

## بررسی مفهوم سرمایه‌گذار خارجی در کنوانسیون ایکسید و حقوق ایران

مجید غمامی، فهیمه یادگاری<sup>۲</sup>

### چکیده

اقدامات حمایتی از سرمایه‌گذاران خارجی مستلزم شناخت مفهوم سرمایه‌گذار است. یکی از مزایای خاص سرمایه‌گذاران، حق دسترسی به مرکز دآوری ایکسید است که به سرمایه‌گذار حق می‌دهد مستقیماً علیه دولت میزبان طرح دعوا کند. برای اجتناب از تقلب و خرید معاهده و از طرفی شناخت و کشف دایره شمول معاهدات و صلاحیت ایکسید، برای پذیرش سرمایه‌گذاران خارجی، بعنوان بازیگران اصلی حقوق بین-المللی سرمایه‌گذاری لازم و ضروری است، بررسی حقوقی سرمایه‌گذار خارجی اهمیت پیدا می‌کند. سوال اصلی این است که برچه اساس بهتر است سرمایه‌گذار را معین نمود. عامل اقامتگاه در کنار تابعیت و نیز محل کنترل واقعی شرکت باید مدنظر قرار گیرد. در مورد قانون تشویق و حمایت مصوب ۱۳۸۱ نیز باید اذعان کرد که بهتر است همگام با مقررات جهانی، تابعیت خارجی سرمایه‌گذار را فارغ از منشأ سرمایه وی، برای سرمایه‌گذاری، ملاک این عنوان قرار دهیم تا راه سوء استفاده اتباع ایرانی برای وارد کردن سرمایه‌های با منشأ داخلی را از مبادی خارجی ببندد و نیز سبب بیکدستی قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی و نیز معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری می‌گردد.

واژگان کلیدی: سرمایه‌گذار خارجی، اشخاص حقیقی، اشخاص حقوقی، تابعیت، منشأ خارجی سرمایه

<sup>۱</sup> دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران

<sup>۲</sup> کارشناسی‌ارشد حقوق تجاری اقتصادی بین‌المللی، دانشگاه تهران faya.law@gmail.com

## مقدمه

تعریف سرمایه‌گذار و سرمایه‌گذاری، کلید دستیابی به محدوده اعمال حقوق و تعهدات توافقات سرمایه‌گذاری و نیز ایجاد صلاحیت برای محاکم داوری معاهده محور همچون ایکسید است. تکالیف و حقوق دولت‌های سرمایه‌فرست و سرمایه‌پذیر در توافقات ناشی از سرمایه‌گذاری به تعیین و شناخت سرمایه‌گذار خارجی، گره خورده است. مهمترین عامل تعیین اشخاص حقیقی و حقوقی سرمایه‌گذار خارجی، تابعیت است؛ تابعیت اشخاص حقیقی مهمترین معیار و غالب‌ترین آنها در جهت انتساب یک شخص با دولت، برطبق قوانین کشورهاست. اما نباید فراموش کرد که سرمایه‌گذاری خارجی غالباً توسط اشخاص حقوقی صورت می‌گیرد. شرکت‌هایی که بعنوان زیرمجموعه هلدینگ‌ها و یا شرکت‌های مادر در کشور میزبان تأسیس می‌شود در واقع، مهمترین گروه سرمایه‌گذاران خارجی هستند که تعیین تابعیت آنها با معیارهای متفاوتی در میان قوانین داخلی کشورها روبرو است. امروز دو معیار اصلی و سنتی مرکز اصلی (اقامتگاه) و محل تأسیس شخص حقوقی همچنان مورد توجه کشورها در هنگام انعقاد معاهدات دوجانبه است و البته دیربازی نیست که معیار کنترل هم به آن افزوده شده است؛ براساس معیار کنترل برای آنکه شخص حقوقی سرمایه‌گذار بتواند مشمول معاهده‌ای شود باید توسط اشخاص حقیقی و حقوقی متبوع کشور طرف معاهده کنترل و اداره شود. به بیان دیگر وجود یک رابطه اقتصادی موثری بین اداره کنندگان شخص حقوقی با دولت طرف معاهده باید احراز گردد. در این میان جالب است که نظام حقوقی ایران راهی متفاوت از حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی برگزیده است: قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی ایران، معیار تشخیص سرمایه‌گذار را نه تابعیت وی بلکه منشأ خارجی سرمایه او دانسته است. فارغ از هدف قانونگذار ایرانی که تشویق ایرانیان خارج از کشور به آوردن سرمایه‌های خود به ایران بوده است به نظر می‌رسد که ابتکار حقوق ایران می‌تواند تا حد قابل توجهی بکار حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی آمده و از سوءاستفاده از معاهدات دو یا چندجانبه بکاهد. این مقاله به دو بخش کلی ملاک و معیار تشخیص سرمایه‌گذار خارجی در کنوانسیون ایکسید و حقوق ایران تقسیم می‌شود که در هر بخش به تشخیص سرمایه‌گذار اعم از اشخاص حقیقی و حقوقی می‌پردازیم.

### ۱- ملاک و معیار تشخیص سرمایه‌گذار حقیقی و حقوقی خارجی در کنوانسیون ایکسید

از آنجا که مهمترین معیار تعیین سرمایه‌گذار خارجی در معاهده ایکسید، تابعیت سرمایه‌گذار است، نخست به بررسی این مفهوم و مسائل مرتبط با آن می‌پردازیم.

### ۱-۱- رویه ایکسید در تعیین تابعیت اشخاص حقیقی و حقوقی

در معاهده ۱۹۶۶ واشنگتن راجع به تأسیس مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری که به معاهده ایکسید<sup>۱</sup> موسوم است یکی از شرایط مهم صلاحیت مرکز داوری وجود دعوا بین سرمایه‌گذار خارجی و دولت طرف معاهده است. سرمایه‌گذار خارجی کسی است که تابعیتی غیر از تابعیت دولت میزبان سرمایه را داراست. در این معاهده هیچ تعریفی از واژه‌های «سرمایه‌گذاری» و «تابعیت» به دست داده نشده است و تشخیص این دو مفهوم به معیارهای مرسوم در حقوق بین‌الملل احاله گردیده است (Nerets, 2011: 6).

#### ۱-۱-۱- تعیین تابعیت اشخاص حقیقی

چنانکه گفته شد با وجود اهمیت تشخیص تابعیت کنوانسیون ایکسید تعریفی از این مفهوم ارائه نداده است و این امر گاه سبب طرح ایراد به صلاحیت مرکز داوری از طرف دولت میزبان می‌گردد. در ماده ۲۵ کنوانسیون، تنها مقرر شده که اختلاف باید بین یک دولت طرف معاهده و تبعه دولت دیگر متعاهد باشد. بند الف از قسمت ۲ از ماده ۲۵ ایکسید مقرر می‌دارد: "منظور از تبعه دولت متعاهد دیگر، هر شخص حقیقی که در تاریخ توافق طرفین در ارجاع اختلاف به سازش یا داوری و یا در تاریخی که درخواست ذریبط برطبق بند ۳ ماده ۲۸ یا بند ۳ ماده ۳۶ ثبت شده است، تابعیت دولت متعاهدی غیر از دولت طرف اختلاف را داشته باشد؛<sup>۹</sup> ولی شامل شخصی که در هر یک از دو تاریخ فوق، تابعیت دولت متعاهد طرف اختلاف را داشته باشد، نخواهد بود." برطبق بند ۱ از ماده ۲۵، تنها اختلاف بین یک دولت متعاهد و تبعه دولت متعاهد دیگر، به مرکز حل اختلاف، صلاحیت رسیدگی می‌دهد و براساس قسمت الف از بند ۲ از همان ماده، سرمایه‌گذاری که تابعیت دولت میزبان سرمایه را داشته باشد، حق طرح دعوا در مرکز داوری را ندارد. بر این بنیاد اولاً، مرکز داوری، جایی برای رفع اختلاف دولت‌ها با هم و یا اتباع با هم نیست بلکه بطور اختصاصی بین دولت و تبعه است. ثانیاً تبعه باید دارای تابعیت هر دولت طرف موافقت‌نامه سرمایه‌گذاری به غیر از تابعیت طرف اختلاف باشد؛ از این‌رو مرکز از رسیدگی به دعاوی اشخاص بی‌تابعیت و یا دارای تابعیت دوگانه‌ای که یکی از تابعیت‌ها متعلق به دولت میزبان سرمایه است، خودداری می‌کند (Ibid, 22). دو تاریخ موافقت دولت‌ها به ارجاع اختلاف به مرکز داوری و نیز تاریخ ثبت دادخواست خواهان، برای احراز تابعیت سرمایه‌گذار حایز اهمیت است. در صورت عدم احراز تابعیت وی در هر دو تاریخ مذکور یا احراز تابعیت مضاعف با دولت میزبان در یکی از این دو تاریخ صلاحیت مرکز را باید نادیده گرفت. درباره تابعیت مضاعف سرمایه‌گذاران خارجی ممکن

<sup>1</sup> The International Centre for Settlement of Investment Disputes

است استثناهایی مطرح شود که باید به بررسی مصادیق آن و رویه ایکسید پردازیم و نیز جهت تقویت موضوع به رویکرد دیوان داوری تجاری بین‌المللی بین ایران و آمریکا در این خصوص خواهیم پرداخت.

