

معیارهای تشخیص قرارداد سرمایه‌گذاری در داوری سرمایه‌گذاری خارجی

رحیم باغبان^۱

عضو هیئت علمی گروه حقوق دانشگاه آزاد

اسلامی مشهد، ایران.

حدیثه یکتا^۲

کارشناس ارشد حقوق بین الملل، گروه حقوق

دانشگاه آزاد اسلامی مشهد، ایران.

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۰/۰۴/۲۲

تاریخ دریافت ۱۳۹۹/۰۶/۰۹

چکیده

منابع و مبانی حقوق سرمایه‌گذاری خارجی بیشتر در معاهدات دوجانبه و چندجانبه و رویه‌های داوری بین‌المللی مشاهده می‌شود. لذا این پرسش‌ها مطرح است که مفهوم سرمایه‌گذاری خارجی و معیارهای آن چیست؟ چه قراردادهایی می‌توانند سرمایه‌گذاری محسوب شوند؟ و در این میان، وضعیت قراردادهای فروش چگونه است؟ برای کشف معیارهای سرمایه‌گذاری ابتدا به ملاک‌های کنوانسیون واشنگتن و سپس به ملاک‌های ارائه شده در داوری‌های مهم در مورد سرمایه‌گذاری خارجی مراجعه شده است. این مقاله از روش کتابخانه‌ای بهره گرفته است و تلاش شده با رجوع به مباحث تئوریک، به رویه‌های داوری نیز در جهت کشف روش‌ها و معیارهای قراردادهای سرمایه‌گذاری، توجه شود. نتایج این تحقیق نشان می‌دهد که سه معیار مهم مشارکت، دوره زمانی معین و ریسک، هسته‌ی اصلی تشکیل دهنده‌ی سرمایه‌گذاری خارجی هستند، که در کنار آنها بهتر است که به اهداف مندرج در ماده ۲۵ کنوانسیون اکسید و به معیارهای مندرج در معاهدات دوجانبه‌ی سرمایه‌گذاری نیز توجه شود. در مورد

* - نوع مقاله: پژوهشی

۱ - نویسنده مسئول: r_baghban_Law@yahoo.com

2- Intlawyekta@gmail.com

DOI: 10.22067/LOWECON.2021.39478

قراردادهای فروش، رویه‌ی داوری غالباً قراردادهای ساده را مطابق با اهداف کنوانسیون واشنگتن نمی‌داند. اما این رویکرد را نمی‌توان به کلیه قراردادهای فروش تعمیم داد.

واژگان کلیدی: داوری سرمایه‌گذاری - ایکسید - قرارداد سرمایه‌گذاری

مقدمه

سرمایه‌گذاری خارجی، امروزه به عنوان راه مهمی در جهت رونق بخشی به اقتصاد کشورهای در حال توسعه، به ویژه کشورهایی که دچار تنگناهای اقتصادی شده‌اند، می‌باشد. کنشگران اصلی حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری، کشور میزبان، کشور متبوع سرمایه‌گذار و سرمایه‌گذار خارجی هستند. تشخیص اینکه چه اقدامات و کدام قراردادها مشمول سرمایه‌گذاری خارجی هستند، دارای آثار حقوقی مهمی است. از جمله اینکه، اگر موضوعی مشمول سرمایه‌گذاری خارجی شود، تابع حقوق خاص سرمایه‌گذاری خارجی و حمایت‌های آن در قالب معاهدات دوجانبه و چندجانبه سرمایه‌گذاری خارجی قرار می‌گیرد و در چگونگی دادرسی یا داوری نیز اثر خواهد داشت. برای اینکه اقدامی سرمایه‌گذاری خارجی محسوب شود، معیارهای مختلفی در معاهدات و داوری‌های تجاری، خصوصاً داوری‌های سرمایه‌گذاری، مطرح شده است. در این مقاله قصد بر این است که به این پرسش اساسی پاسخ داده شود که آیا قرارداد تجاری منعقد شده توسط سرمایه‌گذار می‌تواند معیاری برای شمول اقدامات این سرمایه‌گذار به عنوان سرمایه‌گذاری خارجی باشد؟ اگر چنین است، چه معیارهایی در این قراردادهای تجاری شناخته شده و معتبرتر محسوب می‌شوند؟ اثر مهم عملی طرح چنین پرسشی آن است که امروزه سرمایه‌گذاری خارجی از دو جهت مورد حمایت قرار می‌گیرد. یکی از جهت قوانین و مقررات حمایتی نسبت به آن (اعم از داخلی و بین‌المللی) و دیگری از جهت مراجع داخلی یا بین‌المللی حمایت‌گر از سرمایه‌گذاری بین‌المللی، مانند ایکسید، می‌باشد. لذا تشخیص معیارهای سرمایه‌گذاری خارجی دارای آثار حقوقی خواهد بود و صرفاً جنبه آکادمیک ندارد؛ چنانچه موضوع قرارداد، خرید یا فروش بین‌المللی تشخیص داده شود، احتمال دارد حل و فصل اختلافات آن به دادگاه‌های کشورهای میزبان محول شود و چنانچه، موضوع سرمایه‌گذاری خارجی تشخیص داده شود چه بسا به داوری‌های بین‌المللی سرمایه‌گذاری ارجاع شود.

به نظر می‌رسد، شکی نیست که ماهیت قرارداد تجاری می‌تواند ملاکی برای تشخیص سرمایه‌گذاری باشد اما نه هر قرارداد تجاری، بلکه برای تشخیص این قراردادها، باید معیارهای معتبر سرمایه‌گذاری خارجی استخراج و شناسائی شوند.

در این مقاله مباحث در چهار قسمت طرح شده است. قسمت اول در مورد مفهوم سرمایه‌گذاری خارجی و معیارهای شناخته شده می‌باشد. قسمت دوم به مباحث مربوط به شناسایی قراردادهای سرمایه‌گذاری خارجی مورد حمایت به عنوان معیار مهمی برای شمول حقوق حمایتی سرمایه‌گذاری خارجی، پرداخته شده است و در قسمت سوم قراردادهای فروش مورد بررسی قرار گرفته شده است. در قسمت چهارم با توجه به نتایج حاصله از قسمت‌های پیشین، به ارائه راه کارها و روش‌های آینده پرداخته می‌شود.

۱. مفهوم سرمایه‌گذاری خارجی

۱.۱ تعریف

در قلمرو اقتصاد، سرمایه‌گذاری به معنی افزایش سرمایه و یا افزایش ظرفیت و سودآوری اقتصادی است (Jandeveld, 2010: 122). به موجب این تعریف، هدف از سرمایه‌گذاری در یک دوره معین، افزایش میزان سرمایه است. معمولاً سرمایه‌گذاری خارجی در مفهوم اقتصادی آن توأم با معیارهای جابجایی منابع مالی، پروژه‌های بلندمدت، خطرات سرمایه‌گذاری، مشارکت مالک در پروژه، و سودآوری منظم، می‌باشد (Rubins, 2004 : 283). در گذشته، واژه سرمایه‌گذاری بدون تعریف حقوقی، مورد استفاده قرار می‌گرفت. اما امروزه ناگزیر برای حل و فصل اختلافات مربوطه، تعاریف و معیارهای حقوقی در معاهدات و رویه‌های داوری ارائه شده است.

۱.۲ معاهدات

بسیاری از معاهدات چندجانبه و گاه دوجانبه، معیارها و مفاهیم اکسید را در مورد سرمایه‌گذاری ارائه داده‌اند و مبادرت به ارائه تعاریفی هم از سرمایه‌گذاری نموده‌اند. از جمله می‌توان به معاهده میان ایالات متحده و آرژانتین اشاره نمود که چنین تعریف شده است: سرمایه‌گذاری شامل هر گونه سرمایه‌گذاری مستقیم یا غیرمستقیم توسط اتباع یا شرکت‌های

یک طرف معاهده در سرزمین تحت مالکیت یا کنترل دیگر، از قبیل دارایی شرکاء، قروض و خدمات و قراردادهای سرمایه گذاری و بدون هیچ محدودیتی شامل موارد ذیل است: ۱- اموال و دارایی‌های عینی و غیرعینی، شامل حقوقی مانند رهن، حبس و وثیقه، ۲- شرکت یا سهام آن یا سایر سودهای شرکت یا سود سرمایه آن، ۳- ادعای پولی یا ادعای اجرایی دارای ارزش اقتصادی که مستقیماً مربوط به سرمایه گذاری باشد. ۴- حقوق مالکیت فکری، شامل ادبی، هنری، ضبط صدا، اختراعات، طراحی صنعتی، اسرار تجاری، اطلاعات بازرگانی محرمانه، دانش فنی، علائم تجاری، علائم خدماتی و اسامی تجاری، هر گونه حق اعطا شده به واسطه قانون یا قرارداد و هر گونه مجوز قانونی.^۱

