

تعریف سرمایه و سرمایه‌گذار در معاهده منشور انرژی و اثر آن بر

صلاحیت مراجع رسیدگی^۱

محمد کاظم تقدیر *

چکیده

معاهده منشور انرژی به عنوان اولین معاهده چندجانبه جهانی که تخصصاً به منظور تضمین امنیت تأمین انرژی و گسترش سرمایه‌گذاری در این بخش تصویب شده است، دارای اهمیت فراوانی است.

اگرچه منشور انرژی دارای ابعاد گوناگون بوده و بسیار فراتر از یک معاهده حمایت از سرمایه‌گذاری صرف است، با این حال بدون شک حمایت از سرمایه‌گذار در ذهن طراحان آن اهمیت فراوان داشته و از همین روی است که این معاهده نوآوری‌های فراوانی را در زمینه حمایت از سرمایه‌گذار خارجی در خود جای داده است. از جمله مهم‌ترین این امور تعریف دو مفهوم «سرمایه» و «سرمایه‌گذار» است که در ماده یک معاهده منشور، ذکر شده است. باید اذعان کرد که تعریف موجود در معاهده منشور از این دو مفهوم بسیار گسترده‌تر از بسیاری معاهدات مشابه است. این در حالی است که منشور در ماده ۲۶ خود به متداعیین اجازه می‌دهد برای حل و فصل اختلافات خود به داوری سازمانی، مانند داوری

۱. با سپاس فراوان از زحمات بی‌دریغ و راهنمایی‌های آقای دکتر میرحسین عابدیان و آقای دکتر محمدعلی بهمنی.

* کارشناس ارشد حقوق تجارت بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی.

در ایکسید^۲ رجوع کنند: حال آنکه برخی از این سازمان‌ها، لزوماً تعریف یکسانی از مفاهیم فوق‌الاشعار در خود ندارند. این تفاوت، ممکن است در مواردی منجر به تعارض بین آرای صادره از مراجع مختلف حل اختلاف در منشور انرژی گردد.

در این مقاله ابتدا تعریف دو مفهوم «سرمایه» و «سرمایه‌گذار» در منشور انرژی، و ابتکاراتی که به منظور گسترش دامنه این تعاریف در آنها لحاظ شده، بررسی می‌گردد و پس از آن اثر این تعاریف بر صلاحیت مراجع حل اختلاف در منشور انرژی، ضمن بررسی یکی از مهم‌ترین پرونده‌هایی که موضوع آن اختلاف بین سرمایه‌گذار و کشور میزبان تحت منشور انرژی (پرونده شرکت پتروبارت علیه جمهوری قرقیزستان^۳) بوده است، مد نظر قرار می‌گیرد. النهایه تلاش می‌شود با بررسی رویه معاهدات مشابه در این زمینه راه حلی برای رفع تعارضات احتمالی بین منشور انرژی و معاهدات هم عرض ارائه شود.

کلید واژگان

معاهده منشور انرژی، سرمایه، سرمایه‌گذار، داوری سرمایه‌گذاری.

2. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

3. Petrobart v The Kyrgyz Republic, Arbitration No. 126/2003 of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, rendered in Stockholm on 29 March 2005.

مقدمه

معاهده منشور انرژی در سال ۱۹۹۸ با هدف پدید آوردن یک بازار امن و به دور از تبعیض برای انرژی و تضمین تأمین دائمی و ایجاد امنیت در حوزه انرژی در لیسبون به تصویب رسید.^۴ پیشنهاد تصویب چنین معاهده‌ای نخستین بار در نشست سران ۱۲ کشور اروپایی به وسیله رود لابرز، نخست وزیر وقت هلند مطرح شد. منشور اروپایی انرژی در ۱۹۹۱ تصویب شد که پایه‌گذار مذاکرات شرق و غرب اروپا در زمینه انرژی بود. پس از تصویب این منشور با مشارکت ایالات متحده و چند کشور آسیایی، مذاکرات به منظور تصویب معاهده منشور انرژی ادامه یافت. این معاهده در حال حاضر دارای ۵۳ عضو از جمله اتحادیه اروپا به همراه کشورهای عضو این اتحادیه، ژاپن و ایسلند است. جمهوری فدراتیو روسیه آن را به طور موقت اجرا می‌کند و ایران و چین اعضای ناظر این معاهده هستند. این مسأله، به همراه نیاز ایران به سرمایه‌گذاری خارجی به ویژه در بخش انرژی، انگیزه‌ای است برای آنکه به این معاهده، توجه ویژه شود.

اگرچه منشور انرژی دارای ابعاد گوناگونی است و موضوعات فراوانی از جمله ابعاد زیست محیطی، جنبه‌های مرتبط با حقوق رقابت، تجارت آزاد و ... را تحت پوشش قرار می‌دهد اما آنچه مطمح نظر این نوشتار است، تعریف سرمایه و سرمایه‌گذار در منشور، به عنوان یکی از تعاریف پایه و در عین حال بسیار کلیدی است. منشور انرژی، همگام با سیر کنونی معاهدات حمایت از سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذار را قادر ساخته است تا بدون مراجعه به دولت متبوع خود، مستقیماً از کشور میزبان، به خاطر نقض تعهداتش، شکایت کند. این امر، اهمیت تعریف مفهوم "سرمایه‌گذار" را به عنوان یکی از طرفین اختلاف

۴. برای مطالعه اهداف معاهده منشور انرژی، نگاه کنید به دیباچه معاهده متن معاهده، دیباچه و تفسیر آن را می‌توان در وب سایت رسمی معاهده به آدرس ذیل یافت: www.encharter.org

تحت منشور انرژی به خوبی می‌نمایاند. همچنین از آنجا که اختلافات مشمول مکانیسم حل و فصل اختلافات منشور انرژی، بنا به تعریف ماده ۲۶ این معاهده، باید در ارتباط با "سرمایه" سرمایه‌گذار و نقض یکی از تعهدات دولت میزبان در ارتباط با این مساله باشد؛ تعریف "سرمایه" اهمیتی همپایه با "سرمایه‌گذار" می‌یابد.

تعریف دو مفهوم «سرمایه» و «سرمایه‌گذار» در معاهدات گوناگون حمایت از سرمایه‌گذاری، متفاوت است و عملکرد دولت‌ها در این زمینه واحد نیست. بعضی دولت‌ها تعریف بسیار گسترده‌ای را از این مفاهیم ارائه می‌دهند که گروه وسیعی را در بر می‌گیرد در حالی که سایر دول رویکردی مضیق به این امر دارند. منشور انرژی همچون هر معاهده چند جانبه دیگری، ترکیبی از آراء و عملکردهای دول متفاوت است. این معاهده همچون هر معاهده حمایت از سرمایه‌گذاری دیگری تعریف موسعی از سرمایه و سرمایه‌گذار را برگزیده است. این در حالی است که منشور در ماده ۲۶ خود به متداعیین اجازه می‌دهد برای حل و فصل اختلافات خود به داوری سازمانی، مانند داوری در ایکسید^۵ رجوع کنند حال آنکه برخی از این سازمان‌ها لزوماً تعریف یکسانی از مفاهیم فوق‌الاشعار در خود ندارند. این تفاوت، ممکن است در مواردی منجر به تعارض بین آرای صادره از مراجع مختلف حل اختلاف در منشور انرژی گردد.

