



University of Tehran Press

### Article 139 of the Constitution of the I.R. of Iran in light of International Arbitral Decisions and Iran's Reservations to Investment Treaties

Seyed Jamal Seifi<sup>1</sup>

1. Associate Professor, Department of International Law, Faculty of Law, Shahid Beheshti University, Tehran, Iran; Arbitrator, Iran-United States Claims Tribunal.  
Email: [sj-seifi@sbu.ac.ir](mailto:sj-seifi@sbu.ac.ir), [sjs.seifi@gmail.com](mailto:sjs.seifi@gmail.com)

Article Info	Abstract
<p><b>Article Type:</b> Research Article</p> <p><b>Pages:</b> 1-32</p> <p><b>Received:</b> 2022/06/08</p> <p><b>Received in revised form:</b> 2022/06/26</p> <p><b>Accepted:</b> 2022/07/12</p> <p><b>Published online:</b> ----/--/--</p> <p><b>Keywords:</b> <i>Article 139 of the Constitution, Ratification of Treaties, International Arbitration, Reservation in Bilateral Treaties, Foreign Investment, Article 139 Authorization.</i></p>	<p>The idea of protecting the public interest by incorporating specific provisions in private contracts or in international treaties has been accepted in some legal systems. The provision of Article 139 of the Constitution of the I.R. of Iran concerning settlement or arbitration of public or State property is one such requirement. The international arbitration practice of the last forty years indicates, that except in cases where observance of Article 139 is stipulated in the contract, arbitral tribunals have been reluctant to apply its limitations. Explicit or implicit references to the necessity of observing Article 139 of the Constitution in the documents of ratification of bilateral investment treaties are a form of unilateral reservation by one party to the treaty. In the absence of stipulation as to the need for obtaining the authorization of Article 139 in the text of the treaty, the principle of respect for the integrity of the bilateral treaty is applicable. Accordingly, it is feared that the unsuccessful experience of invocation by Iranian public law entities of the objections based on Article 139 in previous international commercial arbitration cases would be repeated in the field of investment arbitration in the future.</p>
<p><b>How To Cite</b></p>	<p>Seifi, Seyed Jamal (2023). Article 139 of the Constitution of the I.R. of Iran in light of International Arbitral Decisions and Iran's Reservations to Investment Treaties. <i>Public Law Studies Quarterly</i>, -- (--), 1-32. DOI: <a href="https://doi.com/10.22059/JPLSQ.2022.344183.3096">https://doi.com/10.22059/JPLSQ.2022.344183.3096</a></p>
<p><b>DOI</b></p>	<p>10.22059/JPLSQ.2022.344183.3096</p>
<p><b>Publisher</b></p>	<p>The University of Tehran Press. </p>



## اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در آئینه آرای داوری بین‌المللی و تحفظ‌های ایران در معاهدات سرمایه‌گذاری

سید جمال سیفی<sup>✉</sup>

۱. دانشیار گروه حقوق بین‌الملل، دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، تهران، ایران؛ داور دیوان دعاوی ایران-ایالات متحده.

رایانامه: [sjs.seifi@gmail.com](mailto:sjs.seifi@gmail.com), [sj-seifi@sbu.ac.ir](mailto:sj-seifi@sbu.ac.ir)

اطلاعات مقاله	چکیده
<b>نوع مقاله:</b> پژوهشی	اندیشه حمایت از منافع عمومی با درج مقررات خاص در قراردادهای خصوصی یا معاهدات بین‌المللی در برخی نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است. مقررات راجع به صدور مجوز در اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع این دعاوی به داوری از این قسم است. رویه داوری بین‌المللی چهل سال اخیر حاکی از آن است که به‌جز در موارد تصریح به رعایت اصل ۱۳۹ در قرارداد، مراجع داوری اعتنائی به محدودیت‌های اصل ۱۳۹ نکرده‌اند. اشارات صریح یا ضمنی به لزوم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی در ماده‌واحد اسناد تصویب معاهدات سرمایه‌گذاری دوجانبه نوعی اقدام به تحفظ یکجانبه از سوی یکی از طرفین معاهده است. در غیاب تصریح به ضرورت اخذ مجوز اصل ۱۳۹ در متن معاهده، در معاهدات دوجانبه اصل محترم شمردن تمامیت معاهده مطلقاً حاکمیت دارد. این نگرانی وجود دارد که تجربه ناموفق استناد اشخاص حقوقی عمومی ایرانی به ایرادهای مبتنی بر اصل ۱۳۹ در داوری‌های تجاری بین‌المللی در آینده در حوزه داوری‌های سرمایه‌گذاری نیز تکرار شود. از این‌رو تأملی جامع در این زمینه ضروری به‌نظر می‌رسد.
<b>صفحات:</b> ۱-۳۲	
<b>تاریخ دریافت:</b> ۱۴۰۱/۰۳/۱۸	
<b>تاریخ بازنگری:</b> ۱۴۰۱/۰۴/۰۴	
<b>تاریخ پذیرش:</b> ۱۴۰۱/۰۴/۲۱	
<b>تاریخ انتشار برخط:</b> ---/--/--	
<b>کلیدواژه‌ها:</b> اصل ۱۳۹ قانون اساسی، تصویب معاهدات، داوری بین‌المللی، تحفظ در معاهدات دوجانبه، سرمایه‌گذاری خارجی، مجوز اصل ۱۳۹.	
<b>استناد</b>	سیفی، سید جمال (۱۴۰۲). اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در آئینه آرای داوری بین‌المللی و تحفظ‌های ایران در معاهدات سرمایه‌گذاری. <i>مطالعات حقوق عمومی</i> ، -- (--)، ۱-۳۲.
<b>DOI</b>	DOI: <a href="https://doi.com/10.22059/JPLSQ.2022.344183.3096">https://doi.com/10.22059/JPLSQ.2022.344183.3096</a>
<b>ناشر</b>	مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران.

## ۱. مقدمه

این اندیشه که حمایت از منافع عمومی ایجاب می‌کند که با گنجاندن سازوکارهای ماهوی و شکلی در پاره‌ای از قراردادهای که وجه غالب آنها تأمین منافع عمومی و ارائه خدمات عمومی است، حمایت ویژه‌ای از طرف عمومی تعبیه شود، در برخی از نظام‌های حقوقی امری پذیرفته شده است. چنانکه در نظام حقوقی فرانسه به تصریح ماده ۲۰۶۰ قانون مدنی ارجاع اختلافات ناشی از قراردادهایی که با دولت و اشخاص عمومی منعقد شده‌اند، به داوری ممنوع است. در عین حال، در سال ۱۹۶۶ در قضیه گالاکیس دیوان عالی فرانسه با تأیید رأی دادگاه پژوهش اعلام کرد که ممنوعیت مزبور در خصوص قراردادهای بین‌المللی جاری نخواهد بود (Hanotiau, 1998: 758-789). اگرچه باید افزود به دلیل وجود نظام ویژه حاکم بر قراردادهای اداری در حقوق فرانسه، تحولات بعدی رویه قضایی این کشور به ایجاد ابهام در خصوص میزان تأثیر رأی گالاکیس بر قراردادهای اداری منعقد با شرکت‌های خارجی منجر شد. چنانکه به موجب رأی صادره توسط شورای دولتی در قضیه والت دیسنی در سال ۱۹۸۶، اعلام شد که دولت و اشخاص عمومی در خصوص قبول تعهد مبنی بر ارجاع به داوری در قراردادهای اداری تابع نظم حقوقی داخلی‌اند و از این رو نمی‌توانند پیش از حدوث اختلاف با درج شرط داوری در قرارداد متعهد به ارجاع به داوری شوند. در نتیجه و در پرتو این تفسیر مضیق از ماده ۲۰۶۰ قانون مدنی، ارجاع اختلاف به داوری برای اشخاص عمومی در قراردادهای اداری منعقد با شرکت‌های خارجی تنها پس از ایجاد اختلاف امکان‌پذیر می‌بود. در پی این امر، پارلمان فرانسه ناچار به مداخله در جهت رفع ابهام شد؛ با وضع قانونی در سال ۱۹۸۶ صریحاً دولت و اشخاص عمومی را مجاز دانست که در قراردادهای اداری منعقد با شرکت‌های خارجی، اقدام به گنجاندن شرط داوری کنند (Poudret & Besson, 2007: 185-186). در نظام حقوقی بلژیک نیز تا پیش از اصلاحات سال ۱۹۹۸ در جهت تعدیل ممنوعیت، بند ۲ ماده ۱۶۷۶ قانون مدنی این کشور اشخاص حقوقی عمومی را از انعقاد قرارداد داوری منع می‌کرد. اگرچه همان مقرر حاوی استثنایی در خصوص معاهدات بین‌المللی بود و اشخاص حقوقی عمومی را مجاز به پذیرفتن تعهد ارجاع به داوری ناشی از معاهدات بین‌المللی می‌دانست (Paulsson, 2013: 238).

به عنوان یک مصداق از وضع ممنوعیت قانونی در خصوص ارجاع به داوری در حقوق ایران با هدف حمایت از قراردادهایی که وجه غالب آنها تأمین منافع عمومی است، باید به مستثنا کردن ارجاع اختلافات ناشی از قراردادهایی که حاوی شرط رسیدگی در محاکم صالحه ایران بودند، از صلاحیت دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده اشاره کنیم؛ قراردادهایی که اغلب با دولت ایران و شرکت‌ها و مؤسسات دولتی ایرانی منعقد شده بودند. به همین دلیل، لایحه قانونی در خصوص حل و فصل اختلافات مالی و

حقوقی دولت جمهوری اسلامی ایران با دولت آمریکا، مصوب ۲۴ دی ۱۳۵۹، علاوه بر مجاز شمردن دولت در خصوص حل و فصل اختلافات موضوع بیانیه‌های الجزایر از طریق داوری، حاوی تبصره‌ای بود که مقرر می‌کرد: «در مورد اختلافاتی که رسیدگی در محاکم صالحه ایران در قرارداد مربوطه پیش‌بینی شده است از شمول این ماده واحد مستثنا خواهد بود» (اسناد بیانیه الجزایر، ۱۳۶۳: ۲۳۹). شرح تفصیلی رویه دیوان داوری در تفسیر این مقرر خارج از حوصله پژوهش حاضر است و باید در جای دیگر بررسی شود (Stein, 1984: 44-52).

اما فارغ از مصداق ذکر شده، در حقوق ایران محدودیت کلی از حیث صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع این دعاوی به داوری مربوط است به لزوم تصویب هیأت وزیران یا مجلس شورای اسلامی بر حسب مورد و با در نظر گرفتن داخلی یا خارجی بودن دعوا و همچنین در پرتو میزان اهمیت دعاوی داخلی. در این زمینه، اصل ۱۳۹ قانون اساسی 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». متعاقباً با تصویب قانون آیین دادرسی دادگاه‌های عمومی و انقلاب در سال ۱۳۷۹، مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی در ماده ۴۵۷ قانون مذکور تکرار شد.<sup>۱</sup> همچنین تبصره ذیل ماده ۴۵۸ همین قانون با تصریح به لزوم رعایت اصل ۱۳۹ در خصوص قراردادهای قبلی مقرر می‌دارد: «قراردادهای داوری که قبل از اجرای این قانون تنظیم شده‌اند با رعایت اصل یکصدوسی و نهم (۱۳۹) قانون اساسی تابع مقررات زمان تنظیم می‌باشند».

در هر حال، این مسئله که ماهیت چنین ممنوعیت یا محدودیت‌هایی را باید مرتبط با مقوله اهلیت دانست یا باید آنها را در زمره مباحث داوری پذیری شخصی یا موضوعی قرارداد از مسائلی است که در خصوص آن از سوی نویسندگان حقوقی و دادگاه‌ها نظرهای متفاوتی ابراز شده است. برای نمونه درحالی که در قضیه گالاکیس دیوان عالی فرانسه تصریح کرد که محدودیت ماده ۲۰۶۰ قانون مدنی مرتبط با مقوله اهلیت نیست، چنانکه خواهد آمد، دیوان عالی هلند در قضیه‌ای مرتبط با وزارت دفاع ایران محدودیت مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران را اغلب مقوله‌ای مرتبط با اهلیت دانست. در واقع، به نظر می‌رسد در پرتو محدودیت‌های موجود در قوانین فرانسه و بلژیک در خصوص مراجعه به داوری

۱. ماده ۴۵۷ مقرر می‌دارد: «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.»

توسط اشخاص عمومی، کنوانسیون اروپایی داورى تجارى بين المللى مصوب ۱۹۶۱ نیز با در نظر داشتن این امر در ماده ۲ به صراحت اعلام می‌دارد که «اشخاص حقوقى حقوق عمومى» از حق انعقاد قرارداد داورى معتبر برخوردارند.

با این مقدمه، و با عنایت به این مسئله که به رغم غنی بودن ادبیات حقوقی به زبان فارسی در خصوص استناد به اصل ۱۳۹ در داورى‌هاى بين المللى، این خطر وجود دارد که تجربه ناموفق استناد اشخاص حقوقى عمومى ایرانی به ایرادهاى مبتنى بر اصل ۱۳۹ در داورى‌هاى تجارى بين المللى در آینده در حوزه داورى‌هاى سرمایه‌گذارى نیز تکرار شود، تأملی جامع در این زمینه ضرورى به نظر می‌رسد. اینک در ابتدا در نهایت اختصار به مرور فلسفه وضع و دامنه شمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی خواهیم پرداخت. سپس تحلیل‌هاى برخى از دیوان‌هاى داورى در مواجهه با ایراد مبتنى بر اصل ۱۳۹ را با تفصیل لازم بررسی می‌کنیم و در انتها، ملاحظاتی در خصوص چگونگی تصویب معاهدات سرمایه‌گذارى توسط ایران از حیث اشاره صریح یا ضمنی در اسناد تصویب به لزوم رعایت اصل ۱۳۹ در خصوص ارجاع به داورى مطرح خواهد شد.

