

An Analysis of the Objective and Subjective Approaches to the Concept of Investment under the ICSID Convention

Mohammad Javad Abdollahi^{1✉} , Mostafa Afrazandeh² 

1. Corresponding author, Department of Law, Kho.C., Islamic Azad University, Khomeinishahr, Iran. E-mail: dr.abdollahi@iau.ac.ir
2. Department of Law, Kho.C., Islamic Azad University, Khomeinishahr, Iran. mostafa.afrazandeh@iau.ir

Article Info

Article type:

Research Article

Article history:

Received: 2026 March 14

Revised: 2026 April 25

Accepted: 2026 May 6

Published online:

Keywords:

Investment Arbitration, ICSID Convention, Objective Approach, Subjective Approach, Salini Test.

ABSTRACT

The existence of an “investment” constitutes one of the most fundamental jurisdictional requirements (jurisdiction *ratione materiae*) for an investor to have access to arbitration before the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID). In the absence of such an investment, and pursuant to Article 25 of the ICSID Convention, the Centre lacks jurisdiction over the dispute. In this respect, two principal approaches have emerged in the doctrine and jurisprudence of international investment arbitration concerning the determination of the investment requirement under Article 25: the objective approach and the subjective approach. Given that both approaches have been adopted by ICSID arbitral tribunals in different cases, and considering the absence of an express definition of “investment” in the ICSID Convention, this study—conducted through a doctrinal, library-based research method—seeks to address the key question of the legal foundations underlying each approach and the reasons why arbitral tribunals have, in practice, adhered to one theory rather than the other. In this regard, it appears that proponents of the objective approach, relying on landmark awards such as *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco*, argue—contrary to advocates of the subjective approach, who prioritize the consent of the parties as reflected in their investment agreements—that Article 25(1) of the ICSID Convention implicitly circumscribes the jurisdiction of ICSID tribunals by imposing objective, external criteria on the notion of investment, commonly referred to as the Salini test.

Cite this article: Abdollahi, Mohammad Javad, Afrazandeh, Mostafa (2026). An Analysis of the Objective and Subjective Approaches to the Concept of Investment under the ICSID Convention, *Private Law Journal*, 58 (X), 1-20. <http://doi.org/000000000000000000>



© The Author(s).

Publisher: University of Tehran Press

DOI: <http://doi.org/000000000000000000000000>

تحلیلی بر نظریه ذهنی گرا و عینی گراها در خصوص مفهوم سرمایه گذاری در کنوانسیون دآوری سرمایه گذاری ایکسید

محمد جواد عبداللہی^{✉1}، مصطفی افرازندہ²

1. نویسنده مسئول، گروه حقوق، واحد خمینی شهر، دانشگاه آزاد اسلامی، خمینی شهر، ایران. رایانامه:

dr.abdollahi@iau.ac.ir

2. گروه حقوق، واحد خمینی شهر، دانشگاه آزاد اسلامی، خمینی شهر، ایران. رایانامه: mostafa.afrazandeh@iau.ir

اطلاعات مقاله

چکیده

نوع مقاله:

مقاله پژوهشی،

تاریخ دریافت: 1404/12/3

تاریخ بازنگری: 1405/2/5

تاریخ پذیرش: 1405/2/16

تاریخ انتشار:

کلیدواژه‌ها:

دآوری سرمایه گذاری،

کنوانسیون ایکسید،

ذهنی گرا،

عینی گراها،

معیار سالیانی.

الزام یا قید سرمایه‌گذاری یکی از مهم‌ترین و در واقع ابتدایی‌ترین شرطی است که یک سرمایه‌گذار برای رجوع به نهاد دآوری مرکز دآوری ایکسید، باید آنرا اثبات نماید، در غیر اینصورت نظر به حکم مندرج در ماده ۲۵ کنوانسیون حق رجوع به مرکز دآوری مذکور را ندارد. در این خصوص در تحلیل و چگونگی احراز قید سرمایه‌گذاری دو دیدگاه در میان اساتید حقوق و محاکم دآوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی قابل توجه است که عبارت است از دیدگاه عینی‌گراها و دیدگاه ذهنی‌گراها. از آنجایی که اتخاذ هر کدام از دیدگاه‌های فوق در برخی از پرونده‌های دآوری مورد تبعیت قرار گرفته، و با توجه به فقدان تعریف مشخص از واژه سرمایه‌گذاری در کنوانسیون ایکسید، مطالب این پژوهش که با روش کتابخانه‌ای و با ابزار فیش‌برداری انجام شده درصدد پاسخ به این پرسش کلیدی است که مبانی هر کدام از این دو نظریه بر چه اصولی استوار شده و در عمل دیوان‌های دآوری چرا از هر کدام از دو نظریه فوق پیروی نموده‌اند. در این خصوص به نظر می‌رسد مدافعین نظریه عینی‌گرایی با اتکاء به برخی از آراء شاخص همانند رأی صادره در پرونده سالیانی بر علیه دولت مراکش برخلاف ذهنی‌گراها که اولویت را به مفاد توافقات طرفین داده‌اند، با توجه به حکم مندرج در ماده ۲۵ (۱) از کنوانسیون ایکسید بر این اعتقادند که کنوانسیون به طور ضمنی صلاحیت محاکم دآوری را با اعمال محدودیت‌های بیرونی بر مفهوم سرمایه‌گذاری محدود نموده است.

استاد: عبداللہی، محمد جواد؛ افرازندہ، مصطفی؛ (1405)، تحلیلی بر نظریه ذهنی گرا و عینی گراها در خصوص مفهوم سرمایه گذاری در کنوانسیون دآوری سرمایه گذاری ایکسید، نشریه حقوق خصوصی، 58 (1)، 20-1.

<http://doi.org/00000000000000000000000000000000>



© نویسندگان.

ناشر: انتشارات دانشگاه تهران.

مقدمه

کنوانسیون ایکسید مهم‌ترین کنوانسیون در زمینه داوری بین‌المللی است. دیوان داوری ایکسید در عمل به عنوان نهاد پیشرو غیرسیاسی در جهان که به حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی اختصاص یافته (Freedom Qumba, 2019, p. 358)، سوابق ارزشمندی در این زمینه دارد و در عمل توانسته تعداد قابل توجهی از پرونده‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی را حل و فصل نماید (Raman, 2020, p. 377).

مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری ایکسید به طور کلی یک نهاد محوری برای حل اختلاف در زمینه دعاوی سرمایه‌گذاری بین سرمایه‌گذاران خارجی و کشورهای میزبان سرمایه است. در این مرکز عملاً سرمایه‌گذاران از محافظت یک محکمه بی طرف در زمانی که ادعایی را بر علیه کشور میزبان سرمایه نزد محکمه داوری ایکسید مطرح می‌کنند، بهره مند می‌شوند (Ramić and Brodlija, 2025, p. 327). آنچه حقوقدانان و رویه داوری به آن تأکید داشته این است که در این کنوانسیون مفهوم سرمایه گذاری عنصری کلیدی محسوب می‌شود؛ چرا که شرط اولیه تشکیل یک پرونده نزد محاکم داوری ایکسید، احراز یک اختلاف، به عنوان یک اختلاف مرتبط با سرمایه‌گذاری است. در این خصوص با توجه به عدم تعریف مفهوم سرمایه گذاری، برخی از نویسندگان بر این اعتقادند که چگونگی احراز مفهوم سرمایه گذاری می‌تواند بسته به صلاحدید دیوان داوری در چارچوب کنوانسیون ایکسید در تطابق با دیدگاه هر محکمه داوری از تعریف آن از مفهوم سرمایه گذاری، تعیین و احراز شود. در این خصوص لازم به ذکر است بند 1 از ماده‌ی ۲۵ کنوانسیون واشنگتن (۱۹۶۵) در رابطه با مفهوم سرمایه گذاری مقرر می‌دارد «صلاحیت مرکز شامل همه اختلافات حقوقی که مستقیماً ناشی از سرمایه گذاری بین دولتهای متعاقد (یا مؤسسات تابعه یا نمایندگی‌ها آنها 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».

بنابراین کنوانسیون هرچند به قید سرمایه‌گذاری اشاره نموده با این وجود به طور دقیق معنای اصطلاح «سرمایه‌گذاری» را بیان ننموده است (زمانی و درون پرور، 1394: 99). در مواجهه با این سکوت، محاکم داوری در برخی موارد با اتکاء به دیدگاه‌های ذهنیت‌گرایی به این نتیجه رسیده‌اند که هر چند کنوانسیون تعریفی از مفهوم سرمایه‌گذاری ارائه ننموده، با این وجود معاهده‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری مربوطه، می‌توانند متضمن تعریفی مستقل از سرمایه‌گذاری باشند (Cordonier Segger et al, 2025, p. 50). در این خصوص در واقع برخی از نویسندگان بر این مهم تأکید دارند که نظر به اینکه کنوانسیون ایکسید تعریفی از اصطلاح سرمایه‌گذاری ارائه نداده؛ عملاً اختیار قابل توجهی را به کشورهای متعاقد در تعیین مفهوم سرمایه‌گذاری از طریق پیش‌بینی تعریف مورد نظر، در زمان تدوین معاهدات سرمایه‌گذاری در نظر گرفته است (Schacherer, 2021, p. 49). برخلاف این دیدگاه، طرفداران نظریه عینیت‌گرایی بر این اعتقادند که اکثر دادگاه‌ها و محققان معتقدند اصطلاح «سرمایه‌گذاری» در ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید معنای «مستقل» یا «عینی» دارد (Petsche, 2023, p. 56) و از این جهت تعاریف ارائه شده در معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه تا جایی می‌تواند ثمر بخش باشد که متضمن معیارهای عینی از سرمایه‌گذاری باشد.

