

ظرفیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران

ناصر علیدوستی*

چکیده

اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی، در راستای صیانت از اموال و دارایی‌های عمومی و دولتی در صورت بروز دعوی حقوقی، تشریفات را مقرر نموده تا این هدف بهتر محقق شود. برخی سرمایه‌گذاران داخلی و خارجی حکم این اصل را با اصل سرعت در امر تجارت، ناسازگار می‌دانند، در حالی که جذب سرمایه‌گذاری و انواع دیگر تجارت، در راستای پیشرفت اقتصادی، ضرورتی اجتناب‌ناپذیر است. در این میان، آنچه مهم است جمع بین دو مصلحت بالا، یعنی «صیانت از اموال و دارایی‌های عمومی و دولتی» و «تسریع در معاملات تجاری و جذب سرمایه‌گذاری» است. یافتن ظرفیت‌های این اصل با ابزاری چون توسل به وضع قانون عادی و ارائه تحلیل حقوقی مطابق با مصالح ملی، می‌تواند راهکار مناسب برای گذر از این چالش حقوقی - اقتصادی باشد.

کلیدواژه‌ها: اموال دولتی، دارایی‌های عمومی، دعوا، داور، صلح دعاوی، اصل ۱۳۹ قانون اساسی، منافع ملی

* آقای علیدوستی دانشجوی دکتری حقوق خصوصی دانشگاه تهران، محقق گروه حقوق و امنیت ملی و عضو هیأت علمی پژوهشکده مطالعات راهبردی می‌باشند.

فصلنامه مطالعات راهبردی • سال یازدهم • شماره اول • بهار ۱۳۸۷ • شماره مسلسل ۳۹

مقدمه

اختلافات مالی ارکان و اجزاء دولت با سایرین، از اموری است که به منافع عمومی مربوط می‌شود. اگر حل و فصل اختلاف در این زمینه، از طریق مراجع قضایی داخلی ممکن نباشد و قرار بر سازش و صلح دعاوی یا ارجاع امر به داوری باشد، این روند، باید با نظارت و یا تصویب مجلس شورای اسلامی، جریان یابد؛ چرا که در این فروض، به جای حاکمیت قانون و اجرای مفاد قرار داد، اعمال روش‌های مبتنی بر انصاف و کدخدانمشی و صلاح‌دید شخصی^۱ افراد دخیل در داوری و صلح و سازش، به میان می‌آید و سرنوشت اموال عمومی و دولتی به دست اوضاع و احوال حاکم بر جریان حل اختلاف سپرده می‌شود(۱). قانون‌گذار اساسی و عادی با وضع ضوابطی، سعی در قانونمندکردن این روند داشته است.

مهمترین اصلی که در قانون اساسی راجع به حل و فصل اختلافات دولت ایران و طرف دیگر ملاحظه می‌شود، اصل ۱۳۹ است. به موجب این اصل:

«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».

الف. پیشینه تاریخی

با نگاهی گذرا به پیشینه سیاست خارجی دولت ایران و چگونگی نقش‌آفرینی در عرصه روابط بین‌الملل، می‌توان دریافت هرچند ایران، به ظاهر در هیچ برهه زمانی، رسماً مستعمره نبود، اما به دلیل داشتن منابع غنی خدادادی، ظرفیت بالای انسانی و موقعیت ویژه جغرافیایی، همواره در معرض چپاول بیگانگان بوده است.

1. Discretionnaire (fa) discretionary (En)

پس از سقوط صفویه، ایران به دلیل همسایگی با امپراتوری‌های عثمانی و روس و مجاورت با هندوستان، به عنوان مستعمره بزرگ انگلیس، همواره در معرض رقابت‌های استعماری و صحنه مداخلات این قدرت‌ها بود.

افزون بر جداسدن قسمت‌هایی از خاک میهنمان، انعقاد قراردادهای واگذاری امتیاز(۲) به بیگانگان و پیشینه استیلائی حقوقی بر کشورمان در سابقه روابط بین‌الملل کشور آشکار است. قبل از انقلاب اکتبر ۱۹۱۷، دولت ایران مجموعاً ۳۲ موافقت‌نامه واگذاری امتیازات گوناگون به کشورهای بیگانه امضا کرده بود که ۱۲ مورد متعلق به روسیه تزاری و ۱۴ فقره سهم انگلیس و ۶ مورد نیز برای آلمان‌ها بود.

از کودتای اسفند ۱۲۹۹، نفوذ انگلیس رشد فزاینده‌ای یافت و از کودتای ۲۸ مرداد تا پیروزی انقلاب اسلامی، سلطه آمریکا بر کشور، از جهات مختلف سیاسی، اقتصادی و نظامی، شئون مختلف مملکت را در معرض نفوذ خود قرارداد.(۳)

بی‌تردید، در این شکل ارتباط با دیگر دول، بر فرض بروز اختلاف میان طرف‌ها، طرق حل و فصل اختلاف، در راستای تأمین منافع طرف قدرتمند خواهد بود نه دولت تحت سلطه. همچنانکه این واقعیت، در حق قضاوت کنسولی^۱ اتباع برخی دول در ایران به روشنی دیده می‌شود.

این سابقه، اذهان تدوین‌کنندگان قانون اساسی را تحت تأثیر خود قرار داده بود و ایشان با نگرانی از اینکه مبدا اموال و دارایی‌های عمومی و دولتی، در دعاوی و اختلافات، به ویژه امور مهم یا مواردی که یک طرف آن بیگانه است، مورد تضییع و تفریط، قرار گیرد، اصل مذکور را تصویب نمودند.

ب. مقررات مرتبط

قانون آیین دادرسی مدنی، در ماده ۴۵۷، حکمی مشابه حکم مندرج در اصل ۱۳۹ دارد که مختص داوری است. به موجب این ماده:

«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».

همچنین، به موجب ماده ۲۰ قانون برنامه سوم توسعه اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی جمهوری اسلامی ایران مصوب ۱۳۷۹، رسیدگی، اظهار نظر و اتخاذ تصمیم در خصوص شکایت اشخاص حقیقی و حقوقی از هر یک از تصمیم‌ها در امر واگذاری سهام موضوع ماده ۹ به بعد قانون برنامه سوم توسعه، در صلاحیت هیأت داوری مرکب از هفت نفر (پنج نفر از متخصصان امور اقتصادی، مالی، بازرگانی، فنی و حقوقی، رئیس اتاق تعاون و رئیس اتاق بازرگانی و صنایع و معادن) می‌باشد. رأی هیأت داوری قابل اعتراض در دادگاهی که صلاحیت رسیدگی به اصل دعوی را دارد، می‌باشد. (۴)

در اجرای اصل ۱۳۹ و به موجب ماده ۲۱۲ قانون آیین‌نامه داخلی مجلس شورای اسلامی:

«در تمام موارد مذکور (از جمله صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری که طرف دعوا خارجی باشد)، دولت موظف است متن تفصیلی آنها را همراه با لایحه قانونی تقدیم مجلس نماید تا به صورت یک‌شوری مورد رسیدگی قرار گیرد، بدین ترتیب که پس از گزارش کمیسیون مربوط به صحبت دو مخالف و دو موافق در کلیات و جزئیات (هر کدام به مدت پانزده دقیقه)، برای تصویب به رأی گذاشته می‌شود».

