

## مقدمه

۱. تحولات اخیر جهانی و به ویژه روند جهانی شدن ارتباط نزدیکی بین تجارت و سرمایه گذاری خارجی ایجاد کرده است. هر چند وضع قانون تجارت، در اکثر کشورها از قدمت بالایی برخوردار است، ولی با این حال تصویب قوانینی در خصوص سرمایه گذاری خارجی مقوله ای جدید و مربوط به نیم قرن اخیر است. این قوانین عمدتاً به منظور تشویق سرمایه گذاری خارجی و یا احیاناً به منظور حمایت از تولید داخلی در مقابل محصولات خارجی وضع می گردند در هر صورت، تصویب قوانین چه به منظور تشویق سرمایه گذاری خارجی و چه به منظور حمایت از تولید و سرمایه داخلی بر تجارت جهانی و گردش آزاد کالا و سرمایه تاثیر می گذارد.

۲. در سازمان جهانی تجارت که حدود یک دهه قبل برای مدیریت مناسبات تجاری جهان جایگزین موافقتنامه عمومی تعرفه و تجارت (گات) شد توجه خاصی به امر سرمایه گذاری مرتبط با تجارت شده است. تمامی موافقتنامه های این سازمان به نوعی به موضوع سرمایه گذاری ارتباط دارد. در این سازمان موافقتنامه ای که به طور مستقیم از سرمایه گذاری خارجی حمایت نموده و موضوع آن فقط سرمایه گذاری است موافقتنامه ضوابط سرمایه گذاری مرتبط با تجارت است در این پایان نامه به بررسی موانع الحاق ایران به سازمان جهانی تجارت با بررسی و تاکید بر موافقتنامه ضوابط سرمایه گذاری مرتبط با تجارت (TRIMS) می پردازیم.

۳. ضوابط سرمایه گذاری مرتبط با تجارت خارجی اقدامات و بطور دقیق ضوابطی هستند که دولتها برای جذب و تنظیم سرمایه گذاری خارجی وضع می نمایند که از یک طرف شامل

اقدامات مثبتی مانند ایجاد انگیزه های مالی ، برقراری تخفیف های مالیاتی ، تهیه زمین و سایر خدمات با شرایط ترجیحی بوده و از طرف دیگر شامل ایجاد تکالیفی مانند الزام به استفاده از نهاده های محلی در تولید ، ضرورت صادرات قسمتی از محصول تولید شده در نتیجه سرمایه گذاری خارجی و الزام به فروش داخلی بخشی از محصول تولید شده ، اعمال محدودیت هایی مربوط به انتقال ارز ، محدودیت عرضه محصول و همچنین الزاماتی راجع به انتقال تکنولوژی و اقدامات مشابه آنها می گردد.

۴. موافقتنامه ضوابط سرمایه گذاری مرتبط با تجارت، کشورها را از استفاده از ضوابط محدود کننده سرمایه گذاری خارجی مذکور در موافقت نامه که در فوق به برخی از آنها اشاره گردید منع می کند و از آنجا که از شرایط عضویت در سازمان جهانی تجارت تنظیم و تعدیل مقررات داخلی جهت انطباق آنها با موافقتنامه ضوابط سرمایه گذاری مرتبط با تجارت است از این رو تمامی ضوابط و مقررات داخلی که مغایر با مفاد و شروط موافقت نامه مزبور باشد جزء موانع الحاق به سازمان جهانی تجارت محسوب شده بایستی اصلاح شده و در مواردی نیز مقررات جدیدی وضع گردد. تحلیل موافقت نامه و شناسایی ضوابط الزام آور آن و در کنار آن شناسایی و تحلیل ضوابط داخلی منجمله مقررات مربوط به سرمایه گذاری خارجی و انتقال ارز برای شناسایی موانع الحاق ایران به سازمان جهانی تجارت و در نهایت پیشنهاد اصلاح و تنظیم مقررات داخلی ضروری بوده که در نوشتار حاضر در صدد انجام آن هستیم.

۵. سوالاتی که ما را به این تحقیق وا داشته این است که : آیا با وجود تصویب قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی ایران (۱۳۸۱) مقررات مربوط به سرمایه گذاری در ایران جزء موانع الحاق به سازمان جهانی تجارت می باشد یا نه ؟ به غیر از مقرراتی که مستقیماً به

سرمایه گذاری خارجی ارتباط دارد چه مقررات دیگری می تواند در بررسی موانع الحاق به عضویت در سازمان جهانی تجارت به عنوان مقررات مغایر با موافقتنامه ضوابط سرمایه گذاری مرتبط با تجارت این سازمان شناسائی و مرتفع گردد؟

