

شیوه های جایگزین حل اختلاف ناشی از کنسرسیوم

در عرصه بین المللی و حقوق داخلی

مریم مرادی کرناچی. کارشناس ارشد حقوق خصوصی. دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرمانشاه. مدیر گروه حقوق

دانشگاه علمی کاربردی روانسر*

فاطمه فشخورانی. کارشناس ارشد حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرمانشاه. دانشکده حقوق و علوم سیاسی

چکیده:

قراردادهای سرمایه گذاری بین المللی و از جمله آنها قرارداد جوینت ونچر و به طور خاص قرارداد کنسرسیوم به دلیل تداول در عرصه بین المللی دارای اهمیت بسیار زیادی بوده یکی از مهم ترین شروط قراردادهای تجاری و سرمایه گذاری، شرط مربوط به حل و فصل اختلافات است. به طور کلی شیوه های حل و فصل اختلافات به دو دسته قضایی و غیرقضایی تقسیم می شوند، شیوه قضایی حل و فصل اختلافات مراجعه به دادگاهها و شیوه های غیرقضایی شامل داوری، میانجی گری، سازش و سایر شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف. از سوی دیگر سازش و میانجی گری به عنوان شیوه های جایگزین حل و فصل اختلاف در مقابل شیوه مرسوم حل و فصل اختلاف، یعنی داوری قرار می گیرند. چرا که از بین شیوه های غیرقضایی حل اختلاف، صرفاً شیوه داوری الزام آور بوده و در حل اختلافات ناشی از کنسرسیوم با توجه به ساختار ویژه آن - اجتماع اشخاص حقوقی اعم از ملی و فراملی، عمومی و خصوصی که در مقیاس های معمولاً کلان - مورد اقبال طرف های قرارداد است، اختلاف گاه بین کنسرسیوم در قالب یک کلیت با اشخاص طرف مقابلش ایجاد شود که معمولاً رابطه ای ناشی از قرارداد است و گاه بین اعضای تشکیل دهنده کنسرسیوم. البته با توجه به ماهیت قراردادی و دقت نظر اعضا، غالباً هنگام انعقاد قرارداد اولیه، شیوه های حل اختلاف نیز پیش بینی می شوند. لذا در این تحقیق روش های معمول حل اختلافات ناشی از کنسرسیوم در حقوق بین الملل و حقوق ایران مورد بررسی و موضوع اخیر را در دو مبحث مجزا نسبت به کنسرسیوم های ملی و کنسرسیوم های بین المللی مورد توجه قرار می دهیم.

واژگان کلیدی: شیوه های حل و فصل اختلاف، کنسرسیوم، قرارداد تجاری، داوری، اختلافات تجاری بین المللی

مقدمه:

اختلافات تجاری بین المللی بین دولت ها و اشخاص خصوصی خارجی که یکی از مسایل مهم و اساسی است و از دیرباز مورد بحث و گفتگوهای فراوان قرار گرفته از یک طرف دولتها بنا به حاکمیت خود تمایل دارند قوانین و محاکم کشور خود را بر قرارداد و رسیدگی داوری حاکم سازند از طرف دیگر، سرمایه گذاران خارجی از بیم نفوذ دولتها و تغییر قوانین همواره مطمئن ترین طریق ممکن را جستجو می نمایند لذا حل و فصل چنین اختلافاتی طریقه و قواعد مناسب خود را اقتضاء می کند که شایع ترین آنها ارجاع به داوران متخصص و بی طرف می باشد.

مبحث اول: مفهوم کنسرسیوم و ویژگی های آن

در این مبحث می کوشیم با بیان مطالبی پیرامون آغاز فعالیت و ایجاد کنسرسیوم ها و بیان تعاریفی که بسته و گریخته از نظام های حقوقی و حقوق دانان مختلف وجود دارد، به ارائه تعریفی جامع و مانع دست یابیم.

گفتار اول: مفهوم کنسرسیوم

«کنسرسیوم کلمه لاتین است به معنای مشارکت، انجمن یا جامعه و مشتق شده است Consors به معنی شریک زندگی؛ Con به معنای باهم و Sors به معنای سرنوشت.» علاوه بر معنای لغوی، تلاش می شود با استفاده از تعاریف ارائه شده از کنسرسیوم، جایگاه آن در میان سایر نهادهای حقوقی مشخص و تعریف جامع و مفیدی از آن ارائه گردد.

کنسرسیوم از جهت ریشه ای و لغوی به همکاری و تشریک مساعی بین اشخاص حقیقی (زوجین) اطلاق می گردد. در واقع کنسرسیوم (به معنای لغوی) زمانی اتفاق می افتد که رابطه زوجیت بین دو فرد برقرار می گردد و گرچه استقلال مالی، شخصیتی و اجتماعی خود را همچنان حفظ می کنند، لکن برای اداره و پیشبرد زندگی مشترک، ناگزیر از تشریک مساعی و همکاری برای رسیدن به اهداف مشترک خانواده هستند. گرچه ممکن است هریک از همسر ها به تنهایی و مستقل از طرف دیگر، اهداف فردی و شخصی را نیز دنبال کند. به واقع در انواع کنسرسیوم های رایج کنونی _ با کمی اختلاف _ می توان نظام جاری در روابط زوجین را مشاهده کرد. از سوی دیگر _ در معنای حقوقی و اصطلاحی _ به مشارکت، اتحاد و اتصال شرکت ها تعبیر شده است که در انجام یک پروژه مهم با یکدیگر همکاری می کنند. همانطور که نمونه های عملی کنسرسیوم متشکل از اشخاص حقوقی است.

بنابراین کنسرسیوم ها در حالی که اعضای آن ها اشخاص حقوقی هستند، شکل می گیرند و در عمل و در معنای حقوقی اشخاص حقیقی نمی توانند عضو کنسرسیوم باشند.

در مقام ارائه تعریفی جامع از کنسرسیوم می توان گفت:

کنسرسیوم اتحاد و ائتلاف اشخاص حقوقی است از طریق به اشتراک گذاردن منابع خود اعم از علمی، فنی، مالی و اعتباری، تجربی، تسلیحاتی و... برای انجام پروژه ای که مورد توافق آن هاست در حالی که استقلال همه جانبه اعضا حفظ شده و شخصیت حقوقی جدیدی شکل نخواهد گرفت به علاوه این همکاری منجر به اشاعه نمی شود.

گفتار دوم: ویژگی های کنسرسیوم

کنسرسیوم فاقد شخصیت حقوقی بوده و تنها بر اساس یک قرارداد بدون آنکه در قالب یک نهاد حقوقی (بدون شخصیت حقوقی) مانند "Partnership" در حقوق انگلیس و آمریکا واقع شود، ایجاد گردیده و کاربرد آن بیشتر در معاملات و پروژه های کوتاه مدت (One – off projects) که در آن مشارکت معمولاً نیازی به داشتن اموال و دارایی مستقل از شرکا و ایجاد رابطه حقوقی با اشخاص ثالث به عنوان یک هویت مستقل نداشته بلکه بیشتر برای سامان دادن به امور داخلی اعضا باشد، (مانند J.O.A. های نفتی) به کار می رود.

ویژگی های این نهاد عبارت است از:

- فقدان شخصیت حقوقی

- دارا بودن مبنایی کاملاً قراردادی (به عنوان سبب تفکیک آن با مشارکت های فاقد شخصیت حقوقی که موضوع قانون گذاری قرار گرفته اند مثل Partnership و مشارکت مدنی در ایران).

۱- دانشنامه ویکیپدیا، دانشنامه آزاد، ذیل عنوان Consortium.