برخی از صاحب‌نظران حقوق اساسی (۵)، تصویب هیأت وزیران را در این خصوص مربوط به هماهنگی دولت دانسته‌اند. بنابراین، وزارتخانه‌ها و دستگاه‌های دولتی که ممکن است رأساً طرف دعوا باشند، باید موافقت هیأت وزیران را جلب نمایند. بنابراین، باید دخالت مجلس را در شأن نظارتی و کنترلی و دخالت دولت را از حیث اداری و اجرایی قلمداد نمود. در اینجا ذکر نکات ذیل ضروری است:

اول. به صراحت اصل ۱۳۹ قانون اساسی که صلح دعاوی و یا ارجاع آن به داوری در اموال عمومی را مثل اموال دولتی، موکول به تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس می‌داند،

صلح و یا ارجاع دعاوی به داوری در مورد اموال شهرداری نیز موقوف به تصویب هیأت وزیران و اطلاع مجلس است.^۱

دوم. چنانچه بدون رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی، شرط داوری در قراردادهای منعقد شده توسط بخش‌ها و نهادهای دولتی و شهرداری‌ها درج شود، شرط باطل بوده و اثری بر آن بار نیست.^۲ ناگفته نماند که این شرط، از مصادیق شرط خلاف قانون است که با وجود باطل بودن، موجب ابطال قرارداد اصلی نمی‌گردد.^۳

ج. حکم فروض گوناگون اختلاف دولت و دیگران در اصل ۱۳۹ قانون اساسی

فرض نخست. یک طرف اختلاف، خواه دولت ایران یا طرف مقابل، اعم از اینکه آن طرف، خارجی باشد یا داخلی، موضوع را نزد مراجع قضایی کشور مطرح نماید. در این فرض، بدون اینکه نیازی به تصویب هیأت وزیران یا اطلاع و تصویب مجلس باشد، حکم قطعی دادگاه ایران، هرچه باشد، به اجرا گذارده می‌شود. البته، بنا به نظریه نمایندگی، در این فرض نیز اجازه و تصویب مجلس ضروری است.^(۶) این نظریه نه تنها با صراحت اصل ۱۳۹ در تعارض است، بلکه با مصالح و مقتضیات تجارت جهانی امروز نیز منافات دارد.

فرض دوم. صلح دعاوی در موارد غیر مهم راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری با یک طرف ایرانی مطرح باشد. در این فرض، به صراحت اصل ۱۳۹ و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی، افزون بر تصویب هیأت وزیران، تنها باید به اطلاع مجلس برسد.

فرض سوم. صلح دعاوی در موارد مهم راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری با یک طرف ایرانی مطرح باشد. در این فرض، به صراحت اصل ۱۳۹ و ماده ۴۵۷ قانون

۱. نظریه شماره ۷/۷۰۰ - ۱۳۷۸/۴/۱۴ اداره حقوقی قوه قضاییه

۲. این نظریه مربوط به قبل از تصویب قانون آیین دادرسی مدنی جدید در سال ۱۳۷۹ می‌باشد.

۳. بند ۳ از ماده ۲۳۲ قانون مدنی

آیین دادرسی مدنی، افزون بر تصویب هیأت وزیران، باید به تصویب مجلس نیز برسد. اصل یادشده، تعیین موارد مهم را به قانون عادی واگذارده است. با وجود این، تا کنون، قانونی در این مورد تصویب نشده است.

در این مورد و تمام مواردی که قانون اساسی تبیین موضوع را به قانون عادی واگذارده، تأخیر و تعلل در تصویب قانون عادی نه تنها موجب تداوم ابهام و خلاء قانونی می‌شود، بلکه به تحدید ظرفیت‌های قانون اساسی خواهد انجامید.

فرض چهارم. اگر صلح دعاوی یا ارجاع آن به داوری، راجع به اموال متعلق به بخش خصوصی مطرح باشد که به هر دلیل توسط مؤسسات و نهادهای عمومی و دولتی اداره می‌شوند، خواه طرف مقابل، خارجی باشد یا ایرانی، این فرض، مشمول حکم مندرج در اصل ۱۳۹ نمی‌باشد؛ زیرا حکم این اصل، اختصاص به اموال عمومی و دولتی دارد نه اموال اشخاص خصوصی، ولو این اموال، مدیر یا ناظر دولتی داشته باشند (۷).

فرض پنجم. صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری با یک طرف خارجی مطرح باشد. در این فرض، به صراحت اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی، افزون بر تصویب هیأت وزیران، باید به تصویب مجلس نیز برسد. از میان فروض بالا، فرض پنجم، محل بروز چالش بوده و بیشتر نیازمند بررسی است، اما پیش از پرداختن به آن، لازم به یادآوری است که برخی اساتید (۸) افزون بر «صلح» و «سازش» دعوا و ارجاع امر به «داوری»، حل اختلاف از طریق «مذاکره» را نیز مشمول این اصل دانسته‌اند که به نظر می‌رسد، برداشت یادشده، نه تنها با مصالح و مقتضیات تجارت بین‌الملل منطبق نیست، بلکه با صراحت اصل ۱۳۹ و ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی نیز مغایرت دارد؛ چرا که در این دو مقرر، اشاره‌ای به ضرورت رعایت تشریفات بالا در «مذاکره»، نشده است.

د. چالش‌های حقوقی در حل اختلاف با طرف خارجی

چنانکه ملاحظه شد، هرگاه، صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری با یک طرف خارجی مطرح باشد، به صراحت اصل ۱۳۹ قانون اساسی، افزون بر تصویب هیأت وزیران، باید به تصویب مجلس نیز برسد.

این حکم از حیث پیش‌بینی مکانیزم نظارتی و کنترلی در مورد اموال و دارایی‌های عمومی و دولتی، کامل است. با وجود این، در روابط تجاری، به ویژه جذب سرمایه‌گذاری خارجی، آثار و تبعات نامناسبی به بار می‌آورد.

لزوم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی نه تنها در امضا و انعقاد قرارداد، بلکه در اجرا و حل و فصل اختلافات احتمالی با طرف سرمایه‌گذار خارجی، تشریفات فراوانی را موجب می‌شود که خلاف اصل سرعت و مخالف حسن نیت در معاملات بازرگانی بین‌المللی است. در واقع، طرف خارجی انتظار دارد دولت میزبان، تضمین اجرا و اخذ مجوزهای لازم از مقامات کشور خود را با حسن نیت تأمین نماید نه اینکه به هنگام اجرای قرارداد و بروز اختلاف، با عنوان کردن لزوم تصویب مجلس، برخلاف حسن نیت قراردادی به ضرر طرف خارجی عمل نماید (۹). بنابراین، با توجه به اینکه سرمایه‌گذاران خارجی، در عمل، پیش از هر اقدامی کلیه جوانب حقوقی سرمایه‌گذاری خود در ایران را مورد بررسی و مذاقه قرار می‌دهند، این اصل را به عنوان مانعی برای ایجاد حس اعتماد و تمایل به سرمایه‌گذاری می‌دانند.

توضیح اینکه اگر سرمایه‌گذار خارجی، در بررسی مقررات حقوقی کشور سرمایه‌پذیر، با مقرراتی مواجه شود که با قواعد و اصول حقوقی جهانی همسو باشند، می‌تواند نسبت به حل و فصل عادلانه اختلافات احتمالی آینده تا حدودی مطمئن باشد.

