

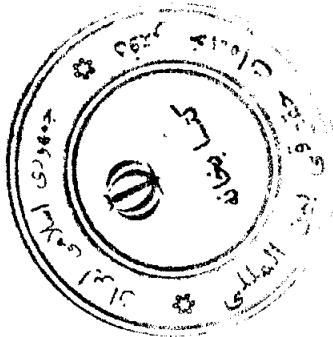
محله حقوقی

دفتر خدمات حقوق بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران

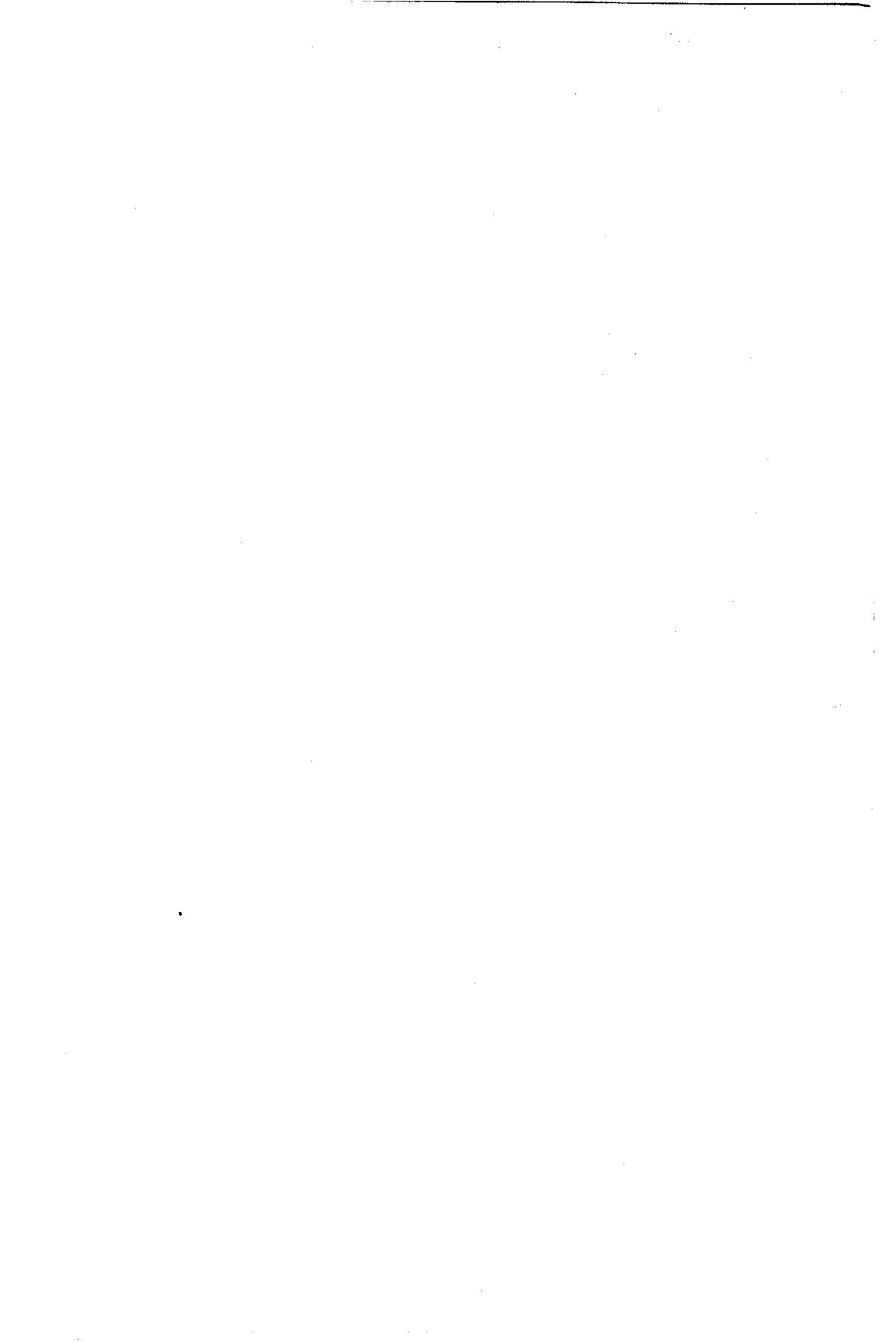
شماره دوم

۶۴ شماره

- استناد به استفاده بلاجهت با وجود رابطه فرازدادی • تدوین تدریجی حقوق تجارت بین‌المللی • تقلب در معاملات «موضوع اعتبارات اسنادی و هماننامه‌های بین‌المللی» • نقد اجمالی رأی شماره ۲۱۹-۳۵ دیوان داوری دعاوی ایران و آمریکا • دیون منفور قاعدة استمرار تابعیت در دعاوی بین‌المللی • اجرای احکام دادگاههای خارجی بوسیله دادگاههای ایالتی و فدرال آمریکا • نظریه اصولی واقعی و آنرا گفته استاد بانیه‌های الجزایر



بین المللی
معارف



محله حقوق

دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران

۵	• پیشگفتار
		مدیر مسئول
۷	• استناد به استفاده بلاجهت با وجود رابطه قراردادی
		دکتر سید حسین صفائی
۳۹	• تدوین تدریجی حقوق تجارت بین المللی
		ترجمه دکتر ناصر صبح خیز
۵۳	• تقلب در معاملات
		ترجمه محسن محبی
۹۳	• نقد اجمالی رأی شماره ۲۱۹-۳۵
		دکتر اکبر شیرازی
۱۴۳	• دیون منفور
		ترجمه دکتر رضا فیوضی
۱۴۷	• قاعدة استمرار تابعیت در دعاوی بین المللی
		حسن غلامی
۱۷۱	• اجرای احکام دادگاههای خارجی
		ترجمه: محمد جواد میرفخرابی
۲۱۱	• نظریه اصیل واقعی و آلتراگو
		دکتر مرتضی نصیری
۲۴۵	• استناد بیانیه های الجزایر



مندرجات مقالات منحصرأ نظرات
نویسندهان آنها است.

مجله حقوق

نشریه دفتر خدمات حقوقی بن‌الملی

مدیر مسئول: دکتر گودرز افتخار جهرمی

زیرنظر: هیئت تحریریه

تاریخ نشر: بهار ۶۴

تعداد: ۳۰۰۰ جلد

چاپ و صحافی: شرکت چاپ افست

همکار فنی: سازمان طرح و اجرای کتاب

مقدمه

۱

شماره اول «مجله حقوقی» در اوخر اسفندماه ۱۳۶۳ منتشر گردید. با اینکه انتشار مجله مذکور با تعطیلات نوروزی سال ۱۳۶۴ مقابله شد، وعلی رغم اینکه قبل یا حتی بعد از انتشار، تبلیغات و معرفی وسیعی درخصوص آن بعمل نیامده بود و نیز با آنکه امر توزیع مجله با مشکلاتی مواجه گردید، معدلک با استقبال قابل توجهی روبرو شد، بطوریکه قسمت عمده نسخ آن درمدت کوتاهی که به مراتب کمتر از پیش‌بینی ما بود، به فروش رفت. با توجه به این امر که مخاطبان «مجله حقوقی» بعنوان نشریه‌ای تخصصی که در تراژنستی^۱ بالائی منتشر می‌گردد، تنها قشر محدود و خاصی از جامعه است و در عمل نیز چه بسا فقط عده‌ای از ایشان امکان و فرصت پرداختن به آن را یافته‌اند یا می‌یابند، آنگاه گزارف نخواهد بود اگر ادعای کنیم که استقبال از مجله در حد خود کم نظیر بوده است. بدیهی است که اینهمه، نه نشانه کمال کارما که بلحاظ فضل پروری جامعه حقوق‌دانان کشور و اشتیاق ایشان در فراغیری و مطالعه هرچه بیشتر است؛ گرچه این امر خود، حکایت از این دارد که هنوز بسیاری راههای منتهی به موضوعات مشابه هستند که ناپیموده مانده‌اند و بسا زمینه‌های وسیع‌تر که هنوز فرصت ارزیابی آنها دست نداده است.

۲

پس از انتشار شماره اول، بسیاری از مسئولان محترم مملکت و خوانندگان گرامی از طریق نامه، تلگراف و تلفن مراتب خوشحالی و قدردانی خود را از چاپ مجله اطلاع دادند و عده‌ای نیز با اجابت درخواست ما برای تذکر منقصتها و کمبودها، نقایص مجله و نارسانیهای آن را یادآور شدند که مفید واقع گردید. ضروری است که از همگی این عزیزان و دوستان بخاطر توجه و عنایتشان صمیمانه سپاسگزاری شود.

باری، اینهمه افروزن بر تجربه‌ها و درنتیجه فراگیریهائی که در مدت زمانی چنین کوتاه برای ما بدنبال داشت، دل دست‌اندر کاران انتشار مجله را گرم‌تر، گامهایشان را استوارتر و چشم‌اندازشان را روشن تر و امیدوار‌کننده‌تر نمود.

۳

شماره دوم «مجله حقوقی» را پیش‌رو دارید که بنویسه خود پس از راه بردن از مشکلات فراوان مهیا گردیده است. امید آن داریم که با باری خداوند و همکاری و مساعدت تمامی فضلا و حقوق‌دانان کشور، بویژه از حیث ارسال مقالات و مطالب، بتوانیم در ادامه راه و تحقق هدف خود که همانا ارائه هر چه پر بازتر مجله و نهایتاً جلب رضایت خاطر هر چه بیشتر خوانندگان گرامی است توفيق یابیم.

«مدیر مسئول»

دکتر سید حسین صفائی

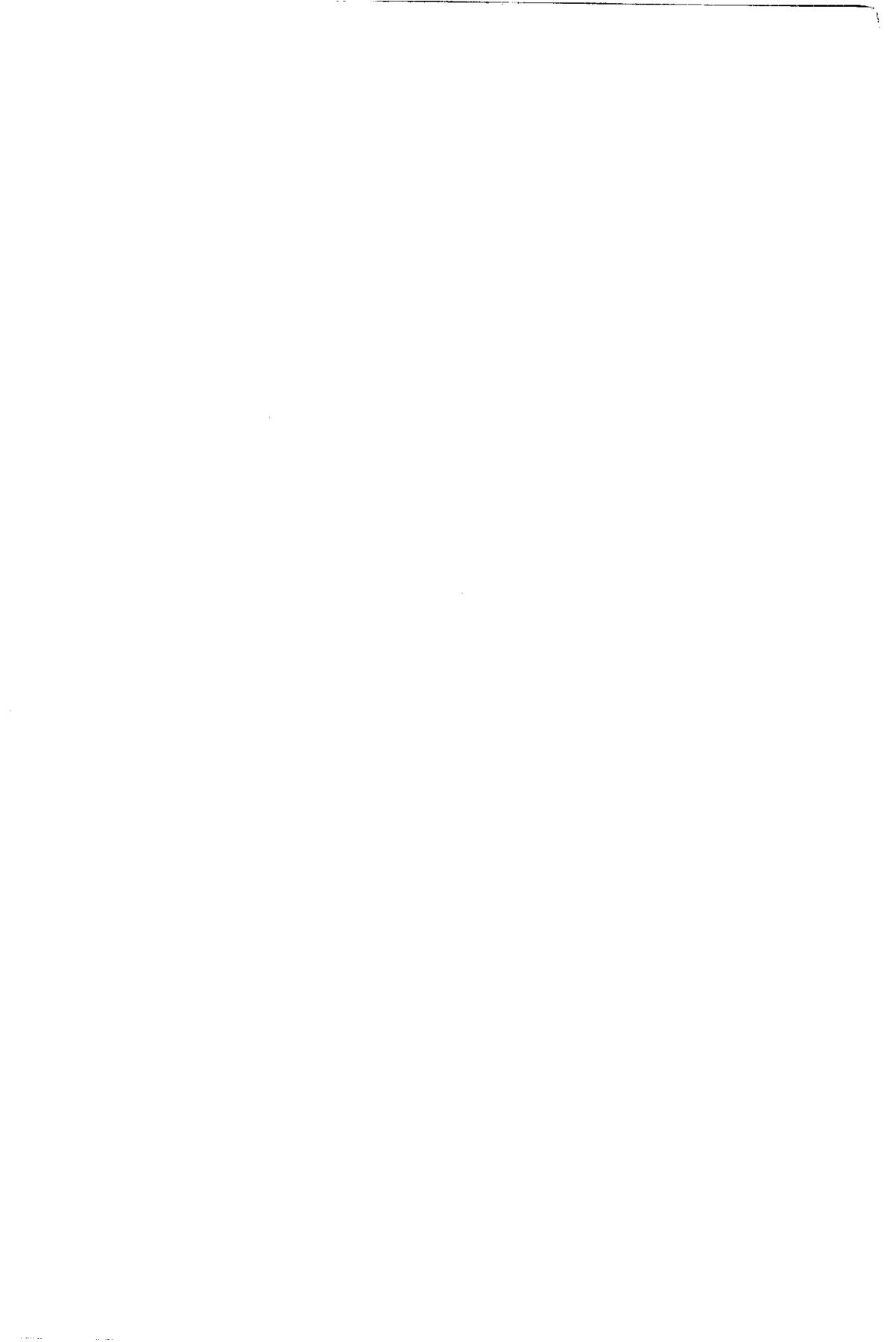


استناد به

استفاده بلاجهت

با وجود رابطه قراردادی





برای روشن شدن بحث، نخست به تعریف اصطلاحات مربوط و ذکر برخی از نکات کلی که در این زمینه لازم به نظر می‌رسد، می‌پردازیم (بخش اول)؛ سپس عدم امکان استناد به استفاده بلاجهت در صورت وجود قرارداد صحیح را براساس حقوق داخلی و آرای بین‌المللی مورد بحث قرار می‌دهیم (بخش دوم)؛ و سرانجام استناد به استفاده بلاجهت در صورت ادعای بطلان قرارداد از سوی خوانده دعوی را بررسی می‌نمائیم (بخش سوم).

بخش اول

تعریف و ملاحظات کلی

۱. استفاده بلاجهت unjust enrichment که در فارسی گاهی از آن به دara شدن غیر عادلانه تعبیر شده است چیست؟ استفاده بلاجهت آن است که شخصی بدون یک علت قانونی یا قراردادی به زیان دیگری دara شود. به

تعییر دیگر استفاده بلاجهت آن است که بر دارائی شخصی بطور غیر عادلانه و بدون اینکه یک مبنای قانونی یا قراردادی وجود داشته باشد، به زیان دیگری افزوده شود که در این صورت بربطق عدالت و انصاف و بربطق قاعده‌ای که در اکثر کشورها پذیرفته شده است، استفاده کننده باید عن مالی را که از این طریق بدست آورده یا بدل آن را به زیان دیده برگرداند.

برای روشن شدن این مفهوم بجاست مثالی از حقوق فرانسه ذکر کنیم: نخستین رأیی که از دیوان تمیز فرانسه در این زمینه صادر شد به رأی بودیه^۱ معروف است که تاریخ ۱۸۹۲ را دارد. فروشنده‌ای به نام بودیه مقداری کود به یک مزرعه دار می‌فروشد. سپس مزرعه دار طبق قانون بوسیله مالک، اخراج و رفع ید می‌شود و چون مزرعه دار معتبر بوده و نمی‌توانسته است دین خود را تأدیه کند، فروشنده کود علیه مالک برای وصول طلب خود اقامه دعوای می‌کند به استناد اینکه استفاده از کود باعث افزایش قیمت ملک گردیده و مالک از این طریق بدون جهت قانونی به زیان فروشنده دارا شده است. دیوان کشور فرانسه این دعوا را موجه تشخیص می‌دهد و حکم به نفع خواهان صادر می‌کند.^۲

ریشه این اصل را باید در حقوق رم جستجو کرد. پومپونیوس^۳ حقوقدان رومی در این باب می‌گوید: «این طبیعتاً غیر منصفانه است که کسی از طریق زیان دیگری دara شود». ^۴

در قرآن و فقه اسلامی استفاده بلاجهت بعنوان اکل مال به باطل مطرح و منع شده است.^۵

۲. در بلاکس لودیکشنری در تعریف دکترین استفاده بلاجهت چنین آمده است: «اصل کلی که به موجب آن یک شخص نباید مجاز باشد که بطور

1. Baudier.

2. رجوع شود به: دوره مقدماتی حقوق مدنی، دکتر صفائی، ج ۲، چاپ تهران ۱۳۵۱، ص ۵۰۲.

Jean CARBONNIER, Droit Civil, T.4, 11e ed. Paris 1982, nos 120-121.

3. Pomponius.

4. DAWSON (J.), Unjust Enrichment, A Comparative Analysis, Boston, 1951, p.3.

5. سوره نساء، آیه ۲۸.

غیرعادلانه به زیان شخص دیگر دara شود، بلکه باید مال یا منافعی را که تحصیل کرده است در مواردی که عدالت و انصاف اقتضا می کند و هنگامی که چنین عملی مستلزم نقض یا نفی حقوق یا مخالفت با نظم عمومی بطور مستقیم یا غیرمستقیم نباشد، مسترد دارد... استفاده بلاجهت هنگامی تحقیق می یابد که شخصی پول یا منافعی را که بحسب عدالت و انصاف، متعلق به دیگری است کسب و حفظ می کند... بنابراین شخصی که مالی را بعلت اشتباه در هویت شخص دیگری به او می دهد، حق دارد به موجب نظریه مذکور آن را پس بگیرد».

۳. اصطلاح دیگری که در این باب در حقوق انگلیس و آمریکا بکار می رود Quantum meruit است. این اصطلاح در لغت به معنی «تا اندازه ای که سزاوار است» آمده و در اصطلاح حقوقی، در موارد استفاده بلاجهت بکار می رود. برطبق تعریف بلاکس لو دیکشنری Quantum meruit «اصطلاحی است که مقدار مسئولیت به موجب شبه عقد را توصیف می کند. براساس نظریه ای مبتنی بر انصاف، کسی که از کار یا مال دیگری استفاده می کند، نباید از این راه بطور غیرعادلانه دara شود. در این شرایط، حقوق، تعهدی به پرداخت یک مبلغ در ازای کار یا مال دریافت شده ایجاد می کند، حتی اگر قرارداد خاصی در این زمینه وجود نداشته باشد». سپس در همان کتاب عناصر اصلی Quantum meruit به اختصار ذکر شده است.^۶

- * Unjust enrichment, doctrine of General principle that one person should not be permitted unjustly to enrich himself at expense of another, but should be required to make restitution of or for property or benefits received, retained or appropriated, where it is just and equitable that such restitution be made, and where such action involves no violation or frustration of law or opposition to public policy, either directly or indirectly. Tulalip Shores, Inc. V. Mortland, 9 Wash. App. 271, 511 p. 2d 1402, 1404. Unjust enrichment of a person occurs when he has and retains money or benefits which in justice and equity belong to another. Hummel V. Hummel, 133 Ohio St. 520, 14 N. E. 2d 923, 927. Thus one who has conferred a benefit upon another solely because of a basic mistake of fact induced by a nondisclosure is entitled to restitution on above doctrine. Conkling's Estate V-Champlin, 193 Okl. 79, 141 p. 2d 569, 570.
- 6. Quantum meruit/kwóntəmehrūwət/. Expression «quantum meruit» means «as much as

در واقع دعوی براساس Quantum meruit همان دعوی برمبنای استفاده بلاجهت است که به موجب آن خواهان عین یا عوض مالی را که طرف دیگر بطور غیرعادلانه یا بدون مجوز قانونی یا قراردادی دریافت کرده است، مطالبه می‌کند.

۴. استفاده بلاجهت، از موارد شبه عقد^۷ و بنا به تعریفی مترادف آن است. شبه عقد واقعه‌ای است مشروع که موجب تعهد می‌شود بدون اینکه توافق اراده یا حتی اراده یکجانبه ایجاد تعهد در میان باشد؛ مانند ایفای ناروا (ماده ۳۰۱ قانون مدنی ایران)، اداره مال غیر (ماده ۳۰۶ قانون مدنی)، استیفای از مال (ماده ۳۳۷ قانون مدنی)، یا عمل غیر (ماده ۳۳۶ قانون مدنی) که تمامی از مصاديق استفاده بلاجهت به معنی عام است. بنابر آنچه در فرهنگ حقوقی بلاک آمده، شبه عقد عبارت است از «تعهدی که حقوق، در صورت نبودن قرارداد ایجاد می‌نماید و دادگاهها هنگامی به آن استناد می‌کنند که دارا شدن غیرعادلانه وجود داشته باشد... وظیفه شبه عقد ایجاد تعهد قانونی در موقعی است که در واقع طرفین وعده‌ای نداده باشند و تعهد، مبتنی بر اراده آشکار طرفین

→
The deserves» and it is an expression that describes the extent of liability on a contract implied by law. Nardi & Co., Inc. v. Allabastro, 20 III. App. 3d 323, 314 N. E. 2d 367, 370. An equitable doctrine, based on the concept that no one who benefits by the labor and materials of another should be unjustly enriched thereby; under those circumstances, the law implies a promise to pay a reasonable amount for the labor and materials furnished, even absent a specific contract therefore. Swiftships, Inc. V. Burdin, La. App., 338 So. 2d 1193, 1195. Essential elements of recovery under quantum meruit are: (1) valuable services were rendered or materials furnished, (2) for person sought to be charged, (3) which services and materials were accepted by person sought to be charged, used and enjoyed by him, and (4) under such circumstances as reasonably notified person sought to be charged that plaintiff, in performing such services, was expected to be paid by person sought to be charged. Montes V. Naismith & Trevino Const. Co., Tex. Civ. App., 456 S. W. 2d 691, 694. (BLACK'S LAW DICTIONARY, 5th ed.)

ونیز رجوع شود به:

JOWITT'S Dictionary of English Law, vol. 2, London 1977.
7. Quasi contract.

نباشد».^۸

شیه عقد در کامن لو contract implied in law نیز نامیده می شود که اصطلاحی گمراہ کننده است؛ ولی در حقیقت تفاوتی با شیه عقد ندارد و می توان آن را به قرارداد حکمی (چیزی که از لحاظ ایجاد تعهد در حکم قرارداد است) ترجمه کرد. اصطلاح دیگری که در کشورهای انگلیس و آمریکا برای شیه عقد بکار می رود constructive contract است که می توان آن را به قرارداد فرضی ترجمه کرد. بهر حال قراردادهای حکمی یا فرضی یا شیه عقود «دسته ای از تعهدات هستند که حقوق، آنها را بدون توجه به اراده طرفین و به اقتضای عقل و عدالت و بلحاظ اینکه باید با دعوائی خارج از قرارداد قابل اجرا گردند، تحمیل یا ایجاد می کند. آنها فقط مبتنی بر فرض قانون هستند و در حقیقت بهیچ وجه تعهدات قراردادی بشمار نمی آیند...».^۹

به گفته برخی از مؤلفان با اینکه هر نظام حقوقی تعریف خاصی از شیه عقد دارد، اما هسته اصلی آن از دونهاد حقوقی تشکیل شده است: یکی دارا شدن غیر عادلانه و دیگر اداره مال غیر (negotiorum) که با گسترش این هسته، نهادهای دیگری (gestio – gestion d'affaire) نیز بوجود آمده اند.^{۱۰}

۵. استفاده بلاجهت، متمایز از مسئولیت مدنی است. مسئولیت مدنی که مقوله ای جداگانه است، در اکثر نظامهای حقوقی مبتنی بر تقصیر است. در حالیکه در استفاده بلاجهت چنین شرطی مطرح نیست، نه از سوی معهد و

8. Quasi contract. An obligation which law creates in absence of agreement, it is invoked by courts where there is unjust enrichment. Andrews V. O'Grady, 44 Misc. 2d 28, 252 N.Y.S. 2d 814, 817. Function of «quasi contract» is to raise obligation in law where in fact the parties made no promise, and it is not based on apparent intention of the parties. Fink V. Goodson-Todman Enterprises, Limited, 9 C.A. 3d 996, 88 Cal. Rptr. 679, 690. See also Contract.

۹. Corpus Juris Secundum, vol. 17 § 6, p. 566-568. و نیز رجوع شود به همان کتاب، پاراگراف ۴، ص ۵۵۴ بعد.

10. ZWEIGERT (C.), Quasi- Contracts, International Encyclopedia of Comparative Law, chap. 30 no 1, p.3.

نه از سوی متعهد^{۱۱} و انگهی در مسئولیت مدنی تمامی خسارت باید جبران شود. در حالیکه در استفاده بلاجهت، استفاده کننده فقط تا حدی که به دارائی او افزوده شده ضامن است.^{۱۲} معهذا گاهی مسامحتاً یا با استعمال کلمه مسئولیت^{۱۳} در معنی عام، این اصطلاح را در مورد استفاده بلاجهت نیزبکاری برند. بهر حال استفاده بلاجهت از موارد ضمان قهری به معنی عام یا الزامات خارج از قرارداد است که در قانون مدنی ایران، مواد ۳۰۱ تا ۳۳۷ به آن اختصاص یافته و همین اصل مبنای برخی از مواد مندرج در این باب است (مواد ۳۰۱ – ۳۰۲ – ۳۳۶ – ۳۳۷)؛ هرچند که قانون مدنی به اصل مذبور تصریح نکرده است. اصطلاح استفاده بلاجهت در ماده ۳۱۹ قانون تجارت ایران بکاررفته است.

بخش دوم

عدم امکان استناد به استفاده بلاجهت در صورت وجود قرارداد صحیح

۶. از تعاریف و توضیحات مذکور بخوبی برمی آید که اصل استفاده بلاجهت هنگامی قابل استناد است که قراردادی بین طرفین وجود نداشته باشد. هرگاه شخصی به موجب قرارداد، عنین یا منفعت یا حقی را از طرف دیگر بدست آورده و بدین طریق بر دارائی او افزوده شده باشد، استفاده او بدون جهت نیست و نیز دارا شدن او غیر عادلانه تلقی نمی شود و از اینرو موردی برای دعوای *in rem verso* که دعوای خاص مبتنی بر استفاده بلاجهت است، وجود نخواهد داشت.

برای روشن شدن موضوع بجاست درباره فقدان جهت که شرط

11. MAZEAUD (H.L.J.), de JUGLART (M.) *Lecons de Droit civil*, T. II, 1er vol. 6e éd.
Paris 1978, no 715.

12. responsability.

اعمال اصل مذکور است (الف) و فرعی بودن دعوای یاد شده (ب) بیشتر سخن بگوئیم. در این دو مطلب، مأخذ عمدۀ ما دکترین و رویۀ قضائی فرانسه است؛ ولی قواعد، اختصاص به حقوق فرانسه ندارد و در کشورهای دیگر از جمله آمریکا (ج) و نیز در آرای بین‌المللی (د) پذیرفته شده است.

الف. فقدان جهت

۷. یکی از شرایط تحقق استفاده بلاجهت و اقامۀ دعوی بدین عنوان، فقدان جهت برای دارا شدن است. شک نیست که هرگونه دارا شدن و استفاده، موجب ضمان دara شونده نیست. مثلاً یک بازارگان درستکار در معاملات خودسود می‌برد، ولی استفاده او بلاجهت نیست و از این‌رو مشتریان و رقبائی که از مهارت و تسلط او در بازارگانی زیان دیده‌اند، نمی‌توانند بدین عنوان علیه او اقامۀ دعوی کنند.

برای محدود کردن قلمرو استفاده بلاجهت گفته‌اند که دارا شدن باید غیر عادلانه^{۱۳} باشد. ولی باید در معنی این کلمه دقیق کرد. ممکن است تصور شود که دعوای هنگامی قابل طرح است که دارا شدن برخلاف انصاف باشد. ولی این تصور درست نیست و مقصود از غیر عادلانه بودن، این نیست که استفاده خلاف انصاف باشد. فروشنده‌ای که چیزی را با قیمت گزاف می‌فروشد عملی انجام می‌دهد که خلاف انصاف است و در این صورت ممکن است مشتری خیار فسخ بعلت غبن یا تدلیس باجهت دیگر داشته باشد. ولی بهر حال نمی‌توان علیه او بعنوان دارا شدن غیر عادلانه اقامۀ دعوی کرد. غیر عادلانه در اینجا به معنی مخالف حقوق یا غیر قانونی است. وقتیکه حقوقدانان رومی می‌گفتند هیچ کس نباید بطوط غیر عادلانه^{۱۴} به زیان دیگری دara شود، مقصودشان این بود که هیچ کس نمی‌تواند برخلاف موازین حقوقی و بطوط غیر قانونی^{۱۵} مالی را بدست آورد.

۱۳. unjust (انگلیسی)، injuste (فرانسوی)

14. injuria.

15. injure.

پس دara شدن هنگامی غیرعادلانه بشمار می آید که خلاف موازین حقوقی باشد. اکنون این مسئله مطرح می شود که دara شدن در چه موقع خلاف موازین حقوقی است؟ در پاسخ باید گفت: هنگامی که جهت (علت) مشروعی نداشته باشد. مقصود از جهت در اینجا همان منشأ و منبع مشروع و قانونی دara شدن است که ممکن است یک عمل حقوقی صحیح (مانند قرارداد) باشد یا یک قاعدة قانونی یا عرفی.^{۱۶}

قرارداد، جهتی برای دara شدن است

۸. بنابراین دara شدن هنگامی که ناشی از یک عمل حقوقی مانند قرارداد باشد، دارای جهت است نه بلاجهت. به محض اینکه قراردادی بین دو طرف منعقد شده باشد، قواعد استفاده بلاجهت قابل اجرا نخواهد بود، بلکه قواعد قراردادها را باید اجرا کرد. دیوان تمیز فرانسه به این نکته در آرای متعدد با عبارت زیر تصریح کرده است: «نظر به اینکه در صورتیکه استفاده ناشی از یک عمل حقوقی باشد که آن را مشروع قلمداد می کند، استفاده بلاجهت تحقیق پیدا نمی کند...»^{۱۷}.

نه تنها قراردادی که بین دارا شونده و شخصی که دara شدن به زیان او بوده است یک جهت قانونی برای دara شدن تلقی می شود و جائی برای استناد به اصل استفاده بلاجهت باقی نمی گذارد، بلکه به موجب رویه قضائی جدید فرانسه قرارداد منعقد بین دارا شونده و شخص ثالث هم یک جهت مشروع برای استفاده بشمار می آید. دیوان تمیز فرانسه در یک رأی مورخ ۱۹۳۹ صریحاً این نکته را اعلام و رویه پیشین خود را (رأی بودیه، رجوع شود به مطلب شماره ۱) دگرگون کرده است. جریان از این قرار است: شرکتی که مستأجریک کشتی بوده برای تعمیر و تجهیز کشتی

۱۶: مازو و زوگلا، همان کتاب، ش ۷۰۲.

17. Civ. 28 fev. 1939 D. 1940. 1.5 et note Ripert, Gaz. Pal. 1939. 1.813; civ. 21 fev. 1944, Gaz. Pal. 1944. 1.249; Civ. 17 mai 1944, Gaz. Pal. 1944, 2.71; Civ. 12 mai 1964, Sem. jur. 1964. II. 13946 et note M.F.P. (cf. MAZEAUD, op. cit. no 703).

با شخصی قرارداد می بندد و چون این شخص نمی تواند طلب خود را از مستأجر که طرف قرارداد بوده است وصول کند، علیه مالک کشتی بعنوان استفاده بلاجهت اقامه دعوى می کند و در آخرین مرحله، دیوان تمیز این دعوى را بعلت اینکه قراردادی بین دارا شونده (مالک کشتی) و شخص ثالث (مستأجر کشتی) وجود داشته است، غیر موجه تشخیص می دهد.^{۱۸}

ب. فرعی بودن دعوى استفاده بلاجهت

۹. شرط دیگری که برای دعوای استفاده بلاجهت وجود دارد آن است که دعوای دیگری برای خواهان وجود نداشته باشد و این معنای فرعی بودن^{۱۹} دعوای استفاده بلاجهت است. اگر خواهان بتواند بعنوان دیگری دعوای خود را طرح کند و به تعییر دیگر بتواند مبنای دیگری برای دعوای خود معرفی نماید، نمی تواند استفاده بلاجهت را مینا و مستند دعوای خود قرار دهد.

شرط فرعی بودن دعوای مذکور را نباید با شرط فقدان جهت که شرطی علیحده است اشتباه کرد؛ البته این دو مفهوم بهم نزدیک اند. در هر مورد که دارا شدن، جهت مشروعی داشته باشد، دعوای استفاده بلاجهت بلحاظ فقدان هریک از این دو شرط، قابل رد است؛ ولی ممکن است دارا شدن جهت مشروعی نداشته و در عین حال دعوای استفاده بلاجهت بلحاظ اینکه مبنای دیگری برای دعوى وجود دارد، غیر قابل استماع باشد. هنگامی که شخص زیان دیده دعوى دیگری در اختیار دارد، نمی تواند به دعوای *in rem verso* متولّ گردد و مخیر نیست که یکی از دو دعوى را انتخاب کند. دیوان تمیز فرانسه دریک رأی مورخ ۲۹ آوریل ۱۹۷۱ بدین شرط با عبارت زیر تصریح کرده است:

«دعوای مبتنی بر استفاده بلاجهت را نمی توان پذیرفت مگر در موردی که دعوای دیگری برای خواهان وجود نداشته باشد. بویژه از آنجا

۱۸. مازووزوگلار، همان کتاب، ش ۷۰۴ و نیز ص ۸۱۴ و ۸۱۵.

۱۹. Subsidiarité

دعای استفاده بلاجهت نمی تواند جانشین دعوای دیگری شود که خواهان نمی تواند براثر مرور زمان، یا مهلت ثابت اعمالی حق^{۲۰}، یا در نتیجه اعتبار قضیه محکوم بها، یا بعلت اینکه نمی تواند دلایل لازم برای دعوى را بیاورد، یا بلحاظ هر مانع حقوقی دیگر اقامه کند».

این رأی مربوط به پرونده‌ای است که در آن مقاطعه کاری که دلیل کتبی برای قرارداد خود تحصیل نکرده بعنوان استفاده بلاجهت علیه مالک ساختمانی که در آن کارهائی انجام داده است، اقامه دعوى می کند و دیوان تمیز فرانسه با نقض حکم دادگاه تالی، دعوای استفاده بلاجهت را غیر موجه تشخیص می دهد بلحاظ اینکه بجای یک دعوای مبتنی بر قرارداد که بعلت عدم وجود دلیل کتبی قابل استماع نبوده اقامه شده است.^{۲۱}

بروفسور ژان کاربنیه در این باب می گوید: «دعای in rem verso نباید پذیرفته شود جز در مواردی که زیان دیده برای بدست آوردن آنچه طرف دیگر به او مدين است از هیچ گونه دعوای ناشی از عقد، شبه عقد، جرم یا شبه جرم برخوردار نباشد. و نیز این دعوای به منظور فرار از قواعدی که قانون به موجب آنها آثار قرارداد خاصی را معین کرده است، قابل اقامه نیست...».^{۲۲}

به تعبیر دیگر «دعای استفاده بلاجهت نباید به منظور نقض شرایطی که قانون برای اقامه دعوای دیگری مقرر داشته است، مورد استفاده قرار گیرد».^{۲۳}

قاعدة فرعی بودن دعوای استفاده بلاجهت و بویژه عدم امکان استناد به آن در صورت وجود قرارداد، منحصر به حقوق فرانسه نیست، بلکه در کشورهای دیگر^{۲۴} از جمله آمریکا و در برخی از آرای بین المللی نیز بصراحت پذیرفته شده است.

20. Forc lusin

۲۱. همان کتاب، ش ۷۱۰ و ص ۸۱۵ و ۸۱۶.

22. CARBONNIER (J.), Droit civil, Vol. 4, 11e éd. Paris 1982, no 121, p. 508.

23. WEILL (A.) et TERRE (F.) Droit civil, les obligations, 3e éd. Paris 1980, no 823.

۲۴. برای مثال رجوع شود به ماده ۲۰۴۲ قانون مدنی ایتالیا.

ج. حقوق آمریکا

۱۰ در حقوق آمریکا، برخلاف حقوق انگلیس، اصل استفاده بلاجهت بعنوان یک نهاد حقوقی مستقل که می‌تواند مبنای دعوی در پاره‌ای موارد باشد، مورد قبول است و نیز رویه قضائی آمریکا اعلام کرده است که در صورت وجود قرارداد نمی‌توان به اصل استفاده بلاجهت استناد کرد. در کتاب *Corpus Juris Secundum* که یک دائرة المعارف حقوق آمریکا است (ج ۱۷، ص ۵۷۴) در این باب عباراتی بشرح زیر براساس آرای قضائی آمده است:

«عموماً پذیرفته شده است که وقتی قرارداد صریح وجود دارد، از نظر حقوقی توسل به شبه عقد موردي ندارد.

دادگاه هنگامی که یک قرارداد ضمنی باید اثبات شود به شبه عقد یا قرارداد فرضی متousel نمی‌شود و یک معهد یا مدیون را جانشین دیگری نمی‌کند (یعنی تعهد براساس استفاده بلاجهت را بجای تعهد قراردادی نمی‌پذیرد).^{۲۵}

اصل شبه عقدی دارا شدن غیرعادلانه در مورد قراردادی که با توافق طرفین منعقد شده است — هر چند که مقررات چنین قراردادی در اثر حوادث بعدی سخت جلوه کند — اجرا نمی‌شود.»

برای هریک از عبارات سه گانه فوق در زیرنویس صفحه ۵۷۴ جلد ۱۷ کتاب، مأخذ و مستنداتی از آرای قضائی آمریکا ذکر شده است.^{۲۶}

۲۵. عبارت بین پرانتز از مترجم است.

26. It is generally held that where there is an express contract the law will not imply a quasi or constructive contract.¹⁷ The courts will not indulge in the fiction of a quasi or constructive contract where contracts implied in fact must be established, and will not substitute one promisor or debtor for another.^{17,5} A quasi-contractual principle of unjust enrichment does not apply to an agreement deliberately entered into by the ←

د. آرای بین المللی

۱۱۰ در برخی از آرای بین المللی هم اصل فرعی بودن دعوای استفاده بلاجهت و عدم امکان استناد به آن در صورت وجود قرارداد، اعلام شده است:

در دعوای آمباتیلوس^{۲۷} کمیسیون داوری بین یونان و انگلستان به

parties, however harsh the provisions of such contract may seem in the light of subsequent happenings.^{۱۷,۱۰}

16.20 U.S. - Shedd-Bartush Foods of Illinois v. Commodity Credit Corp., D. C. Ill., 135 F. Supp. 78. affirmed, C. A. 231 F. 2d 555.

Ohio. - Ullmann v. May, 72 N. E. 2d 63, 147 Ohio St. 468.

16.25 Mich. - Buell v. Orion State Bank. 41 N. W. 2d 472, 327 Mich. 43.

Oki. - McBride v. Bridges, 215 p. 2d 830. 202 Okl. 508.

17. U. S. - Corpus Juris Secundum cited in Schwob v. International Water Corporation, D. C. Del., 135 F. Supp. 310, 314.

Ill. - Goodman v. Motor Products Corp., 161 N. E. 2d 31, 22, Ill. App. 2d 378.

Minn. - Schimmelpennig v. Gaedke 27 N. W. sd 416, 223 Minn. 452.

Ohio. - Corpus Juris Secundum cited in Williams v. Goodyear Aircraft Corp., 85 N. E. 2d 601, 604, 84 Ohio App. 113.

Wis. - Schneider v. Allis-Chalmers Mfg. Co., 219 N. W. 370, 373, 196 Wis. 56.

Other Statements

(1) The Claim of quasi-contractual liability presupposes the absence of a contract in fact, express or implied.

Minn. - Independent School Dist. of White Bear Lake v. City of White Bear Lake, 292 N. W. 777, 208 Minn. 29.

(2) Where the actual contract between the parties has been clearly and plainly expressed in writing, no quasi contractual obligation will be imposed.

U. S. - Shanks v. Wilson, D. C. W. Va., 86 F. Supp. 789. In New York.

(1) It has been held that no contract will be implied in law where an express and enforceable contract exists between same parties as to same subject matter and where a conflict would result.

N. Y. - Abinet v. Medlavilla, 169 N. Y. S. 2d 231, 5 A. D. 2d 679.

(2) Doctrine of unjust enrichment has no application to knowledgeable breach of reasonable terms of existing written agreement within dictates of established and performance.

N.Y. - Jones v. Crawford, 148 N. Y. S. 2d 335, reversed on other grounds 162 N. Y. S. 2d 41, 3 A. D. 2d 479, reargument and appeal denied 164 N. Y. S. 2d 988, 4 A. D. 2d 826.

(3) It has also been held, however, that while existence of an express contract covering the subject matter bars recovery on an inconsistent contract implied in fact, it does not bar recovery on a quasi contract which is implied in law.

N. Y. - Polley v. Plainshun Corp., 186 N. Y. S. 2d 295, 8 A. D. 2d 638.

17.5 Mich. - Moll v. Wayne County, 50 N. W. 2d 881, 332 Mich 274 - City of Detroit v. City of Highland Park, 39 N. W. 2d 325, 326 Mich. 78 - Cascaden v. Magryta, 225 N. W. 511, 247 Mich. 267.

17.10 Pa., - Durham Terrace. Inc. v. Hellertown Borough Authority, 148 A. 2d 899, 394 Pa. 623.

27. Ambatielos

موجب موافقتنامه مورخ ۱۹۵۵ در سال ۱۹۵۶ به دعوای یونان مبنی بر اینکه دولت بریتانیا مبلغ ۵۰۰,۰۰۰ پوند را که آمباتیلوس بعنوان تضمین پرداخته تصاحب کرده و بطور غیرعادلانه دارا شده است، رسیدگی نمود و این ادعا را به دلیل اینکه مبلغ مورد اختلاف جزئی از بهای کشتیها بوده است که خواهان به موجب قرارداد می‌باشد پرداخت کند و استناد به شبه عقد موردی ندارد، رد کرد.^{۲۸}

۱۲. در دعوای Dickson car wheel company v. United Mexican States
 کمیسیون دعوای کلی ایالات متحده و مکزیک توضیح بیشتری در این باره داده است. دعوی مربوط است به تحويل تعدادی چرخ بوسیله مؤسسهٔ آمریکائی دیکسن به شرکت راه آهن مکزیک به موجب قرارداد. بعد از مدت کوتاهی شرکت تحت کنترل دولت در می‌آید و از پرداخت پول عاجز می‌ماند. کمیسیون، دعوای خواهان به استناد دارا شدن غیرعادلانه را به دلیل مختلف رد و ضمناً اعلام می‌کند که برای اینکه چنین دعوای مسموع باشد، باید مبنای قراردادی وجود نداشته باشد. کمیسیون در این خصوص چنین می‌گوید:

28. The Greek Government claims this sum on the ground of «unjust enrichment», together with all damages, interest and costs resulting therefrom.

This claim has not been before an English Court.

This Greek Government contends that it would have been futile to submit such a claim to an English Court, on the ground that English law does not recognise unjust enrichment as a valid basis for a claim.

The Commission is of opinion that it must first examine whether the claim as defined by the Greek Government can be said to constitute a claim for unjust enrichment.

The Commission finds that this is not the case. Claim B is not, as the Greek Government contends, a «quasi contractual» claim. The claimed sum of £500,000 was only part of the price which Mr. Ambatielos was to pay for the ships (together with advantages of position and «free charter-parties») in accordance with the contract. Furthermore the full purchase price was not received by the United Kingdom Government. If however Claim B had been based on unjust enrichment, and has thus been independent of and alternative to claim A, the Commission is of opinion that Claim B would have failed so far as remedies were available in English law, on the ground that such remedies had not been tried much less exhausted. The Commission has already decided that the Treaty of 1886 did not secure, for Greek subjects, remedies not available in English law.

«تفسیر نظریه دارا شدن غیر عادلانه در مقام اجرای عملی آن در حقوق داخلی با دشواریهای جدی مواجه شده است. شک نیست که در زمان حاضر، این نظریه عموماً در کشورهای جهان حتی با فقدان قانون خاص پذیرفته و اجرا شده است؛ ولی در تعیین محدوده‌ای که نظریه مذکور می‌تواند و باید در آن اجرا شود، مشکل باقی است.

برای اینکه دعوای *in rem verso* در حقوق داخلی مسموع باشد وجود عناصر زیر ضروری است:

۱. خوانده دعوی دارا شده باشد.

۲. این دارا شدن نتیجه مستقیم زیان مالی رسیده به خواهان باشد.

۳. دارا شدن خوانده غیر عادلانه باشد.

۴. شخص زیان دیده یک حق قراردادی که قابل اعمال برای جبران خسارت وارد به او باشد، نداشته باشد».

سپس کمیسیون اضافه می‌کند:

« واضح است که نظریه دارا شدن غیر عادلانه هنوز در زمینه حقوق بین الملل که یک نظام حقوقی متمایز از حقوق محلی و خصوصی است، جانیفتاده است. چنانکه بعداً نشان داده خواهد شد باید اثبات شود عمل موجب زیان، از نظر بین المللی غیرقانونی و زیان وارد به تبعه دولت خواهان، نتیجه آن عمل بوده است. معهذا حتی با صرف نظر کردن از این وضع، نظریه دارا شدن غیر عادلانه در این مورد قابل اجرا نیست». *

* The interpretation of the theory of unjust enrichment has encountered serious difficulties in its practical application in municipal law. There is no doubt that at the present time that theory is accepted and applied generally by the countries of the world, even in the absence of a specific law, but the difficulty rests in fixing the limits within it can and must be applied.

In order that an action *in rem verso* may lie in municipal law it is necessary that the following elements coexist:



بالاخره کمیسیون در توضیح قابل اجرا نبودن نظریه استفاده
بلاجهت بعلت وجود قرارداد می گوید:

«سرانجام چنانکه گفته شد، این شرکت (دیکسن) همواره
یک راه حل سریع با اقامه دعوای قراردادی علیه شرکت راه آهن
در اختیار داشته است و بدین جهت دعوای *in rem verso* قابل
اجرا نیست». *

۱۳. درمورد اینکه دعوای استفاده بلاجهت در حقوق بین الملل هنوز جا
نیفتاده است، همه مؤلفان نظر موافق ندارند. برخی از نویسندهای
قسمت از رأی کمیسیون انتقاد کرده و گفته اند که استقرار و جافتادن در
حقوق بین الملل جز از طریق پذیرش این نظریه در آرای قضائی بین المللی
میسر نیست.^{۲۹} و پس از ذکر آرای متعدد، نتیجه گرفته اند که دعوای استفاده
بلاجهت در وضع فعلی حقوق بین الملل، یک تکیک تصمیم گیری است
که پس از تعیین راه حل مناسب برای دعوای بکار می رود نه یک اصل
هنگاری^{۳۰} یا قاعدة کلی^{۳۱} که منطقاً بتواند منشاً و مبنای تصمیمات

→

1. That there be an enrichment of the defendant.
2. That this enrichment be the direct consequence of a patrimonial injury suffered by the plaintiff. That is, that the same causative act create simultaneously the enrichment and the detriment.
3. That the enrichment of the defendant be unjust.
4. That the injured person have in his favor no contractual right which he could exercise to compensate him for the damage. (See Bonnecase, Sup. de Baudry, T. III, Pages 216 to 372.)

It is obvious that the theory of unjust enrichment as such has not yet been transplanted to the field of international law as this is of a juridical order distinct from local or private law. As will be shown further on it is necessary to establish the international illegality of the causative act, and that the injury suffered by the national of the claimant country be the result of that act. However even omitting that circumstance, the theory of unjust enrichment is inapplicable to this case. (cf. 4R. I.A.A., p. 676).

- * Finally, as has been said, this company had at all times a speedy remedy in as action on its contract against the Railways Company, for which reason the action *in rem verso* is not applicable. (4R. I.A.A., p. 677).
- 29. SCHREUER (C. H.), Unjustified Enrichment in International Law the American Journal of Comparative Law, vol. 22, 1974, p. 295.
- 30. normative principle
- 31. general rule

صحیحی باشد.

۱۴. در خاتمه این بحث یادآور می شود که در دعوای Lena Goldfields Ltd. با اینکه نقض قرارداد مطرح بوده است، دادگاه داوری به اصل دارا شدن غیر عادلانه نیز استناد کرده و آندورا قبل جمع دانسته است. شرکت مذکور به موجب قرارداد، امتیازاتی در روسیه بدست می آورد. دولت سوسیالیستی شوروی نیز وضعی ایجاد می کند که ادامه فعالیت بازارگانی شرکت غیرممکن می شود و اموال و اسرا بازارگانی مهمی از شرکت به تصرف دولت شوروی در می آید. شرکت ادعای خسارت براساس نقض قرارداد یا بصورت تخییری، بر مبنای اصل دارا شدن غیر عادلانه می نماید. دادگاه داوری بعد از اعلام اینکه رفتار دولت شوروی نقض قرارداد بوده است و بر طبق اصول متعارف حقوقی، خواهان حق اقامه دعوای خسارت براین مبنا را دارد، می گوید:

«ولی دادگاه ترجیح می دهد رأی خود را بر اصل دارا شدن غیر عادلانه مبتنی سازد با اینکه به اعتقاد دادگاه مبلغی که از آن حاصل می شود تقاضوت نمی کند».

۱۵. لیکن باید یادآور شد که این یک رأی منفرد است که مورد انتقاد حقوقدانان واقع شده و متضمن عرف یا قاعده‌ای در حقوق بین الملل تلقی نمی شود. به گفته شروفر^{۳۲} «اینکه دقیقاً چرا دادگاه مناسب می بیند تا این مفهوم نادرست از دارا شدن غیر عادلانه را در رابطه با قراردادی سرراست و بی اشکال وارد کند، روش نیست». و نتیجه می گیرد که «این رأی با اینکه کراراً در تأیید اصل دارا شدن غیر عادلانه در حقوق بین الملل ذکر می شود، به احتمال زیاد چیزی در این باب نیافروده بلکه منشاء ابهام بزرگی بوده است».^{۳۳}

32. Schreuer

. ۳۳. دارا شدن غیر عادلانه در حقوق بین الملل: مجله آمریکائی حقوق تطبیقی، ج ۲۲، سال ۱۹۷۴، ص ۴۸۹

بخش سوم

استناد به استفاده بلاجهت در صورت ادعای بطلان قرارداد

۱۶. از آنچه گفته شد که اگر قراردادی بین طرفین وجود داشته باشد نمی‌توان به اصل استفاده بلاجهت استناد کرد. حال باید دید اگر قراردادی که وجود دارد باطل باشد، آیا اصل یاد شده قابل اعمال است یا خیر؟ از آنجا که قرارداد باطل برای طرفین ایجاد تعهد نمی‌کند و به منزله آن است که قراردادی وجود نداشته باشد، برای استرداد عین یا عوض اموال یا خدمات می‌توان به اصل استفاده بلاجهت استناد کرد.

در داوریهای بین‌المللی آرائی دیده می‌شوند که در آنها با وجود بطلان قرارداد، حکم به استرداد داده شده است: در مواردی خارجیانی با نمایندگان دولتها قرارداد بسته شده که فاقد اختیار بوده‌اند و دادگاههای بین‌المللی با قبول اینکه نمایندگان مزبور فاقد اختیار بوده‌اند، دریافت کننده‌مال را مسئول پرداخت شناخته و حکم به رد عین یا عوض مال مورد استفاده داده‌اند. مثلاً در رأی General Finance Corporation V. United Mexican States که مربوط به قراردادهای منعقده بوسیله شهرهای مکزیک است که باطل اعلام شد، کمیسیون دعاوی کلی ایالات متحده آمریکا و مکزیک اعلام داشت: «دولت مکزیک به موجب حقوق بین‌الملل باید تا حدی که بطور غیر عادلانه دارا شده است، به خواهان باز پرداخت کند». و نیز رجوع شود به رأی صادره در پرونده William A Parker V. United

^{۳۴} Mexican States (4 RIAA 35)

بنابراین در صورت بطلان قرارداد اصولاً می‌توان به اصل دارا شدن غیر عادلانه استناد کرد. معهذا دو مسئله در اینجا مطرح می‌شود:

۳۴. دارا شدن غیر عادلانه در حقوق بین‌الملل: مجله آمریکانی حقوق تطبیقی، ج ۲۲، سال ۱۹۷۴، ص ۲۹۵ و ۲۹۶. و نیز رجوع شود به ص ۲۹۰ همان مقاله.

الف. آیا می توان شرط صلاحیت دادگاههای ایران را مستقل تلقی کرد و حتی در صورت بطلان قرارداد، شرط را صحیح و لازم الاجرا دانست؟

ب. هرگاه خوانده بطلان قرارداد را ادعا کرده باشد، آیا مأمور خود به آن است یا نخیر؟

الف. استقلال، شرط صلاحیت دادگاه

۱۷. اگر شرط اعطای صلاحیت به دادگاه کشور معین که در قرارداد پیش‌بینی شده است، از کل قرارداد مستقل و متمایز بوده و سرنوشت جداگانه‌ای داشته باشد، در صورت بطلان قرارداد می‌توان ادعا کرد که شرط صلاحیت، معتبر و لازم الرعایه است مگر اینکه بطلان شرط نیز علیحده به اثبات برسد. اما اگر سرنوشت شرط با سرنوشت کل قرارداد یکی باشد، بطلان کل قرارداد منتهی به بطلان شرط صلاحیت خواهد شد.

۱۸. در مورد شرط ارجاع به داوری^{۳۵} که مشابه شرط صلاحیت دادگاه است، استقلال شرط در اغلب کشورها — اعم از کشورهای حقوق نوشته (رومانیست)، کشورهای سوسیالیستی و کشورهای کامن لو — پذیرفته شده است.^{۳۶} در ایالات متحده آمریکا، دیوان عالی در رأی پریما پاینت^{۳۷} (۱۹۶۷) این اصل را اعلام کرده که در مسائل مربوط به حقوق فدرال، شرط ارجاع به داوری نسبت به قرارداد اصلی، مستقل است.^{۳۸} حتی در داوری بین دولتها استقلال شرط مزبور مورد قبول واقع شده است.^{۳۹}

35. Clause compromissoire

36. DAVID (R.), *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris 1982, no 211; Encyclopedie Dalloz, *Droit international, Arbitrage* (*Droit international privé*), nos 52 et s.

37. Prima Paint

۳۸. داوید، همان کتاب، ش ۱۳.

۳۹. دائرة المعارف دالوز، حقوق بين الملل: ج ۱، بخش داوری در حقوق بين الملل عمومي، ش ۱۶۵ ببعد.

۱۹. حال باید دید آیا این قاعده نسبت به شرط اعطای صلاحیت به دادگاه کشور معین نیز قابل تعمیم است یا خیر؟ مسئله قابل بحث است و تا آنجا که ما بررسی کردیم این مسئله کمتر مورد بحث مؤلفان واقع شده است. معهذا بعضی از نویسندهای از استقلال شرط اعطای صلاحیت و عدم تفاوت بین آن و شرط ارجاع به داوری از این لحاظ دفاع کرده‌اند.^{۴۰}

دو دلیل عمدۀ در این باب وجود دارد: یکی آنکه وقتی اعتبار و صحت قرارداد اصلی زیر سؤال باشد، تازه در این مورد شرط مزبور اهمیت پیدا می‌کند؛ زیرا با استقلال شرط، مرجع تعیین شده می‌تواند به مسئله صحت قرارداد رسیدگی کند. در غیر این صورت رسیدگی به ماهیت بعلت تردید در موضوع صلاحیت به تأخیر خواهد افتاد. دیگر آنکه لحاظ علمی مسئله صلاحیت جدا از ماهیت است و دلیل قاطعی وجود ندارد که صلاحیت و ماهیت تابع قانونی واحد و دارای سرنوشتی واحد باشند.^{۴۱}

این دلایل، هم در مورد شرط ارجاع به داوری و هم در باب شرط صلاحیت دادگاه صادق است.

دلیل دیگری که در تأیید این نظر می‌توان آورد، مقررات عهدنامه وین در باب بطلان عهدنامه است. برای این مقررات، بطلان عهدنامه موجب بطلان شرط یا شروط مربوط به حل اختلاف نخواهد بود (رجوع شود به بند ۴ ماده ۶۰ و بند ۴ ماده ۶۵). پس اصل استقلال شرط تعیین مرجع رسیدگی در عهدنامه وین هم پذیرفته شده است و از این لحاظ فرقی بین یک قرارداد بین‌المللی (موضوع عهدنامه وین) و قراردادهای دیگر نیست. بنابراین می‌توان گفت شرط اعطای صلاحیت به دادگاه کشور معین، از جمله شرط صلاحیت دادگاه‌های ایران، نسبت به قرارداد اصلی که شرط در آن ذکر شده است استقلال دارد و ادعای بطلان قرارداد یا حتی اثبات

40. GAUDEMEL - TALLON (H.), *La prorogation volontaire de juridiction en Droit international privé*, Paris 1965, nos 87 et s.

۴۱. همان کتاب، شن ۹۰.

آن، به اعتبار شرط لطمہ نمی زند و دادگاه ملی تعیین شده باید به دعوی رسیدگی کنند، مگر اینکه بطلان شرط، جداگانه به اثبات برسد.

ب. دعوای بطلان قرارداد و مأخذ شدن به آن – نظریه استاپل^{۴۲}

۲۰ اگر خواننده دعوی که در مرجعی غیر از دادگاه معین مذکور در قرارداد طرح شده است مدعی بطلان قرارداد منشاء دعوی بشود، ممکن است خواهان بگوید که چون خواننده مدعی بطلان قرارداد شده است، دیگر نمی تواند از شرط صلاحیت دادگاه معین مذکور در قرارداد استفاده کند و قاعدة استاپل مانع استناد به آن شرط خواهد بود. برای رد این استدلال مفهوم استاپل و شرایط آن را در کامن لو حقوق بین الملل به اختصار مورد بررسی قرار می دهیم.

استاپل در کامن لو

۲۱ استاپل بطور کلی عبارت از این است که یک طرف دعوی بعلت رفتار خود، از اینکه حقی را به زیان طرف دیگر که ذیحق در اعتماد به چنین رفتاری بوده یا برطبق آن عمل کرده است مطالبه کند، منع می شود. استاپل هنگامی مطرح می شود که شخص اظهاریا عملی کرده یا سندی داده باشد که در این صورت به موجب قانون نمی تواند بخلاف آن سخنی بگوید؛ زیرا یک وضعیت یا رفتار متعارض را که موجب زیان دیگری باشد نمی توان پذیرفت.^{۴۳}.

42. Estoppel

43. Estoppel / stóp 1/. «Estoppel» means that party is prevented by his own acts from claiming a right to detriment of other party who was entitled to rely on such conduct and has acted accordingly. Graham v. Asbury, 112 Ariz. 184, 540 p. 2d 656, 658. An estoppel arises when one is concluded and forbidden by law to speak against his own act or deed. Gural v. Engle, 128 N. J. L. 252, 25 A. 2d 257, 261. An inconsistent position, attitude or course of conduct may not be adopted to loss or injury of another. Brand v. App., 95 S. W. 2d 994, 997. See Restatement, Agency Second § 8B. (Black's Law Dictionary, 5th ed.).

استاپل یک نهاد ویژه نظام کامن لو است؛ هرچند که در نظامهای دیگر حقوقی هم نهادها و قواعدی مشابه دیده می شود و از اینجاست که بعضی از مؤلفان آن را بعنوان یکی از «اصول کلی حقوق مشترک بین ملل متعدد»^{۴۴} معرفی کرده اند.

۲۲۰ استاپل دارای اقسام متعددی است، ولی آنچه به بحث ما مربوط می شود قسمتی است که آن را estoppel by conduct (مانع ناشی از رفتار)، estoppel in pais (استاپل منصفانه) و equitable estoppel نامیده اند. در این نوع استاپل، شخصی با گفتاریا کردار خود باعث می شود که شخص دیگری اعتقاد به وجود وضعیت خاصی پیدا کند و براساس این اعتقاد به زیان خود عمل نماید. در این صورت شخص مزبور ممنوع است از اینکه وجود آن وضعیت را نفی نماید.^{۴۵} بسیاری از آرائی که در زمینه استاپل ناشی از رفتار صادر شده نشانگر اصلی است که به موجب آن هنگامی که تضاد در رفتار موجب زیان دیگری می گردد، حقوق تداوم و عدم تضاد را لازم می داند. مثلاً در رأی شوفلد کلایم^{۴۶} ایالات متحده استدلال می کند که چون گواتمالا نسبت به امتیازی که به شوفلد داده به مدت شش سال بعنوان امتیازی صحیح و معتبر رفتار کرده است، اکنون نمی تواند در دادگاه صحت آن را نفی کند، و به قاعدة استاپل استناد می نماید و داور این استدلال را می پذیرد.^{۴۷} در رأی پینسون^{۴۸} (۱۹۲۸) نیز براساس همین اصل، کمیسیون مختلط داوری فرانسه — مکزیک نظر می دهد که دولت خوانده نمی تواند شخصی را که با او بعنوان یک خارجی

44. MAC GIBBON (I.C.), Estoppel in International Law, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 7, 1958, P. 468.

45. CROSS and WILKINS, Outline of the Law of Evidence, 5th ed. 1980, p. 244-245.

46. Shufeld Claim

47. BOWETT (D.W), Estoppel Before International Tribunals and its Relation to Acquiescence, The British Year Book of International Law 1957, p. 186.

48. Pinson

رفتار کرده است به منظور اثبات عدم پذیرش دعوی، تبعه خود معرفی کند.^{۴۹}

عناصر اصلی استاپل در حقوق آمریکا

۲۳۰ در کتاب *Corpus Juris Secundum* (ج ۳۱، بخش ۶۷) عناصر اصلی استاپل ناشی از رفتار که بدون آنها این نهاد حقوقی تحقیق پیدا نمی کند، براساس آرای قضائی آمریکا بشرح زیر بیان شده است:

- باید با گفatar یا کرداریا سکوت شخص، وقایع و موضوعات به گونه ای نادرست معرفی گردیده یا پنهان شده باشد.
- باید آن امر با علم و اطلاع شخص صورت گرفته باشد یا فرض شود که شخص از آن اطلاع داشته است.
- باید طرف دیگر از حقیقت آن وقایع و موضوعات اطلاع نداشته باشد.

— باید آن امر به قصد اینکه طرف دیگر بر وفق آن رفتار کند، انجام شده باشد.

— باید طرف دیگر به آن اعتماد یا بربطق آن به زیان خود عمل کرده باشد.^{۵۰}

به تعبیر ساده تر و شایع تر، در حقوق آمریکا استاپل ناشی از رفتار دارای عناصر زیر است:

۱. باید قبول یا گفatar یا کرداری معارض با ادعای بعدی طرف دعوی وجود داشته باشد.
۲. باید طرف دیگر به اعتماد آن قبول یا گفatar یا کردار رفتار کرده باشد.
۳. باید در صورت مجاز شناختن طرف دعوی به تناقض گوئی یا

49. R. I. A. A. vol. v, p. 381.

۵۰. کتاب *Corpus Juris Secundem* ج ۳۱، بخش ۷۶، ص ۴۰۲، پیوست شماره ۱.

ترک قبول یا گفتار یا کردار پیشین، زیانی به طرف دیگر وارد شود.
در صورت فقدان یکی از عناصر فوق استابل محقق نخواهد شد.^{۵۱}

۴۶. حال ببینیم آیا استابل مورد استاد خواهان در موردی که خوانده،
مدعی بطلان قرارداد شده باشد، واجد شرایط و عناصر فوق هست یا خیر؟
برای سهولت کار فقط تعبیر اخیر عناصر را که ساده‌تر است ملاک بحث
قرار می‌دهیم.

به نظر می‌رسد که هیچ‌یک از عناصر سه گانه مذکور در مسئله مورد
بحث وجود ندارد، زیرا:

اولاً چه بسا رفتار یا گفتار متعارضی از خوانده صادر نشده است.
خوانده صرفاً ادعای بطلان قرارداد را کرده و ادعای عدم صلاحیت دادگاه
رسیدگی کننده به دعوی به اعتبار صلاحیت دادگاهی که در قرارداد
تصویح شده است با آن تعارضی ندارد؛ چرا که ممکن است با وجود بطلان
قرارداد، شرط صلاحیت دادگاه معین که می‌تواند سرنوشت مستقلی داشته
باشد، صحیح و معتبر باشد.

ثانیاً طرف دیگر براساس اعتماد به ادعای بطلان قرارداد، عملی
انجام نداده است. بلکه بر عکس، اگر کارهاین بوسیله خواهان انجام شده
باشد، بر مبنای صحت قرارداد بوده است.

ثالثاً در نتیجه ادعای خوانده زیانی به خواهان وارد نمی‌شود، چون
بالماک دادگاه است که در مورد صحت یا بطلان قرارداد تصمیم می‌گیرد و
ادعای بطلان قرارداد، تعیین کننده نیست تا بتواند موجب زیان تلقی گردد.

۵۱. همان کتاب، ص ۴۰۵ – ۴۰۶، پوست شماره ۱.

۲۵ نکته دیگری که ذکر آن برای روشن شدن مطلب سودمند به نظر می رسد این است که استاپل همان طور که در کتاب مذکور تصریح شده و از شرایط و عناصر فوق نیز برمی آید، فقط هنگامی قابل تحقق است که طرفی که استاپل علیه او اعمال می شود، مرتکب تقسیر^{۵۲} شده باشد و در فرض ما خوانده دعوی، با ادعای بطلان قرارداد مرتکب هیچ گونه تقسیری نشده است.^{۵۳}

بدینسان ملاحظه می شود که برطبق حقوق آمریکا مبنایی برای استناد به استاپل در مسئله مورد بحث وجود ندارد. اینک باید دید آیا برطبق حقوق بین الملل دلیل موجهی در این خصوص می تواند وجود داشته باشد.

