

فصلنامه حقوق اداری (علمی - پژوهشی)

سال اول، شماره ۴ (تابستان ۱۳۹۳): ص ۴۹ - ۷۳

روش‌های نظارتی بر نحوه ارجاع اختلافات اموال عمومی و دولتی به داور؛ مطالعه موردی قراردادهای حوزه نفت و گاز

سید محمد تقی علوی^۱

عادل ابراهیم پور استنجان^۲

دریافت: ۱۳۹۲ / ۱۱ / ۲۵

پذیرش: ۱۳۹۳ / ۳ / ۱۷

چکیده

ارجاع اختلافات به داوری همواره با یک‌سری محدودیت‌هایی همراه بوده است و در واقع این حق یک دولت است که مطابق سیاست خود تعیین کند که چه نوع از اختلافاتی باید در محاکم خود مورد رسیدگی قرار گیرد. اعمال این محدودیت‌ها در خصوص منع از ارجاع اختلافات به داوری ممکن است به دلیل حفاظت و صیانت از منافع عمومی باشد.

هرچند اصل ۱۳۹ قانون اساسی ارجاع اموال عمومی و دولتی را به مثابه برخی از کشورها مطلقاً مجاز نمی‌داند و نه به مثل برخی کشورهای دیگر مطلقاً آن را ممنوع اعلام نکرده؛ لیکن برای این امر ضوابطی را تعیین کرده است که با کسب مجوزهای مربوطه ارجاع اموال عمومی و دولتی نیز مانند سایر اموال مجاز خواهد بود. نکته حایز اهمیت این که سیاق اصل ۱۳۹ در خصوص ارجاع اموال عمومی و دولتی به داوری سیاق ممنوعیت نیست بلکه ایجاد نوعی محدودیت به دلیل صیانت از حقوق ملت است.

واژگان کلیدی: داوری، ارجاع به داوری، دعوی، شرکت‌های دولتی، شورای نگهبان.

۱. استاد حقوق دانشگاه تبریز

۲. دانشجوی دکتری حقوق نفت و گاز دانشگاه تهران - (نویسنده مسئول) ebrahimpooradel@gmail.com

مقدمه

سهولت و در دسترس بودن داوری و نهادهای غیر قضایی که فارغ از پیچیدگی‌های محاکم قضایی باشد، از موضوعاتی است که باعث رونق بیش از پیش این نهاد گردیده است. نهاد داوری با توجه به ساده بودن و کم بودن تشریفات آن مورد توجه همه فعالان عرصه تجارت بین‌الملل قرار گرفته است. لیکن این موضوع در خصوص اموال دولتی و عمومی در نظام‌های حقوقی با موانعی روبروست. دولت‌ها در مقام توجیه این محدودیت‌ها به حفظ اموال عمومی و مصون داشتن این اموال از تصمیمات و آرای یک‌جانبه که ممکن است علیه کشورهای سرمایه‌پذیر صادر شود، استناد می‌کنند. در تفکر برخی از این دولت‌ها، این موضوع به مثابه یک عقیده شایع وجود دارد که داوری نهادی است جهت تأمین منافع شرکت‌های سرمایه‌گذار بین‌المللی و با توجه به این که این گونه شرکت‌ها و یا دولت‌های سرمایه‌گذار در این خصوص دارای تجربه بوده‌اند، ادبیات موجود در این زمینه نیز منبعث از تفکرات حاکم بر این گونه شرکت‌ها و دولت‌ها می‌باشد؛ البته علی‌رغم تمامی این موانع نهاد داوری در دنیا هر روز روند رو به رشدی داشته است؛ به نحوی که تعداد پرونده‌های ارجاع شده به نهادهای داوری بین‌المللی رو به افزایش است. درخصوص محدودیت‌ها و موانع مذکور، برخی کشورها در مورد ارجاع اختلافات حاصل از اموال عمومی و دولتی قوانین و مقرراتی را وضع نموده‌اند که البته رویکرد یکسانی در این خصوص اتخاذ نشده است.

واقعیت این است که اختلاف نظرهای شدیدی که میان سیستم‌های حقوقی کشورهای مختلف وجود دارد از یک طرف و اختلافات میان دادگاه‌ها این مسأله را درخور تحقیق و پژوهش نموده است.

۱. محدودیت‌های ارجاع به داوری و بررسی مبانی آن

۱-۱. مروری بر رویکرد نظام‌های حقوقی به مراجعه مؤسسات دولتی به داوری

به طور کلی کشورها در باب مراجعه مؤسسات دولتی به داوری به چند دسته تقسیم می‌شوند:

۱. اکثریت کشورهای اروپایی و آمریکای شمالی در مراجعه به داوری بین اشخاص خصوصی و اشخاص حقوق عمومی تفاوت قائل نیستند.

در میان کشورهایی که داوری بین‌المللی را بدون قید و شرط خاص می‌پذیرند می‌توان از کشورهای اتحادیه جماهیر شوروی نام برد. کشورهای بلژیک و انگلیس و هلند نیز از دیر باز داوری تجاری بین‌المللی پذیرفته شده است.

با استقرایی هر چند ناقص در این خصوص می‌توان این گونه گفت که قبول یا عدم قبول ارجاع به داوری ارتباط و تناسبی با درجه صنعتی شدن نداشته و تقریباً اکثر کشورها با توجه به اقتضات موجود جهانی ارجاع به داوری را حتی در مواردی که مغایر با اعمال حاکمیت خود بر اموال می‌دانند پذیرفته‌اند (szilvia varady, 2014.p.201).

۲. کشورهایی هستند که کاملاً به داوری بی‌اعتماد بوده و مراجعه دولت و سازمان‌های دولتی را در دعاوی تجاری بین‌المللی به داوری ممنوع کرده‌اند.^۱ این نکته روشن است که دولت‌های در حال توسعه باطناً با مراجعه به داوری بین‌المللی موافقت ندارند (برای این عدم علاقه؛ برخی‌ها همین دلیل را عنوان می‌کنند که این دولت‌ها حل اختلافات راجع به اجرای قراردادی را که عمدتاً در کشور در حال توسعه اجرا می‌شود، امری داخلی و در صلاحیت دادگاه‌های خود تلقی می‌کنند. واقعیت این است که تجربه تلخ پاره‌ای از این دولت‌ها درباره دعاوی گذشته که نزد داوری‌های بین‌المللی مطرح کرده و محکوم شده‌اند، بی‌تأثیر در چنین بی‌اعتمادی نسبت به داوری بین‌المللی نبوده است (اسکینی، ۱۳۶۹: ۱۲). بنابر همین بی‌علاقگی، دولت‌هایی که در حال صنعتی کردن خود هستند ناچار می‌شوند در مقابل اصرار شرکت‌های خارجی طرف معامله از صلاحیت دادگاهی خود بگذرند و به داوری بین‌المللی تن دهند. هر چند که به غلط یا صحیح دولت‌های مزبور مراجعه به این نوع روش حل اختلاف را با اعمال حاکمیت خود مغایر می‌دانند.

۳. دسته سوم مثل ایران و روسیه راه‌حلی میانه انتخاب کرده‌اند و ارجاع این دعاوی به داوری را مشروط به کسب اجازه از نهادی خاص نموده‌اند. نمونه‌های دیگر این کشورها: کلمبیا، اکوادور، مصر و ... هستند که در ذیل نمونه‌هایی از آن ذکر می‌شود.

- مصر: در قراردادهای نفتی در موردی که خود دولت امضا کننده قرارداد است، داوری حتماً باید در مصر و براساس آیین داخلی صورت گیرد (همان، ص ۱۳).

- ایران: اصل ۱۳۹ قانون اساسی (منوط به تصویب هیأت وزیران یا مجلس حسب مورد).

۱. عربستان و بسیاری از کشورهای آمریکای لاتین.

- کلمبیا: امکان مراجعه به داوری بین‌المللی مشروط بر این است که داوری در کلمبیا صورت گیرد یا خارج از آن (همان، ص ۱۳).

- الجزایر: داوری بین‌المللی به طور کلی مورد قبول است لیکن در خصوص معاملات نفتی اختلافات بایستی انحصاراً در دادگاه‌های عمومی الجزایر مورد رسیدگی قرار گیرد، البته استثنائاتی در این زمینه موجود است (همان، ص ۱۳).

۲-۱. مبانی محدودیت‌های ارجاع به داوری اموال عمومی و دولتی

مبنای فکری مشترکی را می‌توان در پس این موانع شناسایی کرد و آن هم مسأله عدم اعتماد به داوری بین‌المللی است. در واقع کشورها به دلیل اهمیت مرجع رسیدگی و تأثیر آن در نتیجه نهایی دعوا راه حل حفظ حقوق عمومی را در این می‌دانستند که مرجع رسیدگی، خود برآمده از نظام عمومی دادخواهی همان کشور باشد.

موافقان این محدودیت‌ها بر این عقیده بودند که داوران الزامی به رعایت قوانین ملی ندارند. اصل آزادی اراده طرفین این امکان را برای طرفین ایجاد می‌کند که علاوه بر تعیین مرجع رسیدگی، قانون حاکم بر رابطه حقوقی مربوطه را نیز تعیین نمایند، با توجه به این که داوران برخلاف دادگاه الزامی به رعایت قوانین ملی ندارند، بهتر است به دلیل تقلب نسبت به قانون، حداقل برخی از دعاوی خاص به داوری ارجاع نشود، البته مسأله فقط فرار از قانون ماهوی حاکم نیست؛ بلکه در کنار این باید به این مسأله نیز توجه شود که ممکن است تضمینات حداقلی که به لحاظ آیین دادرسی نیز مطرح است در داوری نادیده انگاشته شود (همان، ص ۱۵).

از طرف دیگر، در فرض در نظر گرفتن قوانین ملی توسط داوران باز هم نباید تمامی پرونده‌ها به داوران ارجاع شود؛ زیرا آن‌ها نمی‌توانند قوانین عمومی را به درستی در نظر گرفته تا منافع عمومی مورد نظر برآورده شود، لذا داوران نباید در تمامی دعاوی وارد شوند.

تمامی این استدلال‌ها بر این نظر استوار است که در برخی از اختلافات منافی باید در نظر گرفته شود که داوران نمی‌توانند آن‌ها را در نظر بگیرند، در برخی موارد جایگاه و قدرت طرفین به نحوی است که ممکن است یک طرف کاملاً تحت امر و کنترل طرف دیگر باشد، در این موارد عموماً قوانین ناظر به روابط طرفین، در صدد حمایت از طرف ضعیف‌تر می‌باشند، عموماً این طور تصور می‌شود که دعاوی مربوط به این دسته از قوانین غیرقابل ارجاع به داوری می‌باشند، مواردی مثل قیمومت، ارجاع دعاوی تصرف یا دعاوی مربوط به حقوق کار.

