دو فصلنامهٔ علمی ـ پژوهشی پژوهشنامه حقوق اسلامی، سال سیزدهم، شماره دوم (پیاپی ۳۶)، پائیز و زمستان ۱۳۹۱، صص ۱۵۷-۱۸۸

بررسی و تحلیل ماهیت تحولات حقوق سرمایه‌گذاری خارجی؛ گذشته، حال و آینده

جنت داین*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۱/۱۰/۲

محمد آرین**

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۱/۱۲/۱۵

چکیده

در دنیای امروزی، سرمایه‌گذاری خارجی بدون تردید یکی از مهمترین ارکان توسعه اقتصادی و اجتماعی محسوب می‌گردد که حقوق حاکم بر آن فراز و نشیب‌های فراوانی را پشت سر گذاشته است. شکل امروزی نظام قانونی حاکم بر فرآیند سرمایه‌گذاری خارجی محصول طیف وسیعی از تحولات تأثیرگذارا است که بررسی عمیق و تحلیل ماهوی آن تحولات متضمن این فایده عملی است که افق دید وسیعی را برای تهیه نقشه راه حقوق سرمایه‌گذاری خارجی از منظر ملی و فراملی در آینده فراهم خواهد آورد. در این میان آنچه ذهن را به تکاپو وادار می‌کند طرح این مسئله است که در بعد ملی و فراملی تحول حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در ادوار گذشته تحت تأثیر چه عواملی محیطی بوده است؟ آیا توسعه قواعد در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی همسو با نیازهای موجود بوده است؟ در عصر کنونی رویکرد مورد هدف برای ضابطه‌مندسازی سرمایه‌گذاری خارجی در بعد بین‌المللی چیست؟ آیا این رویکرد می‌تواند تبعات ناخواسته سرمایه‌گذاری خارجی را کنترل یا مرتفع سازد؟ در این نوشتار تلاش شده تا با توجه به سئوالات فوق‌الذکر، چگونگی فرآیند تحولات حقوقی در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی مورد تحلیل ماهوی قرار گرفته و روند آتی این تحولات تبیین گردد.

واژگان کلیدی

حقوق سرمایه‌گذاری خارجی، استعمارگرایی، حقوق بین‌الملل عرفی، استعمارزدایی، معاهدات دوجانبه، جهانی‌شدن، توسعه پایدار.

---

* استاد دانشگاه لندن. j.m.dine@qmul.ac.uk

** کارشناسی ارشد حقوق تجارت بین‌الملل دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول). arian.mo@ppars.com

مقدمه

از منظر مفهومی، سرمایه‌گذاری خارجی دلالت بر فرآیندی دارد که بر اساس آن شخص سرمایه‌گذار با هدف نفوذ پایدار در بازارهای دارای قابلیت، از طرق مختلف مبادرت به انتقال سرمایه به کشورهای سرمایه‌پذیر می‌نماید که چنین عملیاتی از دو منظر می‌تواند باعث بروز حساسیت گردد: اولاً. از منظر سرمایه‌گذار، به دلیل خروج سرمایه از قلمرو کشور متبوعش، ممکن است تضمین امنیت بازگشت سرمایه به شکل دلخواه محقّق نگردد؛ ثانیاً. از منظر کشور سرمایه‌پذیر، حضور مستمر سرمایه‌گذار خارجی در قلمرو آن ممکن است معادلات سیاسی و اقتصادی کشور مذکور را دچار نوسان سازد یا فراتر از همه منجر به دخالت در امور داخلی و براندازی دولت میزبان گردد. نگاهی گذرا و اجمالی بر روند تحول قواعد و ضوابط حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی این امر را به ذهن متبادر می‌نماید که قواعد موجود از یک‌سو محصول تضاد و تشتت آراء در این حوزه، و از سوی دیگر زائیده عوامل و محرک‌های سیاسی و اقتصادی متعدد در برهه‌های زمانی گوناگون می‌باشند. در واقع تلاطم نسبتاً پایدار در دریای سرمایه‌گذاری خارجی، پیدایش سطوح مختلفی از ضوابط اعم از ضوابط ملی، دوجانبه یا منطقه‌ای را به همراه داشته است. تشخیص این امر که چرا حوزه سرمایه‌گذاری خارجی این‌گونه مملوء از ضوابط گوناگون گردیده است، مستلزم کنکاشی عمیق در ماهیت تحولات حقوقی حاکم بر این پدیده می‌باشد. در این راستا، آنچه ذهن را به چالش فرا می‌خواند این است که: اولاً. چه عوامل یا فاکتورهایی در پیدایش و تحول چارچوب‌های حقوقی حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی در ادوار مختلف مؤثر بوده‌اند؟ ثانیاً. آیا سیر تحول قواعد سرمایه‌گذاری خارجی همسو با نیازهای هر دوره بوده است به دیگر سخن، آیا قواعد مذکور از پویایی لازم در جهت نظام‌مند ساختن و بهره‌وری بهینه از فرآیند سرمایه‌گذاری خارجی برخوردار بوده‌اند؟ ثالثاً. در حال حاضر رویکرد اتخاذی برای توسعه قواعد سرمایه‌گذاری خارجی در بعد فراملی بر چه محوری استوار می‌باشد؟ آیا رویکرد مذکور می‌تواند در عصر جهانی‌شدن پاسخگوی تبعات ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی باشد؟

ارزیابی و تحلیل ماهوی قواعد فعلی موجود در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی در وهله اول نیازمند بررسی موشکافانه روند شکل‌گیری حقوق سرمایه‌گذاری خارجی و آسیب‌شناسی وقایع و عوامل پیرامونی آن است که هدف اصلی این نوشتار را تشکیل می‌دهد. بر این اساس و با توجه به منابع و مأخذ، سیر تحول و تطور نظام‌های حقوقی حاکم بر فرآیند سرمایه‌گذاری خارجی در دوران معاصر را می‌توان به ۳ مرحله مجزا تقسیم نمود. دوران نخست موسوم به «عصر استعمارگرایی یا دوران نظامی‌گری» که از اواسط قرن هجدهم شروع و تا پایان جنگ جهانی دوم ادامه یافت. دوران دوم، تحت عنوان «عصر استعمارزدایی یا دوران ضابطه‌مداری» تقریباً با پایان جنگ جهانی دوم شروع و تا اوایل دهه ۱۹۹۰ میلادی یعنی زمان فروپاشی شوروی سابق جریان یافت. نهایتاً دوران سوم، موسوم به «عصر جهانی یا دوران معاهده‌محوری» تقریباً از اوایل دهه ۱۹۹۰ آغاز و تاکنون ادامه دارد. لازم به ذکر است که دسته‌بندی فوق از منظر زمانی بر مبنای بروز حوادث خاصی است که تحوّل روابط اقتصادی میان کشورها به خصوص سرمایه‌گذاری خارجی را تحت‌الشعاع قرار داده است به گونه‌ای که نظام قانونی حاکم بر این گونه روابط نیز مصون از تحول و دگرگونی نمانده است.

۱. عصر استعمارگرایی یا دوران نظامی‌گری

تنظیم روابط اقتصادی در بعد بین المللی در هر برهه از زمان نیازمند اتخاذ تدابیر لازم برای کنترل آثار و نتایج نامطلوب آن‌ها بوده است در عصر استعمارگرایی، حمایت از روابط تجاری و سرمایه‌گذاری از طریق توسل به سازکارهای حقوقی نگرانی عمده‌ای برای دول استعمارگر محسوب نمی‌گردید. زیرا در این دوره به ویژه طی قرون هجدهم و نوزدهم، بخش اعظم سرمایه‌گذاری‌های دول قدرتمند در داخل قلمرو کشورهای مستعمره صورت می‌گرفت و از آنجا که سیستم قانونی و قضایی کشورهای تحت‌سلطه به طور چشمگیری تحت‌نفوذ قدرت‌های استعماری قرار داشت، احساس نیاز مبرم برای ایجاد قواعد و ضوابط در بعد بین‌المللی برای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی وجود نداشت (Frieden, 1994, pp. 559-593). برای درک بهتر ساختار و ماهیت روابط اقتصادی و نحوه تنظیم آن‌ها در عصر نظامی‌گری باید قائل به یک تفکیک عملی ظریف

در این زمینه گردید بدین نحو که می‌توان روابط اقتصادی دول قدرتمند (استعمارگر) را از دو زوایه به شرح مباحث آتی مورد ارزیابی و تحلیل موشکافانه قرار داد.

۱-۱. روابط اقتصادی دول استعمارگر با دول مستعمره

در عصر استعمارگرایی، با توجه به برتری نظامی و اقتصادی دول استعمارگر، اصولاً وضع قواعد ویژه از طریق انعقاد موافقتنامه دو یا چندجانبه به منظور حمایت از تجارت و سرمایه‌گذاری اتباع دول مذکور در قلمرو کشورهای مستعمره دغدغه چندانی تلقی نمی‌گردید زیرا دول استعمارگر برای حفظ و تدوام وضعیت استعماری تلاش می‌نمودند تا از طریق برقراری روابط اقتصادی و تجاری با افراد بومی صاحب منصب از یک‌سو، و نفوذ در دستگاه‌ها و سازمان‌های نظارتی و اجرایی کشورهای مستعمره، وضع قواعد و ضوابط حاکم بر روابط اقتصادی را به گونه‌ای مطلوب با اهداف و مقاصد خود همسو سازند از این‌رو بنیان نهادن یک سامانه حقوقی بین‌المللی مجزا برای حمایت از روابط اقتصادی با دول مستعمره ضروری انگاشته نمی‌شد (حدادی، ۱۳۷۹، ص ۲٤۰). به عبارت گویاتر، دول قدرتمند آن زمان با نظارت و کنترل بر فرآیند شکل‌گیری و وضع قواعد و ضوابط در قلمرو کشور تحت سلطه، ریسک یا ریس‌کهای توأم با تجارت و سرمایه‌گذاری با این‌گونه کشورها را به حداقل ممکن می‌رساندند (Hopkins, 1980, p. 787). یکی از بارزترین نمونه‌های نفوذ دول قدرتمند جهت وضع قواعد مطلوب و متناسب با اهداف استعماری، کمپانی هند شرقی در نظر گرفته می‌شود. پادشاهی بریتانیا از طریق این نهاد توانمند، کلیه تعاملات اقتصادی و سیاسی در کشور هندوستان را به نحو مؤثری تحت نظارت و کنترل خود قرار می‌داد. نکته حائز اهمیت این است که این نهاد به ظاهر تجاری نقش گسترده‌ای در فرآیند وضع و اجرای مقررات اقتصادی و تجاری در کشور هندوستان داشت و با اتخاذ سیاست‌های گوناگون از جمله تعامل با حاکمین محلی تلاش می‌نمود تا محیط قانونی سازگاری برای فعالیت‌های تجاری و اقتصادی اتباع بریتانیا فراهم آورد (Sornarajah, 2010, p. 20). بر این اساس می‌توان چنین استنباط نمود که در عصر استعماگرایی جنس و ماهیت روابط حاکم بین دول استعمارگر و مستعمره از نوعی بود که اساساً ضرورتی برای وضع قواعد

تنظیم‌کننده وجود نداشت؛ به بیان ساده‌تر، ماهیت غالب و مغلوبی رابطه، خود ضامن تداوم و حمایت از روابط اقتصادی بود.

