



## زمان اخذ مجوز ارجاع به داوری موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی در پرتو آرای قضایی

اسدالله یآوری\*، یوسف باقری\*\*

### چکیده

اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی، ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی را منوط به تصویب هیئت وزیران و اطلاع مجلس کرده است. این اصل یکی از مناقشه‌آمیزترین اصول قانون اساسی است که در مسائل مختلفی همواره کانون اختلاف رویه قضایی و دکترین حقوقی بوده است؛ اما موضوعی که در این کشاکش با وجود اهمیت آن کمتر مورد توجه قرار گرفته، تعیین زمان مناسب تصویب هیئت وزیران یا مجلس است. سؤال اصلی این نوشتار آن است که زمان اخذ مجوز ارجاع دعاوی راجع به اصل ۱۳۹ قانون اساسی هنگام انعقاد قرارداد پایه است یا موقع ایجاد اختلاف و قبل از رجوع به داوری یا حتی بعد از ارجاع به داوری و در حین انجام فرآیندهای آن تا مرحله اجرای رأی؟ این نوشتار بر آن است با تشریح مفاهیمی از حقوق خصوصی، از جمله اذن و اجازه و عدم نفوذ و بطلان و عقد معلق و عقد فضولی و عقد تشریفاتی و تبیین ارتباط مبنایی آن‌ها با مقررۀ اصل ۱۳۹ قانون اساسی و مفاهیم حقوق عمومی ناظر بر لزوم اجازه دولت پس از انعقاد قرارداد داوری و در مرحله رسیدگی داوری یا اعتراض به رأی داور و حتی مرحله دستور اجرای رأی داور، به تعیین زمان مناسب ارجاع دعاوی اموال عمومی و دولتی به داوری بپردازد. در این مقاله کوشش شده است تا به گونه‌ای توصیفی تحلیلی توجیه نماید که زمان اخذ مجوز ارجاع به داوری در دعاوی موضوع این اصل از هنگام ایجاد اختلاف تا آخرین مراحل فرایند داوری و اجرای رأی می‌باشد، نه هنگام انعقاد قرارداد.

واژگان کلیدی: داوری، اصل ۱۳۹ قانون اساسی، اموال دولتی و عمومی، دعوا، مجوز ارجاع به داوری

\* استادیار گروه حقوق عمومی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی (نویسنده مسئول) yavariamir@hotmail.com  
\*\* دانش‌آموخته دکتری حقوق عمومی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی u.bagheri1353@gmail.com

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۶/۲۵ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۲/۰۸

## مقدمه

با اینکه داوری به‌عنوان یکی از مهم‌ترین روش‌های خصوصی حل و فصل اختلافات به‌شيوه توافقی در نظام حقوقی ما پذیرفته شده است، سابقه بد تاریخی انعقاد قراردادهای واگذاری امتیازات به بیگانگان و نفوذ آن‌ها در زمینه‌های مختلف سیاسی، اقتصادی و نظامی در زمان حکومت‌های قاجار و پهلوی در کشور ما، تدوین کنندگان قانون اساسی را تحت تأثیر قرار داده است و آن‌ها به منظور صیانت از منافع و مصالح عمومی کشور و جلوگیری از تضییع یا تفریط اموال عمومی و دولتی، اصل ۱۳۹ قانون اساسی را تصویب کرده‌اند. این اصل مقرر می‌دارد: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد، موکول به تصویب هیئت 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.» حقوق‌دانان این اصل را از زوایای مختلف از جمله طرفین داوری، موضوعات قابل ارجاع به داوری، چگونگی ارجاع به داوری، ظرفیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی و داوری‌پذیری اموال عمومی و دولتی مورد مذاقه قرار داده‌اند (علیدوستی، ۱۳۸۷: ۷۷؛ جنیدی، ۱۳۷۶: ۷۶-۹۶؛ میرزائادجویباری، ۱۳۹۴: ۱۴۰-۱۱۵؛ فتاحی، ۱۳۹۴: ۳۴-۱۷ و کریمی و پرتو، ۱۳۹۱: ۱۸۴-۱۵۷). هرچند ضرورت اخذ مجوز از هیئت وزیران یا تصویب مجلس در مورد شرایط عمومی پیمان را محل تردید دانسته‌اند (نک: امامی و استوارسنگری، ۱۳۹۱: ۳۰۷-۲۹۶؛ پرتو، ۱۳۹۱: ۲۶۱؛ اسماعیلی‌هریسی، ۱۳۸۶: ۴۲۳؛ قهرمانی و شمس‌ا، ۱۳۹۳: ۳۷). باید توجه داشت که در بررسی حدود سیصد رأی از دادگاه‌ها، در مورد اصل ۱۳۹ قانون اساسی هیچ‌کدام ضرورت اخذ مجوز از هیئت وزیران یا تصویب مجلس را انکار نکرده‌اند و تنها برخی دادگاه‌ها با توسل به تکنیک‌های تفسیری درصدد محدودکردن قلمرو اصل ۱۳۹ قانون اساسی برآمده‌اند. همچنین با اینکه رویه قضایی به‌کرات درگیر بحث زمان اخذ مجوز ارجاع به داوری اصل ۱۳۹ بوده است، راجع به این موضوع که تصویب هیئت وزیران و اخذ اجازه از مجلس چه زمانی باید باشد و اینکه آیا هم‌زمان با انعقاد قرارداد یا اندراج شرط داوری در قرارداد باید تصویب هیئت وزیران وجود داشته باشد یا طرفین می‌توانند قرارداد را منعقد کرده و شرط داوری را نیز در آن بگنجانند لیکن اگر در آینده اختلافی به وجود آمد، قبل از مراجعه به داوری جهت رسیدگی به اختلاف (دعوا) مجوز ارجاع دعوا به داوری را مطابق اصل ۱۳۹ قانون اساسی از هیئت وزیران اخذ کنند. یا حتی اگر در زمان رسیدگی و فراتر از آن در زمان اعتراض به رأی داور در دادگاه چنانچه هیئت وزیران مجوز ارجاع به داوری صادر کند، اثر این تجویز متعاقب و بعدی چه خواهد بود، بحثی مستوفی در دکتترین صورت نگرفته است.

اگر چه شورای نگهبان با وجود اینکه نظریات تفسیری متعددی در اصل ۱۳۹ قانون اساسی داشته است، نظریه مشورتی یا تفسیری مخصوصی در این موضوع ابراز ننموده است؛<sup>۱</sup> اما رویه قضایی در این عرصه محل ناهمگونی و تشتت بوده است و این ناهمگونی حتی در آرای دیوان عدالت اداری نیز رسوخ کرده است. نگارندگان در این مقاله تلاش کرده‌اند با تکیه بر دکترین حقوقی و رویه دادگاه‌ها و داوری به شیوه توصیفی تحلیلی به این پرسش‌ها که چه زمانی اخذ مجوز ارجاع دعوی موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی به داوری لازم است و اگر هنگام انعقاد قرارداد اجازه هیئت وزیران اخذ نشده باشد، داوری چه سرانجامی خواهد داشت، پاسخ دهند.

### ۱. ماهیت اجازه دولت و ماهیت موافقت‌نامه داوری تا پیش از اجازه هیئت وزیران یا تصویب مجلس شورای اسلامی

به نظر می‌رسد مفاهیم و مبانی حقوق مدنی در موضوعاتی چون اذن و اجازه و بطلان و عدم نفوذ... می‌تواند پرده از بخشی از ابهام‌های تفسیر اصل ۱۳۹ قانون اساسی بردارد. اینکه تصویب دولت و مجلس ماهیتاً اذن است یا اجازه، موضوعی است که تشریح آن در ابتدای ورود به جوهره موضوع ضرورت دارد.

