

مفهوم سرمایه‌گذاری در رویه داوری مرکز حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی (ایکسید)

سید نصرالله ابراهیمی *

سجاد سلطان‌زاده **

چکیده

مرکز حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) یک نهاد داوری پیشرو در زمینه رسیدگی به اختلافات دولت - سرمایه‌گذار خارجی است. از این رو، رویه داوری/ایکسید در حوزه‌های مختلف شکلی و ماهوی از اهمیت زیادی برخوردار است. هرچند عبارت سرمایه‌گذاری، هم در عنوان «مرکز» و هم در «کنوانسیون حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر» به چشم می‌خورد، این مفهوم در کنوانسیون واژگتن تعریف نشده است. فقدان چنین تعریفی، ریشه اختلاف‌نظرهای تفسیری در رویه ایکسید بوده و تلاش‌های صورت‌گرفته برای تفوق بر این اختلافات تاکنون نتیجه‌بخش نبوده است. رویکردهای تفسیری عینی و ذهنی متفاوت نسبت به مفهوم سرمایه‌گذاری در بند ۱ ماده ۲۵ و نگاه‌های متفاوت نسبت به این مفهوم از منظر کنوانسیون و اسناد اعلام رضایت شامل معاهدات دوجانبه و چندجانبه سرمایه‌گذاری، موجب شده است که با گذشت نزدیک به نیم‌قرن از زمان تصویب این کنوانسیون، هنوز امکان ارائه تعریف واحد یا استخراج معیارهای مورد قبول عام برای معرفی این مفهوم فراهم نشود. ارائه راه‌حلی در این زمینه، دغدغه بسیاری از صاحب‌نظران حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری است. به نظر می‌رسد در شرایطی که ایجاد اصلاحات ساختاری در کنوانسیون امکان‌پذیر نیست، استقرار «رویه مستمر»، بهترین گزینه است و به دیوان‌ها کمک می‌کند تصمیمات مخالف آشکار با تفسیر غالب از یک اصل را نادیده گرفته و به مشترکات استناد نمایند. به‌طور کلی، فقدان تعریف از مفهوم سرمایه‌گذاری، در عمل، منجر به گسترش دامنه صلاحیت ایکسید شده است.

واژگان کلیدی

سرمایه‌گذاری، کنوانسیون واژگتن، صلاحیت/ایکسید، داوری سرمایه‌گذاری، معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری، تست سالینی، رویه مستمر

snebrahimi@yahoo.com

* استادیار حقوق بین‌الملل خصوصی و اسلامی دانشگاه تهران

نور پیام دانشگاه بین‌الملل،

** نویسنده مسئول، دانشجوی دکتری حقوق

ssoltan1352@yahoo.com

مقدمه

مرکز حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (یکسید)^۱ یک نهاد داوری پیشرو در حوزه حل و فصل اختلافات دولت - سرمایه‌گذار خارجی است.^۲ از این رو، رویه این مرکز در حوزه‌های مختلف شکلی و ماهوی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری از اهمیت زیادی برخوردار است. عبارت «سرمایه‌گذاری»، هم در عنوان مرکز و هم در کنوانسیون حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر (کنوانسیون/یکسید یا کنوانسیون واشنگتن)^۳ به چشم می‌خورد ولی هیچ‌گونه تعریفی از آن در متن کنوانسیون ارائه نشده است. این در حالی است که تعریف «سرمایه‌گذاری» برای/یکسید حایز اهمیت حیاتی است زیرا مطابق ماده ۲۵ کنوانسیون واشنگتن، یک دارایی یا فعالیت اقتصادی در صورتی می‌تواند مشمول صلاحیت/یکسید قرار گیرد که بتوان عنوان سرمایه‌گذاری را بر آن اطلاق کرد. عدم تعریف این مفهوم از سوی تدوین‌کنندگان کنوانسیون، از همان ابتدا موجب بروز اختلاف‌نظرهای تفسیری فراوان در میان دیوان‌های رسیدگی‌کننده به اختلافات سرمایه‌گذاری شده است و اکنون با گذشت نزدیک به نیم‌قرن از زمان تصویب این کنوانسیون، هنوز امکان ارائه یک تعریف واحد یا استخراج معیارهای مورد قبول عام برای معرفی این مفهوم فراهم نشده است و این اختلاف‌نظر همچنان بر فرایند داوری دولت - سرمایه‌گذار از جمله در داوری/یکسید سایه‌گستر است. هدف این مقاله، مروری بر آخرین تحولات مفهوم سرمایه‌گذاری در پرتو احکام داوری صادره با تمرکز بیشتر بر رویه/یکسید و پاسخ به این سؤال اصلی است که آیا می‌توان دورنمای یک نوع همگرایی در رویه داوری/یکسید را معرفی کرد که بتواند نگرانی‌های ناشی از غیرقابل پیش‌بینی بودن فضا برای دولت‌ها و سرمایه‌گذاران خارجی را بزدايد و همسو با هدف اولیه کنوانسیون واشنگتن، انسجام بیشتری به نظام داوری سرمایه‌گذاری در چارچوب/یکسید بدهد؟

برای پاسخ به این سؤال، در مبحث نخست، نگاهی اجمالی به کنوانسیون واشنگتن و مسئله

1. International Center for Settlement of Investment Disputes ("ICSID" or "Center")

۲. بر اساس آخرین آمار/نکثاد تا پایان سال ۲۰۱۱ میلادی مجموعاً ۴۵۰ دعوی اعلام شده دولت - سرمایه‌گذار بر اساس معاهدات سرمایه‌گذاری برای رسیدگی داوری نزد مراجع بین‌المللی به ثبت رسیده که از میان آن‌ها ۲۷۹ دعوا نزد/یکسید - شامل تسهیلات اضافی/یکسید - (۶۲ درصد) و ۱۲۶ مورد تحت قواعد داوری آنسیترال (۲۸ درصد) به ثبت رسیده است. این در حالی است که در سایر مراجع داوری مانند اتاق بازرگانی/استکهلم ۲۱ دعوا، اتاق بین‌المللی بازرگانی ۷ دعوا و مرکز منطقه‌ای داوری تجاری بین‌المللی قاهره و دیوان داوری بین‌المللی لندن، هر کدام یک دعوا برای رسیدگی ثبت شده است. در باقی دعوی نیز قواعد داوری حاکم / یا مرجع داوری ناشناخته بود. ن.ک:

<http://iiadbcases.unctad.org/cases.aspx> (last retrieved on 7 April 2013).

3. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States ("ICSID Convention" or "Washington Convention")

خاطر نشان می‌شود از این پس در مقاله حاضر از کلمه «یکسید» برای نامیدن مرکز و عبارت «کنوانسیون واشنگتن» برای نامیدن کنوانسیون/یکسید استفاده خواهد شد.

صلاحیت در آن خواهد شد. در مبحث دوم، به‌اختصار کلیت صلاحیت موضوعی/یکسید و موضوعات مرتبط به آن مطرح می‌شود و بالاخره در مبحث سوم، به محور اصلی بحث، یعنی تطور مفهوم سرمایه‌گذاری در رویه/یکسید پرداخته می‌شود.

۱. نگاهی اجمالی به کنوانسیون وائسگتن و ماهیت «مرکز»

مرکز بین‌المللی حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری (یکسید) یک نهاد پیشرو داوری بین‌المللی در حوزه حل‌وفصل اختلافات دولت - سرمایه‌گذار است که بر اساس کنوانسیون حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر (کنوانسیون وائسگتن) به‌عنوان بخشی از بانک جهانی تأسیس شده است. کنوانسیون وائسگتن در سال ۱۹۶۵ برای امضا و تصویب گشوده شد و با تودیع اسناد تصویب از سوی ۲۰ کشور امضاکننده در ۱۴ اکتبر سال ۱۹۶۶، لازم‌الاجرا شد. تا ۱۰ دسامبر ۲۰۱۳، این کنوانسیون به امضای ۱۵۸ دولت رسیده و ۱۵۰ دولت با تصویب و تودیع سند آن نزد دبیرکل بانک جهانی به عضویت آن در آمده‌اند.^۴

هدف اولیه کنوانسیون وائسگتن، تقویت توسعه اقتصادی به‌واسطه ایجاد فضای مطلوب و تسهیل جریان سرمایه‌گذاری خصوصی بین‌المللی است. مقدمه کنوانسیون، هدف «توسعه اقتصادی» و تأمین آن از طریق «ایجاد یک رژیم مؤثر برای حل‌وفصل بی‌طرفانه اختلافات سرمایه‌گذاری» تأکید می‌کند.^۵ به‌عبارت‌دیگر، ایجاد یک نهاد جهت تسهیل حل‌وفصل اختلافات بین دولت‌ها و سرمایه‌گذاران خارجی می‌تواند گام عمده در جهت تقویت فضای اعتماد متقابل بوده و جریان بیشتر سرمایه خصوصی بین‌المللی به کشورهای علاقه‌مند جذب سرمایه را ترغیب نماید.

آرون بروشه، از طراحان و بنیان‌گذاران این کنوانسیون در تشریح این هدف می‌نویسد: هدف کنوانسیون، ارتقای سرمایه‌گذاری خصوصی خارجی از طریق بهبود فضای سرمایه‌گذاری برای سرمایه‌گذاران خصوصی و نیز دولت میزبان است. تهیه‌کنندگان این کنوانسیون، دقت کافی داشتند که سندی متوازن از حیث منافع دولت میزبان و سرمایه‌گذاران خارجی ارائه نمایند. کنوانسیون به هر دو طرف، یعنی سرمایه‌گذار و دولت میزبان، اختیار اقامه دعوا می‌دهد. واقعیت امر این است که یکی از مقررات کنوانسیون یعنی قابلیت اجرای احکام در قلمرو دولت‌های متعاقد، اساساً با عنایت به نیازهای دولت میزبان تنظیم شده است. اگر دولت میزبان، حکمی را

4. List of Contracting States and Other Signatories of the Convention, available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English>, last retrieved: 10 December 2013.

۵. ن.ک: مقدمه کنوانسیون/یکسید، قابل دسترس در: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf.

علیه یک سرمایه‌گذار خصوصی در رسیدگی‌های داوری نزد/یکسید نماید و سرمایه‌گذار، تن به اجرای حکم ندهد، دولت میزبان می‌تواند بدون مواجه‌شدن با مشکلات موجود معمول در برابر اجرای احکام داوری، اجرای اجباری آن را در قلمرو کشورهای متعاقد پیگیری نماید.^۶

پروفسور شروئر، از متخصصان صاحب‌نام در این حوزه، منافع دوسویه کنوانسیون برای دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی را این‌گونه تشریح می‌کند: «منافع کنوانسیون برای سرمایه‌گذار خارجی امری بدیهی است. در صورت بروز اختلاف، دسترسی مستقیم سرمایه‌گذار به یک نهاد بین‌المللی مؤثر میسر می‌شود و امکان مراجعه به داوری، یک عنصر مهم در تأمین امنیت حقوقی برای سرمایه‌گذاری است. مزایای آن برای دولت میزبان، دوچندان است: دولت میزبان به واسطه فراهم‌آوردن امکان داوری، محیط سرمایه‌گذاری خود را بهبود بخشیده و احتمال جذب سرمایه‌گذاری را بیشتر می‌کند. به‌علاوه، دولت میزبان با رضایت‌دادن به داوری/یکسید، خود را از دیگر اشکال دادرسی قضایی خارجی یا بین‌المللی می‌رهاند و در مقابل حمایت دیپلماتیک دولت متبوع سرمایه‌گذار نیز مصون می‌سازد».^۷

کنوانسیون واژسگتن، ترتیبات حل‌وفصل اختلافات بین دولت‌های میزبان و سرمایه‌گذاران خارجی را از طریق داوری و سازش فراهم می‌آورد. با این حال، وجه بارز و شناسه اصلی نظام حل‌وفصل اختلافات در کنوانسیون واژسگتن، داوری است.^۸ بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون واژسگتن که به صلاحیت مرکز اختصاص دارد، اشعار می‌دارد: «صلاحیت مرکز، هر اختلاف حقوقی را که مستقیماً ناشی از یک سرمایه‌گذاری بین دولت متعاقد (...) و یک تبعه دولت متعاقد دیگر است شامل می‌شود، به شرطی که طرفین اختلاف، رضایت خود را برای ارجاع اختلاف به مرکز، به صورت مکتوب اعلام کرده باشند. هنگامی که طرفین رضایت خود را اعلام کردند، هیچ‌یک از آن‌ها نمی‌توانند به طور یک‌جانبه آن را پس بگیرند». وفق این ماده، مرکز داوری/یکسید از معدود نهادهای داوری است که صلاحیت موضوعی^۹ تخصصی و صلاحیت شخصی^{۱۰} دارد یعنی صرفاً اعضای کنوانسیون، به شرط رضایت قبلی طرفین اختلاف، فقط اختلافات حقوقی ناشی از

6. Broches, Aron, *The Convention of Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 136 Recueil des cours 331, (1972, vol.2.) pp. 348-9

7. Schreuer, Christophe, *The ICSID Convention: A Commentary*, Second Edition (UK: Cambridge University Press, 2009), p. 8.

