

تقدیم به:

«پیشگاه مقدس امام عصر»

وکلاء پاسخ می دهند:

آیا سرمایه گذاری خارجی در ایران، تحت
حمایت حقوق بین الملل و حقوق ایران
قرار دارد؟

مؤلف : مهدیه نجات الهی

سرشناسه	: نجات الهی، مهدیه، ۱۳۶۳-
عنوان و نام پدیدآور	: وکلا پاسخ می دهند: آیا سرمایه گذاری خارجی در ایران، تحت حمایت حقوق بین الملل و حقوق ایران قرار دارد؟
مشخصات نشر	: تهران: فرهنگ روز، ۱۳۹۴.
مشخصات ظاهری	: ۱۷۶ ص.
شابک	: ۹۰۰۰۰ ریال: 0-31-6330-600-978
فهرست نویسی	: فبیای مختصر
یادداشت	: فهرست نویسی کامل این اثر در نشانی: http://opac.nlai.ir قابل دسترسی است
کتابشناسی ملی	: ۳۸۰۵۴۱۳



تهران، خ انقلاب، منیری جاوید (اردیبهشت)، بن بست توحید، پلاک ۴، نشر فرهنگ روز تلفن ۶۶۴۶۹۳۳۸

نام کتاب: وکلا پاسخ می دهند
 آیا سرمایه گذاری خارجی در ایران، تحت حمایت حقوق بین الملل و حقوق ایران قرار دارد؟
 مؤلف: مهدیه نجات الهی
 ناشر: فرهنگ روز
 شمارگان: ۱۰۰ نسخه
 نوبت چاپ: اول - ۱۳۹۴
 لیتوگرافی: چاووش
 قیمت: ۹۰۰۰ تومان
 شابک: ۳۱-۶۳۳-۶۰۰-۹۷۸
 حق چاپ محفوظ و مخصوص ناشر است.

مراکز پخش:

تهران، خ انقلاب، منیری جاوید (اردیبهشت)، بن بست توحید، پلاک ۴، نشر فرهنگ روز
 تلفن ۶۶۴۶۹۳۳۸-۴-۶۶۴۸۲۸۰

چکیده:

بررسی طبیعت و سرشت سرمایه، این واقعیت را آشکار می کند که در جهان امروز سرمایه تابع هیچ قید و بندی از جمله مرزهای ملی و نظام های سیاسی و اقتصادی نیست و ماوای خود را همواره بر اساس ملاک ها و ارزش های خود انتخاب می کند و همواره در جایی است که خطر اندک و سود یا بازده اقتصادی زیاد باشد بنابراین، برای سرمایه گذار محیطی جهت فعالیت مساعد است که کمترین خطر را داشته باشد و وی بتواند با آسودگی خاطر به فعالیت اقتصادی بپردازد. بنابراین سرمایه گذار نیازمند تشویق و حمایت است. به همین دلیل اقداماتی در سطح بین المللی و ملی برای ایجاد احساس امنیت صورت می گیرد.

هدف از ارائه ی این کتاب: بررسی و شناسایی آن دسته از قواعد قابل اعمال حقوق بین الملل برای حمایت از سرمایه گذاری خارجی و نیز اقدامات حمایتی که توسط کشورها و سازمان های بین المللی انجام گرفته شده و می شود، می باشد و همین طور، تجزیه و تحلیل تکنیک ها و روش هایی که جمهوری اسلامی ایران بدان ها متوسل شده است و همین طور بررسی درستی یا نادرستی فرضیات زیر؛

* جامعه ی بین الملل هم اکنون به مجموعه ی قواعد واحد قابل اعمال بر سرمایه گذاری خارجی دست یافته است. هر چند همچنان ابهامات و خلاء های حقوقی وجود دارد.

* ناکارآمدی مکانیزم های حقوق سرمایه گذاری در ایران یکی از عوامل اصلی ناتوانی ایران در جذب سرمایه گذاری خارجی است.