#### ۱-۱-۲- مفهوم تابعیت مضاعف

تابعیت مضاعف زمانی رخ می‌دهد که یک شخص حقیقی یا حقوقی با حفظ تابعیت قدیم خود، تابعیت جدیدی کسب کند، یا آنکه دو یا چند دولت، تابعیت خود را به شخص مزبور اعطا نمایند و در نتیجه، حقوق و تکالیفی بر طرفین ایجاد شود بنحویکه شخص، مکلف به انجام تکالیفی در قبال تکلیف دولت در جهت حمایت سیاسی از وی باشد. تابعیت مضاعف ممکن است نتیجه شرایطی باشد که در آن تابعیت دو یا چند کشور در یک زمان درباره یک نفر صادق باشد. در کنوانسیون اروپایی تابعیت، در ماده ۲، به تابعیت مضاعف، "دارا بودن توأم دو یا چند تابعیت توسط یک شخص" می‌گویند. عواملی که سبب ایجاد تابعیت مضاعف در چند سال اخیر گردیده است شامل امکان آزادی رفت و آمد میان اشخاص و سرزمین‌های مختلف، اختلاف سیستم‌های دولت‌ها در اعطای تابعیت (Raiteri, 2014: P 320)، تحصیل تابعیت جدید، ازدواج و تابعیت مضاعف فرزندان صغیر بر اثر تغییر تابعیت والدین، می‌باشد. (ابراهیمی، ۱۳۹۰، ۹۸-۹۷).

۱) فروض تابعیت مضاعف در کنوانسیون ایکسید: تابعیت مضاعف محل بحث دارای دو فرض است به این صورت که سرمایه‌گذار خارجی بطور همزمان، تابعیت کشور میزبان طرف معاهده و یا کشور ثالث طرف معاهده را داشته باشد. درخصوص فرض اول، که سرمایه‌گذار با داشتن تابعیت مضاعف از طرف هم دولت میزبان سرمایه و دولت طرف معاهده، اقدام به سرمایه‌گذاری براساس معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین دو دولت، در کشور میزبان نموده و بعد به علت اختلاف حاصل اقدام به طرح دعوی علیه دولت متبوع خود می‌نماید، با ممنوعیت و استثنای صلاحیتی مرکز داوری ایکسید روبرو می‌شود و از منظر ایکسید چنین شخصی سرمایه‌گذار خارجی محسوب نمی‌گردد. شاید بتوان دلیل این ممنوعیت را منع "امکان طرح دعاوی موازی" یا طرح دعاوی متعدد بطور همزمان علیه کشور میزبان در مراجع مختلف دانست. بدین معنا که سرمایه‌گذار بخواهد هم در مراجع داخلی دولت متبوع خود یعنی دولت میزبان و یا هم در مراجع بین‌المللی به اعتبار تابعیت دولت متعاهد، دعاوی خود را مطرح نماید (Olmedo, 201: 699). هدف ایکسید از وضع این ممنوعیت، این است که دعاوی قابل طرح در دادگاه‌های ملی را از صلاحیت خود مستثنا کند. تنها در شرایط بسیار استثنایی، ممکن است یک سرمایه‌گذار حقیقی با تابعیت کشور میزبان سرمایه، بتواند در مرکز داوری، دعاوی خود را مطرح کند و آن زمانی است که دولت میزبان با هدف گریز از صلاحیت مرکز داوری تابعیت خود را به یک سرمایه‌گذار اعطا کند. در این صورت شرط منفی تابعیت که همان شرط عدم وجود

تابعیت دولت میزبان سرمایه است، از منظر دیوان غیر قابل اعمال می‌گردد (United Nations Conference on Trade and Development, 2003: 3). نمونه این فرض را می‌توان در پرونده چمپیون تردینگ علیه دولت مصر مشاهده کرد که در اکتبر ۲۰۰۳ مطرح شده بود. خواهان‌ها اتباع ایالات متحده آمریکا بودند که به استناد معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری بین آمریکا و مصر اقدام به سرمایه‌گذاری در کشور میزبان نموده بودند اما با ادعای داشتن تابعیت مصری از طرح دعوی در مرکز داوری ایکسید محروم شدند (Yannaca Small, 2008: 17).

۲) فرض دوم تابعیت مضاعف در جایی است که سرمایه‌گذار خارجی، دارای تابعیت مضاعف کشور طرف معاهده و کشور ثالثی باشد. در این فرض اگر دولت طرف دعوا عضو معاهده باشد این موضوع استثنایی بر صلاحیت مرکز داوری ایکسید نخواهد بود، هر چند کشور ثالث عضو کنوانسیون ایکسید نباشد. برای مرکز داوری ایکسید، صرف داشتن تابعیت کشور طرف معاهد، برای اعمال صلاحیت و پذیرش وی بعنوان سرمایه‌گذار خارجی کافی است که نمونه آن را در خصوص پرونده اولگن علیه دولت پاراگوئه می‌توان دید که یک سرمایه‌گذار خارجی پرویی به نام ادواردو اولگین که درباره سرمایه‌گذاری در یک شرکت تولید کننده و توزیع کننده محصولات غذایی با استناد به معاهده سرمایه‌گذاری بین پرو و پاراگوئه علیه میزبان که دولت پاراگوئه بود، طرح دعوی کرده و با این ایراد خوانده مواجه می‌شود که خواهان تابعیت آمریکایی نیز دارد و از آنجا که در ایالات متحده اقامت مقیم است، پس تابعیت موثر وی پرویی نیست. دیوان حکم داد که با وجود تابعیت مضاعف خواهان، هر دو تابعیت، موثر قلمداد می‌شود و لذا برای برخورداری از حمایت‌های مندرج در معاهده سرمایه‌گذاری، تابعیت پرویی وی کافی است استدلال اصلی رأی دیوان چنین است که: "تنها مطلب مهمی که در این پرونده، برای تعیین اینکه آیا خواهان، به صلاحیت ایکسید مبنی بر معاهده دوجانبه مذکور، دسترسی دارد یا خیر، اینست که این شخص، تابعیت پرویی داشته و این تابعیت موثر باشد (Wisner, 2004: 932). می‌توان این فرض را با وضعیت تابعیت مضاعف اتباع ایرانی-آمریکایی در دیوان دعاوی ایران و آمریکا مقایسه کرد. صلاحیت دیوان شامل دعاوی اتباع هر دو دولت علیه دولت مقابل و نیز دعاوی قراردادی می‌شد (ارفع‌نیا(الف)، ۱۳۸۵: ۱۰۱). بند الف ماده ۷ بیانیه حل و فصل دعاوی مصوب ۱۹۸۱ موسوم به بیانیه الجزایر تبعه را هر شخص حقیقی می‌داند که شهروند ایران و یا ایالات متحده باشد. در برخی از موارد دعاوی که اشخاص با استناد به این بیانیه علیه دولت ایران مطرح کردند از جانب افراد ایرانی الاصلی بود که با تحصیل تابعیت آمریکا و مهاجرت از ایران پس از انقلاب اسلامی جهت وصول خسارات اموال مصادره شده مدعی حق بودند. در نتیجه تابعیت مضاعف خواهان‌ها، مورد اعتراض ایران قرار گرفت. بعد از تبادل لوابح مفصل، هیأت