۸. تا پایان سال ۲۰۱۲، میزان دعاوی ارجاعی به داوری/یکسید ۳۶۹ مورد (۸۷ درصد) و سازوکار سازش، ۷ مورد (۲ درصد) بوده است. ن.ک:

The ICSID Caseload-Statistics (Issue 2013-1) available at: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSID DocRH&actionVal=ShowDocument &CaseLoadStatistics=True&language=English41>, last retrieved: 1 July 2013.

9. Jurisdiction *ratione materiae*

10. Jurisdiction *ratione personae*

سرمایه‌گذاری را می‌توانند برای حل‌وفصل به این مرکز ارجاع دهند.^{۱۱}

۲. کلیات صلاحیت موضوعی/یکسید

صلاحیت موضوعی مرکز به‌موجب بند ۱ ماده ۲۵ سه جزء دارد که عبارت‌اند از: الف) اختلاف باید حقوقی باشد؛ ب) اختلاف باید مستقیماً از معامله اصلی ناشی شود؛ ج) معامله اصلی باید سرمایه‌گذاری باشد. علی‌رغم اینکه اجزای فوق، شاخص‌های تعیین صلاحیت موضوعی مرکز است در کنوانسیون، تعریفی از آن‌ها ارائه نشده است. *آرون بروشه* این تصمیم را خردمندانه و کاملاً هماهنگ با ماهیت اجماعی کنوانسیون می‌داند و دلیل اصلی آن را اهمیت بنیادین شرط رضایت طرفین توصیف می‌کند.^{۱۲} باین‌حال، این امر منشأ بسیاری از اختلاف‌نظرها و تفاسیر متفاوت و احکام متعارض در رویه/یکسید بوده است.

۱-۲. حقوقی بودن اختلاف

وجود اختلاف عینی (و نه انتزاعی) واجد آثار عملی بین طرفین، یک شرط اساسی است زیرا/یکسید برخلاف برخی نهادهای دیگر نظیر دیوان بین‌المللی دادگستری، صلاحیت صدور نظر مشورتی درباره یک موضوع خاص را ندارد^{۱۳} از سوی دیگر، این اختلاف باید حقوقی باشد و محاکم/یکسید، صلاحیتی بر اختلافات اخلاقی، سیاسی، اقتصادی یا صرفاً بازرگانی ندارند.^{۱۴} گزارش مدیران اجرایی بانک جهانی که به انضمام متن کنوانسیون برای بررسی و تصویب به دولت‌ها ارائه شد، در این زمینه می‌گوید: «عبارت اختلاف حقوقی به این منظور به‌کار رفته است که روشن نماید صرفاً تعارض در حقوق در صلاحیت مرکز است و تعارض در منافع، خارج از آن چارچوب است. اختلاف باید مربوط به وجود یا قلمرو یک حق یا تکلیف قانونی و ماهیت یا میزان

۱۱. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ن. ک.:

Reed Lucy, Paulsson Jan & Blackaby Nigel, *Guide to ICSID Convention* (The Netherlands: Kluwer Law International, 2011); Y. Kryvoi, *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (Netherlands: Kluwer Law International, 2010); C. Shreuer et al, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd edition, (Cambridge: Cambridge University Press 2009); Z. Douglas, *The International Law of Investment Claims*, (UK: Cambridge University Press, 2009); K.V.S.K. Nathan, *The ICSID Convention: The Law of the International Center for Settlement of Investment Disputes* (US: Juris Publication, 2000) p.60 A. Broches, *The Convention of Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 136 *Recueil des cours* 331, (1972, vol. 2.).

همچنین ن. ک.: *عسکری، پوریا؛ حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داوری بین‌المللی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۹۱؛ حسینی، به‌آذین؛ دولت و سرمایه‌گذاران خارجی: استانداردهای بین‌المللی، انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۹۰.*

12. Broches, *op.cit.*, p. 362.

13. UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, United Nations (New York and Geneva, 2007), p. 20, available at: http://www.unctad.org/en/docs/iteia20073_en.pdf

14. Y. Kryvoi, *op. cit.*, p. 55.

گرامت ناشی از نقض یک تعهد حقوقی باشد».^{۱۵}

مسئله ماهیت حقوقی اختلاف به‌ندرت در رسیدگی‌های/یکسید مورد چالش قرار گرفته است و دیوان‌های/یکسید برای تعریف «اختلاف حقوقی» عمدتاً از تعریف ارائه‌شده از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه تیمور شرقی استفاد کرده‌اند که در آن، اختلاف حقوقی به‌عنوان «اختلاف نظر روی یک نکته حقوقی یا موضوعی، تعارض دیدگاه‌ها یا علایق حقوقی بین طرفین»^{۱۶} توصیف شده است.^{۱۷} دیوان داوری/یکسید در قضیه *ال پاسو* علیه آرژانتین نیز در این خصوص اعلام کرد: «اختلاف حقوقی اختلافی است که مستلزم اعمال قواعد حقوقی و یافتن راه‌حل‌های حقوقی است» و با اشاره به وضعیت جاری در قضیه تحت بررسی نتیجه گرفت که «اختلاف کاملاً حقوقی است».^{۱۸}

۲-۲. اختلاف مستقیماً از سرمایه‌گذاری ناشی شده باشد

به‌موجب نص صریح بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون *واشنگتن*، اختلاف باید «مستقیماً ناشی از» یک معامله پایه باشد که واجد شرایط یک سرمایه‌گذاری است. شرط مستقیم‌بودن، یکی از معیارهای عینی برای احراز صلاحیت و مستقل از رضایت طرفین است یعنی صرف‌نظر از آنچه طرفین توافق کرده‌اند، اختلاف نه‌تنها باید با یک سرمایه‌گذاری مرتبط باشد بلکه باید به‌طور منطقی ارتباط نزدیکی با آن داشته باشد.^{۱۹}

عملیات سرمایه‌گذاری نوعاً شامل چندین معامله فرعی و اقدامات حقوقی است: تأمین مالی، اجاره ملک، خرید کالاهای مختلف، بازاریابی و توزیع محصولات تولیدی، اسناد اعتباری و تعهدات مالیاتی. از نظر اقتصادی، این معاملات و اقدامات، کمابیش با سرمایه‌گذاری مرتبط است. ولی آیا این فعالیت‌های حاشیه‌ای، از منظر صلاحیت/یکسید، مستقیماً از سرمایه‌گذاری ناشی می‌شود؟ پاسخ به این پرسش ممکن است مبهم بوده و نیازمند بررسی مورد به مورد باشد.^{۲۰} شایان ذکر است شرط مستقیم‌بودن به رابطه اختلاف با سرمایه‌گذاری اشاره دارد و نه به خود سرمایه‌گذاری. در قضیه *فداکس* علیه ونزوئلا، خوانده استدلال کرد که معامله مورد اختلاف مربوط به اسناد بدهی صادرشده از جمهوری ونزوئلا است که یک «سرمایه‌گذاری خارجی

15. Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, pp.35-50, in ICSID Convention, Regulations and Rules, (Washington D.C., ICSID, 2006), para.26.

16. "a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or interests between parties"

17. Kryvoi, Yaraslau, *op. cit.*, p.55.

18. *El Paso v. Argentina* (ICSID Case No.ARB/03/15), Decision on Jurisdiction, 27 April 2006, para.62.

19. Schreuer, The ICSID Convention: A Commentary, *op.cit.*, p.107

20. Dolzer Rudolf & Shreuer Christoph, *Principles of International Investment Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2008), p.232.

مستقیم» نیست. بنابراین نمی‌تواند به‌عنوان سرمایه‌گذاری طبق کنوانسیون توصیف شود. دیوان/یکسید این استدلال را رد کرد و گفت: بدیهی است که عبارت «مستقیماً» در بند ۱ ماده ۲۵ به «اختلاف» مربوط می‌شود و نه به «سرمایه‌گذاری». صلاحیت حتی می‌تواند نسبت به سرمایه‌گذاری‌های غیرمستقیم نیز تسری پیدا کند، به شرطی که اختلاف مستقیماً از چنین معامله‌ای برخاسته باشد.^{۲۱}

به‌طور کلی، کشیدن یک خط مقسم دقیق بین اختلافاتی که مستقیماً از سرمایه‌گذاری ناشی می‌شود و آن‌ها که غیرمستقیم است، غیرممکن است. باین‌حال، رویه/یکسید نشانه‌های خاصی را برای تمایز معرفی می‌کند: معاملاتی که فرعی اما برای سرمایه‌گذاری، حیاتی است و لو در اشکال جداگانه و حتی توسط نهادهای جداگانه‌ای انجام شده باشد، مانع از آن نمی‌شود که اختلاف ناشی از آن‌ها مستقیم قلمداد شود. همچنین اگر اختلاف با دولت، آثار مهمی بر روابط با نهادهای خصوصی در دولت میزبان داشته باشد، ویژگی مستقیم‌بودن آن را نفی نمی‌کند. برای اینکه اختلافات، «مستقیم» قلمداد شود باید دارای ویژگی‌های ممتازی باشد که آن‌ها را به سرمایه‌گذاری پیوند می‌زند.^{۲۲}

۲-۳. ماهیت معامله اصلی سرمایه‌گذاری باشد

چنانچه اشاره شد جزء سوم الزامات صلاحیت موضوعی به‌موجب بند ۱ ماده ۲۵ آن است که ماهیت معامله اصلی که اختلاف از آن ناشی شده است باید «سرمایه‌گذاری» باشد. با توجه به عدم تعریف مفهوم سرمایه‌گذاری در کنوانسیون وائسنگتن، این امر یکی از موضوعات چالش‌برانگیز در رویه داوری/یکسید است. با توجه به اهمیت این موضوع، شرح آن به‌طور مفصل در مبحث بعدی خواهد آمد.

۳. مفهوم سرمایه‌گذاری

برای روشن‌شدن این موضوع در بحث حاضر، ابتدا به معنی عمومی این مفهوم (به‌رغم فقدان تعریف) در خود کنوانسیون اشاره می‌شود. سپس تعریف این مفهوم در اسناد ملی و بین‌المللی مربوط به سرمایه‌گذاری مرور خواهد شد. در ادامه به مسئله قابل تأمل دولایه‌بودن تعیین صلاحیت در/یکسید اشاره می‌شود و بالاخره سیر تکاملی این مفهوم در رویه داوری/یکسید با تمرکز بر چالش‌های پیش رو و دورنمای آتی، مورد بررسی جزئی‌تر قرار می‌گیرد.

21. *Fedax NV v Venezuela* (ICSID Case No ARB/96/3), Decision on Jurisdiction, 11 July 1997, para. 24. available at: <http://www.investmentclaims.com/ViewPdf/ic/Awards/law-iic-101-1997.pdf>

22. Shreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, op.cit .p.112

۳-۱. معنی عمومی تحت کنوانسیون

عبارت سرمایه‌گذاری در کنوانسیون، جایگاه محوری دارد. با این حال، کنوانسیون هیچ تعریف یا حتی توصیفی از این مفهوم پایه ارائه نمی‌کند. در جریان بحث‌های تدوین کنوانسیون، چندین تعریف پیشنهاد و بررسی شد ولی در متن نهایی کنوانسیون وارد نشد. با توجه به مجادلات و اختلاف‌نظرهایی که وجود داشت، تلاش برای ارائه یک تعریف مورد قبول عام، در پرتو الزام اساسی رضایت طرفین، کنار گذاشته شد و تعریف سرمایه‌گذاری و به‌واسطه آن، تعیین گستره دقیق صلاحیت مرکز به خود طرفین دعوا واگذار شد.^{۲۳} آرون بروثه که معتقد بود شناسایی سرمایه‌گذاری بسیار آسان‌تر از تعریف آن است، این تصمیم را سازگار با ماهیت اجماعی کنوانسیون توصیف کرده است.^{۲۳}

تنها معیار احتمالی که می‌توان از یک مفهوم عینی در کنوانسیون استخراج کرد، در نخستین جمله مقدمه آن گنجانده شده است که از «نیاز به همکاری بین‌المللی برای توسعه اقتصادی و نقش سرمایه خصوصی بین‌المللی در آن» صحبت می‌کند.^{۲۴} این هدف اعلامی کنوانسیون، در گزارش مدیران اجرایی نیز تأیید و عنوان شد که «کنوانسیون از تمایل به تقویت مشارکت بین کشورها در آرمان توسعه اقتصادی الهام می‌گیرد».^{۲۵} بنابراین، موضوع و هدف کنوانسیون نشان می‌دهد که سرمایه‌گذاری باید برخی آثار مثبت بر توسعه را داشته باشد. ولی ضرورتاً ادامه نمی‌دهد فعالیتی که به توسعه دولت میزبان کمک نکند، نمی‌تواند یک سرمایه‌گذاری به معنی بند ۱ ماده ۲۵ باشد و خارج از صلاحیت مرکز قرار می‌گیرد. از این رو چنانکه در ادامه خواهد آمد، رویه یکسانی در این زمینه وجود ندارد. برخی دیوان‌ها، کمک به توسعه دولت میزبان را یکی از معیارهای شناسایی سرمایه‌گذاری دانسته‌اند ولی برخی دیگر آن را کنار گذاشته‌اند.

