

The Role of the ICSID Convention in the Arbitration and Development of Economic Investment

Parisa Kazemianzadeh^{1,2}, Mahboubeh Abdolahi^{3*}, Saeed Abbasnia⁴

1. PhD Student, Department of Private Law, Khuzestan Science and Research Campus, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran; 2. PhD Student, Private Law Department, Ahvaz branch, Islamic Azad University, Ahvaz, Iran.

3. Assistant Professor Department of Law, Dezful Branch, Islamic Azad University, Dezful, Iran.

4. Assistant Professor Department of Theology and Islamic Studies, Abadan Branch, Islamic Azad University, Abadan, Iran.

ARTICLE INFORMATION

Article Type: Original Research

Pages:121-140

Article history:

Received: 14 Apr 2023

Edition: 24 May 2023

Accepted: 25 Aug 2023

Published online: 23 Mar 2024

Keywords:

Icsid convention, arbitration, investment, economic investment, disputes.

Corresponding Author:

Mahboubeh Abdolahi

Address:

Iran, Dezful, Islamic Azad University, Dezful Branch, Department of Law.

Orchid Code:

0000-0003-2106-5797

Tel:

06142420601

Email:

abdolahi80@gmail.com

ABSTRACT

Background and purpose: "In the ICSID Arbitration Convention" the provisions related to the settlement of investment disputes between countries with nationals of other countries have been established with special sensitivity and to a large extent the concerns of foreign investors have been resolved. The purpose of the role of the ICSID Convention in arbitration and investment development It is economic.

Materials and methods: In this research, which is written in descriptive analytical method, Delphi method, questionnaire and interview were not used, therefore, library sources and phishing tools were used to collect data.

Ethical considerations: In all stages of writing the present research, while respecting the originality of the texts, honesty and trustworthiness have been observed.

Results: In the ICSID system, while maintaining the role of freedom of parties in arbitration as a method of dispute resolution, direct legal guarantee of capital is also provided. Foreign investors are expected to provide a fair ground for the settlement of legal disputes. This center (ICSID) was established specifically to settle investment disputes between investors and governments. Today, a large part of these disputes are dealt with in this center.

Conclusion.. Many bilateral treaties and investment treaties have specified ICSID for this purpose in settling investment disputes as a modern method. This method was created with the aim that the arbitral tribunal is composed of competent and completely impartial international arbitrators as much as possible. The jurisdiction of this center includes any legal dispute that directly results from an investment between a contracting state and nationals of another contracting state that the parties to the dispute have given written consent to refer to the center.

Cite this article as:

Kazemianzadeh P, Abdolahi M, Abbasnia S. *The Role of the ICSID Convention in the Arbitration and Development of Economic Investment*. Economic Jurisprudence Studies. 2024.



فصلنامه مطالعات فقه اقتصادی، دوره ششم، شماره اول، بهار ۱۴۰۳

نقش کنوانسیون ایکسید در داوری و توسعه سرمایه‌گذاری اقتصادی

پریسا کاظمیان‌زاده^۱، محبوبه عبداللهی^۲، سعید عباسی‌نیا^۳

۱. دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، پردیس علوم و تحقیقات خوزستان، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران؛ ۲. دانشجوی دکتری، گروه حقوق خصوصی، واحد اهواز، دانشگاه آزاد اسلامی، اهواز، ایران.

۳. استادیار گروه حقوق، واحد دزفول، دانشگاه آزاد اسلامی، دزفول، ایران.

۴. استادیار گروه الهیات و معارف اسلامی، واحد آبادان، دانشگاه آزاد اسلامی، آبادان، ایران.

چکیده

زمینه و هدف: «درکنوانسیون داوری ICSID» مقررات مربوط به حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین کشورها با اتباع سایر کشورها با حساسیت خاصی وضع شده و تا حدود زیادی دغدغه سرمایه‌گذاران خارجی برطرف شده است. هدف نقش کنوانسیون ایکسید در داوری و توسعه سرمایه‌گذاری اقتصادی است.

مواد و روش‌ها: در این تحقیق که به روش توصیفی تحلیلی نگارش شده، از روش دلفی و پرسشنامه و مصاحبه استفاده نشده لذا برای جمع‌آوری داده‌ها، از منابع کتابخانه‌ای و ابزار فیش‌برداری استفاده شده است.

ملاحظات اخلاقی: در تمام مراحل نگارش پژوهش حاضر، ضمن رعایت اصالت متون، صداقت و امانت‌داری رعایت شده است.

یافته‌ها: در سیستم ICSID ضمن حفظ نقش آزادی طرفین در داوری به‌عنوان روشی برای حل اختلاف، تضمین حقوقی مستقیم سرمایه‌نیز پیش‌بینی شده است. انتظار می‌رود سرمایه‌گذاران خارجی زمینه عادلانه‌ای را برای حل و فصل اختلافات حقوقی فراهم کنند. این مرکز (ICSID) به‌طور خاص برای حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین سرمایه‌گذاران و دولت‌ها ایجاد شده است. امروزه بخش بزرگی از این اختلافات در این مرکز رسیدگی می‌شود.

نتیجه: بسیاری از معاهدات دوجانبه و معاهدات سرمایه‌گذاری، ICSID را برای این منظور در حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری به‌عنوان روشی مدرن مشخص کرده‌اند. این روش با این هدف ایجاد شده است که دیوان داوری تا حد امکان از داوران بین‌المللی توانا و کاملاً بی‌طرف تشکیل شده باشد. صلاحیت این مرکز شامل هرگونه اختلاف حقوقی که مستقیماً ناشی از سرمایه‌گذاری بین یک دولت متعاقد و اتباع کشور متعاقد دیگری که طرفین اختلاف رضایت کتبی برای مراجعه به مرکز داده‌اند، می‌شود.

اطلاعات مقاله

نوع مقاله: پژوهشی

صفحات: ۱۲۱-۱۴۰

سابقه مقاله:

تاریخ دریافت: ۱۴۰۲/۰۱/۲۵

تاریخ اصلاح: ۱۴۰۲/۰۳/۰۳

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۲/۰۶/۰۳

تاریخ انتشار: ۱۴۰۳/۰۱/۰۴

واژگان کلیدی:

کنوانسیون ایکسید، داوری، معاهدات سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذاری اقتصادی، سرمایه‌گذاری خارجی.

نویسنده مسئول:

محبوبه عبداللهی

آدرس پستی:

ایران، دزفول، دانشگاه آزاد اسلامی، واحد دزفول، گروه حقوق.