ماده یک موافقتنامه تشویق و حمایت از سرمایه گذاری بین کشورهای اکو و پروتکل اصلاحی، سرمایه گذاری را به هر نوع مال یا دارایی اطلاق می‌نماید که توسط سرمایه گذاران یک طرف متعاقد در قلمرو طرف دیگر متعاقد طبق مقررات طرف متعاقد دیگر به کار گرفته می‌شود. مطابق این موافقتنامه، سرمایه گذاری از جمله شامل موارد زیر است ولی منحصر به آنها نیست: سهام سهم‌الشرکه یا هر نوع مشارکت دیگر در شرکت‌ها، عوایدی که مجدداً سرمایه گذاری شده، حق نسبت به پول یا هر حقی که دارای ارزش مالی مرتبط با سرمایه گذاری باشد، اموال منقول و غیرمنقول و حقوق مربوط به آنها از قبیل رهن، حق حبس، وثیقه و سایر حقوق مشابه به نحوی که در قوانین و مقررات طرف متعاقدی که در قلمروی آن سرمایه گذاری صورت گرفته تعریف شده است، حقوق مالکیت معنوی و صنعتی، حقوق تجاری که به موجب قانون کشور میزبان یا به موجب قرارداد منعقد با کشور میزبان اعطاء شده باشد (Shiravi, 2015: 442).

بسیاری از معاهدات دوجانبه سرمایه گذاری و چندجانبه، معیارهایی را برای سرمایه گذاری ارائه نموده‌اند که چنانچه همان معیارها در قراردادهای تجاری در نظر گرفته شود، عامل مهمی در تشخیص یک قرارداد تجاری به عنوان قرارداد سرمایه گذاری تلقی می‌شوند.

مهمترین معاهده چندجانبه‌ای که در مورد سرمایه گذاری مورد حمایت گسترده بین‌المللی قرار گرفته است، کنوانسیون ۱۹۶۵ واشنگتن (اکسید) است که تعریفی از سرمایه گذاری خارجی ارائه

1- US- Argentina BIT, Art 1 (1) (a).

نداده، اما در بند یک ماده ۲۵ مقرر می‌دارد:

صلاحیت مرکز، شامل همه اختلافات حقوقی که مستقیماً ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌های متعاقد (یا موسسات تابعه یا نمایندگی‌های آنها که به وسیله آن دولت به مرکز معرفی شده باشد) و یک تبعه دولت متعاقد دیگر که طرفین آن کتباً موافقت به ارجاع آن به مرکز نموده باشند، خواهد بود.^۱

اگر چه به موجب ماده ۲۵ تعریفی از سرمایه‌گذاری ارائه نشده، اما ملاک‌های کلی برای سرمایه‌گذاری ارائه داده است. به جهت سکوت و اجمال در خصوص تعریف و سایر ملاک‌ها، ناگزیر به داوری‌های مهم سرمایه‌گذاری خارجی رجوع شده است تا موضوع در قالب قراردادهای تجاری دنبال شود.

۱.۳ رویه‌های مهم داوری

دیوان داوری ایکسید در قضیه انرون علیه آرژانتین^۲ به بیان رویه داوری در تعریف «سرمایه‌گذاری» پرداخته است. دیوان اظهار عقیده نموده است مراجع داوری در این مورد اتفاق نظر دارند که تعریف سرمایه‌گذاری، تعریف موسعی است. سرمایه‌گذاری فرآیند پیچیده‌ای است که اجزای مختلفی دارد و نمی‌توان هر یک از این اجزاء را مصداق سرمایه‌گذاری دانست. بنابراین، دیوان باید برای تشخیص و تعیین سرمایه‌گذاری، ویژگی اقتصادی مجموع اقدامات سرمایه‌گذار را مدنظر قرار دهد.

در بسیاری از موارد، سرمایه‌گذاری در قالب یک شرکت محلی صورت می‌گیرد و مراجع داوری، با توجه به سهام شرکت، سرمایه‌گذاری را احراز می‌نمایند. برای مثال، در قضیه پلاما علیه بلغارستان^۳، که بر طبق معاهده منشور انرژی طرح شده بود، حدود ۹۷ درصد سهام شرکت، به سرمایه‌گذار خارجی اختصاص داشت. البته در بیشتر موارد، مراجع داوری، برای احراز

1- Convention on the settlement of investment disputes between states and national of other states (ICSID convention) 18 March 1965.

2- Ernon corporation and ponderosa Assets, L.P.V. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on jurisdiction, 14 January 2004.

3- Pluma consortium limited V Bulgaria, ICSID case NO. ARB/03/24, Pecision on Jurisdiction, 8 February, 2005.

سرمایه گذاری، مالکیت سهام را لازم ندانسته اند. برای مثال، در قضیه گامی علیه مکزیک،^۱ سرمایه گذار صاحب ۱۴ درصد سهام شرکت بود و دیوان داوری همین مقدار سهام را مصداق سرمایه گذاری دانست (Asgari, 2015: 56).

از آنجا که نقطه ثقل دعاوی مربوط به سرمایه گذاری، ایسکید می باشد، بنابراین در این نوشتار تأکید بیشتر بر روی آراء داوری ایسکید گذاشته می شود. اگر چه کنوانسیون واشنگتن، تعریفی از سرمایه گذاری ارائه ننموده است، اما در بسیاری از دعاوی سعی شده است معیارهای سرمایه گذاری تبیین شود.

در پرونده های سالینی علیه مراکش،^۲ فدکس علیه ونزوئلا،^۳ CSOB علیه جمهوری اسلواکی،^۴ به تعاریف مندرج در معاهدات دوجانبه بیشتر تأکید شده است و این تعاریفها موسع تر از مفهومی که در کنوانسیون واشنگتن آمده، تلقی می شوند. وجه اشتراک آراء فوق در مورد تعریف سرمایه گذاری این است که از نظر کنوانسیون واشنگتن، معیارهای دوره زمانی معین، خطرات و سود قابل انتظار در سرمایه گذاری مورد تأکید هستند. در قسمت های بعدی این مقاله، از این معیارها، برای قراردادهای سرمایه گذاری، استفاده خواهد شد.

۲. شناسایی قراردادهای سرمایه گذاری

۲.۱ نظرات کلی

در اکثر اختلافات سرمایه گذاری، حقوق قراردادی مطرح می شود. حقوق قراردادی مبتنی بر گرایش کلی ماهیت در حال تغییر سرمایه گذاری خارجی می باشد، که از استخراج منابع طبیعی قدیمی و مالکیت منابع تولیدی تحول یافته و به شکل های جدیدتر حقوق قراردادی مانند

1- Gami Investment, Inc. V. Mexico, UNITRAL, (NAFTA), Final Award, 15 November 2004.

2- Salini costruttori S.P.A V.Moroco, ICSID case No. ARB/00/4, Decision on jurisdiction, 23 July 2001.

3- Fedex N.V. Venezuela, ICSID case No, ARB/96/3, Award on jurisdiction, 11 July 1977.

4- Ceskoslavenska Obchodni Banka, a.s.v. The Slovak Republic, ICSID case No. ARB/97/4, Decision on Jurisdiction, 24 May 1999.

توافق‌های خدماتی^۱ تکامل یافته است (Sornarajah, 2010:11).

جهت معرفی انواع قراردادهای با ماهیت سرمایه‌گذاری خارجی، با توجه به معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری خارجی^۲ و رویه اکسید^۳ می‌توان به قرارداد ساخت^۴، کلید در دست^۵، مدیریت/ خدمات^۶، تولید^۷، سود سهام^۸، اجاره^۹، انتقال تکنولوژی^{۱۰} و قراردادهای سرمایه‌گذاری^{۱۱} مشترک مشترک اشاره نمود (Schreuer, 2001:138). سایر قراردادها، قابل مناقشه هستند؛ از جمله، موافقت‌نامه‌های اعطای امتیازات عمومی^{۱۲}، که به جهت ماهیتی که این موافقت‌نامه‌ها دارند، کشور میزبان را مشمول قرار می‌دهند اما مشکل زیادی در شناسایی آنها به عنوان موافقت‌نامه‌های مشمول سرمایه‌گذاری مورد حمایت حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری وجود ندارد. هدف از درج تعاریف در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری، تعیین معیارهایی است که مقررات و قوانین مورد توافق و دامنه شمول آنها قابل استناد باشد. سرمایه‌گذاری‌های انجام شده توسط هر یک از طرفین در قلمروی طرف دیگر به وسیله معاهدات منعقد شده دو جانبه، مورد حمایت قرار می‌گیرند. دامنه شمول موضوع معاهده به تعاریف واژگان و مفاهیم کلیدی نظیر سرمایه‌گذاری، بستگی دارد. اکثر معاهدات دو جانبه به منظور حمایت از سرمایه‌گذاری، واژه «سرمایه‌گذاری» را به صورتی وسیع تعریف نموده که نه تنها دربرگیرنده‌ی، سرمایه‌ی خارج شده از مرزها، بلکه سایر دارایی‌های سرمایه‌گذار در قلمروی کشور میزبان نیز بشود (Mirveisi, 2014: 74).

