

فصلنامه علمی تخصصی فقه و حقوق معاصر

سال هشتم، شماره ۲۱، پاییز ۱۴۰۱، ص ۱۸۷-۲۲۰

بررسی اصول برقراری تعادل بین منافع سرمایه گذار و حق دولت

دکتر شیرزاد امیری^۱

شیرین فرهادی^۲

چکیده

سرمایه گذاری مستقیم خارجی از مجراهای متنوعی بر رشد اقتصادی تأثیرگذار است که از آن جمله می توان به مواردی مانند ایجاد تخصص گرایی در حوزه های مختلف، انگیزه برای سیاست های بهتر اقتصادی و سیاسی نزد دولتمردان، افزایش جریان سرمایه گذاری داخلی، علامت دهی مثبت به بازار، توسعه بازارهای مالی و انتقال تکنولوژی اشاره کرد. تداخل غیرمستقیم اقدامات دولت میزبان با حق مالکیت سرمایه گذار، تصمیم گیری در مورد این مسئله را که آیا محدودیت های معمول ناشی از مداخله دولت، سلب مالکیت محسوب می شود یا خیر، بسیار دشوار ساخته است. از یک سو استثنائات ناشی از حق دولت برای تمثیت منافع عمومی رو به گسترش است و از سوی دیگر سرمایه گذار به دنبال کسب منافع و ثبات اقتصادی است. در چشم انداز سرمایه گذاری بین المللی، این امر به آهستگی اما قاطعانه در حال چرخش به سمت نسل جدیدی از معاهدات با تأکید بر حق دولت ها برای تنظیم گری به عنوان حق ذاتی در حاکمیت دولت، ضمن ایجاد فضایی جذاب برای سرمایه گذاری است به رسمیت شناختن حق تنظیم گری به عنوان نقطه شروع در هر معاهده می تواند چارچوبی باشد برای ایجاد معاهده سرمایه گذاری دو یا چندجانبه که تاکنون چندان موفق نبوده است.

واژگان کلیدی: برقراری تعادل، حق تنظیم گری، سلب مالکیت غیرمستقیم، معاهدات سرمایه گذاری، منافع

عمومی و خصوصی

^۱ - استادیار گروه حقوق، واحد اسلام آباد غرب، دانشگاه آزاد اسلامی، اسلام آباد غرب، ایران، shirzadamiri@gmail.com

^۲ - کارشناس ارشد حقوق عمومی.

مقدمه

این واقعیت که دولتها ممکن است به دلیل منافع عمومی به نحوی عمل کنند که از شرایط عادی حاکم بر روابط بدهکار و بستانکار خارج شوند، امری است که نباید از آن غافل بود در پی اعمال اختیارات قانونی دولت ها ممکن است دارایی خارجیان در معرض مالیات، محدودیت های تجاری همچون مجوزها و سهمیه بندیها یا اقدامات دیگر، به کاهش ارزش پول منجر شود، لیکن اعمال چنین مواردی اصولاً ایجاد سلب مالکیت نمی کنند، هرچند بسته به ویژگی های هر مورد قابل بررسی است، بنابراین دادگاه ها نسبت به اعمال سلب آمویز دولت میزبان که تنها برخی از خارجیان را تحت تأثیر قرار میدهد، به ویژه زمانیکه چنین تبعیضاتی در نتیجه سیاست های مشروع دولت باشد، رویکردهای متفاوتی دارند. (هوهن فلدرن، ۱۳۹۳، ۶۵)

حاکمیت دولت ها در قلمرو خود مطلق است و در چارچوب اختیارات حاکمیتی، نظم اجتماعی، اقتصادی و سیاسی خود را تعیین و اقدامات لازم را برای ارتقای اهداف مشروع رفاه عمومی اتخاذ می کنند. اما به دلیل تعارض اقدامات با منافع سرمایه گذاران خارجی، در حفظ چارچوب حقوقی و سیاسی مطلوب دولت میزبان، مهم ترین موضوع در جریان مذاکرات معاهدات سرمایه گذاری، ایجاد تعادل مناسب بین منافع متضاد طرفین است. بر این مبنا ادعاهای سلب مالکیت غیرمستقیم براساس رویه های اتخاذ شده در مراجع بین المللی، به طور فزایندهای تهدیدی برای توانایی دولت ها در زمینه کنترل املاک در قلمرو خود به حساب می آید. در حال حاضر هیچیک از نظریات مطروحه برای ایجاد تعادل بین منافع طرفین، به طور مداوم در رویه قضایی مورد حمایت نیست و همین امر موجب بروز درجه بالایی از عدم اطمینان برای سرمایه گذار و دولت میزبان، هنگام بروز اختلاف شده است. طبیعی است که شفاف سازی مقررات در ایرن خصوص ضمن تقویت جایگاه سرمایه گذاران موجب ایجاد اعتماد بیشتر در آنها و افزایش سرمایه گذاری مستقیم خارجی می شود با وجود ضرورت حمایت از سرمایه گذار همواره تأکید میشود که تلاش برای تضمین حقوق سرمایه گذاران، نباید حق کشورها را در اعمال اختیارات سیاسی و عملکردهای نظارتی تضعیف کند. با بررسی رویه محاکم بین المللی در حل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری و نظریات مختل ارائه شده توسط حقوقدانان در مورد چگونگی برقراری تعادل بین منافع سرمایه گذار و حق دولت، ارائه پاسخی شفاف و معقول به پرسش های ذیل برای این پژوهش ضروری است، اول اینکه در بین معیارهای ارائه شده برای تمیز حق دولت بر تنظیم منافع عمومی از سلب مالکیت غیرمستقیم کدام یک توجیه ترپذیر به نظر می رسد و می تواند مبنای تصمیم گیری در مراجع داوری باشد؟ دو اینکه به چه طریقی می توان ضمن عدم تضعیف

حق تنظیم گری دولت به حفظ منافع سرمایه گذاران امیدوارتر بود؟ به عبارت دیگر، آیا این دو مفهوم با هم قابل تطبیق و سازش پذیرند؟

۱- تعاریف

۱-۱- سرمایه^۳

اقتصاددانان در تعریف و اهمیت سرمایه، اتفاق نظر ندارند. همچنین در ابعاد و نقش آن نظرات مختلفی وجود دارد. در فرهنگ نامه های اقتصادی برای اصطلاح سرمایه معانی مختلفی ذکر شده است، جان بلاک^۴ در تعریف سرمایه بیان می کند، سرمایه و سائل تولید ساخت بشر است (در گاهی، ۱۳۹۵، ۶۵).

در این اصطلاح، سرمایه امری فیزیکی، مادی و غیرهمگن و جمع ناپذیر است و شامل زمین و مواد اولیه و پول و دارایی های مالی نمی شود. سرمایه مالی است که از آن عایدی به دست می آید.

در فرهنگ تخصصی علوم اقتصادی فرهنگ در تعریف سرمایه آمده است، سرمایه یکی از عناصر مهم در تولید در اقتصاد سرمایه داری و متشکل از مالی است که از آن عایدی به دست می آید و بر حسب پول بیان می شود. معمولاً سرمایه با اصطلاح کالای سرمایه ای^۵ مترادف است و گاه آن را پول سرمایه ای^۶ و سرمایه ملکی^۷ می نامند و به معنای وسیع تر کل سرمایه، مجموع دارایی های یک واحد اقتصادی است.

لذا با این تعریف ملاحظه می شود که اوراق مالی نیز در مفهوم سرمایه داخل می شوند، زیرا عایدی و بازده دارند. جان بلاک در تعریف دیگری برای سرمایه اظهار می دارد سرمایه، موجودی دارایی های مالی است که می تواند درآمدزا باشد. بنابراین، پول که بالقوه درآمدزا است، سرمایه شمرده می شود؛ از این رو سرمایه یک شرکت، موجودی اولیه پولی است که با آن تجارت را آغاز می کند. این سرمایه می تواند برای خرید کالاهای سرمایه ای صرف شود، سرمایه در گردش باشد؛ به صورت مانده پولی نگهداری شود یا به مشتریان وام داده شود (بهکیش، ۱۳۹۰، ۶۵)

کالاهای سرمایه ای، کالاهای تولید شده ای هستند که برای تولید لازمند و موجودی کالاهای سرمایه ای مختلف «سرمایه» است (بختیاری، ۱۳۹۴، ۷۸)

^۳ Capital

^۴ John Black

^۵ Capital goods

^۶ Capital money

^۷ Property Capital

دکتر توتونچیان سرمایه را از دیدگاه اقتصاددانان غربی، هم به معنای سرمایه فیزیکی یعنی ماشین آلات به کاررفته و هم به معنای سرمایه نقدی و هم به مفهوم سرمایه در گردش می داند. وی در تعریف دیگری، سرمایه بنگاه را چنین تعریف می کند (توتونچیان، ۱۳۹۹، ۹۹)

بدهی - ارزش دارایی های یک واحد تولیدی = سرمایه

بدین ترتیب، سرمایه یک بنگاه، دارایی خالص آن است. این مفهوم شامل، زمین، ماشین آلات، ساختمان ها، موجودی انبار و پول نقدی که به صورت بالفعل درگیر امر تولید است، می شود. همچنین اگر یک بنگاه از بدهی خود بکاهد می توان گفت بر سرمایه اش افزوده است. به نظر می رسد این، مفهوم حسابداری سرمایه است و نه مفهوم اقتصادی آن.

۱-۲- سرمایه گذار

سرمایه گذاری پرنوسان ترین جزء مخارج کل است که در اقتصاد کلان مورد بحث قرار می گیرد. مطالعه سرمایه گذاری به دلیل نقش دوگانه ای که در اقتصاد ایفا می کند حائز اهمیت است؛ از یک سو بخش بزرگی از مخارج کل را شامل می شود و بدین سبب تغییر آن، اثر قابل توجهی بر تقاضا می گذارد و از سوی دیگر، نقش مهمی بر عرضه و تولید دارد؛ زیرا سرمایه گذاری بیانگر افزایش موجودی سرمایه است.

در مفهوم سرمایه گذاری همچون مفهوم سرمایه اختلاف وجود دارد. جان بلاک برای سرمایه گذاری دو معنا ذکر می کند.

۱. فرآیند افزودن به موجودی دارایی های تولیدی واقعی. این تعریف کینزی از سرمایه گذاری، شامل تملک دارایی های ثابت مثل ساختمان و کارخانه و افزودن بر موجود انبار و کالاهای نیم ساخته می شود.

۲. تملک دارایی های مالی مانند سهام کارخانه ها. سرمایه گذاران، مردمی هستند که مالک این سرمایه ها می شوند. شرکت ها و بانک های سرمایه گذاری به این مفهوم، مؤسسات مالی هستند که به جای آنکه خودشان سرمایه گذاری فیزیکی را اداره کنند، نوعاً اوراق بهادار نگه می دارند (بهکیش، ۱۳۹۰، ۷۳)

در فرهنگ بزرگ علوم اقتصادی نیز برای سرمایه گذاری تعاریف ذیل شده است.

۱. مبادله پول در برابر یک شکل ملکیت که انتظار می رود ادوام و مثمر باشد.

۲. خرید وسائل تولید به وسیله سرمایه پولی و به منظور تولید اضافی.

۳. کلیه اضافات بر دارایی های مادی کشور طی یک سال.