بنابراین، در این تحقیق با شیوه ی توصیفی و تحلیلی، موضوع در دو فصل بررسی می شود:

فصل اول: شیوه های حمایت از سرمایه گذاری خارجی تحت حقوق بین الملل

فصل دوم: شیوه های حمایت از سرمایه گذاری خارجی تحت حقوق ایران

نتایج تحقیق حاکی از آن است که امروز هیچ سند بین المللی که متضمن جمیع جهات و جنبه های سرمایه گذاری مستقیم خارجی و دربرگیرنده تمامی یا اکثر کشورهای دریافت کننده سرمایه باشد وجود ندارد شاید بتوان ادعا کرد که در حقیقت نوعی چهارچوب حقوق بین المللی در زمینه مورد بحث وجود دارد لیکن باید اضافه کرد که چهارچوب مزبور یکپارچه نیست و به اصطلاح یک «وصله چهل تکه» متشکل از ضوابط و اسناد گوناگون در سطوح مختلفی از لحاظ شدت و ضعف توأم با خلاهای گسترده ای از نظر اشتغال مسائل متنوع و کشورهای ذیربط می باشد. چهارچوب قانونی حمایت از سرمایه گذاری ایران نیز، هرچند در برخی موارد در قیاس با سایر کشورها از شیوه های منحصر به فردی پیروی کرده است ولی در کل سطح قابل قبولی از حمایت ها را از سرمایه گذاری خارجی به عمل می آورد هرچند در برخی موارد خالی از ابهام و اشکال نیست.

واژگان کلیدی: سرمایه، سرمایه گذاری، سرمایه گذاری خارجی، شیوه های سرمایه گذاری، رژیم عام، رژیم معاهداتی، رژیم مناطق آزاد

۷	مقدمه
---	-------

فصل اول: شیوه های حمایت از سرمایه گذاری خارجی در حقوق بین الملل

۱۲	مبحث اول: کلیات و سیر تکوین حقوق بین المللی سرمایه گذاری خارجی
۱۲	گفتار اول: تعاریف
۱۸	گفتار دوم: سیر تاریخی حقوق بین الملل سرمایه گذاری خارجی
۱۸	بند اول: قبل از تأسیس سازمان ملل
۱۸	بند دوم: بعد از تأسیس سازمان ملل تا سال ۱۹۹۰
۲۰	بند سوم: از سال ۱۹۰۰ تا کنون
۲۱	مبحث دوم: وضع قواعد حقوقی حمایتی بین المللی
۲۲	گفتار اول: حقوق بین الملل عرفی
۲۶	گفتار دوم: اصول کلی حقوق بین الملل
۲۸	گفتار سوم: حقوق معاهداتی
۲۹	بند اول: معاهدات دوجانبه
۳۳	بند دوم: معاهدات چند جانبه
۴۰	گفتار چهارم: سایر اسناد بین المللی
۴۲	بند اول: مجموعه قواعد اتاق بازرگانی بین المللی در مورد رفتار مناسب
۴۴	بند دوم: مقررات راهنمای بانک جهانی در مورد رفتار با سرمایه گذاری خارجی (۱۹۹۲)
۴۸	بند سوم: مقررات ارشادی سازمان همکاری و توسعه اقتصادی در مورد شرکت های چند ملیتی
۵۱	بند چهارم: سند آنکتاد
۵۶	مبحث سوم: ایجاد صندوق ضمانت و مکانیزم های مشابه (مثل بیمه)
۵۶	گفتار اول: اتحادیه بین المللی تضمین کنندگان اعتبار و سرمایه گذاری (اتحادیه برن)
۶۰	گفتار دوم: کلوپ پراگ
۶۱	گفتار دوم: آژانس چند جانبه ی تضمین سرمایه گذاری MIGA
۷۷	مبحث چهارم: ایجاد مکانیزم های عام حل و فصل اختلافات در سطح بین المللی
۷۸	گفتار اول: حمایت دیپلماتیک
۷۸	بند اول: شرایط توسل به حمایت دیپلماتیک
۸۰	بند دوم: افرادی که تحت حمایت دیپلماتیک می توانند قرار گیرند
۸۳	گفتار دوم: داوری

