

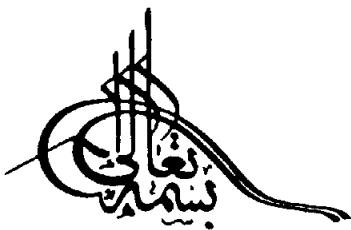
محله حقوقی

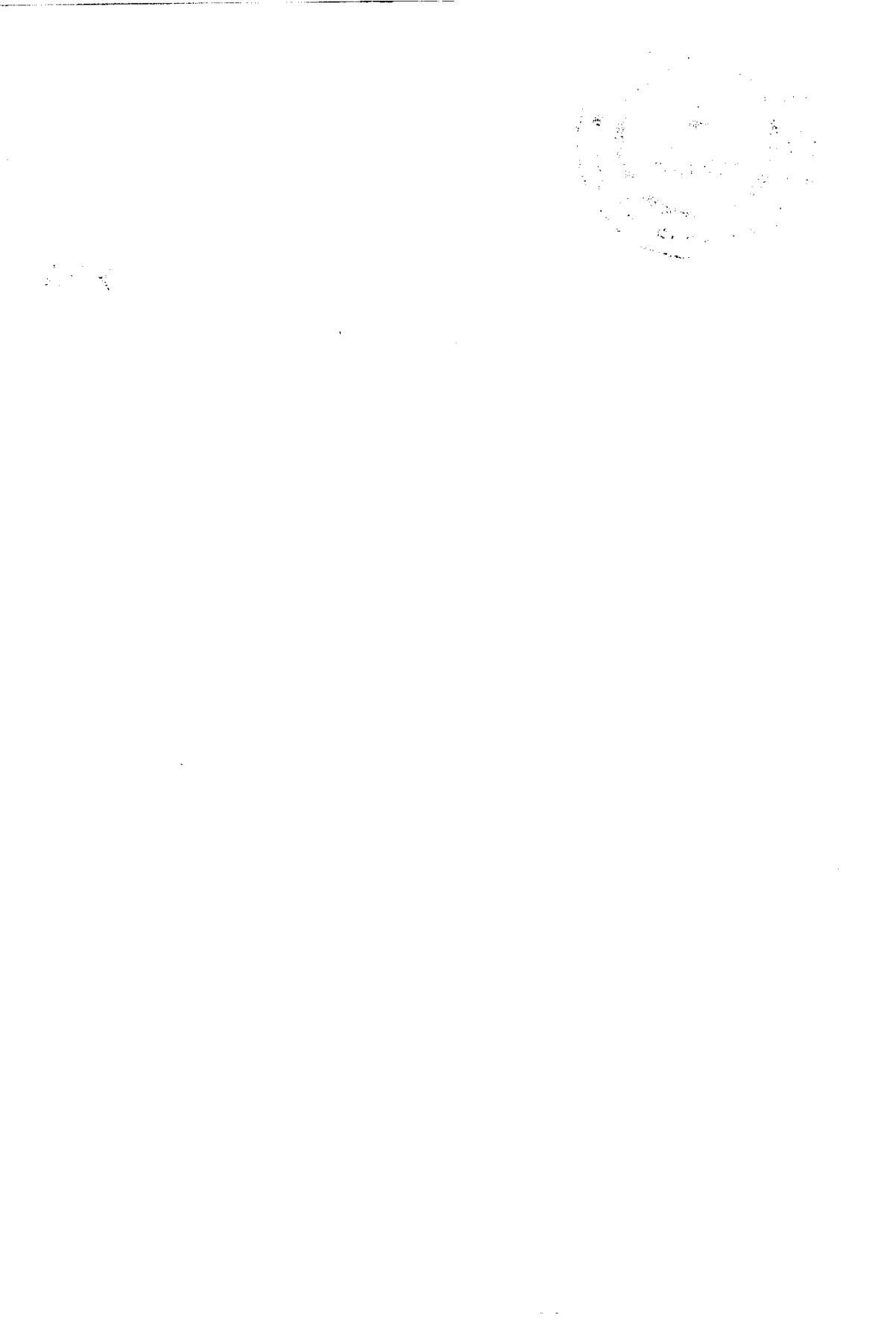
دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران

شماره چهاردهم و پانزدهم

بهار - زمستان ۷۰

- حقوق تعهدات و قراردادهای بین المللی در فقه و حقوق اسلام
- معابرهاي سنجش اموال مصادره شده بیگانگان در آراء دیوان
داوري ايران. ایالات متحده • انصراف از استرداد دعوى در
دعاوي بین المللی • شورای دولتی فرانسه و استرداد در
امور سیاسی • گامی در راه یک حقوق اجتماعی بین المللی
- مسئولیت مدنی داوران - مطالعه ای تطبیقی همراه با
پیشنهادهای اصلاحی • حقوق جدید متحدد الشکل بیع
بین المللی: کنوانسیون سازمان ملل متحد، مورخ ۱۱ آوریل
۱۹۸۰ • نگرشی اجمالی بر پارلمان اروپا • اسناد بین المللی
(کنوانسیون شناسائی واجرای احکام داوری خارجی،
نيويورك ۱۹۵۸).







مجله حقوق

دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران

- حقوق تعهدات و قراردادهای بین المللی در فقه و حقوق اسلام ۵
حجۃ الاسلام عمید زنجانی
- معیارهای سنجش اموال مصادره شده بیگانگان در آراء دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده ۳۱
احمد حجازی
- انصراف از استرداد دعوى در دعاوى بین المللی ۹۱
دکتر ناصرعلی منصوریان
- شورای دولتی فرانسه و استرداد در امور سیاسی ۱۲۹
دکتر مصطفی رحیمی
- گامی در راه یک حقوق اجتماعی بین المللی ۲۰۱
دکتر ابراهیم بیگزاده
- مسئولیت مدنی داوران - مطالعه‌ای تطبیقی همراه با پیشه‌های اصلاحی ۲۱۹
محمد جواد میرفخرابی
- حقوق جدید متحدد الشکل بین المللی: کنوانسیون سازمان ملل متحد ۲۸۵
دکتر ایرج صدیقی
- نگرشی اجمالی بر بارلمان اروپا ۳۷۷
کریمعلی کمایستانی
- اسناد بین المللی (کنوانسیون شناسائی و اجرای احکام داوری خارجی، نیویورک ۱۹۵۸) ۴۰۳



مندرجات مقالات منحصرأ
نظرات نویسندهان آنها
است.

مجلة حقوق

نشرية دفتر خدمات حقوقی بين الملل

مدیر مسئول: دکتر گودرز افتخار جهرمی
زیرنظر: هیئت تحریریه

تاریخ نشر: بهار - زمستان ٧٠

تعداد: ٥٠٠٠ جلد

چاپ و صحافی: چاپخانه شفق
همکار فتی: سازمان طرح و اجرای کتاب

حجۃ الاسلام عمید زنجانی



حقوق تعهدات

و قراردادهای بین المللی
در فقه و حقوق اسلام



● مقدمه:

تعریف قرارداد و عقد

هر نوع توافق بین دو یا چند طرف را در موضوعی خاص که دارای اثر حقوقی باشد می‌توان «قرارداد» نامید. موضوع قرارداد گاهی ایجاد نوعی حق و تکلیف است و گاه شناسائی، تغییر، اسقاط و یا انتقال آن‌دو. قراردادها از حیث تابعیت اشخاصی که آن را منعقد می‌کنند به دونوع، قراردادهای داخلی و بین‌المللی تقسیم می‌شود که نوع اول در قلمرو حقوق داخلی و نوع دوم تحت حاکمیت حقوق بین‌الملل قرار دارد. قرارداد بین‌المللی عبارت از نوعی توافق به منظور شناسائی، ایجاد، تغییر یا اسقاط تعهد و یا انتقال حق است که بین دو یا چند دولت یا سازمان بین‌المللی منعقد می‌شود.^۱ برخلاف نظر عده‌ای که عقد را به «اثر» تعریف کرده‌اند^۲ در

۱. رک. مؤلف: فقه سیاسی، جلد سوم: حقوق بین‌الملل اسلام، صص ۴۶۷-۴۶۸.
۲. دکتر امیری قائم مقامی: حقوق تعهدات، جلد دوم، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۶، ص ۲۹.

اصطلاح فقهی، عقد عبارت است از انشای ماهیتی که دارای آثار حقوقی است؛ یعنی انتقال مالکیت یا پیدایش تعهد از آثار عقد است نه ماهیت آن.^۳ برخی از حقوقدانان عقد را همان تراضی ایجاد کننده تعهد دانسته و براین اساس عقد را چنین تعریف کرده‌اند: «توافق دو یا چند اراده است که به منظور ایجاد آثار حقوقی انجام می‌شود»^۴. دراین مورد باید گفت که عنوان «تراضی» نمی‌تواند بیان کننده ماهیت عقد باشد، زیرا در مفهوم تحلیلی عقد، قصد انشاء عنصر اساسی است و نمی‌توان عقد را منحصراً به تراضی یا توافق طرفین تفسیر کرد زیرا تراضی مدام که همراه با قصد انشای طرفین نباشد عقدی ایجاد نخواهد کرد.

در مقام مقایسه بین قرارداد و عقد باید خاطر نشان ساخت که در فقه و حقوق اسلام هر قراردادی واجد جنبه الزامی نیست و ایجاد تعهد نمی‌کند بلکه موضوع پاره‌ای از آنها همان گونه که اشاره گردید شناسائی، اسقاط و تغییر حق یا تکلیف است، درحالی که «عقد» علی الاصول به منظور ایجاد تعهد واقع می‌شود و علاوه بر آن همیشه با قصد انشاء همراه است تا بدین وسیله مفاد مفاهیمی چون بیع، رهن، صلح و نظایر آن را ایجاد نماید و حتی انتقال مالکیت نیز از آثار آن محسوب می‌شود. لذا با توجه به مفهوم اصطلاحی عقد در فقه نمی‌توان تردید داشت که عقد همواره به معنی ایجاد متعلق آن است و به همین لحاظ نباید هر نوع قرارداد از دیدگاه فقه عقد تلقی گردد.

چنانچه اشاره شد اصطلاح عقد در فقه، عبارت از ایجاد یک ماهیت حقوقی است. قرارداد را در همین معنی باید متراffد با عقد دانست، در نهایت از جهت مصاديق، تفاوتی که در معنی اخص بین آندو می‌توان ذکر کرد این است که عقد به عقود معینی نظیر بیع، اجاره، و کالات اطلاق می‌گردد، درحالی که قرارداد به عقود غیرمعین گفته می‌شود اگرچه

۳. آیة الله نائینی: منیۃ الطالب، جلد اول، چاپ سنگی، ص ۴۴.

۴. دکتر ناصر کاتوزیان: قواعد عمومی قراردادها، جلد اول، چاپ اول، تهران ۱۳۶۴، ص ۲۴.

در معنای اعم کلمه از حیث مصاديق نیز آندو باهم مساوی هستند.
تفسران عقد را به «اوکدالعهود» تفسیر نموده و فقها آن را به عهد مشدد (محکم و ناگستنی) تفسیر کرده‌اند.^۵ ولی باید توجه داشت که منظور آنان از عهد مشدد همان عهده است که با قصد انشاء تحقیق می‌یابد، اما نه به این معنی که اسلام برای عقد معنی و مفهوم خاصی درنظر گرفته است بطوريکه این معنی ویژه اسلام و فقهه باشد بلکه منظور آن است که فقها، مفهوم عرفی عقد را انشاء و ایجاد دانسته‌اند و بعيد به نظر می‌رسد که حقوقدانان معنی متعارف عقد را چیزی جز این بدانند، زیرا منظور از آن در اصطلاح حقوقی نیز عبارت از توافق بر انشاء و ایجاد تعهد یا انتقال یا تغییر یا به پایان بردن آن است.^۶

پس، آنچه که در این میان اهمیت دارد وجود توافق بر ایجاد نوعی اثر حقوقی است که با مفروض بودن آن فرقی بین عقد و قرارداد وجود نخواهد داشت.

ما در این نوشتار به طور اجمال مهتمرين دیدگاههای فقه و حقوق اسلام را درخصوص قراردادهای بین‌المللی طی شش گفتار مورد بررسی قرار خواهیم داد.

۵. طبرسی: *مجمع البيان*، بیروت، دارالحياء التراث العربي، ۱۳۳۹، ج ۳، ص ۱۵۱؛ آیة الله

ثانیینی: *منية الطالب*، چاپ سنگی، ص ۳۳.

۶. عبدالرزاق السنہوری: *الوسیط*، مصادرالالتزام، جلد اول، بیروت، دارالحياء التراث العربي،

ص ۱۳۷.



قراردادهای بین المللی و اقسام آن در فقه

عقود معین و قراردادهایی که به منظور تجارت، مشارکت و... در فقه مطرح است، هرگاه در داخل جامعه اسلامی و به صورت بخشی از حقوق مدنی مورد بحث قرار گیرد، جزئی از حقوق داخلی محسوب خواهد بود، ولی اگر همین عقود در سطح روابط بین الملل مطرح گردد جزئی از حقوق بین الملل به شمار خواهد آمد.

به این ترتیب، عقود و قراردادها در فقه نیز به دو شعبه داخلی و بین المللی قابل تقسیم است و قراردادهای بین المللی در حقوق اسلام به طور کلی پذیرفته شده. البته، در این تقسیم‌بندی ماهیت عقود و قراردادها در هر دو بخش یکسان است و تفاوتی بین آنها وجود ندارد و به همین لحاظ این تقسیم‌بندی دارای جنبه شکلی است و صرفاً به دلیل تفاوت تابعیت طرفین قرارداد انجام می‌گیرد و در هر دو مورد قواعد عمومی قراردادها اعمال می‌شود.

اگرچه در فقه تقسیم‌بندی متمایزی در زمینه قراردادهای بین المللی به چشم نمی‌خورد ولی وجود قواعد عمومی قراردادها و اصل اعتبار و لزوم عقود و پیمانهای دو یا چند جانبی به طور عام از یک سو، و سابقاً یک سلسله پیمانهای خاص در زمینه روابط مسلمانان با غیر مسلمانان و یا به تعبیر دیگر قراردادهایی که بین دارالاسلام و دارالکفر مانند عقد ذمه و استیمان و هدنه در عصر پیامبر اسلام (ص) منعقد شده از سوی دیگر، نشان دهنده آن است که نوعی تقسیم‌بندی بین فقه‌ها در زمینه این قراردادها پذیرفته شده و مقبول بوده است.

با فرض تقسیم بندی قبلی و قبول قراردادهای از نوع بین المللی در اسلام می‌توان این نوع قراردادها را نیز مانند قراردادهایی که در حوزه حقوق داخلی مطرح می‌شود به ترتیب زیر تقسیم نمود:

الف. قراردادهای بین المللی معین

عقود و قراردادهای بین المللی معین در حقیقت نوعی قراردادهای خاص است که نام و عنوان مشخص و شرایط و آثار مخصوص به خود دارد که از آن جمله می‌توان به عقد ذمہ، استیمان و هدنه اشاره کرد. در انعقاد این نوع قراردادها، بی‌آنکه نیازی به آوردن حقوق و مسئولیت‌های طرفین عقد در متن قرارداد وجود داشته باشد، کافی است قراردادی مانند ذمہ با همین عنوان مورد توافق طرفین قرار گیرد و ارکان اصلی عقد با مراعات شرایط مقرر، تحقیق پیدا کند که، در این صورت، به طور قهری کلیه آثار حقوقی و مسئولیت‌های ناشی از عقد ذمہ مترتب خواهد بود.

ب. قراردادهای بین المللی نامعین

ممکن است قراردادهای بین المللی به نوعی منعقد گردد که در تاریخ اسلام بی‌سابقه باشد و برای آن در فقه عنوان خاصی یافت نشود. این نوع عقود نامعین گرچه در فقه عنوان خاصی ندارد ولی مشمول قواعد عمومی قراردادهای طرفین یا طرفهای عقد موظف اند به کلیه آثار و حقوق و مسئولیت‌های ناشی از التزام به عقدی که انجام گرفته و نیز به همه شرایط و تعهدات خاصی که در متن عقد آورده اند ملتزم و متعهد گردند، زیرا در کلیه این موارد، اصل الزامی وفای به عهد و قاعدة لزوم در عقود و ناگستینی بودن قراردادها حاکم است.



گفتار

تعمیم قواعد عمومی قراردادها

بر عقود غیرمعین

فقهای متقدم علی رغم بحثهای بسیار طولانی درخصوص عقود معین و شرایط صحت و آثار حقوقی مربوط به آنها به عقود نامعین توجهی نکرده و موضوع تعمیم قواعد عمومی قراردادها را کمتر مورد بحث قرارداده اند و بحثهای سنتی فقه نشان می دهد که متقدمان همواره آثار و حقوق و تکالیف ناشی از التزام و عقد را تنها در مورد عقود معین صادق و حاکم می دانسته اند و به طور جزم می توان گفت این نظریه در میان متقدمان فقهاء شهرت فتوائی داشته است.

طرح عقود نامعین و بحث در زمینه امکان تعمیم قواعد عمومی قراردادها در میان فقهای متاخر موجب گردید نظریه متقدمان مورد تردید واقع شود و به استناد ادله عمومی عقود، نظریه تعمیم قواعد عمومی قراردادها قوت یابد و مورد تأیید قرار گیرد.

نظریه مزبور براین اساس است که اصل لزوم وفای به عهد که مفاد آیه «اوْفُوا بِالْعُقُودَ»^۷ و حدیث نبوی «المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» است شامل کلیه قراردادها می شود و برطبق این ادله بر هر نوع التزام و پیمانی که واجد شرایط عمومی عقود باشد حاکم است حتی اگر فاقد نام و عنوان خاص بوده و در زمان تشریع و قانونگذاری صدر اسلام (زمان پیامبر و امامان معصوم علیهم السلام) سابقه نداشته باشد.

. ۱/ مائدہ .

علامه نراقی می نویسد:

فقهای ما در استدلال به آیه «يا ايها الذين آمنوا اوفوا بالعقود» سه دسته

بوده اند:

گروهی در آثار فقهی خود از استدلال به این آیه برای تعمیم مفاد آیه نسبت به همه عقود (معین و نامعین) خودداری می کردند و مفهوم آیه را از این نظر محمل می شمردند.

گروهی دیگر مفاد آیه را عام و شامل همه عقود و قراردادها می دانستند و برای اثبات وجوب وفا در مورد عقود نامعین به این آیه استناد می کردند و مفاد آیه را برعنوان قراردادی که از نظر لغت عرب مصدق کلمه عقد است و یا از نظر عرف، معاهده محسوب می شود حاکم دانسته اند مگر در موارد خاصی که بنابر ادله خاصه و از عموم ادله، وجوب وفای به عقد استثنای شده است.

گروه سوم نیز حکم آیه را تنها به آن دسته از عقود اختصاص داده اند که در زمان تشریع (زمان مخصوصین علیهم السلام) و در فقه دارای نام و عنوان معین است.^۸



ادله اعتبار قراردادهای بین المللی نامعین

برای اثبات نظریه تعمیم پذیری احکام عقود و اصل صحت و اعتبار شرعی قراردادهای بین المللی نامعین می توان به دلایل زیر استناد کرد:

۱. آیاتی که در قرآن در زمینه معاہدات بین المللی آمده است،

۸. عوائد الایام، مکتبه بصیرتی، قم، بی تاریخ، ص ۴.

هر نوع قرارداد بین المللی را که مفاد مشروع داشته باشد شامل می‌گردد.
به عنوان نمونه کافی است به عموم آیات زیر توجه کنیم:

● الف:

الا الذين يصلون الى قوم بينكم وبينهم ميثاق.^۹
مگر آنها که با مردمی برخورد کنند که بین آنها و کفار پیمانی وجود
دارد، که در این صورت نباید متعرض آنها شوند.
در این آیه به صراحت التزام به قراردادها مورد تأکید قرار گرفته و
هرگونه تعرّض مخالف مقتضای قرارداد منع شده و بدیهی است که میثاق،
شامل همه قراردادهای بین المللی می‌گردد.

● ب:

الا الذين عاهدتُم عند المسجد الحرام فما استقاموا لكم فاستقيموا
لهم.^{۱۰}

مگر آنها که در کنار مسجد الحرام با شما پیمان بسته اند تا آنجا بزر
پیمانشان پای می فشارند شما نیز پایداری کنید.

در این آیه نیز به صراحت بر پایداری در انجام مسئولیتها ناشی از
قراردادهای بین المللی تأکید تمام شده است بی آنکه به نوع خاصی از
قراردادها اشاره شده باشد.

● ج:

فَاتَّمُوا إِلَيْهِمْ عَهْدَهُمُ الَّذِي مَدَّتْهُمْ أَنَّ اللَّهَ يَحْبُّ الْمُتَّقِينَ.^{۱۱}
با اینان به پیمان خویش تا پایان مدت‌ش وفا کنید، زیرا خدا پرهیزکاران
را دوست می‌دارد.

۲. در احادیث نبوی و سنت نیز مواردی دیده می‌شود که تعمیم
اعتبار و مشروعیت قراردادهای بین المللی را مورد تأکید قرار می‌دهد.

.۹. نساء/۹

.۱۰. توبه/۷

.۱۱. توبه/۴

● الف:

لقد شهدت فی دار عبد الله بن جدعان حلفاً ما احبت ان لی حمرالatum
ولوادعی به فی الاسلام لا جبت.^{۱۲}

من [: پیامبر اسلام(ص)] در خانه عبد الله بن جدعان [: یکی از بزرگان
مکه] شاهد پیمانی بودم که آنقدر برای من گرامی است که هرگز
حاضر نیستم آن را با این بوهی از شتران گرفتیم معاوضه کنم. هرگاه
در اسلام هم بدان پیمان دعوت شوم بی درنگ اجابت می‌کنم.

مفاد این قرارداد که در تاریخ از آن به «حلف الفضول» یاد شده
است، در حقیقت، ایجاد نوعی تشکیلات بین القبائلی بود که براساس آن،
قبایل مکه امنیت و احقيق حق را در محدوده مکه برای کلیه کسانی که
وارد آن می‌شدند بر عهده می‌گرفتند. عکس العملی که پیامبر اسلام(ص) در
برابر این پیمان باشکوه ابراز نموده نشان دهنده این حقیقت است که اسلام
از هر نوع پیمانی که چنین مضامینی را در برداشته باشد استقبال می‌کند.

● ب: در دوران جاهلیت، قبایل عرب به ناچار برای اجتناب از
قتل و غارت که همواره زندگی آنان را تهدید می‌کرد یک سلسله پیمانهای
دویا چند جانبی منعقد ساخته بودند که در تاریخ از آنها به
«حلف المضيبيين»، «حلف الاخلف»، «حلف الفضول» وغیره نام برده
شده است.

پیامبر(ص) درباره این قراردادهای بین القبائل فرمود:
ما کان من حلف فی الجahلیة فان الاسلام لم يزده الا شدة.^{۱۳}
هر آنچه پیمان که در عهد جاهلی بوده اسلام بر پایداری بدان تأکید
کرده است.

● ج: اسلام هر نوع قرارداد بین المللی را که مستضمّن حفظ و
حراست از ارزش‌های انسانی و اقامّة حقّ و عدل باشد مورد تأیید قرارداده و

۱۲. ابن هشام: السیرة النبویة، مطبعة مصطفی البابی واولاده، مصر، ۱۹۳۶، ج ۱، ص ۱۴۱.
۱۳. همان، ص ۱۴۰.

برآن تأکید می‌ورزد. دراین مورد حدیث زیر را می‌توان شاهد آورد:
والذى نفسى بيده، لا يسلونى خطاً يعظمون فيها حرمات الله الآ
اعطياهيم اياتها.^{۱۴}

سوگند به آن که جانم در دست اوست، [قریش] از من هر نوع تعهدی
که موجب تعظیم حدود الهی است بخواهند بی‌درنگ به آنها خواهم
داد.

● د: در منشور تاریخی علی علیه السلام خطاب به مالک اشتر آمده
است:^{۱۵}

لا تحقرن لطفاً تعاهدت به وان قل.

هرگز عطوفتی را که تعهد کرده‌ای کوچک مشمار هر چند اندک باشد.

لا تدفعن صلحًا دعاك به عدوك والله فيه رضي.

هرگز قرارداد صلحی را که دشمن بدان می‌خواند رها مکن.

۳. قرارداد امری ضروری در زندگی اجتماعی بشر بوده و از
مسائلی است که درباره آن قواعد عرفی مشخصی شکل گرفته است
بطوریکه شرع دراین زمینه احتیاجی به تأسیس ندیده و، جز در موارد خاص،
انواع عقدهای متعارف را که در میان مردم و عرف وجود داشته مورد تأیید
قرارداده است.

۴. بجز قراردادهایی که با عناوین مشخص و معین در فقه آمده
قراردادهای در زمان معصومین علیهم السلام متدالو بوده است که مردم بنابر
نیازهای اجتماعی خود از این قراردادها بهره می‌گرفته‌اند و با وجودی که این
رویه عرفی همچنان ادامه داشته ردا و منعی دراین باره به ما نرسیده است.
اگر صحت این نوع قراردادها از طرف پیامبر و معصومین علیهم السلام

۱۴. ابی داود: سنن، داراحیاء السنة التبویه (داراحیاء التراث العربي)، بی‌تاریخ، ج ۳، ص ۸۵.

۱۵. نهج البلاغة صبحی صالح، بیروت، ۱۹۶۷، ص ۴۴۲.

پذیرفته نبود ناگزیر صریحاً اعلام می شد و بی شک عدم اعلام رسمی در چنین مواردی به معنای تقریر و امضای احکام و قواعد عرفی مزبور است.

۵. به طورکلی، می توان گفت که همواره عملکرد مسلمانان چنین بوده است که طبق روال عادی به قواعد عرفی عمل می کردند و جز در مواردی که نهی شرعی بوده خود را در پیروی از قواعد و التزامات عرفی محق و درستکار می دانستند و این سیره و رویه را در التزام به قراردادهای نامعین نیز همچنان حفظ کرده اند و هرگز نهی و بازخواستی نسبت به این رویه دیده نشده است.

۶. با توجه به ریشه عرفی اصل صحت چه در عرف عام و چه در عرف خاص مسلمانان، می توان گفت که در جوامع اسلامی معمولاً به کلیه قراردادها ترتیب اثر می دادند و آنها را در میان خود صحیح و موافق با موازین تلقی می کردند و تنها در صورتی از این قاعده دست می کشیدند که به منع و نهی صریح شرعی دست می یافتد و بطلان شرعی آن را احراز می نمودند.

۷. دقّت در مفاد حدیث نبوی مشهور «الناس مسلطون علی اموالهم» نشان می دهد که کلیه تصرفات مالکانه صحیح است و مردم می توانند به هر نحو که بخواهند در اموالشان تصرف کنند مگر در مواردی که در شرع به طور مشخص ممنوع اعلام شده است.

بی شک، معنی این سخن آن است که هر نوع قرارداد توسط هر شخص حقیقی یا حقوقی و یا دولت که اهلیت تصرفات مالکانه دارند متعقد شود — بجز مواردی که در شرع ممنوع اعلام شده — مورد قبول شرع و صحیح است.

۸. با توجه به این نکته که معنی کلمة عقد در شرع اسلام با مفهوم عرفی آن یکسان است اگر در معنی آیة «اوْفُوا بِالْعُهُدِ» دقّت شود، این

حقیقت روشن می‌گردد که هرگاه ارکان عقد تحقق یابد و به تعبیر فقهاء «عهد مؤکد» انجام گیرد ناگزیر باید طرفین یا طرفهای عقد به مقتضا و مفاد آن پای بند گردند و کلیه آثار ناشی از قرارداد را محترم شمرند و به آن ملتزم شوند.

معنی حقوقی این سخن آن است که قرارداد صحیح انجام گرفته و از نظر شرع باید صحیح و معتر تلقی گردد، زیرا معنی صحت و لزوم چیزی جز این نیست که طرفین یا طرفهای قرارداد باید خود را نسبت به کلیه آثار ناشی از قرارداد ملتزم بدانند.

براساس این استنباط از آیه فوق الذکر هر قراردادی (عقد) محکوم به صحت است و این قاعده شامل قراردادهای بین المللی اعم از معین و نامعین نیز می‌گردد.



دلایل اثبات و رد اختصاص عقود به معین

در این گفتار طی دو بحث مهمترین دلایل اختصاص عقود به موارد معین و نیز دلایلی در مخالفت آن بیان خواهد شد.

الف. ادله اختصاص عقود به معین

عمده‌ترین دلیل کسانی که اصل صحت و قاعدة لزوم را منحصر به عقود معین می‌دانند این است که کلمه عقود در آیه «اوْفُوا بِالْعُوَدْ» به معنی عقود متعارف در زمان تشریع است، زیرا عمومی که از این آیه استفاده می‌شود عموم افرادی است نه عموم نوعی.

توضیح آنکه در زمان تشریع (نزول آیه) تنها چند نوع عقد و قرارداد در میان مردم متداول بوده (عقود معین) که با نزول این آیه همان عقود از جانب وحی صحیح والزام آور اعلام گردیده است و از این نظر آیه عموم و شمولی ندارد و معنی «الف ولام» و همچنین هیئت جمع در «العقود» عموم و شمول صحّت ولزوم در کلیه موارد و مصاديق همان عقود متعارف و معین است، به این معنی که کلیه مصاديق بيع و همه موارد شرکت و اجاره و نظایر آن صحیح والزام آور است نه عقود غیرمتداول دیگر.

بنا بر این تفسیر، هرگاه به موارد مشکوک و نادری از نوع عقد بيع یا شرکت و نظایر آن برخورد کنیم می توانیم با تمسک به عموم آیه، همه آن موارد را صحیح والزام آور بدانیم ولی عموم آیه هرگز شامل انواع مشکوک و نادر نخواهد بود.

به عبارت دیگر، از آنجا که در زمان تشریع، عقد منحصر در همان عقود معین بوده است لذا انواع متعارف عقد، افراد عقد محسوب می شود و عموم به لحاظ افراد متعارف عقد بیان شده و معنی «هر عقد» بنا بر این تفسیر عبارت از بيع، اجاره، شرکت، هبه، رهن، عاریه، نکاح و نظایر آن است و به این ترتیب عموم عقد حمل بر افراد متعارف و غالب در آن زمان می شود و انصراف کلمه «العقد» به موارد مرتکز در ذهن مانع از انعقاد عموم در آن کلمه می گردد و مفهوم «اوفوا بالعقود» چنین می شود که گوئی گفته شده است: «اوفوا با فراد البیع والا جاره والشّرکه والصلح و...» و در این صورت آیه نسبت به کلیه موارد این نوع عقود (متعارف در زمان تشریع) عموم و شمول خواهد داشت و حتی موارد نادر این عقود را هم در برخواهد گرفت. نتیجه این سخن آن است که عموم آیه شامل قراردادهای غیرمتعارف در زمان تشریع نخواهد شد.

در تأیید این استدلال گفته شده که چون تعداد زیادی از عهدها و پیمانها به دلیل لازم الوفاء نبودن از عموم آیه خارج است، بنا بر این، یا باید مفاد آیه را عام شمرد و ملتزم تخصیص اکثر شد و یا مفاد آیه را منحصر در عقود معین دانست.

علاوه، سوره مائده که آیه شریفه «اوفوا بالعقود» در اول آن آمده از جمله آخرین سوره هایی است که نازل شده و قبل از نزول این سوره عقدها و پیمانهای زیادی از طرف شارع شناخته شده و به این ترتیب معلوم گردیده کدام پیمان صحیح و کدام باطل است و این خود موجب آن است که خطاب درآیه به همان عقود، منصرف گردد.^{۱۶}

ب. ردة ادلة اختصاص عقود به معین

به چند صورت می توان این استدلال را که عقود تنها به موارد معین اختصاص دارد رد کرد:

۱. به صورت نقض، به این ترتیب که قبول این استدلال به معنی آن است که در موارد دیگر نیز که احکام کلی بیان گردیده مانند حد سرقت و زنا و یا آنجا که به واجباتی امر و از محرماتی نهی شده، همه را به افراد متعارف این عناوین حمل کنیم و شامل افرادی که در زمان تشریع نبوده اند ندانیم و درنتیجه، سرقت و زنا و قمار را که با شیوه های جدید انجام می گیرد جایز بشماریم.

بی شک، التزام به این مطلب مخالف بسیاری از اصول و مسائل مسلم فقه است و موجب خدشه دار شدن اصل جاودانگی احکام اسلام و خاتمتیت می گردد.

۲. عموم در آیه، مانند موارد مشابه دیگر، عموم افرادی است و حمل آن به عموم انواعی خلاف ظاهر آیه و خارج از سیاق سایر آیات مشابه به نظر می رسد؛ و بی شک، موارد عقود صحیح بیش از موارد عقود باطله

۱۶. علامه نراقی: عوائد الایام، صص ۷۶-۷۸؛ سید محمد جوادی عاملی: مفتاح الكرامة، مؤسسة آل البيت، قم، بی تاریخ، ج ۴، ص ۱۷۴؛ شیخ محمد حسن نجفی: جواهر الكلام، دارالاحیاء التراث العربي، بیروت، ج ۲۲، ص ۲۱۳؛ «المعلوم كون المراد منها (آیه اوفوا بالعقود) ما هو المنافق من العقود المعهودة بالشمارف والاستعمال المأذوذة يدا بيد المستثنية بذلك عن التعرض لها بالخصوص».«

است و به این ترتیب خروج عقود باطله از عموم آیه موجب تخصیص اکثر نخواهد شد.

۳. آخرین سوره بودن سوره مائده نه تنها مانع از عموم آیه نیست بلکه مؤید آن نیز هست، زیرا وقتی تمامی احکام و حلال و حرام بیان شده باشد عموم آیه می‌تواند مکمل آنها باشد.

۴. فقهای اعلام همواره به عموم این آیه تمسک می‌جسته اند بی‌آنکه به این گونه مناقشات توجّهی داشته باشند مگر در مواردی که دلیل خاص بر استثنا وجود داشته باشد.

۵. مناقشه در عموم آیه «اوْفُوا بِالْعُوَدِ» و تردید در شمول آیه نسبت به عقود نامعین درباره کسانی مفید است که تنها دلیلشان این آیه است، اما درمورد کسانی که بجز این آیه دلایل دیگری مانند روایات دال بر عموم «المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» ارائه می‌دهند نمی‌توان در تعمیم اصل صحت و لزوم نسبت به عقود نامعین به استناد این گونه مناقشه‌ها تردید روا داشت.^{۱۷}

گفتار

أنواع قردادهای بین المللی معین و نامعین قابل قبول در فقه

طی این گفتار به طور اجمالی به ذکر مهمترین انواع قردادهای معین و نامعین بین المللی که از دیدگاه فقه و حقوق اسلام محمول بر صحت هستند می‌پردازیم.

۱۷. علامه میرفتح: العناوين، چاپ سنتگي، بي تاريخ، صص ۱۸۰-۱۸۴.

الف. قراردادهای بین المللی معین

فقها تعدادی از قراردادهای بین المللی را با نام معین ذکر نموده و احکام آنها را مورد بحث قرار داده اند که از آن جمله می توان موارد زیر را نام برد:

۱. عقد ذمه که از نظر فقهای شیعه اختصاص به قرارداد با اهل کتاب دارد، ولی فقهای اهل تسنن آن را در مورد غیر اهل کتاب نیز جایز شمرده اند.
 ۲. عقد استیمان که بیشتر به منظور کسب جواز ورود به کشور اسلامی و احراز امنیت برای غیر مسلمان است و اکثرًا در جوامع اسلامی بکار می آید.
 ۳. عقد هدنه که به معنی ترک مخاصمه و متارکه جنگ و پیمان عدم تعرّض است.
 ۴. عقد تحکیم که برخی از فقهاء آن را به نام «عقد العهد على حكم الامام» نامیده اند.^{۱۸}
 ۵. عقد صلح که دارای مضمون سیاسی است نه به معنی مصالحة در امور مالی و اقتصادی.^{۱۹}
 ۶. قرارداد ارضی که فقهاء آن را به عنوان نوعی صلح بر روی سرزمین ذکر نموده و مورد بحث قرار داده اند.^{۲۰}
۱۸. شیخ محمد حسین نجفی: *جواهر الكلام*، داراییاء الشّراث العربي، بیروت ۱۹۸۱، ج ۲۱، ص ۱۱۰.
۱۹. جعفر بن حسن حلی معروف به محقق حلی: *المختصر التافع في فقه الإمامية*، تهران چاپ دوم، ۱۴۰۲ هـ ق، ص ۱۱۳.
۲۰. علی بن حسین عاملی کرکی: *جامع المقاصد في شرح القواعد*، انتشارات جهان، تهران، بی تاریخ، ج ۱، ص ۱۹۷؛ محمد بن حسین فراء: *الاحکام السلطانية*، مکتب الاعلام الاسلامی، تهران، چاپ دوم ۱۴۰۶ هـ ق، ص ۱۶۴؛ علی بن محمد مأوردی: *الاحکام السلطانية*، مکتب الاعلام الاسلامی، تهران ۱۴۰۶ هـ ق، ص ۱۷۲.

۷. عقود معین مالی مانند عقد تجارت، عقد شرکت، عقد اجاره، عقد صلح، عقد رهن و نظایر آن که هم در داخل سرزمینهای اسلامی و در میان مسلمانان اعتبار دارد و هم در روابط میان ملتها و دولتها.

ب. قراردادهای بین المللی نامعین

پیش از این، دلایلی را که فقهاء برای مشروعيت عقود نامعین ذکر کرده بودند مورد بررسی قراردادیم. حال، باید دید این نوع قراردادها چگونه و با چه مضامینی می‌تواند منعقد گردد. برای این منظور کافی است به انواع قراردادهایی که امروزه در روابط بین الملل متداول بوده و منعقد می‌گردد توجه نمائیم.

قراردادهای بین المللی که به صورت توافق بین موضوعات یا اشخاص حقوق بین الملل منعقدمی شود دارای آثار حقوقی است از نظر شکلی به نامهای قرارداد، معاہده، عهدنامه، پروتکل، میثاق، منشور، اساسنامه، اعلامیه، موافقتنامه، مبادله یادداشتها و غیره نامیده می‌شود و ممکن است بین دو یا چند دولت و یا سازمان بین المللی منعقد گردد و از نظر ماهوی و مضمون نیز به سه دسته تقسیم می‌شود:

اول. عهدنامه‌های قانونی یا قراردادهای عمومی که متنضمن قواعد اصولی است و در عدداد قوانین بین المللی محسوب می‌شود و رعایت آنها برای کلیه کشورها اعم از دولتهای متعاهد و غیرمتعاهد لازم است مانند منشور ملل متحده.

دوم. عهدنامه‌های قراردادی که بین دو یا چند دولت معین منعقد می‌شود و برخلاف نوع اول دارای هدف خاص مربوط به دولتهای امضاکننده است و فقط برای همان دولتها لازم الاجراء می‌باشد. این نوع قراردادها ممکن است به طور گسترده بین تعداد زیادی از کشورها منعقد گردد مانند قراردادهای فرهنگی و تجاری.

سوم. قراردادهای مرزی که اگرچه بین دو کشور منعقد می‌شود

مانند نوع اول قراردادها جنبه بین‌المللی دارد و برای همه دولتها محترم و لازم الاجراء است.

جهان تا به امروز شاهد قراردادهای بین‌المللی بی‌شماری بوده که در زمینه‌های مختلف و با مضماین متفاوت بین ملتها و دولتها منعقد شده و منشأ تحولات عظیمی در تاریخ گذشته و معاصر گردیده است.

با توجه به اصل مشروعیت و صحت، کلیه قراردادهایی که با رعایت ارکان و شرایط و قواعد عمومی قراردادها منعقد می‌گردد صحیح و معتبر است؛ لذا کلیه موارد مشابه آنچه که در مورد قراردادهای بین‌المللی نقل شد نیز می‌تواند از نظر فقهی مشروعیت داشته باشد و هرگاه مفاد و شرایط این نوع قراردادها مخالف موازین شرعی نباشد به مقتضای اصل عمومی لزوم وفای به عهد و التزام به تعهدات لازم الاجراء است.



حقوق تعهدات در اسلام

الف. تحولات فقهی قواعد عمومی قراردادها

منظور از قواعد عمومی قراردادها، اصول و شرایطی است که بدون مراعات آنها قرارداد صحیح و دارای آثار حقوقی نخواهد بود. برخی از این اصول و شرایط ممکن است اختصاصاً در مورد عقود معین و مشخصی حاکم باشد ولی بیشتر آنها بر اکثریت عقود حاکم است و معمولاً در عقود معین و نامعین (جز در موارد نادر) صدق می‌کند.

فقها در بیان و توجیه استدلالی اصول و قواعد عمومی قراردادها از

چهار شیوه استفاده کرده‌اند:

اول. دورانی که فقه در مجموعه های فشرده با بخشها و شیوه های مرسوم و سنتی ارائه می گردید معمولاً در هر باب مربوط به یکی از عقود معین بخشی فشرده از این اصول و شرایط عام آورده می شد و به این ترتیب فقها مجبور بودند قواعد عمومی قراردادها را در کنار شرایط خاص هر مورد در ابواب مختلف تکرار کنند.

دوم. از زمانی که شیوه استخراج قواعد فقه متداول گردید و فقها مباحث مربوط به قواعد کلی فقه را از مباحث اختصاصی هر باب جدا ساختند و این سلسله از مباحث عمومی را در کتابهای جداگانه مورد بررسی قرار دادند، در این میان، محققان کوشیدند از طریق استقراء از لایلای مباحث پراکنده و احياناً تکراری در زمینه عقود معین قواعد عمومی قراردادها را جمع آوری و دسته بندی کنند و گامی در تخصصی کردن این گونه مباحث بردارند.

با تحول فقه شیوه بحث در قواعد فقه نیز متحول شد و مباحث قواعد عمومی قراردادها پیچیده تر و تخصصی تر گردید. خصوصیات این دو دوره را می توان با مطالعه دونوع کتابهای مربوط به قواعد فقه به دست آورد:

- کتابهایی چون تمهید القواعد تألیف شهید اول و نضد القواعد الفقهیه تألیف فاضل مقدم که نشان دهنده دوره اول تحقیق در قواعد فقهی است.

- کتابهایی چون بلغة الفقيه تأليف سيد بحرالعلوم و عوائد الاتام تأليف علامه نراقی و عناوين تأليف علامه ميرفتح که نشان دهنده دوره دوم این تحول است.

سوم. با تخصصی تر شدن مباحث فقه در دروس حوزه های بزرگ، بتدریج مباحث مشابه ابواب مختلف در یک بحث کاملاً تخصصی مطرح گردید و این شیوه تحقیق در فقه، آخرین تحولی است که در یک قرن و نیم اخیر توسط فقهای بزرگی چون شیخ انصاری بوجود آمد و موجب شد مباحث عمده قواعد عمومی قراردادها ضمن بحث از مهمترین عقد معین یعنی عقد بیع مطرح گردد و به صورت مبسوط و کاملاً تحقیقی مورد بحث قرار گیرد.

معمولًاً فقهای بعد از شیوه انصاری از شیوه ابتكاری وی پیروی کرده و قواعد عمومی قراردادها را در باب بیع به طور مشروح مطرح ساخته اند که از آن جمله می توان کتاب البيع تأليف حضرت امام خمینی قدس سرہ را نام برد که به طور گسترده و با شیوه تحقیقی کم نظریری به بررسی قواعد عمومی قراردادها پرداخته است.

چهارم. با مطرح شدن مسائل مستحدثه که خواهناخواه بخشی از آن به قراردادها و نهایتاً به قواعد عمومی قراردادها مربوط می شد و برغم اینکه برخی از فقهاء به خاطر دور نگهداشتن شیوه فقه سنتی از دگرگونیهای نامطلوب مسائل مستحدثه را جداگانه و به طور مستقل به بحث گذارند، اما بنابراین ضرورت و شرایط زمانی و مکانی احساس نیاز به سلسله بحثهای تطبیقی و مناسب با ضرورتها و نیازها شدت یافت که موجب طرح سلسله بحثهای فقه سیاسی گردید.

در میان مراحل گذشته بی گمان مرحله اخیر دشوارترین و حساس ترین و دقیق ترین آنهاست. به همین لحاظ، سود بردن از قالبهای جدید و گرایش به نوآوری و نوآندیشی به خاطر ضرورت و نیاز زمان و مکان و تغییرات بنیادینی که انقلاب اسلامی و نظام نوین جمهوری اسلامی آن را بوجود آورده است باید با دقت و وسواس و احتیاط کامل انجام گیرد، و گرنه همان خواهد شد که یکی از اساتید حقوق گفته است:

«وجود قالبی نوبرای محتوایی کهن، در عین حال که آغاز تحولی مفید می نمود، باعث دشواری تازه ای در شرح قانون مدنی در زمینه قراردادها شد. بعضی چنان شیفتۀ قالب شدند که فراموش کردند قانون هر قوم زاده تاریخ و شرایط فرهنگی و اقتصادی و اعتقادهای آن قوم است و پیوند خارجی را به رحمت می پذیرد. پس، به نام نوگرانی دست از فقه شستند و قانون مدنی را همچون ترجمه ای ناقص از قوانین فرانسه و سویس پنداشتند....»^{۲۱}

۲۱. دکتر ناصر کاتوزیان: حقوق مدنی، قواعد عمومی قراردادها، انتشارات بهنسر، تهران، ۱۳۶۴، ج ۱، ص هفت سرآغاز.

ب. اصل حاکمیت اراده در قراردادهای بین‌المللی

اصل مشروعیت و صحت تمام قراردادهای عرفی و عقلائی، که مورد قبول بسیاری از محققان و فقهاء بزرگ است، بالمالازمه اصل آزادی قراردادهای بین‌المللی را در آن حد که با موازین شرع مخالف نباشد ایجاب می‌کند، تا آنجا که گفته شده است:

«منحصر کردن عقود مشروع به همان عقود معهود در زمان معصومین(ع) هرگز قابل قبول نیست و آزاد بودن قراردادها در اسلام احتیاج به دليل خاص هم ندارد، زیرا هر نوع معامله و قراردادی که جنبه عقلائی داشته باشد صحیح است مگر قراردادهایی که با دليل خاص از این اصل عام خارج شده است و مقتضای ادله عامه در عقود هم جز این نیست.»^{۲۲}

برخی دیگر نیز گفته‌اند:

«این اصل از نظر فقهی امری مسلم و بدیهی است که قاعدة اولیه ایجاب می‌کند هر نوع انشای عقد با هر طریقی که اعتبار و انشای نفسانی را ابراز کند صحیح باشد.»^{۲۳}

فقهائی که اصل صحت را در عقود به طور عام پذیرفته اند تعابیری مشابه آنچه در دو مورد بالا ذکر کردیم بکار برده‌اند که نقل همه آنها در اینجا لزومی ندارد ولی مهم نتیجه‌ای است که در اینجا باید از اصل و قاعدة کلی به دست آوریم. آن نتیجه این است که اسلام هر نوع قراردادی را که

۲۲. سیدمحمد کاظم طباطبائی یزدی: العروة الوثقى، چاپ دوم، دارالکتب الاسلامية، ۱۳۹۳ق.ق.، ص ۵۸۳: «فالظاهر صحته وان لم يكن من المزاعنة المصطلحة... فان الظاهر صحة للعمومات اذ هو نوع من المعاملات العقدية ملائمة انحصرها في المعهودات ولا حاجه الى الدليل الخاص مشرعيتها بل كل معاملة عقلائية صحيحة الامانة بالدليل الخاص كما هو مقتضى العمومات».

۲۳. محمدعلی توحیدی: مصباح الفقاہة فى المعاملات، تقریرات درس آیة الله خوئی، مطبعة الاداب، التجف الشافعی، ۱۳۸۲ هـ، الجزء الثالث، ص ۱۱.

به نحوی مبین حاکمیت اراده طرفین یا طرفهای قرارداد است و با حفظ و رعایت شرایط عمومی قراردادها انجام گرفته صحیح و معتر و لازم الاجراء می شمارد.

این اصل بر دو بنای زیر مبتنی است:

اول. شریعت اسلام در قانونگذاری خود در زمینه قراردادها از شیوه امضای مقررات عرفی و عقلائی پیروی کرده و به عرف در این زمینه اصالت بخشیده است.

دوم. حاکمیت اراده انسان را در نظم بخشیدن به امر زندگی اجتماعی خود در چارچوب مقررات عرفی و عقلائی پذیرفته شده امضا کرده است. حاکمیت اراده طرفین یا طرفهای قرارداد در یک توافق مشترک می تواند از بهترین مظاہر آزادی انسان در تعیین سرنوشت خود باشد.

بی شک، حاکمیت اراده انسان مطلق نیست و با اصول و مبانی اخلاق و مصالح و نظم عمومی و نیز به وسیله قوانین دیگر محدود می شود. به همین لحاظ است که در اسلام حاکمیت اراده به معنی فردی مطلق نیست و در آن، حالت جمعی و جنبه اجتماعی ملحوظ گردیده است. مفهوم و ارزش این مطلب در قراردادهای بین المللی بیشتر ظاهر می شود. پر واضح است که تا جنبه اجتماعی قراردادها منظور نگردد الزامی بودن قراردادها مفهوم پیدا نمی کند، زیرا جنبه الزامی بودن قرارداد از ضرورت ایجاد نظم در زندگی اجتماعی ناشی می گردد و، از سوی دیگر، این مطلب با نظریه فطری بودن الزام در قراردادها نیز منافات ندارد.

حاکمیت اراده در قراردادها را از دیدگاه فقه می توان از قاعدة معروف «العقود تابعة للقصد» به دست آورد. مفاد این قاعدة آن است که بدون اراده و قصد، هیچ نوع اثری بر قرارداد مترتب نخواهد بود. فقها قصد را در عقود به اراده انشاء و ایجاد مفاد قرارداد تفسیر کرده اند که دقیقاً بیان کننده حاکمیت اراده است و از این روست که فقها در ابطال برخی از قراردادها به قاعدة «ما قصد لم يقع وما وقع لم يقصد» استناد کرده اند. همچنین، فقها اثر حقوقی حاکمیت اراده را در موارد بطلان شرط مطرح

ساخته اند به این صورت که آیا بطلان شرط موجب بطلان اصل عقد نیز می شود یا در چنین مواردی فقط شرط باطل است و عقد به لحاظ تعدد مقصود و مطلوب صحیح می باشد؟ و نیز به همین دلیل است که فقهاء تبانی و توافقهای قبل از عقد و آن دسته از شرایطی را که معمولاً عقد براساس آنها منعقد می گردد لازم الاجراء دانسته اند.^{۲۴}

در اینجا ضرورت دارد تأکید کنیم که اصل آزادی اراده از اصول اساسی و اعتقادی در اسلام است و این اصل درحقیقت مبنای شناخت صحیح جهان و انسان و جامعه از دیدگاه اسلام به شمار می رود و بخش عمدۀ ایدئولوژی اسلام از این اصل ناشی می شود.

براین اساس است که از دیدگاه اسلام اصل آزادی اراده به عنوان اصل حاکم بر کلیه روابط بین الملل، همچون سایر صحفه های زندگی اجتماعی انسان، شناخته شده و از اینجاست که تعهدات اختیاری به صورت سرچشمه اصلی و منبع اساسی حقوق بین الملل در اسلام درآمده است.^{۲۵}

۲۴. رک. علامه نراقی: عوائد الایام، ص ۵۲.

۲۵. رک. مؤلف: فقه سیاسی، جلد سوم: حقوق بین الملل اسلام، ص ۴۷۴.



احمد حجازی



معیارهای سنجش

ارزش اموال مصادره شده بیگانگان

در آراء دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده





● مقدمه

۱. بی تردید، «ضابطه پرداخت غرامت»^۱ در مورد مصادره اموال بیگانگان، یکی از مشاجره انگیزترین مقولاتی است که در آراء دیوان داوری ایران-ایالات متحده (که از این پس از آن به عنوان «دیوان» نام می بریم) و نیز در حقوق بین الملل پیوسته مورد اختلاف نظر بوده است.^۲

1. standard of compensation

۲. در آراء دیوان، پاره‌ای از عبارات انگلیسی تخصصی در زمینه موضوعات حقوقی و مالی به کار گرفته شده است که معادل فارسی آنها در متون مختلف یکان نیست. در مقاله حاضر سعی خواهیم کرد تا هرگاه وازه‌ای را برای اقلیمن با مرور استناد قرار می دهیم، معادل انگلیسی اش را نیز در پانوشت ذکر کنیم. در عین حال، کوشش خواهیم کرد تا متدائل ترین معادل فارسی عبارات مزبور را از احکام دیوان استخراج نموده و مورد استفاده قرار دهیم. به همین ترتیب، هرگاه نیز مطالبی را از احکام دیوان به فارسی نقل قول می کنیم، سعی خواهیم کرد نقل قول مزبور حتی المقدور با متون فارسی احکام مربوطه که توسط دیوان منتشر شده است منطبق باشد مگر در مواردی که ارائه ترجمه دیگری از مطالب نقل قول شده را جهت کمک به خوانندۀ این مقاله ضروری تشخیص دهیم.

یکی از زمینه‌های مورد اختلاف به این مسئله مربوط می‌شود که آیا باید در مورد مصادره اموال، «غرامت کامل»^۳ پرداخت شود یا، بر عکس، پرداخت «غرامت جزئی»^۴ کافی است.^۵

۲. در این مقاله، از بحث پیرامون ضابطه غرامت کامل و غرامت

جزئی پرهیز می‌کنیم، زیرا بررسی حقوقی در این زمینه از موضوع بحث مقاله حاضر خارج است. ولی، سوای این مسئله که آیا ارزش مال مصادره شده باید به طور «کامل» مسترد شود یا اینکه تنها «جزئی» از آن پرداخت گردد، این اختلاف نظر نیز وجود دارد که اصولاً ارزش مال مزبور در وهله اول چگونه محاسبه می‌شود.

۳. نکته اخیر، یعنی «نحوه محاسبه» ارزش مال مصادره شده،

بیشتر جنبه مالی دارد و به مفاهیم ارزش و نیز مبانی ارزیابی و روش‌های محاسبه ارزش ارتباط پیدا می‌کند. در مقاله حاضر نیز سعی ما بر این است تا مفاهیم و مبانی و روش‌های محاسبه ارزش را در آراء دیوان از زاویه مالی بررسی کنیم. البته، بررسی «مالی» مزبور را نمی‌توان به طور کامل از مبانی «حقوقی» آن منفک نمود. برای مثال، تفاوت مبنای «حقوقی» غرامت در مصادره قانونی و غیرقانونی به ما کمک می‌کند تا به درک روشن‌تری از مفهوم «مالی» ارزش مال مصادره شده بررسیم.

۴. بررسی آراء دیوان اینطور نشان می‌دهد که دیوان در روند تصمیم گیری نسبت به میزان غرامت غالباً مراحل چهارگانه‌ای را به شرح زیر طی می‌کند:

3. full compensation

4. partial compensation

۵. ضوابط دیگری از قبیل «غرامت عادلانه» (just compensation)، «غرامت بسزا» (fair compensation)، «غرامت منصفانه» (equitable compensation)، غرامت کافی (appropriate compensation)، «غرامت مناسب» (adequate compensation) و «غرامت فوری، کافی و مؤثر» (prompt, adequate and effective compensation) و حشی ضوابط کلی دیگری مانند «پرداخت مبلغی معادل دارا شدن غیرعادلانه» (an amount equal to unjust enrichment).

مرحله اول: بحث پیرامون قواعد حقوق بین الملل در مورد قانونی یا غیرقانونی بودن مصادره به منظور تعیین آثار احتمالی این تفکیک بر میزان غرامت؛

مرحله دوم: بحث پیرامون قانون خاص حاکم بر رضابطه غرامت در آراء دیوان؛

مرحله سوم: بررسی مفهوم ارزش^۶ و تعیین مبنای ارزیابی مال مصادره شده^۷؛

مرحله چهارم: انتخاب روش ارزیابی مال مصادره شده^۸.
ما با تبعیت از روند فوق، هریک از مراحل مذبور را طی بخش جداگانه‌ای با بررسی آراء دیوان دنبال خواهیم کرد و در این مسیر از برخی آراء مشابه مراجع بین المللی نیز کمک خواهیم گرفت و سرانجام، مقاله خود را با خلاصه و نتیجه گیری به پایان می‌رسانیم.



معنای ارزش مال مصادره شده

با توجه به تفاوت غرامت در مصادره قانونی و غیرقانونی

۵. همان‌گونه که در بالا اشاره شد، دیوان به طور معمول مسئله قانونی یا غیرقانونی بودن مصادره را قبل از پرداختن به میزان غرامت متنظر قرار می‌دهد. برای نمونه، بند ۱۸۸ حکم دیوان در پرونده شماره ۹۵۶ از جمله می‌گوید که «ابتدا باید موضوع مذبور [یعنی قانونی یا قانونی نبودن

6. concept of value

7. basis of valuation

8. method of valuation

۹. نگاه کنید به حکم جزئی ۳۱۰-۵۶-۳ موافق ژوئیه ۱۹۸۷ در پرونده "International"

مصادره] بررسی شود»^{۱۰}.

بررسی پیرامون معیارهای حقوقی تشخیص مصادره قانونی یا غیرقانونی از موضوع بحث مقاله حاضر خارج است، اما ضرورت دارد این مختصر توضیح را بدھیم که مصادره زمانی قانونی تلقی می شود که با رعایت ضوابط حقوق بین الملل صورت پذیرد؛ یعنی نفع عامه را متنظر داشته باشد، تبعیض آمیز نباشد، و با تعهد پرداخت غرامت فوری و عادلانه توان باشد. مصادره ای که بدون رعایت ضوابط مزبور صورت پذیرد غیرقانونی نامیده می شود.

گفتنی است که نکیک میان مصادره قانونی و غیرقانونی صرفاً جنبه نظری یا لفظی ندارد بلکه پیامدهای مالی متفاوتی را به دنبال دارد، زیرا در مصادره غیرقانونی قاعده بر این است که هر نوع خسارت واردہ جبران شود. اعمال این قاعده به «اعاده عین مال»^{۱۱} و، در صورت عدم امکان اعاده عین مال، به پرداخت معادل نقدی آن^{۱۲} منجر می شود و حتی ممکن است، در صورت لزوم، خسارت یا زیانهای واردہ ای که با اعاده عین مال یا پرداخت معادل نقدی آن جبران نمی گردد نیز به مبلغ غرامت اضافه شود. اما، در مصادره قانونی، از قاعده حقوقی دیگر پیروی می شود بدین معنا که «غرامتی بسزا» یا «قیمت عادله آنچه که مصادره شده» به صاحب قبلی مال تعلق می گیرد.

قواعد مزبور در حکم دیوان دائمی بین المللی دادگستری (که از

→

«Finance Corporation v. Islamic Republic of Iran»، که از این پس از آن به عنوان حکم «خمکو» نام می بریم.

۱۰. دسته ای از احکام دیوان از بحث پیرامون قانونی یا غیرقانونی بودن مصادره خودداری کرده و صرفاً به ضابطه غرامت پیش بینی شده در عهدهنامه موقتی استناد جسته اند که شرح آن در بندهای ۱۸ و ۲۳ مقاله حاضر خواهد آمد. ولی باید توجه کنیم ضابطه ای که در عهدهنامه مزبور آمده در واقع همان ضابطه غرامتی است که در مصادره قانونی اعمال می شود (نگاه کنید به بند ۱۸۹ حکم «خمکو» به شرح پانوشت ۹).

11. Restitution in Integrum

12. monetary equivalent

این پس از آن به عنوان «دیوان دائمی» نام می‌بریم) نسبت به پرونده مربوط به کارخانه «خورزوف» پایه گذاری شده است که در این مقاله از آن به عنوان «حکم خورزوف» یاد خواهیم کرد.^{۱۳} آرائی که متعاقباً توسط مراجع بین‌المللی دیگر صادر شده نیز از قواعد حکم خورزوف پیروی کرده‌اند. برای مثال، بند ۱۳۸ حکم مربوط به پرونده کویت و امریکن ایندیپندنس اویل کامپنی (امینویل) — که از این پس از آن به عنوان «حکم امینویل»^{۱۴} نام می‌بریم — نیز صراحت دارد که فقط در حالت مصادره غیرقانونی است که قاعدة «اعادة عین مال» اعمال می‌شود. در واقع، می‌توان گفت کلیه احکام صادره توسط مراجع بین‌المللی که در آنها قاعدة «اعادة عین مال» اعمال شده است، همگی به مصادره غیرقانونی مربوط یافته‌اند.^{۱۵}

۶. مقایسه قواعد فوق الذکر در مصادره قانونی و غیرقانونی نشان

می دهد که:

«مبانی حقوقی این دو مفهوم [مصادره قانونی و غیرقانونی] بکلی متفاوتند و منطقاً روشهای عملی مورد استفاده جهت محاسبه مبلغ قابض را داشت [در این دو حالت] نباید متفاوت باشند». ^{۱۶}

می توان گفت که هیچ یک از احکام دیوان برخلاف این نظر استدلال نکرده اند که قانونی یا غیرقانونی بودن مصادره بر میزان غرامت مؤثر است و در این زمینه اتفاق نظر وجود دارد که تفاوت زمان ارزیابی یکی از علل تفاوت غرامت میان این دونوع مصادره است، به این صورت که در مصادره قانونی ارزش مال مصادره شده صرفاً در تاریخ مصادره محاسبه

۱۳. نگاه کنید به:

Case Concerning the Factory at Chorozow (Germany v. Poland), 1928 P.C.I.J. Ser. A. No. 17 (Judgment of 13 September 1928), pp. 46-47.

¹⁴ *Kuwait and American Independent Oil Company (AMINOH)*, (Reuters, Sultan & Fitzmaurice arbs, Award of 24 March 1982) reprinted in 21 *Int'l Legal Mat's* 976, 1019.

۱۵. نگاه کنید به احکام متعددی که در بند ۲۰۶ حکم «خمکو» از آنها نام برده شده است.

^{۱۶} نگاه کنید به حکم «خمکو»، بند ۱۹۴.

می شود، ولی در مصادره غیرقانونی ارزش مال مصادره شده (که اعادة عین آن میسر نیست) نه تنها در تاریخ مصادره بلکه در تاریخ صدور حکم نیز محاسبه می شود تا هرگونه افزایش ارزش مال از تاریخ مصادره به بعد نیز به مالک آن پرداخت شود.

۷. اما باید دید که اصولاً ارزش مال مصادره شده (به ویژه ارزش یک مؤسسه تولیدی یا تجاری) در تاریخ مصادره یا در تاریخ حکم چگونه محاسبه می شود. در همین جاست که اختلاف نظری به شرح زیر بروز می کند:

الف. یک نظر بر این است که ارزش مال مصادره شده، هم در مصادره قانونی و هم در مصادره غیرقانونی، با احتساب همه سودهای آتی آن مال محاسبه می شود.^{۱۷}

ب. گروهی دیگر بر این عقیده اند که سودهای آتی تنها در مصادره غیرقانونی، آن هم تحت طبقه بندی جداگانه ای به نام «عدم التفع»^{۱۸}، به صاحب مال پرداخت می شود و نباید سودهای آتی را با ارزش مال مصادره شده در مصادره قانونی و یا غیرقانونی مخلوط نمود. گروه اخیر مضافاً معتقد است که حتی احتساب سودهای آتی تحت عنوان «عدم التفع» در مصادره

۱۷. عقیده مزبور را صرفاً «براوئر» (داور امریکانی شعبه سوم دیوان) طی نظر موافقش نسبت به حکم «خمکو» ابراز کرده است. منظور از نظر موافق (concurring opinion) آن است که داور یا قاضی به طور کلی با نتایج حکم موافق است ولی با مبانی و استدلالهای آن موافق ندارد. «براوئر» با نتیجه گیریهای کلی حکم «خمکو» موافق بود اما با مبانی و استدلالهای این حکم در مورد ضابطه غرامت و روش محاسبه آن مخالفت جدی داشت و مخالفت خود را در این زمینه طی همان نظر موافق بیان کرده است. البته، پیش نویس انگلیسی حکم ۴۲۵-۳۹ در پرونده شرکت نفت فیلیپس نیز حاوی دیدگاه و استدلالهای درجهت این عقیده بود، ولی از آنجا که نظر موافق «براوئر» با استدلالهای مندرج در متن حکم «خمکو» مغایرت دارد و پیش نویس «حکم» فیلیپس نیز (به شرح پانوشت ۳۵) هیچگاه نهائی و اجرا نشد بلکه نافرجام ماند، بنابراین، می توان گفت که دیدگاه این گروه تاکنون در هیچ یک از احکام دیوان اعمال نشده است و آرای دیوان حاوی هیچ رویه ای در این زمینه نیست.

18. *lucrum cessans* – loss of profit

غیرقانونی نیز به مدت زمان کوتاه بین تاریخ مصادره و تاریخ صدور حکم منحصر می شود.^{۱۹} مطابق نظر این گروه، ارزش مال مصادره شده (در هر دو حالت مصادره) صرفاً معادل «ضرر بالفعل»^{۲۰} است.

هر دو گروه مزبور در تأیید نظریات خود به حکم «خورژوف» — که در بالا بدان اشاره رفت — به عنوان نمونه ای برجسته استناد می کنند که بررسی آن می تواند ما را در راه دسترسی به درک روشن تری از مفهوم «ارزش» مال مصادره شده یاری رساند.

۸. ادعای مربوط به مصادره کارخانه «خورژوف» توسط دولت آلمان علیه دولت لهستان نزد دیوان دائمی مطرح شده بود. مصادره کارخانه در سال ۱۹۲۲ صورت گرفته بود و دیوان دائمی، طی حکمی که در سال ۱۹۲۸ (یعنی شش سال بعد) صادر کرد، مصادره مزبور را غیرقانونی تشخیص داد. دیوان دائمی، طی همان حکم، مسئله تعیین ارزش کارخانه در تاریخ مصادره (سال ۱۹۲۲) و نیز در تاریخ صدور حکم (سال ۱۹۲۸) و برآورد سود کارخانه در فاصله این دو تاریخ را به کارشناسی ارجاع کرد، و بدین منظور، فرمول های دوگانه ای را نیز به عنوان دستور کار جهت کارشناس موردنظر خود تعیین نمود.^{۲۱}

۱۹. نگاه کنید به حکم «خمکو»، بند ۵۰۰.

۲۰. در متن فارسی احکام دیوان، عبارت «ضرر مسلم» به عنوان معادل «damnum emergens» آمده است. اما عبارت مزبور واقعی به مقصد نیست، زیرا منظور از «damnum emergens» تنها «مسلم» بودن ضرر نیست بلکه این معنا را نیز دربردارد که ضرر باید به داراییهای موجود مؤسسه مربوط باشد. بنابراین، به نظر می رسد که عبارت «ضرر بالفعل» معادل مناسب تری برای این اصطلاح است.

۲۱. نگاه کنید به حکم «خمکو»، بندهای ۱۹۸ تا ۲۰۴.

۲۲. خلاصه فرمول های دوگانه دیوان دائمی چنین است:

در فرمول اول، دیوان دائمی از کارشناس خواسته بود تا:

الف. ارزش مؤسسه (من جمله زمین، ساختمان، تجهیزات، موجودی کالا، قراردادهای خرید و فروش، سرفیلی و دورنمای آن) را در تاریخ مصادره برآورد کند، و

ب. سود مؤسسه در فاصله تاریخ مصادره تا تاریخ صدور حکم را نیز، با فرض آنکه مؤسسه



تفسیر گروه اول مورد اشاره در بند ۷ فوق از فرمول‌های حکم «خورزوف» این است که ارزش کارخانه مورد بحث، هم در تاریخ مصادره و هم در تاریخ صدور حکم، می‌توانسته است با احتساب سودهای آتی کارخانه محاسبه شود.^{۲۳}

اما گروه دوم مورد اشاره در بند ۷ بالا معتقدند که نحوه تنظیم فرمول‌های دوگانه‌حکم «خورزوف» طوری است که نشان می‌دهد ارزش کارخانه در تاریخهای فوق الذکر سودهای آتی را شامل نمی‌شده است.^{۲۴}

۹. بنابراین، اگرچه هر دو گروه به حکم «خورزوف» به عنوان رویه‌ای معتبر در زمینه مورد اختلاف استناد می‌کنند، اما نسبت به فرمول‌های ارزیابی ارائه شده در حکم مزبور به نتایج کاملاً متفاوتی می‌رسند. هر دو گروه برای اثبات دیدگاههای خود به تجزیه و تحلیل مفصلی نسبت به فرمول‌های کارشناسی در حکم «خورزوف» دست می‌زنند و ما نیز مقاله را با تجزیه و تحلیلهای مزبور دنبال می‌کنیم.

۱۰. همان‌گونه که خلاصه‌مندرج در پانوشت شماره ۴ بالا نشان می‌دهد، قرارکارشناسی حکم «خورزوف» دو فرمول جداگانه را برای تعیین میزان غرامت درنظر گرفته بود که فرمول اول آن به نوبه خود از دو بند جداگانه «الف» و «ب» تشکیل می‌شد. بند «الف» آن فرمول، دارائیهای فیزیکی و مشهود (مانند زمین، ساختمان، تجهیزات و موجودی کالا) و نیز دارائیهای نامشهود (مانند سرقفلی و «دورنمای آتی») را به عنوان عناصر تشکیل دهنده ارزش کارخانه بر شمرده است. و اما، بند «ب» فرمول مزبور، به دنبال تعیین سود کارخانه از تاریخ مصادره تا تاریخ صدور حکم بوده است.



در دست مالک قبلی باقی می‌ماند، تعیین نماید.

و اما در فرمول دوم، صرفاً از کارشناس خواسته شده بود تا ارزش مؤسسه (من جمله زمین، ساختمان، تجهیزات، موجودی کالا، قراردادهای خرید و فروش، سرقفلی و دورنمای آتی آن) را در تاریخ صدور حکم (البته با فرض آنکه در دست مالک قبلی باقی می‌ماند) معین کند.

۲۳. نگاه کنید به نظر موافق «براوئر»، پانوشت ۱۷، بند ۱۸.

۲۴. نگاه کنید به حکم «خمکو»، بند ۲۰۲.

سؤال اساسی که در پی صدور حکم «خورزوف» مطرح شده این است که قصد دیوان دائمی از تعیین سود کارخانه (از تاریخ مصادره تا تاریخ صدور حکم) در بند «ب» چه بوده است؟ یک دسته برای نظرنداز که دیوان دائمی در نظر نداشته است سود موضوع بند «ب» را سوای بند «الف» به نفع مالک کارخانه «خورزوف» حکم دهد. این دسته استدلال می‌کنند که، بنابراین، سودهای آتی موضوع بند «ب» می‌توانسته وارد محاسبه ارزش کارخانه در بند «الف» بشود، و اشاره می‌کنند که منظور از لفظ «دورنمای آتی» در بند «الف» نیز، در واقع، همان سودهای موضوع بند «ب» بوده است. اما دسته‌ای دیگر، برعکس، معتقدند که دیوان دائمی قصد آن را داشته است که سود موضوع بند «ب» را جداگانه به خواهان پردازد، و بنابراین، سود مذبور نمی‌توانسته است بخشی از محاسبه ارزش کارخانه در بند «الف» را تشکیل دهد.

۱۱. برای اینکه بتوانیم صحبت و سقمه نظریات دوگانه فوق را دریابیم، باید مقدمتاً پیوند میان بندهای «الف» و «ب» فرمول اول حکم «خورزوف» را پیدا کنیم. به منظور این بررسی می‌توانیم، در وهله اول، به توضیحاتی استناد کنیم که حکم «خورزوف» خود در این مورد ارائه داده است. صفحه ۵۲ حکم مذبور از جمله اینطور بیان می‌کند:

«هدف از سؤال [فرمول] اول عبارت از تعیین ارزش پولی شیئی است که می‌بایست عین آن اعاده شود، بعلاوه خسارات اضافی وارد، براساس ارزش برآورد شده مؤسسه، شامل موجودیهای آن در موقع مصادره... به اضافه هرگونه سود احتمالی که در فاصله بین تاریخ ضبط و تاریخ ابراز نظر کارشناس عاید مؤسسه می‌گردید». [تأکید اضافه شده است.].

صدر توضیح فوق حاوی الفاظ یا عبارات سه گانه‌ای به شرح زیر است که ما نیز آنها را با تأکید مشخص کرده‌ایم:
اول، عبارت «ارزش پولی شیئی» را مشاهده می‌کنیم که اساس

محاسبه آن در همانجا بر پایه «ارزش برآورده شده مؤسسه» قرار داده شده است.

دوم، لفظ «بعلوه» را می بینیم که نشان می دهد مبلغ دیگری باید به ارزش موضوع عبارت اول اضافه شود.

سوم، عبارت «خسارت اضافی» به چشم می خورد که همان مبلغی است که باید به ارزش موضوع عبارت اول افزوده شود. خسارت اضافی مزبور، مطابق قسمت اخیر همان توضیح، برابر با هرگونه سود احتمالی است که در فاصله تاریخ مصادره تا تاریخ صدور حکم عاید مؤسسه می شده است.^{۲۵}

۱۲. اگر پذیریم که منظور از عبارت اول به شرح فوق همان بند «الف» و منظور از عبارت سوم همان بند «ب» فرمول اول بوده است، بنابراین، به این نتیجه می رسیم که حکم «خورزوف» قصد داشته است بندهای «الف» و «ب» فرمول اول را با هم جمع کند تا به مبلغ کل غرامت دست یابد. معنای این تفسیر^{۲۶} این است که سود پرداختی در بند «ب» نمی توانسته است بار دیگر نیز به عنوان بخشی از ارزش مؤسسه به مالک کارخانه «خورزوف» پرداخت شود. زیرا این نوع «پرداخت دوباره»^{۲۷} نمی توانسته است متنظر دیوان دائمی بوده باشد. مطابق این تفسیر، «ارزش مؤسسه» نمی تواند «سودهای آتی» آن را شامل شود.

۱۳. اما برخی چنین تصور کرده اند که بندهای دوگانه فرمول اول حکم خورزوف برای آن درنظر گرفته شده بود که کارشناس ابتدا در بند «الف» ارزش کارخانه را براساس برآورد سودهای آتی از زمان مصادره به

۲۵. بند ۱۹۷ حکم «حکمکو» در این باره توضیح می دهد که «حتی در مصادره غیرقانونی، میزان غرامت محدود به خساراتی است که واقعاً وارد شده است و دلیلی وجود ندارد که خسارت تبیهی نیز به آن اضافه شود». اگر پذیریم که منظور حکم «خورزوف» از «خسارات اضافی» نمی تواند «خسارات تبیهی» باشد، ناگزیر باید قبول کنیم که منظور از خسارات اضافی، همان سود حاصله از تاریخ مصادره تا تاریخ صدور حکم بوده است.

۲۶. باید توضیح داد که این تفسیر در بند ۲۰۰ حکم «حکمکو» آمده است.

27. double recovery

بعد محاسبه و سپس آن را در پرتو سودهای واقعی از تاریخ مصادره تا تاریخ صدور حکم تعديل نماید. مطابق این تصور، سودهای موضوع بند «ب» به طور جداگانه به مالک کارخانه پرداخت نمی‌شده است، و بنابراین، پرداخت دوباره ای صورت نمی‌گرفته است زیرا سودهای موضوع بند «ب» صرف‌آبرای مقایسه و تصحیح رقم «دورنمای آتی» در بند «الف» به کار گرفته می‌شده‌اند. معنای این تصور به زبان ساده این است که ارزش کارخانه در بند «الف» می‌توانسته است سودهای آتی را شامل شود.^{۲۸}

ولی این تصور معقول به نظر نمی‌رسد، زیرا دلیلی نداشته است که کارشناس ابتدا محاسبه خود را با بکارگیری ارقام برآورده انجام دهد و بعداً آن را تصحیح کند. اگر دیوان دائمی این گونه محاسبه‌ای را در نظر می‌داشت، در آن صورت، ساده‌تر آن بود که از همان ابتدا از کارشناس بخواهد تا سود واقعی کارخانه را از تاریخ مصادره تا تاریخ صدور حکم به جای ارقام برآورده در محاسبات خود به کار گیرد.

بعلاوه، اگر منظور دیوان دائمی آن بود که کارشناس بعداً سود واقعی دوره شش ساله از تاریخ مصادره تا صدور حکم را جاییگزین سود برآورده آن دوره کند، در آن صورت، باید در بند «ب» به دنبال «سود واقعی» بعد از مصادره می‌بود. در حالی که چنین نیست. یعنی اگر به عبارات مندرج در بند «ب» دقّت کنیم متوجه می‌شویم که دیوان دائمی در بند «ب» به دنبال تعیین سود واقعی نیست بلکه، بر عکس، از کارشناس

۲۸. ممکن است این طور به نظر برسد که میزان غرامت مطابق این تصور به دلیل حذف بند «ب» کمتر از مبلغی است که از استبطاق قبلی به شرح بند ۱۲ فوق حاصل می‌شود. اما در واقع امر چنین نیست، زیرا: اولاً، در صورت حذف عدم التقط دوره شش ساله موضوع بند «ب»، مبلغی بابت بهره برای همان دوره به ارزش کارخانه در بند «الف» اضافه خواهد شد؛ ثانياً، بند «ب» در واقع از محاسبه غرامت حذف نمی‌شود بلکه به بند «الف» انتقال می‌یابد و بدین ترتیب در نتیجه نهائی غرامت منظور می‌گردد؛ ثالثاً، مطابق این تصور نه تنها سود حاصله از تاریخ مصادره تا تاریخ صدور حکم، بلکه سودهای آتی پس از صدور حکم نیز در محاسبه ارزش موضوع بند «الف» منظور خواهد شد (نگاه کنید به بندهای ۱۷ و ۲۳ و نظر موافق «براوئر» به شرح پانوشت ۱۷ بالا).

می خواهد تا سود [برآورده] دوره مصادره تا صدور حکم را، با فرض اینکه کارخانه در دست مالک قبلی باقی می ماند، محاسبه کند.

۱۴. به همین دلیل حتی برخی از مدعیان احتساب سودهای آتی در ارزش مؤسسه نیز خود اذعان می کنند که بند «ب» فرمول اول حکم «خورزوف» برای تصحیح بند «الف» نبوده بلکه به بند «الف» آن فرمول اضافه می شده است.^{۲۹} البته این دسته، ضمن اعتراف مزبور، این طور استدلال می کنند که منظور دیوان دائمی از احتساب خسارت اضافی در بند «ب» آن بوده است که اگر سود فرضی (از تاریخ مصادره تا تاریخ صدور حکم) نسبت به نرخ بهره ای که دیوان از تاریخ مصادره در نظر می گرفت فراتر می رفت، در آن صورت، مازاد مزبور نیز به دلیل غیرقانونی بودن مصادره به مبلغ غرامت افزوده شود.^{۳۰}

به این ترتیب، دسته اخیر با جایگزینی واژه ها سعی دارند این طور وانمود کنند که چون سودهای موضوع بند «ب» در واقع جانشین بهره تلقی می شده است، لذا نباید نگران آن بود که احتساب مجدد آنها در ارزش مؤسسه به شرح بند «الف» الزاماً سبب «پرداخت مضاعف» به شرح بند ۱۲ بالا می شده است. استدلال مزبور بر این فرض مبتنی است که دیوان دائمی یا کارشناس، مقایسه سود فرضی با نرخ بهره معینی را در نظر داشته است، در حالی که هیچ اشاره ای به این مقایسه در حکم «خورزوف» به چشم نمی خورد. بنابراین، تفسیر دسته اخیر از واژه «خسارت اضافی» به عنوان جانشین «بهره» نمی تواند درست باشد. بعلاوه، به فرض آنکه تفسیرشان از واژه «خسارت اضافی» درست می بود، باز هم این استنباط آنها پذیرفته نیست که در عین حال «ارزش مؤسسه» نیز می تواند همان سودهای آتی را

۲۹. نگاه کنید به:

WILLIAM C. LIEBLICH: Determination by International Tribunals of the Economic value of Expropriated Enterprises, Journal of International Arbitration, Vol. 7, No. 1, March 1990, Footnote 119.

۳۰. در ابطه با تعبیر واژه «خسارات اضافی» به پاتوشت ۲۵ نیز مراجعه شود.

شامل شود. بدیهی است این دو استباط با هم در تناقض آشکارند، زیرا نمی‌توان سودهای آتی را یک بار به جای بهره و بار دیگر به عنوان ارزش مؤسسه به صاحب قبلی پرداخت کرد. این دو استباط در کنارهم، در واقع، منجر به محاسبه یا پرداخت مضاعف می‌شوند که نمی‌توانسته است متنظر دیوان دائمی بوده باشد.^{۳۱}

۱۵ . بعلاوه، توضیح صفحه ۵۳ حکم خورزوف نسبت به فرمول دوم به وضوح نشان می‌دهد که دیوان دائمی، در واقع، سودهای دوره مصادره تا صدور حکم را «عدم التفع» تلقی می‌کرده است. به توضیح مزبور توجه کنیم:

«در مورد عدم التفع در سؤال [فرمول] دوم، قابل ذکر است که مخارج نگهداری اموال عینی که بخشی از مؤسسه را تشکیل می‌دهند و حتی مخارج بهبود و توسعه عادی تأسیسات و اموال صنعتی متعلق به آن، به طور حتم مقدار زیادی از سود مؤسسه را، اعم از سود واقعی یا فرضی، جذب خواهد کرد. لذا مقداری سود را می‌توان از محاسبه حذف کرد، زیرا بالآخره در ارزش واقعی یا فرضی مؤسسه در حال حاضر منظور خواهد شد. معهداً، چنانچه پاسخ کارشناس به بند «ب» فرمول اول نشان دهد که پس از جبران کسری کارخانه در سالهایی که زیانده بوده است و نیز پس از تأمین مخارج و نگهداری و توسعه عادی در سالهای پس از آن، سود اضافی باقی می‌ماند، مبلغ این سود اضافه باید به غرامت اعطائی افزوده شود.» [تأکید اضافه شده است.]

اگرچه در توضیح فوق، دیوان دائمی در صدد حلّ مسئله «عدم التفع» در فرمول دوم است اما، در واقع، این مسئله را با عطف به بند «ب» فرمول اول بررسی می‌کند و نشان می‌دهد که منظور از بند «ب» فرمول اول نیز همان «عدم التفع» بوده است. و پذیرفته نیست که مبلغی واحد را یک بار تحت عنوان «عدم التفع» و بار دیگر تحت عنوان

. ۳۱. نگاه کنید به حکم «نمکو»، بند ۲۰۰.

«ضرر بالفعل» قابل طبقه بندی بدانیم. از سوی دیگر، برخی با استناد به لفظ «سود» در جمله دوم توضیح فوق الذکر (که ما بر آن تأکید کردیم) این طور استدلال می‌کنند که، توضیح فرمول دوم، خود ارزش کارخانه را شامل سودهای آتی دانسته است.^{۳۲} این جمله به قرار زیر است:

«... تا مقداری سود رامی توان از محاسبه حذف کرد، زیرا بالاخره در ارزش واقعی یا فرضی مؤسسه در حال حاضر منظور خواهد شد....»
[تأکید اضافه شده است.]

اما اگر عبارات قبل و بعد از جمله مورد بحث را نیز مورد توجه قرار دهیم متوجه می‌شویم که در این جمله سودهای «بعد از صدور حکم» موردنظر نبوده بلکه منظور سودهای «گذشته‌ای» است که طی مدت زمان محدود (از تاریخ مصادره تا تاریخ صدور حکم) به دست می‌آمده است. به عبارت دیگر، قصد دیوان دائمی از بکارگیری لفظ «سود» در توضیح فرمول دوم همان «عدم التفع» موضوع بند «ب» فرمول اول است با این تفاوت که «عدم التفع» فرمول اول کلّاً به طور جداگانه طی بند «ب» محاسبه و بعداً با «ارزش کارخانه» در روز مصادره (یعنی با بند «الف» آن فرمول) جمع می‌شده است، ولی در فرمول دوم این نوع محاسبه می‌توانسته موجب پرداخت مضاعف شود؛ زیرا در فرمول دوم «ارزش کارخانه» در روز صدور حکم (به جای روز مصادره) تقویم می‌شده و قاعده‌تاً سود واقعی شش ساله گذشته باید تا آن تاریخ به مصرف نگهداری یا توسعه کارخانه رسیده و یا در آن تاریخ به صورت نقد در کارخانه موجود باشد. واضح است که دیوان دائمی برای پرهیز از احتساب مضاعف به این مسئله توجه داشته که اگر سودهای واقعی گذشته فرضیاً صرف خرید ماشین آلات جدید شده، در آن صورت، کافی است که ارزش این ماشین آلات جدید به عنوان بخشی از ارزش کلی کارخانه در تاریخ صدور حکم به مالک آن پرداخت گردد و ضرورتی نداشت یک بار دیگر نیز همان

.۳۲. نگاه کنید به بند ۱۴ نظر موافق «براونر» نسبت به حکم «خمکو».

سودها به عنوان «عدم التفع» وارد محاسبه غرامت شود. بنابراین، با تقویم ارزی اموال عینی مؤسسه در روز صدور حکم، پرداخت «عدم التفع» به شکلی که در فرمول اول مطرح بود، نمی‌تواند در فرمول دوم مطرح باشد. یعنی اینکه نمی‌توان کل سودهای موضوع بند «ب» را با ارزش کارخانه در روز صدور حکم جمع کرد. البته، این سؤال باقی می‌ماند که بنابراین منظور دیوان دائمی از افزودن «سود اضافی» به میزان غرامت (در فرمول دوم) به شرح قسمت اخیر توضیح صفحه ۵۳ به شرح بالا چه بوده است؟ در این مورد توضیحات ذیل را ضروری می‌دانیم.

۱۶. کارخانه «خورزوف» در ژوئیه ۱۹۲۲ ضبط شده بود ولی حکم دیوان دائمی در سپتامبر ۱۹۲۸ صادر گردید. دیوان دائمی معتقد بود سودی که به مالک کارخانه از تاریخ ضبط تا تاریخ صدور حکم به دلیل غیرقانونی بودن مصادره تعلق می‌گرفت، الزاماً برابر با سود «واقعی» این دوره نبوده بلکه معادل سودی است که، در صورت ادامه مدیریت توسط صاحبان قبلی، حاصل می‌شد. یعنی اگر فرض کنیم سود کارخانه در دوره شش ساله پس از تاریخ ضبط تا تاریخ صدور حکم، تحت مدیریت جدید (یعنی سود واقعی آن) معادل یک میلیون مارک بوده ولی، در صورت ادامه مدیریت قبلی، می‌توانست برابر با ۱/۵ میلیون مارک باشد؛ در آن صورت، مبلغ اخیر الذکر به عنوان «عدم التفع» به مالک کارخانه تعلق می‌گرفت. بعلاوه، دیوان دائمی در نظر داشت به دلیل غیرقانونی بودن مصادره، ارزش کارخانه در «تاریخ صدور حکم» را با ارزش آن در روز مصادره مقایسه کند تا نسبت به ارزش بالاتر حکم دهد (نگاه کنید به بند ۶ بالا) اما قبل از انجام مقایسه مزبور باید اطمینان حاصل می‌کرد که کارشناس، احتساب عدم التفع در فرمول دوم را نیز بر پایه ای «یکنواخت» با فرمول اول قرار می‌داد. یعنی در فرمول دوم نیز کارشناس باید سود فرضی را که در صورت ادامه مدیریت قبلی حاصل می‌شد، به جای سود واقعی شش ساله گذشته می‌نشاند. زیرا، بدون رعایت این «یکنواختی»، نوسان ارزش کارخانه در فاصله تاریخ مصادره تا تاریخ صدور حکم نامشخص می‌ماند.

۱۷. بنابراین، دیوان دائمی می‌خواست بداند که اگر، در مثال فرضی فوق، مدیریت قبلی به جای یک میلیون مارک یک و نیم میلیون مارک سود به دست می‌آورد در آن صورت چه تأثیری بر محاسبات فرمول دوم به جای می‌گذاشت. به عبارت دیگر، دیوان دائمی توجه داشته که هر چند ممکن است یک میلیون مارک سود واقعی صرف خرید ماشین آلات جدید شده و خود بخود در بطن ارزش کارخانه در تاریخ صدور حکم محاسبه شود، ولی یقیناً ۵۰۰ هزار مارک «اضافه‌ای» که از مقایسه سود فرضی فوق با سود واقعی حاصل می‌شد، نمی‌توانست در ارزش کارخانه مستتر باشد، زیرا اصولاً به دست کارخانه نرسیده تا نزد آن باقی باشد. به همین دلیل ۵۰۰ هزار مارک سود اضافه مزبور باید به ارزش کارخانه افزوده می‌شد. باید دقت کنیم که در اینجا بحث از «سود آتی» در میان نیست، زیرا واضح است که دیوان دائمی نه تنها «سود اضافه» (یعنی ۵۰۰ هزار مارک مورد بحث در مثال فرضی ما) بلکه یک میلیون مارک «سود واقعی» را نیز متعلق به دوره شش ساله گذشته می‌داند؛ یعنی «عدم التفعع» مورد نظر دیوان دائمی در فرمول دوم نیز همچنان به سود شش ساله گذشته موردنظر در فرمول اول محدود می‌شده است.

۱۸. تجزیه و تحلیل فوق چندین نکته را روشن می‌کند:

نکته اول این است که پرداخت سود در هر دو فرمول محدود به همان دوره شش ساله از تاریخ مصادره تا زمان صدور حکم بوده و تنها شکل احتساب آن در این دو فرمول تفاوت داشته است. دلیل این تفاوت ظاهری در شکل محاسبه نیز صرفاً از آنجا ناشی می‌شود که مقاطع زمانی مختلفی برای تعیین ارزش مؤسسه در این دو فرمول در نظر گرفته شده بود. به عبارت روش‌تر، محاسبه ارزش مؤسسه در فرمول اول در ابتدای دوره شش ساله (یعنی زمان مصادره)، ولی در فرمول دوم در انتهای این دوره صورت می‌گرفت. لذا ارزش مؤسسه در فرمول اول حتی یک مارک از سود (فرضی یا واقعی) دوره شش ساله را جذب نکرده ولی ارزش مؤسسه در فرمول دوم خود بخود حاوی سود «واقعی» دوره مزبور است و صرفاً باید تفاوت سود

«واقعی» با سود «فرضی» به آن اضافه شود.

نکته دوم این است که حکم «خورزوف» مالک کارخانه را صرفاً مستحق دریافت «عدم القع» تا تاریخ صدور حکم می‌دانسته است. یعنی اینکه سود قابل پیش‌بینی پس از تاریخ مزبور را «عدم القع» قابل پرداخت به مالک قبلی تلقی نمی‌کرده است. بنابراین، می‌توان گفت که احتساب سودهای بعد از تاریخ حکم را به عنوان ارزش کارخانه به طریق اولی منتفی می‌دانسته است و به همین دلیل، ارزش کارخانه در روز مصادره نیز نمی‌توانسته سودهای آتی را شامل شود. به عبارت دیگر، ارزش مال مصادره شده در تاریخ مصادره نه تنها سودهای پس از صدور حکم بلکه سودهای حاصله از تاریخ مصادره تا صدور حکم را نیز شامل نمی‌شود.

۱۹. نتیجه کلی تجزیه و تحلیل فوق این است که در هر حالت (یعنی هم در مصادره قانونی و هم در مصادره غیرقانونی) ارزش مال مصادره شده، سودهای آتی را شامل نمی‌شود. نکته دیگری که می‌توانیم به تجزیه و تحلیل فوق اضافه کنیم این است که اصولاً محاسبه ارزش کارخانه در فرمول‌های دوگانه حکم «خورزوف» بر مبنای عناصر تشکیل دهنده اموال کارخانه (از جمله اموال فیزیکی آن) صورت می‌گرفته و این خود دلیل دیگری است بر اینکه حکم «خورزوف» قصد محاسبه ارزش کارخانه را بر مبنای سود یا گردش نقدینگی آتی نداشته است، زیرا روش اخیر اصولاً ارزش اموال فیزیکی گذشته یا موجود مؤسسه را فراموش می‌کند و صرفاً خالص درآمدهای آتی آن را متنظر قرار می‌دهد بی‌اینکه درآمدهای مزبور را نسبت به اموال تشکیل دهنده مؤسسه سرشکن کند (نگاه کنید به بندهای ۲ و ۴۳ زیر).

۲۰. بخش اول مقاله را این طور خلاصه می‌کنیم:

اولاً، ارزش مؤسسه مترادف با ارزش حال سودهای آتی نیست، و ثانیاً، مفهوم سرقلی یا دورنمای آتی که به عنوان عنصری از عناصر تشکیل دهنده ارزش مؤسسه در تاریخ مصادره به شرح بند «الف» فرمول اول حکم «خورزوف» آمده است نیز نمی‌تواند مترادف با «ارزش حال

سودهای آتی» باشد.^{۳۳}

ثالثاً، تنها در حالت مصادره «غيرقانونی» است که پرداخت «عدم التفع» تا تاریخ صدور حکم (آن هم سوای ارزش مؤسسه) مطرح می‌شود و درحالی که مصادره قانونی باشد، «عدم التفع» یا سود آتی اصولاً وارد محاسبه غرامت نمی‌شود.



قانون خاص حاکم بر ضابطه غرامت در آراء دیوان

۲۱. بعضی ادعای کرده‌اند که آراء دیوان تمایزی میان مصادره قانونی و غیرقانونی قائل نشده و غالب آراء مزبور بدون توجه به قانونی بودن مصادره، حکم به پرداخت «ارزش کامل»^{۳۴} داده‌اند، درحالی که به نظر آنان «ارزش کامل» «عدم التفع» را نیز شامل می‌شود. این گروه مضافاً با استناد به قرار اعدادی شماره ۱۲۹-۳ دیوان در پرونده «سد کو» و نیز حکم شماره ۱۶۱-۱۸۴ دیوان در پرونده «آی.ان.آ.» و همچنین حکم شماره ۹۳-۲ دیوان در پرونده «آ.آی.جی.» این طور استدلال می‌کنند که منظور از «ارزش کامل» همانا «ارزش مؤسسه دایر» است که این ارزش هم فقط می‌تواند از اینجا ناشی شود که آن مؤسسه می‌تواند منبع سودهای آتی باشد و بنابراین سودهای مورد انتظار آتی باید در محاسبه غرامت منظور شود.^{۳۵}

بعداً تشریع خواهیم کرد که «ارزش کامل» را نمی‌توان معادل

۳۳. در بند ۳۳ در این مورد توضیح بیشتری خواهیم داد.

34. Full value

۳۵. نگاه کنید به بند ۱۵ نظر موافق «براؤر» به شرح پانوشت ۱۷.

ارزش مؤسسه دایر» و یا در برگیرنده «عدم التفعع» دانست، ولی قبل از آن لازم است علت انتخاب ضابطه «ارزش کامل» را در آراء دیوان روش سازیم، زیرا به نظر ما ریشه این مسئله را باید در عهدنامه مودتی جستجو کرد که در سال ۱۳۳۴ میان ایران و امریکا منعقد شده بود.

ضابطه غرامت در عهدنامه مودت^{۳۶}

۲۲. همان گونه که گفته شد، مدعیان لزوم احتساب سودهای آتی در ارزش مال مصادره شده معتقدند که برخی از آراء دیوان حکم به پرداخت «ارزش کامل» داده اند بی آنکه تفکیکی میان مصادره قانونی و غیرقانونی قائل شوند. آنها در این رابطه به ویژه به رأی «آی.ان.آ.» و رأی «آ.آی.جی.» و نیز به قرار اعدادی «سدکو» استناد می کنند که در بالا مورد اشاره واقع شدند و ذیلًا نیز به بررسی آنها می پردازیم.

۲۳. در پرونده «آی.ان.آ.» ۲۰ درصد سهام خواهان در شرکت بیمه شرق به موجب قانون ملی شده بود که دیوان آنرا از نوع مصادره «قانونی» تشخیص داد و در صفحه ۸ متن فارسی رأی صادره این طور اعلام نظر کرد:

«حقوق بین الملل در مورد این قبیل ملی شدنی‌های گسترده و ماهیتاً قانونی، دستخوش یک ارزیابی تدریجی شده که نتیجه آن می تواند [سبب] تضعیف دکترین غرامت «کامل» یا «کافی»... گردد.»

دیوان در این مورد به نظریات جداگانه‌ای عطف می دهد که داوران آن پرونده صادر نمودند. یکی از آن نظریات توسط قاضی «لاگرگرن» صادر و در آنجا توصیه شده است که در مورد مصادره قانونی از ضابطه غرامت

۳۶. اعتبار یا عدم اعتبار عهدنامه مودت – تا جائی که به بحث حاضر یا هر بحث و موضوع دیگری مربوط می شود – امری نیست که در این مقاله، مورد نظر یا مورد تأیید یا مفروض بوده باشد.

مناسب به عنوان یکی از مصادیق غرامت جزئی پیروی شود^{۳۷} (نگاه کنید به بندهای ۱ و ۲ بالا). با وجود این، دیوان در همانجا اضافه نموده که در پرونده مورد بحث، حقوق بین الملل «پرداخت غرامتی معادل «ارزش عادلانه بازار» آن سرمایه‌گذاری را مجاز می‌داند»^{۳۸}. می‌توان پرسید که چرا علی رغم ابراز آن نظر مبنی بر تضعیف دکترین «غرامت کامل»، دیوان بازهم به پرداخت «ارزش عادلانه بازار» در آن پرونده حکم داد؟ دیوان خود پاسخ این پرسش را در صفحه ۸ رأی صادره به دو صورت زیر داده است:

«معهذا، نظر دیوان این است که در پرونده‌ای مانند پرونده حاضر که به مبلغ نسبتاً کمی سرمایه‌گذاری در کوتاه‌مدتی قبل از ملی شدن مربوط می‌گردد، حقوق بین الملل غرامتی معادل ارزش عادلانه بازار آن سرمایه‌گذاری را مجاز می‌داند. بعلاوه، در این مورد، ما با قانون خاصی^{۴۰} به صورت عهدنامه موذت رو برو هستیم که اصولاً بر قواعد کلی رجحان دارد.»

سپس دیوان در صفحه ۹ رأی صادره، ضابطه غرامت را که در بند ۲ ماده ۴ عهدنامه موذت آمده است مورد بحث قرار داد. بند مزبور از جمله مقرر می‌دارد:

«اموال اتباع و شرکتهای هریک از طرفین... بی‌آنکه غرامت عادلانه آنها... پرداخت شود گرفته نخواهد شد. غرامت مزبور... به نحو کامل معادل مالی خواهد بود که گرفته شده است....» [تأکید اضافه شده است.]

۳۷. حکم «خمکو» نیز در بند ۱۱۷ این نظر را ابراز داشته است که: «قواعد عرفی حقوق بین الملل در مورد تعیین نوع و میزان غرامت قابل پرداخت، و همچنین شرایط پرداخت غرامت، انسجام کمتری دارد. این قواعد موضوع بحثها و مجادلات حادّی بوده و هست، که نتیجه آنها تا حدی مبهم است.»

38. Fair Market value

۳۹. بعداً درباره مفهوم «ارزش عادلانه بازار» توضیح خواهیم داد.

40. lex specialis

براین اساس، دیوان در صفحه ۱۰ رأی صادره این طور نظر داد:

«با توجه به شرایط این پرونده نظر دیوان این است که عبارت «به نحو کامل معادل مالی خواهد بود که گرفته شده است» به خواهان حق می دهد که غرامتی معادل ارزش عادلانه بازار سهام خود در بیمه شرق را بر مبنای ارزیابی آن در تاریخ ملی شدن، دریافت کند.»^{۴۱}

۲۲. خواهان پرونده «آ.آی.جی.» نیز «ارزش کامل» سهام

خود در شرکت بیمه ایران و امریکا را (که ملی شده بود) با استناد به عهدهنامه موذت مطالبه می کرد. خوانده متقابلاً با استناد به عبارت «غرامت مناسب» در قطعنامه ۳۲۸۱ سازمان ملل^{۴۲}، در جهت پرداخت «غرامت جزئی» استدلال کرده بود. در عین حال، طرفین نسبت به روش (و یا مبنای) ارزیابی نیز تفاوت نظر داشتند. خواهان معتقد بود که شرکت بیمه ایران و امریکا «م مؤسسه ای دایر» بوده و باید بر همین اساس نیز ارزیابی شود؛ ولی خوانده معتقد بود که ارزیابی شرکت مزبور باید به روش «ارزش خالص دفتری» یا «ارزش انحلال»^{۴۳} صورت پذیرد. حکم دیوان در این پرونده از ابراز نظر درباره ضابطه حقوقی پرداخت غرامت در عهدهنامه موذت خودداری کرد و صرفاً اشاره نمود که ملی کردن شرکت بیمه ایران و امریکا، چه به موجب عهدهنامه موذت و چه طبق اصول متدال حقوق بین الملل، فی نفسه غیرقانونی نبوده است. حکم دیوان سپس به بحث پیرامون روش (یا مبنای) ارزیابی پرداخت و این طور نظر داد که شرکت

۴۱. دیوان در بند ۲۶۱ رأی ۳۱۴-۲۴-۱ (استارت) به نتیجه گیری مشابهی رسید و حکم «نمکو» نیز استدلال مشابهی را در بندهای ۱۱۷ و ۲۰۹ ارائه داد و نتیجه گرفت که عهدهنامه موذت، پرداخت غرامت کامل را در مورد مصادره قانونی مجاز می داند، ولی اضافه می کند که نحوه انشای بند ۲ ماده ۴ عهدهنامه مزبور، مسئله روشنی را که باید برای تعیین میزان «ارزش کامل» یا «معادل کامل» دنبال شود، حل نمی کند.

42. United Nations Charter of Economic Rights and Duties of States, Resolution 3281 (XXIX) of 1974.

۴۳. در مورد تفاوت «ارزش خالص دفتری» با «ارزش انحلال» نگاه کنید به بندهای ۴۰ و

بیمه ایران و امریکا باید «به عنوان یک مؤسسه دایر ارزشیابی شود و [در این ارزشیابی] نه تنها ارزش خالص دفتری دارائیهای شرکت بلکه عواملی چون حسن شهرت تجاری و سودآوری احتمالی شرکت در آینده... ملحوظ گردد.» بعداً تشریع خواهیم کرد که اشاره فوق الذکر به «سودآوری احتمالی شرکت در آینده» را باید به معنای پرداخت «عدم التفعع» در پرونده «آ. آی. جی.» گرفت، به ویژه آنکه دیوان در پرونده مزبور دست آخر متولّ به ارزشیابی تقریبی گردید و مبلغی را «با توجه به کلیّة اوضاع و احوال ذی ربط» به عنوان ارزش عادلانه بازار تعیین کرد بی آنکه نحوه محاسبه و یا ضابطه حقوقی آن را مشخص نماید.^{۴۴}

۲۵. در بالا اشاره شد که طرفداران احتساب سودهای آتی در ارزش مال مصادره شده نیز با استناد به قرار اعدادی ۱۲۹-۳ ۵۹ در پرونده «سدکو» این طور استدلال می‌کنند که ضابطه پرداخت غرامت کامل در مصادره قانونی و غیرقانونی یکی است. در صفحه ۱۱ متن فارسی قرار اعدادی مزبور از جمله آمده است:

«در موردی نظیر پرونده حاضر که مشخصاً اموال یک تبعه بیگانه مصادره شده، باید غرامت کامل بابت مال گرفته شده پرداخت شود. این مطلب اعم از اینکه خود سلب مالکیت به هر جهت قانونی بوده یا نه، صادق است.» [تاکید اضافه شده است.]

۴۶. برای توضیحات بیشتر در رابطه با تفاوت میان «سودآوری» به عنوان یک عنصر ارزش و عین «سود» به بند ۳۳ مراجعه شود، ضمناً طرفداران احتساب سودهای آتی در ارزش مؤسسه اظهار می‌دارند که دیوان در رأی ۲۴۵-۳۳۵-۲ (پرونده «تامس ارل پین») حکم به پرداخت عدم التفعع داده است. در حالی که چنین نیست زیرا در رأی مزبور لفظ «سودآوری»، آن هم ضمن نقل قول از رأی مربوط به پرونده «آی. آن. آ.»، تنها به عنوان یک عنصر ارزش به میان آمده است. بعلاوه، در آنجا خواهان ارزش مؤسسه را به صورت ضریبی از سود «گذشته» محاسبه کرده بود که مورد پذیرش دیوان هم واقع نشد، زیرا آثار انقلاب سبب شده بود که نتوان عملکرد گذشته را «به عنوان شاخص سودآوری احتمالی... در آینده و ارزش حسن شهرت تجاری شرکتها مورد بحث در آن پرونده تلقی نمود» (تاکید اضافه شده است). زنگنه کنید به حکم شماره ۲۴۵-۳۳۵-۲ دیوان در پرونده «تامس ارل پین»، بند ۳۶.

حکم مزبور به هیچ وجه مبین این نظر نیست که ضابطه غرامت در حالت مصادره قانونی با غیرقانونی برابر است، بلکه بدین معناست که «ارزش کامل» مال مصادره شده که ممکن است تنها به عنوان بخشی از غرامت در مصادره غیرقانونی پرداخت شود، در حالت مصادره قانونی حدّاً کثر (یا سقف) غرامت را تشکیل می‌دهد. یعنی اگر ارزش مؤسسه را در تاریخ مصادره معادل A قرار دهیم و سود حاصله در فاصله مصادره تا صدور حکم را معادل B فرض کنیم، مبلغ A هم در حالت قانونی و هم در حالت غیرقانونی پرداخت می‌شود ولی مبلغ B فقط در حالت غیرقانونی قابل پرداخت است. ذکر این نکته که A در هر دو حالت منظور می‌شود به معنای برابری غرامت در آن دو حالت نیست.^{۴۵}

۲۶. بندهای ۱۰۹ و ۱۱۰ متن مشاجره انگلیزی که صرفاً به زبان انگلیسی توسط دون از داوران (داور امریکائی و داور وسط) شعبه دوم دیوان تحت عنوان «حکم» شماره ۴۲۵-۳۹-۲ درپرونده «فیلیپس» صادر ولی بعداً کان لم یکن تلقی گردید (واز این پس از آن به عنوان «متن ابطال شده» یاد می‌کنیم) نیز ضابطه پرداخت غرامت را مورد بحث قرارداده

۴۵. در ضمن، در قرار اعدادی «سدکو» بحث برسر این بود که آیا تحولات حقوق بین الملل بعد از جنگ جهانی دوم و به ویژه تصویب قطعنامه شماره ۱۸۰۳ مجمع عمومی سازمان ملل مبین این است که «غرامتی کمتر از غرامت کامل باید ضابطه قابل اعمال شناخته شود» یا خیر؟ (رجوع شود به صفحه ۱۱ متن فارسی قرار اعدادی مزبور). به عبارت دیگر، در آنجا بحث بر سر این بود که آیا غرامت در حالت مصادره قانونی با غرامت در مصادره غیرقانونی برابر است یا خیر، بلکه دیوان در آن قرار اعدادی به دنبال این مسئله بود که آیا میزان غرامت در حالت مصادره قانونی باید الزاماً معادل «ضرر بالفعل» باشد یا اینکه متواند مبلغی کمتر از آن نیز به عنوان غرامت پرداخت شود؟ قرار اعدادی «سدکو» به نکته مزبور این طور پاسخ داد که غرامت باید معادل ارزش کامل زیان بالفعل باشد (رجوع شود به صفحه ۱۲ متن فارسی قرار اعدادی «سدکو»). در ضمن، قرار اعدادی پرونده «سدکو» ضمن تأکید فراوان بر ضابطه «غرامت کامل» به عنوان قاعدة عرفی حقوق بین الملل، در عین حال، به رأی «لیامکو» (به شرح پانوشت ۹۶) و برخی منابع دیگر نیز اشاره دارد که در آنها نسبت به ضابطه مزبور، حداقل در ارتباط با ملی شدنی‌های گسترده (nationalization)، ابراز تردید شده است.

است.^{۴۶} متن ابطال شده مزبور ابراز می دارد که انتخاب ضابطه «معادل کامل مال مصادره شده» در آن متن به پیروی از عهدنامه موذت صورت گرفته است، و سپس اضافه می کند که ضابطه پیش بینی شده در عهدنامه موذت «هم در مصادره قانونی و هم در مصادره غیرقانونی قابل اعمال است». ولی جمله اخیر متن ابطال شده میین این نظر نیست که ضابطه غرامت در هر دو حالت برابر است (نگاه کنید به توضیح بند ۲۵ بالا در مورد حکم «سد کو»).^{۴۷}

۲۷. بدین ترتیب، ملاحظه می شود که:

اولاً، این احتمال وجود داشت که در غیاب عهدنامه موذت، ضابطه «غرامت جزئی» به جای «غرامت کامل» در آراء دیوان در ارتباط با مصادره قانونی به کار گرفته می شد، و ثانیاً، اگر «ارزش کامل» مال در

۴۶. متن مورد بحث هیچگاه به صورت حکم به مرحله نهائی و اجرا در نیامد، زیرا قبل از صدور نسخه فارسی آن، ایران از دیوان خواست تا متن مزبور را ابطال نماید. متعاقباً دو طرف دعوى به یک موافقتنامه حل و فصل دست یافتند و طی آن متن مزبور را کان لم یکن تلقی نمودند. شعبه دوم دیوان نیز موافقتنامه مزبور را پذیرفت و آن را به عنوان «حکم شماره ۳۹-۲۶۱» ثبت رساند. این حکم به توافق طرفین دعوى نسبت به ابطال متن فوق الذکر اشاره کرد و عملاً آن را ابطال و فاقد اثر نمود، هر چند متن مذکور حتی در شرایط موجود در آن زمان نیز واجد عنوان «حکم» نبود.

