भारत सरकार

भारत का विधि आयोग

रिपोर्ट सं0 260

2015 प्रारूप माडल भारतीय द्विपक्षीय

विनिधान संधि का

विश्लेषण

अगस्त, 2015

न्यायमूर्ति अजित प्रकाश शहा
भूतपूर्व मुख्य न्यायाधीश, दिल्ली उच्च न्यायालय
अध्यक्ष
भारत का विधि आयोग
भारत सरकार
14वां तल, हिन्दुस्तान टाईम्स हाऊस,
कस्तूरबा गांधी मार्ग
नई दिल्ली – 110 001

सत्यमेव जयते

Justice Ajit Prakash Shah
Former Chief Justice of Delhi High Court
Chairman
Law Commission of India
Government of India
14th Floor, Hindustan Times House
Kasturba Gandhi Marg
New Delhi – 110 001

अ0शा0सं0 6(3)/278/2015-एलसी(एलएस) 27 अगस्त, 2015

प्रिय श्री सदानंद गौड़ा जी,

भारत के विधि आयोग ने, अगस्त, 2014 में, माध्यस्थम् और सुलह अधिनियम, 1996 के संशोधनों पर अपनी रिपोर्ट सं0 246 को अंतिम रूप देते समय, इस मुद्दे पर स्पष्ट विधि स्थिति के न होने पर अन्तरराष्ट्रीय विनिधान संधियों के जोखिमों को प्रकट किया था । इस बीच भारत सरकार द्वारा इस वर्ष मार्च में भारतीय माडल द्विपक्षीय विनिधान संधि का प्रारूप टिप्पणियों और सुझावों के लिए प्रस्तुत किया गया । आयोग ने पाया कि प्रारूप माडल के पाठ में कुछ विचारणीय विषय हैं । अतः, आयोग ने प्रारूप माडल पाठ को अध्ययनार्थ लेने का विनिश्चय किया । इस प्रयोजनार्थ, एक उप समिति का गठन किया गया था, जिसने अनेक दौर के विचार विमर्श और चर्चाओं के पश्चात् भारत में "व्यापार किए जाने" को प्रोत्साहित करने के सरकार को उद्देश्य के अनुरूप, विनिर्दिष्ट खंडों पर अनेक सुझाव दिए । इस सुझावों को "**भारतीय द्विपक्षीय विनिधान संधि के प्रारूप माडल, 2015 का विश्लेषण**" नामक **रिपोर्ट सं 260** के रूप में सरकार के विचारार्थ प्रस्तुत किया गया है । यह रिपोर्ट अनुच्छेद-वार विश्लेषण और टिप्पणी के रूप में है और उन अनुच्छेदों तक ही सीमित है जहां कि आयोग का यह मानना है कि प्रारूप माडल पाठ में परिवर्तन किया जा सकता है । मैं इस रिपोर्ट की एक प्रति माननीय वित्त मंत्री को भेज रहा हूं ।

मैं यह भी अभिलेखबद्ध करना चाहता हूं कि यद्यपि, रिपोर्ट पर सदस्यों द्वारा हस्ताक्षर किए गए हैं, तथापि, एक पदेन सदस्य अर्थात् श्री पी.के. मल्होत्रा, ने इस पर हस्ताक्षर नहीं किए क्योंकि विधि सचिव के रूप में अपनी हैसियत में उनके द्वारा प्रारूप माडल पाठ पर अपने विचार पहले ही वित्त मंत्रालय को संसूचित कर दिए गए हैं ।

सादर,

आपका

ह0/

[अजित प्रकाश शाह]

श्री डी.वी. सदानंद गौड़ा
माननीय विधि और न्याय मंत्री
भारत सरकार

शास्त्री भवन
नई दिल्ली ।

रिपोर्ट सं0 260

2015 प्रारूप माडल भारतीय द्विपक्षीय विनिधान संधि का विश्लेषण

विषय सूची सारणी

अध्याय	शीर्षक	पृष्ठ
1	**रिपोर्ट की पृष्ठभूमि**	1-5
2	**प्रारंभिक**	5-13
अ.	**उद्देशिका**	6
(i)	विश्लेषण और टिप्पणी :	6-7
(ii)	सुझाया गया प्रारूप :	7-8
आ.	**अनुच्छेद 1 - परिभाषाएं :**	8-12
(i)	विश्लेषण और टिप्पणियां	8-11
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	11-12
इ.	**अनुच्छेद 2. परिधि और साधारण उपबंध**	12-13
(i)	विश्लेषन और टिप्पणी :	12-13
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	13
3	**पक्षकारों की बाध्यताएं**	14
अ.	**अनुच्छेद 3 : व्यवहार के मानक**	14-16
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	14-16
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	16
आ.	**अनुच्छेद 5. स्वामित्वहरण**	17
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	17-18
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	18-19
इ.	**अनुच्छेद 6. अंतरण (धनीय अन्तरण संबंधी उपबंध)**	19-22
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	19-22
ई.	**परम मित्र राष्ट्र (उपबंध का न होना)**	22-24
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	22-24
4	**विनिधानकर्ता, विनिधान और गृह राज्य बाध्यताएं**	25-39
अ.	**साधारण टिप्पणी :**	25-29

आ.	**अनुच्छेद 8. इस अध्याय की व्याप्ति**	**29-30**
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**29-30**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**30**
इ.	**अनुच्छेद 9. भ्रष्टाचार के विरुद्ध बाध्यता**	**30-32**
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**30-32**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**32**
ई.	**अनुच्छेद 10. प्रकटन**	**32-34**
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**32-33**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**33-34**
उ.	**अनुच्छेद 11 और अनुच्छेद 12. कराधान और नियंत्रक राज्य की विधियों से अनुपालन**	**34-37**
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**34-36**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**37**
ऊ.	**अनुच्छेद 13 - गृह राज्य बाध्यताएं**	**37-39**
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**39**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**39**
5	**विवाद समाधान**	**40-52**
क.	**साधारण टिप्पणी :**	**40-41**
ख.	**अनुच्छेद 14.1. प्रयोजन**	**41**
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**41**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**41**
ग.	**अनुच्छेद 14.2(ii) : वे दृष्टान्त जहां आईएसडीएस तंत्र लागू नहीं होता है**	**41-43**
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**42-43**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**43**
घ.	**अनुच्छेद 14.3 : स्थानीय उपचारों की समाप्ति, सूचना और परामर्श**	**43-45**
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**43-45**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**45**
ङ.	**अनुच्छेद 14.4(4) - माध्यस्थम् के लिए विवाद को प्रस्तुत करने के लिए अतिरिक्त पूर्व शर्तें**	**45**
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**45**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**45-46**
(iii)	सुझाया गया प्रारूप :	**46**

च.	**अनुच्छेद 14.5. मध्यस्थों की नियुक्ति**	**47**
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**47**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**47**
छ.	**अनुच्छेद 14.6. मध्यस्थों के हितों के संघर्ष का निवारण और चुनौतियां**	**47-48**
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**47-48**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**48**
ज.	**अनुच्छेद 14.8 माध्यस्थम् की कार्यवाहियों मं पारदर्शिता**	**48-50**
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**48-50**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**50**
झ.	**अनुच्छेद 14.9. सबूत का भार और शासित करने वाली विधि**	**51-52**
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**51-52**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**52**
ञ.	**अनुच्छेद 14.10. अधिनिर्णय**	**52**
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**52**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**52**
6	**अपवाद**	**53**
अ.	**अनुच्छेद 16. साधारण अपवाद**	**53-54**
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**53-54**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**54**
7	**अंतिम उपबंध**	**55**
अ.	**अनुच्छेद 19. अन्य संधियों से संबंध**	**55-65**
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**55**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**55**
आ.	**अनुच्छेद 20. फायदों का प्रत्याख्यान**	**56-58**
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**56-58**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**58**
इ.	**अनुच्छेद 21. परामर्श और आवधिक पुनर्विलोकन**	**58-59**
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**58-59**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**59**
ई.	**अनुच्छेद 22. संशोधन**	**59-63**
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**59-62**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**62-63**
उ.	**अनुच्छेद 23. प्रवर्तन में आना**	**63**

(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**63**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**63**
ऊ.	**अनुच्छेद 24. समयावधि और पर्यवसान**	**64**
(i)	विश्लेषण और टिप्पण :	**64-65**
(ii)	सुझाया गया प्रारूप	**65**

अध्याय 1

रिपोर्ट की पृष्ठभूमि

1.1 भारत का द्विपक्षीय विनिधान संधि (बीआईटी) कार्यक्रम[1] भारत सरकार का विनिधानकर्ता का विश्वास बढ़ाने तथा देश के भीतर और बाहर विनिधान के प्रवाह को बढ़ाने के लिए एक बड़े व्यापार और विनिधान कार्यवृत्त का भाग है । भारत ने अपने पहले बीआईटी पर यूनाइटेड किंगडम (यू.के.) के साथ वर्ष 1994 में हस्ताक्षर करके कार्यक्रम का आरंभ किया था और अगले दशक तक लगभग 50 बीआईटी पर हस्ताक्षर किए हैं । वर्ष 2003 के आसपास, भारत ने अपने बीआईटी कार्यक्रम का पुनर्विलोकन करने का विनिश्चय किया और एक मोडल बीआईटी[2] (जिसे इस रिपोर्ट में '2003 माडल' कहा गया है) तैयार किया । 2003 माडल में भारत और अन्य देशों के बीच पश्चातवर्ती बीआईटी वार्ताओं का संचालन करने संबंधी आधार बनाए गए थे ।

1.2 भारत द्वारा आज तक 83 बीआईटी पर हस्ताक्षर किए गए हैं,[3] जिनमें से 74 प्रवृत्त हैं । भारत ने ऐसे मुक्त व्यापार करार, जिनका कि विनिधान संबंधी एक समर्पित अध्याय है, भी किए हैं, जो कि तत्वतः विशिष्ट द्विपक्षीय विनिधान संधियों के समान ही हैं । विनिधान संबंधी अध्याय से संबंधित ग्यारह ऐसे मुक्त व्यापार करार आज की तारीख को प्रवृत्त हैं ।[4]

1.3 इस समय, भारत मुक्त व्यापार करार के लिए जिसमें विनिधान के अध्याय अन्तर्विष्ट हैं, इंडोनेशिया, आस्ट्रेलिया, मारिशिश, न्यजीलैंड[5] और यूरोपीय संघ[6] के

---

[1] द्विपक्षीय विनिधान संधियों को भारत सरकार के वित्त मंत्रालय द्वारा कई बार द्विपक्षीय विनिधान संवर्धन और संरक्षा करार (बीआईटी) भी कहा जाता है (देखिए (http://finmin.nic.in/bipa/bipa_index.asp: संगति की दृष्टि से, इस रिपोर्ट में, सर्वत्र, बीआईटी या बीआईटीएस पद का प्रयोग किया गया है

[2] भारत का 2003 बीआईटी, http://www.italaw.com/investment-treaties पर उपलब्ध है । 2003 के प्रतिनिर्देश आईटीए ला वेबसाइट द्वारा, जो कि माडल पाठ का स्रोत है उपलब्ध कराई गई तारीख पर आधारित है ।

[3] गौरव बनर्जी ; जीएआर इन्वेस्टमेंट ट्रीटी नौ-हाऊ, इंडिया (अद्वैत शर्मा, जार्ज पोथन और श्रीहर्ष पीचारा), 2015 ।

[4] गौरव बनर्जी ; जीएआर इन्वेस्टमेंट ट्रीटी नौ-हाऊ, इंडिया (अद्वैत शर्मा, जार्ज पोथन और श्रीहर्ष पीचारा), 2015 ।

[5] वाणिज्य और उद्योग मंत्रालय, 'भारत की आरटीए में वर्तमान वचनबंध', भारत सरकार, http://commerce.nic.in/trade/international_ta_current.asp पर उपलब्ध है ।

[6] लक्समबर्ग फार अर्ली कनक्लूजन आफ इंडिया – ई.यू.एफटीए, इकोनोमिक टाइम्स, 16 अक्तूबर, 2012 http://articles.economictimes.indiatimes.com/2012-10-16/news/34498965_1 पर उपलब्ध है।

साथ वार्ता कर रहा है ।[7] यूनाइटेड स्टेट्स के साथ एक अग्रगमन वार्ता बी.आई.टी. पर वर्ष 2009 में हुई थी, किन्तु यह अभी पूरी नहीं हुई है; यद्यपि, वर्ष 2013 की यूनाइटेड स्टेट्स के राष्ट्रपति और भारत के प्रधानमंत्री के बीच हुई शिखर बैठक में दोनों नेताओं ने विनिधान के क्षेत्र में खुलापन लाने के लिए लक्ष्यित महत्वाकांक्षी बी.आई.टी. करने के प्रति अपनी प्रतिबद्धता की पुनःपुष्टि की ।[8]

1.4 वर्ष 1994 से, जब भारत द्वारा बी.आई.टी कार्यक्रम आरंभ किया गया था, वर्ष 2010 के अन्त तक, भारत में बी.आई.टी. की ओर कुछ अधिक ध्यान आकर्षित नहीं हुआ । भारत की भी विनिधान संधि माध्यस्थम् (आई.टी.ए.) में, जो कि बी.आई.टी. के अधीन उपलब्ध विवाद समाधान तंत्र के प्रति निर्देश करता है बहुत कम आलिप्तता थी ।[9] इस अवधि के दौरान भारत केवल एक आई.टी.ए. विवाद में अन्तर्वलित था और इस विवाद में भी कोई आई.टी.ए. पंचाट नहीं हो पाया था । (तथापि, कुछ गैर आई.टी.ए. पंचाट हुए हैं) ।[10]

1.5 वर्ष 2010 के पश्चात् भारत का आई.टी.ए. में अन्तर्वलित होने के प्रति रुझान बहुत बढ़ गया था ।[11] वर्ष 2011 के अन्त में, भारत के वाइट इंडस्ट्रीज आस्ट्रेलिया लिमिटेड बनाम भारत गणराज्य वाला मामला में एक बी.आई.टी. के संबंध में प्रथम प्रतिकूल पंचाट मिला ।[12] अधिकरण का निष्कर्ष यह था कि भारत ने भारत-आस्ट्रेलिया बी.आई.टी. के अधीन विनिधानकर्ता के प्रति अपनी बाध्यताओं का

---

[7] कनाडा-भारत विदेशी विनिधान संवर्धन और संरक्षा करार (एफआईपीए) वार्ता, http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agrecc/fipa-apie/india-inde.aspx?lang=eng पर उपलब्ध है ।

[8] प्रधानमंत्री की राष्ट्रपति बराक ओबामा के साथ वाशिगंटन, डी.सी. में शिखर बैठक का संयुक्त कथन, विदेश मंत्रालय, भारत सरकार, 17 सितम्बर, 2013, http://www.mea.gov.in/bilateral-documents.htm?dtl/22265 पर उपलब्ध है ।

[9] दीपक राजू और प्रभाश रंजन, 'बीआईटी' आफ ए प्रोबल्म डाउन अन्डर, इंडियन एक्सप्रेस, 17 अक्तूबर, 2011, http://archive.indianexpress.com/news/bit-of-a-problemdown-under/860705/ पर उपलब्ध है ।

[10] कैपिटल इंडिया पावर मारीशिश I बनाम महाराष्ट्र पावर डेवेलपमेंट कारपोरेशन, मामला सं0 12913/एमएस, पंचाट (आईसीसी इंटरनेशनल सीटी. एआरबी. 2005), http://italaw.com/documents/dabhol_award_050305.pdf पर उपलब्ध है; एक्प्रोप्राइएशन क्लेम आफ बैंक आफ अमेरिका (ट्रस्टी), कान्ट्रेक्ट आफ इंश्योरेंस न0 एफ041, मेमोरंडम आफ डिटर्मनेशन्स 25 (ओपीआईसी2003), http://www.opic.gov/sites/default/files/docs/BankofAmericaColumbia032404.pdf पर उपलब्ध है ।

[11] प्रभाश रंजन, क्या भारतीय न्यायपालिका की कार्रवाइयों के लिए भारत के विरुद्ध बी.आई.टी. दावे हो सकते हैं । राष्ट्रीय विधि महाविद्यालय, जोधपुर, ला रिव्यू, खंड 1, 213, पृष्ठ 87-92 ।

[12] यूएनसीआईटीआरएएल के मामले में । आस्ट्रेलिया सरकार और भारत गणराज्य सरकार के बीच वाइट इंडस्ट्रीज आस्ट्रेलिया लिमिटेड और भारत गणराज्य के बीच विनिधानों का संवर्धन और संरक्षा पर हुए करार के अधीन सिंगापुर में माध्यस्थम्, http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf पर उपलब्ध है ।

अतिक्रमण किया है । यह पंचाट महत्वपूर्ण है क्योंकि यह भारत के विरुद्ध प्रथम ज्ञात आई.टी.ए. पंचाट है ।[13]

1.6 वाइट इंडस्ट्रीज पंचाट के अतिरिक्त, भारत को विभिन्न विनिधानकर्ताओं से और विभिन्न बी.आई.टी. के अधीन अनेक आई.टी.ए. सूचनाएं (नोटिस) प्राप्त हैं । विदेशी विनिधानकर्ताओं द्वारा भारत के विरुद्ध किए गए दावों में दूरसंचार अनुज्ञप्तियों (लाइसंसों) का रद्दकरण और भूतलक्षी प्रभाव से करों का अधिरोपण जैसे विभिन्न विनियामक उपायों को चुनौती देना सम्मिलित है । आज की तारीख तक, भारत के विरुद्ध दावों की चौदह ज्ञात कार्यवाहियां लंबित है ।[14]

1.7 प्रतिकूल वाइट इंडस्ट्रीज पंचाट और विभिन्न बी.आई.टी. के अधीन आई.टी.ए. नोटिसों के परिणामस्वरूप[15] भारत के बी.आई.टी. कार्यक्रम के प्रति नया दृष्टिकोण अपनाया गया है । उदाहरणार्थ, भारत की विनियामक शक्ति के साथ विनिधान संरक्षा संतुलन के बारे में प्रश्न उठाते हुए भारत को अपने बी.आई.टी कार्यक्रम के बारे में पुनःविचार करने के लिए बाध्य किया गया है ।[16]

1.8 तत्पश्चात्, सरकार ने अपने 2003 के माडल के पाठ का पुनर्विलोकन किया । मार्च, 2015 में, सरकार ने भारतीय द्विपक्षीय विनिधान संधि (जिसे इस रिपोर्ट में '2015 का माडल' कहा गया है) को सार्वजनिक किया ।[17] 2015 के माडल का उद्देश्य, जैसा सरकार की वेबसाइट पर कथन किया गया है , "सुसंगत अन्तरराष्ट्रीय उदाहरणों और पद्धतियों को देखते हुए, विनिधानकर्ता के अधिकारों और सरकार की बाध्यताओं के बीच संतुलन बनाते हुए भारत में विदेशी विनिधानकर्ताओं तथा विदेशों

---

13 इस पंचाट पर और अधिक जानकारी के लिए, देखिए प्रभाश रंजन, 'दि वाइट इंडस्ट्रीज आर्बिट्रेशन : इम्प्केशन्स फार इंडियाज इन्वेस्टमेंट ट्रीटी प्रोग्राम', इन्वेस्टमेंट ट्रीटी न्यूज, अप्रैल, 2012, खंड 2, अंक 3, पृष्ठ 13-14, http://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_april _2012 en.pdf पर उपलब्ध है ; मनु सवन 'दि वाइट इंडस्ट्रीज अवार्ड: शेड्स आफ ग्रे' जर्नल आफ वर्ल्ड इन्वेस्टमेंट एंड ट्रेड, 2012, खंड 13, अंक 4, पृष्ठ 661; पेपेटरिशिया नैसिमिएन्टो एंड स्वीन लैंघ, 'वाइट इंडस्ट्रीज आष्ट्रेलिया लिमिटेड बनाम रिपब्लिक आफ इंडिया', आईसीएसआईडी, 2012, खंड 27, अंक 2, पृष्ठ 274-280

14 गौरव बनर्जी, जी.ए.आर. इन्वेस्टमेंट ट्रीटी नो-हाऊ, इंडिया (अद्वैत शर्मा, जार्ज पोथन और श्रीहर्ष पीचारा), 2015, इंडियन टैक्स डिस्प्यूट, 10 अप्रैल, 2015 http://www.cairnenergy.com/index.asp?pageid=27&newsid=471 ; बिजनेस स्टैंडर्ड, 'केर्न एनर्जी फाइल्स आर्बिट्रेशन नोटिस इन इंडिया टेक्स डिस्प्यूटड, 12 मार्च, 2015 http://www.business-standard.com/article/companies/cairn-energy-files-arbitration-notice-in-indian-tax-dispute-115031100955_1.html

15 गौरव बनर्जी, जी.ए.आर. इन्वेस्टमेंट ट्रीटी नो-हाऊ, इंडिया (अद्वैत शर्मा, जार्ज पोथन और श्रीहर्ष पीचारा), 2015, इंडियन टैक्स डिस्प्यूट, 10 अप्रैल, 2015 ।

16 प्रभाश रंजन, 'इंडिया एंड बाइलेट्रल इन्वेस्टमेंट ट्रीटीज – ए चैंजिंग लेडंस्केप', 2014, आई.सी.एस. आई.डी. रिव्यू, पृष्ठ 1-32

17 इंडियान वाइलेट्रल इन्वेस्टमेंट ट्रीटी, मार्च, 2015 का माडल पाठ http://mygov.in/sites/default/files/master_image/Model%20Text%20for%20the%20Indian%20Bilateral% 20Investment%20Treaty.pdf. पर उपलब्ध है ।

में भारतीय विनिधानकर्ताओं की समुचित संरक्षा" करने का था । सरकार ने यह और कथन किया कि 2015 का माडल अन्य देशों के साथ वार्ताओं का आधार बनेगा ।[18]

1.9 भारत के विधि आयोग (आयोग) ने 2015 के माडल का आरंभिक अध्ययन किया और उसका यह निष्कर्ष है कि इसके पाठ में कुछ संदर्भ ऐसे हैं जिन पर कि उसे अंतिम राय दिए जाने से पूर्व ध्यान दिया जा सकता था । आयोग ने इसके बारे में वित्त मंत्री को तारीख 8 अप्रैल, 2015 के अपने पत्र में संसूचित कर दिया था । तत्पश्चात्, आयोग ने 2015 के माडल का अत्यधिक विस्तारपूर्वक अध्ययन करने के लिए विशेषज्ञों की एक उपसमिति का गठन किया था । विशेषज्ञों में ऐसे विधि व्यवसायी और विक्षाविद् सम्मिलित किए गए थे जिन्हें विनिधान संधि विधि और विनिधान माध्यस्थम् में अनुभव प्राप्त था । उपसमिति के सदस्य निम्नानुसार थे :

1. न्यायमूर्ति अजित प्रकाश शाह, अध्यक्ष
2. न्यायमूर्ति ऊषा मेहरा, पूर्णकालिक सदस्य
3. न्यायमूर्ति एस.एन. कपूर, पूर्णकालिक सदस्य
4. प्रो0 मूल चन्द शर्मा, पूर्णकालिक सदस्य
5. प्रो0 योगेश त्यागी, अंशकालिक सदस्य और संकायाध्यक्ष, विधिक अध्ययन संकाय - दक्षिण-एशियाई विश्वविद्यालय
6. श्री शिशिर ढोलकिया, ज्येष्ठ अधिवक्ता
7. श्री गौरव बनर्जी, ज्येष्ठ अधिवक्ता और बैरिस्टर, ओवरसीज एसोसिएट- एसेक्स कोर्ट चेम्वर्स, लंदन
8. डा0 प्रभाश रंजन, सहायक प्रोफेसर -- दक्षिण एशियाई विश्वविद्यालय
9. श्री अनिरुद्ध वधवा, अधिवक्ता
10. श्री अनिरुद्ध कृष्णन, अधिवक्ता
11. सुश्री मनीषा सिंह, अधिवक्ता
12. श्री अनिरुद्ध राजपूत, अधिवक्ता
13. श्री व्योम डी. शाह, अधिवक्ता
14. श्री श्रीहर्ष पीचारा, अधिवक्ता
15. सुश्री अद्वैता शर्मा, अधिवक्ता

[18] 2015 के माडल के संबंध में टिप्पणियों का आमंत्रण, http://mygov.in/group-issue/draft-indian-model-bilateral-investment-treaty-text/ पर उपलब्ध है ।

16. सुश्री स्मृति परशीरा, अधिवक्ता

17. श्री आशुतोष रे

18. श्री जार्ज पोथन पूथिकोटे, अधिवक्ता और परामर्शी (विधिक और संधि) - विदेश मंत्रालय

19. सुश्री सुमति चन्द्रशेखरन्, अधिवक्ता और परामर्शी, विधि आयोग ।

अनुसंधानकर्ता :

1. श्री प्रणय लेखी

2. श्री संजीवी शेषाद्री

1.10 उपसमिति को श्री फलि सैम नारिमन, ज्येष्ठ अधिवक्ता का मूल्यवान् मार्गदर्शन प्राप्त हुआ ।

1.11 उपसमिति की अनेक बार बैठकें हुई और उनमें 2010 के माडल पर विस्तारपूर्वक विचार-विमर्श किया गया तथा विद्यमान बीआईटी कार्यक्रमों और माडल बीआईटी कार्यक्रमों पर अन्य अधिकारिताओं को देखते हुए अध्ययन किया गया और इस विषय पर गहन पुनर्विलोकन किया गया था ।

1.12 उपसमिति द्वारा प्रस्तुत अध्ययन पत्र के आधार पर आयोग ने 2015 के माडल के विनिर्दिष्ट खंडों पर रिपोर्ट के रूप में कतिपय सुझाव दिए हैं । यह रिपोर्ट ऐसा संतुलित वार्ताकारी पाठ अंगीकार करने में, जिसमें विदेश में विनिधान करने वाले भारतीय विनिधानकर्ताओं की संरक्षा पर तथा राज्य की विनियामक शक्तियों के रक्षार्थ पूर्वोपानों पर विचार किया गया है, सरकार की सहायता करने की दृष्टि से पेश की गई है । यह रिपोर्ट अध्ययनों में विभाजित की गई है जो कि 2015 के माडल के अध्ययनों के साथ श्रेणीबद्ध किए गए हैं । इसमें अनुच्छेद द्वारा विश्लेषण किया गया है और टिप्पणियां दी गई हैं; किन्तु इसमें केवल उन अनुच्छेदों तक ही टिप्पणियां की गई हैं जहां कि आयोग का मानना है कि पाठ में परिवर्तन किए जा सकते हैं । प्रत्येक अनुच्छेद के विश्लेषण और टिप्पणी के साथ सुझाया गया प्रारूप संलग्न है जिसमें विद्यमान प्रारूप-पाठ के वैकल्पिक अनुकल्प के रूप में प्रमित संधि भाषा दी गई है अथवा साधारण सुझाव दिए गए हैं ।

अध्याय 2

प्रारंभिक

अ. उद्देशिका

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

2.1.1 संधि के प्राक्कथन के रूप में उद्देशिका में उन उद्देश्यों का वर्णन किया गया है जिनके लिए करार किया जा रहा है । उद्देशिका की भाषा संधियों के निर्वचन को, विशेषतया विवाद समाधान के समय, प्रभावित कर सकती है । यह संधि के राज्य पक्षकार पर बाध्यताओं के विस्तार को और साथ ही उस विस्तृति और संकीर्णता की डिग्री को परिवर्तित कर सकती है जिसको कि अधिकरण संधि के उपबंधों का निर्वचन करते समय अंगीकार करेगा ।

2.1.2 2015 के माडल की उद्देशिका में तीन पैरा हैं, पहला प्रयोजन का सामान्य विवरण है अर्थात् "विदेशी विनिधानों के संबंध में ...... द्विपक्षीय सहयोग का संवर्धन करना" के बारे में है ।

2.1.3 दूसरे पैरा में राज्य पक्षकारों के अपने राज्यक्षेत्रों में अपनी विधि और नीति विषयक, उद्देश्यों के अनुसार विनिधानों को विनियमित करने के अधिकारों की, ऐसे विनिधानों को लागू शर्तों में परिवर्तन करने के अधिकार को बनाए रखते हुए, पुनः अभिपुष्टि की गई है । इस पैरा का अन्तर्निहित आशय तार्किक रूप से राज्य पक्षकार के अपने राज्यक्षेत्र में विद्यमान विनिधान की शर्तों को उपांतरित करने के प्रभुत्व संपन्न अधिकार की पुनः अभिपुष्टि करने का है । तथापि, ऐसे आशय की अभिव्यक्ति को इस आश्वासन के साथ कि घरेलू विधि की निश्चितता और पारदर्शिता पर कोई समझौता नहीं होगा, समिचित रूप से लचीला बनाया जाना चाहिए ।