در بخش نخست این مقاله ضمن بررسی تعاریف این مفاهیم در منشور انرژی، به مقایسه آن با تعاریف مشابه در سایر کنوانسیون‌های بین‌المللی که منشور به آنها مرتبط بوده یا ارجاع داده است می‌پردازیم. در بخش دوم این مقاله، ضمن بررسی مختصر یکی از پرونده‌های مطروحه از موارد اختلاف بین سرمایه‌گذار و کشور میزبان ذیل منشور انرژی،

5. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

پرونده شرکت پتروبارت بر علیه جمهوری قرقیزستان است اهمیت این تعاریف بهتر نمایانده می شود.

مبحث اول: تعریف سرمایه و سرمایه گذار در منشور انرژی

منشور انرژی، همچون هر معاهده حمایت از سرمایه گذاری دیگری، "سرمایه" و "سرمایه گذار" مورد حمایت را تعریف کرده است. این امر به ترتیب در بندهای ۶ و ۷ از ماده ۱ منشور انجام شده است.^۶

6. "Investment" means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly by an Investor and includes:

- (a) tangible and intangible, and movable and immovable, property, and any property rights such as leases, mortgages, liens, and pledges;
- (b) a company or business enterprise, or shares, stock, or other forms of equity participation in a company or business enterprise, and bonds and other debt of a company or business enterprise;
- (c) Claims to money and claims to performance pursuant to a contract having an economic value and associated with an Investment;
- (d) Intellectual Property;
- (e) Returns;
- (f) Any right conferred by law or contract or by virtue of any licences and permits granted pursuant to law to undertake any Economic Activity in the Energy Sector.

A change in the form in which assets are invested does not affect their character as investments and the term "Investment" includes all investments, whether existing at or made after the later of the date of entry into force of this Treaty for the Contracting Party of the Investor making the investment and that for the Contracting Party in the Area of which the investment is made (hereinafter referred to as the "Effective Date")



الف) تعریف "سرمایه"

پاراگراف ششم ماده ۱، "سرمایه" را عبارت از "هر نوع دارایی" می‌داند که "مستقیم یا غیر مستقیم" توسط سرمایه‌گذار، تملک یا کنترل شود. این ماده همچنین خاطرنشان می‌سازد که هر نوع "حق مالکانه" نیز در شمار دارایی است. نیز هر نوع "ادعا در مورد پول" و "ادعا در زمینه اجرای قرارداد" داخل در تعریف "سرمایه" است. به این ترتیب منشور انرژی، یکی از زمینه‌های لازم را برای مواردی که یک سرمایه‌گذار می‌تواند به سبب نقض قرارداد خصوصی بین خود و دولت میزبان، مستقیماً به مرجع صالح تحت معاهده منشور شکایت برد فراهم نموده است؛ چرا که "حق بر اجرای قرارداد" هم می‌تواند بر اساس این ماده به عنوان "سرمایه" تلقی شود. این ماده همچنین مقرر می‌دارد هر حقی که بر اساس قانون یا بر اساس یک قرارداد لیسانس یا قراردادهای مشابه به سرمایه‌گذار اعطا می‌شود داخل در عنوان سرمایه است؛ به این سان معاهده منشور، کلیه حقوق ناشی از قراردادهای مالکیت فکری و همچنین قراردادهای اجاره و سایر قراردادهایی که "بر اساس قانون" با سرمایه‌گذار منعقد شده را داخل در عنوان سرمایه می‌داند.

لازم به ذکر است که بر اساس لسان این ماده و همگام با رویه موجود در داوریه‌های سرمایه‌گذاری^۷، مرجع رسیدگی‌کننده تحت معاهده منشور، همچنین در مورد تصمیم‌گیری

provided that the Treaty shall only apply to matters affecting such investments after the Effective Date. "Investment" refers to any investment associated with an Economic Activity in the Energy Sector and to investments or classes of investments designated by a Contracting Party in its Area as "Charter efficiency projects" and so notified to the Secretariat."

7. See for example Consorzio Groupement LESI-Dipenta v. Algeria, ICSID case NO. ARB/03/08, award of January 10, 2005 in particular Para. 24 available at www.worldbank.org/ICSID.

راجع به سرنوشت قرارداد اجاره، فروش یا لیسانسی که بر اساس قانون کشور میزبان باطل اعلام شده، یا در اعتبارش خدشه وارد شده است صالح خواهد بود.^۸

دامنه این تعریف، همچنین به این سبب افزایش می‌یابد که بر اساس این ماده، نه فقط دارایی‌هایی که در مالکیت مستقیم یا غیر مستقیم "سرمایه‌گذار" است، سرمایه تلقی می‌شود بلکه دارایی‌هایی که به وسیله سرمایه‌گذار به‌طور مستقیم یا غیر مستقیم "کنترل" می‌شود نیز سرمایه تلقی می‌گردد. مفهوم "کنترل" در منشور انرژی بر اساس "تفاهم نامه تفسیر سند نهایی کنفرانس منشور انرژی اروپا"^۹ به معنای کنترل "در عمل" است.^{۱۰}

بند دوم ماده ۱ (۶) حاوی دو نکته است: اولاً تغییر در نوع و صورت دارایی مورد حمایت معاهده، در نوع حمایت منشور از آن مال تغییری حاصل نمی‌کند. بنابراین اموال مورد حمایت، حتی در صورتی که از نوع اولیه خود در زمان سرمایه‌گذاری، به نوع و صورت دیگری تبدیل شوند همچنان تحت حمایت منشور باقی می‌مانند. کلمه "تغییر"^{۱۱} بدون هیچ‌گونه قیدی به کار رفته است لهذا هر نوع تغییر، خواه از نقطه نظر سیاسی یا اقتصادی و یا قانونی را در بر می‌گیرد.

نکته دوم این بند، در مورد طول مدت حمایت است: معاهده تمام انواع سرمایه را حمایت می‌کند، خواه این سرمایه در زمانی که معاهده برای دولت میزبان لازم‌الاجرا گشته

8. E. Gaillard, 'Investments and Investors Covered by the Energy Charter Treaty', 2005, in C. Riberio (ed.) Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, "61-63", (London: JurisNet, LLC, 2006).

