**تحلیل رای صلاحیتی دیوان ICSID در دعوی شرکت توکیوس توکلس به طرفیت کشور اوکراین در پرونده کلاسه ۰۲٫۱۸٫ARB مورخ ۲۹ آوریل ۲۰۰۴**

**فصل اول: کلیات**

**۱- اختلاف**

**الف - خواهان توکیوس توکلس**

**توکیوس توکلس یک مؤسسه یا شرکت تجاری است که طبق قوانین کشور لیتوانی تأسیس شده است. این شرکت در سال ۱۹۸۹ بعنوان یک شرکت تعاونی تشکیل شد و از سال ۱۹۹۱ بعنوان یک شرکت سهامی خاص به ثبت رسید فعالیت خواهان عمدتاً کار تبلیغات انتشارات و چاپ در کشور لیتوانی و خارج از آن کشور بوده است خواهان در سال ۱۹۹۴ یک شرکت فرعی كاملاً وابسته به خود به نام تاکی اسپراوی را طبق قوانین کشور اوکراین در آن کشور تأسیس کرد فعالیت شرکت اخیر نیز تبلیغات انتشارات چاپ و فعالیت مرتبط با آن در اوکراین و خارج از آن کشور بوده است خواهان در سال ۱۹۹۴ سرمایه گذاری اولیه خود را در شرکت وابسته خود به میزان ۱۷۰۰۰۰ USDانجام داد که اعم آن شامل لوازم و دستگاههای چاپ و وسایل اداری بوده است خواهان از سودهای حاصله از فعالیت شرکت تابعه خود برای خرید تجهیزات**  **اضافی و تکمیلی ،چاپ تجهیزات کامپیوتر سهام بانکی و خرید اتومبیل سرمایه گذاری مجدد انجام داد و مجموع سرمایه گذاری آن در شرکت تابعه بین سالهای ۱۹۹۴ تا ۲۰۰۲ بالغ بر ۶٫۵ میلیونUSD گردید.**

**ب - مبانی ادعای خواهان و موجبات آن**

**خواهان مدعی بود مقامات دولتی اوکراین یک سری اقداماتی را علیه شرکت تاکی اسپراوی انجام دادند که ناقض تعهدات قرارداد سرمایه گذاری دوجانبه میان اوکراین و لیتوانی (۳) این اقدامات از ابتداء سال ۲۰۰۲ شروع شد و تأثیر نامطلوبی را در سرمایه گذاری خواهان در شرکت تابعه به جا گذاشت این اقدامات شامل ۱ تحقیقات متعدد و تجاوزگرانه تحت عنوان اعمال قوانین مالیاتی ملی - طرح و تعقیب دعاوی بی پایه و اساس در دادگاههای داخلی از جمله طرح دعاوی با انگیزه بی اعتبار کردن قراردادهایی که شرکت تابعه منعقد کرده بود ۳ توقیف داراییهای شرکت تابعه -۴ توقیف اسناد مالی و سایر اسناد به طور نامعقول هـ وارد کردن اتهام به شرکت تاکی اسپراوی به فعالیتهای غیر قانونی**

**خواهان معتقد است که مقامات دولتی خوانده این اقدامات را با انگیزه و در پاسخ به انتشار کتابی از سوی خواهان در فوریه ۲۰۰۲ انجام داده اند زیرا این کتاب توصیف و تصویری مساعد از رهبر سیاستمدار جناح مخالف دولت اوکراین یعنی یولیا تیموشنکو به نمایش می گذاشت و این کار مورد اعتراض مقامات دولتی خوانده قرار گرفت برای حل و فصل اختلاف تلاشهای بی نتیجه بسیاری از سوی خواهان صورت گرفت که از جمله آن ملاقات با مقامات محلی و ارسال شکایت کتبی به مقامات اجرایی و نیز رئیس جمهور اوکراین بوده است.**

**ج - خوانده کشور اوکراین**

**د –خواسته:**

1. **- دادرسی فوری (۲) - جبران خسارت**

**خواسته اصلی جبران خسارت بود زیرا اقدامات استنادی به خوانده از مصادیق سلب مالکیت محسوب میشد.**

**۲- پذیرش دادخواست و شروع به رسیدگی**

**به لحاظ عدم حصول نتیجه در مذاکرات خواهان در ۱۴ آگوست ۲۰۰۲ تقاضایی جهت داوری به مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری ICSID در رابطه با شرکت**  **وابسته خود تقدیم کرد ضمیمه این درخواست اعلامیه هایی مبنی بر موافقت با داوری از سوی خواهان و شرکت تابعه به تاریخهای ۷ و ۹ آگوست ۲۰۰۲ میباشد و در چهارم سپتامبر ۲۰۰۲ نیز تقاضای مطالبه خسارت نیز تقدیم شد. در ۱۵ اکتبر ۲۰۰۲ خوانده به مرکز کتباً اعلام نمود**  **که شرط انجام مذاکره طی یک دوره شش ماهه مذکور در ماده ۸ معاهده اوکراین و لیتوانی**  **جهت امکان رسیدگی داوری رعایت نشده است لذا در ۱۷ اکتبر ۲۰۰۲ خواهانها تقاضای داوری را مسترد نمودند تا امکان طرح دعوی مجدد تحقق یابد. در ۲۲ نوامبر ۲۰۰۲ مجدداً خواهان و**  **شرکت تابعه تقاضای داوری را به مرکز تقدیم کردند در ۶ دسامبر ۲۰۰۲ مرکز به خواهان اعلام**  **نمود در خصوص اینکه تا کی اسپراوی طبق قوانین اوکراین تأسیس شده باشد، اوکراین و**  **لیتوانی موافق نیستند لذا باید بعنوان تبعه لیتوانی طبق بند شق ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون و نیز**  **بند C شق ۲ ماده ۱ معاهده اوکراین و لیتوانی (BIT) عمل شود در ۹ دسامبر ۲۰۰۲ اوکراین**  **از مرکز تقاضای مهلت کرد تا ملاحظات مقدماتی راجع به صلاحیت قبل از ثبت دادخواست دردبیرخانه مرکزی (RFA) ارائه نماید زیرا معتقد بود طبق بند از شق یک ماده ۶ مقررات آیین دادرسی داوری و سازش اختلاف آشکارا خارج از صلاحیت مرکز است. علت تقاضای خوانده جهت ارائه ملاحظات مقدماتی قبل از ثبت دادخواست در دبیرخانه مرکز این بود که بتواند از اختیار دبیر کل طبق بند ۳ ماده ۳۶ کنوانسیون ICSID بهرمند شود زیرا طبق آن بند دبیر کل چنانچه تشخیص دهد که مورد اختلاف آشکارا خارج از صلاحیت مرکز باشد از ثبت تقاضا خودداری و مراتب رد درخواست را فوراً به طرفین اطلاع خواهد داد و به این ترتیب بتواند قبلاز تشکیل دیوان موضوع پرونده را از دستور کار مرکز خارج نماید.**

**بعد از انقضای مهلت و دریافت نقطه نظرات اوکراین و خواهان دبیر کل مرکز در ۲۰ دسامبر ۲۰۰۲ دادخواست را در دبیرخانه ثبت نمود به این ترتیب دبیر کل تشخیص داد که موضوع در صلاحیت مرکز است و یا حداقل آشکارا خارج از صلاحیت مرکز نیست.**

**برای تشکیل دیوان طرفین طبق بند شق ۲ ماده ۳۷ کنوانسیون عمل نمودند که بر اساس آن می بایست هر طرف جهت گزینش یک داور و توافق دو طرف برای داور سوم بعنوان رئیس دیوان اقدام میکرد در مارس ۲۰۰۳ خواهان دانیل پرایس آمریکایی و اوکراین «پیرو بر نادر دینی ایتالیایی را انتخاب نمودند و به لحاظ عدم توافق طرفین برای انتخاب داور سوم خواهان از رئیس شورای اجرایی مرکز طبق ماده ۳۸ کنوانسیون و بند ۱ ماده ۴ مقررات داوری درخواست نمود داور سوم را منصوب کند و رئیس شورا پس از مشورت با دو طرف پروفسور « پروسپرویل فرانسوی را منصوب کرد و بدین ترتیب دیوان داوری رسماً در ۲۹ آوریل ۲۰۰۳ تأسیس و شروع بکار نمود و خانم ماتینابولاسک از سوی دیوان بعنوان مدیر دفتر دیوان برگزیده شد. در سوم ژوئن ۲۰۰۳ اولین جلسه رسیدگی دیوان در شهر پاریس برگزار و در آن جلسه خوانده نسبت به صلاحیت دیوان اعتراضاتی را مطرح نمود و درخواست کرد باید بدواً صلاحیت دیوان جدای از ماهیت دعوی مورد رسیدگی قرار گیرد خواهان در مخالفت با این درخواست استدلال نمود ماهیت دعوی به گونه ای است که از موضوع صلاحیت دیوان تفکیک ناپذیر است.**

**بعلاوه خواهان درخواست دادرسی فوری جهت تعلیق رسیدگی دادگاه ملی اوکراین و نیز اقدامات مقامات مالیاتی آن کشور را که در حال رسیدگی و انجام بوده ارائه کرد تا بتواند هم حقانیتش را به اثبات برساند و هم جلوی خسارات احتمالی جبران ناپذیر را بگیرد خوانده با این درخواست مخالفت نمود بعد از دریافت نظرات کتبی طرفین در اول جولای ۲۰۰۳ دیوان با درخواست دادرسی فوری خواهان و درخواست خوانده مبنی به رسیدگی بدوی به صلاحیت جدای ازماهیت دعوی موافقت نمود بنظر میرسد تصمیم دیوان در این قسمت صحیح بوده است زیرا همانگونه که بعداً در بخش موجبات اعتراض خوانده خواهیم دید موضوع صلاحیت با ماهیت دعوی ارتباط مستقیم نداشته و از سوی دیگر برای جلوگیری از خسارات بیشتر خواهان که بواسطه رسیدگی داخلی و اقدامات مقامات محلى بعضاً غير قابل جبران و یا غیر قابل رسیدگی در دیوان فعلی بوده صدور قرار دستور موقت ضرورت داشت . پس از تبادل لوایح از سوی طرفین در ۱۰ دسامبر ۲۰۰۳ دیوان جهت استماع شفاهی اظهارات طرفین راجع به صلاحیت دیوان در فرانسه جلسه رسیدگی تشکیل داد.  
لیتوانی و اوکراین به ترتیب در تاریخ ۵ آگوست ۱۹۹۲ ، ۷ جولای ۲۰۰۰ عضو کنوانسیون ICSID شدند.**