۱-۲. روابط اقتصادی دول استعمارگر با دول غیرمستعمره

جنس و ساختار روابط بین‌المللی در عصر استعمارگرایی به گونه‌ای بود که برخی از کشورها علی‌رغم تلاش دول قدرتمند تحت سلطه آن‌ها قرار نمی‌گرفتند از این‌رو برقراری روابط تجاری و اقتصادی با این‌گونه از کشورها به دلیل عدم نفوذ قدرت‌های استعماری به اندازه دول مستعمره، توأم با چالش‌ها و خطرات عدیده بود. در این راستا، دول قدرتمند برای حفظ و تداوم روابط اقتصادی و حمایت از سرمایه‌گذاری اتباع خود در قلمرو این قبیل از کشورها از سازکارها و مکانیزم‌های حقوقی و غیرحقوقی بهره می‌جستند تا بدین طریق بتوانند ریسک ناشی از عدم بازگشت سرمایه را کاهش دهند و منافع اقتصادی خود را در دراز مدت تضمین نمایند.

۱-۲-۱. تنظیم روابط اقتصادی با توسل به سازکارهای غیرحقوقی

رویکرد دول قدرتمند برای مقابله با خطرات ناشی از ضبط و مصادره سرمایه اتباع خود در قلمرو دول غیرمستعمره، عموماً بر کاربرد راهکارهای سیاسی یا نظامی یا هر دو، جهت حل اختلافات ممکن مبتنی بود. استفاده از راهکارهای فوق‌الذکر به ویژه توسل به مداخله نظامی با توجه به شرایط و ساختار حاکم بر روابط در عصر استعمارگرایی مخصوصاً عدم توازن قدرت بین کشورها امری قابل توجیه به نظر می‌رسید. در عمل غالباً ترکیبی از دیپلماسی و تهدید نظامی برای جلوگیری از اقدام دول میزبان به منظور توقیف اموال و دارایی اتباع این‌گونه کشورها اعمال می‌گردید.

الف. حمایت دیپلماتیک: یکی از شیوه‌های مرسوم برای حمایت از سرمایه‌گذاری اتباع دول صاحب قدرت در عصر نظامی‌گری، توسل به مکانیزم «حمایت دیپلماتیک» بود (ویژه، ۱۳۸۰، صص ٤-۲۲). با توجه به برخی از مستندات موجود، ظهور و پیدایش ایده حمایت دیپلماتیک به قرون وسطی برمی‌گردد (Brownlie, 2008, p. 500). حمایت دیپلماتیک از منافع اتباع بدین نحو بوده است که دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی ادعای خسارت توسط وی را به عنوان ادعای خود تلقّی می‌نمود و علیه دولت میزبان (مسئول) مدعی احقاق حق می‌گردید. در ترمینولوژی دعاوی بین‌المللی از چنین

حالتی تحت عنوان «ایسپوزال»[1] یاد می‌شود (Koessler, 1946, pp. 180-194). شایان ذکر است که کاربرد اصل حمایت دیپلماتیک توسط دولت‌ها طی قرون هجدهم و نوزدهم میلادی رواج بیشتری یافت و حتی اصل مزبور در سال ۱۹۲٤ توسط دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی به عنوان یکی از اصول اولیه حقوق بین‌الملل به رسمیت شناخته شده است.[2] رویکرد توسل به حمایت دیپلماتیک برای حفاظت از سرمایه‌گذاری اتباع، عملاً به عنوان یک روش مؤثر و رضایت‌بخش جلوه ننمود زیرا اولاً. دولت متبوع شخص مدعی، تکلیفی به حمایت از تبعه خود نداشت به عبارت گویاتر، اعمال حمایت دیپلماتیک به عنوان امری اختیاری شناخته می‌شد. در چنین حالتی دولت‌ها با در نظر گرفتن ملاحظات و تبعات سیاسی و اقتصادی بعضاً مبادرت به حمایت از تبعه متضرر می‌نمودند چرا که مداخله عجولانه می‌توانست سایر اهداف و منافع کلان سیاسی و اقتصادی آن‌ها را به مخاطره اندازد. ثانیاً. در عمل غالباً اعمال حمایت توسط دولت شخص زیان‌دیده در صورتی ممکن بود که شخص موصوف تمام راههای جبران خسارت را برطبق قوانین کشور میزبان طی می‌نمود ولی موفق به احقاق حق خود نمی‌گردید (Amerasinghe, 2004) . ثالثاً. به دلیل اینکه حمایت دیپلماتیک مبتنی بر مذاکره بین کشورها بود هیچ تضمینی وجود نداشت که در پایان دولت میزبان حاضر به جبران خسارت براساس شرایط دلخواه مدعی ضرر می‌شد. با توجه به ملاحظات فوق‌الذکر، کارآمدی ابزار حمایت دیپلماتیک برای تأمین امنیت سرمایه‌گذاری خارجی محل تردید جدی بود به همین دلیل کشورهای صاحب سرمایه غافل از دیگر روشها به ویژه تهدید نظامی نبودند.

ب. تهدید به مداخله نظامی: از دیگر راهکارهای اتخاذی برای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در عصر استعمارگرایی، بهره‌گیری از توان نظامی برای پیشبرد اهداف اقتصادی بود که در ادبیات روابط بین‌الملل از آن تحت عنوان «سیاست تفنگ ـ قایق»[3] یاد می‌شود (Graham-Yooll, 2002, pp. 145-158) . هنگامی که دول استعمارگر در جریان روابط اقتصادی خود با دول غیرمستعمره از مسیر حمایت دیپلماتیک راه به جائی نمی‌بردند، متوسل به اعمال تهدید نظامی و یا حتی کاربرد آن علیه دولت میزبان می‌شدند (Tomz, 2007, pp. 114-157 & Waibel, 2011, pp. 29-37). یکی از بارزترین مصادیق سیاست فوق‌الذکر، در قضیه ملی‌کردن صنعت نفت ایران قابل

مشاهده می‌باشد که در جریان آن دولت بریتانیا گزینه حمله نظامی به مناطق نفت‌خیز جنوب ایران را یکی از شیوه‌های مؤثر برای بازستاندن امتیاز نفت از دست رفته می‌دانست (اقبال، ۱۳۸۵، صص ٦٨-٧٠؛ راسخی لنگرودی، ۱۳۸۵، صص ١٧٦-١٨٠). رویکرد توسل به اعمال فشار از طریق کاربرد توان نظامی یکی از شیوه‌های مرسوم دولتمردان امریکایی برای حمایت از دارایی اتباعشان در قلمرو دیگر کشورها بوده است. در واقع تفسیر دولت روزولت از دکترین مونرو، (Herring, 2008, pp. 153-155 & Renehan, 2006, pp. 17-26) صریحاً استفاده از نیروی نظامی را جهت جمع‌آوری مطالبات اتباع امریکائی در دیگر کشورها مجاز نمود. علیرغم تصور اولیه دول صاحب سلطه، ارزش ذاتی سیاست تفنگ ـ قایق به مرور زمان مخدوش گردید زیرا از جنبه کاربردی، توسل به سازکار نظامی برای تضمین امنیت سرمایه‌گذاری خارجی در عصر استعمارگرایی نه تنها نمی‌توانست حمایت پایداری را برای منافع سرمایه‌گذاران دول قدرتمند فراهم آورد، بلکه چنان جو حاکم بر روابط بین‌الملل را دچار نوسان می‌ساخت و احساسات ملی‌گرایانه را در درون قلمرو کشورهای میزبان تهییج می‌نمود که سرمایه‌گذارخارجی چاره‌ای جزء قطع امید از دارایی از دسته رفته خود نداشت. مضافاً از منظر قانونی، مشروعیت کاربرد زور برای حمایت از منافع اتباع، به مرور زمان مورد چالش جدی قرار گرفت. از یک طرف، کشورهای آمریکای لاتین با الهام از «دکترین دراگو»[٤] کوشیدند تا مشروعیت استفاده از هرگونه مداخله نظامی را مخدوش نمایند. لوئیس دراگو (وزیر امور خارجه آرژانتین) در نوشته‌ای خطاب به دولت امریکا در ۲۹ دسامبر سال ۱۹۰۲ در راستای تکمیل خط مشی دکترین مونرو چنین اظهار نمود: «بدهی یک کشور آمریکای لاتین به برخی دول اروپایی نمی‌تواند دلیلی برای مداخله نظامی یا حتی اشغال خاک آن کشور توسط دول مذکور تلقی گردد» (Hershey, 1907, pp. 26-45). از طرف دیگر، در کنفرانس صلح لاهه (۱۹۰۷) که منجر به اتخاذ کنوانسیون دراگو ـ پورتر[٥] گردید صریحاً کاربرد زور برای أخذ مطالبات قراردادی توسط دول عضو ممنوع گردید (Sturchler, 2007, p.11). عدم کارایی سازکارهای حمایت دیپلماتیک و مداخله نظامی برای تضمین درازمدت امنیت سرمایه‌گذاری خارجی موجب گردید تا با گذشت زمان ضرورت استفاده از تدابیر حقوقی و قراردادی برای محدود ساختن اختیارات مطلق دول میزبان بیشتر مورد توجه قرار گیرد.

۱-۲-۲. تنظیم روابط اقتصادی با توسل به سازکارهای حقوقی

جنس و نوع روابط بین دول در دوره استعمارگرایی به گونه‌ای بود که استفاده از ابزارهای حقوقی برای تنظیم روابط اقتصادی از اقبال چندانی برخوردار نبود. فی‌الواقع به دلیل ماهیت غالب و مغلوبی رابطه بین دول استعمارگر و مستعمره از یکسو، و عدم پیچیدگی و گستردگی روابط اقتصادی به شکل امروزی، کششی برای وضع قالب‌های حقوقی وجود نداشت و دول قدرتمند نفع خود را گاه در دیپلماسی و گاه در نظامی‌گری می‌دانستند. مع‌الوصف به مرور زمان تجربه نشان داد که مکانیزم‌های مورد اشاره همیشه همراه با نتیجه مطلوب نیست بلکه باید طرحی درانداخت که مقبولیت و مشروعیت عمومی داشته باشد. لذا رویه قانون‌محوری برای تنظیم روابط اقتصادی تدریجاً در کانون افکار قرار گرفت. شایان ذکر است که گرچه این تغییر نگرش ماهیتاً تحولی مثبت ارزیابی می‌گردد معذلک اینکه آیا تدابیر قانونی مورد استفاده در عصر استعمارگرایی واجد کارایی و تأثیر سازنده برای توسعه و تضمین امنیت روابط اقتصادی بوده‌اند، سئوالی است که نیاز به بررسی بیشتر دارد.

