

قواعد حقوقی حاکم بر سرمایه‌گذاری خارجی و تحلیل موانع و راهکارهای آن در حقوق ایران

دکتر بهشید ارفع نیا^۱

مرتضی واحدی^۲

غلامرضا دهقان ناصر آبادی^۳

عماد ملاابراهیمی^۴

چکیده

بسیاری از کشورهای در حال توسعه در راستای رفع نگرانی‌های سرمایه‌گذاران و شرکت‌های خارجی حمایت از ورود سرمایه و جذب آن، قوانین مربوط به سرمایه‌گذاری خارجی خود را اصلاح نمودند. در این قوانین ضمن برقراری تضمینات و حمایت‌های قانونی از سرمایه‌گذاری خارجی سیاست نسبتاً آزاد سرمایه‌گذاری خارجی اتخاذ شد و موانع سرمایه‌گذاری کاهش پیدا کرد. انعقاد معاهدات چندجانبه و دوجانبه بین این کشورها با کشورهای توسعه‌یافته (صاحبان سرمایه) به روند جذب سرمایه‌گذاری در این کشورها سرعت بیشتری بخشید به نحوی که در ۲۰ سال گذشته حجم سرمایه‌گذاری خارجی از ۵۳/۷ میلیارد دلار در سال ۱۹۸۰ به ۱/۴ هزار میلیارد در سال ۲۰۰۰ منجر شد. در بررسی این موانع در مورد کشورمان به نظر می‌رسد غیر از موانع فرهنگی، اقتصادی، سیاسی، چالش‌های عظیم ساختاری و حقوقی نیز وجود دارد که در این مقاله سعی بر آن نموده‌ایم موانع حقوقی سرمایه‌گذاری خارجی در ایران را به دقت مورد شناسایی قرار داده و نسبت به ارائه راهکار با توجه به تجارت سایر کشورها و کنوانسیون‌ها بپردازیم.

واژگان کلیدی: سرمایه‌گذاری خارجی، موانع حقوقی به قانون اساسی، قوانین و آیین‌نامه‌ها.

۱ - دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی - Vahedi59@hotmail.com
۲ - کارشناس ارشد حقوق بین‌الملل، نویسنده مسئول - Morteza.Vahedi@ut.ac.ir
۳ - سرپرست دفتر بررسی و تحقیق گزارش‌های سازمان بازرسی کل کشور
۴ - دانشجوی دوره دکتری حقوق خصوصی - Em.Ebrahimi@ut.ac.ir

مقدمه

یکی از اساسی‌ترین مسائل جهان امروز دستیابی به توسعه‌ی پایدار اقتصادی در بین کشورهای مختلف جهان است و در این راه سرمایه‌گذاری یکی از پایه‌های شکل‌گیری توسعه‌ی پایدار محسوب می‌گردد. امروزه بسیاری از کشورها به دلیل عدم تکاپوی منابع داخلی برای امر خطیر سرمایه‌گذاری، در پی جذب سرمایه‌های خارجی برآمده‌اند و بدین ترتیب سرمایه‌گذاری خارجی در صحنه‌ی اقتصاد کشورها جایگاهی بس عظیم برای خود منظور داشته است. آنچه در این میان مهم به نظر می‌رسد، نقش دولت‌ها در نظام‌های مختلف در راستای توسعه‌ی اقتصادی با ایجاد ساختاری مناسب از جهت حقوقی است تا بر آن اساس نهادهای اقتصادی در راستای تأمین شرایطی مناسب‌تر گام بردارند تا در نهایت به پیشرفت جامعه منجر گردد و این امر جز با تدوین و اجرای مناسب قوانین امکان‌پذیر نخواهد بود. تلاش دول پیشرفته از جهت اقتصادی نیز در همین راستا بوده تا بتوانند موانع حقوقی و ساختاری را مرتفع نمایند و بستری مناسب با تأمین امکانات قانونی و حقوقی فراهم گردد. نکته‌ی قابل ذکر در ابتدای بحث این که طی سه سال اخیر، میزان سرمایه‌گذاری‌ها در سطح جهانی به دو برابر افزایش یافته اما قابل توجه این که بیشتر این سرمایه‌گذاری‌ها جذب کشورهای پیشرفته شده است و از آنجایی که صاحبان سرمایه برای کسب سود خود را درگیر قیدوبندی از جمله مرزهای سیاسی یا ملی یا حتی اقتصادی نمی‌نمایند، این سؤال در ذهن به وجود می‌آید که واقعاً سهم کشورهای با ظرفیت‌های اقتصادی چون ایران در این میان چه میزان است؟ ساده‌ترین اصلی که در سرمایه‌گذاری مورد توجه قرار می‌گیرد، کسب سود بیشتر است، بر همین مبنا سرمایه‌گذاران به جایی روی می‌آورند که بهترین شرایط را از لحاظ نزدیکی به منابع، بازار مصرف، نیروی کار و عوامل از این دست داشته باشند. تمامی کشورهایی که در زمینه‌ی جذب سرمایه بسیار موفق عمل نموده‌اند، لزوماً کشورهای پیشرفته‌ی امروزی نبوده‌اند، اگرچه آمارها بیشترین حجم جذب سرمایه‌گذاری را به نفع کشورهای صنعتی نشان می‌دهد، ولیکن کشورهایی نظیر چین، مالزی و کره جنوبی که در زمان‌هایی نه‌چندان دور در وضعیت اقتصادی و حقوقی پایین‌تری از وضعیت فعلی کشورمان قرار داشته‌اند، با اصلاحاتی که ایجاد نموده‌اند، امروز به‌عنوان یکی از چند کشور مطرح در این زمینه از آن‌ها نامبرده می‌شود. در این میان آنچه همواره ذهن را درگیر خود می‌سازد، پاسخ به این پرسش است که چرا باید سهم ایران از سرمایه‌گذاری خارجی حتی به یک‌صدم درصد از کل سرمایه‌گذاری در جهان هم نرسد؟ و این وظیفه‌ی روشنفکران جامعه است که به بررسی

و موشکافی موانع پرداخته و درصدد رفع آن برآیند تا در آینده‌ای نه‌چندان دور با توجه به اهداف پیش‌بینی‌شده در سند چشم‌انداز بیست‌ساله حرف‌هایی برای گفتن داشته باشیم و با توجه به این اصل منطقی که هر معلولی بی‌شک نیازمند علتی است، باید اذعان داشت که برای جلب سرمایه‌گذاری خارجی زیرساخت‌هایی نیز باید موجود باشد که یکی از آن زیرساخت‌ها، بحث منابع قانونی موجود و کاستی‌های آن به‌شمار می‌رود و نگارنده در این تحقیق ابتدا در پی شناسایی منابع موجود در این زمینه و سپس بررسی تعارضات و ابهامات آن در مقایسه با مطلوب موردنظر برآمده است و در پایان سعی بر آن داشته تا به ارائه راه‌حل‌ها با توجه به تجارت سایر کشورها و همچنین کنوانسیون‌های بین‌المللی و نظرات ارائه‌شده توسط صاحب‌نظران این عرصه مبادرت نماید (شیروی، ۱۳۹۳: ۴۳۸).

گفتار اول: مفهوم سرمایه‌گذاری و سرمایه‌گذار خارجی

در این گفتار ابتدا مفهوم سرمایه‌گذاری خارجی و تقسیم آن به مستقیم و غیرمستقیم بیان می‌شود. سپس در مورد مفهوم سرمایه‌گذاری و انطباق آن بر دارایی‌های مادی و غیرمادی بحث می‌گردد. در قسمت بعدی تعریف سرمایه‌گذار خارجی بیان می‌گردد و نهایتاً تقسیم سرمایه‌گذاری خارجی به مستقیم و ترتیبات قراردادی بررسی می‌شود.

الف - سرمایه‌گذاری خارجی

سرمایه‌گذاری خارجی؛ متضمن انتقال دارایی مادی و غیرمادی از کشوری به کشور دیگر به‌منظور تولید ثروت است. سرمایه‌گذاری خارجی به دو گروه عمده تقسیم می‌شود. گروه اول شامل مواردی است که سرمایه‌گذار علاوه بر اعمال مالکیت بر سرمایه، کلاً یا بعضاً مدیریت و کنترل سرمایه را نیز به عهده دارد. به این نوع سرمایه‌گذاری، «سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی»^۱ اطلاق می‌شود. در این نوع از سرمایه‌گذاری، سرمایه‌گذار ممکن است نسبت به راه‌اندازی و تشکیل یک شرکت یا بنگاه اقتصادی جدید در کشور پذیرای سرمایه اقدام نماید و یا از طریق تملک بخشی از سهام یا سهم‌الشرکه یک شرکت یا بنگاه اقتصادی موجود، نسبت به سرمایه‌گذاری و کنترل و مدیریت آن شرکت یا بنگاه اقتصادی مبادرت نماید.