Joint operation agreement- ۱

- مشارکت شرکت ها و موسسات (اشخاص حقوقی) در ایجاد آن.
- مشارکت مشارکت کنندگان بدون نیاز به آورده مشترک.
- تقسیم کار و وظایف بین اعضا و استقلال آن ها در انجام فعالیت ها و عایدات و زیان های احتمالی.
- کنترل مشترک بر امور.
- عدم وجود وکالت متقابل.
- تعهد شرافت.

مبحث دوم: حل و فصل اختلافات ناشی از کنسرسیوم

با توجه به مطالب پیش گفته و به دلیل قراردادی بودن منشأ اختلاف در اختلافات پیش آمده بین کنسرسیوم به عنوان یک کلیت و اشخاص طرف معامله اش یا اختلافات پیش آمده بین اعضای کنسرسیوم با یکدیگر - که هر دو در قالب حل اختلافات ناشی از قرارداد جای می گیرند- همینطور به دلیل اهمیت بحث مطروحه و شمول آن از جهت اختلافات کنسرسیوم با اشخاص طرف معامله اش به طور خاص این مبحث را ذیل دو عنوان حل و فصل اختلافات ناشی از کنسرسیوم های ملی و حل و فصل اختلافات ناشی از کنسرسیوم های بین المللی را مورد مطالعه قرار خواهیم داد چرا که بکارگیری این روش ها در قوانین ملی و بین المللی تفاوت هایی باهم دارند.

گفتار اول: روش های معمول حل اختلافات ناشی از کنسرسیوم در عرصه بین

المللی

در اوایل قرن بیستم و زمانی که هنوز اتکا به نهادهای حقوقی و معاهدات به طور کامل نهادینه نشده بود، توسل به قدرت نظامی موثرترین راه حل برای حل اختلافات ناشی از قراردادهایی که جنبه بین المللی داشتند و مخصوصاً هنگامی که در این قراردادها یکی از طرفین دولت بود که توسط حاکمیت یک کشور و به عنوان قدرت عمومی از امکان عرض اندام نظامی برخوردار بود، به نظر می رسید.

در اواسط قرن بیستم حمایت دیپلماتیک، در حل اختلافات متداول شد که بسیار پرهزینه و دارای روند دست و پاگیر بود. بعد از جنگ جهانی اول با تاسیس دیوان دائمی دادگستری بین المللی^۱ برخی دعاوی مربوط به اختلافات ناشی از قراردادهای این نهاد رسیدگی می کرد. در این دوره برخی کمیسیون ها و رسیدگی های داوری اختیاری نهادینه شد که به موجب آن برای اولین بار یک شخص می توانست علیه دولت بیگانه اقامه دعوا کند.^۱

سیر تحول در حل و فصل اختلافات ناشی از روابط (عمدتاً تجاری) بین المللی با تصویب قانون بین المللی معاهدات تجاری، برای سرمایه گذاری خارجی توسط «اتاق بازرگانی بین المللی»^۲ در سال ۱۹۴۹، تاسیس «مراکز حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری»^۳ که اختصاصاً به منظور حل و فصل اختلافات سرمایه

گذاری تشکیل شده، سازمان تجارت جهانی^۱ و معاهده منشور انرژی^۲ که مقرراتی نو و غیر دادگستری را در عرصه حل اختلافات بین المللی پیش بینی کرده است، ادامه یافت. لازم به ذکر است مقررات عامی نیز در این زمینه در عرصه بین المللی وجود دارد که از آن جمله می توان به قواعد داوری «آنستیرال» اشاره کرد.

حل و فصل اختلافات ناشی از کنسرسیوم ها با هر موضوعی، امروزه از این قواعد که در عرصه بین المللی وجود دارد و به آنها اشاره شد، مستثنی نیست و با توجه به علایق اعضای تشکیل دهنده، ممکن است هریک از راه حل های مرسوم جهت حل اختلافات در کنسرسیوم ها نیز مورد استفاده قرار گیرد.

1- Permanent Court of International Justice

2- علی دوستی شهرکی، ناصر؛ حقوق سرمایه گذاری خارجی، ۱۳۸۹، تهران، انتشارات خرسندی، ص ۲۲.

3- International Chamber of Commerce.

4 International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID)

1-World Trade Organization (WTO)

2- Energy Charter Treaty (ECT)

3-United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)

۴- علی دوستی شهرکی، ناصر؛ منبع پیشین، ص ۳۱.

قواعدی که بر حل اختلافات ناشی از کنسرسیوم ها حاکم است، محصول راه حلی است که اعضای کنسرسیوم برای اختلافات خود در قرارداد پیش بینی می کنند به این معنا که اگر داوری را به عنوان راه حل اختلافات خود برگزینند، ناچار از رعایت قواعد آنند و به همین ترتیب با برگزیدن سایر راه حل ها، قواعد مختلفی را بر حل اختلافات خود حاکم می کنند. به طور کلی روش های معمول مورد استفاده برای حل اختلافات پیش آمده در عرصه بین المللی را می توان به دو دسته تقسیم کرد.

- رسیدگی های درون دادگاهی (قضائی) به اختلاف

- رسیدگی های برون دادگاهی (غیر قضائی) به اختلاف.^۴

بند اول: رسیدگی درون دادگاهی و میزان کاربرد آن در عرصه بین المللی

یکی از روش های حل اختلافات ناشی از قراردادهای بین المللی به طور عام و کنسرسیوم های بین المللی به طور خاص، رسیدگی قضائی است.

منظور از رسیدگی قضائی، حل و فصل اختلاف توسط دادگاههای داخلی یک کشور و یا دادگاههای بین المللی است. بنابراین در رسیدگی قضائی دو فرض امکان پذیر است:

الف: دادگاههای داخلی

در صورتی که دادگاههای داخلی، صالح به رسیدگی باشند؛ اعضای تشکیل دهنده کنسرسیوم می توانند (با توجه به اصل آزادی قراردادها)، به موجب شرطی که در قرارداد می گنجانند یا به موجب توافقی جداگانه حل اختلاف خود را که از قرارداد خاص کنسرسیوم ناشی می شود، در صلاحیت دادگاههای کشوری خاص (اعم از محل انعقاد یا محل ایفای تعهدات ...) قرار دهند و با انجام این توافق به شکل قهری دعوای احتمالی خود را تحت قواعد مورد قبول آن کشور خاص قرار داده اند و قواعد دادرسی مدنی و ... نیز به این ترتیب مشخص می شود.^۱

ب: دادگاههای بین المللی

در صورتیکه دادگاه های بین المللی صالح به رسیدگی باشند؛ (دیوان دادگستری بین المللی) حق مراجعه به این مرجع ویژه دولت هاست و اشخاص نمی توانند دعوای خود را در آن طرح نمایند^۲ مگر اینکه دولت به نمایندگی آنها این کار را انجام دهد. به این معنا که تنها در صورتی امکان مراجعه به دیوان وجود دارد که اعضای کنسرسیوم یا برخی از آنها دولت ها باشند چنانچه امکان این امر هم در کنسرسیوم های بشر دوستانه و هم در کنسرسیوم های قراردادی دور از ذهن نیست. در چنین فرضی امکان دارد که در معاهده مبنای توافق، دولت ها دیوان را به عنوان مرجع صالح برای رسیدگی انتخاب کنند. البته صلاحیت اجباری رسیدگی دیوان به دعوای بین دولت ها^۳ مورد انکار قرار نمی گیرد و با جمع شرایط آن، این امکان وجود دارد.