از این جهت با توجه به اختلاف نظرها در مفهوم سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون ایکسید، نویسندگان به تحلیل دیدگاه‌های مختلف در این زمینه با استناد به آراء متعدد داوری صادره در این خصوص پرداخته‌اند. مطالب ارائه شده در این پژوهش، در پاسخ به سؤال اساسی تحقیق در رابطه با تحلیل مبانی حامیان نظریه‌های عینی‌گرایی و ذهنیت‌گرایی پیرامون مفهوم سرمایه‌گذاری در داوری‌های تحت کنوانسیون ایکسید مؤید آن است که اختلاف نظرها در این زمینه ناشی از عدم ارائه یک تعریف مشخص از مفهوم سرمایه‌گذاری در کنوانسیون ایکسید است که در دیدگاه متعارض محاکم داوری نیز تجلی یافته و بر مبنای آن عینی‌گراها برخلاف مدافعان نظریه شخص‌گرایی، اعتقاد به وجود محدودیتهای بیرونی در احراز قید سرمایه‌گذاری در داوری‌های تحت کنوانسیون ایکسید دارند.

1- عدم تعریف واژه سرمایه‌گذاری در کنوانسیون ایکسید

بررسی صلاحیت‌های دیوان‌های داوری، بخصوص دیوان داوری ایکسید همواره یکی از مباحث اختلاف برانگیز در رویه داوری‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی بوده است. دلیل اصلی چنین وضعیتی نیز عدم ارائه تعریفی مشخص از مفهوم «سرمایه‌گذاری» در ماده 25 کنوانسیون ایکسید است (Petsche, 2024, p. 44) که سبب بروز اختلاف نظرهای متعدد در میان حقوقدانان (Viñuales and Waibel, 2021, p. 27) و همچنین اتخاذ دیدگاه‌های متفاوت از سوی رویه داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی شده است. در این خصوص از آنجایی که کنوانسیون ایکسید هیچ تعریفی از واژه «سرمایه‌گذاری» ارائه نداده (Calboli and de Werra, 2025, p. 86) برخی از دیوان‌های داوری تحت مقررات ایکسید تلاش نموده‌اند تا سرمایه‌گذاری را از طریق تحقیق در مورد قانون یا معاهده سرمایه‌گذاری که نسبت به یک اختلاف سرمایه‌گذاری قابل اعمال است، تحلیل و در نهایت تعریف نمایند. در این خصوص هدف این است که بررسی شود آیا معامله مورد نظر مطابق با الزامات قضایی ماده ۲۵ (۱) کنوانسیون ایکسید واجد شرایط «سرمایه‌گذاری» تلقی می‌شود یا خیر؛ چرا که اگر «سرمایه‌گذاری» به معنای مدنظر در کنوانسیون ایکسید وجود نداشته باشد، داوری ایکسید به عنوان مکانیسمی در دسترس برای حل اختلاف، محسوب نخواهد شد. به طور کلی با توجه به حذف تعریف سرمایه‌گذاری در کنوانسیون ایکسید و صرفنظر از شرط رضایت طرفین در ایجاد صلاحیت مرکز ایکسید، محققان قسمت درخور توجهی از مطالعات خود را بر چگونگی تعریف این اصطلاح معطوف داشته‌اند و در عمل به این مهم پرداخته‌اند که باید مفهوم سرمایه‌گذاری محافظت شده تحت کنوانسیون ایکسید مشخص شود. همانطوریکه ویلیامز و فوت^۱ اشاره نموده «این مفهوم که آیا یک سرمایه‌گذاری مطابق اهداف کنوانسیون ایکسید وجود دارد یا خیر، بدون شک یک مفهوم اساسی است»^۲.

1. Williams and Foot

2. "[t]he notion of whether or not there is an investment for the purposes of ICSID Convention is undoubtedly fundamental."

در این زمینه البته برخی از نویسندگان بر این اعتقادند که ممکن است قصد تهیه کنندگان کنوانسیون ایکسید در عدم تبیین مفهوم سرمایه گذاری، با هدف قرار دادن آن در آستانه رضایت دولتهای عضو و سرمایه‌گذاران از یک سو و فرصتی که بند 4 ماده 25 کنوانسیون از سوی دیگر فراهم نموده باشد؛ چرا که دلایل عدم ذکر تعریفی از سرمایه گذاری، چه قابل ستایش باشد و چه نباشد، هنوز سؤالات جدی در مورد آستانه صلاحیت در بند 1 از ماده 25 کنوانسیون وجود دارد. در این خصوص علی‌رغم اختلافاتی که به سبب حذف تعریف سرمایه‌گذاری ایجاد شده، یک دیوان داوری پیشنهاد نموده که یکی از مزایای حذف تعریف «سرمایه‌گذاری» از متن مقررات ایکسید این است که در عمل سبب ایجاد انعطاف‌پذیری در تعریف این واژه شده؛ تا بتواند امکان توسعه تدریجی تعریف سرمایه‌گذاری در حوزه حقوق بین‌المللی سرمایه‌گذاری را فراهم سازد¹.

دیدگاه بیان شده توسط این محکمه داوری هرچند می‌تواند مبین امیدی برای دستیابی به اجماع در مورد یک تعریف از سرمایه‌گذاری در آینده باشد، با این وجود رویه قضایی داوری ایکسید هنوز به آن مرحله نرسیده و هنوز هیچ مدرک اساسی، تجربی یا روایی وجود ندارد که نشان دهد مانع از موج ناهماهنگی مرتبط با رویه داوری ایکسید در مورد تعریف «سرمایه‌گذاری» شده است. در این خصوص همانطوریکه به درستی به آن اشاره شده، انعطاف‌پذیری ایجاد شده در اثر حذف تعریف سرمایه‌گذاری از متن کنوانسیون ایکسید در عمل «می‌تواند به‌طور اجتناب‌ناپذیری منجر به رویکردهای مقطعی و بعضاً متناقض، در خصوص اینکه آیا یک سرمایه‌گذاری (در یک پرونده) محقق شده یا خیر، شود» (Okpe, 2017, p. 136-137).

بنابراین هرچند ممکن است نظر به تنوع روابط مرتبط با سرمایه‌گذاری، عدم تعریف واژه سرمایه‌گذاری توسط کنوانسیون ایکسید، نوع راهکار برای پذیرش دامنه وسیعی از روابط قراردادی، در جرگه قراردادهای سرمایه‌گذاری بین‌المللی تلقی نمود که در نهایت با توجه به حمایت‌های پیش‌بینی شده در کنوانسیون و معاهده‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری مربوطه،

¹ . Mihaly International Corporation v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/00/2, Award, 15 March 2002) para 2 available at accessed 18 September 2017 para 33.

سبب ترویج جریان سرمايه گذاري بين المللي در کشورهاي ميزبان سرمايه خواهد شد، با اين وجود نبايد فراموش کرد که يکي از مزايای قطعي هر نظام حقيقي، قطعيت حقيقي است که بر مبنای آن استناد کنندگان به هر نظام حقيقي، از جمله کنوانسيون ايکسديد؛ بايد بتوانند به طور شفاف و با درجه بالايی از اطمینان، قابليت پيش بينی نحوه برخورد محاکم داوری ايکسديد را داشته باشند که اين مهم با مبهم ماندن تعريف سرمايه گذاري توسط کنوانسيون، تطابق ندارد و همين موضع سبب تفاوت دیدگاه ها در نزد محاکم داوری ايکسديد و در نتیجه کاهش قطعيت حقيقي مورد نیاز سرمايه گذاران خارجی از یک طرف و از طرف ديگر کشورهاي ميزبان سرمايه به عنوان طرفين دادخواهی های محاکم داوری ايکسديد شده است. لازم به ذکر است همانطوریکه حقوقدانان به آن تصريح نموده اند قطعيت حقوق بدین معناست که یک مشکل حقيقي بايد یک جواب حقيقي داشته باشد (عبداللهی و کریمی، 1404: 308) که البته حصول اين قطعيت با عدم تعريف مشخص از واژه سرمايه گذاري که احراز آن برای تحت شمول کنوانسيون ايکسديد قرار گرفتن یک رابطه قراردادی ضرورت دارد، همخوانی ندارد.