تلفن:

06142420601

کد ارکید:

0000-0003-2106-5797

پست الکترونیک:

abdolahi80@gmail.com

۱. مقدمه

امروزه سرمایه گذاری دارای اثر بسزایی بر تمام کشورهای جهان است. از بدیهی ترین نیازهای سرمایه گذاری، امنیت و تضمین های حقوقی است. طبیعی است که سرمایه گذاران حامی قوانین و مقررات و معاهداتی باشند که بیشترین حفاظت را از منافع آن ها داشته باشد.

در داوری سرمایه گذاری بین المللی که بر نظام ایکسید ۱ مبتنی است، برخلاف سایر داوری های بین المللی، مسئله قابلیت داوری مسائل با ماهیت عمومی، به صورت عمده و کلی مورد پذیرش قرار گرفته است و به عنوان مبنای اصلی تأسیس این نهاد بوده است؛ که بر اساس آن اختلافات میان کشور سرمایه پذیر، با اشخاص حقیقی یا حقوقی، یا شرکت سرمایه گذار، در مورد اقدامات دولت میزبان که شرکت سرمایه گذار معتقد است برخلاف تعهدات بین المللی آن دولت، در قالب حقوق بین الملل یا به عنوان بخشی از معاهده سرمایه گذاری منعقد است مورد حل و فصل قرار می گیرد. مرکز حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری (ایکسید) یک نهاد داوری پیشرو در زمینه رسیدگی به اختلافات دولت سرمایه گذار - خارجی است. از این رو، رویه داوری ایکسید در حوزه های مختلف شکلی و ماهوی از اهمیت زیادی برخوردار است. هدف اولیه کنوانسیون ایکسید، تقویت توسعه اقتصادی به واسطه ایجاد فضای مطلوب و تسهیل جریان سرمایه گذاری خصوصی بین المللی است. اینکه کنوانسیون ایکسید در داوری و توسعه سرمایه گذاری اقتصادی چه نقشی ایفا می نماید؟ و در نظام حل و فصل اختلافات ساختار و ترتیبات سازمانی ایکسید کدام است؟ و از چه ویژگی ها و تحولاتی بهره مند شده است؟ که در ادامه بررسی خواهد شد.

۲. مواد و روش ها

در این تحقیق که به روش توصیفی تحلیلی نگارش شده، از روش دلفی و پرسشنامه و مصاحبه استفاده نشده لذا برای جمع آوری داده ها، از منابع کتابخانه ای و ابزار فیش برداری استفاده شده است.

۳. یافته ها

یافته های این پژوهشگر بیانگر آن است که، در داوری سرمایه گذاری بین المللی که بر نظام ایکسید مبتنی است، برخلاف سایر داوری های بین المللی، مسئله قابلیت داوری مسائل با ماهیت عمومی، به صورت عمده و کلی مورد پذیرش قرار گرفته است و به عنوان مبنای اصلی تأسیس این نهاد بوده است؛ که بر اساس آن اختلافات میان کشور سرمایه پذیر، با اشخاص حقیقی یا حقوقی، یا شرکت سرمایه گذار، در مورد اقدامات دولت میزبان که شرکت سرمایه گذار معتقد است برخلاف تعهدات بین المللی آن دولت، در قالب حقوق بین الملل یا به عنوان بخشی از معاهده سرمایه گذاری منعقد است مورد حل و فصل قرار می گیرد.

«کنوانسیون داوری ایکسید» حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری میان دولت ها و اتباع دولت های دیگر را به صورت رضایت بخشی انجام می دهد و از طرفی پیش بینی عضویت آزمایشی برای کشورها و همچنین امکان استفاده متعاهدین ها از حق شرط که از آن طریق برخی موارد مهم قابلیت خروج از شمول نظام ایکسید را پیدا می کنند، اطمینان کشورها را در الحاق به کنوانسیون افزایش می دهد

۵. بحث

در این قسمت مبانی نظری پژوهش مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرد.

۵-۱. سازمان، مرکز و سازوکار ایکسید

این مبحث در قسمتهای مختلف به تفکیک سعی در معرفی ساختار، ارکان، اهداف و عملکرد مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری دارد که ذیلاً ارائه می‌گردد.

۵-۲. ساختار ایکسید

۵-۲-۱. شناخت کلی مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید)

کنوانسیون حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر در سال ۱۹۶۵ برای تصویب و امضاء گشوده شد و با تصویب ۲۰ کشور امضاء کننده در ۱۴ اکتبر ۱۹۶۶، لازم‌الاجرا گردید. این کنوانسیون، ترتیبات حل و فصل اختلافات بین دولت‌های میزبان و سرمایه‌گذار خارجی را از طریق داوری و سازش فراهم می‌آورد که این ترتیبات توسط مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری میان کشورها با اتباع دیگر کشورها (۱) اداره می‌شود و مقر آن در محل بانک جهانی یعنی شهر واشنگتن آمریکا قرار دارد.

در این مبحث با نگاهی گذرا به سابقه و اهداف کنوانسیون ایکسید، ساختار و ترتیبات سازمانی ایکسید، نظام حل و فصل اختلافات پیش‌بینی شده در کنوانسیون و ویژگی‌های و تحولات آن مورد بحث قرار خواهد گرفت تا شناخت لازم نسبت به مقررات، ساختار و عملکرد آن فراهم آید.

۵-۲-۲. سابقه و اهداف ایکسید

تدوین کنوانسیون ایکسید از سوی بانک بین‌المللی ترمیم و توسعه، گامی در جهت ایجاد توازن بین تقلای کشورهای در حال توسعه در پی تحولات استعمارزدایی، برای توسعه حاکمیت ملی

و کشورهای توسعه یافته برای تدوین کنوانسیون که از دارائی‌ها و حقوق سرمایه‌گذاران حمایت کند، بوده است.

هدف اولیه کنوانسیون ایکسید، تقویت توسعه اقتصادی است، مقدمه کنوانسیون ایکسید هدف «توسعه اقتصادی» و تأمین آن از طریق «ایجاد یک رژیم مؤثر برای حل و فصل بی‌طرفانه اختلافات سرمایه‌گذاری» را مورد تأکید قرار می‌دهد. تهیه‌کنندگان این کنوانسیون دقت کافی داشتند که آن را به سندی متوازن در جهت منافع هم کشور میزبان و هم سرمایه‌گذاران خارجی مبدل نمایند.