الف. سازکار «حقوق بین‌الملل عرفی»: عدم اطمنیان از کارساز بودن تدابیر سیاسی و نظامی برای حفظ تداوم روابط سرمایه‌گذاری توأم با این اثر بود که دول صاحب سرمایه بر سازکار حقوق عرفی برای حمایت از منافع اتباع خود اصرار ورزند. به اعتقاد برخی از نویسندگان تنها منبع قانونی مورد توجه برای حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در عصر استعمارگرایی، قواعد حقوق بین‌الملل عرفی بودند که در این راستا مشخصاً به ضابطه‌ای اشاره می‌کنند که در ادبیات حقوقی تحت عنوان «معیار بین‌المللی حداقل رفتار با سرمایه‌گذار خارجی»[٦] شناخته شده است. بر اساس این معیار ادعایی، دولتها مکلفند فارغ از قوانین و رویه مرسوم داخلی خود، یک دسته اصول یا حقوق حداقلی را در رفتار با سرمایه‌گذار خارجی و دارایی وی رعایت نمایند (Brownlie, 2007, p. 691 & Gazzini, 2007, pp. 562–64). شایان ذکر است گرچه استناد به معیار فوق‌الذکر و تعیین حدود و ثغور آن در اسناد بین‌المللی و آراء مختلف[٧] در دهه‌های اخیر به عنوان یک قاعده مبتنی بر معاهده، محل بحث و جدل فراوان بوده است لکن محتوی این معیار در عصر استعمارگرایی به عنوان یک قاعده حقوق

بین‌الملل عرفی کاملاً مبهم و نامشخص بوده است (Roha, 1961, pp. 863- 891). برخی از نویسندگان معتقدند به غیر از دو اصل ذیل اصلی دیگری به عنوان زیرمجموعه این قاعده عرفی شناخته نشده است. اولاً. دارایی اتباع خارجی بدون طی مراحل قانونی و پرداخت خسارت فوری، کامل و مؤثر قابل مصادره نمی‌باشد؛ ثانیاً. رسیدگی به حل اختلاف‌های ناشی از مصادره باید در دیوانی خارج از قلمرو دولت مصادره‌کننده صورت پذیرد(Sornarajah, 2010, p. 128) در رویه قضایی بین‌المللی، رأی کمیسیون رسیدگی کننده در پرونده Neer در سال ۱۹۲۶ به عنوان ملاکی برای تبیین معیار حداقلی موصوف به کار گرفته شده است.[۸]

علی‌رغم تلاش‌ها و اقدامات دول صاحب سرمایه در جهت تبیین و تثبیت یک معیار بین‌المللی رفتار با اتباع خارجی به عنوان یک قاعده مبتنی بر حقوق بین‌الملل عرفی، مکانیزم موصوف برای تضمین امنیت سرمایه‌گذاری خارجی ناکارآمد جلوه نمود زیرا: اولاً. برخی از کشورها اساساً شکل‌گیری و موجودیت معیار موصوف را مورد چالش قرار دادند در این‌باره به ویژه کشورهای آمریکای لاتین تحت تأثیر دستاورد «دکترین کالو»[۹] تشکیل هرگونه معیار بین‌المللی حداقل رفتار با سرمایه‌گذار خارجی را مورد تردید قرار دادند (Shea, 1955, pp. 17–20). بر طبق دکترین کالو، سرمایه‌گذار خارجی تنها مستحق رفتاری است مشابه آنچه دولت میزبان با سرمایه‌گذار متبوعش انجام می‌دهد مضافاً اینکه سرمایه‌گذار مورد نظر باید ادعای خود را نزد دادگاه‌های ملی کشور میزبان مطرح نماید و نمی‌تواند خواستار حمایت دیپلماتیک از جانب دولت متبوع خود یا طرح اختلاف در محاکم داوری بین‌المللی گردد. ثانیاً. حتی اگر وجود یک استاندارد حداقلی رفتار با سرمایه‌گذار خارجی به عنوان یک قاعده عرفی بین‌المللی پذیرفته شود، موضوعی که ذهن را به تکاپو وادار می‌نماید طرح این سئوال است که محتوی استاندارد مذکور چیست؟ به عبارت دیگر حدود و ثغور چنین استانداردی چگونه و برچه اساسی تعیین می‌گردد؟ همان‌گونه که اشاره گردید محتوی معیار مورد ادعا از شفافیت لازم برخوردار نبود به طوری که بتوان در عمل قدر متیقنی جهت اعمال در سایر موارد مشابه استخراج نمود (Porterfield, 2006, p. 82). ثالثاً. در صورت عدم وجود توافق مبنی بر حل اختلاف از طریق داوری، تنها راهکار پیشنهادی بر اساس حقوق بین‌الملل عرفی برای حل اختلافات، حمایت دیپلماتیک تلقی می‌گردید. وقتی از منظر اصول کلی به این موضوع

نگریسته شود این سئوال به ذهن متبادر می‌گردد که آیا ایجاد و تثبیت قاعده‌ای عرفی موسوم به استاندارد بین‌المللی حداقل رفتار با سرمایه‌گذار خارجی با توجه به ساختار و ماهیت روابط و عدم توازن قوا در عصر استعمارگرایی امری ممکن بوده است؟ به عبارت دیگر آیا تولد و پیدایش یک چنین قاعده عرفی از درون روابط اقتصادی نابرابر و توأم با اعمال تهدید امکان‌پذیر بوده است؟

همواره برای ارزیابی صحیح شکل‌گیری و تحول یک پدیده، داشتن نیم نگاهی به محیط پیرامونی شکل‌دهنده آن حائز اهمیت ویژه می‌باشد. ناهمگونی، نابرابری، تهدید نظامی و اعمال خشونت در عصر استعمارگرایی محیطی را فراهم نموده بود که تولد قاعده عرفی در ارتباط با نحوه رفتار با سرمایه‌گذار خارجی از آن محیط فاقد منطق وجودی می‌باشد. در واقع آنچه دول قدرتمند بر آن به عنوان یک معیار حداقلی رفتار با سرمایه‌گذار خارجی اصرار می‌نمودند، یک قاعده عرفی برخاسته از رویه مشترک اکثر کشورها نبود بلکه معیار موصوف صرفاً منعکس‌کننده اصول مورد قبول دول قدرتمند بود این در حالی است که شکل‌گیری قاعده عرفی بین‌المللی نیازمند تکرار عمل یا رفتاری مشابه از سوی شمار قابل ملاحظه‌ای از کشورها است (عنصر مادی) به گونه‌ای که تدریجاً در روابط آن‌ها اعتقاد به الزامی بودن آن عمل ایجاد شود (عنصر معنوی) (Shaw, 2008, pp. 72-84). بر این اساس باید اذعان نمود که معیار ادعایی از سوی شمار قابل توجهی از کشورها به عنوان یک رویه مشترک الزام‌آور پذیرفته نشده بود لذا شکل‌گیری یک قاعده عرفی بین‌المللی تحت عنوان استاندارد حداقلی رفتار با سرمایه‌گذار خارجی در عصر استعمارگرایی محل تردید جدی می‌باشد.

ب. سازکار حقوقی دوجانبه (معاهدات دوستی، تجارت و دریانوردی): استفاده از سازکار قراردادی رویکرد دیگری بود که در دوره استعمارگرایی برای ضابطه‌مند ساختن روابط اقتصادی در کانون توجه قرار گرفت. در واقع سابقه کاربرد موافقتنامه‌های تجاری بین‌المللی به اواخر قرن هجدهم باز می‌گردد. کشورهای استعمارگر در راستای استحکام بخشیدن به روابط اقتصادی و حمایت بیشتر از اموال اتباع خود در قلمرو کشورهای غیرمستعمره علاوه بر استناد به قواعد حقوق بین‌الملل عرفی، به طور دوجانبه معاهداتی را با شرکای تجاری خود منعقد می‌نمودند که از حیث مفاد مندرج در آن‌ها حائز اهمیت خاص می‌باشند به عنوان مثال دولت آمریکا از اواخر قرن هجدهم

مبادرت به انعقاد معاهداتی موسوم به «مودت، تجارت و دریانوردی»[۱۰] نمود که هدف بنیادین آن‌ها وضع مقررات حاکم بر روابط تجاری بین طرفین بود.

همان‌طور که از عنوان این‌گونه معاهدات برمی‌آید تمرکز معاهدات مورد نظر بر مقوله وضع مقررات درحوزه تجارت کالا بین طرفین معاهده بود و به هیچ وجه سرمایه‌گذاری مستقیم توسط شرکت‌ها را در برنمی‌گرفت. در واقع یکی از دلایل عمده انعقاد موافقتنامه‌های تجاری موصوف، پاسخ به عدم شفافیت و کفایت اصول حقوق بین‌الملل عرفی برای حمایت از اتباع خارجی و اموال آن‌ها در قلمرو دیگر کشورها بود (Newcombe, 2009, p. 41). از منظر تحلیلی، مداقه و کنکاش در موافقتنامه‌های مورد اشاره این حقیقت را عریان می‌نماید که اسناد مذکور فاقد کارایی لازم برای حمایت از منافع سرمایه‌گذاران خارجی در عصر استعمارگرایی بودند زیرا: اولاً. گرچه مفاد آن‌ها حاوی مقرراتی بود که در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری امروزی نیز یافت می‌گردد ولی چتر حمایتی موافقتنامه‌ها تنها تجارت با دیگر کشورها را در برمی‌گرفت (Vandevelde, 2009, p. 4). ثانیاً. معاهدات تجاری مذکور به دلیل جنس و ماهیت حاکم بر روابط در عصر استعمارگرایی، عمومیت یا فراگیری چندانی نداشتند. از این‌رو با توجه به تجارت محوری معاهدات مودت، تجارت و دریانوردی و عدم فراگیری آن‌ها می‌توان چنین استنباط نمود که در عصر استعمارگرایی علی‌رغم تلاش‌های گسترده کشورهای قدرتمند، سرمایه‌گذاری طولانی مدت توسط اتباع آن‌ها کماکان از چتر حمایتی و قانونی لازم برخوردار نبود.