۳-۲. تعریف سرمایه‌گذاری در قراردادهای سرمایه‌گذاری، قوانین ملی و معاهدات بین‌المللی

رضایت به ارجاع اختلافات به داوری/یکسید ضمن قرارداد، نشانه قوی و آشکاری از آن است که طرفین قرارداد، معامله موضوع آن قرارداد را یک سرمایه‌گذاری قلمداد می‌کنند. فرض بر این است که طرفین، دقت کافی نسبت به ماهیت پروژه داشته و هنگام پذیرش صلاحیت/یکسید، از الزامات صلاحیتی کنوانسیون آگاه بوده‌اند. با این همه، به‌منظور تقویت این فرض، یک شرط نمونه در سال ۱۹۹۳، از سوی/یکسید طراحی و ارائه شده است که به‌روشنی این مسئله را بیان می‌کند.

23. Broche, *op.cit.*, p.362.

24. Shreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, *op.cit.*, p.117.

25. Report of the Executive Directors, para. 9.

به‌موجب این شرط نمونه: «بدین‌وسیله تصریح می‌شود که معامله موردنظر این قرارداد، یک سرمایه‌گذاری است».^{۲۶}

با توجه به این تصریح، در بسیاری از دعاوی مبتنی بر قرارداد، عموماً مشکلی در زمینه احراز ضابطه سرمایه‌گذاری وجود نداشته است. در قضیه سی/اس/او بی علیه اسلواکی دیوان به این جمع‌بندی رسید که اشاره به یک معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری حاوی شرط داوری/یکسید در قرارداد سرمایه‌گذاری، در واقع حاکی از تراضی طرفین مبنی بر شناسایی معامله مذکور به‌عنوان یک سرمایه‌گذاری در چارچوب کنوانسیون است.^{۲۷} خاطرنشان می‌شود، استفاده از محک یا معیار دوگانه برای احراز وجود سرمایه‌گذاری از سوی دیوان‌های/یکسید در این موارد آسان، کمتر چالش‌برانگیز است.

قوانین ملی سرمایه‌گذاری کشورها که رضایت به داوری (از جمله داوری/یکسید) به‌طور یک‌جانبه در آن‌ها اعلام می‌شود، عموماً تعاریف یا توصیفات از سرمایه‌گذاری تحت پوشش آن قانون ارائه می‌کنند. برخی از این تعاریف، کاملاً مختصر و کلی است. اما برخی دیگر، به معرفی جزئیات و مصادیق می‌پردازد.^{۲۸}

در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری که امروزه رضایت مندرج در آن‌ها مبنای بسیاری از دعاوی ارجاعی به/یکسید است نیز تعاریف مشخصی از سرمایه‌گذاری ارائه می‌شود. مروری بر این معاهدات نشان می‌دهد که این تعاریف اغلب ویژگی‌های مشابه دارند. معمولاً ابتدا یک توصیف گسترده و کلی متضمن عبارت «هر نوع دارایی» ارائه و به دنبال آن فهرست (غیرانحصاری) از مصادیق معرفی می‌شود. فهرست مصادیق نیز معمولاً شامل موارد زیر است: حقوق مالکیت صنعتی، مشارکت در شرکت‌ها، مطالبات مالی، حقوق مالکیت معنوی و صنعتی، امتیازات یا حقوق مشابه.^{۲۹} معاهده دوجانبه مدل ۲۰۰۴ آمریکا یک نمونه در این زمینه است.^{۳۰}

26. ICSID-Model Clauses, Clause 3, available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/model-clauses-en/8.htm#a>

27. *CSOB v. Slovakia*, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, at paras. 66, 67, 89.

28. به‌عنوان مثال، ماده یک قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی ایران مصوب سال ۱۳۸۱، در تعریف سرمایه خارجی اشعار می‌دارد: «سرمایه خارجی - انواع سرمایه اعم از نقدی یا غیرنقدی که توسط سرمایه‌گذار خارجی به کشور وارد می‌شود و شامل موارد زیر است:

الف) وجوه نقدی که به‌صورت ارز قابل‌تبدیل، از طریق نظام بانکی یا دیگر طرق انتقال وجوه که مورد تأیید بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران باشد، به کشور وارد شود؛ ب) ماشین‌آلات و تجهیزات؛ ج) ابزار و قطعات یدکی، قطعات منفصله و مواد اولیه، افزودنی و کمکی؛ د) حق اختراع، دانش فنی، اسامی و علائم تجاری و خدمات تخصصی؛ ه) سود سهام قابل‌انتقال سرمایه‌گذار خارجی؛ و) سایر موارد مجاز با تصویب هیئت دولت».

29. *Ibid.*, p.123.

برای مطالعه بیشتر، ن.ک:

Newcombe, Andrew and Paradell L, *Law and Practice of Investment Treaties* (Kluwer Law International 2009), pp. 65-68.

موافقت‌نامه تجارت آزاد امریکای شمالی (نفتا) نیز در فصل مربوط به سرمایه‌گذاری، حاوی شرط داوری/یکسید است و تعریفی از مفهوم «سرمایه‌گذاری» با جزئیات ارائه می‌کند که البته در مقایسه با تعاریف مندرج در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری محدودتر است.^{۳۱} پیمان منشور انرژی^{۳۲} مصوب سال ۱۹۹۴ و پروتکل مرکوسور^{۳۳} نیز تعاریفی از سرمایه‌گذاری ارائه می‌کنند که بیشتر به معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری مدرن شباهت دارند.

ذکر این نکته حایز اهمیت است که تعریف موسع یا مضیق از سرمایه‌گذاری، تأثیر مستقیم در سرمایه‌های مشمول حمایت قانونی دارد. معاهدات دوجانبه مدرن و نیز معاهدات چندجانبه مذکور عموماً تعاریف موسعی - در مقایسه با تعاریف معاهدات سنتی - ارائه و سعی می‌کنند هرگونه حقوق مالی را تحت شمول مفهوم سرمایه‌گذاری آورده و مورد حمایت بین‌المللی قرار دهند. در این معاهدات، عبارت «دارایی»^{۳۴} به کار می‌رود که از عبارت به کاررفته در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در قرن بیستم یعنی «اموال و علائق مالی»^{۳۵} دامنه گسترده‌تری دارد. این روش در معاهدات مدل کشورهای انگلیس (۲۰۰۵)، آلمان (۲۰۰۵) و فرانسه (۲۰۰۶) نیز دنبال شده است.^{۳۶}

۳۰. ماده ۱ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مدل ۲۰۰۴ امریکا (US 2004 Model BIT) اشعار می‌دارد: «سرمایه‌گذاری به معنی هر نوع دارایی است که یک سرمایه‌گذار به‌طور مستقیم یا غیرمستقیم در تملک یا کنترل خود دارد و ویژگی‌های یک سرمایه‌گذاری را داشته باشد؛ ویژگی‌هایی نظیر التزام تأمین سرمایه یا سایر منابع، توقع درآمد یا سود یا قبول مخاطره (ریسک). سرمایه‌گذاری ممکن است در اشکال زیر صورت گیرد:

- یک شرکت؛
 - سهام، بورس یا هر شکل دیگر از مشارکت در شرکت؛
 - اوراق بهادار، اوراق قرضه، سایر اسناد متضمن قرض و وام؛
 - قراردادهای معامله سهام یا کالا به‌منظور تحویل در آینده، اختیار معامله یا سایر مشتقات؛
 - قراردادهای آماده بهره‌برداری، ساخت‌وساز، مدیریت، تولید، امتیاز، تسهیم درآمد و سایر قراردادهای مشابه؛
 - حقوق مالکیت معنوی؛
 - لیسانس، مجوزها، پروانه کار و سایر حقوق مشابه اعطاشده برحسب قانون داخلی؛ و
 - سایر دارایی‌های عینی و غیرعینی، منقول و غیرمنقول و حقوق مالکیت مربوطه نظیر استیجار، رهن، وثیقه و التزامات.
- متن کامل این معاهده در آدرس زیر قابل دسترس است:

US 2004 Model BIT, Art. 1. available at: <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>

31. North American Free Trade Agreement, Art.1139. available at: <http://www.nafta-alena.gc.ca/en/view.aspx?x=299&mtpiID=142#A1139>

32. Energy Charter Treaty (ECT), Art.1(6). available at: <http://www.ena.lt/pdfai/Treaty.pdf>, p.41.

33. Protocol of Colonia for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments in Mercosur, Art.1(1). available at: <http://www.cvm.gov.br/ingl/inter/mercosul/coloni-e.asp>

34. Asset

35. Property and interest in property

۳۶. پیران، حسین؛ مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی، گنج‌دانش، ۱۳۸۹، ص. ۲۲.

۳-۳. دولایه‌بودن تعیین صلاحیت در /یکسید

بخش اعظم اختلافات ارجاعی به داوری /یکسید بر مبنای رضایت در معاهدات سرمایه‌گذاری (داوری معاهده‌ای) انجام پذیرفته است.^{۳۷} کنوانسیون، تعریفی از سرمایه‌گذاری ارائه نکرده و آن را به رضایت طرفین موکول نموده است. به‌طور معمول این تعریف در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و قوانین ملی سرمایه‌گذاری خارجی، نمود پیدا می‌کند. اما این به معنی آزادی عمل نامحدود طرفین نیست و آن‌ها نمی‌توانند با توافق، هر اختلافی را به /یکسید ارجاع نمایند. به‌عنوان مثال، معاملات تجاری عادی، صرف‌نظر از چگونگی توافق طرفین، قابل ارجاع به /یکسید نیست زیرا مطابق کنوانسیون، اختلاف باید مستقیماً ناشی از یک سرمایه‌گذاری باشد.

اغلب دیوان‌های /یکسید در این زمینه یک معیار دوگانه را به‌کار گرفته‌اند: معیار اول ناظر بر این است که آیا فعالیت بازرگانی موردنظر در قلمرو رضایت طرفین قرار دارد؛ و معیار دوم، سنجش آن با الزامات کنوانسیون است. اگر صلاحیت بر مبنای معاهده سرمایه‌گذاری یا قانون ملی سرمایه‌گذاری، حاوی شرط رضایت باشد، تعریف سرمایه‌گذاری در آن معاهده یا قانون لحاظ خواهد شد. به‌علاوه، دیوان باید قانع شود که آن فعالیت مطابق مفهوم موردنظر کنوانسیون نیز یک سرمایه‌گذاری تلقی می‌شود.^{۳۸} به تعبیر دیگر، داوری در /یکسید دارای دو قفل صلاحیتی^{۳۹} است. قفل اول، مربوط به الزامات صلاحیتی معاهده دوجانبه و قفل دوم مربوط به الزامات صلاحیتی مندرج در بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون در ارتباط با نوع اختلاف است.^{۴۰}

دیوان /یکسید در قضیه *سی/اس/او بی علیه اسلواکی* که در آن وجود یک سرمایه‌گذاری مورد اختلاف بود، از این روش‌شناسی پیروی کرد. قرارداد بین خواهان و خوانده به یک معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری اشاره داشت که در آن داوری /یکسید پیش‌بینی شده بود. تصور این بود که با این اشاره، طرفین، معامله خود را به‌منزله یک سرمایه‌گذاری در چارچوب کنوانسیون قلمداد کرده‌اند ولی محکمه آن را نپذیرفت و اعلام کرد: «... باید برای تعیین این مسئله که دیوان برای بررسی ماهیت دعوا ذی‌صلاح است یا خیر، یک معیار دوگانه به‌کار برده شود: نخست، آیا اختلاف از یک سرمایه‌گذاری در چارچوب معنی کنوانسیون ناشی می‌شود؟ اگر چنین است، آیا اختلاف مربوط به همان سرمایه‌گذاری‌ای می‌شود که در رضایت طرفین به داوری /یکسید، مطابق معاهده

۳۷. تا پایان سال ۲۰۱۲، میزان ارجاعات بر اساس معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری (۶۳ درصد)، قراردادهای سرمایه‌گذاری بین دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی (۲۰ درصد)، قوانین سرمایه‌گذاری دولت میزبان (۶ درصد)، موافقت‌نامه نفتا (۴ درصد)، پیمان منشور انرژی (۴ درصد)، موافقت‌نامه آسه‌آن (۱ درصد) و موافقت‌نامه تجارت آزاد عمان - آمریکا (۱ درصد) بوده است. ن.ک:

ICSID Caseload 2013-1, *op. cit.*, p.10

38. Schreuer, *op.cit.*, p. 117.

39. Jurisdictional keyhole

40. Weiler, Todd, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, (Juris Net, 2008), p.120.

دوجانبه سرمایه‌گذاری و معانی مندرج در ماده یک آن تعریف شده است؟»^{۴۱}.
 اختلاف مشابهی در قضیه *گلوبال تریدینگ ریسورس* علیه اوکراین مطرح شد. دیوان با این سؤال روبه‌رو بود که آیا برای تشخیص وجود سرمایه‌گذاری باید معیار دوگانه را به کار گرفته و هم‌زمان با الزامات معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، کنوانسیون *واشنگتن* را نیز در نظر گیرد یا صرفاً به الزامات معاهده اکتفا نماید. دیوان با مرور تصمیمات دیوان‌های مختلف *یکسید* در قضایای قبلی اعلام کرد: «... جای بحث نیست که دو عامل مستقل وجود دارد و هر دو باید مورد توجه قرار گیرد: آنچه طرفین به‌عنوان بنیان ارجاع به داوری به آن رضایت داده‌اند و آنچه کنوانسیون به‌عنوان چارچوب صلاحیت دیوان‌ها معرفی می‌کند»^{۴۲}. درنهایت به این جمع‌بندی رسید که «قراردادهای خرید و فروش امضاشده بین خواهان و خوانده دارای ماهیت کاملاً بازرگانی است و با هیچ تفسیری نمی‌توان آن‌ها را سرمایه‌گذاری در معنای ماده ۲۵ کنوانسیون *واشنگتن* قلمداد نمود»^{۴۳}.