1 - Foreign direct investment (FDI)

سرمایه گذاری خارجی ممکن است در «بازار سرمایه»^۱ و از طریق بازار بورس نسبت به خرید سهام، اوراق قرضه، اوراق مشارکت و یا سایر اوراق بهادار اقدام کند. در این نوع سرمایه گذاری که به آن «سرمایه گذاری پرتفولیو»^۲ و یا بعضاً «سرمایه گذاری خارجی غیرمستقیم»^۳ اطلاق می شود، سرمایه گذار به دنبال کنترل و مدیریت سرمایه نیست بلکه به دنبال سود و منفعت است (Sornarajah, 2004). در ایران، سرمایه گذاری خارجی مستقیم، مشمول قانون «تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی» مصوب ۱۳۸۱ (که از این به بعد به آن «قانون تشویق» اطلاق می شود) و آیین نامه اجرایی آن است. این نوع سرمایه گذاری همچنین حسب مورد ممکن است مشمول موافقت نامه های چندجانبه و دوجانبه حمایت و تشویق سرمایه گذاری باشد که کشور ایران به آن ها ملحق شده است. در حالی که سرمایه گذاری به شیوه پرتفولیو (غیرمستقیم) مشمول آیین نامه سرمایه گذاری خارجی در بورس ها و بازارهای خارج از بورس است که هیأت وزیران به استناد بند (۳) ماده (۴) قانون بازار اوراق بهادار جمهوری اسلامی ایران در ۱۳۸۹/۱/۲۹ تصویب کرده که جایگزین آیین نامه اجرایی بند ج ماده ۱۵ قانون برنامه چهارم توسعه شده است که قبلاً در این مورد به تصویب رسیده بود. سرمایه گذاری خارجی از طریق خرید سهام می تواند حسب اعمال کنترل و مدیریت سرمایه توسط سرمایه گذار به شیوه مستقیم و یا پرتفولیو (غیرمستقیم) انجام گیرد. اگر کسی سهام شرکتی را به قصد کنترل و مدیریت آن بنگاه اقتصادی خریداری کند، این نوع سرمایه گذاری مستقیم است، ولی اگر سرمایه گذار با خرید سهام تنها به دنبال سود باشد و قصد نداشته باشد که کنترل و مدیریت آن بنگاه اقتصادی را کلاً یا بعضاً در اختیار بگیرد، این نوع سرمایه گذاری پرتفولیو (غیرمستقیم) می باشد؛ به عبارت دیگر در سرمایه گذاری مستقیم سرمایه گذار به دنبال منافع طولانی مدت در شرکت مورد نظر است و تأثیر قابل توجهی در مدیریت و کنترل آن شرکت دارد، در حالی که در سرمایه گذاری غیرمستقیم کسب سود در اولویت است و سرمایه گذار به دنبال اداره و کنترل شرکت مورد نظر نیست. در سرمایه گذاری به شیوه پرتفولیو، سرمایه گذار ممکن است به محض اینکه ارزش سهام ترقی کند، نسبت به فروش آن و خرید سهام جایگزین اقدام نماید (Kehal, 2004: 14). این تمایز در آیین نامه سرمایه گذاری خارجی در بورس ها و بازارهای خارج از بورس نیز منعکس شده است که بین «سرمایه گذار خارجی راهبردی» و غیر آن تفاوت قائل شده است. به موجب بند

1 - Capital market

2 - Portfolio investment

3 - Foreign indirect investment

۱۰ ماده ۱ آیین‌نامه مزبور، سرمایه‌گذار خارجی را هبردی، سرمایه‌گذار خارجی است که قصد تملک بیش از ده درصد سهام یک شرکت پذیرفته شده در بورس یا بازار خارج از بورس را دارد، یا پس از تملک سهام یک شرکت پذیرفته شده، در بورس یا بازار خارج از بورس یک کرسی هیأت مدیره‌ی آن شرکت را در اختیار بگیرد. به موجب ماده‌ی ۲ این آیین‌نامه، در سرمایه‌گذاری خارجی را هبردی، سرمایه‌گذار تا سقف‌های تعیین شده در قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مجاز است در بورس یا بازار خارج از بورس سرمایه‌گذاری کند، در صورتی که طبق ماده ۷ این آیین‌نامه، سرمایه‌گذار خارجی غیر را هبردی نمی‌تواند بیش از ده درصد سهام یک شرکت را مالک شود (شیروی، ۱۳۹۳: ۴۴۰).

ب- سرمایه خارجی

ارز معتبر بین‌المللی، ماشین‌آلات، تجهیزات، مواد و یا ساخت کارخانجات و پروژه‌ها، دارایی (سرمایه) تلقی شده و انتقال آن به داخل کشور برای تولید ثروت، سرمایه‌گذاری خارجی تلقی می‌شود. علاوه بر آن، اموال غیرعادی از قبیل حق اختراع، دانش فنی، علائم تجاری و خدمات تخصصی نیز سرمایه محسوب می‌شود. در ماده ۱ قانون تشویق و حمایت، سرمایه خارجی به انواع سرمایه اعم از نقدی و یا غیرنقدی که توسط سرمایه‌گذار خارجی به کشور وارد می‌شود اطلاق شده است که از جمله شامل موارد زیر است: «الف) وجوه نقدی که به صورت ارز قابل تبدیل، از طریق نظام بانکی یا دیگر طرق انتقال وجوه که مورد تأیید بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران باشد، به کشور وارد شود؛ ب) ماشین‌آلات و تجهیزات؛ ج) ابزار و قطعات یدکی، قطعات منفصله و مواد اولیه، افزودنی و کمکی؛ حق اختراع، دانش فنی، اسامی و علائم تجاری و خدمات تخصصی؛ و سود سهام قابل انتقال سرمایه‌گذار خارجی.» در این ماده این اجازه به هیأت دولت داده شده است که سایر دارایی‌ها را حسب مورد به این لیست اضافه کند.

در ماده ۱ قانون موافقت‌نامه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری بین کشورهای عضو اکو و پروتکل اصلاحی مصوب ۱۳۸۸ (که از این به بعد به «موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری اکو» تعبیر می‌شود)، سرمایه‌گذاری به هر نوع مال یا دارایی اطلاق شده است که توسط سرمایه‌گذاران یک طرف متعاقد در قلمرو طرف متعاقد دیگر طبق قوانین و مقررات طرف متعاقد دیگر به کار گرفته شود. طبق این موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری شامل موارد زیر است، ولی منحصر به آن‌ها نیست: الف) سهام، سهم الشرکه یا هر نوع مشارکت دیگر در شرکت‌ها؛ ب) عوایدی

که مجدداً سرمایه‌گذاری شده، حق نسبت به پول یا هر حقی که دارای ارزش مالی مرتبط با سرمایه‌گذاری باشد؛ پ) اموال منقول و غیرمنقول و حقوق مربوط به آن‌ها از قبیل رهن، حق حبس، وثیقه و سایر حقوق مشابه به‌نحوی که در قوانین و مقررات طرف متعاهدی که در قلمروی آن سرمایه‌گذاری صورت گرفته تعریف شده است؛ ت) حقوق مالکیت معنوی و صنعتی از قبیل حق اختراع، طرح‌های صنعتی، فرایندهای فنی و نیز علایم تجاری، حسن شهرت تجاری، دانش فنی و سایر حقوق مشابه؛ ث) حقوق تجاری که به‌موجب قانون کشور میزبان یا به‌موجب قرارداد منعقد شده با کشور میزبان اعطا شده باشد از جمله حقوق مربوط به منابع طبیعی (شیروی، ۱۳۹۳: ۴۴۲).