۶. در پاسخ مقدماتی به سوالات فوق می توان گفت هرچند که قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی ایران بستر حقوقی مناسبی را برای حمایت از سرمایه گذار خارجی ایجاد نموده ولی با این حال برخی مقررات مربوط به سرمایه گذاری در ایران همچنان جزء موانع الحاق به سازمان جهانی تجارت بوده و برای عضویت در این سازمان ضروری است تا مقررات مزبور اصلاح گردیده و موانع مرتفع گردد. علاوه بر مقررات داخلی که مستقیماً به سرمایه گذاری خارجی ارتباط دارد برخی مقررات مربوط به کنترل ارز و همچنین مقررات مربوط به کنترل بازار مقررات مغایر با موافقتنامه ضوابط سرمایه گذاری مرتبط با تجارت سازمان جهانی تجارت بوده و برای عضویت در این سازمان بایستی مرتفع گردند. در صورتی که عضویت برنامه ریزی شده کشورمان در سازمان جهانی تجارت به عنوان یک هدف در نظر گرفته شود اجرای هدف مذکور در صورتی ممکن است که شرایطی را که برای عضویت در این سازمان لازم است برآورده شود؛ از جمله شرایط عضویت در سازمان جهانی تجارت انطباق مقررات داخلی با موافقت نامه ضوابط سرمایه گذاری خارجی این سازمان است.

۷. مقررات داخلی مرتبط با موافقت نامه ضوابط سرمایه گذاری خارجی مقررات راجع به جذب و حمایت از سرمایه گذاری خارجی ، کنترل ارز ، کنترل بازار و همچنین مقرراتی می باشد که به نحوی بر ورود و سرمایه گذاری سرمایه گذاری خارجی تاثیر می گذارد. هدف تحقیق حاضر آن است که برای تسریع در عضویت و همچنین انجام آگاهانه این امر کلیه مقررات داخلی

مرتبط با موافقت نامه ضوابط سرمایه گذاری خارجی را بررسی کرده و موانع الحاق به این موافقت نامه را شناسائی نموده و پیشنهادهای حقوقی جهت اصلاح و تنظیم مقررات داخلی ارائه دهد.

۸. مطالب این پایان نامه در قالب سه فصل ارائه می گردد در فصل اول با طرح کلیاتی راجع به سرمایه گذاری خارجی و سازمان جهانی تجارت سعی در ارائه مفاهیم و مطالب مقدماتی راجع به موضوع این پایان نامه خواهیم نمود در فصل دوم به تحلیل موافقت نامه ضوابط سرمایه گذاری مرتبط با تجارت خواهیم پرداخت و در نهایت در فصل سوم به مطالعه تطبیقی موافقت نامه ضوابط سرمایه گذار خارجی مرتبط با تجارت و حقوق ایران می پردازیم

# فصل اول :

## کلیات

در این فصل ابتدا به بررسی سرمایه گذاری خارجی و مبانی حقوقی حاکم بر آن پرداخته (مبحث اول) و سپس ضوابط سرمایه گذاری در نظام حقوقی سازمان جهانی تجارت را مطالعه خواهیم نمود (مبحث دوم).

## مبحث اول : سرمایه گذاری خارجی و مبانی حقوقی حاکم بر آن

در این مبحث در ابتدا مفهوم و طرق سرمایه گذاری خارجی را بررسی نموده ( گفتار نخست) و سپس به مطالعه اصول حقوقی حاکم بر سرمایه گذاری خارجی خواهیم پرداخت (گفتار دوم) :

### گفتار نخست : مفهوم و طرق سرمایه گذاری خارجی

#### بند اول : مفهوم سرمایه گذاری خارجی

با آنکه به نظر می رسد سرمایه گذاری خارجی مفهوم ساده ای باشد ولی غور و دقت در تلاشهای صورت پذیرفته برای ارائه تعریفی قابل قبول از سرمایه گذاری خارجی این مطلب را به ذهن متبادر می نماید که در میان حقوقدانان اجماعی در خصوص مفهوم سرمایه گذاری خارجی وجود ندارد به گونه ای که به دلیل همین عدم توافق ، در هیچ یک از موافقت نامه ها و کنوانسیون های معتبر بین المللی تاکنون تعریفی از سرمایه گذاری ارائه نشده است. با این وجود ، هم در قوانین داخلی و هم در نوشته های حقوقدانان و همچنین در انتشارات نهادهایی مانند آنکتاد تعاریفی از سرمایه گذاری خارجی ملاحظه می گردد بنابراین برای ورود به مفهوم

سرمایه گذاری ابتدا به ارائه تعریف سرمایه گذاری خارجی از جمله نقل تعاریف ارائه شده از سرمایه گذاری پرداخته و سپس به تحلیل مولفه های سرمایه گذاری خارجی می پردازیم:

## الف : تعریف سرمایه گذاری خارجی

از سرمایه گذاری خارجی تعاریف متعددی ارائه گردیده است از جمله گفته اند :

۱ . « انتقال سرمایه از یک کشور به کشور دیگر برای مدت طولانی و در قبال تعهدات متقابل؛

اگر سرمایه گذار شخص دولتی باشد سرمایه گذاری عمومی و اگر شخص خصوصی باشد

سرمایه گذاری خصوصی خواهد بود»<sup>۱</sup>

۲ . دایره المعارف حقوق بین الملل نیز سرمایه گذاری خارجی را چنین تعریف کرده است:

«انتقال وجوه یا مواد از یک کشور موسوم به کشور سرمایه فرست به کشور دیگر موسوم به

کشور میزبان جهت استفاده در تاسیس یک بنگاه اقتصادی در کشور اخیر ، در ازاء مشارکت

مستقیم یا غیر مستقیم در عواید آن بنگاه»<sup>۲</sup>

۳ . گفته شده « سرمایه گذاری خارجی شامل انتقال دارایی های مادی و غیر مادی از یک

کشور به کشور دیگر به قصد تولید ثروت در آن کشور می باشد.»<sup>۳</sup>

۴ . تعریف صندوق بین المللی پول نیز بدین صورت است : «سرمایه گذاری مستقیم بخشی از

سرمایه گذاری بین المللی است که منعکس کننده هدف نهادی در یک اقتصاد در بدست

آوردن سودی ممتد در بنگاهی مقیم اقتصادی دیگر است . سود ممتد دلالت بر وجود یک

<sup>۱</sup> ژان شاپیرا ، حقوق بین الملل بازرگانی ، ترجمه دکتر ربیعا اسکینی ، انتشارات انقلاب اسلامی ص ۱۷۱ .

<sup>۲</sup> دایره المعارف حقوق بین الملل جلد ۸ ص ۲۴۶

<sup>۳</sup> - International Law on Foreign Investment , Sornarajah , M Cambridge , New York U.S.A Cambridge University Press , Grotius Publication 2004 p 7

رابطه طولانی مدت میان نهاد سرمایه گذار و بنگاه اقتصادی و درجه قابل توجه نفوذ سرمایه گذار در اداره بنگاه اقتصادی دارد. سرمایه گذاری مستقیم نه تنها شامل بر پایی بنگاه برای اولین مرتبه است بلکه کلیه معاملات بعدی بین سرمایه گذار و بنگاه سرمایه پذیر را در بر می گیرد چه این بنگاه دارای شخصیت حقوقی باشد یا خیر.<sup>۴</sup>

۵. در قانون ۱۳۳۴ راجع به جلب و حمایت از سرمایه های خارجی، سرمایه گذاری خارجی تعریف نشده بود و ماده ۱ این قانون « اشخاص و شرکتها و موسسات خصوصی خارجی که با اجازه دولت ایران طبق ماده ۲ این قانون سرمایه خود را به صورت نقد، کارخانه، ماشین آلات و قطعات آنها، ابزار حق الاختراع و خدمات تخصصی و امثال آنها به منظور عمران و آبادانی و فعالیت تولیدی اعم از صنعتی، معدنی، کشاورزی و حمل و نقل به ایران وارد می کنند از تسهیلات مندرج در این قانون برخوردار دانسته بود » در این ماده تنها شرایط بهره مندی از حمایتهای قانونی ذکر شده است از جمله اینکه سرمایه با اجازه دولت وارد کشور شده برای عمران و آبادی به کار رود.

۶. از منظر قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ مجمع تشخیص نظام سرمایه گذاری خارجی عبارتست از «بکارگیری سرمایه خارجی در یک بنگاه اقتصادی جدید یا موجود پس از اخذ مجوز سرمایه گذاری.» سرمایه خارجی نیز در این قانون عبارتست از انواع سرمایه های مذکور در قانون که منشا خارجی داشته باشد.<sup>۵</sup>

<sup>4</sup> - <http://www.unctad.org>

<sup>۵</sup> - قانون ایران بر خلاف قوانین سرمایه گذاری کشورهای نظیر کره جنوبی و آمریکا تابعیت را ملاک تشخیص سرمایه خارجی قرار نداده است بلکه به منشا سرمایه توجه کرده است هدف قانونگذار ایران جلب اعتماد ایرانیان خارج از کشور بوده است تا به سرمایه گذار، مدد و معطر اصلی خود اقدام نمایند.



به نظر می رسد که برای درک مفهوم سرمایه گذاری بهتر است که عناصر و مولفه های سرمایه گذاری خارجی را که بعضاً بصورت پراکنده در تعاریف فوق مورد اشاره قرار گرفته است را ذکر نمود :

### ب : مولفه های سرمایه گذاری

۱ . در خصوص خود سرمایه خارجی که وارد کشور میزبان می شود ، محدودیت های خاصی در تعاریف و قوانین کشورها ملاحظه نمی شود؛ حتی در کشورهای که دیدگاه مساعدی در خصوص شناسایی برخی دارائی ها همانند مالکیت فکری وجود نداشته ، جهت تشویق سرمایه گذاران خارجی ، این دارائی ها را به عنوان سرمایه ، مورد حمایت قوانین مربوط به سرمایه گذار خارجی قرار داده اند به عنوان مثال در حقوق ایران مطابق ماده ۲ آئین نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی ناظر به ماده ۱ قانون فوق، سرمایه خارجی مشمول قانون مزبور از این قرار است : الف - ارز خارجی که از طریق مجاز وارد ایران شده باشد. ب - ماشین آلات، لوازم و ابزار کار، قطعات یدکی ماشین و مواد اولیه مشروط بر اینکه کارخانه و ماشین آلات ساخت روز باشد. ج وسایل حمل و نقل زمینی، دریایی و هوایی مربوط به پروژه سرمایه گذاری د حق اختراع مرتبط با فعالیت تولیدی منظور از سرمایه گذاری ه حقوق ارزی متخصص خارجی که پرداخت شده است. و آن قسمت از سود ویژه حاصله در ایران که به سرمایه اصلی اضافه شده و یا در سازمان دیگری که مشمول قانون مزبور باشد بکار انداخته شود.

