ۲۵ با اوصاف مندرج در کنوانسیون به شکل حاضر پذیرفته شد.

مورد پذیرش قرار داده‌اند.^۱ معاهدات اندکی هم وجود دارند که تعیین تابعیت اشخاص حقوقی را به تابعیت "کنترل کننده خارجی" آن منوط کرده اند. (Dolzer, ibid, p.37-41). در نهایت باید دانست که ملاک "محل ثبت شرکت" نسبت به معیار "تابعیت مالکین و سهامداران" بعنوان کنترل کنندگان خارجی شرکت اشخاص حقوقی از منطبق و بنیان قوی تری برخوردار است، زیرا شرکتهای فرا ملی، غالباً از سهامداران متعددی تشکیل شده‌اند که هریک دارای تابعیت‌های مختلف می‌باشند و در نتیجه تعیین تابعیت شرکتهای مذکور بر مبنای تابعیت سهامداران کنترل کننده شرکت در بعضی موارد کاری غیر ممکن و غیر عملی خواهد بود؛ ولی بر عکس استفاده از معیار محل ثبت شرکت، شیوه بسیار ساده و مطمئنی برای تعیین تابعیت این اشخاص محسوب می‌شود. ناگفته نماند که نادیده گرفتن تابعیت سهامداران یک شرکت، در برخی موارد می‌تواند مشکلات خاص خود را بدنبال داشته باشد. برای مثال، اگر شرکتی در مالکیت اتباع دولت ثالثی باشد که با دولت میزبان معاهده دو جانبه نداشته باشد، چه کسی می‌تواند تضمین نماید که سرمایه‌گذاری آنها در دولت میزبان از حمایت معاهده ای برخوردار باشد؟ یا اینکه اگر شرکتی در محل کشور میزبان ثبت شده باشد ولی در مالکیت سهامداران خارجی باشد، چه شخصی تبعه دولت میزبان محسوب می‌شود، اتباع خارجی یا شرکت ثبت شده در محل دولت میزبان؟ از آنجا که کنوانسیون معیار تعیین تابعیت اشخاص حقوقی را به رضایت طرفین منوط کرده است، پس در دعاوی ناشی از معاهده، تابعیت این اشخاص را باید در معاهدات سرمایه‌گذاری جستجو کرد. برای مثال، اگر معاهده دو جانبه‌ای معیار تابعیت را "محل ثبت" شرکت تعیین و در مورد مالکیت سهامداران شرکت ساکت و هیچ معیار جایگزین دیگری بجای آن مقرر نکرده باشد، تابعیت آن شرکت کاملاً مشخص است و در چنین وضعیتی آن را باید یک شرکت ثبت شده در سرزمین یکی از دولتهای متعاهد عضو کنوانسیون واشنگتن تلقی کرد که او می‌تواند اختلاف خود را علیه دولت متعاهد دیگر بدون توجه به تابعیت سهامداران کنترل کننده و بدون در نظر گرفتن میزان فعالیت تجاری شرکت در محل ثبت، نزد داوری "مرکز" اقامه کند. در ادامه هریک از معیارهای گفته شده فوق را با استناد به رویه دیوانهای داوری "مرکز" و موضع این مراجع در تفسیر بعمل آمده از آنها مورد بررسی و تجزیه و تحلیل قرار می‌دهیم.

۱. حداقل یک معاهده دو جانبه را می‌توان نام برد که تابعیت اشخاص حقوقی را بر مبنای محل ثبت شرکت و محل اداره موثر آن در محل ثبت تعیین کرده است. - Swiss BIT with Albania , Latvia , Lithuania and Vietnam. See Also and Swiss BIT with Argentina. Available at: <http://www.swiss-bits.com>

۴-۴. بررسی معیار "محل ثبت" و "اقامتگاه" اشخاص حقوقی در رویه "مرکز"

در حقوق بین الملل عرفی برای تعیین تابعیت اشخاص حقوقی دو معیار و ضابطه کلی که عبارتند از، معیار "محل ثبت" و "اقامتگاه" مورد قبول و پذیرش قرار گرفته است. (Schreuer, op. cit, p.277) رویه داوری "مرکز" در طی سالیان گذشته نیز حاکی از آنست که معیار قابل اجرا برای تعیین تابعیت شرکتها طبق ماده ۲۵ کنوانسیون همان معیار سنتی "محل ثبت" یا "اقامتگاه" بوده است. (Ibid).

در قضیه (Quest Africaine des Betons Industrial v. Republic of Senegal) (Societe) ملاحظه می شود که دیوان رسیدگی کننده اولین بار با پذیرش معیار محل ثبت شرکت، چنین رای داده است: « چنانکه در ماده ب (۲) ۲۵ کنوانسیون مقرر است، یک شخص حقوقی که تابعیت یکی از دولتهای متعاقد طرف اختلاف را دارد، شخصی است که طبق قوانین داخلی مربوط به شرکتها در آنجا به ثبت رسیده و دفتر مرکزی اش نیز در آن کشور واقع باشد. (Ibid)

دیوان در قضیه Tokios Tokeles V. Ukraine برای تعیین تابعیت شخص حقوقی نیز به وجود یکی از این دو ضابطه (محل ثبت - محل اقامت) تاکید کرده است. با این وصف طبق مقررات حقوق بین الملل سنتی و معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری مدرن به این نتیجه رسید که از میان دو ضابطه مذکور، معیار "محل ثبت شرکت" بعنوان رایج ترین شیوه تشخیص و تعیین تابعیت شرکتهای تجاری پذیرفته شده است (Tokios Tokeles v. Ukraine)، اگرچه این معیار نمی تواند مانع از توافق طرفین در تعیین معیارهای دیگری تابعیت (کنترل خارجی و اقامتگاه) اشخاص حقوقی باشد. در این قضیه (Tokios Case, ibid) تصمیم مربوط به احراز صلاحیت مرکز از سوی دیوان رسیدگی کننده بسادگی اتفاق افتاد. این تصمیم ثابت کرد که اگر یک معاهده سرمایه گذاری معیار تعیین تابعیت اشخاص حقوقی را بر اساس قوانین جاری و در محل ثبت شرکت تعریف و مشخص کرده باشد، شرکت خارجی می تواند، حتی اگر سهامداران آن تابعیت دولت میزبان را هم داشته باشند، دعاوی ناشی از معاهده را بدون توجه به تابعیت سهامداران خارجی آن علیه دولت میزبان نزد "مرکز" مطرح نماید.^۱ دلیل موید صحت این ادعا

۱. در حقیقت باید گفت که قبل از قضیه Tokios Tokeles دیوان در قضیه Champion Trading Company نیز حکم داده بود که شرکت ثبت شده محلی در سرزمین کشور مصر می تواند، علیرغم اینکه اشخاص سهام دار آن شرکت از اتباع مصر محسوب می شوند و آنها نمی توانستند شخصاً و به استناد مقررات معاهده دو جانبه مصر - آمریکا علیه دولت میزبان اقامه دعوی کنند، بعنوان شخص حقوقی بطرفیت دولت مصر مبادرت به تقدیم دادخواست نمایند.

