



ساز و کار حمایت از سرمایه گذاری خارجی در پرتو اصل ۸۱ قانون اساسی

صغری صمدزادگان^۱، زهره محمدآبادی^۲

۱. کارشناسی ارشد حقوق خصوصی

۲. دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق حمل و نقل تجاری

چکیده

حمایت از سرمایه گذاری خارجی از جمله راه های رسیدن به توسعه و پیشرفت در کشورهاست. ایران به دلایل مختلف سیاسی و فرهنگی و حقوقی، در جذب سرمایه گذار خارجی چندان موفق نبوده است. از مهم ترین موانع که امر سرمایه گذاری خارجی در کشور را محدود می کند، اصل ۸۱ قانون اساسی است که امتیاز تشکیل شرکت ها و موسسات خارجی در زمینه های تجاری و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجیان را مطلقاً ممنوع ساخته است. این تحقیق به صورت توصیفی-تحلیل در تلاش است که از طرفی با نگاه بر حمایت از سرمایه گذاری خارجی و از طرفی با توجه به قابلیت های کشور در جنبه قانونی، راه های رفع موانع سرمایه گذاری و فراهم کردن سازو کارهای قابل پذیرش در جهت سرمایه گذاری را در پرتو اصل ۸۱، بررسی نماید. در حال حاضر با توجه به نیاز کشور به سرمایه گذاری خارجی، اصل مزبور را باید به گونه ای تفسیر و اجرا کرد که زمینه همکاری بین المللی و فعالیت خارجی در کشور فراهم گردد.

واژگان کلیدی: حمایت، سرمایه گذاری خارجی، اصل ۸۱ قانون اساسی، پیشرفت، توسعه



عموماً سرمایه گذاری خارجی، انتقال فناوری و آموزش را به همراه دارد (Susic, M Stojanovic- Trivanovic and M Suic, 2016, p 2). چنان چه امنیت سرمایه گذاری در کشورهای در حال توسعه و اقتصادهای در حال گذار، تضمین شده و بستر قانونی لازم فراهم گردد، سرمایه گذاران بین المللی تمایل بیشتری برای حضور در این بازارها خواهند داشت (علیزاده، ۱۳۹۳: ص ۸۸). خواست سرمایه گذار، سودآوری و امنیت و خواست کشور میزبان، احترام به استقلال اقتصادی و تشریک مساعی در توسعه اقتصاد ملی است. (شاپیرا، ۱۳۷۱، ص ۱۸۳).

حمایت از سرمایه گذاری خارجی در داخل معمولاً به صورت عام و خاص انجام می شود. حمایت عام به معنی آن است که قانون حمایت از سرمایه گذاری خارجی، مقرراتی را تصویب کند که بر کلیه اشخاص که اقدام به سرمایه گذاری می نمایند، قابل اعمال است و از این نظر هیچ گونه تبعیضی بین سرمایه گذاران خارجی قائل نمی شود (خزاعی، ۱۳۷۱، ص ۱۱۲). حمایت عام از سرمایه گذاری خارجی معمولاً متضمن تأمین اموال و اجازه برگشت دادن اصل و سود حاصله از آن و جبران خسارت در صورت مورد تهدید قرار گرفتن آن توسط قانون خاص است.

نگرش های مربوط به امنیت سرمایه گذاری، هنوز بخش بزرگی از مدیریت و امنیت سرمایه گذاری را تنها در وجود قوانین تضمین مالکیت می بینند، در حالی که امنیت سرمایه گذاری به معنی وجود قوانین و آیین نامه های فعالیت های اقتصادی است که از استمرار لازم برخوردار باشند و سرمایه گذاران با توجه به این قوانین، قادر به ارزیابی و برآورد تغییرات اقتصادی، حداقل در یک دوره ۱۰ ساله باشند (خطیب، ۱۳۸۱، ص ۱۶۲). ایران با برخورداری از مزیت های نسبی فراوان فرصت های سرمایه گذاری، تاکنون در زمینه جذب سرمایه گذاری خارجی، چندان موفق نبوده است. در این میان نقش قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در شناخت و حمایت از سرمایه گذاری خارجی از اهمیت بالایی برخوردار است. ساز و کارهای حمایت از سرمایه گذاری خارجی و تصویب قوانین مرتبط در این زمینه، نیاز به شناخت این حق در قوانین اساسی کشورهاست. اصل ۸۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از مهم ترین موانع در جهت سرمایه گذاری خارجی می باشد که در این تحقیق با نگاهی نو، اصل مزبور را مورد بررسی قرار می دهیم.

۱- سرمایه گذاری خارجی در ایران و اصل ۸۱ قانون اساسی

رفع موانع و محدودیت ها می تواند بستر لازم جهت بهره مندی از سرمایه گذاری خارجی و کاهش هزینه های ناشی از سرمایه گذاری را به وجود آورد (همان، ۱۳۸۱، ص ۱۶۲). سرمایه گذاری خارجی در قیاس با سرمایه گذاری های داخلی، تاثیر آن بر انتقال فناوری های روزآمد و دانش فنی پیشرفته بر کشور میزبان می باشد که این امر به تدریج به بالا بردن قابلیت های تکنولوژی در کشور میزبان کمک می نماید (لشگری، و همکاران، ۱۳۹۱، ص ۳۰). در رابطه با اهمیت سرمایه گذاری گفته می شود که سرمایه گذاری خارجی چه بطور مستقیم و چه بطور غیرمستقیم، تولید داخلی را



افزایش می دهد و موجب دستیابی به بازارهای بین المللی خواهد بود (Sanjaya, 2006, p 2.) و همچنین کلید اصلی توسعه اقتصادی هر کشور و نیروی محرکه این مهم می باشد (kjos, 2013, p 165).

در ایران، قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی در ۱۹ اسفند ۱۳۸۰ در ۲۵ ماده در مجلس شورای اسلامی به تصویب رسید. متعاقباً نظر به این که قانون مزبور مورد ایراد شورای نگهبان قرار گرفت، لذا در اجرای اصل ۱۱۲ قانون اساسی، در ۱۳۸۱/۳/۴ به تصویب مجمع تشخیص مصلحت نظام رسید و آیین نامه اجرایی قانون مزبور در ۱۳۸۱/۶/۲۴ توسط وزارت امور اقتصاد و دارایی تهیه و تنظیم شد. نکته ای که در مورد این قانون وجود دارد آن است که سرمایه گذاری خارجی در صورتی مورد حمایت قرار می گیرد که مطابق این قانون و با اخذ مجوز از طریق سازمان سرمایه گذاری و کمک های اقتصادی و فنی ایران انجام گیرد. اشخاص بیگانه می توانند برابر آیین نامه اجرائی قانون اجازه ثبت شعبه یا نمایندگی شرکت های خارجی در ایران شعبه و نمایندگی تاسیس کنند و به فعالیت بپردازند. همچنین بنابر آیین نامه اصلاحی ثبت تشکیلات و مؤسسات غیر تجاری فعالیت داشته باشند.

علاوه بر این قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱، سرمایه گذاری خارجی را تقریباً در تمام زمینه ها، برای خارجیان ممکن می داند^۱ و بنا بر بند (ب) ماده (۴) آیین نامه اجرایی آن قانون، محدودیتی از نظر درصد مشارکت سرمایه گذاری خارجی وجود ندارد. به عبارت دیگر، سرمایه گذاران خارجی می توانند شرکتی را در ایران تا نسبت ۱۰۰ درصد سهام متعلق به سهامداران خارجی ثبت کنند و با داشتن حداکثر سهام مشخص شده در این قانون (بند د ماده ۲ قانون تشویق) نسبت به کل سهام در کشور، فعالیت کنند. برای مثال تنها می توانند ۲۵ درصد کل سهام خودرو سازی در ایران را داشته باشند و بیشتر از آن را اجازه ندارند و نکته ای که باید به آن توجه کرد این است که این شرکت ها) با سهامدارانی ۱۰۰ درصد خارجی و شرکت ثبت شده در ایران) ایرانی محسوب می شوند (اکبری آرائی، ۱۳۹۴، ص ۷۷).