۲. نیاز یک کشور به سرمایه های خارجی ممکن است از دو منبع تامین گردد: از سوی تابعین حقوق بین الملل مانند بانک جهانی و سازمان بین المللی پول و دولتهای خارجی یا اشخاص حقوق خصوصی خارجی. دولتها و سازمانهای بین المللی سرمایه های خارجی را به صورت وام و معمولاً جهت انجام پروژه هایی که بازدهی سریع اقتصادی ندارد از قبیل توسعه امور زیربنایی، سرمایه گذاری در زمینه آموزش و بهداشت و گسترش خدمات اجتماعی به دو صورت مشروط و باز ارائه می دهند.<sup>۶</sup> کمکهای مشروط آن دسته از کمکهایی هستند که نحوه خرج کردن آنها از سوی کشور پرداخت کننده تعیین می شود و کمکهای خارجی غیر مشروط کمکهایی است که خرج کردن آنها مشروط است به حوایج و نیازهای کشور دریافت کننده کمک و صرف آن در پروژه ها، طرحهای اقتصادی و اجتماعی بر اساس برنامه های عمرانی و نیازهای اجتماعی کشورهای دریافت کننده.<sup>۷</sup> در حقوق سرمایه گذاری خارجی مراد از سرمایه گذاری، سرمایه گذاری سازمانها و نهادهای بین المللی و وامهای دولتهای خارجی که در حیطه حقوق بین الملل اقتصادی قرار می گیرد، نیست. بلکه مراد سرمایه گذاری هایی است که توسط اشخاص حقوق خصوصی در یک کشور دیگر صورت می گیرد. البته بدیهی است که در صورتی که شرکت دولتی اقدام به سرمایه گذاری در کشور میزبان به مثابه یک شرکت خصوصی نماید سرمایه گذاری مزبور نیز سرمایه گذاری خارجی خواهد بود.

۳. در یک سرمایه گذاری خارجی همواره کشور میزبان از داراییهای سرمایه گذار به طور مستقیم یا غیر مستقیم بهره مند می شود. هر چند که غالباً این بهره مندی به صورت نقل و انتقال مادی اموال و دارایی ها به کشور میزبان صورت می گیرد ولی امروزه می توان مواردی را

<sup>۶</sup> - مرتضی قره باغیان، اقتصاد رشد و توسعه، جلد دوم، نشر نی چاپ ۱۳۷۳، صص ۸۰۲ به بعد  
<sup>۷</sup> - همان.

بر شمرده که بدون نقل و انتقال مادی سرمایه، کشور سرمایه پذیر را منتفع می کنند مانند مواردی که کشور میزبان از اعتبارات یک موسسه مالی خارجی استفاده می کند یا یک موسسه مالی تعهدات کشور سرمایه پذیر را تعهد می نماید این نوع از سرمایه گذاری را در بخش مربوط به انواع سرمایه با تفصیل بیشتری مورد مطالعه قرار می دهیم. بدیهی است که اموال غیر مادی مانند حق اختراع و دانش فنی نیز می توانند به کشور میزبان وارد شوند.

۴. یکی دیگر از ویژگی یک سرمایه گذاری خارجی این است که بایستی در رشد و توسعه کشور میزبان موثر و مفید باشد. ملاک و میزان دقیقی برای مفید بودن در رشد و توسعه اقتصادی ارائه نگردیده است تشخیص این امر به سادگی میسر نیست و علی القاعده بایستی از ملاکهای اقتصادی مانند افزایش تولید، بهبود بهره وری، افزایش صادرات، افزایش تولید ناخالص داخلی و ... استفاده کرد. زمان این ارزیابی نیز می تواند مورد مناقشه باشد زیرا امکان دارد یک سرمایه در زمان ورود به کشور مفید باشد ولی در زمانی دیگر و در شرایط اقتصادی متفاوت سودمندی خود را از دست دهد.

۵. آنچه که به عنوان عنصری اساسی در یک سرمایه گذاری خارجی تلقی می شود و آن را از یک وام و قرضه متمایز می کند مشارکت سرمایه گذار در ریسک ناشی از سرمایه گذاری است. هر فعالیت اقتصادی و تجاری خواه ناخواه از میزانی از خطر برخوردار است. فعالیت اقتصادی ناشی از سرمایه گذاری نه تنها ممکن است سود آور نباشد بلکه با زیان نیز مواجه گردد. وقتی که دولتی از موسسات پولی و مالی خارجی اقدام به اخذ وام می نماید متعهد به بازپرداخت بدهی های خود می باشد حتی اگر در اثر سوء مدیریت قادر به استفاده مطلوب و مورد انتظار از وام دریافتی نباشد در حالیکه در سرمایه گذاری، این خطر متوجه سرمایه گذار می شود.