2.1.4 निश्चितता और पारदर्शिता ऐसे दो पहलू हैं जो किसी देश में इच्छुक बने रहने वाले संभावी विनिधानकर्ताओं को यह सुनिश्चत करने के मुख्य पहलू हैं । यहां, इस बात का आश्वासन भारत में प्रवेश करने वाले अर्थात् पूंजी लगाने वाले विदेशी विनिधानकर्ताओं को दिया जाने के समय विदेश में पूंजी लगाने वाले भारतीय विनिधानकर्ताओं को भी इस बात का विश्वास दिलाना महत्वपूर्ण होगा कि विदेशों की सुसंगत विधियों में बहुल परिवर्तन नहीं किया जाएगा, इस संकल्पनाओं को अनेक देशों ने अपनी संधियों में अंगीकार किया है उदारहणार्थ नार्वे – जहां यह उपबंध है : ("एक पक्षकार के विनिधानकर्ताओं के लिए और अन्य पक्षकार के राज्यक्षेत्र में उनके विनिधानों के लिए, समानता और पारस्पारिक फायदे के आधार पर स्थिर, साम्यापूर्ण, अनुकूल और पारदर्शी स्थितियों को प्रोत्साहित करने, पैदा करने और बनाए रखने की वांछा की जाती है"), और यूनाइटेड स्टेट्स में यह उपबंध है : (इस बात का करार

किया जाता है कि विनिधान के लिए एक स्थिर ढांचे से आर्थिक स्रोतों का अधिकतम प्रभावी उपयोग होगा और उससे जीवन के स्तर में सुधार आएगा") ।[19] इसे इस अपेक्षा द्वारा संतुलित बनाया जाना चाहिए कि विनिधानकर्ता केवल नियंत्रक राज्य की विधियों के अनुसार ही प्रवेश तथा प्रचालन कर सकता है ।

2.1.5 कुछ देशों द्वारा अभिव्यक्त रूप से स्वास्थ्य, पर्यावरण और श्रम संबंधी मानकों की संरक्षा करने के लिए विधियों को अंगीकार करने के अधिकार के निर्देश को सम्मिलित किया है ।[20] भारत के माडल बीआईटी कार्यक्रम में इस प्रकृति का विवरण समाविष्ट करना भारत द्वारा लोकहित में अंगीकृत विधिसम्मत सामाजिक कल्याण विधियों की प्रतिरक्षा में सहायक हो सकेगा ।

2.1.6 उद्देशिका का तीसरा पैरा "संधार्य विकास और पक्षकारों के अन्तर्भूत विकास के साथ विनिधान के उद्देश्यों को श्रेणीबद्ध करने" के संबंध में है । 'संधार्य विकास' और 'अन्तर्भूत विकास' विनिधान की नीतियों के "नए सृजन" का संकेत हैं और संभवतः संयुक्त राष्ट्र व्यापार औरव विकास सम्मेलन (यूएनसीटीएडी) द्वारा जारी किए गए संधार्य विकास का विनिधान नीति विषयक ढांचे से लिया गया है ।[21] कुछ माडल द्विपक्षीय विनिधान संधियों (बीआईटीज) में उनकी उद्देशिका में 'संधार्य विकास' का प्रयोग किया गया हैं ।[22] किन्तु 2015 के माडल में, ये पद केवल अनुच्छेद 8.1 में ही प्रयोग किए गए हैं । किन्तु 2015 के माडल में किसी भी प्रक्रम पर यह अधिकथित नहीं है कि "अन्तर्भूत विकास" या "संधार्य विकास" से क्या स्थापित होता है और न ही इसमें विनिधानकर्ता पर कोई संबंधित स्वतंत्र बाध्यताएं अधिरोपित की गई हैं । यहां तक कि अनुच्छेद 8.1 में प्रयुक्त पदों का कोई सारभूत मूल्य नहीं है । उद्देशिका के माध्यम से, इस पदों द्वारा संधि के आशय को बेहतर रूप से उपदर्शित किया जा सकता है और इस संबंध में ये पद उसी रूप में है जैसे कि वे हैं ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

2.1.7 पुनरीक्षित उद्देशिका निम्नानुसार है :

> भारत गणराज्य की सरकार और .... की सरकार (जो व्यष्टिक रूप से "पक्षकार" है और या सामूहिक रूप से "पक्षकार" है) ;

---

[19] नार्वे माडल बीआईटी; यू.एस. माडल बीआईटी 2012; यूनाइटेड स्टेट्स और उरुग्वे के बीच बीआईटी (2005) ।

[20] उद्देशिका, नार्वे माडल बीआईटी; उद्देशिका यू.एस. माडल बीआईटी 2012

[21] http://unctad.org/en/PublicationasLibrary/diaepcb2012d5_en.pdf पर उपलब्ध है ।

[22] http://unctad.org/en/PublicationasLibrary/wabdiaepcb2015d1_en.pdf पर उपलब्ध है ।

विदेशी विनिधानों के संबंध में पक्षकारों के बीच द्विपक्षीय सहयोग को बढ़ाने की वांछा करते हुए ; और

विनिधानों के लिए, किसी पक्षकार के अधिकार में विघ्न डाले बिना स्थिर और पारदर्शी वातावरण बनाए रखने, पक्षकार की विधियों के अनुसार प्रवेश करने और प्रचालन करने के लिए विनिधानकर्ताओं को अनुज्ञात करने के प्रति सहमति व्यक्त करते हुए ; और

पक्षकारों के साधारणतया लोकहित में और विनिर्दिष्टतया पर्यावरण, मानव स्वास्थ्य और श्रम के मानकों की संरक्षा के लिए विधियों को अंगीकार करने के अधिकार की पुनःअभिपुष्टि करते हुए ; और

विनिधान के उद्देश्यों को संधार्य विकास तथा पक्षकारों को अन्तर्भूत विकास सहित श्रेणीबद्ध करने की ईप्सा करते हुए ;

निम्नलिखित रूप में करार करते हैं :

आ. अनुच्छेद 1 - परिभाषाएं :

(i) विश्लेषण और टिप्पणियां

(क) उद्यम (अनुच्छेद 1.2) और विनिधान (अनुच्छेद 1.6 और अनुच्छेद 1.7)

2.2.1 2015 के माडल में विनिधान की "उद्यम आधारित" परिभाषा लाई गई है जो पहले भारत द्वारा प्रयुक्त नहीं की गई थी । इस परिभाषा में केवल उन विनिधानकर्ताओं तक संरक्षा सीमित की गई है जिनका भारत में स्थापित उद्यम है अर्थात् उनका भारत में सारभूत और वास्तविक कारबार है और वे विदेशी विनिधानकर्ताओं के वास्तविक नियंत्रण में हैं । इसके विपरीत, 2013 के माडल में 'विनिधान की विवृतांत आस्ति आधारित' परिभाषा का प्रयोग किया गया है जिसमें आस्तियों के उन प्रवर्गों को प्रगणित किया गया है जिन्हें विनिधान माना जा सकता है । किन्तु इस बात की उद्विग्नता रही है विवृतांत आस्ति आधारित परिभाषा से राज्य के विनियामक आधार पर अत्यधिक भार पड़ सकता है । इस बात की भी आशंका है कि राज्य के लिए ऐसी आस्ति के, जो कि एक विनिधान है, धारक द्वारा दावा फाइल किए जाने का निरंतर भय बना रहता है ।[23] अतः 'उद्यम आधारित' परिभाषा सापेक्ष रूप

[23] निम्नलिखित उदाहरणओं से वे संभावी दावे दर्शित होते हैं जो कि विवृतांत आस्ति आधारित परिभाषा में किए जा सकते हैं । गोयट्ज बनाम बूरूंडी, आईसीएसआईडी मामला सं0 ए.आर.बी./95/3: बुरुंडियन कंपनी में छह व्यष्टिक बेल्जियम शेयर धारकों का बीआईटी दावा; सुएज

से वर्तमान भारतीय संदर्भ में अत्यधिक उपयुक्त हो सकती है क्योंकि यह एक 'पूंजी निर्यातक' और 'पूंजी आयातक' दोनों ही प्रकार का राज्य है । किन्तु इस संबंध में जो उपबंध हैं उनमें से कुछ की भाषा को सरल और कारगर बनाने की आवश्यकता है ।

2.2.2 अनुच्छेद 1.2.1 में उन तत्वों की एक सुविस्तृत सूची दी गई है जिससे "वास्तविक और सारभूत कारबारी प्रचालनों" का गठन होता है । अनुच्छेद 1.2.2 में "वास्तविक और सारभूत कारबारी प्रचालनों" में से कुछ प्रकार के "कारबारी प्रचालनों" को अपवर्जित किया गया है । यह खंड, यद्यपि, स्पष्टीकारक है, फिर भी अनावश्यक है क्योंकि वास्तविक और सारभूत कारबार की कसौटी का पहले ही अनुच्छेद 1.2.1 में उपबंध किया जा चुका है । इसका "वास्तविक और सारभूत कारबारी प्रचालनों" का संकुचित निर्वचन करने के लिए भी प्रयोग किया जा सकता है ।[24] यह सुझाव दिया जाता है कि अनुच्छेद 1.2.2 को हटा दिया जाए ।

एट एल बनाम अर्जेनटीना, आईसीएसआईडी मामला सं0 एआरबी/03/17: अर्जेन्टीना की वाटर कंपनी में एक फ्रेंच और दो स्पेनी शेयर धारकों के दो बीआईटी रखे; ऊरबेसर एट एल बनाम अर्जेन्टीना, आईसीएसआईडी मामला सं0 एआरबी/07/26: अर्जेन्टीना की वाटर कंपनी में दो स्पेनी शेयर धारकों का दो द्विपक्षीय विनिधान संधियों के अधीन दावा; ओकेओ पांकी ओएज एट एल बनाम एस्टोनिया, आईसीएसआईडी मामला सं0 एआरबी/04/6: एक जर्मन और दो फिनिश बैंकों द्वारा, जो कि ऋण करार के अधीन उधार देने वाले हैं, दो द्विपक्षीय विनिधान संधियों के अधीन दावा, फन्नकोट्टर एट एल बनाम जिम्बावे, आईसीएसआईडी मामला सं0 एआरबी/05/6: जिम्बावे में भिन्न-भिन्न फार्मों में 14 संबद्ध डच विनिधानकर्ताओं द्वारा बीआईटी दावा; एंडरसन एट एल बनाम कोस्टारिका, आईसीएसआईडी मामला सं0 एआरबी(एएफ)/07/3: पोंजी स्कीम में 137 विनिधानकर्ताओं का बीआईटी दावा; कोस्टा रीका की "विधियों के अनुसार स्वामित्वाधीन" विनिधानों के अभाव में अधिकारिता से इंकार कर दिया गया था; कनाडियन कैटलमेन फार फ्रीट्रेड बनाम यूनाइटेड स्टेट्स, एनएएफटीए/यूएनसीआईटीआरएएल: बोवीन स्पोंजीफार्म एनसेफैलीपैथी (बीएसई) का पता लगने के पश्चात् कनाडियन पशु और गौमांस पर यूनाइटेड स्टेट्स की रोक से संबंधित 109 दावाकर्ताओं के दावे का एनएएफटीए अध्याय 11; अबेक्लेट एट एल बनाम अर्जेन्टाइन रिपब्लिक, आईसीएसआईडी मामला सं0 एआरबी/07/5: अधिकारिता और ग्राहयता पर विनिश्चय, 4 अगस्त, 2011, पृष्ठ 489-492 : अर्जेन्टीना के प्रभुत्व संपन्न बंधपत्रों के 60,000 इटैलियन धारक; एम्बिऐटांट यूफिसियो एसपीए एट एल बनाम अर्जेंटाइन रिपब्लिक, आईसीएसआईडी मामला सं0 एआरबी/08/9, अधिकारिता और ग्राहयता पर विनिश्चय, 8 फरवरी, 2013, पृष्ठ 141, देखिए कैरोलिन लैम, दि फ्यूचर आफ लार्ज स्केल क्लेम्स इन इन्वेस्टमेंट ट्रीटी आर्बिट्रेशन, http://www.arbitration-icca.org/media/3/14246914330120/lamm_ita_asil_keynote_large_scale_claims.pdf

[24] उसी वर्ग के नियम पर चर्चा देखिए, उदाहरणार्थ, रोबर्ट जेनिन्ग्स और आर्थर वाट्स ओपनबियम्स इंटरनेशनल लॉ (नौवां संस्करण, खंड 1), आक्सफोर्ड यूनिवर्सिटी प्रेस, आक्सफोर्ड, 2008, पृष्ठ 1279-80; पाद टिप्पण 20 देखिए, पृष्ठ 1280; रिचर्ड गार्डिनियर, ट्रीटी इंटरप्रिटेशन, आक्सफोर्ड यूनिवर्सिटी प्रेस : आक्सफोर्ड, 2010, पृष्ठ 311-2.

2.2.3 अनुच्छेद 1.6.1 (i) में "नियंत्रण" को अन्य बातों के साथ-साथ ऐसी परिस्थिति के रूप में परिभाषित किया गया है जहां कि विनिधानकर्ता अधिकांश निदेशकों या ज्येष्ठ प्रबंधन तंत्रों के नियुक्त कर सकता है या प्रबंध तंत्र और नीति विषयक विनिश्चयों का नियंत्रण करने के रूप में परिभाषित किया गया है । इससे कारपोरेट की स्वतंत्रता में अत्यंत हस्तक्षेप होता है और विनिधानकर्ता ऐसे किसी उपबंध को हितप्रद नहीं मान सकता । अतः केवल स्वामिस्व और नियंत्रण के निर्देश को, सदभावपूर्वक, रखना समुचित हो सकता है । इसी प्रकार, अनुच्छेद 1.6.1 (ii) में 'स्वामित्वाधीन' को इस रूप में परिभाषित किया गया है जहां कि कंपनी में पचास प्रतिशत से अधिक पूंजी या निधियां या अभिदाय विनिधानकर्ता के स्वामित्वधीन हैं । विदेश में के भारतीय विनिधानकर्ताओं के लिए इसे अलाभप्रद होने के अलावा यह भारत की विदेशी विनिधान नीति के अधीन, जहां कि पचास प्रतिशत (जैसा कि नीति के अधीन यह अधिकतम सीमा नियत है) से कम का विदेशी विनिधान बीआईटी की संरक्षा परिधि से स्वतः ही अपवर्जित हो जाता है, विद्यमान पूंजीगत अपेक्षाओं के भी विरुद्ध है । यह सुझाव दिया जाता है कि अनुच्छेद 1.6.1 को हटा दिया जाए ।

2.2.4 अनुच्छेद 1.7 में, 'उद्यम' की परिभाषा से कतिपय आस्तियों को अपवर्जित किया गया है । किन्तु "गुडविल, ब्रांड मूल्य, बाजार शेयर या वैसे ही अभूत अधिकार" जैसी आस्तियां [अनुच्छेद 1.7 (v)] अन्तर्निहित रूप से उद्योग से संबंधित हैं और उन्हें अपवर्जित नहीं किया जाना चाहिए । यह सुझाव दिया जाता है कि अनुच्छेद 1.7 (v) को हटाया जा सकता है और शेष उपबधों को बनाए रखे जा सकता है ।

2.2.5 2015 के माडल के वर्तमान पाठ में अंगीकार की गई संवृत्त 'उद्यम आधारित' परिभाषा के अनुकल्प के रूप में संवृत्त 'आस्ति आधारित' परिभाषा पर भी विचार किया जा सकता है और "वास्तविक और सारभूत कारबारी प्रचालनों" की कसौटी को, जैसे कि अनुच्छेद 1.2.1 में इस समय अन्तर्विष्ट है, बनाए रखा जा सकता है । इससे उन परिस्थतियों का पता चलेगा जहां कि राज्य 'उद्यम आधारित' परिभाषा के साथ बीआईटी में शामिल होने के इच्छुक नहीं हैं । इससे भारत की संधि संबंधी चिन्ताओं और उसी वाद हेतुक के

आधार पर फाइल किए जा रहे बहुल दावों का भी पता चलेगा ।[25] नीचे का विकल्प 2 एक अनुकल्प के रूप में है ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

2.2.6 विकल्प 1 : 2015 के माडल में, संवृत्त 'उद्यम आधारित' परिभाषा को बनाए रखने की दृष्टि से अनुच्छेद 1.2.2, अनुच्छेद 1.6 और अनुच्छेद 1.7(v) को हटा दिया जाना चाहिए ।

2.2.7 विकल्प 2 : संवृत्त 'उद्यम आधारित' परिभाषा के रूप में और अनुच्छेद 1.2, अनुच्छेद 1.6 और अनुच्छेद 1.7 के स्थान पर निम्नलिखित संवृत्त 'आस्ति आधारित' परिभाषा अंगीकार की जा सकती है :

"विनिधान" से ऐसी प्रत्येक प्रकार की आस्ति अभिप्रेत है जिसका कि एक पक्षकार के विनिधानकर्ताओं द्वारा दूसरे पक्षकार के राज्यक्षेत्र में उस पक्षकार की, जिसके राज्यक्षेत्र में विनिधान किया जाता है, विधियों और विनियमों के अनुसार और विशिष्टतया निम्नलिखित रूप में से एक रूप में विनिधान किया गया है :--

(i) जंगम और स्थावर संपत्ति और अन्य सांपत्तिक अधिकार जैसे कि बंधक, धारणाधिकार (लियन) अथवा गिरवी ;

(ii) शेयर, स्टाक, वंधपत्र और डिबेंचर तथा किसी कंपनी में इसी प्रकार की अन्य सहभागिता ;

(iii) बौद्धिक संपदा अधिकार ;

(iv) अनुज्ञप्तियां, प्राधिकार, अनुज्ञापत्र और घरेलू विधि के अनुसरण में प्रदत्त वैसे ही अधिकार ;

(v) संविदाओं के अधीन, जिनके अन्तर्गत टर्नकी, सन्निर्माण, प्रबंधन, उत्पादन या राजस्व में हिस्सा बांटने वाली संविदाओं के अधीन अधिकार ;

(vi) ऐसी कारबार रियायतें जो आर्थिक क्रियाकलाप करने के लिए अपेक्षित हैं और जिनका विधि द्वारा या किसी संविदा के अधीन वित्तीय मूल्य है, जिनके अन्तर्गत प्राकृतिक संसाधनों की

---

[25] यहां यह उल्लेख करना सुसंगत है कि संवृत्त सूची को अंगीकार किए जाने की सिफारिश यूएनसीटीएडी द्वारा यूएनसीटीएडी, परिधि और परिभाषा में की गई है : यूएनसीटीएडी सीरीज आन इटयूज इन इंटरनेशनल इन्वेस्टमेंट एग्रीमेंट्स II, पृ0 114.

खोज, उनका प्रवर्धन, आपन या विदोहन करने की कोई रियायतें भी है ;

(vii) ऐसा कोई रूप परिवर्तन, जिसमें कि आस्तियों का विनिधान या पुनर्विनिधान किया जाता है :

परन्तु (i) से (vii) में वर्णित प्रत्येक प्रकार की आस्तियां व्यष्टिक रूप से और सामूहिक रूप से निम्नलिखित शर्तों को पूरा करेंगी :

क. इसने नियंत्रक राज्य में पर्याप्त और दीर्घकालिक पूंजी लगाने की प्रतिबद्धता व्यक्त की है ;

ख. इसने नियंत्रक राज्य के राज्यक्षेत्र में पर्याप्त संख्या में कर्मचारी नियोजित किए हैं ;

ग. इसने अद्यमशीलता का जोखिम ग्रहण किया है ;

घ. इसने नियंत्रक राज्य में अपनी संक्रियाओं के माध्यम से, तकनीकी व्यवहार ज्ञान, जहां लागू हो, स्थानांतरित करके, विकास में पर्याप्त योगदान किया है ; और

ङ. इसने नियंत्रक राज्य की विधि के अनुसार अपनी सभी संक्रियाएं की हैं ।

इ. अनुच्छेद 2. परिधि और साधारण उपबंध

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

2.3.1 अनुच्छेद 2.1 'संधियों का गैर पूर्व व्याप्ति' मानक खंड है । यह स्पष्ट करने के अलावा कि बीआईटी करने की तारीख को या उसके पश्चात् किए गए विनिधानों की संरक्षा की जाएगी, इसमें यह उपबंधित है कि गृह राज्य द्वारा संधि के पूर्व अंगीकार किए गए उपायों को चुनौती नहीं दी जा सकेगी । इसकी परिधि ऐसे किसी उपाय या विधि में, जो कि संधि करने के पूर्व नियंत्रक राज्य में विद्यमान है, "किन्ही पश्चातवर्ती उपांतरणों" तक भी विस्तारित है । इस वाक्यांश का नियंत्रक राज्य द्वारा किसी भी समय विधियों में परिवर्तन करने के लिए प्रयोग नहीं किया जा सकता और जिससे विनिधानकर्ताओं पर प्रतिकूल प्रभाव पड़े और जिससे विदेश में विनिधान करने वाले भारतीयों पर प्रतिकूल प्रभाव पड़ सकता हो । यह सुझाव दिया जाता है कि इस वाक्यांश को हटा दिया जाए ।

2.3.2 अनुच्छेद 2.4 का पहले भाग में ("इस संधि की किसी भी बात का निर्वचन किसी भी पक्षकार के सद्भावपूर्वक अपनी विधियों को विरचित करने, उपांतरित करने,

संशोधित करने, लागू करने या उन्हें अभिखंडित करने के अधिकारों को निर्बंधित करने के रूप में नहीं किया जाएगा") किसी संधि के अधीन राज्य द्वारा बनाई गई विधिसम्मत विधियों की पवित्रता की संरक्षा करने की ईप्सा की गई है किन्तु इस संदर्भ का कोई आधार नहीं है क्योंकि इसे रूढ़िगत अन्तरराष्ट्रीय विधि के अधीन तैयार किया गया है ।[26] अनुच्छेद 2.4 का दूसरा भाग ("प्रत्येक पक्षकार के पास विनियामक, अनुपालन संबंधी, अन्वेषणात्मक और अभियोजनात्मक विषयों के संबंध में विवेक का प्रयोग करने का अधिकार है, जिसके अन्तर्गत संसाधनों के आबंटन और शास्तियों को स्थापित करने का विवेकाधिकार भी है"), अनावश्यक है । इससे विनिधानकर्ता राज्य की कार्रवाई के अधीन आ सकते हैं । पूर्व नजीरों, अन्वेषण और अभियोजन की स्वतंत्रता देने संबंधी उपबंधों का दुरुपयोग होने की संभावना रहती है ।[27] यह सुझाव दिया जाता है कि अनुच्छेद 2.4 को हटा दिया जाए ।

2.3.3 अनुच्छेद 2.5.5, अनुच्छेद 2.1 की पुनरावृत्ति है । यह सुझाव दिया जाता है कि अनुच्छेद 2.5 को हटा दिया जाए ।

2.3.4 अनुच्छेद 2.6 में उन परिस्थितियों को सूचीबद्ध किया गया है जिनमें संधि लागू नहीं होगी । अनुच्छेद 2.6(i) में सरकारी उपापन को संधि की संरक्षा से अपवर्जित किया गया है । किन्तु विदेशी विनिधानकर्ता किसी देश में सरकारी उपापन प्रक्रिया के माध्यम से, उदाहरणार्थ, अवसंरचना परियोजनाओं के माध्यम से ही प्रवेश करते हैं । लोक उपापन को अपवर्जित किए जाने के परिणामस्वरूप ऐसे अन्य क्रियाकलाप अपवर्जित हो जाएंगे जिससे कि अन्यथा नियंत्रक राज्य के विकास में (जैसा कि वास्तविक और सारवान् कारबार संक्रियाओं की कसौटी में उपबंधित है) पर्याप्त रूप से योगदान किए जाने के संधि के उद्देश्य पूरे होते हैं । संधि संरक्षा के न होने से विदेशी विनिधानकर्ताओं का पलायन हो सकता है । जो कि दीर्घकालिक रूप में वांछनीय नहीं हो सकता है । यह सुझाव दिया जाता है कि अनुच्छेद 2.6.(i) को हटा दिया जाए ।

---

[26] उदाहरण के लिए, सलूका इन्वेंस्टमेंट्स बीवी (दि नीदरलैंड्स बनाम दि चेकोस्लोवाकिया गणराज्य, परमानेंट कोर्ट आफ आर्बिट्रेशन, भागतः पंचाट, 17 मार्च, 2006 वाले मामले में विनियामक स्वतंत्रता पर परिचर्चा देखिए, जिसका कि तत्पश्चात् अनेक मामलों में जैसे मार्विन फील्डमैन बनाम मैक्सिको, पंचाट, आईसीएसआईडी मामला सं0 एआरबी (एएफ)/99/1, 16 दिसम्बर, 2002 वाले मामले में अनुसरण किया गया है ।

[27] यह ईरान-यू.एस. दावा अधिकरण द्वारा विनिश्चित स्वामित्वहरण से संबंधित अधिकांश मामलों में एक अनिवार्य भाग था । ऐसे दुरुपयोग के अन्य मामले इस प्रकार हैं : एन्टोनी बिलौनी बनाम घाना, यूएनसीआईटीआरएएल, अधिकारिता और दायित्व संबंधी पंचाट (अवार्ड आन जुरिसडिक्शन एंड लाइबिलिटी, 27 अक्तूबर, 1989, 5 आईएलआर 189; अहमदू सादियो दियालो (गिनी गणराज्य बनाम कोंगो लोकतांत्रिक गणराज्य), 2010, आईसीजे रिपोर्ट्स 639.

2.3.5 अनुच्छेद 2.6(iv) में संधि के कार्यक्षेत्र से कराधान संबंधी उपायों को अपवर्जित किया गया है । यद्‌यपि, यहां पर कराधान संबंधी उपायों को सम्मिलित करना आवश्यक नहीं है और इससे वस्तुतः इसके विनिधानकर्ता निरोधी पूर्वग्रह का पता चलता है । कर लगाने की शक्ति अन्तरराष्ट्रीय विधि में राज्य की नीति विषयक शक्तियों का एक अनिवार्य भाग है । कर लगाने की शक्ति संधि से स्वतंत्र रूप में विद्‌यमान होती है जब तक कि कर स्वयं में राज्य की विनियामक स्वतंत्रता को नष्ट करने के लिए मनमाने रूप से अधिरोपित न किया गया हो ।[28] इस खंड के न होने से भारत की कर लगाने की शक्ति पर प्रभाव नहीं पड़ेगा । यह सुझाव दिया जाता है कि अनुच्छेद 2.6(iv) की हटा दिया जाए ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप

2.3.6 अनुच्छेद 2.1 को अंतिम वाक्यांश हटाकर निम्नानुसार पुनःप्रारूपित किया जा सकता है :

> 2.1 यह संधि इस संधि के प्रवृत्त होने की तारीख को विद्‌यमान या तत्पश्चात् स्थापित, अर्जित या विस्तारित उन विनिधानों को लागू होती है जो किसी पक्षकर द्‌वारा समय-समय पर लागू उसकी विधियों के अनुसार किए गए हैं । इस संधि की कोई भी बात किसी भी पक्षकार को ऐसे किसी कृत्य या उपाय या विधि के संबंध में लागू नहीं होगी जो इस संधि के किए जाने की तारीख के पूर्व विद्‌यमान है ।

2.3.7 अनुच्छेद 2.4, अनुच्छेद 2.5, अनुच्छेद 2.6(i) और अनुच्छेद 2.6(iv) को हटा दिया जाए ।

---

[28] अर्थ रिस्टेटमेंट आफ अमेरिकन ला ; एफएमैन, दि लीगल आस्पेक्ट्स आफ मनी (पांचवां संस्करण), आक्सफोर्ड यूनिवर्सिटी प्रेस, आक्सफोर्ड, 1992; मार्विन फील्डमैन बनाम मैक्सिको, पंचाट, आईसीएसआईडी मामला सं0 एआरबी(एएफ)/99/1, 16 सितंबर, 2002, पैरा 103-6; लिंक ट्रेडिंग, ज्वइंट स्टाक कंपनी बनाम डिपार्टमेंट फार कस्टम, कंट्रोल आफ मोल्डोवा, अंतिम पंचाट, 18 अप्रैल, 2002, पैरा 69, 72 भी देखिए ।

अध्याय 3

पक्षकारों की बाध्यताएं

अ. अनुच्छेद 3 : व्यवहार के मानक

(i) विश्लेषण और टिप्पण :

3.1.1 उचित और साम्यापूर्ण व्यवहार (एफईटी) बीआईटी में व्यवहार के अति महत्वपूर्ण मानक के रूप में उभरा है,[29] और एफईटी उपबंध अधिकांश बीआईटी में होते हैं, किन्तु उनके अर्थ और अन्तर्वस्तु के बारे में बहुत ही कम दिशा-निर्देश दिए गए हैं ।[30] इससे एफईटी के उपबंध का निर्वचन विस्तारणीय हो गया है, जिसका इस तथ्य से पता चलता है कि अधिकरणों ने इस उपबंध के अनिवार्य भाग के रूप में, प्रायः कोई सैद्धान्तिक आधार दिए बिना,[31] विधि सम्मत प्रत्याशाएं की है ।[32] इसके अलावा, अधिकरणों में इस बारे में भी सामंजस्य नहीं है कि एफईटी के अधीन विनिधानकर्ताओं की विधिसम्मत प्रत्याशाओं से क्या गठित होता है ।[33] इसके परिणामस्वरूप एफईटी उपबंध की अन्तर्वस्तु, अधिकत्म सीमा तक, उस अधिकरण के व्यष्टिक दृष्टिकोण पर निर्भर करती है जिसे कि उसकी अन्तर्वस्तु का पता लगाने का कार्य सौंपा गया है । निस्संदेह, एफटीए नियंत्रक राज्य की अधिकतर विधायी, विनियामक और प्रशासनिक कार्रवाइयों को मंजूर करने का एक समग्र उपबंध बन

---

29 जे. सलाक्यूज के अनुसार एफईटी विनिधान संधि पद्धति का एक मूलभूत सन्नियम है, दि लॉ आफ इन्वेस्टमेंट ट्रीटीज, आक्सफोर्ड यूनिवर्सिटी प्रेस, 2010.