9. Understandings to the Final Act of the European Energy Charter Conference

۱۰. متن این تفاهم‌نامه در وب سایت رسمی منشور موجود است:

www.encharter.org

11. Change.

وجود داشته باشد خواه پس از آن به وجود آمده باشد. نکته مهم دیگر این است که بر اساس ماده ۴۵ منشور انرژی، تمام دول متعاهد، از زمان امضای معاهده تا زمان تصویب آن در مجالس قانون گذاری خود، معاهده را به طور موقت اعمال خواهند کرد، مگر آنکه در این مورد حق شرط قائل شوند؛ این امر، به همراه معنای عبارت "تاریخ لازم الاجرا شدن معاهده" در منشور انرژی، که دامنه شمول آن قطعاً تاریخ اجرای موقت معاهده را هم در بر می گیرد، ما را به این نکته رهنمون می سازد که تمام نکات فوق الذکر، در زمانی که دولت میزبان معاهده را به صورت موقت اعمال می کند هم، صدق می کند.^{۱۲}

آخرین نکته در مورد این ماده، مربوط به آخرین بند آن می شود که هر نوع "فعالیت اقتصادی در حوزه انرژی" را نوعی "سرمایه" قلمداد می کند. مفهوم "فعالیت اقتصادی" در ماده ۱ (۵) تعریف شده است و شامل هر نوع فعالیت اقتصادی در زمینه "اکتشاف، بهره برداری، پالایش، تولید، انبار کردن، انتقال از راه جاده، تبدیل، توزیع، بازاریابی یا فروش محصولات و تولیدات مربوط به انرژی است..." از آنجا که تعریف فوق به بیان مثال در مورد "فعالیت اقتصادی در حوزه انرژی" پرداخته است در می یابیم که تعریف، حصری نبوده است و مصادیق دیگری نیز دارد.^{۱۳} همان طور که از متن ماده بر می آید، منشور انرژی تعریف بسیار گسترده ای را برای مفهوم "فعالیت اقتصادی" برگزیده است. از همین رو این امر موجب می شود که برخی فعالیت های اقتصادی که در حالت عادی و بدون وجود این تعریف، "فعالیت اقتصادی در حوزه انرژی" قلمداد نمی شد (مانند یک معامله بیع ساده)، وارد در این قلمرو شده و بنابراین، "سرمایه" محسوب گردد. از این مهم تر، چنین تعریفی منجر به پدید آمدن ابهام در طبقه بندی برخی فعالیت های اقتصادی می گردد که اگرچه بنا به ارتباط نسبی که با حوزه انرژی دارند، می توانند به عنوان

12. E. Gaillard, ibid.

۱۳. نگاه کنید به تفاهم نامه تفسیر منشور انرژی در مورد ماده ۱ (۵).

فعالیت اقتصادی در حوزه انرژی محسوب شده و به عنوان "سرمایه" حمایت شوند، اما در همان حال می‌توان در جهت عکس این نتیجه‌گیری نیز شواهد و استدلالاتی در مورد آنها ارائه داد.^{۱۴}

باید اذعان کرد که هیچ ملاک قطعی برای ارزیابی فعالیت‌های اقتصادی مختلف و میزان ارتباط آنها با حوزه انرژی وجود ندارد. مع ذلک از آنجا که طبیعت منشور انرژی مرتبط با ایجاد پیشرفت در حوزه انرژی است، و از آنجا که باید در تفسیر هر معاهده، هدف و موضوع آن را در نظر گرفت؛ می‌توان چنین استدلال کرد که تنها فعالیت‌هایی که به نحو "مؤثر و عمده" با حوزه انرژی مرتبط یا برای این حوزه مهم هستند، می‌توانند به عنوان "فعالیت اقتصادی در حوزه انرژی" محسوب شوند. به عنوان مثال می‌توان به یک قرارداد لیسانس یا قرارداد انتقال^{۱۵} برای واگذاری یک تکنولوژی مهم که در زمینه اکتشاف یا استخراج نفت حیاتی است، اشاره کرد. چنین معامله‌ای یک "فعالیت اقتصادی در حوزه انرژی" محسوب می‌شود هرچند جوهر آن بیع یا اجاره یا... باشد. به بیان دیگر، معامله مورد نظر باید "جزء لوازم" حوزه انرژی باشد.^{۱۶}

ب) تعریف سرمایه‌گذار

پس از بحث اجمالی در مورد تعریف "سرمایه" در قسمت قبل، نوبت به تعریف "سرمایه‌گذار" می‌رسد. ماده ۱ (۷) به تعریف این مفهوم اختصاص یافته است. این ماده مقرر می‌دارد:

14. E. Gaillard, op. cit., "66".

15. Assignment agreement

16. B. Poulain, 'Petrobart v. The Kyrgyz Republic – A Few Reservations Regarding the Tribunal's Constructions of the Material, Temporal and Spatial Application of the Treaty' 2005, Transnational Dispute Management Vol.2- Issue 5,3.

"سرمایه گذار" به معنای:

(الف) در مورد کشورهای عضو:

۱. هر شخص حقیقی است که ملیت یا شهروندی یا اقامت دائم در یکی از کشورهای عضو را، بر اساس قانون آن کشور داشته باشد.

۲. هر شرکت یا سازمانی است که بر اساس قانون قابل اعمال در یکی از کشورهای عضو، در آن کشور سازمان یافته باشد.

(ب) در مورد "کشورهای ثالث"، شخص حقیقی، شرکت یا هر سازمانی است که شرایط مقرر در پاراگراف (الف) را در زمینه یک کشور عضو، دارا باشد.

چنانچه ملاحظه می شود، منشور انرژی این مفهوم را به دو گروه تقسیم کرده است: در مورد اشخاص حقیقی، مانند هر معاهده حمایت از سرمایه گذاری دیگری، مقرر می دارد که شخص حقیقی باید شهروندی یا ملیت یکی از کشورهای عضو را داشته باشد یا به طور دائم در آن کشور مقیم باشد. معیارهای ملیت یا تابعیت و اقامت، تابع قانون داخلی هر کشور عضو است و بنابراین در کشورهای مختلف، متفاوت است.

در مورد اشخاص حقیقی که تابعیت مضاعف دارند، هیچ مقرره خاصی در منشور انرژی وجود ندارد و ظاهراً منشور، منعی برای این افراد در طرح ادعا علیه هر یک از دول متبوع خود نمی بیند؛ مع ذلک خواهانی که تابعیت یا شهروندی دولت میزبان را نیز دارد، در هنگام طرح ادعا طبق ماده ۲۶ منشور باید توجه کند که بهترین انتخاب برای او از میان گزینه های موجود در ماده یادشده^{۱۷}، رجوع به داوری موردی تحت قواعد آنسیترال، یا

۱۷. این گزینه ها بر اساس ماده ۲۶ عبارتند از: رجوع به محاکم داخلی کشور میزبان، داوری موردی تحت قواعد آنسیترال، نگاه کنید به ایکسید و تقاضای داوری بر اساس قواعد آن سازمان یا داوری بر اساس قواعد مربوط به تسهیلات اضافی ایکسید (The Additional Facility Rules)، نگاه کنید به اتاق بازرگانی استکهلم و تقاضای داوری بر اساس قواعد آن سازمان.