۶. حال که ریسک سرمایه گذاری متوجه سرمایه گذار است، وی باید قادر باشد از سود سرمایه خود بهره مند شود و بتواند اصل سرمایه خود را مستهلک نماید. لازم نیست استهلاک به طور بالفعل صورت پذیرد همین اندازه که به طور بالقوه این امکان وجود دارد کافی است زیرا امکان دارد سرمایه گذاری به سود منتهی نگردد یا در اثر سلب مالکیت یا ملی کردن سرمایه گذار، اصل سرمایه خود را نیز از دست بدهد هر چند که در این صورت عموماً خسارات وی جبران می گردد.

۷. پول یا اعتباراتی که به یک کشور وارد می شود نبایستی در مدت زمانی کوتاه آن کشور را ترک نماید در غیر این صورت این سرمایه گذاری نه تنها مفید نخواهد بود و کمکی هم به رشد و توسعه اقتصادی کشور سرمایه پذیر نخواهد کرد بلکه ممکن است آثار زیانباری نیز به دنبال داشته باشد در این زمینه می توان به بحران جنوب شرقی آسیا که به علت هجوم و خروج ناگهانی سرمایه به این کشورها اتفاق افتاد و در قسمت مربوط به کنترل دولت بر سرمایه های خارجی بدان اشاره شده است توجه نمود.

۸. اموال و دارایی ها باید از یک کشور ( کشور سرمایه فرست ) به کشوری دیگر ( کشور میزبان ) وارد شود. این شرط در مورد دارایی های مادی به راحتی قابل احراز است زیرا دارایی های مادی به ناچار از مرزهای سیاسی می گذرند و وجوه نقدی از وارد سیستم پولی کشور میزبان می گردند ولی به زودی خواهیم دید که هر چند در اغلب شکل های سرمایه گذاری خارجی انتقال مادی دارایی ها از یک کشور به کشور دیگر شرط است اما برخی دیگر از اشکال سرمایه گذاری وجود دارند که در آن انتقال مادی وجوه و دارایی ها صورت نمی گیرد ولی از سوی محاکم داوری بین المللی به عنوان سرمایه گذاری تلقی شده اند.

۹. سرمایه گذاری خارجی باید به منظور رشد و توسعه اقتصادی کشور سرمایه پذیر باشد. این شرطی بسیار مناقشه برانگیز است زیرا ملاک دقیقی برای اینکه پی ببریم آیا یک سرمایه گذاری خارجی موجب رشد و پیشرفت کشور می شود یا خیر وجود ندارد. زمان ارزیابی نیز اهمیت دارد به عنوان مثال ممکن است یک سرمایه گذاری خارجی در زمان ورود به یک کشور مورد نیاز آن کشور بوده و مفید تشخیص داده شود و پس از اتمام سرمایه گذاری مفید تشخیص داده نشود.

## بند دوم: طرق سرمایه گذاری خارجی

۱. سرمایه گذاری خارجی را از یک جهت به سرمایه گذاری عمومی و سرمایه گذاری خصوصی خارجی تقسیم کرده اند.<sup>۸</sup> نوع اول به حالتی اطلاق می شود که توسط دولت ها یا سازمان های بین المللی صورت می گیرد. ممکن است انگیزه سرمایه گذاری عمومی توسط دولت ها، جنبه سیاسی یا اقتصادی داشته باشد. از جمله سازمانهای بین المللی که مبادرت به سرمایه گذاری می نمایند می توان به «بانک بین المللی ترمیم و توسعه» یا بانک جهانی، و مؤسسات وابسته آن مثل «شرکت مالی بین المللی» و «مؤسسه توسعه بین المللی» اشاره کرد. در حقوق سرمایه گذاری خارجی، سرمایه گذاری خصوصی خارجی که منبع مهم آن سرمایه خصوصی اشخاص است مد نظر می باشد که اصولاً به علت استفاده از مدیریت خلاق و کارا و تکنولوژی و حق اختراع و علائم تجاری و بازاریابی سازمان های بین المللی قوی تر از بخش دولتی است که عمدتاً توسط شرکت های فراملیتی انجام می شود.

<sup>۸</sup> محمد حسن زارع احمد آبادی، قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی و الزامات سازمان جهانی تجارت، مجموعه مقالات همایش «اقتصاد سعه اقتصادی ج.ا.ایران، مؤسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی، تهران، ۱۳۸۳.

