

تعریف سرمایه گذاری در اسناد و آراء بین المللی^۱

چکیده

یکی از مسائل مهمی که در سرمایه گذاری های خارجی و معاهدات و قرارداد های دو جانبه سرمایه گذاری مطرح است، بحث تعریف سرمایه گذاری است. در قراردادهای مختلف، تعاریف متفاوتی از این مقوله ارائه شده که باعث تفاوت در عمل می گردد. نویسنده در این نوشتار، در پی بررسی تعاریف سرمایه گذاری در قراردادهای دوجانبه و چند جانبه اعم از قراردادهای حمایت از سرمایه گذاری و قراردادهای تشویق به توسعه سرمایه گذاری و همچنین آراء داوری های بین المللی بوده است و پس از آن نیز به نتیجه گیری پرداخته است. قابل ذکر است که این نوشتار بخشی از یک کتاب می باشد که با توجه به استقلال این مطالب از سایر مباحث کتاب و نیز اهمیت آن، به ترجمه آن پرداخته شده است.

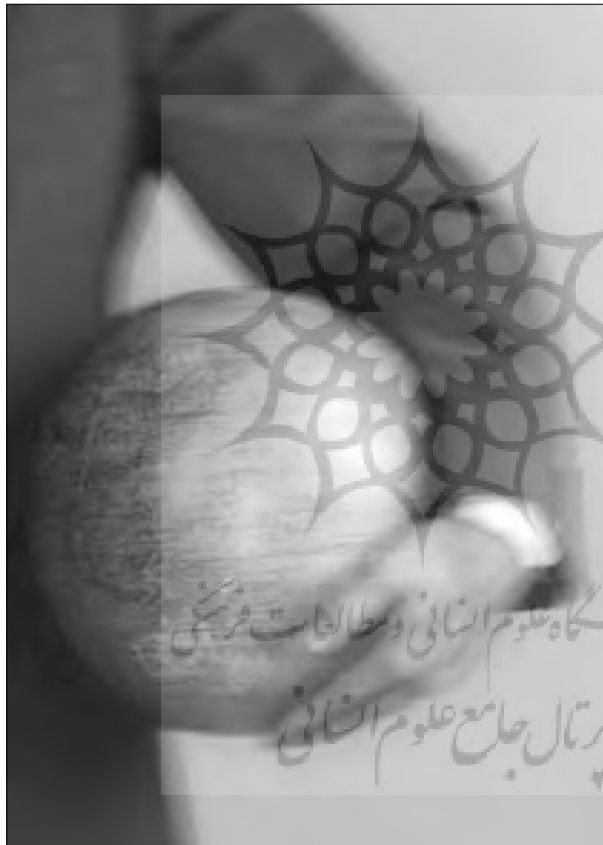
واژگان کلیدی: سرمایه گذاری، کشورهای توسعه یافته، کشورهای در حال توسعه، آورده، حمایت، تشویق به توسعه

مترجم: سید محمد هادی راجی

دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق عمومی

دانشگاه امام صادق علیه السلام

raji@isu.ac.ir



الف) تعریف سرمایه گذاری در اسناد حمایتی

۱- **تقابل میان کشورهای توسعه یافته و کشورهای در حال توسعه.** بحران بی اعتمادی که روابط سرمایه گذاری میان کشورهای توسعه یافته (کشورهای شمال، صادر کنندگان سرمایه) و کشورهای در حال توسعه (کشورهای جنوب، واردکنندگان سرمایه) را تحت تأثیر قرار داده است، فعالیتی شدیدی را بوجود آورده که هنوز توسعه کنونی حقوق بین الملل سرمایه گذاری را بطور ضمنی جهت دهی می کند: مسلماً این فعالیت حقوقی عبارتست از بازسازی چوی مساعد جهت سرمایه گذاری شمال- جنوب، جوی که شدیداً به سیاست سلب مالکیت و ملی کردن هدایت شده با شیوه های نظام مند در دهه های ۱۹۶۰ و ۱۹۷۰ توسط تعدادی از کشورهای جنوب با عنوان اعمال حاکمیت دائم بر منابع طبیعی، ضربه وارد می کند.

۲- **مراحل بازسازی بسیار مشخص است.** اولین مرحله در سال ۱۹۶۵ عبارت است از انعقاد کنوانسیون واشنگتن در خصوص حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری^۲ و تأسیس مرکز^۳ مربوط است که وظیفه نظارت بر حل و فصل به آن سپرده شده است. دومین مرحله، همان شکوفائی قراردادهای دو جانبه پیرامون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری هاست که ۴ دهه (۱۹۶۰ تا ۱۹۹۰) بطول می انجامد. شبکه های قراردادی گوناگونی با هدف تشویق سرمایه گذاری شمال- جنوب ایجاد می شوند؛ در دهه ۱۹۷۰ شبکه های اروپایی و در دهه ۱۹۸۰ شبکه آمریکائی، رو به گسترش گذاشت. ولی پر واضح است که این تشویق، قبل از دیگر ملاحظات، با بین المللی شدن حمایت ها در چارچوب قراردادهای دو جانبه صورت می گیرد. این مطلب را وقتی در می یابیم که بدانیم در این اسناد - که خواسته و مورد توجه کشورهای پیشرفته است - جنبه حمایت از سرمایه گذاری از جنبه تشویق و توسعه آن پیشی گرفته است. سومین مرحله، مرحله ی تدوین مقررات بین المللی است که در ۱۹۹۵ در چارچوب سازمان همکاری و توسعه اروپا (OCDE)^۴ با مذاکرات پیرامون موافقت نامه چند جانبه سرمایه گذاری (AMI)^۵ دنبال شد که در نهایت ناکام ماند. مسلماً AMI چه از لحاظ شکلی و چه از لحاظ ماهوی یک سند کامل بود و ناظران این اعتقاد را داشتند که این سند باید به طور مؤثر به توسعه ی حقوق بین الملل سرمایه گذاری کمک می کرد. لذا نباید تلاش برای تدوین مقررات حمایت از سرمایه گذاری را

که مذاکرات این سند (AMI) منعکس نمود، نادیده گرفت [چرا که] این مذاکرات به رغم شکست آن، سعی و تلاش نمود که شروط قراردادی دوجانبه را سامان دهی و چند جانبه کند.