30 विद्वतजनों ने एफईटी को शिथिल, सूक्ष्म और अयथार्थ कहा है । देखिए एम. सोमराजा, दि इंटरनेशनल ला आन फारेन इन्वेस्टमेंट (दूसरा संस्करण), केम्ब्रिज यूनिवर्सिटी प्रेस, 2004, पृष्ठ 332; वी. लोव, 'रेग्यूलेशन आर एक्सप्रोप्रिएशन', करंट लीगल प्रोबल्म्स, 2002, खंड 55, पृष्ठ 447.

31 न्यूकोन्बे और पैराडेल, दि ला एंड प्रेक्टिस आफ इन्वेस्टमेंट ट्रीटीज, क्लूवर, 2009. पृष्ठ 279.

32 मिशेल पोटेस्टा, 'लेगिटीमेट एक्सपेर्टेशन्स इन इन्वेस्टमेंट ट्रीटी ला : विवादास्पद' संकल्पना के उद्गमों और सीमाओं का बोध, आईसीएसआईडी रिव्यू खंड 28, अंक 1, पृष्ठ 88-122. एडब्ल्यूजी बनाम अर्जेंटीना, आईसीएसआईडी मामला सं0 एआरबी/03/19 बाले मामले में मध्यस्थ पेड्रो निकेन की पृथक् राय भी देखिए यह http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0056.pdf पर उपलब्ध है ।

33 उदाहरण के लिए, सीएमएस बनाम अर्जेंटीना तथआ एलजी एंड ई बनाम अर्जेंटीना वाले मामले में अधिकरणों का दृष्टिकोण तथा टोटल बनाम अर्जेंटीना तथा ईएल पासो बनाम अर्जेंटीना वाले मामले में अधिकरणों का दृष्टिकोण देखिए संकल्पनाके उद्गमों और सीमाओं का बोध, आईसीएलआईडी रिव्यू खंड 28, अंक 1, पृष्ठ 88-122. एडब्ल्यूजी बनाम अर्जेंटीना, आईसईएसआईडी मामला सं0 एआरबी/03/19 बाले मामले में मध्यस्थ पेड्रो निकेन की पृथक् राय भी देखिए यह http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0056.pdf पर उपलब्ध है ।

गया है ।[34] दूसरे शब्दों में, एफईटी की व्यापक और अपरिभाषित अन्तर्वस्तु उन देशों के लिए, जो विनियमित करने के अपने अधिकारों का प्रयोग कर रहे हैं, समस्यापूर्ण साबित हुई है ।

3.1.2 2015 के माडल में ईएफटी उपबंध अन्तर्विष्ट नहीं है । इसके स्थान पर इसमें 'व्यवहार के मानक' अन्तर्विष्ट हैं (अनुच्छेद 3), जिसमें नियंत्रक राज्य पर यह बाध्यता डाली गई है कि वह विदेशी विनिधान के ऐसे उपायों के अधीन न करे जिससे रूढ़िजन्य अन्तरराष्ट्रीय विधि के अधीन न्याय के वंचन का, सम्यक् प्रक्रिया का अनुपचारित और अपूर्व उल्लंघन या 'स्पष्टतया गलत व्यवहार का जिसमें निरंतर, अनुचित और अन्यायपूर्ण प्रपीड़न या उत्पीडन अन्तर्वलित है, गठन होता है ।'

3.1.3 एफईटी उपबंध के न होने से भारत की विनियामक शक्ति पर, जिससे अपरिभाषित एफईटी का व्यापक निर्वचन हो सकता हो, अनाशयित निर्बंधनों की संभाव्यता को कम करके विनियमित करने के उसके अधिकार की रक्षा होगी । इसके साथ ही यह उपबंध करके कि विदेशी विनिधानकर्ता राज्य के विनियामक उपायों को तब चुनौती दे सकते हैं जब न्याय से वंचित किए जाने या सम्यक् प्रक्रिया का उल्लंघन या उत्पीड़न की कोटि में आता हो, 2015 के माडल में यह सुनिश्चित किया गया है कि विदेशी विनिधान को नियंत्रक राज्य के गलत विनियामक व्यवहार से संरक्षा मिलती रहेगी । इस उपबंध का उद्देश्य विनिधान की संरक्षा का विनियम के साथ संतुलन बैठाने का है । इसमें उन चिंताओं का ध्यान रखा गया है जो प्रायः एफईटी के विस्तारणीय निर्वचन के बारे में अभिव्यक्त की गई हैं ।

3.1.4 यद्यपि, राज्य द्वारा सम्यक् प्रक्रिया के उल्लंघन और उत्पीड़न को साबित की सीमा बहुत ही उच्च स्तर पर नियत की गई है, जिसे कि 'अपूर्व', 'स्पष्टतया गलत', 'अन्यायपूर्ण', जैसे दो शब्द उपदर्शित किए गए हैं वे 1926 में अधिकथित **नीर** मानक का स्मरण कराते है । भारत 'अन्यायपूर्ण' या 'स्पष्टतया गलत' जैसे शब्दों का लोप करके इस सीमा को कम करने पर विचार कर सकता है । अनुच्छेद 3.1(iii) में प्रपीड़न को 'न्यायोचित' बनाने की संभाव्यता को भी स्वीकार किया गया है । एक ऐसा समाज जो विधिसम्मत शासन का अनुसरण करता है, 'न्यायोचित' प्रपीड़न जैसा कुछ नहीं रख सकता है । यह सुझाव दिया जाता है कि अनुच्छेद 3.1(ii) और (iii) का समुचित रूप से पुनः प्रारूपण किया जाए ।

---

[34] जे.आर. पिचेरेक, 'एक्सपेंडिंग स्कोप आफ दि फेयर इक्विटेबल ट्रीटमेंट स्टैंडर्ड : हेव रिसेन्ट ट्रायबुनल्स गोन टु फार?', जर्नल आफ वर्ल्ड इन्वेस्टमेंट एंड ट्रेड, 2008, खंड 9, अंक 4, पृष्ठ 255; जी. मायेडा, 'प्लेईंग फेयर : दि मीनिंग आफ फेयर एंड इक्विटेबल ट्रीटमेंट इन बाइलेटरल इन्वेस्टमेंट ट्रीटीज', जर्नल आफ वर्ल्ड ट्रेड, 2007, खंड 41, पृष्ठ 273, 291.

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

3.1.5 प्रत्येक पक्षकार दूसरे पक्षकार के विनिधानकर्ताओं के विनिधानों को ऐसे उपायों के अधीन नहीं करेगा जिससे—

(i) रुढ़िजन्य अन्तरराष्ट्रीय विधि के अधीन न्याय का वंचन ;

(ii) सम्यक् प्रक्रिया का अनुप्रचारित उल्लंघन ; या

(iii) निरंतर प्रपीड़न या उत्पीड़न वाले व्यवहार का गठन होता है ।

आ. अनुच्छेद 5. स्वामित्वहरण

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

3.2.1 स्वामित्वहरण के विषय पर 2015 के बीआईटी प्रारूप माडल में यह उपबंधित है कि अप्रत्यक्ष स्वामित्वहरण में यह साक्ष्य अपेक्षित है कि विदेशी विनिधान के मूल्य का और विनिधान पर विनिधानकर्ता के प्रबंध और नियंत्रण के अधिकार का स्थायी और पूरा अथवा लगभग पूरा अपवंचन हुआ हो [अनुच्छेद 5(2)(i) और (ii)] इस प्रकार, संधि में न केवल अप्रत्यक्ष स्वामित्वहरण का अवधारण करने की 'सारवान् अपवंचन' की कसौटी का उपबंध है बल्कि अनुच्छेद 5(2)(i) और (ii) में यह भी अपेक्षित है कि यह अपवंचन आर्थिक और विधिक दोनों रूपों में होना चाहिए ।[35] माध्यस्थम् अधिकरणों ने इस प्रश्न का उत्तर देने में भिन्न-भिन्न दृष्टिकोणों का प्रयोग किया है कि क्या "सारवान् अपवंचन" को विधिक रूप में या आर्थिक रूप में समझा जाना चाहिए । कुछ अधिकरणों ने उस दशा में, जहां कि 'विनिधान पर नियंत्रण' अप्रत्यक्ष स्वामित्वहरण का अवधारण करने का मुख्य संकेतक हो, सारवान् अपवंचन के निर्धारण के लिए 'विधिक दृष्टिकोण' का पक्ष समर्थन किया है ।[36] अन्य माध्यस्थम् अधिकरण ने इसके विपरीत, विनिधान के मूल्य के सारवान् अपवंचन पर बल देते हुए आर्थिक दृष्टिकोण पर ध्यान सकेंद्रित किया है ।[37] तथापि, विदेशी विनिधानकर्ता के परिप्रेक्ष्य से विधिक और आर्थिक दोनों ही अपेक्षा करना समस्यापूर्ण हो सकता है । उदाहरण के लिए, ऐसी स्थिति में जहां कि सारवान् आर्थिक अपवंचन

---

[35] चेम्टुरा कोर्प. बनाम गवर्नमेंट आफ कनाडा, यूएनसीआईटीआरएएल, अवार्ड, 2 अगस्त, 2010, पैरा 247,

[36] एन्रोन कोर्प बनाम अर्जेन्टीना, आईसीएमआईडी मामला सं0 एआरबी 01/3, पंचाट 22 मई, 2007, पैरा 245, सीएमएस बनाम अर्जेंटीना, पैरा 263

[37] टेलेनोट मोबाइल कमनीकेशन ए.एस. बनाम हंगरी गणराज्य, आईसीएसआईडी मामला सं0 एआरबी/04/15, 13 सितम्बर, 2006, पैरा 64, पार्करिंगन कम्पेग्निएट बनाम लिथूनिया गणराज्य, आईसीएसआईडी मामला सं0 एआरबी/05/8, पंचाट, 11 सितम्बर, 2007, पैरा 455

हुआ है, पृथक् रूप से विधिक अपवंचन को साबित करना कठिन होगा । विधिक अपवंचन की अवश्य ही उपधारणा की जाना चाहिए । इसी प्रकार, यदि विधिक अपवंचन हुआ है तो आर्थिक अपवंचन की उपधारणा की जाना चाहिए । इस प्रकार यह सुझाव दिया जाता है कि अनुच्छेद 5.2(i) में “और” शब्द के स्थान पर “अथवा” शब्द रखा जाना चाहिए ।

3.2.2 एक अन्य संबंधित समस्या का—इस प्रश्न का यह किस विनिधान का 'सारवान् अपवंचन' है—उत्तर नहीं दिया गया है । क्या यह 'संपूर्ण विनिधान' का होना चाहिए अथवा विदेशी विनिधानकर्ता के स्वामित्वाधीन या उसके द्वारा नियंत्रित 'एकल आस्ति' का 'सारवान् अपवंचन' भी स्वामित्वहरण की कोटि के लिए पर्याप्त होगा । यह महत्वपूर्ण है क्योंकि विदेशी विनिधान (अर्थात् विनिर्माण कंपनी) से प्रायः व्यष्टिक आस्तियों (अनुज्ञप्तियां, अनुज्ञा-पत्र, बौद्धिक संपदा अधिकार आदि) के समूह का गठन होता है जिसमें ऐसी प्रत्येक विनिधान आस्ति स्वामित्वहरण शक्य हो । माध्यस्थम् अधिकरणों ने भिन्न-भिन्न दृष्टिकोणों को अपनाया है – कुछ ने यह निर्णय देते हुए कि 'व्यष्टिक आस्ति' का 'सारवान् अपवंचन' से स्वामित्वहरण का गठन होता है, व्यष्टिक आस्ति – दृष्टिकोण पर ध्यान संकेंद्रित किया है ।[38] (जिससे राज्य की विनियामक शक्ति सीमित होगी) जब कि कुछ ने 'संपूर्ण विनिधान' के दृष्टिकोण का अनुसरण किया है ।[39] (जिसमें नियंत्रक राज्य के प्रति अत्यधिक विनियामक स्वातंत्र्य का उपबंध है) । वर्तमान नियमन में, अधिकरण, संपूर्ण विनिधान के दृष्टिकोण को अथवा 'व्यष्टिक आस्ति' के दृष्टिकोण को अपनाने के लिए स्वतंत्र है ।

3.2.3 इसके अतिरिक्त, अनुच्छेद 5.2(i) और (ii) में विनिधान संरक्षा और विनियामक गुंजाइश के बीच जो संतुलन बनाया गया है वह अनुच्छेद 5.2(iii) द्वारा नियंत्रक राज्य के पक्ष में झुक गया है । इस अनुच्छेद में यह उपबंध है कि अप्रत्यक्ष स्वामित्वहरण के अवधारण में नियंत्रक राज्य द्वारा विनिधान का विनियोग भी अपेक्षित है । इसमें विनिधान का पूरा मूल्य या लगभग पूरा मूल्य नियंत्रक राज्य या नियंत्रक राज्य के किसी अधिकरण अथवा परिकरण को अंतरित किया जाना अपेक्षित है । दूसरे शब्दों में, यदि संपूर्ण विनिधान का विधिक और आर्थिक, दोनों रूपों में

---

[38] यूरेको बीवी बनाम पौलैंड गणराज्य, तदर्थ माध्यस्थम्, भागिक पंचाट, 19 अगस्त, 2005, पैरा 239-42; एन काना कार्पोरेशन बनाम एक्वाडोर गणराज्य, आईसीआईए मामला सं0 यूएन 3481, यूएनसीआईटीआरएएल, अंतिम पंचाट, 3 फरवरी, 2006, पैरा 183, 188, 189 और 193; देखिए सैंटेगियो मोन्टर, स्टेट लाईबलिटी इन इन्वेस्टमेंट ट्रीटी आर्बिट्रेशन (हार्ट 2009) 269, ऊरसुला करेव्यम 'पार्शियल एक्सप्रोप्राइएशन जर्नल आफ वर्ल्ड इन्वेस्टमेंट एंड ट्रेड, 2003 खंड 8, पृष्ठ 69.

[39] टेलेनोट मोबाइल कम्यूनिकेशन्स एएस बनाम हंगरी गणराज्य, आईसीएसआईडी मामला सं0 एआरबी 04/15, पंचाट, 13 सितम्बर, 2006, पैरा 67.

'सारवान् रूप से या पूर्ण रूप से' उपबंध किया जाता है तो भी यदि विनिधान का मूल्य नियंत्रक राज्य को अंतरित नहीं किया जाता है उससे अप्रत्यक्ष स्वामित्वहरण का गठन नहीं होगा । इस प्रकार, यह सुझाव दिया जाता है कि अनुच्छेद 5.2 (iii) का लोप कर दिया जाए ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

5.2 इस बात के अवधारण में कि क्या किसी उपाय या श्रृंखलाबद्ध उपायों का स्वामित्वहरण के समतुल्य प्रभाव है, मामला दर मामला, तथ्य आधारित जांच अपेक्षित होती है और प्रायः इस बात के साक्ष्य की अपेक्षा होती है कि--

(i) इसमें विनिधान के मूल्य का स्थायी और पूरा या लगभग पूरा अपवंचन हुआ है ; या

(ii) विनिधान पर विनिधानकर्ता के प्रबंध और उस पर नियंत्रण के अधिकार का स्थायी और पूरा या लगभग पूरा अपवंचन हुआ है ।

इ. अनुच्छेद 6. अंतरण (धनीय अन्तरण संबंधी उपबंध)

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

3.3.1 विदेशी विनिधानकर्ता अनेक कारबार संबंधी जरुरतों जैसे कि लाभों का देश में प्रत्यावर्तन या ऋणों की व्यवस्था के लिए नियंत्रक राज्य में और उसके बाहर निधियों को अंतरित करने में यथा संभव अधिक स्वतंत्रता चाहता है । दूसरी ओर, नियंत्रक राज्य में और उससे बाहर निधियों के अन्तरण से नियंत्रक राज्य के पूंजीगत खाते और संदायों के संतुलन (बी.ओ.पी.) पर प्रभाव पड़ सकता है ।[40] निधियों के अंतःप्रवाह और बर्हिवाह के प्रतिकूल प्रभावों का शमन करने की दृष्टि से, देश समय-समय पर पूंजीगत प्रवाह प्रबंधन उपायों (सीएफएम उपाय) को अधिरोपित करते हैं ।[41] साधारण शब्दों में, सीएफएम उपाय निधियों के अन्तःप्रवाह और बर्हिवाह को विनियमित करने के लिए नियंत्रक राज्य द्वारा अंगीकार किए गए नियंत्रणों के प्रति निर्देश करते हैं जिसे देश की धनीय प्रभुता के अनिवार्य संघटक के रूप में व्यापकतः स्वीकार किया जाता है, जो कि विभिन्न आर्थिक समष्टिभाव चुनौतियों का सामना करने के लिए

---

[40] इस पर और परिचर्चा के लिए देखिए केनेथ जे. वेडवल्डे, बाइलेट्रल इन्वेस्टमेंट ट्रीटीज आक्सफोर्ड यूनिवर्सिटी प्रेस, 2010, पृष्ठ 316

[41] यह पद क्रिस्टीन फोर्ब्स एंड अदर्स 'कैपिटल कंट्रोल एंड मैक्रोप्रुडेंशियल मइजर्स : वट आर दे गुड फार?' विवेचन पत्र 1343, डीआईडब्लयू बर्लिन, 2013 यह http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.433707.de/dp1343.pdf पर उपलबध है ।

निर्णायक है ।[42] नियंत्रक राज्य की विनियामक शक्ति के दृष्टिकोण से, देश सीएफएम उपाय अधिरोपित करने में यथासंभव स्वतंत्रता पाना चाहेंगे ।

3.3.2 इससे विदशी विनिधानकर्ताओं के हित और नियंत्रक राज्यों की विनियामक शक्ति प्रत्यक्ष आमने-सामने आ जाते हैं । बी.आई.टी. में धनीय अन्तरण उपबंध (एमटीपी) नियंत्रक देश में और उससे बाहर विनिधान से संबंधित निधियों के अन्तरण के विनियमित करते हैं ।[43] वह रीति, जिसमें विदेशी विनिधानकर्ताओं के हितों और नियंत्रक राज्यों के हितों के बीच संतुलन बनाया जाएगा, बीआईटी में एमटीपी को विरचित किए जाने पर निर्भर करती है ।

3.3.3 विद्यमान अधिकांश भारतीय द्विपक्षीय विनिधान संधियों में विदेशी विनिधानकर्ताओं को 'विनिधान से संबंधित सभी निधियां' अंतरित करने का अविशेषित अधिकार दिया गया है अर्थात् इन द्विपक्षीय विनिधान संधियों के अधीन अन्तरण उपबधों में विनिधानकर्ता के किन्हीं भी अपवादों को निधियां अन्तरित के अधिकार को अध्यधीन नहीं बनाया गया है ।[44]

3.3.4 तथापि, देश की भारतीय विधि से सीएफएम उपायों जिसके अन्तर्गत पूंजीगत नियंत्रण भी है, को अधिरोपित करने का अनुज्ञा प्रदान की गई है ।[45] यहां तक कि आईएफएफ अनुच्छेदों के अधीन भी, भारत के पास पूंजीगत लेखा संव्यवहारों पर निर्बंधन अधिरोपित करने का अधिकार है ।[46] इस प्रकार, भारत की विनियामक शक्ति के परिप्रेक्ष्य से सुसंगत प्रश्न यह है कि वह विदेशी विनिधानकर्ता, यदि उस विनिधानकर्ता की पूंजी विदेश में निर्बाध अंतरित करने से प्रतिषिद्ध किया जाता है

---

[42] पूंजी नियंत्रण पर और उल्लेख के लिए देखिए, आईएमएफ, दि लिबराइजेशन एंड मैनेजमेंट आफ कैपिटल फ्लोज : एन इंस्टीट्यूशनल व्यू. 14 नवम्बर, 2012 यह http://www.imf.org/external/nep/pp/eng/2012/111412.pdf पर उपलबध है ।

[43] केनेथ जे. वेडवेल्डे, बाइलेटरल इन्वेस्टमेंट ट्रीटीज, आक्सफोर्ड यूनिवर्सिटी प्रेस, 2010, पृष्ठ 316-33; जे सेलक्यूज, दि ला आफ इन्वेस्टमेंट ट्रीटिज, आक्सफोर्ड यूनिवर्सिटी प्रेस, पृष्ठ 256-71

[44] देखिए भारत-जर्मनी बीआईटी, अनुच्छेद 7; भारत डेनमार्क बीआईटी, अनुच्छेद 7, भारत-तुर्कमेनिस्तान बीआईटी, अनुच्छेद 7, भारत-हालैंड बीआईटी, अनुच्छेद 7, भारत-तजाकिस्तान बीआईटी, अनुच्छेद 7, भारत-पोलैंड, बीआईटी, अनुच्छेद 7, भारत-श्रीलंका बीआईटी, अनुच्छेद 7, भारत-वियतनाम बीआईटी, अनुच्छेद 7, भारत-आस्ट्रिया बीआईटी, अनुच्छेद 6 ।

[45] देखिए विदेशी विनिमय प्रबंध अधिनियम, 1999 (भारत), धारा 6(2)(ख) और 6(3)(क)-(ञ) ।

[46] आईएमएफ, 'भारत वर्ष 1994 में अनुच्छेद VIII सदस्य देश बनने के पश्चात् चालू खाता संव्यवहारों पर निर्बंधन अधिरोपित नहीं कर सकता है । आईएमएफ देश रिपोर्ट सं011/50, फरवरी, 2011, http://www.imf.org/ external/pubs/ft/scr/2011/cr1150.pdf पर उपलब्ध है' । अन्तरराष्ट्रीय मुद्रा निधि करार, जो 22 जुलाई, 1944 को अंगीकार किया गया था और अनुच्छेद VI(3) द्वारा 27 दिसम्बर, 1945 को प्रवृत्त हुआ था, के अनुच्छेद भी देखिए, यह http://www.imf.org/External/Pubs/FT/AA/pdf/aa.pdf पर उपलब्ध है ।

तो क्या भारत के विरुद्ध एमटीपी अतिक्रमण के लिए सफलतापूर्वक दावा कर सकता है ? भारत यह तर्क दे सकता है कि बीआईटी में एमटीपी होने के बावजूद उस रुढ़िगत अन्तरराष्ट्रीय विधि और संधि के सन्नियमों का (जैसे कि आईएमएफ अनुच्छेद), जिसमें भुगतान संतुलन के संकटकाल की स्थिति में पूंजीगत नियंत्रण अधिरोपित किए जाने के देशों के अधिकार को मान्य ठहराया गया है, बीआईटी के साथ परिशीलन किया जाना चाहिए ।[47] दूसरी ओर, विदशी विनिधानकर्ता यह तर्क दे सकता है कि बीआईटी आईएमएफ अनुच्छेदों की तुलना में विशेष विधि है और माना जाना चाहिए ।[48] पूर्व नजीरों के अभाव में, यह स्पष्ट नहीं है कि आईटीए अधिकरण इस प्रश्न का समाधान करेगा । इस प्रकार, विशेषित बीआईटी में मुद्रा अंतरण उपबंधों की विरचना से उस व्यापक विवेकाधिकार का पता चलता है कि आईटीए अधिकरण पूंजीगत नियंत्रणों के क्षेत्र में भारत की विनियामक शक्ति के साथ विनिधान की संरक्षा का संतुलन बनाए जाने में इसका उपयोग करेगा ।

3.3.5 2015 के माडल में विनिधानकर्ता के विनिधान से संबंधित सभी निधियों को, जैसे कि पूंजी, लाभ, लाभांश, ब्याज भुगतान आदि में अभिदाय,अन्तरित करने के अधिकार को मान्य ठहराया गया है (अनुच्छेद 6.1)। तथापि, विनिधानकर्ता का निधियों को अन्तरित करने का अधिकार तीन निर्बंधनों के अध्यधीन है । पहला, अनुच्छेद 6.1 में निधियों के अन्तरण को नियंत्रक राज्य की घरेलू विधियों के अध्यधीन किया गया है । दूसरे, अनुच्छेद 6.3 में यह उपबंधित है कि 'इस संधि की कोई भी बात' नियंत्रक राज्य द्वारा अपनी विधियों को सद्भावपूर्वक लागू किए जाने को, जिसके अन्तर्गत शोधन अक्षमता, दिवाला से संबंधित कार्रवाइयां, न्यायिक विनिश्चयों, श्रम संबंधी बाध्यताओँ और कराधान संबंधी विधियों का अनुपालन आदि भी है, 'निवारित नहीं करेगी' । तीसरे, अनुच्छेद 6.4 में यह उपबंधित है कि नियंत्रक राज्य विनिधानकर्ता की गंभीर बीओपी. कठिनाइयों की दशा में या उन स्थितियों में, जहां पूंजी के लाने ले जाने से 'आर्थिक समष्टिभाव प्रबंध में गंभीर कठिनाइयां' पैदा हो सकती हैं या पैदा होने का भय हो सकता है, निधियों के अन्तरण के अधिकार को अस्थायी रूप से निर्बंधित कर सकता है ।

3.3.6 गंभीर बीओपी कठिनाइयों और बाह्य वित्तीय कठिनाइयों से संबंधित वही अपवाद साधारण अपवादों में पाए गए हैं, 2015 के प्रारूप माडल बीआईटी का

[47] एल्जेंड्रो टुरिन और फेकुंडो पेरेज एजनार, 'ड्राइंग दि लिमिट्स आफ फ्री ट्रांसफर प्रोविजन', मिशेल बेबल औरअन्य (संस्करण), दि बैकलेश अगेंस्ट इन्वेस्टमेंट आर्बिट्रेशन, क्लूवर, 2010, पृष्ठ 51.

[48] पीटर मशलिंस्की, 'ट्रेड्स इन इंटरनेशनल इन्वेस्टमेंट एग्रीमेंट्स': बैलेंसिंग इन्वेस्टर्स राइट एंड दि राइट टु रेगुलेट' दि इश्यू आफ नेशनल स्कियूरिटी यार्डस्टिक आफ इंटरनेशनल इन्वेस्टमेंट ला एंड पालिसी, 2009, खंड 1, पृष्ठ 60, कांटिनेंटल केज्युलिटी बनाम अर्जेंटीना, आईसीएसआईडी मामला सं0 एआर बी/03/9, अवार्ड, 5 सितंबर, 2008, पैरा 243-44 वाला मामला भी देखिए ।

अनुच्छेद 16 (इस पर इस रिपोर्ट में इसके आगे चर्चा की गई है)। इससे भारत गंभीर बीओपी समस्याओं, विनिमय दर कठिनाइयों और बाह्य वित्तीय कठिनाइयों को दूर करने की दृष्टि से सभी सारभूत बाध्यताओं से (जिसके अन्तर्गत एमटीपी भी है) विचलन कर सकेगा । साधारण अपवाद खंड स्वतः निर्णायक है ।[49] इससे नियंत्रक राज्य को बीओपी कठिनाइयों के उपचार के लिए साधारण अपवाद खंड का अवलंब लेने और पूर्व विवेचित अनुच्छेद 6.4 में दी गई प्रतिरक्षा का अवलंब न लेने का प्रोत्साहन मिल सकता है । । यह संतुलन को नियंत्रक राज्य की विनियामक शक्ति की ओर झुकता है । इस प्रकार, यह सुझाव दिया जाता है अनुच्छेद 16 में की बीओपी कठिनाइयों का उपचार करने संबंधी उपबंध का लोप किया जाना चाहिए, क्योंकि यह पहले ही अनुच्छेद 6 में सम्मिलित किया गया है ।

ई. परम मित्र राष्ट्र (उपबंध का न होना)

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

3.4.1 अन्तरराष्ट्रीय विधि में परम मित्र राष्ट्र खंडों का अर्थ इस साधारण उदाहरण से समझा जा सकता है : मान लें तीन राज्य हैं : ए (प्रदानकर्ता राज्य), बी (फायदाग्राही राज्य) और सी (अन्य राज्य) । यह और मान लें कि ए और बी राज्यों ने एक संधि की है जिसमें एमएफएन का खंड है । अब, यदि ए राज्य सी राज्य को कुछ फायदे देता है, तो बी राज्य यह सुनिश्चित करने के लिए कि ए राज्य उसे भी वही फायदे दे, संधि में के एमएफएन खंड का अवलंब ले सकता है बशर्ते की, राज्य को दिए गए फायदे ए और बी राज्यों के बीच हुई संधि के एमएमएन खंड के लागू किए जाने की परिधि में आते हैं ।[50] अन्तरराष्ट्रीय विनिधान विधि में एमएफएन का उद्देश्य उपचार का उद्देश्य नियंत्रक राज्य को भिन्न-भिन्न देशों के विनिधानकर्ताओं के बीच भेदभाव करने को प्रतिषिद्ध करते हुए सभी विदेशी विनिधानकर्ताओं के लिए एक स्तरीय कार्य क्षेत्र सृजित करने का है ।[51] बीआईटी के संदर्भ में, यह तर्क दिया गया है कि

---

[49] स्वतः निर्णायक का यह अर्थ है कि बीआईटी का खंड राज्यों को 'सुरक्षा हितों' की अपने निर्धारण के आधार पर संरक्षा करने के लिए अपनी बीआईटी बाध्यता से एकपक्षीय रूप से विचलन करने का विवेकाधिकार प्रदान करता है । स्टीफन शिशेल और रोबिन ब्रीज, 'इफ दि स्टेट कन्सिडर्स : सेल्फ जजिंग क्लाजेज इन इंटरनेशनल डिस्प्यूट सेटिलमेंट', मैक्स प्लैंक ईयरबुक आफ यूनाइटेड नेशन्स ला, 2009, खंड 13 पृष्ठ 61 भी देखिए ।

[50] ई. उस्टर, 'मोस्ट फेवर्ड नेशन क्लाज' आर. बरनहार्डर और पी. मैक्लीस्टर स्मिथ (संस्करण), एन्साइक्लोपिडिया आफ पब्लिक इंटरनेशनल ला, खंड III, 1997, पृष्ठ 468, अन्तरराषट्रीय विधि आयोग भी देखिए, तेरहवें सत्र के 8 मई - 28 जुलाई, 1978 कार्य पर अन्तरराष्ट्रीय विधि आयोग की रिपोर्ट 30 आईएलसी ईयरबुक, खंड II, भाग दो, 1978, पृष्ठ 11.