بنابراين از آنجايی که از یک طرف قطعيت حقيقي عنصری مهم در تحليل ويژگی های یک نظام حقيقي تلقی می شود و از طرف ديگر قطعيت حقيقي در واقع اشاره به اين مهم دارد که قانون بايد به اندازه کافي برای کسانی که مطابق هنجارهای حقيقي (نظام حقيقي مربوطه) رفتار خودشان را تنظيم می کنند (Fenwick and Stefan, 2016: 1)؛ روشن باشد تا بتواند قابليت پيش بينی قابل قبولی را ايجاد نماید (Moens, 2003: 280)، که چنين ويژگی نظر به ابهام در تعريف سرمايه گذاري در کنوانسيون ايکسديد مفقود می باشد.

2- اختلاف نظرها در مفهوم سرمايه گذاري

به طور کلی از زمان آغاز و تحليل مباحث در مورد معنای سرمايه گذاري تحت کنوانسيون ايکسديد، تحليل های مشابهی در رابطه با معاهدات دوجانبه سرمايه گذاري نیز مطرح شده و البته مقايسه بين آنها متضمن نوعی تضاد بين رویکردهای عینی گرایي و ذهنيت گرایي از مفهوم سرمايه گذاري بوده است. در اين خصوص در ابتدا خاطر نشان

می‌کنیم که مفهوم سرمایه‌گذاری یکی از بحث‌برانگیزترین موضوعات در قلمرو حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی است. در این رابطه هرچند در متون حقوقی، سرمایه‌گذاری به صورت‌های مختلفی توصیف شده، توصیف دقیق آن بسیار مهم است، زیرا تعیین می‌کند که آیا دارایی یا یک معامله خاص، توسط کنوانسیون ایکسید از جمله نهاد دآوری آن محافظت می‌شود یا خیر. در این خصوص لازم به ذکر است که کنوانسیون تنها در صورتی ادعاها را می‌پذیرد که اختلاف مستقیماً^۱ از «یک سرمایه‌گذاری» ناشی شود. البته در طول تهیه پیش‌نویس کنوانسیون ایکسید نیز بحث‌های گسترده‌ای در مورد ضرورت تعیین مفهوم سرمایه‌گذاری مطرح بود (Musurmanov, 2013, p. 106-107)؛ با این وجود در نهایت معنای دقیق این اصطلاح در متن کنوانسیون گنجانده نشد. در این خصوص برخی از نویسندگان بر این اعتقادند که از آنجایی که کنوانسیون واشنگتن تعریف مشخصی از سرمایه به عمل نیاورده، بنابراین مشارکت‌های سنتی سرمایه‌ای با عنوان سرمایه‌گذاری مشارکتی، قراردادهای خدماتی 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 و مقررات ساختاری و مالی مربوط به قراردادهای

۱. در رابطه با چگونگی تحلیل و شناسایی اختلافاتی که «مستقیماً» از یک سرمایه‌گذاری ناشی شده است، رویکرد واحدی نزد محاکم دآوری وجود ندارد. در این خصوص باین وجود این نظر کلی بیان شده که اگر یکی از اختلافات مستقیماً از سرمایه‌گذاری ناشی نشود، مرکز دآوری ایکسید صلاحیت رسیدگی به چنین ادعایی را ندارد. در این خصوص به طور مثال در پرونده Amco علیه اندونزی، دولت اندونزی ادعای متقابلی را مطرح کرد و چنین استدلال نمود که سرمایه‌گذار مرتکب کلاهبرداری مالیاتی شده است. دیوان دآوری با این وجود ادعای متقابل مطرح شده از سوی دولت اندونزی را نپذیرفت و اظهار داشت که تعهد به عدم ارتکاب تقلب مالیاتی یک تعهد عمومی در قوانین اندونزی است که در قرارداد سرمایه‌گذاری بین دولت متبوع و دولت میزبان مشخص نشده است. بنابراین دیوان نتیجه گرفت، اختلاف مستقیماً از سرمایه‌گذاری ناشی نشده است. بنابراین در نظر دیوان دآوری باید یک رابطه سببیت مستقیم بین سرمایه‌گذاری و اختلاف وجود داشته باشد. از این جهت، اختلافاتی که به طور غیرمستقیم از سرمایه‌گذاری ناشی می‌شوند، تحت حمایت ایکسید نخواهند بود (E. GARCÍA-BOLÍVAR, 2010: 148-149). در همین راستا برخی از حقوقدانان نیز بر این اعتقادند که در سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی، سرمایه‌گذار ضمن کنترل سرمایه، در اداره آن هم مشارکت داشته و ضمن تصمیم‌گیری در کلیه امور مربوط به اداره سرمایه، عوامل تولید را خریداری و در باب نوع کالا و بازاریابی و قیمت‌گذاری و مدیریت اقدام می‌کند. معمولاً این شیوه سرمایه‌گذاری به گونه‌ای انجام می‌شود که در آن یک «شرکت چندملیتی» را در یک شعبه خارجی دایر می‌کند و یا به شعب خارجی خود وام می‌دهد و یا سود حاصله از فعالیت شرکت را مجدداً در خارج سرمایه‌گذاری می‌نماید (السان و نگین تاجی، 1402: 122).

اعطای امتیاز، همگی تحت عنوان سرمایه گذاری سنتی و کلاسیک، می توانند در شمول داوری مرکز ایکسید قرار بگیرند (مجتهدی، 1390: 188).

فراتر از این دیدگاه آسان به مفهوم سرمایه گذاری برخی از نویسندگان در این زمینه بیان نموده‌اند که سه عامل وجود دارد که تعیین مفهوم یک سرمایه‌گذاری را بر اساس ماده 25 (1) کنوانسیون ایکسید در عمل دشوار ساخته است.

در این زمینه اولین عامل مرتبط با نیت تدوین‌کنندگان کنوانسیون ایکسید است که بر مبنای آن آنها عمداً از تعریف سرمایه‌گذاری خودداری نموده‌اند. دومین موضوع اینکه محاکم داوری ایکسید نیز در عمل در مورد اینکه سرمایه‌گذاری چیست، توافق ندارند¹ و سومین موضوع به این مهم تأکید دارد که در عمل مشخص نشده آیا یک محکمه داوری ایکسید به تعریف سرمایه‌گذاری مندرج در یک معاهده خاص، باید متعهد باشد یا خیر. در مورد اخیر نیز حداقل سه دیدگاه متفاوت وجود دارد. یک دیدگاه این است که یک محکمه داوری ایکسید محدود یا ملزم به تعریف سرمایه‌گذاری مندرج در یک معاهده نیست. جوی ماینینگ²، فِداکس³، الکس گنین⁴، هِلنان⁵، ایوانیس کارداسوپولوس⁶ پاتریک میچل⁷، RFCC⁸ و سالینی⁹ از این دیدگاه حمایت می‌کنند. دیدگاه دوم این است که تعریف سرمایه‌گذاری در یک معاهده، تعریف معتبر و مدنظر محاکم ایکسید نیز

¹ . See for example Burlington Resources Inc v Republic of Ecuador (ICSID Case No. ARB/08/5) Decision on Jurisdiction of 2 June 2010 at para 100; Enron Corporation and Ponderosa Assets LLP v The Argentine Republic (ICSID Case No. ARB01/3) Decision on Jurisdiction (Ancillary Claim) of 2 August 200 at para 25, 170-171; Malaysian Historical Salvors at para 56; Romak S.A (Switzerland) v Republic of Uzbekistan (PCA Case No. AA280) Award of 26 November 2009 at para 171.

² . Joy Mining at para 50.

³ . Fedax at para 20-30.

⁴ . Alex Genin at para 324.

⁵ .SGS Société Générale de Surveillance S.A. v The Republic of Paraguay (ICSID Case No. ARB/07/29) Award of 10 February 2012 at para 80.

⁶ .Ioannis Kardassopoulos at para 113.

⁷ .Mr Patrick Mitchell v The Democratic Republic of Congo (ICSID Case No. ARB/99/7) Decision on Annulment of Award of 1 November 2006 at para 31.

⁸ .RFCC at para 50-66.

⁹ . Salini at para 43-44, 45-58.

باید تلقی شود. این دیدگاه توسط آلفا پروجکت هولدینگ^۱، اینماریس^۲، ام.سی.آی پاور^۳، پارکینگز^۴، اس.جی.اس علیه پاراگوئه^۵ پشتیبانی می‌شود. دیدگاه سوم و البته انعطاف‌پذیر؛ از پرونده امبینته^۶ سرچشمه می‌گیرد. در این پرونده، دیوان داوری پیشنهاد داد که اصطلاح «سرمایه‌گذاری» می‌بایستی معنای گسترده و موسعی داشته باشد (Ngobeni, 2018, p. 73-74).

3- تحلیل نظریه های عینی و ذهنی از مفهوم سرمایه گذاری

با وجود تمام اختلاف نظرها، به طور کلی دو نظریه مهم در رابطه با تبیین مفهوم سرمایه گذاری در داوریهای سرمایه گذاری بین المللی ارائه شده که در ادامه به بررسی و تحلیل آنها خواهیم پرداخت.

