

جایگاه اصل دسترسی به بازار در مقررات سازمان جهانی تجارت و قوانین ایران در حوزه بورس اوراق بهادار

محمد مهدی حاجیان*

استادیار گروه حقوق دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی

سمیرا سلیمانزاده

دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۳/۲/۲۸ - تاریخ تصویب: ۱۳۹۳/۳/۲۶)

چکیده

امروزه جایگاه مقررات مربوط به حوزه بورس اوراق بهادار با توجه به حجم گسترده معاملات این بخش و نقش روزافزونی که این حوزه در اقتصاد کشورها ایفا می‌کند، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. از سوی دیگر با توجه به عضویت ناظر ایران در سازمان جهانی تجارت و ضرورت عضویت دائمی در این سازمان در سال‌های نزدیک، لزوم بازنگری و اصلاح قوانین و مقررات احساس می‌شود. مقاله پیش رو، وضعیت قوانین و مقررات کشور را در حوزه بورس اوراق بهادار، با تأکید ویژه بر اصل دسترسی به بازار که یکی از اصول کلیدی موافقت‌نامه تجارت خدمات این سازمان می‌باشد، تا حد امکان بیان نموده و راهکارهایی را برای اصلاح این مقررات و انطباق بیشتر با مقررات سازمان جهانی تجارت ارائه می‌دهد. در این مقاله برای حفظ و یا اصلاح برخی از مقررات حوزه بازار اوراق بهادار ایران پیشنهادهایی داده شده است.

واژگان کلیدی

حقوق بورس اوراق بهادار، سازمان جهانی تجارت، مقررات ایران، موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات.

۱. مقدمه

اهمیت معاملات در بورس اوراق بهادار، پژوهشگران و از جمله حقوق دانان را به سوی تحقیق و بررسی در این حوزه ترغیب نموده است. امروزه تعمق در مقررات و جنبه‌های حقوقی معاملات بورس یکی از محورهای مهم مطالعه پژوهشگران حقوق می‌باشد. از سوی دیگر، سازمان جهانی تجارت^۱ به عنوان تنها سازمان تخصصی فراملی در حوزه حقوق تجارت نقش بسیار مهمی را در گشایش و آزادسازی تجاری به منظور سرمایه‌گذاری در این بازارها ایفا می‌کند. دو موضوع یادشده سبب شد تا در اینجا اصول موجود در سازمان جهانی تجارت در حوزه خدمات مالی که بورس هم مشمول آن‌ها می‌شود، بررسی و سپس قوانین و مقررات ایران با آن‌ها تطبیق داده شود.

به این منظور، نخست اصل دسترسی به بازار را معرفی نموده، جایگاه آن را در مقررات سازمان بیان می‌نماییم. پس از آن مقررات منطبق و نامنطبق موجود در حوزه حقوق بورس اوراق بهادار کشور خود را معرفی و با آن اصل مقایسه می‌کنیم. البته در این پژوهش، سعی شده است تا مثال‌هایی از تجربیات الحاق کشورهای در حال توسعه و نیز کشورهایی که مدت زیادی از الحاق آن‌ها نمی‌گذرد، به تناسب بحث، به خوانندگان ارائه شود. دلیل برگزیدن چنین کشورهایی هم این است که ایران کشوری در حال توسعه بوده، می‌تواند الگوی کشورهای در حال توسعه باشد که به سازمان ملحق شده‌اند و چگونگی پذیرش تعهدات آن‌ها می‌تواند برای ما مفید باشد و از سوی دیگر بررسی وضعیت کشورهایی که اخیراً به سازمان پیوسته‌اند، می‌تواند ما را با فضای جدید حاکم بر مذاکرات الحاق کشورها در سازمان جهانی تجارت و چگونگی برخورد سازمان با استثناها و معافیت‌های کشورها آشنا کند. پیش از این، پژوهش‌هایی با موضوع آثار حقوقی الحاق ایران به سازمان جهانی تجارت بر خدمات مالی و از جمله بورس اوراق بهادار در راستای بررسی تطبیقی قوانین و مقررات ایران با موافقت‌نامه گتس انجام شده است^۲، ولی پژوهش پیش رو از این جهت که تأکید ویژه‌اش بر اصل دسترسی به بازار است و تبعاً مصادیق بیشتری از مقررات را تا حد ممکن بررسی می‌کند، تحقیقی جامع‌تر و درعین حال ویژه می‌باشد، با وجود این از پژوهش‌های پیشین بهره برده است.

پرسش نگارندگان در پژوهش حاضر این است که آیا مقررات حوزه بازار اوراق بهادار ایران ظرفیت لازم را در این حوزه برای الحاق کشور ایران دارد یا خیر؟ فرضیه مقاله بر این گزاره استوار است که برخی مقررات حوزه بازار اوراق بهادار ایران با اصل دسترسی به بازار

1. World Trade Organization

۲. برای مثال مقاله‌ها و پایان‌نامه‌هایی در راستای آثار حقوقی الحاق ایران به سازمان جهانی تجارت در حوزه بورس، بانک و بیمه نگاشته شده است.

انطباق دارد. از سوی دیگر، برخی دیگر از مقررات، نداشتن انطباق با این اصل را نشان می‌دهد که در این میان تعدادی از آن‌ها به لحاظ نداشتن قابلیت بازنگری باید به عنوان استثنا حفظ شوند و برخی دیگر به دلیل داشتن قابلیت بازنگری و اصلاح، باید به منظور انطباق با اصل یادشده اصلاح گردند.

این مقاله در چهار بخش اصلی ارائه می‌شود؛ بخش نخست به معرفی سازمان جهانی تجارت و بخش دوم به معرفی موافقت‌نامه تجارت خدمات که سند بنیادین حاوی اصل دسترسی به بازار و موازین تجارت خدمات می‌باشد، می‌پردازد. در واقع مخاطب اصلی این دو بخش افرادی هستند که با الفبای سازمان جهانی تجارت و تجارت خدمات و اصول حاکم بر آن آشنایی ندارند و مطالب آن برای مأموس نمودن اذهان چنین خوانندگانی و برای کمک به فهم دیگر محتویات مقاله بیان شده است. بخش سوم به معرفی اصل دسترسی به بازار و جایگاه آن در موافقت‌نامه می‌پردازد و بخش چهارم به مقررات منطبق و مغایر با این اصل مربوط می‌شود. در پایان راهکارهایی برای حفظ، اصلاح و یا حذف مقررات مغایر با این اصل ارائه می‌شود که این نتایج می‌تواند برای پژوهشگران این حوزه، قانون‌گذاران و گروه مذاکره‌کننده کشور ما در الحاق به سازمان جهانی تجارت، مفید باشد.

۲. معرفی سازمان جهانی تجارت

در این قسمت به‌طور خلاصه به پیشینه، اهداف و اصول سازمان جهانی تجارت اشاره می‌شود.

۲.۱. پیشینه سازمان جهانی تجارت

این سازمان که مقر آن در ژنو سوئیس است، در اول ژانویه ۱۹۹۵ به‌وسیله مذاکرات دور اروگوئه^۱ از سوی ۴۶ کشور به‌وجود آمد، اما از عمر نظام بازرگانی آن بیش از نیم قرن می‌گذرد، زیرا از سال ۱۹۴۸م زمینه اجرای قواعد نظام بازرگانی در چارچوب موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت^۲ فراهم شده بود (مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های بازرگانی، ۱۳۸۳، ص ۱۵). سازمان یادشده، مقررات محور بوده و همه مقررات خود را از طریق مذاکرات اعضا تصویب کرده است.

۱. دور اروگوئه هشتمین و آخرین دور از ادوار مذاکره‌کننده موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت یعنی گات است. این دور که میان سال‌های ۱۹۸۶ تا ۱۹۹۴ برگزار گردید، طولانی‌ترین دور مذاکرات تجاری در جهان محسوب می‌شد و نتیجه اصلی این دور از مذاکرات تجاری، پایان عمر موافقت‌نامه عمومی تعرفه و تجارت و تأسیس سازمان جهانی تجارت به عنوان جانشین آن بود.

۲.۲. اهداف سازمان جهانی تجارت

این سازمان مانند هر سازمان بین‌المللی اهداف خاص خود را از طریق وضع قوانین و مقررات دنبال می‌کند. این اهداف عبارت‌اند از:

- آزادسازی تجارت بین‌المللی در مقیاسی گسترده‌تر؛
- تقویت نقش سازمان در تجارت بین‌المللی و تحت پوشش قرار دادن تمام بخش‌های تجارت بین‌الملل در صورت امکان؛
- افزایش قدرت پاسخگویی مقررات گات به اقتصاد متغیر جهان؛
- تقویت روح همکاری کشورها در سطح ملی و بین‌المللی (نماینده تام‌الاختیار جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۸۵، ص ۴۱۲).