برخی از نویسندگان، وام‌ها را نیز در زمره قراردادهای مورد حمایت سرمایه‌گذاری قرار می‌دهند که از لحاظ فنی ممکن است صحیح باشد و البته که قرارداد هم محسوب می‌شوند. اما

-
- 1- Service agreement
 - 2- BITs
 - 3- ICSID
 - 4- Construction
 - 5- Turnkey
 - 6- Management / Service
 - 7- Production
 - 8- Profit- sharing
 - 9- Leasing
 - 10- Technology / know how transfer
 - 11- Joint- Venture
 - 12- Public concession

معمولاً در دسته‌بندی‌های جدا از سرمایه‌گذاری قرار می‌گیرند و در دسته اسناد مالی طبقه‌بندی می‌شوند (Schreuer, 2001:190). بدیهی است که فهرست قراردادهای فوق‌حصری نیست و اصولاً هدف اصلی، شناسایی این قراردادها از آن جهت که مشمول حقوق حمایتی سرمایه‌گذاری خارجی می‌شوند یا خیر، می‌باشد. در واقع هدف اصلی این است که چه معیارهایی در حقوق قراردادی، می‌تواند مؤثر در تشخیص شمول حقوق سرمایه‌گذاری خارجی باشند؟

معیارهایی که در شناسایی قراردادهای سرمایه‌گذاری انتخاب می‌شوند از معیارهای اصلی سرمایه‌گذاری جدا نیستند و در انواع قراردادها و انواع سرمایه‌گذاری‌ها ریشه مشترک دارند.

۲.۲ معیار رایج برای شناسایی

در مقدمه باید متذکر شد که هدف، تعیین معیاری واحد در کلیه قراردادهای معین یا در سایر قراردادهای مربوط به سرمایه‌گذاری و در معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری خاص که مشترک باشد، نیست. با توجه به تنوع و تعداد زیاد این قراردادها و تعریف‌های خاص هر کدام این کاری دشوار است. لذا تلاش شده تا معیارهای کلی‌تری که در اکثر قراردادها مشترک هستند، ارائه شود. در این میان به جهت اینکه ایکسید شایع‌ترین مفهوم سرمایه‌گذاری را در حال حاضر عرضه می‌نماید و اختلافات زیادی در آن مطرح شده به مفاهیم ایکسید، خصوصاً به ماده ۲۵ کنوانسیون واشنگتن^۱، بیشتر توجه شده است.

در مورد دیوان‌های داوری غیر از ایکسید، موضوع از دو جهت متفاوت است. در برخی موارد موضوعات مورد بحث چندان برجسته و مهم به نظر نمی‌آیند و معمولاً لزومی به استناد به ماده ۲۵ وجود ندارد و طرفین به صورت کلی در توسل به داوری براساس آنچه که توافق نموده‌اند، اختیار دارند. البته با رعایت قواعد ذاتاً امری داوری، در چنین مواردی صلاحیت می‌تواند به عنوان مثال با تفسیر معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه که معمولاً عنصر اصلی برای تفسیر و پیدا کردن راه حل است، احراز شود. از جمله کشورهای عضو آسه آن در سال ۱۹۸۷ در زمینه سرمایه‌گذاری خارجی، به تنظیم موافقتنامه حمایت از سرمایه‌گذاری همت گماردند و در نهایت موافقتنامه جامع

1- The Washington Convention on the settlement of Investment Disputes between states and Nationals of other states. (adopted 18 march 1965, entered into force 14 October 1966).

سرمایه‌گذاری به امضای اعضا رسید و از سال ۲۰۱۰ لازم‌الاجرا شده است. این موافقتنامه تقریباً از همه اشکال سرمایه‌گذاری حمایت می‌کند (Pooresmaeeli, 2017: 75). در سایر شرایط به ویژه در موارد قراردادهای آزاد با آمریکای شمالی (نفتا) وضعیت می‌تواند بر مبنای یک مفهوم یا معیار عینی در مورد اصطلاح «سرمایه‌گذاری» احراز شود. در چنین مواردی ممکن است این پرسش مطرح شود آیا روند رسیدگی پرونده‌ها در ایکسید می‌تواند ارزش یک سابقه یا رویه‌ی معتبری را داشته باشد که در موارد غیر ایکسید هم قابل تسری باشد؟ با توجه به رویه و آراء نفتا، می‌توان گفت که تمایل رو به رشدی در نفتا وجود دارد که داوری معاهده‌ای سرمایه‌گذاری و آراء مربوط به آن را به عنوان پدیده‌ای واحد تلقی نمایند و بر تفاوت بین صلاحیت‌ها و مراجع داوری اصراری ندارند (Jeffery, 2017:129). تصمیمات محاکم داوری در ارتباط با موارد نقض ادعا شده نسبت به مقررات نفتا، گرایش به توجه به موقع و بررسی دقیق آراء سابق ایکسید را به خوبی تایید می‌کند.^۱ لذا، می‌توان گفت بحث‌هایی که در ادامه می‌آید دارای اهمیت به مسائل غیر ایکسید نیز می‌باشد یکی از موضوع‌های مهم، تعارض صلاحیت بین مراجع تعیین شده در قرارداد سرمایه‌گذاری و مراجع موجود در معاهده‌ی سرمایه‌گذاری است. البته، صلاحیت موضوعی دیوان‌های داوری معاهده‌ای منوط به این است که اختلاف طرح شده در این مراجع در خصوص سرمایه‌گذاری، برطبق تعریف سرمایه‌گذاری در معاهده باشد. اگر موضوع قرارداد سرمایه‌گذاری ذیل تعریف سرمایه‌گذاری موجود در معاهده سرمایه‌گذاری مربوطه قرار نگیرد، اساساً احتمال به وجود آمدن تعارض صلاحیت بین مراجع قراردادی و معاهده‌ای بوجود نخواهد آمد (Jafari Nodoooshan, 2018: 131).

بهرتر است برای نزدیک شدن به معیارهای سرمایه‌گذاری در قراردادها، به بند الف ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید توجه شود که مقرر می‌دارد:

صلاحیت مرکز، مربوط می‌شود به هر اختلاف حقوقی که مستقیماً ناشی می‌شود از یک سرمایه‌گذاری، بین یک دولت متعاقد (یا هر نهاد زیر مجموعه دولت یا نماینده‌ی دولت که برای مرکز از طریق آن دولت تعیین شده است) و یک تبعه دولت متعاقد دیگر، که طرف‌های اختلاف

1- Grand River Enterprises six Nations, Ltd, et al.V.United states of America, NAFTA / UNCITRAL Arbitration Rules (Award 12 January 2011).

کتاباً رضایت به تسلیم اختلاف به مرکز داده‌اند.

اصطلاح سرمایه‌گذاری (به عنوان مثال برخلاف تبعه)، در متن تعریف نشده است. علی‌رغم برخی عقاید متفاوت، تصور می‌شود علت این امر صرفاً عدم حصول توافق نبوده است؛ بلکه نوعی سازش عمدی در کار بوده است. (Schlemmer, 2008: 49-62). لذا، این باعث شد که اصطلاح سرمایه‌گذاری، شفاف نبوده و آن نقشی که باید ایفا کند را نمی‌کند. برای درک کامل قلمرو سرمایه‌گذاری (از جمله شمول آن به حقوق قراردادی)، می‌توان به تعریف‌ها و معیارهای موجود در معاهدات سرمایه‌گذاری دو جانبه و چند جانبه مراجعه نمود. آنچه که شاید تاکنون حل نشده این است که آیا قلمرو و معیارهای سرمایه‌گذاری در معاهدات سرمایه‌گذاری، با بند یک ماده ۲۵ ارتباط دارد؟ (ماده ۲۵ که به موجب آن، اصطلاح سرمایه‌گذاری مفهوم ذاتی یا عینی ندارد) یا اینکه این ماده فقط رضایت را لازم می‌داند؟ این بحث به علت اختلاف نظرها در رویه‌ی حقوقی در مورد معنای عینی و ذاتی سرمایه‌گذاری، حتی پیچیده‌تر هم شده است. رویه حقوقی با توجه به مسائل فوق‌متنوع و قابل توجه شده است و در این مقاله نمی‌توان به همه ابعاد تئوریک و یا عملی موضوع پرداخت، بلکه می‌توان رویکردهای کلی رویه‌ها را به سه گروه الف) معیار شاخص «رضایت»، ب) سایر معیارها و ج) گروه تلفیقی تقسیم نمود.