استاپل در حقوق بین الملل

۲۶ برخی از مؤلفان قدیمی منکر وجود استاپل در حقوق بین الملل شده اند؛ ولی مؤلفان جدید با توجه به پاره ای آرای بین المللی وجود این نهاد را در حقوق بین الملل شناخته و حتی بعضی آن را عنوان یک «اصل حقوقی مشترک بین ملل متمدن» معرفی کرده اند. پروفسور باوت^{۵۴} طی مقاله ای که تحت عنوان Estoppel Before International Tribunal در سالنامه بریتانیائی حقوق بین الملل، سال ۱۹۵۸ به چاپ رساند و ضمن اعلام پذیرش این نهاد در حقوق بین الملل، عناصر و شرایط اساسی آن را شرح داده است.^{۵۵} باید یاد آور شد که پروفسور باوت در این تحقیق برای روشن کردن مفهوم استاپل

52. Fault

۵۳. همان کتاب، ص ۴۰۷، پیوست شماره ۱.

54. Bowett

۵۵. برای خلاصه این شرایط رجوع شود به:

IAN BROWNLIE, Principles of Public International Law, 2d ed. Oxford 1977, pp. 618 s.

از حقوق داخلی (کامن لو) استفاده کرده است. این مؤلف پس از ذکر اقسام استاپل در حقوق بین‌الملل، عناصر اصلی آن را با استناد به آراء بین‌المللی بشرح زیر بر شمرده است:

الف. مفهوم اظهار طرفی که استاپل علیه او اعمال می‌شود باید روش و غیر مبهم باشد. مثلاً در پرونده گرینلند شرقی^{۵۶} (۱۹۳۳) نروژ ادعا می‌کند که یادداشت دولت دانمارک در سالهای ۱۹۱۵ تا ۱۹۲۱ به قدرتهای مختلف مبنی بر درخواست شناسائی موضع دانمارک در گرینلند مانع از آن است که این کشور بتواند نسبت به این سرزمین ادعای حاکمیت نماید. ولی دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری^{۵۷} این استدلال را بعنوان اینکه یادداشت دولت هلند ضرورتاً این معنی را نداشته است، رد می‌کند.^{۵۸}

ب. اظهار طرف باید ارادی، غیر مشروط و مجاز باشد. بنابراین اگر طرفی که در مقابل او به استاپل استناد می‌شود، در اثر اکراه یا تقلب اظهاری کرده باشد یا اظهار او مشروط به شرطی بوده یا اختیار چنین اظهاری را نداشته باشد، موردی برای اعمال استاپل وجود نخواهد داشت. کافی است برای مجاز بودن اظهار، مثالی ذکر کنیم: در پرونده گرینلند شرقی — که به آن اشاره شد — دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری اعلام می‌کند که وزیر امور خارجه یک دولت اختیار دارد در حدود وظایف خود با دولتهای دیگر مکاتبه کند و اظهار او در پاسخ به نماینده سیاسی یک کشور خارجی، کشور متبوع او را متعهد خواهد کرد.^{۵۹}

ج. باید طرف دیگر بر اساس حسن نیت، به اظهار مزبور به زیان خود یا به سود اظهار کننده اعتماد و بطبق آن عمل کرده باشد. مثلاً در

56. Eastern Greenland

57. P. C. I. J.

۵۸. مقاله باوت، ص ۱۸۸ زیرنویس ۴، پیوست شماره ۲.

۵۹. همان مقاله، ص ۱۹۲، پیوست شماره ۲.

پرونده وام صربی^{۶۰} (۱۹۲۹) دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری اعلام می‌کند که مبنای کافی برای اعمال قاعدة استاپل وجود ندارد؛ زیرا در وضع دولت بدھکارتغییری حاصل نشده است: بدھی دولت صربستان بصورت پیشین باقی مانده و فقط دولت مدييون، کمتر از مبلغی که می‌باشد به موجب قراردادهای وام پردازد، پرداخته است. همچنین در داوری تینوکو^{۶۱} (۱۹۲۴)، دولت کوستاریکا استدلال می‌کند که دولت بریتانیا بعلت عدم شناسائی دولت تینوکو، بنا به قاعدة استاپل منع است از اینکه ادعا کند که دولت تینوکو امتیازاتی داده که برای دولت جانشین آن تعهدآور است. ولی داور این استدلال را رد می‌کند بدين دليل که عدم شناسائی، موجب تغییری در وضع دولت جانشین براساس اعتماد به عدم شناسائی نشده است و یک استاپل منصفانه باید مبتنی بر رفتار شخصی باشد که استاپل علیه او اعمال می‌شود؛ «رفتاری که وضعی برای خواهان استاپل ایجاد کند که در آن وضع، حقیقت موجب زیان او باشد». ^{۶۲}

۲۷. اینها شرایطی هستند که برای اعمال استاپل در حقوق بین‌الملل ذکر شده است و انطباق یا عدم انطباق آنها با پرونده مورد نظر باید معلوم شود:

اولاً ادعای بطلان قرارداد صریح در این نباشد که شرط صلاحیت دادگاه معین هم که در قرارداد بوده است باطل اعلام شده باشد. ممکن است قرارداد، باطل ولی شرط صلاحیت، مستقل و معتبر تلقی شود.

ثانیاً می‌توان گفت اعلام بطلان قرارداد برفرض اینکه بطور ارادی و بوسیله نماینده مجاز دولت یا مؤسسه تحت کنترل او صورت گرفته باشد، غیر مشروط نبوده است. یعنی در اینجا یک شرط ضمنی وجود دارد که عبارت

60. Serbian Loan
61. Tinoco

.۶۲. همان مقاله، ص ۱۹۳، پیوست شماره ۲.

است از تصمیم دادگاه. به تعبیر دیگر، طبق ارادهٔ ضمنی اظهار کننده، بطلان قرارداد، مشروط و متعلق به قبول آن از سوی دادگاه رسیدگی کننده به دعوی است نه منجز و غیرمشروط که به صرف اعلام، آثار خود را بیار آورد.

ثالثاً خواهان با اعتماد به بطلان قرارداد، عملی به زیان خود یا به سود خوانده انجام نداده و به تعبیر دیگر اعلام بطلان قرارداد تغییری در وضع خواهان ایجاد نکرده باشد که اثبات خلاف آن موجب زیان او باشد.

استناد خوانده به استاپل

۲۸. بنا بر آنچه گفته شد و با فرض اینکه در قرارداد، شرط دادگاه معین شده ولی خواهان در مرجع دیگری طرح دعوی کرده باشد، خواهان نمی‌تواند برای نفی صلاحیت دادگاه معین مذکور در قرارداد به استاپل استناد کند. بر عکس، خوانده برای منع خواهان از استناد به استفاده جهت در صورت وجود قرارداد، می‌تواند به استاپل استناد نماید. در حقوق انگلیس و آمریکا قاعده‌ای به نام rule of election of remedies وجود دارد که می‌توان آن را به قاعدهٔ انتخاب طرق جبران ترجمه کرد. این قاعده از مصادیق استاپل از طریق رفتار است. مقصود از قاعدهٔ مذکور این است که اگر طرف دعوی حق داشته باشد به یکی از دو راه حل پیش‌بینی شده در قانون و بعبارت دقیق‌تر به یکی از دو مبنای پذیرفته شده در حقوق، برای دعوی متول شود نه به هر دو، و یکی از آن‌دو را انتخاب کند، ممنوع است از اینکه بعداً مبنای دعوای خود را تغییر دهد. در پروندهٔ Yukon Lumber Company ایالات متحده فروخته شده و قسمتی از ثمن معامله پرداخت نشده بود و این مسئله مطرح شد که آیا ایالات متحده مسئول پرداخت ثمن معامله است یا

خیر؟ دادگاه بین‌المللی در این پرونده اعلام کرد: در برابر این دادگاه دولت بریتانیا پرداخت ثمن معامله را مطالبه کرده و بصورت تخيیری^{۶۳} معادل ارزش چوبها را خواسته است. عقیده این دادگاه آن است که بعد از تأیید ورود به ملک (برای قطع الوار) و مطالبه ثمن معامله به مدت سیزده سال و نیز مطالبه ثمن در حال حاضر، غیرممکن است که دولت بریتانیا ادعای مالکیت چوب را داشته باشد و ارزش چیزی را که مصرف شده است مطالبه کند. «به نظر می‌رسد که مطالبه یکی از آندو با مطالبه دیگری بصورت تخيیری، متعارض است؛ زیرا آشکار است مطالبه ثمن معامله مانع مطالبه بدل مبيع است».^{۶۴}

ملاحظه می‌شود که در پرونده فوق خواهان از یکسوبر مبنای قرارداد، ثمن معامله را مطالبه کرده و از سوی دیگر مبنای غیر قراردادی برای دعوی قائل شده و بعنوان مالکیت عین وتلف آن، ارزش مال تلف شده و باصطلاح حقوق مدنی، بدل آن را مطالبه کرده است، ولی دادگاه این دو مبنای را غیرقابل جمع تشخیص داده و بنا به قاعدة استاپل خواهان را از مطالبه بدل منع کرده است. در فرض ما هم از یکسوبر خواهان به قرارداد و از سوی دیگر به استفاده بلاجهت که یک مبنای غیر قراردادی است، استناد می‌کند؛ لیکن چون این دو مبنای غیرقابل جمع هستند، باید خواهان بنا به قاعدة استاپل از توصل به مبنای دوم منع گردد.

نتیجه

۲۹. از آنچه گفته شد می‌توان نتایج زیر را بدست آورد:

۱. استفاده بلاجهت یا دارا شدن غیر عادلانه با قرارداد قابل جمع نیست. شخص در صورتی می‌تواند به استفاده بلاجهت استناد کند و آن را

63. alternative

۶۴. باوت، همان مقاله، ص ۱۸۷ و ۱۸۸، پیوست شماره ۲.

مبنای دعوای خود قرار دهد که مبنای دیگری برای دعوی، بویژه یک مبنای قراردادی وجود نداشته باشد. هرگاه استفاده یا دارا شدن، ناشی از قراردادی باشد که بین طرفین منعقد شده است، این استفاده نه بلاجهت است نه غیر عادلانه. قرارداد جهت و مجوز قانونی استفاده و دارا شدن بشمار می آید و از این لحاظ نمی توان آن را غیر عادلانه به مفهوم مقصود در این بحث محسوب داشت. وانگهی طبق قاعده ای که در حقوق داخلی و آرای بین المللی پذیرفته شده دعوای استفاده بلاجهت یک دعوای فرعی است که فقط هنگامی که دعوای دیگری – اعم از قراردادی و غیر قراردادی – وجود نداشته باشد، می توان به آن توسل جست.

۲. هرگاه در قرارداد، شرط صلاحیت دادگاه معین پیش بینی شده باشد، بعلت وجود قرارداد نمی تواند به استفاده بلاجهت استناد کند.

۳. هرگاه خوانده ادعای بطلان قرارداد را کرده باشد، در صورت وجود شرط صلاحیت دادگاه معین، می توان قائل به استقلال شرط و در نتیجه عدم صلاحیت دادگاه رسیدگی کننده به دعوی شد، مگر اینکه بطلان شرط، جداگانه به اثبات برسد.

استناد خواهان به استاپل – که یک نهاد حقوقی مهم و مانع قبول گفتاریا رفتار معارض است – برای خنثی کردن شرط صلاحیت، موجه نیست؛ زیرا لازم است شرایط تحقق استاپل بدان گونه که در کامن لوو حقوق بین الملل اعلام شده است، در این خصوص محرز شود. (رجوع شود به شماره ۲۳ بعد).

۴. بنابراین در صورت وجود قراردادی که متضمن شرط صلاحیت دادگاه معین باشد، استناد به استفاده بلاجهت درست نیست؛ اعم از اینکه خواهان قبل از اعلام عدم صلاحیت از سوی دادگاه رسیدگی کننده به دعوی به آن استناد کرده باشد یا پس از آن، و خواه ادعای بطلان قرارداد شده باشد یا نه، و خواه مدعی از آغاز در دادخواست خود دو مبنا بصورت تغییری برای دعوای خود ذکر کرده باشد یا بعداً مبنای دعوی را تغییر دهد.

جرزی رازسکی

استاد دانشکده حقوق دانشگاه ورشو

ترجمه دکتر ناصر صبح خیز



تدوین تدریجی حقوق
تجارت بین المللی



۱. گسترش وسیع همکاریهای اقتصادی بین المللی بین تمامی کشورهای جهان با نظمات اجتماعی – اقتصادی متفاوت، اقتصاد ملی این کشورها را بصورت نظام واحد بهم پیوسته‌ای درآورده است. نقش مکانیسم حقوقی چنین نظامی که جریان دارائیها و خدمات بین اقتصادهای کشورهای مختلف را متوازن می‌کند، الزاماً افزایش می‌یابد. درنتیجه، تنظیم قواعد حقوقی خاص جهت معاملات اقتصادی بین المللی که تعدادشان روز بروز بیشتر و مسائلشان پیچیده‌تر می‌گردد، از اهمیت ویژه‌ای برخوردار است. از این جهت تدریجیاً اقداماتی جهت تدوین این قواعد حقوقی بوسیله بعضی از کشورها و همچنین در سطح بین المللی انجام پذیرفته است. این تدوین قواعد تجاری که توسط اعمال تجاری ناشی از قراردادها تقویت و تکمیل می‌شود، رویه‌های تجاری بین المللی را بوجود می‌آورد.

بدینسان حقوق تجارت بین المللی، هم در سطح کشورها و هم در سطح بین المللی از استقلال بیشتری برخوردار می‌گردد. ذکر این نکته ضروری می‌نماید که در بیشتر کشورها قواعد حاکم بر فعالیتهای اقتصادی

بین المللی الزاماً همانند مقررات حقوق تجارت که بر اعمال تجاری داخلی حاکمیت دارد، نیست. در حقیقت نقش حقوق تجارت در محدوده کشورها و در جامعه بین المللی متفاوت است؛ زیرا معاملات تجاری بین المللی در جامعه بین المللی، مرکب از یکصد و پنجاه دولت با نظامات اجتماعی – اقتصادی متفاوت انجام می‌پذیرد. به نظر می‌رسد که اعمال صرف مقررات تنظیم کننده روابط تجاری داخلی در روابط اقتصادی بین المللی که هم از نظر ماهیت و هم از نظر پیچیدگی با مسائل اقتصادی مشابه داخلی تفاوت دارد، بیش از پیش اعمال تجاری بین المللی را پیچیده‌تر گرداند. از این جهت تدوین مجموعه مقرراتی که بهتر پاسخگوی نیازهای ویژه روابط اقتصادی بین المللی باشد، احساس می‌گردد.

۲. مقررات ویژه حقوق تجارت بین المللی تدریجاً در کشورهای مختلف گسترش یافته است و می‌رود که بصورت مجموعه‌ای حاکم بر روابط تجاری بین المللی گردد. روند گسترش این قواعد حقوقی بر حسب منشاء قانونی و رویه قضائی کشورها متفاوت است.

مسلم آنکه تجار معمولاً روابط اقتصادی بین المللی خود را بر حسب رویه‌های تجاری بین المللی تنظیم می‌کنند؛ چرا که بدین گونه خواسته‌ها و تا حدودی منافع آنان در روابط اقتصادی بین المللی بهتر تأمین می‌گردد. تأثیر فزاینده روابط تجاری بین المللی بر حقوق تجارت بین المللی عاملی است که این حقوق از نوعی وحدت و همگونی بین المللی برخوردار گردد.

بدینسان تدریجاً نظام حقوقی مستقلی در معاملات اقتصادی بین المللی شکل می‌گیرد. این استقلال در کشورهایی که حقوق تجارت بین المللی خود را تدوین نمودند، کاملاً حاصل شده است. وحدتی که در بعضی از گسترهای این حقوق در سطح بین المللی حاصل شده است، تأکید بر استقلال این رشته از حقوق می‌باشد. دوران مذکور (تدوین مجموعه قوانین حقوق تجارت بین المللی در بعضی از کشورها و وحدت عمل

در بعضی از زمینه‌های تجارت بین‌المللی) به گرایش تدوین بین‌المللی این رشته از حقوق که بهتر به نیازهای اقتصادی جهان معاصر پاسخ می‌گوید، کمک می‌نماید. فکر وحدت تمامی قواعد اصولی حقوق تجارت بین‌المللی، بیش از پیش، هم بوسیله دکترین و هم بوسیله رویه‌های بازرگانی بین‌المللی تأیید می‌شود.

لزوم مقرراتی نوین حاکم بر روابط اقتصادی بین‌المللی که بهتر بتواند پاسخگوی نیازهای معاملات تجاری بین‌المللی باشد، وضع مقررات ویژه حقوق تجارت بین‌المللی را توجیه می‌نماید. فایده چنین امری در این دوران ضعف قوه مقننه در بعضی از کشورها و فقدان قواعد خاص در زمینه‌های دیگر، بیشتر احساس می‌گردد.

تدوین قوانین حقوق تجارت بین‌المللی بدین معنا نیست که صرفاً قوانین موجود را انسجام بخشیم؛ بلکه بدین منظور است تا آنان را آنچنان تغییر دهیم که بهتر به نیازهای زندگی اقتصادی بین‌المللی پاسخ گویند. در این نوشته موجز، ما به اختصار دستاوردهای قانونگذاران بعضی از کشورها را در زمینه تدوین حقوق تجارت بین‌المللی بیان می‌کنیم و آنگاه اقداماتی را که اخیراً در سطح بین‌المللی بوسیله «انستیتو بین‌المللی برای وحدت حقوق خصوصی»^۱ در این زمینه انجام پذیرفته است، مورد بررسی قرار می‌دهیم.

۳. مجموعه قوانین حقوق تجارت بین‌المللی، در بعضی از کشورهای سوسیالیست اروپا تدوین شده است. چکسلواکی اوین کشوری است که به این هدف نائل آمده است. در این کشور، حقوق تجارت بین‌المللی بنابر قانون شماره ۱۰۱/۱۹۶۳ تحت عنوان «روابط حقوقی در مناسبات تجاری بین‌المللی، مصوبه ۴ دسامبر ۱۹۶۳» که کُد تجارت بین‌المللی نیز خوانده می‌شود، تدوین گردیده است. در حقیقت این اوین کُد تجارت بین‌المللی

1. L'institut international pour L'unification du droit privé (UNIDROIT).

جهان که مشتمل بر ۷۲۶ ماده است، قسمت اعظم مقررات حقوق تجارت بین المللی را بیان می کند. این گُد، هم شامل مقررات عمومی و هم شامل قواعد ویژه‌ای در مورد قراردادهای تجاری بین المللی است. در این گُد علاوه بر قراردادهای کلاسیک چون بیع، مشارکت، وکالت، کمیسیون، دلالی و...، قراردادهای جدیدی که بر اثر مبادلات بازرگانی بین المللی بوجود آمده، مانند «قرارداد وصول اسناد بانکی»^۱، قرارداد ضمانت بانکی و قرارداد کنترل^۲ نیز گنجانده شده است.

از طرف دیگر، با توجه به مسائل جدیدی که در معاملات تجاری بین المللی مطرح شده است، گستره قراردادهای سنتی را افزایش داده اند. برای مثال در فصل مربوط به بیع، علاوه بر مقررات کلی، شروط خاصی در مورد مثلاً ممنوعیت صادرات مجدد کالاهای صادره و یا مقرراتی در مورد قیمتها گنجانده شده است.

همچنین بعضی از قراردادهای مربوط به بیع چون قراردادهای خرید و فروش انحصاری و ترجیحی را تنظیم نموده اند. بدین ترتیب مقررات سنتی بیع را جهت اینکه به نیازهای ویژه بین المللی پاسخ گوید، تغییر داده و موسع نموده اند.

کارهای مقدماتی نشان می دهد که این گُد بر پایه پژوهشها مقایسه‌ای وسیع و یا جمع‌بندی قوانین خارجی و بین المللی و همچنین با توجه به قراردادهای تجاری بین المللی تدوین شده است.^۳ تدوین کنندگان

۲. قراردادی است که بر حسب آن Le contrat de L'encaissement bancaire documentative محتال که معمولاً فروشنده کالا است، استاد مشعر بر فروش کالا را به بانک خود می سپارد و به آن وکالت می دهد تا برای خریدار مقیم کشور خارج برات نماید. در عرف متداول بانکی، از این نوع قراردادها به عملیات وصولی مانند بروات وصولی یا اسناد وصولی تعبیر شده است. (مترجم)

3. Le contrat d'activités de contrôle.

4. Cf. R. Bystricky, «Les traits généraux de la codification tchecoslovaque en droit international Privé», Recueil des cours de l'Academie de droit international, Vol. I-1968, P. 444 et PP. 514 et S.; P. Kalensky, «Les traités essentiels des nouvelles codifications tchecoslovaques de droit du commerce international et du droit international privé», Revue internationale de droit comparé, no 4-1964, PP. 567 et S.; L. Kopac, «Le code



گُد براساس نتایج بدست آمده توانستند قواعد حقوقی ای که در عین اصالت، با حقوق کشورهای دیگر هماهنگی دارد، وضع نمایند.

۴. جمهوری دموکراتیک آلمان ۱۳ سال بعد از چکسلواکی موفق به تدوین گُد تجارت بین المللی خود گردید. انگیزه تدوین قانون پنجم فوریه ۱۹۷۶ در مورد قراردادهای اقتصادی بین المللی، در این کشور دقیقاً همانند کشور چکسلواکی بود.^۵ این کد با ۳۳۳ ماده، از گُد تجارت بین المللی چکسلواکی کم حجم تر است. ایجاز و اتخاذ روشی متفاوت از آنچه غالباً در تدوین گُدهای مدنی و تجاری اعمال می شود، از ویژگیهای این کد است. چهار فصل نخست گُد به مسائل کلی و اجرائی، اعمال حقوقی، نمایندگی و مهلتهای قانونی اختصاص یافته است. سپس در مورد عقد قراردادها بحث می شود (فصل پنجم). فصل ششم، آخرین قسمت مربوط به این نوع مسائل، محتواهی قراردادهای مذکور در گُد را بیان می نماید. در فصول بعدی از تعدد و تغییر طرفین قرارداد (فصل هفتم)، ضمانهای اجرائی (فصل هشتم)، اجرای قراردادها (فصل نهم)، تخلف از قرارداد (فصل دهم) و فسخ قرارداد (فصل یازدهم) سخن به میان می آید. آخرین فصل گُد حاوی مقرراتی در مورد «اوراق رهنی»^۶ (فصل دوازدهم)، مرور زمان (فصل سیزدهم) و همچنین مقررات نهائی (فصل چهاردهم) است. بدین ترتیب این روند به مراحل متوالی یک معامله تجاری پاسخ می گوید. باید خاطر نشان نمود که وضع قوانینی در بعضی از زمینه ها (ارجاع

tchecoslovaque du commerce international», Journal du droit international no 4-1964, PP. 789 et s.

5. Traduction francaises publiées par Staatsverlag de Deutschen Demokratischen Republik, Berlin, 1978 et par le Journal du droit international, no 2-1977, pp. 418 et s.; Cf. F. Enderlein, «La réglementation Juridique des relations économiques internationales en République démocratique allemande», Journal du droit international, idem, pp. 398 et s.; D. Maskow, «La réglementation des accords de commerce extérieur en République démocratique allemande», Revue de droit international et de droit comparé, n 1-1980, pp. 39 et s.; D. Maskow, H. Liebold, «Foreign Trade Contracts in the law of the GDR», Review of Socialist law, n 1-1980, pp. 64 et s.

6. سندي که پرداخت وجه آن با رهن گرفتن کالاهای موجود در مغازه نضمین می گردد. Warrants.

قرارداد به دادگاه یا به دیوان داوری) و قراردادهای جدید ناشی از عملکردهای تجارت بین المللی (برای مثال: قراردادها مونتاژ، دریافت امتیازات علمی و فنی و نگهداری) باعث تکمیل حقوق تجارت بین المللی گردید.

کارهای مقدماتی نشان می دهد که در این کشور نیز حقوق تجارت بین المللی، پس از پژوهش‌های تطبیقی و با توجه به حقوق کشورهای دیگر و حقوق بین المللی و با استفاده از تجربیات بازرگانی بین المللی تدوین شده است.⁷ ذکر این نکته ضروری است که قوانین آلمان شرقی در مورد قراردادهای اقتصادی بین المللی دارای اصلاح بوده و تا حد زیادی با حقوقی که در سطح بین المللی در این زمینه تدوین گردیده است، هماهنگی دارد.⁸

۵. در لهستان⁹ و رومانی¹⁰ نیز اقداماتی جهت تدوین قوانین حقوق تجارت بین المللی انجام پذیرفته است.

در لهستان لزوم انطباق قواعد حقوق مدنی با نیازهای خاص تجارت بین المللی، تدوین گُد تجارت بین المللی را توجیه نموده است. همچنین عقیده براین بود که بعضی از بُنگاه‌های اقتصادی و قراردادهای تجاری بین المللی بر اثر معاملات بین المللی مطرح شده که در حقوق مدنی کلاسیک از آن بحثی به میان نیامده است؛ لذا تدوین گُد ویژه‌ای در این زمینه ضروری می نمود.¹¹ کمیسیون تدوین گُد متشکل از ۲۰ حقوقدان

7. Cf. p. ex. F. Enderlein, «La réglementation de la vente internationale de marchandises dans le droit de la R.D.A. (Une comparaison avec le projet d'une convention sur la vente internationale de marchandises)», *Droit et pratique de commerce international*, no 2-1977, pp. 123 et s.

8. Cf. F. Enderlein, op. cit., pp. 125 et s.

9. Cf. J. Rajski, «Principes fondamentaux et développement du droit, commercial international de certains pays socialistes européens et les relations économiques Est-Ouest», *Revue internationale de droit comparé*, no 3-1980, p. 524.

10. Cf. M. Jacota, «Le perfectionnement et la systematisation de la législation en Roumanie», *Revue internationale de droit comparé*, no 4-1978, p. 837.

11. Cf. p. ex. J. Rajski, «L'influence du développement du commerce international sur la



(اساتید دانشگاه و کلا) پس از سه سال، طرحی مناسب فراهم آورد. این طرح با گذهای تجارت بین المللی چکسلواکی و آلمان شرقی این تفاوت را دارد که تدوین مقررات خاص، مستقل از قوانین مدنی، وجهه همت قرار گرفته و قوانین مدنی بعنوان منبع فرعی قابل اعمال در روابط تجاری بین المللی شناخته شده است. طرح «قانونی راجع به روابط حقوقی در تجارت بین المللی» تمام مسائل بازارگانی بین المللی را دربرمی گیرد. قسمت اول این طرح از شخصیت حقوقی بنگاه‌های اقتصادی لهستان، قراردادها و دیگر اعمال حقوقی، اجرای قرارداد و آثار عدم اجرای قرارداد و همچنین از مرور زمان، سخن به میان می آورد و قسمت دوم به قراردادهای مختلف می پردازد. در این قسمت از طرح، بعضی از قراردادهایی که در روابط تجاری معمولند اما صراحتاً در قوانین مورد عمل از آنان ذکری بعمل نیامده است، چون قرارداد همکاری، قرارداد ساخت یک مجموعه صنعتی، قرارداد «اجاره به شرط تملیک»^{۱۲}، و قرارداد «ساخت و فروش کالا»^{۱۳} گنجانده شده اند.

راه حلهای پیشنهادی با قوانینی که در سطح بین المللی در مورد آنها وحدت نظر حاصل شده است و همچنین با عملکردهای تجاری بین المللی هماهنگی کامل دارد.

۶. می توان ادعان نمود که تدوین مجموعه قوانین تجارت بین المللی در کشورهای نامبرده تا حدودی به استقرار و گسترش این حقوق در سطح

→

théorie des obligations», Polish Yearbook of International Law, Annuaire Polonais de Droit International, vol. X, 1980, pp. 193 et s.

۱۲. Credit-bail تکنیکی نوین جهت قرارداد است که بیشتر در کشورهای آنگلساکسون معمول بوده و به Leasing مشهور است. برحسب این قرارداد شرکتی حق استفاده از تجهیزات صنعتی موقول و غیرموقول را بازای پرداخت مال الاجاره کسب می نماید. در پایان قرارداد، مستأجر حق دارد بهای تجهیزات را پرداخت و آن را تملک کند، یا اجاره را تملید و یا از تمدید اجاره اعراض نماید. این نهاد حقوقی طی قانون بانکداری بدون ربا مصوب مجلس شورای اسلامی، وارد حقوق ایران شده است. (متترجم)

۱۳. Savoir-Faire (know-how). قراردادی است جهت ساخت کالا، فروش محصولات، عرضه خدمات، تأمین امور مالی شرکت و همچنین نحوه استفاده از پژوهشها و تجربیات.

بین‌المللی کمک نموده است. واضح است که پیشرفت حاصله در این زمینه هنوز محدود می‌باشد. برای نیل به این هدف، لازم است که نظامی واحد از حقوق تجارت بین‌المللی مورد عمل جامعه بین‌المللی قرار گیرد. گذهای ملی که تا حدود زیادی با توجه به مسائل بین‌المللی تدوین شده‌اند، در حقیقت راهگشای تدوین گذی در این زمینه و در سطح بین‌المللی هستند.

۷. فکر تدوین گذ تجارت بین‌المللی برای جامعه بین‌المللی که در اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بیست مورد توجه قرار گرفته بود، چند سال است که توسط «انستیتو بین‌المللی برای وحدت حقوق خصوصی»^{۱۴} تعقیب می‌شود. دو اصل، فکر تدوین چنین گذی را تقویت نمود: نخست آنکه اختلافات عمیق نظامات اجتماعی – اقتصادی کشورها بیش از پیش، تنظیم روابط تجاری بین‌المللی براساس حقوق ملی کشورها را مشکل نموده است؛ دیگر آنکه اقداماتی که در زمینه وحدت بین‌المللی این حقوق تاکنون انجام گرفته ناظر بر قراردادهای خاصی بوده است. این اقدامات بدون وجود قواعدی همشکل که براساس آن باید قراردادهای خاص تنظیم گردد، کافی نیست. نهایت آنکه این خلاً باید پر شود. پس از بررسی نتایج تحقیقات مقدماتی که میان ضرورت چنین اقدام مهمی بود، شورای انستیتو، مسئولیت تدوین چنین گذی را به بیست حقوقدان از کشورهای مختلفه آفریقا، آمریکا، آسیا و اروپا، کشورهایی با نظامات اجتماعی – اقتصادی متفاوت سپرده.

«کمیته تدوین تدریجی حقوق تجارت بین‌المللی» نخست می‌بایست گستره ویژگی نظام قواعد متحده‌شکل منطبق بر نیازهای تجارت بین‌المللی را که قصد تدوین آن را داشت، مشخص نماید. این کمیته در مورد ویژگی نظام حقوقی گذ، پیشداوری نکرد و تصمیم نهائی را

موکول به مطالعات مناسب نمود. از این جهت، صور مختلفی پیش‌بینی گردید: کُدی که بصورت معاهده‌ای بین المللی پذیرفته شود؛ کُدی بعنوان نمونه که کشورهای ذینفع از طریق قوه مقننه خود به آن قانونیت بخشنده؛ و یا کُدی که جنبه دولتی نداشته باشد و در معاملات تجاری بین المللی، به طرفین قرارداد و داوران تجارت بین المللی عرضه گردد. تصمیم براین شد که اقدامات جاری، به مسائل کلی کُد که اساس و چهارچوب قوانین تجارت بین المللی را تبیین می‌نماید، محدود شود. اما این فکر نیز نفی نگردید که در صورت نتایج مثبت، کمیته کارخود را درخصوص تدوین قسمت اختصاصی کُد ادامه دهد.

روش کار چنین است که پیش طرحهای برای فصول مختلف کُد بوسیله گروههای محدود پژوهشی فراهم می‌شود. پیش طرحها بر پایه پژوهش‌های تطبیقی در زمینه حقوق بین الملل، حقوق ملی کشورهای مختلف با نظامات اجتماعی – اقتصادی متفاوت و عملکردهای بازارگانی بین المللی، تهیه می‌گردد. دیگر کل انتیتو، با جمع آوری و تهیه مدارک لازم، گروه تحقیق را مدد می‌نماید. افزون برآن، بعضی از مسئولیت‌های پژوهشی به سازمانهای حقوقی بین المللی و یا به سازمانهای حقوقی ملی اعضای گروههای تحقیق واگذار می‌شود. پیش طرحهای که بدین صورت فراهم می‌آید، اساس بحث جلسه عمومی را تشکیل می‌دهد.

تا به امروز کمیته مزبور دو فصل نخست کُد در باب تشکیل و تفسیر قراردادها را تدوین نموده است. پیش طرح فصل سوم در مورد اعتبار قراردادها فراهم گردیده است که باید در جلسه عمومی به بحث گذاشته شود. کار فصول مربوط به اجرا و نتایج عدم اجرای قراردادها در جریان است. بدینسان طرح کُد تجارت بین المللی که مشتمل بر مجموعه قوانینی در این زمینه است، شکل می‌گیرد. تدوین این کُد باعث می‌شود که بعضی از مقررات پراکنده با هم تلفیق و تکمیل گردد و نظام حقوقی همگون و منطبق بر نیازهای ویژه زندگی اقتصادی بین المللی فراهم آید. بعلاوه چنین

گُدی با عرضه یک شالوده کلی، اجرا و تفسیر سایر مقررات حقوق تجارت بین المللی را تسهیل می نماید. کوتاه سخن آنکه، چنین گُدی می تواند به اشخاص ذینفع، دیدی کلی از حقوق حاکم بر روابط تجاری بین المللی ارائه نماید و زمینه شناخت این حقوق را که متشکل از مقررات پیچیده است، فراهم سازد. تدوین چنین گُدی نه آسان است و نه بسرعت انجام پذیر. کارهائی که در این زمینه انجام گرفته قابل قدردانی است و باید مورد حمایت قرار گیرد.

۸. بعنوان نتیجه می توان گفت که تدوین گُد تجارت بین المللی، هم در سطح کشورها و هم در سطح جامعه بین المللی مورد توجه قرار گرفته است. این گرایش ناشی از این واقعیت است که روابط اقتصادی بین المللی را قوانین جدیدی بایسته است تا بهتر از قوانین موجود پاسخگوی نیازهای تجارت بین المللی باشد.

این نیاز در بعضی از کشورهای سوسیالیستی شدیداً احساس گردیده است؛ زیرا حقوق تجارت این کشورها که تنظیم کننده روابط اقتصادی داخلی در چارچوب اقتصاد سوسیالیستی است، بهیچ روی نمی تواند پاسخگوی نیازهای ویژه تجارت بین المللی باشد. بنابراین تدوین مجموعه قوانین بین المللی می تواند این کمبود را جبران نماید. معذالک چنین گُدی تضاد بارز موجود بین ویژگی بین المللی روابط اقتصادی — که از آن سخن راندیم — و ویژگی داخلی و ملی مقررات تجاری را نفی نمی کند.

فراگیری روابط اقتصادی بین المللی و گسترش مناسبات اقتصادی بین کشورهای جهان با نظامات اقتصادی متفاوت، وحدت حقوق تجارت بین المللی را اقتضا می نماید. تدوین گُدی در این زمینه در بعضی از کشورها را می توان مرحله ای مقدماتی در روند وحدت تدریجی بین المللی این رشته از حقوق دانست؛ بعبارت دیگر، یک بازسازی حقوقی که به

جهانی بودن آن منتهی می‌گردد. از این جهت چنین احساس می‌شود که اقداماتی که در این زمینه بوسیله «انستیتویین المللی برای وحدت حقوق خصوصی» و در چارچوب سازمانهای وابسته به سازمان ملل متحد و همچنین «کنفرانس سازمان ملل در زمینه تجارت و گسترش»¹⁵ انجام پذیرفته است، باید مورد حمایت قرار گیرد. کارهائی که در مورد تدوین این گُد بوسیله «انستیتویین المللی برای وحدت حقوق خصوصی» انجام پذیرفته از اهمیت خاصی برخوردار است. درجهانی که کشورها بعلت منافع اقتصادی خود و اختلافات سیاسی به نزاع گرویده‌اند، نتایج اقدامات مثبت این انستیتو کمک شایانی به تدوین قواعد حقوقی جهت تنظیم مناسبات اقتصادی بین المللی خواهد نمود. *

15. C.N.C.D (conference des Nations Unies sur le commerce et le développement.

* Jerzy Rojski, «La tendance à la codification progressive du droit commercial international», droit et libertés à la fin du XXe siècle, études offertes à Claude-Albert Colliard, Paris, éditions A. Pedone, 1984.

ترجمه: محسن محبی

بنقل از: مجله حقوقی هاروارد

شماره ۵ — دوره ۹۳ - ۱۹۸۰



تقلب در معاملات

موضوع اعتبارات اسنادی و ضمانتنامه‌های

بین المللی

«دستور منع پرداخت آنها در جریان انقلاب ایران»



مقدمه و تمہید

.۱

مقاله حاضر که از مجله حقوقی هاروارد ترجمه شده است، حاوی بحث و بررسی نسبتاً عمیقی در خصوص مسامننامه‌های بانکی بین‌المللی و منع پرداخت آنها، در چارچوب ضوابط حقوقی آمریکا خصوصاً مقررات «قانون تجارت متعدد الشکل» (بیو.سی.سی.)^۱ است. ولی اهمیت آن، علاوه بر تحلیل حقوقی که از این ضوابط بدست می‌دهد، بیشتر از آن جهت است که برای خواننده آشنائی و اطلاع از عمومات مسائل حقوقی مسامننامه‌های بین‌المللی را نیز بدنیبال می‌آورد، توضیح آنکه گرچه نوسنده موارد منع پرداخت اعتبار استنادی را مورد بررسی قرار داده است، ولی با توجه به عرفی بودن مبانی حقوق آمریکا از یکسو وصف بین‌المللی که اعتبارات استنادی به مفهوم عام آن دارد از سوی دیگر، آنچه تحت این عنوان مورد بحث واقع شده است، واجد وجوه مشابهت فراوانی با سایر مبانی و اصول حقوقی معتبر نزد مراجع قضائی خارجی می‌باشد؛ بعنوان مثال دادگاه تجارت بلژیک (بروکسل) در دعوای آگالاوال علیه بانک ملی ایران و شرکت سهامی صنایع شیر ایران به خواسته دستور منع پرداخت مسامننامه‌های مربوط به قرارداد مذکور، با استدلال واستناد به مبانی حقوقی مشابهی با آنچه در حقوق آمریکا مطرح است، یعنی «متقلبانه بودن مطالبه وجه القسمان» از جانب ایران، اقدام بتصویر حکم و منع الاداء کردن مسامننامه نموده است.

1. Uniform Commercial Code = U. C. C.

۲

نویسنده مرزبین دو قاعدة حقوقی مهم در اعتبارات استادی و ضمانتهای را ترسیم می کند و تداخل و ارتباط آن دو در یکدیگر را نشان می دهد؛ یکی «قاعده تفکیک» بین تعهد ناشی از اعتبار استادی و قرارداد اصلی، و دیگری «قاعده تقلب» که در صورت اثبات، قاعدة تفکیک را تحت الشاعع فرار می دهد و جائی برای اعمال آن باقی نمی گذارد. این وضع مشخصاً مبتنی بر مفاد ماده ۱۱۴-۵ از مقررات بوسی. می. است که موارد خاصی را برای صدور قرار منع برداخت اعتبارات استادی پیش بینی کرده است که عبارتند از «تقلب در قرارداد و معامله اصلی و یا استاد حمل - جعل استاد مذکور».

کوشش نویسنده آن است که مفهوم «تقلب در معامله» را بعنوان یکی از موارد درخواست قرار منع برداخت اعتبار شریع کرده و سرانجام با توسعه قلمرو این مفهوم، نتیجه بگیرد که در مواردی که ذینفع اعتباریاً ضمانتهای خود موجب از بین رفتن و اتلاف قرارداد اصلی شده باشد یا قرارداد مذکور تحقق خارجی پیدا نکرده و تعهدات ناشی از آن حال نشده باشد، اقدام به مطالبه وجه اعتبار با وجه الضمان، عملی متقابله است و دستور دهنده (ضمون عنده) می تواند درخواست منع برداخت آن را بنماید؛ ولو آنکه رویه های قضائی موجود و ناظر به «قاعده تقلب» صراحتاً معرض این نکته نشده اند. به گمان نویسنده در چنین مواردی دفاع ذینفع در استناد به قاعدة «تفکیک» مورده ندارد. علاوه بر این نویسنده معتقد است که ماده ۱۱۴-۵ محتاج اصلاح و تطبیق با مقتضیات ضمانتهای بین المللی است.

۳

تا آنجا که به قلمرو بین المللی اعتبارات استادی یا ضمانتهای مربوط می شود، فقط «مقررات و رویه های متعدد الشکل اعتبارات استادی» (بیو.سی.بی. دی.)² مصوب اتاق تجارت بین المللی (نشریه ۲۹۰ و اخیراً نشریه ۴۰۰) را بعنوان مبنای ارزیابی حقوقی در اختیار داریم؛ آنهم نه بعنوان قانون حاکم براعتبار استادی، بلکه بعنوان عرف و رویه مربوط به آن و در کنار قانون حاکم. مقررات مذکور بالصراحه حاوی قاعدة تفکیک است (بند C از قسمت تعاریف)؛ ولی درخصوص مواردی که اعتبار استادی قابل توقیف و عدم برداخت است ساکت می باشد. علاوه بر این، مقررات راجع به «ضمانتهای قراردادها» (مصطفوی ۱۹۷۸ اتاق تجارت بین المللی - نشریه ۳۲۵)³ نیز وجود دارد که ناظر به «ضمانتهای» به معنای اخص آن است.

2. Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, icc Publication No. 400.

3. Uniform Rules for Contract Guarantees, icc Publication No. 325.

این مقررات نیز درخصوص موضوع ساكت است. این سکوت موجه و اجتناب ناپذیر است. زیرا مسئله توقف و منع برداخت اعتبارات اسنادی با ضمانتامه ها به دواعتبا، محول وموکول به مقررات حقوقی ملی طرفین است: اول، به اعتبار اینکه مسئله ای قضائی و محتاج رسیدگی دادگاه صالح است و تعیین قانون حاکم بر دعوی نیز بهمده مرتع رسیدگی است. دوم، به اعتبار اینکه موارد حدوث موجبات توفیق برداخت اعتباری وجه الضمان، غالباً ناشی از اختلافات مربوط به قرارداد اصلی بین طرفین است وامری نیست که مستقلآ و صرف نظر از روابط قراردادی، قابل تصویب باشد؛ مگر در روابط بین بانکها و درخصوص نحوه مطالبه از حیث شرایط و شرایط صوری آن. لذا در هر مورد بایستی به قانون حاکم بر اختلافات قراردادی رجوع کرد؛ قانونی که به نوبه خود چه بسا حاوی موارد درخواست منع برداخت، ولو به کمک استباط ملاک یا روئه قضائی و عرفی نیز باشد. ولی روئه بین المللی تاکون حاکمی از آن است که بانکها مکلفند نسبت به برداخت وجه الضمان آن را بازگشایند؛ مگر در صورت وقوع تقلب در معامله یا اسناد حمل و یا جعل آنها. قانون تجارت متعدد الشکل آمریکا در موضوع اعتبارات اسنادی که در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته، با این روئه بین المللی منطبق است.

۴

توضیح دو اصطلاح که در سراسر این ترجمه تکرار شده، ضروری است: یکی «اعتبار اسنادی متدالوی» (تجاری)؛ دوم «اعتبار اسنادی تضمینی» (ضمانتامه به مفهوم عرفی). اعتبار اسنادی تجاری که بهمنظور تسهیل امر برداخت گشایش می شود، منحصرآ در قراردادهای فروش کالا یا خدمات بکار می رود؛ اما اعتبار اسنادی تضمینی، صرفاً تضمین انجام تعهدات ناشی از قراردادهای مختلف را بهده دارد.^۴ چون بانکهای آمریکائی برای مقررات فدرال رزرو از صدور ضمانتامه به معنای اخص آن ممنوعند، لذا با استفاده و در پوشش اعتبار اسنادی اقدام به صدور ضمانتامه عرفی می نمایند؛ متهی چنین اعتبار اسنادی، ضمانتامه به مفهوم اخص، یعنی تعهد ثابت نسبت به قرارداد و به نفع متبیه‌دهنده نیست. تفاوت عمده اعتبار اسنادی تضمینی با ضمانتامه بوزیر در آمریکا آن است که بانک صادر کننده ضمانتامه هنگامی مجاز به برداخت وجه الضمان به مضمون له است که تخلف مضمون عنه از قرارداد اصلی را بررسی و احراز کرده باشد. این کارعلاوه بر اینکه با طبیعت کاربانکداری ساخته شده است، مبتلزم هزئینه های بررسی و بعضأ

^۴. برای اطلاع از چند و چون این دونوع ابزار بانکی مراجعت کنید به مجله حقوقی، شماره ۱، ص ۱۲۳: نشر اعتبارنامه های تضمینی در تجارت بین المللی، جی. دریسکول، ترجمه محسن محبی.

کارشناسی نیز هست؛ در صورتیکه با استفاده از مکانیسم بانکی اعتبار استادی بجای صدور ضمانتنامه، کافی است ذینفع اعتبار (ضمون له)، استادی را مطابق شرایط اعتبار نهیه و به بانک تسلیم کند. به این ترتیب در حکومت ۱۱۴-۵ قانون تجارت متحده‌الشکل آمریکا و مقررات متحده‌الشکل اعتبارات استادی نسبت به این قبیل اعتبارات استادی تضمینی، که در واقع همان ضمانتنامه‌های بین‌المللی هستند، تردیدی نیست و صرف اختلاف در تسمیه یا اختلاف در اهداف آنها، مانع از شمول احکام عمومی «اعتبارات استادی» و از آن جمله قاعدة تفکیک و قاعدة تقلب، نسبت به آنها نیست.

. ۵

مطلوب و اصطلاح دیگری که توضیح مختصر آن لازم است، «تقلب در معامله» و «مطلوبه متقابله»^۵ اعتبار استادی یا ضمانتنامه است. مفهوم «تقلب در معامله»^۶ چندان مبهم نیست و حسب مورد، با معاهدهای از قبیل تقلب و دمیسه در کسب، کلاهبرداری، جعل و تخلف از وصف در حقوق ایران متراوef است؛ ولی لزوماً در همه موارد واحد عنوان جزائی خاصی نیست. «مطلوبه متقابله» آن است که ذینفع بدون حلول واستقرار شرایط استحقاق دریافت وجه اعتبار، آن را مطالبه کند. به این ترتیب مفهوم واقعی «مطلوبه متقابله»^۷ بیش از آنکه بار جزائی داشته باشد، محتواهی مدنی دارد و بایستی به مطالقه «مطلوبه من غیر استحقاق» تأثیل شود. توضیح فرق، از این حیث ضروری به نظر آمده که در مواردی دیده شده است پس از طرح و انتساب «مطلوبه متقابله» یا «تقلب در معامله» به عمل ذینفع ضمانتنامه در مطالبه آن، ذینفع مذکور ضمن دفاع، خواستار ضرر و زیان ناشی از انتساب کلاهبرداری، تقلب و افترا شده و اظهار نموده است که چون این عنوانین جزائی هستند، لذا صحت انتساب آنها مستلزم رسیدگی مقامات کیفری و صدور فرار مجرمیت و سپس حکم دادگاه کیفری است؛ در صورتیکه همان طور که توضیح داده شد «مطلوبه متقابله» یا «تقلب در معامله» بنحوی که در این مقاله مورد بررسی قرار گرفته است، بلحاظ بار جزائی آن نیست.

. ۶

در ترجمه منابع، مقصود اصلی از ترجمه مقاله که همانا فراهم کردن مقدمات و زمینه آشنائی با بعضی مسائل ضمانتنامه‌های بین‌المللی بوده، همواره ملحوظ ذهن باقی مانده است. بهمین جهت به نقل آن قسمتی از منابع که از اهمیت

5. Fraud in Transaction
6. Fraudulent Demand

ویژه‌ای برخوردار بوده یا مستند بک مطلب و نظر اساسی بشمار می‌رفته‌اند،
بسنده شده است؛ بخصوص که بخش اعظمی از آنها یا تکراری بوده‌اند و یا با
جزئیات امر و یا زمینه‌های تخصصی حقوق آمریکا و روابط‌های قضائی ارتباط
داشته‌اند؛ اما در ترجمه متن، چنین تسامحی را روان نداشته و بدان وفادار
مانده‌ایم.

محسن معین

درآمد:

هیچ سند و ابزاری به اندازه اعتبار اسنادی در تجارت بین المللی، واجد اهمیت اساسی نیست. اعتبارات اسنادی امر پرداخت در قراردادهای فروش بین المللی را مطمئن می‌سازند و نقش ضمانتنامه حسن انجام را – بویژه در خاورمیانه – ایفا می‌نمایند. پیمانکاران آمریکائی در سال ۱۹۷۸ بواسطه ضمانتنامه‌های قابل پرداخت به ایران، بالقوه میلیونها دلار بدھی داشتند که انقلاب ایران آنها را با مخاطره مواجه ساخته بود. دعاوی ناشی از این وضع، جایگاه و نقش جدال برانگیز تقلب در «حقوق اعتبارات اسنادی» را بدنبال آورد و مسائلی را مطرح ساخت که جزء لاینفک اعتبارات اسنادی است. در این میان، چشم انداز اعتبار اسنادی بعنوان یک «ابزار تضمینی» در ابعام فروغ فه و وزیر سوال بود.

در بخش اول این مقاله جزئیات دعاوی ناشی از انقلاب ایران در مورد اعتبارات اسنادی مورد بررسی قرار می‌گیرد. جایگاه تقلب در حقوق اعتبارات اسنادی موضوع بحث بخش دوم خواهد بود. در خلال بخش سوم نیز مسائلی را که جزء لاینفک اعتبار اسنادی هستند، مورد تجزیه و تحلیل قرار می‌دهیم.

۱

عقیم شدن قرارداد^۱

انقلاب ایران موجب از هم گشیختن قراردادهای منعقده با آمریکائیان شد

اعتبار اسنادی عبارت است از «التزام»^۲ صادر کننده اعتبار — که معمولاً یک بانک است — در مقابل ذینفع، که بنا به تقاضای دستور دهنده^۳ (مشتری بانک، خریدار) گشایش می شود و بانک را مکلف می سازد که بشرط رعایت شرایط مقرر در اعتبار از جانب ذینفع، بروات مربوط را تا میزان اعتبار پردازد؛^۴ ولی مآلًا دستور دهنده مسئولیت باز پرداخت وجه اعتبار به بانک را خواهد داشت.^۵ وظیفه یا عملکرد سنتی اعتبار اسنادی

۱. Frustration of contract : این اصطلاح به «عدم امکان اجرای قرارداد» یا «التفای قرارداد» نیز ترجمه شده است؛ ولی به نظر می رسد «عقیم شدن قرارداد» به مفهوم آن تزدیکتر است. (متترجم)

۲. engagement

۳. customer

۴. ماده (الف) (۱) ۵-۱۰۳ از مقررات یو.سی.سی. آمریکا مصوب ۱۹۷۸. در سراسر این مقاله هر کجا به مقررات مذکور اشاره شود، منظور مقررات مصوب ۱۹۷۸ خواهد بود.

۵. همان مرجع، ماده (۳) ۱۱۴-۵.

عبارت است از تأمین منابع مالی در قرارداد فروش کالا، منعقده بین دستور دهنده و ذینفع (خریدار و فروشنده)، که بانک را ملزم به پرداخت بهای محموله (مبیع) می‌نماید. ولی اعتبار استنادی تضمینی،^۶ عملکردی متفاوت دارد؛ زیرا به موجب آن بانک ملزم می‌شود که بلحاظ تخلف دستور دهنده از انجام تعهداتش — و نه در ازای اجرای تعهدات مذکور — نسبت به پرداخت وجه اعتبار اقدام کند، وبهمنی لحاظ «اعتبار استنادی تضمینی» بمثابة یک «ابزار تضمینی» بکار می‌رود. کانون دعاوی مربوط به اعتبارات استنادی ایران، همین «اعتبارات استنادی تضمینی» است؛ با این توضیح که شرکتهای آمریکائی در رابطه با قراردادهای دولتی منعقده با ایران، ضمانتنامه‌های حسن انجام کار و استرداد پیش‌پرداختهای دریافتی از دولت ایران را تهیه و تسلیم کرده بودند که به موجب آن دولت ایران می‌توانست هر زمان و بدون ذکر جزئیات و به صرف اعلام نقض قرارداد اصلی، وجه ضمانتنامه‌های مذکور را مطالبه نماید. این نوع ضمانتنامه‌ها بوسیله بانکهای ایرانی و در قالب دریافت اعتبار استنادی تضمینی از بانکهای آمریکائی که به محض تأیید و گواهی اینکه دولت ایران ضمانتنامه را مطالبه کرده است قابل وصول بود، صادر شده بودند و در نتیجه نقش ضامن، از آن بانکهای ایرانی بود.

پیمانکاران آمریکائی هنگام انعقاد قرارداد و توافق با تسلیم اعتبارات استنادی تضمینی بدون قید و شرط، روی علاقمندی دولت شاهنشاهی (سابق) به حفظ روابط تجاری مستمر با ایشان که علی القاعده مانع از مطالبه بیجای ضمانتنامه‌ها می‌گردید، حساب می‌کردند؛ ولی انقلاب ایران اجرای بسیاری از قراردادهای منعقده با خارجیان را دچار ازهم‌گسینشگی کرد و ظهور قدرت و حکومت اسلامی ضد اجنبي در ایران، بیم مطالبه تلافی جویانه و غیر مجاز ضمانتنامه‌ها را بوجود آورد. پیمانکاران آمریکائی نگران این بودند که در صورت مطالبه اعتبارات استنادی تضمینی

از جانب طرفهای ایرانی خود، با توجه به عدم امکان عملی طرح دعوی در محاکم ایران، قادر به دریافت «خسارت قانونی و مناسب» نشوند. تا ژانویه سال ۱۹۸۰، حداقل بیست و سه پیمانکار آمریکائی، با پیش‌بینی اینکه ضمانتنامه‌هایشان در آینده مورد مطالبه ایران واقع خواهد شد، اقدام به طرح دعوی در محاکم آمریکا و درخواست منع بانکهای آمریکائی از پرداخت وجه اعتبارات استادی تضمینی مربوط نمودند.

پیمانکاران آمریکائی نمی‌توانستند به مسئله عدم امکان^۷ اجرای قرارداد، بعنوان مستند درخواست منع پرداخت اعتبار استادی تضمینی خود توسل جوینند؛ زیرا به موجب یک قاعدة اساسی در «حقوق اعتبارات استادی»، اعتبار از قرارداد اصلی جدا و مستقل است (قاعدة تفکیک).^۸ مسائل فیما بین دستور دهنده و ذینفع اعتبار در باره اجرای قرارداد اصلی، تأثیری در تعهد بانک در مقابل ذینفع ندارد. مع الوصف، «قاعدة تفکیک» دارای استثنائاتی نیز می‌باشد. به موجب ماده ۵ قانون یو.سی.سی دستور دهنده می‌تواند، در صورت «تقلب در معامله» از جانب ذینفع، جلوی پرداخت اعتبار را بگیرد، ولو شرایط آن رعایت شده باشد.^۹ پیمانکاران

7. impossibility

Venizelos, S. A. V. Chase Manhattan Bank, 425 F. 2d 461, -464-65 (2d Cir. 1970).^۸ همچنین مراجعة کنید به مقررات یو.سی.سی. ماده ۱۱۴-۵ و بند C از مقررات یو.سی.سی. دی. (تعاریف) مصوب آی.سی.سی. سال ۱۹۷۴

توضیح مترجم: ماده ۱۱۴-۵ از مقررات یو.سی.سی. بعداً خواهد آمد. ولی بند C «تعاریف» مقررات یو.سی.سی. دی. چنین مقرر می‌دارد: «اعتبار از قراردادهای فروش و یا سایر قراردادهایی که ممکن است مبنای اعتبار قرار گیرند، فی نفسه معامله جداگانه و مستقلی است. قراردادهای مبنای اعتبار به هیچ وجه ارتباطی به بانکها نداشند و تعهدی برای آنها ایجاد نمی‌کنند». لازم به تذکر است که مقررات یو.سی.سی. دی. اخیراً و با کمک کمیسیون حقوق تجارت بین الملل سازمان ملل (UNCITRAL) مورد تجدیدنظر قرار گرفته و با تغییراتی در ۲۱ ژوئن ۱۹۸۴ به تصویب آی.سی.سی. رسیده و از اول اکتبر ۱۹۸۴ نیز قابل اجرا می‌باشد و همانند روش قبلی، جهت تأیید رسمی، در نشست سال ۱۹۸۴ کمیسیون یاد شده مطرح شده است. مقررات جدید یو.سی.سی. دی. تحت نشریه شماره ۴۰۰ از نسخه‌یات آی.سی.سی. اخیراً منتشر شده است. بهر حال مفاد بند C مذکور طی ماده ۳ مقررات جدید یو.سی.سی. دی. عیناً تکرار شده و این عبارت به آخر آن الحاق گردیده است: «... حتی اگر در اعتبار، به قراردادهای مذکور اشاره باشند

نحو کان شده باشد».

۹. مراجعة کنید به ماده (۲) ۱۱۴-۵ از مقررات یو.سی.سی. — مبانی حقوقی دعاوی مربوط به ایران در خصوص

مذکور چنین استدلال می کردند که چون قرارداد فیما بین را نقض نکرده اند، لذا چنانچه طرف ایرانی به منظور وصول وجه اعتبار استادی تضمینی مربوط، نقض قرارداد را (بعنوان شرط مطالبه اعتبار) گواهی و تأیید کنند، فی الواقع مرتكب «تقلب در معامله» شده است. علاوه بر این چه بسا کسانی که هنوز دولت جدید ایران اختیارات کافی به ایشان اعطای نکرده، در اثای آشوبهای انقلابی، کنترل صماتنامه ها را در دست بگیرند و نسبت به آنها مطالبه ای غیر معتبر و تقلب آمیز بنمایند.^{۱۰} قاعدة «تقلب» مقرر در ماده ۵ مقررات یو.سی.سی. را می توان جداول برانگیزو پیچیده ترین موضوع ماده مذکور بشمار آورد. دعاوى مربوط به ایران بار دیگر، مؤذای این قاعدة را نزد محاکم آمریکا و در پرونده های مختلفی که ظاهراً مشابه بودند ولی با یکدیگر تفاوت های اساسی داشتند، مطرح ساخت. با توجه به هدف تجزیه و تحلیلی که در بخش دوم خواهد آمد، این دعاوى را می توان به سه دسته متمایز تقسیم کرد:

اعتبارات استادی را در دو منبع بایستی یافته: یکی مقررات یو.سی.سی. آمریکا و دیگری مقررات یو.سی.بی. دی. بین المللی. به این معنی که در کلیه اعتبارات استادی قید شده بود که مشمول مقررات یو.سی.بی. دی می باشد؛ ولی تا آنجا که به قانون حاکم (ملی) مربوط می شود، ماده ۵ مقررات یو.سی.سی. براعتبارات استادی صادر وسیله بانکهای داخلی آمریکا حاکم است. ولی از آنجا که مقررات یو.سی.بی. دی. در خصوص «تقلب در معامله» بعنوان دفاع در مقابل مطالبه وجه اعتبار ساخت است، لذا ماده (۲) ۱۱۴-۵ از مقررات یو.سی.سی. بعنوان قانون ملی حاکم بر دعوا، نسبت به این نوع دعاوى نیز حکومت دارد.

توضیح مترجم: ماده یاد شده مقرر می دارد که در صورت وقوع تقلب در معامله، دستور دهنده می تواند با مراجعت به مراجع صالحه قانونی، تضاضای منع پرداخت اعتبار را بشناسید؛ در صورتیکه مقررات یو.سی.بی. دی. مصوب آی.سی.سی. که جنبه بین المللی دارد، فاقد این پیش بینی است. چنین سکوتی در مقررات یو.سی.بی. دی. موجود است؛ زیرا اعتبارات استادی بر حسب اینکه چگونه و کجا صادر شده باشند، حداقل از حیث تشخیص و تعیین ماهیت حقوقی و آثار متربت بر آن، مشمول قوانین ملی مربوط هستند.

۱۰. استدلال دیگر پیمانکاران آمریکانی این بود که ذینفع صماتنامه ها «دولت شاهنشاهی ایران» است و لذا پرداخت به دولت جانشین دیگر، به معنای عدم رعایت شرایط اعتباریا پرداخت مقتبلانه خواهد بود. ولی محاکم آمریکانی چنین رأی دادند که دولت جمهوری اسلامی توسط ایالات متحده به رسمیت شناخته شده و به موجب اصول حقوق بین الملل، جانشین حقوق و وظایف حکومت قبلی است. مراجعه کنید به دعوای کی.ام.دبليو. عليه چس منهن بانک و دعواى امريکن بل عليه جمهوری اسلامی و دعواى ارسی.إي. عليه ايران.

الف. اعتبارات اسنادی تضمینی ناظر به استرداد پیش‌پرداخت، در قراردادهایی که بلحاظ وقوع انقلاب، در اثنای اجرا متوقف شدند.

دولت ایران مبلغ ۳۸ میلیون دلار بعنوان پیش‌پرداخت قسمتی از قرارداد ۲۸۰ میلیون دلاری در مورد توسعه سیستم مخابراتی ایران به «شرکت امریکن بل اینترنشنال» پرداخته بود. امریکن بل نیز متقابلاً از طریق یک فقره اعتبار اسنادی تضمینی «منیوفکچر رز هانور تراست نیویورک» و بانک ایرانشهر (سابق) ایران، ترتیبات لازم برای صدور ضمانتهای استرداد پیش‌پرداخت مذکور را فراهم کرده بود. وقوع انقلاب به تخلفاتی از قرارداد، ابتدا از جانب ایران و سپس از ناحیه امریکن بل، منتهی شد. امریکن بل به منظور حفظ پیش‌پرداخت و منع پرداخت اعتبار اسنادی تضمینی مربوط، مبادرت به تقديم دادخواست نمود. در دعوای «امریکن بل اینترنشنال اینکور پوریتد علیه منیوفکچر رز هانور تراست کمپانی»،¹¹ دادگاه قرار منع پرداخت صادر نکرد و قاعدة «تقلب در معامله» را که مبنای دعوای امریکن بل بود، مضیقاً تفسیر کرد؛ به این معنی که دادگاه خواهان را ملزم نمود تا «تقلب با قصد قبلی و عملی ایران» را — که بهر حال قبل از اینکه مطالبه‌ای بعمل آمده باشد، غیر ممکن بود — نزد دادگاه اثبات کند. پس از مطالبه ایران نسبت به ضمانتهای و سپس اعتبار اسنادی تضمینی، امریکن بل مجددأ طرح دعوی کرد، ولی باز هم موفق به تحصیل قرار منع پرداخت نشد. تصمیم دادگاه چنین بود:

«... با توجه به مدارک موجود، در مقابل تصمیم منطقی که دولت از نظر اقتصادی برای استرداد پیش‌پرداخت اتخاذ کرده است، دیگر تقلب قابل توجیه و استدلال نیست؛ چرا که به موجب قرارداد مشاوره فیما بین، دولت در استرداد پیش‌پرداخت

11. N. Y. L. J. Mar. 29, 1979, at 7 col 6 (N. Y. Sup. Ct. Mar. 26, 1979), aff'd mem, 70 A. D. 838, 418 N. Y. S. 2nd 551 (1979).

تحقیق است و هنوز بر سر مسئولیت‌های ناشی از قرارداد نیز اختلاف دارد...».

هیچ کدام از این دو اظهار نظر دادگاه، بیش از این، دلالت و اشارتی در باب مفهوم «تقلب در معامله» در بر ندارد.

ب. اعتبارات اسنادی تضمینی ناظربه حسن انجام قراردادهایی که بلحاظ وقوع انقلاب، در اثنای اجرا متوقف شدند.

شرکت استرامبورگ – کارلسون، به منظور تضمین قسمتی از قرارداد ۵/۵ میلیون دلاری در مورد نصب تجهیزات ارتباطی پیشرفته، ترتیبات لازم برای صدور تعدادی اعتبار اسنادی تضمینی و ضمان‌نامه حسن انجام کار را فراهم کرده بود. تا تاریخی که وقوع انقلاب در اوایل فوریه^۱ ۱۹۷۹ اجرای قرارداد را متوقف کرد، استرامبورگ – کارلسون کلیه تجهیزات مربوط را به ایران حمل و بسیاری از آنها را نیز نصب نموده بود. شرکت مذکور از بیسم مطالبه ضمان‌نامه‌ها و اعتبارات اسنادی تضمینی، دعوائی طرح کرد و در قالب درخواست «قرار منع پرداخت» که بانک ایرانی را مکلف سازد قبل از مطالبه اعتبار اسنادی متقابل از بانک آمریکائی، اخطاریه ۱۰ روزه‌ای در مورد هر مطالبه‌ای که نسبت به ضمان‌نامه از ذینفع ایرانی دریافت می‌کند، صادر نماید، فی الواقع خواسته محدود و مشخصی را عنوان می‌نمود. در دعوای «استرامبورگ – کارلسون علیه بانک ملی ایران»،^{۱۲} دادگاه با احراز این «خطر جدی که ممکن است نسبت به ضمان‌نامه، مطالبه غیرمعتر و متنقلبانه‌ای بعمل آید»، قرار منع پرداخت محدودی صادر کرد. دادگاه بر همین اساس مقرر داشت:

«اگرچه خواسته نسبتاً کمی که مطالبه شده مستلزم الحقیقت شرط صدور یک اخطاریه به شرایط ضمان‌نامه‌های بانکی

۱۲ 467 F. Supp., 530, 532 (S. D. N. Y.) (1979).

ضمناً خواهان فوق، هم منع پرداخت ضمان‌نامه حسن انجام را درخواست کرده بود و هم ضمان‌نامه استراد پیش‌پرداخت را.

است، ولی اوضاع و احوال متغیر و ناپایداری که هم اکنون در ایران جاری است، این تخطی و انحراف را که در شرایطی غیر از این، برای دادگاه بسیار اکراه آمیز بشمار می‌رود، توجیه می‌کند».

