

## تحلیلی بر چگونگی برخورد محاکم داورى با پدیده انتخاب معاهده مطلوب در داورى‌هاى

### سرمایه‌گذارى بین‌المللى بر مبنای کنوانسیون ایکسید

محمد جواد عبداللهی (نویسنده مسئول)

گروه حقوق، واحد خمینی شهر، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران.

e\_m\_abdollahi@ut.ac.ir

نرگس السادات میرلوحی

کارشناس ارشد حقوق، گروه حقوق، واحد خمینی شهر، دانشگاه آزاد اسلامی، اصفهان، ایران.

narges.riyahi61@gmail.com

**قابل انتشار در دوره ۲۵، شماره ۶۸ (زمستان ۱۴۰۵) نشریه پژوهش‌های حقوقی**

### چکیده

انتخاب معاهده مطلوب یا معاهده‌گزینی به یکی از بحث‌برانگیزترین موضوعات در قلمرو داورى سرمایه‌گذارى بین‌المللى تبدیل شده است. با انتخاب معاهده مطلوب در برخی پرونده‌ها؛ خواهان‌ها ممکن است درصدد استفاده از معاهده دوجانبه‌ای باشند که در شرایط عادى، تحت شمول و امتیازات آن قرار ندارند. در پاسخ به این پرسش کلیدی که آیا عمل انتخاب معاهده مطلوب ماهیتاً یک عمل نامشروع است و اینکه رویه داورى در مواجهه با مصادیق انتخاب معاهده مطلوب به چه نحوی برخورد نموده، نویسندگان با روش کتابخانه‌ای و با ابزار فیش بردارى، به تحلیل پرونده‌های متعدد در قلمرو داورى بین‌المللى تحت کنوانسیون ایکسید پرداخته‌اند. در این مسیر نویسندگان ضمن تبیین مفهوم انتخاب معاهده مطلوب و تحلیل مشروعیت ذاتی آن، به بررسی عنصر تابعیت به عنوان یک الزام مهم در پرونده‌های مرتبط با انتخاب معاهده مطلوب پرداخته‌اند و مواضع مختلف محاکم داورى در برخورد با این پدیده را از جنبه‌های مختلف تحلیل نموده‌اند. مطالب ارائه شده در این پژوهش نشان می‌دهد؛ در تمام موارد؛ عمل انتخاب معاهده مطلوب از سوی محاکم داورى بخصوص در موقعیت‌های که "نص معاهده دوجانبه"، عمل خواهان پرونده را مجاز تلقی نموده، به عنوان پدیده‌ای غیرقانونی تلقی نشده و از این جهت باید پدیده معاهده‌گزینی در تطابق با شرایط هر پرونده تحلیل و ارزیابی شود.

**کلیدواژه‌ها:** انتخاب معاهده مطلوب، داورى سرمایه‌گذارى بین‌المللى، سرمایه‌گذار، دولت میزبان سرمایه، حسن نیت.

## **An analysis of how Arbitration Tribunals deal with the Phenomenon of Treaty Shopping in International Investment Arbitrations under the ICSID Arbitration Convention**

### **Abstract**

Under the ICSID Convention, the abstract treaty shopping or the option treaty has become one of the most controversial issues in the field of international investment arbitration. By shopping the treaty in some cases, the petitioners may be trying to use a bilateral treaty that is not covered by its privileges under normal conditions. In response to the key question of whether the act of shopping a treaty is an illegal act in nature and how the arbitration procedure has dealt with examples of shopping a treaty, the authors, using the library method and note-taking tools, have analyzed numerous cases in the territory International arbitration under the ICSID Convention. In this regard, the authors, while explaining the concept of treaty shopping and analyzing its inherent legitimacy, have examined the element of as an important requirement in cases related to treaty shopping, and have analyzed the different positions of arbitral tribunals in dealing with the phenomenon of treaty shopping from different aspects. The material presented in this research shows that, in all cases, the act of buying a contract by the arbitration courts, especially in situations where "the text of the bilateral contract", the action of the petitioner is considered permissible, is not considered as an illegal phenomenon and For this reason, the phenomenon of treaty selection should be analyzed and evaluated in accordance with the conditions of each case.

**keywords:** Treaty shopping, International Investment Arbitration, Investor, Host state, Good faith.

## مقدمه

جهان امروز بیش از هر زمان دیگری در زمینه سرمایه‌گذاری و تجارت بین‌المللی یکپارچه شده است. امروزه سرمایه‌گذاری به ابزاری مهم در شکل‌دهی چشم‌انداز اقتصادی بین‌المللی تبدیل شده و همواره با این توسعه، اهمیت قوانین بین‌المللی و سیاست‌های ترویج سرمایه‌گذاری خارجی افزایش یافته است. در دنیای کنونی، سرمایه دیگر منحصرأ از کشورهای توسعه یافته به سمت کشورهای کمتر توسعه یافته جریان نمی‌یابد، بلکه برعکس آن نیز در حال تحقق است. در این زمینه معاهدات بین‌دولتی در جهت ترویج سرمایه‌گذاری‌های بین‌المللی و برای ایجاد ضمانت‌ها و مشوق‌ها؛ در جهت حمایت از اشخاص خارجی و اموال آنها در خارج از کشور بوجود آمد، و البته دارای سابقه طولانی می‌باشد. به طور مشخص در چارچوب قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی<sup>۱</sup> از نیمه دوم قرن بیستم، تعداد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری به طور تصاعدی افزایش یافت.

صرف نظر از این واقعیت که این معاهدات تقریباً به طور جهانی پذیرفته شده اند با این وجود هیچ معاهده سرمایه‌گذاری جهانی یا قاعده‌ای از حقوق بین‌الملل عرفی وجود ندارد که بر مبنای آن کشورها را ملزم به اعطای حقوق یکسان به سرمایه‌گذاران؛ صرف نظر از تابعیت کشور مبدأ آنها نماید. در نتیجه، موضع قانونی یک سرمایه‌گذار با در نظر گرفتن به وضعیت دولت‌هایشان می‌تواند متفاوت باشد. به طور کلی برای به دست آوردن مطلوب‌ترین حمایت از سرمایه‌گذاری از طریق معاهدات دوجانبه، تعداد فزاینده‌ای از سرمایه‌گذاران به انتخاب معاهده مطلوب یا همان معاهده گزینی متوسل شده‌اند که از طریق آن، با بازسازی کسب‌وکار یا سرمایه‌گذاری خود بتوانند به مفاد معاهده و مکانیسم‌های حل اختلاف مطلوبتری دسترسی پیدا کنند؛ چرا که تنها افرادی که ملیت کشور طرف یک معاهده را دارند، می‌توانند از حمایت‌های ارائه شده تحت معاهده دوجانبه مذکور بهره‌مند شوند. در واقع یکی از مهم‌ترین مسائلی که معاهدات سرمایه‌گذاری به آن می‌پردازند؛ تعیین شخصی است که می‌تواند به عنوان سرمایه‌گذار تلقی شود؛ کسی که حقوق او تحت معاهده سرمایه‌گذاری حمایت می‌شود.<sup>۲</sup> خاطر نشان می‌شود در حالی که انتخاب معاهده مطلوب پدیده جدیدی نیست، اما همیشه بحث برانگیز بوده است: برخی آن را کاملاً قابل قبول می‌دانند، در حالی که برخی دیگر آن را به عنوان نوعی استثمار و سوء استفاده از سیستم حمایت از سرمایه‌گذاری‌های خارجی<sup>۳</sup> تلقی نموده‌اند. در این معاهدات، دولت‌های میزبان سرمایه‌ریسک بالایی دارند، چرا که آنها معمولاً در موضع پاسخ‌دهنده (خواننده)، دعاوی مطروحه قرار دارند. به طور کلی این سؤال که آیا انتخاب معاهده مطلوب مجاز است یا خیر؛ هرچند در دعاوی متعدد موضع مباحث تحلیلی محاکم داور بوده، با این وجود رویه داور موضوع را به خوبی روشن نکرده است، بلکه در برخی موارد، تردید بیشتری را در مورد نحوه برخورد با پدیده انتخاب معاهده مطلوب ایجاد کرده است. مشاهده رویه داور سرمایه‌گذاری

<sup>۱</sup> International investment agreements (IIA)

<sup>۲</sup> Choukroune, Leïla. Judging the State in International Trade and Investment Law Sovereignty Modern, the Law and the Economics, Singapore: Springer Nature Singapore, 2016.

<sup>۳</sup> در این خصوص لازم به ذکر است هر چند کنوانسیون ایکسید از جهات مختلف شرایط لازم برای امکان استناد به داور ی ایکسید در اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی را فراهم نموده، با این وجود در فرض احراز «سوء استفاده از روند»، به عنوان اقدامی در تعارض با اصل بین‌المللی حسن نیت، محاکم داور ی ایکسید از پذیرش صلاحیت خود برای رسیدگی به این دعاوی خودداری نموده‌اند (عبداللهی و کریمی، ۱۴۰۴: ۱).