در ماهیت، همه این دسته‌بندی‌ها در مسیری واحد قرار می‌گیرند که از ذهنی‌گرایی کامل و احترام به معیار «رضایت» آغاز می‌شوند و به رویکرد عینی سخت‌گیرانه توأم با پیش‌شرط‌های متنوع عینی ختم می‌شود که بیشتر شبیه یک چک لیستی برای تشخیص مفهوم سرمایه‌گذاری تبدیل می‌شود.

در گروه اول^۱ عملاً رضایت، معادل سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود. چنانچه معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری، چیزی را به عنوان سرمایه‌گذاری قلمداد نماید، این برای تمام اهداف بند یک ماده ۲۵ کافی است. دو گروه دیگر از آراء، پیش‌فرض متفاوتی دارند که چیزی بیشتر در بند یک ماده ۲۵ را می‌طلبد که باید تحقق یابد و آن شرط «سرمایه‌گذاری» است که بایستی از طریق معیارهای عینی تشخیص داده شود. برای اینکه کنوانسیون واشنگتن بر اختلاف مرتبط با سرمایه‌گذاری، قابل

1- Azurix Corp. V. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12 (Decision on Jurisdiction, 8 December 2003) 43 ILM (2004).

اعمال باشد، اختلاف مذکور باید موضوع «رضایت» جهت حل و فصل از طریق داوری، تحت مدیریت ایکسید باشد که این رضایت می‌تواند در قرارداد سرمایه‌گذاری، در زمانی که پروژه‌ی مربوطه منعقد گردیده، ابراز گردد یا اینکه بعد از بروز اختلاف، در موافقتنامه‌ی خاص، ارجاع به داوری، اعلام شود (Ghanbari Jahromi, 2011: 32).

استدلال مبتنی بر معیار عینی ریشه در دعوی فدکس علیه ونزوئلا دارد.^۱ به نظر می‌رسد در پرونده‌های اولیه ایکسید، محاکم چندان تمایلی به ورود به این موضوع نداشتند (Campbell et al., 2007: 68). محکمه داوری فدکس به استناد به نظرات پروفیسور اسپرور^۲ نظر داد که ویژگی‌های اساسی سرمایه‌گذاری (در ارتباط با بند یک ماده ۲۵) عبارت از دوره زمانی معین، تداوم منظم سود و بازگشت آن، ریسک‌پذیری، تعهد اصلی و اهمیت برای توسعه دولت میزبان می‌باشد.

از این معیارها، به استثنای معیار تداوم منظم سود و بازگشت آن، در رأی سالینی علیه مراکش^۳ پیروی شد (رأیی که به معیار سالینی معروف شده است)، در حالیکه ضرورت بررسی تمام این معیارها از نظر جهانی، در پرتو وابستگی متقابل آنها به هم، نیز تصریح شده بود.

با این حال، تغییراتی که در این رویکرد کلی ایجاد شده است، بی‌اهمیت نیست. دعاوی گروه معیار^۴ نشان می‌دهد که وجود معیارهای معین تنها برای فراهم نمودن راهنمایی سرمشق گونه برای محاکمات است، این معیارها تا جایی که انعطاف‌پذیر بمانند، به محکمه در تصمیم‌گیری کمک می‌کنند.

دعاوی در گروه تلفیقی مستلزم وجود همه معیارها در سرمایه‌گذاری است، اما در مورد این که این معیارها چه هستند، توافق وجود ندارد. دعاوی در این گروه، حول معیارهای سالینی می‌چرخد،

1- Fedax N.V. v. Republic of Venezuela. ICSID Case No. ARB/96/3 (Decision on Objections to Jurisdiction, 11 July 1997).

2- Schrever

3- Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S. P. A.V. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4 (Decision on Jurisdiction, 23 July 2001).

4- Ceskoslovenska Obchodni banka, a.s. v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4 (Decision on objections to Jurisdiction, 24 May 1999) 14 ICSID Review accessed 15 sep 2018.

اما تعداد معیارها هر یک از سه معیار (معیار سالیانی منهای معیار مشارکت با دولت میزبان^۱) چهار معیار،^۲ پنج معیار (اضافه کردن معیار تداوم سود و بازگشت)^۳ و یا حتی شش معیار (اضافه نمودن دو معیار قانونی بودن و حسن نیت به معیار سالیانی)^۴ نیز می‌تواند باشد. چنین وضعیت گنج‌کننده‌ای، به طور جدی، به قابلیت پیش‌بینی پذیری آثار و اطمینان حقوقی لطمه می‌زند.

در نهایت دستیابی به حمایت از سرمایه‌گذاری نزد ایکسید در مورد یک قرارداد معتبر، ممکن است بجای آنکه متکی به اصول حقوقی حل و فصل باشد، وابسته به نظریات متنوع دیوان داوری باشد. لذا به نظر می‌رسد نیاز به رویکردی واحد در احراز صلاحیت و شناسایی قراردادهای سرمایه‌گذاری وجود داشته باشد که به نظر نگارنده این رویکرد بهتر است عینی و تلفیقی باشد و متکی بر سه معیاری باشد که در این نوشتار راجع به آنها بحث خواهد شد. یادآور می‌شود که فقدان رویه‌ی واحد و الزام‌آور در داوری ایکسید می‌تواند مانعی بر سر راه رویکرد واحدی در دکتترین شود. با این حال با توجه به رویکرد برخی محاکم، برخی وضعیت‌های مشابه تأیید شده است.^۵ همسومونون برخی رویه‌ها تا حد زیادی دست‌یافتنی است، این پیشرفت همیشه از طریق دکتترین مورد حمایت واقع شده است (Bjorklund, 2012:266-267).

۲.۳ قراردادهایی که می‌توانند به عنوان سرمایه‌گذاری تلقی شوند

بند یک ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید به سادگی از اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری سخن می‌گوید، بدون آنکه توضیح بیشتری در مورد سرمایه‌گذاری بدهد. بند ۴ ماده ۲۵، آزادی اراده دولت را برای مستثنی کردن انواع اختلافات از حوزه صلاحیت داوری را تأیید می‌کند. بدین معنی که به صراحت حاکمیت اراده و آزادی اختیار طرفین را می‌پذیرد. بنابراین، شاید مشکل بتوان

1- Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29 (Decision on Jurisdiction, 14 November 2005) accessed 15 sep 2018.

2- Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13 (Decision on Jurisdiction, 16 June 2006) accessed 15 sep 2018.

3- Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11 (Award, 6 August 2004) accessed 15 sep 2018.

4- Phoenix Action Ltd v. Czech Republic, ICSID Case No. (Award, 15 April 2009) accessed 15 sep 2018.

5- See Saba Fakes v. Turkey (n 20) para 96.

درک نمود که چرا طرفین نباید در تعریف سرمایه‌گذاری، مطلقاً آزاد باشند. آیا ماده ۲۵ مانع رویکرد دولت‌های متعاهدی که علاقه و نفع قوی در حمایت از داوری معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و ایکسید به شکل خاصی از معاملات دارند، می‌شود؟ اگر چنین رویکرد خاصی از دولت‌ها برای توسعه اقتصادی آنها مهم باشد، آیا بدین معنا نیست که ماده‌ی ۲۵، مفهوم توسعه اقتصادی را که به عنوان هدف اولیه در مقدمه کنوانسیون معرفی کرده است، نقض نموده است؟ در پرتو چنین پرسش‌هایی می‌توان دریافت که چرا برخی محاکم رضایت طرفین را بطور کامل نپذیرفته‌اند. حتی برخی از نویسندگان از جمله پروفیسور مورتنسون^۱ مطرح می‌نمایند که آنچه طرفین سرمایه‌گذاری می‌شناسند؛ حتی اگر یک اقتصاد شکننده باشد، بایستی مطابق ماده ۲۵، سرمایه‌گذاری شناخته شود.