#### ۱-۱. ماهیت اجازه دولت

تفکیک مفاهیم اذن و اجازه در ارجاع به داوری دکترین حقوقی پیدایش اذن را قبل از عمل حقوقی و اجازه را بعد از عمل حقوقی امکان‌پذیر می‌داند. اصولاً اذن به معنای وجود تمایل درونی نسبت به یک عمل حقوقی است اما اجازه صرف نظر از تمایل درونی، رضایت به انشاء عمل حقوقی به یکی از چهار طریق عمل، لفظ، کتابت یا اشاره است (کاتوزیان، ۱۳۹۱: ۱۱۹). از نظر اصطلاحی، به کاربردن واژه «اجازه» در مورد انشای رضایت، پیش از واقع شدن عمل، استعمالی نابجا است. با این حال، قوانین حقوقی بارها این دو واژه را به جای یکدیگر استعمال کرده‌اند. مثلاً در مواد ۱۱۵، ۵۰۳، ۱۲۴، ۷۹۴ و ۱۰۴۳ قانون مدنی و نیز ماده ۸۵ قانون امور حسبی، واژه «اجازه» به جای «اذن» به کار رفته است. از طرفی هم اذن قابلیت رجوع را تا قبل از تصرف مأذون دارا است ولی رجوع از اجازه مقدور نیست. واژه اجازه در دو مورد کاربرد دارد: گاهی به معنای تنفیذ قراردادی است که به صورت غیرنافذ منعقد شده است (چنانکه واژه اجازه در مواد ۲۴۷ تا ۲۵۰

۱. شورای نگهبان در موارد متعدد امکان اخذ اجازه بعدی از دولت را تأیید کرده و با آن مخالفتی نداشته است؛ به عنوان مثال نظریه مشورتی این شورا در پاسخ به استعلام شماره ۲/۸۰۱۰۱/۲ مورخ ۱۳۶۵/۲/۳ نخست وزیر وقت مبنی بر اینکه آیا رعایت اصل ۱۳۹ در مورد موافقت‌نامه‌های پیش از پیروزی انقلاب اسلامی ایران ضروری است، چنین است: «بر حسب اطلاق اصل ۱۳۹ قانون اساسی در مورد موافقت‌نامه‌های پیش از پیروزی انقلاب اسلامی ایران هر چند در آن‌ها ارجاع به داوری پیش‌بینی شده باشد، مقررات اصل مذکور باید رعایت شود که حاکی از امکان اجازه دولت در مرحله ارجاع دعوی به داوری است (مجموعه نظریات شورای نگهبان ۱۳۸۸-۱۳۵۹)، (۱۳۸۹: ۲۷۲).

و ماده ۲۰۹ قانون مدنی در همین معنا به کار رفته است) و گاهی نیز به معنای اسقاط خیار و لازم کردن عقد غیر لازم به کار می رود (مانند بیعی که در آن برای خریدار خیار شرط شده باشد با اجازه بیع از سوی خریدار یعنی با اسقاط اختیار عقد امضا و لازم می شود) (شهیدی، ۱۳۸۳: ۴۰).

حال که عمده تفاوت های بین اذن و اجازه مشخص شد حاصل تراز و انطباق مقررۀ مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی با تشریح مفاهیم اذن و اجازه به شرح زیر بیان می شود:

اولاً، اذن امری درونی است. بنابراین غالباً رضایت درونی معطوف به انسان است و شخص حقیقی است که دارای حالات درونی است و نه شخص حقوقی؛ لذا اذن مختص انسان است و با این تفسیر دولت به عنوان یک شخص حقوقی اصولاً فاقد مشخصه ها و حالات شخص حقیقی از جمله اذن است. در مقابل، اجازه امری بیرونی است و همان گونه که بیان شد به یکی از چهار طرق عمل، لفظ، کتابت یا اشاره عینیت می یابد. برخی از طرق اعلام اجازه از جمله کتابت و عمل توسط شخص حقوقی امکان پذیر است. بنابراین اجازه از سوی شخص حقوقی قابل اعلام و اعمال است. بنابراین تصویب دولت یا مجلس در واقع همان اجازه یا نفوذ قرارداد مشتمل بر ارجاع موضوع به داوری توسط دولت، مجلس یا هر دوی آن ها است و طبق اصول اذن در ارجاع موضوع به داوری توسط دولت بنابر آنچه که بیان شد منتفی است و صرفاً اجازه یا همان تصویب است که توسط شخص حقوقی امکان پذیر است و اعطا می شود.

ثانیاً، همان گونه که پیش تر بیان شد پیدایش اذن قبل از عمل حقوقی است و اجازه پس از آن. بنابراین چون اذن اساساً برای شخص حقوقی به وجود نمی آید، لذا امکان پیدایش اذن قبل از قرارداد یا حین آن برای شخص حقوقی منتفی است و آنچه که شخص حقوقی توان اعلام و اعمال آن را دارد اجازه است و اجازه نیز پس از عمل حقوقی (قرارداد) قابلیت اعلام و اعمال دارد. با این تفاسیر ارجاع موضوع به داوری برابر مقررۀ موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی اجازه محسوب می شود و هنگام درج شرط داوری مجال پیدایش ندارد؛ بلکه پس از عمل حقوقی (انعقاد قرارداد) امکان پیدایش دارد.

ثالثاً، اذن قابلیت رجوع دارد (خوانساری، ۱۴۰۵: ۴۷۶؛ حسینی مراغه ای، ۱۳۸۸: ۵۶؛ مغنیه، ۲۰۰۷: ۳۶۸ و کاتوزیان، ۱۳۷۷: ۶۵) اما اجازه قابل رجوع نیست و جای این پرسش باقی است که چنانچه هیئت وزیران قراردادی را که متضمن ارجاع دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی به داوری است، تصویب کند، آیا می تواند پس از تصویب رجوع کند؟ بدیهی است که پاسخ منفی است و به صراحت مؤید آن است که عدم قابلیت رجوع بدان علت است که ماهیت حقوقی تصویب هیئت وزیران یا مجلس اجازه است و نه اذن. بنابراین با توجه به مراتب پیش گفته، از حیث تبیین اصول و قواعد حقوقی، خصوصاً مفاهیم اذن و اجازه و انطباق آن ها با اصل ۱۳۹ قانون اساسی، زمان تصویب دولت، حین انعقاد قرارداد داوری یا قبل از آن نخواهد بود.

## ۱-۲. اعتبار حقوقی موافقت‌نامه داوری تا پیش از اجازه هیئت وزیران یا تصویب مجلس

پرسش جدی این است که اعتبار موافقت‌نامه داوری تا پیش از اجازه هیئت وزیران یا تصویب مجلس شورای اسلامی چیست؟ آیا عقد فضولی است یا عقد معلق یا مشروط یا تشریفاتی؟ نافذ نیست یا باطل است؟

عدم نفوذ بنا بر تعریف حقوق دانان ناظر به موردی است که ارکان قرارداد به وجود آمده و نفوذ عقد به حقوق خصوصی دیگران لطمه وارد می‌آورد یا رضای متعارف وجود ندارد یا هدف قانون‌گذار حمایت از منافع اشخاص خاصی است<sup>۱</sup> و باید از عدم نفوذ دفاع کرد. در مقابل، هر جا که به تحقق تراضی صدمه وارد شود یا قصد انشا وجود نداشته باشد یا بقای عقد با هدف قانون‌گذار در حمایت از منافع عمومی تعارض پیدا کند، مثل معامله مجنون و صغیر غیرممیز، ضمانت اجرا بطلان است (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۲۶-۳۲۴). با این منطق حقوقی می‌توان گفت که موافقت‌نامه داوری تا پیش از اجازه هیئت وزیران یا تصویب مجلس باطل نیست؛ اما اینکه چه ماهیت و اعتباری دارد، نیاز به بررسی بیشتری دارد. در خصوص اینکه عمل حقوقی صورت گرفته عقد فضولی است یا خیر، نقطه ثقل بحث ناظر بر این پرسش است که آیا هیئت دولت یا مجلس طرف قرارداد داوری محسوب می‌شود؟ در بحث ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری آنچه به بعد موکول می‌شود، اجازه یا اذن مستقل و جداگانه‌ای است که قانون‌گذار برای کنترل امور و توجه به مصالح و منافع دولت و جلوگیری از سوءاستفاده‌های احتمالی برای هیئت وزیران به‌عنوان نهاد ناظر در نظر گرفته است و این گونه نیست که دولت یکی از اطراف قرارداد داوری باشد (میرزائادجوبیاری، ۱۳۹۴: ۱۲۷). برخی از حقوق دانان به نحو تلویحی به این نکته اشاره کرده‌اند که در مواردی مثل اصل ۱۳۹ قانون اساسی که دولت در مقام صدور مجوز انجام کاری است، هیئت وزیران طرف معامله نیست؛ بلکه نماینده‌ای که قرارداد را امضا می‌کند، طرف قرارداد محسوب می‌شود (میرزائادجوبیاری، ۱۳۹۴: ۱۲۷). بنابراین چون در حقوق ایران برای قراردادهای دولتی نظام مستقلی تعریف نشده (میرزائادجوبیاری، ۱۳۹۴: ۱۲۷) و جز در مواردی که صراحتاً یا به طور ضمنی حکمی خلاف این امر مقرر شده باشد،<sup>۲</sup> خارج ساختن قراردادهای مزبور از شمول قوانین عمومی و اصول کلی حقوقی صرفاً به دلیل اینکه یکی از اطراف آن دولت است توجیهی ندارد. در رویه قضایی و دکترین حقوق هم نظریه مستند و قابل‌اعتنایی خلاف این نکته، مشاهده نشده است. در فقه نیز شیخ مرتضی انصاری در مقام بررسی و توجیه تفاوت اثر رد قبلی صاحب اجازه در معامله فضولی و بیع مال مرهونه به این منطق و مبنا که طرف قرارداد چه کسی است، توجه کرده و چنین اظهار داشته است که چون اجازه‌دهنده یا ردکننده در معامله فضولی طرف عقد است، لذا طبعاً با اعلام رد از سوی وی قرارداد