۲. سرمایه گذاری خارجی از جهت دیگر به «سرمایه گذاری مستقیم خارجی» و «سرمایه گذاری غیر مستقیم خارجی» یا سرمایه گذاری در سبد سهام یا سرمایه گذاری portfolio تقسیم می شود.<sup>۹</sup> در سرمایه گذاری مستقیم، سرمایه گذار ضمن کنترل سرمایه در اداره آن هم مشارکت دارد و سرمایه گذار ضمن تصمیم گیری در کلیه امور مربوط به اداره سرمایه عوامل تولید را خریداری و کارگر غیرماهر و نیروی متخصص و ماهر را استخدام و در باب نوع کالا و بازاریابی و قیمت گذاری و مدیریت اقدام می کند و معمولاً این شیوه سرمایه گذاری به گونه ای انجام می شود که در آن یک «شرکت چند ملیتی» شعبه ای را در کشور خارجی دایر می کند و یا به شعب خارجی خود وام می دهد و یا سود حاصله از فعالیت شرکت را مجدداً در خارج سرمایه گذاری می نماید. البته این نوع سرمایه گذاری متضمن حساسیت هایی از باب حضور و فعالیت خارجیان در کشور نیز است که خود می تواند باعث مشکلات حقوقی، سیاسی و فرهنگی شود. در سرمایه گذاری غیر مستقیم خارجی، سرمایه گذار در صدد کنترل و یا اداره شرکت یا دخالت در تصمیم گیری ها و مدیریت یک مجموعه نیست و عموماً منظور از آن، خرید اوراق بهادار اعم از سهام و اوراق قرضه است، البته بدیهی است که سرمایه گذار در این نوع سرمایه گذاری درصدد خرید سهام به قیمت ارزان تر و فروش آن به قیمت بالاتر است و اصولاً باعث رونق و توسعه واقعی نگردیده و به ایجاد اشتغال و درآمد منجر نمی شود و چون صرفاً در جهت کسب سود بیشتر است، با استقبال کمتری نسبت به سرمایه گذاری مستقیم

---

<sup>۹</sup> قانونگذار ایران سرمایه گذاری خارجی را به سرمایه گذاری مستقیم خارجی و سرمایه گذاری از طریق ترتیبات قراردادی تقسیم کرده است و سه قرارداد بیع متقابل، ساخت بهره برداری و واگذاری و مشارکت مدنی را به عنوان مثال برای سرمایه گذاری از طریق ترتیبات قراردادی ذکر می کند. قراردادهایی مانند بیع متقابل و ساخت بهره برداری و واگذاری از این جهت جزو سرمایه گذاری محسوب شده اند که منابع مالی پروژه هایی که از این طریق به بهره برداری می رسند توسط سرمایه گذار خارجی تامین می شوند اما سرمایه گذار خارجی در مدیریت بنگاه اقتصادی دخالتی ندارد و دل نگران بهره وری بنگاه نیست زیرا وی النهایه اصل و فرع سرمایه خود را از محل تولیدات بنگاه دریافت خواهد کرد. بنابراین حمایت قانونگذار از چنین سرمایه گذاریهایی تنها به منظور جلب سرمایه به کشور صورت می گیرد و در پی جذب تکنولوژی و مدیریت نیست.

خارجی مواجه است. عموماً وقتی از سرمایه گذاری خارجی سخن به میان می آید بیشتر این نوع از سرمایه گذاری مد نظر است.

۳. در سرمایه گذاری مستقیم خارجی سرمایه گذار سرمایه خود را برای تاسیس یک بنگاه اقتصادی جدید به کار می گیرد یا اینکه در یک بنگاه اقتصادی موجود مشارکت می نماید. سرمایه گذاری مستقیم خارجی به چند شکل ممکن است صورت پذیرد:

الف. شخص حقیقی بدون ثبت شرکت فعالیت‌های اقتصادی خود را شخصاً دنبال نموده و اقدام به سرمایه گذاری نموده باشد. چنین سرمایه گذاری بسیار نادر است و اگر باشد در حجم اندک و برای صنایع کوچک ممکن است مورد استفاده قرار گیرد.

ب. سرمایه گذاری از طریق تاسیس یک شرکت مستقل در کشور میزبان<sup>۱۰</sup>، به طوری که مطابق مقررات کشور میزبان، شرکت تابع آن کشور شناخته شود.

ج. مشارکت با شرکتهای محلی کشور میزبان سرمایه، این نوع از سرمایه گذاری بسیار معمول است.

د. سرمایه گذاری از طریق تاسیس شعبه یک شرکت خارجی؛ این شرکت خارجی می تواند یک شرکت چند ملیتی یا تک ملیتی باشد.

ه. خرید یک شرکت یا ادغام با آن

و. خرید سهام یک شرکت همراه با کنترل و مدیریت آن

---

<sup>۱۰</sup> قانون سرمایه گذاری ایران در هیچ یک از مواد خود اشاره ای به سرمایه گذاری از طریق تاسیس شرکت در ایران ندارد و در این خصوص صریح نیست و شاید بتوان این موضوع را از نقاط ضعف قانون به شمار آورد.