۳.۲. اصول سازمان جهانی تجارت

این سازمان دستیابی به اهداف یادشده را از طریق اصول زیر هموار می‌سازد:

۲. ۳. ۱. آزادسازی تجاری^۱. این اصل به معنای کاهش هرگونه مانع همچون مقررات، تعرفه‌ها و... بر سر راه تجارت آزاد از سوی کشورهای عضو است^۲ و می‌تواند موجب تضمین اشتغال کامل، افزایش تولید و مبادله کالاها و ارتقای معیارهای زندگی شود (باقری، حجت‌زاده، ۱۳۸۹، ص ۹). این موضوع می‌تواند به جهت‌دهی منابع سرمایه‌گذاری داخلی برای استفاده از فرصت‌های سرمایه‌گذاری خارجی بهتر هم کمک کند (9, 8: mazumder, 2008). این هدف به عقیده برخی از نویسندگان، توجیه اساسی وجود یک سازمان جهانی تجارت است (بزرگی، بینات، دژم خوی، زارع، زاهدطلبان، سیدی، فتحی‌زاده، کمالی اردکانی، مرادپور، نصیری، ۱۳۸۶، ص ۱۶).

۲. ۳. ۲. تجارت عادلانه^۳. این گونه تجارت به معنای فراهم نمودن فرصت‌های برابر برای همه کشورهای جهان بدون در نظر گرفتن مسائل نژادی، درجه توسعه‌یافتگی و... می‌باشد (lacey, 2006:7).

۲. ۳. ۳. شفافیت^۴. به معنای شفاف‌سازی فضای تجارت جهانی از طریق تنظیم موافقت‌نامه‌ها

1. Trade Liberalization

۲. برای مثال، کشور چین هنگام الحاق به سازمان جهانی تجارت به‌خوبی این هدف را تعقیب کرده است؛ چراکه نرخ متوسط تعرفه‌ها قبل از الحاق ۳۹٫۵ درصد بود که پس از الحاق برای کشورهای کامله‌الوداد، به ۹٫۷ درصد کاهش یافت. در راستای همین اقدام بود که سهمیه‌های کالاهای وارداتی که قبل از الحاق بسیار زیاد بود، پس از الحاق منسوخ و قطع گردید (Archie, 2011:302). البته هنوز هم بخشی از محدودیت‌ها مانند صنایع اساسی که به منابع عظیم انرژی نیاز دارد برای سرمایه‌گذاری خارجی باقی است که ریشه در امنیت ملی اقتصادی دارد. (charnovitz, 2003: 105).

3. Justice Trade

4. Transparency

و تدوین اصول و مقررات شفاف و مشخص برای تجارت کشورهای عضو است.^۱

۲. ۳. ۴. رفتار متفاوت با کشورهای در حال توسعه. با توجه به سابقه تأسیس سازمان‌های بین‌المللی با محوریت کشورهای توسعه‌یافته، کشورهای یادشده این تعبیر را داشته‌اند که فقط به عنوان ابزاری برای پیشبرد اهداف قدرت‌های بزرگ اقتصادی به کار می‌آیند. سازمان تجارت جهانی با این هدف تأسیس شد که به آن‌ها نقش فعالی در زمینه تجارت جهانی اعطا کند (باقری، قنبری، ۱۳۸۹، ص ۲۸).

۳. معرفی موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات^۲

از آنجایی که به تدریج بحث ما بر خدمات به‌طور عام و خدمات مالی و بورس به‌طور خاص متمرکز خواهد داشت، باید نخست متن قانونی‌ای که خدمات بورس به‌واسطه آن تحت شمول مقررات سازمان جهانی تجارت قرار گرفته است، به خوانندگان معرفی گردد.

اولین تلاش برای گنجاندن خدمات در دستور مذاکرات سازمان جهانی تجارت در ۱۹۸۲م صورت گرفت. پس از تمامی کشمکش‌ها و مذاکرات، سرانجام با حمایت دبیرخانه گات خدمات به صورت جداگانه موضوع مذاکره قرار گرفت (روحانی، ۱۳۸۶ و ۱۳۸۷، ص ۱۳). موافقت‌نامه عمومی تجارت خدمات، تعریفی از خدمات ارائه نداده است، بلکه تجارت خدمات را آن‌هم از طریق چهار شیوه مختلف عرضه خدمات در جدول تعهدات معرفی کرده است.^۳ برای شناخت جدول تعهدات هر کشور، باید با چهار روش ارائه خدمات و دو دسته تعهدات، آشنایی داشته باشیم. روش‌های ارائه خدمات شامل عبور از مرز، مصرف در خارج، حضور تجاری، و حضور اشخاص حقیقی است. در روش عبور از مرز، خدمات بورس از قلمرو کشور عرضه‌کننده خدمات به قلمرو کشور دیگر ارسال و بدون حضور عرضه‌کننده خدمات، در کشور مقصد عرضه می‌شود. برای نمونه، زمانی که یک شرکت کارگزار از کشور دیگری بدون حضور در ایران، خدمات کارگزاری را برای متقاضی دریافت خدمات کارگزاری ارائه می‌دهد، می‌توان گفت خدمات کارگزاری از مرز به صورت مستقل از عرضه‌کننده و دریافت‌کننده خدمات عبور کرده است. در روش مصرف در خارج، متقاضی دریافت خدمات بورس، در کشوری که

۱. ماده ۳ موافقت‌نامه تجارت خدمات یا گتس، به اصل شفاف‌سازی اشاره دارد و کشورهای عضو را ملزم می‌کند که معیارهایی را در اعمال خود برای دستیابی به این هدف رعایت کنند.

2. General Agreement On Trade In Services

۳. این چهار شیوه عبارت‌اند از: عبور از مرز، مصرف در خارج، حضور تجاری، و حضور اشخاص حقیقی Cross-boarder, boarder-consumption, Commercial Presence, Presence of Natural Persons گفتنی است که رویکرد کشورها در نحوه انطباق قوانین با مقررات گتس در هر یک از روش‌های یاد شده متفاوت است و در هر کشور از دلایل خاصی پیروی می‌نماید که ذکر آن‌ها در محدوده مقاله حاضر نمی‌گنجد.

خدمات عرضه می‌شود، حضور پیدا کرده، از خدمات استفاده می‌کند. برای مثال، زمانی که یک عرضه‌کننده سهام در کشور ایران حضور پیدا کند و بخواهد از طریق یکی از شرکت‌های کارگزاری موجود سهام خود را به فروش برساند و به این منظور نیاز به خدمات مشاوره و سبدگردانی در بازار بورس تهران داشته باشد، در واقع در حال مصرف خدمات بورس در خارج است. در شیوه حضور تجاری، عرضه‌کننده خدمات بورس، گرچه مرکز اصلی خود را در کشور دریافت‌کننده خدمات مستقر نمی‌نماید، اما در آن کشور به تأسیس شعبه یا نمایندگی اقدام می‌کند. اگر مثال شیوه اول را به خاطر آوریم، با این فرض که شرکت کارگزار شعبه یا نمایندگی در ایران تأسیس نموده، از این طریق می‌خواهد به ارائه خدمات پردازد، حضور تجاری محقق می‌شود. روش چهارم که همان حضور اشخاص حقیقی است، عرضه‌کننده خدمات بورس بدون اینکه مرکز اصلی خود یا شعبه یا نمایندگی خود را در کشور دریافت‌کننده مستقر نموده باشد، در کشور متقاضی خدمات حضور پیدامی‌کند. برای نمونه، شخص حقیقی که مالک بخش عمده‌ای از سهام یک شرکت خودروسازی مشهور است، با بررسی بازار کشور مقصد، در بازار آن کشور که همواره بستر مناسبی برای خرید خودروهای آن شرکت می‌باشد، حضور یافته، سهام خود را واگذار می‌کند.