در مقابل، اگر قواعد حقوقی قابل قبولی برای حل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی، در حقوق کشور میزبان موجود نباشد، آینده مبهمی در انتظار اختلافات احتمالی سرمایه‌گذار خارجی و طرف مقابل (دولت میزبان یا اتباع آن دولت) در پیش خواهد بود که این خود عاملی بازدارنده و مانع جذب سرمایه‌گذاری خارجی به حساب می‌آید.

از این روست که می‌بینیم در صحنه جهانی، با تشکیل «مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری» (۱۰)، مقرر شد حل این اختلافات طبق ضوابط پذیرفته شده بین‌المللی صورت گیرد. (۱۱)

حکم اصل ۱۳۹ با مقررات معاهده این مرکز، همخوانی ندارد؛ زیرا به موجب این معاهده، صرف‌نظر از موافقت و تصویب مراجع دولتی و مجلس، صلاحیت رسیدگی به اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی در پنل‌های داوری و سازش ایکسید منحصراست.

اجرای این اصل، ممکن است در روند الحاق به سازمان تجارت جهانی^۱ نیز موجب بروز چالش گردد؛ چرا که مطابق موافقت‌نامه‌های تجارت جهانی، در مرحله اول، اختلاف میان اعضا از طریق مشورت با یکدیگر حل می‌شود و در صورت عدم حصول نتیجه و حل‌نشدن اختلاف، به تقاضای شاکی، موضوع نزد مرجع بین‌المللی حل اختلاف که به منظور رسیدگی به دعاوی میان کشورهای عضو تشکیل شده است، اقامه خواهد شد. این مرجع حق دارد هیأت‌های رسیدگی تشکیل دهد و بر اجرای احکام و توصیه‌ها نظارت کند.

بدین ترتیب، در مورد حل اینگونه اختلافات، امکان دخالت مجالس قانون‌گذاری برای هیچ یک از کشورهای عضو وجود ندارد.^۲

1. Organisation de commerce mondial (Fr) World Trade Organization(En) - WTO

۲. از دیگر چالش‌های موافقت‌نامه‌های سازمان تجارت جهانی با نظام حقوقی ایران، موضوع اصل ۴۴ بود. بر اساس این اصل، بازرگانی خارجی عمدتاً دولتی است؛ در حالی که هدف سازمان تجارت جهانی کم‌رنگ‌نمودن نقش دولت در تجارت کالاهای اساسی و هدایت اقتصاد کشورها به سمت اقتصاد غیردولتی می‌باشد.

براساس اصل ۴۴ قانون اساسی، صنایع بزرگ و مادر، بازرگانی خارجی، بانکداری، بیمه، راه‌آهن، کشتیرانی، هواپیمایی، معادن بزرگ، سدها و ارتباطات در اختیار دولت می‌باشد، در حالی که طبق اصل ۱۶ اصول و قوانین گات در مورد دسترسی به بازار، اصل آزادسازی تجاری از جمله اصول حاکم بر گات است که در صورت طرح درخواست پیوستن کشورها به سازمان تجارت جهانی مورد توجه قرار می‌گیرد. از این رو، انطباق کامل موازین حقوقی سازمان مذکور و مقررات قانونی کشورمان در این زمینه وجود نداشت.

در خردادماه ۱۳۸۵، سیاست‌های کلی اصل ۴۴ قانون اساسی از سوی مقام معظم رهبری به دولت ابلاغ گردید که به موجب آن افزایش سهم بخش‌های خصوصی و تعاونی در اقتصاد ملی و کاستن از بار مالی و مدیریتی دولت در تصدی فعالیت‌های اقتصادی از رئوس سیاست‌های کلی نظام در امور اقتصادی واضح است. ابلاغ این سیاست‌ها می‌تواند راه را برای الحاق ایران به این سازمان هموار سازد.

معاهده منشور انرژی^۱، معاهده‌ای بین‌المللی است که با محوریت کشورهای تولیدکننده منابع انرژی و با هدف تأمین منافع ایشان پایه‌گذاری شده است. این معاهده، به سرعت رو به گسترش است. در سال ۱۳۸۱، کشور ما نیز به عنوان عضو ناظر وارد این مجموعه شد و مقرر است پس از انجام اقدامات مقتضی، عضویت قطعی ایران مورد تصمیم‌گیری قرار گیرد.

حکم اصل ۱۳۹ با مقررات معاهده منشور انرژی نیز همخوانی ندارد، زیرا به موجب این معاهده، صرف نظر از موافقت و تصویب مراجع دولتی و مجلس، صلاحیت رسیدگی به اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی در مراجع داوری و سازش، مطابق مقررات ایکسید (در صورتی که دولت‌های طرف اختلاف یا دولت متبوع شخص و دولت مقابل هر دو عضو ایکسید باشند)، وگرنه وفق مقررات آنسیترال قابل حل و فصل است.^۲

مقررات هیچیک از معاهدات و اسناد بین‌المللی که نام برخی از آنها آمد، در ظاهر با حکم مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی قابل جمع نیست.

پرسشی که مطرح می‌شود، این است که برای جمع بین دو مصلحتی که یکی را قانون‌گذار اساسی در نظر داشته (حفظ و صیانت از اموال و دارایی‌های دولتی و عمومی) و دیگری که مقتضیات زمان می‌طلبد (مراودات روان تجاری بین‌المللی با کمال حسن نیت)، چه راهکاری می‌توان ارائه نمود؟

۵. راهکارهای برون‌رفت از چالش (ظرفیت‌های اصل ۱۳۹ قانون اساسی)

توسل به راهکارهایی مانند حق شرط در معاهدات بین‌المللی، توسل به دکترین حقوقی مناسب و تصویب قانون عادی، برای برون‌رفت از چالشی که در بالا اشاره شد، پیشنهاد می‌شود. با وجود این، هریک از این راهکارها نقاط ضعف و قوتی دارند که در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

1. Traité de charte d'énergie (Fr) Energy Charter Treaty (En)(ECT)

۲. مواد ۲۶، ۲۷ و ۲۸ معاهده منشور انرژی

۱. حق شرط^۱ در معاهدات بین‌المللی

همچنانکه ماده ۲۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی، مقرر می‌دارد^۲، دولت ایران نیز همانند هر دولتی می‌تواند از حق شرط یا حق تحفظ استفاده کند. این راهکار موجب می‌شود در معاهدات و نهادهای بین‌المللی، دولت ایران به شرط رعایت تشریفات مندرج در اصل ۱۳۹، طرف معاهده گردد.

این روش، جنبه استثنائی و ثانویه دارد و ارائه راهکار پایدار، مناسب‌تر به نظر می‌رسد. افزون بر این، در برخی معاهدات و نهادهای بین‌المللی، چنین شرطی پذیرفته نیست، یا حداقل، از تمایل اشخاص حقیقی و حقوقی خصوصاً دولتی، به انعقاد قراردادهای مالی با دولت ایران، خواهد کاست.