۱. مانند بیع عین مرهونه توسط راهن (عبده بروجردی، ۱۳۸۰: ۳۶۳؛ حائری شهاباغ، ۱۳۸۲: ۶۹۵)، معامله سفیه و صغیر ممیز و وصیت زائد بر ثلث (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۲۶-۳۲۴)، معامله فضولی (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۳۲۳-۳۲۴؛ حائری شهاباغ، ۱۳۸۲: ۲۳۰-۲۳۱) و معامله به قصد فرار از دین (کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۲۹۲-۲۹۱).

۲. مثل لزوم برگزاری مناقصه به منظور اجرای پروژه‌های عمومی و عمرانی کشور موضوع برگزاری مناقصات مصوب ۱۳۸۳.

باطل می‌شود؛ درحالی که مرتبه نسبت به قرارداد فروش منعقد شده میان راهن و خریدار، بیگانه یا به تعبیر حقوقی ثالث تلقی می‌شود. بنابراین با وجود رد قبلی، اجازه ممکن است و قرارداد فروش مال مرهونه را از این حیث نباید تابع مقررات معامله فضولی دانست (انصاری، ۱۴۱۱: ۱۸۹).

با توضیحات فوق مشخص می‌شود که ماهیت قرارداد داوری موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی را نمی‌توان با مقررات راجع به معامله فضولی در قانون مدنی مقایسه کرد که اجازه بعدی موجب نفوذ عقد خواهد شد و عدم اجازه هم موجب بطلان آن.

همچنین برخلاف آنچه در رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری به شماره ۱۳۹-۱۳۸ مورخ ۱۳۹۱/۳/۲۲ استدلال و نهایتاً حکم بر بطلان صادر شده است، علی‌الاصول ضمانت عدم تصویب ارجاع موضوع به داوری حتی در فرضی که قائل به ارجاع موضوع به داوری حین انعقاد قرارداد باشیم، بطلان نیست؛ چراکه قرارداد داوری اصولاً یک قرارداد است و با قواعد حاکم بر قراردادها از حیث فسخ و بطلان و عدم نفوذ، قابلیت توقف یا ادامه حیات حقوقی دارد و مبرهن است که بطلان قرارداد صرفاً در فرضی امکان‌پذیر است که قرارداد فاقد یکی از شرایط صحت باشد و حتی قراردادی که به واسطه عدم نفوذ به منصفه بطلان می‌رسد، به جهت آنکه فاقد شرط اساسی (قصد و رضای مالک در قرارداد) است، با بطلان مواجه می‌شود. بنابراین رأی وحدت رویه دیوان عدالت اداری از آن حیث با مبانی قانونی و حقوقی سازگاری ندارد که صرف عدم تصویب در زمان قرارداد را با بطلان پاسخ داده است. این نوع تفسیر با موازین فقهی هم سازگار نیست؛ چراکه بر اساس موازین و اصول مزبور و نظر مشهور فقهای امامیه، معامله فضولی و همچنین بیع مال مرهونه‌ای را که بدون اجازه مرتبه صحیح نیست، با نفوذ و اجازه بعدی می‌توان کامل کرد (انصاری، ۱۴۲۱: ۸) و به صرف نبود اجازه در زمان انعقاد قرارداد نمی‌توان رأی به ابطال آن داد (انصاری، ۱۴۲۱: ۸۴؛ میرزای نائینی، ۱۴۲۱: ۳۲۷ و میرزای قمی، ۱۳۷۸: ۴۵۰).

از حیث اینکه ماهیت موافقت‌نامه داوری تا پیش از اجازه هیئت وزیران و تصویب مجلس شورای اسلامی عقد معلق است یا خیر، برابر ماده ۱۸۹ قانون مدنی «عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشا موقوف به امر دیگری نباشد و الا معلق خواهد بود.» منظور از شق اخیر این ماده که در قالب عبارت «و الا معلق خواهد بود» بیان شده است، این است که عقد معلق عقدی است که تأثیر آن بر حسب انشا موقوف به امر دیگری باشد. حقوق‌دانان معتقدند که معلق علیه باید سه خصوصیت داشته باشد: نخست، حادثه خارجی باشد؛ یعنی خارج از عقد باشد و از شرایط صحت عقد نباشد؛ دوم، امری باشد که در زمان آینده محقق می‌شود؛ و سوم، احتمالی باشد و حتمی نباشد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۵۵).

هرچند در نگاه نخست به نظر می‌رسد که عقد معلق با موافقت‌نامه داوری موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی ارتباط نزدیکی دارد؛ چراکه مانند ارکان و شرایط عقد معلق تصویب یا همان اجازه و نفوذ دولت و مجلس امری است خارجی که از شرایط صحت عقد خارج است و احتمالی است و در آینده قابلیت تحقق دارد. به دیگر بیان، نفوذ و اجازه دولت در زمان واحد دارای همان شرایطی است که برای عقد معلق لازم است و

معلق علیه یعنی اجازه و تصویب دولت اگر واقع نشود، عقد نافذ نمی‌شود و داخل در صحت نخواهد شد و اگر هم قرارداد داوری به تصویب دولت یا مجلس برسد، عقد از زمان نفوذ صحت می‌یابد. حال با توجه به قواعد عقد معلق و همسانی تام اصل ۱۳۹ قانون اساسی با این قاعده از قانون مدنی بدیهی است که معلق علیه (نفوذ و تصویب دولت) امری است ناظر بر آینده و نه گذشته و معلق علیه یا همان نفوذ و تصویب دولت، به یقین از زمان پیدایش، قرارداد داوری را در محدوده صحت قرار می‌دهد و قرارداد داوری دارای نفوذ خواهد شد. اما این نزدیکی در انطباق شرایط نباید ما را گمراه کند؛ زیرا با نگاهی ظریف و دقیق می‌توان یافت که این دو در این نکته که هیئت وزیران و مجلس طرف عمل حقوقی نیست و نیز در زمان ایجاد آثار عمل حقوقی تفاوت دارند. در حقیقت، در عقد معلق پذیرفته شده است که برخلاف عقد اکراهی و عقد فضولی، آثار عقد از زمان تحقق معلق علیه شکل می‌گیرد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۶۳). در حالی که در چنین موافقت‌نامه داوری‌ای حتی اگر دولت در زمان داوری نیز اجازه دهد، این اجازه قابل تسری به گذشته بوده و خللی به فرآیندهای انجام شده وارد نخواهد کرد. لذا به نظر می‌رسد که اجازه هیئت دولت را باید در قالب عقود تشریفاتی تحلیل کرد.

## ۲. زمان اخذ مجوز ارجاع دعوی به داوری در اصل ۱۳۹ قانون اساسی

با اینکه در اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران برای ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری، تصویب هیئت وزیران و اطلاع مجلس ضروری دانسته شده است، در مورد زمان اخذ مجوز ارجاع دعوی به داوری در این اصل تصریحی وجود ندارد. بنابراین این سؤال مطرح می‌شود که آیا اخذ مجوز ارجاع دعوی به داوری باید هم‌زمان با انعقاد قرارداد یا اندراج شرط داوری باشد یا بعد از انعقاد قرارداد یا درج شرط داوری و هنگام بروز اختلاف و قبل از مراجعه به داوری نیز می‌توان مجوز ارجاع دعوی به داوری را از دولت مطابق اصل ۱۳۹ قانون اساسی اخذ کرد؟ در پاسخ به این پرسش دیدگاه‌های مختلفی را که قابل طرح می‌باشند، مورد بحث و تجزیه و تحلیل قرار داده و در پایان دیدگاه خود را نیز ارائه خواهیم کرد.