از میان شیوه‌های یادشده، کشورهای در حال توسعه از شیوه سوم بسیار استقبال کرده‌اند، زیرا از این طریق هم می‌توانند به جلب سرمایه‌گذاری و انتقال فناوری و ایجاد اشتغال اقدام کنند و هم وابستگی خود را به واردات خدمات بورس کاهش دهند. از سوی دیگر، شیوه چهارم که به استناد ضمیمه موافقت‌نامه تجارت خدمات صرفاً حضور موقت و نه دائم اشخاص حقیقی را دربر می‌گیرد، کشورهای توسعه‌یافته از آن استقبال نکرده‌اند، زیرا اشخاص حقیقی عرضه‌کننده هنگام حضور در کشورهای در حال توسعه غالباً خود را با مقررات سخت اداری برای حضور و اخذ مجوزها روبرو می‌بینند و به شیوه‌های دیگر عرضه خدمات روی می‌آورند (صادقی، ۱۳۸۹، ص ۴۵۹). تعهدات در هر جدول شامل تعهدات افقی و نیز تعهدات بخشی است که تعهدات افقی^۱ آن دسته از تعهدات هستند که بر تمامی زیربخش‌های خدماتی اعمال می‌شوند، مانند تعهدات مالیاتی که به بخش خاصی از خدمات تعلق ندارند و تعهدات بخشی^۲ آن دسته از تعهدات هستند که فقط بر یک دسته از خدمات اعمال می‌شوند، مثل الزام به دریافت مجوز از نهاد صلاحیت‌دار در هر کشور برای فعالیت در بازار بورس. بر اساس طبقه‌بندی انجام‌شده، کلیه خدمات در دوازده بخش زیر تقسیم‌بندی شده‌اند:

1. Horizontal Commitments
2. Special Commitments

بازرگانی، ارتباطات، ساخت و مهندسی، توزیع، آموزشی، محیط زیست، خدمات مالی^۱ نظیر بیمه و بانکداری، بهداشت، جهانگردی و مسافرتی، تفریحی و فرهنگی و ورزشی، حمل و نقل، و دیگر خدمات (ناظری، ۱۳۸۹، ص ۱۱). البته باید یادآور شویم که همه خدمات بورس مشمول مقررات موافقت‌نامه تجارت خدمات نمی‌شوند، بلکه چندین عامل آن‌ها را تحت شمول موافقت‌نامه قرار می‌دهد: نخست اینکه ارائه این خدمات محدود به قلمرو داخلی یک کشور نباشد و عامل ارتباطی آن را به خارج از کشور مرتبط کند؛ دوم، اینکه با هدف تجارت ارائه شوند؛ و سوم اینکه با یکی از چهار شیوه یادشده مبادله شوند. افزون‌براین، ارائه خدمات نباید در گستره اختیارات دولتی قرار گیرد (کمالی اردکانی، ۱۳۸۳، ص ۲).

اکنون که سازمان جهانی تجارت و موافقت‌نامه تجارت خدمات را شناختیم، به معرفی مختصری از اصل دسترسی به بازار و جایگاه آن در موافقت‌نامه می‌پردازیم. برای مقدمه شایان ذکر است که این موافقت‌نامه دارای دو اصل اجباری یعنی شفافیت^۲ و دولت کامله‌الوداد^۳، و دو اصل قابل مذاکره، یعنی دسترسی به بازار^۴ و رفتار ملی^۵ است. اجباری بودن به این معناست که کشورها باید این اصول را بی‌چون‌وچرا بپذیرند یا اگر بخواهند استثنایی بر آن وارد کنند، فقط در همان محدوده‌ای می‌توانند که موافقت‌نامه آن را مجاز دانسته است، و قابل مذاکره بودن به این معناست که کشورهای متقاضی الحاق می‌توانند از طریق مذاکره، در هر یک از چهار شیوه ارائه خدمات، تعهدات دسترسی به بازار و رفتار ملی را نپذیرند.

۴. مفهوم اصل دسترسی به بازار و مستند آن در مقررات سازمان جهانی تجارت

اصل موضوع بحث، در راستای یکی از مهم‌ترین اهداف سازمان جهانی تجارت یعنی آزادسازی تجاری وضع شده است، زیرا این سازمان حذف و کاهش حداکثری موانع آزادسازی تجاری را کانون توجه خود قرار داده است. بنابراین از این اصل می‌توان به عنوان مهم‌ترین ابزار آزادسازی تجاری یاد کرد. مفاد این اصل دربردارنده الزام کشورهای متقاضی عضویت به حذف یا کاهش محدودیت‌های کمی یا کیفی برای سرمایه‌گذاری و حضور بیگانگان می‌باشد که به یکی از شیوه‌های چهارگانه ارائه خدمات به تجارت آن می‌پردازند. محدودیت‌ها از جنس همان قوانین و مقررات داخلی هستند، اما نحوه اعمال آزادسازی تجاری و رفع موانع داخلی در هر کشور متفاوت است و از مقتضیات اقتصادی، تجاری، قانون‌گذاری و... پیروی می‌کند که تفصیل آن در اینجا محل بحث نیست.

1. Financial Services
2. transparency
3. MFN or Most Favored Nation
4. Market Access
5. National Treatment

به نظر می‌رسد ماده ۱۶ موافقت‌نامه تجارت خدمات^۱ با برشمردن مصادیق محدودیت‌های دسترسی به بازار در مقام بیان کلی دو نوع محدودیت می‌باشد؛ محدودیت‌های کمی و محدودیت‌های کیفی. محدودیت‌های کمی نظیر محدودیت وارد بر تعداد عرضه‌کنندگان خدمات، و محدودیت‌های کیفی مانند محدودیت در نوع واحدهای حقوقی و چگونگی سرمایه‌گذاری مشترک مجاز برای بیگانگان هستند. برای مثال، چنانچه کشوری محدودیتی بر میزان سرمایه اولیه برای شرکت‌های تأمین سرمایه به منظور فعالیت در بازار بورس ایجاد کند و افزون‌براین وی را صرفاً مجاز به تأمین سرمایه از منابع داخلی کشور خود بنماید (اجازه سرمایه‌گذاری مشترک را در حیطه تأمین سرمایه به آن شرکت ندهد)، هر دو نوع محدودیت را بر دسترسی شرکت‌های تابعه آن کشور به بازار ایجاد نموده است.

گتس با اشاره به این اصل در ماده ۱۶ خود، اعضا را ملزم می‌کند که با دادن حق دسترسی به بازار به یک عضو، دیگر اعضا را نیز از این امتیاز بهره‌مند سازند (صادقی، غفاری فارسانی، ۱۳۹۰، ص ۲۲۵). کشورها باید قبل از ورود به این سازمان تا حد ممکن محدودیت‌های موجود در دسترسی به بازارشان را برای عرضه‌کنندگان خارجی خدمات بورس بردارند یا اینکه بتوانند با استدلال‌های قانع‌کننده در هریک از شیوه‌های ارائه خدمات، از تعهدات این اصل استثنای کنند. نظیر چنین استثنایی در جدول تعهدات کشورهای تازه ملحق شده به سازمان، دیده می‌شود.^۲

۱. ماده ۱۶: «۱- در خصوص دسترسی به بازار، از طریق روش‌های عرضه تعیین شده در ماده ۱ هر عضو رفتاری را در مورد خدمات و عرضه‌کنندگان خدمات اعضای دیگر در پیش خواهد گرفت که از رفتار مقرر بر اساس ترتیبات، محدودیت‌ها و شرایط مورد توافق و تعیین شده در جدولش نامطلوب‌تر نباشد. ۲- در بخش‌هایی که تعهداتی در خصوص دسترسی به بازار تقبل می‌شود، اقداماتی که یک عضو نباید آن‌ها را بر مبنای بخش‌های فرعی منطقه‌ای یا بر پایه کل قلمروش، مگر در موارد مذکور در جدولش، ادامه داده یا اتخاذ کند، به شرح زیر تعیین می‌شوند: الف) برقراری محدودیت‌هایی در مورد تعداد عرضه‌کنندگان خدمات چه به صورت سهمیه‌های عددی، انحصارات، عرضه‌کنندگان انحصاری خدمات، یا در قالب الزاماتی ناشی از یک نیازسنجی اقتصادی ب) برقراری محدودیت‌هایی در مورد کل ارزش مبادلات خدمات یا دارایی‌ها چه به صورت سهمیه‌های عددی یا در قالب الزام ناشی از یک نیازسنجی اقتصادی ج) برقراری محدودیت‌هایی در مورد تعداد کل عملیات خدمات یا مقدار کل ستانده خدماتی اعلام شده برحسب واحدهای عددی تعیین شده چه به صورت سهمیه یا در قالب الزام ناشی از یک نیازسنجی اقتصادی د) برقراری محدودیت‌هایی در مورد تعداد کل اشخاص حقیقی که می‌توانند در بخش خدماتی خاصی استخدام شده یا یک عرضه‌کننده خدمات می‌تواند آن‌ها را استخدام کند و اشخاص مزبور درعین حال برای عرضه خدماتی خاص لازم بوده و به آن مرتبط باشند چه به صورت سهمیه‌های عددی یا در قالب الزام ناشی از یک نیازسنجی اقتصادی ه) اقداماتی که انواع خاصی از واحدهای حقوقی یا سرمایه‌گذاری مشترک را که عرضه‌کننده خدمات طرف دیگر می‌تواند از طریق آن‌ها خدمتی عرضه کند، مقرر می‌دارند، یا ممنوع می‌سازند و) برقراری محدودیت‌هایی در مورد مشارکت سرمایه خارجی از لحاظ حداکثر درصد سهام خارجی یا برحسب کل ارزش یکایک یا مجموع سرمایه‌گذاری‌های خارجی».