دسته دیگر از قوانین مثل قوانین خانوادگی یا حقوق رقابت که هدف اصلی آنها تأمین منافع عموم و ثالث است. دعاوی ناشی از این دسته غیرقابل ارجاع به داوری می‌باشد؛ در این دسته، تصور بر آن است که دعوای خصوصی آن‌چنان با منافع عمومی گره خورده است و آن منافع نیز از چنان اهمیتی برخوردارند که اقتضا می‌کند تنها دادگاه‌های ملی به اختلافات مربوط به آن رسیدگی کنند؛ لذا باتوجه به این که داوران تکلیفی در حمایت از منافع افرادی غیر از طرفین دعوا ندارند، نباید این دسته از دعاوی را به داوری ارجاع داد.

از طرفی دیگر، نمی‌توان به طور کلی در مورد قوانین نظر داد؛ زیرا دعاوی در یک کشور آن-چنان با منافع عمومی و اخلاق حسنه در آمیخته است که غیر قابل ارجاع به داوری است و در کشور دیگر قابل ارجاع به داوری می‌باشد. مثالی که می‌توان در این زمینه بیان داشت، ممنوعیت ارتشا است که در برخی از کشورها سبب بطلان رأی یا موافقت‌نامه داوری می‌باشد، در حالی که در برخی دیگر، چنین اثری ندارد. دلیل معتبر شناختن قراردادهای منعقد شده واسطه ارتشا در بعضی از این کشورها بوده که از منظر آن‌ها نفع جامعه در پذیرش قطعیت موافقت‌نامه داوری بر منافع عمومی در مبارزه با فساد که از موارد تأمین منافع عمومی است، اولویت دارد.

اما هر دعوایی که به نظم عمومی ارتباط پیدا می‌کند غیرقابل ارجاع به داوری محسوب نمی‌شود و تنها موضوعات خاص و انگشت شمار است که غیرقابل ارجاع به داوری تلقی می‌شود. مسأله‌ای که امروزه از اهمیت اساسی برخوردار است، به ویژه با توجه به رویه‌ای که وجود دارد هر موضوعی که غیرقابل رسیدگی در داوری‌های داخلی است، در دعاوی تجاری بین‌المللی الزاماً غیرقابل ارجاع به داوری نخواهد بود. در یک پرونده در مورد پرداخت سهم مشارکت در یک سرمایه‌گذاری، مرجع داوری با وجود ایراد عدم اعتبار موافقت‌نامه داوری خود را صالح دانست و به پرونده رسیدگی نمود. خواننده معتقد بود از آن‌جا که نظم عمومی اسپانیا ارجاع این دعاوی را به مراجع جانشین دادگاه ممنوع می‌داند داوری فاقد صلاحیت است؛ اما داوران ایراد خواننده را رد کرده و بیان داشتند که خواننده نتوانست ثابت نماید که اولاً: مقررات مورد استناد در داوری بین‌المللی نیز اعمال می‌شود؛ ثانیاً: این مقررات در نظام حقوقی اسپانیا واجد خصیصه نظم عمومی بین‌المللی هستند که در پرونده مطروحه نیز اعمال می‌شوند؛ ثالثاً: قانون آیین دادرسی مدنی جدید اسپانیا نمی‌تواند بخشی از نظم عمومی این کشور باشد (موحد، ۱۳۸۶: ۱۵۲).

۳-۱. سابقه موضوع در اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین‌المللی (نظریه کالو)

به طور سنتی کشورهای آمریکای لاتین تأکید بیشتری برابر رعایت سیاست‌های داخلی و حاکمیت ملی دارند، این کشورها در روابط خود با اروپا و آمریکا از یک سپر سیاسی و حقوقی جهت حفظ اقتصاد مستقل و ایجاد آزادی استفاده می‌نمودند. در خصوص موضوع سرمایه‌گذاری خارجی این کشورها تلاش می‌کردند که سرمایه‌گذاران خارجی را منحصرأ تحت قوانین و مقررات و محاکم داخلی کشور خود قرار دهند. در پاسخ به سوء استفاده‌های صورت گرفته توسط قدرت‌های غربی در قرن نوزدهم با توسل به حمایت دیپلماتیک، کشورهای آمریکای لاتین این گونه ادعا نمودند که مقررات سرمایه‌گذاری به صورت کلی در زمره موضوعات حقوق داخلی است.

وکیل آرژانتینی کارلوس کالو (۱۸۲۲-۱۹۰۶) اولین فردی بود که به صورت سیستماتیک عناصر این نظریه را در یک قالب حقوقی مطرح کرد و بعد از این، موضوع به عنوان نظریه یا دکترین کالو شناخته شد. نظریه کالو به طور اساسی مقرر می‌دارد که اصل حاکمیت بر محدوده سرزمینی شامل موارد ذیل می‌شود:

۱. برابری بین اتباع داخلی و افراد خارجی قبل از مرحله شمولیت قانون و مقررات می‌باشد.
 ۲. اتباع خارجی و اموال آنها تحت مقررات و محاکم کشور میزبانی است که در آن سرمایه‌گذاری صورت گرفته و اجرایی می‌شود.
 ۳. عدم مداخله سایر کشورها در امور داخلی در صورت ایجاد اختلاف بین سرمایه‌گذار خارجی و دولت میزبان (Schrijver, 1997: 225).
 ۴. متعهد نبودن دولت میزبان در خصوص پرداخت غرامت ناشی از جنگ‌های داخلی به سرمایه‌گذاران خارجی؛ مگر اینکه حقوق داخلی چنین تعهدی را قبلاً ایجاد نموده باشد.
- در واقع نظریه کالو به این معنا نیست که تمامی عناصر موجود در استانداردهای بین‌المللی نظیر عدم تبعیض و پرداخت خسارت کافی که در مورد مصادره‌ها اتفاق می‌افتد؛ قابل پذیرش نمی‌باشد. در حقیقت موضوعاتی مثل مصادره‌ها و سلب مالکیت از سرمایه‌گذار خارجی در قوانین اساسی کشورهای آمریکای لاتین دیده شده است؛ با این وجود این ادعا نیز وجود دارد که این موضوعات بایستی نشأت گرفته از حقوق داخلی باشد نه از حقوق بین‌الملل و اختلافات حاصله در این خصوص باید تحت قوانین و مقررات حقوق داخلی و محاکم آن باشد.

در طول سال‌های متمادی تعبیرهای مختلفی از نظریه کالو در قوانین اساسی کشورها و کنوانسیون‌های منطقه‌ای صورت گرفته و تا حد زیادی این نظریه نیز منعطف‌تر گردیده است تا جایی که تغییر رویکرد شماری از کشورهای آمریکای لاتین در خصوص سرمایه‌گذاری خارجی در افزایش مشارکت و استفاده از ابزارهای چند جانبه سرمایه‌گذاری مثل ایکسید^۱ ICSID و MIGA^۲ نیز منعکس گردیده است.

برای یک مدت خیلی طولانی این باور وجود داشت که مشارکت در ایکسید و ارجاع اختلافات به این مرکز، مخالف دکترین کالو و اصول مربوط به حاکمیت دائمی بر منابع طبیعی است؛ به همین دلیل که ایکسید ترتیبات بین‌المللی برای حل و فصل و اختلافات به کار می‌گیرد و این در حالی است که نظریه کالو بر این نکته تصریح دارد که از روش‌های داخلی استفاده شود؛ با این وجود در سال‌های اخیر به طور فزاینده ارجاع اختلافات به این مرکز مورد شناسایی قرار گرفته است؛ بر این اساس که نهاد ایکسید با نظریه کالو متعارض نبوده و بر این مبنا تعدادی از کشورهای آمریکای لاتین کنوانسیون ایکسید را امضا کرده و مورد تصویب قرار داده‌اند و تا سپتامبر سال ۱۹۹۶، ۱۲ کشور آمریکای لاتین این کنوانسیون را مورد تصویب قرار داده‌اند (Schrijve, Ibid).

۲- بررسی موضوع در ایران

۱-۲. مفهوم قابلیت داوری

برخی قابلیت داوری را مفهومی گسترده تلقی کرده و محدودیت دولت‌ها و یا محدودیت‌های ناشی از عدم اهلیت را زیر عنوان قابلیت داوری مورد بحث قرار داده‌اند، برخی دیگر حتی از این نیز پیش‌تر رفته و بیان داشته‌اند که در هر مورد که موافقت‌نامه داوری امکان اجرا نداشته باشد قابلیت داوری وجود نخواهد داشت. (شهابی، ۱۳۷۰: ۱۲) این تعابیر از قابلیت داوری دقیق نیست و آن‌چنان که بسیاری از نویسندگان و صاحب‌نظران در زمینه داوری معتقدند، قابلیت داوری تنها

1. International Centre for Settlement of Investment Disputes

(مرکز بین‌المللی جهت حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری)

۲. هر کشور عضو که طرف قرارداد است می‌تواند موضوعات به خصوصی را از تحت شمول ارجاع آن به ایکسید مستثنی نماید. با این وجود کشورهای خیلی کمی مثل جامائیکا، عربستان سعودی، ترکیه و چین چنین مقرره‌ای را در خصوص ارجاع اختلافات به ایکسید ذیل ماده ۲۵ موافقت‌نامه ایکسید گنجانده‌اند.

ناظر به محدودیت ارجاع برخی از موضوعات به داوری است و سایر محدودیت‌ها را با این وجود که ممکن است نتیجه‌ای مشترک یعنی عدم رسیدگی داور را داشته باشند نباید ذیل این عنوان مورد بررسی قرار داد.

سرانجام قابلیت داوری به محدودیت‌هایی اطلاق می‌شود که هر کشوری به دلیل حمایت از برخی منافع خاص، اغلب منافع عمومی داخلی بر ارجاع داوری برخی موضوعات به داوری وضع می‌کند، این محدودیت‌ها که برگرفته از نظم عمومی می‌باشند از هر جامعه به جامعه دیگر و از هر زمان به زمانی دیگر ممکن است متغیر باشند. این محدودیت‌ها حدود آزادی اراده را در تعیین سیستم حل و فصل اختلافات مشخص می‌کنند.

۲-۲. اصل ۱۳۹ و فرض عدم قابلیت داوری

دولت‌های مصر و لبنان در قوانین خود محدودیتی مشابه اصل ۱۳۹ ق.ا دارند و ایراد عدم قابلیت داوری را مطرح کرده‌اند، هنگامی که مفاد اصل ۱۳۹ ق.ا را عدم قابلیت داوری در نظر می‌گیریم باید بپذیریم که قانون حاکم در مراحل مختلف مطرح شدن مسأله ممکن است متفاوت باشد (همان، ص ۱۷).