را می توان در نظر اکثریت اعضای دیوان داوری در دعوی مذکور ملاحظه کرد. در این قضیه که دیوان با ایراد عدم صلاحیت از ناحیه دولت اکراین مواجه شد، اکثریت قضات استدلال نمودند که "... طبق ماده ۲۵ کنوانسیون "محل قانونی ثبت شرکت" در این دعوی، تنها ملاک تعیین صلاحیت شخصی "مرکز" محسوب می شود و بر همین اساس شرکت خواهان وفق مفاد معاهده دو جانبه اوکراین- لیتوانی یک "سرمایه گذار" لیتوانیایی شناخته شده و بموجب کنوانسیون واشنگتن ۱۹۶۵ "تبعه دولت متعاقد دیگر" بحساب می آید و می تواند دعوی خود را علیه دولت اکراین مطرح نماید. (Ibid, para.43) چنانچه ملاحظه می شود در این قضیه هیچ معیار دیگری در کنوانسیون یا معاهده دو جانبه برای تعیین تابعیت شخص خصوصی میان لیتوانی و اکراین در مراجعه به داوری "مرکز" پیش بینی و مقرر نشده است...". (Ibid, para.28)

سابقه رسیدگی داوری در این قضیه حاکی از آن است که دیوان به بررسی واقعیت های پشت پرده این شرکت ورود پیدا نکرد و به این موضوع نپرداخت که آیا اشخاصی که شرکت خواهان را کنترل می کردند و یا مالک آن بحساب می آمدند، اتباع لیتوانی یا اوکراینی بودند؛ مضافاً اینکه در این قضیه هیچ قرینه و دلیلی که حکایت از آن داشته باشد که این شرکت برای جلب حمایت از معاهده دو جانبه میان اوکراین و لیتوانی در کشور اخیر الذکر به ثبت رسیده نیز، وجود نداشت.^۱

در این قضیه پرفسور weil رئیس شعبه دیوان ضمن مخالفت با نظریه اکثریت، "ماهیت تصمیم" متخذه را نیز قبول نداشت. (Tokios Case, Dissenting Opinion, para.1). وی در اعلام نظر مخالف خویش در این دعوی اظهار داشت ".....کنوانسیون بعنوان مکانیسمی برای داوری و حل و فصل اختلافات بین المللی ناشی از سرمایه گذاری میان دولتها و اتباع دولتهای دیگر و نه برای حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری میان دولت با اتباع خود

۱. معمولاً در موارد بسیار آشکار که امکان سوء استفاده شرکت بمنظور تقلب یا سوء رفتار وجود دارد و یا در جائیکه برای حمایت از منافع اشخاص ثالث و یا منع اجرای تعهدات قانونی چنین اقداماتی از ناحیه اشخاص حقوقی معمول گردد. بدیهی است که دیوان باید با دقت و موشکافی نسبت به پوشش بعمل آمده از ناحیه این شرکت ها برای فرار از مقررات به کنکاش پردازد و تابعیت قانونی شرکت که مبتنی بر محل ثبت آن تعیین شده است را نادیده انگارد؛ اما در عین حال باید از عاقلان داشت که دیوان نمی تواند نسبت به ضابطه ای که طرفین برای تعیین تابعیت یک شرکت در نظر گرفته اند، مداخله ای داشته باشد؛ زیرا اگر طرفین متعاقد بخواهند قلمرو و عرصه حضور اشخاصی را که در حمایت معاهده قرار دارند محدود کند، در انجام این کار کاملاً مختارند. بسیاری از دولتها مقرر می کنند که برای اینکه این اشخاص تحت حمایت معاهده دو جانبه قرار گیرند، شرکت های ثبت شده طبق قوانین جاری دولت های متعاقد باید یا توسط اتباع آن دولت اداره کنترل شوند و یا اینکه دفتر اصلی شان در سرزمین دولتهای متعاقد قرار داشته باشد. دولتهای متعاقد در معاهده دو جانبه در مواردی منکر حمایت از شرکتهائی می شوند که فاقد ارتباط ماهوی با دولتی است که در آن به ثبت رسیده است و یا توسط اتباع دولت ثالث اداره و کنترل می شوند. دیوان در این رای فقدان شرائط لازم را بعنوان انتخاب آزادانه طرفین مورد توجه قرارداد.

ایجاد شده است (Ibid, para 5). از آنجا که سرمایه گذاری بین المللی باید شامل نقل و انتقال و جریان سرمایه از مرزهای یک دولت به دولت دیگر باشد، بنابراین تعیین منشأ سرمایه در سرمایه گذاری از اهمیت ویژه ای برخوردار است. (Ibid, paras 19-20) که در این قضیه چنین گردش سرمایه ای به چشم نمی آید. رئیس دیوان در پایان نتیجه گیری کرد که "... در پرتو اصول کلی حقوق بین الملل تبعه یک دولت نمی تواند علیه دولت متبوع خود در محاکم بین المللی اقامه دعوی کند (Ibid, paras. 5-10) و این حقیقت و واقعیت را نباید از نظر دور داشت که کنوانسیون واشنگتن بمنظور نیاز به همکاری بین المللی برای توسعه اقتصادی وضع شده است، نه بخاطر حمایت بدون قید و شرط از سرمایه گذاران خارجی در یک کشور (Preamble of ICSID Convention). بنابراین کنوانسیون نباید به "اتباع یک دولت" اجازه دهد تا آنها بتوانند توسط یک شرکت خارجی، (چه از قبل موجود باشد و یا اینکه برای این منظور تشکیل گردد)، بعنوان وسیله ای برای فرار از صلاحیت محاکم داخلی و اعمال و اجرای قانون ملی علیه دولت متبوع خود سوء استفاده کنند".^۱

قضات اکثریت در پاسخ به مخالفت های رئیس دیوان اظهار داشتند، "...نباید فراموش کرد که حمایت مندرج در این کنوانسیون از اشخاص خصوصی صرفاً بمنظور، تشویق، سرمایه گذاری بین المللی از آنهاست و نه چیز دیگر (Tokios Case, ibid, para, 30) و نباید از نظر دور داشت که تصمیم اکثریت اعضای دیوان در این قضیه احترام تام و کامل به عبارات مورد رضایت طرفین مندرج معاهده در معیار تعیین تابعیت شرکت خواهان بر اساس محل ثبت برای استفاده از مزایای "مرکز" بوده است..."، ایشان همچنین اعلام کردند، در این تصمیم به اصل بنیادین "سنگ بنای صلاحیت مرکز" که همانا رضایت طرفین بوده است، استناد کرده اند.

تصمیم دیوان در احراز صلاحیت "مرکز" در قضیه Tokios این نگرانی را در برخی از دولتها بوجود آورد که این سابقه شاید باعث شود تا اتباع آنها هم بتوانند با سوء استفاده از معاهدات دو جانبه منعقد شده میان آنها با دول دیگر بتوانند، علیه آنان اقامه دعوی کنند؛ زیرا شبکه گسترده معاهدات سرمایه گذاری که بسیاری از آنها هم بسیار ساده تنظیم شده اند "محل ثبت" شرکت را بعنوان معیار رسمی تابعیت پذیرفته اند و همین مسئله باعث می شود تا اشخاص حقیقی بتوانند با ثبت

۱. با وجودی که آقای ویل به شناسائی ضابطه تشخیص کنترل کنندگان شرکت اذعان دارد، اما معتقد است که در قضیه حاضر، خواهان نمی تواند مصداق "تبعه دولت دیگر" محسوب شود و به همین دلیل ایشان بعنوان داور مخالف صلاحیت "مرکز" برای رسیدگی به اختلاف را نپذیرفت. ایشان در نظر مخالف خویش اظهار داشت، بنظر می رسد که بهتر است تا با نگاه واقع گرایانه مانع دسترسی اشخاص حقوقی که بطور مستقیم یا غیر مستقیم توسط اتباع دولت غیر متعاقد یا اتباع دولت میزبان طرف اختلاف، اداره می شود به داوری "مرکز" شویم و تنها در اینصورت است که به اهداف مقرر در کنوانسیون نزدیک شده ایم. (Ibid, para. 593)

یک شرکت در مناطق آزاد دولتهای میزبان از مزایای حمایتی این معاهدات بهره مند شده و به راحتی به داوری "مرکز" دسترسی پیدا کنند. هراس منطقی دولتهای عضو را باید با وضع مقررات مناسب در موافقتنامه های سرمایه گذاری پاسخ گفت. تردیدی وجود ندارد که دولتها می توانند به منظور جلوگیری از بروز چنین وقایع ناگواری اقدام به اعمال پیشگیرانه نمایند و مانع از آن شوند که اتباع آنها بتوانند به اقامه دعوی علیه آنان مبادرت کنند. به همین دلیل است که تدوین کنندگان کنوانسیون با علم و اطلاع قبلی مبادرت به درج قواعد و مقررات دست و پاگیر نموده اند و به دولتها اجازه داده اند تا بتوانند با وضع مقررات خاص و مشخص مانع از مراجعه مستقیم آندسته از اشخاص حقوقی شوند که قصد دارند تحت عناوین غیر واقعی، به صورت پوششی و صوری و بدون وجود هرگونه فعالیت تجاری واقعی و عملی در قلمرو سرزمینی دولت متعاهدی که فقط در آنجا به ثبت رسیده اند، نزد "مرکز" حاضر شده و از مزایای آن بهره مند گردند.

