

فصلنامه حقوق اداری (علمی - پژوهشی)

سال دوم، شماره ۸ تابستان ۱۳۹۴

ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری

در آیین رأی شماره ۱۳۹-۱۳۸ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

اکبر میرزا نژاد جویباری^۱

دریافت: ۱۳۹۴/۱/۱۶

پذیرش: ۱۳۹۴/۴/۱

چکیده

اصل ۱۳۹ قانون اساسی در مورد ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری در ۳۵ سال گذشته معرکه آراء، نظرات و تفاسیر شورای نگهبان، مجلس شورای اسلامی، مراجع قضایی و مراکز داوری داخلی و بین‌المللی بوده است. یکی از این تفاسیر جدید، تفسیری است که هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۱۳۹-۱۳۸ در مقام رسیدگی به تقاضای ابطال تصویب‌نامه دولت حاوی موافقت با ارجاع اختلافات ناشی از یک قرارداد مشخص به داوری مرکز داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی پاریس ارائه نموده و با این استدلال که اجازه دولت مبنی بر موافقت با ارجاع دعوی به داوری باید در زمان انعقاد قرارداد داوری (زمان درج شرط داوری در قرارداد اصلی) اخذ شود و اجازه بعدی مؤثر در مقام نیست؛ تصویب‌نامه مورد شکایت و به تبع آن قرارداد داوری را باطل و بی‌اثر اعلام کرده است. این مقاله به نقد و بررسی این رأی و تجزیه و تحلیل مبانی و مستندات آن همچنین جایگاه موضوع در حقوق خارجی پرداخته و چنین نتیجه‌گیری کرده است که این رأی نه با ظاهر و روح و غرض قانون اساسی و قوانین مرتبط با امر داوری سازگار است و نه با اصول و موازین کلی فقهی و حقوقی همچنین رویه و عرف ۳۵ سال اخیر انطباق دارد و نه از لحاظ اجرایی و منطقی قابل توجیه است.

واژگان کلیدی: اموال عمومی، اموال دولتی، دولت، داوری، دعاوی، اجازه، تنفیذ.

۱. عضو هیأت علمی مؤسسه عالی آموزش و پژوهش مدیریت و برنامه‌ریزی. amjouybary@yahoo.com

مقدمه

یکی از چالش برانگیزترین اصول قانون اساسی در ۳۵ گذشته، اصل ۱۳۹ است 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 دعوی خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می‌کند.» این اصل از همان ابتدا منشأ بروز تفاسیر و اختلافات فراوان شده به گونه‌ای که شورای نگهبان به عنوان مرجع تفسیر قانون اساسی (مطابق اصل ۹۹ این قانون) بارها ناگزیر از ارائه نظریه مشورتی یا تفسیری در پاسخ به پرسش‌های دستگاه‌های اجرایی گردیده است.^۱ پرسش‌هایی نظیر اینکه مقصود از دعاوی چیست؟ آیا صرفاً شامل دعاوی مطروحه در دادگاه‌ها می‌شود یا اختلافات حقوقی قبل از مراجعه به دادگستری را نیز در برمی‌گیرد؟ مقصود از ارجاع دعوی به داوری، درج شرط داوری در قرارداد در ارتباط با اختلافات احتمالی آتی ناشی از آن است یا فقط ارجاع عملی اختلاف حاصله به داور را در برمی‌گیرد اعم از اینکه قبلاً شرط شده یا نشده باشد یا ممکن است هر دو مطلب مورد نظر باشد؟ اموال عمومی به چه معناست و مصادیق آن کدام‌اند؟ آیا شامل اموال مؤسسات عمومی غیردولتی موضوع ماده ۳ قانون مدیریت خدمات کشوری^۲ و قانون تعیین فهرست نهادها و مؤسسات غیردولتی مصوب ۱۳۷۳ و اصلاحات بعدی آن هم می‌شود؟ اموال دولتی چیست؟ آیا اموال شرکت‌های دولتی را نیز در برمی‌گیرد یا فقط مربوط به اموال وزارتخانه‌ها و مؤسسات دولتی است؟ آیا صلح اموال عمومی و دولتی و یا ارجاع دعاوی راجع به آن به داوری ناشی از آن دسته از قراردادهای بین‌المللی که انعقاد آن مطابق اصل ۷۷ قانون اساسی نیاز به تصویب مجلس ندارد، موکول به تصویب مجلس است یا خیر؟ آیا رعایت تشریفات مذکور در اصل ۱۳۹ قانون اساسی در دعاوی ناشی از اختلافات مربوط به قراردادهای تجاری میان مؤسسات عمومی و دولتی با بخش خصوصی نیز الزامی است یا اجرای

۱. برای ملاحظه نظریات مشورتی و تفسیری شورای نگهبان (ر.ک: مجموعه نظریات شورای نگهبان ۱۳۵۹-۱۳۸۸).

۲. متن ماده ۳: «مؤسسه یا نهاد عمومی غیردولتی: واحد سازمانی مشخصی است که دارای استقلال حقوقی است و با تصویب مجلس شورای اسلامی ایجاد شده یا می‌شود و بیش از پنجاه درصد (۵۰٪) بودجه سالانه آن از محل منابع غیردولتی تأمین گردد و عهده‌دار وظایف و خدماتی است که جنبه عمومی دارد».

این اصل را باید فقط به اختلافات و دعاوی غیربازرگانی محدود کرد؟ آیا می‌توان ادعا کرد لزوم تصویب دولت در اصل مذکور ناظر به موردی است که دادگستری ایران صلاحیت ذاتی رسیدگی به موضوع اختلاف را دارد و الا در مواردی که دادگاه صالح، دادگاه خارجی است، ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری به لحاظ فقدان بیم تنائی و تضييع حقوق دولت از شمول تشریفات مقرر در اصل یاد شده خارج است؟ آیا اصل ۱۳۹ قراردادهای منعقد پیش از انقلاب هم را شامل می‌گردد؟ آیا دعاوی راجع به حقوق، تعهدات، دیون و مطالبات مربوط به دولت و مؤسسات عمومی نیز مشمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی می‌شود؟

یکی دیگر از موضوعات بنیادین مربوط به این اصل که در سال‌های اخیر مطرح شده و محور و مدار بحث ما در این مقاله است؛ جایگاه زمان اخذ اجازه دولت در ارتباط با ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری است. پرسش این است که آیا لزوماً قبل یا همزمان با درج شرط داوری در قرارداد، باید از دولت اجازه گرفت یا می‌توان شرط مزبور را در قرارداد درج کرد ولی اعتبار نهایی و قطعیت آن را موکول به رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی و اجازه بعدی دولت نمود.

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی شماره ۱۳۸-۱۳۹ مورخ ۹۱/۳/۲۲ در رسیدگی به دادخواست سازمان بازرسی کل کشور به خواسته ابطال تصویب‌نامه شماره ۱۶۸۶۹۲/ت/۳۶۹۵۹-هـ مورخ ۱۶/۱۲/۱۳۸۵ هیأت وزیران^۱، اخذ اجازه هیأت وزیران یا مجلس شورای اسلامی را حسب مورد در زمان انعقاد قرارداد داوری ضروری اعلام کرده و بر این اساس تصویب‌نامه مزبور را که پس از انعقاد قرارداد داوری (درج شرط ارجاع اختلافات به داوری در قرارداد)، به سازمان منطقه آزاد کیش اجازه داده اختلافات خود را ناشی از یک قرارداد معین، به مرکز داوری اتاق

۱. متن تصویب‌نامه از این قرار است: «هیأت وزیران در جلسه مورخ ۱۳/۱۲/۱۳۸۵ به استناد اصل یک‌صد و سی و نهم قانون اساسی تصویب می‌نماید: سازمان منطقه آزاد کیش مجاز است هر گونه اختلاف نظر در تفسیر و اجرای قرارداد شماره ۱۷/۷۸۲۶۷-۱۳۸۵/۴/۲۵ و متمم آن منعقد با آقای خدایار علم‌بیگی را در صورتی که در چارچوب قوانین و مقررات مناطق آزاد تجاری-صنعتی و سایر قوانین و مقررات مربوط حل و فصل نگردد، به داوری ارجاع نماید.»

تجارت بین‌المللی پاریس ارجاع نماید، به دلیل عدم رعایت مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی خلاف قانون تشخیص و ابطال نموده است.

به رغم اینکه سازمان بازرسی کل کشور با استناد به مواد، اصول و قواعد حقوقی متعدد ابطال تصویب‌نامه پیش گفته را تقاضا کرده و دولت هم در راستای دفاع از مصوبه خود دلایل و استدلال‌های مختلفی ارائه نموده، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری ترجیح داده است بدون ورود به دلایل و مستندات دو طرف و صرفاً با تکیه بر این مطلب کلی که علی‌الاصول مأموران دولت مکلفاند در زمان انعقاد قرارداد داورى مصوبه هیأت وزیران یا مجلس شورای اسلامی را اخذ کنند و در وضع تصویب‌نامه مذکور این امر رعایت نشده است، مبادرت به صدور رأی به ابطال تصویب‌نامه مورد شکایت بکنند.

در این مقاله به منظور تجزیه و تحلیل دقیق رأی صادره، ابتدا به اصل اختلاف و دلایل و مستندات طرفین همراه با متن رأی اشاره مختصری خواهیم کرد و سپس صرفاً از منظری که هیأت عمومی بدان پرداخته یعنی لزوم اخذ اجازه دولت در زمان درج شرط داورى (انعقاد قرارداد داورى)، ضمن بیان پرسش‌ها و ابهامات اساسی قابل طرح، مستندات، مبانی و تبعات نامطلوب رأی صادره را بررسی نموده و خواهیم گفت که در جهت عکس رأی هیأت عمومی چه دلایل و نکاتی قابل ارائه است و سرانجام پس از بررسی اجمالی جایگاه موضوع در حقوق خارجی، در مقام نتیجه‌گیری به بیان راهکارهایی برای حل مشکل پدید آمده خواهیم پرداخت.