با این حال، این رویکرد در رویه *یکسید* بدون چالش نبوده است. دیوان‌های *یکسید* در چندین قضیه با استناد به اینکه کنوانسیون عمداً سرمایه‌گذاری را تعریف نکرده و آن را به رضایت طرفین واگذار کرده است، بیشتر تمایل داشته‌اند که سرمایه‌گذاری را صرفاً از منظر رضایت به داوری *یکسید* ببینند و به‌عبارت‌دیگر، شرط سرمایه‌گذاری را با شرط رضایت ادغام کنند. ولی در مجموع، گرایش غالب همچنان توسط به معیار دوگانه است.^{۴۴}

۳-۴. سیر تکاملی تعریف سرمایه‌گذاری در رویه *یکسید*

فقدان تعریف سرمایه‌گذاری در کنوانسیون *واشنگتن*، به این معنی است که هیچ‌گونه تعریفی از الزامات و شرایطی که تأمین آن‌ها برای شناسایی یک فعالیت اقتصادی به‌عنوان سرمایه‌گذاری طبق بند ۱ ماده ۲۵ و قرارگرفتن آن تحت صلاحیت موضوعی کنوانسیون لازم است، ارائه نشده است. ولی چون برای تعیین محتوا و دامنه یک مفهوم حقوقی نیاز به تعریف آن است،^{۴۵} در عمل، این مهم به دولت‌های متعاهد واگذار شد تا در خصوص آن مذاکره نموده و به‌طور دوجانبه یا چندجانبه به توافق برسند.

41. *CSOB v Slovakia Republic*, ICSID Case No. ARB/97/4, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, para. 251.

42. *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/09/11), Award, December 1, 2010, para. 57, available at: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

43. *Ibid.*, 57.

44. Dupont, Pierre- Emmanuel, "The Notion of ICSID Investment: Ongoing Confusion or Emerging Synthesis?" *The Journal of World Investment & Trade* (April 2011), vol. ۱۲, No. 2, pp. 251-253.

45. Dolzer, Rudolf & Shreuer, Christoph, *Principles of Investment law* (Oxford University2008), p. 60

زبان متفاوت مواد مربوط به تعریف سرمایه‌گذاری در معاهدات دوجانبه و چندجانبه سرمایه‌گذاری که معمولاً متناسب با نیازهای دولت‌های طرف معاهده تنظیم می‌شوند از یک سو، و رویکردهای تفسیری متفاوت اعمال‌شده از سوی دیوان‌های مختلف در پرداختن به مفهوم سرمایه‌گذاری مطابق با بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون واژگن از سوی دیگر، منجر به صدور احکام ناهمسان و بحث‌انگیزی در خصوص تعریف سرمایه‌گذاری شده است که یکی از مبانی اصلی انتقادات موجود در خصوص ناهمسانی و گسستگی رویه/یکسید است.^{۴۶} دیوان/یکسید در قضیه *Saba Fakes* علیه ترکیه در سال ۲۰۱۰، با اشاره به تداوم این گسستگی اعلام کرد: «تاکنون هیچ‌گونه رویکرد اجماعی از رویه موجود پدیدار نشده است ... و راه‌حل‌های پیشنهادشده، اگر نگوئیم متعارض، ناهمسان است و هیچ‌گونه راهنمای روشنی را برای دیوان‌های داوری بعدی فراهم نمی‌آورد».^{۴۷}

مطالعه رویه/یکسید و نگاه دیوان‌های آن به این مفهوم در کنار دکترین حقوقی و دیدگاه‌های صاحب‌نظران این حوزه نشان می‌دهد که منشأ اصلی اختلاف‌نظر و گسستگی در رویه/یکسید، کاربرد دو تئوری متفاوت یعنی تئوری عینی (تعریف مستقل بر اساس کنوانسیون) و تئوری ذهنی (تعریف بر اساس اسناد اعلام رضایت) در تفسیر مفهوم سرمایه‌گذاری است.^{۴۸}

46. Vargio, Paolo, "Beyond Hallmarks and Formal Requirments: a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment in the ICSID Convention", *The Journal of World Investment and Trade* (October 2009), vol. 10, No.1, p.754.

47. *Saba Fakes v. Turkey* (ICSID Case No. ARB/07/20), Award of 14 July 2010, para.97.

48. تئوری عینی مدعی است که یک تعریف عینی و مستقل از سرمایه‌گذاری با هدف تأمین صلاحیت/یکسید وجود دارد. عبارت سرمایه‌گذاری یک «معنی مستقل» دارد و «حدود بیرونی» (outer limits) بند ۱ ماده ۲۵ را ترسیم و معین می‌کند که هر معامله‌ای خارج از محدوده این مرزها قرار گیرد، سرمایه‌گذاری از نوع/یکسید تلقی نخواهد شد، صرف‌نظر از هرگونه توافقی که بین طرفین انجام شده باشد.

در مقابل، تئوری ذهنی بر این باور است که عبارت «سرمایه‌گذاری» در بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون/یکسید فاقد یک معنی مستقل است بلکه به‌طور ذهنی از سوی طرفین هنگام بیان رضایت به داوری/یکسید تعریف می‌شود. لذا به‌موجب این تئوری اگر دولت‌ها در معاهدات سرمایه‌گذاری خود، به‌طور آشکار توافق نمایند که یک معامله را سرمایه‌گذاری منظور نمایند، این توافق مبنای صلاحیت/یکسید خواهد بود.

برای مطالعه بیشتر، ن.ک:

Ghaffari, Peyman, "Jurisdictional Requirements under Article 25 of the ICSID Convention: Literature Review", *The Journal of World Trade Investment and Trade* (August 2011), vol.12 No.4, pp.603-625; Hwang Michael S.C & Fong lee Cheng, Jennifer "Definition of Investment – A Voice from the Eye of Storm", *Asian Journal of International Law*, 1 (2011), pp. 99–129; Legum, Barton & Mouwad, Caline "The meaning of investment in the ICSID Convention", (pp.326-357) in: Bekker Pieter & Dolzer Rudolf et al(eds) *Making Transnational Law Work in the Global Economy, Essays in Honor of Detlev Vagts*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), pp. 328-331; Mortenson, Julian Davis, "The Meaning of Investment: ICSID's Travaux and the Domain of International Investment Law", *Harvard International Law Journal*, (Winter 2010), vol. 51, No.1, pp.257-318; Vargio, Paolo, "Beyond Hallmarks and Formal Requirments: a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment in the ICSID Convention", *The Journal of World Investment and Trade* (October 2009), vol. 10, No.1, p.754; Gaillard, Emmanuel, "Identify of Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice",

دیوان‌های مختلف با تکیه بر یکی از دو تئوری مذکور به نتایج مختلفی در تعریف این مفهوم و تعیین معیارهای شناسایی آن رسیده‌اند.

الف. معیار سالینی^{۴۹}

حکم دیوان/یکسید در قضیه سالینی علیه مراکش، نقطه عطفی در فرایند تکاملی رویه قضایی/یکسید در ارتباط با مفهوم سرمایه‌گذاری است. در این قضیه، دیوان به بررسی اختلاف بر سر یک قرارداد جاده‌سازی بین شرکت ایتالیایی سالینی و دولت مراکش پرداخت و برای پاسخ به این سؤال که آیا این قرارداد مطابق کنوانسیون واشنگتن و معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری ایتالیا - مراکش، یک سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود یا نه، با اشاره به دکتترین حقوقی و تفاسیر دانشگاهی^{۵۰} و نیز احکام قبلی دیوان‌های/یکسید،^{۵۱} چهار معیار برای تشخیص سرمایه‌گذاری معرفی کرد که با توجه به ارجاعات بعدی به آن در دکتترین و احکام دیوان‌های/یکسید، به «معیار سالینی» شهرت یافت.^{۵۲} این معیارها عبارت‌اند از:

(2009) available at: <http://www.shearman.com/identify-or-define-reflections-on-the-evolution-of-the-concept-of-investment-in-icsid-practice-02-09-2009/>;

49. Salini Test

۵۰. پیش از این، متخصصان این حوزه مانند کریستوفر اشروتر و امانوئل گایا به ترتیب در نوشته‌های زیر، ویژگی‌های مذکور را برای تعریف سرمایه‌گذاری موردنظر کنوانسیون/یکسید معرفی کرده بودند. اشروتر به پنج ویژگی: مدت زمان، جریان سود، خطرپذیری، تعهد (آورده) مالی، کمک به توسعه دولت میزبان اشاره کرده بود.

Shreuer, Christopher, Commentary on ICSID Convention (1996) 11 ICSID –Review-FILJ, pp.316-327; E. Gillard, ICSID Commentary, JDI (1999), p.278.

۵۱. لازم به تأکید است نخستین تحلیل از مفهوم سرمایه‌گذاری به‌موجب بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون/یکسید که منجر به معرفی چهار معیار مذکور در تست سالینی شد، مربوط به تصمیم دیوان در قضیه فداکس علیه ونزویلا است که در سال ۱۹۹۹ اتخاذ شد. در این قضیه، دیوان باید به این موضوع می‌پرداخت که آیا یک وام را می‌توان سرمایه‌گذاری به مفهوم بند ۱ ماده ۲۵ قلمداد نمود. دیوان استدلال کرد که ویژگی‌های فعالیت اقتصادی تحت بررسی با ویژگی‌های پایه سرمایه‌گذاری یعنی دوره زمانی خاص مداومت سود و درآمد، پذیرش خطر، تعهد مالی قابل توجه و کمک به توسعه دولت میزبان مطابقت دارد. لذا نتیجه گرفت که فعالیت مزبور، یک سرمایه‌گذاری مطابق کنوانسیون است. لازم به ذکر است که این دیوان، عنصر پنجمی، یعنی استمرار سود و بازگشت سرمایه را نیز نام برده بود که در قضیه سالینی اشاره روشنی به آن نشد ولی در احکام دیوان‌های بعدی، ذیل معیارهای سالینی به آن نیز اشاره شده است. ن.ک:

Fedax NV v Venezuela (ICSID Case No. ARB/96/3), Decision on Jurisdiction, 11 July 1997

۵۲. «... دکتترین عموماً معتقد است که سرمایه‌گذاری اشاره دارد به: تعهد (آورده) مالی، مدت زمان انجام قرارداد و مشارکت در خطر معامله... همچنین، با توجه به مقدمه کنوانسیون، می‌توان کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان سرمایه‌گذاری را به‌عنوان یک شرط اضافی افزود...». ن.ک:

Salini v. Morocco, Decision on Jurisdiction, 23 July 2001, para. 52, available at: <http://italaw.com/documents/Salini-English.pdf>

- فعالیت مزبور تعهد (آورده) مالی داشته باشد؛^{۵۳}
- پروژه در یک دوره زمانی معین انجام شود؛
- سرمایه‌گذار در خطر (سود و زیان) فعالیت اقتصادی شریک باشد؛ و
- فعالیت مذکور برای توسعه اقتصادی دولت میزبان مفید باشد (برگرفته از مقدمه کنوانسیون).

معیارهای *سالینی* هرچند توانست الگویی را برای شناسایی و معرفی سرمایه‌گذاری ارائه نماید، به دلیل اینکه دیوان‌های داوری/یکسید، مأخوذ به رویه سابق خود نیستند، این دیدگاه نتوانست رویه متحدالشکلی ایجاد و تثبیت کند. در حال حاضر، هرچند جایگزین مؤثر و معتبری برای معیار *سالینی* ارائه نشده، این معیار، هم در دکتترین حقوقی و هم در احکام دیوان‌های مختلف، با انتقاداتی روبه‌رو است.

به‌طور کلی، معیار *سالینی* در دکتترین حقوقی و احکام دیوان‌های/یکسید با دو نوع رویکرد رقیب مواجه شده است که یکی از آن‌ها متعلق به مدافعین محدودیت شدید صلاحیت/یکسید (دیدگاه کشورهای در حال توسعه) و دیگری متعلق به کشورهای سرمایه‌فرست است که از «گسترش صلاحیت/یکسید بر هرگونه سرمایه‌گذاری خارجی» پشتیبانی می‌کنند.^{۵۴} این دو رویکرد که هر یک بر پارهای از استدلال‌های حقوقی و احکام دیوان‌ها تکیه دارند، در قضیه *ام/اچ/اس* علیه مالزی تحت عنوان رویکرد «ویژگی‌های صلاحیتی»^{۵۵} و رویکرد «ویژگی‌های شکلی»^{۵۶} تبیین شده است.^{۵۷} در ادامه، قبل از پرداختن به چالش‌های مطرح‌شده در برابر معیار *سالینی* و عناصر آن به بررسی مختصر این رویکردها پرداخته می‌شود.^{۵۸}

۱. رویکرد «ویژگی‌های صلاحیتی»

این رویکرد، ناظر بر رویه‌ای است که در قضیه *سالینی* ایجاد شد و بر این باور است که برای

^{۵۳}. لازم به ذکر است در رویه/یکسید، شرط تعهد (commitment) صرفاً از منظر مالی نگریسته نشده بلکه از نگاه دانش فنی، تجهیزات، پرسنل و خدمات نیز مورد توجه بوده است.

C. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, op. cit., p. 130

^{۵۴}. Mortenson, op. cit., p. 259.

^{۵۵}. “Jurisdictional Characteristics” approach

^{۵۶}. “Typical Characteristics” approach

^{۵۷}. *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10), Award on Jurisdiction, 17 May 2007, para. 70.

^{۵۸}. *امانوتل گایا* دو رویکرد فوق را تحت عناوین رویکرد استقرایی (Deductive) - تعریف از طریق معیارهای واقعی - و رویکرد شهودی (Intuitive) - شناسایی از طریق ویژگی‌های شکلی - معرفی می‌کند. ن.ک:

Gaillard, “Identify of Define?” Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice, op. cit.

شناسایی یک فعالیت اقتصادی به‌عنوان سرمایه‌گذاری طبق بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون، همه معیارهای معرفی‌شده در قضیه *سالینی* باید به‌صورت هم‌زمان و دسته‌جمعی در فعالیت مذکور حاضر باشند. این رویکرد بر تئوری عینی استوار است که برای سرمایه‌گذاری در کنوانسیون، معنی مستقلی قائل است. این خط فکری، پس از حکم *سالینی* به‌طور شاخص در قضیه *جوی ماینینگ* علیه مصر^{۵۹} تثبیت شد و در چندین حکم دیگر، البته با تفاوت‌هایی در خصوص تعداد این معیارها دنبال شد.

دیوان در قضیه *جوی ماینینگ* که در آن اختلاف از یک قرارداد عرضه تجهیزات استخراج معدن با یک آژانس دولتی مصر ناشی شده بود، سرمایه‌گذاری طبق بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون را متشکل از چهار عنصر عینی مذکور در قضیه *سالینی*، یعنی مدت زمان معین، تداوم سود و درآمد، عنصر خطر، تعهد مالی و کمک چشمگیر به توسعه دولت میزبان دانست که باید به‌طور هم‌زمان حاضر باشند. دیوان تأکید کرد که اگر غیر از این باشد، ماده ۲۵ و اتکای آن به مفهوم سرمایه‌گذاری، و لو به‌طور مشخص تعریف نشده باشد، به یک ماده بی‌معنی تبدیل خواهد شد.^{۶۰} نکته قابل‌توجه دیگر در این حکم این بود که دیوان عملاً عنصر پنجمی تحت عنوان «تداوم سود و بازگشت آن» را که در قضیه *فداکس* آمده بود، احیا و به معیارهای *سالینی* اضافه نمود.^{۶۱} در عین حال، کمک سرمایه‌گذاری مربوطه به توسعه کشور میزبان برای احراز این عنصر را ناکافی تشخیص داد و به دلیل حاضرنبودن این معیار در کنار معیارهای دیگر، رأی به عدم‌صلاحیت خود داد.^{۶۲}

۲. رویکرد «ویژگی‌های شکلی»

رویکرد «ویژگی‌های شکلی»، معیارهای *سالینی* را نه به‌عنوان شاخص‌های رسمی و ثابت، بلکه به‌عنوان نشانه‌هایی می‌داند که دیوان‌های *ایکسید* می‌توانند برای شناسایی سرمایه‌گذاری از آن‌ها کمک بگیرند. بنابراین، الزامی به حضور هم‌زمان همه شاخص‌ها برای شناسایی یک فعالیت اقتصادی به‌عنوان سرمایه‌گذاری در مفهوم بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون *واشنگتن* وجود ندارد. سرآغاز این رویکرد، قضیه *سی/اس/او بی* علیه اسلواکی است که از نظر زمانی مقدم بر قضیه *سالینی* است و شاخص‌های معرفی‌شده در قضیه *فداکس* را به‌کار گرفته است. دیوان در توجیه

59. *Joy Mining Machinery Limited v The Arab Republic of Egypt* (ICSID Case ARB/03/11), Award on Jurisdiction, 6 August 2004.

60. *Ibid.*, paras. 50- 53.

61. هر چند با ادغام دو معیار تعهد مالی و کمک چشمگیر به توسعه اقتصادی کشور میزبان، به ظاهر همانند قضیه *سالینی* چهار معیار را بر شمرده است.

62. *Ibid.*, para.57.

فقدان برخی معیارهای معرفی‌شده در دعوای تحت بررسی اعلام کرد: «هرچند تمایل زیادی وجود دارد که این عناصر به‌عنوان یک قاعده در بسیاری از سرمایه‌گذاری‌ها وجود داشته باشند ولی آن‌ها پیش‌شرط رسمی برای تلقی یک فعالیت اقتصادی به‌عنوان سرمایه‌گذاری طبق کنوانسیون *واشنگتن* نیستند».^{۶۳}

طرفداران این رویکرد معتقدند که این رویکرد در مقایسه با رویکرد «ویژگی‌های صلاحیتی» با منطق عدم تعریف سرمایه‌گذاری در کنوانسیون - که هدف آن سازگارتر نمودن این ماده با تکامل مفهوم سرمایه‌گذاری بین‌المللی بوده است - هماهنگی بیشتری دارد. دیوان *ایکسید* در قضیه معروف *بایواتر گاف* علیه تانزانیا که می‌توان آن را نقطه عطفی در اعمال رویکرد «ویژگی‌های شکلی» دانست، در این خصوص می‌گوید: «به‌زعم دیوان، هیچ‌گونه مبنایی برای اعمال بیش از حد مضیق پنج معیار *سالینی* در هر قضیه وجود ندارد. این معیارها به‌مثابه یک قانون ثابت و الزام‌آور نیست. آن‌ها در کنوانسیون *واشنگتن* به چشم نمی‌خورند بلکه برعکس، از کارهای مقدماتی کنوانسیون معلوم است که تلاش‌های چندی برای درج تعریفی از سرمایه‌گذاری در کنوانسیون صورت گرفت که در نهایت موفق نشد و تعمداً با این دورنما که این تعریف می‌تواند موضوع توافق بین دولت‌های عضو قرار گیرد، بدون تعریف رها شد ... از آنجاکه کنوانسیون، معنی صریح و عینی از سرمایه‌گذاری ندارد، محل تردید است که دیوان‌های داوری بتوانند تعریفی را تحمیل کنند که برای تمامی قضایا و بر تمامی اهداف قابل اعمال باشد».^{۶۴}

دیوان مذکور، در ادامه، با رد رویکرد صلاحیتی، اضافه می‌کند: «به‌علاوه، معیار *سالینی* خود مشکل‌ساز است. برخی دیوان‌های قبلی اعلام کرده‌اند، اگر «ویژگی‌های شکلی» یک سرمایه‌گذاری به سطح یک معیار ثابت و غیرمنعطف ارتقا داده شود و در صورت فقدان پنج معیار مزبور، فعالیت‌های اقتصادی از صلاحیت کنوانسیون *واشنگتن* مستثنا شود، این رویکرد، خطر محروم‌سازی دلخواهانه برخی فعالیت‌های اقتصادی از پوشش حمایتی کنوانسیون را در پی دارد. همچنین، منجر به تعریفی می‌شود که ممکن است با توافقاتی انفرادی (نظیر مورد حاضر) و نیز اجماع در حال ظهور در بخش‌هایی از جهان در زمینه معنای سرمایه‌گذاری (به‌عنوان مثال آن‌گونه که در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بیان شده) در تعارض قرار گیرد. اگر تعداد معتدبایی از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در سراسر جهان، تعریف «سرمایه‌گذاری» را فراگیرتر از معیار *سالینی* می‌دانند و اگر نوعی اجماع بین‌المللی ایجاد شده است، پذیرش تفسیر مضیق از کنوانسیون *واشنگتن* دشوار است. لذا دیوان معتقد است که اتخاذ رویکرد منعطف‌تر و عمل‌گراتر نسبت به معنی «سرمایه‌گذاری» مناسب‌تر است؛ رویکردی که ویژگی‌های معرفی‌شده

63. *CSOB v. Slovakia* (ICSID CASE No. ARB/97/4) Decision on Jurisdiction, 24 May 1999, para. 90

64. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania* (ICSID Case No. ARB/05/22), Award, 24 July 2008, Paras. 312-313.

در قضیه *سالینی* را هم‌زمان با لحاظ جمیع شرایط قضیه مورد بررسی، از جمله ماهیت اسناد حاوی رضایت به/یکسید، مورد توجه قرار می‌دهد.^{۶۵}

تصمیم کمیته ابطال/یکسید^{۶۶} در قضیه *ام/اچ/اس* علیه مالزی که دقیقاً در مخالفت با اتخاذ رویکرد صلاحیتی از سوی دیوان رسیدگی‌کننده صورت گرفت، در معرفی رویکرد «ویژگی‌هایی شکلی» حایز اهمیت فراوان است. دیوان رسیدگی‌کننده به قضیه مزبور، با مرور هفت قضیه قبلی که در آن‌ها، معیار *سالینی* با رویکرد صلاحیتی به کار گرفته شده بود، تک‌تک معیارهای مزبور را در خصوص پروژه حاضر، مورد بحث قرار داد و نتیجه گرفت که به دلیل عدم تأمین برخی از آن‌ها، فاقد صلاحیت رسیدگی است. در مقابل، کمیته ابطال در تصمیم خود اعلام کرد: «کارهای مقدماتی کنوانسیون و نیز گزارش مدیران اجرایی نشان می‌دهد که: الف) عمداً تعریفی برای مفهوم سرمایه‌گذاری در بند ۱ ماده ۲۵ ارائه نشد؛ ب) محدودیت سقفی برای ارزش سرمایه‌گذاری رد شد؛ ج) الزام مدت زمان نامعین برای یک سرمایه‌گذاری یا مدت زمان حداقل پنج سال مورد تأیید قرار نگرفت؛ د) مهم‌ترین معیاری که تصویب شد، رضایت طرفین بود. بنابراین، آن‌ها به واسطه رضایت می‌توانند صلاحیت مورد نظر کنوانسیون را تعریف کنند ... شاید هنگام تصویب کنوانسیون *واشنگتن* پیش‌بینی نشده بود ولی در حال حاضر بیش از ۲۸۰۰ معاهدهٔ دوجانبه سرمایه‌گذاری و سه معاهدهٔ مهم چندجانبه امضا شده است که نوعاً سرمایه‌گذاری را با عباراتی گسترده و فراگیر تعریف می‌کنند و امروزه عملاً منبع اصلی ارجاع به صلاحیت/یکسید هستند. نادیده‌انگاشتن این موضوع و در عوض، توسل به تفسیرهای سؤال‌برانگیز از عبارت سرمایه‌گذاری در بند ۱ ماده ۲۵، خطر زمین‌گیر کردن این نهاد را در پی دارد.^{۶۷} در ادامه، کمیته با استناد به دیدگاه پروفیسور *شروتر* مبنی بر اینکه «این ویژگی‌ها ضرورتاً نباید به‌عنوان الزامات صلاحیتی تلقی شود بلکه صرفاً باید به‌عنوان ویژگی‌های شکلی سرمایه‌گذاری‌ها تحت کنوانسیون در نظر گرفته شود» رأی به ابطال حکم داد.^{۶۸}

شایان ذکر است که یکی از اعضای کمیته ابطال به نام محمد شهاب‌الدین در دفاع از اعمال رویکرد صلاحیتی نسبت به معیارهای *سالینی*، رأی مخالف داد و استدلال نمود که تعیین برخی مرزهای ثابت برای تعریف سرمایه‌گذاری مانع از آن می‌شود که ماده ۲۵ کنوانسیون *واشنگتن* به یک ماده بی‌معنی مبدل شود.^{۶۹}

65. *Ibid*, paras.314-316.

66. ICSID Annulment committee

67. *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10), Decision on the Application for Annulment, 16 April 2009, paras. 71 & 73.

68. *Ibid*, paras. 76-80

69. Dissenting Opinion (attached to the Decision on the Application for Annulment) available at: http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1031_En&caseId=C247

ب. چالش‌های معیار سالیسی

هرچند رویکرد «ویژگی‌های صلاحیتی» تلاش می‌کند یک تعریف ثابت با عناصر مشخص ارائه نماید در عمل چنین نتیجه‌ای حاصل نشده است و دیوان‌هایی که معیارهای سالیسی را با رویکرد «ویژگی‌های صلاحیتی» به کار گرفته‌اند، به صورت موردی این معیارها را کم یا زیاد کرده‌اند به طوری که برخی از آن‌ها سه و برخی پنج و برخی شش معیار معرفی کرده‌اند. حتی در مواردی، در یک قضیه، صلاحیت دیوان به دلیل فقدان یک معیار، رد شده درحالی که دیوان دیگر، همان معیار را فاقد اهمیت شمرده و از فهرست معیارها حذف کرده است. این وضعیت برای معیار سالیسی چالش‌هایی ایجاد کرده است. در ادامه، برخی از این عناصر مورد بحث قرار می‌گیرد.