عمومی دیوان داوری در تاریخ ۱۳۶۳/۰۱/۱۷، طی تصمیمی، قاعده تابعیت موثر و غالب را پذیرفت و اعلام کرد که برای پذیرفتن این قبیل دعاوی کافی است که خواهان در دوره ذیربط از تاریخ بروز ادعا تا تاریخ بیانیه‌های الجزایر که ۱۹ ژانویه ۱۹۸۱ (برابر با ۲۹ دی ماه ۱۳۵۹) دارای تابعیت غالب و موثر ایران یا آمریکا بوده باشد تا حق طرح دعوی در دیوان را بیابد. منظور از تابعیت غالب و موثر، کلیه عوامل ذیربط و از جمله محل اقامت معمولی، مرکز علائق و منافع، پیوندهای خانوادگی، مشارکت در زندگی عمومی و سایر شواهد است. اما از منظر دیوان داوری، تنها احراز تابعیت مضاعف مدعی با این اوصاف کافی نیست بلکه لازم است بعد از طرح دعوا بررسی شود که آیا دولت ایران با خواهان بعنوان یک فرد آمریکایی برخورد کرده است یا یک تبعه ایرانی. به دیگر بیان خواهان باید ثابت کند که با او بعنوان یک تبعه آمریکا رفتار شده است نه ایرانی. بر این پایه دارنده تابعیت مضاعف ممکن است در یک دعوا ایرانی محسوب شود و در دعوایی دیگر آمریکایی (محمدعلی، ۱۳۸۱: ۷۰-۹۶). با الهام از این نظریه دیوان، می‌توان گفت که در فرض داشتن تابعیت دولت طرف معاهده و دولت ثالث، مرکز داوری ایکسید باید در نظر بگیرد که آیا این سرمایه‌گذار خارجی، با استفاده از تابعیت اول خود و با معرفی خود بعنوان تبعه دولت طرف معاهده، سرمایه‌گذاری کرده و یا با استفاده از تابعیت ثالث و بدون وجود معاهده سرمایه‌گذاری را انجام داده و در اثر وجود اختلاف با دولت میزبان، علیه دولت اخیر به استناد معاهده و تابعیت ثانوی خود طرح دعوا کرده است. آنچه مهم است نوع برخورد و رفتار دولت میزبان با وی بعنوان تبعه دولت طرف معاهده است و نه ثالث. و نیز در فرضی که سرمایه‌گذار خارجی دارای تابعیت مضاعف با دولت میزبان و طرف معاهده است، باید دید که دولت میزبان، سرمایه‌گذاری وی را با عنوان تبعه طرف معاهده پذیرفته و یا بعنوان تبعه داخلی با وی برخورد کرده است. به نظر می‌رسد می‌توان طبق ماده ۶۵ کنوانسیون ایکسید، پیشنهاد اصلاح این بخش از مقررات را به شورای اداری مرکز حل و فصل اختلافات از طریق دبیرکل این مرکز، بر این مبنا مطرح کرد که اگر دولت میزبان با سرمایه‌گذار حقیقی خارجی با وجود تابعیت دولت اخیر، بعنوان تبعه خارجی برخورد کرده باشد، می‌توان با الهام از دیدگاه داوران دیوان دعاوی ایران و آمریکا، وی را مجاز به طرح دعوا در مرکز داوری ایکسید دانست. درخصوص مجاز بودن طرح دعوا از جانب سرمایه‌گذار خارجی دارای تابعیت مضاعف کشور طرف معاهده و ثالث، انتقاد دیگری که وارد می‌آید اینست که سرمایه‌گذار خارجی دارای تابعیت مضاعف که تابعیت غالب و موثر او تابعیت دولت ثالث غیرمعاهده‌ای است چگونه می‌تواند با ارجاع دعوا به ایکسید، از مزایای معاهده‌ای بهره‌مند شده که دولت متبوع او طرف آن نیست و بدین‌سان اصل رفتار متقابل را مخدوش نماید. مسئله آن جاست که دولت میزبان سرمایه با انعقاد توافقنامه دوجانبه با دولتی دیگر در مقابل محروم کردن خود از بخشی از حقوق حاکمیتی در تلاش برای جلب و پذیرش سرمایه‌های خارجی در جهت رشد و رونق اقتصادی

کشور خود است و در این راستا حقوق و مزایای ویژه‌ای به اتباع دولت طرف معاهده اعطا می‌کند تا در مقابل این رفتار متقابل بتواند برای رسیدن به اهداف اقتصادی خود گامی بردارد و البته اتباع دولت میزبان نیز به صورت متقابل بتوانند با سرمایه‌گذاری در کشور مقابل از همان حقوق و مزایا برخوردار گردند؛ حال وقتی دولت میزبان با سرمایه‌گذاری مواجه می‌شود که هم دارای تابعیت کشور ثالث و هم طرف معاهده است و اتفاقاً تابعیت غالب و موثر او تابعیت ثالث است در عمل این حقوق و مزایا را به اتباع کشوری اعطا کرده که در مقابل آن دولت متبوع او هیچ تعهدی به اتباع دولت میزبان ندارد و دولت میزبان به صورت یکطرفه و غیرمنصفانه، وی را مشمول امتیازات معاهده‌ای می‌نماید (غمامی و صدیقی، ۱۳۹۷: ۱۱۸). ولی همانطور که گذشت، به نظر می‌رسد که تابعیت مضاعف سرمایه‌گذار خارجی بطور کلی توسط مرکز دآوری ایکسید، مردود شناخته نشده و در فرض فوق، چنین فردی حق طرح دعوی در مرکز دآوری را دارد.

#### ۱-۱-۳- تعیین تابعیت اشخاص حقوقی

مسائل مربوط به تابعیت اشخاص حقوقی می‌تواند حتی از اشخاص حقیقی، پیچیده‌تر باشد. شرکت‌ها امروزه به طرقی عمل می‌کنند که می‌تواند تعیین تابعیت‌شان را با دشواری روبرو سازد. شرکت‌های مشتکل از سهامداران متعدد از میان اشخاص حقیقی و هم حقوقی که عملیات اجرایی خود را در کشورهای مختلف صورت می‌دهند، تصویری غیرمرسوم از شرکتی که تحت قواعد یک کشور خاص شکل یافته که مرکز عملیات- اش نیز در همان کشور، است، ارائه می‌دهد. اصولاً شرکت‌های بین‌المللی می‌توانند تحت قواعد حقوقی کشور (الف) تشکیل شود، مرکز کنترل خود را در کشور (ب) قرار داده و فعالیت‌های تجاری خود را در کشور (ج) متمرکز سازند (Yannaca Small, Ibid: 18).

(۱) معیارهای سنتی تشخیص تابعیت: غالباً در نظام‌های حقوقی کنونی، معیار اعطای تابعیت براساس محل تأسیس، محل تشکیل و مرکز اصلی شرکت، مورد تأیید قرار می‌گیرد. در کنوانسیون ایکسید با ارجاع به قوانین ملی طرفین معاهده، بر مبنای ماده ۲۵ قسمت ب از بند ۲ که اشاره به تبعه دولت دیگر متعاهد می‌کند مقرر شده "هر شخص حقوقی که در تاریخ توافق طرفین در ارجاع اختلاف به سازش یا دآوری، تابعیت دولت متعاهدی غیر از دولت طرف اختلاف را داشته باشد و هر شخص حقوقی که در آن تاریخ ارجاع اختلاف به سازش یا دآوری تابعیت دولت متعاهد طرف اختلاف را داشته باشد، ولی به علت کنترل خارجی بر آن، طرفین موافقت نموده‌اند که به منظور اهداف این کنوانسیون مثل یک تبعه دولت متعاهد دیگر با آنها رفتار بشود". همانطور که در این ماده ملاحظه می‌کنیم، کنوانسیون معیاری برای شناسایی تابعیت شرکت با هدف

احراز صلاحیت مرکز داوری، ارائه نمی‌کند و تعیین آن را به قانون ملی دولت‌ها، واگذار کرده است که اصولاً از معیارهای سنتی تبعیت می‌کنند و بر این معیارها نیز انتقاداتی وارد است که به اختصار به آن می‌پردازیم. محل تأسیس: یکی از معیارهای مقبول در نظامات حقوقی فعلی، معیار محل تأسیس و یا معیار محل تشکیل است که به موجب این نظریه، شرکت تابعیت مملکتی را دارد که در آنجا تشکیل شده است. مبنای این نظریه "احترام بین‌المللی به حقوق مکتسبه" است که براساس آن در هر کشوری که بعنوان محل تشکیل شرکت در نظر گرفته می‌شود، حقوقی تحصیل می‌شود که می‌تواند در کشورهای دیگری که شرکت ممکن است نقل مکان کند، ادامه یابد (Le Cannu, 2014: 242). این ضابطه هرچند در برخی کشورها از جمله انگلیس و آمریکا مورد توجه قرار گرفته، اما ایراداتی به آن وارد است. از جمله اینکه خود مرحله تشکیل شرکت فاقد معیار ثابت و مشخصی است و ممکن است از کشوری به کشوری دیگر متفاوت باشد. هرچند عموماً معیار تنظیم سند رسمی شرکت‌نامه و اساسنامه، پذیره‌نویسی، پرداخت تمام یا قسمتی از سهام، یکی از این مراحل یا همگی می‌تواند جزء مراحل تشکیل شرکت محسوب گردد. اگر معیار کشوری، امضای اساسنامه باشد، موسسین می‌توانند با میل خود، هر جا که بخواهند آن را امضا کنند و تابعیت دلخواه را به آن اعطا کنند و یا در وضعیتی که اساسنامه در چند کشور به امضا می‌رسد هم می‌تواند ایجاد ابهام کند. این ایراد هم می‌تواند به آن وارد کرد که اگر این معیار یعنی تشکیل شرکت، معیار و ملاک قرار گیرد، راه تقلب و حيله را برای موسسان باز گذاشته و می‌توانند با کسب تابعیت یک کشور بی‌آنکه مرکز اصلی را در آنجا حاکم کنند، از مزایای تابعیت آن استفاده کنند (نصیری، ۱۳۹۲: ۱۳۳). این ایراد در حال حاضر، در اغلب کشورها برطرف شده و شرکت تا زمانی که به ثبت نرسد، شخصیت حقوقی پیدا نمی‌کند. در انگلستان بعنوان مثال، محل تشکیل شرکت، محلی است که شرکت در آن به ثبت رسیده است (Le Cannu, Ibid: 242). مرکز فعالیت اصلی: در مورد معیار مرکز اصلی شرکت هم باید گفت محتوای این عقیده آن است که تابعیت شرکت را محل اقامتگاه اداری و مرکز اصلی آن بدانیم که منظور از آن محلی است که در آنجا، ادارات مرکزی شرکت واقع بوده و جلسات هیأت مدیره و مجامع عمومی شرکت در آن محل تأسیس می‌شوند و دستورالعمل و تصمیمات و گزارشات از آن محل صادر می‌شود. برخی از حقوقدانان این نظریه را کارآمدتر می‌دانند و می‌گویند: "این محل برای شرکت واجد اهمیت زیاد است و به مرکز فعالیت از این جهت ترجیح دارد که کمتر دستخوش تغییر و تبدیل می‌گردد" (نصیری، پیشین: ۱۳۴). از جمله کشورهایی که این معیار را اعمال می‌کنند، فرانسه است که به موجب ماده ۳-۲۱۰ قانون تجارت فعلی و نیز ماده ۱۸۳۷ قانون مدنی، شرکت‌هایی تبعه فرانسه محسوب می‌گردند که مرکز اداری آنها در این کشور واقع شده باشد. مفهوم مخالف این سخن آنست که هر شرکتی که مرکز اداری آن در سرزمین فرانسه نباشد، لاجرم فاقد تابعیت فرانسوی خواهد