این اظهار نظر دادگاه نیز همانند آنچه در دعوای آمریکن بل آمده بود، از بیان اینکه چه چیز موجب تحقق «مطالبه تقلب آمیز» است، همچنان قاصر است. در دعوای «بالفور مک لین اینترنشنال لیمیتد علیه منیوفکچر رز هانور تراست کمپانی»^{۱۳} که در شرایطی مشابه، وجه ضمانتنامه مورد مطالبه قرار گرفته بود، دادگاه تقاضای پیمانکار برای صدور قرار منع پرداخت را یکجا و فوراً رد کرد. البته دادگاه رسیدگی کننده به دعوای بالفور، بدون اینکه استثنای ناظر به قاعدة «تقلب در معامله» را مورد ملاحظه جدی قرار دهد، بطور مکانیکی و انتزاعی به قاعدة «تفکیک» اعتبار اسنادی از قرارداد اصلی استناد کرده است.

ج. اعتبارات اسنادی تضمینی ناظر به حسن انجام در قراردادهایی که تعهد دستور دهنده (بیمانکار آمریکائی) به انجام قرارداد، هرگز حال نشده است.

«شرکت کی. ام. دبلیو. اینترنشنال» برای تضمین قسمتی از قرارداد ۳/۵ میلیون دلاری در مورد تهیه و حمل مراکز تلفن، یک فقره اعتبار اسنادی تضمینی حسن انجام کار به مبلغ ۳۵۰،۰۰۰ دلار تهیه کرده بود. تعهد کی. ام. دبلیو. به انجام قرارداد، موكول به گشایش اعتبار اسنادی از جانب ایران و به نفع آن شرکت بود؛ ولی ایران چنین اعتبار اسنادی را هیچگاه گشایش نکرد. پس از طرح دعوای از جانب کی. ام. دبلیو. و به خواسته جلوگیری از پرداخت ضمانتنامه‌ها، دادگاه ناجه‌ای مربوط قرار منع پرداختی به نفع شرکت مزبور و به این مضمون صادر کرد: «هنگامی که این خطر قابل توجه وجود دارد که معامله فیما بین بعلی از قبل تقلب،

13. No. 20807/78 (N. Y. Sup. CT. July 16, 1979)

عدم مشروعیت حادث، شورش یا جنگ عقیم شود»، اعتبار اسنادی راجع به آن نیز نبایستی پرداخت گردد.^{۱۴} ولی دادگاه استیناف در همان دعوی، بر عکس و به این شرح رأی داد که: «هیچ قاعدة حقوقی نیست که بانک صادر کننده را از پرداخت اعتبار اسنادی بلحاظ عدم مشروعیت حادث، غیر ممکن شدن اجرای قرارداد، جنگ یا شورش معاف کند». این نکته را باید متذکر شد که دادگاه استیناف فوق الذکر فقط قسمتی از خواسته خواهان را رد کرد؛ زیرا هنوز نسبت به اعتبار اسنادی تضمینی او، مطالبه‌ای بعمل نیامده بود. در واقع در هیچ یک از دعاوی مربوط به ایران، در مواردی که تعهد به انجام قرارداد هنوز حالت نشده، مطالبه واقعی نسبت به اعتبار اسنادی تضمینی یا ضمانتنامه حسن انجام کار، وجود نداشته است.

اینکه این قبیل دعاوی چه آثاری بر «حقوق اعتبار اسنادی» خواهد گذارد، هنوز چندان روشن نیست. اگرچه محاکم، مفهوم و معنای «تقلب در معامله» را مشخصاً تجزیه و تحلیل نکرده‌اند، ولی کمبود رویه قضائی در باب نقض قاعدة تفکیک، دعاوی مربوط به ایران را تبدیل به منابع و رویه‌های قضائی مهمی کرده است. از طرف دیگر ذینفعه‌ای ایرانی، اعتبارات اسنادی و ضمانتنامه‌های مربوط را در بعضی موارد و به گونه‌ای مطالبه کرده‌اند که می‌تواند دعاوی مربوط به آنها را از این حیث نیز منحصر بفرد سازد. به حال دونتیجه مهم از دعاوی پیش گفته می‌توان بدست آورد:

اول، این دعاوی، با عدم صدور قرار منع پرداخت، بار دیگر تمامیت و اهمیت اعتبار اسنادی را علی رغم عدم امکان اجرای قرارداد اصلی، تأکید و تقویت نمود. مهمتر اینکه هم دعوای کی. ام. دبلیو. و هم اظهار نظر ابراز شده در دعوای امریکن بل، از این حد فراتر رفته و مطالبه اعتبار اسنادی از جانب ذینفع را — ولو خود او موجب غیرممکن شدن اجرای قرارداد اصلی

14. No. 79-1067 (S.D.N.Y. Mar 9, 1979) rev'd, 606 F. 2nd 10 (2d Cir. 1979).

شده باشد — مجاز تلقی کرده‌اند. استنتاج و رویه فوق الذکر بر قواعد حقوق اعتبار اسنادی در چهار دهه اخیر، تفوق داشته و غلبه می‌کند.

دوم، دعاوی مربوط به ایران در رابطه با حقوق اعتبار اسنادی، متضمن مسائل جدیدی هستند که «قانون تجارت متحدة الشكل» آمریکا (یو.سی.سی.) برای حل آنها مناسب نیست. ادعای پیمانکاران آمریکائی مبنی براینکه ممکن است اشخاص غیر مجاز اقدام به مطالبه اعتبار اسنادی نمایند، در مفهوم «تقلب در معامله» نمی‌گنجد؛ بلکه مسئله عبارت است از «ذینفع غيرحق»^{۱۵} که منبعث از ومرتبط با خصوصیت و اوصاف خود اعتبار اسنادی تضمینی است. قانون تجارت متحدة الشكل در مورد این موضوع نیز مطلقاً حاوی هیچ دلالتی برای محاکم نیست. برخورد قانون مذکور با استنتاج و رویه اول، مستلزم تجزیه و تحلیل وسیع تراز آنچه محاکم نسبت به مفهوم این قانون بعمل آورده‌اند، می‌باشد.

۲

تقلب در معامله

مسائل راجع به ارتباط بین اعتبار اسنادی و قرارداد اصلی

قبل از تدوین «قانون تجارت متحدة الشكل» آمریکا، حقوق اعتبارات اسنادی مبتنی و نشأت گرفته از «حقوق تُجار» محسوب می‌شد. حقوق تجار نیز آمیزه‌ای بود از عرفهای تجاري که به منظور تأمین آسایش و رضایت بازار گذاشته شده بود. هم حقوق عرفی قبل از تدوین قانون فوق الذکر و هم ماده ۵ قانون مذکور، متضمن تخصیص و توزیع عرفی ریسکهای طرفین یک اعتبار اسنادی است؛

15. wrong beneficiary

ریسکهایی که اصولاً متناسب با عملکرد متداول اعتبار استنادی، که همانا تأمین منابع مالی قراردادهای خرید کالا از راه دور می‌باشد، بوده و با آنها سنتیت دارد، با این توضیح که فروشنده‌ای که کالائی را بصورت نسیه به خریداری در آن سوی مرازها می‌فروشد، در صورت عدم استفاده از مکانیسم اعتبار استنادی، با ریسک (خطر) از دست دادن کالای خود، در ازای داشتن صرف حق ادعای خسارتخانه دریک محکمه بیگانه و علیه خریدار، مواجه است. از طرف دیگر، چنانچه خریدار در همان معامله مبادرت به پیش‌پرداخت کند، با ریسک (خطر) از دست دادن پول خود، در مقابل صرف حق طرح دعوائی بسیار طولانی در محکمه‌ای دور از محل اقامت خود و علیه فروشنده، رو برو خواهد بود.

اعتبارات استنادی، این ریسکها را بتحمومناسب و متقادع کننده‌ای بین طرفین توزیع می‌کند. یعنی دستور دهنده (خریدار) از بانک خود می‌خواهد که یک فقره اعتبار استنادی به نفع فروشنده گشایش کند که مثلاً در مقابل ارائه صورت حساب، بارنامه و اسناد بیمه کالاهقابل پرداخت است. فروشنده فقط هنگامی می‌تواند وجه اعتبار را مطالبه کند که اسناد لازم را تهیه کرده باشد و بانک نیز فقط موقعی حق دارد مقابل جهت استرداد وجوده پرداختی بابت اسناد به دستور دهنده رجوع کند که قبل اسناد اعتبار را دریافت کرده و وفق شرایط اعتبار استنادی، پرداخت نموده باشد. پس از این مرحله، دستور دهنده اسناد لازم جهت ترجیح و تصرف کالا را در اختیار خواهد داشت.

بنابراین هر معامله اعتبار استنادی متنضم سه تعهد جداگانه است:

۱. قرارداد بین دستور دهنده و بانک که به موجب آن بانک مکلف به گشایش اعتبار استنادی از جانب دستور دهنده و دستور دهنده نیز متعهد به استرداد وجوده به بانک می‌شوند.
۲. تعهد ناشی از اعتبار استنادی^{۱۶} که به موجب آن بانک ملزم

۱۶. تعهد بانک در مقابل ذینفع و ناشی از اعتبار استنادی غیرقابل فسخ، نه یک تعهد قراردادی است زیرا از ←

می شود در صورت رعایت شرایط مقرر در اعتبار از جانب ذینفع، وجه اعتبار را به او پردازد.

۳. قرارداد اصلی بین دستوردهنده و ذینفع اعتبار (خریدار و فروشنده) که اعتبار اسنادی به منظور تسهیل انجام آن گشايش شده است.

با توجه به مراتب فوق، اعتبار اسنادی متداول (تجارتی) را می توان بعنوان سندي توصیف کرد که تأمین کننده آن است که فروشنده و خریدار، هیچ کدام نتوانند در آن واحد، هم خود کالا و هم بهای آن را در اختیار داشته باشند. چنانچه فروشنده راضی به فروش نسیه نباشد، با در دست داشتن تعهد غیرقابل فسخ یک بانک (یعنی اعتبار اسنادی)، از دریافت بهای کالای خود بصورت نسیه حصول اطمینان می کند و در صورتیکه خریدار نیز مایل به پیش خرید نباشد، اگرچه قبل از دریافت کالا وجه آن را از طریق بانک گشايش کننده اعتبار می پردازد، ولی این پرداخت منحصرآ در قبال اسنادی صورت می گیرد که نشان دهنده حمل کالا و در نتیجه انجام قرارداد از جانب فروشنده باشد.

نیاز به حصول و تحقق این ویژگیها در اعتبارات اسنادی از یک طرف و در عین حال نیاز به توزیع ریسکهای ناشی از آنها از طرف دیگر، موجب پیدایش قاعده‌ای مهم و اساسی در حقوق اعتبارات اسنادی موسوم به «قاعده تفکیک» شده است. به موجب این قاعده، تعهد ناشی از اعتبار اسنادی از سایر تعهدات موضوع قرارداد اصلی، جدا و مستقل است. جدائی بین تعهدات ناشی از اعتبار و تعهدات ناشی از قرارداد اصلی، فروشنده را مورد حمایت قرار می دهد؛ زیرا موجب می گردد که خریدار (دستوردهنده) نتواند در تعهد بانک به پرداخت، مداخله ای بنماید. استقلال بین قرارداد

جانب ذینفع، عوضی به بانک پرداخت نمی شود، و نه یک ایجاب است زیرا پس از گشايش، همچنان معتبر باقی می ماند، ولو بانک آن را رد کند و یا ذینفع، ایجاب (جدید) متقابلي بنماید. مراجعة کنید به: اعتبارات اسنادی تجاري در آمریکا، کزوول چیک، مبحث ۱-۰۳-۰۲۳.

نوضیح مترجم: به موجب مقررات یو.سی.پی. دی. اعتبارات اسنادی غیرقابل فسخ، بدون تراضی و موافقت کلیه طرفین ذیربیط قابل ابطال یا تغییر نیست. امزوه اغلب قریب به اتفاق اعتبارات اسنادی بصورت غیرقابل فسخ گشايش می شوند.

گشایش اعتبار بین دستوردهنده و بانک، از قرارداد اصلی فروش، بانک را نیز آسوده و مطمئن می‌سازد؛ زیرا حسب قرارداد مذکور وجوهی که بانک پرداخته است — با فرض اینکه اسناد ارائه شده به بانک درست بوده اند و صرف نظر از مسائل مربوط به قرارداد اصلی بین خریدار و فروشنده — از دستوردهنده قابل استرداد می‌باشد. بدین قرار بانک خواهد توانست اعتبار اسنادی کم هزینه‌ای صادر کند؛ چرا که تکلیف آن منحصر به بررسی و رسیدگی اسناد حمل می‌باشد که کاری کم هزینه است. البته از آنجا که تنها وسیله اطمینان دستوردهنده (خریدار) به اینکه فروشنه مقاد فرارداد را انجام خواهد داد، اسنادی است که به بانک ارائه می‌شود، لذا تعهد دستوردهنده به استرداد وجه اعتبار به بانک، موکول است به رعایت دقیق شرایط اسناد از جانب بانک و هنگام پرداخت اعتبار ب نحوی که در اعتبار مقرر شده است. این تعهد دستوردهنده، از تعهدات او ناشی از قرارداد اصلی و در قبال فروشنه نیز مستقل است. لکن به موجب منابع و مبانی قبل از تدوین قانون تجارت متعدد الشکل، *إعمال قاعدة تفکیک* در دو مورد ذیل اصلاح و استثنای شده است:

اولاً، در موردی که طرف از اعتبار استفاده کرده و منتفع شده باشد و ثانیاً، در موردی که قراردادی در بین بوده ولی طرف به تعهد خود در مورد معامله وفا نکرده باشد. در خصوص مورد اول، دستوردهنده نمی‌توانست با وجود قبول و دریافت کالای منطبق با شرایط اعتبار از فروشنه — که ضمناً به معنای پرداخت وجه اعتبار به فروشنه نیز بود — به این بهانه که اسناد حمل بطور صحیح صادر نشده است، از استرداد وجه اعتبار به بانک امتناع ورزد. در خصوص مورد دوم که از حیث دعاوی مربوط به ایران مهمتر است، ذینفع اعتبار (فروشنه) نمی‌توانست بدون اجرای قرارداد و حمل واقعی کالا، صرفاً به استناد اینکه اسناد حمل درست است، وجه اعتبار را مطالبه کند. استثنای دوم «*(قاعدة تفکیک)*» در دعواه مشهور و تاریخی «اشتاين علیه هنری اسکولار بنکینگ کورپوریشن»^{۱۷} آمده است. دعوای

17. 177 Misc. 719, N.Y.S. 2d 631 (SUP. CT. 1941).

این بود که فروشنده به موجب قرارداد مکلف بوده است پنجاه صندوق موی زبر (پشم) جهت خریدار ارسال کند؛ ولی بجای آن پنجاه صندوق زباله ارسال کرده بود، (و خریدار از دادگاه درخواست دستور منع الاداء شدن اعتبار را بعمل آورده بود). دادگاه چنین رأی داد:

«در موردی که قبل از ارائه بروات و اسناد به بانک جهت دریافت، تقلب فروشنده به اطلاع بانک رسیده باشد، قلمرو قاعده تفکیک تعهد بانک ناشی از اعتبار اسنادی، نباید آنقدر توسعه یابد که فروشنده (ذینفع اعتبار) لاقید ولاابالی را نیز مورد حمایت قرار دهد... اگرچه بانک در اجرای دقیق و همه جانبه قرارداد اصلی فروش نفعی ندارد، اما از این جهت که اطمینان بیابد در قبال اسناد حمل، واقعاً کالائی هم وجود دارد، ضرورتاً منتفع خواهد شد».

۱۱ مفاد ماده (۲) ۱۱۴-۵ قانون تجارت متحده الشکل، بشرح زیر، ملهم از همین قاعده مقرر در دعوای اشتاین است:

«هرگاه اسناد اعتبار، ظاهرآ منطبق با شرایط اعتبار اسنادی به نظر آیند، ولی یکی از اسناد لازم فی الواقع... مجموع و متقلبانه باشد و یا در معامله تقلب صورت گرفته باشد، در این صورت، و چنانچه توافق دیگری در بین نباشد:

الف) بانک صادر کننده بایستی نسبت به پرداخت برات یا مطالبه، مشروط به اینکه از جانب دارنده با حسن نیت^{۱۸} بعمل آمده باشد، اقدام کند.

ب) در سایر موارد، بانک صادر کننده ای که با حسن نیت عمل می کند، می تواند علی رغم نظر دستور دهنده (خریدار) و علی رغم دریافت اخطاریه وی مبنی بر وقوع تقلب یا جعل و یا هرگونه قصور دیگری از جانب ذینفع — که ظاهر اسناد حکایت

18. Holder in due course.

از آنها نداشته باشد — نسبت به پرداخت برات یا مطالبه ذینفع اقدام کند. معدالک دادگاه صلاحیتدار می‌تواند چنین پرداختی را منوع سازد». (تأکید اضافه شده است).

تحلیلگران و صاحبنظران حقوقی، در طول چهاردهه اخیر کوشش نموده‌اند که بین دعوای قدیمی استاین و ماده (۲) ۱۱۴ - ۵ فوق الذکر از یک طرف، و قاعدة «تفکیک» از طرف دیگر ارتباطی برقرار کنند و آن‌دو را با یکدیگر وفق دهنند. البته اگر قاعدة مقرر در دعوای استاین و قاعدة مقرر در قانون تجارت متعدد الشکل (ماده ۵)، صدور قرار منع پرداخت را منحصراً محدود به «اسناد مجعلوی یا اسناد مقلبانه» می‌کردن، دیگر تعارضی بین آنها و «قاعدة تفکیک» وجود نمی‌داشت^{۱۹}؛ چرا که به موجب اعتبار اسنادی، مقرر و مفروض است که اسناد حمل بایستی اصالت داشته باشند. اما عبارت «تقلب در معامله» مذکور در ماده (۲) ۱۱۴ - ۵ قانون تجارت متعدد الشکل، بصراحت متنضم چنین معنای مضيق و محدودی نیست و مفهوم آن در هیچ کجا از ماده ۵ فوق یا نظرات رسمی اعلام شده در باب قانون مذکور^{۲۰}، روشن نشده است. بعضی دیگر از صاحبنظران کوشیده‌اند که با عدم تسری و دخیل ندانستن آثار اختلافات تجاری راجع بنحوه اجرای قرارداد اصلی، در محتوا و مضمون درخواست صدور دستور منع پرداخت اعتبار (از دادگاه)، ماده (۲) ۱۱۴ - ۵ مورد بحث را طوری تفسیر کنند که به اعتبار قاعدة «تفکیک» لطمه‌ای وارد نیاید. (عبارت دیگر

۱۹. وجه تسایز بین «اسناد مقلبانه» و «اسناد مجعلوی» یا «تقلب در معامله» چندان روشن نیست. نمونه و مصداقی که تدوین کنندگان قانون تجارت متعدد الشکل از «اسناد مجعلوی» احتمالاً در ذهن خود داشته‌اند عبارت بوده است از بارنامه کاملاً بی‌متنا و دروغینی که خود ذینفع — بجای مؤسسه حمل و نقل — صادر کرده باشد. ولی بارنامه که وسیله موسسه حمل و نقل صادر شده ولی ذینفع در آن تخدیش نموده باشد، مصداق «اسناد مقلبانه» است. مراجعت کنید به: اعتبارات اسنادی؛ ضرورت قانونگذاری متعدد الشکل، منشی کوف، مجله حقوقی شیکاگو، ۵۷۱ - ۶۱۳ (۱۹۵۶) - ۲۳.

۲۰. در مورد هدف و مقصد هر بخش و ماده از قانون تجارت متعدد الشکل، اظهار نظرهای رسمی توسط «کنفرانس تدوین کنندگان قوانین ایالاتی متعدد الشکل و انتیتوی حقوق آمریکا» بعمل آمده است. قانون مذکور همواره با این اظهار نظرهای رسمی، یکجا چاپ شده است. مراجعت کنید به:

1978 Official Text U.C.C. West Publisher, co, 9th, ed.

خواسته اند بگویند که اختلافات تجاری راجع به قرارداد اصلی، نقشی در طرح درخواست قرار منع پرداخت ندارد؛ زیرا اعتبار اسنادی فی نفسه جدای از قرارداد اصلی است). ولی صرف نظر از نارسائیهای منطقی که لامحاله در این نحوه تفسیر وجود دارد، تاریخ رسیدگی قضائی در رابطه با ماده (۲) ۱۱۴-۵ نشان می دهد که قاعدة «تقلب در معامله»^{۲۱} بعنوان استثنای بر قاعدة «تفکیک» تلقی و تعبیر شده و درخواست قرار منع پرداخت به استناد آن (قاعدة تقلب)، منحصراً بایستی مبتنی بر «انجام نادرست»^{۲۲} قرارداد، اصلی باشد. متون اولیه قانونی در مورد مسئله تقلب، صدور قرار منع پرداخت را در موردی جایز می دانست که اجرای قرارداد اصلی از جانب ذینفع آنچنان ناقص و ناچیز باشد که به مرز عدم ایفای عوض و اجرای قرارداد و یا تقلب برسد.^{۲۳} متن رسمی قانون در سال ۱۹۵۲، موارد درخواست قرار منع پرداخت را محدود به دو مورد اسناد مجموع و اسناد متقلبانه نمود؛ ولی کمیسیون تجدید نظر حقوقی نیویورک ضمن بررسی ماده ۵ مذکور، از آن انتقاد کرد:^{۲۴}

«قاعدة فعلی راجع به درخواست قرار منع پرداخت... نمی تواند ثابت و حصری باشد. یعنی در صورت عدم جعل یا عدم تقلب در اسناد، حتی وجود یک اوضاع و احوال فوق العاده و خاص نیز می تواند صدور چنین قراری را توجیه کند. در صورتیکه قانون (تجارت متحده) ما را درقبال این پرسش و تردید که: آیا بجز تقلب یا جعل، وجود شرایطی خاص نیز می تواند صدور قرار منع پرداخت یا ارائه بروات اعتبار اسنادی را موجه دارد یا خیر؟، بدون جواب رها می سازد.»

یکی از موارد و مصادیق «شرایط فوق العاده و خاص» که در

21. Misperformance

۲۲. ماده ۴ فصل اول، قسمت ۲۲ مقررات Law Ali Code of Commercial (۱۹۴۸) – یو.سی.سی. ماده ۴-۱۱۶ (مصوب ۱۹۴۹) – یو.سی.سی. ماده ۵-۱۲۰ (مصوب ۱۹۵۰).
۲۳. «اعتبارات اسنادی تجاری در امریکا»، کوزول چیک، قسمت (۳) ۱۰۲ (۱۱۹۶) – و کمیسیون تجدید نظر حقوقی نیویورک، بررسی قانون تجارت متحده (۱۶۵۶-۱۶۵۸)

بررسی کمیسیون فوق الذکر بعنوان مبنای صدور قرار منع پرداخت از آن یاد شده، عبارت است از انحصار ناقص و قصور آمیز قرارداد از ناحیه ذینفع اعتبار، خصوصاً در مواردی که طرف، یکی از سازمانهای دولت خارجی متخصص بوده و بهمین لحاظ (یعنی وجود محدودیتهای ناشی از روابط خصمانه) دستور دهنده از دریافت خسارت قانونی خود ناشی از قصور ذینفع، محروم شده باشد. از آنجا که برای طرح هر نوع درخواست قرار منع پرداخت موقت برمبنای ماده (۲) ۱۱۴-۵ مقررات یو.سی.سی.، شرط لازم و قبلی عبارت است از عدم امکان دریافت خسارت قانونی، لذا این استنتاج انتقادی کمیسیون تجدیدنظر حقوقی نیویورک مهم و قابل توجه است که: نحوه عمل و اقدامات ذینفع در رابطه با قرارداد اصلی نیز به تنهائی می‌تواند صدور قرار منع پرداخت را موجه و مدلل سازد. نظرات فوق الذکر کمیسیون مذکور در باب قسمت «تقلب» از ماده ۵ مقررات یو.سی.سی. که در گزارش کمیسیون به مقامات قانونگذاری ایالتی نیز آمده بود، مورد قبول قرار گرفت و تهییه کنندگان قانون تجارت متحده الشکل آمریکا عکس العمل موافق و مناسبی نشان دادند و در ماده ۵ آن تجدیدنظر کردند. وکلای دعاوی در نیویورک، تجدیدنظر اعمال شده در قسمت مربوط به تقلب از قانون مذکور را در انطباق کامل با انتقادات کمیسیون یاد شده می‌دانستند. علاوه بر این، قبول و حمایت بعدی که «هیئت دائمی تدوین قانون تجارت متحده الشکل» از ماده (۲) ۱۱۴-۵ آن بعمل آورد، به این معنی بود که به نظر اعضای هیئت مزبور نیز «او ضاع و احوال فوق العاده و خاص» بشرحی که مورد نظر کمیسیون تجدیدنظر حقوقی نیویورک بود، در قلمرو ماده مذکور می‌گنجد.

نتیجه آنکه در این نکته اتفاق نظر بود که به موجب قانون تجارت متحده الشکل، «انجام نادرست» قرارداد اصلی از ناحیه ذینفع، به تهائی می‌تواند مبنای موجه‌ی برای صدور قرار منع پرداخت قرار گیرد؛ مضافاً اینکه سکوت قانونی در خصوص تعیین ضابطه‌ای مشخص برای درخواست چنین قراری را بایستی این گونه تعبیر و تأویل کرد که قانونگذار، تعیین

ضابطه مذکور را بعهده تحول قضائی و آرای محاکم نهاده است.^{۲۴}
۱) تصمیمات قضائی که ماده (۲) ۱۱۴-۵ را بححوی تفسیر کرده اند،
نشانگر آن است که اصولاً نوع اقدام یا طرز عمل متفاوت در رابطه با
اعتبار موجب صدور قرار منع پرداخت می شود:

یکی آنکه فروشنده (ذینفع اعتبار) در اسناد حمل، دخل و تصرف
و تخدیش کند؛ مانند آنکه کالا بایستی به موجب قرارداد تا اول ژوئن
حمل شود، ولی عملاً در دوم ژوئن حمل صورت می گیرد و فروشنده با
تحریف در اسناد، کاری می کند که اسناد حمل، تاریخ مقدمی را نشان
دهند. این عمل موجب می شود که «اسناد، مجموع یا متقلبانه» تلقی
شوند.^{۲۵} دوم آنکه فروشنده تعهدات ناشی از قرارداد را آنچنان نادرست
انجام دهد که گوئی اساساً آنها را نادیده گرفته و انجام نداده است؛ مانند
اینکه فروشنده، با وجود ارسال و حمل مقداری آشغال برای خریدار که با
مبيع مورد قرارداد تفاوت فاحشی دارد، موفق می شود از متصدی حمل و نقل
بیگناه (بدون سوء نیت)، اسناد حمل را دریافت نماید و سپس براساس
همین اسناد، وجه اعتبار را مطالبه کند. در چنین موردی فروشنده مرتکب
«تقلب در معامله» شده است.^{۲۶}

این دو طرز عمل متفاوت، برحسب اینکه سوء نیت ذینفع اعتبار
(فروشنده) در چه شرایطی منتهی به ارائه نادرست اسناد شده باشد، غالباً با
یکدیگر اشتباه می شوند. در صورتیکه نباید این گونه به موضوع نگریست؛
زیرا در واقع تحلیل این دو طرز عمل نشان می دهد که برای توجیه درخواست
قرار منع پرداخت، نه ارائه نادرست اسناد شرط است و نه سوء نیت. بارنامه
خود نمایشگر و حاکی از واقعه ای است که آن واقعه نیز بنوبه خود،

۲۴. مقررات یو.سی.سی. ماده (۳) ۱۰۲-۵، اظهارنظر رسمی شماره ۲.

25. Merchants Corp. of America V. Chase Manhattan Bank, 5 U.C.C. Rep. Serv. 196 (N.Y. Sup. Ct. 1968)-Siderius, Inc. V. Wallace Co. 583 S.W. 2d 582, 852, 862-63 (Tex, Civ. App. 1979).
26. United Bank Ltd. V. Cambridge Sporting goods Cap., 41 N.Y. 2d, 258, 360 N.E. 2d 943, 392, N.Y.S. 2d, 265 (1979).

نمایانگر واقعیت دیگری است. یعنی بارنامه صرفاً نشان‌دهنده آن است که متصدی حمل و نقل در حال حمل آن چیزی است که از او خواسته شده است.^{۲۷} بنابراین در صورتیکه ذینفع بارنامه‌ای را که صحیحاً توسط متصدی حمل و نقل صادر شده، تحریف نماید، «ارائه نادرست» اسناد تحقیق یافته است. چنانچه بارنامه یا سایر اسناد حمل تحریف شده باشد، قرار منع پرداخت مستندأ بهمین تحریف که موجب «مجعلو یا متقلبانه» محسوب شدن اسناد در مفهوم ماده (۲) ۱۱۴-۵ می‌گردد، بایستی صادر شود نه به استناد وجود اختلاف بین مفاد اسناد و اجرای قرارداد در عالم خارج. بعلاوه وقتی هرگونه تحریف اسناد، قرار منع پرداخت را توجیه کند، دیگر قصد ذینفع در این میان نقشی نخواهد داشت. مثلاً اگر فروشنده کالای مقرر را برای خریدار ارسال کند، ولی اسناد حملی که صادر می‌شوند اشتباه‌آ حکایت از وجود کالائی متفاوت نمایند، در این صورت صرف تحریف ذینفع اعتبار (فروشنده) در اسناد—ولو به منظور رفع اشتباه—و سپس مطالبه وجه اعتبار، برای توجیه صدور قرار منع پرداخت کافی است؛ زیرا اسناد حمل، شرایط مقرر در اعتبار اسنادی را عملأ بر نیاورده اند و وقتی اسناد حمل درست نیستند، صرف آنچه عملأ و در اجرای قرارداد صورت پذیرفته است، پرداخت تحت اعتبار را موجه نمی‌سازد.^{۲۸} همینکه تحریف در اسناد ثابت شد، تنها وسیله‌ای که دادگاه می‌تواند از طریق آن تعیین کند که آیا تحریف بعمل آمده بیشتر به منظور اصلاح و رفع اشتباه بوده یا قلب اسناد، آن است که اجرای قرارداد اصلی را مورد رسیدگی و بررسی قرار دهد؛ کاری که به موجب «قاعدۀ تفکیک» ممنوع است. از سوی دیگر در جایی که ذینفع اعتبار، موضوع قرارداد اصلی را آنچنان بد انجام

۲۷. متصدی حمل و نقل نکلیفی ندارد که از «ارائه نادرست» بارنامه مستقیمی که صادر کرده است، مطلع باشد و مسؤولیتی در باب اظهار نادرست محموله نیز نخواهد داشت.

G.A.C. Commercial, Corp. V. Wilson 271 F. Supp. 242, 247-48 (S.D.N.Y. 1967)-49
U.C.C., S. 101 (1976)-U.C.C., S. 7-203, Comments.

28. Equitable Trust Co. V. Dawson Partners, (1927) 27 Lloyd's list L.R. 49 (1929)-North Am. Foreign Trading Corp. V. General Elecs. LTD., 67 A.D. 2d, 890, 413, N.Y.S. 2d 700 (1979) MeM.

داده که در حکم عدم اجرا و ازبین بردن آن است، اساساً بحث قلب اسناد منتفی است؛ مانند اینکه فروشنده (ذینفع اعتبار) مقداری زباله را در جعبه هائی که روی آن علامت «موی زبر—پشم» زده شده است، برای خریدار ارسال کند. در این صورت اگرچه بارنامه ها که بدرستی صادر شده اند، بحق حاکی از حمل جعبه هائی است که علامت «موی زبر—پشم» را دارند، ولی فروشنده مرتکب «تقلب در معامله» شده است. آنچه در چنین موردی صدور قرار منع پرداخت را موجه می سازد، صرف اختلاف بین اسناد و انجام خارجی و عینی قرارداد نیست، بلکه در واقع ازبین بردن و اتلاف^{۲۹} قرارداد اصلی است.^{۳۰} مانند اینکه فروشنده کالا را ارسال و بارنامه ای تحصیل می کند؛ سپس همزمان با مطالبه وجه اعتبار، مبادرت به ربدون کالا و راهزنی آن می نماید. در این صورت گرچه بارنامه بدرستی حاکی از حمل اولیه کالا است، ولی این عمل فروشنده، صدور قرار منع پرداخت را مجاز می سازد، زیرا خود ذینفع اعتبار (فروشنده) موجب شده است که دستور دهنده (خریدار) از دریافت کالا محروم شود؛ کما اینکه اگر از ابتدا مقداری زباله برای او ارسال و حمل می نمود، خریدار محروم می بود.^{۳۱} در چنین مواردی نبایستی قصد ذینفع را مؤثر در مقام دانست. با فرض اتلاف و ازبین بردن موضوع قرارداد اصلی از ناحیه ذینفع، قابل قبول

29. Distraction

30. Intraworld Indus. Inc. V. Giard Trust Bank, 461 Pa. 343, 359, 336, A. 2d, 316, 324-25 (1975):

«شرابطی که صدور قرار منع پرداخت را توجیه می کند، بایستی بدقت محدود به آن وضعیتی از تقلب» شود که اعمال غیرقانونی ذینفع در مقام اجرای قرارداد، موجب ابطال کلی معامله شده باشد؛ بطوريکه «هدف قانونی از تغییک بین مسؤولیت صادر کننده اعتبار استادی (بانک) از قرارداد اصلی، دیگر موضوعیت خود را از دست بدهد.».

۳۱. مراجعه کنید به H. Gutleridge & Megrah حقوق اعتبارات استادی تجاری بانکها، چاپ چهارم (۱۹۶۸)، ص ۱۳۳، که به یک دعوای آلمانی اشاره کرده است. در این دعوا فروشنده، کالا را حمل و بارنامه نیز تحصیل کرده و همزمان، اقدام به مطالبه وجه اعتبار و سپس توقیف کالا نموده است. دادگاه آلمانی پرداخت اعتبار استادی به فروشنده را قبول و معتبر دانسته است؛ ولی صاحب نظران و محققان نسبت به این رأی انتقادات فراوانی کردند. (ظاهراً بهمین دلیل که ذینفع طوری عمل کرده که گویی کالانی برای خریدار ارسال نشده است هر چند که بارنامه ای حاکی از آن وجود دارد). 

نخواهد بود که دستور دهنده بدون دریافت خسارت قانونی و مناسب، باز هم مکلف به پرداخت اعتبار اسنادی باشد؛ زیرا فروشنده بیش از آنکه بلحاظ یک «تقلب عامدانه و واقعی»، صندوقهای خالی را عنوان تحويل مبيع برای خریدار فرستاده باشد، بواسطه «قصور»^{۳۲}، مرتکب آن شده است.^{۳۳}

اینکه انجام نادرست قرارداد تا چه میزان و به چه مقیاس، از بین بردن و اتلاف قرارداد محسوب می‌شود هنوز در دعاوی مختلف روش نشده است (ورویه‌ای در دست نیست)؛ ولی بایستی بین نقض تضمینی که فی نفسه اتلاف قرارداد نیست و حمل کالای بی ارزش که بیشک به معنای از بین بردن قرارداد است و قرار منع پرداخت را توجیه می‌کند، تفکیک قائل شد. ضابطه مقرر در ماده ۲ از مقررات یو.سی.سی. که ناظر به نقض قرارداد است، در موارد مشمول ماده ۵ همان مقررات اعمال نشده است؛ زیرا اگر قرار باشد همانند تقاضای قرار منع پرداخت در دعاوی تجاری (ومربوط به قراردادها) که صدور آن مستلزم رسیدگی و ورود در اختلافات تجاری (قراردادی) فیما بین است، در دعاوی قرار منع پرداخت اعتبارات اسنادی نیز بهمین نحو عمل شود، در این صورت بایکی از اهداف و مقاصد اصلی اعتبارات اسنادی – یعنی تأمین اینکه ذینفع اعتبار در اثنای رسیدگی به اختلافات (قراردادی)، بتواند (به صرف ارائه اسناد حمل مقرر در اعتبار) وجه اعتبار را دریافت کند (قاعده تفکیک) – تعارض بوجود می‌آید.^{۳۴} ضابطه صحیح را بایستی با مراجعته و توجه به عملکرد (fonction) اعتبار اسنادی بدست آورد؛ به این معنی که برخلاف روش پیش پرداخت یا خرید نسیئه کالا، اعتبار اسنادی این اطمینان را ایجاد

32. Negligence

۳۳. نویسنده در مقام استنتاج ظرفی است و بین «تقلب با قصد قبلی» و «قصور و غلت» در انجام قرارداد تفاوت می‌گذارد و معتقد است که صرف «قصور» ذینفع اعتبار در انجام قرارداد، برای منع پرداخت اعتبار اسنادی کافی است؛ چه رسید به تقلب عامدانه که محتاج اثبات سبق تصمیم است. (متترجم)
۳۴. البته در عمل، ذینفع مجبور است بدون اینکه وجه اعتبار را از قبیل دریافت کرده باشد، اقدام به طرح دعوا کند؛ زیرا دستور دهنده غالباً به آسانی موفق می‌شود که دستور منع پرداختی نسبت به اعتبار تحصیل کند. لذا این امتیاز یا هدف اعتبار اسنادی، در عالم خارج کتر مصدق و مورد استفاده می‌باشد.

می کند که دستور دهنده و فروشنده، هیچ کدام نتوانند کالا و بهای کالا را در آن واحد و بطور همزمان در اختیار داشته باشند.^{۳۵} قرار منع پرداخت در مقطع خاصی از یک طیف، یعنی «تحویل کالا کمتر از اندازه و استاندارد مقرر فیما بین از یک طرف و تحویل کالای بی ارزش از طرف دیگر» که به معنای دریافت بهای کالا (از محل اعتبار استانداری) بدون تحویل مبيع می باشد، قابل صدور است.^{۳۶} این گونه تفسیر و تبیین مفهوم «تقلب در معامله» اقتضا می کند که دعاوی مربوط به ایران را به سه دسته متمایز که در مقدمه این مقاله نیز بدان اشاره شد، تقسیم کنیم:

دسته اول:

اعتبارات استانداری تضمینی که در قالب پیش پرداختهائی که دولت ایران داده و همین پرداخت و دریافت در حکم قرارداد اصلی نیز بود، صادر شده بودند.

در این گونه موارد، چنانچه پیش پرداختی صورت نگرفته بود، مطالبه ضمانتنامه از جانب ایران، «تقلب در معامله» بشمار می آمد؛ زیرا پیمانکاران مکلف می شدند بدون اینکه چیزی بابت قرارداد اصلی بدست آورده باشند، نسبت به پرداخت ضمانتنامه اقدام کنند. در قرارداد امریکن بل، پیش پرداخت انجام شده بود؛ لذا هنگامی که ایران ضمانتنامه را مطالبه کرد، قرارداد اصلی (پیش پرداخت) هنوز وجود داشت و از بین نرفته بود و تصمیم دادگاه مبنی بر رد درخواست بل برای صدور قرار منع پرداخت، تصمیم صحیحی بود. اما به موجب همین تحلیل، تصمیم محاکم در مورد دسته سوم از دعاوی ایران درست نبود. این قبیل دعاوی راجع به آن دسته از

۳۵. زیرا فروشنده هنگامی بهای کالا را دریافت می کند که آن را برای خریدار حمل کرده و استاندار حمل را به بانک ارائه کند. خریدار نیز هنگامی کالا را دریافت می کند که بانک قبل از محل اعتبار پرداخته است. (متترجم)

۳۶. منظور نویسنده نشان دادن نقطه آغاز و پایان قلمرو و مفهوم «تقلب در معامله» است که از آن به «طیف» تعبیر کرده است. (متترجم)

اعتبارات اسنادی تضمینی بودند که جهت تضمین حسن انجام یک قرارداد صادر شده بودند، ولی تعهد دستوردهنده (پیمانکار آمریکائی) هرگز حال نشده بود. در دعوای چیس منهتن علیه کی. ام. دبليو. اينترنشنال^{۳۷}، موضوع قرارداد اصلی حمل دکلهای مخابراتی بود. ولی این تعهد مشروط به این بود که دستوردهنده (کی. ام. دبليو.) قبل از منابع مالی لازم را (از طریق گشایش اعتبارات اسنادی) از ایران دریافت کرده باشد. کی. ام. دبليو. هرگز این منابع مالی را دریافت نکرد. ولی دادگاه، قصور ایران در پرداخت را موجب بطلان قرارداد اصلی ندانست، صرفاً به این دلیل که در دعوای اشتاین، ذینفع اعتبار اسنادی با عمل خود قرارداد اصلی را از بین برده بود. (در صورتیکه از نظر دادگاه، عمل دولت ایران موجب اتفاق قرارداد نشده بود). حق این است که در رابطه با کارفرمایان ایرانی، صریف تقاضای پرداخت آنها را بایستی «تقلب در معامله» در مفهوم مندرج در ماده ۵-۱۱۴^{۳۸} از مقررات یو. سی. سی. محسوب کرد.

دسته دوم:

اعتبارات اسنادی تضمینی که حسن انجام قراردادی را تضمین می کردند و پیمانکاران آمریکائی نیز مطابق قرارداد، شروع به کار و اجرای قرارداد کرده بودند.

از آنجا که در چنین مواردی، هم کار و هم پرداخت موضوع قرارداد، آغاز شده بود، لذا آعمال دولت ایران می توانست صرفاً موجب تخدیش و

37. 606 F. 2d To (2d Cir. 1979).

۳۸. د. بک مورد مشابه که مربوط به انقلاب کوبا بوده، همین استنتاج شده و مورد قبول قرار گرفته است. بعنوان مثال رجوع کنید به: Paul Fire & Marine Ins. Co. V. Bankers Trust Co. N. Y.L.J., Nov. 18. 1969 at 14, Col. I (N.Y. Sup. CT. No. 15, 1960).

سنت پل بابت اعتبار اسنادی که وجه استقراری از یک بانک کوبائی را تضمین می کرد، متول پرداخت بود. دولت انقلابی کوبا، این بانک کوبائی را ملی کرد و سپس اعتبارات اسنادی تضمینی را مطالبه نمود. دادگاه چنین رأی داد: «قاعدۀ تفکیک در مواردی از قبیل دعوای حاضر که مطالبه اعتبار اسنادی، متراوف و در حکم تقلب نسبت به خواهان است، بایستی کثار گذارده شود.»

آسیب قرارداد شده باشد نه از بین بردن آن. حال آنکه تخدیش یا آسیب قرارداد، از موارد صدور قرار منع پرداخت نیست؛ گرچه حتی اگر قرارداد از بین رفته محسوب می شد، باز هم ناشی از فعل دولت ایران نبود، بلکه علت آن تجزیه حادث و مؤخر قرارداد ناشی از انقلاب ایران بود که خود بعنوان یک حادثه غیرقابل پیش بینی و غیرقابل انتساب به هیچ یک از طرفین، بشمار می رفت. در اینجا دیگر «مسئله تقلب» مطرح نیست، بلکه مسئله «عدم امکان» اجرای قرارداد در بین است. بدنبال عدم صدور قرار منع پرداخت در دعاوی مربوط به اعتبارات استادی تضمینی ایران و با وضع و ایجاد این قاعده که مطالبه اعتبار استادی در مواردی که عدم امکان حادث و مؤخر، اجرای قرارداد اصلی را دچار از هم گسیختگی می کند «تقلب در معامله» نخواهد بود، تعارضی بین رویه های قضائی بوجود آمده است. مسئله عدم امکان اجرای قرارداد از این حیث مهم است که محدودیتهاي تجزیه و تحلیلی از نوع فوق را نشان می دهد. در معاملات اعتبار استادی متداول (تجارتی) که منتهی به پیدایش قاعده ای از قبیل قاعده اشتاین و سپس ماده (۲) ۱۱۴-۵ مقررات یو.سی.سی. شده است، از بین رفتن قرارداد بنحوی که قابل انتساب به ذینفع نباشد، بسیار نادر است.^{۳۹}

از بین رفتن قرارداد اصلی قبل از حمل کالا که ناشی از حوادث و بلاحا باشد، در اعتبارات استادی متداول (تجارتی) مانع از این خواهد شد که ذینفع (فروشنده) بتواند اسناد لازم جهت مطالبه وجه اعتبار را تحصیل نماید. بیمه کالا معمولاً خسارات واردہ به دستور دهنده (خریدار) در رابطه با از بین رفتن و اتلاف قرارداد که ناشی از حادث باشد — آنهم پس از حمل کالا — را تأمین می کند؛ ولی در اعتبارات استادی تضمینی ایران، کالاهای قابل بیمه بعنوان اساس و مبنای گشایش اعتبار وجود نداشت.

۳۹. با توجه به مراتب فوق معلوم شد که اگر از بین رفتن قرارداد اصلی متناسب به خود ذینفع باشد، مطالبه اعتبار از ناحیه او تقلب در معامله محسوب می شود و می تواند مستند صدور قرار منع پرداخت اعتبار قرار گیرد، و اگر اتلاف قرارداد قابل انتساب به ذینفع نباشد، صرف وقوع اتلاف قرارداد، کافی نیست تا اعتبار استادی منبع الاداء شود. (متترجم)

تفاوت بین اعتبار اسنادی تضمینی (ضمانتنامه‌ها) و اعتبارات اسنادی متداول (تجارتی)، مسئله عدم امکان اجرای قرارداد اصلی و سایر مشکلات مربوط به ضمان‌نامه‌ها را تبدیل به مسائل منحصر به فرد اعتبارات اسنادی تضمینی کرده است.

۳

نارسائی قانون تجارت متحدد الشکل آمریکا در مسائل مربوط به اعتبارات اسنادی تضمینی

مبانی حقوق اعتبار اسنادی، ریسکهای ناشی از تأمین منابع مالی یک قرارداد فروش را بین طرفین آن توزیع می‌نماید. ولی با صدور اعتبار اسنادی بصورتی غیرمتداول و غیرمعمول، طبعاً این ریسکها هم تفاوت می‌کنند. از جنگ جهانی دوم به اینسو، اعتبارات اسنادی بعنوان یک «ابزار تضمینی»، نقش ضمان‌نامه حسن انجام و شرکت در مناقصه را ایفا کرده‌اند.

با اینکه صاحب‌نظران از مدت‌ها قبل مذکور شده بودند که این تغییر در نقش اعتبارات اسنادی، ریسک بانکها را افزایش خواهد داد، ولی اعتبارات اسنادی تضمینی مربوط به ایران بخوبی نشان دادند که این نوع اعتبارات اسنادی علاوه بر افزایش ریسک بانکها، ریسک دستور دهنده را نیز بالا می‌برند.

در اعتبار اسنادی متداول (تجارتی) دستور دهنده در قبال اجرای قرارداد از ناحیه ذینفع — مثلاً حمل کالا — مبادرت به پرداخت وجه می‌کند. اسنادی که شرایط مقرر در اعتبار را برمی‌آورند، خود نشانگر این هستند که فروشنده (ذینفع اعتبار)، قبل از اینکه بانک یا دستور دهنده (خریدار) پرداختی بنمایند، موضوع قرارداد را انجام داده است. بهمین دلیل است که اعتبار اسنادی در مقایسه با پیش‌پرداخت، از نقطه نظر دستور

دهنده مطلوب تر است.

بر عکس در اعتبار اسنادی تضمینی، دستور دهنده در قبال نقض قرارداد ملزم به پرداخت به ذینفع اعتبار می شود. اسناد مورد نیاز برای مطالبه اعتبار نیز موکول و محول به تشخیص و ارزیابی است که خود ذینفع از نقض دستور دهنده بعمل می آورد. چون اسناد مذکور که در مقام مطالبه اعتبار ارائه می شوند، حاکی از انجام قرارداد توسط ذینفع نیستند (بلکه عکس حکایت از قصور او می کنند)، لذا صرف بررسی بانک نسبت به آنها — از آن گونه بررسی که نسبت به اسناد حمل در اعتبار اسنادی تجاری بعمل می آید — نمی تواند متضمن نظارت بر انجام قرارداد نیز باشد. به این ترتیب اسناد صادره در رابطه با اعتبار اسنادی تضمینی، چنان اهمیتی ندارند و رعایت شرایط اعتبار اسنادی هنگام پرداخت آن نیز بی معنی است. اعتبار اسنادی تضمینی بیشتر شبیه یک تعهد پرداخت بدون قید و شرط است، ولذا هیچ برتری یا امتیازی نسبت به «پیش پرداخت نقدی» ندارد و ریسک دستور دهنده (پیمانکار) را افزایش می دهد: خواهان یک چک سفید امضا به دولت ایران تسلیم کرده است.⁴⁰

تفاوتهاي بين اعتبار اسنادی تجاری و تضمینی، در دعاوی مربوط به ایران از اهمیت بسیاری برخوردار شده است. همین تفاوتها بود که برای پیمانکاران آمریکائی، مسئله «ذینفع غیر محقق یا اشتباہ» را مطرح ساخت. صرف امکان اینکه شخصی بجز ذینفع واقعی ممکن است اعتبار را مطالبه کند، فی نفسه برای دستور دهنده اعتبار اسنادی تجاری، ریسکی در بر ندارد. تا جایی که ذینفع به تعهدات خود عمل کرده باشد، از نظر دستور دهنده اهمیتی ندارد که اسناد را چه کسی تهیه و به بانک تسلیم خواهد کرد. حال آنکه در اعتبار اسنادی تضمینی، صرف تحقیق و اجرای شرایط اعتبار، لزوماً به معنای انجام کامل قرارداد اصلی از ناحیه ذینفع اعتبار نیست. لذا دستور دهنده در چنین اعتباری، بحق مایل است که فقط شخص

40. American Bell Int. I, Inc. V. Manufacturers Hanover trust Co. U.Y.L.J., Mar. 26, 1979), aff'd mem., 70 A.D. 2d 830, 418 N.Y.S. 2d 551 (1979).

ذینفع و طرف قرارداد او بعنوان «ذیحق»، استناد لازم جهت دریافت وجه اعتبار (وجه الضمان) را در اختیار داشته باشد و فقط هموتواند از این چک سفید امضا استفاده کند. در طول آشوبهای انقلابی و سیاسی در ایران این امکان وجود داشت که در رژیم جدید، اشخاص غیرمجاز، مطالبه ناموجه و غیر معتری نسبت به ضمانتنامه‌ها بعمل آورند. بهمین جهت اقدام نخستین و فوری محاکم آمریکا این بود که به بانکها دستور دهنده تا قبل از پرداخت اعتبار، اخطاریه ۳ تا ۱۰ روزه‌ای برای پیمانکار آمریکائی (دستور دهنده) صادر کنند تا او فرصت بررسی صحت و اعتبار مطالبه بعمل آمده را داشته باشد. حال آنکه چنین ترتیبی به معنای نوعی اصلاح و تغییر در شرایط اعتبار استنادی بود که وفق مفاد مقررات یو.سی.سی. محتاج تراضی و توافق دستور دهنده و ذینفع (ایرانی) بود و بدون چنین توافقی، تغییر شرایط اعتبار ممنوع است.^{۴۱}

دعاوی مربوط به اعتبارات استنادی ایران، محاکم آمریکا را ناگزیر می‌کرد تا از مقررات یو.سی.سی. تفسیری غیر از آنچه سالها مورد قبول و اضعان مقررات مذکور در بانکها قرار گرفته بود، بعمل آورند. یعنی بگویند که اعتبار استنادی تضمینی همان اعتبار استنادی تجاری متداول نیست و نباید با روش واحد با آندو برخورد کرد. از سال ۱۹۷۴ مقامات بانکی فدرال، اعتبارات استنادی تضمینی (ضمانتنامه) را مشمول محدودیتهای اعطای وام می‌دانستند؛ زیرا برای بانکها ریسکی بیش از اعتبار استنادی تجاری دربردارند. از آنجا که اعتبار استنادی تضمینی نسبت به اعتبار استنادی تجاری متضمن روشی متفاوت در تخصیص و توزیع

۴۱. مراجعه کنید به ماده (۲) ۱۰۶-۵ از مقررات یو.سی.سی. و ماده (C) ۳ از مقررات یو.سی.سی. دی. مصوب آی.سی.سی. — ضمانت مورد مقابل مقایسه با این موضوع عبارت است از سرقت بارگاهه در اعتبار استنادی تجاری که پس از کشف آن، هم به ذینفع که مطالبه وجه اعتبار را می‌کند ارتباط می‌یابد و هم به بانک که مکلف است به بانکش یا مطالبه کننده واقعی پرداخت کند. در این مورد طرفین می‌توانند بدون تحمل خسارات قضائی مقدماتی، اعتبار را توقف کنند (ومقرر شود که بانک در صورت دریافت مطالبه اعتبار را برات، با صدور اخطاریه‌ای دستور دهنده را مطلع سازد). برای نمونه رجوع کنید به: Zervos V.S.S. Sam Houston, 427 F. SUPP. 500 (S.D.N.Y. 1978).

ریسکهای طرفین می‌باشد، لذا تفسیر ماده (۲) ۱۱۴-۵ مقررات یو.سی.سی. و یا اصلاح آن در رابطه با اعتبار استادی تضمینی، ضروری و قابل تأمیل است. مقررات مذکور از ابتدای تدوین در خصوص اعتبارات استادی تضمینی نامناسب بودند، ولو اینکه چه بسا هدف این بوده است که شامل اعتبارات استادی تضمینی نیز بشوند. ماده ۵ فوق الذکر در واقع انعکاس و تنصیص محتوای «حقوق اعتبار استادی» می‌باشد آن گونه که در سالهای ۱۹۵۲ معتبر بوده است؛ یعنی سالها قبل از آنکه دعاوی راجع به اعتبارات استادی تضمینی و مسائل و مشکلات این گونه استاد بانکی به میان آمده باشند.

اصلاح ماده ۵ از یو.سی.سی. مالاً «قاعدۀ تفکیک» بین اعتبار و قرارداد اصلی را در رابطه با اعتبار استادی تضمینی نیز اصلاح خواهد نمود. اگر ماده فوق به این طریق اصلاح شود که «اعتبار استادی بیش از آنکه در قبال ارائه مدارک حاکی از انجام تعهد از جانب ذینفع قابل پرداخت باشد، در قبال مدارکی قابل وصول است که نشان دهنده تخلف دستور دهنده باشند»، در این صورت دستور دهنده حق خواهد داشت:

الف. قبل از هر نوع مطالبه‌ای نسبت به اعتبار، یک اخطاریه قبلی از ذینفع دریافت کند.

ب. با اثبات و ارائه هر نوع دفاع معتبر در خصوص قرارداد اصلی، بتواند جلوی پرداخت را بگیرد.

اعتبار استادی تضمینی با وجود چنین اصلاح و شرطی نیز همچنان نوعی تضمین پرداخت به ذینفع بشمار خواهد آمد. زیرا بهر حال ریسک عدم ملائت یا ورشکستگی دستور دهنده را بانک می‌پذیرد؛ ولی در عین حال و در عوض، در مواردی که نقص قرارداد ناشی از قصور دستور دهنده نباشد، دیگر او با خطری مواجه نخواهد بود.

در صورت اصلاح فوق الذکر در ماده ۵ مقررات یو.سی.سی. اعتبار استادی، بیشتر مانند یک ضمانتنامه (یا وثیقه)^{۴۲} — که در وضعي

فعلی در عمل نیز جایگزین آن است – عمل خواهد نمود، ولی همچنان امتیاز کم هزینه بودن اعتبار استادی را دارا خواهد بود؛ چرا که بانک صادر کننده باز هم منحصراً براساس استاد معامله می‌کند و این حق را برای خود محفوظ می‌دارد که فقط درقبال استاد منطبق با شرایط مقرر در اعتبار، مکلف به پرداخت است مگر اینکه از پرداخت ممنوع شده باشد.

با توجه به وضع فعلی ماده ۵ مقررات یو.سی.سی. تنها راهی که محاکم می‌توانند در مقابل تسامح نسبت به «قاعدۀ تفکیک» و تطبیق اعتبار استادی تضمینی با مفاد ماده مذکور در پیش گیرند، این است که قلمرو «قاعدۀ تقلب در معامله» مذکور در همان ماده را توسعه دهند. با عنایت به اینکه چه بسا تدوین کنندگان ماده ۵ به مواردی شبیه دعوای اشتاین، یعنی اجرای نادرست قرارداد بطور فاحش نیز توجه داشته‌اند، همچنین با عنایت به قصد آشکار مقتن در احواله تشخیص محتوای حقوقی اعتبار استادی به اظهار نظرهای موشکافانه قصائی و سرانجام با نگرش به عدم پیش‌بینی روش دیگری در باب حل و فصل مسائل منحصر بفرد اعتبار استادی تضمینی، می‌توان این نحوه تفسیر موسع از «تقلب در معامله» را منطقی دانست.

اگر مقررات مربوط به اعتبارات استادی با دقت بیشتری تنظیم شوند، طبعاً حمایت بیشتری از دستور دهنده را پیش‌بینی خواهند کرد. بعلاوه مقررات یو.سی.سی. به طرفین اعتبار استادی اجازه می‌دهند که «قاعدۀ تفکیک» را حسب مورد و نظر خود اصلاح و با خصوص مورد تطبیق دهند.^{۴۳} ولی بانکها در اینکه از ضوابط مقرر منحرف شوند، اکراه دارند؛ زیرا «مقررات و رویه‌های متحدد الشکل اعتبارات استادی» (یو.سی.پی.دی.) مصوب آی.سی.سی. مورد عمل بانکها که مکرراً در اعتبارات استادی بنکار گرفته می‌شوند، بوسیله بانکداران تدوین شده‌اند و نوعی

۴۳. منظور این است که مفاد ماده ۵ از مقررات یو.سی.سی. از جمله مقررات تکمیلی است و لذا طرفین می‌توانند بخلاف آن توافق کنند. بعبارت دیگر حکومت مفاد ماده مذکور که متناسب قاعدۀ تفکیک نیز هست، در موردی است که طرفین توافق دیگری نکرده باشند. (متترجم)

قرارداد الحقی ۴۴ هستند و کوشش‌های بازرگانان برای مداخله در نحوه تدوین آنها، مفید نبوده و به نتیجه نرسیده است.

بی‌توجهی به لزوم اصلاح و جابجایی ریسکهایی که بازار معاملات با آنها مواجه است، نه تنها موجب خسارت دستور دهنده بی‌احتیاط و کم‌دققت می‌گردد، بلکه باعث می‌شود که با طرح موضوع در مراجع قضائی، عکس‌العملهای قضائی اتفاقی و ناهمانگی بوجود آیند که خواه‌ناخواه بر حقوق اعتبارات اسنادی در رابطه با اعتبار اسنادی تضمینی – که تغییر آن ضروری است – و اعتبار اسنادی تجاری – که محتاج چندان تغییری نیست – تأثیر خواهند گذاشت.

دکتر اکبر شیرازی



نقد اجمالی رأی شماره ۲۱۹-۳۵
دیوان داوری دعاوی ایران و آمریکا

تئوری دارا شدن غیر عادلانه و صلاحیت



اشاره:

بانک بین المللی ایران در تاریخ دوم زانویه ۱۹۷۹ (۱۲ دی ماه ۱۳۵۶) چکی به مبلغ سیصد و هشتاد هزار دلار در وحد آفای حبیم فرکاش تبعه اسرائیل (روزیم اشغالگر قدس)، عهدہ چیس منهنهن بنانک صادر می نماید که پس از مراجعته دارندۀ چک به بنانک محال علیه، برگشت می شود. آفای بنجامین آر. ایسایاه تبعه آمریکا در تاریخ یازدهم زانویه ۱۹۸۲ (۲۱ دی ماه ۱۳۶۰) دادخواستی به خواسته مطالبه وجه چک بعلاوه خسارات دیر کرد آن، علیه بنانک مزبور (که بنانک ملت قائم مقام آن شده است) به دیوان داوری ایران و آمریکا تقدیم می نماید. دادخواست مذکور پس از رسیدگی منجر بتصویر حکمی می شود که ضمن مقاله‌ای از بعضی دیدگاهها و بنحو اجمال مورد انتقاد آفای اکبر شیرازی قرار گرفته است.

چون به منظور بهره برداری بیشتر و کامل تر خوانندگان از مقاله مزبور، اطلاع از خلاصه جریان پرونده مطروحه در دیوان داوری و نحوه مدافعت طرفین واستدلال دیوان داوری درخصوص مورد، ضرورت دارد و رأی دیوان داوری خود حاوی اطلاعات جامعی در موارد مذکور می باشد و نیز به منظور آشنایی خوانندگان «مجله حقوقی» با نحوه انشای آرا در دیوان داوری ایران و آمریکا، بدؤاً متن کامل رأی دیوان داوری و سپس مقاله مورد نظر را درج می نماییم. ضمناً مقاله حاضر قبل به زبان انگلیسی در شماره ۲۰ زانویه ۱۹۸۴ نشریه Iranian claims چاپ رسیده است. مجله حقوقی

پرونده شماره ۲۱۹

شعبه ۲.

حکم شماره ۳۵-۲۱۹-۲

خواهان: بنجامین آر. ایسایاه

خوانده: بانک ملت (جانشین بانک بین المللی ایران)

اول. جریان رسیدگی

خواهان — آقای بنجامین آر. ایسایاه — با ذکر اینکه در تمام مدت مر بوط تبعه ایالات متحده بوده است، در تاریخ ۱۱ ژانویه ۱۹۸۲ (۲۱ دی ماه ۱۳۶۰) دادخواستی علیه بانک بین المللی ایران در دیوان داوری به ثبت رساند. مبلغ خواسته مورد مطالبه خواهان ۳۸۰,۰۰۰ دلار آمریکا است که شامل یک فقره چک برگشتی صادره توسط بانک بین المللی ایران بعهده چیزمنهتن بانک بعلاوه بهره متعلقه از تاریخ ۲ ژانویه ۱۹۷۹ (۱۲ دی ماه ۱۳۵۷) می باشد.

خوانده — بانک ملت — که لایحه دفاعیه خود را در تاریخ ۶ مه ۱۹۸۲ (۱۶ اردیبهشت ماه ۱۳۶۱) به ثبت رسانده، مدعی شد که چون چک در وجه شخص دیگری که تابعیت وی مشخص نیست صادر شده است و نه در

وجه خواهان، لذا دیوان داوری صلاحیت رسیدگی به دعوی را ندارد، و علاوه بر آن خوانده دفاعیاتی در مورد ماهیت دعوی نیز عرضه نمود.

خواهان در تاریخ ۲۶ ژانویه ۱۹۸۲ (۴ مردادماه ۱۳۶۱) نظرات خود را در مورد لایحه دفاعیه به ثبت رساند و طی آن اوضاع و احوالی را که تحت آن، چک صادر گردیده است تشریح کرد و اسناد مختلفی به دیوان تسلیم نمود حاکی از این ادعا که مبلغ مذکور در متن چک به وی تعلق دارد.

بدنبال آن، خوانده در پاسخ ثبت مورخ ۲۰ اکتبر ۱۹۸۲ (۲۸ مهرماه ۱۳۶۱) خود به جوابیه خواهان، به تفصیل وتوضیح دفاعیاتش پرداخت.

در تاریخ ۲۳ دسامبر ۱۹۸۲ (۲ دی ماه ۱۳۶۱) خواهان اقدام به ثبت لایحه استماع نمود. جلسه استماع در تاریخ ۲۶ ژانویه ۱۹۸۳ (۶ بهمن ماه ۱۳۶۱) برگزار گردید. در این جلسه خواهان، گواهی تابعیت اکتسابی امریکائی خود، اصل چک، و یک جلد از سوابق کارهای تجاری خود را جهت بررسی به دیوان داوری تسلیم نمود. بعلاوه خواهان، چند نسخه رونوشت نامه مورخ ۲۲ ژانویه ۱۹۷۸ (۲ بهمن ماه ۱۳۵۶) خود به آقای حبیم فرکاش — گیرنده چک — و دو فقره سوگندنامه مربوط به بهره و هزینه‌ها را در جلسه استماع تسلیم کرد. خواهان طی جلسه استماع صحبت کرد و شهادت دو نفر شاهد، یعنی آقای حبیم فرکاش اهل تل آویو، اسرائیل، و آقای مسعود عالیخانی ساکن لندن، انگلیس را ارائه داد.

دوم. واقعیات و اظهارات

ایسایاه در دادخواست مدعی شده است که وی «صاحب و دارنده» چک مورخ ۲ ژانویه ۱۹۷۹ (۱۲ دی ماه ۱۳۵۶) می‌باشد. وی متذکر شده است که علت عدم پرداخت چک، مصادره دارایها و مایملک بانک توسط دولت ایران بوده است. او اظهار داشت که آقای فرکاش، گیرنده فوق الذکر (نام وی در چک اشتباه فراشی نوشته شده است) در معامله‌ای که چک بابت آن صادر گردیده، «رابط» وی بوده است. نامبرده همچنین نسخه‌های کپی چک و یک فقره «ظهرونویسی مجزا از سند قابل انتقال» بدون تاریخ را که گویا در تاریخ ۹ نوامبر ۱۹۷۹ (۱۸ آبان ماه ۱۳۵۸) تهیه شده است، پیوست نمود. متن ظهرونویسی بشرح زیر است:

ظهرنویسی مجرزا از سند قابل انتقال

«بدين وسیله اینجانب حییم فرکاش کلیه حقوق و منافع خود را در مورد و نسبت به چک مورخ ۲ ژانویه ۱۹۷۹ (۱۲ دی ماه ۱۳۵۶) که به نام من صادر گردیده است به بنجامین آر. ایسایاه واگذار می کنم. یک کپی از چک، پیوست می باشد و به موجب این ظهرنویسی کلیه حقوق و منافع خود در مورد و نسبت به چک مزبور و عواید ناشیه از آن را به بنجامین آر. ایسایاه منتقل می کنم. این انتقال به متزله آن است که چک «در وجه بنجامین آر. ایسایاه» بوده و توسط اینجانب امضا شده است.».