مفهوم اول شامل خرید اوراق بهادار می شود. در نظریه های اقتصادی سرمایه گذاری، مفهوم دوم به کار می رود و مفهوم سوم در اصطلاح حسابداری ملی رایج است و شامل سرمایه گذاری مؤسسات تولیدی، خانوارها و دولت می شود. سرمایه گذاری مؤسسات تولیدی، شامل تشکیل سرمایه ثابت و افزایش مقدار ذخائر است (فرهنگ، ۱۳۹۱، ۱۱۰)

با توجه به تعریف دکتر توتونچیان از سرمایه می توان از سرمایه می توان گفت: سرمایه گذاری از دیدگاه وی عبارت است از: «فرایند افزودن بر دارایی های خالص بنگاه»

بنابراین اگر بنگاه، بدهی های خود را کاهش دهد، سرمایه گذاری کرده است. این تلقی از سرمایه گذاری با مفهومی که این اصطلاح در اقتصاد دارد، بسیار متفاوت است. در نظریه های سرمایه گذاری از دیدگاه خرد، سرمایه گذاری فرایند افزودن بر دارایی های تولیدی واقعی بنگاه است؛ البته در بحث های مربوط به بازارهای مالی، مقصود از سرمایه گذاری، مبادله پول با یک دارایی مالی است. از دیدگاه کلان و در چارچوب حسابداری ملی مفهوم سرمایه گذاری متفاوت است. از دیدگاه سرمایه گذاری فرایندی است که به مخارج سرمایه گذاری به صورت جزئی از درآمد ملی منتهی می شود. بدین ترتیب فقط هزینه هایی را در برمی گیرد که موجودی کالاهای سرمایه ای کشور نظیر کارخانه ها، تجهیزات فنی، ساختمان ها و موجودی کالا را افزایش دهد. افزون بر این خرید ماشین فرسوده یا کارخانه هایی که در سال های قبل ساخته شده اند، از این دیدگاه سرمایه گذاری تلقی نمی شوند (شاه آبادی، ۱۳۹۵، ۹۲).

چنانچه ملاحظه می شود، سرمایه گذاری از دیدگاه خرد مفهومی بسیار متفاوت با سرمایه گذاری از دیدگاه کلان دارد. بنابراین در نظریه های اقتصادی منظور از سرمایه گذاری خرید وسائل تولید شامل اموال فروشی است که به وسیله سرمایه پولی و برای تولید اضافی و تغییر شکل سرمایه های نقد به سرمایه های غیرنقد به صورت اموال، ماشین، حقوق انحصار و تحقیق علمی درمی آیند (ذوالقدر، ۱۳۹۸، ۱۰۲)

بررسی عوامل مؤثر بر تصمیم گیری بنگاه مبنی بر انجام یا عدم انجام پروژه های سرمایه گذاری در چارچوب نظری، مدل های موجود در زمینه سرمایه گذاری را بیان می کند. لذا می توان مدل های سرمایه گذاری را به سه طبقه کلی مدل های شتاب، مدل های سود انتظاری و مدل های نئوکلاسیک ها تقسیم کرد.

مدل شتاب

اقتصاددانان کلاسیک و کینز، معمولاً فرض می کنند که سرمایه گذاری، تابعی از نرخ بهره است. اما از سال های پس از جنگ جهانی دوم اقتصاددانان به طور فزاینده ای اهمیت نرخ بهره را به عنوان یک تعیین کننده سرمایه گذاری مورد تردید قرار دادند. به ویژه، مطالعات تجربی اولیه حاکی از آن است که سرمایه گذاری نسبت به

تغییرات نرخ بهره تقریباً غیرحساس است در نتیجه این مطالعات، تئوری های مختلف سرمایه گذاری ارائه گردید، که از آن جمله می توان به تئوری شتاب اشاره کرد. تئوری شتاب، در ساده ترین شکل آن براساس این تصور قرار دارد که ذخیره لازم سرمایه، به سطح تولید و درآمد بستگی دارد (پیراسته، ۱۳۹۱، ۶۷)

البته تأکید نظریه شتاب بر این نکته است که عامل تعیین کننده سرمایه گذاری، سطح درآمد دوره جاری نیست؛ بلکه میزان و سرعت افزایش تولید جامعه است. برای تولید، مقدار ثابتی از محصول و مقدار معینی از عوامل تولید مورد نیاز است. اگر سطح تولید بخواهد بالا رود، عوامل مورد نیاز برای ایجاد آن نیز باید افزایش یابد. بنابراین با افزایش تولید، موجودی سرمایه مورد نیاز نیز افزایش می یابد. نظریه ساده شتاب نشان می دهد که در یک دوره برای تولید یک واحد محصول به چند واحد سرمایه نیاز است (بختیاری، ۱۳۹۴، ۴۵)

مدل های سود انتظاری

یک بنگاه، هنگامی اقدام به سرمایه گذاری می کند، که انتظار کسب سود داشته باشد. سود پیش بینی شده برای طرح، مهم ترین عامل تصمیم گیری، سرمایه گذاری است. سود، برابر با درآمد منهای هزینه. مشکل مقایسه هزینه های فعلی با درآمدهای آتی تحت عنوان «معیار ارزیابی طرح های سرمایه گذاری» بررسی می شود. معیار کلاسیک (ملاک فعلی سرمایه گذاری)

براساس این طرح، سرمایه گذاری فقط موقعی مقرون به صرفه است که ارزش فعلی جریان درآمدهای آن بیشتر از هزینه آن باشد که در اثر استفاد در طول تمام عمر، کالاهای سرمایه ای ایجاد می شود. جریان تبدیل ارزش آینده به ارزش فعلی «تنزیل» خوانده می شود که در واقع عکس «مرابحه» می باشد

سرمایه کینز (ملاک بازده نهایی سرمایه گذاری)

بازده نهایی یک پروژه سرمایه گذاری (r) به عنوان نرخ بهره ای که ارزش فعلی (PV) پروژه را به صفر تنزیل خواهد کرد؛ تعریف می شود و r طبق رابطه زیر به دست می آید:

$$0 = -c + R_t + \frac{R_{t+1}}{1+r} + \frac{R_{t+2}}{(1+r)^2} + \dots + \frac{R_{t+n}}{(1+r)^n}$$

اگر با هزینه های معین (C) و جریان درآمدهای مشخص (R)، معادله را برای (r) حل کنیم، به نرخ بهره ای دست خواهیم یافت؛ که بازدهی خالص پروژه را به صفر تنزیل کند. رابطه بالا را به این صورت هم می توان نوشت:

$$0 = -I + \frac{R_1}{1+r} + \frac{R_2}{(1+r)^2} + \dots + \frac{R_n}{(1+r)^n}$$

نظر به اینکه، رابطه فوق رابطه پیچیده‌ای بوده و تابع درجه ۱ تا ۱۸۱۸ است؛ برای سادگی در تجزیه و تحلیل می‌توانیم میزان سرمایه‌گذاری را به‌طور کلی تابع معکوسی از (۲) تصور کرده و باز برای حفظ سادگی بیشتر آن را با یک رابطه خطی به‌صورت زیر می‌توان نوشت: به این رابطه در اصطلاح «تابع سرمایه‌گذاری» گفته می‌شود (داوودی، ۱۳۹۹، ۹۸)

مدل های نئوکلاسیک

نظریه سرمایه‌گذاری نئوکلاسیک‌ها، بر رفتار و حداکثرسازی سود بنگاه‌ها مبتنی است. از نظر این گروه با فرض ثابت بودن درآمد بنگاه‌ها با توجه به ثابت بودن سطح تولید، بنگاه برای رسیدن به سود بیشتر باید هزینه‌های خود را کاهش دهد. هزینه استفاده از سرمایه عبارتست از:

۱. هزینه فرصت پولی که برای خرید تجهیزات به کار می‌رود.

۲. نرخ استهلاک تجهیزات سرمایه است.

با فرض ثابت بودن قیمت‌های نسبی، تجهیزات مورد نیاز بنگاه ثابت باقی می‌ماند؛ در نتیجه بنگاه تنها برای تجهیزات مستهلک شده سرمایه‌گذاری می‌کند. زمانی که هزینه استفاده، مقدار تولید و هزینه کار معین باشد؛ بنگاه آن روش تولیدی را برمی‌گزیند که هزینه تولیدش را حداقل کند، پس حجم موجود سرمایه تابع فزاینده‌ای از مقدار تولید و تابع کاهنده‌ای از هزینه استفاده از سرمایه خواهد بود. برای رسیدن به حجم مطلوب سرمایه باید سیاست‌های پولی و مالی را بر حجم سرمایه‌گذاری در نظر گرفت. این سیاست‌ها، به دو طریق بر حجم سرمایه‌گذاری اثر می‌گذارد (بختیاری، ۱۳۹۴، ۸۷)

(۱) از طریق تغییر حجم مطلوب سرمایه.

(۲) از طریق زمان مناسب برای انجام سرمایه‌گذاری.

با اعمال سیاست پولی انبساطی، بهره اسمی کاهش می‌یابد و این کاهش بهره، هزینه استفاده از سرمایه را کاهش می‌دهد، در نتیجه، بنگاه‌ها تشویق به برگزیدن فنون سرمایه‌بر می‌شود که نتیجه آن افزایش سرمایه‌گذاری خالص است؛ البته اثر سیاست پولی بستگی به وضعیت اقتصاد دارد؛ در وضعیت رکودی و نرخ بهره پایین، سیاست پولی انبساطی و افزایش حجم پول باعث کاهش کمی در نرخ بهره شده و به میزان اندکی سرمایه‌گذاری افزایش می‌یابد؛ در حالت رونق و نرخ بهره بالا این سیاست باعث کاهش بیشتر نرخ بهره و افزایش سرمایه‌گذاری و تولید می‌شود. بنابراین هنگامی که اعتبارات بلندمدت، به صورت ارزان قیمت در اختیار سرمایه‌گذار باشد، زمان مناسبی

برای اجرای طرح‌های سرمایه‌گذاری برنامه‌ریزی شده است (بختیاری، ۱۳۹۴، ۱۰۲)

۳-۲-۱- سرمایه گذاری خارجی

سرمایه گذاری مستقیم خارجی به انتقال وجوه یا مواد از یک کشور به کشور دیگر جهت استفاده در تأسیس یک بنگاه اقتصادی در کشور کیزبان در ازای مشارکت مستقیم و غیرمستقیم در عواید آن اطلاق می گردد (Rieneld.1985.26) سرمایه گذار مستقیم خارجی از اشکال صدور سرمایه از کشور گذر به کشور سرمایه پذیر می باشد و به شکل سرمایه گذاری در تولید و ساخت کالا، استخراج مواد خام، تأسیس و گسترش نهادهای مال و غیره در فراسوی مرزهای ملی انجام می شود.

سرمایه گذاری خارجی یکی از مهم ترین شیوه های تأمین مالی خارجی به روش استقراض است که برخلاف روش قرضی تأمین مالی خارجی که در تراز پرداخت های کشور میزبان، به عنوان بدهی محسوب می شود و به عنوان منابع سرمایه گذاری تلقی می گردد. لذا به دلیل امروز بسیاری از کشورهای در حال توسعه، سرمایه گذاری مستقیم خارجی را به عنوان یکی از منابع مهم در توسعه اقتصادی خود در نظر گرفته و بسیاری از طرح های اقتصادی کشور خود را با بهره گیری از روش تأمین مالی خارجی به مرحله اجرا در می آورند.