لازم به ذکر است که در این مقاله نویسنده خود را از ورود به سایر مباحث و ابهامات مربوط به این اصل از جمله اینکه آیا تصویب اصل ۱۳۹ قانون اساسی اساساً ضرورت و مطلوبیت داشته و تأمین‌کننده منافع و مصالح ملی ما بوده یا خیر؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ، آیا در حال حاضر نیز ضرورت، فایده و مطلوبیت دارد؛ همچنین پاسخ به سایر پرسش‌های مربوط به این اصل که به بخشی از آنها پیش از این اشاره شد، فارغ می‌داند و بحث و بررسی این موضوعات را به فرصت مناسب دیگر موکول می‌کند.

الف. شرح مختصری از اصل اختلاف، دلایل و مستندات طرفین و متن رأی

الف- ۱. شرح ماجرا

سازمان منطقه آزاد کیش به موجب قرارداد شماره ۱۷/ ۱۷۸۲۶۷ مورخ ۱۷/ ۴/۲۵ و متمم آن، یک قطعه زمین به مساحت تقریبی ۲,۰۰۰,۰۰۰ متر مربع از اراضی واقع در کیش را به آقای جهت اجرای طرح گل شرق به شرح کاربری و مشخصات مندرج در آن واگذار و در ماده ۷ آن تصریح می‌شود که مرجع حل اختلافات احتمالی ناشی از این قرارداد با رعایت قوانین و مقررات ایران مرکز داوری اتاق تجارت بین‌الملل پاریس است.

پس از بروز اختلاف و با توجه به اینکه یکی از شرایط اعتبار شرط داوری در ارتباط با دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی صدور مجوز از سوی دولت موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی است، هیأت وزیران طی تصویب‌نامه شماره ۱۶۸۶۹۲/ت۳۶۹۵۹ هـ مورخ ۱۶/ ۱۲/ ۹۱ به استناد اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی به شرح زیر، ارجاع اختلافات ناشی از قرارداد مذکور به داوری را تصویب می‌کند: «هیأت وزیران در جلسه مورخ ۱۳/ ۱۲/ ۱۳۸۵ تصویب می‌نماید: سازمان منطقه آزاد کیش مجاز است هر گونه اختلاف نظر در تفسیر و اجرای قرارداد شماره ۱۷/۷۸۲۶۷-۴/ ۲۵-۱۳۸۵ و متمم آن، منعقد با آقای را در صورتی که در چارچوب قوانین و مقررات مناطق آزاد تجاری - صنعتی و سایر قوانین و مقررات مربوط حل و فصل نگردد، به داوری ارجاع نماید».

الف - ۲. دلایل و مستندات عمده شکای

سازمان بازرسی کل کشور تصویب‌نامه فوق را خلاف قانون دانسته و بنا به دلایل و مستندات زیر ابطال آن را از هیأت عمومی دیوان عدالت اداری تقاضا می‌کند:

شرط لزوم اخذ مصوبه هیأت دولت یا مجلس شورای اسلامی جهت ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری (مذکور در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین

دادرسی مدنی^۱) هم به دلیل موقعیت آمره بودن قانون و هم به دلیل اهمیت موضوع و سیاست کلان شرط صحت است نه شرط لزوم.

قاعده این است که شروط مربوط به قرارداد از جمله قرارداد داوری باید شرط صحت تلقی شود و شرط نفوذ خلاف قاعده بوده و فقط در مواردی جاری است که قانون تصریح کرده باشد که در ارتباط با ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری چنین تصریحی دیده نمی‌شود.

با توجه به اینکه طرف قرارداد غیر ایرانی نبوده؛ لذا موضوع از شمول بند (ب) ماده ۱ قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب سال ۱۳۷۶ که مقرر می‌دارد: «داوری بین‌المللی عبارت است از اینکه یکی از طرفین در زمان انعقاد موافقت‌نامه داوری به موجب قوانین ایران تبعه ایران نباشد.» بیرون بوده و اختلافات فی‌مابین اساساً قابلیت ارجاع به داوری بین‌المللی را ندارد.

قرارداد واگذاری اراضی دولت واقع در کیش جهت اجرای طرح به آقای در زمره هیچ یک از مصادیق اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی (مذکور در بند ۱ ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی^۲) نبوده و لذا از این جهت هم از شمول قانون مزبور خارج است.

پذیرش یک مرجع بین‌المللی (اتاق بازرگانی بین‌المللی پاریس) برای حل و فصل اختلافات میان دولت جمهوری اسلامی و تبعه خود (آقای) خلاف نظم عمومی است.

در جایی که تعیین داور خارجی که دارای تابعیت فرد طرف قرارداد است، مورد پذیرش واقع نشده است (ماده ۴۵۶ ق.آ.د. م.۳) به طریق اولی تعیین داور خارجی در دعاوی بین فرد ایرانی و دولت ایران غیر قابل قبول است.

۱. ماده ۴۵۷ ق.آ.د.م: «ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری پس از تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس شورای اسلامی صورت می‌گیرد. در مواردی که طرف دعوا خارجی و یا موضوع دعوا از موضوعاتی باشد که قانون آن را مهم تشخیص داده، تصویب مجلس شورای اسلامی نیز ضروری است.»

۲. متن بند ۱ ماده ۲ قانون داوری تجاری بین‌المللی: «داوری اختلافات در روابط تجاری بین‌المللی اعم از خرید و فروش کالا و خدمات، حمل و نقل، بیمه، امور مالی، خدمات مشاوره‌ای، سرمایه‌گذاری، همکاری‌های فنی، نمایندگی، حق‌العمل‌کاری، پیمانکاری و فعالیت‌های مشابه مطابق مقررات این قانون صورت خواهد پذیرفت.»

۳. ماده ۴۵۶ ق.آ.د.م: «در مورد معاملات و قراردادهای واقع بین اتباع ایرانی و خارجی تا زمانی که اختلافی ایجاد نشده است طرف ایرانی نمی‌تواند به‌نحوی از انحاء ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف، حل آن را به داور یا داوران یا

الف - ۳. دلایل و دفاعیات مهم دولت

نه در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و نه در ماده ۴۵۷ ق.آ.د. هیچ اشاره صریح یا ضمنی به این مطلب نشده که مجوز ارجاع به داوری لزوماً باید قبل از درج شرط ارجاع امر به داوری در قرارداد یا همزمان با آن اخذ شود.

آنچه در اجرای احکام قانونی فوق‌الذکر اهمیت دارد، ضرورت کنترل ارجاع امر به داوری در ارتباط با اموال عمومی و دولتی از سوی حاکمیت (دولت یا مجلس) است؛ نه تقدم و تأخر این کنترل.

هنگامی که اجازه انجام امری در اختیار دولت است چه تفاوتی می‌کند که این اجازه قبلاً داده شده یا بعد صادر گردد.

آنچه در اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ ق.آ.د. م. موقوف به اجازه دولت یا مجلس شده است، ارجاع عملی اختلاف به داوری یا به تعبیر دیگر، اجرای شرط داوری است نه اصل درج شرط در قرارداد؛ بنابراین حتی اگر فرض شود که اجازه قبلی لازم است، از آن جا که در این پرونده هم پیش از ارجاع عملی دعوا به داوری این مجوز اخذ شده است؛ لذا ایرادی بر مصوبه وارد نیست.

در ماده ۷ قرارداد، شرط داوری اتاق بازرگانی پاریس موقوف به رعایت قوانین و مقررات ایران شده و لذا این اقدام (درج شرط داوری در قرارداد) هیچ مغایرتی با اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ ق.آ.د. م. ندارد.

صرف تعیین مرجع خارجی یا بین‌المللی به عنوان داور مرضی‌الطرفین، داوری را مشمول قانون داوری تجاری بین‌المللی مصوب سال ۷۶ نمی‌کند؛ زیرا ملاک شمول این قانون آن است که یکی از طرفین دعوی تبعه خارجی باشد نه اینکه طرفین ایرانی بوده و مرجع داوری خارجی باشد.

در هیچ یک از مواد قانون آیین دادرسی مدنی برای طرفین ایرانی محدودیتی از حیث انتخاب مرجع داوری پیش‌بینی نشده و لذا آنها می‌توانند نهادهای بین‌المللی همچنین داور دارای تابعیت کشور دیگر را به عنوان داور مرضی‌الطرفین خود برگزینند و ماده ۴۵۶ ق.آ.د. م. هم فقط ناظر به

هیأتی 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 بلااثر خواهد بود»

ممنوعیت التزام به داوری اتباع طرف قرارداد با طرف ایرانی در فرضی است که یکی از طرفین خارجی است و شامل پرونده حاضر که طرفین قرارداد ایرانی هستند، نمی‌شود. نظم عمومی باید مستند به احکام آمره قانونی بوده و طرح این ادعا به صورت کلی که پذیرش یک مرجع بین‌المللی برای حل و فصل اختلافات بین دولت جمهوری اسلامی و تبعه خود با نظم عمومی در تعارض آشکار است، بدون ذکر مستند قانونی یا حقوقی توجیهی نداشته و غیرقابل قبول است. ضمن اینکه استفاده از ملاک ماده ۴۵۶ ق. آ. د. م. در مورد ممنوعیت التزام به داوری اتباع طرف قرارداد در فرضی که قرارداد میان یک ایرانی و اتباع خارجی منعقد می‌شود، آن هم به قیاس اولویت در مورد اختلافات میان دولت و تبعه خود که مبادرت به تعیین یک مرجع داوری خارجی به عنوان مرجع حل و فصل اختلافات می‌کنند، هیچ مبنا و مستندی نداشته و غیر قابل توجیه است.

الف - ۴. متن رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری

هیأت عمومی دیوان عدالت اداری پس از بررسی و ملاحظه مستندات و دلایل شاکی و استماع دفاعیات دولت چنین رأی داده 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 معترض عنه 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.»