### ۲-۱. نظریه لزوم اخذ مجوز ارجاع هنگام انعقاد قرارداد یا موافقت‌نامه داوری

طرفداران این نظریه در لزوم اخذ مجوز ارجاع به داوری در هنگام انعقاد قرارداد یا اندراج شرط داوری اتفاق نظر دارند؛ ولی در خصوص ضمانت اجرای عدم اخذ مجوز ارجاع دعوی به داوری اختلاف نظر دارند. عده‌ای از ایشان معتقدند که عدم اخذ مجوز ارجاع موجب بطلان قرارداد داوری خواهد بود و بعضی دیگر می‌گویند که عدم اخذ مجوز ارجاع موجب عدم نفوذ قرارداد داوری خواهد بود که استدلال هر کدام را به‌طور جداگانه بیان خواهیم کرد.

## ۱-۱-۲. نظریه بطلان قرارداد (ناشی از عدم اخذ مجوز ارجاع)

پیروان این نظر می‌گویند اگر در قرارداد راجع به اموال عمومی و دولتی موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی، بدون اخذ مجوز ارجاع از دولت توافق بر ارجاع دعوی به داوری شده باشد، قرارداد باطل است. یکی از نویسندگان حقوقی در خصوص ارجاع دعاوی موضوع اصل ۱۳۹ به داوری گفته‌اند: «هنگام انعقاد، قرارداد باید تحت کنترل مجلس باشد و الا بعد از قرارداد در صورت بروز اختلاف اگر هم ما نخواهیم، طرف خارجی ما را به داوری خواهد برد و لذا تصویب مجلس چندان معنایی نخواهد داشت» (میرعباسی، ۱۳۷۷: ۴۳). هیئت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۱۳۹-۱۳۸ مورخ ۱۳۹۱/۳/۲۲ مقرر داشته است: «استفاد 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 هیئت 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 هیئت وزیران یا مصوبه مجلس شورای اسلامی را اخذ کنند. نظر به اینکه 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».<sup>۱</sup> شعبه ۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران نیز در دادنامه شماره ۱۵۰ مورخ ۱۳۹۲/۲/۲۳ خود قرارداد داوری را که بدون اطلاع مجلس و تصویب هیئت وزیران نسبت به اموال عمومی منعقد شده باشد، باطل دانسته است. شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۴۸ مورخ ۸۸/۶/۲۳ خود از این نیز فراتر رفته و ارجاع دعاوی راجع به اموال دولتی بدون تصویب هیئت وزیران و اطلاع مجلس را مطلقاً ممنوع دانسته است. در پرونده منجر به صدور رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری، سازمان بازرسی کل کشور تصویب‌نامه شماره ۱۶۸۶۹۲/ت/۳۶۹۵۹ هـ مورخ ۱۳۸۵/۱۲/۱۶ هیئت وزیران که به استناد اصل ۱۳۹ قانون اساسی اجازه ارجاع به داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی جهت حل و فصل اختلاف داده بود را خلاف قانون اعلام و تقاضای ابطال آن را کرده بود. سازمان بازرسی کل کشور در توجیه بطلان تصویب‌نامه دولت استدلال کرده است که چون در زمان انعقاد قرارداد مجوز ارجاع به داوری اخذ نشده است، قرارداد ارجاع به داوری باطل می‌باشد (میرزائزادجو بیاری، ۱۳۹۴: ۱۲۰).

ضمن اینکه نظریه مشورتی شماره ۷/۷۰۰ مورخ ۱۳۷۸/۴/۱۳ اداره حقوقی قوه قضائیه قرارداد داوری را که بدون توجه به تشریفات اصل ۱۳۹ قانون اساسی منعقد شده باشد، فاقد اثر قانونی دانسته و رأی داور را قابل ابطال می‌داند (اداره چاپ و انتشار معاونت پژوهش، ۱۳۸۱: ۲۲۵).

در تحلیل و نقد رأی دیوان عدالت اداری و آرای شعب ۲۷ دادگاه حقوقی و ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران و نظریه عدم اخذ مجوز ارجاع موجب بطلان قرارداد است، باید دید آیا در اصل ۱۳۹ قانون اساسی

1. <http://divan-edalat.ir/aho-detail/9031>.



رجوع به داوری ممنوع است یا محدود و مشروط به اخذ مجوز ارجاع از هیئت وزیران می‌باشد؟ نه از منطوق اصل مذکور و نه از مفهوم آن ممنوعیت دولت یا مؤسسه‌های عمومی از رجوع به داوری استنباط نمی‌شود؛ بلکه آنچه منطوق اصل ۱۳۹ قانون اساسی بیان کرده، محدودیت و مشروط کردن ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری است و این محدودیت نیز ناظر بر نوع مال موضوع قرارداد است نه طرف قرارداد، که نهاد یا سازمان دولتی یا مؤسسه عمومی باشد.

افزون بر آن، حتی اگر دیوان عدالت اداری نیز مانند شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران این محدودیت را نوعی ممنوعیت ارجاع به داوری تلقی نموده باشد، نیز باید گفت که در هر موردی نهی قانون‌گذار موجب فساد معامله نیست؛ بلکه چنانکه عده‌ای از فقهای بزرگ امامیه گفته‌اند نهی وقتی موجب فساد است که ناظر بر ارکان اساسی معامله باشد (میرزای قمی، ۱۳۷۸: ۱۵۴؛ حسینی مراغی، ۱۳۸۰: ۲۷۶؛ امامی، ۱۳۷۴: ۲۸۱).

با دقت در اصل ۱۳۹ قانون اساسی مشاهده می‌شود که نه دولت از مراجعه به داوری منع شده است و نه ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری ممنوع گردیده است؛ بلکه در این اصل ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری مشروط به تصویب دولت و اطلاع مجلس شده است و این موضوع نیز جزء ارکان اساسی و شرایط صحت معامله که در ماده ۱۹۰ قانون مدنی بیان شده‌اند، نمی‌باشد. بنابراین استنباط شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران و هیئت عمومی دیوان عدالت اداری قابل خدشه است. به‌علاوه، هنگامی می‌توان دو ضمانت اجرا برای یک عمل حقوقی (قرارداد داوری) متصور شد که از شدت و ضعف برخوردار باشند. در مقام تردید باید ضمانت اجرایی را انتخاب کرد که کمترین آسیب را به عقد وارد می‌کند. از آنجا که در مورد دو ضمانت اجرای قابل تصور در خصوص قرارداد ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری بدون اخذ مجوز ارجاع از هیئت دولت، یکی بطلان و دیگری عدم نفوذ قرارداد است، ضمانت اجرای دوم که عدم نفوذ است و خفیف‌تر است و حقوق دولت و سازمان دولتی یا مؤسسه عمومی را نیز تأمین می‌کند، بدون تردید نسبت به بطلان قراردادی که ممکن است مدت‌ها از انعقاد آن گذشته و تمام یا قسمتی از تعهدات طرفین یا یکی از آن‌ها نیز اجرا شده باشد و خلاف اصل صحت و امنیت و اعتماد مشروع عمومی و اصل حسن‌نیت در اجرای قراردادها است، منطقی‌تر می‌باشد. بنابراین رأی هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و رأی شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران از این حیث نیز قابل ایراد می‌باشند.

بدون تردید دولت در صورت عدم درج شرط داوری در قرارداد اصلی نیز می‌تواند بعد از انعقاد قرارداد یا بروز اختلاف در صورت توافق نهاد یا مؤسسه عمومی یا دولتی با طرف مقابل جهت رجوع به داوری اجازه ارجاع دعوی به داوری را بدهد. بنابراین چه تفاوتی وجود دارد بین این فرض که در قرارداد اصلی توافق بر ارجاع دعوی به داوری یا شرط رجوع به داوری شده باشد و سپس در صورت بروز اختلاف اجازه دولت تحصیل شود یا اینکه دولت بعد از انعقاد قرارداد اصلی با ارجاع دعوی به داوری به موجب قرارداد مستقلاً

موافقت نماید؟ این تفکیک از لحاظ منطق حقوق قابل پذیرش و توجیه نمی‌باشد و این نظریه از این حیث نیز قابل پذیرش نیست.