سرمایه گذاری در ایران به دو صورت انجام می گیرد: "سرمایه گذاری مستقیم خارجی" که در آن سرمایه گذار، علاوه بر اعمال مالکیت بر سرمایه، کلاً یا بعضاً مدیریت و کنترل سرمایه را نیز به عهده می گیرد (شیروی، ۱۳۸۹، ص ۴۴۰). این نوع سرمایه گذاری مشمول قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی مصوب ۱۳۸۱ و آیین نامه اجرایی آن است که از مزیت های فراوانی برخوردار می باشد. سرمایه گذاری مستقیم خارجی، به دو صورت، در بند الف و ب ماده ۳ قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی مطرح شده است. موضوع بند الف برای آن دسته از فعالیت های اقتصادی مجاز است که بخش خصوصی می تواند در آن فعالیت ها سرمایه گذاری کند، نیاز به توافق قبلی با یک دستگاه دولتی نیست و سرمایه گذار می تواند تقاضای خود را به سازمان سرمایه گذاری و کمک های اقتصادی و فنی ایران تقدیم کند.

^۱ مطابق ماده ۲ "پذیرش سرمایه گذاری خارجی براساس این قانون و با رعایت سایر قوانین و مقررات جاری کشور می بایست به منظور عمران و آبادی و فعالیت تولیدی اعم از صنعتی، معدنی، کشاورزی و خدمات براساس ضوابط صورت پذیرد.



سرمایه گذاری بند ب ماده ۳ که از آن به "سرمایه گذاری خارجی در چهارچوب ترتیبات قراردادی" تعبیر شده است، برای کلیه فعالیت های اقتصادی مجاز است. اعم از این که این فعالیت ها در انحصار دولت باشد یا بخش خصوصی نیز بتواند در این نوع کارها فعالیت نماید، که معمولاً از طریق تشکیل یک بنگاه اقتصادی جدید و یا تملک سهام یا سهم الشرکه شرکت های موجود انجام می گیرد. در این نوع از سرمایه گذاری، اعطای مجوز سرمایه گذاری، مستلزم توافق قبلی با یک دستگاه دولتی است. سرمایه گذار باید به همراه تقاضای خود یک نسخه از قرارداد بیع متقابل، مشارکت مدنی و یا ساخت، بهره برداری و واگذاری را که با یک دستگاه دولتی منعقد کرده است، به سازمان سرمایه گذاری تقدیم نماید.

مطابق با بند د ماده ۲ قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری، در زمان صدور مجوز سرمایه گذاری خارجی، سهم ارزش کالا و خدمات تولیدی حاصل از سرمایه گذاری خارجی موضوع این قانون نسبت به ارزش کالا و خدمات عرضه شده در بازار داخلی در زمان صدور مجوز، در هر بخش اقتصادی از بیست و پنج درصد (۲۵٪) و در هر رشته، از سی و پنج درصد (۳۵٪) بیشتر نخواهد بود. به این معنی که کالاها و خدمات تولیدی حاصل از سرمایه گذاری خارجی از مقدار مشخص شده، بیشتر نباشد (پیلوار و اکبری آرائی، ۱۳۹۵، ص ۲۷).

نوع دیگر سرمایه گذاری خارجی که به آن "سرمایه گذاری پورتفولیو" و یا "سرمایه گذاری خارجی غیر مستقیم" اطلاق می شود، سرمایه گذار به دنبال کنترل و مدیریت سرمایه نیست، بلکه به دنبال سود و منفعت است. این نوع سرمایه گذاری مشمول آیین نامه سرمایه گذاری خارجی در بورس ها و بازارهای خارج از بورس مصوب ۱۳۸۹/۱/۲۹ هیأت وزیران می باشد.

محدودیت های سرمایه گذاری خارجی به چند گروه تقسیم می شود که از جمله مهم ترین آن ها شامل ممنوعیت انجام سرمایه گذاری خارجی به طور کلی و یا در بخش های اقتصادی خاصی است و مورد دیگر اعمال محدودیت در مالکیت خارجی و یا اعمال مدیریت بنگاه های اقتصادی است (شیروی، ۱۳۸۹، ص ۴۴۷). اصل ۸۱ قانون اساسی: "دادن امتیاز تشکیل شرکت ها و موسسات در امور تجاری و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجیان مطلقاً ممنوع است". اگر امتیاز تشکیل شرکت ها به معنای اعطای مجوز به خارجیان جهت تشکیل شرکت در ایران باشد، این به منزله ممنوعیت کلی تشکیل شرکت توسط خارجیان تلقی می شود (همان، ص ۲۵۲). شورای نگهبان در جواب دادگاه حقوقی یک تهران که استفسار کرده بود که: "منظور از کلمه دادن امتیاز تشکیل شرکت ها و موسسات... به خارجیان ممنوع است آیا مطلق دادن امتیاز است یا صرفاً امتیاز تشکیل شرکت ها و موسسات؟ فی المثل چنان چه شرکت خارجی قبل از تصویب قانون اساسی دارای ۶۵ درصد از سهام شرکتی بوده اینک پس از تصویب قانون مزبور می تواند ۳۵ درصد از سهام شریک ایرانی خود را خریداری نموده و نتیجتاً ملاک صددرصد سهام بشود یا خیر؟ شورای نگهبان پاسخ داد که: "در مورد اصل ۸۱ نظر به این که تفسیر این اصل در شورای نگهبان رای کافی نیارود، دادگاه به هر نحو که از این اصل استنباط می نماید، علی الاصول رای بدهد".^۱ پس از انقلاب به موجب اصل مزبور، تشکیل شرکت توسط خارجیان عملاً

۱. استفساریه شماره ۲۱۶۲ مورخ ۱۳۶۵/۷/۶ شورای نگهبان.



ممنوع شد. در تفسیری^۱ (نظر حقوق دانان) که از اصل ۸۱ ارائه شده، بیانگر آن است که اگر میزان سهام خارجی در یک شرکت مشترک، ۴۹ درصد یا کمتر از باشد، امتیاز محقق نمی شود (امام، ۱۳۷۳، ص ۹۸). با این وجود، در تاریخ ۱۲۷۸/۷/۲۸ هیات دولت تصویب نامه ای صادر کرد و به موجب آن معین نمود که: اتباع خارجی که بر اساس قانون جلب و حمایت سرمایه گذاری خارجی مصوب ۱۳۳۴ مجوز سرمایه گذاری دریافت می کردند، می توانستند حتی تا ۱۰۰ درصد نسبت به پذیره نویسی شرکت های جدید و یا تملک شرکت های موجود اقدام کنند. اما در قانون تشویق که در سال ۱۳۸۱ لازم الاجرا شد، امکان تملک سهام شرکت ایرانی و یا تشکیل شرکت توسط سرمایه گذار خارجی (که البته شرکت ایرانی محسوب گردد) بدون اعمال محدودیت مجاز است. با این وجود، رویه عملی در ایران به این صورت است که ثبت شرکت های خارجی که به موجب نظام نامه قانون ثبت شرکت ها مصوب ۱۳۱۰ پیمانی شده است، امکان پذیر نیست^۲ و تنها به موجب ماده واحده مصوب ۱۳۷۶/۸/۲۱ مجلس شورای اسلامی، شرکت های خارجی که در کشور محل ثبت خود شرکت قانونی شناخته می شوند، مشروط به عمل متقابل از سوی کشور متبوع می توانند در زمینه های^۳ که توسط دولت جمهوری اسلامی ایران تعیین می شود در چهارچوب قوانین و مقررات کشور به ثبت شعبه یا نمایندگی خود اقدام نمایند که آیین نامه اجرایی قانون اجازه ثبت شعبه یا نمایندگی شرکت های خارجی در ۱۳۷۸/۱/۱۱ به تصویب رسید و به تعریف شعبه و نمایندگی و چگونگی ثبت آن ها می پردازد.