۳- **بنابراین، مجموعه این قراردادها حداقل بطور جزئی، پیرامون ایده حمایت از سرمایه گذاری سازماندهی می شوند.** به نظر می آید این پندار صحیح باشد که، حال که هدف حمایت است، آنچه باید مورد حمایت قرار گیرد، در اسناد قراردادی تعریف شده است. [ولی] این مطلب در تمامی موارد حقیقت ندارد. کنوانسیون واشنگتن یک سند چند جانبه حمایت از سرمایه گذاری است. با این وجود، نویسندگان آن از زیر مشکلات تعریف البته با مشورت و تعمق، شانه خالی کرده اند. در حقیقت آنان پیش بینی کردند که ارائه تعریف محدودیت هایی را ایجاد می نماید و عاقلانه این

گواه



از سوی دیگر AMI قبل از هر چیز یک سند شمال - شمال بود. چرا که مذاکرات آن در چارچوب سازمان همکاری و توسعه اروپا (OCDE) گسترش می‌یافت. لذا AMI معاهده‌ای برای حمایت از سرمایه‌گذاری فرانسه در مغولستان نبود بلکه بیشتر برای حمایت از سرمایه‌گذاری‌های آمریکاییان در فرانسه بود. در نتیجه آثار و تبعات اقتصادی و سیاسی آن دیگر همسان نبود. بنا بر این مسئله این بود که آیا اصل رفتار ملی در مورد سرمایه‌گذاران و سرمایه‌گذاری آمریکایی باید از مرحله پیش از سرمایه‌گذاری، اجرا شود یا نه.

۶- بخشی از افکار عمومی، و مخصوصاً مجامع نویسندگان، در اینجا سؤالی را مطرح کرده‌اند: آیا AMI راهی برای دور زدن سازمان تجارت جهانی نیست؟ به عبارت دیگر آیا انعقاد موافقت نامه چند جانبه سرمایه‌گذاری، با این هدف انجام نشده است که بخش‌های مختلف فعالیت‌های اقتصادی را مجدداً به جریان آزاد مبادلات بین‌المللی بازگرداند، در حالی که موافقت نامه مراکش این بخش‌ها را خارج نموده است؟ به طور صریح‌تر [باید گفت که] تعریف تحلیلی که قراردادهای دو جانبه از سرمایه‌گذاری ارائه می‌دهند، مجموعه حقوق مالکیت معنوی را در مفهوم سرمایه‌گذاری وارد می‌کند؛ که از آن جمله، حقوق مربوط به آثار فکری مثل آثار سمعی - بصری است. آیا انتقال این تعریف تحلیلی از اسناد دو جانبه به اسناد چند جانبه این نتیجه را بدنبال ندارد که سرمایه‌گذاری آمریکایی در فرانسه (که عبارت از تولید آثار سمعی و بصری توسط تولیدکنندگان آمریکایی، در فرانسه است) باید با اجرای شرط رفتار ملی^{۱۱} از مکانیزم‌های کمک به تولید، متمتع شوند؟ موضوع این کمک‌ها (اگر نه آثارشان) دقیقاً تشویق تولیدات داخلی با کیفیتی بهتر از فیلم‌های بین‌المللی است. بطور خلاصه آیا درج حقوق مالکیت معنوی در تعریف [اسناد] چند جانبه از سرمایه‌گذاری، به معنی پایان آن چیزی نیست که مناسب است آنرا «استثنای فرهنگی»^{۱۲} بنامیم؟

۷- استثنای فرهنگی، وقتی که محتوای مذاکرات OCDE به تدریج آشکار شد هیا هو و جنجالی که در خصوص استثنای فرهنگی بر پا شد، برای کشورهای عضو، چاره‌ای به جز توقف این مذاکرات را باقی نگذاشت، به این امید که پس از یافتن راه حلی قابل قبول، نه فقط برای کشورهای عضو بلکه برای افکار عمومی آنها، آنرا دوباره از سر گیرند. به نظر می‌رسید دو راه حل وجود داشته باشد. یکی خارج کردن حقوق مالکیت معنوی به طور کلی از تعریف [قراردادهای] چند جانبه از سرمایه‌گذاری بود.

ترتیب در این تعریف تمامی اجزای مالکیت را می‌یابیم؛ اموال مادی و اموال غیر مادی؛ در میان اموال مادی، اموال منقول و اموال غیر منقول؛ و در میان اموال غیر مادی تمامی حقوق مالکیت معنوی. به طور خلاصه ترکیبی از پیشنهاد کلی و بیان انواع مالکیت که تعریف قراردادی مفهوم سرمایه‌گذاری را تشکیل می‌دهند، نشان می‌دهد که در واقع اسناد قراردادی دو جانبه، حمایت از کلیه ی اموال خارجی را پیشنهاد می‌دهد؛ خواه این اموال خصیصه سرمایه‌گذاری داشته باشند و خواه نداشته باشند.^{۱۰}