ب. پرسش‌ها و ابهامات اساسی

با توجه به اینکه هیأت عمومی دیوان عدالت اداری در رأی خود اثباتاً یا نفیاً به سایر مواد و قواعد حقوقی مطرح شده در شکایت سازمان بازرسی کل کشور استناد و اشاره‌ای نکرده و علی‌القاعده

این امر بدان معناست که از نظر این هیأت هیچ کدام از آنها موجبی برای ابطال تصویب‌نامه دولت نبوده است؛ لذا نگارنده نیز در این مقاله از ورود به این موارد اجتناب کرده و صرفاً از منظری که هیأت عمومی مبنای رأی خود قرار داده؛ یعنی لزوم اخذ اجازه دولت در زمان درج شرط داوری (انعقاد قرارداد داوری)، به طرح پرسش‌ها و تجزیه و تحلیل موضوع می‌پردازد.

با دقت در مفاد رأی صادره همچنین دلایل و مستندات طرفین می‌توان ابهامات و پرسش‌های اساسی متعددی را به شرح زیر طرح کرد:

مطابق کدام ماده قانونی یا قاعده حقوقی یا اصول و موازین فقهی و شرعی شرط ضرورت اخذ اجازه از دولت یا مجلس جهت ارجاع دعاوی راجع به اموال دولتی و عمومی شرط صحت است، نه شرط نفوذ؟

نظریه تفسیری، مشورتی یا موردی شورای نگهبان از اصل ۱۳۹ قانون اساسی با کدام یک از دو نظریه سازگارتر است؟

رویه عملی نظام حقوقی ایران همچنین رویه دولت و مجلس در طی ۳۵ سال گذشته چه بوده است؟ آیا عموماً قبل از انعقاد قرارداد مبادرت به اخذ اجازه از دولت می‌شد یا ابتدا شرط داوری در قرارداد درج و سپس اقدامات لازم در خصوص اخذ اجازه از دولت صورت می‌گرفته است؟

آیا لزوم اخذ اجازه از دولت هنگام انعقاد قرارداد داوری بیشتر با منطق حقوقی و مصالح ملی سازگارتر است یا اخذ آن به وقت ارجاع دعوی به داوری؟

مقررات داوری ق.آ. د. م. و قانون داوری بازرگانی بین‌المللی مصوب ۱۳۷۶ با کدام یک از این دو نظر همسویی بیشتری دارد؟

آیا می‌توان معتقد بود که درج شرط داوری ضمن قرارداد اساساً نیاز به اجازه ندارد و صرفاً ارجاع دعوی به داوری است که موکول به اجازه است؟ در این صورت، صحت شرط داوری چه فایده و کاربرد عملی خواهد داشت و آیا شرطی که اجرای آن در آینده موکول به اجازه بعدی دولت است، اساساً اعتقاد به صحت و اعتبار آن دارای توجیه حقوقی است؟

چنانچه نظریه ضرورت اخذ اجازه از دولت به هنگام ارجاع دعوی به داوری (نه زمان انعقاد قرارداد داوری) را بپذیریم، وضعیت شرط داوری ضمن عقد یا قرارداد مستقل داوری در فاصله درج شرط یا انعقاد قرارداد داوری تا کسب اجازه از دولت چگونه است؟ آیا می‌توان مدعی شد که

شرط یا قرارداد داوری در این گونه موارد نوعی عقد یا شرط معلق است و در صورتی که معلق علیه (اجازه دولت یا مجلس) محقق شد، این عقد یا شرط کامل می‌گردد و در صورتی که دولت یا مجلس با آن موافقت ننماید، قرارداد داوری اساساً منتفی می‌شود؟

با فرض پذیرش نظریه لزوم اخذ اجازه ازدولت هنگام درج شرط داوری (انعقاد قرارداد داوری)، آیا می‌توان آن دسته از قراردادهایی را که بدون رعایت تشریفات مزبور منعقد می‌شود با استفاده از احکام معاملات فضولی در قانون مدنی نوعی عمل حقوقی غیر نافذ به شمار آورد که با اجازه بعدی دولت تنفیذ می‌گردد؟ به تعبیر دیگر، جایگاه نهاد تنفیذ به معنای مصطلح در قلمرو حقوق خصوصی، در قراردادهای دولتی چیست؟

آیا تصویب‌نامه مورد شکایت به دلیل مغایرت با قانون اساسی ابطال شده است یا قانون عادی و در هر صورت تصویب‌نامه مورد بحث مغایر کدام بخش از حکم قانونی مقرر در قانون اساسی یا قوانین عادی بوده است؟

رأی صادره با فرض صحت، آیا در حکم قانون است و در موارد مشابه لازم‌الاتباع است یا صرفاً در همین مورد خاص قابلیت اجرا را دارد؟

با فرض بطلان شرط داوری مندرج در قرارداد به لحاظ عدم اخذ اجازه دولت در زمان انعقاد، با توجه به اینکه در تصویب‌نامه دولت اشاره‌ای به شرط داوری مندرج در قرارداد نشده است، آیا نمی‌توان گفت: تصویب‌نامه مورد بحث اجازه جدید دولت به سازمان مناطق آزاد کیش برای انعقاد قرارداد داوری با طرف دیگر قرارداد محسوب می‌شود، نه تنفیذ شرط داوری ضمن عقد؟

برای جلوگیری از ابطال شرط داوری مندرج در قراردادهای مشابه به دلیل عدم اخذ اجازه قبلی از دولت چه راهکار عملیاتی و اجرایی را می‌توان پیشنهاد کرد؟ آیا اساساً از لحاظ اجرایی امکان اخذ اجازه دولت قبل یا همزمان با امضای قرار داد اصلی (متضمن شرط داوری) وجود دارد یا خیر؟

ج. نقد و بررسی مفاد رأی

نویسنده رأی صادره را بنا به دلایل و مستندات متعدد زیر مخدوش و مغایر موازین حقوقی و فقهی دانسته و می‌کوشد ضمن نقد و بررسی مفاد آن به بخش عمده‌ای از پرسش‌های دوازده‌گانه فوق پاسخ دهد:

در هیچ یک از اصول قانون اساسی و یا قوانین عادی تصریح نشده که اجازه دولت باید هنگام انعقاد قرارداد داوری صادر شود. به نظر می‌رسد به همین دلیل هیأت عمومی دیوان عدالت اداری برای ابطال تصویب‌نامه نه به اصول قانون اساسی استناد کرده و نه به قانون عادی و از عبارت کلی «علی‌الاصول» برای اثبات ضرورت اخذ اجازه موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی هنگام انعقاد قرارداد داوری بهره برده است. به تعبیر دیگر مشخص نیست، هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با تکیه بر چه مبانی و مستندات ادعا کرده است که اجازه مورد نظر باید در زمان انعقاد قرارداد اخذ شود. به کارگیری عبارت کلی «علی‌الاصول» در رأی هیأت عمومی گویای آن است که این هیأت برای توجیه و مستندسازی رأی خویش موفق به دستیابی به حکمی در قانون اساسی و عادی نشده و حتی نتوانسته آن را به یکی از اصول حقوقی مستند کند.

در حقوق ایران برای قراردادهای دولتی نظام مستقلی تعریف نشده و این گونه قراردادها اصولاً از قوانین، مبانی و اصول کلی حقوقی حاکم بر قراردادهای خصوصی و مدنی تبعیت کرده و جز در مواردی که صراحتاً یا به طور ضمنی حکمی خلاف این امر مقرر شده باشد،^۱ 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 نوشته‌های حقوقدانان^۲ هم، نظریه مستند و قابل اعتنایی خلاف این نکته مشاهده نشده است. از آن جا که مطابق قانون مدنی، اصولاً قرارداد یا تعهدی که ارکان آن به نحو صحیح شکل گرفته ولی نفوذ آن به حقوق دیگران

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

۲. بسیاری از حقوقدانان حقوق اداری اساساً به بحث در مورد قراردادهای عمومی و دولتی نپرداخته‌اند (عباسی، ۱۳۹۰؛ انصاری، ۱۳۸۴). برخی از حقوقدانان حقوق اداری که نسبتاً به تفصیل در مورد قراردادهای عمومی سخن گفته و به برخی از امتیازات مقام‌های عمومی در این حوزه و استثنائات وارده بر قواعد عمومی قراردادها از جمله حق تغییر یک‌جانبه قرارداد و یا فسخ یک‌جانبه قرارداد با رعایت پاره‌ای شرایط خاص، پرداخته‌اند، به این موضوع که ماهیت و شرایط داوری در قراردادهای عمومی هم‌چنین چگونگی حل اختلافات ناشی از قراردادهای فی‌مابین، متفاوت از قراردادهای خصوصی و حقوق مدنی بوده و از این جهت باید بین این دو نوع قرارداد تفکیک قائل شد، اشاره‌ای نکرده و بیشتر بر این نکته کلی و اساسی تأکید نموده‌اند که قراردادهای اداری از قواعد خاصی تبعیت می‌کند ولی قراردادهای خصوصی سازمان‌های اداری مشمول همان قواعد و اصول حقوق خصوصی است. (هداوند، ۱۳۹۰: ۳۹۹ به بعد؛ طباطبایی مؤتمنی، ۱۳۹۰: ۳۴۷؛ موسی‌زاده، ۱۳۹۱: ۵۹۶؛ شمعی، ۱۳۹۳: ۹۲)

صدمه می‌زند یا رضای متعارف در آن وجود ندارد یا هدف از لزوم اخذ موافقت شخص ثالث، حمایت از منافع شخص معینی می‌باشد^۱ مانند بیع عین مرهونه توسط راهن،^۲ معامله فضولی^۳ و معامله به قصد فرار از دین^۴ اجازه بعدی ذینفع برای اعتبار آنها کافی و مؤثر اعلام شده و هیچ‌گاه فقط به دلیل اینکه اجازه مذکور در زمان انعقاد قرار داد وجود نداشته، رأی به بطلان قرارداد داده نشده است؛ لذا در قراردادهای دولتی نیز باید از همین منطق و ملاک پیروی کرد و همچنان که برخی از حقوقدانان گفته‌اند، باید ضمانت اجرای تخلف از شرایط اصل ۱۳۹ قانون اساسی را عدم نفوذ دانست (علیدوستی، ۷۵، ۱۳۸۷-۹۸) و در نتیجه اجازه بعدی دولت را برای اعتبار قرارداد داوری کافی به شمار آورد.