**مقررات حقوقی مربوط به صلاحیت مبانی صلاحیت:**

1. **اصولاً در دیوان بین المللی دادگستری دستور موقت زمانی صادر میشود که صلاحیت دیوان احراز شده باشد.**

**در این پرونده به موجب مواد ۱ و ۸ BIT اوکراین ولیتوانی ناظر به ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID باید به موضوع صلاحیت یا عدم صلاحیت دیوان با اکثریت آراء اتخاذ تصمیم می شد.**

**۱ طبق ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID معیارهای عینی و واقعی راجع به صلاحیت مرکز در خصوص داوری به شرح زیر است:**

1. **صلاحیت مرکز به هر اختلاف حقوقی که مستقیماً از سرمایه گذاری بین دولت عضو و تبعه دولت دیگر عضو کنوانسیون سرچشمه گیرد گسترش خواهد یافت که طرفین اختلاف به صورت کتبی برای اقامه آن در مرکز موافقت می نمایند. وقتی طرفین موافقتشان را اعلام کردند هیچ کدام از طرفین نمی تواند به طور یکجانبه موافقتش را مسترد نماید.**
2. **(۲) تبعه کشور دیگر عضو کنوانسیون معنی میدهد**
3. **b - هر شخص حقوقی که تابعیت کشور متعاهد به جز کشور طرف اختلاف را در تاریخی که طرفین برای رسیدگی چنین اختلافی از طریق داوری یا سازش رضایت داشته اند داراست و هر شخص حقوقی که تابعیت کشور متعاهد طرف اختلاف را در آن تاریخ دارد اما به خاطر کنترل خارجی بر آن طرفین متعاهد توافق نموده باشند تا بعنوان تبعه کشور متعاهد دیگر برای تحقق اهداف این کنوانسیون با آن رفتار گردد. »**
4. **۲ ماده ۸ BIT اوکراین و لیتوانی اختلافاتی را که میتوان به داوری بین المللی ارائه کرد به شرح زیر اعلام نمود:**
5. **(۳) هر اختلاف واقع بین سرمایه گذار یک طرف قرارداد و طرف دیگر قرارداد در ارتباط با سرمایه گذاری در قلمرو طرف دیگر قرارداد مشروط بر اینکه مذاکراتی بین طرفین اختلاف صورت گرفته باشد**
6. **(۴) اگر هر اختلافی بین سرمایه گذار یک طرف قرارداد و طرف دیگر قرارداد که نتواند طی یک دوره شش ماهه حل و فصل گردد سرمایه گذار مجاز است دعوی حقوقی را ارائه دهد به**
7. **a - مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری ICSID**

**بند ۱ ماده ۱ BIT بین لیتوانی و اوکراین سرمایه گذاری را به عنوان هر نوع دارایی که به وسیله سرمایه گذار یک طرف قرارداد در سرزمین طرف دیگر قرارداد مطابق با قوانین و مقررات طرف اخیر سرمایه گذاری شود تعریف کرده است. این تعریف لیست غیر کاملی از داراییها را شامل میشود که ممکن است از طریق سرمایه گذاری تحصیل شود از قبیل دارایی منقول و غیر منقول - حصص و سهام و مطالبات پولی این ماده ضمناً مقرر کرده است هر تغییر شکل نسبت به داراییهای سرمایه گذاری شده روی دهد ویژگی آنها را به عنوان سرمایه گذاری تحت تأثیر قرار نمیدهد مشروط بر اینکه چنین تغییر انجام شده ای مطابق با قوانین طرف قرارداد در کشوری که سرمایه گذاری انجام گرفته صورت گرفته باشد. و بند ۲ ماده ۱ BIT سرمایه گذار را این طور تعریف میکند**

**الف - نسبت به اوکراین - هر شخصی حقیقی که بر طبق قوانین اوکراین تابعیت اوکراین را داشته باشد - هر موجودیتی یا شخصیت حقوقی که در کشور اوکراین تأسیس شود و با قوانین و مقررات اوکراین مطابقت داشته باشد.**

**ب - نسبت به لیتوانی - هر شخص حقیقی که بر طبق قوانین لیتوانی تابعیت جمهوری لیتوانی را داشته باشد - هر موجودیتی یا شخصیت حقوقی که در کشور لیتوانی تأسیس شود و با قوانین و مقررات لیتوانی مطابقت داشته باشد.**

**ج - نسبت به طرف قرارداد هر موجودیت یا شخصیت حقوقی که به موجب قانون کشور ثالثی تأسیس شده و مستقیماً یا غیر مستقیماً توسط اتباع طرف قرارداد یا توسط موجودیتهایی شخصیتهای حقوقی که مقر آن در سرزمین طرف قرارداد است تحت نظارت یا کنترل باشد. مسلم است که جهت نظارت دارا بودن سهم عمده در مالکیت ضروری است.**

**لذا اولاً: صلاحیت مرکز قبل از هر چیز به موافقت طرفین اختلاف بستگی دارد و رضایت طرفین مبنای صلاحیت مرکز است (۴) به عبارتی در درجه اول طرفین ذینفع در تعیینصلاحیت جهت ارائه اختلاف به مرکز میباشند زیرا مبنای صلاحیت داور توافق طرفین است. ثانیاً: دیوان داوری نسبت به کلیه اختلافاتی که در محدوده توافق طرفین قرار می گیرد صلاحیت رسیدگی را دارد به شرطی که اختلاف مذکور شرایط مورد نظر مقرر در ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID را دارا باشد.**

**به نظر دیوان بر اساس ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID و BIT بین لیتوانی و اوکراین دیوان به نظر دیوان بر اساس ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID و BIT بین لیتوانی و اوکراین دیوان نسبت به اختلاف حاضر صلاحیت دارد اگر شرایط زیر احراز شود**

**۱ خواهان یک سرمایه گذار تبعه یک طرف قرارداد باشد**

**خواهان در سرزمین طرف دیگر قرارداد سرمایه گذاری کرده باشد.**

**اختلاف مستقیماً از سرمایه گذاری نشأت گرفته باشد.**

**اینک استدلال خوانده را که مبتنی بر ادعای عدم تحقق شرایط فوق می باشند در فصل دوم بررسی میکنیم.**

**فصل دوم تجزیه و تحلیل اعتراضات خوانده به صلاحیت مرکز از حیث شرایط صلاحیت**

**۱ اعتراض اول خواهان یک سرمایه گذار واقعی لیتوانیایی نیست.**

**الف - استدلال خوانده**

**۴ طرفین به صلاحیت مرکز در مورد اختلاف موافقت داشته باشند.**

**خوانده مخالفتی ندارد که خواهان به طور قانونی شخصیت حقوقی است که طبق قوانین لیتوانی تأسیس شده است ولی خواهان یک شخصیت حقوقی واقعی لیتوانیایی نیست زیرا عمدتاً اتباع اوکراینی مالکیت و نظارت بر آن را دارا هستند. زیرا اتباع اوکرایتی مالکیت ۹۹ سهام توکیوس توکلس و مدیریت آن را در اختیار دارند. بعلاوه خواهان قویتاً تأیید نمود که : توکیوس توکلس هیچ فعالیت تجاری قابل توجهی در لیتوانی ندارد و اداره مرکزی آن در اوکراین است. لذا خواهان بر حسب داراییهایش یک سرمایه گذار اوکراینی در لیتوانی است نه یک سرمایه گذار لیتوانی در اوکراین .**

**خوانده معتقد است صدور رأی مبنی بر صلاحیت دیوان در این پرونده یعنی اعطاء اجازه به اتباع اوکراینی جهت استفاده از داوری بین المللی علیه دولت متبوعتان و این رخداد با هدف و مقصود کنوانسیون ICSID مغایر است. ازیرا کنوانسیون تصریح کرده است برای سهولت فیصله اختلاف سرمایه گذاری بین دولتها و اتباع دولتهای دیگر تدوین و تصویب گردید لذا عبارت مذکور این معنا را نمی دهد که اختلاف بین دولتها و اتباع خودشان قابل رسیدگی در مرکز باشد. 1 برای اجتناب از آن خوانده درخواست میکند تا دیوان داوری پوشش و لفافه شرکت خواهان را بشکافد یعنی به معیار کشور محل تشکیل آن توجه نکند و تابعیت شرکت را بر اساس تابعیت سهامداران و مدیران برجسته آن مشخص کند خوانده در توجیه درخواست خود جهت شکافتن لفافه و پوشش شرکت به دلیل را مطرح می کنند.**

**(۱) متن کنوانسیون ICSID و BIT بین اوکراین و لیتوانی در تعیین تابعیت شرکت به دیوان اجازه می دهد تا به کشور محل تشکیل شرکت خواهان توجهی نکند و تابعیت شرکت را بر پایه تابعیت سهامداران و کنترل کنندگان آن مشخص کند.**

**(۲) دیوان باید در این پرونده پوشش شرکت خواهان را بشکافد زیرا در غیر اینصورت شرکتاجازه خواهد یافت در لیتوانی تأسیس شود اما نظارت و کنترل و مالکیت آن عمدتاً در دست اوکراینی ها باشد و دنبال نمودن داوری ICSID علیه اوکراین مغایر با هدف و مقصود کنوانسیون ICSID و BIT اوکراین و لیتوانی میباشد که در آن دیوانی برای حل و فصل اختلافات بین المللی پیش بینی شده نه اختلافات داخلی.**

**(۳) رویه قضایی در داوری ICSID مبین آن است که برای تعیین تابعیت اشخاص حقوقی از تست کنترل بیش از معیار کشور محل تشکیل شرکت حمایت میکند و نیز مبین حمایت از شکافتن پوشش شرکت در موقعیتهای خاصی مثل پرونده اخیر است.**

**ب - تجزیه و تحلیل دیوان در پاسخ به اعتراض اول خوانده در خصوص مفاد کنوانسیون ICSID راجع به تعیین تابعیت اشخاص حقوقی**

**کنوانسیون ICSID ضروری می داند تبعه کشور متعاهد طرف اختلاف با دولت متعاهد دیگر باشد ولی شیوهایی را برای تعیین تابعیت اشخاص حقوقی تعیین نکرده و این وظیفه را به طور معقول به صلاحدید کشورهای متعاهد کنوانسیون واگذار نموده است (۶) که معمولاً به موجب معاهدات دو جانبه حمایت از سرمایه گذاری (BIT) و یا قوانین ملی نظیر قانون حمایت از سرمایه گذاری خارجی آن را تعیین میکنند که البته این امر باید مورد قبول دیوان داوری نیز واقع شود ) لذا هدف کنوانسیون ICSID در بند 6 شق دو ماده ۲۵، تعیین محدودیتهای خارجی در اختلافاتی است که ممکن است به سازش با داوری تحت حمایت مرکز و با توافق متعاهدین به آن ارائه گردد. نه تعیین تابعیت**