بین المللی نشان می‌دهد؛ هرچند داوران تا حدودی نسبت به پدید انتخاب معاهده مطلوب ابراز نگرانی نموده‌اند، اما در بسیاری از موارد انتخاب معاهده مطلوب را بر اساس عبارت‌های معاهده دوجانبه مربوطه تأیید کرده‌اند. در این خصوص محاکم دآوری در برخی پرونده‌ها بر این اعتقادند که سرمایه‌گذار عموماً در هنگام تهیه پیش نویس معاهدات، به سرمایه‌گذاران خارجی اجازه انتخاب معاهده مطلوب در حوزه قضایی خودشان را داده‌اند. با این وجود، تعدادی از محاکم با توسل به ملاحظاتی فراتر از متن معاهده، از تفاسیر غایی<sup>۴</sup> استفاده کرده‌اند که نتیجه اتخاذ چنین رویکردی؛ ظهور مفهوم سوء استفاده از فرآیند<sup>۵</sup> در رویه قضایی دآوری معاهدات سرمایه‌گذاری بوده که به انگیزه‌های واقعی تغییر ملیت‌ها برای کسب حمایت معاهده نگاه عمیق تری دارد. لازم به ذکر است عدم اطمینان در مورد محدودیت‌های مرتبط با انتخاب معاهده مطلوب هم برای سرمایه‌گذاری میزبان سرمایه و هم برای سرمایه‌گذاران رضایت‌بخش نیست چرا که از یک طرف ترکیبی از شرایط مجاز معاهده دوجانبه مربوطه و هزینه‌های نسبتاً پایین برای ادغام یک شرکت تابعه در خارج از کشور یا انتقال به حوزه قضایی دیگر؛ چیزی است که عملاً برخی شرکت‌ها را قادر می‌سازد تا در صورت بروز اختلاف با دولت میزبان، مرزهای حفاظت از سرمایه‌گذاری قانونی را پشت سر بگذارند و در شرایط مطلوبتری قرار گیرند؛ در حالی که از طرف دیگر پدیده انتخاب معاهده مطلوب می‌تواند به اهداف معاهدات دوجانبه آسیب وارد نماید.<sup>۶</sup> نویسندگان در این پژوهش با توجه به ماهیت سیال و بحث برانگیز انتخاب معاهده مطلوب در ابتدا به بررسی مفهوم آن پرداخته‌اند و در ادامه ضمن تبیین چگونگی تعیین مفهوم ملیت سرمایه‌گذار به عنوان عامل کلیدی در احراز پدیده انتخاب معاهده مطلوب، مواضع مختلف محاکم دآوری را در این خصوص تحلیل نموده‌اند.

## ۱. مفهوم انتخاب معاهده مطلوب

اعمال رویه دآوری ایکسید می‌تواند منشأ فساد و سوء استفاده شود<sup>۷</sup> که یکی از مصادیق آن پدیده انتخاب معاهده مطلوب است. در تعریف انتخاب معاهده مطلوب یا معاهده گزینی بیان شده اقدامی است که طی آن سرمایه‌گذار در پی دستیابی و برنامه ریزی برای مرتبط شدن یک معاهده سرمایه‌گذاری است که برای او وجود ندارد و یا به منظور دستیابی به حمایت‌های معاهداتی مطلوبتر؛ به این اقدام مبادرت می‌کند. بنابراین ماهیت معاهده گزینی در واقع تلاش برای تغییر ساختار سرمایه‌گذاری به منظور دستیابی به صلاحیت بین المللی مطلوبتر است. از این جهت هدف خاص

<sup>۴</sup>. یکی از روش‌های تفسیر، روش تفسیر غایی است که مبتنی بر تفسیر براساس موضوع و هدف معاهده می‌باشد. روش مورد بحث بر این فرض استوار است که با توجه به این که هر معاهده‌ای در پرتو تحقق اهداف اقتصادی، اجتماعی، و... خاصی تدوین و منعقد می‌شود، لذا هدف این تفسیر، فهمید اهدافی است که آن معاهده برای تحقق آن انعقاد یافته است. تفسیر غایی به موجب قسمت پایانی بند ۱ از ماده ۳۱ کنوانسیون حقوق معاهدات ۱۹۶۹ وین که بیان می‌دارد: «یک معاهده براساس حسن نیت... و در پرتو موضوع و هدف معاهده تفسیر خواهد شد»، به رسمیت شناخته شده است.

<sup>۵</sup> Abuse of process

<sup>۶</sup> Puukka, Johanna. Treaty Shopping In International Investment Law Setting Limits on Corporate Restructuring to Gain Access to Investment Protection, University Of Helsinki Faculty Of Law, Master's Thesis, Supervisor: Prof. Mika Hemmo, 2018.

<sup>۷</sup>. بزرگزاد، عباس. «تأثیر سوء استفاده از دادرسی و حق در رسیدگی‌های مقدماتی و ماهوی ایکسید». نشریه علمی دانش حقوق مدنی، ۱۱ (۱۴۰۱)، ۶۴-۵۱.

معاهده‌گزینی کسب امتیاز بیشتر و مطلوبتر از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری با کشور سرمایه‌پذیر است.<sup>۸</sup> در تعریف دیگری نیز بیان شده انتخاب معاهده مطلوب به وضعیتی ارجاع دارد که سرمایه‌گذار خارجی سرمایه‌گذاری خود را از طریق کشور ثالثی که با کشور میزبان سرمایه‌معاهده مطلوبی دارد، به نحوی سازمان‌دهی می‌نماید که به نحوی در قلمرو معاهده مربوطه قرار گیرد و بتواند از مزایا و حمایت‌های آن بهره‌مند شود. در این راستا به طور مثال اگر ایران و نیجریه معاهده دوجانبه‌ای منعقد نمایند، درحالی‌که بین ایران و انگلیس هیچ معاهده‌ای نباشد، سرمایه‌گذار انگلیسی که قصد سرمایه‌گذاری در ایران را دارد، در صورتیکه سرمایه‌گذاری خود را به گونه‌ای از طریق کشور نیجریه در ایران انجام دهد، می‌تواند از مزایای معاهده منعقد شده بین دو کشور اخیر بهره‌مند شود.<sup>۹</sup> به طور کلی پدیده انتخاب معاهده مطلوب در دو بعد انجام می‌شود؛ یکی با برنامه‌ریزی در خصوص ملیت اشخاص<sup>۱۰</sup> حقیقی است؛ زمانی که شخص حقیقی تابعیت دولتی دیگر؛ یا تابعیت مضاعف را کسب می‌کند. دیگری برنامه‌ریزی نسبت به ملیت اشخاص حقوقی یا شرکت‌ها است، زمانی که یک سرمایه‌گذاری از طریق یک نهاد شرکتی در کشوری ثالث شکل می‌گیرد. برنامه‌ریزی برای تغییر ملیت می‌تواند قبل از بروز اختلاف و یا پس از آن رخ دهد، مانند هنگام فروش دارایی مورد مناقشه به یک شرکت تابعه مستقر در کشور سوم که با دولت میزبان دارای معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مطلوب تری است. لازم به ذکر است پدیده «انتخاب معاهده مطلوب» باید از «خرید در انجمن»<sup>۱۱</sup> متمایز شود؛<sup>۱۲</sup> هرچند گاهی اوقات به جای بکدیگر استفاده می‌شوند، با این وجود با هم تفاوت دارند چرا که دومی به معنای انتخاب مطلوب‌ترین دادگاه یا محکمه از بین محاکم متعدد موجود است، مانند انتخاب بین محکمه داورى ICSID و یا داورى تحت قوانین داورى UNCTRAL و یا انتخاب بین محاکم داخلی و یا بین المللی داورى.

<sup>۸</sup> میرمحمدی، سید مصطفی، خمسی زاده، مهران. «پدیده معاهده‌گزینی و حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی». مطالعات حقوق عمومی، ۳ (۱۴۰۰)، ۹۵۱-۹۷۱.

<sup>۹</sup> غمامی، مجید، صدیقی، ریحانه. «شرط انکار منافع در معاهدات سرمایه‌گذاری». مطالعات حقوق خصوصی، ۴۸ (۱۳۹۷)، ۱۱۵-۱۳۱.

<sup>۱۰</sup> لازم به ذکر است هرچند برنامه‌ریزی تابعیت فی‌نفسه ممنوع نیست اما مراجع داورى در برخی موارد آن را غیر قابل قبول ندانسته‌اند. یکی از این موارد، زمانی است که سرمایه‌گذار پس از بروز اختلاف یا در زمانی که اختلاف قابل پیش‌بینی بوده است، اقدام به برنامه‌ریزی تابعیت کرده و دعوا را ذیل معاهده‌ای که متعاقب تغییر تابعیت بدان دسترسی یافته، طرح می‌نماید (عسکری و سعیدی، ۱۴۰۱: ۱۰۹). به طور کلی دیوانه‌های داورى ایکس‌اید در مواجهه با سوء استفاده از حق به منظور انتفاع از استانداردهای حمایتی معاهده سرمایه‌گذاری برای تعیین گستره اعمال کنوانسیون به اصل سوء استفاده از حق ارجاع داده‌اند (ابریشمی و ضمامی، ۱۳۹۷: ۹۴).