به طور کلی می توان گفت رسیدگی قضائی ویژگی هائی دارد که بر استفاده از این روش در عرصه بین المللی تاثیر گذار بوده است. عمده این ویژگیها عبارتند از: مشخص بودن مقررات رسیدگی، الزام مرجع رسیدگی به تبعیت از مقررات آمده دادرسی و نهایتاً الزام محکوم علیه به اجرای رای از طریق قوای دولتی^۴ (در فرضی که رسیدگی در دادگاههای یک کشور خاص صورت می گیرد). لکن در کنار این ویژگیها که بیشتر به عنوان مزیت به نظر می رسند، التزام دادگاههای داخلی یک کشور (که اعضای کنسرسیوم آن را صالح در نظر گرفته اند) به مقررات دست و پاگیر دادرسی و تعیین و تجدید وقت های مکرر رسیدگی و از طرف دیگر غیر قطعی بودن آراء و چند مرحله ای بودن رسیدگی ها با مهم ترین اصل در بازرگانی - سرعت - و حتی در امور غیر بازرگانی - رفع اختلاف و برگرداندن آرامش به اعضاء کنسرسیوم - سازگار نیست. از سوی دیگر اعضا به دلیل اشراف نظام بر حقوق متبوع خود میل به پذیرفتن

^۱ - برای مطالعه بیشتر ر. ک انصاری معین، پرویز، حقوق تجارت بین الملل، ۱۳۸۷، تهران، نشر میزان.

^۲ - بند ۱ ماده ۱۴، اساسنامه دیوان.

^۳ - بند ۲ ماده ۳۶ اساس نامه دیوان.

^۴ - علیدوستی شهرکی، ناصر؛ منبع پیشین، ص ۳۱.

صلاحیت دادگاههای کشور خود را دارند و سایر اعضا نسبت به حفظ بی طرفی دادگاههای این کشورها در حل اختلاف اطمینان کافی ندارند و این عدم اطمینان در اکثر موارد قابل توجه است.^۱

همین ویژگیها سبب عدم استقبال اعضای کنسرسیوم های بین المللی و به طور کلی فعالان عرصه فعالیت های قراردادهای بین المللی از روش حل اختلاف قضائی شده است.

بند دوم: روش های برون دادگاهی (غیر قضائی) حل اختلافات

به طور کلی روش های غیر قضائی حل اختلاف که تحت عنوان «روش های حل اختلاف جایگزین»^۲ نیز نامگذاری شده اند به روشها و راهکارهایی اطلاق می شود که به جای حل و فصل اختلافات از طریق رسیدگی حقوقی، اختلافات از طریق مذاکره و مساعی جمیله حل و فصل می گردد.

در این روش ها اعضای کنسرسیوم های بین المللی (که غالباً روابط قراردادی بازرگانی دارند) از امتیاز رهائی از قیود و تشریفات دست و پا گیر رسیدگی های قضائی برخوردارند. وانگهی به دلیل قراردادی بودن تمام شرایط حاکم بر این روش ها و انتخاب قانون حاکم و شخص فصل کننده اختلاف از سوی اعضا، اولاً اطمینان اعضا به بی طرفی مرجع رسیدگی حفظ می شود و ثانیاً اعضا از امتیاز امکان دادرسی به وسیله متخصص یا متخصصین در امر مورد اختلاف و اهل خبره برخوردار خواهند شد.^۳

شمار روش های مزبور در عرصه بین المللی تا هفده مورد ذکر شده است.^۴ مهمترین آنها که بیشترین کاربرد را دارند عبارتند از: داوری^۵، سازش^۶، میانجیگری^۷، مذاکره^۸، رسیدگی کوتاه^۹ و ارزیابی بی طرفانه.^{۱۰}

لازم به ذکر است که در این روش ها قواعد قابل اعمال با لحاظ دو ویژگی اعمال می شوند:

اولاً؛ مرجع رسیدگی باید به حاکمیت اراده طرف ها در روند رسیدگی توجه نماید. به بیانی دیگر قواعد حل اختلاف عمدتاً متأثر از اراده طرف های اختلاف است.

ثانیاً؛ نتیجه رسیدگی و اظهار نظر مرجع در اکثر این روش ها در اصل الزام آور نیست مگر اینکه طرف های قرارداد خلاف آن را مورد توافق قرار داده باشند.

بنابراین اگر در روش های غیر الزام آور، مرجع حل اختلاف (مثلاً میانجی)، به مقتضای قاعده انصاف راه حلی پیشنهاد کند و طرفین آنرا نپذیرند، موضوع بنا به الزام آور نبودن پیشنهاد منتفی می شود؛ حال آنکه در روش الزام آور (داوری) به نظر برخی حقوق دانان داوران زمانی می توانند به استناد قاعده انصاف فصل خصومت کننده چنین اختیاری به آنها تفویض شده باشد.

به طور کلی روش های برون دادگاهی حل اختلاف، را به دو دسته الزام آور و غیر الزام آور^۲ می توان تقسیم کرد.

^۱- محبی، محسن؛ نظام داوری اتاق بازرگانی بین المللی، مجله تحقیقات حقوقی دفتر خدمات بین المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۲۴، سال ۱۳۷۸، ص ۳۸.

2-Alternative Dispute Resolutions (ADR)

^۳- منبع پیشین، ص ۳۸.

^۴- منبع پیشین.

^۵- Arbitration

^۶- Conciliation

^۷- Negotiation

^۸- Mediation

^۹- Mini - Trial

^{۱۰}- Neutral Evaluation

^۱ صفائی، سیدحسین؛ حقوق بین المللی و داوری های بین المللی، ۱۳۷۵، تهران، نشر میزان، ص ۱۲۴

^۲- علیدوستی شهرکی، ناصر، منبع پیشین، ص ۳۳.

^۳- صفائی، حسین، مقالاتی درباره حقوق بین الملل و داوری های بین المللی، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۵، ص ۹۰

^۴- مکرمی، علی محمد؛ جزوه درسی حقوق داوری های بین المللی، مربوط به دوره کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرمانشاه، ص ۹

الف - روش های الزام آور

تنها روش الزام آور در میان روش های جایگزین حل اختلاف، داوری است. علل رجوع به داوری متعدد است^۱، طرفین اختلاف می خواهند، اختلاف آنها سریع تر، با هزینه کمتر و با یک آئین دادرسی انعطاف پذیر حل و فصل شود، آن هم به وسیله اشخاصی که مورد اعتماد طرفین هستند، یا از چنان اطلاعات فنی برخوردارند که نمی توان آن را از قضات انتظار داشت. همچنین طرفین می خواهند که اختلاف آنها، در ماهیت، به طریقی جز آنچه قضات حکم می کنند فیصله یابد. که امروزه در عرصه بین المللی به دلیل ویژگی های خاص آن از جمله الزام آور بودن، کم هزینه بودن آن نسبت به رسیدگی قضائی، حفظ بی طرفی داوران در رسیدگی، محرمانه بودن آن و این مساله مهم که در برخی موارد که محکمه قضائی نمی تواند صالح به رسیدگی باشد، داوری راهگشاست. مانند مورد تکمیل قراردادهائی که بعضی شروط قراردادی در آنها پیش بینی نشده است یا تجدید نظر در قراردادهای تجاری به نحوی که منجر به فسخ آنها نشود یا تکمیل دیگر نارسائی های قابل تصور در قراردادهای^۲ و بسیاری ویژگی های دیگر سبب شده داوری امروزه در حل و فصل اختلافات بین المللی بیشترین کاربرد را داشته باشد.