هدف اصلی دولت‌ها از تأسیس این مرکز را می‌توان این‌گونه بیان کرد: برآوردن نیاز به همکاری بین‌المللی و توسعه اقتصادی از طریق سرمایه‌گذاریهایی خصوصی بین‌المللی با تأسیس مکانیسم سازش و داوری بین‌المللی که هدف نهایی آن اجتناب از منازعات و یا حل اختلافاتی است که بین دولت‌های طرف کنوانسیون و اتباع کشورهای متعاقد دیگر به وجود می‌آید. (مجتهدی، ۱۳۸۹، ۱۷۹)

۵-۳. نظام حل و فصل اختلافات در ایکسید

«در کنوانسیون داوری ایکسید»، با حساسیت ویژه‌ای مقررات مربوط به حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری میان کشورها با اتباع سایر کشورها تنظیم شده و در حد قابل توجهی موجبات برطرف شدن دغدغه‌های سرمایه‌گذاران خارجی فراهم گردیده است، زیرا در نظام ایکسید ضمن حفظ نقش آزادی طرفین در داوری به‌عنوان روش حل و فصل اختلافات، تضمینات مستقیم حقوقی نیز برای سرمایه‌گذاران خارجی از نظر فراهم ساختن زمینه‌ای عادلانه در حل منازعات حقوقی، پیش‌بینی شده است. (براتی، ۱۳۹۴، ۱۷۸)

۵-۳-۱. داوری در نظام ایکسید

فصل ۴ کنوانسیون ایکسید به داوری اختصاص دارد. تشکیل دیوان داوری و برخی مسائل شکلی آن در این نظام، بی‌شبهت به کمیسیون سازش در این مرکز نیست. با این تفاوت که برای شروع جریان داوری تقاضای یک طرف کافی است. بلافاصله پس از ثبت تقاضای داوری، یک دیوان داوری در مرکز تشکیل می‌شود. همانند نظام سازش، تعیین تعداد داوران برای رسیدگی به اختلاف به عهده طرفین است. هرگاه در این موضوع توافق حاصل نشود، تعداد داوران سه نفر خواهد بود. هر طرف یک داور تعیین می‌کند و داور ثالث که رئیس دیوان است با توافق طرفین تعیین می‌شود. هرگاه طرفین برای انتخاب داور ثالث به توافق نرسند و یا یک طرف از تعیین داور امتناع کند، رئیس مرکز داور یا داوران انتخاب نشده را منصوب خواهد کرد. هرگاه رئیس مرکز اقدام به نصب داور کند، داور یا داوران انتصابی نباید تبعه اطراف دعوی باشند. حتی در صورتی که طرفین اقدام به انتخاب داور کنند، ماده ۳۹ کنوانسیون ایکسید نظام خاصی برای تابعیت داوران پیش‌بینی می‌کند؛ بنابراین ماده، ترکیب دیوان داوری باید به نحوی باشد که اکثریت داوران تابعیتی غیر از تابعیت اطراف دعوی داشته باشند مگر اینکه طرفین اعتراضی به داوران انتخاب شده نداشته باشند. به عبارت دیگر، هرگاه دولت داوری از اتباع خود انتخاب کند یا سرمایه‌گذار داوری از هموطنان خود انتخاب کند، طرف دیگر نباید اعتراضی به این انتخاب داشته باشد. این روش با این هدف مقرر شده است که دیوان داوری حتی‌المقدور از داوران بین‌المللی توانا و کاملاً بی‌طرف متشکل گردد. (پیران، ۱۳۹۳، ۳۳۳)

کنوانسیون واشنگتن، ترتیبات حل و فصل اختلافات بین دولت‌های میزبان و سرمایه‌گذاران خارجی را از طریق داوری و سازش فراهم می‌آورد. باین حال، وجه بارز و شناسه اصلی نظام حل و فصل اختلافات در کنوانسیون واشنگتن، داوری است. (۲) بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون واشنگتن که به صلاحیت مرکز اختصاص دارد، اشعار می‌دارد: «صلاحیت مرکز، هر اختلاف حقوقی را که مستقیماً ناشی از یک سرمایه‌گذاری بین دولت متعاهد (...) و یک تبعه دولت متعاهد 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 یک جانبه آن را پس بگیرند.» وفق این ماده، مرکز داوری ایکسید از معدود نهادهای داوری است که صلاحیت موضوعی (۳) تخصصی و صلاحیت شخصی (۴) دارد یعنی صرفاً اعضای کنوانسیون، به شرط رضایت قبلی طرفین اختلاف، فقط اختلافات حقوقی ناشی از سرمایه‌گذاری را می‌توانند برای حل و فصل به این مراکز ارجاع دهند. (۵)

اهداف اصلی دولت‌ها جهت تدوین این کنوانسیون و تأسیس مرکز حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری ارائه مکانیسم سازش و داوری بین المللی و حل اختلافاتی است که بین دولت‌های طرف کنوانسیون و اتباع کشورهای متعاهد دیگر به وجود می‌آید، در ماده ۱ کنوانسیون ایجاد تسهیلات لازم برای سازش و داوری دعاوی سرمایه‌گذاری مطابق کنوانسیون را از اهداف مرکز می‌شمارد. مرکز بر اساس مواد و آئین‌نامه‌های داخلی و آئین دادرسی خود اختلافات را از طریق داوری و سازش حل و فصل می‌نماید. (جلالی، ۱۳۸۳، ۲۴۵)

۵-۴. صلاحیت در ایکسید

این گفتار از آنجا که موضوع صلاحیت در ایکسید را موضوع چالش بر انگیز و مورد توجه حقوق دانان و راجعین می‌داند به بررسی و تبیین این مهم پرداخته است.

۵-۴-۱. کلیاتی پیرامون صلاحیت در ایکسید

صلاحیت این مرکز به هر اختلاف حقوقی که مستقیماً از سرمایه‌گذاری بین یک دولت متعاقد (یا هر بخش یا نهاد متشکله دولت متعاقد که به مرکز معرفی کرده) و تبعه دیگر دولت متعاقد که طرفین اختلاف بر ارجاع آن به مرکز رضایت کتبی دارند تسری می‌یابد. وقتی که طرف‌ها رضایت خود را ابراز نمایند، هیچ‌یک از طرفین نمی‌تواند به‌طور یک‌جانبه رضایت خود را پس بگیرد (صلح چی، ۱۳۹۳، ۱۶۴).

صلاحیت مرکز بسیار محدود تعیین شده است. این صلاحیت تنها به اختلافاتی تسری می‌یابد که هم حقوقی هستند و هم مستقیماً از یک سرمایه‌گذاری ناشی شوند، اگرچه شرط اخیر برای در نظر گرفتن، مثلاً اختلافات ناشی از مالیات بر سرمایه‌گذاری تا حدی کافی است. (کانسورتیوم، ۱۴۵، ۱۹۹۹)

کشورهای عضو می‌توانند در زمان قبول کنوانسیون، در زمان تصویب یا پذیرش، یا در هر تاریخی پس از آن، دعاویای را که مایل‌اند از صلاحیت قضایی ایکسید مستثنا کنند، به مرکز اعلام کنند. توجه به این نکته لازم است که بعد از پذیرفتن صلاحیت مرکز (ایکسید) از سوی طرفین، انصراف و عدول یک‌جانبه از آن امکان‌پذیر نیست. نکته مهم دیگری که از مضمون مقدمه کنوانسیون مستفاد است، صرف تصویب کنوانسیون، به دیوان داوری آن، صلاحیت رسیدگی نمی‌دهد؛ بنابراین تصویب کنوانسیون از سوی دولت به تنهایی تکلیفی برای رجوع به مرکز ایکسید جهت حل

بنظر می‌رسد، حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری در نظام داوری ایکسید، خود روش حل و فصل جداگانه‌ای است و غالباً در موارد عدم حصول نتیجه در آن، گزینه‌های دیگر از جمله داوری مورد رجوع قرار می‌گیرد. اگرچه هر دو طرف قرارداد یعنی دولت و سرمایه‌گذار خارجی امکان عملی توسل به روش‌های سازش و داوری برای حل اختلاف را دارند، اما سرمایه‌گذاران خارجی عمدتاً آغازگران و مراجعین آن‌ها هستند و کشورهای میزبان به ندرت در سمت خواهان قرار می‌گیرند.