حالت اول، زمانی است که قانون حاکم بر اعتبار شرط داوری قانون ایران باشد، خواه به واسطه این که طرفین قانون حاکم بر شرط داوری را مشخصاً قانون ایران دانسته‌اند و خواه به واسطه این که در سکوت آنها، داور در مقام اعمال صلاحدید خود در تعیین قانون حاکم، قانون ایران را قانون مناسب قرارداد داوری تشخیص داده‌است. در این صورت داور به اصل ۱۳۹ ق.ا ترتیب اثر خواهد داد و ممکن است مدت معقولی را جهت کسب مجوز برای طرف ایرانی در نظر بگیرد حتی در صورت عدم تصویب مجلس، قرارداد داوری را بی‌اعتبار تلقی کند. البته اگر مقر داوری نیز در ایران باشد، اصولاً داور مفاد اصل ۱۳۹ ق.ا را مورد توجه قرار خواهد داد و به دلیل عدم رعایت مفاد آن اعلام عدم صلاحیت خواهد نمود (همان، ص ۱۹).

حالت دوم، زمانی است که قانون حاکم بر اعتبار شرط داوری قانونی غیر از قانون ایران باشد، در این صورت توجه داور به اصل ۱۳۹ ق.ا بسیار بعید است؛ زیرا داوران بین‌المللی به قواعد نظم

۱. اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی مقرر می‌دارد: صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیات وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند.

عمومی داخلی توجه نمی‌کنند و تنها قواعد الزامی نظم عمومی بین‌المللی را که بسیار مضیق - تراست، اعمال می‌کنند. با این روش باز هم راهی برای طرف ایرانی باقی خواهد ماند؛ زیرا زمان اجرای رأی داور، دادگاه‌های ایران می‌توانند با غیرقابل داوری اعلام نمودن پرونده براساس قسمت الف بند ۲ ماده ۵ کنوانسیون نیویورک^۱ رأی داوری را مورد شناسایی و اجرا قرار ندهند. علاوه بر موارد فوق در دو مرحله دیگر نیز قانون حاکم بر قابلیت داوری مطرح می‌گردد، یکی از این مراحل زمان ابطال رأی داور در کشور محل صدور است و مرحله بعدی زمان شناسایی و اجرای رأی داور در کشور محل شناسایی، در هر دوی این مراحل با توجه به تصریح کنوانسیون - ها و اسناد بین‌المللی دادگاه‌های قانونی خودشان را در مورد قابلیت داوری اعمال نمایند و احتمال کمتری وجود دارد که قانون سایر کشورها را مورد نظر قرار دهد (تحلیل مبانی حقوقی کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ راجع به شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی و نحوه اجرای آن در حقوق ایران، حاتمی، علی).

۳-۲. ارجاع به داوری و تبیین مفهوم آن

از هنگام تصویب قانون اساسی، حکم اصل ۱۳۹ در خصوص ارجاع به داوری همواره موضوع بحث‌ها و اظهار نظرهای گوناگون بوده است؛ از جمله مباحث مطرح می‌توان به موضوعات ذیل اشاره نمود:

۱. اثر احکام مندرج در اصل ۱۳۹ بر قراردادهایی که پیش از تصویب قانون اساسی منعقد شده است و در آنها ارجاع منازعات و اختلافات احتمالی به داوری شرط شده است؛

۲. اثر حکم بر قراردادهایی که در زمان حکومت قانون اساسی منعقد می‌شوند و در نظر است در آنها رجوع به منازعات و اختلافات احتمالی به داوری شرط شود. (شهبازی، ۱۳۷۰: ۱۴)

مورد اول در خصوص بررسی دو موضوع مهم است؛ اول این که قانون حاکم بر قرارداد چه قانونی است و احکام مندرج در قانون اساسی در این خصوص واجد چه آثاری است و آیا عطف

۲. ماده ۵ کنوانسیون که در تاریخ ۱۳۸۰/۰۱/۲۱ به تصویب مجلس شورای رسیده است مقرر می‌دارد: ←

← مرجع صالحی که تقاضای شناسایی و اجرای حکم از آن شده می‌تواند بنا به درخواست طرفی که علیه وی به حکم استناد شده و تنها در صورتی که طرف یاد شده دلایل زیر را برای آن تهیه کند، از شناسایی و اجرای حکم امتناع ورزد:
الف. طرف‌های موافقت‌نامه موضوع ماده (۲) به موجب قانون حاکم در مورد آنها در مواردی از عدم اهلیت برخوردار بوده یا موافقت‌نامه مزبور به موجب قانونی که طرف‌ها مشمول آن شده‌اند معتبر نباشد یا به موجب قانون کشور محل صدور حکم فاقد هرگونه قرینه‌ای در آنجا باشد؛ یا ...

بمابقی می‌شود یا صرفاً اثر آن مثل سایر قوانین نسبت آتیه است؟ موضوع مهم دیگر، بررسی نظرات مرجع رسمی تفسیر قانون اساسی یعنی شورای نگهبان است. اصل آزادی قراردادی ایجاب می‌نماید که طرفین ملتزم به قانونی باشند که در زمان انعقاد قرارداد مجری است و با توجه به این اصل که اثر قانون نسبت به آتیه است، بایستی به این نظر ملتزم بود که حکم قانون نسبت به آینده است و جز در موارد استثنایی که در قانون بدان تصریح می‌شود عطف بمابقی نمی‌شود. ماده ۴ قانون مدنی نیز مؤید این مطلب است. همچنین ماده ۱۹۵ قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در امور مدنی مقرر می‌دارد: دلایلی که برای اثبات عقد یا ایقاعات یا تعهدات یا قراردادهای اقامه می‌شود، تابع قوانینی است که در موقع انعقاد آنها مجری بوده است، مگر این که دلایل مذکور از ادله شرعیه‌ای باشد که مجری نبوده و یا خلاف آن در قانون تصریح شده باشد.

ایرادی که ممکن است در این مورد مطرح شود این است که باید این تفسیر با توجه به این که حکم قانون اساسی می‌باشد؛ توسط مرجع صلاحیت‌دار آن ارائه شود و نظر آن مرجع در این خصوص متبع است و ارائه سایر نظرات هر چند مستند به سایر قوانین عادی باشد، نظر صائب از حیث مرجع ارائه آن نیست؛ البته این مطلب در ادامه مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۳-۲. نظریات شورای نگهبان در این خصوص

اثر فقه‌رایی این اصل نسبت به قرارداد یا شرط داوری که پیش از تصویب این اصل منعقد شده‌اند:

شورای نگهبان در پاسخ به درخواستی مبنی بر ارائه نظر تفسیری در این خصوص، اعلام نموده است: بر حسب اطلاق اصل ۱۳۹ در مورد موافقت‌نامه‌های پیش از انقلاب، هر چند در آنها ارجاع اختلاف به داوری پیش‌بینی شده باشد، مقررات اصل مذکور باید رعایت شود. از آن‌جا که این نظر به دلیل عدم کسب حد نصاب لازم در میان اعضا به عنوان تفسیر قانون اساسی محسوب نمی‌شود، مجدداً از شورای نگهبان درخواست نظر تفسیری شد؛ این بار، شورای نگهبان در مقام ارائه راهکار اعلام می‌دارد: نظر به این که در مواردی که شمول هر یک از اصول قانون اساسی نسبت به قوانین جاریه به تفسیر شورای نگهبان نیاز داشته باشد، مادام که شورای نگهبان نظر تفسیری نداده باشد، آن قوانین منع اجرایی ندارد و جواز اجرای آن قوانین به اصل خود باقی است و نظر به این که در مورد شمول اصل ۱۳۹ ق.ا نسبت به قرارداد مورد سؤال شورای نگهبان

به نظر تفسیری نرسیده است، ارجاع به داوری از طرف دولت بدون کسب مجوز از مجلس شورای اسلامی با قانون اساسی مغایرت ندارد.

در مجموع می‌توان جهت‌گیری نظریات را بر نفی اثر قهقرایی این اصل نسبت به قرارداد یا شرط داوری دانست که پیش از تصویب این اصل منعقد شده است. در آرای داوری که یکی از طرف‌های آن دولت ایران بوده است و ایراد عدم رعایت اصل ۱۳۹ ق.ا در قراردادهای قبل از تصویب این اصل مطرح گردیده و نیز نظر دیوان‌های داوری بر عدم تسری این اصل به قراردادهای منعقد پیش از آن بوده است؛ از جمله در دعوی فراماتوم علیه سازمان انرژی اتمی ایران، در این دعوی به دلیل آن که قرارداد قبل از بروز اختلاف و مراجعه فراماتوم به داوری، طرف ایرانی مدعی بود با وقوع انقلاب و تصویب قانون اساسی جدید، شرط داوری قرارداد مشمول اصل ۱۳۹ ق.ا است؛ دیوان داوری با وجود پذیرش حکومت قانون ایران بر قرارداد، استدلال طرف ایرانی بر شمول اصل ۱۳۹ ق.ا بر شرط داوری منعقد پیش از انقلاب را به این دلیل که شمول اصل به قراردادهای پیش از آن به صراحت اعلام نشده بود، نپذیرفت.

۴-۲. بررسی مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی

۴-۱-۲. ارجاع دعاوی به داوری

مفهوم دعوا:

ارائه تعریف دقیقی از دعوا و تشخیص مفهوم آن، بی‌شک در تجزیه و تحلیل مقررات قانونی اهمیت بنیادین دارد و با بررسی مواد قانونی روشن می‌شود که قانون‌گذار دعوا را در سه مفهوم مختلف به کار برده است:

اول. مفهوم اخص دعوا: در این مفهوم دعوا توانایی قانونی مدعی حق تضییع یا انکار شده در مراجعه به مراجع صالح در جهت به قضاوت گذاردن وارد بودن یا نبودن ادعا و ترتب آثار قانونی مربوط است. برای طرف مقابل، دعوا توانایی مقابله با آن است.

دوم. مفهوم اعم: در این مفهوم، دعوا در بعضی مقررات به مفهوم منازعه و اختلافی آمده است که در مراجع قضاوتی مطرح گردیده و تحت رسیدگی بوده یا می‌باشد.

بنابراین دعوا در این مفهوم زمانی ایجاد می‌شود که در دعوا در معنای نخست (مفهوم اخص) به وجود آمده باشد و دارنده آن را اعمال نموده و در معرض رسیدگی قرار داده است.