## ۲. فلسفه وضع و دامنه شمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی

### ۱.۲. تاریخچه و فلسفه وضع

سابقه تدوین اصل ۱۳۹ قانون اساسی حاکی از آن است که متنی که در ابتدا جهت تصویب در مجلس خبرگان تحت عنوان «طرح اصل ۱۱۴» به رأی گذاشته شد، صرفاً برای مجلس شأن نظارت اطلاعاتی در نظر گرفته بود و مقرر می‌کرد: «صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی و ارجاع آن به داورى در هر مورد موکول به تصویب هیأت وزیران است. در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به اطلاع مجلس برسد.» فلسفه نظارت اطلاعاتی همان‌گونه که توسط نایب‌رئیس مجلس خبرگان بیان شد آن بود که مجلس مطلع شود تا در صورت لزوم بتواند استیضاح کند» (مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴: ۱۳۰۹). در عین حال، پیش‌نویس ارائه شده با مخالفت برخی از اعضای مجلس خبرگان به دو اعتبار مختلف مواجه شد. یک نظر که متضمن مخالفت شدید بود معتقد بود در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد، داورى باید توسط مؤسسات داخلی انجام گیرد؛ چنانکه برخی نویسندگان در ذیل عنوان «ذهنیت تاریخی منفی ناشی از بعضی آرای داورى غیرعادلانه و بعضاً موهن و نیز عدم بی‌طرفی بعضی داوران و مؤسسات داورى بين المللى» از این مخالفت یاد کرده‌اند (عابدی، ۱۳۸۵: ۱۳۳). در این خصوص، مهندس دانش راد در تبیین اصلاحیه

پیشنهادی خود اظهار کرد: «من معتقدم که در اینجا موضوع داوری را روشن بکنید که در قراردادهای با خارج، داوری به وسیله مؤسسات داخلی کشور انجام بشود و مؤسسات بین‌المللی را منع بکنید برای اینکه مشکلاتی به وجود خواهد آمد چون در گذشته به استناد همین موضوع مشکلاتی داشتیم».

نظر دوم که متضمن انتقاد از نظارت صرفاً اطلاعاتی مجلس بود، در وهله اول خواستار تبدیل نظارت مجلس به نظارت استصوابی بود و در عین حال، با تفکیک قائل شدن میان دعاوی خارجی و داخلی، تصویب مجلس را تنها در خصوص دعاوی خارجی و موارد مهم داخلی ضروری می‌دانست. برای نمونه آقای رحمانی در توضیح پیشنهاد خود بیان کرد: «عرض می‌شود اینکه نوشته شده «در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به اطلاع مجلس برسد»، چه چیز به اطلاع مجلس برسد و چه مرجعی به آن رسیدگی بکند؟ بهتر این است که به اطلاع مجلس برسد و مجلس روی آن تصمیم بگیرد». در همین زمینه برخی محققان با بررسی مشروح مذاکرات مجلس خبرگان متذکر شده‌اند که خبرگان از آنجا که معتقد بودند مجلس در امانتداری سهم بیشتری دارد، برای رفع نگرانی نسبت به عملکرد مسئولان دولتی، تصمیم گرفتند که نظارت اطلاعاتی و استصوابی مجلس را حسب مورد ضروری بشمارند (کاویانی، ۱۳۸۰: ۱۳۳). به ویژه، دکتر آیت که به نظر می‌رسد نقش مهمی در تدوین نهایی اصل ۱۳۹ به صورت فعلی داشت، با ذکر مثالی در مورد دعاوی خارجی ناشی از خریدهای نظامی توالی فاسد دخیل نبودن مجلس در روند تصمیم‌گیری را متذکر و خواهان دخالت و تصویب مجلس شد (مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران، ۱۳۶۴: ۱۳۰۹: ۱۳۰۸).

در نهایت، در پرتو پیشنهادهای اصلاحی که به برخی از مهم‌ترین آنها اشاره شد، متن اصل ۱۳۹ قانون اساسی که در صفحات قبل ذکر شد، به نحوی تدوین شد که تصویب مجلس را در خصوص صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع این دعاوی به داوری به ویژه در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد، ضروری می‌داند.

## ۲.۲. دامنه شمول

با آنکه تحقیق حاضر صرفاً بر داوری بین‌المللی متمرکز است، باید دانست که در رویه قضایی و داوری داخلی و در میان نویسندگان حقوقی به ویژه در این مورد که آیا اموال شرکت‌های دولتی در حیطه شمول اصل ۱۳۹ قرار می‌گیرد یا خیر، اختلاف نظر وجود دارد. از فروعات همین بحث لزوم یا عدم لزوم قائل شدن به تفکیک میان اعمال تصدی و اعمال حاکمیت توسط شرکت‌ها و مؤسسات دولتی به عنوان مبنایی برای تعیین محدوده شمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی است. به عقیده طرفداران قائل شدن به

تفکیک میان «اموال دولت» و «اموال شرکت‌های دولتی» لازمه شخصیت حقوقی مستقل شرکت دولتی به رسمیت شناختن این امر است که شرکت دولتی به‌طور مستقل مالک اموال شرکت بوده و به همین سبب، اموال مذکور در حیطه شمول اصل ۱۳۹ قرار نمی‌گیرند. برای نمونه به عقیده یکی از نویسندگان، «آثار استقلال شخصیت حقوقی «شرکت‌های دولتی» از دیگر نهادهای عمومی به اموال آنها نیز تسری دارد، بنابراین دارایی‌های یک «شرکت دولتی»، «اموال دولتی» یا «اموال عمومی» محسوب نمی‌شود. همچنین اموالی که برای تجارت و یا اعمال تصدی‌گری در اختیار «شرکت‌های دولتی» جهت کسب درآمد و خرید و فروش و یا تولید نیازهای جامعه و فروش آنها قرار می‌گیرد، اموال عمومی یا دولتی تلقی نمی‌شوند، زیرا اگر این اموال در زمره اموال دولتی و عمومی قرار گیرد، مدیران ذی‌ربط حق انجام تجارت با آن اموال را نداشته و اقدام آنها به عنوان دخل و تصرف در اموال دولتی و عمومی تلقی و قابل تعقیب خواهد بود (هندی، ۱۳۸۶: ۸۵).

با این همه، چنانکه خواهد آمد، علاوه بر نظریه شورای نگهبان که به‌نظر می‌رسد با گذر از تعلق اموال به شرکت به عنوان یک شخصیت حقوقی متمایز و با توجه به معیار منشأ سرمایه، اصل ۱۳۹ قانون اساسی را شامل اموال شرکت‌های دولتی نیز می‌داند، رویه قضایی در سطوح عالی نیز به همین نظر متمایل است. در خصوص عدم خروج موضوعی اموال شرکت‌های دولتی از اموال دولتی از حیث قابل اعمال بودن اصل ۱۳۹ قانون اساسی، رأی صادره توسط شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در سال ۱۳۹۲ در دعوی اقامه شده از سوی شرکت جهان پروفیل پارس به طرفیت شرکت اسکوتک استیل تریدینگ به خواسته اعلام عدم اعتبار شرط داوری موضوع ماده ۹ قرارداد مورخ ۸۷/۰۴/۰۴ منعقد شده میان دو شرکت مزبور شایان ذکر است. این رأی در پی موافقت رئیس قوه قضاییه با اعمال ماده ۱۸ اصلاحی قانون تشکیل دادگاه‌های عمومی و انقلاب نسبت به رأی صادره از سوی شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر صادر شد. نتیجه دادنامه معترض‌عنه اولیه رد دعوی شرکت جهان پروفیل به خواسته اعلام عدم اعتبار شرط داوری بود. استدلال شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر آن بود که با عنایت به این مسئله که اموال شرکت‌های دولتی از مصادیق اموال دولت محسوب نمی‌شود، مورد از شمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی خارج است. پس از موافقت ریاست قوه قضاییه با اعمال ماده ۱۸، و با عنایت به این مسئله که یکی از شرکت‌ها (اسکوتک استیل تریدینگ) تابعیت آلمان را دارا بود، شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر به شرح زیر به تبیین استدلال‌های طرفین در خصوص دامنه شمول اصل ۱۳۹ در خصوص اموال شرکت‌های دولتی پرداخت:

عمده ایراد وکلای مستدعی اعاده دادرسی نسبت به رأی اصداری این است که اگرچه شرکت خوانده در کشور آلمان به ثبت رسیده و مرکز اصلی آن همان کشور است، ولی صد در صد سهام شرکت تعلق به

دولت ایران دارد و موضوع تابعیت شرکت منصرف از مالکیت آن است و چون سهام شرکت متعلق به دولت ایران است، لذا دعوی مربوط به اموال دولتی محسوب می‌گردد و در بحث مالکیت دولت بر اموال هیچ‌گونه فرقی بین مؤسسات دولتی و شرکت‌های دولتی نیست و نظر تفسیری شورای نگهبان به شماره ۱۰/ص/۴۱۷۹ مورخ ۲۲/۰۹/۰۷ مؤید این نظر است. لازمه قرار گرفتن شرط داوری در قرارداد تصویب قبلی هیأت وزیران بوده که بدان توجه نشده است. اما در مقابل وکلای خواننده تابعیت را شرط اصلی موضوع دانسته و شرکت موردنظر مستدعی اعاده دادرسی (اسکوتک هلدینگ) را با شرکت خواننده (اسکوتک استیل هلدینگ) دارای دو شخصیت حقوقی متمایز از هم اعلام و اضافه کرده‌اند که مرکز اصلی و اقامتگاه شرکت خواننده شهر دوسلدورف آلمان است و لازمه دولتی بودن ضمن تابعیت، تعلق اموال به دولت است که در خصوص مورد مصداق ندارد و بر حسب اداره ثبت شرکت‌ها هیچ‌گونه سابقه ثبتی در ایران ندارد و اساساً تشکیل شرکت‌های دولتی صرفاً با تصویب مجلس شورای اسلامی مجاز است.

در ادامه، دادگاه در مقدمه استدلال خود در واقع، ملاک منشأ سرمایه را مرجع دانست و متذکر شد «در بحث مالکیت اموال شخصیت حقوقی، کلیه سهامداران مالکین اموال محسوب می‌گردند و تعلق اموال شرکت به غیر سهامداران قابل تصور نیست» و در پرتو نگرش به مالکیت اموال شرکت از این زاویه که در واقع به معنای گذر از تعلق بلاواسطه اموال به شرکت به عنوان یک شخصیت حقوقی متمایز از سهامداران بود، متذکر شد که به‌رغم خارجی بودن شرکت خواننده و ثبت آن در کشور آلمان، مهم‌ترین ملاحظه مرتبط مالکیت صددرصدی سهام توسط دولت ایران است و از همین رو، «در واقعیت امر اموال متعلق به دولت ایران موضوع داوری است و رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی و ماده ۴۵۷ قانون آئین دادرسی مدنی ضرورت دارد» (شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران، دادنامه شماره ۱۵۴۴۰۱۵۴۴۰۲۳۱۵۰۲۳۰۹۹۷۰۹۲). بنابراین، شعبه ۱۵ با پذیرش اعاده دادرسی و نقض دادنامه معترض‌عنه حکم به بی‌اعتباری شرط داوری موضوع ماده ۹ قرارداد منعقدہ میان دو شرکت را صادر کرد.

در خصوص استناد وکلای شرکت جهان پروفیل به نظر تفسیری شورای نگهبان در سال ۱۳۷۲، شایان ذکر است که این نظر (نظریه تفسیری شماره ۵۶۰۶ مورخ ۱۷/۰۹/۱۳۷۲) که در پاسخ به نامه استفساریه وزیر جهاد سازندگی به شماره ۱۰/ص/۴۱۷۹ مورخ ۲۲/۰۹/۰۷ اعلام شد، حاکی از آن بود که «اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی به لحاظ صراحت و وضوح نیازی به تفسیر ندارد و اعضاء شورای نگهبان به اتفاق آرا اصل مذکور را شامل اموال شرکت‌های دولتی نیز می‌دانند». به عقیده برخی



نویسندگان از حیث شکلی (مطابقت کامل با متن اصل ۹۸ قانون اساسی)<sup>۱</sup> نظر تفسیری به مفهوم دقیق کلمه نیست و به همین دلیل یکی از نویسندگان با تعبیر زیر از آن یاد کرده است: «شورای نگهبان در یک نظر غیر تفسیری - اگرچه عملاً اصل ۱۳۹ را تفسیر می‌کند - چنین اعلام کرده است که اصل ۱۳۹، علاوه بر دولت، به‌طور صریح شامل شرکت‌های دولتی نیز می‌شود» (اسکینی، ۱۳۹۰: ۳۸). اگرچه باید افزود همین نویسنده به دلایل مختلف از جمله کنترل اموال شرکت‌های دولتی توسط دیوان محاسبات، در ماهیت با نظر ابراز شده از سوی شورای نگهبان موافق است و ابراز می‌دارد: «اصل ۱۳۹ از مطلق اموال دولتی صحبت می‌کند چه این اموال مستقیماً به دولت تعلق داشته باشند (مثل اموال وزارتخانه‌ها) یا غیرمستقیم (اموال شرکت‌های دولتی)» (اسکینی، ۱۳۹۰: ۴۲). به عنوان یک نمونه دیگر در تأیید همین تفسیر در خصوص شمول اصل ۱۳۹ بدون قائل شدن به تفکیک میان اعمال تصدی و اعمال حاکمیت و یا اموال دولت و اموال شرکت‌های دولتی، می‌توان به رأی صادره توسط شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران در سال ۱۳۸۸ اشاره کرد:

«در ماده ۳ اساسنامه شرکت تصریح گردیده، کلیه سهام شرکت متعلق به دولت می‌باشد ... با توجه به دولتی بودن شرکت مذکور تبعاً اموال و دارایی‌های آن شرکت نیز جزو اموال دولتی است ... در نتیجه ارجاع به داوری در رسیدگی به اختلاف بین شرکت بیمه و بیمه‌گزار در مورد خسارت وارده به مورد بیمه‌نامه شماره ... بدون موافقت هیأت وزیران بر خلاف نص ماده قانونی (ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی) بوده و فاقد اعتبار می‌باشد و ضمانت اجرای تخلف از قاعده امره مذکور بطلان رأی داوری است» (به نقل از اسکینی، ۱۳۹۰: ۴۰). در تأیید رویه مذکور، باید به نظریه اداره حقوقی قوه قضاییه به شماره ۷/۶۱۶۶ مورخ ۷۳/۰۹/۱۵ اشاره کرد که با استناد به نظریه شماره ۵۶۰۶ مورخ ۷۲/۰۹/۱۷ شورای نگهبان، اموال دولتی را اموالی می‌داند که «از بودجه عمومی کل کشور تهیه شده و در اختیار قوای مقننه، قضاییه، شورای نگهبان، وزارتخانه‌ها، مؤسسات و شرکت‌های دولتی می‌باشد» (کریمی و پرتو، ۱۳۹۱: ۱۶۸). علاوه بر این، شایان ذکر است که پژوهشکده شورای نگهبان در انتشار مجموعه قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه نظرات تفسیری شورای نگهبان، از نظریه شماره ۵۶۰۶ با عنوان «نظریه تفسیری شماره ۵۶۰۶ مورخ ۱۳۷۲/۰۹/۱۷ شورای نگهبان در پاسخ به استفسار وزیر جهاد سازندگی نسبت به شمول یا عدم شمول اموال دولتی موضوع اصل ۱۳۹، نسبت به اموال شرکت‌های دولتی» یاد کرده است (فتحی و کوهی، ۱۳۹۷: ۲۵۳).