^۱. تفسیر قانون اساسی و نظر مشورتی شورای نگهبان از قانون اساسی را باید از هم تفکیک کرد، چرا که طبق آیین نامه داخلی شورا، تفسیر قانون اساسی در حکم قانون اساسی است، ولی نظر مشورتی، صرفاً جنبه ارشادی دارد و اعتبار تفسیر را دارا نیست.

^۲. لازم به ذکر است که به موجب اصلاحیه طرح اصلاحی آیین نامه ثبت شرکت ها مصوب ۱۳۴۰ که در تاریخ ۱۳۸۶/۲/۲۴ به تأیید و تصویب ریاست محترم قوه قضاییه رسیده است، اداره کل ثبت شرکت ها و مالکیت صنعتی به دو اداره کل ثبت شرکت ها و مؤسسات غیر تجاری و اداره کل مالکیت صنعتی تبدیل شد.

^۳. زمینه های انجام فعالیت برابر ماده یک:

- ۱- ارایه خدمات بعد از فروش کالاها یا خدمات شرکت خارجی .
- ۲- انجام عملیات اجرایی قراردادهایی که بین اشخاص ایرانی و شرکت خارجی منعقد می شود.
- ۳- بررسی و زمینه سازی برای سرمایه گذاری شرکت خارجی در ایران .
- ۴- همکاری با شرکت های فنی و مهندسی ایرانی برای انجام کار در کشورهای ثالث.
- ۵- افزایش صادرات غیر نفتی اسلامی ایران.
- ۶- ارایه خدمات فنی و مهندسی و انتقال دانش فنی و فناوری.
- ۷- انجام فعالیت هایی که مجوز آن توسط دستگاه های دولتی که به طور قانونی مجاز به صدور مجوز هستند، صادر می گردد. از قبیل ارایه خدمات در زمینه های حمل و نقل، بیمه و بازرسی کالا، بانکی، بازاریابی و غیره .



۲- مبنای فقهی اصل ۸۱ قانون اساسی

به نظر می رسد که باید مبنای فقهی اصل ۸۱ را "قاعده نفی سبیل" دانست. از نظر اسلام، استقلال دولت و ملت مسلمان عبارت است از عدم سلطه و حاکمیت کفار بر مسلمانان. بر اساس قاعده معروف فقهی نفی سبیل، کافر هیچ نوع ولایت و سلطنت در عرصه های مختلف زندگی اعم از سیاسی، فرهنگی، اقتصادی و ... بر مسلمانان ندارد (جمعی از پژوهشگران، ۱۳۸۴، ص ۴۵۱). آیه ۱۴۱ سوره نساء: "... و لن يجعل الله للکافرین علی المومنین سیلاً" مستند فقیهان در قاعده نفی سبیل است که در همه ابواب فقهی اعم از عبادات، معاملات و احکام جاری است که به موجب آن هر پیمان و قراردادی و هر چیزی که سبب علو کافر بر مسلم شود، منفی است.

اگر چه اسلام، با سلطه پذیری و نفی استقلال مبارزه می کند ولی از طرفی هم بر تفاهم بین ملت ها تاکید دارد. آیه ۲ سوره مائده در این زمینه بیان می دارد: "و تعاونوا علی البر و التقوی و لاتعاونوا علی الاثم و العداون" (بر نیکی و تقوا همکاری و همیاری نمایید و بر محور گناه و تجاوز تعاون و مشارکت ننمایید). اصولاً زندگی اجتماعی و نظام بین المللی بدون همکاری و تعاون چگونه می تواند جامعه عمل به خود ببوشاند. مسائل مختلف بشری که از جمله مهم ترین آن ها مسائل اقتصادی، آن قدر به هم مرتبط و آمیخته است که به اقدام مشترک نیاز مبرم دارد (زنجانی، ۱۳۷۹، ص ۴۵۷). پایه های این تعاون و همکاری را می توان با انعقاد قراردادهای سرمایه گذاری محکم کرد.

۳- مبنای قانونی و حقوقی اصل ۸۱ قانون اساسی

از منظر قانون اساسی، تامین "استقلال سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی" از اهداف نظام جمهوری اسلامی است.^۱ از همین رو سیاست خارجی جمهوری اسلامی ایران نیز بر اساس نفی سلطه بیگانگان و حفظ استقلال همه جانبه و تمامیت ارضی کشور استوار شده است.^۲ بر این اساس هر گونه قراردادی که موجب سلطه بیگانگان بر منابع طبیعی و اقتصادی، فرهنگ، ارتش و دیگر شئون کشور گردد، ممنوع است.^۳ در کنار این مهم، سیاست خارجی حکومت اسلامی در رابطه با سایر دولت ها، جدای از روابط برادرانه و متعهدانه با سایر دولت های مسلمان،^۴ بر اصل برقراری روابط عادلانه و برابر با کشورهای غیرمسلمان بر اساس احترام متقابل و بدون اندیشه جنگ و تهدیدزایی برای امت اسلامی و نفی هرگونه سلطه جویی و سلطه پذیری، استوار و محکم شده است. بر همین اساس و در جهت تضمین این امر و به منظور طرد کامل استعمار و جلوگیری از نفوذ اجانب،^۵ نفی هرگونه ستم گری و ستم کشی و سلطه گری و سلطه پذیری^۶ و جلوگیری از

۱. ذیل اصل ۲ قانون اساسی

۲. اصل ۱۵۲ قانون اساسی

۳. اصل ۱۵۳ قانون اساسی

۴. اصل ۱۱ قانون اساسی

۵. بند ۵ اصل ۳ قانون اساسی

۶. قسمت سوم بند ۶ اصل ۲ قانون اساسی



سلطه اقتصادی بیگانگان،^۱ قانون گذار اساسی در اصل ۸۱، حکم به ممنوعیت مطلق اعطای امتیاز تشکیل شرکت ها و موسسات در امور تجاری و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجیان داده است.

مبنای دیگری که به نظر می رسد، منع انحصار است. با توجه به تفسیری که حقوقدانان از معنای اعطای امتیاز می کنند، امتیاز همراه با انحصار را ممنوع می دانند، بنابراین باید فلسفه اصل ۸۱ را منع انحصار دانست. انحصار، وضعیتی در بازار که سهم یک یا چند بنگاه یا شرکت تولید کننده، خریدار و فروشنده از عرضه و تقاضای بازار به میزانی باشد که قدرت تعیین قیمت و یا مقدار را در بازار داشته باشد، یا ورود بنگاههای جدید به بازار یا خروج از آن با محدودیت مواجه باشد.^۲ در قانون اساسی هم از ممنوعیت انحصار سخن گفته (بند ۶ اصل ۳: محو هر گونه ... انحصارطلبی) ولی در اصل ۴۴، عملاً به سبب تجویز انحصارات و ممنوعیت ورود بخش خصوصی در برخی بازارها، مانع رقابتی شدن اقتصاد و در نتیجه کاهش بهره وری و رفاه مصرف کننده شده اس (علاء الدینی، ۱۳۹۵، ص ۱۲۰) و از طرفی چون که یکی از اهداف خصوصی سازی، افزایش رقابت است (توسلی، ۱۳۷۳، ص ۲۰۶) نایستی در راستای اجرای سیاست های کلی اصل ۴۴، این انحصار فعلی دولت، در انحصار بخش خصوصی که خارجیان هم مشمول آن می شوند، قرار گیرد.

در نتیجه در تفسیر اصل ۸۱ قانون اساسی می توان گفت که اگر اعطای امتیاز به خارجیان به صورت انحصاری یا حالتی که موجب انحصار گردد که همراه با سلطه خارجی در بخش های مزبور بشود، اعطای امتیاز ممنوع خواهد بود. همانطور که قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی به آن اشاره می کند که منظور از امتیاز، حقوق ویژه ای است که سرمایه گذاران خارجی را در موقعیت انحصاری قرار دهد (بند ج) ماده ۲). با این وجود اعطای امتیاز به تنهایی ممنوعیتی نخواهد داشت ولی اگر این امر موجب سلطه و انحصار خارجی گردد، مجاز نیست.