نیک پیداست که کنوانسیون این حق را به دولتها داده است که تا حدی که بخواهند می توانند چتر حمایتی خود را از این شرکتها سلب یا محدود کنند؛ زیرا تعیین حیطه صلاحیت "مرکز" در نهایت در اختیار و رضایت دولتهای متعاهد قرار دارد و در نتیجه آنها می توانند با وضع مقرراتی از قبیل حضور فیزیکی شرکتها، الزام به ورود سرمایه با منشاء خارجی در قلمرو سرزمینی شان، ثبت و اقامت شرکت در سرزمین دول متعاهد و کنترل خارجی واقعی و موثر بر آنها از طریق این کشورها و یا اینکه هم در آن محل به ثبت برسند و هم اقامتگاه آنان در قلمرو سرزمینی آن دولت باشد، چتر حمایت معاهداتی خود از این شرکتها را محدود نمایند و بدینوسیله مانع سوء استفاده اشخاص خصوصی حقوقی از مزایای مندرج در کنوانسیون گردند. باید دانست که همه این اقدامات مانع از آن نخواهند بود که دیوانهای داوری بتوانند در صورت وجود شرائط قانونی احراز صلاحیت کرده و همانطور که در قضیه Tokios اتفاق افتاد، دعوی تبعه علیه دولت متبوع خود را استماع کنند.

۴-۵. "کنترل خارجی شرکت ثبت شده محلی" معیاری بدیع در تعیین تابعیت اشخاص حقوقی

از آنجا که مطلوب دولت میزبان آنست تا سرمایه گذاران خارجی شرکت خود را در سرزمین آن دولت به ثبت برسانند و کار و فعالیت شان را نیز بر طبق قوانین و مقررات حاکم بر قلمرو سرزمینی دولتی که شرکت در آنجا به ثبت رسیده انجام دهند، تدوین کنندگان کنوانسیون را بر آن داشت تا در جهت رعایت این خواسته دولتها با علم و اطلاع کامل و بلحاظ رعایت جهات فنی و تخصصی سرمایه گذاری، اجازه دهند تا یک شرکت ثبت شده محلی در سرزمین دولت میزبان به عنوان تبعه دولت متعاهد محسوب گردد و بتواند در صورت بروز اختلافات ناشی از سرمایه

گذارای علیه دولت میزبان متبوع خود نزد داور "مرکز" اقامه دعوی نماید. این نوآوری کنوانسیون، از یک سو استثنایی بر اصل کلی صلاحیت "مرکز" و از سوی دیگر مغایر با اصل پذیرفته شده حقوق بین الملل عرفی که بموجب آن اتباع یک دولت نمی توانند علیه دولت متبوع خود اقامه دعوی کنند، محسوب می شود. بدیهی است که اگر کنوانسیون چنین استثنائی را بعنوان معیار تعیین تابعیت شرکتهای خارجی ثبت شده در قلمرو و سرزمینی دولت میزبان قائل نمی شد، بخش بسیار مهمی از اختلافات ناشی از سرمایه گذاری های خارجی از حیطة و محدوده صلاحیت "مرکز" خارج می شدند (Delaum, 1984, p.28). "کنترل شرکت ثبت شده محلی"، بعنوان معیار تعیین تابعیت اشخاص حقوقی در مقایسه با معیارهای کلی "محل ثبت" و یا "اقامتگاه"، استثناء بسیار مهمی در جزء "ب" از بند ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون می باشد که به شرح ذیل است:

"...شرکتی که در کشور متعاقد طرف اختلاف تاسیس گردیده و تابعیت آنرا دارد، می تواند طرف دعوی کشور متبوع خویش قرار گیرد به شرط آنکه به علت وجود کنترل خارجی بر آن شرکت، طرفین اختلاف توافق نموده باشند که بمنظور اهداف کنوانسیون با وی همانند تبعه کشور متعاقد دیگر رفتار تلقی شود." مکانیسم مقرر در این قسمت از ماده ۲۵ مذکور، شیوه بدیع و روش بسیار پسندیده ای را برای حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری خارجی ایجاد کرده است تا بدینوسیله سرمایه گذاران خارجی بتوانند بنا به درخواست دولت میزبان از طریق تاسیس شرکت ثبت شده محلی برای انجام سرمایه گذاری در قلمرو سرزمینی آن دولت؛ و یا اینکه به میل خود چنین شرکتی را در قلمرو دولت میزبان به ثبت رسانند و به هنگام بروز اختلاف علیه دولت متبوع خود به اقامه دعوی مبادرت ورزند.

طبق مقررات کنوانسیون، بطور معمول شرکتی که در سرزمین دولت میزبان به ثبت رسیده باشد جهت حل و فصل اختلافات بین المللی ناشی از سرمایه گذاری مجاز به مراجعه به "مرکز" نخواهد بود. طبق ماده (ب) (۲) (۲۵) کنوانسیون، شرکتی که بطور معمولی در سرزمین دولت میزبان به ثبت رسیده باشد مجاز به مراجعه به "مرکز" نخواهد بود، مگر اینکه میان دولتهای متعاقد توافقی وجود داشته باشد تا آن شرکت را بواسطه اینکه توسط کنترل کنندگان خارجی تبعه دولتهای متعاقد اداره می شود، واجد صلاحیت در مراجعه به "مرکز" بشناسند و به آن اجازه اقامه دعوی علیه دولت میزبان دهند.

رویه دیوانهای داور "مرکز" نیز همگام با مقررات کنوانسیون و اشنگتن شکل گرفته و حاکی از آن است که یک شرکت محلی ثبت شده در کشور میزبان را بواسطه اداره و کنترل خارجی آن توسط اتباع کشور متعاقد، مشروط بر اینکه چنین توافقی بطور صریح و روشن و با الفاظ دقیق بیان

شده باشد، (Schreuer, ibid, para, 519) می توان بعنوان یک تبعه خارجی قلمداد کرد. اگر پذیریم که شرکت ثبت شده محلی، تبعه کشور سرمایه پذیر است، نیاز به وجود استثناء نسبت به قاعده کلی احراز صلاحیت "مرکز" در مورد اختلاف میان کشور متعاقد و اتباع آن کاملاً آشکار می شود. زیرا همانگونه که قبلاً نیز توضیح داده شد اگر برای شرکتهای تحت مالکیت و کنترل خارجی ثبت شده در قلمرو سرزمینی کشورهای سرمایه پذیر استثنائی وجود نمی داشت، بخش مهم و قابل توجهی از دعاوی سرمایه گذاری های خارجی و اختلافات ناشی از آنها از قلمرو کنوانسیون خارج می ماندند. (Broches, op.cit, pp358-9) بدیهی است که توافق در مورد شرکت ثبت شده محلی در سرزمین دولت میزبان و تلقی آن بمنزله تبعه یک کشور متعاقد دیگر، فقط در صلاحیت "مرکز" اثر دارد و تحت هیچ عنوان به معنای اعطای تابعیت مضاعف به شرکت ثبت شده در دولت میزبان نیست. پروفیسور شروتر در این راستا اظهار می دارد که معیار "کنترل خارجی" مورد نظر در ماده ۲۵ کنوانسیون مفهوم و معنی متفاوتی از تابعیت را افاده می کند. (Schreuer, ibid, p.278)