۵- طرح موافقت نامه چند جانبه سرمایه‌گذاری (AMI) به نوبه خود این تعریف را به صورتی نابجا تکرار می‌کند. لذا تعریف چند جانبه [از سرمایه‌گذاری] همسان با تعاریف [قراردادهای] دو جانبه بود. نتیجه معلوم بود. تعاریف [قراردادهای] دو جانبه باعث ایجاد آشفتگی نمی‌شدند. چرا که از طرفی اسناد دو جانبه محرمانه بودند و از طرف دیگر چون این اسناد دو جانبه اساساً از سرمایه‌گذاران تبعه ی کشورهای شمال به علت فعالیت‌هاشان در کشورهای جنوب حمایت می‌کند، به منافع گروه‌های فشار که فعالیت‌های خود را در کشورهای شمال گسترده‌اند آسیبی وارد نمی‌کرد. مذاکرات AMI یک نگرانی را برای این گروه‌های فشار بوجود آورد. علت این نگرانی دو نکته بود. از سویی مذاکره کنندگان AMI زیرکی زیادی را از خود نشان ندادند؛ همانقدر که قرار بود قرارداد دو جانبه حمایت از سرمایه‌گذاری میان فرانسه و مغولستان محرمانه بماند، به همان مقدار منشور چند جانبه سرمایه‌گذاری، که قرار بود قبل از این که اجازه الحاق کشورهای شرقی و جنوبی داده شود، میان کشورهای غربی ارتباط برقرار نماید، نمی‌توانست از نظرها پنهان بماند و لذا در کانون توجه، تبلیغات و جنجال قرار گرفت و بعضاً مهر سوءنیت بیش از مهر حسن نیت بر آن زده شد [و آنرا ناشی از سوءنیت می‌دانستند].

است که دست دادگاه‌های داوری را باز بگذارند که حسب مورد، در تشخیص صلاحیت‌های خود آزاد باشند و اجازه داشته باشند که عملیات مورد اختلاف را به عنوان عملیات سرمایه‌گذاری یا عملیاتی که سرمایه‌گذاری محسوب نمی‌گردد، توصیف نمایند. ولی آزادی اینچنینی برای دادگاه‌های داوری خطر خاص خود را دارد و آن این است که مفهوم «سرمایه‌گذاری» را در مفهوم «دارایی» و «عملیات سرمایه‌گذاری» را در «عملیات قراردادی» وارد کرده و به تحلیل می‌برد. این چنین عملی خطرناک است. چون با برتر شمردن تعهد به حمایت که معمولاً تنها در مورد سرمایه‌گذاری‌ها باید انجام شود تعادل ساختار قراردادی را بر هم می‌زند و این حمایت را تبدیل به یک نوع بیمه در برابر کلیه خطراتی می‌نماید که ممکن است اموال خارجی‌ها را تهدید نماید. این نکته همچون توضیحی جدید از این ضرب‌المثل است که با یک دست نمیتوان چند هندوانه برداشت.^۷

۴- مدل سازی قراردادی. قراردادهای دو جانبه ی تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری از این خطر دور نیست. مدلی که کشورهای اروپایی و امریکا در این مورد استفاده می‌کنند بسیار به هم نزدیک است، از این نظر که تعریفی که هر یک از آنها از مفهوم سرمایه‌گذاری ارائه می‌دهند، یکسان است. با این وجود، این تعریف قانع کننده نیست. نویسندگان یک بار از شیوه ترکیبی و یک بار نیز از شیوه ی تجزیه استفاده کرده‌اند. در شیوه ی ترکیبی^۸ یک پیشنهاد کلی، ارائه می‌شود که بر اساس آن مفهوم سرمایه‌گذاری همانطور که در اسناد دو جانبه نیز بکار می‌رود، «تمامی دارائی‌ها اعم از اموال، حقوق و منافع را به هر گونه که باشند»، شامل می‌شود. در شیوه ی تجزیه (تحلیل)^۹ این پیشنهاد با یک جمله تکمیل می‌شود که این جمله، هم محدود کننده نیست و هم، اموال، حقوق و منافع اساسی را که در پیشنهاد کلی مورد نظر بوده است، طبقه‌بندی می‌کند. بدین

به طور صریح‌تر [باید گفت که] تعریف تحلیلی که قراردادهای دو جانبه از سرمایه‌گذاری ارائه می‌دهند، مجموعه حقوق مالکیت معنوی را در مفهوم سرمایه‌گذاری وارد می‌کند

گواه

این راه حل این اشکال را داشت که قلمرو اجرای اسناد چند جانبه را نسبت به قلمرو اجرای اسناد دو جانبه محدود می‌کرد. چون حقوق مالکیت‌های معنوی در تعریف [اسناد] دو جانبه [از سرمایه‌گذاری] قرار دارد. لذا اگر انسان واقع بین باشد، می‌پذیرد که این راه حل مورد توجه قرار نخواهد گرفت. راه حل دیگر حفظ حقوق مالکیت معنوی در تعریف [اسناد] چند جانبه از سرمایه‌گذاری است و به کشورهای طرف [سرمایه‌گذاری] که مایل باشند، اجازه می‌دهد در این مورد یک استثناء کلی را وارد نمایند و [براساس آن، تولیدات] سمعی- بصری را از شمول اجرای موافقت نامه خارج کنند. به زحمت می‌توان باور کرد که با توجه به تعریفی که از آزاد سازی خدمات فرهنگی وجود دارد، این راه حل‌ها بتواند در چارچوب سازمان تجارت جهانی (WTO) مورد قبول واقع شود.

۸- به هر حال، جنجالی که مذاکرات AMI بوجود آورد، نشان داد که مشکلات تعریف نباید کم اهمیت تلقی شود. در حقیقت مذاکره کنندگان از این امر آگاه بودند. متن نهایی، بخاطر دغدغه امنیت حقوقی، پیش‌بینی کرده بود که موافقت نامه باید به همراه یک اعلامیه تفسیری باشد که به موجب آن یک سرمایه‌گذاری برای اینکه در چارچوب قراردادی وارد شود باید دو عنصر مشخص در متن قرارداد وجود داشته باشد، که این دو عنصر عبارتست از آورده و مشارکت سرمایه‌گذار در نتایج بهره‌برداری (اعم از این که سود ده باشد یا زیان ده). در اینجا یک بازگشت به موقع به یک برداشت مقبول و معتدل از مفهوم سرمایه‌گذاری مشاهده می‌شود.