**ج - تجزیه و تحلیل دیوان در پاسخ به اعتراض خوانده در خصوص مفاد معاهده BIT راجع به تعیین تابعیت اشخاص حقوقی**

**در تفسیر کنوانسیون ICSID و BIT همانند دیگر دیوانهای داوری باید وفق ماده ۳۱ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات (۹) که منعکس کننده حقوق بین المللی عرفی است معاهده را بر اساس حسن نیت و در مطابقت با معنای عادی اصطلاحات در متن معاهده و در پرتو هدف و مقصود معاهده باید تفسیر کرد طبق بند 5 شق ۲ ماده ۱ معاهده BIT بین اوکراین و لیتوانی اصطلاح سرمایه گذار نسبت به لیتوانی اینگونه تعریف شده هر موجودیت**

**(حقوقی) که در سرزمین لیتوانی مطابق با قوانین و مقررات آن کشور تأسیس گردد. معنای عادی اصطلاح موجودیت» چیزی است که وجود واقعی داشته باشد (۱۰) و معنای عادی تأسیس کردن این است که بر پایه دائمی و مطمئن ایجاد شده باشد (۱) از سوی دیگر ثبت یک شرکت در یک کشور مؤید آن است که آن شرکت مطابق با قوانین و مقررات کشور مذکور تأسیس گردیده است و خواهان در سال ۱۹۸۹ بعنوان شرکت تعاونی در لیتوانی تأسیس و در ۱۹ آگوست همان سال در این کشور ثبت و در ۱۹۹۱ توسط مؤسسین به شرکت سهامی خاص تبدیل و در می ۱۹۹۱ تحت همین عنوان در لیتوانی ثبت گردید. لذا خواهان دارای وجود واقعی بر یک پایه مطمئن و دائمی وفق مقررات لیتوانی در این کشور تأسیس گردیده و در نتیجه بر طبق معنای عادی بند 6 شق ۲ ماده ۱ BIT خواهان یک سرمایه گذار لیتوانیایی است.**

**معیار مذکور در بند C شق ۲ ماده یک BIT یعنی تابعیت افرادی که شرکت را کنترل میکنند و مرکز اداری شرکت در کشور دیگر است در مورد شرکتهایی است که در اوکراین و لیتوانی تأسیس نشده باشند و حوزه معاهده را نسبت به اشخاص حقوقی که در کشور ثالث تشکیل و به ثبت رسیده اند بسط و توسعه میدهد. اگر طرفین BIT قصد داشتند که این روش انحصاری را نسبت به اشخاص حقوقی که بطور قانونی در اوکراین و لیتوانی تأسیس شده اند. اجرا نمایند، طرفین آن معیارها را در بند تا شق دو ماده ۱ درج میکردند. لذا هدف بند C شق ۳ ماده ۱ فقط گسترش تعریف سرمایه گذار است نسبت به اشخاص حقوقی که طبق قانون کشور ثالث تأسیس شده باشد چون هدف BIT بین اوکراین و لیتوانی حمایت وسیع از سرمایه گذاران خارجی و سرمایه گذاری آنها است در نتیجه باید طبق قاعده تصریح به امری موجب اخراج غیر است » عمل کرد و شرکت خواهان را لیتوانیایی تلقی نمود و تست کنترل را برای سوژه سرمایه گذاران موضوع بند شق ۲ ماده ۱ بکار نبرد زیرا ماده ۱ که قلمرو اجرای معاهده را مشخص می کند سرمایه گذاران را به عنوان موجودیتی که در اوکراین با لیتوانی تأسیس گردد، تبعه آن کشور محسوب و چنانچه موجودیتی در کشور ثالثی تأسیس شود ولی توسط**

**اتباع با اشخاص حقوقی اوکراینی با لیتوانیایی نظارت شوند تبعه کشوری که کنترل شرکت در دست اتباع آن است محسوب می نماید.**

**بنابراین اعتراض خوانده برای محدود کردن قلمرو سرمایه گذاران تحت پوشش از طریق تست کنترل با هدف و مقصود BIT که حمایت وسیع از سرمایه گذاران و سرمایه گذاری خارجی می باشد، سازگاری نداشته و ندارد.**

**به علاوه اگرچه استدلال خوانده از این حیث که خواهان فعالیت تجاری عمده ای در لیتوانی نداشته صحیح است اما معاهدات مربوط به سرمایه گذاری میان کشورها است که به اراده طرفین آن میزان برخورداری سرمایه گذاران را از حمایتهای مندرج در مشخص می کند همانگونه که در معاهده اوکراین و ایالات متحده (۱۳) و یا معاهده ایالات متحده و آرژانتین (۱۳) آمده است. به موجب این معاهدات هر طرف این حق را دارد تا منافع موضوع این معاهده را نسبت به شرکتی که در قلمرو طرف مقابل تأسیس شده ولی اتباع کشور ثالث آنها را تحت کنترل و نظارت خود دارند با چنین شرکتی فعالیت تجاری مهمی در سرزمین محل تأسیس خود در قلمرو طرف مقابل ندارد، رد نماید.این توافقات تأیید و ثابت میکنند که طرفین قادرند قلمرو موافقت نامه را نسبت به اشخاص حقوقی طرف دیگر که توسط اتباع کشور ثالث با توسط اتباع کشور میزبان نظارت می شوند یا در کشور محل تأسیس فعالیت تجاری مهمی ندارند مستثنی کنند در حالی که معاهده اوکراین و لیتوانی چنین شرط رد منافعی را شامل نمی شود. فقدان چنین شرطی به عنوان انتخاب آگاهانه طرفهای معاهده در نظر گرفته می شود و دیوان عقیده ندارد برای خود محدودیتهایی راجع به قلمرو معاهده را که در متن آن یافت نمی شود تحمیل نماید. دیوان داوری نباید از حدود تعریف شده برای اعمال صلاحیت ماورای آنچه تعیین شده فراتر رود همچنان که نباید در اعمال صلاحیتی که به آن اعطاء شده قصور ورزد زیرا متعهد به اعمال آن است. به علاوه خواهان اطلاعات مهمی را به دیوان داوری در رابطه با فعالیتهایش در لیتوانی ارائه کرد از جمله آن گزارش با اظهار نامه های مالی با ترازنامه اطلاعات شغلی کاتالوگی از مواد تولید شده طی سالهای ۱۹۹۱ تا ۱۹۹۴ در لیتوانی میباشد. وقتی که این فعالیت احراز شد در اثبات فعالیتهای تجاری واقعی مهم نیازی نیست تا اثباتاً تصمیم بگیریم که آنها انجام شده اند زیرا این موضوع ارتباطی با تعیین صلاحیت دیوان ندارد. تنها مسأله ای که مربوط می باشد. این است که آیا خواهان وفق قوانین لیتوانی تأسیس شده است یا نه زیرا این موضوع جزء شرایط صلاحیت میباشد و همانگونه که قبلا بیان شد ثبت شرکت در لیتوانی دلیل بر آن است که مطابق قوانین آن کشور تأسیس شده است لذا تردیدی نیست که خواهان یک سرمایه گذار لیتوانی طبق بند b شق ۲ ماده ۱ BIT است. ضمناً آزادی طرفین معاهده در تعیین قلمرو اجرای آن برای تعیین صلاحیت دیوان تا حدی است که از مزایای کنوانسیون برای مقاصدی که آشکارا مورد نظر کنوانسیون نبوده بهره برداری ننمایند. دیوان در توجه به این نظر خود به رأی دیوان داوری در دعوی شرکت آسیایی آمکو و دیگران به طرفیت جمهوری اندونزی اشاره میکند تا بدین ترتیب استدلال کند که رأی دیوان در پرونده حاضر نیز با رویه قضایی ICSID مطابقت دارد.**

**د - تجزیه و تحلیل دیوان در پاسخ به اعتراض اول خوانده در خصوص مطابقت بند ۲ ماده ۱ BIT با کنوانسیون ICSID**

**اگر چه بند شق ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون شیوه الزام آوری را برای تعیین تابعیت شرکت بیان نمی کند اما عموماً این اصل پذیرفته شده است که تابعیت شرکت بر پایه مرکز اداری آن یا مکان تشکیل شرکت مشخص میشود و در رویه قضایی دیوان داوری ICSID زمانی که مسأله تعیین تابعیت اشخاص حقوقی مطرح میگردید جملگی معیار تشکیل شرکت یا مکان مرکز اداری را بیش از نظارت پذیرفته اند و اگر بر اساس معیار مرکز اداری بخواهیم تابعیت خواهان را مشخص کنیم برخلاف اظهارات خوانده ملاحظه گواهی ثبت خواهان و اساسنامه شرکت و آگهی های خبری منتشره خواهان در خصوص مبلغ سرمایه گذاری خارجی جملگی حکایت از تطابق محل تشکیل شرکت و مرکز اداری آن با هم در کشور لیتوانیدارد. در این قسمت دیوان علیرغم اینکه تطابق محل تشکیل و مرکز اداری را ضروری نمی بیند ولی با این حال برای رفع هر گونه شبه احتمالی و از باب احتیاط و اثبات عدم صحت اظهارات خوانده در مقام اثبات تطبيق محل تشکیل شرکت با مرکز اداری آن بر می آید. استناد به معیار کنترل برای تعیین تابعیت شرکت نیازمند تصریح طرفین معاهده سرمایه گذاری است و طرفین BIT این استثناء را به مورد خاصی غیر از وضعیت پرونده حاضر پیش بینی کرده اند و خوانده متقاضی ایجاد استثنایی بر اصل دولت محل تشکیل شرکت است بدون اینکه توافقی در معاهده سرمایه گذاری در این خصوص ایجاد شده باشد دیوان هیچ راهی در حمایت از تقاضای خوانده در متن کنوانسیون نیز نیافت و قسمت اخیر بند شق ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID کاربرد معیار کنترل را برای موقعیتهایی که توصیف کرده محدود میکند یعنی وقتیکه طرفین BIT توافق دارند به اینکه تبعه کشور میزبان را به عنوان تبعه طرف دیگر قرارداد به لحاظ کنترل خارجی تلقی کنند در حالیکه در پرونده حاضر خواهان نه تبعه کشور میزبان است و نه طرفین توافق دارند تا خواهان بعنوان تبعه کشور دیگری غیر از کشور محل تشکیل شرکت تلقی شود. اعمال معیار کنترل در تعیین تابعیت شرکت در جهت محدود کردن صلاحیت مرکز با هدف و مقصود بند شق ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID ناهماهنگ است در حالی که مقصود از معیار کنترل در بخش دوم بند شق ۲ ماده ۲۵ برای توسعه صلاحیت مرکز می باشد. این امر برای کشور میزبان کاملاً عادی است تا به سرمایه گذاریهای خارجی ای نیازمند باشد که محل تجارت آنها در داخل قلمرو میزبان از طریق تأسیس شرکتی وفق مقررات آن کشور باشد، ادامه یابد. اگر از لحاظ تکنیکی بپذیریم که شرکت مذکور تبعه میزبان تلقی شود ضرورت وجود یک** استثناء بر اصل کلی عدم صلاحیت مرکز نسبت به اختلاف بین دولت طرف قرارداد و اتباعش» آشکار خواهد بود زیرا در غیر اینصورت بخش مهمی و بزرگی از سرمایه گذاریهای خارجی ، خارج از حوزه کنوانسیون قرار خواهد گرفت (۱۷) به نظر می رسد دیوان این استثناء را در توجیه استدلال خود در جهت هماهنگی آن با هدف کنوانسیون که حمایت از سرمایه گذاری و سرمایه گذار است بیان میکند در حالیکه چنین استثنایی با مفاد ماده ۲۵ و مقدمه کنوانسیون مغایر است چون مطابق همین مقررات هدف کنوانسیون حمایت از سرمایه گذاری خارجی و سرمایه گذار خارجی است نه صرف حمایت از سرمایه گذار و سرمایه گذاری لذا استدلال دیوان در این جهت مصادره به مطلوب و تفسیر در مغایرت با هدف کنوانسیون و نیز منطوق آن است در حالی که دیوان قسمت دوم بند شق ۲ ماده ۲۵ را در جهت توسعه