در یک تقسیم بندی سرمایه گذاری خارجی به دو دسته تقسیم می شود. یعنی سرمایه گذاری مستقیم خارجی و سرمایه گذاری غیرمستقیم خارجی.^۸

آنکتاد^۹ سرمایه گذاری مستقیم خارجی عبارت است از سرمایه گذاری که متضمن مناسبات بلند مدت بوده و منعکس کننده ی کنترل و نفع مستمر شخصیت حقیقی یا حقوقی مقیم یک کشور در شرکتی واقع در خارج موطن سرمایه گذار باشد (بهکیش، ۱۳۹۰، ۶۵)

سرمایه گذاری مستقیم خارجی نوعی سرمایه گذاری خصوصی است که با هدف حفظ کنترل بر سرمایه حداقل ۱۰ درصد سهام دارای حق رأی را در یک شرکت خارجی به دست آورد. عوامل مؤثر در جلب سرمایه را می توان به ۴ بخش طبیعی، اقتصادی، حمایتی و تشویقی و عوامل سیاسی دسته بندی نمود. (داوودی و همکار، ۱۳۹۳، ۹۳)

از دیدگاه صندوق بین المللی پول^{۱۰}، سرمایه گذاری مستقیم خارجی، سرمایه گذاری است که به هدف کسب منافع پایدار در کشوری به جز موطن فرد سرمایه گذار انجام می شود و هدف سرمایه گذار از این سرمایه گذاری آن است که در مدیریت بنگاه مربوط نقش مؤثری داشته باشد.

^۸ Foreign Portfolio Investment

^۹ Unctad

^{۱۰} International Monetary Fund (IMF)

در دایره المعارف پالگریوسرمایه گذاری مستقیم خارجی، تملک دارایی ها توسط سرمایه گذار درخار موطن خود تعریف شده است. ازدیدگاه کوین، سرمایه گذاری مستقیم خارجی نوعی از سرمایه گذاری است که به منظور کسب منافع دائمی و همیشگی در مؤسسه مستقر در کشوری غیر از کشور سرمایه گذار صورت پذیرد و نتیجه آن کسب حاق رأی مؤثر در مدیریت شرکت یا مؤسسه می باشد (بهکیش، ۱۳۹۰، ۷۶)

سازمان همکاری و توسعه اقتصادی^{۱۱} را چنین تعریف می کند: «سرمایه گذاری که با هدف ایجاد روابط اقتصادی مستمر و اعمال نفوذ مؤثر و مدیریت در موارد زیر صورت می گیرد؛ ۱- ایجاد یک شرکت با مالکیت کامل، تأسیس مؤسسه فرعی، تأسیس شعبه و تملک دارایی کامل یک شرکت موجود، ۲- مشارکت در یک شرکت جدید یا موجود» (ذوالقدر، ۱۳۹۸، ۹۱).

سازمان تجارت جهانی^{۱۲} نیز سرمایه گذاری مستقیم خارجی را چنین تعریف می کند: «سرمایه گذاری مستقیم خارجی زمانی صورت می گیرد که سرمایه گذار یک کشور مبدا (کشور مادر) یک دارایی را در کشور دیگر (میزبان) با هدف مدیریت آن بدست می آورد» (Asiedu.2002.89).

علاوه بر تعریف سرمایه گذاری مستقیم خارجی، نوع دیگری از سرمایه گذاری مستقیم خارجی نیز مطرح است که با عنوان سرمایه گذاری مستقیم خارجی یا سرمایه گذاری پورتفولیو معرفی می شود و به آن دسته از سرمایه گذاری خارجی اطلاق می گردد که اشخاص حقیقی و حقوقی خارجی به صورت خرید اوراق بهادار از یک مؤسسه یا شرکت مالی، بدون آنکه مستقیماً در امر سرمایه گذاری شرکت نمایند، سرمایه خود را در اختیار کشور میزبان قرار می دهند. خرید اوراق قرضه و سهام شرکت ها در معاملات بورس و قبوض سپرده در بانک های خارجی از انواع سرمایه گذاری پورتفولیو می باشد. (ایزدی، ۱۳۹۶، ۸۰)

علاوه بر تعریف سرمایه گذاری مستقیم خارجی، نوع دیگری از سرمایه گذاری مستقیم خارجی نیز مطرح است که با عنوان سرمایه گذاری مستقیم خارجی یا سرمایه گذاری پورتفولیو معرفی می شود و توزیع سرمایه گذاری مستقیم خارجی در مناطق مختلف جهان طی سال های ۲۰۰۹-۱۹۹۰ را نشان می دهد.

جدول (۱) نشان می دهد که روند جذب سرمایه گذاری مستقیم خارجی تا سال ۲۰۰۰ میلادی همواره صعودی بوده است، به گونه ای که کل سرمایه های جذب شده در دنیا از این طریق از رقم ۲۱۲ میلیارد دلار در سال ۱۹۹۰، به ۱۶۲۳ میلیارد دلار یعنی بیش از ۶ برابر در سال ۲۰۰۰ افزایش یافته است. همچنین، همواره بیشترین حجم سرمایه گذاری مستقیم خارجی به کشورهای پردرآمد دنیا وارد شده است، به طوری که طی سالهای

^{۱۱} UNCTAD: United Nations Conference On Trade and Development

^{۱۲} Organization For Economic Co-operation and Development

۱۹۹۰ تا ۲۰۰۰، سهم کشورهای پردرآمد از کل جریان ورودی سرمایه گذاری مستقیم خارجی به طور متوسط به رقمی بالغ بر ۷۸ درصد رسیده است. در مجموع، کشورهای کم درآمد نیز در جذب جریان رو به افزایش سرمایه گذاری مستقیم خارجی موفق بوده اند، به طوری که حجم جریان میلیارد دلار در سال ۱۹۹۰ ورودی سرمایه گذاری به این کشورها از رقم ۰/۴۱۸ به ۲۳۵۲ میلیارد دلار در سال ۲۰۰۷ افزایش یافته است. نکته جالب توجه این است که با وجود کاهش حجم سرمایه گذاری مستقیم خارجی در کشورهای توسعه یافته پس از سال ۲۰۰۰، روند افزایشی جذب سرمایه گذاری مستقیم خارجی در کشورهای در حال توسعه همچنان ادامه یافته است، ولی سطح سرمایه گذاری مستقیم خارجی جذب شده در کشورهای توسعه یافته همچنان ۳۵ برابر آن در کشورهای در حال توسعه است^{۱۳}

بر اساس طبقه بندی سازمان آنکتاد، در سال ۲۰۰۴ و ۲۰۰۵ میلادی، ایران از نظر پتانسیل جذب سرمایه گذاری مستقیم خارجی به ترتیب در رتبه ۵۷ و ۵۸ دنیا قرار گرفته است، ولی از لحاظ عملکرد جذب سرمایه گذاری مستقیم خارجی تنها توانسته است رتبه ۱۳۰ و ۱۳۳ دنیا را کسب کند.

۲- یافته های تحقیق

۲-۱- سلب مالکیت پرچالترین ریسک ناشی از سرمایه گذاری

بر اساس نظریات مطروحه در آنسیترال، ریسک سرمایه گذاری مستقیم شرایطی است که سرمایه گذار نمی تواند از بازگشت سرمایه خود اطمینان داشته باشد و ممکن است حتی اگر همه طرفهای ذی ربط تعهدات قراردادی خود را انجام دهند، مبلغی را که در پایان آن هزینه خواهند کرد، نام شخص با شد. در صورت وجود «خطر» از این نوع، سرمایه گذار به سادگی نمی تواند نتیجه معامله را پیش بینی کند (UNCITRAL, 2009: para98)

سرمایه گذاری خارجی متأثر از دو نوع ریسک کلی است؛ ریسک تجاری و ریسک سیاسی صرف نظر از ریسکهای تجاری که موضوع بحث پژوهش حاضر نیست، ریسکهای سیاسی شامل هر گونه فعل یا ترک فعل قابل انتساب به دولت میزبان است که سرمایه گذار را از مالکیت، کنترل یا بهره برداری اساسی از سرمایه اش

^{۱۳} سرمایه گذاری مستقیم خارجی در ایران بین سالهای ۱۹۹۱ و ۲۰۰۳ از مبلغ ۲۲/۵۹ میلیون دلار، به ۱۲۰ میلیون دلار افزایش یافت، اما دوباره در سالهای ۲۰۰۴ و ۲۰۰۵ کاهش داشته است.

محروم کند (دری، ۱۳۹۵: ۲۶). در این زمینه سلب مالکیت به عنوان یک ریسک سیاسی مهم و معیارها و چالش های موجود در مسیر احراز آن، موضوع مورد بحث است.

۲-۱-۱-۲- انتساب عمل به دولت

با اینکه کشورها در حال حاضر از درگیر کردن خود با هر نوع ملی سازی و خدشه دار کردن ثبات خود در صحنه بین المللی دوری می جویند، به رو شهای مختلفی دوره هایی از ملی گرایی در الگوهای چرخشی تاریخ ملل رخ خواهد داد (Sornarajah, ۲۰۱۰.۹۸). بنابراین در احراز سلب مالکیت به مفهوم اعم که شامل ملی سازی نیز می شود، گام اول، بررسی قابلیت انتساب عمل به دولت است. در دعوی شرکت های تناریس و ثالثا علیه دولت ونزوئلا در خصوص انتساب عمل شرکت CVG FMO، که متهم به اعمال تبعیض در تخصیص منابع اولیه بود، دیوان ایکسید در خصوص انتساب اعمال شرکت مذکور به کشور ونزوئلا این گونه استدلال کرد که به صرف ارائه خدمات عمومی این نتیجه حاصل نمیشود که نهاد اقدام کننده دولتی و اقداماتش قابل انتساب به دولت است (ICSID, 2016: para)

این پرونده از رویکرد دعوی سابق، مبنی بر اینکه « صرف اقدام در راستای تحقق اهداف عمومی برای اینکه به عنوان یک عمل قابل انتساب به دولت توصیف شود کافی نیست، زیرا عنصر ضروری اعمال اختیار حاکمیتی با به کارگیری امتیازات ویژه ناشی از اقتدار عمومی است» پیروی کرد. همچنین از نظر دیوان بین المللی دادگستری، صرف وجود یک وضعیت کلی وابستگی و پشتیبانی برای توجیه انتساب رفتار به دولت کافی نیست، بلکه آنچه لازم است، کنترل مؤثر بر عملیات خاص است (Wittich, ۲۰۰۲.۸۹۴).

۲-۱-۲- دارایی های قابل سلب

ماهیت و اعتبار منافی که ادعا می شود از آنها سلب مالکیت شده است، باید با توجه به مقررات کشور میزبان توصیف و ارزیابی شوند. براساس نظر ایکسید برای ارزیابی ماهیت منافع، در مواردی که ادعای سلب مالکیت

می شود، اولین گام این است که قانونی که حقوق و مالکیت تحت آن ایجاد شده است، مورد ملاحظه قرار گیرد (ICSID, 2010: para)

بنابراین به طور ضمنی هر عملیات سرمایه گذاری مستعد سلب مالکیت، باید مطابق قانون حاکم بر آن که نوعاً این قانون، قانون دولت میزبان است، یک حق یا دارایی باشد که به طور صحیح، تعریف، تشکیل و به رسمیت شناخته شده است. از این رو قواعد و مقررات بین المللی در خصوص سلب مالکیت فقط مربوط به نفس حمایت از حقوق مالکیت یا سایر منافع اقتصادی سرمایه گذاران است، ولی روند ایجاد و شناسایی آنها را تنظیم نمی کند (UNCTAD, ۲۰۱۲.۲۳).