۲. توسل به دکترین حقوقی مناسب

یکی از راهکارهای برون‌رفت از چالش اصل ۱۳۹، یافتن ظرفیت‌های این اصل در پرتو نظرات و دکترین‌های حقوقی است که در ادامه به آنها اشاره می‌شود. نظرات گوناگونی پیرامون اصل ۱۳۹ قانون اساسی ارائه شده که هر یک دارای پشتوانه تحلیلی و منطق حقوقی ویژه است. یکی از این محققان (۱۲)، در این خصوص، به پنج برداشت زیر اشاره دارد:

۲-۱. نظریه کمیته بررسی و تفسیر بیانیه الجزایر

نظریه اکثریت اعضای کمیته بررسی و تفسیر بیانیه الجزایر مورخ ۱۳۸۱/۸/۳۰ را می‌توان در بندهای زیر خلاصه کرد:

1. Reservation (En) Réserve (Fa)

۲. به موجب ماده ۲۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی « اراده طرفهای داوری به موجب این معاهده موافق با داوری، فارغ از هرگونه طرق جایگزین دیگر، فرض می‌شود مگر اینکه خلاف آن تصریح شود. یک دولت متعاقد می‌تواند درج طرق جبران خسارت اداری یا قضایی داخلی را به عنوان شرط رضایت خود به داوری، مطابق این معاهده، ضروری بداند.»

یک. همه موارد صلح دعاوی باید در ابتدا در هیأت وزیران و سپس در مجلس شورای اسلامی به تصویب برسد.

دو. صرف مذاکرات مقدماتی اصلاحی (در دعاوی موضوع بیانیه الجزایر)، نیازی به تحصیل مجوز ندارد.

سه. صلح در دعاوی می‌تواند با ملاحظه شرایط و ترتیبات صلح، تصویب شود یا با اذن صلح به هیأت یا مرجع دولتی که در صورت اخیر، قرارداد صلحی که هیأت مذکور با طرف خارجی منعقد می‌سازد، نیاز به تصویب مجدد هیأت وزیران و مجلس نخواهد داشت. (۱۳)

به نظر اقلیت، احاله تصمیم‌گیری راجع به صلح دعاوی به غیر از مجلس و هیأت وزیران، خلاف ظاهر اصل ۱۳۹ است. بنابراین، ایشان در مورد بند اخیر قائل به امکان تفویض اختیار نبودند (۱۴).

در نقد این نظر، محققان (۱۵) انتقاد کرده‌اند که اگر مؤسسات دولتی را برای انجام مذاکره و انعقاد قرارداد ارجاع اختلاف آینده به داوری یا صلح، مجاز بدانیم، این اجازه، برای کدامیک از مراحل سه‌گانه خواهد بود؟ مرحله مذاکرات مقدماتی، مرحله انعقاد قرارداد یا مرحله اجرای قرارداد؟ پاسخ ایشان گزینه دوم یعنی مرحله انعقاد قرارداد است. این در حالی است از یک سو اصل ۱۳۹ صراحتاً ارجاع دعاوی به داوری را منوط به تصویب دولت و مجلس دانسته و از سوی دیگر، در رویه‌های معمول در داوری‌ای بین‌المللی، توجهی به منع قوانین داخلی نمی‌شود و ارجاع امر توسط طرف خارجی به داوری یا سازش پذیرفته است که این به معنی، ایجاد حق ارجاع به داوری برای طرف خارجی و معلق ماندن حق طرف ایرانی به تصویب مراجع یادشده خواهد بود. (۱۶)

به نظر می‌رسد، نظر کمیته نیز تجویز اختیار انعقاد قرارداد داوری نباشد، بلکه منظور، مرحله مذاکره مقدماتی و فراهم کردن زمینه تحقق قرارداد پس از تصویب هیأت دولت و مجلس است که این ماهیت را می‌توان به قرارداد معلق شبیه دانست.

اشاره نهایی محقق مذکور به عدم نفوذ قراردادی که مذاکره‌کنندگان، بدون تصویب مجلس و دولت منعقد کنند، نشانگر تقرب به این نظر است.

۲-۲. نظریه تفسیر مضیق اصل ۱۳۹

در این تفسیر، به عبارت ظاهری و الفاظ مورد اشاره اصل توجه شده است. بر مبنای این تلقی که این حکم استثنائی است، آن را در مفهوم مضیق و قدر متیقن محدود کرده‌اند. توضیح اینکه، الفاظ «دعوا»، «صلح» و «ارجاع» مذکور این اصل را قرینه بر این می‌دانند که حکم اصل، تنها برای مواردی است که اختلاف رخ داده و نزد مرجعی قضایی مطرح شده باشد. (۱۷)

الف- تفکیک دعوا از اختلاف:

هرچند دو اصطلاح دعوا و اختلاف مترادف به نظر می‌رسند، اما از لحاظ تخصصی دارای تفاوت‌های ظریفی هستند که در ادامه به آنها اشاره می‌شود.

باید پذیرفت «اختلاف» زمانی محقق می‌شود که یک طرف در برابر خواست دیگری پاسخ منفی دهد، در حالی که ممکن است با وجود اختلاف، هیچ‌یک از طرفین، دعوایی را در مرجعی مطرح نکرده باشند. تعریفی که در حقوق داخلی ما از «دعوا» ارائه شده است، عبارت است از: «توانایی قانونی مدعی حق تضييع یا انکارشده، در مراجع به مراجعه صالح در جهت به قضاوت گذاردن واردبودن یا نبودن ادعا و ترتیب آثار قانونی مربوطه». (۱۸)

بنابراین، پس از «مراجعه به مراجع صالح جهت به قضاوت گذاردن» اختلاف است که «دعوا»، مصداق می‌یابد، در حالی که پیش از این مراجعه، «اختلاف» موجود بوده است. با این توضیح، نسبت منطقی قابل تصور میان «اختلاف» و «دعوا»، عموم و خصوص مطلق است. یعنی هر دعوایی در بردارنده اختلاف است، اما برخی اختلافات منتهی به دعوا می‌شوند و برخی منتهی به دعوا نمی‌شوند. این تلقی در حقوق دیگر کشورها نیز دیده می‌شود. (۱۹)

صرف نظر از پذیرش یا رد این برداشت، نمی‌توان گفت این نظر همه چالش‌های مورد اشاره را بر طرف می‌کند؛ زیرا از یک سو، تکلیف پیش‌بینی ارجاع دعاوی (قضایی) آینده همچنان در ابهام می‌ماند و از سوی دیگر، دعاوی قضایی موجود، همچنان مشمول تشریفات اصل ۱۳۹ خواهد بود.

ب- تفکیک صلح از سازش و روش‌های غیرالزام‌آور حل اختلاف:

شبهه‌ای که طرح و رفع آن در اینجا ضروری است، اینکه، با توجه به حکم اصل ۱۳۹، تکلیف روش‌های غیرالزام‌آور برون دادگاهی برای حل اختلافات بین‌المللی (از جمله

سرمایه‌گذاری خارجی)، مانند مذاکره^۱، میانجی‌گری^۲، ارزیابی بی‌طرفانه^۳، احراز واقع^۴، رسیدگی کوتاه^۵ و سازش^۶ چیست؟

با توجه به ماهیت این روش‌ها و عدم التزام طرف‌ها به نتیجه رسیدگی و تصمیم نهایی، می‌توان به تفاوت آنها با روش الزام‌آور داوری پی برد.

حکمتی که قانون‌گذار اساسی را به تدوین اصل موصوف برانگیخته، این است که بدون نظارت و اطلاع قوای مقننه و مجریه، سرنوشت اموال و دارایی‌های دولتی و عمومی، به دست اشخاص قرار نگیرد. از این رو، در متن اصل برای ارجاع دعوی به داوری، که روش الزام‌آور قلمداد می‌شود، تشریفات مورد نظر پیش‌بینی شده، ولی نام دیگر روش‌های حل اختلاف، عنوان نگردیده است. با این توضیح، شبهه احتمالی در مورد «صلح دعوی»، رفع می‌شود؛ زیرا برخلاف «سازش» که روشی غیرالزام‌آور می‌باشد، همچنانکه ماده ۷۶۰ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «صلح عقد لازم است اگرچه در مقام عقود جائزه واقع شده باشد و بر هم نمی‌خورد مگر در موارد فسخ به خیار یا اقاله»، الزاماتی به دنبال دارد که نمی‌توان یکجانبه نادیده گرفت و از اجرای آن امتناع ورزید.