ب) تعریف سرمایه‌گذاری در اسناد تشویق به توسعه [سرمایه‌گذاری]

۹- در قراردادهای دو جانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری‌ها، به رغم نامشان، دغدغه‌های حمایت از [سرمایه‌گذاری] بیش از دغدغه‌های تشویق و ترویج آن مدنظر است. لذا برخی از کشورهای در حال توسعه با اشاره به این که دغدغه حمایت [از سرمایه‌گذاری] نگرانی کشورهای شمال است نه کشورهای جنوب، بطور گسترده از عدم تعادل در این قراردادهای شکایت دارند.

۱۰- این انتقاد تا حدودی غیر موجه و لذا تا اندازه‌ای غیر منصفانه است. بهتر است عنوان شود که در اسناد دو جانبه ضرورت تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری، در صورتی که هر دوی آنها پیش‌بینی شده باشد، نمی‌تواند یکسان ارزیابی شود. چون اثر بخشی توسعه و ترویج سرمایه‌گذاری به تداوم حمایت از آن

بستگی دارد. بطور خلاصه می‌توان گفت که تشویق توسعه سرمایه‌گذاری مشروط به حمایت از آن است. هر چند باید اشاره کرد که تشویق و توسعه تا جایی منوط به حمایت است که، حمایت‌ها در بر دارنده‌ی تضمین‌هایی در این مورد باشند.

۱۱- تشویق سرمایه‌گذاری و تضمین.

لذا به این نتیجه می‌رسیم که مکانیسم واقعی تشویق [سرمایه‌گذاری]، در اعطای تضمین نهفته است تا تعریف شرایط و نحوه رفتار یا حمایت [از سرمایه‌گذاری]. این نتیجه‌گیری قابل قبول است. سرمایه‌گذار جز اطمینان از دریافت سریع و کامل خسارت، در زمانی که سرمایه‌گذاری او بخاطر وقوع یک بحران سیاسی از بین رفته باشد، چه می‌خواهد؟ این اطمینان را تنها تضمین سرمایه‌گذاری به او خواهد بخشید. لذا می‌توان گفت که سرنوشت هر سیاست تشویقی [سرمایه‌گذاری] به اعطای تضمین بستگی دارد.

۱۲- البته اسناد تضمین [سرمایه‌گذاری] اساساً اسنادی داخلی هستند که کشورهای توسعه یافته آنها را در چارچوب نظم امور داخلی خود و با هدف تشویق حضور گسترده‌ی پیمانکارانشان در بازارهای جهانی ایجاد نموده‌اند. آیا این بدان معنی است که اسناد بین‌المللی تضمین [سرمایه‌گذاری] وجود ندارد؟ این سخن صحیح نیست. می‌توان گفت که کشورهای در حال توسعه، ایجاد مکانیسم‌های بین‌المللی را مورد توجه قرار داده‌اند، هر چند تحقق و اجرای آنها به ندرت صورت می‌گیرد. در این مورد باید جایگاه و بزه‌های را به مهمترین ساز و کار یعنی چند جانبه‌ی تضمین سرمایه‌گذاری^{۱۳} (AMGI) اعطا کرد که بوسیله‌ی یک قرارداد چند جانبه (کنوانسیون سئول) در سال ۱۹۸۵ تأسیس شده است.

۱۳- بنابراین کنوانسیون سئول یک مکانیسم بین‌المللی را در تضمین [سرمایه‌گذاری] در برابر بحران‌های سیاسی ایجاد کرد، بحران‌های سیاسی که می‌تواند سرمایه‌گذاری‌های اتباع یک طرف قرار داد (کشور توسعه یافته- یکی از کشورهای لیست الف) را تحت الشعاع قرار دهد، هنگامی که این بحران‌ها نتیجه‌ی اقدام یا عدم اقدام یک طرف دیگر قرارداد (کشور در حال توسعه - یکی از کشورهای لیست ب) باشد که در قلمرو سرزمینی آن سرمایه‌گذاری مزبور صورت گرفته است. لذا اجرای صحیح کنوانسیون سئول مستلزم این است که توجهی خاص به تعاریف حقوقی و مخصوصاً به تعریف خطر متحمل تحت شمول کنوانسیون و نیز تعریف سرمایه‌گذاری واجد شرایط [حمایت] صورت گیرد.

۱۴- تعریف سرمایه‌گذاری که ماده ۱۲ کنوانسیون سئول ارائه می‌دهد، ارزش فراوانی دارد. البته نباید فراموش کرد که این تعریف علاوه بر این که یک مفهوم حقوقی را تبیین می‌کند، باید امکان تمایز بین سرمایه‌گذاری واجد شرایط و سرمایه‌گذاری فاقد شرایط را فراهم آورد. چون هدف از مکانیسم بین‌المللی که کنوانسیون سئول ایجاد کرده است این نیست که هر گونه سرمایه‌گذاری را در مقابل هر گونه خطری، در هر کشوری، تضمین نماید. چرا که منابع و امکانات آژانس بسیار محدودتر از آن است که حیف و میل شود. آژانس باید بین سرمایه‌گذاری‌ها تفکیک انجام دهد و نباید اعطای ضمانت نماید مگر پس از تحلیل و بررسی بحران‌های محتمل در کشور مورد نظر. تعریفی که این مقررات از مفهوم سرمایه‌گذاری ارائه می‌دهند، ترجمان این خواسته‌هاست.