۱. اصل ۹۸ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «تفسیر قانون اساسی به عهده شورای نگهبان است که با تصویب سه‌چهارم آنان انجام می‌شود.»

در تحولی دیگر، رأی هیأت عمومی دیوان عدالت اداری مبنی بر بطلان موافقت‌نامه داوری بدون اخذ قبلی مجوز اصل ۱۳۹، حتی با قید مشروط بودن آن به اخذ متعاقب مجوز مذکور و یا علی‌رغم صدور متعاقب مجوز از ناحیه مراجع صالح، تفسیر کاملاً متفاوتی از اصل ۱۳۹ قانون اساسی به دست می‌دهد. گفتنی است که به موجب رأی شماره ۱۳۸-۱۳۹ هیأت عمومی دیوان عدالت اداری: «مأموران دولت در زمان انعقاد قرارداد داوری مکلف هستند حسب مورد مصوبه هیأت وزیران یا مصوبه مجلس شورای اسلامی را اخذ کنند. نظر به اینکه مصوبه معترض‌عنه پس از تنظیم قرارداد داوری صادر شده و مفاد اصل ۱۳۹ قانون اساسی در آن رعایت نشده است، خلاف قانون تشخیص داده می‌شود و با استناد به بند ۱ ماده ۱۹ و ماده ۴۲ قانون دیوان عدالت اداری ابطال می‌شود» (هیأت عمومی دیوان عدالت اداری، دادنامه شماره ۱۳۹-۱۳۸ مورخه ۱۳۹۱/۰۳/۲۳).

این تفسیر اصولاً با رویه نهادها و مؤسسات دولتی که حداقل تا زمان صدور رأی مذکور جریان داشته است، متفاوت است، زیرا ضرورتاً اقتضا می‌کند که مجوز اصل ۱۳۹ قبل از انعقاد قرارداد اخذ شود. در غیر این صورت، موافقت‌نامه داوری معتبر نخواهد بود. علاوه بر این، همان‌طور که در زیر بحث خواهد شد، تفسیر مذکور با رویه و رهیافت مجلس و شورای نگهبان در درج تحفظ اصل ۱۳۹ نسبت به شروط داوری در معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی مغایر است. به بیان دیگر، درج تحفظ اصل ۱۳۹ از سوی شورای نگهبان در معاهدات سرمایه‌گذاری خارجی، به منزله این است که شورای مذکور شروط داوری بدون مجوز مندرج در آن معاهدات را باطل نمی‌داند و صدور مجوز متعاقب برای شروط مذکور را تکمیل‌کننده و معطی اعتبار به آنها می‌داند.

### ۳. طبقه‌بندی آرای داوری بین‌المللی در خصوص اصل ۱۳۹ قانون اساسی

#### ۳.۱. تصریح به شرایط اصل ۱۳۹ در شرط داوری

شایان ذکر است که تنها در موارد معدودی از آرای داوری صادرشده در پی طرح ایراد مبتنی بر اصل ۱۳۹ قانون اساسی از سوی خواندگان دولتی ایرانی، با وضعیتی مواجه بوده‌ایم که شرط داوری حاوی اشاره‌ای صریح در خصوص لزوم رعایت اصل ۱۳۹ و تصویب مجلس برای ارجاع به داوری بوده باشد. از همین رو نویسنده در سال ۲۰۰۰ میلادی نگرش کلی خویش در خصوص تجربه ناموفق استناد خواندگان عمدتاً ایرانی به ایراد عدم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی را با تعابیر زیر بیان کرد:

«ایراد مبتنی بر اصل ۱۳۹ جایگاه ویژه‌ای در برخی از پرونده‌های داوری مهم در دو دهه اخیر به خود اختصاص داده است. طرف‌های ایرانی و یا در مواردی غیر ایرانی تلاش کرده‌اند تا با استناد به اصل ۱۳۹ از

تعهد ارجاع به داوری طفره روند؛ هرچند این امر صرفاً در موارد معدودی قرین موفقیت بوده است. دیوان‌های داوری مستقر در اروپا عدم رعایت مفاد اصل ۱۳۹ را مانعی در راه احراز اعتبار قرارداد ارجاع به داوری تلقی نکرده‌اند. به دلایلی مشابه، دیوان‌های داوری بین‌المللی ایراد مبتنی بر عدم رعایت اصل ۱۳۹ را در مواردی که طرف غیر ایرانی درصدد اجتناب از ارجاع به داوری بوده رد کرده‌اند» (Seifi, 2000: 54).

در واقع، به دلیل سکوت شرط داوری در اغلب موارد در خصوص لزوم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی، این روند به ظهور و تثبیت اصل غیرممکن بودن استناد به محدودیت‌های نشأت‌گرفته از قوانین عادی و اساسی داخلی در خصوص ارجاع به داوری توسط اشخاص مشمول حقوق عمومی پس از انعقاد قرارداد داوری در برخی از قوانین ملی همچون قوانین سوئیس و هلند و همچنین گنجاندن این اصل در بسیاری از اسناد بین‌المللی (در حیطه حقوق نرم) منجر شد. برای نمونه بند ۲ ماده ۱۷۷ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس مصوب ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷ مقرر می‌دارد: «یک دولت، یا یک شرکت متعلق به دولت یا یک سازمان تحت کنترل دولت، که طرف یک قرارداد داوری است، نمی‌تواند به قوانین ملی خود استناد نماید تا نسبت به اهلیت خود برای ارجاع به داوری یا داوری‌پذیری اختلاف مشمول قرارداد داوری ایراد وارد نماید». به همین نحو، مؤسسه حقوق بین‌الملل در ۱۲ سپتامبر ۱۹۸۹ با صدور قطعنامه‌ای در خصوص داوری میان دولت‌ها، شرکت‌ها و مؤسسات دولتی و شرکت‌های خارجی به جنبه‌های مختلف این موضوع پرداخت و به ویژه در ماده ۵ اعلام کرد که یک دولت، شرکت یا مؤسسه دولتی مجاز نخواهد بود که به عدم اهلیت خود در ارجاع به داوری استناد کند تا در مقابل اجرای قرارداد داوری که قبلاً بدان متعهد شده است، مقاومت کند (Institut de Droit International (IDI), 1989: Art 5).

در عین حال، در موارد معدودی که اشاره صریح در متن شرط داوری در خصوص لزوم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی وجود داشت، این امر مورد توجه دیوان داوری قرار گرفت. برای نمونه در قرارداد منعقد شده برای تأسیس کارخانه آلومینا وابسته به یکی از وزارتخانه‌های ایران و یک شرکت اروپایی، بند ۱ ماده ۳۵ حاوی شرط داوری بود و همان ماده ابتدا در بند ۷ مقرر کرده بود که «اجرای این ماده (بند ۱ ماده ۳۵) منوط به مقررات ماده (اصل) ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران خواهد بود» و در ادامه، در بند ۸ مقرر می‌کرد: «چنانچه مجلس شورای اسلامی (اسلامی) ایران از اجازه ارجاع اختلاف یا هرگونه عدم توافق خاص یا ادعا به داوری به شرحی که فوقاً اشاره شد امتناع نماید، چنین اختلاف، عدم توافق یا ادعا تحت صلاحیت رسیدگی محکمه ایران قرار خواهد گرفت» (عابدی، ۱۳۸۵: ۱۴۱). در نهایت، پی ارجاع اختلاف به داوری از سوی شرکت خارجی، لایحه‌ای با عنوان «لایحه اجازه ارجاع اختلافات ناشی از قرارداد طرح آلومینا ... با شرکت ... به داوری» از سوی دولت به مجلس ارائه شد که در نهایت،

مجلس با در نظر گرفتن گزارش کمیسیون قضایی با ارجاع دعوا به داوری مخالفت کرد. در نتیجه، دیوان داوری ایراد صلاحیتی به عمل آمده از سوی طرف ایرانی را مورد پذیرش قرار داد و بر وجه تمایز این قضیه از حیث تصریح به لزوم رعایت اصل ۱۳۹ در شرط داوری تأکید کرد: «مع ذلک، قرارداد حاضر کاملاً و به طور مبنایی با قراردادهای موضوع آرای یادشده متفاوت است. در هیچ یک از آنها اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران یا مقررات مشابه آن مثل قرارداد حاضر در شرط داوری ادغام نشده بود (تا اجرای شرط منوط و مقید به رعایت و اجرای اصل مزبور گردد). بنابراین، قضیه حاضر باید از آرای مورد اشاره کاملاً متمایز و تفکیک شود» (عابدی، ۱۳۸۵: ۱۴۳).

حسب اطلاع نویسنده در دعوی داوری بین المللی شرکت تکنو اکسپورت (جمهوری چک) علیه سازمان گسترش و توسعه صنایع ایران، وضعیت مشابهی با قضیه طرح آلمینا وجود داشت. در این قضیه نیز دیوان داوری به دلیل تصریح به ضرورت رعایت اصل ۱۳۹ در شرط داوری و عدم حصول موافقت لازم از ناحیه مراجع صالح، خود را فاقد صلاحیت برای رسیدگی دانست. اینک به بررسی تحلیل های برخی از دیوان های داوری در مواجهه با ایرادهای طرح شده از سوی اشخاص عمومی ایرانی و همچنین خواندگان خارجی مبتنی بر عدم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران خواهیم پرداخت.

### ۲.۳. عدم تصریح به شرایط اصل ۱۳۹ در شرط داوری

#### ۲.۳.۱. دعوی شرکت «الف - آکیتن» علیه شرکت ملی نفت ایران

در رأی داوری صادره در دعوی مطروحه از سوی شرکت فرانسوی «الف - آکیتن» علیه شرکت ملی نفت ایران (Year Book Commercial Arbitration, 1986: 97)، ایراد صلاحیتی شرکت نفت با استناد به محدودیت مؤخر مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی در خصوص قراردادی که در سال ۱۹۶۶ میلادی منعقد شده بود، از سوی داور منفرد، پروفیسور برنارد گمارد، رد شد. به موجب قرارداد اکتشاف نفت و بهره برداری از منابع کشف شده منعقد در سال ۱۹۶۶، شرکت ملی نفت ایران متعهد شده بود تا در صورت کشف منابع نفتی و آغاز بهره برداری تجاری از آنها، بخشی از محصول را به قیمت ترجیحی به سرمایه گذاران فرانسوی که در نهایت شرکت الف - آکیتن جایگزین آنها شد، بفروشد تا از این طریق، دین ناشی از هزینه های اکتشاف و بهره برداری مستهلک گردد. در پی آغاز بهره برداری از دو منبع نفتی کشف شده در دسامبر ۱۹۷۸، و متعاقب ابطال قرارداد توسط شرکت نفت ۱۸ ماه پس از آغاز بهره برداری، خواهان با استناد به شرط داوری مندرج در ماده ۴۱ قرارداد اختلاف را به داوری ارجاع کرد. دلیل ملغی الاثر اعلام کردن قرارداد توسط شرکت نفت آن بود که کمیسیون بررسی قراردادهای نفتی که در

اجرای ماده واحد مصوب شورای انقلاب در تاریخ ۱۳۵۸/۱۰/۱۸ تشکیل شده بود قرارداد مزبور را به دلیل مغایرت با قانون ملی شدن صنعت نفت «کان لم یکن» اعلام کرده بود.