بنابراین، باید میان «صلح» و «سازش» قائل به تفکیک شد و به صراحت اصل ۱۳۹، صلح دعوی، مشمول حکم مندرج در این اصل بوده، ولی سازش مشمول این حکم نیست.

۲-۳. نظریه نمایندگی

بر اساس این نظر، سمت نهادهای عمومی و دولتی به وکیل تشبیه شده و همچنانکه مطابق قوانین و مقررات عمومی وکالت^۷، به ویژه فقرات ۲ و ۵ از ماده ۳۵ قانون آیین دادرسی

1. Negotiation (En) Négociation (Fa)

2. Meditation (En) Méditation (Fa)

3. Neutral Evaluation (En) Évaluation neutre (Fa)

4. Fact-Finding (En) Recherche de renseignements (Fa)

5. mini-Trial (En) mini épreuve (Fa)

6. conciliation (En, Fa)

۷. مطابق ماده ۳۱ قانون آیین دادرسی مدنی؛ «هر یک از متداعیین می‌توانند برای خود حداکثر تا دو نفر وکیل

انتخاب و معرفی نمایند».

مدنی^۱، وکالت در موارد مندرج در ماده، از جمله اختیار ارجاع امر به داوری و سازش، باید توسط موکل به وکیل تفویض شود. در ما نحن فیه نیز چنین است. (۲۰)

اگر این نظر را بپذیریم، در تمام فقرات مندرج در ماده ۳۵ قانون آیین دادرسی مدنی به همراه اصل اجازه اقامه دعوا، باید تشریفات مندرج در اصل ۱۳۹ رعایت شود. در حالی که چنین الزامی پیش‌بینی نشده و مطابق ماده ۳۲ قانون یادشده:

«وزارتخانه‌ها، مؤسسات دولتی و وابسته به دولت، شرکت‌های دولتی، نهادهای انقلاب اسلامی و مؤسسات عمومی غیردولتی، شهرداری‌ها و بانک‌ها می‌توانند علاوه بر استفاده از وکلای دادگستری برای طرح هر گونه دعوا یا

۱. متن کامل ماده به شرح آتی است:

- ماده ۳۵ - وکالت در دادگاهها شامل تمام اختیارات راجع به امر دادرسی است، جز آنچه موکل استثناء کرده یا توکیل در آن خلاف شرع باشد، لیکن در امور زیر باید اختیارات وکیل در وکالت نامه تصریح شود:
- ۱ - وکالت راجع به اعتراض به رای، تجدید نظر، فرجام خواهی و اعاده دادرسی.
 - ۲ - وکالت در مصالحه و سازش
 - ۳ - وکالت در ادعای جعل یا انکار و تردید نسبت به سند طرف و استرداد سند.
 - ۴ - وکالت در تعیین جاعل.
 - ۵ - وکالت در ارجاع دعوا به داوری و تعیین داور.
 - ۶ - وکالت در توکیل.
 - ۷ - وکالت در تعیین مصدق و کارشناس.
 - ۸ - وکالت در دعوی خسارت.
 - ۹ - وکالت در استرداد دادخواست یا دعوا.
 - ۱۰ - وکالت در جلب شخص ثالث و دفاع از دعوی ثالث.
 - ۱۱ - وکالت در ورود شخص ثالث و دفاع در قبال آن.
 - ۱۲ - وکالت در دعوی متقابل و دفاع در قبال آن.
 - ۱۳ - وکالت در ادعای اعسار.
 - ۱۴ - وکالت در قبول یا رد سوگند.
- تبصره ۱ - اشاره به شماره‌های یاد شده در این ماده بدون ذکر موضوع آن، تصریح محسوب نمی‌شود. تبصره ۲ - سوگند، شهادت، اقرار، لعان و ایلاء قابل توکیل نمی‌باشد

دفاع و تعقیب دعاوی مربوط، از اداره حقوقی خود یا کارمندان رسمی خود با داشتن یکی از شرایط زیر به عنوان نماینده حقوقی استفاده نمایند...».

بنابراین، به نظر نمی‌رسد نظریه نمایندگی، مبنای وضع اصل ۱۳۹ قانون اساسی باشد.

۲-۴. عدم اهلیت

در واقع، مطابق این نظر، منظور از عدم اهلیت، نداشتن حق هر یک از طرفین دایر بر ارجاع اختلاف به داوری است. بر اساس نظریه عدم اهلیت، که برگرفته از رویه قضایی کشور فرانسه است، ناتوانی اجزاء دولت در ارجاع دعوا به داوری (و سازش)، ریشه در اصل استقلال و حاکمیت دولت‌ها دارد، زیرا از لحاظ عملی، تعیین تکلیف برای دولت طرف معامله در ارجاع اختلاف به داوری، مخالف اصل استقلال و حاکمیت دولت‌هاست (۲۱).

اگر در این نظر، فقدان اهلیت جزئی مد نظر باشد، می‌توان آن را پذیرفت، ولی اگر نبود اهلیت کامل مراد باشد، این ایراد، وارد است که چرا در دعاوی قضایی این عدم اهلیت مطرح نمی‌شود. از سوی دیگر، در فرض نبود اهلیت، معمولاً شخصی از جانب شخص فاقد اهلیت اقدام می‌کند نه اینکه به وی اجازه انجام عمل حقوقی را بدهد. موارد تنفیذ عمل اشخاص فاقد اهلیت نیز حالت استثنا داشته و با مورد بحث قابل قیاس نیست.

۲-۵. نظریه قابلیت ارجاع دعاوی به داوری به صورت مشروط

مطابق این نظر، در اصل ۱۳۹ قانون اساسی، برای ارجاع دعاوی مربوط به اموال دولتی و دارائی‌های عمومی به داوری، محدودیت و مشروطیت پیش‌بینی شده نه ممنوعیت. یعنی قانون‌گذار ارجاع این دسته از دعاوی را به داوری و نیز صلح آنها را منوط به تصویب هیأت وزیران و تحت شرایطی، اجازه مجلس کرده است. ضمانت اجرای تخلف از این شرط، مانند دیگر اعمال حقوقی که اعتبار آنها فرع بر تحصیل اجازه از شخص یا مرجع ذیصلاح باشد، عدم نفوذ است.

از دید تحلیلی، منشاء این محدودیت، منافع ملی و نظم عمومی است. یعنی مشروطیت ارجاع دعاوی موضوع اصل ۱۳۹ به داوری، مبتنی بر یک قاعده از قواعد نظم عمومی اقتصادی

کشور است که هدف آن حفظ اموال عمومی و دولتی و تأمین مصالح مالی ملی است و عدم رعایت آن موجب عدم نفوذ قرارداد داوری و صلح دعواست. (۲۲)

هرچند مخالفت قرارداد با نظم عمومی و منافع ملی از دید مرجع قضایی داخلی و داور ایرانی، همواره منشاء اثر است، اما به دلیل تفاوت مفهوم نظم عمومی داخلی و بین‌المللی، ممکن است داور بین‌المللی، محدودیت یا ممنوعیت مقرر در قوانین داخلی را در بستر بین‌المللی، غیر قابل اجرا بداند. (۲۳)

هرچند نظریه عدم نفوذ، مستند به نص قانونی نیست و پذیرش آن از لحاظ تحلیل حقوقی و قواعد عمومی قراردادها دشوار است، اما، با مصالح، انطباق بیشتری دارد.