اما موضوع به این سادگی نیست. این درست است که انعقاد قراردادهای خاصی که طرفین توافق نموده‌اند که سرمایه‌گذاری تلقی شود، شرط لازم برای احراز صلاحیت ایکسید هست، اما شرط کافی نیست. به نظر می‌رسد دو استدلال مهم در مورد انتقاد به نامحدود بودن رضایت می‌توان طرح نمود. اول بدان معنا بود که اصطلاح «سرمایه‌گذاری» هیچ‌گاه مفهوم ذاتی برای اهداف یک نهاد ایجاد شده به قصد سرمایه‌گذاری، نداشته و نخواهد داشت. اگر چه می‌توان پذیرفت که تعاریف حقوقی و اقتصادی از سرمایه‌گذاری، می‌تواند متفاوت باشد، اما ذاتاً تفاوت چندانی بین این دو مفهوم نیز وجود ندارد. دولت‌های متعاهد کنوانسیون ایکسید، این کنوانسیون را برای حل و فصل اختلافات «سرمایه‌گذاری» تصویب نموده‌اند. بنابراین بهتر است تلاش شود آستانه صلاحیتی این مرکز را رعایت نمود. دوم اینکه باید به پیامدهای عملی پذیرش رضایت نامحدود، توجه داشت. پذیرش گسترده‌ی هر نوع فعالیت‌های اقتصادی به عنوان سرمایه‌گذاری می‌تواند باعث شود که بسیاری از فعالیت‌های ناپایدار و ناگهانی و حاشیه‌ای، به عنوان «سرمایه‌گذاری» تلقی شوند (Zachary, 2016: 163-164).

این امر می‌تواند باعث سرازیر شدن انبوهی از دعاوی غیرمرتبط در این مرکز شود و منبسط شدن سیستم و آمار زیاد دعاوی غیرمرتبط در مرکز ایکسید می‌تواند موجب ناکارآمدی آن و پایین آمدن کیفیت شود.

در نتیجه، برای تشخیص اینکه آیا یک معامله، سرمایه‌گذاری در چارچوب اهداف معاهده دو جانبه، سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود یا خیر کافی است که رضایت لازمه به موجب بند یک ماده ۲۵ وجود داشته باشد و نه بیشتر. به منظور تشخیص این رضایت، محکمه داوری، باید معاهده سرمایه‌گذاری دو جانبه مربوطه را مطابق با قواعد حقوق بین‌الملل عمومی و شرایط خاص آن دعوی، تفسیر نماید. اما این تفسیر همچنان جدا از موضوع تشخیص سرمایه‌گذاری مطابق ماده ۲۵ است. بنابراین لازم است بدنبال معنای ذاتی این اصطلاح برویم. معیارهای خاصی باید برای تعیین معنای ذاتی این اصطلاح در نظر گرفته شود، دو مسئله اساسی باید حل شود. اول، این معیارها چه باید باشند؟ دوم، ماهیت و وابستگی متقابل این معیارها چگونه توصیف می‌شوند؟

در میان معیارهای اعمال شده و شناخته شده، همانطور که قبلاً بحث شد، معیارهای سالینی، نقطه شروع است. البته این خود قابل بحث است که اصولاً آیا معیارهای سالینی می‌تواند به عنوان نقطه شروع در نظر گرفته شود؟ در واقع انتقادات مفهومی جدی به معیارهای سالینی وجود دارد؛ مخصوصاً از این جهت که این معیارها، رنگ و بوی ایدئولوژیک داشته و برای شمول سرمایه‌گذاری غیرمستقیم، نامناسب است.^۱

کاملاً به جا است که پیشنهاد جدید و شاید مناسب‌تری مطرح شود. هنوز، معیارهای سالینی را نقطه شروع قابل قبول می‌دانند، معیارهای سالینی بطور گسترده‌ای در رویه‌های حقوقی استفاده می‌شود که این ممکن است آن را به یک انتخاب صریحی برای ایجاد و حفظ یک رویه‌ای پایدار تبدیل کند. به علاوه به نظر نگارنده، معیار دوره زمانی، مشارکت و ریسک واقعاً هسته اصلی سرمایه‌گذاری را تشکیل می‌دهد.

با این حال، گاهی معیارهای دیگری هم پیشنهاد می‌شود. معیارهای مشروع بودن و حسن نیت که در بالا به آنها اشاره شد، نمی‌توانند با بند یک ماده ۲۵ منطبق باشند و باید به دلایلی که به درستی در رویه‌های حقوقی مطرح شده، رد شوند (Saba Fakes, 2009:112). همچنین تداوم سود و بازگشت آن نیز معیاری ناکافی است. اگر چنین تداومی بدست آید، این یک معیار غیرموجه می‌شود؛ زیرا اگر سرمایه‌گذاری به دلایل تجاری شکست بخورد، سرمایه‌گذاری خارجی همچنان

1- See, for example, Devanish Krishan. 'A Notion of ICSID Investment, in Todd Weiler (ed), Investment Treaty Arbitration and International Law (Vol. 1, JurisNet LLC 2008) 61.

بدون حمایت باقی می‌ماند و اگر تداوم با سود و بازگشت سود مورد انتظار باشد، به سادگی قابل مقایسه با معیار ریسک می‌شود.

برخی از حقوقدانان برجسته، آشکارا مخالف ایده‌ی ضرورت ارائه هرگونه مشارکت خاص با کشور میزبان، صرف نظر از منافع کلی که معمولاً سرمایه‌گذاری‌ها ایجاد می‌کند، هستند (Amazu, 2004:263). معیار مشارکت فی نفسه مبهم است، حتی اگر بحث تنها محدود به توسعه اقتصادی باشد، علاوه بر مفهوم موسع توسعه، دیوان داوری با تعاریف متعددی برای توسعه اقتصادی مواجه می‌شود (D'Alessio, 2012:35).

همچنین مشکلات دیگری نیز در مورد این معیار وجود دارد. این مشکلات عبارت هستند از اینکه این مشارکت باید چشمگیر باشد یا خیر؟ چگونه می‌توان آن را اندازه‌گیری کرد؟ از طریق افزایش تولید ناخالص داخلی یا به گونه‌ای دیگر. همه این مشکلات نزد محاکم داوری مطرح شده و متاسفانه پاسخ‌های متفاوتی دریافت شده است (Yannaca, 2010:243). این وضعیت پیچیده‌تر می‌شود اگر حقوق بشر و متغیرهای غیراقتصادی مشابه نیز در مفهوم توسعه دخالت کنند (Jezewski, 2012:1,12). نهایتاً همانطور که برخی داوری‌ها به زیرکی به این موضوع اشاره می‌کنند، نه تنها تشخیص این معیار دشوار است؛ بلکه عملاً از طریق سه معیار دیگر تحت تاثیر قرار می‌گیرد و گاهی با سایر معیارها اشتباه می‌شود. متاسفانه این موضوع به شدت در رویه‌های داوری محل بحث است، چنانکه در قضیه تصمیمات کمیته نجات‌دهندگان تاریخی مالزیایی^۱ (استدلال به نفع ماهیت غیر صلاحیتی و انعطاف پذیر این معیار) و قضیه پاتریک میشل^۲ (استدلال به نفع اساسی بودن این معیار) مشاهده گردید. نظر مخالف قاضی شهاب‌الدین در قضیه نجات‌دهندگان تاریخی مالزیایی، نمونه‌های مناسبی از مواضع متفاوت کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه است.^۳ چنانچه سه معیار فوق، معیارهایی هستند که به عنوان هسته اصلی تشکیل دهنده سرمایه‌گذاری

1- Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10 Decision on the Application for Annulment. 16 April 2009.

2- Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/99/7 Decision on the Application for the Annulment of the Award. 1 November 2006.

3- Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10 Dissenting Opinion of Judge Mohamed Shahabuddeen, 19 February 2009.

پذیرفته شده‌اند، محاکم نباید به این معیارها صرفاً به عنوان نمونه راهنما توجه کنند. این معیارها باید در هر پرونده‌ای موجود باشند. البته این نباید به معنی سختگیری محاکم تلقی شود، بلکه محاکم می‌توانند برخی حداقل‌های کلی از معیارهای فوق را در نظر بگیرند. به عنوان مثال قابل یادآوری است که نویسنده‌ای که نوشته‌هایش مستند به این معیارها بود پروفیسور اسپرورز در خصوص سختگیری نسبت به این معیارها در پذیرش سرمایه‌گذاری، هشدار داده و انتقاد نموده است (Schreuer, 2001: 138).

محاکم بایستی علاوه بر تشخیص این معیارها، به آنچه که در محکمه سالینی علیه مراکش علاوه بر توجه به معیارها، اظهار نظر شد، توجه کنند و آن ضرورت تفسیر همه جانبه معیارها و توجه به شرایط هر قضیه‌ی خاص است. محکمه نباید وجود یک سرمایه‌گذاری را تشخیص دهد در حالی که فقط یک معیار در آن مشاهده شود. به عنوان مثال، دشوار است که قراردادی با دوره زمانی نامحدود را یک سرمایه‌گذاری تلقی نمود. از سوی دیگر محکمه باید اختیار داشته باشد یک معیار را تعدیل و تفسیر کند. در این خصوص بهتر است محکمه کلیه شرایط قضیه را که بر معیارها اثرگذار است را مورد توجه قرار دهد. یادآوری می‌شود که ارائه یک معیار کلی حداقلی برای شمول سرمایه‌گذاری، در پیش‌نویس کنوانسیون ایکسید، رد شد (Mortenson, 2010: 157). به نظر می‌رسد در اغلب موارد آنچه دولت‌ها در معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه، به عنوان سرمایه‌گذاری توصیف نمودند، با آنچه براساس ماده ۲۵ آمده است، منطبق است. البته همیشه این گونه نیست و در قسمت بعدی در این مورد بیشتر توضیح داده می‌شود.