۱۵- لذا ماده ۱۲ کنوانسیون سئول عملیات سرمایه‌گذاری را به دو دسته تقسیم می‌کند: سرمایه‌گذاری‌هایی که واجد شرایط قانونی تضمین هستند، و سرمایه‌گذاری‌هایی که واجد شرایط قانونی برای تضمین نیستند ولی حسب مورد، می‌توانند، با تصمیم شورای اداری آژانس، واجد شرایط شوند. تنها سرمایه‌گذاری‌هایی که دارای شرایط قانونی هستند از نظر تعریف حقوقی اهمیت دارند. چرا که دارا بودن شرایط قانونی مستلزم این است که قبلاً معیارهای عامی که اجازه تمایز میان سرمایه‌گذاری‌های مناسب و سرمایه‌گذاری‌های کمتر مناسب را خواهد داد، تعیین شده باشد. بنابراین تعریفی که کنوانسیون سئول از سرمایه‌گذاری واجد شرایط ارائه می‌دهد، لزوماً از تعریفی که یک قرارداد دو جانبه از سرمایه‌گذاری قابل حمایت ارائه می‌دهد، مضیق‌تر است.

۱۶- سرمایه‌گذاری و اشکال

مشارکت. سرمایه‌گذاری‌های واجد شرایط قانونی خود به دو بخش تقسیم می‌شود: در یک بخش، سرمایه‌گذاری‌هایی که از طریق مشارکت در سرمایه شرکت سرمایه‌گذار محقق می‌شود (چه این سرمایه‌گذاری‌ها ویژگی سرمایه‌گذاری‌های مستقیم را داشته و چه نداشته باشد) و بخش دیگر سرمایه‌گذاری‌هایی که به روشی غیر از مشارکت در سرمایه شرکت سرمایه‌گذار محقق می‌شود (تنها در صورتی که این سرمایه‌گذاری‌ها ویژگی سرمایه‌گذاری‌های مستقیم را دارا باشند). این تمایز با تمایزی که در رویه‌ی مالی در زبان انگلیسی میان سرمایه‌گذاری‌های منصفانه^{۱۴} و سرمایه‌گذاری‌های غیر منصفانه^{۱۵} قائل می‌شوند، مرتبط است. این امر اجازه طرح تفکیک دیگری را می‌دهد که جدیداً بروز یافته است:

کنوانسیون سئول تنها به عملیاتی که در میان مدت یا طولانی مدت انجام گیرد، وصف سرمایه‌گذاری را اعطا می‌کند. بنابراین عملیات کوتاه مدت از قلمرو تضمین خارج می‌شود.

در قراردادهای دو جانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری‌ها، به رغم نامشان، دغدغه‌ی حمایت از سرمایه‌گذاری آیش از دغدغه‌ی تشویق و ترویج آن مدنظر است



دبیر کل، ص ۴) در این شرایط تعجب ندارد که دعاوی مطروحه در مورد تمام جنبه‌های حقوق سرمایه‌گذاری و مخصوصاً در مورد مسئله‌ی مشکل و پیچیده تعریف سرمایه‌گذاری باشد. ولی این دعاوی به طور خاص به تعریف سرمایه‌گذاری که توسط کنوانسیون‌های بین‌المللی ارائه شده است گره خورده‌اند و البته با توجه به این که بسیاری از دعوای مطروحه در برابر CIRDI، بر پایه شرط رجوع به CIRDI است که از سوئی در قراردادهای دو جانبه و از سوئی در «موافقت‌نامه مبادلات آزاد شمال-آمریکا»^{۲۰} گنجانده شده، این مطلب شگفت‌آور نیست.

۲۰- در پرونده Fedax علیه ونزوئلا (تصمیم در مورد صلاحیت - ۱۱ ژوئیه ۱۹۹۷) بود که برای اولین بار مسئله تعریف در برابر یک دادگاه CIRDI توسط خواننده، جهت اعتراض به صلاحیت CIRDI براساس ماده ۲۵ کنوانسیون واشنگتن مطرح شد. دادگاه به این نکته اشاره کرد که سابقاً در دعوای Kaiser Bauxite علیه جامائیکا و Alcoa Minerals علیه جامائیکا مسئله‌ی تعریف سرمایه‌گذاری مطرح، و حل و فصل شده است. ولی این به ابتکار خود داوران و در چارچوب احراز صلاحیتشان بوده و نه به ابتکار یکی از طرفین و برای اعتراض به صلاحیت ذاتی دادگاه^{۲۱}. موضوع اختلاف این بود که خواهان سفته‌هایی را که ونزوئلا بر طبق قانون اعتبارات عمومی صادر کرده بود، به عنوان سرمایه‌گذاری تلقی می‌کرد. دادگاه به یک عملیات دوگانه مبادرت ورزید. از یک طرف دادگاه این سؤال را مطرح کرد که آیا سفته تشکیل دهنده‌ی سرمایه‌گذاری به همان معنایی که ماده ۱ قرارداد فیما بین هلند و ونزوئلا مقرر داشته است محسوب می‌شود. دادگاه بر اساس تعریف موسعی که این کنوانسیون از سرمایه‌گذاری ارائه می‌کند، به این سؤال پاسخ مثبت داد. ولی از سوی دیگر دادگاه این سؤال را مطرح کرد که آیا اسناد تجاری باید به عنوان تشکیل دهنده‌ی سرمایه‌گذاری به معنایی که ماده ۲۵ کنوانسیون واشنگتن مقرر داشته است در نظر گرفته شود.

۲۱- ماده ۲۵ کنوانسیون واشنگتن: این موضوع دوم، یک مشکل بوجود می‌آورد. در واقع گرچه درست است که ماده ۲۵، صلاحیت CIRDI را به وجود یک اختلاف قضائی که با یک سرمایه‌گذاری ارتباط مستقیم داشته باشد، منوط می‌کند، با این حال کمترین تعریفی را از مفهوم سرمایه‌گذاری ارائه نمی‌نماید. دادگاه داوری در این مشکل متوقف نشده و نتیجه گرفته که سفته نیز با توجه به ماده ۲۵ نوعی سرمایه‌گذاری محسوب می‌گردد. این دادگاه با اشاره به اینکه در اینجا یک مجموعه‌ی مالی

دهنده سرمایه‌گذاری هستند یا خیر.

۱۸- سرمایه‌گذاری و قراردادهای تجاری.