۵-۳-۲. سازمان و ترکیب دیوان داوری

همان‌گونه که گفته شد، مرکز دارای هیئت‌داوران (۶) است. هر کشور متعاقد، چهار نفر را برای عضویت در آن هیئت معرفی می‌کند. رئیس شورای اداری مرکز نیز ۱۰ نفر را برای عضویت در آن هیئت منصوب می‌کند. داوران باید از شخصیت اخلاقی والایی برخوردار بوده و در زمینه حقوق، تجارت، صنعت و مالی، تخصص و در قضاوت استقلال داشته باشند. (۷) داوران در مجموع باید نماینده نظام‌های اصلی حقوقی دنیا باشند. اصولاً طرفین اختلاف، داوران خود را از بین هیئت داوران مذکور انتخاب می‌کنند. با این حال، طبق مقررات ماده ۴۰ امکان انتخاب داوران از خارج از هیئت داوران نیز وجود دارد که در این صورت، آن داوران باید واجد شرایط مذکور در بند ۱ ماده ۱۴ باشند. ماده ۲ از قواعد رسیدگی شکلی داوری، در غیاب توافق‌نامه قبلی، روش تشکیل و ترکیب هر دیوان داوری را شرح داده و به طرفین اجازه می‌دهد تا نسبت به تعیین تعداد داوران و روش منصوب کردن آنان (اگر قبل از ثبت دادخواست، توافقی صورت نگرفته باشد) تصمیم‌گیری کنند. (پیران، ۱۳۹۳، ۳۳۳)

اختلاف ایجاد نخواهد کرد. این مهم به منظور برطرف ساختن احتمال هرگونه تفسیر متفاوت، در مقدمه کنوانسیون مورد تأکید و تصریح قرار گرفته است (ماده ۲۵).

با آنکه صلاحیت مرکز منحصر به دعاوی ناشی از سرمایه‌گذاری است، کنوانسیون تعریفی برای واژه سرمایه‌گذاری ارائه نمی‌دهد؛ اما این امکان برای کنوانسیون وجود دارد که «مفهوم سنتی جایگزین نماید که باید از سوی کشوری که در آن سرمایه‌گذاری انجام شده، مورد بررسی و تأیید قرار گیرد. در نتیجه، پروژه‌ای مربوط به ساخت‌وساز با ویژگی نظامی باید به عنوان یک سرمایه‌گذاری تلقی شود، نه صرفاً یک قرارداد بازرگانی. باین حال، چنانچه صلاحیت دیوان داوری ایکسید از سوی طرفین مورد قبول قرار گرفته باشد، همین امر باید به عنوان دلیل ارجاع اختلاف خاصی که مربوط به سرمایه‌گذاری مورد نظر کنوانسیون است، تلقی گردد.

این واقعیت که قرارداد خاصی ممکن است سرمایه‌گذاری حیاتی، یعنی سرمایه‌گذاری‌ای که در توسعه اقتصاد کشور میزبان نقش دارد محسوب شود، وجود صلاحیت ایکسید را توجیه می‌کند؛ لذا چنین قراردادهایی تنها به انواع سنتی سرمایه‌گذاری، از قبیل بهره‌برداری از منابع طبیعی، سرمایه‌گذاری صنعتی در مورد تولید و صدور کالا، تولید آهن، فولاد و آلومینیوم، ساخت‌وساز هتل‌ها و سرمایه‌گذاری در توسعه شهری اختصاص ندارد، بلکه اموری چون تنظیم و مدیریت قرارداد، راه‌اندازی و گرداندن کارخانه‌ها، توافقات فنی و صدور مجوز به‌منظور تولید تسلیحات را نیز شامل می‌شود.

طبق ماده ۲۵ کنوانسیون، مرکز بین‌المللی حل و فصل دعاوی مربوط به سرمایه‌گذاری (در خصوص دعاوی‌ای که دیوان داوری می‌تواند به آن‌ها رسیدگی کند)، صلاحیت رسیدگی به هرگونه دعاوی حقوقی‌ای را دارد که مستقیماً از سرمایه‌گذاری بین «دولت متعاقد» (یا هر مؤسسه فرعی وابسته یا نمایندگی آن که از طریق دولت متعاقد به مرکز معرفی می‌شود) و «تبعه یک دولت متعاقد دیگر» ناشی می‌شود. البته بر اساس مقررات حاکم بر تسهیلات اضافی مرکز در شرایط خاصی، امکان ارجاع اختلافی که مستقیماً ناشی از سرمایه‌گذاری نیست، به مرکز نیز وجود دارد.

منظور از عبارت «تبعه دولت متعاقد دیگر» در قسمت‌های «الف» و «ب» ماده ۲۵ عبارت است از: ۱- هر فرد حقیقی که تابعیت یکی از کشورهای متعاقد غیر از کشور طرف منازعه را در تاریخی داشته باشد که طرفین توافق می‌کنند که اختلافشان را به داوری ارجاع دهند یا در تاریخی که دادخواست داوری ثبت شده است (ماده ۳۶).

۲- هر شخص حقوقی که تابعیت کشور متعاقد غیر از کشور طرف دعوا را در تاریخی داراست که طرفین بر واگذاری چنین منازعه‌ای به دیوان داوری ایکسید یا به هر شخص حقوقی کشور متعاقد طرف منازعه که تابعیت کشور متعاقد دیگری برای آن در نظر گرفته می‌شود، توافق می‌کنند.

در صورتی که اشخاص حقوقی به دولت طرف دعوا وابسته باشند، بند ۳ ماده ۲۵ شرط دیگر صلاحیت مرکز در رسیدگی به اختلاف را موافقت کشور متبوع آن مؤسسه یا سازمان وابسته با ارجاع امر به داوری می‌داند؛ مگر در صورتی که کشور مذکور عدم ضرورت تصویب از طرف خود را به اطلاع مرکز برساند. (۸)

طرف اصلی ایکسید منجر می‌شود. اینکه آیا در شرایط خاص، شخص جدید نیز از طریق شرط ارجاع اختلاف به ایکسید ملزم محسوب می‌شود یا خیر، به مفاد قانون داخلی و مقررات حقوق بین‌الملل که باید در مورد اختلاف در حال رسیدگی اعمال شود، بستگی دارد.