ج- سرمایه‌گذار خارجی

اصولاً برای تشخیص سرمایه‌گذار خارجی به تابعیت خارجی سرمایه‌گذار توجه می‌شود و بنابراین سرمایه‌گذاری تبعه‌ی یک کشور در همان کشور سرمایه‌گذاری خارجی تلقی نمی‌شود حتی اگر تبعه‌ی مزبور در خارج ساکن باشد و یا دارای سرمایه با منشأ خارجی باشد. برخی از کشورها برای جلب سرمایه تبعه‌ی خود که در خارج زندگی می‌کنند، به منشأ سرمایه نیز توجه می‌کنند و چنانچه کسی اعم از تبعه خود یا بیگانگان سرمایه با منشأ خارجی وارد کشور کند، سرمایه‌گذار خارجی محسوب می‌گردد. در ماده ۱ قانون تشویق و حمایت، سرمایه‌گذار خارجی به «اشخاص حقیقی یا حقوقی غیرایرانی و یا ایرانی با استفاده از سرمایه با منشأ خارجی که مجوز سرمایه‌گذاری موضوع ماده (۶) را اخذ نموده باشند» اطلاق می‌شود. مطابق با این تعریف، ایرانیانی که سرمایه با منشأ خارجی را با مجوز «هیات سرمایه‌گذاری خارجی» موضوع ماده ۶ قانون وارد کشور کنند نیز سرمایه‌گذار خارجی تلقی شده و مشمول حمایت‌های قانونی قرار می‌گیرند. در موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری اکو، سرمایه‌گذار به اشخاص زیر اطلاق می‌شود: اشخاص حقیقی که در قلمرو طرف متعاهد دیگر سرمایه‌گذاری می‌کنند و به‌موجب قوانین آن، طرف متعاهد به‌عنوان تبعه‌ی آن کشور شناخته می‌شوند؛ شرکت‌ها، بنگاه‌ها، یا مؤسسات تجاری که در قلمرو طرف متعاهد دیگر سرمایه‌گذاری می‌کنند و به‌موجب قانون جاری طرف متعاهد دیگر تشکیل یا تأسیس شده و مرکز اداره یا مرکز اصلی فعالیت‌های اقتصادی آن‌ها در قلمرو طرف متعاهد مزبور قرار داشته باشد.

د- تقسیم سرمایه‌گذار خارجی به مستقیم و ترتیبات قراردادی

هرچند قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی ایران ناظر به سرمایه‌گذار مستقیم در مقابل سرمایه‌گذاری در بورس اوراق بهادار (پرتفولیو) است، ماده ۳ قانون تشویق، سرمایه‌گذاری خارجی را به دو گروه الف و ب تقسیم کرده است. گروه الف، تحت عنوان «سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی» تعبیر شده است؛ ولی برای گروه دوم عنوان خاصی بیان شده است. در ماده ۳ آیین‌نامه اجرایی قانون مزبور به گروه دوم عنوان «سرمایه‌گذاری خارجی در چهارچوب ترتیبات قراردادی» اطلاق شده است. اطلاق عنوان «سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی» به گروه الف باعث شده که برخی گروه ب را از جمله روش‌های سرمایه‌گذاری غیرمستقیم تلقی کنند که به نظر نمی‌رسد این تلقی صحیح باشد. قانون‌گذار تعبیر «سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی» را در مقابل «سرمایه‌گذاری خارجی در چهارچوب ترتیبات قراردادی» به کار برده است. در حالی که در ادبیات بین‌المللی عنوان «سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی» در مقابل سرمایه‌گذاری پرتفولیو (سرمایه‌گذاری غیرمستقیم) به کار می‌رود؛ بنابراین، به تعبیر بین‌المللی کلیه سرمایه‌گذارهای موضوع قانون تشویق اعم از آنچه در بند الف ماده ۳ با عنوان «سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی» و آنچه در بند ب همین ماده با عنوان «سرمایه‌گذاری خارجی در چهارچوب ترتیبات قراردادی»، سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در مقابل سرمایه‌گذاری پرتفولیو محسوب می‌شود. سرمایه‌گذاری‌های موضوع بند الف ماده ۳ قانون تشویق که، در این قانون به «سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی» تعبیر شده است، برای آن دسته از فعالیت‌های اقتصادی مجاز است که بخش خصوصی می‌تواند در آن فعالیت‌ها سرمایه‌گذاری کند؛ بنابراین، سرمایه‌گذاری در بخش‌های اقتصادی که طبق قوانین جاری ایران در انحصار دولت است، نمی‌تواند به شیوه مستقیم انجام گیرد. در این نوع از سرمایه‌گذاری اعطای مجوز سرمایه‌گذاری مستلزم توافق قبلی با یک دستگاه دولتی نیست و سرمایه‌گذار می‌تواند رأساً تقاضای خود را به سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های اقتصادی و فنی ایران تقدیم نماید. سرمایه‌گذاری‌های موضوع بند ب ماده ۳ که در آیین‌نامه اجرایی قانون تشویق به «سرمایه‌گذاری خارجی در چهارچوب ترتیبات قراردادی» تعبیر شده است، برای کلیه فعالیت‌های اقتصادی مجاز است اعم از اینکه این فعالیت‌ها در انحصار دولت باشد یا بخش خصوصی نیز بتواند در این نوع کارها فعالیت نماید. برخلاف سرمایه‌گذاری مستقیم موضوع بند الف ماده ۳، سرمایه‌گذار و یک دستگاه دولتی منعقد می‌شود و به موجب آن سرمایه‌گذار خارجی مجاز می‌گردد که فعالیت اقتصادی خاصی را انجام دهد. این امر

معمولاً از طریق تشکیل یک بنگاه اقتصادی جدید و یا تملک سهام یا سهم‌الشرکه شرکت‌های موجود انجام می‌گیرد. قانون‌گذار ظاهراً این ترتیبات قراردادی را به روش‌های «مشارکت مدنی»، «بیع متقابل» و «ساخت، بهره‌برداری و واگذاری» منحصر نموده است. این روش‌ها در قانون و آیین‌نامه اجرایی آن، تعریف نشده‌اند. قانون‌گذار تنها وجه مشترک این روش‌ها را به شرح زیر بیان کرده است: «برگشت سرمایه و منافع حاصله صرفاً از عملکرد اقتصادی طرح مورد سرمایه‌گذاری ناشی شود و منافع حاصله صرفاً از عملکرد اقتصادی طرح مورد سرمایه‌گذاری ناشی شود و متکی به تضمین دولت با بانک‌ها و یا شرکت‌های دولتی نباشد.» از تبصره ماده ۳ قانون تشویق چنین استظهار می‌شود که هر کدام از ترتیبات قراردادی مزبور می‌تواند خود شامل روش‌های گوناگونی باشد. مهم این است که وجه مشترک مذکور در این روش‌ها وجود داشته باشد. در این نوع از سرمایه‌گذاری اعطای مجوز سرمایه‌گذاری، مستلزم توافق قبلی با یک دستگاه دولتی است. سرمایه‌گذار باید به همراه تقاضای خود یک نسخه از قرارداد بیع متقابل، مشارکت مدنی و یا ساخت، بهره‌برداری و واگذاری را که با بانک دستگاه دولتی منعقد کرده است به سازمان سرمایه‌گذاری تقدیم نماید.

هم سرمایه‌گذاری‌های مستقیم موضوع بند الف ماده ۳ و هم سرمایه‌گذاری‌های خارجی در چارچوب ترتیبات قراردادی موضوع بند ب ماده ۳ به‌طور کلی مشمول حمایت‌های مقرر در قانون تشویق هستند. با وجود این، نظام حمایتی حاکم بر این دو روش متفاوت است که در گفتارهای بعدی بررسی می‌شود. (شیروی، ۱۳۹۳: ۴۴۶)

گفتار دوم - تبیین موانع حقوقی موجود در سرمایه‌گذاری خارجی

در رابطه با موانع حقوقی و قانونی موجود در سرمایه‌گذاری خارجی ایران که مهم‌ترین بخش این تحقیق را دربرمی‌گیرد، باید اذعان داشت در ردیف موانع فنی و ساختاری قرار می‌گیرد. در خصوص این بخش باید آن را در دو فصل جداگانه شرح و تفسیر نمود.

الف - موانع حقوقی موجود در قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

شایان ذکر است که سه اصل از اصول قانون اساسی ما مربوط به این حوزه می‌باشد که به اختصار به شرح و تفسیر آن پرداخته خواهد شد؛ شایان ذکر است که سه اصل از اصول قانون اساسی ما مربوط به این حوزه می‌باشد که به اختصار به شرح و تفسیر آن پرداخته خواهد شد.