۴۷. بند ۱۰۹ متن ابطال شده مؤید این نظر حکم «حمدکو» است که ضابطه غرامت در عهدنامه موذت تنها به مصادره «قانونی» مربوط می شود و سپس اضافه می کند: «البته، عهدنامه موذت تصریح نکرده است که در حالت مصادره غیرقانونی باید از ضابطه دیگری پیروی شود.»

بند ۱۱۰ متن مزبور این طوراً داده می شود که تفکیک میان مصادره قانونی و غیرقانونی در پرونده «خورزوف» تنها به دو دلیل می تواند مطرح شود: اول، زمانی که اعاده عین مال میسر باشد؛ دوم، زمانی که ارزش مال مصادره شده از تاریخ مصادره تا تاریخ صدور حکم افزایش یافته باشد. اما همان طوری که در بندهای ۱۰ تا ۱۴ فوق تشریح شد، حکم «خورزوف» در نظر داشته است تا سودهای حاصله از تاریخ مصادره تا صدور حکم را نیز به عنوان عدم القوع به ارزش مؤسسه در زمان مصادره اضافه نماید. بنابراین، دیدگاههای مندرج در متن ابطال شده فوق الذکر نسبت به حکم «خورزوف» از حيث علل تفکیک میان مصادره قانونی و غیرقانونی کفايت نمی کند.

تاریخ مصادره به عنوان سقف غرامت در مصادره قانونی انتخاب می شود و در عین حال به عنوان بخشی از غرامت در مصادره غیرقانونی هم تلقی می گردد، این بدان معنا نیست که ضابطه غرامت و این دو حالت یکسان شمرده شود و از آنجا این نتیجه نادرست به دست آید که اعمال ضابطه غرامت کامل در مصادره قانونی نیز به معنای پرداخت «عدم التفع» است.

معنای ضابطه «ارزش کامل»

۲۸. مدعیان احتساب سودهای آتی معتقدند که حداقل در پرونده ۲۴ (استارت) «ارزش کامل» شرکت با احتساب سودهای آتی آن و بدون توجه به قانونی یا غیرقانونی بودن مصادره، مورد حکم قرار گرفت.^{۴۸} برخی از این مدعیان از این نیز فراتر رفته و معتقدند که اصولاً «ارزش کامل» یک مؤسسه به معنای ارزش آن به عنوان یک « مؤسسه دایر»^{۴۹} است. این دسته مضافاً معتقدند که «ارزش مؤسسه دایر» نیز معنایی جز ارزش آن به عنوان یک منبع زاینده سود ندارد.^{۵۰} بدین ترتیب، آنها مدعی اند که پذیرش ضابطه «ارزش کامل» به معنای پذیرش احتساب سودهای آتی در ارزش مؤسسه است. ما در بخش بعد، معنای «ارزش مؤسسه دایر» را به عنوان یکی از مبانی ارزیابی بررسی کرده و نشان خواهیم داد که «ارزش مؤسسه دایر» به این مفهوم نیست که ارزش مال مصادره شده برابر با جمع سودهای آتی آن خواهد بود.علاوه، ذکر این نکته را نیز لازم می دانیم که ضابطه «ارزش کامل» لزوماً برابر با «ارزش مؤسسه دایر» نیست. چه بسا ممکن است «ارزش انحلال» یک شرکت (که یکی دیگر از مبانی ارزیابی است و در بخش بعد درباره آن توضیح خواهیم داد)

۴۸. پرونده «استارت» از حالت ویژه‌ای برخوردار بود که در سایر پرونده‌ها به چشم نمی خورد. بعداً در این مورد توضیحات بیشتری خواهیم داد.

49. going concern

۵۰. نگاه کنید به بندهای ۱۵ و ۱۹ نظر موافق «بر اوئر» به شرح پانوشت ۱۷.

نیز به عنوان «ارزش کامل» به مالک آن شرکت پرداخت شود.^{۵۱} اینکه ارزش مال مصادره شده چه مفهومی دارد و از چه عناصری تشکیل می‌شود و یا اینکه کدام مبنا و چه روشی باید در محاسبه «ارزش» به کار رود، یک مطلب است، و انعکاس «جزء» یا «کل» این ارزش در میزان غرامت، مطلوبی دیگر. به عبارت دیگر، باید بگوئیم که افزودن صفت «کامل» به لفظ «ارزش» چیزی به آن ارزش اضافه نمی‌کند و مفهوم یا ماهیت «ارزش» را نیز تغییر نمی‌دهد. صفت مزبور صرفاً به این معناست که «معادل کامل» «ارزش» تعیین شده باید به مالک قبلی پرداخت شود^{۵۲} و همان‌گونه که قبلاً نیز توضیح داده شد، پرداخت «معادل کامل» ارزش تعیین شده در آراء دیوان صرفاً ریشه در عهدنامه موذت دارد، و گرنه ممکن بود به پروری از ضابطه «غرامت جزئی» تنها بخشی از این ارزش به مالک مال مصادره شده پرداخت شود (نگاه کنید به بندهای ۱ و ۲ بالا).

خلاصه اینکه «کامل» بودن «ارزش» به هیچ وجه تعیین کننده مفهوم یا مبنا و روش دستیابی به آن «ارزش» نیست. در واقع، مفهوم ارزش و همچنین مبنای ارزیابی و نیز روش ارزشیابی، مقولات جداگانه‌ای محسوب می‌شوند که در بخش‌های بعد به تشریح آنها می‌پردازیم.



مفاهیم ارزش و مبانی ارزیابی

۲۹. در ابتدای این بخش از مقاله ذکر این نکته را ضروری

۵۱. برای مثال، نگاه کنید به حکم شماره ۳۰۹-۱۲۹-۳ دیوان در پرونده «سدکو» و نیز حکم ۱۴۱-۷-۲ دیوان در پرونده «تمز آفا».

۵۲. نگاه کنید به حکم «خمکو»، بند ۲۶۱.

می دانیم که برخی از ابهامات موجود در زمینه معیارهای سنجش ارزش مال مصادره شده در متون مختلف از آنجا ناشی می شود که در آن متون گهگاه خط و مرز میان «مفاهیم» ارزش و «مبانی» ارزیابی (ونیز خط و مرز مفاهیم و مبانی مزبور با «روشهای مشخص ارزشیابی») مخدوش می شود. در مقاله حاضر سعی خواهیم کرد تا مقولات سه گانه مذکور را از یکدیگر تفکیک کنیم. زیرا «مفاهیم» ارزش، جنبه کلی دارند و به وضعیت خاص این یا آن مؤسسه معین ارتباطی ندارند، اما «مبانی» ارزیابی مفروضاتی هستند که در ارتباط با این یا آن مؤسسه معین اتخاذ می شوند. از سوی دیگر، «روشهای مشخص ارزشیابی صرفاً تکنیکهای محاسباتی به شمار می روند. در بخش بعد به تشرییح روشهای ارزشیابی خواهیم پرداخت و در این بخش مفاهیم ارزش و مبانی ارزیابی را مورد بحث قرار می دهیم.



مفاهیم ارزش

۳۰. لفظ «ارزش» می تواند مفاهیم مختلفی را به ذهن متبار در کند. برای مثال، ارزش یک قلم دارایی نزد شخص معین الزاماً با ارزش آن در بازار برابر نیست. در عین حال، معمولاً رابطه نزدیکی میان این دو ارزش (یعنی ارزش ذهنی افراد و ارزش بازار) وجود دارد، به ویژه اگر اقلام جایگزینی برای کالای موردنظر به راحتی در بازار قابل دسترسی باشد، که در آن صورت، ارزش ذهنی افراد با ارزش بازار برای آن کالای معین کاملاً منطبق می شود. از آنجا که در دعاوی حقوقی معمولاً ارزش بازار موردنظر است، ما نیز در اینجا مقاله را با بحث پیرامون «ارزش بازار» دنبال می کنیم.

ارزش بازار

۳۱. این مقوله یکی از «مفاهیم» ارزش به شماره‌ی رود و براین فرض استوار است که ارزش مال موردنظر برابر است با قیمت اقلام مشابه آن. اعتبار این فرض نیز به نوبه خود به دو شرط اساسی بستگی دارد؛ یعنی اینکه اولاً، بازاری برای خرید و فروش آن مال وجود دارد، و ثانیاً، خریداران و فروشنده‌گان متعدد با در دست داشتن اطلاعات کافی در آن بازار سرگرم خرید و فروش کالای موردنظر هستند. شرایط دوگانه مزبور معمولاً در بورس اوراق بهادار تأمین می‌گردد ولی در بسیاری موارد دیگر عملاً به دلایل مختلف حاصل نمی‌شود؛ زیرا ممکن است خریدار یا فروشنده کالای موردنظر بسیار معذوب باشد یا فرصت کافی برای مذاکره و کسب اطلاعات وجود نداشته باشد یا خریداری معین از نفوذ فوق العاده در بازار برخوردار باشد یا اینکه آن کالا به میزان ناچیزی در بازار خرید و فروش شود و در نتیجه قیمت بازار منعکس کننده ارزش واقعی نباشد. به دلایل مزبور، برخی از صاحب‌نظران بر این عقیده‌اند که مقوله «ارزش بازار» نسبت به شرکتهایی که سهام آنها در بورس معامله نمی‌شود، قابلِ إعمال نیست. به همین دلیل، حکم دیوان در پرونده ۵۶ از جمله می‌گوید:

«... حتاً قل چیزی که می‌توان گفت این است که ارزش بازار مفهومی

مبهم است (شاید صحیح تر باشد بگوییم گمراه کننده است)....»^{۵۳}

و سپس ادامه می‌دهد:

«... این عنوان (ارزش بازار) به صورت کلمه‌ای جادوئی به کار می‌رود تا این اندیشه را القا کند که ارزش تعیین شده با یک روش خاص، همان ارزشی است که باید به عنوان ارزش صحیح علمی پذیرفته شود. لیکن، بدیهی است تشخیص این مسئله غیرممکن است که اگر

. ۵۳. نگاه کنید به حکم «خمکو»، بند ۲۱۹.

معامله‌ای آزاد صورت می‌گرفت، قیمت آن با ارزش [ادعائی] برابر می‌بود یا خیر.^{۵۴} [تاکید اضافه شده است.]

و همانجا نتیجه می‌گیرد که:

«... از این رو، دیوان بر این نظر است که عبارت ارزش بازار با نبودن معاملات منظم در بازار آزاد، کمکی به مسئله نمی‌کند و به سهولت موجب گمراهی می‌شود....»

شاید به همین دلیل است که در سایر آراء صادره نیز دیوان از بکارگیری عبارت «ارزش بازار» (به نحو مطلق) خودداری کرده و به جای «ارزش بازار» معمولاً از عبارت «ارزش عادلانه بازار» نام می‌برد، زیرا اصولاً سهام شرکتهایی که در ایران فعالیت داشتند در بورس معامله نمی‌شده و یا سهام آنها در بورس از بازار فعالی برخوردار نبوده است ولذا مفهوم «ارزش عادلانه بازار» را باید در واقع نوع تعديل شده‌ای از عبارت «ارزش بازار» دانست که احتمالاً این دیوان و برخی مراجع مشابه به منظور ترسیم چارچوب کلی تعیین ارزش به کار گرفته‌اند. با وجود این، باید تاکید کنیم که «ارزش عادلانه بازار» لزوماً و عیناً با «ارزش بازار» برابر نیست و شاید بتوانیم بگوئیم که بکارگیری لفظ «عادلانه» از آنجا نشأت می‌گیرد که مبادله مال مورد نظر در بازار آزاد صورت نگرفته (یا صورت نمی‌پذیرد) ولذا این مسئله باید در حل و فصل منصفانه^{۵۵} دعاوی متنظر قرار گیرد. گفتنی است که «ارزش بازار» یا «ارزش عادلانه بازار» صرفاً چارچوب کلی دستیابی به ارزش موردنظر را با اتخاذ رابطه‌ای فرضی میان خریدار و فروشنده به دست می‌دهد.

۵۴. نگاه کنید به حکم «خمکو»، بند ۲۲۰.

۵۵. equitable

مفهوم ارزش از دیدگاه اقتصادی

۳۲. اقتصاددانان معتقدند که ارزش یک کالا ناشی از درآمدی است که در آتیه ایجاد خواهد نمود؛ لذا استدلال می‌کنند که ارزش یک واحد تجاری را که قابلیت ایجاد درآمد دارد نمی‌توان توجه به درآمد آتی آن محاسبه کرد. اما در این زمینه اختلاف نظر وجود دارد که آیا ارزش مؤسسه با عین سودهای آتی (عدم التفع) برابر است یا اینکه «انتظار سودآوری» را صرفاً باید در حد یک عنصر ارزشمند در کنار دیگر عناصر تشکیل دهنده ارزش مؤسسه به حساب آورد؟ ذیلاً به تشریح این مسئله می‌پردازیم.

تفاوت میان «عدم التفع» و «انتظارات آتی»

۳۳. حکم دیوان در پرونده ۵۶ میان «عدم التفع» و «انتظارات آتی» این طور تفکیک قائل می‌شود: «سود از دست رفته (عدم التفع) در ارزش مؤسسه منظور نمی‌شود، هر چند که ارزش مذبور «انتظارات آتی» را در برمی‌گیرد.»^{۵۶}

مطابق این عقیده باید میان «سودهای آتی»^{۵۷} از یک سو و «انتظارات آتی»^{۵۸} از دیگرسو، تفاوت قائل شویم، زیرا: «طبق نظر دیوان دائمی، «انتظارات آتی» با سود از دست رفته (عدم التفع) مساوی نیست. این مفاهیم دو مفهوم متفاوت‌اند. مفهوم اول به روشنی اشاره به این واقعیت دارد که مؤسسه، واحد فعالی بوده که توانائی اش را در تحصیل درآمد به ثبوت رسانده، ولذا باید پذیرفت

. ۵۶. نگاه کنید به حکم «خمکو»، بند ۳۰۲.

57. future Profits

58. future Prospects

که این توانائی را در آینده نیز خواهد داشت. این توانائی یکی از عناصر ارزش مؤسسه در موقع مصادره است. مفهوم دوم به میزان و عواید فرضی مربوط است که از تاریخ ضبط تا تاریخ اعلام نظر کارشناس، در صورتی که مؤسسه در دست مالک قبلی آن می‌ماند، حاصل می‌شد.»

به دیگر سخن، «انتظارات آتی» را باید یکی از عناصر «ضرر بالفعل» در تاریخ مصادره دانست، ولی نباید خط و مرز آن را با «عدم التفعع» محدود نمود. طرفداران احتساب سودهای آتی با استناد به رأی شماره ۲۱۷-۹۹-۲ دیوان در پرونده «فلپس داج» خلاف این موضوع را استدلال می‌کنند، زیرا در آنجا به جای لفظ «انتظارات آتی» از «سودهای آتی» نام برده شده است. بعداً در قسمت «ج» بند ۵۳ و پانوشت آن توضیح خواهیم داد که لفظ سودهای آتی در آن پرونده نیز از همان مفهومی برخوردار است که در پرونده ۵۶ با لفظ «انتظارات آتی» بیان شده است.

البته، باید اضافه کنیم که «انتظارات آتی» مؤسسه بی ارتباط با سودهای آتی آن نیست. ولی این نه بدان معناست که «انتظارات آتی» را با تبدیل به نقد کردن^{۵۹} عوایدی^{۶۰} که احتمالاً مؤسسه پس از مصادره به دست می‌آورد، اشتباه کنیم.^{۶۱}

به دیگر سخن، عنصر «انتظارات آتی» با «سودآوری» مرتبط است ولی با عین «سود آتی» برابر نیست. حکم دیوان در پرونده ۳۱۷ نیز میان «سرقفلی» و «عدم التفعع» تمیز قائل می‌شود.^{۶۲} یعنی می‌توان گفت

59. capitalization

۶۰. منظور از «capitalization of the revenues» این است که ارزش حال درآمدهای آتی دارائی یا مؤسسه‌ای را محاسبه و آنها را با هم جمع کرده و حاصل جمع را به عنوان ارزش آن — که بعداً در موردش توضیحات بیشتری خواهیم داد — حاصل می‌شود.

۶۱. نگاه کنید به حکم «خمکو»، بند ۲۶۴.

۶۲. نگاه کنید به بند ۶۴ حکم شماره ۲۹۸-۳۱۷-۱ دیوان در پرونده «سولا تایلز» که در بند ۳۹ در مورد آن توضیحات بیشتری خواهیم داد.

مؤسسه‌ای که از «سودآوری» برخوردار است از عنصر سرفصلی یا «انتظارات آتی» هم به عنوان یک قلم ارزش بهره‌مند است، ولی این بدان معنا نیست که پا را از این فراتر بگذاریم تا آنچا که ارزش مؤسسه‌ای سودآور را با جمع «سودهای آتی» آن برابر نهیم و اصطلاحاً ارزش مؤسسه‌ای دایر را به روش «تنزیل جریان نقدینه» آتی (به شرح بند ۴۲ زیر) محاسبه کنیم؛ زیرا این روش پا را از عرصه «ضرر بالفعل» کلاً بیرون می‌گذارد و صرفاً عدم التفع را مبنای محاسبات قرار می‌دهد. بعداً در بخش روش‌های مشخص ارزشیابی در این مورد توضیحات بیشتری خواهیم داد، ولی قبل از آن لازم است در مورد مبانی ارزیابی^{۶۳} توضیح دهیم.



مبانی ارزیابی

۳۴. در بند ۲۹ بالا توضیح دادیم که مبانی ارزیابی «مفروضاتی» هستند که در ارتباط با «وضعیت خاص» این یا آن مؤسسه انتخاب می‌شوند. منظور از «وضعیت خاص» این یا آن مؤسسه در مقاله حاضر نیز تداوم یا توقف فعالیت آن به عنوان یک واحد تجاری است. تداوم یا توقف فعالیت از آنچا حائز اهمیت است که واحد تجاری فعال را به عنوان « مؤسسه‌ای دایر»، اقا واحد تجاری غیرفعال را معمولاً به عنوان « مؤسسه در حال انحلال» ارزیابی می‌کنند. ذیلاً مبانی ارزیابی مذبور را تشریح می‌کنیم.

ارزش مؤسسه دایریا فعال

۳۵. مقوله «تداوم فعالیت»^{۶۴} نزد حسابداران این طور تعریف شده

است:

«مقوله تداوم فعالیت... یعنی این فرض که واحد تجاری فعالیت خود را در آینده قابل پیش بینی ادامه خواهد داد»^{۶۵}

اگر مبنای مزبور در مورد یک واحد تجاری معین صادق باشد، در چنین وضعیتی، صورتهای مالی آن واحد براین فرض استوار می شود که داراییهای موجود مؤسسه، در جریان عادی تجاری اش در آتیه بازیافت خواهد شد. برای مثال، این طور فرض می شود که از تجهیزات تولیدی مؤسسه به همان شکل عادی و مطلوب که مورد نظر بوده است، استفاده خواهد شد بی آنکه نیازی به اسقاط یا قطعه قطعه کردن یا فروش آنها در حالت اضطراری احساس شود. به همین ترتیب نیز فرض می شود که بدھیهای شرکت در جریان عادی تجارت باز پرداخت خواهد شد بی آنکه فرضًا اقساط وامهای اعطائی به شرکت قبل از سرسید مقرر مطالبه شود و شرکت را به حالت ورشکستگی بکشاند.

اهمیت این مسائل در اینجاست که اموال عینی شرکت (مانند زمین، ساختمان، ماشین آلات و موجودی کالا) در صورت تداوم فعالیت آن شرکت از ارزش بیشتری برخوردار است تا در حالت انحلال آن؛ زیرا در حالت انحلال ممکن است بخشی از این اموال غیرقابل انتقال یا غیرقابل فروش باشد و بخشی نیز به قیمتی کمتر از آنچه که در دفاتر شرکت انعکاس یافته است، حراج شود. درحالی که در صورت ادامه فعالیت شرکت چنین

64. going concern concept

65. مراجعه شود به:

D.FRENCH: Dictionary of Accounting terms, the Institute of Chartered Accountants in England and Wales, 1985, p. 134.

نخواهد بود و معمولاً مبلغ خالص منعکس شده در دفاتر از محل استفاده از آن دارائیها بازیافت خواهد شد که به عنوان «ارزش خالص دفتری»^{۶۶} از آن یاد می شود.^{۶۷} نکته قابل توجه این است که حسابداران در محاسبه ارزش دفتری مزبور، هیچ گونه مبلغی بابت سودهای آتی منظور نمی کنند، هرچند ارزش دفتری مورد نظر آنان با فرض تداوم فعالیت شرکت محاسبه می شود.

۳۶. البته، «ارزش مؤسسه دایر»، آن طور که نزد حسابداران مصطلح است، معمولاً کمتر از ارزش واقعی مؤسسه در بازار است؛ زیرا در عرف بازار عوامل دیگری نیز در تعیین ارزش مؤسسه مؤثرند تا آنجا که می گویند ارزش مؤسسه در بازار نتیجه مجموعه ای از ارزشهای ذهنی و غیرقابل اندازه گیری است که از ملاحظاتی مانند قدرت سودآوری در آینده، تقاضا برای محصولات مؤسسه، قدرت رقابت، محدودیتهای قانونی فعلی و آتی، امتیازات تجاری وغیره سرچشمه می گیرند».^{۶۸}

به همین دلیل، مفهوم «ارزش مؤسسه دایر» در لسان حقوقی نیز از معنای حسابداری آن فراتر می رود. برای مثال، واژه نامه حقوقی «Ballentines» اصطلاح «ارزش مؤسسه دایر» را این گونه تعریف می کند:

«ارزش مؤسسه دایر یعنی مازاد ارزش اموالی که به صورت یک مجموعه^{۶۹} برای اجرای فعالیت تجاری معین جمع آوری شده است نسبت به جمع [ساده] ارزش اقلام جداگانه آن اموال.»

اختلاف میان «ارزش مؤسسه دایر» (به مفهومی که در عرف بازار مصطلح است) و ارزش دفتری از آنجا ناشی می شود که: اولاً، ارزش جاری اموال «عینی» (مانند زمین، ساختمان، ماشین آلات و موجودی کالا) ممکن است با قیمت خرید اولیه آنها یکسان نباشد؛ ثانیاً ارزش یک

66. net book value

67. در بخش چهارم در مورد ارزش خالص دفتری توضیحات بیشتری خواهیم داد.

68. Kohler's Dictionary for Accountants, Sixth Edition, p. 238.

69. as a whole

واحد تجاری به عنوان «یک مجموعه» را نمی‌توان معادل جمع ساده ارزش اقلام تشکیل دهنده دارایی‌های عینی آن دانست. برای مثال، به یک جفت دستکش توجه کنید: دستکش راست یا چپ به تنهایی ممکن است حتی فاقد ارزش باشد، ولی اگر هر یک را به عنوان جزئی از یک جفت درنظر آوریم آن وقت امکان دارد به تنهایی ارزشی تقریباً معادل یک جفت کامل را نیز داشته باشد. تفاوت ارزش کل واحد تجاری با جمع ساده ارزش تک تک دارایی‌های آن می‌تواند از عوامل دیگری نیز ناشی شود. برای نمونه، حتی روش مدیریت در نحوه تلفیق و بکارگیری داراییها می‌تواند بر ارزش مجموعه آنها تأثیر بگذارد. برای اینکه مسئله روش ترشود می‌توان از یک تابلوی نقاشی مثال آورد که خلاصه تلفیق درآرایش زنگها می‌تواند ارزشی بسیار فراتر از هزینه خرید رنگ، چوب و پارچه‌ای که در تهیه آن به کار می‌برد، برای آن تأمین کند. به همین ترتیب، یک شرکت نیز « فقط مجموعه‌ای از اموال عینی متمایز (وسایل، موجودی و احتمالاً زمین و ساختمانها) نیست» بلکه می‌تواند اقلام نامشهودی (نظیر حقوق قراردادی و سایر دارایی‌های با ارزش دیگر مانند حق اختراع، دانش و مهارت فتی، ارزش شهرت بازرگانی و انتظارات بازرگانی آتی را نیز در برابر گیرد»^{۷۰}، که دسته اخیر هر چند دارای ارزش تجاری هستند ولی معمولاً در دفاتر شرکت منعکس نمی‌شوند. در اینجا باید تأکید کنیم که ارزش دارایی‌های نامشهود غالباً در صورتی قابل حصول خواهد بود که مؤسسه در آینده قابل پیش‌بینی به فعالیت خود ادامه دهد؛ یعنی فرض تداوم فعالیت در مورد شرکت صادق باشد، و گرنه در حالت انحلال، شرکت معمولاً سرقفلی یا انتظارات آتی و حتی بخشی از ارزش اموال عینی خود را نیز از دست می‌دهد. برای مثال، اگر یک تابلوی نقاشی را به اجزاء تشکیل دهنده آن تفکیک کنیم، از آن تنها قطعات چوب و پارچه‌ای باقی می‌ماند که دیگر ارزش آن تابلوی اولیه را نخواهد داشت.

. ۷۰. نگاه کنید به حکم «خمکو»، بند ۲۵۵.

۳۷. نتیجه‌ای که از مطالب فوق حاصل می‌شود این است که

«ارزش مؤسسه دایر» این مفهوم را در برندارد که برای تعیین ارزش مؤسسه موردنظر باید جمع سودهای آتی آن را به حساب آورد. برعکس، مقوله مزبور صرفاً بدین معناست که اولًا شرکت در حال انحلال نیست و به اصطلاح چوب حراج برآن نزده اند و باید ارزش آن را نه در حالت اضطرار که در روال عادی تجاري برآورده کرد، و ثانیاً ارزش واحد تجاري به عنوان «یک مجموعه» می‌تواند بیش از جمع ساده ارزش تک تک اموال عینی آن باشد.

ارزش انحلال

۳۸. نقطه مقابل ارزش مؤسسه دایر، «ارزش انحلال»^{۷۱} است

که در ارتباط با مؤسسه‌ای مطرح می‌شود که فرض تداوم فعالیت در مورد آن صادق نیست، مانند مؤسسه «تامزآفا» در پرونده شماره ۷ که ارزش آن در حکم شماره ۱۴۱-۷-۲ دیوان به روش انحلال تعیین گردید. مجدداً یادآوری می‌کنیم که «ارزش مؤسسه دایر» و «ارزش انحلال»، در واقع، هیچ کدام به طور مجرد «ضابطه حقوقی» پرداخت غرامت نیستند بلکه در ارتباط با یک مؤسسه معین معنا و مفهوم پیدا می‌کنند. مقولات مزبور مفروضاتی هستند که از وضعیت این یا آن مؤسسه خاص استنتاج می‌شوند و چارچوب ارزیابی مؤسسه موردنظر را به دست می‌دهند. یکی از صاحب‌نظران مطلب اخیر را این طور توضیح می‌دهد:

«ارزش مؤسسه دایر یکی از مفاهیم بنیادین ارزش تلقی نمی‌شود بلکه صرفاً یک فرض یا "assumption" محسوب می‌گردد که مبنای محاسبه ارزش قرار می‌گیرد.... مفهوم این فرض آن است که خطر انحلال متوجه شرکت نیست و شرکت بموقع تعهداتش را برآورده خواهد گرد. وقتی شرکت در حال انحلال قرار گرفت دیگر مؤسسه‌ای دایر نخواهد بود.... نقطه مقابل ارزش مؤسسه دایر یعنی ارزش انحلال معمولاً ارزش

. break-up value یا dissolution value یا liquidation value .۷۱

بسیار نازل تری به دست می‌دهد، زیرا ارزش اخیر صرفاً به دارائیهای پراکنده‌ای مربوط می‌شود که باید هر کدام جداگانه به فروش بررسد.»^{۷۲} [تأکید اضافه شده است.]

تفاوت مبانی ارزیابی با ضوابط حقوقی غرامت و مفاهیم ارزش

۳۹. مطالب فوق نشان می‌دهد که «ارزش مؤسسه دایر» و «ارزش انحلال» مبانی ارزیابی هستند و باید با ضوابط حقوقی (مانند ضابطه حقوقی «ارزش کامل» یا «عدم التفعع» وغیره) و یا با «مفاهیم ارزش» مخلوط شوند. مقوله «ارزش مؤسسه دایر» صرفاً چارچوب ارزیابی دارائیهای مشهود یا نامشهود مؤسسه‌ای معین را با فرض تداوم فعالیتش به دست می‌دهد. ولی از اتخاذ فرض مزبور به هیچ وجه این نتیجه حاصل نمی‌شود که ارزش مؤسسه دایر، سودهای آتی آن را نیز دربر می‌گیرد. حکم شماره ۱۷-۲۹۸ دیوان در پرونده «سولا تایلز» نیز مؤید این مطلب است که ارزش مؤسسه دایر عدم التفعع را دربر نمی‌گیرد.

در بندهای ۵۱ تا ۶۵ حکم مزبور، دیوان به پیروی از طرح پیشنهادی خواهان، اجزاء تشکیل دهنده ارزش واحد تجاری مورد بحث در آن پرونده را تنها به دو عنصر یعنی الف) دارائیهای مشهود، و ب) سرفولی آن واحد تجاری محدود کرد.^{۷۳}

در ضمن، خواهان پرونده مزبور علاوه بر ارزش دارائی فیزیکی و سرفولی (به عنوان عناصر دوگانه تشکیل دهنده ارزش مؤسسه) مبلغی نیز به طور جداگانه به عنوان عدم التفعع مطالبه کرده بود؛ ولی از آنجا که دیوان

72. C.G. GLOVER: Valuation of Unquoted Securities, published by Gee and Co. in association with the Institute of Chartered Accountants in England and Wales, pp.41-42.

73. طرح مزبور با فرمول بنده مطروحه در حکم «خورزوف» و نیز حکم «خمکو» مطابقت داشت و در واقع نقطه مقابل روش تنزیل گردش نقدینه آتی — که بعداً در مورد آن توضیح خواهیم داد — محسوب می‌شد.

واحد تجاري مورد بحث در آن پرونده يعني «سيمات» را (مؤسسه ای دایر) تشخيص نداد، بنابراین، ادعای خواهان در مورد «سرقلی» و نيز «عدم التفع» را نپذيرفت و در بند ۶۴ حکم مربوطه از جمله اين طور نظر داد: «تصميم ديوان مبنی بر اینکه سرقفلی «سيمات» فاقد ارزش است، نتیجه مشابهی را نسبت به عدم التفع هم به دست می دهد، زیرا عدم التفع نيز به آtie تجاري يك مؤسسه دایر بستگی دارد.»

جمله مذبور صراحت دارد که ديوان عنصر سرقفلی را با آtie تجاري مؤسسه دایر در ارتباط قرار می دهد ولی ، در عین حال ، میان سرقفلی و عین سودهای آتی تمیز قائل می شود (نگاه کنید به بند ۳۳ بالا). ديوان سپس در همان بند ۶۴ اين طور ادامه می دهد:

«براین اساس ، ديوان ارزشی برای عدم التفع قائل نمی شود و نیازی به تصميم گیری درباره این مسئله ندارد که آیا در موارد سلب مالکیت ، علاوه بر ارزش مؤسسه دایر ، عدم التفع نيز قابل مطالبه هست یا خير ، و اگر هست ، تا چه میزان .» [تأکید اضافه شده است .]

این جمله نيز جای تردید باقی نمی گذارد که ديوان «ارزش مؤسسه دایر» را شامل سودهای آتی نمی داند ، زیرا نمی توان از يك سو «ارزش مؤسسه دایر» را شامل سودهای آتی دانست ، و از سوی ديگر ، این احتمال را درنظر گرفت که ممکن است علاوه بر ارزش مؤسسه دایر ، عدم التفع نيز در برخخي از حالات مصادره (که لابد منظور همان مصادره های غيرقانونی است) قابل مطالبه باشد.

۴. مطالب بخش سوم را اين طور خلاصه کنيم که مقولات «ارزش بازار» و «ارزش اقتصادي» مفاهيم ارزش تلقی می گردند ، در حالی که «ارزش مؤسسه دایر» و «ارزش انحلال» مبانی ارزیابی نامیده می شوند. مفاهيم و مبانی مذبور را باید از ضوابط حقوقی غرامت که در بخشهاي قبل توضیح داده شد ، و نيز از روشهای مشخص ارزشیابی که در بخش بعد تشریح می شود ، تمیز دهیم .



روشهای مشخص ارزشیابی

۴۱. برای تعیین ارزش مال یا سهام مصادره شده، می‌توان روش‌های مختلفی را در پرتو مفاهیم ارزش و مبانی ارزیابی اتخاذ کرد. در این میان، روش «تنزیل جریان نقدینه»^{۷۴} (یا به اختصار DCF)، «روش ارزش جایگزینی»^{۷۵}، «روش ارزش خالص دفتری»^{۷۶} و نیز «روش محاسبه ارزش سهام شرکت به صورت ضریبی از سود آن»، بیش از روش‌های دیگر مورد استناد طرفین در پرونده‌های دیوان قرار گرفته‌اند. طرفداران هر یک از این روشها معتقدند که «ارزش کامل» یا «ارزش بازار» را تنها می‌توان به یکی از این روشها (که از آن جانبداری می‌کنند) به شکل درست و یا علمی محاسبه کرد. اما برخی براین عقیده‌اند که «بر هیچ یک از این روشها حقاً نمی‌توان نام «ارزش بازار» نهاد». ذیلاً دلایل عقیده مزبور را با تشریح روش‌های ارزشیابی پیشنهادی در پرونده‌های دیوان، مورد بررسی قرار می‌دهیم.

روش تنزیل جریان نقدینه

۴۲. روش تنزیل جریان نقدینه، تکنیکی است که از مفهوم

74. Discounted Cash Flow

75. Replacement Value

76. Net Book Value

77. نگاه کنید به حکم «تحکو»، بند ۲۲۰.

اقتصادی ارزش به شرح بند ۳۲ فوق نشأت می‌گیرد. روش مزبور دو بخش مجزاً را شامل می‌شود. در بخش اول، میزان و زمان گردش وجه نقدی را که احتمالاً مؤسسه در آینده به دست می‌آورد، برآورد می‌کنند. برای مثال، در مورد یک پروژه ساختمانی، هزینه تکمیل ساختمانها و درآمدهای حاصل از فروش آتی آنها را مشخص و زمان دریافت و پرداخت درآمد و هزینه‌های مزبور را نیز تعیین می‌کنند. تعیین زمان دریافت و پرداختهای مزبور از آنجا حائز اهمیت است که هر چه وجود نقد در آینده دورتری دریافت و پرداخت شود، به همان نسبت نیز ارزش آنها در مقایسه با زمان حاضر کمتر است. به بیان دیگر، مبلغی معین (فرضاً ۱۰۰ ریال) اگر نقداً دریافت شود از ارزش بیشتری برخوردار است تا آنکه مثلاً ده سال بعد دریافت شود. این «تفاوت زمانی ارزش پول» از عوامل مختلفی ناشی می‌شود. به همین دلیل، در بخش دوم روش مورد بحث، عواملی را که بر ارزش پول در زمانهای مختلف مؤثرند تحت عنوانین سه گانه زیر بررسی می‌کنند:

اول. تورم که سبب کاهش پول می‌شود،

دوم. بهره واقعی که به تفاوت زمانی پول تعلق می‌گیرد،

سوم. مخاطراتی که انتظار برای دریافت یا پرداخت وجه موردنظر

در بر دارد (مانند خطر اعتصاب و توقف کار، تغییرات اقتصادی، سیاسی و غیره).

ارزیاب معمولاً برای هر یک از عوامل سه گانه مزبور نرخ معینی قائل می‌شود و مجموعه آنها را به عنوان «نرخ تنزیل»⁷⁸ تلقی می‌کند تا آن را نسبت به برآورد دریافت و پرداختهای آتی (حاصله از بخش اول) اعمال و به این ترتیب «خالص ارزش حال»⁷⁹ آن مبالغ را محاسبه کند. به زبان ساده‌تر، وجود آتی را به «پول زمان حال» تبدیل و با هم جمع می‌کند و حاصل جمع آنها را به عنوان ارزش مال یا پیروزه‌ای که زاینده آن وجود

78. discount rate

79. Net Present Value

است، درنظر می‌گیرند.^{۸۰} روش مزبور را اصطلاحاً روش «تنزيل جريان نقدیه» یا به اختصار «DCF» می‌خوانند.

۴۳. ایرادی که به روش مزبور وارد می‌کنند این است که اصولاً مبالغ اولیه سرمایه گذاری، یعنی واقعیت قبلی، را بکلی نادیده می‌گیرد و صرفاً به آینده نظر دارد. بر همین اساس بود که در بند ۳۳ فوق نیز اشاره کردیم که بکارگیری روش مزبور کلاً «عدم النفع» را جانشین «ضرر بالفعل» می‌کند. در روش مزبور «ارزش خالص دارائیهای مصادره شده بکلی کنار گذاشته» می‌شود.^{۸۱} یعنی در روش مزبور به جای آنکه ارزش دارائیهای موجود مؤسسه را مبنای محاسبه قرار دهند، دست به پیش‌بینی عملکرد آینده و تخمین میزان عوایدی می‌زنند که احتمالاً طی چندین سال بعد از تاریخ مصادره به دست می‌آید و همان تخمین را، پس از تنزیل به زمان حال، مبنای ارزش ادعائی مؤسسه قرار می‌دهند. درنتیجه «با این روش، عدم النفع، تنها عنصر غرامت می‌شود»^{۸۲}، در حالی که نمی‌توان ارزش مؤسسه را از سرمایه گذاری انجام شده قبلی و یا ارزش دارائیهای تشکیل دهنده آن مؤسسه جدا نمود.^{۸۳} روش «DCF» رابطه میان ارزش مؤسسه و دارائیهای تشکیل دهنده آن راقطع می‌کند و به جای آنکه «سوددهی»^{۸۴} مؤسسه را صرفاً به عنوان یک عنصر ارزش به دیگر عناصر یعنی دارائیهای موجود مؤسسه اضافه کند، در واقع، این عناصر را بکلی نادیده می‌گیرد و به جای آنها عواید فرضی آینده تا پایان عمر پروره را به جای دارائیهای موجود یا سرمایه گذاری قبلی می‌نشاند که نه تنها در

۸۰. البته، پس از محاسبه ارزش حال خالص درآمدها و هزینه‌های آتی، لازم است که ارزش مزبور با بت دارائیها یا بدھیهای مالی (financial assets/liabilities) نیز تعديل شود.

۸۱. نگاه کنید به حکم «خمکو»، بند ۲۲۹.

۸۲. نگاه کنید به حکم «خمکو»، بند ۲۲۹.

۸۳. نگاه کنید به حکم «خمکو»، بند ۲۳۱.

۸۴. همان گونه که قبلاً توضیح داده شد، منظور از «Profitability» («توانایی سودآوری») است و با عین سودهای آتی تفاوت دارد.

مصادره قانونی مردود است بلکه تا این میزان حتی در مصادره غیرقانونی نیز قابل قبول نیست. بعلاوه، ایراد حقوقی دیگری نیز برآن وارد است بدین صورت که نمی‌توان پرداخت عدم التفع را (حتی اگر هم مجاز می‌بود) برپایه‌ای لرزان بنا نهاد. یعنی به فرض آنکه ادعای عدم التفع مجاز باشد، باز هم آن نوع سود آتی که غیرقابل پیش‌بینی^{۸۵} است و نامطمئن^{۸۶} نیز به نظر می‌رسد، نمی‌تواند مبنای استواری برای ادعای عدم التفع به دست دهد.^{۸۷}

این همان نکته‌ای است که در حکم ۱۵۰-۳/۸۱/۷۶-۷۴/۳۱۱، درپرونده «کنسرسیوم» مورد اشاره قرار گرفته است. خواهانهای پرونده مزبور معتقد بودند که سودهای آتی برای باقیمانده قرارداد خرید نفت از سال ۱۹۷۹ تا ۱۹۹۳ باید به آنها پرداخت شود. خواهانهای مزبور خسارت وارده از این بابت را براساس الف) پیش‌بینی مقدار نفت باقیمانده، ب) برآورد مبلغ سود هر بشکه نفت باقیمانده، وج) نرخ تنزیل برای محاسبه ارزش حال سود برآورده مزبور، مطالبه می‌کردند. اما دیوان در بند ۱۷۱ حکم مربوطه این گونه نظر داد:

«تعیین زیان ادعائی شرکتها در نتیجه عدم اجرای کامل قرارداد خرید و فروش طی مدت تعیین شده، با اطمینان لازمی که دیوان تعویض نظر دهد که منافع مورد ادعا در حدود انتظارات مشروع طرفین بوده، به سهولت امکان پذیر نیست. حتی اگر عناصری که خواهانها ذکر کرده‌اند ذی‌ربط و مستدل هم می‌بودند، باز هم مبنای صحیحی برای دادن چنین نظری به دست نمی‌دادند.» [تاکید اضافه شده است].

۴۴. از زاویه حقوقی دیگری نیز می‌توان به روش تنزیل جریان نقدینه ایراد کرد و آن اینکه محاسبه ارزش حال درآمدهای آتی معمولاً

85. Unforeseeable

86. Uncertain

نگاه کنید به:

Libyan American Oil Company (LIAMCO) v. Libyan Arab Republic, (Mahmassani arb., Award of 12 April 1977), reprinted in 62 I.L.R. 139 (1982), pp. 214-215.

ارزشی را به دست می دهد که از جمع ارزش عناصر واقعی داراییهای مشهود و نامشهود مؤسسه بیشتر است تا جایی که امکان دارد بتوان با صرف تنها بخشی از غرامت حاصله از روش مزبور مؤسسه ای مشابه مؤسسه قبلی را ایجاد و مبلغی نیز به صورت مازاد حفظ نمود. یعنی، این روش «ممکن است منجر به دara شدن غیرعادلانه طرفی گردد که چنین غرامتی را دریافت می دارد...»^{۸۸}.

۴۵ . روش تنزیل جریان نقدینه نه تنها به دلایل حقوقی فوق الذکر قابل ایراد است بلکه ایرادهای دیگری نیز بر آن وارد است که از کاربرد عملی آن ناشی می شوند. ایراد عملی عمدہ ای که به این روش وارد می کنند این است که عامل حدس و گمان^{۸۹} در این روش نقش فراوانی دارد. گفته شد که روش تنزیل جریان نقدینه از دو بخش تشکیل می شود: اول، برآورد درآمدها و هزینه های آتی، و دوم، برآورد نرخ تورم آتی، بهره آتی و مخاطرات آتی که به منظور تعیین نرخ تنزیل صورت می گیرد. همان گونه که ملاحظه می شود همه این عوامل برآورده است و عامل حدس و گمان بر محاسبه تک تک اجزاء مزبور حاکم است. واضح است که هر چه مدت پیش بینی طولانی تر باشد، امکان انحراف حدس و گمانهای مزبور از واقعیت نیز بیشتر خواهد بود. به همین دلیل، بکارگیری آن به ویژه در مورد پروژه ها یا سرمایه گذاریهای درازمدت (آن هم در شرایط متغیر سیاسی و اقتصادی) با مخاطرات فراوانی همراه است.

۶ . طرفداران روش تنزیل جریان نقدینه غالباً مدعی اند که روش مزبور یک وسیله علمی است که شرکتهای بزرگ از آن کمک می گیرند تا برآورد کنند که، در حالات مختلف، چه بازدهی از محل سرمایه گذاری در پروژه های موردنظرشان نصیب آنان می شود. برای مثال، یک شرکت ساختمانی با استفاده از روش مزبور محاسبه می کند که، در

. نگاه کنید به حکم «تحمکو»، بند ۲۳۱. ۸۸

89. speculation

صورت تغییر نرخ دستمزد کارگران یا نرخ فروش آپارتمانهای در دست ساخت آن شرکت، نرخ بازده احتمالی پروژه چه میزان تغییر خواهد کرد. این واقعیت را نمی‌توان منکر شد که روش مذبور به یکی از ابزار تصمیم‌گیری برای سرمایه‌گذاری در دنیای تجارت امروز تبدیل شده است. اما بکارگیری آن «در کنار اطلاعات دیگر» به منظور تجزیه و تحلیل مخاطرات احتمالی^{۹۰} و تصمیم‌گیری در جهت سرمایه‌گذاری، یک مطلب است و خرید و فروش سهام شرکت مطلوبی دیگر. میان ایندو، تفاوت اساسی وجود دارد، زیرا سرمایه‌گذاری دریک «پروژه داخلی» با سرمایه‌گذاری دریک واحد «کاملاً مستقل» با هم تفاوت‌های اساسی دارند. در حالت اول سرمایه‌گذار با دسترسی به اطلاعات داخلی اقدام به تصمیم‌گیری می‌کند، ولی در حالت دوم ممکن است اطلاعات مربوطه به طور کامل در اختیار وی قرار داده نشود. بعلاوه، محاسبه حالات مختلف بازده احتمالی پروژه‌ای معین به روش تنزیل جریان نقدینه بدان معنا نیست که بازده نهائی پروژه به طور یقین با این یا آن حالت معین منطبق خواهد شد. به همین دلیل، تصمیم‌گیری نسبت به قبول یا رد آن پروژه معین در نهایت امر با مخاطرات فراوان همراه است. چه بسا علی رغم رعایت جوانب امو و با بکارگیری علمی روش تنزیل جریان نقدینه، باز هم آن پروژه زیان سنگینی را برای شرکت به بار آورد. به دیگر سخن، روش مذبور نتیجه واقعی را تضمین نمی‌کند، بلکه به کمک آن می‌توان با داده‌های متفاوت^{۹۱} و براساس مفروضات گوناگون، نتیجه‌های مختلفی را به صورت بازده^{۹۲} به دست آورد و آنها را با هم مقایسه و بدین طریق تصمیم‌گیری را ساده‌تر نمود. واضح است که اگر آن داده‌ها و مفروضات نادرست یا غیرواقع بیانانه باشند، به همان نسبت نیز نتیجه حاصله از واقعیت به دور خواهد بود. به ویژه باید این نکته را نیز تأکید کنیم که بررسی داده‌ها و مفروضات مذبور با هر دقت

90. Risk Analysis

91. inputs

92. outputs

علمی نیز صورت گیرد باز هم فارغ از مخاطره نیست.

۴۷. با وجود این، طرفداران روش تنزیل جریان نقدهای غالباً اظهار می دارند که به این ترتیب ایرادی بر خود روش وارد نیست بلکه ممکن است به مفروضات^{۹۳} آن وارد باشد. به عقیده طرفداران روش مذبور، دیوان باید این مفروضات را رسیدگی کند تا چنانچه آنها را معقول تشخیص می دهد، نتیجه حاصله را نیز پذیرد. آنها در این مورد به حکم «امینویل» استناد می کنند و معتقدند که بکارگیری عنصر حدس و گمان در روش تنزیل جریان نقدهای نباید مانع از پذیرش روش مذبور توسط دیوان گردد^{۹۴}، «زیرا کلیه روشهای ارزیابی، هر چه باشد، شامل چنین عناصری خواهد بود».^{۹۵}.

اما ذکر این نکات لازم است که: اولاً، دیوان داوری در همان پرونده «امینویل» علی رغم ابراز مطلب فوق از بکارگیری روش تنزیل جریان نقدهای امتناع کرد^{۹۶}؛ ثانياً، درست است که کلیه روشهای ارزیابی تا حدی با عنصر برآورد توأم ولی میزان برآورده که در سایر روشهای کار می رود با روش تنزیل جریان نقدهای قابل مقایسه نیست زیرا تمام اجزاء و تاروپود این روش با حدس و گمان همراه است؛ ثالثاً، همان گونه که اشاره شد روش مذبور صرفاً ابزاری برای تصمیم گیری نسبت به سرمایه گذاری^{۹۷} است نه برای تقویم ارزش مال. درست است که روش تنزیل جریان نقدهای می تواند گسترده ای از ارزشها احتمالی را با مفروضات مختلف به دست دهد ولی این بدان معنا نیست که یکی از آن

93. assumptions

۹۴. نگاه کنید به نظر موافق «براوٹر» نسبت به حکم خمکوبه شرح پانوشت ۱۷، بند ۲۶.

۹۵. نگاه کنید به حکم «امینویل» به شرح پانوشت ۱۴، بند ۱۵۴، قسمت «ب».

۹۶. در پرونده «امینویل» دارائیهای ثابت (یعنی تسهیلات نفتی) بر مبنای ارزش جایگزینی مستهلك شده (depreciated replacement value) محاسبه و مبلغی نیز با بت «انتظارات معقول» (legitimate expectation) مربوط به امتیاز نفتی مربوطه پرداخت شد.

97. investment appraisal

نتایج احتمالی عیناً به عنوان «ارزش بازار» بین خریدار و فروشنده رد و بدل شود. بعلاوه، میان تصمیماتی که یک سرمایه‌گذار می‌گیرد با تصمیماتی که یک دیوان داوری اتخاذ می‌کند تفاوت اساسی وجود دارد. پذیرش «ریسک» از عناصر تفکیک ناپذیر تصمیماتی است که سرمایه‌گذار به طور روزمره با آنها سروکار دارد و بکارگیری روش تنزیل جریان نقدینه سرمایه‌گذار را در این مسیر یاری می‌دهد ولی ماهیت کار و تصمیمات وی را (که در نهایت امر همان قبول «ریسک» است) تغییر نمی‌دهد؛ اما دیوانهای داوری تخصص لازم را برای آشنائی با زیر و بم تجارت در اختیار ندارند و اصولاً رسالت دیوانهای داوری بر این است که حتی المقدور «از عامل ابهام یا ریسک در روند تصمیم گیری خود بکاهند».^{۹۸}

۴۸. آیا ایرادهای فوق الذکر منجر به رد کامل روش تنزیل جریان نقدینه برای هر منظوری در پرونده‌های مطروحه نزد دیوان نمی‌شود؟ واضح است که حکم دیوان در پرونده ۵۶ استفاده از این روش را به منظور تعیین «ارزش کل مؤسسه» نمی‌پذیرد.^{۹۹} در عین حال، در بند ۳۳ اشاره کردیم که عنصر «سودآوری» مؤسسه دایر را باید (به شکل سرفولی یا انتظارات آتی) به عنوان یکی از اقلام تشکیل دهنده ارزش مؤسسه به حساب آورد، ولی این عنصر «سودآوری» را نمی‌توان به آسانی به عدد و رقم تبدیل کرد. لذا حکم «خمکو» معتقد است که می‌توان اطلاعات سودمندی از روش تنزیل جریان نقدینه، نه به منظور تعیین کل ارزش بلکه صرفاً در جهت برآورد مبلغی به عنوان ارزش عنصر سودآوری، به دست آورد آن هم به این شرط که آن روش به طور صحیح اعمال شود و نتایج قابل اعتمادی نیز به دست

SHANNON P. PRATT: Valuing A Business, Dow Jones-Irwin, 1981, p. 31.

در صفحه ۳۰ کتاب مزبور به آراء حقوقی متعددی اشاره شده است که به موجب آنها برخی از دادگاههای امریکا نیز عدم تمایل خود را در استفاده از روش تنزیل جریان نقدینه ابراز نموده و انجام محاسبات بر مبنای ارقام واقعی گذشته را ترجیح داده‌اند. همین نکته در بند ۲۳۰ حکم «خمکو» نیز با بیان دیگری آمده است.

۹۹. نگاه کنید به حکم «خمکو»، بند ۲۳۰.

۴۹. با وجود این، طرفداران روش تنزیل جریان نقدینه با استناد به قرار اعدادی شماره ۳۲ و حکم نهائی شماره ۳۱۴-۲۴ دیوان در پرونده «استارت» آستدلال می‌کنند که محاسبه ارزش سهام «استارت» در «شرکت شاهگلی» به روش تنزیل جریان نقدینه صورت پذیرفت. واقعیت این است که دیوان قبلاً در قرار اعدادی فوق الذکر به کارشناس منصوب خود به طور مشخص اجازه داده بود که، اگر مناسب تشخیص داد، ارزش شرکت مصادره شده (یعنی شرکت شاهگلی) را به روش تنزیل جریان نقدینه محاسبه کند. کارشناس نیز روش مزبور را در تعیین ارزش پروژه به کار گرفت. اما شایط ویژه شاهگلی مطلبی است که بدون توجه به آن نمی‌توان بکارگیری روش تنزیل جریان نقدینه را در پرونده مزبور ریشه یابی کرد.^{۱۰۱} «شاهگلی» صرفاً به منظور ایجاد تعداد معیتی آپارتمان در غرب تهران تشکیل شده بود و با تکمیل آپارتمانهای مزبور (که در مقطع مصادره نیمه تمام بودند) موضوع شرکت نیز خاتمه می‌یافتد. چنین شرکتی را نمی‌توان فرضآ با یک قرارداد نفتی سی ساله مقایسه کرد.^{۱۰۲}

گفتنی است که شاهگلی قبلاً هیچ سودی در دفاتر خود منعکس یا به سهامداران پرداخت نکرده بود. از سوی دیگر، تعیین بهای آپارتمانهای نیمه تمام شرکت در لحظه مصادره برای دیوان مقدور نبود. بنابراین، سنجش سود یا زیان پروژه تا مرحله مصادره بدون درنظر گرفتن کل پروژه تا پایان کار غیرممکن می‌نمود. احتمالاً به همین دلیل بود که دیوان به کارشناس اجازه داد تا هزینه پروژه و عواید آن را تا پایان کار محاسبه کند و با اعمال روش تنزیل جریان نقدینه، سهمی از گردش نقدینگی مزبور را به عنوان سود

۱۰۰. نگاه کنید به حکم «خمکو»، بند ۲۳۲.

۱۰۱. نگاه کنید به حکم نهائی «استارت»، بند ۳۷.

۱۰۲. یکی از صاحبینظران معتقد است که برآورد درآمدهای آتی زمین و ساختمان در مقایسه با موارد دیگر، «استثنائی» با اطمینان خاطر بیشتری صورت می‌گیرد. نگاه کنید به:

C.G.GLOVER: Valuation of Unquoted Securities, Gee & Co., p. 244.

مورد انتظار سرمایه‌گذار بعدی که جهت تکمیل پروژه جانشین «استارت» می‌گردید، کنار بگذارد تا از این طریق میزان سودی را که بابت انجام بخش اولیه پروژه به «استارت» تعلق می‌گرفت، محاسبه و به دیوان اعلام نماید. بنابراین، نمی‌توان سود پرداختی به «استارت» را تحت سرفصل «عدم التفعع» طبقه‌بندی کرد.^{۱۰۳}

در واقع، باید مبلغ سود ناچیزی را که به موجب حکم دیوان به «استارت» پرداخت شد عمدتاً به گذشته پرروزه مربوط دانست. به بیان دیگر، حتی اگر سود پرروزه به نسبت انجام کار نیز سرشکن می‌شد باز هم مبلغی بابت پیشرفت پرروزه تا زمان مصادره به «استارت» تعلق می‌گرفت، مضافاً اینکه دیوان در بندهای ۳۴۲ تا ۳۴۷ حکم نهائی «استارت» ارزش محاسبه شده توسط کارشناس را باز هم معادل ۳۵۰ میلیون ریال تقلیل داد تا جائی که غرامت نهائی تفاوت چندانی با سرمایه‌گذاری قبلی نداشت.^{۱۰۴} بدین ترتیب، در واقع می‌توان گفت که دیوان نهائیاً روش تنزیل گردش نقدینه به کار گرفته شده توسط کارشناس را از اساس دگرگون کرد و رأساً میزان غرامت را تعیین نمود. به همین دلیل است که برخی از طرفداران روش تنزیل گردش نقدینه در ارتباط با حکم نهائی «استارت» با این بیان اظهار ناخرسنی می‌کنند که:

«... متأسفانه، دیوان اختلاف نظرهای خود را با نتیجه کارشناسی با انجام تعديلی علی الرأس نسبت به ارزش شاهگلی ابراز نمود، در حالی که بهتر می‌بود نتیجه گیریهای خود را نسبت به اقلام مورد اختلاف با عدد و رقم بیان می‌داشت و محاسبه تجدیدنظر شده‌ای به روش تنزیل

۱۰۳. نکته قابل ذکر اینکه حق الزحمة مدیریت پروژه که طی قرارداد جداگانه‌ای به «استارت» هملت می‌گرفت تنها تاریخ مصادره محاسبه و به «استارت» پرداخت گردید. اگر قصد دیوان آن بود که همه سودهای آتی را به «استارت» پردازد، در آن صورت، باید حق الزحمة مدیریت نیز تا پایان پروژه محاسبه و پرداخت می‌شد.

۱۰۴. «استارت» حدود ۳۳/۶ میلیون دلار به صورت وام در پرروزه سرمایه‌گذاری نموده بود که علاوه بر آن تنها حدود ۲۴۷ هزار دلار بابت سود دریافت کرد.

جريان نقدینه انجام می داد.»^{۱۰۵}

بنابراین، نمی توان گفت که دیوان درپرونده «استارت» روش تنزیل جریان نقدینه را آن طور که درفرضیه ها آمده است به کار گرفت.

روش ارزش خالص دفتری

۵۰. روش مزبور اساساً برپایه های دوگانه زیر استوار است:
اولاً، ارزش شرکت صرفاً از جمع ارزش دارائیهای فیزیکی و یا دارائیهای قابل تشخیص آن تشکیل می شود (یعنی در این روش معمولاً بحث از اموال غیرقابل تشخیص در میان نیست)، و
ثانیاً، ارزش دارائیهای قابل تشخیص نیز برمبنای همان هزینه ای که شرکت خود قبلاً برای خرید یا ایجاد آنها متحمل گردیده، تعیین می شود.

۵۱. دلیل عده ای که در حمایت از این روش مطرح می شود این است که محاسبات مربوطه را می توان به سهولت انجام داد و ارقام آن نیز از عینیت بیشتری برخوردارند، یا به بیان دقیق تر، میزان ذهنیت^{۱۰۶} در روش مزبور از سایر روشها بسیار کمتر است، زیرا کافی است به دفاتر شرکت نگاه کرد و همان مبلغی را که شرکت خود با بابت خرید این یا آن دارائی پرداخت نموده است، به عنوان ارزش فعلی آن تلقی کرد. همین سهولت و عینیت محاسبات سبب گردیده که غالباً برای حل و فصل اختلافات در خارج از دیوانهای داوری و مراجع قضائی (به ویژه در صنعت نفت) از ارقام دفتری استفاده شود.

۵۲. مخالفان روش ارزش خالص دفتری این طور استدلال می کنند که: اولاً، رویه دولتها در حل و فصل اختلافات را نمی توان منشا

۱۰۵. نگاه کنید به مقاله «ویلیام لیبلیچ» به شرح پانوشت ۲۹، بخش چهارم، قسمت «ب».
106. subjectivity

قواعد حقوق بین الملل دانست^{۱۰۷}؛ ثانیاً، روش مزبور به فعالیت و پویائی شرکت بی توجه است و این مطلب را نادیده می‌گیرد که مجموعه ارزش شرکت از جمع ساده ارزش تک تک دارایهایش فراتر می‌رود؛ ثالثاً، در روش مزبور این طورفرض می‌شود که شرکت بلاfacile پس از مصادره، به حال تعطیل درخواهد آمد و دارایهای آن متفرق می‌شود؛ و رابعاً، روش مزبور صرفاً ارقامی را به دست می‌دهد که برای محاسبات مالیاتی و تشریفاتی و کنترل امور داخلی شرکتها به کار می‌روند و با ارزش «واقعی» آن دارایهای چندان شباهتی ندارند. این تقاضا ارزش می‌تواند به دو دلیل مختلف ایجاد گردد؛ اول، اینکه دارایهای ثابت شرکت معمولاً بریک مبنای اختیاری یا قانونی (فرضاً ظرف سه سال) در دفاتر آن مستهلك می‌شوند، در حالی که در عمل همچنان به کار ادامه می‌دهند و حتی ممکن است پس از استهلاک کامل نیز در بازار قابل فروش باشند؛ دوم، اینکه دارایهای ثابتی که سالها پیش خریداری شده ممکن است به دلیل تورم، افزایش قیمت یافته باشد بی‌آنکه افزایش مزبور در دفاتر شرکت منعکس شده باشد. به این دلیل، بند (۲) ۱۷۸ حکم «امینویل»^{۱۰۸} روش ارزش خالص دفتری را برای تعیین ارزش دارایهای ثابت کافی ندانست و در پرونده «لیامکو»^{۱۰۹} نیز ارزش خالص دفتری دارایهای ثابت، پس از افزودن شاخص قیمتها، مبنای حکم قرار گرفت.

۵۳. معهذا، طرح ایرادهای فوق بدین معنا نیست که باید ارزش خالص دفتری را نادیده گرفت.^{۱۱۰} توجه به ارزش خالص دفتری در هر صورت (به ویژه از دیدگاه حقوقی) به دلایل مختلف از جمله در موارد ذیل ضرورت دارد:

الف. برخی از اقلام دارائی و بدھی (مانند وجود نقد و مطالبات

۱۰۷. نگاه کنید به بند ۱۵۵ حکم «امینویل» (پانوشت ۱۴) و نیز بند ۲۵۲ حکم «خمکو».

۱۰۸. نگاه کنید به پانوشت ۱۴.

۱۰۹. نگاه کنید به پانوشت ۹۶.

۱۱۰. نگاه کنید به حکم «خمکو»، بند ۲۵۶.

شرکت و نیز بدھیهای آن بابت وام و مالیاتهای گذشته وغیره) صرفاً با مراجعه به دفاتر شرکت قابل محاسبه اند.

ب. در مواردی که سرمایه گذاری «اخیراً» صورت گرفته است، معمولاً نباید تفاوت زیادی میان قیمت اولیه^{۱۱۱} که در دفاتر شرکت معنکس شده و قیمت فعلی بروز کرده باشد. به همین دلیل، بند ۱۶۵ حکم «امینویل»^{۱۱۲} استفاده از ارزش خالص دفتری را در این گونه شرایط مجاز می داند. دیوان نیز در پرونده ۱۶۱ ((آی.ان.آ.)) با استناد به همین مسئله مبلغی را که خواهان خود یک سال قبل از مصادره بابت خرید ۲۰ درصد سهام بیمه شرق پرداخت کرده بود، به عنوان غرامت مصادره سهام مزبور در نظر گرفت.

ج. در مواردی که نسبت به آینده تجاری شرکت ابهاماتی وجود دارد، ممکن است «ارزش کامل» شرکت مصادره شده را منحصر به همان ارزش خالص دفتری یا مبلغی دانست که قبلاً در شرکت سرمایه گذاری شده است. برای مثال، دیوان در پرونده ۹۹ ((فلپس داچ)) با وجود آنکه ضابطه حقوقی «معادل کامل» را به عنوان ضابطه پرداخت غرامت اتخاذ نمود ولی، در عین حال، در پی این مسئله بود که روش محاسبه «ارزش کامل» مزبور باید چگونه باشد.^{۱۱۳} به همین لحاظ، در مرحله بعد، دیوان نسبت به این مسئله تصمیم گرفت که آیا شرکتی که سهام آن مصادره شده بود ((سیکاب)) مؤسسه ای دایر تلقی می شده است یا خیر؟ دیوان به این مسئله پاسخ منفی داد، زیرا شرکت تنها در سال ۱۹۷۴ تأسیس شده و در مقطع مصادره نیز به بهره برداری واقعی نرسیده و امکانات تجاری آن نیز حداقل در دوره کوتاه مدت بعد از انقلاب با ابهاماتی رو برو بود، ولذا دیوان در بند ۳۰ رأی صادره این طور نظر داد:

۱۱۱. original cost

۱۱۲. نگاه کنید به پانوشت ۱۴

۱۱۳. نگاه کنید به حکم شماره ۲۱۷-۹۹-۲ دیوان، بند ۲۹

«دیوان نمی‌تواند بپنیرید که قبل از نوامبر ۱۹۸۰، «سیکاب» یک مؤسسه دایر بوده، بطوریکه بتوان بعضی اجزاء و عناصر ارزش از قبیل منافع آتی^{۱۱۴} و حسن شهرت تجاری را با اطمینان تقویم کرد.»^{۱۱۵}

دیوان سپس ارزش سهام خواهان در «سیکاب» را تنها معادل همان مبلغی تشخیص داد که قبلًا در این شرکت سرمایه‌گذاری کرده بود. د. در مواردی که شرکت در حال انحلال است، قطعاً ارزش آن را باید تنها بر این مبنای محاسبه نمود که کدام دارائیها قابل فروش اند و چه مبلغی از محل فروش این دارائیها حاصل خواهد شد. برای انجام محاسبات مزبور، غالباً ارقام دفتری می‌تواند راهنمای عمل قرار گیرد؛ به همین دلیل در رأی مربوط به پرونده «آ.آی.جی.» دیوان این طور نظر می‌دهد که روش ارزش دفتری عمدتاً در حالت انحلال به کار می‌رود.^{۱۱۶} در عین حال، نباید فراموش شود که در حالت انحلال ممکن است برخی دارائیها اصولاً قابل فروش نباشند یا اینکه به قیمتی کمتر از ارزش دفتری به فروش برسند. برای مثال، ممکن است قبلًا مبلغی صرف حفر چاه آب در محل کارگاه شده باشد که در حالت انحلال شرکت قابل استفاده اشخاص یا شرکتهای

۱۱۴. future profits

۱۱۵. ممکن است برخی از طرفداران احتساب سودهای آتی با استناد به لفظ «future profits» که در عبارت فوق آمده است این طور استدلال کنند که بنابراین عدم التقوع آتی باید در غرامت منظور شود. ولی باید توجه داشت که: اولاً، در پرونده مزبور عدم التقوع پرداخت نشده و در اینجا دیوان صرفاً به این نکته اشاره دارد که اگر «سیکاب» مؤسسه‌ای دایر بود، در آن صورت، برای آن دسته از عناصر ارزش مانند سودهای آتی و سرفلی آن هم ارزشی قائل می‌گردید. این بدان معناست که مبلغ مربوط به دیگر عناصر ارزش مؤسسه (مانند دارائیهای مشهود آن) محاسبه و سپس مبلغی نیز بابت سرفلی و امکانات سودآوری بدان اضافه می‌شود، که این روش اساساً با روش تنزیل جریان نقدینه متفاوت است؛ ثانياً، منظور از الفاظ منافع آتی و سرفلی در حکم «فلپس داج» همانی است که حکم «خمکو» از آن به عنوان عنصر «سودآوری» یا «امکانات تجاری آتی» و «حسن شهرت تجاری» (به شرح بند ۳۳) نام می‌برد، زیرا سرفلی خود از همان سودهای آتی ناشی می‌شود و اگر سودهای آتی به طور کامل پرداخت شود دیگر جایی برای پرداخت سرفلی باقی نخواهد ماند.

۱۱۶. نگاه کنید به حکم شماره ۹۳-۲-۳ دیوان، قسمت چهارم، بند ۲ (ب ۳).

دیگر نیست، یا ممکن است شرکت از دستگاه و تجهیزات فنی پیچیده‌ای در کارگاه خود استفاده می‌کند که، به دلیل تغییر تکنولوژی، با دستگاه‌های مدرنی که بعداً به بازار عرضه شده‌اند قابلیت رقابت نداشته باشد و ناگزیر باید به ثمن بخس به فروش برسند.^{۱۱۷}

روش ارزش جایگزینی

۴۵. برخی اوقات سهامداران قبلی مدعی اند که باید حداقل ارزش جایگزینی اموال شرکت پس از کسر تعهداتش به آنها پرداخت شود. آنها در عین حال معتقدند که پرداخت ارزش جایگزینی به عنوان غرامت کافی نیست، زیراوش مزبور قدرت سودآوری شرکت را در آینده نادیده می‌گیرد. اما مخالفان ارزش جایگزینی غالباً این طور ایراد می‌کنند که با توجه به اینکه قصد جایگزینی دارائیها توسط صاحب قبلی در میان نیست، بنابراین، بکارگیری روش مزبور به عنوان مبنای غرامت نامناسب است. از سوی دیگر، ایران (به عنوان خواهان) در ادعای شماره ۴ پرونده ب (۱) از دیوان خواسته است تا غرامت اموال ایران را بر مبنای ارزش جایگزینی محاسبه کند و امریکا متقابلاً معتقد است که باید ارزش جاری اموال مزبور مبنای صدور حکم واقع شود.^{۱۱۸}

۵۵. حکم «خمکو» نظر مشخصی نسبت به روش ارزش جایگزینی ابراز نداشته است، ولی بند ۲۵۷ آن حکم، در پاسخ ایراد مخالفان روش مزبور به شرح بند ۵۴ فوق، این طور نظر می‌دهد که نمی‌توان ارزش جایگزینی مال مصادره شده را صرفاً به این دلیل نادیده گرفت که مالک قبلی نیت سرمایه‌گذاری مجدد مبلغ غرامت را در همان زمینه قبلی

۱۱۷: این امکان هم وجود دارد که برخی از دارائیها، به دلیل توزم، به مبلغ بیش از ارزش دفتر آنها به فروش برسند. از سوی دیگر، فروش دارائیها و انحلال شرکت معمولاً تشریفات و مشکلات و در نتیجه هزینه‌های زیادی را به همراه دارد.

۱۱۸: نگاه کنید به بندهای ۱۸ و ۳۰ حکم جزئی دیوان به شماره ۳۸۲ در پرونده ب - ۱.

ندارد.^{۱۱۹} بند ۲۳۱ حکم «خمکو» نیز روش تنزیل جریان نقدینه را بدین لحاظ مورد انتقاد قرار می دهد که به ارزش جایگزینی بی توجه است. و بند ۲۶۷ حکم مزبور از طرفین خواسته است که ارزش جایگزینی دارائیهای «خمکو» را در کنار ارزش خالص دفتری و دیگر اطلاعات مالی شرکت در اختیار دیوان قرار دهنده. یادآوری این مطلب ضروری است که باید میان «ارزش جایگزینی» اقلام نوبا اقلام دست دوم تفاوت قائل شویم. بند (۳) ۱۷۸ حکم «امینویل»^{۱۲۰} در این رابطه صراحت دارد که ارزشیابی دارائیهای ثابت یک واحد تجاری معمولاً بر مبنای ارزش جایگزینی «مستهلك شده»^{۱۲۱} صورت می پذیرد.

برای محاسبه مبلغ مزبور (عنی ارزش جایگزینی «مستهلك شده») معمولاً قیمت جاری اقلام نو مشابه را به دست می آورند و سپس آن را به نسبت کارکرد اقلام دست دوم (مورد ارزیابی) تقلیل می دهنده. ولی اگر دسترسی به قیمت اقلام نو مشابه مقدور نباشد، راه دیگر این است که ارزش خالص دفتری (پس از کسر استهلاک) دارائی را مبنا قرار دهنده و سپس آن را به همان نسبتی که شاخص قیمت‌های مربوطه در فاصله تاریخ خرید اولیه تا تاریخ مصادره تغییر کرده است، تعدیل کنند.^{۱۲۲} روش مزبور هنوز به طور مشخص در آراء دیوان به کار گرفته نشده است، اما در بند ۳۲ حکم شماره ۲۴۵-۳۳۵ دیوان در پرونده «تامس ارل پین» بدان اشاره شده و در بندهای ۴۳ تا ۴۶ حکم شماره ۳۰۹-۱۲۹ دیوان در پرونده «سدکو»

۱۱۹. هرچند نیت جایگزینی ربطی به تعیین ارزش ندارد ولی، در عین حال، در مواردی که استفاده آنی از دارائیها (به دلیل انحلال شرکت) مورد تردید است، در آن صورت، استفاده از روش ارزش جایگزینی غیر منطقی به نظر می رسد. در این حالت، بهتر است ارزش قابل بازیافت دارائی مبنای محاسبه قرار گیرد.

۱۲۰. نگاه کنید به پانوشت ۱۴.

121. depreciated replacement value

۱۲۲. در حکم «لیامکو» نیز روش مشابهی برای محاسبه ارزش دارائیهای ثابت به کار گرفته شده است (نگاه کنید به صفحه ۱۵۴ حکم «لیامکو» به شرح پانوشت ۱۶).

و نیز در بند ۵۹ حکم شماره ۱۲۸-۱۲۹ دیوان در پرونده دوم «سد کو» مورد بحث قرار گرفته است.

روش محاسبه ارزش سهام شرکت به صورت ضریبی از سود آن

۵۶. در روش مذبور، که به زبان انگلیسی «Multiple of Earnings Method» نامیده می‌شود، میانگین سود واقعی آخرین سال (یا چند ساله آخر) فعالیت شرکت را (پس از حذف سود و زیانهای استثنائی یا فوق العاده) انتخاب و آن را در ضریبی که اصطلاحاً نسبت قیمت سهام به سود آن^{۱۲۳} می‌نامند، ضرب می‌کنند تا به این طریق ارزش سهام شرکت را به دست آورند. ضریب مذبور را غالباً از مقایسه ارزش سهام شرکتها مشابه که در بورس خرید و فروش می‌شوند با سود ابرازی آن شرکتها (پس از انجام تعدیلاتی چند) به دست می‌آورند. ایراد وارد به این روش این است که، مانند روش تنزیل جریان نقدینه، سود شرکت را به جای اموال واقعی اش مبنای محاسبه ارزش آن قرار می‌دهد.^{۱۲۴} بعلاوه، کاربرد عملی روش مذبور نیز مانند روش تنزیل جریان نقدینه تا حدی با خدوس و گمان همراه است. برای مثال، محاسبه ضریب فوق الذکر با پیچیدگیهای فراوان توان بوده و نهایتاً نیز غیرقابل اثبات است. بنابراین، برخی بر این نظرند که روش مذبور را نباید در مورد شرکتی که سهام آن در بورس خرید و فروش نمی‌شود و یا در شرایط جغرافیائی، سیاسی و اقتصادی متفاوتی نسبت به شرکتها مشابه فعالیت می‌کند، به کار گرفت. شاید به همین دلیل نیز روش مذبور تاکنون در آراء دیوان اعمال نشده است.^{۱۲۵}

123. Price/Earnings Ratio

۱۲۴. البته، روش مورد بحث معمولاً سود واقعی گذشته را به جای برآورد سود آتی مبنای محاسبه قرار می‌دهد، و بنابراین، بخشی از ایرادهای وارد به روش تنزیل جریان نقدینه (به شرح بندهای ۴۳ تا ۴۵ این مقاله) را برطرف می‌کند.

۱۲۵. نگاه کنید به بندهای ۳۱ تا ۳۷ حکم شماره ۲۴۵-۲۳۵-۲ دیوان در پرونده «تامس ارل پین» و نیز بندهای ۷۱ تا ۷۵ حکم شماره ۴۸۱-۳-۳۷۳ دیوان در پرونده «موتور ولا».

● خلاصه و نتیجه گیری

۵۷. در بخش اول، ضابطه حقوقی پرداخت غرامت را در مصادره

قانونی و غیرقانونی مقایسه کردیم و نتیجه گرفتیم که در مصادره قانونی به هیچ وجه «عدم التفع» به مالک مال مصادره شده تعلق نمی‌گیرد، و در مصادره غیرقانونی نیز «عدم التفع» سوای ارزش مال مصادره شده محاسبه و به مالک آن پرداخت می‌شود. بر این اساس، نتیجه گرفتیم که ارزش مال مصادره شده در هر دو حالت بدون احتساب سودهای آتی تعیین می‌شود.

۵۸. در بخش دوم به توضیح ضابطه غرامت در «عهدنامه مودت»

پرداختیم و نشان دادیم که ضابطه «ارزش کامل» به معنای آن نیست که ارزش مال مصادره شده سودهای آتی را شامل می‌شود.

۵۹. در بخش سوم به تشریح «مفاهیم» ارزش و «مبانی»

ارزیابی پرداختیم و تفاوت آنها را با ضوابط حقوقی غرامت و نیز با «روشهای» مشخص ارزشیابی مورد بحث قرار دادیم. در این بخش به ویژه استدلال نمودیم که «ارزش مؤسسه دایر» به معنای احتساب عدم التفع نیست.

۶۰. در بخش چهارم روشهای مشخص ارزشیابی از جمله روش

تنزیل جریان نقدینه، ارزش خالص دفتری، ارزش جایگزینی و نیز روش محاسبه ارزش سهام شرکت به صورت ضربی از سود آن را توضیح دادیم و معایب و محسن هر کدام را از دیدگاههای مختلف بر شمردیم. در این بخش همچنین تشریح کردیم که روش تنزیل جریان نقدینه اصولاً به دلیل آنکه بیشتر به عدم التفع توجه دارد، نباید مورد استفاده واقع شود.

۶۱. اینکه در آینده کدام روش مشخص ارزشیابی در این یا آن

پرونده خاص به کار گرفته خواهد شد، قابل پیش بینی نیست، اما بند ۲۲۰ حکم «خمکو» این گونه نظر می‌دهد:

«...برای احتراز از نتایج خودسرانه و به منظور تعیین غرامت منصفانه منطبق با ضوابط حقوقی قابلِ اعمال، انتخاب روشی از بین کلیه روش‌های موجود باید با توجه به هدفی موردنظر صورت گیرد. در صورت امکان، استفاده از چند روش نیز بهتر است.»

و بند ۱۵۳ حکم «امینویل» نیز معتقد است که:
«...ترجیحاً باید تلفیقی از روش‌های مختلف را به کار گرفت....»



دکتر ناصر علی منصوریان



انصراف از استرداد دعوی
در دعاوی بین المللی





• مقدمه

از جمله مسائل قابل بحث در دادرسیها، اعم از داخلی و بین‌المللی، آثار حقوقی استرداد دعوی است. استرداد دعوی به معنای «چشم‌پوشی مدعی از دعوای خود به رضای یکجانبه خویش»^۱، علی‌الاصول سبب سقوط دعوی می‌گردد. در حقوق ایران، «مادام که دادرسی به مرحله صدور حکم نرسیده مدعی می‌تواند دعوای خود را استرداد کند. در این صورت، به درخواست مدعی‌علیه به تأییه خسارت مدعی‌علیه محکوم می‌شود. استرداد دعوی در دادرسی‌های عادی پس از مبادله لوابع و در اختصاری پس از ختم مذاکرات طرفین در موردی ممکن است که یا مدعی‌علیه راضی باشد و یا مدعی از دعوای خود بکلی صرف نظر کند. در صورت اخیر، دادگاه قرار سقوط دعوی را خواهد داد.»^۲ در حقوق داخلی سایر کشورها تعاریف کم و بیش مشابهی از این

۱. رک. دکتر محمد جعفر جعفری لنگرودی: *ترمینولوژی حقوق*، چاپ دوم، ص ۳۵.

۲. ماده ۲۹۸ آئین دادرسی مدنی.

اصطلاح به عمل آمده است. ژرار کرنو^۳، حقوقدان فرانسوی، استرداد را عبارت از «ترک داوطلبانه یک حق، یک امتیاز یا یک ادعای دانسته و اقسام مختلف آن را از استرداد اقدام قضائی، استرداد داوطلبی در انتخابات، استرداد شکایت جزائی و استرداد دعوى^۴ برشمرده است.^۵ بدیهی است آنچه در اینجا مورد مطالعه قرار می‌گیرد صرفاً طرح موضوع از دیدگاه دادرسی مدنی و مشخصاً در ارتباط با نوع اخیر آن یعنی مسئله استرداد دعوى به معنای خاص است.^۶

حقوقدانان بین المللی این تعاریف را با تقاضاهای اندکی به دادرسیهای بین المللی تسری می‌دهند. شارل روسو^۷، استاد فرانسوی حقوق بین الملل، می‌گوید:

«در زبان آئین دادرسی، استرداد دعوى به معنای صرف نظر کردن خواهان از تعقیب قضائی است. او دعوایش را پس می‌گیرد و نتیجتاً

3. Gerard Cornu

4. Le Désistement d'Instance

5. G.CORNU: Vocabulaire Juridique, Association Henri Capitant, Presse Universitaire de France, Paris, 1987, pp. 260-261.

۶. فرهنگ اصطلاحات حقوقی دالوز، اصطلاح مزبور را در آئین دادرسی مدنی فرانسه این گونه تعریف کرده است:

«صرف نظر کردن خواهان چه در مرحله رسیدگی بدوي (در این صورت امکان اقامه دعوای مجدد وجود دارد)، چه در مرحله پژوهشی و هنگام طرح مجدد توسط شخص ثالث (در این صورت حکم اعتبار قضیه محکوم بهایا پیدا می‌کند)، چه در مرحله ارائه مدارک (در این صورت جز هنگامی که سندی از دادگاه پس گرفته شده باشد رسیدگی ادامه می‌یابد)، و چه در مورد اختیار اقامه دعوى (در این صورت حق ذاتی فرد از بین می‌رود).»

رجوع شود به:

R.GUILLIEN et J.VINCENT: Lexique de Terms Juridiques, Dalloz, 5e éd., 1981, p. 153.

برای آگاهی بیشتر از چیزگونگی مسئله در حقوق فرانسه رجوع شود به:

CLAUDE GIVERDON: Le désistement, in Répertoire de Procédure Civile, Encyclopédie Dalloz, T. II.

7. Charles Rousseau

جريان رسیدگی ترافعی که نزد کمیسیون دعاوی یا در مرجع داوری آغاز شده است، خاتمه می یابد.»⁸

با این حال، در رویه قضائی مربوط به حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات بین المللی، این موضوع دارای ابعاد وسیع تری بوده و از تنوع بیشتری برخوردار است.⁹ به موجب قاعده‌ای که در رویه قضائی بین المللی پذیرفته شده استرداد دعوا از سوی خواهان در جریان رسیدگی، در صورتی مسقط دعوا است که مورد قبول خوانده واقع گردد.¹⁰ به عبارت دیگر، ختم رسیدگی در این حال مبتنی بر توافق طرفین است، زیرا خوانده دعوا غالباً متهم هزینه‌هایی برای فراهم آوردن اسناد و مدارک دفاعیه می‌گردد و با سقوط دعوا به این شیوه، مخارج وی که در صورت رد ادعای خواهان قابل مطالبه است استیفاء نمی‌شود. گاهی اوقات نیز خوانده دعوا متقابلی علیه خواهان مطرح کرده که مایل است آثار آن را بر دعوا اصلی دقیقاً بشناسد، به ویژه آنکه مخالفت احتمالی خوانده با استرداد دعوا حداقل متضمن این نفع برای او خواهد بود که مجدداً در معرض تجدید دعوا از سوی خواهان قرار نگیرد.¹¹

مسئله‌ای که در اینجا مطرح می‌شود این است که اگر خواهان پس

8. CH.ROUSSEAU: *Droit international public*, T.V. les Rapports conflictuels, 1983, éd. Sirey, p. 183.

9. برای مطالعه جنبه‌های گوناگون آن رک. محمود صمصامی مهاجر: «استرداد دعوا»، مجله حقوقی، شماره اول، زمستان ۱۳۶۳، صص ۷۳-۱۱۵.

10. رک. همان مقاله، صص ۹۸-۱۱۵. این مطلب شایسته تأکید است که رویه قضائی بین المللی راجع به استرداد دعوا بسیار غنی است و در بسیاری از کمیسیون‌ها و دیوانهای داوری نمونه‌هایی می‌توان یافت، از جمله رجوع شود به:

Commission de Conciliation franco-italienne établie par traité de paix de 1957, in Recueil des Sentences arbitrales, ONU, Vol. XIII, pp.132-135.

11. برای مطالعه‌ای کلی در این خصوص رک. دکتر سید حسین صفائی: «استرداد یا عدم توجه دعوا و تأثیر آن بر دعوا متقابل»، بخش تحقیقات دفتر خدمات حقوقی بین المللی - لاهه، اسفند ۱۳۶۳، ۱۶ صفحه.

از تقاضای استرداد دعوی، و در جریان رسیدگی تا صدور حکم، از عمل خود انصراف حاصل کند و این امر را به مرجع رسیدگی اعلام دارد چه آثار حقوقی بر اعلام وی بارخواهد بود؟ دیگر اینکه اگر پس از اعلام ختم رسیدگی براساس استرداد دعوی، خواهان دوباره اقامه دعوی کند آیا دعواهای مجدد مسموع است؟ اینجاست که مواجه با موضوع «انصراف» خواهیم بود که اگرچه در ارتباط مستقیم با مسئله استرداد دعوی در مراجع قضائی است، لیکن از مقوله آن هم فراتر می‌رود و به نهاد دیگری در دادرسیهای بین المللی تسری پیدامی‌کند. این نهاد به استاپل^{۱۲} معروف است، یعنی «منع قبول رفتاری از شخص که خلاف آن را خود وی قبل‌پذیرفته است».^{۱۳}

امروزه، استاپل که اصالتاً مأخوذه از حقوق انگلوساکسون است «به صورت قاعده‌ای شکل گرفته و نظم یافته»^{۱۴} در مراجع بین المللی و بالاخص در مقام دفاع مورد استفاده واقع می‌شود. سالها پیش ژرژ سل، از معروفترین اساتید فرانسوی حقوق بین الملل، آن را «نوعی قرارداد ضمنی و اماره‌ای جهت اثبات دعوی» شمرده بود.^{۱۵}

در اینجا ما خواهیم کوشید اولاً موضوع انصراف از استرداد دعوی را در رویه قضائی بین المللی بررسی کنیم، و ثانیاً ارتباط مسئله را با اصل استاپل و چگونگی کاربرد آن در مراجع بین المللی روشن سازیم.

12. Estoppel

13. DR.I.PAENSON: *Manuel of the Terminology of Public International Law (Peace) and International Organizations*, Ed. Bruylants, Brussels, 1983, p. 356.

14. M. VIRALLY: (*Préface*) dans l'ouvrage de: A.Martin, *L'estoppel en droit international public*, éd. A. Pedone, Paris, 1979.

15. G.SCELLE: "Arbitral Procedure" *Rapport. Annuaire de la Commission du droit international*, 1950, vol.II,p.133.



بحث

انصراف از استرداد دعوى در رویه قضائى بين الملل

برای روشن شدن موضوع استرداد و انصراف از آن، کاربرد آن را در آراء دیوان بین المللی دادگستری و همچنین در تصمیمات دادگاههای داوری مختلف و نیز دیوان داوری دعوای ایران - ایالات متحده مطالعه خواهیم کرد.

الف. رویه دیوان بین المللی دادگستری

بند ۱ ماده ۸۹ آئین دادرسی دیوان بین المللی دادگستری^{۱۶} اعلام می‌دارد:

«اگر در جریان رسیدگی به دعوى، خواهان کتاباً به دیوان اعلام کند که از تعقیب دادرسی صرف نظر خواهد کرد، و هرگاه در تاریخ دریافت اعلام استرداد دعوى به وسیله دفتر دیوان خوانده هنوز هیچ اقدامی مربوط به آئین دادرسی انجام نداده باشد، دیوان قراری مبنی بر

۱۶. دیوان بین المللی دادگستری پس از جنگ جهانی دوم، در سال ۱۹۴۶ جایگزین دیوان دائمی دادگستری بین المللی شد و اصلاحاتی در آئین دادرسی آن به عمل آورد. برای مشناخت دیوان بین المللی دادگستری و صلاحیت آن رجوع شود به: — دکتر جعفر نیاکی: حقوق سازمانهای بین المللی، جلد اول، چاپ دوم، انتشارات دانشگاه ملی ایران، تهران، ۱۳۵۷، صفحات ۲۳۰-۲۳۵.

— دکتر محمد خاور: صلاحیت دیوان بین المللی دادگستری، چاپخانه بانک بازرگانی ایران، تهران، ۱۳۴۳، ۴۳۱ صفحه.

— دکتر ناصر علی منصوریان: صلاحیت ترافی دیوان بین المللی دادگستری و موقعیت حقوقی ایران، بخش تحقیقات دفتر خدمات حقوقی بین المللی، لاهه، بهمن ۱۳۶۶، ۱۰۱ صفحه.

قبول استرداد و حذف دعوى از دستور کار خود صادر خواهد کرد.

رونوشت این قرار به وسیله دفتر جهت خوانده ارسال خواهد شد.»^{۱۷}

بند ۲ همان ماده اضافه می‌کند:

«اگر تا تاریخ دریافت اعلام استرداد دعوى، خوانده اقدامی مربوط به آئین دادرسی انجام داده باشد، دیوان مهلتی معین می‌کند که طی آن خوانده بتواند مخالفتش را نسبت به استرداد دعوى ابراز دارد. چنانچه در مهلت مقرر خوانده اعتراضی نکند، استرداد دعوى قبول شده تلقی خواهد گردید و دیوان با صدور قرار، دعوى را از دستور کار خود حذف خواهد کرد. در صورت اعتراض خوانده، رسیدگی به دعوى ادامه خواهد یافت.»

در روایة دیوان دائمی دادگستری بین المللی و نیز دیوان بین المللی دادگستری، دعواهائی وجود دارند که اعمال مکرر بندهای ۱ و ۲ ماده ۸۹ را نشان می‌دهند.^{۱۸} به عنوان نمونه، دیوان دائمی دادگستری بین المللی، در دعوای اصلاحات ارضی لهستان و اقلیت آلمانی که بین دولتین آلمان و لهستان مطرح شد، اعلام داشت:

«دیوان با توجه به اظهاریه وزیر مختار آلمان در لاهه مورخ ۲۷ اکتبر

۱۹۳۳ که به موجب آن دعوای خود را که مبتنی بر دادخواست اول

۱۷. برای مطالعه متن کامل آئین دادرسی دیوان بین المللی دادگستری رجوع شود به:

ICJ. Acts and Documents Concerning the Organization of the Court. No. 4-Charter of the U.N., Statute and Rules of Court and others documents. The Hague, 1978, pp. 91-161.

۱۸. برای آگاهی از این قضایا و مطالعه تفسیری دقیق از آئین دادرسی دیوان رجوع شود به:

G.Guyomar: Commentaire de Règlement de la CIJ, éd. A.Pedone, Paris, 1983.

نکته جالیی که مؤلف کتاب توضیح داده این است که تا سال ۱۹۳۶ که آئین دادرسی دیوان برای اولین بار اصلاح شد، استرداد دعوى به تقاضای یکجانبه خواهان در مقررات آن پیش بینی نشده بود و ختم دعوى منحصر به مواردی می‌شد که طرفین در مورد راه حلی به توافق می‌رسیدند و براساس تراضی از ادامة رسیدگی صرف نظر می‌کردند. در عین حال، بعضی از قضایا که به تصمیمه دیوان مختومه شده اند به سالهای پیش از ۱۹۳۶ مربوط می‌شوند (رجوع شود به صفحات ۵۶۰-۵۷۸ کتاب مزبور).

ژوئیه ۱۹۳۲ بوده مسترد می‌دارد، و با توجه به اینکه نماینده دولت لهستان طبق اعلامیه مورخ ۱۹ نوامبر ۱۹۳۳ استرداد مزبور را قبول می‌نماید، رسیدگی ناشی شده از دادخواست دولت آلمان را مختومه می‌سازد و این دعوى را از دستور دیوان حذف می‌کند.»^{۱۹}

در دعوای اولیه بارسلونا تراکشن^{۲۰} که توسط دولت بلژیک علیه اسپانیا نزد دیوان بین المللی دادگستری اقامه شد، پس از ثبت لایحه خواهان و ایرادهای مقدماتی خوانده، به دنبال ازسرگیری مذاکرات دیپلماتیک بین طرفین و امید مصالحة آنها، دولت بلژیک به استناد ماده ۶۹ آئین دادرسی دیوان به دفتر دیوان اطلاع داد که دادخواست خود را پس می‌گیرد.

دولت اسپانیا طی نامه‌ای که در تاریخ ۵ آوریل همان سال فرستاد عدم مخالفتش را با استرداد دعوى اعلام نمود و نتیجتاً دیوان به موجب دستور مورخ ۱۰ آوریل ۱۹۶۱ دعوای مزبور را از دستور دیوان خارج ساخت.^{۲۱} حال، مسئله این است که اگر در این گونه موارد خواهان دعوى از تصمیم خویش منصرف شود، دیوان لاهه به چنین انصرافی ترتیب اثر می‌دهد یا خیر؟

روشن ترین مثال رویه قضائی دیوان بین المللی دادگستری در این خصوص همان قضیه بارسلونا تراکشن است. به دنبال دستور مورخ ۱۰ آوریل ۱۹۶۱ مبنی بر حذف دعوى از دستور دیوان، نظر به اینکه تلاشهای دو دولت برای مصالحة به جائی نمی‌رسد، دولت بلژیک مجدداً در سال ۱۹۶۲ به نفع شرکت بارسلونا تراکشن علیه دولت اسپانیا دعوایش را به دیوان ارجاع می‌نماید. دولت اسپانیا ضمن ایرادهای مقدماتی که در مقام دفاع مطرح

: ۱۹. رجوع شود به:

P. C.I.J. Serie A-B, Judgments, Orders and Advisory Opinions, Vol. 2, No. 49-62, 1932-34, pp. 202-203.

20. Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.

: ۲۱. رجوع شود به:

I.C.J. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, 1961, pp. 9-11.

می‌سازد چنین استدلال می‌کند که چون در سال ۱۹۶۱ خواهان دعوایش را مسترد ساخته است، نمی‌تواند مجددآ آن را اقامه نماید. به اعتقاد دولت اسپانیا، انصراف بلژیک از استرداد دعوی مسموع نیست و دیوان لاهه صلاحیت رسیدگی به آن را ندارد.

در مقام رسیدگی به مسئله صلاحیت، دیوان بین‌المللی دادگستری در رأی موئخ ۲۴ ژوئیه ۱۹۶۴ خود، برای نخستین بار به بحث درباره مسئله انصراف از استرداد دعوی می‌پردازد و اعلام می‌دارد که اگر در گذشته همه موارد استرداد نزد وی موجب ختم دعوی گردیده به معنای این نیست که در آنها حقوق مربوطه ماهیتاً و به طور قطعی ساقط شده است بلکه روند استرداد از اعمال مربوط به آئین دادرسی بوده و قطعیت یا عدم قطعیت آن بستگی به اوضاع و احوال هر دعوی دارد.

آنگاه دیوان تفسیری از مواد ۶۸ و ۶۹ آئین دادرسی خود به دست می‌دهد^{۲۲} و علی‌رغم آنکه به موجب ماده ۶۹ موافقت طرف دعوی سبب بروز آثار استرداد می‌گردد، آن را یک عمل حقوقی اساساً یک جانبه می‌شمارد.^{۲۳} البته، این نکته قابل توجه است که در مقام ارائه تفسیری از این دو ماده، همان‌گونه که شارل دوفیشر استاد بلژیکی حقوق بین‌الملل توجه می‌دهد، حق مخالفت خوانده در مواردی که عمل حقوقی خواهان به منزله ترک قطعی ادعای حق اقدام قضائی او باشد، چندان موضوعیت پیدا نمی‌کند، چرا که خوانده عملاً هیچ‌گونه نفعی در مخالفت با تقاضای خواهان نخواهد داشت.^{۲۴} دیوان، هدف دو ماده مزبور را نه فقط پیش‌بینی موردی ضروری در آئین دادرسی، بلکه راهی نیز برای تسهیل حل و فصل

۲۲. در اصلاحات سال ۱۹۷۸ که آخرین اصلاح آئین دادرسی دیوان می‌باشد، شماره‌های مزبور به ۸۸ و ۸۹ تغییر یافته است.

۲۳. رجوع شود به:

ICJ, Reports of Judgments, Advisory opinions and Orders, 1964, p. 20.

۲۴. رجوع شود به:

CHARLES DE VISSCHER: Aspects récents du droit procédural de la C.I.J. éd. A. Pedone, Paris, 1966, p. 90.

اختلافات می‌داند و با رد استدلال خوانده (اسپانیا) مبنی بر اینکه علی الاصول استداد دعوى دیگر نباید جائی برای قبول انصراف وی باقی گذارد مگر آنکه خلاف آن تصریح شود، نتیجه می‌گیرد:

«نظر به اینکه ممکن است اقدامی عاقلانه و مشروع [...] سبب استداد دعوى بشود بی آنکه بتوان حق اقدام قضائی آتی را مورد تردید قرار داد، دیوان ناگزیر است نتیجه گیری کند که اگر امارة‌ای در این دعوى قابل اعمال باشد، امارة‌ای درست برخلاف ادعای خوانده خواهد بود. زیرا استداد دعوى نباید مانعی در برابر عملی در آتیه ایجاد کند مگر آنکه به روشنی قصد خلاف آن اثبات شده باشد.»^{۲۵}

در واقع، به موجب عبارت اخیر دیوان، بار اثبات اینکه تقاضای استداد مبتنی بر قصد چشم‌پوشی قطعی خواهان از ادعای او بود، بر دوش خوانده گذارده می‌شود و به این ترتیب می‌توان گفت که رویه دیوان بین المللی دادگستری طرح مجده دعوى را علی رغم استداد قبلی آن، در شرایطی که استداد نشان‌دهنده اراده سقوط قطعی دعوى نباشد، می‌پذیرد.

ب. بررسی تصمیمات دادگاه‌های داوری مختلط

دادگاه‌های داوری مختلط پس از جنگ جهانی اول براساس عهدنامه‌های صلح و به منظور حل و فصل اختلافات مالی دو جانبه دولتها تشکیل شدند.

با مطالعه تصمیمات دادگاه‌های مزبور، دو مورد زیر قابل توجه به نظر می‌رسند:

۱. دادگاه داوری مختلط آلمان - بلژیک طی رأی مورخ ۵ مه ۱۹۲۷ درخصوص دعواه او. وی. سی. ویناند علیه آر. ا. گاسموتورن

: ۲۵. رجوع شود به:

ICJ, Reports of Judgments, Advisory, Opinions and Orders, 1964, p. 19.

فابریک ۲۶ (پرونده شماره ۱۱۶۵) اعلام داشت:

«نظر به اینکه دادخواست در هشتم ژانویه ۱۹۲۵ تقدیم شده و پس از ثبت لایحه دفاعیه دفتر غرامت آلمان، به تاریخ ۱۶ آوریل ۱۹۲۵ دفتر غرامت بلژیک دعوای خود را مسترد کرده است [...]، و اینکه دولت آلمان در تاریخ ۴ مه ۱۹۲۵ نماینده رابط بلژیک را آگاه کرده که مخالفتی با استرداد دعوای مزبور ندارد، و اینکه پس از آن دفتر غرامت بلژیک در تصمیم خود تجدیدنظر کرده و مجددآذعای بدوى را مطرح نموده است [...]، و نظر به اینکه دفتر غرامت آلمان در دفاعیه خود بیان کرده که استرداد دعوای حاصله بعداً قابل انصراف نیست، و نظر به اینکه این امر موافق منطق حقوقی است و درواقع طبق ماده ۶۹ آئین دادرسی، هنگامی که استرداد دعوای مورد مخالفت نماینده طرف واقع نشد، قطعی میگردد [...]، بنابراین دادگاه اعلام میدارد که استرداد دعوای ثبت شده در تاریخ ۱۶ آوریل ۱۹۲۵ قطعی بوده و تقدیم مجدد دادخواست دفتر غرامت بلژیک (خواهان) دیگر مسموع نیست.»^{۲۷}

۲. در دعوای حیم بروک اند براندنس علیه شرکت بیرس اند سون^{۲۸} (پرونده شماره ۳۴۲۵) شعبه یک دادگاه داوری مختلط انگلیس - آلمان در رأیی که براساس ماده ۲۹۶ عهدنامه ورسای به تاریخ ۳ نوامبر ۱۹۲۷ صادر کرد انصراف تلویحی از استرداد دعوای را در جریان رسیدگی نپذیرفت. زیرا وقتی که در جلسه استماع، نماینده دولت آلمان به عنوان یکی از خواهانها اظهار داشت که تقاضای پیشین استرداد دعوای صرفاً از سوی شرکت خواهان یعنی حیم بروک اند براندنس بوده است و نه از سوی او، و دولت آلمان همچنان بر ادعای خود باقی است، دادگاه چنین نظر داد: «دادگاه باید پنیرد که دعوای علیه شرکت بیرس اند سون نه فقط از

26. O.V.C. Winand / R.A.A. Gasmotoren Fabrik

۲۷. رجوع شود به:

Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes, Tome VII, pp. 520-521.

28. Heimbruck and Brandes/Beers and Son Ltd.

سوی طلبکاران بلکه همچنین از جانب دولت آلمان که به نمایندگی آنها امضا کرده بود، استرداد شده است [۲۹]. بنابراین، دادگاه رأی می‌دهد که شرکت بیرس اند سون هیچ دینی نباید به طلبکاران پردازد و حکم می‌کند که دفتر غرامت آلمان باید مبلغ نه پوند به عنوان هزینه و مخارج دادرسی به شرکت بیرس اند سون پرداخت نماید.

با این ترتیب، شاید بتوان گفت که در روایة قضائی دادگاههای مذبور، در صورت موافقت خوانده با استرداد دعوی، دیگر انصراف خواهان در این مورد مسموع نبوده است.

ج. مسئله انصراف در روایة دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده^{۳۰}

قواعد داوری مصوب کمیسیون ملل متحده برای حقوق تجارت بین الملل (آنستیتال) که با اصلاحاتی آئین داوری دیوان دعاوی ایران - ایالات متحده را تشکیل می‌دهد^{۳۱}، در ماده ۳۴ خود می‌گوید:

۲۹. رک. همان مأخذ (پانوشت ۲۷)، ص ۴۵۰.

۳۰. برای آگاهی اجمالی از چگونگی تشکیل دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده و صلاحیت آن بر مبنای بیانیه های الجزایر رک. دکتر عبدالغنى احمدی واستانی: «شرح مختصر بیانیه های الجزایر»، مجله حقوقی، شماره اول، زمستان ۱۳۶۳، صص ۱۰۵-۹. همچنین برای مطالعه متن کامل بیانیه های الجزایر و اسناد مربوطه رک.: دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، کتاب اول، بیانیه های الجزایر، از مجموعه اسناد و مدارک رسمی در ارتباط با دعاوی بین المللی، تهران، ۱۳۶۱.

۳۱. در اجرای بند ۲ ماده ۳ بیانیه حل و فصل دعاوی که پیش بینی کرده بود: «انتخاب اعضای هیئت داوری و اجرای امور هیئت، طبق مقررات حکمیت آنستیتال خواهد بود، مگر در مواردی که توسط طرفین و یا توسط هیئت داوری به منظور اطمینان از اجرای این بیانیه اصلاح می شود»، دیوان داوری در ابتدای کار طی جلسات مستعد مقررات آنستیتال را بررسی نموده و برطبق رأی اکثریت داوران در هر مورد اصلاح یا الحاق تبصره یا تصریه هایی لازم تشخیص داده شد، اقدام کرده و یا مورد یا موارد را ابقا نمود. برای مطالعه متن قواعد مذبور با اصلاحات آن و همچنین آگاهی از تاریخچه تصویب آن در دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده رک. مجله حقوقی، شماره سوم، پائیز ۶۴، قسمت اسناد بین المللی، صص ۲۰۱-۲۵۴.

۱۰۴

«۱. اگر طرفهای داوری پیش از صدور حکم، در مورد حل اختلافات خود به توافق برسند، دیوان داوری یا دستوری مبنی بر ختم جریان داوری صادر خواهد کرد، یا به تقاضای هر دو طرف و تصویب دیوان، مصالحه را به صورت حکمی براساس توافق طرفین به ثبت خواهد رساند. دیوان داوری ملزم به ذکر دلایل چنین حکمی نیست.
۲. هرگاه پیش از صدور حکم، ادامه داوری به هر دلیلی جز آنچه که در بند یک فوق آمده است، غیرلازم یا غیرممکن شود، دیوان داوری طرفها را از قصد خود مبنی بر صدور حکم ختم داوری مطلع خواهد ساخت. دیوان داوری اختیار صدور چنین حکمی را دارد، مگر آنکه یکی از طرفها به دلایل موجه با صدور چنین حکمی مخالفت کند.»

همان گونه که می بینیم در بند ۲ این ماده که عیناً توسط دیوان داوری ابقا شده به هیچ وجه ذکری از اصطلاح استرداد دعوى نشده است. در عین حال، با توجه به سابقه امر در کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل متحدد^{۳۲} و همچنین نحوه انشای ماده ۶۹ آئین دادرسی دیوان بین المللی دادگستری که قبلاً یادآور شدیم، می توان گفت که:
«یکی از مواردی که ادامه جریان داوری غیرممکن یا غیرلازم می شود همان مورد استرداد دعوى است.»^{۳۳}

عملکرد دیوان چنین برداشتی را کاملاً تأیید می کند. سوای موارد

۳۲. کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل متحدد در سال ۱۹۵۸ متن نمونه آئین داوری را به تصویب رساند. در بند ۱ ماده ۲۶ آن آمده است:
«استرداد دعوى خواهان، چه در جریان رسیدگی و چه در پایان آن، فقط در صورت موافقت خوانده پذیرفته می شود.»
برای مطالعه آن رجوع شود به:

Annuaire de la Commission du droit international, 1958, vol. II, Documents de la dixième session, N.U.New York, p. 10.

۳۳. رک. پانویس ۹، ص ۸۶.

استثنائی^{۳۴}، رویه عادی دیوان نشان می‌دهد که چنانچه تقاضای خواهان مبتنی بر استرداد دعوى پس از ثبت دفاعیه خوانده به دیوان تقدیم شود، احراز عدم مخالفت خوانده برای مختومه نمودن پرونده لازم خواهد بود.^{۳۵}

دیوان پس از دریافت تقاضای خوانده مبنی بر استرداد دعوى طی دستوری که در همه پروندها متن متحدد الشکلی دارد اعلام می‌کند:

«دیوان به اطلاع طرفین می‌رساند که در نظر دارد به رسیدگی پرونده حاضر (یا قسمتی از آنها در این پرونده) خاتمه دهد، مگر اینکه خوانده تا تاریخ ... طبق ماده^{۳۴} قواعد دیوان با ارائه دلایل موجه با این امر مخالفت نماید.»

وقتی خوانده تا تاریخ مقرر عدم مخالفت خود را اعلام دارد یا هیچ گونه پاسخی ندهد، دیوان طی دستور دیگری مانند نمونه زیر به رسیدگی خود خاتمه می‌دهد:

«خواهان طی اظهاریه‌ای که در تاریخ ... به ثبت رساند دعوى (یا قسمتی از دعواه) خود را مسترد نمود. دیوان داوری در دستور مورخ ... به طرفین اطلاع داد که در نظر دارد به رسیدگی پرونده حاضر خاتمه دهد [...]. در تاریخ ... خوانده به دیوان اطلاع داد که مخالفتی با درخواست خواهان ندارد (یا خوانده تا این تاریخ اعتراضی به ثبت نرسانده است). براین اساس، دیوان داوری بین وسیله طبق بند ۲ ماده^{۳۴} قواعد خود به جریان رسیدگی پرونده حاضر (یا آن قسمت از دعوى به شرح مندرج در اظهاریه مورخ ...) خاتمه می‌دهد.»

۳۴. منظور موارد منفردی است که در آنها دیوان صرفاً به موجب تقاضای خواهان مبنی بر استرداد دعوى بی‌آنکه طی دستوری موافقت یا مخالفت خوانده را جویا گردد، دعوى را مختومه اعلام کرده است. نمونه آن، پرونده شماره ۱۰۸۷۲ در شعبه دوم است. وقتی نماینده دولت جمهوری اسلامی ایران به دلیل قصد خوانده جهت اقامه دعواه متقابل به ختم رسیدگی اعتراض کرد، آقای ریپهاخن رئیس شعبه دوم دیوان طی نامه‌ای پاسخ داد که به دنبال ختم پرونده دیگر اختیار رسیدگی به دعوى را ندارد.

۳۵. برای اجتناب از تکرار، ارجاع می‌دهیم به پانوشت ۹، صص ۸۷-۹۸.

بنابراین، طبق این رویه می‌توان گفت که برای ختم پرونده نه فقط دیوان نیازی به اعلام موافقت خوانده ندارد بلکه اعلام مخالفت وی در صورتی از نظر دیوان منشأ اثر خواهد بود که مبتنی بر دلایل موجه باشد.^{۳۶}

۳۶. شاید براساس چنین تشخیصی بوده که شعبه اول دیوان اخیراً تعدادی از دعاوی را علی رغم آنکه خواندگان با تقاضای خواهانها مبتنی بر استداد دعوى مخالفت نموده بودند، مختومه کرد.

خلاصه امر این است که در دعواه شرکت یوترویک علیه دولت جمهوری اسلامی ایران، وزارت راه و ترابری و سایرین (پرونده شماره ۳۸۱) شعبه اول دیوان ضمن صدور حکم جزئی شماره ۱-۳۷۵-۳۸۱ مورخ ۱۵/۴/۱۳۶۷ (ژوئیه ۱۹۸۸) صدور حکم نهائی در مورد قسمتی از خواسته دعوى (ارزش جایگزینی کانتینرهاي بجاهاي مانده در ايران) را بالغ بر ۱,۵۶۴,۵۳۷ دلار به استفاده تصميم در شش دعواي ديگر منوط نمود که خواهانهايش به عنوان مالك مستقل^{۳۷} در دیوان اقامه دعوى کرده بودند. اين «دعوى ششگانه کانتینرها» عبارتند از:

اینترپول (شماره ۴۴۵)، سی کانتینر (شماره ۲۶۰)، آیتل (شماره ۴۹۰)، اکسترا (شماره ۵۰۰)، سی.تی.آی. (شماره ۴۵۱)، ترانس امریکا (شماره ۴۵۲) (رجوع شود به بند ۹۸ رأى جزئی مذبور در: Iran-U.S. C.T.R.19. 1988-II. pp. 107-161).