۱-۵-۴. ضابطه تعیین تابعیت کنترل خارجی (مستقیم یا غیر مستقیم)

در کنوانسیون هیچ ضابطه و معیار مشخصی برای تعیین تابعیت کنترل (اداره) کننده خارجی شرکت ثبت شده محلی در سرزمین دولت میزبان ارائه نشده است. به همین دلیل تشخیص معیار و ضابطه تعیین تابعیت کنترل کنندگان خارجی شرکت در آرای دیوانهای داوری "مرکز" کماکان مورد اختلاف بوده است. با توجه به عدم ارائه تعریف و معیار مشخص کنوانسیون در این ارتباط بهترین راه حل ممکن آن است که ملاک و شرایط کنترل کننده خارجی یک شرکت ثبت شده محلی با توافق سهامداران بطور صریح مشخص گردد تا از بروز اختلافات آتی جلوگیری به عمل آورد. این مهم در آرای دیوانهای داوری در قضایای (Sempra, Comuzzi International v. Argentina) نیز به نحو زیر پیشنهاد شده است: "... از نقطه نظر حقوق ناظر بر شرکتهای ثبت شده در سرزمین دولت میزبان، منطقی ترین روش آنست که سهامداران معیار کنترل و نحوه عملیات اداره یک شرکت را از طریق توافق که بصورت یک قرارداد لازم الاجراء و معتبر میان آنها محسوب می شود، تعیین نمایند..." (Ibid, para, 34). علیرغم اظهار نظر دیوان در این آراء، مواردی اتفاق می افتد که تعیین تابعیت کنترل کننده خارجی از نظر اطراف قرارداد یا معاهده سرمایه گذاری مغفول می افتد. در چنین وضعیتی باید دید که موضع گیری دیوانهای داوری در مرحله احراز صلاحیت شخصی چگونه است؟

اولین سوالی که در ارتباط با کنترل خارجی شرکت این است که آیا برای تعیین تابعیت شخص حقیقی یا حقوقی کنترل کننده این نوع شرکتها، فقط باید به ضابطه تابعیت "کنترل مستقیم" توجه نمود یا اینکه "کنترل با واسطه" کنترل کنندگان خارجی شرکت نیز می تواند مورد عنایت واقع شود؟ برخی از مفسرین معتقدند که دیوانهای داوری برای تشخیص تابعیت کنترل کننده خارجی شرکت، باید با در نظر گرفتن واقعیتهای موجود و بالاخص سیاست های کلی حاکم بر شرکتهای هلدینگ، تابعیت واقعی و حقیقی شرکت را پیدا کنند، نه اینکه با نگرش در وضعیت تابعیت سهامدارانی که اکثراً فعالیتهای واقعی تجاری را انجام نمی دهند، بخواهند به کنترل کنندگان شرکت و تابعیت آن دست پیدا کنند. (Gallus, 2004, p. 227) با این وصف در مواردی که ضابطه و اماره صریحی برای تعیین نوع کنترل مستقیم یا غیر مستقیم در موافقتنامه های سرمایه گذاری وجود ندارد، دیوانهای داوری در برخورد با این موضوع با تشنگی و بعضاً با تناقض و تضاد آراء مواجه شده و هریک بنابر شرایط و وضعیت دعاوی مطروحه طریق متفاوتی را برگزیده اند. برای مثال در قضیه (Amco V. Indonesia) دیوان رسیدگی کننده صلاحیت خود را با استناد به کنترل کننده خارجی مستقیم و بلا واسطه شرکت ثبت شده محلی که یک شرکت آمریکایی بود، احراز کرد (ibid,53)، لیکن در قضیه (SOABI V.SENEGAL) دیوان دیگر رسیدگی کننده، برای تعیین کنترل کنندگان خارجی سرمایه گذاری به رده های بالاتر از کنترل کننده مستقیم شرکت یعنی تابعیت آندسته از سهامدارانی که مالک واقعی شرکت بودند و بر آن کنترل غیر مستقیم داشتند، استناد نمود (SOABI Case, 1988). در این قضیه، شرکت SOABI یک شرکت ثبت شده محلی در کشور سنگال بود که در زمینه احداث پروژه آپارتمانهای ارزان قیمت در آن کشور فعالیت می کرد. این شرکت مستقیماً تحت کنترل خارجی یک شرکت ثبت شده پانامایی بود که سهامداران آن اتباع فرانسوی بودند و از طرفی دولت پاناما عضو کنوانسیون واشنگتن نبود در حالیکه دولت فرانسه از اعضای متعاهد کنوانسیون محسوب می شد. در شرط داوری این دعوی، فقط این جمله قید شده بود: "شرایط تابعیت مقرر در کنوانسیون باید رعایت گردد". دولت سنگال مدعی بود که "دیوان فاقد صلاحیت شخصی در رسیدگی به این دعوی است؛ زیرا که دولت متبوع کنترل کننده خارجی (پاناما) شرکت عضو کنوانسیون واشنگتن نیست..". (Ibid) در ۲۵ فوریه ۱۹۸۸ دیوان داوری به ریاست پرفسور آرون بروشه به اتفاق آراء ایراد خواننده را رد کرد و با پذیرش کنترل خارجی غیر مستقیم شرکت نظر داد که ".... بلحاظ موضوعی، دولت خواننده از اینکه شرکت SOABI در اصل توسط اتباع یک کشور متعاهد دیگر (فرانسه) کنترل می شود، مطلع بوده است و از لحاظ حکمی نیز دلیلی وجود

ندارد که دیوان در تعیین مسئله کنترل خارجی خود را به ضابطه کنترل مستقیم محدود نماید و از معیار کنترل غیر مستقیم دور بماند...". (Broches, 1991, p.4) با این استدلال ایراد دولت سنگال به عدم صلاحیت "مرکز" مردود دانسته شد. ایشان معتقد است که "... برای تعیین تابعیت کنترل کنندگان خارجی شرکت ثبت شده محلی، نه تنها باید به ضابطه محل تاسیس شرکت اصلی توجه شود، بلکه باید با اتخاذ نگرشی موسع به واقعیات اقتصادی موجود دیگر شرکت مانند مالکیت، کنترل خارجی واقعی و موثر نیز توجه نمود و تا حد امکان توافق طرفین را مورد توجه قرار داد. بمنظور رفع ابهام و جلوگیری از هر گونه سوء تعبیر و تفسیر احراز صلاحیت "مرکز"، شایسته است که طرفین تابعیت کنترل کنندگان شرکتی که تحت قوانین کشور متعاقد دیگر به ثبت رسیده است را در قرارداد داوری خود دقیقاً مشخص نمایند تا از بروز هر گونه سوء تفاهم آتی جلوگیری بعمل آید...". (Broches, 1972, ibid, p.361)