حییم فرکاش

(امضا)

ایسایاه بعداً درباره معامله ای که منجر بصدور چک شده بود توضیح داد و اسناد و شهادتنامه ای تسلیم نمود که نشان می داد وی در تاریخ ۱۰ ژانویه ۱۹۷۸ (۲۰ دی ماه ۱۳۵۶) موافقتنامه ای با شرکت کراиш منعقد کرده که طبق آن ایسایاه در ایالات متحده و کشورهای دیگر آجومی خرید و به ایران حمل می کرد و در آنجا به فروش می رساند. به موجب موافقتنامه، ۲۵ درصد منافع این مؤسسه به ایسایاه می رسید. موافقتنامه توسط ایسایاه و مسعود عالیخانی به نمایندگی از طرف شرکت کراиш امضا شده است. بعلاوه ایسایاه نامه ای به عالیخانی نوشت و طی آن فرکاش را بعنوان نماینده خود جهت تقبل قسمتی از وظایف خویش در ایران منصوب نمود.

در تاریخ ۳ نوامبر ۱۹۷۸ (۱۲ آبان ماه ۱۳۵۷) عالیخانی نامه ای به ایسایاه نوشت و در آن متذکر شد که سهم ایسایاه از منافع تا پایان اکتبر ۱۹۷۸ (۹ آبان ماه ۱۳۵۷) بالغ بر ۳۸۰,۰۰۰ دلار می گردد و از او خواست تا نحوه پرداخت آن را تعیین کند. ایسایاه طی نامه مورخ ۱۸ دسامبر ۱۹۷۸ (۲۷ آذر ماه ۱۳۵۷) از عالیخانی خواست ترتیبی بدهد که پول در اویل سال از طریق بانک به حساب فرکاش در اسرائیل منتقل شود و به این ترتیب بعای سال ۱۹۷۸ در سال ۱۹۷۹ ثبت گردد. در تاریخ ۴ ژانویه (۱۴ دی ماه) فرکاش به ایسایاه نوشت که چک را دریافت کرده و آن را به حساب گذاشته است و «تا شما نحوه انتقال این وجوده را تعیین نمائید، آن را در حساب خود

نگاهداری خواهیم کرد». در تاریخ ۱۳ ژانویه (۲۳ دی ماه) فرکاش مجدداً نامه‌ای به ایسایاه نوشت؛ ولی این بار به وی اطلاع داد که چک بعلت کسر موجودی برگشته است.

خوانده دفاعیات مختلفی را مطرح ساخت؛ از جمله دفاعیات زیر را عنوان نمود: ایسایاه قانوناً ذیحق نیست، زیرا که وی گیرنده چک نبوده است که بتواند بابت آن تعقیب قانونی نماید؛ بلا اثر بودن ظهرونیسی یا واگذاری جداگانه از فرکاش به ایسایاه که بدون تاریخ و غیرمجاز بوده است؛ عدم صلاحیت دیوان داوری تحت این اوضاع و احوال؛ الزام قوانین ایران دایر بر تأیید مجدد چک توسط صادرکننده بعد از شش ماه از تاریخ صدور و تعقیب قضائی بابت چک در دادگاههای ایران؛ غیرقانونی بودن معامله اصلی و مسائل مربوط به اینکه آیا انتقال ارز خارجی مطابق بخششانه لازم الاجرا بانک مرکزی، مجاز بوده است یا خیر؟

خواهان در مقام معارضه، از جمله، متذکر گردید که: دیوان داوری صلاحیت دارد تا به ادعای ایسایاه — بعنوان صاحب ذی حق و وجه چک — علیه بانک که چک را برگشت داده و وجه آن را نگاه داشته است، رسیدگی کند؛ قيد تجدید در مورد چکهای برگشته صادق نیست؛ معامله اصلی در آن موقع قانونی بوده است؛ شرایط انتقال ارز خارجی طبق بخششانه لازم الاجرا احراز شده است و بانک اکنون حق ندارد خلاف این واقعیات را اظهار کند.

ضمن پیشرفت جریان دعوى طى مدافعت و در جلسه استماع، یا طرفین از ادامه بسیاری از اظهارات خودداری کردند و یا مسائل مربوط به صلاحیت، عدم ارتباط آنها را به موضوع مسجل ساخت. در نهایت امر موضوعات اصلی عبارت از این بود که آیا در مورد مالکیت موضوع ادعا استمرار تابعیت وجود داشته که دیوان داوری جهت رسیدگی به دعوى صالح باشد و آیا برای اثبات ادعای ایسایاه مبنی بر دارا شدن غیرعادلانه خوانده مدارک، قانع کننده می باشد یا خیر؟

سوم. صلاحیت

خواهان با ارائه گواهی کسب تابعیت، تابعیت آمریکائی خود را اثبات نمود. با اینکه وی اصلاً هندی بوده، در سال ۱۹۷۲ به تابعیت آمریکا

درآمده است.

بانک ملت، به جانشینی بانک بین‌المللی ایران معترف است و بنابراین بعنوان خوانده، جانشین بانک مزبور می‌باشد. بانک ملت یک بانک دولتی است و بدین قرار واژه «ایران» به ترتیبی که در بند ۳ ماده هفت بیانیه حل و فصل دعاوی تعریف گردیده است، شامل آن می‌شود.
تنها مسئله مشکلی که در مورد صلاحیت مطرح می‌گردد، استمرار تابعیت در رابطه با ادعا است:

«برحسب مورد، «دعاوی اتباع» ایران و یا ایالات متحده عبارت از دعاوی است که مالکیت آنها از تاریخ تحقق نا تاریخ انعقاد این موافقنامه مستمراً در دست اتباع آن کشور بوده باشد...».

تا آنجا که ادعای ایسایاه بر چک (منظور چک برگشتی است) متکی می‌باشد، وی با مشکلی معلوم ولاپنهل مواجه است؛ زیرا چک به نام یک نفر اسرائیلی صادر شده است. بنابراین موقعی که ادعا بعلت برگشت شدن چک بوجود آمد، صرف نظر از اینکه وی بعنوان ذینفع از چک منتفع می‌شده یا خیر، بدلیل اینکه او در آن موقع صاحب چک نبوده است، نمی‌توانست دعوا را مستقیماً تعقیب نماید. ظهرنویسی جداگانه چک که بعداً از طرف فرکاش به نام ایسایاه صورت گرفت، یعنی ظهرنویسی چک پس از بوجود آمدن ادعا. حتی اگر ایسایاه به موقع خود صاحب چک هم شده بود — که ظاهراً چنین کاری انجام نشده است — شرایط بیانیه در مورد استمرار مالکیت دعوا را تأمین نمی‌کند؛ زیرا ایسایاه بابت ظهرنویسی چک چیزی نپرداخته و ظهرنویسی بصورت جدا از چک انجام گرفته بود.^۱ لذا دیوان حاضر جهت رسیدگی به ادعای ایسایاه بابت خود چک، بعنوان اینکه وی حسب الادعا در موقع خود دارنده چک بوده است، صلاحیت ندارد.

بدیهی است که ایسایاه می‌توانست دعوائی علیه شرکت کرایش به موجب معامله اصلی — یعنی سهم وی از منافع حاصله از خرید و فروش آججو — اقامه نماید. برفرض اگر بتوان اثبات نمود که شرکت مزبور در تاریخ

۱. رجوع شود به:

Chapter II of Annex I to the Geneva Convention on Bills of Exchange of 1932 the United States Uniform Commercial Code, Sec. 3-302;

۱۹ ژانویه ۱۹۸۱ (۲۹ دی ماه ۱۳۵۹) تحت کنترل دولت ایران بوده است، دیوان داوری جهت رسیدگی به چنان دعوائی صلاحیت می داشت؛ اما ایسایاه چنین ادعائی ندارد و در نتیجه چنان دعوائی در دیوان مطرح نیست.^۲ استدلال^۲ ایسایاه این است که اقامه دعوا وی مبتنی بر دارا شدن غیرعادلانه بانک است؛ زیرا وجهی به بانک داده شده که وی صاحب ذینفع آن وجه بوده و بانک جهت بهره برداری خود و به زیان وی وجه مزبور را نگاه داشته است. وی می گوید که این چک، یک چک معمولی نبوده است که در صورت برگشت خوردن، موجب بروز ادعا علیه صادر کننده چک — خواه بابت چک و خواه بابت بدھی اصلی — بشود؛ بلکه چک مزبور یک چک بانکی بوده که توسط شرکت کرایش خریداری شده و صادر کننده آن سلف بانک ملت بوده است. بنابراین در صورت برگشت چک (که در مورد چکهای بانکی بسیار نادر است) و ضبط وجه توسط بانک، صاحب ذینفع وجه می تواند علیه بانک بعلت دارا شدن غیرعادلانه اقامه دعوی نماید. با اینکه چنین ادعائی تازگی دارد، در صورت اثبات، دیوان داوری با نظر خواهان موافق است که این دعوی بعلت اینکه قبل از صدور بیانیه الجزایر بوجود آمده و از آن بعد مستمراً به خواهان تعلق داشته است، دیوان صلاحیت رسیدگی به آن را دارد.

بنابراین دیوان داوری براین عقیده است که جهت رسیدگی به ادعای ناشی از دارا شدن غیرعادلانه صلاحیت دارد.

چهارم. ماهیت دعوا

خواهان مدارکی ارائه داد که ثابت می کرد چک مورد بحث در تاریخ ۲ ژانویه ۱۹۷۹ (۱۲ دی ماه ۱۳۵۷) توسط بانک بین المللی صادر شده و در تاریخ ۱۰ ژانویه ۱۹۷۹ (۲۰ دی ماه ۱۳۵۷) بعلت کسر موجودی، چیزمنهن بانک از پرداخت آن خودداری کرده بود. شهادت شاهد در جلسه استماع حاکمی از این بود که به تصور استقرار مجدد تسهیلات اعتباری بانک

۲. ایسایاه این استدلال را در دادخواست خود مطرح نساخته است؛ بلکه پس از تعویض وکیل، استدلال مزبور را ضمن مدافعتش به میان آورده است.

بین المللی نزد چیس، چک را مدتی در چیس منهتن گذاشتند و مقامات بانک بین المللی در تهران، در مورد پرداخت قریب الوقوع چک بارها به آقای عالیخانی اطمینان خاطر دادند.

خواهان مدارکی بصورت نامه‌های مبادله شده بین خود و آقای عالیخانی و آقای فرکاش و نیز شهادت این دونفر را در جلسه استماع ارائه داد دال براینکه چک از محل ۲۵ درصد منافع سهم ایسایاه از واردات آجتوتا پایان اکتبر ۱۹۷۸ (۹ آبان ماه ۱۳۵۷) خریداری شده وطبق درخواست ایسایاه قابل واریز به حسابی تحت نام فرکاش بود.

خواهان اظهار می‌دارد که خوانده به زیان خواهان، غیرعادلانه دارا شده است؛ زیرا خوانده وجهه را از شرکت کرایش بابت پرداخت بدھی آن شرکت به خواهان دریافت کرده، ولی هرگز وجهه مزبور را به خواهان یا کس دیگری پرداخت نکرده است. خواهان مدعی است که ضبط وجهه از طرف بانک، نامشروع بوده و صاحب ذینفع آن – یعنی آقای ایسایاه – حق دارد که وجهه مزبور به وی بازگردانده شود.

نظریه‌های مربوط به بازگردانی، مانند دارا شدن غیرعادلانه و بлагجهت^۳ در قوانین اغلب ملل یافت می‌شود.^۴ در قوانین ایران، مواد ۳۰۱ و ۳۰۳ قانون مدنی بشرح زیر مقرر می‌دارد:

«ماده ۳۰۱. کسی که عمداً یا اشتباه جزی را که مستحق نبوده است دریافت کند، ملزم است آن را به مالک تسلیم کند.

ماده ۳۰۴. کسی که مالی را من غیرحق دریافت کرده است، ضامن عین و منافع آن است اعم از اینکه به عدم استحقاق خود عالم باشد یا جاھل.».

در حقوق بین الملل دارا شدن غیرعادلانه یکی از عناصر مهم مسئولیت دولت است.^۵ هرچند که دیوان داوری از وجود تصمیمات قضائی دایر بر مسئول شناختن بانک صادر کننده چک بانکی برگشته به دلیل دارا

3. enrichment Sans Cause

۴. رجوع شود به:

J. Dawson, *Unjust Enrichment: A Comparative Analysis* (1951).

۵. رجوع شود به:

Whiteman, *Digest of International Law* 1035-36;
Schwarzenberger, *International Law* 577-79 (3rd. ed.).

شدن غیرعادلانه، در قبال صاحب ذینفع چک اطلاع ندارد، چنین چیزی بهیچ وجه حیرت آور نیست؛ زیرا چکهای بانکی بندرت برگشت می شوند. در هر صورت دیوان داوری معتقد است که شرط انصاف نیست چنین بانکی از زیر بار مسئولیت در قبال صاحب ذینفع وجود موضوع چک برگشتی مورد بحث فرار کند و بانک، وجودی رانگاه دارد که نسبت به آنها هیچ حقی ندارد.

با اینکه می توان استدلال کرد چون عملی که موجب دارا شدن غیرعادلانه گردیده – لااقل بعضاً – در ایران انجام شده و دارا شدن غیرعادلانه در ایران صورت گرفته است،⁶ لذا باید قانون ایران در مورد این ادعا به مرحله اجرا گذاشته شود، در عین حال می توان این طور هم استدلال نمود که با توجه به اینکه چک برگشتی بعهده بانکی در نیوبورک صادر گردیده و قسمت اعظم معامله اصلی در خارج از ایران انجام گرفته است، اعمال قوانین ایران، بنحوی غیرضروری محدود کننده می باشد.

مادة ۵ بیانیه حل و فصل دعاوی در این مورد قدرت انعطاف زیادی جهت دیوان داوری قائل است. ماده مزبور مقرر می دارد:

«مادة ۵. دیوان داوری، انخاذ تصمیم درباره تمام موارد را بر اساس رعایت قانون انجام خواهد داد و مقررات حقوقی و اصول حقوق تجارت و حقوق بین الملل را بکار خواهد برد و در این مورد کاربردهای عرف بازارگانی، مفاد قرارداد و تغییر اوضاع واحد را در نظر خواهد گرفت.».

طبق قاعده مزبور، دست دیوان داوری در اعمال اصول کلی حقوق در موردی نظیر پرونده حاضر باز است؛ هر چند دلیلی وجود ندارد که با اعمال قوانین ایران، نتیجه متفاوتی حاصل شود.

با اینکه بانک در جریان مدافعتات کتبی، دفاعیه های زیادی را به میان کشید، سرانجام دفاعیه بانک مزبور در مقابل دara شدن غیرعادلانه بر پایه این ادعا قرار داشت که ایسا یا بهنگام برگشت چک، صاحب ذینفع وجود موضوع چک نبوده و به منظور احراز صلاحیت دیوان داوری جهت رسیدگی به دعوی، حقوق مربوط به وجوده بعداً به وی انتقال داده شده است.

6. See Batiffol and Lagarde, *Traité de Droit International Privé*, No. 561 (6e ed.); Dicey and Morris, *Conflict of Law*, Rule 170 (1980).

بانک به نظریه دارا شدن غیر عادلانه فی حد ذاته ایرادی نگرفت؛ بلکه نسبت به استحقاق ایسایاه با استناد به تئوری مزبور ایراد داشت. بانک ملت در تأیید دفاعیه خود هیچ مدرکی ارائه نداد. بانک به اعتبار شهادت خواهان و دونفر شهود وی و سندیت مدارک مستند او اعتراض کرد؛ اما هیچ مدرکی از خود ابراز ننمود. در واقع بانک تلویحاً گفت که مدارک ارائه شده خواهان ساختگی بوده تا دعوا، یک دعوای آمریکائی جلوه داده شود؛ در حالیکه در حقیقت، طرف اصلی حق یا فرکاش بوده است یا عالیخانی. بانک متذکر گردید که عالیخانی روی کاغذهای مارکدار شرکتهای مختلف نوشته و حق نداشته است که از طرف شرکت کرایش با ایسایاه قرارداد بیندد. عالیخانی جواب داد که وی در آن موقع از طرف شرکت کرایش که یکی از شرکتهای متعلق به خانواده او بود، وکالت داشته که امضا نماید و نباید به اینکه وی از کاغذهای مارکدار شرکتهای مختلف استفاده کرده است، اهمیتی داده شود. وی گفت که کلیه کاغذهای او از جمله وکالتname، در ایران مانده است و او دیگر به کاغذهای مزبور دسترسی ندارد.

خوانده به ظهرنویسی جداگانه چک توسط فرکاش اشاره می‌کند و آن را دال براین می‌داند که خواهان حقوق خود را فقط پس از برگشت شدن چک تحصیل کرده است. خواهان در جلسه استماع اظهار داشت که به منظور روشن شدن حقوق خواهان در قضیه، ظهرنویسی مدتها بعد از برگشت چک توسط چیس منهتن درخواست شده بود. بهرحال این قبیل ظهرنویسی توسط گیرنده چک به معنی صرف نظر کردن از این سؤال که صاحب ذینفع وجه چک چه کسی است، محسوب نمی‌گردد.

دیوان داوری خاطرنشان می‌سازد که خوانده بجز ابراز سوء ظن هیچ گونه مدرکی در تأیید دفاعیه خود ارائه نداد. ظاهراً شرکتهای متعلق به خانواده عالیخانی از جمله شرکتهای بوده که از طرف جمهوری اسلامی ایران مصادره شده‌اند و بنابراین گویا خوانده به اسناد دسترسی دارد.

دیوان داوری کپی مدارک زیر را در اختیار دارد:

الف. موافقتنامه مورخ ۱۰ ژانویه ۱۹۷۸ (۲۰ دی ۱۳۵۶) بین شرکت کرایش و ایسایاه جهت خرید آبجو در خارج و فروش آن در ایران. طبق این موافقتنامه سهم ایسایاه از منافع ۲۵ درصد است.

ب. موافقنامه مورخ ۲۲ ژانویه ۱۹۷۸ (۲ بهمن ماه ۱۳۵۶) که طبق آن فرکاش بعنوان نماینده ایسایاه جهت توسعه و مدیریت تجارت آبجود ایران منصوب شده است.

ج. نامه مورخ ۳ نوامبر ۱۹۷۸ (۱۲ آبان ماه ۱۳۵۷) عالیخانی که طبق آن شخص اخیر به ایسایاه اطلاع داده که سهم وی از منافع تا پایان اکتبر (۹ آبان ماه) ۳۸۰,۰۰۰ دلار است.

د. نامه مورخ ۱۸ دسامبر ۱۹۷۸ (۲۷ آذر ماه ۱۳۵۷) ایسایاه به عالیخانی دایر بر تقاضای ارسال پول در اسرع وقت ممکنه بعد از اول سال به حساب حییم فرکاش در اسرائیل.

ه. نامه مورخ ۴ ژانویه ۱۹۷۹ (۱۴ دی ماه ۱۳۵۷) به ایسایاه که ضمن آن نامبرده به شخص اخیر اطلاع داده که چکی حاوی مبلغ سهم ایسایاه از منافع، از بانک بین المللی ایرانی خریداری شده و طبق دستورالعمل به حییم فرکاش داده شده است.

و. نامه مورخ ۴ ژانویه ۱۹۷۹ (۱۴ دی ماه ۱۳۵۷) فرکاش به ایسایاه که طی آن به وی اطلاع داده که پول را وصول کرده است و تا دریافت دستورالعمل از ایسایاه آن را در حساب خود نگاه می دارد.

این مدارک که با شهادت معتبر در جریان استماع مورد تأیید قرار گرفته است، یک دعوا بدبیه را بوجود می آورد حاکی از اینکه وجه چک متعلق به ایسایاه بوده و ادعای وی در مورد پول از تاریخ برگشت چک معتبر بوده است. با فقدان مدارک معارض، مدارک مزبور قاطع می باشد.
در مورد طرح دفاعیه براساس ممنوع بودن فروش آبجود ایران، دیوان داوری متذکر می شود که فروش آبجود در آن موقع در ایران قانونی بوده است.

راجع به تخلف ادعایی از مفاد بخشنامه بانک مرکزی در مورد ارز خارجی، دیوان داوری خاطرنشان می سازد که بانک ملت نه مدعی شده و نه اثبات کرده که بانک مرکزی به موجب بخشانمه از تأیید ارز خارجی واجب الادائی که بانک مرکزی نموده امتناع کرده است. بعلاوه خوانده در مدافعت خود توضیح داده که علت برگشت چک فقط آن بوده است که چیز منهتن بانک تسهیلات اعتباری را که قبلًا در اختیار بانک ملت قرار داده بود ناگهان لغو کرده و کوششهای بانک جهت برقراری مجدد تسهیلات

اعتباری نزد چیس منهتن بانک با ناکامی مواجه شده و نتیجتاً چک، پرداخت نگردیده است. این توضیح با این ادعا که بانک مرکزی برای کنترل ارز خارجی، مانع پرداخت در این مورد شده است، منافات دارد. به صورت مقررات ارزی ارتباطی به ادعای مربوط به دارا شدن غیرعادلانه ندارد.

بنابراین دیوان داوری معتقد است که خوانده — بانک ملت — مبلغ ۳۸۰,۰۰۰ دلار آقای ایسایاه را بنام روزنامه ۱۰ زانویه ۱۹۷۹ (۲۰ دی ماه ۱۳۵۷) ضبط کرده است و ایسایاه استحقاق دریافت غرامتی به مبلغ مذبور را دارد.

پنجم. بهره

حکم بهره یقیناً مجاز و منوط به نظر دیوان داوری است. در این مورد دلیلی در دست نیست که بانک بین المللی ایران یا جانشین آن بانک ملت، عامدآ خواهان را از دسترسی به پولش محروم کرده باشد. بر عکس مدارک نشان می دهد که بانک کوششهای بی نتیجه ای بعمل آورده است که مجددآ تسهیلات اعتباری خود نزد چیس منهتن بانک را برقرار ساخته و بدان وسیله بتواند چک را پرداخت نماید. با توجه به اوضاع و احوال خاص این پرونده، دیوان داوری از دادن حکم به بهره امتناع می کند.

هزینه ها

هریک از طرفین مسئول پرداخت هزینه های داوری مربوط به خود می باشد.

حکم

حکم دیوان داوری به شرح زیر است:

خوانده — بانک ملت — متعهد است که مبلغ ۳۸۰,۰۰۰ دلار آمریکا به خواهان — بنجامین آر. ایسایاه — پردازد. این تعهد باید از حساب تأمینی که طبق بند ۷ بیانیه مورخ ۱۹ زانویه ۱۹۸۱ (۲۹ دی ماه ۱۳۵۹) دولت دموکراتیک و مردمی الجزایر افتتاح گردیده است، پرداخت شود.

هریک از طرفین این ادعا هزینه های داوری مربوط به خود را تقبل
خواهد کرد.

بدین وسیله این حکم جهت اطلاع به کارگزار امانی به ریاست دیوان
داوری تسلیم می گردد.

لامه،

مروخ ۳۰ مارس ۱۹۸۳ برابر با ۱۰ فروردین ماه ۱۳۶۲



بی بربل

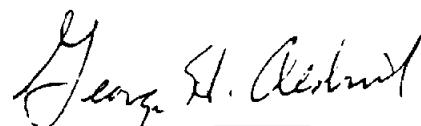
رئیس شعبه دو

به نام خدا

قرطا پنجم سرتاسر



شفیع شفیعی



جورج ا. ج. آ. لدریج

۱. مواضع اساسی خواهان در رابطه با صلاحیت دیوان

— خواهان در دادخواست خود که به تاریخ ۱۰/۲۱/۱۳۶۰ تسلیم دیوان کرده بحثی راجع به صلاحیت دیوان ننموده بلکه خود را مالک و دارنده چک معروفی و درخواست رسیدگی کرده است.

— خواهان در یادداشتی که تحت عنوان «اطلاعات تکمیلی در تأیید ادعا و پاسخگوئی به لایحه دفاعیه خوانده» در تاریخ ۱۳۶۱/۵/۴ ثبت کرده نسبت به مسئله مختلف فيه صلاحیت دادگاه صراحتاً بحثی ننموده است. فقط با پیوست نمودن مکاتبات شخصی با افراد معین، سعی کرده دادگاه را قانع سازد که وجه چک متعلق به وی بوده است.

نهایتاً خواهان در یادداشت جلسه استماع که در تاریخ ۱۳۶۱/۱۰/۲ به ثبت رسانده اعلام داشته که حق اقامه دعوا را دارد؛ چون آقای فرکاش — دارنده چک — نماینده او بوده است. و سپس این بحث را

با مطالب مربوط به تئوری دارا شدن غیرعادلانه که برای اولین بار مطرح کرده، توأم نموده است. این بحث بهم آمیخته چهار صفحه‌ای با این جمله پایان می‌یابد:

«از آنجائی که دارائی مدعی علیه بنحو غیرعادلانه و به ضرر مدعی اضافه شده است، لذا مدعی علیه مسؤول استرداد [آن] به مدعی می‌باشد».

۲. مواضع اساسی خوانده در عدم صلاحیت دیوان

— خوانده اعلام نموده که وجه چک وسیله یک ایرانی برای ارسال به بانک اسرائیل و در وجه آقای فرکاش تبعه اسرائیل به بانک بین المللی ایران داده شده و بانک مذکور چک را در وجه آقای فرکاش تبعه اسرائیل صادر کرده است که در بانک اسرائیل پرداخت گردد.

— باور خوانده این بود که آقای ایسایاه خواهان آمریکائی نیز ابتدائاً همین اعتقاد را داشته است؛ چون به موجب یک ورقه بدون تاریخ و جداگانه، اصل و وجه چک را از آقای فرکاش خریداری نموده است. آنچه که مطابق اسناد موجود در پرونده محرز و غیرقابل تردید است، تعلق چک و وجه آن به آقای فرکاش تبعه اسرائیل است.

— خوانده اعلام کرده است در صورتیکه وجه چک متعلق به خواهان بوده چه لزومی داشته است که خواهان به موجب سند عادی پیوست دادخواست، اصل چک و وجه آن را از آقای فرکاش دارنده واقعی چک انتقال بگیرد؟

— خوانده اعلام نموده است اولاً در لایحه‌ای که برای جلسه رسیدگی نهائی تقدیم می‌شود، خیلی دیر است که خواهان بتواند بكلی پایه و اساس ادعای خود را تغییر دهد؛ یعنی بجای مطالبه وجه چک به استناد اصل چک و ورقه برگشته چک، درخواست رسیدگی به استناد تئوری دارا شدن غیرعادلانه را بنماید و اصل چک را نمیده بگیرد. ثانیاً استناد به تئوری

دارا شدن غیرعادلانه وقتی مجاز است که راه دیگری برای احفاظ حق وجود نداشته باشد. خواهان با استناد به اصل چک و اقداماتی که منجر به برگشت چک شده و ورقه عادی انتقال اصل چک و وجه آن بخود، درهای تئوری دارا شدن غیرعادلانه را بروی خود بسته است. ثالثاً موضوع تئوری دارا شدن غیرعادلانه به ماهیت دعوی مربوط می‌شود نه به صلاحیت دادگاه.

پس از بیان مواضع طرفین، اکنون به بررسی و تجزیه تحلیل رأی صادره می‌پردازیم.

۳. نقابی دروغین بر چهره حقیقت (ورود تبعه اسرائیل به دیوان با نقاب تبعه آمریکا)

اینک در ورای این حقیقت محرز و مسلم که وجه چک متعلق به فرکاش تبعه اسرائیل بوده (به متن چک و نامی که روی چک نوشته شده است مراجعه شود)، ببینیم که دادگاه چه توجیهی برای اینکه فرکاش اسرائیلی را بجای ایساiah آمریکائی بنشاند، داشته است؟ دادگاه تحت عنوان «واقعیات و اظهارات» در رأی چنین می‌گوید:

«... در معامله‌ای که چک بابت آن صادر گردیده، «رابط» وی [ایساiah] بوده است و نامبرده نسخه‌های کپی چک و یک فقره «ظہرنویسی مجزا از سند قابل انتقال»^۱ بدون تاریخ را که گویا در تاریخ ۹ نوامبر ۱۹۷۹ (۱۸ آبان ماه ۱۳۵۸) تهیه شده، پیوست نمود...»

در رابطه با بیان فوق این نکته قابل توجه است که چرا دادگاه عنوان «واقعیات» را از «اظهارات» تفکیک ننموده است؟ بعلاوه، اینکه دادگاه تحت این عنوان می‌گوید «رابط وی بوده است»، آیا این

۱. منظور سند انتقال چک می‌باشد که به نظر دادگاه در واقع نوعی ظہرنویسی چک است که روی ورقه جدا و نه در ظهر چک — نوشته شده است.

یک بیان واقع است که دادگاه به آن رسیده، یا اینکه نقل یکی از اظهارات خواهان است؟ اگریک واقع است که دادگاه به آن رسیده، چرا دلیل رسیدن به این واقع ذکر نشده است؟ و اگریکی از اظهارات خواهان است، چرا در بخش واقعیات ذکر شده است؟ در حالیکه می دانیم همیشه واقعیات، مدار حکم دادگاه را تشکیل می دهنند. راستی دادگاه به کدام واقع و بر طبق چه شواهد و دلایلی رسیده است؟ آیا دادگاه این جمله را که در متن چک نوشته شده «چک در وجه فرکاش و در اسرائیل پرداخت شود»، به صورت «در وجه ایسایاه تبعه آمریکا پرداخت گردد» قرائت نموده است؟ معلوم است که دادگاه به «واقع» دست نیافته و شاید از همین رهگذر نیز بوده که عنوان «واقعیات و اظهارات» را با هم در آمیخته است تا بیاناتش جنبه چندگانگی پیدا نماید.

جالب است که دادگاه در بیان فوق برای ورقه بدون تاریخ خواهان نیز تاریخی مطابق با ۹ نوامبر ۱۹۷۹ در نظر گرفته که معلوم نیست این بیان برچه اساسی استوار است. با اینکه خواهان، خود نخواسته و یا نتوانسته است تاریخی ذیل ورقه تسلیمی خود به دادگاه بگذارد، چطور شده که دادگاه با جمله مبهم «... گویا در تاریخ ...» آنهم تحت عنوان بیان واقعیات، به فکر تعیین تاریخی برای ورقه خواهان بوده است؟

در جای دیگر تحت همین عنوان دادگاه می گوید: «ایسایاه بعداً در باره معامله ای که منجر به صدور چک شده بود توضیح داد و اسناد و شهادتname ای تسلیم نمود...». و سپس به استناد همین بیان نتیجه می گیرد که وجه چک صادر شده در وجه فرکاش متعلق به ایسایاه بوده است.

شهود چه کسانی و اسناد از چه قبیل بودند؟ شهود، آقایان فرکاش و مسعود عالیخانی بودند که به حکایت اسناد و مدارکی که منتبه به آنان بوده و وسیله خواهان به دادگاه تسلیم گردیده، ذینفع بودن آنان در دعوی یک واقعیت مسلم است. لذا مطابق اصول مسلم قضائی اظهارات آنان از هرسنخی که باشد، نمی تواند منطقاً مثبت ادعا و پایه و اساس اصلی صدور رأی باشد. آقای فرکاش از همان ابتدا با امضای ورقه انتقال چک،

ذینفع بودن خود در ایجاد صلاحیت برای این دیوان را به اثبات رسانده بود؛
چرا که در غیر این صورت می‌باشد شخصاً با ارائه چک به مقامات
قضائی صالح، به تعقیب دعوای خود پردازد. اینکه شاهد باشیست تمام
حقایق را بگوید وغیر از حقیقت چیزی نگوید، در مورد افراد ذینفع در دعوی
هم صادق است. محاکم و دیوانهای داوری که خود پایه گذار و حافظ
اصول قضائی هستند، نبایستی در کاربرد عملی این اصول و موازن تا این
حد ایجاد شک و تردید نمایند. شهود چشم و گوش سازمانهای قضائی
هستند و مراجع قضائی در حل معضلات حقوقی و بهنگام تنگهاها از
اظهارات شهود که مفروض است بدون شایه ایراد می‌گردد، استفاده
می‌نمایند. ولی در این پرونده بطوریکه اسناد و مدارک کتبی و متن
دادخواست خواهان حکایت دارد، چکی از طرف بانک بین‌المللی ایران در
تهران و در وجه فرکاش اسرائیلی و قابل پرداخت در تل آویو صادر شده و
بعداً این چک به موجب سند عادی بدون تاریخ به ایسایاه انتقال یافته
است؛ در حالیکه شهود در جلسه دادگاه عکس این مطلب را بیان داشتند^۲ و
اظهارات کتبی خود را فراموش نمودند.

آیا این همان شهادتی است که اصل معروف «تمام حقیقت را گفتن و
چیزی غیر از حقیقت نگفتن» در آن رعایت شده است؟ اسناد و مدارک کتبی و
کلیه شواهد و امارات منعکس در پرونده، خلاف این را نشان می‌دهند و
قاعدتاً نیز دیوان نبایستی برای چنین شهادتهاشی وزنی قائل می‌شد. دیوان
در ارزیابی نهائی دعوی باشیستی به مندرجات صریح متن چک و متن سند
عادی دایر به انتقال وجه چک، توجه می‌نمود نه به اظهارات تلقینی و
شفاهی افراد ذینفع در دعوی، آنهم هنگامی که این اظهارات با اسناد و
مدارک مستند دعوی مباینت دارد. وظیفه منگین دادرس و داور در تمیز
حق از باطل است، که انجام آن موکول به تشخیص راه و روش صحیح و
عادلانه ارزیابی دلایل می‌باشد. فرض جامعه این است که دادرسان و داوران

۲. شهود در جلسه دیوان اظهار داشتند: وجه چک مورد اختلاف، متعلق به ایسایاه آمریکانی بوده است.

و جدان بیدار جامعه هستند و لذا برآنان فرض است که پاسدار حرمت اصول و موازین حقوقی باشند.

۴. تلاشی کوتاه، نافرجام و گمراه کننده

دادگاه در قسمت سوم بحث صلاحیت چنین می‌گوید:

«تنها مسئله مشکلی که درمورد صلاحیت مطرح می‌گردد استمرار تابعیت در رابطه با ادعا است».

و سپس نتیجه می‌گیرد که خواهان از این حیث با مشکلی معلوم و لایحل مواجه است؛ چون موقعی که چک برگشت شده، وی صاحب چک نبوده است. و آنگاه چنین ادامه می‌دهد:

«... دیوان حاضر جهت رسیدگی به ادعای ایسایاه بابت خود چک، بعنوان اینکه وی حسب الادعا درموقع خود^۳ دارنده چک بوده است، صلاحیت ندارد».

وقتیکه شخص این جملات را می‌خواند ابتدا گمان می‌کند که دادگاه خود را صالح به رسیدگی ندانسته است؛ ولی چند سطر پائین تر با تعبیری شگفت‌انگیز مواجه می‌شود و متوجه می‌گردد که دیوان مغلوب و مجدوب تئوری دارا شدن غیرعادلانه در غیرما وضع له شده است. چرا تلاش دادگاه کوتاه، نافرجام و گمراه کننده است؟ کوتاه و نافرجام بدین سبب است که به ابعاد دفاع خوانده توجیه نشده است. خوانده صحبت از استقرار و استمرار دعوی داشته است؛ ولی دادگاه فقط به استمرار توجه کرده و از همین مقدار توجه خود نیز نتیجه‌ای منطقی نگرفته و دنباله مطلب را رها ساخته و به دام پرفربیب تئوری دارا شدن غیرعادلانه اسیر آمده است. و از این جهت گمراه کننده است که خوانده صریحاً بارها و بارها تأکید نموده که دیوان داوری یک دادگاه خاص است که برای رسیدگی به ادعای اتباع

۳. holder in due course. متن فارسی رأی که به امضای داوران رسیده همان است که در متن آمده، ولی عبارت مذکور به معنای دارنده با حسن نیت است.

ایرانی و آمریکائی بوجود آمده و آقای فرکاش، دارنده و ذینفع چک مورد بحث، یک اسرائیلی است، و در همین جا خوانده تأکید کرده که در اثر صدور و برگشت چک اصولاً هیچ حقی برای ایسایاه آمریکائی بوجود نیامده است؛ لذا دیوان داوری ایران و آمریکا که یک مرجع اختصاصی است، صلاحیت رسیدگی به دعوی را ندارد. حال این مسئله مطرح است که چرا دادگاه استدلال خود را نه از «استقرار» که از «استمرار» آغاز نموده است؟ دادگاه گرچه ناخودآگاه در لحظه‌ای از ظرف زمان قبول کرده که دارنده چک، فرکاش بوده و لذا عملاً از خود سلب صلاحیت نموده، ولی بلافاصله در دام عبارت دara شدن غیرعادلانه اسیر آمده و استقرار را نیز فراموش کرده است.

اینکه چرا دادگاه از استقرار حق اقامه دعوی شروع نکرده در رأی بلا جواب مانده است. بطور کلی و در این پرونده بویژه استقرار حق از استمرار آن مهمتر و مقدم بر آن می‌باشد و خوانده به استناد همین خلا، مکرر در مکرر اعلام نموده است که خواهان، فقط حق مراجعه به این دادگاه را ندارد. ولی دادگاه بجای توجه به استقرار حق اقامه دعوی، از استمرار آن صحبت نموده است. این همان جنبه گمراه کننده قضیه می‌باشد. وقتیکه خواهان، آمریکائی است ولی دارنده و ذینفع واقعی و اولیه دعوی، اسرائیلی، مسلم است که حق اقامه دعوی برای ایسایاه آمریکائی بوجود نیامده که استقرار یا استمراری داشته باشد. در واقع دادگاه می‌گوید که چند برگ کاغذ شخصی و اظهارات تلفنی دونفر که هریک به نوعی در دعوی ذینفع بوده اند و مؤدای شهادت آنها نیز بخوبی نمایانگر این مطلب بوده و هست، بیش از اصل چک که سند اصلی و مورد قبول طرفین می‌باشد، ارزش و اعتبار دارد! این است که می‌گوئیم دادگاه در استدلال خود گمراه بوده است.

۵. چاره‌اندیشی بدون سبب برای خواهان

دادگاه پس از توجه نافرجم به عدم استمرار دعوی و اعلام عملی عدم صلاحیت خود بشرخی که گذشت فقط در روی کاغذ، بلا فاصله طی چند سطر که باور کردنی هم به نظر نمی‌رسد، برای موجه جلوه دادن دعوای خواهان چاره‌اندیشی می‌کند و چنین می‌گوید:

«بدهیهی است که ایساiah می‌توانست دعوائی علیه شرکت کرایش به موجب معامله اصلی، یعنی سهام وی از منافع حاصله از خرید و فروش آبجو، اقامه نماید. برفرض اگر بتوان اثبات نمود که شرکت مزبور در تاریخ ۱۹ ژانویه ۱۹۸۱ (۲۹ دی ۱۳۵۹) تحت کنترل دولت ایران بوده است، دیوان داوری جهت رسیدگی به چنان دعوائی صلاحیت می‌داشت. اما ایساiah چنین ادعائی ندارد...».

دادگاه مهمترین سند مورد استناد طرفین یعنی عین چک و بودن اسم آقای فرکاش بر روی آن را مورد تجزیه و تحلیل قرار نداده و معلوم نکرده است که بر طبق چه دلیل و حتی قرینه‌ای، بودن نام فرکاش را در روی چک و اینکه چک فقط در وجه وی صادر شده، ندیده می‌گیرد و چطور در مورد مطلبی که به اعتقاد خودش حتی مورد درخواست طرفین نبوده است، به تجزیه و تحلیل می‌پردازد؛ آنهم به این صورت که «... شرکت مذکور در تاریخ ۱۹ ژانویه تحت کنترل دولت ایران بوده است...». حتی معلوم نیست که دولت ایران از وجود چنین شرکتی اطلاع دارد یا خیر، تا چه رسد به مسئله کنترل این شرکت!

۶. دارا شدن غیرعادلانه

دادگاه پس از اینکه به چاره‌اندیشی بدون سبب خود خاتمه می‌دهد، بلا فاصله وارد بحث در مهمترین و حساسترین نقطه نظرات خود می‌گردد و استدلال ماهوی خود را که پایه و اساس صدور حکم برآن مبتنی است، تحت همان عنوان قبلی یعنی صلاحیت، مطرح می‌سازد و طوری

وانمود می کند که این بحث اصلاً مهم و سازنده نیست؛ چون زحمت اینکه حتی یک عنوان فرعی و یا شماره فرعی به آن بدهد را نیز برخود هموار نمی نماید و حال آنکه برای مطالب بسیار جزئی، عناوین مشخص در نظر گرفته است. باری دادگاه با این عبارات که فقط به ماهیت قضیه مربوط می شود، موضوع صلاحیت خود را حل نموده است:

«استدلال ایسایاه این است که اقامه دعوای وی مبتنی بر دارا شدن غیرعادلانه بانک است. زیرا وجوهی به بانک داده شده که وی صاحب ذینفع آن وجود بوده و بانک جهت بهره برداری خود و به زیان وی وجوده مزبور را نگاه داشته است».

یک سؤال ابتدائی و بسیار ساده این است که آیا تئوری دارا شدن غیرعادلانه به ماهیت دعوای مربوط می شود، یا به صلاحیت دادگاه؟ آیا برفرض که دارایی بانک به زیان آقای فرکاش اسرائیلی افزایش یافته باشد، این امر دیوان داوری را برای رسیدگی به دعوای یک تبعه اسرائیلی علیه یک بانک ایرانی، صالح می گرداند؟ اصولاً چرا دادگاه موضوع تئوری دارا شدن غیرعادلانه را بجای اینکه در بخش مربوط بخود یعنی قسمت چهارم و «ماهیت دعوای» مطرح سازد، آن را در بخش راجع به صلاحیت مطرح نموده است؟ پاسخ از نظر ما ساده و روشن است: چون دادگاه با ملحوظ داشتن عدم استمرار دعوای، منطقاً می بایست اعتقاد به عدم صلاحیت پیدا نموده و بدنبال همین اعتقاد و مستمر نبودن دعوای برطبق بند ۲ ماده ۷ بیانیه حل و فصل^۴ می بایستی رأی به عدم صلاحیت دادگاه صادر می کرد و در صورتیکه دادگاه همینجا به موضوع عدم استقرار حق اقامه دعوای برای خواهان آمریکائی بجای تبعه اسرائیلی نیز کمترین توجهی می نمود، دیگر جای هیچ شک و شبھه ای باقی نمی ماند که دادگاه بطور قطع و یقین می بایستی به استناد بند ۱ ماده ۷ بیانیه حل و فصل^۵ ناظر به بند ۲ همان

۴ و ۵. ماده ۷ بیانیه حل و فصل:
«بمنظور اجرای این قرارداد:

۱. «تبعه» ایران و یا ایالات متحده بین معنی است:
(الف) شخص حقیقی که شهروند ایران و یا ایالات متحده می باشد.

ماده، قرار عدم صلاحیت صادر می نمود تا دادگاهی که مطابق قانون صالح است، تئوری دارا شدن غیرعادلانه را مورد امعان نظر قرار دهد.^۶

در اینجا بایستی توجه شود در صورتیکه دیوان، وجهه پرداخت شده به بانک بین‌المللی ایران را از بابت خرید چک بانکی مورد اختلاف، متعلق به ایسایاه فرض نموده باشد، در واقع این فرض خلاف محتویات دادخواست و اظهارات صریح خواهان در دادخواست و اسناد و مدارک کتبی تقدیم شده از طرف خواهان و متن چک مورد اختلاف است (به بندهای ۳ و ۴ فوق مراجعه فرمائید) ولذا می توان صریحاً اعلام داشت که چنین فرضی (فرض تعلق وجهه به ایسایاه) پایه و اساس حقوقی ندارد.

بهرحال دادگاه با پیمودن راه ناصواب و طرح تئوری دارا شدن غیرعادلانه در بخش مربوط به صلاحیت، از مسیر صحیح و اصولی یک دادرسی منطقی و منطبق با موازین قضائی خارج می شود و خود را از جهت

→
(ب) شرکت و یا شخص حقوقی دیگری که طبق قوانین ایران و یا ایالات متحده و یا هریک از ایالات و نواحی آن، ناحیه کلمبیا و یا مشترک المنافع پرتوریکو تشکیل یافته باشد؛ مشروط براینکه اشخاص حقیقی تبعه آن کشور مجتمعماً بصورت مستقیم و یا غیرمستقیم در چنین شرکت یا شخصیت حقوقی سهمی معادل ۵۰ درصد و یا بیشتر از سرمایه آن را داشته باشند.

۲. «ادعاهاي اتباع» ایران و یا ایالات متحده برحسب مورد عبارت است از ادعاهایی که از تاریخ بوجود آمدن ادعا تاریخ رسیت یافته این بیانیه مستمرآ در اختیار اتباع آن کشور بوده‌اند، شامل ادعاهایی که بطور غیرمستقیم، از طریق مالکیت سرمایه و یا سایر علایق مالی — در مورد اشخاص حقوقی — در مالکیت این اشخاص بوده‌اند؛ مشروط براینکه منانع مالکیت چنین اتباعی، مجتمعاً در زمان اقامه ادعا برای کنترل شرکت یا شخص حقوقی دیگر در حد لازم بوده و علاوه بر آن مشروط براینکه شرکت و یا شخص حقوقی، خود در چهار چوب این بیانیه حق اقامه دعوی نداشته باشد.

ادعاهايی که به هیئت داوری ارجاع می شود، از تاریخ طرح ادعا نزد هیئت داوری، خارج از صلاحیت قضائی دادگاههای ایران و ایالات متحده یا هر دادگاه دیگر خواهد بود.

۳. «ایران» یعنی دولت ایران و یا هر نوع سازمان سیاسی فرعی ایران و هر نوع مؤسسه، واحد و تشکیلاتی که بوسیله دولت ایران و یا سازمانهای سیاسی فرعی آن کنترل می شود.

۴. «ایالات متحده» یعنی دولت ایالات متحده و یا هر نوع سازمان سیاسی فرعی ایالات متحده و هر نوع مؤسسه، واحد و تشکیلاتی که بوسیله دولت ایالات متحده و یا سازمانهای سیاسی فرعی آن کنترل می شود.«

۶. دعوای میتی بر تئوری دارا شدن غیرعادلانه بطوریکه کم و بیش در کلیه میستمهای حقوقی بخصوص حقوق انگلیس و آمریکا به رسیت شناخته شده یک دعوای فرعی است و با موجود بودن سایر جهات اقامه دعوی، استناد به این اصل جائز نیست. بررسی این اصل نیازمند مجال دیگری است.

رسیدگی به دعاوی ناشی از تئوری مذکور، صالح اعلام می کند و با نگاشتن جمله‌ای بشرح زیر، مهمترین بخش قضیه مطروحه را به ساده‌ترین وجهی حل می نماید، و سپس برای موجه جلوه دادن رأی، طی مباحث طولانی وزائد در چندین صفحه به تئوری دارا شدن غیرعادلانه برمی گردد.
آن جمله این است:

«... دیوان داوری براین عقیده است که جهت رسیدگی به ادعای ناشی از دارا شدن غیرعادلانه صلاحیت دارد».

دادگاه مسئله صلاحیت خود را با تکیه بر اصلی که هیچ ارتباطی با موضوع صلاحیت ندارد، بلکه امری ماهوی است، حل کرده و تقریباً حکم قضیه را صادر نموده است. مباحث طولانی بعدی در رأی زائد است، زیرا خواننده خود قبول و تکرار نموده بود که پول را دریافت داشته و ذمه او بدھکار است. مباحث طولانی رأی برای رسیدن بهمین نتیجه است! این است که می توان گفت دادگاه به نوعی انحراف از دادرسی منطبق با موازین قضائی دچار شده است.

کوتاه سخن آنکه در مورد جمله فوق که دادگاه در خصوص احراز صلاحیت خود نوشته این ملاحظات درخور توجه است:

الف. احراز صلاحیت دیوان برای رسیدگی (یا جهت رسیدگی)
به دعوای دارا شدن غیرعادلانه، فی نفسه موجب صلاحیت دیوان در مانحن فيه نمی شود و وصف تبعه آمریکائی به فرکاش اسرائیلی نمی دهد. خواهان قبل از اینکه کوچکترین بخشی راجع به سایر مباحث مطروحه بشود، بایستی ابتدائاً و مقدم بر هر موضوعی، اهلیت قانونی اقامه دعوا را مطابق بندهای ۱ و ۲ ماده ۷ بیانیه حل و فصل به اثبات برساند. (به پانویس ۴ و ۵ مراجعه کنید)

ب. خواهان طی دادخواست تقدیمی که در کلیه نظامهای حقوقی دنیا اساس کار و مهمترین سندی است که به دادگاه تقدیم می شود، هیچ

اشاره‌ای به دارا شدن غیرعادلانه ننموده است؛ بر عکس با ابراز سند انتقال چک به خود، صراحتاً اعلام داشته که چک مربوط به فرکاش اسرائیلی را خریداری کرده و به خود انتقال داده است.

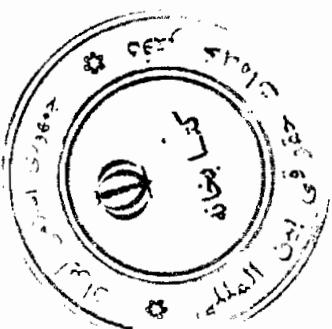
پ. خواننده هیچگاه منکر طلب دارنده چک نبوده و همیشه در حد توانائی خود سعی داشته که وجه چک را پرداخت کند و بهمین دلیل بوده که بهره، مورد حکم واقع نشده است، و از طرفی همیشه معادله طلب دارنده چک، وجود نقد در حساب مر بوطه وجود داشته و نگهداری می‌شده و چک مذکور با رعایت مقررات قانونی، قابل پرداخت بوده و خواهان نیز همواره می‌توانسته است با مراجعه به مراجع قانونی ذیصلاح، پول خود را وصول نماید. لذا در ماهیت دعوی نیز تئوری دارا شدن غیرعادلانه در اینجا قابل استناد نبوده است.

ت. اصولاً دعواهی تحت عنوان دارا شدن غیرعادلانه در موعد مقرر مطرح نشده است که دادگاه خود را صالح به رسیدگی به این دعوی بداند.

ث. مهمتر از همه اینکه چگونه تئوری دارا شدن غیرعادلانه باعث صلاحیت یک دیوان غیرصالح می‌شود؟ مثلاً آگر یک تبعه بلژیکی با یک تبعه هلندی فرضاً در کاربرد تئوری دارا شدن غیرعادلانه اختلاف پیدا کنند، چگونه می‌توان گفت که دادگاه آمریکائی صلاحیت رسیدگی به موضوع را پیدا می‌نماید؟ آیا اینکه یک دانشمند آمریکائی نظر جالبی در رابطه با مسائل تئوری دارا شدن غیرعادلانه ابراز داشته، منطقی است که بگوئیم پس دادگاه آمریکائی صلاحیت پیدا نموده است؟

در صورتیکه بفرض، دارایی فرکاش اسرائیلی، یعنی دارنده و ذینفع واقعی چک مورد اختلاف، به سود بانک ایرانی تقلیل یافته باشد (که اینطور نشده است)، این امر چطور مقررات بیانیه حل و فصل را عوض می‌کند و به دیوان داوری ایران و آمریکا صلاحیت رسیدگی به ادعای تبعه اسرائیل را می‌بخشد؟

تئوری دارا شدن غیرعادلانه فقط به ماهیت دعوی مربوط می شود نه به صلاحیت دادگاه و متأسفانه معلوم و مشخص نیست که چرا دادگاه با استفاده از این تئوری، هم موضوع صلاحیت خود را حل نموده است و هم ماهیت دعوی را. گرچه اگر این رأی درباره ماهیت دعوی از یک مرجع صالح (فی المثل محاکم ایران یا آمریکا) به استناد تئوری دارا شدن غیرعادلانه صادر شده بود، به تعبیری بسیار ضعیف و نادر و غیراصولی قابل اغماض بود؛ زیرا با بازبودن سایر ابواب اقامه دعوی از جمله وجود رابطه قراردادی، باب تئوری دارا شدن غیرعادلانه مسدود است. ولی این رأی در مورد احراز صلاحیت دادگاه بهیچ وجه و طبق هیچ اصلی قابل توجیه نمی باشد و به گمان ما یک اشتباه بین قضائی است.



ترجمه: دکتر رضا فیوضی



دیون منفور



این مقاله توسط یکی از قضات بین‌المللی نوشته شده و توسط آقای دکتر فیوضی ترجمه گردیده است. نویسنده مقاله دارای سابقه ممتازی در محاکم بین‌المللی بوده و در آکادمی حقوق بین‌الملل لاهه نیز تدریس کرده است.

مسئله این است که بررسی کنیم معنی و مفهوم «دیون منفور» در حقوق بین الملل چیست و شرایط اعمال و آثار آن، با توجه به رویه قضائی بین المللی و رویه کشورها و نظر دکترین، برچه منوال است؟

بی فایده نیست اگر در اینجا یادآوری کنیم که از نظر تاریخی نظریه دیون منفور و نفی هرگونه انتقال آن براساس اصول اخلاقی، از ابداعات دکترین انگلوساکسون می باشد. نمونه معروف آن رد دیون سلطه جوئی بعنوان دیون منفور، در مورد دیون کوبا است که در سال ۱۸۹۸ از سلطه حاکمیت اسپانیا آزاد گردید و با پاپشاری ایالات متحده آمریکا از بعده گرفتن این دیون معاف شد.

معذالک نباید تصور کرد که دکترین و رویه کشورهای اروپائی نسبت به دکترین انگلوساکسون عقب است. هر دوی آنها غالباً موفق شده اند در مورد دیون منفوره، یا لاقل در آنچه مربوط به دیون ایجاد شده بین اروپائیان برای عملیات جنگی است، اصل «*tobula rasa*» را اعمال

کنند؛ یعنی اصل رد و نفی هرگونه دکترین مستقر در رابطه با این گونه دیون.

دکترین شوروی در اهر دیون منفور و در مخالفت با امکان هرگونه انتقال این دیون به کشور و یا دولت جانشین، بلا فاصله در اولین سالهای پیروزی مارکسیسم – لنینیسم مشخص گردید. دکترین رسمی شوروی، لااقل در آنچه مربوط به سالهای نخست پیروزی بلشویسم می‌شود، حتی پا را از این فراتر گذارد و براین نظر بود که اصل عدم انتقال، تنها ناظر به دیون منفور نیست بلکه شامل کلیه دیون دولت قبل می‌باشد.

ولی مقدمتاً ضروری است که معلوم شود منظور از دیون منفور چیست؟ بدست دادن تعریفی از این نوع دیون کمک می‌کند که مفهوم و شرایط اجرای آنها بهتر روشن شود.

.۱

مفهوم دیون منفور

در دکترین، مفهوم دیون بطور دقیق روشن نیست و معمولاً بدون وجه تمایز، در مفاهیم زیر ذکر شده اند:

۱. دیون منفور
۲. دیون جنگی
۳. دیون سلطه جوئی
۴. دیون رژیم

لازم است یادآوری شود که این دیون، هم در کادر جانشینی کشور و هم در وضع جانشینی دولت مطرح می‌شوند و در ضمن باید به این مطلب اشاره شود که دیون رژیم عموماً (نه الزاماً) بیشتر در رابطه با جانشینی دولت مطرح می‌شود تا جانشینی کشور. در ابتداء مفهوم دیون رژیم مورد بحث قرار خواهد گرفت، سپس اشاراتی به انواع دیگر دیون خواهد شد.

الف. مفهوم دیون رژیم

بهترین نظر ابرازی در این خصوص نظر پروفسور آ.ن. ساک است. پروفسور، آگرۀ دانشکده حقوق پتروگراد بود که بعد از انقلاب ۱۹۱۷، روسیه را ترک کرد و به پاریس آمد و در آنجا به کارتدریس پرداخت.^۱ نامبرده می‌نویسد:

«اگر بک قدرت استبدادی، دینی را تعهد نماید که در راه منافع و احتیاجات کشور نبوده بلکه به منظور تقویت رژیم استبدادی و سرکوبی مردمی باشد که با آن مبارزه می‌کنند، این دین برای مردم و کشور منفور است». «چنین دینی، ملت را متعهد نمی‌کند، بلکه یک دین رژیم یا دین شخصی دیکتاتور تلقی می‌شود. نتیجاً چنین دینی با سقوط قدرت استبدادی، ساقط می‌شود».

«علت اینکه این دیون منفور، کشور را متعهد نمی‌کنند این است که با یکی از شرایط ناظر به اعتبار دیون کشور، یعنی این اصل که دین تعهد شده و وجود ناشی از آن باید در جهت منافع و احتیاجات کشور باشد، تطبیق نمی‌کنند». «دیون منفوری که با علم داین مخالف منافع ملت ایجاد شده‌اند، ملت را متعهد نمی‌کنند و اگر ملت موفق شود حکومت را واژگون کند، باستثنای مواردی که واقعاً امتیازاتی از این دیون کسب شده است، عمل طلبکار بعنوان ابراز خصوصت با آن ملت تلقی می‌شود و بنابراین باید انتظار داشته باشد ملتی که از بوغ استبداد آزاد شده است، پرداخت این دیون را که دیون شخصی حکومت هستند، بعدها گیرد».

۱. ساک Sach در چند دانشگاه اروپای غربی و یک دوره نیز در موضوع جانشینی کشور در دیون در آکادمی حقوق بین‌الملل لاهه تدریس نموده است. مراجعه شود به:

la successian aux dettes publiques d'Etat Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1928, III, P. 145-323

«حتی اگریک قدرت استبدادی توسط قدرت استبدادی دیگری که نماینده اراده ملت نیست سرنگون شود، باز هم دیون منفور، تعهدات شخصی قدرت استبدادی سرنگون شده تلقی می شوند و حکومت جدید، تعهدی نسبت به آنها ندارد».^۲

در تاریخ آمریکا سوابق متعددی در زمینه نفی دیون رژیم وجود دارد. شاید این سوابق ناظر به دیون رژیم، به معنای اخص کلمه نباشد، اما می توان در آن مشابههایی دید. گروهها و اشخاص حقوقی با تطمیع مالی، اعضای دولت را تشویق کرده بودند که مبادرت به استقراض برای وسائل و تجهیزات بنمایند؛ ولی بعضی از کشورهای آمریکائی بعد از اینکه مشاهده کردند این قرضها با عملیات صوری، منجر شده اند به افراط و تغیریط در ثروت عمومی، مانند ساختمان راه آهنها که هرگز ساخته نشدند و یا تأسیس بانکهایی که به محض ایجاد ورشکست شدند، آنها را رد کردند.^۳

تاریخ مکزیک متضمن امثله معروفی از رد دیون رژیم، توسط دولتهای جانشین که در اثر تحولات بنیانی مانند آنچه در ایران رخ داد روی کار آمدند، می باشد. در سال ۱۸۶۰ خوارز^۴ رئیس جمهور مکزیک، دولت را از پرداخت دیون Miramont ممنوع کرد؛ زیرا «قسمت بزرگی از این دیون، فقط به منظور حفظ آن غاصب در مقام خود بوده و همه آنها نیز با نرخ بهره های فاحش و بالا تعهد شده اند». ^۵ ماکسیمیلین^۶ امپراتور مکزیک که فرانسوی بود و با پشتیبانی ارتش کشور خود کوشش می کرد تاج و تخت

2. A.N. Sack: «*Les effets des transformations des Etats sur leurs dettes publiques et autres obligations financières, Traité juridique et financier*», vol. 1 *Dettes publiques*, Paris, éditions Sirey, 1927 (608 p.), P. 157 (collection «Bibliothèque des œuvres juridiques étrangères»).
3. Raymond Turner: «*Repudiation of debts by States of the Union*», *Current History*, January 1926, New York, p. 475-483; William A. Scott: «*The Repudiation of State debts*», New York, Library of economics and politic ne 2, p. 220; Gaston Jèze: «*Cours de science des finances et de législation financière française, Théorie du crédit public*, Paris, 1922, 6e éd. p. 287.
4. Juarez
5. Pomeroy: *Lectures on International Law in Time of Peace*, Boston, 1886, p. 75.
6. Maximilien

خود را از سال ۱۸۶۳ تا ۱۸۶۷ برخلاف تمایلات ملت که مقاومت مسلحانه می‌کرد حفظ کند، مبادرت به دو قرضه با شرایط بسیار گران نمود: یکی در انگلیس در سال ۱۸۶۴ و دیگری بهمان میزان در فرانسه در سال ۱۸۶۵.

برای این دو قرض پارلمان مکزیک در تاریخ ۱۸ ژوئن ۱۸۸۳ قانونی وضع کرد که به موجب آن دیون مذکور، مردود شناخته شدند؛ زیرا این دیون توسط دولتی بوجود آمده بودند «که مدعی اداره مکزیک از ۱۷ دسامبر تا ۲۴ دسامبر ۱۸۶۰ و از اول ژوئن ۱۸۶۳ تا ۲۱ ژوئن ۱۸۶۳ بود».

به این ترتیب دولتها بعده مکزیک نه تنها این دیون را نفی کردند، بلکه اصولاً وجود چنین حکومتهای را در مکزیک منکر شدند.

پروفسور گاستون ژز^۷ نیز بین دین رژیم و دین کشور قائل به تفکیک بود. از نظر او دین کشور که باید پرداخت شود دینی است که به کشور، بعنوان یک واحد سیاسی و از نظر حقوقی سازمان یافته، مربوط می‌شود. به نظر پروفسور ژز این سازمان یافتگی با مجموعه‌ای از ارائه خدمات عمومی در جهت تأمین منافع مردم، بدون درنظر گرفتن رژیم سیاسی و یا جنبه‌های ایدئولوژیکی، محقق می‌شود؛ در حالیکه دین رژیم به منظور تأمین و قوام یک سیاست شخصی ایجاد می‌گردد. با چنین استدلالی، پروفسور ژز براین عقیده است که حتی دین سلطه‌جوئی (مانند آلمانی کردن لهستان^۸) و دین جنگی از جمله دیون رژیم می‌باشد.^۹ در این زمینه پروفسور ژز می‌نویسد: «باید دیون زمان صلح را که بخصوص برای سلطه‌جوئی در سرزمینهای آزاد شده... خرج شده باشند، از زمرة دیون رژیم تلقی کرد».^{۱۰}

بنابراین از نظر پروفسور ژز دین کشور، دینی است که در زمان عادی و به منظور گردش منظم امور عمومی تعهد شده است. بر عکس، دین رژیم، دینی است که برای استقرار و استحکام و دوام رژیمی خاص ایجاد

7. Gaston Jèze

8. Germanisation

9. Gaston Jèze: «Cours de science des finances et de législation financière française», Paris, éditions Marcel Giard, 6e éd. 1922.

10. Ibid., p. 327.

شده است.

با توجه به مراتب گفته شده، پروفسور ژرژ قائل به تفکیکی می‌باشد که در نظام حقوق داخلی غیرقابل ایراد است، ولی در نظام حقوقی بین‌المللی منشاء پیچیدگی و ابهام می‌گردد؛ زیرا در حقوق بین‌الملل، دیون رژیم هم دیون کشور تلقی می‌شوند. ولی هدف و منظور ژرژ این بود که بین دیوپی که برای احتیاجات ارائه خدمات عمومی تعهد شده و باید به دولت جانشین منتقل گرددند و دیون رژیم که منفوره است و غیرقابل انتقال به دولت جانشین، وجه تمایز و تشخیصی وجود داشته باشد. بطوريکه ملاحظه می‌شود، بررسی مسئله، بیشتر از دید یک متخصص مالی بوده تا یک حقوقدان.

همان‌گونه که فوقاً توضیح داده شد موضوع دیون رژیم، هنگامی مطرح می‌شود که در داخل یک کشور تغییرات سیاسی حاصل شود بدون اینکه تغییر و یا تبدیلات ارضی صورت گیرد؛ زیرا در چنین وضعی در حقیقت در هویت اصلی و تداوم کشور مديون، تغییری حاصل نشده و همان کشور است که می‌تواند دیون تعهد شده توسط دولت قبلی را بعهده گیرد، یا از قبول آن امتناع نماید. نمونه معروف در این زمینه، دیون عمومی دولت تزاری بود که دولت انقلابی ۱۹۱۷ مقدمتاً از تقبل آنها امتناع کرد. نمونه دیگری که مربوط به عصر حاضر است رویه دولت جمهوری اسلامی ایران است که از قبول دیون رژیم شاه اکراه دارد.

ب. دیون سلطه‌جوئی

دیون سلطه‌جوئی دیوپی هستند از طرف یک کشور به منظور اینکه در سرزمینی که برآن مسلط و یا در صدد تسلط بر آن می‌باشد، نهضتهاشی شورشی و یا جنگهای آزادیبخش را سرکوبی کند، و یا اینکه پایه‌های

استعمار اقتصادی خود را تحکیم نماید. پروفسور هاید^{۱۱} آمریکائی می‌نویسد:

«اگر ثابت شود دینی واقعاً مخالف منافع سرزمین و یا ناحیه خاصی تعهد شده است، در صورت تغییر قوای حاکمه – مثلاً در اثیریک انقلاب – این سرزمین و یا ناحیه نسبت به این دین، تعهدی ندارند».^{۱۲}

بطوریکه چیزین^{۱۳} کمیسر مردم در وزارت امور خارجه شوروی در ۲۸ اکتبر ۱۹۲۱ اعلام داشت: «هیچ ملتی موظف نیست بهای زنجیرهای را که در طول قرنها به دست و پا داشت، پرداخت نماید». ^{۱۴} منظور چیزین رد دیون رژیم روسیه تزاری توسط رژیم جانشین شوروی بود.

برای رد دیون سلطه‌جوئی از طرف کشور جانشین، دکترین، متکی به سوابق تاریخی گوناگون است مانند قضیه دیون کوبا (۱۸۹۸)، دیون اسکان آلمانیها در ناحیه پنzan (۱۹۱۹)، دیون اندونزی (۱۹۴۹).