مثال کلاسیک همان بیع تجهیزات کارخانه‌ای است. برخی از نویسندگان تأکید کرده‌اند که در حقیقت بعضی از عملیات بیع تجهیزات کارخانه‌ای با توجه به اهمیت کمی و کیفی آنها برای اقتصاد کشور مشتری، باید به عنوان عملیات سرمایه‌گذاری تلقی شوند. کنوانسیون سئول در این مثال تردید کرده است: عملیات بیع تجهیزات کارخانه‌ای حسب مورد می‌تواند تشکیل دهنده‌ی عملیات سرمایه‌گذاری باشد یا نباشد. هنگامی که اجرت سرمایه‌گذار با پرداخت ثمن بیع بصورت کامل صورت گیرد، این عملیات سرمایه‌گذاری محسوب نمی‌شود، حتی اگر ثمن تعیین نشده باشد ولی قابل تعیین باشد و حتی اگر پرداخت فوری نباشد ولی زمان بندی شده باشد. این عملیات وقتی سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود که بخشی از اجرت سرمایه‌گذار، به صورت پرداخت ثمن باشد و بخش دیگر بصورت واریز مبلغی باشد که مطابق با عواید مالی حاصل از بهره‌برداری محاسبه می‌شود. در این امر یک تدبیر نهفته است: برای این که یک عملیات سرمایه‌گذاری به موفقیت منجر شود سرمایه‌گذار نه تنها باید سرمایه‌گذاری کند بلکه همچنین باید خود را سرمایه‌گذاری کند [و از خود مایه بگذارد].

ج) آراء داوری

۱۹- فعالیت CIRDI. گزارش سالانه CIRDI تصدیق می‌کند که: «در طول فعالیت سال ۲۰۰۲، خدمات حل و فصل اختلافات که توسط CIRDI ارائه شده، به طور بی سابقه‌ای مورد درخواست دولتها بوده است. (مقدمه‌ی

تمایز بین آنچه مناسب است «اشکال سنتی» سرمایه‌گذاری نامیده می‌شود و «اشکال جدید» سرمایه‌گذاری.

۱۷- در تمامی مواردی که سرمایه‌گذاری منصفانه یا سرمایه‌گذاری غیر منصفانه مطرح هستند، عناصر تشکیل دهنده‌ی سرمایه‌گذاری با توجه به کنوانسیون سئول سه مورد است و هرگز تغییر نمی‌کند:

- اول: باید آورده^{۱۶} وجود داشته باشد. بدون آورده، سرمایه‌گذاری وجود ندارد. ولی این آورده می‌تواند نقدی^{۱۷} یا غیر نقدی^{۱۸} باشد که آورده غیر نقدی ممکن است منقول و یا غیر منقول باشد. با این حال، آورده در هیچ موردی نمی‌تواند به صورت خدمات^{۱۹} باشد.

- دوم: این آورده باید برای مدتی [نه چندان کوتاه] ثابت بماند. سرمایه‌گذاری یک عملیات بانکی و سفته بازی نیست. سرمایه‌گذار باید بداند که نتیجه‌ای که او از عملیاتش انتظار دارد، الزاماً با تأخیر به دست خواهد آورد. لذا، کنوانسیون سئول تنها به عملیاتی که در میان مدت یا طولانی مدت انجام گیرد، وصف سرمایه‌گذاری را اعطا می‌کند. بنابراین عملیات کوتاه مدت از قلمرو تضمین خارج می‌شود.

- سوم: سرمایه‌گذاری نمی‌تواند وجود داشته باشد مگر تا زمانی که سرمایه‌گذار ریسک‌ها و خطرات احتمالی شرکت را حداقل بطور جزئی، متحمل شود. به عبارت دیگر نتیجه‌ای که سرمایه‌گذار از عملیات خود انتظار دارد، باید حداقل بخشی از آن به هنگام بهره‌برداری بدست آید، اعم از اینکه بهره‌برداری سودآور یا زیان آور باشد. معیار اخیر اساسی است و در واقع امکان تمایز را بین توافقات قراردادی فراهم می‌آورد؛ براین اساس که آنها عامل تشکیل

ماده ۲۱ کنوانسیون سئول عملیات سرمایه‌گذاری را به دو دسته تقسیم می‌کند: سرمایه‌گذاری‌هایی که واجد شرایط قانونی تضمین هستند، و سرمایه‌گذاری‌هایی که واجد شرایط قانونی برای تضمین نیستند ولی حسب مورد، می‌توانند، با تصمیم شورای اداری آژانس، واجد شرایط شوند

کوازه

از سرمایه‌های فزاینده وجود ندارد، اضافه کرد که این عملیات واجد ویژگی و وصف سرمایه‌گذاری است، زیرا این نوع سرمایه‌گذاری دارای شرایطی همچون مدت زمانی مشخص، سود و درآمد منظم، میزانی از ریسک پذیری، تعهد مادی و منفعتی معین برای توسعه کشور پذیرنده ی [سرمایه] می‌باشد. و لذا دادگاه نتیجه می‌گیرد که با توجه به عناصر اعمال مورد نظر، عملیات [سفته] به خوبی مشخصات اساسی یک سرمایه‌گذاری را دارا می‌باشد.