طرفین قرارداد داوری، دستگاه اجرایی ذی‌ربط و طرف غیردولتی به شمار می‌روند و دولت در صدور اجازه بیشتر نقش ثالث کنترل‌کننده و ناظر را دارد و طرف قرارداد محسوب نمی‌شود. بنابراین حتی اگر استدلال دیوان را مبنی بر لزوم وجود همه شرایط اساسی صحت قرارداد از جمله اذن یا رضا در زمان انعقاد قرارداد را بپذیریم؛ چون این شرایط نوعاً ناظر به اطراف قرارداد است و در طرفین هم شرایط مزبور وجود دارد؛ لذا اخذ اجازه از دولت پس از انعقاد قرارداد داوری با این مطلب مغایرتی ندارد؛^۵ زیرا در بحث ارجاع دعاوی راجع به اموال دولتی و عمومی به داوری،

۱. استاد کاتوزیان معتقد است هر جا که به تحقق تراضی صدمه وارد شود و یا قصد انشاء وجود نداشته باشد یا بقای عقد با هدف قانونگذار در حمایت از منافع عمومی تعارض پیدا کند مثل معامله مجنون و صغیر غیر ممیز و مست، ضمانت اجرا بطلان است ولی در جایی 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 مثل معامله سفیه، صغیر ممیز و وصیت زائد بر ثلث و معامله به قصد فرار از دین باید از عدم نفوذ دفاع کرد. (کاتوزیان، ۱۳۶۶: ۳۲۴ - ۳۲۶)

۲. (امامی، ۱۳۶۶: ۳۷۰؛ عبده بروجردی، ۱۳۸۰: ۳۶۳؛ حائری شاهیباغ، ۱۳۸۲: ۶۹۵؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۴۹: ۱۰۰ - ۱۰۱؛ کاتوزیان، ۱۳۶۶: ۵۸۴؛ محمدی، ۱۳۸۷: ۲۷۴).

۳. (کاتوزیان، ۱۳۶۶: ۳۲۳ - ۳۲۴؛ حائری شاهیباغ، ۱۳۸۲: ۲۳۰ - ۲۳۱)

۴. (کاتوزیان، ۱۳۶۶: ۲۹۱ - ۲۹۲؛ صفائی، ۱۳۸۶: ۲۴؛ درویش خادم، ۱۳۷۰: ۹۶)

۵. 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 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 باطل می‌شود در حالی که مرتبه نسبت به قرارداد فروش منعقد شده میان راهن و خریدار، بیگانه یا به تعبیر حقوقی ثالث تلقی می‌شود؛ بنابراین با وجود رد

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 هیأت وزیران به عنوان نهاد ناظر در نظر گرفته و این گونه نیست که دولت یکی از اطراف قرارداد داوری باشد.^۱ از لحاظ حقوقی و لغوی ارجاع دعوی به داوری که در اصل ۱۳۹ قانون اساسی مورد تصریح قرار گرفته، غیر از درج شرط داوری در قرارداد است. به تعبیر دیگر، حسب ظاهر اصل ۱۳۹ اساسی و ماده ۴۵۷ ق. آ. د. م. هم‌چنان که برخی حقوقدانان گفته‌اند (کاوپانی، ۱۳۸۰، صص ۱۲۹-۱۴۴) آنچه موکول به اجازه دولت است، ارجاع عملی دعوی به داوری است که در تصویب‌نامه مورد بحث کاملاً رعایت شده است. دقت در رویه شورای نگهبان،^۲ مجلس شورای اسلامی،^۳ دادگاه‌ها و دیوان عالی کشور^۴ و حتی مراکز داوری سازمانی مستقر در کشور^۱ گویای آن است که عقیده

قبلی، اجازه ممکن است و قرارداد فروش مال مرهونه را از این حیث نباید تابع مقررات معامله فضولی دانست. (شیخ انصاری، ۱۴۱۱، ج ۲، ص ۱۸۹)

۱. برخی از حقوقدانان اداری به این نکته به نحو تلویحی اشاره و اعلام کرده‌اند در مواردی مثل اصل ۱۳۹ قانون اساسی که دولت در مقام صدور مجوز انجام کاری است، هیأت وزیران طرف معامله نیست بلکه نماینده‌ای که قرارداد را امضاء می‌کند، طرف قرارداد محسوب می‌شود (موسی‌زاده، ۱۳۹۱: ۵۵۹)

۲. 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 ۱۰/۲-۲/۸- مورخ ۶۵/۲/۳ 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» (مجموعه نظریات شورای نگهبان، ۱۳۸۹: ۲۷۲) که حاکی از امکان اجازه دولت در مرحله ارجاع دعوی به داوری است.

۳. مجلس شورای اسلامی حسب رویه‌ای که مدت‌هاست به هنگام تصویب موافقت‌نامه‌های بازرگانی بین‌المللی میان ایران و کشورهای دیگر در پیش گرفته و تاکنون مورد ایراد شورای نگهبان هم قرار نگرفته این است که در صدر مصوبه حاکی از تصویب موافقت‌نامه تصریح می‌شود که در مورد ارجاع به داوری رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی الزامی است. به عنوان مثال در تبصره ماده واحده قانون موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری ترکیه مصوب ۱۳۸۰/۱/۴ چنین آمده است: رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی در مورد ارجاع به داوری توسط دولت جمهوری اسلامی ایران الزامی است؛ رویه‌ای که به وضوح مؤید لزوم اخذ اجازه در زمان ارجاع دعوی به داوری است نه انعقاد آن.

۴. رویه دادگاه‌ها و دیوان عالی کشور هم بر لزوم اخذ موافقت دولت به هنگام ارجاع دعاوی به داوری دلالت دارد و در هیچ یک از آراء به لزوم اخذ اجازه هنگام درج شرط داوری در قرارداد اشاره‌ای نشده است (بازگیر، ۱۳۸۶: ۵۸-۶۵).

حقوقدانانی که قائل به لزوم تصویب شرط داوری توسط دولت هنگام درج در قرارداد هستند (اسکینی، ۱۳۶۹؛ میر عباسی، ۱۳۷۷؛ عابدی، ۱۳۸۵)،^۲ چندان مورد اقبال قرار نگرفته است. این نوع تفسیر با موازین فقهی و شرعی هم سازگار نیست؛ چراکه بر اساس موازین و اصول مزبور و نظر مشهور فقهای امامیه، معامله فضولی (خوبی، ۱۴۱۲: ۸؛ انصاری، ۱۴۱۱، ج ۱: ۴۷۱؛ حسینی عاملی، بی تا، ج ۴: ۱۸۴-۱۸۵؛ میرزای نائینی، ۱۴۲۱: ۸) هم چنین بیع مال مرهونه را که بدون اجازه مرتهن صحیح نیست، با تنفیذ و اجازه بعدی می توان کامل نمود و به صرف نبود اجازه در زمان انعقاد قرارداد نمی توان رأی به ابطال آن داد. (شهید ثانی، بی تا: ۸۳؛ انصاری، ۱۴۱۱، ج ۲: ۸۴؛ میرزای نائینی، ۱۴۲۱: ۳۲۷؛ حسینی عاملی، بی تا، ج ۵: ۱۱۵؛ محقق حلی، ۱۴۰۹: ۳۳۶؛ میرزای قمی، ۱۳۷۱: ۴۵۰؛ موسوی خمینی، ۱۳۶۸: ۳۸۶؛ انصاری، ۱۴۱۱، ج ۲: ۱۸۴)

رویکرد کلی نظام حقوقی ایران به ویژه در حوزه حقوق تجارت که قرارداد داوری مورد بحث نیز بیشتر در این گستره مطرح می شود، به سمت اجتناب از بطلان عمل حقوقی و حتی فراهم سازی زمینه مرتفع ساختن اسباب و جهات بطلان عمل حقوقی انجام شده و اعتبار بخشی به آن بوده و بنابراین تفسیر هیأت عمومی دیوان عدالت با این رویکرد منطقی و مهم نیز مغایر است. به عنوان مثال، مطابق مواد ۲۷۰ تا ۲۷۲ قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت مصوب ۱۳۴۷ با اینکه یک شرکت در صورت عدم رعایت مقررات قانونی مربوط به تشکیل آن، قابل ابطال است ولی دادگاه می تواند برای رفع موجبات بطلان شش ماه مهلت دهد و چنانچه در

۱. رویه مرکز داوری اتاق ایران که تاکنون مورد ایراد و اعتراض دادگاهها قرار نگرفته نیز این است که ارجاع دعوی به داوری مستلزم اجازه دولت است نه درج شرط داوری (کاکاوند، ۱۳۸۹: ۱۸۴، ۲۲۱-۲۲۳ و ۴۰۲). به عنوان مثال در یکی از آرای این مرکز آمده است: «نظر به اینکه در تاریخ ارجاع دعوی به داوری و شروع رسیدگی بیش از ۵۰ درصد سهام شرکت خوانده متعلق به بخش خصوصی است و وصف دولتی شرکت زایل شده لذا ضرورت اخذ مجوز دولت منتفی شده است» (همان، ص ۲۲۳)

۲. البته لازم به ذکر است بیشتر حقوقدانان مزبور در نوشته های خود اساساً در باره لزوم یا عدم لزوم اخذ اجازه در زمان درج شرط داوری و عدم امکان تنفیذ بعدی آن توسط دولت به نحوی که در رأی هیأت عمومی دیوان آمده، شاید از فرط بداهت با بنا به دلایل دیگر اثباتاً و یا نفیاً اظهار نظری ننموده اند لیکن یکی از آنها که در این خصوص اظهار نظر کرده است؛ (عابدی، ۱۳۸۵: ۱۳۸) صراحتاً بیان کرده که اجازه بعدی هم سبب تنفیذ قرارداد داوری شده و اثر قهقهرایی دارد و رجوع به داوری را از ابتدا معتبر می سازد.