اول. قضیه دیون کوبا (۱۸۹۸)^{۱۵}

قضیه دیون کوبا بعد از خاتمه جنگ‌های اسپانیا و ایالات متحده، ضمن مذاکرات در انعقاد قرارداد ۱۰ دسامبر ۱۸۹۸ مطرح گردید. دولت آمریکا مدعی بود دیونی که اسپانیا به منظور ادامه تسلط خود بر کوبا و سرکوبی جنگ آزادیبخش در این جزیره (نهضتها شورشی سال ۱۸۶۸ و ۱۸۹۵)، تعهد کرده است، مردود و غیرقابل انتقال هستند.

11. Charles Cheney Hyde.

12. Charles Cheney Hyde: «The Negotiation of external loans with Foreign Governments», *American Journal of International Law*, octobre 1922, vol. XVIII, a0 4, p. 528. Cf aussi International Law Association, 31 st Conference, London, 1922, p. 355.

13. Tchitcherine

14. «Europe nouvelle», 6 Novembre 1921, p. 942.

15. Le Fur, chronique des faits internationaux: «B. Conséquences des annexions territoriales effectuées par les Etats-Unis», *Revue générale de droit international public*, 1899, p. 614 à 625; Ernest H. Feilchenfeld, op. cit., p. 337 à 342.

ایالات متحده مقدمتاً از این نظر دفاع می کرد که تعهدات مالی ناشی از دیون جنگی اسپانیا برخلاف اراده کوبا و رضایت ساکنان آن بوجود آمده اند. در حقیقت با کوبای مستعمره، در مورد تعهد این دیون، از طرف کشور مادر (اسپانیا) مشورت نشده است. دریادداشت آمریکا به این امر اشاره شده بود که این دیون، توسط دولت اسپانیا و منحصرآ در جهت احتیاجات خود و توسط مأموران آن دولت بوجود آمده اند و کوبا مطلقاً نقشی در این باره نداشته است.^{۱۶} بعلاوه ایالات متحده برای نظر بود که دیون مورد بحث که از طرف اسپانیا تعهد شده اند، نه تنها به نفع کوبا نبوده بلکه به منظور تأمین هزینه عملیات مخالف منافع جزیره مصرف شده اند و بنابراین کوبا تعهدی نسبت به این دیون، که اسپانیا برای تحکیم تسلط خود بر جزیره بوجود آورده است، ندارد. چنین استدلالهایی امروزه در بعضی موارد می توانند انعکاس خوبی داشته باشند، مضافاً به اینکه این دلایل از طرف خود ایالات متحده ارائه شده اند.

اسپانیا با عملیات نظامی، به منظور فتوحات مستعمراتی در دو میانیکن، متحمل مخارج سنگین مستعمراتی دیگری شده بود که حجم قروض کوبا را بین سالهای ۱۸۶۱ – ۱۸۸۰ به مقیاس زیادی بالا برد. میزان این قروض باز هم با عملیات سالهای ۱۸۶۸ و ۱۸۷۸ در سر کوبی نهضتها شورشی زیادتر شد و نتیجه آن گردید که رقم هزینه های نظامی جزیره در زمان تسلط اسپانیا، در بودجه سال ۱۸۷۶ – ۱۸۸۷ سه چهارم کلیه مخارج را تشکیل می داد. قسمتی از قروض اسپانیا در سال

۱۶. برای نظر مخالف مراجعه شود به:

Charles Rousseau: *Droit International public tome III*, PARIS, Sirey 1977. p. 45a.

«بصرف اینکه کوبا بعنوان مستعمره، در پارلمان اسپانیا نماینده داشته و این دیون نیز به تصویب پارلمان (Cortès) رسیده بود، بنابراین کوبا با این دیون رضایت داشته است». لیکن در این زمینه باید گفت کوبا که در پارلمان بطور صوری و به تعداد ناچیزی نماینده داشته طبعاً نمی توانسته است تراضی خود را بتحمومعتبر و درست اعلام کند و بعلاوه تعجب آور خواهد بود اگر قبول کنیم رضایت کوبائیها در مورد اقدامات جنگی اسپانیا علیه آزادی خود آنها اعتبار داشته است. نمایندگی کوبا در پارلمان، فقط از ظاهر سازیهای سیستم مستعمراتی بوده است.

۱۸۹۰ نیز برخلاف هدفهای اصلی تعیین شده، بیشتر صرف عملیات نظامی در سرکوبی نهضتها شورشی در جزیره گردید.

در مقابل این استدلالات آمریکا، اسپانیا پاسخ می داد که قسمت اعظم این دیون به حساب و درجهت تأمین منافع کوبا بوده و عملأ برای توسعه اقتصادی جزیره بکار رفته است. در کنفرانس صلح پاریس، اسپانیا از تقاضای خود دایر براینکه آمریکا قرض تقریباً دو میلیون فرانکی طلا را که اسپانیا از آغاز نهضت شورشی در فوریه ۱۸۹۵ تعهد کرده بود بعهده گیرد، عدول نمود.^{۱۷}

قرارداد صلح ۱۰ فوریه ۱۸۹۸ بطور غیر مستقیم، نظر ایالات متحده آمریکا را درد دیون سلطه جوئی تأیید نمود. ماده اول این قرارداد می گوید: «اسپانیا از کلیه حقوق حاکمیت و مالکیت خود در کوبا صرف نظر می کند»؛ بدون اینکه تصریح کند این انصراف به نفع چه کسی حاصل شده است. در نتیجه و با این روش آمریکا توانست بدون اینکه قروض عمومی اسپانیا را در کوبا بعده گیرد، حق تحت الحمایه داشتن خود را بر جزیره برقرار نماید. به این ترتیب کوبا و آمریکا این دیون را بعده نگرفتند و اسپانیا نیز توانست از بابت این قرض پولی دریافت کند.

در نتیجه این سابقه، دکترین، وجه تمایز بین دیون را بر اساس موضوع این دیون قرارداد، به این معنی که دیون درجهت سلطه جوئی را مردود شناخت و دیونی را قبول نمود که درجهت توسعه اقتصادی صرف شده اند.

این راه حل دکترین با مخالفت عده قلیلی از حقوقدانان از جمله فرانز دسپانیه^{۱۸} قرار گرفت. نامبرده می نویسد:

17. Le Fur, chronique citée, *Revue générale de droit international public*, 1899, p. 618 et note;
Le Temps, 23 octobre 1898.

18. Frantz Despagnet.

«گفته شده که دیون اسپانیا ناشی از مخارج انجام شده برای سرکوبی کوپائیها بوده است؛ بنابراین بعد از آزادی، نسبت به این دیون که علیه آنان بوجود آمده نه به نفعشان، تعهدی ندارند».

چنین استدلالی راه را برای هرگونه ایراد در موضوع مفید بودن مخارج انجام شده توسط کشوری که ناحیه‌ای از سرزمین او منزع شده است، باز می‌کند و راه حل‌های دلخواهانه را تشویق می‌نماید. باید در نظر داشت بخش‌های مختلف یک کشور تا موقعی که تحت یک قدرت حاکمه بهم پیوند دارند، تشکیل واحدی را می‌دهند که مسئولیت مشترک و غیرقابل تقسیم دارد. بنابراین اگر این بخشها از هم جدا شوند هر کدام از آنها به نسبتی عادلانه در این مسئولیت شریک است و این موضوع اهمیت ندارد که مخارج انجام شده از طرف دولت، به نفع بعضی از ایالات و یا سرزمینهای مستعمراتی آن بوده است یا نه. زیرا قطعاً مخارج دیگری از طرف همین دولت انجام شده که ایالت یا مستعمره مورد نظر از آن بیشتر منتفع شده است، و به این ترتیب نوعی توازن عادلانه برقرار می‌گردد. حتی اگر هزینه‌های انجام شده از طرف کشور مادر، برای سرکوبی انقلاب یک مستعمره بوده باشد — مانند ایرادی که در مورد کوبا گرفته می‌شد — باز هم راه حل همان است که ذکر شد.

اسپانیا بعنوان قدرت حاکمه قانونی بر جزیره کوبا حق داشته است تشخیص دهد که انجام چه مخارجی برای جزیره مفید است تا آن را تحت حاکمیت خود نگاه دارد و در زندگی اقتصادی و سیاسی خود شرکت دهد.¹⁹ حداقل چیزی که می‌توان گفت این است که این نظر دسپاینه امروزه اعتباری ندارد.

19. Frantz Despagnet, *Cours de droit international public*, 3e édition, Librairie Larose et Tenin, Paris, 1905, p. III.

دوم. قضیه دیون آلمان به منظور آلمانی کردن قسمتی از لهستان
(مسئله مهاجران آلمانی پُزنانی)

آلمان به منظور اسکان مهاجران آلمانی در ناحیه پُزنانی لهستان مبادرت به قرضه کرده بود. قرارداد ۲۸ ژوئن ۱۹۱۹ ورسای، لهستان را از تعهد نسبت به این دیون که به منظور تسلط آلمانیها بر لهستانیها ایجاد شده بودند، معاف کرد. بند ۲ ماده ۲۵۴ قرارداد ورسای مشعر براین بود که «آن قسمت از دیونی که کمیسیون جبران خسارات تشخیص دهد که توسط دولت آلمان و پروس در جهت اسارت لهستان بوجود آمده است، از شمول ماده ۲۵۴ خارج می باشد».

دولتهای متحده فاتح در ۱۶ ژوئن ۱۹۱۹ اعلام داشتند: «قابل قبول نیست که قرار شود لهستان بطور مستقیم یا غیر مستقیم دیونی را که به منظور تحمیل نفوذ پروس بر سرتها و حقوق مردم لهستان ایجاد شده اند،
بعهده گیرد».^۲

سوم. مسئله دیون اندونزی در سال ۱۹۴۹

در طول تشکیل میزگرد لاهه از ۲۳ اوت تا دوم نوامبر ۱۹۴۹ مسئله دیون عمومی هلند مطرح گردید. اندونزی آمادگی خود را برای قبول بعضی از این دیون تا تاریخ ۸ مارس (برای جاوه)، و ۲ آوریل ۱۹۴۲ (برای سوماترا)، اعلام داشت؛ ولی از قبل دیون دیگر که قبل از این تاریخ ایجاد شده بودند، از جمله دیون ناشی از عملیات نظامی علیه نهضت آزادیبخش ملی اندونزی امتناع نمود.

اندونزی بخصوص از قبول دیونی که در اثر عملیات نظامی برای

20. *Traité de Versailles*, partie IX, par. 7.

سرکوبی جنگجویان اندونزی در تاریخهای ۱۷ ژوئیه ۱۹۴۷ تا ۱۷ ژانویه ۱۹۴۸ و ۲۰ دسامبر ۱۹۴۸ تا اول اوت ۱۹۴۹ از طرف نیروهای هلندی بوجود آمده بودند، بسختی امتناع داشت.

در کنفرانس میز گرد لاهه و طی قرارداد ۲ نوامبر ۱۹۴۹ قرار شد اندونزی مبلغ ۴/۵ میلیارد فلورن از مجموع دیون را بعهده گیرد و ۲ میلیارد فلورن باقیمانده را هلند پرداخت کند. در حقیقت باید گفت قرارداد ۲ نوامبر ۱۹۴۹ یک توافق قراردادی بود که به موجب آن، نظریه رد دیون سلطه جوئی ظاهرًا تا حدودی مخدوش گردید؛ ولی این قرارداد، در سال ۱۹۵۶ از طرف اندونزی لغو شد و بدین ترتیب سابقه آن در رویه معمول به قبلی در این زمینه، مؤثر نگردید.^{۲۱}

پ. دیون جنگی

در تعریف دیون جنگی می‌توان فعلاً بطور موقتی گفت: «(دیون جنگی، دیونی هستند که از طرف یک کشور برای پشتیبانی از اقدامات جنگی علیه کشور دیگر ، تعهد می گردند)».

پروفسور Antonio-Sanchez Bustamante Y Sirven در تعریف دیون جنگی می گوید: «(دیونی هستند که به منظور تأمین هزینه های جنگی از طرف قدرت حاکمه سابق، در جهت مقابله با جنگهای استقلال طلبانه ایجاد شده اند...)». نامبرده در توسعه نظر خود اضافه می کند: «(گفته شده که در حقوق خصوصی امکان ندارد مخارج یک محاکمه را بعهده طرفی گذارد که دعوا را برده است. در حقوق عمومی نیز نمی توان مدعی این بود که یکی از طرفین متهم تعهداتی گردد که بطور مستقیم یا غیرمستقیم

۲۱. در رابطه با این نوع دیون باید به سابقه الجزایر نیز اشاره گردد. این کشور نیز از قبول دیون فرانسه که مربوط به دیون ناشی از عملیات نظامی در الجزایر بود، خودداری نمود.

برای جلوگیری از پیدایش و یا موجودیت او ایجاد شده است».^{۲۲} این از موارد دین جنگی است. همین مؤلف اشاره به دیون عمومی می کند که «کشور سابق قبل از جنگ استقلال، با تعهد خزانه داری خود یا ناحیه ای که بعداً به استقلال رسیده ایجاد کرده است، تا تسلط خود را بر آن سرزمین تأمین کند و یا از نیل آن سرزمین به استقلال و پیدایش کشور جدیدی جلوگیری نماید». ^{۲۳} چنین دیون نیز دیون سلطه جوئی تلقی می شوند.

پروفسور بل فاچیل^{۲۴} بنوبه خود می نویسد: «بعضیها مانند اپنهایم^{۲۵} مدعی هستند که در حالت انضمام ناشی از تصرف یک سرزمین، انتقال دیون باید حتی شامل دیونی شود که به منظور ادامه جنگی که منجر به تصرف شده است، ایجاد گردیده اند»؛ ولی بیشتر مؤلفان چنین دیونی را قابل انتقال نمی دانند. به حال مشکل است کشور فاتح را ملزم نمود تا دیونی را که دولت شکست خورده و واگذار کننده یک ناحیه، برای هزینه های جنگی با او متعهد شده است، تعهده گیرد. بنابراین دیون جنگی مشمول ضوابط خاصی می باشد و نظر مؤلفانی مانند لارنس ژو و سنتلیک^{۲۶} نیز بر همین منوال است. دیون زمان صلح هم که بخصوص برای سلطه جوئی بر سرزمین آزاد شده تعهد شده اند، از جمله دیونی هستند که مانند دیون جنگی، کشور آزادیبخش را متعهد نمی کنند.^{۲۷}

اقوال ذکر شده از حقوقدانان فوق الذکر به این منظور بود تا بطور کلی معنی و مفهوم دین جنگی و دین سلطه جوئی روشن شود. این دیون از جمله دیون منفورند و می توان گفت که اصولاً این دیون مخالف مصالح عالیه

22. Bustamante y Sirven, Antonio-Sanchez, «Droit international public», traduction française par Paul Goulé, 5 tomes, 1934-1939, Paris, Sirey, tome 3, p. 293 et 294.

.۲۹۴. همان کتاب، ص

24. Paul Fauchille

25. Oppenheim

26. Lawrence Jèze & Westlake.

27. Paul Fauchille, «Traité de droit international public», 8e édition du «Manuel de droit international public» de Henry Bongila, tome premier Paris, Rousseau, 1922, p. 352.

و دائمی کشور جانشین هستند.

اگر به تأثیفات حقوقی قرن گذشته مراجعه شود ملاحظه می‌گردد که از نظر ذکر سوابق ناظر به دیون جنگی، بسیار غنی هستند و نظر عامه مؤلفان برایین است که دیونی که کشور سابق به منظور تأمین هزینه‌های جنگی تعهد کرده است، قابل انتقال به کشور لاحق نیستند؛ زیرا قابل تصور نبود ملتی که با مقاومت پیروزمندانه از یوغ تسلط و حاکمیت سیاسی کشور و یا رژیم دیگری آزاد شده است، نسبت به دیونی متوجه باشد که از طرف کشور سابق به منظور ادامه تسلط و جنگ با او بوجود آمده‌اند. رویه دولتها نیز بسیار زود چنین راه حل منطقی و عادلانه‌ای را پذیرفت.^{۲۸}

۲

شرایط اعمال مفهوم دین منفور

الف. راه حصول به تعریف دین منفور

بطور خلاصه برای اینکه تعریف دین منفور و مفهوم آن روشن شود، باید دو نکته مهم مدنظر قرار گیرند:

۲۸. برای اطلاعات و جزئیات بیشتر مراجعه شود به:

«Neuvième rapport sur la succession aux dettes d'Etat» Doc. A/CN. 4/301-13 Avril 1977-Annuaire de la Commission du droit International 1977, vol. II 1re partie para. 142 à 156.

همچنین به مدارک دیگر مانند:

- 1- E. Feilchenfeld: «State succession and public debts New York 1971, McMillan Co.
- 2- L'article de H. Cahn «The responsibility of the successor state for war debts», A.J.I, vol. 44-1950, p. 477-487.

اول. از دیدگاه کشور و یا رژیم جانشین، دین منفور دینی است که از طرف کشور سابق در جهت اجرای مقاصدی مخالف با مصالح عالیه و دائمی ملت یا ناحیه مورد نظر، تعهد شده است.

دوم. از دیدگاه جامعه بین المللی، دین منفور دینی است که در جهت اجرای مقاصدی مخالف حقوق بین الملل معاصر و بخصوص اصول حقوق بین الملل مندرج در منشور ملل متحده، تعهد شده است.

اول. وجود استفراضی که برخلاف مصالح عالیه ملت مصرف شده‌اند.

لازم است مصالح و منافعی که در اثر دیون منفور لطمہ خورده است، از جمله «مصالح عالیه» یک ملت باشد؛ زیرا طبیعی است که اگر خوب بررسی کنیم بهر حال اقدامات سیاسی و اجتماعی کشور سابق، متضمن مشکلاتی برای کشور جانشین می‌باشد و اگر دینی در انجام این اقدامات سیاسی و اجتماعی تعهد شده باشد، نمی‌توان مدعی شد که قطعاً منفور است مگر آنکه این دین به مصالح عالیه ملت لطمہ شدید زده باشد. باید در نظر داشت که این وجه تشخیص، ممکن است متضمن عواملی که منجر به قضاوت شخصی می‌شوند، باشد که باید آنها را مهار کرد و چگونگی آن بعداً بیان خواهد شد.

دوم. این دیون تعهداتی هستند که به منظور هدفهایی که در حقوق بین الملل نامشروعند، ایجاد شده‌اند.

یکی از مصادیق و مواردی که مشکلی ایجادنمی‌کند، مربوط به دینی است که وجود آن به منظور نقض تعهدات یک قرارداد، مصرف شده است. ولی اشکال مسئله در جای دیگری است. مسئله دیون منفور در جانشینی کشور و یا دولت، در اصطلاح معاصر موازین و مبانی اخلاق حقوقی، باید از یک طرف در رابطه با حقوق بشر و حق ملتها در استقلال و خودمختاری، و از طرف دیگر در رابطه با نامشروع بودن توسل به جنگ مطرح گردد.

مثلاً اگر رژیم سابق برای خرید سلاح، متعهد به دینی شده و این سلاح برای کشتار جمعی، شکنجه و یا اعمال تبعیض نژادی و پایمالی حقوق بشر بکار رفته باشد، دولت جانشین چنین دینی را باید منفور تلقی کند گرچه ملت آن مستقیماً از اعمال چنین سیاستی متضرر نشده باشد. اصولاً دولت جانشین نباید سهمی از دینی را که برای خرید چنین سلاحهای ایجاد شده است، بعده گیرد.

بهمین ترتیب اگر رژیم سابق، دیونی را متعهد شده باشد و با منابع مالی آن مبادرت به اعمال سیاست سلطه جویانه ببریک ملت، یا بطور کلی اجرای سیاستی مخالف اصل خود مختاری ملل کرده باشد، از دید جامعه بین المللی چنین دیونی منفور می باشند و رژیمی که جانشین رژیم سلطه جو می شود، گرچه مستقیماً از این بابت متضرر نشده باشد، معذالتک نباید در تقسیم بندي دیون عمومی رژیم سابق، سهمی از این نوع دیون را بعده گیرد. بطريق اولی این نظر، در مواردی که رژیم جانشین، خودش هم از چنین سیاستی متضرر شده باشد، نیز صادق است.

بهمین ترتیب مسئله دیون منفور در حقوق بین الملل معاصر، در رابطه با مشروعیت توسل به جنگ نیز مطرح می گردد، به این معنا که دیونی که از طرف یک کشور به منظور آغاز یک جنگ تهاجمی تعهد شده اند، آشکارا از جمله دیون منفور هستند.

ب . جستجوی ضوابطی عینی جهت شناخت دیون منفور

عملکرد و برداشت زمامداران کشورهای مختلف و حتی زمامداران یک کشور با هم متفاوت است و این تفاوت ممکن است گاهی بنیانی باشد.

دکترینهای اقتصادی و اجتماعی که دولتها از آنها الهام می گیرند، صور گوناگونی دارند و گاهی اوقات و در ازمنه مختلف حتی در

داخل یک کشور با هم ضد و نقیض می‌باشد. اما یکی از تکالیف حقوق، جستجو و تأمین «امنیت حقوقی» است. بنابراین قابل قبول نمی‌باشد که در هیچ برده‌ای از زمان، تجزیه و تحلیل و قضاویت نسبت به سیاست یک رژیم براساس برداشت‌های ذهنی، منجر به نفی آثار مالی این سیاست از طرف رژیم جانشین گردد. کاملاً روشن است که چنین نفی و محکومیتی جز در موارد استثنائی که حقوق بین الملل در صدد است در مورد آنها ضوابطی مقرر بدارد، قابل اعمال نیست. بخصوص در مورد دیون منفور باید هر چه بیشتر به ضوابط عینی که تنها ضوابط برای جلوگیری از قضاوتهای صرفاً سیاسی و خودسرانه می‌باشد، متولّ گردید.

اول. نادرست بودن دین، غیرقانونی بودن منبع تعهد

یکی از شرایط اصلی این است که دین مورد نظر، قانونی باشد. طبیعی است اگر دین غیرقانونی باشد، تعهدات مالی ناشی از آن نیز اصولاً باطل است. بنابراین ضروری است که مقدمتاً اطمینان حاصل شود منبع تعهد مالی، قانونی است. اگر دینی مخالف اصول حقوق بین الملل باشد، نباید منتظر تغییر رژیم شد تا این دین، منفور تلقی گردد؛ زیرا در حقیقت، چنین دینی به مجردی که تعهد شده و از آغاز، باطل بوده است.

این موضوع ناظر است به دیونی که کشوری به منظور آغاز جنگ تجاوزی و یا برای پایمال کردن حق خود مختاری ملل در تعیین سرنوشت خود و یا نقض حقوق بشر، تعهد می‌نماید. چنین دیونی نامشروع بوده و از ابتدا باطل می‌باشد مضافاً به اینکه در زمینه اخلاقی نیز این دیون، منفور هستند.

اگر در فوق دیونی که جهت آنها منطبق با اصول حقوق بین الملل، بخصوص اصول مندرج در منشور سازمان ملل نیست منفور تلقی شده‌اند، ناشی از توجه بیشتر و معطوف به اصول مندرج در بند ششم مقدمه قرارداد

وین راجع به حقوق قراردادها بوده است. اصول مندرج در بند ۶ به این شرح است:

«اصول ناظر به تساوی ملتها و حق آنان در تعیین سرنوشت خود؛ اصل تساوی حاکمیت و استقلال همه کشورها؛ اصل عدم مداخله در امور داخلی کشورها و همچنین اصول ممنوعیت تهدید و یا توسل به زور؛ احترام به حقوق بشر و آزادیهای اساسی برای همگان».

دوم. غیرقانونی بودن دولت یا رژیمی که دینی را تعهد کرده است

نه تنها دین باید قانونی باشد، بلکه دولتی که آن را تعهد کرده است نیز می‌بایستی با توجه به قانون اساسی، غاصب تلقی نشود. قبل اشاره به کشور مکزیک گردید که نه تنها دیون منفور را رد نمود، بلکه اصولاً وجود حاکمیت غاصبی را که این دیون را تعهد کرده بود، منکر شد؛ به این معنا که این اشخاص اصولاً هیچ وقت حق اداره مکزیک را نداشته‌اند.^{۲۹}

البته مکزیک تنها موردی نیست که می‌توان ذکر نمود؛ منتهی به منظور جلوگیری از اطالة کلام، از ذکر نمونه‌های دیگری که بهمان اندازه سابقه مکزیک معنادار هستند، خودداری شد.

در این خصوص می‌توان به سابقه لهستان اشاره کرد که بعد از جنگ اول جهانی، براساس اصل استقرار حاکمیت خود، کلیه اعمال حقوقی کشورها و دولتهای سابق را یکجا و به این عنوان که هرگز بر لهستان حکومت نکرده‌اند، مردود شاخت.

پیلسودسکی^{۳۰} رئیس جمهور لهستان در سال ۱۹۱۸ از زندان آلمان در ماغدبورگ^{۳۱} خارج شد. او لین اقدام سیاسی او اعلام «تجدید حیات» لهستان با کلیه آثار حقوقی ناشی از استقرار مجدد این کشور بود. ثنزال

۲۹. مراجعت شود به ابتدای این نوشته.

30. Pilsudsky
31. Magdeburg

پیلسودسکی تأکید کرد که لهستان جانشین کشورهایی که خاک آن را تجزیه کردند نیست، بلکه استقرار مجدد این کشور ناشی از حق حاکمیت آن می باشد. به این ترتیب پیلسودسکی کلیه دیون رژیمهای قبلی و یا کشورهایی را که سرزمین او را اشغال و یا قسمتهایی از آن را منزع کرده بودند، نفی نمود.

سوم. مغایرت دیون منفور با مصالح عالیه و دائمی ملت

اطلاق وصف منفور به یک دین، تا حد زیادی ناشی از این است که این نوع دیون با اصل مصالح عالیه ملت و یا نظم عمومی جامعه مغایرت دارند. تشخیص مصالح و منافع یک ملت، امری سیاسی و ایدئولوژیکی است و قضاوت در آن لامحاله شخصی می شود؛ بهمین لحاظ منظور ما مصالح عالیه دائمی وحیاتی است، نه مصالح زودگذر و ناشی از اوضاع و احوال. مصالح عالیه یک ملت می تواند ماهیت سیاسی، اقتصادی یا فرهنگی داشته باشد. بعبارت دیگر این مصالح عالیه، همان گرینشهای بزرگ یک جامعه است که موافقت و تراضی اراده مردم در مورد آنها را به آسانی می توان تشخیص داد.

چهارم. علم طلبکاران به منفور بودن جهت قرضه

ضابطه چهارم به نظر ما تا حدودی تردیدآمیز است. پروفسور ساک این شرط را با عنوان « مجرمیت شخصی طلبکاران »³² مطرح می نماید. مسلم است اگر طلبکاران بنحوی در اعمال رژیم سابق شرکت داشته باشند، اگر هم با آن رژیم مسئولیت مشترک پیدا نکنند، لااقل وطیعتاً باید نتیجه مخاطرات حادثه جوئی خود را تحمل کنند. ولی در مواردی که طلبکاران از واقعیت امر، بخصوص « در جهت و منظور » از قرضه، فقط

32. A.N. Sack: «Les effets des transformations des Etats sur leurs dettes publiques et autres obligations financières. Traité juridique et financier», op. cit., p. 170.

اطلاعاتی مبهم یا غیرمستقیم داشته باشند، تکلیف چیست؟ مسئله پیچیده است و بدون تردید مربوط می‌شود به اوضاع و احوال. شاید ضروری باشد بین دیون، براساس منظور و هدف از مصرف آنها از یک طرف و اینکه طلبکاران، اشخاص خصوصی «صاحب سهم» در شرکت‌های چندملیتی هستند یا یک دولت از طرف دیگر، قائل به تفکیک شد. در صورتیکه طلبکار، یک مؤسسه عمومی باشد یا یک دولت خارجی، بعيد به نظر می‌رسد از هدف و منظور از قرضی که به یک رژیم مستبد داده‌اند آگاهی نداشته باشد. معذالک به نظر ما نمی‌توان در مورد این شرط چهارم یک نتیجه گیری قطعی بدست داد.

نتیجه:

معمولًاً از دیدگاه رژیم جدید، رژیم سابق کشور خود را زیر سلطه یک قدرت خارجی قرار داده و بنابراین دیونی که تعهد کرده بود، بایستی در پرتو معیارهای سلطه جوئی این قدرت خارجی مشخص شوند. رژیم جدید به این ترتیب مضر بودن کلیه تعهدات سابق را که در جهت تأمین این منظور بوده و بایستی بعنوان دیون «سلطه جوئی» تلقی کرد، اعلام می‌کند.

ولی صرف اعلام یک دولت به اینکه دیون رژیم سابق منفور بوده‌اند، کافی نیست که بطور قهری^{۳۳} و در زمینه حقوقی نیز این دیون، منفور بشوند و آثار خود را بدنبال داشته باشند. بدون تردید تشخیص و قضاوت «شخصی»، برای اینکه رژیم جدید از تعهد این دیون معاف گردد، کافی نیست. برای این کار باید دلایل عینی ارائه گردد که این دیون به مصلحت کشور نبوده و حتی مضر بوده‌اند.

در این زمینه حقوقدان آمریکائی چارلز کنی هاید بنحوروشن ومدلل، اصلی را توصیف می‌کند که نه تنها در مورد دیون منفور، بلکه در مورد دیگر

دیون نیز معتبر و صادق است؛ به این معنا که «تعهد قوای حاکمه جدید نسبت به قبول قسمتی از دیون رژیم سابق باید در رابطه با منافع حاصل از وجود استقراضی رژیم سابق باشد. بطريق اولی اگر کشوری از این قروض سود نبرده بلکه متضرر نیز شده باشد، طبیعی است که باید از پرداخت آنها معاف باشد».

تجیه این امر وارائه ادله درباره آن که معمولاً بهده رژیم جانشین است، با تسلی به همه وسائل و طرق امکان دارد. ولی بطوریکه دیده شد برای اینکه معلوم شود دینی منفور می باشد، ضوابط عینی وجود دارند که نگارنده در این مورد چهار نوع آن را تشخیص داده است.

یکی از معیارها، در رابطه با نقض اصل «مصالح عالیه ملت» می باشد. ولی باید توجه داشت تشخیص این «مصالح عالیه» باید براساس قضاوتهای شخصی و اختصاصی دولتی که قدرت را در دست دارد، باشد. رژیمها در هر کشوری که باشند، عقیده و مفهوم خاصی در مورد «مصالح عالیه» کشور خود دارند. در جهان، هیچ رژیمی وجود نداشته و ندارد و احتمالاً نخواهد داشت که اعلام و یا قبول کند که برخلاف مصالح عالیه ملت خود کار کرده است. بر عکس حتی رژیم یک حاکم مستبد و خونخوار نیز براین اعتقاد است که در جهت مصالح عالیه کشور خود عمل می کند.

بنابراین «قضاؤت» و تشخیص یک رژیم از کار خود کاملاً شخصی است. ولی موقعیکه موضوع قضاؤت و تشخیص یک رژیم از رژیم سابق مطرح باشد، گرچه «عامل شخصی» کاملاً از بین نمی رود، ولی دامنه آن محدود است؛ زیرا قضاؤت و تشخیص اعمال یک رژیم براساس نتایج قابل لمس و محسوس، استوار است. این عمل را ممکن است در مورد نتایج سیاسی، اجتماعی، مالی، اقتصادی، نظامی و فرهنگی سالهای داره کشور توسط رژیم قبلی انجام داد.

از آنچه گفته شد نکات زیر باید ملحوظ نظر قرار گیرند:

الف. در تشخیص اعمال یک رژیم نباید فقط مصالح عالیه را در نظر گرفت؛ زیرا در این مورد، هر رژیمی با توجه به جهات سیاسی و ایدئولوژیکی خود، نوعی ارزیابی شخصی دارد. بلکه باید مصالح عالیه و دانشی ملت را منظور داشت که موفق همه رژیمها است.

ب. هدف نباید این باشد که رژیمی منحصرآ متکی به ارزیابی خود باشد؛ بلکه باید نتایج معین حاصل از اقدامات رژیمی را که جانشین آن شده است، مبنای ارزیابی قرار دهد.

ج. گذشته از این ممکن است تشخیص نتایج اعمال رژیم قبلی، با تقاضای رژیم جدید، تحت نظارت یک سازمان بین المللی صورت گیرد.

د. در مورد دیونی که در جهات مخالف حقوق بین الملل و اصول مندرج در منشور سازمان ملل تعهد شده‌اند، آشکارا امکان تشخیص و قضاؤت، بدون اینکه عامل شخصی در آن دخالت داشته باشد، آسانتر است. فقط باید ثابت کرد که وام، درجهت نقض اصل مشخص و کاملاً معینی از حقوق بین الملل مصرف شده است که اقامه دلیل در این مورد با رژیم جدید می‌باشد.

تهیه و تنظیم:
حسن غلامی



قاعدۃ
استمرار تابعیت
در دعاوی بین المللی



طرح کلی مسئله

اصولاً افراد نمی‌توانند علیه دولتها در دادگاههای بین‌المللی اقامه دعوای کنند بهمین لحاظ و از آنجائی که اصل براین است که هر فردی تبعه دولتی باشد، این دولت متبع افراد است که دعاوی آنها را از جانب خود و از باب حمایت دیپلماتیک، اقامه می‌کند. در خصوص اینکه طبیعت رابطه دولت با تبعه در چنین حمایتی چیست، بحث فراوان است. برخی قائلند که دولت به نمایندگی ووکالت از جانب تبعه، دعوا را اقامه می‌کند، که نظر مقبولی نیست و در انتیتی حقوق بین‌الملل در کمبریج (۱۹۳۱) و اسلو (۱۹۳۲) مورد بحث قرار گرفت و رد شد.

وائل در این مورد می‌گوید: «داشتن رفتاری خلاف قاعده با تبعه، در حقیقت داشتن آن رفتار با دولت متبع او است. حاکمیتی که بدین صورت مورد تجاوز قرار گرفته است، باید اقدام تلافی جویانه‌ای در قبال آن عمل داشته باشد و در صورت امکان، متجاوز را به جبران خسارت و ادارد و او را متنبه سازد؛ چون در غیر این صورت، تبعه (زیان دیده) از یکی از

ثمرات زیستن در جامعه متمدن که همانا حمایت سیاسی باشد، بی بهره خواهد ماند».^۱

دیوان دائمی بین المللی دادگستری در مورد حمایت سیاسی از تبعه می گوید: یکی از حقوق دولت، حق تضمین رعایت حقوق بین الملل نسبت به اتباعش می باشد و با حمایت سیاسی از ادعای اتباع خود و توصل به اقدامات سیاسی یا رسیدگیهای قضائی در صحنۀ بین الملل، چنین امری را محقق می نماید. پس در حقیقت با چنین اقدامی از حق خود دفاع می کند و نتیجه اینکه وقتی دعواهی توسط دولتی مورد حمایت سیاسی قرار گرفت، دیگر مسئله‌ای فردی نیست و به یک دعوای بین المللی تبدیل می شود.^۲

در خصوص اینکه دولت چه وقت باید اقدام به حمایت سیاسی بکند، دیوان دائمی بین المللی دادگستری در نظر دیگری می گوید: «... حمایت بین المللی از حقوق و منافع افرادی که تجاوز به آنها، باعث ورود زیان شده است».^۳ اما نظر دیوان بین المللی دادگستری اندکی متفاوت است و می گوید: حمایت سیاسی حالتی است که «دولتی از کسانی که اتباع او می باشند و حقوق آنها ضمن تجاوز به حقوق بین الملل نادیده انگاشته شده است»، پشتیبانی نماید.^۴ در این خصوص که چه کسانی اعضای جامعه ملل هستند و حق حمایت سیاسی دارند، بحثهای زیادی انجام شد تا اینکه دیوان بین المللی دادگستری در قضیۀ مربوط به جبران خدمات وارده به کسانی که در خدمت سازمان ملل هستند، مقرر داشت: سازمان ملل از اعضای این جامعه است و حقوق و تکالیف ناشی از حقوق بین الملل را واجد می باشد.^۵ مطابق نظر این دیوان، سایر سازمانهای بین المللی نیز واجد شخصیت حقوقی بین المللی هستند. اما طرف دیگر

1. Vattel, *The Law of Nations*, 1916, p. 136.

2. P.P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 12.

3. P.C.I.J., Series A/17, pp. 27-8.

4. I.C.J. Reports, 1959, p. 27.

5. I.C.J. Reports, 1949, pp. 181-182.

رابطه در حمایت سیاسی، فرد است و دولتها نمی‌توانند از دعواهای هر کسی در عرصه بین‌الملل حمایت سیاسی کنند جز اتباع خودشان. بروونی می‌گوید: «اگر دولت خواهان قادر به اثبات تابعیت ادعا نباشد، دعوی رد می‌شود، زیرا نفع مشروعی در آن قضیه ندارد».⁶ البته استثنائاتی برای اصل وجود دارد؛ مثلاً در مورد افراد فاقد تابعیت. ولی مطابق اصل، ضروری ترین شرط برای حمایت دیپلماتیک، وجود رابطه تابعیت است. سوالی که در این رابطه مطرح می‌شود این است که آیا اشخاصی که می‌توانند از حمایت سیاسی دولت بهره‌ور گرددند، فقط اشخاص حقیقی هستند یا این قاعده، فراگیر اشخاص حقوقی نیز هست؟

شخصیت حقوقی شرکتها از دیر باز شناخته شده است، ولی تا قرون اخیر این اشخاص مانند اشخاص حقیقی نمی‌توانستند مورد حمایت سیاسی قرار گیرند؛ زیرا تا قرن نوزدهم، شرکتها جز در موارد استثنائی و بعنوان نماینده دولت (کمپانی هند شرقی)، از محدوده ملی فراتر نرفته بودند. ضرورت فعالیت اقتصادی اشخاص حقوقی کشورهای صنعتی و منافع آنها ایجاب کرد که شرکتها در عرصه بین‌المللی هم حقوق بیشتری برای خود کسب کنند. قائل شدن تابعیت برای شرکتها پدیده‌ای است مربوط به دو قرن نوزدهم و بیستم.⁷ برای کسب چنین تابعیتی، در قوانین داخلی هریک از کشورها مقرراتی پیش‌بینی شده است که شرکت باید مطابق آن مقررات به ثبت برسد.

در سالهای بعد از جنگ جهانی دوم، در آمریکا برای تشخیص و تعیین قابلیت حمایت سیاسی از دعواهای یک شرکت، اضافه بر شرط اصلی ثبت آن شرکت در آمریکا و مطابق مقررات آن کشور، یک شرط ثانوی هم قائل بودند و آن تعلق حداقل ۲۰٪ از سهام یا سرمایه شرکت به اتباع

6. Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Third edition, p. 481.

7. Mervyn Jones. «Claims on behalf of Nationals who are shareholders in foreign companies» *British Year Book of International Law.*, 1949, p. 226.

آمریکائی بود.^۸ این درصد، در موافقتنامه‌های آمریکا با کشورهای دیگر متفاوت بود. در موافقتنامه حل و فصل دعاوی ایالات متحده – یوگسلاوی همین ۲۰٪ پیش‌بینی شده، ولی در موافقتنامه ایالات متحده – لهستان (۱۹۶۰) و ایالات متحده – رومانی (۱۹۶۰) به ۵۰٪ افزایش یافته است.

تابعیت شرکت، ارتباطی به تابعیت سهامداران آن ندارد. شرکت، تابعیت کشوری را دارد که مطابق مقررات آن به ثبت رسیده است. بکت می‌گوید: از نظر من کاملاً مبرهن است که تابعیت شرکتها در حقوق بین‌الملل، ربطی به تابعیت سهامداران آنها ندارد و مربوط به کشوری است که شرکت، مطابق مقررات داخلی آن تشکیل یافته است.^۹

نتیجه رأی بارسلونا تراکشن^{۱۰} این است که کشور متبع سهامداران، حق حمایت سیاسی از آنها را ندارد و تابعیت شخص حقوقی است که موجد حمایت از جانب دولت متبع او است.

حال بدنبال بحث اجمالی در خصوص دولت حمایت کننده و تبعه، این سؤال مطرح است که رابطه تابعیت از چه تاریخی و تا چه زمانی باید موجود باشد تا موجد حق حمایت سیاسی گردد؟ در این مورد، قاعدة مشخص و ثابتی وجود ندارد و بین علمای حقوق و میان نظرات و آرای دادگاهها اختلاف وجود دارد که در صفحات آتی به بررسی آن می‌پردازیم.

.۱

سابقه تاریخی

برای پی بردن به اینکه قاعدة استمرار تابعیت از کجا نشأت گرفت

8. Konrad Ginther, «Nationality of Corporations» *Österreichische Zeitschrift für Öffentliches Recht*, 1966, pp. 56-7 and *International Law Reports* vol. 20. 1953, p. 228.
9. Beckett. «Diplomatic Claims in respect of Injuries to companies, 1932, Cited in *The International and Comparative Law Quarterly* vol. 13, 1964, p. 908.
10. Barcelona Traction Case. I.C.J.R. 1970.

و نیز یافتن منشاء آن، باید به بررسی مراحل تکوین مراجع قضائی بین المللی پرداخت. در قرن نوزدهم یک دادگاه بین المللی که بتوان دعاوی و اختلافات را به آن ارجاع نمود، وجود نداشت. اگر اختلافی بود و طرق سیاسی حل آن به نتیجه نمی رسید، طرفین اختلاف ناچار به داوری روی می آوردند.

در سال ۱۸۵۲ یک انگلیسی در فلورانس مورد حمله قرار گرفت و دولت انگلیس را وارد یک مجادله طولانی با دولت توسکانی^{۱۱} نمود و سرانجام با پرداخت مبلغی به انگلیس، قضیه فیصله یافت. وزارت خارجه انگلیس در طول مجادله سیاسی، به نمایندگان محلی توصیه کرده بود که بعنوان آخرین راه حل، مصدوم می تواند دعوی را به داوری ارجاع نماید. ولی مشکل این بود که برای چنین امور جزئی دادگاه داوری تشکیل نمی شد. اما با جمع شدن چند ادعای مشابه که عدم حل و فصل آنها روابط سیاسی را تیره و قضیه را بغرنج می کرد، کمیسیونهای مشترک حل و فصل دعاوی می توانست تشکیل شود آنهم بدنیال امضای یک موافقنامه بین المللی. چنین توافقی، برای حل و فصل دعاوی اتباع کشورها بود و تبعه برای کسب حمایت دولت، ناچار از اثبات تابعیت خود در زمان اقامه دعوی می بود. در مواردی، اثبات تابعیت در زمان امضای معاهده یا موافقنامه، کافی بود (فی المثل در موافقنامه های مربوط به حل و فصل یکجای دعاوی)^{۱۲}؛ اما در بیشتر موارد اثبات استمرار تابعیت در زمان اقامه دعوی، ضروری بحساب آمده و در مواردی نیز ادامه تابعیت خواهان را حتی در زمان صدور حکم لازم دانسته اند.

مسلماً سابقه تاریخی این قاعده بسیار مبسوط و مشرح است؛ ولی بجهت حفظ تناسب با اصل مطلب، به این اندک اکتفا می شود.

۱۱. دولتی وابسته به ایتالیا بود.

12. Lump sum agreements.

قاعده استمرار تابعیت

رویه قضائی

با اینکه پیش از هر چیز باید از این مطلب سخن گفت که آیا قاعده استمرار تابعیت، یک قاعده عرفی بین المللی هست یا خیر، ولی بلحاظ اینکه به قول شارل روسو وحدت نظر در این خصوص وجود ندارد، نخست به ذکر رویه قضائی می‌پردازیم تا از خلال آرای صادره مشخص شود که تا په حد و به چه صورت مراجع بین المللی، این قاعده را لازم الرعایه دانسته‌اند. اصولاً دو شرط را برای اعتبار استمرار تابعیت لازم می‌شمارند: نخست اینکه در زمان ورود زیان یا ضرری که منشاء ادعا محسوب می‌شود، متضرر، تابعیت کشوری را که خواهان حمایت او است واجد باشد، و شرط دوم تاریخ پایانی استمرار این تابعیت است که در مورد آن اختلاف نظر وجود دارد. در رابطه با شرط داشتن تابعیت کشور حامی، باید به دعوای پاداوانو^{۱۳} اشاره کرد. در این دعوی کمیسیون دعاوی خارجی آمریکا حکم به رد دعوای داد. وی که تبعه ایتالیا و از کار خود اخراج شده بود، بعداً تابعیت آمریکائی کسب کرد (۱۹۴۵) و در سال ۱۹۴۹ علیه دولت ایتالیا و بعنوان تبعه آمریکا به استناد ماده ۴۰۳ قانون حل و فصل دعاوی بین المللی، به منظور جبران خسارات ناشی از اخراج از کار، اقامه دعوا نمود. کمیسیون، دعوای او را رد کرد و استدلال کرد که اضرار به وی زمانی واقع شده که نامبرده تبعه کشور حمایت کننده نبوده است.

در خصوص شرط تابعیت کشور حامی در زمان ورود زیان، اختلاف نظری وجود ندارد؛ ولی در مورد شرط دوم — همان طور که اشاره شد — نظرات گوناگونی ابراز شده است که عمدتاً سه نظر وجود دارد:

نخستین نظر براین است که تابعیت زیان دیده باید از زمان ورود خسارت تا زمان انعقاد موافقتنامه حل و فصل دعاوی بین دو کشور، استمرار داشته باشد. به موجب نظر دوم، استمرار تابعیت تا زمان اقامه دعوى معتبر و لازم است و حسب نظر سوم لازم است استمرار تابعیت تا زمان صدور حکم ادامه باید.

الف. استمرار تابعیت تا زمان انعقاد موافقتنامه حل و فصل دعاوی

بعد از جنگ جهانی دوم موافقتنامه های متعددی از این دست به امضا رسید بخصوص بین کشورهای نوپای سوسیالیستی و کشورهای غربی. در این زمینه می توان از موافقتنامه بریتانیا – چکسلواکی در سپتامبر ۱۹۴۹ نام برد که ضمن آن دولت چکسلواکی در قبال زیانهای واردہ ناشی از تصمیمات و اقدامات این کشور در جهت ملی کردن یا سلب مالکیت، مبلغ ۸ میلیون لیره استرلینگ به دولت انگلیس پرداخت و دولت اخیر الذکر با دریافت وجه از جانب خود و اتباعش، دولت چکسلواکی را بری الذمه شناخت. بند الف و ب ماده ۱ این موافقتنامه، اتباع و دارائیهای انگلیس را تعریف می کند. اتابع بریتانیا مطابق این ماده عبارتند از:

۱. اشخاص حقیقی و ورثه و نمایندگان آنها که در زمان امضای موافقتنامه، تبعه بریتانیا یا مستعمرات یا سرزمینهای تحت الحمایه این کشور باشند.

۲. شرکتهای تجاری یا مدنی و مؤسساتی که مطابق مقررات لازم الاجرای بریتانیا بوجود آمده یا ثبت شده اند.

ماده ۴ موافقتنامه ۱۹۴۸ بریتانیا – یوگسلاوی نیز در مقام تعریف اموال و اتباع بریتانیا مشابه ماده ۱ موافقتنامه قبلی است. در این مورد نیز استمرار تابعیت را تا زمان امضای موافقتنامه، یعنی زمانی که ذمه دولت یوگسلاوی به پرداخت غرامت مشغول می شود، لازم می شمارد.

ماده ۳ موافقتنامه ۲۲ سپتامبر ۱۹۵۵ بریتانیا – بلغارستان و نیز مواد ۳ و ۴ موافقتنامه ۲۷ ژوئن ۱۹۵۶ بریتانیا – مجارستان نیز استمرار تابعیت

را تا زمان امضای موافقتنامه لازم می شمارند. بعلاوه در برخی موافقتنامه های پرداخت یکجا، استمرار تابعیت تا زمان ثبت دادخواست در کمیسیون دعاوی خارجی، لازم شمرده شده است؛ فی المثل ماده ۱ موافقتنامه ۱۹۶۳ ایالات متحده — بلغارستان.

ب. استمرار تابعیت تا زمان اقامه دعوی

شاید بتوان گفت این نظریه از نظرات دیگر با آرای مختلف تأیید شده است. مطابق این نظر، تابعیت متضرر باید از زمان ورود زیان تا زمانی که دعوی اقامه می شود، استمرار داشته باشد. کلماتی که برای «اقامه دعوی» بکاربرده شده اند عبارتند از: این واژگان اقامه دعوی نیست، لیکن در متون و آراء بکار گرفته شده و استمرار تابعیت را تا آن زمان لازم شمرده اند. Presentation مسلمان معنی همه کلمات بکار رفته، ولی واژه مبهمن است. تا جایی که بررسی شده فقط قاضی هابر^{۱۴} است که در قضیه بن چیتون^{۱۵} می گوید از کلمه Presentation نه تنها تقديم دادخواست از طریق سیاسی مستفاد می شود، بلکه منظور، کل جریانات مربوط به حمایت دیپلماتیک دعوی است و در نتیجه، تابعیت دعوی باید تا زمان صدور حکم استمرار داشته باشد.^{۱۶}

ولی علی رغم توضیح هابر Presentation و Preferment بیشتر به مفهوم طرح دعوی و تقديم دادخواست آمده و دشوار است که از آن کل جریان دعوی تا ختم دادرسی استفاده شود.

صرف نظر از این بحث لغوی، در خصوص استمرار تابعیت تا زمان اقامه دعوی، آرای فراوانی وجود دارد که بعضاً ذکر می شود.

این قاعده در قضیه Panerezys-Saldutiskis Railway مطروحة

14. Huber

15. Benchitton

16. Annuel Digest, 1923-4, p. 189.

در دیوان دائمی بین المللی دادگستری تأیید شده است: در مرحله ابتدائی رسیدگی، دولت لیتوانی^{۱۷} نسبت به عدم توجه دولت استونی^{۱۸} به این قاعدة حقوق بین الملل که تابعیت دولت متبع نه تنها در زمان ورود زیان لازم است بلکه استمرار آن تا اقامه دعوى نیز ضروری می باشد، اعتراض می کند. دادگاه اظهار می دارد که چون رسیدگی به این امر را بدون ورود به ماهیت دعوى مقدور نمی داند، آن را بعنوان یک ایراد مقدماتی نمی پذیرد.^{۱۹}

کمیسیون بریتانیا — مکزیک در قضیه اف. دبلیو. فلک^{۲۰} می گوید:

ادعا باید براساس اضرار بر تبعه کشور حمایت کننده باشد و رابطه تابعیت باید تا زمان ثبت دعوى در کمیسیون، استمرار داشته باشد.^{۲۱}

در همین کمیسیون در قضیه دبلیو. اج. گلبدل^{۲۲} یک انگلیسی، مالک ملک زیان دیده در تاریخ اضرار بوده است؛ ولی بعداً آن را به یکی از اتباع مکزیک انتقال می دهد و کمیسیون بخاطر قطع استمرار تابعیت، دعوى را رد می کند.^{۲۳}

کمیسیون مشترک ایتالیا — مکزیک در دعوای ادگاردو تروکو^{۲۴} بدليل اینکه در فاصله ورود زیان و اقامه دعوى، خواهان تابعیت ایتالیائی خود را از دست داده و تابعیت مکزیکی کسب کرده بود، رد می شود.^{۲۵}

در قضیه هاتمن^{۲۶} کمیسیون دعاوی خارجی ایالات متحده نظر می دهد که مطابق یک اصل جا افتاده حقوق بین الملل، دعوى از زمان حدوث بعد باید مربوط به تبعه ایالات متحده باشد.^{۲۷}

17. Lithuanian government.

18. Estonian government.

19. P.C.I.J. Series A/B, No. 76, 1939, pp. 17, 22., Iv Hudson, World Court Reports (1943).

20. F. W. Flack.

21. Case of F. W. Flack, Decisions and Opinions of Commissioners, pp. 80-81.

22. W. H. Gleadell.

.۲۳. مرجع قبلی، ص ۵۵

24. Edgardo Trucco.

25. A. H. Feller, the Mexican Claims Commissions, 1923-1934, p. 96.

26. Heitmann

27. Cited in International Law Reports, vol. 26 (1958-II) p. 320.

.۲۸. همین بیان در قضیه Von Hapsburg-Lorraine تکرار می شود. مرجع قبلی، ص ۳۲۱

بهمنین منوال در قضیه بانک هانور^{۲۹} مطروحه در کمیسیون دعاوی خارجی ایالات متحده، کمیسیون دعوی را رد می کند و اظهار می دارد که مطابق یکی از اصول کلی حقوق بین الملل، ادعا از زمان ورود زیان تا وقتی که دعوی اقامه می شود باید متعلق به تبعه ایالات متحده باشد، خواه این ادعا در کشور خارجی مشخص مطرح شود یا در هر مرجع صالح دیگر.^{۳۰}

ج. استمرار تابعیت تا زمان صدور حکم

نظر سوم در خصوص شرط دوم احراز تابعیت متضرری که متقاضی حمایت دیپلماتیک دولت متابع است، این است که تابعیت مزبور باید تا زمان صدور حکم استمرار داشته باشد و استدلال می کنند که تا قبل از ختم دادرسی، دولت حمایت کننده می تواند جهت اثبات دعوی، دلایلی ارائه کند که از جانب دادگاه پذیرفته و بررسی می شود. پس دولت مزبور باید این صلاحیت را داشته باشد و بحق از جانب تبعه خود و جهت حفظ منافع او اقدام کند. در این زمینه هم آرای قابل استنادی وجود دارد؛ از جمله — همان طور که ذکر شد — قاضی هابر در قضیه بن چینون استمرار تابعیت طرفهای دعوی را از زمان حدوث دعوی تا زمان صدور حکم و یا حداقل تا پایان شور دادگاه، ضروری می شمارد.^{۳۱}

در قضیه مربوط به خانم Minnie Sterens Eschauzier مطروحه در کمیسیون دعاوی مکزیک — بریتانیا در سال ۱۹۳۱ پس از ذکر این مطلب که رعایت و در نظر گرفتن تابعیتها بعدی خواهان، پس از ثبت دعوی مقدور نیست، اظهار می دارد که بهر حال در این دعوی بلحاظ اینکه تغییر تابعیت خواهان قبل از صدور حکم، محرز و غیر قابل انکار است، امکان صدور حکم به نفع او و اجبار کشور خوانده به پرداخت غرامت به تبعه کشور ثالث، که طرف معاهده (حل و فصل دعوی) نبوده است، غیر ممکن

29. Hanover Bank.

30. Cited in **International Law Reports**, vol. 26 (1958-II) p. 335.

31. Annual Digest 1923-4, p. 189, and International Law Reports Vol. II P. 189.

می باشد.^{۳۲}

بنابراین در مواردی، حتی اگر تا زمان ثبت دعوی، تابعیت متضرر استمرار داشته و پس از آن تغییر تابعیت حاصل شده است، دعوی رد می شود؛ از جمله در قضیه گوادالوب^{۳۳} مطروحه در کمیسیون مکزیک – فرانسه، کمیسیون بدلیل اینکه خواهان پس از ثبت دعوی، تابعیت فرانسوی خود را از دست داده است، آن را رد می کند^{۳۴} و در قضیه استراب کمیسیون دعاوی خارجی ایالات متحده اظهار می دارد: ما مطلعیم که رویه در حقوق بین الملل این است که ادعا از زمان حدوث تا زمان حل و فصل باید مربوط به کسی باشد که تابعیت او استمرار داشته است.^{۳۵} در قضیه ناجرا^{۳۶} کمیسیون مشترک دعاوی مکزیک – فرانسه (۱۹۲۸) می گوید: «قاعدۀ کلی در عرف بین الملل این است که دولت می تواند از تبعۀ خود حمایت کند مشروط براینکه تبعۀ مزبور از زمان ورود زیان تا امضای معاهده حل و فصل دعاوی، و مستمرأً تا زمان اقامۀ دعوی یا حتی صدور حکم، در تابعیت دولت یاد شده باقی مانده باشد. ولی این قاعده وقتی حاکم است که طرفین قرارداد، ترتیب دیگری اتخاذ نکرده باشند».^{۳۷} دیوان عالی کشور آمریکا در قضیه «برتر» علیه «دنیز»^{۳۸} در خصوص کمیسیون دعاوی ایالات متحده – فرانسه می گوید: این مرجع رسیدگی، مجاز به رسیدگی هر دعوائی نیست مگر آن دسته از دعاوی که در زمان اقامه و صدور رأی، مربوط به اتباع یکی از دو کشور باشد. ذینفع باید در

32. M. S. Eschauzier, *Further Decisions and Opinions*, P. 177.

33. Guadalupe

34. Maria Guadalupe Case, Feller, *Mexican Claims Commission* 1923-1934 p. 97.

35. Straub

36. *International Law Reports* Vol. 20, 1953, p. 228-9.

37. Najera

38. *International Law Reports*, vol. 4, 1927-8 pp. 256-7

۳۹. همچنین در قضیه بیندر، مطروحه در کمیسیون دعاوی خارجی ایالات متحده، به قسمتی از رأی صادره از کمیسیون مشترک ایالات متحده – آلمان اشاره می کند که تابعیت آمریکانی خواهان را تا زمان صدور حکم لازم می شمارد.

International Law Reports, vol. 26 (1958-II) p. 322-3.

40. Burther v. Denise.

زمان اقامه دعوى، تابع کشور خواهان باشد، زیرا در صورت فقدان چنین تابعیتی، دولت مجاز به حمایت سیاسی نخواهد بود. اما خواهان باید چنین تابعیتی را مستمراً از زمان اقامه دعوى تا صدور حکم واجد باشد؛ زیرا در این مدت، باب رسیدگی دادگاه باز است و دلایل ارائه شده از جانب هر دو دولت را دریافت و بررسی می کند. تا چنین زمانی (یعنی زمان صدور حکم) این باب بر دولت خوانده مفتوح است تا اثبات نماید که تابعیت ذینفع تغییر یافته است و اثبات چنین امری، در صلاحیت دادگاه خلل ایجاد خواهد کرد.^{۴۱}

علاوه بر آرای قضائی، مسئله استمرار تابعیت در انتستیوی حقوق بین الملل در سالهای ۱۹۳۱-۳۲ مورد بحث قرار گرفت که بخاطر عدم وحدت نظر، به نتیجه مشخص نرسید.

کمیته تدارک کنفرانس تدوین حقوق بین الملل بر مبنای بحث بیست و هشتم خود نتیجه گیری می کند که براساس پاسخ کشورهای مختلف، هیچ دولتی نمی تواند جبران خسارات واردہ به کسی را تقاضا و دعوای او را حمایت نماید مگر آنکه آن فرد در زمان ورود زیان، تبعه آن کشور باشد و این تابعیت را تا زمان صدور حکم واجد باشد.^{۴۲}

مطلوب شایان توجه دیگر در این ارتباط آن است که قاعدة استمرار تابعیت از قواعد آمرة حقوق بین الملل نیست؛ بنابراین طرفین معاهده می توانند با توافق، از آن عدول کنند، خواه این توافق صریح باشد یا ضمنی. قضیه لاندرو^{۴۳} می تواند مثالی برای عدول ضمنی باشد (گرچه ممکن است ناشی از بی توجهی دولت پرورد رامضای پروتکل قلمداد شود)؛ بهر حال این قضیه مطابق پروتکلی بین ایالات متحده و پرورد تاریخ ۲۱ مه ۱۹۲۱ به کمیسیون داوری بین المللی ارجاع شد. نماینده پرورد استدلال کرد که در

41. 133 U.S., 514, 1890. Cited in; Hurst, «Nationality of Claim» *British Year Book of International Law* 1926. p. 18.

42. Société des Nations, conférence pour la codification du droit International Vol. III C. 75, M. 69, 1929. V.

43. Landreau

زمان حدوث ادعا (۱۸۶۵) لاندرو تبعه فرانسه بوده و بعداً تابعیت آمریکائی کسب نموده است و مطابق قاعدة تابعیت دعاوی، ایالات متحده نمی‌تواند از او حمایت کند. کمیسیون اظهار کرد که دشوار بتوان این استدلال را پذیرفت؛ زیرا دو کشور با هم پروتکلی برای داوری نسبت بهمین دعوى امضا نموده‌اند و کمیسیون فقط می‌تواند به دعوى در چهارچوب پروتکل رسیدگی کند.^{۴۴}

مثال دیگر برای این عدول ضمنی، قضیه شرکت کشتی بخاری اورینوکو^{۴۵} (۱۹۰۳) مطروحه در کمیسیون دعاوی ایالات متحده — ونزوئلا است. قضیه اجمالاً از این قرار بوده است که شرکت انگلیسی بازرگانی و کشتیرانی اورینوکو^{۴۶} ادعائی علیه دولت ونزوئلا طرح می‌کند و در سال ۱۹۰۲ این ادعا را به یک شرکت آمریکائی می‌فروشد. پس از امضای پروتکل و برقراری کمیسیون دعاوی ایالات متحده — ونزوئلا این دعوى نیز اقامه می‌شود، زیرا در ماده ۱ پروتکل آمده بود: «کلیه دعاوی اتباع آمریکا... توسط کمیسیون مشترکی مورد رسیدگی و اتخاذ تصمیم قرار خواهد گرفت». داور در این مورد نظر داد که قصد امضا کنندگان پروتکل این بوده است که حتی در موردی که زیان دیدگان مستقیم، از اتباع ایالات متحده نیستند ولی ادعا در تملک آنها است، بتوانند آن را مطرح نمایند.^{۴۷}

۳

نظر علمای حقوق

علمای حقوق اکثراً معتقدند که قاعدة استمرار تابعیت از قواعد

44. Landrea Claim, cited in; Fitzmaurice, «The Law and Procedure of the International Court of Justice: General Principles and substantive law» *British Year Book of International Law*, 1950, p. 130.

45. Orinoco Steam Ship Company.

46. Orinoco Shipping and trading Company.

47. United Nations, Report of International Oral Arbitral Awards. IX, p. 180.

جا افتاده حقوقی است و بعضاً دلایل عقلی هم برای وجود آن ذکر می‌کنند. در این بخش اجمالاً و بدون تقسیم‌بندی، نظرات مختلف در مورد اینکه استمرار تابعیت تا چه زمانی ضروری است، آورده می‌شود.

أهلی می‌گوید: فقط اصول معدودی از قواعد عرفی حقوق بین‌الملل را می‌توان جا افتاده‌تر از قاعدة «حمایت سیاسی دولتها از دعاوی اتباع‌شان» دانست... قاعدة حمایت سیاسی آنقدر اهمیت داشته و رابطه تابعیت، آنچنان مستحکم تلقی شده است که دولتها ضروری دانسته‌اند تابعیت مدعی استمرار داشته باشد. بنابراین اگرپس از حدوث ادعا حق اقامه دعوی به تبعه کشور دیگری منتقل شود، تابعیت اصلی ادعا معلق نمی‌شود، بلکه کاملاً ازین می‌رود.^{۴۸}

هارست می‌گوید: در دعاوی بین‌المللی و در خصوص حمایت سیاسی از تبعه، ذینفع باید تابعیت کشور حمایت کننده را در زمان اقامه دعوی داشته باشد، و گرنۀ دولت متبع چنین حقی را نخواهد داشت. همچنین ذینفع باید این تابعیت را تا زمان صدور حکم واحد باشد؛ زیرا دادگاه در طول رسیدگی، دلایل طرفین را که از جانب دولتهای طرف دعوی به منظور حمایت از اتباع‌شان ارائه می‌شود، قبول و بررسی می‌کند.^{۴۹}

هارست که این مقاله را در سالنامه بریتانیائی حقوق بین‌الملل نوشته است، در نتیجه گیری پایان آن، نظر خود را در این باره بطور کلی چنین ابراز می‌کند که تابعیت باید از زمان ورود زیان تا زمان صدور حکم، استمرار داشته باشد. یعنی خواهان، تبعه قبلی کشور خوانده نباشد و به موردی که خواهان در زمان ورود زیان، تبعه کشور ثالثی باشد، اشاره‌ای نمی‌نماید. او در خصوص مرگ صاحب ادعا و انتقال قهری آن به ورثه یا ثالث و یا انتقال اختیاری آن، قائل است که هر دو— یعنی اصیل و جانشین —

48. Christopher Ohly, «A Functional Analysis of Claimant Eligibility» **International Law of state responsibility for Injuries to aliens** Edited By; Lillich. pp. 281-302.

49. Cecil Hurst, «Nationality of Claims» **The British Year Book of International Law** 1926, pp. 180.

باید تبعهٔ کشور خواهان باشد، نه کشور خوانده. و در صورتیکه بعضی از منافعی که مورد ادعا است در اختیار تبعهٔ کشور خواهان باقی باشد، نسبت به آن قسمت، حمایت سیاسی را صحیح می‌داند.^{۵۰}

اوپنهایم معتقد است از زمانی که واقعهٔ زیانباری روی می‌دهد تا زمان صدور حکم، باید ادعا مستمراً در اختیار فرد یا افرادی باشد که واجد تابعیت خواهان و قادر تابعیت دولت خوانده باشند.^{۵۱}

سینکلر می‌گوید: «بنابراین مشاهده می‌شود که عملکرد امروزی بریتانیا براین روای است که خواهان باید در زمان ورود زیان و مستمراً تا زمان اقامه دعوا، انگلیسی باشد». و در جای دیگر در خصوص قاعدة استمرار تابعیت می‌گوید: از دیر باز این قاعدة جاافتاده حقوق بین‌الملل وجود داشته است که در کمیسیونهای مشترک دعوا، خواهان باید تبعهٔ کشوری باشد که از او حمایت سیاسی می‌کند و این تابعیت باید از زمان ورود زیان تا اقامه دعوا، تداوم داشته باشد... از نظر رویه قضائی این قاعدة توسط دیوان دائمی بین‌المللی دادگستری در دعوای Panereyzs Saldutiskis Railway پایه‌ریزی شده است.