در صورتی که سرمایه‌گذار، موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری و به همان میزان، حقوقش را به شخص ثالثی واگذار کند، به شرطی که واگذارکننده و واگذار شونده دارای یک ملیت باشند و یا تابعیت دولت دیگر عضو کنوانسیون را دارا باشند (ملیتی غیر از ملیت دولت میزبان)، شرط داوری ایکسید، شخص واگذار شونده را نیز ملزم می‌سازد. راه‌حل مشابهی نیز برای موردی که با مجوز دولت میزبان انتقال سهام از سرمایه‌گذار به سهام‌دار جدید صورت می‌گیرد، اعمال می‌شود.

احراز صلاحیت مرکز مستلزم تحقق شرایط عمده زیر است:

نخستین شرط در صلاحیت داوری مرکز ایکسید لزوم انعقاد توافق کتبی میان طرفین است که قبل و یا بعد از آن حدوث اختلاف به عمل می‌آید. غیر از کتبی بودن توافق طرفین، ضابطه شکلی دیگر مقرر نشده است. (مجتهدی، ۱۳۹۰، ۱۸۴)

اوصاف و هویت طرفین اختلاف شرط دیگر صلاحیت داوری ایکسید است. بر این اساس یک‌طرف اختلاف دولت متعهد و طرف دیگر نیز می‌باید تبعه یک دولت متعهد دیگر باشد. این یک موقعیت متفاوتی است که شخص موضوع حقوق خصوصی به عنوان موضوع حقوق بین‌الملل عمومی مطرح می‌شود. به دلیل سهولت تشخیص تابعیت اشخاص حقیقی معمولاً مسئله‌ای در آن زمینه بروز نمی‌کند. اشخاص فاقد تابعیت و همچنین پناهندگان نیز اصولاً از شمول صلاحیت کنوانسیون

تعیین هویت «کشور متعهد» نسبتاً ساده و بدون پیچیدگی است، ولی تعریف دو اصطلاح «مؤسسه فرعی تشکیل‌دهنده» و «نمایندگان دولت» در بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون دارای پیچیدگی است. برای اجتناب از پیچیدگی‌ها و دشواریهای بیشتر، بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون به هر دولتی در زمان پذیرش کنوانسیون، امکان تعیین و انتخاب مراکز عمومی خود را که در چارچوب «مؤسسه فرعی تشکیل‌دهنده» و یا «نمایندگی» قرار می‌گیرند و دارای صلاحیت طرفیت دعوا نزد دیوان داوری ایکسید می‌باشند، داده است. در صورتی که سرمایه‌گذار (شرکت فرعی) شخص حقوقی مستقلی باشد که با قوانین کشور میزبان اداره می‌شود، ولی کل یا اکثر سرمایه‌اش به شرکت دولتی دیگری (شرکت مادر) تعلق دارد که آن شرکت دولتی، متعهد موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری می‌باشد، ممکن است مشکل دیگری به وجود آید. در چنین موردی حتی اگر شرکت فرعی برای خود مکان و جایگاه ثبت شده‌ای در قلمرو دولت میزبان دارد، شرکت اصلی محق است از طرف شرکت فرعی اقدام کند تا از منافع هر دو شرکت حمایت شود. به هر حال، بهتر است که کشور عضو کنوانسیون با توجه به بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون، مفهوم «مؤسسه فرعی تشکیل‌دهنده» یا «نمایندگی» را دقیقاً معین کند و دولت میزبان اعلام نماید که شعبات شرکت سرمایه‌گذار خارجی را حتی اگر مرکز ثبت شده آن در کشور میزبان بوده و با قوانین آن کشور اداره می‌شود، به عنوان سرمایه‌گذار خارجی قلمداد می‌کند.

مسئله دیگری که ممکن است در خصوص تغییرات مهم پیش بیاید، اموری از قبیل انحلال یک شرکت، ادغام یک شرکت در دیگری و جدا شدن شرکتی از شرکت دیگر است که معمولاً به تغییر هویت

بگیرند. غالب اختلافات ارجاعی به «ایکسید» با منشاء سرمایه در مفهوم جدید آن بوده و در این زمینه ایرادی به صلاحیت مرکز مطرح نشده است. از این رو مفهوم سرمایه‌گذاری در کنوانسیون، می‌باید در برگزیده مناسبات سرمایه‌گذاری میان کشورها و سرمایه‌گذاران به صورت اعم و کلی مورد تعبیر و تفسیر قرار گیرند.

ماده ۴۱ کنوانسیون تصریح می‌کند که خود دیوان در مورد صلاحیتش تصمیم می‌گیرد، همچنین هرگونه مداخله دادگاه‌های داخلی در قانون حاکم بر داوری پذیرفتنی نیست. در صورت استناد هر یک از طرفین به داوری ایکسید تا زمانی که دیوان ایکسید در خصوص صلاحیت خود تصمیم نگرفته باشد، دادگاه‌های داخلی که به اختلاف طرفین رسیدگی می‌کنند، باید رسیدگی خود را به تعویق اندازند.

صلاحیت موضوعی مرکز به موجب بند ۱ ماده ۲۵ سه جزء دارد که عبارت‌اند از:

الف- اختلاف باید حقوقی باشد؛

ب- اختلاف باید مستقماً 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 املاک هماهنگ با ماهیت اجماعی کنوانسیون می‌داند و دلیل اصلی آن را اهمیت بنیادین شرط رضایت طرفین توصیف می‌کند. (بروچز، ۱۹۸۶، ۳۶۲).

باید متذکر شد که صلاحیت دیوان داوری ایکسید را خود کنوانسیون مستقیماً اعطا می‌کند، نه طرفین؛ زیرا طرفین فقط می‌توانند ارجاع دعوی خاصی سرمایه‌گذاری را به دیوان ایکسید عملی

خارج‌اند؛ زیرا در آن عبارت «از اتباع سایر کشورهای متعاقد» آورده شده است که با این وصف اشخاص فاقد تابعیت را شامل نمی‌شود (ماده ۲۵).

