

تجارت خدمات در حقوق ایران و موافقت نامه عمومی تجارت خدمات GATS

صمصام کاظمی^{۱*}. اسداله ایزدخواه^۲

گروه حقوق، واحد بهبهان، دانشگاه آزاد اسلامی، بهبهان، ایران

(* صمصام کاظمی: samsamkazemi26111370@gmail.com)

چکیده

تجارت خدمات مفهوم نسبتاً تازه ای در تجارت است که از زمان انعقاد موافقت نامه عمومی تجارت خدمات در جریان مذاکرات تشکیل سازمان جهانی تجارت مورد توجه جدی کشورها قرار گرفت. موافقت نامه عمومی تجارت خدمات که یکی از موافقت نامه های اصلی منضم به موافقت نامه تشکیل سازمان جهانی تجارت به شمار می رود، به موضوع تجارت خدمات پرداخته است. خدمات دارای خصوصیتی است که آن را از کالا متمایز می کند. مهم ترین خصوصیات خدمات، غیر ملموس و نامحسوس بودن، غیر قابل انبار کردن و همزمانی تولید و مصرف است که البته این خصوصیات تا حدی نسبی هستند. موافقت نامه تجارت خدمات، خدمات را به 12 بخش (شامل: خدمات مالی، خدمات اجتماعی و بهداشتی، خدمات حمل و نقل، خدمات گردشگری، خدمات ارتباطات، خدمات فرهنگی، تفریحی و ورزشی، خدمات زیست محیطی، خدمات توزیع، خدمات فنی و مهندسی، خدمات بازرگانی و خدمات آموزشی) و 155 زیر بخش تقسیم کرده است که به 4 شیوه عرضه می شود. از آنجا که بخش 12 خدمات با عنوان "سایر خدمات" که در هیچ کجا از آن ها نام برده نشده است؛ حاوی هیچ توضیح و نیز هیچ زیر بخشی نمی باشد. این موافقت نامه حاوی تعهدات عام و خاصی است که اعضای سازمان جهانی تجارت ملزم به رعایت آن هستند. تعهدات عام به محض عضویت یک کشور در سازمان جهانی تجارت باید از سوی آن کشور رعایت شوند. مهم ترین تعهدات عام، تعهد به رفتار دولت کامله الوداد و شفافیت است. تعهدات خاص، شامل سه تعهد دسترسی به بازار، رفتار ملی و تعهدات اضافی در جداول ملی اعضاء درج می شود. در قانون ایران، قانون مصوبی در خصوص تجارت خدمات وجود ندارد. در برخی مقررات داخلی ایران مثل مقررات حمل و نقل و اصول 81 و 82 قانون اساسی، تعارضاتی با مقررات گاتس وجود دارد که نیازمند اصلاح می باشد.

واژه های کلیدی: تجارت خدمات - موافقت نامه عمومی تجارت خدمات - حقوق ایران

1- مقدمه

تا پیش از دهه 1970 میلادی، مفهومی به نام تجارت خدمات در روابط تجاری شناخته شده نبود. در سال 1982 امریکا برای اولین بار موضوع تجارت خدمات را در دستور کار مذاکرات موافقت نامه عمومی تعرفه و تجارت (گات) قرار داد. کشورهای توسعه یافته ای همچون انگلستان به دلیل دارا بودن سیستم بانکی گسترده، با قرار دادن تجارت خدمات در مذاکرات موافقت کردند [1]. پس مذاکرات سازمان جهانی تجارت نهایتاً در سال 1986، موافقت نامه عمومی تجارت خدمات، شامل 12 بخش و

(1) و (2) گروه حقوق، واحد بهبهان، دانشگاه آزاد اسلامی، بهبهان، ایران

155 زیر بخش مورد تصویب قرار گرفت. کشورهای متقاضی عضویت در سازمان جهانی تجارت، ملزم به پذیرش این موافقت نامه هستند. پیدایش موافقت نامه عمومی تجارت خدمات پس از گات (1948)، مهم ترین دستاورد نظام چند جانبه تجاری به حساب می آید. این موافقت نامه برای اولین بار قواعد، مقررات و الزامات توافق شده بین المللی نظیر گات را به حوزه عظیم و در حال رشدی از تجارت بین الملل یعنی تجارت خدمات گسترش داد. در حال حاضر بیش از 20 درصد تجارت جهان را تجارت خدمات تشکیل می دهد. بخش مهمی از تجارت بین المللی خدمات از مرزهای ملی نمی گذرد. بر خلاف کالا که ملموس می باشد برخی از خدمات بدون نیاز به جابجایی فیزیکی ارائه می گردد (از جمله خدمات مربوط به استاندارد و آموزش های فنی) و بدون شک این بخش، سهم عمده ای از تجارت بین المللی خدمات را تشکیل می دهد. از آنجایی که سهم عمده ای از تجارت خدمات در درون اقتصاد ملی کشورها صورت می گیرد، الزامات آن بر قوانین و مقررات ملی کشورها همان تأثیری را می گذارد که موافقت نامه گات بر قوانین داخلی کشورها دارد [2].

یکی از مهم ترین ویژگی های خدمات، غیر فیزیکی بودن آن است؛ به این مفهوم که خروجی نهایی واحدهای خدماتی که در اختیار مشتریان قرار می گیرد کاملاً جنبه غیر مادی و غیر فیزیکی دارد یعنی دریافت کننده خدمات نمی تواند خدمات دریافتی را لمس کرده و یا آن را ببیند. فناپذیری خدمات یکی دیگر از ویژگی های خدمات است به این معنا که در خدمات چیزی به نام انبار وجود ندارد و کنترل آن بر اساس تنظیم قوانین و مقررات صورت می گیرد. اگر چه خدمات نوعاً غیر قابل مبادله تلقی می شود؛ ولی در دو دهه اخیر، خدمات به طور گسترده ای، موضوع تجارت قرار گرفته است. در سال های 1970 تجارت خدمات به معنای جدید آن در زمینه خدمات مالی (بیمه و بانکداری)، خدمات آموزشی، حمل و نقل هوایی و ارتباطات از راه دور آغاز شد. این تحولات در کشورهای توسعه یافته شروع و در کشورهای در حال توسعه نیز در حال گسترش است. هدف موافقت نامه عمومی تجارت خدمات، ارتقای سطح زندگی مردم از طریق مناسبات صحیح اقتصادی و تجاری میان کشورهای عضو، افزایش رشد اقتصادی تمام شرکای تجاری و توسعه کشورهای در حال توسعه از طریق گسترش تجارت خدمات است زیرا خدمات نقش عمده ای در رشد تولید ناخالص داخلی کشورها دارد و منبع مهمی برای ایجاد اشتغال است و تجارت خدمات روز به روز با فرآیند جهانی تجارت کالا آمیخته شده و حتی بخش اساسی تجارت بین الملل را تشکیل می دهد. مقررات داخلی و ملی مربوط به فعالیت های خدماتی بسیار فراتر از مقررات مربوط به تجارت کالاهاست؛ بنابراین، این موافقت نامه در صدد است با اجرای اصول و قواعد گات در تجارت خدمات و با اعمال تعدیلات ضروری در آن ها با در نظر گرفتن ویژگی های خاص آن، بدین هدف نائل شود [3].

باید افزود که هدف اصلی گاتس¹ تشویق و ارتقاء آزادسازی تدریجی تجارت خدمات به منظور نیل به رشد اقتصادی همه کشورها و توسعه کشورهای در حال توسعه است. بنابراین گاتس برای آن که هر کشور بتواند اهداف سیاست های ملی خود را طبق اولویت های خود پیگیری نماید، اختیارات بسیاری را به آن ها اعطاء می کند. گاتس از سه بخش اساسی تشکیل شده است:

- مفاهیم کلی: اصول و قواعدی که بر اقدامات مؤثر بر تجارت خدمات اعمال می شود (شامل: اصل رفتار کامله الوداد و اصل رفتار ملی)، که در چارچوب متن موافقت نامه مطرح گردیده اند.