## گفتار دوم : مبانی و منابع تقنینی سرمایه گذاری خارجی

در حقوق معاصر ، هم بر ورود و استقرار سرمایه گذاری خارجی و هم بر حمایت و تضمین آن اصول حقوقی و مقررات خاصی حاکم است که این قواعد هرچند علی الظاهر با هدف ایجاد توازن میان منافع دولت میزبان سرمایه و اشخاص خارجی سرمایه گذار در کشور مزبور بنا شده است اما از دقت در این اصول و مقررات و بررسی پیشینه ایجاد و برقراری آنها چنین بر می آید که عمده آنها به منظور حفظ حقوق سرمایه گذاران خارجی از جمله ممانعت از مصادره غیر قانونی سرمایه ، منع دولت میزبان از برخورد تبعیض آمیز میان سرمایه ها و سرمایه گذاران داخلی و خارجی و ... نشوونما یافته اند در حقیقت در مراحل اولیه شکل گیری حقوق سرمایه گذاری خارجی، این اعتقاد از طرف کشورهای غربی تحمیل می شده که سرمایه گذاران تابع مقررات کشور متبوع خود هستند و کشور میزبان سرمایه نمی تواند مقررات داخلی خود را بر این اشخاص اعمال کند. با این حال از این جهت که حفظ و حمایت از حقوق سرمایه گذاران خارجی منجر به ورود و استقرار سرمایه خارجی به کشور سرمایه پذیر و در نهایت احتمالاً منجر به توسعه کشور مزبور خواهد لذا ظاهراً اصول و استانداردهای حقوقی حاکم بر سرمایه گذاری خارجی هم به نفع سرمایه گذاران خارجی و هم به نفع کشور سرمایه پذیر است. از طرف دیگر هم در مقررات داخلی کشورها و هم در اصول منتج از اسناد بین المللی قواعدی در خصوص کنترل و نظارت بر سرمایه گذاری خارجی از طرف کشور میزبان ملاحظه می شود در این گفتار ابتداء به بررسی نظام های حقوقی داخلی حاکم بر سرمایه گذاری خارجی پرداخته و سپس حقوق سرمایه گذاری خارجی از منظر حقوق و اسناد بین المللی خواهیم پرداخت :



## بند اول : نظام های حقوقی داخلی حاکم بر سرمایه گذاری خارجی

محور حقوق سرمایه گذاری خارجی را بایستی در حوزه حقوق داخلی و علی الخصوص قوانین مربوط به سرمایه گذاری خارجی جست و جو نمود. قوانینی که مستقیماً مربوط به سرمایه گذاری خارجی بوده و به منظور حمایت و تشویق سرمایه گذاری خارجی وضع شده باشد عمدتاً مربوط به دوره بعد از دهه ۷۰ می باشد در واقع امر پیش از دهه ۷۰ دوره ای بوده که کشورهای به منظور برقراری حاکمیت خود بر منابع ملی و قطع سلطه خارجیان از این منابع مجبور به ملی کردن سرمایه گذاری های خارجی بوده اند و در این دوره ، یعنی دهه ۷۰ است که این حاکمیت تا حدودی مستقر شده و با درک و احساس ضرورت حمایت از سرمایه گذاری خارجی ، کشورها در صدد وضع قوانینی در این خصوص برآمده اند گزارش سازمان ملل متحد ضرورت های وضع قوانین در این دوره و محتوای آن ها را بدین صورت خلاصه می نماید :

« در اوایل دهه ۱۹۷۰ به سبب موقعیت چانه زنی آنها به عنوان مراکز رشد اقتصادی و به عنوان پذیرنده سرمایه از طریق شرکتهای چند ملیتی در دنیای در حال توسعه تقویت گردید اغلب این کشورها نظامهای تنظیمی سختی را برای سرمایه گذاری و تکنولوژی مقرر کردند. اهداف اساسی نظام های مزبور بی رغبت کردن یا تضعیف ورود منابع خارجی نبود بلکه تنظیم کردن آن بوده است . این مقررات از جمله برای غربال کردن و ثبت سرمایه خارجی، ممنوعیت یا محدودیت مشارکت خارجی در بخشهای خاص، کنترل ادغام ها، محدود کردن سرمایه خارجی به سهم اقلی در بخشهای خاص، مقررات خاص برای توافق نامه های مربوط به تکنولوژی، ممنوعیت مربوط به رویه های محدود کننده تجارت ، و الزامات اجرائی برای شرکتهای تبعی شرکتهای چند ملیتی، الزاماتی که مربوط به صادرات و همگرایی با اقتصاد

داخلی می گردد مقرر گردید . با این حال از اواسط دهه ۱۹۷۰، اکثر این کشورها سیاست ها و خط مشی ها را به راه انداخته اند که در برخی جنبه های خاص متمایز از نظام قبلی می باشد. این سیاست های جدید بطور کلی نظری انعطاف پذیر و عملگرایانه ای را به تصویر می کشد که هدف آن تسهیل و سریع ورود سرمایه خارجی می باشد.<sup>۱۱</sup>