وی در همان مقاله می‌گوید: بنابراین اگر در فاصله ایراد زیان و اقامه دعوا، تابعیت خواهان عوض شود و یا اگر انتقال دعوا — خواه اختیاری و خواه در نتیجه اعمال قانون — صورت بگیرد، چنانچه منتقل الیه تابعیت مشترکی با صاحب حق داشته باشد، نمی‌توان از او حمایت سیاسی نمود.^{۵۲}

بورچارد در مقاله‌ای می‌گوید: همان‌گونه که مدعی باید تابعیت دولت حمایت کننده را در زمان حدوث دعوا اثبات کند، بهمین ترتیب

۵۰. مرجع قبلی، ص ۱۸۲. نویسنده این قسمت را بصورت موادی ظاهراً پیشنهادی عرضه می‌کند و با مسکوت گذاشتن وضعیت اتباع سابق کشور ثالث، توجه نامخوانی نظرات را ایجاد می‌کند؛ ولی نظرات وی در کتابش (که بدان اشاره شده) و نیز در مؤسسه حقوق بین‌الملل سالهای ۱۹۳۱-۳۲ واصرخ است.

51. L. Oppenheim, *International Law*, Vol. I, pp. 347-8.

52. Sinclair, «Nationality of Claims: British Practice» 27 *British Year Book of International Law* 1950, 125-128.

باید واجد چنین تابعیتی در زمان عرضه کردن دعوی از طریق سیاسی و در دادگاه بین المللی نیز باشد. توجیه عقلی این قاعده به این صورت است که تبعه باید پیوستگی مستمر خود را با کشور متبعی که حمایت سیاسی او مورد تقاضا است، نشان بدهد.^{۵۳}

وی در کتاب خود این مسئله را تأیید می کند و می گوید: در شرایط عادی، صاحب ادعا باید تابعیت خود را از زمان بروز ادعا و حادث شدن آن تا زمان اقامه دعوی، مستمراً حفظ کرده باشد. بنابراین اگر در این فاصله، ادعا از دست دارنده آن خارج شود و یا او تابعیت خود را از دست بددهد، دیگر حتی در فرض بازگشت آن از طریق انتقال به کسی که تابعیت اصلی ادعا را داشته است، قابلیت حمایت سیاسی را ندارد.^{۵۴}

مور راجع به استمرار تابعیت می گوید: آرای قضائی بالاتفاق حاکی از لزوم استمرار تابعیت از تاریخ ورود زیان تا اقامه دعوی می باشد. دعواوی متعددی با این استدلال که در زمان حدوث، فاقد تابعیت کشور خواهان بوده اند، رد شده اند. و در موردی که دارنده اصلی ادعا فوت شود، دادگاه، هم تابعیت بودن وارث را با متفوی، برای قابلیت اقامه دعوی لازم می شمارد.^{۵۵}

اعتقاد هاید براین است که یک دولت نباید برای جبران خسارت کسی، از دعواوی حمایت سیاسی بکند مگر اینکه آن فرد از زمان حدوث ادعا مستمراً تا زمان تقدیم عرض حال، تبعه دولت مذکور بوده باشد.^{۵۶} بطوریکه از نظرات حقوقدانان مشخص می شود، اعتقاد اغلب آنها براین است که انتقال اختیاری یا قهری ادعا در صورتیکه منتقل الیه تابعیت مشترکی با اصیل داشته باشد، مشکلی را ایجاد نمی کند. لیکن در این مورد و در رابطه با انگلیس می گوید: لازم نیست که زیان دیده و کسی که

53. Borchard, «The Protection of citizens abroad and change of original nationality» *Yale Law Journal*, Vol. XLIII, 1933-4, pp. 377-8.

54. Borchard, *Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, 1927, p. 666.

55. Moore's International Arbitrations, Vol. 2, p. 1353.

56. C. C. Hyde, *International Law Chiffly as interpreted and applied by the U.S.* I, p. 479.

خواهانِ جبران خسارت است، فرد واحدی باشند، بلکه کافی است اثبات شود که زیان دیده انگلیسی است و وارث یا جانشین یا منتقل‌الیه نیز انگلیسی می‌باشد.^{۵۷}

جدیدترین کتابی که درباره موضوع این مقاله در آن بحثی شده، کتاب آقای برونلی (چاپ سوم) است. وی می‌گوید: قاعدة کلی به این صورت بیان شده است که از زمان ورود زیان تا زمان صدور حکم، ادعا باید بلا انقطاع متعلق به شخص یا اشخاصی باشد که: (الف) تابعیت کشور خواهان را دارند و داشته‌اند، (ب) تابعیت کشور خوانده را ندارند و نداشته‌اند. ولی از این قاعده به موجب موافقنامه‌های بین‌المللی و قوانین داخلی می‌توان عدول کرد. علت وجودی این قاعده شاید تمایل به پیشگیری افراد از انتخاب دلخواهانه دولت هرچه قوی‌تری برای حمایت باشد. در این صورت — یعنی اگر علت این باشد — نباید این قاعده در مواردی که تغییر تابعیت بصورت قهری یا الزامی پیش می‌آید، ساری باشد...

در خصوص بخش نخستین (یعنی وجود رابطهٔ تابعیت در زمان حدوث ادعا) مطلب روشن بوده و ضرورت این رابطه آشکار است. ولی در مورد قسمت دوم آن، یعنی استمرار تابعیت تا صدور رأی یا ثبت ادعا در دادگاه یا طرح آن از طرق سیاسی (در صورت عدم ثبت آن)، اکثر دولتها و نویسنده‌گان، تاریخ صدور رأی را ملاک می‌دانند و آن را تاریخ مهمی بشمار می‌آورند. ولی بهره‌حال این مورد بیشتر به مواد موافقنامه بستگی دارد.^{۵۸}

گذشته از نویسنده‌گان انگلیسی و آمریکائی، نویسنده‌گان فرانسوی نیز نظرات مشابهی دارند: دنه^{۵۹}، پله^{۶۰} و دیه^{۶۱} در کتاب حقوق بین‌الملل خود می‌گویند که خواهان باید تابعیت کشوری را که حمایت سیاسی اش

57. R. B. Lillich, «The Jurisprudence of the foreign compensation commission, Eligible Claimants» *the International and Comparative Law Quarterly* Vol. 13, p. 901-2.

58. Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* 3rd ed, pp. 480-2.

59. Dinh

60. Pellet

61. Daillier

مورد تقاضا است، واجد باشد و این تابعیت، از زمان تجاوز به حق خواهان تا زمان اقامه دعوا، باید استمرار داشته باشد. و درخصوص استمرار تابعیت تا زمان صدور حکم اظهار می دارند این قاعده که قبلاً پذیرفته شده بود، بسیار شدید بود. بهمین لحاظ پس از جنگ جهانی اول کمیسیونهای داوری، روش منعطف تری را در پیش گرفتند؛ بدین مفهوم که آن را در مواردی که تغییر تابعیت اجباری بوده است، ساری و جاری ندانستند.^{۶۲}

روتر می گوید: اگر براین منطق باشیم که مسئولیت بین المللی، در ارتباط دول با یکدیگر مطرح است، فقط در تاریخ ورود زیان به فرد است که وی باید تابعیت کشور خواهان را واجد باشد. اما اغلب آنچه در معاهدات فیما بین دول و آرای مراجع داوری آمده این است که تابعیت خواهان را از تاریخ ورود زیان تا زمان تحقق حمایت سیاسی، لازم دانسته اند.^{۶۳}

شارل روپس از بحث در این باره و آوردن آرا و نظرات مختلف، نتیجه خاصی نمی گیرد و اعتقاد دارد که دشوار بتوان از میان آرا و نظرات متفاوت، قاعده خاصی استخراج کرد، و در مورد دکترین معاصر، به جلسات مؤسسه حقوق بین الملل در سالهای ۱۹۳۱-۳۲ اشاره می کند که در این باره به نتیجه مشخصی نرسیده است.^{۶۴}

در مورد دلایل عقلی که می شود برای وجود قاعده استمرار تابعیت آورد، اضافه بر آنچه جسته گریخته در نظرات حقوق دانان ذکر شد، بورچارد می گوید: دلیل نزوم قاعده استمرار تابعیت این است که: الف) از معامله دعوا بین المللی پیشگیری شود و اتباع، به اختیار، دولت حمایت کننده خود را انتخاب نکنند، ب) از خریداری دعوا کهنه از جانب دولتها جلوگیری شود؛ چون ممکن است آن را به وسیله ای برای اعمال فشار

62. N. Q. Dinh, P. Daillier, A. Pellet, *Droit International Public*, 2e édition, Paris, 1980, p. 710.

63. Pau Reuter, *Droit international public*, pp. 239-40.

64. C- Rousseau, *Droit international public* tom, V, 1983, pp. 118-123.

سیاسی تبدیل نمایند.^{۶۵}

فیتزموریس می گوید: بهترین استدلالی که برای لزوم قاعده استمرار تابعیت می شود کرد این است که دولت خواهان مایل نیست از دعوای کسی حمایت کند که در زمان ورود زیان، تبعه او نبوده است و دولت خوانده نیز میل ندارد به کسی غرامت پردازد که دیگر تبعه کشوری نیست که قرارداد داوری را امضا کرده است... این در حقیقت احترام گذاشتن به قاعده سنّتی بیعت و وفاداری تبعه از یکسو و اعطای حمایت دولت به چنین تبعه ای از سوی دیگر می باشد.^{۶۶}

در انتهای این بخش باید اشاره کرد که عملکرد و مواضع دولتها نیز در این خصوصی متفاوت است. این مواضع و عملکردها بیشتر در اظهارات نمایندگان دول در دادرسیها، و نیز پاسخنامه های ارسالی به کمیسیون تدوین حقوق بین الملل منعکس شده است. بعنوان مثال کمیته روابط خارجی سنای آمریکا در سال ۱۹۵۵ اظهار می دارد که قاعده کلی احراز سمت اقامه کننده دعوى علیه دولت خارجی، قاعده دیرآشنای حقوق بین الملل است. یعنی اینکه ادعا از زمان حدوث تا اقامه آن باید مربوط به یک آمریکائی باشد که تابعیتش در این فاصله استمرار داشته است.^{۶۷}

لیلیک در مورد عملکرد معاصر دولت بریتانیا می گوید: این دولت، قاعده استمرار تابعیت را ضروری می شمارد و در مورد انتقال ادعا منتقل آن باید انگلیسی باشد، و گزنه دعوى رد خواهد شد و بهمین صورت ادعای منتقل شده به یک تبعه انگلیسی از جانب یک بیگانه، همین اثر را خواهد

65. Borchard, «The protection of citizens abroad and change of original nationality» *Yale Law Journal* vol. XLIII, 1933-34, pp. 378-9.

66. G. G. Fitzmaurice, «The law and procedure of the international Court of Justice», *British Year Book of International Law*, 1950, p. 130.

67. No. 1050, 84th congress. 1st Session July 20, 1955 Cited in; *International Law Reports*, vol. 26, p. 329.

همچنین در بند ۶ تقاضانامه های صادره از جانب وزارت امور خارجه آمریکا در ۱۹۱۹ مه ۱۹۳۴ که در اکتبر باز بینی شده آنده است: «دولت آمریکا از حمایت ادعاهای افرادی که از زمان حدوث دعوى تا حل و فصل آن، تبعه این کشور نبوده اند، اجتناب می ورزد».

Cited in *International Law Reports*, 1954, Vol. 21, p. 157.

او در مورد دولت بلژیک می‌گوید: اگرچه دولت بلژیک استمرار تابعیت را به مفهوم ناب آن در موافقنامه‌های خود رعایت نمی‌کند، معهداً آن را یکی از شرایط اساسی پذیرش ادعا می‌داند.^{۶۹}

نتیجه گیری

۱. برای امکان حمایت دیپلماتیک دولت از دعواهای فرد در عرصهٔ بین‌الملل، باید رابطهٔ تابعیت بین دولت و فرد وجود داشته باشد. سؤال این است که در چه زمانی باید چنین رابطه‌ای موجود باشد؟ ممکن است گفته شود تاریخ ورود خسارت، ملاک عمل است و وجود رابطهٔ تابع و متبع در آن زمان کافی است؛ لیکن با امکانات و ضروریات جامعهٔ (متعدد) امروز و ترک و کسب تابعیتها اختیاری یا قهری، پذیرفتن چنین رأیی دشوار به نظر می‌رسد و شاید این مطلب، یکی از دلایل مخالفان این عقیده باشد. دیگر اینکه ممکن است گفته شود تاریخ امضای موافقنامه حل و فصل دعوای به تنها ملاک است که این نظر هم مقبول نبوده است. آنچه پذیرفته شده استمرار تابعیت از زمان ورود زیان تا زمان امضای موافقنامه، یا اقامه دعوای و یا تاریخ صدور حکم می‌باشد. بطور خلاصه دلایلی که در این زمینه آورده شده این است که: اولاً، دولت خواهان مایل نیست از دعواهای کسی حمایت کند که از زمان زیان دیدگی، تبعه او نبوده است؛ ثانياً، دولت خوانده نیز میل ندارد به کسی غرامت بپردازد که دیگر تبعه کشوری نیست که با او قرارداد داوری به امضای رسیده است. فایده این قاعده این است که: اولاً، از معامله دعاوی بین‌المللی پیشگیری می‌کند؛ ثانياً، اتباع، به اختیار خود، دولت حمایت کننده را انتخاب نمی‌کنند تا با رفتن به زیر چتریک دولت قوی، در بی احراق حقی یا جلب منفعتی باشند؛ ثالثاً، از

68. R. B. Lillich. *International Claims: Postwar British Practice*, 1967, p. 57.

69. R. B. Lillich. *International Claims. Contemporary European Practice*, 1982, pp. 68, 94.

خریداری دعاوی کهنه که ممکن است به وسیله اعمال فشار سیاسی از جانب دولت خریدار تبدیل شود، جلوگیری می شود.
در بین علمای حقوق، اکثریت معتقد به وجود این قاعده هستند؛
لیکن پس از جنگ جهانی اول از حدت و شدت قاعده مزبور کاستند و
معتقد شدند که وقتی تغییر تابعیت بصورت اجباری رخ می دهد، باید دولت
متبع جدید، حق حمایت سیاسی از دعواه تبعه را داشته باشد.^{۷۰}

رویه قضائی هم کم و بیش این قاعده را تأیید می کند. قاضی Jessup بین المللی دادگستری، با اذعان به تشتبه آرا در خصوص تاریخ پایانی استمرار تابعیت، آن را از اصول حقوق بین الملل محسوب می دارد.^{۷۱}

۲. در خصوص اینکه استمرار تابعیت تا چه زمانی معتبر و ملاک است، بطور کلی سه نظریه وجود دارد:

الف. نظر نخستین براین است که تابعیت خواهان از زمان ورود زیان تا پایان شوردادگاه و یا صدور حکم، باید استمرار داشته باشد به این دلیل که ضمن جریان دعوی، طرفهای آن می توانند مدارک جدیدی عرضه کرده و یا دلایل طرف مقابل را رد کنند. پس اگر پس از امضای موافقتنامه یا ثبت دعوی شخص متضرر، تابعیت خود را عوض کند رابطه او با دولت طرف داوری که او را حمایت کرده است قطع می شود و دلیلی باقی نمی ماند تا دولت مذکور بر اساس آن، به حمایت خود ضمن دعوی ادامه دهد.

ب. نظر دوم مبنی بر استمرار تابعیت خواهان از تاریخ ورود زیان تا امضای موافقتنامه می باشد. این نظر هم طرفدارانی داشته و در

۷۰. البته بین مواردی که تغییر تابعیت ادعا بطور اجباری حاصل می شود (مانند فک یا منضم شدن خطه ای به کشوری)، و تغییر تابعیت ادعا در موردی که نتیجه اعمال قانون است (مانند موارد ارث که ورثة متوفی تبعه کشور دیگری باشد)، باید قائل به تفکیک شد.

71. Barcelona Traction Case, I. C. J. Reports, 1970 pp. 202-203.

مواردی در کمیسیونهای داوری بکاربسته شده است. بخصوص در موافقتنامه‌های حل و فصل یکجای دعاوی، تاریخ امضا یا لازم‌الاجرا شدن موافقتنامه، تاریخ پایان استمرار تابعیت بحساب آمده است. موافقتنامه‌هائی از این دست، پس از جنگ جهانی دوم بیشتر بچشم می‌خورد.

ج. نظر سوم یک راه حل میانه است و حد وسط دو نظر قبلی را ملاک قرار می‌دهد؛ یعنی استمرار تابعیت را تا زمان طرح دعوی از مرجع بین‌المللی لازم می‌شمارد.

۳. قاعده استمرار تابعیت، از قواعد آمرة حقوق بین‌الملل نیست و با توافق طرفین موافقتنامه، قابل عدول است؛ یعنی وقتی، یکی از نظرات سه گانه فوق قابل اعمال است که معاهدہ ساکت بوده و تکلیف استمرار تابعیت را روشن نکرده باشد.

نوشته:

ادوایر—برنستاین، ریستانو

ترجمه:

محمد جواد میر خرائی



اجرای

احکام دادگاههای خارجی

بوسیله

دادگاههای ایالتی و فدرال آمریکا



اشاره:

مقاله‌ای که از نظرتنان می‌گذرد توسط دونن ازوکلای آمریکائی، بعنوان یک کار تحقیقاتی و برای استفاده در بعضی از دعاوی ایران در محاکم آمریکائی به رشته تحریر در آمده است و بهمین جهت حاوی نکات اختصاصی و مرتبط با دعاوی مذکور بوده و پاره‌ای از مقررات خاص ایالتی یا فدرال یا روئه‌های مورد عمل محاکم را با ذکر جزئیات آنها مورد بحث قرار داده است. از آنجا که قسمتهای مزبور برای خوانندگانی که با خصوص مورد دعاوی یاد شده آشنائی نداشتند قابل استفاده نبود، لذا فقط مباحث عمومی مقاله با کمک هیئت تحریریه مجله استخراج گردید و سپس بنحوی که ملاحظه می‌فرمائید، بدست چاپ سیرده شد. ذکر این نکته را لازم می‌داند که بلحاظ پیچیده بودن متن انگلیسی کوشش فراوان شد تا ترجمه و انتقال مقاهم با زبانی روان صورت گیرد که البته این کوشش بویژه در پاره‌ای موارد با موفقیت چندانی روبرو نبوده است. امید است که خواننده گرامی، به انگیزه مطالعه و آشنائی با مطالب حقوقی مندرج در این مقاله، از این گونه کاستیها چشم پوشی نماید.

مقدمه

هدف از نوشتتن این مقاله بررسی امکانات اجرای احکام مالی^۱ علیه ایران توسط دادگاههای ایالات متحده آمریکا و بخصوص نیویورک است. از دیدگاه این مقاله، حکم خارجی عبارت است از رأی نهائی ناظر به حقوق مشخص یا طرفین دعوى که از طرف دادگاه یا دیوان^۲ خارج از ایالات متحده صادر گردیده باشد.

بطور کلی، دادگاههای آمریکائی بهمان اندازه‌ای که برای احکام صادره از ایالات داخلی آمریکا اعتبار قائلند، احکام صادره از کشورهای خارجی را معتبر می‌شناسند؛ ولو اینکه به موجب اصل مندرج در قانون اساسی ناظر به «اعتبار و تمامیت احکام»^۳، قانوناً ملزم به رعایت این امر نیستند. اصل مذبور چنین مقرر می‌دارد: «رأى معتبرى كه بوسيلة دادگاه کشور خارجى، پس از محاكمة عادلانه واستماع دلائل طرفين دعوى صادر

۱. Money Judgments : منظور احکامی است که به موجب آن، محاکم به پرداخت مقداری پول باشد. (م.).

۲. Tribunal: معمولاً به مراجع رسیدگی غیر از محاکم دادگستری اطلاق می‌شود، از قبیل داوری.

3. Full Faith and Credit Clause.

گردیده است، در حدی که مربوط به طرفین مستقیم دعوی و نیز علت اصلی دعوی باشد، مورد قبول قرار گرفته و معتبر تلقی می شود». معمولاً رأی صادره (از محکمه خارجی) در صورتی معتبر است که:

الف. کشور محل صدور حکم، صلاحیت رسیدگی قضائی نسبت به مورد را داشته باشد.

ب. روش معقولی برای ابلاغ اخطاریه ها معمول گردیده و به اشخاص ذیر بسط، فرصت مناسبی برای استماع دلایل و مدافعت آنها داده شده باشد.

ج. حکم بوسیله دادگاه صلاحیتدار صادر گردیده باشد.

د. حکم با رعایت کلیه شرایطی صادر شده باشد که از طرف کشور مرجع صدور آن برای اعمال صحیح اقتدار (قضائی)، ضروری شناخته شده است.

بنابراین حکم خارجی معمولاً علی رغم اشتباہات قانونی یا ماهوی مورد ادعا، قطعی تلقی خواهد شد.

بررسی بیشتر موضوع مستلزم این است که بین عناوین «شناسائی»^۴ و «اجrai»^۵ یک حکم تفکیک قائل شویم، با این توضیح که یک حکم خارجی وقتی معتبر شناخته می شود که آثار متربه برآن، در کشور محل صدور حکم از حیث اصحاب و موضوع دعوی و مسائل مرتبط دیگر، در کشور خارجی نیز پذیرفته گردد، و موقعی به مورد اجرا گذاشته می شود که علاوه بر معتبر شناخته شدن، متنضم اعطای خواسته مشخصی نیز به محکوم له (حکم خارجی) باشد. بنابراین قبول اعتبار برای حکم، شرط مقدم بر اجرای آن است.

یکی از مصادیق حکم معتبر غیرقابل اجرا موردي است که خوانده ای که در دعوای اصلی، حکم به نفع او صادر گردیده است، بهمان

۴. Recognition: شاید از نظر حقوقی ترجمه این واژه به «معتبر شناختن» دقیق تر باشد، ولی در اصطلاح و افواه حقوقدانان ما «شناسائی»، عنوان مأتوس تری است. (م.).

5. Enforcement

حکم بعنوان «مانع» برای طرح مجدد دعوای توسط خواهان و مستند بهمان علت دعوای اولیه (که رد شده)، استناد نماید. البته برخلاف حقوق آمریکا در مورد احکام داخلی، (معمولًاً) علت دعوای در حکم ادغام نمی‌شود (یعنی حکم، متعرض علت دعوای و مبنای آن نمی‌گردد)؛ بنحوی که خواهان محکوم له مُخیر است که (در مقام درخواست اجرای حکم)، به خود حکم صادره و یا علت و مبنای اصلی دعوای توسل جوید.^۶ مسئله اساسی که یک دادگاه آمریکائی باید به آن برسد، عبارت است از اینکه آیا برای حکم خارجی اعتبار قائل گردد یا خیر؟ همینکه دادگاه به این نتیجه رسید که حکم معتبر می‌باشد، عیناً مانند احکام صادره در ایالات داخلی به مورد اجرا گذارده خواهد شد.

مقاله حاضر کوششی است به منظور روشن ساختن تصویر کلی محیط بر قبول و اجرای احکام مالی خارجی. برای نیل به این هدف به بررسی این مسائل خواهیم پرداخت: رویه‌ها و خط مشی‌های اساسی مربوط به شناسائی احکام خارجی، بررسی این موضوع که آیا قانون ایالت نیویورک در این مورد قابل اجرا می‌باشد یا خیر؟ وبالاخره بررسی عوامل مربوطه هنگام اخذ تصمیم در جهت شناسائی احکام خارجی؛ که مبحث اخیر خود در دو بخش مورد بحث قرار خواهد گرفت: نخست عواملی که (در حین رسیدگی به درخواست اجرای حکم خارجی) به منصفانه بودن حکم صادره در هر مورد خاص مرتبط نمی‌گردند، و دیگر عواملی که بر عکس، با منصفانه بودن حکم نیز ارتباط دارند.

۶. ظاهراً منظور نویسنده آن است که چون حکم اشاره‌ای به مبنای علت دعوای ندارد، بنابراین محکوم له چنین حکمی، در مقام اجرای آن در یک کشور خارجی، هم می‌تواند درخواست اجرای حکم را از این حیث که متضمن استحقاق او در دریافت محکوم به است، خواستار شود و هم می‌تواند با استناد به علت و مبنای ادعای خود، طرح دعوای کند و به حکم صادره از محکمة خارجی بعنوان یکی از ادله استحقاق خویش، توسل جوید. (م).

۱. (مبانی نظری یا) خط مشی‌های اساسی در مورد شناسائی احکام خارجی

دادگاههای انگلوساکسون تا به امروز این رویه واحد را اتخاذ کرده‌اند که با استثنای موارد خاصی، احکام کشورهای خارجی در صورت طرح (درخواست اجرای آنها)، نباید در دادگاه محلی مجددًا مورد رسیدگی ماهوی قرار گیرند. به منظور توجیه این رویه، دادگاهها عمولاً به یکی از دو دکترین زیر متولّ شده‌اند: دکترین «نزاكت قضائی» و دکترین «الزم قانونی احکام خارجی»، که به ترتیب بیشتر در آمریکا و انگلستان مورد عمل و استناد قرار گرفته‌اند. در اینجا نیازی به ورود در بحث تفصیلی و تطبیق این دو نظریه با یکدیگر نیست؛ فقط به این مقدار بسنده می‌گردد که هر دو دکترین مزبور تنها به نتیجه حاصله نظر دارند و به تشریع آن نمی‌پردازنند. «نزاكت» که واجد معنائی وسیع و غیر مشخص می‌باشد، در این رابطه فقط از این اهمیت برخوردار است که قواعد تعارض قوانین مرجع رسیدگی را تبیین می‌نماید. دکترین الزام قانونی نیز مشعر براین است که حکم معتبری که در رابطه با مبلغی معین صادر گردیده است، برای محکوم علیه نسبت به پرداخت محکوم به، ایجاد یک الزام قانونی می‌کند که توسط دادگاه به اجرا گذاشته خواهد شد. ولی در تدوین این قاعده، درباره اینکه چرا از یک حکم خارجی این «الزم قانونی» ناشی می‌شود و یا اینکه چرا این «الزم» توسط دادگاه اجرا می‌گردد، هیچ گونه توضیحی داده نشده است؛ ضمن اینکه هر دو دکترین درباره علت وجود استثنائاتی بر روش معمول اجرا نیز سکوت اختیار کرده‌اند.

نظر به اینکه این توضیحات و توجیهات (در مورد لزوم اجرای احکام بیگانه)، غیر کافی است، لذا برای کشف مبانی حقیقی تصمیمات دادگاهها، ناگزیر باید به ماورای استدلال ظاهری محاکم نظر افکنیم. در نتیجه و پایان این تلاش با چیزی جز دکترین «اعتبار قضیه محکوم به» مواجه نخواهیم شد. به موجب این دکترین، «نظم عمومی ایجاد

می نماید که دعوی در نقطه‌ای به پایان برسد و طرفین متداعین مأخذ و مکلف به رعایت نتیجه دعوی باشند و موضوعاتی که یک بار مورد رسیدگی قضائی قرار گرفته‌اند، برای همیشه نسبت به اصحاب دعوی مختومه و فیصله یافته تلقی گردند». این نتیجه از آنجا بdst می‌آید که فلسفه وجودی «قضیة محکومُّها» بیقین، هم درمورد احکام داخلی و هم درخصوص احکام خارجی هر دو صادق است. از طرفی این دکترین در سیستم «کامن لو» آنچنان ریشه دار و اساسی است که علی القاعده و قهرآ می‌بایست (برای مدت‌ها) افکار قضات رسیدگی کننده را در هنگام مواجهه با مسئله اجرای احکام خارجی، بخود مشغول داشته باشد. کوتاه سخن و به بیانی ساده‌تر آنکه باید گفت توضیح و توجیه قائم کننده‌تری جز اینکه احکام مزبور معمولاً و عملاً به اجرا گذاشته می‌شوند، وجود ندارد.

بهر حال قاعدة قضیة محکومُّها «در حقیقت رویه و خط مشی موافق با اجرا و قبول اعتبار برای احکام کشورهای خارجی است. در حالیکه در پاره‌ای موارد انتخاب خط مشی های دیگر، محاکم را به نتیجه و موضع دیگری سوق داده است. ما این قبیل عوامل و رویه‌های همپایه را بعداً مورد بررسی قرار خواهیم داد. در اینجا بهمین قدر اکتفا می‌کنیم که آنها را بر شمریم. شاید مهمترین این خط مشی ها اصل «عمل مقابل» باشد؛ توضیح اینکه تمایل به قطعی تلقی شدن احکام صادره از آمریکا در تمام دنیا، این فکر را تقویت نمود که راه حصول به این هدف این است که برای احکام صادره از یک کشور خاص همان اندازه اعتبار و ارزش قائل شویم که متقابلاً محاکم آن کشور برای آرای صادره از آمریکا قائل می‌باشند. خط مشی «عمل مقابل» در مقیاس محدودی توسط دادگاه عالی در دعوای هیلتون علیه گایوت^۷ پذیرفته شد.

خط مشی دیگری که بعضاً اصل «قضیة محکومُّها» را تحت الشعاع قرار می‌دهد، وجود این حساسیت است که آیا محاکم در

7. Hilton V. Guyot.

رسیدگی خود، عدالت را در مورد اصحاب دعوی رعایت نموده‌اند؟ براین اساس است که دادگاههای انگلیسی و آمریکائی مکرراً و معمولاً از طریق اظهارنظر قضائی اعلام داشته‌اند که برای احکام صادره از کشورهای خارجی در صورتیکه مغایر با اصول عدالت طبیعی و یا ناشی از تقلب باشند، اثر قطعی نخواهند شناخت. این گونه اظهارات نمایانگر این است که قضات دریافت‌های اند دنیا مجموعه‌ای است از کشورها با سیستمهای قضائی مختلف که هر کدام از اجرای احکامی که با برداشت‌های اساسی آنها از حق و ناحق در تعارض است، اکراه دارند.

خط مشی سوم که اعمال اصل «اعتبار امر مختار» را محدود می‌کند و در حقیقت به مقیاس وسیعی مکمل خط مشی قبلی است، علاقه طبیعی یک کشور به حمایت از اتباع و سازمانهای خود می‌باشد؛ با این توضیح که هر چند دادگاههای آمریکائی و انگلیسی قطعاً مایل نیستند به نفع اتباع خود و به زیان اصحاب خارجی دعوا، تبعیض قائل شوند ولی در عین حال از اجرای حکم صادره از محکمة خارجی نیز که آشکارا حقوق یکی از اتباع آنها را نقض نموده است، امتناع می‌ورزند. همین سرنوشت در انتظار حکمی خارجی خواهد بود که در صدور آن، قوانین مرجع رسیدگی رعایت نگردیده و یا با قواعد نظم عمومی آنها در تعارض باشد. خط مشی سوم نیز تا حدی مبتنی بر تفاوت‌هایی است که در حال حاضر بین قوانین و سیستمهای قضائی ملل مختلف جهان موجود می‌باشد.

هر چند خط مشی‌های همپایه مذکور در حال حاضر از اساس محکمی در حقوق انگلیس و آمریکا برخوردارند اما از بیان مطالب یاد شده نباید چنین نتیجه گرفت که عوامل و ملاحظات مورد بحث، تنها ملاحظاتی هستند که می‌توانند اصل «اعتبار قضیه محکوم‌بها» را مخدوش و آن را از گلیت خود خارج نمایند. زیرا تحولات جهانی و بروز شرایط نوین و نیازهای جدید، یقیناً پیدایش خط مشی‌ها و عوامل جدیدی را اقتضا می‌نماید که چه بسا اصل «قضیه محکوم‌بها» را نیز تحت تأثیر قرار دهند.

۲. قانون نیویورک

آنچه که در این مرحله بدیهی به نظر می‌رسد این است که دعواهی که به منظور شناسائی و تنفيذ یک حکم خارجی، در محاکم فدرال نیویورک اقامه گردد، احتمالاً به موجب قانون نیویورک مورد رسیدگی قرار خواهد گرفت؛ در صورتیکه اگر دعوای مزبور در دادگاه ایالتی طرح شود، تحت حکومت قانون ایالتی رسیدگی خواهد شد. بنابراین بجا است که در این مرحله درباره قانون نیویورک بحث نمائیم.

از سال ۱۹۷۰ ایالت نیویورک «قانون وحدت عمل در مورد شناسائی احکام مالی کشور خارجی» را تصویب نموده است. قانون مزبور که در حال حاضر توسط یازده ایالت – از جمله نیویورک و کالیفرنیا – پذیرفته شده است، در حقیقت کوششی در جهت ایجاد قانون واحد در رابطه با شناسائی احکام مالی کشورهای خارجی در ایالات مزبور می‌باشد.

در قانون مذکور ضمن تعریف حکم خارجی^۸ و موارد اعمال آن، احکام خارجی عموماً قابل اجرا شناخته شده اند، مگر اینکه خلاف آن تصریح گردیده باشد. قانون فوق الذکر همچنین مقرر می‌دارد که سکوت قانون نسبت به موارد خاص، به منزله عدم جواز شناسائی احکام خارجی نخواهد بود.

به موجب قانون مذکور در صورتیکه احکام خارجی تحت سیستمی صادر شده باشند که بیطرفی دادگاه و یا تشریفات دادرسی متناسب با مقتضیات دعوا و یا جریان صحیح قانونی را تأمین ننموده باشد، معتبر و قابل اجرا نخواهند بود. همچنین حکم صادره از محکمه‌ای که فاقد صلاحیت شخصی^۹ نسبت به خوانده است، معتبر شناخته نخواهد شد.

۸. بند ب ماده ۵۳۰۱: «منظور از حکم خارجی، هر حکم صادره از کشور خارجی، باستانی احکام مربوط به مالیاتها، جرائم نقدی، یا مسائل مربوط به نکاح و یا خانواده، منی بردازی یا قبول دریافت مبلغ معنی پول می‌باشد».

9. Personal Jurisdiction.

علاوه بر موارد فوق الذکر، در قانون مزبور سایر جهات عدم اعتبار آرای محاکم خارجی به این شرح آمده است: فقدان صلاحیت موضوعی،^{۱۰} نقص ابلاغ اوراق اخطار و احضار، حکم حاصله از تقلب، تعارض مبنای دعوی (که به موجب آن رأی صادر گردیده است) با نظم عمومی ایالت نیویورک، تضاد حکم خارجی با رأی قطعی ونهائی دیگر، مخالفت دادرسی انجام شده با قراردادی که طرفین قبلً منعقد کرده و به موجب آن برای حل اختلاف مورد بحث، طریقی دیگر را پیش بینی نموده اند، و بالاخره در صورتیکه صلاحیت دادگاه اصلی، ناشی از ابلاغ واقعی اوراق قانونی بوده و حال آنکه دادگاه مزبور (اصولاً) مرجع نامتناسبی برای رسیدگی باشد.

در این قانون مبانی صلاحیت شخصی که می بايستی از طرف دادگاه رسیدگی کننده (مرجع ثانوی برای اجرای حکم) مورد قبول واقع گردد، ذکر شده اند که عبارتند از: ابلاغ واقعی به خوانده در محدوده قضائی کشور خارجی، حضور داوطلبانه خوانده در جلسات محاکمه که خواه به منظور حفظ اموال توقيف شده باشد و یا برای ایراد به صلاحیت دادگاه نسبت به مورد، وجود قراردادی مقدم بر شروع دادرسی که به موجب آن خوانده صلاحیت دادگاه خارجی را جهت رسیدگی به موضوع متنازع فيه پذیرفته باشد، اقامت شخص خوانده در کشور خارجی و یا در صورتیکه خوانده، شخص حقوقی باشد، وجود مرکز اصلی تجاری او در آن کشور و یا تحصیل شخصیت حقوقی خوانده بهر صورت در کشور مذکور، خوانده در کشور خارجی دفتر کار داشته و علت اقامه دعوی و دادرسی ناشی از فعالیت تجاری خوانده در آن دفتر باشد و یا اینکه خوانده در کشور خارجی وسیله نقلیه و یا هواپیمایی را اداره (و از آن استفاده) می کرده است که علت اقامه دعوی نیز ناشی از همین اداره (و بهره برداری) باشد. باید توجه داشت که مبانی صلاحیت، منحصر به موارد فوق الذکر نیست و قانون مزبور دادگاه را

۱۰. Subject matter Jurisdiction: ظاهرآ منظور نوعی صلاحیت ذاتی به اعتبار نوع دعوی است؛ مانند دعاوى دولتى که ذاتاً در صلاحیت محاکم خاصی هستند.

مخیر نموده است تا موارد دیگری را نیز برای احراز صلاحیت پذیرد. بالاخره قانون مزبور، توفیق عملیات اجرائی را در صورتیکه خوانده تقاضای پژوهش خود را مطرح کرده و یا قصد طرح آن را در دادگاه کشور خارجی داشته باشد، تجویز نموده است. در این گونه موارد بار اقامه دلیل برای اینکه بر دادگاه خارجی معلوم نماید که از حکم بدوى پژوهش خواسته شده و این جریان چه مدتی طول خواهد کشید، بر عهده خوانده است.

در این رابطه آنچه که از ملاحظه آرای صادره از محاکم نیویورک مستفاد می‌گردد این است که ایالت نیویورک از دیرباز یکی از آزاداندیش‌ترین قلمروهای قضائی موجود در ایالات متحده در رابطه با اجرای احکام صادره از محاکم بیگانه بوده و هنوز هم این ویژگی را حفظ نموده است. یقیناً متجاوز از پنجاه سال پیش دادگاه پژوهشی نیویورک این شرط را که قابل اجرا بودن احکام خارجی در نیویورک مستلزم اثبات وجود «رفتار متقابل» می‌باشد، لغو نمود (دعوای جانسون علیه کمپانی ترانس آتلانتیک)؛ توضیح اینکه رعایت شرط مزبور پیش از این توسط دیوان عالی آمریکا در دعوای هیلتون علیه گایوت (۱۸۹۵) به دادگاههای فدرال تحمیل شده بود. دادگاه نیویورک در این رابطه چنین استدلال نمود که دکترین فدرال مزبور، صرفاً قاعده‌ای در رابطه با ادلہ اثبات دعوی است ولذا نمی‌تواند برای محاکم ایالتی لازم الایتعاب باشد.

بیان «قاضی کاردوزو» در دعوای لوکس علیه استاندارد اویل کمپانی نیویورک (۱۹۱۸) که غالباً مورد استناد سایر قصاصات آمریکائی نیز قرار گرفته است، بخوبی موضعگیری دادگاههای نیویورک را در قبال حقوق ناشی از قوانین خارجی و احکام صادره از محاکم بیگانه نشان می‌دهد:

دادگاهها از این اختیار برخوردار نیستند که به دلخواه دادرسانی رسیدگی کننده خود از اجرای یک حق خارجی به بهانه رعایت مفهوم تجريیدی مصلحت و یا عدالت استنکاف ورزند. دادگاههای آمریکائی فقط در صورتی درهای خود را بروی مقاضیان اجرای حکم خارجی

خواهند بست که مساعدت آنها به نقض بعضی از اصول اساسی عدالت، مفاهیم متداول و تثیت شده اخلاق حسن و همچینی برخی از سنتهای جا افتاده در مورد خیر و صلاح عمومی، منتهی گردد.

از طرفی دیگر خط مشی ثابت ایالت نیویورک در قبال اجرای احکام خارجی در رأی صادره از دعوای کوانز علیه تیکون در گوپالپ و پیر کمپانی بشرح زیر خلاصه گردیده است:

اعتبار و نفوذی که می باشی برای حکم صادره از محکمه خارجی فائل گردید، صرفاً موکول و منوط به نظر هر کشور مستقل خارجی است... و قاعدة کلی مورد اجرا در این ایالت (نیویورک) به صورت زیر تثبیت گردیده است: در صورتیکه بر مبنای حکم صادره از محکمه خارجی، دعواهی در محکم این ایالت مطرح گردد، محکم ما می باشی حکم مزبور را قطعی تلقی نمایند و آن را از نظر ماهوی قابل رسیدگی مجدد ندانند؛ مگر آنکه بعلت وجود استثنایات کاملاً شناخته شده ای، یعنی بلحاظ اعمال تقلب و خدعاً در صدور حکم و یا منافی بودن حکم صادره با نظم عمومی این ایالت و یا فقدان صلاحیت محکمه خارجی، امکان شناسائی حکم خارجی وجود نداشته باشد.

۳. عواملی که هنگام اخذ تصمیم در مورد شناسائی احکام خارجی، مورد نظر قرار می گیرند.

نظر به اینکه در غالب قلمروهای قضائی مقررات مدونی راجع به شناسائی احکام خارجی وجود ندارد و هیچ قانون فدرالی نیز در این مورد قابل اعمال نمی باشد، لذا ضروری است در باره عواملی که محکمه هنگام اخذ تصمیم در مورد شناسائی و یا عدم شناسائی رأی صادره از دادگاه بیگانه مورد توجه قرار می دهد، بحث نمائیم. برای سهولت در انجام این بحث، کشور صادر کننده حکم را «کشور الف» و کشوری را که در مورد شناسائی و اجرای حکم مزبور رسیدگی و اتخاذ تصمیم می کند، «کشور ب» می نامیم:

الف: عواملی که ارتباطی با منصفانه بودن حکم خارجی در مورد خاص ندارند.^{۱۱}

۱. حقوق بین الملل

نخستین مسئله این است که آیا مفاهیم نوین پذیرفته شده در حقوق بین الملل، اعتبار و پذیرش احکام خارجی را ایجاب می نماید؟ ادای پاسخ دقیق مستلزم این است که بدانیم در این مورد قاعدة عرفی و یا تعهد ناشی از معاهده، کدامیک حاکم است. بدیهی است که در این مورد هیچ عرف شناخته شده حقوق بین الملل مبنی بر اینکه یک کشور ملزم به معتبر شناختن هر رأی خارجی می باشد، وجود ندارد. رویه اکثربیت کشورها مبنی بر عدم شناسائی احکام خارجی در صورت فقدان معاهده، نمایانگر عدم وجود قاعدة عرفی در خصوص مورد نیز می باشد.^{۱۲} بعلاوه هر چند که در مورد شناسائی آرای دادگاههای خارجی چندین معاهده دو جانبه و یا حتی چند جانبه وجود دارد، اما ایالات متحده طرف هیچ یک از معاهدات مزبور نبوده و این خود بدین معنی است که دادگاههای آمریکائی در تصمیمات خود درباره اعتبار احکام خارجی، مقید و مأمور به هیچ یک از مقررات جامعه بین المللی نیستند.

۲. دکترین عمل حاکمیت دولت^{۱۳}

دکترین دومی که می توان برای مکلف شناختن محاکم آمریکائی به شناسائی آرای قضائی خارجی بدان استناد نمود، دکترین عمل دولت

۱۱. ظاهراً منظور این است که در بررسی یک حکم خارجی، عوامل متعددی ملحوظ اند؛ متهی این دسته از عوامل، فارغ از بررسی منصفانه با غیر منصفانه بودن رأی هستند و در مداخله دادن آنها، دادگاه به منصفانه بودن حکم خارجی نظر ندارد. (م).

۱۲. زیرا اگر قاعدة عرفی وجود داشت، در غیاب معاهده، به استناد همان قاعدة عرفی، حکم خارجی را معتبر می شناختند. (م).

13. Act of State Doctrine.

است. در این مورد رئیس دیوان عالی در دعوای آندرهیل علیه هرناندز^{۱۴} چنین اظهار نظر نموده است:

نظر به اینکه هر کشور مستقلی ملزم است به استقلال سایر کشورهای مستقل احترام بگذارد، محاکم یک کشور در مورد آعمال دولت دیگر که در قلمرو ارضی خود انجام داده است، به داوری نخواهند نشست و جبران خسارات ناشی از این اعمال می‌بایستی از طرق ممکن و مورد عمل فیما بین خود دولتهای مستقل صورت گیرد.

دیوان عالی اخیراً در شرایط متفاوتی، ضمن رأی بحث انگیز خود در دعوای بانک بین المللی کوبا علیه ساباتینو^{۱۵}، دکترین مزبور را مورد تأیید مجدد قرار داد. دادگاه در این رأی، توقيف بلاعوض محمولة شکر توسط دولت کوبا را مصدقی از اعمال حاکمیت دولت مزبور دانست که مشروعیت آن نمی‌تواند از طرف یک دادگاه آمریکائی مورد تردید و اعتراض قرار گیرد. هرچند دکترین مزبور در حقوق بین الملل و یا حقوق اساسی صریحاً ذکر نگردیده ولی از جمله مفاهیم اصولی حقوق اساسی است؛ زیرا به موجب اصل تفکیک قوای سه گانه، بررسی قضائی در مورد آعمال حاکمیت دولت دیگر در قلمرو خودش، به منزله مداخله در حیطه اختیارات قوه مجریه تلقی خواهد گردید.

گرچه از جهت نظری می‌توان قبول ادعای صالح بودن دادگاه (صادر کننده حکم خارجی) را از مصاديق اجرای عمل حاکمیت دولت (از جانب کشور متبع آن دادگاه) تلقی نمود، اما چنین به نظر می‌رسد که اغلب احکام خارجی، آن طور که از عبارت «عمل دولت» مذکور در رأی ساباتینو و در «تجدید نظر در قانون» مستفاد می‌گردد، مشمول دکترین عمل حاکمیت دولت نمی‌گردد. دادگاه استیناف در دعوای ساباتینو چنین رأی داد که نظر به اینکه آرای دادگاهها عموماً متضمن حل و فصل اختلافات خصوصی بوده و معمولاً منعکس کننده سیاست عالیه دولتها

14. Underhill V. Hernandez.

15. Banco National de Cuba V. Sabbation.

نیستند، لذا عمدتاً در عدّاد آعمال حاکمیت دولت طبقه‌بندی نمی‌شوند. در این مورد قانون تجدید نظر روابط خارجی، عمل حاکمیت دولت را بعنوان عملی تعریف می‌نماید که متناسب مصالح عمومی یک دولت است؛ مصالحی که فوق منافع دیگر دولت از حیث تأمین وسائل و مقدمات لازم برای رسیدگی به اختلافات در قلمرو خود می‌باشد. ملاک تمیز عمل حاکمیت دولت، ماهیت عمل انجام شده است، نه اینکه کدامیک از سه قوه، عمل مزبور را انجام داده است؛ ضمن اینکه رسیدگی قضائی (و صدور حکم از طرف) دادگاه را نمی‌توان مجرای معمولی دانست که یک دولت از طریق آن برای تحقق مصالح عالیه و اساسی خود اقدام می‌کند. برای مثال: در دعواهی مسؤولیت مدنی اقامه شده از طرف آقای × علیه آقای ۲، دادگاه دولت الف رأی خود را در مورد استحقاق آقای × نسبت به دریافت مبلغ معینی بابت خسارات واردہ صادر می‌نماید. بدیهی است که این رأی را نمی‌توان عمل حاکمیت دولت (الف) محسوب نمود... در حالیکه اگر دولت الف از طریق اعمال قدرت عالیه خود، مالکیت یک شبکه برق عام‌المنفعه را تحصیل نماید، تحصیل این مالکیت و اعمال تصرف در آن، یکی از مصادیق آعمال حاکمیت دولت است.

به نظر می‌رسد که اگر هدفهای مورد نظر از دکترین عمل حاکمیت دولت در چارچوب حکم صادره در رابطه با یک قرارداد معمولی و یا حکم مربوط به پرداخت خسارت مدنی تجزیه و تحلیل گردد، این هدف دکترین مزبور تا جائی که مصالح اصحاب دعوى را تأمین می‌نماید، اهداف دیگر آن را که عبارت از جلوگیری از تعارض آرا در سطح بین‌المللی و ایجاد امنیت در معاملات بین کشورها و تشویق تجارت و مسافرت است، تحت الشاعع قرار می‌دهد. بدیهی است اثر فوق العاده‌ای که ملی کردن یک صنعت توسط یک دولت بر جامعه تجارت بین‌الملل می‌گذارد، با اثر ناشی از یک حکم ضرر و زیان که منحصرآ اشخاص محدودی را در بر می‌گیرد، قابل مقایسه نیست. علیه‌ها در مقام رسیدگی به تقاضای اجرای حکم

خارجی، ادعای مستند به دکترین عمل حاکمیت دولت، عموماً باید مردود اعلام گردد.

۳. دکترین نزاکت قضائی^{۱۶}

دکترین دیگری که ممکن است در مسئله شناسائی احکام خارجی — بدون ورود در ماهیت حکم صادره — ملحوظ نظر قرار گیرد، دکترین نزاکت قضائی است. دکترین مزبور نه به معنای الزام مطلق است و نه به مفهوم احترام و حسن نیت محض؛ بلکه عبارت است از اجازه و تنفیذ یک دولت در مورد شناسائی اقدامات تقنی، اجرائی و یا قضائی دولتی دیگر در داخل قلمرو ارضی خود، با توجه به دو عنصر تکلیف بین المللی آن و تسهیل (روابط) بین المللی (ناشی از آن) و همچنین با عنایت به مصالح و حقوق اتباع خود و یا سایر افرادی که در پناه قوانین آن کشور قرار دارند.

مفهوم رعایت نزاکت برای اولین بار در نوشته های «گروسیوس» و «واتل» که بین قواعد ناشی از حقوق طبیعی و احکام حقوق موضوعه تفکیک قائل شدند، مشاهده می گردد. حسب نظریات ایشان برخلاف حقوق طبیعی، حقوق موضوعه قابل تغییر و متکی به اراده ملتها است. براساس همین نظریه بود که نویسنده گان آمریکائی، بویژه «استوری»^{۱۷}، تعهدات ناشی از حقوق و امتیازات ناشی از نزاکت را از یکدیگر تفکیک نمودند. دیوان عالی برای نخستین بار در دعوای بانک آگوستا علیه ارل^{۱۸} این تفاوت را پذیرفت و در رأی خود اصل «نزاکت» را بعنوان بخشی از حقوق موضوعه ملل، مورد شناسائی قرارداد.

علی رغم مطالب فوق الذکر باید گفت که دکترین نزاکت بعنوان راهنمای شناسائی احکام خارجی، واجد نقایص غیرقابل جبرانی است؛ زیرا همان طور که بدرستی به این نکته توجه شده است، حسب تعریف،

16. Comity

17. Story

18. Bank of Augusta V. Earle.

نزاکت فقط حاکی از این است که «حکم خارجی وقتی معتبر شناخته می‌شود که برای آن چنین اعتباری ملحوظ گردد». بی‌فایده بودن این اصطلاح را شاید بتوان از کاربرد کم آن در توجیه و استدلالات آرای صادره در دعاوی اخیر مشاهده نمود. معدالک هر چند دکترین نزاکت به قاضی رسیدگی کننده به پرونده در اخذ تصمیم کمک مؤثری نمی‌نماید، اما بهر تقدیر گرایش مطلوب محاکم آمریکا را به معتبر شناختن آرای صادره از دادگاههای خارجی که مستدلاً قابل اعتراض نیستند، نشان می‌دهد. مفاهیم دکترین نزاکت، وقتی که (صحت و) منصفانه بودن یک رأی مورد توجه کافی قرار می‌گیرد، موجب تقلیل اختلافات میان ملتها، صرفه جوئی در مصرف امکانات قضائی و امنیت تجارت بین الملل که اهداف مورد نظر دکترین مزبور هستند، خواهد گردید.

۴. قاعدة عمل متقابل^{۱۹}

رأی دادگاه در دعواهی هیلتون علیه گایوت که طی آن مفهوم رعایت نزاکت بطور غیرقابل تفکیکی با قاعدة عمل متقابل مرتبط گردید، ویژگیهای را که برای اصل نزاکت بر شمردیم بشدت محدود کرده است. در دعواهی مزبور مطروحه در دادگاه فدرال، خواهان یک شرکت فرانسوی بود که بر اساس حکم صادره از یک دادگاه فرانسوی علیه چند تن از اتباع آمریکائی اقامه دعوى نموده بود. دادگاه فدرال بدون ورود در ماهیت دعوى، به نفع خواهان حکم صادر نمود. در مرحله پژوهشی دیوان عالی با اتخاذ موضعی که حاکی از روشن بینی آن در خصوص معتبر شناختن احکام خارجی بود، اشعار داشت که نظر به اینکه فرانسه برای آرای صادره از محاکم آمریکا اعتبار و نفوذی قائل نیست، حکم صادره از دادگاه فدرال نقض می‌گردد.

دیوان در توجیه رأی خود چنین اظهار داشت:

19. Reciprocity

صدرور این حکم به اعتبار اینکه حاوی قاعدة عمل متقابل است، به این معنی نیست که ما جانبدار تلافی جوئی یا نظریه انتقام شخصی بلحاظ ظلمی که فردی به دیگری روا داشته است می باشیم؛ بلکه صدور چنین حکمی بجهت این است که حقوق بین الملل در مقیاس وسیعی بر پایه رفتار متقابل و بعبارتی دیگر، عمل و عکس العمل استوار است و به موجب اصول آن که از طرف اکثریت ملل متمدن پذیرفته گردیده و همچنین به موجب اصل نزاکت که مورد قبول کشور ما است — وما بعنوان یک تکلیف قضائی بایستی بدان واقف بوده و آن را محترم شمریم — حکم خارجی، علی الاطلاق و فی نفسه نمی تواند قطعی و لازم الاجرا تلقی گردد.

قاضی فولر رئیس دیوان عالی در رأی مخالف خود چنین استدلال نمود که دکترین اعتبار قضیة محکوم بهما بهمان اندازه که در مورد آرای صادره از محاکم داخلی قابل اعمال است، درباره احکام خارجی نیز نافذ می باشد، و رأی خود را به این اصل منبعث از نظم عمومی مستند نمود که اختلافات باید بهر تقدیر در نقطه ای مختومه اعلام گردند. مشارالیه همچنین استدلال نمود که پذیرش اصل عمل متقابل فقط به نفع دولتها است، نه دادگاهها.

معذالک به نظر می رسد که نظر اکثریت در مورد اینکه روابط دوجانبه و متقابل، سنگ زیر بنای حقوق بین الملل را تشکیل می دهد، صحیح است. زیرا غالباً فقط همین احساس خطر بالقوه و ناشی از معامله بمثل است که ملتی را وامی دارد تا از منافع خاص خود به نفع مصالح سایر ملل چشم پوشی کند. بطوریکه می توان گفت امروزه از دکترین عمل متقابل بعنوان مبنای شناسائی احکام خارجی، در بیشتر نقاط جهان یاد می شود. بهرحال اعمال دکترین مزبور توسط دادگاه رسیدگی کننده به دعوای هیلتون بعداً با مخالفت إجماعی نویسندها گان حقوق رو برو گردید.

نخستین دلیل این مخالفت توجه به این نکته بود که شرط عمل

متقابل در حقیقت و اصولاً به زیان ذینفع حکم اصلی تمام می‌شود؛ در حالیکه بدیهی است نه تنها نباید او را بخاطر احکام و تصمیمات محاکم کشور خودش مقصود دانست، بلکه بعنوان یک انتظار مشروع، حقوق او در خارج از مرزهای کشور متبعش نیز باید محترم شمرده شود. تجزیه و تحلیل عمیق‌تر از رأی هیلتون این مسئله را آشکار می‌سازد که رأی مزبور به هیچ‌یک از دو هدف مورد نظر خود نائل نگردیده است. در دعواهی مزبور، دادگاه دامنه رأی خود را محدود به مواردی نمود که در آنها یکی از اتباع کشور الف پس از اقامه دعوی علیه تبعه کشور ب، در دادگاه کشور متبع خود حکمی علیه خوانده تحصیل می‌کند و سپس در صدد به اجرا گذاشتند حکم مزبور در کشور ب بر می‌آید. از حکم دیوان عالی چنین مستفاد می‌گردد که رأی صادره از کشور الف در مورد حل اختلاف فیما بین دونفر از اتباع آن کشور و یا بین یک تبعه بیگانه و تبعه کشور الف (یعنی اصحاب دعوی بهرحال آمریکائی نیستند) قطعی خواهد بود. به این ترتیب سیاست دادگاه در مورد عدم شناسائی احکام خارجی بدون وجود شرط عمل متقابل، در ابتدا ناظر به آرای صادره از محاکم بیگانه علیه خواندگان آمریکائی بود، و بعضی از نویسندها و مفسران حقوقی علت اصلی اتخاذ چنین موضعی را حفظ مصالح اتباع آمریکائی دانسته‌اند. معذالک اگرچنین برداشتی صحیح باشد، باید گفت که دادگاه (در رأی هیلتون) مسئله صحت و منصفانه بودن رأی صادره از کشور الف را نادیده گرفته است؛ زیرا هر چند حفظ و صیانت اتباع خود در قبال احکام غیرمنصفانه صادره از محاکم خارجی، بعنوان یکی از علائق ارزشمند و انحصاری هر دولتی مورد قبول است، اما حمایت از اتباع در برابر احکام خارجی منصفانه (و در نتیجه عدم اجرای حکم منصفانه علیه اتباع خود) بهیچ وجه نباید مورد توصیه و تشویق قرار گیرد.

باید گفت اگر رأی دیوان عالی در دعواهی هیلتون صرفاً بعنوان کوششی تلقی گردد که مرجع مزبور برای تأمین شناسائی و اعتبار احکام هادره از دادگاههای آمریکا در خارج مصروف نموده، پس رأی مذکور به

هدف مطلوب خود نائل نگردیده است.

(درخواست اجرای) احکام صادره از دادگاههای آمریکا حتی امروز نیز در خارج از ایالات متحده با موقیت روبرو نمی شود. با مقایسه اجرای محدود قاعدة مقرر در رأی هیلتون نسبت به احکام صادره عليه خواندگان آمریکائی از یک طرف، و خط مشی های معمول سایر کشورها در مورد عمل مقابل، از طرف دیگر می توان گفت که تأثیر رأی مذکور بعنوان وسیله ای برای متقادع نمودن سایر کشورها نسبت به قبول و معترض شناختن احکام خارجی (از جانب آمریکا)، تقلیل یافته است. برای مثال، رأی هیلتون نتوانست مانع از رسیدگی ماهوی دادگاههای فرانسوی نسبت به احکام صادره از محاکم آمریکائی گردد و ظاهراً علت العلل اتخاذ چنین موضعی از طرف فرانسه در قبال احکام خارجی، دکترین خشن عمل مقابل متخده توسط محاکم آلمان بوده است. مهمترین عاملی که بیش از اندازه به اعتبار احکام صادره از دادگاههای آمریکا در خارج لطمه وارد نموده همان رأی هیلتون است؛ زیرا کشورهای واجد شرط عمل مقابل، از رأی مزبور چنین نتیجه می گیرند که ایالات متحده هیچ یک از آرای آنها را معترض نخواهد شناخت. بنابراین قاعدة مندرج در رأی هیلتون، محاکم آمریکائی را عملاً به مردود شناختن احکام صادره از کشورهای مزبور سوق داده و از این دور باطل، چیزی جز ناکامی در نیل به اهداف مربوط به شناسائی احکام خارجی نتیجه نگردیده و نخواهد گردید. علیهذا چنین به نظر می رسد که اعلام صریح محاکم آمریکائی به انصراف از اعمال دکترین عمل مقابل، مؤثرترین وسیله برای حصول به هدف اعتبار و شناسائی احکام دادگاههای آمریکا در بسیاری از کشورهای دیگر خواهد بود.

۵. اعتبار قضیه محکوم بها^{۲۰}

دلیل عمدہ ای کہ محاکم ایالات متحده برای احکام خارجی مالی

20. Res Judicata.

عموماً همان اعتبار و نفوذ احکام صادره از ایالات داخلی را قائلند، همانا قاعدة اعتبار قضیه محکوم بها است. هرچند که با تصریح قانون اساسی به شرط اعتبار و تمامیت احکام، اعمال قاعدة مذبور (اعتبار قضیه مختومه) در ایالات داخلی یک الزام قانونی بشمار می‌رود، فلسفه وجودی «اعتبار امر مختوم» نیز در اجرای احکام محاکم خارجی ملحوظ نظر بوده است. در این زمینه به نظر می‌رسد که ملاحظه اجمالی آثار دکترین مذبور در هریک از اهدافی که تعقیب می‌نماید، در تبیین مطلب کمک مؤثری باشد.

هدف اول از این دکترین، جلوگیری از صدور در رأی در باره موضوع واحد و اتلاف امکانات و منابع قضائی است. در این خصوص صاحب‌نظران براین عقیده‌اند که «نظم عمومی ایجاب می‌نماید که دعوی و مخاصمه در نقطه‌ای مختومه اعلام گردد» و این امریکی از غایای اصلی قاعدة مذکور است. آنچه که در بادی امر جلب نظر می‌کند این است که هدف اخیرالذکر یعنی پرهیز از دوباره کاری، در ایالات متحده بیشتر از کشورهای اروپائی به چشم می‌خورد و همین امر در حقیقت انگیزه اصلی در تدوین قواعد ناظر بر دعوای مقابل الزامی، قاعدة منع تجزیه علتهاي مختلف یک دعوی، اقامه دعاوی مختلف با دادخواستهای متعدد و علیه خواندن گان اصلی یک دعوی، و ورود ثالث وغیره می‌باشد. معذالک اینکه در مرحله رسیدگی مجدد به اختلاف قطعاً همان رأی نخستین صادر گردد، حتی به نظر نمی‌رسد؛ زیرا وجود اختلاف فیما بین هیئت منصفه، نظریات گوناگون قضات در انتخاب قانون حاکم و بالاخره تغییرات محسوس در وضع ظاهری شاهد داوطلب هنگام ادای شهادت، ممکن است به صدور آرای متناقضی – حتی در میان ایالات داخلی – منجر گردد. بدیهی است در صورتیکه حکم اصلی براساس محاکمه دریک کشور خارجی صادر شده باشد، امکان وجود اختلافات اساسی در آئین دادرسی، ادلة اثبات دعوی، انتخاب قانون حاکم و طرز تلقی غالب از سیستم و نحوه قضا در کشور خارجی، احتمال صدور آرای متضاد را تشید می‌نماید؛ بویژه اگر کشور خارجی از سیستم حقوق مدون برخوردار باشد. از طرف دیگر مخالفت

با بروز چنان نتایج معارضی در موارد متعدد، مستلزم نفی اعتبار حداقل یک سیستم حقوقی خواهد بود.

برای احتراز از وقوع چنین امری و اگر قرار است که سیستم دادرسی اختلافات، همچنان اعتبار خود را بعنوان یک نهاد حقوقی حفظ نماید، ناگزیر باید این فرض را پذیریم که این سیستم عموماً به نتیجه مطلوب نائل می‌آید. تنها حد جاری براین قاعده، حصول اطمینان در مورد این مسئله است که آیا آئین دادرسی و قواعد شکلی مورد استفاده در محاکم کشور الف، بنحو معقولی برای کشف حقیقت بکار گرفته شده و دادگاههای مزبور، قوانین مناسب و عادلانه‌ای را پس از احراز واقع امر، إعمال نموده‌اند یا خیر؟ در نظر گرفتن این قید، بیقین موجب رعایت انصاف و عدالت بین اصحاب دعوا و نیز تحقق وحدت آراء در صورت دادرسی مجدد خواهد گردید.

اعتبار امر مختوم در مورد آرای محاکم خارجی، هدف دیگری را نیز تعقیب می‌کند و آن این است که با إعمال این قاعده و با معتبر شناختن احکام دادگاههای بیگانه، از صدور احکام معارض در سطح بین‌المللی جلوگیری می‌شود. در رد این استدلال چنین اظهار نظر شده است که: اولاً، عدم شناسائی احکام غیرعادلانه، صدور آنها را تقلیل داده و بالمال تعارض احکام را موضوعاً منتفی خواهد نمود.

ثانیاً، امتناع از قائل شدن اعتبار امر مختوم (و بالنتیجه ورود در رسیدگی نسبت به حکم خارجی)، احتمالاً از تعداد آرای صادره از دادگاههای غیر صالح و نامناسب خواهد کاست.

ثالثاً، اعتبار قضیه محکوم‌بها ممکن است تجارت و مراودات بین‌المللی را با توجه به نظرات افراد و توجهی که به صحت و نصفت حکم اصلی مبذول می‌گردد، حسب مورد تشديد و یا تضعیف نماید. معاذالک بدیهی است که امنیت بازارگانی بین‌المللی از طریق شناسائی احکام خارجی تسريع و تقویت خواهد گردید.

هدف دیگری که مستقیماً با قاعده اعتبار امر مختوم مرتبط است،

مساعدت و موافقت آن با شرایط اصحاب دعوی می‌باشد؛ زیرا اینکه احد از متداعیین را که قبلاً برای اثبات علت دعوی و یا دفاع، متحمل هزینه و صرف وقت گردیده مجدداً به ورود در تشریفات دادرسی ملزم نمائیم، دور از انصاف است. در حقیقت وجود این ملاحظه و صرفه جوئی در مصرف منابع و امکانات قضائی، پایه اصلی دکترین مورد بحث را تشکیل می‌دهد. البته این نکته را نباید از نظر دور داشت که چنانچه براساس یکی از دلایل و قرایین ممکن، رأی نخستین صادره از کشور الف به اقرب احتمال غیر عادلانه باشد، بررسی مجدد اعتبار و صحت آن، در حقیقت اقدامی در جهت برقراری عدالت و نصفت در مورد اصحاب دعوی خواهد بود. حاصل کلام آنکه اصل این است که قاعدة اعتبار قضیه محکوم بها على الاطلاق ساری و جاری است؛ مگر اینکه بدلیل موجهی، الزام یکی از طرفین دعوی نسبت به مفاد حکم صادره، برخلاف اصول عدل و انصاف تشخیص داده شود. ما در بخش آینده به بررسی بعضی از مواردی خواهیم پرداخت که برحسب آنها قاضی مکلف به ارزیابی و بررسی اصل نصفت در برابر اعتبار قضیه مختوم می‌باشد (تا سرانجام بتواند یکی از آندو را برگزیند).

ب: عواملی که با منصفانه بودن حکم خارجی صادره در دعوای خاص ارتباط دارند:^{۲۱}

۱. صلاحیت دادگاه

قانون تجدید نظر در قانون تعارضات (قوانين — محاکم) چنین مقرر می‌دارد:

حکمی که از دادگاهی غیر صالح صادر گردیده و به این دلیل در معرض بطلان و نقض توسط دادگاه دیگر همان ایالت قرار دارد، در ایالت دیگر معتبر و لازم الاجرا شناخته نخواهد گردید.