۲. عصر استعمارزدایی یا دوران ضابطه‌مداری

با توجه به فضای پیرامونی حاکم بر روند سرمایه‌گذاری خارجی در عصر استعمارگرایی و تحولات و نوسان‌های آن، برگ دیگری در تاریخ حقوق سرمایه‌گذاری خارجی ورق خورد و عصر دیگری آغاز گردید به نام عصر استعمارزدایی یا دوران ضابطه‌مداری که با پایان یافتن جنگ جهانی دوم طلوع و با فروپاشی اتحاد جماهیر شوروی غروب نمود. در این دوره، نظام قانونی حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی تحت تأثیر ۳ واقعه عمده، دستخوش تحولات چشمگیر قرار گرفت. اولین عامل محیطی در شکل‌دهی به نظام حقوقی حاکم بر جریان سرمایه‌گذاری خارجی، واکنش جامعه جهانی به رکود

اقتصادی شدید در عرصه بین‌المللی بود که یکی از عوامل بنیادین شعله‌ور شدن جنگ جهانی دوم تلقّی می‌گردد. در این خصوص کشورهای فاتح در جنگ جهانی دوم با در نظر گرفتن شرایط اقتصادی قبل از جنگ، مبادرت به اتخاذ سیاست آزادسازی تجارت با رویکرد وضع چارچوب حقوقی چندجانبه نمودند که ثمره آن در سال ۱۹٤۷ با تأسیس سازمان «گات» بر اساس «موافقتنامه عمومی تعرفه‌ها و تجارت» به بازار جهانی ارائه گردید (Bagwell & Staiger, 2002, pp. 43-48). تولد گات نقطه عطف و تحولی عظیم در حوزه ضابطه‌مندسازی تجارت خارجی گردید زیرا برای اولین‌بار نظام قانونی حاکم بر تجارت خارجی از چارچوب محدود موافقتنامه‌های دوجانبه به سمت نظامی چندجانبه جهش یافت.

دومین فاکتور دخیل در فرآیند تشکیل نظام قانونی دوران بعد از جنگ، ظهور جنبش استعمارزدایی و تولد کشورهای تازه استقلال‌یافته با اقتصادهای شکننده بود. تجربه تلخ دوران استعمار باعث گردید تا تازه متولدین، سرمایه‌گذاری خارجی را جلوه جدیدی از استعمار گذشته بدانند که از طریق آن کنترل ابزار تولید در دست خارجیان قرار می‌گیرد. مضافاً اینکه حضور دائمی سرمایه‌گذار خارجی در قلمرو کشور آن‌ها زمینه را برای مداخله در امور داخلی فراهم می‌نماید (Muchlinsk, 2007, p. 82). از این‌رو کشورهای مذکور تحت تأثیر نگرش فوق و برای حفظ استقلال و تمامیت ارضی خود مبادرت به بستن دروازه‌های کشور به روی سرمایه‌گذاران جدید و ملی‌کردن سرمایه‌گذارائی‌های قبلی نمودند (Salacuse & Sullivan, 2005, p. 75). بروز یک چنین جنبشی، کشورهای متبوع سرمایه‌گذاران خارجی را با یک بحران بی‌سابقه مواجه نمود در حالی که ابزارهای قانونی برای حمایت از سرمایه‌گذاری به قدر کافی توسعه یافته نبودند.

سومین عامل مؤثر در تحول نظام قانونی حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی، ظهور کشورهای سوسیالیستی به رهبری اتحاد جماهیر شوروی بود. در بعد فراملی، تفکر این دسته از کشورها بر این محور استوار بود که داشتن هرگونه رابطه اقتصادی با کشورهای توسعه یافته اروپای غربی و آمریکای شمالی منجر به بهره‌کشی اقتصادی از آن‌ها می‌گردد (گوهرپی، ۱۳۷۵، ص ۱۳۲) و اینکه بهترین راه برای تحقّق توسعه اقتصادی مداخله دولت برای تنظیم بازار از طریق وضع ضوابط گسترده می‌باشد. بروز حوادث

فوق فضای پیرامونی را در عرصه بین‌المللی ایجاد نمود به گونه‌ای که به تدریج ضوابط و مقررات حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی هم از بعد ملی و هم از بعد بین‌المللی دچار یک دگرگونی بی‌سابقه گردید. تلاش برای وضع قواعد در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی اعم از ملی یا فراملی به قدری شتاب پیدا نمود که می‌توان از این دوره تحت عنوان عصر «ضابطه‌مداری» در صنعت سرمایه‌گذاری خارجی یاد نمود.

۲-۱. ضوابط ملی: رویکرد انقباضی

شکل‌گیری و تحول ماهیت قواعد حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی در بعد ملی در عصر استعمارزدایی با اتخاذ یک رویکرد انقباضی یا به تعبیر بهتر «سیاست درهای بسته» نسبت به سرمایه‌گذاری خارجی نمایان گردید و به طور مواجی طیف وسیعی از کشورها را دربر گرفت. در واقع کشورهای سرمایه‌پذیر تحت تأثیر رخدادهای فوق‌الذکر به‌طور یک‌جانبه و گسترده اقدام به وضع قوانین داخلی در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی نمودند که ویژگی بارز و مشترک آن‌ها منع یا تضییق شرایط ورود و خروج سرمایه خارجیان بود (Lo & Tian, 2009, pp 1-3 & Muchlinski, 2007, p 180). علاوه بر اقدام تقنینی مورد اشاره، کشورهای مذکور به منظور احیاء کنترل بر بخش‌های حیاتی اقتصاد خود از جمله منابع طبیعی اقدام به ملی‌کردن صنایع مرتبط نمودند به گونه‌ای که در عمل جوی توأم با عدم امنیت بر روابط اقتصادی حکمفرما گردید و کشورهای صادرکننده سرمایه یعنی همان دول استعماری سابق را به فکر درانداختن بسترهای لازم برای فراملی کردن قواعد حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی انداخت. از حیث ماهوی، اتخاذ سیاست انقباضی در وضع قوانین ملی توسط اکثر کشورهای در حال توسعه دارای این پیامد عملی بود که روند توسعه حقوق سرمایه‌گذاری خارجی را در بعد فراملی تسریع نمود زیرا کشورهای صاحب سرمایه برای خنثی نمودن اثر قوانین داخلی در روابط اقتصادی فی مابین به ویژه سرمایه‌گذاری خارجی به معاهدات دوجانبه روی آوردند و به تدریج کوشیدند تا مقوله ضابطه‌مندسازی سرمایه‌گذاری خارجی را از قلمرو حکومت قوانین و مقررات داخلی کشورهای سرمایه‌پذیر خارج نمایند. بنابراین گرچه در کوتاه مدت حقوق

سرمایه‌گذاری خارجی در بعد ملی دچار انجماد سیاسی گردید لکن در درازمدت توسعه در بعد فراملی را به ارمغان آورد.

۲-۲. ضوابط فراملی: رویکرد انبساطی

درهم تنیدگی حوادث بعد از جنگ جهانی دوم، فضای حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی را به گونه‌ای تحت‌الشعاع قرار داد که دول متبوع سرمایه‌گذاران خارجی در کارزاری نفس‌گیر به دنبال سپر دفاعی مناسب می‌گشتند. از یک سوی، ابزار تهدید نظامی جایگاه خود را در حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی از دست داده بود زیرا وفق منشور سازمان ملل متحد، عدم مشروعیت توسل به قوای نظامی جزء در حالت دفاع مشروع به رسمیت شناخته شده بود از دیگر سوی، ضعف و عدم کارایی حقوق بین‌الملل عرفی در تضمین امنیت سرمایه‌گذاری و عدم اطمینان به ثبات قوانین داخلی کشورهای میزبان در اثر تداوم موج ملی‌کردن، زمینه را برای یک جهش هدفمند در نظام قانونی حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی فراهم نمود. بر این اساس کشورهای صادرکننده سرمایه سیاستی را اتخاذ نمودند که محور اصلی آن بر فراملی‌سازی حقوق حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی استوار بود از این‌رو، نبرد در دو جبهه، یکی به صورت دوجانبه و دیگری چندجانبه آغاز گردید. برخلاف ضوابط ملی، محوریت ضوابط فراملی بر گسترش حقوق سرمایه‌گذارخارجی و تضمین امنیت سرمایه وی استوار گردید که این رویکرد در دهه‌های بعد منجر به انبساط بیش از حد در حقوق سرمایه‌گذاران خارجی و بروز پیامدهای سوء آن در کشورهای درحال توسعه گردید.

۲-۲-۱. معاهدات دوجانبه

در اوایل دهه ۱۹۷۰ میلادی دیوان بین‌المللی دادگستری در پرونده Barcelona Traction اظهار نمود که جای بسی تعجب است که علی‌رغم رشد سرمایه‌گذاری خارجی و گسترش فعالیت‌های برون مرزی شرکت‌ها، حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در بعد بین‌المللی در نیم قرن گذشته تحولی نداشته و هیچ‌گونه اصول کلی مورد قبول در این حوزه تبلور نیافته است.[۱۱] خلأ قانونی موصوف و درک ضرورت توسعه قواعد حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی به ویژه برای جلوگیری از مصادره اموال در عمل باعث گردید تا چارچوب حقوقی معاهدات دوجانبه به عنوان مؤثرترین شیوه مهار اختیارات

مطلق دول میزبان پیشنهاد گردد. کشور آلمان که بخش اعظم سرمایه‌گذاری‌های برون مرزی خود را در اثر شکست در جنگ از دست داده بود در این مسیر پیشقراول گردید و در سال ۱۹۵۹ دو معاهده سرمایه‌گذاری دوجانبه یکی با پاکستان و دیگری با جمهوری دومینیکن منعقد نمود (UNCTAD, 1998, pp 8, 177). روند انعقاد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری در سال‌های بعد به ویژه از اواسط دهه ۱۹۷۰ شتاب بیشتری پیدا کرد.