- تعهدات خاص: فهرستی از بخش هایی از بازار خدمات که هر کشور عضو سازمان تجارت جهانی تعهد می نماید آن را در اختیار عرضه کنندگان خدمات خارجی قرار دهد؛ در واقع موافقت نامه به اعضاء این امکان را می دهد تا طی جدول تعهدات خاص آن بخش از بازارهای خدمات خود را که قادر به آزادسازی آن هستند به سایر اعضاء معرفی نمایند. سند مربوط به تعهدات خاص، جزء لاینفک موافقت نامه خواهد بود.

1. GATS

- ضمايم موافقت نامه: اصول و قواعدی که برای برخی از بخش های خاص خدماتی معین شده اند. البته، به منظور تعیین حوزه دقیق تعهدات حقوقی که هر یک از اعضا دارند، ضرورت دارد همه اجزاء با همدیگر مطالعه شوند [4].

تجارت خدمات معمولاً فعالیتی کاربردی است و بعضی اشکال آن مستلزم حضور فیزیکی کشور ارائه کننده خدمات در کشور دریافت کننده است اما عملاً بازار کشور ما در مقایسه با سایر بازارها با بیشترین موانع قانونی و نهادی و رفتاری روبروست و جریان های جابجایی نیروی کار که در رفع مشکلات مقطعی اقتصادهای دارای نیروی کار مازاد می تواند کمک کند، در کشور ما از شفافیت لازم برخوردار نیست. متأسفانه در ایران علی رغم اقدام برای عضویت در سازمان جهانی تجارت و نیاز به هماهنگی میان مقررات داخلی و قواعد گاتس در بسیاری از موارد از جمله سرمایه گذاری خارجی، بیمه و بانکداری و قوانین گمرکی مقررات داخلی با مقررات گاتس مغایر بوده و نیاز به اصلاح دارد [5].

2- موافقت نامه عمومی تجارت خدمات

1-2 مذاکرات دور اوروگوئه و شکل گیری موافقت نامه عمومی تجارت خدمات

تا اواسط دهه 1970 در مطالب اقتصادی عبارت تجارت خدمات به کار نمی رفت و تنها پس از اقداماتی از سوی موافقت نامه عمومی تعرفه و تجارت (GATT) در زمینه انجام مذاکرات چند جانبه در مورد خدمات بود که این عبارت متداول گشت. تا قبل از تدوین گاتس در مذاکرات بین المللی پیرامون جنبه های اقتصادی تجارت خدمات، به خدمات به صورت عامل و غیر عامل استناد می شد، لکن با درک بیش تر موضوع، خدمات عامل از این طبقه بندی حذف شد. تا قبل از سال 1995 هیچ موافقت نامه چند جانبه ای در مورد قواعد تجارت خدمات وجود نداشت. این امر به دلیل عدم آگاهی درباره تجارت خدمات بود. تا این زمان در حیطه اقتصادی، خدمات، غیر قابل تجارت و حتی در زمره فعالیت های اقتصادی غیر مولد تلقی می گردید، لذا بر مبنای اعتقاد به اینکه بخش خدمات ارزش سیاست گذاری ندارد، مطالعات دانشگاهی بر الگوهای اشتغال در خدمات و یا خدمات به عنوان حامی صنعت متمرکز و نسبت به نقش صنایع خدماتی در تولید داخلی و درآمدزایی ارزی بی توجه بودند. از سوی دیگر، برنامه های توسعه صادرات دولت ها بر کالا، متمرکز و دستگاه های دولتی با فعالیت های صادرکنندگان خدمات چندان آشنا نبودند. خدمات (به خصوص حمل و نقل، گردشگری و خدمات مالی بین المللی) بخش مهمی از محیط تجاری را تشکیل می دهند، اما سیاست گذاران با این تصور که منشأ عرضه بین المللی خدمات، عمدتاً کشورهای توسعه یافته هستند و تمرکز بر آزادسازی تجارت کالا به طور خودکار منجر به گسترش تجارت خدمات می شود، نسبت به این بخش از تجارت توجه چندانی نشان نمی دادند. شرکت های خدماتی، در نبود موافقت نامه تجاری که به قوانین اصلی در این زمینه شفافیت بخشد، مجبور بودند برای توسعه در سطح بین المللی، خود را با وضعیتی موجود تطبیق داده و علی رغم وجود شرایط غیر قابل پیش بینی و کاملاً تبعیض آمیز به فعالیت ادامه دهند [6].

موضوع آزادسازی تجارت خدمات برای اولین بار در سال 1982 توسط دولت ایالات متحده آمریکا در جریان مبادله نظرات در چارچوب قرارداد عمومی تعرفه و تجارت (GATT) مطرح گردید. نظر دولت ایالات متحده این بود که خدمات نیز در برنامه کار گات در دهه 1980 که به موجب اعلامیه وزیران سال 1982 معین می گردید، گنجانده شود. در حالی که این پیشنهاد با حمایت تعدادی از کشورهای صنعتی از جمله انگلیس روبرو گردید، بعضی از کشورهای در حال توسعه با این استدلال که گات از نظر حقوقی دلیلی برای دخالت در امر خدمات ندارد، با گنجاندن خدمات در برنامه کار گات مخالف بودند. علی رغم نظر کشورهای در حال توسعه، بحث برای گنجاندن خدمات در برنامه ادامه یافت و در سال 1984 طرف های متعاقد گات بر روی مبنایی برای آغاز تبادل نظر و مبادله اطلاعات درباره خدمات موافقت کردند. بین سال های 1984 تا 1986 در چارچوب این مبادله اطلاعات، 17 گزارش و اظهار نظر توسط کشورهای صنعتی بین کشورهای علاقمند توزیع گردید و 13

سازمان بین المللی نیز اسناد و مدارک مربوط به خدمات در سطح جهانی را، در اختیار اعضا گذاشتند. مسائل مطروحه عبارت بود از اینکه تجارت خدمات از چه عناصری تشکیل می شود، تجارت خدمات تا چه حد به امر توسعه اقتصادی مربوط می باشد و نقش شرکت های فرا ملیتی در فعالیت های خدماتی بین المللی چیست. تا تابستان سال 1986 هیچ توافقی در مورد اینکه چه پیشنهادی ارائه شود، حاصل نشد و موضوع خدمات از نظر حوزه پوشش و محتوای دور تازه مذاکرات چند جانبه تجاری، مورد اختلاف بود. کشورهای توسعه یافته با توجه به اینکه جریان خدمات در سطح جهانی روز به روز در فرآیند جهانی کالاها، بیش تر ادغام می شد، می دانستند بخشی اساسی از جریان تجارت بین الملل مربوط به خدمات خواهد بود. به نظر آن ها و با توجه به وضع موجود، اتخاذ یک تصمیم درباره آغاز مذاکره در خصوص ایجاد چارچوب مقرراتی و انضباطی در بخش خدمات، جزئی اجتناب ناپذیر از هر جریان مذاکره با هدف بهبود و تقویت سیستم تجارت جهانی بود. نظر کشورهای در حال توسعه هنوز این بود که تجارت خدمات به سادگی تجارت کالاها نیست و این امر با ملاحظات و اهداف سیاست های ملی کشورها ارتباط نزدیک دارد. مقررات داخلی و ملی مربوط به فعالیت های خدماتی بسیار فراتر و متنوع تر از مقررات مربوط به تجارت کالاها است و هیچ فرض اولیه ای مبنی بر این که اصول و مقررات گات درست به همان سادگی که در مورد کالاها به کار برده می شود، در مورد خدمات نیز کاربرد دارد، در دست نیست. کشورهای در حال توسعه اصرار داشتند که نباید هیچ رابطه ای بین مذاکره درباره کالاها با مذاکره درباره خدمات برقرار گردد و نباید مذاکره در مورد هیچ امتیازی درباره کالاها به مذاکره درباره امتیاز در بخش خدمات، مربوط گردد [7].