#### <sup>۱۱</sup> Forum shopping

<sup>۱۲</sup> فروم‌شاپینگ یا همان خرید محکمه که آن را به طور خلاصه می‌توان سوء استفاده خواهان از حق انتخاب دادگاه نامید، عبارت از تصمیم خواهان در اقامه دعوی در یک دادگاه به جای دادگاه دیگری که به طور بالقوه امکان طرح دعوی در آن وجود دارد. به عبارت دیگر فروم‌شاپینگ به اختیار خواهان در طرح دادخواهی در یکی از چند دادگاه متفاوت اشاره دارد. در تعریف دیگر بیان شده این واژه دلالت بر انتخاب یک دادگاه توسط خواهان دارد که نظر به نیازهای او با توجه به وجود منافع بازرگانی، حقوقی یا شخصی از موقعیت بهتری برخوردار است. فروم‌شاپینگ فی‌نفسه دارای بار منفی است؛ اما چنانچه در میان چند دادگاه خواهان از حق انتخاب برخوردار باشد، طبیعتاً دادگاهی را بر می‌گزیند که در نظر او در آن دادگاه دادخواهی به طور مطلوب‌تری اداره می‌شود. از این جهت علی‌رغم بار معنایی منفی برای این اصطلاح، فروم‌شاپینگ نتیجه اجتناب ناپذیر انتخاب خواهان است و با انتخاب خواهان ملازمه دارد. بنابراین از آنجایی که تصمیم خواهان در طرح دادخواهی در یک دادگاه مشخص می‌تواند دلیل موجهی داشته باشد؛ به طور مثال ممکن است برای اجتناب از مشکلات ترجمه در مسائل حقوقی به اقامه دعوی در کشور معین پرداخته باشد تا از مشکلات مرتبط با زبان خارجی اجتناب کند و یا اینکه به نظر او قضات یک دادگاه خاص در دعوی مطروحه تبحر بیشتری داشته‌اند و یا اینکه روند دادخواهی در آنجا با سرعت بالاتری صورت می‌گیرد. از این جهت خواهان همیشه در جهت طرح دعوی در یکی از دو مرجع رسیدگی؛ قطعاً منافع خود را مدنظر قرار می‌دهد. صرف ارتکاب چنین عملی مذموم نیست و سوء استفاده از حق محسوب نمی‌شود. این مصلحت‌سنجی ممکن است سوء استفاده تلقی شود در جایی که موجب ایذاء طرف مقابل شده و حقوق دفاعی وی را نقض نماید یا اینکه منافع قابل توجهی برای خواهان و به زیان خواننده ایجاد کند (مقصودی: ۱۳۹۴: ۹۰).

برخی محققان استدلال می‌کنند تا زمانی که سرمایه‌گذاران الزامات ملیت<sup>۱۳</sup> مندرج در معاهده دوجانبه را برآورده کنند، انتخاب معاهده مطلوب، غیرقانونی نیست<sup>۱۴</sup>، با این وجود مطمئناً جنبه‌هایی وجود دارد که این پدیده را نامطلوب می‌سازد. در این خصوص دلایل متعددی بیان شده که عبارتند از: اولاً انتخاب معاهده مطلوب پیامدی ناخواسته برای کشورهای میزبان سرمایه محسوب می‌شود؛ و از این جهت به نظر می‌رسد بیشتر کشورهای میزبان سرمایه پیش بینی نکرده اند که وجود بیانات گسترده در متن معاهدات دوجانبه می‌تواند زمینه را برای انتخاب معاهده مطلوب به آسانی فراهم سازد؛ ثانیاً انتخاب معاهده مطلوب، اصل دوجانبه در معاهدات سرمایه‌گذاری را که بر اساس آن دو دولت متعاقد با ایجاد حقوق و تعهدات متقابل در برابر یکدیگر توافق نموده اند، نقض می‌کند. در واقع تحت رویه انتخاب معاهده مطلوب، سرمایه‌گذاران یک کشور ثالث می‌توانند از یک معاهده سرمایه‌گذاری منتفع شوند؛ بدون اینکه دولت متبوع آنها؛ تعهدی را که توسط این معاهده ایجاد شده، به طور متقابل پذیرفته باشد. ثالثاً از نقطه نظر توجه به رفاه کشور میزبان<sup>۱۵</sup>، انتخاب معاهده مطلوب؛ منجر به کاهش دامنه ابزارهای نظارتی کشور میزبان می‌شود، زیرا کشور میزبان سرمایه را در معرض ادعاهای سرمایه‌گذارانی قرار می‌دهد که در غیر این صورت واجد شرایط استناد به معاهده در هنگام انجام اقدامات تنظیمی نبوده اند؛<sup>۱۶</sup> رابعاً، انتخاب معاهده مطلوب وضعیتی را ایجاد می‌کند که سبب می‌شود زمین بازی در بین سرمایه‌گذاران داخلی یکسان نباشد؛ زیرا اتباع کشور میزبان که به دنبال دسترسی به دایره سرمایه‌گذاری بین المللی با تأسیس یک نهاد شرکتی در یک کشور ثالث هستند را در مقایسه با رقبای محلی خود که از کمبود منابع و دسترسی برای تخصص قانونی لازم جهت تأسیس چنین شرکت‌هایی و به تبع آن انتخاب معاهده مطلوب نیستند، دارای موقعیت برتر می‌سازد.<sup>۱۷</sup> لازم به ذکر است به این مقوله تصریح شده که انتخاب معاهده مطلوب برای شرکت‌های بزرگ و شرکت‌های فرعی آنها در دسترس است، در حالیکه برای سرمایه‌گذاران محلی در دسترس نمی‌باشد<sup>۱۸</sup> که این موضوع می‌تواند سبب ایجاد موقعیت نابرابر بین شرکت‌های بزرگ خارجی با سرمایه‌گذاران محلی شود.

### <sup>13</sup> Nationality requirement

<sup>۱۴</sup> «انتخاب معاهده مطلوب» در واقع غیرقانونی یا غیراخلاقی نیست، هر چند رویه دایره نشان داده که برای آن می‌تواند محدودیت‌هایی وجود داشته باشد. در این راستا به طور مثال بعلاوه، دولت‌ها ممکن است تغییر ساختار شرکتی را به منظور به دست آوردن مزایایی از معاهدات انجام شده غیرقابل قبول تشخیص دهند و اقداماتی را بر علیه آنها انجام دهند (Dolzer et al, 2022: 71). در واقع برای سرمایه‌گذار دارای ملیتی مشخص؛ نه غیرقانونی و نه نادرست است که یک نهاد جدید در حوزه قضایی ایجاد کند که به نظر می‌رسد یک محیط نظارتی و قانونی سودمند، از جمله در دسترس بودن معاهده سرمایه‌گذاری را فراهم کند. ایجاد شرکتها در راستای بهره‌مندی از قانون داخلی و معاهدات منعقد؛ نه عملی غیر اخلاقی و نه غیرقانونی است بلکه یک رفتار استاندارد در روابط اقتصادی بین المللی محسوب می‌شود (Rovine, 2013: 19). بنابراین تأکید شده پدیده انتخاب معاهده مطلوب در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری فراوانی دارد و اگرچه نگرانی‌هایی در خصوص آن ابراز شده، اما معمولاً از طریق معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری مستثنی نمی‌شود (Herrmann and Terhechte, 2009: 70). بنابراین مفسران بر این باورند که انتخاب معاهده مطلوب یک استراتژی مشروع برای سرمایه‌گذاران؛ در جهت برنامه ریزی به طور مثال برای بهره‌مندی از رژیم مالیاتی بهتر است. با این حال، همانطور که تفاوت بین بهینه‌سازی مالیاتی و فرار مالیاتی تا حدی مبهم است، مرز بین برنامه‌ریزی ملیت و سوء استفاده از روند دایره نیز مبهم است (Nikié ma, 2012: 8).

### <sup>15</sup> Host country's welfare perspective.

### <sup>16</sup> Regulatory action

<sup>17</sup> Lee, Eunjung. Treaty Shopping in International Investment Arbitration: How often has it occurred and how has it been perceived by tribunals?, London School of Economics and Political Science, Working paper Series, 2015.

<sup>18</sup> Marisi, Flavia. Rethinking Investor-State Arbitration, Switzerland: Springer International Publishing, 2023.