رجوع به اتاق بازرگانی استکهلم و داوری بر اساس قواعد آن سازمان است، چرا که قواعد کنوانسیون واشنگتن (که قواعد حاکم بر داوری‌های ایکسید است) صریحا افراد دارای تابعیت مضاعف را از حق طرح ادعا علیه هر یک از دول متبوع خود محروم کرده است.^{۱۸} معاهده منشور انرژی برای اینکه اشخاص حقوقی به عنوان سرمایه گذار مورد حمایت منشور قرار گیرند، تنها مقرر می‌دارد که این مؤسسات، بر اساس قانون قابل اعمال در یکی از کشورهای عضو، سازمان یافته باشند. معاهده، هیچ شرط دیگری را در این زمینه، از قبیل لزوم قرار داشتن مرکز مدیریت مؤثر شرکت، یا دفتر مرکزی آن در یکی از کشورهای عضو، لازم نمی‌داند. حتی این مسأله که سهام یا سهم الشرکه شرکت خارجی که علیه کشور میزبان طرح دعوی نموده است، در مالکیت اتباع خود کشور میزبان قرار دارد، تأثیری در قابلیت اجرای این مقرره ندارد و مرجع حل اختلاف، همچنان می‌تواند بر اساس ماده ۲۶ منشور به اختلاف طرفین رسیدگی کند.^{۱۹} این مقرره‌ها در ماده ۱ (۷) سبب می‌شود که این ماده تفاوتی آشکار با مواد مشابه در سایر معاهدات حمایت از سرمایه گذار داشته باشد و به دامنه سرمایه گذاران تحت پوشش منشور انرژی وسعت فراوان می‌بخشد. منشور انرژی، در ماده ۱۷ خود راه سوء استفاده از ماده ۱ (۷) را سد کرده و به دول میزبان حق می‌دهد که شرکت‌ها و مؤسساتی که -اگرچه در یک کشور عضو ثبت شده‌اند ولی هیچ فعالیت قابل توجه و عمده‌ای در این کشورها ندارند- از مزایای حمایتی منشور، محروم نمایند؛ مع ذلک آن چنان که در پرونده پلاما^{۲۰}، یکی از پرونده‌های تحت منشور مطرح

18. P. Pinsolle, 'The Dispute Resolution Provisions of the Energy Charter Treaty', 2007, International law review Vol.3- Issue 4,4-6.

19. Ibid

20. Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria, Decision on Jurisdiction, February 8, 2005, (ICSID Case No. ARB/03/24) available at: www.investmentclaims.com and www.encharter.org last access: 11/06/08

شد، کشور میزبان باید این مطلب را از پیش به شرکت مورد نظر اعلام نماید و اثر هر اعلامی تنها نسبت به آینده است.^{۲۱}

در ارتباط با کشورهای ثالث، یعنی آن دسته کشورهایی که عضو معاهده منشور انرژی نیستند، قسمت دوم ماده ۱ (۷) مقرر می‌دارد که حمایت منشور به شرکت‌های تشکیل شده در این کشورها هم گسترش می‌یابد به شرط آنکه این شرکت‌ها، به‌طور مستقیم یا غیر مستقیم، توسط افرادی تملک یا کنترل شود که واجد شرایط قسمت اول ماده ۱ (۷) باشند.

بیان این نکات ما را به سطح دوم بحثمان می‌رساند: آن چنان که ماده ۲۶ منشور مقرر می‌دارد، سرمایه‌گذار برای طرح ادعای خود حق انتخاب بین هر یک از گزینه‌های موجود در ماده ۲۶ را دارا است و علی‌الاصول دولت میزبان هیچ گونه ترجیحی بین این مراجع نداشته و برای شروع رسیدگی در هر یک از این مراجع، از قبل رضایت بی قید و شرط خود را اعلام کرده است.^{۲۲} پر واضح است زمانی که سرمایه‌گذار، بر اساس منشور انرژی، اقدام به رجوع به داوری سازمانی (مانند داوری تحت قواعد کنوانسیون واشنگتن/ایکسید) می‌کند، ادعای او نه فقط باید دارای شرایط مورد نیاز یک ادعا در چارچوب منشور انرژی باشد، بلکه باید شرایط ادعا تحت آن سازمان خاص را نیز برآورد.^{۲۳} بنابراین و به عنوان

21. E. Gaillard, op. cit., "66-70".

22. P. Pinsolle, 'The Dispute Resolution Provisions of the Energy Charter Treaty', *International law review* (2007), 4.

۲۳. این مسأله به نحو خاص از طرف دیوان داوری ایکسید در پرونده ذیل مورد تأکید قرار گرفت و خاطر نشان شد ادعا، نه فقط باید شرایط معاهده سرمایه‌گذاری را برآورد بلکه باید با معیارهای ایکسید هم‌هنگ باشد:



مثال در مورد ایکسید، از طرفی سرمایه‌گذار باید تبعه یکی از کشورهای عضو ایکسید باشد، و از سوی دیگر کشور میزبان نیز عضو این معاهده بوده و همچنین اختلاف مستقیماً، مرتبط با "سرمایه"، آن هم به نحوی که در قواعد ایکسید تعریف شده است، باشد. در مورد قواعد مربوط به تسهیلات اضافی ایکسید^{۲۴} نیز، همین معیارها صدق می‌کند، تنها تفاوت این است که کافی است یکی از دو طرف اختلاف، از کشورهای عضو باشد.

این امر در نگاه اول ممکن است چندان مسأله ساز به نظر نرسد مع ذلک به رغم شباهت‌های فراوان بین ایکسید و منشور انرژی، این دو کاملاً یکسان نیستند و این امر ممکن است منجر به بروز مشکلاتی شود.

مهم‌ترین نمونه این مسأله، تفاوت بین تعریف سرمایه و سرمایه‌گذار، در ایکسید و منشور انرژی است. لازم به ذکر است که از میان تمام داورهای سازمانی موجود در منشور انرژی، ایکسید تنها گزینه‌ای است که ادعاهای واصله را از طریق تطبیق با تعریف "سرمایه"، تصفیه کرده و مانع طرح آن دسته از ادعاها می‌شود که اساسشان بر معامله‌ای استوار است که بنا به تعریف ایکسید، داخل در عنوان سرمایه نیستند.

بند اول از ماده ۲۵ کنوانسیون واشنگتن مقرر داشته است که اختلاف حقوقی باید مستقیماً ناشی از سرمایه‌گذاری مدعی در کشور میزبان باشد و هر دو طرف باید رضایت کتبی خود را به داوری تسلیم دارند.^{۲۵} با بررسی تعریف "سرمایه" در منشور انرژی،

Salini v. Moocco case (Salini Costruttori S.P.A v. The Kingdom of Morocco decision on jurisdiction dated 23 July 2001, available in: <https://icsid.worldbank.org/index.jsp>)

24. The Additional Facility of ICSID Rules.

25. Art 25(1) of 1965 CONVENTION ON the SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES BETWEEN STATES and NATIONALS OF OTHER STATES,



در یافتیم که این تعریف به حدی موسع است که بعضاً می‌تواند حتی یک معامله بیع را تحت شمول خود قرار دهد، این در حالی است که هیچ تعریف خاصی از "سرمایه" در ایکسید وجود ندارد. مفسرین معتبری همچون پروفیسور شروتر، بر این باورند که عدم وجود تعریف "سرمایه" در ایکسید تعمداً و با این هدف انجام گرفته که در غیاب یک تعریف مصرح، بتواند فراتر از مفهوم سنتی "سرمایه‌گذاری مستقیم" حرکت کرده و تمام فعالیت‌های اقتصادی، به غیر از یک معامله عادی را دربرگیرد.^{۲۶}

رویه ایکسید به وضوح نشان داده است که حتی رضایت طرفین هم، قادر به تغییر طبیعت معامله نبوده و دیوان داوری حتی در حالی که هر دو طرف اختلاف، معامله خاصی را "سرمایه‌گذاری" تلقی می‌کرده‌اند، در زمانی که این معامله آشکارا یک معامله عادی بیع یا مانند آن بوده، حاضر به طبقه‌بندی آن معامله به عنوان یک سرمایه‌گذاری نشده است.^{۲۷} در نهایت باید خاطر نشان ساخت که "دیر کل" در ایکسید دارای یک حق نظارتی است و می‌تواند از به ثبت رسیدن دعوی در ایکسید، به خاطر آنکه دعوی مورد

www.worldbank.org/icsid : "The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally".