۳. قراردادهای فروش

۳.۱ نظرات کلی

همانطور که از مطالب بالا می‌توان نتیجه گرفت، هنوز هم می‌توان انواع جدیدی از قراردادهای را به فهرستی که معمولاً سرمایه‌گذاری محسوب نمی‌شود، افزود. از طرفی حتی ممکن است حقی، در موردی خاص با شرایطی متفاوت به عنوان یک قرارداد سرمایه‌گذاری شناسایی شود. با این حال، تمایل گسترده‌ای در اسناد و رویه‌ها وجود دارد که قراردادهای تجاری خصوصاً بیع را از

شمول سرمایه‌گذاری خارج بدانند.^۱

این تمایل تا حد زیادی از طریق دکتترین نیز حمایت می‌شود؛ زیرا بسیاری از نویسندگان این قراردادها را از شمول سرمایه‌گذاری خارج می‌دانند. اما باید به این نکته توجه نمود که این را نمی‌شود به عنوان یک قاعده کلی، تعمیم به کلیه قراردادهای فروش دانست؛ چرا که هدف پیشگیری از گسترش و توسعه بیش از حد و غیرمجاز موارد مشمول حمایت سرمایه‌گذاری هم هست (Szasz, 1968:15). با این حال می‌توان ادعا نمود در موقعیت‌هایی، قراردادهای فروش می‌تواند به عنوان سرمایه‌گذاری تلقی شوند و این عمدتاً به جهت ارتباط نزدیک این قراردادها با سرمایه‌گذاری که پیش از قرارداد انجام می‌شده، است. یادآور می‌شود که اصطلاح قرارداد فروش در این موارد در معنای عام خود بکار رفته و به انواع توافقی‌های تجاری که ویژگی کلیدی آنها، مبادله کالا در ازای پرداخت است و در مقابل انواع قراردادهای خدماتی، کار و تولیدی اطلاق می‌شود.

یک قضیه مناسب در زمینه مستثنی کردن قرارداد فروش از شمول سرمایه‌گذاری، قضیه شرکت گلوباکس علیه اکراین^۲ است. دیوان داوری ایکسید با استناد به تصمیمات سابق خود نظر داد که قراردادهای تجاری محض مانند قرارداد خرید و فروش ساده، نمی‌توانند به عنوان سرمایه‌گذاری مشمول ماده ۲۵ تلقی گردند.

همانطور که دیوان، در مورد قراردادهای نمونه مانند فروش CIF بیان نمود:

این موارد قراردادهای معینی هستند با دوره زمانی مشخص برای خرید و فروش کالا بر مبنای شرایط CIF که اتاق بازرگانی بین‌المللی، از پیش تعیین نموده است. این موارد جزء قراردادهایی نیستند که مبالغی توسط تامین‌کننده مالی هزینه شود و جنبه سرمایه‌گذاری داشته باشند، لذا مطابق با اهداف کنوانسیون ایکسید تلقی نمی‌شوند.^۳

1- North American Free Trade Agreement (The NAFTA) (Signed on 17 December 1992, entered into Force 1 January 1994) 289 (Parts I-III) 32 ILM (1993) 612 (Parts III-VI) Art. 1139; Joy Mining v. Arab Republic of Egypt (n22) Paras. 57-58: OECD, Definition of Investment and Investor in International Investment Agreements (2008) 50.

2- Global Trading and Globex V.Ukraine paras. 54- 56.

3- Global, Trading and Globex V.Ukraine para 56.

قضیه دیگری که معمولاً به عنوان موضوعی خارج از صلاحیت ایکسید مطرح می‌شود، قضیه شرکت پتروبارت علیه قرقیزستان^۱ است که مربوط به فروش گاز بود. همانطور که پیش‌بینی می‌شد با توجه به کاربرد معیارهای فدکس و سالینی، موضوع سرمایه‌گذاری تلقی نگردید. (McLachlan, 2007: 170).

۳.۲ قراردادهای فروشی که به عنوان سرمایه‌گذاری شناسایی می‌شوند

صرف نظر از رویه‌های حقوقی، توجه به نظر حقوقدانان نیز در مورد معاملاتی که خارج از شمول سرمایه‌گذاری محسوب می‌شوند، بی‌فایده نیست. در اینجا با برخی مفاهیم آشنا می‌شویم مانند فروش‌های ساده (Schreuer, 2007: 139) معامله معمولی با هدف بیع (Dolzer, 2005: 261) و فروش‌های معمولی که صرف نظر از ویژگی‌های خاص معامله، این معاملات با توجه به قصد طرفین و ملاک‌های عینی قابل شناسایی هستند (Szasz, 1968: 46).

بنابراین، هم رویه‌های حقوقی و هم دکتترین از این جهت در مسیر یکسانی حرکت می‌کند تا برای اینکه یک واقعه‌ای به عنوان سرمایه‌گذاری تلقی شود، نیاز به چیزی یا عنصری بیشتر از یک قرارداد فروش ساده و معمولی خواهد بود. به نظر می‌رسد آن عنصر خاص، پیوند و رابطه قوی معامله، با سرمایه‌گذاری موجود در کشور میزبان است. لذا یک قرارداد فروش ساده نمی‌تواند در این حوزه جایگاهی داشته باشد. حقوق رویه‌ای نیز این نوع قراردادهای ساده را در چارچوب بند یک ماده ۲۵ تلقی نمی‌کند و عنصر رضایت را به عنوان یک عامل غیرقابل انکار مطرح می‌کند. به عنوان مثال، معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه معمولاً از سرمایه‌گذاری‌هایی که در کشور میزبان انجام می‌شود، بحث می‌کنند (Jeswald et al., 2004: 51-68). بسیار بعید به نظر می‌رسد ادعای کسی که به دنبال اثبات کردن آن است که فروش تجاری فرامرزی وی هیچ ارتباطی با سرزمین دولت میزبان ندارد را پذیرفت، حتی اگر بشود از قرارداد وی با تفسیری موسع چنین استنتاجی نمود، اما رویه این ادعا را نمی‌پذیرد. نگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی مثال دیگر را در نظر بگیرید. فرض کنید سرمایه‌گذاری خارجی، مبادرت به ایجاد و نصب

1- Petrobart Ltd v Kyrgyz Republic, SCC Arbitration Institute Arbitration No. 126/2003 Award, 29 March 2005.

تاسیسات تولیدی در کشور میزبان می‌کند. مثلاً یک تولیدکننده دارو، با هدف تامین سیستم سلامت کشور میزبان و با استفاده از برخی امتیازات تجاری در کشور میزبان، قصد صادر نمودن محصولات خود به خارج از کشور میزبان را دارد. در این مثال، برای شناسایی این مورد به عنوان یک مورد سرمایه‌گذاری خارجی مشکلی وجود ندارد؛ اما این مسائل مطرح است که وضعیت قراردادهای فروشی که برای عرضه‌ی محصولات این سرمایه‌گذاری باید منعقد شود، چگونه است؟ بدیهی است این وضعیت، با قراردادهای فرامرزی متفاوت است. معیار بالقوه سرزمینی، دیگر نباید به عنوان مانعی برای تلقی سرمایه‌گذاری بنا به تعریف معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری باشد. بعلاوه بسیاری از معاهدات سرمایه‌گذاری دو جانبه، فهرستی از موارد سرمایه‌گذاری را بر می‌شمارند. لذا مدعی می‌تواند در این موارد حمایت قوی در مورد اثبات شمول مورد، به موارد سرمایه‌گذاری داشته باشد و بر آن مبنا رضایت لازم برای داور را به دست آورد. اما هنوز کار تمام نشده است. دوره زمانی معین، ریسک و مشارکت نیز بایستی احراز شود.^۱

شکی نیست که یک معامله‌ی ساده‌ی شخصی، از دایره حمایت سرمایه‌گذاری خارج است. البته زمان معین هنوز نادیده گرفته می‌شود، همانطور که ریسک هم معمولاً نادیده گرفته می‌شود. اما گاهی مراجع حل اختلاف با نظری انعطاف‌پذیر، فروش‌های ساده را نیز به عنوان فروش‌های فرامرزی تلقی می‌نمایند. ولی بهتر است هنگامی که معامله دارای پیچیدگی‌هایی می‌شود، به عنوان یک قرارداد فروش ساده تلقی نشود.