[51] ओईसीडी 'मोस्ट फेवर्ड नेशन ट्रीटमेंट इन इंटरनेशनल इन्वेस्टमेंट ला' 2004/02 ओईसीडी वर्किंग पेपर्स आन इंटरनेशनल इन्वेस्टमेंट, सितम्बर, 2004, यह http://www.oecd.org/daf/inv/investment-

एमएफएन खंडों की मुख्य भूमिका अन्य देशीय बीआईटी से अति अनुकूल शर्तों को अपनाने की है ।[52] माध्यस्थम् अधिकरणों को बीआईटी में एमएफएन के उपबंध के संबंध में प्रायः प्रायः जिस बात का अवधारण करना पड़ता है वह यह कि क्या कोई विदेशी विनिधानकर्ता संधि में के एमएफएन उपबंध का नियंत्रक राज्य (द्वितीयक बीआईटी) द्वारा हस्ताक्षरित दूसरी बीआईटी में के फायदाप्रद उपबंध को अपनाने के लिए (मुख्य बीआईटी) के रूप में निर्वचन किया जा सकता है । फायदाप्रद उपबंध ऋजु और साम्यापूर्ण उपचार (एफईटी), पूर्ण संरक्षा और सुरक्षा जैसा एक सारभूत उपबंध या स्वामित्वहरण संबंधी उपबंध हो सकता है । वह फायदाप्रद उपबंध, जो विदेशी विनिधानकर्ता एमएफएन उपबंध का सहारा लेकर अपनाना चाहता है, विवाद समाधान खंड जैसा एक प्रक्रियात्मक उपबंध भी हो सकता है ।

3.4.2 अन्य द्विपक्षीय विनिधान संधियों (बीआईटीज) से फायदाप्रद सारभूत और प्रक्रियात्मक उपबंधों को अपनाने के लिए एमएफएन उपबंध का प्रयोग किया जाना चिंता का विषय रहा है । वाइट इंटस्ट्रीज बनाम इंडिया वाले मामलों में, आस्ट्रेलियन विनिधानकर्ता ने, भारत आस्ट्रेलिया बीआईटी के एमएफएन उपबंध का अवलंब लेते हुए "भारत-कुवैत बीआईटी में वर्णित दावों का आग्रह करने और अधिकारों को प्रवर्तित कराने के प्रभावी उपायों" से संबंधित अनुकूल सारभूत उपबंध को भारत आस्ट्रेलिया बीआईटी में अपनाने का तर्क दिया ।[53] भारत आस्ट्रेलिया बीआईटी में एमएफएन उपबंध इस प्रकार है : संविदाकारी पक्षकार अपने स्वयं के राज्यक्षेत्र में विनिधानों से सभी समयों पर उस आधार पर बरतेगा, जो किसी अन्य देश के विनिधानों या विनिधानकर्ताओं को दिए गए आधार से कम अनुकूल न हो ।'

3.4.3 भारत ने इसका दो आधारों पर प्रतिवाद किया—पहला ऐसे उपबंध को अपनाए जाने से "बीआईटी का ध्यानपूर्वक की गई बातचीत से बनाया गया संतुलन मूलभूत रूप से बिगड़ जाएगा"; और दूसरा "यह घरेलू विधि के आधार पर बीआईटी के महत्व

policy/wp-2004_2.pdf; ओकेजिक चकवमराइज, 'इंटरप्रेटिंग मोस्ट फेवर्ड नेशन क्लाजेज इन इन्वेस्टमेंट ट्रीटी आर्बिट्रेशन्स' जर्नल आफ वर्ल्ड इन्वेस्टमेंट एंड ट्रेड 2007, खंड 8, पृष्ठ 608; जुरगेन कुर्टज, "दि एमएफएन स्टेंडर्ड एंड फारेन इन्वेस्टमेंट : एन अनजी फिट" जर्नल आफ इन्वेस्टमेंट : एंड ट्रेड, 2004, खंड 5, पृष्ठ 873

[52] स्टीफन शिल, मल्टीलेटेरलाइजेशन आफ इंटरनेशनल इन्वेस्टमेंट ला, कैंब्रिज यूनिवर्सिटी प्रेस, 2009, पृष्ठ 140, वल्दामीर बनाम रशिया, अवार्ड, 21 अप्रैल, 2006 भी दखिए, आर्बिट्रेशन इन्सटीट्यूट आफ दि स्टाकहोम चेम्बर आफ कामर्स, मामला सं0 080/2004, पैरा 179, यह तर्क दिया गया है कि एमएफएन उपबंध में अन्तरराष्ट्रीय विनिधान विधि को बहुदेशीय बनाने की शक्यता है, शिल (2009) ।

[53] वाइट इंड्ट्रीज बनाम भारत, यह http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf, p 11.1.1—11.1.5 पर उपलब्ध है ।

के प्रतिकूल होगा" ।[54] तथापि, अधिकरण भारत के इस पक्ष से सहमत नहीं हुआ ।[55] अधिकरण के यह भी अभिनिर्धारित किया कि मुख्य बीआईटी में मूलभूत उपबंध को लाए जाने से वह प्रयोजन सिद्ध होगा जिसके लिए देशों ने एमएफएन उपबंध बीआईटी में समाविष्ट किया है ।[56] इस प्रकार, अधिकरण ने आस्ट्रेलिया को दूसरे बीआईटी से फायदाप्रद सारभूत उपबंध उस मुख्य बीआईटी में लाने को अनुज्ञात कर दिया जिसमें कि यह उपबंध नहीं था ।

3.4.4 2015 के माडल में एमएफएन उपबंध नहीं है । भारत सरकार ने इसका उपबंध न किए जाने का कोई विस्तृत स्पष्टीकरण नहीं दिया है । ऐसा प्रतीत होता है कि एमएफएन उपबंध न रखे जाने के पीछे प्रयोजन यह सुनिश्चित करने का है कि विदेशी विनिधानकर्ता इस फायदाप्रद उपबंधों को अन्य भारतीय बीआईटी (संधि पणन) लेकर अपनाने में समर्थ न हो सके । भारत की एमएफएन के संबंध में मुख्य चिंता विदेशी विनिधानकर्ताओं द्वारा अन्य देशीय बीआईटी से फायदाप्रद, सारभूत और प्रक्रियात्मक उपबंधों को लेकर उपयोग किए जाने की है । एमएफएन का उपबंध न होने से निश्चित रूप से विदेशी विनिधानकर्ता ऐसे उपबंधों को लेकर अपनाने से निवारित हो जाएंगे । तथापि, विदेशी विनिधानकर्ताओं को नियंत्रक राज्य द्वारा घरेलू उपायों के लागू किए जाने के विभेदकारी बर्ताव के जोखिम का सामना करना पड़ेगा । इस प्रकार एमएफएन उपबंध के न होने से विनिधान संरक्षा का विनियमों के साथ संतुलन नहीं हो पाएगा । इस संतुलन को प्राप्त करने की दृष्टि से, भारत एक ऐसा एमएफएन उपबंध रखने पर विचार करे जिसकी परिधि उसके घरेलू उपायों के लागू किए जाने तक निर्बंधित हो । इससे विदेशी अभिकर्ता के प्रति अविभेदकारी बर्ताव सुनिश्चित होगा और साथ ही इससे विदेशी विनिधानकर्ता 'संधि युक्त पणन' में लिप्त नहीं हो पाएगा ।[57]

---

54 वाइट इंड्ट्रीज बनाम भारत, यह http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf, p 11.2.1 पर उपलब्ध है ।

55 वाइट इंड्ट्रीज बनाम भारत, यह http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf, p 11.2.2 –11.2.8 पर उपलब्ध है ।

56 वाइट इंड्ट्रीज बनाम भारत, यह http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0906.pdf, p 11.2.4 पर उपलब्ध है ।

57 यूएनसीटीएडी, परम मित्र राष्ट्र बर्ताव, अन्तरराष्ट्रीय विनिधान करारों में के विवाद्यकों पर यूएनसीटीएडी श्रृंखला II, 2010, पृष्ठ 60, 111.

अध्याय 4

विनिधानकर्ता, विनिधान और गृह राज्य बाध्यताएं

अ. साधारण टिप्पणी :

4.1.1 अभिसमय के अनुसार, द्विपक्षीय विनिधान संधियों में विदेशी विनिधानकर्ताओं को, जब वे नियंत्रक राज्य में प्रविष्ट करते हैं, स्वयं विनिधानकर्ताओं पर ही कोई बाध्यताएं डाले बिना एक निश्चित क्वालिटी और स्तर के बर्ताव की गारंटी दी जाती है । हाल ही के वर्षों में, नियंत्रक राज्यों और विनिधानकर्ताओं के अधिकारों और बाध्यताओं में उन उपबंधों को सम्मिलित करके, जो नियत्रक राज्य के लोक नीति के मामलों में विवेकाधिकार को परिरक्षित करने के ईप्सा करते हैं, पुनः संतुलन बनाने की प्रवृत्ति रही है । भारत ने भी शासकीय तौर पर इस बात की स्वीकारा है कि भावी द्विपक्षीय विनिधान संधियों में 'विनिधानकर्ताओं के अधिकारों और बाध्यताओं को भारत की तुलना में पुनः संतुलन बनाया जाना चाहिए और सुरक्षा, लोक स्वास्थ्य तथा पर्यावरण संरक्षा जैसे आर्थिक और लोक नीति विषयक उद्देश्यों को इन करारों में शामिल किया जाना चाहिए'।[58]

4.1.2 भारत ने पूर्व में कुछ ऐसी द्विपक्षीय विनिधान संधियों पर हस्ताक्षर किए थे जिनमें विनिधानकर्ताओं को केवल उस दशा में कतिपय अधिकारों की (जिसे कि विनिधानों और अन्य को वापस ले जाने का अधिकार) गारंटी दी गई थी, यदि वे 'सभी विधियों के अनुसार कतिपय परिभाषित बाध्यताओं का जैसे कि राजस्व, कर या वित्तीय बाध्यताओं[59] या साधारण बाध्यताओं का अनुसरण करता है ।[60] तथापि, 2015 के माडल के अध्ययन के, जो विनिधानकर्ताओं पर सीधे बाध्यताएं अधिरोपित करता है और जिसमें विनिधानकर्ता राज्य विवाद समाधान प्रक्रिया का अनुपालन न किए जाने के परिणामों का उल्लेख है, के समान अध्याय भारत के 2003 के माडल में नहीं था । संभवतः यह भारतीय सरकार द्वारा सुव्यक्त उपरोक्त नीति विषयक स्थिति को देखते हुए सम्मिलित किया गया है ।

---

[58] वाणिज्य मंत्रालय, 'भारत और अन्य देशों के बीच अन्तरराष्ट्रीय विनिधान करार' (दस्तावेज फाइल पर लेखक के पास है) जैसा कि प्रभाष रंजन द्वारा उद्धृत किया गया है, 'भारत और द्विपक्षीय विनिधान संधियां-परिवर्तनशील परिदृश्य' 2014 आईसीएसआईडी, पृष्ठ 1-32

[59] उदाहरण के लिए, बेलारूस, बलगारिया, इजराइल, कजाकिस्तान, किरगिज गणराज्य, मेसेदानिया, मोरोक्को, स्लोवक गणराज्य उजबेकिस्तान के साथ द्विपक्षीय विनिधान संधियां देखिए ।

[60] उदाहण के लिए अर्जेंटीना, चीन के साथ द्विपक्षीय विनिधान संधियां देखिए ।

4.1.3 दक्षिण अफ्रीकी विकास समुदाय (एसएडीसी)[61] और अन्तरराष्ट्रीय संधार्य विकास संस्थान (आईआईएसडी)[62] जैसे निकायों द्वारा तैयार किए गए माडल बीआईटी में विनिधानकर्ताओं के लिए विनिर्दिष्ट बाध्यताओं को सम्मिलित करके वर्तमान अन्तरराष्ट्रीय पद्धति से विचलन का उल्लेख किया गया है । 2015 के माडल के अध्याय 3 की कुछ पाठ्य सामग्री को उन माडलों से लिया गया प्रतीत होता है । घाना द्वारा वर्ष 2008 में अंगीकार की गई माडल बीआईटी में भी ऐसा उपबंध है जिसमें विनिधानकर्ताओं नियंत्रक राज्य की विधियों से, जिनके अन्तर्गत श्रम, स्वास्थ्य और पर्यावरण विधियां भी हैं, आबद्धकर रहने; मानव पूंजी विरचित करने और क्षमता निर्माण में सहायता करने और विदेशी विनिधानकर्ताओं को लागू अन्तरराष्ट्रीय रूप से स्वीकृत मानकों के अनुसार बर्ताव करने की अपेक्षा गी गई है ।[63]

4.1.4 जैसा कि ऊपर उल्लेख किया गया है, इस प्रकृति के उपबंध सामान्यता वास्तविक संधि पद्धति में नहीं पाए जाते हैं । क्षेत्रीय सहयोग करारों और निर्बाध व्यापार करारों में जो उदाहरण पाए गए हैं उन्हें नीचे दी गई सारणी में सूचीबद्ध किया गया है । अधिकांश संधियों में विनिधानकर्ताओं की बाध्यताओं के बारे में कुछ नहीं होता या उनमें नियंत्रक राज्य की विधियों के अनुसार कार्य करने की साधारण बाध्यता होती है । ऐसे दृष्टांतों में, जहां कि विनिर्दिष्ट विनिधानकर्ताओं से विनिर्दिष्ट अपेक्षाओं को पूरा करने की प्रत्याशा की जाती है, पद्धति राज्य पक्षकारों को यह सुनिश्चित करने के लिए उत्तरदायी बनाने की प्रतीत होती है कि स्वयं विनिधानकर्ताओं पर सीधे बाध्यताएं डाले जाने के बजाय ऐसी प्रत्याशाओं को ही पूरा किया जाए ।

	संधि	**सुसंगत उपबंध**

[61] एसएडीसी एक नया अन्तरराष्ट्रीय संगठन है जिसका लक्ष्य संधार्य और साम्पापूर्ण आर्थिक वृद्धि और सामाजिक आर्थिक विकास को प्रोन्नत करने का है । इसके 15 सदस्य राज्य दक्षिण अफ्रीकी क्षेत्र के हैं । एसएडीसी माडल द्विपक्षीय विनिधान संधि, 2012 देखिए, यह http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/sadc-model-bittemplate-final.pdf पर उपलब्ध है ।

[62] आईआईएसडी, जो एक कनाडा आधारित पूर्त संगठन है, मानव विकास और पर्यावरणीय संधार्यता नवीन अनुसंधान, संचार और भागीदारी के माध्यम से प्रोन्नत करने के लिए है । संधार्य विकास के लिए विनिधान पर आईआईएसडी माडल अन्तरराष्ट्रीय करार, 2006 देखिए । यह https:www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreement.pdf पर उपलब्ध है ।

[63] अनुच्छेद 12, धाना माडल वीआईटी, 2008, यह http://investmentpolicyhub.unctad.org/download/treatyFile/2866 पर उपलब्ध है ।

1.	एसडीएसी वित्त और विनिधान प्रोटोकाल, 2006[64]	अनुच्छेद 10—सामूहिक उत्तरदायित्व विदेशी विनिधानकर्ता नियंत्रक राज्य की विधियों, विनियमों, प्रशासनिक मार्गदर्शक सिद्धान्तों और नीतियों से आबद्धकर रहेंगे ।
2.	पूर्वी और दक्षिणी अफ्रीका के लिए समान बाजार विनिधान करार[65]	अनुच्छेद 13—विनिधानकर्ता बाध्यता सीओएमईएसए विनिधानकर्ता और उनके विनिधान उस सदस्य राज्य के, जिसमें वे अपने विनिधान करते हैं ; सभी लागू घरेलू अध्युपायों का अनुपालन करेंगे ।
3.	अफ्रीकी, कैरीबियन और पेसिफिक (कैरीफोरम) राज्यों और यूरोपीय समुदाय (ईसी) के कैरीबियन समूह के फोरम के बीच आर्थिक भागीदारी, 2008[66]	अनुच्छेद 72—विनिधानकर्ताओं का व्यवहार ईसी पक्षकार और हस्ताक्षरकर्ता के रीफोरम राज्य अपने-अपने राज्यक्षेत्रों के भीतर अपने घरेलू विधान के माध्यम से सहयोग करेंगे और यह सुनिश्चित करने के लिए ऐसे उपाय करेंगे जो आवश्यक हों, अर्थात् :-- (क) विनिधानकर्ता किसी लोक पदाधिकारी या उसके कुटुंब के सदस्य अथवा कारोबारी सहयुक्त या पदाधिकारी के निकट संपर्क के दूसरे व्यक्ति को उस व्यक्ति या किसी तृतीय पक्षकार के लिए कोई असम्यक् धनीय या अन्य लाभ भी चाहे प्रत्यक्ष रूप से या मध्यवर्तियों के माध्यम से जिससे कि वह पदाधिकारी या अन्य पक्षकार अपने पदीय कर्तव्यों के पालन के संबंध में इस प्रकार कार्य करे या कार्य करने से विरत रहे, या किसी प्रस्तावित विनिधान या किसी विनिधान के संबंध में किसी अनुज्ञप्तियां, अनुज्ञापत्र,

[64] एसएडीसी वित्त और विनिधान प्रोटोकाल, 2006 http:www.sadec.int/files/4213/5332/6872/protocol_on_finance_investment2006.pdf पर उपलब्ध है ।

[65] पूर्वी दक्षिणी अफ्रीका के लिए समान बाजार विनिधान करार (सीओएमईएसए) 2007, http://www.tralac.org/wp-content/blogs.dir/12/file/2011/uploads/investment_agreement_for_the_CCIA.pdf पर उपलब्ध है ।

[66] अफ्रीकी, कैरीबियन और पेसिफिक (कैरीफोरम) राज्यों और यूरोपीय समुदाय (ईसी) के कैरीबियन समूह के फोरम के बीच आर्थिक भागीदारी, 2008 यह http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/february/tradoc_137971.pdf पर उपलब्ध है ।

		संविदाएं या अन्य अधिकारों के संबंध में कोई अनुग्रह प्राप्त कर सके, प्रस्थापना करने, उसे देने का वचन देने या उसे देने से निषिद्ध होंगे और उसके दायी ठहराए जाएंगे । (ख) विनिधानकर्ता अन्तरराष्ट्रीय श्रम संगठन मूलभूत सिद्धान्त और कार्य का अधिकार घोषणा, 1998, जिसके कि ईसी पक्षकार और हस्ताक्षरकर्ता कैरीफोरम राज्य पक्षकार हैं, द्वारा यथा अपेक्षित मुख्य श्रम संबंधी मानकों के अनुसार कार्य करेंगे ।[67] (ग) विनिधानकर्ता अपने विनिधानों का प्रबंध और प्रवर्तन उस रीति में नहीं करेंगे जिससे उन अन्तरराष्ट्रीय पर्यावरणीय और श्रम संबंधी बाध्यताओं की, जो उन करारों से उद्भूत होती हैं जिनके कि ईसी पक्षकार और हस्ताक्षरकर्ता कैरीफोरम राज्य पक्षकार हैं, परिवंचना होती है । (घ) विनिधानकर्ता, जहां समुचित हो, स्थानीय सामुदायिक संपर्क प्रक्रियाएं, विशेषकर उन परियोजनाओं में जिनमें वृहत प्राकृतिक संपदा आधारित क्रियाकलाप अन्तर्वलित हों, स्थापित करेंगे और अनुरक्षित रखेंगे, जहां तक कि वे किसी विनिर्दिष्ट प्रतिबद्धता के निबंधनों के अधीन अन्य पक्षकार को प्रोदभूत होने वाले फायदों को अकृत न करती हों या उनका ह्रास न करती हों ।
4.	कनाडा-कोलम्बिया युक्त व्यापार करार[68]	अनुच्छेद 816 : कारपोरेट सामाजिक उत्तरदायित्व प्रत्येक पक्षकार को, अपने

[67] इन प्रमुख श्रम संबंधी मानकों का, घोषणा के अनुसार संगमों की स्वतंत्रता, बलात् श्रम के बहिष्करण, बाल श्रम के उत्सादन और कार्य स्थल पर विभेद को दूर करने संबंधी अन्तरराष्ट्रीय संगठन कन्वेंशनों में और अधिक विस्तारपूर्वक उल्लेख किया गया है ।

[68] कनाडा-कोलम्बिया मुक्त व्यापार करार (अंतिम बार उपांतरित, 2013), यह http://www.internatioanl.gc.ca/tradeagreements-accord-commerciaux/agr-acc/colombia-colombie/chapter8-chapitre8.aspx?lang=eng पर उपलब्ध है ।

		राज्यक्षेत्रों के भीतर या अपनी अधिकारिता के अधीन कार्य करने वाले उद्यमों को अपनी आंतरिक नीतियों में कारपोरेट सामाजिक उत्तरदायित्व के उन अन्तरराष्ट्रीय रूप से मान्यताप्राप्त मानकों को, जैसे कि वे सैद्धान्तिक कथन जिनको कि पक्षकारों द्वारा पृष्ठांकित किया गया है या जिनका कि समर्थन किया गया है । स्वैच्छिक रूप से समाविष्ट करना चाहिए । इन सिद्धान्तों में श्रम, पर्यावरण, मानव अधिकार, सामुदायिक संबंध और भ्रष्टाचार रोधी जैसे मुद्दों का उल्लेख किया गया है । पक्षकार उन महत्वपूर्ण उद्यमों को ऐसे कारपोरेट सामाजिक उत्तरदायित्व संबंधी मानकों को अपनी आंतरिक नीतियों में समाविष्ट करने के लिए स्मरण कराते हैं ।

4.1.5 2015 के माडल के अध्याय 3 में "गृह राज्य बाध्यताएं" संबंधी एक नया उपबंध लाया गया है जिसमें गृह राज्य में के न्यायालयों द्वारा उन परिस्थितियों में, जहां विनिधान राज्य में जीवन को नुकसान या उसकी हानि कारित होती है, विदेशी प्रत्यक्ष दायित्व को स्वीकार किया गया है । गृह राज्य से यह सुनिश्चित करने की अपेक्षा की गई है कि उसकी विधिक प्रणाली में ऐसे कार्रवाइयों का वर्जन न किया जाए ।

आ. अनुच्छेद 8. इस अध्याय की व्याप्ति

(i) **विश्लेषण और टिप्पणी :**

4.2.1 अनुच्छेद 8.1 में 2015 के माडल के इस अध्याय को सम्मिलित करने के उद्देश्य को, अर्थात् यह सुनिश्चित करने की कि विनिधान स्थानीय विधियों के अनुरूप हों और अन्तर्भूत वृद्धि और संधार्य विकास में उनके योगदान में वृद्धि करने का उल्लेख है । अनुच्छेद 8.1 में प्रतीत होता है कि केवल निर्वचनात्मक मूल्य का उल्लेख है । क्योंकि बाद के अनुच्छेद और अध्याय में किसी भी प्रक्रम पर न तो "अंतर्भूत वृद्धि" या "संधार्य विकास" के अन्तर्गत क्या है । उसको अधिकथित किया गया है और न ही उसमें इन दोनों संकल्पाओं के संबंध में विनिधानकर्ता पर कोई स्वतंत्र बाध्यताएं अधिरोपित की गई हैं ।

4.2.2 "अन्तर्भूत वृद्धि" और "संधार्य विकास" पद "नई पीढ़ी" की विनिधान नीतियों का स्पष्ट रूप है और उनका 2015 के माडल की उद्देशिका में भी प्रयोग किया गया है । तथापि, 2015 के माडल में इन पदों का अनुच्छेद 8.1 के सिवाय पुनःप्रयोग नहीं किया गया है । अनुच्छेद 8.1 में भी, इन पदों का बहुत ही कम सारभूत मूल्य है और इनका प्रयोग सबसे बेहतर संधि के आशय को उपदर्शित करने के लिए किया जा सकता है, जिसे उद्देशिका में इस पदों का प्रयोग करके पहले ही किया जा चुका है । चूंकि अध्याय के आशय से यह प्रतीत होता है कि वह विनिधानकर्ताओं पर उत्तरदायी व्यवहार के कतिपय मानक अधिरोपित करने के लिए है (उदाहरण के लिए, शेष अध्याय में भ्रष्टाचार, नियंत्रक राज्य को विधियों के अनुसार प्रकटन, अनुपालन आदि के प्रति निर्देश किया गया है), अतः अनुच्छेद 8.2 में अध्याय के उद्देश्य के बारे में विनिधानकर्ता के लिए, आगे के अनुच्छेदों के संदर्भ में सापेक्ष रूप से बेहतर मार्गदर्शन का उपबंध किया गया है । इस प्रकार, अनुच्छेद 8.1 और अनुच्छेद 8.2 का एक एकल खंड (अनुच्छेद) के रूप में पुनः प्रारूपण करना समुचित हो सकता है ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

8.1 इस अध्याय के उद्देश्य इस संधि की उद्देशिका में विहित सिद्धान्तों को ध्यान में रखते हुए विनिधानकर्ताओं और उत्तरदायी कारोबार संचालन के लिए विनिधानों के संबंध में न्यनतम बाध्यताएं विहित करने का है ।

अनुच्छेद 8.2 का लोप किया जा सकात है ।

इ. अनुच्छेद 9. भ्रष्टाचार के विरुद्ध बाध्यता

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

4.3.1 ऐसा प्रतीत होता है कि भ्रष्टाचार रोधी पद्धतियों का निवारण करने की यह बाध्यता भ्रष्टाचार संबंधी भारतीय विधियों[69] के अधीन की विद्यमान अपेक्षाओं और भ्रष्टाचार के विरुद्ध संयुक्त राष्ट्र कन्वेशन 2003[70] और राजनीतिक दलों तथा अभ्यर्थियों को विदेशी अभिदायों से संबंधित उपबंधों के अधीन भारत की बाध्यताओं[71]

---

[69] भ्रष्टाचार निवारण अधिनियम, 1988 ।

[70] भ्रष्टाचार के विरुद्ध संयुक्त राष्ट्र कन्वेंशन http://www.unodc.org/documents/ treaties/CAC/ publications/convention/08-50026_E.pdf पर उपलब्ध है ।

[71] यूएनओडीसी, भ्रष्टाचार के विरुद्ध संयुक्त राष्ट्र कन्वेंशन 1 अप्रैल, 2015 को हस्ताक्षर और अभिपुष्टि की प्रास्थिति, http://www.unodc.org/ unodc /en/treaties/UNCAC/signatories.html पर उपलब्ध है ।

से ली गई है ।[72] यह राजनीतिक वित्तपोषण से संबंधित पुरोबंधों के सिवाय एसएडीसी माडल (अनुच्छेद 10) और आईआईएसडी माडल (अनुच्छेद 13) के समान है ।

4.3.2 माध्यस्थम् अधिकरणों द्वारा पूर्व में यह अभिनिर्धारित करते हुए कि विनिधान उस दशा में भी जब कि संविदा में ऐसी अपेक्षा करने का अभिव्यक्त उपबंध न हो, विधिपूर्ण होना चाहिए, विनिधानकर्ता को फायदे दिए जाने से इंकार करने के आधार के रूप में विनिधानकर्ता द्वारा भ्रष्टाचार को उठाए जाने की अनुज्ञा[73] दी गई है ।[74]

4.3.3. नियंत्रक राज्य के रूप में भारत के हितों की इस बात की अपेक्षा करते हुए संरक्षा की जा सकती है कि विनिधान उसकी विधियों के अनुसार किया जाना चाहिए और अनुरक्षित रखा जाना चाहिए, जैसा कि 2015 के माडल में कई स्थानों पर पहले किया जा चुका है । ऐसा इसलिए क्योंकि अनुच्छेद 9 के अधीन नियत सभी अपेक्षाएं पहले ही विभिन्न घरेलू भारतीय विधियों के अधीन पहले ही सम्मिलित की जा चुकी है । तथापि, इस उपबंध की अपेक्षाओं पर विदेश में विनिधान करने वाले भारतीय विनिधानकर्ताओं के परिप्रेक्ष्य से विचार किया जाना चाहिए । भ्रष्टाचार के विरुद्ध की बाध्यता का नियंत्रक राज्य पर की अनुपूरक बाध्यताओं जैसे कि लोक उपापन और विनिश्चय करने में पारदर्शिता तथा प्रतिस्पर्धा की अपेक्षा के बिना कोई आधार

---

[72] लोक प्रतिनिधित्व अधिनियम, 1951 की धारा 29ख तथा विदेशी अभिदाय विनियमन अधिनियम, 2010 की धारा 3 देखिए ।

[73] उदाहरणार्थ, वल्ड ड्यूटी फ्री बनाम रिपब्लिक आफ केन्या वाले मामले में अधिकरण ने यह अभिनिर्धारित किया कि ऐसे किसी करार के अधीन कोई दावा नहीं लाया जा सकता जो विनिधानकर्ता द्वारा भ्रष्ट साधनों द्वारा किया गया था । अधिकरण ने यह अभिनिर्धारित किया कि रिश्वत देना या लेना यदि सभी राज्यों की नहीं तो अधिकांश राज्यों की अन्तरराष्ट्रीय लोक नीति के प्रतिकूल है और केन्या लागू विधियों अर्थात् इंग्लैंड और केन्या की विधियों के अधीन संविदा को अस्वीकार करने का हकदार था । देखिए आईसीएसआईडी मामला सं0 Arb/00/7, अवार्ड, 5 सितम्बर, 2006, यह http://www.italaw.com/documents/WDFv.KenyaAward.pdf पर उपलब्ध है । मेटल टेक लिमिटेड बनाम रिपब्लिक आफ उजबेकिस्तान वाले मामले में, अधिकरण ने इजराइल-उजबेकिस्तान बीआईटी के अधीन "विनिधान" की परिभाषा में अन्तर्विष्ट वैधता की अपेक्षा का यह अभिनिर्धारित करने के लिए अवलंब लिया कि भ्रष्ट साधनों के माध्यम से किया गया विनिधान संधि में विवाद समाधान संबंधी उपबंधों का फायदा लेने का हकदार नहीं है । इजराइल-उजबेकिस्तान बीआईटी में "विनिधान" के अनुच्छेद 1(1) में इस प्रकार परिभाषित किया गया है : "विनिधान" पद के अन्तर्गत ऐसी किसी भी प्रकार की आस्तियां समाविष्ट होंगी जिन्हें उस संविदाकारी पक्षकार के, जिसके राज्यक्षेत्र में विनिधान किया जाता है, विधियों और विनियमों के अनुसार क्रियान्वित की जाती हैं, इसके अन्तर्गत निम्नलिखित हैं किन्तु जो उस तक सीमित नहीं हैं........"