با توجه به اینکه در حال حاضر سند بین المللی جامعی که بتواند تمامی زوایای سرمایه گذاری خارجی را پوشش دهد وجود ندارد لذا بیشترین قواعد حاکم بر سرمایه گذاری خارجی را در قوانین داخلی می توان یافت اما با این بایستی اضافه نمود که قوانین مربوط به سرمایه گذاری خارجی هر کشوری تنها بخش کوچکی از نظام حقوقی حاکم بر سرمایه گذاری خارجی آن کشور می باشد جزئیات و قواعد این نظام پیچیده را بایستی در قوانین و مقرراتی جست و جو نمود که به نحوی از انحاء بر ورود ، استقرار و احیاناً خروج سرمایه خارجی تاثیر می گذارند. مانند قوانین مربوط به ورود و خروج اتباع بیگانه ، قوانین گمرکی ، قوانین و مقررات مربوط به کار و استخدام ، مقررات مالیاتی ، قوانین مربوط به حمایت از اموال و مالکیت های فکری و .... استاد سورنا راجا مضمون و منظور از وضع قوانین در خصوص ورود سرمایه گذاری خارجی را به تفصیل مورد مطالعه قرارداد است که در ذیل خلاصه مطالب وی آورده می شود<sup>۱۲</sup> :

#### ۱ . تضمین در برابر سلب مالکیت

معمولاً قوانین سرمایه گذاری خارجی تضمین می دهند که سلب مالکیت از سرمایه خارجی بدون پرداخت غرامت نخواهد بود. این امر مخصوصاً از طرف کشورهای بی که دارای سابقه سلب

<sup>11</sup> - UNCTAD , Third Survey, pp.56-7 FROM: <http://www.unctad.org>

<sup>12</sup> -M.Sornarajah, The International Law on Foreign Investment .op.cit. pp 108-131

مالکیت می باشند صورت می پذیرد تا ترس سلب مالکیتی که سرمایه گذار خارجی بر اساس تاریخ آن کشور دارد را از میان بردارد. کشورهای کمونیستی فعلی و سابق در اعطای تضامین مزبور در قوانین خود شدیدترند تا هر نوع ایده ای را که آنها هنوز تمایلات ایدولوژیکی نسبت به سلب مالکیت دارند، برطرف سازند.

## ۲. تضامین مرتبط با حل اختلاف

تضامین یک جانبه که مربوط به حل اختلاف ناشی از سرمایه گذاری خارجی بوسیله یک دیوان داوری بی طرف خارجی می باشد در قوانین سرمایه گذاری خارجی برخی کشورها قابل مشاهده است. این تضامین بدان امید داده می شوند که در صورتی که با مداخله دولت روشهای منصفانه (بی طرفانه) جبران خسارت در دسترس سرمایه گذار خارجی قرار گیرد سرمایه خارجی بیشتری وارد کشور می گردد. زمانی که اختلافی متعاقباً بین کشوری که تضمین فوق را می دهد و سرمایه گذار خارجی بروز نماید اختلاف مزبور می تواند مطابق مقررات از طرف دیوان داوری خارجی به داوری سپرده شود.

## ۳. مشوق های مالیاتی و غیر مالیاتی به سرمایه گذار خارجی

اغلب کشورها معافیت های مالیاتی و مشوقهای دیگری را به منظور جذب سرمایه گذار خارجی جهت سرمایه گذاری در قلمروشان را ارائه می نمایند. این مشوقها معمولاً تنها به کسانی داده می شود که در یک مقوله ای خاص قرار می گیرند مانند کسانی که تکنولوژی بالایی می آورند و یا آنهایی که پایگاه منطقه ای شان را در کشور میزبان دایر می کنند. اینکه چنین مشوقهایی باید داده شود و یا نباید داده شود موضوعی است که در اختیار مقامات مجاز دولت می باشد.

مشوقهای مالیاتی روشی مفید برای تضمین این امر است که سرمایه گذار خارجی به شیوه ای که دولت میزبان می خواهد رفتار می کند. ولی با این حال ، اعطای مشوق به سرمایه گذار مورد نظر بدون آنکه شامل حال بقیه نیز بگردد موجب بروز مسئله تبعیض در رفتار می شود و ممکن است که مقررات موافقت نامه TRIMS سازمان تجارت جهانی را نقض نماید.

#### ۴ . غربال و کنترل ورود سرمایه خارجی

اغلب معاهدات دو جانبه و منطقه ای که در سالهای اخیر منعقد گشته اند حق ورود و استقرار سرمایه خارجی را پیش بینی نموده اند. نقطه شروع این بحث این است که دولت میزبان حق امتناع از ورود هر بیگانه ای را دارد. همچنین این امر پذیرفته شده است که دولت می تواند اقداماتی را برای کنار گذاشتن سرمایه ای که برای منافع اش مضر تشخیص می دهد انجام دهد. نقش غربال ورود از طریق نهادهای اداری صورت می پذیرد. وظیفه نخست نهادهای اداری تضمین این امر است که سرمایه گذار خارجی منافع ملموسی وارد کشور میزبان نموده است. این نهاد تاثیر سرمایه گذاری خارجی بر اقتصاد داخلی را مورد توجه قرار خواهد داد. این نهاد وظیفه دارد تضمین نماید که کارآفرینان محلی با ورود شرکت بزرگ خارجی به بخشهای صنعتی متاثر نمی گردند. اصل این است که یک کشور می تواند شرایطی را برای ورود بیگانه مقرر دارد و اصل مزبور شامل شرایطی که بر سرمایه گذار خارجی تحمیل می شود نیز می گردد.