بطور کلی، با در نظر گرفتن شرایط و اوضاع و احوال خاص هر مورد، و چنانچه تشخیص مورد به عنوان سرمایه‌گذاری دشوار و پیچیده باشد، می‌توان به سه معیار فوق متوسل شد. اگر یک قرارداد بلندمدت، انگیزه کلیدی برای سرمایه‌گذاری خارجی جهت ورود به کشور میزبان باشد، تکلیف چیست؟ چنانچه این قرارداد عقیم بماند یا نقض شود به این جهت که کشور میزبان، استانداردهای حمایتی در معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری را نقض کرده است، تکلیف چیست؟ به نظر می‌رسد حتی اگر قرارداد در مفهومی که در بالا اشاره شد، اساسی نباشد؛ کافی است که احراز

۱- یک مورد مهم در مورد بیع محصولات دارویی که نتوانست وجود این عناصر را ثابت کند (علیرغم طول مدت و معاملات برگشت شده) لذا به عنوان سرمایه‌گذاری شناسایی نشد، در دعوی ایتالیا علیه کوبا بود: Final Award, 15 June 2008, paras 212-21.

شود معیارهای فوق موجود است و قرارداد آمادگی آن را دارد که از قراردادهای معمولی که در قضیه‌ی تجارت جهانی و گلوبکس علیه اکراین یا قضیه جوی ماینینگ علیه مصر مطرح شد، تلقی شود.

این موضوع به ویژه هنگامی مطرح می‌شود که مرجع حل اختلاف به شرایط خاصی که در پرونده موجود است توجه کند و آن ارتباط نزدیک معامله با سرمایه‌گذاری می‌باشد. مثال مناسب از چنین وضعیتی، آنجاست که مفهوم سرمایه‌گذاری به عنوان «واحد کلی از یک سرمایه‌گذاری» (UNCTAD, 2017: 21) نقش ایفا کند.

این مفهوم مبتنی بر این فرضیه است که یک پروژه کلی ممکن است به عنوان سرمایه‌گذاری واجد شرایط تلقی شود؛ حتی اگر معاملات مربوط به پروژه جنبه سرمایه‌گذاری نداشته باشد و اختلافات ناشی از معاملات مرتبط (حتی اگر سرمایه‌گذاری نباشد) هنوز می‌توانند ناشی از سرمایه‌گذاری تلقی شوند.

دیوان داوری در قضیه CSOB این مورد را به خوبی بیان می‌کند:

اختلافاتی که به این مرکز ارجاع می‌شود باید مستقیماً از سرمایه‌گذاری ناشی شود، حتی اگر مبتنی بر معامله‌ای باشد که به تنهایی مطابق کنوانسیون به عنوان سرمایه‌گذاری واجد شرایط نباشد، مشروط به اینکه معامله خاص مورد نظر، جزء جدانشدنی عملیات کلی سرمایه‌گذاری تلقی شود (CSOB, 2009: 72).

یادآور می‌شود که پرونده‌های خارج از ایکسید نیز از چنین نتیجه‌ای حمایت می‌کنند. به عنوان مثال، در پرونده فرانز سدلمایر (Sedlmayer, 1998: 12)، تأکید گردیده که رابطه‌ی نزدیکی وجود دارد بین وجود سرمایه‌گذاری و تعیین اینکه آیا سایر حقوق، سرمایه‌گذاری هستند یا خیر. (Mclachlan, 2007: 168). در قضایای CSOB فدکس، سالینی، بر این نظر بودند که تعریف ارائه شده در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری، موسع‌تر از تعریف مدنظر کنوانسیون واشنگتن است و اعتقاد داشتند که از دیدگاه کنوانسیون، سرمایه‌گذاری به معنای اشتغال سرمایه در یک دوران زمانی معین است که همراه با خطرها و انتظارات مرتبط به آن می‌باشد. (عسگری، ۱۳۹۴: ۷۵)

لذا این مدعی، استدلال قوی‌تری دارد که قرارداد در ماهیت ناشی می‌شود از سرمایه‌گذاری و این سرمایه‌گذاری اولیه است که اهرمی برای این استدلال می‌شود. البته علی‌رغم مطرح شدن یک مدل نظری ممکن برای شناسایی چنین قراردادهای فروشی به عنوان سرمایه‌گذاری، غیرممکن

است تعریفی را با رعایت کلیه معیارهای سرمایه‌گذاری از جمله برای مدت زمان کافی یا ریسک کافی ارائه نمود. همچنین باید توجه داشت که شاخه‌های مختلف صنعت، در شرایط متفاوت عمل می‌کنند. ممکن است تولید کننده نظم قراردادی مناسب و تعریف شده و طولانی نداشته باشد، اما بر فروش مستمر مبتنی بوده که گاه و بی‌گاه با فاصله است ولی ارزش و اهمیت بسیار بالایی در تجارت داشته باشد. اینکه آیا قراردادهای فروش صرف، که در مراجع داوری، سرمایه‌گذاری محسوب می‌شوند و اینکه آیا ارزش و اهمیت زیاد قرارداد می‌تواند یک عامل خاصی برای متمایز کردن آن از فروش معمولی باشد، دشوار است به اختصار و بدون در نظر گرفتن اوضاع و احوال هر مورد، پاسخ داد. اما می‌شود رویکرد نسبتاً واحدی را حفظ نمود و به نظر می‌رسد رویه و رویکرد غالب در این خصوص این است که قراردادهای تجاری ساده، سرمایه‌گذاری منطبق با اهداف بند یک ماده ۲۵ محسوب نمی‌شوند. بدیهی است این نمی‌تواند نتیجه‌گیری کلی برای همه قراردادهای فروش باشد. اما موضوع فوق یک استثنا دارد و آن مربوط به قراردادها یا معاملاتی می‌شود که به صورت پیچیده تر و طولانی‌تر، با سرمایه‌گذاری‌ها پیوند می‌خورند که این نوع قراردادها و وضعیت‌ها، به عنوان سرمایه‌گذاری قلمداد خواهد شد.

نتیجه‌گیری

حقوق سرمایه‌گذاری خارجی مکانیسم‌های حقوقی و صلاحیتی خاص خود را در جهت حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی دارد. لذا این که یک موضوع یا اقدام تجاری، یا یک قرارداد تجاری، مشمول حمایت‌های حقوق سرمایه‌گذاری قرار می‌گیرد یا خیر، اهمیت دارد و دارای آثار حقوقی است. نظر به اینکه تاکنون کنوانسیون واشنگتن، تعریفی از «سرمایه‌گذاری» ارائه نداده است، معیارهای سرمایه‌گذاری خصوصاً قراردادهای تجاری و معیارهای مشمول این قراردادها در حوزه «سرمایه‌گذاری» مورد توجه قرار گرفته‌اند. در این خصوص معمولاً در داوری سرمایه‌گذاری نیز اختلاف نظر وجود دارد که آیا مثلاً یک قرارداد بیع، در شمول قراردادهای سرمایه‌گذاری قرار دارد یا خیر؟

مسائل مورد بررسی در این مقاله نشان می‌دهد که موضوع حقوق قراردادی و معیارهای سرمایه‌گذاری، یک موضوع پویا و گاه پیچیده است. برای پرداختن به این حوزه باید تعادل کافی

میان انعطاف‌پذیری و قابلیت پیش‌بینی در رویه‌های داوری جستجو شود.

به منظور نیل به اهداف این مقاله به نظر می‌رسد توجه به دو نکته کلی، ضرورت دارد. اول اینکه اختلاف صلاحیتی در رویه‌های ایکسید در موضوع‌های بسیار مهم باعث نگرانی جدی است. در حالی که دستیابی به رویه یکنواخت از طریق معرفی سوابق الزام‌آور تقریباً به صورت عملی امکان‌پذیر و مطلوب است. محاکم ایکسید دارای نقش اساسی در بهبود این وضعیت هستند. لذا تلاش شده است به رویه‌های یکنواخت و واحدی دست پیدا شود. دوم اینکه، داورانی که به حقوق قراردادی به عنوان یک معیار سرمایه‌گذاری بالقوه نگاه می‌کنند بایستی با دیدگاه باز به این موضوع نگرینسته و آماده برای قبول همه انواع سرمایه‌گذاری‌های در حال تغییری که اتفاق می‌افتد، باشند و خود را به معیارهای صرفاً خاصی محدود نمایند. توسعه تاریخی مفهوم سرمایه‌گذاری خارجی، ضرورت این تغییرات و انعطاف‌پذیری در آن را نشان می‌دهد.