## ۲. تعیین ملیت سرمایه‌گذاران<sup>۱۹</sup>

چگونگی تعریف ملیت سرمایه‌گذاران یک عامل مهم تعیین کننده در دامنه انتخاب معاهده مطلوب است؛ بسته به اینکه یک معاهده سرمایه‌گذاری چگونه پیوند مورد نیاز بین کشور میزبان و سرمایه‌گذاران را تعریف کند، طیف سرمایه‌گذاران واجد شرایط برای طرح یک ادعا، تحت یک معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مشخص خواهد شد. بررسی ملیت خواهان پرونده، سوالی واقعی است که نوعاً محاکم داوری بین المللی با آن مواجه بوده‌اند.<sup>۲۰</sup> تقریباً همه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری؛ معیارهای تعیین ملیت سرمایه‌گذاران را در هنگام تعریف سرمایه‌گذاران مشخص می‌کنند. معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری برای تعیین تابعیت اشخاص حقوقی معمولاً چهار معیار زیر را اتخاذ نموده‌اند: (۱) محل تشکیل<sup>۲۱</sup>، (۲) محل استقرار شرکت؛ یعنی مقر اداری یا مقر قانونی یک شرکت<sup>۲۲</sup>؛ (۳) محل تأسیس، طبق قانون جاری در کشور<sup>۲۳</sup>، (۴) محل کشور کنترل کننده، یعنی کشوری که ملیت اکثریت سهامداران<sup>۲۴</sup>؛ متعلق به آن کشور است.<sup>۲۵</sup> مفسران بین معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه (BIT) امضا شده بین سالهای ۱۹۵۹ تا ۱۹۸۸ (نسل اول) و آنهایی که بین سالهای ۱۹۸۸ تا ۱۹۹۵ (نسل دوم) امضا شده‌اند و در نهایت معاهداتی که از سال ۱۹۹۵ تا به امروز (نسل سوم) منعقد شده‌اند، تمایز قائل شده‌اند. در نسل سوم معاهدات، معمولاً از مجموعه‌ای از رویه‌های حقوقی معاهدات سرمایه‌گذاری در مورد تفسیر معاهدات سرمایه‌گذاری استفاده شده که «به تکامل تکنیک‌های جدید برای تدوین پیش‌نویس‌های معاهدات منجر شده؛ چرا که کشورها در این معاهدات به تصمیمات محاکم داوری توجه نموده‌اند». نسل اول و دوم معاهدات سرمایه‌گذاری عموماً سرمایه‌گذار واجد شرایط را تنها با اشاره به شرکت (ادغام<sup>۲۶</sup>) تعریف می‌کنند. با این وجود نسل سوم معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری تمایل بیشتری به محدود کردن تعریف سرمایه‌گذار «برای کنار گذاشتن افراد غریبه از توافق<sup>۲۷</sup>»، نشان می‌دهند. معاهدات نسل سوم معمولاً از سرمایه‌گذاران شرکتی بالقوه می‌خواهند نوعی ارتباط اقتصادی با کشور متعاهدی که ادعای تابعیت آن را دارند؛ داشته باشند. بنابراین در این معاهدات شاهد افزایش استفاده از کنترل و سایر انواع معیارهای ارتباط اقتصادی هستیم.<sup>۲۸</sup>

سرمایه‌گذاری میزبان ممکن است نگرانی‌هایی در خصوص دامنه تعهدات حقوقی شان تحت معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه داشته باشند چرا که این معاهدات در رویه داوری ممکن است به اشخاصی که نباید

<sup>19</sup> Determining the nationality of investors

<sup>20</sup> Novakovic, Marko. The Common Law and the Civil Law Today - Convergence and Divergence [PDF, E-Book], Vernon Art and Science Incorporated, 2019.

<sup>21</sup> Place of incorporation

<sup>22</sup> Place of its seat, i.e. administrative seat or statutory seat of a company

<sup>23</sup> Place of constitution in accordance with the law in force in the country

<sup>24</sup> The country of control, i.e. nationality of its majority of shareholders

<sup>25</sup> Lee, Ibid

<sup>26</sup> Incorporation

<sup>27</sup> To exclude purported strangers to the agreement

<sup>28</sup> Foote QC, Simon. The Bona Fide Investor: Corporate Nationality and Treaty Shopping in Investment Treaty Law, A Thesis submitted for the Degree of Doctor of Philosophy Faculty of Law Victoria University of Wellington, 2020.

طرف این معاهدات باشند، تعمیم داده شوند.<sup>۲۹</sup> خاطرنشان می‌شود معاهدات سرمایه‌گذاری متضمن تعادلی بین منافع مورد انتظار سرمایه‌گذار و فداکاری‌های قابل قبول از طرف دولت میزبان سرمایه هستند. کشورهایی که طرف معاهدات سرمایه‌گذاری هستند امیدوارند از سرمایه‌گذاری خارجی در اقتصاد خود بهره مند شوند و در ازای آن تعهداتی همانند حمایت‌های اساسی از سرمایه‌گذاری خارجی و دسترسی به محکمه دآوری بی طرف در صورت ادعای نقض این حمایت‌ها را بر عهده می‌گیرند. از این جهت وقتی با ادعاهای شرکت‌های واسطه‌ای مواجه می‌شوند، سرمایه‌گذاری که خواننده پرونده قرار گرفته اند اعتراض می‌کنند که اساساً قصد اعطای مزایای مرتبط با چنین معاهده ای را به نهادهایی که توسط اتباع سرمایه‌گذاری ثالث که طرف معاهده دوجانبه نبوده اند و یا توسط شهروندان خود کنترل می‌شوند، نداشته‌اند. علاوه بر این، بسیاری از سرمایه‌گذاری که خواننده قرار گرفته اند، استدلال می‌کنند هدف معاهدات سرمایه‌گذاری و کنوانسیون ایکسید حمایت از سرمایه‌گذاری‌های خارجی مرتبط با دولت متعاقد است، نه سرمایه‌گذاری توسط اتباع دولت میزبان سرمایه یا اتباع دولتهای ثالث که از طریق نهادهایی در دولت متعاقد و در جهت دستیابی به حمایت‌های تحت معاهده تشکیل شده اند. لازم به ذکر است یک رویکرد ماهوی یا هدفمند به تعریف شخص سرمایه‌گذار؛ فراتر از محدودیت‌های تحت اللفظی تعریف «سرمایه‌گذار» در یک معاهده دوجانبه؛ به موضوع و هدف مقررات کنوانسیون ایکسید و با اتکاء به اصل حسن نیت در حقوق بین الملل، توجه می‌نماید. در این مسیر؛ معنای تحت اللفظی تعاریف مندرج در معاهده را تعدیل می‌کند و به ضرورت وجود یک پیوند مستحکم بین خواهان پرونده و کشوری که تابعیتش را دارد، توجه می‌کند. در واقع در این رویکرد ماهوی و هدفمند، به جای توجه صرف به موارد فنی قانونی؛ به ماهیت روابط به طور واقعی توجه شده و این روابط در جهت احراز عنصر تابعیت و رابطه بین خواهان با دولت متعاقد، بررسی خواهد شد.<sup>۳۰</sup>

### ۳. چگونگی احراز انتخاب معاهده مطلوب توسط محاکم دآوری

محاکم دآوری سرمایه‌گذاری بین المللی در برخورد با پدیده انتخاب معاهده مطلوب در پرونده‌های مختلف به صورت یکنواخت عمل نکرده اند. در این خصوص برخی محاکم با تأکید بر تفسیر تحت اللفظی و دقت در تعاریف ارائه شده از مفهوم سرمایه‌گذار؛ در هر معاهده دوجانبه و با رویکردی محافظه کارانه، چنانچه سرمایه‌گذار در دامنه تعریف معاهده قرار گیرد؛ عمل انتخاب معاهده مطلوب را عملی مشروع تلقی نموده اند. در مقابل برخی محاکم در پرتو دکترین سوء استفاده از روند<sup>۳۱</sup>، در فرضی که عمل انتخاب معاهده مطلوب را در تعارض با اصل کلی حسن نیت تلقی شود، نظر به ممنوعیت انتخاب معاهده مطلوب داشته اند.<sup>۳۲</sup>

<sup>29</sup> Damjanovic, Ivana. *The European Union and International Investment Law Reform Between Aspirations and Reality*, United Kingdom: Cambridge University Press, 2023.

<sup>30</sup> Foote QC, Simon. *Ibid*

<sup>31</sup> Abuse of process

<sup>32</sup> مفهوم سوء استفاده از روند به عنوان زیرشاخه نظریه سوء استفاده از حق تلقی می‌شود که اشاره به اجرای غیرمعقول حق «به غیر از هدفی که حق برای آن ایجاد شده» دارد (Kulick et al, 2024: 605). در واقع نظریه سوء استفاده از حق مبنایی هنجاری برای اعمال نظریه سوء استفاده از روند در دآوری معاهدات

### ۱-۳. مواردی که رویه داوری انتخاب معاهده مطلوب را عملی مجاز تلقی نموده است

به طور کلی دو رویکرد در برخورد با پرونده‌هایی که انتخاب معاهده مطلوب در آنها صورت گرفته؛ قابل مشاهده است. در رویکر اول محاکم داوری با اتخاذ دیدگاه محافظه کارانه سعی در پذیرش اقدام خواننده در انتخاب معاهده مطلوب داشته اند. در این خصوص در پرونده‌های متعدد داوری، نشان داده شده انتخاب معاهده مطلوب؛ تحت شرایطی عملی مجاز تلقی شده است. یکی از این موارد به طور مثال مرتبط است با پرونده Saluka Investments B.V. بر علیه جمهوری چک در سال ۲۰۰۶ است. در این پرونده یک شرکت از گروه شرکت‌های نومارا - یک گروه تجاری بانکداری و خدمات مالی ژاپنی - سهام یکی از بانک‌های بزرگ واقع در کشور چک را خریداری نمود و آنرا به یکی دیگر از شرکت‌های تابعه نوراما<sup>۳۳</sup> به نام سالوکا<sup>۳۴</sup> که تحت قوانین هلند فعالیت داشت، منتقل نمود. سالوکا متعاقباً دادخواهی بر علیه جمهوری چک تحت عنوان معاهده دوجانبه هلند و جمهوری چک مطرح کرد. جمهوری چک در مقام دفاع بیان کرد سالوکا یک سرمایه‌گذار واقعی تحت معاهده دوجانبه هلند و جمهوری چک محسوب نمی‌شود؛ چرا که «چیزی بیش از یک شرکت کاغذی نیست که توسط نومارا و برای اهداف خود استفاده شده است» و در نتیجه پیوندهای واقعی و مستمر با هلند را حفظ نمی‌کند.