۲-۱-۳- سلب مالکیت مستقیم و غیرمستقیم

به غیر از سلب مالکیت مستقیم که در اثر آن صاحب دارایی از حق تمتع و استیفای آن محروم می شود، اشکال مختلفی از اقدامات غیر مستقیم وجود دارند که می توانند بر حقوق فرد به روشی ظریف تأثیر بگذارند. برای مثال دولت میزبان می تواند با عملکرد غیر مستقیم خود، منابع درآمدی سرمایه گذار را به شدت کاهش دهد، در حالی که عنوان قانونی مالکیت مختل نشده است (Alqurashi, 2005: 79-80)

از این رو دشواری در تعیین آنچه سلب مالکیت غیرمستقیم است، مشکلی است که بیش از ۶۰ سال پیش شناخته شد. در سال ۱۹۴۱، هرگز خاطرنشان کرد در مواردی که اقدامات به طور غیر مستقیم با حقوق مالکیت تداخل می یابد، تصمیم گیری در مورد اینکه آیا محدودیت های معمول ناشی از مداخله، سلب مالکیت محسوب است، ممکن است بسیار دشوار باشد (Mostafa, 2008: 270)

در برخی از نظامهای حقوقی داخلی، اینکه آیا اقدامات اتخاذی، منافع مستقیمی برای دولت ایجاد کرده است یا خیر، در تعیین سلب مالکیت مورد توجه زیادی قرار می گیرد. برای نمونه در سال ۲۰۰۶ دیوان عالی کانادا ادعای سلب مالکیت از سوی شرکت راه آهن را نپذیرفت. با این استدلال که اقدام به محدود سازی

استفاده غیراقتصادی از ملک و توقف توسعه بخشی از زمین متعلق به شرکت راه آهن، منافع سودمند و شایان توجهی برای شهر (دولت) نداشته است (Schwartz & Bueckert, 2006: 489).

همواره بر این امر تأکید می شود که دولت ها ممکن است به روشی به غیر از اعلام رسمی سلب مالکیت کنند؛ یعنی سلب مالکیت توسط دولت میزبان با پوششی از مشروعیت تحقق می یابد. از این رو در تحلیل سلب مالکیت به جای مقید شدن به اصطلاحات رسمی باید نتایج امر را بررسی کرد. پس مسئله با اهمیت بررسی تأثیر رفتار دولت است نه صدور حکم رسمی یا اعلام صریح قصد سلب مالکیت (REISMAN & SLOANE, 2004: 121).

۲-۲- ادعای سلب مالکیت غیرمستقیم، چالش در خصوص دولت برتنظیم گری

سابقه دعوی مطالبه منافع علیه دولت، براساس تئوری «پادشاه (دولت) همواره آماده و مایل به انجام وظایف خود است» یا براساس این تئوری که «مطالبه منافع جرمه عمل اشتباه است درحالی که پادشاه نمی تواند اشتباه کند» مسموع نبود. لیکن امروزه پذیرفته شده است که مطالبه منافع در موارد مناسب به عنوان بخشی از رأی مربوط به جبران خسارات مسموع است (Snyder.1953.102). در حال حاضر ادعای سلب مالکیت غیر مستقیم که سبب زوال منافع سرمایه گذار می شود، تحت سازوکارهای معاهدات دوجانبه چندجانبه معمول است و به سرمایه گذاران اجازه می دهد ادعای خود را مستقیماً علیه دولت میزبان مطرح کنند. توجه بیشتر به سلب مالکیت غیر مستقیم و تعامل آن با حق تنظیم گری دولت ناشی از دو عامل مهم است: اول اینکه، از قرن نوزدهم تا قرن بیست و یکم، دولت ها نقش شایان توجه و فزاینده ای در تنظیم مالکیت خصوصی داشتند؛ دوم اینکه، تعهدات بین المللی متعددی وجود دارد که کشورها را ملزم به تنظیم گری می کنند. برای مثال، نیاز به مقررات گذاری در حوزه حفاظت از محیط زیست که ناشی از افزایش آگاهی از پیوندهای بین فعالیتهای انسان و آسیب به محیط زیست و سلامت بشر است. به طور گسترده تر، نگرانی های موجود در زمینه محدود شدن حق دولت، دلیل اصلی عدم موفقیت در مذاکرات توافقنامه

های چندجانبه برای حمایت از سرمایه گذاری ذکر شده است. بنابراین در این خصوص باید رویکردی

پایدار برای ایجاد تعادل بین حق سرمایه گذار و دولت اتخاذ شود (Mostafa, ۲۰۰۸: ۲۷۰)

وجود سلب مالکیت در مواردی که اقدامات نظارتی دولت بدون هدف خاصی برای سلب مالکیت انجام می

پذیرد، چالش برانگیز است. این چالش ناشی از عدم تمایز روشن بین اقدامات معادل سلب مالکیت با اقداماتی

است که با وجود تأثیر منفی بر یک سرمایه گذاری سلب مالکیت به حساب نمی آید. این موارد نه تنها از منظر

حقوقی، بلکه از نظر سیاسی نیز محل چالش است، زیرا نفع عموم در اعمال دولت مفروض است و چنین اعمالی

از طریق ملاحظات سیاسی پشتیبانی می شود. بنابراین انتظار جبران خسارت از دولت در جایی که برای مثال

اموال بر اثر یک تصمیم قضایی یا به عنوان مجازات جرائم گرفته شده است، صحیح به نظر نمی رسد (۳۱۹

:Zamir, ۲۰۱۷). به طور کلی زمانی که کشوری به موجب فرماتی ملی شدن یک صنعت خاص را اعلام کند و

نیاز به جبران خسارت متضررین را نیز شناسایی کند، سلب مالکیت به وضوح قابل تشخیص است. اما مشکل

زمانی ایجاد می شود که هر عمل دولت که با حق مالکیت سرمایه گذار تداخل پیدا می کند، سلب مالکیت

محسوب نمی شود (Pasipanodya, ۲۰۱۵: ۴۰۹)، زیرا همان طور که پروف سور Andrew بیان می کند،

دارایی یک نهاد اجتماعی و در خدمت کارکردهای اجتماعی است و نمی تواند به روشی مضر برای نظم عمومی

و امنیت اجتماعی به کار رود، بدون اینکه دولت بتواند در چنین رفتاری مداخله و آن را تنظیم کند .

در این زمینه، قدرت تنظیم گری و سیاست گذاری دولت به گونه ای که در حقوق مالکیت دخالت کند، بدون

آنکه سلب مالکیت تلقی شود، در سیستم های کامن لاون نیز شناخته شده است. در استرالیا در پی تنظیم گری در

منافع عمومی اقداماتی که ابزاری برای اعمال سیاست های کلی و وسیله ای برای اجرای حقوق و تعهدات

شهروندان به حساب می آید، تملک دارایی از سوی دولت برخلاف قانون اساسی استرالیا تلقی نمی شود.

همچنین در آلمان تمیز حق تنظیم گری از سلب مالکیت به تعادل منصفانه بین حق آزادی فردی و رفاه جامعه

بستگی دارد (Mitchell.2014.21)

۳-۲- معیارهای تمییز سلب مالکیت غیرمستقیم از حق تنظیم گری دولت

کاهش سلب مالکیت مستقیم، فقدان تعریفی مشخص از سلب مالکیت غیرمستقیم و گسترش معاهدات سرمایه گذاری دوجانبه و البته انعقاد معاهدات چندجانبه برای ایجاد عرف بین المللی، منجر به سؤال بسیار بحث برانگیز در خصوص تشخیص اعمال قابل جبران دولت و میزان خسارت مورد نیاز شده است. در راستای حل این معضل دو نظریه اصلی در مورد نحوه تعیین یک اقدام دولتی به عنوان سلب مالکیت غیرمستقیم، ظهور پیدا کرده است: دکتربین «اثرات صرف» و دکتربین «اختیار اعمال سیاست گذاری حاکمیتی». در واقع یکی آزمودن شدت تأثیر اقدامات بر سرمایه گذاری و دوم ناظر بر آزمایش انگیزه ای با هدف محور است که در پی احراز قصد سلب مالکیت است.

۳-۲-۱- دکتربین اثرات صرف

یکی از رویکردهای غالب در محاکم داوری بین المللی، دکتربین اثرات صرف است که توسط رودلف دولزر به دلیل تمرکز صرف بر اثرات عمل دولت بر سرمایه گذاری این چنین نامگذاری شد. طبق این نظریه تأثیرات ناشی از سلب مالکیت غیر مستقیم باید معادل تأثیرات ناشی از سلب مالکیت مستقیم و به گونه ای باشد که حقوق مالکانه را بلا استفاده سازد، یعنی مالک از منافع اقتصادی سرمایه گذاری محروم شود (سهرابلو، ۱۳۹۸، ۵۴)

در خصوص امکان سازش این نظریه با حق دولت بر تنظیم و مقررات گذاری دو رویکرد موافق و مخالف در ادامه شرح داده می شود:

۳-۲-۱-۱- دفاع از نظریه

در تعامل بین دکتربین اثرات صرف و حقوق دولتها برای تنظیم اولین نکته این است که سطح بالای دخالت مورد نیاز در سرمایه گذاری تحت رویکرد اثرات صرف یعنی همان احراز محرومیت اساسی، بدان معناست که اکثریت بزرگی از سیاست گذاری های حاکمیتی سلب مالکیت محسوب نمی شود.

دلیل این امر آن است که مقررات گذاری توسط دولت میزبان به سادگی به این آستانه بسیار بالا از سلب مالکیت منجر نمی شود. نکته دوم اینکه با وجود تعریف گسترده مالکیت در حقوق بین الملل، این تعریف انتظارات صرف را در بر نمی گیرد. با تکیه بر این دو نکته، حق تنظیم گری دولتها تحت دکتترین اثرات صرف کمتر در معرض ادعای سلب مالکیت غیرمستقیم قرار می گیرد. محدودیت مهم دیگر در اعمال رویکرد اثرات صرف که حتی از حق دولت بر سیاست گذاری حاکمیتی بیشتر محافظت می کند، قاعده «استفاده از اموال نباید موجب آسیب به دیگران گردد» است که در راستای محدود کردن حق مالکیت، بخشی از قوانین داخلی محسوب می شود که هم در سیستم کامن لا و هم در حقوق نوشته موضوعه وجود دارد و مراجع بین المللی هنگام احراز حق مالکیت، باید ابتدائاً به قوانین داخلی مراجعه کنند. در نتیجه نبود حق مالکیت یک سرمایه گذار طبق قانون داخلی کشور خودش، می تواند مانع ادعای وی مبنی بر اینکه تحت قوانین بین المللی قربانی سلب مالکیت شده است، شود. از این رو دکتترین اثرات صرف با حق تنظیم گری دولت ها قابل جمع است، زیرا اولاً طبق قواعد مربوط به سلب مالکیت، تنظیم گری مستلزم جبران خسارت نیست، مگر اینکه اثرش همانند سلب مالکیت مستقیم باشد و ثانياً اقدام تنظیمی دولت باید بر حق مالکیتی تأثیر بگذارد که هم در قوانین عرفی و هم در بسیاری از قوانین داخلی به رسمیت شناخته شده است. شایان ذکر است که اتخاذ دکتترین اثرات صرف آسیب پذیری سرمایه گذاران خارجی در برابر اقدامات دولت میزبان نمی شود و مباحثه های فعلی تا حدی به این علت است که توازن بین حق کشورها برای تنظیم گری و حمایت از سرمایه گذاران بیش از حد به نفع سرمایه گذاران تغییر یافته است. (Mostafa, 2008: 288-292)

دلیل این امر تأکید بر فساد و وجودی معاهدات سرمایه گذاری مبنی بر تشویق و تسهیل فعالیت های سرمایه گذاری در جهان است که به افزایش سرمایه گذاری مستقیم خارجی و فراهم ساختن مزایای شایان توجهی برای جهان توسعه یافته و در حال توسعه منجر شده است (حبیب زاده و غلامی، ۱۳۹۵: ۸۳).