(۱۸) صلاحیت و نه در جهت محدودیت آن تشریح و تفسیر می کند. دیوان در تفسیر اخیر خود به آرای دیوان ICSID در قضیه شرکت هتلهای و نا به طرفیت کشور مصر و نیز قضیه او توپیستا به طرفیت کشور ونزوئلا (۱۹) و نیز قضیه CMS به طرفیت کشور آرژانتین (۲۰) . به عنوان رویه قضایی دیوان ICSID در تفسیر بند b شق ۲ ماده ۲۵ در جهت گسترش صلاحیت مرکز استناد میکند و معتقد است بر اساس رویه قضایی ICSID قسمت دوم بند شق ۲ ماده ۲۵ برای تعیین تابعیت اشخاص حقوقی در صورت عدم توافق طرفین کاربرد دارد به نظر میرسد این قسمت از استدلال دیوان با استدلال قبلی آن در تعارض است زیرا دیوان قبلاً اظهار کرده بود که استناد به معیار کنترل برای تعیین تابعیت نیازمند تصریح طرفین BIT است در حالیکه در اینجا دیوان معتقد است استناد به قسمت دوم بند شق ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون در صورت سکوت طرفین برای تعیین تابعیت بر اساس معیار کنترل کاربرد دارد حال آنکه واقعیت امر آن است که مفاد قسمت اخیر بند شق ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون و بند C ماده ۱ BIT بدون اینکه با هم تعارض داشته باشند دو مطلب متفاوت که قابل جمع با یکدیگر بر اساس معیار کنترل بوده را مطرح میکنند زیرا اولی مقرر می کند هر شخصی حقوقی... تابعیت کشور متعاهد طرف اختلاف را داشته باشد ولی به علت کنترل خارجی بر آن طرفین موافقت نموده باشند که .... مثل یک تبعه کشور متعاهد دیگر با آنها

رفتار بشود.»

و بند C ماده ۱ BIT مقرر میکند هر موجودیتی که به موجب قانون کشور ثالثی تأسیس شده و مستقیماً یا غیر مستقیماً توسط اتباع طرف قرارداد یا توسط موجودیتهایی که مقر آن در سرزمین طرف قرارداد است تحت نظارت یا کنترل باشد تبعه طرف قرارداد تلقی میشود لذا به موجب قسمت دوم بند 6 شق ۲ ماده ۲۵ برای تعیین تابعیت اشخاص حقوقی بر اساس معیار کنترل نیازمند توافق صریح طرفین معاهده است همانگونه که در بند C ماده ۱ BIT استفاده از این معیار برای حالت خاصی غیر از موضوع پرونده حاضر تصریح گردیده است نتیجه اینکه هیچ مبنایی در BIT و یا کنوانسیون ICSID مبنی بر اینکه بر اساس معیار کنترل

برای تعیین تابعیت شرکت توافق طرفین معاهده نادیده گرفته شود یافت نگردید، گرچه برخی دیوانهای داوری شیوه متمایزی را اتخاذ کرده اند (۲۱) و دیوان معتقد نیست که داور بدون بررسی

متن معاهده و بدون احراز توافق مخالف محدودیت صلاحیت خود را از معاهده استنباط کند.

ی - تجزیه و تحلیل دیوان در خصوص اعتراض اول خوانده راجع به نظریه معقول شکافتن لفافه شخص حقوقی

دیوان بررسی نظریه معقول شکافتن لفافه را تا حدی که حقوق بین الملل عرفی به رسمیت شناخته میپذیرد و مستند خود را در این زمینه رأی دیوان بین الملل دادگستری در قضیه بارسلونا تراکشن قرار میدهد گرچه معتقد است که دیوان مذکور در آن پرونده حوزه دقیق اجرایی را برای شکافتن لفافه تعریف نکرده است در آن پرونده ICJ بیان کرده است: «فرایند جابجایی لفافه یک مورد فوق العاده بوده که به موجب حقوق داخلی پذیرفته شد و تا حدی که با حقوق بین الملل قابل انطباق باشد در روابط بین الملل پذیرفته خواهد بود. رویه داخلی نشان می دهد تغییر لفافه چنانچه به منظور سوء استفاده از امتیاز کلاهبرداری یا فرار از تعهدات قانونی باشد میتواند مورد بررسی مرجع قضائی در تعیین تابعیت قرار گیرد» (۲۲) در پرونده حاضر خوانده ثابت نکرده است که خواهان از منزلت اجتماعی خود به عنوان یک شخصیت حقوقی لیتوانیایی برای ارتکاب کلاهبرداری یا تخلف استفاده کرده و شکافتن لفافه جهت حفاظت از حقوق اشخاص ثالث با رد صلاحیت دیوان ضرورت دارد و یا ثابت نکرده است که خواهان از تابعیت خود برای شانه خالی کردن از تعهدات قانونی اش استفاده کرده باشد. دیوان متقاعد شد خواهان هیچگونه تلاشی نکرده تا هویت ملی اش را از خوانده مخفی کند بلکه بر عکس منزلت اجتماعی خواهان به عنوان یک شخص حقوقی لیتوانیایی طبق قوانین اوکراین و لیتوانی به خوبی توسط خوانده محرز و شناخته شده است خواهان آشکارا شرکت توکیوس توکلس را برای هدف دستیابی به حکمیت ICSID طبق BIT علیه اوکراین تأسیس نکرده زیرا شرکت مذکور شش سال قبل از لازم الاجرا شدن معاهده مذکور بین اوکراین و لیتوانی تأسیس شده بود. نتیجه اینکه در سوابق هیچ دلیلی وجود ندارد که خواهان از تابعیت قانونی رسمی اش برای هدف نادرستی استفاده کرده باشد تا شکافتن لفافه برای احراز تابعیت واقعی خواهان ضرورت پیدا کند مستند استدلال دیوان در خصوص صحت اقدامات خواهان در ابراز هویت آن

مدارک ارائه شده از سوی خواهان و سکوت خوانده در این خصوص بوده است.

ن - تجزیه و تحلیل دیوان در خصوص اعتراض اول خوانده از طریق بررسیهای دیگر راجع به

تابعیت خواهان

دیوان در این قسمت اظهار میدارد گرچه ذکر عناصر رأی ضرورتی ندارد ولی رویه قضایی ICSID و دیدگاههای متخصصین ICSID معرفی شده توسط اعضای کنوانسیون که به موضوع تعیین تابعیت اشخاص حقوقی مربوط میشود مؤید استدلال دیوان است زیرا مطابق

رویه قضایی ICSID :

به نظر دیوان احکام داوری استنادی توسط خوانده در حمایت از کنار گذاردن تعریف تابعیت بر اساس توافق طرفین نیست استناد خوانده به نمونه های اندکی از آراء دیوان از جمله در قضیه شرکت منابع آمریکایی بانرو به طرفیت کنگو به منظور شکافتن لفافه شرکت خواهان موجب نمی شود صلاحیت دیوان بر اساس مقررات محدود شود زیرا در همان آرا نیز قواعد مبنای صلاحیت با توجه به شرایط پیرامون موضوع بررسی میشود این آرا بیانگر آن است که دیوان از صدور حکم مبنی بر صلاحیت بر پایه ظواهر رسمی خودداری کند و رأی آن بر اساس ارزیابی واقعی شرایط پایه گذاری گردد در دیوان داوری در قضیه بانرو خواهان به عنوان طرفی که داوری را تقاضا کرده همان موجودیتی نبوده است که به عنوان طرف اختلاف به داوری رضایت داده باشد به به همین جهت در آن پرونده دیوان نظر داد جهت تعیین صلاحیت باید تابعیت خواهان را بررسی نماید در قضیه باترو شرکت منابع بانرو کانادایی سهام خود را در سرمایه گذاری کانگوس به شرکت وابسته خود یعنی بانرو آمریکایی انتقال داد و خواهان نمی توانست از اظهار رضایت شرکت کانادایی استفاده کند زیرا شرکت کانادایی تبعه طرف غیر متعاهد بوده و از حیث قانونی نمیتوانست رضایت به داوری ICSID دهد (۲۴) در نتیجه چنین رضایت غیر معتبری قابل انتقال به شرکت آمریکایی نبوده است. اگرچه دیوان بانر و خاطر نشان کرد که می تواند موضوع حق اقامه دعوی شرکت آمریکایی را به روش انعطاف پذیری مورد توجه قرار

دهد. (۲۵)

لذا دیوان از طریق شکافتن لفافه شرکت ،خواهان صلاحیت را رد نکرد بلکه از حیث اینکه شرکت کانادایی از حمایت دیپلماتیک بهره مند نشود با توجه به اینکه شرکت آمریکایی داوری

ICSID را دنبال میکرد صلاحیت را رد کرد در غیر اینصورت مغایر با هدف و مقصود

ماده ۲۲۷ کنوانسیون بوده است. (۲۶)

در قضیه بانرو نزد دیوان روش صحیح تعریف تابعیت خواهان مطرح نبوده است زیرا اختلافی در تابعیت آمریکایی خواهان و تابعیت کانادایی شرکت اصلی منابع بانرو نبود. مسأله در قضیه بانرو این بود که آیا خواهان دارای یک تابعیت میتوانست از رضایت اعلام شده از سوی شرکت اصلی

با تابعیت دیگر بهره مند شود یا خیر در پرونده حاضر تردیدی در اینکه خواهان تقاضای داوری کرده و موافقتش را صریحاً مبنی بر صلاحیت ICSID اظهار داشته وجود ندارد لذا اعمال رأی

بانرو در این پرونده هیچ توجیهی را برای توجه به ماورای تابعیت خواهان توکیوس توکلس

نخواهد داشت.