3-1. نظریه عینی‌گرایی^۷

بر مبنای نظریه عینی‌گرایی، «سرمایه‌گذاری» طبق ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید، معنایی عینی دارد (Demirkol, 2015, p. 45) که مستقل از درک طرفین از مفهوم سرمایه گذاری است. به طور کلی نظریه عینی‌گرایی ریشه در یک تصمیم داوری، پرونده سالینی بر علیه دولت مراکش^۸ (یکی از داوریهای اولیه ایکسید) دارد که برای مدت زمان طولانی محاکم داوری از آن تبعیت می‌کردند (Ziccardi Capaldo, 2024, p. 392). در این پرونده محکمه داوری با معرفی مجموعه ای از معیارهایی که خواهان پرونده باید آنها را برآورده می‌کرد، تا ثابت نماید اختلاف مرتبط با یک سرمایه گذاری است، تلاش نمود محدوده رسیدگی کنوانسیون ایکسید را محدود و مقید به معیارهای متعددی نماید.

1. Alpha Projektholding at para 314.

2. Inmaris Decision on Jurisdiction at para 130.

3. M.C.I Power at para 160.

4. Parkerings at para 254.

5. SGS v Paraguay at para 83.

6. Ambiente at para 470

7. objectivist theory

8. Salini v. Morocco

بر این اساس با توجه به اینکه کنوانسیون ایکسید در داوری سرمایه‌گذاری بین‌المللی، تعریفی از قراردادهای سرمایه‌گذاری ارائه نمی‌دهد، این خلأ باعث شده حقوقدانان و رویه داوری بین‌المللی معیارهای را در خصوص احراز یک قرارداد به عنوان قرارداد سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون ایکسید ارائه دهند که مهم‌ترین معیار در پرونده سالینی بر علیه دولت مراکش مشخص شد و به معیار سالینی شهرت یافت (عبداللهی و کریمی، 1404: 55). در این پرونده دیوان داوری وجود تعدادی از معیارها را برای تحقق مفهوم سرمایه‌گذاری لازم دانست (Herdegen, 2024, p. 522) و در بررسی اینکه آیا قرارداد ساخت بزرگراه یک قرارداد سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون ایکسید محسوب می‌شود یا خیر، محکمه داوری بین‌المللی سرمایه‌گذاری، در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مربوطه و سرمایه‌گذاری به عنوان یک الزام قضایی تحت ماده 25¹ (کنوانسیون ایکسید تمایز قائل شد¹. بر مبنای نظر محکمه داوری در این پرونده هرچند توافق در مورد اختلاف را می‌توان به عنوان «یک منفعت قراردادی با ارزش اقتصادی» در نظر گرفت که منجر به «حقی با ماهیت اقتصادی»² برای طرفین می‌شود؛ با این وجود محکمه داوری اعلام کرد که این واقعیت که کشورهای عضو معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه توافق نموده‌اند که این دارایی‌ها را به عنوان یک سرمایه‌گذاری در نظر بگیرند، به تنهایی برای برآورده کردن الزامات احراز

¹ . Salini Construttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco, Decision on Jurisdiction of 23 July 2001, ICSID Case No. ARB/00/4 [Salini]. Before Salini, various tribunals indirectly dealt with the notion of investment as part of examining the jurisdiction *ratione materiae* under Article 25(1) ICSID Convention. See e.g. Kaiser Bauxite Company v. Jamaica, Decision on Jurisdiction and Competence of 6 July 1975, ICSID Case No ARB/74/3 (involving a bauxite mining operation); *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Sénégal*, Decision of 25 February 1988, ICSID Case No ARB/82/1 (involving a construction of low-income housing units). *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela* was the first case involving an objection to jurisdiction of an ICSID tribunal on the ground that the underlying transaction did not qualify as investment (*Fedax N.V. v. Republic of Venezuela*, Decision on Jurisdiction of 11 July 1997, ICSID Case No. ARB/96/3). Subsequently, the Salini test was elaborated in *Joy Mining Machinery Ltd v. Egypt*, Award on Jurisdiction, Decision of 30 July 2004, ICSID Case No ARB/03/11) (2004) 19 ICSID Rev. 486, para. 50 [Joy Mining].

² . a contractual benefit having an economic value

³ . a right of an economic nature

صلاحیت قضایی برای مرکز داوری ایکسید، از جمله تحقق قید «سرمایه‌گذاری» طبق ماده ۲۵ کنوانسیون، کافی نیست.

دیوان داوری در نهایت با تکیه بر نوشته‌های دانشگاهی و پرونده‌های داوری که قبلاً به دامنه سرمایه‌گذاری پرداخته بودند، به این نتیجه رسید که تحت معیار عینی ضمنی مندرج در ماده ۲۵ (۱) کنوانسیون، احراز یک سرمایه‌گذاری مستلزم وجود قیودی است که عبارتند از تعهد منابع^۱، مدت زمان مشخص^۲، عنصر ریسک^۳ و کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان سرمایه^۴.

از این جهت نظریه عینی‌گرایی به طور کلی متضمن این حکم است که ماده ۲۵ (۱) کنوانسیون ایکسید به طور ضمنی صلاحیت دادگاه‌های داوری را با اعمال محدودیت‌های بیرونی بر مفهوم سرمایه‌گذاری محدود نموده و در نتیجه یک دارایی خاص اگرچه ممکن است به عنوان یک سرمایه‌گذاری، تحت یک معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه تلقی شود، با این وجود باید علاوه بر آن، شرایط احراز صلاحیت قضایی مطابق ماده ۲۵ کنوانسیون را برآورده سازد تا بتواند به عنوان یک قرارداد سرمایه‌گذاری به معنای عینی آن تلقی شود.

3-1-2. ایرادات وارده بر مفهوم ارائه شده در پرونده سالینی (نظریه عینی)

از آنجایی که مبنای شکل‌گیری نظریه عینی‌گرایی، پرونده سالینی است، و نظر به اینکه ایرادات متعددی به معیار ارائه شده در این پرونده مطرح شده، تحلیل و بررسی برخی از ایرادات کلیدی ضروری به نظر می‌رسد.

3-1-2-1. عدم توجه به مفاد معاهدات دوجانبه

مهم‌ترین ایراد وارده به نظریه عینی‌گرایی عدم توجه به مفاد توافق و رضایت دوجانبه کشورهای متعاقد است. در این خصوص از آنجایی که بر مبنای نظریه عینی‌گرایی تنها در صورتی تحقق قیودی مشخص، همانند الزامات بیان شده در پرونده سالینی یک سرمایه

1. a commitment of resources

2. , a certain duration,

3. an element of risk

4. a contribution to the economic development of the host state

گذاری می‌تواند تحت شمول کنوانسیون ایکسید قرار گیرد، بدیهی است که در صورت عدم تحقق این شرایط، حتی اگر بر مبنای معاهده دوجانبه سرمایه گذاری مربوطه، شرایط سرمایه گذاری فراهم باشد، مطابق نظریه عینی‌گرایی بازهم سرمایه گذاری مربوطه نمی‌تواند تحت شمول کنوانسیون ایکسید و ماده 25 آن قرار گیرد. در این خصوص به این مهم تأکید شده که معیار سالیانی (به عنوان مصداق بارز نظریه عینی‌گرایی) خود مشکل ساز است، و در این خصوص همانطور یک‌ه برخی محاکم دریافته‌اند، «ویژگی‌های متعارف» یک سرمایه گذاری که در تصمیم سالیانی مشخص شده، می‌تواند سبب از بین رفتن ویژگی انعطاف پذیر مفهوم سرمایه گذاری شود و در عمل سبب حذف طیف وسیعی از سرمایه گذاری‌ها از دامنه کنوانسیون ایکسید شود، که این وضعیت البته با قصد تدوین کنندگان کنوانسیون ایکسید در عدم تعریف مشخص از واژه سرمایه گذاری در تضاد است. در این خصوص به این مهم تأکید شده که یکی از مزایای حذف تعریف «سرمایه‌گذاری» از متن کنوانسیون ایکسید این مهم بوده که در عمل سبب ایجاد انعطاف‌پذیری در تعریف این واژه شده و بدین سبب امکان توسعه تدریجی تعریف سرمایه‌گذاری در حوزه حقوق بین‌المللی سرمایه‌گذاری را فراهم نموده است¹ (Okpe, 2017, p. 136). از این جهت در حوزه‌های نوظهور همانند مالکیت فکری و امکان تلقی آنها به عنوان یکی از مصادیق سرمایه گذاری به این مهم تصریح شده که در جایی که دیوان داوری نتواند از تطابق موافقت‌نامه‌های دوجانبه و چندجانبه بین‌المللی با معیارهای ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید بهره‌مند شود، با در نظر گرفتن وابستگی متقابل سرمایه با حقوق مالکیت فکری مرتبط با آن و با امعان نظر به تأثیرگذاری سرمایه فکری در هدف اقتصادی سرمایه‌گذاری، سعی در تفسیر موسع از مفهوم سرمایه‌گذاری و سرمایه قلمداد کردن حقوق مالکیت فکری دارد (معتمدی و عسکری، ۱۴۰۴: ۹). البته در دیدگاه دیگری به این مهم تصریح شده که در چارچوب کنوانسیون حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری ایکسید، تعیین اینکه آیا حقوق مالکیت فکری می‌توانند به عنوان سرمایه‌گذاری شناخته شوند، نیازمند تحقق معیارهای

¹ . Mihaly International Corporation v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No. ARB/00/2, Award, 15 March 2002) para 2 available at accessed 18 September 2017 para 33.