شایان ذکر است که معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری بستری فراهم نمود تا کشورهای صادرکننده سرمایه بتوانند از طریق راهکار قراردادی (نه عرفی) موجودیت اصول یا معیارهای رفتار با سرمایه‌گذارخارجی را که قبلاً در چارچوب حقوق بین‌الملل عرفی مورد مناقشه واقع شده بود، تثبیت نمایند. بر این اساس محتوی معاهدات موصوف به سمت تضمین اعمال «رفتار ملی»، رعایت «رفتار منصفانه و برابر»، پرداخت «غرامت فوری، کافی و مؤثر» در صورت مصادره اموال و حل و فصل اختلافات از طریق توسل به داوری بین‌المللی سوق داده شد (محمدی دینانی،۱۳۸۷، صص ٦٧-٨٩). با این توصیف ضوابط دوجانبه راهکاری مناسب برای مقابله با اقدامات غیرقانونی دول میزبان قلمداد گردید که نیازمند حمایت دیپلماتیک یا مداخله نظامی دولت متبوع سرمایه‌گذار خارجی نبود. از منظر سرمایه‌گذار خارجی، معاهدات دوجانبه منشأ تحولی عمده در حقوق حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی گردیدند به گونه‌ای که حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در بعد فراملی برای اولین‌بار مرزهای سیاست را درنوردید و قدم در وادی حقوق گذاشت. تحولی که می‌توان از آن تحت عنوان «سیاست‌زدائی از سرمایه‌گذاری خارجی»[۱۲] یاد نمود (Shihata, 2009, pp 2-35) با این توضیح که حاکمیت و محوریت قانون به جای دیپلماسی در روابط سرمایه‌گذاری خارجی مرسوم گردید.

۲-۲-۲. معاهدات چندجانبه

گرچه تحول حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در بعد دوجانبه باعث گردید تا دغدغه و هیاهوی کشورهای صاحب سرمایه در ارتباط با تضمین امنیت سرمایه‌گذاری تا حدودی فروکش نماید مع‌الوصف نبرد ضابطه‌مندسازی سرمایه‌گذاری خارجی در بعد چندجانبه در عصر استعمارزدایی ادامه یافت به گونه‌ای که حتی روند چالش‌انگیز آن

به دوره بعد یعنی عصر جهانی شدن سرایت پیدا کرد. سابقه تلاش جامعه جهانی برای تدوین حقوق حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی در بعد چندجانبه به سال‌های قبل از جنگ جهانی دوم باز می‌گردد. اولین اقدام مؤثر در این‌باره در سال ۱۹۲۹ توسط جامعه ملل جلوه‌گر شد. در این سال کنفرانسی با هدف تدوین یک کنوانسیون بین‌المللی راجع به رفتار با خارجیان و دارایی آن‌ها در پاریس تشکیل گردید. متعاقب آن در سال ۱۹۳۰ کنفرانس لاهه با هدف تدوین حقوق بین‌الملل عملی گردید که یکی از موضوع‌های اصلی آن با محوریت مسئولیت دولت‌ها در قبال خسارات وارده به اتباع دیگر کشورها در قلمرو آن‌ها درنظر گرفته شده بود. هیچ‌یک از دو اقدام فوق‌الذکر به دلیل مخالفت گسترده کشورهای آمریکای لاتین و اروپای شرقی با استانداردهای حداقلی رفتار با خارجیان به نتیجه نرسید.

بعد از جنگ جهانی دوم بار دیگر عزم کشورهای صاحب سرمایه برای انعقاد یک سند چندجانبه جزم گردید. در سال ۱۹٤۸ منشور سازمان تجارت بین‌المللی موسوم به «منشور هاوانا» با رویکرد تدوین مقررات چندجانبه در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی امضاء گردید لکن به دلیل بروز شکاف عمیق فی مابین کشورهای ذینفع در ارتباط با محتوی سند فوق‌الذکر، عملاً اجرای آن عقیم ماند. در همین راستا و به موازات اقدامات بخش‌های دولتی، برخی نهادهای خصوصی نیز وارد عمل شدند که به طور خاص می‌توان به ابتکار «جامعه آلمانی توسعه حمایت از سرمایه‌گذاری‌های خارجی»[۱۳] اشاره نمود. این نهاد خصوصی در سال ۱۹۵۷ مبادرت به انتشار پیش‌نویس کنوانسیونی تحت عنوان «کنوانسیون بین‌المللی حمایت متقابل از حقوق مالکیت خصوصی در کشورهای خارجی» نمود (Miller, 1959, pp. 371-378). به دنبال این واقعه در سال ۱۹۵۸، گروهی از وکلای اروپایی به رهبری آقای هارتلی شاوکراس[۱٤] پیش‌نویس دیگری در این خصوص تهیه و منتشر نمودند که این دو سند در سال ۱۹۵۹ توسط سازمان اروپائی همکاری اقتصادی درهم ادغام گردید لکن به دلیل مخالفت برخی از کشورهای عضو سازمان با برخی از مفاد پیشنهادی، این سند هرگز امضاء نگردید (Snyder, 1963, pp. 1112-13).

علی‌رغم ناکامی‌های فوق‌الذکر، در دهه ۱۹٦۰ گام مؤثری در زمینه تحول حقوق حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی در بخش حل و فصل اختلافات برداشته شد. در تاریخ

۱۸ مارس ۱۹٦۵، بر اساس قطعنامه بانک جهانی، «کنوانسیون واشینگتن راجع به حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری فی مابین دولت‌ها و اتباع دیگر دول» منعقد و در ١٤ اکتبر ۱۹٦٦ لازم الاجرا گردید (جلالی، ۱۳۸۳، صص ٤٦-٤٨). همان‌طور که از عنوان این سند برداشت می‌گردد هدف کنوانسیون مذکور صرفاً ایجاد مکانیزمی با ثبات برای حل اختلاف‌های ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی است و مسائل بنیادین و ماهوی حوزه سرمایه‌گذاری خارجی از جمله نحوه رفتار با سرمایه‌گذار خارجی، شرایط ورود و خروج سرمایه و غیره تحت شمول این کنوانسیون قرار نمی‌گیرد. در عصر استعمارزدایی تحول دلخواه در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی یعنی وضع قواعد با رویکرد چندجانبه علی‌رغم تلاش‌های عدیده به ویژه از سوی کشورهای صاحب سرمایه تحقق نیافت البته حصول یک چنین نتیجه‌ای با درنظر گرفتن شرایط پیرامونی و تعارض شدید منافع در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی بعید و نامأنوس به نظر نمی‌رسد. زیرا اولاً. فضای حاکم در روابط اقتصادی بین‌المللی هنوز تحت تأثیر دوره گذشته، توأم با بی‌اعتمادی بود به گونه‌ای که برخی از کشورها مبادرت به اعمال سیاست انقباضی در قوانین داخلی خود نمودند از این‌رو محیط پیرموانی اقتضای لازم برای انعقاد یک سند چندجانبه را فراهم نمی‌نمود؛ ثانیاً. تعارض و واگرایی شدید میان منافع کشورها و گروه‌های ذینفع رسیدن به یک توازن قابل قبول در ارتباط با ضابطه‌مندسازی سرمایه‌گذاری خارجی در بعد چندجانبه را با مشکل اساسی مواجه ساخته بود این در حالی بود که ایجاد توازن موردنظر نیازمند برقراری تعامل و همکاری بیشتر از سوی کشورها و گروه‌های مورد اشاره بود که با توجه به جو حاکم بر مناسبات اقتصادی بین‌المللی عملاً تحقّق یافتنی نبود.

۳. عصر جهانی یا دوران معاهده‌محوری

سیر تحول و تطور قواعد حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی از اوایل دهه ۱۹۹۰ میلادی و حدوداً با فروپاشی اتحاد جماهیر شوروی وارد مرحله جدیدی گردید که می‌توان از آن تحت عنوان «عصر جهانی یا دوران معاهده‌محوری» یاد نمود. در پرتو توسعه مناسبات اقتصادی و به تبع آن کم رنگ شدن قوانین ملی، حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در سایه مقررات فراملی (معاهدات دوجانبه و منطقه‌ای) رنگ و لعاب جدیدی پیدا نمود. در این

دوره، هدف اولیه از انعقاد معاهدات دوجانبه یا منطقه‌ای دچار دگرگونی شد با این توضیح که در دوره قبلی (عصر استعمارزدایی) هدف اساسی از امضای موافقتنامه‌های بین‌المللی به ویژه معاهدات دوجانبه تضمین و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در قلمرو دول میزبان بود حال آنکه در عصر جهانی بنیاد فکری انعقاد موافقتنامه‌های موصوف بر محور آزادسازی و تسهیل جریان انتقال سرمایه استوار گردید. از منظر کلان چرخش دیدگاه عمومی به سمت آزادسازی جریان سرمایه محصول وقایع تأثیرگذاری است که تحولات قابل ملاحظه‌ای را در فضای پیرامونی سرمایه‌گذاری خارجی و ضوابط حاکم بر آن به ارمغان آورد. انعقاد بیش از حد معاهدات به ویژه معاهدات دوجانبه در این دوره به قدری حقوق سرمایه‌گذاری خارجی را تحت‌الشعاع قرار داد که می‌توان از این مقطع زمانی تحت عنوان دوره معاهده‌محوری یاد نمود.

۳-۱. جهان‌شمولی معاهدات دوجانبه

شکل‌گیری رویکرد توسل به معاهدات دوجانبه برای کنترل اقدام‌های یک‌جانبه دول میزبان در عصر استعمارزدایی تحولی کلیدی در حوزه حقوق حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی شناخته گردید که تا حدودی آرامش را بر جبهه نبرد بین نیروهای متعارض حکمفرما نمود. مع‌الوصف نکته قابل توجه این است که کاربرد این‌گونه معاهدات تا قبل از دهه ۱۹۹۰ میلادی برای تنظیم روابط سرمایه‌گذاری محدود به شمار خاصی از کشورها بود. در حدفاصل سال‌های ۱۹۵۹ تا ۱۹۸۹، تنها ۳۸٦ معاهده دوجانبه فی مابین کشورها امضاء گردید که چنین آماری تا حدودی بیانگر دیدگاه منفی و عدم تمایل کشورهای در حال توسعه به جذب سرمایه‌گذاری خارجی بود (Schill, 2009, p. 41). با این وجود در عصر جهانی، تحول دیگری که محیط پیرامونی حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی را تحت تأثیر قرار داد؛ گسترش بی‌سابقه معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی بود که به طور بارزی نمایانگر تغییر نگرش فکری کشورهای در حال توسعه در خصوص جذب سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشد. شایان ذکر است که تا پایان سال ۲۰۱۰ میلادی، ۲۸۰۷ معاهده دوجانبه بین کشورها منعقد گردیده است. (UNCTAD, 2011, p. 100) که گسترش و پوشش جغرافیایی آن تقریباً تمامی کره زمین را در برگرفته است.