خوانده به رأی دیوان در قضیه آتوپیستا به طرفیت ونزوئلا استناد کرد در حالیکه استناد به آن

برای خوانده بی فایده است زیرا گرچه رأی دیوان در آن قضیه پذیرفت که معیار اقتصادی اغلب بهتر از معیار ،قانونی واقعیت را منعکس میکند اما استفاده از آن معیارها در همان پرونده نیز منوط به رعایت و احترام به توافق طرفین BIT بوده است خوانده به رأی دیوان در قضیه شرکت لوون به طرفیت ایالات متحده در جهت توجیه موضع اش استناد می کند مبنی اینکه گرچه دیوان نپذیرفت لفافه شرکت خواهان شکافته شود ولی دیوان در آن پرونده عملاً اینکار را انجام داد زیرا دیوان نمی توانست بدون شکافتن لفافه شرکت نتیجه گیری کند که تابعیت

خواهان از کانادایی به تابعیت اصلی آمریکایی تغییر یافته (۲۷) است و در آن . پرونده دیوان صلاحیت را نپذیرفت زیرا در نتیجه بروز حوادثی که منجر به ورشکستگی خواهان گردید تا تاریخ تقاضای خسارت در دیوان تابعیت خواهان تداوم نداشت به نظر میرسد دیوان در این

زمینه هیچ گونه تحلیلی ارائه نمیکند زیرا همانگونه که خوانده استدلال کرد تابعیت خواهان

تداوم نداشت تا دیوان صلاحیت رسیدگی خود را اعلام نماید لذا نتیجه گیری از این حیث که

دیوان در آن پرونده لفافه شرکت را شکافت یا خیر نوعی پیشداوری محسوب میشود که دیوان از آن امتناع نمود.

(۲) دیدگاههای متخصصین ICSID :

خوانده به دیدگاههای دکتر آمراسینگ و آقای بروچز استناد می کند که به نظر دیوان خوانده اظهارات آنان را بد تعبیر کرده است. به عقیده خوانده آنان کاربرد معیار نظارت یا کنترل را برای تعیین تابعیت شرکت هم بموجب اولین و هم به موجب دومین قسمت بند 6 شق ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID تشویق کرده اند در حالیکه آمرا سینگ معتقد بود که ماده ۲۵ کنوانسیون به دیوان اجازه میدهد تا در اعمال روشهای متعدد در تعیین تابعیت اشخاص حقوقی از جمله معیار کنترل بی نهایت انعطاف پذیر باشد تا اینکه صلاحیت مرکز از طریق اعمال شیوه های انعطاف پذیر تحقق یابد به علاوه آقای بروچز معتقد بود که متن بند b شق ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID بطور ضمنی معیار محل تشکیل شرکت را برای تعیین تابعیت الزاماً مفروض و انحراف از این قاعده کلی را مجاز ولی منوط به توافق طرفین معاهده میداند.

(۳) شیوه سنتی طبق حقوق بین الملل

(۳۰) به نظر دیوان همانگونه که در رأی دیوان بین الملل دادگستری تشریح شد «اصل یا قاعده عرفی و قدیمی این است که حق حمایت دیپلماتیک یک شخصیت حقوقی برای کشوری است که آن شخصیت طبق قوانین آن تشکیل و در آنجا به ثبت رسیده است ترتیب مقرر در معاهده BIT اوکراین و لیتوانی همان روشی است که در حقوق بین الملل عرفی صورت

می گیرد.

ه نتیجه گیری دیوان داوری در خصوص اعتراض اول خوانده راجع به صلاحیت علیرغم تمامی تلاشی که دیوان در استناد به رویه قضایی ، نظرات متخصصین و مقررات کنوانسیون ICSID و BIT از طریق تجزیه و تحلیل آنها انجام داده است اما به این نکته توجه نکرد: شرکتهای تجاری که در قلمرو هر یک از دولتین لیتوانی و اوکراین تأسیس شده به موجب BIT به عنوان شخصیت حقوقی مورد شناسایی قرار گرفته و شخصیت حقوقی شرکت نیز جدای از شخصیت حقوقی شرکا است لذا نباید برای تعیین تابعیت شرکت به تابعیت شرکا و میزان سرمایه گذاری آنها توجه کرد به ویژه اینکه طرفین متعاهد نیز معیار تابعیت شرکت را منطبق با رویه قضایی در BIT مشخص کرده اند به هر حال دیوان نتیجه می گیرد که خواهان یک سرمایه گذار لیتوانیایی طبق بند شق ۲ ماده ۱ BIT و یک تبعه کشور دیگر متعاهد

طبق ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID میباشد.

اعتراض دوم خواهان بر طبق مقررات و قوانین اوکراین سرمایه گذاری نکرده است.

الف - استدلال خوانده

خوانده مدعی است حتی اگر طبق عقیده دیوان خواهان لیتوانیایی باشد خواهان اثبات نکرده است که منبع سرمایه غیر اوکراینی است و نیز ثابت نکرده که برای سرمایه گذاری اولیه درشرکت وابسته خود به نام تاکی اسپراوی به میزان کافی سرمایه داشته است. لذا سرمایه گذاری در تاکی اسپراوی خارج از قلمرو BIT اوکراین و لیتوانی و نیز خارج از قلمرو کنوانسیون ICSID است زیرا مقصود هر دو معاهده حمایت از سرمایه گذاری بین المللی (cross-border) است. بعلاوه حتی اگر دیوان معتقد باشد خواهان سرمایه گذاری در اوکراین انجام داده این سرمایه

گذاری طبق مقررات اوکراین انجام نگرفت لذا تحت پوشش BIT قرار نمی گیرد

ب - تجزیه و تحلیل دیوان در خصوص اعتراض دوم خوانده بر اساس کنوانسیون

ICSID

طبق ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID ضروری است اختلاف ناشی از سرمایه گذاری باشد طرفین این آزادی عمل را دارند تا انواع سرمایه گذاری را که متمایل به ارجاع اختلافات مربوط هستند (۳۱) تحت صلاحیت مرکز قرار دهند به همین جهت کنوانسیون تعریفی از سرمایه گذاری به عمل نیاورده و این امر تابع اراده ی طرفین BIT است و در این پرونده این آزادی عمل در BIT

میان اوکراین و لیتوانی اعمال شده است.

ج) تجزیه و تحلیل دیوان در خصوص اعتراض دوم خوانده بر اساس BIT

طبق بند ۱ ماده ۱ BIT میان اوکراین و لیتوانی سرمایه گذاری عبارت است از هر نوع دارایی که به وسیله یک سرمایه گذار تبعه یک طرف قرارداد در سرزمین طرف دیگر قرارداد طبق قوانین و مقررات طرف اخیر سرمایه گذاری گردد به علاوه تناوب فرمی که دارایی هایی سرمایه گذاری شده داشته باشند تأثیری در شخصیت سرمایه گذار نخواهند گذاشت. لذا معاهده هیچ شرطی را که به موجب آن سرمایه از لیتوانی سرچشمه گرفته باشد یا چنین سرمایه ای در اوکراین سرچشمه نگرفته باشد در بر ندارد به علاوه در تفسیر BIT باید معانی اصطلاحات را در معنای عادی آنها در پرتو هدف و مقصود معاهده در نظر گرفت و معنای عادی سرمایه گذاری یعنی صرف کردن پول و تلاش در چیزی که سود یا فایده ای را بتوان از آن انتظار داشت » و معنای عادی by» نیز وسایل یا علت میباشد. (۳۳) بنابراین سرمایه گذاری (۳۲) طبق BIT یعنی هر نوع دارایی که از سوی یک سرمایه گذار تبعه یک طرف قرارداد باعث صرف پول و تلاش گردد و از آن انتظار سود یا فایده ای در سرزمین طرف دیگر قرارداد داشته باشد. لذا کافی است که خواهان ثابت کند باعث یک سرمایه گذاری در سرزمین خوانده شده است. در این پرونده خواهان دلیل محکمی را برای اثبات سرمایه گذاری در اوکراین ارائه کرده زیرا او با سرمایه گذاری اولیه ۱۷۰٫۰۰۰ USD در سال ۱۹۹۴ و ادامه سرمایه گذاری مجدد هر ساله تا سال ۲۰۰۲ جمعاً بیش از ۶٫۵ ملیون USD سرمایه گذاری کرده است علاوه بر آن گرچه BIT ضروری نمی داند که طرفین قرارداد سرمایه گذاریهای اشخاص حقوقی طرف دیگر قرار داد را که در محدوده ی معاهده قرار میگیرد تصدیق نمایند و در این پرونده نیز خوانده چنین کاری انجام نداده اما خواهان طی بیست و سه نسخه از اسنادی که ارائه نمود ثابت کرد که سرمایه گذاریهای خارجی انجام شده توسط او در اوکراین به وسیله مسؤلین دولتی اوکراین به ثبت رسیده است خوانده از دیوان داوری تقاضا نموده تا بدون اینکه متن BIT تصریح کرده باشد استنباط کند معاهده مذکور ضروری میداند که خواهان دلایل بیشتری ارائه کند مبنی بر اینکه سرمایه به کار رفته در سرمایه گذاری در اوکراین از منابع غیر اوکراینی نشأت گرفته باشد. در حالیکه به نظر دیوان نه متن تعریف سرمایه گذاری و نه متنی که شرایط سرمایه گذاری را تشریح کرده و نه هدف و مقصود معاهده اجازه ضرورت چنین درخواستی را ولو بطور تلویحی راجع به اصل سرمایه نمیدهد. بعلاوه متنی که اصطلاح سرمایه گذاری را تعریف کرده

یعنی هر نوع دارایی که به وسیله یک سرمایه گذار سرمایه گذاری میشود از محدودیتی که توسط خوانده دفاع شده حمایت نمی کند لذا ضرورت بررسی منشأ اصلی سرمایه با هدف و مقصود BIT که حمایت گسترده برای سرمایه گذاران و سرمایه گذاریشان در سرزمین هر طرف

است مغایر و ناهماهنگ میباشد لذا دیوان هیچ اصلی نمی یابد تا محدودیتی را تحمیل کند که توسط خوانده در حوزه سرمایه گذاری پیشنهاد کرده است.