خاص مندرج در آزمون سالیانی و معاهدات سرمایه گذاری بین المللی است (قوامی پور سرشکه و محمودی، 1404: 64).

در این رابطه به طور کلی به نظر می رسد، فراتر از نظریه عینیت گرایی، تعیین صریح سرمایه گذاری در حوزه مالکیت فکری به عنوان یکی از مصادیق سرمایه گذاری در معاهده دوجانبه سرمایه گذاری مربوطه، می تواند در پذیرش چنین دعاوی به عنوان دعاوی تحت کنوانسیون ایکسید، از سوی مراجع داوری مؤثر باشد. در این خصوص به طور مثال در موافقتنامه دوجانبه نمونه اتحادیه اروپا 2023¹ در قسمت تعاریف، سرمایه در مفهوم عام به معنای «هرگونه دارایی که ویژگی سرمایه را داشته باشد²» دانسته شده و مصادیق آن به صورت غیر حصری بیان گردیده است. در این میان بند «e» یکی از مصادیق را مفهوم عام و گسترده حقوق مالکیت فکری دانسته است (نظام مالکی، 1403: 307).

3-2-1-2. بحث برانگیز بودن قید کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان

سرمایه

یکی از مهم ترین شاخص های در نظر گرفته شده در پرونده سالیانی در احراز مفهوم سرمایه گذاری، «کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان سرمایه» است. این شاخص که با استناد به مقدمه کنوانسیون واشنگتن، به منزله یکی از اهداف کنوانسیون، و البته در معیار سالیانی به عنوان یکی از قیود تعریف سرمایه گذاری طبق مفهوم بند 1 از ماده 25 کنوانسیون معرفی شده، با برخوردهای متفاوتی از سوی دیوان داوری ایکسید مواجه شده است. در این خصوص به طور مثال دیوان داوری مذکور در قضیه جوی ماینینگ، با افزودن صفت «چشمگیر»، این معیار را تقویت کرد و «کمک چشمگیر به توسعه اقتصادی کشور میزبان» را جایگزین «کمک به توسعه اقتصادی کشور

¹. [EU Model BIT \(2023\)](#)

². [“Investment” Means Every Kind of Asset That Has the Characteristics of an Investment](#)

میزبان سرمایه» نمود^۱. در پرونده دیگری^۲ نیز دیوان داوری از عبارت «تعهد قابل توجه و مهم در توسعه کشور میزبان سرمایه» سخن گفت (Makedon Sudborough, 2023, p. 24).

با این وجود در رویکردی متفاوت، دیوان داوری ایکسید در دو قضیه ال ای اس آی علیه الجزایر صرفاً سه عنصر: تعهد مالی، مدت زمان معین و عامل خطرپذیری را مورد بحث قرار داد و عنصر کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان را بی ارتباط در این زمینه دانست، چرا که این قید، به آسانی قابل تشخیص نیست و به طور ضمنی در هر عملیاتی که دارای سایر معیارهای سرمایه گذاری باشد، وجود دارد و از این جهت تأکید نمود که نیازی به بررسی و احراز جداگانه آن وجود ندارد^۳.

در قضیه «سابا فیکس علیه ترکیه» نیز دیوان سه عنصر تعهد مالی، مدت زمان و عامل ریسک را به عنوان معیارهای سرمایه گذاری برشمرد و اشاره ای به عنصر کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان سرمایه نکرد^۴ (ابراهیمی و سلطان زاده، 1393: 95-96). در همین راستا در پرونده دیگری دیوان داوری^۵ با رد عامل کمک به توسعه اقتصادی، آن را «به دلیل ماهیت ذهنی اش غیرقابل اجرا» دانست. در این خصوص دیوان داوری همچنین تأکید کرد «وجود یک سرمایه گذاری باید در آغاز آن ارزیابی شود و نه با نگاه به گذشته آن» و اینکه «اینکه آیا تعهد سرمایه یا درگیر نمودن منابع در نهایت ثابت می کند که به توسعه اقتصادی کشور میزبان کمک شده یا خیر، اغلب می تواند موضوع ارزیابی باشد و طیف گسترده ای از نظرات را ایجاد نماید» (Exelbert, 2016, p. 1265).

¹ . Joy Mining Machinery Limited v The Arab Republic of Egypt (ICSID Case ARB/03/11), Award on Jurisdiction, 6 August 2004. para.53

². Fedax N.V. v. The Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/96/3.

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

31. Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20

⁵. Deutsche Bank AG v. Sri Lanka

بنابراین همانطوریکه مشاهده می‌گردد رویکرد واحدی در مواجهه با معیار کمک به توسعه اقتصادی کشور میزبان سرمایه در میان محاکم مختلف داوری وجود ندارد که این مهم خود متضمن نوعی عدم یکنواختی در رویه داوری سرمایه گذاری بین المللی تحت کنوانسیون ایکسید است.

3-2-1-3. ایجاد اختلاف نظر در محاکم داوری ایکسید از غیر ایکسید

همانطوریکه به آن اشاره شد، هرچند برخی محاکم در پیروی از معیار سالینی در چگونگی احراز مفهوم سرمایه گذاری خودداری نموده اند¹، با این وجود تبعیت از معیار مذکور با توجه به استناد به آن در برخی از پرونده‌ها در عمل رو به کاهش هم نبوده است².

در این خصوص البته باید اذعان داشت که هنوز هیچ توافقی در داوری های تحت کنوانسیون ایکسید بین محاکم داوری و همچنین حقوقدانان در مورد معیارهایی که یک سرمایه‌گذاری باید برای تحقق اهداف ماده 25 (1) کنوانسیون ایکسید رعایت کند، وجود ندارد.

علاوه بر این موارد در مورد اینکه آیا معیارهای سالینی اجباری است یا اینکه این قیود می‌توانند در داوری غیر ایکسید نیز اعمال شود، توافقی وجود ندارد و برخی بر این اعتقادند

¹. Abaclat para 364; Alpha Projektholding para 311; Ambiente para 479; Biwater Gauff paras 312-316; Consorzio Goupement LESI-DIPENTA (Italy) v Peoples Democratic Republic of Algeria (ICSID Case No ARB/03/08) Award of 10 January 2005 para 13(iv); Deutsche Bank AG v Democratic Socialist Republic of Sri Lanka (ICSID Case No ARB/09/02) Award of 31 October 2012 paras 294-295; GEA Group AktienGesellschaft v Ukraine (ICSID Case No ARB/08/16) Award of 31 March 2011 paras 314; Global Trading Resource Corp and Globex International, Inc v Ukraine (ICSID Case No ARB/09/11) Award of 1 December 2011 para 55; Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc, and Alfa El Corporation v Romania (ICSID Case No ARB/10/13) Award of 2 March 2015 para 197; KT Asia paras 171-173; Malaysian Historical Salvors paras 89, 106(e); Mr Patrick Mitchell v The Democratic Republic of Congo (ICSID Case No ARB/99/7) Decision on Annulment of Award of 1 November 2006 paras 28, 32-33; Phillip Morris Brand SARL paras 201-206; Phoenix Action paras 101-144; Quiborax SA, Non-Metallic Minerals SA and Alan Fosc Kaplan v Plurinational State of Bolivia (ICSID Case No ARB/06/02) Decision on Jurisdiction of 27 September 2012 76 paras 220, 225; South American Silver para 340; White Industries Australia Limited v The Republic of India (UNCITRAL) Final Award of 30 November 2011 paras 7.4.8-7.4.9.

². See for example Cortec Mining para 300.

هیچ مبنا و اساسی برای تکرار و اعمال سختگیرانه پنج معیار ارائه شده در پرونده سالینی در هر پرونده‌ای وجود ندارد (Sinclair et al, 2022, p. 192) که این وضعیت برای تنظیم و احراز شرایط سرمایه‌گذاری‌های خارجی مطلوب نیست، و در این خصوص در عمل معیار سالینی ایجاد شکاف بین داوری ایکسید و غیر ایکسید در مورد چگونگی تعیین وجود سرمایه‌گذاری‌ها را تداوم بخشیده است. این همان شکافی است که روماک نیز به دنبال پر کردن آن بوده است. شروئر نیز در پاسخ به جنجال پیرامون مسئله وضعیت حقوقی معیارهای سالینی، آنرا دوباره بررسی کرده و مفهوم اولیه خود را در مورد اینکه یک سرمایه‌گذاری باید چگونه احراز شود، ارائه داده است. در این خصوص شروئر بیان نموده که معیارهای ارائه شده در پرونده سالینی در عمل تنها به منزله ویژگی‌های معمولی و غیر اجباری سرمایه‌گذاری‌ها بر اساس کنوانسیون ایکسید هستند (Ngobeni, 2020, p. 14).