بود.<sup>۱</sup> هرچند برخی این نظریه را طریقی بسیار مناسب برای حيله و تقلب می‌دانند و می‌گویند: "برای رفع این اشکال محاکم فرانسوی از زمان جنگ بین‌الملل اول از معیار کنترل استفاده می‌نمایند. در این ضابطه در عین اینکه برای تعیین تابعیت شرکت، مرکز اصلی و محل تأسیس و نام شرکت مورد توجه قرار می‌گیرد، این موضوع نیز کنترل می‌شود که آیا اکثریت سرمایه یا منافع شرکت نیز متعلق به اتباع همان دولت است یا به دولت دیگری تعلق دارد و در صورت اخیر برای جلوگیری از چنین تقلبی تابعیت همین کشور را برای شرکت می‌شناسند. بطوریکه در سال ۱۹۱۵ در دادگاه لیون شرکتی که اکثر سهامداران و مدیران آن آلمانی بودند با اینکه در فرانسه به وجود آمده بود و مرکز اصلی آن نیز در فرانسه بود، آلمانی شناخته شده و تابعیت فرانسوی وی باطل اعلام شد (میروسی، ۱۳۹۳: ۶۷).

۲) تابعیت به دلیل کنترل خارجی: چنانکه می‌دانیم برای آنکه اشخاص حقوقی بتوانند در ایکسید طرح دعوا نمایند باید تابعیت موردنظر را در زمان توافق بر ارجاع به داوری کسب کرده باشند. پیشنهادات مختلفی توسط نویسندگان مشهور حقوقی درباره انتخاب معیار مناسب در این زمینه ارائه شده است. جورج دلائوم<sup>۲</sup> (مشاور ارشد مرکز داوری ایکسید)، نظر می‌دهد که در کنوانسیون حل اختلاف سرمایه‌گذاری، تابعیت شرکت براساس محل تشکیل یا مرکز اصلی باید تعیین شود (Hirsch, 1993: 84). برای اثبات آن، برخی می‌گویند  
۱۵ که اساساً ماده ۲۵ در ابتدای قسمت ب بند دو، به قاعده کلی در مورد تابعیت شخص حقوقی، اشاره می‌کند و بعد در فراز پایانی، یک استثنا را ذکر می‌کند که اگر شخص حقوقی، همزمان با تابعیت دولت دیگر، تابعیت دولت میزبان را داشته باشد و به علت عامل "کنترل خارجی" بعنوان یک شرکت خارجی در خاک کشور میزبان، محسوب شود، این بدان معناست که اعطای تابعیت دولت میزبان به آن شخص براساس مکانیسمی غیر از کنترل بوده، برای مثال شرکتی که به علت وجود مرکز اصلی (عامل اصلی تابعیت)، صاحب تابعیت دولت میزبان شده، به علت عامل کنترل (عامل فرعی تابعیت) خارجی تلقی می‌شود (Letelier, 2007: 446). آمراسینگ<sup>۳</sup> نظر دیگری دارد و معتقد است که باید معیاری منعطف و گسترده بکار گرفته شود، که به موجب آن، تابعیت شرکت براساس رابطه موثر با آن دولت تعیین گردد. از نظر وی، باید معیار کنترل را بپذیریم البته فقط در صورتی که آن معیار سبب تثبیت صلاحیت رسیدگی مرکز داوری شود و نه برعکس (Hirsch, Ibid: 86).

<sup>1</sup> Code civil français, approved in 2004, p 348. available at: <http://codes.droit.org/CodV3/civil.pdf>

<sup>2</sup> G Delaume

<sup>3</sup> Amerasinghe

مقرره قسمت ب از بند ۲ ماده ۲۵ کنوانسیون مبتنی بر یک قاعده در حقوق بین‌الملل است که براساس آن اشخاص حقوقی نمی‌توانند اقدام به طرح دعوی علیه دولت متبوع خود نمایند. به عبارت دیگر، بسیاری از دولت‌های میزبان، شرط می‌کنند که سرمایه‌گذاری خارجی باید به صورت یک شرکت تأسیس شده در دولت میزبان، انجام شود تا دولت میزبان بتواند به صورت موثری، نظارت‌های لازم را بر فعالیت‌های آن صورت دهد؛ به این ترتیب شرکت دارای تابعیت دولت میزبان نیز خواهد شد. از آنجایی هم که طبق قاعده کلی حقوق بین‌الملل که اشخاص حقوقی نمی‌توانند علیه دولت خود در مراجع بین‌المللی طرح دعوی کنند، به شدت می‌تواند صلاحیت رسیدگی مرکز داوری ایکسید را در خصوص سرمایه‌گذاری‌های خارجی که در کشورهای در حال توسعه انجام می‌شود، محدود کند. در نتیجه آن، کنوانسیون مقررات مخصوص و جدید در ارتباط با تابعیت شرکت‌هایی که در دولت میزبان تأسیس می‌شوند، وضع کرد. بنابراین برای ایفای مقرره ماده ۲۵، سه شرط باید همزمان وجود داشته باشد. الف) دارنده چنین تابعیتی باید شرکتی با تابعیت دولت میزبان باشد؛ ب) کنترل شرکت در اختیار اشخاص خارجی باشد؛ ج) طرفین معاهده سرمایه‌گذاری باید برای رفتار با شرکت بعنوان یک تبعه دولت دیگر معاهده، تراضی نموده باشند (Ibid, 97).

کنوانسیون واژه "کنترل خارجی" را تعریف نمی‌کند، اما تاریخچه پیشنهادکننده کنوانسیون حاکی از آن است که این کنترل باید توسط اتباع دولت دیگر طرف معاهده باشد. این تفسیر به این معناست که کنترل شرکت توسط اتباع دولت غیر عضو معاهده و نیز اتباع دولت میزبان، مشمول این مقرره نیست.

شرایط اعمال کنترل خارجی عبارتست از الف) نوع توافق برای برخورد با شرکت داخلی بعنوان تبعه خارجی؛ ب) وجود کنترل خارجی. در رابطه با شرط اول مسئله‌ای که در برخی آرای محاکم مرکز داوری مطرح می‌شود، در ارتباط با نوع توافق طرفین برای برخورد با یک شرکت محلی با عنوان تبعه خارجی است. نحوه بیان فراز پایانی آن ماده، مبین آن نیست که توافق طرفین معاهده باید مصرح باشد، بلکه می‌تواند به صورت ضمنی نیز صورت گیرد. اما از طرفی خود کنوانسیون، شکل و فرم ویژه‌ای برای چنین توافقی، تجویز نمی‌کند. از آنجائیکه توافق باید کتباً صورت گیرد، هیچ شکل خاصی نیاز نیست که ضمیمه توافق شود. رویه ایکسید نوعی انعطاف‌پذیری در تعیین نوع توافق، نشان می‌دهد (United Nations Conference on Trade and Development, Ibid: 28). شرط دوم عبارت است از وجود کنترل خارجی که برای احراز آن معیارهای مختلفی وجود دارد. این مرکز داوری است که باید بررسی کند آیا کنترل خارجی بر شرکت محلی وجود دارد یا نه و محاکم داوری نیز معیار کنترل خارجی را به شیوه‌های مختلفی احراز می‌کنند. اولاً، رایج‌ترین شیوه

کنترل یک شرکت، از طریق مالکیت سهام آن است. در پرونده لتکو علیه لیبریا<sup>۱</sup> دیوان بر این عقیده بود که کنترل خارجی محقق شده چرا که ۱۰۰ درصد سهام شرکت متعلق به اتباع فرانسوی است که به صورت موثری نیز کنترل شرکت را برعهده دارند. دیوان افزود که "علاوه بر تملک سهام توسط سهامداران، آنها در رأس هیأت تصمیم‌گیری نیز هستند!" که همین امر، منتهی به این شد که دیوان صلاحیت خود را در مقابل شرکت لتکو بعنوان سرمایه‌گذار خارجی، محرز بداند (Nrrrets, Ibid: 32). البته همواره مالکیت ۱۰۰ درصد ملاک احراز کنترل خارجی نیست. مرکز داوری، در جائیکه مالکیت سهام، کمتر از آن بوده را نیز در نظر داشته. برای مثال، در پرونده کلاکتر علیه دولت کامرون، تنها ۵۱ درصد از سهام شرکت محلی متعلق به شرکت کلاکتر بود و ۴۹ درصد باقی متعلق به دولت کامرون بود. در اینجا دیوان داوری، با ملاحظه ساختار مدیریتی شرکت اذعان بر خارجی بودن کنترل شرکت داشت.