3- مقایسه قوانین ایران با مقررات موافقت نامه GATS

3-1- تعارضات قانون اساسی با موافقت نامه عمومی تجارت خدمات

اصل 81 قانون اساسی

اصل 81 قانون اساسی حاوی ممنوعیتی است که ناقض ماده 16 گاتس (دسترسی به بازار) می باشد. به موجب این اصل، دادن امتیاز تشکیل شرکت ها و مؤسسات در امور تجاری و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجیان مطلقاً ممنوع است. اگر چه در حقیقت این اصل به منظور صیانت از منابع و ثروت های داخلی از استعمار و استثمار توسط بیگانگان، تدوین گردیده اما به مرور زمان به مانعی بر سر راه سرمایه گذاری مستقیم خارجی و بهره مندی از مزایای آن تبدیل شده است. بند ج ماده 2 قانون حمایت و تشویق سرمایه گذاری خارجی مصوب 1381 (شرایط عمومی پذیرش سرمایه خارجی)، امتیاز را بدین گونه تعریف می نماید: «منظور از امتیاز، حقوق ویژه ای است که سرمایه گذاران خارجی را در موقعیت انحصاری قرار دهد.» ثبت شرکت های خارجی و شعب و نمایندگی آن ها بعد از انقلاب اسلامی بر خلاف اصل 81 قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که می گوید: دادن امتیاز تشکیل شرکت ها و مؤسسات در امور تجاری و صنعتی و کشاورزی و معادن و خدمات به خارجیان مطلقاً ممنوع است، تشخیص داده شد؛ به همین جهت نخست وزیر وقت، شهید رجایی، طی نامه شماره 83240 مورخ 1360/1/8 مراتب را از شورای نگهبان قانون اساسی سؤال نمودند و شورای نگهبان در نظریه مورخ 1360/2/2 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 طبق ماده 3 قانون ثبت شرکت ها به ثبت شعب خود در ایران مبادرت نمایند و این امر با اصل 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 81 قانون اساسی و ارائه معرفی نامه دستگاه ذیربط و قرارداد و مدارک ثبت شرکت، ثبت می شدند. به تبع تصویب قانون اجازه ثبت شعبه یا نمایندگی شرکت های خارجی مصوب 1376/8/21، آیین نامه اجرایی این قانون تحت شماره

78-930 / م/ت 19776 هـ مورخ 1378/2/13 به تصویب هیأت وزیران رسید. بر اساس ماده 1 آیین نامه، شرکت هایی که در کشور متبوع خود تشکیل شده و دارای شخصیت حقوقی ثبت شده هستند، می توانند برای فعالیت در ایران در زمینه هایی که ذکر خواهد شد بر اساس قوانین و مقررات مربوطه اقدام به ثبت شعبه یا نمایندگی خود نمایند. ثبت شعبه یا نمایندگی شرکت خارجی در ایران مشروط به عمل متقابل کشور متبوع شرکت خارجی می باشد؛ یعنی اگر در کشور متبوع شرکت خارجی، شعب یا نمایندگی های شرکت های ایرانی به ثبت برسند، آن شرکت ها نیز می توانند نسبت به ثبت شعبه یا نمایندگی خود در ایران اقدام نمایند. برخی معتقدند تفسیر منطقی تر این است که بگوییم باید درصد خاصی در سهام رعایت گردد تا امتیاز محقق نشود، چرا که این تفسیر بیانگر این است که اگر میزان سهام خارجی در یک شرکت مشترک 49 درصد یا کمتر از آن باشد، امتیاز محقق نمی شود [8].

اما تفاسیر دیگری نیز وجود دارد که بر مبنای آن تأسیس شرکت اصولاً امتیاز محسوب نمی گردد و قانون تجارت برای تأسیس شرکت تفاوتی میان خارجی و ایرانی قائل نشده است [9]. ذکر این نکته ضروری است که اصولاً قراردادهای اداری دولت بر دو نوع می باشد: 1- قرارداد مقاطعه 2- قرارداد امتیاز. قرارداد امتیاز، قراردادی است که به موجب آن دولت اداره یک خدمت عمومی یا بهره برداری از منبع درآمد عمومی را به شخص حقیقی یا حقوقی واگذار می کند که در مدت معین طبق شرایط معین آن امر را اداره کند یا از آن منبع درآمد به حساب خود بهره برداری نماید و در مقابل مخارج و کار خود، وجوهی را از مصرف کنندگان و یا دولت دریافت کند یا سهمی از منافع دولت را بپردازد [8].

امتیاز مذکور در اصل 81 قانون اساسی را باید «حق انحصاری» تلقی نمود و در این زمینه توجه به وقایع تاریخی پیش از تصویب قانون اساسی چنین برداشتی را موجه می نماید. با توجه به قراردادهایی که قبل از تصویب قانون اساسی با خارجیان منعقد و موجب استیلا و برخورداری از موقعیت برتر نسبت به ایرانیان می گردید، نویسندگان قانون اساسی، با هدف جلوگیری از وقوع شرایطی مبتنی بر قرارداد که استقلال اقتصادی کشور را به مخاطره می اندازد، هر گونه اقدامی که منجر به اعطای حقوق انحصاری به نفع خارجیان گردد را ممنوع ساختند. بنابراین اگر اجازه فعالیت به شرکتی خارجی داده شود اما این اجازه مُخَلِّ امکان فعالیت سایرین نباشد (ضد انحصار)، می توان گفت چنین اجازه ای نباید مشمول ممنوعیت مذکور در اصل 81 شود. در بند ج ماده 2 قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی اینگونه ذکر شده که منظور از امتیاز، حقوق ویژه ای است که سرمایه گذاران خارجی را در موقعیت انحصاری قرار می دهد. در بند ب ماده 4 همین قانون نیز آمده است، درصد مشارکت سرمایه گذاری خارجی در یک بخش از 25 درصد کل تولید در آن بخش و در هر رشته از 35 درصد بیش تر نباشد. به این طریق ابهام موجود در اصل 81 قانون اساسی برطرف شده است [8].

دولت با تصویب قانون «اجازه ثبت شعب یا نمایندگی شرکت های خارجی» در تاریخ 76/8/12 سعی کرد تا شرکت های خارجی برای انجام فعالیت های بازرگانی و سرمایه گذاری خود بتوانند فارغ از مشکلات و شرایط موجود، امکان ثبت شعبه یا نمایندگی را بیابند. اما آنچه باعث ایجاد مشکل شده است صراحت اصل 81 قانون اساسی است که با توجه به اولویت جذب سرمایه گذاری خارجی، نیاز مبرم به اصلاح این اصل احساس می شود، مثلاً در زمینه نفت، اصل 81 قانون اساسی استفاده از قراردادهای مشارکت در تولید که شیوه متداول بین المللی برای سرمایه گذاری در صنعت نفت می باشد را عملاً غیر ممکن ساخته است. در قانون اجازه ثبت شعب و نمایندگی خارجی، با توجه به اصل 81 تنها شعب و نمایندگی های خارجی اجازه ثبت یافته است و این بدین معناست که ابتدا شرکت مادر وجود داشته باشد تا بتوان مجوز فعالیت به خارجی در ایران داد. این محدودیت می تواند کشور را از مزیت سرمایه گذاری مستقیم از طریق تشکیل شرکت توسط خارجیان محروم کند. اصل مذکور با اصل دسترسی به بازار در تعارض است [10].