سوم. دعوا در بعضی موارد به معنای ادعا به کار می‌رود که البته منظور ادعایی است که در مرجع قضایی مطرح نشده و یا ادعایی است که در خلال رسیدگی به دعوا، به عنوان امری تبعی مطرح می‌گردد؛ دعاوی در ماده ۱۴۲ قانون آیین دادرسی مدنی در آنجا که مقرر می‌دارد «... دعاوی تهاوتر، صلح، فسخ، ردّ خواسته و امثال آن که برای دفاع ... اظهار می‌شود ...» در همین معنا به کار رفته است (شمس، ۱۳۸۵، ج ۲: ۱۲۰)

با توجه به معانی سه‌گانه مطرح شده فوق می‌توان نتیجه گرفت دعوا در عرف خاص بین حقوق‌دانان آن توانایی است که فردی بر مبنای ادعای خود به جهت احقاق حق خود به دادگاه مراجعه کرده و آن را مورد قضاوت قرار می‌دهد؛ لیکن به مفهوم لغوی دعوی عبارت از آن مفهومی است که صرفاً به معنی ادعای حقی در محکمه نمی‌باشد و ممکن است به طرق دیگر نیز این عمل صورت گیرد؛ نظیر حل و فصل مسالمت‌آمیز و ... بنابراین تفسیر ارجاع به داوری دعاوی صرفاً ناظر به مواردی نیست که اختلافی در دادگاه مطرح باشد سپس به داوری ارجاع شود بلکه اطلاق ارجاع هر اختلافی چه در مرحله دادگاه و چه قبل از آن مشمول ممنوعیت اصل ۱۳۹ قانون اساسی می‌باشد و نظرات شورای نگهبان نیز مؤید این مطلب است.

البته این نظر مخالفانی نیز دارد و مبنای مخالف آنها بر این امر استوار است که در فرض پذیرش نظر فوق دشواری‌های عملی بسیاری به بار خواهد آمد و عملاً در مواردی که پای اموال عمومی و دولتی در میان است، اجرای قراردادهای غیر ممکن خواهد شد؛ چرا که در جریان اجرای قراردادهای به خصوص قراردادهای طولانی مدت و پیچیده بین‌المللی، دو طرف در فهم قرارداد و حقوق و تکالیف قراردادی خود و جزئیات اجرایی آن به کرات و اگر مبالغه نباشد به صورت روزمره به مواردی بر می‌خورند که در مورد آنها وحدت نظر ندارند و برای ادامه کار و اجرای قرارداد ناگزیر باید در مورد آنها به نحوی تفاهم و توافق کنند (شهبانی، ۱۳۷۰: ۱۵)؛ لیکن همان طور که گفته شد ظهور لفظ دعاوی و نظرات شورای نگهبان در این خصوص نظری مخالف را ارائه می‌دهد که چندان هم با اقتضائات تجاری همسویی نداشته و در برخی موارد صرفاً موجب اطاله امر حل و فصل اختلافات می‌شود. از طرف دیگر، مبنای استدلال شورای نگهبان مبتنی بر حفظ حقوق بیت‌المال بوده و با اعلام این نظر به نوعی جلوی تضييع حقوق بیت‌المال گرفته می‌شود که در نوع خود خالی از قوت نمی‌باشد. به ویژه که معمولاً کشورهای سرمایه‌گذار همواره

در شرط‌های داوری علی‌الخصوص در قراردادهای سرمایه‌گذاری نوعی اقتضائات داوری را تمهید می‌نمایند که نتیجه آن در موارد اختلاف چیزی جز متضرر گشتن کشور سرمایه‌پذیر نخواهد بود.

۲-۴-۲. مفهوم اموال عمومی و دولتی

تعبیر دیگری که در اصل ۱۳۹ به کار رفته و درک دقیق آن برای درک دقیق تمامی اصل مذکور ضرورت دارد تعبیر «اموال دولتی و عمومی» است (هندی، ۱۳۶۶: ۱۲).

اموال عمومی: ثروت‌های عمومی در اختیار حکومت اسلامی است که بر طبق مصالح عامه بر اساس قانون از آن استفاده می‌شود. از اموال عمومی آنچه که معد است برای مصالح و منافع ملی و یا انتفاع عموم، قابل تملک خصوصی نیست بلکه همه مردم از آن بهره‌مند می‌گردند. اموال عمومی را می‌توان به شرح ذیل تقسیم نمود:

۱. اموال عمومی که برابر اصل ۴۵ قانون اساسی در اختیار حکومت اسلامی می‌باشد؛ نظیر رودخانه‌ها، معادن و ... که طریق استفاه از آن را قانون مشخص می‌نماید.

۲. اموال عمومی که جهت استفاده عمومی می‌باشد و قابلیت تملک خصوصی ندارد؛ نظیر شوارع عامه و میادین.

۳. آن دسته از اموال عمومی که طبق قانون در اختیار دولت است قرار دارد و برابر مقررات مورد بهره‌برداری قرار می‌گیرد (همان).

۱-۲-۴-۲. اموال دولتی و تردید در شمول آن بر اموال شرکت‌های دولتی

برابر شق اخیر بحث قبلی اموال دولتی آن دسته از اموال عمومی است که در اختیار وزارتخانه‌ها یا مؤسسات دولتی است و ترتیب استفاده از آن را قانون مشخص می‌نماید. در این خصوص ماده ۲ آیین‌نامه اموال دولتی مقرر می‌دارد که «اموال دولت: اموالی است که توسط وزارتخانه‌ها، مؤسسات و یا شرکت‌های دولتی خریداری می‌شود یا به هر طریق قانونی دیگر به تملک دولت درآمده یا در می‌آیند».

تبصره: تعاریف اموال منقول و غیر منقول موضوع این آیین‌نامه تابع تعاریف به عمل آمده در قانون مدنی می‌باشد.

آیین‌نامه فوق در تاریخ ۱۳۷۳/۱۰/۱۲ مورد اصلاح و بازبینی قرار گرفت که پس از عبارت شرکت‌های دولتی عبارت «که صد در صد سهام آنها متعلق به دولت است» اضافه شد؛ لیکن این

مصوبه فوق نیز حذف و در تاریخ ۱۳۷۴/۹/۱ چنین مقرر شد «اموال دولت اموالی است که توسط وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی خریداری می‌شود و یا به هر طریق قانونی دیگر به تملک دولت درآمده و یا در می‌آیند» و بحث شرکت‌های دولتی از آن حذف گردید.

بنابراین با اصلاحات فوق از نظر دولت اموال شرکت‌های دولتی در عداد اموال دولتی نبوده و خارج از آن محسوب می‌شود. دلیل دولت برای این اصلاح این نکته است که اموال شرکت‌های دولتی در تصرف دولت بوده و به تملک دولت در نمی‌آید و از آن صرفاً استفاده می‌کند و سود ناشی از سهام آن به خزانه واریز می‌شود و شخصیت حقوقی آن متفاوت از دولت بوده و احکام چند قانون دیگر مؤید آن است؛ مثل قانون نحوه پرداخت محکوم به دولت و عدم تأمین و توقیف اموال دولتی که به جهت عدم ذکر شرکت‌های دولتی شامل آنها نمی‌گردد، نمونه دیگر ماده ۳۴ قانون تأسیس سازمان جمع‌آوری و فروش اموال تملیکی مصوب ۱۳۷۰/۱۰/۲۴ به صراحت کالاهای متروکه شرکت‌های دولتی را در حکم کالاهای متروکه غیر دولتی دانسته است.

همچنین ماده ۱ آیین‌نامه مستندسازی و تعیین بهره‌بردار اموال غیر منقول دستگاه‌های اجرایی مقرر می‌دارد: «وزارتخانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی و سایر دستگاه‌های اجرائی عهده‌دار اجرای طرح‌های عمرانی موظفانند در خواست صدور سند مالکیت در مورد اراضی تحت تصرف وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی به نام دولت جمهوری اسلامی ایران و به نمایندگی خود نموده و در مورد اراضی تحت تصرف شرکت‌های دولتی تقاضای صدور سند مالکیت به نام شرکت نمایند».

با توجه به مراتب فوق الذکر مواد این قوانین نشان می‌دهد که اموال شرکت‌های دولتی خارج از مفهوم اموال دولتی بوده و مشمول مفاد حکم مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی نمی‌باشد. البته در مقابل این استدلال می‌توان به ماده ۱۱۳ قانون محاسبات عمومی اشاره نمود که مقرر می‌دارد:

ماده ۱۱۳- کلیه اموال و دارایی‌های منقول و غیر منقولی که از محل اعتبارات طرح‌های عمرانی (سرمایه‌گذاری ثابت) برای اجرای طرح‌های مزبور خریداری و یا بر اثر اجرای این طرح‌ها ایجاد و یا تملک می‌شود اعم از اینکه دستگاه اجرایی طرح، وزارتخانه یا مؤسسه دولتی یا شرکت دولتی و یا مؤسسه و نهاد عمومی غیر دولتی باشد تا زمانی که اجرای طرح‌های مربوط خاتمه نیافته است متعلق به دولت است و حفظ و حراست آنها با دستگاه‌های اجرایی ذی‌ربط می‌باشد و در صورتی که از اموال مذکور برای ادامه عملیات طرح رفع نیاز شود واگذاری عین و یا حق

استفاده از آنها به سایر دستگاه‌های دولتی و همچنین فروش آنها تابع مقررات فصل پنجم این قانون خواهد بود و وجوه حاصل از فروش باید به حساب درآمد عمومی کشور واریز گردد.

تبصره ۱- اموال منقول و غیر منقول موضوع این ماده پس از خاتمه اجرای طرح‌های مربوط در مورد طرح‌هایی که توسط وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی اجرا می‌شود کماکان متعلق به دولت خواهد بود و در مورد طرح‌هایی که مجری آنها شرکت‌های دولتی یا نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی هستند به حساب اموال و دارایی‌های دستگاه بهره‌برداري طرح منظور خواهد شد.

تبصره ۲- درآمدهای ناشی از بهره‌برداری از این نوع اموال و دارایی‌ها در مورد طرح‌های عمرانی که توسط وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی اجرا می‌شود قبل و بعد از خاتمه اجرای طرح به حساب درآمد عمومی کشور و در مورد طرح‌های مورد اجرای شرکت‌های دولتی و مؤسسات و نهادهای عمومی غیر دولتی در صورتی که هزینه بهره‌برداری از منابع شرکت و یا منابع داخلی مؤسسه و نهاد عمومی غیر دولتی مربوط تأمین شود به حساب درآمد دستگاه مسئول بهره‌برداری طرح و در غیر این صورت به حساب درآمد عمومی کشور منظور خواهد گردید.