۱. اصل ۸۱ قانون اساسی

این اصل تصریح می‌نماید؛ «دادن امتیاز تشکیل شرکت‌ها و مؤسسات در امور تجاری، صنعتی، کشاورزی، معادن و خدمات به خارجیان مطلقاً ممنوع است. بسیاری از صاحب‌نظران این حوزه از این اصل به‌عنوان مهم‌ترین مانع در راه سرمایه‌گذاری خارجی در ایران یاد می‌کنند و تفاسیر متعددی که شورای نگهبان قانون اساسی از این اصل ارائه نموده خود بیانگر میزان تأثیر این اصل در این زمینه است و در زیر خلاصه و چکیده‌ای از نظرات این شورا ارائه می‌گردد:

۱- آن دسته از شرکت‌های خارجی درگیر در فعالیت‌های تجاری با دولت ایران، متأثر از این اصل نبوده و به آن‌ها اجازه فعالیت در ایران داده خواهد شد. ۲- مشارکت خارجی در بخش خصوصی می‌تواند صورت گیرد مشروط به اینکه سهم آن بیش از ۴۹ درصد کل سرمایه نباشد. ۳- ثبت شرکت‌های خارجی بدون نیاز به یک قرارداد با دولت و ایجاد بانک‌های خارجی و شرکت‌های بیمه را در مناطق آزاد تجاری مجاز شمرده است. تمام بحث در این بود که آیا مفهوم «امتیاز» همان انحصار است یا ثبت و به رسمیت شناختن و اجازه کار و یا چیز دیگر؟ اصولاً قراردادهای اداری دولت دو نوع است: ۱- قرارداد مقاطعه ۲- قرارداد امتیاز؛ قراردادی است که به موجب آن دولت اداره‌ی یک خدمت عمومی یا بهره‌برداری از منبع درآمد عمومی را به شخص حقیقی یا حقوقی واگذار می‌کند که در مدت معین طبق شرایط معین آن امر را اداره کند یا از آن منبع درآمد به حساب خود بهره‌برداری نماید و در مقابل مخارج و کار خود و جوهی را از مصرف‌کنندگان یا دولت دریافت کند یا سهمی از منافع دولت را بپردازد. در تفسیر این اصل هم باید این‌گونه اظهار نمود که ممنوعیت مطلق صرفاً مربوط به «دادن امتیاز» در معنای خاصش می‌باشد؛ یعنی به عبارت دیگر تشکیل شرکت‌ها و مؤسسات در امور تجاری، صنعتی، کشاورزی، معادن و خدمات فقط از طریق اعطای امتیاز و انحصار ممنوع است. از اصل مذکور چند تفسیر به عمل آمده؛ برخی اعتقاد دارند باید قائل به ممنوعیت مطلق ثبت شرکت‌های خارجی شد، برخی نیز معتقدند اصل بر ممنوعیت است، مگر در موارد معین؛ تفسیر منطقی‌تر این است که بگوییم باید درصد خاصی در سهام رعایت گردد تا امتیاز محقق نشود، چراکه این تفسیر بیانگر این است که اگر میزان سهام خارجی در یک شرکت مشترک ۴۹ درصد یا کمتر از آن باشد، امتیاز محقق نمی‌شود و در واقع چنین برداشتی به‌طور ضمنی در نشریه‌ای که از سوی سازمان سرمایه‌گذاری و کمک‌های اقتصادی و فنی ایران، در اختیار متقاضیان سرمایه‌گذاری قرار گرفته آورده شده بود دلیل دیگر در اثبات این استدلال این است

که طبق قانون تجارت، همه حق دارند برای تأسیس شرکت اقدام کنند و در این زمینه هیچ فرقی بین اتباع ایرانی و خارجی نیست. استدلال دیگر مؤید بر ادعای ما تحولات جدیدی است که در زمینه قانون گذاری در این بخش به عمل آمده؛ به عنوان مثال در بند (ج) ماده ۲ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی این گونه ذکر شده که منظور از امتیاز، حقوق ویژه‌ای است که سرمایه‌گذاران خارجی را در موقعیت انحصاری قرار می‌دهد. در بند (ب) ماده ۴ همین قانون نیز آمده محدودیتی از نظر درصد مشارکت سرمایه‌گذاری خارجی در یک بخش از ۲۵ درصد کل تولید در آن بخش و در هر رشته از ۳۵ درصد بیشتر نباشد. به این طریق، ابهام موجود در اصل ۸۱ قانون اساسی برطرف شده است. علاوه بر این دولت وقت با تصویب قانون «اجازه‌ی ثبت شعب یا نمایندگی شرکت‌های خارجی» در تاریخ ۷۶/۸/۲۱ سعی کرد تا شرکت‌های خارجی برای انجام فعالیت‌های بازرگانی و سرمایه‌گذاری خود بتواند فارغ از مشکلات و شرایط موجود، امکان ثبت شعبه یا نمایندگی را بیابد؛ اما آنچه باعث ایجاد مشکل شده صراحت این اصل است که با توجه به اولویت جذب سرمایه‌گذاری خارجی از نظر نظام جمهوری اسلامی ایران، نیاز مبرم به اصلاح این اصل احساس می‌شود، مثلاً در زمینه‌ی نفت، اصل ۸۱ قانون اساسی استفاده از قراردادهای مشارکت در تولید که شیوه‌ی متداول بین‌المللی برای سرمایه‌گذاری در صنعت نفت می‌باشد را عملاً غیرممکن ساخته که خود منجر به پرهزینه‌تر شدن سرمایه‌گذاری خارجی در این بخش شده است که نتیجه‌اش دور زدن این اصل به وسیله‌ی شرکت‌های نفتی دولتی ایرانی با استفاده از قراردادهای بازخرید (Buy Back) بوده است.

۲. اصل ۴۴ قانون اساسی

بر اساس این اصل، نظام اقتصادی جمهوری اسلامی ایران بر پایه‌ی سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی با برنامه‌ریزی منظم و صحیح استوار است. بخش دولتی شامل کلیه صنایع بزرگ، صنایع مادر، بازرگانی خارجی، معادن بزرگ، بانکداری، بیمه، تأمین نیرو، سدها و شبکه‌های بزرگ آبرسانی، رادیو تلویزیون، پست و تلگراف و تلفن، هواپیمایی، کشتیرانی، راه و راه‌آهن و مانند این‌هاست که به صورت مالکیت عمومی در اختیار دولت است. این اصل در توضیح بخش خصوصی نیز این گونه آورده است که شامل آن قسمت از کشاورزی، دامداری، صنعت، تجارت و خدمات می‌شود که مکمل فعالیت‌های اقتصادی دولتی و تعاونی است. برخی بر این اعتقادند که این اصل، عامل رکود اقتصادی و بن‌بست نظام سرمایه‌گذاری در ایران

است و یک دولت انحصاری را تشکیل داده و برای فعالیت بازرگانان و سرمایه‌گذاران متکی به بخش مردمی فراهم نماید و در واقع این اصل بخش خصوصی را از فعالیت در رشته‌های مختلف اقتصادی بازمی‌دارد. ولیکن با وجود اینکه در این اصل صنایع بزرگ و مادر دولتی معرفی گردیده، اما ابلاغیه اخیر رهبر انقلاب در مورد سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی امکان حقوقی فعالیت بخش خصوصی در اکثر صنایع مهم نامبرده شد در این اصل را فراهم می‌کند. با این وجود، طبق همین ابلاغیه، سهم بهینه بخش‌های دولتی و غیردولتی در فعالیت‌های صدر اصل ۴۴ باید تعیین شود. از طرف دیگر براساس قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی تنها در صناعی جایز است که امکان فعالیت بخش خصوصی وجود داشته باشد، همچنین ابهامی که با وجود این اصل در ذهن شکل می‌گیرد این است که وقتی صنعتی توسط بخش خصوصی ایرانی و خارجی ایجاد شد و در اثر توسعه به صنایع بزرگ تبدیل شود، در معرض دولتی شدن قرار می‌گیرد.