بر اساس ماده 16 گاتس (دسترسی به بازار)، اعضاء نباید محدودیت هایی بر دسترسی به بازار ایجاد کنند مگر آن که در جدول تعهدات خود ذکر کرده باشند و این جدول از سوی سایر اعضاء در پی مذاکراتی با عضو مذکور مورد توافق قرار گیرد. در صورت الحاق ایران به سازمان جهانی تجارت اگر چه امکان مذاکره بر سر تمامی مندرجات جداول وجود دارد لکن اگر سایر اعضاء محدودیتی را که اصل 81 قانون اساسی برقرار نموده است، نپذیرند؛ اصلاح این اصل لازم خواهد بود. همانطور که گفته شد تأسیس شرکت و یا شعبه و نمایندگی لزوماً امتیاز محسوب نمی شود اما اصل 81 قانون اساسی در عمل محدودیت دسترسی به بازار ایجاد می نماید. یکی از مصادیق محدودیت گذاری بر اساس اصل 81 قانون اساسی، محدودیت بر سر راه تشکیل بانک های خارجی می باشد. قبل از تصویب قانون برنامه سوم توسعه، نظام بانکی به عنوان ابزار تحقق اهداف اقتصادی کشور تلقی می شد و یکی از وظایف اصلی سیستم بانکی کشور تحقق اهداف پیش بینی شده بخش های مختلف اقتصادی کشور بوده است. در همین راستا بند 2 ماده 1 قانون عملیات بانکی بدون ربا مصوب 1362 تحت عنوان اهداف نظام بانکی بیان می دارد: «... 2- فعالیت در جهت تحقق اهداف و سیاست ها و برنامه های اقتصادی دولت جمهوری اسلامی با ابزارهای پولی و اعتباری.» با تصویب قانون اجازه تأسیس بانک های غیر دولتی در سال 79 انحصار مطلق دولت بر صنعت بانکداری ایران برداشته شد. این ماده واحده اظهار می دارد: «به منظور افزایش شرایط رقابتی در بازارهای مالی و تشویق پس انداز و سرمایه گذاری و ایجاد زمینه رشد و توسعه اقتصادی کشور و جلوگیری از ضرر و زیان جامعه با توجه به ذیل اصل 44 قانون اساسی و در چارچوب ضوابط، قلمرو و شرایط تعیین شده در زیر اجازه تأسیس بانک توسط بخش غیر دولتی به اشخاص حقیقی و حقوقی داده می شود...» (قانون اجازه تأسیس بانک های غیر دولتی مصوب 1379/1/21). ماده 79 قانون برنامه پنج ساله پنجم توسعه: «به منظور توسعه فعالیت های نظام بانکی کشور در سطح بین المللی، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران با تصویب شورای پول و اعتبار مجاز به اجرای موارد زیر می باشد:

الف) صدور مجوز تشکیل بانک های مشترک ایرانی و خارجی برای فعالیت در داخل و خارج از کشور و تعیین درصد مشارکت سرمایه گذار خارجی در سهام بانک های مزبور در ایران

ب) صدور مجوز ایجاد شعب و نمایندگی خارجی در کشور و بانک های ایرانی در خارج از کشور. همانگونه که از متن ماده بر می آید، این ماده صرفاً مجوزی برای تشکیل بانک های مشترک و شعب بانک های خارجی می باشد و نمی توان از آن مجوز تشکیل بانک هایی با سرمایه صد در صد خارجی را استنباط نمود. این امر اگر چه نشان می دهد قانون گذار با توجه به ممنوعیت مندرج در اصل 81 قانون اساسی (منع اعطای امتیاز به خارجیان) هنوز در مرحله ای قرار ندارد که بتواند تشکیل (بدون قید شعب، نمایندگی یا با مشارکت ایرانی) بانک های خارجی را به صراحت بپذیرد اما این اقدامات قدم مؤثری در ایجاد زمینه ها و بستر مناسب برای حضور بانکداری خارجی در کشور خواهد بود. در خصوص نحوه تأسیس و فعالیت شعب بانک های خارجی در ایران، در تاریخ 1387/12/28 آیین نامه اجرایی نحوه تأسیس و عملیات شعب بانک های خارجی به تصویب رسید. ماده 1 این آیین نامه، بانک خارجی را اینگونه تعریف می کند: «اشخاص حقوقی که در خارج از ایران به عنوان بانک به ثبت رسیده اند و به عملیات بانکی اشتغال دارند و متقاضی تأسیس شعبه در ایران می باشند.» به موجب قانون الحاق یک تبصره به ماده 5 قانون اجرای سیاست های کلی اصل 44، خارجیان می توانند بدون سقف در بانک های ایرانی سهم داشته باشند اما این به معنای مجوز تشکیل بانک خارجی نیست. این قانون تنها مجوز مشارکت بدون سقف خارجی را در بانک ایرانی بیان می کند. بنابراین با توجه به اینکه هیچ گونه آیین نامه یا قانونی برای نحوه تأسیس بانک از جانب خارجیان در ایران وجود ندارد، می توان گفت از نظر قانون گذار ایرانی، خارجیان از دو طریق می توانند در سیستم بانکی ایران فعالیت کنند: 1- تأسیس شعبه یا نمایندگی در ایران، 2- تشکیل بانک مشترک با سرمایه گذار ایرانی [8].

اصل 82 قانون اساسی

پس از وقوع انقلاب اسلامی در سال 1357 با توجه به سلطه ای که خارجیان در پی ورود به ساختار اقتصادی کشور یافته بودند و احتمال ایراد ضرر و یا اقدامات مضر یا مغایر با منافع ملی، استخدام کارشناسان خارجی از طرف دولت جزء در موارد ضرورت با تصویب مجلس شورای اسلامی ممنوع شد (اصل 82 قانون اساسی). این اصل در عمل مشکلاتی را برای دستگاه های دولتی به دنبال داشت چرا که تا قبل از این منع، بخش اعظم نیاز فنی کشور توسط کارشناسان خارجی تأمین می گردید و از سویی به علت تلاش های محسوس یا پنهان دولت های غربی در ایران و بی کفایتی دولت وقت، ممانعت های بسیاری از خودکفایی فنی و تخصصی صورت می گرفت. در پی نیاز دستگاه های دولتی برای اجراء یا تکمیل طرح ها و منع استخدام کارشناسان خارجی، این نهادها در مواردی اقدام به استعلام از شورای نگهبان به عنوان رکن مفسر قانون اساسی نمودند که در ادامه به آن ها اشاره می شود. تفسیر اول به شماره 1384 مورخ 1359/12/14 شورای نگهبان قانون اساسی: وزیر دفاع ملی وقت در تاریخ 1359/12/9 طی نامه ای به شماره 402-02/42-94/پ از شورای نگهبان در خصوص بکارگیری کارشناسان خارجی در ارتش به این شرح استعلام می نماید: به موجب اصل 82 قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، استخدام کارشناسان خارجی از طرف دولت ممنوع است مگر در موارد ضرورت با تصویب مجلس شورای اسلامی. برابر اصل 145 قانون اساسی هیچ فرد خارجی به عضویت در ارتش و نیروهای انتظامی کشور پذیرفته نمی شود. با توجه به وضع موجود و نیاز ارتش به استفاده از وجود افراد خارجی به طور موقت، سازمان ها و ادارات ذیربط استعلام می نمایند با در نظر گرفتن مفاد 2 اصل یاد شده فوق آیا می توان به طور موقت از خدمت این قبیل اشخاص استفاده نمود یا خیر؟ به نظر وزارت دفاع ملی به کار گماردن افراد مورد بحث به طور موقت، استخدام یا عضویت در ارتش تلقی نمی گردد. استدعا می شود مقرر فرمایید با توجه به مراتب فوق نظریه آن شورای محترم را در این باره ابلاغ فرمایند تا به همان قرار اقدام شود. شورای نگهبان طی نامه ای چنین پاسخ می دهد: «به کار گرفتن کارشناسان خارجی و استفاده از تخصص آنان به طور موقت در ارتش، عضویت در ارتش که در اصل 145 قانون اساسی ممنوع شده، محسوب نمی گردد. طبیعی است طبق اصل 82 قانون مزبور استخدام کارشناسان خارجی در موارد ضرورت با تصویب مجلس شورای اسلامی امکان پذیر است.» تفسیر دوم به شماره 3179 مورخ 1360/5/14 به دنبال استعلام وزارت نیرو به شماره 10810/1578/450 به این شرح صورت گرفته است: محترماً چون به موجب اصل 82 قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، استخدام کارشناسان خارجی قبل از تصویب مجلس شورای اسلامی منع شده، از آنجا که بعضی از شرکت ها و سازمان های وابسته به این وزارت در مورد غالب پروژه های نیمه تمام و در دست ساخت خود نیاز به استفاده از کارشناسان خارجی در پروژه های نیمه تمام و در دست ساخت دایر به اینکه در اینگونه موارد تصویب مجلس شورای اسلامی ضرورت دارد یا خیر به این وزارت اعلام فرمایید. شورای نگهبان در پاسخ مقرر داشته است که به نظر اعضای شورا همانطور که در اصل 82 قانون اساسی تصریح شده است، استخدام کارشناسان خارجی فقط در موارد ضرورت با تصویب مجلس شورای اسلامی امکانپذیر است، بنابراین در مورد سؤال نیز استخدام کارشناس خارجی باید با تصویب مجلس باشد. آنچه که با تدقیق در اصل 82 قانون اساسی به نظر می آید، قید استخدام در دولت می باشد [11].