در موارد تابعیت چندگانه نیز صراحت و شفافیت لازم وجود دارد و بر اساس اصل پیوند یا عدم پیوند به تابعیت کشور میزبان، موضوع تفکیک شده است. هرگاه سرمایه‌گذار دارای تابعیت کشور میزبان باشد و هم‌زمان تابعیت یکی دیگر از کشورهای متعاقد ایکسید را هم داشته باشد، به لحاظ اصلی تلقی شدن تابعیت کشور میزبان، شرط پیش‌بینی شده در داوری ایکسید برای اعمال صلاحیت آن محقق خواهد شد (ماده ۲۵ بند ۲ قسمت الف). به عبارت دیگر سرمایه‌گذار نخواهد توانست علیه کشوری که در آن سرمایه‌گذاری کرده است، از داوری مرکز ایکسید استفاده کند. (آرون بروشه، ۱۹۷۲، ۳۲)

در صورتی که سرمایه‌گذار بیش از یک تابعیت داشته باشد، اما تابعیت کشور میزبان را نداشته باشد، رجوع به داوری مرکز ایکسید امکان‌پذیر خواهد بود.

سومین شرط برخورداری از داوری ایکسید، سرمایه‌گذاری با منشاء خارجی آن در اختلاف است. کنوانسیون واکنگتن تعریف مشخصی از سرمایه به عمل نیاورده است؛ بنابراین مشارکت‌های سنتی سرمایه‌ای با عنوان سرمایه‌گذاری مشارکتی (۹)، قراردادهای خدماتی (۱۰) و همچنین قراردادهای انتقال فناوری، به طور اعم صور متعارف و رایج سرمایه‌گذاری به شمار می‌روند که با تفسیر گسترده‌ای از سرمایه، اختلافات ناشی از انواع خدمات معین (۱۱) و مقررات ساختاری و مالی (۱۲) مربوط به قراردادهای اعطای امتیاز (۱۳)، همگی تحت عنوان سرمایه‌گذاری سنتی و کلاسیک، می‌توانند در شمول داوری مرکز ایکسید قرار

احراز صلاحیت و مستقل از رضایت طرفین است یعنی صرف نظر از آنچه طرفین توافق کرده‌اند، اختلاف نه تنها باید با یک سرمایه‌گذاری مرتبط باشد بلکه باید به طور منطقی ارتباط نزدیکی با آن داشته باشد.

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 ایکسید، مستقماً از سرمایه‌گذاری ناشی می‌شود؟ پاسخ به این پرسش ممکن است مبهم بوده و نیازمند بررسی مورد به مورد باشد. (دولزر و همکاران، ۲۰۰۸، ۴۶)

۷-۵. 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 واشنگتن، این امر یکی از موضوعات چالش‌برانگیز در رویه داوری ایکسید است.

۸-۵. مفهوم سرمایه‌گذاری در قراردادهای سرمایه‌گذاری، قوانین ملی و معاهدات بین‌المللی

رضایت به ارجاع اختلافات به داوری ایکسید 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

سازند. این حقیقت که صلاحیت دیوان ایکسید ناشی از کنوانسیون است، عملاً بدین معناست که دیوان در ابتدا ملزم به تبعیت از کنوانسیون است، نه شروط توافق شده بین طرفین. این امر در خصوص داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی نیز صدق می‌کند با این حال، این امر منشأ بسیاری از اختلاف نظرها و تفاسیر متفاوت و احکام متعارض در رویه ایکسید بوده است.

۵-۵. حقوقی بودن اختلاف

وجود اختلاف ماهوی (و نه انتزاعی) با پیامدهای عملی بین طرفین شرط لازم است زیرا برخلاف برخی نهادهای دیگر مانند دیوان بین‌المللی دادگستری، مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری صلاحیت صدور حکم را ندارد. نظر مشورتی در مورد یک مورد خاص مورد از طرفی این دعوا باید حقوقی باشد و دیوان داوری ایکسید صلاحیت رسیدگی به دعاوی اخلاقی، سیاسی و اقتصادی را ندارند و فقط به دعاوی تجاری رسیدگی می‌کنند.

گزارش مدیران اجرایی بانک جهانی، در این زمینه می‌گوید «عبارت اختلاف حقوقی به این منظور به کار 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 غرامت ناشی از نقض یک تعهد حقوقی باشد» (۱۴).

۶-۵. اختلاف مستقماً از سرمایه‌گذاری ناشی شده باشد

به موجب نص بند ۱ ماده ۲۵ کنوانسیون واشنگتن، اختلاف باید «مستقماً ناشی از» یک معامله پایه باشد که واجد شرایط یک سرمایه‌گذاری است. شرط مستقیم بودن، یکی از معیارهای عینی برای

ارجاعی به ایکسید 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. (۱۸)

معاهده دو جانبه مدل ۲۰۰۴ آمریکا یک نمونه در این زمینه است.

موافقت‌نامه تجارت آزاد آمریکای شمالی (نفتا) نیز در فصل مربوط به سرمایه‌گذاری، حاوی شرط داوری ایکسید است و تعریفی از مفهوم «سرمایه‌گذاری» با جزئیات ارائه می‌کند که البته در مقایسه با تعاریف مندرج در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری محدودتر است (۱۹). پیمان منشور انرژی (۲۰) مصوب سال ۱۹۹۴ و پروتکل مرکوسور (۲۱) نیز تعاریفی از سرمایه‌گذاری ارائه می‌کنند که بیشتر به معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری مدرن شباهت دارند.

ذکر این نکته حائز 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» (۲۲) به کار می‌رود که از عبارت به کار رفته در معاهدات دوجانبه

داشته و هنگام پذیرش صلاحیت ایکسید، از الزامات صلاحیتی کنوانسیون آگاه بوده‌اند، با این‌همه، به منظور تقویت این فرض، یک شرط نمونه در سال ۱۹۹۳، از سوی ایکسید طراحی و ارائه شده است که به‌روشنی این مسئله را بیان می‌کند.

به موجب این شرط نمونه «بدین وسیله تصریح می‌شود که معامله مورد نظر این قرارداد، یک سرمایه‌گذاری است.» (۱۵)

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 جمع بندی رسید که اشاره به یک معاهده دو جانبه سرمایه‌گذاری حاوی شرط داوری ایکسید در قرارداد سرمایه‌گذاری، در واقع حاکی از تراضی طرفین مبنی بر شناسایی معامله مذکور به عنوان یک سرمایه‌گذاری در چارچوب کنوانسیون است (۱۶).

خاطرنشان می‌شود، استفاده از محک یا معیار دوگانه برای احراز وجود سرمایه‌گذاری از سوی دیوان‌های ایکسید در این موارد آسان، کمتر چالش برانگیز است.

قوانین ملی سرمایه‌گذاری کشورها که رضایت به داوری (از جمله داوری ایکسید) به طور یک جانبه در آن‌ها اعلام می‌شود عموماً، تعاریف یا توصیفات از سرمایه‌گذاری تحت پوشش آن قانون ارائه می‌کنند.