## ۲- مفهوم سرمایه‌گذار خارجی در نظام حقوقی ایران

اولین قانون مربوط به سرمایه‌گذاری در کشور ایران، تحت عنوان "جلب و حمایت سرمایه‌های خارجی" در سال ۱۳۳۴ و آئین‌نامه اجرایی آن نیز به تصویب مجلس رسید که سرمایه‌گذاران خارجی می‌توانستند، بدون هیچ محدودیتی براساس این قانون و یا قانون تجارت ایران در کشور سرمایه‌گذاری کنند. در سال ۱۳۸۱ طرح جدید سرمایه‌گذاری خارجی با عنوان قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی در راستای انجام اصلاحات در ساختار اقتصادی کشور، به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. از آنجا که معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری میان ایران و کشورهای مختلف با تصویب مجلس، به حکم ماده ۹ قانون مدنی در حکم قانون است، در این قسمت از لحاظ معیار تعیین اشخاص حقیقی و حقوقی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

### ۲-۱- ملاک تعیین سرمایه‌گذار خارجی در قانون تشویق و حمایت از سرمایه‌گذار خارجی ایران

سرمایه‌گذاری خارجی اصولاً به منظور استفاده از سرمایه خارجیان و برای توسعه اقتصادی کشور میزبان صورت می‌گیرد. اما قانونگذار ایران در قانون جدید تشویق و حمایت مصوب ۱۳۸۱، به دلیل وقوع انقلاب و حادث شدن جنگ تحمیلی و خروج سرمایه‌داران از کشور به ویژه اتباع خود، نیازمند رویکرد جدید به مسئله سرمایه‌گذار خارجی بود. در چنین برهه‌ای از زمان، توسعه زیرساخت‌های ویران شده و استفاده از ظرفیت‌های موجود در کشور تنها از طریق ورود سرمایه‌گذاران با تابعیت خارجی، ممکن نبود و می‌طلبید که سرمایه‌داران

<sup>۱</sup> LETCO vs. Liberia

وطنی که مسلماً پیوند و وابستگی‌شان به میهن بیش از یک سرمایه‌دار بیگانه بود، تحت حمایت قانون تشویق و حمایت قرار گیرند. بنابراین یک سرمایه‌گذار ایرانی که سال‌ها در کشور بیگانه زندگی کرده به شرط اینکه ثروت‌اش منشأ داخلی نداشته باشد، می‌تواند از مزایای قانون تشویق و حمایت برخوردار شود. قانون نیز در ماده ۱ از این سرمایه‌ها با عنوان "سرمایه اتباع ایرانی با منشأ خارجی" نام می‌برد. این شیوه برخورد قانونگذار قابل تأیید است و موجب می‌شود تا آن دسته از ایرانیانی که علاقه‌مند به سرمایه‌گذاری در کشور خود هستند ولی احساس اطمینان کافی نسبت به امنیت سرمایه‌هایشان ندارند بتوانند سرمایه‌های خود را تحت حمایت قانون قرار دهند. در قانون سرمایه‌گذاری مصوب ۱۳۳۴، تنها اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصی خارجی مورد حمایت قرار داشتند و مسئله تابعیت از این جهت حائز اهمیت بود؛ فلذا براساس این قانون اشخاص حقیقی و حقوقی ایرانی حق برخورداری از حقوق و امتیازات مخصوص سرمایه‌گذاران خارجی، نداشتند (آتشی گلستان، ۱۳۸۸: ۲۱-۲۰).

مراد از شرط "منشأ خارجی" بند دوم از ماده ۱ قانون تشویق و حمایت، این است که تحصیل سرمایه خارج از قلمرو جمهوری اسلامی ایران انجام پذیرفته و فرآیند ایجاد، تولید و کسب و تحصیل آن برای اولین بار در خارج از قلمرو جمهوری اسلامی ایران تحقق یافته باشد، بعنوان مثال، در مورد سرمایه غیر نقد، از قبیل ماشین‌آلات که در خارج از کشور تولید و شده بدون آنکه هزینه تولید یا سفارش ساخت آن از ایران تأمین شده باشد یا درخصوص دانش فنی که ایجاد و اکتساب آن در خارج از ایران بدون پرداخت هزینه از داخل کشور وقوع یافته باشد و در مورد وجه نقد که در نتیجه فعالیت‌های قانونی خارج از ایران تحصیل شده باشد. به عبارت ساده، داشتن منشأ خارجی عبارتست از اینکه کلیه مراحل خلق یک سرمایه از زمان ایجاد و تحصیل آن در خارج از ایران و قانونی طی شده باشد. پس نباید صرف ورود سرمایه به داخل را مساوی احراز منشأ خارجی سرمایه قرار دهیم. زیرا ممکن است این سرمایه دارای منشأ داخلی بوده و بعد به دلایلی از کشور خارج شده و مجدداً وارد کشور شده باشد (حاتمی و کریمیان، ۱۳۹۴: ۹۳). برخی ملاک خارجی بودن منشأ سرمایه را حکومت قانونی غیر از قانون ایران بر اموال و دارایی‌های خارجی می‌دانند (دهدار، ۱۳۸۵: ۴۳). به عبارتی در صورتی که قوانین اقتصادی، مالی و پولی ایران بر دارایی مذکور حکومت نمایند، دارایی فاقد منشأ خارجی است و در حوزه اقتصادی ایران قرار می‌گیرد، حتی اگر از نظر فیزیکی در کشور دیگری واقع شده باشد. بعنوان مثال وقتی یک شرکت دولتی ایرانی اقدام به تأسیس شرکت فرعی در خارج از کشور می‌نماید، سرمایه‌گذاری مجدد شرکت فرعی مذکور در ایران سرمایه‌گذاری خارجی تلقی نمی‌شود، زیرا اموال و دارایی‌های شرکت فرعی مذکور تحت کنترل قوانین ایران است که از سوی کارگزاران دولتی اعمال می‌شود. در هر زمان که دولت ایران به معنای عام آن بخواهد، می‌تواند اقدام به انحلال شرکت فرعی و بازگشت سرمایه‌ها به

کشور دیگر نماید و این همان معنای حکومت قوانین ایران بر دارایی‌های شرکت فرعی است. در صورتی که اگر شرکت مادر شرکتی خصوصی باشد، حتی با وجود داشتن اقامت در ایران نمی‌توان او را وادار به بازگرداندن سرمایه‌های شرکت‌های فرعی خود در خارج نمود بلکه این تصمیم کاملاً منوط به اراده خصوصی آن است و به دیگر سخن بازگرداندن آن به نظام اقتصادی ایران تنها با اراده و خواست صاحبان آن ممکن است و در صورتی که صاحبان سرمایه چنین تصمیمی بگیرند، شایسته حمایت قانون هستند (همان، ۴۳). البته پذیرفتن این نظر دشوار است زیرا از نظر منشاء مدیریت سرمایه خارجی تفاوتی بین شرکت‌های دولتی و خصوصی وجود ندارد و آنچه از نظر قانونگذار اهمیت داشته است منشاء کسب سرمایه است. بر این پایه اگر یک شرکت فرعی متعلق به دولت ایران در خارج از کشور سرمایه‌ای فراهم کند یا وامی از بانک بگیرد و بخواهد آن را در ایران سرمایه‌گذاری کند می‌تواند مشمول تعریف سرمایه‌گذار خارجی واقع شود. هرگاه سرمایه‌گذار خارجی به دلیل اقامت طولانی مدت در ایران دارای اموالی با منشأ داخلی شود و آن را از داخل ایران کسب نموده باشد، شرط خارجی بودن سرمایه را از دست می‌دهد و فقط در یک فرض است که او می‌تواند سرمایه تحصیل شده از محل سرمایه‌گذاری‌های سابق خود را به سرمایه‌گذاری خارجی تبدیل کند و آن هم زمانی است که سرمایه به دست آمده، بعد از کسب مجوز سرمایه‌گذاری و در اثر سرمایه‌گذاری خارجی قبلی حاصل شده باشد و وی برطبق ماده ۲۹ آئین‌نامه سرمایه‌گذاری با اجازه هیأت سرمایه‌گذاری آن سرمایه را به حساب افزایش سرمایه‌گذاری خود در همان بنگاه یا پس از اخذ مجوز سرمایه‌گذاری دیگر به سرمایه‌گذاری جدید اختصاص دهد (آتشی گلستان، پیشین: ۲۳).