شرط ارجاع اختلافات به داوری خواه در قرارداد اصلی طرفین مندرج باشد و خواه به صورت توافق جداگانه ای باشد برای طرفین الزام آور است. قرارداد داوری را نباید قراردادی دانست که سلب صلاحیت از دادگاه می کند زیرا قراردادی که حق کسی را در رجوع به مرجع قضائی سلب نماید مخالف نظم عمومی و بی اثر است، از این رو است که جریان داوری و احکام آن تحت نظارت و کنترل مراجع قضائی محل داوری قرارداد و عندالزوم در مواردی که قانون معین نموده است مراجع قضائی می توانند رأی داور را بطلان و ملغی الاثر نمایند. چگونگی جریان رسیدگی داوری و صدور و اجرای رأی داور نیز اصولاً مبتنی بر توافق و اراده طرفین می باشد و قانون حاکم بر قرارداد داوری قانون حاکم بر ماهیت دعوا و قانون حاکم بر آیین رسیدگی نیز در درجه اول قانونی است که طرفین بر آن تراضی کرده اند.^۱

اهمیت داوری در عرصه بین المللی امروزه با نگاه به قوانین ملی کشورها مانند مواد ۶۳۲ الی ۶۸۰ قانون آئین دادرسی مدنی ایران، قانون داوری تجاری بین المللی ایران مصوب ۷۶/۶/۲۶ قانون داوری دوازدهم مارس ۱۹۸۱ فرانسه، قانون داوری انگلیس و ... مشخص می شود. تصویب این قوانین نمایانگر صدور اجازه ارجاع دعاوی به داوری های داخلی و بین المللی برای اتباع این کشورهاست. به دلیل اهمیتی که حل اختلافات برای دولت ها و نظام های حقوقی آنان پیدا کرده است. در این قوانین شیوه داوری ها، نحوه رسیدگی و صدور آراء و شناسائی و اجرای احکام ناشی از آنها نیز تعیین می شود تشکیل معاهدات، قراردادهای و کنوانسیون هائی مانند قواعد مربوط به سازش و داوری اتاق بازرگانی بین المللی ژانویه ۱۹۹۸، کنوانسیون دهم ژوئن ۱۹۵۸ مربوط به شناسائی و اجرای احکام داوری، کنوانسیون اروپائی ۱۹۶۱ مربوط به داوری های بین المللی، قانون نمونه داوری (آنسیترال) کمیسیون تجارت بین الملل سازمان ملل متحد سال ۱۹۸۵، قواعد مربوط به سازش و داوری اتاق بازرگانی بین المللی ژانویه ۱۹۸۸، همینطور مرکز بین المللی حل و فصل دعاوی مربوط به سرمایه گذاری های خارجی (ICSID) که کنوانسیون مبنای آن در سال ۱۹۶۵ در واشنگتن منعقد گردید و در ۳۰ ژوئن ۱۹۸۸ توسط ۸۹ کشور از جمله ایران پذیرفته شد^۲ (این مرکز به وسیله سازش و داوری به حل اختلافات ناشی از سرمایه گذاری خارجی می پردازد). تمام مواردی که گفته شد نشانه اهمیت یافتن و رشد روز افزون گرایش داوری جهت حل و فصل اختلافات بین المللی است.

1-Redfernalan and Hunter martin, Law and practice of international commercial arbitration, second edition, London 1991 , p 58.

۲- ر. ک، منبع پیشین ص ۱۴.

ب- روش های غیر الزام آور

۱- مذاکره

مذاکره روشی است که در آن شرکت کنندگان تلاش می کنند که در خصوص موضوعات مورد اختلاف یا در خصوص اختلافات احتمالی به یک تصمیم مشترک برسند. منظور این است که طرفین به جای ارجاع اختلاف به دادگاه به منظور حل و فصل اختلاف با هم مذاکره و گفتگو نمایند. در این روش تلاش می شود با یافتن راه حل مورد رضایت طرفین که در مذاکره به آن دست یافته اند اختلاف به طور دو ستانه حل و به روابط آینده طرفین آسیب وارد نشود. معمولاً مذاکره با شرکت مستقیم طرفین انجام می گیرد هر چند وکلای آنها نیز می توانند در مذاکره شرکت نمایند. اصل این است که شخص ثالث در مذاکره دخالت نکند اما ممکن است شخص ثالث با شرکت در مذاکرات و بیان علت اصلی ایجاد اختلاف و چگونگی جبران خسارت به جریان حل و فصل اختلاف کمک نماید.^۱ به عبارتی، آسانترین راه برای حل اختلافات ناشی از قراردادهای تجاری بین المللی به طور عام و کنسرسیوم به طور خاص مذاکره است که البته بسیار معمول می باشد. حتی این روش در صدر فهرست روش های مسالمت آمیز حل اختلافات قرار داده شده است.^۲ لکن توسل به این روش تنها زمانی کار گشاست که اختلاف به معنی واقعی کلمه بین اعضای تشکیل دهنده کنسرسیوم ایجاد نشده باشد و سوء تفاهم احتمالی با مذاکره در مدت زمان معین قابل حل و فصل باشد. به همین دلیل داوری که قاطع اختلافات به معنای حقیقی آنهاست امروزه بیشتر مورد توجه قرار می گیرد.

۲- میانجیگری

میانجیگری روشی است که به موجب آن شخص ثالث بی طرف به عنوان میانجی از طریق تشکیل جلسات و گفتگو با طرفین و بحث در خصوص موضوع مورد اختلاف و همه راه حل های احتمالی که برای حل اختلاف متصور است حل و فصل اختلاف را تسهیل می کند. در میانجیگری اختلافات در محیطی دو ستانه و توأم با همکاری و همفکری و با دید حل و فصل اختلاف مورد بحث قرار می گیرد و میانجیگری با توجه به اختلافات طرفین و نظرات آنها و پس از بررسی راه حل های ممکن با رعایت حقوق منافع دو طرف راه حلی مناسب را پیشنهاد می کند.^۳ در این روش ثالثی که عنوان میانجی دارد بدون صدور رای اعضای کنسرسیوم (طرف های اختلاف) را به تفاهم تشویق کرده و با تبیین منافع واقعی طرفین طی فرایند غیر رسمی و غیر تشریفاتی به آنها کمک می کند. طرف های اختلاف نیز با انتخاب میانجی از وی می خواهند طی فرایندی خصوصی، محرمانه و انعطاف پذیر آنها را در یافتن راه حل مساله یاری می کند.^۴

این روش معمولاً زمانی مورد توجه اعضای کنسرسیوم قرار می گیرد که مذاکره امکانپذیر نبوده یا به نتیجه نرسد. به هر حال در این روش نیز مانند مذاکره طرفین اختلاف هنوز به ادامه روابط دو ستانه علاقمند و با استفاده از این روش سعی در از میان برداشتن

1-<http://www.peacemakers.ca/publications/ADRdefinitions.Html>

۲-منشور ملل متحد، ماده ۳۳.

3-<http://www.mcwilliamsmediation.com/articlesadoptions.html>

۱-مصلحی، علی حسین و صادقی، محسن؛ نگاهی به شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات، مجله نامه مفید، سال دهم، ۱۳۸۳، ش ۴۶، ص ۱۳

2- <http://www.peacemakers.ca/publications/ADRdefinitions.html>

۳- کلایوام اشمیتوف؛ منبع پیشین، ص ۹۸۶.

4- WW.WORLD BANK.ORG/ICSID/BASICOD/BASICOD/BASICOD.HTM

سوء تفاهم پیش آمده دارند. بنابراین می توان گفت میانجی گری به شکل حقیقی راه حل اختلاف نیست بلکه از ایجاد اختلاف واقعی جلوگیری می کند.