۲. کشور تاجیکستان که در سال ۲۰۱۳ به سازمان ملحق شده، حضور تجاری ارائه‌دهندگان خدمات را به تاسیس شرکت صرفاً در قالب یک شرکت سهامی منوط کرده است. ر.ک. به:

[https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=gats/sc/*\)&and\(\(@Title=tajikistan\)or\(@CountryConcerned=ta\)\)](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=gats/sc/*)&and((@Title=tajikistan)or(@CountryConcerned=ta))) Last visited: 21/4/2015

این موضوع مؤیدی بر امکان درج چنین استثناهایی در جدول تعهدات کشورها در فضای کنونی سازمان جهانی تجارت است.

گفتنی است که محدودیت‌هایی که لازمه اعمال حاکمیت می‌باشند، منافاتی با اصل دسترسی به بازار ندارند؛ برای مثال کسب مجوز از یک نهاد صلاحیت‌دار برای فعالیت در بازار سرمایه منافاتی با اصل ندارد، زیرا این محدودیت‌ها از بارزترین نمودهای اعمال حاکمیت یک کشور می‌باشد.^۱

این را هم باید گفت که اگر کشوری در مذاکرات موفق شود که بر این اصل محدودیت وارد کند، اعمال این محدودیت‌ها کاملاً مجاز است. برای مثال یک کشور می‌تواند هنگام مذاکرات الحاق یا پس از آن، از طریق توافق‌نامه‌های دو یا چندجانبه، محدودیت کیفی برای نوع قالب حقوقی و برای فعالیت شرکت‌های بورسی برقرار کند؛ مثلاً مقرر نماید که صرفاً شرکت‌های سهامی و شعب بانک‌های بین‌المللی می‌توانند به فروش سهام خود در بورس آن کشور اقدام نمایند.^۲ همچنین درج محدودیت‌های کمی به‌عنوان استثنا در تجربه‌های الحاق کشورهای تازه ملحق شده، مشاهده شده است؛ برای مثال در جدول الحاق کشور یمن که در ۲۰۱۴م به سازمان پیوسته است، سقف مجاز سرمایه‌خارجیان در سرمایه‌گذاری‌های مشترک، ۶۰ درصد قید شده است.^۳

نکته دیگر اینکه گرچه اصل دسترسی به بازار، یکی از اصول انعطاف‌پذیر است، اما این موضوع از الزامی بودن این اصل نمی‌کاهد و نقض آن از سوی کشوری که آن را در هریک از

۱. نمونه این اعمال حاکمیت در جدول‌های تعهدات کشورها رایج است؛ برای مثال در جدول تعهدات چین زیر بخش اوراق بهادار آمده است که اعطای مجوز به‌منظور فعالیت در بخش خدمات مالی کشور چین به‌واسطه معیارهای محتاطانه صورت می‌گیرد (تعریفی که در پرائنز آمده است به خوبی نشان می‌دهد که اعطای اجازه تابع یک سری سیاست‌های خاص است و نه آزمون‌ها و معیارهای کمی ثابت)

Criteria for authorization to deal in China's financial industry are solely prudential (i.e., contain no economic needs test or quantitative limits on licenses.) available at: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=71613,11725,21775,25776,34016&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextSearch= Last visited:28/4/2014

۲. نمونه چنین مصداقی در جدول تعهدات عربستان در شیوه حضور تجاری و در زیر بخش خدمات مالی آمده است:

Commercial presence of bank is permissible in the form of a locally incorporated joint-stock company or as a branch of an international bank. Available at: https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=97525&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextSearch= last visited:28/4/2014h

3. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=%28@Symbol=%20gats/sc/*%29%20and%20%28%28%20@Title=%20yemen%20%29%20or%20%28@CountryConcerned=%20yemen%29%29&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true# last visited:21/4/2015

شیوه‌های ارائه خدمات پذیرفته است، می‌تواند به طرح اختلاف در هیئت حل و فصل اختلافات تجاری سازمان منجر گردد^۱.

۵. وضعیت قوانین و مقررات ایران از حیث داشتن یا نداشتن انطباق با اصل دسترسی به بازار

در این بخش ضمن معرفی قوانین مرتبط و مغایر، دلیل تطابق نداشتن را در قسمت قوانین مغایر به همراه ممکن یا ناممکن بودن بازنگری آن‌ها بیان می‌کنیم.

۵.۱. قوانین منطبق با اصل دسترسی به بازار

در نظام حقوقی ما قوانینی وجود دارد که ناقض اصل دسترسی به بازار شمرده نمی‌شود. بارزترین مصادیق آن قوانینی هستند که به‌ظاهر متضمن محدودیت کیفی برای فعالیت در بازار سرمایه شمرده می‌شوند، اما قدری دقت در محتوای آن قوانین، متعارف بودن این محدودیت را آشکار می‌سازد. اغلب این محدودیت‌ها در دو دسته کلی جای می‌گیرند؛ محدودیت‌هایی که لازمه اعمال نظارت هر کشور بر فعالیت در بازارهای سرمایه است و محدودیتی که لازمه فعالیت در این بخش است و مقتضیات ویژه این حوزه، آن محدودیت‌ها را می‌طلبد. اکنون به معرفی آن قوانین می‌پردازیم:

الف) ماده ۲۸ قانون بازار اوراق بهادار ۱۳۸۴ش، تأسیس بورس‌ها، بازارهای خارج از بورس و نهادهای مالی موضوع این قانون را به ثبت نزد این سازمان مشروط نموده است و فعالیت آن‌ها را تحت نظارت خود قرار داده است. افزون‌براین، مثال‌های مشابه دیگری در این خصوص در این قانون وجود دارد.^۲

ب) ماده ۱ دستورالعمل نحوه دریافت مجوز تأسیس بورس‌ها، کانون‌ها و نهادهای مالی از سازمان بورس و اوراق بهادار مصوب ۸۵/۷/۳۰ هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار هم مثل قانون بازار اوراق بهادار، فعالیت نهادهای بازار سرمایه را منوط به ثبت نزد سازمان نموده

۱. در سی‌ام اکتبر ۲۰۱۳ (هشتم شهریور ۱۳۹۲)، امریکا و نیوزلند هر دو به موجب دو درخواست جداگانه علیه اندونزی شکایتی را مطرح کردند که به موجب آن، این کشور، به سبب مجوزهای ورود ناروا، سهمیه‌ها و محدودیت‌های وارداتی و بازرسی‌های پیش از حمل، باعث تأخیر در فرایند صادرات آن‌ها شده است (البته موضوع این دعوا، منع موانع مضاعف در واردات کالا بوده است؛ با وجود این، ما این مثال را برای تقریب به ذهن خوانندگان به‌منظور نشان دادن نمونه‌ای عملی و جدید از ضمانت اجرای اصل دسترسی به بازار در این قسمت آورده‌ایم). نمایندگی تام‌الاختیار تجاری جمهوری اسلامی ایران، ماهنامه رویدادها و تحولات سازمان جهانی تجارت، سال هفدهم، شماره ۱۷۰، شهریور ۱۳۹۲، ص ۳۲ و ۳۳.

۲. مواد ۲۵، ۲۹ و ۳۰ قانون بازار اوراق بهادار (در اینجا به دلیل محدودیت در تعداد صفحات مقاله از ذکر مواد خودداری نموده، خوانندگان را به متن قوانین ارجاع می‌دهیم).

است؛ با این تفاوت که افزون بر ثبت، دریافت مجوز را هم اجباری و در صلاحیت سازمان قرار داده است.