این اصل عموماً در میان حقوقدانان آمریکائی به «صلاحیت

۲۱. ظاهراً منظور این است که هنگام بررسی اجرای حکم خارجی، عواملی ملحوظ است که بنحوی با منصفانه بودن حکم مذکور نیز ارتباط دارد. (م.)

موضوعی»^{۲۲} شهرت دارد. این مسئله وقتی مصداق پیدا می کند که برای مثال یکی از دادگاههای عمومی کشور الف درباره یک دعوای تجاري حکمی صادر کرده باشد، در حالیکه رسیدگی به موضوع در صلاحیت محاکم تجاري (اختصاصی) است و یا وقتیکه حکم صادره از حد نصاب مالی دادگاه پائین تر، تجاوز نموده باشد.

در این گونه موارد ملاحظات عدل و انصاف مصداق داشته و قابل اعمال می باشد؛ زیرا قانونگذار کشور الف خود، صلاحیت محاکم را تعیین و در برخی موارد — مانند آنچه که فوقاً ذکر شد — دادگاه رسیدگی کننده را از استماع دعاوی واجد ماهیت و یا اهمیت خاص منع کرده است. البته بعنوان یک تالی فاسد ممکن است بررسی صلاحیت موضوعی محاکم کشور الف وسیس معتبر شناختن احکامی که در آن کشور باطل دانسته شده است، انگیزه ای برای عدم توجه به آئین دادرسی در آن کشور شده و بالمال به کدورت و تیرگی در روابط کشور الف و کشور ب منتهی گردد. بعلاوه باید گفت که بررسی صلاحیت موضوعی با مانع شدیدی بشرح زیر مواجه گردیده است:

اولاً، برای دادگاه کشور ب بسیار مشکل است که درباره این مسئله اظهار نظر نماید که آیا دادگاه کشور الف در رسیدگی به موضوع از صلاحیت خود تجاوز کرده است یا خیر؟ و در صورتیکه پاسخ مثبت است، آیا این امر از جهات عدم اعتبار رأی، طبق قوانین کشور الف می باشد یا خیر؟ بدیهی است که محکمة کشور الف در اظهار نظر و اخذ تصمیم درباره مسائل مربوط به صلاحیت خود نسبت به محکمة کشور ب، اولی و اصلاح است و تجدید رسیدگی توسط محکمة خارجی (کشور ب) ممکن است به منزله عدم احترام به نهادهای حقوقی کشور الف تلقی گردد.

ثانیاً، احتمال دارد که رسیدگی در کشور الف کاملاً صحیح و دقیق انجام گرفته باشد که در این صورت تکلیف به رسیدگی مجدد، مستلزم

اتفاق امکانات قضائی خواهد بود.

با عنایت به مراتب بالا به نظر می‌رسد آنچه در نتیجه ارزیابی جوانب امر و مصالح مختلف بعنوان بهترین و مؤثرترین خط مشی بدست می‌آید، این باشد که:

اولاً، بار اثبات این امر که آیا صلاحیت محکمه کشور الف اساساً محل تردید می‌باشد، بر عهده طرف معارض قرار گیرد.

ثانیاً، تا تعیین تکلیف حکم مورد اعتراض در کشور الف، اجرای آن (در کشور ب) بحال تعليق درآید.

۲. صلاحیت (دادگاه کشور الف) نسبت به اصحاب دعوی

مسئله تعیین مبانی قابل قبول صلاحیت برای اعمال قانون در مورد خاص و نسبت به طرفین خاص، موجب بروز اختلاف نظر عمیقی در مسئله شناسائی احکام خارجی گردیده است. بطور کلی موازین حقوق بین الملل این مسئله را تجویز نمی‌کند که کشوری قوانین خود را در مورد اشخاصی که با آن رابطه محسوسی ندارند، قابل اعمال بداند. براین اساس حکمی که بدلیل اعمال «صلاحیت قضائی»²³ غیرقابل قبول در کشور ب صادر گردیده است، معتبر شناخته نمی‌شود. اصولاً در ایالات متحده شناسائی و تنفيذ حکم خارجی که خوانده آن هیچ گونه ارتباط اساسی با کشور محل صدور حکم ندارد، مخالف قانون اساسی خواهد بود. در مقاله‌ای که اخیراً منتشر شده اهداف این سیاست قضائی ذکر گردیده است که ما ذیلاً به آن اشاره می‌نماییم:

هدف اصلی از بررسی «صلاحیت قضائی»، حصول به این اطمینان است که آیا اقامه دعوی علیه خوانده و الزام او به حضور در محاکم کشور الف، بحق صورت گرفته است یا خیر؟ در این رابطه بررسی این مسئله که کشور الف چه نوع ارتباطاتی را برای احراز و اعمال صلاحیت

23. Judicial Jurisdiction.

محاكم خود در مورد اتباع خارجی کافی و لازم می‌داند، ممکن است بعنوان اماره‌ای بر رعایت عدالت در آئین دادرسی همان کشور تلقی گردد. عامل دیگری که معمولاً مورد توجه قرار نمی‌گیرد این است که آرای صادره عليه خوانندگانی که با کشور محل صدور حکم ارتباط مختصری دارند، ممکن است بعنوان احکام غیابی محسوب شوند. البته باید گفت که بررسی اعتبار حکم خارجی بر مبنای صلاحیت قضائی، از این جهت که تقریباً به سهولت انجام پذیر است، از مزیتی خاص برخوردار می‌باشد؛ زیرا در این بررسی نیازی به ورود در ماهیت و یا ضوابط قانونی که در خصوص مورد بکار رفته، نخواهد بود و دادگاه کشور ب فقط باید این مسئله را احراز کند که آیا بین خوانده و کشور الف به آن اندازه ارتباط وجود داشته است که اعمال صلاحیت قضائی او را توجیه نماید؟ اگر وجود چنین رابطه‌ای ثابت گردد، محاکم کشور ب حکم صادره را معتبر خواهند شناخت مگر اینکه جهت دیگری، رد قطعیت حکم را اقتضا نماید.

اخذ تصمیم درباره اعتبار و صحت صلاحیت محکمه کشور الف توسط کشور ب، ممکن است منوط و موکول به چهار شرط زیر گردد:

- (۱) تأمین شرایط ناظر بر صلاحیت محاکم در کشور الف،
- (۲) تأمین شرایطی که توسط کشور ب برای احراز صلاحیت محاکم خود نسبت به اشخاص مقرر گردیده است،
- (۳) تأمین هر دو شرط فوق الذکر،
- (۴) تأمین یک استاندارد بین‌المللی ناظر بر صلاحیت.

ظاهرآ در قانون «تجدید نظر در قانون تعارضات» (قوانين — محاکم) شرط چهارم با این عبارت پذیرفته شده است: «در صورتی که روابط شخصی با یک دولت به اندازه‌ای باشد که اعمال صلاحیت قضائی آن دولت نسبت به شخص را عقلاً موجه سازد، دولت مزبور می‌تواند آن صلاحیت را إعمال نماید». به نظر می‌رسد که این ضابطه مؤثرترین و در عین حال کم زیان‌ترین ابزار برای دستیابی به اغلب اهداف مورد نظر در رابطه با منصفانه بودن احکام خارجی است. معذالک همان طور که قبلآ در

بحث صلاحیت محکمه کشور الف ذکر شد، این شرط که حکم صادره در خود کشور الف از اعتبار برخوردار باشد، باید بعنوان شرط مکمل (در هنگام شناسائی حکم خارجی) ملحوظ قرار گیرد.

بديهی است که مشکل عده در اعمال يك ملاک بين المللي همانا در تعين آن ملاک و استاندارد بين المللي قابل اعمال است. در اين رابطه آنچه را که می توان تا حدی با اطمینان اظهار داشت عبارت است از برخی ادعاهای ثانویه در مورد وجود صلاحیت قضائی^{۲۴} که آشکارا مورد قبول جامعه جهانی است و نيز بعضی ادعاهای (اولیه) نسبت به وجود صلاحیت قضائی^{۲۵} که به احتمال زياد در رابطه با کشورهای ديگر ايجاد اشكال خواهد نمود. در ميان ادعاهای دسته اول می توان از اقامات مستمر خوانده، توافق قراردادی نسبت به دادگاه صالح و صلاحیت در مورد خواهان در رابطه با دعواي مقابل خوانده، نام برد که شايد بتوان به اين موارد، علت دعاوى که ناشی از ارتکاب فعل يا ترك فعل موجب مسؤوليت مدنی باشد و يا اشتغال به تجارت در داخل يك کشور را نيز اضافه نمود. اما ادعای اولیه يا بعدی وجود صلاحیت قضائی، از اين حيث که احتمالاً موجب بروز پاره ای بيعدالتیها در مورد خوانده و يا اختلال در جريان محاكمات خواهد گردید، شایان توجه بيشتری می باشد.

بنابه قول مشهور، اين گونه دعاوى در ابتدا از ماده ۱۴ قانون مدنی فرانسه ناشی گردیدند؛ قانونی که در بحجه جنگ فرانسه با بقیه کشورهای اروپائی تدوین شده و طبعاً منعكس کننده احساسات خصمانيه نسبت به خارجيان می باشد. مفاد ماده ۱۴ قانون مذکور چنین مقرر می دارد که محاکم فرانسه صلاحیت دارند نسبت به کلیه دعاوى که توسط يكی از

Claims to... — Secondary claims to Judicial Jurisdiction. ۲۴ و ۲۵

منتظر دقیق نویسنده از این اصطلاحات روشن نیست، خصوصاً نقیک آنها به «ثانویه و...»؛ ولی با توجه به عبارات بعدي ظاهرآ قدش این است که نشان دهد صلاحیت کشور الف برای صدور حکم ممکن است بلحاظ مواردي از قبيل اقامات مستمر خوانده در آنجا يا... باشد. اين صلاحیت على القاعده از جانب محکوم له حکم خارجي ادعا می شود تا بتواند دستور اجرای حکم خارجي به نفع خود را دریافت کند. (م.)

اتباع فرانسه علیه هر کس دیگری اقامه گردیده باشد، رسیدگی نمایند و در این امر محل اقامت خوانده و یا محل وقوع اعمال (منشاء دعوی) مدخلیت ندارد. در یک سیستم حقوقی دیگر، همان طوری که در آئین دادرسی مدنی آلمان هم تصریح گردیده، در صورتیکه شخص غیر مقیم، مالک دارائیها و اموالی در آلمان باشد، به دادگاههای آن کشور صلاحیت نامحدود و وسیع رسیدگی تفویض شده است. هر چند در بادی امر چنین به نظر می‌رسد که حقوقدانان آمریکائی نسبت به این نوع احراز صلاحیت که آشکارا غیر منطقی است، واکنشی منفی نشان داده‌اند، لیکن با بررسی دقیق‌تر روشن می‌گردد که صلاحیت محاکم ایالتی در آمریکا در مورد رسیدگی به دعاوی شبه مالی، دارای وجه اشتراکی با مانع فیه می‌باشد؛ زیرا هر چند از نظر تئوری، صلاحیت در دعاوی شبه مالی فقط منحصر به مبالغ اموال توقیف شده در هنگام تقدیم دادخواست و شروع دعوی می‌باشد، لیکن در عمل، بدلیل فقدان مقررات «اجازه حضور محدود و مشروط»^{۲۶} به خوانده، از این حد تجاوز می‌نماید. به موجب این قاعده و مقررات (حضور محدود و مشروط)، خوانده می‌تواند بدون اینکه خود را شامل صلاحیت شخصی دادگاه سازد، در ماهیت دعوی دخالت (و دفاع) نماید. علیهذا و در غیاب چنین مقرراتی، خواندگان این گونه دعاوی که عملاً با ضبط اموال توقيف شده خود مواجه می‌باشند، ناگزیر به دفاع در ماهیت نزدیک مرجع نامتناسب می‌شوند که این امر برای آنها تعیاتی را بدبناه خواهد داشت.

سومین و آشناترین مبنای ادعای وجود صلاحیت قضائی که صحت آن محل تردید می‌باشد، ابلاغ اخطاریه‌ها و اوراق قانونی به خوانده در قلمرو قضائی یک کشور است. این مبنای صلاحیت که در حقیقت بر مفاهیم قدرت (و حاکمیت قضائی دولت) استوار است، مبنای سنتی اعمال صلاحیت قضائی در «کامن لو» بوده و آشکارا با سیستم حقوق مدون بیگانه است؛ زیرا در کشورهای دارای حقوق نوشه چنین فرض شده است

26. limited appearance.

که صلاحیت، قبل از آغاز رسمی دعوی نیز وجود دارد و مرحله ابلاغ اوراق قانونی در حقیقت کاشف از آن صلاحیت و ضرورت آن فقط برای اخطار و اطلاع (خواننده) می باشد و موجد صلاحیت رسیدگی به دعوی نیست.

۳. وضعیت آئین دادرسی در کشور الف

در این خصوص آنچه که باید مورد ملاحظه اصلی قرار گیرد، مسئله اخطار به خواننده و امکان دفاع برای او می باشد. تجدید نظر در قانون ناظر به تعارضات (قوانين — محاکم) اشعار می دارد:

صلاحیت قضائی یک ایالت نسبت به شخص در صورتی قابل اعمال است که روش معقولی برای آگاهی شخص خواننده از دعوی معمول گردیده و به او فرصت کافی برای عرضه دفاعیات داده شده باشد. بنابراین صرف حضور شخص در قلمرو قضائی آن ایالت مؤثر در مقام نیست.

در ایالات متحده آمریکا حکم صادره عليه خواننده ای که از اقامه دعوی بی اطلاع بوده و یا فرصت دفاع به او داده نشده باشد، به استناد اصل رعایت جریان صحیح قانونی، معتبر و مجری شناخته نخواهد گردید. شکل ظاهری اخطاریه و اینکه مشابه نمونه های آن در آمریکا باشد، شرط نیست؛ بلکه اخطاریه بایستی با محاسبه دقیق، خواننده را از دعوی مطلع سازد و به او فرصت کافی برای تهیه دفاعیه بدهد. معذالک پاسخ به این سؤال نسبتاً آسان که چه نوع اخطاری در دعوای بخصوص، معقول و منطقی تلقی می گردد، چندان سهل نخواهد بود. در این مورد می توان به دعوای بویوین عليه تالکوت^{۲۷} اشاره کرد که طی آن، دادگاه از شناسائی حکم محکمه «کِبِک» به این دلیل که تنها نحوه ابلاغ مقرر در قوانین کِبِک از طریق آگهی در جراید می باشد ولی در این مورد دادگاه از اختیار خود در مورد ابلاغ واقعی به خواننده استفاده کرده است، استنکاف

27. Boivin V. Talcott.

ورزید.

عامل دیگری که در شناسائی احکام خارجی باید مورد عنایت قرار گیرد، بطور کلی منصفانه بودن آئین دادرسی کشور الف می باشد؛ توضیح اینکه هر چند ممکن است محاکم آمریکائی از پذیرش و تنفیذ رأی صادره از کشور خارجی که از نظر آئین دادرسی و قواعد شکلی محاکمه، با سیستم مورد عمل آنها در تعارض آشکار می باشد اکراه بیشتری داشته باشند، اما صرف این اختلاف و تعارض به معنای عدم شناسائی حکم خارجی نخواهد بود. برای مثال مقررات ناظربه محاکمه توسط هیئت منصفه، ادلة اثبات دعوى وغیره، رأى قطعى صادره از کشور الف را مخدوش نخواهد ساخت و حکم خارجی فقط در صورتی فاقد اعتبار و ملغى الاثر شناخته خواهد شد که محکمة کشور الف در احراز ماهیت امر از آنچنان روش خودسرانه و دلبخواهی استفاده نموده باشد که مغایر با برداشت ما از «عدالت طبیعی» باشد.

البته از آنجا که اغلب احکام خارجی که تقاضای اجرای آنها در ایالات متحده گردیده است، از مالکی صادر شده اند که از سیستمهای حقوقی بسیار پیشرفته برخوردارند، امکان وقوع چنین وضعی بسیار بعید می باشد. بهر حال ایراد مشابهی که به احتمال زیاد مطرح می گردد این است که آئین دادرسی کشور الف در دعوای خاصی غیر منصفانه بوده است. برای مثال احتمال دارد ایراداتی از قبیل شهادت یکذب، ارتشای قاضی یا هیئت منصفه و یا إغوای خوانده در عرضه ناقص دفاعیات خود مطرح گردد. در انگلستان اعمال تقلب در صدور حکم بعنوان مانع در شناسائی و اجرای این قبیل احکام تلقی می گردد. و بهمین ترتیب سایر کشورهای اروپائی نیز شناسائی احکام خارجی ناشی از تقلب را امری مغایر با نظم عمومی می دانند. برخلاف محاکم انگلیس، دادگاههای آمریکائی در صورتیکه احراز نمایند که ایراد به تقلب در صدور رأی، ناظربه مسائلی است که دادگاه کشور الف فرصت و امکان رسیدگی نسبت به آن را داشته (فرض می شود که دادگاه خارجی به موضوع تقلب مورد ایراد رسیدگی

نموده است) معمولاً با نادیده گرفتن ایراد، حکم خارجی را به اجرا می‌گذارند. برای مثال اگر ایراد شود که حکم خارجی برمبنای ادای شهادت دروغ و یا عرضه مدارک مجعلو صادر گردیده است، ایرادات مزبور مورد قبول قرار نخواهد گرفت. بر عکس اگر ایرادات و نوع تقلب مربوط به امری خارج از دعوى باشند، نظر به اینکه دادگاه (کشور الف) بطور طبیعی نمی‌توانسته است نسبت به آنها امعان نظر نماید، در صورت اثبات، رأی خارجی را باطل و ملغی الاثر خواهد ساخت. برای مثال اگر خواهان این شبھه را در خوانده القا نموده باشد که دعوى را مسترد کرده است، حکم ناشی از این تقلب و إغوا قابل نقض می‌باشد.

نکته دیگر این است که ملاک وضابطه تشخیص استفاده از تقلب در تحصیل رأی، عرفًا همان ضوابطی هستند که در دادگاه مرجع درخواست شناسائی حکم، مقتبر و مجری می‌باشند و این مسئله که رأی صادره در کشور محل صدور حکم به این دلیل قابل نقض و باطل نمی‌باشد، مؤثر در مقام نیست.

مسئله دیگر بررسی موضوعی است که در قبال احکام غیابی خارجی اتخاذ می‌گردد. در این مورد باید گفت که از آنجا که امکان عدم رعایت اصول عدالت در مورد خوانده‌ای که در محکمة کشور الف حضور نداشته، به مراتب بیشتر است، لذا کمتر احتمال دارد که محاکم آمریکائی احکام مزبور را لازم الاجرا بشناسند. بنابراین بدیهی است که در مورد احکام غیابی، اولاً، محکمة کشور ب باید صحت و مستند اعمال صلاحیت قضائی توسط کشور الف را دقیقاً مورد بررسی قرار دهد، و ثانیاً، خواهان متقارضی اجرای حکم باید این امر را اثبات نماید که در مرحله دادرسی، بنایه دستور دادگاه کشور الف مدارک مثبته در مورد خسارت واردہ را ارائه نموده است. با عنایت به مطالب فوق الذکر می‌توان چنین استنتاج کرد که اتخاذ خط مشی دیگری در مورد احکام غیابی، ممکن است اتباع بیگانه را به عدم حضور در برابر محاکمی که حقاً و منطقاً صلاحیت رسیدگی به دعوای اقامه شده علیه آنها را دارند، ترغیب نماید.

مسئله دیگر در شناسائی احکام خارجی، شرط «رعایت جریان صحیح قانونی»^{۲۸} توسط محکمة خارجی است که در رابطه با آن آرای متعددی از محاکم آمریکائی صادر گردیده است. آنچه که از آرای مزبور مستفاد می‌گردد این است که دادگاههای آمریکائی از شناسائی و اجرای رأی صادره از محاکم خارجی بلحاظ نقض اصل اجرای صحیح قوانین شکلی و صرفاً به این دلیل که قوانین و یا طرز عمل دادگاه خارجی، حتی بنحوی بارز، با قوانین و رویه دادرسی در دادگاه مرجع شناسائی حکم متفاوت می‌باشد، استکاف نخواهند ورزید. برای مثال دیوان عالی آمریکا در رأی صادره در دعوای هیلتون علیه گایوت رویه معمول دادرسی در دادگاههای فرانسوی مبنی بر پذیرش شهادت از راه نقل قول (شهادت سمعانی) و بدون ادای سوگند و نیز قائل نشدن حق بازجوئی از شهود را به منزله نقض اصل اجرای صحیح قانون و مغایر با نظم عمومی تلقی ننمود؛ هرچند که در حقوق آمریکا بازجوئی از شهود عموماً بعنوان یک حق شکلی اساسی پذیرفته گردیده است. (برای اطلاع بیشتر همچنین رجوع کنید به دعوای روت فورد ایستیت (۱۹۴۴) در رابطه با ادلہ اثبات دعوا و تشریفات دادرسی در فرانسه). در دعوای دونستان علیه هیگنیز (۱۸۹۳) چنین حکم داده شد که امتناع دادگاه خارجی از صدور اجازه برای بازجوئی از شهود مطلع و مؤثر در نیویورک، قطعیت رأی صادره را زیر سؤال نخواهد برد.

دادگاه چنین اشعارداشت:

... حتی اگر در مانحن فیه چنین ملاحظه گردد که حقوق قانونی
خوانده بعضًا مورد رعایت واقع نگردیده است، این امر فی نفسه به اعتبار
و یا قطعیت حکم صادره تا زمانی که نقض و ابطال نشده باشد،
خدشه ای وارد نخواهد نمود. اشتباهات قانونی واقعه در جریان محاکمه
و یا در اثنای جریان دعوا را می‌توان با تقاضای پژوهش و یا
درخواست اصلاح حکم از محکمة صالحه مرتفع نمود؛ ولی باید توجه

28. Due Process of Law.

داشت که این اشتباهات نمی‌توانند بخودی خود بعنوان ایراد در دعوای مطروحه براساس رأی صادره مورد استفاده قرار گیرند. در صورتیکه شخصی برمنای قرارداد منعقده در کشور خارجی، در کشور مزبور مورد تعقیب واقع گردد، قواعد شکلی و آئین دادرسی دادگاه رسیدگی کننده به دعوی نسبت به او قابل اعمال بوده و شخص مزبور می‌باشی در صورت داشتن هرگونه دفاع و ایرادی، به قواعد حاکم در حوزه قضائی مزبور استناد جوید و هرگونه اشتباه نیز می‌باشی از مجرای طبیعی خود مورد بررسی و اصلاح قرار گیرد. مادام که شخص مذکور از این گونه قواعد و مقررات که به منظور اجرای متعارف عدالت در میان اتباع و یا مشمولان قوانین مزبور پذیرفته شده است استفاده می‌نماید، موردي برای شکایت وجود ندارد؛ چرا که او از اجرای عدالت محروم نگردیده است. در این مورد چنین فرض می‌شود که حقوق و تکاليف خوانده براساس قوانین ماهوی و شکلی کشور صادر کننده حکم، تعیین و تبیین شده و در پرونده امر نیز چیزی که مغایر با این فرضیه باشد وجود ندارد. علیهذا مسائل موضوعی و یا حکمی که توسط حکم صادره از محکمة خارجی مورد حل و فصل قرار گرفته اند نمی‌توانند در دادگاههای ما مورد ارزیابی و رسیدگی مجدد واقع شوند.

بهمین نحو دادگاههای نیویورک این گونه استدلالات را پذیرفته اند که محکمة خارجی بهنگام صدور رأی، اصل رعایت جریان صحیح قانون را نادیده گرفته است و یا نظم عمومی داخلی بواسطه مغایرت فروض قانونی ناشی از قواعد ناظر به ادله اثبات دعوی در کشور بیگانه با اصول مورد قبول در مرجع شناسائی حکم و یا توسط قواعد شکلی اداری که برای طرف دعوی (خوانده) حق دفاع در جلسه رسیدگی بدوى را قائل نگردیده و فقط این حق را برای مرحله تجدید نظر بعدی شناخته، مورد لطمہ قرار گرفته است.

مختصر اینکه، بدون تردید موفقیت ایراد عدم رعایت اصل رعایت جریان صحیح قوانین شکلی در دادرسی، موکول به اثبات این است که عدم رعایت تشریفات شکلی دادرسی بعدی بوده که موجب نقض اصول اساسی

تأمین عدالت گردیده است. بعبارت دیگر صرف تفاوت آئین دادرسی معموله در مرجع صدور حکم با تشریفات مورد عمل در کشور مرجع شناسائی رأی خارجی، حتی اگر این تفاوت بسیار شدید و چشمگیر نیز باشد، در امر شناسائی احکام خارجی مؤثر و تعیین کننده نخواهد بود.

۴. انتخاب قانون حاکم

تقریباً تا سال ۱۲۰۰ میلادی این تفکر ابتدائی وجود داشت که مرجع رسیدگی کننده همیشه باید قانون محلی خود را اعمال نماید. ولی از این تاریخ بعد این نظریه پدیدار گردید که مرجعی که در صدد اعمال قانون است، باید مناسب‌ترین و منطقی‌ترین قانون را — که الزاماً قانون محلی نیست — در خصوص مورد اجرا نماید. معاذلک هنوز آشتفتگی و ابهام در مورد مفهوم صلاحیت قابل اعمال یعنی صلاحیت قضائی، صلاحیت صدور حکم و دستور قضائی و صلاحیت تقنینی،^{۲۹} از میان نرفته است؛ بطوریکه هنوز روشن نیست آیا اگر ایالتی خود را برای وضع قانون در موارد خاص و یا رسیدگی قضائی به ماهیت دعوی و قاعدة قانونی قابل اعمال نسبت به حقایق امر صالح بداند، این احراز صلاحیت کافی است، یا باید ایالت مزبور ارتباط بیشتری با اختلاف و اصحاب دعوی داشته باشد؟

در این میان مسئله‌ای که از ارتباط بیشتری با موضوع برخوردار است تفکیک و تمیز میان ملاحظات مختلفی می‌باشد که در هنگام بررسی نحوه انتخاب قانون توسط کشور الف صورت گرفته، با ملاحظاتی که در جریان احراز واقعیت‌های امر (توسط قاضی) بکار می‌رود. تفاوت اولیه بین ایندو مسئله این است که بررسی جریان انتخاب قانون به مراتب سهلتر صورت می‌پذیرد. در مرحله بررسی (عمل دادگاه کشور الف در) انتخاب قانون حاکم، اهداف اصلی اعتبار قضیه محکوم به از قبل صرفه جوئی در مصرف امکانات قضائی و جلوگیری از ایذاء و تضییع حقوق طرف حاکم در دعوی،

29. Judicial Jurisdiction, Jurisdiction to prescribe, legislative Jurisdiction.

دچار وقفه و لطمه نمی شوند؛ زیرا جز در موردی که بر اساس تقاضای طرف ذیربیط، دادگاه (کشور ب) احراز نماید که در انتخاب قانون اعمال شده به اندازه‌ای اشتباه صورت گرفته است که عدم شناسائی حکم خارجی را توجیه می نماید، دادرسی مجدد لزومی نخواهد داشت. در حقیقت در بعضی از موارد امکان دارد که واقعیات احراز شده (توسط دادگاه خارجی) مورد قبول و قطعی تلقی گردد، لیکن حکم با تغییر قانون حاکم بر مورد اصلاح شود. فایده دیگری که بر بررسی و محک زدن نحوه انتخاب قانون حاکم مترتب می باشد این است که تمام تصمیماتی که از طرف محکمه کشور ب مبنی بر نادرست بودن انتخاب قانون توسط دادگاه کشور الف اتخاذ می گردد، موجب و مستلزم عدم شناسائی و از اعتبار افتادن حکم خارجی نخواهد بود؛ با این توضیح که اگر قانون اعمال شده از طرف محکمه کشور الف (که بطور معمول قانون محلی می باشد)، اصولاً مشابه با قانون کشور دیگری باشد که احتمالاً محکمه کشور ب آن را قابل اعمال می دانسته است، جریان انتخاب قانون توسط محکمه کشور الف حمل بر صحت خواهد شد.

ملاحظه دیگری که با آنچه قبل ذکر شد متفاوت می باشد این است که به احتمال زیاد، مصالح معتبر و اختصاصی کشور ب، از طریق انتخاب قانون توسط کشور الف، بنحوی خودسرانه و بدون ضابطه، بیشتر لطمه می بینند تا از هنگرختای احتمالی کشور الف در احراز واقعیات امر.

باید گفت که معمولاً هنگامی بررسی انتخاب قانون موضوعیت پیدا می کند که ایرادی مبنی بر اعمال قانون نادرست از جانب محکمه کشور الف مطرح گردیده باشد؛ زیرا محاکم بعضی از کشورها ترجیح می دهند که علی رغم احراز عدم ارتباط موضوع اختلاف با سیاستها و خط مشی های خود، باز هم قانون محلی را قابل اجرا بدانند. در این صورت احتمالاً «نظم عمومی» کشور ب ایجاد می نماید که دادگاه از معتبر شناختن چنین حکمی، بویژه در صورتیکه اعمال قانون کشور ب اصلاح تشخیص داده شود،

استنکاف ورزد. از طرفی دیگر، نظر به اینکه اعمال قانونی که صحیحاً انتخاب نگردیده به معنای عدم رعایت قاعدة «جريان صحيح قانونی» نیز می‌باشد، لذا شناسائی این گونه آرا احتمالاً متضمن نفی اصل مزبور توسط کشور محل اجرای حکم خواهد بود. در اینجا ناگزیر از تفکیک میان آرای ایالات داخلی و احکام صادره از محاکم خارجی هستیم؛ زیرا اصل تمامیت و اعتبار احکام (مندرج در قانون اساسی آمریکا) مقرر می‌دارد که آرای محاکم ایالتی علی‌رغم وجود اشتباه فاحش از حیث قانون انتخاب شده، حتی اگر این اشتباه برخلاف اصول قانون اساسی باشد، معترض شناخته گردند. صرف نظر از این استدلال که شرط مزبور، فقط بخاطر تسهیل عملکرد داخلی سیستم فدرال لازم می‌باشد، باید توجه داشت که در ایالات متحده مرجع دیگری به نام دیوان عالی وجود دارد که احکام معارض با قانون اساسی از نظر انتخاب و تشخیص قانون حاکم را مورد تجدیدنظر قرار می‌دهد. در حقیقت بررسی اینکه آیا کشور خارجی (الف) قانون صحیحی را انتخاب کرده است یا خیر، در تعیین اینکه آیا طرز رفتار و برخورد آن کشور در برابر خارجیان عادلانه است یانه، نقش مؤثری دارد.

مشکل دیگری که ممکن است در رابطه با انتخاب قانون ایجاد شود موردنی است که کشور الف تصمیم به اعمال قانون کشور ب اتخاذ می‌نماید، ولی در انتخاب قانون دچار اشتباه می‌گردد. اگر توجه داشته باشیم که کشورها می‌توانند قانون خارجی را اعمال کنند، و در عمل نیز از این اختیار استفاده می‌نمایند، و از طرف دیگر در تعیین قانون واقعی و قابل اجرا در خصوص مورد یقیناً با اشکالاتی مواجه می‌باشند، آنگاه معلوم می‌گردد که وقوع این اشتباه نیز محتمل است.

موضوع دیگری که در ارتباط با مشکلات ناشی از انتخاب قانون حاکم مطرح می‌گردد عبارت است از اینکه چه بسا شناسائی حکم کشور الف، بلحاظ ماهیت علت دعوای اصلی، به منزله نقض و مخالفت با مبانی نظم عمومی کشور ب باشد. برای مثال رأی صادره از محکمة فرانسوی مبنی

بر الزام مردی به سرپرستی و تکفل از دامادش، توسط محکمه آمریکائی معتبر شناخته نگردید.

براین مبنا ممکن است احکام صادره از کشور الف که مبتنی بر قمار بازی و یا رباخواری باشند، به سرفوشت مشابهی (عدم اعتبار) دچار گردند. البته در صورتیکه علت اقامه دعوى به موجب قوانین ماهوی کشور ب پذیرفته شده باشد، با آرای صادره از محاکم کشور الف این گونه رفتار نخواهد شد. در حقیقت باید گفت که سیاست کلی، حداقل در موردی که قانون کشور الف صحیحاً انتخاب گردیده، دایر بر قبول و شناسائی احکام خارجی است؛ مگر اینکه علت اقامه دعوى اساساً با مفاهیم و برداشت‌های کشور ب از عدالت در تعارض باشد.

در صورتیکه محکمه کشور ب با ایراد تعارض قانون انتخاب شده با نظم عمومی مواجه گردد، یکی از سه راه زیر را می‌تواند اختیار نماید:

اولاً، حکم را به نفع خواهان اجرا کند،

ثانیاً، از استماع دعوى مطلقاً استنکاف ورزد، و

ثالثاً، بدون اجبار در ورود به واقعیات (وماهیت) دعوى، قانون محلی خود را نسبت به مورد اختلاف، اعمال و حکم جدیدی صادر نماید. اینکه دادگاه کشور ب باید کدامیک از سه شق فوق الذکر را برگزیند، اصولاً موکول به ارتباطی است که کشور الف و کشور ب بایکدیگر و در مورد دعوای مطروحه دارند. برای مثال، در صورتیکه کشور ب اقامه دعوى حقوقی به منظور مطالبه خسارت از طرف زوجه علیه زوج را قانوناً ممنوع نموده باشد، اگر زوجین در کشور الف مقیم باشند که طرح چنین دعوائی را مجاز می‌داند، رأی صادره بایستی معتبر شناخته گردد. به این ترتیب اگر از یک محکمه فرانسوی حکمی مبنی بر الزام مردی به تأمین هزینه زندگی داماد خود صادر گردد، چنین حکمی در صورتیکه طرفین ذیربط، تابعیت فرانسوی داشته باشند، باید قابل اجرا تلقی گردد. تاکیداً تکرار می‌کنیم در

صورتیکه محکمه کشور ب یک محکمه آمریکائی باشد، اعمال نظم عمومی شناخته شده در ایالات متحده و صدور یک حکم جدید، در صورتیکه دعوای مطروحه اصولاً از طبیعتی خارجی برخوردار باشد، به منزله نقض اصل رعایت جریان صحیح قانونی خواهد بود.

دکتر مرتضی نصیری



نظریه اصلیل واقعی

و

alter ego



اشاره:

در اسفند ۱۳۲۹ (مارس ۱۹۵۱) مجلس شورای ملی، قانون ملی شدن صنعت نفت ایران را تصویب کرد و سپس متعاقب کودتای ۲۸ مرداد ۱۳۴۲ چهارده شرکت بین المللی نفتی، کنسرسیوم را تشکیل دادند و با دولت و شرکت ملی نفت ایران، قراردادی جهت اکتشاف، تولید، تصفیه و صدور نفت ایران به اعضا رساندند.

بر مبنای قرارداد مربیو، اعضای کنسرسیوم، دو شرکت برطاق قوانین کشور هلنند تشکیل دادند: یکی به نام «شرکت اکتشاف و تولید نفت ایران» و دیگری به نام «شرکت تصفیه نفت ایران». بدجه شرکتهای مربیو که وظایف اکتشاف، تولید، پالایش، حمل و سایر عملیات را بر عهده داشتند، از طرف کنسرسیوم تأمین می شد و اعضای کنسرسیوم منفرداً و مشترکاً عملکرد آن دو شرکت را تضمین می کردند.

در سال ۱۹۷۳ قرارداد دیگری تحت عنوان قرارداد خرید و فروش (Sale and purchase agreement) بین کنسرسیوم مذکور و شرکت ملی نفت و دولت ایران به اعضا رسید که به موجب آن، به کار شرکتهای «اکتشاف و تولید نفت ایران» و «تصفیه نفت ایران» پایان بخشد و اداره عملیات نفتی و پرداخت کلیه هزنهای اکتشاف و استخراج و تصفیه نفت را به شرکت ملی ایران واگذار کرد.

طبق ماده ۱۷ قرارداد خرید و فروش مقرر شد یک شرکت خدماتی، بصورت یک شرکت سهامی خاص غیر انتفاعی با سرمایه کنسرسیوم و طبق قوانین ایران ایجاد شود^۱ تا آن شرکت، عملیات محوله از طرف شرکت ملی نفت ایران در زمینه امور مربوط به اکتشاف، توسعه و تولید نفت خام و گاز طبیعی و حمل گاز و نفت را بر عهده بگیرد. بر طبق همان قرارداد، شرکت ملی نفت ایران متعهد شد که سرمایه و سایر وجوهی را که شرکت خدماتی مزبورای انجام عملیات محوله لازم داشته باشد، در اختیار آن شرکت بگذارد.

در اجرای مقررات ماده ۱۷ قرارداد خرید و فروش، کنسرسیوم در بدواتر، شرکتی به نام Iranian Oil Participants Ltd. در انگلستان به ثبت رساند و پس آن شرکت که صدرصد سهام آن متعلق به کنسرسیوم بود، به تأسیس شرکت سهامی خاص خدمات نفتی ایران (اسکو) مبادرت ورزید و اسکو، طبق قانون تجارت ایران و تحت شماره ۱۷۲۳۶ در دفتر شرکتهای داخلی به ثبت رسید و شرکت ملی نفت ایران قراردادی تحت عنوان «قرارداد خدمات» با آن منعقد نمود.

به موجب ماده ۲ قرارداد خدمات، شرکت ملی نفت ایران آن قسمت از عملیات مربوط به اکتشاف، توسعه، تولید نفت خام و گاز طبیعی، عمل آوردن گاز طبیعی مایع و همچنین حمل نفت خام و گاز طبیعی مایع به مخازن و بنادر مربوطه وبارگیری از آنها را به اسکو واگذار نمود.

بدین ترتیب اسکو شخصیت حقوقی مستقلی بود که بنابر صراحت بند E ماده ۱۹ قرارداد خرید و فروش سال ۱۹۷۳^۲ و ماده سوم قرارداد خدمات منعقده بین شرکت ملی نفت ایران و اسکو^۳ وبالاخره ماده چهارم اساسنامه اسکو^۴ بعنوان پیمانکار (نه نماینده) شرکت

۱. جالب توجه است که به موجب ماده دوم قانون اصلاح قسمتی از قانون تجارت ایران مصوب سال ۱۳۴۸، «شرکت سهامی، شرکت بازرگانی محسوب می شود، و لواینکه موضوع عملیات آن امور بازرگانی نباشد» و علیهذا شرکت سهامی خاص که نوعی شرکت سهامی است، نمی تواند یک مؤسسه غیر انتفاعی محسوب شود.

شرایط ثبت مؤسسانی که طبق ماده ۵۸۴ قانون تجارت، برای مقاصد غیر تجاری تأسیس شده یا بشوند با شرایط ثبت شرکتهای سهامی متفاوت بوده و طبق آئیننامه وزارت دادگستری تعیین شده است.

2. «The service company, functioning as a contractor for N. I. O. C. on a non-profit making basis, shall not be liable to any contractor's or in come tax.»
3. «The service company as a contractor shall carry out the operations in accordance with good oil industry practice and round engineering principles on behalf of and under the over all direction and control of N. I. O. C.»

۴. «عنوان پیمانکار شرکت ملی نفت ایران، و طبق شرایط و مواد پیمان خدمتی که بین شرکت ملی نفت ایران از یک طرف و شرکت سهامی خاص خدمات نفتی ایران از طرف دیگر منعقد می گردد... الخ».

ملی نفت ایران عمل می‌نمود.

بعد از انقلاب و تشکیل دولت جمهوری اسلامی ایران و پس از اینکه قرارداد خرید و فروش به موجب لایحه قانونی راجع به تشکیل کمیسیون خاص در مورد قراردادهای نفتی مصوب جلسه ۱۸ دی ماه ۱۳۵۸ شورای انقلاب، و تصمیم کمیسیون خاص مأمور بررسی قراردادهای نفتی، مخاپر با قانون ملی شدن نفت در سراسر کشور شناخته و کان لم بکن گردید، اسکو از ادامه عملیات خود امتناع کرد و شرکت ملی نفت ایران خود، اداره کلیه عملیات مربوط به اکشاف، تولید، تصفیه و صدور نفت ایران را بر عهده گرفت. درنتیجه پاره‌ای از مدعیان آمریکائی که قراردادهایی به منظور انجام عملیات اکشاف، استخراج و تصفیه مواد نفتی با شرکت سهامی خاص خدمات نفتی ایران (اسکو) منعقد کرده بودند، در مراجع قضائی مختلف واژه جمله در دیوان داوری ایران و ایالات متحده آمریکا – لاهه به طرح دعاوی متعددی علیه شرکت ملی نفت ایران مباردت نمودند.

موضوع شرکت ملی نفت ایران در برابر دعاوی مزبور چنین بوده و هست که اسکو واجد شخصیت حقوقی مستقلی می‌باشد و شرکت ملی نفت ایران، هیچ گونه سهم یا منافعی در آن و با کنترل بر آن نداشته و ندارد و بطبق قوانین ایران، رابطه شرکت ملی نفت ایران و اسکو، یک رابطه کارفرمایی و بیمانکاری است و بهمین جهت، دعاوی مزبور توجهی به شرکت ملی نفت ایران ندارد.

اما از طرف مدعیان آمریکائی، بطور خلاصه ادعاهای زیربنوan دلیل توجه دعوای به شرکت ملی نفت ایران اعلام گردیده است:

۱. اسکوناینده یا عامل شرکت ملی نفت ایران است.
۲. اصیل واقعی در فراردادهای منعقده، شرکت ملی نفت ایران بوده و اسکو، شخص واسطه می‌باشد.
۳. شرکت ملی نفت ایران، اسکو را کنترل می‌نموده و اسکو طبق دستورات شرکت نفت کارمنی کرده است.
۴. منتفع خدماتی که در اختیار اسکو قرار گرفته، شرکت ملی نفت ایران بوده است.
۵. شرکت ملی نفت ایران تعهدات و وظایف اسکو را تقبل نموده است.

آقای دکتر مرتضی نصیری نویسنده مقاله «نظریه اصیل واقعی alter ego» ضمن تشریح نظریه مذکور در این مقاله، کوشش کرده‌اند تا عدم توجه دعاوی مذکور به شرکت ملی نفت ایران را توجیه نمایند.

چون مندرجات مقاله مذکور، صرف نظر از خصوص مورد وسائل مربوط به شرکت ملی نفت ایران و اسکو، از جهت تشخیص اصیل

واقعی در موارد متعددی که کسانی تحت عنوانی مختلف وکیل ضمی، وکیل ظاهري، وکیل حکمی، وکیل تنفیذ الاختیار، وکیل در موارد ضروری و فوق العاده، پیمانکار مستقل وغیره، به اعمال حقوقی برای دیگران مبادرت ورزیده اند نیز آموزنده و جالب توجه است، لذا به درج آن در این شماره اقدام نمودیم. بدیهی است چنانچه در این خصوص، نظرات حقوقی مخالفی وجود داشته باشد و از سوی خوانندگان گرامی اعلام شود، از چاپ آن نظرات نیز درین نخواهیم کرد.

«مجله حقوقی»

۱. طبیعت حقوقی مسئله

بطور کلی اعمال و اقدامات وکیل در حدود اختیاراتش، برای اصیل الزام آور است؛^۱ پس مسئله در واقع این است که آیا در موارد مشتبه زیر نیز می‌توان اقدامات شخصی را از باب وکالت قلمداد کرد و بهای مراجعه به شخص مذکور، به اصیل واقعی^۲ رجوع نمود یا خیر؟:

۱. اصیل ظاهری، شخصی است که بعنوان اصیل و به نام خود عمل کرده ولی به موجب قرارداد با اصیل واقعی، آن اقدامات را برای اصیل مذکور و بحساب او انجام داده باشد.^۳

۱. رجوع شود به: Agency, By: David Kobrin at p. 30-1

و همچنین رجوع شود به: The Law of Agency, By: G. H. L. Friedman at p. 140-8

۲. برای تعریف alter ego رجوع شود به: Black Law Dictionary:

و همچنین رجوع شود به:

alter ego tye defenses reconsidered. Montgomery forum 13 528-57 winter 78

۳. undisclosed agent یکی از مصاديق اصیل ظاهری، حق العمل کار است که در ماده ۳۵۷ قانون تجارت ایران چنین تعریف شده است: «حق العمل کار کسی است که به اسم خود ولی به حساب دیگری (آمر)

۲. وکیل ضمنی^۴: هرگاه اصل وکالت شخصی ثابت بوده، ولی در حدود اختیارات او شبههای وجود داشته باشد، چنین شخصی وکیل ضمنی در انجام لوازم (عقلائی) مورد وکالت نیز تلقی می‌شود.

۳. وکیل ظاهری^۵: شخصی است که در سمت یا وضعیتی منصوب شده که وجود وکالت یا نمایندگی، لازمه شغل او است.

۴. وکیل حکمی^۶: شخصی است که گرچه وکالتی به او تفویض نشده است ولی اصیل، مأمور به اقدامات او خواهد بود؛ زیرا اشخاص ثالث، سکوت یا رفتار اصیل را حاکمی از تفویض اختیار تلقی کرده و به این

→ معاملاتی کرده و در مقابل حق العملی دریافت می‌دارد». به موجب ماده ۳۵۸ همین قانون، حق العمل کار مشمول مقررات وکالت است.

رجوع شود به:

Agency By: David Kobrin LLB (Hons) ACIS. p. 44, Senior lecturer in law, Watford College.

و همچنین رجوع شود به: Goodhart and Hamson, loc. cit., at p. 336

و همچنین رجوع شود به: The law of Agency, by. G. H. L. Friedman

و همچنین رجوع شود به:

Apparent authority and undisclosed principle under German law. Cal western international Law J 4 340-73 spring 74

و همچنین رجوع شود به:

Undisclosed principle: Is humble v. hunter still good law? W. E. D. Davies Western. Aust L Rev. 8 at pp. 534-68

۴. رجوع شود به: Agency, David Kobrin p. 4.

و همچنین رجوع شود به: The law of Agency By: G. H. L. Friedman at p. 107.

۵. ostensible authority قائم مقام تجاری و سایر نمایندگان تجاری موضوع مواد ۳۹۵ تا ۴۰۱ قانون تجارت ایران، از مصادیق وکالت ظاهری و مشمول پارههای از احکام وکالت است.

رجوع شود به: Agency, David Kobrin, p. 13-14.

و همچنین رجوع شود به:

Slade, J. In Rama Corporation Ltd. v. proved Tin and General Investments Ltd., (1952) 1 All E. R. 554 at p. 556; (1952) 2 Q. B. 147 at p. 149.

و همچنین رجوع شود به: The Law of Agency, By: G. H. L. Friedman at p. 63

۶. وکیل حکمی Agency by Estoppel

رجوع شود به: Agency, By: David Kobrin, p. 7-8.

و همچنین رجوع شود به:

Conant, The objective theory of Agency: Apparent Authority and the Estoppel of Apparent ownership (1968) 4 Nebraska L. R. 678

و همچنین رجوع شود به: The Law of Agency, By: G. H. L. Friedman at p. 63

اعتبار مغور شده‌اند.

۵. وکیلی که اختیاراتش تنفیذ گردیده است^۷: در این فرض شخص بدون داشتن وکالت ولی به ادعای وکالت، با اشخاص ثالث معامله نموده و بعداً اصول، اقدامات او را تصویب و تنفیذ کرده است.

۶. وکالت در موارد ضروری و فوق العاده^۸: کارمندان یا وابستگان شخص، در موقع ضروری و فوق العاده که دسترسی به اصول مقدور نیست، می‌توانند خارج از حدود اختیارات خود نیز برای اصول ایجاد تعهد نمایند.

۷. «پیمانکار مستقل» شخصی است که به موجب قرارداد، انجام کاری را برای طرف دیگر قرارداد بعده می‌گیرد. چنین پیمانکاری در اجرای کار، تحت کنترل صاحبکار نیست، ولی کارفرما برنتیجه کارناظارت و کنترل دارد؛ حال آنکه اصول، حق ناظارت و کنترل طرز کارنماینده خود را دارد.^۹ بطور کلی هرگاه شخصی صرفاً از جهت نتیجه حاصله، تحت ناظارت یا کنترل دیگری باشد و در انتخاب وسیله و طریق حصول نتیجه آزاد باشد، پیمانکار مستقل تلقی می‌شود و نمی‌تواند عنوان نماینده داشته باشد.^{۱۰}

۸. شرکت یا مؤسسه اسیر: هرگاه سهامداران شرکت، شخصیت حقوقی آن را نادیده بگیرند و زیر پوشش شرکت، معاملاتی برای خود انجام دهنند، می‌توان نتیجه گرفت که شخصیت مستقل شرکت منتفی شده است. در چنین شرکت اسیری، مسئول واقعی همان سهامداران هستند.^{۱۱} این

Agency by ratification .^۷

رجوع شود به: Agency, By: David Kobrin, p. 18.

و همچنین رجوع شود به: Agency-partnership in a nutshell, Roscoe T. Steffen 1977 page 162

و همچنین رجوع شود به:

Seavey, The Rationale of Agency (1920), zq Yale L. J. 859 at pp. 886-892

و همچنین رجوع شود به: The law of Agency, By: G. H. L. Friedman at pp. 44-62

Agency by emergency .^۸

رجوع شود به: The law of Agency, By: G. H. L. Friedman 1971 at pp. 70-1

9. 2 An. Jur. 17, Agency Sec. 8, See also Turnbull et al. v. Shelton et al 286 p. (2ds wash. 1955)

10. Celenn, collector of Internal Revenue, v. Beard 141 F. (2d) 376 (1944).

11. Captive Corporation.

Stepton V. San Diego Trust & Savings Bank cal. App. 106 p. 2d 974. 984.

قبيل شخصيهای حقوقی را که آلت فعلی^{۱۲} بیش نیستند، نمی توان اصیل تلقی کرد و زوال شخصیت حقوقی آنان، ضمانت اجرای مدنی تبری متقلبانه مسؤولیت در مقابل اشخاص ثالث است.^{۱۳}

۹. تعهد به نفع شخص ثالث^{۱۴}: در مورد تعهد به نفع شخص ثالث، دو تئوری مختلف حقوقی مورد بحث واقع شده اند: یکی نظریه ایجاد حق^{۱۵} که در این فرض، صرفاً متعهد^ه (ثالث) می تواند از نتایج و آثار حقوقی تعهد مذکور استفاده کند و یا بدان استناد نماید؛ و دیگری نظریه وکالت مستمر و اصیل ظاهري^{۱۶}. این نظریه که در توجیه اثبات alter ego در عمل بدان بسیار استناد می شود بشرحی که بعداً بیان خواهد شد، در حقوق ایران چندان محملی ندارد، ولی در بسیاری دیگر از سیستمهاي حقوقی^{۱۷} قبول شده است. مبنای استدلال این است که ما بازاء^{۱۸} تعهدی که شخص به نفع ثالث می کند این است که چنانچه ثالث مذکور در مقام استفاده از مزایای ایجاد شده برآید، عملاً وکالت متعهد اصلی را در ایجاد تعهد پذیرا شده است و مأخوذه تعهدات احتمالي که در مقام انتفاع به عهده او قرار خواهد گرفت، می باشد.^{۱۹}

12. Instrumentality

۱۳. رجوع شود به: Garvin v. Mathews, I93 wash. 152. 74.

A concise law Dictionary, By: P. G. Osborn, LL. B. (LOND.) و همچنین رجوع شود به:

Agency By: David Kobrin at pp. 14-15 و همچنین رجوع شود به:

۱۴. تعهد به نفع شخص ثالث: ماده ۱۹۶ قانون مدنی مقرر می دارد: «کسی که معامله می کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب است مگر اینکه در موقع عقد، خلاف آن را تصریح نماید یا بعد، خلاف آن ثابت شود؛ معذالک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود می کند، تعهدی هم به نفع شخص ثالثی بنماید».

رجوع شود به: Precis elementaire, de Droit Civil, Joseph Hemard x 1506

۱۵. در این مورد رجوع شود به رساله تأثیر اراده: آقای دکتر جعفری لنگرودی. و همچنین رجوع شود به:

Precis elementaire de Droit Civil, Joseph Hemard x 1506

۱۶. تعهد به نفع شخص ثالث بعنوان وکالت مستمر: رجوع شود به: mandat taut

۱۷. وکالت از باب استفاده از تعهد: Agency du to benefits accrued

18. consideration

۱۹. قاعدة من له الغنم فعلیه الغرم در این مورد قابل توجه است.

۱۰. قاعدة تسری^{۲۰}: اصل این است که قراردادها بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتّابع است.^{۲۱} بنابراین می‌بایستی در مقام طرح دعوای علیه شخصی غیر از طرف معاملة ابتدائی، قائم مقام بودن خوانده اثبات گردد. در مورد نحوه اثبات قائم مقامی خوانده در حقوق ایران بعداً بحث خواهد شد، ولی در حقوق آمریکا و انگلستان در مواردی، برای اثبات این امر به قاعدة تسری اشاره می‌شود. بنابراین قاعدة، چنانچه قانون مقرر کرده باشد و یا انصاف ایجاد کند، دادگاه می‌تواند در مواردی، از محدوده اصل نسبی بودن قراردادها نیز خارج شود و خوانده را قائم مقام حکمی اصیل ظاهری تلقی کند.^{۲۲} مثلاً در باب مسؤولیت تولید کننده، دادگاه‌های بسیاری از کشورها از جمله ایالات متحده نظر داده‌اند که گرچه مصرف کننده، رابطه مستقیم با تولید کننده برقرار نکرده ولی چون فروشنده، شخص واسطه بوده است و احتمالاً ملات کافی برای پرداخت خسارت ناشی از استفاده از کالای خریداری شده را ندارد، خواهان می‌تواند بنا به قاعدة تسری، از محدوده اصل نسبی بودن قراردادها پا فراتر گذارد و مستقیماً علیه تولید کننده اقامه دعوای کند. انجام این ترتیب در حقوق ایران به قاعدة تعاقب ایادي و از طریق طرح دعوای متوالی نیز قابل حصول است، ولی در

Long Arms Statutes .۲۰

رجوع شود به: Black Law Dictionary

و همچنین رجوع شود به:

New York Long-Arm Jurisdiction. The case for the Agent plaintiff. Brooklyn Law Review 41 at pp. 625-64 winter 75

و همچنین رجوع شود به:

How minimum is minimum contract? An examination of «long arm» Jurisdiction STLJ 9 at p. 184

۲۱. ماده ۲۱۹ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «عقودی که برطبق قانون واقع شده باشد، بین متعاملین و قائم مقام آنها لازم الاتّابع است مگر اینکه به رضای طرفین، اقاله یا بعلت قانونی، فسخ شود».

Privity of contract .۲۲

رجوع شود به: The Law of Agency, By: G. H. L. Friedman Page 128-9

و همچنین رجوع شود به: Agency, By: David Kobrin page 34

و همچنین رجوع شود به: Black Law Dictionary

کامن لو استدلال شده که چون بالاخره مسؤولیت اساسی متوجه تولید کننده خواهد شد، مقتضیات عدالت و سرعت در رسیدگی ایجاب می کند که به خواهان اجازه طرح دعوی علیه تولید کننده داده شود.

در هریک از مثالها و مواردی که در بالا ذکر شد، محاکم کامن لو سعی کرده اند با توصل به نظریه اصیل واقعی، نقاب از چهره شخص واسطه بردارند و به خواهان، اجازه طرح دعوای مستقیم علیه کنترل کننده رابطه حقوقی بدھند. پس صرف نظر از عنایین حقوقی، کنترل کننده، اصیل واقعی تلقی می شود و می توان نتیجه گرفت که چون اراده عامل تحت کنترل آمر است، تعهدات نیز منتبه به اراده کننده می باشد و باید به اصیل واقعی مراجعه کرد.

۲. مفهوم کنترل فعالیت در نظریه اصیل واقعی

برای اجتناب از خلط مبحث ابتدایادآوری می شود که در این مقاله فقط مسئله کنترل آعمال حقوقی، مورد نظر است نه کنترل شخص؛ زیرا وکیل فقط در انجام مورد وکالت، تحت کنترل موکل یا اصیل است و طبیعتاً در انجام سایر اموری که به سمت وکالت انجام نمی دهد، مورد کنترل قرار نمی گیرد. پس اصطلاح کنترل فعالیت نباید با کنترل مطلق یکسان تلقی شود. به تعبیر دیگر ممکن است شخصی واجد شخصیت حقوقی مستقل و مجزائی باشد، ولی یک سلسله امور و اقدامات حقوقی را تحت کنترل شخص دیگریا به وکالت دیگری انجام دهد.^{۲۳} با توجه به اینکه اقدامات و آعمال حقوقی که شخص زیر نظر دیگری انجام می دهد ناشی از اراده کنترل کننده است، پس نتیجه گرفته می شود که کنترل کننده، اصیل واقعی است و می توان طرف قرارداد را که ظاهراً به اصال واقعاً به وکالت، قراردادی را امضا کرده است نادیده گرفت. البته مدت‌ها طول کشیده است تا این نظر که ابتدا محاکم انصاف آن را ابداع کرده اند

در مجموعه حقوق کامن لو پذیرفته شود.^{۲۴}

اما باید این نکته دقیق تر بررسی شود که مفهوم کنترل چیست؟ این مفهوم که اصولاً از زبان فرانسوی در مصطلحات حقوقی فارسی وارد شده است، در دو زبان فرانسوی و انگلیسی اختلافاتی دارد.^{۲۵} معنای کنترل در زبان فرانسوی بسیار عام و بیشتر نزدیک به مفهوم نظارت است؛ حال آنکه در زبان انگلیسی کنترل به کلمه «سلط» در زبان فارسی نزدیکتر است. در اصطلاح فرانسوی، کنترل کننده و عامل می‌توانند دو مسئولیت کاملاً جدا و در واقع دو اراده مجزا داشته باشند؛ حال آنکه کنترل کننده در زبان انگلیسی در مورد خاص، اراده خود را به عامل تحمیل می‌کند. حتی کنترل کننده در زبان انگلیسی به مفهوم ناظر استصوابی نیست؛ زیرا ناظر استصوابی در مرحله ایجاد رابطه حقوقی ممکن است نقشی نداشته باشد و پس از ایجاد رابطه مذکور، حق رد یا تصویب دارد و بنابراین ناظر استصوابی با عامل، دارای دو اراده مختلف هستند و اغلب به دلایل و جهات مختلف، اعلام اراده می‌کنند. ولی کنترل کننده یا اصیل واقعی در زبان انگلیسی می‌بایستی در مرحله ایجاد رابطه حقوقی، اراده خود را به عامل منتقل کرده باشد. پس صرفاً از جهت تحلیل حقوقی (وصرف نظر از مشکلات مربوط به نحوه ثبات این رابطه)، نمی‌توان کنترل کننده را در این مفهوم، اصیل

۲۴. رجوع شود به مسئله حقوقی نسبتاً تازه‌ای که تحت عنوان افشاری چهره واقعی شرکت the corporation از نظرات محاکم کراپبدان اشاره می‌شود.

۲۵. رجوع شود به تعریف کنترل در Black Law Dictionary و همچنین رجوع شود به:

A Dictionary of the Social Sciences by: Hugo F. Reading Control:

1. Sending messages which change recipient's behaviour. (Wiener, N.).
2. Evaluating performance and applying corrections.
3. Keeping variations from system objectives within permissible limits.
4. The connectiveness of the elements of system.

و همچنین رجوع شود به:

Administration of National Economic Control, by: Emmette S. Redford

The word control is used in a broad sense to include every decision or action which seeks to limit or set the conditions under which private enterprise shall be conducted or determine or influence the direction of private economic endeavor. at p. 7.

واقعی تلقی نکرد.

در نتیجه گیری که در این تحقیق از رابطه حقوقی او سکو و شرکت نفت خواهد شد، تکیه براین معنی شده است. از آنجا که او سکو پیمانکار مستقل شرکت نفت می باشد، کنترلی که شرکت نفت بر کار او سکو طبق قرارداد اعمال می کرده (یا می توانسته است اعمال کند)، یعنی در حد کنترل نتیجه کار و از وظایف صاحبکار است، نه کنترل مستمر در هریک از کارها که به استقلال پیمانکار در انجام کار خدشه وارد کرده و او را به عامل صاحبکار تبدیل خواهد کرد. کنترل نتیجه کار تقریباً همان معنای کنترل در دو زبان فرانسوی و فارسی است؛ حال آنکه کنترل هریک از اقدامات، فرع بر تسلط اراده کنترل کننده به عامل می باشد و معنای کنترل در زبان انگلیسی است.

۳. نحوه اثبات رابطه alter ego

از مراتب فوق این نتیجه گرفته می شود که هرگاه ثابت شود که در مرحله ایجاد رابطه حقوقی، اراده معهده تحت سلطه و کنترل شخص خارجی باشد، تعهد ایجاد شده را می توان منتب به اصلی واقعی مذکور دانست. البته پس از احراز تسلط اصلی واقعی نیز اشخاص ثالث فقط در پاره ای موارد می توانند بجای مراجعت به اصلی ظاهري، به اصلی واقعی رجوع کنند. در این بحث، مسئله بیشتر از حیث چگونگی برقراری رابطه بین یکی از طرفین قرارداد با شخصی که طرف قرارداد نبوده ولی ادعا می شود که اصلی واقعی است، بررسی خواهد شد. بدیهی است اصل نسبی بودن قراردادها را نمی توان بسادگی و با حدسیات و قرائن کنار گذارد. بهمین جهت شناساندن اصلی واقعی باید کاملاً موجه باشد تا بتوان به اصل نسبی بودن خدشه وارد کرد. مع الوصف در حالیکه انتقال طلب، مستلزم رضایت بدهکار نیست و به صرف انتقال طلب بین منتقل الیه و مدیون اصلی، رابطه حقوقی مستقیم برقرار می شود، ولی انتقال دین یا تعهد، همواره مستلزم

جلب موافقت طلبکار و منتقل الیه می باشد و عملاً باید قرارداد یا توافقی جدید واقع شود.^{۲۶} هرگاه چنین توافقی وجود نداشته و وکالت طرف قرارداد نیز احراز نشده باشد، متعهد له موقعی می تواند از رجوع به طرف قرارداد خودداری کند و به ثالثی که نام او در قرارداد ذکر نشده است، رجوع نماید که بعواند با دلایل کافی، یا ثابت کند که متعهد نامبرده در قرارداد طرف ظاهری است و از ابتدا به وکالت اصیل واقعی عمل می کرده، و یا به اثبات برساند که تقبل بعدی تعهدات اصیل ظاهری بوسیله شخص ثالث، کاشف از وکالت او در مرحله ایجاد عقد بوده است.

به تحلیل ساده‌تر، مطلبی که باید اثبات شود این است که عاملی بدون افشاء سمت عاملیت خود، عمل کرده یا اصیل واقعی مصلحت دیده است بدون اطلاع اشخاص ثالث، امور مربوط به خود را بوسیله اشخاص واسطه انجام دهد. در این صورت اصیل واقعی را می توان مسئول تعهدات وکیل در مقابل اشخاص ثالث تلقی کرد؛ حتی اگر وکیل مذکور امور انجام شده را منتبه به شخص خود جلوه داده باشد. از لحاظ اصل نسبیت و رابطه متقابل در حقوق قراردادها این نتیجه گیری بسیار غیرعادی به نظر می رسد^{۲۷} و بوضوح در این وضعیت، تقارن قصد دو طرف بچشم نمی خورد؛ زیرا اصیل واقعی و شخص ثالث از وجود یکدیگر اطلاع نداشته‌اند. اما صرف نظر از این تحلیل حقوقی، نتیجه حاصله با اصل مسئولیت اشخاص حقوقی، منطبق است. اگر قرار باشد اصیل واقعی، جوابگوی اشخاص ثالث در مورد خساراتی که عامل، به اشخاص مذکور وارد می کند تلقی شود،^{۲۸}

۲۶. رجوع شود به ماده ۲۹۲ قانون مدنی ایران. همچنین رجوع شود به: Law of Agency, Fridman at p.128
Lockwood v. Abdy (1845), 14 Sim. 437

۲۷. رجوع شود به:

Ames, undisclosed principal-His rights and liabilities (1909) 18 Yale L. J. 443.

۲۸. در باب مسئولیت‌های غیرقراردادی، این اصل شناخته شده است که کارفرما طبق قاعده کنترل و تسلط، مسئول خسارات وارده به اشخاص ثالث از ناحیه عامل خود می باشد. این اصل به موجب ماده ۱۲ قانون مسئولیت مدنی، در حقوق ایران نیز وارد شده است.

رجوع شود به: A concise Law dictionary By: P. G. Osborn.

چرا نباید مسئول تعهدات قراردادی نیز تلقی گردد؟ حقوق قراردادها تا این حد قابلیت انعطاف دارد و این مسئولیت را شناخته است.