۳. تصویب قانون عادی

همچنانکه در اصل ۱۳۹ قانون اساسی پیش‌بینی شده، « 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». عدم پیش‌بینی موارد مهم در قانون عادی یا اساسی ممکن است ابهاماتی را موجب شود. با این حال، از نظر اصل مذکور، هر دعوی که به طرفیت خارجی باشد، مهم قلمداد می‌شود.

بی‌تردید یکی از ظرفیت‌های این اصل، توسل به قوانین عادی است که به موجب قانون مذکور، تصویب آنها تکلیف شده است؛ چرا که می‌توان در تصویب این قوانین، از اندیشه نخبگان و متخصصان استفاده و تدابیری به منظور تأمین مقتضیات زمان اتخاذ کرد.

نمونه بارز قوانین عادی، قوانین موافقت‌نامه‌های دوجانبه تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری، میان دولت ایران و دیگر دولتهاست. در این موافقت‌نامه‌ها، قسمتی از موضوع مورد نظر یعنی حل اختلافات دولت با دیگران، پیش‌بینی شده که در ادامه تحلیل می‌شود.

۴. موافقت‌نامه‌های دوجانبه حمایت سرمایه‌گذاری خارجی و اصل ۱۳۹

عبارت «داوری» مذکور در این ماده و اصل ۱۳۹ قانون اساسی، ظاهراً، با « داوری» پیش‌بینی شده در قوانین عادی^۱ منطبق است، اما عبارت « صلح دعاوی» عیناً در قوانین موافقت‌نامه‌های دوجانبه نیامده است. در عین حال، همچنانکه در موافقت‌نامه‌های دوجانبه ملاحظه می‌شود، یافتن راه حل «دوستانه» برای اختلافات، مقدم بر داوری است. ممکن است در این راه حل‌های دوستانه، «سازش» و «مصالحه» ضرورت یابد که در این صورت، «صلح در دعوا» مصداق پیدا می‌کند. با توجه صراحت اصل ۱۳۹ قانون اساسی، به نظر نمی‌رسد در فرضی که صرفاً «سازش»، یا «مذاکره» برای حل اختلاف مطرح است، طی مراحل پیش‌بینی شده در اصل مذکور ضروری باشد. بنابراین، در صورتی که اختلاف صرف در میان نباشد و موضوع بنا به اوصافی که بیان شد به دعوا تبدیل شده، نزد مرجعی صالح در حال رسیدگی باشد، یا انعقاد قرارداد «صلح در دعوا» ضرورت یابد، طی تشریفات مذکور، لازم است و در غیر این صورت، صرف اختلاف نظر، پیش از آنکه وصف دعوا به خود بگیرد، خارج از شمول این اصل می‌باشد. نکته قابل ذکر اینکه، نظرات پیش‌گفته، در خصوص ارجاع کلی دعاوی دولتی با طرف خارجی به داوری هستند و در این تحلیل‌ها شرایط خاص قوانین موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری که در آنها امکان ارجاع دعاوی به داوری به تصویب مجلس رسیده، لحاظ نشده است. در مقام اجرای قوانین موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری راجع به حل‌وفصل اختلافات و جمع آن با مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی، پرسش زیر مطرح است:

«در مواردی که میان دولت ایران و دولت متبوع سرمایه‌گذار، اختلافات و دعاوی بروز کند و میان دو دولت، موافقت دوجانبه موجود باشد، آیا در اجرای اصل ۱۳۹، باز هم تصویب ارجاع امر به داوری توسط مجلس ضروری است؛ در حالی که به موجب قانون موافقت‌نامه‌های دوجانبه، به طور کلی ارجاع اختلافات فیما بین به داوری مورد تصویب مجلس قرار گرفته است؟»

۱. مانند قانون آیین دادرسی مدنی (مواد ۴۵۴ به بعد)، قانون داوری تجاری بین‌المللی و قوانین موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی ایران و دیگر دولت‌ها.

در پاسخ به این پرسش، ۳ تحلیل با نتایج کاملاً متفاوت از حیث منافع ملی و جلب سرمایه‌گذاری خارجی قابل ارائه است:

تحلیل نخست: به موجب اصل ۱۳۹ قانون اساسی، رجوع به داوری در دعاوی اموال دولتی و عمومی علیه طرف خارجی، ضرورتاً منوط به تصویب مجلس است، اما با توجه به اینکه در قوانین موافقت‌نامه‌های دوجانبه تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری میان دولت ایران و دیگر دولت‌ها، صراحتاً ارجاع اختلافات به داوری پیش‌بینی نشده و این پیش‌بینی به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است، الزام مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی با تصویب قانون موافقت‌نامه‌های دوجانبه محقق است و برای ارجاع دعاوی فی‌مابین به داوری، تصویب مجدد مجلس شورای اسلامی مصداق تحصیل حاصل بوده و ضرورتی ندارد.

در تأیید این پاسخ، می‌توان به نظریه شورای نگهبان به شماره ۶۰۲۵ مورخ ۱۳۶۵/۴/۱۸ که در مورد مشابه ارائه شده نیز استناد جست. به موجب این نظریه:

«نظر به اینکه در مورد شمول اصل ۱۳۹ نسبت به قرارداد مورد سؤال، شورای نگهبان به نظری تفسیری نرسیده، ارجاع به داوری از طرف دولت، بدون کسب مجوز از مجلس شورای اسلامی، با قانون اساسی مغایرت ندارد.» (۲۴)

این نظریه، در خصوص قوانین موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری الزام‌آور نیست، اما بنا به وحدت ملاک آنها و اینکه اگر ضرورت تصویب مجلس برای داوری وجود داشت، شورای نگهبان این قوانین را مغایر قانون اساسی می‌شناخت، تأیید آنها به منزله تأیید عدم ضرورت تصویب مجلس برای ارجاع دعاوی مربوطه به داوری است.

تحلیل دوم: هرچند در قوانین موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری فی‌مابین دولت ایران و دیگر دولت‌ها، ارجاع اختلافات آتی فی‌مابین سرمایه‌گذار و دولت متعاقد به داوری صراحتاً پیش‌بینی می‌شود، اما این پیش‌بینی زمانی صورت گرفته که اختلاف مطرح نبوده و به تبع آن، ارزش اختلاف و اهمیت آن و تأثیراتی که در نتیجه داوری و رسیدگی بر منافع ملی خواهد گذارد، روشن نیست. حال آنکه فلسفه وضع اصل ۱۳۹ قانون اساسی، نظارت و کنترل قوه مقننه بر داوری‌ها راجع به اموال عمومی و دولتی و جلوگیری از تضییع و تفریط آن و مآلاً حفظ و صیانت از منافع ملی بوده که با تصویب قانون موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری،

امکان تأمین این ملاحظات وجود ندارد و از آنجا که تلقی کفایت تصویب قوانین موافقت‌نامه‌های دوجانبه به دلیل عدم بروز اختلافات در زمان تصویب همانند « ابراء مالم یجب»، عقلاً محال است، فلذا با وجود قوانین مذکور، تصویب موردی ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی، ضرورت خود را از دست نخواهد داد.