3-2. نظریه ذهنیت‌گرایی¹

در مقابل نظریه عینی‌گرایی، نظریه ذهنیت‌گرایی با تمرکز بر مفاد معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مربوطه ظهور نمود و به سرعت در کانون توجه نظریه پردازان و محاکم داوری قرار گرفت که در ادامه به تحلیل آن خواهیم پرداخت.

3-2-1. مفهوم و تحلیل دلایل ظهور نظریه ذهنیت‌گرایی

علی‌رغم تأثیر قوی نظریه عینی‌گرایی ارائه شده در پرونده سالینی بر رویه داوری‌ها متعاقب آن؛ با این وجود درحالی که بسیاری از محاکم داوری به استفاده از معیار سالینی ادامه داده اند، نظر به انتقاداتی که این معیار با آن مواجه بوده، تعداد فزاینده‌ای از دادگاهها نیز از استناد به معیارهای پرونده سالینی امتناع نموده، یا اینکه معیارهای آنرا در عمل

¹ . subjectivist theory

تعدیل نموده اند (عبداللهی و کریمی، 1403: 151). در این زمینه و باتوجه به طرح ایرادات متعدد، در مقابل نظریه ارائه شده در پرونده سالینی، نظریه ذهنیت‌گرایانه در عمل اهمیت اولیه در تشخیص مفهوم سرمایه‌گذاری را به تعریف ارائه شده از سرمایه‌گذاری در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بین دو کشور متعاهد، بجای توجه محض به معیار ماده 25 کنوانسیون ایکسید داده است.

در این خصوص از آنجایی که معاهدات دوجانبه همواره دارای تعریف سرمایه‌گذاری مبتنی بر دارایی متضمن آنها هستند، بنابراین این سوال مطرح می‌شود که چگونه وجود مفهوم عینی سرمایه‌گذاری ضمنی در کنوانسیون ایکسید باید با آنچه که دولت‌های طرف یک معاهده دوجانبه، صریحاً به عنوان سرمایه‌گذاری تعیین کرده‌اند، تطبیق داده شود (Sattorova, 2012, p. 269) و از این جهت بر مبنای نظریه ذهنیت‌گرایی، درجه اول اهمیت در تشخیص یک قرارداد سرمایه‌گذاری، بر خلاف مفهوم عینی‌گرایی ارائه شده در پرونده سالینی، توجه به مفاد و شروط معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مورد اختلاف است. در این خصوص لازم به ذکر است که دولتها در سطح بین‌المللی اقدام به انعقاد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری با یکدیگر می‌نمایند. در این خصوص هدف از معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه، نشان دادن تمایل طرفین معاهده به افزایش همکاری اقتصادی؛ تحریک رشد اقتصادی و همچنین ایجاد شرایط مطلوب برای سرمایه‌گذاران خارجی است (Artamonova, 2025, p. 9). این معاهدات معمولاً به تعریف واژه سرمایه‌گذاری در بندهای خود می‌پردازند. در این خصوص لازم به ذکر است که نقطه مقابل نظریه عینی‌گرایی، نظریه ذهنیت‌گرایی قرار دارد که در عمل اهمیت اساسی را به متن توافق طرفین در معاهدات سرمایه‌گذاری، برای احراز و تلقی یک قرارداد به عنوان یک قرارداد سرمایه‌گذاری داده و در برخی پرونده‌ها نیز از این معیار تبعیت شده است. البته تعریف واحد پذیرفته شده‌ای از مفهوم سرمایه‌گذاری در معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی وجود ندارد (Collins and Allen Geist, 2023, p. 295). در این خصوص معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری معمولاً برای اینکه یک اختلاف قابلیت ارجاع به داوری را داشته باشد، طرفین این مهم را در نظر می‌گیرند که این اختلاف باید متضمن قیودی باشد؛ از

جمله اینکه باید اختلاف مربوطه کیفیت تلقی شدن به عنوان یک اختلاف ناشی از سرمایه گذاری را مطابق معاهده دوجانبه مرتبط با آن داشته باشد و همچنین اختلاف مربوطه باید از نوع اختلافاتی باشد که طرفین رضایت به ارجاع آنها به داوری را داده باشند (Chen, 2025, p. 97).

3-2-2. لزوم احترام به مفاد توافقی دولتهای متعاهد

یکی از اهداف ظهور نظریه ذهنیت‌گرایی، احترام به اراده دولتهای متعاهد یک معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری است. در این خصوص و بر مبنای تئوری یا استاندارد ذهنیت‌گرایی، قید «سرمایه‌گذاری»، تقریباً به‌طور کامل بر اساس تعریف این اصطلاح در معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مربوطه قابل احراز است. (Boddicker, 2010, p. 1035). بر این اساس مفهوم سرمایه‌گذاری و تشخیص شخص سرمایه‌گذار، به اراده طرفین در تنظیم رضایتشان (مشخص شده در شروط معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مربوطه) واگذار شده است (Weiler, 2005, p. 53) و از این جهت همانطوریکه امانوئل گایلارد بیان نموده «مفهوم سرمایه‌گذاری در ماده 25 (1) کنوانسیون ایکسید بر مبنای نظریه ذهن‌گرایانه‌ای است که بیان می‌کند «صرفاً (احراز) شرط سرمایه‌گذاری با قید رضایت (طرفین) عجین شده است»¹ (Viñuales and Waibel, 2021, p. 565).

بر مبنای این تئوری در صورتی که کشورها صریحاً در معاهده سرمایه‌گذاری خود توافق نموده باشند که یک معامله را به عنوان یک قرارداد سرمایه‌گذاری توصیف کنند، چنین توافقی اهداف کنوانسیون ایکسید را نیز تأمین خواهد کرد (H. F. Bekker et al, 2010, p. 331). از این جهت رویکرد ذهنی در واقع بر تعریف دولتهای متعاهد یک معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری از مفهوم سرمایه‌گذاری تمرکز دارد و الزام مستقلاً را که باید برای اهداف کنوانسیون ایکسید رعایت شود، تحمیل نمی‌نماید.

¹ "Merely merges the requisite of investment with the condition of consent".

3-2-3. فقدان تعریف مشخص از سرمایه گذاری و ضرورت اعمال معیار

ذهنیت‌گرایی

عدم وجود یک تعریف مشخص از مفهوم سرمایه گذاری از دلایل دیگر بروز نظریه ذهنیت‌گرایی است. در این خصوص باتوجه به اینکه کنوانسیون ایکسید تعریفی از واژه سرمایه گذاری ارائه نداده، این عدم تعریف به نظر برخی از نویسندگان دلیلی بر لزوم احترام به رضایت طرفین و در واقع پذیرش نظر ذهنیت‌گرایی است.

در این رابطه سوابق آراء متعدد دآوری، بیانیه گزارش مدیران اجرایی بانک جهانی را تأیید می‌نماید که در تبیین چرایی عدم تعریف اصطلاح «سرمایه‌گذاری» در کنوانسیون ایکسید بیان نموده که مدیران اجرایی قصد داشته اند طرفین را در تصمیم‌گیری در مورد اینکه چه نوع اختلافاتی را به ایکسید ارجاع دهند، آزاد بگذارند[...]. در این خصوص معمولاً معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه، ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید را به منظور تعریف و تعیین صلاحیت دیوان در رابطه با هرگونه اختلاف حقوقی که مستقیماً از یک سرمایه‌گذاری ناشی می‌شود، تکمیل می‌نمایند. لازم به ذکر است اکثریت اعضای کمیته ابطال ایکسید نیز در پرونده نجات‌دهندگان تاریخی مالزی، در رد معیارهای سالینی (به عنوان مهم‌ترین مصداق رویکرد عینی به تعریف سرمایه گذاری) صراحتاً بیان نمودند:

«در حالی که اکثریت این کمیته برای نویسندگان رأی سالینی علیه مراکش و کسانی که از آن پیروی کرده‌اند، همانند رأی صادره در پرونده جوی ماینینگ علیه مصر، و برای مفسرانی که موضع مشابهی اتخاذ نموده اند - و نیازی به اضافه کردن آنها نیست، برای نظر داور مشترک برجسته خود، که مخالفت شدیدی با این تصمیم دارد - احترام زیادی قائل هستند، با این وجود اولویت را به آراء و تحلیل‌هایی می‌دهند که با رویکرد آن سازگار باشند؛ رویکردی که آن را با اهداف طرفین کنوانسیون ایکسید هماهنگ می‌داند»^۱.