برخی از این تعاریف، املاک مختصر و کلی است؛ اما برخی دیگر، به معرفی جزئیات و مصادیق می‌پردازد (۱۷).

در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری که امروزه رضایت مندرج در آن‌ها مبنای بسیاری از دعاوی

کرد «تاکنون هیچ گونه رویکرد اجماعی از رویه موجود پدیدار نشده است ... و راه‌حل‌های پیشنهادشده، اگر نگوییم متعارض، ناهمسان است و هیچ‌گونه راهنمای روشنی را برای دیوان‌های داوری بعدی فراهم نمی‌آورد» (۲۴).

مطالعه رویه ایکسید 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 ایکسید، 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. (۲۵)

دیوان‌های مختلف با تکیه بر یکی از دو تئوری مذکور به نتایج مختلفی در تعریف این مفهوم و تعیین معیارهای شناسایی آن رسیده‌اند. (دولزر، ۲۰۰۸، ۶۰)

۵-۱۰. دولایه بودن تعیین صلاحیت در ایکسید

بخش اعظم اختلافات ارجاعی به داوری ایکسید بر مبنای رضایت در معاهدات سرمایه‌گذاری (داوری معاهده‌ای) انجام پذیرفته است (۲۶). کنوانسیون، تعریفی از سرمایه‌گذاری ارائه نکرده و آن را به رضایت طرفین موکول نموده است. به طور معمول این تعریف در معاهدات دو جانبه 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 ایکسید ارجاع نمایند. به‌عنوان مثال، معاملات تجاری عادی، صرف‌نظر از چگونگی توافق طرفین، قابل ارجاع به ایکسید نیست زیرا مطابق کنوانسیون، اختلاف باید مستقماً ناشی از یک سرمایه‌گذاری باشد.

سرمایه‌گذاری در قرن بیستم یعنی «اموال و علائق مالی» دامنه گسترده‌تری دارد. این روش در معاهدات مدل کشورهای انگلیس (۲۰۰۵)، آلمان (۲۰۰۵) و فرانسه (۲۰۰۶) نیز دنبال شده است. (پیران، ۱۳۸۹، ۲۲۰)

عبارت سرمایه‌گذاری در کنوانسیون، جایگاه محوری دارد، با این حال، کنوانسیون هیچ تعریف یا حتی توصیفی از این مفهوم پایه ارائه نکرده است.

۵-۹. تعریف سرمایه‌گذاری در رویه ایکسید

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 به عنوان 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 (۲۳)، در عمل، این مهم به دولت‌های متعهد واگذار شد تا در خصوص آن مذاکره نموده و به طور دوجانبه یا چندجانبه به توافق برسند.

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 واشنگتن 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 ایکسید است

دیوان ایکسید در قضیه سابا فیکس علیه ترکیه در سال ۲۰۱۰، با اشاره به تداوم این گسستگی اعلام

صاحب‌نظران، وضعیت موجود و اختلاف نظر 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 ایکسید به نقطه اجماع در خصوص تعریف این مفهوم برسند. فقدان تعریف سرمایه‌گذاری در کنوانسیون و واگذاری آن به رضایت دولت‌ها، 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 «قفل صلاحیتی دوگانه» تقریباً جا افتاده است و اکثر دیوان‌های ایکسید می‌پذیرند که برای اعمال صلاحیت بر پروژه خاصی به عنوان 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. به عبارتی، «صلاحیت دیوان‌های ایکسید باید جایی در تقاطع کنوانسیون واشنگتن و معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری و موافقت‌نامه‌های حاکم بر تجارت آزاد قرار گیرد» (بودیکر، ۲۰۱۰، ص ۸۶). به نظر میرسد، در شرایطی که ایجاد اصلاحات ساختاری در کنوانسیون ایکسید امکان‌پذیر نیست، استقرار «رویه مستمر»، بهترین گزینه بوده و به

اغلب دیوان‌های ایکسید در این زمینه یک معیار دوگانه را به کار 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 (اسکروئر، ۱۹۸۶: ۱۱۷). به تعبیر دیگر، داوری در ایکسید دارای دو قفل صلاحیتی (۲۷) 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 (ویلر، ۲۰۰۸: ۴۲).

با این حال، این رویکرد در رویه ایکسید بدون چالش نبوده است. دیوان‌های ایکسید 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 ایکسید ببینند و به عبارت دیگر، شرط سرمایه‌گذاری را با شرط رضایت ادغام کنند. ولی در مجموع، گرایش غالب همچنان توسل به معیار دوگانه است (داپونتی، ۲۰۱۱: ۲۵۱).

۵-۱۱. دورنمای آینده

مرور احکام صادره از سوی دیوان‌های ایکسید نشان می‌دهد که تفسیر یک مفهوم بنیادین در کنوانسیون واشنگتن همچنان محل اختلاف و مشاجره است و تداوم این وضعیت می‌تواند کل نظام ایکسید را به مخاطره انداخته یا دست‌کم توسعه آن را با موانع جدی روبه‌رو سازد.

دادن به داوری ایکسید، خود را از دیگر اشکال دادرسی خارجی یا بین‌المللی می‌رهاند و در مقابل حمایت دیپلماتیک دولت متبوع سرمایه‌گذار نیز مصون می‌سازد.

هدف کنوانسیون ایکسید، 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 دولت میزبان و سرمایه‌گذاران خارجی ارائه نمایند. کنوانسیون به هر دو طرف، یعنی سرمایه‌گذار و دولت میزبان، اختیار اقامه دعوا می‌دهد. کنوانسیون ایکسید، ترتیبات حل و فصل اختلافات بین دولت‌های میزبان و سرمایه‌گذاران خارجی را از طریق داوری و سازش فراهم می‌آورد.

«کنوانسیون داوری ایکسید» حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری میان دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر را به صورت رضایت‌بخشی انجام می‌دهد و از طرفی پیش‌بینی عضویت آزمایشی برای کشورها و همچنین امکان استفاده متعاهدین‌ها از حق شرط که از آن طریق برخی موارد مهم قابلیت خروج از شمول نظام ایکسید را پیدا می‌کنند، اطمینان کشورها را در الحاق به کنوانسیون افزایش می‌دهد.

۷. سهم نویسندگان

کلیه نویسندگان به صورت برابر در تهیه و تدوین پژوهش حاضر مشارکت داشته‌اند.

۸. تضاد منافع

در این پژوهش، هیچگونه تضاد منافی وجود ندارد.

دیوان کمک می‌نماید تصمیمات مخالف آشکار با تفسیر غالب از یک اصل را نادیده گرفته و به مشترکات استناد نماید.