[74] विसेंट यू एंड फियोना मार्शल, इन्वेर्ट्स ओब्लिगेशन एंड होस्ट स्टेट पालिसी विकसित देश विनिधान संधिकर्ता का दूसरा वार्षिक फोरम जिसका आयोजन मर्शकेश, मोरोक्को में 2 नवम्बर, से 4 नवम्बर, 2008 में किया गया था, यह http://www. iisd./pdf/2008/dci_inv_obligations.pdf पर उपलब्ध है ।

नहीं है । इसमें से कुछ बाध्यताएं भ्रष्टाचार के विरुद्ध संयुक्त राष्ट्र कन्वेंशन के राज्य पक्षकारों पर पहले ही अधिरोपित की गई हैं । (अनुच्छेद 9) पारदर्शिता की अपेक्षाओं के मुद्दे पर अनुच्छेद 11 पर की टीका-टिप्पणियों में अति विस्तारपूर्वक चर्चा की गई है ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

4.3.4 विनिर्दिष्ट प्रारुपण की भाषा का उपबंध नहीं किया गया है । तथापि, भारत, नियंत्रक राज्य की बाध्यताओं को जैसे कि लोक उपापन और विनिश्चय करने में पारदर्शिता और प्रतिस्पर्धा को समाविष्ट करने पर विचार कर सकता है ।

ई. अनुच्छेद 10. प्रकटन

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

4.4.1 विनिधानकर्ताओं पर अधिरोपित की गई प्रकटन की अपेक्षाएं बीआईटी में नियत परिपाटी की प्रकृति की हैं ।[75] किसी राज्य में विनिधान स्थापित करने के पूर्व, भावी नियंत्रक राज्य को विनिधान के संबंध में समुचित विनिश्चय करने में समर्थ बनाने के लिए या सांख्यिकीय प्रयोजनों के लिए कतिपय प्रकटनों की ईप्सा की जाती है ।[76] एक बार नियंत्रक राज्य में विनिधान स्थापित कर दिए जाने पर, प्रकटनों में प्रायः कारपोरेट शासन, जैसा कि नियंत्रक राज्य में प्रचलित हो, के मानक तथा स्वीकृत सिद्धान्तों का पालन किया जाना चाहिए ।

4.4.2 अनुच्छेद 10.6 में उन कतिपय प्रकटनों की अपक्षा की गई है जिनको नियंत्रक राज्य द्वारा मांग किए जाने पर विनिधानकर्ता द्वारा अथवा विनिधान में किया जाना होता है । विनिधानकर्ताओं और विनिधानों को तात्विक जानकारी का समय से प्रकटन करने की नीतियों को विकसित करना और उनका अनुसरण करना विनिर्दिष्ट रूप से आज्ञापक बनाया गया है "यहां तक कि वहां भी जहां नियंत्रक राज्य की विधि द्वारा ऐसे किए जाने की अपेक्षा न की गई हो ।" ये अपेक्षाएं अस्पष्ट प्रकृति की प्रतीत होती हैं और इनके द्वारा ऐसे अभिलेख बनाए रखने या प्रकटन करने की अयुक्तियुक्त बाध्यता अधिरोपित की गई है जिसका कि विनिधानकर्ता को पहले से स्पष्ट रूप से पता नहीं है । ऐसे उपबंधों से भावी विनिधानकर्ताओँ को नकारात्मक संदेश जा सकता है और यह सुझाव दिया जाता है कि इस प्रकृति की खुली अपेक्षाओं का पूर्णतया वर्जन किया जाए यदि बीआईटी में नियंत्रक राज्य की विधियों के अधीन जो अपेक्षित है उससे अधिक का प्रकटन किए जाने की अपेक्षा की जाती है

[75] अनुच्छेद 11(ई) आईआईएसडी; टिप्पणी, पृष्ठ 22

[76] अनुच्छेद 11(ई), आईआईएसडी, और अनु0 12, एसएडीसी माडल ।

तो प्रकटन की इस सूची का स्पष्टतया बीआईटी में ही उल्लेख किया जाना चाहिए अथवा इस बात का कथन करने का एक निश्चित उपबंध होना चाहिए कि ऐसी कोई अपेक्षा केवल उस दशा में लागू होगी यदि उसकी संसूचना नियंत्रक राज्य द्‌वारा अग्रिम में स्पष्ट रूप से दे दी जाती है । बीआईटी में, प्रकटन की कोई अपेक्षा या वस्तुतः विनिधानकर्ताओं पर अधिरोपित कोई बाध्यताओं में उन राष्ट्रीय व्यवहार बाध्यताओं का अवश्य ध्यान रखा जाना चाहिए जिसका कि उसी संधि के माध्यम से उपबंध किया गया है ।"

4.4.3 यह सुझाव दिया जाता है कि प्रकटन की बाध्यताओँ के साथ उस रीति का उल्लेख होना चाहिए जिसमें कि नियंत्रक राज्य उस जानकारी का प्रयोग करेगा (उदाहरणार्थ, क्या इस प्रकार उपलब्ध कराई गई जानकारी जनसाधारण को प्रकट की जाएगी) और उसके साथ यह आश्वासन होना चाहिए कि प्रकटन में गोपनीय कारोबारी जानकारी की संरक्षा की जाएगी और इससे विनिधानकर्ता के कारोबारी हितों या उसकी प्रतिस्पर्धा स्थिति के साथ समझौता नहीं किया जाएगा ।[77] उदाहरणार्थ : कनाडा-कोलम्बिया एफटीए में नियंत्रक राज्य को विनिधानकर्ता या उसके विनिधान से संबंधित नैमित्तिक जानकारी "केवल जानकारी या आंकड़ों के प्रयोजनों के लिए" उपलब्ध कराने की अपेक्षा करने को अनुज्ञात किया गया है । इसमें यह तत्पश्चात् यह अपेक्षित है कि ऐसी जानकारी एकत्र करने वाले पक्षकार को ऐसी किसी गोपनीय जानकारी की ऐसे परकटन से संरक्षा करनी चाहिए जिसे विनिधानकर्ता या उसमें लगे विनिधान के प्रतिस्पर्धी स्थिति पर प्रतिकूल प्रभाव पड़ता हो । इसमें यह भी स्पष्ट किया गया है कि इससे नियंत्रक राज्य अपनी विधियों की साम्यापूर्ण और सद्‌भावी उपयोजन के संबंध में अभिप्राप्त या प्रकट करने से निवारित नहीं होगा ।[78]

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

4.4.4 विनिर्दिष्ट प्रारूपण भाषा नहीं दी गई है । तथापि, निम्नलिखित सुझाव दिए जाते हैं :

1. प्रकटन की खुली अपेक्षाओं का जैसी कि अनुच्छेद 10.6 में उल्लिखित हैं, परिवर्जन किया जाना चाहिए । इसके बजाय, प्रकटन की विस्तृत सूची का स्पष्ट रूप से बीआईटी में उल्लेख किया जाना चाहिए अथवा इस बात का कथन करने का उपबंध होना चाहिए कि ऐसी किसी प्रकटन की अपेक्षा केवल

[77] अनुच्छेद 12, एसएडीसी माडल ।

[78] कानाडा-कोलम्बिया एफटीए का अनुच्छेद 813, अध्याय 8, यह http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accordscommerciaux/agr-acc/colombia-colombie/chapter8-chapitre8. aspx?lang=eng पर उपलब्ध है ।

उस दशा में लागू होगी यदि इसकी संसूचना नियंत्रक राज्य द्वारा अग्रिम में स्पष्ट रूप से दे दी गई हो ।

2. उस रीति के कथन का एक उपबंध, जिसमें नियंत्रक राज्य विनिधानकर्ता द्वारा विनिधान में प्रकटन की गई जानकारी का प्रयोग करेगा, जोड़ा जाए । इसमें यह भी स्पष्ट किया गया होना चाहिए कि नियंत्रक राज्य गोपनीय कारोबारी जानकारी की संरक्षा करेगा और विनिधानकर्ता या विनिधान के कारोबारी हितों या प्रतिस्पर्धा स्थिति से समझौता नहीं करेगा ।

3. बीआईटी के अधीन विनिधानकर्ताओं पर अधिरोपित किन्हीं बाध्यताओं में उन राष्ट्रीय व्यवहार बाध्यताओं का अवश्य ही ध्यान रखा जाना चाहिए जिसका उसी संधि के माध्यम से उपबंध किया गया है ।

उ. अनुच्छेद 11 और अनुच्छेद 12. कराधान और नियंत्रक राज्य की विधियों से अनुपालन

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

4.5.1 2015 के माडल में एक साधारण अपवर्जन का उपबंध है जिसमें यह कथन है कि संधि किसी कराधान उपाय को लागू नहीं होगी [अनुच्छेद 2.6(iv)] । 2015 के माडल में नियंत्रक राज्य की इस बात का अवधारण करने की सर्वोच्चता का प्रकटन भी किया गया है कि उसकी ओर से किया गया आचरण कराधान की विषय-वस्तु है अथवा नहीं और इसीलिए इसे संधि की परिधि से अपवर्जित किया गया है । अनुच्छेद 6.3 में भी कराधान का उल्लेख है जिसमें विनिधान से संबंधित निधियों का निर्बाध अंतरण करने के विनिधानकर्ता के सामान्य अधिकार को निर्बंधित करने के नियंत्रक राज्य के स्वीकृत मध्यक्षेत्रों की सूची दी गई है । अनुच्छेद 6.3(vi) के अनुसार, कोई पक्षकार कराधान संबंधी अपनी विधियों के सद्भावी उपयोजन के माध्यम से विनिधानकर्ता द्वारा निधियों के अंतरण पर शर्त लगा सकता है या उसे निवारित कर सकता है ।

4.5.2 अनुच्छेद 11 और अनुच्छेद 12 नियंत्रक राज्य की विधियों का अनुपालन करने की विनिधानकर्ता की बाध्यता के बारे में हैं । अनुच्छेद 11 में उस कर उत्तरदायित्व माडल[79] को अंगीकार किया गया है, जिसके द्वारा विनिधानकर्ताओं और उनके विनिधानों से कराधान संबंधी उपबंधों का पालन करने की अपेक्षा की जाती है,

[79] अन्तरराष्ट्रीय विनिधान करारों के मुद्दों पर यूएनसीटीएडी श्रृंखला, कराधान, पृष्ठ 45, यह http://unctad.org/en/docs/iteiif16-en.pdf पर उपलब्ध है ।

जिसके अन्तर्गत समय से उनके कर दायित्वों का भुगतान करना भी है ।[80] अनुच्छेद 12 व्यापक है, जिसमें विनिधानकर्ताओं से और विनिधानों में नियंत्रक राज्य की विधियों का पालन करने की अपेक्षा की गई है और तत्पश्चात्, विभिन्न प्रकार की विधियों की सूची दी गई है । इसमें विनिधानकर्ताओं से और विनिधानों में "नियंत्रक राज्य के विकास संबंधी उद्देश्यों के लिए प्रयास करने.........उसमें योगदान देने" की भी विशिष्टतया स्थानीय समुदाय और देश के लोगों के अधिकारों को मान्यता प्रदान करते हुए, अपेक्षा की गई है ।

4.5.3 2015 के माडल में "उपयोज्य विधियों" से संबंधित ऐसा ही एक उपबंध भी है (अनुच्छेद 12.1), किन्तु 2015 के माडल में इस बात से विचलन किया गया है कि विनिधानकर्ता के लिए संधि के उपबंधों के फायदे का दावा करने के संबंध में इन उपबंधों का अनुपालन करना आज्ञापक है (अनुच्छेद 8.3) । जब अनुच्छेद 14.3(iii) के अधीन किसी विवाद की सूचना जारी की जाती है तब विनिधानकर्ता को "अनुच्छेद 9, अनुच्छेद 10, अनुच्छेद 11 और अनुच्छेद 12 का अनुपालन किए जाने को दर्शाते हुए" एक स्वतः प्रमाणित कथन अवश्य देना चाहिए और इसमें कोई भंग होने से विनिधानकर्ता द्वारा वसूलीय प्रतिकर पर प्रतिकूल प्रभाव पड़ सकता है [अनुच्छेद 14.10(ii)] अथवा इससे नियंत्रक राज्य द्वारा संभाव्य प्रतिदावा किया जा सकता है [अनुच्छेद 14.11(i)] ।

4.5.4 इससे यह निर्वचन निकलता है कि किसी विधि का थोड़ा सा भी अनुपालन न किए जाने से भी विनिधानकर्ता को संधि के फायदे से वंचित किया जा सकता है । यह सुझाव दिया जाता है कि अनुच्छेद 11 और अनुच्छेद 12 का पुनः प्रारूपण किया जाए, प्रथमतः विधियों का अनुपालन किए जाने की साधारण अपेक्षा को विनिर्दिष्ट किया जाए और दूसरे उन क्षेत्रों की एक व्यापक सूची अधिकथित की जाए जिनमें कि विधियों का अनुपालन न किए जाने की दशा में अनुच्छेद 14.10 और अनुच्छेद 14.11 के अधीन वर्जित परिणामों का सामना करना पड़ेगा । इसके अतिरिक्त, अनुच्छेद 12.2 के अधीन वर्णित "नियंत्रक राज्य के विकास संबंधी उद्देश्यों में योगदान करने" की बाध्यता थोड़ी सी अस्पष्ट है और तब तक वह संधार्य नहीं हो सकती जब तक कि राज्य द्वारा विनिधानकर्ता को ज्ञात प्ररूप में उसके विकास संबंधी उद्देश्यों को सुस्पष्ट नहीं किया जाता है और उनका दस्तावेजीकरण नहीं किया जाता है । यह सुझाव दिया जाता है कि ऐसे उपबंध को अनुच्छेद 14 में जो उपबंध है उससे जोड़े जाने के बजाय साधारण अपेक्षा माना जाए ।

---

80 विनिधानकर्ताओं की समय से अपने कर दायित्वों का भुगतान करने की अपेक्षा को कर मांग की स्पष्टता से जोड़ा गया है । उदाहरण के लिए शेफाली आनंद और केनन मकैडो (2015), 'इंडियाज मिनिमम आल्टरनेट टैक्स' । वालस्ट्रीट जर्नल, यह http://blogs.wsj.com/briefly/2015/04/17/indias-minimum-alternate-tax-the-short-answer/ पर उपलब्ध है ।

4.5.5 अधिकरण को अनुच्छेद 14 के अधीन प्रतिकर अधिनिर्णीत करते समय विधियों के किसी भाग को अवश्य ध्यान में रखना चाहिए, किन्तु यह अस्पष्ट है कि यदि अधिकरण को इस बात का अवधारण करना चाहिए कि क्या विनिधानकर्ता ने नियंत्रक राज्य की विधियों का पालन किया है और क्या इसलिए वह संधि के फायदों का दावा कर सकता है । इस निर्बंधन से अधिकरण के उत्तरदायित्वों की व्याप्ति महत्वपूर्ण रूप से बढ़ जाती है । अतः, इस बात की अपेक्षा करने के बजाय, कि वह यह दर्शित करे कि विधियों का अनुपालन किया गया है, नियंत्रक राज्य को ही अपने उत्तर/प्रतिदावे में इस मुद्दे को उठाने और उसे अधिकरण के समक्ष साबित करने की अनुज्ञा देना ही पर्याप्त हो सकता है । आईआईएसडी माडल में इस बारे में मार्गदर्शक सिद्धान्त दिए गए हैं ।[81]

4.5.6 2015 के माडल में विनिधानकर्ताओं पर विनिर्दिष्ट बाध्यताएं अधिरोपित की गई हैं और यह सुझाव दिया जाता है कि नियंत्रक राज्य से जानकारी, जिसके अन्तर्गत विधियों और विनियमों, प्रशासनिक प्रक्रियाओं, विनिर्णयों, न्यायालय के विनिश्चयों और अन्तरराष्ट्रीय करारों और साथ ही प्रारूप या प्रस्तावित नियमों की जानकारी भी है, जनसाधारण को उपलब्ध कराने की समान रूप से अपेक्षा की जानी चाहिए ।[82]

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

---

[81] यद्यपि, आईआईएसडी में भी विनिधानों को नियंत्रक राज्य की विधियों और विनियमों के अध्यधीन किए जाने की अपेक्षा की गई है (अनुच्छेद 11), तथापि, अनुपालन न किए जाने के किन्हीं साधारण परिणामों का उपबंध नहीं किया गया है । इसके विपरीत, उस माडल में विनिधान पूर्व के समाघात निर्धारण से संबंधित कतिपय विनिर्दिष्ट बाध्यताओं, भ्रष्टाचार रोधी बाध्यताओं, पश्च-स्थापन बाध्यताओं और कारपोरेट शासन सन्नियमों की पहचान की गई है और उसमें पृथक् रूप से प्रत्येक अपेक्षा के अननुपालन के परिणामों का उपबंध किया गया है । दृष्टांत-स्वरूप, पश्च-स्थापन बाध्यताओं और कारपोरेट शासन सन्नियमों के संदर्भ में आईआईएसडी माडल में यह विनिर्दिष्ट है कि पृथक् घटना की अपेक्षा "अनुपालन किए जाने में निरंतर असफलता" हुई होनी चाहिए और ऐसे विवाद की सुनवाई करने वाले अधिकरण को इस बात पर विचार करना चाहिए क्या भंग, यदि साबित होता है, उसके समक्ष के विवाद्यकों से सुसंगत हैं और यदि ऐसा है तो उसे नुकसानी के किसी दावे या किसी अधिनिर्णय के गुणागुण पर उसके कौन से प्रशासनकारी या अपमुजराई प्रभाव हैं (अनुच्छेद 18) आईआईएसडी माडल http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_agreeement.pdf पर उपलब्ध है ।

[82] द्विपक्षीय विनिधान संधियों में विवेचना के लिए, यू.एन.सी.टी.ए.डी. देखिए पारदर्शिता, यूएनसीटीएडी/डीआईएई/आईए/2011/6, यह http://unctad.org/en/publicationasLibrary/unctaddiaeia2011d6_en.pdf पर उपलब्ध है ।

4.5.7 विनिर्दिष्ट प्रारूपण भाषा नहीं दी गई है । तथापि, निम्नलिखित सुझाव दिए जाते हैं :

1. अनुच्छेद 11 और अनुच्छेद 12 का पुनःप्रारूपण किया जाए प्रथमतः, विधियों का अनुपालन किए जाने की साधारण अपेक्षा को विनिर्दिष्ट किया जाए और दूसरे उन क्षेत्रों की एक व्यापक सूची अधिकथित की जाए जिनमें कि विधियों का अनुपालन न किए जाने की दशा में अनुच्छेद 14.10 और अनुच्छेद 14.11 के अधीन वर्जित परिणामों का सामना करना पड़ेगा ।

2. अनुच्छेद 12.2 के अधीन की "नियंत्रक राज्य के विकास संबंधी उद्देश्यों में योगदान करने की" बाध्यता को अनुच्छेद 14 में जो बाध्यता है उससे जोड़े जाने के बजाय साधारण अपेक्षा माना जाए ।

3. अनुच्छेद 14 के अधीन, विनिधानकर्ता से इस बात की अपेक्षा करने के बजाय कि वह यह दर्शित करे कि विधियों का अनुपालन किया गया है, नियंत्रक राज्य को ही अपने उत्तर/प्रतिदावे में इस मुद्दे को उठाने और उसे अधिकरण के समक्ष साबित करने की अनुज्ञा देना ही पर्याप्त हो सकता है ।

4. कुछ प्रकार की जानकारी, जिसके अन्तर्गत विधियों और विनियमों, प्रशासनिक प्रक्रियाओं, विनिर्णयों, न्यायालय के विनिश्चयों और अन्तरराष्ट्रीय करारों और साथ ही प्रारूप या प्रस्तावित नियमों की जानकारी भी है, जन साधारण को उपलब्ध कराने जैसे कतिपय पारदर्शिता संबंधी अपेक्षाएं नियंत्रक राज्य पर अधिरोपित की जा सकती हैं ।

ऊ. अनुच्छेद 13 - गृह राज्य बाध्यताएं

(i) विश्लेषण और टिप्पण :

4.6.1 अनुच्छेद 13 में गृह राज्य के किसी विनिधान के संबंध में गृह राज्य में की गई ऐसी किसी बात के विरुद्ध न्यायिक कार्रवाई करने के अधिकार को स्वीकार किया गया है, जिससे गृह राज्य में बहुत अधिक नुकसान, व्यक्तिगत क्षति या जीवन की हानि हुई हो । इस उपबंध में गृह राज्य को यह सुनिश्चित करने के लिए और आबद्धकर बनाया गया है कि उसकी विधिक प्रणाली उसके न्यायालय के समक्ष ऐसी कार्रवाइयां लाने पर रोक न लगाए ।

4.6.2 अनुच्छेद 13 को एसएडीसी माडल बीआईटी[83] के अनुच्छेद 17 और आईआईएसडी माडल के अनुच्छेद 31 के अनुरूप तैयार किया गया है । इस उपबंध में अधिकारिता संबंधी नियंत्रणों को, जैसे कि न्यायालय विवेकाधिकार नियम, जो गृहराज्य को उन मामलों की उन आधारों पर कि मामलों की सुनवाई करने के लिए और उपयुक्त न्यायालय है, सुनवाई करने से निर्बंधित कर सकता है, दूर करने की ईप्सा की गई है ।[84] ऐसा उपबंध 'विदेशी प्रत्यक्ष दायित्व संबधी मामलों' में के संदर्भ में आया है जैसे कि भोपाल (गैस) वाला मामला संयुक्त राज्य अमेरिका में यूनाइटेड किंगडम में अन्तरीय मुकदमेबाजी में फाइल किया गया था ।[85] आईआईएसडी माडल की व्याख्या के अनुसार, इस उपबंध में आज की अन्तरराष्ट्रीय विधि की विषमताओं में से एक विषमता को अर्थात् यह कि विदेशी विनिधानकर्ताओं को बीआईटी के अधीन विशेष अधिकार तो प्राप्त हैं किन्तु उनके कोई दायित्व नहीं हैं क्योंकि वे नियंत्रक राज्य के न्यायालयों की व्याप्ति से परे हैं क्योंकि वे उस राज्य में स्थापित एक पृथक् उद्‌यम के माध्यम से प्रचालन करते हैं और वे अन्यत्र होने वाली नुकसानियों के लिए गृह राज्यों के न्यायालयों की अधिकारिता के अधीन भी नहीं आते हैं, उलटने की ईप्सा की गई है ।[86]

4.6.3 एसएडीसी प्रारूपण समिति ने यह उल्लेख किया कि ऐसा कोई उपबंध अंगीकार करते समय, इस बाध्यता के राष्ट्रीय क्रियान्वयन की ओर ध्यान अवश्य दिया जाना चाहिए । इसमें घरेलू न्यायालयों की अधिकारिता को स्पष्ट करने के लिए नई विधियों को अंगीकार किए जाने की अपेक्षा हो सकती है और संबंधित सरकारों को विनिर्दिष्ट प्रशिक्षण दिए जाने की भी जरूरत हो सकती है । यूएस सलाइन टार्ट क्लेम्स ऐक्ट, 1789 ऐसी विधि का एक उदारहण है जिसमें संयुक्त राज्य अपेरिका के जिला न्यायालयों को राष्ट्रों की विधि या संयुक्त राज्य अमेरिका की संधि के अतिक्रमण में किसी अन्यदेशीय द्‌वारा किए गए अपकृत्यों के लिए सिविल कार्रवाई की मूल अधिकारिता प्राप्त है ।

---

83 एसएडीसी माडल http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf पर उपलब्ध है ।

84 आईआईएसडी माडल http://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf पर उपलब्ध है ।

85 देखिए लीगबेथ एनेकिंग, फारेन डाइरेक्ट लाइबिलिटी एंड बियोन्ड : एक्सप्लोरिंग दि रोल आफ टार्ट ला इन प्रोमोटिंग इंटरनेशनल कारपोरेट सोशल रिसपोंसिबिलिटी एंड अकाउन्टेबिलिटी, इलेवन इंटरनेशनल पब्लिशिंग, 2012 पृष्ठ 92-100, यह http://dspace.library.uu.nl/handle/1874/243592 पर उपलब्ध है ।

86 आईआईएसडी माडल इंटरनेशनल एग्रीमेंट आन इन्वेस्टमेंट फार सेस्टेनेबल डेवेलेपमेंट फार सस्टेनेबल नेगोशिएशन्स 'हैंडबुक, दूसरा संस्करण' यह http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_model_int_handbook.pdf पर उपलब्ध है ।

4.6.4 अनुच्छेद 13.2 में यह सुझाव दिया गया है कि गृह राज्यों की विदेशों में विनिधान करने वाले विनिधानकर्ताओं के विरुद्ध सिविल दायित्व दावों को अनुज्ञात करने के लिए अपनी मूल विधि को उपांतरित करना चाहिए । तथापि, इस उपबंध में उन सिविल दायित्व दावों के, जो अन्यथा नियंत्रक राज्य में, यदि उनमें अधिकारिता संबंधी कोई नियंत्रण नहीं है, कायम रखे जाने योग्य हैं, अधिकारिता संबंधी रोक का निवारण करने पर ध्यान केन्द्रित किया जाना चाहिए ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

> 13.2 गृह राज्य यह सुनिश्चित करेगा कि उनके घरेलू न्यायालयों को नियंत्रक राज्य के राज्यक्षेत्र में विनिधानकर्ताओं के विनिधानों के संबंध में उनके द्वारा या उनके विनिधानों में किए गए अभिकथित कृत्यों, विनिश्चयों या लोपों के परिणामस्वरूप होने वाली नुकसानियों के लिए विनिधानकर्ताओं और विनिधानों के सिसिल दायित्वों से संबंधित मामलों की सुनवाई करने से निवारित न किया जाए या सुनवाई करने के लिए असम्यक् रूप से निर्बंधित न किया जाए ।

अध्याय 5

विवाद समाधान

क. साधारण टिप्पणी :