۸۴.....	بند اول: مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری ICSID
۸۵.....	بند دوم: داوری ICC
۹۶.....	فصل دوم: شیوه های حمایت از سرمایه گذاری خارجی در حقوق ایران
۹۹.....	مبحث اول: وضع قوانین حمایتی
۱۱۰.....	گفتار اول: رژیم عام
۱۱۰.....	بند اول: قانون اساسی
۱۱۲.....	بند دوم: قانون جلب و حمایت از سرمایه های خارجی
۱۲۰.....	گفتار دوم: رژیم خاص مناطق آزاد
۱۲۳.....	بند اول: اصل مجاز بودن سرمایه گذاری خارجی
۱۲۳.....	بند دوم: سهولت یا کاهش تشریفات اداری
۱۲۴.....	بند سوم: معافیت های گمرکی و مالیاتی
۱۲۴.....	بند چهارم: تضمینات
۱۲۵.....	بند پنجم: حل و فصل اختلافات
۱۲۶.....	گفتار سوم: رژیم معاهداتی
۱۲۶.....	بند اول: معاهدات دوجانبه
۱۳۶.....	بند دوم: معاهدات چند جانبه
۱۴۰.....	مبحث دوم: ایجاد مکانیزم های بیمه های اعتبار
۱۴۱.....	گفتار اول: بیمه های اعتباری سرمایه گذاری و صادرات
۱۴۶.....	گفتار دوم: سازمان های ارائه کننده بیمه های اعتباری سرمایه گذاری و صادرات
۱۴۷.....	بند اول: بانک توسعه ی اسلامی
۱۵۲.....	بند دوم: صندوق ضمانت صادرات ایران
۱۵۴.....	بند سوم: بیمه ی معلم
۱۵۵.....	مبحث سوم: ایجاد مکانیزم عام حل و فصل اختلافات
۱۵۶.....	گفتار اول: فعالیت ایران در نهاد های بین المللی داوری
۱۵۷.....	گفتار دوم: بررسی ماده ی ۱۳۹ قانون اساسی
۱۶۵.....	نتیجه گیری
۱۶۸.....	فهرست منابع و مآخذ

مقدمه:

سرمایه گذاری خارجی یکی از سهم‌ترین پدیده های قرن حاضر است چراکه نابرابری اعضای اجتماع از حیث دسترسی به امکانات مالی و اقتصادی، پدیده ای غیر قابل انکار و به مثابه یک واقعیت اجتماعی است؛ واقعیتی که صحت آن را تحلیل های جامعه شناختی به اثبات رسانده اند.

بنابراین، تقسیم منابع در سطح جوامع به گونه ای نبوده و نیست که بتوان توافقی را در این خصوص میان جوامع مختلف مشاهده کرد و در بیشتر دولت ها، سرمایه متناسب با الزامات توسعه نبوده و برای تأمین نیازهای توسعه ی اقتصادی، کافی نیست. لذا همواره چشم به سوی سرمایه های خارجی بوده است. نیاز یک کشور به سرمایه های خارجی ممکن است از دو منبع تأمین گردد: از سوی نهادهای حقوق بین المللی مانند بانک جهانی، صندوق بین المللی پول، دولت ها و سازمان های بین المللی، سرمایه خارجی را به صورت وام و معمولاً جهت انجام پروژه هایی که بازدهی سریع اقتصادی ندارد و از قبیل توسعه ی امور زیربنایی، سرمایه گذاری در زمینه ی آموزش، بهداشت و گسترش خدمات اجتماعی به دو صورت مشروط و باز ارائه میدهند. کمک های مشروط کمک هایی هستند که نحوه ی استفاده از آنها از سوی کشور پرداخت کننده تعیین می شود و کمک های خارجی غیر مشروط کمک هایی است که خرج کردن آنها مشروط است به حوائج و نیازهای کشور دریافت کننده کمک و صرف آن در پروژه، طرح های اقتصادی و اجتماعی بر اساس برنامه های عمرانی و نیازهای اجتماعی کشورهای دریافت کننده^۱، منبع دیگر، سرمایه گذاری توسط اشخاص حقیقی و حقوقی حقوق خصوصی است که اصولاً موضوع حمایت هستند و نیازمند این حمایت می باشند.