ج) ماده ۹ دستورالعمل تأسیس و فعالیت پردازش اطلاعات مالی مصوب ۸۹/۵/۲۳ هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار هم الزام شرکت پردازش اطلاعات مالی را به دریافت مجوز از سازمان مقرر نموده است و از حیث نوع محدودیت حاوی مقرره جدیدی نیست. هر سه نوع محدودیت گفته شده، ناشی از پیوند ناگسستنی اعمال حاکمیت کشور و نظارت نهادهای واجد صلاحیت با فعالیت در بازارهای سرمایه است.^۱

د) ماده ۱۹ آیین نامه اعطای مجوز و فعالیت کارگزار در قالب شخصیت حقوقی مصوب ۸۳/۹/۱۶ شورای بورس، از نوع دیگر محدودیت کیفی سخن می گوید^۲؛ محدودیتی که برخلاف سه نوع قبل ریشه در اعمال حاکمیت کشورها ندارد، بلکه بر نوعی الزام کسب مهارت به صورت رسمی و حرفه ای دلالت می کند؛ الزامی که با ذات فعالیت در بازارهای سرمایه پیوند خورده است. از آنجا که بورس بیش از هر محل دیگری بستر انباشت سرمایه های دولتی و خصوصی است و معاملات این بخش افزون بر داشتن حساسیت ویژه، از تنوع زیادی هم برخوردار است^۳ و از روش های خاصی پیروی می کند که انجام اکثر آنها از توانایی معامله گران عادی و خصوصاً سستی خارج است، لذا بدیهی است که هر کشوری فعالان حوزه بازارهای سرمایه اش را ملزم به کسب مهارت های لازم نماید و از طریق اعطای گواهینامه های حرفه ای از سوی نهاد صلاحیت دار این بخش، از تخصص و توانایی آنها برای اداره جریان دادوستدهای این بازار، اطمینان نسبی حاصل کند.

وجود قوانین و مقررات منطبق و کاهش موانع نامتعارف دسترسی خارجیان به بازار، موجب جلب اعتماد بیگانگان برای سرمایه گذاری خارجی و رونق بازار سرمایه ایران می شود

۱. برای مطالعه بیشتر رک. به: ماده ۷ دستورالعمل تأسیس و فعالیت مشاور سرمایه گذاری مصوب ۸۹/۳/۴ هیئت مدیره سازمان بورس، ماده ۲ دستورالعمل اجرایی آیین نامه سرمایه گذاری در بورس ها و بازارهای خارج از بورس مصوب ۹۰/۷/۱۱ شورای عالی بورس، ماده ۶ دستورالعمل تأیید صلاحیت حرفه ای مدیران نهادهای مالی مصوب شورای عالی بورس، ماده ۷ دستورالعمل مؤسسات حسابرسی معتمد مصوب ۸۶/۵/۸ شورای عالی بورس، ماده ۱ قانون تنظیم بازار غیرمتشکل پولی مصوب ۸۳/۱۰/۳۰ مجلس شورای اسلامی، بند ب ماده ۱ دستورالعمل تعریف و اعطای گواهی نامه های حرفه ای در بازار اوراق بهادار مصوب ۸۸/۴/۶ سازمان بورس و اوراق بهادار، مواد ۱۳ و ۳۵ دستورالعمل پذیرش کالا و اوراق بهادار مبتنی بر کالا در بورس کالای ایران مصوب ۸۷/۲/۲ و اصلاحی ۸۸/۹/۱۰ هیئت مدیره سازمان بورس، مصوبه ۸۶/۸/۷ در خصوص فعالیت های بین المللی بازار سرمایه شورای عالی بورس، ماده ۴ آیین نامه سرمایه گذاری خارجی در بورس ها و بازارهای خارج از بورس.

۲. کلیه کارکنان کارگزار که برای انجام دادوستد با سیستم معاملاتی کار می کنند باید حداقل دارای گواهی نامه اصول مقدماتی کارگزاری باشند.

۳. برای مثال: قرارداد لحظه ای (spot) قرارداد سلف (forward)، قرارداد آتی (future)، قرارداد اختیار معامله (option) که خود دو نوع خرید و فروش دارد، صکوک (sukuk)، سوآپ (swap) و... از انواع معاملات هستند. ما اکنون در مقام بیان همه مصادیق معاملات بورسی و معرفی آنها نیستیم و به ذکر مثال هایی از آن اکتفا می کنیم.

(سعیدی، ۱۳۸۷، ص ۵۷ و ۵۸) و بهتر است که همگام با رفع موانع فیزیکی دسترسی به بازار، موانع قانونی این دسترسی هم مرتفع گردد.^۱ نظیر این نوع استثناها از اصل دسترسی به بازار در جدول تعهدات کشورها بسیار رایج است. در جدول تعهدات عربستان، ارائه دهندگان خارجی خدمات، برای فعالیت به موجب ماده ۵/۳ قانون سرمایه‌گذاری خارجی مصوب آوریل ۲۰۰۰ نیازمند تأیید مقام سرمایه‌گذاری عربستان سعودی می‌باشند.^۲ با توجه به این موضوع، به نظر می‌رسد کشورها هر قدر هم به سوی آزادسازی تجاری پیش روند، انصراف از اعمال حاکمیت و نظارت خود را در حوزه سرمایه‌گذاری خصوصاً برای خارجیان، بر نمی‌تابند.

۲.۵. قوانین مغایر با اصل دسترسی به بازار

در مقررات مربوط به حوزه بازارهای سرمایه، قوانینی در حقوق ایران تدوین و تصویب شده است که به واسطه محدودیت‌های کمی و کیفی نامتعارفی که برای دسترسی خارجیان به بازار ایجاد می‌کند، انطباقی با الزامات ناشی از اصل دسترسی به بازار ندارد. این قوانین از این جهت که برخی قابلیت تغییر و اصلاح را دارند و برخی دیگر به دلیل مقتضیات خاص نظام حقوقی ما از این قابلیت برخوردار نیستند، به دو دسته تقسیم می‌شوند: قوانین مغایر با اصل دسترسی به بازار که امکان بازنگری و اصلاح دارند و قوانین مغایر با اصل دسترسی به بازار که امکان بازنگری و اصلاح ندارند و باید در ردیف استثنای پذیرش اصل دسترسی به بازار هنگام الحاق ایران به سازمان جهانی تجارت قرار گیرند.

۲.۵.۱. قوانین مغایر با اصل دسترسی به بازار با قابلیت بازنگری و اصلاح

همان‌طور که گفته شد در این قسمت به معرفی قوانینی می‌پردازیم که متضمن محدودیت‌های دسترسی به بازار هستند، اما جنس این دسته از قوانین به گونه‌ای است که می‌تواند بازنگری شود و اصلاح آن‌ها گرچه با دشواری‌های طی تشریفات ویژه اصلاح قانون مواجه است، اما با مانعی روبرو نیست.

۱. برای مثال، در کشور چین، حجم سرمایه‌گذاری مستقیم خارجی پیش از الحاق به سازمان و اصلاح مقررات، ۴۰ درصد بود که پس از الحاق تا ۷۵ درصد افزایش یافت (Yungchal, Wenhua, 2009: 121).

2. Foreign service suppliers require approval from the Saudi Arabian General Investment Authority for establishing commercial presence in Saudi Arabia according to the Foreign Investment Law of April 2000 and Article 5:3 of the Regulation of the Foreign Investment Act. Available at:

https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=97525&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextSearch=last visited:28/4/2014

الف) در ماده ۴ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی مصوب ۸۱/۳/۴ مجلس شورای اسلامی، سرمایه‌گذاری دولت یا دولت‌های خارجی در جمهوری اسلامی ایران، حسب مورد منوط به تصویب مجلس شورای اسلامی شده است. از سوی دیگر سرمایه‌گذاری شرکت‌های دولتی خارجی از منظر این قانون، خصوصی تلقی می‌شود. این ماده از این جهت مغایر اصل دسترسی به بازار می‌باشد که برای سرمایه‌گذاری دولت یا دولت‌های خارجی حتی در بازار سرمایه هم محدودیت کیفی تصویب مجلس شورای اسلامی را که بسیار زمان‌بر و دشوار است، ضروری می‌داند. البته ناگفته نماند که موضوع این آیین‌نامه، سرمایه‌گذاری دولت‌های خارجی می‌باشد، لذا محدودیت مندرج در این ماده، منصرف از شرکت‌های غیردولتی خارجی و شعب و نمایندگان آنهاست (که در قسمت‌های بعدی به تجویز فعالیت آنها در بازار سرمایه اشاره خواهیم کرد).

ب) در مواد ۵۴ و ۵۵ قانون بازار اوراق بهادار، دو نوع محدودیت مقرر شده است که هر دو از نوع کمی هستند. در ماده ۵۴ هر سهام‌دار اعم از حقیقی یا حقوقی و ایرانی یا خارجی، از تملک مستقیم یا غیرمستقیم بیش از ۲/۵ درصد از کل سهام بورس منع شده است. ماده ۵۵ هم حاوی ممنوعیت هر سهام‌دار حقیقی یا حقوقی اعم از ایرانی یا خارجی از تملک بیش از ۵ درصد از سهام شرکت سپرده‌گذاری مرکزی اوراق بهادار و تسویه وجوه چه به صورت مستقیم و چه به صورت غیرمستقیم است. به نظر می‌رسد برای تشخیص اسباب مستقیم و غیرمستقیم تملک باید از مفاهیم پایه‌ای حقوق مدنی استفاده کرد.