توسعه حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در بعد دوجانبه به طور واضح نشان از تمایل کشورها به حاکمیت مقررات فراملی بر روابط فی مابین دول میزبان و سرمایه‌گذاران خارجی دارد لکن موضوع چالش‌انگیز این است که علی‌رغم این تحول هنوز سرمایه‌گذاری خارجی آغشته به چالشهائی است که معاهدات دوجانبه پاسخگوی آن‌ها نمی‌باشند (Sornarajah, 2010, pp. 224-231). جهان‌شمولی معاهدات دوجانبه در عمل باعث شده است تا هر یک از کشورها به طور موازی با سایر کشورها معاهداتی را منعقد نماید که از جهت محتوا تفاوت چندانی با یکدیگر ندارند و زمینه را برای طرح این سئوال فراهم آورد که آیا تکرار و استمرار رویه کشورها از طریق انعقاد معاهدات دوجانبه باعث شکل‌گیری نوعی حقوق بین‌الملل عرفی در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی گردیده است؟ در ارتباط با پیدایش و تحول حقوق عرفی سرمایه‌گذاری خارجی از بطن معاهدات دوجانبه دو دیدگاه متفاوت به شرح ذیل قابل توجه می‌باشند:

در یک سوی طیف عده‌ای بر این باورند (Schwebel, 2004, pp. 29-30 & Kelly, 2000, pp. 501-503) که ساختار و مفاد معاهدات دوجانبه و تشابه نزدیک آن‌ها به طور قابل ملاحظه‌ای دلالت بر ایجاد نوعی رویه پایدار و الزام‌آور بین کشورها درباره نحوه و چگونگی رفتار با سرمایه‌گذاران خارجی می‌نماید. به بیان دیگر همنوایی در ساختار و محتوی به همراه اعتقاد به الزامی بودن، تبلور حقوق عرفی را به ارمغان خواهد آورد. شایان ذکر است که این نگرش در برخی از آراء دیوان‌های داوری نمود عینی پیدا کرده است به عنوان مثال در پرونده داوری Mondev Int'l, Ltd. v. United States دیدگاه هیئت داوری بر این مدار استوار بود که شمار قابل توجه معاهدات دوجانبه و منطقه‌ای و رویه یکنواخت آن‌ها مشخصاً محتوی قواعد عرفی حاکم بر نحوه رفتار با سرمایه‌گذاری خارجی را تحت تأثیر قرارداده است.[۱۵]

در آن سوی طیف، گروه دیگری اعتقاد دارند گرچه از لحاظ ظاهری و ساختاری معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی تا حدودی شبیه به یکدیگر به نظر می‌رسند لکن بررسی عمیق‌تر نشان می‌دهد که محتوی این‌گونه معاهدات برخلاف شباهت ظاهری، به طور قابل توجهی با هم تفاوت دارند. هر یک از معاهدات مذکور بعد از چند دور مذاکرات طولانی و با درنظر گرفتن منافع و شرایط خاص طرفین آن نهایی شده است و از آنجا که منافع اقتصادی و شرایط کشورها متفاوت می‌باشند بدیهی است

که محتوی معاهدات منعقده یکسان و متحد نخواهد بود از این‌رو بهترین وصفی که می‌توان برای این اسناد دوجانبه بیان نمود این است که مفاد هر یک از آن‌ها موجد قواعد خاص[۱٦] بین طرفین آن است و صرف شباهت ظاهری نمی‌تواند دلیل قاطعی بر استخراج قواعد عرفی از بطن این اسناد تلقی گردد (Kishoiyian, 1994, pp. 327-329 & Salacuse,1990, pp. 655-660). عدم شکل‌گیری حقوق عرفی بین‌المللی از دل معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی موضوعی است که در برخی از آراء داوری مورد حکم قرار گرفته است. در این باره به طور مشخص می‌توان رأی صادره در پرونده AAPL v. Sir Lanka را مدنظر قرار داد. در این پرونده داوران به کرات اذعان نمودند که اثر معاهده دوجانبه بین دول سریلانکا و انگلستان وضع قواعد خاص برای تنظیم روابط سرمایه‌گذاری بین آن‌ها می‌باشد.[۱۷]

مداقه و کنکاش در طیف وسیعی از معاهدات دوجانبه نشان می‌دهد که همنوایی لازم بین مفاد آن‌ها به قدری که تبلور حقوق عرفی را به همراه داشته باشد، وجود ندارد (Arian, 2009, pp. 123-137). ضرورتی که باعث تولد و تکثیر معاهدات موصوف گردیده چیزی نیست جزء عدم کارایی نظام حقوق بین‌الملل به ویژه حقوق بین‌الملل عرفی در جهت حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی. به زبان دیگر هدف اصلی از انعقاد این‌گونه معاهدات ایجاد یک سامانه حقوقی فراملی کاملاً مجزا از حقوق بین‌الملل عرفی برای اعمال حمایت حداکثری از سرمایه‌گذاران خارجی بوده است. تلاش عده‌ای در جهت اثبات تولد حقوق عرفی از بطن معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری از این واقعیت عملی نشأت می‌گیرد که به دلیل کاستی‌ها و نواقص معاهدات مزبور از یک‌سو؛ و فقدان معاهده جهان‌شمول در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی از سوی دیگر، ضرورت وضع قواعد جهان‌شمول در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی بیش از پیش احساس می‌گردد از این‌رو به نظر می‌رسد که توسل به ریسمان حقوق عرفی با منشأ معاهده‌ای مستمسک مناسبی برای پر کردن خلأهای موجود در نظام قانونی حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی باشد.

۳-۲. فقدان معاهده جهان‌شمول: توقف در ایستگاه آخر؟

در عصر جهانی عمده‌ترین چالش جامعه جهانی در حوزه حقوق سرمایه‌گذاری خارجی، گذار از نظام غالب معاهدات دوجانبه و منطقه‌ای و رسیدن به هدف غائی

یعنی انعقاد یک معاهده جهان‌شمول برای نهادینه و بهینه‌سازی حقوق سرمایه‌گذاری خارجی بوده است. چالشی که حل آن در حال حاضر در هاله‌ای از ابهام به سر می‌برد و این تصور را در تعاملات اقتصادی بین‌المللی به وجود آورده است که کشتی حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در ایستگاه آخر به گل نشسته و تلاش بیشتر برای خروج از این بحران نتیجه‌ای جزء تخریب این کشتی به همراه نخواهد داشت. برای درک بهتر چالش جهانی‌سازی حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در وهله اول بررسی و تحلیل اینکه چه رویکردها و اقداماتی در این‌باره از آغاز دهه ۱۹۹۰ تاکنون اتخاذ گردیده، پیش شرط لازم می‌باشد از سوی دیگر با توجه به عدم موفقیت جامعه جهانی در حصول هدف غائی و عمیق‌تر شدن نگرانی‌ها در ارتباط با نقض حقوق بشر و مقررات زیست محیطی در روند سرمایه‌گذاری خارجی، آینده ضابطه‌مندسازی سرمایه‌گذاری خارجی محل بحث و تبادل‌نظر خواهد بود.

۳-۲-۱. جهانی‌سازی حقوق سرمایه‌گذاری خارجی: رویکردها و اقدامات

یکی از تلاش‌های قابل تأمل در جهت جهانی‌سازی حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در دهه ۱۹۹۰ میلادی توسط سازمان همکاری و توسعه اقتصادی انجام یافت. در سال ۱۹۹۱ به ابتکار ایالات متحده امریکا، تنظیم یک موافقتنامه چندجانبه در خصوص سرمایه‌گذاری خارجی در دستور کار این سازمان قرار گرفت. مذاکرات مربوطه از سال ۱۹۹۵ پشت درهای بسته آغاز و تقریباً ۳ سال به طول انجامید. در سال ۱۹۹۸ پیش‌نویس موافقتنامه موصوف اعلان عمومی گردید که با مخالفت شدید کشورهای در حال توسعه و سازمان‌های بین‌المللی غیردولتی روبرو گردید و مذاکره‌کنندگان مجبور به توقف روند مذاکرات شدند (Muchlinski, 2000, pp. 1033-1054 & Wallace, 2003, p. 150). بررسی دقیق و کارشناسانه علل و عوامل شکست مذاکرات از حوصله این نوشتار خارج می‌باشد (آرین، ۱۳۹۰، صص ٤٤٧-٤٦٩). لکن از منظر کلان بیان این واقعیت لازم است که کشورهای صنعتی عضو این سازمان با اتخاذ یک رویکرد غیرمشارکتی مذاکرات را به صورت درون سازمانی و پشت درهای بسته انجام دادند امری که به نوبه خود باعث گردید تا کشورهای غیرعضو سازمان به ویژه کشورهای در حال توسعه، انگیزه و هدف مذاکره‌کنندگان را با سوءظن و تردید دنبال کنند. در نهایت

رویکرد موصوف به ضرر اعضای سازمان تمام شد چرا که بعد از انتشار متن پیش‌نویس موافقتنامه، این حقیقت بر همگان عریان گردید که سند مذکور چیزی نیست جزء منشور حقوق شرکت‌های بزرگ سرمایه‌گذار. مفاد موافقتنامه نه تنها بدون در نظر گرفتن منافع کشورهای دیگر تنظیم شده بود بلکه هیچ‌گونه توجهی برای رفع چالش‌های حقوق بشری و زیست محیطی ناشی از سرمایه‌گذاری خارجی ننموده بود (Morehouse, 1998, pp. 12-16).

اقدام قابل توجه دیگر در حوزه ضابطه‌مندسازی سرمایه‌گذاری خارجی در بعد چندجانبه با تأسیس «کارگروه ارتباط بین تجارت و سرمایه‌گذاری» توسط سازمان تجارت جهانی در سال ۱۹۹٦ محقّق گردید. یکی از موضوع‌هایی که در دستور کار این کارگروه قرار گرفت، بحث و تبادل آراء درباره ضرورت تنظیم یک موافقتنامه چندجانبه مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی در چارچوب سازمان تجارت جهانی بود.[۱۸] وصف بارز کارگروه اتخاذ یک رویکرد مشارکتی در انجام مباحث بود زیرا برخلاف مذاکرات سازمان همکاری و توسعه اقتصادی، کشورهای در حال توسعه حضور فعالی در جلسات و مذاکرات کارگروه داشتند. در گزارش سالانه (سال ۲۰۰۰) کارگروه به شورای عمومی سازمان تجارت جهانی چنین تصریح گردید که شکاف و اختلاف‌نظر شدید بین کشورهای توسعه یافته و در حال توسعه در خصوص وضع مقررات چندجانبه در حوزه سرمایه‌گذاری وجود دارد.[۱۹] پس از فراز و نشیب‌های فراوان مقوله ضابطه‌مندسازی حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در نشست‌های مختلف اعضای سازمان تجارت جهانی از جمله چهارمین کنفرانس وزاری سازمان تجارت جهانی در سال ۲۰۰۱ در دوحه قطر و پنجمین کنفرانس ورزاء در سال ۲۰۰۳ (مکزیک)، در نهایت بر اساس توافق جولای ۲۰۰٤ شورای عمومی[۲۰] سازمان تجارت جهانی این طور مقرّر شد که موضوع مذاکرات مربوط به انعقاد یک موافقتنامه چندجانبه در خصوص سرمایه‌گذاری از دستور کار سازمان تجارت جهانی بیرون گذاشته شود. گرچه بر خلاف سازمان همکاری و توسعه اقتصادی، رویکرد اتخاذی در چارچوب سازمان تجارت جهانی مبتنی بر مشارکت و حضور فعال کشورهای در حال توسعه در روند مذاکرات بود لکن به دلیل وجود شکاف عمیق بین دیدگاه‌ها و منافع کشورهای عضو سازمان تجارت جهانی در عمل تحول قابل ملاحظه‌ای در جهت جهانی‌سازی حقوق سرمایه‌گذاری خارجی رخ نداد.