۱. کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان

این شاخص که با استناد به مقدمه کنوانسیون واشنگتن و به منزله یکی از اهداف کنوانسیون و در معیار سالیسی به عنوان یکی از معیارهای تعریف سرمایه‌گذاری طبق مفهوم بند ۱ ماده ۲۵ معرفی شده بود، با برخوردهای متفاوتی از سوی دیوان‌های/یکسید مواجه شده است. دیوان در قضیه جوی ماینینگ، با افزودن صفت «چشمگیر»، این معیار را تقویت کرد و «کمک چشمگیر به توسعه اقتصادی کشور میزبان» را جایگزین «کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان» نمود.^{۷۰} کمیته ویژه ابطال در قضیه پاتریک میچل علیه کنگو اهمیت این شاخص را تا بدانجا بالا برد که با اشاره به عدم تأمین آن یعنی کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان، دیوان رسیدگی‌کننده را فاقد صلاحیت اعلام و حکم صادره علیه جمهوری کنگو را ابطال کرد. کمیته مزبور اعلام کرد: «کمک به توسعه اقتصادی، یک الزام عینی است زیرا اثر «بدیهی و غیرقابل بحث» یک سرمایه‌گذاری است».^{۷۱} این کمیته در ادامه به دیدگاه پروفیسور شرور در این زمینه پرداخت که معتقد است کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان، «تنها نشانه ممکن از یک معنی عینی» از عبارت سرمایه‌گذاری است.^{۷۲} دیوان در قضیه یان دل نول علیه مصر نیز این ویژگی را «دارای اهمیت برجسته» برای شناسایی «سرمایه‌گذاری» توصیف کرد.^{۷۳} در قضیه ام/اچ/اس علیه مالزی نیز، تنها داور دیوان، این شاخص را مورد توجه قرار داد و با اشاره به اهمیت این شاخص در مقدمه کنوانسیون، کمک پروژه حاضر به رشد اقتصادی دولت مالزی را ناچیز ارزیابی کرد و با

70. *Joy Mining Machinery Limited v The Arab Republic of Egypt* (ICSID Case ARB/03/11), Award on Jurisdiction, 6 August 2004. para.53.

71. *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo*, (ICSID Case No. ARB/99/7), Decision on the Application for Annulment of the Award, 1 November 2006, para.30.

72. *Ibid.*, para.31.

73. *Jan del Nul NV Dredging International NV v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006.

توجه به فقدان سایر معیارها رأی به عدم صلاحیت داد.^{۷۴} در قضیه فونیکس علیه جمهوری چک نیز این شاخص در کنار دو شاخص جدید «مطابقت با قانون داخلی و حسن‌نیت» به کار گرفته شد.^{۷۵}

در مقابل، برخی دیوان‌های دیگر، اهمیت این شاخص را کاهش داده و به مرور آن را از فهرست معیارهای *سالینی*، به‌ویژه آنجا که رویکرد «ویژگی‌های صلاحیتی» به کار گرفته می‌شود، حذف کرده‌اند. دیوان *ایکسید* در دو قضیه *ال‌ای/اس‌آی* علیه الجزایر صرفاً سه عنصر: تعهد مالی، مدت زمان معین و عامل خطرپذیری را مورد بحث قرار داد و عنصر کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان را بی‌ربط تشخیص داد زیرا به‌آسانی قابل تشخیص نیست و به‌طور ضمنی در هر عملیاتی که دارای معیارهای فوق است وجود دارد. بنابراین، نیازی به بررسی جداگانه آن نیست.^{۷۶} در قضیه «سابا فیکس علیه ترکیه» نیز دیوان سه عنصر تعهد مالی، مدت زمان و عامل خطرپذیری را به‌عنوان معیارهای سرمایه‌گذاری برشمرد و اشاره‌ای به عنصر کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان نکرد.^{۷۷}

در دو قضیه‌ای که احکام آن‌ها در سال ۲۰۱۱ صادر شد و مفهوم «سرمایه‌گذاری» در آن‌ها مورد بحث قرار گرفت، این شاخص مورد بی‌توجهی واقع شد. در قضیه *مالیکورپ* علیه مصر دیوان ضمن اشاره به معیارهای *سالینی*، از جمله کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان، در عین حال اعلام کرد: «چنین معیارهایی به‌هیچ‌وجه قطعی نیست و باید به آن‌ها به‌عنوان تلاشی برای تأیید و تعیین مفهوم نگرست».^{۷۸} در ادامه، صرفاً تعهد مالی را مورد بحث و بررسی قرار داد و بر اساس آن، صلاحیت خود را احراز نمود. در قضیه *جی، ای/ای* علیه اوکراین نیز دیوان با اعمال تست صلاحیت دو لایه و بررسی مفهوم سرمایه‌گذاری، هم بر اساس کنوانسیون و هم بر اساس معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، عناصر عینی موردنظر در ماده ۲۵ را صرفاً تعهد مالی، مدت زمان

74. *MHS v. Malaysia*, para.143.

75. *Phonix Action Ltd. v. Czech Republic*, paras.114-115

سایر احکامی که مطابق معیار *سالینی*، شاخص کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان در آن‌ها به کار گرفته شده است، عبارت‌اند از:

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan (ICSID Case No. ARB/03/29), Decision on Jurisdiction, November 14, 2005; *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10), Award on Jurisdiction, May 17, 2007; *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/05/19), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, October 17, 2006; *Toto Costruzioni Generali S. p. A v. Lebanon* (ICSID Case No. ARB/07/12), Decision on Jurisdiction, 11 September 2009.

76. *Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria* (ICSID Case No. ARB/03/8), Award, January 15 2005; *LESI, S.p.A. and Astaldi, S.p.A. v. People's Democratic Republic of Algeria* (ICSID Case No. ARB/05/3, Decision on Jurisdiction, July 12, 2006.

77. *Saba Fakes v. Turkey*, para.153

78. *Malicorp v. Egypt*...Para.109.

معین و مخاطرات عملیات اقتصادی برشمرد.^{۷۹}

۲. تداوم جریان سود و درآمد

این عنصر که در قضیه *فداکس* ذکر شده و از طریق حکم دیوان در قضیه *جوی ماینینگ* به چهار معیار *سالینی* اضافه شده بود، از سوی دیوان‌های بعدی مورد استقبال چندانی قرار نگرفت. دیوان *ایکسید* در قضیه *هلنان* علیه مصر در این باره گفت: «... دیوان اظهارات خواننده را طبق سوابق *ایکسید*، و آن‌گونه که توسط پروفیسور *شروتر* خلاصه شده است می‌پذیرد و قبول می‌کند که برای شناسایی یک پروژه به‌عنوان سرمایه‌گذاری باید «یک دوره زمانی معین، تداوم سود و درآمد، عنصر ریسک، تعهد مالی قابل توجه و کمک چشمگیر به توسعه اقتصادی دولت میزبان» تأمین شود. در عین حال با نظر خواهان هم موافق است که قرارداد حاضر، واجد ویژگی‌های فوق است...»^{۸۰}.

در دو قضیه دیگر^{۸۱} نیز طی سال‌های اخیر، این عنصر مورد توجه قرار گرفته است. با این حال در هر دو دیوان، معیارهای *سالینی* نه با رویکرد صلاحیتی بلکه با رویکرد «ویژگی‌های شکلی» به کار گرفته شده است و از این منظر، کاربرد این عنصر، با قضایای قبلی متفاوت بوده است. مرور احکام دیوان‌های *ایکسید* طی سال‌های اخیر که در آن‌ها مفهوم سرمایه‌گذاری مورد بحث قرار گرفته است نشان می‌دهد که معیار «مداومت جریان سود و درآمد» به ندرت مورد استناد قرار گرفته و عملاً از فهرست معیارهای *سالینی*، به‌ویژه آنجا که دیوان‌ها رویکرد «ویژگی‌های صلاحیتی» را به کار گرفته‌اند، کنار گذاشته شده است.^{۸۲}

۳. قانونی بودن و اصل «حسن نیت»

برخی دیوان‌های *ایکسید*، اخیراً قانونی بودن سرمایه‌گذاری یعنی مطابقت انجام و مالکیت آن را با قوانین و مقررات داخلی دولت میزبان به‌عنوان یک شرط صلاحیتی در کنار معیارهای *سالینی*

79. *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine* (ICSID CASE NO. ARB/08/16), Award, 31 March 2011, para. 153.

80. *Helnan v. Egypt*, op.cit, para. 77.

81. *RSM Production Corporation v. Grenada* (ICSID Case No. ARB/05/14), Award, December 10, 2010; *Millicom International Operations B. V and Sentel GSM SA v. Senegal* (ICSID Case No. ARB/08/20, Decision on Jurisdiction, 16, July 2010.

82. احکام صادره در فاصله زمانی ۲۰۰۸ تا پایان ۲۰۱۰ (با موضوع بررسی مفهوم سرمایه‌گذاری) در منبع زیر مورد بررسی قرار گرفته است:

Dupont, Pierre-Emmanuel, "The Notion of ISCID Investment: Ongoing Confusion or Emerging Synthesis?" *The Journal of World Investment & Trade* (April 2011), vol.12, No.2, pp.245-271.

دو حکم صادره در سال ۲۰۱۰ نیز چنانکه اشاره شد (موضوع پانوش ۶۹) به این معیار توجهی نداشته‌اند.

مطرح کرده‌اند. این معیار از قید «مطابق با قانون دولت میزبان» مندرج در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و نیز اصل «حسن‌نیت» که یک اصل کلی در حقوق بین‌الملل عمومی است، نشأت می‌گیرد. هدف این قیدها جلوگیری از گسترش حمایت معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری به سرمایه‌گذاری‌هایی است که به دلیل غیرقانونی بودن مستحق حمایت نیست.^{۸۳} دیوان/یکسید در قضیه فونیکس علیه جمهوری چک که این معیار برای نخستین بار برای شناسایی سرمایه‌گذاری در آن مورد استناد قرار گرفت، اشعار می‌دارد: «هدف سازوکار بین‌المللی حمایت از سرمایه‌گذاری از طریق داوری/یکسید نمی‌تواند حمایت از سرمایه‌گذاری‌هایی باشد که با نقض قوانین داخلی دولت میزبان یا فقدان حسن‌نیت به‌عنوان مثال، از طریق تدلیس، پنهان‌کاری یا فساد یا اقدامی معادل سوءاستفاده از سیستم داوری/یکسید انجام شده باشد. به‌عبارت‌دیگر، هدف حمایت بین‌المللی، حمایت از سرمایه‌گذاری‌های قانونی و با حسن‌نیت است.^{۸۴} این دیدگاه در چندین قضیه دیگر نیز مطرح شده و مورد حمایت قرار گرفته است.^{۸۵} می‌توان گفت قضیه فونیکس یک مثال بارز از به‌کارگیری رویکرد صلاحیتی در اعمال معیارهای سالینی است که در آن همه عناصر تأمین بود و صرفاً فقدان عنصر جدید «قانونی بودن و حسن‌نیت» منجر به اعلام عدم صلاحیت دیوان شد.

با این حال، این معیار نتوانست به شکل یک شرط صلاحیتی وارد فهرست معیارهای سالینی شود و در برخی قضایا به‌شدت مورد انتقاد قرار گرفت. دیوان/یکسید در قضیه سابا فیکس علیه ترکیه اعلام کرد: «اصول حسن‌نیت و قانونی بودن نمی‌توانند بدون تعرض به زبان کنوانسیون واژگتن وارد تعریف بند ۱ ماده ۲۵ شوند. یک سرمایه‌گذاری ممکن است قانونی یا غیرقانونی باشد، از روی حسن‌نیت انجام شده باشد یا غیر از آن، ولی در هر حال یک سرمایه‌گذاری است...»^{۸۶}

ولی دیوان در قضیه مالیکورپ علیه مصر در سال ۲۰۱۱، با ارائه استدلالی دیگر و اتخاذ رویکرد منعطف‌تری، شرط صلاحیتی بودن عنصر «قانونی بودن و حسن‌نیت» را رد کرد. دیوان در این قضیه به بررسی موضوع حسن‌نیت پرداخت و گفت: «جای بحث ندارد و این دیوان نیز کاری

^{۸۳} برای مطالعه بیشتر، ن.ک:

Kriebaum, Ursula, *Investment Arbitration - Illegal Investments in C. Klausegger, P. Klein, et al. (eds), Austrian Arbitration Yearbook 2010, (C.H. Beck, Stämpfli & Manz 2010) pp. 307 – 335.*

84. *Phonix Action Ltd v. Czech Republic*, para 100.

^{۸۵} برای مطالعه بیشتر، ن.ک:

- Knahr, Christina, "Investments in Accordance with Host State Law," in A. Renisch & C. Knahr (eds), *International Investment Law in Context*, (The Netherlands; Eleven International Publishing, 2008), pp. 27-43

- Bottini, Gabriel, *Legality of Investments under ICSID Jurisprudence* in M. Waibel, A. Kaushal, et al. (eds), *The Backlash against Investment Arbitration* (Kluwer Law International, 2010), pp. 297 – 314.

86. *Saba Fakes v. Turkey*, para. 112.