ایراد دیگری که بر این نظریه وارد است مربوط به فرایند اقدامات لازم جهت اخذ موافقت دولت و در موارد مهم طبق اصل ۱۳۹ قانون اساسی تصویب مجلس است. فرایند اخذ مجوز ارجاع دعوی به داوری از دولت، اگر بسیار هم خوش بین باشیم حداقل به سه ماه زمان نیاز دارد؛ درحالیکه معلوم نیست قرارداد اصلی منعقد شود یا خیر یا اگر هم قرارداد اصلی منعقد شد اختلافی به وجود آید تا نیاز به رجوع به داوری باشد یا خیر! بنابراین در این مرحله صرف وقت و هزینه جهت اخذ مجوز ارجاع منطقی نمی‌باشد و به ویژه در قراردادهای تجاری بین‌المللی که این فرایند با اصل سرعت در اعمال تجاری در تعارض است.

در حقوق تجارت و داوری بین‌المللی به هیچ‌وجه این نظر پذیرفته نیست و داوران بین‌المللی به قواعد نظم عمومی داخلی کشورها توجه نکرده و فقط خود را ملزم به قواعد نظم عمومی بین‌المللی که بسیار مضیق‌تر از نظم عمومی داخلی است، می‌دانند. در تعریف نظم عمومی در داوری تجاری بین‌المللی گفته شده است که «نظم عمومی در داوری تجاری بین‌المللی عبارت است از بنیادی‌ترین مفاهیم عدالت و اخلاق از حیث شکلی و ماهوی که در اصول کلی و بنیادین حقوقی انعکاس می‌یابند.» (خدری، ۱۳۹۲: ۱۸۶) با توجه به این تعریف، اصل ۱۳۹ قانون اساسی یک قاعده مربوط به نظم عمومی داخلی ایران است و داوران در داوری تجاری بین‌المللی به آن توجه نمی‌کنند.

## ۲-۱-۲. نظریه عدم نفوذ قرارداد (ناشی از عدم اخذ مجوز ارجاع)

پیروان این نظریه اعتقاد دارند که عدم اخذ مجوز ارجاع دعوی راجع به اموال عمومی و دولتی در هنگام انعقاد قرارداد موجب عدم نفوذ قرارداد داوری بوده و نهاد یا سازمان دولتی یا عمومی بعد از انعقاد قرارداد می‌تواند مجوز ارجاع دعوی به داوری را اخذ کند. دکتر جنیدی در این زمینه می‌نویسند: «ما در اصل ۱۳۹ قانون اساسی با مشروطیت و محدودیت قابلیت ارجاع دسته‌ای از دعاوی به داوری مواجهیم و نه با عدم قابلیت ارجاع. یعنی مقنن ارجاع این دسته از دعاوی به داوری را منوط به تصویب هیئت وزیران و تحت شرایطی اجازه مجلس کرده است... ضمانت اجرای تخلف از این شرط (لزوم کسب اجازه)، مانند تمام اعمال حقوقی که اعتبار آن‌ها فرع بر تحصیل اجازه از شخص یا مرجع ذی صلاح باشد عدم نفوذ است.» (جنیدی، ۱۳۷۶: ۹۴) شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۸۲۸۰۰۸۲۱۰۰۲۲۱۰۰۹۴۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۸۲۸ تمایل به این نظر داشته و در دادنامه مذکور آورده است: «... از طرفی ایراد تجدیدنظرخواه موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۷۵ قانون آیین دادرسی مدنی وارد به نظر نمی‌رسد... بر فرض که دعوا را مشمول عنوان دعوی راجع به اموال عمومی و دولتی بدانیم، طرف دولتی (خواهان-تجدیدنظرخواه) که از محدودیت‌های مقرر در اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی و ماده ۴۷۵ قانون آیین دادرسی مدنی اطلاع دارد و... با وجود مقررات مذکور اقدام به پذیرش شرط داوری در قرارداد می‌نماید، از باب اصل حسن نیت قراردادی متعهد است قبلاً یا متعاقباً در این خصوص اقدام کند...»

## ۲-۲. نظریه اخذ مجوز ارجاع در زمان ایجاد اختلاف

طرفداران این نظریه معتقدند که نه تنها در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۷۵ قانون آیین دادرسی مدنی ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری منع نشده بلکه در هیچ کدام از اصول دیگر قانون اساسی یا قوانین عادی نیز تصریح نشده است که اجازه دولت برای ارجاع دعاوی به داوری باید هنگام انعقاد قرارداد باشد (میرزائزادجو ییاری، ۱۳۹۴: ۱۲۵). آنچه موکول به اجازه دولت است، ارجاع عملی دعوی به داوری است (کاویانی، ۱۳۸۰: ۱۲۹ به بعد). اگر در هنگام انعقاد قرارداد یا اندراج شرط داوری، تصویب دولت جهت ارجاع دعوی به داوری اخذ نشده باشد، بعدها اگر اختلافی پدید آمد اداره یا سازمان دولتی می تواند اجازه دولت جهت ارجاع دعوی به داوری را تحصیل و دعوی را در صورت اجازه هیئت دولت به داوری ارجاع کند و با اخذ مجوز ارجاع به داوری مقصود و هدف اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی نیز تأمین می شود. در تأیید این نظر می توان گفت که اعتقاد به اخذ مجوز ارجاع دعوی به داوری بعد از ایجاد اختلاف، با مصالح و منافع ملی سازگارتر است؛ زیرا بعد از بروز اختلاف، دولت با آگاهی کامل از موضوع اختلاف و اهمیت قرارداد و ارزش مالی و عواقب آن می تواند در خصوص موافقت یا مخالفت با ارجاع دعوی به داوری اتخاذ تصمیم کند، همچنان که در ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی مقنن به منظور حمایت از اتباع ایرانی آن ها را قبل از ظهور اختلاف از انتخاب داور یا داورانی که هم تابعیت با طرف دیگر قرارداد باشند، منع کرده است و ضمانت اجرای تخلف از ماده مذکور را بطلان داوری دانسته است. ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی مقرر می دارد: «در مورد معاملات و قراردادهای واقع بین اتباع ایرانی و خارجی، تازمانی که اختلافی ایجاد نشده است طرف ایرانی نمی تواند به نحوی از انحاء ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف حل آن را به داور یا داورانی یا هیئتی ارجاع نماید که آنان دارای همان تابعیتی باشند که طرف معامله دارد. هر معامله و قراردادی که مخالف این منع قانونی باشد در قسمتی که مخالفت دارد باطل و بلا اثر خواهد بود.» مفهوم مخالف این ماده قانونی بیانگر آن است که شرط یا موافقت نامه داوری که بعد از ایجاد اختلاف منعقد شده است، اگرچه داور یا داوران خارجی هم تابعیت طرف خارجی قرارداد باشند، ایرادی ندارد و چنین شرط یا قراردادی را قانون گذار صحیح دانسته و متعرض آن نشده است؛ زیرا هنگامی که اختلاف ایجاد شده است طرف ایرانی به طور کامل از ماهیت اختلاف و اهمیت قرارداد و میزان و ارزش مال موضوع اختلاف و دعوی آگاهی داشته و منافع و مصلحت خود را بهتر می تواند تشخیص دهد و بنابراین اگر به داوری شخص یا اشخاص هم تابعیت با طرف خارجی قرارداد نیز توافق کرده باشد، قانون گذار متعرض این توافق نشده و به اصل حاکمیت اراده و آزادی قراردادها احترام گذاشته است. اگر فلسفه و مبنای اصل ۱۳۹ قانون اساسی در مشروط و محدود کردن ارجاع دعاوی موضوع این اصل به داوری را حمایت از منافع و مصالح دولتی و عمومی بدانیم، آنگاه این ماده نیز اماره ای بر لزوم اخذ مجوز ارجاع در دعاوی موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی هنگام ایجاد اختلاف و نه هنگام انعقاد قرارداد خواهد بود.