۳. اصل ۱۳۹ قانون اساسی

این اصل، صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی و ارجاع آن به داوری را در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد، منوط به تصویب هیأت وزیران و مجلس می‌داند. ایراد این اصل از آنجا ناشی می‌شود که بازرگانان و سرمایه‌گذاران خارجی با دادگاه‌ها و قوانین ملی میانه خوبی ندارند و از آنجا که داوری تجاری بین‌المللی هم‌اکنون با صرف وقت و هزینه کمتر و سرعت عمل بیشتر، پیروی از قواعد بین‌المللی و اصول و مقررات تجارت بین‌الملل، به حل اختلافات می‌پردازد، سرمایه‌گذاران خارجی به این نهاد رغبت بیشتری نشان می‌دهند ولی با توجه به این اصل در واقع مانعی بزرگ بر سر راه انعقاد این گونه قراردادها است. جهل تجار خارجی نسبت به اعمال قوانین ملی، وجود قوانین و مقررات کند، پیچیده و دست‌وپاگیر آیین دادرسی مدنی در هر کشوری سبب شده تا سرمایه‌گذاران خارجی از پذیرش حکومت قوانین ملی بر قراردادها و روابط تجاری و ارجاع اختلافات احتمالی و یا موجود به دادگاه‌های محلی گریزان باشند. از نظر عملی، هنگامی که طرفین مبادرت به درج شرط داوری و درج آن در قرارداد می‌کنند، نیازی به تصویب هیأت وزیران یا مجلس نیست بلکه هنگامی که اختلافی محقق می‌شود و طرف خارجی آن را به داوری ارجاع دهد، آنچه مورد نظر اصل ۱۳۹ قانون اساسی بوده است از سوی طرف خارجی صورت پذیرفته؛ بدین معنا که ارجاع‌کننده‌ی دعوی به

داوری طرف خارجی است نه طرف ایرانی، پس اصولاً تصویب مجلس ضرورتی ندارد، آنچه باعث اختلاف شده این بحث است که طرف ایرانی بخواهد دعوا را به داوری ارجاع دهد، در اینجا بنا بر تفسیر شورای نگهبان چنانچه موضوع دعوی راجع به اصول عمومی دولتی باشد باید به تصویب مجلس برسد. آنچه به نظر می‌رسد جالب باشد این است که اصولاً وضع هر قاعده یا ماده یا اصلی از سوی قانون‌گذار باید مبنایی عقلایی داشته باشد، حال آنکه اگر در مسأله‌ای مورد بحث، طرف خارجی به داوری متوسل شود و در پی آن طرف ایرانی به مجلس مراجعه کند، حال اگر مجلس شورای اسلامی تصویب نکند، در واقع حداقل دفاعی را که شخص می‌توانست به عمل آورد از او سلب کرده است در نتیجه چاره‌ای جز تصویب ارجاع به داوری را نخواهد داشت و این یعنی نظر مخالفان سرمایه‌گذاری خارجی تحمیل شده است و جز این مفهومی دیگر نمی‌توان یافت. در این راستا، قانون داوری تجاری بین‌المللی در سال ۱۳۷۶ به تصویب رسید که می‌توان آن را گامی مثبت در راستای حل مشکلات ناشی از این اصل به‌شمار آورد، ولی به دلایلی که در آینده توضیحات جامع آن آورده خواهد شد، این قانون نیز نتوانست مرهمی بر دردهای ناشی از اصل ۱۳۹ باشد. تلاش دیگری که دولت در جهت تعدیل این اصل از خود نشان داد، تصویب قانون چگونگی اداره مناطق آزاد تجاری - صنعتی است که در تاریخ هفتم شهریورماه ۱۳۷۲ در مجلس شورای اسلامی تصویب و در تاریخ ۲۱ شهریورماه سال ۱۳۷۲ به تأیید شورای نگهبان رسید. که گامی برای ارجاع دعاوی ناشی از قراردادهای تجاری و سرمایه‌گذاری خارجی بردارد ولی مشکل عمده این است که از یک طرف فقط ناظر به مناطق سه‌گانه آزاد تجاری (کیش، قشم، چابهار) است و از طرف دیگر آن نیز منوط به رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی می‌باشد، ولی با وجود این مشکلات این قانون در ۶ سال اول تصویبش امکان جذب حدود ۱۰ هزار میلیارد ریال سرمایه داخلی و حدود ۲۵۰ میلیون دلار سرمایه خارجی را فراهم آورده و طی مدت یادشده حدود ۳۸ هزار فرصت شغلی در مناطق ایجاد کرده است. علاوه بر ابهامات قانونی در رابطه با حل و فصل اختلافات، عدم عضویت ایران در کنوانسیون بین‌المللی (ICSID) نیز موجب عدم اعتماد خارجی‌ان نسبت به حل و فصل اختلافاتشان در ایران شده است. نتایج مطالعات نیز نشان می‌دهد که عضویت ایران در این کنوانسیون به ضرر کشور نیست و هیچ مورد تحمیلی در آن وجود ندارد. (امام، فرهاد؛ همان).

ب- موانع حقوقی موجود در سایر قوانین و آیین‌نامه‌ها

۱- قانون کار

قوانین کار و مقررات حاکم بر روابط کارگر و کارفرما از موانع دیگری است که سرمایه‌گذار خارجی را منصرف می‌نماید. چالش‌هایی مثل نحوه پایان دادن به کار مستخدم توسط کارفرما، روابط بین آن‌ها و سازوکارهای مربوط به نحوه اداره شرکت پس از فوت کارفرما و مواردی از قبیل، از مواردی است که در این باب معمولاً از آن‌ها یاد می‌شود. به‌عنوان مثال چنانچه سرمایه‌گذار خارجی پس از احداث و راه‌اندازی فعالیت تولیدی‌اش متوجه نیروی مازاد کاری‌اش شود و بخواهد به اصلاح وضعیت بپردازد، نمی‌تواند نیروی اضافی را از گردونه خارج نماید، چراکه قانون کار فعلی مانع بزرگی در این راه برای او خواهد بود. در واقع این قانون که مصوب ۱۳۶۹ مجمع تشخیص مصلحت نظام می‌باشد، با این پیش‌فرض شکل گرفته که کارفرما می‌خواهد کارگر و کارمند را استثمار کند و خود این مسأله موجب عدم اعتماد میان کارگر و کارفرما و ناامنی سرمایه‌گذاری و تولید شده است، در حالی که می‌بایست طوری تنظیم شود که بر مبنای همسویی منافع کارگر و کارفرما باشد. از موارد دیگر قابل بحث در این حوزه، این است که در قانون کار میزان کار کارگران در هفته ۴۴ ساعت تعیین شده، مرخصی استحقاقی‌شان در سال ۲۶ روز، تعطیلات پایان هفته ۵۲ روز و تعطیلات رسمی ۲۵ روز به‌صورت سالانه ذکر شده است، در حالی که مدت ۲۶۰ روز، روزهای کاری در ایران کمتر از مدت مشابه برای بسیاری از کشورهای آسیای جنوب شرقی است. از طرف دیگر کارفرما در صورتی حق اخراج کارگر را خواهد داشت که تقصیر کارگر و نقض مقررات توسط او ثابت شود که تازه در این صورت باید معادل یک‌ماه آخرین حقوق کارگر به ازای هر سال سابقه کاری‌اش به وی پرداخت گردد. نتیجه نارسایی‌های موجود این خواهد بود که گرچه هزینه دستمزد در ایران برای نیروی کار ماهر در مقایسه با کشورهای صنعتی ارزان است، اما باید توجه داشت که اولاً هزینه دستمزد در مقایسه با بهره‌وری نیروی کار مورد سنجش قرار گیرد و ثانیاً بر این اساس کشورهای بسیاری در جهان وجود دارند که هزینه دستمزد در آن‌ها نازل‌تر از ایران است.

۲- قانون تأمین اجتماعی

در واقع این قانون نیز به اندازه قانون کار مانعی بر سر راه سرمایه گذاری خارجی به شمار می آید، چرا که این نظام و نهاد اجتماعی، یکی از بالاترین نرخ‌ها با پایین ترین خط ارائه خدمات را داراست و ۳۰ درصد حقوق کارگر و کارفرما را جذب می کند که از این ۳۰ درصد، کارفرما موظف است ۲۰ درصد حقوق و مزایای کارکنانش را بابت سهم کارفرما بپردازد، سهم کارگر ۷ درصد و سهم دولت نیز ۳ درصد است که در واقع سبب افزایش هزینه تولید شده و هیچ توجیه اقتصادی نیز در پس آن وجود ندارد.