مهلت مزبور و یا به طور کلی قبل از صدور حکم بطلان از سوی دادگاه موجبات بطلان مرتفع شده باشد، دعوی بطلان منتفی خواهد شد.^۱

اصولاً هنگامی که برای یک عمل حقوقی (درج شرط داوری)، ضمانت اجراهای متعددی قابل تصور است که از شدت و ضعف نیز برخوردارند، در مقام تردید باید ضمانت اجرایی را برگزید که خفیفتر بوده و کمترین آسیب را وارد نماید؛ از آنجا که از میان دو ضمانت اجرای قابل تصور در مورد قرارداد داوری بدون اخذ اجازه دولت در زمان انعقاد یعنی «بطلان» و «عدم نفوذ»، ضمانت اجرای دوم خفیفتر بوده و کمترین آسیب را می‌رساند و از طرفی با توجه به عدم صراحت قانون و ابهام موجود با قاطعیت نمی‌توان از نظریه بطلان که هیأت عمومی دیوان بدان حکم نموده، دفاع کرد؛ لذا باید ضمانت اجرای عدم نفوذ را برگزید تا ضمن حفظ حقوق دولت، به دستگاه اجرایی ذی‌ربط و حتی طرف قرارداد (ثالث) آسیب نامعقول و غیر لازم وارد نیاید. ضمن اینکه این راه‌حل از لحاظ اقتصادی و اجتماعی مناسبتر است و با اصل استحکام معاملات و امنیت روابط حقوقی نیز سازگاری بیشتری دارد.

رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری با اجماع نسبی (صریح یا ضمنی) حاصل از دکترین حقوقدانان ایرانی نیز مغایر است؛ زیرا نویسنده در هیچ یک از کتب و مقالات حقوقدانانی که به نحوی راجع به این اصل سخن گفته‌اند (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱: ۲۴۲؛ کاویانی، ۱۳۸۰؛ اسکینی،

۱. ماده ۲۷۰ «هرگاه مقررات قانونی در مورد تشکیل شرکت سهامی یا عملیات آن یا تصمیماتی که توسط هر یک از ارکان شرکت اتخاذ می‌گردد رعایت نشود بر حسب مورد بنا به درخواست هر ذی‌نفع بطلان شرکت یا عملیات یا تصمیمات مذکور بحکم دادگاه اعلان خواهد شد لیکن مؤسسين و مدیران و بازرسان و صاحبان سهام شرکت نمی‌توانند در مقابل اشخاص ثالث به این بطلان استناد نمایند».

ماده ۲۷۱ «در صورتی که قبل از صدور حکم بطلان شرکت یا بطلان عملیات یا تصمیمات آن در مرحله بدوی موجبات بطلان مرتفع شده باشد دادگاه قرار سقوط دعاوی بطلان را صادر خواهد کرد».

ماده ۲۷۲ «دادگاهی که دعاوی بطلان نزد آن اقامه شده است می‌تواند بنا به درخواست خواننده مهلتی که از ششماه بیشتر نباشد برای رفع موجبات بطلان تعیین نماید. ابتدای مهلت مذکور تاریخ وصول پرونده از دفتر بدادگاه است. در صورتی که ظرف مهلت مقرر موجبات بطلان برطرف نشده باشد دادگاه حکم مقتضی صادر خواهد کرد».

۱۳۶۹؛ میرعباسی، ۱۳۷۷؛ عابدی، ۱۳۸۵^۱) اعم از آنهایی که معتقدند درج شرط داوری در قرارداد نیز نیازمند تصویب دولت است و آنهایی که اعتقاد دارند فقط ارجاع دعوی به داوری است که باید به تصویب دولت برسد نه درج شرط داوری، نظری حاکی از لزوم اخذ این اجازه قبل یا همزمان با انعقاد قرارداد داوری و عدم امکان تنفیذ بعدی قرارداد مزبور توسط دولت مشاهده نکرده است. پذیرش نظریه امکان اخذ اجازه بعدی از دولت پس از درج شرط داوری به ویژه بعد از بروز اختلاف با مصالح و منافع ملی هم سازگارتر است؛ چون موجب می‌شود که دولت با آگاهی کامل از ماهیت اختلاف، ارزش مال مورد دعوی و اهمیت آن در خصوص موافقت یا مخالفت با داوری تصمیم‌گیری نماید. نکته‌ای که به طور تلویحی در ماده ۴۵۶ قانون آیین دادرسی مدنی هم مورد تأکید قرار گرفته است.^۲

مطالعه و بررسی رویه دولت در دستگاه‌های دولتی و اجرایی طی ۳۵ سال گذشته نشان می‌دهد که همواره اخذ اجازه از دولت پس از امضای قرارداد و حتی غالباً بعد از بروز اختلاف بوده و لذا رأی هیأت عمومی از این جهت هم خلاف رویه مسلم موجود است.

تردید نیست که دولت حتی بدون درج شرط داوری در قرارداد اصلی نیز حق دارد بعد از انعقاد قرارداد و بروز اختلاف در صورت توافق طرف دعوی و دستگاه اجرایی ذی‌ربط، اجازه ارجاع اختلافات به داوری را صادر کند. با این وصف، چه تفاوتی است میان فرضی که هنگام قرارداد اصلی در قرارداد، شرط داوری درج و سپس اجازه دولت اخذ می‌شود یا اینکه دولت پس از انعقاد قرارداد اصلی ابتدائاً با ارجاع اختلاف به داوری و انعقاد قرارداد داوری موافقت می‌کند؟ از نظر منطقی این تفکیک که در رأی هیأت به نحو غیرمستقیم مورد تأکید قرار گرفته، چندان قابل

۱. البته لازم به ذکر است بیشتر حقوقدانان مزبور در نوشته‌های خود درباره لزوم یا عدم لزوم اخذ اجازه در زمان درج شرط داوری و عدم امکان تنفیذ بعدی آن توسط دولت به نحوی که در رأی هیأت عمومی دیوان آمده، شاید از فرط بداهت با بنا به دلایل دیگر اثباتاً و یا نفیاً اظهار نظری ننموده‌اند لیکن یکی از آنها که در این خصوص اظهار نظر کرده است (عابدی، ۱۳۸۵: ۱۳۸) صراحتاً اعلام نموده که اجازه بعدی هم سبب تنفیذ شده و اثر قهقهه‌رایی دارد و رجوع به داوری را از ابتدا معتبر می‌سازد.

۲. «در مورد معاملات و قراردادهای واقع بین اتباع ایرانی و خارجی، تا زمانی که اختلافی ایجاد نشده است طرف ایرانی نمی‌تواند به‌نحوی از اتحای ملتزم شود که در صورت بروز اختلاف حل آن را به داور یا داوران یا هیأتی 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 بلااثر خواهد بود»

دفاع نیست. چون درج شرط داوری فی نفسه الزامی برای دولت برای قبول داوری ایجاد نمی‌کند و دولت، همچنان که بدون درج قبلی شرط داوری می‌تواند در مورد ارجاع امر به داوری تصمیم بگیرد، در موردی که این شرط از قبل در قرارداد درج می‌شود، هم مجاز و مختار به تصمیم‌گیری از جهت رد یا تأیید آن است؛ بنابراین حتی اگر فرض شود که شرط داوری مندرج در قرارداد اصلی به لحاظ عدم اخذ اجازه دولت هنگام درج در قرارداد باطل بوده است، می‌توان تصویب‌نامه دولت مبنی بر موافقت با ارجاع اختلاف به داوری را اجازه انعقاد یک قرارداد جداگانه داوری دانست که بین دستگاه اجرایی ذی‌ربط و طرف دیگر (در صورت قبول) منعقد می‌شود. شاید بتوان این نکته را که در تصویب‌نامه اشاره‌ای به تأیید و تنفیذ شرط داوری ضمن عقد نشده بلکه فقط به طور کلی مقرر گردیده که با ارجاع اختلاف ناشی از قرارداد منعقد فی‌مابین به داوری موافقت می‌شود، هم مؤید نظر فوق تلقی کرد.

اخذ اجازه دولت در زمان انعقاد قرارداد داوری (که در واقع اغلب همان زمان انعقاد قرارداد اصلی است)، عملیاتی و اجرایی نبوده و با فرایند اقدامات دولت هم سازگار نیست. در واقع با توجه زمان‌بر بودن اخذ اجازه دولت که در خوش‌بینانه‌ترین حالت بیش از ۲ تا ۳ ماه زمان می‌برد، عقلاً و نوعاً نمی‌توان انتظار داشت که هنگام انعقاد قرارداد دولت نظر خود را همانند سایر اشخاص در خصوص شرط داوری اعلام کند. افزون بر این، با توجه به اینکه اساساً معلوم نیست، آیا قرار داد اصلی که شرط داوری مربوط به آن است، در نهایت منعقد می‌شود یا خیر؟ و حتی در فرض انعقاد قرارداد، آیا در اجرای آن اختلاف بروز خواهد کرد یا نه؟؛ بنابراین در این مرحله درگیر و مشغول ساختن دولت به تشریفات مربوط مربوط به صدور اجازه صحیح به نظر نمی‌رسد.