همچنین شورای نگهبان قانون اساسی در موارد زیادی اخذ اجازه بعدی از دولت در ارجاع دعوی به داوری را تأیید کرده و در نظریه مشورتی خود در پاسخ به استعلام شماره ۲/۸-۱۰/۲-۱۰ مورخ ۶۵/۲/۳ نخست وزیر وقت در خصوص اینکه رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی در مورد موافقت‌نامه‌های پیش از پیروزی انقلاب اسلامی ایران ضروری است گفته است: «برحسب اطلاق اصل ۱۳۹ قانون اساسی در مورد موافقت‌نامه‌های پیش از پیروزی انقلاب اسلامی ایران هر چند در آن‌ها ارجاع به داوری پیش‌بینی شده باشد، مقررات اصل مذکور باید رعایت شود.» (مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ۲۷۲)

رویه مجلس شورای اسلامی در تصویب موافقت‌نامه‌های بازرگانی بین‌المللی بین ایران و دیگر کشورها در خصوص سرمایه‌گذاری نیز مدت‌ها به این صورت است که ارجاع به داوری را پذیرفته و این رویه مورد تأیید شورای نگهبان نیز در تأیید موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت‌های خارجی قرار گرفته و تاکنون مورد اعتراض یا مخالفت شورای نگهبان قرار نگرفته است. به‌عنوان مثال در مواد ۱۸ و ۱۹ قانون موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین جمهوری اسلامی ایران و ژاپن، ایران و سنگاپور، ایران و غنا، ارجاع اختلاف به داوری پیش‌بینی شده است. عده‌ای از نویسندگان حقوقی، رویه دادگاه‌ها و دیوان عالی کشور را هم بر لزوم اخذ موافقت دولت به هنگام ارجاع دعوی به داوری دانسته و معتقدند در هیچ‌یک از آرا به لزوم اخذ اجازه هنگام درج شرط داوری در قرارداد اشاره‌ای نشده است (بازگیر، ۱۳۸۶: ۵۸). شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۱۶۲۵ مورخ ۹۲/۱۲/۱۳ این نظر را پذیرفته و اشعار داشته است: «... درج شرط داوری در قراردادهای مشمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی فاقد منع قانونی بوده لکن ارجاع دعوی مسبوق به اخذ مصوبه هیئت وزیران و سایر شرایط می‌باشد.» (پژوهشگاه قوه قضاییه، ۱۳۹۳: ۲۰۰) در دادنامه شماره ۹۲۰۹۹۷۰۲۲۱۵۰۰۱۰ همین شعبه نیز آمده است: «... باید بین قرارداد ۸۲/۹/۱ که شرط داوری در آن وجود دارد با ارجاع دعوی به داور قائل به تفکیک شد. آنچه مورد نظر قانون‌گذار در ماده ۴۷۵ قانون آیین دادرسی مدنی است، ارجاع دعوا جهت حل اختلاف به داور است... تاریخ ارجاع دعوا به داور مؤخر بر تصویب‌نامه شماره ۳۶۶۴۷ مورخ ۸۷/۱۱/۲۷ هیئت وزیران است...» این استدلال‌ها بیانگر نظر دادگاه مبنی بر لزوم اخذ مجوز ارجاع دعوی موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی به داوری در هنگام ایجاد اختلاف و قبل از مراجعه به داوری می‌باشد، نه هنگام انعقاد قرارداد.

شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران از این نیز فراتر رفته و در دادنامه شماره ۹۴۰۹۹۷۰۲۲۱۰۰۰۸۲۸ اظهار کرده است: «... بر فرض که دعوا را مشمول عنوان دعوی راجع به اموال عمومی و دولتی بدانیم طرف دولتی (خواهان-تجدیدنظرخواه) که از محدودیت‌های مقرر در اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی و ماده ۴۷۵ قانون آیین دادرسی مدنی اطلاع دارد و به آن اشراف کامل دارد و با وجود مقررات مذکور اقدام به پذیرش شرط داوری در قرارداد می‌نماید، از باب اصل حسن نیت قراردادی متعهد است قبلاً یا متعاقباً در این خصوص اقدام کند و عدم اقدام وی برای درخواست مجوز موضوع اصل

۱۳۹ قانون اساسی محمول بر صرف نظر کردن و عدول عملی از این مصونیت و امتیاز تفسیر خواهد شد...» به نظر ما این تفسیر دادگاه که عدم اقدام سازمان دولتی (خواهان- تجدیدنظرخواه) برای درخواست مجوز موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی را محمول بر صرف نظر و عدول عملی از مصونیت و امتیاز اصل مذکور تفسیر کرده است، صحیح نمی‌باشد؛ زیرا اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۷۵ قانون آیین دادرسی مدنی از مقررات آمره می‌باشند که قانون‌گذار به منظور حمایت از منافع و مصلحت عمومی، دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی را مشروط به اخذ اجازه هیئت وزیران و اطلاع مجلس کرده است و بنابراین امتیاز برای طرف دولتی محسوب نمی‌شود تا چنانچه در رأی دادگاه گفته شده است، بتواند از آن انصراف دهد یا دادگاه آن را عدول عملی و انصراف تلقی کند.

مقررات امری، احکام و مقرراتی هستند که به اندازه‌ای در نظر قانون‌گذار مهم و اساسی هستند که اشخاص نمی‌توانند برخلاف آن‌ها تراضی کنند. در مقابل، قوانین امری قوانین تکمیلی هستند که اشخاص می‌توانند برخلاف آن‌ها تراضی و توافق نمایند (نک: کاتوزیان، ۱۳۷۶: ۱۹۶-۱۸۶).

از سوی دیگر با توجه به وضعیت اقتصادی کشور و نیاز به جذب سرمایه‌گذاری خارجی، یکی از مسائلی که کشور ما در جذب سرمایه‌گذاری خارجی با آن مواجه است، محدودیت پذیرش داوری در اصل ۱۳۹ قانون اساسی است. با توجه به اختلافاتی که در نظام‌های حقوقی کشورهای مختلف وجود دارد، سرمایه‌گذاران خارجی نمی‌توانند از قواعد و مقررات کشورهای سرمایه‌پذیر اطلاع داشته باشند یا نمی‌خواهند خود را درگیر پیچ‌وخم مراجعه به دادگاه‌ها و تشریفات دادرسی در آن کشورها کنند و کشورهای سرمایه‌پذیر نیز نمی‌خواهند سرنوشت منابع و آینده قرارداد را به طور کلی به قوانین و مقررات کشورهای سرمایه‌فرست یا دادگاه‌های آن کشور بسپارند؛ به‌ویژه اینکه نوعی بی‌اعتمادی به دادگاه‌های هر یک از این کشورها نیز گاه مزید بر علت می‌باشد. بنابراین طرفین در قرارداد سرمایه‌گذاری که منعقد می‌کنند، ترجیح می‌دهند شرط داوری درج کنند که اگر اختلافی در آینده پیش آید حل و فصل آن از طریق داوری که معمولاً نیز یک نهاد یا سازمان داوری بین‌المللی، مثل داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی یا ایکسید است، صورت پذیرد. با پذیرش این تفسیر که در ارجاع دعاوی موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی به داوری، اخذ مجوز ارجاع به داوری هنگام بروز اختلاف لازم است نه موقع انعقاد عقد یا اندراج شرط داوری، تا حدود زیادی می‌توان جلوی این مشکل را گرفته و دامنه آن را محدود کرد؛ زیرا موارد بسیاری وجود دارد که سرمایه‌گذاران خارجی در کشور ما سرمایه‌گذاری کرده و هیچ‌گونه اختلافی نیز به وجود نیامده و این امر به بهبود وضعیت اشتغال در کشور نیز کمک نموده و در آینده نیز کمک خواهد کرد. چنانکه دیدیم در موافقت‌نامه‌های سرمایه‌گذاری بین ایران با کشورهای مختلف نیز حل و فصل اختلافات ابتدا از طریق مذاکره و دوستانه پیش‌بینی شده و در صورت عدم حصول نتیجه حل و فصل اختلافات از طریق داوری به عمل خواهد آمد.

همچنین از آنجا که کشور ما تمایل دارد تا به سازمان تجارت جهانی الحاق شود و در این زمینه نیز بسیار تلاش کرده است، به دلیل مشکلات حقوقی (صرف‌نظر از مشکلات سیاسی و اقتصادی) که بر سر راه الحاق

کشور به سازمان تجارت جهانی وجود دارد، تاکنون نتوانسته است به این سازمان ملحق شود. یکی از این مشکلات، محدودیت ارجاع دعاوی راجع به اموال موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی به داوری می‌باشد. موارد بسیار زیادی وجود دارد که دولت یا سازمان و نهادهای دولتی و عمومی قرارداد منعقد کرده و شرط داوری نیز در آن گنجانده‌اند و قرارداد نیز اجرا و هیچ‌گونه مشکلی به وجود نیامده است تا نیاز به رجوع به داوری باشد. بنابراین باید تفسیری از این اصل ارائه شود که در راستای تأمین مصالح ملی و منفعت عمومی کشور بوده و این مسائل را رفع یا به حداقل برساند. پذیرش این نظر که مجوز اخذ ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی هنگام بروز اختلاف لازم است و نه هنگام انعقاد قرارداد، تا حدود زیادی می‌تواند مشکل الحاق کشور به سازمان تجارت جهانی را رفع کرده یا حداقل آن را بسیار محدود کند.