۴- منظور از "امتیاز" در اصل ۸۱

مطابق اصل ۸۱ قانون اساسی: "دادن امتیاز تشکیل شرکت ها و موسسات در امور تجاری و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجیان مطلقاً ممنوع است".

در تحلیل این اصل، باید گفت که اجرای امور عمومی کلاً در اختیار دولت است که مجموعاً به دو طریق انجام می شود: **الف) تصمیمات یک جانبه** که این گونه اعمال را اصطلاحاً "عمل حاکمیتی"^۳ می گویند. **ب) قراردادهای اداری** که اصطلاحاً "عمل تصدی" نام دارند (هاشمی، ۱۳۹۴، ص ۲۰۰).

قراردادهای اداری دولت به دو صورت منعقد می شود: **۱) قرارداد مقاطعه (پیمانکاری)**. در مقاطعه کاری برای شخصیت مقاطعه کار، هیچ امتیاز خاصی در نظر گرفته نمی شود و آنان صرفاً از طریق رقابت و شرکت در مزایده و

^۱ بند ۸ اصل ۴۳ قانون اساسی

^۲ بند ۱۲ ماده ۱ قانون اصلاح مواد از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران و اجراء سیاستهای کلی اصل چهل و چهارم (۴۴) قانون اساسی مصوب ۱۳۸۷.

^۳ قانون گذار در ماده ۸ قانون مدیریت خدمات کشوری مصوب ۱۳۸۶ در تعریف امور حاکمیتی و مصادیق آن اشعار می دارد: "امور حاکمیتی: آن دسته از اموری است که تحقق آن موجب اقتدار و حاکمیت کشور است و منافع آن بدون محدودیت شامل همه اقشار جامعه گردیده و بهره مندی از این نوع خدمات موجب محدودیت برای استفاده دیگران نمی شود.



مناقصه طرف معامله دولت قرار می گیرند. (۲) **قرارداد امتیاز** قراردادی است که به موجب آن دولت، اداره یک خدمت عمومی و یا بهره برداری از منبع درآمد عمومی را به شخص حقیقی یا حقوقی واگذار می کند که دولت را از این جهت "امتیاز دهنده" و طرف معامله را "صاحب امتیاز" گویند. امتیاز در قراردادهای مذکور به معنای اعطای مزیت خاص به طرف قرارداد می باشد. این امتیاز وضع انحصاری به خود می گیرد و دارنده امتیاز برای سالیان دراز یک تاز بلامنازع تصدی امر و بهره برداری از منبع مورد نظر است.

با توجه به مراتب مذکور، در تفسیر اصل ۸۱ قانون اساسی، ممنوعیت مطلق صرفاً متوجه "دادن امتیاز" در معنای حقیقی کلمه است، بدین معنی که تشکیل شرکت ها و موسسات در امور تجاری و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات، فقط از طریق اعطای امتیاز (و انحصار)^۱ باید ممنوع باشد.

به نظر می رسد برای "امتیاز" می توان قائل به دو مشخصه اصلی شد که این دو مشخصه، وجه تمایز امتیاز از سایر قراردادهای دولتی است: الف) اولین مشخصه اساسی امتیاز آن است که امتیاز صرفاً ناظر بر حوزه و بخش عمومی است و این مشخصه به این معناست که تنها اموری که دارای جنبه عمومی بوده و یکی از وظایف ذاتی دولت محسوب می شود و دولت از طریق اعمال حاکمیت، آن ها را بر عهده دارد، قابل واگذاری از طریق امتیاز است و از این رو به این امور "امتیاز امور عمومی" اطلاق می شود (اشکبوس، ۱۳۹۶، ص ۲۴) چرا که در حوزه خصوصی انحصاری نیست. همچنین با بررسی سابقه این اصل می توان گفت که قانونگذار منظورش به عدم واگذاری تشکیل شرکت ها توسط خارجیان در بخش عمومی است (امام، ۱۳۷۳، ص ۷۹). اما نکته ای که وجود دارد آن است که اقتصاد کشور مطابق اصل ۴۴ قانون اساسی به سه بخش دولتی، تعاونی و خصوصی تقسیم شده است و ضوابط و شرایط بخش های اقتصادی هم تعیین شده است. مالکیت در هر کدام از سه بخش: دولتی، تعاونی و خصوصی، به دلیل داشتن زیربنای اقتصاد اسلامی، دارای ضوابط و قلمرو و شرایط خاصی است که قانون اساسی تعیین آن ها را به قانون عادی موکول نموده است. قانون اساسی شرایط عمومی مالکیت در این سه بخش را به ترتیب زیر بیان نموده است و تا جایی که این شرایط ملحوظ گردد، آن را مورد حمایت قانون جمهوری اسلامی دانسته است: (زنجان، ۱۳۷۹، ص ۵۴۶: ۱) مطابقت با سایر اصول و ضوابطی که در قانون اساسی به خصوص در فصل چهارم آن آمده است. (۲) بر اساس موازین اسلام و در محدوده قوانین اقتصادی و ضوابط فقه اسلامی باشد. (۳) در چارچوب رشد و توسعه اقتصادی کشور به طوری که موجب شکوفایی و رشد بیشتر اقتصاد کشور گردد. (۴) به هیچ وجه مایه زیان جامعه در همه ابعاد مادی و معنوی آن نشود.

منظور از بخش تعاونی در این اصل، تنها "مالکیت خصوصی" در بخش تعاونی مدنظر است، به گونه ای که کار و سرمایه افراد در بخش خصوصی با یکدیگر ترکیب می شوند و به صورت گروهی فعالیت می کنند (محقق، ۱۳۸۴، ص ۹۲). در این روش که در حقیقت شاخه ای از بهره برداری خصوصی است، مالکان مشترک، مدیریت و مالکیت را به صورت گروهی اعمال می کنند (فراهانی فرد، ۱۳۸۵، ص ۲۷). همچنین با در نظر گرفتن همه اصول قانون اساسی، چنین

^۱ در قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی ۱۳۸۱، قید انحصار مطرح شده و بیان می دارد که منظور از اعطای امتیاز، حقوق ویژه ای است که سرمایه گذار را در موقعیت انحصاری قرار دهد (بند ج ماده ۲).



حاصل می شود که مراد قانونگذار از دادن مالکیت یا در اختیار قراردادن اموال عمومی و انفال و غیره به دولت، اعمال حاکمیت، نظارت و مدیریت در کلان امور است، نه این که دولت موظف است از اول تا آخر و در تمام مراحل امور اجرایی، تصدی آن را شخصاً و مباشرتاً بر عهده گیرد و به دیگری واگذار نکند (ابوالحسنی هستیانی، ۱۳۸۰، ص ۱۵۷). مکمل بودن بخش خصوصی و حرکت آن در محدوده تعیین شده از سوی دولت، مغایرت تام با بخش خصوصی سرمایه داری و عملکرد آن در ایران دارد که در طول چند دهه غلبه سرمایه داری، همواره دولت کارگزار و در خدمت آن بوده است. بنابراین، وجود بخش خصوصی در صورتی در الگوی توسعه مبتنی بر نظام جمهوری اسلامی امکان پذیر است که عملکرد این بخش، سرمایه داری به معنای "جست و جوی سود به هر طریق ممکن و در هر شرایطی" نباشد (خلیلیان اشکذری، ۱۳۸۰، ص ۴۱).