جمهوری چک در واقع مدعی بود سالوکا صرفاً نماینده ای برای شرکت مادر که همان نوراما باشد محسوب می‌شود و در نتیجه نمی‌تواند از منافع معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بهره مند شود.<sup>۳۵</sup> دیوان داوری هر چند با این استدلال موافق بود که شرکتی که هیچ ارتباط واقعی با یک کشور عضو معاهده دو جانبه را ندارد و در واقع یک شرکت کاغذی است که توسط شرکت دیگری کنترل می‌شود؛ تحت قوانین دولت میزبان سرمایه یا دولت طرف متعاقد تشکیل شده و از این جهت نباید حق استناد به مفاد آن معاهده را داشته باشد و حتی با وجود اینکه احتمال سوء استفاده از رویه داوری بین المللی از طریق شیوه‌های انتخاب معاهده مطلوب را در نظر گرفت؛ و البته آنرا فی نفسه به منزله سوء استفاده از روند داوری تلقی نمود.<sup>۳۶</sup> با این وجود، دیوان به این نتیجه رسید که در مواردی که طرفین توافق کرده اند صلاحیت برای محاکم ایجاد کنند، باید بر اساس شرایط معاهده صلاحیت را احراز نمود و از این جهت نمی‌توان تعریف محدودتری از سرمایه‌گذار را که در جهت مستثنی کردن نهادهایی مانند سالوکا از حمایت معاهده مربوطه است، اتخاذ کرد. در واقع در نظر دیوان داوری، معاهده دوجانبه مربوطه فقط مدعی را در مقام سرمایه‌گذار، ملزم کرده تحت قوانین هلند تشکیل شده

---

سرمایه گذاری محسوب می‌شود (De Mestral and Lévesque, 2013: 236). بر مبنای نظریه سوء استفاده از روند یا همان سوء استفاده از جریان رسیدگی؛ در دعوی سرمایه‌گذاری شخص سرمایه‌گذار حقوق خود را به طریقی که مغایر با هدف تأسیس آن حق است، اعمال می‌کند (رضوی طوسی و همکاران، ۱۴۰۲: ۲۶۷).

<sup>33</sup> Nomura

<sup>34</sup> Saluka

<sup>35</sup> Yannaca-Small, Katia. Arbitration Under International Investment Agreements A Guide to the Key Issues, New York: Oxford University Press, 2010.

<sup>36</sup> Lavranos, Nikolaos, A. Kok, Ruth. Netherlands: Hague Yearbook of International Law / Annuaire de La Haye de Droit International, Brill, 2017.

باشد.<sup>۳۷</sup> در این راستا دیوان داوری به ماده ۲ معاهده دوجانبه مذکور استناد که بر اساس آن هر سرمایه‌گذاری باید بر اساس قوانین دولت میزبان ایجاد شده باشد.<sup>۳۸</sup> بر این اساس دیوان داوری ادعای دولت میزبان را در سوء استفاده از روند انتخاب معاهده مطلوب با دقت در شرایط احراز صلاحیت در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری نپذیرفت، چرا که معاهده دوجانبه شرایط وسیعی را برای احراز قراردادهای سرمایه‌گذاری در نظر گرفته بود که از نظر محکمه داوری عمل خواهان، الزامات معاهده دوجانبه مذکور را برآورده می‌کرد. لازم به ذکر است همانطوریکه رویه قضایی نیز به آن تأکید کرده تعیین مرز، بین برنامه ریزی برای تغییر تابعیت به طور مشروع و سوء استفاده از معاهده کار آسانی نیست. به گفته محکمه، عنصر زمانی نقش مهمی در ترسیم این تمایز دارد. در اصل، سرمایه‌گذار باید از حمایت معاهده سرمایه‌گذاری محروم شود، اگر قراردادی را صرفاً به منظور کسب تابعیت؛ در زمانی که اختلاف منجر به طرح دادخواهی قابل پیش‌بینی بوده، منعقد کرده باشد، و همچنین در صورتی که چنین قراردادی را صرفاً با هدف ورود به این اختلاف منعقد نموده باشد. بنابراین از آنجایی که سوء استفاده از حق تنها در موارد استثنایی قابل پذیرش است، ملاک قابل پیش‌بینی بودن اختلاف باید به گونه ای محدود تفسیر شود. بر این مبنا، مدعی سوء استفاده از حقوق (یعنی دولت خوانده) باید ثابت کند که اختلاف در زمان تجدید ساختار شرکت قابل پیش‌بینی بوده و چنانچه موفق به انجام این کار شود، فرض بر این است که خواهان با تجدید ساختار، سوء استفاده از روند داوری نموده است. البته سرمایه‌گذار هنوز این فرصت را دارد که چنین فرضی را با اثبات اینکه بازسازی ساختاری در واقع عمدتاً به دلایلی غیر از ادعای قرار گرفتن تحت حمایت معاهده دوجانبه صورت گرفته، رد نماید.<sup>۳۹</sup>

پرونده دیگر، در یوکوس یونیورسال لیمیتد در برابر فدراسیون روسیه، استدلال کشور روسیه مبنی بر اینکه یوکوس یونیورسال به عنوان خواهان پرونده استحقاقی ندارد که تحت حمایت معاهده دوجانبه باشد؛ از آنجایی که «یک شرکت کاغذی است که منافع آن در مالکیت و کنترل اتباع روسیه و به همین ترتیب توسط اتباع کشور میزبان سرمایه اداره می‌شود»، توسط محکمه رد شد. در این پرونده دیوان معتقد بود همانطوریکه ماده ۳۱ از کنوانسیون وین در حقوق معاهدات بیان نموده «یک معاهده باید در ابتدا بر اساس زبان ساده آن تفسیر شود». علاوه بر این، دادگاه یوکوس یونیورسال موقعیت و شرایطی را که یک طرف متعاقد می‌تواند بر اساس ماده ۱۷ (۱) معاهده منشور انرژی<sup>۴۰</sup> به حق خود استناد کند؛ به اصطلاح بند انکار منافع<sup>۴۱</sup> را به نحو محافظه کارانه تفسیر نمود.<sup>۴۲</sup> در نهایت دیوان به این نتیجه رسید که

<sup>37</sup> Lee, Eunjung. Treaty Shopping in International Investment Arbitration: How often has it occurred and how has it been perceived by tribunals?, London School of Economics and Political Science, Working paper Series, 2015.

<sup>38</sup> Eftekhari, Reza. The Role of the Domestic Law of the Host State in Determining the Jurisdiction Ratione Materiae of Investment Treaty Tribunals The Partial Revival of the Localisation Theory?, Netherlands: Brill, 2021.

<sup>39</sup> Feit, Michael, Terrapon, Chlo. Investor-State Arbitration, Sixth Edition, 2024.

<sup>40</sup> Energy Charter Treaty (ETC).

<sup>41</sup> Denial of benefits clause

<sup>42</sup> شرط انکار منافع شرطی است در معاهدات سرمایه‌گذاری که به موجب آن یکی از طرفین يك معاهده سرمایه‌گذاری، اعطای مزایا و حمایت‌های مقرر در معاهده مربوط را برای شرکت یا هر شخص حقوقی که به وسیله شخص یا اشخاصی کنترل می‌شود که از اتباع دولت متعاقد دیگر نیستند، به رسمیت نشناخته و

بند ۱ ماده ۱۷ به طور خودکار مزایای معاهده منشور انرژی را انکار نمی‌کند، بلکه «حق» را برای هر یک از طرف‌های متعاقد در جهت انکار آن محفوظ می‌دارد و از این جهت، یک طرف باید از حق بهره‌مندی از این مقررات، در صورت رعایت مفاد آن بهره‌مند شود.