5.1.1 आरंभ में ही, विनिधान संधि विवादों में विवाद समाधान तंत्र से संबंधित कतिपय मुद्दों का उल्लेख करना सुसंगत है । एक मुद्दा यह है कि यह माना जाता है कि मध्यस्थों के दृढ़तापूर्वक ध्रुवीकृत मत होते हैं और वे पूरी दृढ़ता से या तो राज्य के पक्ष में होते हैं या पूरी दृढ़ता से विनिधानकर्ता के पक्ष में होते हैं ।[87] जिसके परिणामस्वरूप, इस बात का जोखिम, जो कि अपीली संवीक्षा के अभाव में और अधिक बढ़ जाता है, होता है कि माध्यस्थम् के परिणाम का अवधारण अधिकरण का गठन करके किया जाता है । अन्तराष्ट्रीय विनिधान विवाद समाधान केन्द्र (आईसीएसआईडी) द्वारा एक अपील तंत्र का उपबंध किया गया है । किन्तु भारत ने आईसीएसआईडी तंत्र के प्रति हस्ताक्षर नहीं किए हुए हैं और इसलिए ऐसा कोई अपील तंत्र भारतीय बीआईटी विवादों के प्रति लागू नहीं होगा । तथापि, कुछ न्यायालयों ने यह अभिनिर्धारित किया है कि बीआईटी विवादों से उदभूत अधिनिर्णयों को आसीन न्यायालयों के समक्ष चुनौती दी जा सकती है । रिपब्लिक आफ इक्वाडोर बनाम ओक्सीडेंटल एक्सप्लोरेशन एंड प्रोडक्शन कंपनी वाले मामले में हाऊस आफ लार्डस का तथा बी.जी. ग्रुप पीएलसी बनाम रिपब्लिक आफ अर्जेंटीना वाले मामले में यूएस सुप्रीप कोर्ट का निर्णय देखिए ।[88] अतः, यह महत्वपूर्ण है कि भारत का अंतर्वलित देश के विवादों में स्थान को चुनने का अधिकार होना चाहिए और यह कि स्थान का, परिणामतः अपील आदि के परिणामों को ध्यान में रखते हुए, ध्यानपूर्वक ध्यान किया जाना चाहिए ।

---

[87] गुस वेन हर्टन, 'प्रो-इन्वेस्टर आर प्रो-स्टेट बायस इन इन्वेस्टमेंट ट्रीटी आर्बिट्रेशन? फोर्थकमिंग स्टडी गिव्स काज आफ कन्सर्न', इन्वेस्टमेंट ट्रीटी न्यूज, 13 अप्रैल, 2012 यह http://www.iisd.org/itn/2012/04/13/pro-investor-or-pro-state-bias-in-investmet-treaty-arbitration-forthcoming-study-gives-cause-for-concern/ पर उपलब्ध है ।

[88] रिपब्लिक आफ इक्वाडोर बनाम ओक्सीडेंटल एक्सप्लोरेशन एंड प्रोडक्शन कंपनी वाला मामला धारा 67 के अधीन आरंभिक आवेदन, यह http://www.italaw.com/sites/default/files/case-docuuments/ita0572.pdf पर उपलब्ध है । इस आदेश की अपील http://www.italaw.com/sites/default/files/case-docouments/ita0573.pdf; http://www.italaw.com/documents/OxyEcuadorHCJChallenge.pdf; http://www.italaw.com/sites/default/files/case-docuuments/ita0575.pdf]; http://www.olswang.com/pdfs/ecuador_occidental_apr06.pdf; http://www.italaw.com/sites/default/files/case-docuuments/italaw3115.pdf; http://www.italaw.com/sites/default/files/case-docuuments/italaw3116.pdf; http://www.italaw.com/sites/default/files/case-docuuments/italaw3117.pdf; http://www.jonesday.com/sites/publication/9db71b6c-742a-486b-9931-8ead6add2500/presentation/publicationAttachment/33bde14d-9108-4afb-9a6a-91800b6f7338/US%20Court%Gives%20Deference.pdf. पर उपलब्ध है ।

5.1.2 2015 के माडल में केवल तदर्थ अन्तरराष्ट्रीय माध्यस्थम् का उपबंध किया गया है और इसमें अन्य मंचों अर्थात् अन्तरराष्ट्रीय विनिधान विवाद समाधान केन्द्र (आईसीएसआईडी) (उन राज्यों के लिए जो आईसीएसआईडी के पक्षकार हैं) और साथ ही आईसीएसआईडी अतिरिक्त सुविधा के प्रति निर्देश नहीं किया गया हैं, जिसका कि उपयोग उन राज्यों के विरुद्ध, जो आईसीएसआईडी के पक्षकार नहीं हैं, कोई दावा लाने के लिए किया जा सकता है । यद्यपि, भारत भी आईसीएसआईडी का पक्षकार नहीं है, इन आनुकल्पिक विवाद समाधान पद्धतियों के प्रति निर्देश से, विदेशों में (विनिधान करने वाले) उन भारतीय विनिधानकर्ताओं को, जो अन्य राज्यों के विरुद्ध दावा लाने की ईप्सा कर रहे हों, फायदा पहुंच सकता है । इस प्रकार, विवाद समाधान के लिए मंचों की सीमित करके, 2015 के माडल से विदेश में के भारतीय विनिधानकर्ताओं को जो उपचार उपलब्ध हैं, उनसे वे वंचित हो सकते हैं । भारतीय-सउदी अरब की बीआईटी में इस बारे में कुछ मार्गदर्शक सिद्धांत दिए गए हैं ।[89] तथापि, चूंकि विवाद समाधान मंच को चुनना एक नीति विषयक विनिश्चय है, अतः इस अध्याय में की शेष टिप्पणियों में इस बारे में विस्तारपूर्वक कोई उल्लेख नहीं किया गया है ।

ख. अनुच्छेद 14.1. प्रयोजन

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

5.2.1 इस उपबंध को अस्पष्ट समझा जा सकता है क्योंकि इसमें नियंत्रक राज्य से धन, संपत्ति या कोई अन्य मूल्यवान चीज अभिप्राप्त करने के लिए या अन्यथा नियंत्रक राज्य को कार्य करने या कार्य करने से प्रविरत रहने के लिए बाध्य करने के लिए विनिधानकर्ता राज्य विवाद समाधान तंत्र (आईएसडीएस) का प्रयोग करने को प्रतिषिद्ध किया गया है । इस उपबंध में उन अधिनिर्णयों के प्रवर्तन को भी प्रभावी रूप से सम्मिलित किया जा सकता है जिससे प्रत्यर्थी राज्य को अधिष्ठायी उपबंध का अतिक्रमण करने के लिए दंडित किया जा सकता है और इस उपबंध का अतिक्रमण किए जाने के लिए धनीय पंचाट दिया जा सकता है । इस बात की संभावना है कि यह उपबंध बातचीत करने वाले दूसरे देशों को स्वीकार्य न हो ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

5.2.2 यह सुझाव दिया जाता है कि अनुच्छेद 14.1 को हटा दिया जाए ।

---

[89] भारत-सउदी अरब बीआईटी का अनुच्छेद 12.4(क) ।

ग. अनुच्छेद 14.2(ii) : वे दृष्टान्त जहां आईएसडीएस तंत्र लागू नहीं होता है

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

5.3.1 अनुच्छेद 14.2(ii) (क) और (ख) में ऐसे किसी विधिक मुद्दे का, जिसका कि नियंत्रक राज्य के किसी न्यायिक प्राधिकारी द्वारा अंतिम रूप से निपटारा कर दिया गया है, और राज्य के न्यायिक प्राधिकारी द्वारा किए गए विनिश्चय के गुणावगुणों का पुनर्विलोकन करने की अधिकरण की अधिकारिता को निवारित किया गया हो । ऐसा प्रतीत होता है कि यह यह सुनिश्चित करने के लिए किया गया है कि अधिकरण भारतीय न्यायालयों द्वारा किए गए विनिश्चयों पर, अपील पर, विचार में ही न लगा रहे ।

5.3.2 किन्तु, इस उपबंध से संपूर्ण बीआईटी अव्यवहार्य बन गई है । अनुच्छेद 14.3 में यह अपेक्षित है कि विवाद की सूचना जारी किए जाने के पूर्व, विनिधानकर्ता को घरेलू उपचारों का अनुशीलन अवश्य कर लेना चाहिए । अनुच्छेद 14.3(ii) में यह उपबंधित है कि विवाद की सूचना केवल वहां जारी की जा सकती है जहां स्थानीय उपचार विनिधानकर्ता के असमाधानप्रद रूप में 'समाप्त' न हो गए हों या विनिधानकर्ता यह साबित करने में समर्थ है कि घरेलू अनुतोष की सतत् खोज करना विनिर्दिष्ट कारणों से निरर्थक होगा । घरेलू उपचारों की खोज करने में नियंत्रक राज्य के न्यायिक प्राधिकारियों के साथ परस्पर बातचीत करना आवश्यक होगा, जिसके परिणामस्वरूप निर्णय या आदेश हो सकते हैं जिससे गुणागुण पर विनिश्चय हो सकते हैं । तथापि, 2015 के माडल में यह अनुध्यात है कि सभी मुद्दो की सर्वप्रथम गुणागुण के आधार पर स्थानीय मंच के समक्ष जांच की जानी चाहिए और साथ ही यह उपबंध किया जाना चाहिए कि किसी स्थानीय न्यायालय का निष्कर्ष जहां तक माध्यस्थम् अधिकरण का संबंध है, अधिकारिता संबंधी वर्जना के रूप में कार्य करेगा । ऐसा अत्यधिक रूपरेखाओं को अनुध्यात करना कठिन है । जहां कि विनिधानकर्ता स्थानीय उपचारों के समाप्त होने संबंधी उपबंध का पालन करेगा और फिर भी अनुच्छेद 14.2(2) द्वारा अधिरोपित अधिकारिता संबंधी वर्जना को पार कर लेगा ।

5.3.3 उदाहरण के लिए, मान लों कि कंपनी X विधायिका द्वारा पारित कराधान संशोधन के प्रति आक्षेप करती है और उस मामले को उसकी सांविधानिकता की जांच किए जाने का अनुरोध करते हुए उच्च न्यायालय या उच्चतम न्यायालय के समक्ष ले जाती है । यदि न्यायालय कोई विनिश्चय करता है या दावे को खारिज करता है तो इन खंडों के अधीन वह अधिकरण के समक्ष उसको आक्षेपित करने से उसे अधिकरण के समक्ष बीआईटी के अधीन दी गई अधिष्ठायी संरक्षाओं (उदाहरणार्थ ऋजु

और साम्यापूर्ण उपचार, राष्ट्रीय उपचार आदि) के अतिक्रमण के आधारों पर लाए जाने के बावजूद निवारित होगा ।

5.3.4 अनुच्छेद 14.2(ii)(क) उस सीमा तक अनिश्चित है कि इसमें ऐसे किसी विधिक मुद्दे की पुनःपरीक्षा करने को निवारित किया गया है, जिसका विनिश्चय न्यायिक प्राधिकारी द्वारा किया जा चुका है । इस प्रकार, यह सुझाव दिया जाता है कि अनुच्छेद 14.2(ii)(क) को हटा दिया जाए । तथापि, अनुच्छेद 14.2(ii)(ख) अधिकरण के साधारणतया स्वीकृत अधिकारों के अनुरूप है, जहां अधिकरणों को मामले के गुणागुण पर पुनःविचार किए जाने से निवारित किया गया है और उन्हें संधि की संरक्षाओं के संदर्भ में विचार करने तक सीमित किया गया है ।

5.3.5 अनुच्छेद 14.2(ii)(घ) में राज्य द्वारा अनुच्छेद 16.1(ii) और (iii) तथा अनुच्छेद 17 के अधीन किए गए विनिश्चयों को उपपीठ के समक्ष रखा गया है और ऐसे विनिश्चयों को न्यायालयों के विचार न किए जाने योग्य बनाया गया है । यद्यपि, अनुच्छेद 17 (जो राष्ट्र की सुरक्षा के संबंध में है) के ऐसे उपचार को न्यायोचित ठहराया जा सकता है, तथापि, अनुच्छेद 16.1(ii) और (iii), जो नियंत्रक राज्य के वित्तीय स्थायीत्व के संबंध में है, के अधीन किए गए विनिश्चयों का ऐसा उपचार अनिश्चित हो सकता है और उसका राज्यों द्वारा बीआईटी बाध्यताओं से हटने के लिए निरंकुश तंत्र के साथ में प्रयोग किया जा सकेगा । अनुच्छेद 14.2(ii)(घ) पर इस आधार पर पुनःविचार किया जा सकता है जिससे कि अनुच्छेद 17 के लागू किए जाने को निर्बंधित किया जा सके ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

5.3.6 निम्नलिखित सुझाव दिए जाते हैं :

1. अनुच्छेद 14.2(ii)(क) को हटा दिया जाए ।

2. अनुच्छेद 14.2(ii)(घ) पर पुनः विचार किया जाए और उसके लागू किए जाने को केवल अनुच्छेद 17 तक निर्बंधित किया जाए ।

घ. अनुच्छेद 14.3 : स्थानीय उपचारों की समाप्ति, सूचना और परामर्श

(i) विश्लेषण और टिप्पणी

5.4.1 अनुच्छेद 14(3)(iv) में यह उपबंध है कि विवाद की सूचना के जारी किए जाने से कम से कम एक वर्ष की अवधि अवश्य बीत गई होनी चाहिए जिसके कि दौरान विनिधानकर्ता और प्रत्यर्थी राज्य को अर्थपूर्ण परामर्श, बातचीत या उपलब्ध किन्हीं

घरेलू उपचारों या समाधानों की निरंतर खोज करते हुए सौहार्दपूर्ण रूप से विवाद का समाधान करने का प्रत्यत्न करने के सर्वोत्तम प्रयासों का उपयोग करना चाहिए इसमें इस बात का जोखिम है कि अधिकरण इसे केवल प्रक्रियात्मक/ग्राह्यता की अपेक्षा मान सकते हैं । कुछ मामलों में, अधिकरणों द्वारा या तो प्रतीक्षा अवधियों की अनदेखी की गई हो या उनके अनुपालन को अनुज्ञात किया गया है या पक्षकारों की सौहार्दपूर्ण समझौते पर पहुंचने के लिए पक्षकारों को अनुज्ञात करने की दृष्टि से कार्यवाहियों को निलंबित कर दिया गया है ।[90] तथापि, इसमें न्यायशास्त्र में भिन्नता है ।[91]

5.4.2 अनुच्छेद 14(3)(v), इस कारण से यह उपबंध करने के लिए सम्मिलित किया गया है कि घरेलू उपचारों का समाप्त होना, विवाद की समुचित सूचना का दिया

---

[90] उदाहरण के लिए एसजीएस सोशेडेर जनरेल डी सरविलेंस एसए बनाम इस्लामिक रिपब्लिक आफ पाकिस्तान वाला मामला देखिए, जहां अधिकरण ने परामर्शी की अवधियों को आज्ञापक और अधिकारिता संबंधी प्रकृति का माने जाने के बजाय निदेशात्मक और प्रक्रियात्मक माना था' । आईसीएसआईडी मामला सं0 ए.आर-बी/01/13, अधिकारिता संबंधी विनिश्चय, (6 अगस्त, 2003), पृष्ठ 184, यह http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0779.pdf. पर उपलब्ध है । इसी प्रकार रोनाल्ड एस. लाडर बनाम दि चेक. गणराज्य (यूएनसीआईटीआरएएल, अंतिम अवार्ड, 3 सितम्बर, 2001, पृष्ठ 190 [यह http:// www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0451.pdf पर उपलब्ध है], अधिकरण की यह राय थी कि माध्यस्थम् की कार्यवाहियों के प्रारंभ होने के पूर्व प्रतीक्षा अवधि के बीतने पर आग्रह 'अनावश्यक उपरिस्थ व्यवहारवादिता से संबंधित दृष्टिकोण की कोटि' में आएगा जो पक्षकारों के विधिसम्मत हितों की संरक्षा करने का हितसाधन नहीं करेगा' । अधिकरण ने बेइंदीर इनसाट टुरिजम टिकारेट वी सानाई ए.एस. बनाम पाकिस्तान वाले मामले में (आईसीएसआईडी मामला सं0 एआर बी/03/29, अधिकारिता संबंधी विनिश्चय (14 नवम्बर, 2005) पृष्ट 100, यह http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0075.pdf. पर उपलब्ध है । यह कथन करते हुए प्रतीक्षा अवधि के बीतने पर आग्रह न करने का यह नीतिविषयक कारण दिया कि इससे आम तौर पर यह अभिप्रेत होता है कि [विनिधानकर्ता] को माध्यस्थम् के लिए नए सिरे से अनुरोध पत्र फाइल करना होगा और संपूर्ण कार्यवाही को पुनःप्रारंभ करना होगा जो कि किसी के हित में नहीं होगा ।

[91] उदाहरण के लिए, अधिकरण ने मरफी एक्सप्लोरेशन एंड प्राड कंपनी इनट' बनाम रिपब्लिक आफ इक्वाडोर (आईसीएसआईडी मामला सं0 ए-आर बी/08/4, अधिकारिता संबंधी अधिनिर्णय (15 दिसम्बर, 2010), पृष्ट 149 जो http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0547.pdf. पर उपलब्ध है वाले मामले में यह अभिनिर्धारित किया कि इस अपेक्षा से कि पक्षकारों का अपना विवाद छह मास की अवधि तक परामर्श और बातचीत के माध्यम से सुलझाना चाहिए, जैसा कि दावाकर्ता और कुछ माध्यस्थम् अधिकरणों का कथन है, किसी प्रक्रियात्मक नियम या विवेकाधिकार और प्रक्रियात्मक नियम का गठन नहीं होता है जिसका कि संबंधित पक्षकार द्वारा समाधान किया जा सकता है और नहीं भी किया जा सकता है । इसके विपरीत, इससे उस मूलभूत अपेक्षा का गठन होता है जिसका कि दावाकर्ता द्वारा, आईसीएसआईडी नियम के अधीन माध्यस्थम् के लिए अनुरोध पत्र प्रस्तुत करने के पूर्व अनिवार्य रूप से पालन किया जाना चाहिए ।

जाना, और विवाद का सौहार्दपूर्ण रूप से समाधान करने के लिए सर्वोत्तम प्रयासों का प्रयोग किया जाना विवाद को माध्यस्थम् के लिए प्रस्तुत किए जाने के लिए आज्ञापक हैं और पूर्व शर्तों के साथ में है । यद्यपि, इस उपबंध की भाषा से ही पक्षकारों के आशय का स्पष्ट रूप से पता चलता है, तथापि, इस मुद्धे पर कि क्या माध्यस्थम्-पूर्व की प्रक्रियाएं मात्रा निदेशात्मक हैं, अनावश्यक मुकदमेबाजी के परिमाण पर विचार करते हुए इस उपबंध के रूप में थोड़ा पुनः प्रारूपण किया जाना चाहिए ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

14.3(v) पक्षकार इस बात से सहमत हैं कि इस अनुच्छेद के अधीन घरेलू उपचारों का समाप्त हो जाना, विवाद की समुचित सूचना दिया जाना और विवाद का सौहार्दपूर्ण रूप से समाधान करने के सर्वोत्तम प्रयासों का प्रयोग किया जाना विवाद को माध्यस्थम् के लिए प्रस्तुत किए जाने के लिए आज्ञापक हैं और पूर्व शर्तों के रूप में हैं । अनुच्छेद 14.3(v) के किसी भी उपपैरा के अननुपालन से विवाद करने वाला विनिधानकर्ता अनुच्छेद 14 के अधीन माध्यस्थम् करने के पश्चातवर्ती उपाय करने से वर्जित हो जाएगा । इन अपेक्षाओं के अननुपालन से अधिकारिता संबंधी वर्जना का गठन होगा और इस संधि के अनुसरण में गठित किसी अधिकरण को दावे पर अधिकारिता का प्रयोग करने से प्रवारित होगा ।

ङ. अनुच्छेद 14.4(4) - माध्यस्थम् के लिए विवाद को प्रस्तुत करने के लिए अतिरिक्त पूर्व शर्तें

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

5.5.1 अनुच्छेद 14.4(i) अ (ख) के अधीन पक्षकार को घरेलू उपचारों के पूरा होने से अधिकतम अठारह मास की अवधि में बात-चीत करने और विवाद का सौहार्दपूर्ण रूप से समाधान करने के लिए दी गई है । इस अवधि के अंतर्गत बात-चीत के लिए आज्ञापक न्यूनतम एक वर्ष की अवधि भी सम्मिलित होगी । यदि प्रत्यर्थी पक्षकार चाहते हैं कि समझौते की वस्तुतः संभावना है तो वह कालवर्जित नहीं होनी चाहिए और उसके बजाय माध्यस्थम् संबंधी परिसीमा की गणना बात-चीत के टूट जाने से की जानी चाहिए ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

14.4 (i) अ (ख) : अनुच्छेद 14.3(iv) के अनुसरण में विवाद का सौहार्दपूर्ण रूप से समाधान करने की बातचीत या अन्य प्रयासों के खत्म हो जाने से छह मास की अवधि बीत गई होनी चाहिए ।

5.5.2 अनुच्छेद 14.4(ii) की भाषा में भी पुनर्विचार की अपेक्षा होनी चाहिए । इसमें यह विनिर्दिष्ट है कि यदि किसी विनिधान संबंधी विवाद का सौहार्दपूर्ण रूप से समाधान नहीं हो सकता है । परन्तु यदि अनुच्छेद 14.3 और अनुच्छेद 14.4(i) के अधीन शर्तों का पूर्णतः अनुपालन किया गया है, जिसमें "पक्षकारों द्वारा दावे को माध्यस्थम् के लिए प्रस्तुत करने की लिखित सम्मति" भी हो, तो मामले को माध्यस्थम् के लिए निर्दिष्ट किया जा सकता है । इससे यह सुझाव दिया गया प्रतीत होता है कि इस संधि के अलावा एक अतिरिक्त अपेक्षा है जहां कि पक्षकारों को माध्यस्थम् के लिए निर्देश किए जाने की लिखित सम्मति होनी चाहिए ।

5.5.3 तथापि, संधि में अन्तर्विष्ट बीआईटी और आईएसडीएस तंत्र का प्रयोजन, यदि विवाद उत्पन्न होता है तो माध्यस्थम् जैसे तटस्थ तंत्र का उपबंध करने का है । 2015 के माडल के अधीन कोई भी पक्षकार मामले को निर्दिष्ट करने के लिए लिखित सम्मति देने से इनकार कर सकता है, इस प्रकार बीआईटी में आईएसडीएस तंत्र को निरर्थक बना सकता है । यह उपबंध आईसीएसआईडी न्यायशास्त्र से विकसित इस साधारण सिद्धान्त से व्युत्पन्न हुआ प्रतीत होता है कि किसी विनिधान संबंधी विवाद में माध्यस्थम् खंड राज्य की ओर से मध्यस्थता करने की स्थायी प्रस्थापना है जिसे विनिधानकर्ता स्वीकार करे या न करे ।[92] ऐसा प्रतीत होता है कि आशय इस स्थिति को आरंभिक बिन्दु के रूप में प्रयोग करने का किन्तु उसे हलका बनाने का रहा है जिससे कि राज्य को भी आबद्धकर न बनाया जा सके । ऐसा कोई संशोधन माध्यस्थम् खंड को सहमति करार में संपरिवर्तित कर देता है । दूसरी और बातचीत के दूसरे पक्षकार अर्थात् राज्य को ऐसी विरचना के स्वीकार्य न हो ।

(iii) सुझाया गया प्रारूप :

यह सुझाव दिया जाता है कि अनुच्छेद 14.4(ii) का, दावे को माध्यस्थम् के लिए प्रस्तुत किए जाने की लिखित सम्मति की अपेक्षा करने की पंक्ति का लोप करते हुए, पुनः प्रारूपण किया जाए, जो निम्नलिखित अनुसार हो :--

---

92 एलन रेडफर्न, ला एंड प्रेक्टिस आफ इंटरनेशनल कमर्शियल आर्बिट्रेशन; [http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1559739.html [रिपब्लिक आफ बनाम शेवरोन] में यूएस सर्किट न्यायाधीश का यह कथन है कि बीआईटी मध्यस्थता करने की एक स्थायी प्रस्थापना है]; जैशरी डगलास, दि इंटरनेशनल ला आफ इन्वेस्टमेंट क्लेम्स ।

14.4(ii) यदि विनिधान संबंधी विवाद का सौहार्दपूर्ण रूप से समाधान नहीं हो सकता है, परन्तु यदि अनुच्छेद 14.3 और अनुच्छेद 14.4(i) में वर्णित शर्तों का पूर्णतः अनुपालन किया जाता है तो विनिधानकर्ता, इस विनिधान की ओर से जो प्रत्यक्षतः विनिधानकर्ता के स्वामित्वाधीन है या उसके नियंत्रण में है, इस अनुच्छेद के अधीन दावे "दावे" को माध्यस्थम् के लिए प्रस्तुत कर सकता है :

क. * * * * *

ख. * * * * *

च. अनुच्छेद 14.5. मध्यस्थों की नियुक्ति

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

5.6.1 यह एक मानक उपबंध है जिसमें मध्यस्थों की नियुक्ति की प्रक्रिया की रूपरेखा दी गई है । यह भारत के बीआईटी कार्यक्रम में एक अद्‌वितीय किन्तु संगत लक्षण रहा है जैसा कि 2003 के माडल में इसके सम्मिलित किए जाने पर उल्लेख किया गया है कि यदि पक्षकारों के बीच सर्वसम्मति नहीं बनती है तो अन्तरराष्ट्रीय न्यायालय द्‌वारा पीठासीन मध्यस्थ की नियुक्ति की जाए । तथापि, अनुच्छेद 14.5 में यह स्पष्ट किया जा सकता है कि तृतीय मध्यस्थ या पीठासीन मध्यस्थ न तो गृह राज्य का नागरिक होगा और न ही नियंत्रक राज्य का नागरिक होगा जैसा कि 2003 के माडल में पद्‌धति विद्‌यमान थी ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

14.5(i) माध्यस्थम् अधिकरण तीन मध्यस्थों से मिलकर बनेगा जिनके पास लोक अन्तरराष्ट्रीय विधि, अन्तरराष्ट्रीय व्यापार और अन्तरराष्ट्रीय विनिधान निधि अथवा अन्तरराष्ट्रीय व्यापार या अन्तरराष्ट्रीय विनिधान करारों के अधीन उदभूत विवादों का समाधान करने में सुसंगत विशेषज्ञता या अनुभव हो । एक-एक मध्यस्थ प्रत्येक विवाद करने वाले पक्षकारों द्‌वारा नियुकत किया जाएगा और तीसरा मध्यस्थ ("पीठासीन मध्यस्थ") सह मध्यस्थों और पक्षकार की सहमति से नियुक्त किया जाएगा । पीठासीन मध्यस्थ नियंत्रक राज्य या गृह राज्य, दोनों, का ही नागरिक नहीं होगा ।

14.5(ii) यदि इस अनुच्छेद के अधीन मध्यस्थों की नियुक्ति दावे को माध्यस्थम् के लिए प्रस्तुत किए जाने की तारीख से एक सौ बीस (120) दिन की अवधि के भीतर नहीं की जाती है तो यूएनसीआईटीआरएएल नियमों के अनुच्छेद 7 के अधीन अध्यक्ष,

उपाध्यक्ष या अन्तरराष्ट्रीय न्यायालय का अगला वरिष्ठ न्यायाधीश नियुक्ति प्राधिकारी होगा; इस उपखंड के अधीन नियुक्ति प्राधिकारी संविदाकारी पक्षकार का राष्ट्रिक नहीं होगा या उस देश का, जिसके साथ संविदाकारी पक्षकार के राजनयिक या कौंसलीय संबंध नहीं है, राष्ट्रिक नहीं होगा ।

छ. अनुच्छेद 14.6. मध्यस्थों के हितों के संघर्ष का निवारण और चुनौतियां

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

5.7 बीआईटी माध्यस्थमों में अन्तर्वलित लोक हित पर विचार करते हुए, मध्यस्थों की तटस्थता को सुनिश्चित करने के लिए अनुच्छेद 14.6(x) में जिन मानकों का उपबंध किया गया है उससे अधिक व्यापक मानकों को समाविष्ट करना उचित हो सकता है । विकल्प के रूप में, अन्तरराष्ट्रीय माध्यस्थम् में हितों के संघर्ष में अन्तरराष्ट्रीय बार एसोसिएशन (आईबीए) मार्गदर्शक सिद्धान्त समाविष्ट किए जा सकते हैं । तथापि, आईबीए मार्गदर्शक सिद्धान्तों का निरंतर पुनरीक्षण किए जाने के कारण, इन निर्देश के माध्यम से समाविष्ट किया जा सकता है ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

14.6(ii) नामनिर्दिष्ट किए जाने पर और यदि नियुक्त किया जाता है तो प्रत्येक मध्यस्थ ऐसी किन्हीं परिस्थितियों को, जो पक्षकारों के अनुसार उनकी स्वतंत्रता, निष्पक्षता या हितों के संघर्ष से स्वतंत्रता के बारे में संदेह पैदा कर सकती है, सतत् आधार पर लिखित में प्रकट करेगा । इसके अन्तर्गत ऐसे कोई आधार, जिनका उपबंध विवाद के होने की तारीख को यथा लागू अन्तरराष्ट्रीय माध्यस्थमों में हित संघर्ष संबंधी आईबीए मार्गदर्शक सिद्धान्तों में किया गया है और विवाद की विषय-वस्तु से संबंधित कोई अन्य सुसंगत परिस्थितियां और विद्यमान या पूर्व की, प्रत्यक्ष या अप्रत्यक्ष, किन्हीं भी पक्षकारों, विधिक काउन्सेलों, प्रतिनिधियों, साक्षियों या सह मध्यस्थों के साथ वित्तीय, व्यक्तिगत, कारोबारी या वृत्तिक संबंध भी है । ऐसा प्रकटन मध्यस्थ को उन परिस्थितियों का पता चलने पर तत्काल किया जाएगा और ऐसा प्रकटन सह-मध्यस्थों, माध्यस्थम् के पक्षकारों और नियुक्ति करने वाले नियुक्ति प्राधिकारी को, यदि कोई हो, किया जाएगा । न तो उन व्यक्तियों की या इकाइयों की इस जानकारी तक पहुंच बनाने की समर्थता और न ही सार्वजनिक क्षेत्र में उस जानकारी की उपलब्धता से कोई भी मध्यस्थ इन प्रकटनों को करने के उसके सकारात्मक कर्तव्य मुक्त नहीं होगा । इस बारे में संदेहों का कि प्रकटन अपेक्षित हैं, समाधान ऐसे प्रकटन के पक्ष में किया जाएगा ।