این اصل با دو قید «استخدام» و «دولت»، ممنوعیت را مضیق نموده است. در همان نگاه اول به اصل 82، در می یابیم استخدام کارشناسان خارجی از سوی بخش خصوصی بلامانع می باشد. به موجب بند الف ماده 1 قانون استخدام کشوری مصوب 1345 استخدام دولت عبارت از پذیرفتن شخصی به خدمت دولت در یکی از وزارتخانه ها یا شرکت ها یا مؤسسات دولتی است. بند «ب» این ماده خدمت دولت را عبارت از اشتغال به کاری که مستخدم به موجب حکم رسمی مکلف به انجام آن می گردد، تعریف نموده است و بند «پ» ماده مذکور حکم رسمی را دستور کتبی مقامات صلاحیت دار وزارتخانه ها و شرکت ها یا مؤسسات دولتی در حدود قوانین و مقررات مربوط می داند. با عنایت به موارد فوق می توان گفت منظور از

استخدام در عرف و ادبیات دولتی، استخدام رسمی می باشد که نیازمند صدور حکم است در حالی که به موجب ماده 6 قانون استخدام کشوری، مستخدم پیمانی، کسی است که به موجب «قرارداد» به طور موقت و برای مدت معین و کار مشخص استخدام می شود. ماده 5 قانون استخدام اشعار می دارد، مستخدم رسمی کسی است که به موجب حکم رسمی در یکی از گروه های جدول حقوق موضوع ماده 30 (قانون استخدام کشوری) برای تصدی یکی از پست های سازمانی وزارتخانه ها یا مؤسسات دولتی مشمول این قانون استخدام شده باشد. بنابراین می توان گفت استخدام دولتی رسمی کاملاً متفاوت و منفک از استخدام پیمانی است هر چند در حال حاضر فعالیت ها و وظایف هر دو گروه مستخدمین رسمی و پیمانی ممکن است کاملاً مشابه باشد. از طرف دیگر، تبصره 1 ماده 8 با این بیان که پست هایی که جنبه استمرار ندارد به عنوان پست موقت شناخته شده و استخدام افراد به طور رسمی برای تصدی این پست ها ممنوع است، جنبه دیگری از تمایز میان استخدام رسمی و پیمانی را نمایان می سازد. بند ب ماده 14 قانون استخدام کشوری، داشتن تابعیت ایران را یکی از شرایط لازم برای ورود به خدمت رسمی می داند در حالی که برای استخدام پیمانی چنین قیدی در قانون مذکور آورده نشده است. با توجه به مطالب فوق می توان چنین نتیجه گرفت که تنها استخدام رسمی کارشناسان خارجی، مشمول ممنوعیت اصل 82 قانون اساسی می گردد و بکارگیری کارشناسان خارجی به طور موقت و برای امور معین (پیمانی) را نمی توان مشمول اصل 82 دانست. نظریه شورای نگهبان که در تفسیر اول ذکر گردید، می تواند مؤید این نظر باشد. دو استعلام از شورای نگهبان است که در اولی گفته استخدام باید با مجوز باشد و در دومی گفته پیمانکاری (استخدام موقت) نیاز به مجوز مجلس ندارد چون استخدام رسمی نیست. مشکل منع استخدام حل نشده فقط قانون استخدام کشوری و توضیحاتش نشان می دهد، صرفاً در استخدام رسمی مجوز لازم است و بنابراین دولت می تواند از روش پیمانکاری برای نیاز خود به خدمات خارجی استفاده کند و خارجیان از استخدام رسمی در دستگاه های دولتی ممنوع هستند [9].

4- تعارضات مربوط به حوزه سرمایه گذاری

4-1- قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی و اجرایی کشور

ماده 3 قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی و اجرایی کشور مصوب 1375/12/12، مؤسسات دولتی را مکلف می نماید نیازهای خود را از داخل تأمین کنند. بر این اساس، مؤسسات دولتی در وهله نخست باید صرفاً قراردادهای خدمات مهندسی مشاور، پیمانکاری ساختمانی، تأسیساتی، تجهیزاتی و خدماتی را با مؤسسات و شرکت های داخلی مجاز منعقد سازند و در صورتی که شرکت های داخلی نتوانند با مؤسسات دولتی قرارداد منعقد سازند و یا اصلاً شرکتی در زمینه مورد نظر مؤسسات دولتی وجود نداشته باشد، مؤسسه یا دستگاه دولتی باید پیشنهاد خود را به شورای اقتصاد ارسال کند؛ با تصویب این شورا، عقد قرارداد با شرکت های خارجی تنها در قالب مشارکت تجاری امکان پذیر خواهد بود. این الزام با بنده ماده 16 (دسترسی به بازار) گاتس تعارض دارد و لازم است در جدول قید شود. بند مذکور اشاره دارد به اینکه اعضا، جزء در موارد مندرج در جدولشان، نباید اقداماتی را انجام دهند که انواع خاصی از واحدهای حقوقی یا سرمایه گذاری مشترک را مقرر یا ممنوع سازد. در این فرض نیز سهم طرف ایرانی الزاماً باید 51 درصد باشد. بنابراین اولاً ارجاع قراردادهای خدمات مهندسی مشاور، پیمانکاری ساختمانی، تأسیساتی، تجهیزاتی و خدماتی به شرکت های خارجی ممنوع است، مگر آن که شرکت خارجی در قالب مشارکت ایرانی- خارجی انجام اینگونه امور را بر عهده گیرد. ثانیاً در مشارکت ایرانی- خارجی نیز حداقل میزان مشارکت خارجی 49 درصد تعیین شده است. به دیگر سخن سهم خارجی در هیچ حال نباید بیش تر از این میزان باشد، اما مؤسسات و شرکت های دولتی می توانند سهم طرف ایرانی را بیش از این در نظر گرفته و از میزان مشارکت خارجی بکاهند. ثالثاً در تبصره 1 ماده 3 قانون مذکور حداقل سهم منابع داخلی در قراردادهای خدمات مهندسی، مشاوره،

پیمانکاری ساختمانی، تأسیساتی، تجهیزاتی و خدماتی را 51 درصد تعیین کرده است. این تبصره برای جلوگیری از سوء استفاده احتمالی پیمانکاران ایرانی تنظیم شده است تا پس از انعقاد قرارداد، بخش اعظم کار را از طریق قراردادهای فرعی (دست دوم) به اشخاص خارجی واگذار نکنند. قانون حداکثر استفاده از توان تولیدی و خدماتی در تأمین نیازهای کشور مصوب 1391، قانون حداکثر استفاده فنی و مهندسی داخلی را لغو کرد و جایگزین آن شد. در قانون جدید محدودیت سهم شریک خارجی تعدیل گردیده است. این اقدام موجب فراهم آمدن شرایط حضور مؤثرتر سرمایه گذاران خارجی در بخش های فنی و مهندسی ایران خواهد شد [12].