۲۲- همین راه حل در دعوای دیگری هم پذیرفته شد (دعوی Italstrade spa و sdini Costruttorri spa علیه کشور سلطنتی مغرب- رأی در مورد صلاحیت در ۲۳ ژوئیه ۲۰۰۱). این راه حل، قرار داد دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری‌های بین ایتالیا و مغرب در خصوص ارائه خدمات عمومی را که بین شرکت اتوبان‌های مغرب و دو مقاطعه کار ایتالیایی منعقد شده بود، زیر سؤال برد. مثل دعوی fedax علیه ونزولا، [در اینجا] صلاحیت ذاتی دادگاه به دلیل این که ارائه خدمات، سرمایه‌گذاری محسوب نمی‌شود، مورد اعتراض قرار گرفت و همانند دعوی fedax، دادگاه داوری این سؤال را از خود پرسید که آیا با توجه به ماده ۱ قرار داد بین ایتالیا و مغرب و نیز ماده ۲۵ کنوانسیون واشنگتن این عملیات سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود یا نه. دادگاه در مورد نکته اول ابراز داشت که با توجه به اینکه کنوانسیون مزبور، در مفهوم سرمایه‌گذاری

هر گونه تعهد پرداخت قراردادی را که ارزش اقتصادی داشته باشد گنجانده است، لذا ارائه ی خدمات عمومی هم در این چارچوب حقوقی وارد می‌شود.

۲۳- در خصوص نکته دوم، دادگاه داوری همان رأی را که سلف آن در دعوی fedax صادر کرده بود، اعلام کرد. دادگاه اشاره کرد که برغم نقائص ماده ۲۵، یک هسته غیر قابل تبدیل در آن وجود دارد که به ما اجازه ی تشخیص عملیات سرمایه‌گذاری را می‌دهد.

دادگاه براساس دکتترین حقوقی اظهار می‌دارد که سرمایه‌گذاری مستلزم آورده، مدت مشخص برای اجرا، مشارکت در ریسک عملیات و [در نهایت] مشارکت در توسعه ی کشور پذیرنده ی سرمایه می‌باشد. دادگاه داوری با توجه به این که مجموع این عناصر در پرونده وجود دارند، نتیجه گرفته که عملیات ارائه ی خدمات، به همان معنایی که ماده ۲۵ کنوانسیون واشنگتن مد نظر داشته است، سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود. در این پرونده به مانند دعوی fedax، نمی‌توان از نظر دور داشت که رابطه ی تنگاتنگی میان معیارهای عینی سرمایه‌گذاری (همان طور که دادگاه‌های داوری تعریف کرده‌اند) از یک سو و عناصر تشکیل دهنده ی سرمایه‌گذاری واجد شرایط (همان طور که کنوانسیون سئول تعریف کرده است) از سوی دیگر، وجود دارد.

۲۴- حکم دعوی Mihaly علیه جمهوری دموکراتیک و سوسیالیست سریلانکا صادره در تاریخ ۱۵ مارس ۲۰۰۲ توسط دادگاه داوری

که تحت نظارت CIRDI تشکیل شده، نشان می‌دهد که مفهوم سرمایه‌گذاری با کمترین محدودیتی مواجه نمی‌شود؛ حتی در هنگامی که نتیجه ی تعریف وسیعی باشد که اسناد دوجانبه - در اینجا قرارداد ۱۹۹۱ بین آمریکا و سریلانکا- ارائه داده‌اند. [سرمایه‌گذاری] در این مورد خاص، عبارت بود از هزینه‌های انجام شده توسط سرمایه‌گذار در مرحله ی پیش از سرمایه‌گذاری و در چارچوب توافقات پیش از قرارداد- اعلام اهداف ۲، موافقت نامه اصولی ۳ و موافقت نامه گسترش [سرمایه‌گذاری] ۴- که مطابق آن شرکت Mihaly هزینه‌های قابل توجهی نموده بود. شرکت Mihaly ادعا می‌کرد که این سه سند، یک قرارداد سرمایه‌گذاری محسوب می‌شوند، هر چند که این اسناد هیچ حقی را برای شرکت ایجاد نکرده باشند. لذا دادگاه داوری بر این عقیده بود که سرمایه‌گذاری به معنایی که قرار داد میان آمریکا و سریلانکا مقرر داشته است، وجود ندارد. ولی دادگاه همچنین این سؤال را مطرح نمود که آیا اسناد پیش قرارداد می‌تواند به عنوان تشکیل دهنده ی یک سرمایه‌گذاری- با توجه به ماده ۲۵ کنوانسیون واشنگتن- در نظر گرفته شوند. ۲۵- رویکرد دادگاه داوری در این پرونده، با رویکرد آن در پرونده‌های Fedax و Salini متفاوت است. در این دو پرونده داوران به نوشته‌های دکتترین حقوقی به طور گسترده استناد کردند. در واقع دادگاه مقرر کرد که در فقدان یک تعریف مورد پذیرش عام مطابق با

دادگاه براساس دکتترین حقوقی اظهار می‌دارد که سرمایه‌گذاری مستلزم آورده، مدت مشخص برای اجرا، مشارکت در ریسک عملیات و [در نهایت] مشارکت در توسعه ی کشور پذیرنده ی سرمایه می‌باشد



گواه

تمامی سرمایه گذاری‌ها مستلزم این است که سرمایه گذار آورده‌ای داشته باشد و اسناد بررسی شده گوناگون روشن می‌کند که این آورده تنها می‌تواند آورده‌ای نقدی یا غیر نقدی باشد

شروط مندرج در کنوانسیون CIRDI، می‌توان به موارد زیر رجوع کرد: رویه ی کنونی و گذشته CIRDI و همچنین رویه ی کنونی و گذشته ی کشورها آن چنان که از موافقت نامه‌های منعقد شده میان آنها بر می‌آید، دیدگاههای حقوقدانان حقوق عمومی (که مناسب است بین آنها و نظرات کارشناسان تمایز قائل شد و آن را به عنوان یک راه فرعی تشخیص قواعد حقوقی دخالت داد). این دادگاه ابراز داشت که شرکت Mihaly دلایلی ارائه نداده که با توجه به حقوق قراردادی یا عرفی، هزینه‌های بعمل آمده بخاطر پیشرفت یک پروژه در مرحله پیش از شروع آن، می‌تواند به عنوان سرمایه‌گذاری در نظر گرفته شود. لذا دادگاه به این علت که آن اعمال در رابطه ی مستقیم با سرمایه گذاری نبوده است، درخواست [شرکت] را رد کرد.