به علاوه چنانکه می‌دانیم یکی از منابع حقوق تجارت بین‌الملل به‌ویژه حقوق فراملی بازرگانی، اصول کلی حقوقی می‌باشند و یکی از این اصول، اصل حسن نیت است. به موجب این اصل وقتی قراردادی منعقد می‌شود، طرفین باید در اجرای آن با حسن نیت رفتار کنند. در صورتی که نهاد یا سازمان دولتی یا عمومی کشور ما قراردادی با یک شخص خارجی منعقد کرده و در آن توافق بر داوری جهت حل و فصل اختلافات احتمالی آینده شده باشد، اگر طرف ایرانی در هنگام ایجاد اختلاف و طرح دعوی نزد داور به محدودیت ناشی از اصل ۱۳۹ قانون اساسی استناد و قرارداد داوری را به جهت عدم اخذ مجوز ارجاع به داوری از هیئت وزیران باطل بدانند و به صلاحیت داوری ایراد کنند، این امر خلاف حسن نیت می‌باشد. حسن نیت ایجاب می‌کند که طرف ایرانی هنگام انعقاد قرارداد این محدودیت را به اطلاع طرف خارجی برساند و شاید اگر طرف خارجی از این محدودیت آگاه بود، حاضر به انعقاد قرارداد نمی‌شد. به همین جهت در دعاوی بسیاری در داوری بازرگانی بین‌المللی که طرف ایرانی به محدودیت اصل ۱۳۹ قانون اساسی استناد کرده، این ایراد مورد پذیرش مراجع داوری قرار نگرفته است. اصل حسن نیت به عنوان یکی از منابع داوری بین‌المللی و یکی از اصول حقوقی پذیرفته‌شده در نظام‌های حقوقی متمدن ایجاب می‌کند که مجوز اخذ ارجاع دعاوی موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی را هنگام بروز اختلاف و نه هنگام انعقاد قرارداد بدانیم. بنابراین با توجه به مواردی که بیان شد باید گفت که زمان اخذ مجوز ارجاع دعاوی اموال موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی را باید هنگام ایجاد اختلاف و قبل از رجوع به داوری بدانیم تا بدین ترتیب بین دو مصلحت لزوم رعایت منافع و مصالح ملی و عمومی از یک سو و ضرورت رفع مشکلات که در رابطه با این اصل در جلب سرمایه‌گذاری خارجی در کشور و حضور در تجارت بین‌الملل از سوی دیگر مطرح می‌شود، جمع کرد.

### ۲-۳. نظریه کفایت اخذ مجوز ارجاع در تمام مراحل رسیدگی داوری

پرسش این است که آیا در مراحل رسیدگی داوری، مانند مرحله انتخاب داور یا رسیدگی ماهوی نزد داور یا در دادگاه در مقام رسیدگی به اعتراض به رأی داور یا حتی در مرحله اجرای رأی داوری اگر هیئت دولت

اجازه داوری صادر کرد، موضوع چه حالتی پیدا می‌کند؟ آیا رسیدگی‌های صورت گرفته پیش از آن اعتبار دارد یا خیر؟

شعبه ۱۰ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در پرونده کلاسه ۰۱۰۱۶۸/۰۹۹۸۲۱۶۰۹۳۰ طی دادنامه شماره ۹۳/۸/۲۸ مورخ ۶۳۳/۲۸/۹۳ صادره از شعبه ۳۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران اعلام داشته است که «... طرف دولتی (خواهان-تجدیدنظرخواه) که از محدودیت‌های مقرر در اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی اطلاع دارد و به آن اشراف کامل دارد و با وجود مقررات مذکور اقدام به پذیرش شرط داوری در قرارداد می‌نماید از باب اصل حسن نیت قراردادی، متعهد است قبلاً یا متعاقباً در این خصوص اقدام کند و عدم اقدام وی برای درخواست مجوز موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی محمول بر صرف نظر کردن و عدول عملی از این مصونیت و امتیاز تفسیر خواهد شد...»

در این رأی دو نکته دیده می‌شود: نخست گفته شده است پیش از انعقاد قرارداد پایه، هیئت وزیران می‌تواند مجوز داوری را صادر کند در حالی که این نظر صحیح نیست؛ زیرا تا زمانی که قرارداد پایه و شرایط و اوضاع و احوال آن مانند میزان ثمن و... مشخص نشده باشد، اظهار نظر هیئت وزیران نمی‌تواند در بردارنده مصالح عمومی باشد. اما اینکه این رأی گفته است که طرف دولتی «یا متعاقباً» در خصوص اخذ مصوبه هیئت وزیران اقدام کند، دادگاه محدوده زمانی مفهوم متعاقباً را دقیقاً مشخص نکرده است که تا چه مرحله‌ای را در بر می‌گیرد؟ آیا مرحله اجرای رأی را نیز در بر می‌گیرد یا خیر؟

در رأی دیگری شعبه ۲۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران در پرونده کلاسه ۰۰۸۹۰/۰۲۲۸۶۰۰۹۹۸۰۹۲۰ طی دادنامه شماره ۹۳/۸/۲۸/۹۳ مورخ ۶۳۳/۲۸/۹۳ اعلام داشته است: «اصل مزبور [اصل ۱۳۹ قانون اساسی] چه بر مبنای نظریه ۱۷۵۰۸۰۰۰۱ نمایندگی دولت و سازمان‌های وابسته به آن و یا بر مبنای نظریه عدم اهلیت آن‌ها و یا هر نظریه مشابه دیگری استوار باشد به هر حال ارجاع اختلافات در مورد اموال عمومی و دولتی را از سوی دولت و سازمان‌های وابسته به آن با اشخاص (حقیقی یا حقوقی) بیگانه در صورتی امکان‌پذیر و دارای اعتبار تلقی می‌کند که مسبق به تصویب هیئت وزیران و نیز مجلس باشد بدیهی است تصویب بعدی اثر قهقرایی یافته و رجوع به داوری را از ابتدا معتبر ساخته و بدان نفوذ حقوقی می‌بخشد...» نکته شایان ذکر در این رأی آن است که مسئله را «بدیهی» پنداشته است که اجازه هیئت وزیران یا تصویب مجلس شورای اسلامی اثر قهقرایی دارد. اما این مسئله با وجود اختلاف‌هایی که در این باره وجود دارد، بدیهی به نظر نمی‌رسد؛ هر چند که این دیدگاه آستانه بیشتری از مطلوبیت و کارایی را در نظام داوری اموال عمومی و دولتی تأمین می‌کند؛ زیرا به نظر می‌رسد اصل ۱۳۹ قانون اساسی هر چند با انگیزه و نیت حفاظت از منافع عمومی

۱. لازم به ذکر است که این رأی در دادگاه بدوی قطعیت یافته است.

ملت ایران تدوین شد، با تغییر اوضاع و احوال حاکم بر حمایت از سرمایه‌گذاری اقتصادی در جهان، امروزه این اصل مزاحم منافع ملت ایران تلقی می‌شود و امری زاید است که هر چه بیشتر باید آن را محدود کرد.

### نتیجه

هر یک از نظریاتی که در متن مقاله مورد بررسی واقع شد، دارای نقاط ضعف و قوتی می‌باشند. این نوشتار با بررسی و ارزیابی نظریات فوق و تشریح مفاهیمی از حقوق خصوصی، از جمله اذن و اجازه و عدم نفوذ و بطلان و عقد معلق و عقد فضولی و عقد تشریفاتی و تبیین ارتباط مبنایی آن‌ها با مقرره اصل ۱۳۹ قانون اساسی و مفاهیم حقوق عمومی ناظر بر لزوم اجازه دولت پس از انعقاد قرارداد داوری و در مرحله رسیدگی داوری یا اعتراض به رأی داور و حتی مرحله دستور اجرای رأی داور را با منطق حقوقی سازگار می‌داند؛ زیرا:

۱. تصویب دولت ظاهر در معنای اجازه است نه اذن؛
۲. تصویب دولت امری تشریفاتی است و نباید آن را با عقد فضولی یا عقد معلق اشتباه گرفت؛ زیرا هیئت وزیران اساساً طرف قرارداد محسوب نمی‌شود بلکه از منظر نظارتی ورود به موضوع دارد. در این باره رویه قضایی ما و به ویژه هیئت عمومی دیوان عدالت اداری و شعب دادگاه‌ها (شعبه ۲۷ دادگاه عمومی حقوقی تهران و شعب ۱۲ و ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران) زمان اخذ مجوز ارجاع دعوی موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی را هنگام انعقاد قرارداد می‌دانند و ارجاع دعوی موضوع اصل یادشده به داوری بدون تصویب هیئت وزیران و اطلاع مجلس را مطلقاً ممنوع و باطل دانسته‌اند. در حالی که شعب ۱۰ و ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران زمان اخذ مجوز ارجاع به داوری را هنگام ایجاد اختلاف و قبل از رجوع به داوری می‌دانند.