بنابراین چنانکه از مفاد این ماده و تبصره ۱ آن بر می‌آید، اموال و دارایی‌های منقول و غیر منقولی که از محل اعتبارات عمرانی دولت خریداری یا ایجاد یا تملک می‌شود، در جریان اجرای طرح، حتی اگر دستگاه مجری طرح وزارتخانه یا مؤسسه دولتی نبوده بلکه شرکت دولتی یا مؤسسه یا نهاد عمومی غیر دولتی باشد، متعلق به دولت است و پس از اجرای طرح حتی با وجود آنکه اصل آن از محل اعتبارات دولتی فراهم شده است، در موردی که مجری طرح، شرکت‌های دولتی یا نهادها و مؤسسات عمومی غیر دولتی هستند به حساب اموال و دارایی‌های دستگاه مسئول بهره‌برداری طرح منظور خواهد شد؛ لیکن علی‌رغم همه تحلیل‌های فوق‌الذکر، مرجع رسمی تفسیر قانون اساسی، شورای نگهبان در تاریخ ۱۳۷۲/۹/۱۷ در پاسخ به سؤال وزیر جهاد سازندگی در خصوص این که آیا در اصل مزبور دایر بر این که دولت به معنی اخص بیان گردیده یا شامل اموال شرکت‌های دولتی نیز می‌گردد؟ این گونه پاسخ داده است که «اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی به لحاظ صراحت و وضوح نیازی به تفسیر ندارد و اعضای شورای نگهبان به اتفاق آراء، اصل مذکور را شامل اموال شرکت‌های دولتی نیز می‌دانند». بنابراین با توجه به نقدهای صورت گرفته در این خصوص و تحلیل‌های موجود نظریه شورای محترم نگهبان در این خصوص صریح بوده و جای ابهامی در این خصوص باقی نیست و رویه تاریخی این امر هم نشان می‌دهد که

شورای نگهبان نسبت به رعایت مفاد این اصل حساس بوده و همواره در مقام تطبیق مصوبات مجلس شورای اسلامی با قانون اساسی و شرع انور این نکته را مدنظر قرار داده است.

در نقد نظر شورای نگهبان نظرات مختلفی ارائه گردیده و آرای برخی از محاکم^۱ مؤید این موضوع می‌باشد، مفاد این آراء در واقع مبین این موضوع است که اموال شرکت‌های دولتی مستقل از سهامداران آن می‌باشد و همچنین اموال شرکت‌های دولتی در مقام تصدی مورد استفاده قرار می‌گیرد و از بابت داخل در مصادیق اموال عمومی و دولتی نمی‌باشد؛ به طور خلاصه در این خصوص سه نظر موجود است:

اول. اموال دولتی که دولت در تملک دارد، شامل دو دسته است: دسته‌ای که لازمه کار حاکمیت است و دولت آنها را در تملک دارد مثل ساختمان‌های نیروی انتظامی؛ دسته دوم اموالی است که از باب اعمال تصدی در تملک قرار دارد؛ اگر دولت به جای نظارت، تجارت کرد در این موقعیت وجه ترجیحی در این خصوص وجود ندارد و فلسفه اصل ۱۳۹ که در واقع حمایت از اموال عمومی و دولتی و به عبارت صحیح‌تر بیت‌المال می‌باشد واجد مصداق در این فرض نمی‌باشد.

دوم. تفاوتی میان اموالی که شرکت‌های دولت به واسطه اعمال تصدی در تملک دارند با اموالی که شرکت دولتی از جهت اعمال حاکمیت در تملک دارد وجود ندارد تا بر مبنای آن این گونه ادعا شود که در ارجاع امر به داوری دعاوی دسته اول صحیح ولی در ارجاع امر به داوری دعاوی دسته دوم صحیح نمی‌باشد.

سوم. مراد مقنن در قانون اساسی اموال عمومی و دولتی است، صرف نظر از اینکه این مال در دست چه کسی است و با توجه به این رویکرد مسأله تصدی یا حاکمیت دولت در تجلی این موضوع کم رنگ می‌شود.^۲

۱. در این خصوص می‌توان به دادنامه ۱۰۲ صادره از شعبه ۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران و دادنامه ۹۴۸ شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه ۲۷۸ شعبه ۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران و دادنامه ۶۲۳ شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران اشاره کرد (متأسفانه متن اصلی دادنامه‌های مزبور در دسترس نیست، به نقل از هجدهمین نشست نقد آرای معاونت آموزش قوه قضائیه و اولین نشست مشترک با دانشکده حقوق دانشگاه آزاداسلامی واحد تهران مرکز که در تاریخ ۱۳۹۱/۸/۹ در سالن اجتماعات دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد مرکز تشکیل گردید).

۲. به نقل از هجدهمین نشست نقد آرای معاونت آموزش قوه قضائیه و اولین نشست مشترک با دانشکده حقوق دانشگاه آزاداسلامی واحد تهران مرکز که در تاریخ ۱۳۹۱/۸/۹ در سالن اجتماعات دانشکده حقوق دانشگاه آزاد اسلامی واحد مرکز تشکیل گردید.

با توجه به مراتب فوق‌الذکر، استدلال به تصدی‌گری دولت توسط اموال شرکت‌های دولتی و مستقل دانستن اموال این شرکت‌ها از سهامداران آن جهت دولتی تلقی نکردن آنها چندان نظر مستندی نمی‌باشد؛ زیرا آن چه غایت مقصود قانون‌گذار در اصل ۱۳۹ قانون اساسی می‌باشد، صیانت از اموال دولتی است و این اموال نه تنها شامل ساختمان و تجهیزات و ملزومات بوده بلکه ممکن است ابتدائاً در عداد اموال دولتی نبوده و در اثر تجارت و کسب سود توسط آن شرکت حاصل شود لیکن نکته‌ای که باید توجه کرد این است که مال حاصل شده نیز با منشأ مال دولتی به وجود آمده و در زمره اموال دولتی محسوب می‌شود و مشمول محدودیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی می‌باشد.

۳-۴-۲. تحلیلی بر نظرات شورای نگهبان

با مذاقه در مفاد تمامی نظریاتی که شورای نگهبان در خصوص این اصل در قالب بررسی طرح و لوایحی و تطبیق آن با موازین قانون اساسی و یا پاسخ به سؤال‌هایی که نهادها و اشخاص مختلف ارائه نموده است، این گونه می‌توان استنباط کرد که موضع این شورا با مراد مقنن قانون اساسی همسو می‌باشد (ر.ک: صورت مشروح مذاکرات بررسی قانون اساسی، صص ۱۳۰۶ و ۱۳۵۳)، براینده کلی بیانات افراد حاضر در جلسه بررسی قانون اساسی به صورت کلی این است که تمامی افراد بر حساسیت این موضوع تأکید داشته و این اصل را به نوعی حفاظتی جهت صیانت از حقوق ملت تلقی نموده‌اند.

شورای نگهبان نیز با این رویکرد در تمامی تفاسیر و نظریات خود عمل نموده و به هیچ وجه در رعایت مفاد این اصل فروگذاری ننموده است. در واقع این اصل زاییده تفکر ناشی از عدم اعتماد کامل به مراجع داوری بین‌المللی می‌باشد و همچنان این نظر در پس زمینه رویکرد کشورها نسبت به مراجع داوری بین‌المللی هر چه تلطیف یافته‌تر و منعطف‌تر وجود دارد.

شورای نگهبان نه تنها به مفاد برخاسته از ظهور الفاظ این اصل عمل نموده بلکه در موارد شبهه و مورد سؤال نظیر تسری شمول این اصل بر اموال شرکت‌های دولتی و یا در مواردی که طرف خارجی دولتی نبوده و انعقاد قرارداد با او نیازمند تصویب مجلس نبوده نیز حکم به رعایت مفاد این اصل نموده است و این نشان از حساسیت موضوع و اهمیت دادن شورای نگهبان به مفاد این اصل جهت صیانت از اموال عمومی و دولتی می‌باشد.

در خصوص تسری این اصل نسبت به قراردادهای منعقد شده قبل از انقلاب نیز هرچند شورای نگهبان به دلیل عدم اتفاق نظر، نظریه‌ای تفسیری ارائه نموده است؛ لیکن آن گونه که از این نظریات مستفاد می‌شود تجویز شورای نگهبان در خصوص ارجاع داورى قرارداد مورد سؤال که قبل از انقلاب منعقد شده بود (موسی زاده و همکاران، ۱۳۹۰، ذیل اصل ۱۳۹) نشان از تجویز آن بر مبنای تطبیق موضوع با قانون اساسی نبوده بلکه به این دلیل بوده است که شورای نگهبان در این خصوص به نظریه تفسیری نرسیده است و از این حیث چون نظری در این خصوص به صورت تفسیری ارائه نگردیده است؛ بنابراین مخالف قانون اساسی نمی‌باشد.

۲-۵. زمان کسب مجوزهای مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی

اصل ۱۳۹ ناظر به نفس اخذ مجوزهای مندرج در آن می‌باشد، جدای از این که این مجوزها باید چه زمانی اخذ شود. عدم تعیین دقیق این مسأله، موضوع حاضر را با ابهاماتی مواجه نموده است که بعضاً از آن تفاسیر مشتتتی ارائه می‌شود؛ لیکن آنچه مسلم است که پیش از آنکه اختلاف به داورى ارجاع شود باید حتماً مجوزهای مربوطه حسب مورد از هیأت وزیران با مجلس شورای اسلامی اخذ شود. سؤال اساسی این است که آیا باید مقارن انعقاد قرارداد یا موافقت‌نامه این مجوزها کسب شود یا حصول این مجوزها بعد از انعقاد و قبل از ارجاع به داورى هم کفایت از مقصود اصل ۱۳۹ می‌نماید؟ مرجع رسمی تفسیر قانون اساسی همواره در تفاسیری که نسبت به این اصل داشته و یا لوائح و طرح‌هایی را استناداً به این اصل مردود اعلام نموده اخذ مجوزهای مربوطه را مقارن با انعقاد قرارداد یا موافقت‌نامه مربوطه لازم ندانسته و صرفاً به درج عبارت «با رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی» کفایت نموده است (موسی زاده و همکاران، ۱۳۹۱). طبیعی است شورای نگهبان به عنوان تنها مرجع رسمی تفسیر قانون اساسی لزومی به اخذ مجوز مقارن با سند مربوطه ندیده و درج رعایت الزامات مربوطه را کافی دانسته است که البته باید در زمان اختلاف مربوطه مجوز حسب مورد از هیأت وزیران یا مجلس شورای اسلامی اخذ شود.

نکته شایان ذکر اینکه تاکنون در تمامی قرارداد های بین‌المللی و حتی داخلی که موضوع آنها اموال عمومی و دولتی بوده است بر این مبنا عمل شده و شورای نگهبان اخذ مجوزهای مربوطه را مقارن زمان انعقاد لازم ندانسته است؛ لیکن در برخی دیگر از این تفاسیر اخذ مجوزهای مربوطه مقارن زمان انعقاد الزامی دانسته شده و به این استناد که مجوزهای مربوطه همزمان با انعقاد قرارداد اخذ نگردیده است مصوبه مربوطه ابطال گردیده است. در این خصوص

می‌توان به رأی شماره‌های ۱۳۹-۱۳۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با موضوع ابطال مصوبه ۱۶۸۶۹۲/ت/۳۶۹۵۹هـ - ۱۳۸۵/۱۲/۱۶ هیأت وزیران شماره هـ/۶۵۴/۹۰ مورخ ۱۳۹۱/۴/۱۰ اشاره نمود.^۱

اعتقاد بر تفسیر اخیر، نظری بسیار مضیق و محدود کننده از اصل مزبور می‌باشد و در واقع به عنوان مانعی برای سرمایه‌گذاری و توسعه عوامل سرمایه‌گذاری می‌باشد. استدلال دیوان عدالت اداری مبنی بر اخذ مجوزهای مربوطه توسط مأموران دولت همزمان با انعقاد قرارداد داوری بلاوجه و خالی از قوت است؛ زیرا علاوه بر اینکه این نظر مخالف نظر صریح شورای نگهبان بوده چنین استدلالی نیز از اصل مربوطه مستفاد نمی‌شود.