4-2- قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی

طبق بند 4 ماده 2 قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی، سهم ارزش کالا و خدمات تولیدی حاصل از سرمایه گذاری خارجی نسبت به ارزش کالا و خدمات عرضه شده در بازار داخلی در زمان صدور مجوز در هر بخش اقتصادی نباید از 25 درصد و در هر رشته از 35 درصد کل آن بخش یا رشته بیش تر باشد. این نسبت ها قطعاً مستلزم یک نوع محدودیت دسترسی به بازار برای سرمایه گذار خارجی است. بند ب ماده 16 برقراری محدودیت هایی در مورد کل ارزش مبادلات خدمات یا دارایی ها را به صورت سهمیه های عددی در غیر موارد مندرج در جداول منع می کند. در بخش خدمات می توان این نسبت ها را به عنوان شروط دسترسی به بازار در بخش تعهدات افقی جدول تعهدات ملی کشور قرار داد. در ادامه بند «د» از ماده 2 قانون حمایت و تشویق سرمایه گذاری خارجی آمده است که سرمایه گذاری خارجی جهت تولید کالاها و خدمات برای صدور به خارج از کشور به جزء نفت خام از این نسبت ها معاف است که می توان آن را نوعی الزام عملکرد صادراتی تلقی کرد، بدین معنا که اگر میزان فروش کالا یا خدمات در خارج از کشور و سود یک بنگاه تجاری ناشی از این صادرات به خارج، نشان دهنده عملکرد مناسب و قابل قبولی باشد، سرمایه گذار خارجی که با هدف صادرات اقدام به تولید کالا یا محصولی می نماید، می تواند اقدام به سرمایه گذاری به میزان بیش تر از نسبت های مذکور کند. وضع این الزام بر سرمایه گذاری خارجی با مقررات سازمان جهانی تجارت مغایرت ندارد. بر اساس ماده 4 آیین نامه مذکور در فوق (قسمت ویژگی ها و تسهیلات خاص مربوط به سرمایه گذاری خارجی) محدودیتی از نظر درصد مشارکت سرمایه گذاری خارجی وجود ندارد، بدین معنا که سرمایه گذار خارجی در صورت تشکیل شرکت مشترک با طرف ایرانی، مجبور نیست محدودیتی برای میزان سهام خود در شرکت مشترک را رعایت کند و می تواند درصد بیش تری از سهام را نسبت به طرف ایرانی در اختیار داشته باشد و یا حتی شرکتی تأسیس کند که صد درصد سرمایه متعلق به خود سرمایه گذار خارجی باشد. این نکته با نسبت های گفته شده در سطور بالا تفاوت دارد. در چارچوب سازمان جهانی تجارت، آزادسازی سرمایه گذاری خارجی، شرط نیست؛ کشورهای عضو مخیرند در زمینه نحوه فعالیت سرمایه گذاران خارجی، حوزه هایی که قادر به سرمایه گذاری هستند، درصد مشارکت آن ها و غیره شروط گوناگونی وضع کنند، به طوری که با مصالح و سیاست های داخلی آن ها متناسب باشد و به رشد و توسعه آن ها کمک کند. علاوه بر این در بخش خدمات در ستون دسترسی به بازار از جدول تعهدات ملی، هر کشور عضو می تواند شرایط شش گانه ای که در ماده 16 موافقت نامه آمده است و درصد مشارکت سرمایه گذاری خارجی نیز از جمله آن هاست، در بخش هایی که تعهدات دسترسی به بازار را پذیرفته است، قرار دهد [13].

اما از سوی دیگر در کنار تعارضات، مواردی از هماهنگی قوانین داخلی با گاتس نیز وجود دارد که می توان به موارد آتی اشاره کرد. ماده 4 آیین نامه قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی، کاملاً منطبق با ماده 17 گاتس (رفتار ملی) و حتی فراتر از آن است. به موجب ماده 4 آیین نامه مذکور، سرمایه گذاران خارجی از رفتار یکسان با سرمایه گذاران داخلی برخوردارند. این به معنای پذیرش اصل رفتار ملی در حوزه سرمایه گذاری خارجی است که فراتر از انتظارات سازمان جهانی

تجارت است و حتی می توان آن را در جداول تعهدات به شکل محدودتر و با شرایط خاص پذیرفت. رفتار ملی به این معناست که رفتاری که با عرضه کننده خارجی می شود نامطلوب تر از رفتار با عرضه کننده داخلی نباشد و این لزوماً به معنای تساوی نیست. دولت می تواند رفتاری متفاوت داشته باشد که در عین حال نامطلوب هم تلقی نگردد. ماده 8 قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی بیان می دارد: «سرمایه گذاری خارجی مشمول این قانون از کلیه حقوق، حمایت ها و تسهیلاتی که برای سرمایه گذاری های داخلی موجود است به طور یکسان برخوردار می باشند.» همچنین بند 1 بخش الف ماده 4 آیین نامه اجرایی قانون تشویق و حمایت سرمایه گذاری خارجی بیان می کند: «سرمایه گذاران خارجی از رفتار یکسان با سرمایه گذاران داخلی برخوردارند.» مطابق بند ب ماده 97 قانون برنامه پنجم توسعه، أخذ هر گونه مالیات و عوارض از صادرات کالاها غیر نفتی و خدمات در طول برنامه پنجم ممنوع است. البته صادرات کالاها و خدمات از أخذ هر گونه مجوز، به استثنای استانداردهای اجباری و گواهی های مرسوم در تجارت بین الملل، مورد درخواست خریداران معاف است. ممکن است بتوان گفت با توجه به اطلاق بند «ب» ماده 97، صادرات کالاها و خدماتی که ناشی از سرمایه گذاری خارجی در ایران باشد نیز می تواند از مالیات معاف شود. البته از سوی دیگر، به موجب ماده 21 قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی، سازمان (سازمان سرمایه گذاری و کمک های اقتصادی و فنی ایران موضوع ماده 5 قانون تشکیل وزارت امور اقتصادی و دارایی مصوب 1353/4/24) مکلف است امکان دسترسی همگانی را به کلیه اطلاعات مربوط به سرمایه گذاری و سرمایه گذاران خارجی، فرصت های سرمایه گذاری، شرکای ایرانی، موضوع فعالیت و سایر اطلاعاتی که در اختیار آن سازمان قرار دارد، فراهم نماید. این مقرر موافق ماده 3 گاتس (شفافیت) است که اعضا را ملزم می دارد، همه اقدامات دارای کاربرد عام که به اجرای موافقت نامه گاتس مربوط می شود یا بر اجرای آن اثر می گذارد را منتشر کنند. غیر از این اطلاعات، اعضا مکلفند بر مبنای بند 3 همان ماده وضع قوانین یا رهنمودهای اداری جدید یا تغییرات در قوانین که بر تجارت خدمات موضوع تعهدات آن طرف تأثیر قابل توجهی داشته باشد را به اطلاع شورای تجارت خدمات برساند. ایران در صورت عضویت می تواند از طریق ایجاد پایگاه های اطلاع رسانی، هم به انتشار موارد فوق بپردازد و هم تعهد به پاسخگویی به سؤالات عرضه کنندگان خارجی را گاتس به آن اشاره دارد، از این طریق اجراء کند [10].