لذا، می‌توان به این نتیجه نیز دست یافت که محدودیت‌های بیش از حد در مورد شمول و حدود و معیارهای قراردادهای سرمایه‌گذاری می‌تواند انگیزه‌های سرمایه‌گذاری را کاهش دهد. به نظر می‌رسد راه پیش رو، پذیرش رویکردی واحد برای تعیین شرایط و معیارهای سرمایه‌گذاری باشد و شاید توجه به رویکرد بند یک ماده ۲۵، کنوانسیون واشنگتن در این زمینه بتواند بیشتر کمک نماید. معیارهایی که عملاً در رویه‌های داوری مهم، بیشتر مورد توجه قرار گرفته‌اند، دوره زمانی معین، ریسک و مشارکت هستند. این معیارها بهتر است در هر قضیه به میزان کافی محقق شوند، البته محاکم یا داوران باید در تعیین اینکه تا چه میزان این معیارها کافی هستند و در متعادل‌سازی معیارها، بسته به اوضاع و احوال، آزاد باشند. در خصوص قراردادهای فروش، چنانچه قصد ارائه رویکردی واحد باشد، توجه به رویه غالب محاکم که قراردادهای ساده و معمولی، مطابق با اهداف ماده ۲۵، سرمایه‌گذاری محسوب نمی‌شوند ضرورت دارد. اما این رویکرد را نمی‌توان به کلیه قراردادهای فروش تعمیم داد. به عنوان مثال، هنگامی که قراردادهای فروش، در چارچوب مرتبط با یک سرمایه‌گذاری منعقد می‌شوند و از طریق سایر معیارهای پیش‌بینی شده در بند یک ماده ۲۵ نیز احاطه شده باشد، در چنین اوضاع و احوالی این قراردادها می‌توانند به عنوان سرمایه‌گذاری، شناسایی شوند. به نظر می‌رسد چنین رویکرد و دیدگاهی، انگیزه سرمایه‌گذاری را تقویت و موجب حمایت و گسترش سرمایه‌گذاری در کشور میزبان می‌شود.

References

- [1] Andrea, k. Bjorklund. (2012). *Investment Teaty Arbitral Decisions as Jurisprudence constant*, Uc Davis, Legal studies Research Papers, No. 158.
- [2] Asgari, P. (2015). *The Foreign Investment Law in International Arbitration Procedures*. Shahr-e-Danesh. (in Persian)
- [3] Campbell, Mc; Shore, L & weiniger, M. (2007). *International Investment Arbitration: Substantive principles (OUP)*. Reed Paulsson and Blackaby.
- [4] Douglas, Z. (2016). *The International Law of Investment Claims*. Cambridge: Cambridge University Press
- [5] Ghanbari Jahromi, M. J. (2011). *International Investment Law*. Jungle Publishing. (in Persian)
- [6] Mirveisi, A. (2014). *The Foreign Investment Law in the Framework of Bilateral Investment Treaties*. Pardis Publishing. (in Persian)
- [7] Jafari Nodooshan, Sh. (2018). *The Law of Dispute Resolutions in Foreign Investments*. Mizan Law Foundation. (in Persian)
- [8] Jandavelde, j. K. (2010). *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, oxford, Oxford: Oxford. University Press.
- [9] Jeffery, P Commission. (2017). Precedent in Investment Treaty Arbitration- A Citation Analysis of a Developing Jurisprudence, *Journal of International Arbitration* .24(2).
- [10] Jeswald, W., Salacuce (2004). Towards a Global Treaty on foreign Investment: The search for a Grand Bargain, in Norbert Horn and Stefan M. Kröll (eds), *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects* (Kluwer Law International).
- [11] Jezewski, M. (2018). There is No Freedom without Solidarity: Towards a New Definition of Investment in *International Economic Law*, Working Paper No 51/08, SIEL Inaugural Conference .
- [12] Pooresmaeeli, A. (2017). *Investment Rules in World Trade Organization*. Mizan Law Foundation. (in Persian)
- [13] Schreuer, D. & C. (2008). *Principles of International Law*, OUP.
- [14] Schreuer, CH. (2006). Diversity and Harmonization of Treaty Investment Treaty Arbitration. In: M fitzmauruce (ed) *Treaty Interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties: 30 Years on*. The netherland: Martinus Nijhoff Publishers.
- [15] Shiravi, A. (2015). *The International Trade Law*. (in Persian)
- [16] Sornarajah, M. (2010). *The international Law on Foreign Investment*, 3rd edn, Cambridge University Press.
- [17] Yannaca_Small, K. (2010). Difinition of “Investment” An open-ended search for a Balanced Approach. In Katia Yannaca- Small (ed), *Arbitration Under International Investment agreements: A Guide to the key Issues*. Oxford University Press.
- [18] Rubins, N. (2004). The Notion of Investment. In Horn, N. (ed.), *International Investment Arbitration Foreign Investment Disput*. Kluwer.

- [19] Jandavelde, j. K. (2010). *Bilateral Investment Treaties: History, Policy and Interpretation*, oxford.

Articles & Cases

- [1] Amazu A. Asouzu. (2004). International Commercial Arbitration and African States Practice, Participation and Institutional Development (CUP).
- [2] Azurix Corp. V. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/12 (Decision on Jurisdiction, 8 December 2003) 43 ILM (2004).
- [3] Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S, v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29 (Decision on Jurisdiction, 14 November 2005) accessed 15 sep2018.
- [4] Ceskoslovenska Obchodni banka, a.s. v. Slovak Republic, ICSID Case No. ARB/97/4 (Decision on objections to Jurisdiction, 24 May 1999) 14 ICSID Review accessed 15 sep2018.
- [5] Convention on the settlement of investment disputes between states and national of other states (ICSID convention) 18 March 1965.
- [6] CSOB v Slovakia (n18) para 72. Franz Sedelmayer v Russian Federation, Germany-Russia BIT ad Hoc Arbitration (Award, 7 july 1998) accessed 15 Sep 2018.
- [7] D'Alessio, 2008, A comment on ICSID`s jurisdictional issues: Problems Solutions and Recommendations for a Better Understanding in International Commercial Relations (Research paper, Vrije Universiteit Amsterdam).
- [8] Ernon corporation and ponderosa Assets, L.P.V. Argentina, ICSID Case No. ARB/01/3, Decision on jurisdiction, 14 January 2004.
- [9] Fakes V. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20 (Award, 14 July 2009) accessed 15 May 2012.
- [10] Fedax N.V. v. Republic of Venezuela. ICSID Case No. ARB/96/3 (Decision on Objections to Jurisdiction, 11 July 1997).
- [11] Gami Investment, 2004, Inc. V. Mexico, UNITRAL, (NAFTA), Final Award, 15 November.
- [12] Grand River Enterprises six Nations, Ltd, et al.V.United states of America, NAFTA / UNCITRAL Arbitration Rules (Award 12 January 2011).
- [13] [33] Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/04/13 (Decision on Jurisdiction, 16 June 2006) accessed 15sep 2018.
- [14] Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt, ICSID Case No. ARB/03/11 (Award, 6 August 2004) accessed 15sep 2018.
- [15] Kenneth J. V., 2000, 'The Economics of Bilateral Investment Treaties', 41 Harvard International Law Journal.
- [16] Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10 (Decision on the Application for Annulment. 16 April 2009) accessed 15 sep2018.

- [17] Mortenson (2010) The Meaning of “Investment” ICID’s Travaux and the Domain of International Investment Law. *Harvard International Law Journal*, No. 157.
- [18] Patrick Mitchell v. (2018). *Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7 (Decision on the Application for the Annulment of the Award. 1 November 2006) accessed 15 sep.
- [19] *Petrobart Ltd v Kyrgyz Republic*, SCC Arbitration Institute Arbitration No. 126/2003 (Award, 29 March 2005) Accessed 15 sep 2018.
- [20] *Phoenix Action Ltd v. Czech Republic*, ICSID Case No.(Award,15April 2009) accessed 15sep 2018.
- [21] *Pluma consortium limited v Bulgaria*, ICSID case NO. ARB/03/24, Pecision on Jurisdiction, 8 February, 2005.
- [22] *Saba Fakes v. Turkey* (n 20) para 96.
- [23] *Salini Costruttori S.P.A.and Italstrade S. P. A.V. Kingdom of Morocco*, ICSID Case No. ARB/00/4 (Decision on Jurisdiction, 23 July 2001).
- [24] Szasz (1968) A Practical Guide to the Convention on settlement of Investment Disputes, *1 Cornell International Law journal*.
- [25] The Washington Convention on the settlement of Investment Disputes between states and Nationals of other states. (adopted 18 march 1965, entered into force 14 October 1966).
- [26] US- Argentina BIT.