امروزه برای اغلب کشورها با هر مسلک و مرامی، اثبات شده است که هر کشوری سهم بیشتری در اقتصاد بین المللی دارد، توسعه یافته تر است (کنعانی، ۱۳۷۸، ص ۲۱۱). اقتصاددانان و سیاستمداران به این نتیجه رسیده اند که بهترین راه رشد و توسعه اقتصادی و شکوفایی اقتصاد ملی، ایجاد امنیت سرمایه گذاری و احترام به مالکیت خصوصی و گسترش هر چه بیشتر رقابت اقتصادی است (دادگر، ۱۳۹۰، ص ۵۰۴). جذب سرمایه های خارجی و داخلی، تشویق مردم به سرمایه گذاری در زمینه های مفید و مورد نیاز جامعه، ایجاد انگیزه و رقابت پذیری در واحدهای اقتصادی همه و همه، در گرو ایجاد بخش خصوصی فعال و قدرتمند است (کنعانی، ۱۳۷۸، ص ۲۱۲). در همین راستا، با مراجعه به کلیات و سایر اصول قانون اساسی، این نتیجه حاصل می شود که اعطای انحصار به هر شخص حقیقی و حقوقی، چه داخلی و خارجی و چه دولتی و غیردولتی، ممنوع است. بند ۶ اصل ۳ قانون اساسی "محو هر گونه ... انحصار طلبی" را از وظایف دولت دانسته است. همچنین بند ۵ اصل ۴۳ "منع ... انحصار" را از ضوابط اقتصادی جمهوری اسلامی ایران قلمداد نموده است. البته در این خصوص به نظر می رسد با توجه به مطالب پیش گفته و نیز با عنایت به این که قانون اساسی در بند ۲ اصل ۴۳، از این که دولت به صورت یک کارفرمای بزرگ درآمد، پرهیز داده است، دولت نیز نمی تواند برای خودش ایجاد انحصار نماید. اصل ۴۳ در این خصوص مقرر داشته است: "برای تأمین استقلال اقتصادی جامعه و ریشه کن کردن فقر و محرومیت و برآوردن نیازهای انسان در جریان رشد، با حفظ آزادی او، اقتصاد جمهوری اسلامی ایران بر اساس ضوابط زیر استوار می شود: ... ۲- تأمین شرایط و امکانات کار برای همه به منظور رسیدن به اشتغال کامل و قرار دادن وسایل کار در اختیار همه کسانی که قادر به کارند، ولی وسایل کار ندارند، در شکل تعاونی، از راه وام بدون بهره یا هر راه مشنوع دیگر که نه به تمرکز و تداول ثروت در دست افراد و گروه های خاص منتهی شود و نه دولت را به صورت یک کارفرمای بزرگ مطلق درآورد". بنابراین به نظر می رسد این انحصار دولت علی الخصوص در فعالیت های صدر اصل ۴۴ و با توجه به وضعیت اقتصادی نابسامان فعلی کشور، مالکیت عمومی دولت یا بهتر بگوییم مالکیت اختصاصی دولت، خلاف صریح قانون اساسی است.



نتیجه این که اگر منظور از اعطای امتیاز در امور عمومی باشد و از طرفی در راستای سیاست های اصل ۴۴ که مالکیت عمومی را در جهت مالکیت خصوصی سوق می دهد، چگونه می توان گفت که تنها اعطای امتیاز در حوزه عمومی است؟ مگر نه این که در راستای اصل ۴۴، باید مالکیت، خصوصی گردد ولی آیا باز هم امکان " دادن امتیاز تشکیل شرکت ها و موسسات ... به خارجیان مطلقاً ممنوع خواهد بود؟ گذر از آثار منفی مالکیت دولتی که نتیجه آن، مدیریت ناکارآمد دولت بر منابع می باشد، در اقتصاد، تحت عنوان "خصوصی سازی (Privatization)" که لازمه آن تغییر مالکیت می باشد (مشیری، ۱۳۸۹، ص ۱۴۶) بررسی شده است. خصوصی سازی مستلزم ایجاد نظام مالکیت خصوصی و فراگیر و مطمئن و قابل واگذاری است. سیاست گذاران اقتصادی برای پرهیز از عوارض اجتماعی مالکیت ستیزی، کلمه "امنیت سرمایه گذاری" را به کار می برند (آخوندی، ۱۳۸۲، ص ۱۷) اگر منع انحصار تنها در حوزه عمومی باشد، دیگر در راستای بندهای پایانی اصل ۴۴ و سیاست های کلی اصل ۴۴ که به تصویب مجلس رسیده است، اصل ۸۱ مفهوم خود را از دست خواهد داد و هیچ گونه ثمره عملی نخواهد داشت، ولی اگر ممنوعیت انحصار را هم در حوزه امور عمومی (که مالکیت آن در حال حاضر به صورت انحصاری در دست دولت است) و هم در حوزه امور خصوصی در نظر بگیریم، باز هم فرقی به حال امتیاز تشکیل شرکت ها و موسسات توسط خارجیان نخواهد داشت و در هر صورت، خارجیان از امتیاز تشکیل شرکت ها و موسسات ممنوع هستند. بنابراین باید گفت که اصل ۸۱ به آن دسته از امتیازاتی اشاره دارد که در محدوده اعمال حاکمیت عمومی باشد که حتی قابل واگذاری به بخش خصوصی داخلی هم نیست.

ب) دومین مشخصه امتیاز که آن را از سایر معاملات و قراردادهای دولتی متمایز می کند، انحصار برای امتیاز گیرنده در این خصوص است. به عبارت دیگر، امتیاز معمولاً همراه با انحصار است و هیچ نهاد و یا هیچ کشوری به صورت غیرانحصاری امتیاز را قبول نمی کند و از سوی دیگر نیز دولت یک امتیاز خاص را با مزیت انحصار به امتیاز گیرنده اعطا نمی نماید. بر این اساس می توان گفت که منظور از امتیاز، امتیاز همراه با انحصار است، ولی اگر منظور انحصار باشد یک اشکال پیش می آید و آن مفهوم مخالف اصل ۸۱ است که اعطای هر گونه امتیاز به شرکت ها و موسسات داخلی مجاز خواهد بود. به عبارتی اعطای امتیاز و ایجاد انحصار برای مثال در بخش معدن برای اشخاص داخلی مجاز باشد که این امر مخالف صریح بند ۵ اصل ۴۳ قانون اساسی است که انحصار را منع کرده است.

از طرفی هم اگر منظور از امتیاز را همان "حق" یا "جواز" بگیریم، با مشکل روبرو خواهیم بود. چرا که قانون تشویق و سرمایه گذاری خارجی ۱۳۸۱، صراحتاً سرمایه گذار خارجی را مجاز به اخذ "مجوز" از سازمان سرمایه گذاری و کمک های اقتصادی و فنی ایران دانسته است و سرمایه گذار با این مجوز می تواند در اکثر زمینه ها سرمایه گذاری کند. به عبارتی این تفسیر مضیق مانع از امکان سرمایه گذاری خارجی که در حال حاضر، کشور به آن نیازمند است، می شود. علاوه بر این، اصل ۸۱ قانون اساسی، اعطای امتیاز تشکیل شرکت ها و موسسات در امور تجاری و ... را مطلقاً ممنوع دانسته است. این در حالی است که محدودیت مورد نظر قانون گذار اساسی در خصوص انعقاد هر گونه قرارداد با

۱. رهبر معظم انقلاب اسلامی در تاریخ ۱ خرداد ۱۳۸۴ با ابلاغ سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران بر ناکارآمدی اقتصاد مبتنی بر مالکیت دولتی، صحه گذاشته و جریان اقتصادی کشور را به سمت خصوصی سازی که لازمه آن تبدیل مالکیت دولتی به خصوصی است، سوق داده اند.



خارجیان طبق اصل ۱۵۳ قانون اساسی^۱، مشروط است و ممنوعیت مذکور تا زمانی است، که موجب سلطه بیگانگان بر منابع طبیعی و اقتصادی، فرهنگ، ارتش و دیگر شئون کشور گردد. به عبارتی اصل ۱۵۳ معطوف به نتیجه است و در صورتی که انعقاد قرارداد موجب سلطه بیگانگان بر منابع گردد، ممنوع خواهد بود و در نتیجه نیاز به احراز سلطه در خصوص انعقاد قراردادهای بین المللی وجود دارد. اما در اصل ۸۱، فارغ از نتیجه، ماهیت عمل اعطای امتیاز به خارجیان موجب سلطه در نظر گرفته شده و ممنوع اعلام شده است. در نتیجه در تفسیر اصل ۸۱، علاوه بر این که اعطای امتیاز را باید به معنای امتیاز همراه با انحصار دانست، این قید را باید در نظر داشت که ایجاد انحصار، موجب سلطه بیگانه بر کشور هم بشود و امتیازی را که موجب سلطه نگردد را مجاز بدانیم.