در هر حال، شرکت ملی نفت ایران ضمن طرح ایراد صلاحیتی از تعیین داور منتخب خودداری کرد؛ امری که در نهایت مطابق مفاد شرط داوری به تعیین پروفسور گمارد به عنوان داور منفرد توسط رئیس دیوان عالی دانمارک (به عنوان مقام ناصب) منتهی شد. وی ابتدا با صدور رأی صلاحیتی مورخ ۱۴ ژانویه ۱۹۸۲ ایرادهای صلاحیتی مطرح شده از سوی شرکت نفت را رد کرد. در این خصوص وی در ابتدا متذکر شد که شرط داوری مندرج در ماده ۴۱ قرارداد دیوان داوری را مجاز دانسته که صدور رأی مقید به قانون خاصی نباشد و از جمله، اصول حقوقی عموماً پذیرفته شده حقوق بین الملل را لحاظ کند. پروفسور گمارد در ادامه استدلال خود از جمله با اشاره به جزء سوم از بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری که اصول کلی حقوقی به رسمیت شناخته شده توسط ملل متمدن را در ردیف منابع حقوق احصا کرده، متذکر شد «دولتی که خود اقدام به انعقاد یک قرارداد بین المللی کرده یا به شرکتها و مؤسسات تحت کنترل خود اجازه انعقاد چنین قراردادی داده که به موجب متن قرارداد اصول شناخته شده حقوق بین الملل بر آن حاکم خواهد بود مجاز به تغییر متن قرارداد با توسل به قانونگذاری مؤخر نیست» (Year Book Commercial Arbitration, 1986: 97). داور منفرد در بخش پایانی رأی داوری همچنین به موضوع تأثیر احتمالی اعلام «کان لم یکن» بودن قرارداد ۱۹۶۶ توسط کمیسیون بررسی قراردادهای نفتی بر اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد مذکور پرداخت. در این خصوص، داور منفرد اعلام کرد با عنایت به اصل استقلال شرط داوری، اعلام ملغی الاثر بودن قرارداد اصلی توسط کمیسیون تأثیری بر اعتبار شرط داوری موضوع ماده ۴۱ قرارداد نخواهد داشت.

### ۳.۲.۲. دعوی شرکت فراماتوم علیه سازمان انرژی اتمی ایران

به همین نحو، در رأی داوری صادره در دعوی مطروحه از سوی شرکت فرانسوی فراماتوم علیه سازمان انرژی اتمی ایران، شاهد رد ایراد صلاحیتی مطرح شده توسط سازمان انرژی اتمی با استناد به اصل ۱۳۹ قانون اساسی بودیم (Yearbook Commercial Arbitration, 1983: 94). در قضیه فراماتوم، همانند قضیه قبلی مشکل اصلی در استناد طرف ایرانی به اصل ۱۳۹ آن بود که قرارداد سازمان انرژی اتمی با شرکت فراماتوم قبل از پیروزی انقلاب ایران منعقد شده بود. در عین حال، به رغم طرح ایراد صلاحیتی از جمله به دلیل عدم اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد احداث مرکز اتمی، سازمان انرژی اتمی از تعیین داور منتخب خودداری نکرد و در نهایت، داوران منتخب طرفین پروفسور پیر لالیو را به ریاست دیوان

داوری انتخاب کردند. در تلاشی ناموفق برای فائق آمدن بر این معضل که قرارداد در سال ۱۹۷۷ منعقد شده بود، سازمان انرژی اتمی به این استدلال متوسل شد که با عنایت به این مسئله که در قرارداد تصریح شده که قرارداد تابع قانون ایران خواهد بود، باید بر آن بود که تحولات آتی نظام حقوقی ایران و از جمله اضافه شدن محدودیت مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی جدید ایران در خصوص ارجاع به داور داور نیز بر قرارداد حاکم خواهند بود (Yearbook Commercial Arbitration, 1983: 106). دیوان داور به ریاست پروفسور لالیو از چند منظر به رد ایراد صلاحیتی مطرح شده با استناد به اصل ۱۳۹ پرداخت و توضیحات تکمیلی در این خصوص در مقاله‌ای که متعاقباً توسط ایشان به نگارش درآمد ارائه شد (Lalivie, 1987: 293). دیوان داور در ابتدا متذکر شد که فارغ از این بحث که آیا اصل ۱۳۹ قانون اساسی جدید ایران در خصوص قراردادهای منعقد شده سابق قابل اعمال است یا خیر، مفاد این اصل نه تنها خدشه‌ای به اهلیت دولت و اشخاص تابع حقوق عمومی از حیث صلح دعوا یا ارجاع به داور وارد نمی‌سازد، بلکه در واقع اهلیت آنها را تأیید می‌کند و صرفاً از لزوم تجویز این امر بر حسب مورد توسط شورای وزیران یا مجلس سخن به میان می‌آورد. در ادامه، دیوان داور به موضوع عطف به ما سبق شدن و اصل عدم تأثیر قوانین نسبت به گذشته پرداخت و در خصوص ادعای سازمان انرژی اتمی مبنی بر تسری محدودیت مندرج در اصل ۱۳۹ قانون اساسی جدید به قراردادهای سابق، مهم‌ترین ملاحظه مرتبط را سکوت اصل ۱۳۹ در این زمینه دانست:

«در فقدان تصریح به تأثیر قانون نسبت به گذشته در مقررۀ موردنظر، غیرممکن به نظر می‌رسد که بتوان چنین خصیصه‌ای برای یک متن متعلق به قانون اساسی قائل شد... و به موجب اصول عموماً پذیرفته‌شده حقوق بین‌الملل عمومی که حاکم بر روابط میان دولت‌ها هستند، چنین امری امکان‌پذیر نیست که در فقد تصریح در متن یک قاعده متعلق به قانون اساسی در خصوص قلمرو زمانی اجرای آن قاعده، چنین فرض کرد که قصد قانونگذار ایرانی آن بوده که اعتبار یک تعهد بین‌المللی معتبر مبنی بر ارجاع به داور که توسط یک مؤسسه عمومی ایرانی در گذشته به عمل آمده، مؤخرأً مورد خدشه قرار گیرد» (Year Book Commercial Arbitration, 1983: 107).

در پی این تحلیل، دیوان متذکر شد این به عهده سازمان انرژی اتمی است که در دفاع از ایراد صلاحیتی خود وجود چنین قصدی از سوی قانونگذار ایرانی مبنی بر تأثیر اصل ۱۳۹ نسبت به گذشته و شمول آن در خصوص قراردادهای منعقدۀ قبلی را اثبات کند؛ امری که این سازمان از عهده آن برنیامده است و فراتر از این، اصولاً گامی برای اثبات این امر بر نداشته است. دیوان داور در خاتمه متذکر شد حتی اگر احراز می‌شد که قانونگذار ایرانی بر آن بوده است که اصل ۱۳۹ را عطف به ماسبق کند و شروط

داوری مندرج در قراردادهای سابق را مشمول آن بدانند، باز هم چنین قصدی مؤثر در مقام نمی‌بود و به اعتبار شرط داوری خدشه‌ای وارد نمی‌ساخت، زیرا از هر منظری که به این موضوع نگریسته شود، چه از منظر روابط میان دولت‌ها و چه از منظر روابط بین‌المللی در برگیرنده اشخاص خصوصی، یک اصل کلی و اغلب پذیرفته شده حاکم است که فارغ از هر نامی که بدان اطلاق گردد (نظم عمومی بین‌المللی، اصول کلی حقوق بین‌الملل عمومی، عرف‌های تجاری بین‌المللی و حقوق بازرگانی فراملی)، یک دولت را مجاز نمی‌شمارد که تعهد مبنی بر ارجاع به داوری را که آن دولت یا یک مؤسسه عمومی آن همانند سازمان انرژی اتمی ایران، سابقاً پذیرفته‌اند، متعاقباً فاقد اعتبار بدانند.

شایان ذکر است که در دو نوبت استفسار به‌عمل آمده برای کسب نظر تفسیری شورای نگهبان در این زمینه به نتیجه مطلوب منتهی نشد. ابتدا در سال ۱۳۵۹ در پاسخ به استفسار کلی رئیس کل بانک مرکزی ایران نسبت به امکان ارجاع اختلافات ناشی از قراردادهای منعقد شده بین سازمان‌های دولتی و شرکت‌های خارجی قبل از تصویب قانون اساسی به داوری از حیث شمول اصل ۱۳۹ قانون اساسی جدید، شورای نگهبان از ارائه نظر تفسیری خودداری و صرفاً اعلام کرد: «موضوع در جلسه شورا مطرح و بر حسب نظر اکثریت اعضا، مورد سؤال از موارد تفسیر قانون اساسی نیست و با اصل ۹۸ قانون اساسی ارتباط ندارد» (صالحی، ۱۳۹۶: ۵۲-۵۴). سپس در سال ۱۳۶۵ نخست‌وزیر وقت به‌سبب وجود شرط داوری موضوع ماده ۱۰ قرارداد مورخ ۲۳ فوریه ۱۹۷۵ در خصوص اعطاء وام به مبلغ یک میلیارد دلار به کمیساریای انرژی اتمی فرانسه، و در پرتو خودداری کمیساریا از بازپرداخت اصل وام و بهره‌های متعلقه و ارجاع اختلاف به داوری، از شورای نگهبان درخواست صدور نظریه تفسیری کرد، بدین تفصیل که «با عنایت به اصل ۹۸ قانون اساسی اعلام نظر فرمایند رعایت مقررات اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در خصوص موافقت‌نامه فوق‌الذکر که پیش از پیروزی انقلاب اسلامی در ایران و قبل از تصویب قانون اساسی منعقد گردیده ضرورت دارد یا خیر؟» با این حال، در خصوص مورد شورای نگهبان به نظر تفسیری نرسید و صرفاً نظر اکثریت اعضا به شرح زیر اعلام شد: «بر حسب اطلاق اصل ۱۳۹ قانون اساسی در مورد موافقت‌نامه‌های پیش از پیروزی انقلاب اسلامی هرچند در آنها ارجاع به داوری پیش‌بینی شده باشد، مقررات اصل مذکور باید رعایت شود» (صالحی، ۱۳۹۶: ۶۱-۶۴).

### ۳.۳. رأی دیوان عالی هلند در دعوی وزارت دفاع ایران و شرکت خدمات نظامی بین‌المللی

رأی صادره از سوی دیوان عالی هلند در ۲۸ ژانویه ۲۰۰۵ در تأیید تصمیم دادگاه تجدیدنظر مبنی بر رد ایراد مطرح‌شده از سوی وزارت دفاع ایران در خصوص عدم اعتبار شرط داوری قرارداد خریدهای نظامی

منعقده با شرکت خدمات نظامی بین‌المللی با استناد به اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران، به عنوان یک نمونه دیگر از رویه داوری و قضایی بین‌المللی شایان ذکر است ( NJ 2006/469, Judgment, 28 ) (January 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR3645 (*DIO v. IMS*)). این رأی در که در زمان صدور از نظرها دور مانده بود در یک داوری متعاقب مورد توجه دیوان داوری قرار گرفت. رأی صادره توسط دیوان عالی هلند در خصوص ایراد مبتنی بر اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران به این دلیل مورد توجه دیوان داوری در دعوی «بنکسوئیچ علیه غنا» ( *Bankswitch Ghana (Ltd) v. Ghana, Award of 11* ) (April 2014) قرار گرفت که در دعوی مزبور، ایراد مشابهی از سوی غنا در خصوص اعتبار شرط داوری موجود در قرارداد با استناد به بند ۵ ماده ۱۸۱ قانون اساسی این کشور که تأیید پارلمان این کشور را ضروری می‌داند، مطرح شده بود. در رد این ایراد، دیوان داوری در بخشی از استدلال خود به این مسئله اشاره کرد که دیوان عالی هلند در رأی صادره در سال ۲۰۰۵ در دعوی میان وزارت دفاع ایران و شرکت خدمات نظامی بین‌المللی، با استناد به قاعده معروف لیزاردی<sup>۱</sup> ایراد وزارت دفاع ایران نسبت به اعتبار شرط داوری مندرج در قرارداد را مردود شمرده بود.

دیوان عالی هلند به ایراد مطرح‌شده از سوی وزارت دفاع با استناد به اصل ۱۳۹ قانون اساسی از زاویه ایراد محدودیت اختیار برای قبول تعهد در خصوص ارجاع اختلاف به داوری نگریست که در واقع یکی از مصادیق اعمال شکل مدرن قاعده معروف لیزاردی ( *Bankswitch Ghana (Ltd) v. Ghana, para. 11.90* ) است که بستر آن قاعده را از ایراد عدم اهلیت به ایراد محدودیت اختیار نماینده گسترش می‌دهد. در این خصوص، شایان یادآوری است که بستر اولیه قاعده لیزاردی که به رأی دیوان عالی فرانسه در سال ۱۸۶۱ مبنی بر غیرقابل پذیرش بودن طرح ایراد عدم اهلیت به استناد قانون ملی حاکم بر احوال شخصیه در صورت وجود اهلیت ظاهری مطابق قوانین کشور محل وقوع معامله و عدم اطلاع طرف قرارداد از عدم اهلیت ناشی از اعمال قانون ملی مربوط می‌شود، صرفاً ایراد عدم اهلیت بود. در واقع، قاعده لیزاردی در شکل سنتی آن در ماده ۹۶۲ قانون مدنی ایران نیز منعکس شده است. اما در ادامه سیر تحولات این قاعده، دامنه اعمال قاعده لیزاردی گسترش یافت و علاوه بر حوزه احوال شخصیه، نسبت به محدودیت‌های ادعایی مرتبط با اختیارات نماینده نیز اعمال شد. به همین دلیل قاعده لیزاردی در شکل امروزی خود به قاضی یا داور اجازه می‌دهد که عدم اهلیت یکی از طرفین قرارداد (مطابق قانون حاکم بر احوال شخصیه طرف مزبور) یا فقدان اختیارات نماینده یک طرف را نادیده بگیرد، مشروط به احراز این امر که طرف متعهد متقابل در زمان انعقاد قرارداد از این امر آگاه نبوده و در پرتو قرائن موجود نمی‌توانسته از این عدم اهلیت یا

1. The Lizardi Rule



فقدان اختیار آگاهی حاصل کند (Gaillard & Savage, 1999: 252). همانند بستر اولیه قاعده لیزاردی، مبنای اصلی آنکه حمایت از طرف متعاقد دارای حسن نیت است، در رد ایراد وزارت دفاع ایران در خصوص اعتبار شرط داوری به شرح زیر مورد استناد دیوان عالی هلند قرار گرفت:

«مطابق قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی هلند الف) قوانین کشور محل ثبت یک شخص حقوقی، در خصوص موضوع محدودیت‌های موجود بر اختیارات شخص حقوقی حاکم می‌باشند و ب) هیچ‌گونه محدودیت موجود بر اختیارات شخص حقوقی در قبال طرف قراردادی که از چنین محدودیتی آگاه نبوده و نمی‌توانسته از وجود چنین محدودیتی اطلاع حاصل کند، قابل استناد نخواهد بود. در مبادلات حقوقی بین‌المللی علی‌الاصول طرفی که در مواجهه با اختیار طرف مقابل با حسن نیت عمل کرده مورد حمایت قرار خواهد گرفت» (DIO v. IMS, op. cit. Para. 3.6.2.).