چندی بعد خواهانهاي دعاوی ششگانه و شرکت یوترویک (خواهان پرونده ۳۸۱) در خارج از دیوان با يكديگر توافق کردنده که سهم خود را از مبلغ ۱,۵۶۴,۵۳۷/۳۶ دلار (موضوع بند ۹۸) از یوترویک وصول کنند و در عوض دعواهایشان را در دیوان مسترد سازند، و به همین نحو نيز عمل کردن. لیکن خواندگان ایرانی با استداد به اینکه استدادها مشروط به ختم رسیدگی پرونده ۳۸۱ می باشد و يا دعاوی متقابلي بعضاً (پرونده ۴۵۲) مطرح است، با تقاضاي خواهانها مبنی بر استداد دعوى مخالفت کردن. معهداً، پس از صدور رأى نهائی شماره ۱-۳۸۱-۵۰۱ مورخ ۱۰/۱۸/۱۳۶۹ (ژانویه ۱۹۹۱) که اکثریت سابق شعبه اول (بوکشيگل و هولتزمن) امضا کرده و طی بند ۶ آن خوانده را محکوم به پرداخت مبلغ کنار گذاشته شده (۱,۵۶۴,۵۳۷/۳۶) به اضافة بهره آن به خواهان (یوترویک کورپوريشن) نمود (رک. رأى نهائی مذبور، مدرک شماره ۲۳۵ پرونده)، اکثریت جدید آن شعبه (آیان برامس و هولتزمن) در چهارپرونده از دعاوی ششگانه مذبور یعنی شماره های ۲۶۰، ۴۴۵، ۴۹۰ و ۵۰۰ تقاضاي خواهانها را مبنی بر استداد جزئی یا کلی (برمبنای کانتینرهاي موضوع بند ۹۸ رأى جزئی ۳۷۵-۳۸۱) پذيرفت. (رجوع کنيد به دستورهای چهارگانه موزخ ۸/۱۳۶۹/۱۰/۱۸ ژانویه ۱۹۹۱: به ترتیب مدارک شماره ۳۰۹ - پرونده ۲۶۰، شماره ۱۷۹ - پرونده ۴۴۵، شماره ۱۲۶ - پرونده ۴۹۰ و شماره ۱۰۲ - پرونده ۵۰۰). مختومه شدن جزئی یا

برخلاف مسئله استرداد دعوى، در خصوص انصراف از آن هنوز رویه مشخصی دردیوان داوری به وجود نیامده است. طبیعتاً در اینجا تنها شق قابل تصور، موردی است که خواهان در جریان رسیدگی، پس از تقدیم تقاضای خود مبنی بر استرداد، از آن انصراف حاصل کند؛ زیرا چنانچه به هر دلیلی دیوان ختم رسیدگی را اعلام دارد، تصمیم دیوان اعتبار قضیة محکومّ بها را پیدا می‌کند و برخلاف آنچه در دعوای بارسلونا تراکشن صورت گرفت و مجددًا خواهان در دیوان بین المللی دادگستری اقامه دعوى کرد، انصراف خواهان از استرداد دعوى دیگر قابل استماع نخواهد بود.^{۳۷}

مسئله انصراف از استرداد دعوى در جریان رسیدگی تاکنون تنها در

کلی این دعوای برمبنای استرداد دعوى از سوی خواهانها و علی رغم مخالفت خواندگان، بیشتر از این جهت جای شگفتی است که رأی نهائی شماره ۵۰۱-۳۸۱-۱ که مبنای صدور این دستورهای است، در بند ۴ حکم، خود به همان دستورها اتکا و استناد کرده است!^{۳۸} مبنای این امر، اصل قطعی بودن احکام دیوان مطابق بند ۱ ماده ۴ بیانیه العجز ایر درباره حل و فصل دعوای است. علاوه بر مورد پرونده شماره ۱۰۸۷۲ که قبلاً بدان اشاره شد (پاپوشت ۳۴) موضوع اعتبار قضیة محکومّ بها اخیراً نیز در دعوای شماره ۲۷۷ شعبه دوم مطرح شد. خواهان دعوای مزبور پنج سال پس از صدور ختم رسیدگی مبتنی بر استرداد دعوى تقاضا کرد که پرونده مجددًا به جریان افتد و به اجازه داده شود که ادله و مدارک منشأ تقاضای خود را ارائه دهد. آقای برینر رئیس شعبه دوم دیوان طی نامه موئخ ۱۳۶۹ آذر (۴ دسامبر ۱۹۹۰) که خطاب به وکیل خواهان نوشته و دفتر دیوان رونوشت آن را برای نمایندگان جمهوری اسلامی ایران و ایالات متحده فرستاد، دادخواست مجدد خواهان را رد کرد و ضمن آن از جمله اعلام داشت:

«در قواعد دیوان امکان اقامه مجدد دعاوی نیست که مختصومه شده اند پیش بینی نشده است [...]».

در اوضاع و احوال حاضر، کسی که خواهان اقامه مجدد دعوای مختصومه است لااقل باید قادر باشد به دلالت ظاهري ثابت کند که دیوان به طور ضمنی چنین اختیاراتی را دارد، و اینکه – اگر مالاً پذیریم چنین اختیاراتی وجود دارد – اوضاع و احوال خاصی موجودند که بتوانند مصدق اعمال آن اختیارات ضمنی واقع گردند، و بالاخره اینکه تقاضای مربوطه بموقع تسليم شده باشد. با توجه به فقدان اثبات امر و عدم ارائه ادله، دیوان در موقعیتی نیست که به تقاضای شما ترتیب اثر دهد.»

چند مورد محدود در دیوان داوری مطرح شده است.

نخستین بار در پرونده شماره ۴۵۴ شعبه سوم این امرپیش آمد.

خواهان دعوی یکی از اتباع امریکا به نام جاناتان اینزوورث^{۳۸} در تاریخ ۲۸ دی ۱۳۶۰ (۱۸ ژانویه ۱۹۸۲) به ادعای مالکیت چندین شرکت به نامهای «پترو»، «چکش»، «سپیورکس» و «گشتاور»، و اینکه دولت جمهوری اسلامی ایران شرکتهای مزبور را مصادره کرده است علیه جمهوری اسلامی ایران در دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده اقامه دعوی نموده و به عنوان غرامت مبلغ ۱,۰۰۴,۵۲۳,۰۰۰ دلار مطالبه کرده بود.

در جریان تبادل لوایح، خواهان درخواستی را در تاریخ ۱۸ مهر

۱۳۶۵ (دهم اکتبر ۱۹۸۶) به دیوان تسلیم و ضمن آن عنوان کرد: «لطفاً ادعای مرا مسترد نمائید». شعبه سوم دیوان داوری طبق رویه دیوان، طی دستوری به طرفین اطلاع داد که «قصد دارد پرونده را مختومه نماید، مگر آنکه خواندگان تا ۱۵ آبان ۱۳۶۵ (ششم نوامبر ۱۹۸۶) دلایل موجّهی در مخالفت با این امر اقامه نمایند.»

خواندگان در تاریخ ۱۴ آبان ۱۳۶۵ (پنجم نوامبر ۱۹۸۶) به دیوان اطلاع دادند که با استرداد دعوی مخالف نیستند. ولی در تاریخ ۱۳ آبان ۱۳۶۵ (چهارم نوامبر ۱۹۸۶) خواهان طی یک «اطلاعیه اصلاحی» از دیوان درخواست کرده بود که «دعاوی مربوط به شرکتهای چکش، سپیورکس و گشتاور مسترد شوند ولی ادعای جاناتان اینزوورث و شرکت متعلق به او یعنی پترو به قوت خود باقی بماند». اطلاعیه اخیر خواهان سبب اعتراض دولت جمهوری اسلامی ایران گردید، زیرا به اعتقاد وی به دلیل قبول تقاضای خواهان از سوی خوانده، تمام دعاوی باید مختومه شوند.

در نتیجه، این بحث مطرح شد که آیا انصراف خواهان دوروزپیش از اعلام موافقت خوانده منشأ اثری نمی‌تواند باشد یا، بر عکس، چون در تاریخی مقدم برقبولي خوانده به دیوان اعلام شده، تقاضای خواهان مبنی بر

استرداد دعوى، به وسیله درخواست اخير او مقيد شده است؟

دیوان در تاریخ ۲۲ دی ۱۳۶۶ (۱۲ زانویه ۱۹۸۸) طی دستوری موافقت خود را با تقاضای انصراف خواهان از استرداد دعوى اعلام کرد و طبق بند ۲ ماده ۳۴ قواعد دیوان، پرونده را تا حدودی که به دعاوى چکش، سپورکس و گشتاور مربوط مى شد، مختومه نمود. البته، درنهایت شعبه سوم دیوان بى آنکه به مسئله انصراف از استرداد دعوى پردازد و در این امر جدید اظهارنظری بنماید، صرفاً مسئله احراز صلاحیت خود را مورد بحث قرار داد و براساس دلایل و مدارک موجود، دعوى را به دلیل عدم صلاحیت رد کرد.^{۳۹}

در دو پرونده دیگر نیز اخیراً موضوع انصراف از استرداد دعوى مصدق پیدا کرد. خواهانهای دو پرونده ۴۵۲ (شعبه اول) و ۴۵۱ (شعبه دوم) از جمله «دعوى ششگانه کانتینرها» به موجب توافقی که در امریکا با خواهان پرونده ۳۸۱ پیدا کردند^{۴۰} ادعاهای خود را در مورد کانتینرهایی که موضوع بند ۹۸ رأی جزئی ۱-۳۷۵-۳۸۱ قرار می‌گرفت، مسترد داشتند. خوانندگان این دو پرونده با استرداد دعوى مخالفت کردند. کمی بعد، قبل از آنکه دیوان در مورد قبول یا عدم قبول مخالفت خوانندگان تصمیمی اتخاذ کند، وکیل واحد خواهانهای دو دعوای مزبور طی اظهاریه های جداگانه به دیوان اعلام داشت که:

«هریک از خواهانهای دعواهای مربوط به کانتینرها موافقت کردند که یک درخواست ترک جزئی ادعاهای در مورد کانتینرهای یوترویک به ثبت برسانند تا امکان پرداخت مضاعف بابت همان کانتینرها پیش نیاید. مقصود ما این بود که کاملاً روش کنیم هیچ یک از ادعاهای اقامه شده در این دعوى به هیچ وجه به کانتینرهای یوترویک یا مبالغ حکم داده شده به وسیله هیئت داوران بابت کانتینرهای یوترویک ربط ندارد [...]».

۳۹. رجوع شود به: Iran-U.S. Claims Tribunal Reports, 18, 1988-1, Grotius, pp. 92-97.
۴۰. رک. پانویس ۳۶.

به وسیله هیأت داوری به ما اطلاع داده شده است که روایة صحیح این است که درخواست خود را برای پس گرفتن بخشی از آتعای خود پس بگیریم و صرفاً بگوییم که هیچ تداخلی بین کانتینرهای موضوع پرونده شماره ۳۸۱ و کانتینرهایی که با بت آنها در این پرونده آتعای مطرح شده وجود ندارد [...]. به دلایل فوق الاشعار، خواهان درخواست می‌کند که درخواست او برای ترک جزئی آتعای پس داده بشود.»^{۴۱}

با این ترتیب، همان گونه که قبلاً توضیح داده شد اخیراً شعبه اول دیوان طی دستور مورخ ۱۰/۱۸/۱۳۶۹ (ژانویه ۱۹۹۱) اعلام کرد که حسب اظهار خواهان پرونده ۴۵۲، کانتینرهای موضوع این دعوا مشمول بند ۹۸ رأی جزئی شماره ۱-۳۸۱-۳۷۵ نیستند و بنابراین رسیدگی ادامه خواهد داشت. در واقع، دیوان انصراف از استرداد دعوا را که مورد نظر خواهان بوده پذیرفت. به هر تقدیر، دعوا مزبور و همچنین دعوا شماره ۴۵۱ در شعبه دوم به موجب احکام مبتنی بر شرایط مرضی الطرفین نهایتاً حل و فصل شدند (رأی شماره ۲-۴۵۱-۵۰۲ مورخ ۱۰/۱۹/۱۳۶۹ / ۹ ژانویه ۱۹۹۱ و رأی شماره ۱-۴۵۲-۵۱۰ مورخ ۲/۱۳/۱۳۷۰ / ۳۰ مه ۱۹۹۱).



مبحث

ارتباط انصراف از استرداد دعوا با نهاد استاپل

بررسی ارتباط مسئله انصراف از استرداد دعوا با نهاد استاپل در وهله اول مستلزم شناخت مفهوم استاپل و اقسام و عناصر تشکیل دهنده آن

. ۴۱. مدرک شماره ۱۴۱ در پرونده ۴۵۱ و مدرک شماره ۱۲۰ در پرونده ۴۵۲.

است. پس از مطالعه نمونه هایی از کاربرد نهاد مزبور در روایة قضائی بین المللی، این واقعیت روشن خواهد شد که انصراف به منزله مصدقی از آن، قابل بررسی است.

الف. اقسام استاپل و عناصر تشکیل دهنده آن

نخستین بار در سال ۱۸۵۴، نزد کمیسیون مختلط لندن که براساس معاهده انگلیس - امریکا مورخ ۲ فوریه ۱۸۵۴ تشکیل شده بود، نماینده امریکا به مفهوم استاپل به عنوان یک اصل حقوقی استناد کرد.^{۴۲} استاپل - همان گونه که در ابتدای مقاله اشاره شد - به معنای دقیق آن، عبارت است از:

«منوعیت یکی از طرفین دعوی به اینکه آنچه را قبلاً گفته یا انجام داده - یا این طور و آنmod کرده است - در یک مرجع قضائی انکاریا رد نماید.»^{۴۳}

با تعریف فوق، لازم است اقسام استاپل و عناصر تشکیل دهنده آن را بشناسیم.

۱. اقسام استاپل:

مطالعه ای در حقوق انگلیس که نهاد مزبور از آن اتخاذ شده است به ما می آموزد که: اولاً، استاپل دو قسم کاربرد دارد: «استاپل در عرضة واقعیات دعوی»^{۴۴} و «استاپل در موضوع اعتبار قضیه محکوم بهها»^{۴۵}؛ ثانیاً،

42. J.C.WITENBERG: L'estoppel-un aspect juridique du probleme des créances américaines, in clunet, T.60, Mai-Juin 1933, p. 533.

43. رجوع شود به:

A.MARTIN: L'estoppel en droit international public, éd. A.Pedone, Paris, 1979, p. 259.

برای آگاهی از ریشه های مفهوم استاپل در حقوق انگلیس رجوع شود به همین کتاب صص ۶۳-۹.

44. Estoppel by representation

45. Estoppel by res judicata

استاپل دارای دو مفهوم مضيق و موسع می باشد: مفهوم مضيق آن فقط در برگیرنده اصل عدم تناقض کرداری یا گفتاری در مراجعت قضائی است، در حالی که مفهوم موسع آن قلمرو وسیعی را شامل می شود و مفاهیم دیگری چون «رضایت»^{۴۶}، «سقوط حق»^{۴۷} و «ترک حق»^{۴۸} را نیز در بر می گیرد. آنچه از نهاد استاپل در دکترین و روایة قضائی بین المللی از حقوق انگلستان اقتباس شده بیشتر مفهوم مضيق آن است.^{۴۹}

«استاپل در عرضه واقعیات دعوی» قاعده ای است که به موجب آن یکی از طرفین دعوی نمی تواند نزد مرجعی خلاف آنچه در گذشته گفته و یا عمل کرده است موضع گیری کند. به عبارت دیگر، همان گونه که کریستیان دومینیسه، استاد سوئیسی حقوق بین الملل، می گوید: «اگر یکی از طرفین دعوی طی اظهارات قبلی اش واقعیاتی را به گونه ای طرح و ارائه کرده که از قبل آن امتیازاتی کسب نموده یا سبب شده است طرف دیگر دعوی اقدامی به زیان خود انجام دهد، دیگر استاد متفاوت او به همان

۴۶. رضایت (Acquiescence) عملی است که به موجب آن یکی از طرفین دعوی ادعاهای دیگری را می پذیرد یا به حکم دادگاه گردن می نهد. درنتیجه، او دیگر حق تعقیب قضائی و اعتراض به حکم را ندارد.

۴۷. سقوط حق (Forfeiture) وقتی است که مهلتی برای حق اقامه دعوی، شکایت نسبت به حکم و یا انجام یک عمل پیش بینی شده و طرف ذینفع در مهلت مقرر از حق مزبور استفاده نکند. به اعتقاد پل گوگنهایم (P.Guggenheim)، استاد دانشگاه ژنو، این قاعده که در زبان فرانسه "La forclusion" اصطلاح شده از هر قاعده ای به نهاد استاپل نزدیکتر است. رجوع شود به کتاب او:

Traité de droit international public, T.I, Genève, 1967, pp. 244-245.

۴۸. ترک حق (Waiver) تئوژی است که به موجب آن اگر در مدتی نسبتاً طولانی حقی را ذینفع مطالبه نکند یا اختیاری را اعمال ننماید، اماره ای ایجاد می شود مبنی بر اینکه او از آن حق یا اختیار انصراف حاصل کرده است. در مورد ارتباط این تئوژی با نهاد استاپل رجوع شود به:

SIR MICHAEL J.MUSTILL, STEWART C.BOYD: Commercial Arbitration, London, Butterworths, 1982, p. 174, pp. 521-524.

۴۹. برای مطالعه بیشتر این طرز فکر و نمونه های کاربرد آن در حقوق بین الملل، رک. پانوشت، ۲۱۵-۶۵، صص ۴۳.

واقعیات (و نتیجتاً اثبات ادعای و یا به طور کلی مطالبه نتایج حقوقی که از آن واقعیات ناشی می‌شوند) مسموع نیست.»^{۵۰}

اکثر علمای حقوق بین الملل قاعده مزبور را یکی از مصادیق «اصول مشترک حقوق مقبول ملل متمدن» می‌دانند که طبق بند ۱ (ج) ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری^{۵۱}، در زمرة منابع حقوق بین الملل به شمار می‌رود.^{۵۲} ولی به اعتقاد دسته‌ای دیگر از حقوقدانان، مبن جمله

50. ch. DOMINCÉ "A propos du principe de l'estoppel en droit des gens". in Etudes en Hommage à Paul Guggenheim.p.330.

۵۱. بند ۱ ماده ۳۸ اساسنامه دیوان می‌گوید:

۱۱. دیوان بین المللی دادگستری که مأموریت دارد اختلافاتی را که به ارجوع می‌شود برطبق حقوق بین المللی قطع و فصل نماید موازین زیر را اجرا خواهد کرد:

الف. عهdename های بین المللی را اعم از عمومی و خصوصی که به موجب آن قواعدی معین شده است که طرفین اختلاف آن قواعد را صریحاً شناخته اند.

ب. رسوم بین المللی را به منزله دلیل یک عumول به عمومی که مثل یک اصل حقوقی قبول شده است.

ج. اصول عمومی حقوقی که مقبول ملل متمدن است.

د. با رعایت حکم ماده ۵۹، تصمیمات قضائی و عقاید بر جسته ترین مؤلفین ملل مختلف را به منزله وسائل فرعی برای تعیین قواعد حقوقی.»

(نقل از ترجمه رسمی فارسی که در مجموعه قوانین سال ۱۳۲۴ نشریه روزنامه رسمی وزارت دادگستری چاپ شده است).

۵۲. به عنوان نمونه رجوع شود به:

- H.LAUTERPACHT: Private Law Sources, ed. Longmans, Green and Co., London, 1927. p. 204.

— D.W.BOWETT: "Estoppel before International Tribunals and its relation to acquiescence" in B.Y.B.I.L. 1957, pp. 167-202.

— M.VIRALLY: "The Sources of International Law" in Manuel of Public International Law, ed. Max Soerensen, p. 148.

مطالعه تطبیقی این مسئله در حقوق داخلی چند کشور به ما نشان می‌دهد که این قاعده در حقوق کشورهای فرانسه، آلمان و ایتالیا تحت عنوان اصل «نمود» (l'apparence) و در حقوق سوئیس در چارچوب اصل «اعتماد» (La confiance) بیان شده است. هر دو اصل خود مبتنی بر اصل حسن نیت است که ریشه در حقوق رومی دارد.

آنوان مارتین استاد دانشگاه لوزان (سوئیس)، این نهاد به دلیل کاربردهایش در حقوق بین الملل، مبنای عرفی داشته و مشمول بند ۱ (ب) ماده ۳۸ اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری می‌گردد.^{۵۳}

نوع دوم استاپل، که به «استاپل در موضوع اعتبار قضیه محکوم‌بها» مربوط می‌شود، این گونه تعریف شده است:

«ممنوعیت شخص از اینکه واقعیت یا حقیقی را که راجع به آن قبل اتخاذ تصمیم قضائی شده است، در مرجعی دیگر مورد انکار یا اعتراض قرار دهد.»^{۵۴}

برخلاف نوع اول، نوع اخیر استاپل از دیدگاه حقوق بین الملل دارای قلمرو کاملاً مشترکی با حقوقهای داخلی نیست، زیرا گرچه حقوقدانان بین المللی نیز اتفاق نظر دارند که اعتبار قضیه محکوم‌بها مطلق نبوده و نسبی است، با این حال، استثنایاتی هم برآن قائل اند. استاد شارل دوفیشر می‌گوید:

«آراثی که در خصوص حاکمیت سرزمینی دولت یا تعیین مرزهای دو کشور صادر می‌شوند استثنایی بر اصل نسبی بودن اعتبار قضیه محکوم‌بها هستند. دلیل این امر آن است که در اینجا، موضوع اتخاذ تصمیم، منزلت سرزمین^{۵۵} است که نشان دهنده یک وضع عینی در روابط

. ۵۳. پانویس ۴۳، صص ۲۴۰-۲۴۶.

۵۴. همان، ص ۲۴۸. همچنین رجوع شود به: D.W.BOWETT: *Estoppel...* op.cit pp. 178-180.

در واقع، این نوع استاپل همان است که در حقوق ایران به اصل اعتبار قضیه محکوم‌بها معروف می‌باشد. برای مطالعه مفهوم و کاربرد آن در حقوق داخلی رک. دکتر ناصر کاتوزیان: اعتبار امر قضاوت شده در دعواهای مدنی، کانون وکلای دادگستری، چاپ سوم، تهران، اسفند ۱۳۶۸. برای بررسی آن در حقوق بین الملل، از جمله رجوع شود به:

P.REUTER: *Droit international public*, PUF (Thémis), 5e éd., Paris, 1976, pp. 340-342.

۵۵. منزلت سرزمین ترجمه عبارت «le statut territorial» است که در متن نقل شده آمده است. در ادبیات حقوقی و سیاسی ما از واژه «statut» برگردانهای مختلفی شده است. به اعتقاد ما، ترجمه آن به «منزلت» دقیق تر و رساتر است.

بین المللی بوده و آثار آن فقط متوجه دو دولت نمی‌شود بلکه برای همه دولتها لازم الرعایه است.»^{۵۶}

کاربرد استاپل با ویژگیهای فوق الذکر مستلزم وجود عناصری است.

۲. عناصر تشکیل دهنده استاپل:

با توجه به عقاید علمای حقوق و رویه قضائی بین المللی در این زمینه، می‌توان گفت که از دیدگاه حقوق بین الملل، استاپل در صورتی دارای آثاری خواهد بود که شرایط زیرین برای آن فراهم آمده باشد:

● اولاً، لازم است بروز گفتار، کردار یا رفتار پیشین مقامی که صلاحیت نمایندگی طرف دعوی را داشته است، به روشنی محقق شده و ویژگیهای کامل یک عمل حقوقی یک جانبه فراهم گشته باشد. بنابراین، چنانچه طرف دعوی دولت است، فقط ظاهر خارجی اقدام نماینده قانونی آن دولت قابل استناد خواهد بود، آن هم منوط بر اینکه بیان وی صریح و عاری از شبهه ادا شود و یا آنکه فعل او پذیرش یا رد واقعیت مورد استناد را به درستی نشان دهد بی آنکه در هیچ موردی، به دلالت ظاهري، اکراه متصور باشد. مارتین در این مورد می‌نویسد:

«اظهارات مورد استناد باید روشن و بدون شبهه باشد [...] .

دادگاهها، طرفین دعوی و داوران یا قضات در نظرات فردی یا مخالفشان غالباً روحی این عوامل اساسی تأکید کرده‌اند.»^{۵۷}

در دعواهای صربستان، دیوان دائمی دادگستری بین المللی استدلال صربستان را در خصوص اینکه صاحبان سهام فرانسوی به موجب قاعدة استاپل از اقامه دعوی منمنع اند، به دلیل فقدان «اظهارات روشن و

.۵۶. رک. پانوشت ۲۴، صص ۱۸۳ و ۱۸۴.

.۵۷. رک. پانوشت ۴۳، ص ۲۷۶.

عاری از شبهه» رد کرد.^{۵۸} دیوان بین المللی دادگستری نیز در دعاوی فلات قاره دریای شمال همین گونه استدلال نمود. دیوان پذیرفت که دولت آلمان حق انکار اعمال رژیم محدودیتهای کنوانسیون ۱۹۵۸ ژنورا ندارد، زیرا هیچ مدرکی وجود نداشت که «نشان دهد آلمان با صراحة و جزئیت آن رژیم را پذیرفته باشد».^{۵۹}

باید اضافه کرد که به دلیل عدم تقید حقوق بین الملل به پشريفات^{۶۰}، سکوت نیز می تواند تحت شرایطی مبنای انتساب قرار گیرد.^{۶۱}

● ثانیاً، طرفی که قاعدة استاپل علیه او به کار گرفته می شود باید همان طرفی باشد که گفتار، کردار و یا رفتار سابق مورد استناد، به او منتبث است، زیرا هر کدام از اصحاب دعوی تنها به اظهارات و اعترافات خود مأمور است. پروفسور مارتین می گوید:

«اظهار، عمل یا رفتار مورد استناد باید از طرف تشکیلاتی بروز و ظهور یابد که استحقاق داشته باشند برای همان موضوع حقوق بین الملل که نمایندگی اش را دارند، ایجاد تعهد نمایند.»^{۶۲}

در دعوای فلگن هایمر^{۶۳} نیز که توسط کمیسیون سازش ایالات متحده و ایتالیا رسیدگی شد به این امر اشاره گردید و کمیسیون اعلام نمود که قاعدة استاپل نمی تواند بر مبنای متن ایتالیائی معاہدة صلح علیه ایتالیا محل استناد واقع شود، زیرا ترجمة ایتالیائی متون اصلی، عمل رسمی یا اظهار دولت ایتالیا شمرده نمی شود.^{۶۴}

58. C.P.J.I. Série A. No.20. pp. 38-39.

59. C.I.J. Recueil des Arrêts... , 1969,pp. 26-27.

60. Non Formaliste

61. در این مورد رجوع شود به:

J.Bentz: "Le silence comme manifestation de volonté en droit international public", in RGDIJ., 1963, pp. 44 et s.

62. رک. پانوشت ۴۳، صص ۲۷۶-۲۸۶.

63. Flegen Heimer Claim

64. International Law Reports, Vol. 25, No. 91, pp. 156-157.

● ثالثاً، مهمترین شرط استناد به استاپل آن است که طرفی که با آتخاذ موضعی در گذشته استفاده برده و یا سبب زیان طرف مقابل دعوی شده، اکنون از موضع پیشین خود عدول کند و به گفتاریا کردار یارفтарی کلاً یا جزوً معارض گذشته پردازد، یا در امری اساسی موضع گیری ساقش را دگرگون سازد. قاضی فیتز موریس^{۵۴} در دعوای معبد پره آویهر (کامبوج علیه تایلند) این شرط را چنین بیان کرده است:

«شرط اصلی اعمال قاعدة مأخذ بودن به موضع پیشین یا استاپل، به مفهوم مضيق آن، این است که طرف استناد کننده به قاعدة باید به اظهارات یا رفتار طرف دیگر در جهت زیان خود یا نفع طرف تکیه کرده باشد. لزوم «تفییر موضع» بعدی طرف استناد کننده به استاپل که اغلب مورد استناد واقع شده در همین معنی مستر است.»^{۵۵}

با حصول شرایط سه گانه فوق، طرفی که از این رهگذر در معرض ضرر و زیان واقع می‌شود می‌تواند به اصل استاپل استناد جوید. مفهوم این اصل و عناصر تشکیل دهنده آن با مطالعه رویه قضائی بین‌المللی در این زمینه بهتر و بیشتر قابل درک خواهد بود.

65. Sir Gerard Fitz Maurice

66. رجوع شود به:

ICJ, Reports..., 1962, Temple of Preah Vihear Case, pp. 62-65.

برای آگاهی بیشتر از این شرایط و چگونگی کاربردشان در رویه قضائی بین‌المللی رک.
پانوشت ۴۳، صص ۲۷۲-۲۹۳.

یادآوری این نکته نیز در اینجا مناسب به نظر می‌رسد که با توضیح شرایط استاپل می‌توان گفت ترجمه‌ای که گاه از این واژه به عبارت «منع انکار بعد از اقرار» انجام می‌گیرد تسامع در تعییر است، زیرا طبق ماده ۱۲۵۹ قانون مدنی ایران: «اقرار عبارت از اخباریه حقی است برای غیر بر ضرر خود». مگر آنکه نهاد استاپل را در مفهوم موضع آن درنظر بگیریم، چیزی که در کاربرد بین‌المللی آن چندان مورد تأیید نیست. راجع به شرایط و آثار اقرار در حقوق ایران رک. دکتر سیدحسن امامی: حقوق مدنی، جلد ششم (در ادله اثبات دعوی)، انتشارات ابوریحان، چاپ پنجم، تهران، ۱۳۴۲، صص ۲۳-۶۴.

ب. استاپل در رویه قضائی بین المللی

کاربردهای استاپل در رویه قضائی آنچنان گسترده‌اند که مطالعه‌ای جامع و دقیق در موردشان از حوصله این مقاله خارج است و نیاز به تحقیقی وسیع و مستقل دارد. ما در اینجا تنها به توضیح نمونه‌هایی از آن در آراء دیوان بین المللی دادگستری و در تاریخ داوری‌های بین المللی بسنده می‌کنیم، و سپس به دلیل اهمیت ویژه‌ای که دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده در عرصه داوری‌های بین المللی داراست، به بررسی رویه قضائی دیوان مزبور در ارتباط با نهاد استاپل می‌پردازیم.

۱. استاپل در رویه دیوان بین المللی دادگستری:

در آراء و تصمیمات مراجع قضائی بین المللی - اعمّ از دیوان لاهه (دیوان دائمی دادگستری بین المللی و دیوان بین المللی دادگستری)، دیوان اداری سازمان ملل متحد، دیوان اداری سازمان بین المللی کار و در دیوان دادگستری جامعه اروپا - موارد عدیده‌ای از اعمال قاعدة استاپل وجود دارد.^{۶۷}

در رویه دیوان دائمی دادگستری بین المللی و دیوان بین المللی

۶۷. فهرست دعاوئی که در مراجع قضائی و داوری‌های بین المللی، در آنها به قاعدة استاپل استناد شده، در کتاب آتوان مارتین (پابوشت ۴۳) که در سال ۱۹۷۹ انتشار یافته، آمده است (صص ۳۵۰-۳۵۳). از آن زمان نیز در دعاوی دیگری اصل استاپل مورد استناد و اتخاذ تصمیم قرار گرفته است، چنانکه در سال ۱۹۸۴ در دعوا نیکاراگوئه علیه ایالات متحده امریکا، دولت ایالات متحده چنین ایراد کرد که چون دولت نیکاراگوئه با روهشی دیلماتیک گذشته نشان داده است که خود را وابسته و متعهد به اعلامیّة قبول قضاوت اجباری دیوان نمی‌شناسم، دیگر حق ندارد مدعی صلاحیت دیوان در دعوا نیز بور بشود. در این مورد رجوع شود به:

CIJ, Affaire des Activités militaires et Paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua C. Etats-Unis d'Amérique). Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs et Ordonnances, 1984, p. 413.

دادگستری قاعده استاپل آن گونه که استاد استیل مونکس گفته است، به این معناست:

«وقتی که در جریان رسیدگی، یکی از طرفین دعوی برخورد یا رفتاری معین بروز دهد یا مطالبی اظهار دارد، این امر ممکن است سبب شود طرف دعوی در مواردی موضع خاصی بگیرد یا وقایعی رام طرح سازد. طرف دعوائی که به این ترتیب موجب به وجود آمدن موضع معین در طرف شده است دیگر حق ندارد به وقایعی خلاف آنچه قبلاً طرح کرده است استاد جوید.»^{۶۸}

برای اجتناب از تطويل، به بررسی یک نمونه از مهمترین آراء دیوان که در آن به اصل استاپل استناد شده است، یعنی رأی دیوان در دعوای بارسلونا تراکشن، اکتفا می‌کنیم.

همان گونه که در مبحث اول گفته شد، در مقابل اقامه دعوای مجدد دولت بلژیک نزد دیوان علیه اسپانیا و به حمایت از شرکت بارسلونا تراکشن، دولت اسپانیا چهار ایراد مقدماتی مطرح کرد. نخستین ایراد — که قبلاً در مورد آن سخن گفتم — مسئله استرداد پیشین دعوی از سوی خواهان است که حسب استدلال خوانده، خواهان دیگر حق انصراف از استرداد دعوای را نداشته است. در راستای همان ایراد، دولت اسپانیا این گونه استدلال می‌کند که چون دولت بلژیک با کردار و رفتار سابق خویش (استرداد دعوای) خوانده را در حقیقت فریفته و به او زیان رسانیده است، دیگر اکنون نمی‌تواند موضعی مخالف اقدام گذشته اتخاذ نماید، زیرا خوانده می‌توانست در همان مرحله ابتدائی با تقاضای استرداد دعوای مخالفت کند و دعوای به نفع او فیصله یابد.

۶۸. مؤلف مزبور قاعده استاپل را در ارتباط با مسئله «گسترش صلاحیت دیوان» که در چارچوب اصطلاح لاتینی "forum prorogatum" مطالعه می‌شد، تعریف کرده است. در این مورد رجوع شود به:

P. STILLMUNKES: "Le forum prorogatum" devant la Cour Permanente de Justice Internationale et la Cour Internationale de Justice", in RGDIJ, 1964, pp. 665-685.

دیوان در مقابل ایراد خوانده مبتنی بر اصل استاپل، عمدتاً استدلال می‌کند که: معلوم نیست در رفتار فریبکارانه مورد ادعای دولت خواهان مقصّر است یا اشخاص خصوصی، و حدود مسؤولیت دولت بلژیک نیز روشن نیست. دیوان اعتقاد ندارد که بتوان به ضرس قاطع اظهارات دولت بلژیک را در گذشته فریبکارانه دانست و همچنین مسلم نیست که بین طرفین توافقی در مورد آثار استرداد دعوا، به نحوی که خواهان حق هرگونه اقدام حقوقی آتی را از خود سلب کند، صورت گرفته باشد. وبالاخره درست است که دولت خواهان در این مرحله قادر بوده با توجه به تجربه اش از ایرادهای مطروح سابق خوانده، تغییراتی در نحوه ارائه دعوای خویش بدهد، لیکن به نظر دیوان ممکن بود خواهان دقیقاً همین نحوه موضع گیری را در مرحله پیشین اعمال نماید. بنابراین، نمی‌توان پذیرفت که خوانده واقعاً ضرری متحمل شده است.^{۶۹}

۲. استاپل در تاریخ داوریهای بین‌المللی:

استناد به اصل استاپل را در مراجع داوری بین‌المللی می‌توان به طور مکرر دید. گرچه به اعتقاد درک دبلیو. باوت^{۷۰}، استاد دانشگاه کمبریج، اولین ارجاعات به استاپل در حقوق بین‌الملل به دو قرن پیش مربوط می‌شود، لیکن دقیق تر خواهد بود که گفته شود عملاً برای نخستین بار به سال ۱۸۵۴ در دعوای قرضه تکزاںی^{۷۱} نزد کمیسیون مطالبات

۶۹. رک. مأخذ رأى مورخ ۲۴ دیوان بین‌المللی دادگستری در پانوشت ۲۵، صص ۲۴ و ۲۵. توجه می‌دهیم که در این رأى اصطلاح «ارائه دلیل مبتنی بر اندیشه استاپل» را دیوان خود به کار برده است. دیگر نمونه‌هایی از کاربرد قاعدة استاپل در رویتۀ دیوان دائمی دادگستری بین‌المللی و دیوان بین‌المللی دادگستری را می‌توان در دعوای وامهای صربستان، گرینلند شرقی و معبد پره آویهر مطالعه کرد. برای این منظور رجوع شود به:

— The Serbian Loans Case, PCIJ, Serie A, No. 20.

— The Eastern Greenland Case, PCIJ, Serie A/B, No. 23.

— Temple of Preah Vihear Case, ICI Reports, 1962, p. 9.

70. Derek W. Bowett

71. L'Affaire des Emprunts Texans

انگلیس - امریکا اصطلاح استاپل، ضمن نظر مخالف نماینده امریکا، به کار برده شد.

از آنجا که طی دو قرن اخیر اکثریت مراجع داوری بین المللی تحت نفوذ حقوق انگلوساکسون بوده‌اند⁷²، طبیعی است که در آنها به نهاد استاپل که ریشه در حقوق انگلیس دارد به طور مستقیم یا غیرمستقیم بکرات ارجاع یا استناد شده باشد. به عنوان مثال، در دعاوی زیر به قاعدة استاپل استناد شده است: گویان انگلیس⁷³ بین ونزوئلا و انگلستان (۱۸۹۹)، شرکت تجاری السالوادور⁷⁴ بین ایالات متحده و السالوادور (۱۹۰۲)، کورویا⁷⁵ بین ایتالیا و ونزوئلا (۱۹۰۳) تینوکو⁷⁶ بین انگلستان و کاستاریکا (۱۹۲۳)⁷⁷.

پس از آن نیز تا به امروز در داوری‌های مختلف همچون دعواهای داوری شرکت بین المللی نفتی سافیر علیه شرکت ملی نفت ایران (۱۹۶۳)⁷⁸، دعواهای مرز باختری هند و پاکستان (داری ران آو کوچ - ۱۹۶۸)⁷⁹ و قضیه «آموکو- آسیا» به سال ۱۹۸۳ تحت نظارت «مرکز

۷۲. به نقل از آنوان مارتون (پانوشت ۴۳، ص ۶۷). سوای دعاوی متعددی که در کمیسیون‌های مختلف مطالبات رسیدگی شده و در آنها دولتهای انگلیس و ایالات متحده شرکت داشته‌اند، از ۱۵۷ مرجع داوری بین التول که بین سالهای ۱۷۹۴ و ۱۹۰۰ تشکیل شده است، انگلیس در ۷۰ مرجع و امریکا در ۵۶ مرجع از آنها عضو بوده‌اند.

73. Guyane Britannique

74. Elsalvador Commercial Company

75. Corváia

76. Tinoco

۷۷. مأخذ همه این دعاوی و همچنین کلیه دعاوی که به نحوی از احاء قاعدة استاپل در آنان مطرح شده است در ضمیمه کتاب آنوان مارتون (پانوشت ۴۳، صص ۳۵۰-۳۵۳) آمده است.

۷۸. برای مطالعه این دعواهای داوری رجوع شود به:

J.F.LALIVI: "Un recent Arbitrage suisse entre un Organisme d'Etat et une société privée étrangère (Sapphire International Petroleums Ltd.c.NIOC)", in A.S.D.I, 1962, p. 273.

۷۹. رجوع شود به:

Case Indon-Pakistan Western Boundary (Rami of Kutch) in U.N. Reports of International Arbitral Awards, Vol.XVIII, p. 507.

بین المللی حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری»^{۸۰} اصل استاپل مورد استناد واقع شده است.

یکی از مهمترین مراجع داوری بین المللی که در سالهای اخیر تشكیل شده دیوان دعاوی ایران - ایالات متحده در لاهه می‌باشد که شایسته است رویه قضائی آن مستقل‌اً مطالعه شود.

۳. استاپل در رویه دیوان دعاوی ایران - ایالات متحده:

دیوان مزبور در آراء متعددی قاعدة استاپل را به کار گرفته است.

به عنوان نمونه در اینجا به بررسی تنها سه دعوا اکتفا می‌کنیم:

- در دعوای هنری موریس^{۸۱} علیه بانک ایران و عرب (بانک ملت)، خواهان به عنوان تبعه امریکا ارزش اسمی یک ضمانتنامه بانکی صادره به نفع خود را مطالبه کرد. مبنای ضمانتنامه مزبور ترتیبات یک قرارداد وام بین او و شخصی به نام محمد بغدادی‌سازیان (بغابانی) بود که به موریس حق دریافت مبلغ ۷۱۰ هزار دلار حق دلالی می‌داد. ضمانتنامه تا تاریخ ۱۳ آوریل ۱۹۷۹ اعتبار داشت و تا دو بار، هرنوبیت به مدت ده روز به تقاضای کتبی موریس قابل تمدید بود. ضمانتنامه را بانک امریکن سکیوریتی کارگزار امریکایی بانک ایران و عرب (بانک ملت) توصیه کرده بود. در تاریخ ۹ آوریل ۱۹۷۹ موریس از بانک امریکن سکیوریتی خواستار پرداخت وجه ضمانتنامه شد، اما پیش از هرگونه اقدام بانک، خواهان در دو نوبت (۱۱ آوریل و ۲۳ آوریل ۱۹۷۹) تقاضای تمدید ضمانتنامه را نمود. وی سپس در ۲۷ آوریل ۱۹۷۹ مبلغ آن را تقلیل داد و خواستار انتقال آن به حساب محمد بغدادی‌سازیان گردید. به هر حال، مدت اعتبار ضمانتنامه در تاریخ ۳ مه ۱۹۷۹ منقضی شد و موریس تا نه ماه بعد که علیه بانک در

۸۰. برای آگاهی اجمالی از رأی مزبور و چگونگی اعمال قاعدة استاپل در آن مورد رک. امانوئل گایار: «قاعدة استاپل یا معن تناقضگوئی به ضرر دیگری»، ترجمه دکتر ناصر صبح خیز، مجله حقوقی، شماره ششم، تابستان - پائیز ۱۳۶۵، صص ۲۳۵-۲۵۷.

۸۱. Henry Morris

دادگاههای نیویورک اقامه دعوی نمود هیچ اقدامی نکرد.

پس از طرح موضوع در دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده که متعاقب آن صورت می‌گیرد، در مقابل ادعای هنری موریس مبنی بر عدم دریافت وجه ضمانتنامه، شعبه اول دیوان طی رأی خود به شماره ۱۳۶۲/۱۹۸۳ (۱۳۶۲/۱/۲۳) اعلام می‌دارد که گرچه وی وجه ضمانتنامه را کتاباً مطالبه کرده است، اما نظر به اینکه لاحقاً در دونوبت تقاضای تمدید آن را نموده و تا نه ماه پس از انقضای کامل مدت نیز هیچ اقدامی نکرده است، سکوت او به عنوان کسی که دریافت مبلغ هنگفتی را انتظار می‌کشد بسیار عجیب به نظر می‌رسد. بنابراین دیوان نتیجه می‌گیرد:

«از آنجا که ضمانتنامه در پایان مدت اعتبار مطالبه نشده است، باید فرض را براین قرار داد که یا تعهد مورد نظر اجرا گردیده و یا اینکه ذیمنفع ضمانتنامه، یعنی هنری موریس، از آن چشم پوشی کرده است. براین اساس، دیوان داوری ادعای هنری موریس علیه بانک ملت را مردود می‌شناسد.»^{۸۲}

● در دعوای کیمبرلی کلارک کورپوریشن^{۸۳} علیه بانک مرکزی ایران، صنایع کاغذسازی نوظهور و دولت جمهوری اسلامی ایران، یکی از ادعاهای خواهان، مطالبه حق الامتیاز است که از قرارداد اعطای پروانه به شرکت صنایع کاغذسازی نوظهور ناشی می‌شود. برخلاف نظر خواهان که اکنون مدعی گشته قرارداد مزبور به طور غیرقابل بازگشت نقض شده تلقی می‌گردد، شعبه دوم دیوان معتقد است که خواهان نتوانسته اثبات نماید که نقض یکجانبه غیرموتجه^{۸۴} صورت گرفته است و بنابراین دیوان چنین استدلال می‌کند:

«این واقعیت که خواهان تا به حال از حقوق خود در فسخ قرارداد

82. Iran -U.S. Claims Tribunal Reports, 2, 1983-I,pp. 241-245.

83. Kimberly-Clark Corporation

84. anticipatory breach

استفاده نکرده، همراه با موضعی که خواهان در نحوه رفتار خود با ناظهور و طی مدافعت و استماع پرونده حاضر اختیار نموده، میبن آن است که تا مارس ۱۹۸۳ وی ترجیح داده که قرارداد اعطای پروانه را همچنان معتبر بداند.^{۸۵}

● وبالاخره، در دعوای مهم آناکاندا، ایران اینک^{۸۶} علیه دولت جمهوری اسلامی ایران و شرکت ملی صنایع مس ایران، شعبه سوم دیوان طی قرار اعدادی شماره ۶۵-۱۶۷ مورخ ۲۲/۱۲/۱۳۶۵ (۱۳ مارس ۱۹۸۷) نه فقط ادعای تهاون خواهان را به دلیل انقضای موعد ثبت آن قبول نمی‌کند بلکه صریحاً با استناد به قاعدة استابل، استدلال خواهان را مبنی بر اینکه «خوانده از اقامه دعوای متقابل خود ممنوع است زیرا اعمال وی اثبات می‌کند که شکایتی ندارد»، عاری از ارتباط با موضوع صلاحیت می‌شمارد.^{۸۷}

همان گونه که ملاحظه می‌شود در نخستین دعوای، شعبه اول دیوان سکوت و عدم اقدام خواهان را اماراتی بر قصد او برترک حق^{۸۸} می‌شمارد. در مثال دوم، دیوان بر نحوه رفتار خواهان تکیه کرده، آن را میبن قصد وی بر

۸۵. رجوع شود به رأی شماره ۴۶-۵۷-۲ مورخ ۲۵ مه ۱۹۸۳ (۴/۳) در:

Iran-U.S. C.T.R., 2, 1983-I, pp. 334-344.

۸۶. Anacanda-Iran Inc.

۸۷. رجوع شود به بندهای ۱۱۸ و ۱۱۹ رأی مزبور در:

Iran-U.S. C.T.R., 13, 1986-IV, pp. 199-253.

دیوان داوری در موارد عدیده دیگر وجوده مختلف اصل استابل را اعمال می‌کند. به اعتقاد استاد امانوئل گایار در دعوای وودوارد کلاید کنسولتانت (Woodward-Clyde Consultants) علیه سازمان انرژی اتمی ایران (رأی شماره ۷۳-۶۷) نیز اصل مزبور به کار برده شده و در آن با این استدلال که «مطابق قاعدة کلی ادله اثبات دعوای، مطالب متناقض یک طرف باید علیه او تفسیر گردد»، ادعای متقابل خوانده در مورد حقوق بیمه تأمین اجتماعی، به علت تناقض استناد صادره خوانده درخصوص تأدیه آن وجوده، رد شد. رک.: کنید به:

Iran-U.S. C.T.R., 3, 1983-II, pp. 239-255.

نیز رک. پانوشت، ۸۰، صص ۲۴۱ و ۲۴۲.

۸۸. Waiver

استمرار قرارداد دانسته و ادعای متناقض اخیر او را نمی‌پذیرد. در آخرین مثال، شعبه سوم دیوان صریحاً اصل استاپل را ذکرمی‌کند و عدم استفاده از حق اقامه دعوى را دلیل سقوط حق^{۸۹} او بر شمرده و رسیدگی به استدلال خواهان در این خصوص را از موضوع صلاحیت تفکیک می‌نماید.

به این ترتیب، می‌توان گفت که دیوان داوری قاعدة استاپل را در مفهوم موسع آن اعمال می‌کند. با این ترتیب، درک ارتباط استاپل با مسئله انصراف از استرداد دعوى، آسان‌تر می‌گردد.

ج. انصراف به منزله مصداقی از کاربرد نهائی استاپل

در دعوای بارسلونا تراکشن، رأی دیوان بین المللی دادگستری به ما نشان داد که استرداد دعوى در صورتی که نشان دهنده اراده سقوط قطعی دعوى باشد دیگر به خواهان اجازه انصراف از آن و طرح مجدد دعوى را نمی‌دهد؛ اما دیوان بار اثبات واقعیت مزبور را بر دوش خوانده، که مدعی است خواهان قصد ختم کامل رسیدگی را داشته، می‌گذارد و بنابراین ایراد دولت اسپانیا (خوانده) را در این مورد رد می‌کند. به عبارت دیگر، عالی‌ترین مرجع قضائی دنیا با این بیان، در صورتی انصراف لاحق خواهان را از استرداد سابق او غیرقابل قبول می‌داند که به نحوی از انجام ثابت شود طرح دوباره دعوى در تناقض آشکار با قصد و رفتار گذشته او (زمانی که به نفع خود تقاضای استرداد دعوى کرده است) می‌باشد. با اندک دقّت بخوبی می‌توان دریافت که در اینجا انصراف به معنای خاص با مفهوم استاپل تلاقي پیدا می‌کند و به صورت مصداقی از «استاپل در عرضه واقعیّات دعوى» چهره می‌نماید. گفتار ژان دارژان در این مورد جالب توجه و شایسته نقل است:

«اگر [...] خواهان در شرایطی دعوايش را مسترد کند که بتوان قصد

89. Forfeiture (la déchéance)

واقعی و تزلزل ناپذیرش را به طرد قطعی حق اقدام قضائی یا حق دفاع از آن برداشت کرد [...]، در این صورت، اصل «استاپل در عرضه واقعیات دعوا» اعمال می‌گردد.^{۹۰}

بديهی است در چنین حالتی – همان گونه که اشاره شد – انصراف از استرداد دعوا نمونه‌ای از اصل استاپل در جنبه‌های شکلی رسیدگی قضائی و طرح دعوا است و به نوع دیگر استاپل، که قابل تسری به ماهیت دعوا است، ارتباط نمی‌يابد.^{۹۱}

• نتیجه گیری

مسئله انصراف از استرداد دعوا، چه به معنای خاصّ خود و چه به عنوان مصداقی از نهاد استاپل، در ارتباط با روند استرداد دعوا و در چارچوب موضوعات مربوط به ادله اثبات دعوا (مبخی از آئین دادرسی) مورد بررسی و تحقیق قرار می‌گیرد. در حالی که به لحاظ عملکرد بین المللی، نمونه‌های فراوانی از استرداد دعوا که به مختومه شدن رسیدگی انجامیده است دیده می‌شود، در زمینه انصراف از آن، رؤیة مراجع دادرسی و داوری دنیا گسترش و هماهنگی مشابهی را نشان نمی‌دهد. چه آنکه این ایراد، در متون قواعد دادرسیهای بین المللی مسکوت مانده و نمود آن به مشابه قاعده‌ای منطقی و مبتنی بر اصول عمومی حقوق نیز مستلزم اجتماع شرایطی است که حصولشان دشوار است و نتيجتاً ایراد مزبور گاه غیرقابل توجیه می‌گردد.

با مطالعه‌ای که انجام شد، نکات زیرین را می‌توان استنتاج کرد:

۹۰. رجوع کنید به:

JEAN DARGENT: Une théorie originale du droit anglais en matière de preuve: la doctrine de l'estoppel. Thèse de Grenoble, Tourcoing-Imp. G. Frère, 1943. p. 47.

۹۱. همچنانکه دیدیم در قضیه آیا کاندا - ایران اینک، نزد شعبه سوم دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده، شعبه مزبور با وجود استناد به اصل استاپل، موضوع مطروحه را به ماهیت دعوا منضم نمود (رک. مأخذ ذکر شده در پالوشت ۸۷).

۱. انصراف از استرداد دعوى به معنای خاص و قاعدة استاپل هر دو از جمله ایرادهائی هستند که علی الاصول در جریان رسیدگی شکلی حتی پیش از پرداختن به صلاحیت، یعنی در چارچوب ایراد عدم قابلیت استماع دعوى^{۹۲}، طرح و بررسی می شوند.
۲. تقاضای استرداد دعوى از جانب خواهان مطرح می شود، بنابراین ایراد انصراف از استرداد دعوى علی الاصول علیه او و تنها در مقام دفاع خوانده به کار می رود. همان گونه که یک قاضی انگلیسی درباره استاپل می گوید، ایراد مجبور سپر است نه شمشیر.^{۹۳}
۳. چنین ایرادی قبل از هر چیز، مبتنی بر یقین به تحقیق پیشین استرداد دعوى است. بنابراین: اولًاً، به هیچ وجه تحقیق استرداد دعوى نمی تواند بر گمان استوار باشد؛ ثانیاً، همان گونه که مطالعه رویه دیوان بین المللی دادگستری نشان داد در صورتی ایراد مجبور پذیرفته است که خوانده قصد خواهان را مبنی بر سقوط قطعی دعوى اثبات کند، یا آنکه — به نحوی که در داوریهای بین المللی دیدیم — تناقضگوئی طرف دعوى طی موضع گیریهایش در دو برهه مختلف رسیدگی قضائی احراز گردد. در حقیقت، در مقام استناد به ایراد عدم قابلیت استماع، خوانده خود مدعی واقع می شود.
۴. با تثبیت رویه قضائی بین المللی مبنی بر اینکه تقاضای استرداد دعوى وقتی مجوز ختم رسیدگی است که عدم مخالفت خوانده نیز احراز گردد، راه ایجاد رویه ای برای عدم استماع انصراف از استرداد دعوى در دعاوی بین المللی هموار می شود زیرا، در این حال، تقاضای خواهان سبب بروز رفتاری از جانب خوانده می گردد که، در صورت پذیرش طرح مجدد دعوى، علی الاصول ضرری متوجه خوانده می شود و این امری است که اصل استاپل آن را مردود می شناسد.
۵. اعم از آنکه ایراد انصراف از استرداد دعوى به عنوان مصادقی از

92. L'exception d'irrecevabilité

93. M.P.FURMSTON: Cheshire & Fifoot's Law of Contract, 10th ed, 1981, pp. 86-87.

قاعدۀ استاپل و حسب اعتقاد غالب علمای حقوق بین الملل یکی از اصول کلّی حقوقی مبتنی بر اصل حسن نیت شمرده شود، یا آنکه—طبق نظری دیگر—برای آن مبنای عرفی قائل شویم، شگّی نیست که طرح و اعمال آن در رویۀ قضائی بین المللی بکرات پذیرفته شده است. در آنچه مشخصاً به رویۀ دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده در لاهه مربوط می‌شود، می‌توان گفت که با توجه به مادۀ ۵ بیانیۀ حل و فصل دعاوی که در «اتخاذ تصمیم درباره تمام موارد»، کاربرد «مقررات حقوقی و اصول حقوق تجارت و حقوق بین الملل» و نیز «عرف بازرگانی» را پیش‌بینی کرده است^{۹۴}، اعمال اصل استاپل و استناد به ایراد انصراف از استرداد دعوا کامل‌اً طبیعی به نظر می‌رسد. با این حال، همان‌گونه که دیوان بین المللی دادگستری در دعوای بارسلونا تراکشن اعلام می‌دارد، «ماهیت استرداد دعوا موضوعی نیست که بتوان آن را پیشاپیش تعیین و تعریف کرد. این امر باید در ارتباط با شرایط و اوضاع و احوال خاص هر دعوا مورد بررسی و مطالعه قرار گیرد.»^{۹۵}

۹۴. در این مورد رجوع شود به:

- JOHN R. CROOK: "Applicable Law in International Arbitration: the Iran-U.S. Claims Tribunal Experience". in A.J.I.L. Vol. 83, 1989, No. 2, pp. 278-311.
- G.HANESSIAN: "General Principles of Law in the Iran-U.S. Claims Tribunal" in *Colombia Journal of Transnational Law*, Vol. 27, 1989, No. 2, pp. 309-352.
- 95. I.C.J. Reports of Judgements, Advisory, Opinions and Orders, 1964, p. 19.

رزی با کله هنک

ROSY BACLET - HAINQUE

ترجمه: دکتر مصطفی رحیمی



شورای دولتی فرانسه

واسترداد در امور سیاسی





● مقدمه

رویه قضایی شورای دولتی در امور استرداد، در سالهای اخیر، مبدأ و منشأ گسترش خارق العادة رژیم استرداد در فرانسه بوده است. پیدایش اختلاف اداری کاملاً تازه‌ای در این باره موجب شده است که ضمانت از بیگانگانی که موضوع استرداد هستند تقویت گردد. درست است که اصل عدم استرداد در امور سیاسی جز از سال ۱۹۷۷ به بعد مورد تفسیر قرار نگرفته، با این همه، از ابتدای قرن نوزدهم این امر جزو میراث ایدئولوژیکی و حقوق موضوعه فرانسه بوده است. از این زمان این اندیشه صورت نهایی یافت که اگر پناهندگی نباید موجب فرار مرتكب از مجازات عمومی گردد، مجرم سیاسی باید هنگامی که از کشوری می‌گریزد که به علت ماهیت جرم ارتکابی در صدد تعقیب اوست، مورد کمک و حمایت قرار گیرد؛ مقامات کشوری که متهم بدان گریخته است باید درخواست استرداد چنین کسی را رد کنند.^۱

۱. در یونان و روم قدیم جرم سیاسی دارای اهمیت ویژه‌ای بود و موجب استرداد می‌شد. در قرن ←

اصل عدم استرداد در امور سیاسی از این زمان، استثنایی بر استرداد و همکاری بین المللی در مجازات مورد توصیه گروسیوس به شمار می‌رود.^۲ به عقیده این حقوقدان، جرایم سیاسی نباید بی مجازات بمانند. نیز چنین است از نظر بکاریا^۳ که در کتاب جرایم و مجازاتها اظهار می‌دارد که مجازات جزائی اجتناب ناپذیر است و پناهندگی نباید موجب فرار مجرم از مجازات شود.

در جریان قرن نوزدهم است که رفتار دولتها در مورد مرتكبان جرایم سیاسی تغییر می‌یابد.^۴

در فرانسه، تحت تأثیر نظریات گیزو^۵، این فکر قوت می‌گیرد که استرداد هر چند از دیدگاه احترام به حقوق توجیه می‌گردد اما هنگامی که موضوع جرمی سیاسی مطرح است توجیهی ندارد. وی می‌نویسد:

«خلاف اخلاق بودن جرایم سیاسی نه چندان روشن است و نه به اندازه جرایم عادی واقعاً غیراخلاقی. تغییرات متوالی امور انسانی بر جرایم سیاسی لباس تازه می‌پوشاند یا بر آن پرده می‌کشد و بر حسب زمان و رویدادها و حقوق و شایستگیهای قدرت، دگرگون می‌شود.»

در نتیجه انقلاب ۱۷۸۹ جرم سیاسی دارای حیثیتی خاص می‌شود، زیرا «اعلامیه حقوق بشر و شهروند» مورخ ۲۶ اوت ۱۷۸۹ از «مقاومنت» در برابر سistem «حقی طبیعی که مشمول مرور زمان نمی‌گردد» می‌سازد و قاعدة عدم استرداد در موضوع جرایم سیاسی را مردانی تدوین

دوazدهم، پادشاهان اروپای غربی بین خود موافقتنامه‌هایی امضا می‌کردند که موجب استرداد مجرمان سیاسی می‌شد.

۲. گروسیوس (Grotius) در کتاب درباره حقوق جنگ و صلح می‌گوید: دولتها در جلوگیری از اینکه جرمی بی مجازات بماند حقی طبیعی دارند. آنها باید مجرمانی را که به سرزیمنشان فرار کرده‌اند، به شرط معامله متقابل، مستردادرنده یا در دادگاههای خود محاکمه کنند.

3. Beccaria

۴. تمام استردادهای قبل از قرن نوزدهم اصولاً مربوط به پناهندگان سیاسی است.

5. Guizot

می‌کنند که خود طعم تبعید را چشیده‌اند.^۶

قاعده عدم استرداد در امور سیاسی در حقوق داخلی ابتداء‌طی بخشنامه‌های وزارت دادگستری اعلام می‌گردد^۷ و سپس در قراردادهای دوجانبه منظور می‌شود. در قرارداد استرداد فرانسه و بلژیک مورخ ۲۲ نوامبر ۱۸۳۴ برای نخستین بار این امر تسجیل می‌گردد.^۸

از این تاریخ به بعد منطقی یا مفهوم این شرط در قراردادهای مختلفی که فرانسه با دولتهای متعدد دیگر منعقد می‌کند، می‌گنجد. گاه این قرارداد به صورت قرارداد کامل است، گاه به صورت تبادل نامه، توافقنامه، یا پروتکل ویا یادداشت.

بدین گونه، درین دوران، استرداد کلّاً در قلمرو حقوق بین الملل قرار دارد، زیرا عبارت است از عمل همکاری بین المللی در امر مجازات توسط مقامات عالیرتبه‌یک دولت (دولتی که از او تقاضا شده) به درخواست دولت دیگر (دولت تقاضاکننده). پس، در این زمینه قضایی مسائل مورد اختلاف اداری در داخله کشور پیش نمی‌آید. تنها تصمیمی که در این موضوع منتشر شده تصمیم مورخ ۲ ژوئیه ۱۸۳۶ است که در مسأله‌ای مورد اختلاف صادر شده و مبنی بر مخالفت با عدم پذیرش هرگونه تجدیدنظر در مورد استرداد است، زیرا «اظهارنظر در مورد امری مربوط به سطح عالی

۶. پس از مطرح شدن پرونده گالوتی (Galotti) دولت فرانسه این اصل را می‌پذیرد. حکومت ناپل استرداد این افسر را به اتهام سرقت و اعمال خشونت درخواست می‌کند. دولت فرانسه به شرطی با استرداد موافقت می‌کند که در دادرسی او هیچ گونه ملاحظات سیاسی دخیل نباشد، زیرا گالوتی عضو وابسته کاربوناری (Carbonari) است و وقتی متوجه می‌شود که شخص اخیر به علت شرکت در انقلاب ۱۸۲۰ محاکمه شده است استرداد گالوتی را فسخ می‌کند و رئیس شورای وزیران شارل دهم در پاسخ به اعتراضهای متعدد نمایندگان مجلس، اصل عدم استرداد در مسائل سیاسی را رسماً اعلام می‌دارد.

۷. نخستین بخشنامه، موزخ ۵ آوریل ۱۸۴۱ است. بخشنامه‌های متعدد دیگری در سالهای ۱۸۷۳، ۱۸۷۵ و ۱۸۹۸ صادر می‌شود.

۸. بلژیک نخستین کشوری است که به موجب قانون مورخ اول اکتبر ۱۸۳۳ این قاعده را به صورت قانون درمی‌آورد.

اداری ناشی از عهدنامه دیپلماتیک» در صلاحیت قاضی اداری نیست و «مسئله‌ای دارای این ماهیت ممکن نیست در قلمرو صلاحیت مقام قضایی قرار گیرد». ^۹

پروفسور لاروک^{۱۰} معنی این رویه قضایی را چنین توضیح می‌دهد:

چون اقدام به استرداد به منزله عملی است یکجانبه مربوط به روابط بین دولتها یا به منزله قراردادی است دیپلماتیک، بنابراین «امری است مربوط به حکومت».

پس، شورای دولتی بنا به نظریه مذکور در امر رسیدگی به قانونی بودن حکم به استرداد خود را فاقد صلاحیت می‌داند.

واردشدن مقررات تقنیبی در حقوق موضوعه، وضع دادرسی دادگاه اداری را تغییر می‌دهد. مقررات ملی که در پایان قرن نوزدهم تدوین شد، پس از خاتمه جنگ جهانی اول در قانون دهم مارس ۱۹۲۷ شکل می‌گیرد. این قانون که درباره قواعد صوری و ماهوی مربوط به استرداد است به ویژه به گونه‌ای صریح اصل عدم استرداد در جرایم سیاسی را اعلام می‌دارد.

ده سال بعد، بر اساس شالوده این قانون، شورای دولتی این نظریه را که استرداد امری مربوط به حکومت است رها می‌کند و قابل قبول بودن شکایت را در مورد تخطی دولت در مورد حکم به استرداد می‌پذیرد و اعلام می‌دارد که «احکام استردادی را که به استناد قانون مورخ دهم مارس ۱۹۲۷ صادر شده و مشعر بر اجازه استرداد شخصی به دولت بیگانه است، از روابط بین المللی فرانسه مجزاست».^{۱۱}

۹. دیوان کشور فرانسه نیز همین گونه استدلال می‌کند.

10. Laroque

۱۰. برعکس، شکایت از تخطی دولت در مورد تبادل نامه میان حکومت فرانسه و حکومتی بیگانه درباره تقاضای استرداد قابل رسیدگی نیست. دولت کلمبیا از فرانسه استرداد شخصی را تقاضا کرده بود. وزارت امور خارجه فرانسه در یادداشت مورخ اول مارس ۱۹۸۵ خود به سفارت فرانسه در کلمبیا به مقامات آن کشور اطلاع داد که به موجب حکم ۲۶ اکتبر ۱۹۸۴ موافقت شده است که متهم مذکور به دولت ایالات متحده امریکا مسترد شود و به دولت اخیر اجازه داده شده است که می‌تواند متهم را در صورت اقتضا به دولت کلمبیا تحویل دهد..

با وجود این، شورای دولتی در این قلمرو اظهارنظر در مورد قرارداد استرداد میان فرانسه و بلژیک مورخ ۱۵ آوت ۱۸۷۴ را رد می‌کند و نظر می‌دهد: «رسیدگی به موردی که مربوط به رابطه فرانسه با قدرتی بیگانه است در صلاحیت شورای دولتی نیست».

از این رویه قضایی نتیجه می‌شود که قاضی مأمور رسیدگی به تخطی دولت حق ندارد قانونی بودن حکم استرداد را مورد نظر قرار دهد مگر از دیدگاه قانون فرانسه.

این محدودیت قدرت دادرس اداری را رویه قضایی از بین می‌برد. از این پس قاعدة حقوق بین الملل به موجب ماده ۲۶ کنوانسیون مورخ ۲۷ آکتبر ۱۹۴۶ قدرت قانونی دارد و شورای دولتی، هم به استناد قاعدة حقوق داخلی و هم به اتكای حقوق بین الملل شرایط قانونی بودن استرداد را بررسی می‌کند.

با وجود این، شورای دولتی، دامنه نظارت خود را فقط به قانونی بودن صوری حکم استرداد محدود نمی‌کند. تا سال ۱۹۷۷ فقط ممکن بود دلایل قانونی بودن از دیدگاه روابط خارجی توسط متقارضی مطرح شود و مورد رسیدگی دادگاه از لحاظ تخطی از قانون قرار گیرد.

امتناع شورای دولتی از اینکه در موضوع استرداد به اعمال نظارت عادی پردازد نشان می‌دهد که پس از دخالت مقام قضایی نمی‌خواهند تصمیم مغایری بگیرند: حکم به استرداد پس از اعلام نظر هیأت تشخیص اتهام دادگاه تجدیدنظر صادر می‌گردد که آن نیز بر اساس دلایل قانونی داخلی اتخاذ می‌شود. بنابراین، توسعه نظارت دادرس رسیدگی کننده به تخطی از قانون و بررسی ماهیت سیاسی استرداد، متنضم این فرض است که شورای دولتی این شرط را کنار می‌گذارد. و این معنای تغییر مسیر رویه قضایی پس از ۱۹۷۷ است.

موضوع از این نظر جالب توجه است که شورای دولتی می‌پذیرد که دلایل منتج از قانونی بودن ماهیت را که پیش از آن مقام قضایی بررسی کرده است مورد تحقیق قرار دهد.

با این همه، شورای دولتی پس از این تصمیمی که نظام قضایی را تغییر می‌دهد، رویه‌ای قضایی تدارک دیده که از نظر بعضی مؤلفان نسبت به آنچه از رویه قضایی انتظار می‌رفت، عقب‌تر است.

رویه قضایی شورای دولتی در موضوع استرداد سیاسی باید روش باشد. اگر درست است که دادرس اداری هنگامی که مسئله بررسی مقاصد دولت متقاضی استرداد مطرح است باید محتاط باشد، بر اساس احترام به قواعد حقوقی، درباره جرم سیاسی این ملاحظه را مطرح می‌کند که جرم مذکور «عملی است که اهمیت خاصی داشته باشد». وانگهی، شورای دولتی از ماهیت نظام سیاسی و قضایی دولت متقاضی استرداد، عنصری از عناصر قانونی بودن فرمان خود ساخته است.



دامنه نظارت بر استرداد سیاسی

تا سال ۱۹۷۷ قاعدة عدم استرداد در مسائل سیاسی عبارت است از قاعده‌ای از حقوق موضوعه که هم مقررات داخلی آن را تسجیل می‌کند و هم مقررات بین‌المللی، ولی قاعدة مذکور موضوع هیچ رویه قضایی شورای دولتی که حکم استرداد را محدود به نظارت قانونی بودن خارجی آن می‌کند، نیست.

اگر شورای دولتی در سال ۱۹۳۷ در برابر دولت از «عقده» خود نجات یافته، در سال ۱۹۷۷ بر این عقده که در رابطه با مقام قضایی دارد فائق می‌شود. خودداری دادرس اداری متکی به اهمیت نقش مقام قضایی است که قانون مورخ دهم مارس ۱۹۲۷ به او بخشیده و نیز مبتنی بر ماهیت کاملاً قضایی مسائلی است که هیأت تشخیص اتهام بررسی می‌کند.

در این دوران، شورای دولتی تشخیص داده است که نمی‌تواند

درباره مسائلی که در ستت قضایی فرانسه در صلاحیت مقام قضایی است حکم کند مانند: آزادی فرد و تبعات آن و اجرای تعقیب کیفری.^{۱۲} به نظر می‌رسد که بند یک ماده ۶۶ قانون اساسی چهارم اکتبر ۱۹۵۸ برای مقام قضایی در مورد تعزی به آزادی فردی صلاحیتی کلی و انحصاری مقرر داشته باشد.

نظر صاحبنظران حقوقی نیز با اندیشه «مجموعه صلاحیتها به سود قاضی دادگستری در مورد تمام آنچه که مربوط به آزادی فردی است» توافق دارد.

از طرفی، پروفسور لوشر^{۱۳} به نوبه خود تصریح می‌کند که «ماده ۶۶ بدین معنی نیست که فقط مقام قضایی می‌تواند در مسائل مربوط به تعزی به حقوق فردی تصمیمی بگیرد، بلکه بدآن معناست که تمام مسائلی که چنین ماهیتی دارند تابع نظارت اوست».

شایطی که شورای دولتی قائل است

۱. اهمیت نقش مقام قضایی در آئین دادرسی استرداد

دخالت قاضی دادگستری در آئین دادرسی استرداد موضوع قانون بیستم مارس ۱۹۲۷ ماهیت قضایی آن را تغییر داده است. در واقع، این معنی گواه اراده قانونگذار است که خواسته است معنی استرداد عملی باشد مربوط به حاکمیت و تعاون بین المللی، بلکه براین جنبه تأکید کند که مربوط به دادرسی جزایی است.

البته استرداد امری است دولتی، زیرا مخاطب تقاضای استرداد

۱۲. آزادی فردی که تحت عنوان «امنیت» در مواد ۷ و ۸ و ۹ اعلامیه حقوق بشر و شهروند مورخ ۲۶ اوت ۱۷۸۹ یاد شده «حقوقی طبیعی و زوال ناپذیر» قلمداد گردیده است.

13. Luchaire

باید دولت باشد از راههای دیپلماتیک: در واقع، تقاضای استرداد تسلیم وزارت امور خارجه می‌شود و این مقام است که پرونده مربوط را دریافت می‌دارد (ماده ۹).^{۱۴} این مقام پرونده را بررسی می‌کند و اگر مدرکی ضمیمه نیست، آنها را از دولت تقاضا کننده مطالبه می‌کند.^{۱۵} با تسلیم پرونده به وزارت دادگستری مرحله اداری بدؤی خاتمه می‌پذیرد.^{۱۶}

سپس مرحله قضایی آغاز می‌شود. دادستان کل پرونده استرداد را به دادستان محل اقامت متهم ارسال می‌دارد. دادستان دستور جلب متهم را صادر می‌کند و در عرض ۲۴ ساعت پس از حضور متهم شخصاً یا به وسیله دادیار، تحقیق از متهم به منظور تعیین هویت او صورت می‌گیرد (ماده ۱۱). سپس متهم با قرار بازداشت به زندان همان محل اعزام می‌شود (ماده ۱۲).

دومین مرحله قضایی متهم خارجی در مرجعی است که هیأت تشخیص اتهام نامیده می‌شود.

به موجب ماده ۱۲ قانون مورخ ۱۹۲۷ این هیأت عبارت است از دادگاه تجدیدنظر محلی که متهم در حوزه آن بازداشت شده است. شورای دولتی نظر داده که حکم استرداد صادر از هیأت تشخیص اتهامی جز دادگاه تجدیدنظر محل بازداشت متهم باطل است زیرا موازین قانونی رعایت نشده است.

۱۴. پرونده استرداد باید شامل اصل حکم محکومیتی باشد که برای اجرای آن تقاضای استرداد می‌شود، همچنین مواد جزایی که عمل متهم با آن مطابق است به همراه قرار بازداشت متهم یا هر قرار دیگر معادل آن؛ به شرطی که به گونه‌ای صریح امری که بدان علت قرار صادر شده است در آن مندرج باشد.

۱۵. این مقام می‌تواند خلاصه‌ای از جریان پرونده و اطلاعاتی درباره مشخصات متهم مورد تعقیب را بخواهد.

۱۶. وزیر دادگستری به نوبه خود می‌بیند که مدارک کامل است یا نه و درباره تسلیم یا عدم تسلیم پرونده به مراجع قضایی تصمیم می‌گیرد.

۲. ماهیت سؤالها

در واقع، هیأت تشخیص اتهام نقشی اساسی دارد؛ بررسی می‌کند که دربارهٔ هویت متهم خارجی یا در اعمال منتبه به او («اشتباهی بین») صورت نگرفته باشد و نیز نسبت به صحت و اصالت مدارک تسلیم شده مستند استرداد رسیدگی می‌کند و می‌بیند که پرونده به صورتی که قانون پیش‌بینی کرده است تنظیم شده باشد.

همچنین بررسی می‌کند که شرایط ماهوی پیش‌بینی شده در قانون مصوب ۱۹۲۷ رعایت شده باشد. و نظر به اینکه برای توصیف جرم از نظر قوانین فرانسه صالح است بررسی می‌کند که جرم انتسابی در عدد جرایمی باشد که بتوان براساس ارتکاب آنها حکم به استرداد داد.

بند ۲ مادهٔ سوم قانون دهم مارس ۱۹۲۷ تصریح می‌کند که جرم یا شروع به جرم یا باید در خاک دولت تقاضا کننده صورت گرفته باشد یا در خارج از سرزمین آن توسط شخصی خارجی، به شرطی که جرم ارتکابی از جرایمی باشد که قانون فرانسه اجازه تعقیب آن را بدهد هر چند که مرتکب آن بیگانه‌ای در کشوری بیگانه باشد.^{۱۷}

مادهٔ ۴ مقرر می‌دارد: «اعمالی که ممکن است موجب استرداد شوند» به شرح زیر هستند:

— تمام اعمالی که به موجب قانون کشور تقاضا کننده مشمول مجازاتهای جنایی باشند.

— تمام اعمالی که به موجب قانون کشور تقاضا کننده مشمول مجازاتهای جنحه‌ای باشند.

دولت فرانسه در هیچ موردی با استرداد موافقت نخواهد کرد در صورتی که عمل ارتکابی مشمول مجازاتهای جنایی یا جنحه‌ای نباشد.

۱۷. قانون ۱۹۷۵ این صلاحیت را ایجاد کرده که هر بیگانه‌ای که در کشوری بیگانه مرتکب جرمی شد قابل تعقیب است بدان شرط که جرم متوجه یکی از اتباع فرانسه باشد.



بعلاوه، بند دوم ماده ۵ بعضی از موارد امتناع از استرداد را
برمی‌شمارد که قاعدة عدم استرداد در موارد سیاسی از جمله آنهاست:
«هنگامی که جنایت یا جنحه دارای خصوصیت سیاسی باشد یا در
موردی که ناشی از موقعیتهایی باشد که استرداد به منظورهای سیاسی
تقاضا می‌شود، با درخواست استرداد موافقت نخواهد شد.»

بررسی این شرایط قانونی از طرف هیأت تشخیص اتهام موضوعی
اساسی است، زیرا بند یک ماده ۱۶ این صلاحیت را برای مرجع مذکور
شناخته است که درباره تقاضای استرداد رأی مستدل صادر کند. این قانون
تصریح دارد که هیأت تشخیص اتهام «نمی‌تواند نظر منفی بدهد مگر آنکه
شرایط قانونی جمع نباشد یا موضوع اشتباه مسلمی در میان باشد». به عبارت
دیگر، این هیأت مقتضی بودن استرداد را کنترل نمی‌کند اما درباره قانونی
بودن موازین استرداد نظارتی دقیق معمول می‌دارد. بنابراین، کاملاً روش
است که هیأت تشخیص اتهام صلاحیت دارد درباره «تطابق تقاضای
استرداد با قواعد حقوقی» بررسی کند.

۳. فقدان رویه قضایی شورای دولتی در مورد استرداد سیاسی

تا سال ۱۹۷۷ رویه قضایی اداری در موضوع استرداد سیاسی وجود
نداشت، زیرا شورای دولتی از اظهارنظر درباره شرایط ماهوی استرداد
خودداری می‌ورزید و نظارت خود را بر دلایل قانونی بودن خارجی امر،
یعنی بر قانونی بودن صوری حکم استرداد، محدود می‌کرد.
حکمی که درباره زنی به نام کرکوود^{۱۸} در سال ۱۹۵۲ صادر شد و
جنبه رویه قضایی آن بسیار مهم است از نظر وضع شورای دولتی بسیار
پرمعنی است.

در حالی که این زن اعلام می‌داشت که تقاضای استردادش علی
سیاسی داشته زیرا او عضو حزب کمونیست بوده است، شورای دولتی از

بررسی موجبات قانونی بودن امر از نظر قوانین داخلی مستنبط از مواد ۱ و ۲ و ۶ قرارداد استرداد فرانسه و امریکا مورخ ششم ژانویه ۱۹۰۹ امتناع کرد: «با توجه به اینکه بانوی متقارضی نقض موادی را اعلام می‌دارد که به ماهیت جرم و به هدف دولت تقاضا کننده استرداد مربوط است و با توجه به اینکه اگر ادعای بانوی مذکور بر عکس آنچه رأی صادره اشعار دارد در مورد نقض قرارداد مورخ ۲۷ آکتبر ۱۹۴۶ قابل پذیرش باشد، تشخيص امر به عهده هیأت تشخیص اتهام است و این امر که آیا شرایط مواد ۱ و ۲ و ۶ قرارداد انجام شده یا نه درشورای دولتی قابل بحث و بررسی نیست.»

به موجب نتیجه گیری نماینده دولت، شورای دولتی نظر داده است که بررسی قانونی بودن ماهیت حکم در صلاحیت مقام قضایی است. در مقابل، مجمع عالی قضایی درباره آئین دادرسی اداری استرداد نظارتی وسیع اعمال می‌کند. بند ۳ ماده ۳ قرارداد پیش‌بینی می‌کند که: «آئین دادرسی طبق قوانین معتبر حقوق داخلی خواهد بود». همچنین حاکی است که آئین دادرسی در این مورد نیز طبق مقررات است زیرا هیأت تشخیص اتهام در مورد استرداد نظر موافق داده است.

همچنین، شورای دولتی صلاحیت مقامی را که حکم صادر کرده بررسی می‌کند و به استناد ماده ۴ قرارداد مورخ ۲۷ آکتبر ۱۹۴۶ که صلاحیت پیشین رئیس جمهوری را به موجب ماده ۳ قانون اساسی مورخ ۲۵ فوریه ۱۸۷۵ به رئیس شورای وزیران محوّل کرده بود، نظر می‌دهد که بانو کرکوود در استناد به ماده ۱۸ قانون مورخ دهم مارس ۱۹۲۷ محق نیست، چه قانون مذکور پیش‌بینی کرده است که اعضای حکم مورد تجدیدنظرخواهی توسط رئیس شورای وزیران صورت می‌گیرد.

استرداد یکی از اتباع یونان به نام پتالاس^{۱۹} موجب صدور دورأی در سالهای ۱۹۵۵ و ۱۹۵۶ شد که در آنها فقط دلایل قانونی بودن صوری امر بررسی شده بود.

پتالاس که به اتهام مشارکت در اختلاس در یونان به حکم غیابی محکوم شده بود ابتدا در سال ۱۹۵۴ استردادش از فرانسه تقاضا شد. هیأت تشخیص اتهام نظر موافق داد. ولی حکومت فرانسه از استرداد او خودداری کرد زیرا قانون یونان اعتراض به رأی غیابی را تجویز نمی کرد.

ولی چون آئین دادرسی کیفری یونان در این مورد تغییر یافت، دولت به موجب فرمان مورخ ۳۱ اکتبر ۱۹۵۵ خود بی آنکه مجدداً نظر موافق هیأت تشخیص اتهام را بخواهد با استرداد موافقت کرد.^{۲۰}

پتالاس از این رأی به شورای دولتی شکایت کرد و مدعی شد که قانونی بودن صوری امر رعایت نگرددیده زیرا از هیأت تشخیص اتهام نظرخواهی نشده است.

شورای دولتی این نکته را در رأی مورخ ۱۸ نوامبر ۱۹۵۵ خود موردنظر قرار داده و رأی را به علت زیر نقض کرده است:

«با توجه به اینکه تصویب متنی جدید در آئین دادرسی کیفری موجب بروز امری تلزه شده چنانکه دولت فرانسه تصمیم قبلی خود را تغییر داده است، نتیجه می شود که دولت موظف بوده در این گونه موارد مجدداً مقررات قانون مورخ دهم مارس ۱۹۲۷ را اجرا کند و مخصوصاً عامل جدیدی را که موجب تغییر آئین دادرسی شده در معرض بررسی هیأت تشخیص اتهام قرار دهد. با توجه به اینکه قبل از رأی صادره مورخ ۳۱ اکتبر ۱۹۵۵ که به استرداد پتالاس نظر داده شده بود موضوع به هیأت تشخیص اتهام ارجاع نشده، لذا متقاضی در اعلام اینکه حکم بر اساس آئین دادرسی نادرستی صادر شده و از آن پس نیز این جریان را پیموده است محق می باشد».

شورای دولتی با این رأی، به گونه ای بسیار روشن نظر می دهد که خواستن نظر مقام قضایی یکی از عوامل بنیادی آئین دادرسی استرداد است.

۲۰. هیأت تشخیص اتهام دادگاه تجدیدنظر پاریس در تاریخ ۲۳ نوامبر ۱۹۵۵ اعلام داشت که از اظهار نظر مجدد خودداری می کرده، چه به موجب آئین دادرسی سابق با صدور رأی نهایی صلاحیتمن پایان یافته است.

رأی دوم در ۱۱ ژانویه ۱۹۵۶ صادر شده است. این بار پتالاس به این استناد به شورای دولتی مراجعه می‌کند که در حکم به استرداد او مقررات ماده ۱۳ قرارداد فرانسه و یونان رعایت نشده است، زیرا به موجب این ماده «اگر شخص مورد تقاضا به موجب مقررات این قرارداد بازداشت شده و تا سه ماه پس از بازداشت تسلیم نشد، آزاد خواهد شد و دیگر ممکن نیست به این علت مسترد گردد». متقاضی درخواست کرده که تا تعیین تکلیف نهایی اجرای دستور استرداد معلق بماند.

شورای دولتی در رأی مورخ ۳ فوریه ۱۹۵۶ خود نظر داده است که مقررات ماده ۱۳ مذکور روشن نیست و وزارت امور خارجه باید آن را تفسیر کند. بنابراین، حکم استرداد باید تا تعیین تکلیف معلق بماند و به همین دلیل با تقاضای تعلیق مورد درخواست متهم موافقت کرده است.

این رأی دوم از دو نظر جالب توجه است.

شورای دولتی برای نخستین بار تعلیق حکم استردادی را به گونه‌ای کاملاً موافقت آمیز می‌پذیرد.

در حالی که بر حسب معمول دو شرط برای اعطای تعلیق در اجرای یک تصمیم اداری جمع است (لغو تصمیم باید از آن زمان کاملاً محتمل باشد و اجرای آن چنان باشد که نتایجی مهم به بار آورد) شورای دولتی حفظ شرط دوم را مورد توجه قرار می‌دهد و اظهار نظر می‌کند که: «اجرای بلافضلة حکم طوری است که آزادی فردی پتالاس را به خطر می‌اندازد».

اولین شرطی را که دادرس دادگاه تعیین کرده مورد بررسی قرار نمی‌دهد. با این همه، مقررات ماده ۱۳ آنچنانکه شورای دولتی گفته مبهم نیست، زیرا حکم مورخ ۱۱ ژانویه ۱۹۵۶ بیش از سه ماه پس از بازداشت متهم صادر شده و شورای دولتی می‌توانسته نظر بدهد که رأی به همین علت باطل است.

با این همه، شورای دولتی ترجیح داده است که حکم را معلق گذارد و موضوع را به وزارت امور خارجه احاله دهد تا ماده مذکور را تفسیر کند.

دومین فایده و خصوصیت این رأی در مقام نظارت بر قانونی بودن مقررات داخلی امر در همین جاست: ماهیت دلیل قانونی بودن مستفاد از ماده ۱۳ کدام است؟

اگر درست است که موضوع مربوط به اجرای حکم استرداد است، قانونیت این آئین دادرسی در پرتو وجود شرطی ماهوی ارزیابی می‌گردد، یعنی جرم جزایی علت استرداد.

با انقضای مدت سه ماه، در واقع استرداد فاقد اساس حقوقی است مگر آنکه استرداد پتالاس به علت دیگری مورد تقاضا قرار گیرد. این ارزیابی ایجاب می‌کند که شورای دولتی شرایط قانونی ماهوی را که هیأت تشخیص اتهام مورد بررسی قرار داده بود، خود بررسی کند. چون شورای دولتی «اختیار» این کار را نداشته تفسیر ماده ۱۳ را به وزارت امور خارجه محول کرده است.

در سه مورد آخرین آرائی که پیش از ۱۹۷۷ صادر شده است، شورای دولتی هرگونه دلیلی را که غیرقانونی بودن خود حکم را مورد تردید قرار دهد، رد می‌کند.

در قضیه پوپوف^{۲۱} در حالی که مقاضی درخواست خود را بر این اساس متکی می‌کند که تقاضای دولت یونان به دلایلی که الهام بخش آن بوده و با توجه به ماهیت مقامی که حکم بازداشت را صادر کرده و با ضمانتهای ناکافی که در امر دفاع در آئین دادرسی معمول در بخش بالویل^{۲۲} وجود دارد و با توجه به اوضاع و احوالی که مدلل می‌دارد جرم ارتکابی در یونان جنبه تروریستی نداشته، قانوناً قانع کننده نیست، با وجود این شورای دولتی در رأی مورخ ۵ زانویه ۱۹۵۷ تقاضا را رد کرده است:

«با توجه به اینکه دلایل مذکور فقط ممکن بوده در برابر هیأت تشخیص اتهام مطرح شود که می‌بایست در اجرای مقررات قانون دهم مارس ۱۹۲۷ نظر بدهد، بنابراین دارای چنان ماهیتی نیست که ممکن باشد

21. Popov
22. Bâle-Ville

مستند تجدیدنظر در مورد تخطی از قانون در برابر حکمی که با استرداد پوپوف موافقت شده قرار گیرد.»

همچنین است حکم صادره از مورد ددوف^{۲۳}.

شورای دولتی در رأی مورخ ۸ ژانویه ۱۹۶۴ صلاحیت مقام اداری را یادآوری می‌کند، ولی درباره اظهارنظر در مورد دلایل قانونی بودن مورد درخواست متقاضی، خود را فاقد صلاحیت می‌داند، یعنی در مورد فقدان تشریع مراتب در پرونده استرداد.

رأی مربوط به راندل^{۲۴} مورخ ۲۴ آکتبر ۱۹۷۳ در همین مسیر است و انگیزه امر را با استحکام زیر نشان می‌دهد:

«با توجه به اینکه دلایل مذکور مربوط به بحث در ارزیابی اجرای ماده ۶ قانون دهم مارس ۱۹۲۷ است، هیأت تشخیص اتهام به این موضوع رسیدگی کرده که معلوم شود آیا شرایط مندرج در مواد ۱ و ۸ و ۹ قرارداد فوق الاشعار اجرا گردیده است یا نه؛ و با توجه به اینکه اگر نظر هیأت تشخیص اتهام، دولت را در موردی که استرداد پیشنهاد شده ملزم نمی‌سازد، هم از موضوع مسائلی که در هیأت مطرح شده و مربوط به آزادی فرد و اعمال تعقیب جزایی است و هم از خصوصیت آئین دادرسی در مرحله بازپرسی، همان گونه که در مواد ۹ تا ۲۰ قانون دهم مارس ۱۹۲۷ تعریف شده، چنین نتیجه گرفته می‌شود که قانونگذار خواسته است به هیأت تشخیص اتهام وظایفی محول کند که با آنچه به مقامی مشورتی تعلق می‌گیرد از یک طبیعت نیستند و در قلمرو نقش تحول یافته مقام قضایی قرار می‌گیرند.»

با این رأی شورای دولتی از عدم صلاحیت خود درباره رسیدگی به قانونی بودن رأی صادره از هیأت تشخیص اتهام تبیین مهمی عرضه داشته است. تغییرجهتی که رأی مربوط به آستودیلو کالڑا^{۲۵} در رویه قضایی ایجاد کرده از این هم جالب توجه تر است.

23. Dedoff

24. Rendel

25. Astudillo Calleja



گسترش نظارت شورای دولتی

اگر راست است که شعبهٔ جزایی دیوان کشور فرانسه^{۲۶} دارای صلاحیت انحصاری در امر رسیدگیهای قضایی در کلیهٔ امور مربوط به آزادیهای انفرادی است (رأی مورخ ۵ آوریل ۱۹۸۵)، شورای دولتی در رسیدگی تجدیدنظر در مورد تخطی اداری که منجر به تجاوز به آزادی انفرادی و به ویژه تصمیم به بازداشت غیرقانونی شده است خود را صالح می‌شandasد (آراء مورخ ۷ نوامبر ۱۹۴۷ و ۲ فوریه ۱۹۷۸).

وانگهی، خارج از مورد ایراد ضرب، دادگاه حل اختلاف^{۲۷} در کلیه مسائل رسیدگی به قانونی بودن یا تفسیر اعمال اداری فردی در کلیه امور مدنی متکی به عواملی که آزادی انفرادی را به خطر می‌اندازد خود را صالح می‌داند (رأی مورخ ۱۶ نوامبر ۱۹۶۴).

با رویهٔ قضایی پروندهٔ آستودیلو کالثا شورای دولتی نظارت بر آراء استرداد را نیز به قلمرو صلاحیت خود افزوده است.

این رأی در رویهٔ قضایی چنان تغییرمسیری را در بر دارد که هیچ چیز در رویهٔ قضایی سابق ممکن نبود بروز آن را پیشگویی کند (فقط پروفسور لاروک در یادداشتی این تحول را آرزو کرده بود).

گسترش فوق العادهٔ ضمانتهایی که شورای دولتی در جریان سالهای ۱۹۷۰ به خارجیان داده توضیح دهندهٔ این تغییر جهت است (مصاديق آن را در آراء مورخ ۱۹۷۳، ۱۹۷۴، ۱۹۷۵، ۱۹۷۶ و ۱۹۷۷ می‌توان دید).

شورای دولتی تشخیص داد که دخالت مقام قضایی فقط در مرحلهٔ

^{۲۶}..بی‌شک خوانندگان توجه دارند که دیوان کشور فرانسه فقط یک شعبهٔ جزایی دارد. (متجم)

27. Tribunal des Conflits

تدوین رأی استرداد و صدور رأی تضمین کافی نیست، مخصوصاً که دیوان کشور هرگونه درخواست مبنی بر تجدیدنظر از رأی هیأت تشخيص اتهام را غیرقابل استماع می‌دانست.

همچنین، به نظر می‌رسد که در مسیری مستقیم تراوضاع و احوال خصوص مورد، موجب این تغییرجهت شده باشد: حکم استردادی که مورد رسیدگی تجدیدنظر قرار گرفت مربوط به یک نفر از اتباع اسپانیا اهل باسک^{۲۸} به نام آستودیلو کالثرا بود که ادعا می‌کرد پناهندۀ سیاسی است. شورای دولتی در این مورد خاص مربوط به حقوق خارجیان، یعنی حق پناهندگی، با توسعه حق نظارت خود، چه در مورد به رسمیت شناختن صفت پناهندگی (آراء مورخ ۲۳ فوریه ۱۹۵۹ و دوم اکتبر ۱۹۷۰ و هفتم فوریه ۱۹۷۳ و اول اکتبر ۱۹۷۵) و چه در مورد اخراج خارجیان (آراء مورخ ۲۷ مه ۱۹۷۷ و ۲۷ مه ۱۹۷۷) برای قوه اجرائی محدودیتهاي قائل شده است.

۱. عدم امکان تجدیدنظرخواهی نزد مقام قضایی

قانون مورخ دهم مارس ۱۹۲۷ برای مقام قضایی نقشی اساسی در آئین دادرسی تدارک حکم استرداد قائل شده، اما به نظر می‌رسد که خارجیان را از اینکه بتوانند در مقام معارضه با حکم استرداد خود به مقامی قضایی متول شوند محروم کرده است.

اصل مذکور در بند یک ماده ۱۶ این است که تصمیمهای هیأت تشخيص اتهام در مورد استرداد قابل رسیدگی و تجدیدنظر نیست. تا سال ۱۹۷۷ این اصل را دیوان کشور دقیقاً اجرا می‌کرد.

چون قانونی در مورد تجدیدنظر وجود نداشت شعبه جزایی دیوان کشور همین که خارجیان از احکام استرداد صادره از هیأت تشخيص اتهام فرجام می‌خواستند، درخواست را غیرقابل پذیرش اعلام می‌کرد.

Basque ناحیه‌ای در شمال اسپانیا که ادعای خودمختاری و استقلال طلبی دارد و صحنه درگیریهای خشونت‌آمیز است. (متوجه)

فقط تصمیمهایی از هیأت تشخیص اتهام قابل رسیدگی فرجامی بود که رأی نهایی محسوب نمی شد (مثلاً درخواست آزادی به استناد ماده ۱۴ از طرف شخص بازداشت شده به منظور استرداد، آراء مورخ ۶ دسامبر ۱۹۵۱ و ۲۰ دسامبر ۱۹۵۱ و ۲۷ دسامبر ۱۹۶۴).

همچنین، شکایت از تصمیم هیأت تشخیص اتهام درموردی که مرجع مذکور متهم را احضار کرده ولی متهم بی آنکه وارد ماهیت موضوع شود مدعی می شود که مقررات قانون دهم مارس ۱۹۲۷ در مورد او قابل اعمال نیست و حق ادعای لواحق مربوط بدان از او سلب شده است نیز قابل رسیدگی فرجامی بود (رأی مورخ ۲۶ آوریل ۱۹۸۳).

تنها استثنای اصل مذکور در بند یک ماده ۱۶ شکایت دادستان کل یا وزیر دادگستری بود که به آنان اجازه می داد طبق ماده ۶۰ آئین دادرسی جزایی رویه قضایی را یکنواخت کنند و تفسیری واحد از قوانین و عهدا نامه های بین المللی را که از طرف مراجع تجدیدنظر صادر می شد معتبر بشناسند (آراء مورخ ۲۵ نوامبر ۱۹۴۸ و پنجم ژوئن ۱۹۵۹).

از این رویه قضایی شورای دولتی و دیوان کشور نتیجه گرفته می شد که تبعه خارجه از هرگونه طرح دعوای تجدیدنظر در ماهیت موضوع محروم است.

بدین گونه، نماینده دولت از رأی صادر در مورد آستودیلو کالژا نتیجه گرفت که توسعه نظارت شورای دولتی دستاوردی قطعی در حمایت از خارجیان است.

یکی از سناتورها در سال ۱۹۷۷ در مجلس سنا چنین گفت: «در واقع، چنین پیداست که تأیید نظارت شما به گونه ای است که به اشخاص ذینفع بهره فراوان می رساند. این ضمانت لازم است زیرا شخصی که استردادش درخواست شده نمی تواند از رأی هیأت تشخیص اتهام فرجام بخواهد.

۲. حمایت از پناهندگان

بی شک، اوضاع و احوال خاص در تحول رویه قضایی شورای دولتی تأثیر عمده‌ای داشته است.

رأی مربوط به آستودیلو کالثرا – چنانکه گفته شد – مربوط به استرداد یک نفر از اهالی باسک اسپانیاست که مدعی بود پناهندۀ سیاسی است.

تا قبل از صدور این حکم هنگامی که تقاضای استرداد یک نفر خارجی می‌شد و او از «سازمان فرانسوی حمایت از پناهندگان و بی تابعیتها»^{۲۹} درخواست می‌کرد که پناهندۀ شناخته شود، هیأت تشخیص اتهام برای صدور رأی منتظر تصمیم سازمان مذکور می‌شد.

اگر درخواست پناهندگی پس از مراجعة به هیأت تشخیص اتهام یا بعد از صدور رأی هیأت مذکور صورت می‌گرفت، دولت بر حسب معمول امر را متعلق می‌گذاشت.

بنابراین، عمل بر این بود که تحصیل پناهندگی مانع استرداد به شمار می‌رفت.

چون آستودیلو کالثرا از مدیر سازمان پناهندگی این مجوز را کسب نکرد به کمیسیون تجدیدنظر شکایت برد و چون مرجع مذکور نیز تقاضایش را مردود دانست وی می‌توانست به شورای دولتی مراجعت کند. با وجود این، وی برای فسخ رأی استرداد خود از این وسیله استفاده نکرد بلکه به ماده دوم قانون دهم مارس ۱۹۲۷ متولّ شد که اشعار می‌داشت:

«هنگامی که جنایت یا جنحه جبهه سیاسی داشته باشد و یا از اوضاع و احوالی ناشی شود که هدف استرداد امری سیاسی باشد... با استرداد موافقت نخواهد شد.»

طبق ماده ۳۲ قانون مورخ ۳۱ ژوئیه ۱۹۴۵ که مقرر می‌دارد:

29. Office Français de Protection des Réfugiés et Apatrides (O.F.P.R.A.)

«شورای دولتی مرجع فرجامخواهی از تصمیمهای مقامات اداری است که به طور قطعی صادر شده باشد»، بنابراین شورای دولتی به تصمیمهایی که در موضوع اعطای صفت پناهندگی از طرف کمیسیون تجدیدنظر صادر می‌شود و مربوط به شکایت از تصمیمهای مدیر سازمان حمایت از پناهندگان و حاکی از امتناع از اعطای حق پناهندگی طبق ماده ۵ قانون ۵ ژوئیه ۱۹۲۵ ناظر به تأسیس سازمان مذکور است، حق رسیدگی دعوای فرجمی دارد.

صلاحیت شورای دولتی به عنوان مرجع رسیدگی فرجمی، مخصوصاً بسیار موضع است، زیرا بر قانونی بودن تصمیمهای کمیسیون تجدیدنظر چه از نظر قوانین داخلی و چه براساس قراردادها رسیدگی می‌کند، چگونگی رسیدگی کمیسیون به ماهیت امر و اجرای قوانین را بررسی می‌کند و معنا و بردی را که به متون مربوط می‌بخشد ارزیابی می‌نماید.

بدین گونه، قواعد ماهوی مربوط به اعطای صفت پناهندگی را تعریف می‌کند و نظر می‌دهد که در خصوص مورد، طبیعت امر به گونه‌ای است که اعطای این صفت را به متقاضی ایجاد کند یا نه.

از سوی دیگر، در حالی که شورای دولتی معمولاً درباره اعطای حق پناهندگی اقدام کند مگر در چارچوب صلاحیت فرجمی خود، هنگامی که به امر تخطی از قانون در مورد تصمیمی اداری مربوط به بیگانه‌ای که مدعی پناهندگی است رسیدگی می‌کند، در اینکه به جای مدیر سازمان پناهندگی یا کمیسیون تجدیدنظر درباره اعطای صفت پناهندگی نظر بدهد، خودداری نمی‌ورزد.

در حکم مربوط به تومبوروس^{۳۰} بود که شورای دولتی برای نخستین بار درباره ماهیت صفت پناهندگی این تبعه یونان نظر داد که از نظریه اداره شهربانی که از دادن ورقه هویت به او و اجازه سفری که پناهندگان طبق کنوانسیون ژنو مورخ ۲۸ ژوئیه ۱۹۵۱ از آن برخوردار هستند امتناع کرده بود:

30. Tombouros

«اینکه آقای تومبوروس از یونان کشور متبع خود خارج شده بدان معنی نیست (و از اوراق پرونده مستفاد نمی شود) که متقاضی نمی تواند از حمایت آن کشور بهره مند شود و یا به علت ترس از مجازاتی که به سبب ارتکاب اعمال مرتكب شده نمی خواهد از آن استفاده کند. در این اوضاع و احوال موجه نیست که از صفت پناهندگی به معنای مقررات این کنوانسیون استفاده کند.»

رأی تومبوروس بر قابل ملاحظه ای دارد. یکی از صاحبینظران می نویسد:

«نظمی که ما به شما پیشنهاد می کنیم، در امر صلاحیتها ایجاد اغتشاش می کند، یعنی به شما اجازه می دهد که از راهی استشای استفاده کنید که در جریان عادی خود، مربوط به فرجام خواهی می شود.»

۳. رویه قضایی آستودیلو کالزا

شورای دولتی در پرونده آستودیلو کالزا مبنی بر درخواست لغو حکم استرداد، می توانست از رویه قضایی تومبوروس استفاده کند. چون متقاضی درخواست پناهندگی نکرده بود، قاضی اداری آن را مورد رسیدگی قرار نداده بود. ولی این نکته امری ضمنی به شمار می رفت.

شورای دولتی در موارد دیگر (که شرح داده خواهد شد) بدین شهامت دست می یابد.

در این مورد امر براین دایر است که قانونی بودن حکم استرداد از نظر قوانین داخلی بررسی شود و شرایط قانونی آن که معمولاً هیأت تشخیص اتهام بدان می پردازد، کنترل گردد.

شورای دولتی قانونی بودن حکم استرداد را با توجه به تمام ابعاد قانون دهم مارس ۱۹۲۷ بررسی کرده است:

«این قانون در عین حال هم شرایط، هم آئین دادرسی و هم آثار

استرداد را تعریف می‌کند. بنابراین، اگر قانونگذار خواسته است شرایط استرداد را محدود کند و ضمانهایی برای دادخواهان درنظر بگیرد، از «آن روست که خواسته از استرداد جنبه دولتی آن را حذف کند. قابل قبول نیست که قواعدی اینچنین، ضمانت اجرایی نداشته باشد. از زمان وضع قانون مورخ دهم مارس ۱۹۲۷ دادرس می‌تواند قانونی بودن استرداد را کنترل کند.»

برای کنترل کردن قانونی بودن استرداد و سلب هرگونه خصوصیت قضایی از هیأت تشخیص اتهام و رأی صادر از آن شهامت لازم است. پروفسور لاروک در یادداشتی ذیل رأی دیسرف³¹ اظهارنظر می‌کند که وقتی هیأت تشخیص اتهام به شرایط عملی شدن استردادی رسیدگی می‌کند، در واقع رأیی صادر نمی‌کند که ارزش قضایی داشته باشد و بنابراین تصمیمهایش ارزش «اعتبار امر قضاوت شده» را ندارد. می‌نویسد:

«به موجب نص همین قانون هیأت تشخیص اتهام فقط نظر می‌دهد و موردی که اگر این نظر در موافقت با استرداد نباشد دولت موظف به رعایت آن است، خصوصیت آن را تغییر نمی‌دهد و نیز در صورت و فرم قضیه تغییری ایجاد نمی‌کند.... هیأت تشخیص اتهام در این مورد نه چون مقامی قضایی بلکه به عنوان همکار مقامی اداری انعام وظیفه می‌کند و نظرش بیش از نظر هر کمیسیون اداری اعتبار ندارد.»

به گونه‌ای که «ترکیب این کمیسیون جنبه اداری آن را زایل نمی‌سازد و موجب نمی‌گردد که شورای دولتی برای ارزیابی قانونی بودن آن ناصالح باشد».

ولی آقای لاورک از این نظر پشتیبانی می‌کند که شورای دولتی می‌تواند «قانونی بودن آئین دادرسی هیأت تشخیص اتهام را، در موردی که به شرایط قانونی استرداد رسیدگی می‌کند، تحت کنترل درآورد». برونو ژنووا³² نماینده دولت در شورا نیز با نتیجه گیری از رأی صادر

31. Decerf

32. B.Genevois

درباره آستودیلو کالثرا همین دلایل را اقامه می‌کند:

«ماده ۱۶ قانون دهم مارس ۱۹۲۷ می‌گوید که از احکام هیأت تشخیص اتهام نمی‌توان تجدیدنظر خواست. ولی این ماده، درست مانند ماده ۱۷، بدون هیچ گونه ابهامی تصریح دارد که رأی هیأت تشخیص اتهام باید لزوماً مستدل باشد. در هیچ جای قانون اشاره‌ای نیست که هیأت تشخیص اتهام از پیش خود بتواند تصمیمی بگیرد. درست است که مفهوم رأی هیأت در تصمیم دولت درباره استرداد مؤثر است، اما در موردی که رأی مساعدی صادر شده باشد، دولت آزاد است که با استرداد موافقت کند یا نکند. بنابراین، از نظر قضایی تصمیم موافق با استرداد به مثابه عملی اداری که از هیأتی اداری صادر شده باشد تحلیل می‌شود. پس، مانع نیست که شما قانونی بودن حکم استردادی را از نظر حقوق داخلی مورد رسیدگی قرار دهید، به همان گونه که نظارتی قانونی بر هر عمل اداری اعمال می‌کنید.»

این مقام که تا پایان استدلال خود پیش می‌رود می‌افزاید:

«دلیلی نیست که شما قواعد ماهیو مندرج در قانون دهم مارس ۱۹۲۷ یا فلان کنوانسیون را به گونه‌ای جامد رعایت کنید. اگر راست است که حکم استرداد چیزی جز اقدامی اداری نیست که از مقامی مشورتی صادر شده باشد، حق باشماست که درباره آئین دادرسی مورد اعمال در این مرجع به بررسی پردازید.»^{۳۳}

شورای دولتی، بی آنکه مانند نماینده دولت صریحاً درباره ماهیت قضایی حکم صادر از هیأت تشخیص اتهام نظر بدهد، دلیل مربوط به ماهیت سیاسی درخواست استرداد را که هیأت مذکور خود به خود بدان اشاره نکرده بود بررسی می‌کند و رأی مساعد مرجع مذکور را ابطال می‌نماید:

«با توجه به اینکه به موجب ماده ۵ قانون دهم مارس ۱۹۲۷ که قواعد آن شرایط مندرج در قرارداد استرداد میان فرانسه و اسپانیا مورخ ۱۴ دسامبر

۳۳. درباره ماهیت قضایی حکم رجوع شود به مأخذ زیر:

J.LEMONTEY: Du rôle de l'autorité judiciaire dans la procédure extraditionnelle française.

۱۸۷۷ را تکمیل می‌کند هنگامی که جنایت یا جنحه دارای جنبه‌ای سیاسی باشد یا از اوضاع و احوال چنین استنبط گردد که درخواست استرداد دارای هدفی سیاسی است، با استرداد موافقت نمی‌شود، و با توجه به اینکه استرداد در این مورد قانونی نیست، بنابراین همین که بدون نیاز به بررسی سایر موجبات درخواست، این معنی مسلم شد، دیگر موردی برای استرداد باقی نمی‌ماند، لذا آقای آستودیلو کالثرا محق است که ابطال رأی مورخ ۵ مارس ۱۹۷۵ را که به موجب آن وزارت دادگستری استرداد او را تجویز کرده است، درخواست نماید.»

در مقابل، در حالی که آستودیلو کالثرا ادعا کرده بود که هیأت تشخیص اتهام رعایت قواعد آئین دادرسی را نکرده، یعنی او وکیل نداشته و مترجم او نیز طبق پیش‌بینی قانون مورخ ۲۹ دسامبر ۱۹۷۲ سوگند یاد نکرده بوده، شورای دولتی با امتناع از تعقیب روش نماینده دولت در این مورد از بررسی آئین دادرسی توسط هیأت تشخیص اتهام شانه خالی کرده است. به موجب این رویه قضایی، شورای دولتی صلاحیت خود را در مورد کنترل رعایت کلیه شرایط ماهوی مندرج در قانون فرانسه یا قراردادهای بین‌المللی محرز می‌داند. در عوض، نظارت آن در مورد قانونی بودن قواعد خارجی، محدود به آئین دادرسی پس از صدور رأی هیأت تشخیص اتهام است.

شورای دولتی در احکام بعدی خود، در تعقیب کاری که با حکم صادر درباره آستودیلو کالثرا آغاز شده بود، دامنه صلاحیت خود را باز هم بیشتر گسترش می‌دهد.

شورای دولتی در رأی صادر درباره کرواسان^{۳۴} مورخ ۷ژوئیه ۱۹۷۸ بر صلاحیت خود تأکید می‌کند و دامنه آن را توسعه می‌دهد: از طرفی، بر قانونی بودن حکم استرداد از نظر حقوق داخلی نظارت می‌کند، و از طرف دیگر، به بررسی قانونی بودن آن از نظر رعایت موازین مندرج در عهدنامه‌ها می‌پردازد و این بار وارد رسیدگی در قانونی بودن آئین دادرسی

در جریان رسیدگی هیأت تشخیص اتهام می شود.