۳- سازش

سازش همانند میانجیگری روشی است با مصاحبه که در آن با گفتگوهای سازشگر اختلافات طرفین حل و فصل می شود. سازشگر نیز همانند میانجیگر با طرفین در خصوص موضوع مورد اختلاف گفتگومی کند و دیدگاههای آنها را به هم نزدیک کرده و در صورت تمایل طرفین طرح سازش یا سازشنامه را تنظیم می نماید.^۲

برخی صاحب نظران^۳ میانجی گری را با سازش یکسان دانسته اند. لکن تفاوت آنها قابل انکار نیست. در روش سازش حل اختلاف بر اساس آئین دادرسی کاملاً قابل انعطاف، اختیاری، محرمانه و مبتنی بر اراده اصحاب دعوا، توسط سازش دهنده صورت می گیرد. سازش دهنده منتخب طرفین است و رأی او جز در صورت توافق اصحاب دعوا الزامی نیست. به نظر می رسد شباهت سازش به داوری قابل توجه تر است چرا که تنها تفاوت آنها در الزام آوری بودن داوری و غیر الزام آور بودن سازش است. قابل توجه است که سازش نیز مانند داوری، زمانی کاربرد دارد که اختلاف حقیقتاً بین طرف ها پیش آمده و فعلیت دارد. به همین دلیل است که در عرصه بین المللی مقررات فراوانی درباره سازش وجود دارد و بسیاری از نهادهای حل اختلاف بین المللی، سازش را در کنار داوری و مقدم بر آن ذکر کرده اند. برای نمونه می توان به مرکز بین المللی حل و فصل اختلافات سرمایه گذاری،^۴ اشاره کرد.

به دلیل کاربرد اندک سایر روش های جایگزین در حل اختلافات ناشی از قراردادهای بین المللی و کند سر سیوم به طور خاص در عرصه بین المللی از بحث در باره آنها چشم پوشی می کنیم.

گفتار دوم: شیوه های بین المللی حل اختلاف، پذیرفته شده در نظام حقوقی ایران

در این مبحث به بررسی منابع، موانع یا محدودیت های روش های معمول حل اختلاف عرصه بین المللی در حقوق ایران می پردازیم. روشن نمودن این مبحث و بررسی و در صورت لزوم اصلاح قوانین مرتبط با آن بر تمایل اشخاص حقیقی و حقوقی خارجی در برقراری تمام اقسام ارتباط مسالمت آمیز و قراردادهای و به طور خاص همکاری در قالب کنسرسیوم تاثیر مستقیم و فوق العاده ای خواهد داشت.

قوانین اعم از عادی و اساسی مهمترین منبع و خاستگاه قواعد حل اختلاف سرمایه گذاری در حقوق داخلی ایران هستند. معاهدات، به ویژه معاهدات متقابل سرمایه گذاری خارجی از این قبیل اند که به دلیل تصویب مجلس شورای اسلامی در مقوله قوانین قرار گرفته و بحث می شود.

بند اول: جهت گیری قانون اساسی

در قانون اساسی ایران اصل بر رسیدگی قضائی به اختلافات است.^۱ بنابر اصل صلاحیت واقعی و سرزمینی، جمهوری اسلامی ایران در تمام روابط قراردادی که اتباع آن به نحوی دخیل هستند و حتی در مواردی که تعهدات ناشی از قرارداد باید در ایران اجرا شود، صلاحیت دخالت دارد و این دخالت اصولاً باید قضائی باشد. به دلایل پیش گفته در مورد معایب صلاحیت قضایی، چه بسا سرمایه گذاران خارجی و فعالان قراردادهای بین المللی با این شرایط تمایلی برای همکاری با ایران نداشته باشند. در بررسی بیشتر قانون اساسی می بینیم که گرچه اجازه ارجاع دعاوی به داوری به طور مستقل واضح وجود ندارد لکن اصل ۱۳۹ از این قانون اشعار می دارد: « صلح دعاوی راجع به اموال عمو می و دولتی یا ارجاع آن به داوری در هر مورد موکول به تصویب هیات وزیران است و باید به اطلاع مجلس برسد. در مواردی که طرف دعوا خارجی باشد و در موارد مهم داخلی باید به تصویب مجلس نیز برسد. موارد مهم را قانون تعیین می کند.» بر اثر دقت در اصل فوق الاشعار به دو نتیجه مهم دست پیدا می کنیم:

۱- قانون اساسی ایران مراجعه به داوری را در مورد اختلاف پیش بینی کرده و مجاز دانسته است.

۲- استثنائاتی براین وارد نموده است:

اولاً؛ ارجاع دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی به داوری به هر حال در هر مورد که حتماً قبل از ارجاع باید به تصویب هیات وزیران و سپس اطلاع مجلس شورای اسلامی برسد.

^۱- اصل ۱۵۹ قانون اساسی: «مرجع رسمی تظلمات و شکایات دادگستری است. تشکیل دادگاهها و تعیین صلاحیت آنها منوط به حکم قانون است.»

ثانیاً؛ صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی و یا ارجاع آن به داوری در مواردی که طرف دعوا خارجی هم باید به تصویب هیات وزیران و هم به تصویب مجلس شورای اسلامی برسد و در این زمینه اطلاع مجلس کافی نیست و نظارت آن مرجع استصوابی است.

ثالثاً؛ صلح دعاوی راجع به اموال عمومی و دولتی و یا ارجاع آن به داور حتی در موارد داخلی نیز باید علاوه بر تصویب هیات وزیران به تصویب مجلس شورای اسلامی نیز برسد.

در غیر از موارد فوق الذکر که صراحتاً اصل مزبور ارجاع به داوری را با محدودیت هایی مواجه نموده است، محدودیت دیگری در ارجاع اختلافات به داوری وجود ندارد.

لازم به ذکر است در عرصه بین المللی محدودیتی که قانونگذار در اصل ۱۳۹ قانون اساسی به تصویب مجلس شورای اسلامی برای ارجاع امر به داوری در نظر گرفته است. هنگامی که دعوائی بدون جمع این شرایط به داوری ارجاع شود و ایران قرارداد داوری را با طرف مقابلش امضاء کرده باشد، موجب بی اعتباری داوری و رای ناشی از آن نمی شود و به نظر می رسد دولت ایران، در رابطه با اموال عمومی و دولتی، به دلیل انعقاد قرارداد داوری ملزم است رای داور را اجرا کند. چنانکه در پرونده گات اوایل علیه شرکت ملی نفت ایران^۱ به خواسته ابطال رای داوری به دلیل عدم اهلیت شرکت ملی نفت ایران برای مراجعه به داوری، به علت فقدان مجوز موضوع اصل ۱۳۹ قانون اساسی م شهود است، می توان گفت عدم رعایت چنین محدودیتی نمی تواند موجب بی اعتباری رای داور شود. از طرف دیگر شاید بتوان به نظریه شورای نگهبان^۲ در این باره استناد کرد: هنگامی که شورای نگهبان در مورد یکی از قراردادهای منعقدہ چنین نظری را ابراز کند، می توان آن را به سایر قراردادها تسری داد به نظر می رسد قرارداد مورد اشاره ویژگی خاصی نداشته است و الا این ویژگی در نظریه شورای محترم، مورد اشاره قرار می گرفت. بنابراین عدم تسری این حکم به سایر احکام ترجیح بلا مرجع و قبیح خواهد بود.

برای تقریب مطلب به ذهن شاید ذکر ترجمه استدلال دادگاه استیناف پاریس خالی از وجه نباشد: «قرارداد فیما بین از نوع قراردادی است که برای احتیاجات تجاری بین المللی، تحت شرایط عمومی را از توسل به قوانین ملی برای بی اعتبار نمودن قرارداد داوری که قبلاً منعقد کرده است، منع می کند. از این رو گات اوایل نمی تواند به بی اعتباری شرط داوری به استناد عدم اهلیت به واسطه عدم رعایت اصل ۱۳۹ قانون اساسی ایران توسل جوید و استدلال کند که شرکت ملی نفت ایران به دلیل عدم اخذ مجوز موضوع اصل ۱۳۹ اهلیت مراجعه به داوری را ندارد؛ زیرا نظم عمومی بین المللی شرایطی را که در این مورد به وسیله نظام داخلی مقرر شده است ملحوظ نظر قرار نمی دهد».