نتیجه این که طبق شرایط BIT داراییهای خواهان در سرزمین اوکراین سرمایه گذاری شده اند و این سرمایه گذاری با تصمیمات اتخاذی خواهان جهت تأسیس یک شرکت در اوکراین و اختصاص منابع مالی به آن شرکت طبق نظارت خواهان رخ داده است و برای انجام چنین کاری

خواهان سبب صرف پول و تلاش شده و توقع سود و فایده آن را در اوکراین داشته است.

د - تجزیه و تحلیل دیوان در خصوص اعتراض دوم خوانده راجع به هماهنگی بند ۱

ماده ۱ BIT با ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID

(۳۴) های دیوان طبق BIT با کنوانسیون ICSID هماهنگ است . دیوان در این مورد به رأی دیوان داوری ICSID در پرونده فداکس آن وی به طرفیت جمهوری ونزوئلا استناد میکند. در آن پرونده خوانده استدلال میکرد که سفته های منتشر شده معتبر دولتی توسط خواهان سرمایه گذاری نیست زیرا خواهان سفته ها را با روش ظهر نویسی از یک شرکت ونزوئلایی به دست آورده (۳۵) است لذا خواهان سرمایه گذاری مستقیم در ونزوئلا نکرده است در حالیکه چنین سرمایه گذاری طبق کنوانسیون ضروری بوده است (۳۶) دیوان در آن پرونده استدلال خوانده را رد کرد و تعریف وسیع سرمایه گذاری که به موجب کنوانسیون انتظار میرفت را تأیید کرد بنابر آن رأی اصطلاح «مستقیماً» در بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID به «اختلاف مربوط میشود و نه سرمایه گذاری صلاحیت مرکز میتواند حتی نسبت به سرمایه گذاری که مستقیم نیستند تسری داشته باشد به شرط اینکه خوانده از دیوان درخواست کرده بود تا حوزه سرمایه گذاری تحت پوشش را با افزایش یک شرط محدود کند مبنی بر اینکه سرمایه گذاری صورت گرفته مستقیم نبوده است. در حالی که یافته اختلاف مستقیماً از چنین سرمایه گذاری سرچشمه گرفته باشد . (۳۷) در پرونده حاضر خواهان یک سرمایه گذاری در راستای اهداف کنوانسیون انجام داده و تصمیم گرفته تا سرمایه را تحت نظارت خود در سرزمین اوکراین به جای سرمایه گذاری در جای دیگر به کار گیرد. مبدأ سرمایه به وجود یک سرمایه گذاری ارتباطی ندارد. کنوانسیون ضروری نمی داند که سرمایه از یک مبدأ ویژه ای منابع مالی آن تامین گردد. این مطلب به موجب رأی دیوان داوری ICSID در قضیه ترادکس هلاس اس ای به طرفیت جمهوری آلبانی تأیید شد (۳۸) لذا مبدأ سرمایه مورد استفاده یا تحصیل داراییهای به کار رفته با موضوع صلاحیت تحت کنوانسیون بی ارتباط است.

به نظر دیوان کنوانسیون ICSID بدواً هیچ ضرورتی را قائل نیست برای اینکه سرمایه گذاری در موضوع اختلاف یک ویژگی بین المللی را داشته باشد مبدأ سرمایه تعیین کننده و سرنوشت ساز باشد. دیوان در این قسمت از رأی علیرغم اینکه در مقام بررسی انطباق مفاد BIT و کنوانسیون ICSID است از تشریح اصطلاح سرمایه گذاری و منشاء آن و مستقیم یا غیر مستقیم بودن آن به موجب BIT مطلبی بیان نمی کند چون در قسمت قبلی به آن پرداخته و کاملاً در مطابقت با کنوانسیون طی آنچه که در این قسمت بیان شد میباشد ولی بهتر بود به این مطلب در این قسمت نیز اشاره میکرد. در خصوص ادعای خوانده مبنی بر اینکه سرمایه گذاری مطابق با قوانین و مقررات اوکراین به گونه ای که در بند ۱ ماده ۱ BIT آمده بود انجام نگرفته برای مثال نام کامل شرکت وابسته نادرست ثبت شده و اشتباهاتی در اسناد ارائه شده توسط خواهان وجود دارد برخی مدارک فاقد امضا یا فاقد گواهی امضا ضروری میباشد و خواهان نسبت به این ادعای خوانده اعتراض و مخالفتی نکرده است...... دیوان در مقابل چنین استدلال میکند شرط مقرر در بند ۱ ماده ۱ BIT این است که سرمایه گذاری ها باید با متابعت از قوانین و مقررات کشور میزبان انجام گیرد هدف از چنین شرطی همانگونه که در رأی دیوان داوری در قضیه سالینی کاستروتری اس پی ای و ایتالسترید اس پی ای به طرفیت پادشاهی موراکو اعلام شده در جلوگیری از حمایت سرمایه گذاریها در معاهدات دوجانبه این بوده است که از سرمایه گذاریهای غیر قانونی حمایت نشود

(۳۹) در این پرونده خوانده اظهار نمیدارد که سرمایه گذاری خواهان در زمینه فعالیت تجاری تبلیغ چاپ و نشر غیر قانونی هستند و مقامات دولتی خوانده شرکت وابسته خواهان را نیز به عنوان یک شرکت معتبر در سال ۱۹۹۴ به ثبت رساندند و طی ۸ سال پس از آن هر کدام از سرمایه گذاریهای خواهان را در اوکراین ثبت کردند اکنون خوانده اظهار می دارد برخی موارد که شالوده ی این سرمایه گذاریهای ثبت شده را تشکیل میدادند دارای عیوب و نقایصی هستند و برخی از نواقص نیز به محتوا و مضمون قانون اوکراین مربوط میشود. به نظر دیوان حتی اگر بتوانیم اظهارات خوانده را ثابت و تأیید کنیم صرف نظر از اینکه این کار به بررسی کامل جزییات کوچک و دقیق شیوه های اجرایی در قانون اوکراین نیازمند است این موضوع مانع یک سرمایه گذاری به لحاظ اشتباهات کوچک میشود و این امر با هدف و مقصود BIT مغایر می باشد به علاوه به نظر دیوان ثبت هر یک از سرمایه گذاریهای خواهان توسط خوانده نشان میدهد که سرمایه گذاری در این موضوع طبق قوانین و مقررات اوکراین انجام گرفته است به نظر میرسد دیوان به این نکته نیز باید اشاره میکرد که اگر اشتباهی هم رخ داده این اشتباهات به مقامات دولت میزبان در ثبت سرمایه بر میگردد که بر فرض بی اعتباری سرمایه گذاری نیز رافع مسؤلیت خوانده در جریان خسارات وارده به خواهان نخواهد بود.

اعتراض سوم اختلاف از سرمایه گذاری نشأت نگرفته است

الف - استدلال خوانده

به منظور اینکه دیوان داوری نسبت به اختلاف صلاحیت رسیدگی داشته باشد باید یک ارتباط مناسبی بین اختلاف و سرمایه گذاری خواهان در سرزمین طرف قرارداد وجود داشته باشد.

بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID صلاحیت را به هر اختلافی که مستقیماً از سرمایه گذاری به وجود آید توسعه میدهد و برای اینکه این ضرورت صریحاً برآورده شود، اختلاف و

سرمایه گذاری باید دقیقاً و بطور معقول با هم مرتبط باشند. (۴۰)

ماده ۸ BIT اوکراین و لیتوانی نیز مقرر میکند که سرمایه گذار یکی از طرفین قرارداد میتواند اختلافات را در رابطه با سرمایه گذاری در سرزمین طرف دیگر به داوری تسلیم کند در حالیکه اختلاف فعلی مستقیماً از یک سرمایه گذاری سرچشمه نگرفته است زیرا طبق ادعای خواهان اقدامات غیر قانونی مقامات دولتی اوکراین علیه داراییهای مادی وی صورت گرفته در حالی که این کارها و اقدامات بر علیه داراییهای مادی خواهان یعنی وسایل و تجهیزات هدف گیری نشده

است یا مستقیماً به آن مربوط نبوده است.

ب - تجزیه و تحلیل دیوان در رابطه با اعتراض سوم خوانده

این موضوع که حوزه اختلافات قابل ارجاع به داوری طبق BIT نسبت به بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون وسیعتر هستند میتواند قابل دفاع و معتبر باشد با این حال حتی اگر فقط بر اساس کنوانسیون اختلاف مطرح گردد باز هم استدلال خوانده یقیناً با شکست مواجه میشود زیرا خوانده شرایط حقوقی ماده ۲۵ را به اشتباه تعبیر کرده است برای اینکه اختلاف مستقیماً از سرمایه گذاری نشأت گیرد گفته میشود رفتار غیرقانونی دولت نیازی به این ندارد تا بر علیه دارایی مادی سرمایه گذاری هدف گیری کند شرط ضروری مستقیم بودن اختلاف برآورده میشود اگر اختلاف از خود سرمایه گذاری یا فعالیتهای مرتبط با سرمایه گذاری مانند مورد پرونده حاضر نشأت گرفته باشد. حوزه این شرط به وسیله اولین دیوان داوری ICSID مورد توجه قرار گرفت و آن در قضیه هالیدی انس اس ای به طرفیت موراکو بود که دیوان به صلاحیت خود در خصوص قراردادهای وام رأی داد در حالیکه این قراردادها از موضوع اصلی سرمایه گذاری جدا بودند ولی موکداً به توافق راجع به سرمایه گذاری و یکپارچگی کلی کار سرمایه گذاری مربوط میشد. بدین ترتیب تعهدات خوانده نسبت به سرمایه گذاری نه تنها به دارایی های مادی سرمایه گذار لیتوانیایی مربوط میشود بلکه به فعالیتهای تجاری که به دارایی مادی مربوط است وابسته میباشد تعهدات کشورها نسبت به دارایی» و «کاربرد دارایی در حقوق بین الملل به خوبی مشخص شده است برای مثال در طرح کنفرانس تدوین حقوق بین الملل ۱۹۳۰ ،لاهه هر گونه محرومیت مالک در استفاده اداره یا انتقال اموال خود اعم از رسمی یا بالفعل ، موقت یا دائم ، سلب مالکیت محسوب میگردد. دیوان در این خصوص به رأی دیوان داوری ایران و ایالات متحده که مؤید طرح کنوانسیون مسئولیت به شرح فوق است نیز استناد میکند