۳- قوانین مربوط به حمایت از حقوق مالکیت فکری

با وجود اینکه ایران به کنوانسیون پاریس برای حمایت از مالکیت صنعتی در سال محقق شده، اما تاکنون قوانین لازم در جهت اجرای کامل مفاد این کنوانسیون را به تصویب نرسانده است، باین حال طبق قانون ثبت علائم و اختراعات مصوب سال ۱۳۱۰، از علائم و اختراعات در ایران حمایت می شود و در مورد مالکیت ادبی نیز که بخش دیگری از مالکیت فکری است، طبق قانون حمایت مؤلفات و مصنفان و هنرمندان مصوب سال ۱۳۴۸ اثر ادبی که برای اولین بار در ایران منتشر شده باشد. مورد حمایت قرار می گیرد اما به دلیل عدم الحاق به کنوانسیون‌های بین‌المللی مربوط به حمایت از آثار ادبی، عملاً در ایران از آثار منتشر شده در خارج حمایت نمی شود و اهمیت این حقوق از نقطه نظر سرمایه گذاری خارجی مسأله مهم رشد روزافزون دارایی‌های فکری بنگاه‌های چندملیتی می باشد. این دارایی‌ها از نوع غیر محسوس بوده و شامل اختراعات، علائم تجاری و موارد دیگر می گردد. از طرفی چون ماده ۲۲ قانون حمایت از حقوق مؤلفان و مصنفان و ذیل ماده ۱۶ قانون حمایت از پدیدآورندگان نرم افزارهای رایانه‌ای که اعلام می دارند؛ «آثاری مورد حمایت این قوانین قرار دارد که برای نخستین بار در ایران چاپ، پخش یا نشر یا اجرا یا تولید و توزیع شده باشد» مغایر با استانداردهای بین‌المللی می باشد. همچنین در مورد حق اختراع، اختراعات به نمایش گذاشته در نمایشگاه‌های بین‌المللی و همچنین اختراعاتی که در نتیجه‌ی نقض اعتماد، تازگی آن‌ها (به عنوان یکی از شرایط ثبت اختراع) از بین می رود، بر اساس اسناد بین‌المللی، قابل حمایت اند ولی در حقوق داخلی مقررهای در این زمینه وجود ندارد و این تنها پاره‌ای از مسایل و ابهامات موجود در این بخش است، در نتیجه در این مبحث نیز نظام حقوقی‌ها با مشکلاتی روبروست که نیاز به اطلاعات جدی احساس می شود.

۴- قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی

این قانون که مصوب سال ۱۳۸۱ می‌باشد، در واقع چارچوب حمایتی در راستای بهبود وضعیت سرمایه‌گذاری خارجی در ایران می‌باشد و با توجه به این نکته که در قانون بازار اوراق بهادار مصوب سال ۱۳۸۴ حکمی در مورد چگونگی حمایت از سرمایه‌های خارجی وارد شده به بازار سرمایه داده نشده است، می‌توان چنین نتیجه گرفت که قانون‌گذار حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی در حوزه سرمایه‌گذاری غیرمستقیم را برعهده‌ی قانون تشویق مصوب ۸۱ قرار داده است. قانون قبلی که مصوب سال ۱۳۳۴ بوده، با وجود اصلاحاتی که به‌وسیله‌ی قانون ۸۱ پیدا کرده و نکات مثبت بسیاری که در آن وجود دارد، هنوز هم دارای برخی نکات مهم است.

براساس بند (الف) ماده ۳ قانون فوق‌الذکر «سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در کلیه بخش‌هایی که بخش خصوصی قادر به فعالیت است مجاز شمرده شده است» در بند (ب) نیز آمده؛ سرمایه‌گذاری خارجی در کلیه بخش‌ها در چارچوب روش‌های مشارکت مدنی، بیع متقابل و ساخت و بهره‌برداری و واگذاری مجاز می‌باشد و این در حالی است که سرمایه‌گذاری خارجی به‌صورت مستقیم نیز می‌تواند به این اشکال صورت گیرد، لذا تفکیکی که در این ماده به‌عمل آمده واضح نیست، چرا که شکل‌ها مذکور اشاره به روش و شکل‌های سرمایه‌گذاری خارجی دارد، در حالی که سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی در کنار سرمایه‌گذاری غیرمستقیم خارجی، انواع سرمایه‌گذاری خارجی را شکل می‌دهد. نکته دیگری که در مورد این قانون باید بدان اشاره شود، این است که ماده ۸ به‌گونه‌ای تنظیم شده که سرمایه‌گذار خارجی را از کلیه حقوق، حمایت‌ها و تسهیلاتی که برای سرمایه‌گذار داخلی موجود است، برخوردار می‌سازد که همان اصل رفتار ملی در حوزه سرمایه‌گذاری خارجی است، لکن ابهام این است که مثلاً مدیران واحدهای تولیدی داخلی مجاز هستند که تقاضای پذیرش در بورس اوراق بهادار را نمایند و در صورت پذیرفته شدن سهام آن‌ها مورد معامله قرار می‌گیرد ولی از یک جهت در صورتی این حق به سرمایه‌گذار خارجی داده می‌شود که فعالیت آن‌ها در بورس اوراق بهادار را آزاد تلقی کنیم (درحالی که این گونه نیست) و از طرف دیگر انتقال سهام سرمایه‌گذار خارجی براساس ماده ۱۰ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، منوط به تصویب هیأت عالی سرمایه‌گذاری خارجی و تأیید وزیر امور اقتصادی و دارایی است، درحالی که در مورد سرمایه‌گذاری داخلی چنین بحثی وجود ندارد. اشاره دیگری که قابل ذکر است، این که

این ماده با قیوداتی همراه است و استثنا خورده؛ از جمله قید عدم امکان تملک هر گونه زمین به هر میزان به نام سرمایه گذار خارجی که بر اساس قانون مربوط به تملک اموال غیر منقول اتباع خارجی مصوب ۱۳۱۰ مقرر شده و تبصره ماده ۲ قانون تشویق نیز آن را تأیید کرده و بحث قابل تأمل و مبهم دیگری که در این قانون به چشم می خورد این است که در ماده (۱۷) آن نحوه تأمین ارز برای خروج سرمایه و سود متعلقه تشریح شده است ولی سرمایه گذار خارجی اصلاً نمی داند که طبق کدام یک از بندهای آن ماده با وی رفتار خواهد شد و در نتیجه انگیزه‌ی او برای سرمایه گذاری کاهش خواهد یافت. ماده ۱۷ به این شرح است؛ در تأمین ارز برای انتقالات موضوع مواد (۱۳)، (۱۴) و (۱۵) به روش های ذیل مسیر است؛

الف- خرید ارز از نظام بانکی، ب- از محل ارز حاصل از صدور محصولات تولیدی و یا ارز حاصل از خدمات بنگاه اقتصادی که سرمایه خارجی در آن به کار گرفته شده است، ج- صادرات کالاهای مجاز طبق فهرستی که در اجرای این بند به تصویب هیأت وزیران با رعایت قوانین و مقررات مربوطه می رسد بر اساس شماره (۲) از بند (الف)؛ «ورود سرمایه نقدی و غیر نقدی خارجی صرفاً بر اساس مجوز سرمایه گذاری انجام می گیرد و به مجوز دیگری نیاز نیست» آنچه در بادی امر به نظر می آید، این است که این بند در راستای کاهش بوروکراسی اداری وضع شده و منطقی است، چراکه تجمع نمایندگان کلیه دستگاه های ذی ربط در یک مکان گام مثبتی در راستای تسهیل و تسریع امور مربوط به پذیرش سرمایه گذاری خارجی می باشد و بر اساس شماره‌ی (۳) این بند؛ «حجم سرمایه گذاری خارجی در هر مورد تابع هیچ گونه محدودیتی نیست» ولی این بند با بند (د) ماده (۲) قانون تشویق که برای ارزش کالا و خدمات تولیدی حاصل از سرمایه گذاری خارجی سقف تعیین کرده، بسیار محدود می شود. این سقف معادل ۲۵ درصد در هر بخش اقتصادی و ۳۵ درصد در هر رشته از نسبت سهم ارزش کالا و خدمات تولیدی حاصل از سرمایه گذاری خارجی به ارزش کالا و خدمات عرضه شده در بازار داخلی در زمان صدور مجوز می باشد. شماره (۶) همین بند مقرر می کند؛ «آزادی صادرات کالاهای تولیدی بنگاه اقتصادی سرمایه پذیر، تضمین شده و در صورت ممنوعیت صادرات کالای تولیدی در داخل به فروش رسیده و حاصل آن به صورت ارز از طریق شبکه پول رسمی کشور قابل انتقال به خارج می باشد. در واقع در صدر ماده، آزادی صادرات تضمین شده اما در انتهایش نقض غرض گردیده و چیز دیگری عنوان شده است. این شیوه موجب سردرگمی سرمایه گذار خارجی شده و باعث می شود او نداند آیا بر درآمد ناشی از صادرات