26. C.H. Schreuer, 'The ICSID Convention: A Commentary', (Cambridge: CUP, 2001) Art. 25, Para. 119.

27. Kaiser Bauxtile Co. v. The Government of Jamaica, Decision on Jurisdiction dated 6 July 1975(1993) 1 ICSID Reports 296,303 para.17 noted in S. Jagusch & A. Sinclair, n 3 of this chapter,"78".

بحث شرایط مقرر در ایکسید را ندارد، جلوگیری کند. پرواضح است که دیوان داوری نیز می‌تواند بر اساس آنکه ادعا، فاقد شرایط مقرر در ایکسید است، از رسیدگی سرباز زند. در حقیقت، در یکی از تصمیمات متأخر دیوان داوری ایکسید^{۲۸}، مطلب فوق الذکر در مورد قدرت نظارتی دبیرکل و اختیار دیوان، خاطر نشان گشت. در این پرونده همچنین ذکر شد که در سال ۱۹۸۵، دبیرکل ایکسید از ثبت یک دعوی با این استدلال خودداری کرده که، ادعای مورد بحث ناشی از یک معامله بیع بوده و بنابراین نمی‌تواند به عنوان ادعای مستقیم ناشی از "سرمایه‌گذاری" تلقی شود.

بنابراین نتیجه می‌شود که این اختلاف بین نظام ایکسید و منشور انرژی در تعریف مفهوم سرمایه و سرمایه‌گذار به نوبه خود منجر به تعارض و حتی تضاد بین نتیجه حاصل از گزینه‌های مختلف داوری در ماده ۲۶ شود. این به آن معنا است که اگر یک سرمایه‌گذار، تمایل به طرح ادعای خود در چارچوب منشور انرژی، در برابر دیوان داوری ایکسید نماید، ممکن است ادعای او رد شود چرا که از نظر دیوان، شرایط لازم برای "سرمایه" تلقی شدن معامله وجود ندارد در حالی که همین ادعا ممکن است در یک داوری موردی تحت قواعد آنسیترال یا داوری سازمانی در اتاق بازرگانی استکهلم پذیرفته شود.

اگرچه به دشواری می‌توان راجع به حدود و ثغور تعریف دقیق "سرمایه"، در داوری-های ایکسید نظر داد اما دست کم با توجه به رویه ایکسید می‌توان گفت که هرگز در هیچ یک از داوری‌های ایکسید، یک معامله تجاری صرف، به عنوان "سرمایه‌گذاری" تلقی نشده است.

28. Joy Mining Machinery Ltd v. The Arab Republic of Egypt, Award dated 6 August 2004 available online at www.asil.org/ilib/JoyMining_Egypt.pdf.

چنین حد و مرز دقیقی در منشور انرژی وجود ندارد و این امر ممکن است منجر به تعارضاتی با ایکسید شود. بهترین مثال برای این موضوع پرونده پتروبارت علیه جمهوری قرقیزستان است که در ادامه مختصراً بررسی خواهد شد.^{۲۹}

مبحث دوم: اثر تعریف «سرمایه» و «سرمایه گذار» بر صلاحیت مراجع

رسیدگی

همان‌طور که گفته شد به دلیل دامنه وسیع تعریف "سرمایه" و "سرمایه گذار" در منشور انرژی، ممکن است معاملاتی تحت حمایت منشور انرژی قرار گیرند که در حالت عادی از دایره حمایتی معاهدات حمایت از سرمایه گذار خارج هستند. این یکی از مهم‌ترین نکاتی بود که در پرونده پتروبارت موضوع بحث و جدل قرار گرفت. برخی مسائل مطروحه در این پرونده که مرتبط با موضوع بحث حاضر می‌باشد، به شرح ذیل است:

کی.جی.ام.^{۳۰}، یک شرکت دولتی متعلق به قرقیزستان، و پتروبارت شرکت تجاری خارجی متعلق به اتباع انگلستان، با یکدیگر قراردادی منعقد کردند که بر اساس آن، پتروبارت متعهد به فروش گاز به مدت یک سال شد و شرکت دولتی متعهد به قبول و پرداخت بهای محموله گاز، ظرف این مدت گشت. بعد از دو نوبت تحویل و پرداخت ثمن، کی.جی.ام از پرداخت ثمن سه نوبت محموله بعدی سر باز زد؛ در نتیجه پتروبارت به دادگاه‌های محلی رجوع کرد و حکم محکومیت شرکت دولتی را اخذ نمود. در طی

29. Petrobart v The Kyrgyz Republic, Arbitration No. 126/2003 of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, rendered in Stockholm on 29 March 2005

30. K.G.M

پروسه اجرای رأی، با دخالت مقامات قرقیزستانی، دادگاه به توقف اجرای رأی برای مدت شش ماه حکم کرد. در طی این شش ماه، دولت قرقیزستان تقریباً تمام دارایی‌های کی.جی.ام را به سایر شرکت‌های دولتی منتقل کرد بدون آنکه هیچ یک از دیون این شرکت را به آنها انتقال دهد. در نتیجه کی.جی.ام ورشکسته شد و پتروبارت در ردیف غرما قرار گرفت و نتوانست طلب خود را وصول کند.

پتروبارت پس از این رخداد، علیه دولت قرقیزستان و بر اساس قانون حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی قرقیزستان داوری موردی را در چارچوب مقررات آنستیتال آغاز نمود.^{۳۱} قرقیزستان در برابر دیوان داوری استدلال نمود که از آنجا که معامله کی.جی.ام و پتروبارت، مربوط به فروش گاز بوده است، در نتیجه این معامله صرفاً یک معامله بیع بوده و در چارچوب قانون حمایت از سرمایه‌گذاری قرقیزستان قرار نمی‌گیرد، چرا که نمی‌توان به طلب ناشی از یک معامله بیع، عنوان "سرمایه" را داد. به منظور حمایت از این استدلال، دولت قرقیزستان در همان زمان لایحه "تفسیر قانون حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی" را از تصویب مجلس گذراند و در این لایحه تصریح کرد که کلیه معاملات بیع از شمول عنوان "سرمایه" خارج است. دیوان داوری در سال ۲۰۰۳ و بر اساس این تفسیر قرار رد ادعای پتروبارت را صادر کرد. پس از این موضوع، پتروبارت پروسه داوری دیگری را این بار بر اساس منشور انرژی و مطابق با مقررات داوری اتاق بازرگانی استکهلم آغاز کرد. پتروبارت این بار نه فقط میزان محکومیت کی.جی.ام در دادگاه محلی، بلکه ارزش کل قرارداد را (در صورتی که به نحو صحیح اجرا می‌شد) به عنوان منافع تلف شده ادعا کرد. پتروبارت ادعا کرد که بر اساس مواد ۱(۵) تا ۱(۷) می‌توان این شرکت را به عنوان سرمایه-

31. B. Poulain , op. cit., 2-4 .

گذار، تحت منشور انرژی قلمداد نمود. پتروبارت ادعا نمود که بر اساس اقدامات جمهوری قرقیزستان، این کشور مقرره‌های ذیل از منشور انرژی را نقض نموده است:

۱. ایجاد شرایط امن، با ثبات و منصفانه و مساعد به حال سرمایه‌گذار موضوع ماده ۱۰(۱).