در پرونده حاضر هر یک از اقدامات غیر قانونی ،دولت ادعایی توسط خواهان نظیر تحقیقات متعدد و غیر قانونی تحت عنوان اعمال قوانین مالیاتی ،ملی طرح و تعقیب دعاوی بی پایه و اساس در دادگاه های داخلی از جمله طرح دعاوی با انگیزه بی اعتبار کردن قراردادهای منعقده توسط شرکت فرعی تابعه توقیف داراییهای شرکت تابعه توقیف اسناد مالی و سایر اسناد به طور نامعقول وارد کردن اتهام به شرکت فرعی به فعالیتهای غیر قانونی ... از جمله اقداماتی اند که نسبت به شرکت فرعی وابسته خواهان در اوکراین انجام گرفته بنابراین دیوان متقاعد می شود که اختلاف فعلی مستقیماً از سرمایه گذاری خواهان سرچشمه میگیرد در این قسمت ظاهراً ایرادی که میتوان به رای دیوان وارد کرد این است که تا زمانی که این اقدامات غیر قانونی به اثبات نرسد نمی توان احراز کرد اقدامات مذکور به اختلاف ناشی از سرمایه گذاری مربوط میشود در نتیجه آنچه را که خواهان بدواً در پاسخ به دفاع خوانده مبنی بر تفکیک ناپذیری موضوع صلاحیت با ماهیت اختلاف مطرح کرده بود منطقی به نظر می رسید ولی دیوان علیرغم اینکه این دفاع خواهان را قبول نکرد با این وجود در پایان رسیدگی به موضوع صلاحیت به این نتیجه رسید که این اختلافات مربوط به اختلافات ناشی از سرمایه گذاری ارتباط مستقیم دارد بدون اینکه ولو به طور اجمال به این موضوع رسیدگی نماید اما واقعیت این است که دیوان به اقدامات دولت اوکراین صرفنظر از قانونی بودن یا نبودن آن توجه کرده و آن اقدامات را من حیث المجموع از موارد اختلاف ناشی از سرمایه گذاری می داند لذا اشکال و شبهه به کیفیت انشا رای مربوط است نه محتوای آن ] فصل سوم - تجزیه و تحلیل اعتراضات خوانده به صلاحیت مرکز از حیث شرایط مربوط به نحوه طرح دعوی ایرادات مربوط به نحوه پذیرش دعوی یا ایرادات پذیرشی

۱ اعتراض اول رضایت کتبی خواهان نادرست و بی موقع بوده است

الف - استدلال خوانده

طبق بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون ICSID صلاحیت مرکز به هر اختلاف حقوقی که طرفین اختلاف برای ارایه آن به مرکز کتباً توافق دارند بسط و گسترش می یابد. موافقت اوکراین مطابق بند ۲ ماده ۸ BIT احراز گردید زیرا آن ماده مقرر می کند که سرمایه گذار مجاز خواهد بود تا موضوع را به داوری از طریق ICSID ارجاع نماید خوانده اعتراضی ندارد که با داوری ICSID موافق بوده است ولی معتقد است که رضایت خواهان نادرست و زودهنگام بوده است زیرا خواهان مدارک بی نام و نشانی تحت عنوان موافقت به داوری با تاریخ ۷ اگوست ۲۰۰۲ به ضمیمه درخواست داوری در تاریخ ۱۴ آگوست ۲۰۰۲ تقدیم مرکز کرد ولی در ۱۷ اکتبر ۲۰۰۲ آن را پس گرفت و مجدداً در ۲۲ نوامبر ۲۰۰۲ درخواست داوری نمود. به نظر خوانده اعلام موافقت خواهان صحیح نیست زیرا در اعلامیه مبنی بر موافقت به صلاحیت مرکز خوانده را مخاطب قرار نداده بود و مستقیماً برای خوانده ارسال ننمود.

همچنین موافقت خواهان بی موقع و زودهنگام بوده است زیرا از یکسو موافقت قبل از شروع دعوی عقوقی در ICSID داده نشده در حالیکه این امر به موجب کنوانسیون ضروری بود و از سوی دیگر اعلام موافقت قبل از اتمام دوره ۶ ماهه مذاکره که طی ماده ۸ BIT ضروری بود ارایه شد.

ب - تجزیه و تحلیل دیوان در خصوص اعتراض اول خوانده

دیوان هیچکدام از استدلالهای خوانده را در این مورد نپذیرفت زیرا بدواً کنوانسیون رسیدگی در مرکز را مشروط به موافقت کتبی به شکلی خاص ، نمی داند بلکه در اعلام موافقت کتبی مخاطب یا مخاطبان آن به طور کلی یا به نحو اجمال مشخص شوند و به مرکز ارسال گردند کفایت میکند کنوانسیون صرفاًرضایت کتبی را ضروری میداند بنابراین لازم نیست که موافقت طرفین در یک سند واحد آورده شود یا ابتدائاً برای خوانده ارسال گردد. موافقتها می تواند واقعاً در اسناد با ویژگیهای کاملاً گوناگون اعلام گردد و نیازی نیست تا برای طرف دیگر ارسال شود و یا در هر اختلاف با ترتیب و نظم خاصی ارجاع گردد (۴۳). در حقیقت خواهان نیاز ندارد تا اعلام رضایتش را در یک سند با فرم خاص به دبیرخانه مرکز ارسال نماید بلکه این رویه ایجاد شده است که یک سرمایه گذار میتواند پیشنهاد موافقتی را که در معاهده آمده ضمن باشد.

طرح دعوی حقوقی در ICSID در هماهنگی با دعوی بپذیرد بنابراین نه تنها موافقت نامه خواهان بلکه همچنین دبیرخانه مرکز میتواند شرط ضرورت رضایت کتبی مبنی بر صلاحیت مرکز را حسب مورد برآورده یا احراز کند همانطور که کنوانسیون در نظر دارد هیچ لزومی ندارد

که اعلام رضایت مقدم بر اختلاف خاصی باشد و یا در تلاقی با آن ادامه یابد به عبارتی نه ضرورت دارد که رضایت مقدم بر اختلاف باشد و نه در ادامه مذاکرات مربوط به اختلاف به علاوه ضروری نیست خواهان موافقتش را قبل از شروع دادخواهی ارائه دهد.

گزارش مدیر اجرایی زمان بندی موافقت طرفین را در پاراگراف ۲۴ بدین شرح عنوان کرده است موافقت طرفین در زمانی که دعوی به مرکز تسلیم شده باید وجود داشته باشد» بند ۳ ماده

۲۸ و بند ۳ ماده ۳۶ کنوانسیون گرچه کنوانسیون به طریق دیگری زمانی را که باید رضایت

اعلام شود مشخص نکرده است لذا وقتی یک سرمایه گذار پیشنهاد کلی کشوری را که در BIT

موافقت خود را اعلام نمود میپذیرد چنین پذیرشی صحیح است مادامی که این کار بعد از

زمان تحویل دادخواست خواهان به داوری اتفاق نیفتد هیچ نیازی نیست که موافقت

خواهان بر درخواست رسیدگی تقدم داشته باشد کافی است مؤخر بر درخواست رسیدگی

نباشد به همین ترتیب نه BIT و نه کنوانسیون ICSID خواهان را ملزم نمیداند تا بعد از طی

یک دوره شش ماهه ضروری جهت مذاکره برای اینکه موافقت خود را به صلاحیت ICSID

اعلام نماید صبر کند. ماده ۸ BIT صرفاً ضروری میداند که یک دوره مذاکره شش ماهه بعد از اینکه اختلاف رخ داد و قبل از اینکه دادخواست جهت داوری تقدیم شود طی شود. دیوان اطمینان دارد که شرط ضروری مربوط تحقق یافته است بنابراین و بنا به دلایل مذکور

موافقت کتبی خواهان شرایط کنوانسیون را برآورده کرده است.

اعتراض دوم : خواهان و خوانده طرفین مذاکره موضوع ماده ۸ BIT نبودند

الف - استدلال خوانده

خوانده مدعی است که با توجه به گستردگی مذاکرات انجام شده آنها درگیر مذاکره بین مقامات دولتی محلی در کیف و شرکت تاکی اسپراوی بودند نه خواهان " لذا شرط مذاکره مقرر ۲ مقامات دولتی محلی در کیف و شرکت تاکی اسپراوی بودند نه خواهان لذا شرط مذاکره مقرر در بند ۱ و ۲ ماده ۸ BIT اوکراین و لیتوانی بین سرمایه گذار یک طرف قرارداد و طرف دیگر قرارداد تحقق نیافته است. بعلاوه مقامات محلی کیف قانوناً مجاز نبودند تا از طرف اوکراین مذاکره کنند ضمن اینکه مقامات محلی به نمایندگی از طرف دولت در برابر تاکی اسپراوی و نه

در قضیه SGS به طرفیت فیلیپین دیوان ICSID این رویه را پذیرفت ) به نقل از اسکریر در ۲۱۸) ۲ اعتراضات خوانده در ۶-۲-۳-۲۵-۳ رونوشت استماع شفاهی راجع به صلاحیت در ۵۷۵۹

www.S

تحلیل رای صلاحیتی دیوان ICSID در دعوی شرکت توکیوس توکلس به طرفیت کشور اوکراین در پرونده کلاس VARB مورخ ۲۹ آوریل ۲۰۰۴

توکیوس توکلس برای مذاکره اعمالی را انجام دادند که مقامات دولتی را وارد مذاکره کردند به

عبارتی مقامات دولتی در عمل انجام شده قرار گرفتند

ب - تجزیه و تحلیل دیوان در خصوص اعتراض دوم خوانده

دیوان خرسند است که خواهان و خوانده به طور گسترده در مذاکرات ضروری مربوط به اختلاف شرکت جستند. خواهان باعث شد که این اختلاف مورد توجه مقامات دولتی مرکز از جمله رئیس جمهور اوکراین قرار گیرد. به علاوه خواهان مدارکی از مذاکراتش با مقامات فدرال بصورت نامه کتبی تهیه کرده که نشان میدهد خواهان مکاتباتی را با دادستان کل اوکراین و رئیس اجرایی مالیات کشور اوکراین مبادله کرده ۲ است. علاوه بر آن مدارکی از مذاکرات طولانی بین . خواهان و مقامات دولتی محلی وجود دارد زمانی که اقدامات مقامات محلی به دولت مرکزی قابل انتساب به (۴۶) باشد نیازی نیست که دیوان تصمیم بگیرد که آیا مذاکرات توسط این مقامات میتواند برای تحقق شرط طی دوره مذاکره شش ماهه که به موجب معاهده تصریح شده مورد محاسبه و مهم تلقی شود یا نه همانگونه که مذاکرات مستقیم با مقامات دولت مرکزی ضرورت شرط حقوقی را برآورده میکند مذاکره با مقام های محلی نیز همین اثر را دارد و یا اینکه آیا رئیس جمهور اوکراین هر یک از این مذاکرات بیهوده را تصویب خواهد کرد یا نه ؟ مهم نیست همانطور که یک کشور نمیتواند به مقررات داخلی خود از جمله قانون اساسی در پاسخ به دعاوی بین المللی دفاع کند نسبت به شرکت خواهان نیز در خصوص مذاکره اهمیتی ندارد که آیا نمایندگان خواهان همانند نمایندگان شرکت اصلی توکیوس توکلس مذاکره کرده باشند و یا مانند نمایندگان شرکت کاملاً وابسته تاکی اسپراوی (۴۷)

مذاکره کرده اند در این مورد خواهان طرف مذاکره بوده است. بنابراین اختلاف فعلی موضوع مذاکره بین یک سرمایه گذار یک طرف قرارداد و طرف دیگر

قرارداد مطابق با ماده ۸ BIT بوده است.