نمونه دیگری که در آرای داوری "مرکز" بعنوان اعمال ضابطه غیر مستقیم کنترل کننده خارجی شرکت ثبت شده محلی برای تعیین تابعیت سرمایه گذار تبعه دولت متعاقد می توان ارائه داد، قضیه (Austopia v. Venezuela) است. در این قضیه یک شرکت ثبت شده محلی در سرزمین کشور ونزوئلا در حالی دعوایی را علیه دولت ونزوئلا مطرح کرد که مالک و سهامداران مستقیم آن یک شرکت آمریکائی بنام Latech بود، که خود آنهم سهامدار یک شرکت هلدینگ مکزیکی بنام ICA (Holding) به حساب می آمد. دولت ونزوئلا استدلال کرد که شرکت هلدینگ ICA بطور مع الواسطه، مالک واقعی و حقیقی شرکت خواهان (Austopia) بوده و نسبت به آن کنترل واقعی دارد و از آنجا که مکزیکی بعنوان محل ثبت و اقامت کنترل کننده خارجی مستقیم و موثر این شرکت، عضو کنوانسیون واشنگتن نمی باشد؛ در نتیجه دیوان فاقد صلاحیت است. دیوان در رسیدگی به این قضیه نیز همچون دعوی سوایی، استدلال خواننده را که مدعی بود ماده ب(۲) ۲۵ مستلزم وجود کنترل مستقیم و موثر است، را نپذیرفت و برای توجیه ادعای خود عنوان نمود که "استدلال ونزوئلا هم غیر عملی و هم غیر قابل اثبات است؛ زیرا وجود اکثریت سهام شرکت Latech بعنوان خواهان در شرکت ثبت شده محل دعوی دلیل مکفی برای شناسایی این شرکت بعنوان کنترل کننده خارجی با واسطه شرکت ثبت شده محلی می باشد و همین کافی است تا دیوان را واجد صلاحیت لازم برای رسیدگی به این دعوی بدانیم. (Autospia Case, ibid, Paras 112-13).

قضیه (Aguas del Tunari v. Republic of Bolivia) یکی دیگر از نمونه های اخیر و جدید از اختلافات مطرح شده نزد "مرکز" در خصوص احراز تابعیت کنترل کننده خارجی غیر

مستقیم می‌باشد. این دعوی توسط یک شرکت محلی ثبت شده در قلمرو سرزمینی دولت میزبان، با استناد به مقررات مندرج در قسمت انتهایی ماده (ب) (۲) ۲۵ و ماده ج (ب) ۱ معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری میان هلند- بولیوی علیه دولت بولیوی اقامه گردیده است. موضوع از این قرار بود که شرکت خواهان در سپتامبر ۱۹۹۰ با مقامات دولت بولیوی قرارداد اخذ امتیازی را منعقد کرد، که بموجب آن مقرر شده بود تا آن شرکت برای مدت ۴۰ سال در فعالیت‌های آبخیزداری در منطقه کوچوباما در کشور بولیوی حضور فعال داشته باشد. مالکیت شرکت خواهان متعلق به شرکتهای Edison و Betchel آمریکا و چند شرکت دیگر و کمپانی Holding هلندی بود که در مناطق آزاد کشور بولیوی به ثبت رسیده بود. خواهان، بدون اینکه نامی از شرکت Holding برده باشد، این دعوی را مستقیماً از ناحیه خود و طبق معاهده دوجانبه منعقد شده میان هلند-بولیوی مطرح کرد. احراز صلاحیت دیوان داوری در این قضیه مباحث حقوقی فراوانی را بدنبال داشت. مسئله اصلی در این قضیه آن بود که با وصفی که مقررات ماده (ب) (۲) ۲۵ بطور مستقیم هیچ اشاره‌ای به کنترل با واسطه نکرده است، آیا خواهان که تحت کنترل خارجی شرکت هلندی است می‌تواند مستقیماً از حمایت معاهده دو جانبه میان بولیوی - هلند برخوردار شود؟ *Aguas (Case, ibid, para 275-85)*. دیوان ابتدا توجه خود را به وجود یا عدم وجود توافق میان طرفین اختلاف در ارتباط با اینکه خواهان بدلیل کنترل خارجی، بعنوان یک تبعه خارجی کشور متعاقد شناخته می‌شود یا نه معطوف نمود. بدین منظور، و از آنجا که کنوانسیون یقیناً شکل خاصی برای احراز وجود چنین توافقی را میان دولت‌ها لازم ندانسته است،^۱ ابتدا باید ثابت می‌شد که این شرکت در معاهده منعقد شده دو جانبه میان هلند- بولیوی مشمول تعریف "سرمایه‌گذار" هلندی قرار می‌گیرد یا خیر؟ (*Ibid, para, 280-1*) در رسیدگی به این پرسش مشخص شد که خواهان یک شرکت ثبت شده محلی تحت کنترل کننده خارجی محسوب می‌گردد. حال این سوال مطرح بود که آیا محل اقامت و تابعیت کنترل کننده خارجی شرکت خواهان را باید هلند، ایالات متحده آمریکا و یا جای دیگر بدانیم؟ خواهان مدعی بود که باید شرکت را یک سرمایه‌گذار هلندی بدانیم؛ زیرا که

۱. پروفیسور شروتر در همین ارتباط اظهار می‌دارد که رویه دیوانهای داوری "مرکز" نشان از رشد روز افزون پذیرش توافقات ضمنی طرفین برای محسوب کردن اینگونه اشخاص حقوقی بعنوان تبعه خارجی بواسطه کنترل خارجی دارد در مورد داوری های مبتنی بر معاهده شروتر بیان می‌کند: "اگر سرمایه‌گذار پیشنهاد رضایت مندرج در معاهده را قبول کند مقررات مربوط به امکان شرکتهای ثبت شده داخلی در قلمرو دولت میزبان "مرکز" دارای کنترل خارجی هستند بعنوان آن بخشی از توافق میان طرفین محسوب می‌شود. این شیوه منطبق با ساختار کنونی قراردادهای داوری است که ناشی از پیشنهاد رضایت به صلاحیت مرکز از سوی دولت میزبان و قبول آن از سوی سرمایه‌گذار بویژه در زمان تقدیم درخواست داوری در معاهدات سرمایه‌گذاری جدید است *Aguas del tunari Schreuer , op.cit ,Article 25, paras 504*. رک به:

نه تنها ۵۵٪ سهام آن متعلق به شرکتهای هلندی است؛ بلکه توسط اتباع هلندی نیز کنترل و اداره می‌شود. در مقابل، دولت بولیوی استدلال می‌کرد که این شرکتها پوششی و صوری محسوب می‌شوند و اتباع هلندی هیچ کنترل موثری بر شرکت خواهان ندارند (Aguas case, ibid, para.72). مبنای ایراد دولت بولیوی به صلاحیت "مرکز" این بود که طبق تبصره "ج" بند "ب" ماده (۱) معاهده دو جانبه بولیوی - هلند، عبارت "کنترل لازم بر شرکت ثبت شده محلی"، به کنترل کنندگان واقعی شرکت اشاره دارد و نه کنترل کننده صوری و غیر واقعی آن. حال آنکه در این دعوی کنترل کننده واقعی Aguas del tunari، شرکت آمریکایی Bechtel می‌باشد و نه شرکت‌های هلندی. در همین راستا دولت بولیوی معتقد بود که کنترل موثر شرکت از طریق اسناد و مدارک واقعی که موید کنترل عملی و موثر شرکت است، به اثبات می‌رسد و این مدارک در دست مالکین واقعی آن «که شرکت آمریکایی Betchel می‌باشد، قرار دارد و نه شرکت‌های هلندی. دیوان در مقام رد دفاع دولت بولیوی اظهار داشت "... در جائیکه ۱۰۰٪ مالکیت سهام برای سهامداران یک شرکت وجود داشته باشد، یقیناً کنترل واقعی شرکت از ناحیه مالکین مزبور اجتناب ناپذیر است و تردیدی در تشخیص تابعیت کنترل کنندگان خارجی شرکت نمی‌توان داشت. مشکل در جانی بروز می‌کند که سهامداران شرکت ثبت شده محلی، مالک ۱۰۰٪ سهام شرکت نیستند که در این صورت باید به بررسی اسناد و مدارک مربوط به کنترل کنندگان واقعی اشخاص حقوقی پرداخت. دیوان در بخش مقدماتی رای مذکور در توضیح عبارت "کنترل مستقیم" یا "غیر مستقیم" نیز چنین اظهار داشته است:

" اگر یک شخص شرایط قانونی لازم برای کنترل شرکت ثبت شده محلی را داشته باشد، می‌تواند آن را بصورت مستقیم یا غیر مستقیم کنترل و اداره کند. (Ibid, para, 245) در حالیکه شرکت خواهان برای اثبات صلاحیت "مرکز" بطور مطلق بر عبارت "کنترل عملی" مندرج در معاهده دو جانبه منعقد شده میان هلند- بولیوی استناد کرده بود، دیوان در رد این استدلال اظهار داشت: این امر تقریباً محالی است که بتوان بطور دقیق و مشخص معلوم کرد که در چه زمانی کنترل بر شرکت "عملی" یا "موثر" خواهد بود و نتیجه گرفت که تشخیص کنترل موثر در چنین شرکتهایی اقدامی غیر عملی و غیرممکن است. مضافاً به اینکه دولت بولیوی در این دعوی نتوانست معیار معین و مشخصی را بعنوان ضابطه و معیار کنترل "عملی" یا "موثر" توسط کنترل کننده خارجی ارائه دهد. (ibid, para 246)

دیوان در بخش مقدماتی رای در خصوص عبارت کنترل مستقیم یا غیر مستقیم نیز چنین اظهار داشت: " اگر یک شرکت واجد شرایط قانونی لازم برای کنترل شرکت ثبت شده محلی باشد می

تواند شرکت ثبت شده محلی را بصورت مستقیم یا غیر مستقیم کنترل و اداره کند. (Ibid, para, 248) با در نظر گرفتن این معیار باید گفت شرکت خواهان می‌توانسته است طبق اهداف معاهده دو جانبه توسط شرکت (holding) هلندی اداره شود، بالاخص اینکه شخص حقوقی مزبور "صوری" نبوده و از طریق مشارکت با شرکتهای آمریکائی، Edison, Betchel اداره پروژه را بعهده داشته است.. (Ibid, para. 264) در ضمن باید اذعان داشت که معیار کنترل "عملی" برای شرکت ثبت شده محلی می‌تواند باعث ایجاد نوعی بی‌اعتمادی میان سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان شود؛ زیرا این امر در مغایرت با موضوع و هدف معاهدات دو جانبه تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری است که بمنظور تسهیل جریان سرمایه و اطمینان بخشیدن به سرمایه‌گذار در حمایت از سرمایه می‌باشد. (Ibid, para. 247)

با این استدلال، اکثریت اعضای دیوان نیازی به بررسی دلایل ماهوی برای تعیین تابعیت کنترل‌کننده واقعی شرکت ندیدند و اظهار داشتند که "...کنترل خارجی و اداره یک شرکت ثبت شده محلی یا از طریق رای دادن سهامداران و یا مالکیت آنها در شرکت مشخص می‌شود که در قضیه حاضر با توجه به تعلق اکثریت آراء برای سهامداران هلندی، تردیدی باقی نمی‌ماند که آنها در اداره و کنترل شرکت نقش بسزایی دارند، مضافاً اینکه معاهده دو جانبه نیز بر خلاف این استنباط تصریحی ندارد....". (Ibid, para. 245)

در حالیکه دولت خواننده برای اثبات عدم صلاحیت "مرکز" بر عبارت مطلق "کنترل عملی" مندرج در معاهده دو جانبه منعقدہ میان هلند - بولیوی استناد کرده بود، دیوان در رد این استدلال اظهار داشت، این که بطور دقیق و مشخص بتوان معلوم کرد که کنترل بر یک شرکت ثبت شده محلی، در چه زمانی "عملی" یا "موثر" خواهد بود امر تقریباً محالی است. به همین دلیل نتیجه گرفت که تشخیص "کنترل موثر" در شرکتهای ثبت شده محلی هم غیر عملی و هم غیرممکن است. مضافاً اینکه دولت بولیوی نتوانست معیار معین و مشخصی را بعنوان ضابطه و معیار کنترل "عملی" یا "موثر" توسط کنترل‌کننده خارجی ارائه دهد. (Ibid, para 246).

نباید فراموش کرد که اگر چه بموجب ماده (۲) (۲۵)، وجود برخی قرائن و شواهد مثل تعلق اکثریت سهام برای سهامداران در یک شرکت به خودی خود می‌تواند دلیلی مکفی بر وجود کنترل واقعی عملی و موثر خارجی شرکت محسوب شود، اما این امر ثابت و همیشگی نیست و بسیار اتفاق می‌افتد که سهامداران اقلیت در یک شرکت، کنترل واقعی آن را به دست بگیرند و باید همین‌ها را کنترل‌کنندگان خارجی واقعی و موثر شرکت دانست. این موضوع را دیوان در قضیه CMS v. Argentina به وضوح بیان داشته است. "...این که گفته شود کنترل خارجی

یک شرکت ثبت شده محلی می‌تواند در دست دارندگان اقلیت سهامداران واجد شرایط باشد، کاملاً منطبق با واقعیت است؛ زیرا بر طبق ماده (ب) (۲) ۲۵ کنوانسیون، مفهوم "کنترل" می‌تواند هم به نحوه اتخاذ تصمیم سهامداران در شرکت و هم به شکل ممانعت از اتخاذ تصمیم در هیئت مدیره شرکت متجلی شود...". (Comuzzi case, op.cit, para36) در ضمن نباید از نظر دور داشت که دیوانهای داوری در صورت ارائه دلایل و مستندات محکمه پسند که حکایت از کنترل واقعی بر شرکت داشته باشد، می‌توانند به احراز صلاحیت خویش مبادرت نمایند (Vivandi case, op.cit, para.21) برای مثال، شرکتی که در قلمرو سرزمینی دولت میزبان به ثبت رسیده است، اگر با یک یا چند شخص حقیقی یا حقوقی دارای اقلیت سهام که دارای تابعیت دولت متعاقد هستند، کنترل شود بر طبق ماده ب (۲) ۲۵ کنوانسیون بعنوان یک شرکت تحت کنترل خارجی تلقی خواهد شد. (Schreuer, 2005, op.cit, para. 179)

با همه این اوصاف احتیاط لازم حکایت از آن دارد که بخاطر جلوگیری از بروز هرگونه ابهام حقوقی احتمالی آتی، در معاهدات یا قراردادهای سرمایه گذاری تابعیت و کنترل کنندگان شرکت ثبت شده محلی که عهده دار اداره شرکت خواهند بود به تفصیل مشخص و جزئیات آن روشن شود. (Ibid, para. 181)

۲-۵-۴. اطلاع صریح و یا ضمنی از تابعیت کنترل کنندگان خارجی شرکت ثبت شده محلی

یکی دیگر از مواردی که در خصوص شرکتهای ثبت شده محلی به عنوان تبعه دولت متعاقد و تعیین تابعیت کنترل کنندگان خارجی آن حائز اهمیت فراوان می‌باشد، نحوه و شکل توافق صریح یا ضمنی طرفین سرمایه گذاری است. بدین توضیح که در تلقی نمودن این نوع شرکتهای بعنوان تبعه دولت متعاقد، آیا لازم است که میان طرفین سرمایه گذاری توافق کتبی و صریحی در این رابطه وجود داشته باشد، یا اینکه وجود علم و اطلاع و توافق ضمنی نیز کافی خواهد بود؟ پاسخ به این سوال را باید در آراء صادره در قضایای Amoco v. Indonesia و Holiday Inns v. Morocco جستجو کرد.