¹. While this Committee's majority has every respect for the authors of the *Salini v. Morocco Award* and those that have followed it, such as the *Award in Joy Mining v. Egypt*, and for commentators who have adopted a like stance— and, it need hardly add, for its distinguished co-arbitrator who attaches an acute Dissent to this Decision—it gives precedence to awards and analyses that are consistent with its approach, which it finds consonant with the intentions of the Parties to the ICSID Convention.

در این خصوص به عنوان مبنایی برای دیدگاه خود، اعضای کمیته ابطال نجات دهندگان تاریخی مالزی قطعات زیر را از حکم بیواتر علیه تانزانیا^۱ به شرح زیر بیان نمودند: «معیارهای یک «سرمایه گذاری» یک نکته اولیه را در مورد معیاری که باید اعمال شود مطرح می سازد. در این رابطه در پیشبرد اهداف مرتبط با ماده ۲۵ کنوانسیون ایکسید، طرفین اغلب با این بیان شروع می کنند که اصطلاح «سرمایه گذاری» در کنوانسیون ایکسید تعریف نشده و سپس به اعمال هر یک از پنج معیارهایی که در ابتدا توسط دیوان داوری در پرونده فداکس علیه ونزوئلا، پیشنهاد شده و (به ویژه) در پرونده سالینی علیه مراکش مجدداً به کار گرفته شد، می پردازند؛ که این معیارها عبارتند از (۱) مدت زمان؛ (۲) منظم بودن سود و بازده؛ (۳) فرض ریسک؛ (۴) تعهد قابل توجه؛ و (۵) اهمیت برای توسعه کشور.

در این خصوص از نظر دیوان داوری، هیچ مبنایی برای اعمال تکراری یا بیش از حد سختگیرانه پنج معیار ارائه شده در پرونده سالینی وجود ندارد. این معیارها از نظر قانون و مقررات ایکسید ثابت یا اجباری نیستند و در واقع آنها در کنوانسیون ایکسید وجود ندارند. برعکس، از کارهای مقدماتی مرتبط با تدوین کنوانسیون مشخص است که هرچند تلاش های متعددی برای گنجاندن تعریفی از «سرمایه گذاری» انجام شده، اما این تلاش ها در نهایت موفقیت آمیز نبوده و این اصطلاح در نهایتاً به طور عمدتاً بدون تعریف باقی ماند، با این انتظار و در واقع با این هدف که تعریف سرمایه گذاری می تواند بر اساس موضوع توافق و رضایت بین دولت های متعاهد تنظیم شود. از این جهت، عبارت مکرراً نقل شده زیر در گزارش مدیران اجرایی آمده است:

«با توجه به اینکه کنوانسیون متضمن تعریفی دقیق و عینی از «سرمایه گذاری» نیست، جای تردید است که محاکم داوری در پرونده های که رسیدگی می کنند در عمل تعریفی را که در همه موارد و برای همه اهداف قابل اجرا باشد، اعمال نمایند...» (Malik, 2009, p. 9-10).

¹ . Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. Tanzania, Award and Concurring & Dissenting Opinion, ICSID Case No ARB/05/22; IIC 330 (2008)

لازم به ذکر است نظریه‌ی ذهنیت‌گرایی به وضوح در رأی¹ Case No. ARB/95/3 دیوان داورى ایکسید مشهود است. در این پرونده دیوان داورى بر این اعتقاد بود که سهام متعلق به خواهان، جزء سرمایه‌گذاری‌های حمایت شده طبق ماده 25 (1) کنوانسیون ایکسید است، چرا که بند ۱ ماده ۸ معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری میان بلژیک-لوگزامبورگ و جمهوری بروندي «سهام» را مشمول تعریف سرمایه‌گذاری می‌داند. دیوان معتقد است که این اختلاف شرط «ارتباط مستقیم با سرمایه‌گذاری» را محقق ساخته است؛ چراکه معاهده‌ی مذکور برای یافتن اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری کفایت می‌کند، با این توضیح که با توجه به بند ۱ ماده ۸ این معاهده می‌توان دریافت اختلاف مطرح شده نزد دیوان جزء آن دسته از اختلافاتی است که طرف‌ها آن را به عنوان اختلاف ناشی از سرمایه‌گذاری تعریف کرده‌اند؛ یعنی اختلافات راجع به «تفسیر یا اجرای هرگونه مجوز سرمایه‌گذاری اعطا شده توسط مقامات دولت میزبان» و «نقض هرگونه حق اعطا شده یا ایجاد شده توسط این کنوانسیون» است (زمانی و درون پرور، 1394: 102).

3-2-4. معیار ذهنیت‌گرایی و ایجاد انعطاف در مفهوم سرمایه‌گذاری

علاوه بر موارد فوق در مقایسه با معیار سالینی به عنوان مصداق بارز رویکرد عینی‌گرایی، معیار ذهنی در عمل سبب ایجاد انعطاف و بسط و گسترش مفهوم سرمایه‌گذاری خواهد شد.

در این خصوص به این مهم تأکید شده است که معیار سالینی خود مشکل‌ساز است، و در این خصوص همانطوریکه برخی محاکم دریافته‌اند، «ویژگی‌های متعارف» یک سرمایه‌گذاری که در تصمیم سالینی مشخص شده، می‌تواند مفهوم سرمایه‌گذاری را به یک مفهوم ثابت و غیر قابل انعطاف تبدیل نماید، و این امر می‌تواند خطر حذف خودسرانه انواع خاصی از معاملات از دامنه کنوانسیون را به همراه داشته باشد. همچنین پذیرش این معیار (معیار سالینی) منجر به تعریفی می‌شود که می‌تواند با توافق‌های اشخاص و

¹ . Antoine Goetz et consorts c. République du Burundi, (ICSID Case No. ARB/95/3), Award, 2 September 1998.

همچنین اجماع در حال توسعه در بخش‌هایی از جهان در مورد معنای «سرمایه‌گذاری» (همانطوریکه ممکن است در برخی معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه بیان شده باشد) مغایرت داشته باشد. بنابراین اگر تعداد بسیار قابل توجهی از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در سراسر جهان تعریف «سرمایه‌گذاری» را گسترده‌تر از آزمون سالیانی بیان می‌کنند، و اگر این وضعیت نوعی اجماع بین‌المللی را تشکیل می‌دهد، درک این موضوع که چرا کنوانسیون ایکسید باید محدودتر تفسیر شود، دشوار است (Malik, 2009, p. 9-10).

نتیجه‌گیری

رویه ثابت و مشخصی از تحلیل مفهوم سرمایه‌گذاری در داوری‌های سرمایه‌گذاری بین‌المللی تحت مرکز داوری ایکسید وجود ندارد. در این مسیر برخی از دیوان‌های داوری با تأکید و اعتقاد بر ضرورت اتخاذ محدودیتهای بیرونی در تفسیر بند 1 از ماده 25 کنوانسیون ایکسید و با پیروی از برخی پرونده‌ها، همانند پرونده معروف سالیانی بر علیه دولت مراکش، اعتقاد به وجود قیود متعدد جهت احراز صلاحیت دیوان داوری برای رسیدگی به پرونده‌های سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون ایکسید دارند. در این خصوص نظریه عینی در واقع چنین فرض می‌کند که یک تعریف عینی و مستقل از سرمایه‌گذاری برای اهداف ایجاد صلاحیت ایکسید وجود دارد. در این رابطه هرچند رویه عینی در میان حقوقدانان و رویه دیوان داوری، طرفداران قابل توجهی دارد، با این وجود نظر به ایرادات متعدد وارده به این معیار با محوریت پرونده سالیانی، نظریه ذهنیت‌گرایی با دادن اولویت بیشتر به رضایت و مفاد معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مربوطه تبلور یافت. در این خصوص در واقع در نقطه مقابل نظریه عینی‌گرایی، نظریه ذهنیت‌گرایی اهمیت اولیه و اساسی را به متن توافق طرفین در معاهدات سرمایه‌گذاری، برای احراز و تلقی یک قرارداد به عنوان یک قرارداد سرمایه‌گذار می‌دهد. این رویکرد در نظر حقوقدانان و دیوان‌های داوری مزایای متعددی همانند انعطاف در مفهوم سرمایه‌گذاری و احترام به خواست و اراده طرفین در معاهدات دوجانبه را به همراه دارد و بدین سبب بر مبنای این نظریه در

واقع اصطلاح «سرمایه‌گذاری» در ماده 25 (1) کنوانسیون ایکسید معنای مستقلی ندارد، بلکه به صورت ذهنی توسط طرفین هنگام تنظیم رضایت‌شان به داوری ایکسید تعریف می‌شود. از این جهت تحقیق و بررسی در مورد **قصد و نیت طرفین معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری مربوطه ارجحیت دارد.**

آنچه مبرهن است و از تشتت آراء در خصوص مفهوم سرمایه‌گذاری مبرهن است، عدم وجود یک تعریف واحد از مفهوم سرمایه‌گذاری به موضوعی اختلاف بر انگیز در داوری‌های مرتبط با کنوانسیون ایکسید تبدیل شده است. در این خصوص هرچند ممکن است هدف تدوین‌کنندگان کنوانسیون در عدم تعریف سرمایه‌گذاری، بسط دامنه موارد و مصادیق سرمایه‌گذاری به موارد نوظهور، همانند مالکیت فکری تلقی شود که این موضوع به نوبه خود سبب ایجاد نوعی انعطاف‌پذیری در مفهوم سرمایه‌گذاری بین‌المللی خواهد شد، با این وجود کنوانسیون می‌توانست با در نظر گرفتن یک معیار ترکیبی مشخص از دو نظریه فوق؛ که هم تأکید بر ضرورت توجه به توافقات طرفین و هم در نظر گرفتن معیارهای عینی در صورت فقدان توافق مشخص نماید، این موضوع را تا حد قابل توجهی مدیریت می‌نمود. بنابراین در این خصوص پیشنهاد می‌شود در اصلاحات احتمالی ماده 25 کنوانسیون ایکسید نوعی معیاری ترکیبی البته با اولویت بخشیدن به معیار ذهنیت‌گرایی در نظر گرفته شود.