۲۶- بنابراین با توجه به این سه پرونده ، می‌توان تصدیق کرد که دادگاه‌های داوری در اعمال کنترل برای تحقق شرط مقرر در ماده ۲۵ تردید نخواهند نمود. لذا دیگر کافی نخواهد بود که طرفین به صرف اینکه به ارجاع یک اختلاف به داوری CIRDI ، رضایت داده‌اند، آن اختلاف دارای رابطه ی مستقیم با سرمایه گذاری محسوب گردد. این مفهوم ذهنی به تدریج با یک برداشت عینی جایگزین می‌شود که در این برداشت، دادگاه‌های داوری، با تفسیر و اجرای ماده ۲۵ در پرتو برخی عناصر موضوعی (عناصر تشکیل دهنده ی سرمایه گذاری، همانطور که دکتربین آنها را تحلیل کرده است - پرونده‌های salini و fedax) یا برخی عناصر قانونی (رویه ی حال و گذشته ی کشورها همانطور که از اسناد قراردادی یا عرف بین‌الملل - در پرونده Mihaly استنباط می‌شود)، به تدریج تعریف خاص خود را از سرمایه گذاری، ارائه و اعمال می‌کنند.

نتیجه:

۲۷- بنابراین، تنوع اهداف مورد نظر، فراوانی تعاریف قراردادی را توجیه می‌کند. علیرغم این تنوع، در این تعاریف قراردادی یک هسته ی انعطاف ناپذیر وجود دارد که به نظر غیر قابل تغییر می‌آید. تمامی سرمایه گذاری‌ها مستلزم این است که سرمایه گذار آورده‌ای داشته باشد و اسناد بررسی شده گوناگون روشن می‌کند که این آورده تنها می‌تواند آورده‌ای نقدی یا غیر نقدی باشد.

۲۸- از این مرحله به بعد تردیدهایی ایجاد می‌شود. آیا عملیات سرمایه گذاری باید یک عملیات میان مدت یا طولانی مدت باشد و یا می‌تواند کوتاه مدت هم باشد. اسناد سازمان همکاری و توسعه اروپا (OCDE) و اروپائی مانند کنوانسیون سئول، بطور ضمنی یا صریح

لازم می‌شمارند که عملیات، میان مدت یا طولانی مدت باشد. ولی بسیاری از اسناد دو جانبه ی حمایتی در این مورد سکوت کرده‌اند و تعریفی که دربردارند نشان می‌دهد که عملیات کوتاه مدت رانیز مثل عملیات میان مدت یا طولانی مدت دربر می‌گیرند. این توسعه مطلوب نیست، چرا که یک انحراف را در مفهوم سرمایه‌گذاری بوجود می‌آورد. در این مورد، جهت‌گیری‌های مذاکرات AMI به نظر مناسب می‌آید؛ بدین صورت که یادآوری می‌کند که مفهوم سرمایه‌گذاری در مفهوم اموال محدود نمی‌گردد.

۲۹- [نکته] ظریف‌تر این است که آیا سرمایه‌گذاری مستلزم مشارکت سرمایه‌گذار در ضررها و سودهای ناشی از بهره‌برداری است؟ به نظر می‌رسد مطلوب باشد که حقوق بین‌الملل، سرمایه‌گذاران را تحریک کند که سیاست پذیرش تعهدات را در پیش بگیرند تا سیاست فرار از تعهدات، و در نتیجه، تعریف سرمایه‌گذاری را تنها به عملیاتی محدود کنند که بطور همزمان، آورده ی مالی و حضور نیروی انسانی را می‌طلبد. ولی این تحول در زمان طولانی روی می‌دهد. چرا که در واقع مستلزم این است که حقوق سرمایه گذاری از مفاهیمی الهام بگیرد که نسبت به مفاهیمی که اسناد دو جانبه بر پایه آنها بنا شده است جنبه ی حمایتی کمتری دارند و یک نگاه پویا را جانشین یک نگاه ایستا کند. به نظر می‌رسد زمان آن فرا رسیده است. میزان موفقیت در این باره، به نتایج مذاکرات چند جانبه آتی بستگی خواهد داشت. چرا که هر قدر این سند اصالت خود را نسبت به اسناد دو جانبه نشان دهد، استقلال حقوق سرمایه‌گذاری بیشتر خواهد بود.

پی‌نوشت‌ها

- ۱- قسمتی از فصل «سرمایه گذاری» کتاب زیر:
Dominique Carreau & Patrick Juillard : Droit International économique, 1^{er} édition , Dalloz, 2003
- ۲- در مورد این کنوانسیون بطور خاص، ن. ک به کتاب
« Investissements étrangers et arbitrages entre Etats et personnes privées », la convention BIRD du 18 mars 1965 " Paris, Editions Pédone, 1965»
- 3-CIRDI (Centre International de Règlement des Différends d'Investissement)
- 4-Organisation Coopération et

- Développement Europe
- 5-Accord Multilatéral sur l'Investissement
- 6- " Qui trop embrasse , mal étireint " .
- 7-synthétique
- 8-analytique

۹- تا جایی که در نسخه نهائی طرح AMI پس از تکرار اعلام انواع مالکیت نکته زیر که نتیجه نظرات یک دولت عضو است اضافه شده است: " با در نظر گرفتن این که این اموال، حقوق و منافع باید خصیصه سرمایه گذاری را داشته باشند." این جمله تعریف را زائد می‌نماید.

- 10-la clause du traitement national
- 11-l'exception culturelle
- 12-Agence Multilatérale de Garantie des Investissements
- 13- equity – investments
- 14- non equity investments
- 15- apport
- 16- en espèces
- 17- en nature
- 18- en industrie
- 19- (ALENA) Accord de libre échange Nord- Américain
- 20- ratione materiae
- 21- lettre d'intention
- 22- lettre d'accord
- 23- letter d'extension