یک اصل کلی حقوقی وجود دارد که به موجب آن دولت یا سازمان دولتی طرف قرارداد بین المللی نمی تواند برای بی اعتباری و بطلان تعهدات پذیرفته شده در آن قرارداد به واسطه نداشتن اهلیت یا اختیار به قوانین ملی خود استناد کند. این اصل در سطح وسیعی مورد تأیید حقوقدانان و نویسندگان حقوقی در داوری های بین المللی قرار گرفت. مفسرین حقوقی برای تأیید این اصل به اصول متعدد کلی تر، از قبیل وفای به عهد، حسن نیت، نظم عمومی فراملی و Lex mercatoria نیز استناد کرده اند.

به طور کلی اصل ۱۳۹ قانون اساسی در سطح وسیعی در دعاوی بین المللی مخصوصاً داوری های بین المللی مورد بحث قرار گرفت و عمدتاً نبود مجوز مجلس شورای اسلامی، سبب عدم اهلیت یا نداشتن اختیار دولت و سازمان های دولتی به حساب نیامده است.

موسسه حقوق بین المللی در سال ۱۹۸۹ در داوری های بین دولت، شرکت های دولتی یا نهادهای دولتی با شرکت های خارجی، قطعنامه ای را پذیرفت که طبق ماده ۵ آن «دولت، نهاد دولتی یا شرکت های دولتی نمی توانند به عدم اهلیت خود به منظور مقاومت در مراجعه به داوری که قبلاً قرارداد آن را منعقد کرده اند، استناد کنند»^۳

^۱ - ترجمه فارسی رای دادگاه استیناف پاریس، مورخ ۱۷ سپتامبر ۱۹۹۱ ص ۴ و ۱۴ نقل از دکتر امیر معزی، احمد، داوری بین المللی در دعاوی بازرگانی ۱۳۸۷، تهران، نشر دادگستری، ص ۵۵.

^۲ - نظریه شورای نگهبان به شماره ۶۰۲۵ مورخ ۱۳۶۵/۴/۱۸: «نظر به اینکه در مورد شمول اصل ۱۳۹ نسبت به قرارداد مورد سوال، شورای نگهبان به نظر تفسیری نرسیده است، ارجاع به داوری از طرف دولت بدون کسب مجوز از مجلس شورای اسلامی با قانون اساسی مغایرت ندارد.» مجموعه نظریات شورای نگهبان، ج ۲، ص ۹۰۷؛ نقل از امام، فرهاد؛ حقوق سرمایه گذاری خارجی در ایران، ۱۳۷۳، تهران، نشر یلدا، ص ۳۳۱.

^۳ - نقل از منبع پیشین، ص ۵۸ - ۵۷.

دلیل چنین حکمی در عرصه بین المللی اینست؛ «دولت نماینده عام کشور یا جامعه معین است در «نمایندگی عام»^۲، قاعده ای به نام «فرض وجود اختیار»^۳ حاکم است. به استناد این قاعده فرض می شود که نماینده عام اختیار انجام همه امور مربوط به آن حرفه یا شغل را دارد. در صورتی که به هر دلیلی اختیار او را در امر خاصی محدود نمایند، این محدودیت نسبت به اشخاص ثالث بلا اثر است مگر اینکه قبلاً به اطلاع تمام کسانی که با او طرف رابطه هستند، رسیده باشد.^۴ قانون اساسی گرچه از سایر راههای حل اختلاف نامی به میان نیاورده است،^۵ اما هیچ منعی را هم در این زمینه ایجاد نکرده است بنابراین به نظر می رسد که بتوان از تمام این راه حل ها در عرصه بین المللی استفاده کرد مشروط بر اینکه استفاده از آن را در قرارداد ذکر کرده باشیم.

بند دوم: قوانین عادی

الف: قانون آئین دادرسی مدنی^۶

قانون آئین دادرسی مدنی در ماده ۴۵۷ ارجاع دآوری در دعوای مربوط به اشخاص خارجی را منوط به شروطی می کند. قدر مسلم آن است که این قانون نمی تواند تاثیری بیش از قانون اساسی در عرصه بین المللی بگذارد چرا که تمام دلایلی که در بحث قبلی برشمردیم و به آن واسطه محدودیت های ناشی از اصل ۱۳۹ قانون اساسی در عرصه بین المللی قابل قبول شد، در مورد قوانین عادی نیز ساری و جاری است. لازم به ذکر است که سازش در قانون مذکور مطرح شده است. لکن سازش مطروحه در این قانون با نهادی که تحت عنوان سازش و در کنار دآوری مطرح می شود تفاوت بنیادین دارد، درخواست سازش مطروحه در قانون آئین دادرسی مدنی به دادگستری داده می شود لکن منظور از سازش در عرصه بین المللی نهادی برای حل اختلاف است که البته دادگستری هیچ نقشی در آن ندارد و نهادی مستقل از دادگستری در راه حصول سازش تلاش می کند.

ب- قانون دآوری تجاری بین المللی ایران

این قانون که حاکم بر دآوری های تجاری بین المللی است، براساس قانون آنسیترال در تاریخ ۷۶/۶/۲۶ به تصویب رسید تا ناظر بر دآوری های احتمالی در روابط ایرانیان و بیگانگان باشد.

ج- سایر منابع

- ۱- قانون تشویق و حمایت از سرمایه گذاری خارجی مصوب ۸۱/۴/۲ در ماده ۱۹ دآوری، مذاکره و سایر راههای حل اختلاف را پیش بینی نموده است.^۱
- ۲- از سوی دیگر موافقتنامه های دو جانبه تشویق و حمایت سرمایه گذاری وجود دارند که در واقع «معاهدات دو جانبه سرمایه گذاری»^۲ و به تصویب مجلس رسیده اند. این معاهدات نیز راه حل هائی برای حل اختلاف وجود دارد که در حدود معاهدات برای ایران لازم الاجراست.
- نکته بسیار مهمی که ذکر آن لازم به نظر می رسد این است که گرچه قانونگذار ما در قانون دآوری تجاری بین المللی از لفظ «تجاری» استفاده نموده و از بیان حدود این لفظ و معنای آن امتناع ورزیده است، لکن با توجه به مبنا و اساس قانون فوق الذکر که

^۲- Universal/General Agent

^۳- Apparent authority

^۴- منبع پیشین، ص ۶۶.

^۵- برخی حقوقدانان معتقدند در اصل ۱۳۹ ق. اساسی صلح به معنای حقیقی و نه به معنای سازش به کار رفته است. علیدوستی شهرکی، ناصر؛ منبع پیشین، ص ۷۴

^۶- قسمت اخیر ماده ۴۵۷ قانون آیین دادرسی مدنی: «...در مواردی که طرف دعوا خارجی یا موضوع دعوا از موضوعاتی باشد که قانون آن را مهم تشخیص داده، تصویب مجلس شورای اسلامی نیز ضروری است.»

^۱- «اختلافات بین دولت و سرمایه گذاران خارجی در خصوص سرمایه های موضوع این قانون چنانچه از طریق مذاکره حل و فصل نگردد در دادگاههای داخلی مورد رسیدگی قرار می گیرد، مگر آن که در قانون موافقتنامه دو جانبه سرمایه گذاری با دولت متبوع سرمایه گذار خارجی، در مورد شیوه دیگری از حل و فصل اختلافات توافق شده باشد.»