5- محدودیت ها

5-1- محدودیت تملک اموال غیر منقول

در تبصره ماده 2 قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی آمده است: «قانون مربوط به تملک اموال غیر منقول اتباع خارجی مصوب 1310/3/16 کماکان به قوت خود باقی می باشد. تملک هر نوع زمین به هر میزان به نام سرمایه گذاری خارجی در چارچوب این قانون مجاز نمی باشد.» در موافقت نامه عمومی تجارت خدمات بر خلاف موافقت نامه عمومی تعرفه و تجارت (گات)، رفتار ملی در همه مراحل عرضه خدمات و نه بعد از واردات مصداق می یابد. ماده 17 گاتس (رفتار ملی) از اعضا می خواهد تا در بخش هایی که در جداول شان ذکر شده است و با رعایت قیود و شرایط مقرر در آن، رفتاری را در مورد خدمات و عرضه کنندگان خدمات هر عضو دیگر در خصوص همه اقدامات مؤثر بر عرضه خدمات اتخاذ کنند که از رفتار متخذه در قبال خدمات و عرضه کنندگان خدمات مشابه داخلی نامطلوب تر نباشد. بر اساس شق 2 بند ج ماده 28 (تعاریف) اقداماتی که مربوط به دسترسی و استفاده از خدمات که مورد نیاز برای عرضه خدمات باشد، جزء اقدامات مؤثر بر تجارت خدمات تلقی می گردد. تملک اموال غیر منقول عموماً در مواردی مورد نیاز خواهد بود که عرضه کننده از شیوه حضور تجاری استفاده کند و بخواهد در کشور مقصد از طریق تأسیس بنگاه یا شعبه و نمایندگی فعالیت نماید. ماده 17 به اعضا اجازه می دهد تا نسبت به عرضه کننده خارجی رفتار رسماً متفاوت از رفتار با عرضه کننده داخلی اتخاذ نماید اما اگر این تفاوت موجب شود تا شرایط

رقابت به نفع عرضه کننده داخلی تغییر کند، نامطلوب تر تلقی می گردد. الزام تابعیت داخلی یا سکونت دائم در داخل کشور برای تملک زمین است موجب نقض رفتار ملی در بخش خدمات می شود؛ با این وجود لازم نیست این تبصره از قانون حذف شود؛ چرا که می توان آن را به عنوان یک شرط یا محدودیت در ستون شرایط و محدودیت های رفتار ملی از جدول تعهدات ملی کشور درج کرد [12].

5-2- محدودیت ارزی

در ماده 23 آیین نامه قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی آمده است که ارز مورد نیاز برای خروج اصل سرمایه و منافع مربوط به سرمایه گذاری خارجی که به شکل مشارکت مدنی، بیع متقابل و ساخت، بهره برداری و واگذاری انجام می شود، از طریق ارز حاصل از صادرات محصولات تولیدی و یا ارائه خدمات بنگاه اقتصادی سرمایه پذیر و یا صادرات سایر کالاهای مجاز تأمین می شود. در حالی که طبق ماده 11 موافقت نامه خدمات که از جمله تعهدات مشروط در بخش خدمات است، به جزء در اوضاع و احوال مندرج در ماده 12 موافقت نامه خدمات (محدودیت های مربوط به حفظ تراز پرداخت ها) یک عضو حق ندارد در بخش هایی که تعهداتی خاص را پذیرفته است، در مورد انتقالات و پرداخت های بین المللی سرمایه گذاران خارجی (عرضه خدمات از طریق حضور تجاری) هیچ نوع محدودیتی از جمله محدودیت ارزی اعمال کند. البته عبارت انتقالات بین المللی علاوه بر انتقال سرمایه به داخل، انتقال سود به خارج را نیز شامل می شود. ولی هیچ گونه تعهدی برای کشور میزبان سرمایه گذاری در انتقال سرمایه به خارج وجود ندارد. به نظر می رسد ماده 23 آیین نامه که یک نوع محدودیت دسترسی به ارز را برای سرمایه گذار خارجی به دنبال دارد در صورتی که ایران در روند الحاق به سازمان جهانی تجارت در بعضی بخش های خدماتی، تعهداتی خاص را بپذیرد با مقررات سازمان جهانی تجارت در موافقت نامه خدمات مغایرت دارد. با توجه به آنچه مطرح شد در صورتی که ایران در جدول تعهدات خود دسترسی به بازار را از طریق سرمایه گذاری خارجی قید نماید، لازم است تا ماده 23 آیین نامه را اصلاح نماید. بر این اساس سرمایه گذار خارجی باید بتواند سرمایه خود را از کشور خارج کند بدون اینکه خروج سرمایه، به صادرات محصولات تولیدی و یا ارائه خدمات بنگاه اقتصادی منوط شود که سرمایه گذار خارجی در آن سرمایه گذاری کرده است. تنها در شرایطی که دشواری جدی در تراز پرداخت های خارجی رخ دهد، می توان محدودیت های ارزی ایجاد کرد که البته این امر همانگونه که قبلاً بیان شد، باید پس از مذاکره با سایر اعضا صورت گیرد [13].

6- حل و فصل اختلافات

اختلافات بین دولت و سرمایه گذاران خارجی در خصوص سرمایه گذاری های موضوع این قانون چنانچه از طریق مذاکره حل و فصل نگردد در دادگاه های داخلی مورد رسیدگی قرار می گیرد، مگر آن که در قانون یا موافقت نامه دو جانبه سرمایه گذاری با دولت متبوع سرمایه گذار خارجی، در مورد شیوه دیگری از حل و فصل اختلافات توافق شده باشد. (ماده 19 قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی) این رو یه با ماده 23 گاتس همخوانی ندارد. این ماده برای مواردی که یک عضو تشخیص دهد که عضو دیگر از انجام تکالیف یا تعهدات خاص خود به موجب موافقت نامه گاتس امتناع می کند، می تواند به تفاهم نامه حل اختلاف (یکی از توافق نامه های گاتس برای رفع اختلافات اعضا) متوسل شود. طرفین باید در مرحله اول، برای حل و فصل اختلاف به مذاکره بپردازند. در صورتی که مذاکره امکان پذیر نبود، امر به رکن حل اختلاف ارجاع داده خواهد شد و این نهاد بر اساس مقررات تفاهم نامه حل اختلاف موضوع را بررسی خواهد نمود. ارجاع اختلافات به دادگاه کشوری که طرف

اختلاف با سرمایه گذار خارجی است، چندان مورد اقبال سرمایه گذار خارجی نیست چرا که عدم آگاهی، شناخت و احاطه خارجی نسبت به قانون و نظام حقوقی کشور سرمایه پذیر، موجب افزایش ریسک سرمایه گذاری می گردد [10].