تأکید دیوان عالی هلند بر اصل حسن نیت و لزوم حمایت از طرفی که در قبال طرف مقابل به دلیل عدم اطلاع از محدودیت ادعایی موجود بر محدوده اختیارات طرف مقابل با حسن نیت عمل کرده، صرفاً مصداق جدیدی در جهت افزودن به رویه کاملاً تثبیت‌شده بین‌المللی است. متعاقب این امر، دولت هلند هنگام تهیه متن اصلاحات قانون داوری سال مصوب ۱۹۸۶ این کشور در سال ۲۰۱۳، محتوای استدلال دیوان عالی هلند را در قالب ماده‌ای مستقل برای اضافه شدن به قانون قبلی پیشنهاد کرد. بدین ترتیب در نهایت شکل مدرن قاعده لیزاردی با تأکید ویژه بر جلوگیری از سوء استفاده دولت‌ها و سایر اشخاص حقوق عمومی در استناد به قوانین محدودکننده ملی با هدف خدشه وارد کردن به تعهد ارجاع به داوری در قانون مصوب ۲۰۱۴ گنجانده شد. در پی این امر، بند جدید اضافه‌شده به ماده ۱۰۲۱ مقرر می‌دارد: «در صورتی که یک دولت یا یک شخص حقوقی مشمول حقوق عمومی و یا یک شرکت متعلق به دولت یک طرف قرارداد داوری باشد، چنین موجودیتی مجاز نخواهد بود که با استناد به قوانین و مقررات ملی خود اهلیت یا اختیار خود برای انعقاد قرارداد داوری یا قابلیت ارجاع اختلاف به داوری را مورد خدشه قرار دهد» (Netherlands Arbitration Institute).

### ۳.۴. استناد به اصل ۱۳۹ از ناحیه خواندگان غیر ایرانی

#### ۳.۴.۱. دعوای شرکت ملی نفت ایران و شرکت گت اویل

در سال ۱۹۸۲ مجموعه‌ای از قراردادهای مرتبط میان شرکت ملی نفت ایران و شرکت پانامایی گت اویل جهت خرید و فروش نفت منعقد شد و قانون ایران به عنوان قانون حاکم معین شد. در پی طرح دعوا در دادگاه لندن

توسط شرکت گت اوایل در سال ۱۹۸۷ به ادعای کسر تحویل (عدم تحویل ۴۴ میلیون بشکه نفت توسط شرکت نفت) و در نتیجه، مطالبه ۱۰۸ میلیون دلار از شرکت ملی نفت ایران، با عنایت به این مسئله که ماده ۸ قرارداد فروش نفت حاوی شرط داوری بود، خواننده ایرانی از دادگاه لندن درخواست کرد رسیدگی خود را معلق کند تا اختلاف به داوری ارجاع شود. دادگاه لندن در پرتو این امر که قانون داوری مصوب ۱۹۷۵ انگلستان که کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک را در نظام حقوقی این کشور ادغام کرده در بند ۱ بخش اول (که منعکس کننده بند سوم ماده ۲ کنوانسیون نیویورک است)، از لزوم ترتیب اثر دادن به قرارداد داوری سخن گفته و مقرر می‌دارد در صورت وجود یک قرارداد داوری معتبر دادگاه موظف است رسیدگی خود را معلق کند و طرفین را به داوری ارجاع دهد، رسیدگی خود را معلق کرد. در این مرحله، گت اوایل با استناد به اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران و اینکه مصوبه‌ای جهت ارجاع به داوری از سوی مجلس ایران صادر نشده، از دادگاه درخواست کرد که شرط داوری را فاقد اعتبار و یا غیرقابل اجرا اعلام کند. در پی رد این درخواست و موافقت دادگاه با تعلیق دادرسی، شرکت گت اوایل در مقام پژوهش‌خواهی با تفصیل بیشتری به ایراد مبتنی بر اصل ۱۳۹ پرداخت. مبانی دیگری نیز از سوی گت اوایل در اعتراض به رأی بدوی مطرح شد که پرداختن به آنها از حوصله بحث حاضر خارج است. در هر حال، استدلال گت اوایل در این مرحله به نحوی که توسط لرد بینگهام در رأی دادگاه تجدیدنظر مورخ ۲۲ فوریه ۱۹۹۰ بیان شده است، به شرح زیر است:

«گت اوایل چنین استدلال می‌کند که به موجب قانون ایران قرارداد لازم‌الاجرائی برای ارجاع این اختلاف به داوری وجود ندارد، چراکه تصویب مجلس ایران و احتمالاً شورای وزیران این کشور در هر مورد برای ارجاع اختلاف به داوری ضرورت دارد، و این در حالی است که چنین مصوبه‌ای در تأیید ارجاع به داوری درخواست یا دریافت نشده است، بنابراین قرارداد لازم‌الاجرائی برای ارجاع این اختلاف خاص به داوری وجود ندارد» (Court of Appeal, 1990: WL 10622722, 1-2).

در ادامه، لرد بینگهام در رد ایراد مبتنی بر اصل ۱۳۹ گت اوایل از زاویه‌ای متفاوت به موضوع نگرست و در عین پذیرش این امر که از متن عبارات به کاررفته در اصل ۱۳۹ چنین برمی‌آید که کسب مجوز مجلس ایران توسط مؤسسه عمومی ایرانی برای ارجاع اختلاف به داوری ضرورت دارد، در رد ایراد مبتنی بر اصل ۱۳۹ گت اوایل بیان کرد که بنا به مراتب، این امر بر عهده گت اوایل است که در وهله اول از طرف ایرانی درخواست کند که مراحل کسب موافقت مجلس ایران را در خصوص ارجاع اختلاف به داوری آغاز کند و در نتیجه، مجوز موردنظر اصل ۱۳۹ خدشه‌ای به اعتبار شرط داوری وارد نمی‌آورد (Court of Appeal, 1990: WL 10622722, 1-2). بدین ترتیب دادگاه تجدیدنظر متشکل از لرد بینگهام و لرد تیلر با تأیید رأی بدوی اعلام کرد طرفین مأخوذ به شرط داوری قرارداد هستند.

از سوی دیگر، در پی صدور رأی داوری به موجب یکی دیگر از قراردادهای منعقد شده میان شرکت گت اویل و شرکت ملی نفت ایران در ۱۶ ژوئن ۱۹۸۹ توسط دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی در پاریس، طرح ایراد مبتنی بر اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران توسط گت اویل فرصتی برای دادگاه تجدیدنظر پاریس فراهم آورد تا در رد این ایراد، با توسیع دامنه رأی معروف گالاکیس صادره از دیوان عالی فرانسه در سال ۱۹۶۶ به موجودیت‌های غیر فرانسوی اعلام کند که همان‌گونه که اشخاص حقوق عمومی همچون شرکت ملی نفت ایران نمی‌توانند با استناد به محدودیت‌های ملی داوری پذیرای خدشه‌ای به اعتبار شرط داوری وارد کنند، چنین امکانی برای طرف مقابل نیز وجود نخواهد داشت (International Arbitration Reporter, 7 July 1992: B-1, B-2). یکی از نویسندگان در خصوص این تحول توضیح می‌دهد که مبنای استدلال دادگاه تجدیدنظر پاریس در رد ایراد گت اویل اشاره به این امر بود که نظم عمومی بین‌المللی شرکت ملی نفت ایران را مجاز نمی‌داند تا با انتفاع از مقررات محدودکننده قانون ملی ایرادی به توافق پیشین طرفین در خصوص ارجاع به داوری وارد کند. به همین نحو، با عنایت به این مسئله که نظم عمومی بین‌المللی محدودیت‌ها و شرایط مقرر در نظام داخلی را مؤثر در مقام نمی‌داند، گت اویل نیز به نوبه خود مجاز نیست که ایرادی به اهلیت یا اختیار شرکت نفت با استناد به قوانین ایران وارد کند. بدین ترتیب رأی دادگاه تجدیدنظر در قضیه گت اویل رویه قضایی مرتبط با رأی گالاکیس را به تمامی اشخاص حقوق عمومی اعم از فرانسوی یا خارجی گسترش می‌دهد (Hanotiau, op. cit., p. 759).

### ۳.۴.۲. دعوی وزارت دفاع ایران علیه شرکت وستینگهاوس

در پی انعقاد مجموعه‌ای از قراردادهای مرتبط میان وزارت دفاع ایران و شرکت آمریکایی وستینگهاوس طی سال‌های ۱۹۷۱ تا ۱۹۷۸ میلادی (در مجموع نه قرارداد) برای خرید و نصب سیستم‌های راداری پیشرفته و سایر تجهیزات مربوط به دفاع هوایی، و درج شرط ارجاع به داوری زیر نظر اتاق بازرگانی بین‌المللی در قرارداد شماره یک، وزارت دفاع ایران در ۱۴ اکتبر ۱۹۹۱ اختلاف‌های ناشی از اجرای برخی از قراردادهای نه‌گانه را به داوری ارجاع کرد (ICC Case No 7375/CK, Preliminary Award, 5 June 1996). اگرچه عمده‌ترین ایراد صلاحیتی مطرح‌شده از سوی شرکت وستینگهاوس حول این محور بنا شده بود که با توجه به این امر که تنها قرارداد اول حاوی شرط داوری است دیوان داوری برای رسیدگی به اختلاف‌های ناشی از سایر قراردادها فاقد صلاحیت است، ایراد مبتنی بر اصل ۱۳۹ قانون اساسی نیز به‌عنوان اولین ایراد مطرح شد. به‌ویژه در طرح ایراد مبتنی بر اصل ۱۳۹ وستینگهاوس متذکر شد که مؤسسه‌های عمومی ایرانی و از جمله وزارت دفاع ایران به‌دفعات ایراد عدم تحقق شرایط اصل

۱۳۹۹ را مطرح کرده‌اند. در پاسخ، وزارت دفاع ایران از جمله به بند ۲ ماده ۱۷۷ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس مصوب ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷ به‌عنوان نمونه‌ای از تدوین اصل غیرقابل استناد بودن محدودیت‌های ناشی از حقوق داخلی توسط اشخاص مشمول حقوق عمومی پس از انعقاد قرارداد داوری اشاره کرد. با عنایت به این مسئله که به تصریح مقررۀ مزبور، «یک دولت، یا یک شرکت متعلق به دولت یا یک سازمان تحت کنترل دولت، که طرف یک قرارداد داوری است، نمی‌تواند به قوانین ملی خود استناد کند تا نسبت به اهلیت خود برای ارجاع به داوری یا داوری‌پذیری اختلاف مشمول قرارداد داوری ایراد وارد کند»، استدلال وزارت دفاع آن بود که اصل مشابهی بر طرف مقابل قرارداد داوری نیز حاکم خواهد بود که طرف مقابل را از استناد به محدودیت‌های ناشی از حقوق ملی شخص عمومی منع می‌کند (ICC Case No 7375/CK, Preliminary Award, 5 June 1996, Para 51).

در بررسی ایراد طرح‌شده از سوی وستینگهاوس، دیوان داوری در ابتدا متذکر شد که پس از صدور رأی دادگاه تجدیدنظر پاریس در قضیۀ گت اوپل، در مواردی دیوان‌های داوری با استناد به این رأی ایرادهای طرح‌شده از سوی خواندگان خصوصی در مواجهه با دعاوی اشخاص عمومی ایرانی را رد کرده‌اند. دیوان داوری همچنین به وجود اصلی کلی اشاره کرد که مصادیقی از آن در اسنادی همچون کنوانسیون اروپایی داوری تجاری بین‌المللی مصوب ۱۹۶۱ یا قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس بروز یافته‌اند. دیوان داوری در ادامه در استدلالی مشابه با استدلال دادگاه تجدیدنظر پاریس در قضیۀ گت اوپل، با اشاره به این مسئله که اصل مزبور به‌ویژه در بند ۲ ماده ۱۷۷ قانون حقوق بین‌الملل خصوصی سوئیس تدوین شده است که به موجب آن اشخاص مشمول حقوق عمومی همچون وزارت دفاع ایران مجاز نیستند که متعرض اعتبار شرط داوری شوند، بیان کرد:

«مطابق این مقررۀ، خود خواهان نیز مجاز نیست که در مقام دفاع به فقدان تجویز پارلمانی در خصوص امضای شرط داوری استناد کند. اگر خود خواهان نتواند به اصل ۱۳۹ قانون اساسی استناد کند (در صورت مواجهه با دعاوی طرح‌شده علیه آن از سوی طرفی دیگر همچون خوانده)، دیوان داوری این امر را کاملاً غیرموجه می‌داند که خوانده مجاز باشد در وضعیت برعکس (که در واقع وضعیت حاضر است) به نفع خود به اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران استناد کند و مدعی شود که به موجب این اصل از حمایتی برخوردار است که آشکارا از خواهان دریغ شده بود» (ICC Case No 7375/CK, Preliminary Award, 5 June 1996, Para. 59).