در راستای حل این مسئله، شایان ذکر است با اینکه دکترین اثرات صرف به آسانی به سرمایه گذاران امکان طرح ادعای سلب مالکیت را نمی دهد، این امکان برای سرمایه گذاران فراهم است تا سایر حمایت ها را مورد استناد قرار دهند. بنابراین پذیرش اینکه سرمایه گذاران به ندرت می توانند ادعای سلب مالکیت کنند، لزوماً به از دست رفتن اعتماد به نفس سرمایه گذار و متعاقب آن کاهش سرمایه گذاری مستقیم خارجی منجر نمی شود. در این زمینه ابتدائاً سرمایه گذاران از طریق قاعده منع تبعیض که در بیشتر معاهدات سرمایه گذاری گنجانده شده است، در برابر اقداماتی که بنا به موقعیت شان به عنوان یک بیگانه آنها را هدف می دهد و حتی ممکن است به نقض استاندارد رفتار عادلانه منجر شود، محافظت می شوند. یکی دیگر از مهم ترین تضمینات سرمایه گذاری، استاندارد رفتار حداقل است که به موجب قوانین بین المللی ضروری است. رویه قضایی اخیراً حاکی از این است که آنچه برای نقض استانداردهای بین المللی مورد نیاز است، عدم حسن نیت نیست، بلکه اقدامات دلبخواهانه و خود سرانه، کاملاً ناعادلانه و تبعیض آمیز است که مدعی را در معرض تعصبات مقطعی یا نژادی قرار می دهد؛ همچنین فقدان فرایند رسیدگی مناسب که حق قضایی سرمایه گذار را خدشه دار می کند (۲۹۴-۲۹۲: ۲۰۰۸: Mostafa,). به ویژه، مفهوم تناسب نیز می تواند در اینکه آیا حداقل استاندارد برآورده شده است یا خیر، مؤثر باشد. اقدام در مواردی که متناسب با اهدافش نباشد، به اندازه کافی ناعادلانه است. همچنین زمانی که دولت میزبان انتظارات مشروع سرمایه گذار را که باید ناشی از بازنمایی های صریح یا ضمنی از طرف کشور میزبان باشد، نقض می کند، هر دو استاندارد رفتار حداقل و رفتار عادلانه نقض می شود. بنابراین دولت باید راه حلی اتخاذ کند تا کمترین ضرر را برای سرمایه گذار به دنبال داشته باشد (میهمی، ۱۳۹۸: ۲۶۰).

در نتیجه قاعده منع تبعیض، استاندارد رفتار حداقل طبق حقوق عرفی و استاندارد رفتار عادلانه طبق حقوق معاهدات، سطح شایان توجهی از حمایت را به سرمایه گذاران ارائه می دهد. بنابراین این قواعد در خصوص دکترین اثرات صرف می تواند در برقراری تعادل بین حق تنظیم گری دولت و حمایت از سرمایه گذار مؤثر

باشد. این توازن ضمن اعطای آزادی عمل بیشتر به دولت در سیاست گذاری، سرمایه گذاران خارجی را از قرار گرفتن در معرض اقدامات ناعادلانه محفوظ می دارد (Mostafa, ۲۰۰۸: ۲۹۴).

در قضیه Telenor v. Hungary با توسل به دکتترین اثر صرف و بر مبنای معیار محرومیت اساسی، تأکید شد که عامل تعیین کننده برای ایجاد سلب مالکیت شدت و مدت زمان محرومیتی است که سرمایه گذار متحمل شده است (ICSID, 2006: para.70)

همچنین در پرونده دیگری، بین محرومیت جزئی از ارزش اقتصادی و محرومیت کامل با نزدیک به کامل تمایز قائل شد (ICSID, 2007: paras)

۲-۳-۲-۲- انتقاد از نظریه

ماهیت محرومیت اساسی و نامشخص بودن دامنه آن برای احراز سلب مالکیت از مهم ترین ایرادات وارد بر این دکتترین است. همچنین در حالی که قرارداد سرمایه گذاری دوطرفه است و باید منافع طرفین لحاظ شود، این نظریه به دلیل در نظر نگرفتن انگیزه و شرایط دولت رویکردی مدافع سرمایه گذار دارد و بین منافع طرفین تعادل برقرار نمی کند (Batyrova, ۲۰۱۷.۲۱).

همچنین کشور ممکن است در راستای اجرای تعهدات بین المللی با پیاده سازی سیاست گذاری های شدید، محدودیت های وسیعی را بر سرمایه گذار تحمیل کند. بنابراین اقدامات دولت می تواند به آسانی به معیارهای لازم در دکتترین اثرات صرف برسد. سؤال مهم این است که چطور ممکن است به حق تنظیم گری دولت خدشه ای وارد نشود، وقتی قصد دولت از اقدامات اتخاذی در نظر گرفته نمی شود؟ بنابراین برای قضاوت منصفانه علاوه بر تأثیرات اقدام باید سایر جنبه های ممکن و منافع طرفین لحاظ شود (Batyrova, ۲۰۱۷.۲۲).

۲-۳-۲-۲- دکتترین اختیار اعمال سیاست گذاری های حاکمیتی

استدلال شده است که حق تنظیمگری حاکمی از مجاز بودن دولت برای سیاستگذاری برخلاف تعهداتی است که به موجب معاهده سرمایه گذاری بر عهده گرفته است. بنابراین همان گونه که انتظارات مشروع

سرمایه گذار تحت استانداردهای مقرر در حقوق بین الملل محافظت می شود، منافع مشروع دولت نیز باید از این طریق مورد حمایت قرار گیرد (سادات، ۱۳۹۷، ۶۵). طبق موافقت نامه ارتقا و حمایت از سرمایه گذاری خارجی مدل به روزرسانی شده کانادا (FIPA) بر مبنای حق تنظیم گری دولت، به جز در موارد نادر، اقدامات نظارتی غیر تبعیض آمیز که توسط یک دولت برای محافظت از اهداف قانونی رفاه عمومی، مانند بهداشت عمومی، ایمنی و محیط زیست، طراحی و به کار گرفته شده است، سلب مالکیت غیرمستقیم نیست و مشمول الزامات جبران خسارت نمیشود (حسین زاده بحرینی، ۱۳۹۳، ۷۶)

تعریف موسع از این نظریه، هر گونه مقررات گذاری با حسن نیت و غیر قابل تبعیض برای اهداف عمومی را پوشش می دهد و بر اساس رویکرد محدود تنها اقدامات مربوط به حفظ سلامت، اخلاق و نظم عمومی مانند وضع مالیات و پیشگیری و مجازات جرائم در محدوده این دکترین قرار می گیرد. حال سوال این است که آیا دکترین مورد بحث بخشی از حقوق عرفی محسوب می شود؟ (اکبریان، ۱۳۹۳، ۸۹). آرای داوری حاکی از این است که دکترین اعمال اختیار سیاستگذاری حاکمیتی جزئی از حقوق بین الملل بوده و می تواند در صورت تفسیر محدود بخشی از حقوق عرفی باشد، لیکن بدیهی است که تفسیر گسترده از این دکترین طبق حقوق عرفی پشتیبانی نمی شود..

با این حال، حتی تحت تف سیر محدود و طبق منابع مختلف در صورتی این دکترین اقدامات دولت را بدون جبران خسارت توجیه می کند که با چند معیار همراه باشد: اقدام نظارتی دولت متعاقب حمایت از منافع عمومی باشد؛ عمل دولت دلبخواهانه و تبعیض آمیز نباشد؛ اقدام طی مراحل قانونی انجام گرفته و سوءاستفاده از اختیارات نیز محرز نباشد؛ همین طور مرجع رسیدگی، تناسب اقدام با هدف و عدم مغایرت با تعهدات مستقیم دولت را بررسی می کند (Zamir, 2017: 332-333)

در خصوص شرط رعایت مراحل قانونی شایان ذکر است که در دعوی تناویس و ثالثا علیه دولت ونزوئلا با وجود استدلال دولت ونزوئلا مبنی بر اینکه سلب مالکیت ماترسی بر اساس اعمال اقتدار حاکمیتی و مطابق

الزامات حقوق بین الملل است، از نظر دیوان، ونزوئلا به دلیل محقق نساختن الزامات ملی سازی طبق قانون داخلی خود یعنی تخطی از طی مراحل قانونی ضروری مرتکب سلب مالکیت غیرقانونی شده است (۴۹۴).
(ICSID, 2016: paras

یکی از عناصر موجود در تصمیمات داوری برای احراز معقول بودن اعمال دولت، تناسب اثر ناشی از سیاستگذاری ها با منافع عمومی مورد پیگیری است. اعمال اختیار اگر برخلاف اطمینان و تضمینات خاصی است که به یک سرمایه گذار داده شده، غیرمنطقی است. طبق نظر ایکسید اقدامات دولت در مداخله با مالکیت خصوصی باید توجیه پذیر و متناسب باشد و انتظارات ناشی از تضمینات داده شده از سوی دولت میزبان را تحت تأثیر قرار ندهد. از این رو اقدامی غیرمنطقی در صورت خنثی کردن حقوق سرمایه گذار خارجی به عنوان سلب مالکیت غیر مستقیم تلقی می شود (ICSID, 2016: para ۲۴۱).

طبق تحقیقات اخیر که بر تعدادی از حوزه های قضایی ملی و تجربیات دادگاه حقوق بشر و اتحادیه اروپا متمرکز است، یک عامل مهم برای ارزیابی ادعای سلب مالکیت در دادگاه این است که آیا فرد دارای نوعی از انتظارات مشروع است؟ به صورتی که حقوق او تنظیم شده یا به طریقی خاص محدود شده است. بنابراین هنگامی که کشوری مقررات گذاری لازم را در راستای امور جاری برای تأمین منافع جامعه انجام می دهد، ممکن است سلب مالکیت، جبران پذیر تلقی نشود؛ مگر اینکه در زمان سرمایه گذاری تعهدات خاصی توسط دولت تنظیم کننده به سرمایه گذار خارجی داده شده باشد که طبق آن دولت باید از این گونه اقدامات خودداری کند (استادی، ۱۳۹۲، ۷).