هدف از پیش‌بینی ضرورت اخذ اجازه از دولت، کنترل ارجاع امر به داوری در ارتباط با اموال عمومی و دولتی از سوی دولت است که این امر نهایتاً با دخالت بعدی دولت تحقق می‌یابد و منطقی‌تر یا تأخر صدور اجازه نسبت به این موضوع هیچ تأثیری در نفس امر ندارد و عدم صدور اجازه در زمان انعقاد قرارداد و اخذ اجازه مؤخر بر قرارداد هیچ خطر و آسیبی به منافع و مصالح دولت وارد نمی‌کند؛ چون نهایتاً تا دولت آن را اجازه نکند، ارجاع به داوری صورت نخواهد گرفت. اعتقاد به بطلان قرارداد داوری با وجود اجازه و موافقت بعدی دولت، فقط به دلیل عدم صدور آن در زمان درج شرط داوری، مقبول و متعارف نیست و با غرض و هدف مقنن که از

یکسو پذیرش اصل جواز ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری و از سوی دیگر جلوگیری از سوء استفاده و تضییع احتمالی حقوق دولت در بحث داوری است، ناسازگار است. در قسمت اخیر رأی هیأت عمومی تصریح شده که مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی در تنظیم این تصویب‌نامه رعایت نشده است. این اقدام هیأت از این حیث که در صدد برآمده رأی خود را با تکیه بر اصل ۱۶۶ قانون اساسی^۱ مستدل و مستند سازد، اقدام بسیار مطلوب و مفیدی است؛ اما با توجه به اینکه مشخص نشده که کدام بخش از اصل ۱۳۹ قانون اساسی نقض گردیده، قابل انتقاد است و نشان می‌دهد که استناد به این اصل بیشتر با هدف مستند جلوه دادن رأی و از باب رفع تکلیف ناشی از اجرای اصل ۱۶۶ قانون اساسی بوده تا استنباط دقیق و حقوقی مفهوم مورد نظر (لزوم اخذ اجازه دولت در هنگام انعقاد قرارداد) از این اصل.

با فرض اینکه پذیرفته شود که مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی از حیث زمان صدور اجازه (زمان درج شرط داوری در قرارداد یا زمان ارجاع عملی دعوی به داوری) مبهم و مجمل بوده و ضرورت داشت که هیأت عمومی دیوان عدالت اداری به نحوی آن را تفسیر کند، آیا متن قانونی مبهم نباید با توجه به روح و هدف قانون همچنین ضرورت‌های عرفی و منطقی آن تفسیر شود یا می‌توان صرفاً بر ظاهر کلمات و روزه‌های احتمالی متن تمرکز کرد و از آثار و پیامدهای نامطلوب چنین تفسیری غافل ماند. نظام حقوقی باید به سمت عقلانیت، عملگرایی و مصلحت اندیشی منصفانه حرکت کند و در تفسیر مواد نیز این نکات را مد نظر قرار دهد.

توجیه و تبیین مفاد رأی هیأت عمومی در عرصه داوری بین‌المللی به مراتب دشوارتر از حوزه داوری داخلی است. به تعبیر دیگر، وقتی در حقوق داوری داخلی پذیرش این رأی به دلیل مغایرت آن با مبانی و موازین متعدد حقوقی و قانونی تقریباً غیرممکن به نظر می‌رسد، در عرصه داوری بین‌المللی^۲ که اصولاً بر اساس موازین و ملاحظات مختلف، اصل بر صحت هر گونه توافق به داوری در قراردادهای تجاری است، ایراد مورد نظر دیوان قطعاً مورد توجه قرار نخواهد گرفت؛ زیرا رویه داوری بین‌المللی عدم پذیرش ایراد عدم صلاحیت داوری حتی در مواردی است

۱. «احکام دادگاه‌ها باید مستدل و مستند به مواد قانون و اصولی باشد که براساس آن حکم صادر شده است»

۲. با توجه به تعیین مرکز داوری اتاق بازرگانی پاریس به عنوان مرجع رسیدگی به اختلافات ناشی از قرارداد باید پرونده مورد بحث را نیز مرتبط با حوزه داوری بین‌المللی دانست.

که مطابق قانون دولت امضاکننده، رجوع دولت به داوری محدود و یا مشروط به رعایت شرایطی ویژه از جمله اجازه مراجع معین مثل دولت است و این اجازه اساساً اخذ نشده است (اسکینی، ۱۳۹۱؛ سیفی ۱۳۷۷؛ عابدی، ۱۳۸۵؛ میروسی، ۱۳۹۳: ۷۴؛ ۲۰۱۳؛ j. Belohlavek)؛ بنابراین به طریق اولی در مواردی که اجازه دولت (البته هنگام ارجاع امر به داوری نه لزوماً هنگام درج شرط داوری در قرارداد) اخذ شده، ایراد عدم صلاحیت صرفاً با استناد به عدم اخذ اجازه در وقت درج شرط داوری در قرارداد پذیرفته نخواهد شد.

نباید گمان برد که اعتبار شرط داوری یا باطل نبودن آن پیش از اظهار نظر دولت، عملاً اجرای اصل ۱۳۹ قانون اساسی را بیهوده می‌سازد و چنین ادعا کرد که اگر شرط معتبر تلقی شود، چون برای طرفین الزام‌آور است؛ در نتیجه مخالفت بعدی دولت در عمل اثری ندارد؛ زیرا می‌توان شرط مزبور را شرط غیرنافذ تلقی کرد که در حقوق ایران جایگاه کاملاً روشنی دارد یا همان طور که گفته شد، آن را نوعی شرط معلق دانست که اعتبار نهایی و قطعیت آن موکول به تحقق معلق علیه (موافقت دولت) است و در صورت عدم موافقت کاملاً از اثر می‌افتد.

د. جایگاه موضوع در حقوق خارجی

همان طور که در مقدمه این مقاله گفته شد، در ارتباط با اصل ۱۳۹ قانون اساسی ابهامات و مناقشات فراوانی مطرح است که ما فقط به یکی از آنها یعنی ضرورت اخذ اجازه دولت در زمان درج شرط داوری و عدم امکان تنفیذ بعدی آن توسط دولت که رعایت آن از سوی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری الزامی اعلام شده، پرداخته‌ایم. ناگفته پیداست که این بحث فقط در کشورهایی موضوعیت دارد که در آنها همانند نظام حقوق ایران برای ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری محدودیت‌ها و تشریفات مقرر شده باشد. چون در کشورهایی که قائل به ممنوعیت مطلق ارجاع این گونه دعاوی به داوری هستند یا اساساً هیچ گونه محدودیتی برای

۱. برای مطالعه برخی آرای مراجع داوری بین‌المللی که ایراد عدم صلاحیت را به استناد اصل ۱۳۹ قانون اساسی نپذیرفته‌اند. (ر. ک: عابدی، ۱۳۸۵: ۱۱۸)

۲. j. Belohlavek معتقد است که در داوری بین‌المللی جهت‌گیری به سمت پذیرش این نظر است که فقط موضوعاتی که ارجاع آنها به داوری بر خلاف نظم عمومی بین‌المللی (international order public) است، از شمول ارجاع به داوری خارج گردند.

دستگاه‌ها و مؤسسات دولتی و عمومی جهت ارجاع دعاوی خود به داوری در نظر نمی‌گیرند، بحث از جایگاه حقوقی زمان صدور اجازه (زمان انعقاد قرارداد داوری یا امکان صدور اجازه پس از عقد و تنفیذ بعدی آن) محلی از اعراب ندارد.

در یک تقسیم‌بندی کلی کشورها را از جهت چگونگی مواجهه با بحث ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری می‌توان به سه دسته تقسیم کرد^۱: دسته نخست، کشورهای عمدتاً غربی نظیر اکثر کشورهای اروپایی، انگلیس و آمریکا^۲ هستند که به سمت حذف این محدودیت‌ها و تشریفات حرکت کرده‌اند. دسته دوم، شامل کشورهایی است که ارجاع این گونه دعاوی به داوری را ممنوع اعلام نموده‌اند مثل عربستان سعودی و اکثر کشورهای آمریکای لاتین و سرانجام دسته سوم، کشورهایی مانند ایران^۳ را در برمی‌گیرد که قائل به محدودیت و رعایت برخی تشریفات برای ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری هستند.^۴

-
۱. برای آگاهی بیشتر و دقیق‌تر راجع به تقسیم‌بندی کشورهای مختلف از جهت نوع مواجهه با بحث ارجاع دعاوی مربوط اموال دولتی و عمومی (ر. ک: عابدی، ۱۳۸۵: ۱۱۲ و ۱۱۳ و ربیعا اسکینی، ۱۳۶۹)
 ۲. در خصوص داوری‌پذیری اختلافات، روش نظام‌های حقوقی انگلیس و آمریکا متفاوت از کشورهای دارای حقوق نوشته مثل فرانسه، آلمان، اتریش، سوئیس و جمهوری چک است. در آمریکا و انگلیس اختلافات قابل ارجاع به داوری در قوانین تعریف و احصاء نشده و تشخیص آن در عمل به حقوق عرفی (customary law) و وضعیت هر پرونده (Case law) موکول می‌کنند لیکن در کشورهای حقوق نوشته معمولاً به طور صریح این موضوعات تعیین و اعلام می‌شود (۲۰۱۳، j. Belohlavek)
 ۳. در برخی کشورها در خصوص ارجاع دعاوی از سوی دولت یا مؤسسات عمومی به داوری محدودیت ویژه‌ای پیش‌بینی نشده لیکن از جهات دیگر از جمله محل داوری محدودیت‌هایی پیش‌بینی شده است. به عنوان مثال در کشور کرواسی با تصویب قانون داوری در سال ۲۰۰۱ گام بزرگی به سمت توسعه داوری برداشته شده و بسیاری از محدودیت‌ها از جمله محدودیت ارجاع به داوری توسط دولت لغو گردید لیکن در آن تصریح شده که ارجاع اختلافات اشخاص حقوقی تبعه این کشور و اشخاص حقیقی مقیم هم‌چنین اختلافاتی که در صلاحیت انحصاری دادگاه‌های این کشور قرار دارند به داوری وقتی مجاز است که محل داوری در کرواسی باشد. (۲۰۱۱، Babic).
 ۴. برخی معتقدند داوری‌ناپذیری پاره‌ای اختلافات اساساً باید مبتنی بر تنوری کارایی (efficiency) طراحی و تبیین شود. یعنی اگر رسیدگی به قسمی از انواع اختلافات توسط دادگاه واقعاً کارآمدتر از رسیدگی به آن توسط داوری باشد، باید از داوری‌ناپذیری آن دفاع کرد کما اینکه رسیدگی به موضوعاتی نظیر ورشکستگی و حق اختراع چنین است. (Mistelis. and Brekoulakis, ۲۰۰۹).