در پرتو استدلال مذکور که چنانکه گفته شد، شبیه به استدلال دادگاه تجدیدنظر پاریس در قضیۀ گت اوپل بود، و با تأکید بر این مسئله که مقررۀ مزبور با هدف تحکیم جایگاه قراردادهای منعقدۀ با دولت‌ها

تدوین شده است تا آنها نتوانند با استناد به قوانین داخلی خود از تعهد ارجاع به داوری طفره برونند، دیوان داوری با رد ایراد شرکت وستینگهاوس اعلام کرد که روند داوری به‌طور صحیح آغاز شده است.

#### ۴. تحفظ‌های ایران نسبت به معاهدات سرمایه‌گذاری بین‌المللی

##### ۱.۴.۱. حالات و مدل‌های مختلف تحفظ

بررسی رویه ایران از حیث تلاش برای گنجانیدن اشاره صریح یا ضمنی در خصوص لزوم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی در روند ارسال اسناد تصویب معاهدات دوجانبه و چندجانبه حمایت از سرمایه‌گذاری را با نگاهی به معاهدات چندجانبه آغاز می‌کنیم. در جریان روند الحاق ایران به موافقت‌نامه تشویق و حمایت از سرمایه‌گذاری بین‌کشورهای عضو اکو منعقد در ۷ جولای ۲۰۰۵، از آنجا که مواد ۹ و ۱۰ موافقت‌نامه مزبور به ترتیب حاوی شرط ارجاع اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری میان هریک از کشورهای عضو و سرمایه‌گذاران تبعه سایر اعضای معاهده و همچنین اختلافات بین‌الدولی در خصوص تفسیر یا اجرای معاهده بودند، به دلیل پیچیدگی‌های مرتبط با چگونگی ملحوظ نظر قرار دادن اصل ۱۳۹، به شرح ذیل در نهایت موضوع به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع شد. بدین توضیح که ماده ۱۷ موافقت‌نامه حمایت از سرمایه‌گذاری اکو تصریح کرده بود که امکان تحفظ در زمان امضا یا تصویب موافقت‌نامه وجود نخواهد داشت. از طرفی، با توجه به اینکه تبصره ۱ متن مصوب مجلس مقرر می‌کرد که «ارجاع اختلافات موضوع مواد ۹ و ۱۰ موافقت‌نامه به داوری توسط دولت جمهوری اسلامی ایران منوط به رعایت قوانین و مقررات مربوط است»، جای تردید وجود نداشت که اشاره ضمنی تبصره ۱ به‌ویژه معطوف به لزوم رعایت اصل ۱۳۹ بود. در نتیجه، در نظریه مورخ ۱۳۸۷/۱۰/۰۷ شورای نگهبان در خصوص اعلام مغایرت متن مصوب مجلس با قانون اساسی با توجه به تصریح ماده ۱۷ آمده بود که «با توجه به مفاد ماده ۱۷ موافقت‌نامه مبنی بر عدم قبول قیود تحدید به هنگام تصویب، شرط مذکور در تبصره ۱ ماده‌واحد، از نظر موافقت‌نامه پذیرفته نیست و از این رو مقررات مربوط به داوری در آن، مغایر اصل ۱۳۹ قانون اساسی شناخته شد». در پی این امر و به دلیل اصرار مجلس بر مصوبه خویش، این مصوبه در اجرای اصل ۱۱۲ قانون اساسی به مجمع تشخیص مصلحت نظام ارجاع شد. در نهایت، مصوبه مجمع مبنی بر تأیید «نظر مجلس شورای اسلامی پس از حذف تبصره یک ۱ ماده‌واحد»، در ۱۳۸۸/۰۹/۲۱ صادر شد. بدین ترتیب در تحلیل نهایی، پیوستن ایران به موافقت‌نامه حمایت از سرمایه‌گذاری اکو بدون هیچ اشاره صریح یا ضمنی در خصوص لزوم رعایت اصل ۱۳۹ صورت پذیرفت و از اطلاق تعهد پذیرفته‌شده توسط دولت ایران مبنی بر ارجاع اختلافات آتی به داوری کاسته نشد.

در جریان روند الحاق ایران به موافقت‌نامه ارتقای حمایت و تضمین سرمایه‌گذاری فیما بین کشورهای عضو سازمان کنفرانس اسلامی، منعقد در تاریخ ۵ ژوئن ۱۹۸۱، بند ۲ ماده‌واحد مصوب مجلس در تاریخ ۱۳۷۳/۰۴/۱۹ مقرر می‌دارد: «در مورد ماده ۱۷ دولت ایران تصمیمات هیأت داورى را قطعی و لازم‌الاجرا شناخته، آنها را به مورد اجرا خواهد نهاد، مشروط بر اینکه: الف) ارجاع به داورى و حکم صادره با قوانین آمره و مقررات موضوعه کشور و نظم عمومی ایران مغایرت نداشته باشد و مقررات شکلی نیز رعایت شده باشد؛ ب) حکم صادره ناظر به انتقال مالکیت به اتباع دول غیر عضو بدون اجازه دولت ایران نباشد». به‌نظر می‌رسد دلیل آنکه عبارات به‌کاررفته در بخش الف) بند ۲ ماده‌واحد با تأکید بر مرحله اجرای رأی داورى تنظیم شده است آن است که در ماده ۱۷ معاهده مزبور با وام گرفتن از متن ماده ۵۴ کنوانسیون ایکسید تأکید خاصی بر مرحله اجرای رأی شده است. شایان ذکر است که بند ۲ ماده ۱۷ معاهده که حاوی شرط ارجاع اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری میان هریک از اطراف متعاهد و سرمایه‌گذاران تبعه سایر اطراف متعاهد به داورى است، در جزء «د» مقرر می‌دارد: «آرای دیوان داورى نهایی و غیرقابل اعتراض بوده، و برای طرفین الزام‌آور، لازم‌الرعایه و لازم‌الاجرا خواهد بود. آراء مزبور از اعتبار و قوت احکام مراجع قضایی برخوردار خواهد بود. اطراف متعاهد موافقت‌نامه، فارغ از اینکه خود طرف دعوا باشند یا نباشند، یا سرمایه‌گذاری که رأی بر علیه وی صادر گردیده یکی اتباع یا شهروندان آنان باشد یا نباشد، مکلف‌اند آرای صادره را در قلمرو خود، به‌مثابه احکام قطعی و لازم‌الاجرای صادره از محاکم ملی خود، به اجرا درآورند».

در خصوص معاهدات دوجانبه حمایت از سرمایه‌گذاری رویه واحدی از حیث گنجانیدن صریح یا ضمنی لزوم رعایت اصل ۱۳۹ در اسناد تصویب وجود ندارد. در برخی از معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری تصویب‌شده در دهه ۱۳۷۰، همانند معاهدات منعقد با ارمنستان (مصوب ۱۳۷۵) و یمن (مصوب ۱۳۷۹)، به‌رغم وجود مقرره‌ای حاوی تعهد به ارجاع اختلافات میان کشور میزبان و سرمایه‌گذاران، ماده‌واحد اسناد تصویب هیچ اشاره صریح یا ضمنی به لزوم رعایت اصل ۱۳۹ ندارد. از سوی دیگر، در مواردی مانند معاهده حمایت از سرمایه‌گذاری منعقد میان ایران و ایتالیا، این امر در متن معاهده مورد توجه قرار گرفته است. چنانکه ماده ۸ معاهده مزبور که به حل و فصل اختلافات میان یک طرف متعاهد و سرمایه‌گذار طرف متعاهد دیگر اختصاص دارد، قبل از احصای امکان ارجاع اختلاف توسط سرمایه‌گذار به داورى، با تصریح به لزوم «رعایت قوانین و مقررات طرف متعاهد سرمایه‌پذیر» که در هر حال باید به‌منزله اشاره ضمنی به ملحوظ نظر قرار دادن اصل ۱۳۹ در خصوص ایران تلقی شود، دامنه رضایت کلی اعلام‌شده از سوی طرف‌های متعاهد را محدود می‌کند. پس از ذکر لزوم تلاش طرفین اختلاف برای حل مسالمت‌آمیز آن در صورت امکان، بند ۲ ماده ۸ مقرر می‌دارد:

«چنانچه این اختلاف ظرف مدت شش ماه از تاریخ درخواست کتبی برای حل اختلاف به گونه‌ای که در بند ۱ این ماده پیش‌بینی شده حل‌وفصل نشود، سرمایه‌گذار مورد بحث می‌تواند به انتخاب خود اختلاف را تسلیم نماید به:

الف) دادگاه طرف متعاقد سرمایه‌پذیر که صلاحیت سرزمینی داشته باشد.

یا با رعایت قوانین و مقررات طرف متعاقد سرمایه‌پذیر به:

ب) دیوان داورى ویژه بر طبق قواعد داورى کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل متحد (آنسیترال). طرف متعاقد سرمایه‌پذیر بدین‌وسیله ارجاع اختلاف به داورى مذکور را قبول می‌نماید.

پ) مرکز بین‌المللی حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری، به‌منظور اجرای آیین داورى بر طبق کنوانسیون واشنگتن مصوب ۱۳۴۳/۱۲/۲۸ هجری شمسی برابر ۱۸ مارس ۱۹۶۵ میلادی در خصوص حل‌وفصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولت‌ها و اتباع دولت‌های دیگر، چنانچه، یا به محض اینکه، هر دو طرف متعاقد به کنوانسیون مزبور ملحق شده باشند.»

نوع سومى از معاهدات سرمایه‌گذاری همانند معاهده منعقد شده میان ایران و آلمان (مصوب ۱۳۸۲/۱۰/۲۳) حاوی مقرره‌ای مبنی بر تعهد مطلق در خصوص ارجاع اختلافات میان کشور میزبان و سرمایه‌گذار بوده و در عین حال، ماده‌واحد سند تصویب حاوی اشاره ضمنی به لزوم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی است؛ چنانکه تبصره ماده‌واحد مقرر می‌دارد: «ارجاع اختلافات موضوع مواد ۱۰ و ۱۱ این موافقت‌نامه به داورى توسط جمهوری اسلامی ایران منوط به رعایت قوانین و مقررات مربوط است». در نهایت، نوع چهارمی از معاهدات سرمایه‌گذاری که منعکس‌کننده رویه اخیر ایران هستند، حاوی اشاره صریح در ماده‌واحد سند تصویب در خصوص لزوم رعایت اصل ۱۳۹ هستند. روشن است که این امر حاصل یک تغییر نگرش است. چنانکه در جریان تصویب معاهده حمایت از سرمایه‌گذاری منعقد شده میان ایران و مجارستان، در لایحه تقدیمی دولت تصریحی از حیث لزوم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی وجود نداشت. این در حالی بود که معاهده مزبور همانند سایر معاهدات مشابه، هم در خصوص اختلافات سرمایه‌گذاری به معنای اخص و هم در خصوص اختلافات میان طرف‌های متعاقد ناشی از اجرا یا تفسیر معاهده، ارجاع به داورى را مقرر کرده بود. در اظهار نظر کارشناسی مجلس چنین استدلال شد که با توجه به لزوم رعایت اصل ۱۳۹، لازم است تصریحی در این خصوص به ماده‌واحد لایحه ملحق شود: «دو ماده از مواد موافقت‌نامه حاضر به مسئله داورى اشاره دارند که این امر به فراخور طرف‌های اختلاف بوده است. ماده ۱۴ امکان ارجاع اختلاف به داورى در زمان بروز اختلاف میان یکی از دولت‌های طرف موافقت‌نامه و سرمایه‌گذار متبوع کشور مقابل را مطرح کرده است و ماده ۱۵ نیز این امکان را در صورت

بروز اختلاف بین کشورهای طرف این موافقت‌نامه فراهم می‌آورد، لذا با عنایت به اینکه مفاد ماده ۱۵ ناظر به دولت‌هاست و ماده ۱۴ نیز می‌تواند شامل حل اختلاف دولت جمهوری اسلامی ایران با یک سرمایه‌گذار خارجی - در اینجا مجارستان - از طریق داوری شود، لذا رعایت اصل یکصد و سی و نهم قانون اساسی در خصوص این مواد موافقت‌نامه، لازم و ضروری است.<sup>۱</sup> در نهایت، با لحاظ محتوای گزارش کارشناسی، تبصره ۱ ماده واحد لایحه تقدیمی دولت مقرر کرد که «رعایت اصول هفتاد و هفتم (۷۷)، یکصد و بیست و پنجم (۱۲۵) و یکصد و سی و نهم (۱۳۹) قانون اساسی در اجرای این موافقت‌نامه توسط دولت جمهوری اسلامی ایران الزامی است».<sup>۲</sup> این در حالی است که ماده ۱۴ معاهده مزبور صرفاً حاوی یک تعهد مطلق در خصوص امکان ارجاع اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری به داوری است.