موریزو^{۳۵}، نماینده دولت در شورای دولتی، نتیجه می گیرد:

«به نظر ما ممکن نیست که در میان رودخانه متوقف شویم. از دو حال

بیرون نیست: یا شما، به استناد نیت قانونگذار، نتیجه می گیرید که بررسی رعایت شرایطی که قانون یا قراردادهای بین المللی، استرداد را تابع آنها می دانند به شما مربوط نیست و در این صورت راه حل انتخاب شده در پرونده آستودیلو کالثرا را ترک می کنید و به حکم صادر درباره کرکود باز می گردید که در آن اساس کار تنها نیت قانونگذار است؛ یا اینکه این رویه را کنار می گذارید، و در این صورت تمام اختیارات بررسی دولت، چه مواردی که هیأت تشخیص اتهام بررسی کرده یا نکرده است، باید بدون هیچ محدودیتی تابع کنترل شما در مورد قانونی بودن جریان امر باشد.»

بنابراین، در پرونده کرواسان^{۳۶}، شورای دولتی قانونی بودن آئین دادرسی را در هیأت تشخیص اتهام مورد رسیدگی قرار داده، یعنی به شرایطی که طی آنها رأی صادر شده توجه کرده است. درخواست کننده مدعی شده که هیأت تشخیص اتهام به دلایل جدیدی که او اقامه کرده

25. Moriso

۳۶. نظارت معمول شده در باره قانونی بودن آئین دادرسی در هیأت تشخیص اتهام به نسبو کامل است. بنابراین، درخواست کننده می تواند به عدم رعایت هر یک از شرایط قانونی اعتراض کند: نقض حق دفاع. مثلاً بگویید که هیأت به درخواست او مبنی بر رسیدگی به دلایل جدید توجه نکرده است: یا به گونه ای بند ۳ ماده ۶ کمونیسیون اروپایی حقوق پسر مورد توجه هیأت تشخیص اتهام دادگاه تجدیدنظر پاریس قرار نگرفته و درخواست کننده مترجم مناسب در اختیار نداشته و یا وکیلی به میل خود انتخاب نکرده (رجوع کنید به رأی صادر در باره گابور ویستر Gabor Winter مورخ ۱۵ فوریه ۱۹۸۰)، یا هیأت دوبار به یک عمل رسیدگی کرده (رجوع کنید به رأی صادر در پرونده پیپرنو Piperno مورخ ۱۳ اکتبر ۱۹۸۲)، یا اینکه مدارک ضمیمه درخواست استرداد به ذینفع ابلاغ نشده (همان پرونده)، یا صورت کمی مواد قانونی ناظر به عمل انجام شده در اختیار ذینفع قرار نگرفته، یا آخرین دفاع از متهمن اخذ نشده (رأی صادر در باره گاسپارینی Gasparini مورخ نهم دسامبر ۱۹۸۳)، یا اینکه گزارش امر قرائت نشده است (رأی مورخ ۶ سپتامبر ۱۹۸۳).

بی توجه مانده و بنابراین حق دفاع قانونی از او سلب شده است.^{۳۷} در حکم صادر درباره لوجامبیو گالدثانو^{۳۸} شورای دولتی به گونه‌ای عقب‌نشینی کرده و کنترل خود را در مورد قانونی بودن مراتب به آئین دادرسی پس از پایان مرحله قضایی از نظر مقررات کنوانسیون‌ها محدود نموده است:^{۳۹}

«با توجه به اینکه به موجب قانون دهم مارس ۱۹۲۷ احکام استرداد باید مسبوق به نظر مساعد هیأت تشخیص اتهام باشد و با توجه به اینکه مقررات مذکور منافی با فرجامخواهی از این نظر نیست، بدان شرط که فرجامخواهی به اتکای معایب صوری یا آئین دادرسی اعمال شده از طرف هیأت باشد، و با توجه به اینکه هرگونه وسیله صوری یا آئین دادرسی مربوط به نظریه هیأت از صلاحیت شورای اداری بیرون است، همچنانکه فرجامخواهی از حکم استرداد حتی درصورتی که به دیوان کشور رجوع نشده باشد، و با توجه به اینکه بررسی دلایل شکایت از عدم رعایت قراردادها در رأی هیأت تشخیص اتهام ناحیه پو^۴ در صلاحیت شورای دولتی نیست، و با توجه به اینکه شورای اداری باید از طرفی درباره معایب خاص حکم استرداد نظر بدهد و از طرف دیگر درباره رعایت قوانین داخلی اظهارنظر کند، بنابراین، هم از نظر قوانین و هم به موجب مقررات عهدنامه‌های بین‌المللی، پس از بررسی هیأت تشخیص اتهام، دولت می‌تواند تصمیم بگیرد که شرایط

۳۷. همچنین شورای دولتی قانونی بودن حکم را از نظر صوری مورد توجه قرار داده و رعایت قواعد مندرج در قانون مورخ دهم مارس ۱۹۲۷ از قبیل تشریفات مربوط به گزارش امر و مستدل و موجه بودن حکم و رعایت مقررات کنوانسیون اروپایی حقوق بشر را کنترل کرده و دقت نموده که آیا متهم مترجمی با شرایط مناسب در اختیار داشته و آیا وکیلی به میل خود انتخاب کرده است یا خیر؟

38. Lujambio Galdéano

۳۹. بدین گونه، شورای دولتی بر قانونی بودن آئین دادرسی در امر صدور رأی نظارت می‌کند، به رسیدگی مدارک پرونده می‌پردازد همچنانکه قرار بازداشت و مشاوره با هیأت منصفه، و نیز به دقت اعمال منتبه به متهم فراری را جداگانه مورد ملاحظه قرار می‌دهد و دلایل برضد اورا ارزیابی می‌کند.

40. Pau

استرداد، برای آن مقدار از جرایمی که به اطلاع او رسیده، جمع آمده است.»^{۴۱}

از این پس، مسئله استرداد، میان دادرس دادگاه اداری و دادرس قضایی به شرح زیر تقسیم می‌شود:

دیوان کشور آئین دادرسی قضایی مربوط به قبل از صدور نظر هیأت را بررسی می‌کند زیرا «اوپا ع و احوالی که در آنها جلب متهم بنابه درخواست مقامات خارجی صورت گرفته و زندانی شدن او و سپس تحت نظر بودن او و بازداشت او، به خودی خود قانونی بودن حکم را که موجب سلب آزادی متهم شده است مخدوش نمی‌سازد.» (رأی مورخ هشتم مارس ۱۹۸۵)

بدین گونه، نظارت بر رعایت قراردادهای بین‌المللی در آئین دادرسی منجر به صدور رأی در صلاحیت اوست.^{۴۲} از این پس، دیوان کشور درخواست اتباع خارجی را با توجه به مراتب زیر می‌پذیرد:

«اگر به موجب ماده ۱۶ قانون دهم مارس ۱۹۲۷ نظر مستدل هیأت تشخیص اتهام درباره استرداد قابل رسیدگی مجدد نیست، از اصول کلی حقوق نتیجه گرفته می‌شود که شکایت فرجامی، هنگامی که حاکی از نقض قوانین باشد آنچنانکه شخص از شرایط اساسی وجود قانونی خود معروف گردد، باید پذیرفته شود.»^{۴۳}

۴۱. رأی مورخ ۲۶ سپتامبر ۱۹۸۴. بدین ترتیب، سورای دولتی چرخش رویه قضایی دیوان کشور را که به نوبه خود پذیرفته بود که تبعه بیگانه می‌تواند از نظر هیأت تشخیص اتهام شکایت کند مورد توجه قرار داده است.

۴۲. شکایت از نظر هیأت تشخیص اتهام در موردی که درباره استرداد نظر مستدلی داده از این نظر که با درخواست تجدید جلسه موافقت نکرده پذیرفته شده است (رأی مورخ ۲۱ سپتامبر ۱۹۸۴). چنین است شکایت از اینکه ترجمه مستندات صادره از دولت خارجی باید تابع مقررات آئین دادرسی فرانسه نیز باشد. و چنین است شکایت از چگونگی تشکیل هیأت تشخیص اتهام.

۴۳. آراء مورخ ۱۸ دسامبر ۱۹۷۹ و اول مارس ۱۹۸۳ و ۲۶ آوریل ۱۹۸۳ و ۱۷ و ۱۹۸۴ مه.

شورای دولتی صریحاً پذیرفته است که دیوان کشور « فقط در مورد بررسی معایب صوری و آئین دادرسی رأی صالح است »^{۴۴}.

درست است که وجود مرجع تجدیدنظر از نظر هیأت تشخیص اتهام تضمین عمدہ‌ای است، زیرا اجرای آن را به حالت تعلیق درمی‌آورد.

به موجب رویه قضایی شورای دولتی، استرداد درصورتی قانونی است که مدت فرجامخواهی منقضی شده باشد یا اگر فرجامخواهی صورت گرفته، دیوان کشور آن را رد کرده باشد.^{۴۵}

شورای دولتی، به نوبه خود نظارت کامل خود را بر قانونی بودن حکم استرداد اعمال می‌کند.

بدین منظور، شورا بر قانونی بودن آئین دادرسی اداری استرداد نظارت می‌کند، وجود نظر موافق هیأت تشخیص اتهام را بررسی می‌کند و به صلاحیت داشتن مقامی که حکم استرداد را امضاء کرده است می‌پردازد^{۴۶} و اطمینان می‌یابد که هیأت تشخیص اتهامی که درباره تبعه بیگانه نظر داده صلاحیت داشته است یا نه (رأی ۱۳ اکتبر ۱۹۸۰)، و آیا هیأت طبق قانون تشکیل شده است یا خیر^{۴۷}، و آیا حکم استرداد طبق ماده یک قانون ۱۱ژوئیه ۱۹۷۹ به اندازه کافی مستدل هست یا نه (آراء ۱۷ فوریه ۱۹۸۳ و ۱۴ دسامبر ۱۹۸۷ و ۲۸ ژوئیه ۱۹۸۹ وغیره).

شورا همچنین بررسی می‌کند که نظر هیأت منطبق با قوانین داخلی

۴۴. رأی مورخ ۷ فوریه ۱۹۸۶ و رأی ۲۴ ژانویه ۱۹۹۰.

۴۵. در حالی که فرجامخواهی در دیوان کشور مطرح است اجرای حکم استرداد قانونی نیست (رأی مورخ هشتم مارس ۱۹۸۵).

۴۶. مقام صالح، نخست وزیر است (رأی مورخ ۱۰ مه ۱۹۸۱ و رأی مورخ ۱۳ اکتبر ۱۹۸۲). همچنین، به درستی نظر داده شده است که نبودن امضای دوم وزیر کشور یا وزیر امور خارجه موجب نقصان حکم از نظر صوری نیست (رأی مورخ ۴ مارس ۱۹۸۳). فقط امضای دوم وزیر دادگستری ضروری است.

۴۷. ولی نمی‌تواند درباره وظيفة ضابطان قضایی اظهارنظر کند و به وسیله ای غیرقانونی بودن کار دادسرای مربوط و رئیس کل دادگاههای استان را که انتخاب اعضای هیأت تشخیص اتهام با اوست طبق رویه قضایی مرسوم ثابت کند (آراء ۱۳ ژوئیه ۱۹۶۱ وغیره).

هست یا نه، زیرا این نظر مبنای قانونی حکم استرداد به شمار می‌رود.
همچنین، شورای دولتی به بررسی کیفیت اعمالی که مستند درخواست استرداد از دیدگاه قانون جزای فرانسه است می‌پردازد.

شورای دولتی در پرونده کرواسان و برای نخستین بار مبنای کار را کیفیت قضایی امر برمبنای قانون جزای فرانسه نهاد. در این پرونده اظهار نظر کرد که صرف تهیه وسایل ارتباطی که به زندانی امکان دهد با سایر زندانیان و با اعضای سازمانش در خارج از زندان ارتباط یابد، مشمول ماده ۲۶۷ قانون جزای فرانسه است (رأی مورخ ۷ژوئیه ۱۹۷۸).

طولانی بودن حکم مربوط به این پرونده گواه برآن است که می‌خواهند نظارت کامل بر آئین دادرسی و اعمال منتبه به متهم اعمال کنند.

مسئله عبارت است از پیشرفت قابل ملاحظه نظارت دادرس دادگاه اداری، زیرا در پرونده آستودیلو کالڑا دادرس اداری از اینکه نظارت چنین وسیعی معمول دارد، خودداری می‌کرد.

مسلمًاً چنین نظارتی منشأ بروز مشکلاتی برای دادرسان دادگاههای اداری است که با مسائل حقوق جزا آشنا بی زیادی ندارند. نماینده دولت در اظهار نظر درباره پرونده گابور وینتر برای شورای دولتی تشریح می‌کند که عملش در این باره چگونه باید باشد:

«با وجود این، شما نمی‌توانید در اعمال این نظارت از حد رویه قضایی شعبه جزایی دیوان کشور، که یکی از عوامل تشکیل دهنده حقوق جزاست، تجاوز کنید و در این موارد خیلی خاص شما باید آن را رعایت کنید و سفارش را اجرا نمایید: در اینجا استدلال قضایی باید با اقتضای امر همراه باشد.»^{۴۸}

همچنین، شورای دولتی رعایت اصل جرم بودن دوگانه عمل انسابی را کنترل می‌کند: اعمالی ممکن است مستند استرداد قرار گیرد که

۴۸. پرونده امر منجر به صدور رأی ۱۵ فوریه ۱۹۸۰ شده است.

هم برحسب قوانین کشور تقاضاکننده و هم به موجب قانون کشوری که از آن تقاضای استرداد می‌شود، جرم باشد.^{۴۹}

با این همه، شناختن واقعیت اتهام نه در صلاحیت هیأت تشخیص اتهام است نه به عهده دولت و نه در صلاحیت شورای دولتی. پس، اجرا شدن قانون جزای دولت تقاضاکننده مسئله‌ای قضایی نیست بلکه موضوعی است.^{۵۰}

بدین گونه، شورای دولتی نظارتی کامل بر اجرای شرایط قانونی مقرر در کنوانسیون‌های بین‌المللی یا قانون مربوط به استرداد اعمال می‌کند.^{۵۱} در این قلمرو که ارزیابیهای شخص و ذهنی جای خاصی را اشغال می‌کند، کنترل قانونی بودن امر مسئله‌ای است ظرفی و دشوار به ویژه که حقوق داخلی و حقوق بین‌الملل هیچ یک ضابطه‌ای واقعی که براساس آن بتوان ماهیت سیاسی استردادی را ارزیابی کرد، به دست نمی‌دهند.

تنها ضابطه‌های موجود، از طرفی خصوصیت سیاسی جرم موضوع استرداد است، و از طرف دیگر «انگیزه»^{۵۲} سیاسی مورد نظر دولت تقاضاکننده.



حدود قاعدة عدم استرداد در امور سیاسی

به رغم تازگی نسبی مسائل مورد اختلاف اداری در مورد استرداد

. ۴۹. رأى مورخ ۷ ژوئيَّة ۱۹۷۹.

. ۵۰. رأى مورخ ۲۷ ژوئيَّة ۱۹۷۹ ورأى مورخ ۱۵ فوريَّة ۱۹۸۰.

. ۵۱. رأى مورخ ۷ ژوئيَّة ۱۹۷۸ ورأى مورخ ۱۳ أكتوبر ۱۹۸۲ ورأى مورخ ۲۷ ژوئيَّة ۱۹۷۹.

. ۵۲. (گیوه در اصل مقاله است. مترجم.) mobile

سیاسی، رویه قضایی شاخصی از آن به دست آمده است، زیرا مقررات حقوق بین الملل یا حقوق داخلی مربوط به آن شامل آراء بسیار زیادی است.

درست است که شورای دولتی، هم درباره ماهیت سیاسی جرم انتسابی و هم درباره انگیزه سیاسی که مبنای درخواست استرداد دولت تقاضا کننده است، رسیدگی می کند، ولی چنین به نظر می رسد بردی که به این دو شرط قانونی استرداد داده شده آنچنان وسیع نیست که ممکن است از رویه قضایی آستودیلو کالا پیش بینی کرد.

بدین گونه، رویه قضایی اداری از جرم سیاسی استنباطی دارد رویه مرفته نزدیک به استنباط دادرس قضایی. در واقع، به رغم سنت آئینی کاملاً ملایمی در این باره، وبی شک به سبب مقررات بسیار مبهم حقوق موضوعه داخلی و بین المللی، شورای دولتی به گونه ای با ایجاد مقوله ای تازه از جرایم جزایی به نام «اعمالی که حائز اهمیت خاص» هستند و جدا کردن آنها از شمول اصل عدم استرداد، از جرم سیاسی تعریفی محدودتر به دست داده است.

به همین طریق، کنترل شورای دولتی در ماهیت سیاسی تقاضای استرداد، اگر در اساس، گواه نوعی شهامت دادرس اداری است، از دیدگاه این اندیشه دارای محتوایی است وسیع که در قالب کلماتی فشرده بیان شده است.

در مقابل، رویه های قضایی مربوط از یک طرف به ماهیت نظام سیاسی و قضایی دولت تقاضا کننده و از طرف دیگر مربوط به استرداد بیگانگانی که پناهنده سیاسی به حساب می آیند، به گونه ای قابل ملاحظه در موضوع تجدید مطلع می کنند و نقاط قوت رویه قضایی شورای دولتی را در مورد استرداد سیاسی تشکیل می دهند.

ماهیت سیاسی جرم

رویه قضایی شورای دولتی مربوط به جرم سیاسی فقط با درنظر

گرفتن یک پدیده سیاسی قابل تبیین است: تروریسم.

همچنانکه قوانینی که پس از قرن نوزدهم در راه مبارزه با تروریسم

وضع شده و در اصل عدم استرداد در جرایم سیاسی محدودیتهایی ایجاد کرده است نشان می دهد، این پدیده سیاسی امر تازه‌ای نیست.

در واقع، تصویر مجرم سیاسی به نحوی که پیش از این ترسیم شده

بود، تارشده است. پیش از این، مجرم سیاسی چنین تعریف می شد:

«نوعی قهرمان، فردی بی توجه به مادیات که در راه آرمان خود می جنگد و

حاضر است جان خود را در راه استقرار رژیمی بهترفا کند. به عبارت روشن تر،

وی کسی است که می خواهد در راه هدف «مقدس» آزادیخواهی سیاسی

«شهید» شود.^{۵۳}

درست است که مجرم سیاسی، هر روز بیش از پیش، با

تروریستی که زندگی دیگری را به خطر می اندازد ولی حاضر نیست درباره زندگی خود خطر کند، یکی گرفته می شود.

بنابراین، به حساب آوردن تروریسم از نظر سیاسی و قضایی در

کنوانسیون های مختلف بین المللی، همراه با رویه قضایی شورای دولتی،

به صورت موضوع مجادله‌ای در حقوق داخلی فرانسه درآمده است.

شورای دولتی با تدارک رویه‌ای متکی بر «اعمالی که اهمیت

خاص دارند» در قاعده عدم استرداد در جرایم سیاسی، که متون حقوق

موضوعه آن را همواره تعریف نمی‌کنند، محدودیتی ایجاد کرده است.

۵۳. رجوع شود به کتاب جرم سیاسی، مطالعه‌ای در جرایم برضه دولت، انتشارات درز (Droz)،

. ۱۹۵۵

۱. حقوق موضوعه و تفسیر آن در آراء علمای حقوق

بررسی ماهیت سیاسی اقدام به استرداد، اصولاً حول محور تصوری که از جرم سیاسی داریم دور می‌زند.

با اینکه جرم سیاسی در قراردادهای چند جانبه جای وسیعی را اشغال می‌کند و به وضوح در قانون مورخ دهم مارس ۱۹۲۷ تصریح شده است، با این حال، محتواش مشخص نیست.

با وجود این، فرانسه نیز هم سخن با بیشتر دولتهاست که اصل عدم استرداد در جرایم سیاسی را پذیرفته‌اند.

در قراردادهای معروف به نسل اول، یعنی قراردادهای پیش از جنگ دوم جهانی، که در آنها فهرستی از جرایم گنجانیده می‌شود، جرایم سیاسی جزو جرایمی که باید در مورد آنها اقدام به استرداد کرد، نیامده است.

چنین است قرارداد فرانسه و ایتالیا مورخ ۱۲ مه ۱۸۷۰ و قرارداد فرانسه و اسپانیا مورخ ۱۴ سپتامبر ۱۸۷۷.

مادة ۳ قرارداد فرانسه و اسپانیا به شرح زیر است:

«اگر جرمی که به علت ارتکاب آن کسی متهم یا محکوم شده و تقاضای استرداد او گردیده از ناحیه دولت رسیدگی کننده به درخواست استرداد، جرم سیاسی یا عملی مرتبط با جرم سیاسی تلقی شود، استرداد صورت نخواهد گرفت.»

در قراردادهای پس از جنگ این قاعده به گونه‌ای مشخص تر بیان شده است.

بدین گونه، ماده ۴ قرارداد فرانسه و آلمان درباره استرداد مورخ ۲۹ نوامبر ۱۹۵۱ چنین تصریح می‌کند:

«در موارد زیر با استرداد موافقت نخواهد شد: اگر جرمی که به سبب ارتکاب آن تقاضای استرداد شده است از طرف دولتی که از آن

تقاضای استرداد شده با توجه به اوضاع و احوالی که در آن، جرم واقع شده است تشخیص داده شود که جرم سیاسی است، یا عملی است که مقدمات چنین جرمی را تشکیل می دهد، یا به منظور اجرای آن است، یا هدف از آن تضمین نتایج آن است، یا به منظور ایجاد فرار از مجازات آن صورت گرفته، یا به منظور مخالفت با انجام جرمی سیاسی وقوع یافته است.»

در میان قراردادهای چندجانبه، فقط در کنوانسیون اروپایی استرداد که شورای اروپا آن را تهیه کرده و در تاریخ ۱۳ دسامبر ۱۹۵۷ در پاریس به امضا رسیده، اصل عدم استرداد در جرایم سیاسی اعلام شده است.^{۵۴} بند اول ماده ۳ این کنوانسیون مقرر می دارد:

«اگر دولتی که از آن تقاضای استرداد شده است تشخیص دهد جرمی که به سبب ارتکاب آن درخواست استرداد شده جرمی سیاسی یا عملی مرتبط با چنین جرمی است، با درخواست موافقت نخواهد شد.»

دولت فرانسه که پس از امضای این کنوانسیون بدان متعهد است، رابطه اش با اعضای کنندگان آن برهمین اساس استوار می باشد. در قانون دهم مارس ۱۹۲۷، بند ۲ ماده ۵ که ناظر به این مورد است، بی تصریح بیشتری حاکی است که: «هنگامی که جنحه یا جنایت جنبه سیاسی داشته باشد، با استرداد موافقت نمی شود.»

بدین گونه، قانون دهم مارس ۱۹۲۷ و قراردادهای متعاقب آن از مفهوم جرم سیاسی محتوایی به دست نمی دهند. نه این مقوله از جرایم را به صورت فهرستی محدود نام می برند و نه برای تهیه چنین فهرستی ضابطه ای معین درنظر می گیرند.

۵۴. قانون ۱۳ دسامبر ۱۹۸۵ امضای این کنوانسیون را تجویز کرده و فرمان دولتی مورخ ۱۴ مه ۱۹۸۶ دستور انتشار آن را داده است.

مسئله این است که چه در قراردادها و چه در قانون، این خودداری، تعمدی است.

امور مقدماتی تدوین قانون در این باره کاملاً گویاست. مخبر کمیسیون سنای فرانسه در تاریخ ۴ مارس ۱۹۲۶ گفته است:

«وابسته کردن دادرسان به متمنی که مقام اول را به شرایط خارجی استرداد بدهد و آنها را از معنای ذاتی و جنبه عمیق و احیاناً از خصوصیت سیاسی آن بی خبر بدارد، خطناک است.»

وی می افزاید که در واقع بهتر است درابتدا برداشت از قاعدة واجبی را که قانون پیش بینی کرده است به عهده دادرسان گذاشت و مپس در جستجوی آن بود که آیا انگیزه های سیاسی و قصد رسیدن به هدفی سیاسی (از آن رو که انگیزه و قصد سیاسی دو عنصر لازم جرم سیاسی است) یا بر عکس تعقیب نفع شخصی یا انتقام خصوصی یا جرم عمومی شاخص جرم بوده است. زیرا قصد قانونگذار در امر سیاسی تأمین بیشترین مصنویتها ممکن است.

مطالعه مقدمات تدارک قانون دهم مارس ۱۹۲۷ درکی عینی (ماهیت عمل) و در عین حال ذهنی (قصد مرتكب) از جرم سیاسی به دست می دهد.^{۵۵}

کتابها و مقاله هایی که درباره مفهوم جرم سیاسی نوشته شده بسیار متنوع و غنی است و روشن شدن محتواهای مفهوم جرم سیاسی را از نظر قانون میسر می سازد.

خصوصیت سیاسی جرم بدوان از ماهیت حقوقی که پایمال شده است معلوم می شود.

جرائم هنگامی سیاسی است که «مقامی که از آن جنایت یا جنحه

۵۵. چنین می نماید که تدوین کنندگان قانون درکی وسیع از مفهوم جرم سیاسی و درنتیجه از استرداد در امور سیاسی داشته اند. این نکته را مقدمه بند ۲ ماده ۵ که در آن ضابطه مبتنی بر ماهیت سیاسی درخواست منعکس شده، ثابت می کند.

متضرر شده دولت باشد: یعنی هنگامی که دولت از نظر وضع اجتماعی یا سیاسی خود متضرر گردد، یا هنگامی که عمل ارتکاب شده متوجه این نهاد اجتماعی یا سیاسی باشد».^{۵۶}

رویه قضایی مربوط به دادرسان قضایی این تعریف را روشن می‌کند: جرایم سیاسی «محض» یا ماهیتاً سیاسی آنهایی هستند که «نظم مستقر را به خطر اندازند، بر ضد اساس حکومت یا بر ضد حاکمیت صورت گیرند، یا نظم موجود را که قوانین بنیادی دولت و تفکیک قوا مستقر کرده است برهمند».

بر عکس، اعمالی که منافع خصوصی را به خطر اندازند جرایم غیرسیاسی محسوب می‌شوند.

برای اینکه جرم از دایرة توصیف جرم عمومی (غیرسیاسی) خارج شود، باید وابسته به انگیزه یا قصدی سیاسی باشد. آثار حقوقی و خود حقوق جرم مرتبط را که با جرم سیاسی پیوند دارد با جرم سیاسی «محض» همدردیف می‌دانند، زیرا با آن در یک زمینه است.

هر دوی این جرایم «جزء مقوله اغتشاش بر ضد دولت جای دارند و آنچه آنها را به هم پیوند می‌دهد رابطه علت و معلول است».

مفهوم جرم مرتبط متوجه جرمی است که به مناسبت جرمی سیاسی صورت گرفته و موضوع آن «تهیه و تدارک جرم سیاسی و اجرای آن است، در حالی که حاصل آن را تأمین می‌کند یا موجب فرار از مجازات را ممکن می‌سازد».^{۵۷}

۵۶. این تعریف را امیل اولیویه (E.Ollivier) در زانویه ۱۸۷۰ هنگامی که وزیر دادگستری بود عنوان کرد.

۵۷. ماده ۴ قرارداد استرداد فرانسه و آلمان. قراردادهای متعددی جرم مرتبط را مانند جرم سیاسی می‌دانند قراردادهای فرانسه با مالی، ایران، سنگال و نیز سویس، دانمارک، انگلستان، اسپانیا، هلند و جزآنها.

جرائم مرتبط جرمی غیرسیاسی است که در رابطه با جرم سیاسی اصلی صورت می‌گیرد (احکام مورخ ۲۷ فوریه و دهم مارس ۱۹۸۹ که هنوز منتشر نشده است).

جرائم مختلط جرایمی هستند که در آنها «اعمالی در زمینه جرایم غیرسیاسی نظم عمومی را مختل می‌کنند (قتل، سوءقصد، آتش‌سوزی). این جرایم متوجه منافع خصوصی هستند ولی مرتكب آنها را با الهام از یک ایدئولوژی و مخصوصاً با قصدی سیاسی انجام داده است».^{۵۸}

قانون دهم مارس ۱۹۲۷ این مفهوم ذهنی را کاملاً می‌پذیرد، زیرا براساس تعریف بارتون^{۵۹} متکی است که می‌گوید: «کسانی که فقط حدت شور سیاسی آنان را به نقض قانون کشانده است مجرم سیاسی محسوب می‌شوند».

۲. محدودیتهای مفهوم جرم سیاسی

از قرن نوزدهم به بعد این فکر گسترش یافت که بعضی از جنایات را، به رغم انگیزه مرتكب، به علت خصوصیت نفرت انگیزشان نمی‌توان جرم سیاسی به حساب آورد.

این اصل، قاعدة عدم استرداد مجرمان سیاسی را با نقضهای متعدد رو برو کرده است.

نخستین تخطی به نام «شرط قرارداد بلژیک» شهرت یافته زیرا قرارداد استرداد با این کشور مورخ ۲۲ سپتامبر ۱۸۵۶ آن را مقرر داشته است:

«سوءقصد به شخص رئیس دولت خارجی یا نسبت به یکی از اعضای خانواده او هنگامی که سوءقصد مذکور قتل یا قتل با سبق تضمیم یا مسموم کردن باشد، جرم سیاسی یا مرتبط با آن تلقی نمی‌شود.»^{۶۰}

۵۸. پروفسور لوسور (Lerasseur) در کتاب حقوق بین الملل (هنوز به صورت جزو).

۵۹. Barthou

۶۰. این نکته در قراردادهای بعدی مانند قرارداد فرانسه و آلمان مورخ ۲۹ نوامبر ۱۹۵۱ نیز انعکاس یافت. بند دوم ماده ۴ این قرارداد حاکی است: «... اگر عمل سوءقصد آشکار به جان کسی باشد، جنبه سیاسی جرم خود به خود مانع استرداد نخواهد شد».

شرط سوءقصد هنگامی که متوجه اشخاص «زیردست» مانند کارمندان سیاسی شد دامنه وسیع تری می‌یابد. سوءقصد «بر ضد جان یا تمامیت جسمی یا آزادی شخصی که از حمایت بین المللی برخوردار است – از جمله کارمندان سیاسی – خود بخود مشمول استرداد است هرچند که با انگیزه سیاسی باشد»^{۶۱}.

با این درک، انتیتوی حقوق بین الملل در اجلاس اکسفورد به سال ۱۸۸۰ و اجلاس ژنو در ۱۸۹۲ متنی را مبنی بر مبارزه با سوءقصدهای آنارشیستی تصویب کرد و به ابداع «جرائم اجتماعی» پرداخت.

قطعنامه شماره ۱۴ این انتیتو اعلام می‌دارد: «از نظر اجرای قواعد استرداد، جرم‌هایی که بر ضد شالوده سازمانهای اجتماعی باشند، نه بر ضد دولتی معین یا فلان صورت حکومت، جرم سیاسی محسوب نمی‌شوند»^{۶۲}. انتیتوی حقوق بین الملل به گونه‌ای وسیع تر قواعدی مربوط به مرتكبان «اعمال وحشیانه و نفرت انگیز» نیز وضع کرده است. مثلاً اجلاس اکسفورد در سال ۱۸۸۸ در ماده ۱۳ قطعنامه خود تصریح می‌کند که «در امور سیاسی با استرداد موافقت نخواهد شد» ولی در ماده ۱۴ تعديلی با برد وسیع ایجاد می‌کند.

دولتی که از آن تقاضای استرداد شده با حاکمیت کامل ارزیابی می‌کند که آیا اعمالی که به علت ارتکاب آنها درخواست استرداد شده است جنبه سیاسی دارد یا نه. در این باره قطعنامه انتیتو دونکته را روشن می‌کند.

در وهله اول «اعمالی که تمام خصوصیات جرم عمومی را در خود جمع دارند (قتل عمد، آتش‌سوزی، سرقت) نباید فقط به علت قصد سیاسی مرتكبان از شمول استرداد خارج شوند».

در وهله دوم «برای تشخیص اعمالی که در جریان طغیانی سیاسی

۶۱. ماده ۸ کنوانسیون نیویورک مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۶۳.

۶۲. مورخ ۱۸۹۲. این قاعده که اصولاً متوجه سوءقصدهای آنارشیستی است، کلید درک انگیزه احکام مربوط به گابور وینتر و کرواسان (مذکور) نیز هست.

یا در ضمن جنگ داخلی به وقوع پیوسته است باید پرسید آیا عرف جنگ آنها را جایز می داند یا نه».

قطعنامه سال ۱۸۹۲ مقررات پیشین را با این تصریح کامل می کند که: «همچنین جرایم مختلط یا مرتبط با جرم سیاسی مجوز استرداد نیستند مگر آنکه از نظر اخلاق و حقوق مردم جرم مهم به شمار آیند، مانند قتل باسیق تصمیم، قتل عمد، مسموم کردن، قطع عضویاً ایجاد جرح عمده عمدی و باسیق تصمیم، شروع به این جنایات، سوءقصد بر ضد مالکیت با ارتکاب جرایمی مانند آتش سوزی، ایجاد انفجار، یا غرق کردن افراد و سرقت‌های مهم مخصوصاً مسلحانه و همراه با خشونت».

و اضافه برآن: «در مورد اعمالی که در جریان شورش یا جنگ داخلی توسط یکی از اشخاص مورد نظر دربارزه و در مسیر هدف آنان صورت گرفته است، جایی برای استرداد نیست مگر آنکه اعمال مذکور طبق قوانین مربوط به جنگ، وحشیانه و نفرت انگیز و مخرب باشد یا پس از جنگ صورت گرفته باشد».

ماده ۵ قانون دهم مارس ۱۹۲۷ این بخش از قطعنامه استیتوی حقوق بین الملل را کلمه به کلمه درمتن آورده است. همچنین، اهمیت بعضی از جرایم از نظر قانونگذار مخفی نمانده است، حتی مقررات ماده ۵ که محدود به هنگام جنگ داخلی یا وقوع شورش است.

در این زمینه قضایی است که کنوانسیون‌های چندجانبه منعقد می شوند که اعلام می دارند بعضی از جرایم فاقد انگیزه سیاسی مشمول استرداد قرار می گیرند. چنین است به ویژه کنوانسیون مورخ ۱۴ سپتامبر ۱۹۶۳ مربوط به جرایم و اعمالی که در هوایپماها صورت می گیرند (ماده ۸^{۴۳}) و نیز کنوانسیون لاهه مورخ ۱۶ دسامبر ۱۹۷۰ مربوط به تصرف غیرقانونی هوایپما (ماده ۸) و کنوانسیون موئرثاً مورخ ۲۳ سپتامبر ۱۹۷۱ ناظر بر جلوگیری از اعمال غیرمجازی که امنیت هوایپمایی داخلی را به خطر

۶۳. این قرارداد افرانس در ۱۱ اوئیه ۱۹۶۹ امضا کرده و در ۱۹۷۱ فوریه منتشر یافته است.

اندازد (مادهٔ ۸).

در این باره باید برای کنوانسیون‌های اروپایی که جهت جلوگیری از تروریسم تدوین شده‌اند جایی خاص در نظر گرفت.
چنین است کنوانسیون استراسبورگ که در ۲۷ ژانویه ۱۹۷۷ در چارچوب شورای اروپا امضا شده است.^{۶۴} و نیز کنوانسیون دوبلین که در ۴ دسامبر ۱۹۷۹ در چارچوب محدودتر بازار مشترک اروپا به امضا رسیده است.

هر دوی این کنوانسیون‌ها در مواد ۱ و ۲ خود، اصل عدم استرداد را به جرایم سیاسی محدود می‌کنند. مادهٔ ۱ استرداد را به اعمال تروریستی عمومیت می‌دهد و این اعمال را به دقت برمی‌شمارد:

«در مورد استرداد بین دولتهای متعاهد هیچ یک از جرایم زیر، جرم مرتبط با جرم سیاسی یا جرمی که انگیزه آن سیاسی باشد تلقی نخواهد شد:

الف. جرایم ارتکاب یافته در زمینه اجرای کنوانسیون جلوگیری از تصرف غیرقانونی هوایپما که در لاهه به تاریخ ۱۶ دسامبر ۱۹۷۰ امضا شده است.

ب. جرایم ارتکاب یافته در زمینه اجرای جلوگیری از اعمال غیرمجاز برضاء امنیت هوایپماهی کشوری که در مونرثال به تاریخ ۲۳ سپتامبر ۱۹۷۱ امضا شده است.

پ. جرایم مهم شامل حمله به قصد جان، تمامیت جسمی یا ارادی اشخاصی که از حق حمایت بین‌المللی برخوردار هستند از جمله مأموران سیاسی.

ت. جرایمی شامل آدم‌ربایی، گروگانگیری، یا بازداشت غیرقانونی.
ث. جرایمی شامل بمب‌گذاری، نارنجک اندازی، کاربرد موشک، سلاح‌هایی که دارای آتش خودکار هستند یا فرستادن نامه یا بسته حاوی مواد انفجاری، در موردی که این کارها متضمن خط‌تری برای افراد باشد.

۶۴. به گزارش توضیحی شورای اروپا در مورد مبارزه با تروریسم رجوع شود.

ج. شروع به ارتکاب جرایم پیشین یا مشارکت، چه به عنوان مباشر یا معاون با شخصی که این جرایم را مرتکب شده یا شروع به اجرای آنها کرده است.»

ماده ۲ کنوانسیون صدور اجرای مقررات کنوانسیون را به تشخیص دولتی که متهم به آن پناه برده است واگذار می‌کند:

«الف. در مورد استرداد مابین دول متعاهد، دولت مفروض می‌تواند هرگونه عمل مهم خشونت‌آمیزی را که در ماده ۱ پیش‌بینی نشده و متناسب خطری برای جان یا تمامیت جسمی یا آزادی افراد است جرم سیاسی یا مرتبط با جرم سیاسی یا دارای انگیزه سیاسی محسوب ندارد.

ب. چنین است در مورد کلیه اعمال مهم بر ضد اموال، که در ماده ۱ پیش‌بینی نشده و ایجاد خطر جمعی برای اشخاص می‌کند.

پ. چنین است شروع به ارتکاب یکی از جرایم پیشین یا مشارکت، چه به عنوان مباشر یا معاون با شخصی که چنین جرمی را مرتکب شده یا شروع به ارتکاب آن کرده است.»

کنوانسیون استراسبورگ و موافقنامه دوبلین پس از مواجه شدن با انتقادهای شدید به تصویب رسید.

۳. رویه قضایی شورای دولتی در مورد جرم سیاسی

رویه قضایی شورای دولتی در مورد جرم سیاسی دقیقاً در همین زمینه است.

این زمینه به ما اجازه می‌دهد که محتوا محدودی را که شورای دولتی به مفهوم جرم سیاسی داده است دریابیم. تحلیل رویه قضایی شورای دولتی نشان می‌دهد که در معنی، نزدیک به رویه قضایی هیأت تشخیص اتهام است، هرچند که عبارات آنها با هم فرق دارد.

رویه قضایی، در واقع، برداشت عینی جرم سیاسی را مرجح می‌داند.

فقط جرایم سیاسی «محض» از شمول استرداد مستثنی هستند. هیأت تشخیص اتهام پاریس در هفتم زوئن ۱۹۷۸ با استرداد یکی از اتباع ایتالیا به نام بلاویتا^{۶۵} مخالفت کرد، زیرا ماهیت اعمال انتسابی به او متوجه امنیت داخلی دولت بود. «گروه مسلح» مذکور در ماده ۲۰۲ قانون جزای ایتالیا و «مشارکت در سرنگون کردن دولت» مذکور در ماده ۲۷۰ همین قانون که «جرائم بر ضد دولت» را تشکیل می‌دهند، منطبق‌اند با جرایمی که به موجب مواد ۷۸ و ۹۵ قانون جزای فرانسه جرایم ضد امنیت دولت را شامل می‌شوند.

با وجود این، هنگامی که جرم اصلی سیاسی باشد، جرایمی غیرسیاسی که با آن پیوند دارند نیز جرم سیاسی به حساب می‌آیند. در پرونده آستودیلو کالثرا در حالی که هیأت تشخیص اتهام پاریس با استرداد متهم موافقت کرده و تذکر داده بود که اتهام جنبه سیاسی ندارد، با وجود این، شورای دولتی که از رأی مورخ پنجم مارس ۱۹۶۹ به آن شکایت شده بود، در این باره اظهارنظری نکرد.

درخواست استرداد بر مبنای جرایم عمومی بود که بعد از سال ۱۹۶۹ ارتکاب یافته بود: سرقت از داروخانه، از صندوق پس انداز و از بانک.

آستودیلو کالثرا در عین حال با حکومت وقت کشور خود مخالف بود. اصولاً خانواده او همه جمهوریخواه بوده‌اند^{۶۶}: پدرش در دسامبر ۱۹۴۰ تیرباران شده بود و مادرش پس از آنکه از طرف طرفداران فرانکو بازداشت می‌شد، می‌میرد.

خود او نیز سابقه‌ای مبتنی بر مخالفت با رژیم فرانکو داشته است:

65. Bellavita

۶۶. فراموش نمی‌کنیم که در آن زمان رژیم دیکتاتوری فرانکو بر اسپانیا حاکم بود که سالها پیش بر ضد جمهوری قیام کرده بوده است. (متترجم)

به علت تمرد به یک سال زندان محکوم گردیده و سپس به اتهام تبلیفات برضد رژیم فرانکوو ارتش به شش سال زندان محکوم شده که از زندان فرار کرده و به فرانسه پناهنده شده است.

شورای دولتی، به رغم اوضاع و احوال، درباره توصیف سه جرمی که مبنای درخواست استرداد بوده اظهارنظر نکرده است، هرچند که نماینده دولت به صراحت کامل اظهار عقیده کرده است: «چنین اعمالی از دیدگاه عینی جنبه سیاسی ندارد، زیرا زیانی به سازمانهای سیاسی دولت وارد نمی‌کند. وانگهی، می‌توان در این باره به جدّ تردید کرد که الهام بخش این اعمال، انگیزه‌ای سیاسی بوده باشد».

درست است که خواهان تجدیدنظر به ماهیت سیاسی جرم استناد نکرده بوده بلکه اعتراض او بر این اساس بوده که درخواست استرداد ماهیتی سیاسی دارد.

بنابراین، پس از رأی آستودیلو کالژاست که رویه قضایی شورای دولتی درخصوص جرم سیاسی آغاز می‌شود.

شورای دولتی، بر عکس دادرس دادگاههای قضایی، در واقع عناصر ذهنی عوامل تشکیل دهنده موقعیت و انگیزه یا قصد سیاسی جرم را مورد توجه قرار می‌دهد.

از اینجا نتیجه گرفته می‌شود که جرم غیرسیاسی ممکن است جرم سیاسی توصیف گردد.

تجزیه و تحلیل رویه قضایی شورای دولتی نشان می‌دهد که در واقع عوامل عینی در معیاری وسیع عوامل ذهنی را تعديل کرده‌اند.

شورای دولتی در بعضی از احکام خود استنباط عینی جرم را ملاک قرار می‌دهد. در این مورد بدین اکتفا می‌کند که اعمال مستند درخواست استرداد «در حقوق فرانسه قابل مجازات هستند و جنبه سیاسی ندارند».^{۶۷}

۶۷. آراء مورخ ۱۳ فوریه ۱۹۸۵ و ۲۱ دسامبر ۱۹۸۸.

راست است که شورای دولتی غالباً استنباط ذهنی جرم سیاسی را ملاک قرار می‌دهد، ولی در مواردی از این معنی دور می‌شود. در آغاز، می‌پذیرد که بعضی از جرایم که موضوعاً سیاسی نیستند هدفی سیاسی دارند. پس از آن، به رغم هدف سیاسی و احراز آن، شورای دولتی جنبه سیاسی امر را بدين سبب که عمل اهمیت ویژه‌ای داشته است نادیده می‌گیرد.

پس از صدور رأی درباره کروasan، شورای دولتی براساس «اعمالی که دارای اهمیت ویژه هستند» رویه قضایی جدیدی به وجود می‌آورد. در پرونده مذکور درخواست متهم را مبنی بر اینکه اتهام او جنبه سیاسی دارد، رد می‌کند.

کروasan که وکیل دادگستری بوده ادعا کرده بود که عمل او هدفی سیاسی داشته است. وی گفته است که در اعمال گروه با درمانهوف^{۶۸} مشارکت داشته که هدف آن گروه «سرنگون کردن نظام مستقر جمهوری فدرال آلمان» بوده است. اعمال او جنبه سیاسی داشته زیرا «دست زدن به آن کارها به منظور تدارک و اجرای چنین جرمی بوده است». در نتیجه، وی با تسهیل اعمال گروه مذکور از طریق تهیه وسایل ارتباطی، طبق ماده ۴ قرارداد استرداد فرانسه و آلمان مورخ ۱۹۵۱، مرتکب جرم سیاسی «مرتبط» شده است.

شورای دولتی اظهار نظر کرده است که جنایتهاي گروه «بادر» جنایات غیرسیاسی است زیرا جرایم مذکور «متوجه اساس دولت نیست بلکه متوجه ملت آلمان به مثابه اجتماعی سازمان یافته است نه به عنوان سازمانی سیاسی».^{۶۹}

اعمال آنان بزه اجتماع تبهکاران و منطبق است با ماده ۲۵۶ قانون جزا.

68. Baader-Meinhoff

69. این، یکی از موارد اجرای قطعنامه شماره ۱۴ انتیتوی حقوق بین الملل درباره «جرائم اجتماعی» است.

بنابراین، اوضاع و احوال مورد به گونه‌ای بوده که ممکن نبوده است به اعمال کروasan جنبه سیاسی بیخشد. جرم او عبارت بوده از کمک به بازداشت شدگانی که وی وکالت آنان را به عهده داشته است، نه در امر دفاع بلکه در این مسیر که فعالیتهای جنایتکارانه خود را دنبال کنند و بدین منظور «وسایل ارتباطی مانند کتاب و جزو و یادداشت» در اختیار متهمان قرار می‌داده و نیز «وسایل ارتباطی در اختیارشان می‌گذاشته که بدان وسیله می‌توانسته اند باهم و با دوستانشان در خارج از زندان در ارتباط باشند».

این اقدامات منطبق بوده است با ماده ۲۶۷ قانون جزا مشعر بر اینکه «هرکس از روی عمد وقصد اعمال مرتكبان جنایات پیش‌بینی شده در ماده ۲۶۵ را تسهیل کند» محکوم به حبس جنایی می‌گردد. و سرانجام، «درباره جنایات مذکور که موضوعاً سیاسی نیستند، این امر که بنابر مندرجات قرار بازداشت هدف از آنها واژگونی نظام موجود جمهوری فدرال آلمان غربی بوده (با توجه به اهمیت جرایم ارتکابی) کافی نیست تا آنها را در ردیف جرایم سیاسی درآورد».

قرار بازداشت به اتهام ارتکاب سه قتل و شروع به سه قتل باسبق تصمیم با مواد انفجاری صادر شده است.

در رأی گابور وینتر مورخ ۱۵ فوریه ۱۹۸۰ نیز شورای دولتی همین رویه را در پیش می‌گیرد. صرف تشکیل دادن مجمعی به نام «امداد مخفیانه نورنبرگ»^{۷۰} به منظور «دست زدن به جنگ چربیکی شهری که عبارت بود از سرقت مواد انفجاری، تحصیل سلاحهای آتشین و انجام عملیات به منظور تهیه پول با سرقت مسلحه و تهدید به قتل و مانند اینها» جرم سیاسی محسوب نمی‌گردد.

این کارها به خودی خود سیاسی نیستند، زیرا جرم عبارت است از

۷۰. شهری که در آن دادرسان چهارکشور امریکا، شوروی، فرانسه و انگلیس سران نازی را به اتهام جنایات برضه بشریت محاکمه و محکوم کردند. (متوجه)

اجتماع تبهکاران طبق ماده ۲۶۵ قانون کیفری. در مقابل، هدف آنها سیاسی است زیرا طبق مندرجات قرار بازداشت عبارت است از «ایجاد انقلاب» و «سرنگون کردن جمهوری فدرال آلمان باقهر».

با وجود این، صرف اینکه اعمال مذکور چنین هدفی دارد «باتوجه به اهمیت موضوع به انجام نرسیدن اعمال مذکور، برای اینکه بدانها جنبه سیاسی بدهد، کافی نیست».

در رأی مربوط به پرونده پیرپنرو^{۷۱} مورخ ۱۳ اکتبر ۱۹۸۲ نیز همین استدلال دیده می شود.

مشارکت در بازداشت غیرقانونی و قتل آلدو مورو^{۷۲} از نظر ماهیت جرم عمومی است.

در مقابل، انگیزه این جرایم سیاسی است، زیرا گروه «بریگاد سرخ» آلدو مورو را به سبب وظایف عمومی که وی به عنوان نخست وزیر برعهده داشت، به قتل رسانده است.

وجود این انگیزه در جرایم مذکور «باتوجه به اهمیت آنها، کافی نیست تا جرم سیاسی به حساب آیند».

رویه قضایی شورای دولتی ساده است: هنگامی که «اعمال جنایتکارانه (گروگانگیری، قتل، خشونت منتهی به جرح مهم یا منتهی به فوت و نظایر آنها) وقوع یابد به گونه ای که هدف سیاسی کافی برای توجیه کاربرد وسائل غیرقابل قبول نباشد، جرم سیاسی محسوب نمی شود».^{۷۳}

این رویه قضایی از این پس جنبه ای ثابت می یابد.

اعمال زیر ماهیتاً غیرسیاسی هستند: مشارکت در «قتل توسط گروههای مسلح متسلّل» (رأی ۲۶ سپتامبر ۱۹۸۴)، «تهیه مواد انفجاری برای انجام دادن سوءقصد تروریستی که نتیجه آن قتل، جرح و ایجاد خسارت باشد» و «تعلق به گروهی مسلح، داشتن مواد انفجاری و

۷۱. Piperno

۷۲. Aldo Moro نخست وزیر پیشین ایتالیا که ربوده و کشته شد. (متجم)

۷۳. اعلامیه شورای وزیران مورخ ۱۰ نوامبر ۱۹۸۲.

سوء‌قصد، شروع به قتل و ایجاد خسارت» (رأی مورخ ۲۳ سپتامبر ۱۹۸۸)، «همکاری با گروه مسلح و متشکل» (آراء مورخ ۲۶ سپتامبر ۱۹۸۴ و ۲۶ اکتبر ۱۹۸۸)، «سرقت مسلحانه همراه با کیفیات مشدد، بازداشت غیرقانونی و سرقت» (رأی مورخ ۲۷ فوریه ۱۹۸۷).

با وجود این، انگیزه این جرایم سیاسی است اگر در چارچوب مبارزه در راه استقلال انجام گیرد (رأی مورخ ۲۳ سپتامبر ۱۹۸۸)، یا مشارکت در سازمانی که هدفش آسیب رساندن به دولت باشد (رأی مورخ ۲۶ اکتبر ۱۹۸۸)، یا بخواهد نظام موجود را براندازد (رأی مورخ ۲۳ فوریه ۱۹۸۷).

«صرف اینکه این جنایات که ماهیتاً سیاسی نیستند به علل سیاسی وقوع یابند، با توجه به اهمیت آنها، کافی نیست تا بتوان آنها را جرم سیاسی محسوب داشت» (آراء مورخ ۲۶ سپتامبر ۱۹۸۴ و ۸ آوریل ۱۹۸۷ و نیز ۲۳ سپتامبر ۱۹۸۸ و ۲۶ اکتبر ۱۹۸۸ و ۲۱ دسامبر ۱۹۸۸). از تحلیل این رویه قضایی نتیجه می‌شود که ده‌سالی بیش نیست که در هیچ پرونده‌ای شورای دولتی با توجه به اوضاع و احوال یا به علل سیاسی جرم را سیاسی توصیف کرده باشد.

تصمیمهای شورای دولتی، رویه‌هرفت، با رویه مقامات قضایی بسیار نزدیک است.

بدین‌گونه، دادرسان دادگاههای قضایی در تاریخ ۱۶ نوامبر ۱۹۷۷ با استرداد کروasan موافقت کردند و در تاریخ ۱۷ اکتبر ۱۹۷۹ با استرداد پیرنو و در تاریخ ۷ نوامبر ۱۹۷۹ با استرداد لانفرانکو پاس⁷⁴ که همگی متهم به مشارکت در بازداشت غیرقانونی و قتل آلدومور بودند، و نیز با استرداد اورست اسکالرون⁷⁵ رهبر کمیته «کمونیست‌های انقلابی» و تونی نگری⁷⁶ رهبر نهضت «استقلال کارگری».

74. Lanfranco Pace

75. O.Scalzone

76. T.Negri

این رویه قضایی بر مبنای اهمیت جرم (نظریه برتری) نیز متکی است.

استدلال درباره استرداد پیپرنو در این باره بسیار گویاست: «هدف یا زمینه‌ای که این اعمال در آن انجام گرفته هر چه باشد، با توجه به اهمیت آنها، این اعمال را ممکن نیست دارای جنبه سیاسی دانست».



ماهیت سیاسی تقاضای استرداد

در اساس قاعده عدم استرداد در مسائل سیاسی اصل دیگری نیز اعلام شده است: اگر مرتكب فلان جرم سیاسی به علت ماهیت جرمی که انجام داده از کشوری فرار کند باید مورد پشتیبانی و کمک قرار گیرد.

از سوی دیگر، استرداد عبارت است از اقدامی جزایی، و باید دولتی که از او تقاضای استرداد شده است از عدالت دولت متقاضی استرداد اطمینان داشته باشد.

در واقع، استرداد یک بیگانه متنضم این فرض است که دولتی که از او تقاضای استرداد شده از اعتبار عمل تنبیه کننده‌ای که مبنای تقاضای استرداد است مطمئن و به ظرفیت و توانایی دولت متقاضی استرداد در امر دادرسی منصفانه متهم معتقد باشد.

از این معنی چنین استنباط می‌گردد که وقتی بیگانه متهم به یک یا چند جرم سیاسی به استناد ارتکاب جرمی سیاسی تقاضای استردادش می‌شود، دولت رسیدگی کننده به تقاضا باید هوشیار باشد.

چه اطمینانی وجود دارد که دولت متقاضی استرداد به منظور دست یافتن به متهم، پرونده‌ای مبنی بر ارتکاب جرم غیرسیاسی جعل نکرده باشد تا اورا به علت ارتکاب جرایم سیاسی مجازات کند؟

حتی در صورتی هم که جرم غیرسیاسی ارتکاب یافته باشد، آیا دولت بررسی کننده تقاضای استرداد می‌تواند مطمئن باشد که دولت

متقاضی استرداد، متهم را فقط به علت آن جرم مجازات خواهد کرد؟ این اشتغالات ذهنی است که پاسخگوی قاعده‌ای است که به موجب آن هنگامی که دولت رسیدگی کننده به تقاضای استرداد تشخیص دهد که دولت تقاضا کننده، در تقاضای خود به دنبال تعقیب هدفی سیاسی است، باید از استرداد خودداری کند.

۱. شرط انگلیسی

بنابراین، دولت رسیدگی کننده به تقاضای استرداد، باید به بررسی مقاصد و هدف متقاضی استرداد پردازد تا اطمینان یابد که زیر پوشش جرمی غیرسیاسی، تعقیب متهم به منظورهای سیاسی مورد نظر نیست و متهم مورد مجازاتی صرفاً سیاسی قرار نمی‌گیرد.

این قاعده در قرارداد استرداد فرانسه و آلمان مورخ ۱۴ اوت ۱۸۷۶ گنجانیده شده بود. ماده ۵ قرارداد مذکور حاکی است:

«اگر دولتی که به درخواست استرداد رسیدگی می‌کند تشخیص دهد جرمی که برای ارتکاب آن درخواست استرداد شده است، جرمی سیاسی یا مرتبط با جرم سیاسی است با درخواست استرداد موافقت نخواهد شد. همین حکم جاری است در موردی که متهم ثابت کند در حقیقت هدف استرداد سیاسی می‌باشد یا بخواهند او را به سبب ارتکاب جرمی سیاسی مجازات کنند.»^{۷۷}

عملأً این شرط در قراردادهای استردادی که دولت فرانسه در قرن نوزدهم امضا کرده است وجود ندارد.^{۷۸} در قراردادهایی که در قرن بیستم به امضا رسیده این شرط

۷۷. به همین دلیل این امر را «شرط انگلیسی» می‌گویند و ما نیز در همین معنی به کار می‌بریم.
۷۸. در قرارداد با یونان مورخ مارس و آوریل ۱۹۰۶ (ماده ۶) این شرط قید شده است، اما در قرارداد استرداد فرانسه و اسپانیا مورخ ۱۴ دسامبر ۱۸۷۷ و قرارداد فرانسه و سویس مورخ ۹ ژوئیه ۱۸۶۹ وجود ندارد.

به گونه‌ای نامنظم در قراردادها آمده است.

این شرط که در ماده ۶ قرارداد استرداد مورخ ۶ ژانویه ۱۹۰۹ فرانسه و ایالات متحده امریکا قید شده، در متمم قرارداد مورخ ۱۲ فوریه ۱۹۷۱ نیز آمده است: «هنگامی که متهم ثابت کند هدف تقاضای استرداد در واقع آن است که وی به سبب ارتکاب جرمی سیاسی تعقیب شود یا مورد مجازات قرار گیرد، ممکن است با تقاضای متهم موافقت نشود».

در قراردادهای بعد از تصویب قانون دهم مارس ۱۹۲۷ شرط

انگلیسی با عبارات صریح‌تری درج گردیده است.

در قرارداد استرداد فرانسه و اسرائیل مورخ ۱۲ نوامبر ۱۹۵۸ به این

عبارة اکتفا شده است: «هنگامی که دولتی که از او تقاضای استرداد شده تشخیص دهد که عوامل جرم یا انگیزه‌های درخواست، مبتنی بر ملاحظات سیاسی یا نژادی یا مذهبی است، با استرداد موافقت نخواهد شد» (بند ۱ ماده ۴).

در بند ۲ ماده ۳ کنوانسیون اروپا مورخ ۱۳ دسامبر ۱۹۵۷ شرط

انگلیسی با عبارات روش‌تری گنجانیده شده است:

«اگر دولتی که از او تقاضای استرداد شده دلایلی جدی برای اعتقاد داشته باشد که استردادی که به علت ارتکاب جرمی غیرسیاسی درخواست شده بدین منظور است که متهم بنابر ملاحظات نژادی، مذهبی، تابعیت و عقاید سیاسی مورد تعقیب واقع شود یا وضع چنین کسی به یکی از علل مذکور و خیم‌تر گردد، با استرداد موافقت نمی‌کند.»

این شرط در قراردادهای مختلف دوچاره استرداد که بعد از آن

تاریخ به امضا رسیده گنجانیده شده است.^{۷۹}

چنین است با همین عبارت در کنوانسیون‌های اروپایی استرداد

۷۹. قرارداد فرانسه و ایران مورخ ۲۴ ژوئن ۱۹۶۴ (بند ۲ ماده ۴)، قرارداد فرانسه و رومانی مورخ ۵ نوامبر ۱۹۷۴ (بند ۲ ماده ۴)، قرارداد فرانسه و اتریش مورخ ۹ ژوئیه ۱۹۷۵ (بند ۳ ماده ۴).

مربوط به مجازات و اعمال تروریستی.

بدین گونه، ماده ۵ کنوانسیون اروپا مورخ ۲۷ ژانویه ۱۹۷۷ درباره مبارزه با تروریسم اجازه می دهد دولتی که از او درخواست استرداد شده است بنابر جهات فوق از استرداد خودداری کند.

در مقابل، در قرارداد استرداد فرانسه و آلمان مورخ ۲۹ نوامبر ۱۹۵۱ چنین شرطی قید نشده، درحالی که قانون مصوب دهم مارس ۱۹۲۷ صریحاً بدان اشاره کرده است.

در واقع، در قانون دهم مارس ۱۹۲۷ ماهیت سیاسی درخواست به گونه ای روش پیش بینی گردیده است.

بند ۲ ماده ۵ حاکی است: «هنگامی که از اوضاع و احوال چنین نتیجه گرفته شود که هدف از استرداد تأمین مقاصد سیاسی است» می توان تقاضا را رد کرد.

چنین عبارتی دست مقامات تصمیم گیرنده درباره استرداد را کاملاً باز می گذارد.

در واقع، برخلاف قراردادهای استرداد پیش از این قانون، از متهم خواسته نشده است که قصد و هدف سیاسی تقاضای استرداد را مشخص سازد و دلایلی براین ادعای خود اقامه کند.

عبارت بند ۲ ماده ۵ متنضم این فرض است که متهم موظف نیست بالاتر از احساس درونی ترس از مجازات سیاسی دلیلی اقامه کند و موظف نیست که عوامل عینی ای را که صحت ادعای او را محقق می دارد بیان کند، یعنی وظیفه ندارد برای ترس خود دلیل بیاورد.^{۸۰}

بی شک، نفع متهم درآن است که «به گونه ای روش تمام مدارک ادعاهای خود و کلیه دلایلی را که می تواند تهیه کند»^{۸۱} ارائه دهد و برای تکمیل مستندات خود اوضاع و احوال واقعیات مشخصی را که مبنای

۸۰. ماده ۱ قرارداد مورخ ۲۸ ژوئیه ۱۹۵۱ درباره وضع پناهندگان تقریباً همین معنی را می رساند.

۸۱. رأی مورخ ۲۸ مه ۱۹۵۴.

ادعاهاي اوست بيان دارد.^{۸۲} با وجود اين، درباره استرداد ظاهرا همه بار دلائل به دوش او نیست.

همچنین بند ۲ ماده ۵، ضوابطی را که مقامات فرانسوی ملزم به رسیدگی به استرداد می باید در نظر بگيرند مشخص نکرده است. از اين نظر، عبارت مذكور ملايم تراز بخش دوم ماده ۳ کنوانسيون اروپائي استرداد مورخ ۱۳ دسامبر ۱۹۵۷ به نظر می رسد.

در اينجا، با آزادی كامل مقامات اداري و قضائي در زمينه اين بررسی روبرو هستيم.

در قراردادهای مؤخر بر ۱۹۵۷ می توان ضوابطی عينی مانند ملاحظات نژادی، مذهبی، ملي و سياسی يافت.

با وجود اين، چون موارد را جزء جزء ذكر نکرده اند، تا جنبه انحصاری ببابد، مقامات فرانسوی می توانند مبنای ارزیابی خود را از طرفی ماهیت نظام سياسي و قضائي دولت متقاضی قرار دهند و از طرف ديگر می توانند وضع خاص متهم را در نظر بگيرند که آيا پناهنه است یا مدعی پناهندگی.

بدین گونه، ممکن است تقاضاي استرداد متهمي را رد کرد که مرتكب جرمي سياسي شده ولی مبنای درخواست استردادش جرمي غيرسياسي است، به شرط آنکه مکانيسم تشکيل دهنده دولت متقاضي وقف حفظ ايدئولوژي دولت باشد و در نظام قضائي اش جرم سياسي جاي وسيعی را اشغال کرده باشد.

به همین ترتيب، نظام جزايوی دولت متقاضی مورد بررسی قرار می گيرد. به عنوان مثال: «روش دادرسي جزايوی دولت مورد نظر روالی فتنی نیست تا اجرای مقررات جزايوی را تسهيل کند، بلکه مانند خود قوانین جزايوی دارای معنای سياسي بسیار مهمی است.... در واقع، رویه جزايوی تصوير کامل آزاديهای است که دولت به اتباع خود داده یا از آنان سلب

.۸۲. رأي مورخ ۲۶ زانويه ۱۹۶۸.

کرده است. جایی که تسلط قدرت دولت بر افراد در حد اعلا باشد «مصالح» جامعه [یعنی دولت] همه فضای عدالت را می پوشاند: محاکمه‌ای سریع و سری دادرسان دارای اقتدار کامل، و گونه‌ای تابعیت قوه قضائیه از قوه اجرائیه بر جریان دادرسی تأثیر می‌گذارد. همه چیز در مسیر مجازاتی نمونه و عبرت انگیز و شتاب آلود است که دولت را تقویت می بخشد».^{۸۳}

مفسران قانون دهم مارس ۱۹۲۷ درست گفته اند که مقررات این قانون، اعمال قدرت نامحدود مقامات دولت رسیدگی کننده به تقاضای استرداد را تجویز کرده است.

دوندیو دو وابر^{۸۴} می نویسد: «بدین گونه حیله فلان دولت خارجی که می خواهد از مخالف سیاسی خود انتقام بگیرد و به جرمی عام توسل می جوید که متهم درست یا نادرست بدان متهم گردیده پیش بینی شده است».

تراور^{۸۵} از تفسیر قانون دهم مارس ۱۹۲۷ چنین نتیجه می‌گیرد: «روشن تر از این نمی توان سوئنیت دولتهای خارجی را پیش بینی کرد».

۲. رویه قضایی شورای دولتی درباره ماهیت سیاسی تقاضای استرداد و نظام سیاسی و قضایی دولت تقاضا کننده

تحلیل رویه قضایی شورای دولتی مستلزم بررسی دوگانه‌ای است: از یک سو اعمال ضابطه مربوط به ماهیت سیاسی تقاضا، و از سوی دیگر مضمون این قاعده در قلمرو رویه قضایی.

در حالی که بند ۲ ماده ۵ قانون دهم مارس ۱۹۲۷ به گونه‌ای کاملاً آشکار متضمن شرط انگلیسی است این امر در تمام قراردادهای استرداد منعکس نیست، چه قبل از قانون مذکور و چه بعد از آن.

83. MERLE et VITU: *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 1981, p.185.

84. Donndieu de Vabre

85. Traver

مسئله‌ای که باید بدانیم این است که اگر درخواست دولت متقاضی استرداد جنبه سیاسی داشته باشد آیا باید همواره تقاضا را رد کردیانه. شورای دولتی این مسئله را در پرتو ماده ۱ قانون دهم مارس ۱۹۲۷ حل کرده است:

«در صورت نبودن قرارداد، شرایط و آئین دادرسی و نتایج استرداد به موجب مقررات این قانون معین می‌شود. قانون مذکور در مواردی هم که در قراردادها تعیین تکلیف نشده است اجرا می‌گردد.»

از آن‌رو که مقررات این قانون به ماهیت قراردادی حقوق استرداد ارجاع می‌دهد و خصوصیت تکمیل کنندگی محتوای قانون را اعلام می‌دارد، شورای دولتی برای اعمال شرط انگلیسی بحسب اینکه قرارداد استرداد قبل یا بعد از تصویب قانون ۱۹۲۷ باشد دوراه در پیش گرفته است.

شورای دولتی مانند هیأت تشخیص اتهام بر این عقیده است که بند ۲ ماده ۵ قراردادهای قبل از قانون ۱۹۲۷ را «تکمیل» می‌کند. در پرونده آستودیلو کالژما که قرارداد فرانسه و اسپانیا مورخ ۱۴ دسامبر ۱۸۷۷ بر آن حاکم بوده شورای دولتی برای نخستین بار تکلیف را روشن کرده است، زیرا در ماده ۳ این قرارداد پیش‌بینی شده است که در جرایم سیاسی با استرداد موافقت نمی‌شود.

به رغم اظهارات نماینده دولت که اعمال دقیق قرارداد ۱۸۷۷ توصیه می‌کرده و در عین حال، هم به ماده ۱ قانون ۱۹۲۷ و هم به اصل تفوق قراردادهای بین‌المللی بر قوانین داخلی استناد می‌جسته، شورای دولتی این راه حل را حفظ کرده است.

بدین گونه، شورای دولتی مضمون گزارش دوندیو دو وابر را در برابر «جامعه بررسیهای قضایی»^{۸۶} پذیرفته است که می‌گوید: «در هیچ موردی

قانون جدید قراردادهای بین‌المللی را نسخ نمی‌کند و مذاکره در باب قراردادهای جدید را ممنوع نمی‌سازد، ولی با آنها تلفیق می‌شود و آنها را در مواردی که نکته‌ای را از قلم انداخته‌اند یا خواهند انداخت، تکمیل می‌کند».

چون قانون ۱۹۲۷ خصوصیت تکمیل کنندگی دارد، شورای دولتی در پرونده آستودیلو کالزا به رسیدگی ماهیت سیاسی تقاضا پرداخته و در رأی راجع به پیپرنواز این نظر که قرارداد فرانسه و ایتالیا مورخ ۱۸۷۰ مه ۱۸۷۰ متضمن شرط انگلیسی نبوده، به همین ترتیب رفتار کرده است.

در مورد قراردادهای بعد از قانون، بند ۲ ماده ۵ جنبه تکمیل کنندگی ندارد و اصل تفوق قراردادها یا موافقنامه‌های مصوب بر قوانین داخلی معتبر است (ماده ۵۵ قانون اساسی مورخ ۴ اکتبر ۱۹۵۸). شورای دولتی نیز به همین گونه نظر داده است.

در مورد این قراردادها دونظر با هم جمع می‌شود، بسته به اینکه دارای شرط مذکور باشند یا نباشند.

اگر قرارداد شامل شرط انگلیسی نباشد فقط ماهیت سیاسی جرم مورد بررسی قرار می‌گیرد.

شورای دولتی در پرونده کرواسان بدین گونه نظر داده است که متقاضی نمی‌تواند به بند ۲ ماده ۵ استناد کند و با استناد به ماده ۱ قرارداد استرداد فرانسه و آلمان مورخ ۲۹ نوامبر چنین اظهارنظر کرده است: «از این مقررات به روشنی استنباط می‌گردد که دولت فرانسه مجاز نیست که استرداد را تابع شرایطی جز آنچه در قرارداد پیش‌بینی شده است قرار دهد» (رأی مورخ ۱۵ فوریه ۱۹۸۰).

از آن پس در مورد کشورهایی که به موجب کنوانسیون اروپایی استرداد مورخ ۱۳ سپتامبر ۱۹۵۷ با فرانسه در ارتباط هستند این مسئله مطرح نمی‌شود، زیرا این کنوانسیون جانشین قراردادهای سابق است (رأی مورخ ۲۳ سپتامبر ۱۹۸۸ و آراء دیگر).

در واقع، به موجب رویه قضایی شورای دولتی از عبارات کنوانسیون

اروپایی استرداد مورخ ۱۳ دسامبر ۱۹۵۷ به روشنی استنبط می‌گردد که دولت فرانسه نمی‌تواند استرداد را تابع شرایطی جز آنچه در کنوانسیون پیش‌بینی شده است قرار دهد، به گونه‌ای که شخص بیگانه نمی‌تواند برای اعتراض به قانونی بودن حکم استرداد مربوط به خود به بند ۲ ماده ۵ قانون دهم مارس ۱۹۲۷ استناد کند (رأی مورخ ۲۸ ژوئیه ۱۹۸۹).

دو میں جنبه رؤیه قضایی، مربوط به محتوای قضایی شرط انگلیسی است. در حالی که دادرس قضایی رغبتی به بررسی ماهیت سیاسی تقاضا نشان نمی‌دهد شورای دولتی چنین احساسی ندارد.

هیأت تشخیص اتهام نیز در این باره چندان شایق نیست، زیرا بررسی ماهیت سیاسی تقاضا لزوماً قاضی را بدان سوق می‌دهد که به مقاصد و سوابق ذهنی دولت متقارضی توجه کند.

اما یکی از اصول بنیادی حقوق استرداد آن است که دولتی که از او تقاضای استرداد شده حق ندارد به بررسی صحت دلایل اقامه شده بپردازد. دادرس فقط موظف است ببیند که آیا اعمال منتبه به متهم جنبه کیفری دارد و داخل در قرارداد دو جانبه است یا خیر، و آیا در هر دو کشور این اعمال یک گونه توصیف دارد و آیا خارج ازموازین استرداده است یا نه.

دادرس قضایی آنچه را در قرار بازداشت و خلاصه پرونده متهم آمده است معتبر می‌شناسد.

بدین گونه، هیأت تشخیص در رأی مربوط به اتهام کروasan چنین

نظر داده است:

«جز در مورد اشتباه آشکار، دولتی که از آن تقاضای استرداد شده است نمی‌تواند موضوعیت موارد اعلام شده را مورد تردید قرار دهد و باید توصیفی را که دولت متقارضی استرداد از آنها کرده است معتبر بشناسد، و این اصول دادرس را وادرمی سازد که این معنی را که متهم (کروasan) مرتکب اعمالی شده است پذیرد....»^{۸۷}

۸۷. هیأت تشخیص اتهام در رأی عدم موافقت با استرداد متهم دیگر مورخ ۷ مارس ۱۹۷۸ و در رأی موافقت با استرداد متهم سوم در تاریخ ۲۰ دسامبر ۱۹۷۸ همین نظر را ابراز داشته است.

هنگامی که دادرس قضایی، به رغم این مورد به بررسی ماهیت سیاسی تقاضا می‌پردازد، این کار را با نهایت احتیاط انجام می‌دهد.
در رأی راجع به متهم سالاتی^{۸۸} می‌خوانیم:

«با توجه به اینکه مدرک پرونده حاکی است که درخواست استرداد سالاتی ممکن است هدفی سیاسی داشته باشد و بنابراین مورد با ماده ۴ قرارداد فرانسه و آلمان یا ماده ۵ قانون دهم مارس ۱۹۲۷ منطبق است، اما با توجه به اینکه متهم در این باره دلیلی بر اظهارات خود ندارد و با عنایت به اینکه اتهامات منعکس در پرونده مؤید آن است که هیچ چیز در پرونده اظهارات او را توجیه نمی‌کند، در نتیجه دلیل چهارم باید مردود شناخته شود.»

بر عکس، دادرس دادگاه اداری در تحلیل مقاصد مقامات دولتی چار مشکل نیست زیرا در حقوق اداری داخلی سوءاستفاده از قدرت دولت یا رویه قضایی را کنترل می‌کند. در مقابل، شورای دولتی مانند دادرس قضایی، خود را در مورد رسیدگی به صحت انتساباتی که مبنای درخواست استرداد است صالح نمی‌شناسد.^{۸۹}

در پرونده آستودیلو برای نخستین بار ماهیت سیاسی درخواست را مورد بررسی قرار می‌دهد.

نماینده دولت معتقد است که در واقع اقدامات متهم «خصلت عینی سیاسی ندارد، زیرا زیانش متوجه سازمانهای سیاسی دولت نیست. وانگهی، می‌توان به طور جدی در این نکته تردید کرد که متهم ملهم از هدفی سیاسی بوده است».

با این همه، تردید درباره مقاصد حکومت اسپانیا بر مسائل عینی غلبه می‌کند:

«اگر خود را در محیط سیاسی سال ۱۹۷۳ قرار دهیم می‌توانیم شک

88. Salati

۸۹. آراء مورخ ۷ ژوئیه ۱۹۷۸ و ۱۵ فوریه ۱۹۸۰ و ۱۳ اکتبر ۱۹۸۲ و ۸ مارس ۱۹۸۵ و ۲۴ مه ۱۹۸۵.

کنیم که مقامات اسپانیا تهابه این دلیل که آستودیلو کالثامیان ماههای فوریه و آوریل ۱۹۷۱ مرتکب دزدی شده است استرداد او را بخواهند، و نیز باید اعتماد زیادی به قواعد حقوقی داشت تا معتقد شویم که در صورت موافقت با استرداد متهم، مقامات اسپانیا که همچنان در مقام قدرتند خود را به رسیدگی به کار متهم صرفاً در محدوده سرقتی که مرتکب شده است محدود سازند. بنابراین، هدف سیاسی در تقاضای استرداد مستتر است.»

با وجود این، باید گفت که در این مورد رویه قضایی بسیار اندک است و همین هم که هست مختصر است.

در پرونده آستودیلو کالثرا، شورای دولتی به بررسی ماهیت سیاسی درخواست استرداد پرداخته در حالی که از طرف متهم این موضوع در هیأت تشخیص اتهام عنوان نشده و هیأت مذکور نیز رأساً بدان پرداخته بوده است. تشخیص هدف سیاسی درخواست استرداد، شورای دولتی را به جستجوی مقاصد دولت تقاضا کننده از خلال محتويات پرونده وادر کرده است تا از این راه هدف سیاسی کشف شود. بدین منظور، نماینده دولت شخصیت متهم و گذشته سیاسی و خانوادگی او را تشریع کرد.

قدمت عمل منتبه به متهم ممکن است نخستین نشانه باشد. هنگامی که دولت اسپانیا در سال ۱۹۷۷ برای سرقتی که میان فوریه و آوریل سال ۱۹۷۱ ارتکاب یافته است تقاضای استرداد می‌کند می‌توان گفت که مقاصد سیاسی در بین است. تحلیل موقعیتهايی که پیرامون تقاضا را فراگرفته نیز ممکن است به قاضی اجازه دهد تا ببیند منظور اصلی از درخواست استرداد چیست (مثلًا نهضتهاي فكري و ظاهرات...). در این مورد، درباره نهادهاي کشور تقاضا کننده اظهارنظر نمی‌شود، زیرا این کار به منزله دخالت در امور داخلی کشور بیگانه خواهد بود.

شورای دولتی به رغم خصوصیت جرم غیرسیاسی جرایم منتبه به آستودیلو کالثرا حکم استرداد او را نقض کرد، زیرا استدلال نمود که «از

مجموع اوضاع و احوال قضیه چنین برمی آید که درخواست استرداد متهم که در سال ۱۹۷۳ به عمل آمده دارای هدفی سیاسی است».

در پرونده‌های دیگر نیز شورای دولتی به بررسی این موضوع فنی می‌پردازد که آیا درخواست استرداد دارای هدفی سیاسی است یا نه، ولی رویه قضایی آن دیوان در این مورد به گونه‌ای شکفت آور مبنی بر اختصار است.

شورای دولتی در حکم راجع به لوجامبیو^{۹۰} گالدئانو به این اکتفا می‌کند که بگوید از محتويات پرونده امر نتیجه نمی‌شود که با توجه به اوضاع و احوال قضیه درخواست حکومت اسپانیا هدفی جز تعقیب جرم عمومی داشته باشد و در پرونده سیلوا مندس^{۹۱} تنها به ذکر این عبارت اکتفا شده که «استرداد دارای هدفی سیاسی نیست».

در پرونده‌های بعد از تصویب کنوانسیون اروپایی استرداد مصوب ۱۳ دسامبر ۱۹۷۵ فقط می‌خوانیم: «به نظر نمی‌رسد که درخواست استرداد متهم دارای هدفهایی مبتنی بر ملاحظات نژادی، مذهبی، ملی یا عقیدتی باشد یا وضع متهم به یکی از این علل تشید گردد».^{۹۲}

در مواردی که واقعیات و بررسی ذهنی آنها در تصمیم قاضی نقش تعیین کننده‌ای داراست حق بود که شورای دولتی مواضعی روشن‌تر اختیار می‌کرد.

در مقابل، شورای دولتی در بررسی ماهیت نظام سیاسی و قضایی دولت درخواست کننده استرداد تردید نشان نمی‌دهد.

دولتی که از او تقاضای استرداد شده با استرداد متهم به دولتی که متهم از شکنجه‌هایش فرار کرده به تبعیدی که تنها ضامن سالم جستن اوست، خاتمه می‌دهد.

هنگامی که استرداد متوجه بیگانه‌ای است که از کشور خود

90. Silva Mendes

۹۱. آراء مورخ ۲۳ سپتامبر ۱۹۸۸ و ۲۶ اکتبر ۱۹۸۸ و ۲۱ دسامبر ۱۹۸۸ و ۲۰ دسامبر ۱۹۸۹ و ۲۴ زانویه ۱۹۹۰.

به یکی از دلایل سیاسی، نژادی یا مذهبی گریخته، دولتی که از او تقاضای استرداد شده به هیچ رو مطمئن نیست که با محروم کردن این بیگانه از مصونیتی که دوری از وطن برای او فراهم کرده است تا از گزند دولت خود در امان باشد، دست به عملی درجهٔت اجرای عدالت زده باشد.

در واقع، امکان بسیار زیادی وجود دارد که متهم را تسليم خشونت مجازاتی ناعادلانه و غیربشری کند، و این مخالفت با اصل بنیادین حقوق استرداد است، زیرا استرداد برای آن به وجود آمده تا احترام به قواعد حقوقی را تضمین کند.

بدین گونه، انتستیتوی حقوق بین الملل به سال ۱۸۸۰ بی آنکه به دولتی که از او تقاضای استرداد شده حق بدهد که دربارهٔ نهادهای دولت تقاضا کننده استرداد داوری کند، کوشیده است تا برای جرایم سیاسی تضمینهایی فراهم آورد: «استرداد در مورد جرایمی که هم جنبهٔ سیاسی و هم جنبهٔ عمومی دارند نباید عملی شود مگر آنکه دولت تقاضا کننده اطمینان بدهد که متهم در دادگاههای اختصاصی محاکمه نخواهد شد».^{۹۲}

در پرونده لوجامبیو گالدئانو شورای دولتی برای نخستین بار با تکیه بر اصول عمومی حقوق این مسأله را بررسی کرد که آیا نظام سیاسی و قضایی دولتی که متهم تابع آن است به حقوق و آزادیهای اساسی فرد بشری احترام می‌گذارد یا نه؟ در مورد این پرونده چنین نظر داد که نظام اسپانیا با این اصول اساسی منطبق است.

در آراءٔ جدید شورای دولتی به گونه‌ای مستقیم به کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق و آزادیهای اساسی مورخ ۴ نوامبر ۱۹۵۰ استناد کرده و نظر داده است که اگر نظام سیاسی و قضایی دولت مربوط حقوق و

۹۲. قطعنامه انتستیتوی حقوق بین الملل در اجلاس اکسپورد مورخ ۱۸۸۰.

۹۳. دولت فرانسه این کنوانسیون را در تاریخ ۳۱ دسامبر ۱۹۷۳ تصویب کرده و در تاریخ ۳۰ مه ۱۹۷۴ منتشر نموده و بنابراین دارای تمام ابعاد قانون داخلی است. ضمناً دولت فرانسه در ۹ اکتبر ۱۹۸۱ حق شکایت اشخاص را نیز پذیرفته است.

آزادیهای اساسی فرد بشری را رعایت کند، استرداد جنبه سیاسی ندارد. بدین ترتیب، نظر داده است همان‌گونه که اصول عمومی حقوق استرداد اقتضا می‌کند، نظام سیاسی و قضایی اسپانیا به حقوق و آزادیهای فرد بشری احترام می‌گذارد.^{۹۴}

درست است که در ضمن شرایط کنوانسیون مصوب ۱۳ دسامبر ۱۹۵۷ ماده‌ای وجود دارد که حاکی است:

«در موردی که شخص مورد تقاضاً توسط دولتی محاکمه می‌شود که دادگاهش برای دادرسی و حمایت حقوق دفاعی عملأً تضمینهای اساسی به دست نمی‌دهد یا در دادگاهی اختصاصی محاکمه گردد یا هنگامی که استرداد به منظور اجرای مجازات یا اقدامی تأمینی صادر از چنین مراجعی باشد، با درخواست استرداد موافقت نخواهد شد» (ماده ۱).

وانگهی، شورای دولتی به کنوانسیون اروپایی حمایت از حقوق و آزادیهای اساسی که مواد ۳ و ۵ و ۶ آن اعلام می‌دارد شخص حق دستیابی به محاکمه‌ای عادلانه و علني در دادگاهی مستقل و بیطرف را دارد، ابعاد لازم را بخشیده است.^{۹۵}

برد این مقررات در مسائل مختلف مربوط به استرداد زیاد است. بدین ترتیب، در پرونده پیکابیا بورونزا^{۹۶} نماینده دولت تا جایی پیش رفت که از هیأت عمومی شورای دولتی تقاضا کرد تا «به گونه‌ای غیرانتزاعی» شرایطی را که در آن دادرسی قضایی صورت می‌گیرد بررسی کند، زیرا هیأت عمومی نمی‌تواند به گونه‌ای صرفاً انتزاعی «از طریق قضاوتی کلی درموردنظام قضایی دولت تقاضا کننده استرداد» داوری کند.^{۹۷}

.۹۴ آراء مورخ ۱۴ دسامبر ۱۹۸۴ و ۲۱ دسامبر ۱۹۸۸ و دهم مارس ۱۹۸۹ و ۲۸ ژوئیه ۱۹۸۹.

.۹۵ نخستین حکمی که شورای دولتی در آن انطباق مورد را با این کنوانسیون بررسی کرد در پرونده گابور وینتر بود.

96. Picabea Burunza

.۹۷ رأى مورخ ۲۷ أكتوبر ۱۹۸۹.

۳. استرداد پناهندگان

اصل عدم استرداد در موارد سیاسی رژیم قضایی پناهندگان را در این باره تعریف می‌کند.

با توجه به اینکه در مورد پناهندگی، اساسی بین المللی وجود دارد که کنوانسیون ژنو مورخ ۲۸ ژوئیه ۱۹۵۱ مؤید آن و قانون مصوب ۲۵ مارس ۱۹۵۲ نیز مشعر بر آن است، و با عنایت به اینکه بند ۴ مقدمه قانون اساسی فرانسه مورخ ۲۷ اکتبر ۱۹۴۶ در این مورد تصریح دارد، لذا باید گفت که پناهنده از نظر استرداد از تضمین خاصی برخوردار نیست.

کنوانسیون ژنو به طور واضح اصل عدم استرداد در مسائل سیاسی را اعلام نداشته و نیز به گونه‌ای مشخص اصل عدم استرداد پناهندگان سیاسی را متذکر نشده است.

امروزه بحث حول محور بخش اول ماده ۳۳ دور می‌زند که حاکی است:

«هیچ یک از دولتهای متعاهد، پناهندگان را که جان یا آزادی او به یکی از علل نژادی، مذهبی یا تابعیت یا تعلق او به بعضی گروههای اجتماعی یا به علت معتقدات سیاسی در خطر است از مملکت یا از مرزهای خود نخواهد راند.»

آیا ماده ۳۳ مربوط به استرداد است؟

دادرس قضایی به سهم خود می‌بیند که در بند اول ماده ۳۳ عبارتی حاکی از اصل عدم استرداد پناهندگان سیاسی وجود ندارد. ماده ۳۳ را نمی‌توان به گونه‌ای تفسیر کرد که شامل منع استرداد باشد، زیرا این ماده ناظر بر اخراج و طرد اشخاص است. در حقوق بین الملل و در حقوق فرانسه عبارات اخراج و طرد و استرداد تعریفهای

۹۸. «هر کس که به سبب عمل خود به سود آزادی تحت تعقیب قرار گیرد در خاک جمهوری فرانسه حق پناهندگی خواهد داشت.»

متفاوت، مقررات مختلف و آئین دادرسیهای متفاوتی دارند.
طرد و اخراج را نباید با استرداد یکی گرفت.

اگر در این سه مورد دولتی که شخص بیگانه در قلمروش اقامت دارد، او را در فشار قرار دهد، استرداد مخصوصاً توافقی قبلی و حتی قراردادی قبلی است، در حالی که طرد و اخراج اعمالی یک جانبه‌اند تابع اقداماتی اداری که صرفاً جنبه داخلی دارد.

هنگامی که هیأت تشخیص اتهام پاریس مشغول رسیدگی به پرونده استرداد کروسان بود مخصوصاً متذکر شد که «متهم به مرکز پناهندگان مراجعه کرده و تا آنجا که هیأت اطلاع دارد تا امروز پاسخی دریافت نکرده است». سپس بی‌آنکه منتظر نظر مرجع مذکور شود با استرداد متهم موافقت کرد.

همین هیأت تشخیص اتهام در پرونده گابور وینتر در رأی مورخ ۲۰ دسامبر ۱۹۷۸ خود چنین اظهارنظر کرد:

«اوراق پرونده حاکی است که گابور وینتر روز ۱۹ اکتبر ۱۹۷۸ یعنی در تاریخ بازداشت خود از مقامات صلاحیت دار درخواست پناهندگی سیاسی کرده است....»

سپس صریحاً اظهارنظر می‌کند:

«این موضوع به هیچ وجه مانع آن نیست که هیأت تشخیص اتهام درباره استرداد متهم اظهارنظر کند. در واقع، به فرض اینکه متهم بتواند امتیاز پناهندگی را به دست آورد، ماده ۳۳ کنوانسیون ژنو مورخ ۲۸ ژوئیه ۱۹۵۱ مانع از استرداد او نیست، زیرا طرد و اخراج اقداماتی است از نظر حقوقی متفاوت.»^{۱۹}

۹۹. این رویه قضایی در مسیر تصمیم کمیسیون شکایات است که ماده ۵ مکرر قانون ۲۵ ژوئیه ۱۹۵۲ وظیفه آن را به شرح زیر دانسته است: «بررسی شکایتها رسانیده از طرف پناهندگان که در مورد آنان موازین پیش‌بینی شده در مواد ۳۱ و ۳۲ و ۳۳ کنوانسیون مورخ ۲۸ ژوئیه ۱۹۵۱ اعمال می‌گردد و اظهارنظر درباره حفظ یا لغو آن موازین».

این کمیسیون در رأی شماره ۶۷۳ خود مورخ ۴ دسامبر ۱۹۵۴ به دنبال شکایت کسی که ←

بدین گونه، دادرس قضایی هنگامی که کشور ثالثی تقاضا کند، در مورد ارتکاب جرم عمومی در باره پناهنده نظر به استرداد متهم می دهد.
از این هنگام استرداد پناهنده به دولت ثالث ممکن است.

بدین ترتیب، کمیسیون شکایت پاریس در مورد استرداد سه نفر از اتباع یوگسلاوی که جمهوری فدرال آلمان تقاضای استردادشان را کرده بود، نظر موافق داد. اتهام اینان وارد کردن اسکناسهای تقلیبی پنجاه دلاری به آلمان و به جریان انداختن آنها بود (ماده ۱۳۳ قانون مجازات فرانسه).

عبارات رأی روشن و بی ابهام است:

«با توجه به اینکه این سه نفر از اتباع یوگسلاوی چه به موجب اعلامهای کتبی خود و چه از طریق مجمع مربوطه ادعا کرده اند که از طرف جمعیت فرانسوی حمایت از پناهنده‌گان، به عنوان پناهنده شناخته شده اند و مدعی اند که این امر مانع از استرداد آنهاست، و با توجه به اینکه قانون مصوب دهم مارس ۱۹۷۷ در ماده ۳ و بند ۱ ماده ۵ خود تصریح دارد که فرانسه می‌تواند تمام اشخاص غیرفرانسوی و کسانی که تابعیت این کشور را ندارند و کسانی را که به عنوان شهریون فرانسوی مورد حمایت نیستند، به دولت بیگانه مسترد کند، و با توجه به اینکه سه نفر مذکور نگفته اند که به عنوان پناهنده تابعیت فرانسوی به آنان اهدا شده است، و با توجه به اینکه ماده ۳۳ کنوانسیون ژنو که مقرر می‌دارد هنگامی که زندگی یا آزادی شخصی در معرض تهدید است دولتهای متعاهد حق ندارند اورا اخراج یا طرد کنند در مورد استرداد ساکت است، لذا در استرداد آنان منعی به نظر نمی‌رسد.»^{۱۰۰}

هیأت تشخیص اتهام نیز تأکید می‌کند که قانون استرداد شامل هیچ

با استرداد او موافقت شده بود چنین نظر می دهد: «رأی به استرداد در شمار موافقنی که تکلیف این کمیسیون را تعیین کرده است قرار ندارد تا مشمول مقررات ماده ۵ مکرر قانون ۲۵ ژوئیه ۱۹۵۲ قرار گیرد».

با وجود این، کمیسیون تجدیدنظر پاریس در تصمیم مورخ ۲۴ فوریه ۱۹۸۸ خود نظر وزارت امور خارجه را در تفسیر ماده ۳۳ جویا شده است.
۱۰۰. رأی مورخ ۲۹ نوامبر ۱۹۶۱.

مقرراتی نیست که مانع این گونه استردادها باشد.

شورای دولتی نیز به سهم خود از سال ۱۹۷۷ به بعد درباره تفسیر

مقررات ماده ۳۳ کنوانسیون ژنو مورخ ۲۹ ژوئیه ۱۹۵۱ اظهارنظر می‌کند ولی درباره معنای این مقررات زیاد صراحت نشان نمی‌دهد.

در پرونده آستودیلو مسأله به گونه‌ای ضمنی حل وفصل می‌شود. وی

بدین دلیل متول نمی‌شود زیرا کمیسیون شکایات به علت عدم موافقت مدیر پناهندگان تقاضای او را رد می‌کند.

هنگامی که وضع پناهندگی مستقیماً نزد قاضی مطرح نمی‌شود،

شورای دولتی ملزم نیست که دلیل نقض ماده ۳۳ کنوانسیون ژنو را بررسی کند و تنها بر ماهیت سیاسی تقاضای استرداد تکیه می‌کند.

شورا نتیجه می‌گیرد که تقاضای استرداد برازیر ارتکاب جرمی

عمومی صورت گرفته است ولی با هدفی سیاسی، و وارد این بحث نمی‌شود که آیا متهم پناهنده هست یا خیر.

در مقابل، در پرونده کرواسان مسأله مستقیماً از طرف متهم مطرح

می‌گردد. وی می‌گوید که به محض ورود به فرانسه در ۱۱ ژوئیه ۱۹۷۷ از مقامات فرانسوی تقاضای پناهندگی سیاسی کرده است، و استدلال می‌کند

که دولت فرانسه باید مسأله استرداد را معوق گذارد تا تکلیف پناهندگی او به طور قطع تعیین گردد.

بدین گونه، کرواسان — که وکیل دادگستری است — از خلال

آئین دادرسی الزام تعلیق مسأله ماهیتی ابعاد ماده ۳۳ کنوانسیون ژنو را مطرح می‌سازد.

شورای دولتی در رأی مورخ ۷ ژوئیه ۱۹۷۸ به نقض ماده ۳۳ مذکور

اشارة می‌کند، اما با سرعت از آن می‌گذرد و به مقررات بند «الف» ماده ۱

کنوانسیون ژنو و بند ۲ ماده ۱ پروتکل ۳۱ ژانویه ۱۹۶۷ مشعر بر تعریف پناهندگی استناد می‌جوید.

بدین گونه، مستقیماً به خصوصیت پناهندگی کرواسان اشاره

می‌کند و خود را صالح می‌داند که جانشین تصمیم سازمان پناهندگی شود و

استثنایاً خصوصیت پناهندگی را در متهم نشناشد. در واقع، شکایت از رأی استرداد داخل در مهلت شکایت نزد کمیسیون شکایات از تصمیم سازمان پناهندگی صورت گرفته است.

با توجه به اینکه کرواسان خارج از جمهوری فدرال آلمان — که تابعیت آنجا را دارد — بسر می برد، از محتویات پرونده استنباط نمی شود که نمی تواند از حمایت این کشور بهره مند گردد یا به علت ترس از مجازات نمی خواهد به یکی از علل مذکور از این حمایت استفاده کند. در این شرایط، موجه نیست که از امتیاز پناهندگی به معنای مقررات کنوانسیون استفاده کند.

با وجود این، چون شورای دولتی برای رد استفاده از ماده ۳۳ کنوانسیون ژنو بر این امر تکیه می کند که متهم قادر صفت پناهندگی است و بنابراین نمی تواند از مقررات کنوانسیون استفاده کند، لذا وارد تفسیر ماده ۳۳ کنوانسیون نمی شود؛ زیرا رأی مذکور نمی گوید که آیا ماده ۳۳ ناظر بر استرداد پناهندگان است یا خیر.

این شورا در آراء بعدی نیز همین روش را تعقیب می کند. هنگامی که جمهوری فدرال آلمان استرداد گابور و یتررا تقاضا می کند و اتهام اورا شرکت در اجتماع تبهکاران موضوع ماده ۲۶۵ قانون جزا می داند (جمعیتی) که «امداد مخفیانه نورنبرگ» نام می گیرد، با استرداد او موافقت می شود. شورا مستقیماً مسئله را مطرح می کند و تقاضای پناهندگی متهم را می پذیرد ولی تفسیری از ماده ۳۳ به دست نمی دهد.

شورای دولتی در رأی مربوط به پرونده لوجامبیو گالدئانو مورخ ۲۶ سپتامبر ۱۹۸۴ هیچ اشاره ای به ماده ۳۳ کنوانسیون ژنو نمی کند ولی وضع پناهندگی را در پرتو کنوانسیون ژنو روشن می سارد.^{۱۰۱}

با وجود این، در این مورد شورای دولتی می توانسته است ماده ۳۳ را تفسیر کند.

۱۰۱. در این پرونده متهم از سازمان پناهندگی تقاضایی نکرده بوده است.

نتیجه گیریهای نمایندگان دولت در پرونده‌های مختلف در مسیر تفسیر موضع ماده ۳۳ مذکور است: یعنی هم منع طرد و اخراج و هم منع استرداد پناهندگان سیاسی. در اینجا به بند ۴ مقدمه قانون اساسی مورخ ۱۹۵۸ که شامل حق پناهندگی است استناد می‌شود.

در پرونده آستودیلو کالثرا نماینده دولت نتیجه می‌گیرد:

«چنانکه این پرونده حاکی است، می‌توان نتیجه گرفت که بیگانه‌ای که تصمیم به استردادش گرفته شده، در اجرای قانون ۲۵ ژوئیه ۱۹۵۲ به او حق پناهندگی اعطای شده است. شناسایی این خصوصیت، که متضمن اعطای حقی است، از روز ورود بیگانه به خاک فرانسه ایجاد آثاری می‌کند. شما در وضعی قرار گرفته اید که دولت تصمیم به استرداد پناهنده‌ای گرفته است و، در صورت تقاضای تجدیدنظر متهم، برای شما مقدور نیست که قانونی بودن این اقدام را از نظر قوانین داخلی بررسی کنید.»

در پرونده گابور وینتر، نماینده دولت نظر می‌دهد که بهتر است تفسیر موضعی از ماده ۳۳ به عمل آید که بیشتر منطبق با بند ۴ مقدمه قانون اساسی ۱۹۴۶ باشد: «آیا باید کلمات طرد و اخراج را به معنای ستی آنها گرفت و در این حال پذیرفت که کلمات «به هر صورت» فقط عبارتی بیهوده و ناشیانه است و فقط شامل این معنی است که متن ناظر به تمام صورتهای طرد و اخراج است؟ یا، برعکس، باید کمتر به معنی دقیق طرد و اخراج توجه کرد و بیشتر به جمله «به هر صورت» متشکی شد و متن را بدین گونه تفسیر کرد که هر نوع اقدامی که منجر به راندن پناهنده‌ای به کشوری شود که حیات یا آزادی او در حدود شرایط مقرر در ماده ۳۳ در خطر است، منع شده؟»

در رأی مربوط به گوتمان^{۱۰۲} مورخ ۲۵ ژانویه ۱۹۸۵ شورای دولتی نخستین پایه پاسخ بدان پرسش را در اختیار ما می‌گذارد: هنگامی که کشوری بیگانه متهم را در معرض هیچ گونه خطر خاصی قرار ندهد استرداد

پناهنده قانونی است.^{۱۰۳}

در رأی مربوط به برسیورتا^{۱۰۴} مورخ اول آوریل ۱۹۸۸ شورای دولتی دومنی پایه پاسخ را به دست می دهد: هنگامی که بیگانه ای به موجب حکم نهایی پناهنده شناخته می شود، نمی توان اورا به کشور متبعش مسترد کرد و حتی به کشوری که متهم در آن در معرض اقدامی غیر منصفانه باشد (که وی برای فرار از آن تقاضای پناهندگی کرده است).

با وجود این، شورای دولتی راه حل خود را، مانند نظریه نماینده دولت، براساس ماده ۳۳ متمکن کند بلکه بربطق «اصول کلی حقوقی که شامل پناهندگان نیز هست» نظر می دهد. و این نکته مخصوصاً با تعریفی که از بند «الف» ماده ۲ کنوانسیون زنومورخ ۲۸ژوئیه ۱۹۵۱ استنتاج می شود منطبق است.

این اصول «بازدارنده آن است که پناهنده ای به هر صورت از طرف دولتی که به او حق پناهندگی بخشیده است به کشور متبع خود تسليم شود. تنها استثنای آن مواردی است مربوط به امنیت ملی که کمیسیون مذکور بدان اشاره کرده است».^{۱۰۵}.

شورای دولتی پذیرفته است که با توجه به رؤیه قضایی وضع متهمی را که درخواست پناهندگی کرده ولی هنوز درخواستش به مرحله پاسخ قطعی نرسیده است بررسی کند. چنین است وضع کسی که درخواستش از طرف سازمان پناهندگی رد شده ولی او تقاضای تجدیدنظر کرده است.

در مقابل، اگر مهلت تقاضای رسیدگی نزد کمیسیون شکایات منقضی شده باشد (مرحله تجدیدنظر)، یا متهم در مدت مقرر به شورای دولتی مراجعه نکند (مرحله فرجامی)، بیگانه ای که تقاضای استردادش شده نمی تواند ادعا کند که دارای صفت پناهندگی است.

مصنونیت پناهندگان یا فراریان حد خاصی دارد که در کنوانسیون

۱۰۳. گوتمان پناهنده ای از مردم رومانی بود که فرانسه اورا به سویس مسترد کرد.

104. Bereciurta

۱۰۵. رأی مورخ اول آوریل ۱۹۸۸ در پرونده برسیورتا.

ژنو و تفسیری که شورای دولتی از آن به دست داده، منعکس است.
شورای دولتی با توجه به بند ۶ ماده ۱ کنوانسیون ژنو درباره
پناهندگان، چنین نظر داده است:

«مقررات این کنوانسیون در مورد اشخاص زیر قابل اعمال نیست....
ب) در صورتی که دلایل مطمئنی در دست باشد که کسی در خارج از
کشوری که به آن پناهنده شده ارتکاب جنایت بزرگ غیرسیاسی شده
است. بنابراین، در مورد خیمنز اوربانو^{۱۰۶} با توجه به اهمیت جرایم
عمومی ارتکاب یافته و دلایل ارائه شده برآن، استناد او به اینکه پناهنده
است و طبق کنوانسیون مذکور نباید مسترد گردد، پذیرفته نیست.»^{۱۰۷}

شایسته است اضافه شود که ماده ۳۳ کنوانسیون ژنو در بند ۲ ماده ۱
شامل عبارت زیر است:

«با این همه، پناهنده‌ای که در مورد او دلایل قوی وجود داشته باشد که
برای امنیت کشوری که در آن اقامت دارد خطری به شمار می‌رود یا
اینکه به موجب حکم قطعی به جنایت یا جنحة مخصوصاً مهمی محکوم
شود و از این نظر برای جامعه مذکور تهدیدی به حساب آید، نمی‌تواند از
مزایای این کنوانسیون بهره‌مند گردد.»

اگر ماده ۳۳ متوجه استرداد باشد شرطی دارد که در مورد «اعمال
دارای اهمیت خاص» موردنظر رویه قضایی شورای دولتی است.
مسلم است که شورای دولتی نیز چون دیوان کشور با امتناع از
اعطای حق پناهندگی به اشخاص یا با بازستاندن آن، در تأمین انسجام
نظمی که بانی آن است دقت و نظارت می‌کند.

□

106. Jimenez Urbano

۱۰۷. رأی مورخ ۲۳ سپتامبر ۱۹۸۸. شورای دولتی در مورد متهم دیگر با استناد به همین مقررات
نظر داده است که متهم نمی‌تواند از حق پناهندگی استفاده کند، ولی وارد بحث جمع حق
پناهندگی و قانونی بودن استرداد نشده است (رأی مورخ ۲۶ اکتبر ۱۹۸۹).

استرداد مسئله‌ای غنی و زنده است.

استرداد نیز مانند اخراج بیگانگان، به بحث در این باره میدان می‌دهد که این خود مسئله‌ای است حساس. حقیقت آن است که هر دو امر مربوط به حاکمیت دولت است.

در قلمرو وسیع حق استرداد، اصل عدم استرداد مجرمان سیاسی جایی وسیع دارد، زیرا متصمن حد اعلای حمایت از یک بیگانه است. شورای دولتی با تعمق در عرصه حقوق استرداد و با اداری کردن استرداد به گونه‌ای خاص، که به همین سبب ممکن است دادرسان آن را سوءاستفاده از قدرت به حساب آورند، به ماهیت استرداد رنگ تازه‌ای بخشیده است.

شورای دولتی در این باره شایستگی خود را در نوآوری به منظور تأمین بهترین تضمینها برای رسیدگی به اتهام بیگانه‌ای که مورد تقاضای استرداد قرار می‌گیرد، نشان داده است، هرچند به نظر نمی‌رسد که آراء او ماهیتاً چندان حامی این افراد باشد.

موریس فلوری

MAURICE FLORY

ترجمه: دکتر ابراهیم بیگزاده



گامی در راه یک

حقوق اجتماعی بین المللی





● مقدمه

ظهور یکصد دولت جدید در عرصه بین‌المللی به طور کلی عمدۀ ترین تحولی به شمار آمده که بعد از جنگ جهانی به وقوع پیوسته است. در واقع، تازگی این پدیده بیشتر به لحاظ توسعه نیافتگی این دولتهای جدید بوده تا تعدد تابعان حقوق بین‌الملل. در واقع، تا آن زمان جامعه بین‌المللی مرکب از دولتهای «متمن» یعنی دولتهای اروپائی یا منشعب از اروپا بود که دارای یک سطح توسعه بودند. این دولتها می‌توانستند از یک برابری واقعی در حاکمیّت برخوردار باشند، زیرا به عبارتی دارای اقتصادی همگن بودند، گستره و قدرتشان متفاوت بود ولی مردمان آنها به یک شکل می‌زیستند و به طور محسوس از یک فلسفه رشد پیروی می‌کردند. ماقی جهان، بی‌آنکه استقلالی داشته باشند، در حاشیه و به صورتهای مختلف در قیوموت دولتهای حاکم یزگ و کوچک به حیات خویش ادامه می‌دادند. بعد از جنگ دوم جهانی جامعه بین‌المللی همگنی خود را از دست می‌دهد. در کنار دولتهای قدیمی دولتهایی قرار می‌گیرند که از آن پس «درحال توسعه»

نامیده می شوند. این اصطلاح حقیقی تر و متین تر از اصطلاح سابق است که ظاهراً مبتنی بر علم آمار و ارقام نبود و از یک ارزشیابی در مورد درجه تمدن ملل جهان ناشی می شد. اما با ظهور این کشورها کشف نابرابری توسعه در این دولتها که تا آن موقع در حجاب استعمار مخفی مانده بود خود عاملی حقیقی برای نوسازی حقوق بین الملل گردید.

این نابرابری بزرگترین مشغله روابط بین الملل شد که با توجه به آن طبعاً می توانست تغییراتی اساسی پدید آورد. در واقع، کشورهای جهان سوم از اینکه مسائل عمده آنها مطرح شده بود به وجود آمدند و در جهت جلب توجه جهانیان به این مسائل تلاش بسیار کردند. حق طلبی این دسته از کشورهای جهان موجب گشت تا جهانیان به یکی از مهمترین حقایق اقتصادی پی ببرند، و [درنتیجه] ساخت قواعد انتزاعی حقوق بین الملل که حول محور اصل نظری برابری بنا نهاده شده بود و واقعیات اقتصادی آن را نفی می کرد درهم بریزد. البته، حقوق بین الملل نمی توانست از حاکمیت برابر، که بدون آن استقلال دولتها از میان می رفت، صرف نظر کند. با این حال، از این پس بعده دیگر بدان افزود که از هر جهت ضروری می نمود و آن «نابرابری در توسعه» بود.

از آنجا که هدف حقوق برقراری صلح است، لازم می نماید که این صلح دارای یک بُعد اقتصادی باشد و حقوق بین الملل به این قلمرو جدید عنایت بنماید، و دقیقاً این کشورهای جهان سوم هستند که حقوق بین الملل را به سوی توجه بیشتر به اقتصاد هدایت کرده اند، اگر چه این توجه محدود به روابط شمال-جنوب نمی شود. امروزه اقتصاد حالتی جهانی پیدا کرده و چون اقتصاد جهانی مستلزم تدبیری فراگیر است به حقوق بین الملل نیاز دارد.

یقیناً کشورهای جهان سوم حقوق بین الملل اقتصادی را به وجود نیاورده اند ولی بُعد کنونی این حقوق ناشی از آنهاست. جامعه ای که از کشورهای غنی و کشورهای بسیار فقیر تشکیل شده جامعه ای خطرناک برای صلح است. کشورهای ثروتمند این مسئله را درک نموده و قدرتهای

استعماری سابق پیشقاولانی هستند که کمکهای اقتصاد و فتی را به صورت عملی آغاز کرده‌اند؛ در همین حال سازمان ملل متحد و چند سازمان منطقه‌ای اولین مکانیسم‌های کمکهای چندجانبه را به حرکت درآورده‌اند.

این تلاشهای ابتدائی شناخته شده امروز بخشی از روند عادی روابط بین الملل را تشکیل می‌دهد. معهداً، بزودی حدود این تلاشها که با سخاوت کشورهای کمک کننده مشخص می‌گردید، روشن شد. چگونه حکومت یک دولت تحت کنترل دائم مجلس، که خود نیز نمایندگان مالیات دهنده‌گان است، می‌تواند سخاوتمند باشد؟ وانگهی، سخاوتمندی معنایی برای یک دولت ندارد. کمکهای داوطبلانه بسیار محدود است. این کمکها نمی‌توانند از آن حد تجاوز کند مگر با منطقی دیگر، یعنی منطق حقوق بین الملل که با پویایی ناشی از همبستگی انسجام یافته است.



حقوق بین الملل نوع دوستی

تاریخ حقوق اجتماعی نشان می‌دهد که تحول این رشته از پژوهش‌های حقوقی قدمت چندانی ندارد. بعد از پایان جنگ جهانی دوم این حقوق در کشورهای صنعتی از طریق تأمین اجتماعی همه افراد عمومیت یافت. بنابراین، چه جای شگفتی است اگر دیری پائید تا حقوق اجتماعی در جامعه کمتر انسجام یافته بین المللی مطرح گردید؟ در شرایطی که حقوق بین الملل به این وادی کشانده شد تنها با به خدمت گرفتن ابزارهایی که

1. charité

در اختیار داشت می توانست وارد عمل گردد.