۲-۳-۲-۱- ارزیابی انتقادی نظریه

دامنه بسیار گسترده و مبهم این نظریه، به رویه متناقضی در محاکم منجر شده است، به نحوی که می تواند تمام اقدامات نظارتی دولت را تحت پوشش قرار داده و تمامی ادعاهای سلب مالکیت غیر مستقیم را در این محدوده قرار دهد. همچنین با وجود متفاوت بودن از سلب مالکیت قانونی، که مستلزم جبران خسارت است، معیارهای

اثبات این دکترین با معیارهای سلب مالکیت قانونی بسیار همپوشانی دارد و ارزیابی آن با دشواری های زیادی روبه روست.

برخی عنوان کرده اند که این دکترین جایی برای رفع تنش بین حق تنظیم گری و سلب مالکیت غیر مستقیم ندارد و آن را باید صرفاً به عنوان قاعده ای کلی در نظر گرفت که طبق آن حقوق بین الملل به کشورها اجازه میدهد تا زمانی که طبق قانون منع نشده اند، می توانند مطابق خواسته خود عمل کنند. اینکه دولت در برابر صدمات اقتصادی ناشی از اقدامات تنظیمی با حسن نیت مسئولیتی ندارد، می توان زمانی به عنوان یک قاعده صحیح مورد پذیرش قرار داد که تأثیر یک مقررہ تنظیمی دولت به حد دخالت مورد نیاز برای تشکیل سلب مالکیت نرسیده باشد. از این رو می توان نتیجه گرفت که سلب مالکیت رخ نداده است و در نتیجه دولت مسئول نیست. بنابراین هنگام تعیین محرومیت اساسی، اگر دخالت به این حد رسیده باشد، این مسئله که آیا اقدام مورد بحث به دنبال هدف خاصی است یا خیر، موضوعی کاملاً بی ارتباط است. به عبارت دیگر وقتی دخالت به حد مورد نیاز برای احراز سلب مالکیت رسیده باشد، احراز قصد دولت موضوعیت ندارد (Mostafa, ۲۰۰۸: ۲۷۹).

با اینکه دیدگاه مطروحه توسط دکتر محمصانی در قضیه پرونده لیامکو، مبنی بر اینکه اقدام برای منافع عمومی، در تعیین قانونی بودن یک سلب مالکیت بی تأثیر و نامربوط است، بازتاب دقیق تری از چالش های موجود در تعریف اهداف عمومی مشروع در حقوق بین الملل ارائه می دهد، اما نیاز به هدف عمومی مطروحه در قوانین و مقررات سلب مالکیت و فقدان هر گونه تمایز قابل تشخیص بین هدف عمومی مشروع از هدف عمومی نامشروع در مقررات سرمایه گذاری بین المللی، در عمل چنان قدرت استدلال گسترده ای به دولت ها در تعریف اهداف عمومی شان اعطا می کند که نمی توان هدف ادعایی را مورد خدشه قرار داد، مگر اینکه نقض قاعده جداگانه مانند منع تبعیض وجود داشته باشد. از این رو هر چند در زمینه تمایز بین سلب مالکیت های قانونی و غیرقانونی اهداف عمومی مورد ملاحظه قرار می گیرد، اما همان دشواری های تعیین و احراز اهداف عمومی مشروع، در به

کارگیری دکترین اختیار سیاست‌های حاکمیتی نیز وجود دارد که این امر به تفاوت بین اهداف دنبال شده توسط دولت‌ها بستگی دارد (Mostafa, ۲۰۰۸: ۲۷۷).

وضعیت فعلی حقوق بین‌الملل عرفی در زمینه سرمایه‌گذاری خارجی این است که کشورها در تعیین نفع عمومی خود آزاد باشند. در نتیجه قاعده ضرورت اهداف عمومی که نسبت به دکترین اختیار سیاست‌گذاری حاکمیتی از عمومیت بیشتری برخوردار است، مشکلات عدیده‌ای دارد: اول اینکه واضح است، مشروعیت یک هدف عمومی به دنبال روی همه کشورهای بستگی ندارد، بلکه برعکس تقریباً هر هدف می‌تواند مشروع باشد، اگر یک کشور آن را به نفع عمومی خود تلقی کند. دوم، صرف دنبال روی از یک هدف توسط اکثریت کشورها سبب نمی‌شود که اتهام سلب مالکیت از اقدامات در راستای آن هدف به صورت خودکار مرتفع شود. از این رو لازم است که اکثریت بزرگ کشورهای ضمن مشروع دانستن یک هدف، بر این عقیده باشند که اقدامات انجام گرفته برای این منظور به عنوان سلب مالکیت در نظر گرفته نمی‌شود یا از الزام به جبران خسارت معاف است. از این رو به دلیل فقدان چنین اجماعی که نشان دهد صرف وجود هدفی خاص در پشت یک اقدام می‌تواند از احراز سلب مالکیت جلوگیری کند، در حال حاضر در زمینه سلب مالکیت غیر مستقیم گونه‌ای از عدم قطعیت غالب است. این مسئله حتی در خصوص اهدافی که ممکن است توسط همه دولت‌ها دنبال شود، مانند محافظت از بهداشت عمومی یا محیط زیست نیز صدق می‌کند (Mostafa, ۲۰۰۸: ۲۷۸).

۲-۴- برقراری تعادل بین حق دولت و منافع سرمایه‌گذار

مراجع داوری تاکنون هر دو دکترین را برای تمایز بین اقدامات تنظیمی غیر سلب‌آمیز و اعمال سلب‌آمیز دولت به کار برده‌اند، اما همچنان مرز مشخصی بین اعمال جبران‌ناپذیر از اعمال جبران‌پذیر وجود ندارد. از اینرو از طریق ارزیابی انتقادی می‌توان تا حدودی به تمییز این دو مفهوم برای یافتن تعادل بین منافع دولت و سرمایه‌گذار و اینکه آیا این دو مفهوم باهم قابل تطبیق‌اند یا خیر، دست یافت. در این بین بررسی رویه مراجع داوری و نظرهای کارشناسان این حوزه کاستی‌های بی‌شمار هر دو نظریه را آشکار می‌کند. رویه محاکم در تعیین

آستانه لازم برای ارزیابی اثر ناشی از اقدام، طبق دکترین اثر صرف، متناقض است. دکترین مذکور با لحاظ نکردن اهداف دولت و بررسی موضوع صرفاً از منظر سرمایه گذار، به یافته های یکسویه منجر می شود و به تنهایی در ارزیابی اقدامات دولت تعیین کننده نیست. دکترین اختیار سیاست گذاری حاکمیتی نیز به دلیل برخورداری از دامنه وسیع، می تواند تمام اقدامات نظارتی دولت را تحت پوشش قرار دهد. تا جایی که ممکن است تمامی ادعاهای سلب مالکیت غیر مستقیم در این محدوده قرار گیرند. از این رو هر دو دکترین میتوانند برای بررسی جامع و عادلانه با هم سازش کنند و در ایجاد تعادل هرچه بیشتر نقش مؤثری داشته باشند. ولی ایجاد دستورالعملی واحد در این زمینه غیرممکن است، زیرا تصمیمات مراجع رسیدگی تا حد زیادی به حقایق و شرایط پرونده بستگی دارد.

به طور کلی نمی توان نتیجه گرفت که هر گونه مقررات گذاری از سوی دولت در راستای منافع عمومی تماماً از شمول سلب مالکیت خارج می شود. از این رو به دلیل فقدان رویه و مبنای واحدی برای تصمیم گیری مرجع رسیدگی باید تناسب عرفی و عقلایی اقدامات صورت گرفته با هدف دولت را بررسی و احراز کند که دولت به گونه ای عمل کرده تا ضرر متوجه سرمایه گذاران به حداقل برسد. البته احراز قصد پنهان دولت نیز چالش برانگیز و دشوار است (میهمی و باقری، ۱۳۹۵: ۴۱۱).

افزایش شایان توجه استثنائات ناشی از اختیار سیاست گذاری حاکمیتی در معاهدات سرمایه گذاری حاکی از آن است که دولت ها در مذاکرات معاهدات جدید در پی تضمین بیشتری برای مصونیت از مسئولیت در زمینه اقدامات مربوط به رفاه عمومی اند. با این حال، گسترش آنها در معاهدات اخیر از نظر چگونگی تفهیم سیر آنها، نوعی بی ثباتی و عدم اطمینان ایجاد می کند. بنابراین رابطه بین استانداردهای حمایت از سرمایه گذاری و استثنائات به بررسی بیشتری نیاز دارد، از این رو دولتها باید در مذاکرات معاهدات سرمایه گذاری اهداف رژیم سرمایه گذاری و نقش استثنائات در آن را به صورت جامع تر مورد توجه قرار دهند (۲۰۱۸، ۲۳۱۴).

(Henckels,

با وجود تأکید بر حق مقررات گذاری دولت و درج آن در بیشتر معاهدات سرمایه گذاری و پافشاری کشورهای در حال توسعه بر اصول کلاسیک حاکمیت بر منابع طبیعی، این کشورها در عمل تعهد به جبران خسارت فوری، کافی و مؤثر را به صورت دوجانبه در معاهدات سرمایه گذاری می پذیرند. دلیل این امر این است که چنین کشورهایی برای توسعه اقتصادی به سرمایه خارجی احتیاج دارند و اگر در موقع سلب مالکیت سرمایه گذاران خارجی عادلانه رفتار نکنند، هیچ سرمایه گذاری در آینده وجود نخواهد داشت که مایل به سرمایه گذاری در این کشورها باشد (Vig & Gajinov, ۲۰۱۶: ۴۵۹)

اینکه یکی از شرایط سلب مالکیت قانونی و جبران پذیر داشتن اهداف عمومی است، حاکی از این است که اقدامات در جهت رفاه عمومی هم می تواند سلب مالکیت تلقی شود. از این رو پذیرش دکترین اختیار اعمال سیاستهای حاکمیتی به طور محدود و رد رویکرد گسترده به دلایل سیاسی نیز توجیه پذیر است، زیرا پذیرش رویکرد محدود این امکان را فراهم می کند که به صرف وجود اهداف عمومی، عمل دولت جبران ناپذیر تلقی نشود. در غیر این صورت، ضرورت هدف عمومی برای ایجاد سلب مالکیت قانونی معنا نخواهد داشت. سرانجام، پس از نتیجه گیری که دکترین اختیارات سیاستگذاری حاکمیتی، با رویکرد محدود خود، بخشی از حقوق عرفی است، تأکید بر این نکته مهم است که حقوق عرفی ثابت نیست، بنابراین آنچه در حال حاضر طبق حقوق عرفی داخل در محدوده دکترین قرار می گیرد، ممکن است در آینده مفهوم متفاوتی داشته باشد و این حقیقت که امروزه برداشت حقوق عرفی از دکترین بر مبنای رویکرد محدود است، به این معنا نیست که نمی تواند در آینده در قالب رویکردی گسترده توسعه یابد (Zamir, ۲۰۱۷: ۵۴). بنابراین، حتی اگر معاهده حاوی شرط صریحی مبنی بر اختیار سیاستگذاری حاکمیتی نباشد، دادگاه ها باید در صورت عدم مخالفت صریح این مسئله را که اقدام مورد اعتراض تحت پوشش دکترین قرار دارد یا خیر، بررسی کنند.