اعتراض سوم اختلاف موضوع مذاکره مطابق با ماده ۸ BIT نبوده است

الف - استدلال خوانده :

۱ خوانده مدعی است حتی اگر خواهان و خوانده مذاکره کرده باشند ،اختلاف موضوع مذاکرات آنها نبوده است به ویژه اینکه اعمال دولتی که توسط خواهان مورد اعتراض قرار گرفته این اعتراضات در داخل اختلاف تا ۱۶ اگوست ۲۰۰۲ تاریخ دریافت درخواست داوری متبلور نشده است در نتیجه طرفین اختلاف طی دوره شش ماهه ضروری قبل از ثبت دادخواست در ۲۰

دسامبر مذاکره نکردند.

ب تجزیه و تحلیل دیوان در خصوص اعتراض سوم خوانده : (۴۸) در قضیه ما روماتیس دیوان دایمی بین الملل دادگستری اختلاف را چنین تعریف میکند به عنوان عدم توافق روی موضوعی حقوقی یا واقعیتی تعارض در دیدگاههایی حقوقی یا منافع بین دو طرف پروفسور اسکریر شرایط اختلاف را در متن زیر چنین توصیف می کند اختلاف باید به موضوعات مشخص و محقق شده آشکار بین طرفین مرتبط باشد و نباید صرفاً علمی ( انتزاعی باشد این به معنای آن نیست که اقدام ویژه ای توسط یک طرف انجام گیرد یا اختلاف یابد به سطح مشخصی از برخورد و رویارویی گسترش یابد بلکه آن صرفاً باید منافع فوری برای طرفین را داشته باشد اختلاف باید ماورای نارضایتی عمومی باشد و باید حسب تقاضای معینی حساس بیان گردد (۴۹) دیوان متقاعد شد که اختلاف به قدر کافی به گونه ای که تعریف شده مورد مذاکره حداقل طی شش ماه قبل از تاریخ ثبت دادخواست قرار گرفته است. خواهان به مقامات دولتی خوانده در خصوص موجبات اعتراض خود شامل تحقیقات ناموجه توقیف نامعقول اسناد و مدارک و داراییها اقدامات قضایی بی اساس برای لغو قراردادها اتهامات غیر موجه علنی مراتب را اعلام کرده است و مشخص شد که دادخواست خسارت مبین اختلافی است که با تحقق شرایط حقوقی صلاحیت هماهنگ میباشد. [ به عبارت دیگر طرح موجبات اعتراض ضمن مذاکرات جهت قطع آن اقدامات و جبران خسارات بوده بنابراین ضرورتی نداشت که مذاکره صریحاً تحت عنوان جبران خسارت صورت گیرد به ویژه اینکه برای طرح خسارت ضمن مذاکره اقدامات غیر قانونی دولت باید مورد بحث قرار می گرفت تا در نهایت مطالبه خسارت شود ولی همانگونه که اشاره شده مذاکرات بیهوده بود و به نتیجه نرسید تا موضوع خسارت مطرح گردد. ]

نتیجه گیری نهایی دیوان راجع به صلاحیت

بنا به دلایل مذکور و بعد از دریافت نظر مخالف رئیس دیوان دیوان داوری با اکثریت اعضای خود

تصمیم میگیرد که اختلاف فعلی در محدوده ی صلاحیت مرکز و در صلاحیت دیوان داوری میباشد.

نتیجه گیری

الف - تحلیل کلی

۱ - به نظر دیوان با توجه به اینکه دولتین اوکراین و لیتوانی صریحاً در خصوص کیفیت تعیین

تابعیت شخص حقوقى بموجب BIT توافق نموده اند محملی برای توجه به معیار کنترل و

نظارت و نیز شکافتن لفافه شرکت وجود ندارد.

۲- به نظر دیوان همینکه هر یک از سرمایه گذاریهای خواهان توسط خوانده به ثبت رسیده

بیانگر آن است که سرمایه گذاری طبق قوانین و مقررات اوکراین انجام گرفته است.

به نظر دیوان برای اینکه اختلاف مستقیماً از سرمایه گذاری نشأت گیرد نیازی نیست تا رفتار

غیر قانونی دولت بر علیه دارائیهای مادی سرمایه گذار هدف گیری کند بلکه همین قدر که

اختلاف از خود سرمایه گذاری یا فعالیتهای مرتبط با آن نشأت گرفته باشد کفایت میکند.

۴- به نظر دیوان کنوانسیون ICSID صرفاً اعلام رضایت کتبی را ضروری می داند و لازم نیست

که موافقت طرفین در سند واحد آورده شود یا ابتدائاً برای خوانده و یا خطاب به خوانده به

مرکز ارسال گردد و نیز لزومی ندارد که اعلام رضایت مقدم بر اختلاف و یا بعد از دوره مذاکره

مقرر در BIT به مرکز داده شود بلکه فقط کافی است بعد از تقدیم دادخواست نباشد و تقدیم دادخواست نیز بعد از انقضا مدت مقرر برای مذاکره صورت گیرد.

- به نظر دیوان مدارک خواهان گویای آن است که خواهان با مقامات فدرال نیز مکاتباتی داشته و بعلاوه مذاکره با مقامات محلی اوکراین همان اثری را دارد که مذاکره با مقامات دولت مرکزی انجام شود با اینحال خواهان هم با مقامات مرکزی و هم با مقامات محلی مذاکره کرده

است.

۶- دیوان ضمن تعریف اختلاف بر اساس رویه قضائی و نظر متخصصین ICSID استدلال می کند اقداماتی که منجر به سلب مالکیت خواهان در معنای موسع آن گردیده و در نهایت منجر به خسارت شده موضوع مذاکره بین طرفین بوده زیرا تا چنین مذاکراتی از حیث قانونی بودن یا غیر قانونی بودن آن اقدامات منجر به نتیجه نمیشد مذاکره در باب خسارت نیز بی

نتیجه بوده است.

www.S

ve of SID یوسف خرم فرهادی

در نهایت دیوان با اکثریت آرا رای به صلاحیت مرکز و نیز دیوان داوری صادر می نماید. دیوان در تجزیه و تحلیل خود راجع به هر اعتراض خوانده در خصوص صلاحیت اقدام به مقایسه BIT و کنوانسیون ICSID نمود مبنی بر اینکه آیا با هم منطبقند یا خیر؟ چون دیوان معتقد است BIT نمی تواند صلاحیتی بیش از آنچه که کنوانسیون ICSID در صلاحیت مرکز قرار داده به مرکز اعطا نماید همچنان که تعهد و الزام حقوقی دارد کمتر از

آنچه که در صلاحیت آن گذاشته شده عمل ننماید و تمام ظرفیت کنوانسیون ICSID را در

این خصوص اعمال کند .

ب - پیشنهاد و انتقاد

۱ - انتقاد :

۱-۱ علیرغم اینکه شرکت فرعی خواهان به نام تاکی اسپراوی نیز همراه شرکت اصلی طرح دعوا نمود ولی دیوان در خصوص اهلیت و یا عدم اهلیت آن در طرح دعوا هیچگونه اظهار نظری

ننمود.

۱-۲ همانگونه که سرداور اشاره نمود هدف کنوانسیون واشنگتن حمایت از سرمایه گذاری خارجی یا بین المللی و به تبع آن سرمایه گذار خارجی است و برای تعیین ماهیت سرمایه گذاری بین المللی باید به منبع سرمایه توجه کرد در این پرونده گرچه سرمایه گذار طبق قوانین دولتین کنوانسیون گرچه تعریفی از سرمایه گذاری ارائه نمیکند و تعریف آنرا به عهده اعضاء

اوکراین و لیتوانی و مقررات BIT برخلاف نظر خوانده ) لیتوانیایی بوده اما سرمایه گذاری او

بین المللی یا خارجی نبوده یا حداقل بخش عمده آن منشأ داخلی اوکراینی داشته زیرا عمده

مالکیت سهام شرکت خواهان (۹۹) (حتی از بدو تأسیس متعلق به اتباع اوکراینی بوده است. کنوانسیون گرچه تعریفی از سرمایه گزاری ارائه نمیکندوتعریف انرا به عهده اعضا کنوانسیون میگذارد اما تعاریف این اعضا نمی تواند فارغ از مقصود کنوانسیون که

همانا جلوگیری از محروم شدن سرمایه گذاری خارجی واقعی از مزایای مقرر در آن و نیز جلوگیری از حمایت سرمایه گذاریهای صوری که منجر به تشویق سرمایه گداران در طرح دعوی به طرفیت دولت متبوع خود در مرکز است ، باشد و به همین جهت باید در تعریف سرمایه گذاری خارجی منطبق با هدف کنوانسیون به واقعیات اقتصادی

نیز توجه نمود.

۲- پیشنهاد

تحلیل رای صلاحیتی دیوان ICSID در دعوی شرکت توکیوس توکلس به طرفیت کشور اوکراین در پرونده کلاس CARB مورخ ۲۹ آوریل ۲۰۰۴

در پایان پیشنهاد میشود در تعیین ماهیت سرمایه گذاری خارجی یا بین المللی جهت امکان طرح دعوی در مرکز ICSID باید مجموعه ای از عوامل نظیر تابعیت سرمایه گذار محل سرمایه گذاری منشأ سرمایه و نیز میزان مالکیت و مدیریت معیار (کنترل را در نظر گرفت گرچه ممکن است این نظر حمایت از شرکتهایی نظیر خواهان پرونده حاضر را در اختلافات ناشی از سرمایه گذاری علیرغم دارا بودن شخصیت حقوقی مستقل از شرکاء آن از طریق ICSID منتفی سازد.