در قضیه هالیدی اینز، در سال ۱۹۷۲ یک شرکت سوئسی و یک شرکت آمریکائی از جانب خود از یک سو و شرکتهای تابعه ثبت شده شان در کشور مراکش از سوی دیگر بالاتفاق علیه دولت میزبان (مراکش) نزد "مرکز" اقامه دعوی کردند. از آنجا که توافق صریحی در مورد تلقی شرکتهای تابعه مذکور بعنوان اتباع یک کشور متعاقد دیگر (سوئیس یا آمریکا) میان دولت مراکش و دولت سوئیس یا آمریکا صورت نگرفته بود و امکان احراز توافق ضمنی طرفین مبنی بر

وجود چنین توافقی هم وجود نداشت، دولت مراکش در قبال رسیدگی به دعاری مطروحه از ناحیه شرکتهای ثبت شده محلی‌هالیدی اینز به صلاحیت دیوان ایراد کرد و آن را منطبق بر مقررات کنوانسیون ندانست. دیوان داوری در رسیدگی به این قضیه اعلام داشت که "... توافقی موضوع بند(ب) ماده(۲) ۲۵ استثنائی بر قاعده کلی حقوق بین‌المللی است که یک شخص خصوصی می‌تواند علیه کشور متبوع خود در یک مرجع بین‌المللی اقامه دعوی نماید. بنابراین چنین توافقی معمولاً باید صریح و در قالب یک قرارداد جداگانه باشد و نمی‌توان صرفاً بدلیل آنکه کشور سرمایه پذیر، تاسیس شرکت داخلی را برای اجرای سرمایه‌گذاری در سرزمین خود را ضروری دانسته است، چنین توافقی را از قبل مفروض دانست. دیوان انتظار دارد که طرفین قصد خود را در چنین موارد استثنائی به روشنی و صراحت ابراز دارند و توافق ضمنی تنها در صورتی پذیرفته است که اوضاع و احوال خاص هر گونه استنباط دیگری از قصد طرفین را منتفی سازد که در این قضیه چنین نیست و در قرارداد سرمایه‌گذاری میان خواهانها و دولت مراکش هیچ دلیل و قرینه‌ای که حکایت از بهره‌مندی شرکتهای تابعه ثبت شده در سرزمین دولت میزبان از مزایای داوری "مرکز" داشته باشد...". (Holiday Inns Case, ibid) در نتیجه دیوان نسبت به شرکتهای فرعی خواهان در این قضیه اعلام عدم صلاحیت نمود.

دیری نپایید که این نگرش کاملاً صحیح حقوقی با تغییر موضع دیوانهای داوری دیگر مواجه شد و دعاری مطرح شد که بحث توافق و علم و اطلاع صریح شرکت ثبت شده محلی در سرزمین دولت میزبان به عنوان تبعه دولت متعاهد را با چالش جدی روبرو کرد. یکی از این موارد، دعوی *Amco v. Indonesia* بود. در این قضیه دولت اندونزی با استناد به حکم صادره در قضیه هالیدی اینز، استدلال می‌کرد که طرفین سرمایه‌گذاری درباره تلقی شرکت پی - تی - آمکو یعنی شرکت ثبت شده محلی (که توسط شرکت آمکو آسیا برای اجرای پروژه ساخت هتل در اندونزی تاسیس شده بود) بعنوان تبعه یک کشور متعاهد دیگر که تحت کنترل خارجی است، توافق صریحی نکرده‌اند و به همین دلیل دیوان در رسیدگی به اختلاف مطروحه فاقد صلاحیت شخصی است. دیوان داوری اظهار داشت که کنوانسیون واشنگتن و خصوصاً ماده ۲۵، وجود توافق رسمی، کتبی و صریح در خصوص کنترل خارجی شرکت ثبت شده محلی را ضروری ندانسته است؛ و به اطلاع ضمنی دولت میزبان طرف اختلاف از اینکه شرکت ثبت شده محلی تحت کنترل خارجی می‌باشد، اکتفاء کرده است. در این اختلاف، قسمت اول ماده ۲۵ کنوانسیون مورد ایراد و اعتراض طرفین نبود، اما بر خلاف دولت اندونزی، دیوان معتقد بود که وجود و تثبیت شرط دوم (توافق) ماده ۲۵، با تصویب مجوز سرمایه‌گذاری (*Investment Licence*) دولت اندونزی که حاوی

شرط داوری "مرکز" میباشد، محرز گردیده و دولت اندونزی به هنگام تصویب مجوز سرمایه گذاری مطلع بوده است که شرکت پی. تی. آمکو تحت کنترل خارجی است و سرمایه گذار خارجی آن شرکت نیز شرکت آمکو آسیا بوده و شرکت پی. تی. آمکو صرفاً مجری عملیات سرمایه گذاری در آن کشور می باشد و دولت مذکور درباره تلقی آن شرکت بعنوان تبعه یک کشور متعاهد دیگر که تحت کنترل خارجی می باشد، ب طور ضمنی توافق نموده و نیازی به تنظیم توافقنامه کتبی و رسمی جداگانه نبوده است. بعلاوه ذکر این نکته در شرط داوری که اندونزی و ایالات متحده هر دو عضو کنوانسیون واشنگتن هستند، دلیل موجه دیگری بر توافق طرفین است که پی - تی - آمکو در راستای اهداف کنوانسیون بعنوان تبعه دولت ایالات متحده تلقی شود. دیوان در پایان اشعار داشت که "... ذکر صریح تابعیت اشخاص حقیقی یا حقوقی خارجی ای که کنترل شرکت ثبت شده محلی طرف دعوی را به عهده دارند، در هیچیک از مقررات کنوانسیون پیش بینی نشده است..." (Amoco case, ibid).

چنین برداشت دوگانه ای از موضوع مشابه در رویه دیوان های داوری حاکی از ارائه تفسیر موسع این مراجع از شرایط احراز صلاحیت "مرکز" می باشد که در سالیان اخیر در حمایت از سرمایه گذاران خارجی در قبال دولتهای دارای حاکمیت سرمایه پذیر به کرات دیده شده است.

نتیجه گیری

دیوانهای داوری در مقام احراز صلاحیت "مرکز" تلاش بسزایی بعمل آورده اند تا موجبات حضور اشخاص خصوصی نزد این نهاد داوری بین المللی را فراهم آورند و حتی الامکان دعاوی اشخاص خصوصی را از محدوده صلاحیت "مرکز" خارج نسازند. این رویه در مرحله احراز صلاحیت شخصی نیز مستثنی نبوده و مراجع داوری مذکور همه اهتمام خویش در جهت ممانعت از رد صلاحیت "مرکز" را بعمل آورده اند. دیوانهای داوری، در مقام احراز صلاحیت شخصی "مرکز"، با ارائه تفاسیر موسع از واژه "سرمایه گذار"، "تابعیت" و "کنترل خارجی بر شرکت ثبت شده محلی"، در مقام حمایت از اشخاص خصوصی بر آمده و باعث تقویت و حضور بیش از پیش آنها در دعاوی سرمایه گذار علیه دولت شده اند. این مراجع در بررسی عناصر صلاحیت شخصی در مقام احراز صلاحیت "مرکز"، بعضاً با نادیده انگاشتن اراده متجلی شده دولتها در موافقتنامه ها و یا قوانین داخلی سرمایه گذاری تفاسیر موسعی را ارائه داده اند که ضمن توسعه حدود صلاحیت این نهاد بین المللی موجب تنگ تر شدن دامنه اراده دولتها و تحدید حاکمیت

آنها در قبال اشخاص خصوصی به عنوان یکی از ارکان نظام داورى سرمایه گذار-دولت شده است.