علاوه بر این، دیوان داوری با تأیید اینکه این ماده در خصوص سرمایه‌گذاری که در مقام خوانده قرار گرفته‌اند؛ برای رد حضور سرمایه‌گذار، پس از شروع رسیدگی‌های داوری قابل استناد نیست؛ موقعیت سرمایه‌گذاری خوانده را برای امکان استناد به شرط انکار منافع، علیرغم تأیید وجود آن، دشوارتر نمود.<sup>۴۳</sup> در دعوی S.A علیه جمهوری بولیوی<sup>۴۴</sup> نیز دیوان داوری بیان کرد تعریف گسترده از «ملیت» یا «سرمایه‌گذاری» در بسیاری از معاهدات دوجانبه، بیانگر قصد طرفین قرارداد برای تشویق سرمایه‌گذاری نظر به در دسترس بودن یک محکمه بی طرف است و از این جهت، دیوان باید به زبان ساده معاهدات احترام گذارد.<sup>۴۵</sup>

### ۳-۲. ممنوعیت استفاده از انتخاب معاهده مطلوب در رویه داوری

برخلاف رویکرد نخست، محاکم داوری در برخی موقعیتها اجازه استفاده از انتخاب معاهده مطلوب را نداده‌اند. در این خصوص بیان شده هرچند بسیاری از محاکم رویکرد محافظه‌کارانه‌ای داشته‌اند، در مواردی نیز موضع بازدارنده‌تری نسبت به انتخاب معاهده مطلوب اتخاذ شده است. در این راستا به طور مثال در پرونده فونیکس اکشن لیمیتد بر علیه جمهوری چک<sup>۴۶</sup> محکمه دریافت که سرمایه‌گذاری‌ها با حسن نیت انجام نشده، بلکه از طریق ارائه‌های نادرست، پنهان‌کاری و یا از طریق فساد مالی به دست آمده، که به منزله سوء استفاده از سیستم داوری بین‌المللی ایکسید می‌باشد<sup>۴۷</sup> و در نتیجه چنین سرمایه‌گذاری نباید مورد حمایت واقع شود و در نتیجه محکمه صلاحیت خود را به دلیل احراز تحقق سوء استفاده از نظام ایکسید احراز نپذیرفت.<sup>۴۸</sup> در این خصوص لازم به ذکر است که مرکز داوری ایکسید به عنوان نهاد اصلی مدیریت اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی، یک مکانیسم قابل اعتماد و مؤثر برای حل و

---

حمایتهای مربوطه را شامل اشخاص مزبور نمی‌داند، اگرچه اشخاص موصوف اصولاً مشمول حمایت‌های معاهده باشند... درباره شرط انکار منافع گفته شده که این شرط قانونی‌ترین روش برای وارد کردن ایراد به صلاحیت شخصی است، چراکه این شرط ناشی از آزادی طرفین قرارداد در خصوص وضع شروط خاص قراردادی است. به بیان دیگر، براساس چنین شرطی دولتها حق دارند که منافع مقرر در معاهده را از شرکت یا شخص حقوقی که فاقد ارتباط اقتصادی با کشوری که به تابعیت آن استناد می‌کند، سلب یا اعمال این منافع را برای چنین اشخاصی ممنوع سازند (غمامی و صدیقی، ۱۳۹۷: ۱۲۰-۱۱۹).

<sup>43</sup> Lee, Eunjung. Treaty Shopping in International Investment Arbitration: How often has it occurred and how has it been perceived by tribunals?, London School of Economics and Political Science, Working paper Series, 2015.

<sup>44</sup> Republic of Bolivia (2005)

<sup>45</sup> Herdegen, Matthias. Principles of International Economic Law, United Kingdom: OUP Oxford, 2024.

<sup>46</sup> Phoenix Action Ltd v. Czech Republic

<sup>47</sup> Brown, Chester, Miles, Kate. Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration, United Kingdom: Cambridge University Press, 2011.

<sup>48</sup> . بذار، وحید. «مکانیزم رد اولیه دعوا در داوری سرمایه‌گذاری». فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ۹ (۱۳۹۹)، ۱۰۵-۱۲۴.

فصل اختلافات سرمایه گذاری بین دولتهای متعاقد محسوب شده<sup>۴۹</sup> و از این جهت همواره محاکم داوری به حفظ کارآمدی این نهاد حقوقی و جلوگیری از تحقق دعاوی توأم با سوء نیت توجه داشته اند.

در این پرونده حقایق آن بدین نحو بود که در اوایل سال ۲۰۰۱، جمهوری چک تحقیقات جنایی را در مورد ولادیمیر بنو<sup>۵۰</sup>، یک تبعه جمهوری چک که دو شرکت با تابعیت چک در زمینه آلیاژ آهن دار داشت را به دلیل فرار مالیاتی و گمرکی آغاز کرد. بنو سپس به کشوری ثالث گریخت و در آنجا یک شرکت جدید جدید به نام فونیکس اکشن لیمیتد تحت تابعیت کشور ثالث تأسیس نمود. مدت کوتاهی پس از آن، فونیکس دو شرکت تحت تابعیت جمهوری چک که از نظر قانونی نیز مشکلاتی داشتند را خریداری کرد. در اوایل سال ۲۰۰۳، فونیکس جمهوری چک را از اختلاف سرمایه‌گذاری مربوط به حساب‌های مسدود شده دو شرکت بنو مطلع کرد. سرانجام، در اوایل سال ۲۰۰۴، فونیکس مراحل داوری ایکسید را بر اساس معاهده دو جانبه جمهوری چک با کشوری که تابعیت آنرا تحصیل کرده بود؛ بر علیه جمهوری چک آغاز کرد. پس از تشکیل محکمه داوری، جمهوری چک اعتراض خود را به صلاحیت دادگاه اعلام نمود و ادعای سوء استفاده از روند (در پروسه انتخاب معاهده مطلوب) را مطرح کرد و دیوان داوری ادعای خواننده را پذیرفت. تصمیم فونیکس در این پرونده برای داوری‌های تحت معاهده ایکسید بسیار ارزشمند است؛ زیرا این اولین بار بود که پرونده خواهان مراجعه کننده به دیوان با توجه به احراز عدم صلاحیت قضایی به دلیل سوء استفاده از روند رد می‌شد.<sup>۵۱</sup> در این پرونده دیوان تشخیص داد که « کل عملیات انجام شده مبین یک سرمایه‌گذاری اقتصادی، بر اساس ارزش واقعی یا آتی شرکت‌ها نیست، بلکه صرفاً یک تجدید ساختار دارایی‌ها در یک خانواده برای دسترسی به حوزه قضایی ایکسید<sup>۵۲</sup> صورت گرفته است».<sup>۵۳</sup>

بر مبنای این نگرش در واقع چنانچه محاکم داوری به این نتیجه برسند که سوء استفاده از حق طرح دعوا از طریق انتخاب معاهده مطلوب صورت گرفته، خود را صالح به رسیدگی در چنین پرونده‌هایی نمی‌دانند. در این خصوص تصریح شده «سوء استفاده از حق طرح دعوی ... به منزله سوء استفاده از اقامه دادخواهی توسط مدعیانی است که یا می‌دانستند یا باید می‌دانستند که محکمه آشکارا فاقد صلاحیت است ( و از این جهت) تلاش کرده اند از اسنادی که

<sup>۴۹</sup> . عبداللهی، محمدجواد، کریمی، محمد، «تحلیلی بر معیار «کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان» برای تحقق مفهوم قراردادهای سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون داوری ایکسید». *دانشنامه حقوق اقتصادی*، ۳۱(۱۴۰۳)، ۱۵۱

<sup>۵۰</sup> Vladimir Beno

<sup>۵۱</sup> Garay, Juan. "Abuse of Process Through Corporate Restructuring Of Assets: The Legal Standard For The Multinational Investor". *Boston University International Law Journal*, 35(2017), 397-423.

<sup>۵۲</sup>.Phoenix Action, Ltd. v Czech Republic, Award of 19 April 2009 ICSID Case No. ARB/06/ at para 34-38.

<sup>۵۳</sup> Polonskaya, Ksenia. Abuse of Rights: Should the Investor-State Tribunals Extend the Application of the Doctrine?, A thesis submitted in conformity with the requirements for the degree of Master of Laws Faculty of Law University of Toronto, 2014.