۳-۲-۲. حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در آئینه فردا

همان‌طور که تشریح گردید از اوایل دهه ۱۹۹۰ میلادی، جهانی‌سازی حقوق سرمایه‌گذاری خارجی تحت دو آزمون بزرگ قرار گرفته است که علی‌رغم تصور اولیه، نتیجه آن دو آزمون رضایت‌بخش نبود. تجربه‌ای که در آزمون اول حاصل گردید این بود که تحول حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در بعد جهانی، مستلزم اتخاذ یک رویکرد مشارکتی برای رسیدن به یک نقطه توازن در خصوص دیدگاه‌ها و منافع متعارض کلیه ذینفعان خواهد بود بدون اعمال چنین رویکردی به نظر می‌رسد که وضع هرگونه قواعد جهان‌گستر در ارتباط با استانداردهای رفتار با سرمایه‌گذاری خارجی محکوم به شکست می‌باشد. در آزمون دوم گرچه نگرش اتخاذی بر محور تعامل و مشارکت استوار گردید لکن به دلیل آشکار شدن تشتت آراء و تعارض منافع کشورها و گروه‌های مرتبط از یک طرف و عدم بسترسازی مناسب قبلی از طرف دیگر، دستاورد قابل استنادی از مذاکرات بدست نیامد. بر این اساس آنچه در قالب جهانی‌سازی حقوق سرمایه‌گذاری خارجی نیازمند تأمّل و تفکر عمیق است حرکت به سوی دو محور زیر می‌باشد:

الف. شناخت تعارضات و بسترسازی مناسب: تحولات حقوقی در روابط سرمایه‌گذاری خارجی تحولاتی خودجوش نیستند تا در اثر تغییر شرایط زمانی و مکانی حادث گردند بلکه تبلور آن‌ها نیازمند حرکت به سمت جلو توسط کشورها و گروه‌های ذینفع می‌باشد. واقعیت این است که در عصر کنونی، اقتضای پیچیدگی و گستردگی روابط اقتصادی در سطح بین‌المللی، وضع قواعد یکنواخت برای کاستن از میزان این پیچیدگی و افزودن بر مقدار بهره‌وری مورد نظر می‌باشد. مطلوبیت نسبی در این امر نهفته است که به جای افزودن بر ریسک‌های توأم با سرمایه‌گذاری به واسطه تعدد قوانین ملی و تکثّر معاهدات دوجانبه، باید راهی را در پیش گرفت که انتهای آن کاهش ریسک‌های موجود از طریق یکنواخت‌سازی مقررات حاکم بر روابط فی‌مابین باشد. حقیقت این است که بدون پی‌بردن به نوع بیماری هیچ‌گاه نمی‌توان درمان یا داروی اثربخش آن را پیدا کرد این مسئله در حوزه وضع قوانین و مقرّرات نیز مصداق عینی دارد. هدف بنیادین از وضع قانون رفع تعارض یا تعارضات موجود در جوامع بشری است در صورتی که احراز تعارضات مذکور به نحو مطلوب کارشناسی نشود، نه تنها وضع قانون کمکی به رفع

تعارض نخواهد نمود بلکه چه بسا سوءاستفاده از قانون، تعارضات موصوف را دو چندان نماید. وجود تعارض منافع در روابط اقتصادی کشورها امری کاملاً طبیعی است لکن آنچه در این باره حائز اهمیت حیاتی می‌باشد شناخت صحیح کانون‌های تعارض و وضع قواعد به طور هدفمند برای مرتفع ساختن کانون‌های مذکور خواهد بود. تنش‌زایی و تعارض خیزی یکی از اوصاف جوهری سرمایه‌گذاری خارجی می‌باشد این مسئله به نوبه خود ایجاد مقررات سازنده را در این حوزه با مشکل مواجه می‌کند مخصوصاً زمانی که تنظیم مقررات در بعد جهانی مدنظر باشد. علی ایحال باید اذعان نمود که گام نخست برای جهانی‌سازی حقوق سرمایه‌گذاری خارجی، شناخت و تحلیل عمقی نقاط حساسیت‌زا در روابط سرمایه‌گذاری کشورها با یکدیگر می‌باشد که مسلماً تحقق این هدف زمان‌بر خواهد بود. بعد از شناخت کانون‌های تعارض، آنچه کلید حل معمای جهانی‌سازی حقوق سرمایه‌گذاری خارجی محسوب می‌گردد، فراهم نمودن بستر یا بسترهای لازم به منظور رفع کانون‌های تعارض در روابط فی مابین کشورها می‌باشد. در خصوص مقوله بسترسازی، سئوالی که ذهن را به کنکاش وادار می‌نماید این است که تدابیر لازم برای توسعه حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در بعد جهانی باید بر چه محوری استوار گردد؟ آیا صرف ملاحظات اقتصادی باید مبنای توسعه مدّنظر قرار گیرد یا فراتر از آن توسعه با درون مایه اقتصادی ـ اجتماعی باید محوریت پیدا کند؟

ب. تحول حقوق سرمایه‌گذاری خارجی بر محور توسعه پایدار: از منظر عملی، تا زمانی که هر یک از کشورها به طور جزیره‌ای صرفاً منافع اقتصادی خود را در نظر گیرند به دلیل وجود تعارض شدید بین منافع کشورها حصول توافق در ارتباط با جهانی‌سازی حقوق ناظر بر سرمایه‌گذاری تقریباً ممکن نخواهد بود. پس به نظر می‌رسد جمع بین منافع متعارض در گرو تغییر نگرش فعلی (صرف حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی) به سمت نگرشی می‌باشد که در آن منافع نوع بشر در نظر گرفته شود به عبارت دیگر رویکرد تحول بر محور «توسعه پایدار»[۲۱] می‌تواند تعامل سازنده بین منافع کشورها را به ارمغان آورد (شهبازی، ۱۳۸۹، صص ۱۲۷-۱۲۹؛ شمسائی، ۱۳۸۵، صص ۱۰-۱۲). گرچه مفهوم توسعه پایدار از بطن حقوق بین‌الملل محیط زیست برخاسته است لکن در حال تکامل به سوی مفهومی است که متضمن ارتباط سه جانبه بین توسعه اقتصادی، حمایت از محیط زیست و رعایت حقوق بشر

می‌باشد. سرمایه‌گذاری خارجی به عنوان یکی از ارکان اصلی توسعه اقتصادی توأم با تبعات ناخوشایند زیست محیطی و حقوق بشری می‌باشد این در حالی است که قوانین ملی، معاهدات دوجانبه و منطقه‌ای فعلی بدون توجه به چالش‌های زیست محیطی و حقوق بشری، با اتخاذ رویکرد اقتصادی محض صرفاً به حمایت از سرمایه‌گذاری پرداخته‌اند از این‌رو باید اذعان نمود که جهانی‌سازی حقوق حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی بدون کنترل آثار مخرب ناشی از فرآیند سرمایه‌گذاری در عمل با شکست مواجه خواهد گردید به دیگر سخن، تحول پویای حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در بعد جهانی مستلزم پذیرش بینش جهانی، گام نهادن آن سوی مرزها و حرکت به سوی حقوق توسعه پایدار خواهد بود.

جمع‌بندی

حوزه سرمایه‌گذاری خارجی یکی از ستون‌های اصلی در بنیاد اقتصادی هر کشور قلمداد می‌گردد که میزان بهره‌وری آن، از یک‌سو تابعی از سیاست‌گذاری کلان اقتصادی است و از سوی دیگر وابسته به وضع مقرّرات متناسب برای تحقّق اهداف مورد نظر می‌باشد. خصیصه بارز فراملی بودن سرمایه‌گذاری خارجی باعث گردیده تا هم سیاست‌های کلان اقتصادی و هم قوانین در بعد ملی به طور قابل محسوسی تحت‌الشعاع شرایط اقتصادی بین‌المللی و قواعد حاکم در روابط فی‌مابین کشورها قرار گیرد. در عصر استعمار کشورها، نقش قانون یا به تعبیر عامتر «حقوق» در تنظیم روابط سرمایه‌گذاری بین کشورها بسیار کم‌رنگ بود و حمایت از منافع اتباع خارجی عموماً بر مدار دیپلماسی و قدرت نظامی استوار بود. در این دوره ماهیت غالب و مغلوبی رابطه اقتصادی بین کشورهای استعمارگر و مستعمره اقتضای در انداختن چارچوب‌های قانونی لازم را ایجاب نمی‌نمود و جنس رابطه نوعاً تضمین امنیت آن را نیز به همراه داشت. استناد به قواعد عرفی مبهم و انعقاد معاهدات تجاری دوجانبه به طور پراکنده تنها ابزارهای قانونی قابل مشاهده در عصر استعمارگرایی می‌باشند از این‌رو سخن راندن از جایگاه قانون در روابط فی‌مابین کشورها بسی نامأنوس جلوه می‌نماید.