در مناطق آزاد تجاری-صنعتی، سرمایه‌گذاری طبق مقررات خاص خود است. براساس مقررات سرمایه‌گذاری در مناطق آزاد تجاری-صنعتی، ماده ۲ مقرر می‌دارد: "کلیه اشخاص حقیقی و حقوقی و موسسات اعم از ایرانی و خارجی و سازمان‌های بین‌المللی طبق این مقررات می‌توانند مستقلاً و یا با مشارکت سازمان و شرکت‌های تابع آن یا با مشارکت یکدیگر در مناطق آزاد سرمایه‌گذاری نمایند و سرمایه پذیرفته شده آنان مشمول این مقررات می‌شود."<sup>۱</sup> همانطور که ملاحظه می‌شود، سرمایه‌گذاری در این مناطق به هیچ پیش شرط تابعیتی و یا حتی داشتن منشأ خارجی سرمایه نیاز ندارد. تنها محدودیتی که اعمال شده و قابل قبول و مبتنی بر اصل برابری و انصاف میان سرمایه‌گذاران است، اینست که دولت‌های سرمایه‌گذار طبق ماده ۱۷ این مقررات تابع قوانین و مقررات تجاری بوده و از مصونیت دولتی و دیپلماتیک برخوردار نمی‌شوند.

<sup>۱</sup> مصوب ۱۳۷۳/۰۳/۱۶

نکته قابل توجه در اینجا آن است که گرچه قانونگذار ایرانی به دلیل خاص که تشویق ایرانیان خارج از کشور به بازگرداندن سرمایه خود به ایران بوده است، معیاری متفاوت از آنچه در حقوق سرمایه‌گذاری بین‌المللی رایج است برای تعریف سرمایه‌گذار برگزیده است، لیکن این معیار در قیاس با معیار متداول در حقوق بین‌الملل که همانا تابعیت و محل فعالیت و اداره یا کنترل شخص سرمایه‌گذار است، امتیازی در خور توجه دارد که باید آن را برجسته کرد. امتیاز معیار ایرانی در آن است که به جای تأکید بر تابعیت شخص سرمایه‌گذار به منشاء سرمایه توجه می‌کند و این مهم موجب می‌شود که تا حد قابل توجهی عملیات متقلبانه برای تحصیل مزایای معاهدات سرمایه‌گذاری قابل کنترل یا اجتناب گردد. هر چقدر که تظاهر به داشتن تابعیت کشور طرف معاهده ساده است زیرا با ثبت یک شرکت صوری می‌توان آن را تحصیل نمود، اثبات این امر که سرمایه خارجی از کشور طرف معاهده تحصیل شده است دشوار و دیرپا است. زیرا مقررات سختگیرانه بین‌المللی درباره جابجایی بین‌المللی دارایی‌ها و وجه نقد و لزوم ارائه مستندات و مدارک درباره منشاء سرمایه‌های قابل جابجایی احراز منشاء سرمایه را ساده‌تر می‌کند و سوء استفاده از معاهده را سخت‌تر.

#### - فلسفه لزوم اثبات منشأ خارجی سرمایه

هدف قانون‌گذار در وضع ماده ۱ فیفا مبنی بر الزام اثبات منشأ خارجی سرمایه اینست که از هرگونه سوء استفاده در جهت بهره‌مندی از مزایای قانون جلوگیری به عمل آورد. قانونگذار نمی‌پذیرد که شخصی سرمایه‌ای را که در ایران گرد آورده از کشور خارج و دوباره وارد کند تا بدینسان تظاهر نماید که سرمایه‌ای با منشأ خارجی به کشور آورده است تا از تضمینات مقرر در قانون سرمایه‌گذاری برخوردار شود. هدف دیگر قانونگذار از وضع ماده ۵ آئین‌نامه قانون تشویق و حمایت جلوگیری از انتقال عواید حاصل از جرم و فعالیت‌های غیرقانونی ارتكابی در خارج از کشور نظیر قاچاق مواد مخدر، قمار و غیره است. با وضع این حکم که البته در حال حاضر فقط درباره ایرانیان متقاضی سرمایه‌گذاری در کشور اعمال می‌شود، راه برای ورود عواید غیرقانونی و استفاده از آن در پروژه‌های سرمایه‌گذاری مسدود است، که نتیجه آن جلوگیری از ارتكاب جرم پولشویی قبل از ورود سرمایه به کشور است. به نظر می‌رسد بهتر است قانونگذار این تکلیف را شامل سرمایه‌های متعلق به اتباع خارجی هم نماید تا راه تحقق این جرم به کلی بسته شود (حاتمی و کریمیان، پیشین: ۸۸). هر چند که برخی معتقدند که این شرط یعنی اثبات منشأ خارجی سرمایه صرف‌نظر از تابعیت سرمایه‌گذار شامل همه می‌شود، با این توضیح که صرف‌نظر از خارجی یا ایرانی بودن سرمایه‌گذار به خارجی بودن منشأ سرمایه توجه شده است و بنابراین به موجب قانون سرمایه‌گذاری آنچه در خصوص سرمایه‌گذاری خارجی دارای اهمیت است، خارجی بودن منشأ سرمایه خواهد بود، اعم از آنکه شخص حقیقی یا حقوقی باشد و یا آنکه دارای

تابعیت ایرانی یا خارجی باشد (همان، ۳۳). این در حالی است که ماده ۵ آئین‌نامه برای احراز منشأ خارجی سرمایه، تنها اشخاص ایرانی را به ارائه مستندات که حاکی از فعالیت‌های تجاری و اقتصادی در خارج از کشور باشد، مکلف کرده است. البته برای قانونگذار مورد پذیرش نیست که ارزش خارجی حاصل از صادرات محصولات داخلی بعنوان سرمایه خارجی پذیرفته شود و چنین کسی نمی‌تواند عنوان سرمایه‌گذار خارجی را داشته باشد. اما اشخاص خارجی چنین الزامی ندارند. زیرا فرض آن است که سرمایه اشخاص خارجی دارای منشأ خارجی است. در واقع مفهوم مخالف ماده ۵ آئین‌نامه حاوی اماره‌ای قانونی مبنی بر خارجی بودن منشأ سرمایه اتباع خارجی است؛ اماره‌ای که مدعی در دعوا می‌تواند خلاف آن را ثابت کند. تنها استثنا این حکم نیز بند هـ از ماده ۱ قانون است (همان، ۳۴). منظور از فعالیت‌های اقتصادی و تجاری مقرر در ماده فوق‌الذکر، هرگونه فعالیت پولسازی است که سبب تحصیل ارزش خارجی می‌شود. برای توضیح این مطلب می‌توان مفهوم مخالف این عبارت را متذکر شد، که ثروت حاصل از فعالیت‌های علمی، ورزشی (اگر فعالیت اقتصادی به حساب نیاید) و یا وراثت از مورثین مقیم خارج از ایران، نمی‌تواند تحت پوشش این قانون قرار گیرد و سرمایه‌گذار را به سرمایه‌گذار خارجی بدل کند. هرچند برخی عقیده‌ای خلاف آنچه گفته شد دارند (آتشی گلستان، پیشین: ۶۸).

## ۲-۲- سرمایه‌گذار حقیقی و حقوقی در معاهدات دوجانبه ایران و سایر کشورها

در این قسمت در ذیل دو بند به اختصار به بررسی تعریف و معیار اشخاص حقیقی و حقوقی سرمایه‌گذار در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران با کشورهای مختلف می‌پردازیم.

۱) از سال ۱۳۷۴، دولت ایران آغاز به انعقاد معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری نمود که تا سال ۲۰۱۷، به ۶۹ عدد می‌رسد. تعدادی از این معاهدات از وضعیت لازم‌الاجرای خارج شده‌اند و نیز دو معاهده چندجانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی و تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری بین کشورهای عضو سازمان کنفرانس اسلامی نیز وجود دارد. با بررسی ۲۴ معاهده دوجانبه، مشخص می‌شود که برای تعیین سرمایه‌گذار خارجی به دو شیوه عمل می‌شود. در معاهدات میان ایران و کشورهای اتریش (۱۹۹۹)، بلاروس (۲۰۰۰)، بوسنی و هرزگوین (۲۰۰۹)، کرواسی (۲۰۰۵)، اتیوپی (۲۰۰۴)، فنلاند (۲۰۰۴)، گرجستان (۲۰۰۵)، آلمان (۱۹۶۸)، یونان (۲۰۰۹)، ایتالیا (۲۰۰۳)، ژاپن (۲۰۱۶ امضا شده)، قزاقستان (۱۹۹۹)، اسپانیا (۲۰۰۴)، سوئیس (۲۰۰۱)، تونس (۲۰۰۳)، ترکیه (۲۰۰۵) و نیز قانون موافقتنامه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری بین کشورهای پروتکل اصلاحی آن عضو اکو و همینطور قانون الحاق دولت جمهوری اسلامی ایران به