اجازه دسترسی به داوری سرمایه‌گذاری را می‌دهند؛<sup>۵۴</sup> سوء استفاده کنند»<sup>۵۵</sup>. علاوه بر این دادگاه فونیکس اعلام کرد برای تعیین اینکه کدام سرمایه‌گذاری توسط داوری اکسید محافظت می‌شود، باید شش عنصر وجود داشته باشد که عبارتند از: (۱) مشارکت در پول یا سایر دارایی‌ها<sup>۵۶</sup>؛ (۲) بازه زمانی معین<sup>۵۷</sup>؛ (۳) عنصر ریسک<sup>۵۸</sup>؛ (۴) عملیاتی که به منظور توسعه یک فعالیت اقتصادی در کشور میزبان انجام شده باشد<sup>۵۹</sup> (۵) دارایی‌های که می‌بایستی مطابق با قوانین کشور میزبان سرمایه‌گذاری شده باشند<sup>۶۰</sup>؛ و (۶) دارایی‌هایی<sup>۶۱</sup> که با حسن نیت سرمایه‌گذاری شده اند.<sup>۶۲</sup> به طور مشابه، در پرونده موبیل علیه ونزوئلا، یک دادگاه داوری باید بررسی می‌کرد که آیا تجدید ساختار شرکت (یکی از صور انتخاب معاهده مطلوب) تنها با هدف دسترسی به داوری ایکسید صورت گرفته و به منزله سوء استفاده از فرآیند است یا چنین هدفی وجود نداشته است. حقایق پرونده بدین ترتیب بود که شرکت موبیل در دهه ۱۹۹۰ در اکتشاف و تولید نفت ونزوئلا سرمایه‌گذاری کرد. در سال ۲۰۰۴، ونزوئلا اقداماتی را برای تنظیم صنعت نفت از جمله افزایش حق امتیاز و مالیات انجام داد و در سال ۲۰۰۷، ونزوئلا با حکمی سرمایه‌گذاری‌های موبیل را ملی اعلام کرد. در سال ۲۰۰۵، موبیل که یک شرکت آمریکایی بود، یک شرکت هلندی به نام Venezuela Holdings را به منظور به دست آوردن حمایت‌های ارائه شده تحت معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری هلند-ونزوئلا<sup>۶۳</sup>؛ تنها با هدف دسترسی به داوری ایکسید، وارد ساختار مالکیت خود نمود. خواننده که دولت ونزوئلا بود این تجدید ساختار را به عنوان نوعی سوء استفاده از تغییر ساختار شرکتی و نوعی انتخاب معاهده مطلوب وقیحانه<sup>۶۴</sup> توصیف نمود.<sup>۶۵</sup> همانند دادگاه فونیکس، دادگاه موبیل به اصل

<sup>54</sup> Eric de Brabandere, "Good Faith", "Abuse of Process" and the Initiation of Investment Treaty Claims' referring to the following cases: Waste Management, Inc v United Mexican States, ICSID Case No ARB(AF)/98/2, Award, 2 June 2000; Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS v Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005; Rachel S Grynberg, Stephen M Grynberg, Miriam Z Grynberg, and RSM Production Corporation v Grenada, ICSID Case No ARB/10/6, 10 December 2010; RSM Production Corporation v Grenada, ICSID Case No ARB/05/14, Award, 13 March 2009; The Rompetrol Group NV v Romania, ICSID Case No ARB/06/3, Decision on Respondent's Preliminary Objections on Jurisdiction and Admissibility, 18 April 2008; Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) v The Republic of Ecuador, UNCITRAL, PCA Case No 34877, Interim Award, 1 December 2008; Abaclat and others (Case formerly known as Giovanna a Beccara and Others) v Argentine Republic, ICSID Case No ARB/07/5, Decision on Jurisdiction And Admissibility, 4 August 2011; Phoenix Action Ltd v Czech Republic, ICSID Case No ARB/06/5, Award, 15 April 2009.

<sup>55</sup> Baetens, Freya. Agents of Cross-Fertilization: Abusive Forum Shopping or Legitimate Forum Choice? (November 19, 2019). Giorgetti, C., Pollack, M., [Eds.], Beyond Fragmentation: Competition and Collaboration Among International Courts and Tribunals (Cambridge University Press 2020), 2019.

<sup>56</sup> A contribution in money or other assets

<sup>57</sup> A certain duration; (3) an element of risk

<sup>58</sup> An element of risk

<sup>59</sup> An operation made in order to develop an economic activity in the host State

<sup>60</sup> Assets invested in accordance with the laws of the host State

<sup>61</sup> Assets invested bona fide

<sup>62</sup> Boddicker, Joseph. "Whose Dictionary Controls?: Recent Challenges to the Term "Investment" in ICSID Arbitration". *American University International Law Review*, 25(2010), 1031-1071.

<sup>63</sup> Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Venezuela, signed 22 October 1991, 1788 UNTS 45 (entered into force 1 November 1993).

<sup>64</sup> Blatant treaty shopping

کلی حسن نیت اشاره کرد تا تعیین نماید که آیا تجدید ساختار موبیل برای ایجاد یک هلدینگ هلندی به منزله سوء استفاده از حق محسوب می‌شود یا خیر. دادگاه اشاره کرد «در همه نظام‌های حقوقی، اعم از داخلی یا بین‌المللی، مفاهیمی برای جلوگیری از سوء استفاده از قانون وجود دارد» که یکی از این مفاهیم حسن نیت است. دادگاه همچنین اظهار داشت یک رویکرد زمینه‌ای<sup>66</sup>، که شرایط هر مورد را در نظر بگیرد، باید برای تعیین اینکه آیا تجدید ساختار به منزله سوء استفاده از حق تلقی می‌شود یا خیر استفاده شود.<sup>67</sup> علاوه بر این محکمه تصریح کرد هرچند در داورهای قبلی معیارهای متفاوتی برای احراز سوء استفاده از حق به کار گرفته شده با این وجود ویژگی مشترک همه آنها در ملحوظ داشتن اهداف مدنظر کنوانسیون و همچنین حفظ یکپارچگی آن بوده است.<sup>68</sup> در نهایت محکمه عمل خواهان را نوعی سوء استفاده از انتخاب معاهده مطلوب تشخیص داد و دعوای خواهان را نپذیرفت. از این جهت در فرضی که انتخاب معاهده مطلوب به منزله نوعی سوء استفاده از حقوق اعطایی تلقی شود، محاکم داورى آثار غیر معتبر تلقی می‌کنند.<sup>69</sup>

#### ۴. نتیجه‌گیری

اصلی‌ترین هدف انعقاد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، بهره‌مندی دولت میزبان سرمایه و اتباع دولت طرف معاهده از مزایا و تضامینی است که اعطاء آنها توسط دو دولت و به طور متقابل پذیرفته شده است. بنابراین بدیهی است در فرضی که شخص ثالثی از طریق انتخاب معاهده مطلوب بخواهد از مزایای چنین معاهداتی بهره‌مند شود، دولتهای میزبان سرمایه که در مقام خواننده قرار گرفته‌اند، به این اقدام اعتراض نمایند. انتخاب معاهده مطلوب هر چند فی‌نفسه عملی نامشروع تلقی نمی‌شود با این وجود در فرضی که هدف از انجام آن تنها تحصیل صلاحیت رسیدگی در قلمرو یک معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه باشد، می‌تواند در تعارض با اصل کلی حسن نیت تلقی شده و از سوی محاکم داورى رد شود. در این خصوص رویه داورى بین‌المللی در آراء متعدد نشان داده آنچه معیار برای تشخیص نیت خواهان در انتخاب معاهده مطلوب می‌باشد، در ابتدا متن و عبارات معاهده مذکور است. در این رویکرد که به عنوان رویکرد محافظه‌کارانه نیز تلقی می‌شود، چنانچه عبارات معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه حکایت از اراده دولتهای متعاقد در اعطاء دامنه وسیع برای قرار گرفتن در دامنه صلاحیتی معاهده مذکور نماید، محاکم داورى نشان داده‌اند تمایلی در ممنوعیت عمل انتخاب معاهده مطلوب نداشته‌اند. با این وجود در فرضی که برای محاکم داورى احراز شود خواهان پرونده بجای انجام یک سرمایه‌گذاری واقعی، صرفاً در جهت تحصیل حق اقامه دعوا در چهارچوب یک معاهده سرمایه‌گذاری مشخص،

<sup>65</sup> Mobil Corp, Venezuela Holdings BV, Mobil Cerro Negro Holding Ltd, Mobil Venezolana de Petróleos Holdings Inc, Mobil Cerro Negro Ltd, and Mobil Venezolana de Petróleos Inc v Venezuela (Decision on Jurisdiction) (ICSID Arbitral Tribunal, Case No ARB/07/27, 10 June 2010) para 27.

<sup>66</sup> Contextual approach

<sup>67</sup> Schill, Stephan W., Bray, Heather L. "Good Faith Limitations on Protected Investments and Corporate Structuring". *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, 16(2017), 1-34.

<sup>68</sup> Kozyakova, Anna. *Foreign Investor Misconduct in International Investment Law*, Switzerland: Springer International Publishing, 2020.

<sup>69</sup> McIlwraith, Michael, Savage, John. *International Arbitration and Mediation A Practical Guide*, Netherlands: Wolters Kluwer, 2010.

عمل متضمن انتخاب معاهده مطلوب را انجام داده، با استناد به اصل کلی حسن نیت و همچنین قاعده منع سوء استفاده از روند دادخواهی، چنین عملی را مجاز تلقی نکرده اند. در نهایت به نظر می‌سد، در هر پرونده باید محاکم داوری برای قضاوت در خصوص مشروعیت یا عدم مشروعیت انتخاب معاهده مطلوب صورت گرفته، در کنار توجه به متن معاهده و شروط آن، شرایط مرتبط با عمل خواهان از جمله اینکه آیا در زمان انتخاب معاهده مطلوب امکان پیش بینی بروز اختلاف و ارجاع موضوعات به داوری را داشته یا خیر، بررسی نمایند و در فرضی که عمل خواهان را برخلاف اصول کلی حاکم بر سرمایه‌گذاری‌های بین‌المللی و همچنین در تعارض با اصل کلی حسن نیت قلمداد نمودند، از پذیرش دعاوی مبتنی بر انتخاب معاهده مطلوب امتناع نمایند.