## ۵.۲. تحلیل و ارزیابی حقوقی تحفظ ایران نسبت به معاهدات سرمایه‌گذاری از منظر حقوق بین‌الملل

در ابتدا تذکر این نکته ضروری به نظر می‌رسد که در خصوص نوع اول معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری که اغلب در دهه ۱۳۷۰ منعقد شدند و همان‌گونه که توضیح داده شد، حاوی مقرره‌ای مبنی بر تعهد مطلق در خصوص ارجاع اختلافات میان کشور میزبان و سرمایه‌گذاران بودند، بدون آنکه ماده واحد اسناد تصویب هیچ اشاره صریح یا ضمنی به لزوم رعایت اصل ۱۳۹ کرده باشد، عملاً یک تعهد مطلق در خصوص ارجاع به داوری از سوی دولت ایران پذیرفته شده است. برای نمونه بند ۲ ماده ۱۱ معاهده سرمایه‌گذاری ایران و یمن مقرر می‌دارد: «چنانچه طرف متعاقد و سرمایه‌گذار (سرمایه‌گذاران) مذکور نتوانند ظرف شش ماه پس از اطلاعیه کتبی مربوط به مذاکرات اصلاحی به توافق برسند، اختلاف جهت حل و فصل به یکی از مراجع ذیل ارجاع خواهد شد» که از جمله آنها، ارجاع به داوری است. از همین رو در صورت طرح ایراد مبتنی بر اصل ۱۳۹ قانون اساسی از سوی ایران در دفاع از دعاوی سرمایه‌گذاری، رویه تثبیت‌شده داوری تجاری در خصوص رد ایراد تکرار خواهد شد. همچنین با عنایت به این مسئله که اصل ۷۷ قانون اساسی مقرر می‌دارد: «عهدنامه‌ها، مقاله‌نامه‌ها، قراردادهای و موافقت‌نامه‌های بین‌المللی باید به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد»، باید تصویب متن معاهده توسط مجلس بدون هیچ اشاره صریح یا ضمنی به لزوم رعایت اصل ۱۳۹ در اسناد تصویب را متضمن تصویب ارجاع به داوری موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی نیز تلقی کرد. در این زمینه شایان ذکر است که در معاهدات حمایت از سرمایه‌گذاری شاهد جایگزینی «رضایت کلی» به جای «رضایت موردی» در خصوص ارجاع به داوری

1. <https://rc.majlis.ir/fa/law/report/download/1148261>).

2. <https://rc.majlis.ir/fa/law/show/1348795>.



هستیم، به طوری که در ادبیات حقوقی از تعبیر ایجاب عام یا ایجاب مستمر از ناحیه دولت‌ها در خصوص ارجاع به داوری و قبول این ایجاب توسط سرمایه‌گذاران پس از حدوث اختلاف از طریق ارجاع آن به داوری استفاده می‌شود. از همین رو در ارجاع اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری به داوری باید به دلیل ماهیت متفاوت روند ارجاع به داوری، شرط تصویب ارجاع به داوری «در هر مورد» مذکور در اصل ۱۳۹ قانون اساسی را تحقق یافته دانست.

در مقابل، علی‌الاصول در نوع دوم معاهدات سرمایه‌گذاری به دلیل آنکه شاهد ادغام ضمنی اصل ۱۳۹ در مقررۀ ذی‌ربط هستیم، همچون ماده ۸ معاهده سرمایه‌گذاری ایران و ایتالیا که قبل از احصای امکان ارجاع اختلاف توسط سرمایه‌گذار به داوری، به لزوم «رعایت قوانین و مقررات طرف متعاقد سرمایه‌پذیر» اشاره دارد، طرح ایراد مبتنی بر اصل ۱۳۹ از شانس موفقیت بیشتری برخوردار خواهد بود. هرچند باید افزود به دلیل عدم اشاره صریح به لزوم رعایت اصل ۱۳۹ و سکوت در خصوص جزئیات مربوط به روند کسب مجوز از مجلس و تبعات مخالفت مجلس با ارجاع اختلاف به داوری، جنبه‌های مبهم گوناگونی وجود دارند که در پرتو رویۀ عملی روشن خواهند شد. به هر تقدیر، به نظر می‌رسد مهم‌ترین ملاحظه مرتبط این است که ایجاب عام یا مستمر به عمل آمده از سوی ایران به موجب معاهده، مقید به رعایت قوانین این کشور است.

در عین حال، مشکل اصلی در خصوص طرح ایراد مبتنی بر اصل ۱۳۹ از سوی دولت ایران مربوط به انواع سوم و چهارم گنجاندن تحفظ مرتبط با اصل ۱۳۹ از طریق ماده‌واحدۀ اسناد تصویب معاهدات سرمایه‌گذاری بروز خواهد کرد. در همین جا به عنوان یک جمله معترضه شایان توجه است که صرف گنجاندن تحفظ مرتبط با اصل ۱۳۹ در زمان تصویب معاهدات مزبور حاکی از معتبر دانستن شرط داوری قبل از صدور مجوز ارجاع به داوری توسط مجلس است. این رویه با رهیافت دیوان عدالت اداری در رأی هیأت عمومی شماره‌های ۱۳۹-۱۳۸ مورخ ۱۳۹۱/۰۳/۲۳ که در بالا ذکر شد، در تعارض بوده و شاید بتوان گفت که در عمل دامنه اعمال رأی مزبور محدود به موارد داخلی شده است.

در هر حال، مهم‌ترین ایرادی که از حیث گنجاندن اشاره صریح یا ضمنی به لزوم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی در ماده‌واحدۀ اسناد تصویب معاهدات مزبور وجود دارد، مربوط است به آنچه از آن می‌توان با تسامح به تلاش به منظور اعمال تحفظ یکجانبه از سوی یکی از طرفین یک معاهده دوجانبه تعبیر کرد. این در حالی است که در این زمینه در میان حقوقدانان بین‌المللی اتفاق نظر وجود دارد که در معاهدات دوجانبه، هرگونه تلاش در جهت اعمال تحفظ یا تحفظ به منزله ایجاب متقابل به طرف متعاقد دیگر بوده در نتیجه، باید در جریان نهایی ساختن متن معاهده به طرف مقابل ابلاغ شود تا بر حسب مورد، امکان پذیرش یا رد آن

وجود داشته باشد (Harris, 2004: 811). در هر حال، در معاهدات دوجانبه اصل محترم شمردن تمامیت معاهده به طور مطلق حاکمیت دارد. در واقع، با توجه به موجود بودن متن معاهدات دوجانبه و چندجانبه حمایت از سرمایه‌گذاری مزبور در جدول مربوط به ایران در سایت کنفرانس تجارت و توسعه سازمان ملل متحد (آنکتاد) صرفاً به زبان انگلیسی و بدون هیچ‌گونه توضیح در خصوص محتوای ماده‌واحد اسناد تصویب این معاهدات، تبعات این امر در داوریه‌های سرمایه‌گذاری محتمل نباید از نظر دور بماند.

در تحلیل نهایی، معاهدات مزبور در بطن خود دربردارنده تعارضی ذاتی‌اند؛ از آن رو که در عین پذیرفتن تعهدی مطلق در خصوص ارجاع اختلافات سرمایه‌گذاری به داوریه در متن معاهده، به دلیل ارجاع صریح یا ضمنی در صدر ماده‌واحد به لزوم رعایت اصل ۱۳۹ درصد مقید کردن تعهد مطلق‌اند که ایران به موجب متن معاهده بر عهده گرفته است. یک ملاحظه مرتبط در اینجا به کارکرد دوگانه مجلس شورای اسلامی مربوط می‌شود. مجلس ایران هم به عنوان مرجع نهایی در روند پیوستن ایران به معاهدات بین‌المللی ایفای نقش می‌کند و هم به موجب اصل ۱۳۹ قانون اساسی مرجع صدور مجوز ارجاع به داوریه در مواردی است که طرف دعوا خارجی باشد. بنابراین، در انواع سوم و چهارم گنجانیدن تحفظ مرتبط با اصل ۱۳۹ از طریق ماده‌واحد اسناد تصویب معاهدات سرمایه‌گذاری، به نظر می‌رسد برای حل تعارض فوق‌الذکر باید در پرتو اصل محترم شمردن تمامیت معاهدات دوجانبه معتقد به تفوق تعهد مطلق پذیرفته شده در متن معاهده مبنی بر ارجاع به داوریه بود. برای نمونه ماده ۱۴ معاهده حمایت از سرمایه‌گذاری منعقد میان ایران و مجارستان که در بخش قبلی به آن اشاره شد حاوی تعهدی مطلق در خصوص ارجاع به داوریه در اختلافات میان کشور میزبان و سرمایه‌گذار است. چنانکه بند ۳ ماده ۱۴ مقرر می‌دارد: «اگر اختلاف بین سرمایه‌گذار یک طرف و طرف متعاقد دیگر ظرف مدت شش ماه از تاریخ دریافت اطلاعیهٔ مکتوب بدین ترتیب حل‌وفصل نگردد، هر کدام از آنها، همزمان با اعلام کتبی به طرف دیگر، می‌تواند اختلاف را به هریک از موارد زیر ارجاع نماید» که از جمله آنها، ارجاع به داوریه است.

به عنوان یک نمونه کاملاً مرتبط از حیث برخورد دیوان‌های داوریه سرمایه‌گذاری با ایراداتی از این دست، می‌توان به رأی یک دیوان داوریه سرمایه‌گذاری در مواجهه با ایراد مطرح‌شده از سوی کشور خوانده در جهت ایراد خدشه به تعهد مطلق پذیرفته‌شده در خصوص ارجاع به داوریه به موجب یک معاهده دوجانبه حمایت از سرمایه‌گذاری اشاره کرد. در دعوی اقامه‌شده توسط شرکت هلندی بیواک علیه پاراگوئه در زمینه قرارداد منعقد با وزارت مالیه این کشور به منظور ارائه خدمات بازبینی کالاها و تعیین عوارض گمرکی در چارچوب کنوانسیون ایکسید و با استناد به معاهده دوجانبه حمایت از سرمایه‌گذاری منعقد میان هلند و پاراگوئه منعقد در سال ۱۹۹۴، پاراگوئه با طرح ایرادهای صلاحیتی

به‌ویژه دآوری پذیری موضوعی اختلاف را مورد ایراد قرار داد و در نتیجه، در پی طرح ایرادهای صلاحیتی توسط پاراگوئه از جمله مبنی بر آنکه به‌رغم تصریح به وجود رضایت در خصوص ارجاع اختلافات آتی مرتبط با سرمایه‌گذاری به دآوری در ماده ۹ معاهده سرمایه‌گذاری، قانون اساسی و قوانین عادی این کشور این امر را مجاز نمی‌دانند، دیوان دآوری مجبور به صدور رأی صلاحیتی شد ( ICSID Case No ARB/07/9, 29 May 2009). در خصوص دآوری‌پذیری موضوعی، ادعای پاراگوئه آن بود که ارجاع اختلاف به دآوری یکسید مغایر با نظم حقوقی منبعت از قوانین اساسی و عادی این کشور است و از جمله، ماده ۴۹ قانون سازمان قضایی این کشور در این زمینه تصریح دارد که اختلافات در زمینه اموال دولتی قابل ارجاع به دآوری نیستند ( ICSID Case No ARB/07/9, 29 May 2009, Para. 69). در مقابل، شرکت بیواک در پرتو این امر که تعهد ارجاع به دآوری توسط پاراگوئه به موجب یک معاهده بین‌المللی پذیرفته شده است، خواهان آن بود که دیوان دآوری با رد ایراد پاراگوئه این کشور مجاز نداند که با استناد به قوانین داخلی از عمل به تعهدات بین‌المللی خود طفره رود ( ICSID Case No ARB/07/9, 29 May 2009, Para. 70). در نهایت، در رد ایراد صلاحیتی پاراگوئه، دیوان دآوری متذکر شد که با عنایت به اطلاق تعهد مبنی بر ارجاع اختلافات میان کشور میزبان و سرمایه‌گذاران به‌نحوی که در ماده ۹ معاهده سرمایه‌گذاری انعکاس یافته است، ادعای بعدی پاراگوئه با استناد به قوانین اساسی یا عادی خود برای خدشه وارد کردن به اعتبار تعهد ارجاع به دآوری پذیرفته نیست ( ICSID Case No ARB/07/9, 29 May 2009, Paras. 71-73).

## ۵. نتیجه

اندیشه حمایت از منافع عمومی با درج مقررات خاص در قراردادهای خصوصی یا معاهدات بین‌المللی در برخی نظام‌های حقوقی پذیرفته شده است. مقررات در زمینه صدور مجوز در اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران در صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی یا ارجاع این دعاوی به دآوری از این قسم است. رویه دآوری بین‌المللی چهل سال اخیر حاکی از آن است که به‌جز در موارد تصریح به رعایت اصل ۱۳۹ در قرارداد، مراجع دآوری بین‌المللی اعتنایی به محدودیت‌های اصل ۱۳۹ نکرده‌اند. با عنایت به این مسئله که در پرتو تحلیل به‌عمل آمده و به‌دلیل گنجانده نشدن لزوم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی در متن مقرره حل‌وفصل اختلافات معاهدات سرمایه‌گذاری در اغلب موارد، این خطر وجود دارد که تجربه ناموفق استناد اشخاص حقوقی حقوق عمومی ایرانی به ایرادهای مبتنی بر اصل ۱۳۹ در دآوری‌های تجاری بین‌المللی در آینده در حوزه دآوری‌های سرمایه‌گذاری نیز تکرار شود، لزوم

بازبینی رویه ایران از این حیث اجتناب‌ناپذیر است. نخست باید گفت که درج تحفظ مرتبط با اصل ۱۳۹ در زمان تصویب معاهدات سرمایه‌گذاری حاکی از معتبر دانستن شرط داوری قبل از صدور مجوز ارجاع به داوری توسط مجلس است. این رویه با رهیافت دیوان عدالت اداری در رأی هیأت عمومی شماره‌های ۱۳۹-۱۳۸ مورخ ۱۳۹۱/۰۳/۲۳ که به موجب آن پذیرش شرط داوری از ناحیه نهادهای دولتی بدون اخذ مجوز قبلی اصل ۱۳۹ را امری مغایر با قانون اساسی و باطل اعلام کرد، در تعارض است.

مهم‌ترین نکته‌ای که از حیث گنجانیدن اشاره صریح یا ضمنی به لزوم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی در ماده واحد اسناد تصویب معاهدات مزبور مشهود است، به تعبیری عبارت است از تلاش برای اعمال تحفظ یکجانبه از سوی یکی از طرفین معاهده دوجانبه. این در حالی است که در میان حقوقدانان بین‌المللی اتفاق نظر وجود دارد که در معاهدات دوجانبه، هرگونه اعمال تحفظ به منزله ایجاب متقابل به طرف متعاقد دیگر است در نتیجه، باید در جریان نهایی ساختن متن معاهده به طرف مقابل ابلاغ شود تا بر حسب مورد، امکان پذیرش یا رد آن وجود داشته باشد.