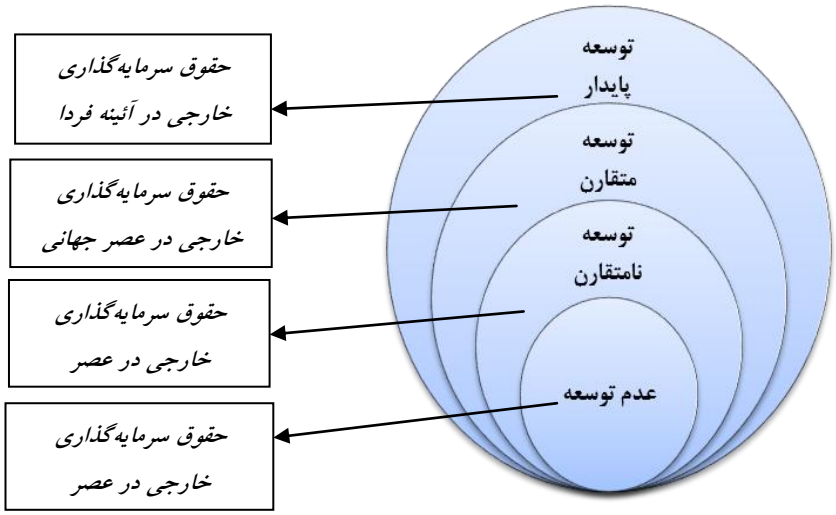
در عصر استعمارزدایی به دلیل حدوث عوامل گوناگون ورق ناگهان برگشت و تنش بر روابط حمکفرما گردید در حقیقت بروز جنگ جهانی دوم، ظهور و گسترش تب استقلال‌طلبی در کشورهای مستعمره و تقویت برخی اندیشه‌های اقتصادی با

محوریت کمونیسم باعث شد تا حمایت و تضمین امنیت سرمایه‌گذاری خارجی در دوران بعد از جنگ به یک بحران تبدیل شود. در این شرایط بود که عدم توسعه ساختارهای حقوقی بین‌المللی برای پوشش ریسک توأم با سرمایه‌گذاری خارجی، کشورهای صاحب سرمایه را دچار خواب آشفته‌ای نمود که حاصل آن از دست رفتن بخش قابل توجهی از سرمایه‌گذاری‌ها به واسطه ملی‌کردن بود. نگرش منفی کشورهای تازه استقلال‌یافته نسبت به پدیده سرمایه‌گذاری خارجی انقباض شدید در قوانین داخلی آن‌ها را سبب گردید حال آنکه ترس استعمارگران سابق از مصادره بیشتر اموال اتباع خود، پیدایش نظام معاهدات دوجانبه با هدف انبساط هر چه بیشتر در حقوق سرمایه‌گذاران خارجی را به همراه داشت. با این تحول فرآیند سرمایه‌گذاری خارجی مرزهای سیاست را در نوردید و گام در سرای حقوق گذاشت لکن از منظر ماهوی، تقابل قوانین ملی و معاهدات دوجانبه در عصر استعمارزدایی توسعه نامتقارن حقوق سرمایه‌گذاری خارجی را رقم زد زیرا در بعد ملی، قوانین کشورهای سرمایه‌پذیر عموماً با نگرش رد سرمایه‌گذاری خارجی یا تضییق شرایط ورود و خروج آن تنظیم می‌گردید در حالی که در بعد فراملی معاهدات دوجانبه بر ایجاد و تضمین حداکثری حقوق سرمایه‌گذاران تأکید می‌نمودند. در این دوره علی‌رغم تلاش‌های گوناگون، توسعه حقوق حاکم بر روابط سرمایه‌گذاری در سطح دوجانبه و منطقه‌ای باقی ماند و توسعه چندجانبه به عنوان یک چالش در عصر بعدی مورد هدف قرار گرفت.

در عصر جهانی با فروپاشی اتحاد جماهیر شوروی، شکست اندیشه‌های اقتصادی کمونیستی و تغییر نگرش کشورهای در حال توسعه به سمت جذب سرمایه‌گذاری بیشتر برگ دیگری از کتاب تحولات سرمایه‌گذاری خارجی ورق خورد. اتخاذ سیاست آزادسازی اقتصادی توسط شمار قابل توجهی از کشورها در این دوره، افزایش چشمگیر حجم سرمایه‌گذاری خارجی را به دنبال داشت. برای جذب سرمایه بیشتر، قوانین ملی کشورها با ترک سیاست انقباضی گذشته، به سمت ارائه مشوق‌ها و حمایت‌های بیشتر به سرمایه‌گذارخارجی سوق داده شد و انعقاد معاهدات دوجانبه با همان رویکرد انبساطی شتاب خارق‌العاده‌ای یافت به گونه‌ای که در عصر جهانی از منظر ماهوی حقوق حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی شاهد توسعه متقارن در بعد ملی و فراملی می‌باشد. دو آزمون بزرگ برای توسعه چندجانبه حقوق

سرمایه‌گذاری خارجی با نیت جهانی‌سازی آن در این دوره انجام گردید که تنها دستاورد آن احراز و شناخت شکاف عمیق بین دیدگاه‌ها و منافع کشورهای و گروه‌های ذینفع در خصوص نحوه و چگونگی ضابطه‌مندسازی سرمایه‌گذاری خارجی در بعد جهانی بود.

در حال حاضر رویکرد اقتصادی محض در معاهدات دوجانبه و اسناد منطقه‌ای برای حمایت هر چه بیشتر از منافع سرمایه‌گذاران خارجی پاسخگوی نیازها و ضرورت‌های موجود در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی نمی‌باشد. کنترل تبعات مخرب زیست محیطی و حقوق بشری توأم با فرآیند سرمایه‌گذاری خارجی، مستلزم در انداختن طرحی جامع و جهان‌شمول است که در آن ضابطه‌مندسازی با محوریت تحقّق توسعه پایدار مورد هدف واقع گیرد. معالوصف نکته‌ای که نباید فراموش کرد این است که تحولات حقوق سرمایه‌گذاری خارجی ماهیتاً خودجوش نیستند که در اثر تغییر شرایط زمانی و مکانی (محیط پیرامونی) حادث گردند بلکه تحقّق آن‌ها علاوه بر تغییر عوامل محیطی، نیازمند درک ضرورت تحول از سوی کشورها و نهادهای ذینفع و حرکت به سمت جلو از طریق شناخت کانون‌های تعارض و رفع آن‌ها با بسترسازی مناسب خواهد بود.



یادداشت‌ها

1. Espousal.
2. *The Mavrommatis Palestine Concessions* (1924) PCIJ Ser., A, No. 2, p. 12; *Panevezys-Saldutiskis Railway Case* (1939) PCIJ Ser. A/B, No. 76, p. 14.
3. Gun-Boat Diplomacy.
4. Drago Doctrine.
5. Article I of Hague Convention II (Drago-Porter Convention) on the Limitation of the Employment of Force for the Recovery of Contract Debts.
6. International Minimum Standard of Treatment.
7. Oil Platform (Iran v. United States), 1996, I.C.J. 803 (Preliminary Objection).
8. *L. F. H. Neer and Pauline Neer (U.S.A.) v. United Mexican States* (Neer Claim), United Nations, Reports of International Arbitral Awards, 1926, IV, pp.60-66.
9. Calvo Doctrine.
10. Friendship, Commerce and Navigation Treaties (FCNT).
11. Barcelona Traction, Light and Power Co., Ltd. (Belg. v. Spain), 1970 I.C.J. 3, 46-47 (Feb. 5).
12. Depoliticisation of Foreign Investment.
13. The German Society to Advance the Protection of Foreign Investments.
14. Sir Hartley Shawcross.
15. Award, *Mondev Int'l, Ltd. V. United States*, Case No. ARB (AF)/99/2, ¶ 117, ICSID (W. Bank) (Oct. 11, 2002), pp. 151-154.
16. *Lex Specialis.*
17. *AAPL v. Sir Lanka*, (1992), 17 YCA 106.
18. WTO Docs., WT/WGTI/2, paras. 147-160 and 186-219 and WT/WGTI/3, paras. 71-85.
19. WTO Docs., WT/WGTI/4, 27 November 2000.
20. July 2004 Framework Agreement (also known as "Doha work Programme"). WTO, *Doha Work Programme*, Decision adopted by General Council on July 2004, WT/L/579.
21. Sustainable Development.

بررسی و تحلیل ماهیت تحولات حقوق سرمایه‌گذاری

Nieuwenhuys, E. C. and M. M. T. A. Brus, (eds.), (2001) *Multilateral Regulation of Investment*, The Hague, Kluwer Law International.

Porterfield, Matthew C., (2006) "An International Common Law of Foreign Investors?", *University of Pennsylvania Journal Of International Economic Law*, Vol. 27, No.1.

Renehan, Edward (2007), *The Monroe Doctrine: The Cornerstone of American Foreign Policy*, Chelsea House Publishing.

Roha, G. (1961) "Is the Law of Responsibility of States for Injuries to Aliens a Part of Universal International Law?", *American Journal of International Law*, Vol. 55, No. 4.

Sabahi Borzu, (2011) *Compensation and Restitution in Investor-State Arbitration: Principles and Practice*, Oxford: Oxford University Press.

Salacuse, J. W., (1990) "BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries", *International Lawyer*, Vol. 24, No. 3.

Salacuse, Jeswald W. & Nicholas P. Sullivan, (2005) "Do BITs Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain", *Harvard International Law Journal*, Vol. 46.

Schill Stephan W., (2009) *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

Schreuer Christoph H., (2009) *The ICSID Convention: A commentary*, Cambridge: Cambridge University Press.

Schwebel, Stephen M., (2004) "The Influence of Bilateral Investment Treaties on Customary International Law", *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 98.

Shaw, Malcolm N (2008), *International Law*, Cambridge niversity Press, 6th ed.

Shea, Donald R, (1955) *The Calvo Clause: A Problem of Inter-American and International Law and Diplomacy*, Minnesota: University of Minnesota Press.

Shihata, Ibrahim F. I. (2009), "Toward a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA", in Kevin W. Lu, Gero Verheyen and Srilal M. Perera (eds.,), *Investing with Confidence: Understanding Political Risk Management in the 21st Century*, World Bank Publications.

Snyder, Earl, (1963) "Foreign Investment Protection: A Reasoned Approach", *Michigan Law Review*, Vol. 61, No. 6.

Sornarajah, M., (2010) *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge: Cambridge University Press.

Sturchler, Nikolas (2007), *The Threat of Force in International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.

Todaro, Michael P. & Stephen C. Smith (2011), *Economic Development*, Pearson Publication.

Tomz, Michael, (2007) *Reputation and International Cooperation: Sovereign Debt across Three Centuries*, Princeton University Press.

Vandevelde Kenneth J. (2009), "A Brief History of International Investment Agreements", in Karl P. Sauvant and Lisa E. Sachs (eds.,), (2009) *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, and Investment Flows*, Oxford: Oxford University Press

Waibel, Michael, (2011) *Sovereign Defaults before International Courts and Tribunals*, Cambridge: Cambridge University Press.

Wallace, Cynthia Day, (2003) "The Legal Framework for Regulating the Global Enterprise Going into the New WTO Trade Round-A Backward and Forward Glance", *Transnational Lawyer*, Vol. 16.