۵- نظر شورای نگهبان از اصل ۸۱ در پاسخ به نامه شهید رجایی در تاریخ ۱۳۶۰/۲/۲

قبل از انقلاب اسلامی ایران، منعی برای ثبت شرکت های خارجی وجود نداشت و همچنین تفکیکی برای ثبت شرکت خارجی یا ثبت شعبه شرکت خارجی و یا ثبت نمایندگی شرکت خارجی به طور خاص نبود. ولی بعد از انقلاب اسلامی، ثبت شرکت های خارجی و شعب و نمایندگی آن ها بعد بر خلاف اصل ۸۱ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران شناخته شد. به همین جهت نخست وزیر وقت شهید رجایی، طی نامه شماره ۸۳۲۴۰ مورخ ۱۳۶۰/۱/۸ مراتب را از شورای نگهبان سوال نمودند: "... که آیا شرکت های خارجی طرف قرارداد با دستگاه های دولتی ایران که در کشور خود به ثبت رسیده و فعالیت دارند می توانند جهت انجام امور قانونی و فعالیت های خود در حدود قراردادهای منعقد شده با دولت جمهوری اسلامی ایران به ثبت رسیده و فعالیت نمایند یا خیر؟

شورای نگهبان در نظریه مورخ ۱۳۶۰/۲/۲ خود اعلام داشت: «شرکت های خارجی که با دستگاه های دولتی ایران قرارداد قانونی منعقد نموده اند، می توانند جهت انجام امور قانونی و فعالیت های خود در حدود قراردادهای منعقد شده طبق ماده (۳) قانون ثبت شرکت ها^۲ به ثبت شعب خود در ایران مبادرت نمایند و این امر با اصل ۸۱ قانون اساسی مغایرتی ندارد.»

بعد از وصول نظریه شورای نگهبان قانون اساسی شرکت های خارجی که با دستگاه های دولتی ایران وزارتخانه ها و ادارات و شرکت های دولتی دارای قرارداد بودند با رعایت نظر شورای نگهبان در خصوص اصل ۸۱ قانون اساسی و ارائه معرفی دستگاه ذیربط و قرارداد و مدارک ثبت شرکت، ثبت می شدند. با توجه به وضعیت اقتصادی در جهان و اشتیاق شرکت های خارجی به حضور در جمهوری اسلامی ایران، دولت لایحه اجازه ثبت شعبه یا نمایندگی شرکت

۱. اصل ۱۵۳ قانون اساسی: "هر گونه قرارداد که موجب سلطه بیگانه بر منابع طبیعی و اقتصادی، فرهنگ، ارتش و دیگر شئون کشور گردد ممنوع است".
 ۲. ماده ۳ قانون راجع به ثبت شرکت ها مصوب ۱۳۱۰ در این خصوص مقرر داشته است: "... هر شرکت خارجی برای این که بتواند به وسیله شعبه یا نمایندگی به امور تجاری یا صنعتی یا مالی در ایران مبادرت نماید، باید در نسلکت اصلی خود، شرکت قانونی شناخته شده و در اداره ثبت اسناد تهران به ثبت رسیده باشد".



های خارجی را تقدیم مجلس شورای اسلامی نمود و النهایه قانون اجازه ثبت شعبه یا نمایندگی شرکت های خارجی در تاریخ ۱۳۷۶ به تصویب مجلس شورای اسلامی و شورای نگهبان قانون اساسی رسید.

در خصوص نظر تفسیری مذکور اشاره به چند نکته ضروری است:

(۱) به نظر می رسد شورای نگهبان بین دادن امتیاز تشکیل شرکت و ثبت شعبه یا نمایندگی شرکت خارجی تفاوت قائل شده است. بنابراین براساس دیدگاه شورای نگهبان، اعطای امتیاز بدین معناست که از این به بعد نباید امتیاز انحصاری در بخش عمومی به خارجیان در امور تجارتي و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات داده شود، اما اگر شرکت های خارجی تشکیل شده باشند، می توانند نسبت به شعب و نمایندگی های آن شرکت در ایران اقدام کنند. هر چند این امر از ظاهر اصل مزبور به وضوح مشخص است.

(۲) نظر تفسیری شورای نگهبان ناظر به شرکت های خارجی است که دارای قرارداد با دستگاه های دولتی ایران هستند و مطلق شرکت های خارجی را شامل نمی شود. البته برخی حقوق دانان، قانون و معتبر دانستن قراردادهای منعقد شده در نظر مذکور شورای نگهبان را از این باب صحیح دانسته اند که از دیدگاه شورای نگهبان، قراردادهای مذکور، عنوان "امتیاز" نداشته است (هاشمی، ۱۳۹۴، ص ۲۰۲) علاوه بر این اصل ۸۱، هیچ قیدی در مورد این که ثبت شرکت موکول به انعقاد قرارداد با دولت باشد، ندارد و چرا شورای نگهبان این قید را مطرح نموده، معلوم نیست (امام، ۱۳۷۳، ص ۹۵). البته در پاسخ به سوال نخست وزیر بوده که شورای نگهبان هم بدون این که به اصل مزبور توجه داشته باشد، قید انعقاد قرارداد با دولت را و از طرفی تنها ثبت شعبه را مجاز دانسته است. به نظر می رسد که شورای نگهبان هم به این موضوع توجه داشته که انعقاد قرارداد با دولت و قائل شدن یک استثنا برای آن، جایگاهی در تفسیر اصل مزبور ندارد، بنابراین آن چه اهمیت دارد همان امتیاز تشکیل شرکت است که منجر به نوعی انحصار برای شرکت خارجی گردد یا به طور خلاصه می توان گفت که حتی امتیاز تشکیل هم منعی ندارد و آن چه ممنوع است، همان اعطای انحصار است. در نتیجه می توان گفت که نه تنها ثبت شعبه، بلکه حتی تشکیل اصل شرکت در ایران هم مانعی نخواهد داشت، مگر آن بخواهد با این روش در زمینه ای برای خود حق انحصاری ایجاد کند.

(۳) از منظر شورای نگهبان بین اصل تشکیل شخصیت حقوقی شرکت خارجی در ایران، با تشکیل شعبه و نمایندگی شرکت مذکور، تفاوت وجود دارد، چرا که از منظر دادرسی اساسی، آن چه مشمول ممنوعیت مطلق مورد اشعار قانونگذار اساسی در اصل ۸۱ قانون اساسی است، ناظر به اعطای امتیاز و تشکیل اصل خود شرکت یا موسسه خارجی در ایران است. لذا اعطای امتیاز یا اجازه تشکیل شعبه یا نمایندگی شرکت خارجی از نگاه شورای نگهبان بلامانع است و مشمول ممنوعیت مطلق حکم اصل ۸۱ قانون اساسی نخواهد بود.

۶- تفاوت اعطای امتیاز تشکیل شرکت یا موسسه به خارجیان با اجازه ثبت بر اساس حکم اصل ۸۱

دادن امتیاز تشکیل شرکت خارجی با دادن امتیاز به شرکت خارجی متفاوت است. دادن امتیاز تشکیل شرکت به خارجیان موضوعی است که باید در حوزه ثبت شرکت ها مورد تفحص قرار داد، لکن مراد و هدف قانونگذار اساسی



آن بوده است که از اعطای امتیاز به شرکت خارجی در امور تجاری، صنعتی، کشاورزی، خدمات و ... پرهیز شود. به نظر می رسد که این شیوه ناصحیح در تنظیم نهایی اصل ۸۱، سبب شده است که حتی شورای نگهبان نیز در برداشت از آن دچار مشکل شده و در برخی از موارد به نتیجه نهایی در تفسیر این اصل نرسد (اشکبوس، ۱۳۹۶، ص ۹)، چرا که اصل ۸۱ مفید این معنی است که آنچه مطابق این اصل منع شده، امتیاز تشکیل شرکت ها و موسسات است نه به ثبت رسیدن آن ها (امام، ۱۳۷۳، ص ۹۲).