۲. انجام رفتار منصفانه و عادلانه با سرمایه‌گذار و ایجاد امنیت پایدار برای سرمایه موضوع ماده ۱۰(۱).

۳. تعهد به خودداری از هر عمل نامعقول یا تبعیض آمیزی که به انتفاع سرمایه‌گذار از سرمایه‌اش خلل وارد آورد.

۴. تعهد به پاسداشت تعهداتش با سرمایه‌گذار.

۵. اطمینان از اینکه قوانین داخلی، ترتیبات مؤثر برای اقامه دعوی و اجرای حق سرمایه‌گذار را تأمین می‌کنند: موضوع ماده ۱۰(۱۲).

۶. اطمینان از اینکه شرکت‌های دولتی به نحوی رفتار می‌کنند که منطبق با تعهدات دولت متعاقد در چارچوب قسمت سوم منشور انرژی باشد (ماده ۲۲(۱)).^{۳۲}

دولت قرقیزستان در برابر این ادعاها، اولاً استدلال کرد که پتروبارت نمی‌تواند به عنوان سرمایه‌گذار طبق منشور انرژی تلقی شود چرا که معامله موضوع دعوی، تنها یک بیع ساده بوده است. قرقیزستان همچنین ادعا کرد که پتروبارت همین دعوی را پیش از این نزد دیوان دآوری دیگری مطرح کرده فلذا اولاً بر اساس قاعده اعتبار امر مختومه^{۳۳}، دیوان حق

32. F. Wennerholm, & J. Sidklev, 'Arbitration Under the Energy Charter Treaty: A Case Report on Petrobart v Kyrgyzstan', 2005, Transnational Dispute Management Vol.2- Issue 5, 6, in www.transnational-dispute-management.com, access:5/4/08.

33. Res Judicta

رسیدگی به اختلاف بین همان اصحاب دعوی در مورد همان موضوع را ندارد و ثانیاً از آنجا که پتروبارت فرصت طرح ادعای خود بر اساس معاهده منشور انرژی را نزد دیوان داوری پیشین (دیوان تشکیل شده بر اساس مقررات آنسیترال)^{۳۴} داشته اما صرفاً به طرح ادعاهای خود بر اساس قانون حمایت از سرمایه‌گذاری قرقیزستان اکتفا کرده است، لهذا از حق خود در طرح ادعا بر اساس منشور انرژی اعراض^{۳۵} کرده است.^{۳۶} مهم-ترین مسأله پیش روی دیوان داوری، تعیین ماهیت قرارداد مورد بحث بود. دیوان داوری تشخیص داد که "دارایی" مورد ادعا، یعنی طلب مورد حکم دادگاه و ادعای پتروبارت در مطالبه وجه، در قرارداد بین پتروبارت با شرکت دولتی کی.جی.ام متجسم شده است. دیوان داوری در انتساب اعمال شرکت دولتی به دولت قرقیزستان مشکل چندانی نداشت چرا که علاوه بر اینکه مالکیت شرکت صد در صد متعلق به دولت بود، زمینه فعالیت آن (تأمین انرژی) نیز یک زمینه کلیدی برای دولت قرقیزستان محسوب می‌شد.^{۳۷} دیوان اعلام کرد اگرچه معامله مورد بحث، یک قرارداد بیع بوده چراکه هیچ جابجایی سرمایه یا دارایی از

^{۳۴} چرا که یکی از گزینه‌های موجود در ماده ۲۶ رجوع به داوری موردی بر اساس مقررات آنسیترال است.

35. Estoppel

36. B. Poulain, op. cit., 5 & 6. See also F. Wennerholm, & J. Sidklev, 'Arbitration', op. cit., 6 & 7.

^{۳۷} در مورد قواعد انتساب اعمال نهادهای دولتی به دولت نگاه کنید به پیش نویس کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل متحد در مورد مسئولیت بین المللی دولت‌ها

ILC Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts

و نیز نگاه کنید به منبع ذیل:

J. Crawford, 'Treaty and Contract in Investment Arbitration', Transnational Dispute Management 2008, Provisional issue ISSN: 1875-4120

کشور خارجی به کشور میزبان را شامل نمی‌شده اما، چنانچه معنای رایج و عادی کلمات ماده ۱(۶) و به ویژه بند سوم این ماده ۱(۶)(c) را در نظر آوریم می‌توان نتیجه گرفت که این "دارایی"، داخل در عنوان سرمایه است. به علاوه دیوان استدلال نمود که با توجه به بند پنجم ماده ۱(۶) (یعنی ماده ۱(۶)(f)) فروش گاز به قرقیزستان یک "فعالیت اقتصادی در حوزه انرژی" محسوب شده و بنابراین نوعی از سرمایه‌گذاری تلقی می‌شود.

به رغم انتقادات متعدد به این نظریه^{۳۸}، به نظر می‌رسد استدلال دیوان خالی از قوت نباشد: نخست آنکه فروش گاز به یک دولت (به ویژه با توجه به وضعیت جمهوری‌های تازه استقلال یافته شوروی سابق و وابستگی آنها به روسیه به عنوان تأمین کننده انرژی در منطقه قفقاز) نمی‌تواند به عنوان یک معامله صرفاً تجاری تلقی شود چرا که برای توسعه دولت خریدار، اهمیتی استراتژیک دارد؛ ثانیاً دولت قرقیزستان در این معامله قصد خرید و بازتوزیع گاز در داخل کشور را داشت و این امر دقیقاً همان توصیفی است که از "فعالیت اقتصادی در حوزه انرژی" در منشور آمده است. اگرچه عدم توجه و ارجاع به تفاهم‌نامه راجع به تفسیر منشور انرژی، انتقادات قابل توجهی را نسبت به این رأی برانگیخت و اگرچه برخی نویسندگان این حوزه پیشنهاد نمودند که بهتر بود دیوان، به تعریف سنتی از "سرمایه‌گذاری" پایبند می‌ماند اما سعی می‌کرد در مورد این پرونده خاص با توجه به شرایط، تفسیر موسعی از تعریف ارائه کند، اما به نظر می‌رسد روش مرجع حل اختلاف، به ویژه با توجه به ارتباط معامله مورد بحث با حوزه انرژی، قابل قبول باشد. دیوان داوری همچنین اعلام کرد که از آنجا که مرجع تعیین کننده اعضا برای تشکیل هیات داوری به منظور انجام داوری موردی بر اساس قوانین آنسیترال، در منشور انرژی و قانون حمایت از

۳۸. برای ملاحظه پاره‌ای از این انتقادات نگاه کنید به 5 & 6, Poulain, op. cit.