در واقع زمان مناسب برای ارجاع به داوری همان زمان بعد از حدوث اختلاف است و به نظر می‌رسد مراد قانون‌گذار اساسی نیز این باشد؛ زیرا در این زمان است که مجلس شورای اسلامی و یا هیأت وزیران می‌تواند تصمیم مناسبی را با توجه به شرایط و اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد اتخاذ نماید و چه بسا در صورتی که مقارن انعقاد قرارداد این مجوز کسب شده باشد لیکن در زمان اختلاف با توجه به شرایط و اوضاع قراردادی ارجاع به اختلاف به مصلحت و منافع عمومی نباشد.

۶-۲. ضمانت اجرای عدم رعایت مفاد اصل ۱۳۹

از لحاظ بررسی سیر نحوه واکنش مراجع قضایی و داوری می‌توان گفت که در ابتدا مراجع قضایی و داوری در پی حل این مسأله بودند که آیا به موجب قانون حاکم بر قرارداد و یا قانون

۱. متن رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به این شرح است: «مستفاد از اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران که مقرر می‌دارد «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیأت وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد، در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند» علی‌الاصول مأموران دولت در زمان انعقاد قرارداد داوری مکلف هستند حسب مورد مصوبه هیأت وزیران یا مصوبه مجلس شورای اسلامی را اخذ کنند. نظر به این که مصوبه معترض‌عنه پس از تنظیم قرارداد داوری صادر شده است و مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی در آن رعایت نشده است، خلاف قانون تشخیص داده می‌شود و با استناد به بند یک ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌شود».

برای ملاحظه مشروح استدلال‌های طرفین ر.ک:

< <http://divan-edalat.ir/print.php?page=ahoshow&id> > [۲۸ مهر ۱۳۹۳]

شخصی دولت امضا کننده قرارداد شرط داوری، شرط مزبور صحیحاً منعقد شده و یا به لحاظ ممنوعیت موجود در قانون مورد نظر شرط داوری باید باطل اعلام گردد که این امر مستلزم مراجعه به سیستم تعارض قوانین و یافتن قانون حاکم می‌باشد (موحد، ۱۳۸۶: ۱۲۳).

آرای مراجع قضایی در سال‌های اخیر ظهور یک قاعده جدید را در تصمیمات این مراجع نشان می‌دهد که به موجب آن هر شرط داوری که میان یک دولت و یا سازمان دولتی از یک سو و یک شخص بیگانه حقوقی و یا حقیقی از سوی دیگر منعقد می‌شود دارای اعتبار است. بدون آنکه لازم باشد برای تعیین صحت شرط به قانون ملی خاصی مراجعه شود و اغلب آرای از این قاعده به عنوان یک قاعده بین‌المللی یاد می‌کنند.

۳. ویژگی وضعیت نهاد داوری در قرارداد های بین‌المللی نفت و گاز

با توجه به اینکه در اکثر کشورهای دارای منابع نفت و گاز این دولت است که متولی اداره امور مربوط به این حوزه می‌باشد و با توجه به این موضوع که این منابع در زمره اموال عمومی تلقی می‌شوند و اداره و مدیریت آنها را دولت‌ها بر عهده می‌گیرند، موضوعات حل و فصل اختلافات، داوری، صلح و سازش و میانجی‌گری در این خصوص به مثابه سایر اموال عمومی و دولتی از اهمیت و حساسیت خاصی برخوردار است، این ویژگی در این حوزه با توجه به اینکه محل درآمدهای برخی از این کشورها عمدتاً از طریق این منابع تأمین می‌شود و در واقع اقتصاد آنها مستقیماً متأثر از این منابع است، طبیعتاً اهمیت این موضوع و حساسیت و صیانت از حقوق ملت به نحو مضاعفی مطرح می‌گردد.

با در نظر گرفتن مطالب فوق‌الذکر دولت‌ها نیز در خصوص این دسته از اموال عمومی حساسیت بیشتری را مصروف می‌دارند و همان گونه که در موضوع قرارداد بیع متقابل ذکر آن رفت، نحوه درج این شرط بایستی با ملاحظات خاصی صورت گیرد.

آنچه که بیشتر باعث نحوه تعامل محتاطانه دولت‌ها در این زمینه می‌شود در واقع موضوع جذب سرمایه‌گذاری خارجی از یک طرف و از طرف دیگر رعایت ملاحظات و منافع ملی و عمومی است. در واقع عدم تجویز ارجاع اختلافات به داوری در قراردادهای بین‌المللی نفت و گاز یکی از عوامل دفع سرمایه‌گذاری خارجی محسوب شده و این خطر پذیری را به همراه دارد که با

اتخاذ چنین رویکردی در این موضوع، شرکت‌های بین‌المللی حاضر به سرمایه‌گذاری در این زمینه نباشند.

از طرف دیگر، سابقه‌ای که مراجع داوری بین‌المللی در این خصوص از خود به نشان گذاشته‌اند این نگرانی را در ذهن کشورهای سرمایه‌پذیر ایجاد نموده است که با ارجاع اختلافات به مراجع بین‌المللی منافع ملی خود را با مخاطره مواجه سازند.

در این میان باید در این خصوص تدابیری اتخاذ کرد که خطر پذیری طرفین قرارداد را تا حد امکان کاهش داد و با حصول رضایت، طرفین حاضر به انعقاد قرارداد باشند. البته این موضوع بستگی به عوامل متعدد سیاسی، اقتصادی و فرهنگی کشور سرمایه‌پذیر دارد که طبیعتاً تمامی این دسته از عوامل در تصمیم‌گیری و نهایی‌سازی قرارداد فی‌مابین مؤثر در مقام خواهد بود.

منوط نمودن ارجاع اختلافات به داوری به مقامات ذی‌صلاح داخلی در عرصه تجارت بین‌الملل این خطر را به دنبال دارد که در صورت عدم تصویب ارجاع اختلاف به داوری توسط مقامات داخلی و ارجاع آن به محاکم داخلی، باید به آرای محاکم داخلی تمکین نموده و با توجه به اینکه شائبه این وجود دارد که طبیعتاً این محاکم به نفع کشور خود رأی خواهند داد، عملاً خود را در معرض خطر معتابهی قرار دهد.

از طرف دیگر، دولت‌ها نیز با این دغدغه جدی مواجه هستند که مراجع داوری بین‌المللی خود ساخته و به وجود آمده از سوی کشورهای سرمایه فرست بوده و دارای نفوذ زیادی در این مراجع هستند و در نتیجه این احتمال محکوم شدن در این مراجع برای دولت‌ها بالاست.

البته شایان ذکر است، علی‌رغم اینکه برخی از کشورها مانند عربستان سعودی ارجاع اختلافات در قراردادهای نفتی را به مراجع داوری کلاً ممنوع اعلام کرده‌اند، با این وجود تأثیر سایر عوامل سیاسی و قدرت اقتصادی در این زمینه مانع از سرمایه‌گذاری در کشور نشده است.

به نظر می‌رسد با توجه به اهمیت بالای منابع نفت و گاز برای کشورهای صاحب این منابع باید به نوعی مکانیزم نظارتی مشروط برای ارجاع اختلافات به داوری (همان گونه که در ایران نیز تاکنون به همین گونه بوده است) وجود داشته باشد تا هم امکان ملاحظاتی منافع ملی لحاظ گردد و هم اقتضات تجارتی - بین‌المللی در جهت پیشبرد اهداف اقتصادی کشور میسر شود.

۴. تفکیک مفاد اصول ۷۷ و ۱۳۹ قانون اساسی و پاسخ به یک ابهام

برابر اصل ۷۷ قانون اساسی قراردادهای بین‌المللی باید به تصویب شورای اسلامی برسد؛ این امر در ابتدا و اوایل انقلاب موجب سؤالات زیادی از شورای محترم نگهبان گردید که شورای نگهبان با توجه به شخصیت طرف مقابل قرارداد مواردی از این قراردادها را با توجه به تفسیری که ارائه داد از شمول این اصل خارج نمود؛^۱ این قراردادها شامل مواردی می‌گردید که طرف قرارداد خارجی، دولت نبوده و یک شرکت خصوصی بود.

در اثر این تفسیر سؤالی دیگر و در ارتباط با اصل ۱۳۹ قانون اساسی از شورای نگهبان مطرح گردید و آن سؤال در واقع بر آمده از ابهامی بود که در ذهن برخی از حقوقدانان در اثر تفسیر شورای نگهبان در ارتباط با اصل ۷۷ و خارج نمودن برخی از قراردادها از شمول اصل ۷۷ ایجاد گردیده بود.

سؤال مزبور بدین صورت مطرح شد که برخی‌ها تصور بر آن داشتند که با توجه به این که این گونه از قراردادها بین‌المللی محسوب نشده و نیازمند تصویب مجلس شورای اسلامی نیست؛ بنابراین به تبع آن نیز در مواقع اختلاف و ارجاع به داوری نیازمند اخذ تصویب مجلس شورای اسلامی نمی‌باشد؛ لیکن شورای نگهبان در پاسخ به این سؤال این گونه جواب داد که موضوع اصل ۱۳۹ ناظر به اموال دولتی و عمومی است و این موضوع ارتباطی به طرف قرارداد و بین‌المللی بودن و یا نبودن قرارداد ندارد؛ بلکه آنچه که در اصل ۱۳۹ قانون اساسی مورد حکم واقع گردیده است، ارجاع اموال عمومی و دولتی به داوری می‌باشد منصرف از این که قرارداد موضوع این اموال بین‌المللی بوده و یا نبوده^۲ و یا طرف آن دولت بوده و یا شخص خصوصی خارجی^۳.

۱. نظریه تفسیری شماره ۳۹۰۳ مورخ ۱۳۶۰/۸/۷ شورای نگهبان: قراردادهایی که یک‌طرف آن وزارتخانه یا مؤسسه یا شرکت دولتی و طرف دیگر قرارداد شرکت خصوصی خارجی می‌باشد، قرارداد بین‌المللی محسوب نمی‌شود و مشمول اصل ۷۷ قانون اساسی نمی‌باشد.

۲. برای دیدن نظر مخالف (ر. ک: کاویانی، ۱۳۸۶، ۱۲).