در این نوشتار در مورد سرمایه گذاری عمومی بحثی نخواهد شد چراکه سرمایه گذاری عمومی بوسیله ی دولت ها و نهادهای مالی بین المللی صورت می پذیرد، لذا هیچ کشوری نمی تواند ادعا کند که به لحاظ اجرایی حاکمیت مطلق خود محق است، حق کشور سرمایه گذاری کننده یا نهاد بین المللی را برای بازپرداخت وام سرمایه گذاری انجام شده قسح نماید. چنین ادعایی مغایر با حقوق بین الملل خواهد بود هر چند سرمایه گذاری شرکت های دولتی خارجی از نظر قوانین ایران سرمایه گذاری خصوصی تلقی می شود.^۲

بهر حال، بحث از سرمایه گذاری خارجی هم به حقوق بین الملل عمومی مربوط می شود و هم حقوق داخلی. مباحث مربوط به ورود و استقرار سرمایه گذاری خارجی در کشور، حدود و چگونگی فعالیت آن و حمایت هایی که حقوق داخلی از آن می کند، به حقوق اداری و تجاری یک کشور مرتبط است و مسئولیت دولت ها در قبال ملی کردن و سلب مالکیت در حیطه ی حقوق بین الملل قرار می گیرد، مضاف بر اینکه امروزه شاخه ای از داوریهای تجاری بین المللی به سرمایه گذاری خارجی اختصاص یافته و در این رشته نیز مورد توجه می باشد.

بررسی طبیعت و سرشت سرمایه، این واقعیت را آشکار می کند که در جهان امروز سرمایه تابع هیچ قید و بندی از جمله مرزهای ملی و نظام های سیاسی و اقتصادی نیست و ماوای خود را همواره بر اساس ملاک ها و ارزش های خود انتخاب می کند و همواره در جایی است که خطر اندک و سود یا بازده اقتصادی زیاد باشد.

از این جهت سرمایه را به جیوه تشبیه کرده اند که ماده ای لغزنده است و با کوچکترین حرکت می گریزد سرمایه گذار نیز همواره نیازمند محیطی است که بیشترین استفاده را از سرمایه خود ببرد و سرمایه وی بیشترین بازدهی را داشته باشد. برای سرمایه گذار محیطی جهت فعالیت مساعد است که کمترین خطر را داشته باشد و وی بتواند با آسودگی خاطر به فعالیت اقتصادی بپردازد. بنابراین سرمایه گذار نیازمند تشویق و حمایت است.

^۱ قره باغیان، دکتر مرتضی، اقتصاد رشد و توسعه، جلد دوم، نشر نی چاپ ۱۳۷۳، صص ۸۰۲-۸۲۵.
^۲ ر.ک. به ماده ی ۴ قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی ۱۳۸۱

طبیعت آزاد سرمایه، امروزه بسیاری از کشورهای جهان سوم را برآن داشته که برای جلب سرمایه گذاری خارجی در سرزمین خود مناطق آزاد تاسیس کنند تا این اطمینان را ایجاد کنند که در این مناطق بدون قید و بند مقررات دست و پا گیر داخلی کشور، آنها خواهند توانست تحت شرایطی نسبتاً سهل به فعالیت تجاری و صنعتی بپردازند و هر گاه شرایط را موافق میل خود نیافتند سرمایه خود را به محل دیگری انتقال دهند، چراکه سرمایه گذاران خصوصی برای تحصیل منافع اقامت به سرمایه گذاری می نمایند و نه به دلایل نیک خواهی و انتظار دارند که منافع آنها را حفظ شود.

آمار و ارقام ارائه شده در گزارش های سالانه سازمان ملل متحد در زمینه ی سرمایه گذاری های خارجی جالب توجه است. با توجه به این آمار و ارقام ارائه شده درباره ی کشورهای صنعتی، کشور چین در طول ده سال تلاش (۱۹۸۵-۹۵) موفق شده است ۱۳۰ میلیارد دلار سرمایه خارجی جذب کند یا کشور سنگاپور با جذب چهل میلیارد دلار در سال، موفق شده است، از نظر جذب سرمایه های خارجی مقام اول را در جهان کسب کند.