حساب کند یا نه بند (ب) همین ماده ویژگی‌ها و تسهیلات خاصی برای سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی به‌طور جداگانه و همچنین سرمایه‌گذار در چارچوب ترتیبات قراردادی مقرر نموده است. در قسمت دوم این بند که مرتبط با سرمایه‌گذاری در چارچوب ترتیبات قراردادی است، در واقع به قراردادهای «Take or pay» اشاره شده است. در پروژه‌های زیربنایی که امکان خرید محصولات پروژه توسط بخش خصوصی وجود ندارد و یا این امکان به دلیل مقررات خاص دولت در خصوص نظارت بر چگونگی توزیع محصول یا خدمت منتفی می‌باشد و یا اینکه توزیع محصول تولیدی توسط بخش خصوصی فقط با قیمت بالایی ممکن است که موجبات نارضایتی مردم را فراهم می‌نماید و محصول تولیدی در گذشته همواره با یارانه دولتی توزیع می‌شده، این تضمین انگیزه مناسبی برای سرمایه‌گذار ایجاد می‌نماید و با خیال آسوده‌ای نسبت به درآمد پروژه مبادرت به سرمایه‌گذاری می‌نماید، البته دولت نیز باید با حسن نیت مبادرت به خرید محصول با قیمت عادلانه روز نماید و هنگام برقراری تضمین، با توسل به عباراتی چون؛ در چارچوب مقررات قانونی به کمترین قیمت ممکن خرید کالا یا خدمات را تضمین نماید، چراکه در این صورت موجب کم‌رنج شدن اثر حمایتی این مقرره و کاهش اعتماد سرمایه‌گذاران می‌شود. در این راستا اخیراً آیین‌نامه‌ای با عنوان «آیین‌نامه اجرایی شرایط و تضمین خرید برق موضوع بند (ب) ماده ۲۵ قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران» به تصویب هیأت وزیران رسیده است.

گفتار سوم- ارائه راهکارها با توجه به کنوانسیون‌ها، تجارب سایر ملل

آنچه در راستای ارائه راهکارها در راستای جذب هرچه بیشتر سرمایه‌گذاری خارجی مهم به نظر می‌رسد، پذیرش اهمیت تغییرات اساسی از سوی سیاست‌گذاران این بخش است. از طرف دیگر فرآیند جهانی شدن این گونه متذکر می‌شود که نقش دولت‌ها فقط به‌عنوان قانون‌گذار در این حوزه مهم است نه به‌عنوان شریک اصلی سرمایه‌گذار خارجی و باید فرآیند سرمایه‌گذاری پس از اعمال سیاست و قانون از سوی دولت، به بازار سرمایه واگذار شود و پذیرش این روند از سوی سیاست‌گذاران امروزی جامعه‌ی ما، امری اساسی در این راستا محسوب می‌گردد. در جهت عملی کردن این تغییر و تحولات و همسو شدن سیر جهانی در جذب سرمایه‌گذاری خارجی لازم است موانع قانونی و حقوقی که در بخش‌های قبلی این تحقیق به تفکیک بیان شد، اولاً مورد پذیرش واقع شود و سپس درصدد حذف یا اصلاح آن‌ها برآیند و این امر

مستلزم آن است که مواردی مانند تأمین امنیت قضایی در کشور، اجرای سیاست آزادسازی و خصوصی سازی با حضور سرمایه گذاران خارجی در جهت جلب اعتماد آنان، اصلاح قوانین کار و قوانین مرتبط با آن، تفسیر رسمی از اصول مورد بحث قانون اساسی، ایجاد مؤسسات بیمه‌ای و تأمین قوانین متناسب با استانداردهای روز جهانی، ایجاد قانون مناسب در زمینه بورس و بازار سرمایه و مواردی از این دست، رفع موانع قانونی در زمینه حقوق مالکیت فکری و ... انجام شود. از جمله راهکارهایی که در این زمینه قابل ارائه است، پیشنهاد الحاق ایران به کنوانسیون‌های بین‌المللی از جمله کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ درباره‌ی شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی، «کنوانسیون راجع به حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری میان دولت‌ها و اتباع دول دیگر» که به کنوانسیون شیکاگو معروف است و مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری (ICSID) می‌باشد، که درباره‌ی رفع اشکالات ناشی از داوری (اصل ۱۳۹ ق.ا) می‌تواند راهگشا باشد. همچنین در زمینه شناسایی و به رسمیت شناختن حقوق مالکیت فکری همین پیشنهاد در مورد «کنوانسیون برن»، «کنوانسیون رم» و «موافقت‌نامه راجع به جنبه‌های تجاری و حقوق مالکیت فکری (تریپس)» ارائه می‌گردد. همچنین باید مهلت‌های طولانی در رسیدگی به این گونه پرونده‌ها در سیستم قضایی مان از میان برداشته شده و مقررات گمرکی که در این باب موجود است نیز اصلاح گردد. از جمله موافقت‌نامه‌هایی که در ارتباط با اقدامات سرمایه گذاری مرتبط با تجارت بوده و در نتیجه اصول ارائه شده به وسیله آن می‌تواند راهکارهایی مناسب در حقوق ما تلقی شود، موافقت‌نامه تریمز [Agreement on Trade Related Investment Measures (TRIMS)] است که از جمله موافقت‌نامه‌های مهم سازمان تجارت جهانی محسوب می‌گردد. موافقت‌نامه تریمز کشورهای عضو را مکلف کرده از اعمال اقدامات حقوقی، اداری یا اقتصادی که باعث ایجاد محدودیت برای سرمایه گذاری خارجی می‌شود، خودداری کند. طبق ماده (۱) این موافقت‌نامه، حوزه‌ی شمولش فقط ناظر به اقدامات سرمایه گذاری مرتبط با تجارت کالا است و کاری به حوزه‌ی تجارت خدمات ندارد. عمده قواعد این موافقت‌نامه مربوط به اصولی مثل اصل رفتار ملی یعنی کشورهای عضو مکلف‌اند در مواجهه با سرمایه گذار خارجی و داخلی رفتار مساوی داشته باشند و پس از ورود سرمایه گذاران خارجی به بازار داخلی با آن‌ها رفتاری مشابه رفتار رقبای داخلی داشته یا حداقل رفتار نامطلوب‌تر نداشته باشند ترجمه مواد تریمز، برگرفته از کتاب سند نهایی دورارو گونه گات (مؤسسه مطالعات بازرگانی، صص ۲۵۲-۲۴۶) و حذف محدودیت‌های مقداری می‌باشد ماده

(۲) تریمز به آن اشاره کرده و یکی از شیوه‌های متداول در محدودسازی آزادی سرمایه‌گذاری خارجی، اعمال محدودیت‌های مقداری یا سهمیه‌بندی در واردات یا صادرات کالا توسط سرمایه‌گذار است؛ اما در قوانین ما مواردی یافت می‌شود که مغایرتی آشکار با تریمز داشته و نیازمند تغییر می‌باشند. از جمله آن‌ها آیین‌نامه اجرایی قانون مقررات صادرات و واردات مصوب سال ۱۳۷۳ که در ماده (۲۴) این آیین‌نامه آمده؛ «حداکثر میزان واردات مواد اولیه و کالاهای مورد مصرف معادل ظرفیت اسمی سالانه‌ی واحدهای تولیدی سازنده یا تولیدکننده کالا می‌باشد.» همچنین در بند (۱) ماده (۴۳) آن آیین‌نامه نیز این گونه تصریح به عمل آمده که ورود مواد اولیه، قطعات و لوازم‌یدکی و لوازم فنی مورد نیاز صنایع کشور تنها به شرطی مجاز است که از نظر کیفیت یا کمیت در حد نیاز صنایع در داخل تولید نشود. همان‌گونه که از این دو ماده استفاده می‌شود، مغایرت با اصل تعهد به حذف محدودیت‌های مقداری مذکور در موافقت‌نامه تریمز واضح به نظر می‌رسد. همین‌طور است در مورد قانونی موسوم به قانون مقررات صادرات و واردات مصوب سال ۱۳۷۲ که در ماده (۲۱) آن قانون این گونه آمده؛ «دولت مکلف است به منظور حمایت از تولیدکنندگان داخلی، زمینه تصویب قانون حقوق گمرکی کالای وارداتی را تهیه و تصویب نماید» و این یعنی مغایرت آشکار با اصل رفتار ملی. از جمله قوانین دیگری که در این باب قابل ذکر می‌باشد قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی اجرایی کشور در اجرای طرح‌ها و ایجاد تسهیلات به منظور صدور خدمات مصوب سال ۱۳۷۵ است که این قانون سرمایه‌گذار خارجی را مکلف کرده در طرح‌ها و قراردادهای سرمایه‌گذاری مانند بی. او. تی (یکی از شیوه‌های غیرمستقیم سرمایه‌گذاری است و عموماً از آن به عنوان قرارداد ساخت، بهره‌برداری و واگذاری یاد می‌شود و به معنای این است که در آن طرحی با مجوز دولت و از طرف دستگاه‌های دولتی برای ساخت به یک شرکت خصوصی واگذار می‌شود و پس از ساخت، امتیاز بهره‌برداری از طرح برای مدتی به شرکت سازنده داده می‌شود و بعد از انقضای قرارداد، سازنده مکلف به واگذاری طرح و منافع آن به دولت می‌باشد)، (صادقی، محسن ۱۳۸۵)؛ بخشی از نیروی کار و تجهیزات را از ایران تأمین نماید. از آنجایی که تریمز مخالف دخالت کشور میزبان در جهت ایجاد محدودیت برای رقبای خارجی است، این یعنی نقض آشکار مقررات تریمز. همچنین در تبصره (۳) ماده (۶) قانون سامان‌دهی مبادلات مرزی مصوب سال ۱۳۸۴ آمده است؛ «وزارت بازرگانی برای توسعه صادرات در مناطق مرزی برای کالاهای صادراتی که تشریفات گمرکی را طی کرده باشند،