2- Bilateral Investment Trade (BIT)

قانون نمونه داوری آنسیترال است، می توان گفت همان تفسیری که قانون نمونه از واژه تجاری دارد را می توانیم به قانون داوری تجاری بین المللی تسری دهیم و مطالب پیش گفته را، در روابطی که در قانون نمونه، در معنای تجاری به کار رفته است، جاری و ساری بدانیم. قانون نمونه، راجع به واژه تجاری، در داوری تجاری بین المللی توضیح می دهد که: «اصطلاح تجاری بایستی در مفهوم وسیع آن تفسیر شود، بنحوی که موضوع های ناشی از هرگونه رابطه را که دارای ماهیت تجاری است، اعم از قراردادی یا غیر قراردادی، شامل شود. منظور از روابط دارای ماهیت تجاری، یا بدون قید انحصار عبارتست از تهیه یا مبادله کالا و خدمات، قرارداد توزیع، نمایندگی یا کارگزاری تجاری، حق العمل کاری، اجاره به شرط تملیک، ساختمان پروژه ها، مشاوره، مهندسی، پروانه امتیاز سرمایه گذاری، تامین اعتبار، بانکداری، بیمه، قرارداد بهره برداری یا امتیاز انحصاری یا مشارکت مدنی و انواع دیگر همکاری صنعتی یا تجاری، حمل و نقل کالا یا مسافر از طریق هوا، دریا، راه آهن یا جاده ...»^۱

گفتار سوم: شیوه های حل و فصل اختلاف در کنسرسیوم های ملی

اختلاف در کنسرسیوم های ملی را می توان مرادف با معنای اختلاف ناشی از قراردادهای معمول داخلی در نظر گرفت. بنابراین راه حل هایی که در قوانین داخلی مخصوصاً قانون آئین دادرسی مدنی موجود است، در این اختلاف نیز مورد استفاده قرار خواهند گرفت.

تنها مساله قابل توجه در این مبحث، دادگاه صالح برای رسیدگی به اختلافات در کنسرسیوم هائی است که یکی از اعضا یا طرف های آن دولت یا شرکتی دولتی باشد.

آیا در چنین شرایطی با توجه به اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی^۲، دیوان عدالت اداری صلاحیت انحصاری به این اختلافات را خواهد داشت؟

«اختلافات و دعاوی به دو دسته اداری و عادی تقسیم می شوند. در دعاوی عادی هر دو طرف دعوا افرادند در صورتیکه در دعاوی اداری یک طرف دعوا فرد و طرف دیگر آن اداره یا سازمان عمومی است. رسیدگی به دعاوی در صلاحیت دادگاههای عمومی دادگستری است. درحالیکه رسیدگی به دعاوی اداری با دادگاهها و مراجع اداری است.»^۳

قابل ذکر است که تنها در روابط اداری است که دولت در مقامی بالاتر و متفاوت از طرف مقابل خود قرارداد و بنابراین حمایت از طرف آسیب پذیر در مقابل تصمیمات یکجانبه دستگاههای دولتی - که اراده افراد در آن هیچ نقشی ندارد - باعث پیش بینی مراجع اداری توسط قانونگذار بوده است. در روابط قراردادی دولت با افراد جامعه، هر دو طرف قرارداد دارای اراده ی برابر، امکان ابراز آن و در وضعیت یکسانی قراردادند و به همین جهت محاکم عمومی دادگستری صالح رسیدگی در دعاوی اخیر خواهند بود.

این مطلب هم از اصل یکصد و هفتاد و سه قانون اساسی قابل استنباط است و هم نظر حقوقدانان ما براین امر استوار است.^۴

^۱ - مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوق بین المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۴، سال ۱۳۶۴، ص ۲۰۷.

^۲ - اصل یکصد و هفتاد و سوم قانون اساسی: «به منظور رسیدگی به شکایات، تظلمات و اعتراضات مردم نسبت به مامورین یا واحدها یا آئین نامه های دولتی و احقاق حقوق آنها، دیوانی به نام دیوان عدالت اداری زیر نظر رئیس قوه قضائیه تاسیس می گردد. حدود اختیارات و نحوه عمل این دیوان را قانون تعیین می کند.»

^۳ - طباطبائی مومنی، منوچهر؛ حقوق اداری، تهران، انتشارات سمت، ص ۴۲۴.

^۴ - مصاحبه با یآوری، اسدا...؛ استادیار دانشگاه شهید بهشتی و دکترای حقوق عمومی، در تاریخ ۱۳۸۹/۹/۸

گفتار چهارم: اجرای احکام ناشی از کنسرسیوم ها

بند اول: اجرای احکام ناشی از کنسرسیوم های بین المللی

در مرحله اجرای حکم خارجی با حقی رو به رو هستیم که به موجب قانون صالح برای محکوم له به رسمیت شناخته شده و اکنون زمان اجرای آن فرا رسیده است. برخی حقوقدانان از این مرحله با عبارت مرحله «تأثیر بین المللی حق» یاد کرده اند. تمام کشورها برای اجرای حکم صادره از کشور بیگانه شرایطی قائل می شوند که اهم آن از قرار ذیل است:

- ۱- رای مورد درخواست اجرا باید وفق قانون محل صدور یا هر قانون حاکمی صحیحاً صادر شده باشد.
- ۲- رای صادره باید قطعی و لازم الاجرا باشد.

در مورد تأثیرگذاری حق نیز نکته مهمی وجود دارد و آن اینکه حق همان آثاری را دارد که قانون خارجی بر آن بار کرده است و در مرحله اجرا نمی توان آثاری بیش از آنچه در رای آمده است را مورد اجرا قرار داد. بعلاوه اجرای رای صادره از کشور بیگانه با دو محدودیت کلی دیگر نیز روبروست:

- ۱- اگر اجرای این رای برای سازمان حقوقی کشور اجرا کننده غیر قابل تحمل بوده و به عبارت دیگر با نظم عمومی آن کشور مخالف باشد، حکم مزبور حتی حق ایجاد شده، تمام یا قسمتی از آثار خود را از دست خواهد داد. البته اثر نظم عمومی در مرحله اجرای حق بسیار خفیف و ناچیزتر از مرحله ایجاد آن است^۱ لکن وجود آن را به عنوان یک مانع نمی توان انکار کرد.
- ۲- مصونیت اموال دولتی مساله قابل توجهی است که منافع محکوم له را که پس از طی مراحل به حکم لازم الاجرا دست یافته، در غالب کشورها دچار مشکل می کند و هنگامی که دولت محکوم علیه قرار می گیرد، به استناد این مصونیت از اجرا سر باز می زند. البته در «کنوانسیون اروپایی مصونیت دولت» مصونیت محدود یا نسبی پذیرفته شده است به این معنا که دولت در مورد اعمال حاکمیت^۲ از مصونیت برخوردار است و در جاییکه اعمال تصدی می کند، باید به مقررات کشور مقرر دادگاه گردن نهد.^۳ به همین دلیل در قراردادها اغلب به این مصونیت اشاره می شود.

بند دوم: اجرای احکام خارجی ناشی از کنسرسیوم ها در ایران

مواد ۱۱۶۹ الی ۱۷۳ قانون اجرای احکام مدنی مصوب اول آبان ماه سال یکهزار و سیصد و پنجاه و شش بیانگر شرایط اجرای احکام صادره از دادگاه های خارجی است. قانون گذار ما بر خلاف رویه معمول در عرصه بین المللی، مساله نظم عمومی را همچنان در اجرا نیز موثر دانسته و معتبر می شناسد.

معامله متقابل کشور صادر کننده حکم در مورد اجرای احکام صادره از محاکم ایران و همینطور قراردادهای و معاهدات منعقد شده ایران با کشورهای دیگر، موثر در اجرای احکام خارجی هستند.