ج) آیین‌نامه سرمایه‌گذاری خارجی در بورس‌ها و بازارهای خارج از بورس مصوب ۸۷/۱/۲ هیئت وزیران، در ماده ۷ خود محدودیت کمی را برای خارجی‌ان مقرر نموده است (برخلاف مقرره سابق که به صورت مطلق و برای همه افراد محدودیت وضع نموده بود). به موجب این آیین‌نامه، همه خارجی‌ان از هر ملیتی در مجموع بیش از ۲۰ درصد کل سهام را نمی‌توانند صاحب شوند. در احتساب مجموع سهام، تفاوتی نمی‌کند که مجموع سهام شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس مدنظر باشد یا مجموع سهام هر شرکت پذیرفته‌شده در بورس. همچنین، هر شخص خارجی از تملک بیش از ده درصد سهام هر شرکت پذیرفته‌شده در بورس یا خارج از بورس ممنوع شده است.

افزون‌براین، مطابق ماده ۵ قانون اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ که به موجب بند ۳ ماده ۷ آیین‌نامه یادشده در آیین‌نامه سرمایه‌گذاری خارجی هم رعایت آن لازم است، هیچ سهام‌دار حقیقی خارجی نمی‌تواند بیش از ۵ درصد و هیچ سهام‌دار حقوقی عمومی غیردولتی خارجی نمی‌تواند بیش از ۱۰ درصد سهام بانک‌ها و مؤسسات مالی اعتباری و سایر بنگاه‌ها و واسطه‌های پولی عرضه‌شده در بورس را تملک نماید. بند ۱ و ۲ ماده ۷ آیین‌نامه با بند ۳، یک

شباهت و یک تفاوت دارد. شباهت از این نظر است که هر سه متضمن محدودیت کمی دسترسی خارجیان می‌باشند و تفاوت از این جهت است که بند ۱ و ۲ صرفاً بر محدودیت تملک سهام برای خارجیان در شرکت‌ها به‌طور کلی دلالت دارد، اما بند ۳ محدودیت را نسبت به تملک سهام بانک‌ها اعمال نموده است.

د) ماده ۲۳ امیدنامه صندوق سرمایه‌گذاری برای سرمایه‌گذاری اشخاص خارجی مصوب ۸۳/۹/۱۶ هیئت مدیره سازمان بورس و اوراق بهادار، هر شخص حقیقی یا حقوقی اعم از خارجی یا ایرانی را که در یک کارگزار سهامی عام بیش از ۱۰ درصد سهام‌دار باشد، از تملک بیش از یک درصد سهام دیگر شرکت‌های کارگزاری ممنوع کرده است. محدودیت کمی مقرر در این ماده به دلایل یادشده ذیل مواد پیشین، ناقض اصل می‌باشد.

به‌نظر می‌رسد حفظ مقرراتی که متضمن محدودیت‌های کمی دسترسی خارجیان به بازار در بازار سرمایه می‌باشد، با افزایش سهم مشارکت خارجیان به‌گونه‌ای که هم زمینه تسلط آن‌ها را بر صنعت بورس فراهم نسازد و هم بازار ایران را از امکان بهره‌برداری از حجم وسیع سرمایه‌های خارجی محروم نکند، راهکاری درست است؛ یعنی همواره محدودیت کمی برای تملک سهام از سوی خارجیان در قوانین بازار سرمایه ما موجود باشد، اما میزان این محدودیت از کمیت‌های موجود افزایش یابد؛ امری که تعیین آن نیازمند بررسی دقیق و تحقیق اقتصاددانان با توجه به شرایط بازار سرمایه و وضعیت عمومی کشور است.^۱

۵.۲.۲. قوانین مغایر با اصل دسترسی به بازار بدون قابلیت بازنگری و اصلاح

در این قسمت به معرفی قوانین مغایر با این اصل می‌پردازیم. مقررات این بخش برخلاف بخش پیشین، اصول زیربنایی نظام حقوقی ما را تشکیل می‌دهد و امکان بازنگری آن‌ها با توجه به شرایط فعلی موجود نیست؛ لذا تنها راه حل در رویارویی با این مقررات، حفظ آن‌ها به‌عنوان استثناست.

الف) مطابق قانون اصلاح موادی از قانون برنامه چهارم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران، و اجرای سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی، سرمایه‌گذاری، مالکیت و مدیریت در یک سری فعالیت‌های اقتصادی منحصراً در اختیار دولت قرار دارد. به موجب بند ج ماده ۳ این قانون، سرمایه‌گذاری و مالکیت در چندین بانک و نیز بیمه، در انحصار دولت قرار گرفته است. از آنجا که بانک‌ها به موجب همین قانون در قالب

۱. برای مثال، سقف مشارکت خارجی در سرمایه‌گذاری در روسیه ۲۵ درصد و در لائوس ۵۱ درصد است. به‌نظر می‌رسد که فضای حاکم بر سازمان در خصوص الحاق کشورها، تمایل به افزایش سقف سرمایه‌گذاری نسبت به سقف مجاز ایران است.

رک. https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/serv_commitments_e.htm Last visited:

29/4/2015

شرکت سهامی تأسیس می‌شوند و قابلیت عرضه و فروش سهام خود را در بازار بورس دارند و از سوی دیگر، مالکیت آن‌ها در انحصار دولت قرار گرفته است، می‌توان گفت که خارجیان از تملک سهام انواعی خاص از شرکت‌های پذیرفته‌شده در بورس اوراق بهادار ایران محروم هستند. این محدودیت، فارغ از چرایی آن، یک محدودیت کیفی بر دسترسی خارجیان شمرده می‌شود و چون قانون یادشده در اجرای سیاست‌های قانون اساسی وضع گردیده است، بنابراین از نظر نداشتن امکان بازنگری و اصلاح، در حکم قانون اساسی است.

گفتنی است، در قسمت دوم اصل ۴۴ قانون اساسی (بخش خصوصی)، سخن از تجارت و خدمات آمده است که فعالیت در بورس هم می‌تواند مصداقی از آن باشد. می‌توان گفت با تجویز سرمایه‌گذاری در بخش‌های تجارت و خدمات از سوی بخش خصوصی، مانع جدی بر سر راه سرمایه‌گذاری خارجی وجود ندارد، زیرا این اصل مطلق است و سخن از انحصار سرمایه‌گذاری بخش خصوصی ایرانی به میان نیامده است. بنابراین با این تفسیر، خارجیان نیز می‌توانند در بازار بورس فعالیت کنند. تفسیر یادشده با دقت در چگونگی برشمردن مصداقی فعالیت‌های اقتصادی از سوی قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ تقویت می‌شود، زیرا فعالیت‌های اقتصادی مندرج در ذیل اصل ۴۴ در تقسیم‌بندی گروه یک ماده ۲ جای می‌گیرد که دولت باید در این بخش سهام خود را به بخش خصوصی، تعاونی و عمومی غیردولتی واگذار نماید. نتیجه اینکه مانعی برای سرمایه‌گذاری خارجیان در این خصوص مشاهده نمی‌شود؛ جز اینکه امکان سرمایه‌گذاری خارجیان در بخش بازار سرمایه به استناد ذیل اصل ۴۴ به موجب بند ج ماده ۳ قانون اجرای سیاست‌های اصل ۴۴ مقید می‌شود؛ با این توضیح که به خارجیان اجازه تملک سهام یک سری واحدهای پذیرفته‌شده در بازار بورس را نمی‌دهد.

ب) مقرر دوم، اصلی از اصول قانون اساسی است که می‌توان آن را یکی از موانع اصل دسترسی به بازار شمرده. برابر اصل ۸۱ قانون اساسی، اعطای امتیاز تشکیل شرکت‌ها و مؤسسات در امور تجاری و خدمات به خارجیان مطلقاً ممنوع است.