۳. نظریه تفسیری مورخ ۱۳۶۴/۴/۱۹ شورای نگهبان در پاسخ به استعلام شماره م/۲۱۱۱۲ مورخ ۱۳۶۴/۳/۲۸ شورای عالی قضایی: توجه آن شورای محترم را بدین نکته معطوف می‌دارد که اصل ۱۳۹ قانون اساسی صراحت دارد که صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی در صورتی که طرف دعوی خارجی باشد، باید علاوه بر تصویب هیأت وزیران به تصویب مجلس نیز برسد و هیچ‌گونه استثنایی هم پیش‌بینی نشده و از این جهت موردی برای تفسیر آن ندارد و اما برخلاف استنباط آقایان بازپرسان ابهام و یا تعارض بین دو نظر شورای نگهبان که در تاریخ‌های ۱۳۶۲/۹/۸ و ۱۳۶۳/۸/۱۶ در رابطه با تفسیر

سؤال دیگری نیز که در این خصوص ممکن است مطرح شود، این است که در صورتی که یک قرارداد بین‌المللی به تصویب مجلس شورای اسلامی می‌رسد و یکی از مفاد آن بحث حل و فصل اختلافات و نحوه ارجاع به داوری است، با توجه به اینکه این قرارداد به تصویب مجلس رسیده و داوری هم یکی از مواد این قرارداد است دیگر نیازی به اخذ مجوزهای مربوطه اصل ۱۳۹ قانون اساسی نیست.

در پاسخ به این پرسش نیز باید گفت که تصویب این قرارداد در مجلس به معنای کسب مجوزهای موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی نیست؛ بلکه در واقع طرفین در موقع انعقاد قرارداد با یکدیگر به توافق می‌رسند که در مواقع اختلاف الزامات قانونی اصل مربوطه را رعایت نمایند و صرف تصویب قرارداد توسط مجلس کفایت از مجوزهای اصل ۱۳۹ نمی‌نماید. در واقع در زمان حدوث اختلاف و نیاز به ارجاع به داوری باید مجوز مربوطه از مجلس شورای اسلامی اخذ گردد؛ زیرا در این زمان است که با توجه به اوضاع و احوال حاکم بر قرارداد مجلس می‌تواند در خصوص ارجاع اختلاف موضوع قرارداد به داوری تصمیم مناسبی را اتخاذ نماید.

۵. نمونه‌هایی عملی مطرح در مراجع داوری داخلی و بین‌المللی در خصوص اصل ۱۳۹ ق.ا.

۵-۱. بحثی پیرامون ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان

یکی دیگر از بحث‌های مربوط به اصل ۱۳۹ قانون اساسی، مفاد ماده ۵۳ شرایط عمومی پیمان است. این موضوع بیشتر در مواردی کاربرد دارد که پیمانکاران داخلی با یکدیگر طرف قرارداد هستند و شرایط عمومی پیمان بر روابط قراردادی و حقوقی آنها حکم فرماست. این ماده مقرر می‌دارد:

اصل ۷۷ قانون اساسی و قراردادهای بین‌المللی ابراز شده وجود ندارد؛ زیرا در نظریه مورخ ۱۳۶۲/۹/۸ خلاصه نظر شورای نگهبان در رابطه با سؤال نمایندگان مجلس این بوده که یادداشت تفاهم اگر ایجاد تعهد نماید و قراردادهای جزئی اگر خارج از محدوده اصل قرارداد باشد در حکم قرارداد است و ضوابط حاکم بر قرارداد بر آنها در این مورد باید رعایت شود. یعنی چنانچه قرارداد بین‌المللی محسوب شود، طبعاً طبق اصل ۷۷ باید به تصویب مجلس برسد.

نظریه مورخ ۱۳۶۳/۸/۱۶ نیز در مقام بیان مفاد قرارداد بین‌المللی بوده و اظهار نظر شده که قراردادهایی که برای انجام معامله با شرکت‌های خارجی دارای شخصیت حقوقی منعقد می‌شود، خود به خود مشمول اصل ۷۷ قانون اساسی نبوده یعنی قرارداد بین‌المللی محسوب نمی‌شود و انعقاد آن نیاز به تصویب مجلس ندارد طبق ضوابطی که به وسیله قانون عادی معین می‌شود، قابل انعقاد است؛ بنابراین تعارضی بین دو نظریه شورای نگهبان وجود ندارد و هیچ یک از آنها نمی‌تواند در مورد صلح دعوی دولتی مورد استناد قرار گیرد؛ زیرا صلح دعوی ارتباطی با انعقاد قرارداد ندارد و در اصل ۱۳۹ بدون ابهام حکم آن تعیین شده است.

ماده ۵۳. حل اختلاف

الف. هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان بین دو طرف اختلاف نظر پیش آید، دو طرف می‌توانند برای حل سریع آن، قبل از درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری طبق بند (ج) بر حسب مورد، به روش تعیین شده در بندهای ۱ و ۲ عمل نمایند.

در مورد مسائل ناشی از برداشت متفاوت دو طرف از متون بخشنامه‌هایی که به استناد ماده ۲۳ قانون برنامه و بودجه از سوی سازمان برنامه و بودجه ابلاغ شده است؛ هر یک از دو طرف از سازمان برنامه و بودجه چگونگی اجرای بخشنامه مربوطه را استعلام نماید و دو طرف طبق نظری که از سوی سازمان برنامه و بودجه اعلام می‌شود، عمل کنند.

در مورد اختلاف نظرهایی که خارج از شمول بند ۱ است، رسیدگی و اعلام نظر دوباره آنها به کارشناس یا هیأت کارشناسی منتخب دو طرف واگذار شود و دو طرف طبق نظری که از سوی کارشناس یا هیأت کارشناسی در چارچوب پیمان و قوانین و مقررات مربوط اعلام می‌گردد، عمل کنند. ب. در صورتی که دو طرف در انتخاب کارشناس یا هیأت کارشناسی موضوع بند ۲ به توافق نرسد یا نظر اعلام شده طبق بندهای ۱ و ۲، مورد قبول هر یک از دو طرف نباشد، برای حل اختلاف، طبق بند (ج) اقدام می‌گردد.

ج. هرگاه در اجرا یا تفسیر مفاد پیمان دو طرف اختلاف نظر پیش آید، هر یک از طرف‌ها می‌تواند درخواست ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به داوری را به رئیس سازمان برنامه و بودجه ارائه نماید.

تبصره ۱. چنانچه رئیس سازمان یاد شده با تقاضای مورد اشاره موافقت نمود، مرجع حل اختلاف شورای عالی فنی خواهد بود.

تبصره: رسیدگی و اعلام نظر شورای عالی فنی، در چارچوب پیمان و قوانین و مقررات مربوط انجام می‌شود. پس از اعلام نظر شورای یاد شده، طرف‌ها بر طبق آن عمل می‌نمایند.

د. ارجاع موضوع یا موضوعات مورد اختلاف به شورای عالی فنی، تغییری در تعهدات قراردادی دو طرف نمی‌دهد و موجب آن نمی‌شود که یکی از دو طرف به تعهدات قراردادی خویش عمل نکند.

بند (ج) ماده فوق در خصوص اختلافات ناشی از قرارداد در صورتی که مطابق بندهای (الف) و (ب) حل و فصل نشود، داوری را مطرح کرده است و مرجع آن را شورای عالی فنی قرار داده است، سؤالی که در این خصوص مطرح است این است که این مرجع داوری (شورای عالی

فنی) دارای چه ماهیتی است؟ آیا یک مرجع اداری است که می‌توان از احکام آن به دیوان عدالت اداری شکایت کرد در حالی که این ماده از آن تعبیر به داوری کرده است و حکم آن را قطعی تلقی نموده است. سؤال دیگر آن است که آیا بدون تصویب هیأت وزیران برابر اصل ۱۳۹ چنین داوری صحیح است؟

در پاسخ به سؤالات فوق می‌توان گفت که بر اساس مصوبه هیأت وزیران، اختیار مقرر در اصل ۱۳۹ به معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهور تفویض شده است و از این حیث اشکالی بر آن مترتب نیست، لیکن این پاسخ با این اشکال مواجه است که آیا احکام و تکالیف هیأت وزیران که در قانون اساسی مندرج است به سایر افراد قابل تفویض می‌باشد؟ با استقرار در نظریات شورای محترم نگهبان در این خصوص نمی‌توان به نتیجه واحدی رسید، لیکن آنچه اصل ۱۲۷ قانون اساسی مقرر می‌دارد، این است: رئیس جمهور می‌تواند در موارد خاص بر حسب ضرورت با تصویب هیأت وزیران نماینده یا نمایندگان ویژه با اختیارات مشخص تعیین نماید. در این موارد تصمیمات نماینده یا نمایندگان مذکور در حکم تصمیمات رئیس جمهور و هیأت وزیران خواهد بود.

بنابر اصل فوق تصمیم هیأت وزیران صحیح بوده و قابلیت تفویض به فرد دیگری را دارد. در خصوص ماهیت شورای عالی فنی باید این گونه گفت که بر فرض صحت تفویض اختیار داوری به معاونت برنامه‌ریزی و نظارت راهبردی رئیس جمهوری چنین عملی در قالب اصل ۱۳۹ بوده و همان گونه که خود ماده ۵۳ از آن به داوری تعبیر نموده است باید آن را داوری تلقی نمود (موحد، ۱۳۸۶: ۲۳۲).

۲-۵. دعوی فراماتوم علیه سازمان انرژی اتمی ایران

در این دعوی ایران مدعی بود با وقوع انقلاب و تصویب قانون اساسی جدید، شرط داوری قرارداد مشمول اصل ۱۳۹ ق.ا است؛ لیکن دیوان داوری به این دلیل که شمول اصل به قراردادهای پیش از آن به صراحت اعلام نشده بود، استدلال ایران را نپذیرفت (همان، ص ۱۱۴).

۳-۵. دعوی شرکت ملی نفت ایران علیه گات اویل

در این قضیه ایراد منع یا محدودیت قانونی نه از سوی طرف ایران بلکه از سوی طرف دیگر عنوان شده بود؛ در واقع در این قضیه این شرکت گات اویل بود که با استناد به اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران مدعی بود که شرکت ملی نفت ایران حق طرح دعوی را بدون تجویز مراجع

ذی صلاح (در این خصوص مجلس شورای اسلامی) در داورى را ندارد. موضوع دعوا در این مورد مطالبه بهای نفتى بود که شرکت ملی نفت به گات اوایل فروخته بود.

همان طور که گفته شد ادعای خوانده این بوده که شرکت نفت بدون مجوز مجلس نمی‌تواند دعوی را به داورى ارجاع دهد. در مقابل شرکت نفت ادعا می‌کرد اصل ۱۳۹ ناظر به معاملات آن شرکت نیست؛ زیرا اگر چه مالکیت سهام شرکت ملی نفت ایران متعلق به دولت است؛ لیکن این شرکت به موجب قانون تجارت عمل می‌کند و اموال آن از سهامداران آن جدا می‌باشد (همان، ص ۱۲۲).