در راستای برقراری تعادل بین حق دولت و منافع سرمایه گذار، معاهدات سرمایه گذاری تمایل دارند ضمن درج استثنائات صریح برای حمایت بیشتر از برخی سیاست های عمومی با مبنای قرار دادن حق تنظیم گری دولت این

حق را هم در مقدمات و هم در قسمتهای اساسی معاهده منعکس کنند تا جایی برای شک و تردید در این زمینه وجود نداشته باشد و این بیانگر آغاز دوره جدیدی در دنیای سرمایه گذاری های خارجی است.

تا جایی که در برخی از معاهدات دوجانبه اخیر، اقدامات ضروری دولت در پی اهداف سیاسی عمومی تحت عنوان «استثنای کلی» از محدوده اعمال مسئولیت زار خارج شده است.

برای نمونه قانون موافقتنامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت مجارستان (۲۱/۰۷/۱۳۹۸)

در ماده ۱۰ تحت عنوان استثنای عمومی بیان کرده است که: «با رعایت این الزام که اقدامات زیر به نحوی اعمال نشوند که موجب تبعیض خودسرانه یا غیر قابل توجیه بین سرمایه گذاری ها یا سرمایه گذاران شود، هیچ یک از مفاد این موافقت نامه به گونه ای تعبیر نخواهد شد که مانع یک طرف متعاقد برای اتخاذ یا انجام اقدامات ضروری برای موارد زیر شود:

الف) حمایت از امنیت یا اخلاق عمومی با حفظ نظم عمومی، ب) حمایت از زندگی یا سلامت انسان، حیوان یا گیاه، ج) تضمین رعایت قوانین و مقررات، یا د) حفاظت از منابع طبیعی زنده یا غیرزنده تمام شدنی.»

علی هذا در رویکرد مناسب برای حل تعارض استدلال می شود که اگر حق تنظیم گری، به عنوان حق ذاتی در حاکمیت کشورها و به منزله یک ویژگی اساسی حاکمیت تحت قوانین بین المللی، نقطه شروع در هر معاهده سرمایه گذاری و مبنای تمام روابط سرمایه گذاری را تشکیل دهد، می تواند پایه و چارچوبی برای ایجاد معاهده سرمایه گذاری چندجانبه که تاکنون ناکام مانده است، باشد. همان گونه که اخیراً در مقدمات معاهدات سرمایه گذاری بر حق ذاتی طرفین برای اجرای اقدامات لازم و پیگیری مجدد اهداف سیاسی مشروع تأکید می شود (مثل توافقنامه جامع تجاری و اقتصادی بین اتحادیه اروپا و کانادا). در برابر این روند جدید، این نگرانی ابراز شده است که ارتقای حق دولتها برای تنظیم گری از طریق اصلاح معاهدات سرمایه گذاری سبب منحرف ساختن معاهدات از هدف اصلی خود یعنی حمایت از شود. این دیدگاه به نظر بدبینانه است، زیرا می توان

ارزیابی کرد که چگونه یک اقدام جمعی باهدف ا صلاح دقیق معاهدات سرمایه گذاری و به تبع آن ا صلاح سیستم حقوقی داخلی، با توجه به معیارهای طراحی خاص و نیازهای توسعه خاص هر کشور، و در پی آن تفسیر مناسب معاهده، می تواند به اثبات منافع سرمایه گذاران خارجی منجر شود. هدف چنین ا صلاحاتی محروم ساختن سرمایه گذار از حمایت اساسی در دولت میزبان نیست، بلکه راه را برای حاکمیت قانون هموار کرده و تعادل بین منافع متضاد سرمایه گذاران و دولت ها را مدیریت می کند. علاوه بر این، تاکنون هیچ مدرکی مبنی بر اینکه درج حق سیاستگذاری حاکمیتی در معاهدات، به کاهش سطح حمایت از سرمایه گذاری در برابر رفتارهای تبعیض آمیز و بدخواهانه دولت منجر شده باشد، وجود ندارد. در مجموع، آنچه را که می توان با یقین معقول و منطقی فرض کرد این است که چشم انداز سرمایه گذاری بین المللی همان طور که میدانیم، در حال تغییر است. کشورها به آهستگی اما قاطعانه در حال چرخش به سمت نسل جدیدی از معاهدات سرمایه گذاری بین المللی با تأکید ویژه بر حق دولتها برای تنظیم به عنوان یک حق ذاتی در حاکمیت دولت، ضمن ایجاد یا حفظ فضای جذاب برای سرمایه گذاری و در نهایت برقراری توازن بین محافظت از سرمایه گذاری با تنظیم گری هستند (Louizaki. ۲۰۱۷, ۷۶).

-در نهایت بیشتر موافقت نامه های تجاری شامل تعهدات کلی اند که فاقد وضوح و دقت است، از این رو باید ضمن تعیین محدوده دکترین اختیار سیاستگذاری، اقداماتی که از محدوده سلب مالکیت خارج می شوند، تعریف شوند. شفاف سازی استانداردهای اساسی رفتار، همراه با تجزیه و تحلیل درست تناسب، راهنمای تفسیری مهمی را به دادگاهها ارائه میدهد. در ضمن با توجه به وسعت مفهوم اصطلاح سرمایه گذاری، محدود کردن دامنه پیمان از طریق تنظیم فهرست جامع سرمایه گذاری های تحت پوشش یا حذف صریح برخی از دارایی ها از شمول حمایت می تواند به شفافیت قرارداد فیما بین کمک کند. برای مثال اجرای سرمایه گذاری با ویژگیهای خاص یا مطابق با قوانین کشور میزبان، برای پرهیز از اختلافات آتی باید تصریح شود. استفاده از ابزار اصلاح معاهدات بدون ساختار واضح از آنها سبب ایجاد ابهام و جنجال بیشتر در عمل شده است. مهم است که

دولت ها ابزار اصلاحات را با نیازهای خاص خود انتخاب کنند. اصلاح رژیم معاهدات متشکل از هزاران توافق، کار آسانی نیست. در واقع این چالش بزرگ جهانی و مستلزم اقدام جمعی است .

امروزه معاهدات سرمایه گذاری به عنوان مجوزی برای ورود به عرصه رقابت جهانی در سرمایه گذاری خارجی و ابزاری برای مدرن سازی سیستم حقوق داخلی به کار گرفته میشود (سهرابلو و طجرلو، ۱۳۹۸: ۹۷۱). در این زمینه آرای مراجعی همچون دیوان دائمی دادگستری بین المللی حاکی از الزام حقوق داخلی به اثرپذیری و تبعیت از هنجارهای حقوق بین الملل است.

با توجه به تأثیر معاهدات سرمایه گذاری بر سیستم حقوقی داخلی کشورها، تا جایی که در ایالات متحده، از تأثیرات جدی معاهدات سرمایه گذاری بر سیستم حقوقی داخلی دولت میزبان که گاهی غیرقابل قبول می نماید، ابراز نگرانی کرده اند. مؤثرترین راه برای دستیابی به بیشترین تضمین برای سرمایه گذار از سوی دولتهای میزبان، اصلاح سیستم های حقوقی داخلی از طریق اصلاح معاهدات سرمایه گذاری است.

نتیجه گیری

ادعای سلب مالکیت غیر مستقیم تحت سازوکارهای معاهدات دو یا چندجانبه به سرمایه گذاران اجازه میدهد ادعای خود را مستقیماً علیه دولت میزبان مطرح کنند. با آشکار شدن کاستی های نظریات مطرحه در این زمینه، هر دو دکترین میتوانند برای بررسی جامع و عادلانه به کار روند و در ایجاد تعادل هرچه بیشتر نقش مؤثری داشته باشند. هرچند ایجاد دستورالعملی واحد در این زمینه غیرممکن است، زیرا رویه محاکم تا حد زیادی به حقایق و شرایط پرونده بستگی دارد.

دکترین اختیار اعمال سیاستهای حاکمیتی بهتر است به عنوان یک ابزار دفاعی که در اختیار دولت قرار دارد و باید آن را به اثبات برساند، توصیف شود، نه به عنوان استثنایی که سلب مالکیت محررز را توجیه می کند، زیرا چگونگی توصیف دکترین پیامدهای متفاوتی از نظر بار اثبات می تواند داشته باشد؛ اگر یک اصل دفاعی باشد،

بار اثبات بر عهده مدعی (کشور میزبان) قرار می گیرد، در حالی که اگر یک استثنا باشد، بار اثبات را بر عهده پاسخ دهنده سرمایه گذار) قرار می دهد.

به دلیل واگه دولتها از تهدید حق تنظیم گریشان، به رسمیت شناختن حق آنها به عنوان حق ذاتی در حاکمیت کشورها باید نقطه شروع در هر معاهده سرمایه گذاری و چارچوبی برای ایجاد معاهده سرمایه گذاری چندجانبه باشد.

اقدام جمعی با هدف اصلاح معاهدات سرمایه گذاری، با توجه به نیازهای توسعه خاص هر کشور، و به دنبال آن تفسیر مناسب معاهده، می تواند به اثبات منافع سرمایه گذاران خارجی منجر شود. با تأکید بر اینکه هدف چنین اصلاحاتی محروم ساختن سرمایه گذار از حمایت اساسی در دولت میزبان نیست، بلکه راه را برای حاکمیت قانون هموار کرده و تعادل بین منافع متضاد سرمایه گذاران و ایالت ها را مدیریت می کند. ضمن اینکه تاکنون هیچ مدرکی مبنی بر اینکه حق سیاستگذاری حاکمیتی در معاهدات سرمایه گذاری به کاهش سطح حمایت از سرمایه گذاری در برابر رفتارهای تبعیض آمیز دولت منجر شده باشد، وجود ندارد. البته ذکر استثنائات مشخص در معاهدات میتواند اطمینان و پیش بینی قانونی را برای کشورهای میزبان در مورد دامنه تعهدات ناشی از معاهده افزایش دهد و در نتیجه جلوی اقدامات خودسرانه و توجیه متعاقب آنها تحت پوشش منافع عمومی گرفته شود. سرمایه گذاری مستقیم خارجی از مجراهای متنوعی بر رشد اقتصادی تأثیرگذار است که از آن جمله می توان به مواردی مانند ایجاد تخصص گرایی در حوزه های مختلف، انگیزه برای سیاست های بهتر اقتصادی و سیاسی نزد دولتمردان، افزایش جریان سرمایه گذاری داخلی، علامت دهی مثبت به بازار، توسعه بازارهای مالی و انتقال تکنولوژی اشاره کرد.

هرچند بسیاری از تبعات ناشی از جریان سرمایه مثبت ارزیابی می شود، اما با نگاهی به برخی از کشورها مشخص می شود که این فرآیند اثرات متفاوتی برجای گذاشته که در حوزه اقتصاد کلان و بازارهای مالی از یک سوی، جهش اقتصادی و از سوی دیگر، در مواردی بحران و شکنندگی مالی را به همراه داشته است.