این اصل از این رو ناقض دسترسی به بازار شمرده می‌شود که در تمام بخش‌های تجارت و خدمات بدون استثنا حق اعطای امتیاز^۱ تشکیل شرکت و مؤسسه را از خارجیان سلب کرده است. برای مثال، بورس که یکی از بخش‌های خدماتی خوانده می‌شود، صرفاً باید در اختیار ایرانیان بوده، یک شرکت خارجی نمی‌تواند در ایران شرکت یا مؤسسه سرمایه‌گذاری در زمینه

۱. قرارداد امتیاز قراردادی است که به موجب آن دولت اداره یک خدمت عمومی و یا بهره‌برداری از منبع درآمد عمومی را به شخص حقیقی یا حقوقی واگذار می‌کند که در مدت معین بر طبق شرایط معین، آن امر را اداره کند و یا از آن منبع درآمد به حساب خود بهره‌برداری نماید و در مقابل مخارج و کار و خدمت خود جوهری را از مصرف‌کنندگان و یا دولت دریافت کند و یا سهمی از منافع دولت را بپردازد. دولت را امتیازدهنده و طرف معامله را صاحب امتیاز گویند.

بورس تأسیس کند. البته مطابق قانون اجازه ثبت شعبه یا نمایندگی شرکت‌های خارجی، این شرکت‌ها می‌توانند به ثبت شعبه یا نمایندگی اقدام کنند، اما اعطای اختیار کامل و مجوز تأسیس شرکت اصلی از سوی خارجیان با توجه به اطلاق این اصل، ممنوع است. بنابراین از آنجا که تمامی قوانین عادی باید در سایه قانون اساسی تفسیر شوند، می‌توان گفت که همه آیین‌نامه‌ها و دستورالعمل‌هایی که سرمایه‌گذاری خارجی را در زمینه بورس مجاز می‌دانند، در واقع اجازه ثبت شعبه یا نمایندگی یک شرکت خارجی را به اتباع خارجی در ایران اعطا می‌کنند و از دادن امتیاز به این شرکت‌ها ممنوع هستند.

در پیش‌نویس قانون اساسی آمده بود: «دادن امتیاز شرکت‌ها و مؤسسات عمومی و اعطای امتیاز انحصاری در امور تجاری و صنعتی و کشاورزی و معادن، از طرف دولت بدون تصویب مجلس شورای اسلامی ممنوع است». اصل مندرج در پیش‌نویس به دو دلیل بستر مناسب‌تری را نسبت به اصل کنونی برای دسترسی خارجیان به بازار فراهم می‌نمود، زیرا هم اعطای امتیاز انحصاری - و نه صرف امتیاز - در امور تجاری را ممنوع کرده بود و هم اینکه محدودیت یادشده با تصویب مجلس شورای اسلامی مرتفع می‌شد و ممنوعیت مطلق به‌شمار نمی‌آمد.

تفسیر شورای نگهبان در خصوص این اصل در تاریخ ۶۰/۱/۸ این‌گونه بوده است: شرکت‌های خارجی که با دستگاه‌های دولتی ایران قرارداد قانونی منعقد نموده‌اند، می‌توانند برای انجام امور قانونی و فعالیت‌های خود در حدود قراردادهای منعقد، مطابق ماده ۳ قانون ثبت شرکت‌ها، به ثبت شعب خود در ایران اقدام کنند و این امر با اصل ۸۱ قانون اساسی مغایرتی ندارد. به نظر می‌رسد چون شورای نگهبان قراردادهای منعقد را بدون عنوان امتیاز دانسته، ثبت شعب از سوی شرکت‌های خارجی را مجاز شمرده است (وکیل، عسکری، ۱۳۹۱، ص ۱۴۳ و ۱۴۴).^۱

در هر حال، این اصل از این حیث که با توجه به ماده ۳ قانون ثبت شرکت‌ها اجازه ثبت شعبه را برای شرکت‌های خارجی شناسایی نموده است، محدودیت تلقی نمی‌شود؛ زیرا به‌طور کلی از خارجیان برای فعالیت در زمینه بورس، سلب حق نکرده است، اما از این جهت که صرفاً در قالب شعبه یا نمایندگی به آن‌ها اجازه فعالیت می‌دهد، محدودیت کیفی نامتعارفی بر

۱. درج چنین مقرراتی به‌عنوان استثنا در الحاق کشورها بی‌سابقه نیست. ر.ک. به جدول‌های تعهدات چین و ویتنام:

https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=%28@Symbol=%20gats/sc/*%29%20and%20%28%28%20@Title=%20china%20%29%20or%20%28@CountryConcerned=%20china%29%29&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=true
https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=%28@Symbol=%20gats/sc/*%29%20and%20%28%28%20@Title=%20viet%20nam%20%29%20or%20%28@CountryConcerned=%20viet%20nam%29%29&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChanged=tru
 #last visited:29/4/2015

دسترسی خارجیان به بازار تلقی می‌شود. بنابراین در کنار این اصل، باید ماده ۳ قانون ثبت شرکت‌ها را هم به‌عنوان یک قانون عادی که حاوی یک مقررۀ اساسی است، در ردیف قوانین مغایر غیرقابل بازنگری و اصلاح قرارداد.

در تفاوت میان شعبه و نمایندگی به‌طور کلی گفته شده است که برخلاف شعبه، نماینده شخصیت مستقل داشته، به حساب منوب‌عنه عمل می‌کند؛ اما شعبه شخصیت مستقل ندارد، ولی به حساب خود عمل می‌کند. افزون‌براین، حدود اختیارات نماینده را قرارداد نمایندگی تعیین می‌کند (دمیرچیلی، حاتمی، قرائی، ۱۳۸۹، ص ۵۰). به‌نظر می‌رسد با توجه به تفاوت‌های گفته‌شده و با وجود امکان تأسیس شعبه و نمایندگی در کشور ما، تأسیس نمایندگی شرکت‌های ارائه‌دهنده خدمات بورس، بهتر باشد؛ چراکه اغلب وجود یک قرارداد میان نماینده و منوب‌عنه، هم حیطۀ اختیارات نماینده را برای فعالیت واضح‌تر می‌سازد و هم می‌تواند مبنای قابل اعتمادی برای طرح دعاوی اشخاص ثالث و از جمله کشور میزبان در دادگاه صالح باشد.

۶. نتیجه

از مطالعه مختصر عناوین یادشده، نتایجی حاصل گردید که به شرح زیر است:

- ✓ سازمان جهانی تجارت سازمانی مقررات‌محور است؛ یعنی هم الحاق به این سازمان، نظام‌مند و طبق قوانین و مقررات ویژه‌ای صورت می‌گیرد و هم کشورها برای الحاق به این سازمان، باید بازنگری خاصی را از نظر داشتن یا نداشتن انطباق قوانین با اصول این سازمان انجام دهند.
- ✓ اصل دسترسی به بازار که به معنای رفع یا کاهش هرگونه محدودیت کمی یا کیفی نسبت به خارجیان برای دسترسی آزادانه به بازارهای مبادله بین‌المللی خدمات می‌باشد، از اصول مهم موافقت‌نامه تجارت خدمات است که نقش اصلی را در هدف آزادسازی تجاری برای سازمان جهانی تجارت ایفا می‌کند.
- ✓ با توجه به اینکه کشور ایران اکنون عضو ناظر سازمان جهانی تجارت می‌باشد و در حال انجام مذاکرات برای الحاق به این سازمان است، بررسی قوانین و مقررات داخلی در هریک از بخش‌های تجارت خدمات، امری مفید و البته ضروری به‌نظر می‌رسد.
- ✓ در حوزه حقوق بورس ایران، موازینی تصویب شده است که متضمن محدودیت کمی یا کیفی نامطلوبی برای دسترسی به بازار نیست. این مقررات یا ریشه در اعمال نظارت کشور بر فعالیت در بازار سرمایه دارد و یا ناشی از مقتضیات ویژه دادوستد حرفه‌ای در بازار بورس است، لذا الزامات اصل

دسترسی به بازار را برای الحاق نقض نمی‌نماید و نیازی به اصلاح یا حذف ندارد. برای مثال، سرمایه‌گذاری در حوزه حقوق بورس و تأسیس نهادهای مالی مقرر در چارچوب قانون بازار اوراق بهادار، نیازمند اخذ مجوزهای لازم از سازمان بورس و اوراق بهادار است. ماده ۲۸ قانون بازار اوراق بهادار، ماده ۱ دستورالعمل نحوه دریافت مجوز تأسیس بورس‌ها، کانون‌ها و نهادهای مالی از سازمان بورس اوراق بهادار، ماده ۱۹ آیین‌نامه اعطای مجوز و فعالیت کارگزار در قالب شخصیت حقوقی، ماده ۹ دستورالعمل تأسیس و پردازش اطلاعات مالی و سایر قوانین یادشده در بخش قوانین منطبق، از این دسته هستند و کشور ما می‌تواند در جدول تعهدات خود، این موضوعات را به عنوان استثنای اصل دسترسی به بازار قید کند؛ همان‌طور که تجربه کشورهای ملحق‌شده، امکان چنین موضوعی را نشان می‌دهد.