در قوانین ایران باید بین ثبت شرکت توسط اشخاص حقیقی خارجی و اشخاص حقوقی خارجی تفاوت قائل شد. ثبت شرکت توسط اشخاص حقیقی خارجی، مشمول ماده ۱ قانون ثبت شرکت ها مصوب ۱۳۱۰، خواهد بود که هر شرکتی که در ایران تشکیل و مرکز اصلی آن در ایران باشد، شرکت ایرانی محسوب می شود، بنابراین این شرکت تشکیل شده، کاملاً ایرانی محسوب می شود. همچنین باید در نظر داشت که در قوانین ایران، تابعیت شرکاء و مدیران شرکت ثبت شده در ایران تأثیری در تابعیت شخصیت حقوقی شرکت ندارد.

اما در خصوص اشخاص حقوقی بیگانه، باید گفت که آن ها، مطابق آیین نامه اجرایی قانون اجازه ثبت شعبه یا نمایندگی شرکت های خارجی مصوب ۱۳۷۸، شرایطشان متفاوت است و تنها می توانند شعبه و نمایندگی در ایران داشته باشند و آن هم در صورتی که در کشور محل ثبت خود، شرکت قانونی شناخته شوند و مشروط به عمل متقابل در کشور متبوع و البته در زمینه های مشخص شده در آیین نامه مذکور (ماده ۱ آیین نامه).

۷- منظور از خارجیان در اصل ۸۱

اتباع به طور کلی به دو دسته اشخاص حقیقی و اشخاص حقوقی تقسیم می شوند (صفایی، ۱۳۸۶، ص ۳۹) و نکته ای که باید به آن توجه داشت آن است که بنابر نظر مشورتی شورای نگهبان که تنها از "شرکت های خارجی که با دستگاه های دولتی ایران قرارداد قانونی منعقد نموده اند" سخن گفته است و به عبارتی ابتدا باید شرکتی در خارج وجود داشته باشد و بعد بخواهد در ایران فعالیت کند و از طرفی گفتیم که دادن امتیاز تشکیل شرکت به معنای اجازه ثبت شرکت نیست، بلکه به معنای منع اعطای امتیاز با انحصار است، در نتیجه اگر یک سرمایه گذار خارجی بخواهد در ایران شرکتی تشکیل بدهد، این امر هیچ مانع قانونی ندارد و همچنین می تواند ۱۰۰ درصد سهام شرکت را هم مالک باشد. علاوه بر این حقوقدانان علت اعطای امتیاز در قالب "شرکت و موسسه" را این امر دانستند که برای انجام موضوع امتیاز، دخالت یک شخص حقوقی تجاری ضروری است (امام، ۱۳۷۳، ص ۱۱۴).

۸- موارد منع انحصار در اصل ۸۱

مطابق اصل ۸۱ قانون اساسی: "دادن امتیاز تشکیل شرکت ها و موسسات در امور تجاری و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجیان مطلقاً ممنوع است". از دو جهت می توان به این قضیه نگاه کرد که امور تجاری و ... جنبه تمثیلی



دارند و نباید آن را حصری دانست، به این دلیل که با توجه به دیگر موارد منع سلطه بیگانگان در کشور، به خصوص قسمت "ج" بند ۶ اصل ۲، بند ۵ اصل ۳، اصل ۹، بند ۸ اصل ۴۳، اصولی ۱۵۲ و ۱۵۳ قانون اساسی که هر گونه سلطه جویی و سلطه پذیری را نفی و انعقاد هر گونه قرارداد که موجب سلطه بیگانه بر منابع طبیعی و اقتصادی، فرهنگ، ارتش و دیگر شئون کشور گردد را ممنوع دانسته است. همچنین اگر هدف از وضع و اساسی سازی اصل ۸۱، آن باشد که از تسلط خارجی بر شئون کشور جلوگیری شود، این سلطه نباید بر هیچ یک از شئون کشور باشد، ولی از طرف دیگر به نظر می رسد که موارد تمثیلی دیگر با شامل مواردی دانست که محدود به بخش عمومی باشد. این نکته را باید در نظر داشت که فعالیت آزاد خارجی با توجه به شرایط مذکور در ذیل اصل ۴۴، در بخش خصوصی بلامانع است. زیرا اصل مذکور بدون اشاره به داخلی یا خارجی بودن بخش خصوصی، آن را شامل آن قسمت از کشاورزی، دامداری، و ... دانسته که مکمل فعالیت های اقتصادی دولتی و تعاونی است. مضاف بر این که بر اساس ذیل این اصل، حمایت قانون از این بخش تا زمانی است که علاوه بر رعایت موارد مذکور، موجب رشد و توسعه اقتصادی کشور گردد و مایه زیان جامعه نشود. در نتیجه اگر در جریان خصوصی سازی، بخش عمومی تبدیل به خصوصی گردد، امکان اعطای امتیاز در زمینه های خصوصی ممکن خواهد بود.

از طرفی دیگر این اصل عقلی پذیرفته شده است که برشمردن موارد معین در یک حکم، به معنی مجزی کردن آن ها از سایر موارد و محدود کردن قلمرو حکم به موارد برشمرده شده باشد (همان، ۱۳۸۳، ص ۸۲) ضمن این که قانونگذار در مقام بیان بوده، سکوت دلیل بر حصری بودن این موارد می باشد.

۹-تسری اصل ۸۱ به فعالیت های شرکت ها و موسسات خارجی

در رابطه با امکان فعالیت شرکت ها و موسسات خارجی، باید گفت که در حال حاضر امکان ثبت شعب و نمایندگی های شرکت های خارجی که طرف قرارداد با دولت ایران نباشند، وجود ندارد و این امر برمی گردد به نامه نخست وزیر وقت از شورای نگهبان که آیا ثبت شرکت های خارجی که با دستگاه های دولتی طرف قرارداد هستند، مجاز می باشد یا خیر؟ دولت مذکور ضمن بیان رویه حاکم، استثنای آن را مورد سوال قرار داده تا مشکل عملی خود را رفع کند و شورای نگهبان نیز در پاسخ ضمن تایید رویه حاکم، استثنای فوق را از محدوده کلی اصل ۸۱ مستثنی می سازد. به عبارتی ثبت شرکت های خارجی که با دولت طرف قرارداد نباشند، مغایر با اصل ۸۱ قانون اساسی است. آیین نامه اجرایی قانون اجازه ثبت شعبه یا نمایندگی شرکت های خارجی مصوب ۱۳۷۸/۱/۱۱، در ماده ۱، بندهای هفت گانه ای را بیان می دارد که مطابق با این نظر شورای نگهبان نیست. طبق نظر شورای نگهبان: "شرکت های خارجی که با دستگاه های دولتی ایران قرارداد قانونی منعقد نموده اند، می توانند جهت انجام امور قانونی و فعالیت های خود در حدود قراردادهای منعقد طبق ماده (۳) قانون ثبت شرکت ها به ثبت شعب خود در ایران مبادرت نمایند ... " که بند ۷ آیین نامه مذکور هم به این مورد اشاره دارد اما سایر بندها بر چه مجوزی تصویب شده اند؟



در پاسخ به این سوال باید به اصل ۸۱ رجوع کرد و محدوده فعالیت امور تجاری و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات را بررسی نمود که این پنج مورد، دقیقاً به چه معناست و به عبارتی ماهیت این پنج مورد شامل چه مواردی می شود؟ برای مثال بند اول ماد ۱ آیین نامه از ارائه خدمات بعد از فروش کالاها یا خدمات شرکت خارجی، صحبت می کند، از طرفی مطابق اصل ۸۱، امتیاز تشکیل شرکت در امور خدماتی به خارجیان مطلقاً ممنوع است، حال چگونه باید بین این دو جمع کرد؟ و یا منظور از امور تجاری و کشاورزی و ... چیست؟ در حال حاضر که کشور، به شدت نیازمند امر سرمایه گذاری در بخش های مختلف است، چگونه باید معیار و محدوده ی امور مذکور را مشخص کرد؟ به نظر می رسد که در هر مورد بایستی مفهوم مضیق آن ها را مورد توجه قرار داد تا این که فرصت سرمایه گذاری بیشتر در کشور فراهم گردد.