مطالعه و بررسی منابع و کتب مرتبط با نظام‌های حقوقی برخی کشورها نظیر آمریکا، انگلیس، فرانسه، چین، کرواسی و لیتوانی تا حدی که نویسنده موفق به انجام آن شده است، نشان می‌دهد که در این کشورها اساساً در ارتباط با موضوع مورد تأکید هیأت عمومی دیوان عدالت اداری بحثی در نگرفته است. در حقوق انگلیس آخرین قانون داوری که بسیار هم به قانون نمونه کمیسیون تجارت بین‌المللی سازمان ملل^۲ شبیه است، قانون داوری ۱۹۹۵^۳ است که در آن اصل آزادی طرفین برای رجوع به داوری پذیرفته شده و برای دستگاه‌ها و مؤسسات عمومی و دولتی محدودیت خاصی پیش‌بینی نشده تا اصولاً بحث از اینکه اجازه مراجع ذی‌ربط مبنی بر موافقت با ارجاع اختلاف به داوری چه زمانی باید صادر گردد، قابلیت طرح داشته باشد (Chitty, 2004, pp.103.104). در حقوق آمریکا نیز در خصوص مراجعه دولت و نهادهای عمومی به داوری نه در قوانین داوری دولت فدرال و نه در قوانین دولت مرکزی محدودیتی پیش‌بینی نشده است (R.Drahozal, 2007). در حقوق فرانسه به موضوع داوری ناپذیری برخی موضوعات در مواد ۲۰۵۹ و ۲۰۶۰ قانون مدنی اشاره شده و برای نهادهای عمومی و دولتی محدودیت‌هایی برای رجوع به داوری در نظر گرفته شده است. البته این محدودیت‌ها در داوری داخلی است و نظام حقوقی فرانسه در داوری بین‌المللی تقریباً لیبرال است (Belohlavek, ۲۰۱۳). حقوق چین را هم باید با توجه به تصویب قانون داوری در سال ۱۹۹۵ و تغییرات مهمی که در این قانون رخ داده است، از جهت تحولات مربوط به داوری تجاری بین‌المللی در دو برهه زمانی پیش از سال ۱۹۹۵ و بعد از آن مورد مطالعه قرار داد. در حقوق این کشور تا پیش از تصویب قانون مزبور محدودیت‌های مختلفی وجود داشت. به عنوان مثال در داوری داخلی^۴ بر خلاف داوری بین‌المللی^۵ امکان انتخاب داور از خارج چین نبود. یا در داوری بین‌المللی چنانچه خوانده یک مؤسسه و سازمان دولتی یا خصوصی چین بود، داوری می‌بایست در داخل چین انجام می‌شد. نظام حقوقی چین به منظور امکان جذب سرمایه‌گذاری خارجی تلاش کرد که قانون داوری خود

1 - Model Law

2 - Uncitral (United Nations Commission on International Trade Law)

3-Arbitration Act 1995

4 - domestic Arbitration

5 - Foreign- Related Arbitration

را در سال ۱۹۹۵ دچار تغییرات اساسی کرده و با استانداردهای بین‌المللی تطبیق دهد. در این قانون تلاش شده ضمن پذیرش اصولی نظیر اصل استقلال و آزادی طرفین در رجوع به داوری، قطعیت آرای داوری و استقلال نهاد داوری از حکومت و دولت، داوری‌پذیری^۱ موضوعات توسعه یابد و جز برخی موضوعات خاص نظیر نسب، طلاق، حضانت، ورشکستگی و انحلال و تصفیه شرکت، سایر موارد بدون هیچ‌گونه محدودیتی قابل ارجاع به داوری باشد. در این قانون در ارتباط با اموال مؤسسات و سازمان‌های دولتی هیچ محدودیتی در داوری داخلی و بین‌المللی از جهت نفس ارجاع به داوری پیش‌بینی نشده است (Fan, 2013, pp.17-21 and 79). در نظام حقوقی لیتوانی هم در خصوص ارجاع اختلافات ناشی از قراردادهای ارائه خدمات عمومی^۲ به داوری^۳ با اینکه از قانون داوری تجاری^۴ آن کشور محدودیت یا ممنوعیتی استنباط نمی‌شود و حتی در ماده ۱۱ این قانون ضمن احصای اختلافات غیرقابل ارجاع به داوری و عدم اشاره به اختلافات راجع به اموال دولتی و عمومی به عنوان یکی از مصادیق آن، تصریح شده هنگامی که یکی از طرفین مؤسسه عمومی^۵ یا شهرداری^۶ است، در صورتی موضوع قابل ارجاع به داوری نسبت که طرفین از قبل در مورد ارجاع به داوری توافق نکرده باشند لیکن دادگاه عالی این کشور^۷ در یکی از پرونده‌های مربوط به قراردادهای ارائه خدمات چنین استدلال کرده که هر چند از ماده ۱۱ نمی‌توان ممنوعیت مزبور را استنباط کرد لیکن دادگاه‌ها باید به قوانین دیگر از جمله قانون ارائه خدمات عمومی جمهوری لیتوانی^۸ که مقرر می‌دارد اختلافات مربوط به این گونه قراردادها باید توسط دادگاه‌ها رسیدگی شود و این حکم نیز نسبت به قانون داوری تجاری حکم خاص تلقی

1 -arbitrability

2 - public procurement contracts

۳. قراردادهای ارائه خدمات عمومی به قراردادهایی اطلاق می‌گردد که بین دولت (state) و یا مؤسسه عمومی (public entity) و بخش خصوصی برای تامین نیازهای عمومی منعقد می‌شود مثل قراردادهای پیمانکاری (construction) و قراردادهای امتیاز (concession contracts). Audzevicius, and Daujotas , 2012: (p.2).

4 - Law on Commercial Arbitration of the Republic of Lithuania (the LCA)

5 -public entity

6 - municipality

7 - the Supreme Court of Lithuania (SCL)

8 - Law on public procurement of the Republic of Lithuania (LPP)

می‌شود، توجه کرده و از پذیرش تقاضای عرضه‌کننده^۱ یا مؤسسه خریدار خدمت^۲ جهت ارجاع اختلاف به داوری خودداری کنند. (Audzevicius, and Daujotas, 2012: pp.4-5-15).

نتیجه‌گیری

دخالت ملاحظات و مصالح غیرحقوقی در امور قضایی و قضاوت، پاشنه آشیل هر نظام حقوقی است و در حقوق ایران هم هر گاه این نوع نگاه‌ها و ملاحظات بر رسیدگی قضایی سایه افکنده است، آسیب‌های عمده ایجاد کرده و افزون بر بروز برخی مشکلات اجرایی و عملی، اعتبار نظام قضایی را نیز مخدوش و اعتماد عمومی به این دستگاه را با تهدید روبرو ساخته است. رأی مورد بحث در این مقاله یکی از نمونه آرای است که به نظر می‌رسد با توجه به این جنس ملاحظات و مصالح صادر شده و همان طور گفته شد و بی‌گمان بسیاری از قضات محترم هیأت عمومی دیوان هم بر آن واقف بوده و با آن موافق‌اند، نه با ظاهر و روح و غرض قانون اساسی و قوانین مرتبط با امر داوری سازگار است و نه با اصول و موازین کلی فقهی و حقوقی و رویه و عرف ۳۵ سال اخیر انطباق دارد و نه حقیقتاً از لحاظ اجرایی قابل توجیه است. افزون بر آن، اینکه در هیچ نظام حقوقی، اساساً اشاره‌ای به بحث زمان اخذ اجازه نشده است، نیز دلیل یا قرینه مطمئن و قابل اعتنایی بر نامتعارف، غیرضروری و بی‌فایده بودن نظریه‌ای است که اصرار دارد ثابت کند چنانچه اجازه در زمان انعقاد قرارداد اخذ نشود، تنفیذ بعدی مؤثر در مقام نیست و قرارداد داوری منعقد شده باطل و بی‌اثر است.

در هر صورت هر چند به لحاظ عدم قابلیت اجرای رأی مورد بحث، دولت به احتمال بسیار هم‌چنان به روال سابق خود عمل خواهد کرد. با این وجود، نظر به اینکه مطابق ماده ۹۲ قانون تشکیلات و آیین دادرسی دیوان عدالت اداری مصوب ۱۳۹۲^۳ در مواردی که مصوبه‌ای از سوی

1 - supplier

2 - purchasing entity

۳. چنانچه مصوبه‌ای در هیأت عمومی ابطال شود، رعایت مفاد رأی هیأت عمومی در مصوبات بعدی، الزامی است. هرگاه مراجع مربوط، مصوبه جدیدی مغایر رأی هیأت عمومی تصویب کنند، رئیس دیوان موضوع را خارج از نوبت بدون رعایت مفاد ماده (۸۳) این قانون و فقط با دعوت نماینده مرجع تصویب‌کننده، در هیأت عمومی مطرح می‌نماید.

هیأت عمومی دیوان ابطال می‌شود، دولت و سایر دستگاه‌های اجرایی موظف‌اند در تصویب‌نامه‌های بعدی به مفاد و ملاک این رأی توجه کرده و از صدور مصوبات خلاف رأی مزبور خوداری کنند؛ بنابراین ادامه رویه سابق نیز از لحاظ حقوقی چندان قابل دفاع نیست. غیرقابل اجرا بودن سازوکار مندرج در رأی هیأت عمومی دیوان از یکسو و عدم امکان ادامه رویه سابق از لحاظ قانونی از سوی دیگر، هم دولت و هم طرف قرارداد را در معرض نوعی تزلزل، تردید، ابهام و بلا تکلیفی نهاده و این نگرانی را ایجاد کرده است که هر آن شرط داوری ضمن قرارداد به دلیل عدم اخذ اجازه دولت در زمان انعقاد، از سوی دیوان عدالت اداری یا حتی دادگاه‌های عمومی بی‌اثر و باطل اعلام گردد.