تولید ناخالص داخلی تأثیر مثبت و معنا داری بر ورود سرمایه گذاری مستقیم خارجی دارد که ضریب آن مثبت و از نظر آماری معنا دار است. به عبارتی بزرگ بودن اقتصاد کشورها که منجر به بزرگ شدن تولید ناخالص داخلی می شود تأثیر مثبتی بر سرمایه گذاری مستقیم خارجی دارد. بنابراین اقتصادهایی نظیر چین که دارای تولید ناخالص داخلی بیشتری هستند، متعاقباً سرمایه گذاری مستقیم خارجی بیشتری را نیز جذب می کنند. اولین تحلیل اساسی این ارتباط می تواند به وجود زیر ساختها و امکانات تولید کالاها و خدمات بستگی داشته باشد. اقتصادهای بزرگتر، شرایط مناسب تری را برای استقرار سرمایه گذاری مستقیم خارجی فراهم می آورند و لذا جذب سرمایه گذاری مستقیم خارجی سرمایه گذاری مستقیم خارجی توان داشت آن است که تولید ناخالص داخلی بزرگتر به معنای بازار مصرف بزرگتر در این کشورهاست از اینرو با افزایش تولید ناخالص داخلی و مصرف انگیزه خارجیان و شرکتهای چند ملیتی به منظور سرمایه گذاری در این کشورها افزایش می یابد و ایران تولید ناخالص داخلی کمتری جذب می کند.

نرخ ارز تأثیر منفی و معناداری بر سرمایه گذاری مستقیم خارجی دارد. افزایش نرخ ارز و یا بعبارت دیگر تضعیف ارزش پول ملی کشورها سبب کاهش سرمایه گذاری مستقیم خارجی می شود. ارزش پول ملی کشورها سبب کاهش سرمایه گذاری مستقیم خارجی می شود. تحلیل این موضوع بسیار دشوارتر و پیچیده تر از تحلیل مربوط به تولید ناخالص داخلی است. زیرا از یک سو با افزایش نرخ ارز، امکان برنامه ریزی سرمایه گذاری خارجی مشکل تر شده و سرمایه گذاری خارجی، احتمال کاهش بعدی در ارزش پول را در آینده می دهد. برای مثال اگر نرخ ارز در ایران در بازار رسمی معادل ۱۲۲۶۰ ریال به ازای هر دلار است، سرمایه گذار خارجی به ازای ۱۰۰ میلیون دلار، معادل ۱۲۲۶ میلیارد ریال سرمایه ریالی خواهد داشت. حال اگر پس از گذشت چند سال نرخ ارز به ۱۵۰۰۰ ریال افزایش یابد، سرمایه گذاری خارجی، به ازای خروج همین ۱۰۰ میلیون دلار بایستی ۱۵۰ میلیارد ریال سرمایه داشته باشد و این موضوع به ضرر سرمایه گذار خارجی خواهد بود. از سوی دیگر، معمولاً دولتها اجازه تبدیل دلار به ریال را در بازار غیر رسمی به سرمایه گذار خارجی در بدو ورود نمی دهند و بنابراین سرمایه گذار خارجی با نرخ ۱۲۲۶۰ ریال مبادله ریال را با دلار انجام می دهد. اما اگر سرمایه گذار خارجی ناگزیر به خروج سرمایه با نرخ ارز بازار غیر رسمی شود... در صورتی که در کشورهای در حال توسعه این جریان وجود ندارد.

نرخ بهره واقعی که از اختلاف نرخ بهره اسمی منهای نرخ تورم بدست می آید، تأثیر منفی و معنا داری بر سرمایه گذاری مستقیم خارجی دارد. اصول افزایش نرخ بهره واقعی، موجب می شود تا تأمین منابع مالی در آن کشورها گرانتر شود. از اینرو تصمیم به سرمایه گذاری مستقیم خارجی در این کشورها کاهش می یابد.

لازم به ذکر است که در بسیاری از سرمایه گذاری مستقیم خارجی با شرکای دولتی و غیر دولتی کشور میزبان همراه است

رشد اقتصادی تاثیر مثبت و معنی داری در سرمایه گذاری مستقیم خارجی دارد و هر چه رشد اقتصادی بالاتر باشد کشور از شرایط بهتری برخوردار است.

پیشنهادات

- پیشنهاد می گردد از شاخص هایی استفاده شود که در دسترس باشد.
- پیشنهاد می گردد سعی گردد تحقیقی یا مطالعه ای انجام گردد که تمام کشورها مد نظر قرار گیرد.
- پیشنهاد می گردد راه حل های موجود به صورت عملی استفاده گردد.

منابع و ماخذ

۱. بختیاری، صادق (۱۳۹۴). اقتصاد کلان. انتشارات: دانشگاه اصفهان.
۲. بهکیش، محمدصادق (۱۳۹۰). اقتصاد ایران در بستر جهانی شدن. تهران. انتشارات: نی.
۳. پیراسته، حسین. کاظمی، فرزانه (۱۳۹۱). نظریه اقتصاد خرد. اصفهان. انتشارات: جهاددانشگاهی.
۴. توتونچیان، ایرج (۱۳۹۹). پول و بانکداری اسلامی. تهران. انتشارات: توانگران.
۵. درگاهی، حسین (۱۳۹۵). عوامل مؤثر بر توسعه سرمایه گذاری مستقیم خارجی. درس هایی برای اقتصاد ایران. انتشارات: شریف.
۶. هوهن فلدرن، زایدل (۱۳۹۳)، حقوق بین الملل اقتصادی، ترجمه سید قاسم زمانی، تهران: دانش.

مقالات و مجلات

۷. اکبریان، رضا (۱۳۹۳) سرمایه گذاری خارجی و نقش آن در توسعه اقتصادی، مجله اطلاعات سیاسی اقتصادی، شماره ۲۰۵.
۸. استادی، حسین. شجری، هوشنگ. بلدی، صدرا (۱۳۹۲). تخمین تابع عرضه سرمایه گذاری مستقیم خارجی در کشورهای عضو گروه. فصلنامه تحقیقات توسعه اقتصادی شماره یازدهم پاییز ۹۲.

۹. ایزدی، مهدی (۱۳۹۶). سرمایه گذاری مستقیم خارجی در کشورهای توسعه نیافته. مجله تدبیر. شماره ۱۷۹.
۱۰. حسین زاده بحرینی، محمدحسین (۱۳۹۳). عوامل مؤثر بر امنیت سرمایه گذاری در ایران. دو فصلنامه جستارهای اقتصادی ۲.
۱۱. حبیب زاده، توکل؛ غلامی، عقیقه (۱۳۹۵)، «قراردادهای سرمایه گذاری خارجی و قلمرو تعهدات عهدنامههای دولت»، فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، ش ۵۱.
۱۲. دری، محمدجواد (۱۳۹۵)، حمایت های حقوقی آژانس میگا و حقوق ایران از سرمایه گذاری خارجی، پایان نامه کارشناسی ارشد.
۱۴. داوودی، پرویز. شاهمرادی، اکبر (۱۳۹۹). بازشناسی عوامل مؤثر بر جذب سرمایه گذاری مستقیم خارجی در اقتصاد ایران و ۴۶ کشور جهان در چارچوب یک الگوی تلفیقی؛ فصلنامه پژوهش های اقتصادی ایران، شماره ۲۰.
۱۵. ذوالقدر، مالک (۱۳۹۸). مبانی نظری سرمایه گذاری مستقیم خارجی. فصلنامه سیاست، مجله حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹.
۱۶. سهرابلو، علی؛ طجرلو، رضا (۱۳۹۸)، «اثر پذیری حقوق داخلی از قواعد و هنجارهای حقوق بین الملل»، مجله مطالعات حقوق عمومی، دوره ۴۹، ش ۲.
۱۷. سادات؛ صادقی زیاری، حاتم؛ حسن پور، فاطمه (۱۳۹۷)، «تعهدات زیست محیطی سرمایه گذاران خارجی»، دانش حقوق و مالیه، ش ۳.
۱۸. شاه آبادی، ابوالفضل. محمودی، عبدالله (۱۳۹۵) تعیین کننده های سرمایه گذاری مستقیم خارجی در ایران؛ مجله جستارهای اقتصادی، شماره ۵.

۱۹. میهمی، مهدی باقری، محمود (۱۳۹۵)، «نظریات موجود در احراز سلب مالکیت غیرمستقیم و

تحولات آن در خصوص سرمایه گذاری در حوزه انرژی»، نشریه مطالعات حقوق انرژی، دوره ۲، ش ۲.

منابع لاتین

۲۰. Asiedu , E. (2002). On the Determinants of Foreign Direct Investment to Developing Countries: Is Africa Different?. World Development, 30(1): ۱۰۷-۱۱۹.
۲۱. Batyrova.Dinara (2017) .“Regulatory expropriation in the jurisprudence of ICSID arbitral tribunal”, LLM Short Thesis , Central European University.
۲۲. Henckels, Caroline (2018),” Should Investment Treaties Contain Public Policy Exceptions?”, Boston College Law Review, Vol. 59, Issue 8.
۲۳. ICSID (2016), TENARIS S.A. AND TALTA-TRADING E MARKETING SOCIEDADE UNIPessoal LDA v. BOLIVARIAN REPUBLIC OF VENEZUELA, Case No. ARB/11/26.AWARD.
۲۴. ICSID (2010), Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. v. The Argentine Republic (“Suez et al. v. Argentina”), Case No. ARB/03/17. Decision on Liability.
۲۵. ICSID (2006), Telenor Mobile Telecommunications A.S. v. Republic of Hungary (“Telenor v. Hungary”). Case No. ARB/04/15. Award.
۲۶. ICSID (2007), Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal S.A. v. Argentine Republic (“Vivendi v. Argentina II”). Case No. ARB/97/3. Award.
۲۷. Louizaki, Christina (2017),” The Right of States to Regulate in International Investment Law”, international Hellenic university.

۲۸. Mitchell Kate & Magdalen, College (2014), "ACCOMMODATING THE PUBLIC INTEREST IN INTERNATIONAL INVESTMENT TREATIES: POLICE POWERS, EXPROPRIATION AND TREATY INTERPRETATION", Faculty of Law University of Oxford.
۲۹. Mostafa, Ben (2008), "The Sole Effects Doctrine, Police Powers and Indirect Expropriation under International Law", Australian international law Journal, Vol. 15.
۳۰. Pasipanodya, Tafadzwa (2015), "Government Regulation on Trial: Expropriation Claims against Latin American States at ICSID", The Law and Practice of International.
۳۱. Rieneld , S.A ., (1985), Encyclopedia of Public International Low , Vol, 8. Amesterdam.
۳۲. Reisman, Michael & Robert D. Sloane (2004), "INDIRECT EXPROPRIATION AND ITS VALUATION IN THE BIT GENERATION", BOSTON UNIVERSITY SCHOOL OF LAW, OXFORD university press, New York.
۳۳. Schwartz. Bryan P & Melanie R. Bueckert (2006), "Regulatory Takings in Canada" , WASH. U. GLOBALSTUD. L. REV, vol 5 , Issue3, WASH. U.
۳۴. Sohrablo, Ali, Tajarlo, Reza (2020), "The impact of domestic law on the rules and norms of international law", Journal of Public Law Studies, Vol ۴۹, □□ ۲.
۳۵. Vig, Zoltan & Tamara, Gajinove (2016), "The Development of Compensation Theories in International Expropriation Law", Hungarian Journal of Legal Studies 57, No..

۳۶. UNCITRAL (2009), Romak S.A. (Switzerland) v. The Republic of Uzbekistan
, PCA Case No. AA 280, Award.

۳۷. Zamir, Noam (2017), “The Police Powers Doctrine in International
Investment Law” , Manchester Journal of International Economic Law,
Vol. 14, Issue 3.