۶. نتیجه‌گیری

سرمایه‌گذاران خارجی به سادگی می‌توانند از طیف گسترده‌ای از خدمات و تسهیلات ایکسید، مانند تضمینات همه‌جانبه و بیمه کامل بهره‌مند شوند. در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی که بر نظام ایکسید مبتنی است، برخلاف سایر داوری‌های بین‌المللی، مسئله قابلیت داوری مسائل با ماهیت عمومی، به صورت عمده و کلی مورد پذیرش قرار گرفته است و به عنوان مبنای اصلی تأسیس این نهاد بوده است؛ که بر اساس آن اختلافات میان کشور میزبان سرمایه‌با یک شخص، یا شرکت سرمایه‌گذار در مورد اقدامات دولت میزبان که شرکت سرمایه‌گذار معتقد است برخلاف تعهدات بین‌المللی آن دولت، در قالب حقوق بین‌الملل یا به عنوان بخشی از معاهده سرمایه‌گذاری منعقد است مورد حل و فصل گردد.

منافع دو سویه کنوانسیون برای دولت میزبان و سرمایه‌گذار خارجی را می‌توان این‌گونه تشریح کرد:

«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 فراهم آوردن امکان داوری، محیط سرمایه‌گذاری خود را بهبود بخشیده و احتمال جذب سرمایه‌گذاری را بیشتر می‌کند. به علاوه دولت میزبان با رضایت

پی نوشت ها

همچنین ن ک: عسکری، پوریا؛ حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در رویه داوری بین المللی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۹۱؛ حسیبی، به آذین؛ دولت و سرمایه‌گذاران خارجی، استانداردهای بین‌المللی، انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۹۰.

(6) Panel of Arbitrators.

(۷) بند ۲ ماده ۶ قواعد رسیدگی

شکلی داوری

(۸) برای جزئیات بیشتر، ر.

ک:

Arron Broches: 'Denying ICSID'S Jurisdiction- the Award in Vacuum Salt Products Limited', in Journal of Inrenational Arbitration, note.3,p.21.(1996)

(9) Capital Contribution

(10) Service Contracts

(11) Cetain types of services

(12) Construction and

financial arrangements

(13) Concession contracts

(14) UNCTAD,2007:P20

(15) ICSID-Model Clauses,

Clause 3, available at:

<http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/modelclauses-en/8.htm#a>

uses-en/8.htm#a

(16) CSOB v. Slovakia,

Decision on Jurisdiction, 24

May 1999, at paras. 66, 67, 89.

(۱۷) به‌عنوان مثال ماده یک قانون تشویق و حمایت

از سرمایه‌گذاری خارجی ایران مصوب سال ۱۳۸۱، در

تعریف سرمایه خارجی اشعاری دارد: «سرمایه

(1) The International Center for Establishment of Investment D isputes between States and Nationals of other States.

(۲) تا پایان سال ۲۰۱۳، میزان دعاوی ارجاعی به

داوری ایکسید ۳۶۹ مورد (۸۷ درصد) و سازوکار

سازش، ۷ مورد (۲ درصد) بوده است. ن.ک: The

ICSID Caseload Type= ICSID

DocRH & actionVal=

ShowDocumnet & CaseloadStatics =

True &language = English41, last

retrieved: 1 July 2013.

(3) Jurisdiction razione materiae

(4) Jurisdiction razione personae

(۵) 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.).

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 ایکسید 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 ایکسید فاقد یک معنی مستقل است بلکه به‌طور ذهنی از سوی طرفین هنگام بیان رضایت به داوری ایکسید 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 ایکسید خواهد بود.»

(۲۶) 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 آس هان (۱ درصد) و موافقت‌نامه تجارت آزاد عمان آمریکا (۱ درصد) بوده است.

(27) Jurisdictional keyhole

خارجی - انواع سرمایه‌اعم از نقدی یا غیر نقدی که توسط سرمایه‌گذار خارجی به کشور وارد می‌شود و شامل موارد زیر است: الف) وجوه نقدی که به صورت ارز قابل تبدیل، 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، افزودنی و کمکی؛ د) حق اختراع، دانش فنی، اسامی و علائم تجاری و خدمات تخصصی؛ ه) سود سهام قابل انتقال سرمایه‌گذار خارجی؛ و) سایر موارد مجاز با تصویب هیأت دولت.»

(18) 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.

(19) North American Free Trade Agreement, Art.1139. available at: <http://www.naftaalena.gc.ca/en/view.aspx?x=299&mtpiID=142#A1139>

(20) Energy Charter Treaty (ECT), Art.1(6). available at: <http://www.ena.lt/pdfai/Treaty.pdf>, p.41. 3. protocol of Colonia for the Promotion.

(21) protocol of Colonia for the Promotion and Reciprocal of Investments in MercosurT Art.1(1) available at:

<http://www.cvm.gov.br/ingl/inter/merc/osul/coloni- e.asp>.

(22) Asset5. Property and interest in property.

(23) Dolzer, 2008, 60. Saba

(24) Fakes, 2010, 97

(۲۵) تئوری عینی مدعی است که یک تعریف عینی و مستقل از سرمایه‌گذاری باهدف تأمین صلاحیت ایکسید وجود دارد. عبارت سرمایه‌گذاری یک «معنی

منابع

فارسی

- آرون بروشه، ۱۹۷۲، قانون حاکم و اجرای احکام در داوری های موضوع کنوانسیون حل و فصل ناشی از اختلافات سرمایه گذاری بین دولت ها و اتباع دول دیگر، ترجمه: محسن محبی، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین المللی، ش ۱۰.
- براتی، علی اکبر، ۱۳۹۴، نظام صلاحیت ایکسید و حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری، تهران: شهر دانش.
- پیران، حسین، ۱۳۹۳، مسائل حقوقی سرمایه گذاری بین المللی، نشر گنج دانش، قم.
- جلالی، محمود، (۱۳۸۳)، حل و فصل دعاوی سرمایه گذاری از طریق داوری ایکسید و ضرورت الحاق ایران، مجله الهیات و حقوق شماره ۱۳.
- صلح چی، محمدعلی؛ هیبت الله نژندی منش، ۱۳۹۳، حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات بین المللی، تهران: بنیاد حقوقی میزان.
- مجتهدی، محمدرضا، ۱۳۹۰، درآمدی بر حقوق حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری بین المللی بر مبنای کنوانسیون داوری ایکسید، مجله فقه و حقوق اسلامی، شماره ۳.

لاتین

- 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).
- Broches, Aron, The Convention of Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, (1986), 136 Recueil des cours 331, vol. 2.P;362.
- 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.
- Dolzer, Rudolf, & Schreuer, Christoph, Principles of International Investment Law, Oxford: Oxford University Press, (2008).
- Duponti, 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.

- Schreuer, Christoph, “Commentary on ICSID Convention”, ICSID –Review-FILJ, No. 11, pp. 316-327; (1996).P:256.
- Weiler, Todd, Investment Treaty Arbitration and International Law, Juris,2008.