سرمایه‌گذاری قرقیزستان، متفاوت است حتی در صورتی که خواهان ادعای خود را در پرونده قبلی مطرح کرده بود، باز هم احتمالاً دو هیأت مختلف داوری به آن رسیدگی می‌کردند. لهذا این امر، به همراه این حقیقت که استفاده از حق اقامه دعوی تحت یک قانون یا معاهده دیگر، مدعی را از حق اقامه دعوی بر اساس منشور انرژی محروم نمی‌کند^{۳۹}، سبب شد که دیوان از پذیرش اعتراض راجع به اعتبار امر مختومه و اعراض از حق، خودداری کند.

ادعاهای مشابه در مورد تعهدات قراردادی در ایکسید در پرونده *فداکس و جمهوری ونزوئلا* طرح شد.^{۴۰} در این پرونده، خواننده نسبت به صلاحیت ایکسید در رسیدگی به این اختلاف اعتراض نمود چرا که معتقد بود معامله موضوع اختلاف نمی‌تواند به عنوان "سرمایه‌گذاری" تلقی شود. علی‌رغم این اعتراض، دیوان داوری تشخیص داد که موضوع اختلاف حق بر دریافت اصل و سود ناشی از اوراق قرضه‌ای بوده که دولت ونزوئلا منتشر کرده، و در واقع یک "ادعای مالی" است که در معاهده حمایت از سرمایه‌گذاری بین ونزوئلا و هلند، به عنوان شکلی از سرمایه‌گذاری توصیف شده است. این امر به همراه این واقعیت که دولت ونزوئلا وجوه حاصل از این اوراق قرضه را صرف عملیات عمرانی کرده بود به دیوان داوری کمک کرد که به این نتیجه برسد که معامله موضوع اختلاف بر اساس معیارهای ایکسید هم یک "سرمایه‌گذاری" است.^{۴۱} در مقابل، همان‌طور که اشاره شد در

۳۹. استثنای این قاعده، زمانی است که دول نسبت به این مسأله در منشور انرژی حق شرط قائل شوند. برای تفصیل بیشتر نگاه کنید به ماده ۲۶ معاهده منشور انرژی.

40. *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/96/3) available at: www.worldbank.org/ICSID

41. Jagusch & A. Sinclair, op. cit., "84".

پرونده دیگری در ایکسید، دیوان داوری این ادعا را که "حق بر مطالبه وجه یا درخواست اجرای یک قرارداد که دارای ارزش مالی است"، سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود، رد کرد.^{۴۲} چرا که قرارداد موضوع دعوی صرفاً یک قرارداد بیع تجهیزات بود و این امر که دولت خوانده، یک ضمانتنامه رسمی برای پرداخت وجه آن صادر کرده بود هم تغییری در ارزیابی ایکسید ایجاد نکرد.

به عنوان نتیجه‌گیری از این قسمت بحث، می‌توان به نظر پروفیسور شروئر در کتاب تفسیر مشهورش از ایکسید استناد کرد. او در این کتاب نتیجه می‌گیرد که برای آنکه بتوان قراردادی را به عنوان سرمایه‌گذاری محسوب کرد، این قرارداد باید نسبتاً طویل‌المدت باشد و سرمایه‌گذار باید در ریسک معامله سهام بوده و پرداخت سود و عایدی به او در طی یک دوره زمانی (متناسب با پیشرفت پروژه) باشد و نهایتاً آن که این قرارداد سهمی در توسعه و پیشرفت کشور میزبان داشته باشد.^{۴۳} در واقع می‌توان گفت آنچه تفاوت بین بیع و سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود این است که بایع صرفاً ثمن را دریافت می‌دارد ولی سرمایه‌گذار در سود پروژه سهام می‌شود.^{۴۴}

باید اذعان کرد که بسیاری از شرایط فوق‌الذکر در معامله موضوع پرونده پتروبارت وجود ندارد. پتروبارت همچنین با پرونده *فلاکس* یا موارد مشابه دیگر هم متفاوت است چرا که تقریباً در همه جا پذیرفته شده که خرید اوراق قرضه دولتی در واقع نوعی سرمایه‌گذاری محسوب می‌شود به‌ویژه زمانی که وجوه حاصله برای انجام پروژه‌های عمرانی به کار برده می‌شود، در حالی که در مورد ادعای پتروبارت این شرایط وجود نداشت. در

42. Joy Mining Machinery Ltd v. The Arab Republic of Egypt, op. cit., para 41.

43. S.CH Schreuer, Commentary on the ICSID Convention ,Art. 25.

44. S. Jagusch & A. Sinclair ,op. cit. , "84".

آخر باید پذیرفت که تقریباً در هیچ موردی، دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری حاضر نمی‌شوند معاهدات حمایت از سرمایه‌گذاری و یا اصول حقوق بین‌الملل را برای محافظت از قراردادهای خصوصی به کار گیرند که هیچ عنصری از تعاریف سنتی و کلاسیک مفهوم "سرمایه" را در خود ندارند.

با این حال باید پذیرفت که در شرایط حاضر اگر پرونده پتروبارت به جای اتاق بازرگانی استکهلم به ایکسید می‌رفت، نتیجه کاملاً متفاوت می‌شد و به احتمال زیاد دعوی به دلیل آنکه قرارداد مبنای اختلاف صرفاً یک معامله بیع تلقی می‌شود، رد می‌شد. این امر از جهات مختلف مسأله‌ساز است؛ نه فقط به این سبب که وحدت و پیش‌بینی پذیری نتایج پرونده‌های مطروحه در منشور انرژی را به چالش می‌کشد بلکه در این حالت دیگر نمی‌توان فرض کرد که دول متعاقد (به عنوان خواننده) هیچ ترجیحی در میان گزینه‌های موجود در ماده ۲۶ ندارند و انتخاب مرجع رسیدگی باید بر عهده سرمایه‌گذار باشد.^{۴۵} این تفاوت را نمی‌توان بر تفاوت‌های ذاتی بین مراجع مختلف مذکور در ماده ۲۶ منشور (مانند قابلیت شکایت از آرای صادره تحت برخی و عدم وجود حق شکایت از رأی تحت برخی دیگر) حمل نمود. شاید تنها راه حل این باشد که دیوان‌های داوری ایکسید، با توجه به فقدان هر نوع تعریف مدون از "سرمایه" در ایکسید، هنگامی که به عنوان مرجع حل اختلاف منشور انرژی به قضایا رسیدگی می‌کنند، تفسیر موسع‌تری از این مفهوم با توجه به تعریف "سرمایه" در منشور انرژی ارائه دهند؛ در مقابل، سایر مراجع حل اختلاف مذکور در ماده ۲۶ هم نباید به خاطر دامنه گسترده تعریف "سرمایه" در منشور، هر قرارداد خصوصی که حتی اصول اولیه موجود در تعریف کلاسیک "سرمایه" را در خود ندارد،

45. B. Poulain , op. cit.,5-9.

داخل در این عنوان بدانند. در واقع اتکا و تأکید بر "ارتباط مؤثر و عمده"^{۴۶} می تواند به عنوان اصلی ترین معیار در این زمینه باعث کاهش چشمگیر احتمال تعارض میان مراجع مختلف مذکور در ماده ۲۶ منشور انرژی شود، هرچند که این احتمال را کاملاً منتفی نمی کند.