موافقتنامه ارتقاء حمایت و تضمین سرمایه‌گذاری فی‌مابین کشورهای عضو سازمان کنفرانس اسلامی (۲۰۰۹)، ملاک تعیین سرمایه‌گذار خارجی حقیقی تابعیت<sup>۱</sup> یا قرار داده شده است و مبنای تعیین تابعیت قانون داخلی کشور طرف معاهده است. اما دسته دوم از معاهدات سرمایه‌گذاری با درج شرط محدود کننده نسبت به تابعیت مضاعف به صورتی که سرمایه‌گذار دارای تابعیت هر دو کشور طرف معاهده باشد، تعیین تکلیف کرده است و چنین افرادی را از حمایت معاهدات سرمایه‌گذاری محروم نموده است. معاهدات ایران با کشورهای چین (۲۰۰۵)، بنگلادش (۲۰۰۲)، قبرس (۲۰۱۲)، جمهوری کره (۲۰۰۵)، لبنان (۲۰۰۰)، مقدونیه (۲۰۱۳)، عمان (۲۰۰۳)، آفریقای جنوبی (۲۰۰۲)، به این صورت است که معیار تعیین سرمایه‌گذار خارجی مشمول معاهده را داشتن تابعیت بر مبنای حقوق داخلی کشور طرف معاهده می‌داند ولی قبول چنین تابعیتی را منوط به نداشتن تابعیت کشور طرف دیگر معاهده قرار داده است. برای مثال اگر سرمایه‌گذار ایرانی با وجود تابعیت چینی خود در کشور چین اقدام به سرمایه‌گذاری نماید نمی‌تواند به مفاد موافقت‌نامه مذکور استناد کند. درج چنین شرطی و محدود کردن دامنه آن به معنای محدود کردن همه دارندگان تابعیت مضاعف بطور کلی نیست به این معنا که دارنده تابعیت مضاعف ایرانی و کشور ثالث می‌تواند در صورت سرمایه‌گذاری در کشور طرف معاهده، به آن موافقت‌نامه استناد کند زیرا تابعیت مضاعف در حقوق ایران شناسایی نشده است و از منظر قوانین تابعیتی تابعیت دیگر هر ایرانی اصلاً به رسمیت شناخته نمی‌شود که بخواید به مرحله تعیین تابعیت موثر برسد<sup>۲</sup> (ارفع‌نیا(ب)، ۱۳۹۵: ۱۲۱-۱۲۲). تنها استثنایی که در تعیین سرمایه‌گذار خارجی در معاهداتی که ایران با کشورهای دیگر داشته، وجود دارد، معاهده سرمایه‌گذاری با کشور اسلواکی (۲۰۱۶) است که علاوه بر معیار تابعیت، اقامت را نیز در نظر گرفته و بر مبنای آن، حتی کسانی که بدون داشتن تابعیت ایرانی، اقامت قانونی در کشور داشته باشند، مجازند در صورتی که در کشور اسلواکی سرمایه‌گذاری کنند، از حمایت‌های قانونی این معاهده برخوردار شوند. البته این معاهده هنوز به مرحله اجرا و تصویب نرسیده است.<sup>۳</sup>

۲) قانونگذار ایرانی، در قانون تجارت، تابعیت اشخاص حقوقی را تابعی از اقامتگاه دانسته و اقامتگاه هم جایی نیست جز محل اداره ی شخص حقوقی. علاوه بر آن شرکت های ایرانی باید در ایران به ثبت هم برسند. بنابراین تابعیت سهامداران در تعیین تابعیت شرکت، نقشی ندارد. منظور از محل اداره ی شخص حقوقی،

<sup>۱</sup> Nationality

<sup>۲</sup> ماده ۹۸۹ قانون مدنی، که سبب تابعیت جدید خارجی را منوط به درخواست ترک تابعیت ایرانی کرده است. طبق این ماده، عدم رعایت تشریفات ماده ۹۸۸، سبب آن‌کم یکن تلقی شدن تابعیت خارجی وی می‌شود. نتیجتاً حقوق ایران، تابعیت دوگانه‌ای برای اتباع ایرانی به رسمیت نمی‌شناسد.

<sup>۳</sup> A conventions are available at: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/98>



محلّی است که مدیران، جلسات خود را برگزار می‌کنند و تصمیمات قانونی اتخاذ کرده و عملاً مدیریت شرکت را انجام می‌دهند. اما استقراء در دستکم ۲۴ موافقت‌نامه دوجانبه سرمایه‌گذاری نشان می‌دهد که دولت ایران اولاً معیارهای کاملاً مشابهی برای تعیین اشخاص حقوقی سرمایه‌گذار در معاهدات مختلف بکار نبرده است و ثانیاً طرف ایرانی با موافقت طرف خارجی، عمدتاً در کنار معیارهای عام تشکیل و تأسیس که باید در قلمرو سرزمینی دول عضو معاهده و براساس قوانین لازم‌الاجرای آن صورت گرفته باشد و همچنین وقوع دفتر مرکزی و مرکز اصلی تحت همان شرط در سرزمین متعاهدین، ملاک دیگری را نیز اعمال کرده که وجود رابطه و تمرکز فعالیت‌های اقتصادی در خاک کشور محل تشکیل است و می‌توان در این مقاله آن را دسته اول معاهدات نامید. این دسته شامل معاهدات با کشورهای اتریش، بلاروس، کرواسی، اتیوپی، فنلاند، گرجستان، یونان، قزاقستان، اسپانیا، ترکیه، بوسنی هرزگوین، قبرس، عمان و اسلواکی است. هدف متعاهدین از درج چنین شرطی، آن است که بطور کامل از ایجاد شرکت‌های پوسته و فاقد هرگونه فعالیت اقتصادی قابل توجه در خاک دول متعاهد که به منظور برخورداری از مزایای معاهده اقدام به سرمایه‌گذاری در کشور میزبان می‌کنند، جلوگیری کنند. درج چنین شروط متنوعی برای احراز اشخاص حقوقی سرمایه‌گذار، تا حدی می‌تواند باب تقلب و سوء استفاده از معاهده را از طرف شرکت‌هایی که صرفاً برای این منظور تشکیل شده‌اند، ببندد.<sup>۱</sup>

در دسته دوم معاهدات که ایران با کشورهای اتیوپی، ایتالیا، ژاپن، تونس، بنگلادش، کره، لبنان، آفریقای جنوبی، منعقد کرده است نسبت به دسته اول از معاهدات یک تفاوت دیده می‌شود و آن هم این است که علاوه بر معیارهای پیش گفته تعیین تابعیت ایرانی یا خارجی این شرکت‌ها یا باید در ایران دارای دفتر مرکزی یا دفتر اصلی باشند و یا اگر دفتر اصلی آنها در جای دیگری است و جلسات هیأت مدیره در غیر از این کشور تشکیل می‌شود، فعالیت‌های واقعی اقتصادی خود را در خاک دول متعاهد متمرکز کنند. در این معاهدات از شدت سختگیری در تعیین سرمایه‌گذار تا حدی کاسته شده، چراکه ممکن است شرکتی در ایران تشکیل شده و با ایجاد یک دفتر مرکزی، به دنبال ایجاد یک علقه مصنوعی بوده و فعالیت‌های اقتصادی واقعی را در جای دیگری انجام دهد و سرمایه‌ای که از این فعالیت‌ها حاصل می‌شود را در کشور طرف معاهده، بکار بگیرد. به نظر می‌آید دولت ایران، زمانی می‌تواند از سرمایه‌گذاری اشخاص حقوقی در کشور میزبان طرف معاهده، حمایت کند، که منشأ این سرمایه در کنار تابعیت شرکت، ایرانی باشد؛ یعنی ناشی از فعالیت‌های اقتصادی

<sup>1</sup> The conventions are available at:

<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/98#iiaInnerMenu,2017/30/07>

واقعی در ایران بوده و در این کشور منجر به تولید ثروت شده باشد. همینطور دولت خارجی طرف معاهده نیز بعنوان سرمایه‌پذیر، تنها سرمایه ایرانی را تابع مقررات معاهده قرار دهد. اما دسته سوم از معاهدات مربوط به موافقت‌نامه میان ایران و چین و نیز کشور مقدونیه است که در تعیین اشخاص حقوقی سرمایه‌گذار را تنها به معیارهای سنتی تشکیل و تأسیس و نیز وجود دفتر مرکزی یا مرکز اداره آن در قلمرو دولتین متعاهدین است، بسنده کرده است. که امکان تقلب و ایجاد شرکت‌های غیر واقعی را افزایش می‌دهد. و نکته پایانی در این قسمت مربوط به معاهده ایران و سوئیس است. معاهده‌ای که در کنار معیارهای کاملی که مقرر می‌کند، اعم از تشکیل و تأسیس همراه با وقوع مرکز اصلی و نیز فعالیت‌های اقتصادی موثر در قلمرو دولت متبوع خود، حاوی معیار کنترل نیز هست. به موجب قسمت ج از بند اول از ماده ۱، اگر اشخاص حقوقی که تحت قوانین دولت طرف معاهده ایجاد نشده باشد اما بطور موثری توسط اشخاص حقیقی و یا حقوقی که در قسمت الف و ب همین بند، اداره می‌شود، کنترل گردد، در صورت سرمایه‌گذاری در خاک کشور طرف معاهده، می‌توانند سرمایه‌گذار خارجی باشند. بنابراین اگر در قلمرو دولت ثالث غیرعضو معاهده شرکتی با سهامداری اتباع ایرانی یا سوئیسی تشکیل شود، از منظر این معاهده‌گویی شرکت ایرانی و یا سوئیسی است. البته به نظر می‌رسد در صورتی شرکت می‌تواند تابع مقررات معاهده باشد، که سهام و مدیریت شرکت را به اتباع دیگر کشورها منتقل نکند. به نظر می‌رسد، نویسندگان معاهده با اعمال تئوری خرق حجاب به دنبال پیروی از نظریه اکتساب تابعیت شرکت از تابعیت سهامداران بوده‌اند. پس اگر شرکتی که در خارج تشکیل شده و دارای سهامداران ایرانی یا سوئیسی است پس از سرمایه‌گذاری در قلمرو کشور مقابل، صاحبان سهام، سهام خود را به اتباع کشورهای دیگر انتقال دهند، نمی‌توانند مشمول معاهده باشند. به عبارتی شرط تابعیت سهامداران کنترل کننده، شرط ابتدایی و تداومی است (صدیقی، ۱۳۹۴: ۱۴).