دیوانهای داورى "مرکز" تحت شرایطی خاص و حتی بدون توجه به وجود تابعیت دولت متعاهد سرمایه گذار خارجی (Auzurix Case) و یا اطلاع ضمنی دولت میزبان از وجود کنترل کننده خارجی شرکت ثبت شده محلی در قلمرو سرزمین دولت میزبان (Amoco Case)، و یا سرمایه گذاران تبعه دولت دیگر که در این شرکتها سرمایه گذاری کرده اند و دارای اقلیت سهام هم می باشند، بدون اینکه حتی بر این شرکتها "کنترل موثر" هم داشته باشند، بعنوان یک امر استثنایی و بر خلاف اصل کلی حاکم بر صلاحیت "مرکز" اجازه داده اند تا علیه دولت میزبان اقامه دعوی نمایند و از مزایای مکانیسم حل و فصل اختلافات مندرج در کنوانسیون واشنگتن برخوردار شوند.

این قضایا و دیگر مواردی که در این مقاله از آنها به تفصیل سخن بمیان آمد، مصادیق بارزی از تفسیر موسع دیوانهای داورى از عناصر صلاحیت شخصی موضوع ماده ۲۵ کنوانسیون واشنگتن مندرج در موافقتنامه های سرمایه گذاری و قوانین داخلی مرتبط با آن است که نشان می دهد مراجع داورى مذکور همگام با روند جهانی شدن در همه عرصه های بین المللی و بالاخص حوزه اقتصاد، به جایگاه و نقش فرد توجه خاصی مبذول داشته و با مهیا کردن شرایط حضور اشخاص خصوصی در صحنه بین المللی، حمایت جهانی از آنها را سرلوحه کار خود قرار داده و باعث شده اند تا طیف گسترده ای از اشخاص خصوصی با درک موضع گیری مراجع داورى "مرکز" در عرصه سرمایه گذاری خارجی برای خویش حاشیه امنیتی احساس نمایند و با فراغ بال و بدون هراس از مصادره، ضبط و یا ملی شدن سرمایه خود توسط دولتها به این وادی وارد شوند تا بدینوسیله ضمن انتفاع مادی، موجبات رشد و توسعه اقتصادی دولتهای سرمایه پذیر را فراهم آورند.

فهرست منابع

- فارسی

- کلییار، ک، آ(۱۳۷۳)، حقوق سازمانهای بین المللی، ترجمه هدایت الله فلسفی، نشر فاخته، تهران.

- لاتین

- Aguas del Tunari a,A v. Republic of Bolivia, Decision on Jurisdiction , 21 October 2000.
- Amco Asia et al. v. Indonesia, Decision on Jurisdiction, September 25, 1983, 1 ICSID Reports 389.
- ----- v. Indonesia, Resubmitted Case, Decision on Jurisdiction, 10 May 1988, 1 ICSID Reports 543, 565.
- Amerasingh, C.F (1979), "The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes", 19 Indian Journal of International Law 166.
- -----, "jurisdiction Ratione Personae Under the ICSID", 19 Indian Journal of International Law.
- ----- (2003), "Jurisdiction Of International Tribunals", Kluwer law International.
- Astaldi S.p.A. & Columbus Latinoamericana de Construcciones S.A. v. Republic of Honduras (ICSID Case No. ARB/99/8), Award, 19 October.
- Autopista.conesionada de venezuela c.A.v Bolivarian Republic of Venezuela , Decision on jurisdiction, 27 September 2001.
- Boleslaw, Adam Boczek (2005), "The International law Dictionary", Scarecrow Press.

- Broches, A (1972), "The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States", 136 Recueil des Cours.
- Camuzzi International A.v.Argentina Republic Decision on Jurisdiction, 11 May 2005.
- Chairman Report on the Preliminary Draft of the Convention, 9 July 1964, Doc Z 1
- Champion Trading Company, Ameritrade International Inc, James T. Wahba, John B wahba and Timothy wahba v. Arab Republic of Egypt, Decision on Jurisdiction, 21 October 2003.
- Convention on the Settlement of Investment Disputes between States & Nationals of Other States: <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/9.htm>
- CSOB V. Slovakia , Decision on Jurisdiction, 24 May 1999
- Delaume,G.R.(1984),"ICSID Arbitration: Practical Considerations", 1 Journal of International Arbitration.
- Documents concerning the origin and Formulation of the convention on the settlement of Investment Disputes between state and National of Other States ", (Washington D.c. ICSID 1968).vol II.PP 261.
- Dolzer, R.Stevens, M.(1995),"Bilateral Investment Treaties", Martinus Nijhoff.
- Eudoro Aolguin v. Republic of Paraguay, Award, 26 July 2001
- Fedax N.V. v. Republic of Venezuela, Decision on Jurisdiction, 11 July 1997.
- Feldman V. Mexico, 7 ICSID Reports 327,(2001).
- Government of Brunei and the Republic of Indonesia, Malaysia, philippins, sirgapour and Thailand BITs.

- ICSID Additional Facility: <http://www.worldbank.org/icsid/facility/facility.htm>.
- ICSID Cases:
 - <http://www.worldbank.org/icsid/cases/cases.htm>
- ICSID Model Clauses:
 - <http://www.worldbank.org/icsid/model-clauses-en/main.htm>
- ILC,(Garcia Amador Rapporteur), Sixth Report on State Responsibility (1961-II),United Nation Year book of International law,49 U.N Doc, A/cn64/34 and Add.1.
- Iran- United States case No, A/18, Decision On December.82-A18-FT, 6 April 1984.
- Kaiser Bauxite Company v. Jamaica, Decision on Jurisdiction, 6 July
- Lamm, C.(1991),"Jurisdiction of the Internationa Centre for Settlement of Investment Disputes: ICSID Review", Foreign Investment Journal Law..
- Lauterpach (1962), "The Drafting Of Treaties for the Protection of Investment", Interntional Commercial Law Quarterly, No.3.
- Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia, Award,31 March 1986.
- Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of
- Nothebam case(linchtenstein v.Guatemala), ICJ Judgement,1995.
- Olguin V. Republic of Paraguay, Award, 26 July 2001.
- Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and ICSID 1993, Report No.
- Sanclair, Ian (1950)," Nationality of Claims: British Practice", British Year book of International Law.

- Schwarzenberger (1969), "**Foreign Investments International law**", oxford university press.
- Shihata, I. F. I- Parra, A. R (1999), "**The Experience of the International Centre for Settlement of Investment Disputes**", 14 ICSID Review—Foreign Investment Law Journal.
- Shreuer, C.H (2001), "**The ICSID Convention, A Commentary**", Cambridge publication.
- Siag and vecchi V. Arab Republic of Egypt, Decision on Jurisdiction, 11 April 2007.
- SOABI v. Senegal, Award, 25 Febraury 1988.
- Societe Quest Africaine des Betons Industrial v. Republic of Senegal, Award, 25. Febraury 1988.
- Sornarajah, M.(2000), "**The Settlement of Foreign Investment Disputes**", Kluwer Law International.
- Soufkari V. United Arab Emirates, Award, 7 July 2004.
- Sri Lanka, Award, 15 March 2002.
- Subedi, Surya (2008), "**International Investment Law Reconciling Policy and Principles**", US and Canada, Hart publishing.
- sufkari v. united Arab Emirates, Award, 7 July 2004.
- Swiss BIT with Albania, Latvia, Lithuania and Vietnam. See Also and Swiss BIT with Argentina. Available.
- Toop, S.J.(1990), "**Mixed International Arbitration: Studies in Arbitration between States and Private Persons**", Cambridge.
- **Tribunals**", Kluwer law International.
- Venezuela, Decision on Jurisdiction, 27 September 2001.
- Vivandi v. Argentinia, Decision on Annulment.
- Vivendi v. Argentina Republic, Award, 21 November 2000.

- Waguih Ele George Siag and Clorinda Vecchi V. Republic of Egypt, Decision On Jurisdiction, 11 April 2007.
- Wisner. R-Gallus, N.(2004), "Nationality Requirements in the Investor- state Arbitration". 15 Journal of World Investment Trade.
- Yannaca,c.(2008),"Definition of Investor & Investment in international Agreement", OECD.