در غیاب تصریح به ضرورت اخذ مجوز اصل ۱۳۹ در متن معاهده، در معاهدات دوجانبه اصل محترم شمردن تمامیت معاهده به‌طور مطلق حاکمیت دارد. ملاحظه مرتبط دیگر کارکرد دوجانبه‌ی مجلس است که هم به‌عنوان مرجع نهایی در روند پیوستن ایران به معاهدات بین‌المللی ایفای نقش می‌کند و هم به موجب اصل ۱۳۹ قانون اساسی مرجع صدور مجوز ارجاع به داوری در مواردی است که طرف دعوا خارجی باشد. بنابراین در تحلیل اثر حقوقی رویه ایران مبنی بر تلاش در جهت گنجانیدن اشاره صریح یا ضمنی به لزوم رعایت اصل ۱۳۹ در اسناد تصویب معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری که با تسامح می‌توان تعبیر تحفظ مرتبط با اصل ۱۳۹ را در مورد آن به‌کار برد، باید دانست در مواردی که تحفظ مرتبط با اصل ۱۳۹ در معاهده درج نشده و قبل از انعقاد آن به اطلاع طرف دیگر معاهده نرسیده باشد، نمی‌توان انتظار داشت که دیوان‌های داوری سرمایه‌گذاری استناد احتمالی ایران به لزوم رعایت اصل ۱۳۹ را یک ایراد صلاحیتی معتبر تلقی کنند. چنانکه در بررسی رأی صادره از سوی دیوان داوری در رد ایراد صلاحیتی مطرح‌شده از سوی پاراگوئه در قضیه بیواک توضیح داده شد، به‌نظر می‌رسد باید در پرتو اصل محترم شمردن تمامیت معاهدات دوجانبه معتقد به تفوق تعهد مطلق پذیرفته‌شده در متن معاهده مبنی بر ارجاع به داوری بود. شایان ذکر است که این نتیجه‌گیری با تحلیل به‌عمل‌آمده توسط مرکز پژوهش‌های مجلس تطابق دارد. از همین رو نکات منعکس‌شده در اظهارنظر کارشناسی مجلس در سال ۱۳۸۴ در زمان تصویب معاهده حمایت از سرمایه‌گذاری منعقد میان ایران و ونزوئلا در خصوص درج قید متضمن لزوم رعایت اصل ۱۳۹ در سند تصویب معاهده کماکان شایان توجه‌اند: «در صورتی که اصراری برای درج

چنین قیدی وجود داشته باشد، لازم است دولت در هنگام مذاکره برای انعقاد موافقت‌نامه به این موضوع بپردازد و آن را در مفاد موافقت‌نامه وارد نماید. در غیر این صورت اقدام یکجانبه دولت در درج چنین قیدی خارج از مفاد موافقت‌نامه تأثیری بر تعهدات حقوقی آن نخواهد داشت.<sup>۱</sup>

بنابراین، تحفظ‌های راجع به اصل ۱۳۹ قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران ضرورتاً باید هنگام گفت‌وگوی دولت‌ها و انعقاد معاهده دوجانبه سرمایه‌گذاری به اطلاع دولت دیگر رسانیده شده و رضایت آن دولت نسبت به تحفظ جلب شود. باید افزود که وضعیت معاهدات دوجانبه سرمایه‌گذاری از حیث تحفظ متعاقب انعقاد آن کاملاً با معاهدات چندجانبه متفاوت است. به بیان دیگر، در معاهدات چندجانبه‌ای که تحفظ در آنها مجاز است، درج تحفظ هنگام تصویب معاهدات توسط مجلس قانونگذاری امری مقبول بوده و حسب اینکه متعاقباً نسبت به آن اعتراض شود، تابع مقررات تحفظ در حقوق معاهدات خواهد بود. در معاهدات دوجانبه اصل تمامیت معاهده جاری است و درج تحفظ هنگام تصویب آن هم بدون اطلاع دولت دیگر امری کاملاً غیرمتعارف است، مگر اینکه احياناً متعاقباً به اطلاع دولت دیگر عضو رسانیده شود و مورد پذیرش آن دولت قرار گیرد.

در پایان باید گفت که اظهارنظر یادشده در مورد تعارض قاعده تمامیت معاهده دوجانبه با تحفظ یکجانبه در معاهدات دوجانبه به شرحی که بیان شد، صرفاً از منظر قواعد حقوق بین‌الملل و رویه مبتنی بر اصل ۱۳۹ مراجع داوری بین‌المللی، صورت گرفته است. پژوهش حاضر منصرف از مواضع مراجع قضایی و تقنینی جمهوری اسلامی ایران از منظر قانون اساسی و قوانین داخلی نسبت به مسئله است.

## منابع

### ۱. فارسی

#### الف) کتابها

۱. صالحی، محمد (تدوین‌کننده) (۱۳۹۶). *اصول قانون اساسی در پرتو نظرات شورای نگهبان*، اصل یکصدوسی ونهم، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، شماره مسلسل: ۱۳۹۶۰۰۷۰.
۲. فتحی، محمد و کوهی اصفهانی، کاظم (تدوین‌کنندگان) (۱۳۹۷). *قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران به همراه نظرات تفسیری شورای نگهبان*، تهران: پژوهشکده شورای نگهبان، تهران.

## ب) مقالات

۳. اسکینی، ربیعا (۱۳۹۰). داوری پذیری دعاوی در حقوق ایران. مجموعه مقالات همایش صدمین سال تأسیس نهاد داوری در حقوق ایران، به اهتمام محمد کاکاوند، تهران: شهر دانش، ۳۳-۴۵.
۴. عابدی، محمدتقی (۱۳۸۵). صلاحیت قضایی و صلاحیت داوری (تحلیلی بر یک رأی صادره در مسئله صلاحیت). مجله حقوقی، ۳۵، ۸۹-۱۴۶.
۵. کاویانی، کورش (۱۳۸۰). اصل ۱۳۹ قانون اساسی و شرط داوری در قراردادهای مصوب مجلس شورای اسلامی. پژوهش حقوق و سیاست، ۵، ۱۳۰-۱۴۳.
۶. کریمی، عباس و پرتو، حمیدرضا (۱۳۹۱). داوری پذیری دعاوی مربوط به اموال عمومی و دولتی. فصلنامه پژوهش حقوق، ۱۴(۳۶)، ۱۵۷-۱۸۴.
۷. هندی، سید اصغر (۱۳۸۶). بررسی تسری شروط اصل ۱۳۹ قانون اساسی به اموال شرکت‌های دولتی. مجله حقوقی دادگستری، دوره جدید، ۱، ۶۳-۸۶.

## ج) اسناد

۸. اسناد بیانیه الجزائر (۱۳۶۳). مجله حقوقی، ۱، ۲۳۱-۲۷۳.
۹. صورت مشروح مذاکرات مجلس بررسی نهایی قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران (آذر ۱۳۶۴). ج ۲، جلسه چهل و هشتم، ۱۲۴۸-۱۳۱۱.

## د) آرای داوری و قضایی

۱۰. شعبه ۱۲ دادگاه تجدیدنظر استان تهران (۱۳۸۶). دادنامه شماره ۲۲۱۲۰۰۹۴۸.
۱۱. شعبه ۱۵ دادگاه تجدیدنظر استان تهران (۱۳۹۲). دادنامه شماره ۲۲۱۵۰۱۵۴۴/۲۲۱۵۰۹۹۷.
۱۲. هیأت عمومی دیوان عدالت اداری (۱۳۹۱). دادنامه شماره ۱۳۹-۱۳۸.
۱۳. نظریه شماره ۷/۶۱۶۶ مورخ ۷۳/۰۹/۱۵ اداره حقوقی قوه قضائیه.

## ۲. انگلیسی

### A) Books

1. Gaillard, E., & Savage, J. (eds) (1999). *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer.
2. Harris, D.J., (2004). *Cases and Materials on International Law*. 6th edn, Sweet & Maxwell, London.
3. Paulsson, J. (2013). *The Idea of Arbitration*. Oxford University Press, Oxford.
4. Poudret, J.F., & Besson, S. (2007). *Comparative Law of International Arbitration*.

Translated by Stephen V. Berti and Annette Ponti, Second Edition, Sweet & Maxwell, London.

**B) Articles**

5. Hanotiau, B. (1998). The Law applicable to the Issue of Arbitrability. *7 International Business Law Journal*, 758-59.
6. Lalive, P. (1987). Arbitration with foreign sates or state-controlled entities: some practical questions. in *Julian D M Lew, Contemporary Problems in International Arbitration*, Springer, 289-296,
7. Seifi, J. (2000). New Trends – New Actors in Iranian Law Relating to Arbitration. *75 Philippine Law Journal*, 47-63.
8. Stein, Ted. L. (1984). Jurisprudence and Jurists’ Prudence: The Iranian-Forum Clause Decisions of the Iran-U.S. Claims Tribunal. *78(1) American Journal of International Law*, 1-52.

**C) Documents**

9. Institut de Droit International (IDI), ‘Arbitration Between States, State Enterprises, or State Entities, and Foreign Enterprises’, 12 September 1989, <[www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1989\\_comp\\_01\\_en.pdf](http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1989_comp_01_en.pdf)> accessed 1 May 2022.
10. Iran-Armenia BIT, signed on 6 May 1995, available at: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/179/armenia---iran-islamic-republic-of-bit-1995->.
11. Iran-Yemen BIT, signed on 29 February 1996, available at: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/2056/iran-islamic-republic-of---yemen-bit-1996->.
12. Iran-Italy BIT, signed on March 10, 1999, Article 8(2), available at: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/bilateral-investment-treaties/2021/iran-islamic-republic-of---italy-bit-1999->.

**D) Arbitral / Judicial Decisions & Documents**

13. *Bankswitch Ghana (Ltd) v. Ghana*, Award of 11 April 2014.
14. *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC BV v Paraguay*, ICSID Case No ARB/07/9, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 May 2009.
15. *Defence Industries Organisation of the Ministry of Defence and Support for Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v International Military Services Ltd*, Supreme Court of the Netherlands, NJ 2006/469, Judgment, 28 January 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR3645 (*DIO v. IMS*).
16. *DIO v. IMS*, para 3.6.2 (cited in *Bankswitch Ghana (Ltd) v. Ghana*, Award of 11 April 2014).

17. Elf Aquitaine Iran v. National Iranian Oil Company, Preliminary Award, 14 January 1982, XI Year Book of Commercial Arbitration, 1986, p. 97.
18. Framatome v. Atomic Energy Organization of Iran, ICC Case 3986, Decision on Jurisdiction, 30 April 1982, VIII Year Book of Commercial Arbitration, 1983.
19. *Gatoil International Incorporated v National Iranian Oil Company*, Court of Appeal, 1990 WL 10622722, Judgment, 22 February 1990.
20. *Gatoil International Inc v National Iranian Oil Company*, Paris Court of Appeal, 17 December 1991. For an English translation, see (July 1992) 7 International Arbitration Reporter B-1, B-2.
21. *The Ministry of Defence and Support for Armed Forces of the Islamic Republic of Iran v Westinghouse Electric Corporation*, ICC Case No 7375/CK, Preliminary Award, 5 June 1996.

مقاله آماده انتشار



**References In Persian:****A) Books**

1. Salehi, M. (Editor) (2017). *Principles of the Constitution in light of the views of the Guardian Council*, Article 139, Guardian Council Research Institute, Number: 13960070, Tehran (In Persian).
2. Fathi, M., & Kouhi Esfahani, K. (Editors) (2018). *The Constitution of the Islamic Republic of Iran, along with the interpretive views of the Guardian Council*. The Guardian Council Research Institute, Tehran (In Persian).

**B) Articles**

3. Eskinni, R. (2011). Arbitration in Iranian Law. *Proceedings of the Conference on the 10<sup>th</sup> Year Establishment of an Arbitral Institution in Iranian Law*. with the efforts of Mohammad Kakavand, Institute for Legal Studies and Research in Danesh, Tehran, 33-45 (In Persian).
4. Abedi, Mohammad Taqi (2006). Judicial and arbitral jurisdictions (analysis of a decision issued on the issue of jurisdiction). *Legal Journal*, 35, 146-89 (In Persian).
5. Kaviani, C. (2001). Article 139 of the Constitution and the Condition of Arbitration in Contracts Approved by the Islamic Consultative Assembly. *Research on Law and Policy*, 5, 130-143 (In Persian).
6. Karimi, A., & Parto, H. R. (2012). Arbitration of Claims relating to Public and Governmental Property. *Law Research Quarterly*, 14(36), 157-184 (In Persian).
7. Hindi, S. A. (2007). Reviewing the conditions of Article 139 of the Constitution on the property of State-Owned companies. *Legal Journal of Justice*, New Series, 61, 86-63 (In Persian).

**C) Documents**

8. Algerian Declarations Documents, Legal Journal, Issue 1, Winter 1984, Algerian Declarations Documents, pp. 231-273 (In Persian).
9. Detailed Statement of the Negotiations of the Final Review Of the Constitution of the Islamic Republic of Iran, (December 1985), Vol. 2, Session 48, pp . 1932-1248 (In Persian).

**D) Arbitration and Judicial Verdicts**

10. Branch 12 of the Appeals Court of Tehran Province (2007), Judgment no. 221200948 (In Persian).
11. Branch 15 of the Appeals Court of Tehran Province (2013), Judgment no. 9209970221501544 (In Persian).
12. General Board of the Court of Administrative Justice (2012), Judgment No. 139-138 (In Persian).
1. Advisory Opinion No. 6166/7 dated 05/11/1994 The Legal Department of the Judiciary (In Persian).