سازمان ملل متحده، به دلیل محروم بودن از تشکیلات برنامه ریزی صالح برای اخذ تصمیم، با تصویب توصیه نامه های ساده که اجرایشان نیز بستگی به اراده هر دولت داشته، جهت گیریها را مشخص کرده است. درنتیجه، تکالیف الزامی فقط از معاہده مصوب ناشی شده که آن هم فقط نسبت به دولتها متعهد نافذ بوده است. درین مرحله، حقوق بین الملل اجتماعی چیزی جز یک حقوق اختیاری نیست.

الف. حقوق اختیاری

اگرچه نوع دوستی با اجبار حقوقی منافات دارد ولی نافی نظم نیست و به همین جهت سازمان ملل متحده کوشیده است تا بدون تحمل کردن الزامات حقوقی چارچوبی برای تلاش دولتها مشخص کند. بدین ترتیب، در قطعنامه ۲۶۲۶ مورخ ۱۹۷۰ مربوط به دومین دهه توسعه، حدود این نوع دوستی مشخص شده که عبارت است از تخصیص یک درصد تولید ناخالص ملی به کمک، که ۰/۷ درصد آن جهت کمک عمومی لحاظ گردیده است. کمی بعد مشخص شد که ۰/۱۵ درصد این کمک باید به کشورهایی که از همه کمتر توسعه یافته اند تخصیص داده شود. این قطعنامه چیزی جز یک راهنمای نیست. هر عنوانی که بکاررفته باشد سند مورد استفاده تنها یک توصیه نامه است که اگرچه با کنسانسوس^۲ به تصویب رسیده ولی از لحاظ حقوقی الزام آور نیست. مجمع عمومی درین خصوص فقط به این امر اکتفا می کند که به طور دوره ای اصول این توصیه نامه را یادآوری نماید و سطحی را که هریک از دولتها به آن دست یافته اند اعلام دارد. یک گردهمائی هم می تواند به مناسبت دعوت سالیانه جهت مشارکت ارادی در برنامه ملل متحده برای توسعه نیز تشکیل گردد. «آنکتاد»^۳ نیز با

2. consensus

۳. UNCTAD یا CNUCED (کنفرانس ملل متحده برای تجارت و توسعه).

توصیه نامه هایی در این خصوص اقدام می کند. این نهاد از دولتها یا سازمانهای بین المللی دعوت نموده است تا عملکرد فعلی را اصلاح کنند یا سند جدیدی را بوجود آورند. براساس چنین توصیه نامه هایی متعاهدین «گات»^۴ توافقنامه عمومی را تغییر دادند و درنتیجه بخش چهارم درخصوص تجارت با کشورهای در حال توسعه را در آن گنجانیدند. همچنین، یک توصیه نامه آنکたد به کشورهای صنعتی القا نمود که نمودارهای تعرفه های ترجیحی عمومی را به کشورهای در حال توسعه پیشنهاد کنند. این نمودارها چندی بعد ملاک عمل گردید.

مشاهده می شود که در این روند، خواه دولجانبه باشد خواه چندجانبه، دولتها فقط به صورت ارادی یا به ابتکار خود یا به تشویق سازمان ملل متحده متعهد می شوند.

در این قلمرو، هیچ قاعدة الزامی در حقوق بین الملل وجود نداشت. وضعیت در حقوق اروپائی که ناشی از بخشی کوچک و به ویژه همگن از جامعه بین المللی است کاملاً فرق می کند، چرا که این حقوق یک سیستم پیش برداشتهای الزامی و مکانیسم های منسجم مدد کاری، چه در خود جامعه اروپا و چه به نفع کشورهای جهان سوی طرف قرارداد، را ایجاد نموده است. در اینجا حقوق اروپائی همچون حقوق داخلی جامعه ای تجلی می کند که در سطح منطقه ای ایجاد شده است. دقیقاً عدم وجود چنین جامعه ای در سطح بین المللی است که باعث می شود تا حقوق بین الملل اجتماعی به اراده استوار دولتها وابسته گردد که سازمان ملل متحده می کوشد آن را سازماندهی کند، ولی این حقوق به هر تقدير محدود خواهد ماند.

ب. میزان نوع دوستی

آنچه که در اینجا نوع دوستی نامیده می شود فقط کمک مالی

۴. GATT (موافقنامه عمومی تعرفه و تجارت).

نیست بلکه به هر تلاش ارادی اطلاق می‌گردد که بدون جبران فوری از طرف یک دولت دارای شرایط مساعد به نفع یک دولت درحال توسعه انجام می‌گیرد. اگرچه سازمان ملل متحده کوشش کرده است تا میزان کمکهای موردنظر را با رقم نشان دهد و کشورها را تشویق کند تا به سقف تعیین شده برسند، معهذا باید به این مسئله اذعان نمود که کشورهای کمک کننده از حدی که خود تعیین کرده بودند پافراتر نمی‌گذارند و سالهاست که به هیچوجه از این رویه تخطی نکرده اند. دلایل زیادی برای این عملکرد وجود دارد. این دلایل را می‌توان در یک تعریف کلی آورد: کشورهای ثروتمند حق تعیین کمکها را برای خود محفوظ می‌دارند، و این نه مطابق نیازهای عمومی محرومان بلکه برمبنای برآورده است که از ظرفیت خود برای دادن این کمکها نیز کاربرد آنها می‌کنند.

در رقابت سخت اقتصادی که میان کشورهای صنعتی وجود دارد، هیچ حکومتی نمی‌پذیرد تا در قبال رقبائی که دارد کشور خود را در شرایط نامساعد قرار دهد. بنابراین، گرایش برای تعهد به کمک باتوجه به کمترین میزان کمک است و بروزیک رکود اقتصادی کافی است تا این کمکها کاهش یابد و کاهش کمکها، به لحاظ مُسری بودنش، این خطر را دارد تا به سایر کشورهای آن گروه نیز سرایت کند. گاه ممکن است که فقدان کمک یک گروه از کشورها (مثل کشورهای غربی) با یک گروه دیگر (مثل کشورهای عضو اوپک) جبران گردد. ولی رکود در زمینه کمکهای تواندهمچنان افزایش یابد. میزان سخاوت یک دولت ثروتمند می‌تواند در هر لحظه تغییر کند و این سخاوت همچنین می‌تواند با توجه به ارزشیابی دولت مزبور از اصل کمک از یک طرف و طرزتلقی از تقاضا کنندگان این کمک از طرف دیگر متتنوع باشد. بدین ترتیب بوده است که دیدگاه اقتصادی ایالات متحده امریکا از اصل کمک همیشه سبب شده که تلاش امریکا در این زمینه به حداقل سطح ممکن برسد، درحالی که بر عکس کشورهای اسکاندیناوی همیشه در ردیف سخی‌ترین کشورها جای داشته‌اند. در هر حال، تخمین این کمکها به اراده

آزاد هر دولتی واگذار شده است و هیچ تضمینی برای ادامه آن وجود ندارد. به علت نامعلوم بودن امکانات، نتایج ناامید کننده است و امکان می دهد که به آسانی بتوان ضعیف بودن حقوق بین الملل توسعه راعلام نمود. حقوق بین الملل توسعه، علاوه بر غیر مؤثر بودن، به این لحاظ نیز مورد سرزنش واقع است که با وارد ساختن یک استاندارد مضاعف سبب تجزیه حقوق بین الملل و قراردادن کشورهای در حال توسعه در یک طبقه حقوقی، لااقل تا زمانی که «توسعه نیافتنگی» وجود خواهد داشت، شده است.

اگرچه این انتقادها به نظر مختصر و بعضی در تنظیمشان نامنسجم می نمایند، معهذا امکان درک این امر را فراهم می کنند که حقوق بین الملل توسعه بستگی به وجود وضعیت مشخص دارد، و آن استعمار زدائی و توسعه بعد از استعمار است. معهذا، در ورای این عصر، خطر باقی ماندن پدیده نابرابری همچنان وجود دارد.علاوه، این احساس نیز وجود دارد که نابرابری به طور نامحدود وجود خواهد داشت اگرچه برخی دولتهای جهان سوم به توسعه دست یافته، برخی دست نیافته و برخی دیگر به علت یک بحران، یک جنگ یا یک حادثه غیرمتربقبه طبیعی دچار فقر شده باشند.

لذا شایسته است برای درک عینی تر از این وضعیت مشخص از آن فاصله گرفت و وجهه دائم این پدیده [نابرابری] را بررسی نمود. درورای حقوق بین الملل توسعه، جامعه بین المللی خودنیزدربارزه با پدیده فقر و بینوائی در سطح بین المللی است. دولتها، گذشته و آینده شان هرچه باشد یا بتوانند باشد، ویژگیهای جغرافیائی و آب و هوایی خود را حفظ می کنند. این ویژگیها می توانند نامساعد باشند و نامساعد هم باقی بمانند. بدین ترتیب، کشورهای ساحل^۵ از گسترش صحراءه^۶ رنج خواهند برداشت، کشورهای محاط

۵. «ساحل» به آن دسته از مناطق افریقا اطلاق می گردد که یا در حاشیه دریای مدیترانه (الجزایر و شمال تونس) قرار گرفته و یا میان صحرای شمال و سرزمینهای خشک محصور شده اند (سنگال، مالی، نیجر، چاد و سودان).

6. désertification

در خشکی به همان شکل باقی خواهند بود و جزایر از انزوای خود رهانی نخواهند یافت.

مشکل اجتماعی بین المللی محدود به کشورهای درحال توسعه نیست؛ مرزهای نفوذناپذیر میان گروههای مختلف کشورها وجود ندارد؛ دیگر کشورهای توسعه یافته نمی توانند از همبستگی با دیگران دست بردارند. بنابراین، می توان پیش بینی کرد که آگاهی به این همبستگی تحولی مشابه آنچه که امروزه کشورهای دارای حقوق اجتماعی آن را شناخته اند ایجاد کند.

معهذا، جامعه بین المللی در اینجا با یک مشکل مضاعف روبرو است. اولین مشکل این جامعه تعیین استفاده کنندگان از حقوق اجتماعی است. بی شک، این حقوق در غایت نسبت به افراد قابل تسری است، ولی در جامعه بین المللی این دولتها هستند که در صفت اول قرار دارند، و آنها مدبران [جامعه بین المللی] هستند. دومین مشکل ناشی از این امر است که برای بهره مند شدن از یک حق باید بتوان در مقابل یک نهاد آن را اثبات کرد. این نهاد در حال حاضر وجود ندارد؛ معهذا کشورهای درحال توسعه این نهاد را همان «جامعه بین المللی» می دانند و این مفهومی است که به آرامی در حال شکل گرفتن است ورنه- ژان دوپوئی⁷ در درسهای خود درآکادمی حقوق بین الملل به طور خاصی به آن توجه نشان داده است. در واقع، به نظر می رسد که گذار حقوق بین الملل نوع دوستی به حقوق بین الملل عدالت بستگی به این جامعه در حال شکل گیری دارد.

7. René-Jean Dupuy.



حقوق بین الملل عدالت اجتماعی

در جامعه داخلی، گذار از نوع دوستی به عدالت مستلزم تغییر روحیات، آگاهی یافتن به نیازهای همبستگی و ارزیابی بهتر از حقوق بشر بوده است. این تحول به قانون‌گذار اجازه داد که رفته‌رفته عدالت را در حقوق موضوعه وارد سازد. لذا دستگاه دولتی برای تضمین اجرای حقوق اجتماعی بسیج شده است.

آنچه که بدین شکل در جامعه داخلی قابل تحقق است در جامعه فعلی مرکب از دولتهای دارای حق حاکمیت قابل عینیت یافتن نیست. وانگهی، اصولاً انتقال صلاحیت از یک نظم حقوقی به نظم حقوقی دیگر مطرح نیست. ابتدا شایسته است که آنچه می‌تواند در قلمرو صلاحیت بین المللی قرار گیرد مشخص گردد. حقوق بین الملل توسعه، در قلمرو خودش، نخستین گام در این جهت است. این حقوق می‌کوشد تا ابزارهایی را در اختیار دولتها قرار دهد که به آنها امکان ایجاد تعادل اقتصادی در جامعه بین المللی را به بهترین نحو خواهد داد. این حقوق در بعضی از ابعادش شبیه به بنیاد فرانسه است که الزاماتی را برای اغنية بوجود نمی‌آورد ولی به آنها امکان نشان دادن عینی همبستگی شان را می‌دهد. این حقوق به دولتهایی که احساساتشان برای همبستگی برانگیخته شده است راهی را پیشنهاد می‌کند تا به تعهدات اخلاقی که از خلال قطعنامه‌های سازمان ملل متحد پذیرفته اند جامه‌عمل بپوشانند. حقوق بین الملل توسعه الزامی نیست و تمامی دولتهای جامعه بین المللی را متعهد نمی‌کند؛ الزامات ناشی از آن فقط مربوط به دولتهایی است که به طور ارادی قبول تعهد نموده‌اند. یک

دولت توسعه یافته از لحاظ حقوقی ملزم به مشارکت در برنامه ملل متحده برای توسعه نیست. دولتها که به «گات» ملحق نشده اند نسبت به بخش چهارم موافقنامه عمومی متعهد نیستند.^۸

الف. مبانی حقوق اجتماعی بین المللی

در اینجا صحبت از حقوق باهدف است؛ هدفی که تعریفش دشوار است. توسعه چیست؟ اقتصاددان از پاسخ به این سؤال در نمی‌ماند، درحالی که حقوقدان خود را صالح برای پاسخگوئی نمی‌داند. وانگهی، توسعه پدیده‌ای نسبی است، توسعه مطلق وجود ندارد. یک دولت نسبت به یک دولت یا نسبت به یک گروه از دولتها «زیرتوسعه» است: پرتغال در جامعه اقتصادی اروپا یک دولت زیرتوسعه است، درحالی که نسبت به کشورهای افریقائی یک کشور توسعه یافته به حساب می‌آید. یک دولت می‌تواند سریعاً تحول پیدا کند: کره جنوبی در عرض چندسال از یک گروه به گروه دیگر گذار نمود. وانگهی، زمان برای همه کشورها دارای بُعد یکسان نیست؛ زمان در ساحل همانند زمان در ژاپن نیست. لذا این نتیجه حاصل می‌گردد که توسعه فقط مشکل مبتلا به کشورهای جهان سوم نیست؛ تمام دولتها در تمام مناطق و در هر لحظه با مسائل رشد

۸. بخش چهارم موافقنامه عمومی، مشتمل بر ۳ تا ۳۶ ماده (۳۸ تا ۳۶)، ناظر به مقاصدی به این شرح است: بالابردن درآمد صادرات کشورهای کم توسعه و بهبود ثبیت بازارهای جهانی و دیگر بازارها. مخصوصاً این بخش برقراری مبادلات را بین کشورهایی که توسعه ای نامساوی دارند منع می‌کند. ماده ۳۷ شامل امتیازات و کاهش و حذف و تقاضه عوارض و مالیاتها و محدودیتهای شامل کالاهای واردہ از مبدء کشورهای درحال توسعه است بخصوص تغییرات عوارض به تناسب میزان مالیاتهای موضوعه به کالاهای، وبالآخره ماده ۳۸ که هدف آن انجام یک عمل دسته جمعی در جهت ثبیت و بهبود وضع کشورهای درحال توسعه در بازارهای جهانی است. رجوع شود به زاک نم و کلت نم: سازمانهای اقتصادی بین المللی، ترجمه دکتر ابراهیم مدرسی، دانشگاه تهران، ۱۳۵۰، صص ۴۹ و ۵۰، و نیز نگاه کنید به:

FLORY M.: *Droit international du développement*, Paris, Puf., 1977, pp. 252-256.

[توسعه] مواجه اند، و این معضل لزوم تضمین یک تعادل کلی را مطرح می‌سازد. جامعه اقتصادی اروپا بخوبی این مسئله را دریافت کرده است. این جامعه، حد فاصل میان دولت و جامعه جهانی، با تلاش جهت کمک به مناطق نامساعد، مسائل خاص مربوط به توسعه خود را عهده‌دار می‌شود. این جامعه، با تضمین گردش آزاد اشخاص، سرمایه و کالا می‌خواهد با ایجاد یک تأثیر متقابل اقتصادی و اجتماعی، شکوفایی کلی را تضمین نماید. بدین ترتیب، از مفهوم «توسعه نایافتنگی» مختص روابط شمال-جنوب به نفع یک مفهوم گسترده و دائم که همان رشد باشد صرف نظر می‌کنیم. همزمان، از نوع دوستی داوطلبانه که توسط دولتهای ثروتمند به نفع دولتهای درحال توسعه انجام می‌گیرد دور می‌شویم و به طرف اعمال الزامي سوق می‌یابیم که در نگرشی جامع از عدالت در سطح جامعه بین المللی ای که دارای همبستگی بیشتر و در حال انسجام یا شکل‌گیری می‌باشد قابل درک است.

امروزه همبستگی دولتها و اتباع آنها به نظریک واقعیت آشکار می‌رسد، ولی این همبستگی می‌تواند فقط در یک جامعه همگن و متشکل تبلور عینی یابد. جامعه ملل در این خصوص یک طرح اولیه ناقص بود؛ سازمان ملل متحد یک مرحله نوین در راهی است که به آرامی پیش می‌رود. زیرا همان طور که رنه-ژان دوپوشی می‌گوید: «جامعه بین المللی در روزگار ما نتیجه پدیده‌های هماهنگ، اختوهای مکشوف و حل اختلافات نیست؛ بر عکس، حرکت متضادش به طور کلی، هم محصول قوای دافعه، رقابت، اعتراض و مطالبه حق است و هم نتیجه همبستگی، احتیاجات متقابل و مسئولیتهای مشترک» (درسهای آکادمی حقوق بین الملل، جلد ۱۱۶).

حقوق اجتماعی بین المللی هنوز افق مشخصی ندارد ولی تا به حال چندین متن همچون اعلامیه مجمع عمومی در خصوص پیشرفت و توسعه در زمینه اجتماعی (اعلامیه شماره ۲۵۴۲ مورخ یازدهم دسامبر ۱۹۷۹ مجمع عمومی سازمان ملل متحد) به این رشتہ از پژوهش‌های حقوقی اختصاص یافته است و روزی فراخواهد رسید که در سطح جامعه

بین المللی با به عهده گرفتن مشکلات اجتماعی که از چارچوب ملی خارج می شوند، حقوق بین الملل اقتصادی کامل گردد. تا آن زمان که دولتها قادر به تهیه آدوقة اولیه مردم خود، حل مشکلات محیط زیست، اداره کردن قروض خویش و... نباشند طبیعی است که به فکر درخواست همبستگی از دولتها دیگر بیفتند و تأسیس مکانیسم های اجرائی این همبستگی را خواستار شوند که آنها را از انجام اقدامات خفت بار و استفاده احتمالی از نوع دوستی بی نیازمی گرداند.

مسلمان، فرد منتفع واقعی و مخاطب نهائی، حقوق اجتماعی است. قطعاً اوست که باید از همبستگی بین المللی استفاده کند. سؤالی که در اینجا مطرح می شود این است که آیا باید ثابت کرد که او دارای چنین حقی است تا اینکه بتواند در مقابل جامعه بین المللی آن را مطالبه کند؟ اگر چنین باشد پس حقوق اجتماعی بین المللی وارد قلمرو فن حقوقی دیگری خواهد شد که همانا حمایت بین المللی از حقوق بشر است. امروزه حقوقدانان برجسته و نیز دولتهایی که تمایل کمی به متعهد شدن در قبال تعهدات نامشخص دارند در مورد سومین مقوله حقوق بشر به عمد از آن غافل مانده اند.^۹

در این حال، اگرچه منتفع واقعی فرد است، ولی می بایستی از طریق دولت همبستگی بین المللی تبلور یابد و مطمئناً توسط دولت است که اولین نمودهای یک حقوق اجتماعی بین المللی تحقق می یابد. در ابتدا این حقوق یکی از شاخه های حقوق بین الملل بود که از فنون مبتنی بر رضایت کشورها استفاده می کرد. اولین نمودهای آن در حقوق کار نهفته است که فکرش از ۱۸۹۰ با کنفرانس برلن شکل گرفت و تبلور عینی آن با

۹. حقوقدانان حقوق بشر را به سه مقوله تقسیم کرده اند:

الف. مقوله اول حقوق مدنی و سیاسی است.

ب. مقوله دوم شامل حقوق اقتصادی و اجتماعی است.

ج. مقوله سوم شامل حقوق همبستگی است که بایستی بیان کننده اندیشه اخوت باشد.

این مقوله شامل حق برخورداری از صلح، توسعه، محیط زیست و میراث مشترک بشریت است.

معاهده ورسای و ایجاد سازمان بین‌المللی کارآغاز گردید. در خلال هفتاد سال این قدیمی‌ترین نهاد تخصصی توانست وجود خود را به اثبات رساند و آئیننامه‌های خود را با دوراندیشی کامل اجرا نماید.

یک حقوق واقعی اجتماعی بین‌المللی برای اینکه کاملاً مؤثر باشد باید بتواند جامعه بین‌المللی را در کل به هم پیوند دهد نه اینکه همانند سیستم ملل متحده فقط دولتهای متعاهد را با یکدیگر مرتبط سازد. کنوانسیون‌های سازمان بین‌المللی کار در زمینه حمایت کارگران منبع مهمی را تشکیل می‌دهند. معهذا، تعداد کشورهایی که به این کنوانسیون‌ها ملحق شده‌اند به حد کافی نیست؛ گروههای کشورها به طور کامل می‌توانند بحق تلاش انجام شده را به عبارتی کاملاً نادیده بگیرند. با این حال، سازمان بین‌المللی کار، با شناخت حقوق برای کارگران، توانسته است با موقتیتی جزئی در زمینه فن حقوق بشر گام بردارد. ولی برای پیشرفت بیشتر باید همبستگی را جهانی کرد و با ایجاد تعهداتی برای تمام کشورها به آن عینیت بخشد.

ب. قلمرو اجرائی

بحث از یک شاخه جدید حقوق بین‌الملل مستلزم تعیین محتوای مادی آن است. این وظیفه بسیار دشوارتر از آن است که در اولین نگاه به نظر می‌رسد. گاه حقوق اجتماعی بین‌المللی محدود به حقوق کار می‌شود که این امر ناشی از یک دید محدود از مسئله است. حتی در حقوق داخلی هم حقوق اجتماعی نمی‌تواند فقط به حقوق کار محدود گردد، هر چند حقوق کار در حد قدیمی‌ترین رشته حقوقی مقامی درخور دارد؛ با این حال، در عصر حاضر قلمرو اجتماعی رشته‌های بسیاری را دربر می‌گیرد که قطعنامه ۲۵۴۲ بخصوص در اهداف تعریف شده در مواد ۱۰ تا ۱۳، آنها را مطرح می‌کند. سخن گفتن از یک حقوق اجتماعی بین‌المللی به هیچوجه به مفهوم تلاش برای ایجاد یک برابری اجتماعی اسطوره‌ای در سطح جهانی نیست.

مسلمان راه حل در ایجاد یک بورکراسی عظیم که تضمین کننده یک وعده غذای روزانه، یک حداقل تأمین اجتماعی و یک حقوق تضمین شده برای هر فرد باشد، نهفته نیست. این نه ممکن است و نه خواستنی که جامعه بین المللی جانشین دولتها شود.

در عوض، می‌توان اقداماتی را متصور شد که ظاهرآ در صلاحیت جامعه بین المللی است زیرا این اقدامات به تمام دولتها مربوط می‌شود. این اقدامات را می‌توان در حول و حوش سه سرفصل طبقه‌بندی کرد:

۱. اقداماتی که به لحاظ ماهیت فرامملی شان در قلمرو اختیارات جامعه بین المللی قرار دارند. اینها اقداماتی هستند که مرز نمی‌شناسند همچون اصلاح ساختار اقتصاد بین المللی، مبارزه با امراض مُسری، جستجو برای یافتن یک حداقل استاندارد بهداشتی، رعایت انصاف در رقابت بین المللی، مبارزه علیه «حیله گری اجتماعی»^{۱۰} و.... در مورد مبارزه علیه شکل اخیر تلاش سازمان بین المللی کاربرای تحمیل استانداردهای مشترک در زمینه رفتار با کارگران بی تأثیر نیست. ولی تنها جامعه اقتصادی اروپاست که به لحاظ آنکه یک جامعه متشكّل است توانسته با وسایلی که در اختیار دارد، قواعد متحده‌الشكلی را در موارد ضروری به دوازده دولت عضو خود تحمیل کند.

۲. هر کشوری می‌تواند همیشه قربانی یک فاجعه طبیعی مثل زلزله، فوران آتشفسان، سیل، خشکسالی، حمله ملخها، جنگ و... باشد. برخورد رسانه‌ها با این فجایع می‌تواند امکان شروع عملیات کمکهای نوع دوستانه را فراهم سازد، و این بهتر از هیچ است ولی تضمین نمی‌کند که تلاش منطبق با نیازها باشد. هرقدر هم که این فاجعه کوتاه باشد باز

۱۰. Dumping Social دومپینگ یک اصطلاح اقتصادی است و آن عبارت از فروش کالا در بازارهای بین المللی به قیمتی کمتر از بازارهای داخلی است.

تیره بختی می آورد، چون که این نوع کمک بسیار سریع پایان می یابد. مخاصمات فراموش شده گاهگاه و اغلب هنگام تهیه یک گزارش دوباره پدیدار می شوند. در این خصوص وقایع جنوب سودان، سومالی، اریتره، اتیوپی و بنگلادش به خاطر خطور می کند. نه تعداد قربانیان مشخص می گردد و نه رنج تحمل شده توسط این خلقها در طول ماهها و ماهها فهمیده می شود؛ تنها یک تلاش مشکل و واقعاً مشترک می تواند یک کمک مهم و درازمدت را تضمین کند.

۳. مصائب مؤقتی و تصادفی مشکل ترین مصائب از نظر کمک رسانی نیستند. در جامعه بین المللی دولتهای وجود دارند که در شرایط نامساعد آب و هوایی یا جغرافیائی قرار دارند که، به استثنای تغییرات غیرقابل پیش بینی، محکوم به توسل به کمک خارجی برای زنده نگه داشتن مردم خویش اند. این کشورها در شرایط بینوائی مطلق به قلمروی می پیوندند که بعضاً جهان چهارم نامیده می شود. به این دولتها کمک می شود، اما این کمکها براساس خواست کشورها یا سازمانهای کمک کننده است در حالی که، به دلیل دائمی بودن مشکل، جامعه بین المللی باید حداقلها در خصوص خواراک، بهداشت و تعلیم و تربیت، به همان گونه که کشورهای ثروتمند این حداقلها را برای افشار مستضعف خود فراهم می سازند، برای کشورهای فقیر تضمین کنند.

بد بختانه جامعه بین المللی هنوز در عصر تحقیق ویلرم^{۱۱} بسر می برد؛ دولتها، منزوی در حاکمیت خود، همان رفتار ثروتمندان سال ۱۸۴۰ را دارند که نوع دوستی شان تؤام با خودنمایی و خساست بیش از حد بود.

۱۱. لوئی- رنه ویلرم (Villermé) پزشک و جامعه شناس فرانسوی (۱۷۸۲- ۱۸۶۳) است. شهرت او بیشتر از بابت کتابش در زمینه اقتصاد سیاسی و اجتماعی است که شامل تحقیقی می شود که در ۱۸۴۰ در خصوص وضعیت فیزیکی و روانی کارگران کارخانه های پنبه، پشم و ابریشم خصوصاً در مناطق لیل (Lille) و روآن (Rouen) انجام داده است. این کتاب در تصویب قانون اجتماعی در خصوص محدود کردن کار کودکان تأثیر بسیاری داشت.

همبستگی ملی در کشورهای ما یک حقوق اجتماعی ملی را تحمیل نموده است. در سطح بین‌المللی، درجهانی که با توجه به گسترش ارتباطات محدود شده است، همزیستی میان فزونی بیش از حد و فقر و نداری مطلق غیرقابل تعامل می‌شود. این دیگر امکان پذیر نیست که خلقهای مختلف را به طور کامل در کام مرگ رها کرد. همبستگی دقیقاً آن خیری را به ارمغان خواهد آورد که به شکلی دیگر به نام حقوق بشر اعلام شده و آن حقوق اجتماعی مبتنی بر همبستگی بشردوستانه است که از این پس همانند یک حقوق جهانی مورد نظر قرار خواهد گرفت.

کریستین هاوس منینجر
CHRISTIAN HAUS MANINGER

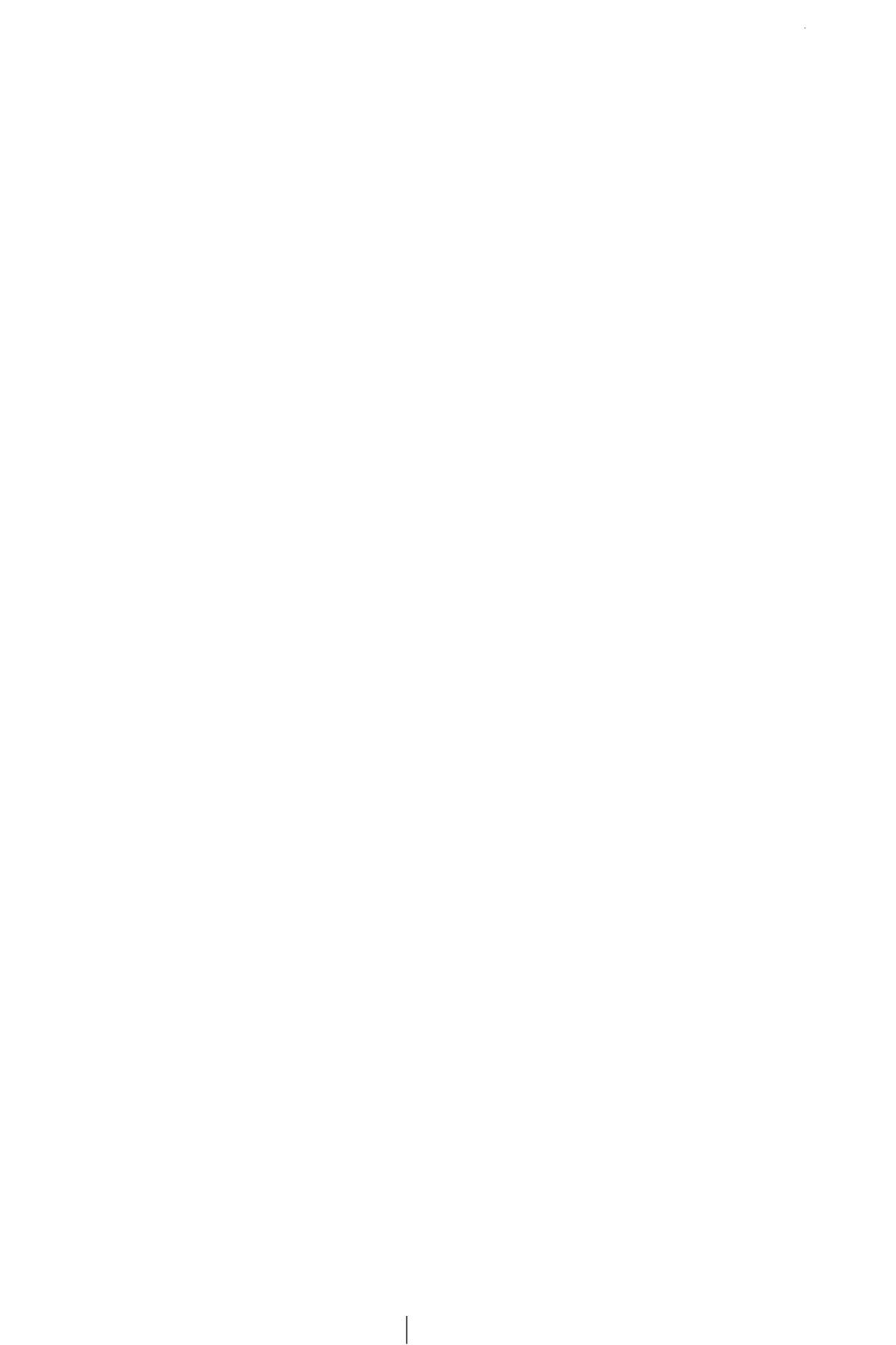
ترجمه محمد جواد میرفخرائی



مسئلیت مدنی داوران

مطالعه‌ای تطبیقی همراه با پیشنهادهای اصلاحی





پیشگفتار مترجم

در سالهای اخیر سازمانها و نهادهای داوری به طور فارج گونه‌ای تأسیس و توسعه یافته‌اند. تقریباً در سراسر دنیا مراکز داوری در بطن سازمانهای خصوصی، کانونهای وکلا و اتفاقهای تجارت تشکیل شده و آنطور که پیش می‌رود برخی از آنها بزودی به نهادهای داوری بسیار فعال و پرآوازه‌ای بدل خواهند شد. البته، این وضع در تمام این سازمانها صادق نیست و موجودیت پاره‌ای از آنها، به دلیل پائین بودن سطح فعالیتشان، فقط روی کاغذ خلاصه شده است. در این میان، حتی شاهدیم که برخی از مراکز داوری فقط به عنوان ابزاری برای تقلیب و کلاهبرداری شکل گرفته‌اند که طرح این گونه بروندۀ‌ها در محاکم کیفری برخی از کشورها گواه بر این امر است.

بروز این قبیل مسائل به موازات افزایش شمار داوریها در اوخر دهه ۷۰ و اوایل دهه ۸۰ باعث

گردید که سازمانها و نهادهای مختلفی از جمله کانون وکلای بین‌المللی^{*} به منظور تنظیم دستورالعمل و آئین رفتاری برای داوران کوشش‌هایی را مبذول دارند. در این میان، دیوان داوری «آی.سی.سی.» نیز در واکنشی صحیح به جریان شتاب گیر اعتراض به صلاحیت داوران، ایشان را ملزم نمود که در زمان پذیرش سمت داوری، مراتب بیطری و استقلال خود دربرونده و نداشتن منافع مشترک با هریک از طرفین اختلاف را کتاباً اعلام و امضا نمایند. وجود این التزام کتبی آمار حرج داور را کاهش داده است.^{**}

در هر حال، رشد سازمانهای داوری و آمار دعاوی مطروحه علیه داوران اهمیت بررسی مشکلات ناشی از مسئولیت مدنی ارگان‌های متقفل داوری را گوشزد می‌کند، بطوریکه مؤسسات معتبر و صاحب‌نام داوری که در گذشته برای حفظ اعتبار خود نزد قصاصات، کمتر به رسیدگی به موضوع مسئولیت مدنی داوران تن درمی‌دادند، امروزه اعتبار واقعی خود را در توجه و تقدیم هرچه بیشتر به این موضوع یافته‌اند تا به این ترتیب روشن گردد که کدامیک از سازمانهای به اصطلاح داوری فاقد اعتبار و اهلیت کافی برای تصدی به این امر هستند و یا در مرزبی اعتباری و عدم صلاحیت قرار دارند.

* International Bar Association

** برای مطالعه بیشتر رجوع کنید به مقاله «حرج و سلب صلاحیت از داوران در داوری تجاری بین‌المللی»، ترجمه محمد جواد میرخراصی، مجله حقوقی، شماره ۱۲، صص ۱۶۵-۲۰۶.

● مقدمه*

به نظر می‌رسد آنچه که طرفین یک اختلاف حقوقی را به انتخاب داوری به عنوان روش حل وفصل اختلافات داخلی یا بین‌المللی خود سوق می‌دهد، این باشد که داوری در مقایسه با اقامه دعوی در دادگاه سریع‌تر، کم‌هزینه‌تر، محروم‌انه‌تر و غیر تشریفاتی تراست. امتیاز دیگر داوری نسبت به طرح دعوی در محکمه می‌تواند این باشد که در داوری، طرفین اختلاف از نفوذ و میدان عمل کم و بیش وسیع‌تری در مورد انتخاب شخص یا اشخاصی مجاز برای رفع اختلاف فی‌ما بین برخوردارند. در گزینش این اشخاص، یعنی داوران، دو جهت اصلی مطتمع نظر طرفین است: نخست آنکه داوران مورد اعتماد و وثوق ایشان هستند، و دیگر اینکه به لحاظ داشتن تخصص در رشتهٔ خاصی غالباً از قضاط محاکم برای حل وفصل اختلاف

*مقالهٔ حاضر از سری مقالات منتشره در مجلهٔ داوری بین‌المللی (جلد سوم، شماره ۴، دسامبر ۱۹۹۰، صفحات ۴۷-۴۸) انتخاب شده است. نویسندهٔ مقاله، کریسین هاووس منینجر دکتر در حقوق و عضو کانون وکلای ایالت نیویورک است.

موجود شایسته ترند. استفاده روبه افزایش از داوری به عنوان جایگزین پرجذبه‌ای برای دادخواهی سنتی از طریق محاکم، موجب شده است که داوران، به عنوان تصمیم‌گیران غالباً نهائی اختلافات حقوقی بین المللی و ملی مهم، اهمیت و مسئولیت روزافزونی را به دست آورند.

با این حال، مواردی پیش می‌آید که در جریان رسیدگی داوری اعتماد اولیه یکی از طرفین یا هر دوی آنها نسبت به صحت و سلامت داور سلب می‌گردد، و نیز ممکن است داور با بی‌احتیاطی و یا حتی سوءنیت به وظایف خود بی‌توجهی و یا از اختیار محوله عمدتاً سوءاستفاده نماید. در برخی از این موارد، نظامهای حقوقی داخلی و مقررات داوری مؤسسات متکفل داوری، طرقی را برای جبران سوءتصدی داوری پیش‌بینی کرده‌اند. به این ترتیب که اگر معلوم شود جریان داوری از همان ابتدا روندی غیرعادلانه داشته است، طرف می‌تواند داور را قبل از صدور رأی از سمت خود عزل کند، و اگر رسیدگی غیرمنصفانه به صدور رأی از جانب داور انجامیده باشد، طرفین می‌توانند به نحو موقتی آمیزی در جهت ابطال رأی صادره تلاش کنند، ضمن اینکه تخلفات فاحش داور از قبیل تقلب و یا اخذ رشوه، می‌تواند او را در معرض مسئولیت کیفری نیز قرار دهد.

معذلک، برکناری داور قبل از پایان رسیدگی، ابطال رأی داوری یا طرح اتهامات کیفری علیه او نمی‌تواند رضایت کامل طرفی را که به واسطه افعال و یا ترک فعلهای تخلف آمیز داور زیان دیده است، فراهم آورد؛ زیرا تنها فایده این ترتیبات جبرانی این است که باعث منزوی و محروم شدن داوران ناصالح از تصدی داوریهای بیشتر می‌گردد، ولی خسارات مالی واردہ به طرفی را که هدف اصلی اشن بازگشت به وضعیت قبل از سوءتصدی داور است، جبران و ترمیم نمی‌کند. بنابراین، طرف مزبور ممکن است با طرح یک دعوی علیه داور متخلف، الزام وی را به جبران خسارات واردہ درخواست و تحصیل نماید.

علی‌رغم اهمیت طبعاً زیاد موضوع مسئولیت مدنی داوران برای طرفین اختلافات و خود داوران، نظامهای حقوقی ملی و مقررات داوری و

نیز مقررات داوری بین‌المللی غالباً از کنار آن بی تفاوت گذشته و یا به اشارات مبهم و نارسانی بستنده گرده‌اند. هدف این مقاله بحث و بررسی درباره مسائل مهم و غالباً فراموش شده‌ای است که طرفین و داوران باید، قبل از به حرکت افتادن چرخ رسیدگی داوری داخلی و یا بین‌المللی، ازانها آگاهی داشته باشند. عناصر مشکله مسئولیت داوری، چارچوب و حدود آن، ثبت و تغیر مسئولیت با تراضی طرفین، امکان بیمه کردن آن و نیز مسئولیت سازمانهای متصدی داوری از جمله این مسائل است. محور اصلی بحث در این مقاله ضوابط و ملاک‌های مسئولیت مدنی داور در ایالات متحده است، جائی که داوری بیش از هر کشور دیگری به عنوان جانشین رایج دادگاه جهت حل و فصل اختلافات عرض اندام نموده و از طرف دیگر هر ساله شاهد طرح شمار قابل توجهی از دعاوی مسئولیت مدنی علیه داوران در آنجا هستیم. در این مقاله همچنین موضع کشورهای پیشرو دارای حقوق مدون نسبت به این مسائل بررسی خواهد شد.

از آنجا که داوران علی الظاهر عهده‌دار وظایف «شبه قضائی» هستند، بخش اول مقاله حاضر به مسئولیت مدنی قضاط در حقوق امریکا می‌پردازد. بخش‌های دوم و سوم به بحث در این زمینه اختصاص یافته است که آیا ضابطه مسئولیت قابلِ اعمال به دادرسان محاکم عیناً به داوران نیز تسری دارد یا خیر؟ در بخش چهارم مسئولیت مدنی سازمانها و نهادهای مجری و متکفل داوری و در بخش پنجم مشکلات مسئولیت مدنی داور، که بالاخص در چارچوب داوری تجاری بین‌المللی بروز می‌کند، مورد بررسی قرار گرفته است. در بخش پایانی مقاله مطالعه‌ای تطبیقی از مسئولیت داوری در حقوق امریکا با توجه به راه حل‌های ارائه شده در نظامهای مختلف حقوق نوشته به عمل خواهد آمد و بالاخره برای تدوین الگوئی واحد که مسئولیت مدنی داوران بین‌المللی را تحت نظامی یکپارچه درآورد، پیشنهادهایی عرضه شده است.

۱

دکترین مصونیت قضائی از مسؤولیت مدنی

در حقوق امریکا قضاط را نمی‌توان از لحاظ مدنی ضامن و مسئول اعمالی دانست که به لحاظ سمت قضائی خود انجام داده‌اند و دادرسان محاکم در مقابل هرگونه ادعای مسؤولیت از بابت اعمال نادرست از مصونیت قضائی برخوردارند. در این بخش تحولات دکترین مصونیت قضائی اجمالاً بررسی و انگیزه‌های تکوین و حدود واقعی آن تبیین شده است.



تکامل دکترین مصونیت قضائی

دیوان عالی امریکا در پرونده «برادلی علیه فیشر»^۱ برای نخستین بار دکترین مصونیت قضائی از مسؤولیت مدنی را پذیرفت. خواهان این پرونده وکیلی بود که به خواسته جبران خسارات علیه یکی از قضاط دیوان عالی حوزه کلمبیا طرح دعوی نموده و متوجه شده بود که بنابر توسط قاضی مزبور منوع الوکاله شده است. دیوان عالی امریکا رأی داد که قضاط محاکم فدرال را نمی‌توان از بابت اعمال قضائی انجام شده در حوزه صلاحیت و اختیارات خود تحت تعقیب قرارداد. دادگاه همچنین با اظهار اینکه دکترین مصونیت قضائی «ریشه محکمی در حقوق عرفی دارد» تأکید نمود که «این یک اصل عام و حائز اهمیت درجه اول در تصدی دقیق

۱. Bradley v. Fischer

حرفة قضاست که صاحبمنصبان قضائی در اجرای اختیارات محوله براساس یافته‌ها و علم خود آزادی عمل داشته و در این مقام نباید از تبعاتی که احیاناً این اقدام برای شخص آنان به دنبال خواهد داشت، خوفی به دل راه دهنده^۲). دادگاه در ادامه رأی خود استدلال نمود که مسئول دانستن قاضی از بابت اعمال خود «منافی این اختیار است و استقلالی را که لازمه شان، اعتبار و یا کارائی هر دستگاه قضائی است، زایل می‌کند». دیوان عالی در دعوای «پیرسون علیه ری»^۳ دکترین مصونیت قضائی را به قضات ایالتی نیز تعییم داد.

گفتنی است که مصونیت قضائی به قضات فدرال و ایالتی محدود نشد و محاکم امریکا آن را به سایر دست اندرکاران حرفة قضائی نیز گسترش دادند. در دعوای «یاسلی علیه گاف»^۴ دیوان عالی مصونیت را به دادستانهای فدرال و در پرونده «ایمبر علیه پچمن»^۵ به دادستانهای ایالتی تسری داد، ضمن اینکه در پرونده برادلی مصونیت قضائی همچنین برای نمایندگان محاکم، باز پرسان فدرال و دادیاران متصدی مسؤولیتهای مشابه با دادستانها تعییم یافته است.



حدود مصونیت قضائی

در دعوای «برادلی علیه فیشر»، دیوان عالی شرایط لازم برای برخورداری از مصونیت قضائی را تنظیم کرد. به موجب رأی صادره در این پرونده، قاضی را نمی‌توان به خاطر انجام هیچ گونه «عمل قضائی» با طرح یک دعوای مدنی مسئول دانست، مگر اینکه عمل مزبور آشکارا خارج از حدود اختیار و صلاحیت قاضی نسبت به موضوع اختلاف بوده باشد. اعتبار

2. *Pierson v. Ray*

3. *Yaselli v. Goff*

4. *Imber v. Pachtman*

و نفوذ قاعدة مصونیت قضائی حتی با طرح ادعای سوءنیت و یا فساد مالی قضی نیز مخدوش نمی‌گردد و دلیل آن این است که کنکاش و تجسس در انگیزه‌ها و دواعی اعمال صادره از قضی، تهدیدی نسبت به استقلال قضات تلقی شده است.

دیوان عالی ایالات متحده تا مدت‌ها از تعیین و اعلام اینکه کدامیک از اعمال صادره از ناحیه قضی عنوان «اعمال قضائی» را دارد و در نتیجه مشمول مصونیت است، خودداری ورزیده و در واقع، با استفاده از اصل فوق، تقریباً تمام افعال و اقدامات قضی را زیر پوشش مصونیت قضائی قرار داده بود. ولی پذیرش نظریه مصونیت مطلق قضائی عملاً موجب می‌شد که تعقیب موقتی آمیز قضات از بابت هرگونه سوءرفتار و تخلف در جریان اجرای وظایف رسمی شان غیرممکن شود. لذا اخیراً دیوان عالی در دعوای «سوبریم کورت آو ویرجینیا علیه کانسیومرز یونیون اویونایتد استیتز»⁵ بین وظایف قضائی، تقنیتی و اجرائی یک قضی قائل به تفکیک شد و حکم داد که اعمال مربوط به اجرای احکام از مصونیت مطلق برخوردار نیست و مصونیت در این مورد منحصر به اقداماتی است که با حُسن نیت انجام شده باشد. در پرونده «فورستر علیه وايت»⁶ که در آن خواهان — که مأمور ناظر دوران تعلیق اجرای مجازات اطفال بود — به ادعای رفتار تبعیض آمیز به دلیل جنسیت خود دعوای را علیه قضی صادر کننده حکم طرح کرده بود، دیوان عالی با تبیین وتوضیح بیشتر موضع خود اظهار داشت که «اعمال قضائی دادرس و وظایف اداری، تقنیتی و یا اجرائی که به حکم قانون انجام آنها بعضاً به قضات ارجاع می‌گردد، با یکدیگر کاملاً متفاوت اند». دادگاه استدلال نمود که مصونیت مطلق «داروی قوى و تندی است که تجویز آن فقط زمانی قابل دفاع است که خطر بازماندن صاحبمنصبان قضائی از مسیر ایفای مؤثر وظایفشان بسیار جدی باشد» و حکم داد که قضات در مقام اجرای وظایف اداری خود فقط از مصونیتی محدود برخوردارند.

5. Supreme Court of Virginia v. Consumers of United States

6. Forrester v. white



انگیزه‌های زمینه‌ساز دکترین مصونیت قضائی

اساساً مفهوم مصونیت قضائی بر دو انگیزه اصلی استوار است: یکی حمایت از قاضی و طرفین دادرسی، و دیگری صیانت از جریان رسیدگی قضائی.

۱. حمایت از قاضی و طرفین دادرسی

این استدلال که مصونیت قضائی حامی قاضی است و استدلال دیگر مبنی بر اینکه این مصونیت پشتیبان اصحاب دعوی است، با یکدیگر عجین و آمیخته‌اند. به موجب هر دوی این استدلال‌ها، پذیرش مسئولیت مدنی برای قاضی آثار زیانبخش زیر را به بار خواهد آورد: اولاً، بیم از مسئولیت، افراد متعهد و شایسته را از قبول سمت‌های قضائی باز خواهد داشت.

ثانیاً، حتی اگر افراد ذی علاقه پذیرای مشاغل قضائی شوند، پیوسته در این نگرانی بسرمی برند که اشخاص ناراضی از حکم، علیه آنها دعوای ضرر و زیان طرح نمایند، و همین احتمال کافی است که قضاط در انجام مسئولیت‌های قضائی خود تساهل ورزند. زیرا، از یک سو، صرف خطر تحت تعقیب قرار گرفتن، قضاط را به «احتیاط و سواس آمیز» وامی دارد و «انگیزه منفی نیرومندی است که ایشان از صدور تصمیماتی که احتمالاً موجب طرح دعوایی علیه آنها می‌گردد، خودداری ورزند» و این عامل فی نفسه قضاط را از رسیدگی مستقل و بیطرفانه محروم می‌سازد، و از سوی دیگر، طرح دعوای از جانب ناراضیان موجب ائتلاف وقت گرانبهای قضاط برای دفاع از ادعاهای تفضیلی و پرهزینه خواهد شد.

بنابراین، دکترین مصونیت قضائی نه تنها حافظ منافع قضاط است

بلکه مصلحت جامعه و اصحاب دعوی نیز با استقلال قصاصات و اقدام به دوراز ترس آنها از عواقب و تبعات تصمیم گیریشان ثأتمین و تضمین می‌گردد.

۲. صيانت از جريان رسيدگي قضائي

این استدلال که مصونیت قضائی ضمن حفظ و صيانت جريان رسیدگی قضائی است بر این پایه استوار است که طرح ادعاهای ضرر و زیان علیه قصاصات باید به منظور حفظ سلامت و صحت روند رسیدگی پژوهشی منوع گردد. تاریچخه دکترین مصونیت قضائی نشان می‌دهد که این نظریه به این دلیل تکوین یافت که «سیستم پژوهشی را از اعتراضات غیراصولی به احکام صادره دور نگاه داشته و به این ترتیب راه طرح دعاوی بیشتر را از طریق توسل به سیستم رسیدگی چند مرحله‌ای به منظور تصحیح اشتباہات مسدود نماید» و از این راه قطعیت و نهائی بودن دادرسی و اعتبار آراء صادره را تضمین کند. به بیان دیگر، مصونیت قضائی مانع از این می‌گردد که خواهانی بتواند دعاوی متعددی را به خواسته جبران خسارات علیه قاضی رسیدگی کننده به دعوای اصلی و نیز قاضی حکم دهنده در مورد دعوای مسئولیت مدنی اقامه نماید.

با تکیه بر این کاربرد سابقه دار مصونیت قضائی است که دیوان عالی ایالات متحده تنها راه مؤثر برای اعتراض به تخلفات قضائی را توسل به طریقه فوق العاده اعاده دادرسی می‌داند و استدلال می‌کند که وجود پاره‌ای از «تصمیمات» زیربنایی در روند رسیدگی‌های قضائی از قبیل قابلیت اصلاح اشتباہات قضائی در مرحله پژوهشی، دور نگه داشتن قاضی از اعمال نفوذ سیاسی و نیز ماهیت ترافعی دعاوی، خود به نحو مؤثری سوء‌قصدی و تخلفات قضائی را کنترل و حقوق افراد را حمایت می‌کند و در نتیجه لزوم توسل به طریقه فوق العاده طرح دعوای ضرر و زیان علیه قاضی را کاوش می‌دهد.

انتقاد بر دکترین امریکائی مصونیت قضائی

در سالهای اخیر، نظریه مصونیت مطلق قضائی از جانب برخی از صاحب‌نظران و قضات مورد انتقادات فزاینده‌ای قرار گرفته است. محور انتقادات مذبور این است که اشتیاق دادگاهها به حفظ استقلال قضائی خود، آنها را از توجه به دو جنبه دیگر از نظام عمومی که با مسئله مسئولیت قضائی ارتباط نزدیک دارد، بازخواهد داشت. این دو جنبه عبارتند از: ۱) جبران خسارت زیان‌دیدگان از تخلف قضائی، و ۲) جلوگیری از خلافکاریهای قضائی. لذا منتقدان مذبور برقراری چارچوبی را که به موجب آن تخلفات قضات حداقل موجبات مسئولیت مدنی آنها را فراهم آورده، لازم می‌دانند تا به این ترتیب توجه متوازن‌تری به هر سه جنبه یاد شده مبنی‌گردد.

۱. جنبه جبران خسارت به ویژه توسط حقوقدانانی مورد تأکید قرار گرفته که عقیده دارند دکترین مصونیت قضائی با ماده ۱ قانون ناظر بر حقوق مدنی مصوب ۱۸۷۱ ناسازگار است. در حالی که دیوان عالی ایالات متحده حکم داده که دکترین مصونیت قضائی نسبت به دعاوی مطروحه به استناد ماده ۱۹۸۳ قابل اعمال است، نویسنده‌گان بسیاری با اتخاذ موضع مخالف استدلال نموده‌اند که نص صریح ماده ۱۹۸۳ و تاریخچه تقنیّی آن، هر دو مؤید این است که قاضی به موجب این ماده از لحاظ مدنی مسئول شناخته شود.^۷

۷. ماده ۱۹۸۳ قانون خدمات دولتی ایالات متحده:

«هر کس یکی از اتباع ایالات متحده و یا شخصی را که در حوزه صلاحیت سرمیانی آن واقع است، از حقوق، امتیازات و مصونیتها مقرر در قانون اساسی و قوانین عادی محروم و یا موجبات آن را فراهم سازد، در برابر شخص زیان‌دیده در دعواهی که به خواسته جبران خسارات واردۀ اقامه می‌گردد، ضامن و مسئول خواهد بود....»

توضیح اینکه اکثر دعاوی علیه قضات به استناد این ماده طرح شده است.

۲. جنبهٔ جلوگیری از خلافکاری‌های قضائی در نظریات فاضلانهٔ حقوقدانانی منعکس شده که می‌گویند وجود مصونیت، مشوق بی مبالاتی قضائی است و در واقع قصاص را از انگیزهٔ کافی برای اعمال دقّت و توجّه در انجام وظایف خود محروم می‌سازد. لذا به منظور فراهم آوردن انگیزهٔ مطلوبی که قصاص را از لغزش به سوی رفتارهای ناشی از سوءنیت و یا غیرمحاطانه باز دارد، برخی از نویسنده‌گان پیشنهاد داده‌اند که ضابطهٔ مصونیت محدود قابل اعمال به اقدامات اداری و اجرائی قاضی، بی کم وکاست به افعال صدرصد قضائی وی نیز تسری داده شود. به موجب این پیشنهاد، قاضی نباید از بابت اشتباهاتی که با وجود حسن نیت و درستکاری از وی سرزده است ضامن و مسئول شناخته شود. ولی انجام هرگونه عمل «با علم و آگاهی واقعی به ناروا بودن آن و یا با سهل انگاری در احراز درستی و یا نادرستی آن» برای قاضی مسؤولیت آور است. براساس این ضابطه، حریم استقلال قضائی همچنان محفوظ مانده و ادعاهای بی اساس و یا واهی با صدور یک حکم اختصاری و یا حکم براساس لوایح متبادله به آسانی قابل رد است. قاضی داگلاس در نظریهٔ مخالف خود در پروندهٔ «پیرسون علیه‌ری» با عبارات زیرا این موضع گیری مبتنی بر حسن نیت را نسبت به مصونیت قضائی توجیه نمود:

«وجود سوءنیت و قصد محروم ساختن فردی از حقوق مدنی خود کاملاً با وظیفه و منصب قضائی ناسازگار است. قاضی با اقدام ارادی و آگاهانهٔ خود در جهت سلب حقوق اساسی افراد، در مقام اعمال بصیرت و یا نظر قضائی خود نیست بلکه در آن حالت وی از سمت خود به عنوان یک قاضی دورافتاده و در واقع فعال مایشائی است که براساس حبٰ و بغضهای خود کار می‌کند.»



مسئلیت مدنی قضات در کشورهای دارای حقوق مدون

در کشورهای تابع حقوق نوشته مفهوم مصونیت مطلق قضات برای اعمال قضائی خود جایگاهی ندارد، و برعکس، اغلب کشورهای اروپائی سیاست قاطعی را در مورد جبران خسارات قربانیان و زیان‌دیدگان از اقدامات مقامات عمومی و از جمله قضات اتخاذ کرده‌اند، بطوریکه اساساً کلیه افعال تقسیرآمیز و نادرست قضات، و از آن میان اقداماتی که در جهت حل و فصل اختلافات انجام می‌دهند، می‌تواند موجبات ضمان و مسئلیت ایشان را فراهم سازد و اصحاب دعوی کم و بیش تحت شرایط خاصی از این حق برخوردارند که به نحو مؤثری ضرر و زیان ناشی از تخلفات قضائی را مطالبه و استیفا کنند. لذا هریک از این کشورها روش و آئین ویژه‌ای را به منظور مطالبه خسارات ناشی از عملکرد قضات توسط طرفین وضع کرده‌اند که به موجب آن دعوای ضرر و زیان می‌تواند علیه شخص قاضی و یا دولت طرح گردد که، در صورت اخیر، دولت به نوبه خود می‌تواند در مواردی دعوای مستقابل علیه قاضی اقامه نماید. توضیح اینکه در اغلب این کشورها اقامه دعوای مسئلیت مدنی علیه قاضی فقط زمانی ممکن است که خواهان کلیه طرق قانونی جبران خسارت را طی کرده و از آنها نتیجه‌ای نگرفته باشد.

نتیجه بخش اول

از آنچه در این بخش آورده شد، مستفاد می‌گردد که:

- قضات امریکایی از اختیارات و اعتبار فوق العاده‌ای برخوردارند
- وضمانت اجراهای مدنی در گذشته هیچگاه نسبت به تخلفات قضات مورد

حکم واقع نشده‌اند، ولی امروزه به هیچ وجه نمی‌توان دکترین مصونیت قضائی را به عنوان دکترینی مطلق و استثنای پذیر تلقی نمود. آراء اخیر الصدور دیوان عالی امریکا— برای مثال دیوان عالی ویرجینیا و رأی صادره در پرونده فورستر— نشان‌دهنده تمایل روزافزوں محاکم ایالات متحده برای جبران خساراتی است که به واسطه اعمال تقصیرآمیز و اشتباہات قصاصات به اصحاب دعوی وارد شده است. بنابراین، کلیه اعمال غیرقضائی دادرس و به عبارت دیگر اقدامات شخصی، اداری و اجرائی او فقط در صورتی که با حسن نیت انجام شده باشد از مسئولیت معاف است. مع الوصف، باید گفت که قصاصات امریکائی برخلاف همتاهاهی اروپائی خود کما کان از مصونیت گسترده‌ای در مقابل کلیه اعمال انجام شده در مقام حل و فصل اختلاف برخوردارند هر چند این اعمال مشوب به سوءنیت و یا فساد مالی بوده باشد. در اینجا مجالی برای بحث بیشتر درباره مسئولیت قضائی در ایالت متحده نیست، ولی ضوابط مسئولیت قضائی در کشورهای اروپائی باید دقیقاً مورد بررسی قرار گیرد تا در پرتو آن بتوان ضابطه قابل قبولی را برای مسئولیت مدنی داور در اروپا و نیز در ایالات متحده به دست آورد.



تسربی دکترین مصونیت قضائی به داوران

در بخش پیشین ملاحظه شد که قصاصات امریکائی در چارچوب قواعد حقوقی عرفی معمولاً در برابر دعاوی مدنی مطروحه علیه ایشان از مصونیت بهره‌مندند. بخش حاضر به تجزیه و تحلیل این مطلب خواهد پرداخت که آیا دلایل ابرازی در توجیه و حمایت مصونیت قضائی دادرسان محاکم به همان اندازه در مورد داوران نیز صادق است یا خیر؟ ولی قبل از

طرح استدلالهای له و علیه تسری دکترین مصونیت قضائی به داوران، بخشی اجمالی درباره جایگاه داوران و نهاد داوری در نظام قضائی ایالات متحده ارائه می‌گردد.



جایگاه داوران در نظام قضائی ایالات متحده

برخلاف برخی از کشورهای دیگر، امروزه دادگاههای امریکا از داوری به عنوان جایگزینی برای طریقه سنتی طرح دعوی در محاکم استقبال نموده و دادگاههای فدرال از قابلیت ارجاع اختلافات حقوقی به داوری و نیز انعطاف و نرمش داوران در حل و فصل آنها قویاً حمایت کرده‌اند، بطوریکه امروزه این گرایش بارز در محاکم ایالات متحده به چشم می‌خورد که با قابل داوری دانستن پاره‌ای از مسائل که سابقاً غیرقابل داوری تلقی می‌شد، اختیارات وسیعی را در جهت فیصله دادن به اختلافات حقوقی به داوران تفویض نمایند. در جامعه امریکا، داوران به عنوان جانشین مطلوب و شایسته‌ای برای رسیدگیهای قضائی، و داوران نیز به عنوان دادرسانی که توسط خود اصحاب دعوی برگزیده شده‌اند، ارزیابی گردیده است و داوران، هرچند غالباً از نظر اطلاعات حقوقی و تخصصی با قضات هم سطح نیستند، از اختیاراتی معادل با قضات و حتی بیشتر استفاده می‌کنند. در حالی که در اکثر کشورها حدود اختیارات داوران از صلاحیتهای قضات فراتر نمی‌رود، طبق قوانین امریکا اختلافات و دعاوی مرجعه به داوری می‌توانند شامل مسائل و موضوعاتی گردد که از چارچوب صلاحیت محاکم نیز خارج است.

در ورای این طرز تلقی دو هدف عمده نهاد داوری را تقویت می‌کند: هدف اول قائل شدن اعتبار برای انتخاب و ترجیح طرفین در خصوص طریقه حل و فصل اختلاف فی مابین است، و هدف دیگر—و شاید

مهمنتر— عبارت است از سبک کردن بارسنگین پرونده‌هایی که در انتظار رسیدگی توسط دادگاههای فدرال و ایالتی هستند. باید گفت که دلایل عنوان شده توسط محاکم امریکائی در جهت تعمیم دکترین مصونیت قضائی به داوران، بیشتر منعکس کننده هدف دوم است.



استدلالهای به نفع تعمیم دکترین مصطفویت قضائی به داوران

محاکم امریکا از دیرباز نسبت به تعمیم دکترین برخاسته از حقوق عرفی مصونیت داوران روی خوش نشان داده و از آن حمایت کرده‌اند. رأی دیوان عالی امریکا در پرونده برادرلی علیه فیشراثرقطع و غیرقابل انکاری در تعیین تکلیف موضوع مصونیت داوران توسط دادگاههای فدرال و ایالتی برجا گذاشت. در دعوای «جونز علیه براون»⁸ — که نخستین رأی منتشره توسط یک دادگاه امریکائی است که در آن به مسئله مصونیت داور اشاره رفته است — دادگاه، ضمن تشبيه داور به قاضی، حکم داد که داور خوانده دعوی را نمی‌توان از بابت ضرروزیانی که از عملکرد متقلبانه و یا مشوب به فساد مالی وی ناشی شده است، تحت تعقیب قرار داد. همچنین، دیوان عالی ایالت ماساچوست چند سال بعد در دعوای «هوساک تونل داک» اند الوبیور علیه اوبراين»⁹ استدلال نمود که «داور یک مقام شبه قضائی... است که وظایف قضائی را انجام می‌دهد» و «همانند قاضی، موجبات و دلایل فراوانی برای حمایت و تضمین بیطرفي، استقلال و کنار بودن او از فشارهای ناروا وجود دارد...».

با ذکر اینکه دیوان عالی ایالات متحده هنوز موضع خود را در باب

8. Jones v. Brown

9. Hoosac Tunnel Dock & Elevator v. O'brien

مسئولیت داوران مشخص نکرده است، ذیلاً برگزیده‌ای از استدلال‌های معکوس در آراء صادره از محاکم فدرال و ایالتی در حمایت از ایده تسری مصونیت قضائی به داوران ارائه می‌گردد.

۱. کار داوران با قضات قابل مقایسه است.

این استدلال که وظیفه و کار داور با آنچه که قاضی انجام می‌دهد، قابل مقایسه است، بر این واقعیت تأکید دارد که داوران در چارچوب یک سمت «شبه قضائی» عمل می‌کنند. داوران به عنوان افرادی تلقی می‌شوند که طبق قرارداد برای جانشینی دادرسان محاکم ایالتی و یا فدرال انتخاب شده و عهده‌دار کارها و وظایفی مشابه با قاضی‌اند. لذا داوران باید درست مانند قضات در اخذ تصمیم مستقل باشند و در این مقام از احتمال طرح دعواه مسئولیت مدنی توسط دادباختگان علیه خود واهمه‌ای به دل راه ندهند.

۲. سیاست ملی داوری را تشویق می‌کند.

همان گونه که در بخش ۲-الف توضیح داده شد، داوری در ایالات متحده، به ویژه به عنوان مکانیسم جانشین برای حل و فصل ترافعی در دادگاه، مورد پشتیبانی قرار گرفته است. سیاست فدرال بالاخص به این دلیل از حل و فصل نهایی و قطعی اختلافات توسط داوران منتخب طرفین دفاع می‌کند که این نهاد را ابزار ارزشمندی در نظام قضائی برای رفع مشکل تراکم پرونده‌های قضائی می‌داند. واگذاری نقشی خطیر به داوران در روند احراق حقوق و اجرای عدالت ایجاب می‌کند که انگیزه‌های لازم برای ایفای چنین نقشی نیز به ایشان داده شود و پذیرش مسئولیت مدنی برای داوران نه تنها شرکت داوران را در دادرسیهای داوری تشویق نمی‌کند بلکه اثری معکوس و بازدارنده خواهد داشت. رویاروئی با خطر مسئولیت مدنی،

داوران را در قبول سمت داوری دچار تردید و اکراه می‌کند. لذا «انگیزه بخشیدن به ایشان جهت مشارکت داوطلبانه در حل و فصل اختلافات بدون اینکه درگیر کشمکش بین طرفین اختلاف شوند و بارسنگین دفاع از یک دعوی را تحمل نمایند» و نیز «فراهم آوردن و حفظ مجموعه ای از واجدان شرایط که مایل به تصدی سمت داوری باشند»، ایجاب می‌کند که داوران نیز در زیر چتر مصونیت قرار گیرند.

۳. مصونیت داور از مسؤولیت، صحبت داوری را تقویت می‌کند.

استدلال دیگر مطروحه در تأیید مصونیت داوری، ذیل بحث درباره مصونیت قضائی ارائه گردید و آن اینکه مصونیت داور از مسؤولیت مدنی، صحبت و تمامیت روند داوری را حفظ و تقویت می‌کند. این استدلال در پرونده‌های «کوری علیه نیویورک استاک اکسچنج»^{۱۰} و «فونگ علیه امریکن ارلاینز اینک»^{۱۱} و اخیراً نیز در دعوای «آسترن علیه شیکاگو بی دی آپشنز اکسچنج اینک»^{۱۲} مطرح شده است. در هرسه پرونده یاد شده، دادگاه رأی داد که مواد ۱ به بعد قانون داوری فدرال که ناظر بر موارد مطروحه بوده «مقابله با افعال و روش‌هایی را که موجب فساد و بطلان رأی می‌گردد، فقط از یک طریق امکان پذیر ساخته است». استدلال هرسه دادگاه بر این امر استوار است که امکان توسل به تجدیدنظر قضائی نسبت به آراء صادره هیچ گونه مجال قانونی و در عین حال نیازی برای اتخاذ هرگونه اقدام دیگر علیه اقدامات داور باقی نگذاشته و در نتیجه در هرسه رأی بر صحبت و ضرورت اعمال دکترین مصونیت داوری تأکید شده است. خط فکری موجود در پشت این آراء را می‌توان از متن عبارت رأی صادره در پرونده فونگ به این شرح استنباط کرد:

10. Corey v. New York Stock Exchange

11. Fong v. American Airlines Inc.

12. Austern v. Chicago Bd. Options Exchange Inc.

«صحت و سلامت روند داوری زمانی به نحو مطلوب تأمین خواهد شد که داوران را به عنوان تصمیم‌گیران مستقلی بشناسیم که هیچ گونه تکلیفی برای دفاع از خود در محکمه بالاتر ندارند.»



استدلالهای علیه تعمیم دکترین مصطفیّت قضائیّ به داوران

هر چند ممکن است بین داوران و قضات اشتراکات فراوانی را تصور نمود، مع الوصف بین قاضی و داورازیک سو و بین آئین دادرسی قضائی و داوری از سوی دیگر، وجود افتراق اساسی وجود دارد که این اختلافات خود با تعمیم مطلق مصونیّت قضائیّ به داوران معارض و ناسازگار است.

۱. وجوه افتراق بین قضات و داوران

اولاً، صرف نظر از داوری ناشی از الزام قانون و یا داوری ناشی از الزام دادگاه، داوران برخلاف قضات، منصوب حکومت و یا منتخب آراء عمومی و یا قانونگذار نیستند بلکه به موجب قرارداد منعقده توسط طرفین اختلاف برگزیده می‌شوند. اختیارات قضات ناشی از قانون است و حال آنکه اختیارات داوران از قرارداد سرچشمه می‌گرد. دادگاه فدرال استینیاف در پرونده «ای.سی.ارنست علیه منهاتان کنستراکشن کمپانی آوتکراس»^{۱۳} از داور به «مولود قرارداد» تعبیر نموده که «به عنوان واسطه‌ای خصوصی برای سروسامان دادن به روابط اقتصادی فعالیت می‌کند»، درحالی که قاضی «یک مقام رسمی حکومتی برای حل و فصل اختلافات اجتماعی است». از

13. E.C.Ernst v. Manhattan Const. Co. of Texas

سوی دیگر، داوران حق الزَّحْمَة خود را مستقیماً از اصحاب دعوى می‌گیرند و تکالیف ویژه‌ای در مقابل ایشان دارند، ولی حقوق قضات از خزانه پرداخت می‌شود و مسؤولیت‌های ایشان نیز در برابر دولت است.

ثانیاً، داور در اکثر موارد به این لحاظ برای رفع اختلاف انتخاب می‌شود که از دانش و اطلاعات فتی در موضوع اختلاف برخوردار است. بنابراین، می‌توان گفت که داور اساساً کارشناسی است که طبق قرارداد، خدمات تخصصی و حرفه‌ای در اختیار طرفین اختلاف قرار می‌دهد ولذا از او انتظار می‌رود کلیه مراقبتها و احتیاطات مورد انتظار از یک انسان حرفه‌ای را در مقابل مشتری خود به کار برد و در انجام قرارداد از مهارت و آگاهیهایی که عموماً همکاران حرفه‌ای او دارا هستند، بهره گیرد.

ثالثاً، داور تابع کنترلهای سیاسی و انتظامی، که نسبت به قضات اعمال می‌گردد، نیست. به این معنی که سوئتصدی و تخلّفات قضائی تا حدودی تحت کنترل و نظارت قانونی قرار دارد و برای جلوگیری از آن امکان توسل به اعتراض و سایر اقدامات انضباطی و انتظامی پیش‌بینی شده است، درحالی که برای مقابله با خلافکاریهای داور اصولاً راهی در دسترس نیست. در نتیجه، می‌توان طرح دعوای ضررو زیان علیه داور مخالف را تنها ضمانت اجرای مؤثر علیه او به شمار آورد.

۲. اختلافات شکلی بین آئین داوری قضائی و داوری

یکی از دلایل توجیه کننده مصونیت قضائی که در بخش ۱-ج-۲ این مقاله به آن اشاره شد، این بود که وجود پاره‌ای تضمینات شکلی و آئین دادرسی و از آن جمله ضرورت دورنگه داشتن قضات از فشارهای سیاسی، رعایت رویه قضائی و احترام به آنها، ماهیت ترافعی دادرسی، و قابلیت اصلاح اشتباه در مرحله تجدیدنظر، حقوق طرفین دعوا را در برابر تخلّفات قضائی تضمین خواهد کرد، و حال آنکه در رسیدگیهای داوری بسیاری از این ویژگیها که اعطای مصونیت را به قضات محاکم توجیه می‌کند، به چشم

نمی خورد. توضیح اینکه از نظر تشکیلاتی یقیناً داوران به نسبت قصاصات در معرض فشارهای خارجی بیشتری قرار دارند و این از آنچا ناشی می‌گردد که ایشان برای مدت محدودی توسط طرفین اختلاف برگزیده می‌شوند. رسیدگی داوری علی نیست، داوران تکلیفی به تعییت از قانون ندارند و رویه‌های قضائی برایشان لازم الرعایه نیست. آراء داوران لزوماً نباید مستند و مستدل باشد و فقط در شرایط خاصی قابل تجدیدنظر است. لذا به دلیل فقدان تضمینات خاصی که از شرایط ذاتی رسیدگی قضائی است می‌توان استدلال کرد که رسیدگی داوری نسبت به همتای قضائی خود به مراتب ضربه‌پذیرتر است و از آنچا که داوران راههای گریز بیشتری برای ارتکاب تحالف در اختیار دارند، این استدلال که ایشان نباید از مصونیت قضائی، —حداقل به طور کامل و صدرصد— بهره‌مند گرددن، قابل طرح می‌باشد.

معذلک، محاکم ایالات متحده در آراء خود اظهار داشته‌اند که اختیاری بودن استفاده از داوری به عنوان مکانیسمی برای حل و فصل اختلافات، ماهیت ترافعی آن، و قابلیت تجدیدنظر احکام داوری، تضمینات کافی برای توجیه مصونیت داوری به شمار می‌روند.



دیدگاه قراردادی به مسئله مسئولیت داوران در کشورهای حقوق نوشته

در مقایسه با ایالات متحده، در کشورهای تابع حقوق نوشته، داوری به عنوان جانشین دادخواهی از طریق دادگاه کمتر مورد تشویق قرار گرفته است، مسائل قابل ارجاع به داوری محدودتر بوده و اهرمهای حقوقی داخلی کنترل بیشتری را از طریق دادگاههای ملی بر جریان داوریها اعمال می‌کنند.

طرز برخورد دادگاهها و قانونگذار تابع حقوق نوشته هم با داوران

متفاوت است و هرچند دراین کشورها نیز داوران همانند همتاهاي امریکائی خود، عهده دار فعالیتهای قاضی گونه هستند ولی اختیارات آنها محدودتر است و اساساً همانند کارشناسان و سایر متخصصان تأمین کننده خدماتی حرفه‌ای که مسئول جبران خسارات ناشی از تخلفات و اعمال زیانبار خود طبق شرایط قرارداد استخدامی منعقده با طرف مقابل هستند، داوران نیز مسئولیت قراردادی دارند. این دیدگاه قراردادی که برای مثال در ماده ۵۸۴(۲) قانون آئین دادرسی مدنی اتریش نیز انعکاس دارد، براین فکر استوار است که برای تعیین ضابطه مسئولیت برای داوران باید به وظیفه شبه قضائی داور توجه کرد بلکه باید طبع قراردادی و مبنای انتصاب و اشتغال او را مورد ملاحظه قرار داد. قسمت بعدی مقاله حاضر به بررسی این مطلب خواهد پرداخت که دیدگاه قراردادی تا چه اندازه از طرز تلقی حقوق عرفی نسبت به مسئولیت مدنی داور فاصله دارد.

۱. انتخاب داور، عاملی تعیین کننده در مسئولیت مدنی او

به موجب دیدگاه قراردادی، مسئولیت مدنی داور خود از زمرة شرایطی است که در قرارداد داوری بین طرفین و داور مورد توافق قرار گرفته و لذا حدود مسئولیت داور با رعایت قواعد آمرة حقوق داخلی از جانب طرفین قابل تغییر و تعديل است.

در برخی از آراء به این ترتیب استدلال شده که اشتراط نسبت به مسئولیت مدنی داور، فاقد هرگونه اثر قابل توجهی بر مسئولیت داور است. برای مثال، دیوان عالی کشور آلمان رأی داده که حتی اگر داوران در هنگام استخدام خود صریحاً شرط عدم مسئولیت نکرده باشند، از آنجا که قبول سمت داوری از جانب ایشان براین درک استوار است که حدود مسئولیت ایشان از چارچوب مسئولیت یک قاضی فراتر نخواهد رفت، لذا شرایط مندرج در داوری نامه باید به این نحو تفسیر گردد که داوران را از مصونیت شبه قضائی برخوردار سازد. به همین نحو، یکی از قضات انگلیسی در مقام

اظهارنظر درباره دیدگاه قراردادی، چنین ابراز داشته که داوران علی القاعده در قرارداد استخدامی خود پذیرای مسئولیت مدنی ناشی از اشتباہات و یا تخلفات خود نمی شوند.

بديهی است که داوران می توانند نسبت به تصریح شرط مصونیت از مسئولیت در قرارداد استخدامی خود پافشاری ورزند. توافقهای منعقده بین طرفین و داوران برای جبران خسارات و هزینه‌های وارد، از جمله پرداخت حق الوکاله‌ها در صورت طرح دعوائی علیه داوران، حتی مطابق قوانین امریکا نیز پذیرفته شده و گنجانیدن چنین شروطی در قرارداد داوری، همانند هر شرط قراردادی دیگر، موضوعی است که به قدرت چانه زنی هر طرف بستگی دارد. معذلک، درصورتی که داور توانسته باشد به طور مستقیم یا غیرمستقیم شرط عدم مسئولیت را در داوری نامه بگنجاند، این سوال مطرح می‌گردد که چه نوع از تخلفات داوری را می‌توان از طریق قرارداد از شمول مسئولیت مدنی داور مستثنی و خارج کرد؟ آیا صرفاً اقدامات اشتباه‌آمیز داور مشمول معافیت است، یا این معافیت به تقصیرات فاحش و اعمال عمدی زیانبار او نیز تعییم می‌یابد؟ طبق قوانین موجود در اکثر کشورهای تابع حقوق نوشته، برای مثال نمی‌توان مسئولیت مدنی ناشی از تقصیرات فاحش و یا تخلفات عمدی را از پیش به موجب قرارداد زایل و مرتفع ساخت و این اصل کلی به توافقهای ناظر به مسئولیت مدنی داور نیز تسری دارد. بر عکس، طبق قوانین امریکا چنین به نظر می‌رسد که شروط معافیت از مسئولیت حتی در مورد شبه جرم‌های عمدی نیز پذیرفته شده باشد.

معذلک، شاید درست نباشد که درصورت فقدان توافق صریح نسبت به موضوع مسئولیت مدنی داور در قرارداد و یا مقررات داوری، فرض مصونیت را بر اقدامات داور جاری بدانیم. اصل این است که در صورت سکوت طرفین نسبت به مسئله خاصی، محاکم معمولاً برای یافتن راه حل قضیه به قصد طرفین رجوع می‌کنند و در ما نحن فيه که بهره‌مندی از مصونیت آشکارا به نفع داور است، نمی‌توان به آسانی پذیرفت که طرفین اختلاف قصد داشته‌اند از حق خود درخصوص مطالبه ضرر و زیان ناشی از رفتار

نادرست و احیاناً زیانبار داور اعراض و انصراف نمایند. لذا به دلیل وجود تعارض منافع، در صورت فقدان هرگونه توافق صریح دراین باب، محاکم رسیدگی کننده باید مسئله را در هر مورد تفسیر و روشن کنند. چنانچه داور به طور داوطلبانه برای رفع اختلاف در داوری شرکت نموده و به بیان دیگر خدمات خود را به نحو رایگان و یا بدون دریافت عوض قابل توجهی در اختیار طرفین قرارداده باشد، دادگاهها در تفسیر خود بیشتر به این سو گرایش پیدا می‌کنند که داور را معاف از مسئولیت بشناسند. همچنین، هنگام صدور حکم به اینکه آیا قرارداد داوری متضمن مسئولیت مدنی داور است یا باید مصونیت داور را از آن استنباط نمود، محاکم در تفسیر خود از این شاخص استفاده می‌کنند که داوری، به عنوان طریقه جانشین برای حل و فصل سنتی اختلافات، از چه جایگاه و اهمیتی در نظام حقوقی حاکم بر قرارداد داوری برخوردار است؛ بطوريکه هر اندازه داوری دریک نظام حقوقی مقبولیت و رواج بیشتری داشته باشد، احتمال قوی تری وجود دارد که دادگاهها در تفسیر خود از قرارداد داوری به این جانب متمایل شوند که قصد طرفین براین بوده که در مورد مسئولیت مدنی داوران نیز همان ضابطه و ملاکی اعمال گردد که نسبت به قضات محاکم حاکم و قابل اجراست.

نتیجه بخش دوم

باید گفت که در تعیین ملاک و ضابطه مسئولیت داوران، سیستم‌های کامن‌لا و حقوق‌نوشته از دو جهت متفاوت حرکت خود را آغاز می‌کنند: در حالی که کامن‌لا براین امر تأکید دارد که داوران وظایفی «شبه قضائی» را عهده‌دار هستند و در نتیجه باید تحت پوشش مصونیت قضائی قرار داشته باشند، حقوق‌نوشته داور را اساساً به عنوان یک کارشناس حرفه‌ای تلقی می‌کند که باید مسئولیت خطاهای و تخلفات خود را به دوش کشد. مع‌الوصف، هر دو سیستم مزبور در این نکته وحدت نظر دارند که

داور در واقع دونقش و سمت را ایفا می‌کند: داور، هم یک کارشناس است و هم یک قاضی. دادگاههای امریکا تا حدودی اعمال دکترین مصونیت قضائی را به داوران محدود نموده‌اند. محاکم کشورهای تابع نظام حقوق نوشته نیز، از طریق تفسیر قانونی، ضوابط مسئولیت مطلق ناظر بر داوران را به ملاک محدودتر مسئولیت قضائی تشییه و نزدیک کرده‌اند.

طبق دیدگاه قراردادی به موضوع مسئولیت مدنی داور، شرایط این مسئولیت از قدرت چانه زنی طرفین اختلاف و داوران سرچشم می‌گیرد و در اکثر موارد هزینه‌های بیمه مسئولیت داور در مقابل تخلفات بالقوه او، از طریق افزایش حق الزحمة داوران، به دوش طرفین داوری قرار خواهد گرفت.



حدود و چارچوب مصونیت داوری

در بخش دوم مقاله حاضر ملاحظه شد که دلایل عنوان شده از جانب دادگاهها در تأیید دکترین مصونیت قضائی که از حقوق عرفی الهام گرفته برای توجیه نظریه مصونیت داور نیز مورد استناد و تأکید واقع شده است. معذلک، این واقعیت که از دیدگاه قواعد آمرة نظم عمومی، داوران باید از مصونیت «شبه قضائی» بهره‌مند باشند، به ما اجازه می‌دهد که درباره عناصر و شرایط لازم و حدود مصونیت داوری قواعدی را استنتاج کنیم. این بخش به بحث درباره شرایط و پیش‌نیازهای مصونیت داوری اختصاص دارد و روشن می‌سازد که این موضوع تا چه اندازه با مصونیت قضائی ارتباط و بستگی دارد.



پیش‌نیازهای مصونیت داوری

مهمنترین پیش‌نیاز و شرط موجوده مصونیت داوری این است که فرد مدعی مصونیت واقعاً به عنوان یک داور انجام وظیفه کند. در تعداد قابل توجهی از پرونده‌ها، دادگاههای امریکائی با مشکل تفکیک داوران و شبه داوران از غیرداوران روبرو بوده و نهایتاً آن را حل کرده‌اند، به این ترتیب که این دادگاهها علاوه بر لازم دانستن اینکه برای بهره‌مندی از مصونیت، شخص باید واقعاً داور بوده باشد، شرایط قبلی شکلی و قراردادی برای تحقیق مصونیت داوری را ترسیم و تبیین کرده‌اند.

۱. تفکیک بین داوران از کارشناسان و خبرگان

بسیار آتفاق افتاده است که از افراد حرفه‌ای و متخصص از قبیل آرشیتکت‌ها، ارزیابان، مقومان و یا میانجیگران درخواست شده که نسبت به حل اختلافات مطروحه بین اشخاص اقدام کنند و بعداً همین اشخاص علیه آنها دعوای مسئولیت مدنی طرح نموده‌اند. در این گونه موارد این سؤال مطرح می‌شود: درست است که این افراد حرفه‌ای وظایف یک داور را انجام می‌دهند، ولی نظر به اینکه توسط طرفین اختلاف رسماً به عنوان «داور» برگزیده نشده‌اند، آیا باید به همان اندازه داوران واقعی از مصونیت برخوردار باشند؟ موارد نادرتری نیز پیش می‌آید که طرفین افرادی را به عنوان و تحت نام «داور» برگزیده‌اند، ولی وظایفی که به ایشان ارجاع شده است اساساً نمی‌تواند به عنوان یک فعالیت داوری تلقی گردد. در اینجا هم این سؤال پیش می‌آید که آیا این گونه اشخاص نیز باید از امتیاز مصونیت داوران برخوردار شوند؟

باید گفت صرف این امر که بعض‌ا طرفین اختلاف از افراد

متخصص به عنوان «داور» یاد کرده و از ایشان تقاضا می‌کنند که وظایف داوران را انجام دهند، به خودی خود مزایای مصونیت داوری را به افراد منتقل نمی‌کند، بلکه این کارشناسان فقط زمانی می‌توانند از مصونیت مختص داوران بهره‌مند شوند که وظایفی مشابه با آنچه که داوران دریک رسیدگی داوری ایفا می‌کنند، انجام دهند. دادگاههای امریکائی بر این اعتقادند که «شبه داوران» افرادی هستند که برای صدور یک تصمیم قضائی الزام آور نسبت به موضوع متنازع فیه بین طرفین اختلاف، به عنوان یک مقام قضائی مستقل انتخاب شده‌اند. این محاکم در حکم به اینکه آیا یک فرد متخصص به منزله یک «شبه داور» است و در نتیجه استحقاق بهره‌مندی از مصونیت را دارد یا خیر، موضعی بسیار محدود اتخاذ کرده‌اند و آن اینکه: مصونیت قضائی و یا داوری نمی‌تواند به کارشناسانی که در سیر حل و فصل قضائی یک اختلاف، نقش جانبی و حاشیه‌ای ایفا می‌کنند، تعمیم یابد. می‌توان گفت که دادگاههای ایالات متحده منطبقاً به این گرایش عمومی تمایل نشان داده‌اند که مصونیتهای تثبیت شده فعلی را محدود ساخته و از ایجاد مصونیتهای جدید احتراز نمایند. این موضع گیری بر این درک استوار است که پذیرش رویه مخالف «نه فقط باعث تعاظز از مرزهای ضرورت اجتماعی و مخدوش نمودن فلسفه‌ای می‌گردد که پشتیبان و توسعه بخش نهاد داوری است بلکه ایجاد مصونیتی محدود برای داوران، با آرمان و روش جاری ما که تلاش در جهت جبران و ترمیم زیانها و خسارات ناشی از اعمال نادرست و خطأ‌آمیز است، تعارض و ضدیت دارد».

قسمت بعدی این مقاله اختصاص دارد به بحث درباره تسری مصونیت داوری به آرشیتکت‌ها، مهندسان و میانجیگران.

• اول. آرشیتکت‌ها و مهندسان:

بسیار دیده می‌شود که از آرشیتکت‌ها و مهندسان، به جهت دانش حرفه‌ای و تخصصی شان، تقاضا می‌گردد که حل و فصل اختلافات فی مابین کارفرمایان و پیمانکاران را به عهده گیرند. موضوعاتی که در این

چارچوب به این افراد حرفه‌ای ارجاع می‌گردد، از این قبیل است: تأیید استاندارد و قابل قبول بودن مصالح و عملیات اجرا شده و یا تفسیر نقشه‌ها و مشخصات فتی. جالب اینجاست که این متخصصان، پس از اجرای وظيفة خود، غالباً در معرض دعواه حقوقی مطروحه از جانب طرفهای بازنشده قرار گرفته‌اند. در پرونده‌های «ویلدر علیه کروک» و «سینتی آوردهام علیه ریدسویل اینجینیرینگ کمپانی»^{۱۴} دادگاه رسیدگی کننده حکم داد مهندسی که عهده‌داریک نقش قضائی و شبه‌داوری بوده، از پاسخگوئی در برابر دعواه ضرر و زیان مطروحه علیه وی مصون و معاف است. در پرونده «کراویولینی علیه اسکالر اند فولر آسوشیت آرشیتکتس»^{۱۵} دیوان عالی آریزونا رأی داد داوری که اختیارات مربوط به حل و فصل اختلاف موجود بین کارفرما و پیمانکار به او تفویض شده است، دریک سمت شبه قضائی عمل کرده و لذا استحقاق برخورداری از مصونیت را دارد. همچنین، دادگاه در پرونده «بلکیک علیه اسکول دیست»^{۱۶} رأی داد که «نمی‌توان یک آرشیتکت را مدام که تحت عنوان و در مقام ایفای نقش داوری است که انجام وظایف او مستلزم اعمال قوه تشخیص و قضاوت است، از بابت خسارات واردہ به واسطه بی مبالاتی و یا به کارنگرفتن مهارت در اجرای وظایف خود، ضامن و مسئول شناخت». معدلک، دادگاههای امریکا بحق نسبت به محدود بودن مصونیت شبه‌داوری تأکید ورزیده‌اند. در دعواه اخیرالذکر، دادگاه حکم داد که مصونیت « فقط به اعمالی که واجد عنوان قضائی هستند، تعلق می‌گیرد و لا غیر ». در پرونده «دانلی کانستراکشن کمپانی علیه اوبرت / اچ ام تی / گیللنده»^{۱۷} خوانده که یک آرشیتکت بود مسئول جبران خسارات واردہ به خواهان شناخته شد، زیرا دادگاه وظایف محوله به او را قضائی نشناخت بلکه آنها را منحصر به تهیه نقشه‌های ساختمانی دانست. بنابراین، فقط آن دسته از اعمال و فعالیتهای آرشیتکت‌ها و یا

14. Wilder v. Crook, City of Durham v. Reidsville Engineering Co.

15. Craviolini v. Scholer & Fuller Associate Architects

16. Bleeck v. School Dist. No. 18 of Cochise Country

17. Donnelly Construction Co. v. Oberl/Hmt/Gilleland

مهندسان از مصونیت برخوردار است که تحت یک عنوان و سمت قضائی و، به عبارت دیگر، به منظور رفع اختلافات مطروح انجام شده باشد و مصونیت به سایر اعمالی که در ارتباط با این سمت و عنوان واقع شده است تعلق نخواهد گرفت.

• دقم. میانجیگران:

به موازات رشد مستمر میانجیگری به عنوان ابزاری کارا و موفق برای سروسامان بخشیدن به اختلافات حقوقی، این بحث نیز رواج یافته که آیا میانجیگران نیز باید از همان مصونیتی که داوران در مقام حل و فصل یک اختلاف از آن برخوردارند، بهره گیرند؟ در این زمینه، قوانین برخی کشورها و قواعد مؤسسات داوری از این سیاست دفاع می‌کنند که این مصونیت باید به میانجیگران نیز تسری داده شود. علمای حقوق نیز از مصونیت میانجی طرفداری می‌کنند و در این زمینه عمدتاً ترین دلیل ابراز شده برای معاف ساختن میانجیگران از مسؤولیت مدنی دقیقاً مشابه با همان دلیلی است که در توجیه مصونیت داور اظهار شده و آن نیز چیزی نیست جز ترغیب افراد به اقدام و پادرمیانی به عنوان میانجی رفع اختلافات.

البته، این طرز فکر با ملاک و ضابطه اصلی خط فکری تعمیم مصونیت قضائی به ماورای قوه قضائیه، و مثلاً به داوران، ناسازگار است. زیرا در حالی که هدف و غایت داوری، دقیقاً همانند هر دادرسی قضائی دیگر، حل و فصل نهائی و قطعی اختلاف است، هدف میانجیگری صرفاً نیل به یک تفاهی غیرالزام آور و فاقد ضمانت اجرا فی مایین طرفین می‌باشد. نکته مهمتر اینکه میانجیگران برخلاف داوران عموماً عهده دار هیچ گونه وظيفة قضائی نیستند بلکه مانند وکلا و مشاوران حقوقی صرفاً وظایف مشورتی انجام می‌دهند.

بنابراین، در صورت فقدان نصوص قانونی و یا توافقهای قراردادی در مورد مصونیت، محاکم باید در اعطای مصونیت شبه قضائی به میانجیگران در یک دعوای مسؤولیت مدنی مطروحه علیه آنها، جانب احتیاط را بگیرند و

با وسوس عمل کنند. در نتیجه، از اعمال صادره از یک میانجی فقط باید آنهایی زیر پوشش مصنونیت قرار گیرد که، در چارچوب وظایف رسمی ایشان می‌تواند در عدالت اعمال قضائی صادره از یک قاضی و یا داور به شمار آید.

۲. پیش شرط‌های صلاحیتی و قراردادی مصنونیت

معدود دادگاههای ایالتی و فدرال که تاکنون در مورد شرایط لازم برای تعلق مصنونیت داوری اظهار نظر صریح کرده‌اند، در این نکته وحدت نظر دارند که این پیش شرط‌ها اساساً با شرایط برخورداری از مصنونیت قضائی مشابه‌اند. علیهذا، داوران در مقابل هرگونه عمل شبه قضائی که به لحاظ سمت خود انجام می‌دهند و آشکارا از حدود «صلاحیت ذاتی» ایشان خارج نیست، در برابر دعاوی مسئولیت مدنی از مصنونیت برخوردارند. در حالی که تشخیص اینکه آیا یک داور از اختیارات خود تجاوز کرده است یا خیر، امری بالتبه آسان به نظر می‌رسد، ولی توصیف یک عمل داوری به عنوان «شبه قضائی» ممکن است مشکلاتی را به بار آورد: اولاً، به نظر نمی‌رسد که محاکم بین اعمال قضائی داور و سایر اعمال اداری وی تفکیک روشنی قائل باشند و لذا عمل یک داور وقتی که صرفاً عملی شبه قضائی باشد، نباید مشمول مصنونیت قرار گیرد بلکه شرط تعلق مصنونیت آن است که عمل داور علاوه بر آن به منظور فصل و ختم اختلاف فی مابین طرفین صادر شده باشد؛ ثانیاً، داوران غالباً اختیاراتی را به مورد اجرا می‌گذارند که هیچ گونه سینخیت و تناسب ظاهری با اعمال قضات ندارد. برای مثال، برخلاف قضات، معمولاً در قرارداد داوری به داوران اجازه داده می‌شود که نقاط کور و خلا قراردادهای تنظیم شده توسط طرفین داوری را پرسازند، درحالی که قضات معمولاً اکراه دارند که درآزادی اراده طرفین قرارداد مداخله کنند. لذا می‌توان گفت که اعمال داوران تا آنجا که طبع قضائی دارد و در جهت خاتمه بخشیدن به اختلاف طرفین است، باید

برخوردار از مصونیت گردد و لو اینکه این اقدامات با اختیارات تفویض شده به قصاص واجد طبیعی واحد و یا دست کم مشابه نباشد.

علاوه بر آنچه ذکر شد، به دلیل اهمیت قراردادی جریان داوری و انتصابی بودن داور، مصونیت مؤثر داوری مستلزم وجود دو پیش شرط دیگر نیز هست: شرط اول اعتبار و صحت انتصاب داور، و شرط دوم اعتبار و صحت قرارداد داوری است. البته، محاکم در مقام سنجش و ارزیابی اینکه آیا شرایط مذبور تحقق یافته است یا خیر، نباید بسیار سخت و خشک عمل کنند. بدیهی است در صورتی که خود داور به نحو مثبتی در بی اعتبار ساختن قرارداد داوری مباشرت داشته و برای مثال در تشویق یکی از طرفین به تنظیم قرارداد داوری به حیله و تقلب متولّ شده باشد، باید ضامن و مسئول قلمداد گردد. ولی داور را نباید از بابت اعمالی که با اطمینان صادقانه او به صحت قرارداد داوری و تشریفات انتخاب خود به این سمت انجام پذیرفته است، مسئول دانست، هر چند که قرارداد داوری به لحاظ نحوه عمل مقام منصوب کننده—یعنی طرفین و یا دادگاه—باطل بوده باشد.



حدود مصونیت داوری

در حالی که موضوع حدود مصونیت داوری در اغلب کشورهای دارای سیستم حقوق نوشته حل شده است، ولی به نظر می رسد که در ایالات متحده نسبت به این مسئله وحدت نظر و رویه وجود ندارد. از طرفی، دادگاهها و نویسندهای حقوقی چنین استدلال می کنند که هر چند داوران مجری وظایف مشابهی با قصاص هستند ولی مصونیت داوری و قضائی از نظر موضوعی و قلمرو با یکدیگر یکی نیستند. اقلیتی نیز طرفدار این فکر هستند که داور باید، حتی در مواردی که برای قصاص مسئولیت آور است، برئی الذمه و مصون از تعقیب باشد. در این میان، نظر غالباً شاید این باشد

که داوران در مقایسه با قضات در معرض مسئولیت بیشتری قرار دارند. از طرف دیگر، برخی از دادگاهها و قانونگذاران ایالتی در واکنش مستقیم به کوششهای محاکم برای تفسیر دکترین مصونیت داوری به نحوی مضيق تراز دکترین مصونیت قضائی، آشکارا برای داوران نیز همان درجه از مصونیت عام قضائی مورد استفاده دادرسان را قائلند.

قسمت بعدی به تجزیه و تحلیل درباره دادگاهها و خط مشی های معارض دادگاهها و علمای حقوق در این زمینه خواهد پرداخت.

۱. نظریه موافق با مصونیت محدود داوری

محاکمی که از فکر مصونیت محدود داوری طرفداری می‌کنند، برای مصونیت داوران دو محدودیت ذکر کرده اند که نادیده گرفتن آندو احتمالاً موجب مسئولیت مدنی خواهد شد. یکی از این دو محدودیت جنبه شکلی دارد و دیگری دارای ماهیتی قراردادی است.

● اول. محدودیت شکلی:

دادگاههای ایالات متحده حکم داده اند که وجود پاره ای تصمینات شکلی در روند داوری — یعنی استفاده اختیاری از داوری به عنوان مکانیسم حل و فصل دعوى، طبع ترافعی جریان داوری، و حق طبیعی تجدیدنظر قضائی — مستلزم این نتیجه گیری است که «خطر یک عمل نادرست از جانب داور تحت الشاعع ضرورت حفظ استقلال داوران در مقام اتخاذ تصمیم قرار دارد» و این تصمینات با آنچه که توسط دیوان عالی امریکا در پشتیبانی از مصونیت قضائی ارائه شده است، دارای قلمرو واحدی نیست.^{۱۸} تصمینات مزبور با وجود اینکه رسیدگیهای داوری

۱۸. برای مثال در پرونده بوتز (Butz) دیوان عالی امریکا، علاوه بر تصمینات یاد شده، تأکید نموده که رعایت رویه های قضائی برای قاضی الزامی بوده و اشتباهات او در مرحله پژوهشی قابل تصحیح است.

فی نفسه در معرض اعمال نفوذ خارجی به مراتب بیشتری از دادرسیهای قضائی قرار دارند، محدودترند، بطوریکه فقدان پاره‌ای تضمینات قضائی در داوریها موجب طرح این تقاضا از جانب یکی از نویسندهای حقوقی شده است که در مقایسه با قضات باید برای داوران مسئولیت بیشتری قائل گردید.

در استدلال فوق این واقعیت نادیده گرفته شده که اساساً به لحاظ همین عامل یعنی فقدان برخی تضمینات و تشریفات شکلی است که داوری سریع تر و مؤثرتر از رسیدگیهای سنتی محاکم عمل می‌کند. لذا فقدان تضمینات به تنهایی نمی‌تواند شناختن مسئولیت بیشتر برای داوران را در مقایسه با قضات، آن هم برمنای ضوابط و معیارهای خشک تری، توجیه نماید. معذلک، داوران در صورت تخلف از یکی از سه تضمین شکلی مقرره توسط محاکم — به شرحی که قبلًا ذکر شد —، مسئول قلمداد می‌شوند. درست است که داور نمی‌تواند به طور مؤثری «طبع ترافعی داوری» را تحت الشاعع قرار دهد، ولی عملکرد داور می‌تواند آثار منفی بر دو تضمین دیگر داشته باشد، به این معنی که او می‌تواند با اغوای یکی از طرفین به انعقاد قرارداد داوری — همان‌طور که در دعوای «گرین علیه گرین»^{۱۹} اتفاق افتاد — استفاده داوطلبانه و آزاد از داوری را مختل و منتفی نماید. بعلاوه، هر چند حق اعتراض به رأی داوری قابل اسقاط نیست ولی طبق قوانین امریکا داور می‌تواند صرفاً با عدم صدور رأی، این حق را خنثی و زایل سازد. در این گونه موارد، به نظر می‌رسد که هیچ گونه دلیل و منطق موجبه برای معافیت داور از مسئولیت مدنی ناشی از تخلفات و اشتباهات خود وجود نداشته باشد.

● دقم. محدودیت قراردادی:

هر چند دادگاههای امریکا برای اثبات مصونیت داوری به ماهیت

19. Grane v. Grane

وظایف داور توجه و تکیه می‌کنند و نه به منشأ اختیارات او، ولی به نظر می‌رسد که منشأ این اختیارات که همانا انتصاب داور از جانب یکی از طرفین اختلاف است، نقشی حساس در تعیین حدود مصونیت داور ایفا می‌کند. برای مثال، در دعوای «بار علیه تایگرمن»²⁰ دادگاه استیناف کالیفرنیا استدلال نمود «حمایت از داور که در یک سمت شبه قضائی عمل می‌کند، به معنای نادیده گرفتن تعهدات قراردادی او در برابر طرفین داوری نیست». نویسنده‌گان حقوقی نیز تأیید کرده‌اند که اگر یکی از طرفین، مدعی نقض یکی از تکالیف قراردادی از جانب داور باشد «قیاس مورد با ماهیت مسئولیت قضات بی مورد است، چرا که دادرسان محاکم در رسیدگی خود مأمور به قرارداد منعقده نیستند». در بند (۱) آتنی الذکر مواردی که در آنها قصور داوران در ایفای تعهدات مشخص قراردادی به مسئولیت مدنی داور منتهی شده و یا می‌توانسته این گونه تلقی شود، ذکر گردیده است. بند (۲) نیز به این موضوع پرداخته که برای طرح دعوای مسئولیت مدنی علیه داور متخلف چه میزان خطا و تقصیر از جانب او ضروری است.

(۱) انواع سوء‌تصدی داور:

قصور داور در افشاء تعارض منافع: قانون داخلی و مقررات داوری بین‌المللی برای داوران این تکلیف عام را در نظر گرفته است که در صورت کشف تعارض منافع با یکی از اصحاب دعوای از قبول سمت داوری امتناع ورزند و خود را فاقد صلاحیت اعلام نمایند. فرض کنید داوری از داشتن منفعت معارض با یکی از اصحاب دعوای آگاهی داشته و آن را برملا نسازد. همچنین فرض کنید که رسیدگی داوری طولانی و پرهزینه‌ای نسبت به موضوع اختلاف به جریان افتاده و رأی صادره نیز به دلیل سکوت داور در افشاء ذینفع بودن خود در دعوای نقض شده است. در این حالت،

20. Baar v. Tigerman

کل جریان داوری بی نتیجه مانده و طرفین باید همه چیز را از ابتدا شروع کنند؛ در حالی که اگر داور به وظیفه قراردادی خود درمورد افشاء واقعیت عمل کرده بود، داوری می توانست با حضور داور بیطرف دیگر و بدون وقوع چنین تبعات نامطلوبی جریان پیدا کند.

سؤال قابل طرح این است که انجام چنین ترک فعلهایی از ناحیه داور با چه ضمانت اجرائی روبرو خواهد شد؟ در پاسخ، برخی از نویسندگان حقوقی بر این عقیده اند که در چنین مواردی داوران نباید هیچ گونه حق الزحمه‌ای دریافت دارند و بعلاوه اگر تعارض منافع آشکار و فاحش باشد، داور باید مسئول جبران کلیه هزینه‌هایی باشد که در صورت افشاء رابطه اش با یکی از اصحاب دعوی به بار نمی آمد. در تأیید این نظر می توان به این استدلال قوی استناد کرد که عمل داور در عدم افشاء رابطه خود فی نفسه عمل قضائی نیست بلکه عمل اداری است که قبل از آغاز رسیدگی داوری انجام یافته و لذا نباید مشمول مصونیت شود. در جدیدترین پرونده‌ای که در ارتباط با این موضوع مورد رسیدگی قرار گرفته است، یعنی «ال اندر ایر کواینک علیه راپستان کورپورشن»^{۲۱}، به نظر مری رسید که محاکم امریکا این نظر را تأیید نمی‌کنند. در پرونده یاد شده، هر چند دادگاه تالی با احراز تخلف داور به واسطه عدم اظهار رابطه اش با یکی از اصحاب دعوی رأی صادره را نقض نمود، ولی اکثریت قضات دیوان عالی «مینه سوتا» تقاضای بعدی درمورد مطالبه ضرر و زیان وارد را رد کرده و حکم دادند که مصونیت از مسؤولیت مدنی به عدم افشاء روابط شغلی و یا احتمالی داور با یکی از طرفین اختلاف نیز سراست دارد.

حکم اخیر الذکر و آراء مشابه آن احتمالاً اثرب منفی بر کل جریان داوری خواهد گذاشت، زیرا این آراء از یک طرف کوششهای انجام شده برای تنظیم مؤثربک آئین رفتار حرفه‌ای برای داوران را خنثی می سازند، و از طرف دیگر، با سیاست جبران خسارات ناشی از تخلفات غیرقضائی داور

21. L & H Air Co. Inc. v. Rapistan corp.

مغایرند. این قبیل احکام، علی‌رغم تمایلی که به تشویق و توسعه داوری از خود نشان می‌دهند، این تالی فاسد را نیز دارند که موجب تردید و اکراه طرفین اختلافات حقوقی در ارجاع اختلافات خود به داوری خواهند شد.

کناره‌گیری زودرس داور از رسیدگی داوری: به محض اینکه فردی داوری در اختلافی را پذیرفت، به طور ضمنی تعهد می‌کند که رسیدگی داوری را تا مرحله صدور رأی به نحوی عادلانه تصلی و برگزار نماید. با به پایان نرسانیدن جریان داوری توسط داور منفرد و یا عدم شرکت در جلسات هیئت داوران، داور نه تنها به این تکلیف عمل نکرده بلکه همچنین موجب خواهد شد که هدف نهائی از توصل به داوری، که همانا خاتمه بخشیدن به اختلافات از طریق صدور رأی داوری است، حاصل نگردد. از طرف دیگر، به لحاظ فقد هرگونه مقرره‌ای مبنی بر تعیین جانشین برای داور پس از شروع داوری، کل روند داوری که معمولاً با صرف وقت و هزینه فراوان از جانب طرفین راه اندازی شده است، بی‌نتیجه و عقیم خواهد ماند. ثمرة نامطلوب چنین وضعی دوباره کاری و آغاز مجدد داوری به قیمت تحمل حق الزحمه‌ها و هزینه‌های جدید از ناحیه طرفین است. کناره‌گیری پیش از موقع داور از سمت خود و یا استنکاف وی از شرکت فعال در جلسات داوری گذشته از آنکه به منزله نقض یک تکلیف قراردادی از ناحیه اوست، یقیناً نمی‌تواند به معنای یک «عمل قضائی» مشمول مصونیت داوری تلقی شود. چنین عملی در حکم استنکاف از اجرای حق است که در نتیجه آن طرفین از امکان اعتراض به رأی که از دیدگاه محاکم از جمله تضمیناتی است که مصونیت قضائی و داوری را توجیه می‌کند، محروم می‌شوند.

بنابراین، در صورتی که داور نتواند اقدام خود را با ارائه دلایل منطقی توجیه کند، باید مسئول خسارات ناشی از سوء رفتار خود شناخته شود زیرا، در غیر این صورت، هر داور—به ویژه داور منتخب یکی از طرفین—می‌تواند به آسانی و به محض احساس اینکه دادرسی به نفع طرف ((او)) تمام نخواهد شد، راه ادامه رسیدگی را سد سازد. در این حالت،

علی القاعده مسؤولیت متوجه داوری است که تمایلی به جریان داوری نداشته و سایر داوران شرکت کننده در هیئت داوری فقط در صورتی مسؤول شناخته خواهند شد که از تکلیف خود در تعیین جانشین برای داور مستنکف تخلّف ورزیده باشند.

قصور داور در صدور ب موقع رأی: داور در نقش یک تصمیم‌گیر، مکلف است تعهدات خود را بموقع انجام دهد. این تکلیف کاملاً شناخته شده، در قوانین ایالتی و فدرال، مقررات سازمانهای داوری، و قوانین ناظر بر مسؤولیت حرفه‌ای داوران مورد تصریح قرار گرفته است. معذلک، مجموعه‌های قانونی یاد شده در مورد نتایج عدم ایفای این تکلیف سکوت اختیار کرده‌اند، و فقط در پاره‌ای از آراء صادره از محکم به این موضوع خاص اشاره شده است.