ज. अनुच्छेद 14.8 माध्यस्थम् की कार्यवाहियों मं पारदर्शिता

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

5.8.1 संधि आधारित विनिधानकर्ता राज्य माध्यस्थम् में पारदर्शिता संबंधी अन्तरराष्ट्रीय व्यापार विधि संबंधी संयुक्त राष्ट्र आयोग (यूएनसीआईटीआरएएल) नियम 1 अप्रैल, 2014 से प्रभावी हुए थे । भारतीय संधि माध्यस्थम् अनुच्छेद 14.7(i) के अनुसार यूएनसीआईटीआरएएल नियमों के अध्यधीन हैं, और परिणामतः ऐसा प्रतीत होता है कि यह अनुच्छेद भारतीय संधि माध्यस्थमों को अन्तरराष्ट्रीय रूप से स्वीकृत नियमों के अनुरूप बनाने के लिए सम्मिलित किया गया है ।[93] यह एक बहुत ही स्वागत योग्य परिवर्तन है क्योंकि विनिधान संधि माध्यस्थमों की प्रायः अल्प जानकारी के साथ गोपनीय रूप से पूरा किया जाता है ।

5.8.2 तथापि, यह स्वीकार्य है कि कतिपय दस्तावेजों के प्रकटन से, विशेषकर विवाद के लंबित रहने के दौरान, पक्षकारों विधिक अधिकारों पर प्रतिकूल प्रभाव पड़ सकता है । यह विशिष्टतया अनुच्छेद 14.8(i)(ख) के संदर्भ में सुसंगत है, जिसमें यह अपेक्षित है कि अधिकरण को अधिकारिता और गुणागुण संबंधी प्रस्तुत किए गए अभिवचनों और लिखित दलीलों को, जिनके अन्तर्गत अनुच्छेद 14.8(iv) के अधीन विवाद न करने वाले पक्षकार द्वारा दी गई दलीलें भी हैं, जनसाधारण को उपलब्ध कराया जाना चाहिए ।

5.8.3 अनुच्छेद 14(8)(iv) में यह उपबंध है कि विवाद न करने वाले पक्षकार अधिकरण को संधि के निर्वचन के बारे में मौखिक या लिखित दलीलें दे सकेगा । तथापि, यदि संधि के निर्वचन या लागू किए जाने के संबंध में पक्षकारों के बीच कोई विवाद है तो उसका यदि छह मास के भीतर निपटारा नहीं किया जा सकता है तो उसे अनुच्छेद 15.1(i) के अनुसार माध्यस्थम् के लिए निर्दिष्ट किया जा सकता है । इस प्रकार, इन उपबंधों के बीच विरोधाभास है और यदि राज्यों द्वारा दिए गए निर्वचनों में कोई विरोधाभास है तो स्वीकार्यतः विनिधानकर्ता राज्य माध्यस्थम् पर जब तक अनुच्छेद 15 के अधीन उसका समाधान नहीं हो जाता, रोक लगानी पड़ेगी । अतः, ऐसे निर्वचनों को प्रस्तुत किए जाने की क्षमता से भ्रम कारित होता है और उसका प्रयोग सुगम राजनयिक संरक्षा के साधन के रूप में किया जा सकता है । यह

[93] यद्यपि, पारदर्शिता संबंधी यह अपेक्षा प्रकटतः संधि आधारित विनिधानकर्ता राज्य माध्यस्थम् में पारदर्शिता संबंधी यूएनसीआईटीआरएएल नियमों (मारीशिश कन्वेंशन) के अनुरूप 2015 के माडल में सम्मिलित की गई है, तथापि, यह उल्लेख करना सुसंगत है कि भारत द्वारा इस संधि पर अभी तक हस्ताक्षर नहीं किए गए हैं । (संधि आधारित विनिधानकर्ता राज्य माध्यस्थम् में पारदर्शिता संबधी यूएनसीआईटीआरएएल नियम, 2014 http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitation/rules-on-transparency/rules-on-Transparency-E.pdf पर उपलब्ध है ।

सुझाव दिया जाता है कि अनुच्छेद 14.8 (iv) को हटा दिया जाए और अनुच्छेद 14.8(ii)(ख) का समुचित रूप से संशोधन किया जाए ।

5.8.4 माध्यस्थम् की कार्यवाहियों में पारदर्शिता के बारे में जो कतिपय अन्य चिंताएं हैं उन पर विचार किए जाने की अपेक्षा हो सकती है । उदाहरणार्थ, उस प्रक्रम के बारे में संदिग्धता है जिससे विनिधान विवाद से संबधित दस्तावेजों को सार्वजनिक कराया जाना होगा । इसके अतिरिक्त, यह सुझाव दिया जाता है कि इस बारे में स्पष्टता हो सकती है कि क्या प्रत्यर्थी पक्षकार की विवाद से संबंधित सभी दस्तावेजों को सार्वजनिक किए जाने की बाध्यता के अन्तर्गत अन्य पक्षकार द्वारा प्रस्तुत किए गए दस्तावेज भी आते हैं । सुनवाई तक जनसाधारण की पहुंच को सुकर बनाने के तर्क संगत प्रबंध करने का उत्तरदायित्व अनुच्छेद 14.8(ii)(ख) के अनुसार माध्यस्थम् अधिकरण पर डाला गया है । तथापि, इस उपबंध के व्यवहार्य रूप से निष्पादन में चुनौतियां हो सकती है क्योंकि 2015 के माडल के अधीन जिस अधिकरण की परिकल्पना की गई है वह एक तदर्थ अधिकरण है, जिसके पास ऐसे प्रबंध करने के लिए अनिवार्यतः प्रशासनिक क्षमता का होना आवश्यक नहीं है ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

14.8(i) गोपनीय जानकारी की संरक्षा के बारे में लागू विधि के अधीन रहते हुए, प्रत्यर्थी पक्षकार विनिधान विवादों के संबंध में जनसाधारण को निम्नलिखित दस्तावेज उपलब्ध कराएगा :

क. *   *   *

ख. अधिकरण को अधिकारिता और गुणागुण से संबंधित प्रस्तुत अभिवचन और अन्य लिखित दलीलें

ग. *   *   *

घ. *   *   *

14.8(IV) को हटाया जा सकता है ।

विनिर्दिष्ट प्रारूपण भाषा नहीं दी गई हो । तथापि, यह और सुझाव दिया जाता है कि :

1. उस प्रक्रम के बारे में यह स्पष्ट किया जा सकता है जिससे विनिधान विवाद से संबंधित दस्तावेज सार्वजनिक किए जाने होंगे ।

2. इस बात के बारे में स्पष्ट किया जा सकता है कि क्या प्रत्यर्थी पक्षकार की विवाद से संबंधित सभी दस्तावेजों को सार्वजनिक करने की बाध्यता के अन्तर्गत अन्य पक्षकार द्वारा प्रस्तुत कोई दस्तावेज भी हैं ।

3. अधिकरण की सुनवाई तक सार्वजनिक पहुंच को सुकर बनाने के लिए तर्क संगत प्रबंध करने के सामर्थ्य की चिंता पर समुचित रूप से ध्यान दिए जाने की जरुरत है ।

झ. अनुच्छेद 14.9. सबूत का भार और शासित करने वाली विधि

(i) विश्लेषण और टिप्पणी

5.9.1 अनुच्छेद 14.9 में यह विनिर्दिष्ट है कि संधि का निर्वचन, अन्य बातों के साथ-साथ, वियना संधि विषयक विधि कन्वेंशन 1969 (पीसीएलटी) के संदर्भ में किया जाएगा । भारत ने वीसीएलटी पर हस्ताक्षर नहीं किए हैं और उसका अनुसमर्थन नहीं किया है । अतः वीसीएलटी, उन दृष्टांतों के सिवाय, जहां कि इसमें रूढ़िजन्य अन्तरराष्ट्रीय विधि संहिताबद्ध है, पूर्णतः लागू नहीं होती है, इस प्रकार, यह सुझाव दिया जाता है कि अनुच्छेद 14.9 से वीसीएलटी के प्रति जो निर्देश है उसे हटा दिया जाए ।

5.9.2 तथापि, वीसीएलटी के अनुच्छेद 31 और अनुच्छेद 32 के अधीन निर्वचन के नियमों के रूढ़िजन्य विधि के संहिताकरण के रूप में स्वीकार किया गया है ।[94] और वे इस बीआईटी के निर्वचन में लागू होते हैं । अनुच्छेद 31(1) के निर्वचन के स्वर्णिम नियम के रूप में जाना जाता है और इसमें यह अपेक्षित है कि "किसी संधि का निर्वचन संधि के निबंधनों में उनके संदर्भ में दिए जाने वाले सामान्य अर्थ के अनुसार और उसके उद्देश्य और प्रयोजन को ध्यान में रखते हुए सद्भावपूर्वक किया जाएगा" । इसके अतिरिक्त अनुच्छेद 31(2) में यह उपबध है कि संदर्भ के अन्तर्गत, उद्देशिका के अतिरिक्त, पक्षकारों के बीच किया गया कोई भी करार आएगा । स्पष्टतया, 2015 के माडल में, यह संदर्भ अनुच्छेद 14.9(1) के अनुसार होगा । अनुच्छेद 14.9(v) में यह भी विनिर्दिष्ट है कि इस संधि के निर्वचन या लागू किए जाने के बारे में पश्चातवर्ती करार और पद्धति से इस संधि के प्राधिकृत निर्वचनों का

[94] लिगेलिटी आफ यूज आफ फोर्स (सर्बिया और मोनटेनेग्रो/बेल्जियम)(प्रारंभिक आक्षेप) केस, आईसीजे रिपोर्ट्स 2004, 318 पैरा 100; ला ग्राड (जर्मनी /यूएसए) केस, आईसीजे रिपोर्ट्स, 2001 501, पृष्ठ 99; काशिकिली/सेड्डु आइलैंड (बोत्सवाना/नमिबिया) केस, यथोक्त, 1999 1055, पृष्ठ 18; 31 जुलाई, 1989 का माध्यस्थम् अधिनिर्णय (गुआना – विसाऊ/सेनगल) केस, 1991 69 एफ, पृष्ठ 48

गठन होगा । यह अनुच्छेद 31(3)(क) और (ख) के अनुसार है, जिन्हें रुढ़िजन्य अन्तरराष्ट्रीय विधि के संहिताकरण के रूप में माना गया है और इसलिए यह 2015 के माडल को लागू होता है ।[95]

5.9.3 अनुच्छेद 14(9)(iv) के अधीन संधि के पक्षकार निर्वचनों को उन अधिकरणों पर आबद्धकर बनाया गया है जो तत्पश्चात् विनिश्चय करते हैं । किसी भी निर्वचनात्मक प्रयोग का मूलभूत प्रयोजन पक्षकार के आशय को अभिनिश्चित करने के लिए है, अतः यह उपबंध साधारणतया स्वीकृत विधि के अनुरूप है ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

विनिर्दिष्ट प्रारूपण भाषा नहीं दी गई है । तथापि, वियना संधि विषयक विधि कन्वेंशन, 1969 के निर्देश को अनुच्छेद 14.9 से हटाया जा सकता है ।

ञ. अनुच्छेद 14.10. अधिनिर्णय

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

5.10.1 अनुच्छेद 14.10 और अनुच्छेद 14.11 के बीच परस्पर विरोध है । अनुच्छेद 14.10 में यह सुझाव दिया गया है कि प्रतिकर के लिए अधिनिर्णय केवल अध्याय 2 के भंग पर ही दिया जा सकता है, जबकि अनुच्छेद 14.11 में यह उपबंधित है कि प्रतिकर विनिधानकर्ता द्वारा अध्याय 3 की बाध्यताओं का भंग किए जाने पर भी अधिनिर्णीत किया जा सकता है । अनुच्छेद 14.11 सापेक्ष रूप से स्पष्ट है किन्तु यह सुझाव दिया जाता है कि अनुच्छेद 14.11 के अधीन अधिनिर्णीत प्रतिकर के प्रतिनिर्देश अनुच्छेद 14.10 में ही कर दिया जाए ।

5.10.2 अनुच्छेद 14.10 में भी इस बारे में स्पष्टता नहीं है कि बाध्यताओं का भंग कब सुसंगत हो जाता है । यह सुझाव दिया जाता है कि प्रतिकर की गणना करते समय अधिकरणों के विवेकाधिकार को सीमित किया जाना चाहिए और इसीलिए स्पष्टीकरण के रूप में अध्याय 3 के भंग उन दशाओं में, जहां कि प्रति दावे किए गए हों, केवल प्रतिकर की गणना करने में सुसंगत बनने चाहिए ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

---

[95] कासिकिली/सेडुडु आइलैंड (बोत्सवाना बनाम नामिविया) [1999], से संबंधित मामला, आईसीजे रिपोर्ट्स 1999, पृष्ठ 1076, पैरा 50, 13 सितम्बर, 1995 के अंतरिम समझौते का लागू किया जाना (दि फार्मर यूगोस्साव रिपब्लिक आफ मेसेदोनिया बनाम ग्रीस)(निर्णय) [5 दिसम्बर, 2011], पैरा 99

अनुच्छेद 14.10(ii) अनुच्छेद 14.11 के अधीन रहते हुए अधिकरण संधि के अध्याय 2 के अधीन बाध्यताओं के भंग के लिए केवल धनीय प्रतिकर अधिनिर्णीत कर सकता है । इस संधि के अधीन कोई प्रतिकर अधिनिर्णीत करे में इस अनुच्छेद के अधीन गठित अधिकरण विनिधानकर्ता द्वारा और उसके विनिधानों में इस संधि के अनुच्छेद 9, अनुच्छेद 10, अनुच्छेद 11 और अनुच्छेद 12 में अन्तर्विष्ट बाध्यताओं के किसी भंग को केवल उन दशाओं में ध्यान में पड़ेगा जहां कि अनुच्छेद 14.11 के प्रयोजन के लिए कोई प्रतिदावा किया गया है ।

अध्याय 6

अपवाद

अ. अनुच्छेद 16. साधारण अपवाद

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

6.1.1 2015 के माडल में अपवादों से संबंधित एक पृथक् अध्याय अन्तर्विष्ट है, जिसमें साधारण और सुरक्षा संबंधी दोनों अपवाद हैं । अनुच्छेद 16 में अनुज्ञेय उद्देश्यों की एक लंबी सूची सहित साधारण अपवाद हैं जिसके अन्तर्गत न केवल स्वास्थ्य, पर्यावरण, लोक व्यवस्था, लोक नैतिक आचार हैं बल्कि 'कार्य स्थिति को सुधारने' [अनुच्छेद 16.1(vi)] और 'उसकी वित्तीय स्थिति, बैंकों और वित्तीय संस्थाओं की सत्यनिष्ठा और स्थायित्व को सुनिश्चित करने' [अनुच्छेद 16.1(ii)] संबंधी उपाय भी हैं । इतनी संख्या में अनुज्ञेय उद्देश्यों को सम्मिलित करना विनिधान संरक्षा का नियंत्रक राज्य के विनियमित करने के अधिकार के साथ संतुलन बनाने के साधारण अपवादों को विरचित करने में भारत के 'नियम रचयिता' के रूप में होना एक उदाहरण है ।

6.1.2 तथापि, इस उपबंध के अन्य लक्षणों का झुकाव नियंत्रक राज्य की विनियामक शक्ति की ओर है । उदाहरणार्थ, साधारण अपवाद खंड स्वनिर्णयकारी खंड है । अनुच्छेद 16.1 में यह कथन है कि "इस संधि की कोई बात नियंत्रक राज्य को ऐसी कार्रवाइयां या उपाय करने से, निवारित नहीं करेगी जिन्हें वह आवश्यक समझती है ...... ।" इसका परिणाम आईटीए अधिकरण द्वारा विनियामक उपाय की सीमित संवीक्षा करने का है ।

6.1.3 स्वनिर्णयकारी साधारण अपवाद का होना निश्चित रूप से भारत का 'नियम रचयिता' होना एक उदाहरण है यद्यपि, यह नियम विनिधान संरक्षा को नियंत्रक राज्य की विनियामक शक्ति के साथ संतुलन बनाने के उद्देश्य को पूर नहीं करता है । यद्यपि, स्वनिर्णयकारी सुरक्षा अपवाद एक सामान्य लक्षण है, तथापि, स्वनिर्णयकारी साधारण अपवाद उपाय के परिणामस्वरूप नियंत्रक राज्य द्वारा इसका संभाव्य दुरुपयोग किया जा सकता है ।

6.1.4 अनुच्छेद 16 में भी ऐसा कोई पृष्ठ भूमिक पाठ अर्थात् उद्देशिका नहीं है जैसा कि जीएएटीटी के अनुच्छेद 20 में या एफटीए विनिधान अध्यायों में है ।

परिणामतः, नियंत्रक राज्य द्वारा 'साधारण अपवाद' के उपायों के दुरुपयोग पर रोक लगाना कठिन होगा ।[96]

6.1.5 इसके अतिरिक्त, अनुच्छेद 16.3 में संधि के स्थानीय निकायों या प्राधिकारियों द्वारा अंगीकृत विनियामक उपायों के प्रति लागू किए जाने को छूट दी गई है । इस प्रकार, विदेशी विनिधानकर्ताओं को स्थानीय सरकारों के विनियामक उपायों से कोई संरक्षा प्राप्त नहीं है, जिससे पुनः यह अभिप्रेत होता कि नियंत्रक राज्य की विनियामक शक्ति को विदेशी विनिधान की संरक्षा पर अधिमान दिया गया है ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

6.1.6 विनिर्दिष्ट प्रारूपण भाषा नहीं दी गई है । तथापि, निम्नलिखित सुझाव दिए जाते हैं :

1. पृष्ठभूमिक पाठ अर्थात् उद्देशिका को, जैसे कि जीएटीटी के अध्याय 20 और भारत के एफटीए में के विनिधान संबंधी अध्यायों के साधारण अपवाद के खंडों में भी है, अनुच्छेद 16 में जोड़ा जाए ।

2. अनुच्छेद 16 का इस प्रकार पुनःप्रारूपण किया जाए जिससे कि वह स्वनिर्णयकारी न हो ।

3. अनुच्छेद 16.3 को हटाया जा सकता है ।

96 यह स्मरण करना भी महत्वपूर्ण है कि अपीली निकाय ने यह अभिनिर्धारित किया है कि पृष्ठभूमिक पाठ अर्थात् उद्देशिका का प्रयोजन जीएटीटी के अनुच्छेद 20 के दुरुपयोग को रोकना है । देखिए डब्ल्यूटीओ, यूनाइटेड स्टेट्स स्टैंडर्ड्स फार रिफार्मूलेटिड एंड कन्वेंशनल गैसोलीन – अपीली निकाय की रिपोर्ट (29 अप्रैल, 1996) डब्ल्यूटी/डीएस2/एबी/आर, 22

अध्याय 7

अंतिम उपबंध

अ. अनुच्छेद 19. अन्य संधियों से संबंध

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

7.1.1 अनुच्छेद 19.2 में दो नकारात्मक कथनों का प्रयोग किया गया है ('इस संधि की ऐसी कोई बात........जो............के प्रतिकूल न हो....................नहीं करेगी') जिससे यह पता चलता है कि पक्षकार को ऐसे अन्तरराष्ट्रीय करार करने से निवारित किया गया है जो इस संधि के प्रतिकूल हैं । ऐसे प्रभुत्व संपन्न अधिकारों पर परिसीमाएं अन्तरराष्ट्रीय विधि के प्रतिकूल हैं ।[97] तथापि, दो नकारात्मक कथनों का प्रयोग किए बिना पुनःप्रारूपित उपबंध से केवल यह विनिर्दिष्ट होगा कि पक्षकार अन्तरराष्ट्रीय करार कर सकता है । यह सुझाव दिया जाता है कि अनुच्छेद 19.2 को हटा दिया जाए ।

7.1.2 'असंगतता' पद 'प्रश्न' पद से, जो कि बाद में आता है लिया गया है । इसमें अतिरिक्त, 'असंगतता' शब्द के पश्चात् कोमा और 'प्रश्न' शब्द के पूर्व या शब्द है जिसे ठीक किए जाने की जरुरत है । वियना संधि विषयक कन्वेंशन, 1969 (वीसीएलटी) के प्रति जो निर्देश है उसे भी हटाया दिया जाना चाहिए क्योंकि भारत इसका पक्षकार नहीं है (देखिए अनुच्छेद 14.9 पर टिप्पणी)

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

अनुच्छेद 9 : अन्य संधियों के साथ संबंध

19.1 यह संधि या उसके अधीन की गई कोई कार्रवाई उन विद्‌यमान करारों के, जिनके कि वे पक्षकार हैं, अधिकारों और बाध्यताओं पर प्रभाव डालेगी ।

19.2 इस संधि और पक्षकारों के बीच अन्य द्‌विपक्षीय करार, या ऐसे बहुपक्षीय करार, जिसमें कि दोनों पक्षकार एक पक्षकार हैं, के बीच के संबंध के बारे में के किसी

---

[97] राज्यों के अधिकारों और कर्तव्यों पर मोंटेबीडियो कन्वेंशन, 1933 के अनुच्छेद 1 में यह उपबंधित है कि "राज्य के पास अन्तरराष्ट्रीय विधि के व्यक्ति के रूप में निम्नलिखित अर्हताएं होनी चाहिए [.........] अन्य राज्यों के साथ संबंध बनाने की क्षमता"। (1934) 165 लीग आफ नेशन्स ट्रीटी सीरीज, पृष्ठ 19

प्रश्न का समाधान रुढ़िजन्य अन्तरराष्ट्रीय विधि के नियमों के अनुसार किया जाएगा ।

आ. अनुच्छेद 20. फायदों का प्रत्याख्यान

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

7.2.1 "फायदों का प्रत्याख्यान" संबधी खंड, जिनमें कतिपय विनिधानकर्ताओं को संधि के फायदों[98] से अपवर्जित किया गया है, संधि पणन आदि का निवारण करने के लिए नीति विषयक कारणों से अर्थात् सुरक्षा संबंधी या राजनयिक चिंताओं के कारण इन इकाइयों[99] से दावों का परिवर्जन करने के लिए सम्मिलित किए गए हैं । संधि पणन अन्तरराष्ट्रीय विनिधान विधि के अधीन प्रतिषिद्ध नहीं हैं क्योंकि बीआईटी विनिधान को प्रोत्साहित करने के लिए है ।[100] किन्तु इस मुद्दे पर चिंताएं हैं ।

7.2.2 आस्ट्रेलियन टोबेको प्लेन पैकेजिंग ऐक्ट, 2011 के उत्तर में, यू.एस. आधारित तम्बाकू की प्रमुख कंपनी फिलिप मोरिस ने कहा कि तम्बाकू पैकेजों पर उनके बौद्धिक संपदा के प्रयोग को प्रतिषिद्ध करना स्वामित्वहरण या जिसके लिए आस्ट्रेलिया को अन्तरराष्ट्रीय विनिधान प्रतिबद्धताओं के अधीन उनकी क्षतिपूर्ति करनी चाहिए । फिलिप मोरिस एशिया (हांगकांग में निगमित) ने आस्ट्रेलिया-हांगकांग बीआईटी के अधीन यह दावा किया था क्योंकि आस्ट्रेलिया-यूएसए बीआईटी में विनिधानकर्ता राज्य विवाद और बौद्धिक संपदा अधिकारों से सहबद्ध स्वामित्वहरण संबंधी आवश्यक खंड अन्तर्विष्ट नहीं थे । अतः फिलिप मोरिस ने संधि के अधीन अपने दावे प्रस्तुत करने का विकल्प अपनाया जिसमें कि उसकी सफल होने की अत्यधिक गुंजाइश थी ।

7.2.3 इसी प्रकार, भारत में, विवाद की अधिकांश सूचनाएं प्रभावित मूल कंपनियों की समनुषंगी कंपनियों द्वारा, या तो इस कारण कि विनिधान समनुषंगी कंपनियों के माध्यमसे किए गए थे या कतिपय बीआईटी के अति उदार उपबंधों के प्रयोग के लिए, जारी की गई हैं । उदाहरण के लिए, उच्चतम न्यायालय द्वारा 2जी (टूजी) टेलीकाम अनुज्ञप्तियों के रद्द कर दिए जाने के पश्चात्, नार्वे-आधारित टेलेनोर ने भारत-सिगांपुर व्यापक आर्थिक सहयोग करार के अधीन अपनी समनुषंगी कंपनी टेलेनोर

---

[98] ओईसीडी वित्तीय और उद्यमशील निदेशालय, इंटरनेशनल इन्वेस्टमंट ला, अंडरस्टैंडिंग कान्सेप्ट्स एंड ट्रेकिंग इनोवेशन्स, 2008, पृष्ठ 18

[99] ओईसीडी वित्तीय और उद्यमशील निदेशालय, इंटरनेशनल इन्वेस्टमंट ला, अंडरस्टैंडिंग कान्सेप्ट्स एंड ट्रेकिंग इनोवेशन्स, 2008, पृष्ठ 28

[100] सीएमई चेक रिपब्लिक बीवी (दि नीदरलैंड्स) वी. दि चेक रिपब्लिक, पार्शियल अवार्ड, 13 सितम्बर, 2001 (यूएनसीआईटीआरएएल आर्बिट्रेशन प्रोसीडिंग्स), पृष्ठ 419

एशिया के माध्यम से सूचना जारी की । इसी प्रकार, यू.के. आधारित चिल्ड्रन इन्वेस्टमेंट फंड द्वारा कोल इंडिया लिमिटेड के कुप्रबंधन का अभिकथन करते हुए सूचना भारत-साइप्रेस बीआईटी के अधीन जारी की गई थी ।अधूरे तथ्यों के साथ, इस बात का निर्धारण करना कठिन है कि इन विनिर्दिष्ट समनुषंगियों द्वारा सूचनाएं क्यों जारी की गई थीं । इसका कारण यह हो सकता है कि विनिधान इन समनुषंगियों के माध्यम से पूर्णतया विनिर्दिष्ट द्विपक्षीय विनिधान संधियों (बीआईटीज) के फायदों के पूर्णतया स्वतंत्र होने के कारण किए गए थे ।

7.2.4 भारतीय विनिधानकर्ता भी इससे प्रभावित हुए थे । उदाहरण के लिए, भारतीय कंपनी स्पेनटेक्स कंपनी ने भारत-उजबेकिस्तान बीआईटी के बजाय नीदरलैंड-उजबेकिस्तान बीआईटी के अधीन दावा लाने के लिए अपनी समनुषंगी का प्रयोग किया था । यह सुझाव दिया जाता है कि भारत को अपने घरेलू विनियामक हितों को विदेश स्थित भारतीय विनिधानकर्ताओं के साथ ध्यानपूर्वक संतुलित करना चाहिए और विदेशी विनिधानकर्ताओं द्वारा दावे किए जाने से अपना बचाव करते हुए भारतीय विनिधानकर्ताओं को उन फायदों से वंचित नहीं किया जाना चाहिए जिनका कि बीआईटीज में देने का वचन दिया गया है ।

7.2.5 अनुच्छेद 20.1 में "अत्यधिक निश्चितता के लिए" शब्दों से कुछ अधिक परिवर्धित नहीं होता क्योंकि यह उपबंध "स्पष्टीकारक" नहीं है । वस्तुतः अनुच्छेद 20 में किसी पक्षकार को संधि के फायदों का प्रत्याख्यान करने के लिए कोई सुभिन्न अपवाद विहित नहीं है । यह सुझाव दिया जाता है कि इन शब्दों का लोप कर दिया जाए ।

7.2.6 2015 के माडल में "नियंत्रक राज्य" और "किसी समय" पदों से यह विदित होता है कि यह "नियंत्रक राज्य" का संधि के फायदों का प्रत्याख्यान करने का विवेकाधिकार और विनिश्चय दोनों ही हैं । इसके अतिरिक्त, इसके "अन्तर्गत", "माध्यस्थम् कार्यवाहियों के संस्थित किए जाने के पश्चात्" भी ये स्थितियां आती हैं । इससे इस बात के मुद्दे उदभूत होते हैं कि क्या विवेकाधिकार का प्रयोग/विनिश्चय प्रक्रियात्मक रूप से विवेकपूर्ण है, क्या यह बीआईटी करने या विनिधान (भूतलक्षी प्रभाव से) आदि करने के समय से संबंधित है । यदि यह विवेकाधिकार/विनिश्चय विनिधान है, तो भी इसका प्रयोग माध्यस्थम् योग्य है और अधिकरण को यह विनिश्चय करना होगा कि क्या, मूल भंग अभिकथनों के अतिरिक्त, संधि के फायदों का प्रत्याख्यान करने के विवेकाधिकार के प्रयोग/विनिश्चय से (एक अन्य) भंग का गठन होता है । अतः, यह सुझाव दिया जाता है कि विनिधानों/विनिधानकर्ताओं को संधि संबंधी फायदों, को, नियंत्रक राज्य द्वारा खंड के किसी विनिर्दिष्ट प्रयोग की अपेक्षा किए बिना, उपांतरित किया जाए ।