نتیجه

سرمایه گذاری خارجی موجب رشد و توسعه همه جانبه کشور می گردد و نیاز به حمایت دارد. با ساز و کارهای حمایت قانونی می تواند اعتماد سرمایه گذار را جلب کرد و حقوق وی را تضمین نمود. اصل ۸۱ قانون اساسی با این بیان که دادن امتیاز تشکیل شرکت ها و موسسات در امور تجاری و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجیان مطلقاً ممنوع است، مانع بزرگی در سر راه سرمایه گذاران خارجی محسوب می شود. با توجه به سایر اصول قانون اساسی می توان گفت که مبنای این اصل جلوگیری از سطله بیگانه بر اقتصاد و فرهنگ و دیگر شئون جامعه می باشد و به همین منظور، اگر دادن امتیاز به خارجیان موجب سلطه بر کشور گردد و از طرفی هم باعث شود که بیگانگان در زمینه های مطرح شده در اصل مذکور، به صورت انحصاری بتوانند در کشور فعالیت کنند، باید از دادن امتیاز جلوگیری کرد. با این وجود در راستای انجام سرمایه گذاری خارجی که اهمیت و ثمرات آن برای کشور به موجب تحقیقات، به اثبات رسیده است، لزوم نرمش قانونگذار اساسی در برخورد با انجام سرمایه گذاری خارجی در بخش های مختلف کشور ضروری است.

منابع

کتاب

۱. آخوندی، عباس، **مبانی نظری خصوصی سازی**، انتشارات پیشبرد، تهران، ۱۳۸۲.
۲. امام، فرهاد، **حقوق سرمایه گذاری خارجی در ایران**، چاپ اول، نشر یلدا، تهران، ۱۳۷۳.
۳. اسکینی، ربیعا، **حقوق تجارت شرکت های تجاری**، جلد اول، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۸۸.
۴. پیلوار، رحیم، اکبری آرائی، منصور، **حقوق حاکم بر تملک اراضی و املاک توسط اتباع خارجی**، چاپ اول، شرکت سهامی انتشار، تهران، ۱۳۹۵.
۵. جمعی از پژوهشگران زیر نظر شاهرودی، سید محمود هاشمی، **فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل البیت عیبهم السلام**، جلد ۱، چاپ اول، موسسه دایره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم، ۱۳۸۴.
۶. زنجانی، عباس علی عمید، **فقه سیاسی**، جلد ۳، چاپ چهارم، انتشارات امیر کبیر، تهران، ۱۳۷۹.
۷. شاپیرا، ژان، **حقوق بین الملل بازرگانی**، ترجمه ربیعا اسکینی، انتشارات و آموزش انقلاب اسلامی، ۱۳۷۱.
۸. شیروی، عبدالحسین، **حقوق تجارت بین الملل**، چاپ چهارم، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۹۱.
۹. صفایی، سید حسین و قاسمی، سید مرتضی، **اشخاص و محجورین**، چاپ سیزدهم، انتشارات سمت، تهران، ۱۳۸۶.
۱۰. کنعانی، محمد طاهر، **تملك اموال عمومی و مباحات**، چاپ اول، انتشارات میزان، تهران، ۱۳۷۸.
۱۱. هاشمی، سید محمد، **حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران**، تهران، جلد ۲، چاپ ۲۶، نشر میزان، ۱۳۹۴.



۱۲. ابوالحسنی هستیانی، اصغر، بررسی اصول (اقتصادی) قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران از دیدگاه تعادل و عدم تعادل اقتصادی، فصلنامه خلیلیان اشکذری، محمد جواد، اصول قانون اساسی با نگاهی به توسعه پایدار، مجله معرفت، شماره ۴۱، صص ۳۳-۴۶، ۱۳۸۰.
۱۳. توسلی، محمود، خصوصی سازی یا ترکیب مطلوب دولت و بازار، چاپ اول، موسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی، ۱۳۷۳.
۱۴. خزاعی، حسین، سرمایه گذاری خارجی در ایران و اصل ۸۱ قانون اساسی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۲۰۴، صفحات ۹۷ تا ۱۱۶، ۱۳۷۱.
۱۵. خطیب، محمد علی، بررسی نقش سرمایه گذاری خارجی در انتقال مدیریت و فناوری پیشرفته جهت تامین اهداف صادراتی برنامه سوم، پژوهشنامه اقتصادی، شماره ۷، صص ۱۴۵-۱۶۴، ۱۳۸۱.
۱۶. دادگر، یداله و بزنگانی، هاشم، جایگاه حقوق مالکیت در استحکام نظام اقتصادی، تحقیقات حقوقی، دوره ۱۴، شماره ۱۴۶، صص ۴۷۳-۵۲۴، ۱۳۹۰.
۱۷. علیزاده، محمد، اثر متقابل سرمایه گذاری مستقیم خارجی و رشد اقتصادی در کشورهای عضو D8 (مدل معادلات همزمان)، فصلنامه سیاست های مال و اقتصادی، سال دوم، شماره ۶، صفحات ۸۷-۱۰۴، ۱۳۹۳.
۱۸. علاء الدینی، امیرعباس، شیری، مهرزاد، قواعد حقوق رقابت در ایران و تحولات آن در پرتو سیاست های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، فصلنامه قضاوت، شماره ۸۷، صص ۱۱۹ الی ۱۴۸، ۱۳۹۵.
۱۹. فراهانی فرد، سعید، بهره برداری از منابع طبیعی در نظام اقتصادی اسلام، اقتصاد اسلامی، سال ششم، صص ۱۳ الی ۴۳، ۱۳۸۵.
۲۰. لشگری، زهرا و همکاران، مطالعه تطبیقی جذب سرمایه گذاری خارجی در تقویت بازرای سرمایه کشورهای منتخب، فصلنامه علوم اقتصادی، سال ششم، شماره هجدهم، صص ۲۹-۵۱، ص ۳۰، ۱۳۹۱.
۲۱. محقق، محمد جواد، نظام اقتصادی از منظر قانون اساسی جمهوری اسلامی، خانه معرفت، شماره ۸۹، صص ۹۰-۱۰۴، ۱۳۸۴.
۲۲. مشیری، سعید، خصوصی سازی و رشد اقتصادی یک مطالعه بین کشوری، مجله تحقیقات اقتصادی، شماره ۹۰، ۱۳۸۹.



پایان نامه

۲۳. اکبری آرائی، منصور، تحلیل حقوقی تملک زمین توسط خارجیان در ایران همراه، با مطالعه تطبیقی در حقوق ایالت اوهایو آمریکا، پایان نامه ارشد، دانشگاه تهران، پردیس فارابی، ۱۳۹۴.
۲۴. اشکبوس، حمزه، سلسله جلسات بازخوانی مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی سال ۱۳۵۸، بررسی اصل ۸۱ شماره مسلسل ۱۳۹۶۰۰۲۳، ۱۳۹۶/۴/۲۶.
۲۵. استفساریه شماره ۲۱۶۲ مورخ ۱۳۶۵/۷/۶ شورای نگهبان

**Book**

26. Kjos, Hego Elisabeth, *Applicable Law in Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2013.
27. Sanjaya Lall, Rajneesh Narula, **Understanding FDI-Assisted Economic Development**, Routledge, USA, New York, 2006.

Article

28. I Susic, M Stojanovic- Trivanovic and M Suic, **Foreign Direct investments and their impact on the economic development of Bosnia and Herzegovina**, IOP Conference Series: Materials Science and Engineering, 2016.