بیش از تأیید آن نمی‌تواند انجام دهد چرا که صیانت از حسن‌نیت، یکی از اصول اساسی حقوق بین‌الملل و حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری است. همانند حقوق داخلی، این اصل، کارکرد تکمیلی دارد و خلاً موجود در قوانین حاکم را پر می‌کند و به روشن‌تر شدن آن قوانین کمک می‌کند...»
 باوجود این در ادامه با استناد به «اصل استقلال موافقت‌نامه داوری» استدلال می‌کند که بررسی اعتبار سرمایه‌گذاری باید به مرحله رسیدگی ماهوی موکول شود و تنها عیوبی که رضایت را دچار اشکال می‌کند، مانع اعمال صلاحیت/یکسید خواهد شد.^{۸۷}

بدین ترتیب به نظر می‌رسد این معیار نتوانسته است نظر قاطبه دیوان‌ها و حقوق‌دانان را جلب نموده و وارد فهرست معیارهای صلاحیتی سالینی شود.^{۸۸}

ج. دورنمای آینده: ظهور نوعی «رویه مستمر»؟

مرور احکام صادره از سوی دیوان‌های/یکسید نشان می‌دهد که تفسیر یک مفهوم بنیادین در کنوانسیون و/تسگتن همچنان محل اختلاف و مشاجره است و تداوم این وضعیت می‌تواند کل نظام/یکسید را به مخاطره انداخته یا دست‌کم توسعه آن را با موانع جدی روبه‌رو سازد. صاحب‌نظران، وضعیت موجود و اختلاف‌نظر بین دیوان‌ها در تعریف مفهوم سرمایه‌گذاری را با وضعیت حاکم بر زمان تدوین کنوانسیون مشابه می‌دانند که در آن، دولت‌های عضو، نتوانستند در این خصوص اجماع کنند و یک تعریف واحد در کنوانسیون بگنجانند؛ با این تفاوت که در آن زمان، تدوین‌کنندگان انتظار داشتند که در طول زمان، دولت‌ها و به تبع آن، دیوان‌های داوری/یکسید به نقطه اجماع در خصوص تعریف این مفهوم برسند.

فقدان تعریف سرمایه‌گذاری در کنوانسیون و واگذاری آن به رضایت دولت‌ها، چنانکه مشاهده شد، در گام نخست میان حقوق‌دانان و در استدلال‌ها و احکام داوران، شکاف نظری ایجاد کرد که آیا مفهوم سرمایه‌گذاری مندرج در بند ۱ ماده ۲۵ دارای یک معنی مستقل است یا وابسته و متکی به توافق دولت‌ها در معاهدات دوجانبه و چندجانبه است؟

مطالعه رویه نشان می‌دهد که این شکاف تا حد زیادی پر شده است و سازوکار «معیار دوگانه» یا «فصل صلاحیتی دوگانه» تقریباً جا افتاده است و اکثر دیوان‌های/یکسید می‌پذیرند که برای اعمال صلاحیت بر پروژه خاصی به‌عنوان سرمایه‌گذاری به مفهوم بند ۱ ماده ۲۵، باید هم کنوانسیون و هم اسناد اعلام رضایت حاوی تعریف سرمایه‌گذاری شامل معاهدات دوجانبه و چندجانبه سرمایه‌گذاری، قوانین ملی سرمایه‌گذاری و قراردادهای بین طرفین را مدنظر قرار دهند.

87. *Malicorp v. Egypt*, paras. 116-119.

88. برای مطالعه نقد این رویکرد در دکترین حقوقی، ن.ک:

Boddicker, Joseph M., "Whose Dictionary Controls?: Recent Challenges to the Term Investment in ICSID Arbitration", *American University International Law Review* (2010) No. 25, pp. 1031- 1071

به عبارتی، «صلاحیت دیوان‌های/یکسید باید جایی در تقاطع کنوانسیون واشنگتن و معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و موافقت‌نامه‌های حاکم بر تجارت آزاد قرار گیرد».^{۸۹}

باین‌همه، راجع به اینکه چه ویژگی‌هایی را باید به‌عنوان معیارهای تعریف یا شناسایی سرمایه‌گذاری از نظر کنوانسیون برشمرد و چگونه آن‌ها را اعمال نمود، همچنان اختلاف‌نظر اساسی وجود دارد. با توجه به عملکرد دیوان‌های/یکسید و نظرات حقوقی صاحب‌نظران، دو رویکرد «ویژگی‌های صلاحیتی» و رویکرد «ویژگی‌های شکلی» در این زمینه تبیین شده است. رویکرد اول، اساساً تحدیدی است و شاخص‌های معرفی‌شده موسوم به معیارهای *سالینی* را معیارهای رسمی می‌داند که باید در یک پروژه جمع باشد تا فعالیت موردنظر به‌عنوان سرمایه‌گذاری شناسایی شده و تحت صلاحیت قرار گیرد. در مقابل، رویکرد دوم، آن‌ها را صرفاً ویژگی‌های شکلی می‌داند که دیوان‌ها باید در بررسی‌های خود آن‌ها را مدنظر داشته باشند. هیچ‌کدام از این رویکردها به دلایل زیر نتوانسته است به رویکرد غالب تبدیل شده و اجماع مورد انتظار تدوین‌کنندگان کنوانسیون را تأمین نماید.

۱. نقد رویکردهای موجود

رویکرد صلاحیتی هنوز نتوانسته است منتقدان را در حوزه‌های زیر متقاعد کند: نخست، ارتقای این ویژگی‌ها به سطح الزامات رسمی، با منطق حاکم بر عدم تعریف تعمدی مفهوم سرمایه‌گذاری توسط تدوین‌کنندگان کنوانسیون مطابقت ندارد. چنانکه کمیته ابطال در قضیه *سی/ام/اس* علیه آرژانتین اعلام نمود، عدم تعریف سرمایه‌گذاری در کنوانسیون بدین منظور بود که کنوانسیون با موکول کردن تعریف سرمایه‌گذاری به اسناد دوجانبه و چندجانبه، سندی منعطف برای پاسخ‌گویی به تکامل سرمایه‌گذاری بین‌المللی باشد. دوم، ارتقای معیارهای *سالینی* به مجموعه‌ای از ویژگی‌های عینی این خطر را در پی دارد که دیوان داوری ممکن است به‌طور کامل تعاریف ارائه‌شده در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری را کنار بگذارد، چنانکه در قضیه *ام/اچ/اس* علیه مالزی این مسئله اتفاق افتاد و کمیته ابطال با استناد به همین موضوع، حکم صادره را باطل نمود. سوم، رویکرد صلاحیتی با چالش‌های درونی روبه‌رو بوده و نتوانسته است تعریف ثابتی از تعداد معیارهایی ارائه کند که آن‌ها را به‌عنوان الزامات رسمی برای شناسایی سرمایه‌گذاری معرفی می‌نماید. در نتیجه، هیچ‌گونه هماهنگی و استمراری در این زمینه وجود ندارد؛ به‌طوری‌که دیوان‌های مختلف از سه تا شش معیار برای این منظور استفاده کرده و حتی با برخی معیارهای اعمال‌شده در قضایای دیگر مخالفت کرده‌اند. بنابراین، واضح است که رویکرد ویژگی‌های صلاحیتی نمی‌تواند مشکل تعریف سرمایه‌گذاری در/یکسید را به‌طور مؤثر حل نماید.

در مقابل، رویکرد «ویژگی‌های شکلی» مطابقت بیشتری با منطق بند ۱ ماده ۲۵/یکسید دارد. عناصر معرفی‌شده در قضیه *سالینی* اگر صرفاً ویژگی‌هایی برای شناسایی یک سرمایه‌گذاری تلقی شود، دیوان‌های/یکسید اجازه خواهند داشت برای احراز صلاحیت با اختیار گسترده‌تری عمل کنند. رویه نیز نشان داده است که اخیراً گرایش به این رویکرد بیشتر بوده است. علاوه بر این، به نظر می‌رسد رویکرد «ویژگی‌های شکلی» تنها راه برای دیوان‌های داوری برای احراز صلاحیت در وضعیتی است که حدود ۲۷۰۰ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری در حال اجرا هستند و هر کدام از آن‌ها تعریف خود را از سرمایه‌گذاری دارند.

در همین حال برخی معتقدند بررسی عبارت سرمایه‌گذاری به مفهوم بند ۱ ماده ۲۵ از منظر کنوانسیون ۱۹۶۹ وین در خصوص حقوق معاهدات و قواعد تفسیر آن نیز رویکرد انعطاف‌پذیر نسبت به این مفهوم را بیشتر از رویکرد صلاحیتی تأیید می‌کند. بررسی موضوع و هدف کنوانسیون که در مقدمه آن متجلی است، معانی معمول عبارت‌پردازی کنوانسیون، کارهای مقدماتی تدوین کنوانسیون و وضعیت حاکم در زمان تدوین کنوانسیون که در گزارش مدیران اجرایی منعکس شده‌اند و نیز عملکرد بعدی دولت‌ها همه شواهدی ارائه می‌دهند که کفه رویکرد وابسته (ویژگی‌های شکلی) را سنگین‌تر می‌کند و به این نتیجه‌گیری منتهی نمی‌شود که عبارت سرمایه‌گذاری تعریف مستقل دارد یا چنین تعریفی واجد محتوای معینی است.^{۹۰}

با این‌همه، رویکرد «ویژگی‌های شکلی» نیز کاملاً متقاعدکننده نیست. اشکال عمده این رویکرد آن است که تعریف اطمینان‌بخشی از محتوای مفهوم سرمایه‌گذاری ارائه نمی‌کند و فقدان چنین تعریفی، پذیرش یا عدم پذیرش صلاحیت دیوان/یکسید برای طرفین اختلاف را بسیار دشوار خواهد نمود و هدف کنوانسیون که ایجاد فضای اطمینان‌بخش برای سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان است به‌خوبی تأمین نخواهد شد. علاوه بر این، به‌رغم گرایش نسبتاً بیشتر به رویکرد «ویژگی‌های شکلی»،^{۹۱} هنوز تمایل به ایجاد یک تعریف معتبر قانونی از سرمایه‌گذاری وجود دارد.^{۹۲} ولی دورنمایی برای تغییر و اصلاح ماده ۲۵ با توجه به ضرورت اجماع برای اصلاح کنوانسیون وجود ندارد. بنابراین سؤال این است که آیا این آشفتگی و واگرایی ادامه خواهد داشت؟

90. Legum and Mouawad, *op. cit.*, pp. 355-356.

91. از میان ۱۶ قضیه که طی مدت ۲۰۰۸ تا پایان ۲۰۱۰ دیوان‌های/یکسید در آن‌ها به بررسی مفهوم سرمایه‌گذاری پرداخته‌اند، تنها در سه قضیه رویکرد صلاحیتی به‌کار گرفته شده است. ن.ک:

Duponti, *op. cit.*, p.256.

در هر دو قضیه مشابه در طول سال ۲۰۱۱ نیز، رویکرد «ویژگی‌های صلاحیتی» به‌کار گرفته شده است.

92. نظر مخالف قاضی شهاب‌الدین در تصمیم کمیته ابطال قضیه *ام/م/چ/اس* علیه مالزی که تأکید نمود: تعیین برخی مرزهای ثابت برای تعریف سرمایه‌گذاری مانع از آن می‌شود که ماده ۲۵ کنوانسیون/یکسید به یک ماده بی‌معنی تبدیل شود. ن.ک: پانوشت شماره ۵۷.

۲. رویه مستمر

برخی حقوق‌دانان حوزه داوری سرمایه‌گذاری سعی می‌کنند دورنمای روشنی را نشان دهند. *امانوئل گایا* در مطالعه‌ای در این زمینه به این نتیجه می‌رسد که: «به‌رغم آشفتگی پیرامون مفهوم سرمایه‌گذاری در رویه قضایی اخیر /یکسید، می‌توان امیدوار بود که روندهای واگرایی کنونی به شیوه‌ای هماهنگ با آن دسته از مقاصد تدوین‌کنندگان کنوانسیون که اغلب نادیده گرفته شده است، هماهنگی پیدا کند».^{۹۳} پروفیسور *یان پائلسون*،^{۹۴} به‌عنوان تنها داور در قضیه *پانتکنیکی علیه آلبانی*، با اشاره به روند طی‌شده در قضایای قبلی می‌گوید: «احتمالاً شاهد نوعی «سنتز در حال ظهور» در رویه قضایی و دیدگاه‌های دانشگاهی خواهیم بود که دو مورد از معیارهای *سالینی* یعنی الزام مدت زمان و کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان را رد می‌کنند».^{۹۵} جوزف بودیکر، روند کنونی را رو به سوی پیدایش نوعی «رویه مستمر»^{۹۶} می‌بیند که می‌تواند جایگزین فقدان «الزام‌آوری رویه سابق»^{۹۷} در سیستم /یکسید شود و با تأکید بر ضرورت تقویت این روند می‌گوید: «با توجه به عدم امکان اصلاحات ساختاری گسترده‌تر، در حال حاضر، استقرار «رویه مستمر»، بهترین گزینه است. بر اساس «رویه مستمر» دیوان‌ها می‌توانند تصمیمات قبلی را که به تفسیر موضوع پرداخته‌اند مرور کنند و در این مسیر تصمیمات ناهماهنگ را نادیده گرفته و کنار بگذارند. در نتیجه، در طول زمان، خط سیری از احکام هماهنگ پدیدار خواهد شد که خود می‌تواند منجر به توسعه حقوق بین‌الملل عرفی شود».^{۹۸}

«رویه مستمر» ارزش تصمیمات و احکام در سیستم /یکسید را تغییر نخواهد داد ولی با توجه به مفاد کنوانسیون می‌تواند برای رویه /یکسید، نقش تکمیلی را به رسمیت بشناسد. با استقرار «رویه مستمر»، دیوان‌ها اجازه خواهند یافت تصمیمات مخالف آشکار با تفسیر غالب از یک اصل را نادیده بگیرند. با این همه، برای ایجاد «رویه مستمر» در زمینه مفهوم سرمایه‌گذاری، لازم است طرفداران هر دو رویکرد، یک گام به عقب بردارند. طرفداران رویکرد «ویژگی‌های صلاحیتی» باید قبول کنند که در کنوانسیون مقرره‌ای وجود ندارد که تعیین کند برای شناسایی یک پروژه

93. Gaillard, *op. cit.*, p. 416

94. Jan Paulsson

95. *Pantechniki S.A Contractors & Engineers v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/07/21) Award, 30 July 2009.