7- مناقصات

قانون برگزاری مناقصات با هدف ایجاد یکپارچگی در قوانین و مقررات ناظر بر خریدهای دولتی است؛ این قانون در تاریخ 1383/1/25 به تصویب مجلس شورای اسلامی رسید. در این قانون بر اعمال تبعیض میان مناقصه گر داخلی و خارجی تصریح شده است به گونه ای که بند «د» ماده 20 قانون در این باره مقرر می دارد: «در مناقصات بین المللی، مناقصه گران داخلی نسبت به مناقصه گران خارجی ترجیح دارند. نحوه ترجیح مناقصه گران داخلی در اسناد مناقصات قید خواهد شد. مناقصاتی که در آن ها رعایت این قاعده به مصلحت نباشد باید از سوی شورای اقتصاد تأیید شود.» در صورتی که نیاز به برگزاری مناقصه بین المللی باشد یا استفاده از تسهیلات اعتباری خارجی مطرح باشد باید با کسب مجوزهای مربوط و با رعایت موازین قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی و اجرایی کشور در اجرای پروژه ها و ایجاد تسهیلات به منظور صدور خدمات مصوب 75/12/12، آگهی مربوط در یکی از روزنامه های کثیرالانتشار و حداقل یک نوبت در یکی از روزنامه های انگلیسی زبان داخل و یک مجله یا روزنامه بین المللی مرتبط با موضوع مناقصه، منتشر شود. (بند «د» ماده 13 قانون برگزاری مناقصات) مطابق قانون برگزاری مناقصات، در مناقصات بین المللی نیز مناقصه گران داخلی ترجیح داده شده اند؛ حتی در ارزیابی کیفی نیز مناقصه گر داخلی بر مناقصه گر خارجی و یا مشارکت داخلی- خارجی ترجیح داده شده است؛ ضمن آن که کشور ارجاع کار به خارجیان باید بر اساس قانون حداکثر استفاده از توان فنی و مهندسی تولیدی و صنعتی و اجرایی انجام گیرد؛ این مقرر با رفتار ملی (ماده 17) گاتس مغایرت دارد. همانطور که گفته شد، رفتار با عرضه کننده خارجی نباید نامطلوب تر از رفتار با عرضه کننده داخلی باشد. ترجیح دادن عرضه کننده داخلی در مناقصات، موجب می شود تا عرضه کننده داخلی در شرایط رقابتی بالاتری نسبت به همتای خارجی خود قرار گیرد. به موجب ماده 17 گاتس رفتاری که باعث شود شرایط رقابتی به نفع عرضه کننده داخلی تغییر یابد، نامطلوب است [12].

8- نتیجه گیری

از آنجا که سازمان جهانی تجارت در نهایت به دنبال آزادسازی کامل و برداشتن تمامی موانع است، ضرورت دارد تا دولت به تدریج و با در نظر گرفتن شرایط و امکانات، زمینه های لازم برای ورود فعالان غیر دولتی به این بخش ها در آینده را فراهم کند. دسته دوم مواردی هستند که حتی در صورت درج در جداول به احتمال زیاد مورد پذیرش سایر اعضا قرار نمی گیرند و اصلاح قوانین داخلی در آن حوزه ها ضروری است. از این دسته می توان به تعارض قانون حمل و نقل ایران با اصل رفتار ملی اشاره کرد. برای پذیرش استثنائات و معافیت از تعهدات عام یا خاص، عضو متقاضی باید دلایل معقول و قانع کننده ای بر اساس شرایط خاص خود ارائه کند. این شرایط که سایر اعضا هنگام بررسی جدول تعهدات هر متقاضی مورد توجه قرار می دهند باید در برگیرنده دلایل موجهی باشد تا اعضا در جهت رعایت حال کشور متقاضی به آن ترتیب اثر دهند. مشخص شدن اینکه چه مواردی مشمول تعریف خدمات و تجارت آن می گردد، باعث خواهد شد تا خدمات به نحو روشن و بدون ابهام تحت حکومت قوانین تجاری درآیند. طبیعتاً تجارتی تلقی شدن خدمات موجب می گردد تا فعالیت های مربوط به آن و نیز فعالان این حوزه ها ساماندهی شوند و قانون بر فعالیت های بخش های خدماتی و عرضه کنندگان خدمات نظارت دقیق و مناسبی داشته باشد. در حال حاضر در قانون تجارت ایران فعالیت هایی نظیر: عملیات بانکی، بیمه، حمل و نقل و نمایشگاه های عمومی تجاری تلقی می شود و هر کس که شغل معمول خود را مبادرت به این فعالیت ها قرار دهد، تاجر شناخته خواهد شد. تاجر به

موجب قانون تجارت مکلف به انجام اقداماتی نظیر تهیه دفاتر تجاری هستند. ورشکستگی تجار نیز تابع قواعد رسیدگی ویژه ای است. در صورتی که بخش های خدماتی مذکور در گاتس در ایران نیز به عنوان فعالیت تجاری شناخته شوند، افرادی که شغل معمول خود را اشتغال به خدمات مذکور قرار دهند، تاجر و تابع قانون تجارت خواهند بود. در حال حاضر عده بسیار زیادی در بخش های خدماتی مشغول به فعالیت هستند و حجم زیادی از منابع مالی در این بخش ها در جریان است در حالی که تنها برخی از بخش های خدماتی (بانکداری، بیمه و حمل و نقل و ...) مشمول قانون تجارت می باشد.

مراجع

- 1- کمالی اردکانی، م.، "رقابت پذیری اقتصاد ملی، الحاق به سازمان جهانی تجارت و سند چشم انداز 1404"، بررسی های بازرگانی، شماره 35، 1388
- 2- یزدان پناه، ا.، و صادقی یارندی، س.، "کشورهای در حال توسعه و سازمان جهانی تجارت"، مؤسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی، 1376.
- 3- جعفری لنگرودی، م.، "ترمینولوژی حقوق"، تهران، انتشارات گنج دانش، 1390.
- 4- ساجدی، و.، "تجارت خدمات در عرصه سازمان جهانی تجارت"، فصلنامه رشد فناوری، شماره 3، 1384
- 5- گالاچر، ا.، "موافقتنامه عمومی تجارت خدمات سازمان جهانی تجارت و تجارت بین المللی خدمات حقوقی"، ترجمه مسعود کمالی اردکانی، مجله حقوقی بین الملل، سال بیست و پنجم، شماره 39، 1387.
- 6- کمیجانی، ا.، "سازمان تجارت جهانی و آثار اقتصادی الحاق ایران به آن"، تهران، انتشارات وزارت امور دارایی و اقتصادی، 1389.
- 7- کمالی اردکانی، م.، "الزامات قانونی بخش خدمات مخابرات ایران در الحاق به سازمان تجارت جهانی، مجموعه مقالات همایش راهبرد توسعه اقتصادی جمهوری اسلامی ایران و عضویت در سازمان جهانی تجارت: فرصت ها و چالش ها"، مؤسسه مطالعات و پژوهش های بازرگانی، چاپ اول، تهران، 1384.
- 8- امام، ف.، "حقوق سرمایه گذاری در ایران"، تهران، انتشارات گنج، چاپ سوم، 1390.
- 9- قلی زاده، ا.، "نگاهی علمی و کاربردی به موانع سیاسی جذب و حمایت سرمایه گذاری خارجی (با نگرشی به جذب سرمایه ها و تخصص های ایرانیان خارج از کشور)"، مجله اطلاعات سیاسی و اقتصادی، شماره 193 و 194، 1389.
- 10- شیروی، ع.، "مقایسه قانون برگزاری مناقصات با موافقت نامه ناظر به خرید های دولتی در سازمان تجارت جهانی"، مجله مدرس علوم انسانی، دوره دهم، شماره 3، 1388.
- 11- زارع احمد آبادی، م.، "قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی و الزامات WTO"، تهران، مجموعه مقالات همایش راهبرد توسعه اقتصادی، 1389.
- 12- کاووسی، ر.، "رونق تجارت: تقویت صادرات و هدفمندی واردات"، ماهنامه بازار بین الملل، سال سوم، شماره 11، 1390.
- 13- محمدی، ح.، "تعاونی، کوچک سازی بدنه دولت"، مجله تدبیر، شماره 187، 1386.