در این مورد نیز مانند وضعیت قصور داور در افشاء ذینفع بودن خود در دعوی، دادگاهها رأی داده‌اند که طرفین می‌توانند از پرداخت حق الزحمة داوری که رأی خود را بموضع صادر نکرده‌است، خودداری ورزند، ضمن اینکه تأخیر در صدور حکم از ناحیه داور به عنوان یکی از جهات مسلم ابطال رأی شناخته شده است. در آراء اخیر الصدور، محکم طرق و امکانات مقابله با چنین سوء رفتاری از ناحیه داور را افزایش داده‌اند. برای مثال، در دعوای «بار علیه تایگرمن» دادگاه داور را مسؤول جبران ضرر و زیان ناشی از عدم صدور ب موقع رأی اعلام کرد. همچنین در پرونده‌ای سی.ار.نست اینکه علیه منهان کانستراکشن آونکراس، «دادگاه داور را از بابت خسارات واردہ به خواهان به واسطه عدم صدور رأی از جانب او، مسؤول قلمداد کرد. در هر دو پرونده یاد شده، محکم با فرض اینکه داور طبق قرارداد متعهد به صدور ب موقع رأی بوده است، حکم دادند که عدم ایفای این تعهد، «حق ایراد مصوبیت را از داور سلب نموده زیرا او شباهت خود را با قاضی از دست داده است». واقع امر این است که قضات هیچ گونه تکلیف قراردادی برای صدور رأی در موقع مقرر ندارند.

عدم صدور نظریه قطعاً به منزله یک عمل قضائی نیست ولذا مشمول مصونیت نمی‌شود.

باید گفت که رأی صادره در پرونده «بار» مبنی بر وضع مجازات قانونی برای داوری که از صدور بموضع رأی استنکاف ورزیده است، استقدامات تندی را از جانب حقوقدانان (از جمله رئیس کانون داوری امریکا) برانگیخت و در نهایت به تصویب قانونی از طرف قانونگذار ایالتی کالیفرنیا در پذیرش مصونیت قاطع برای داوران در قبال نتایج و پیامدهای این گونه تخلفات منتهی شد. معدلک، باید توجه داشت که تأخیر غیرموجه در صدور رأی را نمی‌توان عملی قضائی دانست، ولذا باید آن را مسئولیت آور تلقی کرد. بنابراین، داورانی که احساس می‌کنند قادر به رسیدگی و اتخاذ تصمیم فوری نسبت به پرونده نیستند، باید از قبول سمت داوری امتناع ورزند.

● خلاصه: تعیین ملاک واحد در مورد تخلفات قابل تعقیب داوری

موارد سوء‌رفتار داور، که فوقاً به آنها اشاره شد، همگی را می‌توان تحت یک ملاک و استاندارد قرار داد. مصادیق محتمل موضوع از این حالات خارج نیست که در هر مورد داور یا بناحق مانع از صدور حکم قابل تجدید نظر شده، یا تلاشی در این مورد معمول داشته و یا اینکه به گونه‌ای با عمل نادرست خود موجبات ابطال رأی صادره را فراهم ساخته است. این گونه تخلفات داوری واجد یک ماهیت عینی قابل درک است که به آسانی توسط محاکم قابل احرازند. از طرف دیگر، این واقعیت که ابطال رأی داور در تمام موارد تخلفات ادعائی به استشای یک مورد، شرط قبلی برای صدور حکم به مسئولیت مدنی داور است، تا حدود زیادی استقلال داور را در صدور حکم تضمین می‌کند. ابطال رأی داور به عنوان پیش شرط طرح دعوای ضرر و زیان علیه او، به مشابه صافی مؤثری در برابر اعمال نفوذ ناروا و یا رفتارهای ایدائی علیه داور خواهد بود. بنابراین، هر زمان که سوء‌رفتار داور به ابطال رأی داوری منجر شده و یا پایان موققت آمیز روند

داوری را با اشکال مواجه ساخته باشد، طرح دعاوی مسئولیت مدنی علیه داوران باید مجاز دانسته شود. تعیین این ضابطه، مسئولیت مدنی از بابت اشتباها در انجام شده در حین صدور رأی رامتنفی می‌سازد زیرا این گونه اشتباها موجبی برای ابطال رأی داور نخواهد بود. ولی این فرمول همچنین مواردی را که رأی داور به لحاظ عدم رعایت فاحش قانون نقض شده است، شامل می‌گردد. معذلک، به منظور تأمین کامل صحت و سلامت روند داوری، احراز پیش شرط دیگری نیز لازم است و آن اینکه تخلف داور زمانی قابل تعقیب خواهد بود که به اثبات بررسی تقصیر او بالغ بدرجه و میزان معینی شده است.

(۲) درجات تقصیر:

بسیاری از آراء محاکم که منعکس کننده تفکر مصنوبیت وسیع داور هستند، براین امر استوار است که حتی اگر داوران به قصداضرار، تحت تأثیر فساد مالی، متقلبانه و یا با سوء نیت عمل کنند، از حیث ضرر و زیان واردہ قابل تعقیب نیستند هرچند که تخلف آنها به درجه ای بالغ شده باشد که مبنای کافی برای ابطال رأی صادره باشد. برای مثال، در دعوای «هوساک توفل داک اند الوبیتور کمپانی علیه او براین» دادگاه حکم داد داوری که «با توسّل به تبانی با وکیل طرف دیگر، به نحو متقلبانه ای داور طرف دیگر را در صدور حکمی به نفع طرف خود تشویق و او را با خود همراه نموده است»، دارای مسئولیت مدنی نیست. در دعوای «کان علیه اینترنشنال لیدیز گارمنت یونیون»^{۲۲} نیز دادگاه به همین نحو رأی داد.

در حالی که طرفداران مصنوبیت قضائی محدود همچنان در اقلیت هستند، برخی از آراء صادره از محاکم و نظریات اساتید حقوق (که نهایتاً در قوانین ایالتی نیز انعکاس یافته است)، تأکید کرده اند که داوران باید پیامدها و تبعات اعمالی را که با سوء نیت مرتکب شده اند، شخصاً

به دوش کشند. در دعوای «بیور علیه براون»^{۲۳} دادگاه حکم داد که طرفین نمی‌توانند از پرداخت حق‌الزحمة داوران امتناع ورزند مگر اینکه اعمال صادره از داور ناشی از تخلّف عمدی او باشد. در پرونده «لاندگرن علیه فریمن»^{۲۴} دادگاه داور را مسئول جبران ضرر و زیان حاصله از اقداماتی دانست که وی با سوءنیت و به قصد اضراری کی از طرفین انجام داده است. همچنین، دادگاه در پرونده «سیتی آودورهام علیه ریدسویل انجینیرینگ کمپانی»^{۲۵} اعلام داشت که داوران مسئول اقداماتی هستند که با سوءنیت مرتکب شده‌اند.

یکی از نویسنده‌گان حقوقی استدلال کرده است که چون دادرسیهای داوری فاقد اکثر تضمینات شکلی توجیه کننده مصونیت قضائی هستند، مصونیت داوری باید مشروط و منوط به حسن نیت گردد. نویسنده دیگری نیز عنوان نموده که درست است که قائل شدن مصونیت مطلق برای اقدامات داور بدون توجه به قصد و نیت او باعث ترغیب و تشویق بیشتر داوران به قبول سمت داوری می‌شود ولی، در عین حال، مشاهده‌بی عدالتی و رفتارهای غیرمسئولاًه در داوری می‌تواند عامل بازدارنده‌ای در انتخاب داور به عنوان مکانیسم حل و فصل اختلافات به شمار آید.

نهایت اینکه قانونگذاران برخی از ایالات، مصونیت داور را در قوانین خود مشروط به وجود عنصر حسن نیت کرده‌اند. برای مثال، در قانون مریلند، عنوان ۳- بخش ۲ الف مصونیت داور از دعاوی مسئولیت مدنی فقط در صورتی پذیرفته شده است که «عدم سوءنیت یا قصد سوء از جانب وی به نحو مستدلی به اثبات برسد...».

در هر حال، تا آنجا که به عامل تقصیر مربوط می‌شود، داوران باید مسئول خسارات ناشی از اقدامات عمدی و نیز تقصیرات فاحش خود باشند. ولی در صورت ارتکاب تقصیرات معمولی یا سبک، نگرانی نظم عمومی از

23. Beaver v. Brown

24. Lundgren v. Freeman

25. City of Durham v. Reidsville Engineering Co.

طرح دعاوی متعددی که استقلال داوران را به مخاطره افکند به اندازه‌ای شدید است که اجازه نخواهد داد دعواهی ضرر و زیان علیه داور با موفقیت روبرو گردد.

۲. نظریات موافق با مصوبیت مطلق داور

در حالی که به نظر می‌رسد برخی از دادگاه‌ها مصوبیت داور را منطقاً به آن دسته از اعمال داور محدود و منحصر نموده‌اند که از ماهیتی واقع‌قضائی برخوردارند، در قوانین اخیر و پازه‌ای از آراء محاکم، گرایش به جانبداری از مصوبیت مطلق و بی‌قید و شرط داور از مسؤولیت مدنی به چشم می‌خورد. از آن جمله، قانونگذار ایالتی کالیفرنیا در سال ۱۹۸۵ در واکنش مستقیم به رأی صادره از دادگاه استیناف کالیفرنیا در دعواهی «بار علیه تایگرمن»، که ضمن آن داور به لحاظ عدم صدور بموقع رأی خود ضامن شناخته شده بود، با اضافه کردن ماده ۱۲۸۰ به قانون آئین دادرسی مدنی کالیفرنیا داوران را زیر چتر مصوبیت جامع قضائی قرارداد. جالب اینجا است که دادگاه استیناف کالیفرنیا نیز با استناد به همین ماده، به تازگی رأی خود در پرونده «بار» را نقض نموده است. در دعواهی «کوپراند لیبرند علیه سوپریم کورت آولوس آنجلس کانتی»^{۲۶} که در آن خواهان بر مبنای ادعای سهل انگاری حرفه‌ای، بی‌دقّتی در اقدام و غرض ورزی، دعواهی مسؤولیت مدنی علیه داور طرح ساخته بود، دادگاه بدؤاً قصد و انگیزه قانونگذار را از تصویب ماده مذبور به این شرح بیان کرد:

«این لایحه قانونی کاشف از قصد و نظر مقتن نسبت به این امر است که به لحاظ تراکم فوق العاده پرونده‌ها در محاکم، برخورداری از مصوبیت کامل برای ترغیب افراد به قبول سمت داوری امری ضروری بوده است.»

26. Cooper and Lybrand v. Supreme Court of Los Angles County

دادگاه آنگاه ادعای خواهان را به این دلیل که مصونیت داوری و قضائی قلمرو مشترک و یکسانی دارند، رد نمود، هرچند که اکراه خود را نسبت به رد دعوی با این عبارت نشان داد:

«درست است که ما نیز مانند قانونگذارمان نگرانیهای درخصوص پذیرش مصونیت مطلق برای داور داریم ولی بررسی قوانین حاکم ما را ناگزیر از اتخاذ چنین موضعی می‌کند.»

دادگاه در ذیل رأی براین نکته تأکید نمود که ماده ۱۲۸۰ قانون آئین دادرسی مدنی کالیفرنیا یک قانون آزمایشی است.

انعکاس طرز تلقی قانونگذار کالیفرنیا نسبت به موضوع را می‌توان به نحو مشابهی در عبارات ماده ۴۰۷-۲۲-۴۰۷ قوانین تجدید نظر شده کلورادو^{۲۷}، ماده ۹-۸۳ قانون جورجیا^{۲۸} (عنوان ۳۹، فصل ۶۸۴، بخش ۳)، و ماده ۳۵-۶۸۴ قوانین فلوریدا^{۲۹} مشاهده کرد.

ضرورت حمایت گسترده از داور در برابر احتمال طرح دعاوی مسئولیت مدنی در حکمی که اخیراً از یکی از محاکم ایلینویز صادر شده است، مورد تأکید قرار گرفت. در دعوای «فوروم اینشورنس کمپانی علیه فرست هوربیزون اینشورنس کمپانی»^{۳۰} دادگاه، با تأکید بر ضرورت بازداشت

۲۷. ماده ۴۰۷-۲۲-۱۳:

«داور از مسئولیت مدنی ناشی از شرکت در پرونده به عنوان داور و کلیه مکاتبات، احکام، نظریات و استنتاجات به عمل آمده در جریان و محدوده وظایف مشروحه در این قسمت... مصون و معاف است.»

۲۸. ماده ۸۳-۹:

«داور را نمی‌توان از بابت هیچ گونه توهین، تهمت و یا افترا نسبت به هریک از طرفین داوری که از اخهار و یا اقدام وی در چارچوب سمت رسمی داوری واقع شده باشد، مورد تعقیب مدنی و یا کیفری قرار داد.»

۲۹. ماده ۳۵-۶۸۴:

«اقامة دعوى در دادگاهها و یا طرح ادعا تحت قوانين اين ايالت عليه يك داور، در صورتي که دعوى و یا ادعای مذبور از اجرای تکاليف داوری ناشی شده باشد، امكان پذير نیست.»

طرفین اختلاف از طرح دعوی علیه داوران، اظهار داشت هرچند داوران در نهایت برخوردار از مصنوبیت اندولی به دلیل بلامانع بودن طرح دعوی علیه آنان، باید پاسخگوی حق الزحمه‌ها و هزینه‌های دادرسی ناشی از دعاوی مسئولیت مدنی مطروحه علیه خود باشند. به منظور جلوگیری از طرح این گونه دعاوی، خواهان («فوروم») استدلال می‌کند که دادگاهها باید طبق مقررات نسبت به صدور حکم به پرداخت حق الزحمه‌ها و سایر هزینه‌های قانونی علیه خواهانی که حکم محکومیت علیه وی صادر گردیده است، اقدام کنند. معذلک، محاکم فقط باید در صورتی خواهان را به پرداخت هزینه‌های قانونی ملزم سازند که نسبت به بی اساس بودن ادعای وی طبق قانون حکم دهند.

ج

حدود و چارچوب مسئولیت مدنی داوران در کشورهای تابع حقوق نوشته

در حالی که در قوانین کشورهای دارای حقوق نوشته برای به اجرا گذاردن احکام مسئولیت مدنی علیه قضات، آئین و روش مدونی وجود دارد، هیچ گونه تشریفات خاصی برای دعاوی مسئولیت مدنی مطروحه علیه داوران پیش‌بینی نشده است. در این کشورها داوران به عنوان مقامات دولتی تلقی نمی‌شوند و لذا در چارچوب اجرائی تشریفات و مقررات ناظر به مسئولیت مدنی قضات قرار نمی‌گیرند. برخی از قوانین از جمله قانون آئین دادرسی مدنی اتریش، قانون آئین دادرسی مدنی ایتالیا، قانون آئین دادرسی مدنی نروژ، قانون اسپانیا در مورد داوری حقوق خصوصی مصوب ۱۹۵۳، قانون آئین دادرسی مدنی یونان، قانون داوری اسرائیل و یا قانون آئین دادرسی مدنی مالت حاوی مقررات صریحی درخصوص مسئولیت مدنی داوران بوده و کشورهای دیگری از قبیل آلمان، فرانسه، بلژیک، هلند،

سوئیس فاقد مقررات خاصی در این زمینه هستند ولی، در هر دو مورد، محاکم کشورهای یاد شده نقش فعال و برجسته‌ای در تعیین مرزهای مسئولیت مدنی داور ایفا کرده‌اند

۱. مصونیت داور با فقدان مواد صریح ناظر بر مورد: آلمان

قوانين آلمان هیچگاه صریحاً به موضوع مسئولیت مدنی و یا مصونیت داوران اشاره نکرده‌اند، ولی در قانون مدنی آلمان دو ماده وجود دارد که، به لحاظ وحدت ملاک، به مسئله مسئولیت داور قابل اعمال است: ماده ۸۳۹(۲) به مسئولیت مدنی قصاصات تحت قوانین آلمان پرداخته است و ماده ۲۷۶ نیز به مسئولیت هریک از طرفین از بابت تخلف از تعهدات قراردادی اشاره دارد. این در حالی است که از دیرباز دادگاهها و حقوقدانان آلمانی به طور مبسوطی به موضوع مسئولیت داور توجه داشته‌اند.

دیوان عالی کشور آلمان نخستین مرجعی است که در سال ۱۸۹۷ به مسئولیت داوران اشاره کرده است. در این پرونده، که موضوع آن مطالبه ضرر و زیان از یک داور به خاطر غفلت اذاعانی او در صدور رأی بود، دیوان حکم داد که داور از همان مصونیتی که به موجب ماده ۸۳۹(۲) قانون آئین دادرسی مدنی آلمان به قاضی تعلق می‌گیرد، بهره‌مند است و لذا نمی‌توان او را به لحاظ غفلت در صدور رأی مسئول تلقی کرد زیرا، در غیراین صورت، امکان اتخاذ یک تصمیم مستقل و بیطرفانه از داور سلب خواهد شد. یک سال بعد نیز دیوان عالی آلمان پافشاری خود را براین دیدگاه با تأکید بر اینکه داوران عهده دار وظایفی قابل مقایسه و مشابه با قصاصات هستند، ابراز و به این ترتیب شمول ملاک و ضابطه‌ای واحد بر مسئولیت قضائی داوران و قضات را توجیه نمود.

دیوان عالی آلمان در سال ۱۹۰۷ با صدور یک رأی دیگر موضع خود را درباره ضابطه قضائی مسئولیت قابل اعمال به داوران تشریح کرد و حکم داد که ماده ۸۳۹(۲) قانون آئین دادرسی مدنی آلمان، نه اصلتاً و نه

از طریق قیاس، قابل اعمال به داوران نیست، چرا که داوران را نمی‌توان مقامات وابسته به دولت به حساب آورد. مع الوصف، دادگاه استدلال کرد که طرفین این پرونده در زمان عقد قرارداد داوری نسبت به مسئولیت داور در چارچوب مفاد مندرج در ماده ۸۳۹(۲) توافق ضمنی نموده‌اند.

نظر اخیر دیوان عالی آلمان در خصوص مسئولیت داور از بابت اعمال و اقدامات قضائی خود مورد تأسی نهاد جانشین آن، یعنی دیوان فدرال آلمان، قرار گرفت. دیوان مذبور در رأی صادره در ۱۹۵۹ با این استدلال که «اساساً چنانچه در هنگام عقد قرارداد داوری مسئله مسئولیت محدود داور با طرفین داوری طرح گردیده بود، ایشان توافق خود را در مورد عدم پذیرش مسئولیت بیشتری برای داوران در مقایسه با آن حدی که برای قضات متصور است، اعلام می‌کردند»، نظریه مسئولیت مضيق داور را توجیه نمود.

بنابراین، تحت قوانین آلمان، داوران اساساً از بابت اشتباها واقعه در حین صدور رأی، مسئولیتی نخواهند داشت و به دلیل تشابه وظایف قضائی ایشان با قضات، ملاک مذکور در ماده ۸۳۹(۲) قانون آین دادرسی مدنی آلمان در مورد ایشان نیز قابل اعمال است. این راه حل با طبیعت داوری نیز هماهنگی دارد، زیرا هنگامی که طرفین اختلاف، دعواهی را به داوری ارجاع می‌کنند، براین قصدند که با این کار باب رسیدگیهای سنتی قضائی را سد سازند و انتظار دارند که اختلاف موجود با صدور حکمی به طورنهائی بین ایشان و نیز نسبت به داور رسیدگی کننده فیصله یابد. بدیهی است سایر اعمال و یا ترک فعلهای داور مشمول قواعد کلی ضمان قهری مرتبط با ایفای تعهدات قراردادی (ماده ۲۷۶) خواهد گردید. لذا مقتضی است که داور منتخب همان دقت و مراقبتی را که از هریک از اعضای محاط صنف و حرفة داوران انتظار می‌رود، رعایت کند و به کار بندد. نگاهی به آراء صادره در این زمینه نشان می‌دهد که محاکم آلمان افعال و ترک فعلهای زیر را به لحاظ تخلف از قرارداد داوری برای داور مسئولیت آور دانسته‌اند:

عدم افشاری ذینفع بودن داور در دعوی، امتناع غیرموجه داور از امضای حکم صادره توسط اکثریت، واستنکاف کلی و یا تأخیر در ایفای تعهدات از جانب داور.

۲. مصونیت داور با وجود مواد صریح ناظر بر مورد: اتریش

به موجب قوانین اتریش، قبول سمت داوری از جانب داور او را به ایفای پاره‌ای تعهدات ملزم می‌سازد. تعهدات مزبور عبارتند از: تصدی داوری به نحوی دقیق و با رعایت بیطریقی و نیز امضای رأی صادره. قصور داور در اجرای وظایفی که با پذیرش سمت داوری به دوش گرفته است، او را طبق ماده ۵۸۴(۲) قانون آئین دادرسی مدنی اتریش در معرض مسئولیت مدنی قرار خواهد داد. ماده مزبور مقرر می‌دارد:

«هر داور که به وظایف ناشی از قبول سمت داوری کلاً و یا بموضع عمل نکند، در برابر طرفین از باب کلیه خساراتی که از استنکاف و یا تأخیر غیرموجه او حاصل گردیده، مسئول است. علاوه بر این، طرفین می‌توانند فسخ رسیدگی داوری را نیز تقاضا نمایند.»

گفتنی است که تاکنون در اتریش هیچ گونه دعوای ضرر و زیان علیه داور گزارش نشده و سوابق تقنینی تصویب ماده ۵۸۴(۲) اخیرالذکر نیز در دسترس نیست. مع الوصف، حقوقدانان اتریشی با اظهار نظر در خصوص موضوع مسئولیت مدنی داور، کوشیده‌اند شاخصه‌ائی را در اختیار دادگاههایی که دیر یا زود باید در مورد مسئولیت مدنی داور تصمیم گیری نمایند، قرار دهند. در این میان، یکی از نویسنده‌گان حقوقی اتریشی بر این عقیده است که ضابطه مسئولیت مذکور در ماده ۵۸۴(۲) که با استنادارد ناظر بر کارشناسان رسمی شbahت دارد، برای داوران که عهده‌دار وظایفی هم‌طراز با قضات هستند غیرکافی و ناراست. این حقوقدان پیشنهاد می‌کند که داوران نیز فقط به همان میزان قضات در معرض مسئولیت مدنی قرار گیرند و نه بیشتر. از دیدگاه این حقوقدان، دادگاههای اتریش باید با

تفسیر بسیار مضيق خود از این ماده، دامنه، آن را به ملاک مسؤولیت مدنی قابل اجرا به قضات محدود کنند و در نتیجه از وسعت حیطه اجرائی ماده ۵۸۴(۲) جلوگیری به عمل آورند. وی معتقد است که این نتیجه از طریق برقراری وحدت ملاک بین این موضوع و ضابطه مسؤولیت مصريح در ماده ۱ قابل دسترسی است. حقوقدان دیگری نیز اظهارنظر کرده که نیل به چنین نتیجه‌ای مستلزم قیاس بین این دو مورد نیست و دلیل آن این است که جایگاه داوری در نظام قضائی اتریش بیش از هر کشور دیگری، به دقت، روشن و تابع نصوص قانونی شده و لذا می‌توان داوران را در حکم مأموران مذکور در ماده ۱ «قانون مسؤولیت مدنی کارمندان از بابت خسارات ناشی از اقدامات خود» و در نتیجه مشمول مقررات مسؤولیت محدود و متدرج در ماده مذبور دانست.

نتیجه بخش سوم

بسیاری از دادگاههای امریکا خواسته اند تا با پیروی از موضعی که توسط دادگاههای تابع نظام حقوق نوشته اتخاذ شده است، بین اعمالی که داور در مقام حل و فصل قضائی اختلاف انجام داده و لذا مشمول همان ضابطه مصنوبیت مترتب به قضات خواهد گردید، و اعمالی که هرچند شبه قضائی هستند ولی هیچ گونه ارتباطی با سمت قضائی ندارند و در نتیجه برای فاعل خود ایجاد مسؤولیت مدنی می‌کنند، تفکیک قائل شوند. ولی این تفکیک بجا با گرایش نامطلوب به تصویب مقررات قانونی و اظهارنظرهای قضائی در شناختن مصنوبیت مطلق برای کلیه اعمال صادره از ناحیه داور، بدون توجه به اینکه دارای چه طبع و ماهیتی هستند، در حال رنگ باختن است. پرربال دادن به این گرایش و اعطای مصنوبیت بی قید و شرط به داور نه تنها موجب تقویت و بهبود کیفیت داوری نمی‌شود بلکه نیل به چنین هدفی را با دشواری رو برو خواهد ساخت؛ مضافاً به اینکه تازه معلوم نیست چنین گرایشی، هدف اصلی مورد نظر دادگاه و قانونگذاران امریکائی را که

همانا کاهش مشکل تراکم فوق العاده زیاد پرونده‌های تحت رسیدگی است، برآورده سازد زیرا، تحت این شرایط، کاملاً طبیعی خواهد بود که طرفین اختلاف به داوری به عنوان یک ابزار قضائی ناعادلانه و غیرقابل پیش‌بینی بنگرنند و از آن رویگردان شوند. لذا دادگاههای ایالات متحده باید شعاع مصونیت را به اعمال قضائی داور محدود کنند و از کشاندن مصونیت به هر اقدام «شبه قضائی» داور خودداری ورزند. افعال نادرستی که باید برای داوران مسئولیت زا باشد آنهایی هستند که مانع از ختم بموقع دادرسی گردیده و یا به ابطال رأی نهائی خواهد انجامید. علاوه براین، تضمین استقلال روند داوری ایجاد می‌کند که داوران را صرفاً زمانی مسئول جبران خسارات وارد بدانیم که فعل صادره از جانب داور مفروض به قصد و یا حداقل تقصیر فاحش او باشد. قبول مسئولیت مدنی برای داور، با شرایطی که در بخش قبلی این مقاله آمد، انجام داوریهای منصفانه و دقیق را در جهت تأمین منافع طرفین افزایش می‌دهد و بعلاوه به داوران شایسته انگیزه‌ای مطلوب برای پذیرش سمت داوری خواهد بخشید. مختصر آنکه سیاست مسئولیت مدنی باید به این سو حرکت کند که داوران وظیفه شناس از پیامدهای دعاوی مطرحه علیه خویش به ادعای ارتکاب تقلب و یا تخلفات سنگین دیگر هراسی به خود راه ندهند.



تعیین مصونیت داوری

به سازمانها و نهادهای متکفل داوری

همان گونه که مصونیت قضائی منحصر به شخص قاضی نیست و به افراد و تشکیلات فعال در امر حل و فصل اختلافات حقوقی نیز تسری دارد، دادگاههای امریکائی، تحت تاثیر اشتیاق خود برای هرچه کاراتر کردن

داوری، حکم داده اند که مصونیت داوری باید از شخص داوران فراتر برود و به این بسنده نکند که فقط داوران را زیر پنجه حمایت خود در برابر دعاوی متضمن مسؤولیت مدنی قرار دهد. لذا مصونیت داوری به بخش‌های مختلفی از رسیدگی داوری تسری یافته و امروزه به نحو مؤثری برای داوران در قبال ایرادهای مطروحه به صلاحیت ایشان در رسیدگی و صدور حکم نسبت به موضوع اختلاف، احضار به جلسات محاکمه کیفری و یا تکلیف ادای شهادت در جلسه دادرسی برای ابطال رأی، ایجاد مصونیت کرده است. ولی بحث اختلاف برانگیز آن است که آیا مصونیت داوری باید به سازمانها و نهادهای متحکم داوری نیز تعیین یابد؟ بخش حاضر به این سؤال پاسخ می‌دهد.

این مسئله که آیا مصونیت داوران می‌تواند و یا حتی باید به سازمانهای مجری و یا عهده دار داوری تسری یابد، در پرونده‌های متعددی در ایالات متحده مورد اشاره قرار گرفته است. از جمله اقدامات این گونه نهادها که ممکن است مسؤولیت بالقوه آنها را در پی داشته باشد، می‌توان از استنکاف از رسیدگی به دعوای مطروحه، نصب و جرح داوران و یا انتخاب محلی برای برگزاری داوری نام برد. انگیزه طرف زیان دیده برای تعقیب این سازمانها (اعم از اینکه با طرح دعوی علیه داور نیز همراه باشد یا خیر) می‌تواند ناشی از دو جهت باشد: یا آنکه داور در صورتی که به حکم دادگاه، مسئول جبران ضرر و زیان وارد شناخته شود، قادر توانایی کافی برای پرداخت کلیه خسارات وارد است و یا اگر عدم مسؤولیت وی احراز گردد، اساساً تکلیفی به ترمیم زیان وارد به طرف نخواهد داشت. ولی، برخلاف داوران، این سازمانها در معرض خطر و مسؤولیت بیشتری قرار دارند، زیرا به دلیل حق الزحمه‌های گرافی که دریافت می‌دارند از امکانات مالی گسترده‌تری برخوردارند و علاوه بر آن، در صورت بیمه بودن، پوشش وسیع‌تری را برای جبران خسارات تأمین می‌کنند.

در دعوای «ملاڈی علیه ساوث پال لایو استاک اکسچنج»^{۳۱} که در واقع

31. Melady v. South Paul Live Stock Exchange

نخستین پرونده‌ای است که در آن یک دادگاه امریکائی به این موضوع پرداخته، دو تن از سهامداران شرکت خوانده به اختلافات خود از طریق داوری برگزارشده توسط خوانده فیصله دادند. عضو سوم، که از نتیجه داوری راضی نبود دعوی اعلیه خوانده اقامه کرد. دادگاه با این استدلال که وظیفة اجرائی خوانده در جریان داوری آن را به صورت یک ارگان شبه قضائی برخوردار از مصونیت درآورده است، دعوا را مردود داشت.

در پرونده دیگر، یعنی «کوری اعلیه نیویورک استاک اکسچنج»³²، خواهان با این ادعا که معاون مدیر داوری خوانده، اعضای هیئت داوری را بدون رعایت مقررات مربوطه برگزیده و علی رغم اعتراض خواهان جلسات استماع را به تأخیر انداخته و تمدید مهلت نموده است، اعلیه خوانده طرح دعوا کرد. دادگاه رأی داد که: «تعیین مصونیت داوری، به نحوی که ارگان‌های برگزارکننده داوری را نیز دربر گیرد، نتیجه طبیعی و لازم اصول تشویق کننده مصونیت داوری است که در غیر این صورت مصونیت داوران غیرقابل حصول و دور از دسترس خواهد ماند. تحمیل مسؤولیت مدنی به سازمان و نهاد متکفل داوری، ارزشها و آثار مثبت مجموعه نظام داوری را به حداقل خواهد رساند».

علیه‌ذا، دادگاه استنتاج نمود که مصونیت داوری باید به هیئت‌ها، نهادها، کمیسیون‌ها و سایر ارگان‌های شبه قضائی مجری و تأمین کننده امکانات داوری تعیین داده شود.

در پرونده «روبنشتاین اعلیه اوتربورگ»³³، خواهان پس از موققیت در دعوای ابطال رأی صادره توسط داوران منصوب کانون داوران امریکا، دعوایی به خواسته مطالبه حق الزحمه‌های قانونی اعلیه کانون مذبور اقامه کرد. حسب ادعا، کانون با وجود آگاهی از ذینفع بودن رئیس خود در دعوای، از مداخله در جریان داوری خودداری ورزیده بود. دادگاه دعوا را رد و استدلال نمود که سازمان‌های داوری، نهادهای شبه قضائی بوده که

32. Corey v. New York Stock Exchange

33. Rubenstein v. Otterburg.

مجری وظایفی هستند که با آنچه توسط قصاصات تشکیلات قضائی مانند کمیسیون قصاصات ویژه، هیئت دادرسان اجرائی و شعبه استیناف دیوان عالی نیویورک انجام می‌گیرد، قابل قیاس است.

البته، دردعوای «بارعلیه تایگرمن» دادگاه کالیفرنیا، کانون داوران امریکارابه خاطر عدم دقّت کافی درگزینش داور رسیدگی کننده به پرونده و نیز سوءتصدی جلسات داوری مسئول معرفی کرد، ولی درجیدترین پرونده‌ای که در این خصوص منتهی به رأی شده است، یعنی دعوای «آسترن علیه شیکاگوبی دی، اپشنزاکسچنج اینک»، دادگاه فدرال بخش جنوبی نیویورک حکم داد که سازمانهای متکفل داوری از مصونیتی گسترده درقبال ادعاهای ضررو زیان سودمی برند. این حکم در مرحله تجدیدنظر نیز ابرام شد. وجه اشتراک کلیه آراء فوق الذکر در این است که به موجب آنها سازمانها و مؤسسات مجری و یا برنامه‌ریز داوری از درجه معینی از مصونیت برخوردارند، ولی آنچه که این احکام را از هم متمایز می‌سازد این است که در منشأ و از آن مهمتر در میزان این مصونیت با یکدیگر توافق ندارند. با این توضیح که در آراء صادره در پرونده‌های «آسترن»، «کوری»، «اوتبورگ» و «ملادی» دادگاه برای این قبیل مؤسسات مصونیتی عام را پذیرفته و آنها را صرفاً از بابت اقداماتی که «آشکارا با رسیدگی داوری بی ارتباط اند» ضامن و مسئول دانسته است، در حالی که در پرونده «بار» دادگاه حکم داده که تعیین تکلیف در مورد مسئولیت و یا معافیت موكول به این است که آیا اعمالی حسب ادعا نادرست و ضمان آور مؤسسه داوری در مقام حل و فصل قضائی اختلاف انجام شده یا آنکه صرفاً دارای طبعی اداری و اجرائی بوده است؟ دیدگاه مندرج در رأی اخیر الذکر مستدل تر و قانع کننده‌تر به نظر می‌رسد به ویژه اگر توجه داشته باشیم که گرایش اخیر دیوان عالی ایالات متحده نیز براین است که، در هنگام اخذ تصمیم در مورد تعلق یا عدم تعلق مصونیت به عمل قاضی، بین اعمال دارای ویژگی قضائی و سایر اقدامات قاضی تفکیک قائل شود. با وجود این، به موجب رأی اخیر الذکر، مؤسسات داوری نیز در مواردی که عهده‌دار وظایف قضائی هستند، باید فقط از

مصنونیت شبه قضائی و یا شبه داوری سود جویند.

کمی بعد از صدور رأی در پرونده «بار» که به شدت مورد انتقاد رئیس کانون داوران امریکا قرار گرفت، کانون مزبور مشکل مسئولیت بالقوه خویش را باتصویب وارد کردن ماده زیر به مقررات داوری تجاری خود رفع نمود. این مقررة جدید اشعار می‌دارد:

«۴۳(د). هیچ فعل و یا ترک فعل مرتبط با داوری و یا حکمیت اجرا شده حسب این مقررات، موجب مسئولیت مدنی کانون و یا داور و یا میانجی در برابر هریک از طرفین نخواهد شد.»

همچنین، بند «ه» ماده ۶۲۰۰ قانون حرف و تجارت کالیفرنیا، در مقام بیان تشریفات داوری در مورد حق الزحمه داور، در قسمت مربوطه تصریح می‌دارد:

«در هریک از داوریهایی که به موجب این ماده توسط کانون وکلای ایالتی و یا منطقه‌ای برگزار خواهد شد... داور و یا داوران و نیز نهاد داوری، مدیران، تصمیم گیران و کارکنان آن، از همان مصنونیتی که شامل رسیدگیها و مراجع قضائی می‌گردد، برخوردارند.»

نهادهای خارجی داوری نیز قیود مشابهی را در اسقاط مسئولیت در مقررات داوری خود گنجانیده‌اند. برای مثال، ماده ۶۶ مقررات داوری انسیتیوی داوری هلند مصوب ۱۹۸۶ می‌گوید:

«انسیتیوی داوری هلند، هریک از اعضای هیئت رئیسه، مدیر و یا داور را نمی‌توان از بابت قصور انجام شده در ارتباط با داوری تابع این مقررات مسؤول دانست.»

همچنین، ماده ۱۹-۱ مقررات دیوان داوری بین المللی لندن مصوب ۱۹۸۵ مقرر می‌دارد:

«جز در مواردی که داوران (نه دیوان) ممکن است از بابت خسارات ناشی از سوء رفتار آگاهانه و عمدی خود مسؤول شناخته شوند، دیوان و

یا هریک از داوران را نمی‌توان به لحاظ فعل و یا ترک فعل واقعه در ارتباط با داوری برگزار شده به موجب این مقررات، در برابر هریک از طرفین از جنبهٔ مدنی مسئول دانست.»

در این مورد مادهٔ ۳۴ مقررات مؤسسهٔ داوری ایتالیا مصوب ۱۹۸۵ اشعار می‌دارد:

«خدمات این مؤسسه به هیچ وجه برای مؤسسه، واحدها و اشخاصی که به نحو مستقیم و یا غیرمستقیم منصب نموده است، مسئولیت آور نیست و اصولاً طرفین اختلاف با مراجعته به این مؤسسه حق طرح هرگونه ادعای از بابت خساراتی را که از تقلیب ناشی نشده باشد، از خود ساقط کرده‌اند.»

همان طور که ملاحظه می‌گردد مواد پنجگانهٔ بالا، بدون استثنای ولی با درجات متفاوتی، برای نهادهای داوری مربوطه و داوران منتخب آنها در برابر دعاوی ضرر و زیان مطروحه پیش‌بینی مسؤولیت کرده‌اند. توضیح اینکه در حالی که مادهٔ ۶۲۰۰ قانون حرف و تجارت کالیفرنیا تصریح می‌کند که فقط اقدامات قضائی نهاد داوری از مصونیت بهره‌مند می‌شود، هر شخصی که طبق مقررات کانون داوری امریکا، انسیتیوی داوری هلند و یا دیوان داوری بین‌المللی لندن سمت داوری را پذیرد، به طور ضمنی قبول می‌کند که مؤسسهٔ داوری در مقابل کلیه افعال و یا ترک فعلهای واقعه، از جمله اقدامات اداری، غیرقابل تعقیب باشد. به همین ترتیب، داوران فعال طبق مقررات کانون داوری امریکا و یا انسیتیوی داوری هلند از مصونیت گسترده‌ای برخوردارند و حال آنکه داورانی که توسط مؤسسهٔ داوری ایتالیا منصب شده و یا در چارچوب مقررات دیوان داوری بین‌المللی لندن انجام وظیفه می‌کنند، در مقابل اقدامات متقابانه و یا تخلّفات عمدی و آگاهانه خود مسئولیت مدنی خواهند داشت.

هر چند طرفین داوری معمولاً می‌توانند در مقررات استاندارد پذیرفته شده در مؤسسات داوری، به گونه‌ای که نیازهای خاص آنها را برآورد،

جرح و تعدیل نمایند ولی به نظر می‌رسد شروط زایل کننده مسئولیت به شرح مذکور در مقررات مؤسسات یاد شده، بیان کننده شرایط اساسی مربوط به روش کار هریک از نهادهای مذبور است، بطوریکه تغییر در آنها بدون رضایت مؤسسه‌ذی‌ربط امکان‌پذیر نیست. شرایط مذبور همچنین روابط بین طرفین و داوران را، که باید در چارچوب مقررات شکلی نهاد داوری عمل کنند، تنظیم می‌نماید و لذا به مجرد توافق طرفین و داوران در مورد اعمال مقررات و آئین دادرسی از قبل موجود یک ارگان داوری خاص نسبت به اختلاف مطروحه، مقررات مذبور در واقع به صورت بخشی از شرایط انتصاب داوران درخواهند آمد.

ولی سؤال قابل طرح این است که اگر مقررات آئین دادرسی مؤسسه داوری در مورد مسئولیت مدنی بالقوه داور و یا خود مؤسسه سکوت اختیار کرده باشد، تکلیف چیست؟ برای مثال، در مقررات داوری اتفاق تجارت بین‌المللی پاریس (آی. سی. سی.) ماده‌ای مشابه ماده ۲۴(د) مقررات کانون داوری امریکا مشاهده نمی‌شود و در این شرایط، برخلاف نظر محدودی از حقوقدانان، قائل شدن به این نظر که داور باید از مصنونیتی گسترده و قابل مقایسه با میزان مذکور مثلاً در ماده ۳۴ اخیر الذکر استفاده کند، فاقد مبنای منطقی است. زیرا صرف این واقعیت که مبنای عمل یک داور، مقررات یک ارگان داوری است، رفتار خاص و تبعیض آمیزی را توجیه نمی‌کند. دیوانهای داوری سویس و فرانسه این مسئله را که اقدامات سازمانهای متصدی داوری طبیعی قضائی دارند، رد می‌کنند و در نتیجه در برابر دعاوی مسئولیت مدنی برای مؤسسات مذبور مصنونیت شبه قضائی قائل نیستند. دیوانهای مذبور همچنین تأکید کرده‌اند که این ارگان‌ها بخشی از دستگاه قضائی به شمار نمی‌روند. در ایالات متحده نیز نهادهای متکفل داوری معمولاً دارای عنوان و سمت قضائی نیستند، گواینکه به نظر می‌رسد دادگاههای امریکائی آنها را جزئی لاینفک از مجموعه تشکیلات عهده‌دار امر قضایا تلقی می‌کنند. مع الوصف، هرچند اجرای این وظیفه اعطای درجهٔ خاصی از مصنونیت به اقدامات این گونه مؤسسات را توجیه می‌کند، معافیت

کامل یک مؤسسه داوری از مسئولیت مدنی ناشی از تخلفات خود بی وجه به نظر می‌رسد. علی القاعده، باید پذیرفت که به لحاظ غلبۀ جنبه اجرائی اقدامات سازمانهای داوری، اشتباهات آنها باید طبق ضوابط و ملاکهای مسئولیت مدنی حاکم بر اقدامات اداری - اجرائی مراجع قضائی موجود در کشور محل استقرار مؤسسه داوری مورد سنجش و ارزیابی قرار گیرد.



مسئولیت داور در داوری تجاری بین المللی

هرچند بحث مسئولیت مدنی داوران در صحنۀ داوریهای داخلی از موضوعیت و برجستگی بیشتری برخوردار است، ولی نقش مهم این مسئله در داوری تجاری بین المللی نیز قابل انکار نیست. در این زمینه، از دیدگاه طرفین و نیز داوران دو مسئله حائز اهمیت است: الف) مبانی حقوقی طرح دعوای مسئولیت مدنی علیه داور، ب) انتخاب مرجع رسیدگی.



مبانی حقوقی مختلف

حدود و میزان مسئولیت مدنی داوران ممکن است با توجه به انتخاب قواعد شکلی حاکم بر رسیدگی داوری، قانون حاکم بر قرارداد منعقده فی مابین طرفین و داور، تابعیت داوران و یا محل برگزاری داوری تفاوت نماید. بنابراین، به طرفین و داوران قویاً توصیه می‌گردد که در هنگام تنظیم شرط داوری، این مسائل را مورد توجه قرار دهند و مجموعه خاصی از مقررات قبل‌اً شکل گرفته داوری را برگزینند و یا نسبت به شرایط انتصاب

داوران با یکدیگر مذاکره و توافق کنند.

تنظیم قواعد مربوط به مسئولیت مدنی داور می‌تواند مبتنی بر سه منبع باشد: ۱) قرارداد انتخاب داور، ۲) قانون ناظر بر قرارداد داوری، و ۳) مقررات از قبل تنظیم شده نهادهای داوری که رسیدگی داوری تابع آنهاست.

اساساً در قرارداد داوری، طرفین و داوران مجازند که موضوع مسئولیت داور را طبق نظر واراده خود تنظیم کنند و تنها محدودیت ناظر بر اندارچ صریح شرط مسئولیت، و یا بر عکس مصوبیت داور، چیزی جز قواعد آمرة موجود در قوانین حاکم بر انتصاب داور یا مجموعه مقررات کشور محل طرح دعوای مسئولیت مدنی علیه داور نیست.

در مقررات موجود ناظر بر داوری نیز ممکن است ماده‌ای درباره مسئولیت مدنی داور وجود داشته باشد، و اگر داور بپذیرد که وفق این مقررات که متضمن شرطی در خصوص مسئولیت مدنی اوست، انجام وظیفه نماید، به طور ضمنی از ملاک و ضابطه مصرحه در ماده مذکور به عنوان جزئی از شرایط قرارداد داوری تمکین کرده است. البته، این بدان معنی نیست که طرفین و داوران نمی‌توانند از ضابطه مسئولیت مدنی مذکور در این مقررات عدول کنند و آن را تغییر دهند؛ لذا اگر بین ملاک مسئولیت مصرحه در مقررات داوری از یک طرف و قرارداد انتخاب داور از طرف دیگر تعارضی وجود داشته باشد، مفاد قرارداد اخیرالذکر حاکم و تعیین کننده خواهد بود.

در صورت فقدان هرگونه ماده‌یا شرطی در قرارداد داوری و یا در مقررات داوری ناظر بر دادرسی، دادگاهها مکلف اند قانون حاکم بر قرارداد داوری را از میان دو مجموعه قانونی زیر تعیین کنند: الف) قانون اقامتگاه داور، و یا ب) قانون مقر برگزاری داوری.

اجرای قانون اقامتگاه داور این مزیت آشکار را در برابر دارد که به احتمال زیاد داور منتخب از ضابطه مسئولیت مدنی قابل اجرا در کشور متبوع خود آگاهی دارد؛ ولی اگر در هیئت داوری داورانی از کشورهای

گوناگون عضویت داشته باشند، این مزیت منتفی است و وجود استانداردهای بعضاً متفاوت درمورد مسؤولیت مدنی داوران در قوانین این کشورها، به تبعیض غیرقابل توجیهی در دعاوی مطروحه علیه داورانی که در کشور آنها ضوابط سنگین‌تری برای مسؤولیت داوران پیش‌بینی شده است، خواهد انجامید.

از طرف دیگر، امتیاز اجرای قانون مقرّ داوری در این است که تعیین و احراز آن برای دادگاه آسان‌تر می‌باشد. مع الوصف، اجرای قانون مذبور نیز ممکن است مشکلاتی را در مرحله اجرای محاکوم به بالقوه مالی مورد مطالبه یکی از طرفین علیه داور متخلّف بیافریند. بنابراین، ممکن است محاکوم له بعضاً نتواند حکم صادره را در کشور متبع داور، یعنی محلی که به احتمال فراوان داور در آنجا اموال قابل تأمینی دارد، به اجرا گذارد. برای مثال، امکان دارد حکم مالی صادره توسط یک محکمهٔ تابع نظام حقوق نوشته علیه یک داور امریکائی، توسط محاکم ایالات متحده به اجرا گذارده نشود و چنانچه داور دفاع قابل قبولی را در معافیت و مصونیت خود از مسؤولیت مدنی دریک دادگاه صالح امریکا طرح نماید، دادگاه مذبور حکم صادره را به لحاظ نظم عمومی به مورد اجرا نگذارد.



انتخاب مرجع رسیدگی

اساساً طرح دعوای مسؤولیت مدنی علیه یک داور در دو مرجع امکان‌پذیر است: اقامتگاه داور و یا محلی که داوری در آنجا برگزار شده است. برای انتخاب یکی از این دو مرجع، دو عامل زیر اثرگذارند: نخست آنکه آیا دادگاه مرجوع ایه، قانونی را که مفید به حال طرف است، اجرا می‌کند؟ و دیگر آنکه آیا حکم مساعد صادره توسط این دادگاه، در مرجع محل وقوع اموال و دارائی داور به منظور وصول محاکوم به قابل اجرا خواهد بود؟

باید گفت که بعد مسافت ایرادی است که به اقامتگاه داور به عنوان عامل تعیین و انتخاب مرجع رسیدگی وارد شده و امتیاز این راه حل نیز در این است که اگر دادگاه واقع در اقامتگاه داور، او را محکوم کند، رأی صادره از حیث اجرا و تأمین محکوم به با مشکلی روبرو نخواهد شد. لذا به طرفین توصیه می‌گردد که، با کوشش برای درج یک مادهٔ ناظر بر انتخاب مرجع رسیدگی در قرارداد داوری، تکلیف مرجع رسیدگی را از ابتدا تعیین کنند، هر چند به طور طبیعی از آنجا که منافع داور به احتمال بسیار قوی با منافع طرفین مغایر است، انتخاب هر کدام از این دو مرجع نهایتاً به توانِ مذاکراتی و قدرت چانه‌زنی طرفین و داور بستگی خواهد داشت.



مطالعهٔ تطبیقی و پیشنهادهای اصلاحی

آنچه در ذیل به عنوان آخرین بخش این مقاله خواهد آمد، بررسی و ارزیابی راه حل‌هایی است که نظامهای کامن‌لا و حقوق نوشته در باب مسئولیت مدنی داور ارائه نموده‌اند، و متعاقب آن، میزان تأثیر تغییرات و نوسانات در سیاستهای حقوقی متخذه توسط اکثر محاکم امریکائی در بهبود روند داوری مورد بحث قرار خواهد گرفت. در این بخش همچنین پیشنهادهایی برای پی‌ریزی یک استاندارد واحد برای مسئولیت مدنی داور در پهنهٔ داوری تجاری بین‌المللی عرضه خواهد شد.



ضرورت تغییر در استاندارد فعلی مسؤولیت طبق قوانین امریکا

در نگاه اول چنین به نظر می‌رسد که مقررات موجود در کشورهای تابع نظام حقوق نوشته در خصوص مسؤولیت مدنی و یا مصونیت داوران، در مقایسه با مقررات مشابه حاکم در سیستم حقوقی ایالات متحده دارای امتیازات و برتریهایی است. الگوی مسؤولیت محدود داور به گونه‌ای که در کشورهای پیرو حقوق نوشته قبول شده است، احتمالاً انگیزه بخش داوران برای کاربرد مراقبتهای لازم در هنگام اجرای مسؤولیتهای داوری بوده و در نتیجه کیفیت مطلوب داوری را تضمین و به موازات آن سیاست تأمین خسارات وارد به طرفین از باب تخلفات داوری را تقویت می‌کند. واقع امر این است که ایرادهایی که توسط دادگاهها و حقوقدانان امریکائی به این الگوی حقوقی وارد شده، در خود کشورهای تابع حقوق نوشته بروز نکرده است. به این معنی که، برخلاف دیدگاه امریکائی، در کشورهای پیرو حقوق نوشته نه شاهد تعقیب فزاینده داوران هستیم و نه اینکه صاحبان تخصص و افراد ذی صلاح از ترس خوانده واقع شدن از قبول سمت داوران امتناع ورزیده‌اند. بر عکس، به نظر می‌رسد قاعدة مسؤولیت مدنی پذیرفته شده در نظام حقوق نوشته توانسته باشد به مثابه فیلتر مؤثری از ورود اشخاص فاقد اهلیت و شرایط لازم به حوزه داوری جلوگیری کند.

با توجه به این شرایط، آیا می‌توان گفت که الگوی امریکائی نظارت بر مسؤولیت داور همچون باری بر دوش جریان روان و سالم داوری تحمیل شده است؟ برای پاسخ به این سوال ناگزیریم دیدگاه محاکم و قانونگذار را در کشورهای تابع کامن‌لا و حقوق نوشته در ابعاد اقتصادی و اجتماعی ملاحظه کنیم. وقتی که در کشوری چون ایالات متحده که با

وجود حمایت از داوران با تثیت دکترین مصنونیت گستردهٔ شبه قضائی، شاهد حجم زیاد دعاوی مطرحه علیه داوران هستیم، دیگر چگونه می‌توان ادعای کرد در کشورهایی که اجازهٔ تعقیب داور را به دلایل و جهات مختلف در قوانین خود صریحاً پیش‌بینی کرده‌اند، طرح دعاوی مسئولیت مدنی علیه داوران موضوعیت ندارد؟

بالاتر بودن آمار ارجاع اختلافات به داوری داخلی در ایالات متحده در مقایسه با کشورهای دیگر به عنوان جانشین طریقهٔ سنتی اقامه دعوا در محکم، می‌تواند خود دلیلی باشد براینکه چرا شمار دعاوی مسئولیت مدنی مطرحه علیه داوران در سیستم حقوقی امریکا بیشتر از آمار مشابه در کشورهای اروپائی است. دلیل دیگر این است که وجود قواعد و مقررات ناظر بر مسئولیت در کشورهای پیرو حقوق نوشته، داوران را از تخلفات و تخطی از حدود اختیارات و وظایف بازمی‌دارد. مع الوصف، شاید عمده‌ترین دلیل در بالا بودن آمار دعاوی مسئولیت مدنی علیه داور در امریکا در این واقعیت نهفته باشد که جامعهٔ امریکائی علی الظاهر از بسیاری از جوامع دیگر اختلاف خیزتر و مرافعه جوتر است، ضمن اینکه در دسترس بودن محکمات با حضور هیئت منصفه، امکان پرداخت حق‌الوکاله‌ها مشروط به وصول محاکوم‌به و احتمال صدور آراء شدیدتر در مراحل بعدی، یقیناً انگیزهٔ بیشتری را برای طرح ادعا در طرفین دعوا و وکلای امریکائی ایجاد خواهد کرد.

باید گفت دیدگاه کشورهای تابع سیستم‌های کامن لا و حقوق نوشته در مسئلهٔ مسئولیت مدنی داور مدام که داوران در مقام ایفاده وظایف شبه قضائی هستند، بایکدیگر اختلافی ندارند و در تمام آنها گرایش منطقی براین است که همان ضابطه و ملاک قابل اعمال به قصاصات به داوران نیز، البته در صورتی که اقدامات صادره از آنها برای حل و فصل قضائی اختلاف بوده باشد، تسری یابد. لذا طرح این ادعای که داور در حین صدور رأی دچار اشتباه شده است، مدام که این اشتباه از بی‌اعتئاضی آشکار او به قانون ناشی نشده باشد، پوشش مصنونیت را از داور سلب نمی‌کند. ناگفته نماند که در

ایالات متحده این گرایش شدیدتر است بطوریکه مصونیت از تعقیب را به اقدامات غیرقضائی داور نیز تمیم داده است.

با عنایت به مباحث فوق، حال که به نظر می‌رسد دادگاه‌های امریکائی ضرورت مقید ساختن مصونیت قضائی را درک کرده و بحق بر اصل جبران خسارات واردہ به زیان دیدگان از تخلفات قضات تأکید ورزیده‌اند، جا دارد که مرزهای مصونیت داور نیز حداقل به همان میزان محدود گردد و داوران امریکائی نیز مثل همتاها ای اروپائی شان مسئول جبران زیان‌های ناشی از تخلفات عمدی و یا اشتباها فاحش خود، که قهراً به تضییع حقوق یکی از طرفین و یا ابطال بعدی رأی داوری منجر می‌گردد، شناخته شوند. با پذیرش چنین الگو و ساختاری است که مسئولیت قانونی و حفظ استقلال و بیطرفي داور هر دو در یک حد مطلوب و منطقی با یکدیگر تلفیق و آمیخته می‌شوند. این قالب از یک سو کیفیت مطلوب داوری را تضمین نموده و از سوی دیگر مانع ورود افراد شایسته به کسوت داوران نخواهد شد زیرا، طبق این الگو، طرح دعوای مسئولیت مدنی علیه داور مشروط به تحقق دو شرط (ابطال رأی و ارتکاب تقصیر فاحش از جانب داور) گردیده و به این ترتیب از واکنشهای ایدائی علیه داور به نحو مؤثری جلوگیری شده است. با عنایت به دلایل و جهات فوق است که به دیوان عالی ایالات متحده پیشنهاد می‌گردد که عند‌اللزوم در مقام رأی در این مورد، از این الگو پیروی نماید.



پیشنهاد برای ثبت یک ملاک واحد برای مسئولیت مدنی داوران در زمینه داوری تجاری بین‌المللی

در مقاله حاضر ملاحظه شد که نظامهای حقوقی مختلف، ملاک‌ها و ضوابط متفاوتی را در برخورد با خلافکاریهای داور اتخاذ کرده‌اند. تشتبه و

تنوع قواعد داخلی در این باب، مادام که رسیدگی داوری به یک مجموعه کاملاً داخلی محدود می‌گردد، مشکل آفرین نخواهد بود؛ ولی به محض آنکه داوری از مرزهای داخلی فراتر می‌رود و با جنبه بین‌المللی آمیخته می‌گردد، مشکلاتی از نوع آنچه در بخش قبلی ذکر شد محتمل الوقوع خواهد بود. افزون براین، کوشش طرفین داوری برای اعمال نفوذ ناروا بر روند صحیح داوری از طریق تهدید داور به طرح دعوای مسئولیت مدنی علیه او براساس قانون کشور مقرر داوری، مشکل دیگری است که داوران به طور فراینده‌ای در معرض آن قرار گرفته‌اند و مقابله و دفع این گونه فشارهای نابجا جز با تشییت و برقراری الگوئی واحد و فراگیر در خصوص مسئولیت مدنی داورانِ فقال در عرصه داوریهای تجاری بین‌المللی، امکان پذیر نیست؛ الگوئی که تابع مقربرگزاری داوری، مقررات مختلف نهادهای متکفل داوری و قوانین کشور متبوع داور نباشد.

تا به امروز کنوانسیون‌های عمده مرتبط با داوری، مقررات سازمانهای بین‌المللی داوری، قوانین نوین داخلی ناظر بر ابعاد و جنبه‌های مختلف داوری تجاری بین‌المللی و یا دستورالعملهای رفتاری داوران بین‌المللی از شکل بخشیدن به چنین الگو و قالبی عاجز بوده و علی‌رغم اصلاحاتی که اخیراً پاره‌ای از سازمانهای درگیر چون کانون داوری امریکا و یا دیوان داوری بین‌المللی لندن برای رفع مشکل مسئولیت مدنی داوران در مقررات آئین دادرسی خود نموده‌اند، نتایج مطلوبی در مورد حدود و شرایط مسئولیت مدنی داور به دست نیامده است.

در مقدمه «دستورالعملهای رفتاری داوران بین‌المللی» مصوب ۱۹۸۷، کانون وکلای بین‌المللی برای ایجاد استاندارد یکپارچه‌ای برای مسئولیت مدنی داوران بین‌المللی، پیشنهادی را به این شرح تنظیم کرده است:

«جز در موارد سنگین‌بی توجهی عمدى و یا غيرمحاطانه نسبت به تکاليف قانوني، داوران اساساً باید از هرگونه دعوايی به استناد قوانين داخلی مصون و مبارز از مسئولیت تلقی شوند.»

هر چند فرمول مزبور یقیناً مبین گامی درجهت صواب است، در عین حال، متن آن باید با در نظر گرفتن مباحث مطروحه در این مقاله اصلاح و تبیین گردد و استاندارد روشن و منطقی ناظر بر مسؤولیت مدنی داوران بین المللی به شرح زیر تنظیم شود:

«به استثنای موارد تخلفات عمدى و یا تقصیرات فاحش داوران در ایفای وظایف قراردادی، داوران بین المللی باید از هرگونه دعواي مسؤولیت مدنی مصون و برئ الدّمه قلمداد شوند. تخلفات مسؤولیت آور نیز باید به گونه ای باشند که به ختم زودرس جریان داوری و یا ابطال رأی داور منتهی شده باشند. اشتباه داور در صدور رأی به هیچ وجه برای او مسؤولیتی ایجاد نخواهد کرد مگر اینکه اشتباه مزبور متضمن بی اعتنائی فاحش داور به قوانین حاکم بوده باشد.»



ژان پی برپلاندار

Jean-Pierre Plantard

ترجمه: دکتر ایرج صدیقی



حقوق جدید متحدد الشكل بيع بين المللی:
کنوانسیون سازمان ملل متحدد

موافق ۱۱ آوریل ۱۹۸۰





۱

* مقدمه*

کنوانسیون سازمان ملل متعدد راجع به قراردادهای بین المللی کالا** از تاریخ اول ژانویه ۱۹۸۸ لازم الاجراء شده است. لازم الاجراء شدن کنوانسیون موصوف واقعه‌ای بسیار مهم در حقوق تجارت بین الملل محسوب می‌شود.

- * این مقاله که توسط زان بی بر پلانتا، مستشار دیوان عالی کشور فرانسه و عضو شورای مدیریت انسیتو بین المللی برای متعددالشكل کردن حقوق خصوصی (Unidroit) نوشته شده در شماره ۲ سال ۱۹۸۸ «Journal du droit international» به چاپ رسیده است.
- ** متن کنوانسیون قبلًا در «مجله حقوقی»، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۹ سال ۶۷ صفحات ۲۲۳ به بعد چاپ و منتشر گردیده است.

بی شک، بیع بین المللی نظیر حقوق حمل و نقل، به دلیل نیازهای عملی آشکار، همواره مضمونی بسیار جالب برای متخصصان حقوق بین الملل بوده و کنوانسیونهای متعدد دیگر نیز در همین زمینه منعقد شده است که چهار کنوانسیون^۱، بدون احتساب موافقنامه‌های منطقه‌ای، قبلًا بین بعضی از کشورها لازم الاجراء شده‌اند.

لیست اولین کشورهای عضو کنوانسیون بیع بین المللی کالا (CVIM)^۲، قبل از هر چیز ثابت می‌کند که هدف نهائی کنوانسیون مذکور که همانا متحددالشكل کردن قواعد بیع بین المللی بدون توجه به نظامهای حقوقی، اختلافات سیاسی و اقتصادی، موقعیت جغرافیائی و میزان توسعه یافته‌گی بوده از هم اکنون تحقق یافته است.

ایالات متحده امریکا، چین، فرانسه، مکزیک، استرالیا، ایتالیا، سوئد، مصر، اتریش و زامبیا در کنار یکدیگر قرار گرفته‌اند و جای امیدواری بسیار است که در مدت کوتاهی، کشورهای متعدد دیگری نیز به کنوانسیون مذکور ملحق شوند.

همه چیز این فکر را تقویت می‌کند که این نهضت موافق که تاکنون مورد تأیید همگان بوده است در آینده گسترش بیشتری یابد و

۱. کنوانسیون راجع به قانون قابل اجرا درباره بیع بین المللی اموال منقول که در تاریخ ۱۵ زوئن ۱۹۵۵ در لاهه به امضاء رسیده است (کنوانسیون جدیدی به منظور جانشینی کنوانسیون قبلی در سال ۱۹۸۵ در لاهه پذیرفته شد، اما هنوز لازم الاجراء نشده است).

- کنوانسیون مربوط به قانون متحددالشكل ناظر بر انعقاد قراردادهای بیع بین المللی اموال منقول که در آوریل ۱۹۶۴ در لاهه به امضاء رسیده است.

- کنوانسیون مربوط به قانون متحددالشكل ناظر بر انعقاد قراردادهای اموال منقول که در آوریل ۱۹۶۴ در لاهه امضاء شده است.

- کنوانسیون راجع به مرور زمان در مورد بیع بین المللی کالا که در ۱۴ زوئن ۱۹۷۴ در نیویورک به امضاء رسیده است.

۲. کشورهای عضو کنوانسیون در ۱۵ مارس ۱۹۸۸: آرژانتین، استرالیا، اتریش، چین، ایالات متحده امریکا، مصر، فرانسه، فنلاند، مجارستان، ایتالیا، لسوتو، مکزیک، سوئد، سوریه، یوگسلاوی، و زامبیا.

دهه‌های پیش رو ناظر توسعهٔ یک حقوق قراردادی در سطح جهانی در رابطه با محتوای کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و مسائل جنبی آن باشد؛ حقوقی که نفوذ آن علاوه بر اهداف اولیه که همانا تسهیل مبادلات بین‌المللی است، بتواند به طور محسوسی عادات حقوقدانان را نیز تغییر دهد.

تکوین کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نمایشگر گندی فوق العادهٔ سیر متعددالشکل کردن قواعد حقوقی و گواه پافشاری چندین نسل از حقوقدانان، در مجتمع مختلف، با این هدف پسندیده بوده است که ترتیبی داده شود تا بیع بین‌المللی تابع قواعد مشترکی گردد؛ قواعدی که از قبل مشخص شده، به آسانی قابل حصول بوده و تا سرحد امکان منطبق با نیازهای تجارت بین‌المللی باشد.

در سال ۱۹۲۹، در روم اولین سنگ بنائی گذاشته شد که بایستی پنجاه سال بعد در وین تکمیل گردد.

انستیتو بین‌المللی برای متعددالشکل کردن حقوق خصوصی، که بیشتر به نام «Unidroit» معروفیت یافته است، بوسیله حکومت ایتالیا و زیر نظرات و حمایت جامعهٔ ملل بوجود آمد.

طبعتاً این حقوق ناظر بر بیع بود که به عنوان موضوع اولیه تلاش برای وضع قواعد متعددالشکل، بنا به پیشنهاد حقوقدان نامی آلمان ارنست روبل^{*} انتخاب گردید.

بزودی اولین کمیسیون مشغول به کار شد و در آن بزرگترین حقوقدانان آن عصر از جمله آ. برژه، ه. کاپیتان، ه. س. گوتربیچ، وز. هامل^{**} شرکت داشتند. اولین طرح کنوانسیون در اوایل سال ۱۹۳۴ تهیه و به جامعهٔ ملل تقدیم گردید. جنگ باعث قطع فعالیتها درخصوص مورد شد، اما از اوایل سال ۱۹۵۱ دولت هلند اولین کنفرانس

* Ernst Robel

** A. Bragge, H. Capitant, H.C. Gutteridge, J. Hamel

دیپلماتیک را در لاهه به منظور تسلیم طرح مذکور به نمایندگان دولتها سازمان داد. کنفرانس مزبور منتهی به تشکیل کمیسیون مخصوصی شد که پس از متجاوز از ده سال مطالعه و بررسی، دو طرح کنوانسیون را در سال ۱۹۶۴ به کنفرانس دیپلماتیک جدیدی که به دعوت دولت هلند تشکیل گردید، تسلیم نمود. بدین ترتیب، در اول ژوئیه ۱۹۶۴ در لاهه کنوانسیونهای زیر پذیرفته شد:

- کنوانسیون مربوط به قانون متحده‌الشکل ناظر بر بیع المللی اموال منقول (LUVI)؛

- کنوانسیون مربوط به قانون متحده‌الشکل ناظر بر انعقاد قراردادهای بیع بین المللی اموال منقول (LUF).

هر دو کنوانسیون فوق الذکر در تاریخ ۱۸ اوت ۱۹۷۲ لازم الاجراء شدند.

از نه کشوری که آنها را تصویب کردند^۳، هفت کشور از اروپای غربی هستند.

تصویب کنوانسیونها از سوی کشور فرانسه، به این دلیل که تصویب آنها موجب بوجود آمدن قانون متحده‌الشکل اروپائی خواهد گردید که ناظر بر روابط بین کشورهای بازار مشترک خواهد شد، دور از انتظار نبود.

هر چند که طرح قانون تصویب کنوانسیون به پارلمان فرانسه تقدیم گردید اما به دلیل مخالفت حقوقدان مشهوری که در آن زمان ریاست کمیسیون قوانین مجلس فرانسه را به عهده داشت^۴، هرگز در دستور کار پارلمان قرار نگرفت. حقوقدان موصوف، علاوه بر سایر ایرادها، معتقد بود که کنوانسیونهارنگ حقوق انگلوساکسون را دارند.

۳. بلژیک، گامبیا، اسرائیل، لوکزامبورگ، هلند، جمهوری فدرال آلمان، انگلستان، سن مارن و همچنین ایتالیا که بعداً از عضویت دو کنوانسیون کناره گرفت تا بتواند به عضویت کنوانسیون بیع بین المللی کالا درآید.

4. Jean Foyer

بنابراین، برخلاف آنچه که انتظار می‌رفت، «LUVI» و «LUVI» نتوانستند به صورت قانون بیع کشورهای عضو بازار مشترک درآیند، به ویژه که در مورد انگلستان، وسعت شمول کنوانسیونهای مذکور، با قید این شرط که اجرای آنها محدود به موردی خواهد بود که طرفین صریحاً ناظر بر قرارداد فیما بین بدانند، عملاً به صفر رسید.

با وجود این موانع، دو کنوانسیون متجاوز از پانزده سال است که اجرا می‌شوند و تا به حال مورد استناد تعداد زیادی از آراء محکم مخصوصاً در جمهوری فدرال آلمان، ایتالیا و هلند قرار گرفته‌اند^۵ و بدین ترتیب قدمهای اولیه برای ایجاد یک رویه قضائی جهان‌شمول که در مقیاس وسیعی در رابطه با کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا خواهد بود، برداشته شده است.

بی‌شک، دو کنوانسیون ۱۹۶۴ در سالهای گذشته موفق به جلب والحاق اعضای جدیدی شدند و در اروپا کشورهای متعددی آماده الحاق به آنها بودند، اما تأسیس کمیسیون سازمان ملل متحده برای حقوق تجارت بین‌الملل (CNUDCI)^۶، برخلاف تصور عموم، مانع این پیشرفت شد تا به نحو مؤثرتری نسبت به متحده‌اشکل کردن حقوق بیع، در چارچوبی جدید، اقدام نماید.

از همان اولین جلسه متشکله در سال ۱۹۶۸، «CNUDCI» اقدام به استعلام نظرات اعضا درباره کنوانسیونهای ۱۹۶۴ نمود و از اوایل سال بعد، یک گروه کار تشکیل شد تا در این باره به تحقیق بپردازد که انجام چه تغییرات و تعدیلاتی در متنهای موجود می‌تواند موجب الحاق کشورهای بیشتر با سیستمهای حقوقی، اجتماعی و اقتصادی مختلف شود، و یا اینکه با استناد به متن جدیدی به همین منظور تهیه و تدوین گردد. بدین ترتیب، فکر تجدید نظر یا تغییر اساسی در کنوانسیونهای

۵. تعداد زیادی از این آراء به طور مرتب در «Revue de droit uniform» از انتشارات «Unidroit» به چاپ رسیده است.
۶. در زبان انگلیسی «UNCITRAL».

لاهه که مدت زیادی از عمر آنها نمی‌گذشت، پذیرفته شد.
بعضیها از این فکر به دلیل خصلت عجولانه آن انتقاد کردند و
عقیده داشتند متونی که قبل از مجالس قانونگذاری بسیاری از کشورها
برای تصویب تقدیم شده‌اند بایستی در عمل مورد تجریبه قرار گیرند.
دینامیسم «CNUDCI» که تازه تأسیس شده و دارای برنامه کار
جاه طلبانه‌ای بود، به اعتراضات عنوان شده کوچکترین ترتیب اثری
نداشت.

«CNUDCI» که با توجه به اساسنامه مربوط، مستقیماً از مجمع
عمومی سازمان ملل متحده منبعث شده و از حیثیت زیادی برخوردار بود،
از حقوقدانان سی‌وشش کشور عضو که یک سوم آنها هر سه سال یک بار
با رعایت توازن سیاسی، جغرافیائی و اقتصادی انتخاب می‌شدند
تشکیل گردیده و در آن به روی ناظران کشورهای غیرعضو و سازمانهای
بین‌المللی باز بود. علاوه بر آن، از این امتیاز اساسی نیز برخوردار بود
که به طور دائم، نمایندگان صلاحیت‌دار تمام قاره‌ها و همه سیستمهای
حقوقی و اقتصادی در کارها مشارکت و همیاری داشتند. شرکت
کشورهای در حال توسعه تأمین و رعایت منافع مخصوص آنها تضمین
شده بود.

حضور فعال کشورهای اروپای شرقی اجازه می‌داد که به
صورتی متوازن به خصوصیات جریانات تجاری شرق و غرب بذل توجه
گردد و دست اندکاران عمده تجارت بین‌المللی نظیر ایالات متحده
امریکا، ژاپن، چین یا کانادا نیز این امکان را یافتند که در تجدیدنظر
منتهی که به دلیل محدودیت الزامی ناشی از محدودبودن گروه متشکله
توسط «Unidroit» در تدوین آن از ابتدا شرکت نکرده بودند، همکاری
نمایند.

به طور قطع، قسمت اصلی کارهای «CNUDCI» در چارچوب
نسبتاً محدود یک گروه کار متشکله از پانزده کشور در نه جلسه، بدون
به حساب آوردن جلسات کمیته تدوین، به انجام رسید.

سیستم تجدید انتخاب اعضا و حضور ناظرانی که می‌توانستند در مباحثات شرکت جویند و نیز گزارشهای که به طور مرتب بوسیله گروه کار به کمیسیون تقدیم می‌گردید، موجب شد که تعداد قابل توجهی از کشورها بتوانند در تنظیم متون جدید مشارکت و همکاری داشته باشند.

یک چنین همکاری جمعی زیربنایی و معاوضتهاي سازمان ملل متحده و وجود یک دبیرخانهٔ فعال مشکل از برجسته‌ترین حقوقدانان، موجب شد که دو کنوانسیون لاهه، ماده به ماده مورد بررسی دقیق قرار گیرند و در جلساتی که به مدت چهار هفته با شرکت تمامی اعضا در سال ۱۹۷۷ تشکیل گردید، «CNUDCI» طرح کنوانسیون جدید را که شامل قواعد راجع به انعقاد قرارداد و بیع به معنای اخص کلمه بود، پذیرد.

کنفرانس دیپلماتیک که در ماههای مارس و آوریل ۱۹۸۰ در وین بوسیله سازمان ملل متحده و با شرکت نمایندگان شصت و دو کشور تشکیل گردید، متن تهیه شده را تصویب نمود. حال آنکه کنفرانس لاهه در سال ۱۹۶۴ با شرکت نمایندگان بیست و هشت کشور تشکیل شده بود. این مقایسه ساده خود گویایی برتری کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا بر «CVIM»، «LUF» و «LUVI» است.

واضح است کشورهایی که در تنظیم و پذیرش متن تهیه شده شرکت جستند انگیزه بیشتری برای تصویب آن داشتند تا کشورهایی که در این زمینه ایفاگر نقشی نبوده‌اند.

همچنانی، بی‌شك با کوشش‌هایی که ظرف سال‌گذشته بعمل آمده [باید معتقد بود] پیشرفت‌های محسوسی نسبت به متون [کنوانسیون] لاهه حاصل شده است، متونی که به دلیل جنبه بیشتر نظری خود و عدم حساسیت کافی نسبت به نیازهای عملی، مورد استفاده بعضیها بوده است.

بحث در مورد برتری مقایسه‌ای کنوانسیون جدید نسبت به

کنوانسیونهای قدیم، فایده‌ای را که می‌توانست قبل از لازم الاجراء شدن کتوانسیون بیع بین‌المللی کالا داشته باشد، در حال حاضر از دست داده است.

امتیاز قابل ملاحظه‌ای که کنوانسیون جدید دارد قبل از هر چیز مربوط به تعداد و وجاهت کشورهایی است که عضویت آن را پذیرفته‌اند. به عبارت دیگر، این امتیاز در وسعت متعددالشکل شدن قواعد از طریق کنوانسیون مذکور است.

فایده عملی حقوق متعددالشکل، بهمان اندازه که دایره شمول بین‌المللی آن توسعه می‌یابد، اهمیت زیادی پیدا می‌کند.

باوجود این، ارزش واقعی متن تهیه شده نیز درخور توجه است و حقوقدانان در ابداعات جدیدی که در متن مذکور ملحوظ گردیده، و نیز در نقایص موجود در آن، موضوعات زیادی برای مطالعه و تحقیق علمی خواهد یافت.

متن کنوانسیون به این منظور تهیه و تنظیم گردیده که باگرایشی اساساً کاربردی، با بهره‌گیری از راه حل‌های پذیرفته شده در نظامهای مختلف حقوقی بتواند به نیازهای عملی موجود پاسخ دهد و علاوه بر ایجاد یک نظام حقوقی مستقل، خود قلمرو اجرا و قواعد مربوط به تفسیر را به صورت متعددالشکل و برای تمام کشورها تعیین کند؛ متنی که به شش زبان انگلیسی، عربی، چینی، اسپانیایی، فرانسه و روسی نگارش یافته و به موجب ماده ۱۰۱ همگی دارای اعتبار واحدی هستند.



مقررات کلی و قلمرو اجرا

الف. ملاحظات کلی

با قبول مقررات کنوانسیون بیع بین المللی کالا، کشورهای متعاهد در نظام حقوقی خود یک سلسله قوانین خاص را که ناظر بر بیع بین المللی کالا است، وارد کرده‌اند.

هر کشور با چنین اقدامی، در داخل سیستم حقوقی خود بین دو نوع حقوق بیع، همزیستی بوجود آورده است:

- حقوقی که ناظر بر بیع «داخلی» است.

- حقوقی که ناظر بر بیع «بین المللی» است و بیع موصوف در خود کنوانسیون تعریف شده است.

هر دو نوع حقوق فوق الذکر دارای ضمانت اجرای مشابه است و طرفین و قاضی باید به مفاد آنها احترام بگذارند و با توجه به قلمرو اجرائی مربوط، آنها را اجرا نمایند.

این دوگانگی قبلاً نیز در حقوق کشورهای عضو کنوانسیونهای ۱۹۶۴ لاهه و کشورهایی نظیر چکسلواکی، جمهوری دمکراتیک آلمان یا چین که دارای قوانین مخصوص برای تجارت خارجی هستند، وجود داشته است.

دوگانگی فوق الذکر برای بیشتر رشته‌های حقوقی یک نوآوری محسوب می‌شود. با وجود این، باید توجه داشت که چنین تقسیمی، منتهای خفیفتر، در بعضی رشته‌ها از جمله حقوق حمل و نقل هوایی (کنوانسیون ورشو) وجود داشته است.

کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا نه فقط خود قلمرو اجرا را تعریف می‌کند بلکه در مورد تفسیر، قواعد خاص خود را دارا است و اصطلاحات حقوقی مخصوص به خود دارد.

نویسنده‌گان متن، درواقع، سعی داشتند تا حدّ امکان در هر یک از زبانهای بکار گرفته شده و در سیستمهای مختلف حقوقی، از استعمال اصطلاحات حقوقی پیچیده که دارای محتوای منجز اماً متفاوت هستند، دوری نمایند.

این بلندپروازی راجع به تدوین مجموعه قواعد حقوقی (corpus juris) مستقل و متجانس درخصوص بیع بین‌المللی و ایجاد یک حقوق متّحد الشکل در این مورد، جدای از تمامی سیستمهای ملّی، با اولین مشکل مواجه می‌شود: و آن تعیین مشترکات زمینه‌هایی است که برای ایجاد حقوق متّحد الشکل، باید آنها را از نظامهای حقوقی استخراج کرد. تمایل زیادی وجود دارد که از طریق قواعد تعارض قوانین، حقوق متّحد الشکل به یک قانون خارجی تشبيه شود تا بتوان مطابق حقوق مقرّ دادگاه (lege fori) -یعنی اصول حاکم بر حقوق بیع داخلی- ملاکهای لازم جهت تعیین قلمرو حقوق متّحد الشکل را بدست داد. باایستی توجه داشت که حقوق متّحد الشکل جزو کامل حقوق ملّی کشوری می‌شود که آن را تصویب کرده است. در اینجا مسئله حلّ تعارض مطرح نیست بلکه فقط باایستی با برطرف ساختن ابهامات احتمالی در داخل حقوق مذکور، حدود قلمرو را مشخص نمود، بدون اینکه از توجه به مفاد قاعدهٔ مربوط به تفسیر که در بند ۱ ماده ۷ کنوانسیون آمده است، چشم‌پوشی شود.

بنابراین، با توجه به خصوصیت بین‌المللی بودن حقوق متّحد الشکل و لزوم اجرای آن به طور یکسان در کشورهای عضو، و نیز به منظور رعایت احترام حسن نیت در تجارت بین‌المللی، مناسب به نظر می‌رسد تا مقرر راتی که قلمرو اجرائی کنوانسیون را تعریف می‌کنند، تفسیر شوند.

قبل از تجزیه و تحلیل مقررات فوق الذکر، بی مناسبت نیست خصوصیت اساسی اصلی که در ماده ۶ کنوانسیون آمده است، خاطرنشان شود:

مقررات کنوانسیون تنها واجد جنبه تفسیری است، زیرا طرفین معاهده آزادی کامل دارند که از اجرای تمام یا قسمتی از حقوق متحدد الشکل خودداری نمایند.

در صورت عدم وجود نشانه‌ای دیگر، در این فرضیه موضوع اجرای قانونی که بر حسب قاعده حل تعارض قوانین معین می‌شود، مطرح خواهد بود.

امکان عدول از مقررات کنوانسیون به موجب مقررات ماده ۹ راجع به ارزش عرف و عادت و رویه معمول به طرفین، مورد تأکید مجدد قرار گرفته است.

در واقع، از مفاد ماده ۹ این نتیجه حاصل می‌شود که طرفین به رویه معمول به فیما بین، و حتی به عادات ساده‌ای که بین خودشان بوجود آمده است، ملتزم‌اند.

بند ۲ همان ماده تصریح می‌کند فرض بر این است که طرفین عرف و عادتی را که نسبت به آن وقوف داشته‌اند و آن عرف و عادت در تجارت بین الملل شناخته و رعایت شده است، حاکم بر روابط تجاری متقابل ساخته‌اند.

از جمله اجرای عرف و عادت و رویه معمول به که از اراده مشترک صریح یا ضمنی طرفین ناشی می‌شود مندرج در ماده فوق الذکر، این نتیجه حاصل می‌شود که عرف و عادت مذکور بر قواعد مطروحة در کنوانسیون برتری و ارجحیت دارد. به این ترتیب، عرف و عادت در تجارت بین الملل بر قواعدی که در متن یک کنوانسیون بین المللی مندرج است، پیشی می‌گیرد.

عجب اینکه در سلسله مراتب قوانین، درحالی که کنوانسیون خود بر قانون ملی برتری دارد، قادر نیست کوچکترین تغییری در قانون

مزبور، حدّاًقل در سیستمهای حقوقی که برتری معاهدات را بر قانون پذیرفته‌اند، بدهد.

در حقیقت، قاعدهٔ فوق باتوجه به قسمت «الف» مادهٔ ۴، که اعتبار قرارداد و هر یک از شرایط آن و نیز اعتبار هرگونه عرف مربوط را از قلمرو اجرائی کتوانسیون خارج ساخته، تعديل شده است. بنابراین، از این لحاظ، نقش قواعد آمره و نظم عمومی در مواردی که توسط قواعد عادی حقوق بین‌الملل خصوصی مشخص گردیده، رعایت شده است.

ب. قلمرو اجرای حقوق متعددالشكل

فصل اوّل که به قلمرو اجرای کتوانسیون اختصاص یافته است، قلمرو اجرا را در مادهٔ ۱ تعریف می‌نماید و بعداً یک سری استثنایات را به آن وارد می‌کند.

کتوانسیون ضمن تصریح به این مطلب که ناظر بر قراردادهای بیع کالا است، اماً تعریفی از بیع و کالا بدبست نمی‌دهد، مع الوصف این دو مفهوم (بیع و کالا) به کمک قواعدی که بعداً مورد بحث قرار خواهد گرفت تا حدودی مشخص شده‌اند و احتمال کمی وجود دارد که در عمل مشکلاتی از نظر توصیف ایجاد نمایند.

بیع از نظر کتوانسیون زمانی بین‌المللی محسوب می‌شود که بین طرفین متعاهدی که محل تجارت آنها در کشورهای مختلف واقع است، منعقد شده باشد؛ دیگر تفاوتی نمی‌کند که کالا از کشوری به کشور دیگر حمل شده یا نشده باشد.

به این ترتیب، بیع میان یک الماس فروش که محل تجارتش در «آنور^{*}» است و یک الماس فروش در نیویورک، بین‌المللی محسوب خواهد شد، حتی اگر قطعات الماس موضوع بیع در یک بانک سوئیس به صورت

* Anvers

امانی نگهداری شوند.

همچنین، چنانکه در بند ۲ مادهٔ ۱ خاطرنشان شده است، ضرورت دارد که طرفین استنباط کرده باشند که محل تجارت هر یک از آنها در کشورهای مختلف واقع است؛ عاملی که می‌تواند، بهویژه در قراردادی که از طریق واسطه منعقد می‌شود، ملحوظ نظر قرار نگیرد. بدین ترتیب، نگرانی تنظیم کنندگان متن کنوانسیون که در دیگر مقررات مندرج در آن نیز معکس گردیده این است که از اجرای کنوانسیون در مواردی که پیش‌بینی نشده است، خودداری شود.

با وجود این، نتیجه ممکن است عجیب جلوه‌گر شود. زیرا در این حالت، علی‌رغم همهٔ اینها، در مورد یک بایع و یک مشتری مستقر در کشورهای مختلف لازم است که به قواعد کلاسیک مربوط به تعارض قوانین – و در صورت اقتضا به کنوانسیون ۱۹۵۵ لاهه – برای تعیین قانون قابل اجرا که ممکن است حقوق متعددالشكل کنوانسیون باشد، متولّ شد، حتی اگر کنوانسیون به عنوان حقوق ناظر بر بیع بین‌المللی در سیستم حقوق ملی مربوط وارد شده باشد.

با این همه، در بسیاری موارد، طرفین در زمان انعقاد قرارداد، با توجه به ضابطهٔ پذیرفته شده بر مبنای محل تجارت بایع و مشتری، به خصوصیت بین‌المللی بودن بیع آگاهی دارند.

۱. مکانیسم اجرا

به موجب قسمتهای «الف» و «ب» بند ۱ مادهٔ ۱ کنوانسیون، برای اینکه حقوق متعددالشكل ناظر بر یک قرارداد بیع باشد، لازم است که حقوق مزبور به حقوق یک کشور که با قبول عضویت کنوانسیون، قانون متعددالشكل را پذیرفته است، وابسته باشد.

قاعدهٔ مندرج در قسمت «الف» ساده است: کنوانسیون وقتی ناظر بر قرارداد بیع است که محل تجارت بایع و مشتری هر کدام در یک کشور متعاهد واقع شده باشد.

قاعدهٔ مندرج در قسمت «ب» یک قلمرو اجرائی اضافی پیش‌بینی کرده است که وجوه مختلف آن سبب چنان مباحثات شدیدی شد که، در نهایت، بسیاری از کشورها از الحق به آن خودداری ورزیدند.

به همین دلیل، امکان قائل شدن شرط در مورد قسمت «ب» در مادهٔ ۹۵ کتوانسیون پیش‌بینی شده است.

کشورهای^۶ که منافعشان ایجاب کند می‌توانند (به‌موجب مادهٔ ۹۵) اعلام نمایند که خود را ملزم به رعایت قسمت «ب» بند ۱ مادهٔ ۱ نمی‌دانند و تنها به رعایت قاعدةٔ مطروحه در قسمت «الف» آن اکتفا می‌کنند.

به‌موجب بند «ب»، کتوانسیون وقتی قابل اجرا است که «قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی منتهی به اعمال قانون یکی از کشورهای متعاهد گردد»:

حالاتی که مقررات بند ۱ مادهٔ ۱ می‌توانند موجب شوند متعدد و نسبتاً پیچیده‌اند. شایسته است حالات مذکور، با توجه به موارد و فروض مختلفی که ممکن است در عمل به صورت عینی پیش آید، مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرند.

● اول. حالتی که طرفین، قانون قابل اجرا را تعیین نکرده‌اند:

یک- محل تجارت بایع و مشتری هر یک در کشورهای متعاهد است.
در این مورد با اجرای قسمت «الف» بند ۱ مادهٔ ۱ همواره قواعد کتوانسیون ناظر بر قرارداد است.

- اگر دادگاه مرجع^۷ الیه، دادگاه یکی از کشورهای متعاهد باشد، مستقیماً حکم به اجرای کتوانسیون خواهد داد.

۶. در ۱۵ مارس ۱۹۸۸: ایالات متحدهٔ امریکا و چین.

- اگر دادگاه مرجع[ُ]الیه، دادگاه یکی از کشورهای متعاهد نبوده و ثالث نسبت به قرارداد باشد (مثال: رجوع به دادگاه سوئیس در مورد اختلاف بین بایعی که محل تجارتش در ایتالیا قرار دارد و مشتری که محل تجارتش در فرانسه است)، دادگاه در صورتی مقررات کنوانسیون را به عنوان یک قانون خارجی اجرا خواهد کرد که قواعد مربوط به تعارض قوانین سوئیس قابلیت اجرای قانون یکی از کشورهای متعاهد را پذیرفته باشد (در مثال ما، قانون ایتالیا یا فرانسه).

دو- محل تجارت بایع و مشتری هر یک در کشورهای متعاهد نیست.
قابلیت اجرای کنوانسیون در این مورد با توجه به مکانیسم قسمت «ب» بند ۱ ماده ۱ تعیین می شود: بایستی مشخص شود آیا «قواعد حقوق بین الملل خصوصی، منتهی به اعمال قانون یکی از کشورهای متعاهد می گردد».

در این صورت، به موجب حقوق کشور متبع دادگاه است که قاعده حقوق بین الملل خصوصی مشخص می شود.
بنابراین، با توجه به حقوق کشور متبع دادگاه، می توان یکی از راه حلهای زیر را درنظر گرفت:

- حالت اول: دادگاه مرجع[ُ]الیه به یک کشور متعاهد تعلق دارد که شرط موضوع ماده ۹۵ را قائل نشده است. در این حالت، قاضی قسمت «ب» بند ۱ ماده ۱ را اجرا خواهد کرد:

- قاضی هر بار که قواعد مربوط به تعارض کشور متبع شن
قانون یک کشور متعاهد را قابل اجرا بداند، مستقیماً کنوانسیون را اجرا خواهد کرد (بیشتر اوقات قانون کشور متبع قاضی، ولی استثنائاً قانون یک کشور ثالث)؛

- در صورتی که قواعد مربوط به تعارض کشور متبع قاضی قانون یک کشور غیرمتعاهد را قابل اجرا بداند، قاضی دیگر ملزم به رعایت مقررات کنوانسیون نخواهد بود.

- حالت دوم: دادگاه مرجع^۱ الیه به یک کشور متعاهد تعلق دارد که شرط موضوع ماده^۲ ۹۵ را قائل شده است (مثال: ایالات متحده آمریکا و چین).

قاضی دادگاه مذکور به طور مستقیم کنوانسیون را اجرا نخواهد کرد، زیرا دستگاه قانونگذاری کشور متبعش قسمت «ب» بند ۱ ماده^۳ ۱ کنوانسیون را نپذیرفته است. در این مورد که کاملاً جنبه توریک دارد، اگر قواعد تعارض کشور متبع قاضی اجرای قانون یک کشور ثالث را تجویز کند و آن کشور یک کشور متعاهد باشد، کنوانسیون به عنوان یک قانون خارجی اجرا خواهد شد، به شرط اینکه این کشور ثالث اقدام به صدور اعلامیه موضوع ماده^۴ ۹۵ نکرده باشد. یک مثال کمک به روشن شدن این فرضیه می‌کند: در مورد اختلاف بین یک بایع که محل تجارتش در امریکا قرار دارد و یک مشتری که در کانادا به فعالیتهای تجاری مشغول است به یک قاضی امریکائی مراجعه می‌شود. قاضی مذکور ملزم به اجرای کنوانسیون نخواهد بود حتی اگر قانون قابل اجرا به موجب قواعد تعارض قانون امریکا باشد، یعنی قانون یک کشور متعاهد؛ زیرا به علت قائل شدن شرط موضوع ماده^۵ ۹۵، قسمت «ب» بند ۱ ماده^۶ ۱ کنوانسیون غیرقابل اجرا است.

با وجود این، اگر همین قاضی امریکائی برخلاف معمول در اختلاف بین یک بایع که محل تجارتش در کانادا است و یک مشتری که در فرانسه فعالیت تجاری می‌کند مورد مراجعه قرار بگیرد، و اگر طبق قواعد مربوط به تعارض کشور متبعش، قانون فرانسه قابل اجرا باشد، کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا باید از طریق رجوع به قانون فرانسه اجرا شود؛ زیرا قانون فرانسه قسمت «ب» بند ۱ ماده^۷ ۱ کنوانسیون مزبور را، حداقل در موردی که قواعد مربوط به تعارض فرانسه نیز به نوبه خود حقوق یک کشور متعاهد را قابل اجرا بداند، می‌پذیرد.

- حالت سوم: دادگاه مرجع^۸ الیه متعلق به یک کشور متعاهد

نیست. در این صورت، قاضی باید قانون قابل اجرا را تعیین نماید:
- اگر قانون قابل اجرا قانون کشور متعاهدی باشد که اقدام به صدور اعلامیه موضوع ماده ۹۵ کرده است، در این صورت، کنسوانتیون اجرا نخواهد شد؟

- اگر قانون قابل اجرا قانون کشور متعاهدی باشد که اقدام به صدور اعلامیه موضوع ماده ۹۵ نکرده است، قاضی بایستی کنسوانتیون را به عنوان یک قانون خارجی که ناظر بر بیع بین المللی است، با بهره‌گیری از قسمت «ب» بند ۱ ماده ۱، اجرا نماید.

● دوم. حالتی که طرفین قانون قابل اجرا را تعیین کرده‌اند:

اجرای قانون مورد توافق طرفین عملاً به اتفاق آراء پذیرفته شده است (کنسوانتیون ۱۹۰۵ لاهه، کنسوانتیون ۱۹۸۰ رم که هنوز لازم الاجراء نشده است). اگر قانون مورد توافق، قانون یک کشور متعاهد نباشد، کنسوانتیون به هر صورت با توجه به مفاد ماده ۶ قابل اجرا نخواهد بود.

اگر قانون مورد توافق، قانون یک کشور متعاهد باشد، ابتدا بایستی مشکل مربوط به تفسیر در مورد اراده را حل کرد: آیا طرفین با این انتخاب موافقت نموده‌اند که کنسوانتیون بیع بین المللی کالا در روابط تجاری متقابل اجرا نشود؟ همه مفسران توافق دارند که صرف انتخاب حقوق یک کشور متعاهد، بدون قرائین دیگر، موجب عدم اجرای کنسوانتیون نخواهد شد، به شرط اینکه کنسوانتیون دقیقاً قسمتی از قانون مورد انتخاب باشد. به این ترتیب، رد کنسوانتیون در چارچوب ماده ۶ پذیرفته نشده است، مگر اینکه از قرائین و امارات موجود این نتیجه حاصل شود که طرفین قصد رد کنسوانتیون را داشته‌اند.

یک رویه قضائی مسلم قبلًا در این مورد در جمهوری فدرال آلمان

درباره مشکل مشابه ناشی از اجرای ماده ۳ «LUVI» بوجود آمده است^۷.

این قاعده احتمالاً غافلگیری تعداد نسبتاً زیادی از اجراءکنندگان تجارت بین المللی را به دنبال خواهد داشت، زیرا دفعات متوجه خواهد شد قانونی که آنها عادت داشتند (درصورت بروز اختلاف) به آن مراجعه کنند که بیشتر اوقات قانون کشور متبع خودشان بود، با شرطی که معمولاً در شرایط عمومی بیع گنجانده می‌شود، اکنون تبدیل به کتوانسیون شده است.

با قبول این استدلال، بی‌مناسبت نخواهد بود که همان شقوق موضوع بحث قبلی مجدداً مرور شوند.

یک- محل استقرار بایع و مشتری، هر کدام در یک کشور متعاهد است. در این فرض، کتوانسیون همیشه به موجب قانون منتخب طرفین با توجه به قسمت «الف» بند ۱ ماده ۱ اجرا خواهد شد.

دو - محل استقرار بایع و مشتری در کشورهای متعاهد نیست. باید توجه داشت که در این حالت، اجرای قانون مورد توافق طرفین ناشی از قاعده حقوق بین الملل خصوصی است. دقیقاً برای جلوگیری از تعارض قوانین است که طرفین، قانون ناظر بر قرارداد را تعیین می‌کنند و در نتیجه، به موجب قسمت «ب» ماده ۱، کتوانسیون قابل اجرا خواهد بود.

۷. مراجعه شود به Gert Reinhart: «ده سال رویه قضائی جمهوری فدرال آلمان درباره قانون متعددالشكل راجع به بیع بین المللی اموال منقول»، در مجله حقوق متعددالشكل، ۱۹۸۴، جلد دوم، صفحات ۴۲۴-۴۴۰.

مراجعه شود مخصوصاً به Oberlandesgericht Hamm، سوم اکتبر ۱۹۷۹ در مجله حقوق متعددالشكل، ۱۹۸۰، ص ۳۱۶ و Landgericht Bonn، ۲۱ آوریل ۱۹۸۲ در همان مجله، ص ۳۹۷.

این ملاحظات دارای اهمیت خاص برای اجرای کتوانسیون توسط کشورهایی است که شرط موضوع ماده ۹۵ را قائل شده‌اند. شایسته است نظری آنچه که قبلًا گذشت، آثار مترقبه بر حسب موقعیت دادگاه مرجع‌الیه مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد، زیرا این دادگاه است که اجرای قاعده حقوق بین‌الملل خصوصی را مشخص می‌کند.

- حالت اول: دادگاه مرجع‌الیه به کشور متعاهدی تعلق دارد که مبادرت به صدور اعلامیه موضوع ماده ۹۵ نکرده است. قاضی، در این حالت، مستقیماً کتوانسیون بیع بین‌المللی کالا را به همان صورت که در حقوق کشور متبعش وارد شده است اجرا خواهد کرد، زیرا قاعده حقوق بین‌الملل خصوصی کشور متبع قاضی اجرای قانون کشور متعاهد را پیش‌بینی می‌کند، یعنی همان قانونی که توسط طرفین انتخاب شده است.

مثال: در یک قرارداد بیع منعقده بین بایعی که محل تجارت‌ش در فرانسه است و مشتری که در کانادا به تجارت اشتغال دارد، اگر قانون منتخب طرفین قانون فرانسه باشد، قاضی فرانسوی، کتوانسیون بیع بین‌المللی کالا را اجرا خواهد کرد. درصورتی که قانون منتخب طرفین قانون امریکا باشد، قاضی فرانسوی، باز هم به همین ترتیب عمل خواهد کرد، زیرا ایالات متحده امریکا یک کشور متعاهد است. اینکه کشور موصوف اقدام به صدور اعلامیه موضوع ماده ۹۵ کرده است، در این حالت، مؤثر در مقام نخواهد بود.

- حالت دوم: دادگاه مرجع‌الیه به کشور متعاهدی تعلق دارد که مبادرت به صدور اعلامیه موضوع ماده ۹۵ کرده است.

در این حالت، قاضی احتمالاً کتوانسیون بیع بین‌المللی کالا را اجرا نخواهد کرد مگر به عنوان یک قانون خارجی، آن‌هم نه مستقیماً به موجب قانون کشور متبع قاضی، زیرا کشور مذکور هر چند که کتوانسیون را پذیرفته ولی قسمت «ب» بند ۱ ماده ۱ را رد کرده است.

به این ترتیب، در مثال مربوط به انعقاد قرارداد بین طرفینی که محل تجارت یکی در ایالات متحدهٔ امریکا و دیگری در سوئیس است، اگر قانون تعیین شده در قرارداد قانون امریکا باشد، قاضی امریکائی کنوانسیون را اجرا نخواهد کرد. اگر در قرارداد فوق، طرفین قانون فرانسه را انتخاب کرده باشند، قاضی امریکائی بایستی علی‌الاصول به‌طور غیرمستقیم کنوانسیون را به عنوان قانون فرانسه که ناظر بر بیع بین‌المللی کالا است، به موجب قسمت «ب» بند ۱ مادهٔ ۱ اجرا نماید. به همین طریق عمل خواهد شد در فرضی که قاضی امریکائی متوجه شود که در قرارداد منعقده بین یک کانادائی و یک فرانسوی، قانون فرانسه توسط طرفین به عنوان قانون ناظر بر قرارداد انتخاب شده است.

- حالت سوم: دادگاه مرجع‌الیه متعلق به یک کشور متعاهد نیست.

اگر در نتیجهٔ اجرای قانون مورد توافق طرفین، قاضی صلاحیت قانون یک کشور متعاهد را احراز کند، در این صورت، باید بکوشید تا این نکته را از قانون مزبور دریابد که باید کنوانسیون را اجرا نماید یا خیر. در صورتی که کشور مذکور مبادرت به صدور اعلامیهٔ موضوع مادهٔ ۹۵ کرده باشد پاسخ منفی، و در صورت عکس، مثبت خواهد بود.

مثال: در یک قرارداد منعقده بین یک بایع فرانسوی و یک مشتری کانادائی، قانون مورد توافق طرفین انتخاب شده است. قاضی کانادائی با توجه به قسمت «ب» بند ۱ مادهٔ ۱، کنوانسیون را به منزلهٔ قانون فرانسه اجرا خواهد کرد. اگر در همین قرارداد، قانون امریکا به عنوان قانون ناظر بر قرارداد تعیین شده باشد، قاضی کانادائی موظف به اجرای کنوانسیون نخواهد بود. زیرا ایالات متحدهٔ امریکا با قائل شدن شرط موضوع مادهٔ ۹۵ اعلام نموده است که در حقوق خود ملزم به رعایت قسمت «ب» بند ۱ مادهٔ ۱ نیست.

پیچیدگی نظام بیشتر ظاهری است تا واقعی، و توضیح

مکانیسمهای مختلف به منظور لزوم توجه به حالات فرعی و حتی صرفاً تئوریک، موجب ابهام بیشتری شده است.

در عمل، دو گروه بزرگ از موارد اجرای کنوانسیون عبارتند از:
- حالتی که محل تجارت هر یک از بایع و مشتری در کشورهای متعاهد است؛

- حالتی که قانون منتخب طرفین قانون یکی از کشورهای متعاهد است.

به نظر می‌رسد که امکان قائل شدن شرط موضوع ماده ۹۵، در نهایت، موجب محدودیت مختصر قلمرو اجرای کنوانسیون گردد، درحالی که تنظیم کنندگان آن علاقه داشتند که محدودیت مذکور تا حد امکان گسترش باشد.

سرانجام، بایستی خاطرنشان ساخت که قواعد کنوانسیون جزو حقوق هر یک از کشورهای متعاهد شده است. از این‌رو، قضات کشورهای مزبور بایستی مقررات کنوانسیون را نه به عنوان قانون خارجی یا برون‌مرزی بلکه به همان صورت که مقررات سنتی ناظر بر بيع داخلی را به اجرا می‌گذارند، رعایت کنند.

۲. تفکیک بین بيع و بعضی از قراردادهای مشابه

کنوانسیون بدون اینکه تعریف کلی از بيع و قرارداد -هر چند که معنای آن در همه کشورها مشترک است- بدست دهد، در ماده ۳ مرزی که بعضی اوقات چندان هم قابل اعتماد نیست، بین بيع و بعضی قراردادهای پیچیده که در تجارت بین‌المللی وجود دارد، ترسیم کرده است.

ابتدا قراردادهای ناظر به تهیه کالاهایی که باید ساخته یا تولید گردند، بيع محسوب -و در نتیجه مشمول مقررات کنوانسیون- می‌شوند، مگر اینکه سفارش دهنده «تهیه» قسمت عمده مواد لازم جهت ساخت یا

تولید ان کالا را تعهد کرده باشد».

بدین ترتیب، به طور مثال، قرارداد منعقده بین یک تاجر فرانسوی و یک تولیدکننده در ماکانو، در مورد تهیه لباس مطابق مدل ارائه شده، بیع محسوب می‌شود، مگر اینکه تاجر فرانسوی خود تهیه پارچه‌ای را که بایستی از آن لباس دوخته شود، به عهده بگیرد.

بند ۲ ماده ۳، به طریق دیگر، از مورد قراردادهای مشابه بیع که در آنها «قسمت اعظم تعهدات طرفی که کالا را تهیه می‌کند ناظر به ارائه نیروی کار یا خدمات دیگر می‌باشد»، بحث می‌کند.

بدون اینکه تصریح شده باشد—به عکس بند ۲ ماده ۳—که آیا به چنین قراردادی می‌توان عنوان بیع داد، به هر حال، خاطرنشان شده است که قراردادهایی از این دست مشمول مقررات کتوانسیون نخواهند بود. این مقررات، به طور مثال، مربوط به قراردادهای خواهند شد که هم شامل انتقال تجهیزاتی است که از نظر تکنولوژی بسیار پیشرفته‌اند، هم خدمات مربوط به استفاده و نگهداری از آنها و هم انتقال دانشی که اجازه بهره‌برداری از آنها را می‌دهد.

همچنین، اجرای کتوانسیون درباره بیع بعضی از واحدهای تولیدی «کلید دردست»* می‌تواند از این نقطه نظر مورد ارزیابی قرار گیرد.

لازم به یادآوری است قراردادهایی که به موجب بند ۱ ماده ۳ «بیع» توصیف شده‌اند، ممکن است به موجب بند ۲ از قلمرو اجرائی کتوانسیون خارج شوند و این در صورتی است که قسمت اعظم تعهدات پذیرفته شده تهیه خود کالا نیست بلکه ارائه نیروی کار یا خدمات دیگر است.

بدون اینکه هدف حل تمام مشکلات ناشی از حالات مختلف

* منظور از اصطلاح مذکور، به طور مثال، نظیر بیع خانه‌ای است که ساختمان آن به طور کامل پایان یافته و آماده سکونت است و کلید به خریدار داده می‌شود.

باشد، کتوانسیون سعی در تعریف ضوابطی دارد تا به کمک آنها بتواند راه حلهای متعددالشکل را از این نقطه نظر ارائه دهد.

۳. عدم شمول مقررات کتوانسیون بر بعضی از انواع بیع

یک - بیعهایی که به دلیل طبیعت کالا از شمول کتوانسیون خارج شده‌اند:

- اوراق بهادار، اسناد تجاری و پول - که طبیعت کالا بودن آنها در واقع قابل بحث می‌باشد و به نظر می‌رسد مردّج است که، به منظور احتراز هر نوع اعتراض، بصراحت از شمول مقررات کتوانسیون خارج شوند.-

- الکتریسیته به همان دلیل فوق.

- کشتی، سفاین، هاورکرافت (هواناو) و وسایل نقلیه هوانی. چون وسایل حمل و نقل فوق الذکر بایستی در دفاتر مربوط به ثبت برسند، لذا از نظر بعضیها مناسب‌تر به نظر رسید که آنها را از شمول مقررات کتوانسیون به‌طور وسیعی خارج سازند تا از تعارضات احتمالی با قواعد ناظر بر انتقال آنها که بعضی اوقات به قواعد راجع به اموال غیرمنقول شباهت دارد، جلوگیری شود.

از این نقطه نظر، باید خاطرنشان ساخت که با قائل شدن استثنایات نسبتاً زیاد، کتوانسیون عمدتاً بعضی کالاهای را که استدلالهای فوق درباره آنها صادق نیست از قلمرو اجرائی خود خارج می‌سازد، مثل سکه‌های پول کلکسیون یا قایقهای کوچک تفریحی.

دو - بیعهایی که به دلیل قواعد خاصی که در هر کشور درباره آنها وجود دارد از شمول مقررات کتوانسیون خارج‌اند، نظیر بیع از طریق حرایج یا بیع اموال توقيف شده یا بیعی که به نحو دیگری به حکم مقامهای قضائی واقع گردد.

سه - عدم شمول مقررات کنوانسیون به بیع با مصرف کننده: بی شک، به منظور عدم تعارض با قواعدی که در بسیاری از کشورها به منظور حمایت از مصرف کنندگان وضع شده و غالباً در ارتباط با نظم عمومی است، ماده^۲، بیع کالاهای را که برای مصارف شخصی، خانوادگی یا خانگی اختصاص یافته‌اند، از شمول مقررات کنوانسیون خارج کرده است.

توجه به این مطلب که بایع باستی در مورد فوق آگاهی کامل از رژیم قانونی ناظر بر بیع و حدود تعهدات مربوط داشته باشد - بخصوص در مورد دایره شمول تعهداتش - موجب شد که تنظیم کنندگان کنوانسیون مقررات را به نفع بایع به ترتیبی تصحیح نمودند که او دفعتاً خود را در مقابل مقررات دیگری بجز کنوانسیون نبیند؛ مقرراتی که بایع معمولاً انتظار دارد در فرضی که او اطلاع نداشته که کالای خریداری شده به منظور مصرف شخصی بوده است، ناظر بر بیع باشد. بدین ترتیب، وقتی که وضع مبهم است، تنها مشتری است که می‌داند کالا دقیقاً برای چه مصرفی خریداری شده است و هم اوست که باستی با ارائه دلایل متقن بایع را آگاه سازد.

چهار - اموری که صراحتاً از شمول مقررات کنوانسیون خارج

شده‌اند:

نویسنده‌گان متن به دلایل ناشی از واقع‌بینی و حسن تأثیر، از اینکه تمامی حقوق مربوط به بیع را مشمول کنوانسیون نمایند، صرف نظر کردند و هر چند که تعیین و تفکیک همه این موارد سخت دشوار بوده است، با این حال، در ماده^۴ سعی کردند با بکارگیری اصطلاحات عام و کلی، از یک سو مواردی را که مشمول مقررات کنوانسیون واقع می‌شوند و از سوی دیگر، مواردی را که در این دایره شمول قرار نمی‌گیرند، مشخص سازند.

این تشخیص موارد برای اجرای ماده^۷ از نظر تعیین موضوعاتی

که مشمول مقررات کنوانسیون هستند، بدون اینکه صریحاً راه حلی برای آنها در نظر گرفته شده باشد، فوق العاده مهم است. به عبارت دیگر، خلاهای حقوقی بایستی طبق اصول کلی که کنوانسیون مبتنی بر آن است، پر شوند.

ماده ۴ بعد از تصریح به اینکه کنوانسیون منحصراً ناظر بر موارد زیر می‌باشد:

- انعقاد قرارداد بیع،

- حقوق و تعهداتی که برای بایع و مشتری در اثر انعقاد چنین

قراردادی ایجاد می‌شود،

فوراً اضافه می‌کند که کنوانسیون ارتباطی به امور زیر نخواهد داشت مگر خلاف آن تصریح شده باشد:

- اعتبار قرارداد یا هر یک از شرایط آن یا اعتبار هرگونه عرف مربوط، و

- آثاری که ممکن است قرارداد نسبت به مالکیت کالای فروخته شده داشته باشد.

به طور قطع، تفکیک بین انعقاد قرارداد و اعتبار آن می‌تواند با تردیدهایی همراه باشد.

ابتدا به طور جدی تصمیم بر این بود که فصلی درباره اعتبار قرارداد با مطرح کردن مسائلی از قبیل اشتباہ، تدلیس و اجبار و اکراه، به صورت یک طرح که بوسیله «Unidroit» تهیه شده بود، به کنوانسیون اضافه شود.