۲۴

### نتیجه‌گیری و پیشنهاد

در ارتباط با اشخاص حقیقی، در کنار تابعیت، معیارهایی همچون اقامت دائم، سکونت، ترکیب اینها، می‌تواند مورد استفاده قرار گیرد. به نظر می‌رسد بهتر است در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری میان ایران و سایر کشورها می‌توان برای این دسته از اشخاص سرمایه‌گذار، در کنار معیار تابعیت، از عامل اقامتگاه نیز استفاده کرد و نسبت به وابستگی هرچه بیشتر سرمایه‌گذار با دولت متبوع‌اش حساسیت نشان داد، زیرا ممکن است شخصی با تابعیت دولت طرف معاهده، در کشور ثالثی اقامت داشته و سرمایه با منشأ کشور ثالث را به تبع تابعیت خود وارد کشور میزبان نماید. هدف از انعقاد معاهدات دوجانبه نه فقط حمایت از تبعه بلکه حمایت

از سرمایه آن تبعه است که تابعیت دولت طرف را دارد یعنی باید وابستگی سیاسی و اقتصادی سرمایه‌گذار را به دولت متبوع‌اش احراز کرد.

در مورد معاهده ایکسید، نکته قابل انتقاد، در مورد تابعیت مضاعف سرمایه‌گذار با دولت ثالث است؛ شاید عادلانه آن باشد که کنوانسیون ایکسید، تابعیت مضاعف با دولت ثالث را از صلاحیت ایکسید مستثنی کند و صرفاً با احراز تابعیت موثر با دولت عضو معاهده، سرمایه‌گذار حق رجوع به مرکز دآوری را داشته باشد. با الهام از دیدگاه دیوان دآوری ایران و آمریکا، یکی از ملاک‌های تشخیص تابعیت غالب و موثر نحوه برخورد دولت طرف معاهده‌ای است که سرمایه‌گذار مدعی داشتن تابعین آن دولت است. باید دید که آیا این دولت با سرمایه‌گذار خارجی مدعی تابعیت بعنوان تبعه خود رفتار می‌کند یا او را به مثابه یک شخص خارجی می‌انگارد. در خصوص اشخاص حقوقی نیز، باید در کنار ملاک‌های سنتی محل تشکیل و مرکز اصلی یا اقامتگاه، معیار کنترل خارجی و وجود رابطه موثر اقتصادی با دولت متبوع نیز مورد توجه قرار گیرد. هرچند که تبعیت شرکت از تابعیت شرکا، مورد انتقاد است اما در حوزه حقوق بین‌المللی سرمایه‌گذاری به جهت رفتارهای تقلب‌آمیز که به خرید معاهده موسوم هستند، برای تعیین تابعیت شرکت‌ها نیاز است که در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری ایران و سایر کشورها تنها به معیارهای سنتی بسنده نشده و نتیجتاً تابعیت مدیران شرکت، کنترل کنندگان، مالکین درصد قابل از توجهی از سهام و نیز کشوری که این شرکت فعالیت تجاری خود را در آن متمرکز کرده و دارای پیوندهای واقعی اقتصادی است، نیز مدنظر قرار گیرد. در حال حاضر چنین معیاری با مبانی حقوق ایران در بخش سرمایه‌گذاری خارجی سازگارتر باشد.

در قانون فیپای ایران، بهتر است قانونگذار ایرانی در اصلاح قانون حاضر همگام با تحولات حقوق بین‌المللی سرمایه‌گذاری محل اقامت و تجارت سرمایه‌گذار را نیز ملاک قرار دهد، زیرا امروز پیوندهای عمیق اقتصادی اشخاص را با هر کشوری نه صرفاً تابعیت که محل اقامت و فعالیت‌های مالی نیز تعیین می‌کند. باید تأکید کرد که آنچه مدنظر قانونگذار بوده موضوع مهم ورود سرمایه است. کسی ممکن است با تظاهر به داشتن تابعیت خارجی، با همان سرمایه داخلی وارد نظام حمایتی دولت میزبان سرمایه شود و سرمایه با منشأ داخلی را از مبادی خارجی وارد نماید. قانونگذار می‌بایست برای سرمایه‌گذاران با تابعیت خارجی نیز شرط اثبات منشأ خارجی سرمایه را ضروری نماید و اماره‌ای را که به نفع آنان برقرار ساخته است بر هم زند. در مورد اشخاص حقوقی نیز آنچه همگام با رویکرد جهانی نسبت به شرکت‌های خارجی قابل توصیه است آن است که تابعیت را نه صرفاً مرکز مهم امور بلکه عبور از لایه‌های سطحی و بررسی تابعیت شرکا و گردانندگان واقعی آن می‌دانند که ملهم از نظریه خرق حجاب شرکت است.

## فهرست منابع

## فارسی:

- ۱- آتشی گلستان، مرجان (۱۳۸۸)، *شرکت‌های خارجی در حقوق ایران*، چ ۱، تهران: نشر بهنامی
- ۲- ابراهیمی، نصراله (۱۳۹۰)، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، چ ۴، تهران: نشر سمت.
- ۳- ارفع‌نیا (الف)، بهشید (۱۳۸۵)، «تابعیت مضاعف در دعاوی ایران و آمریکا»، *مجله کانون وکلا*، شماره ۱۹۵.
- ۴- ارفع‌نیا (ب)، بهشید، (۱۳۹۵)، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، تابعیت، اقامتگاه، وضع بیگانگان، چ ۱۷، تهران: نشر بهتاب.
- ۵- حاتمی، علی و کریمیان، اسماعیل (۱۳۹۴)، *حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در پرتو قانون و قراردادهای سرمایه‌گذاری*، چ ۲، تهران: نشر تیسرا.
- ۶- دهدار، فرزین (۱۳۸۶)، «نقد و بررسی فیفا از سرمایه‌گذاری خارجی»، *پایان‌نامه کارشناسی‌ارشد حقوق*، دانشگاه تهران.
- ۷- صدیقی، ریحانه (۱۳۹۴)، «رویه‌های متقلبانانه برای جلب حمایت معاهدات سرمایه‌گذاری»، *پایان‌نامه کارشناسی-ارشد حقوق*، دانشگاه تهران.
- ۸- غمامی، مجید و صدیقی، ریحانه (۱۳۹۷)، «شرط انکار منافع»، *فصلنامه مطالعات حقوق خصوصی*، دوره ۴۸، ش ۱.
- ۹- محمدعلی، محمد تقی (۱۳۸۱)، «تابعیت مضاعف در دیوان دعاوی ایران و ایالات متحده»، *پایان‌نامه کارشناسی-ارشد حقوق*، دانشگاه آزاد اسلامی واحد تهران مرکزی.
- ۱۰- میروسی، علیرضا (۱۳۹۳)، *حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در چارچوب معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری*، چ ۱، تهران: نشر پریس.
- ۱۱- نصیری، محمد (۱۳۹۲)، *حقوق بین‌الملل خصوصی*، چ ۲۸، تهران: نشر طیف نگار.

## لاتین:

- 12- Hirsch Moshe (1993). *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*. Netherlands. Kluwer Academic Publishers.
- 13- Le Cannu Paul, Dondero Bruno (2014). *Droit des sociétés*. LGDJ. 6th edition.
- 14- Letelier Astroga, Ricardo (2007). The Nationality of Juridical Persons in the ICSID Convention in Light of Its Jurisprudence. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*. Volume 11.

- 15- Nerets Valts (2011). Nationality of Investors in ICSID Arbitration. *RGLS Research Papers*.
- 16- Olmedo Javier Garcia (2017). Claims by Dual Nationals Under Investment Treaties: Are Investors Entitled to Sue their Own States. *Journal of International Dispute Settlement, Oxford Academic*. Vol 8.
- 17- Raiteri Marco (2014). Citizenship as a connecting Factor in Private International Law for Family Matters. *Journal of Private international law*. Vol.10 No.2
- 18- United Nations Conference on Trade and Development (2003). Dispute Settlement (Requirements Ratione Personae. New York
- 19- Wisner, Robert and Nick Gallus (2004). Nationality Requirements in Investor State Arbitration. *J. World Investment & Trade*.
- 20- Yannaca Small, Catherine (2008). International Investment Law: Understanding Concepts and Tracking Innovations. OECD.