تحلیل سوم: بر اساس این تحلیل، باید قوانین موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری را به دو دسته تقسیم کرد. یک دسته، قوانینی هستند که در آنها صراحتاً «تصمیمات دیوان عالی قطعی و برای طرفین لازم‌الاتباع»^۱ توصیف شده است.

دسته دوم، قوانین موافقت‌نامه‌هایی که قانون‌گذار در مقام بیان حل و فصل اختلافات فی‌مابین سرمایه‌گذار و دولت متعاقد، اشاره‌ای به لازم‌الاتباع بودن نتیجه داوری ننموده است. در فروضی که از مصادیق دسته اول می‌باشند، قانون‌گذار با تصریح در قانون موافقت‌نامه دوجانبه به الزام‌آور بودن تصمیم داوری، از حق و اختیار نظارت و کنترل خود صرف‌نظر کرده است. بنابراین، نه تنها ضرورتی به تصویب مجدد ارجاع به داوری و الزام به نتیجه داوری وجود ندارد، بلکه در صورت اصرار به تصویب ارجاع به داوری، حق مکتسب طرف متقابل، که به اعتماد قانون موافقت‌نامه دوجانبه حاضر به سرمایه‌گذاری در کشور شده است، تضییع خواهد شد.

با توجه به متن اصل ۱۳۹ قانون اساسی که ارجاع دعاوی (موجود) راجع به اموال عمومی و دولتی را در مواردی که طرف اختلاف و دعوی خارجی باشد، موکول به تصویب مجلس نموده است و نظر به اینکه، نظارت و کنترل مذکور هم حق است و هم تکلیف و تکلیف قابلیت اسقاط ندارد و نیز با توجه به اینکه «منافع و مصالح کشور» اقتضا می‌کند که نظارت و کنترل مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی بر تک‌تک دعاوی موصوف که به داوری ارجاع می‌شوند، اعمال گردد، به نظر می‌رسد بدون تفکیک میان موارد قوانین موافقت‌نامه‌های دوجانبه، در هر ارجاع به داوری، منوط و موکول به تصویب مجلس باشد.

۱. به موجب بند ۴ ماده ۸ قانون موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت جمهوری اوکراین؛ «تصمیمات دیوان داوری قطعی و برای طرفین اختلاف لازم‌الاتباع خواهد بود».

اشاره و تصریح به ضرورت «رعایت مقررات و قوانین طرف متعاقد سرمایه‌پذیر» برای ارجاع دعاوی به داوری که در برخی قوانین موافقت‌نامه‌های دوجانبه سرمایه‌گذاری دیده می‌شود، مؤید این نظریه است.^۱

در موردی که مشمول دسته دوم یعنی عدم تصریح و التزام طرفین به نتیجه داوری است، حکم اصل ۱۳۹ قانون اساسی لازم‌الاتباع بوده و تصویب مجلس شورای اسلامی برای صحت و اعتبار ارجاع به داوری، شرط است.

میان معیارهای مندرج در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی، تفاوت چشم‌گیری ملاحظه می‌شود (۲۵). این تفاوت در معیارها و میزان حمایت دوجانبه سرمایه‌گذاری اتفاقی نیست، زیرا بسته به اینکه کشور طرف معاهده سرمایه‌گذار باشد یا سرمایه‌پذیر و اینکه تا چه حد حمایت دولت مقابل از تبعه خود و اعمال حقوق و وظائف ناشی از جانشینی دولت^۲ می‌تواند منافع ملی را تحت تأثیر قرار دهد، معیارها متفاوتی در معاهدات مذکور درج می‌شود. برای نمونه، در تاریخ ۱۳۸۱/۱۰/۲۲، قانون موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری، بین دولت ایران و دولت سوریه تصویب شد و در تاریخ ۱۳۸۲/۲/۲۳، قانون موافقت‌نامه مذکور میان ایران و ایتالیا به تصویب رسید. حال باید دید آیا معیارها، حمایت‌ها و ملاحظاتی که در قانون موافقت‌نامه میان ایران و سوریه پیش‌بینی شده است، می‌تواند با آنچه در قانون موافقت‌نامه ایران و ایتالیا آمده، یکسان باشد؟ ایتالیا نسبت به کشورمان سرمایه‌فرست است، در حالی که سوریه نسبت به ایران، سرمایه‌پذیر می‌باشد. سطح روابط سیاسی ایران و سوریه با روابط ایران و ایتالیا متفاوت است. این تفاوت‌ها که در نوع و سنخ ارتباط کشورمان با این دو کشور وجود دارد، ملاحظات متفاوت و اقتضانات ناهمگونی در روابط با این دو کشور می‌طلبد.

۱. تصریح به ضرورت رعایت قوانین و مقررات دیگر برای ارجاع اختلاف سرمایه‌گذار و طرف متعاقد به داوری در بند ۲ ماده ۸ قانون موافقت‌نامه تشویق و حمایت متقابل از سرمایه‌گذاری بین دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت ایتالیا نمونه‌ای از اشاره به لزوم رعایت حکم اصل ۱۳۹ قانون اساسی است.

2.subrogation(En,Fa)

با وجود تشویق و تلاش برای جذب سرمایه‌گذاری خارجی که در راستای مصلحت «رونق و توسعه اقتصادی» کشور است، نباید از مصلحت دیگر که عبارت از «حفظ و صیانت از منافع ملی» است، غافل شد. اصل ۱۳۹ قانون اساسی در این راستا تنظیم شده و به موجب آن، ارجاع دعاوی مربوط به اموال عمومی و دارائی‌های دولت با اطلاع هیأت دولت و تصویب مجلس شورای اسلامی امکان‌پذیر است. حال با تصویب قوانین موافقت‌نامه‌های دوجانبه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری خارجی، نظراتی مطرح شد که مورد بررسی قرار گرفت و نظر ضرورت تصویب مجلس مطابق اصل پیش‌گفته ترجیح داده شد.

اشتیاق به توسعه و نیاز به پیشرفت اقتصادی ارزشمند است، اما منافع ملی ارزشمندتر از آن است که بتوان به بهانه این اشتیاق آن را نادیده گرفت.

نتیجه‌گیری

هرگاه صلح دعاوی در موارد مهم راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع آن به داوری با یک طرف ایرانی مطرح باشد، به صراحت اصل ۱۳۹ قانون اساسی، افزون بر تصویب هیأت وزیران، باید به تصویب مجلس نیز برسد. اصل یادشده، تعیین موارد مهم را به قانون عادی واگذارده است. با وجود این، تا کنون قانونی در این مورد تصویب نشده تا موارد مهم را مشخص کند.

حکمتی که قانون‌گذار اساسی را به تدوین اصل موصوف برانگیخته، این است که، بدون نظارت و اطلاع قوای مقننه و مجریه، سرنوشت اموال و دارایی‌های دولتی و عمومی در اختیار اشخاص قرار نگیرد.

چنانکه گذشت، اجرای این اصل در قالب‌های تجارت جهانی، مانند سازمان تجارت جهانی، معاهده منشور انرژی، مقررات بانک جهانی برای حل اختلافات سرمایه‌گذاری خارجی و نیز نهادهای حقوق بین‌الملل مانند مقررات آنسیترال، شائبه ناسازگاری را به دنبال دارد که این مسأله، پیشرفت اقتصادی کشور را به چالش می‌کشد.