مشکلات ناشی از طرح مسائل فوق الذکر که به اصول کلی حقوق قراردادها مربوط می‌شود، این نگرانی را بوجود آورد که محتوای کنوانسیون با اضافه شدن فصل جدید به طور محسوسی تغییر یابد و پذیرش آن برای بعضی کشورها مشکل تر شود. این بود که طرح به دست فراموشی سپرده شد.

بدین ترتیب، تمام مسائل مربوط به اعتبار قرارداد که بعضی از

آنها در ارتباط با نظم عمومی است، نظیر ممنوعیت فروش کالای غیرتجاری، از شمول مقررات کنوانسیون خارج شدند.

با وجود این، در ارتباط با انعقاد قرارداد، مسئله‌ای که بیشتر راجع به اعتبار آن می‌باشد مورد بحث قرار گرفته و آن ضرورت کتبی بودن قرارداد است که بعد از مباحثات مفصل، راه حل بینایی که موضوع ماده^{۱۲} را تشکیل می‌دهد، پذیرفته شد.

همچنین، به علت واقع بینی و از لحاظ احتیاط، مذاکره کنندگان کنوانسیون بدون اینکه تلاش کافی در این مورد بعمل آورند، از بحث در موضوع انتقال مالکیت صرف نظر کردند.

این امر موجب تعجب است، زیرا انتقال مالکیت موضوع اصلی قرارداد بیع محسوب می‌شود.^۸ با وجود این، ضرر و زیان عملی این بی‌توجهی بسیار ناچیز است، زیرا کنوانسیون علاوه بر تعیین و تبیین حقوق و تعهدات جزء هر یک از بایع و مشتری، فصل مخصوصی را صراحتاً به مسئله بسیار مهم انتقال ضمان اختصاص داده است.

بالاخره، با وفاداری به اصل اثر نسبی بودن قراردادها، ماده^۴ صریحاً قلمرو خود را به حقوق و تعهداتی که قرارداد بین بایع و مشتری بوجود می‌آورد، محدود می‌سازد. بنابراین، بدیهی است که اثار قرارداد نسبت به اشخاص ثالث مشمول مقررات کنوانسیون نخواهد بود.

کنوانسیون همچنین به حقوق و دعاوی که ممکن است احتمالاً بین بایع و مشتری براساس مبانی دیگری جز قرارداد بیع به معنای اخص کلمه بوجود آید، لطمه نخواهد زد. به طور مثال، مسئولیت‌های خارج از قرارداد (نظیر مسئولیت جنحه‌ای یا مسئولیت ناشی از ارتکاب اعمال نامشروع یا «شبه‌جرم» در کامن لو) می‌توانند در داخل سیستم حقوقی مربوط با مسئولیت‌های منتج از قرارداد، همزیستی داشته

۸. رجوع شود به: ماده ۱۴۷۰ قانون مدنی ایتالیا و ماده ۱۵۸۳ قانون مدنی فرانسه و ماده ۱۸۴ قانون تعهدات سوئیس و ماده ۲۱۰۶ قانون تجارت متحده‌الشکل امریکا.

باشد.^۹

سراجام، ماده ۵، مسئولیت بایع را در قبال مرگ یا صدمات بدنی که به سبب کالا برای افراد اتفاق می‌افتد، از قلمرو اجرائی کنوانسیون خارج ساخته است.

مسلمان علت این عدم شمول که می‌توان آن را به عدم شمول راجع به بیع با مصرف کننده مندرج در ماده ۲ نزدیک دانست، به منظور احتراز از مواجه شدن با مشکلات ناشی از مسئولیت مربوط به امر تولید در زمینه خسارات مادی ناشی از صدمات بدنی بوده است. جمله «موجب صدمات بدنی به افراد» بوضوح نشان می‌دهد که عدم شمول مقررات کنوانسیون تنها مربوط به خسارات مادی ناشی از صدمات بدنی واردہ به شخص مشتری نیست بلکه دیگران و مخصوصاً خریداران بعدی یا اشخاص ثالث را نیز که می‌توانند به منظور جبران خسارات واردہ به خریدار اول - و او نیز به فروشنده - مراجعه نمایند، شامل می‌شود.

مثالهایی که در این مورد به ذهن خطرور می‌کنند مسلمان خساراتی هستند که ممکن است در نتیجه تولیدات مواد داروئی یا غذائی یا همچنین در نتیجه نقص در لوازم صنعتی که ذاتاً خطرناک هستند (مواد سمی یا رادیواکتیو) وارد شوند.

این عدم شمول که به بعضی خسارات به دلیل طبیعت آنها محدود شده است، شمول کنوانسیون را به بقیه قرارداد مخصوصاً جبران خساراتی که صرفاً جنبه مادی دارند، مثل نتیجه عدم مطابقت کالا که در کنوانسیون پیش‌بینی شده است، نمی‌کند.

از بحث فوق این نتیجه حاصل می‌شود که دو رژیم حقوقی مختلف برای تعیین نتایج زیانبار ناشی از یک عدم ایفای تعهد اجرا خواهند شد.

۹. در مورد این مسئله دقیق که موجب تفسیرهای مختلفی شده است، مخصوصاً به تجزیه و تحلیل John Honnold بندهای ۶۲-۶۳ و ۷۲-۷۳ و یادداشتها مراجعه شود.

ج. مشکلات مربوط به تفسیر و نقصانهای حقوقی

برای دستیابی به یک نظام حقوقی واقعاً متعددالشکل، لازم است که حقوق موصوف، تا آنجا که ممکن است از نظامهای ملی که خود با یکدیگر مباینت دارند، مخصوصاً آنجا که موضوع از یک سو به تفسیر متن و از سوی دیگر به پر کردن خلاهای حقوقی غیرقابل اجتناب کنوانسیون مربوط می شود، تفکیک گردد.

این است فلسفه وجودی ماده ۷ کنوانسیون که نگارش آن موجب مباحثات و مشاجرات بسیار شدیدی گردید و دو مسئله فوق الذکر را در دو بند جداگانه مورد بحث و بررسی قرار داده است.

۱. تفسیر

به موجب ماده ۷، تفسیر بایستی با توجه به «خاصیّة بين الملل» کنوانسیون، «ضرورت ایجاد هماهنگی در اجرای آن» «و رعایت حسن نیت در تجارت بین الملل» بعمل آید.

این مقررات اساسی، قضات و مفسران را دعوت می کند -تا آنجا که میسر باشد- از سیستم حقوقی که در آن شکل گرفته اند، فاصله بگیرند تا بتوانند در باره مقررات جدیدی که باید به صورت متعددالشکل ناظر بر بیع بین المللی گردد و به شش زبان که دارای اعتبار واحد می باشند نگارش یافته است، بیطرفا نه تعقل و استدلال کنند.

این خود تأکیدی بر استقلال حقوق متعددالشکل است.^{۱۰}

اولین خطر از واژه ها ناشی می شود.

۱۰. در مورد تمام این نکات مراجعت شود به تجزیه و تحلیل رنه دیوید (Rene David) در دائرۃ المعارف بین المللی حقوق تطبیقی، جلد دوم، فصل پنجم: «وحدت حقوق خصوصی» شماره های ۳۲۶-۲۴۷.

به یقین، نویسنده‌گان کنوانسیون سعی کرده‌اند که در هر زبان از استعمال لغاتی که دارای معانی متعدد در سنت حقوقی هر کشور هستند، خودداری نمایند.

اما مسلمًا هر نویسنده با توجه به مکانیسمها و مفاهیم مورد نظر جزئی را برای تهیّه کل کنوانسیون تدارک دیده است.

نظیر یک خاتمکاری که از قطعات مختلف ساخته می‌شود اما نتیجه آن مجموعه‌ای جدید است، حقوق بیع بین الملل بایستی با صرف نظر کردن از هر یک از اجزاء تشکیل‌دهنده آن که در ساختمان جدید ذوب و ادغام شده‌اند، همچون یک مجموعه تلقی شود.

کلماتی نظیر «ایجاب»، «فسخ»^{*}، «ضرر و زیان» و «تأدیه» باید به نحو مطلق در نظر گرفته شوند و از تحوّلاتی که در زبان حقوقی حقوقهای مختلف به خود گرفته‌اند بدور باشند.

از آن گذشته، اگر اصطلاحاتی از حقوق یک کشور به عاریه گرفته شده است باید تفسیر آن اصطلاحات را در قواعد تفسیر حقوق آن کشور جستجو کرد.

مثلاً اگر کنوانسیون با اندکی تفاوت نهاد حقوقی «مهلت اضافی»^{**} را از حقوق آلمان گرفته است، مسائلی را که تفسیر ماده ۴۷ به میان می‌آورد باید جواب آنها را در حقوق آلمان یافت بلکه برای این منظور باید به قاعده مندرج در ماده ۷ و منحصراً به همین ماده رجوع کرد.

همانگونه که رنه دیوید^{۱۱} درباره «LUVI» که مقررات مشابهی دارد خاطرنشان کرده است، به طور قطع ندرتاً نتیجه مطلوب حاصل می‌شود و این نگرانی وجود دارد که قضات در راه رسیدن به این هدف مطلوب که

* «Résolution» این کلمه که به معنی بطلان و انحلال نیز بکار رفته در حقوق فرانسه و در این متن به معنی فسخی است که در صورت تخلف یکی از طرفین از انجام تعهدات خویش، توسط طرف دیگر اعمال می‌شود و اثر آن به زمان عقد برمن گردد و تقریباً دارای همان آثار بطلان در حقوق ایران است.

** Nachfrist

. ۱۱. همان، شماره ۲۶۳.

همانا تفسیر کاملاً مستقل حقوق متحددالشکل است، با اشکال مواجه شوند. بعضی از حقوقدانان عدم رضایت خاطر خود را از نتایج تلاش‌های بعمل آمده در این زمینه به نفع یک تفسیر بیشتر علمی تا تحت اللفظی «قانون بازرگانی متحددالشکل» امریکا که در ماده ۱۰۲-۱ خود دارای مقرراتی با همان نحوه برداشت می‌باشد، ابراز نمودند.

اما این مانع از ترقی و تکامل مستمر حقوق متحددالشکل، با توجه به نیازهای عملی، نمی‌شود و افزایش اسناد و انجام اقدامات متحددالشکل کننده مختلف که زیر فشار نیاز تجارت بین‌المللی صورت می‌گیرد، خود گواه این مدعای است.

دلگرم کننده‌ترین مثال در این مورد، شرح و بسط کم‌نظری است که در مجلس لردها در مورد مسائل مربوط به تفسیر کنوانسیون مورخ ۱۹۲۹ ورشو راجع به حمل و نقل هوائی بین‌المللی در قضیه «Fothergill»^{۱۲} بعمل آمده است. برای اتخاذ تصمیم، لردها با تکیه بر مواد ۳۱ و ۳۲ کنوانسیون وین مربوط به حقوق قراردادها به ترتیب به کارهای مقدماتی و تصمیمات متخذ بوسیله مراجع قضائی کشورهای دیگر توجه کردند، و لرد دیپلک^{*} چنین اظهار نظر نمود:

«کلمات یک کنوانسیون بین‌المللی بوسیله نویسنده‌گان پارلمانی انگلستان انتخاب نمی‌شوند. کلمات مذکور از زبان قانونگذاری مربوط به معاهدات در انگلستان به عاریت گرفته نشده و انحصاراً بوسیله قضات انگلیس تفسیر نمی‌شوند. این کلمات برای خطاب به مراجع قضائی بسیار گسترده‌تر و متنوع‌تر درنظر گرفته شده‌اند تا یک قانون پارلمان که فقط به حقوق ملی مربوط می‌شود.»

بطوریکه لرد ویلبرفورس^{**} در قضیه James Buchanan & Com- Babco Forwarding & Shipping (U.K.) Ltd. (1978) A.C. panie عليه

12. [1980] 2 all. E.R.696 (H.L.)

* Diplock

** Wilberforce

141-152 متذکر شده است، تفسیر باید «نه براساس قواعد تکنیکی حقوق انگلیس یا سوابق قضائی انگلیس، بلکه بهموجب اصول عام شناخته شده بعمل آید».

بی‌شک، مراجعه به کارهای مقدماتی با دشواری همراه است – دسترسی به منابع مشکل و مخصوصاً مأیوس کننده است. کسانی که در کارهای مقدماتی شرکت داشته‌اند بهتر از هر کس می‌دانند که تا چه حد تصمیمات غالباً به نفع سوءتفاهمهای کم و بیش ارادی، ابهامهای مورد توافق بهمنظور خروج از بن‌بست و امتیاز دادنها فکری بهمنظور رسیدن به نتیجه اتخاذ شده‌اند.

باتوجه به آنچه که گفته شد، تفسیر باید با خویشتن‌داری و ترجیح دادن راه حل‌هایی که متناسب عقل سليم، پیوستگی و وحدت شکل می‌باشد، بعمل آید.

با وجود این، با توصل به کارهای مقدماتی و مطالعه تاریخی مقررات کنوانسیون می‌توان به اصل و منشأ بعضی از مقررات که ممکن است عجیب به نظر برسند، پی‌برد.

همچنین در مورد تفسیر کنوانسیون، رعایت حسن نیت در تجارت بین‌المللی ضروری می‌نماید.

قبل از تهیی طرح کنوانسیون، قاعده‌ای درباره احترام طرفین قرارداد به اصل حسن نیت، باتوجه به اینکه چنین قاعده‌ای در حقوق شمار چشمگیری از کشورهای قاره اروپا وجود دارد، پیش‌بینی شده بود.^{۱۲}

اما قاعده مذکور مورد قبول عده‌ای از نمایندگان که حقوق آنها با این مفهوم آشنایی نداشت، قرار نگرفت.

بالاخره با کمال تعجب، از طریق توافق، قاعده مذکور به قسمت مقررات مربوط به تفسیر کنوانسیون منتقل و در آن قسمت گنجانده شد.

۱۳. مثال: ماده ۱۱۲۴ قانون مدنی فرانسه، ماده ۲۴۲ قانون مدنی آلمان.

هر چند که موضوع دیگر ارتباط مستقیم با بایع و مشتری پیدا نمی‌کند، با این حال، تعهد به رعایت حسن نیت حاکم بر روابط طرفین است؛ زیرا ضرورت دارد که کنوانسیون، یعنی قواعد ناظر بر بیع، طوری تفسیر شود که احترام به مفاد آن تضمین گردد.

بدین ترتیب، می‌توان بر این عقیده بود که قاعدهٔ فوق خواهد توانست در بعضی حالات به‌طور مؤثر ایفاگر نقش باشد، مخصوصاً وقتی که موضوع مربوط به اجرای مقرراتی می‌شود که نظیر مقررات موضوع مواد ۸، ۱۸ و ۱۹ نحوه رفتار طرفین را مورد ارزیابی قرار می‌دهد.

۲. کاستیهای حقوقی

تفکیک دقیق پیش‌بینی شده در کنوانسیون بین تفسیر از یک سو و پرکردن خلاهای حقوقی از سوی دیگر در مرحلهٔ نهائی کنفرانس دیپلماتیک وین بعمل آمد.

طرحی که توسط «CNUDCl» تهیه شده بود شامل ماده‌ای نظری بند ۱ مادهٔ فعلی کنوانسیون بود و این تصور را بوجود آورده بود که می‌تواند، هم برای تفسیر مقررات مبهم و هم برای حل مشکلاتی که راه حل آنها در کنوانسیون پیش‌بینی نشده بود، راهنمای باشد.

«LUVI»، در عوض، فقط خلاهای را در مادهٔ ۱۷ خود مورد بحث قرار می‌دهد و بهموجب آن «مسائل مربوط به موضوعات تحت حاکمیت قانون حاضر که تکلیف آنها صراحتاً در این قانون تعیین نشده است، طبق اصول کلی ای که کنوانسیون مبتنی بر آن می‌باشد حل و فصل خواهد شد».

این مطلب عیناً در وین در قسمت اول بند ۲ مادهٔ ۷ مجدداً به رشتہ تحریر درآمده است.

کنفرانس با وجود این معتقد بود که بایستی یک جزء دیگر، هر

چند که در سیستم بین‌الملل ملاحظه‌ای ایجاد می‌کند، اضافه نماید. جزء مذکور در مقابل مفهوم عمومی استقلال کامل یک حقوق متحده‌شکل که از سیستمهای حقوق ملی منتج گردیده، مفهوم سنت و بی‌پایه‌ای است.

در واقع، این جزء که به صورت مقررات ثانوی اضافه شده است، صراحت دارد که «در صورت فقدان اصول» کلی بایستی به قانونی که حسب قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی قابل اجرا است، مراجعه کرد. از این نقطه‌نظر لازم به یادآوری است که، بر عکس، ماده ۲ «LUVI» به عنوان یک اصل کلی می‌پندرد که جز در مواردی که به نحو دیگری تصریح شده است «قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی ناظر بر اجرای قانون حاضر نخواهد بود» و آندره تنک^{*}، یکی از بنیانگذاران «LUVI»، در تفسیری که بنا به تقاضای بانیان کنفرانس لاھه در مورد ماده ۱۷ نموده چنین اظهارنظر کرده است^{۱۴} :

«در صورت فقدان این مقررات، در واقع، یکی از طرفین همیشه می‌تواند ادعا کند که مقررات قانون متحده‌شکل که مورد استناد طرف دیگر قرارداد قرار گرفته است، ابدأ واضح یا قابل انطباق بر خصوص مورد نیست.

طرف مذکور همچنین با بهره‌گیری از این ابهام یا خلاصه می‌تواند خواستار اجرای حقوق ملی خود بشود که برای او متضمن نفع بیشتری است.

برای احتراز از یک چنین سوءاستفاده‌ای، بایستی تأکید کرد که در موضوعات مشمول قانون متحده‌شکل، تنها همین قانون قابل اجرا خواهد بود.»

جای بسی تأسف است که این موضعگیری اصولی که در تمام

* André Tunc

.۱۴. انتشارات وزارت دادگستری، لاھه.

جريان کارهای مقدماتی ادامه داشت، ناگهان در جريان رأی‌گیری که دفعتاً در کنفرانس وین بعمل آمد، کثار گذاشته شد.

مشکل، درواقع، جدید نیست و تمایل اجرائندگان حقوق هر کشور در استدلال کردن سهل و آسان با توسل به حقوق داخلی مربوط، تا قبول خطر استناد به اصول حقوق متعددالشكلی که زیاد هم قاطع نیست، موجب مباحثات بسیار و سرخوردگیهای زیادی^{۱۵} مخصوصاً درباره اجرای کنوانسیون ۱۹۳۰ زنو درباره برات و سفته شده است.* در این مورد بهترین کار آن است که به نقل نوشتۀ آقای رنه دیوید بپردازیم:

«آنچه به انجام رسیده تنها تدوین قوانین متعددالشكلی است که معرف یک حقوق مشترک (jus commune) جدید است با قبول قوانین متعددالشكل، کشورها نشان می‌دهند که اعتبار این jus commune را به رسميّت می‌شناشند. این خود برخلاف قصد کشورهای متعاهد و حتی تغییر مفهوم حقوق متعددالشكل است که حقوق موصوف به عنوان قانون ملی بین سایر قوانین هر کشور تلقی شود. توسل به تعارض قوانینِ روشنی برای تنظیم روابط حقوقی بین المللی است و تنظیم قوانین متعددالشكل روش دیگری است.

در زمینه‌هایی که قوانین متعددالشكل وجود دارد و در روابط بین کشورهایی که این قوانین را پذیرفته‌اند، دیگر جایی برای توسل به تعارض قوانین وجود ندارد: قانون متعددالشكل تعارض را در تمام زمینه‌های مورد شمول از بین می‌برد.»

نه تنها توسل به قواعد حقوق داخلی برای پرکردن خلاهای قانون متعددالشكل غیرمنطقی است بلکه حقوق داخلی غالباً نامناسب و بعضی اوقات کاملاً غیرقابل اجرا است.

۱۵. مخصوصاً به بحثی که رنه دیوید در دانة المعارف بین المللی حقوق تطبیقی نموده است مراجعه شود: جلد دو، فصل پنجم، شماره ۲۶۹.

* برای ملاحظه این کنوانسیون رجوع کنید به مجله حقوقی، نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۱۲، سال ۶۹، بخش «استناد بین المللی»، صفحات ۲۷۵ به بعد.

درواقع، موضوع تنها عبارت از خلاهای است که در اجرای قرارداد بیع، آن هم فقط در موضوعات مشمول مقررات کتوانسیون، پدیدار می شود.

این خلاهای که امید است نادر باشند به نکات خاصی، آن هم احتمالاً در جزئیات، مربوط می شوند.

بنابراین، بعيد به نظر می رسد که یک راه حل مناسب را بتوان در یک سیستم ملی خارجی پیدا کرد.

یک چنین راه حلی، علاوه بر این، لزوماً مغایر با متّحدالشکل بودن است و در هر مورد به قانون قابل اجرا وابسته خواهد شد. به این ترتیب، یک خلا هر بار بوسیله قوانین مختلف پرخواهد شد.

قطعه گمشده یک تصویر در قطعات مربوط به سایر تصاویر پیدا نمی شود بلکه باید آن را با توجه به هماهنگی با سایر قطعات آن تصویر یافته.

بنابراین، باید امیدوار بود که این توسل به قاعده ثانوی که به حقوق بین الملل خصوصی ارجاع می دهد، فقط جنبه تئوریک داشته باشد و در عمل اگر خلاهای هم وجود دارد، با توسل به قاعده اول که به اصول کلی که کتوانسیون مبتنی بر آنها است مراجعه می دهد، پر شوند.

بی شک، همیشه آسان نیست که اصول کلی را مشخص کرد و بعضی نیز ادعا کرده اند که چنین اصولی وجود ندارند. باوجود این، بعضی از اصول مذکور صریحاً اعلام شده اند: اصل رعایت حسن نیت، اصل آزادی طرفین قرارداد، اصل اولویت عرف و عادت و رویه معمول به فیما بین.

بعضی دیگر از مجموعه مقررات کتوانسیون استخراج می شوند: اشاره دائم به عقلائی بودن رفتار طرفین، توجه به آثار قابل پیش بینی و در یک سطح کلی تر، قائل شدن مزیت اصولی در مورد راه حلهای که

اجازه می‌دهند که تعهدات قراردادی واصل قرارداد محفوظ بماند تا اینکه آن را از اثر بی‌بهره سازند.^{۱۶}

بی‌شک، قاضی پای بند به راه حل‌های بهم پیوسته، در کنوانسیون و در روح جهانشمولی که کنوانسیون مبتنی بر آن است اشارات لازم را به منظور تکمیل کردن آن خواهد یافت؛ درست نظریه یک بنای هماهنگ که فضای خالی در ساختمان آن، به علت عدم پیش‌بینی طراحان، باقی مانده باشد.

د. سایر مقررات کلی

در فصل مربوط به مقررات کلی کنوانسیون، علاوه بر مقررات مربوط، قواعدی نیز راجع به ارزیابی رویه مقرر بین طرفین، اعمال و قصد آنها پیش‌بینی شده است (ماده ۸). همچنین، توضیحات لازم در مورد محل تجارت، مخصوصاً وقتی که محلهای موصوف متعدد باشند، در ماده ۱۰ داده شده است.

ترکیب مواد ۱۱، ۱۲ و ۱۳ با ماده ۹۶ که اجازه قائل شدن شرط را می‌دهد، با راه حل بینابین خودگویای اختلاف عقیده‌های زیادی هستند که درباره لزوم یا عدم لزوم کتبی بودن قرارداد بیع وجود داشته است.

به راه حل‌های عادی [غیررسمی] کلاسیک ارجحیت داده شده، اما آزادی قائل شدن شرط نیز برای کشورهایی نظریه اتحاد شوروی که طرفدار کتبی بودن قرارداد بیع بوده‌اند، درنظر گرفته شده است. خیلی نادر است که در روابط بین‌المللی، از نوع روابطی که

۱۶. در این مورد رجوع شود به نوشته آقای Bonell J. در تفسیری بر قانون بیع بین‌المللی، مقاله هفتم، شماره ۲.۳.۲.۲، آقای Honnold J. : قانون متحده‌الشکل برای بیع بین‌المللی، شماره ۱۰۲-۹۷

مشمول مقرّرات کنوانسیون می‌شود، انعقاد قرارداد بدون تهیه یک متن کتبی تحقیق یابد و در ماده ۱۳ به این اصطلاح مفهومی وسیع که متناسب با روابط تجاری بین المللی است داده شده است.



انعقاد قرارداد

قواعد مربوط به انعقاد قرارداد بیع که قسمت عمده آنها از قواعد کنوانسیون ۱۹۶۴ لاهه معروف به «LUF» اقتباس شده است، موضوع فصل دوم کنوانسیون را تشکیل می‌دهند.

قواعد مذکور به قواعد مربوط به بیع به معنای اخص کلمه پیوند خورده و فصل سوم را به وجود آورده‌اند؛ اما ماده ۹۲ به هر کشور عضو که مایل باشد اجازه می‌دهد با صدور اعلامیه‌ای اجرای فصلهای دوم و سوم را رد کند.

در عمل، برای نفی فصل دوم است که ماده ۹۲ در کنوانسیون گنجانیده شده با این هدف که به کشورهایی که مقرّرات راجع به انعقاد قرارداد را غیرقابل قبول می‌دانند یا اکراه دارند که رژیم مخصوصی برای انعقاد بیع، متمایز با قراردادهای دیگر به وجود آورند، این امکان داده شود تا تنها به مقرّرات راجع به آثار قرارداد که قسمت اساسی کنوانسیون را تشکیل می‌دهد، ملحق شوند.

تاکنون، در بین کشورهای متعاهد تنها فنلاند و سوئد از این اختیار استفاده کرده‌اند.

طبق یک شمای بسیار سنتی پذیرفته شده در حقوق کشورهای اروپائی [به استثنای انگلستان و ایرلند]، کنوانسیون با ذکر جزئیات،

شرایطی را که در آن قبول ایجاب موجب تحقق قرارداد می‌شود، تشریح می‌کند.

متن این مقررات نظیر یک بنای کم‌ویش مطلق و تئوریک به نظر می‌رسد و اهتمام در ورود به جزئیات، برای رعایت حدّاً کثر دقت ممکن، مقررات مزبور را بظاهر پیچیده جلوه می‌دهد.

مقررات اصلی در ماده ۲۳ آمده است که بهموجب آن «قرارداد از لحظه‌ای که قبول یک ایجاب مطابق مقررات این کنوانسیون نافذ می‌شود، منعقد می‌گردد».

به طورکلی، تئوری مشهور به «وصول» مورد قبول کنوانسیون قرار گرفته است. ایجاب از زمان وصول توسعه مخاطب نافذ می‌گردد (ماده ۱۵) و قبول از لحظه‌ای که اعلام رضا به ایجاب کننده واصل می‌شود، تحقق می‌یابد (ماده ۱۸).
اینها هستند اصول اعلام شده‌ای که شقوق مختلف و متنوعی را در خود جمع کرده‌اند.

با وجود این، یک استثنای محدود به تئوری وصول در بند ۳ ماده ۱۸ پیش‌بینی شده است که بهموجب آن، در حالات خاص و به‌ویژه اگر عرف و عادت و رویه معمولی به طرفین اجازه دهد، انجام عملی - به‌طور مثال ارسال کالا یا تأیید ثمن - می‌تواند به تنها موجب نافذ شدن قبول گردد.

ایجاب در ماده ۱۴ تعریف شده و آن عبارت است از پیشنهادی که:

- نشان‌دهنده اراده ایجاب کننده است که در صورت قبول طرف

دیگر، به ایجاب خود ملتزم می‌باشد؛

- به یک یا چند فرد معین خطاب شده باشد؛

- به اندازه کافی دقیق و مشخص باشد.

ایجاب باید از این نقطه نظر، کالا را مشخص کند و به‌طور صریح

یا ضمنی مقدار و قیمت را تعیین نماید یا اطلاعاتی بدهد که بتوان به مقدار و قیمت پی برد.

این ضرورت تعیین قیمت منطبق با حقوقهایی است که، مثل حقوق فرانسه، تعیین کردن قیمت را یکی از عناصر ضروری قرارداد بیع می‌دانند.^{۱۷}

بعداً خواهیم دید که ماده ۵۵ کنوانسیون با ماده ۱۴ تناقض دارد و در ظاهر مانعه‌الجمع به نظر می‌رسند. قبول در ماده ۱۸ تعریف شده است.

قبول باید با یک عمل مثبت که بیانگر رضایت است، نشان داده شود و سکوت یا عدم اقدام، دلالت بر قبول ندارد. بالاخره، ماده ۲۰ راجع به مهلتی است که ایجاب‌کننده برای قبول تعیین کرده است.

این مکانیسمهای کم و بیش تجربیدی که گنجانیدن آنها در قرارداد نیز عقلائی است همیشه اجازه نمی‌دهند که واقعیت روابط پیچیده طرفین در مرحله مقدماتی قرارداد، بهمناسبت مذاکراتی که در مورد ایجاب در فروش یا ایجاب در خرید بین طرفین جریان دارد، مشخص شود.

به همین دلیل، ماده ۱۹ سعی کرده است که تنوع لازم را با تفکیک موارد زیر ارائه دهد:

- ایجاب متقابل، پاسخی است که ظاهراً قبول ایجاب بوده ولی متضمن اضافات، محدودیتها یا سایر اصلاحات می‌باشد؛
- قولی که متضمن تغییرات جزئی باشد، اگر موجب اعتراض سریع ایجاب‌کننده نگردد، معتبر تلقی می‌شود.

این مقررات خواهند توانست، بهویژه در صورت وجود تناقض بین شرایط کلی فروش و خرید، به مورد اجرا گذاشته شوند.

۱۷. ماده ۱۵۸۳ قانون مدنی [فرانسه].



آثار قرارداد

قسمت اساسی قواعد متحده‌الشکل کنوانسیون، موضوع فصل سوم تحت عنوان «بیع کالا» (مواد ۲۵ تا ۸۸) است.

بعد از تعدادی مقررات کلی که قسمت اصلی آنها راجع به تعریف نقض اساسی (ماده ۲۵) و مشکلات موجود در ارتباط با اجرای عین تعهد (ماده ۲۸) می‌باشد، کنوانسیون به‌طور متوالی تعهدات بایع (مواد ۳۰ تا ۵۲)، تعهدات مشتری (مواد ۵۳ تا ۶۵) و سپس انتقال ریسک (مواد ۶۶ تا ۷۰) را مورد بحث قرار می‌دهد و سرانجام به بررسی یک مبحث دیگر تحت عنوان «مقررات مشترک ناظر بر تعهدات بایع و مشتری» (مواد ۷۱ تا ۷۸) می‌پردازد.

الف. تعهدات بایع

تعهدات بایع، مقدمتاً به صورتی کاملاً کلاسیک، در ماده ۳۱ احصاء شده است: تسلیم کالا، انتقال مالکیت کالا و در صورت اقتضا تحويل مدارک مربوط.

جدیدترین و مهمترین این مقررات، مواد راجع به مطابقت کالای تسلیم شده با آنچه که در قرارداد مقرر گردیده است، می‌باشد: مفهوم عدم مطابقت کالا و مسئولیتی که از آن ناشی می‌شود، نتیجه تجربه عملی تدوین کنندگان کنوانسیون بوده و یکی از موفقیتهای آن محسوب می‌شود.

۱. تحويل کالا و تسليم مدارک مربوط

مواد ۳۱ و ۳۲ محل تسلیم کالا را مشخص می کند. البته، وقتی که در قرارداد محل تسلیم کالا معین شده باشد، به همان ترتیب عمل خواهد شد.

محل تسلیم کالا غالباً با رجوع به «INCOTERMS» تعیین می شود (تحويل کالا در کارخانه، تحويل کالا روی واگن، تحويل کالا به طریق «CAF» یا «FOB»).

عرف و عادت و رویه معمول به طرفین نیز نقش عمده ای در این زینه بازی می کند و مقررات موضوع ماده ۹ احتمالاً در بسیاری از موارد به اجرا گذاشته خواهد شد.

در صورتی که بایع مکلف به تسلیم کالا در محل معینی نبوده و قرارداد بیع متضمن حمل کالا باشد، تسلیم عبارت از تحويل کالا به اوّلین مؤسسه حمل و نقل خواهد بود.

در حالت عکس، تسلیم تحت شرایطی انجام خواهد شد، مثل تسلیم در محل تجارت بایع یا در محلی که کالا وجود دارد (ماده ۳۱). کنوانسیون در ماده ۳۲ تعهدات بایع را در مورد عملیات مربوط به تسلیم کالا تشریح می کند: مشخص کردن کالا، اعلام ارسال آن، حمل کالا در صورت اقتضا و کمک به مشتری در بیمه کردن کالا در چارچوب یک قرارداد بیمه.

تاریخی که کالا باید تسلیم شود، بیشتر اوقات در قرارداد مشخص شده است.

با وجود این، کنوانسیون در مواردی که تاریخ تسلیم کالا در قرارداد مشخص نباشد یا اصولاً چنین تاریخی پیش‌بینی نشده باشد، ضوابطی را به شرح ماده ۳۳ پذیرفته است.

سرانجام، ماده ۳۴ شرایطی را پیش‌بینی می کند که تحت آن

شرایط، بایستی مدارک مربوط به کالا تحویل شود و عنداً لاقضاء تحویل مدارک مذکور نظریه تسلیم کالا است.

در اینجا نیز بایستی اهمیت عرف و عادت و رویه معمول به طرفین و همچنین اصل رعایت حُسن نیّت مورد توجه قرار گیرد (ماده ۷).

۲. مطابقت کالاها

دامنه شمول عملی این مقررات قابل ملاحظه است.^{۱۸} درواقع، تجربه نشان می‌دهد که بیشتر اختلافات در موضوع بيع از اعتراضاتی که در مورد مطابقت کالا در مقایسه با آنچه که در قرارداد پیش‌بینی شده است، ناشی می‌شود.

حقوقهای ملی با این مسئله به طرق مختلف برخورد می‌کنند:

- گاه به مفهوم تعهد تضمین شده بایع که غالباً بوسیله اعمال مختلف ضمانت اجرا پیدا می‌کند، متولّ می‌شوند.
- گاه به مفهوم کلی عدم اجرای قرارداد که غالباً وابسته به تعهد مربوط به تحویل کالا است، تمسّک می‌جویند.

کتوانسیون یک روش بسیار عملی را پذیرفته و بخشی کامل متشکّل از ۱۰ ماده را که موجد رژیم حقوقی واحد، مرتبط و کاملی گردیده به این مسئله اختصاص داده است؛ رژیمی که فروشنده را مجبور می‌کند به تعهدات خود طوری عمل کند که کالای تسلیم شده:

- با آنچه در قرارداد پیش‌بینی شده است مطابقت داشته باشد (ماده ۳۵)؛

- مصون از هر «عیب حقوقی» [هرگونه حق یا ادعای شخص

۱۸. مراجعه شود به تفسیر Jacques Ghustin در مطابقت و تضمین در بيع، صص ۲۱۹-۲۲۸، (۱۹۸۳)، L.G.D.J.)

ثالث] باشد (مواد ۴۱ و ۴۲).

مواد ۳۵ و ۳۶ تعهدات مشتری را از لحاظ کیفیت کالا تعریف می‌کنند.

مواد ۳۷ تا ۴۰ نحوه اقداماتی را که بایستی در صورت نقصان یا عدم انطباق کالا انجام داد، تعیین کرده‌اند.

مواد ۴۱ تا ۴۳ به موضوع عدم انطباق حقوقی کالا (ادعای مربوط به مالکیت شخص ثالث، که شامل حقوق ناشی از مالکیت معنوی نیز می‌شود) پرداخته‌اند.

سرانجام، ماده ۴۴ مکانیسم سختگیرانه در مورد مشتری را که در صورت عدم انطباق کالا استفاده او را از حقوق خود منوط به اعلام رسمی مراتب به بایع نموده است، در بعضی موارد تعدیل می‌کند.

● اول. عدم انطباق مادی کالا:

یک - تعریف.

مطابقت کالای تسلیم شده با آنچه که در قرارداد پیش‌بینی گردیده است، در رابطه با کیفیت، کمیت، وصف و نیز بسته‌بندی یا ظرف‌بندی کالا تعریف شده است.

مفهوم کیفیت بایستی با توجه به نحوه استفاده‌ای که معمولاً از آن نوع کالا عمل می‌آید^{۱۹} و عندالاقتضاء با توجه به استفاده‌های خاصی که ممکن است به اطلاع بایع در زمان انعقاد قرارداد رسیده باشد، مورد ارزیابی قرار گیرد.^{۲۰}

۱۹. مراجعت شود به ماده ۲-۳۱۴ قانون تجارت متحده ایالت متحده امریکا، بند C.

۲۰. تحت این عنوان اختلافات زیادی در تجارت بین‌المللی ناشی از عدم مطابقت کالا با توجه به قوانین کشور مشتری، مخصوصاً در مورد قواعد مربوط به امنیت و بهداشت عمومی، بوجود می‌آید.

علاوه بر آن، کالا بایستی مطابق با نمونه یا مدلی باشد که احتمالاً از قبل به مشتری ارائه شده است.

سرانجام، بسته‌بندی یا ظرف‌بندی صریحاً در ارزیابی مطابقت کالا گنجانیده شده است که این خود یک نوآوری قابل توجیه با توجه به تحول شرایط تجاری شدن کالاهای تولیدی است. درواقع، بهموجب ماده ۳۵، کالای تسلیم شده منطبق با قرارداد محسوب نمی‌شود مگر اینکه به ترتیب متعارف، یا درصورتی که ترتیب متعارفی موجود نباشد، به نحوی که بقا و سلامت کالا تأمین شود، در ظرف گنجانیده یا بسته‌بندی شده باشد.

دو - شرایط تحمیل ضمانتهای اجرائی.

تنها تحقق عدم انطباق کالا، و مستقل از هر خطای دیگر بایع، بهموجب رژیمی که نزدیک به رژیم تضمین است، موجد حق جبران خسارت برای مشتری می‌شود.

اجرای این حق جبران خسارت، با وجود این، مستلزم تحقق شرایط زیر است:

اولاً، عدم انطباقی که قبلاً تعریف شد، درصورتی که مشتری در زمان انعقاد قرارداد از عدم انطباق مذکور آگاه بوده یا نمی‌توانسته از آن بی‌اطلاع باشد، تحقق پیدا نمی‌کند (بند ۳ ماده ۳۵).

این قاعده با قاعدة تعریف مطابقت کالای تسلیم شده با آنچه که در قرارداد پیش‌بینی شده بود، و نیز با اصل حُسن نیت، ارتباط پیدا می‌کند.

ثانیاً، عدم انطباق نمی‌تواند مورد استناد قرار گیرد مگر اینکه قبل از زمان انتقال ریسک به مشتری وجود داشته باشد.

این نفس عدم انطباق کالا است که به حساب می‌آید، هر چند که عدم انطباق پس از آن زمان آشکار شود.

این راه حل نظیر راه حلی است که در حقوق فرانسه در موضوع

عیوب مخفی وجود دارد.

خطّمشی شورای بازار مشترک دربارهٔ مسئولیت ناشی از تولیدات نیز راه حلی از همین نوع را نسبت به زمان انتقال کالای تولید شده پذیرفته است.

ثالثاً، بجز در موردی که بایع سوء‌نیت داشته باشد (مادهٔ ۴۰)، مشتری نمی‌تواند به عدم مطابقت استناد کند، مگر با ملاحظاتی و رعایت مواعدهٔ چند:

- مشتری باید با توجه به اوضاع و احوال، در ظرف کوتاه‌ترین مدت ممکن کالا را بازرسی یا موجبات بازرسی را فراهم کند و اگر قرارداد متضمن حمل کالا یا حملهای مجدد باشد، امر بازرسی می‌تواند تا وصول کالا به تعویق افتد.

- مشتری باید ظرف مدت متعارفی پس از اینکه عدم انطباق کالا را کشف کرد یا می‌بایستی کشف می‌کرد، مراتب را به بایع اعلام نماید. باوجود این (به موجب مادهٔ ۴۴)، مشتری می‌تواند حق تقلیل ثمن یا مطالبهٔ خسارت را برای خود حفظ کند به شرط اینکه «عذر موجّهی» برای عدم اعلام داشته باشد.

به‌هر حال، اگر مشتری حدّاً کثر ظرف مدت دو سال از تاریخی که کالا عملاً به او تحویل شده است، عدم انطباق را به بایع اعلام نکند، حق او در استناد به عدم انطباق ساقط می‌شود (مادهٔ ۳۹).

اهمیت قابل ملاحظه این قاعده موجب می‌شود که بحث بیشتری در مورد آن بعمل آید.

مفاد این قاعده بوضوح به این معنا است که در مورد فقدان مقرّرات قراردادی مغایر، هیچ دعوای ناشی از عدم انطباق کالا - مخصوصاً دعوای راجع به عیوب مخفی به‌طور مثال - نمی‌تواند وقتی که دو سال از تاریخ تسلیم کالا گذشته باشد علیه بایع طرح شود. این مهلت دو ساله، یک مهلت متحدد‌الشکل است که به‌هر حال در مورد کالای موضوع قرارداد - خواه ماست باشد یا لکوموتیو - صادق

است و اگر قاعدهٔ فوق متضمن این خطر باشد که صادرکنندگان میوه و سبزیجات را نسبتاً بی تفاوت نماید، در عوض، برای فروشنده‌گان کالاهای صنعتی -به ویژه وسایل سنگین- جاذبهٔ قابل ملاحظه‌ای دارد؛ وسایل مذکور پس از گذشت دو سال از تاریخ تحویل کالا از هر تضمینی راجع به خسارات احتمالی ناشی از نقصان، عدم انطباق یا عیوبی که در تاریخ انتقال ریسک وجود داشته است، معاف خواهد بود (البته، ضمن توجه به این مطلب که خسارات ناشی از صدمات بدنی از قلمرو شمول مقررات کنوانسیون خارج آند) و زمان آشکار شدن آنها مؤثر در مقام نیست.

اجرای این قاعده می‌تواند منجر به نتایج شگفت‌آوری شود، زیرا در مورد واردات ناشی از بیعهای متوالی، بایع ثانوی که تابع حقوق داخلی است مکلف است تضمینهای بیشتر و طولانی‌تر از آنچه که می‌تواند علیه فروشندۀ خارجی به آنها استناد کند بسپارد، البته به شرط اینکه قرارداد مشمول کنوانسیون باشد.

البته، اجرای احتمالی حقوق خارجی نیز وقتی که کنوانسیون قابل اجرا نباشد، می‌تواند موجب پیچیدگیهای مشابه شود.

در عمل، رژیم و مدت تضمین، مکرراً موضوع مقررات مخصوص واقع و غالباً در شرایط عمومی بیع گنجانیده می‌شود. بدیهی است این مقررات قراردادی با توجه به مادهٔ ۶ بر مقررات کنوانسیون اولویّت خواهند داشت و می‌توانند قلمرو تضمینها را در مقایسه با مقررات کنوانسیون گسترش داده یا محدود سازند.

با وجود این، مشکلاتی را نیز می‌توان درخصوص مورد پیش‌بینی کرد، چون قلمرو شمول مفهوم عدم انطباق به طور محسوس وسیع‌تر از قلمرو شمول تضمینهای مطروحه در قرارداد است.

بدین ترتیب، بعضی تضمینهای خاص می‌توانند موضوع یک نظام قراردادی باشند -رد تضمین، قائل شدن محدودیت زمانی کمتر از دو سال، یا بر عکس، پذیرفتن مدتی بیشتر از مهلت پیش‌بینی شده در

کنوانسیون- در این صورت، کنوانسیون در مورد رژیم عدم انطباق بجز در قراردادهایی که مشمول مقررات خاص نیستند، اجرا خواهد شد.
رابعاً، اگر بایع سوء‌نیت داشته باشد، به عبارت دیگر، اگر عدم انطباق کالا مستند به عمل او باشد و اگر مشتری را از عدم انطباق کالا بموقع آگاه نکرده باشد، نمی‌توان به علت عدم بازرگانی کالا در مهلت تعیین شده و یا اعلام نکردن عدم انطباق، مخصوصاً در انقضای مهلت دو ساله از تاریخ تحويل کالا، به مشتری ایراد گرفت.

این قاعده می‌تواند به عنوان یک ضمانت اجرای واقعی تلقی شود که کنوانسیون در موارد نقض تعهد کلی حسن نیت که طرفین ملزم به رعایت آن هستند به آنها تحمیل می‌کند، و به موجب آن بایع باید مشتری را از عواملی که ممکن است مطابقت کالا را از بین ببرد، آگاه سازد. قلمرو اجرای عملی ممکن است با توجه به مفهوم نسبتاً وسیع عدم انطباق کالا که به طور محسوسی گسترده‌تر از تضمینهای قانونی معمولی است، وسیع‌تر از آن باشد که در ابتدا به نظر می‌رسید.

● دوم. عدم انطباق حقوقی: حقوق و ادعاهای اشخاص ثالث:

یک - تعریف.

به موازات لزوم انطباق مادی کالا، مواد ۴۱ و ۴۲ بایع را ملزم می‌سازند که کالا را بدون آنچه که می‌توان آنها را «عيوب حقوقی» نامید به مشتری تسلیم نماید و عیوب مذکور با توجه به مواد ۴۱ و ۴۲ به دو نوع تقسیم می‌شوند:

اولاً، «حقوق و ادعاهای اشخاص ثالث» (ماده ۴۱) نظیر حق مالکیت، حق در اختیار داشتن مال غیر مثل رهن.

حقوق و ادعاهای مذکور موجب عدم انطباق کالای تسلیم شده با آنچه که در قرارداد پیش‌بینی گردیده است، می‌شوند، به شرط اینکه هنگام انعقاد قرارداد مشتری اطلاعی درخصوص مورد نداشته باشد.

درست نظیر آنچه که در مورد عدم انطباق مادی کالا گفته شد.
ثانیاً، حقوق و ادعاهای اشخاص ثالث ناشی از مالکیت صنعتی
(ماده ۴۲).

نظام تضمین در این مورد بیشتر محدود کننده است، یا به عبارت دیگر، بیشتر به نفع بایع است:

- فروشنده در صورتی ضامن است که از ادعاهای فوق الذکر آگاهی قبلی داشته باشد؛

- تضمین در مورد حقوق و ادعاهای موصوف براساس قانون کشوری است که طرفین برای فروش مجدد کالا یا استفاده از کالا در نظر گرفته‌اند، و در صورت عدم پیش‌بینی کشور معین، براساس قانون کشور محل استقرار مشتری خواهد بود؛

- در صورتی که حقوق و ادعاهای اشخاص ثالث ناشی از تبعیت بایع از نقشه‌های فنی مشخص تهیه شده بوسیله مشتری باشد، بایع ضامن نخواهد بود.

دو - شرایط بکار بستن ضمانتهای اجرا.

نظام بکار بستن ضمانتهای اجرا نظیر نظامی است که در مورد عدم انطباق مادی کالا گفته شد، با این اختلاف که در اینجا دیگر محدودیتی از نقطه نظر زمانی نظیر مهلت دو ساله‌ای که در بند ۲ ماده ۳۹ پیش‌بینی شده بود، وجود ندارد.

سه - ضمانت اجرای تعهدات بایع.

سیستم ضمانتهای عدم اجرای کامل یا جزئی تعهدات بایع در اطراف این طرز تفکر دور می‌زند که به موجب آن بایستی هر کاری انجام داد تا قرارداد اعتبار خود را حفظ کند.

کنوانسیون، در واقع، محرك طرفین قرارداد در فائق آمدن بر مشکلات فیما بین است، با این هدف که نهایتاً کالا به مشتری تسلیم

شود و مورد قبول او قرار گیرد.

به این ترتیب که ماده ۴۸ به بایع اجازه می‌دهد، تحت شرایطی، حتی بعد از تسلیم کالا، به هزینه خود قصور ناشی از عدم انطباق کالا را جبران نماید و مهلت اضافی برای ایفای تعهدات مربوط پیشنهاد کند.

بدین منوال، با یک تناسب منطقی، راه حل‌های متعدد و متنوعی به منظور تشویق مشتری به رسیدن به توافق با بایعی که در موضع ضعف قرار دارد، ارائه شده است تا مشتری از توسّل به راه حل نهائی که همان ابطال قرارداد باشد، منصرف گردد.

با پیروی از این منطق، لازم است که تجزیه و تحلیلی درباره اصطلاح معنی‌داری که در عنوان مبحث ۲ بخش ۳ کتوانسیون تحت عنوان «جبران خسارات ناشی از نقض قرارداد توسط بایع» بکار رفته است، بعمل آید.

ابتدا باید خاطرنشان شود که در هر صورت، هر راهی که مشتری از بین راه حل‌هایی که متعاقباً به آنها اشاره خواهد شد انتخاب کند، حق مطالبه جبران خسارت را در صورت اثبات ضرر و زیان واردۀ خواهد داشت، حتی اگر قرارداد را قبول و اجرا نماید (قسمت «ب» بند ۱ ماده ۴۱).*

اولًا، اجرای اجباری عین تعهد [رجوع به محکمه].

این امکان که بهموجب ماده ۴۶ مورد تأیید قرار گرفته باعث بروز مشکلات خاصی می‌شود که در ماده ۲۸ منعکس شده است.

ماده ۴۶، در واقع، از اجرای قرارداد که ممکن است از طریق تقاضا خواسته شود یا برای اجرای تعهد به فروشنده اخطار شود، فراتر می‌رود. ماده مذکور، در حقیقت، ناظر به مراجعه به دادگاه بهمنظور گرفتن حکمی است که ضمانت اجرای آن توسط مقامهای عمومی

* قسمت «ب» بند ۱ ماده ۴۵ صحیح است.

تضمين شده است. اين همان قاعده‌اي است که در سیستم کامن لو به «اجrai عین قرارداد» (specific performance) معروف است. قاعده ماهوي با آئين دادرسي طرق اجرا پيوند می خورد و واضح است وقتی که در قواعد شکلي يا سیستم حقوقی اين نوع ضمانت اجرا به اين دليل، که اجرای اجباری عین تعهد را نمي پذيرد و موافق اجرای متعادل است، وجود نداشته باشد، سیستم مذكور خود را در موقعیتی خواهد دید که عمل قادر به اجرای مقررات موضوع ماده ۴۶ نخواهد بود.

به اين دليل است که ماده ۲۸ آثار ماده ۴۶ را با ارجاع غيرمعارف به قانون دادگاه مرجوعاليه محدود می سازد: در الواقع، ماده ۲۸ تصریح می کند که دادگاه مکلف به صدور حکم نسبت به اجرای عین تعهد نیست، مگر اينکه مطابق قانون متبع خود نسبت به قراردادهای بع مشابهی که مشمول مقررات کتوانسیون نیستند، حکم به اجرای عین تعهد دهد، و در الواقع، تنها در این حالت است که قاضی همه امکانات لازم را به منظور صدور و اجرای حکم در اختیار خواهد داشت.

ثانیاً، تعویض کالا.

مشتری نمی تواند از بایع تقاضای تسلیم بدل کالا را بنماید، مگر اينکه عدم انطباق، نقض اساسی قرارداد محسوب شود؛ مفهومی که در ماده ۲۵ کتوانسیون مندرج است و در زیر مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهد گرفت.

نقض اساسی دارای اين خصوصیت است که اجازه ابطال قرارداد را می دهد و برای اجتناب از ابطال و بالا بردن شанс اجرای قرارداد است که ماده ۴۶ امكان تسلیم بدل کالا را پیش بینی کرده است. اگر مشتری با استناد به حقوقی که بند ۲ ماده ۴۶ برایش قائل است برای گرفتن کالای جانشین به قاضی مراجعه کند، مقررات ماده ۲۸ قابل اجرا خواهد بود، زیرا این مراجعه به منظور اخذ حکم جهت اجرای عین تعهد صورت می گيرد.

ثالثاً، تعمیر کالا.

با استناد به بند ۳ ماده ۴۶ مشتری می‌تواند از بایع بخواهد که عدم انطباق را با تعمیر کالا جبران کند، مگراینکه چنین درخواستی با توجه به اوضاع و احوال، غیرمعقول باشد. تقاضای مذکور بدون توجه به اهمیت و طبیعت عدم انطباق قابل طرح است.

بدین ترتیب، این قاعده به مشتری اجازه می‌دهد که از بایع بخواهد تا علاوه بر تعمیرات مادی، مثلاً نسبت به فک‌رهن کالا یا آزاد کردن کالا از حقوقی که شخص ثالث براساس مالکیت صنعتی بر آن دارد، اقدام نماید.

رابعاً، مهلت اضافی.

ماده ۴۷ به مشتری اجازه می‌دهد که به بایع یک مهلت اضافی برای اجرای تعهداتش اعطای کند.

این قاعده که در بسیاری از نظامهای حقوقی بی‌سابقه می‌باشد از حقوق آلمان (Nachfrist) اقتباس گردیده است.

در مهلت مشخص و معقولی که بدین ترتیب به بایع داده می‌شود، مشتری دیگر نمی‌تواند به هیچیک از طرق جبران خسارت (به طور مثال، ابطال یا اجبار بایع به اجرای تعهد از طریق رجوع به محکمه) متولّ شود. با وجود این، مشتری از هیچیک از حقوقی که ممکن است در مورد مطالبه خسارت ناشی از تأخیر در ایفای تعهد داشته باشد، محروم نخواهد شد.

سادساً، تقلیل ثمن.^{۲۱}

به موجب ماده ۵۰ در صورتی که کالای تسلیم شده منطبق با قرارداد نباشد، مشتری می‌تواند به طور یکجانبه «نسبت به تفاوت ارزش کالای تسلیم شده در روز تسلیم و ارزشی که کالای منطبق با قرارداد در

۲۱. مکانیسم تقلیل ثمن در بعضی از حرف وجود دارد. به ماده ۳۵ قواعد و عرف معمول در تجارت بین کشورهای اروپائی در مورد سیب زمینی معروف به «قانون Rucip» مراجعه شود.

روز تسلیم دارا است» ثمن را تقلیل دهد.

این امکان تقلیل یکجانبهٔ ثمن توسط مشتری بیشتر از این جهت عجیب است که به‌هیچوجه محدود به خسارات ناشی از عدم انطباق نمی‌شود و علاوه بر آن امکان مطالبهٔ خسارت، در صورت ورود خسارت اضافی، وجود دارد. بند ۲ مادهٔ ۴۵ جای هیچگونه تردیدی در این مورد باقی نمی‌گذارد.

نحوهٔ تعیین میزان تقلیل ثمن که از طریق محاسبه انجام و در زمان تسلیم ارزیابی می‌شود، در صورتی می‌تواند به یک نتیجهٔ دقیق برسد که کالا ارزش مشخصی داشته باشد. مبلغی که پس از محاسبه بدست می‌آید ممکن است به‌طور محسوس متفاوت از مبلغی باشد که تحت عنوان جبران خسارت، با اجرای ضوابط مختلف مندرج در مادهٔ ۷۴، برآورده شود.

در این صورت، مشتری نفعش در این خواهد بود تا در مورد امکانی که مادهٔ ۵۰ در اختیارش می‌گذارد بدقت توجه کند؛ چون امکان تقلیل ثمن در بعضی موارد می‌تواند بیش از سایر طرق جبران خساراتی که کتوانسیون پیش‌بینی کرده است منافع او را تضمین کند و با این خواهد توانست مانعی در راه اجرای این مکانیسم، بجز توسل به اقداماتی که در مواد ۳۷ و ۴۸ برای جبران نقص بیع پیش‌بینی شده است، ایجاد کند.

سابعاً، فسخ قرارداد.

فسخ قرارداد به عنوان راه حل نهائی در اختیار مشتری ناراضی قرار داده شده است. کتوانسیون فسخ را، جز در موارد محدود، نمی‌پذیرد. فسخ باید بدؤاً بموقع اعلام شود؛ مشتری حق خود را در اعلام فسخ قرارداد، در صورتی که در ظرف مدت معقولی اعلام فسخ نکند، از دست می‌دهد.

اشارة به یک «مدت معقول» (بند ۲ مادهٔ ۴۹) از یک سو با انعطاف همراه است اما، از سوی دیگر، موجب نوعی عدم قاطعیت می‌شود.

ضمانت اجرا یعنی از دست دادن حقّ اعلام فسخ پس از مدت موصوف سختگیرانه است، اما به مشتری امکان می‌دهد که در صورت اقتضا از راههای دیگر جبران خسارت - که قبلاً درباره آنها صحبت شد - استفاده کند، به شرط اینکه امکان جبران خسارت از راههای مذکور وجود داشته باشد.

فسخ علاوه بر این متضمن خطری برای مشتری است، زیرا به عهده اوست که ابتکار عمل را بدست گیرد و فسخ قرارداد را اعلام نماید و اعلام فسخ بمحض بند ۱ ماده ۴۹ فقط در دو مورد امکان پذیر است:

- حالت اول: در صورتی که عدم ایفای هر یک از تعهدات بایع تخلف سنگین از قرارداد محسوب شود.
تخلف سنگین در ماده ۲۵ کنوانسیون بقدرتی مبهم تعریف شده است که احتیاط ایجاب می‌کند تا عین متن ماده مذکور ذیلاً آورده شود:

«تخلف از قرارداد توسط یکی از طرفین هنگامی تخلف سنگین محسوب می‌شود که منجر به ورود چنان خسارتی به طرف دیگر گردد که او را از آنچه استحقاق انتظار آن را بمحض قرارداد داشته است اساساً محروم کند، مگر اینکه طرفی که مبادرت به نقض قرارداد نموده است چنین نتیجه‌ای را پیش‌بینی نمی‌کرده و یک فرد متعارف همانند او نیز در اوضاع و احوالی مشابه، نمی‌توانسته است آن امر را پیش‌بینی کند.»^{۲۲}

تعریف تخلف سنگین یکی از نکاتی بوده که در طول ده سال

۲۲. در متن اصلی نوشته شده بود: «نمی‌توانسته است آن امر را پیش‌بینی کند». هیئت نمایندگی فرانسه در کنفرانس وین تقاضای تصحیح اثباته نحوی مندرج در این ماده را نمود و به این مطلب نیز در صور تجلیات توجه گردید، اما در تصحیح آن مسامحه شد و استعمال ناصحیح زمان شرطی بغلط در اعلامیة نهائی کنفرانس باقی ماند.

کارهای مقدماتی مورد بیشترین بحث و مذاکره قرار گرفته است. با تأسیف باید اذعان کرد تعریفی که نهایتاً پس از تجدیدنظر مورد قبول کنفرانس وین واقع شده نه جامع‌ترین و نه فصیح‌ترین تعریف در میان سایر تعاریف مبهم ارائه شده بوده است.

از نزدیکی معانی کلمات «substantiellement» و «éssentielle» تصوّر استعمال مکرّر کلمات متراffد به ذهن خطور می‌کند. واقعیّت این است که تعریف کامل‌روشن نیست بجز آنکه حاوی ایدهٔ ورود خسارت مهم درنتیجهٔ نقض قرارداد است و به محق بودن طرف خسارت دیده به آنچه که استحقاق انتظار آن را بهموجب قرارداد داشته و همچنین به قابلیّت پیش‌بینی ورود خسارت از جانب طرفی که به تخلف مبادرت کرده است و اهمیّت نتایج زیانبار حاصله از تخلف، اشاره دارد.

اینها ایده‌های راهنمای مندرج در مادهٔ فوق هستند که بایستی در هر مورد عینی، اساسی بودن تخلف را مشخص کنند، نه از طریق تفسیر تحلیلی متون؛ تفسیری که به علت تنوع زبانهای بکار گرفته شده در کنوانسیون عیّت به نظر می‌رسد.

همه چیز اجازهٔ قبول این طرز‌تفکّر را می‌دهد که این مفهوم به ترتیبی که گفته شد بسیار واضح‌تر به نظر می‌رسد تا تعریف مجرد مادهٔ ۲۵، و عدم قاطعیّتها فقط به چند مورد خاص محدود می‌شوند. این به‌عهدهٔ مفسران کنوانسیون است که حد آن را در محدودهٔ تعیین شده بوسیلهٔ مادهٔ ۷ ترسیم و مشخص کنند.

- حالت دوم: بر عکس حالت قبل، حالت دوم به صورتی کامل‌واضح در قسمت «ب» بند ۱ مادهٔ ۴۹ مشخص شده است: در صورت عدم تسلیم کالا، هرگاه بایع ظرف مدت اضافی که مطابق بند ۱ مادهٔ ۴۷ توسعه مشتری تعیین شده است کالا را تسلیم نکند یا اعلام دارد که ظرف مدت مزبور کالا را تسلیم نخواهد کرد، مشتری می‌تواند قرارداد را فسخ اعلام نماید.

می‌توان از این مادهٔ چنین نتیجهٔ گرفت که تنها عدم تسلیم کالا

در مذکور مقرر به خودی خود تخلف سنگین از قرارداد تلقی نمی‌شود: این، درواقع، می‌تواند یک تأخیر ساده در تسليم کالا باشد که با توجه به اوضاع و احوال لزوماً موجب ورود «چنان خسارتی که موجب محرومیت مشتری از آنچه استحقاق انتظار آن را به موجب قرارداد داشته است»، نمی‌گردد.

همه‌چیز بستگی به اوضاع و احوال در هر مورد خاص دارد. مشتری که کالا به او تسليم نشده توجه خواهد داشت که بهتر است در مواردی که تردید دارد، درصورت امکان، بهمنظور پایان دادن به هر اعتراض، مهلتی اضافی به بایع بدهد.

ب. تعهّدات مشتری

تعهّدات مشتری که ساده‌تر از تعهّدات بایع هستند، با روشهای نسبتاً کلاسیک در کنوانسیون مورد بحث قرار گرفته‌اند.

تعهّدات مزبور که موضوع مبحث سوم کنوانسیون هستند به همان صورت تعهّدات بایع که در مبحث دوم ملاحظه گردید، تنظیم شده‌اند.

این تعهّدات به صورتی کلی در ماده ۵۳ کنوانسیون اعلام شده‌اند:

«مشتری مکلف است به ترتیب مقرر در قرارداد و این کنوانسیون ثمن کالا را تأديه و کالا را قبض نماید.»

۱. تأديه ثمن

معمولًاً ثمن در قرارداد بوسیله طرفین معین شده است. ثمن یک عنصر اساسی قرارداد بیع بوده و البته تأديه آن تعهد اصلی مشتری است.

تأدیه ثمن که در نظریه حقوقی عملی نسبتاً ساده تلقی می‌شود، در کنوانسیون، به منظور توجه بیشتر به واقعیت‌های عملی تجارت بین‌المللی، مورد شرح و بسط قرار گرفته است.

● اول. اقدامات و تشریفات مربوط به تأدیه ثمن:

به موجب ماده ۵۴ کنوانسیون، تعهدات مشتری در مورد تأدیه ثمن، شامل اقدامات و رعایت تشریفاتی است که حسب قرارداد یا هر نوع قانون و مقررات دیگر، برای امکان تأدیه ثمن لازم دانسته شود. این اقدامات و تشریفات می‌تواند به طور مثال تشریفات لازم برای باز کردن اعتبار اسنادی یا برای دادن ضمان‌نامه بانکی و یا بالاخره اجرای اقدامات لازم برای تبدیل اسکناس، با توجه به مقررات مربوط به کنترل تعویض پول، باشد.

این قاعده از این جهت که اجرای تشریفات را جزء لاینفک تعهدات اصلی مشتری می‌داند، جالب است. به عبارت دیگر، مشتری که از کالای تحویل شده راضی نیست ترجیح می‌دهد از تأدیه ثمن خودداری کند، و در نتیجه، به بایع این امکان را می‌دهد که در صورت عدم اجرای تعهدات از جانب مشتری، از تمام حقوقی که دارد استفاده کند.

● دوم. تعیین ثمن:

این مسئله در طول سالها موجب تفرقه هیئت‌های نمایندگی شرکت‌کننده در کارهای مقدماتی شده بود، چنانکه در خود کنفرانس وین نیز این تفرقه وجود داشت. قاعده‌ای که در نهایت امر به صورت ماده ۵۵ پذیرفته شده به شرح زیر انشاء شده است:

«هرگاه قراردادی به نحو صحیح منعقد شده باشد، ولی ثمن به طور صریح یا ضمنی تعیین نگردیده یا ضوابطی جهت تعیین ثمن پیش‌بینی نشده باشد، درصورت فقدان دلیل مخالف، چنین فرض می‌شود که متعاملین به‌طور ضمنی ثمنی را که در زمان انعقاد قرارداد برای فروش این قبیل کالا در اوضاع و احوال مشابه در نوع تجارت مربوط رایج بوده است، درنظر داشته‌اند.»

در یک چنین مقرراتی فرض بر این است که، حداقل در بعضی موارد، قرارداد بیع می‌تواند منعقد شود بدون اینکه ثمن توسط طرفین تعیین شده باشد؛ موردی که در بعضی نظامهای حقوقی بهویژه در کامن لو پذیرفته شده است^{۲۳} اما دیگر سیستمهای حقوقی آن را نپذیرفته‌اند، مخصوصاً کشورهای سوسیالیست و قانون مدنی فرانسه که تأکید می‌کند: «ثمن باید توسط طرفین تعیین و مشخص شده باشد».^{۲۴}.

قضیّه به‌خودی خود اثر چندانی ندارد، و بی‌شك کشورهای متعاهد می‌توانند بدون نگرانی از ورود خسارات احتمالی، رضایت به اعمال قاعده‌ای بدنهند که در جای دیگر بخوبی اجرا شده و می‌تواند در تجارت بین‌المللی مورد قبول و خواست سایرین باشد؛ ولی این درصورتی است که تناقض آشکار بین مواد ۱۴ و ۵۵ کنوانسیون وجود نداشته باشد.

درواقع، ماده ۱۴ در چارچوب انعقاد قرارداد بیع تصریح می‌کند که پیشنهاد انعقاد قرارداد درصورتی از نظر حقوقی ایجاب محسوب می‌شود که به‌اندازهٔ کافی مشخص باشد و یک پیشنهاد وقتی مشخص است که کالا را مشخص نماید و به نحو صریح یا ضمنی، مقدار کالا و ثمن را تعیین کند یا ضوابطی جهت تعیین آندو مقرر دارد.

۲۳. همچنین مراجعه شود به ماده ۲۱۲ قانون تعهدات سوئیس.
۲۴. ماده ۱۵۹۱.

حال، چطور می‌توان پذیرفت که ممکن است مواردی وجود داشته باشد که بهموجب ماده ۵۵ بیع بتواند «به طور صحیح منعقد شود بدون اینکه قیمت کالا در قرارداد به طور صریح یا ضمنی مشخص شده باشد»؟

این یک مشکل واقعی است.

این مشکل، درواقع، بیانگر تناوب مذاکرات و مشکلات مربوط به متدهای تنظیم و پذیرش معاهدات است که با رأی گیریهای متواالی می‌تواند به بعضی تضادها در منطق منجر شود. متون دو مادهٔ فوق الذکر بهمان صورتی است که شرح داده شد. اما لازم است باتوجه به تناقضهای موجود و بهمنظور سازش با یکدیگر، تا آنجا که ممکن است آنها را تفسیر نمود.

اولین راه حل عبارت از این است که با بهره‌گیری از جمله «به نحو صحیح منعقد شده باشد» مندرج در ابتدای ماده ۵۵، گفته شود که در اینجا مسئله اعتبار قرارداد مطرح است که بهموجب قسمت «الف» مادهٔ ۴ صریحاً خارج از قلمرو شمول مقررات کتوانسیون قرار دارد. بدین ترتیب، باتوجه به توضیح فوق، این قانون ملی قابل اجرا به موجب قواعد مربوط به تعارض قوانین است که در مرحله اول باید راجع به صحیح منعقد شدن بیع اظهارنظر کند و باتوجه به اوضاع و احوال مشخص سازد که آیا ماده ۵۵ قابل اجرا است یا خیر.

معذلك، این تفسیر که مسئله لزوم تعیین قبلی ثمن را از دایره شمول کتوانسیون خارج ساخته و آن را به اعتبار قرارداد ارتباط می‌دهد، با موارد زیر کمتر سازگار است:

- با مادهٔ ۱۴ که صریحاً این مسئله را در مبحث انعقاد قرارداد مورد بحث قرار می‌دهد و در نتیجه آن را داخل این طبقه می‌کند.

- با مادهٔ ۴ که مقررات کتوانسیون را دقیقاً ناظر بر انعقاد قرارداد بیع می‌داند و تصریح می‌کند که مقررات مذکور شامل اعتبار قرارداد نمی‌شود مگر «خلاف آن تصریح شده باشد».

به عبارت دیگر، اگر مسئله تعیین ثمن به حقوق ملی که به طور کلی ناظر بر اعتبار قرارداد است محول شده باشد، ماده ۱۴ بایستی در مبحث انعقاد قرارداد، یعنی مبحثی که صریحاً مشمول مقررات کنوانسیون است، به این مطلب پردازد.

معذک، این تفسیر کار را به بن بست نمی کشاند: همزیستی نزدیک بین ماده ۵۵ و ماده ۱۴ با ملاحظات زیر امکان پذیر است.

می توان قبل از هر چیز، حداقل در تئوری، پنداشت که طرفین صریحاً یا به طور ضمنی اجرای ماده ۱۴ را رد کرده اند: قرارداد، در این صورت، علی رغم ماده فوق به طور صحیح منعقد شده است.

فرضیهٔ واقع بینانه‌تر فرضیه‌ای است که به موجب آن با اجرای ماده ۹، قرارداد به طور صحیح بدون رعایت ماده ۱۴ منعقد گردد. به موجب بند ۲ ماده ۹ فرض بر این است که طرفین رویه‌های معمول به فی‌مایین یا عرف و عادات مورد توافق و یا عرف و عاداتی را که به طور وسیع در تجارت بین‌المللی کاملاً شناخته شده و به طور منظم در آن نوع تجارت خاص مراعات می‌شود، حاکم بر قرارداد ساخته‌اند.

این احالة به عرف و عادت بایستی در عمل اجازه دهد که ماده ۵۵ در بسیاری از موارد قابل اجرا باشد؛ مواردی که اجرای ماده مذکور، با توجه به متن، قابل توجیه خواهد بود.

سرانجام - این کامل ترین طرز اجرا است - فراموش نکنیم که ماده ۹۲ کنوانسیون به کشورهایی که مایل باشند اجازه می‌دهد تا از طریق صدور اعلامیه، اجرای فصل دوم کنوانسیون را که ماده ۱۴ نیز در آن گنجانیده شده است، رد کنند.

بنابراین، تا آنجا که به کشورها مربوط می‌شود، این قانون ملی قابل اجرا است که معین خواهد کرد آیا به موجب ماده ۵۵، قرارداد صحیح منعقد شده است یا خیر، هر چند که ثمن معین نشده باشد.

اینها مشکلاتی هستند که می‌توانند در اجرای این مقررات خودنمایی کنند؛ مقرراتی که، در واقع، بیشتر ناشی از دوگانگی مفاهیم

است تا یک توافق واقعی.

● سوم. محل تأدیه ثمن:

بیشتر اوقات محل تأدیه ثمن در قرارداد مشخص شده است. ماده ۵۷ به اصل خصوصیت عملی تأدیه ثمن در محل تجارت بایع توجه دارد: مشتری باید در محل تجارت بایع ثمن را تأدیه کند. در صورت وجود چند محل تجارت، ماده ۱۰ محل مورد نظر را تعیین کرده است.

با این حال، در صورتی که تأدیه ثمن منوط به تسلیم کالا یا اسناد باشد، باید آن را در محل تسلیم کالا یا اسناد تأدیه کرد.

● چهارم. تاریخ تأدیه ثمن:

در این مورد نیز بندرت اتفاق می‌افتد که قرارداد ساكت باشد. راه حل‌های پذیرفته شده توسط کنوانسیون (مواد ۵۸ و ۵۹) همان راه حل‌هایی هستند که طرفین غالباً در قرارداد پیش‌بینی می‌کنند. یک رابطه بین تسلیم کالا یا اسناد و تأدیه ثمن وجود دارد. این عناصر، در اصل، با هم مقارن‌اند و ممکن است انجام یکی موكول به انجام دیگری باشد. هرگاه قرارداد متضمن حمل کالا باشد، بایع می‌تواند کالا را با قید این شرط که تسلیم کالا یا اسناد موكول به تأدیه ثمن خواهد بود، ارسال نماید.

علاوه بر این، به موجب بند ۳ ماده ۵۸ - و البته همیشه تحت عنوان مقررات متمم - در موردی که طرفین هیچ شرطی از این نقطه نظر نکرده باشند، مشتری علی‌الاصول ملزم به تأدیه ثمن قبل از امکان بازرسی کالا نیست.

در واقع، این قاعده هرچند که از عقل سليم سرچشمه می‌گيرد،

اماً دامنه شمول عملی آن به اندازه کافی محدود به نظر می‌رسد؛ زیرا در بسیاری موارد، مقررات قراردادی مربوط به چگونگی تسلیم کالا و تأدیه ثمن، الزامی خواهد بود.

سرانجام، ماده ۵۹ تصریح می‌کند که مشتری مکلف است ثمن را در موعد مقرر، بدون اینکه مستلزم تقاضا یا رعایت تشریفاتی از ناحیه بایع باشد، تأدیه نماید. این تاریخ، تاریخ شروع احتساب بهره پیش‌بینی شده در ماده ۷۸ در صورت تأخیر تأدیه است. چنین مقرراتی دارای دامنه شمول عملی است، زیرا مقررات مذکور مطالبه حال تعهد مدت‌دار را که در بعضی از سیستمهای حقوقی وجود دارد، رد کرده است.

۲. قرض کالا

این بخش تنها شامل یک ماده است: ماده ۶۰.
مشتری باید در صورت اقتضا کلیه اقدامات مادی و حقوقی را به منظور قادر ساختن بایع بر تسلیم انجام دهد و همچنین کالا را قبض نماید.

اقداماتی که مشتری مکلف به انجام آنها است نسبتاً کاهش یافته‌اند بجز در مواردی که مشتری باید ترتیب حمل کالا را بدهد (فروش به صورت FOB) یا فروش به صورت تحويل کالا در کارخانه، یا در مواردی که تعیین مشخصات کالا به عهده مشتری است (ماده ۶۵).

۳. تعهد بازرگانی کالا

علاوه بر تعهدات فوق الذکر - که در مبحث مربوط اعلام شده است - مشتری باید همچنین به موجب ماده ۳۸ که به صورتی کلی نوشته شده است، «ظرف کوتاه‌ترین مدتی که با توجه به اوضاع و احوال عملاً ممکن است، کالا را بازرگانی یا موجبات بازرگانی آنها را فراهم کند».

این بازرسی می‌تواند در صورتی که قرارداد متضمن حمل کالا یا ارسال مجدد آن به مقصد دیگر باشد، به صور مختلف انجام گیرد.

الزام مشتری به بازرسی از جهت انطباق کالا پیش‌بینی شده و مسلماً به همین دلیل است که اهمیت بسیار دارد. با وجود این، همین که به صورت مقررات کلی انشاء شده است، می‌توان چنین نتیجه گرفت که امکان دارد آثاری فراتر از اختلافات ناشی از عدم انطباق کالا ایجاد کند. می‌توان، در حقیقت، تصور کرد که امکان دارد عدم ایفای تعهد در مورد بازرسی کالا موجب خسارت بایع شود؛ مثلاً در موردی که بتوان از خرابی تدریجی تمامی یک محموله یا قسمتی از آن با بازرسی و انجام اقدامات مقتضی جلوگیری کرد.

با این حال، در رابطه با عدم انطباق کالا است که تعهد مشتری در مورد بازرسی کالا آثار اصلی خود را ایجاد می‌کند و در چارچوب این مقررات، تعهد مذکور بایستی مورد تجزیه و تحلیل قرار گیرد.

۴. ضمانت اجرای تعهدات مشتری

ضمانت اجرای خاص در مورد تعهدات مشتری در مواد ۶۱ تا ۶۵ بخش سوم تحت عنوان «جبران خسارات ناشی از تخلف نسبت به قرارداد بوسیله مشتری» پیش‌بینی شده است.

این ضمانت اجرا کاملاً مشابه ضمانت اجرائی است که در مورد تعهدات بایع پیش‌بینی شده بود و نحوه نگارش ماده ۶۱ عیناً نظیر ماده ۴۵ است.

بایع همیشه می‌تواند به صورتی که در مواد ۷۴ تا ۷۷ مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهد گرفت، تقاضای جبران خسارت نماید.

[در صورت توسل بایع به یکی از راههای جبران خسارت ناشی از تخلف نسبت به قرارداد] امکان اعطای یک مهلت اضافی به مشتری از طریق قاضی یا داور در شده است. در عمل، این قاعدة مهمی است که

بهمنظور جدی تر گرفتن تعهدات در تجارت بین المللی، باتوجه به عدم قاطعیت ناشی از چندگانگی نظامهای حقوقی و قضائی که ممکن است درخصوص مورد دخالت داده شوند، پیش‌بینی شده است. اعطای مهلت تنها با رضایت بایع، در شرایط مخصوصی که بعداً مورد تجزیه و تحلیل واقع خواهد شد، امکان‌پذیر است.

امکانات خاصی در مواد ۶۲ تا ۶۵ در اختیار بایع گذاشته شده است که عبارتند از: اجرای اجباری قرارداد [رجوع به محکمه]، حق اعطای یک مهلت اضافی، حق اعلام فسخ قرارداد، و حق تعیین مشخصات کالا توسط بایع به جای مشتری.

● آول. اجرای اجباری:

اجرام اجباری، البته از شرایط کلی که به موجب ماده ۲۸ درخصوص مورد تعیین شده است، متابعت می‌کند، به این معنا که اجرای اجباری تعهد باستی در نظام قضائی مرجع صلاحیتدار برای صدور حکم پیش‌بینی شده باشد. به نظر نمی‌رسد که این امر برای تأدية ثمن مشکلی ایجاد نماید اما، در عوض، می‌تواند مانع اجرای اجباری سایر تعهدات مشتری (تعهد به انجام عمل) گردد.

● دوم. حقوق بایع در اعطای مهلت اضافی:

ماده ۶۳ که امکان اعطای مهلت اضافی را پیش‌بینی کرده و در بسیاری از نظامهای حقوقی یک ابداع محسوب می‌شود، همان قاعدة مندرج در ماده ۴۷ را در مورد تعهدات مشتری برقرار ساخته است. لازم به یادآوری است که بایع نمی‌تواند در مهلت مشخص و معقولی که برای مشتری تعیین کرده است به راههای دیگر (به طور مثال، فسخ قرارداد یا اجرای اجباری آن) متولّ شود.

اگر در انقضای مهلت تعیین شده مشتری تعهدات خود را انجام ندهد، حتی در صورت سنگین نبودن تخلف نیز، بایع می‌تواند فسخ قرارداد را اعلام نماید.

● سوم. فسخ قرارداد:

درست نظیر ماده ۴۹ راجع به فسخ قرارداد توسط مشتری، ماده ۶۴ دو موردی را که بایع می‌تواند فسخ قرارداد را اعلام نماید خاطرنشان کرده است.

- حالت اول، وقتی است که عدم اجرای تعهد مشتری، با توجه به مفهوم تعریف شده در ماده ۲۵ که در مورد تعهدات بایع بررسی شد، تخلف سنگین از قرارداد محسوب شود.

در عمل، برای بایع، عدم تأیید ثمن در صورتی که تأخیر ساده نباشد، بی‌شک یک تخلف سنگین نسبت به قرارداد از طرف مشتری محسوب می‌شود.

بعضی از نحوه پرداختها مثلاً پرداخت با پول غیرقابل تبدیل نیز می‌تواند احتمالاً تخلف سنگین از قرارداد تلقی شود.

- حالت دوم، در صورتی است که مشتری علی‌رغم موافقت بایع با اعطای یک مهلت اضافی، یکی از تعهدات اصلی خود (مثلاً تأیید ثمن یا قبض کالا) را ایفا نکند.

بند دوم ماده ۶۴ از پاره‌ای اجحافات احتمالی ناشی از فسخ، در صورتی که مشتری ثمن را تأیید کرده باشد، جلوگیری می‌کند.

به موجب آن، بایع نمی‌تواند قرارداد را به علت تأخیر در ایفای تعهد، پس از وقوف به انجام آن توسط مشتری، فسخ اعلام نماید.

همچنین بایع نمی‌تواند فسخ را با تأخیر بسیار [خارج از مدت متعارف] اعلام کند (قسمت «ب» بند ۲ ماده ۶۴).

● چهارم. حقوقی که تعیین کننده مشخصات کالا از آن برخوردار است:

ماده ۶۵ مورد خاصی را در نظر می گیرد که مشتری باید مشخصات کالا را بعد از انعقاد قرارداد تعیین کند (مثال: تعیین اندازه لباس یا کفش، تعیین رنگ و غیره)، اما او در انجام این امر قصور می ورزد و در نتیجه تسلیم کالا را غیرممکن می سازد.

در این صورت و به موجب راه حل اعلام شده در بند ۲ ماده فوق الذکر، بایع بدون اینکه به سایر حقوق خدشهای وارد شود می تواند شخصاً با توجه به خواسته های مشتری که ممکن است برابر او معلوم باشد، مشخصات کالا را تعیین نماید.

ج. انتقال ریسک

کنوانسیون که در بند «ب» ماده ۴ انتقال مالکیت را از شمول مقررات خود خارج ساخته، یک مبحث کامل را به مسئله مهم انتقال ریسک اختصاص داده است.

در اینجا باید مقدمتاً خصوصیت ثانوی بودن مقررات کنوانسیون نسبت به مقررات قراردادی، عرف، عادت و رویه معمول بدو طرفین یادآوری شود؛ زیرا انتقال ریسک، بحق یکی از اشتغالات فکری طرفین است که در قرارداد منعقده یا در شرایط کلی آن مکرراً مقرراتی درخصوص مورد - بدرویژه با استناد به «INCOTERMS» - پیش بینی می کنند.

بنابراین، در صورت نبودن مقرراتی درخصوص مورد، قواعد کنوانسیون قابل اجرا خواهد بود.

۱. دامنه شمول قاعده

قبلًا یادآوری کنیم که کوانسیون صریحاً انتقال ریسک را به مفهوم تسلیم کالا به صورتی که آنرا تعریف کرده وابسته ساخته است. به همین دلیل است که در مواد موضوع مبحث چهارم، به تحويل کالا به جای تسلیم آن اشاره شده است.

عجب است که مبحث چهارم با ماده‌ای شروع می‌شود که به جای تعریف انتقال ریسک، تنها به آثار مترتب بر آن پرداخته است و به این مطلب اشاره دارد که پس از انتقال ریسک به مشتری، تلف یا زیان واردہ به کالا موجب برائت او از تأدیه ثمن نمی‌شود مگر اینکه تلف یا زیان واردہ ناشی از فعل یا ترك فعل بایع باشد.

بنابراین، تنها از جهت تأدیه ثمن است که مقررات مربوط به انتقال ریسک ایفاگر نقش می‌شوند: این ماده ارتباطی به سایر تعهدات طرفین ندارد، مخصوصاً تعهداتی که ایفای آنها تحت عنوان حفظ و نگهداری کالا در موارد پیش‌بینی شده در مواد ۸۵ تا ۸۸ به عهده بایع گذاشته شده است.

ماده ۶۶ خاطرنشان می‌سازد که اگر تلف یا زیان واردہ به کالا ناشی از «عمل بایع» باشد، انتقال ریسک تحقیق پیدا نمی‌کند.

اهمیت چندانی ندارد که عمل مذکور ناشی از خطأ باشد یا نباشد، و در نتیجه، کافی است که مشتری تحقیق عمل را از جانب بایع ثابت کند تا از تعهد به تأدیه ثمن مبررا شود، حتی اگر ریسک قبلًا منتقل شده باشد.

۲. تعیین لحظه انتقال ریسک

کوانسیون سه حالت مختلف را که در سه ماده، به طور متواتی مورد شرح و بسط واقع شده‌اند، درنظر گرفته است.

● اول. قرارداد متنضم حمل کالا است:

در اینجا لازم است که دو مورد را از یکدیگر تفکیک نمود:

- اگر هیچ محل معینی برای تحویل کالا در قرارداد پیش‌بینی نشده باشد، ریسک از تاریخ تحویل کالا به اوّلین متصدی حمل و نقل، به مشتری منتقل می‌شود؛

- اگر محل مشخصی تعیین شده باشد، در این صورت، ریسک از تاریخ تحویل کالا به متصدی حمل و نقل در محل مزبور، به مشتری منتقل می‌گردد.

بالاخره، لازم است که در هر دو حالت فوق الذکر، کالا برابر با مفاد قرارداد مشخص شود (علامتگذاری، صدور بارنامه و یا اخطار به مشتری).

بدین ترتیب، اگر کالای چند مشتری به یک متصدی حمل و نقل بهمنظور تقسیم بین آنها در مقصد تعیین شده تحویل شود، ریسک به مشتری منتقل نخواهد شد.

● دوم. کالای فروخته شده در حال حمل [در راه].

قاعده بر این است که ریسک در این صورت از لحظه انعقاد قرارداد به مشتری منتقل می‌شود.

بنابراین، بایستی با مراجعه به آن فصل از کنوانسیون که به انعقاد قرارداد مربوط است، این لحظه را مشخص نمود. در بیشتر موارد، زمان انعقاد قرارداد لحظه‌ای است که اعلام رضا به ایجاب‌کننده واصل می‌گردد (ماده ۱۸ و ماده ۲۳).

با وجود این، در مورد کشورهایی که عدم الزام خود را به رعایت

فصل دوم کنوانسیون اعلام کرده‌اند^{۲۵}، این قانون قابل اجرا به موجب قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی است که لحظه انعقاد قرارداد را مشخص می‌کند.

قاعده کلی مطروحه در قسمت اول ماده ۶۸، بلافاصله با استثنای که موجب سرگردانی می‌شود همراه است. به موجب استثنای مذکور «درصورتی که از اوضاع و احوال چنین برآید»، از تاریخ تحويل کالا به مؤسسه حمل و نقلی که اسناد مربوط به قرارداد حمل را صادر می‌کند، ریسک به عهده مشتری خواهد بود.

اگر این مقررات دارای انعطاف زیادی هم باشند که اجازه دهنده استثنای مذکور بموقع در موارد منتهی به راه حلهاست که جوابگوی نیازهای عملی باشند اجرا گردد، موجب پیدایش تردیدهایی در مورد تعیین لحظه انتقال ریسک نیز می‌شود.

این درست است که بنابر ظاهر امر، قاعده اصلی نیز ممکن است عملاً از قاطعیت کافی برخوردار نباشد، زیرا وقتی که کالا در جریان حمل آسیب دیده باشد، تشخیص این امر معمولاً در موقع رسیدن کالا به مقصد میسر است، که امکان دارد تعیین اینکه زیان وارد مربوط به قبل یا بعد از انعقاد قرارداد است، بسیار مشکل باشد.

جمله آخر ماده ۶۸ دامنه عدم قاطعیت را تا آنجا که امکان دارد، با ارائه قاعده‌ای که از عقل سليم ناشی می‌شود و منتج از اصل رعایت حسن نیت است، کم می‌کند؛ قاعده‌ای که به موجب آن چنانچه بایع در زمان انعقاد قرارداد نسبت به تلف کالا یا زیان دیدن آن اطلاع داشته یا می‌باید اطلاع می‌داشت و مراتب را به آگاهی مشتری نرسانده است، ریسک به مشتری منتقل نمی‌شود.

سردرگمی آشکار نویسندگان کنوانسیون در مورد مجموعه مقررات مربوط به انتقال ریسک راجع به کالاهایی که بایستی موضوع

۲۵. در حال حاضر فنلاند و سوئد.

حمل و نقل باشد یا هستند، گویای پیچیدگی و اختلاف وضعیتهای عینی است، و راه حلهای ارائه شده توسط حقوقهای داخلی نیز معمولاً در این زمینه وافی به مقصود نیست.

علاوه بر آن، باید توجه داشت که عملاً به منظور حل اختلافات راجع به مشکلات مربوط به مسئولیت متصلی حمل و نقل و مسائل مربوط به بیمه، قواعد خاصی که غالباً از کنوانسیونهای بین المللی نشأت می‌گیرند - البته در صورتی که حمل و نقل بین المللی باشد - پذیرفته شده‌اند.

همانگونه که مقررات خشک موجب ناسازگاریها و تناقضات بسیار می‌شود، متأسفانه قواعد بیش از حد انعطاف‌پذیر یا زیاد مبهم نیز بهنوبه خود موجب عدم قاطعیت می‌گردد.

تنها در عمل می‌توان ارزیابی کرد که آیا راه حلهای پذیرفته شده متناسب راهنمایی‌های لازم و امنیت حقوقی کافی برای پاسخگوئی به دعاوی می‌باشد که اختلاف و پیچیدگی وضعیتهای مختلف، تحقق آنها را غیرقابل اجتناب می‌سازد؟

● سوم. انتقال ریسک در مواردی که قرارداد متناسب حمل کالا نباشد:

مقررات موضوع ماده ۶۹ شامل سایر مواردی است که مشمول مواد ۶۷ و ۶۸ نمی‌شود. به عبارت دیگر، ماده مذکور مربوط به موردی است که مشتری باید کالا را هر جا که هست تحويل بگیرد.

مثلاً موردی که طرفین توافق کرده‌اند که مشتری کالا را در کارخانه یا انبار بایع قبض نماید.

ریسک، در این صورت، وقتی منتقل می‌شود که مشتری «کالا را قبض می‌کند، یا چنانچه در موعد مقرر اقدام به قبض ننماید، از زمانی که کالا در اختیار او قرارداده شده است، و به لحاظ قصور در قبض، مرتكب نقض قرارداد می‌گردد».

در واقع. به خاطر داریم که قبض کالا، درست نظیر تأثیه ثمن، صریحاً تعهد دیگر مشتری است که از قرارداد ناشی می‌شود (ماده ۶۰).
بند ۲ تغییری در ماده مذکور، در موردی که مشتری مکلف به قبض کالا در محلی غیر از محل تجارت بایع باشد، بوجود می‌آورد.
رسانید، در این صورت، تنها به تحقق دو شرط منتقل می‌شود:
- موعد تسلیم فرارسیده باشد؛
- مشتری اطلاع داشته باشد که کالا در محل مزبور در اختیار او قرارداده شده است.

به عنوان مثال، وقتی که کالا در انباری که متعلق به بایع نیست قابل تحويل باشد، یا آنچه که بیشتر معمول است کالای فروخته شده در دست شخص ثالث باشد، یا همچنین زمانی که بایع باید کالا را در محل معینی تحويل دهد که تعهد نموده به آنجا حمل کند، وضعیت بر همین منوال خواهد بود.

مورد آخر موردی است که در عمل متداول‌تر است، مثل انواع بیع به صورت «تحویل کالا در بندر مقصد مورد توافق» (یا تحویل کالا در روی سکوی بارگیری کشتی یا ترن)، یا «تحویل در مرز».
بالاخره، بند ۳ مربوط به تفکیک و تشخیص کالا به همان صورتی است که در ماده ۶۷ راجع به قرارداد بیعی که متضمن حمل کالا است، پیش‌بینی شده بود.

● چهارم. انتقال ریسک و تخلف سنگین:

در یک فرمول کم و بیش ناقص، ماده ۷۰ کتوانسیون به بیان ایده‌ای می‌پردازد که حتی اگر به طور صریح نیز اعلام نشده بود، همین نتیجه منطقی از مواد مربوط به امکاناتی که در اختیار مشتری در صورت عدم اجرای تعهدات بایع گذاشته شده است، حاصل می‌شد.
در واقع، تلف یا زیان واردہ به کالا، حتی اگر بعد از انتقال ریسک

به مشتری حادث شود، نبایستی مانع از توسّل مشتری به راههای جبران خسارت ناشی از یک تخلف سنگین نسبت به قرارداد توّسط بایع گردد (به طور مثال، در صورت عدم انطباق اساسی کالا یا تأخیر زیاد در تسلیم آن).

از این نقطه نظر لازم به یادآوری است که بند ۱ ماده ۳۶ تصریح می‌کند که بایع مسئول هر نوع عدم انطباق در لحظه انتقال ریسک به مشتری است.

مشتری، هر چند که کالا بعداً خسارت ببیند یا تلف شود، حقوق قبلی خود را در مورد مطالبه کالای بدل [جانشین] یا اعلام فسخ قرارداد حفظ می‌کند، مشروط بر اینکه شرایط پیش‌بینی شده در مواد ۳۹ و بند ۲ ماده ۴۶ و مخصوصاً ماده ۸۲ کتوانسیون راجع به فسخ رعایت شده باشد.

سرانجام، هر چند که ماده ۷۰ فقط موردی را در نظر گرفته که بایع مرتكب تخلف سنگین از قرارداد شده است، معلوم نیست چرا نتوان نسبت به موردی که تخلف سنگین نیست اما با وجود این موجد حقوقی برای مشتری شده است، همین استدلال را نمود؛ حقوقی که می‌تواند در لحظه انتقال ریسک به عنوان حقوق مکتبه مشتری تلقی شود.

منطق در اینجا حکم می‌کند که به مشتری اجازه داده شود تا به سایر راههای جبران خسارت توسّل جوید (برای مثال، تقلیل ثمن در مورد عدم انطباق کالا، حتی اگر بعداً کالا از بین رفته باشد).

د. مقررات مشترک ناظر به تعهدات بایع و مشتری

تحت این عنوان که موضوع مبحث پنجم از فصل سوم (مواد ۷۱ تا ۸۸) می‌باشد، کتوانسیون در شش قسم مقررات مختلفی را پیش‌بینی کرده است که تنها وجه مشترک آنها داشتن قابلیت اجرا، هم نسبت به بایع و هم نسبت به مشتری است.

این مقررات، به ترتیبی که در کنوانسیون آمده است، در زیر مورد تجزیه و تحلیل قرار خواهد گرفت. تأکید بیشتر در مورد قواعدی خواهد بود که بدلیل وسعت قلمرو عملی یا خصوصیت نوآوری، از اهمیت خاصی برخوردارند.

۱. تخلف از پیش

مفهوم تخلف از پیش و نتایج مترتب بر آن، به یقین یکی از وجوده ابتکاری کنوانسیون می‌باشد که مستقیماً از «LUVI» اقتباس شده است.

در عمل، وقتی مشکل بوجود می‌آید که بعد از انعقاد قرارداد، اماً قبل از اجرای آن، معلوم شود که یکی از طرفین -بایع یا مشتری- به تعهدات قراردادی خود عمل نخواهد کرد.

آیا باید در این حالت چشمها را بست و طرف دیگر را مجبور نمود که با وجود این، به تعهدات قراردادی خود به‌طور معمول و عادی عمل کند؟ به‌طور مثال، کالا را تسلیم نماید، حتی در صورتی که مشخص باشد که ثمن تأديه نخواهد شد؛ یا حتی اگر مسلم باشد که کالائی تسلیم نخواهد گردید، یا در شرایطی تسلیم خواهد شد که به‌هیچوجه با شرایطی که در قرارداد پیش‌بینی شده است مطابقت ندارد، ثمن را تأديه کند؟

حقوقهای ملّی به این سؤالات، با بررسی متونی که بعضی اوقات پراکنده هستند، پاسخهای متفاوت می‌دهند (مراجعه شود به ماده ۶۰۹-۲) قانون تجارت متحده‌الشكل ایالات متحده امریکا)، یا توسل به آئینهای رسیدگی خاص تحت شرایط خاص را تجویز می‌کنند (اجازه قاضی در مورد معلق کردن اجرای تعهد، توقیف احتیاطی کالائی که در اختیار متعهد به تسلیم آن است توسط خود او).

مزیت کنوانسیون در این است که در مواد ۷۱ و ۷۲ به این

وضعیت به طور سیستماتیک نزدیک شده است.
این دو ماده، با درجه متفاوت، در مقام پاسخگوئی به موردی که در بالا شرح داده شد، برمی آیند.

ماده ۷۱ به یک طرف قرارداد اجازه می دهد که اگر معلوم شود طرف دیگر بخش اساسی تعهّدات خود را ایفانخواهد کرد، او نیز اجرای تعهّدات خود را معلق کند. ماده ۷۲ فراتر می رود و به او اجازه می دهد که فسخ قرارداد را اعلام نماید. این دو فرضیه نیاز به بحث بیشتری دارند.

● اول. امکان تعلیق اجرای تعهّدات (ماده ۷۱):

امکان تعلیق مستلزم جمع شدن شرایط زیر است:

- معلوم شود (becomes apparent) :
- بعد از انعقاد قرارداد؛
- که طرف دیگر، بخش اساسی تعهّدات خود را ایفاد نخواهد کرد.

با این ترتیب، بر عکس، موردی که قبل از انعقاد قرارداد معلوم بوده است نمی تواند مورد استناد قرار گیرد. همچنین، عدم اجرای قابل بیش بینی بخش غیر اساسی تعهّدات نیز اجرای ماده ۷۱ را توجیه نمی کند.

ماده ۷۱ به همان حصری که می تواند نگرانی طلبکار را توجیه کند، اشاره دارد:

- خواه نقصان فاحش در توانائی متعهد به انجام تعهّد یا اعتبار او حاصل شود (به طور مثال، ورشکستگی یا مواردی نظیر آن)؛
- خواه نحوه رفتار او در تمهید مقدمات اجرای قرارداد یا در اجرای آن نشان دهنده این مطلب باشد که تعهّدات خود را ایفانخواهد کرد (به طور مثال، عدم اجرای قراردادهای مشابه در گذشته، عدم انطباق

سیستماتیک کالاهایی که در گذشته تسلیم کرده است).

نحوه نگارش این ماده و محدودیتهايی که بر آن وارد است بوضوح مشخص می‌سازد که در موارد استثنائی باید اجرا شود.

همچنین، لازم به یادآوری است که براساس راه حل پذیرفته شده در کنوانسیون راجع به نحوه رفتار طرفین، دیگر تفاوتی نمی‌کند که عدم امکان ایفای تعهدات قراردادی، قابل اسناد نسبت به طرفی که قادر به ایفای تعهد نیست باشد یا نباشد (تحریم اقتصادی، حالت جنگ).

اگر این شرایط جمع شوند، طرفی که اجرای تعهد خود را معلق می‌سازد، مکلف است اخطار تعليق را جهت طرف دیگر ارسال کند.

در صورتی که طرف مزبور «در زمینه ایفای تعهد خود اطمینان کافی فراهم نماید» (ضماننامه بانکی)، تعليق دیگر ممکن نیست و تعهد باید اجرا شود. در مقابل، اگر هیچگونه اطمینان کافی درخصوص مورد داده نشود، به نظر می‌رسد وضع به همان صورت باقی می‌ماند تا زمانی که مثلاً یکی از طرفین، فسخ قرارداد را اعلام دارد.

● دوم. امکان اعلام فسخ قرارداد از طریق پیش‌بینی (ماده ۷۲):

در اینجا ترمینولوژی دیگری که متضمن خواست جدی‌تری از حالات قبل می‌باشد بکار گرفته شده است.

ابتدا آنجا که مربوط به فسخ قرارداد می‌شود، عدم اجرای پیش‌بینی شده می‌باشد متضمن يك «تخلّف سنگین»، و نه صرفاً مربوط به يك «بخش اصلی» تعهدات، باشد. درثانی، تحقق اين تخلّف سنگین بایستی به ترتیبی که در ماده مربوط منعکس است، باشد: «اگر قبل از تاریخ اجرای قرارداد معلوم شود که يکی از طرفین...». لازم به یادآوری است که بر عکس ماده ۷۱، به موجب ماده ۷۲ لازم نیست که عدم امکان اجرای قرارداد بعد از انعقاد آن معلوم شود.

بندهای ۲ و ۳ در کنفرانس وین به بند اول اضافه شدند و به نظر

نمی‌رسد که استفادهٔ عملی چندانی داشته باشد.

مقررات راجع به تخلف زودرس، موجبات نگرانی نمایندگان بعضی از کشورها را در کنفرانس وین فراهم ساخت. این نگرانیها در ارتباط با استفادهٔ بی‌رویه‌ای است که طرفین می‌توانند از مقررات موصوف در سطح بین‌المللی در بعضی موارد ناشی از تنش یا عدم ثبات بعمل آورند؛ طرفینی که مایلند بر احتی خود را از دست تعهدات سنگین خلاص کنند. روح این متون با تمایل کلی کتوانسیون که همانا فراهم ساختن اجرای قرارداد قبل از هر چیز دیگر، به منظور حفظ امنیت مبادلات تجاری بین‌المللی است، هماهنگی ندارد.

می‌توان امیدوار بود که یک تفسیر مضيق در آینده اجازه خواهد داد که اجرای این مقررات تنها در موارد بسیار خاص، که برای همان موارد درنظر گرفته شده‌اند، محدود گردد.

۲. قرارداد متنضم تحويل تدریجی کالا

در مادهٔ ۷۳ برای سوالات راجع به قراردادهایی که تسلیم کالا را بدفعات پیش‌بینی کرده‌اند، پاسخهای مفید وجود دارد. آیا برای ارزیابی اجرای تعهدات طرفین بایستی اجرای قرارداد را در کل مطمح نظر قرار داد، یا هر تحويل جزئی را به‌طور جداگانه درنظر گرفت؟

کتوانسیون ابتدا حالتی را درنظر می‌گیرد که عدم ایفای تعهد در مورد اجرای هر قسط توسط یکی از طرفین، نقض اساسی محسوب می‌شود. در این صورت، طرف زیان‌دیده در رابطه با آن قسمت اختیار اعلام فسخ دارد.

علاوه، اگر عدم تحويل یک قسمت کالا این فکر را تقویت کند که نسبت به تعهدات بعدی تخلف سنگین صورت خواهد گرفت، قرارداد می‌تواند برای آینده فسخ گردد. پس، این قاعده، از تخلف زودرس در یک فرض بخصوص ناشی می‌شود.

بالاخره، اگر به دلیل وابستگی مجموعه کالاها به یکدیگر، مشتری پس از اعلام فسخ نسبت به یکی از آنها، دیگر نفعی در قرارداد نداشته باشد، می‌تواند نسبت به کل بیع اعلام فسخ نماید.

۳. ضرر و زیان

مقررات کتوانسیون بیع بین المللی کالا درخصوص ضرر و زیان (مواد ۷۴ تا ۷۷)، بهویژه برای حقوقدانان متاثر از حقوق رومی، به قدر کفايت آشنا است.

به موجب ماده ۷۴ فقط عدم النفع (lucrum cessans) و زیان وارد (damnum emergens) مورد توجه قرار گرفته‌اند، آن هم در صورتی که به عنوان آثار ممکن الحصول تخلف، در لحظه انعقاد قرارداد قابل پیش‌بینی باشند.

خصوصیت مستقیم بودن زیان ناشی از قرارداد شرط نشده است. بدین ترتیب، خسارت غیرمستقیم نیز در صورتی که قابل پیش‌بینی باشد، بایستی جبران شود (به طور مثال، خسارت اقتصادی ناشی از توقف تولید یک کارخانه به سبب تسلیم یک ماشین معیوب و خسارت تجاری ناشی از تسلیم کالای معیوب و در نتیجه از دست دادن مشتریها)، بدون فراموش کردن این مطلب که به موجب ماده ۵، مقررات کتوانسیون شامل مسئولیت بایع در قبال مرگ یا صدمات بدنی که به سبب کالا برای افراد اتفاق می‌افتد نمی‌شود؛ چنین خساراتی بایستی طبق قانون ملی که به موجب قواعد سنتی تعارض قوانین قابل اجرا شناخته شده است، جبران گردد.

مواد ۷۵ و ۷۶ راه حل‌هایی عقلائی و تفصیلی برای محاسبه خسارات و بهره در فرض خرید کالای بدل [جانشین] و در فرضی که قیمت رایجی برای کالا موجود باشد، ارائه داده‌اند. بالاخره، به موجب ماده ۷۷، طرفی که به تخلف قرارداد استناد

می‌کند مکلف است اقدامات متعارف را در جهت کاهش زیان طرف دیگر بعمل آورد. این همان فرمول «duty to mitigate» است که مورد احترام قضاط کامن لو می‌باشد.

۴. بهره

متن نسبتاً کوتاه مادهٔ ۷۸ که به بهره اختصاص یافته موضوع مباحثات پایان ناپذیر نمایندگان بوده است.

هنگام تنظیم متن، بکرّات، کوشش فراوانی بعمل آمد تا نرخ بهره تعیین شود، یا مکانیسمی که اجازه تعیین نرخ بهره را بدهد پیش‌بینی گردد.^{۲۶}

تمامی این کوششها به شکست منتهی گردید و تنها اصل استحقاق دریافت بهره در مادهٔ ۷۸ پذیرفته شد.

با وجود این، بوضوح از جمله «بدون اینکه به حق او در ادعای خسارت موضوع مادهٔ ۷۴ خللی وارد آید»، این نتیجه حاصل می‌شود که اگر تأخیر در پرداخت موجب خسارت خاصی شده باشد، ممکن است بهره با خسارات حاصله از عدم اجرای تعهد جمع شود.

این راه حلی است که شایسته خاطرنشان کردن است، زیرا قاعدهٔ دیگری که بر عکس آن است، در تعدادی از کشورها و بعویثه در فرانسه وجود دارد. مادهٔ ۱۵۳ قانون مدنی فرانسه صریحاً به عنوان اصل می‌پذیرد که تأخیر در پرداخت مبلغی پول تنها مستلزم پرداخت بهره به نرخ قانونی خواهد بود.

اجرای این اصل، در صورت جمع شدن با جبران خسارت غیرمستقیم، می‌تواند موجب غافلگیری تعدادی از مديونان شود.

خطر بروز مشکلاتی در مورد تعیین نرخ بهره نیز وجود دارد؛

۲۶. مراجعه شود به Nicholas B. در تفسیر قانون بیع بین‌المللی، صص ۵۶۸-۵۷۱.

موضوعی که با حقوق بیع بی ارتباط است و بایستی از طریق قانونی که به موجب قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی قابل اجرا شناخته شده است، مشخص گردد. در کشورهایی که نرخ بهرهٔ قانونی وجود ندارد، بهتر است مشکل را با مراجعه به عرف موجود و توصل به تفسیر حل کرد.

۵. معافیتها [موارد رفع مسئولیت]

این اصطلاح کم و بیش مبهم که عنوان بخش چهارم و مواد ۷۹ و ۸۰ را تشکیل می‌دهد، شامل معاذیری است که یکی از طرفین قرارداد می‌تواند با توصل به آنها عدم اجرای تعهدات خود را توجیه کند. طرفی که برای توجیه عدم مسئولیت به عنزی متولّ می‌شود، باید ثابت کند (ماده ۷۹):

اول. که عدم ایفای تعهد بواسطهٔ وقوع حادثه‌ای خارج از اقتدار و ارادهٔ او بوده است؛

دوم. که نمی‌توان عرفاً از او انتظار داشت که در لحظه انعقاد قرارداد آن حادثه را ملاحظه نداشته باشد؛

سوم. نمی‌توان صرفاً از او انتظار داشت که بتواند از آن حادثه یا آثار مترتب بر آن اجتناب نماید؛

چهارم. که نمی‌توان عرفاً از او انتظار داشت که بتواند حادثه یا آثار مترتب بر آن را دفع نماید.

این مقررات، با کمی انعطاف، ترجمان مفهوم آشنای قوهٔ قاهره در نظامهای حقوقی مشتق از حقوق رم است.

در بند ۲ ماده ۷۹ پیش‌بینی شده است که اگر قصور طرف ناشی از قصور شخص ثالثی باشد، طرف مزبور تنها در صورتی از مسئولیت مبرأ است که شرایط مطروحه در مورد رفع مسئولیت، هم در مورد او و هم در مورد شخص ثالث، صادق باشد.

از سوی دیگر، تصریح شده است که معافیت مقرر در مادهٔ فوق الذکر، ظرف مدتی که حادثه جریان دارد واجد اثر خواهد بود و در صورت رفع حادثه، ایفای تعهد قابل مطالبه می‌شود.

به موجب بند ۴ ماده، طرفی که در اجرای تعهد خود قصور می‌ورزد، مکلف است طی اخطاری مراتب را به آگاهی طرف دیگر قرارداد برساند.

در مورد آثار معافیت، بند ۵ ماده قاعده‌ای را اعلام می‌کند که موجب اختلال در اصل می‌شود.

درواقع، به نظر می‌رسد که کلمه «معافیت» و اولین کلمات بند ۱ که می‌گوید: «طرفی که هر یک از تعهدات خود را ایفا نکرده است مسئول نخواهد بود...» اینطور تعبیر می‌شود که طرفی که به وقوع حادثه استناد می‌کند، به طور کامل از ایفای تعهد معاف است.

در حالی که بند ۵ خاطرنشان می‌سازد: «مقررات مندرج در این ماده مانع از آن نیست که طرف قرارداد بغیر از حق مطالبه خسارات به موجب این کنوانسیون، همه حقوق خود را اعمال کند».

بی‌شک، تلاشهای زیادی باید برای تفسیر کنوانسیون با بهره‌گیری از موارد عینی برای تعیین حد و مرز این مقررات که موجب سرگردانی بسیاری از مفسران شده‌اند، بعمل آید.^{۲۷}

بایستی به فرمول منفی بکار گرفته شده در ماده که می‌گوید «منع نمی‌کند» توجه داشت و از آن نتیجه گرفت که این مقررات لزوماً به متعهدلۀ اجازه نمی‌دهد که به علت تعهدات انجام نشده به تمام امکاناتی که در شرایط عادی در اختیار دارد، متولّ شود.