احساس عدم امنیت مانع بزرگی بر سر راه جریان سرمایه گذاری خارجی خصوصاً سرمایه گذاری مستقیم خارجی است و به همین دلیل اقداماتی در سطح بین المللی و ملی برای ایجاد احساس امنیت صورت می گیرد.

انگیزه ای که باعث شد به بررسی مکانیزم های حقوقی حمایت از سرمایه گذاری خارجی بپردازم این بود که؛ موضوع سرمایه گذاری خارجی، متأسفانه اکثراً از دیدگاه اقتصادی و مدیریتی در ایران نگریسته شده است و کمتر از دیدگاه حقوقی. هر چند بطور جزئی در مقالاتی چند به گوشه هایی از این موضوع بر می خوریم. لذا خلایی وجود دارد که نیاز است پر شود. مهمترین کتاب و شاید تنها کتابی که به گوشه ای از موضوع پرداخته کتاب فرهاد امام با عنوان «حقوق سرمایه گذاری خارجی در ایران» است.

سایر رساله ها و مقالاتی دیگری که صرفاً به گوشه هایی از این موضوع پرداخته اند عبارتند از:

قانون حاکم در داوری های تجاری بین المللی، لعیا جنیدی

سرمایه گذاری خارجی در ایران و اصل ۸۱ قانون اساسی، دکتر حسین خزاعی

داوری اختلافات در چهارچوب معاهدات دوجانبه ی حمایت از سرمایه گذاری خارجی، پروین محمدی دینانی،

دانشگاه شهید بهشتی، ۸۷-۱۳۸۶

ضرورت وجود کنوانسیون چندجانبه درباره ی سرمایه گذاری خارجی، محمد آرین، دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۸۸

حقوق مرتبط با مناطق آزاد تجاری، حسن شم آبادی، دانشگاه تربیت مدرس، ۱۳۷۳

بررسی سرمایه گذاری مستقیم خارجی در ایران، همایون خاتمی، دانشگاه تهران، ۱۳۷۶

نفاوت این رساله با سایر کارهای پژوهشی عبارت از: اولاً صرفاً به شیوه های حمایت از سرمایه گذاری خارجی پرداخته دوماً، سعی شده است که کلیه ی شیوه های حقوقی حمایت از سرمایه گذاری خارجی تحت حقوق بین الملل و حقوق ملی که در ایران می تواند به کار گرفته شود در یک مجموعه بررسی گردد علاوه براین با تغییر قوانین حاکم بر سرمایه گذاری خارجی، قوانین روز تحلیل و بررسی شده اند.

سوالات اصلی این تحقیق عبارت بودند از:

* آیا جامعه ی بین الملل توانسته است در خصوص رفتار با سرمایه گذاران خارجی توسط کشور میزبان و حمایت از سرمایه گذاری خارجی به مقررات چندجانبه مورد قبول کشورهای توسعه یافته و کشورهای در حال توسعه دست

یابد؟

کارایی مکانیزم های حقوقی تضمین سرمایه گذاری خارجی در ایران چقدر است؟ آیا توانسته است از سرمایه گذاری خارجی حمایت کافی به عمل آورد؟

هدف از ارائه ی این کتاب؛ بررسی و شناسایی آن دسته از قواعد قابل اعمال حقوق بین الملل برای حمایت از سرمایه گذاری خارجی و نیز اقدامات حمایتی و تشویقی که توسط کشورها و سازمان های بین المللی انجام گرفته و می شود، می باشد و تجزیه و تحلیل تاکتیک ها و روش هایی که جمهوری اسلامی ایران بدان ها متوسل شده است و همین طور بررسی درستی یا نادرستی این فرضیات که:

«جامعه ی بین الملل هم اکنون به مجموعه ی قواعد واحد قابل اعمال بر سرمایه گذاری خارجی دست یافته است، هر چند همچنان ابهامات و خلاء های حقوقی وجود دارد.