7.2.7 अनुच्छेद 20.1(ii) से अनेक मुद्दे उदभूत होते हैं । सैद्दान्तिक रूप से, राज्य बीआईटी कर सकेगा जिससे कि गृह राज्य के विनिधानकर्ताओं का संरक्षा का न्यूनतम स्तर है और गृह राज्य ऐसी संरक्षा की प्रस्थापना के आधार पर विनिधानों को आकर्षित कर सकता है । अतः, वह विनिधानकर्ता, जिसको न्यूनतम संरक्षा मिलती है ऐसा विनिधानकर्ता है जो "इस संधि में उपबंधित विवाद समाधान तंत्रों तक पहुंच प्राप्त करने के मुख्य प्रयोजनों के साथ" विनिधान करता है । ऐसा खंड, जहां कि नियंत्रक राज्य ऐसे विनिधानकर्ताओं को संधि के फायदों का प्रत्याख्यान कर सकता है, बीआईटी के सैद्धान्तिक आधार के विरुद्ध है ।

7.2.8 यद्यपि, अनुच्छेद 20 कुछ बातों में व्यापक है, तथापि, यह उस स्थितियों का, जहां विनिधानकर्ता संरक्षा विदशी नीति के विरुद्ध हो, उदाहरण के लिए जहां ऐसा किया जाना नियंत्रक राज्य द्वारा अंगीकार किए गए व्यापार संबंधी मंजूरियों, राजनयिक काली सूची में डाले जाने आदि जैसे उपायों के विरुद्ध है, ध्यान रखे जाने में संकुचित प्रकृति का भी है । भारत की पूर्ववर्ती द्विपक्षीय विनिधान संधियों (बीआईटीज) में ऐसे फायदों का प्रत्याख्यान किए जाने संबंधी खंड थे ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

20.1 इस संधि के फायदे निम्नलिखित को नहीं मिलेंगे :--

(i) गैर पक्ष के अथवा नियंत्रक राज्य के व्यक्तियों के, प्रत्यक्षतया या अप्रत्यक्षतया, स्वामित्वाधीन या नियंत्रणाधीन विनिधान अथवा विनिधानकर्ता ;

(ii) विनिधान या विनिधानकर्ता, यदि ऐसे विनिधान या विनिधानकर्ता गैर पक्ष के व्यक्तियों के, प्रत्यक्षतया या अप्रत्यक्षतया, स्वामित्वाधीन या नियंत्रणाधीन है और–

क. नियंत्रक राज्य के ऐसे गैर पक्षकार के साथ राजनयिक संबंध नहीं हैं ;

ख. नियंत्रक राज्य ऐसे गैर-पक्षकार के संबंध में ऐसे उपायों को अपनाता है या बनाए रखता है जो विनिधानकर्ता के साथ संव्यवहारों को प्रतिषिद्ध करते हैं या यदि इस संधि के फायदे विनिधानकर्ता या विनिधान को दिए जाते हैं तो यह उसके अतिक्रमण या परिवंचना में होगा ।

इ. अनुच्छेद 21. परामर्श और आवधिक पुनर्विलोकन

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

7.3.1 अनुच्छेद 21.1 के के अधीन परामर्श करने की अपेक्षा स्वतंत्र होनी चाहिए न कि अनुच्छेद 14.13 के अध्यधीन या राजनयिक अदला-बदली के उपयोगों के किसी अपवाद के रूप में नहीं होनी चाहिए क्योंकि दोनों को स्वतंत्र रूप से क्रियान्वित किया जा सकता है । अनुच्छेद 14.13(ii) (इस समय अनुच्छेद 14 का अपवाद) के अधीन परामर्श को अनुच्छेद 21.1(iv) की अपेक्षा, इसके अनुच्छेद 14.13 (विनिर्दिष्ट उपबंध) के अध्यधीन होते हुए, अनुच्छेद 21 के अधीन की प्रक्रिया के अनुसार उसे किए जाने के लिए उपांतरित किया जा सकता है ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

21.1 दोनों में से कोई भी पक्षकार अनुरोध करता है और दूसरा पक्षकार तत्परता से निर्वचन, लागू किए जाने, क्रियान्वित किए जाने, निष्पादित किए जाने या ऐसे किसी अन्य मामले के बारे में किसी मुद्दे पर सद्भावपूर्वक परामर्श किए जाने की सहमति देगा, जिसमें निम्नलिखित तो हैं किन्तु उन तक समीति नहीं हैं,--

(i) इस संधि के क्रियान्वयन का पुनर्विलोकन करना ;

(ii) इस संधि के निर्वचन या लागू किए जाने का पुनर्विलोकन करना ;

(iii) विधिक सूचना को आदान-प्रदान करना ; और

(iv) विनिधान विवादों या विनिधान से उद्भूत अन्य विवादों पर ध्यान दिया जाना ।

ई. अनुच्छेद 22. संशोधन

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

7.4.1 भारत में पूर्ववर्ती द्विपक्षीय विनिधान संधियों में के संशोधन खंडों में बहुत ही कम एकरूपता थी और उनमें से अधिकांश में, जिनके अन्तर्गत 2003 का माडल भी है, संशोधन खंड नहीं हैं । उन भारतीय द्विपक्षीय विनिधान संधियों (बीआईटी) में, जिनमें संशोधनों का उपबंध है । (उदाहरणार्थ भारत-कोलम्बिया बीआईटी)[101] यह मोटे तौर पर और साधारण भाषा में किया गया है । 2015 के माडल में संशोधन करने की

---

[101] उदाहरण के लिए, भारत-कोलम्बिया द्विपक्षीय विनिधान करार के अनुच्छेद 17(3) में यह उपबंधित है कि "इस संधि का उसके प्रवर्तन के पश्चात् किसी समय परस्पर सम्मति से संशोधन किया जा सकेगा" । देखिए कोलम्बिया गणराज्य और भारत गणराज्य के बीच विनिधान का संवर्धन और संरक्षा करार, 2009, अनुच्छेद 17.3

शक्ति का उपबंध अत्यधिक विनिर्दिष्ट रूप से किया गया है । यह सुझाव दिया जाता है कि इसमें कतिपय अतिरिक्त कारक सम्मिलित किए जाएं जैसे कि पारस्परिक सम्मति की अपेक्षा, जब संशोधन किया जाए, सहमति अभिप्रात करने की प्रक्रिया, संशोधन का प्ररूप, संशोधन को प्रभावी बनाने के लिए अपेक्षित प्रक्रियाएं और वह तारीख जिसको संशोधन प्रभावी होता है ।

7.4.2 संशोधन संबंधी अपेक्षाएं प्रवर्तन संबंधी निबंधनों के अनुरूप होनी चाहिए (अनुच्छेद 23) और वे आंतरिक विधिक अपेक्षाओं के अनुरूप होनी चाहिए ।

7.4.3 अनुच्छेद 22.1 के अधीन "अधिकरण का अधिनिर्णय इस संधि की सभी अपेक्षाओं से संगत होना चाहिए" और संधि "सभी समयों पर" उस सीमा तक, जिस तक पक्षकार सहमत हों, संशोधित हो जाएगा । इससे तारीख का मुद्दा उठता है कि किस तारीख से संशोधन प्रभावी होंगे । अनुच्छेद 22 इस संबंध में अनिश्चायक है कि क्या पुनरीक्षित उपबंध उन विवादों को लागू होता है जिनका समाधान पहले से किया जा चुका है (भूतलक्षी प्रभाव से लागू होना) और साथ जो लंबित पड़े हैं, (अर्थात् क्या प्रयोग किए गए अधिकारों का पूर्व प्रभावी विलोपन होता है) इसमें उस मुद्दे पर भी ध्यान नहीं दिया गया है कि क्या पुनरीक्षित उपबंधों को उस वाद हेतुक को लागू किया जा सकता है जो संशोधन से पूर्व उद्भूत हुआ है (किन्तु जहां कि किसी भी समाधान की ईप्सा नहीं की गई है) ।

7.4.4 संशोधनों को भूतलक्षी प्रभाव से लागू किया जाना विबंध और विधिसम्मत प्रत्याशाओं के सिद्धान्तों के विरुद्ध है ।[102] अन्तरराष्ट्रीय विनिधान विधि में संशोधनों को प्रयोग किए गए अधिकारों के संबंध में अर्थात् जहां कि विनिधानकर्ता ने दावे की कार्रवाई प्रारंभ कर दी है पूर्व प्रभावी रूप से लागू किए जाने का समर्थन नहीं किया गया है । अन्तरराष्ट्रीय विधि विधिशास्त्र में यह सुझाव दिया गया है कि अधिकारिता का एक बार अवलंब ले लिए जाने पर उसे किसी पश्चातवर्ती 'बाह्य तथ्य' जैसे संधि का संशोधन या समाप्ति द्वारा बातिल नहीं किया जा सकता है ।[103]

---

102 अनुच्छेद 28, बीसीएलटी, में यह उपबंधित है कि जब तक कि संधि से कोई भिन्न आशय प्रतीत न होता हो या उससे अन्यथा भिन्न आशय सिद्ध न होता हो तब तक उसके उपबंध ऐसे किसी कार्य के संबंध में, जो संधि के उस पक्षकार के संबंध में प्रवर्तन में आने की तारीख के पूर्व किया गया है या ऐसी किसी स्थिति के संबंध में, जो संधि के प्रवर्तन में आने की तारीख के पूर्व विद्यमान नहीं रही है, किसी पक्षकार को आबद्धकर नहीं बनाएंगे । यह एक ऐसा मामला है जिसमें अधिकारों का प्रयोग असंशोधित संधि के अधीन किया गया है और उन्हें अधिकरण के अधिनिर्णय के निबंधनों में निश्चित रूप दिया हुआ है ।

103 देखिए नोटेबोहम केस (लीस्टनस्टाइन ग्वाटेमाला) (प्रारंभिक आक्षेप)[1953] आईसीजे रेप 111, 123; 1971 के मांट्रियल कन्वेशन के निर्वचन और लागू किए जाने के प्रश्न जो लोकरबी की

7.4.5 इसके अतिरिक्त, विनिधानकर्ता राज्य के अधिकरणों ने उस लोक अन्तरराष्ट्रीय विधि[104] में विबंध के सिद्धान्त को स्वीकार किया है जिसके अनिवार्य लक्षणओं को टेम्पल आफ प्रीह विहियर केस[105] में सिद्ध किया गया है यद्यपि, न्यायशास्त्र के किसी भी पूर्व निर्णय में इस प्रश्न के संबंध में मार्गदर्शक सिद्धान्त नहीं दिए गए हैं, तथापि, अधिकरण विबंध और सद्भाव के आधार पर अधिकारिता संबंधी तर्कों की स्वीकार को तत्पर रहे हैं ।[106]

7.4.6 अधिकरणों ने यह भी अभिनिर्धारित किया कि फायदों का प्रत्याख्यान संबंधी खंडों को केवल भविष्यलक्षी रूप से प्रवर्तित किया जा सकता है ।[107] क्योंकि इससे अन्यथा अभिनिर्धारित किए जाने से विनिधान संरक्षा संबंधी 'दीर्घकालिक' ढांचे का सृजन किए जाने के संधि का उद्देश्य निरर्थक बनाया जाएगा और इससे विधि सम्मत प्रत्याशाएं रखने वाले ख्यात विनिधानकर्ताओं को केवल वे प्रत्याशाएं रखने के लिए प्रलोभित हो सकते हैं जिन्हें काफी समय पश्चात् भूतलक्षी रूप से मिथ्या कर दिया जाए ।[108]

एरियल घटना से उद्भूत हुए, (प्रारंभिक आक्षेप) (लीबियन अरब जमाहरिया बनाम यूनाइटेड किंगडम)[1998] आईसीजे रेप 9, 23-24

104 आरएसएम प्रोडक्सशन कारपोरेशन एंड अदर्स बनाम ग्रेनाडा, आईसीएसआईडी केस सं0 ए.आर. बी/10/16, अवार्ड (10 दिसम्बर, 2010) पैरा 7.1.2; पेट्रोबार्ट लिमिटेड बनाम किर्गिज रिपब्लिक, एससीसी केस सं0 126/2003, अवार्ड (29 मार्च, 2009) 67; पैन अमेरिकन एनर्जी एलएलसी एंड पीपी, अर्जेंटीना एक्सप्लोरेशन कंपनी बनाम अर्जेंटाइन रिपब्लिक, आईसीएसआईडी केस सं0 ए.आर.बी./03/13, प्रारंभिक आक्षेपों पर विनिश्चय (27 जुलाई, 2006), पैरा 159, पोप एंड टेलबोट इंक बनाम कनाडा, यूएनसीआईटीआरएएल (26 जून, 2000) पृष्ठ 111.

105 मेरिट्स, जजमेंट [1962] आईसीजे रेप. 6, आईसीजीजे 160 (आईसीजे 1962), 15 जून, 1962, इंटरनेशनल कोर्ट आफ जस्टिस ।

106 देखिए गवर्नमेंट आफ ईस्ट कालिमनतन बनाम पीटी कालितम प्राइमा कोल एंड अदर्स, आईसीएसआईडी केस सं0 एआरबी/07/3, अवार्ड (28 दिसम्बर, 2009), पैरा 211-17; फीनिक्स एक्शन लिमिटेड बनाम चेक रिपब्लिक, आईसीएसआईडी केस सं0 एआरबी/06/5, अवार्ड (15 अप्रैल, 2009) पैरा 94-5; आरएसएम बनाम ग्रेनेडा (एन 97) पैरा 7.1.2.

107 प्लामा बनाम बलगारिया (एन 29) पैरा 159-65; वेटरन पेट्रोलियम लिमिटेड बनाम एशिया, पीसीए केस सं0 एए 228, इंटेरिम अवार्ड आन जुरिसडिक्शन एंड एडमिसिबलिटी (30 नवम्बर, 2009), पैरा 514-51 देखिए फिलिप मोरिस एशिया लिमिटेड बनाम आस्ट्रेलिया, यूएनसीआईटीआरएएल, पीसीए मामला सं0 2012-12, प्रक्रियात्मक आदेश सं0 4 (26 अक्तूबर, 2012), पैरा 38, 58; लिमन कैस्पियन आयल बीवी एंड एनसीएल डच इन्वेस्टमेंट बीवी बनाम रिपब्लिक आफ कजाखस्तान, आईसीआईएसडी मामला सं0एआरबी/07/14, अवार्ड (22 जून, 2010) पृष्ठ 225.

108 प्लामा बनाम बलगारिया (आईसीजे), पृष्ठ 162.

7.4.7 यह अनुच्छेद 2.5 (2015 का माडल) से भी संगत है जिसके अधीन "यह संधि उसके प्रवर्तन के पूर्व किए गए दावों को लागू नहीं होगी" और जो परिणामतः जहां तक संधि के संशोधनों का संबंध भी है, लागू कसौटी भी होना चाहिए ।

7.4.8 अन्तरराष्ट्रीय विधि के अधीन, विनिर्दिष्ट खंड के न होने पर, इस प्रकार, उन पूर्ववर्ती संधि भंगों के लिए, जिनके संबंध में विनिधानकर्ता द्वारा अभी तक कोई दावा नहीं किया है, राज्य को मुक्त करने के लिए संशोधन पूर्व प्रभावी रूप से लागू नहीं किए जाने चाहिए ।[109] यह अनुच्छेद 2.5 (2015 का माडल) से संगत भी है ।

7.4.9 यह सुझाव दिया जाता है कि अनुच्छेद 22 में, अन्तरराष्ट्रीय विधि और अनुच्छेद 2.5 के साथ संगति बनाने के लिए, यह कथन किया जा सकता है कि संशोधन उन घटनाओं से, जो घटित हों, उद्भूत दावों के लिए या उन दावों के लिए, जो संशोधनों के प्रवर्तन में आने के पूर्व उद्भूत हों, पूर्व प्रभावी रूप से लागू नहीं होंगे ।

7.4.10 यदि इस चिन्ताओं पर ध्यान दिया जाता है, तो यह विनिर्दिष्ट करने की कोई अपेक्षा नहीं है कि संशोधन, अधिकरणों पर संशोधन की (लागू सीमा तक) संशोधन से उद्भूत आबद्धकर प्रकृति के होने के कारण "अधिकरणों पर आबद्धकर होंगे" ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

22.1 इस संधि का किसी भी पक्षकार के अनुरोध पर किसी समय संशोधन किया जा सकेगा । अनुरोध करने वाले पक्षकार को, लिखित रूप में उन आधारों को, जिन

---

[109] अन्तरराष्ट्रीय कोर्ट आफ जस्टिस (आईसीजे) ने एम्बेटियलोस (अधिकारिता) (ग्रीस बनाम यूनाइटेड (किंगडम) वाले मामले में यह कथन कि 1926 की संधि को प्रवर्तन में लाने का उपबंध संभवतः 'किसी व्यावृत्ति खंड के न होने पर, को पूर्णतः प्रवर्तन में लाए जाने के रूप में किया जा सकता है जिससे पूर्ववर्ती 1886 की संधि को और इसके सभी उपबंधों को, जिनके अन्तर्गत उसके उपचारात्मक उपबंध भी हैं', और उस पर आधारित के किन्हीं दावों को पूर्णतया समाप्त किया जा सके । इस निषकर्ष का 1926 की संधि से जुड़े घोषणा (और उस संधि के भागरूप न्यायालय द्वारा यथा अवधारित) के कारण एम्बेटियलोस में परिवर्जन किया गया था । घोषणा में विनिर्दिष्ट रूप से यह उपबंधित है कि 1926 की संधि [1886 की संधि] के उपबंधों के आधार पर प्राइवेट व्यक्तियों की ओर से दावों पर प्रतिकूल प्रभाव नहीं पड़ता है, जिन्हें 1886 की संधि के विवाद समाधान संबंधी उपबंधों के अनुसरण में माध्यस्थम् के लिए निर्दिष्ट किया जाना जारी रखा जा सकता है । यद्यपि, न्यायालय ने एम्बेटिलोस वाले मामले में विवाद्य विशिष्ट उपबंध को भूतल्क्षी प्रभाव देने से इंकार कर दिया था, तथापि, इसमें इस बात को स्वीकार किया गया है कि ऐसे किसी निष्कर्ष का संभवतः विखंडन किया गया है यदि उसमें पूर्व प्रभावी निर्वचन को आवाश्य बनाने संबंधी कोई विशेष उद्देश्य रहा हो ।

पर संशोधन किया जाएगा, स्पष्ट करते हुए अपना अनुरोध प्रस्तुत करना चाहिए । दूसरा पक्षकार अनुरोध करने वाले पक्षकार के साथ प्रस्तावित संशोधन के बारे में परामर्श करेगा और उसे लिखित में उस अनुरोध का उत्तर भी देना चाहिए ।

22.2 इस अनुच्छेद के अनुसरण में संधि का संशोधन करने का कोई करार लिखित रूप में, चाहे एकल लिखित लिखत के रूप में या राजनयिक टिप्पणों के आदान-प्रदान के माध्यम से अभिव्यक्त होना चाहिए ।

22.3 ऐसे संशोधन उस समय प्रवर्तन में आएंगे जब संबंधित पक्षकारों ने एक दूसरे को यह अधिसूचित कर दिया हो कि प्रवर्तन में लाए जाने संबंधी आवश्यक सांविधानिक अपेक्षाओं को पूरा कर दिया गया है ।

22.4 इस संधि के संशोधित उपबंध उन घटनाओं से जो घटित हों, उद्भूत दावों को या उन दावों को, जो संशोधन के प्रवर्तन में आने के पूर्व, उद्भूत हों, लागू नहीं होंगे ।

उ. अनुच्छेद 23. प्रवर्तन में आना

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

7.5 अनुच्छेद को अनुसमर्थन की स्पष्ट करने के लिए स्पष्ट किया जा सकता है । कनाडा की माडल बीआईटी में,[110] अनुसमर्थन से "[पक्षकारों के] राज्यक्षेत्र में अपेक्षित प्रक्रियाओं के पूरा किए जाने की" लिखित अधिसूचना अभिप्रेत है । अन्यों में भी आंतरिक,[111] विधिक (भारत-नेपाल बीआईटी) या सांविधानिक[112] अपेक्षाओं के अनुपालन के प्रति निर्देश है ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

23. प्रत्येक पक्षकार दूसरे को यह अधिसूचित करेगा कि इस संधि के प्रवर्तन में लाने संबंधी उसकी अपनी आंतरिक विधिक कि प्रक्रियाएं पूरी कर दी गई हैं और संधि पश्चातवर्ती की अधिसूचना की प्राप्ति की तारीख के पश्चात् के दिन को प्रवर्तन में आएगी ।

ऊ. अनुच्छेद 24. समयावधि और पर्यवसान

---

110 विनिधानों के संवर्धन और संरक्षा के लिए कनाडा और (.....) के बीच करार, अनुच्छेद 52(2).

111 कोलम्बियन माडल, अगस्त, 2007, अनुच्छेद XIII(1).

112 विनिधानों के पारस्परिक संवर्धन और संरक्षा के लिए फ्रांस गणराज्य की सरकार और (....) गणराज्य की सरकार के बीच प्रारूप करार, अनुच्छेद 11.

(i) विश्लेषण और टिप्पणी :

7.6.1 इस खंड में, संधि के स्वतः व्यपगत होने को निवारित करने के लिए प्रत्येक दस वर्ष में अभिव्यक्त करार अपेक्षित है । 2003 के माडल में यह कथन है कि संधि दस वर्ष के लिए प्रवृत्त होगी और जब तक कि पक्षकार उसका पर्यवसान करने की सूचना न दे दे इसकी अवधि का स्वतः ही विस्तार हो जाएगा ।

7.6.2 दोनों ही प्रकार के खंडों में उसी विधिक आशय को पूरा किया गया है किन्तु भिन्न-भिन्न रूपों में ऐसा किया गया है । 2015 के माडल में इस पर्यवसान को सन्नियम के रूप में और नवीकरण को अपवाद के रूप में माना गया है । इससे संधि के निरन्तर अस्तित्व में रहने के बारे में असुविधा हो सकती है क्योंकि इसमें आवधिक रूप से नाए सिरे से लिखित नवीकरणों का पुनः प्रारूपण अपेक्षित होगा । आर्थिक सहयोग और विकास संगठन (ओईसीडी) में भी इस बात को स्वीकारा गया है कि स्वतः नवीकरण संबंधी खंड सन्नियम हैं और यह ऐसी किसी संधि में स्वतः व्यपगत होना (नवीकरण किए जाने के विकल्प के साथ) एक "अप्रायिक नीति विषयक विकल्प" है ।[113] 2003 के माडल के खंड को बनाए रखा जा सकता है ।

7.6.3 अनुच्छेद 24 से यह विदित होता है कि संधि का उसके अस्तित्व में रहने की आरंभिक दस वर्ष की अवधि के दौरान भी पर्यवसान किया जा सकता है, जो कि अन्तरराष्ट्रीय पद्धति से संगत नहीं है । इसके अतिरिक्त, संधि के प्रवर्तन में आने के बाद की पहले दस वर्ष की अवधि को आज्ञापक बनाने के आशय से अन्तरराष्ट्रीय समुदाय को गलत संकेत जाता है । इसके अतिरिक्त, यह भी स्पष्ट नहीं है कि संधि का पर्यवसान कब होगा । उदाहरण के लिए, यदि पर्यवसान किए जाने की सूचना पक्षकार द्वारा उसी दिन प्राप्त की जाती है, जिस दिन को उसकी तामील दूसरे पक्षकार पर की जाती है, तो संधि उस तारीख से साठ दिन के भीतर पर्यवसित हो जाएगी जो कि पूर्व में विनिर्दिष्ट "छह मास" से चार मास की होगी । अतः इस उपबंध में इस बारे में कि संधि सूचना की तामील किए जाने के पश्चात् कब पर्यवसित हो जाएगी, पर्याप्त स्पष्टता का उपबंध नहीं है ।

7.6.4 अनुच्छेद 24.2 (अस्तित्व में रहने संबंधी खंड) में वह अवधि विनिर्दिष्ट है जिस तक विद्यमान विनिधान पर्यवसान के पश्चात् प्रवृत्त बने रहेंगे । इस खंड में अस्तित्व में बने रहने की अवधि को, 2013 के माडल में जो पन्द्रह वर्ष की अवधि थी, उसे कम करके पांच वर्ष कर दिया गया है । यह सुझाव दिया जाता है कि

---

[113] पोहल, जे. (2013) "टेम्पोरल वैलिडिटी आफ इंटरनेशनल इन्वेस्टमेंट एग्रीमेंट : ए लार्ज सैम्पल सर्वे आफ टीर्टी प्रोविजन्स" ओईसीडी, पेपर्स आन इन्टरनेशनल इन्वेस्टमेंट, 2013/04, ओईसीडी, पब्लिशिंग, पृष्ठ 30.

दीर्घकालिक विनिधानों को प्रोन्नत करने के हित में और विनिधानकर्ताओं के लिए प्रोत्साहनों को सृजित करते हुए, इस अवधि को बढ़ाकर कम से कम दस वर्ष किया जाना चाहिए । इस पन्द्रह वर्ष की अवधि को विभिन्न माडल बीआईटी में अपनाया गया है ।[114] और कुछ में तो इस अवधि को बीस वर्ष तक बढ़ाया गया है ।[115]

7.6.5 उस समयावधि के बारे में भी कुछ संदिग्धताएं हैं कि अस्तित्व में रहने संबंधी खंड का अवलंब कर लिया जाएगा । अनुच्छेद 24.2 में केवल बीआईटी के पर्यवसान के मामलों में न कि व्यपगत होने के मामलों में इस वाद हेतुक को इस तथ्य के बावजूद विनिर्दिष्ट किया गया है । अनुच्छेद 24.1 पर्यवसान और व्यपगमन के दृष्टान्तों के बारे में है । इस खंड में यह भी विनिर्दिष्ट नहीं है किकिस तारीख से यह पंचवर्षीय अस्तित्व में रहने संबंधी खंड अस्तित्व में रहने के लिए आरंभ होगा और और उसमें केवल यह कथन है कि संधि "पांच वर्ष की उस अवधि तक" जिसके संबंध में संधि के पर्यवसित किए जाने के पूर्व विनिधान किए गए थे, प्रवृत्त बनी रहेगी ।

7.6.6 अनुच्छेद 24.1 के सुझावों को ध्यान में रखते हुए, जहां कि सूचना द्वारा केवल पर्यवसान होना चाहिए, 'व्यपगमन का उल्लेख किया जाना आवश्यक नहीं है । ऐसा इस लिए क्योंकि व्यपगमन की कोई स्थिति उस दशा में पैदा नहीं होगी जहां पक्षकार पर्यवसान को प्रभावी करने का विकल्प अपना सकते हैं और अस्तित्व में रहने की अवधि को "संधि के पर्यवसान की तारीख से" आरंभ होने से जोड़ा जा सकता है ।

(ii) सुझाया गया प्रारूप :

24.1 यह संधि दस वर्ष की अवधि तक प्रवृत्त बनी रहेगी और तत्पशचात् उसका स्वतः ही, जब तक कि एक पक्षकार दूसरे पक्षकार को संधि का पर्यवसान किए जाने के अपने आशय की लिखित सूचना न दे दे, विस्तार हुआ समझा जाएगा । संधि ऐसी लिखित सूचना की प्राप्ति की तारीख से एक वर्ष के पश्चात् पर्यवसित हो जाएगी ।

24.2 उन विनिधानों के संबंध में, जो उस तारीख से, जब इस संधि का पर्यवसान प्रभावी होता है, पूर्व किए गए हों, इस संधि के उपबंध उस तारीख से जब इस संधि का पर्यवसान उस तारीख से जब इस संधि का पर्यवसान प्रभावी होता है या उस

---

[114] 2012 यूएस माडल बाइलेटरल इन्वेस्टमेंट ट्रीटी, अनुच्छेद 22(3), कोलम्बियन माडल, अगस्त, 2007, अनुच्छेद XIII (3), विनिधानों के संवर्धन और संरक्षा के लिए कनाडा और (.....) के बीच करार, अनुच्छेद 52(3).

[115] जर्मन माडल ट्रीटी – 2008, अनुच्छेद 13(3), विनिधानों के पारस्परिक संवर्धन और संरक्षा के संबंध में फ्रांस गणराज्य की सरकार और (.....) गणराज्य की सरकार के बीच प्रारूप करार, अनुच्छेद 11.

तारीख से, जब संधि व्यपगत होती है, इनमें से जो पूर्ववर्ती हो, दस वर्ष की अवधि तक प्रवृत्त बने रहेंगे ।

ह0/
[न्यायमूर्ति ए.पी. शाह]
अध्यक्ष

ह0/	ह0/	ह0/
[न्यायमूर्ति एस.एन. कपूर]	[प्रो. (डा.) मूल चन्द शर्मा]	[न्यायमूर्ति ऊषा मेहरा]
सदस्य	सदस्य	सदस्य

ह0/	ह0/
[पी. के. मलहोत्रा]	[डा. संजय सिंह]
सदस्य (पदेन)	सदस्य (पदेन)

ह0/
[डा. जी. नारायण राजू]
सदस्य-सचिव