مطابق ماده ۲۶ قانون داوری تجاری بین‌المللی، دولت ایران همانند هر دولتی می‌تواند از حق شرط یا حق تحفظ استفاده کند، اما این روش جنبه استثنائی و ثانویه دارد و ارائه راهکار پایدار، مناسب‌تر به نظر می‌رسد.

راهکار برون‌رفت از این چالش، در شناسایی ظرفیت‌های نهفته و معطل مانده اصل ۱۳۹ قانون اساسی است.

بی‌تردید یکی از روش‌های کشف ظرفیت‌های این اصل، توسل به قوانین عادی است که به موجب قانون مذکور، تصویب آنها تکلیف شده است؛ چرا که می‌توان در تصویب این قوانین، از اندیشه نخبگان و متخصصان فن استفاده نمود و تدابیری به منظور تأمین مقتضیات زمان اتخاذ کرد.

در این مورد و تمام مواردی که قانون اساسی، تبیین موضوع را به قانون عادی واگذارده، تأخیر و تعلل در تصویب قانون عادی نه فقط موجب تداوم ابهام و خلاء قانونی می‌شود، بلکه به تحدید ظرفیت‌های قانون اساسی نیز خواهد انجامید. نمونه بارز قوانین عادی، قوانین موافقت‌نامه‌های دوجانبه تشویق و حمایت سرمایه‌گذاری میان دولت ایران و دیگر دولت‌هاست. از دیگر طرق استخراج ظرفیت‌های این اصل، توسل به تحلیل‌های حقوق و دکتربین است. دکتربین حقوقی، برآمده از اندیشه نخبگان و متخصصان است. آنها با لحاظ ضروریات زمان و با اشراف به موازین حقوقی و انواع روش تفسیر قانون، تا حدی که قالب‌های تحلیل حقوقی اجازه دهد، قانون را در راستای رفع نیازهای جامعه و تأمین مقتضیات زمان تفسیر می‌کنند.

ملاحظه گردید که دست کم، پنج نظریه پیرامون این اصل ارائه شده و هر یک از این نظرات چهره‌ای از این اصل را ارائه می‌نماید. با وجود این، نظریه تفسیر مضیق ترجیحاتی داشت. در این نظریه، حکم «صلح دعوا» از «سازش» و «دعوا» از «اختلاف» جدا شده و دو مورد اول مشمول حکم اصل و دو مورد دوم از شمول اصل خارج شدند.

یادداشت‌ها

۱. هاشمی، سید محمد، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، تهران، نشر دادگستر، چ پنجم، ج دوم، ۱۳۸۰ص. ۱۹۰
۲. هوشنگ مهدوی، عبدالرضا، *تاریخ روابط خارجی ایران از ابتدای دوران صفویه تا پایان جنگ جهانی دوم*، تهران، انتشارات امیر کبیر، چاپ سوم، ۱۳۶۴، ص ۳۲۷.
۳. هاشمی، سید محمد، همان، صص ۳۶۸ و ۳۶۹
۴. آیین نامه اجرایی ماده ۲۱ قانون برنامه سوم توسعه مصوب ۱۳۷۹/۱۰/۴ هیات وزیران
۵. هاشمی، سید محمد، *حقوق اساسی جمهوری اسلامی ایران*، نشر دادگستر، چ پنجم، ج دوم، ۱۳۸۰ص. ۳۲۵
۶. بنا به نظریه نمایندگی، دولت در پیگیری دعوی مربوط به اموال دولتی، به وکیل تشبیه شده که هر اقدامش با اذن موکل نفوذ حقوقی دارد. فرهاد امام، *مجموعه مقررات نحوه عملکرد شرکتهای فراملی*، رساله کارشناسی ارشد-حقوق خصوصی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۱۳۷۰-۷۱ص ۳۲۶.
۷. احمدی و استانی، عبدالغنی، «شرح بیانیة الجزایر حل و فصل دعاوی ایران و امریکا»، *دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران*، ۱۳۷۹، تهران، شماره ۲۵ ت زیرنویس ص ۳۱
۸. هاشمی، سید محمد، پیشین، ص ۱۹۰.
۹. علیدوستی، ناصر، «جنبه‌های حقوقی - امنیتی قراردادهای بیع متقابل نفتی»، *فصلنامه مطالعات راهبردی*، سال نهم، تهران، پاییز ۱۳۸۵، ش. سوم، ص. ۵۶۹
10. Centre international pour le règlement des conflits d'investissement (Fr) International Center for Settlement of investment Disputes (En). (ICSID)
۱۱. اشمیتوف، کلاویوم، «حقوق تجارت بین‌الملل»، ترجمه زیر نظر بهروز اخلاقی، *سازمان مطالعات و تدوین کتب علوم انسانی دانشگاهها (سمت)*، تهران، ۱۳۷۸، چاپ اول، جلد دوم، صص ۱۰۳۸ و ۱۰۳۹
۱۲. جنیدی، لعیا، *قانون حاکم در داوریهای تجاری بین‌المللی*، تهران، نشر دادگستر چاپ اول، ۱۳۷۶، ص ۷۶
۱۳. احمدی و استانی، عبدالغنی، «شرح بیانیة الجزایر؛ حل و فصل دعاوی ایران و امریکا»، *مقاله تحقیقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی*، ش ۲۵ ت صص ۱۶ و ۱۷
۱۴. همان
۱۵. جنیدی، لعیا، همان، صص ۸۰ و ۸۱

۱۶. همان.
۱۷. شهابی، مصطفی، *داوری در قانون اساسی*، انتشارات کمیته ایرانی اتاق بازرگانی بین‌المللی، ۱۳۷۹، صص ۱۵-۱۶ به نقل از جنیدی، لعیا، همان صص ۸۱-۸۲
۱۸. شمس، عبدالله، *آیین دادرسی مدنی*، ج ۲، انتشارات دراک، چاپ ششم، ۱۳۸۳، ص ۱۳، ش ۹.
19. Klaus Peter Berger, "Private dispute resolution in international business negotiation mediation arbitration", volume II, hand book .keluwer law international the Hague 2006 p.18
۲۰. امام، فرهاد، «مجموعه مقررات نحوه عملکرد شرکتهای فرا ملی»، *رساله کارشناسی ارشد حقوق خصوصی*، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، سال تحصیلی ۷۱-۱۳۷۰ صص ۳۲۳.
۲۱. اسکینی، ربیعا، «اختیار دولتها و سازمانهای دولتی در مراجعه به داوری تجاری بین‌المللی»، *نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران*، شماره ۲۵، سال ۱۳۶۹، صص ۱۸۷-۱۸۸
۲۲. جنیدی، لعیا، همان، ص ۹۴
۲۳. برای دیدن تفاوت مفهوم *نظم عمومی داخلی و بین‌المللی* رجوع کنید به، «تعارض قوانین» الماسی، نجادعلی، تهران، مرکز نشر دانشگاهی چاپ اول، سال ۱۳۶۸، صص ۱-۱۳۰
۲۴. *مجموعه نظریات شورای نگهبان*، ج ۲، ص ۹۰۷. به نقل از امام، فرهاد، *حقوق سرمایه‌گذاری خارجی در ایران*، نشر یلدا، ۱۳۷۳، ص ۳۳۱
۲۵. برای دیدن اهمیت تفاوت در معیارهای به کار رفته در معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری خارجی رک. سونا، راجا، همان، ص ۲۵۴.