منابع و مأخذ

ابراهیمی، سید نصرالله و سلطان زاده، سجاد (1393). مفهوم سرمایه‌گذاری در رویه دآوری مرکز حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی (ایکسید). *مجله حقوقی بین المللی*، 31(50)، 77-108.

السان، مصطفی و نگین تاجی، زیریر (1402). چالش‌های دآوری سرمایه‌گذاری خارجی با تاکید بر نظام حقوقی ایران. پژوهش‌های حقوقی، 22(55)، 115-139.

زمانی، سیدقاسم و درون پرور، امیر (1394). پویایی مفهوم «سرمایه‌گذاری» در پرتو متدولوژی‌های احراز صلاحیت ایکسید. *فصلنامه دیدگاه‌های حقوق قضایی*، 20(69)، 97-124.

عبداللهی، محمد جواد و کریمی، محمد (1404). تحلیلی بر معیار ریسک در قراردادهای سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون دآوری ایکسید. *حقوق خصوصی*، 22(1)، 55-67.

عبداللهی، محمد جواد و کریمی، محمد (1404). لکس مرکاتوریا: نظام حقوقی بازار محور. پژوهش‌های حقوق اقتصادی و تجاری، 3(4)، 318-291.

عبداللهی، محمد جواد و کریمی، محمد (1403). تحلیلی بر معیار «کمک به توسعه اقتصادی دولت میزبان» برای تحقق مفهوم قراردادهای سرمایه‌گذاری تحت کنوانسیون دآوری ایکسید. *دانشنامه حقوق اقتصادی*، 31(26)، 146-161.

قوامی پور سرشکه، محدثه و محمودی، امیررضا (1404). شناسایی حقوق مالکیت فکری به عنوان سرمایه‌گذاری در پرتو حقوق بین المللی سرمایه‌گذاری. دوفصلنامه دانشنامه حقوق اقتصادی، 27(32)، 72-53.

نظام مالکی، جعفر (1403). واکاوی مفهوم سرمایه در حقوق بین الملل سرمایه‌گذاری با تأکید بر اموال فکری (مطالعه تطبیقی رویکرد جهان شمول و ایران). مطالعات حقوق تطبیقی معاصر، 15(37)، 321-287.

مجتهدی، محمدرضا (1390). درآمدی بر حقوق حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین‌المللی بر مبنای کنوانسیون «داوری ایکسید». *مطالعات حقوق تطبیقی معاصر*، 2(3)، 175-199.

معتمدی، امین، عسکری، پوریا (1404). سَهْل مُمتنع: تبیین مفهوم سرمایه فکری در حقوق بین‌الملل سرمایه‌گذاری خارجی با تأکید بر رویه داوری ایکسید. 42(78)، 9-34.

References

- Abdollahi, M. J., and Karimi, M. (2023). An analysis of the criterion of “contribution to the economic development of the host state” for realizing the concept of investment contracts under the ICSID Arbitration Convention. *Encyclopedia of Economic Law*, 31(26), 146-161. (In Persian).
- Abdollahi, M. J., and Karimi, M. (2025). An Analysis of the Risk Criteria in Investment Contracts under the ICSID Arbitration Convention. *Private Law*, 22(1), 55-67. (In Persian).
- Artamonova, I. (2025). *New Developments in International Investment Agreements as Regards Foreign Investors' Obligations In Search of a More Balanced Approach*, Germany: Logos Verlag Berlin.
- Bekker, P. H., Dolzer, R., & Waibel, M. (Eds.). (2010). *Making transnational law work in the global economy: essays in honour of Detlev Vagts*. Cambridge University Press.
- Boddicker, J. (2010). Whose Dictionary Controls?: Recent Challenges to the Term ‘Investment’ in ICSID Arbitration, *American University International Law Review*, 25(5).
- Calboli, I., de Werra, J. (2025). *Research Handbook on Intellectual Property Licensing, Second Edition*, USA: Edward Elgar Publishing Limited.

- Capaldo, G. Z. (Ed.). (2022). *The Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence 2020*. Oxford University Press.
- Chen, H. (2025). *China's Practice in International Investment Law*, Singapore: Springer Nature Singapore.
- Collins, D., Allen Geist, M. (2023). *Research Handbook on Digital Trade*, UK: Edward Elgar Publishing Limited.
- Demirkol, B. (2015). The Notion of 'Investment' in International Investment Law. *The Turkish Commercial Law Review*, 1(1), 41-50.
- Ebrahimi, S. N., and Soltanzadeh, S. (2014). The Concept of Investment in Arbitration Precedent of the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID). *International Law Review*, 31(50), 77-108. (In Persian).
- Exelbert, J. M. (2016). Consistently inconsistent: What is a qualifying investment under Article 25 of the ICSID Convention and why the debate must end. *Fordham L. Rev.*, 85, 1243.
- Fenwick, M, Wrбка, S. (2016). *Flexibility in Modern Business Law: A Comparative Assessment*. Japan: Springer
- Freedom Qumba, M. (2019). South Africa's move away from international investor-state dispute: a breakthrough or bad omen for investment in the developing world?, *De Jure Law Journal*, 52(1), 358-379.
- Herdegen, M. (2024). *Principles of International Economic Law*, UK: Oxford University Press.
- Makedon Sudborough, C. (2023). *Mediating Sovereign Debt Disputes, Switzerland*: Springer International Publishing.
- Malik, M. (2009). Bulletin #1 Definition of Investment in International Investment Agreements, The International Institute for Sustainable Development, 1-19.
- Moens, G. (2003). *International Trade and Business Law Annual - Volume 8*, UK: Cavendish Pub.
- Musurmanov, I. U. (2013). The implications of 'Romak v Uzbekistan' for

defining the concept of investment. *Australian International Law Journal*, 20, 105-129.

Ngobeni, L. (2020). Do the SALINI Criteria apply to the Definition of an Investment provided in Annex 1 of the 2006 and 2016 SADC Protocol on Finance and Investment? An Assessment. *Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, 23(1).

Garcia-Bolivar, Omar E. (2010). Protected Investments and Protected Investors: The Outer Limits of ICSID's Reach, *Trade Law & Development*, 2(1), 145.

Okpe, F. O. (2017). The definition of investment and the ICSID convention: matters arising under the Nigerian investment promotion act and international investment law. *Journal of Sustainable Development Law and Policy (The)*, 8(2), 133-154.

Petsche, M (2024). *The Concept of Investment in ICSID Arbitration*, Oxford University Press.

Petsche, M. (2023). The Meaning of Investment under Art 25 ICSID Convention, 56–89.

Raman, (2020). *Nta Ugc Net/Set/Jrf*. Management, 1-422.

Ramić, A., Brodlija, F. (2025). International Investment Law and Dispute Resolution in the Western Balkans Regional Prospects for a European Future, Brill.

Sattorova, M. (2012). Defining investment under the ICSID convention and BITS: of ordinary meaning, telos, and beyond. *Asian Journal of International Law*, 2(2), 267-290.

Schacherer, S. (2021). *Sustainable development in EU foreign investment law* (Vol. 19). Brill.

Segger, M. C. C., Gleason, T., & Stephenson, S. (Eds.). (2025). *Research Handbook on Investment Law and Sustainable Development*. Edward Elgar Publishing.

Sinclair, A., Reinisch, A., H. Schreuer, C., Malintoppi, L., W. Schill, S. (2025). *Schreuer's Commentary on the ICSID Convention A Commentary on the Convention on the Settlement of Investment*

Disputes Between States and Nationals of Other States, UK: Cambridge University Press.

Viñuales, J., Waibel, M. (2021). *ICSID Reports: Volume 19*, USA: Cambridge University Press.

Weiler, T. (2005). *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases from the ICSID, Nafta, Bilateral Treaties and Customary International Law*, TDM 5, in Book Reviews & Related Materials.

Zamani, S. G., and Darounparvar, A. (2023). The Dynamics of the Concept of "Investment" in Light of Ixed Qualification Methodologies. *The Quarterly Journal of Judicial Law Views*, 20(69), 97-124. (In Persian).