**حامی مالی:** این مقاله هیچ حامی مالی ندارد.

**مشارکت نویسندگان:** ..... مفهوم سازی، روش شناسی، نظارت بر داده ها، نظارت، مدیریت پروژه. ....  
مفهوم سازی، روش شناسی، تحقیق و بررسی، منابع، نوشتن - پیشنهادی اصلی، نوشتن - بررسی و ویرایش..

**تعارض منافع:** این مقاله تعارض منافع ندارد.

## منابع

### الف) منابع فارسی

- ابریشمی، علی مقدم، ضمامی، حامد. «نقش دکترین خرق حجاب در تعیین تابعیت سرمایه گذار خارجی در رویه داوری ایکسید». فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، ۲۰(۱۳۹۷)، ۸۷-۱۱۳.
- احمدی‌نژاد، مریم، امین‌الرعا، یاسر. «ماهیت حقوقی دکترین حاشیه مجاز تفسیر». فصلنامه سیاست خارجی، ۳۰(۱۳۹۵)، ۱۱۵-۱۳۹.
- بذار، وحید. «مکانیزم رد اولیه دعوا در داوری سرمایه گذاری». فصلنامه پژوهش حقوق خصوصی، ۹(۱۳۹۹)، ۱۰۵-۱۲۴.
- بزرگزاد، عباس. «تأثیر سوءاستفاده از دادرسی و حق در رسیدگیهای مقدماتی و ماهوی ایکسید». نشریه علمی دانش حقوق مدنی، ۱۱(۱۴۰۱)، ۵۱-۶۴.
- رضوی طوسی، لیلا، سیفی، سید جمال، محبی، محسن. «سوءاستفاده از جریان رسیدگی در داوری های سرمایه گذاری». فصلنامه مطالعات حقوق عمومی دانشگاه تهران، ۵۳(۱۴۰۲)، ۲۶۷-۲۸۶.
- عبداللهی، محمدجواد، کریمی، محمد. «تحلیلی بر معیار «کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان». برای تحقق مفهوم قراردادهای سرمایه گذاری تحت کنوانسیون داوری ایکسید». دانشنامه حقوق اقتصادی، ۳۱(۱۴۰۳)، ۱۴۶-۱۶۱.
- عبداللهی، محمد جواد، کریمی، محمد. «تحلیلی بر مفهوم سوءاستفاده از روند از طریق تجدید ساختار شرکتی در اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر مبنای کنوانسیون داوری «ایکسید»»، مطالعات حقوقی دانشگاه شیراز، مقالات آماده انتشار، پذیرفته شده انتشار آنلاین از تاریخ ۲۵ فروردین ۱۴۰۴.

- عسکری، پوریا، سعیدی، نیلوفر. «نقش دکترین سوء استفاده از حق و صلاحیت زمانی مراجع داوری سرمایه‌گذاری در مقابله با برنامه ریزی تابعیت»، فصلنامه علمی پژوهش حقوق عمومی، ۷۴(۱۴۰۱)، ۱۰۷-۱۴۱.

- غمامی، مجید، صدیقی، ریحانه. «شرط انکار منافع در معاهدات سرمایه‌گذاری». فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی، ۴۸(۱۳۹۷)، ۱۱۵-۱۳۱.

- مقصودی، رضا. «سوءاستفاده از حق در حقوق بین الملل خصوصی». مجله حقوق خصوصی، ۱۲(۱۳۹۰)، ۱۰۹-۱۲۹.

- میرمحمدی، سید مصطفی، خمسی زاده، مهران. «پدیده معاهده‌گزینی و حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی». مطالعات حقوق عمومی، ۳(۱۴۰۰)، ۹۵۱-۹۷۱.

## ب) منابع انگلیسی

- Ahmadinejad, Maryam, Amin-ul-Raaya, Yasser. "The Legal Nature of the Doctrine of the Permissible Margin of Interpretation". *Foreign Affairs Quarterly*, 30 (2016), 115-139. [in Persian]

- Ghamami, Majid, Seddighi, Reyhaneh. "The Condition of Denial of Benefits in Investment Treaties". *Private Law Studies Quarterly*, 48 (2018), 115-131. [in Persian]

- Maghsoudi, Reza. "Abuse of Right in Private International Law". *Private Law Journal*, 12 (2011), 109-129. [in Persian]

- Mirmohammadi, Seyyed Mustafa, Khamsizadeh, Mehran. "The Phenomenon of Treaty Selection and the Resolution of International Investment Disputes". *Public Law Studies*, 3 (2011), 951-971. [in Persian]

- Baetens, Freya. Agents of Cross-Fertilization: Abusive Forum Shopping or Legitimate Forum Choice? (November 19, 2019). Giorgetti, C., Pollack, M., [Eds.], *Beyond Fragmentation: Competition and Collaboration Among International Courts and Tribunals* (Cambridge University Press 2020), 2019.

- Brown, Chester, Miles, Kate. *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, United Kingdom: Cambridge University Press, 2011.

- De Mestral, Armand, Lévesque, Céline. *Improving International Investment Agreements*, Taylor & Francis, 2013.

- Damjanovic, Ivana. *The European Union and International Investment Law Reform Between Aspirations and Reality*, United Kingdom: Cambridge University Press, 2023.

- Choukroune, Leila. *Judging the State in International Trade and Investment Law Sovereignty Modern, the Law and the Economics*, Singapore: Springer Nature Singapore, 2016.

- Eftekhar, Reza. *The Role of the Domestic Law of the Host State in Determining the Jurisdiction Ratione Materiae of Investment Treaty Tribunals The Partial Revival of the Localisation Theory?*, Netherlands: Brill, 2021.

- Marisi, Flavia. *Rethinking Investor-State Arbitration*, Switzerland: Springer International Publishing, 2023.

- Feit, Michael, Terrapon, Chlo. *Investor-State Arbitration*, Sixth Edition, 2024.

- Foote QC, Simon. *The Bona Fide Investor: Corporate Nationality and Treaty Shopping in Investment Treaty Law*, A Thesis submitted for the Degree of Doctor of Philosophy Faculty of Law Victoria University of Wellington, 2020.

- Kozyakova, Anna. *Foreign Investor Misconduct in International Investment Law*, Switzerland: Springer International Publishing, 2020.
- Lavranos, Nikolaos, A. Kok, Ruth. *Netherlands: Hague Yearbook of International Law / Annuaire de La Haye de Droit International*, Brill, 2017.
- Lee, Eunjung. *Treaty Shopping in International Investment Arbitration: How often has it occurred and how has it been perceived by tribunals?*, London School of Economics and Political Science, Working paper Series, 2015.
- Boddicker, Joseph. "Whose Dictionary Controls?: Recent Challenges to the Term "Investment" in ICSID Arbitration". *American University International Law Review*, 25(2010), 1031-1071.
- Polonskaya, Ksenia. *Abuse of Rights: Should the Investor-State Tribunals Extend the Application of the Doctrine?*, A thesis submitted in conformity with the requirements for the degree of Master of Laws Faculty of Law University of Toronto, 2014.
- Schill, Stephan W., Bray, Heather L. "Good Faith Limitations on Protected Investments and Corporate Structuring". *Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper*, 16(2017), 1-34.
- Nikièma, Suzy. *Best Practices Definition of Investor*, The International Institute for Sustainable Development, Published by the International Institute for Sustainable Development, 2012.
- McIlwrath, Michael, Savage, John. *International Arbitration and Mediation A Practical Guide*, Netherlands: Wolters Kluwer, 2010.
- Dolzer, Rudolf, Kriebaum, Ursula, Schreuer, Christoph. *Principles of International Investment Law*, United Kingdom: Oxford University Press, 2022.
- Garay, Juan. "Abuse Of Process Through Corporate Restructuring Of Assets: The Legal Standard For The Multinational Investor". *Boston University International Law Journal*, 35(2017), 397-423.
- Herdegen, Matthias. *Principles of International Economic Law*, United Kingdom: OUP Oxford, 2024.
- Herrmann, Christoph, Terhechte, Jörg Philipp. *European Yearbook of International Economic Law 2010*, Germany: Springer Berlin Heidelberg, 2009.
- Kulick, Andreas, Mišović, Andrijana, Waibel, Michael. *General International Law in International Investment Law A Commentary*, United Kingdom: Oxford University Press, 2024.
- Novakovic, Marko. *The Common Law and the Civil Law Today - Convergence and Divergence* [PDF, E-Book], Vernon Art and Science Incorporated, 2019.
- Puukka, Johanna. *Treaty Shopping In International Investment Law Setting Limits on Corporate Restructuring to Gain Access to Investment Protection*, University Of Helsinki Faculty Of Law, Master's Thesis, Supervisor: Prof. Mika Hemmo, 2018.
- Rovine, Arthur. *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, The Fordham Papers Lam Edition(2013), Martinus Nijhoff, 2013.
- Yannaca-Small, Katia. *Arbitration Under International Investment Agreements A Guide to the Key Issues*, New York: Oxford University Press, 2010.