96. *Jurisprudence Constante*

این مفهوم، یک دکترین حقوقی منبعث از سنت حقوق مدنی فرانسه است که بر رسته‌ای از تصمیمات در گذشته اشاره دارد که به‌طور مستمر، یک قاعده خاص یا تفسیر خاصی را به‌کار بسته یا تصدیق نموده‌اند و به‌واسطه آن می‌توان اصلی را استخراج نمود که بسیار مهم است و می‌تواند در قضایای بعدی تعیین‌کننده باشد.

97. *Stare decisis*

98. Boddicker, *op.cit.*, p.1070-71.

به‌عنوان یک سرمایه‌گذاری واجد شرایط، باید الزامات رسمی رعایت شود. از سوی دیگر، طرفداران رویکرد «ویژگی‌های شکلی» نیز باید به درجه‌ای از رسمیت تن بدهند تا بتوان تعریف مطمئن‌تری از ویژگی‌های شکلی ارائه نمود. نتیجه چنین فرایندی استقرار یک تعریف از سرمایه‌گذاری در سیستم/یکسید است که دارای ارزش عینی خواهد بود بدون اینکه استقلال تفسیری دیوان‌های/یکسید را تضعیف نماید.^{۹۹}

آیا وضعیت جاری، امکان تثبیت چنین رویه‌ای را فراهم می‌آورد؟ پاسخ به این سؤال ناامیدکننده نیست. چنانکه مرور تصمیمات و احکام در مطالعه حاضر نیز نشان داد، تمایل به‌سوی هماهنگی ضمنی در رویه/یکسید در زمینه مفهوم سرمایه‌گذاری طبق بند ۱ ماده ۲۵ به‌چشم می‌خورد. اکثریت قابل‌توجهی از تصمیمات و احکام صادره طی سه سال اخیر به‌طور تلویحی روی سه عنصر تعهد مالی، مدت زمان معین و پذیرش خطر، به اجماع نزدیک شده‌اند. ولی هنوز نمی‌توان با قاطعیت در این زمینه سخن گفت.

نتیجه

فقدان تعریف مفهوم سرمایه‌گذاری در کنوانسیون *واشنگتن*، منجر به ظهور دیدگاه‌های تفسیری متفاوت در رویه/یکسید شده که مبنای یکی از اساسی‌ترین انتقادات وارده به داوری/یکسید یعنی فقدان یکنواختی رویه و پیش‌بینی‌پذیری آن است. پاسخ به این پرسش که با توجه به عدم امکان اصلاح کنوانسیون در حال حاضر چه جایگزینی برای رفع این مشکل و ترسیم یک دورنمای بهتر قابل ارائه است، همچنان موضوع بحث و چالش در میان صاحب‌نظران و حقوق‌دانان است.

آنچه در حال حاضر اهمیت دارد این است که در رویه جاری دیوان‌های/یکسید در تعریف سرمایه‌گذاری، به‌کارگیری رویکرد «ویژگی‌های شکلی» رونق بیشتری دارد. این بدان معنی است که دیوان‌ها تمایل بیشتری به تفسیر موسع از مفهوم سرمایه‌گذاری مندرج در کنوانسیون از طریق به‌کارگیری تعاریف ارائه‌شده در اسناد اعلام رضایت از سوی دولت‌ها به‌ویژه معاهدات سرمایه‌گذاری دارند. تجزیه و تحلیل وضعیت موجود، به این نتیجه رهنمون می‌سازد که گسترش صلاحیت/یکسید در عمل منجر به این واقعیت شده است که تقریباً همه انواع فعالیت‌های اقتصادی به‌غیر از تعداد بسیار اندکی، به‌عنوان سرمایه‌گذاری در مفهوم بند ۱ ماده ۲۵ شناسایی شده و تحت صلاحیت دیوان‌های/یکسید قرار می‌گیرند. تمایزی که در گذشته بین سرمایه‌گذاری‌های مستقیم خارجی و سرمایه‌گذاری از طریق خرید سهام^{۱۰۰} وجود داشت، عملاً با ارائه تعریف گسترده سرمایه‌گذاری در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری موسوم به «بی. آی. تی»ها

99. Vargiu, *op. cit.*, p.768

100. Portfolio Investments

و سایر اسناد چندجانبه از میان رفته است. بنابراین، مطابق رویه جاری، تقریباً همه انواع فعالیت‌های مالی و اقتصادی به‌استثنای معاملات تجاری صرف که از نوع خرید و فروش است، در چارچوب مفهوم سرمایه‌گذاری موضوع بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون قرار می‌گیرد و تنها اقدام احتیاطی متصور برای دولت‌هایی که نگران گسترش صلاحیت/یکسید از طریق تفسیر موسع مفهوم سرمایه‌گذاری هستند این است که در اسناد اعلام رضایت شامل قوانین ملی سرمایه‌گذاری و معاهدات سرمایه‌گذاری، حداکثر دقت لازم را به عمل آورده و با دوراندیشی اقدام نمایند زیرا مطابق سازوکارها و رویه موجود، تنها از این طریق است که می‌توان دامنه صلاحیت/یکسید را محدود کرد.

منابع:

- فارسی

- قانون و آیین‌نامه اجرایی مربوط به تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، مصوب ۱۳۸۱، سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های اقتصادی و فنی، وزارت امور اقتصادی و دارایی، شهر یور ۱۳۸۴.
- پیران، حسین؛ مسائل حقوقی سرمایه‌گذاری بین‌المللی، گنج‌دانش، ۱۳۸۹.
- حسینی، به‌آذین؛ دولت و سرمایه‌گذاران خارجی؛ استانداردهای بین‌المللی، شهر دانش، ۱۳۹۰.
- شهبازی‌نیا، مرتضی؛ حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۸۶.
- عسکری، پوریا؛ حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داوری بین‌المللی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۹۱.
- آرون بروشه؛ «قانون حاکم و اجرای احکام در داوری‌های موضوع کنوانسیون حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دول دیگر»، ترجمه: محسن محبی، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ش ۱۰، بهار و تابستان ۱۳۶۸.
- ویتانی، بلاکا. ژی؛ «اندیشه‌هایی در خصوص عهدنامه حل‌وفصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری‌های بین دولت‌ها و اتباع دول دیگر»، ترجمه: ناصرعلی منصوریان، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، ش ۱۲، ۱۳۶۹.

- لاتین

- Broches, Aron, *The Convention of Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*, (1972), 136 Recueil des cours 331, vol. 2.
- Dolzer, Rudolf, & Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, (2008).
- Kryvoi, Yaraslau, *International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Netherlands: Kluwer Law International, (2010).
- Reed, Lucy, Paulsson, J. & Blackaby, N. *Guide to ICSID Convention*, The Netherlands: Kluwer Law international. (2011).
- Schreuer, Christoph et al, *The ICSID Convention: A Commentary*, Second Edition, UK: Cambridge University Press. (2009).
- UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking*, (New York and Geneva: United Nations. (2007).
- Weiler, Todd, *Investment Treaty Arbitration and International Law*, Juris

Net Publishing. (2008).

- Boddicker, Joseph M. “Whose Dictionary Controls?: Recent Challenges to the Term Investment in ICSID Arbitration”, *American University International Law Review*, No. 25, pp. 1031-107. (2010).
- Bottini, Gabriel, “Legality of Investments under ICSID Jurisprudence”, in M. Waibel, A. Kaushal, et al. (eds), *The Backlash against Investment Arbitration*, pp. 297– 314, The Netherlands: Kluwer Law International. (2010).
- Dupont, Pierre- Emmanuel, “The Notion of ICSID Investment: Ongoing Confusion or Emerging Synthesis?”, *The Journal of World Investment & Trade*, vol.12, No.2. pp. 245-27. April 2011.
- Gaillard, Emmanuel, “Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice”, *available at: <http://www.shearman.com/identify-or-define-reflections-on-the-evolution-of-the-concept-of-investment-in-icsid-practice-02-09-2009>*. (2009).
- Ghaffari, Peyman, “Jurisdictional Requirements under Article 25 of the ICSID Convention: Literature Review”, *The Journal of World Trade Investment and Trade*, vol.12, No.4, pp. 603-625. (August 2011).
- Knahr, Christina, “Investments in Accordance with Host State Law”, in A. Renisch & C. Knahr (Eds), *International Investment Law in Context*, The Netherlands: Eleven International Publishing (2008).
- Kriebaum, Ursula, *Investment Arbitration: Illegal Investments* in C. Klausegger, P. Klein, et al. (eds), *Austrian Arbitration Yearbook*, pp. 307-335, C.H. Beck, Stämpfli & Manz. 2
- Legum, Barton & Mouwad C., “The meaning of Investment in the ICSID Convention”, in P. H.F Bekker & R. Dolzer et al (eds) *Making Transnational Law Work in the Global Economy, Essays in Honor of Detlev Vagts*, pp. 326-357, Cambridge: Cambridge University Press. (2010).
- Mortenson, Julian Davis, “The Meaning of Investment: ICSID’s Travaux and the Domain of International Investment Law”, *Harvard International Law Journal*, vol. 51, No.1, pp. 257-318. (Winter 2010).
- Report of the Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (1965), in ICSID Convention, Regulations And Rules, pp. 35-50, *available at: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf*.
- Schreuer, Christoph, “Commentary on ICSID Convention”, *ICSID – Review-FILJ*, No. 11, pp. 316-327; (1996).
- Vargio, Paolo, “Beyond Hallmarks and Formal Requirements: a Jurisprudence Constante on the Notion of Investment in the ICSID Convention”, *The Journal of World Investment and Trade* (October 2009), vol. 10, No.1. (2009). (*The below cases are available in: <http://www.investmentclaims.com>, or*

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, or <http://italaw.com/documents/>

- *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case No. ARB/03/29), Decision on Jurisdiction, November 14, 2005.
- *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. Tanzania* (ICSID Case No. ARB/05/22), Award, 24 July 2008.
- *Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria* (ICSID Case No. ARB/03/8), Award, January 15 2005.
- *CSOB v. Slovakia Republic* (ICSID Case No. ARB/97/4), Decision on Jurisdiction, 24 May 1999.
- *El Paso v. Argentina* (ICSID Case No. ARB/03/15), Decision on Jurisdiction, 27 April 2006.
- *Fedax NV v Venezuela* (ICSID Case No. ARB/96/3), Decision on Jurisdiction, 11 July 1997.
- *GEA Group Aktiengesellschaft v. Ukraine* (ICSID CASE NO. ARB/08/16), Award, 31 March 2011, para.153. *Pantehniki S.A Contractors & Engineers v. Republic of Albania* (ICSID Case No. ARB/07/21) Award, 30 July 2009.
- *Global Trading Resource Corp. and Globex International, Inc. v. Ukraine* (ICSID Case No. ARB/09/11), Award, 1 December, 2010.
- *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/05/19), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, October 17, 2006.
- *Jan del Nul NV Dredging International NV v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case No. ARB/04/13), Decision on Jurisdiction, 16 June 2006.
- *Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt* (ICSID Case ARB/03/11), Award on Jurisdiction, 6 August 2004.
- *LESI, S.p.A. and Astaldi, S.p.A. v. People's Democratic Republic of Algeria* (ICSID Case No. ARB/05/3, Decision on Jurisdiction, 12 July, 2006.
- *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10), Award on Jurisdiction, 17 May 2007.
- *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10), Decision on the Application for Annulment, 16 April 2009. Dissenting Opinion (Attached to the Decision on the Application for Annulment).
- *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka* (ICSID Case No. ARB/00/2, Award, 15 March, 2002.
- *Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo*, (ICSID Case No. ARB/99/7), Decision on the Application for Annulment of the Award, 1 November 2006.
- *Saba Fakes v. Turkey* (ICSID Case No. ARB/07/20), Award of 14 July, 2010.

-
- *Salini v. Morocco*, Decision on Jurisdiction, 23 July, 2001.
 - *Toto Costruzioni Generali S. p. A v. Lebanon* (ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 September, 2009.
 - *Zhinvali Development Ltd. v. Republic of Georgia* (ICSID Case No. ARB/00/1), Award, 24 January, 2003.
 - Energy Charter Treaty (ECT), Art.1(6), *available at*: <http://www.ena.it/pdfai/treaty.pdf>
 - ICSID Convention, *available at*: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf.
 - ICSID-Model Clauses, Clause 3, *available at*: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/model-clauses-en/8.htm#a>
 - List of Contracting States and Other Signatories of the ICSID Convention, *available at*: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=English>.
 - North American Free Trade Agreement, Art.1139. *Available at*: <http://www.nafta-alena.gc.ca/en/view.aspx?x=299&mtpiID=142#A1139>
 - The ICSID Caseload-Statistics (Issue 2013-1) *available at*: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&CaseLoadStatistics=True&language=English31>
 - US 2004 Model BIT, Art. 1, *available at*: <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf>
 - List of the Investor - State Arbitration Cases, *available at*: <http://iadbcases.unctad.org/cases.aspx>