«ناکارآمدی مکانیزم های حقوق سرمایه گذاری در ایران یکی از عوامل اصلی ناتوانی ایران در جذب سرمایه گذاری خارجی است.

از انجایی که؛ حمایت از سرمایه گذاری خارجی از دو طریق انجام می شود؛ اول؛ اقداماتی که توسط جامعه ی بین الملل در جهت تضمین و حمایت از سرمایه گذاری بین المللی و فراهم آوردن شرایط آن صورت می گیرد، دوم؛ از طریق اقدامات حمایتی ملی توسط کشورهای سرمایه فرست و سرمایه پذیر در چهارچوب اقدامات یکجانبه و معاهدات دوجانبه، در این تحقیق برای بررسی بهتر موضوع و بر اساس دو سؤال اصلی تحقیق؛ موضوع را در دو فصل بررسی می کنیم:

در فصل اول؛ شیوه های حمایت از سرمایه گذاری خارجی تحت حقوق بین الملل بررسی می شود که خود به چهار مبحث تقسیم شده است:

در مبحث اول؛ تحت عنوان کلیات به بررسی و تعریف کلمات کلیدی تحقیق و همچنین تاریخ تحول حقوق سرمایه گذاری می پردازیم.

مبحث دوم؛ تحت عنوان شیوه های حمایت از سرمایه گذاری خارجی تحت حقوق بین الملل؛ شیوه های حمایتی را در چهار گفتار بررسی می کنیم. گفتار اول؛ چهارچوب قواعد حقوقی موجود در چهار بند حقوق بین المل عرفی، رژیم معاهداتی، اصول کلی حقوق بین المللی و سایر اسناد بین المللی، شناسایی و بررسی می شود.

در مبحث سوم با عنوان ایجاد صندوق ضمانت و مکانیزم های مشابه (مثل بیمه) در سطح بین المللی، اتحادیه ی برن و آژانس چندجانبه ی MIGA بررسی می گردد.

و در مبحث آخر؛ به مکانیزم های حل و فصل اختلافات در سطح بین المللی تحت دو عنوان حمایت دیپلماتیک، داوری می پردازیم.

در فصل دوم؛ شیوه های حمایت از سرمایه گذاری خارجی تحت حقوق ملی، در این رساله صرفاً حقوق ایران در سه مبحث بررسی می شود:

در مبحث اول چهارچوب قانونی حمایت از سرمایه گذاری ایران در سه گفتار رژیم عام، رژیم خاص مناطق آزاد و رژیم معاهداتی بررسی می گردد.

در مبحث دوم؛ بیمه های سرمایه گذاری و موسسات ارائه کننده این نوع بیمه ها در ایران و در مبحث آخر به مکانیزم های عام حل و فصل اختلافات می پردازیم.

شیوه ی تحقیق در این کتاب ، توصیفی و تحلیلی است، به این صورت است که؛ در ابتدا با مراجعه به ادبیات حقوقی و اقتصادی تلاش گردیده تا مفاهیم نظری و مبانی حقوقی این کار روشن گردد. در این خصوص از شیوه ی جمع آوری اطلاعات از منابع موجود و بررسی آنها استفاده شده است. در هر دو فصل سعی شده است که از منابع حقوقی موجود شامل کتب، مقالات و اسناد بین المللی تا حدی که در دسترس بوده استفاده گردد، و شیوه ی تحلیل، برای اثبات یا رد فرضیات مطروحه به کار گرفته شود.

امید است که نویسنده در بررسی فرضیات مطروحه و حصول نتیجه ی مناسب از آن موفق باشد و کتابی در خور مخاطب فرهیخته ی خود قرار دهد.

در خاتمه جای دارد؛ از کمک ها و راهنمایی های بی شائبه و بی دریغ دکتر سید نصراله ابراهیمی که چهارچوب و نقشه مسیر را برایم هموار نمود، قدردانی و سپاسگذاری نمایم.

www.ketab.ir