سرانجام رأی صادره در این قضیه، ایراد خوانده را معتبر ندانست و مراجعه خواهان را به داورى معتبر دانست و گات اوایل از این تصمیم به دادگاه تجدید نظر فرانسو (با توجه به مقر داورى) شکایت کرد:

«دادگاه استیناف فرانسو نیز این گونه رأی داد که در مورد داورى‌های بین‌المللی اصل حاکمیت اراده اطلاق دارد و شرط داورى پیش‌بینی شده معتبر است. هرگاه شرکت ملی نفت ایران با استناد به محدودیت‌های داخلی خود در مقام نفی شرط داورى بر می‌آمد این عمل منافی نظم عمومی بین‌المللی منافات پیدا می‌کرد؛ لیکن استناد گات اوایل به مقررات داخلی ایران مردود است؛ زیرا نظم عمومی بین‌المللی از توجه به قوانین داخلی کشورها فارغ است».

۴-۵. بررسی قراردادهای بیع متقابل^۱

شرط داورى در قراردادهای بیع متقابلی که برای توسعه میادین نفتى منعقد می‌گردد به گونه‌ای تنظیم گردیده است که بر اساس آن در مرحله اول طرفین سعی بر حل و فصل و دوستانه آن در طی مدت ۱۸۰ روز خواهند نمود و در صورت عدم توافق و به نتیجه رسیدن از طریق مذاکرات دوستانه نهایتاً موضوع به هیأت داورى که متشکل از سه داور خواهد بود ارجاع می‌شود و رأی داور در این خصوص در ارتباط با اختلافات حاصله برای طرفین لازم‌الاتباع بوده و طرف محکوم‌له اجرای آن را از دادگاه صالح تقاضا خواهد نمود.

برابر مفاد مربوطه به داورى این قرارداد آیین دادرسی و نحوه رسیدگی و انتخاب داوران سه‌گانه به موجب موافقت‌نامه داورى این قرارداد خواهد بود. موافقت‌نامه داورى قرارداد حاضر به نحوی

۱. شایان ذکر است به دلیل رعایت جنبه محرمانه قراردادهای مزبور از نقل مستقیم این قراردادها امتناع و صرفاً محتوای مواد مورد بحث نقل به مضمون خواهد شد.

تنظیم شده است که تمامی موارد مربوط به نحوه انتخاب داور توسط هر یک از طرفین و مواعد ارجاع به داوری، پاسخ‌گویی طرف مقابل، مدت زمان مورد نیاز هیأت داوری جهت اصدار حکم و همچنین چگونگی انتخاب داور سوم و اوصاف آن و بی‌طرفی وی مورد حکم قرار گرفته است.

اشکالی که در این خصوص وجود دارد این است که آیا نفس ارجاع داوری در این موارد با توجه به موانع اصل ۱۳۹ مجاز است یا این که در این خصوص خلاف اصل ۱۳۹ عمل می‌شود؟ در پاسخ به این سؤال بایستی گفت که هر چند در متن ماده مربوطه به داوری در قرارداد اصلی بحثی از مجوزهای موضوع اصل ۱۳۹ به میان نیامده و البته این امر از روی عمد و به دلایل مختلفی از جمله اثر بازرندگی آن در برابر شرکت‌های سرمایه‌گذار خارجی جهت سرمایه‌گذاری در ایران بوده است؛ لیکن این موضوع در پیوست موافقت‌نامه داوری که یکی از اسناد لاینفک قرارداد می‌باشد با ظرافت خاصی لحاظ گردیده است.

موضوع حاضر در انتهای موافقت‌نامه با این مضمون درج شده است که ارجاع موارد محل اختلاف به داوری توسط هر یک از طرفین چه به عنوان کسی که ابتدا به داوری رجوع می‌کند و چه به عنوان این که در پاسخ به ادعاهای طرف مقابل وارد داوری می‌شود، در مواردی که ضروری است مستلزم کسب تأییدیه از مقامات صالحه خواهد بود. درج این عبارت کفایت از مقصود اصل ۱۳۹ قانون اساسی می‌باشد؛ زیرا همان گونه که بحث شد نیازی به کسب مجوز مربوطه در زمان انعقاد قرارداد نیست بلکه تصریح به رعایت مفاد اصل ۱۳۹ در زمان انعقاد قرارداد وافی به مقصود می‌باشد و در زمان اختلاف و ارجاع امر به داوری بایستی مجور مربوطه از مجلس یا هیأت وزیران اخذ شود.

نکته‌ای که در خصوص موضوع حاضر در موافقت‌نامه داوری قرارداد بیع متقابل وجود دارد، این است که در نویسندگان این قرارداد با دو ویژگی در نحوه و چگونگی نگارش موضوع از حساسیت آن کاسته تا موجبات دفع سرمایه‌گذار خارجی را فراهم نیابند تا از این طریق جذب سرمایه خارجی با موانعی مواجه نگردد. اول اینکه این موضوع در متن قرارداد اصلی ذکر نگردیده و به صراحت بحث داوری در متن مورد تأیید قرار گرفته است. ثانیاً اینکه در درج شرط مزبور در موافقت‌نامه نیز نامی از اصل ۱۳۹ برده نشده تا موجب حساسیت طرف مقابل گردد بلکه صرفاً به اخذ تأییدیه از طریق مقامات صالحه اشاره کرده است.

نتیجه‌گیری

۱. آنچه از سیاق اصل ۱۳۹ قانون اساسی مستفاد می‌گردد، ممنوعیت به ارجاع داوری نیست و اعمال محدودیت‌های مزبور در این اصل صرفاً ملاحظاتی است که قانون‌گذار به جهت حفاظت از اموال عمومی و دولتی پیش‌بینی نموده است.

۲. با توجه به تجارت عملی و موارد موجود در سابقه اصل، نیازی به اخذ مجوزهای مندرج در اصل ۱۳۹ مقارن با انعقاد قرارداد نبوده و صرف قید این عبارت که «ارجاع اختلافات به داوری یا صلح آنها با رعایت مفاد اصل ۱۳۹ انجام خواهد گرفت» کفایت از صحت معاملات در زمان انعقاد می‌نماید و بایستی عنداللزوم مجوزهای مربوطه در زمان وقوع اختلافات اخذ گردد.

۳. علی‌رغم اهمیت رعایت تشریفات وضع شده از سوی دولت‌ها جهت ارجاع اموال عمومی و دولتی به داوری لیکن آرای مراجع قضایی در سال‌های اخیر ظهور یک قاعده جدید را در تصمیمات این مراجع نشان می‌دهد که به موجب آن هر شرط داوری که میان یک دولت و یا سازمان دولتی از یک سو و یک شخص بیگانه حقوقی و یا حقیقی از سوی دیگر منعقد می‌شود دارای اعتبار است، بدون آنکه لازم باشد برای تعیین صحت شرط به قانون ملی خاصی مراجعه شود و اغلب آراء از این قاعده به عنوان یک قاعده بین‌المللی یاد می‌کنند.

۴. مفاد اصول ۷۷ و ۱۳۹ قانون اساسی و تفاسیر ارائه شده از سوی شورای نگهبان مبین این واقعیت است که عدم نیاز تصویب یک قرارداد به وسیله مجلس شورای اسلامی به منزله عدم نیاز به مجوزهای اصل ۱۳۹ قانونی اساسی در مواقع ارجاع اختلافات به داوری و یا صلح آنها نبوده و از این حیث دو اصل مزبور کفایت از مفاد یکدیگر نمی‌نمایند.

۵. به نظر می‌رسد با توجه به اهمیت بالای منابع نفت و گاز برای کشورهای صاحب این منابع بایستی به نوعی مکانیزم نظارتی مشروط برای ارجاع اختلافات به داوری همان گونه که در ایران نیز تاکنون به همین نحو بوده است بایستی وجود داشته باشد تا هم امکان ملاحظات منافع ملی لحاظ گردد و هم اقتضائات تجاری - بین‌المللی در جهت پیشبرد اهداف اقتصادی کشور میسر شود.

فهرست منابع

۱. اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی (۱۳۶۴): صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، جلد دوم، جلسه سی و دوم تا پنجاهم، تهران: اداره کل امور فرهنگی و روابط عمومی مجلس شورای اسلامی.
۲. اسکینی، ربیعا (۱۳۶۹): «اختیار دولت‌ها و سازمان‌های دولتی در مراجعه به داوری تجاری بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، شماره ۲۵.
۳. جنیدی، لعیا (۱۳۷۶): قانون حاکم در داوری‌های تجاری بین‌المللی، تهران: نشر دادگستر.
۴. _____ (۱۳۸۱): اجرای آرای داوری بازرگانی خارجی، تهران: شهر دانش.
۵. سیدی، جواد (۱۳۹۲): درآمدی بر قابلیت ارجاع در داوری‌های تجاری بین‌الملل، چاپ اول، تهران: انتشارات جنگل.
۶. شمس، عبد الله (۱۳۸۵): آیین دادرسی مدنی، چاپ هفتم، جلد دوم و سوم، تهران: انتشارات دراک.
۷. شهبایی، مصطفی (۱۳۷۰): داوری و قانون اساسی، تهران: انتشارات کمیته ایرانی بازرگانی بین‌المللی.
۸. علیدوستی، ناصر (۱۳۸۸): «ظرفیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه مطالعات راهبردی، شماره ۳۹.
۹. کاویانی، کورش (۱۳۸۶): «اصل ۱۳۹ قانون اساسی و شرط داوری در قراردادهای مصوب مجلس شورای اسلامی»، مجله پژوهش و حقوق سیاست.
۱۰. موحد؛ محمد علی (۱۳۸۶): قانون حاکم؛ درس‌هایی از داوری‌های نفتی، تهران: نشر کارنامه.
۱۱. موسی‌زاده، ابراهیم و همکاران (۱۳۹۰): دادرسی اساسی در جمهوری اسلامی ایران، مرکز تحقیقات شورای نگهبان، تهران: انتشارات معاونت حقوقی ریاست جمهوری.
۱۲. مهر پور، حسین (۱۳۷۱): مجموعه نظرات شورای نگهبان، جلد سوم، تهران: انتشارات مؤسسه کیهان.
۱۳. هندی، سیداصغر (۱۳۶۶): «بررسی تسری شروط اصل ۱۳۹ قانون اساسی به اموال شرکت‌های دولتی»، مجله حقوقی دادگستری، دوره جدید شماره ۶۱.
۱۴. حاتمی، علی (۱۳۸۲)، تحلیل مبانی حقوقی کنوانسیون نیویورک ۱۹۵۸ راجع به شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی و نحوه اجرای آن در حقوق ایران، رساله دوره دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دانشگاه تهران.

15. Szilvia Varady (2014); Limitation To Arbitrability Based On The Interest Of The State With A Special Focus On Hungary, LLM, Short Thesis, Central European University, March.

16. Nico, Schrijver (1997); Sovereignty over Natural Resources, Cambridge University Press.