بدین ترتیب، مثلًا اگر بیع مربوط به یک شئ معین که تلف شده است باشد یا تسلیم آن، بدلیل دیگری، به طور قطع و یقین غیرممکن باشد، معلوم نیست چطور مشتری خواهد توانست تقاضای اجرای

. ۲۷. رجوع شود به یادداشت‌های D.Tallon در تفسیر قانون بیع بین‌المللی، صص ۵۸۸-۵۹۵.

اجباری عین تعهد را بنماید.

با وجود این، به نظر می‌رسد که در بعضی اوضاع و احوال، عدم اجرای کامل قرارداد به دلیل عدم انطباق ناشی از وقوع حادثه موضوع ماده ۷۹ بتواند بنا به درخواست مشتری منتهی به تعمیر کالا گردد، در صورتی که چنین تعمیری، بر مبنای بند ۳ ماده ۴۶ از طرف مشتری قابل مطالبه و ممکن باشد.

از سوی دیگر، در حالتی که حادثه موقتی باشد، متعهدلِه می‌تواند به طور یقین، با اعطای مهلت اضافی برای ایفای تعهدات، با توجه به شرایط پیش‌بینی شده در ماده ۴۷، موافقت کند.

همچنین، ممکن است تصور کرد که متعهدلِه تعهدی که به طور کامل اجرا نشده از مفاد ماده ۵۰ برای تقلیل ثمن استفاده نماید. بالاخره، طرفی که قرارداد را اجرا کرده است، حق خود را در مورد اعلام فسخ، با توجه به شرایط پیش‌بینی شده در ماده ۸۲، ازدست نخواهد داد و آثار مترتب بر فسخ، در صورت اقتضا با توجه به بند ۲ ماده ۸۱ و ماده ۸۴، اعاده کالا خواهد بود.

۶. آثار فسخ

فسخ قرارداد، طرفین را از انجام تعهداتشان معاف می‌کند. با وجود این، شرایط پیش‌بینی شده در قرارداد درباره حل اختلافات یا درباره حقوق و تعهدات طرفین در صورت فسخ به جای خود باقی می‌ماند.

طرفین بایستی متقابلاً نسبت به اعاده آنچه که در نتیجه اجرای احتمالی قرارداد تحویل یا تأدیه کرده‌اند (بند ۲ ماده ۸۱) و نیز استرداد بهره و منافع حاصله اقدام نمایند (ماده ۸۴). ماده ۸۲ حالتی را در نظر می‌گیرد که برای مشتری اعاده کالا به همان وضعیتی که آن را تحویل گرفته مقدور نیست. در این صورت، او

دیگر حق اعلام فسخ قرارداد یا الزام بایع به تسلیم بدل کالا را، بجز در موارد مطروه در بند ۲ ماده ۸۲، نخواهد داشت. هر چند که این مقررات در بخش مربوط به «آثار فسخ» گنجانیده شده اند آما، درواقع، به اعمال حق مشتری در اعلام فسخ قرارداد ارتباط دارند. این محدودیتی است که به اصل پذیرفته شده در بند ۱ ماده ۴۹ وارد شده است.

۷. محافظت از کالا

مجموع قواعد موضوع بخش شش به نگرانیهای عملی درخصوص مورد پاسخ می دهد و راه حلها نی که بر عقل سليم مبتنی است، ارائه می کند.

مواد ۸۵ تا ۸۷ برای هر یک از دارندگان کالا -بایع یا مشتری- تعهد مراقبت در محافظت کالاتی که در اختیار دارد یا تحت کنترل اوست، قائل می باشد، حتی در موردی که ریسک تلف یا زیان به عهده طرف دیگر باشد. همچنین است درصورتی که مشتری نسبت به قبض کالا تأخیر نماید یا وقتی که قصد رد کالاتی را که قبل تحویل گرفته است، داشته باشد. البته، هزینه نگهداری بد عهده طرفی است که کالا به حساب او نگهداری می شود.

ماده ۸۸ در ارتباط با مسئله دقیق تر فروش کالای نگهداری شده به حساب و هزینه طرف دیگر می باشد. این فروش وقتی عملی است که طرف دیگر در تصرف کالا یا پس گرفتن آن تأخیر می کند یا کالا در معرض فساد سریع است.



مقرّرات نهائی

مقرّرات نهائی شامل قواعد سنتی راجع به امین [اسناد]، نحوه لازم الاجراء شدن کنوانسیون، مقرّرات معروف به فدرال راجع به کشورهایی که دارای واحدهای سرزمینی متعددی هستند و نظامهای حقوقی مختلفی بر آنها حاکم است، اعلامیه‌ها و بالاخره رد کردن کنوانسیون است.

سه موضوع خاص بایستی در اینجا مورد توجه قرار گیرد:

الف. مسئله تعارض کنوانسیونها

مسئله تعارض کنوانسیونها از یک سو در ماده ۹۰ و از سوی دیگر در ماده ۹۹ مورد بحث قرار گرفته است.

ماده ۹۰ حالتی را در نظر می‌گیرد که یک موافقتنامه بین المللی متنضمّن مقرّراتی راجع به موضوعات مشمول کنوانسیون است. ماده ۹۹ مذکور خاطرنشان می‌سازد که، در این صورت، مقرّرات کنوانسیون نسبت به موافقتنامه موصوف حاکمیّتی نخواهد داشت مشروط بر اینکه محل تجارت طرفین در کشورهای عضو چنان موافقتنامه‌ای واقع شده باشد.^{۲۸}

۲۸. در لحظه تصویب، مجارستان اعلام کرد که شرایط کلی تسلیم کالا بین سازمانهای کشورهای عضو شورای کمکهای اقتصادی متقابل را تابع مقرّرات ماده ۹۰ کنوانسیون می‌داند.

جمع بین مقررات این ماده که از قلمرو اجرائی نسبتاً محدودی برخوردار است با قواعدی که قلمرو اجرائی کنوانسیون را تعریف می‌کنند، تنها یک راه حل جزئی آن هم راجع به مستله‌ای که بیشتر به حقوق قراردادها مربوط می‌شود، ارائه می‌دهد.

توجه خاصی به سرنوشت دو کنوانسیون ۱۹۶۴ لاهه شده است که هر دو در رقابت با کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا و لازم الاجرا هستند. ماده ۹۹ کشورهای عضو کنوانسیونهای فوق الذکر را که عضویت کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا را پذیرفته‌اند متعهد می‌سازد که کنوانسیونهای مزبور را رد کنند.^{۲۹}

پیچیدگی ظاهری متن ناشی از توجه به موارد کاملاً نظری راجع به امکان تلفیق بین فصول دوم و سوم کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا از یکسو و «LUF» و «LUVI» از سوی دیگر است.

ب. شروط مجاز

به موجب ماده ۹۸، هیچگونه شرطی بجز شروطی که صریحاً در کنوانسیون مجاز شناخته شده است، پذیرفته نخواهد شد.

شروط چهارگانه فوق عبارتند از:

۱. وضع کشورهایی که قواعد حقوقی یکسان یا مشابه دارند

وقتی که دو کشور حقوقهای یکسان یا کاملاً مشابه دارند، قانوناً می‌توانند در روابط بین طرفین قراردادی که محل تجارت‌شان در سرزمینهای آن دو کشور است، مرجحاً حقوق یکی از دو کشور را به جای مقررات کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا، که ناهمگونی بیشتری با حقوقهای آن دو کشور دارد، اجرا نمایند.

۲۹. وضع برای ایتالیا به همین منوال بود که موجب شد برای قبول کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا از عضویت کنوانسیون لاهه خارج شود.

به طور مثال، بین فرانسه و بلژیک و لوکزامبورگ، احتمالاً بین سوئیس و ترکیه، یا همچنین بین بعضی از کشورهای شمال اروپا می‌توان بدین نحو عمل کرد.

مادهٔ ۹۶ کنوانسیون به این مطلب می‌پردازد و به کشورهایی که مایل باشند اجازه می‌دهد تا با صدور اعلامیه‌ای اجرای قواعد یکتواخت را در روابط متقابل رد کنند. این اعلامیه‌ها می‌توانند مشترکاً یا به صورت یکطرفه و متقابل صادر شوند.

چنین اعلامیه‌ای، در عین حال، ممکن است بوسیلهٔ یک کشور متعاهد در مقابل یک کشور غیرمتعاهد به منظور رد اجرای مفاد کنوانسیون با توجه به قسمت «ب» بند ۱ مادهٔ ۱ صادر گردد.^{۲۰}

۱. رد قسمت «ب» بند ۱ مادهٔ ۱

آثار این شرط قبلًا در مبحث قلمرو اجرای کنوانسیون به تفصیل مورد بحث و بررسی قرار گرفت.

۲. لزوم کتبی بودن [قرارداد]

هر کشوری که کتبی بودن قراردادهای بین‌المللی را ضروری بداند، می‌تواند به موجب مادهٔ ۹۶ با صدور اعلامیه‌ای اعلام کند که اجرای آن قسمت از مقررات کنوانسیون که اجازه انعقاد قرارداد به صورت غیرکتبی را می‌دهد، شامل طرفی که در آن کشور محل تجارت

۳۰. به همین نحو، کشورهای سوئد و فنلاند ضمن تصویب کنوانسیون از این آزادی عمل استفاده نموده، اعلام کردند که مفاد آن در مورد قراردادهای منعقده بین طرفینی که محل تجارت‌شان در فنلاند، سوئد، دانمارک، ایسلند و یا نروژ باشد قابل اجرا نخواهد بود.

دارد، نخواهد بود.^{۳۱}

اثر این مقررات توسط ماده ۱۲ تکمیل می‌گردد. ماده مذکور اجازه می‌دهد که تحت شرایطی، در مورد اجرای کنوانسیون در کشورهای متعاهدی که اقدام به صدور اعلامیه نکرده‌اند، توافق شود.

۴. رد فصل دوم (یا فصل سوم) کنوانسیون

تنها یک دلیل توازن منطقی، امکان رد فصل سوم را توجیه می‌کند. درواقع، هدف از امکان قائل شدن شرط مندرج در ماده ۹۲ این است که به کشورهایی که مایلند^{۳۲} اجرای فصل دوم کنوانسیون را نپذیرند، تا آنجا که به آنها مربوط می‌شود، چنین اجازه‌ای داده شود. در چنین صورتی کشورهای مزبور، بهموجب بند ۱ ماده ۱ کنوانسیون راجع به مسائل موضوع فصل دوم، دیگر کشور متعاهد محسوب نمی‌شوند.

این بدان معنا نخواهد بود که قواعد کنوانسیون راجع به انعقاد قرارداد، درصورتی که محل تجارت یکی از طرفین در کشوری باشد که فصل مذکور را رد کرده است، هرگز نمی‌تواند اجرا شود؛ قسمت «ب» بند ۱ ماده ۱، درواقع، می‌تواند موجب اجرای کنوانسیون شود بهشرط آنکه قواعد حقوق بین‌الملل خصوصی، قانون کشور متعاهدی را که فصل دوم را رد نکرده است به عنوان قانون صلاحیت‌دار تعیین کند.

وضع بدین‌منوال خواهد بود، به‌طور مثال، درحالی که محل تجارت بایع در فرانسه و مشتری در سوئیس است و بهموجب یک شرط پیش‌بینی شده در قرارداد یا با اجرای کنوانسیون ۱۹۵۵ لاهه در مورد

۳۱. در لحظه انعقاد قرارداد اعلامیه‌هایی در این مورد توسط کشورهای آرژانتین، چین و مجارستان صادر شده است.

۳۲. در ۱۵ مارس ۱۹۸۸، فنلاند و سوئیس.

قانون قابل اجرا در بیع بین المللی، قانون فرانسه به عنوان قانون ناظر بر قرارداد تعیین گردد.

کتوانسیون بیع بین المللی کالا، در چنین فرضی، به طور کامل آنطور که توسط کشور فرانسه پذیرفته شده است اجرا خواهد شد.

ج. زمان اجرای کتوانسیون

جدای از قواعد راجع به لازم الاجراء شدن در بین کشورهای متعاهد، کتوانسیون نظیر یک قانون ملی، چگونگی زمان اجرا را بین طرفین و نیز در مورد قراردادهای بیعی که مشمول مقررات آن هستند، تعیین می کند.

تقسیم ماده ۱۰۰ به دو بند، با توجه به لزوم تشخیص انعقاد قرارداد از یک سو و بیع به معنای اخص کلمه از سوی دیگر، قابل توجیه به نظر می رسد، زیرا که کشورها می توانند فصول دوم یا سوم کتوانسیون را رد کنند.

این تاریخ پیشنهاد است که به موجب ماده ۱۴ کتوانسیون در انعقاد قرارداد مورد توجه قرار دارد: کتوانسیون بیع بین المللی کالا در صورتی حاکم بر انعقاد یک قرارداد است که تاریخ پیشنهاد انعقاد آن:

- پس از تاریخ لازم الاجراء شدن کتوانسیون بین دو کشور متعاهدی که محل تجارت طرفین قرارداد در خاکشان واقع شده است، باشد (یادآوری می شود که به موجب ماده ۹۲ کشوری که اجرای فصل مربوط به انعقاد قرارداد را رد کرده است، در این مورد به عنوان یک کشور متعاهد تلقی نمی شود);

یا پس از زمان لازم الاجراء شدن کتوانسیون در مورد تنها کشور متعاهد موضوع قسمت «ب» بند ۱ ماده ۱ باشد.

استدلال عیناً همان است که در مورد قواعد ناظر بر بیع به معنای

اخصّ کلمه گفته شد. زمان مورد نظر نیز همان زمان انعقاد قرارداد است.

باوجود این، لحظه انعقاد قرارداد، فقط در فصل دوم کنوانسیون که راجع به انعقاد قرارداد می‌باشد تعریف شده است: این تاریخ همان لحظه‌ای است که قبول ایجاب نافذ می‌شود (ماده ۲۳).

از آنجه گفته شد این نتیجه حاصل می‌گردد که اگر قسمتی از کنوانسیون که راجع به انعقاد قرارداد می‌باشد با توجه به شرایط و مکانیسمی که در ماده ۹۲ پیش‌بینی شده است با صدور یک اعلامیه رد شود، لازم خواهد بود که لحظه انعقاد قرارداد طبق حقوق داخلی که بهموجب قواعد مربوط به تعارض قوانین قابل اجرا شناخته شده است، تعیین گردد.

در عوض، در موارد عادی، درصورتی که کشورهای متعاهد کنوانسیون را در کل پذیرفته باشند، اجرای کنوانسیون مداومت خواهد داشت و حقوق متعددالشكل که در بادی امر ناظر بر انعقاد قرارداد بود به نظارت بر بیع نیز ادامه خواهد داد، البته بجز موارد استثنائی که پیشنهاد انعقاد قرارداد قبل از اجرای کنوانسیون بوده (در مورد اولین یازده کشور متعاهد، قبل از ژانویه ۱۹۸۸) اما قرارداد بعد از آن تاریخ منعقد شده باشد.

در این حالت آخر، و هر چند که هیچیک از کشورهای مورد بحث مبادرت به صدور اعلامیه موضوع ماده ۹۲ نکرده است، تنها آن قسمت از کنوانسیون که راجع به بیع به معنای اخص کلمه است، قابل اجرا خواهد بود.

بهموجب تفسیری که در زمان کوتاهی پس از کنفرانس وین منتشر شد^{۳۳}، آقای فیلیپ کان* نتیجه گرفت که نظری سناریوی بعضی

۳۳. «کنوانسیون وین مورخ ۱۱ آوریل ۱۹۸۰ نسبت به قراردادهای بیع بین المللی کالا»: Rev. Int. dr. Comp., ۱۹۸۱، صص ۹۵۱-۹۹۳.

* Ph. Kahn

از فیلمها می‌توان دو هدف، یکی بدینانه و دیگری خوش‌بینانه، را هنگام نتیجه‌گیری از فرجام فیلم که موجب تصویب کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا شده است، درنظر گرفت.

به‌موجب سناریوی اول، این خطر دربارهٔ متن کنوانسیون – که ایرادهایی هم به آن وارد است – وجود دارد که به بسیاری از کنوانسیونهای دیگر که در موزهٔ حسن نیت بایگانی شده‌اند، ملحق شود. خطر مذکور قبلًا منتفی شده است.

تعداد و کیفیّت کشورهایی که به کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا پیوسته‌اند و جنبشی که لازم الاجراء شدن آن در جهت جلب سایر کشورها موجب شده است، این نوید را می‌داد که بیش از پیش نسبت به سرنوشت سناریو که از کنوانسیون وین که «به‌طور وسیع از جانب جامعهٔ بین‌المللی مورد استقبال قرار گرفته، یک سند مؤثر و صلحجویانه در مذاکرات شمال و جنوب و شرق و غرب ساخته است»، خوش‌بین باشیم.

به‌طور قطع، ایرادهای متعدد، ابهامهای آزاردهنده و عدم قاطعیت‌های نگران کننده در آن وجود دارد.

استفاده کنندگان از کنوانسیون شامل اجراکنندگان، قضات، داوران و مفسران باید تلاش عظیمی بعمل آورند تا از کنوانسیون که در حال حاضر جز یک طرح اولیهٔ ناشیانه نیست، مجموعهٔ حقوقی‌هاینگ و بهم‌پیوسته‌ای بوجود آورند.

خطرات ناشی از انحراف بزرگ است و ضرورت دارد که کوششی همه‌جانبه بعمل آید تا اهداف نهائی پیش‌بینی شده در مقدمهٔ کنوانسیون که همان «توسعهٔ تجارت بین‌المللی براساس برابری و نفع متقابل و رفع موانع حقوقی در مبادلات بین‌المللی» است، تحقق یابد.

برای رسیدن به اهداف فوق الذکر حسن نیت بسیار و تفهیم و تفاهم کامل لازم خواهد بود، اما باید روح همکاری متقابل که مافوق

منافع فردی و طرز تفکر عادت شده قبلی است نیز وجود داشته باشد. لازم است آنهاei که تاکنون در تلاشهاei بعمل آمده سهمی داشته‌اند متوجه باشند که با تدوین و لازم‌اجراء شدن کنوانسیون کارشنan پایان نیافته است.

هنوز کارهای زیادی برای انجام دادن باقی می‌ماند تا سال به سال، پیشرفت و توسعه کنوانسیون تأمین گردد و با بهره‌گیری از اصطلاحات خاص خود کنوانسیون «وحدت اجرای آن بیش از پیش فراهم شود» و موجب توسعه «اصول کلی که کنوانسیون مبتنی بر آنها است» گردد.

این مهم است که مخصوصاً سازمانهای بین‌المللی که افتخار طرح ریزی و تدوین کنوانسیون به آنها تعلق دارد - مثل «Unidroit» و کمیسیون سازمان ملل متحده برای حقوق تجارت بین‌الملل - در این مورد آگاهی کامل داشته باشند.

مخصوصاً ضروری است که در کشورهای متعاهد که بایستی در این مورد همکاری فعال داشته باشند، یک سیستم مؤثر جمع‌آوری، ترجمه و انتشار رویه قضائی خیلی سریع بکار بیفتد تا برای استفاده‌کنندگان کنوانسیون، اجراکنندگان، مفسران، داوران و قضات، امکانات لازم برای رفع نارسائیهای متن فراهم شود و حتی، در صورت امکان، اغلاط آن تصحیح گردد.

در این مورد نیز چشم اندازهای امیدوارکننده‌ای ارائه شده است، زیرا «CNDUCI» تصمیم گرفت که قسمت مهمی از جلسات ۱۹۸۸ خود را به بررسی روش‌های خاص به منظور انتشار حقوق متحده‌شکل و به‌ویژه انتشار رویه قضائی که در ارتباط با کنوانسیون بوجود آمده است، اختصاص دهد.



کرمعلی گمایستانی



نگرشی اجمالی بر
پارلمان اروپا





● مقدمه

جنگ جهانی دوم بعد از اینکه اروپا و بخشی از جهان را به ویرانه ای مبدل ساخت سرانجام در اوایل سال ۱۹۴۵ به پایان رسید و موافقتنامه پایان جنگ موسوم به «موافقتنامه یالتا»^۱ بین متفقین به امضاء رسید. با وجود امضای موافقتنامه مذکور جو تشتّج همچنان در میان کشورهای متخاصل آن زمان حاکم بود و احتمال از سرگیری یک جنگ ویرانگر دیگر چندان بعيد به نظر نمی‌رسید. استالیین هنوز بر توسعه کمونیسم از طریق کمکهای نظامی- اقتصادی به جنبش‌های کمونیستی وابسته به اتحاد شوروی که عمده‌تاً در مستعمرات کشورهای غربی جریان داشت، اصرار می‌ورزید. کمونیستها در کره‌شمالی به قدرت رسیدند و خود را آماده می‌کردند تا بمنتور وحدت دو کره به نیروهای امریکائی مستقر در کره‌جنوبی حمله نمایند. فقر و اوضاع نابسامان اقتصادی اکثر قاره‌ها از

1. Yalta Agreement

جمله اروپا را به شدت رنج می داد. در ۱۹ سپتامبر سال ۱۹۴۶ وینستون چرچیل نخست وزیر وقت انگلیس در سخنرانی خود در دانشگاه زوریخ سوئیس بازسازی مجده دیک اروپای قدرتمند و متحد را که پیام آور صلح، امنیت و آزادی برای ملت‌های اروپا باشد پیشنهاد نمود. او بعد از جنگ جهانی دوم اولین سیاستمدار غربی بود که اصطلاح «ایالات متحده اروپا» را بکار برد.^۲ اگرچه این اصطلاح نخستین بار در سال ۱۸۴۹ توسط ویکتورهوجو نویسنده بزرگ و از بنیانگذاران انقلاب ۱۸۴۸ فرانسه مطرح گردید، ولی در آن زمان به دلیل پراکندگی کشورهای اروپائی چندان استقبالی از طرح مذکور بعمل نیامد. سخنرانی چرچیل بعضی از کشورهای اروپائی آن زمان نظیر فرانسه، آلمان، ایتالیا و... را بر آن داشت تا نزاع بر سر فرماندهی و امپراتوری اروپا را کنار گذازند و با یکدیگر در زمینه های سیاسی، اقتصادی و اجتماعی همکاری کنند.^۳

این ابتکار اروپائی پس از بروز قدرتهای نوظهور در جهان، نظیر ژاپن، توسعه بیشتری یافت و وحدت و یکپارچگی اروپا به صورت یکی از اهداف مهم نهضتهای مختلف اروپائی درآمد و توده های میلیونی اروپا که اولین قربانیان جنگ بودند با اشتیاق تمام از آن استقبال کردند. وزیر وقت خزانه داری امریکا نیز طی طرحی که بعدها به «طرح مارشال» معروف شد اعلام نمود که دولت امریکا از هیچگونه مساعدت مالی جهت بازسازی اروپا دریغ نخواهد کرد. در تاریخ ۹ مه ۱۹۵۰ «روبرت شومان»^۴ وزیر خارجه فرانسه که از پیشکسوتان فکر وحدت اروپا به شمار می رفت، طی نطقی اعلام داشت که دولتهای فرانسه و آلمان موافقت کرده اند بهره برداری از منابع زغال سنگ و صنایع فولاد دو کشور تحت نظرارت یک سازمان اروپائی و تحت نظام واحدی اداره شود. او همچنین اعلام داشت که کلیه

2. The Council of Europe: A Concise Guide, Strasbourg 1982, p.18.

3. P.S.Mathijsem: A guide to European Community Law, Fourth Edition, p.5. London, 1985.

4. Robert Shuman

کشورهای اروپای غربی، در صورت تمايل، می‌توانند به عضويت اين سازمان در آيند. بعد از مذاكرات و تبادل نظرهای متعدد، سرانجام در آوريل ۱۹۵۱ چهار کشور اิตاليا، بلژيك، هلندا و لوکزامبورگ نيز به آن پيوستند و معاهدۀ تأسیس جامعه اروپائی زغال سنگ و فولاد^۵ را در پاريس امضاء کردند. متعاقب اين اقدام، نمایندگان شش کشور مزبور در ژوئن سال ۱۹۵۵، در يك گردهمائی در شهر مسین^۶ ايتاليا طرح وحدت اروپا را به رياست اسپاک^۷ وزير امور خارجه بلژيك مطالعه کردند و سرانجام در تاریخ ۲۱ آوريل ۱۹۵۶ معاهدۀ تأسیس جامعه انرژي هسته‌اي اروپائی معروف به «اوراتوم»^۸ و در تاریخ ۵ مارس ۱۹۵۷ معاهدۀ رم که مؤسس جامعه اقتصادي اروپا^۹ (بازار مشترک) بود، توسيط سران شش کشور ياد شده امضاء شد. ارگان اجرائي هرسه جامعه موضوع اين معاهدات در سال ۱۹۶۵ به موجب عهدنامه ديگري که به «عهدنامه ادغام»^{۱۰} معروف است در يكديگر ادغام شدند و تشکيلات و مؤسسات مهم فعلي يعني شورا^{۱۱}،

5. European Coal and Steel Community

6. Messine

7. P.H. Spaak

8. European Atomic Energy Community (Euratom)

9. Treaty of Rom (European Economic Community = EEC)

10. Merger Treaty

11. European Communities Council. اين شورا که به «شورای وزيران اروپا» هم معروف است، به منزله مرکز اصلی و موز منفذکر و اجرائي هرجاني هرچند که شماره‌ي رود و در هدایت جامعه اروپا جهت دستيابي به اهداف آن نقش اساسی را ايفا می‌کند. اعضای شورا از نمایندگان کشورهای عضو که سمت وزارت دارند تشکيل می‌شود. اگرچه ممکن است از هرکشور چندين نماینده در جلسات عمومي شورا شرکت کند اما، در مجموع، هرکشور داراي يك رأي است. در جلسات تخصصي شورا در زمينه‌های کشاورزی، ترابری، خارجه و نظائر آن فقط وزیر مربوط شرکت می‌کند. رئيس شورا بالا ترین مقام تشریفاتي جامعه اقتصادي اروپا است و اعتبارنامه نمایندگان سیاسي کشورهای غير عضو را دریافت می‌کند. رياست شورا به نوبت تعیین می‌گردد و هر شش ماه به عهده يكی از کشورهای عضو قرار دارد. شورا بزرگترین مرجع قانونگذاري برای جامعه است. علاوه بر کميسيون، که رابطه سیار تنگاتنگی با شورا دارد، کميته‌های تخصصي متعددی نيز شورا را در امر قانونگذاري ياري می‌دهند. شورا در حال حاضر داراي هفتاد و شش نماینده به شرح زير است:



کمیسیون^{۱۲}، پارلمان اروپا و دیوان دادگستری اروپائی^{۱۳} بوجود آمدند. تاسال ۱۹۶۲ مجمع پارلمانی جوامع اروپائی صرفاً یک مجمع مشورتی بود، اما در این سال نام خود را به پارلمان اروپا تغییر داد. شورای جوامع



چهار کشور آلمان و انگلیس و ایتالیا و فرانسه هریک ده نماینده، اسپانیا هشت نماینده، بلژیک، یونان، پرتغال و هلند هریک پنج نماینده، ایرلند و دانمارک هریک سه نماینده و لوکزامبورگ دو نماینده (مواد ۱۴۵ تا ۱۵۴ جامعه اقتصادی اروپا). این شورا که مقر آن در بروکسل است با شورای اروپا (Council of Europe) که بیست و یک کشور اروپای غربی در آن عضویت دارند و مقر آن در استراسبورگ فرانسه است کاملاً تفاوت دارد. در این مقاله هرجا کلمه «شورا» بکار رفته است، منظور شورای وزیران جامعه اقتصادی اروپا است. برای اطلاع بیشتر رجوع شود به:

The Council of Europe Strasbourg, pp. 1-12, 1982.

۱۲. European Communities Commission. «کمیسیون» یکی از مؤسسات جوامع اروپائی و ترکیبی است از نماینده‌گان کشورهای عضو بازار مشترک که برای یک دوره چهار ساله با موافقت مشترک دولتها عضو انتخاب می‌شوند. تعداد اعضای کمیسیون هفده نفر است و کشورهای بزرگ چون ایتالیا، فرانسه، انگلیس و آلمان و اسپانیا هریک دو نماینده و بقیه اعضاء (هشت کشور باقیمانده) هر کدام، یک نماینده دارند. کمیسیون دارای شخصیت مستقل از دولتها عضو و از شورا است. وظیفه اصلی کمیسیون انجام اقدامات اولیه جهت انعقاد قراردادهای جامعه با کشورهای خارج از جامعه و تهیه پیش‌نویس‌های لازم در زمینه‌های مختلف جهت قانونگذاری و ارائه آن به شورا است. می‌توان گفت که کمیسیون در این خصوص صلاحیت مطلق دارد، زیرا شورا موظف است که فقط بر اساس پیشنهادهای کمیسیون اقدام به تصویب قانون و صدور امریکه یا آئیننامه‌های اداری نماید. اگر شورا بخواهد در پیش‌نهاد کمیسیون اصلاحاتی را بعمل آورد، موافقت تمامی اعضاء آن ضروری است. اگرچه کمیسیون قادر صلاحیت قانونگذاری است اما گاه، بنابر مصلحت و ضرورت، شورا اختیاراتی را در رابطه با وضع مقرراتی در خصوص سیاست کلی کشاورزی و مقررات ضردا تراست به کمیسیون تفویض می‌کند. یکی دیگر از وظایف مهم کمیسیون نظارت بر حسن اجرای تعهدات تقبیل شده توسط دولتها و اشخاص حقوقی است. کمیسیون قادر است چنانچه اعضاء به نحوی از اتحاده از مقررات معاہده‌رم و یا دیگر معاهدات عدول نمودند، بر اساس پیش‌بینیهای بعمل آمده در مواد ۱۶۹ و ۱۷۰ معاہده جامعه اقتصادی اروپا موارد تخلف را همراه با گزارشها و اسناد مربوط جهت رسیدگی به دیوان دادگستری جوامع اروپائی ارسال نماید. علاوه بر موارد مذکور، کمیسیون صلاحیت دارد تا ضمن گشیل بازرسانی به شرکتها و کمپانیهای فعال در داخل جوامع اروپائی (دوازده کشور عضو)، از فعالیتهای آنها آگاه شود. اگر کمیسیون دریافت که شرکتها برخلاف مقررات معاہده‌رم اقداماتی انجام داده‌اند،



اروپائی با این تغییر نام به دلیل غیرقانونی بودن آن مخالفت کرد، زیرا بر این عقیده بود که تنها با اصلاح معاهده رم می‌توان نام مؤسسات وابسته به جامعه را تغییر داد. سرانجام، این امر در سال ۱۹۸۶ با تصویب قانون واحد اروپائی^{۱۴}، که اصلاحیه و متممی است بر معاهده رم، حل گردید و تغییر نام پارلمان از سوی شورا به رسمیت شناخته شد. امروزه، به دلیل برگزاری انتخابات سراسری نمایندگان این پارلمان توسط مردم در دوازده کشور عضو بازار مشترک، کمتر شهروند اروپائی است که با نام پارلمان اروپا آشنا باشد.



من تواند این شرکتها را تا سطح مبلغ یک میلیون اکو جریمه نماید. (ECU مخفف European Currency Union واحد پول کشورهای عضو جامعه اقتصادی اروپا است که در حال حاضر در کشورهای اروپائی خرید و فروش می‌شود). رئیس کمیسیون در عرف سیاسی به وزیر خارجه جامعه اروپا معروف است.
 ۱۳. European Court of Justice. این دیوان که مقر آن در یاستخت کشور لوکزامبورگ قراردارد با سیزده قاضی و شش دادستان (مواد ۱۶۵ و ۱۶۶ معاهده رم) تشکیل جلسه می‌دهد و وظیفه آن رسیدگی به شکایت شرکتها علیه یکدیگر، کمیسیون علیه شرکتها و دولتها عضو و نیز شکایت دولتها علیه یکدیگر است (مواد ۱۶۹، ۱۷۰، ۱۷۳، ۱۷۵ و بند ۲ از ماده ۲۱۵ معاهده رم). این دیوان قادر است چنانچه مقررات وضع شده توسط شورا و کمیسیون را مخالف با روح معاهده رم تشخیص دهد دستور ابطال آن را صادر نماید (مادة ۱۷۵ معاهده رم). دیوان مذکور، شرکتها و حتی دولتها را که برخلاف مقررات معاهده عمل نمایند محاکمه و به جریمه نقدی محکوم می‌کند. این جریمه ها و جریمه هایی که توسط کمیسیون دریافت می‌شود اگر شرکتها بر نحوه فعالیت کمیسیون و یا بر میزان جریمه اعتراضی داشته باشند می‌توانند به این دیوان شکایت کنند. احکام این دیوان قطعی و لازم الاجراء است.

14. Single European Act (SEA)

تشکیلات داخلی پارلمان اروپا

تشکیلات داخلی پارلمان اروپا، نظیر اکثر پارلمانهای ملی کشورهای عضو، دارای تشکیلاتی به شرح زیر است:

الف. گروههای سیاسی

ب. کمیته‌های پارلمانی

ج. دفتر اجرائی

الف. گروههای سیاسی

داوطلبان نماینده‌گی هر کشور برای پارلمان اروپا در احزاب سیاسی چند ملیتی مختلفی جهت انتخابات با یکدیگر رقابت می‌کنند.^{۱۵}

۱۵. به طور نمونه، تعداد احزاب شرکت‌کننده در انتخابات سالهای ۱۹۷۹، ۱۹۸۴ و ۱۹۸۹ و تعداد نماینده‌گان منتخب آنها به شرح زیر است:

	۱۹۸۹	۱۹۸۴	۱۹۷۹
۱۸۰	۱۳۰	۱۲۴	
۱۲۱	۱۱۰	۱۱۷	
۳۴	۵۰	۶۳	
۲۸	۴۱	۴۸	
۴۹	۳۱	۳۸	
۲۲	۲۹	۲۴	
۱۳	۲۰	۰	
۱۷	۱۶	۰	
۱۰	۷	۱۰	
۱۴	—	—	
۵۱۸	۴۳۴	۴۲۴	

۱- سوسیالیستها (همراه با حزب کارگر انگلیس)

۲- حزب مردمی اروپا

۳- دموکراتهای اروپائی

۴- کمونیستها و همپیمانان آنها (اتحاد چپ اروپائی)

۵- لیبرالها و دموکراتها

۶- اتحاد دموکراتهای اروپائی

۷- حزب رنگین کمان

۸- راست اروپائی

۹- احزاب غیروابسته (مستقل)

۱۰- احزاب ائتلاف چپ

تعداد این احزاب ممکن است در هر دوره انتخابات پارلمان تغییر یابد. اگرچه قانون انتخابات پارلمان اروپا در خصوص صلاحیت انتخاب شوندگان در ماده ۴ تصریح می‌کند که «نمایندگان بر اساس صلاحیتهای فردی و شخصی انتخاب می‌شوند و هیچگونه الزامی به عضویت در گروه یا حزبی ندارند»^{۱۶} اما همین قانون در ماده ۳۶ خود مقرر نموده است که نمایندگان بعد از ورود به پارلمان موظف اند که در گروههای سیاسی فعالیت نمایند^{۱۷}، اگرچه قبل از انتخاب شدن به عضویت پارلمان در هیچ حزب یا گروهی فعالیت نداشته‌اند. بنابر این، نمایندگان جدید اگر عضو گروه یا حزبی نباشند موظف اند ظرف مدتی به عضویت یکی از گروههای حاضر در پارلمان در آیند و یا خود اقدام به تأسیس گروههای جدیدی نمایند. نحوه تشکیل گروههای جدید بدین ترتیب است که هر بیست و یک نماینده از یک کشور و یا پانزده نماینده از دو کشور و نهایتاً ده نماینده از چند کشور می‌توانند گروه جدیدی را تأسیس کنند. این گروههای پارلمانی هرکدام دارای رئیس، نایب رئیس و چند معاون هستند.

ب. کمیته‌های پارلمانی

این کمیته‌ها که در شکل کمیته‌های دائمی یا مؤقتی، عمومی یا اختصاصی (ویژه) فعالیت دارند توسط دفتر اجرائی پارلمان تأسیس می‌شوند و وظایف هرکدام به دقّت تعیین می‌گردد. عمدۀ فعالیت این

→

این آمار نشان می‌دهد که همواره سوابیستها دارای اکثریت تعداد نمایندگان در پارلمان بوده و قدرتمندتر از دیگر احزاب اروپائی هستند. ضمناً اختلاف موجود در مجموع تعداد نمایندگان در سالهای ۱۹۷۹ تا ۱۹۸۴ و سالهای ۱۹۸۴ تا ۱۹۸۹ به علت پیوستن کشور یونان در سال ۱۹۸۰ و کشورهای اسپانیا و پرتغال در سال ۱۹۸۶ به بازار مشترک اروپا است.

16. European Parliament News 11, Aug- Sept. 1989, p.3; Official Journal of the European Communities, No. 278, Series L, 18 Oct. 1979.

17. Ibid., Art. 36.

کمیته‌ها بحث و بررسی پیشنهادهای ارائه شده از سوی کمیسیون یا شورا به پارلمان است.^{۱۸} پس از اینکه کمیته‌ها وظایف محوله را انجام دادند گزارشی از نظرات و دیدگاههای خود را پیرامون پیشنهادهای شورا یا کمیسیون به پارلمان تقدیم می‌کنند و درنهایت، پارلمان نظرات خود را با صدور قطعنامه‌هایی درخصوص مسائل فوق اعلام می‌دارد. ازمهترین این کمیته‌ها می‌توان کمیته بررسیهای سیاسی، کمیته کشاورزی، ماهیگیری و مواد غذائی، کمیته بودجه و کمیته بررسی سیاست پولی و صنعتی جامعه را نام برد که در هرکدام ۴ نماینده پارلمان عضویت دارند.

ج. دفتر اجرائی

پارلمان اروپا دارای یک رئیس و دوازده معاون است که توسط نماینده‌گان انتخاب می‌شوند و به عنوان هیئت اجرائیه فعالیتهای نظیر تهیه و تنظیم پیش‌نویس جلسات، تصمیم‌گیری درخصوص موضوعات داخلی و تهیه و تنظیم پیش‌نویس بودجه پارلمان را به عهده دارند. به هنگام بحث پیرامون موضوعات مهم داخلی پارلمان، هیئت اجرائی با سران گروههای حاضر در پارلمان تشکیل جلسه می‌دهند و تصمیمات نهائی را در این خصوص، بدون نظرخواهی از دیگر نماینده‌گان، تصویب می‌کنند. پارلمان در حدود سه هزار کارمند دارد که تحت سرپرستی واحدی به نام دیرخانه مستقر در استراسبورگ فرانسه زیر نظر دیرکل پارلمان انجام وظیفه می‌نمایند.^{۱۹}

در اینجا مناسب است بطور اجمال درباره نحوه انتخاب نماینده‌گان و تعداد آنها نیز توضیح مختصری داده شود.

18. P.S.R.F. MATHIJSSEN: A Guide to European Community Law, Fourth Edition, p. 26, 1985, London.

19. Treaties Establishing the European Communities, Abridged Edition, EEC Section, Art. 140, p. 261, 1987, Brussels.

د. تعداد و نحوه انتخاب نمایندگان پارلمان

تعداد نمایندگان پارلمان ۵۱۸ نفر است که این تعداد تا سال ۱۹۷۶ بر اساس ماده ۱۳۸ معاہدۀ جامعه اقتصادی اروپا، ماده ۲۱ معاہدۀ جامعه اروپائی زغال سنگ و فولاد و ماده ۱۰۸ معاہدۀ اوراتوم، از میان نمایندگان مجالس قانونگذاری کشورهای عضو، توسط نمایندگان همان کشورها برای یک دورۀ پنج ساله انتخاب می شدند و به این پارلمان راه می یافتدند. اما با وضع قانون «انتخاب نمایندگان پارلمان اروپا به وسیله انتخابات بی واسطه و سراسری» که توسط شورای جوامع اروپائی در ۲۰ سپتامبر ۱۹۷۶ به تصویب رسید، این نمایندگان بر اساس ماده یک این قانون مستقیماً توسط مردم اروپا انتخاب می شوند و به این پارلمان راه می یابند.^{۲۰} ماده ۲ قانون فوق الذکر تعداد نمایندگان کشورهای عضو در پارلمان اروپا را به شرح زیر تعیین نموده است:

چهار کشور بزرگ اروپا یعنی آلمان، انگلستان، ایتالیا و فرانسه هر کدام ۸۱ نماینده، اسپانیا ۶۰ نماینده، هلند ۲۵ نماینده، بلژیک، یونان و پرتغال هر کدام ۲۴ نماینده، دانمارک ۱۶ نماینده، ایرلند ۱۵ نماینده و بالاخره شاهزاده نشین کوچک لوکزامبورگ ۶ نماینده.

نمایندگان بر اساس صلاحتیهای شخصی انتخاب می شوند و نحوه انتخابات و شرایط لازم برای انتخاب شدن توسط قوانین داخلی کشورهای عضو که باید مطابق با دستورالعمل کلی پارلمان باشد، تعیین می گردد. بر اساس ماده ۶ قانون انتخابات پارلمان اروپا، افرادی که برای انتخاب شدن کاندیدا می شوند نباید در تشکیلات جوامع اروپائی نظیر کمیسیون، شورا، دیوان دادگستری اروپا و نیز کمیته های وابسته به آن و یا هر ارگان وابسته به جوامع اروپائی فعالیت داشته باشند.^{۲۱}

20. Ibid., Art. 1, p. 611.

21. Ibid., Art. 6, p. 612.

همچنین پارلمان می‌تواند در مواقعي جلسات فوق العاده تشکيل دهد. در اين خصوص بند ۲ ماده ۱۳۹ معااهده اقتصادي اروپا مقرر می‌دارد:

«پارلمان اروپا می‌تواند بنا به درخواست اکثریت اعضای خود، شورا یا کمیسیون جلسه فوق العاده تشکيل دهد.»^{۲۲}

جريان مذاكرات كامل نمایندگان در خصوص مسائل و موضوعات مطروحه در پارلمان در روزنامه رسمي منتشره از سوی شورا و کمیسیون جوامع اروپائی به ده زبان انگلیسي، آلماني، ايتاليائی، فرانسوی، دانمارکي، یوناني، هلندي، ايرلندي، اسپانيولي و پرتقالی چاپ و منتشر می‌گردد.^{۲۳}



صلاحيت و وظایف پارلمان

برخلاف نام پارلمان که اصولاً بر مجالس قانونگذاري اطلاق می‌گردد، پارلمان اروپا قادر قدرت قانونگذاري است و صرفاً وظایف مشورتی و نظارتی بر عملکرد ديگر ارگانهای وابسته به بازار مشترک را به عهده دارد. در اين خصوص ماده ۱۳۷ از معااهده جامعه اقتصادي اروپا مقرر می‌دارد:

«وظيفه پارلمان اروپا، که مجتمعه‌اي است از نمایندگان منتخب مردم کشورهای عضو، نظارت بر اجرای صحيح قوانین توسط مؤسسات

22. Ibid Art. 139, p. 261.

23. Ibid.. Single European Act, Art. 304, p. 514.

وابسته به جوامع اروپائی و یا دادن نظرات ارشادی است.»^{۲۴}

به طور کلی می‌توان وظایف عمدهٔ پارلمان را به شرح زیر خلاصه کرد:

- الف. مشارکت با شورا در تنظیم قوانین
- ب. بازخواست از کمیسیون و شورا
- ج. استیضاح اعضای کمیسیون به صورت انفرادی یا گروهی
- د. بررسی گزارش کلی سالانهٔ کمیسیون
- ه. مشارکت در تنظیم بودجهٔ سالانهٔ جامعه
- و. طرح دعویٔ علیه شورا و کمیسیون در دیوان دادگستری اروپائی
- ز. مشارکت با کمیسیون در دیگر فعالیتهای جانبی جوامع اروپائی
- ح. اظهار نظر و صدور قطعنامه

الف. مشارکت در تنظیم قوانین

اگرچه شورا اساسی ترین رکن و مرجع قانونگذاری در درون جامعه به شمار می‌رود، اما در امور مهم مربوط به جامعه باید نظرات و دیدگاههای پارلمان را درخصوص این مسائل درخواست نماید. در ۲۷ ماده از معاهده جامعه اقتصادی اروپا مشورت با پارلمان توسط شورا جهت وضع قانون، صدور امریه^{۲۵}، آئیننامه و یا بخششانه اداری مورد تأکید قرار گرفته است.^{۲۶} مسائلی که عمدهاً شورا نیاز به مشورت با پارلمان دارد بیشتر حول و حوش سیاستهای مربوط به مسائل کشاورزی، حمل و نقل، رقابت، محیط‌زیست و انعقاد قرارداد با کشورهای خارج از جامعه است.^{۲۷}

24. Ibid., European Economic Communities, Art. 137- p. 259.

25. directive

26. Treaties of European Communities, Art. 7, 14 (7), 43(2), 54(1) (2), 56(2), 57(1) (2), 63(1) (2), 73(1), 87(1), and Articles 100, 126, 127, 201, 212, 228, 235, 236, 238.

27. Official Journal of Council, No. 66/50 1982, Brussels.

البته، این بدین معنا نیست که شورا موظف است در همه امور با پارلمان مشورت کند. زیرا شورا، به عنوان یکی از ارکان مهم قانونگذاری جامعه، می‌تواند رأساً در بسیاری از امور بدون درخواست نظریه پارلمان اقدام به وضع قانون، صدور امریه و یا آئیننامه اداری نماید. البته، در مواردی که در معاهده رُم تصریح به همکاری با پارلمان و درخواست نظریه مشورتی آن شده است شورا وظیفه دارد با پارلمان همکاری لازم را بعمل آورد. در غیر این صورت، پارلمان می‌تواند جهت ابطال این مقررات، شورا را در دیوان دادگستری اروپا تحت پیگرد قانونی قرار دهد.²⁸ ضمناً مشاوره با پارلمان اروپا بدین مفهوم نیست که شورا موظف باشد از نظرات ارائه شده توسط آن تعییت کند. نظرات مشورتی پارلمان اروپا هیچگونه جنبه الزامی برای شورا ندارد و حتی شورا موظف به اعلام نظر موافق یا مخالف ارائه شده از سوی پارلمان نیست. آنچه که از روح مواد معاهده رُم استخراج می‌شود صرفاً مشورت کردن و گرفتن نظرات پارلمان جهت هماهنگی بیشتر در موضوعات مختلف است.

ب. بازخواست نمایندگان پارلمان از کمیسیون و شورا

بر اساس بند ۳ ماده ۱۴۰ معاهده جامعه اقتصادی اروپا کمیسیون موظف است به سؤالات ارائه شده از سوی نمایندگان در جلسات علنی پارلمان به صورت شفاهی یا کتبی پاسخ گوید. بعد از ارائه پاسخ کمیسیون، نمایندگان مخالف و موافق پیرامون سؤال مذکور به بحث می‌پردازند و در پایان، پارلمان با صدور قطعنامه ای رضایت یا عدم رضایت خود را از پاسخ کمیسیون اعلام می‌دارد. اگرچه این ماده در ابتدا فقط کمیسیون را شامل می‌شد ولی بعد از تصویب معاهده ادغام، شامل شورا نیز

28. See Joined Cases 138 and 139 79 Roquette Freres v. Council, and Maizena v. Council (1980) E.C.R. 3333 and 3393, Where the Court annulled regulation because the council, having consulted parliament, adopted the regulation although no opinion was delivered.

گردید.^{۲۹} کمیسیون به عنوان یک بازوی سیاسی تحت کنترل پارلمان عمل می‌کند و همواره می‌کوشد پارلمان را به عنوان یک نیروی حمایت کننده در پشت سر خود داشته باشد. کمیسیون در مقابل پارلمان مسئولیت دارد، در حالی که رابطه شورا و پارلمان یک رابطه همکاری متقابل و دوچاره است.

ج. استیضاح اعضای کمیسیون

اگر پارلمان موافق عملکرد کمیسیون نباشد می‌تواند با استیضاح اعضای آن به صورت انفرادی یا گروهی آنها را مجبور به استعفای نماید.^{۳۰} جلسه استیضاح اعضای کمیسیون در جلسه علنی که به مدت سه روز طول خواهد کشید انجام می‌گیرد. در این رابطه باید اکثریت لازم نمایندگان در پارلمان حضور داشته باشند و رأی دوستم نمایندگان حاضر برای تصویب استیضاح ضروری است.

هر یک از احزاب سیاسی موجود در پارلمان و یا یک دهم از کل نمایندگان می‌توانند استیضاح اعضای کمیسیون را از ریاست پارلمان درخواست کنند.^{۳۱} اگر دوستم اعضای حاضر در پارلمان رأی بر عدم قابلیت سیاسی عضو یا اعضای کمیسیون بدنهند، آنها موظف اند از شغل خود کناره گیری کنند؛ اما نظر به اینکه انتخاب اعضای جدید از سوی شورا مدتی بطول می‌انجامد اعضای مستعفی می‌توانند تا انتخاب اعضای جدید به کار خود ادامه دهند. اگر چه در ظاهر استیضاح تشکیلاتی نظیر کمیسیون

۲۹. به طور مثال، در سال ۱۹۸۴ مجموعاً ۱۸۹ سؤال توسط نمایندگان مشترکاً به پارلمان و کمیسیون جهت پاسخگوئی ارائه شد که در روزنامه‌های رسمی منتشره توسط کمیسیون و شورا به چاپ رسیده است.

۳۰. وظایف ریاست پارلمان اروپا مانند مجالس قانونگذاری کشورهای عضو عمدتاً نظارت بر فعالیتهای کلی پارلمان شامل تهیه پیش‌نویس صورتجلسات، بحث تعیین صلاحیت پارلمان راجع به موضوعات ارجاع شده به آن، تهیه پیش‌نویس بودجه سال آتی پارلمان، تهیه پیش‌نویس قطعنامه‌ها و نیز حفظ نظم و انضباط در جلسات داخلی است.

که به عنوان بازوی اجرائی جامعه عمل می‌کند یکی از اهرم‌های مهم کنترل پارلمان بر کل فعالیت‌های جامعه است، اما در عمل، پارلمان نقش چندان فعالی نظیر پارلمان‌های ملی کشورها ندارد؛ زیرا شورا قادر است مجدداً با انتخاب افرادی همسو با سیاست‌های خود دیدگاه‌هایش را بر پارلمان تحمل نماید.

د. بررسی گزارش کلی سالانه کمیسیون

یکی دیگر از وظایف پارلمان بررسی گزارش سالانه از عملکرد و فعالیت‌های کلیه مؤسسات جوامع اروپائی است. این گزارش باید یک ماه قبل از آغاز فصل شروع جلسات پارلمان آماده و تقدیم شود. گزارش مذکور حاوی فعالیت و عملکرد شورا، کمیسیون، بانک سرمایه‌گذاری اروپا... است و به صورت مفصل تر اوضاع جاری و آتی اقتصادی جامعه در زمینه سیاست‌های کشاورزی، حمل و نقل، رقابت، محیط زیست، آموزش، تولید وغیره را تشریح می‌کند. این گزارش توسط رئیس کمیسیون در نخستین جلسه شروع فعالیت پارلمان به سمع نمایندگان می‌رسد و بعد از آن پارلمان رهنمودهای لازم را درخصوص مسائل مختلف به کمیسیون ارائه می‌دهد.

ه. مشارکت در تنظیم بودجه سالانه جامعه

مواد ۲۰۳ و ۲۰۴ معاهده جامعه اقتصادی اروپا وظایف مربوط به تهیه و تصویب بودجه را بوضوح مشخص کرده است. در این خصوص، کمیسیون جوامع اروپائی قبل از پایان هر سال مالی برای بودجه سال آتی اقدام به تهیه پیش‌نویس می‌نماید و سپس آن را جهت ملاحظه و اظهارنظر و نیز انجام تغییراتی در آن، چنانچه ضروری به نظر برسد، برای شورا جوامع اروپائی می‌فرستد. شورا پیش‌نویس بودجه ارسالی از سوی کمیسیون را، بعد از انجام اصلاحات لازم جهت ملاحظه پارلمان اروپا ارسال می‌دارد.

پارلمان که صلاحیت اعمال هرگونه تغییرات در پیش نویس مذکور را دارد دیدگاهها و نظرات خود را درباره بودجه سال آینده، که با اکثریت مطلق نمایندگان به تصویب می‌رسد، همراه با پیش نویس ارسالی مجدداً به شورا اعاده می‌دهد. پس از مطالعه و بررسی، شورا پیشنهادها و دیدگاههای پارلمان را، در صورت موافقت، با رأی اکثریت لازم اعضا به تصویب می‌رساند و اگر مخالف نظرات ارائه شده از سوی پارلمان باشد دلایل مخالفت خود را همراه با پیش نویس برای دو میان بار جهت ملاحظه و اخذ نظر مشورتی برای آن ارسال می‌دارد. پارلمان مجدداً پیش نویس و دلایل مخالفت شورا با پیشنهادهای خود را بررسی می‌کند و چنانچه هنوز بر موضع قبلی خود باقی باشد، با رد مخالفت شورا، دلایل لازم در تأیید اصلاحات و تغییرات پیشنهادی در بودجه را همراه با پیش نویس آن به شورا مسترد می‌دارد. عموماً این اختلاف بر سر مقدار و میزان بودجه مؤسسات و مشارکت جامعه در طرحهای در دست اقدام درون جامعه است و بالاخره درباره مخارج اجباری جامعه^{۳۲} نظیر بودجه کمیسیون، شورا، پارلمان، دیواندادگستری اروپا و نیز آن دسته از اهدافی که صرحتاً در معاہده رُم و نیز اصلاحات بعدی آن نظیر «قانون واحد اروپائی»^{۳۳} مطرح شده است. شورا صلاحیت دارد تا آخرین اصلاحات لازم را بعمل آورد و پارلمان حق هیچگونه مخالفتی را در این خصوص ندارد. معذلک، در رابطه با مخارج و هزینه‌های غیراجباری جامعه^{۳۴} تصمیم نهائی توسط پارلمان اروپا اتخاذ می‌شود.^{۳۵}

32. Compulsory expenditure

33. European Single Act

34. Non-compulsory expenditure

35. Article 203. of European Economic Community. :Treaties Establishing the European Communities, Abridged Edition, 1984, pp. 291-296.

و. طرح دعوی علیه اقدامات شورا و کمیسیون در دیوان دادگستری اروپائی اگر شورا در وضع قوانین و یا صدور آئیننامه، بخشنامه یا امریه در مواردی که معاهدات مربوط، صراحتاً مشاوره با پارلمان را لازم دانسته اند به وظیفه خود عمل نکند و یا اقدام به وضع مقرراتی نماید که با روح معاهدات رُم تناقض داشته باشد، و یا کمیسیون در اموری که مربوط به صلاحیت او نیست مداخله نماید، پارلمان می‌تواند ابطال قوانین و یا مقررات موضوعه شورا یا اقدامات انجام شده از سوی کمیسیون را از دیوان دادگستری اروپائی تقاضا نماید.^{۳۶} دیوان اگر تشخیص دهد که شورا و یا کمیسیون در انجام وظایف محله اقداماتی را برخلاف مقررات معاهده مؤسس جوامع اروپائی مرتکب شده اند دستور ابطال آنها را صادر خواهد کرد.^{۳۷}

ز. مشارکت با کمیسیون در دیگر فعالیتهای جانبی جوامع اروپائی از دیگر وظایف پارلمان، عضویت نمایندگان آن در کمیته‌های مشترک با کمیسیون در مذاکرات سیاسی - اقتصادی با کشورهای خارج از جامعه است. در این راستا می‌توان از کمیته‌های مشترک همکاریهای اقتصادی با ترکیه^{۳۸} و کشورهای افریقائی، حوضه دریای کارائیب و پاسیفیک معروف به کنوانسیون لومه^{۳۹} نام برد که در اولی هجده تن و در دومنی نود و هشت تن از نمایندگان پارلمان عضویت دارند. بعلاوه، پارلمان اروپا هرساله یک جلسه مشترک با «مجمع مشورتی شورای اروپا»^{۴۰} که نمایندگان بیست و یک کشور اروپای غربی

36. European Economic Community, Art. 175 (1) (2).

37. Case No.13783 Parliament v. Council, O.J. of Commission 49 9, Bull I-1983, p. 35.

38. European Economic Community and Turkey Association

39. ACP- EEC Convention (Lome I, II, III).

40. Consultative Assembly of the Council of Europe

در آن حضور دارند تشکیل می دهد که طی آن مسائل گوناگونی مورد بررسی قرار می گیرد.

ح. اظهارنظر و صدور قطعنامه

بالاخره، از جمله وظایف پارلمان می توان به صدور قطعنامه درخصوص مسائل داخلی جامعه و خارج از آن اشاره نمود. به نظر می رسد که در پارهای اوضاع و احوال، پارلمان به عنوان بازوی سیاسی کشورهای بازار مشترک دارای دونتش اصلی است^{۴۱}:

یکی اینکه اگر دولتهای عضو جامعه مایل نباشندیک کشور متحده خود را که مرتكب عملی ضد انسانی و خلاف حقوق بین الملل شده است مستقیماً مورد سرزنش قرار دهند، این وظیفه به عهده پارلمان اروپا گذاشته می شود تا از یک سو ظاهر قضیه، یعنی محکومیت خطکار، حفظ شده باشد، و از سوی دیگر، کشور متحده بازار مشترک چندان رنجیده خاطرنشود.

دیگر اینکه محکومیت دولتهای که سیاستهای آنها چندان همسو با منافع غرب نیست بعضًا توسط این پارلمان صورت می گیرد. در اینگونه موارد، پارلمان با صدور قطعنامه و کشورهای عضو بازار مشترک نیز باتبیغات وسیع سعی به وارد آوردن فشار سیاسی و بین المللی می کنند تا کشور مورد نظر تسليم خواسته های آنها شود و یا سیاستهای خود را تعديل نماید. در این مورد می توان از قطعنامه های صادره عليه کشورهای نظیر پاناما، کوبا، لیبی و کره شمالي نام برد. پارلمان هرسال طی جلسات عمومی خوددهها قطعنامه در مسائل داخلی و خارجی صادر و به دولتهای عضو ابلاغ می کند. همچنین نمایندگان دولتهای عضو موظف اند در سازمانهای بین المللی، نظیر سازمان ملل، از قطعنامه های مهم پارلمان درخصوص مسائل موضوعات جهانی دفاع کنند و آنها را در اختیار نمایندگان کشورهای دیگر قرار دهند.^{۴۲}

41. Encyclopedia of Public International Law, Vol. 6, p.171.

42. European Parliament- Growing together, Published by Directorate General for Research and Documentation, Sep. 1983.

رویه‌مرفته می‌توان از قطعنامه‌های زیر به عنوان مهمترین فعالیت‌های سیاسی-تبليغاتی پارلمان اروپا ظرف دهه اخیر نام برد^{۴۳}:

۱. انتقاد از مواضع شوروی (سابق) در قبال نقض حقوق بشر و اشغال نظامی افغانستان در سال ۱۹۸۰.

۲. حکومیت دولت نظامی آرژانتین به خاطر سرکوبی نیروهای مخالف و شکنجه و کشتار دسته جمعی تا سال ۱۹۸۳.

۳. قطعنامه حکومیت دولت نظامی آگوستینو پینوشه دیکتاتور شیلی به جهت سرکوبی و شکنجه و اعدام مخفی مخالفان در سال ۱۹۸۴.

۴. قطعنامه حکومیت دولت نژادپرست افریقای جنوبی به خاطر سرکوبی مبارزات آزادیبخش سازمانهای ضد نژادپرستی در سال ۱۹۸۴.

۵. قطعنامه حکومیت دولت لهستان و پیشنهاد قطع کمکهای جامعه اقتصادی اروپا به این کشور در پی سرکوبی اتحادیه همبستگی کارگری در سال ۱۹۸۵.

۶. قطعنامه‌های حکومیت دولتهای آلبانی، ترکیه، عراق، کوبا، کره شمالی، لیبی، سوریه، پاناما و افغانستان در خصوص نقض حقوق بشر.

۷. و بالاخره پارلمان اروپا در سال ۱۹۸۷ بعد از بکار بردن وسیع سلاحهای شیمیائی توسط دولت عراق در جنگ خود علیه ایران و نیز کشتار مردم بی دفاع حلبچه، با صدور قطعنامه‌ای ضمن محکوم کردن این کشور به خاطر بکار بردن سلاحهای شیمیائی که براساس پروتکل ۱۹۲۵ و کنوانسیونهای چهارگانه ۱۹۴۹ ژنو منع شده است، از کلیه دولتها درخواست کرد که از قراردادن امکانات ساخت سلاحهای شیمیائی به عراق خودداری نمایند^{۴۴} و این درحالی بود که دولت عراق با کمک همه جانبه غرب از جمله دولتهای امریکا، آلمان، بلژیک و فرانسه در حال ساختن پیچیده‌ترین سلاحهای شیمیائی بوده و دارای یکی از بزرگترین کارخانه‌های تولید این

43. Europe: A Time to Choose Booklet of European Parliament, March 1985, p. 34.

44. International Herald Tribune, Paris, 29 September, pp. 1&3.

سلاحها در سطح خاورمیانه محسوب می شد.^{۴۵}

از جمله فعالیتهای دیگر پارلمان اروپا می توان از همکاری آن با روند پیشرفت به اصطلاح صلح خاورمیانه نام برد. این پارلمان در سال ۱۹۷۹ از پیشنهاد رئیس جمهور سابق مصر درخصوص ایجاد رابطه دوستی بین مصر و اسرائیل استقبال کرد و زمینه مقدمات این دوستی توسط پارلمان چیده شود تا اینکه موافقتنامه کمپ دیوید به امضاء رسد. پس از آن نیز پارلمان از مذاکرات صلح خاورمیانه ای شاه حسین - شامیر - عرفات استقبال کرده و به ترتیب در سالهای ۱۹۸۳، ۱۹۸۵ و ۱۹۸۸ از آنها به خاطر ابتکار صلح در پارلمان اروپا ستایش بعمل آورده است.^{۴۶}



مجامع یا پارلمانهای مشابه با پارلمان اروپا

در این خصوص می توان از سه مجمع مشورتی مهم در اروپا به شرح زیر نام برد:

- الف. مجمع مشورتی اتحادیه اروپای غربی^{۴۷}
- ب. مجمع مشورتی اتحادیه اقتصادی کشورهای بنلوکس^{۴۸}
- ج. مجمع پارلمانی شورای اروپا^{۴۹}

۴۵. کیهان هوائی، شماره ۸۱۱، چهارشنبه ۲۱ دی ۱۳۶۷.

46. Supra, A Time to Choose... p.37.

47. Consultative Assembly of the Western European Union

48. Consultative Assembly of the Benelux Economic Union

49. Parliamentary Assembly of the Council of Europe

الف. مجمع مشورتی اتحادیه اروپای غربی

در چهارم مارس ۱۹۴۷ معاہدۀ مهمی معروف به معاہدۀ دنکرک جهت دفاع مشترک بین فرانسه و انگلستان منعقد شد و یک سال بعد، یعنی در ۱۷ مارس ۱۹۴۸، کشورهای عضو معاہدۀ بنلوکس نیز به آن پیوستند و به این ترتیب اتحادیه اروپای غربی که هدف آن دفاع دسته‌جمعی کشورها در مقابل شوروی (سابق) و تجاوز احتمالی آلمان بود، تأسیس یافت.^{۵۰} در این راستا، مجمع مشورتی اتحادیه اروپای غربی که ترکیبی از نماینده‌گان پارلمانهای کشورهای عضو بود، در سال ۱۹۵۴ بنیان‌گذاری شد. فعالیت این مجمع مشورتی که اولین بار با هشتاد و نه نماینده تشکیل جلسه داد براساس مقررات شورای اروپا تعیین می‌شد. مقر این مجمع در پاریس است. بعد از تشکیل سازمان ناتو^{۵۱} در سال ۱۹۴۹ اتحادیه اروپای غربی اعتبار خود را از دست داد و کلیه وظایف و اختیارات خود را به آن سازمان تفویض نمود و به‌تبع آن، مجمع مشورتی مزبور نیز جای خود را به پارلمان مشورتی شورای اروپا داد. اداره این پارلمان با شورای اروپا است.

ب. مجمع مشورتی اتحادیه اقتصادی کشورهای بنلوکس

این مجمع به موازات تشکیل و امضای معاہدۀ کشورهای بنلوکس بین سه کشور بلژیک، هلند و لوکزامبورگ بوجود آمد و هدف آن نظارت بر همکاریهای اقتصادی و سیاسی بین اعضاء و دادن نظرات مشورتی است. اعضای این مجمع نیز از میان نماینده‌گان پارلمانهای ملی کشورهای عضو انتخاب می‌شوند. سه کشور عضو موظف اند سالانه گزارش کاملی از همکاریهای بین‌الدولی تقدیم مجمع نمایند. این مجمع بعد از تشکیل

50. Encyclopedia Public Int'l Law, Vol.6 p.366 Dunkirk Treaty.

51. North Atlantic Treaty Organization (NATO)

52. Supra, Encyclopedia of Int'l Law, p. 367

جوامع اقتصادی اروپا و ارگانهای وابسته به آن، از جمله پارلمان اروپا، ارزش و اعتبار خود را از دست داد و در حال حاضر فعالیت چندانی ندارد.^{۵۳}

ج. مجمع پارلمانی شورای اروپا

هنگامی که به تشویق چرچیل نخست وزیر وقت انگلیس، شورای اروپا جهت هماهنگی و نزدیکی کشورهای اروپای غربی با یکدیگر در سال ۱۹۴۹ تأسیس شد، این مجمع پارلمانی نیز به عنوان یک مجلس مشورتی توسط شورای اروپا و به عنوان بخشی از تشکیلات وابسته به آن ایجاد گردید. شاید بتوان گفت که این مجلس، نخستین مجمع پارلمانی بین المللی بود که تا آن زمان در تاریخ سیاسی ملتها تشکیل می شد.^{۵۴} در حال حاضر تمام کشورهای عضو شورای اروپا در این مجلس عضویت دارند.^{۵۵}

نظر به اینکه اصطلاح مجمع پارلمانی شورای اروپا ممکن است اشتباهاً جای پارلمان اروپا بکار رود و از طرفی نام فعلی پارلمان اروپا نام قدیمی مجمع پارلمانی مذکور بوده است، لذا بهتر است مختصری هم درباره فعالیتها و ساختار تشکیلاتی این مجمع توضیح دهیم.

53. Supra, Encyclopedia of Int'l Law, p. 37

54. Encyclopedia of Public Int'l Law, Vol.6 , p. 169.

55. همانطور که ذکر شد، این شورا (Council of Europe) با شورای جوامع اروپائی (European Council) کاملاً متفاوت است: شورای اروپا دارای بیست و یک عضو است، در حالی که شورای جوامع اروپائی دوازده عضو دارد؛ شورای اروپا حداقل در سطح وزیران خارجه تشکیل جلسه می دهد و مقر آن در استراسبورگ فرانسه قرار دارد، در حالی که شورای جوامع اروپائی در بالاترین سطح خود یعنی سران دولتها تشکیل جلسه می دهد و مقر آن در مرکز جوامع اقتصادی اروپا یعنی بروکسل است؛ شورای اروپا فاقد هرگونه اختیار قانونگذاری است و صرفاً دستورالعملهاش را برای نزدیکی و اتحاد کشورهای اروپائی صادر می کند، در حالی که شورای جوامع اروپائی بالاترین مرجع قانونگذاری در سطح اروپا است. به طور کلی، در عرف بین المللی اصطلاح شورای اروپا بیشتر درخصوص شورای جوامع اروپائی بکار برده می شود.

اقندرات و وظایف مجمع پارلمانی شورای اروپا

همچنانکه در بالا اشاره کردیم این مجمع در سال ۱۹۴۹ تأسیس شد و اعضای آن را بیست و یک کشور اروپایی غربی عضو شورای اروپا به شرح زیر تشکیل می‌دهند: ۱- فرانسه، ۲- آلمان، ۳- ایتالیا، ۴- انگلستان، ۵- ایرلند، ۶- هلند، ۷- بلژیک، ۸- لواکزامبورگ، ۹- اسپانیا، ۱۰- پرتغال، ۱۱- نروژ، ۱۲- سوئد، ۱۳- یونان، ۱۴- قبرس، ۱۵- لیختن اشتاین، ۱۶- دانمارک، ۱۷- اتریش، ۱۸- مالت، ۱۹- ایسلند، ۲۰- سوئیس و ۲۱- ترکیه.

اعضای این مجمع از میان نمایندگان پارلمانهای ملی کشورهای عضو و به مدت پنج سال انتخاب می‌شوند. این مجمع رویه‌مرفته دارای یکصد و هفتاد نماینده است و تعداد نمایندگان به میزان جمعیت کشورهای عضو است^{۵۶}. کشورهایی چون فرانسه، آلمان، انگلستان و ایتالیا هر کدام هجده نماینده و ترکیه و اسپانیا هریک دوازده و بالاخره کشورهای کوچکی نظیر شاهزاده نشین لیختن اشتاین دارای دو نماینده هستند. ^{۵۷} مقر این مجمع در استراسبورگ فرانسه است، یعنی محلی که «دادگاه اروپائی حقوق بشر» در آن قرار دارد. این مجمع پارلمانی در طول سال سه بار تشکیل جلسه می‌دهد که معمولاً در ماههای رانویه، مه و اکتبر است و هر جلسه رویه‌مرفته بین یک هفته تا ده روز بطول می‌انجامد و مسائلی نظیر فعالیتهای سیاسی، اقتصادی و اجتماعی در سطح اروپا موضوعات مورد بحث آن را تشکیل می‌دهد. شاید بتوان گفت که غیر از مسائل نظامی و تدافعی، مجمع مذبور معمولاً در کلیه موضوعات مربوط به اروپا و جهان اظهارنظر می‌کند. جالب توجه اینکه از سال ۱۹۸۵ هیئت نمایندگی اسرائیل، علی رغم اروپائی نبودن آن، به این پارلمان دعوت شده است، اما

56. The Council of Europe. A Concise Guided. Strasbourg 1982. p.18.

57. European Court of Human Rights

حق رأی ندارد و صرفاً به عنوان ناظر شرکت می‌کند. در طول سال، سیزده کمیته تخصصی بر روی مسائلی نظیر مهاجرت، کشاورزی، پناهندگان، آموزش، تکنولوژی، ورزش و... فعالیت نموده پیش‌نویس قطعنامه‌هایی را آماده می‌کند تا مجمع در جلسات خود آنها را مورد بررسی قرار دهد و احیاناً به تصویب برساند. همچنین مجمع گزارش‌های ارسالی از سوی هیئت وزیران شورای اروپا را مورد ملاحظه قرار می‌دهد. به موازات پایان یافتن مدت نمایندگی اعضای این مجمع در مجالس ملی خود، مدت نمایندگی آنها در مجمع پارلمانی اروپا نیز خودبخود پایان می‌پذیرد. اعضای این پارلمان همچنین قضات دادگاه اروپائی حقوق بشر را که مقر آن در استراسبورگ فرانسه است تعیین می‌کنند.

عمده تصمیمات این مجمع که با صدور قطعنامه اتخاذ می‌گردد هیچگونه جنبه الزامي برای دولتهاي عضو جهت اجرای مفاد قطعنامه ندارد و صرفاً دارای جنبه ارشادي است و حتی برای کشورهایی که به قطعنامه مذکور رأی مثبت داده‌اند الزامي ایجاد نمی‌کند. هدف عمده این پارلمان، همچنانکه در اساسنامه آن ذکر شده است، تلاش برای وحدت اروپا، بهبود سطح زندگی مردم، توسعه ارزش‌های والای انسانی و حمایت از دموکراسی و حقوق بشر است. مجمع مذکور همکاری بسیار نزدیکی با سازمانهای منطقه‌ای اروپائی نظیر سازمان همکاری و توسعه اقتصادی⁵⁸، بانک سرمایه گذاری اروپا⁵⁹ و جوامع اروپائی⁶⁰ و مؤسسات وابسته به این جوامع دارد. از جمله فعالیتهای این پارلمان می‌توان از تدوین پیش‌نویس کنوانسیونهای زیر نام برد: کنوانسیون اروپائی حقوق بشر، کنوانسیون حمایت از حیوانات، کنوانسیون مبارزه با تروریسم بین المللی و کنوانسیون حمایت از حقوق قانونی کارگران مهاجر. به طور کلی، می‌توان چنین نتیجه گرفت که مجمع مذکور صرفاً یک مجمع مشورتی و فاقد هرگونه صلاحیت

58. Organization for Economic Co-operation and Development (OECD)

59. European Investment Bank

60. European Communities

قانونگذاری است و در مقایسه با پارلمان جوامع اروپائی از اعتبار پائین تری برخوردار می باشد.

• نتیجه

به طور کلی می توان چنین نتیجه گرفت که برخلاف نام پارلمان که اصولاً به مجالس قانونگذاری اطلاق می گردد، پارلمان اروپا در عمل فاقد هر گونه اختیار قانونگذاری است و این وظیفه تماماً بر عهده شورای جوامع اروپائی نهاده شده است، اما پارلمان در این راستا با دادن نظرات مشورتی و نظارت بر حسن اجرای وظایف محوله از سوی معاهدات مؤسس جوامع اروپائی به ارگانهای اجرائی، جامعه رادررسیدن به اهداف خود یاری می کند. عمدت ترین وظیفه پارلمان اروپا اظهارنظر و صدور قطعنامه له یا عليه کشورهای عضو بازار مشترک و نیز کشورهای خارج از جامعه است. این قطعنامه ها صرفاً جنبه ارشادی دارند و هیچ گونه مسئولیت الزام آوری را برای دولتهای عضو و غیر عضو ایجاد نمی کنند. به نظر می رسد که پارلمان در بسیاری از اوضاع و احوال خاص سیاسی به عنوان اهرم فشاری از سوی کشورهای بازار مشترک علیه کشورهای خارج از جامعه عمل می کند؛ زیرا صدور قطعنامه محکومیت یک کشور از سوی پارلمان و پخش و انتشار آن توسط وسائل ارتباط جمعی غربی آثار نامطلوبی را در ذهن توده های میلیونی اروپا خواهد گذاشت، اگرچه کشورهای عضو بازار مشترک بعد از روابط سیاسی خود با آن کشور صدور این گونه قطعنامه ها را بی اهمیت جلوه دهند. بعلاوه، به دلیل تأسیس گروهها و احزاب سیاسی جدید در اروپا که بعض اداری احساسات ناسیونالیستی^{۶۱} شدید هستند، بعيد به نظر می رسد که شورای جوامع اروپائی در آینده قدرتی بیشتر از آنچه که امروزه پارلمان در اختیار دارد به آن تفویض نماید.

۶۱. مانند حزب نئونازیسم آلمان که در انتخابات سال ۱۹۸۹ پارلمان ملی بیش از ۶ درصد آراء را به دست آورد.



اسناد بين الملل





اشاره

۱. اجرای احکام داوری بین‌المللی از جمله مسائل و موضوعات مهم «حقوق داوری بین‌المللی» است که همواره مورد بحث و گفتگو بوده. به قول عده‌ای از صاحبنظران مشکل اساسی در اجرای احکام داوری بین‌المللی ناشی از این واقعیت مفروض است که داوری تجاري بین‌المللی فی نفسه متعلق یا وابسته به نظام حقوقی هیچ کشوری نیست بلکه احکام و قواعد ویژه خود را دارد. منتها، چون جریان داوری خواه ناخواه در قلمرو سرزمینی یک کشور خاص برگزار و انجام می‌شود، بنابراین فراوان پیش می‌آید که آن کشور قوانین و مقررات خود را حاکم بر آن داوری می‌داند که اصطلاحاً قانون مقرر یا محل داوری نامیده می‌شود. حتاً کثر حالت مطلوب آن است که مقررات و قوانین ناظر به داوری در این کشور مفروض، نسبت به داوریهای بین‌المللی و اجرای احکام چنین دادرسیهایی

تسهیلات بیشتری قائل شده باشد.

۲. انتظار اینکه اجرای احکام داوری در همه کشورها با انواع نظامهای حقوقی مختلفی که دارند، یکسان شود و قواعد و قوانین یکنواختی بر تمامی جریان اجرای حکم داوری حاکم و شامل گردد، انتظاری دور و دست نیافتانی و از بعضی جهات غیرقابل توجیه است، زیرا دست کم و به عنوان یک نمونه مشترک و مشابه از مشکلات، چنین درخواستی بدین معنی است که مثلاً همه کشورها بپذیرند که مفهومی یکسان از نظم عمومی و اخلاق حسن را اعمال کنند و ضوابطی که برای بررسی عدم میاننت حکم داوری با نظم عمومی خود در نظر می‌گیرند، مشابه و یکی باشد، حال آنکه بخوبی می‌دانیم از جمله عوامل سازنده نظم عمومی و اخلاق حسن «فرهنگ» است که در هرجامعه و کشوری ساخت و ویژگیهای خود را دارد. معدلک، می‌توان این مقدار انتظار معقول را داشت که برای تسهیل مراودات بین المللی و نیز تشویق و توسعه داوری تجاری بین المللی، لازم است تا جائی که امکان دارد تشریفات، ضوابط، قواعد و موازین اجرای احکام داوری بین المللی یکسان و یکنواخت شود و کشورهای مختلف بپذیرند که هنگام مواجه شدن با درخواست اجرای حکم داوری، شبوهای متعدد الشکل آتخاذ نمایند. کنوانسیون شناسائی و اجرای احکام داوری نیویورک-۱۹۵۸، تا حدودی در پاسخ به این ضرورت و برای بسرآوردن چنین انتظاری تدوین و تصویب شده و هدف آن ایجاد هماهنگی و یکنواختی در اجرای احکام داوری تجاری بین المللی است.

۳. قبل از تصویب کنوانسیون مذکور، سند بین المللی دیگری درمورد اجرای احکام داوری وجود داشت، که به «کنوانسیون ژنو ۱۹۲۷» درمورد اجرای احکام داوری خارجی» معروف است.

هدف این کنوانسیون که با نظارت جامعهٔ ملل تدوین شده بود، عمدتاً تسهیل اجرای احکام داوری موضوع «پروتکل ۱۹۲۳ ژنودرمورد داوری» بوده که خود از جملهٔ اولین استاد مربوط به داوریهای بین‌المللی است. بحث و تفصیل در مشخصات کنوانسیون ۱۹۲۷ اجرای احکام و نیز پروتکل ۱۹۲۳ داوری را به مقال و مجالی دیگر و امی‌گذاریم و تأکید می‌کنیم که به دنبال نارسانیهایی که در کنوانسیون ۱۹۲۷ وجود داشت و نیز به لحاظ تحول روزافروزی که داوری بین‌المللی یافته است، رفته‌رفته این فکر قوت گرفت که مسئله اجرای احکام داوری محتاج سند بین‌المللی جدیدی است که بتواند نیازها و اقتضائات جدید را پاسخگو باشد. به همین لحاظ، به دنبال تلاش‌های شورای اقتصادی و اجتماعی سازمان ملل متحده در کنار آن همکاریهای اتفاق بازرگانی بین‌المللی، سرانجام در تاریخ ۲۰ مه تا ژوئن ۱۹۵۸ کنفرانسی در مقر سازمان ملل متحده برگزار شد که هدف و موضوع آن عبارت بود از تهییه و تنظیم کنوانسیونی راجع به شناسائی و اجرای احکام داوری خارجی که بعداً با همین نام و در ۱۰ ژوئن همان سال به تصویب رسید و برای امضا مفتوح گردید و در ۷ ژوئن سال بعد (۱۹۵۹) حد نصاب لازم برای لازم‌الاجراء شدن آن به نحوی که در مادهٔ ۱۲ آمده است (تودیع سومنین سند تصویب یا الحق) حاصل آمد و کنوانسیون مؤثر و قابل اجرا گردید و تا به حال دهها کشور به آن ملحق شده‌اند.

۴. تا امروز، کنوانسیون اجرای احکام داوری (۱۹۵۸ - نیویورک) مهمترین سند بین‌المللی در داوری تجاری بین‌المللی است که به مسئله اجرای احکام داوری پرداخته است. این کنوانسیون در مقایسه با کنوانسیون ۱۹۲۷ ژنودرمورد اجرای احکام، بسیار پیشرفته‌تر، کامل‌تر، وسیع‌تر و بالآخره

از حیث جلب قبول کشورها حاوی امتیازات بیشتری است.

نکات مهم کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک درباره اجرای احکام داوری رامی توان این گونه خلاصه کرد:

الف. مفاد کنوانسیون فقط شامل احکام داوری است که در قلمرو کشورهای متعاهد صادر شده باشد. بنابراین، اگر حکم داوری در کشوری صادر شده باشد که عضو کنوانسیون نیست، نمی توان برای درخواست شناسائی و اجرای آن در کشوری که عضو کنوانسیون است، به آن استناد کرد و برعکس.

ب. برای درخواست شناسائی و اجرای حکم، کافی است متقاضی مدارک مذکور در ماده ۴ کنوانسیون را فراهم سازد.

ج. از نظر کنوانسیون، موافقتنامه داوری مبنای صدور حکم، باید کتبی باشد اعم از اینکه ضمن قرارداد اصلی درج شده یا به طور مستقل تنظیم و امضا شده باشد و یا طی مبادله مکتلهای و مکاتبات حاصل شود.

د. ماده ۳ کنوانسیون مهمترین ماده است، زیرا مقرر می دارد که دولتهای متعاهد حکم داوری را لازم الاجراء می شمارند و آن را مطابق مقررات آئین دادرسی محل اجرا، شناسایی و اجرا می کنند. این ماده عمدتاً ناظر به این مفهوم است و کشورهای عضو کنوانسیون برای دستور اجرای حکم داوری، رسیدگی ماهوی و مجلد به پرونده را - چنانکه در بعضی کشورها مرسوم و لازم است - ضروری نمی دانند و به کنترل و بررسی شکل ظاهري حکم داوری و انطباق آن با موازین مربوط اکتفا می کنند.

ه. کنوانسیون مذکور را درخواست اجرای احکام داوری را غیرممکن نمی داند و برای آن مواردی را در ماده ۵ خود پیش بینی کرده است. موارد مذکور به هفت فقره بالغ می گردد که پنج فقره آن در اختیار مدعی (محکوم) علیه که حکم عليه اواجا

می شود) قرارداد دودومورد دیگر مریوط به تشخیص و تضمیم مرجع صالح برای دستور اجرای حکم است. در این خصوص دونکته قابل توجه و تأقل است: اولاً کنوانسیون موارد ره درخواست اجرای حکم داوری را محدود و مشخص کرده و بدین وسیله تسهیلات و زمینه بهتر و مناسب تری برای اجرای احکام داوری فراهم ساخته و راه را بر بناهه جوئیها یا ایرادهای ضعیف که اغلب برای اطالة کار و جلوگیری از اجرای حکم مطرح می شود، مسدود نموده است (در ماده ۳ کنوانسیون ۱۹۲۷ زو، محکوم علیه حق داشت علاوه بر دلایلی که در متن کنوانسیون تصریح شده بود، بنا به هر دلیل دیگری نیز به اعتبار حکم داوری اعتراض کند و خواهان ره درخواست اجرای آن شود؛ ثانیاً و نکته مهمتر آن است که کنوانسیون نیویورک بار اثبات را به عهده محکوم علیه معتقد و مدعی است، توضیح اینکه اگر محکوم علیه معتقد و مدعی باشد که حکم داوری مشمول یکی از موارد پنجگانه مقرر در ماده ۵ کنوانسیون است و اجرای آن باید موقوف گردد، موظف است آنرا اثبات کند. به عبارت دیگر، وظیفة مقاضی از حیث بار اثبات با تهییه و تدارک وارائه مدارک مقرر در ماده ۴ کنوانسیون برای تقاضای شناسائی و اجرای حکم به پایان می رسد و تکلیف دیگری برای اثبات اعتبار حکم ندارد و پس از آن، به عهده محکوم علیه است که اگر مدعی موضع و ایرادهایی در اجرای حکم است آنرا ثابت کند و اگر نتواند، حکم بدون نیاز به ارائه هیچ دلیل یا مدرک دیگری از جانب مقاضی (محکوم له) اجرا خواهد شد.

۵. تا جائی که اقلال حاصل است ایران تاکنون کنوانسیون مذکور را تصویب نکرده. مثل همیشه، در ترجمه سعی کرده ایم که ضمن وفاداری به متن، روانی و سلاست جملات نیز حفظ شود.

«مجلة حقوقی»





کنوانسیون شناسائی و اجرای احکام داوری خارجی
نیویورک-۱۹۵۸





ماده بکم

۱. این کنوانسیون ناظر بر شناسائی و اجرای آن دسته از احکام داوری است که در اختلافات بین اشخاص، اعم از حقوقی یا حقیقی، و در قلمرو کشوری غیر از کشوری که در آن تقاضای شناسائی و اجرای حکم شده است، صادر گردد؛ همچنین ناظر است بر احکام داوری که در قلمرو دولت مقاضی عنه، حکم داخلی تلقی نگردد.
۲. مراد از «احکام داوری» نه فقط احکام صادره توسط داورانی است که در هر پرونده انتخاب می شوند بلکه شامل احکام صادره از نهادهای دائم داوری که اصحاب دعوی به آنها رجوع کرده اند نیز می باشد.
۳. هنگام امضای تصویب یا الحاق به کنوانسیون حاضر و یا در موقع تعیین قلمرو نفوذ این کنوانسیون طبق ماده دهم، هر دولتی می تواند بر مبنای معامله متقابل اعلام نماید که منحصرآ احکامی را شناسائی و اجرا خواهد کرد که در قلمرو یکی از دول متعاهد صادر شود. همچنین می تواند اعلام

دارد که کنوانسیون را منحصراً در مورد اختلافات ناشی از آن گونه روابط حقوقی، اعم از قراردادی یا غیرقراردادی که حسب قوانین داخلی او تجاری تلقی شود، اعمال خواهد کرد.

ماده دوم

۱. دول متعاهد هر موافقتنامه کتبی را که طرفین به موجب آن متعهد شده باشند تمام یا قسمتی از دعاوی موجود یا دعاوی آتی خود را به داوری ارجاع نمایند و این دعاوی ناشی از رابطه حقوقی معین، اعم از قراردادی یا غیر آن بوده و موضوع آن از طریق داوری قابل حل و فصل باشد، به رسمیت خواهد شناخت.

۲. عبارت «موافقتنامه کتبی» اعم است از شرط داوری که در ضمن قرارداد درج شده باشد یا قرارنامه داوری جداگانه ای که به امضای طرفین رسیده و یا ضمن مبادله نامه یا تلگرام حاصل شده باشد.

۳. هرگاه دعوائی در محاکم هریک از کشورهای متعاهد مطرح باشد که طرفین درباره موضوع اصلی آن دعوی موافقتنامه داوری به مفهوم مقرر در این ماده داشته باشند، دادگاه بنایه تقاضای احد از طرفین، دعوی را به داوری احاله خواهد نمود مگر در مواردی که بنایه تشخیص محکمه موافقتنامه داوری باطل یا فاقد اثر و یا فاقد شرایط لازم برای اجرا باشد.

ماده سوم

دول متعاهد احکام داوری را الزام آور خواهد شناخت و آن را مطابق آئین دادرسی محلی که حکم داوری در قلمرو آن مورد استناد قرار گرفته است، با رعایت شرایط مندرج در مواد آتی این کنوانسیون اجرا خواهد کرد. به هنگام شناسائی و اجرای احکام داوری موضوع این کنوانسیون، هیچ گونه شرایطی که اساساً شدیدتر باشد یا حق الزحمه یا هزینه ای بیشتر از

آنچه که در شناسائی و اجرای احکام داوری داخلی معمول است، تحمیل نخواهد شد.

ساده‌چهارم

۱. برای تحصیل شناسائی و اجرای احکام داوری مذکور در مادهٔ قبل، مقاضی شناسائی و اجرای حکم باید همزمان با تسلیم تقاضانامهٔ خود، مدارک ذیل را نیز ارائه نماید:

- (الف) نسخهٔ اصل مصدق حکم یا رونوشت گواهی شدهٔ آن؛
- (ب) اصل موافقتنامهٔ داوری مذکور در مادهٔ دوم و یا رونوشت گواهی شدهٔ آن.

۲. هرگاه حکم یا موافقتنامهٔ مذکور به زبان رسمی کشوری که در قلمرو آن به حکم داوری استناد شده است، نباشد طرفی که شناسائی و اجرای حکم را تقاضا نموده مکلف به ارائه ترجمهٔ این استناد به آن زبان است. صحت ترجمهٔ بایستی توسط مترجم رسمی یا قسم خورده و یا هماور سیاسی یا کنسولی گواهی گردد.

ساده‌پنجم

۱. درخواست شناسائی و اجرای حکم داوری فقط در صورتی می‌تواند به تقاضای کسی که علیه او به حکم استناد شده، رد شود که طرف مذکور نزد مرجع صالح محلی که در آنجا تقاضای شناسائی و اجرای حکم شده است، دلایل و مدارک مثبته‌ای ارائه دهد مبنی براینکه:

- (الف) طرفین موافقتنامهٔ داوری مورد اشاره در مادهٔ دوم، طبق قانون متبع ایشان به جهتی فاقد اهلیت بوده، یا اینکه موافقتنامهٔ مذکور حسب قانونی که طبق توافق طرفین حاکم براین موافقتنامه است، یا در غیاب هرگونه نشانه‌ای بر تفاوت طرفین در مورد قانون حاکم، حسب قانون کشوری

که حکم داوری در آنجا صادر گردیده فاقد اعتبار است؛ یا

(ب) تعیین داوریا جریان رسیدگی داوری به طرفی که علیه وی به حکم استناد شده، درست ابلاغ نگردیده یا اینکه طرف مذکور به جهت دیگری قادر به طرح نظریات و مواضع خود در داوری نشده است؛ یا

(ج) حکم داوری مربوط به اختلافی است که نظر به ارجاع آن به داوری نبوده یا داخل در موضوع ارجاعی به داوری نیست، یا اینکه حکم داوری حاوی تصمیماتی است که از حدود موضوع ارجاعی به داوری تجاوز کرده است. درصورتی که تصمیمات راجع به موضوعات ارجاعی به داوری از تصمیماتی که مربوط به موضوع داوری نیست قابل تفکیک باشد آن قسمت از حکم داوری که حاوی تصمیمات مربوط به موضوعات ارجاعی به داوری است قابل شناسائی و اجرا خواهد بود؛ یا

(د) نحوه تشکیل مرجع داوری یا تشریفات داوری منطبق با توافق طرفین نبوده یا، در غیاب چنین توافقی، با قوانین کشوری که داوری در آنجا انجام شده مطابق نبوده است؛ یا

(ه) حکم داوری هنوز نسبت به طرفین لازم الاجراء نشده یا اینکه به وسیله مرجع صالح کشوری که حکم در قلمرو آن یا حسب قوانین آن صادر شده، ابطال یا معلق گردیده است.

۲. مرجع صالح کشوری که شناسائی و اجرای حکم داوری از او درخواست شده نیز درصورت احراز یکی از موارد زیر می تواند تقاضای شناسائی و اجرای حکم را رد کند:

(الف) برابر با قوانین آن کشور حل و فصل موضوع مختلف فیه از طریق داوری میسر نبوده است؛ یا

(ب) شناسائی و اجرای حکم مغایر با نظم عمومی آن کشور است.

ماده ششم

چنانکه از مرجع صالح مذکور در ماده ۵ (بند ۱/ه) تقاضای ابطال یا

تعليق حکم داوری شده باشد، مرجعی که تقاضای شناسائی و اجرای حکم نزد او مطرح است می‌تواند، چنانچه مقتضی تشخیص دهد، دستور اجرای حکم داوری را به تعویق اندازد و همچنین می‌تواند بنابه تقاضای طرفی که درخواست شناسائی و اجرای حکم را کرده است طرف دیگر را مکلف سازد که تضمین مناسبی تودیع نماید.

ساده هفتم

۱. مقررات کنوانسیون حاضر به اعتبار موافقتنامه‌های دوجانبه و چندجانبه مربوط به شناسائی و اجرای احکام داوری منعقده بین دول متعاهد لطمه‌ای وارد نخواهد کرد و نیز مانع از حق هیچ ذینفعی که بخواهد به طریق مقرر و به مقدار مجاز در قوانین یا معاهدات کشوری که در قلمرو او به یک حکم داوری استناد شده از آن حکم بهره‌مند شود نخواهد گردید.

۲. به محض ملتزم شدن کشورهای متعاهد به این کنوانسیون و تاجائی که به آن ملتزم می‌شوند، پروتکل ۱۹۲۳ ژنو راجع به شروط داوری و کنوانسیون ۱۹۲۷ ژنو راجع به اجرای احکام داوری خارجی بین این کشورها موقوف الاجراء خواهد گردید.

ساده هشتم

۱. کنوانسیون حاضر تا تاریخ ۳۱ دسامبر ۱۹۵۸ برای امضای دول عضو سازمان ملل متحده یا هر دولتی که عضویکی از سازمانهای تخصصی ملل متحده باشد یا بعداً عضو آن بشود، و هر دولتی که عضو اساسنامه دیوان بین المللی دادگستری باشد یا بعداً عضو آن بشود، یا هر دولتی که از جانب مجمع عمومی سازمان ملل متحده ازوی دعوت بعمل آید، مفتوح خواهد بود.

۲. این کنوانسیون باید به تصویب دول عضو برسد، و اسناد تصویب آن نزد دبیرکل سازمان ملل متحده تودیع خواهد شد.

ماده نهم

۱. این کنوانسیون برای الحق کلیه دول مذکور در ماده ۸ مفتوح خواهد بود.
۲. الحق، با تسلیم سند الحق نزد دیرکل سازمان ملل متحد انجام خواهد گرفت.

ماده دهم

۱. هر کشوری می تواند به هنگام امضا، تصویب یا الحق اعلام دارد که این کنوانسیون را نسبت به کلیه یا بعضی از سرمینهایی که آن کشور مسئولیت روابط بین المللی آنها را به عهده دارد تعمیم خواهد داشت. اعلام مذکور از تاریخ لازم الاجراء شدن کنوانسیون نسبت به آن کشور مؤثر خواهد بود.

۲. در هر زمانی پس از امضا، تصویب یا الحق، هرگونه تعمیم کنوانسیون از این حیث از طریق صدور اعلامیه ای به عنوان دیرکل سازمان ملل متحد انجام می گیرد که از نوادمین روز پس از روز وصول آن توسط دیرکل، یا از تاریخ لازم الاجراء شدن کنوانسیون نسبت به کشور مربوطه، بسته به اینکه کدامیک مؤخر است، لازم الاجراء خواهد شد.

۳. در مورد سرمینهایی که این کنوانسیون در تاریخ امضا، تصویب یا الحق به آن نسبت به آنها تعمیم نمی یابد هریک از کشورهای مربوط امکانات اتخاذ تدبیر لازم به منظور تعمیم شامل این کنوانسیون نسبت به چنین سرمینهایی را، مشروط به رضایت دولتهای چنین سرمینهایی، در مواردی که قانون اساسی آنها لازم می داند، موردنویجه قرار خواهند داد.

سادههایزادهم

مقررات مشروحة ذیل درباره دول فدرال و یا دولی که دارای حکومتی واحد نباشد اجرا خواهد شد:

(الف) در مورد آن قسمت از مواد کنوانسیون حاضر که در صلاحیت قانونگذاری مقامات حکومت فدرال قرار می‌گیرد، تعهدات حکومت فدرال از این حیث همانند تعهدات دول متعاهدی خواهد بود که به روش فدرال اداره نمی‌شوند.

(ب) درباره آن قسمت از مواد کنوانسیون حاضر که در صلاحیت قانونگذاری دول یا ایالات عضو فدراسیون قرار دارد و طبق قانون اساسی فدراسیون تکلیفی از نظر اقدامات تقنیکی به عهده آنها نیست، حکومت فدرال مواد مذکور را در نزدیکترین زمان ممکن، همراه با توصیه موافق خود، به اطلاع مقامات ذی صلاحیت دول و یا ایالات عضو فدراسیون خواهد رسانید.

(ج) دول فدرال عضو این کنوانسیون مکلف خواهد بود در صورت درخواست هریک از دول متعاهد، که از طریق دیرکل سازمان ملل متحده ارسال خواهد شد، گزارشی از مجموعه قوانین و رویه‌های جاری فدراسیون و واحدهای مشکله آن را در مورد هریک از مقررات و مواد خاص این کنوانسیون تسلیم کنند و مشخص سازند که در مورد مقررات و مفاد کنوانسیون تا چه حد اقدامات تقنیکی یا سایر اقدامات صورت گرفته است.

سادههایدوازدهم

۱. این کنوانسیون در نودمین روز پس از تاریخ تودیع سومین سند تصویب یا الحاق، لازم الاجراء می‌گردد.

۲. کنوانسیون حاضر، نسبت به کشورهایی که پس از تسلیم سومین سند

تصویب یا الحق، آن را تصویب می‌کنند یا بدان ملحق می‌شوند، در نودمین روز پس از تسلیم سند تصویب یا الحق آنها لازم الاجراء خواهد شد.

مادةً سیزدهم

۱. هریک از دول متعاهد می‌تواند با ابلاغ کتبی که به عنوان دیرکلن سازمان ملل متحده ارسال خواهد کرد، رجوع از این کنوانسیون را اعلام نماید. رجوع از کنوانسیون یک سال پس از تاریخ وصول اعلامیه به دیرکلن عملی خواهد شد.

۲. هریک از دول عضو که اعلامیه یا تذکاریه ای طبق مقررات ماده دهم صادر و ابلاغ نموده است می‌تواند در هر زمانی متعاقب آن با ابلاغ به دیرکلن سازمان ملل متحده اعلام کند که یک سال پس از تاریخی که ابلاغ مذکور واصل می‌گردد، مقررات این کنوانسیون نسبت به سرزمین مربوط موقوف الاجراء خواهد شد.

۳. کنوانسیون حاضر نسبت به احکام داوری که جریان شناسائی و اجرای آنها قبل از تحقق رجوع از این کنوانسیون به گردش افتاده باشد کما کان لازم الاجراء خواهد بود.

مادةً چهاردهم

هیچ یک از دول متعاهد نمی‌تواند در برابر سایر کشورهای عضو از مقررات این کنوانسیون استفاده کند مگر در حدودی که خود اولمزم به اجرای این کنوانسیون بوده باشد.

مادةً پانزدهم

دیرکلن سازمان ملل متحده مراتب ذیل را به اطلاع دول مذکور در ماده

هشتم خواهد رسانید:

- (الف) امضاها و تصویبهای موضوع ماده هشتم؛
- (ب) الحاقهای موضوع ماده نهم؛
- (ج) اعلامیه و اخطاریه‌های موضوع مواد یکم و دهم و یازدهم؛
- (د) تاریخ اجرای کنوانسیون حاضر وفق ماده دوازدهم؛
- (ه) اعلامیه‌های رجوع و ابلاغهای موضوع ماده سیزدهم.

ماده شانزدهم

۱. کنوانسیون حاضر که متون انگلیسی، چینی، اسپانیائی، فرانسوی و روسی آن متساویاً معتبر است، در آرشیو سازمان ملل متحده تودیع خواهد شد.

۲. دیبرکل سازمان ملل متحده به هریک از دول مذکور در ماده هشتم یک نسخه گواهی شده از این کنوانسیون را تسليم خواهد کرد.

LAW REVIEW

Bureau for International Legal Services

Vol. 14-15

Spring - Winter 1991-92

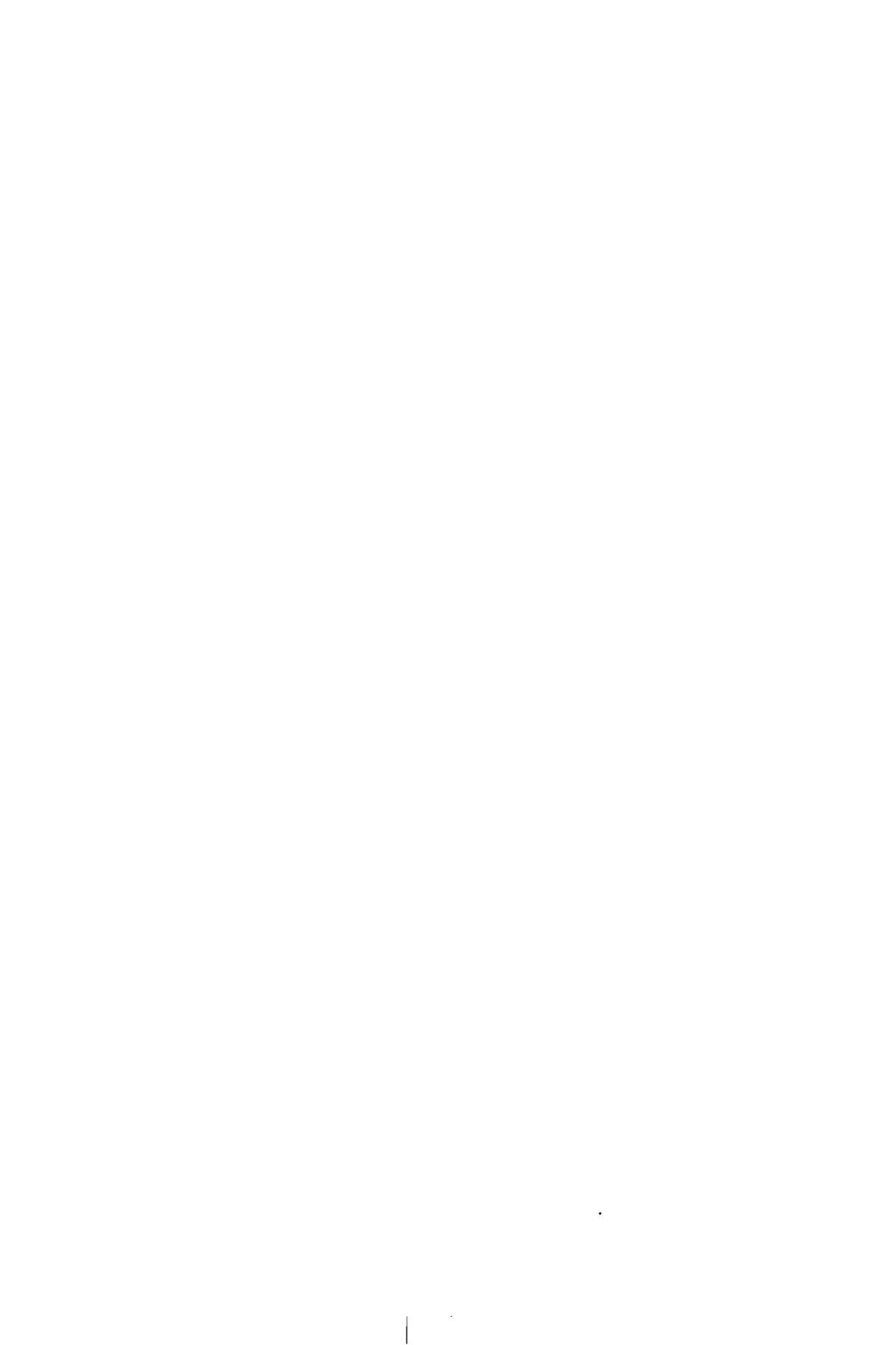


President and Director-in-charge:

— Dr. G. Eftekhar Djahromi

Supervised by:

— Editorial Board.





**CONVENTION ON
THE RECOGNITION
AND ENFORCEMENT
OF FOREIGN
ARBITRAL AWARDS**

Done at New York on 10 June 1958

Entry into force: 7 June 1959





Article I

1. This Convention shall apply to the recognition and enforcement of arbitral awards made in the territory of a State other than the State where the recognition and enforcement of such awards are sought, and arising out of differences between persons, whether physical or legal. It shall also apply to arbitral awards not considered as domestic awards in the State where their recognition and enforcement are sought.
2. The term 'arbitral awards' shall include not only awards made by arbitrators appointed for each case but also those made by permanent arbitral bodies to which the parties have submitted.
3. When signing, ratifying or acceding to this Convention, or notifying extension under article X hereof, any State may on the basis of reciprocity declare that it will apply the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another Contracting State. It may also declare

that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the national law of the State making such declaration.

Article II

1. Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not, concerning a subject matter capable of settlement by arbitration.
2. The term 'agreement in writing' shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams.
3. The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

Article III

Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles. There shall not be imposed substantially more onerous conditions or higher fees or charges on the recognition or enforcement of arbitral awards to which this Convention applies than are imposed on the recognition or enforcement of domestic arbitral awards.

Article IV

1. To obtain the recognition and enforcement mentioned in the preceding article, the party applying for recognition and enforcement shall, at the time of the application, supply:
 - (a) the duly authenticated original award or a duly certified copy thereof;
 - (b) the original agreement referred to in article II or a duly certified copy thereof.
2. If the said award or agreement is not made in an official language of the country in which the award is relied upon, the party applying for recognition and enforcement of the award shall produce a translation of these documents into such language. The translation shall be certified by an official or sworn translator or by a diplomatic or consular agent.

Article V

1. Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that:

(a) the parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; or

(b) the party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; or

(c) the award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced; or

(d) the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place; or

(e) the award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.

2. Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

(a) the subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country; or

(b) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.

Article VI

If an application for the setting aside or suspension of the award has been made to a competent authority referred to in article V (1) (e), the authority before which the award is sought to be relied upon may, if it considers it proper, adjourn the decision on the enforcement of the award and may also, on application of the party claiming enforcement of the award, order the other party to give suitable security.

Article VII

1. The provisions of the present Convention shall not affect the validity of

multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting States nor deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon.

2. The Geneva Protocol on Arbitration Clauses of 1923 and the Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards of 1927 shall cease to have effect between Contracting States on their becoming bound and to the extent that they become bound, by this Convention.

Article VIII

1. This Convention shall be open until 31 December 1958 for signature on behalf of any Member of the United Nations and also on behalf of any other State which is or hereafter becomes a member of any specialized agency of the United Nations, or which is or hereafter becomes a party to the Statute of the International Court of Justice, or any other State to which an invitation has been addressed by the General Assembly of the United Nations.

2. This Convention shall be ratified and the instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article IX

1. This Convention shall be open for accession to all States referred to in article 8.

2. Accession shall be effected by the deposit of an instrument of accession with the Secretary-General of the United Nations.

Article X

1. Any State may, at the time of signature, ratification or accession, declare that this Convention shall extend to all or any of the territories for the international relations of which it is responsible. Such a declaration shall take effect when the Convention enters into force for the State concerned.

2. At any time thereafter any such extension shall be made by notification addressed to the Secretary-General of the United Nations and shall take effect as from the ninetieth day after the day of receipt by the Secretary-General of the United Nations of this notification, or as from the date of entry into force of the Convention for the State concerned, whichever is the later.

3. With respect to those territories to which this Convention is not ex-

tended at the time of signature, ratification or accession, each State concerned shall consider the possibility of taking the necessary steps in order to extend the application of this Convention to such territories, subject, where necessary for constitutional reasons, to the consent of the Governments of such territories.

Article XI

In the case of a federal or non-unitary State, the following provisions shall apply:

(a) with respect to those articles of this Convention that come within the legislative jurisdiction of the federal authority, the obligations of the federal Government shall to this extent be the same as those of Contracting States which are not federal States;

(b) with respect to those articles of this Convention that come within the legislative jurisdiction of constituent States or provinces which are not, under the constitutional system of the federation, bound to take legislative action, the federal Government shall bring such articles with a favourable recommendation to the notice of the appropriate authorities of constituent States or provinces at the earliest possible moment;

(c) a federal State Party to this Convention shall, at the request of any other Contracting State transmitted through the Secretary-General of the United Nations, supply a statement of the law practice of the federation and its constituent units in regard to any particular provision of this Convention, showing the extent to which effect has been given to that provision by legislative or other action.

Article XII

1. This Convention shall come into force on the ninetieth day following the date of deposit of the third instrument of ratification or accession.

2. For each State ratifying or acceding to this Convention after the deposit of the third instrument of ratification or accession, this Convention shall enter into force on the ninetieth day after deposit by such State of its instrument of ratification or accession.

Article XIII

1. Any Contracting State may denounce this Convention by a written notification to the Secretary-General of the United Nations. Denunciation shall take effect one year after the date of receipt of the notification by the Secretary-General.

2. Any State which has made a declaration or notification under article X may, at any time thereafter, by notification to the Secretary-General of the

United Nations, declare that this Convention shall cease to extend to the territory concerned one year after the date of the receipt of the notification by the Secretary-General.

3. This Convention shall continue to be applicable to arbitral awards in respect of which recognition or enforcement proceedings have been instituted before the denunciation takes effect.

Article XIV

A Contracting State shall not be entitled to avail itself of the present Convention against other Contracting States except to the extent that it is itself bound to apply the Convention.

Article XV

The Secretary-General of the United Nations shall notify the States contemplated in article VIII of the following:

- (a) signatures and ratifications in accordance with article VIII;
- (b) accessions in accordance with article IX;
- (c) declarations and notifications under articles I, X and XI;
- (d) the date upon which this Convention enters into force in accordance with article XII;
- (e) denunciations and notifications in accordance with article XIII.

Article XVI

1. This Convention, of which the Chinese, English, French, Russian and Spanish texts shall be equally authentic, shall be deposited in the archives of the United Nations.

2. The Secretary-General of the United Nations shall transmit a certified copy of this Convention to the States contemplated in article VIII.

LAW REVIEW

Bureau for International Legal Services

Vol. 14-15

Spring - Winter 1991-92

Publication:

Bureau for International Legal Services

No. 140, Forsat St. Taleghani Ave. Tehran-Iran

Tel. (21) 825071-5, 824176

نشریه

دفتر خدمات حقوق بین الملل جمهوری اسلامی ایران

تهران، خیابان طالقانی، نیش شمالی فرست، شماره ۱۴۰، تلفن ۸۲۵۰۷۱

۲۰۰ ریال