46. Substantial.

نتیجه گیری

به عنوان نتیجه گیری می توان بیان کرد که تعریف موجود در معاهده منشور انرژی، برای دو مفهوم "سرمایه" و "سرمایه گذار"، گام مؤثری در توسعه این تعاریف نسبت به مفهوم سنتی آن برداشته است. همان طور که در بخش نخست این نوشتار بررسی شد تعریف سرمایه در منشور تا به آن حد گسترده است که بعضاً معاملاتی با طبع بیع یا اجاره را نیز در خود جای می دهد. در مورد "سرمایه گذار" هم تقریباً تمام قیدهای کلاسیک محدودکننده در معاهدات حمایت از سرمایه گذاری خارجی، در منشور انرژی حذف شده است. دقت و ظرافت در تفسیر این تعاریف سبب کاهش احتمال تعارض در نتیجه آرای پرونده های منشور انرژی بین مراجع مختلف رسیدگی کننده خواهد شد، هر چند باید پذیرفت که مراجع حل اختلاف در مواجهه با این تعریف باید از برخی پیش فرض های سنتی راجع به تعریف "سرمایه" چشم پوشند. پرونده پتروبارت یک مثال بارز از اهمیت و تأثیر این تعریف را به تصویر می کشد. باید پذیرفت به رغم انتقادات فراوان به این رأی، رویکرد دیوان داوری در تفسیر ماده ۱ منشور انرژی قابل پذیرش بوده و با در نظر گرفتن شرایط پرونده و تأکید دیوان داوری بر این حقیقت که نقض قرارداد و عواقب جلوگیری از اجرای رأی دادگاه محلی، رنگ دولتی داشته و منتسب به فعل دولت قرقیزستان بوده است، سبب خواهد شد که شائبه امکان سوء استفاده از رویکرد دیوان داوری در آینده و به ویژه احتمال سوء استفاده از امکان انتخاب مرجع حل اختلاف^{۴۷} منتفی شود؛ چرا که ممکن است در پرونده ای دیگر با شرایطی متفاوت چنین رویکرد گشاده دستانه ای حتی از ناحیه دیوان داوری اتاق بازرگانی استکهلم اعمال نگردد. با این حال نباید از یاد برد که اگر

47. Forum Shopping.

پرونده پتروبارت در شرایط حاضر به ایکسید ارجاع می‌شد به احتمال زیاد، نتیجه‌ای متناقض با نتیجه فعلی حاصل می‌شد. این تعارض قابل پذیرش نیست؛ از همین رو است که پیشنهاد می‌گردد به دلیل عدم وجود یک تعریف صریح از "سرمایه" در کنوانسیون واشنگتن، و به سبب آنکه دیوان داوری ایکسید در هنگام بررسی پرونده‌های اختلاف تحت منشور انرژی در واقع به عنوان "مرجع حل اختلاف منشور انرژی" عمل می‌کند؛ دیوان‌های داوری ایکسید دست کم در هنگام رسیدگی به پرونده‌های منشور انرژی از تعریف سنتی "سرمایه" فاصله گرفته و تلاش نمایند که رویکرد موسع‌تری (با توجه به تعریف موجود در معاهده منشور انرژی) نسبت به این مفاهیم داشته باشند تا به این ترتیب احتمال تعارض در نتیجه آرای صادره به حداقل رسد.

فهرست منابع الف) لاتین

Articles

1. Crawford, J.(2008) 'Treaty and Contract in Investment Arbitration', Transnational Dispute Management Provisional issue ISSN: 1875-4120
2. Gaillard, E.(2005) 'Investments and Investors Covered by the Energy Charter Treaty', in C. Riberio (ed.) *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, "69", (London: JurisNet, LLC,2006)
3. Jagusch S.& Sinclair A.(2005), 'The limits of Protection for Investments and Investors under the ECT', in C. Riberio(ed.) *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, (London: JurisNet, LLC,2006).
4. Parra , A.R.(2005), 'Investments and Investors Covered by the ECT and Other Investment Protection Treaties', in C. Riberio(ed.) *Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty*, (London: JurisNet, LLC,2006)
5. Pinsolle, P. (2007) 'The Dispute Resolution Provisions of the Energy Charter Treaty', International law review
6. Poulain , B (2005) 'Petrobart v. The Kyrgyz Republic – A Few Reservations Regarding the Tribunal's Constructions of the Material, Temporal and Spatial Application of the Treaty', Transnational Dispute Management Vol.2- Issue 5
7. Wennerholm, F. & Sidklev, J. (2005) 'Arbitration under the Energy Charter Treaty: A Case Report on Petrobart v Kyrgyzstan', Transnational Dispute Management Vol.2- Issue 5

BOOKS

8. Riberio , C.(ed) (2006) Investment Arbitration and the Energy Charter Treaty, London: JurisNet, LLC
9. Schreuer, C.H.,(2001) The ICSID convention: A Commentary, (Cambridge: CUP)

CASES

10. Consorzio Groupement LESI-Dipenta v. Algeria, ICSID case NO. ARB/03/08, award of January 10, 2005. available at www.worldbank.org/ICSID
11. Fedax N.V. v. Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB/96/3), available at www.worldbank.org/ICSID
12. Joy Mining Machinery Ltd v. The Arab Republic of Egypt, Award dated 6 August 2004 available online at www.asil.org/ilib/JoyMining_Egypt.pdf
13. Kaiser Bauxtile Co. v. The Government of Jamaica, Decision on Jurisdiction dated 6 July 1975(1993) 1 ICSID Reports 296-303.
14. Plama Consortium Limited vs. Republic of Bulgaria, Decision on Jurisdiction, February 8, 2005, (ICSID Case No. ARB/03/24) available at: www.investmentclaims.com and www.encharter.org last access:11/06/08
15. Petrobart v The Kyrgyz Republic, Arbitration No. 126/2003 of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, rendered in Stockholm on 29 March 2005

16. Salini Costruttori S.P.A v. The Kingdom of Morocco decision on jurisdiction dated 23 July 2001, available in: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/index.JSP>)
17. *Salini Contruttori S.P.A and Italstrade v The Hashemite Kingdom of Jordan*, ICSID Case No.ARB/02/13 Decision on Jurisdiction November 15th, 2004. available in: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/index.JSP>)
18. SGS Société Générale de Surveillance SA v Islamic Republic of Pakistan (ICSID Case No. ARB/01/13)
19. SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines (Para: 124-141) (ICSID Case No. ARB/02/6)

INTERNET WEBSITES

- 1) www.encharter.org
- 2) <https://icsid.worldbank.org/ICSID/index.JSP>
- 3) www.naftaclaims.com
- 4) www.transnational-dispute-management.com
- 5) www.westlaw.com