افزون بر نکاتی که بیان شد صرف نظر از اصطلاح «قوانین مخصوص» مذکور در بند ۳ ماده ۱۶۹ ق.ا.ا.م که سبب ابهام شرایط اجرای احکام شده است، می توان گفت کشور ما در قوانین مدونه در امر اجرا مطابق قواعد کلی حاکم در سایر کشورها رفتار می کند.

^۱ - پی و نی بوايه. نقل از الماسی، نجادعلی؛ تعارض قوانین، ۱۳۶۸، تهران، مرکز نشر دانشگاهی، ص ۱۰۳

^۲ - ماده ۵۴ کنوانسیون واشنگتن: «کلیه کشورهای عضو کنوانسیون مکلفند آراء مرکز را الزامی تلقی کنند و تعهدات مندرج در حکم را به نحوی مورد اجرا گذارند که گویی رای مزبور حکم داخلی دادگاه کشوری است که در آن اجرای حکم خواسته شده است.» نقل از امام، فرهاد؛ حقوق سرمایه گذاری خارجی در ایران، ۱۳۷۳، نشر یلدا، ص ۲۹۴.

^۳ - اعمال دولت به دو دسته تقسیم می شود: «عمل تصدی و عمل حاکمیت. عمل تصدی عمل حقوقی است که دولت نه از حیث اعمال قدرت عمومی بلکه مانند سایر افراد آن را انجام می دهد مثل عمل دولت در بنگاه و راه آهن. عمل حاکمیت عملی است که دولت از حیث داشتن قدرت عمومی و به عنوان قدرت عمومی آن را انجام می دهد؛ مانند تاسیس معابر عمومی. جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ ترمینولوژی حقوقی، ۱۳۷۲، تهران، کتابخانه گنج دانش، ص ۶۷۱

^۴ - آیگناتس زایدل هوهن فلدن؛ منبع پیشین، ص ۲۱۹.

بند سوم: اجرای احکام در کنسرسیوم های ملی

در کنسرسیوم های ملی، اجرای احکام صادره از طریق راه های حل اختلافی که در قوانین ایران شناخته شده است، از رویه کلی اجرای احکام صادره از محاکم داخلی پیروی می کند و ویژگی خاصی ندارد؛ لذا از بیان آن در این مقال خودداری می شود.

نتیجه گیری

نظر به اینکه موجودیت، فعالیت و حتی خاتمه ی کنسرسیوم از توافق نشات می گیرد و نظر به اینکه کنسرسیوم ها به دلیل امکانات فوق العاده ای برای انواع فعالیت در عرصه های ملی و بین المللی بدون محدودیت موضوعی؛ از فعالیت های تجاری مثل فروش نفت تا فعالیت های بشر دوستانه مانند مبارزه با ایدز فراهم آورده است، چنین پتانسیل قوی و قابل اتکایی به عنوان یک قالب منحصر به فرد برای شکل دهی به خواست فعالان عرصه های مختلف قطعاً نیازمند نهادی قابل اتکا برای حل اختلافات احتمالی است که البته همچنان امکان دخالت مستقیم اراده در جایگاه حل اختلاف را برای آنان حفظ کند. بعلاوه ویژگی هایی مثل تخصصی و سرعت در کنار محرمانه بودن پروسه حل اختلاف، فاکتورهایی هستند که با توجه به شرایط روز بسیار مورد توجه قرار گرفته اند. داوری علاوه بر شرایط پیش گفته امکانی به وجود آورده است که آن را در صدر شیوه های حل اختلاف قرار داده است و آن لازم الاجرا بودن رای صادره است؛ امری که هیچ فعال عرصه قراردادهای ملی و بین المللی در هر رشته فعالیت، نمی تواند از آن چشم پوشی کند.

هرچند شیوه های جایگزین حل اختلاف دیگری نیز وجود دارد اما کاربرد آن ها در جای است که اختلاف به معنی حقیقی کلمه به وجود نیامده است. امروزه تداول کنسرسیوم به عنوان مستمسکی برای فعالیت های کلان ملی و بین المللی و در کنار آن داوری به عنوان شیوه حل اختلاف متناسب ترین و تخصصی ترین امکانات فعالیت و حقوقی را در اختیار اشخاص حقوقی قرار می دهد.

فهرست منابع:

منابع فارسی:

- ۱- علیدوستی شهرکی، ناصر؛ حقوق سرمایه گذاری خارجی، ۱۳۸۹، تهران، انتشارات خرسندی.
- ۲- انصاری معین، پرویز، حقوق تجارت بین الملل، ۱۳۸۷، تهران، نشر میزان.
- ۳- اساسنامه دیوان دادگستری بین المللی.
- ۴- محبی، محسن؛ نظام داورى اتاق بازرگانی بین المللی، مجله تحقیقات حقوقی دفتر خدمات بین المللی جمهوری اسلامی ایران، سال ۱۳۷۸.
- ۵- صفائی، سیدحسین؛ حقوق بین المللی و داورى های بین المللی، ۱۳۷۵، تهران، نشر میزان
- ۶- صفایی، حسین، مقالاتی درباره حقوق بین الملل و داورهای بین المللی، تهران، نشر میزان، ۱۳۷۵
- ۷- منشور ملل متحد.
- ۸- قانون اساسی جمهوری اسلامی ایران
- ۹- قانون دادرسی دادگاه های عمومی و انقلاب در امور مدنی مصوب ۱۳۷۹/۰۱/۲۱
- ۱۰- قانون اجرای احکام مدنی.
- ۱۱- مصلحی، علی حسین و صادقی، محسن؛ نگاهی به شیوه های جایگزین حل و فصل اختلافات، مجله نامه مفید، سال دهم، ۱۳۸۳
- ۱۲- امام، فرهاد؛ حقوق سرمایه گذاری خارجی در ایران، ۱۳۷۳، تهران، نشر یلدا
- ۱۳- امیر معزی، احمد، داورى بین المللی در دعاوی بازرگانی ۱۳۸۷، تهران، نشر دادگستر
- ۱۴- مجموعه نظریات شورای نگهبان، ج ۲.
- ۱۵- مجله حقوقی، دفتر خدمات حقوق بین المللی جمهوری اسلامی ایران، ش ۴، سال ۱۳۶۴.
- ۱۶- جعفری لنگرودی، محمد جعفر؛ ترمینولوژی حقوقی، ۱۳۷۲، تهران، کتابخانه گنج دانش.
- ۱۷- طباطبائی مومتمنی، منوچهر؛ حقوق اداری، تهران، انتشارات سمت.
- ۱۸- الماسی، نجادعلی؛ تعارض قوانین، ۱۳۶۸، تهران، مرکز نشر دانشگاهی.

منابع انگلیسی:

1-Redfernalan and Hunter martin, Law and practice of international commercial arbitration, second edition, London 1991

2-A. Garner Bryan , Black s Law Dictionary , eighth edition.

مصاحبه و جزوه:

- ۱-مکرمی، علی محمد؛ جزوه درسی حقوق داورى های بین المللی، مربوط به دوره کارشناسی ارشد رشته حقوق خصوصی دانشگاه آزاد اسلامی واحد کرمانشاه
- ۲-مصاحبه با یوری، اسدا...؛ استادیار دانشگاه شهید بهشتی و دکترای حقوق عمومی، در تاریخ ۱۳۸۹/۹/۸

سایت ها و صفحات مجازی

1-<http://www.peacemakers.ca/publications/ADRdefinitions.Html>

2-<http://www.mcwilliamsmediation.com/articlesadroitptions.htm>

3-<http://www.peacemakers.ca/publications/ADRdefinitions.html>

4- WWW.WORLD BANK.ORG/ICSID/BASICOD/BASICOD/BASICOD.HTM.