شعبه ۲۶ دادگاه عمومی حقوقی تهران در دیدگاه جدیدی «نظریه کفایت اخذ مجوز ارجاع در هر یک از مراحل رسیدگی داوری» را عرضه داشته است. برابر این نظریه حتی اگر اجازه هیئت وزیران در مرحله اجرای رأی داور نیز صادر شود، موجب اعتبار رأی داوری است.

این تفسیر از اصل ۱۳۹ قانون اساسی که زمان اخذ مجوز ارجاع دعوی راجع به اموال موضوع آن را هنگام ایجاد اختلاف و لزوم رجوع به داوری و نه هنگام انعقاد قرارداد می‌داند، هم با مصالح و منافع ملی و عمومی کشور (و مدت زمان متعارف اخذ یک مصوبه تجویز ارجاع به داوری که با توجه به آیین‌نامه داخلی هیئت دولت حداقل سه ماه زمان نیاز داشته و این امر با اصل سرعت در معاملات تجاری در تعارض است) سازگارتر است و هم مشکلاتی که در رابطه با آن در جلب سرمایه‌گذاری خارجی و حضور در تجارت و داوری بین‌المللی و امکان الحاق به سازمان تجارت جهانی مطرح می‌شود را تا حدود زیادی رفع می‌کند و شایسته است از سوی رویه قضایی مورد توجه و پذیرش قرار گیرد. ضمن اینکه با اصول حقوقی و مفاهیم متقارن تناسب بیشتری دارد؛ چراکه به اعتبار اینکه قائل به تصویب در زمان انعقاد قرارداد بود یا در زمان حلول اختلاف و مراحل پس از آن، عدم تصویب ممکن است شرط بطلان تلقی شود یا عدم نفوذ قرارداد،



اعتقاد به تصویب حین قرارداد به لحاظ ارتباط و تشابه معنایی با اذن موجب بروز تفکر بطلان در صورت عدم تصویب حین قرارداد خواهد شد و بالعکس اعتقاد به تصویب پس از حدوث اختلاف عدم نفوذ را موجه می‌نمایاند و لازم است که مراجع قضایی تصمیمات نهایی ماهیتی خود را با وحدت رویه، کارآمد و به‌روز نمایند.

با توجه به صدور آرای مختلف از شعب دادگاه‌ها، در اجرای ماده ۴۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۹۲ پیشنهاد می‌شود که موضوع به منظور صدور رأی وحدت رویه در هیئت عمومی دیوان عالی کشور مطرح شود.

## منابع

### فارسی

- اداره چاپ و انتشار معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات (۱۳۸۱)، مجموعه اساسی، تهران: معاونت پژوهش، تدوین و تنقیح قوانین و مقررات.
- اسماعیلی‌هریسی، ابراهیم (۱۳۸۶)، مبانی حقوق پیمان، تهران: انتشارات جنگل.
- امامی، سیدحسن (۱۳۷۴)، حقوق مدنی، چاپ دوازدهم، تهران: انتشارات اسلامیه.
- امامی، محمد و استوارسنگری، کورش (۱۳۹۱)، حقوق اداری، جلد دوم، تهران: نشر میزان.
- بازگیر، یدالله (۱۳۸۶)، تشریفات دادرسی مدنی در آیین آرای دیوان عالی کشور، داور و احکام راجع به آن، تهران: انتشارات فردوسی.
- پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۱)، داور در قراردادهای اداری، رساله دکتری حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- پژوهشگاه فقه قضاییه (۱۳۹۳)، مجموعه آرای قضایی دادگاه‌های تجدیدنظر استان تهران (حقوقی) زمستان ۱۳۹۲، تهران: مرکز مطبوعات و انتشارات فقه قضاییه.
- جنیدی، لعلیا (۱۳۷۶)، قانون حاکم در داورهای تجاری بین‌المللی، تهران: انتشارات دادگستر.
- حائری شاهباغ، سیدعلی (۱۳۸۲)، حقوق مدنی، تهران: نشر گنج دانش.
- خدری، صالح (۱۳۹۲)، اصول دادرسی در داورهای تجاری بین‌المللی، رساله دکتری، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۳)، اصول قراردادها و تعهدات، تهران: انتشارات مجد.
- علیدوستی، ناصر (۱۳۸۷)، «ظرفیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه مطالعات راهبردی، سال اول، شماره ۱۱.
- فتاحی، مهدی (۱۳۹۴)، «داوری راجع به اموال عمومی و دولتی در رویه قضایی دادگاه‌های جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه رأی، شماره ۱۱، تابستان.
- قهرمانی، نصرالله و شمسا، شهرزاد (۱۳۹۳)، دعاوی ناشی از شرایط عمومی پیمان، تهران: انتشارات خرسندی.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۷)، ایقاع، چاپ دوم، تهران: نشر دادگستر.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۰)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، اموال و مالکیت، چاپ سی و دوم تهران: میزان.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۷۶)، فلسفه حقوق، جلد اول، چاپ چهارم، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار، تهران.

- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ یازدهم، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۱)، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران: انتشارات شرکت سهامی انتشار.
- کاویانی، کوروش (۱۳۸۰)، «اصل ۱۳۹ قانون اساسی و شرط داوری در قراردادهای مصوب مجلس شورای اسلامی»، دوره ۳، شماره ۵، زمستان.
- کریمی، عباس و حمیدرضا پرتو (۱۳۹۱)، «داوری‌پذیری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی»، فصلنامه پژوهش حقوق، سال چهاردهم، شماره ۳۶.
- مرکز تحقیقات شورای نگهبان (۱۳۸۹)، مجموعه نظریات شورای نگهبان ۱۳۵۹-۱۳۸۸، تهران: انتشارات اداره چاپ و انتشار معاونت تدوین و تنقیح و انتشار معاونت ریاست جمهوری.
- میرزائزادجو بیاری، اکبر (۱۳۹۴)، «ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری در آیین رأی شماره ۱۳۹-۱۳۸ هیئت عمومی دیوان عدالت اداری»، فصلنامه حقوق اداری، سال دوم، شماره ۸، تابستان.
- میرعباسی، سیدباقر (۱۳۷۷)، مسأله قراردادهای بین‌المللی موضوع اصل ۷۷ و ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، دوره ۴۲، زمستان.

#### عربی

- انصاری، مرتضی (۱۴۱۱ق)، المکاسب، ج ۲۱، قم: انتشارات دارالذخائر.
- حسینی مراغه‌ای، سید میرعبدالفتاح (۱۳۸۸)، العناوین، ترجمه عباس زراعت، جلد سوم، تهران: انتشارات جنگل.
- خوانساری، احمد (۱۴۰۵ق)، جامع المدارک فی شرح المختصر النافع، جلد سوم، تهران: مکتب الصدوق.
- عبده‌بروجردی، محمد (۱۳۸۰)، حقوق مدنی، قزوین: نشر طه.
- غروی نائینی، میرزا محمدحسین (۱۳۷۰)، فوائد الاصول، تهران: مؤسسه نشر اسلامی.
- مغنیه، محمدجواد (۲۰۰۷م)، الفقه علی المذاهب الخمسه، قاهره: مکتبه الشروق الدولیه.
- میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمد حسن (۱۳۷۸)، قوانین الاصول، تهران: مکتبه العلمیه الاسلامیه.
- میرزای نائینی (۱۴۲۱ق)، منیه الطالب فی شرح المکاسب، جلد دوم، قم: مؤسسه نشر اسلامی.

#### اسناد الکترونیک

- <http://divan-edalat.ir/aho-detail/9031>.