برای بیرون‌رفت از این وضعیت نامطلوب و مرتفع ساختن آثار و تبعات سوء رأی صادره از سه راهکار می‌توان بهره برد: الف. اخذ نظریه تفسیری از شورای نگهبان در مورد اصل ۱۳۹ قانون اساسی از منظر زمان لزوم اخذ اجازه؛ ب. صدور رأی مغایر با رأی مورد نظر از سوی خود هیأت عمومی دیوان و در واقع عدول هیأت عمومی از رأی قبلی خود در پرونده مشابه؛ ج. دخالت مجلس شورای اسلامی جهت حل این مسأله و سایر مسائل مرتبط با اصل مزبور از جمله تعیین موارد مهم که در این اصل ارجاع دعاوی مربوط به آنها موکول به کسب اجازه مجلس شورای اسلامی شده است.

البته تا عملی شدن یکی از سه راهکار پیشنهادی فوق، به نظر می‌رسد لازم است به منظور صیانت درست و معقول از اصل ۱۳۹ قانون اساسی و جلوگیری از امکان این تفسیر از عبارت شرط داوری ضمن عقد به ویژه توسط مراجع داوری بین‌المللی که در برخی موارد با وجود مخالفت بعدی دولت با ارجاع اختلاف به داوری، هم‌چنان خود را صالح دانسته و اقدام به رسیدگی و صدور رأی می‌کنند، شرط داوری به شکل زیر که متضمن تأکید صریح بر اجرای اصل ۱۳۹ قانون اساسی و چگونگی اقدام بعدی طرفین اختلاف در صورت مخالفت دولت با ارجاع امر به داوری است، در قرارداد درج شود.

«رسیدگی به هر گونه اختلاف طرفین در تفسیر و اجرای این قرارداد در صلاحیت مرکز داوری است.»

تبصره: اعتبار و لازم‌الاجرا شدن شرط مزبور منوط به موافقت دولت در اجرای اصل ۱۳۹ قانون اساسی است و در صورت مخالفت دولت با ارجاع امر به داوری، رسیدگی به اختلاف طرفین در صلاحیت دادگاه‌های ایران یا کشور خواهد بود.»

فهرست منابع

الف. فارسی

۱. اسکینی، ربیعا (۱۳۶۹): «اختیار دولت‌ها و سازمان‌های دولتی در مراجعه به داوری تجاری بین‌المللی»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره و شماره ۲۵.
۲. _____ (۱۳۹۱): «داورپذیری دعاوی در حقوق ایران»، مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، چاپ سوم، تهران: انتشارات نشر دانش.
۳. امامی، حسن (۱۳۶۶): حقوق مدنی، جلد ۲، چاپ چهارم، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
۴. انصاری، ولی‌الله (۱۳۸۴): کلیات حقوق اداری، چاپ ششم، تهران: نشر میزان.
۵. بازگیر، یدالله (۱۳۸۶): تشریفات دادرسی مدنی در آیینه آرای دیوان عالی کشور، داوری و احکام راجع به آن، چاپ دوم، تهران: انتشارات فردوسی.
۶. جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۴۹): حقوق مدنی (رهن - صلح)، جلد اول، چاپ اول، تهران: انتشارات ابن‌سینا
۷. حائری شهاباغ، سید علی (۱۳۸۲): حقوق مدنی، چاپ دوم، تهران: انتشارات گنج دانش.
۸. درویش خادم، بهرام (۱۳۷۰): معامله به قصد فرار از دین در حقوق اسلام و ایران با مطالعه تطبیقی، چاپ اول، تهران: انتشارات کیهان.
۹. سیفی، جمال (۱۳۷۷): «قانون داوری تجاری بین‌المللی ایران همسو با قانون نمونه داوری آنسیترال»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۲۳.
۱۰. شمعی، محمد (۱۳۹۳): مختصر حقوق قراردادهای اداری، چاپ اول، تهران: انتشارات مجد.
۱۱. صفائی، سیدحسین (۱۳۸۶): «معامله به انگیزه فرار از دین در حقوق اسلامی و قوانین موضوعه»، فصلنامه پژوهشی تحلیلی و آموزشی (حقوقی) مجد، سال اول، شماره اول.

۱۲. طباطبایی مؤتمنی، منوچهر (۱۳۹۰)؛ حقوق اداری، چاپ هفدهم، تهران: انتشارات سمت.
۱۳. عابدی، محمدتقی (۱۳۸۵)؛ «صلاحیت قضایی و صلاحیت داور، تحلیلی بر یک رأی صادره در مسأله صلاحیت»، مجله حقوقی مرکز امور حقوقی بین‌المللی ریاست جمهوری، شماره ۳۵.
۱۴. عباسی، بیژن (۱۳۹۰)؛ حقوق اداری، چاپ دوم، تهران: نشر دادگستر.
۱۵. عبده بروجردی، محمد (۱۳۸۰)؛ حقوق مدنی، چاپ اول، قزوین: انتشارات طه.
۱۶. علیدوستی، ناصر (۱۳۸۷)؛ «ظرفیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، فصلنامه مطالعات راهبردی، سال یازدهم، شماره اول.
۱۷. کاتوزیان، ناصر (۱۳۶۴)؛ حقوق مدنی (عقود اذنی وثیقه‌های دین)، دوره عقود معین ۳، چاپ اول، تهران: انتشارات بهنشر.
۱۸. _____ (۱۳۶۶)؛ حقوق مدنی (قواعد عمومی قراردادها)، جلد ۲، چاپ اول، تهران: انتشارات بهنشر.
۱۹. کاکاوند، محمد (۱۳۸۹)؛ گزیده آرای داور، مرکز داور، اتاق ایران، چاپ اول، تهران: انتشارات مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوقی شهر دانش.
۲۰. کاویانی، کوروش (۱۳۸۰)؛ «اصل ۱۳۹ قانون اساسی و شرط داور در قراردادهای مصوب مجلس شورای اسلامی، پژوهشنامه حقوق و سیاست»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه علامه طباطبایی، شماره ۵.
۲۱. کریمی، عباس و حمید پرتو (۱۳۹۱)؛ حقوق داور، داخلی، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر.
۲۲. مجموعه نظریات شورای نگهبان ۱۳۵۹-۱۳۸۸، تهیه و تنظیم مرکز تحقیقات شورای نگهبان، ۱۳۸۹، چاپ دوم، تهران: انتشارات اداره چاپ و انتشار معاونت تدوین و تنقیح و انتشار معاونت ریاست جمهوری.
۲۳. محمدی، پژمان و سعید صفیان (۱۳۸۶)؛ «اختلاف آراء در فروش مال الرهانه، فصلنامه حقوق»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۳۷، شماره ۳.
۲۴. موسی‌زاده، ابراهیم (۱۳۹۱)؛ حقوق اداری، چاپ اول، تهران: نشر دادگستر.

۲۵. میرعباسی، سید باقر (۱۳۷۷)؛ «مسأله قراردادهای بین‌المللی موضوع اصل ۷۷ و ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران»، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۲.
۲۶. میروسیسی، علی‌رضا (۱۳۹۳)؛ حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در چارچوب معاهدات دو جانبه سرمایه‌گذاری، چاپ اول، تهران: نشر پریس.
۲۷. هداوند، مهدی (۱۳۹۰)؛ حقوق اداری تطبیقی، جلد اول، چاپ دوم، تهران: انتشارات سمت.

ب. عربی

۲۸. انصاری، شیخ مرتضی (۱۴۱۱.ق.ه)؛ مکاسب، جلد ۱ و ۲، چاپ اول، قم: انتشارات دارالذخائر.
۲۹. حسینی عاملی، محمد جواد (بی‌تا)؛ مفتاح الکرامه فی شرح قواعد العلامه، جلد ۴ و ۵، بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
۳۰. خوبی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۲.ق.ه)؛ مصباح الفقاهه، جلد ۴، بیروت: انتشارات دارالهادی.
۳۱. شهیدثانی (زین‌الدین الجبعی العاملی) (بی‌تا)؛ الروضه البهیة فی شرح المعه دمشقیه، جلد ۴، بیروت: دارالعالم الاسلامی.
۳۲. قمی، میرزا ابوالقاسم (۱۳۷۱)؛ جامع الشتات، جلد ۲، تهران: انتشارات کیهان.
۳۳. محقق حلّی (۱۴۰۹)؛ شرایع الاسلام، جلد ۱ و ۲، تهران: انتشارات استقلال.
۳۴. موسوی خمینی، روح الله (۱۳۶۸)؛ تحریر الوسیله، جلد ۲، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۳۵. میرزای نائینی (۱۴۲۱)؛ منیه الطالب فی شرح مکاسب، جلد ۲، چاپ اول، مؤسسه نشر اسلامی.

ج. انگلیسی^۱

1-J.Belohlavek , Alexander , (2013); the law applicable to the arbitration agreement and the arbitrability of a dispute, Yearbook of International Arbitration, M. Roth and M. Giestlinger (eds.), Intersentia / DIKE / NWV, Antwerpen-Zurich-Vienna-Graz, pp.27-57

۱. مقالات انگلیسی از سایت SSRN (Social Science Research Network) استخراج و مورد بهره‌برداری قرار گرفته است.

- 2- Audzevicius ,Ramunas and Daujotas ,Rimantas,(2012); Arbitrability of disputes arising from public procurement contracts – Lithuanian example-Queen Mary, University of London and Motieka & Audzevicius PLP
- 3-Fan, Kun, (2013); Arbitration in China, London, oxford and Portland-Oregon press
- 4-R.Drahozal, Christopher , (2007); International arbitration law in the united states, International commercial arbitration:A comparative survey,no.63,N. Eski et al, ed. . University of Kansas School of Law
- 5-Chitty on contracts,(2004); the law of contracts,v.II,specific contracts-London,sweet and maxwell,29ed.
- 6-Babic, Davor_ ,(2011); Limits on Arbitration Outside Croatia According to the Croatian Arbitration Act, University of Zagreb ,Faculty of Law
- 7- Mistelis, L. and Brekoulakis, S.,(2009); On Arbitrability: Persisting Misconceptions And New Areas of Concern, Arbitrability: International and comparative prespectives, pp. 19-45, Kluwer, Queen