مشوق‌های لازم وضع نماید» و این یعنی اعطای امتیاز ویژه به سرمایه‌گذار داخلی و مقارن است با نقض اصل رفتار ملی و مخالفت با مقررات تریمز مشهود است. نکته‌ای که نباید از خاطر برده شود این است که در راه موفقیت باید ابتدا الگوی موفقیت مناسبی پیش‌رویمان قرار دهیم که در این راه می‌توان به تجربه‌ی کشورهای نظیر چین، مالزی، کره جنوبی، امارات متحده عربی، ترکیه و کشورهای از این دست نگاهی انداخت تا با استفاده از تجارب آن‌ها راه را برای خود هموار کنیم.

نتیجه‌گیری

اصولاً تأمین منابع مالی مناسب در جهت اداری امور اساسی و کلان و همچنین زیرساخت‌های کشور امری است مهم و اساسی که در این راه جذب سرمایه‌گذار خارجی توسط کشور عزیزمان ایران یکی از مؤثرترین و مناسب‌ترین و کارآمدترین شیوه‌هایی است که در این باب کاربرد فراوان دارد، چراکه براساس بررسی‌های بین‌المللی به‌عمل آمده مثل تحقیقاتی که بانک جهانی انجام داده است، نشانگر آن است که بیشترین حجم تأمین منابع مالی در سطح جهان را سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی به خود اختصاص داده است. همان‌طور که قانون نانوشته‌ی تجارت می‌گوید؛ باید جایی سرمایه‌گذاری کرد که سود بیشتر عایدت گردد، پس ما هم به‌جای اینکه به این موضوع فقط از بعد تبلیغاتی آن نگاه کنیم، باید ضرورتش را درک کنیم. در پی اهمیت این موضوع، وجود یک سلسله قوانین روشن به‌منظور حمایت از سرمایه‌گذاران خارجی یک ضرورت انکار‌نشدنی است، در نتیجه، ابتدا باید موانع را شناخت و سپس در جهت رفع آن موانع برآمد که خود عزمی جدی و راسخ را از سوی همه‌ی افراد جامعه و در رأس آن سیاست‌گذاران کلی نظام می‌طلبد و گرچه پس از پیروزی انقلاب تلاش‌های صورت گرفته مثل توجه برنامه بیست‌ساله و سند چشم‌انداز به‌ضرورت تحول در باب اقتصادی و نیز حذف قوانین مربوط به کنترل صادرات و مبادلات ارزی، قابل‌تحسین است، اما موانع بسیاری کماکان وجود دارد که باید در پی رفع و اصلاح آن‌ها و نیز باثبات نمودشان برآمد، چراکه نبود ثبات در قوانین و به‌روز نمودن آن‌ها مانعی بس عظیم محسوب می‌گردد. چرا باید از اخبار بشنویم معاون گمرک ایران اعلام داشته ۴۰ درصد از ۴۰۰ بخش‌نامه صادره توسط گمرک در سال ۷۸ ضد دیگر بخش‌نامه‌ها بوده است؟ چرا باید در یک روز صادرات یک محصول آزاد و روز بعد ممنوع اعلام گردد؟ چرا کشوری مثل ایران که دارای پتانسیل بالایی

در این زمینه است باید از جهت جذب سرمایه‌های خارجی جزو چند کشور آخر دنیا باشد؟ به طوری که براساس آمار رسمی از سال ۷۳ تا ۸۵ بیش از ۱۱ میلیارد دلار جذب سرمایه خارجی در کشور انجام شده و در حالی که ایران از نظر امکانات جذب سرمایه خارجی در میان ۱۴۰ کشور جهان در رتبه ۵۷ قرار دارد ولی از نظر عملکردش در رتبه ۱۳۰ قرار گیرد. پیشنهاد ما در این زمینه گسترش معاهدات دو یا چندجانبه سرمایه‌گذاری با کشورهای همسوز جهت سیاست‌گذاری تحت چارچوبی درست و مطالعه یافته و نیز اعمال معافیت مالیاتی در مورد تولیدات شرکت‌های سرمایه‌گذار خارجی، اعطای پوشش‌های بیمه‌ای سرمایه‌گذاران، اعطای معافیت‌های گمرکی در مورد واردات مایحتاج مورد نیاز شرکت‌های سرمایه‌گذار خارجی، گسترش و بهینه‌سازی مناطق آزاد برای سرمایه‌گذاری، اعطای خدمات عمومی ارزان‌تر نظیر آب و برق، تضمین برگشت سود و اصل سرمایه و جلوگیری از مصادره و ملی کردن آن‌ها است تا بدین وسیله با ایجاد مشوق‌ها راه را برای ایجاد فضایی جهت ترغیب سرمایه‌گذاران خارجی به منظور سرمایه‌گذاری در ایران فراهم نماییم. نارسایی قوانین موجود در این زمینه، نپذیرفتن قوانین بین‌المللی، تفاسیر متناقض از اصول قانون و اختلافات اساسی در جهت‌گیری اقتصادی و سیاستی در این باب از مهم‌ترین موانع محسوب می‌شوند.

فهرست منابع

۱. قانون حاکم و اجرای احکام در داوری‌های موضوع کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دول دیگر، ترجمه دکتر محسن محبی، مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۱۰.
۲. اندیشه‌هایی در خصوص عهدنامه حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دول دیگر، ترجمه دکتر ناصرعلی منصوریان، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره ۱۲.
۳. روزنامه رسمی، شماره ۱۶۷۰۹ مورخ ۱۳۸۱/۴/۲۲.
۴. روزنامه رسمی، شماره ۱۸۸۹۹، مورخ ۱۳۸۸/۱۰/۲۶.
۵. سند نهایی دوراو گونه گات- ترجمه مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، صص ۲۵۲-۲۴۶.
۶. شیروی، عبدالحسین، ۱۳۹۳، حقوق تجارت بین‌الملل، چاپ ششم، انتشارات سمت، تهران.

۷. صادقی، محسن، ۱۳۸۵، بررسی قراردادهای بین‌المللی ساخت، بهره‌برداری و واگذاری جایگاه آن در نظام حقوقی ایران، فصلنامه پژوهش‌های بازرگانی، شماره ۳۸، بهار ۸۵، صص ۱۵۶
 ۸. فرهاد، امام، ۱۳۷۳، حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در ایران، چاپ اول، نشر یلدا، تهران.
 ۹. مرکز مدارک اقتصادی اجتماعی و انتشارات، ۱۳۷۹، قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۹/۱/۱۷ مجلس شورای اسلامی، انتشارات سازمان برنامه و بودجه، ۱۳۷۹.
 ۱۰. مصطفی، السان، ۱۳۸۵، ابعاد حقوقی انتقال فناوری از طریق سرمایه‌گذاری خارجی، مجله‌ی پژوهش‌های حقوقی شهر دانش، تهران.
11. <http://www.blogylaw.com/forum/showthread.php?tid=1882>
 12. Sornarajah, M. The International Law on Foreign Investment, 2nd ed, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p.7
 13. De Vita, Glauco and Kevin Lawler, “ Foreign Direct Investment and its Determinants: A Look to the Past, A View to the Future “ in H.S Kehal (end), Foreign Investment in Developing Countries, Palgrave Macmillian Ltd, 2004, p. 14.