✓ در مقابل قوانین و مقررات منطبق با اصل دسترسی به بازار در، در حوزه حقوق بورس اوراق بهادار ایران،

✓ مقرراتی وجود دارد که متضمن محدودیت‌های کمی و کیفی نامطلوبی بر سر راه دسترسی خارجیان به بازار می‌باشد. دسته‌ای از این مقررات مغایر، از آنجا که امکان بازنگری دارند، یا باید حذف گردند یا به گونه‌ای اصلاح گردند که در فرآیند الحاق، مانع شمرده نشوند. ماده ۴ قانون تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری خارجی، مواد ۵۴ و ۵۵ قانون بازار اوراق بهادار، ماده ۷ آیین‌نامه سرمایه‌گذاری خارجی در بورس و بازارهای خارج از بورس و به تبع ماده ۵ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴ قانون اساسی و ماده ۲۳ امیدنامه صندوق سرمایه‌گذاری برای سرمایه‌گذاری اشخاص خارجی، از این دسته‌اند. در متن هم اشاره شد که باید سهم مشارکت خارجیان به گونه‌ای متعادل افزایش یابد تا هم به وابستگی ما و سلطه آنان بر بازار اوراق بهادار منجر نگردد و هم حجم وسیع‌تری از سرمایه را برای فعالیت شرکت‌های متنوع خارجی در بورس، وارد کشور کند."

✓ دسته دیگر از قوانین و مقررات مغایر، قوانینی هستند که امکان حذف یا اصلاح آن‌ها با توجه به شرایط فعلی وجود ندارد. بند ج ماده ۳ قانون اجرای سیاستهای کلی اصل ۴۴، ماده ۳ قانون ثبت شرکتها چون حاوی یک مقرره‌ی اساسی هستند و اصل ۸۱ قانون اساسی، از این دسته‌اند؛ زیرا از یک سو فرآیند بازنگری قانون اساسی در کشور ما تحت شرایط ویژه صورت می‌گیرد و الحاق

به یک سازمان بین المللی نمی تواند بستر موجهی برای تغییر یک اصل از آن باشد. از سوی دیگر تغییر موازین اساسی مندرج در مواد ۳ قانون ثبت شرکتها و بند ج ماده ی ۳ قانون اجرای سیستمهای کلی اصل ۴۴، همواره از سوی شورای نگهبان به دلیل مغایرت با قانون اساسی، پذیرفته نخواهد شد. تنها راهکاری که می توان اتخاذ نمود، این است که در مذاکرات الحاق به سازمان، نظیر چنین مقرراتی را به عنوان استثنای اصل دسترسی به بازار در جدول تعهدات خود قید نماییم؛ مثلاً به این صورت که تعهدی را مبنی بر حضور تجاری شرکت های ارائه دهنده خدمات بورس، از طریق اعطای امتیاز انحصاری به آن ها نخواهیم پذیرفت."

منابع و مآخذ

الف - فارسی

۱. باقری، محمود، حجت زاده، علیرضا، رضایی، محمدتقی (۱۳۸۹). اجرای اصل آزادسازی تجاری در سازمان جهانی تجارت. چالشها و فرصتها، پژوهش حقوق و سیاست، سال یازدهم، شماره ۲۷.
۲. باقری، محمود، قنبری، حمید (۱۳۸۹). مشکلات حقوقی ناشی از بین المللی شدن بازارهای سرمایه و جایگاه قوانین ملی. فصلنامه پژوهش حقوق، سال دوازدهم، شماره ۲۹.
۳. دمیرچیلی، محمد، قرائی، محسن، حاتمی، علی (۱۳۸۹). قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی. تهران: گنج دانش.
۴. راستی، محمد (۱۳۸۹). آزادسازی تجاری خدمات و رشد اقتصادی تجربه کشورهای عضو سازمان جهانی تجارت. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی.
۵. روحانی، کارن (۱۳۸۶). موافقت نامه تجارت خدمات (گتس) و آثار حقوقی الحاق ایران به آن. رساله دکتری رشته حقوق بین الملل دانشگاه آزاد اسلامی واحد علوم تحقیقات.
۶. سادرلند، پیتر (۱۹۴۶). آینده سازمان جهانی تجارت نگرشی انتقادی. ترجمه بزرگی، وحید، بینات، ابوالقاسم، دژم خوی، غزاله، زارع، محمدحسن، زاهدطلبان، علی، سیدی، میرهادی، فتحی زاده، امیر هوشنگ، کمالی اردکانی، مسعود، مرادپور، فرزاد، نصیری، میترا، تهران، شرکت چاپ و نشر بازرگانی، مرداد ۱۳۸۶.
۷. سعیدی، پرویز (۱۳۸۷). بورس و اهمیت بازارهای مالی. مجموعه مقالات تدبیر، شماره ۱۹۲.
۸. صادقی، محسن، غفاری فارسانی، بهنام (۱۳۹۰). مغایرتهای مقررات حمل و نقل ریلی با اصول سازمان تجارت جهانی و آرایه راهکار. فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۱، شماره ۳.
۹. صادقی، محسن (۱۳۸۹). آثار حقوقی الحاق ایران به سازمان جهانی تجارت بر خدمات بورس اوراق بهادار. مجله پژوهشهای حقوقی، شماره ۱۷.
۱۰. کمالی اردکانی، مسعود، نصیری، میترا (۱۳۸۳). تجارت خدمات در سازمان جهانی تجارت. تهران: مؤسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی.
۱۱. مؤسسه مطالعات و پژوهشهای بازرگانی (۱۳۸۳). شناخت سازمان تجارت جهانی. ترجمه محمدجواد، ایروانی، تهران: شرکت چاپ و نشر بازرگانی.
۱۲. ناظری، مهدی (۱۳۸۲). سازمان جهانی تجارت و سیاست خارجی جمهوری اسلامی ایران. تهران: وزارت امور خارجه، مرکز چاپ و انتشارات.

۱۳. نمایندگی تام‌الاختیار جمهوری اسلامی ایران (۱۳۸۵). سازمان جهانی تجارت. ساختار، قواعد و موافقت نامه‌ها، تهران: شرکت چاپ و نشریازرگانی.
۱۴. نمایندگی تام‌الاختیار تجاری جمهوری اسلامی ایران (۱۳۹۲). ماهنامه‌ی رویدادها و تحولات سازمان جهانی تجارت. سال هفدهم، شماره ۱۷۰.
۱۵. وکیل، امیرساعتد، عسکری، پوریا (۱۳۹۱). قانون اساسی درنظم حقوقی کنونی. تهران: انتشارات مجد.
۱۶. <http://www.rooznamehrasmi.ir/Laws/>, last visited:28/4/2014.
۱۷. http://www.seo.ir/Page/kKDjV9qKusxkFhaoy_JumA==/%D9%82%D9%88%D8%A7%D9%86%DB%8C%D9%86%D8%8C-%D9%85%D9%82%D8%B1%D8%B1%D8%A7%D8%AA, last visited:28/4/2014

ب- خارجی

1. Archie Charles V, (2011), "China can not have its cake and eat it too, coercing the PRC to reform its currency exchange policy to conform to its WTO obligations", NorthCarolinajournal of international law and commercial regulation, vol37,issue1
2. Charnovitz, Steve, (2003), "comment on china's participation in the World Trade Organization: temple international and comparative law journal, vol 17,issue1
3. Lacey, Simon, (2006), "WTO accession from the perspective of WTO members, the view from other side of the table", Georgetown university law center, available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1135117 last visited:2/5/2014
4. Mazumder, Rabin, (2008), "trade liberalization & WTO impact on developing countries", The Icfai Business School (IBS), http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1084394 last visited:2/5/2014
5. Kwon, Yungchal, Zhou, Wenhua, (2009), "a study on the changes of china's FDI politics after WTO, imolications for Korean firm", international area review, vol 12, no.3
6. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=97525&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextSearch= last visited:28/4/2014
7. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=71613,11725,21775,25776,34016&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextSearch= Last visited:28/4/2014
8. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=64776&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextSearch= last visited:28/4/2014
9. https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=%28@Symbol=%20gats/sc/*%29%20and%20%28%28%20@Title=%20yemen%20%29%20or%20%28@CountryConcerned=%20yemen%29%29&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUICanged=true#. last visited:21/4/2015
10. [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(@Symbol=gats/sc/*\) and \(\(@Title=tajikistan\) or \(@CountryConcerned= ta](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(@Symbol=gats/sc/*) and ((@Title=tajikistan) or (@CountryConcerned= ta). Last visited:21/4/2015
11. https://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/serv_commitments_e.htm Last visited:29/4/2015.