قاعدة لزوم استناد به متن قرارداد^{۲۹} نیز مانع اقامه دعوای توسط شخص ثالث نیست و نام اصیل را بسهولت می‌توان در متن قرارداد اضافه کرد.^{۳۰} ولی هرگاه عاملی برخلاف دستورات اصیل رفتار کرده باشد، مشکلاتی از لحاظ حقوقی مطرح می‌شود. در دعوای معروف واتلوعلیه فنویک^{۳۱} شخصی به نام همبل از طرف فنویک بعنوان مدیر مغازه‌ای به نام ویکتوریا هتل معین شده و بر سردر مغازه، نام همبل به نام مالک درج شده بود. با وجود احراز این مراتب، دادگاه، فنویک (مالک اصلی) را مسئول پرداخت بهای سیگارهای که همبل برخلاف دستورات مالک خریداری کرده بود، تلقی نمود. بعضی دادگاههای آمریکا از قاعدة وکالت ظاهری برای حصول همین نتیجه استفاده کرده‌اند و اصولاً معتقدند که در مواردی، عامل در مقابل اشخاص ثالث دارای یک سلسله اختیارات ذاتی است. در جهت این استنتاج، دادگاهها و محاکم آمریکا نظرات مختلفی را عنوان کرده‌اند: بعضی قائل به رابطهٔ تراست (امین) بین اصیل واقعی و ظاهری می‌باشند و از همین جا است که به کمک قواعد انصاف، اصل نسبی بودن را می‌توان تعدلیل کرد؛ گروهی دیگر معتقدند که بجهت اعتماد اشخاص ثالث و یا استفاده‌ای که اصیل واقعی از اقدامات اصیل ظاهری می‌نماید، می‌بایستی به اشخاص ثالث اجازهٔ تحقیق اصیل واقعی داده شود؛ و بالاخره جمیعی دیگر، این وضعیت حقوقی را جلوه‌ای از انتقال حق تلقی می‌کنند.^{۳۲}

بطوریکه ملاحظه می‌شود در حقوق تعهدات، اصل برقراری رابطه بین اشخاص ثالث و اصیل واقعی، گرچه در مبحث الزامات غیرقراردادی

29. parol evidence rule

۳۰. رجوع شود به:

Agency and partnership in a nut shell, OSDCOCT & Steffen 1977 pp. 184 & 185
31. Watleau v. Fenwick (1893) 1Q.B. 346

Seary, the Rational of Agency (1920), 29 L. J. 859 ۳۲. رجوع شود به:

که عموماً منشاء آن قانون است کمتر با اشکال رو برو بوده، ولی در الزامات ناشی از قرارداد سایت تعهدات شخص به دیگری بعنوان اصیل واقعی، حتی در مرحله ثبوتی (از لحاظ تحلیل حقوقی) نیز چندان به آسانی پذیرفته نشده است. طبیعی است نوعه اثبات رابطه، در عمل اشکالات بسیار زیادتری را ببار خواهد آورد. به تعبیر دیگر، چگونه می‌توان قاعده استناد به متن قرارداد را — که در بالا ذکر شد — بسادگی زیر پا گذارد؟ براساس این قاعده، قرارداد، سندی کامل تلقی می‌شود و نمی‌توان به استناد مذاکرات و روابط حقوقی خارج از قرارداد، در مقام تغییر یا اصلاح مقررات آن برآمد و یا مطلبی بدان اضافه کرد. برای رفع این اشکال، بتدریج دادگاههای انصاف راههایی برای گریز از متن قرارداد پیدا کرده‌اند. مثلاً برای اثبات تقلب در تحصیل سند، همواره می‌توان به دلایل خارجی استناد کرد. در مسئله اثبات اصیل واقعی نیز ضرورتاً بایستی بتوان به دلایل و مدارک خارج از متن قرارداد استناد کرد؛ زیرا اگر اصیل واقعی، در قرارداد نام برده شده باشد، مسئله حل شده است. ولی مشکل وقتی حادث می‌شود که اشخاص ثالث بجهتی از قبیل عدم ملائت اصیل ظاهری، بخواهند شخص خارجی را که در قرارداد بعنوان متعهد نام برده نشده است، طرف دعوای قرار دهند. برای حصول این مقصود، باید لااقل یکی از عنایوین حقوقی زیر ثابت شود:

- الف. اصیل ظاهری در موقع انعقاد قرارداد، تحت تسلط اصیل واقعی بوده است.
- ب. اصیل ظاهری طبق دستور اصیل واقعی یا بنا به دلایل دیگر، سمت (عاملیت) خود را مخفی نگاهداشته است.
- ج. اشخاص ثالث در موقع انعقاد قرارداد، او را عامل اصیل واقعی تلقی می‌کرده و به این اعتبار نیز با او معامله کرده‌اند.
- د. اصیل واقعی بگونه‌ای رفتار کرده است که اشخاص ثالث، اختیارات وکالتی برای اصیل ظاهری در موقع انعقاد عقد قائل بوده‌اند.

در بخش دیگر این مقاله یادآوری خواهیم کرد که تقبل مسئولیت بعد از انعقاد قرارداد، خارج از موضوع اصیل واقعی است و این دو مطلب باشتباہ با یکدیگر مخلوط شده‌اند.

الف. نحوه اثبات تسلط یا کنترل

اثبات رابطه وکالت یا رابطه خادم و مخدوم، مستلزم آن است که اصیل یا آمر حق تعیین خط مشی و دستور دادن به عامل را داشته باشد، بنحوی که بتوان اعمال انجام شده بوسیله وکیل را منتبه به موکل یا آمر تلقی کرد.^{۳۳} در مورد اشخاص حقیقی، اثبات رابطه عاملیت در مورد خاص کافی است؛ ولی در مورد اشخاص حقوقی، هرگاه بخواهیم یک شرکت را عامل^{۳۴} alter ego شخص دیگری تلقی کنیم، می‌بایستی در مرحله اول به درصد سهام اصیل واقعی توجه کنیم و استفاده از ضوابط دیگری برای کنترل، موقعی مطرح می‌شود که بتوان ثابت کرد که بجهتی از جهات، سهامداران قادر به اعمال حقوق مالکانه خود در شرکت نبوده‌اند.

البته هدف اصلی از تشكیل شخص حقوقی، ممانعت از تسری مسئولیتهای شخص حقوقی به اشخاص حقیقی تشكیل دهنده شرکت است. بنابراین در شرایط عادی نمی‌توان سهامداران را مسؤول تعهدات شخص حقوقی تلقی کرد؛ چرا که در غیر این صورت کلیه شرکتها سرمایه، به نوعی شرکت تضامنی مبدل خواهند شد. ولی در سیستم حقوقی کامن لونمی‌توان از ابزار حقوقی سوء استفاده کرد و قاعده انعطاف پذیر انصاف، محک سوء استفاده است. به این جهت هرگاه شرکتی برای انجام مقصود تشكیل آن، آشکارا فاقد سرمایه لازم بوده باشد، یا بین حساب شخصی سهامداران و شرکت، تفکیک منطقی وجود نداشته باشد، یا سهامداران، شرکت را بعنوان نام و وسیله‌ای برای انجام امور شخصی خود

: ۳۳ رجوع شود به:

Black Law Dictionary, Mid-continent petroleum corporation v. Vicars, 221. Ind. 387.

قرارداده باشند و یا به کمک امکانات شخصی خود، اعتبارات ظاهری برای شرکت بوجود آورده باشند که اشخاص ثالث را مغفور نماید، شخصیت حقوقی کنار گذارده می‌شود. طبیعی است موقعی می‌توان یک شرکت را تحت تسلط و کنترل دیگری تلقی کرد که اکثریت سهام آن یا سهام کنترل کننده شرکت مزبور در اختیار دیگری باشد. چنین شرکتی علی‌الاصول یک شرکت فرعی یا تابعه تلقی می‌گردد و فقط وقتی عنوان شرکت اسیر یا تحت تسلط خواهد داشت که علاوه بر تعلق سهام آن به شخص حقیقی یا حقوقی دیگر، مالک سهام، مراعات اصل استقلال شخص حقوقی فرعی را ننماید. یعنی حسابهای شخص حقوقی واقعاً جدا نباشد و شخص حقوقی به اموری اشتغال داشته باشد که منحصراً مربوط به مالک آن است؛ البته هر سهامدار شرکتی بطور غیر مستقیم در اداره امور شرکت از طریق انتخاب مدیران و یا رأی در مجامع عمومی و هیئت مدیره، نظارت و سیاستهای کلی شرکت را مشخص می‌کند؛ ولی این حد دخالت، موجب تسلط بر شرکت نخواهد شد و شرکت، عنوان شخص حقوقی وابسته را حفظ خواهد کرد. یعنی طلبکاران چنین شخص حقوقی حق مراجعه به سهامدار را ندارند حتی اگر شخص حقوقی ورشکسته شود.

مفهوم تسلط بر شرکت که یک شخص حقوقی را به عامل یا alter ego مبدل می‌کند، با اعمال حقوق قانونی اداره شرکت بعنوان سهامدار، اختلاف دارد. باید ثابت شود که سهامداران برای تبری از مسئولیت در مقابل اشخاص ثالث، شخص حقوقی را بوجود آورده اند و اثبات چنین امری مستلزم این است که: اولاً، بتوان ثابت کرد شخص حقوقی در حد شعبه و یا مؤسسه وابسته فعالیت می‌کند و در واقع دارای استقلال نیست؛ ثانياً، حسابهای شخص حقوقی و سهامداران از یکدیگر جدا نیست؛ ثالثاً، کلیه اعمال شخص حقوقی در جهت تأمین منافع سهامداران آن است.

با توجه به وضعیت حقوقی او سکو ممکن است این مؤسسه، بلحاظ

تملک سهامش توسط اعضای کنسرسیوم، بعنوان یک شرکت وابسته به کنسرسیوم تلقی شود؛ ولی چون شرکت نفت نه سهام عادی و نه حتی سهام کنترل کننده اوسکورا در اختیار دارد، نمی‌توان از این حیث اوسکورا تحت کنترل یا *alter ego* شرکت نفت تلقی کرد.

ب. اصیل ظاهری طبق دستور اصیل واقعی، سمت خود را مخفی نگاه داشته باشد.

چون سرایت مسئولیت یک شخص حقوقی مستقل به اشخاص خارج، خلاف اصل است، برای اثبات رابطه *alter ego* می‌بایستی ثابت کرد که در مرحله ایجاد رابطه حقوقی، اصیل ظاهری خود، از سمت عاملیت مطلع بوده و بعنوان عامل عمل می‌کرده، ولی برای نجات اصیل واقعی از مسئولیتهای قانونی، طبق دستور اصیل واقعی سمت خود را مخفی کرده است. این اصل انصافی که برداشتن نقاب از چهره شخص حقوقی را توجیه می‌کند، براساس قاعدة جلوگیری از تقلب و سوء استفاده از حق استوار است. طبیعی است هرگاه اشخاص ثالث در موقع انعقاد قرارداد از سمت واقعی طرف قرارداد مطلع نبوده باشند و اصیل ظاهری نیز به قصد کاهش مسئولیتهای موکل خود اقدام نکرده باشد، جائی برای کنار گذاردن شخصیت حقوقی مستقل شرکت باقی نمی‌ماند.

در مقام اثبات این مطلب توجه به این نکته نیز لازم است که موضوع مخفی داشتن سمت بدون قصد سوء استفاده، نمی‌تواند مبنای توجیه اصل *alter ego* تلقی گردد. در مقام انعقاد قرارداد، غیر از سوء استفاده مقاصد دیگری نیز ممکن است در مخفی داشتن اصیل مطرح باشد که خللی به حقوق اشخاص ثالث وارد نکند. پس کافی نیست که مخفی بودن رابطه احراز گردد، بلکه باید سوء استفاده و قصد اضرار غیر نیز به اثبات برسد. در مسئله اوسکو هیچ یک از خواهانها مدعی مخفی بودن رابطه اوسکو با شرکت نفت نشده اند؛ بلکه اقرار کرده اند که وضعیت حقوقی اوسکو برای کلیه اشخاصی که در کارهای پیمانکاری نفتی بین المللی دخالت

داشته‌اند، آشکار بوده است. علاوه بر آن هیچ‌یک از خواهانها صریحاً یا ضمناً مدعی نشده‌اند که شرکت نفت، او سکورا بعنوان شخص واسطه و برای تبری از مسؤولیتهای خود تأسیس کرده است (بخصوص که این ادعا به هیچ‌وجه قابل تطبیق با وضع او سکو که توسط کنسرسیوم تأسیس شده، نبوده است)؛ بنابراین رابطه عاملیت او سکو با شرکت نفت از این حیث نیز قابل اثبات نیست.

ج. اشخاص ثالث در موقع انعقاد قرارداد از رابطه عاملیت مطلع بوده و به اعتبار این رابطه وارد معامله شده‌اند.

بعضی از خواهانهای آمریکائی در مقام اثبات رابطه عاملیت، از این طریق برآمده‌اند و برای اثبات مدعای خود اظهار می‌دارند که در موقع انعقاد قرارداد از رابطه «عاملیت» او سکو مطلع بوده و به اعتبار این رابطه، وارد معامله با او سکو شده‌اند. رد این ادعا محتاج موشکافی بیشتر است. خواهانها اقرار می‌کنند که از «وضعیت حقوقی» او سکو مطلع بوده‌اند و سپس این وضعیت حقوقی را به دلخواه خود، رابطه عاملیت توصیف می‌کنند و آنگاه نتیجه می‌گیرند که طرف اصلی دعوای آنان، شرکت نفت می‌باشد نه او سکو که یک شخص حقوقی واسطه بوده است. مسلماً وضعیت حقوقی او سکو برای دست‌اندرکاران پیمانکاری در صنعت نفت روشن بوده است؛ زیرا قرارداد کنسرسیوم، اساسنامه او سکو و قرارداد منعقده بین او سکو و شرکت نفت، از استناد منتشر شده می‌باشد و در مقام انعقاد یک قرارداد مهم پیمانکاری اشخاص، فرض می‌شود که این مدارک را مطالعه خواهند کرد و به استناد این مدارک، وارد معامله می‌شوند و ما به استناد همین اقرار معتقدیم که او سکو شخص اصیل طرف قرارداد بوده است؛ زیرا مستندات و مدارکی که وضعیت حقوقی او سکورا دقیقاً معین می‌کند و رابطه او سکورا با شرکت نفت وابستگی او سکورا با کنسرسیوم تعیین می‌نماید، در اختیار خواهانها بوده است؛ مضافاً اینکه در هیچ‌یک از

این مدارک و مستندات، او سکو و کیل و یا alter ego شرکت نفت قلمداد نشده، بلکه وضعیت او سکو بعنوان یک شرکت وابسته به کسرسیوم، روشن بوده است.

ماده ۱۷ قرارداد فروش (۱۹۷۳) که به قرارداد کسرسیوم معروف است مقرر می دارد:

«الف. اعضای کسرسیوم موجبات تشکیل یک شرکت خدماتی را بصورت شرکت سهامی خاص غیرانتفاعی در ایران فراهم خواهند کرد و شرکت مزبور عملیاتی را که از ناحیه شرکت نفت محول خواهد شد، به موجب قرارداد خدمات که بعداً با شرکت ملی نفت منعقد خواهد گردید، انجام می دهد. قرارداد خدمات برای یک دوره ۵ ساله منعقد خواهد شد و پس از آن نیز به قوت خود باقی خواهد ماند مگر اینکه یکی از طرفین از طریق اخطار دو ساله قبلی، به قرارداد مزبور خاتمه بپخشد.

ب. شرکت ملی نفت در حدود ضرورت و با رعایت قرارداد خدمات، کلیه سرمایه (عملیاتی) و سایر جوهری را که برای اجرای عملیات محوله به شرکت خدماتی لازم باشد، در اختیار شرکت مذکور قرار خواهد داد».

ماده ۱۷ مذکور بوضوح وضعیت حقوقی شرکت خدماتی که به موجب قرارداد خدمات، او سکونامیده شده مشخص گرده است. اعضای کسرسیوم ظاهراً بلحاظ تجاری که در صنعت نفت داشته اند، ولی در واقع برای ادامه فعالیت خود در زمینه اکتشاف و استخراج نفت، او سکورا بعنوان alter ego خود تأسیس کرده اند و کلیه سهام او سکورا نیز در اختیار دارند. از لحاظ طبیعت حقوقی این شرکت خدماتی، پیمانکار شرکت نفت بوده و طبیعی است که هر پیمانکار، کارهائی که بوسیله صاحبکار به او ارجاع می شود، انجام خواهد داد. علاوه بر آن پیمانکار معمولاً شخصی است که برای انجام کارها دارای تخصص و اطلاع، تشخیص داده می شود، ولی اصولاً سرمایه گذاری بعهده صاحبکار است. اگر قرار بود پیمانکار خود،

سرمایه لازم را نیز تأمین کند، عنوان پیمانکار نمی داشت؛ بلکه کار را بصورتی که خود لازم می دید انجام می داد و پس از انجام کار، آن را می فروخت. پیمانکار همان طور که در مقدمه این مقاله یاد آوری شد، فقط از لحاظ نتیجه کار تحت نظارت صاحبکار است؛ ولی در انجام عملیات جاری دستوراتی از صاحبکار دریافت نخواهد کرد. پس، از ماده ۱۷ قرارداد کنسرسیوم، عاملیت او سکو در مقابل شرکت نفت به ثبت نمی رسد؛ بر عکس وابستگی او سکو به کنسرسیوم مصراحتاً استنبط می شود. به موجب ماده ۱۷ مذکور، اعضای کنسرسیوم قبول کرده‌اند که یک شرکت پیمانکاری تأسیس کنند که امور محله توسط شرکت نفت را انجام دهد. اگر قرار بود او سکو عامل شرکت نفت باشد، تأسیس این شخصیت حقوقی علیحده هیچ ضرورتی نداشت و شرکت نفت برای عملیات موضوع قرارداد خدمات، اداره خاصی تأسیس می کرد.

ماده ۲ قرارداد خدمات، این نکته را بدون هیچ ابهامی تصریح کرده و مقرر داشته است که «شرکت خواهان بعنوان پیمانکار، عملیات خود را براساس ضوابط صحیح معمول در صنعت نفت و اصول فنی از طرف و طبق دستورات کلی و نظارت شرکت نفت انجام خواهد داد». انجام عملیات از طرف و طبق دستورات کلی صاحبکار، همان وظیفه‌ای است که در کلیه قراردادهای پیمانکاری به «پیمانکار مستقل» واگذار می شود.

کلمه «از طرف»^{۳۴} که ظاهراً مستند اصلی برای اثبات رابطه عاملیت او سکو با شرکت نفت تلقی می شود، اصولاً یک اصطلاح حقوقی نیست و به این جهت در فرهنگ‌های حقوقی از این واژه تعبیری دیده نمی شود. مسلم است که وکیل از طرف موکل اقدام می کند؛ ولی شخص، بعنایین دیگری غیر از عامل یا وکیل نیز ممکن است از طرف دیگری عمل کند. مصدق بارز عنایین دیگر غیر از وکالت، «پیمانکاری» است. پیمانکار بدون اینکه وکیل باشد، کارمحوله را از طرف یا برای صاحبکار

34. on behalf

انجام می دهد؛ کما اینکه هر تعمیر کاری کارهای مختلف را از طرف اشخاص مختلف انجام می دهد بدون اینکه وکیل مالک تلقی شود. به تعبیر ساده‌تر کلمه «از طرف» در ماده ۲ قرارداد خدمات اوسکو، نشان دهنده این واقعیت است که کارها و اقداماتی که اوسکو بعنوان پیمانکار مستقل انجام می دهد، از طرف شرکت نفت به او معول گردیده و احالة کار از طرف شرکت نفت، نه تنها در قرارداد خدمات، بلکه در قرارداد فروش نیز تصریح شده است و قرارداد خدمات نه می توانسته در مقام اصلاح یا افزودن مطلوبی به قرارداد کنسرسیوم برآید و نه متضمن مطلب دیگری است. تأمین سرمایه عملیاتی اوسکو توسط شرکت نفت نیز موجب زوال شخصیت حقوقی اوسکونمی شود؛ همان‌طور که هر صاحبکار دیگر نیز می باشیست سرمایه عملیاتی پیمانکار را تأمین کند. «سرمایه عملیاتی» و هزینه‌های اجرای کار، غیر از «سرمایه سهامی» شرکت است. در قرارداد کنسرسیوم تصریح شده که سرمایه اوسکورا شرکت نفت تأمین خواهد کرد و کلمه Capital در این زمینه بکاربرده شده است. در زبان انگلیسی سرمایه سهامی که برای تشکیل شرکت ضرورت دارد،^{۳۵} مفهومی کاملاً جدا از سرمایه بطور کلی است. سرمایه در واقع همان منابع مالی شرکت است که قسمتی، از محل سرمایه سهامی و بقیه از سایر محلها تأمین خواهد شد. طبیعی است اشخاصی که با اوسکو طرف قرارداد قرار گرفته‌اند، علی القاعده بایستی ابتدا دعاوی احتمالی خود علیه اوسکورا در مرجع صلاحیت‌دار ایرانی مطرح کنند.

بنابراین طبق تأیید خواهانهای مذکور، در موقع انعقاد قرارداد با اوسکو، وضعیت اوسکو بعنوان پیمانکار مستقل شرکت نفت برای آنان روشن بوده و روابط حقوقی اوسکو با شرکت نفت، از حد پیمانکار و صاحبکار تجاوز نکرده است و به این جهت اکنون حق ندارند از رابطه قراردادی و صریح اوسکو با شرکت نفت صرف نظر کنند و با استنباطات

بعید، برای او سکو سمت عاملیت شرکت نفت را قائل شوند؛ مضافاً اینکه هرگاه او سکونماینده یا عامل شرکت ملی نفت ایران بود، می‌بایستی در انعقاد قراردادهای پیمانکاری خود، مقررات آئیننامه معاملات شرکت نفت را طبق ماده ۷۳ قانون محاسبات عمومی ایران (با توجه به ضوابط ناظر بر معاملات دولتی) رعایت می‌کرد. خواهانهای آمریکائی این معنی را کاملاً می‌دانند که او سکو برای ارجاع کار به آنان از ضوابط سوای مقررات قانون محاسبات استفاده می‌کرده است که عدم رعایت این ضوابط، موجب بطلان قراردادهای آنان می‌شود. اهمیت این نکته مخصوصاً در این است که همان طور که در مبحث بعدی اشاره خواهیم کرد، رابطه او سکو با شرکت نفت منحصرأ تابع قانون ایران است، و ما مبانی ادعای خواهان آمریکائی را در این قسمت با توجه به موازین بعضی قوانین خارجی نیز مورد تردید قرار می‌دهیم که کوچکترین شایه‌ای از این لحاظ باقی نماند.

د. اصلیل واقعی بگونه‌ای رفتار کرده است که اشخاص ثالث در موقع انعقاد عقد، برای اصلیل ظاهری، اختیارات وکالتی قائل شده‌اند.

ابتدا این نکته را مجددأ یادآوری می‌کنیم که صرف سهامدار بودن و یا نظارت بر کاریک شرکت از طرق معمول قانونی، شرکت را که بعنوان شخص حقوقی علیحده‌ای ثبت شده است، تبدیل به عامل یا *alter ego* سهامداران یا کنترل کنندگان نمی‌کند. مسلم است که شخص حقوقی از مجرای آرکان قانونی خود اعلام اراده می‌کند؛ بنابراین خط مشی و عملیات شخص حقوقی بوسیله سهامداران از طریق تعیین هیأت مدیره معین می‌شود و به این تعبیر شخص حقوقی زیر نظارت سهامداران خود می‌باشد. در مورد او سکونیز آشکار است که این شرکت زیر سلطه کامل کنسرسیوم بوده است و اگر نتواند جوابگوی تعهدات خود باشد، اعضای کنسرسیوم متضامناً مسئول پرداخت بدھیهای او هستند. ولی عاملیت او سکو از طرف شرکت نفت، به اعتبار نظارت کلی در امور او سکو، بهیچ وجه قابل اثبات نیست. واقعیت

این است که اعضای کنسرسیوم طبق قرارداد با شرکت نفت، قبول کرده‌اند امور محله از طرف شرکت را از طریق اواسکو انجام دهند و اعضای کنسرسیوم نیز بعنوان سهامداران (دارای حق انتخاب مدیران اواسکو)، تقبل کرده‌اند که دستورات کلی شرکت نفت را در امور محله به اواسکو اجرا کنند. اساسنامه اواسکو که طبق قوانین ایران تنظیم شده و اواسکو طبق اساسنامه مزبور در ایران فعالیت می‌کرده، نه تنها دلالتی بر عاملیت اواسکو از طرف شرکت نفت ندارد، بلکه کلیه امور آن توسط مجتمع عمومی و هیئت مدیره اواسکو انجام می‌گرفته است و اعضای کنسرسیوم بعنوان سهامدار، هم در مجتمع عمومی شرکت می‌کرده و هم هیئت مدیره را انتخاب می‌نموده‌اند. اینکه آیا هیئت مدیره در اداره اواسکو، طبق قرارداد خدمات با شرکت نفت، دستورات کلی شرکت نفت را اجرا می‌کرده و یا مجتمع عمومی در اتخاذ تصمیمات خود، رعایت قرارداد منعقده با شرکت نفت را می‌نموده‌اند یا خیر، فقط از لحاظ تخلفاتی که احتمالاً اعضای کنسرسیوم از مفاد قرارداد خود با شرکت نفت داشته‌اند، از طرف شرکت نفت قابل طرح و ادعا است.

اساسنامه اواسکو که یک سند منتشر شده عمومی است، نه تصریح‌آونه ضمناً تصریحی به عاملیت اسکونموده است. هیچ یک از مدعیان آمریکائی نیز مدارکی که حکایت از اعلام عاملیت اواسکو توسط شرکت نفت بوده باشد، ارائه نداده‌اند. در واقع این ادعا که خلاف وضع حقوقی اواسکو است، مستند به هیچ بینه‌ای نیست و شرکت نفت در موقع انعقاد قراردادها هیچگاه شخصیت حقوقی مستقل اواسکورا کنار نگذارد و به پیمانکاران مطلبی اظهار نداشته است که آنان، عاملیت اواسکورا مفروض تلقی کرده باشند.

۴. کشف اصیل واقعی پس از ایجاد رابطه حقوقی

مسئله این است که هرگاه در مرحله ایجاد رابطه حقوقی، نتوان

اثبات کرد که اصیل ظاهری به نمایندگی شخص دیگری عمل کرده است، آیا می‌توان پس از ایجاد رابطه مذکور و به مناسبت انتفاع شخص خارج از عمل حقوقی، او را اصیل واقعی تلقی کرد؟ جواب این سؤال از نظر تحلیل حقوقی صرف، منفی است؛ زیرا ملاک در ایجاد رابطه وکالت، وجود اختیار در موقع انعقاد عقد است. اشخاص خارج در صورت انتقال قرارداد به آنان، قائم مقام معهد اولی قرارخواهند گرفت و این موضوع ارتباطی به تعیین اصیل واقعی ندارد.

خواهانهای آمریکائی بعضًا ادعا کرده‌اند که چون شرکت نفت منتفع قراردادهای منعقده با او سکو بوده است، بنابراین اصیل واقعی تلقی می‌شود. این استدلال در حقوق انگلیس و آمریکا موقعي دارای وجهه می‌باشد که خواهانهای مذکور، رابطه عاملیت مخفی بین او سکو و شرکت نفت را بتوانند ثابت کنند. در آن صورت هرگاه او سکو به تعهدات خود عمل نکند، حق مراجعة به شرکت نفت را بعنوان اصیل واقعی خواهند داشت. ولی در مبحث گذشته یادآوری کردیم که رابطه شرکت نفت و او سکو، یک رابطه عاملیت مخفی نبوده، بلکه یک رابطه حقوقی آشکار پیمانکاری است و علاوه بر آن، خواهانها تاکنون به استناد قراردادهای خود در مراجع صلاحیت‌دار ایرانی، دعواهای علیه او سکو مطرح نکرده‌اند که احتمالاً در صورت عدم ایفای تعهدات او سکو، حقی برای مراجعة خود به شرکت نفت، از باب انتفاع شرکت مزبور از اموال، تصور کنند.

بعلاوه منتفع قراردادهای که او سکو منعقد می‌کرده به یک اعتبار کنسرسیوم نفت است؛ زیرا طبق قرارداد فروش، کنسرسیوم که تا تاریخ انعقاد قرارداد مذکور، هزینه‌های اکتشاف و استخراج نفت در حوزه قرارداد را پرداخت می‌کرده، با ایجاد او سکو، بار هزینه‌های مذکور را بعهده شرکت نفت قرار داده و در عین حال همچنان از طریق او سکو بر میزان استخراج نفت ایران نظارت خود را ادامه می‌داده است.

بهرحال پاسخ دادن دعوى بوسيله خوانده غير واقعی (شرکت

نفت)، ضمناً تأثیری در حقوق خوانده واقعی (اواسکو) ندارد و حکم صادره علیه خوانده واقعی دارای اعتبر امر مختومه نیست. نتیجه رسیدگی دادگاه هرچه باشد، برای اواسکو الزام آور نخواهد بود. شرکت ملی نفت ایران نه تنها به استناد و مدارک دفاعی اواسکودستری ندارد، بلکه اختیاری نیز برای دفاع از این دعاوی از اواسکو تحصیل نکرده است و قصد قبول چنین اختیاری را نیز ندارد.

به این ترتیب کوشش خواهانهای آمریکائی برای انتساب تعهدات اواسکو به شرکت نفت پس از مرحله ایجاد رابطه حقوقی از باب عاملیت، وجهه‌ای ندارد.

۵. اصول واقعی در حقوق ایران

از مطالعه مواد قانون مدنی ایران در باب تعهدات و وکالت و همچنین سایر قوانین و مقررات مربوطه می‌توان نکات زیر را استنباط کرد:

الف. در حقوق ایران تغییر عنوان رابطه حقوقی بسهولت امکان پذیر نیست.

ب. در حقوق ایران مسئله وکالت و عاملیت در موقع ایجاد رابطه حقوقی باید وجود داشته باشد.

ج. اصولاً جز در صورت احراز وکالت، هیچ تعهدی به غیر منتقل نمی‌شود مگر به حکم قانون و یا موافقت و تنفیذ شخص ثالث.

د. در صورت ثبوت استفاده از مال نیز استیفا کننده از باب استیفا و در حدود قیمت مال، ممکن است مسئول واقع گردد و جایگزین معهده اصلی نخواهد شد.

الف. تغییر عنوان رابطه حقوقی

نه تنها مواد قرارداد خدمات و اساسنامه اواسکو، رابطه شرکت نفت و اواسکو را صریحاً پیمانکاری تلقی می‌کند، بلکه نوع کار و فعالیت اواسکو

نیز در واقع هیچ اختلافی با یک پیمانکار اصلی ندارد. پیمانکار اصلی شخصی است که برای اجرای طرح یا طرحهای متعدد با صاحبکار قرارداد منعقد می‌کند و رابطه حقوقی بین او و صاحبکار برقار می‌شود؛ به این ترتیب که انجام موضوع پیمان را بهده می‌گیرد و وجود لازم برای اجرای موضوع پیمان را از صاحبکار وصول می‌کند. در این رابطه صاحبکار دستورات کلی خود را به پیمانکار اصلی ابلاغ می‌کند و اورا در انجام کار مسئول می‌داند. طبیعی است هیچ پیمانکار اصلی نیست که در اجرای کلیه امور موضوع پیمان شخصاً مباشد کند. حدود ارجاع کار به پیمانکاران دست دوم یا فرعی، منحصرآ بوسیله پیمانکار اصلی و با توجه به امکانات اجرائی او در عمل مشخص می‌شود.

پیمانکارانی که بخواهند صرفه جوئی بیشتر در هزینه‌های اجرای طرح داشته باشند، سعی می‌کنند با گسترش دستگاه فنی خود بیشترین قسمت طرح را مستقیماً تصدی کنند. چون شرکت او اسکو کلیه هزینه‌های اجرائی طرحهای مختلف را از شرکت نفت وصول می‌کرده، در واقع نفعی در صرفه جوئی اجرای طرحها نداشته است. نفع او سکو بعنوان عامل کنسرسیوم، فقط در تعیین و نظارت بر اجرای طرحهای استخراج و اکتشاف بوده که البته با وجود غیرقابل تقویم بودن، اجمالاً اهمیت این نفع قابل تصدیق است. علاوه بر آن، غیرانتفاعی بودن شرکت او اسکو (یعنی تصمیم سهامداران او اسکو دایر براینکه مانع تحصیل سود قابل تقسیم از عملیات او سکو بشوند) که این مطلب با غیرانتفاعی بودن واقعی بسیار اختلاف دارد) سبب می‌شده است که او سکو هیچ انگیزه‌ای برای صرفه جوئی در اجرای طرحها نداشته باشد و در تأمین هدفهای اعضای کنسرسیوم، بدون رعایت ضوابط مربوط به پیمانکاری، تقریباً کلیه امور اجرائی طرحهای شرکت نفت را با گشاده دستی به پیمانکاران فرعی واگذار کند.

مسلم است که این امتیاز خارق العاده‌ای را که اعضای کنسرسیوم با تشکیل او سکو به این شکل حقوقی بی سابقه تحصیل کرده بودند،

بزرگترین نفعی بود که کنسرسیوم از قبیل اواسکو تحصیل می کرد و اکنون نمی تواند از عنوان حقوقی «پیمانکار» که طرفین برای اواسکو پذیرفته اند، بخاطر گریز از مسؤولیتها قراردادی اواسکو، اعراض کند. قصد طرفین ظاهراً این بوده است که اواسکو بعنوان پیمانکار اصلی در ایران تشکیل شود و عملیات اواسکو و شکل حقوقی آن نیز مشعر بر همین قصد است. طبیعی است انواع مختلف روابط حقوقی، بجهاتی با یکدیگر شاہت دارند. اصولاً پیمانکاری – همان طور که در مقدمه یاد آوری شد – با رابطه عاملیت، شاہتهای بسیار دارد؛ ولی دقیقاً در مسئله مورد اختلاف یعنی حق رجوع پیمانکاران فرعی، بین پیمانکار و وکیل اختلاف است. اگر مؤسسه ای بعنوان پیمانکار عمل کند، دیگر نمی تواند عنوان عامل را هم تواماً داشته باشد. این دو تأسیس حقوقی از لحاظ حق رجوع اشخاص ثالث، اختلاف اصلی دارد. چون خواهانهای آمریکائی با اواسکو بعنوان پیمانکار اصلی شرکت نفت وارد معامله شده اند، حق مراجعة مستقیم به شرکت نفت را از خود ساقط کرده اند. البته پیمانکاران فرعی هرگاه پس از مراجעה به پیمانکار اصلی نتوانستند به حق خود برسند، می توانند اقدام به توقیف مطالبات پیمانکار اصلی از صاحبکار بنمایند. بعضی خواهانها برای تغییر عنوان پیمانکاری اواسکو متولّ به پاره ای معاذیر دیگر نیز شده اند؛ از جمله اینکه چون شرکت نفت طبق مقررات قانون مالیاتهای مستقیم از مبالغ پرداختی به اواسکو، مالیات در مبدأ کسر نمی کرده است، پس معلوم می شود که اواسکو پیمانکار نیست، بلکه عامل شرکت نفت تلقی می شود.

اینکه آیا شرکت نفت می بایستی از مبالغ پرداختی به اواسکو ۵/۵ درصد مالیات مقاطعه کاری را کسر می نمود یا نه، موجب تغییر عنوان پیمانکاری اواسکو نمی شود. رابطه شرکت نفت و وزارت دارائی ایران مؤثر در رابطه پیمانکاران فرعی با پیمانکار اصلی نیست و قرینه ای نیز بر عدول شرکت نفت از مقررات قرارداد خدمات که اواسکو را پیمانکار شناخته است، نمی باشد. ولی این رویه که پیمانکار اصلی در صورت واگذاری

کل امور موضوع پیمان به پیمانکاران فرعی، دیگر مکلف به کسر ۵/۵ درصد نباشد، در قراردادهای پیمانکاری ایران سابقه دارد.

در مورد اوسکو منطق اجرای این رویه کاملاً مشهود است. همان طور که یادآوری شد اوسکو در دفاتر خود سود نشان نمی داد و طبق قرارداد با شرکت نفت، می بایستی فقط هزینه های خود را از شرکت وصول می کرد. بنابراین اوسکو پیمانکاری بوده است که هیچگاه مشمول مالیات بر درآمد پیمانکاران موضوع مواد ۷۶ بعد قانون مالیاتی مستقیم نمی گردد. باید توجه داشت که پیمانکار پس از اتمام کار ماده ۷۶، پیش پرداخت مالیاتی است که پیمانکار پس از اتمام کار می بایستی با توجه به کل درآمد حاصله خود، با حوزه مالیاتی تسویه حساب مالیاتی بنماید. چون اعضای کنسرسیوم طبق قرارداد فروش نفت تعهد کرده بودند که شرکت اوسکو را بعنوان پیمانکار غیرانتفاعی تشکیل دهند، بنابراین قانوناً فرض شده که اوسکو دارای سود عملیاتی نیست. یعنی اصولاً مؤدى مالیاتی نبوده است تا شرکت نفت ملزم به کسر ۵/۵ درصد پیش پرداخت مالیاتی مبالغ پرداختی به اوسکو باشد.

ب. لزوم ثبوت عاملیت در مرحله ایجاد رابطه حقوقی

از لحاظ تحلیل حقوقی به کیفیتی که سابقاً یادآوری شد، وکیل قلمداد کردن شخصی که در موقع ایجاد رابطه حقوقی به اصالت عمل کرده است، قابل توجیه نیست و در حقوق ایران این مطلب هیچگاه محل تردید نبوده است. ولی بعضی خواهانهای آمریکائی به ماده ۱۹۶ قانون مدنی، در مقام اثبات عاملیت اوسکو استناد می کنند. ماده ۱۹۶ قانون مدنی مقرر می دارد:

«کسی که معامله می کند آن معامله برای خود آن شخص محسوب می گردد مگر اینکه در موقع عقد، خلاف آن را تصریح نماید یا بعد، خلاف آن ثابت شود. معذالک ممکن است در ضمن معامله که شخص برای خود

می کند، تعهدی هم به نفع شخص ثالث بنماید»).
این ادعا بدلایل مختلف مردود است:

اولاً، چون او سکو پیمانکار شرکت نفت بوده و به این عنوان وارد معامله شده، اصالت او سکو در کلیه قراردادها تصریح شده است و اثبات خلاف امر مصريح در قرارداد به کمک سایر証ائیش و شواهد، مقبول نیست مگر اینکه طرفین شکی در وضعیت حقوقی او سکو و رابطه آن با شرکت نفت بعنوان پیمانکار اصلی شرکت می داشتند.

ثانیاً، قراردادهایی که او سکو با پیمانکاران فرعی منعقد کرده مسلماً برای خود او بوده است؛ زیرا او سکو بعنوان پیمانکار شرکت نفت و همچنین بعنوان عامل اعضاي کنسرسیوم، متعهد به انجام اموری بوده و معاملات او سکو با اشخاص ثالث بدون تردید برای خود او بوده است و معلوم نیست اکنون که عاملیت او سکو از طرف شرکت نفت قابل اثبات نیست، چگونه می توان خلاف این واقع را ثابت کرد؟ اثبات خلاف این امر مستلزم انکار سمت پیمانکاری او سکو و انتساب عاملیت شرکت نفت به او سکو است که خلاف واقع و منظور طرفین است.

ثالثاً، خلاف این مطلب که معامله ای برای اشخاص ثالث انجام شده است، نمی تواند به معامله کننده اولی عنوان وکیل شخص ثالث را ببخشد؛ زیرا در وکالت، قصد طرف قرارداد، شرط اصلی است و هرگاه شخصی در انجام معامله نه وکالت داشته و نه به این عنوان وارد معامله شده باشد، هیچگاه نمی توان قصد قهقرانی به او انتساب داد.

رابعاً، ماده ۱۹۶ با توجه به قسمت اخیر آن، اصولاً مربوط به معاملات به وکالت نیست و صرفاً ناظر به معامله به نفع شخص ثالث است و در معامله به نفع شخص ثالث (شبیه بیمه)، ثالث متفق، ملزم به انجام

تعهدات طرف اصلی قرارداد نمی گردد؛ چرا که در غیر این صورت معامله اصطلاحاً معامله به ضرر شخص ثالث تلقی خواهد شد که همواره محتاج تصویب و موافقت ثالث مذکور است.

ج. مسئله استیفا

بعضی خواهانهای آمریکائی برای ایجاد مسؤولیت شرکت نفت، به مقررات مربوط به الزامات غیر قراردادی در حقوق مدنی ایران و همچنین معاملات فضولی استناد کرده‌اند. ولی معامله فضولی اصولاً بعنوان غیر وکالت می‌باشد و همواره تصویب و تنفیذ ثالث را لازم دارد و بعلاوه، صریف استناد خواهانهای مذکور به معاملات فضولی، قبول ضمنی احالت او سکو است.



اسناد

بیانیه‌های الجزایر



- مستخرج از بیان امام خمینی مورخ ۵۹/۶/۲۲
- گزارش شهید رجائی در مورد حل و فصل مسئله گروگانها به مجلس شورای اسلامی
- موافقتنامه امانی
- ترتیبات فنی

اشاره:

در شماره قبل برخی اسناد مربوط به بیانیه‌های الجزایر چاپ شد. در این شماره نیز اسناد دیگری در همین رابطه به نظر خوانندگان می‌رسد. جا داشت که مستخرج از پایام حج مورخ ۵۹/۶/۲۲ امام خمینی مدظله العالی در شماره قبل منتشر می‌گردید، ولی بلحاظ بعضی مشکلات انتشاراتی لامحاله به این شماره محول شد. ضمناً لازم به یادآوری است که متن فارسی موافقنامه امانی و ترتیبات فنی، ترجمه غیررسمی متون اصلی آنها است. در شماره بعد مقررات و آثیین دادرسی مورد عمل دیوان داوری (بونسیترال) چاپ خواهد شد.

مستخرج از

پیام حج امام خمینی

مورخ ۵۹/۶/۲۲

«... بارها گفته‌ام که گروگانگیری توسط دانشجویان مسلمان و مبارزو و متوجه ما عکس العمل طبیعی صدماتی است که ملت ما از آمریکا خورده است. فعلًا با بازپس دادن اموال شاه معدوم و لغو تمام ادعاهای آمریکا علیه ایران و ضمانت به عدم دخالت سیاسی و ظالمی آمریکا در ایران و آزاد گذاشتمن تمامی سرمایه‌های ما آزاد می‌گردند که البته این امر را محول به مجلس اسلامی نموده‌ام تا آنان بهرنحو که صلاح می‌دانند عمل نمایند...»

گزارش شهید محمد علی رجائی نخست وزیر وقت،
درباره حل مسئله گروگانها و بیانیه الجزایر،
به مجلس شورای اسلامی. *

بسم الله الرحمن الرحيم

در پی پیام حج سال گذشته امام امت و رهندوهای ایشان
مبنی بر مبارزه بی امان با آمریکا، و همچنین به منظور عینیت بخشیدن به
خشم و نفرت عمیق امت مسلمان نسبت به آمریکا و آخرین توطئه اش
یعنی پناه دادن به شاه معده، دانشجویان مسلمان پیرو خط امام اقدام به
اشغال جاسوسخانه آمریکا در تهران کردند. این عمل ابتکاری و در عین
حال متھورانه، بازتابهای مختلفی در جامعه انقلابی ما ایجاد کرد.
عده‌ای که برایشان زیر پا گذاشتند باصطلاح قوانین بین المللی، آنهم در
رابطه با ابرقدرتها باور کردند نبود، و حشتشده منتظر عکس العملهای تند
و خشن آمریکا و احیاناً از دست رفتن ثمرات انقلاب بودند؛ گروهی نیز
حیرتزده در انتظار پایان کار بسر می برند؛ و گروه سوم یعنی گروههای

- شهید رجائی در یکصد و دومین جلسه علنی مورخ دوشنبه ۱۱/۱۳۵۹ دوره اول مجلس شورای اسلامی حضور یافته و این گزارش را تقدیم نموده است. (مشروع مذاکرات مجلس شورای اسلامی، دوره اول، انتشارات اداره کل تندنویسی مجلس شورای اسلامی).

مخالف اسلام و انقلاب، از همان آغاز با تهمت و افتراهای گوناگون، حرکت را محکوم کردند.

در این میان عکس العمل امام و امت شگفت انگیز و خلاف انتظار بود. امام در همان اولین لحظات اشغال جاسوسخانه، نه تنها اقدام انقلابی دانشجویان را تأیید کرده و آن را انقلابی بزرگتر از انقلاب اول خواندند، بلکه خود پیشاپیش این حرکت، رهبری آن را عهده دار شدند. امت قهرمان و انقلابی نیز در بی صحنه امام، یکپارچه اقدام انقلابی مزبور را تأیید کردند.

در بادی امر آمریکا با تصوری که از گذشته داشت و با امید نفوذ در انقلاب اسلامی ما، از درنرمش و سازش در آمده و هیئتی را برای مذاکره به ایران اعزام داشت. فرمان خشم آسود و رعد آسای امام که هر نوع مذاکره و سازشی را نفی می کرد، آنها را در آسمان میخکوب و وادار به بازگشت کرد؛ لذا آمریکا ناچار به برمنلا ساختن چهره واقعی و کریه خود در قبال انقلاب اسلامی، از پس نقاوهای منافقانه گردید. دستور توقیف اموال و سپرده های ما که متأسفانه ۹ ماه پس از انقلاب هنوز در بانکها و مؤسسات آمریکائی بود صادر شد. خرید نفت، تحریم و دستور محاصره اقتصادی ایران صادر گردید.

ملت مسلمان ایران براساس رهنمودهای امامش با تمام این پیامدها مقابله کرد و با روزه به جنگ حصر اقتصادی رفت. آمریکا از روی یأس و ناامیدی به قطع رابطه با ما دست زد و اماممان فرمود که «ما رابطه با آمریکا را می خواهیم چه کنیم؟ الهی که به خطر بیفت». شیطان بزرگ، درمانده و حیران، دست به اقدامات عصبی و بسی نتیجه ای زد که جز برمنلا شدن چهره کثیفیش نتیجه ای به بار نیاورد. حمله مستقیم نظامی به طبس که حرکتی به مراتب مفترضانه تراز حمله به خلیج خوکها بود، تنها به یاری خدا با شکست و ناکامی رو برو

شد: «ومکروا ومکر الله والله خير الماکرين». کودتای آمریکائی نوزه و بمب گذاریهای مکرر حتی در نقاط پر جمعیت تهران، هیچ یک به نتیجه نرسید و در آخرین مرحله، حمله نظامی صدام به دستور آمریکا آغاز گردید و هنوز نیز ادامه دارد.

پس از آنکه حرکت انقلابی دانشجویان ثمرات خود را بسیار آورد، امام امت در پیام حج امسال خویش، تصمیم گیری در این زمینه را بعهده مجلس شورای اسلامی گذاشتند و مجلس نیز در ۱۱ آبان ماه شرایط آزادی گروگانها را اعلام و به دولت ابلاغ کرد و دولت نیز براساس مصوبه مزبور اقدام [کرد] و به نتایج مناسب دست یافت.

حال که با آزادی گروگانها این مرحله از جنگ ما با آمریکا تغییر شکل می‌یابد، ارزیابی نتایج و ثمرات این حرکت انقلابی، خصوصاً با توجه به تخطیه مخالفین ضروری به نظر می‌رسد.

به اعتقاد ما اشغال جاسوسخانه و گروگانگیری جاسوسان و مأموران آمریکائی در ایران، نتایج مثبت خارجی فراوان به همراه داشت. از نظر خارجی، اشغال جاسوسخانه به افسانه شکست ناپذیری آمریکا پایان داده و به مستضعفین جهان نشان داد که ابرقدرتها هر چند خشمگین و مصمم، در مقابل ایمان و اراده مردم متحد «هیچ غلطی نمی‌توانند بکنند». البته منظور این نیست که ابرقدرتها و در رأس آنها آمریکا قادر به توطئه برعلیه مستضعفین و انقلاب آنان نبوده و نخواهند بود، بلکه غرض این است که این توطئه‌ها هرگز نخواهد توانست که یک ملت بپا خاسته با ایمان را به زانو درآورده و وادار به تسليم و سازش کند.

همچنین اشغال جاسوسخانه و بر ملا شدن فعالیتهای درون آن، ماهیت باصطلاح سفارتخانه‌های ابرقدرتها را برای جهانیان روشنتر کرده و نشان داد که تحت پوشش مصونیت سیاسی، چه توطئه‌ها در

داخل همین «سفارتخانه‌ها» بر علیه مخالفین ابرقدرتها تدارک می‌شود. وبالاخره اشغال جاسوسخانه و دستگیری گروگانها حداقل آمریکا را در اعمال جاسوسی خود در کشورهای مختلف جهان وادار به حزم و احتیاط بیشتری کرد.

ثمرات داخلی اشغال جاسوسخانه به مراتب پر ارزشتر از نتایج خارجی آن است. این حرکت انقلابی وحدت و یکپارچگی مردم ما را برگرد امام و خط امام دوچندان کرده و مقاومت آنها را در قبال شدائد و حصر اقتصادی بالا برده، گرچه که از این روحیه مقاومت و حتی آمادگی برای روزه استفاده نشده. ماهیت واقعی آمریکا از نظر تمام مردم ما بخوبی شناخته شد. دیگر کمتر کسی است در ایران که نسبت به جنایات و توطئه‌های آمریکا در رابطه با انقلاب و مردم مسلمان ما بی اطلاع باشد.

اشغال جاسوسخانه به شعار «بعد از شاه نوبت آمریکا است» تحقق عینی بخشدید. براستی تا زمان اشغال جاسوسخانه هنوز نوبت آمریکا فرانرسیده بود. اشغال جاسوسخانه بر روی تمام این تحلیلهای و ارتباطات باطل، خط ابطال کشید و خط «نه شرقی نه غربی» امام را طوعاً و یا کرهاً بر سیاست خارجی جمهوری اسلامی حاکم کرد؛ سیاستی که در عین مبارزه‌بی امان با غرب جنایتکار، کوچکترین امیدی به شرق تجاوز گرنداشته و در مقابله با سلطه طلبی شرق، دست نیاز به سوی غرب دراز نمی‌کند و بالاخره سیاست موازنۀ منفی حکومتهاي ملي گرای منطقه در گذشته نه چندان دور، جای خود را به سیاست خارجی مکتبی فوق الذکر داد. کنار آمدن با آمریکا و یا شوروی به شکلی که نه سیغ بسوزد و نه کباب، در سیاست خارجی جمهوری اسلامی، از آن پس دیگر محلی از اعراب نداشت.

افشای اسناد جاسوسخانه نیز کمک فراوانی به امت شهید پرور

ما در شناخت چهره واقعی عناصر بظاهر ملی، گروههای بظاهر چپ و حتی بظاهر ضد آمریکائی و همچنین سلیقه‌های غیر انقلابی مایل به سازش با آمریکا کرد؛ سلیقه‌هایی که می‌رفت تا در صورت موفقیت، امام را برای جلب رضایت آمریکا از صحنه سیاست خارجی کنار زده و فعالیت دادگاههای انقلاب وغیره را متوقف کند.

اشغال جاسوسخانه سبب محاصره اقتصادی و انزوای ما گردید که به نظر ما یکی از ثمر بخش ترین نتایج این حرکت انقلابی بوده است. به اعتقاد ما دولت جمهوری اسلامی باید فردای پیروزی انقلاب، خود داوطلبانه روابط اقتصادی را با آمریکا قطع می‌کرد و به قول امام به استقبال این انزوای سازنده می‌رفت، وعدو سبب این خیر شد.

در اثر اشغال جاسوسخانه، آمریکا از ادامه سیاستهای منافقانه که تصور می‌کرد بالاخره امکان بازگشت به ایران را فراهم می‌کند، مأیوس شد و بنناچار به قطع روابط با ایران اقدام کرد و سپس برخلاف تمام قوانین بین‌المللی که خود برای آن سینه چاک می‌کرد، توطئه نظامی طبس را تدارک دید. حرکات مزبور نشانه این بود که دیگر آمریکا امکانی برای نفوذ خود به درون انقلاب از راههای منافقانه و توأم با نرمش و سازش نمی‌یابد. این ناامیدی و غصب، کار را بجائی کشاند که رؤسای جمهور آمریکا – کارت و ریگان – در مصاحبه‌های رسمی خود، همه ملت ما را آدم‌ربا و برابر می‌نامند.

در حل ماجرا نیز ما موفق شدیم که آمریکا را وادار به تعهدات بین‌المللی در رابطه با عدم مداخله در امور داخلی ایران و باز پس دادن اموال شاه و بستگانش بنماییم؛ گرچه می‌دانیم که آمریکا به تعهد اولش از لحظه امضا و پیش از آن وفادار نمانده و از اموال شاه و بستگانش نیز احتمالاً چیزی به دست نمی‌آید. در مورد سپرده‌ها و

دارائیهای ایران نیز همین قدر که بتوانیم حق خود را از این جهانخوار گرفته و یا با تعهدات معتبر، وی را وادار به دادن حقوقمن کنیم، پیروزی بزرگی خواهد بود.

تعهدات ایالات متحده

بدنبال اعلام آخرین پاسخ دولت جمهوری اسلامی ایران، در تاریخ ۱۲ دی ماه ۱۳۵۹ نمایندگان دولت الجزایر بدنبال مذاکرات طولانی با دولت آمریکا، با پیش‌نویس دو بیانیه صادره از سوی دولت جمهوری دموکراتیک مردم الجزایر درباره:

- (۱) اصول کلی بزای اجرای مصوبه مجلس شورای اسلامی در رابطه با ۵۲ گروگان ملت ایران،
- (۲) حل و فصل ادعاهای فیما بین دو دولت

اساس کاربراین بود که چنانچه دو دولت با مفاد این بیانیه موافقت کرده و این موافقت را رسماً اعلام [نموده] و به آن ملحق شوند، اصول پذیرفته شده بعنوان یک تعهد بین المللی برای هر دو طرف لازم الاجرا گردد. رسیدن به یک توافق رسمی برای تشکیل یک هیئت داوری مورد قبول طرفین از این جهت مقتضی بود که عملاً لغو دعاوی علیه ایران در دادگاههای آمریکا و فسخ احکام توقیف صادره برای اموال و دارائیهای ایران در این کشور، بدون پیش‌بینی چنین مکانیزمی امکان نداشت و دولت آمریکا ناگزیر بود با ارائه این توافق به دادگاهها مدعیان را به قبول حکمیت و رسیدگی به دعاوی در خارج از دادگاه مجبور سازد و با جانشین ساختن حکمیت بین المللی، موجبات لغو دعاوی علیه ایران و احکام توقیف صادره را فراهم آورد. در مراحل مذاکره درباره مفاد بیانیه‌ها، توافقنامه دیگری به منظور روشن کردن تعهدات مالی مستقابل و نحوه نقل و انتقال سپرده‌ها تنظیم گردید که

تعهدات دولت جمهوری اسلامی ایران و دولت ایالات متحده آمریکا در رابطه با بیانیه دولت جمهوری دموکراتیک مردم الجزایر خوانده شد. متن فارسی و انگلیسی این سند همراه با بیانیه‌های پذیرش رسمی آنها و سایر استناد مربوط به نقل و انتقال سپرده‌ها و آزادی گروگانها تقدیم مجلس شورای اسلامی ایران می‌گردد. متن پاسخهای مورخ اول آذر ۱۳۵۹ و ۲۷ آذر ۱۳۵۹ دولت جمهوری اسلامی ایران و همچنین پاسخهای مورخ ۱۷ آبان ۱۳۵۹ و ۱۳ آذر ۱۳۵۹ ایالات متحده آمریکا قبلًا برای اطلاع ریاست و نمایندگان محترم مجلس شورای اسلامی ارسال گردیده است. کلیه صورت مذاکرات با هیئت العجزایری تا تاریخ ۲۲ دی ۱۳۵۹ برای مجلس شورای اسلامی ارسال [گردیده] و از تاریخ فوق تا پایان مذاکرات متعاقباً ارسال خواهند گردید.

براساس بیانیه دولت الجزایر و پذیرش آن از طرف دولت ایالات متحده آمریکا این دولت نسبت به موارد زیر متعهد گردیده است:

۱. دولت آمریکا متعهد شده است که از طریق لغو احکام انسداد، تا حد امکان وضعیت مالی ایران را بصورت موجود قبل از ۲۳ آبان ۱۳۵۸ (تاریخ صدور دستور انسداد سرمایه‌های ایران از طرف رئیس جمهور آمریکا) باز گرداند.

۲. دولت آمریکا متعهد شده است که از طریق اعمال ترتیبات پیش‌بینی شده در بیانیه مربوط به حل و فصل ادعاهای ارجاع دعاوی به حکومیت مرضی الطرفین، به تمام اقدامات حقوقی در دادگاههای ایالات متحده که متنضم ادعاهای اتباع و مؤسسات آمریکائی علیه ایران و مؤسسات دولتی آن است خاتمه داده و کلیه احکام توقيف و احکام قضائی صادره را لغو، سایر دعاوی براساس چنین ادعاهایی را ممنوع و موجبات خاتمه دادن آنها را فراهم نماید.

۳. ایالات متحده آمریکا متعهد شده است که از این پس در امور داخلی ایران به صورت مداخله ننماید.
۴. ایالات متحده متعهد شده است که دارائیهای ایران موجود در قلمرو قضائی ایالات متحده را بشرح زیر مسترد سازد:
- (الف) طلاهای متعلق به ایران و کلیه دارائیهای ایران موجود نزد بانک فدرال رزرو نیویورک به انضمام بهره متعلقه.
- (ب) دارائیهای نزد شعب خارجی بانکهای آمریکائی با بهره متعلقه. (از این محل، اقساط معوقه و اقساط آتی وامهای دولت و مؤسسات کنترل شده بوسیله دولت، باز پرداخت خواهد شد).
- (پ) دارائیهای نزد شعب بانکهای آمریکائی در آمریکا. این دارائیها بدليل وجود احکام توقیف دادگاهها حداکثر ظرف شش ماه آزاد خواهد شد که نیمی از وجهه آزاد شده حداکثر تا یک میلیارد دلار در یک حساب تضمینی بهره‌دار به نام بانک مرکزی دولت الجزایر نگهداری خواهد شد که صرفاً برای تضمین پرداخت و تأدية ادعاهای علیه ایران طبق بیانیه حل و فصل ادعاهای مورد استفاده قرار خواهد گرفت.
- (ت) دارائیهای دیگر ایران شامل وجوه و اوراق بها دار و هر آنچه که در چهارچوب بندهای فوق قرار نمی‌گیرد.

۵. ایالات متحده متعهد شده است که کلیه تحریمهای تجاری علیه ایران را لغو کند.
۶. ایالات متحده متعهد شده است که ادعاهای مطروحه در دادگاه بین المللی علیه ایران را پس بگیرد.
۷. ایالات متحده متعهد شده است که از اقامه دعوى توسط ایالات متحده و یا اتباع آن و یا اشخاص غیر آمریکائی در دادگاههای آمریکا در مورد هرگونه ادعاهای حال یا آینده علیه ایران در رابطه با

موارد زیر جلوگیری نماید:

(الف) دستگیری و توقيف گروگانها.

- (ب) خسارات وارده به اموال ایالات متحده و یا اتباع ایالات متحده در داخل محوطه لانه جاسوسی.
- (پ) صدمات وارده به اتباع ایالات متحده و یا اموال آنها در جریان انقلاب ایران.

۸. ایالات متحده متعهد شده است که موجبات بازگشت دارائیهای خانواده شاه معدهم را — که در آمریکا موجود باشد — به ایران از طرق زیر فراهم نماید:

(الف) انسداد و منوعیت انتقال اموالی که در کنترل وراث شاه و یا هریک از بستگان نزدیک وی بوده و بنوان خوانده از جانب ایران، برعلیه آنان در دادگاههای ایالات متحده طرح دعوا می‌شود.

(ب) جمع آوری اطلاعات از اشخاص مقیم در حوزه قضائی آمریکا در مورد اموال مزبور و تسليم آنها به ایران و اعمال مجازاتهای کیفری و مدنی در صورت تخلف از این امر.

(پ) اجرای مصوبه‌ها و احکام دادگاههای ایران در ارتباط با این دارائیها وسیله دادگاههای آمریکا.

(ت) اجرای حکم نهائی دادگاهها.

(ث) ایالات متحده متعهد شده است که ضمن پذیرش رأی هیئت داوری در مورد هرگونه اختلاف و قصور در اجرای تعهدات فوق، خسارات وارده به ایران را جبران نماید.

همان گونه که مفاد تعهدات حاکی است، ابرقدرت آمریکا در مقابل خواست انقلابی ملت ایران، به طرق زیر وادرار به تسليم شده است:

۱. ابرقدرت آمریکا که همواره به استناد افسانه عظمت و

انسجام دروغین نظام سیاسی و اقتصادی خود، اعضای هرگونه تعهد از این گونه را آنهم نه در مقابل همپالگیهای چپاولگر خود بلکه در برابر امت مستضعف و انقلابی ایران، خارج از ضوابط امپریالیستی و دون شائناً خود تلقی می کرده است، مجبور شده که این تعهدات را در سطح جهانی انتشار داده و خود را به آنها پای بند سازد، و بیشک سر پیچی احتمالی از این تعهدات در آینده، رسوایی دیگری به پرونده سیاه این مستکبر خواهد افزود و مستضعفان جهان چهره کریه این جهانخوار را کریه تر از همیشه مشاهده خواهند کرد و ایدئولوژی دروغ و تزویر را بیش از پیش خواهند شناخت.

۲. آمریکای سلطه‌گر مجبور شده است که مصوبه مجلس شورای اسلامی را در رابطه با تعهد عدم مداخله پذیرد و بدون اینکه بارای اعتراض به محتوای آن را که دال بر دخالت همیشگی این مستکبر در امور داخلی ایران است داشته باشد، به دنیا اعلام کند که دیگر— بهر صورت ممکن — پا در حریم آزادی خلق انقلابی ایران نخواهد گذاشت و مستضعفان جهان، با این پذیرش و تعهد دریافتند که افسانه حقوق بشر ادعائی سردمداران سیستم کفر جهانی، جز فریبی بیش نیست.

۳. سیستم سرمایه‌داری آمریکا به خروج اموال و دارائیها و طلاهای ایران از قلمرو مالی و اقتصادی خود رضایت داده است و این تعهدی است که متکاثرین همواره از تن دادن به آن ابا داشته‌اند.

۴. ابرقدرت آمریکا، مجبور شده است که آثار و عواقب حرکت انقلابی خلق مسلمان ایران در جریان انقلاب اسلامی و حرکت انقلابی دانشجویان مسلمان پیرو خط امام در تسخیر لانه جاسوسی و دستگیری ۵۲ نفر اتباع آمریکا را پذیرد و نسبت به آن تمکین نماید و صراحتاً حق هرگونه اعتراض و ادعای خسارت در این

رابطه را از خود و اتباع خود سلب نماید.

۵. آمریکای جنایتکار، بازیگر اصلی عروشكهای خیمه شب بازی و سرسردگان امپریالیسم غرب، علی رغم وحشت و نگرانی آشکار این عروشکان و علی رغم پامدهای ناگواری که پشت پا زدن به تعهدات و پیمانهای شیطانی بین آمریکا و نوکران آن خواهد داشت، مجبور شده است که مصوبه های قانونی و قضائی ایران را مبنی بر تعلق اموال شاه معدهم و بستگان وی به ملت ایران بپذیرد و اعلام کند که دادگاههای این کشور باید — بدون توجه به اصول و قوانین قضائی و حقوقی که می تواند مانع اجرای چنین مصوبه هایی باشد — درباره بازگشت اموال، حکم صادر کرده و خود، متعهد اجرای آن گردد.

استرداد اموال و دارائیها

اموال و دارائیهای ایران به چند دسته تقسیم می شود:

۱. سپرده های نزد بانک فدرال رزرو

(شامل طلا و اوراق بهادر) به مبلغ ۲/۵ میلیارد دلار

۲. سپرده های نزد شعب اروپائی بانکهای آمریکائی به مبلغ ۴/۸ میلیارد دلار

۳. دارائیهای نزد شعب بانکهای آمریکائی در آمریکا به مبلغ ۲/۲ میلیارد دلار

۴. دارائیهای دیگر در آمریکا و خارج آمریکا بین ۱ تا ۴ میلیارد دلار

براساس تعهدات دولت ایالات متحده، دو قلم ۱ و ۲ از دارائیهای فوق به اضافه بهره متعلقه^۱، تقریباً معادل ۸ میلیارد دلار، قبل از آزادی گروگانها بحساب بانک مرکزی الجزایر واریز گردید. دارائیهای نزد شعب بانکهای آمریکائی در آمریکا پس از خاتمه جریان لغو دعاوی و احکام توقيف و ارجاع آنها به حکمیت که تا اوایل تیرماه بطول می انجامد، به ایران بازخواهد گشت. دارائیهای دیگر نیز پس از مقابله اطلاعات و ارائه اسناد و مدارک لازم، به ایران مسترد خواهد گردید و

هر گونه اختلاف فیما بین نیز با رأی داوری مرضى الطرفین لازم الاجرا خواهد بود.

از مبلغ ۸ میلیارد دلار واریز شده به حساب بانک مرکزی الجزایر، مبلغ $\frac{3}{6}$ میلیارد دلار بابت اصل و بهره اقساط عقب افتاده بدهیهای دولت ایران و مؤسسات کنترل شده بوسیله دولت — براساس دلایلی که ذیلاً خواهد آمد — به بانکهای آمریکائی مسترد گشته و مبلغ $\frac{1}{4}$ میلیارد دلار نیز در حساب مخصوصی به نام بانک مرکزی الجزایر به منظور پرداخت مبالغ مورد اختلاف در مورد سپرده‌ها و بهره متعلقه به سپرده‌های ایران در مؤسسات بانکی آمریکا مسدود گردیده است. این مبلغ پس از رسیدگی دقیق و رفع اختلافات به ایران یا ایالات متحده بازخواهد گشت.

انتقال اقلام موجود در شب اروپائی بانکهای آمریکائی با یک مشکل عمده روبرو بود و آن اینکه در زمان رژیم شاه معدوم، مبالغی از بانکها و کمپانیهای آمریکائی وام اخذ گردیده که بطور کامل پرداخت نشده و بدهیهای حاصله همچنان پا بر جا بود. بانکها و مؤسسات آمریکائی قبل از انتقال سپرده‌ها جهت اطمینان از دریافت مطالبات خود تقاضای تضمین داشتند و بدون این تضمینها حاضر به آزاد ساختن سپرده‌ها نبودند. برای آزاد ساختن سپرده‌ها پیشنهادهای زیر مطرح بود:

پیشنهاد اول که توسط بانکهای آمریکائی ارائه گردید مبنی براین بود که یک حساب ثابت به منظور تضمین پرداخت اصل و بهره وامها به مبلغ حدود ۲ میلیارد دلار که معادل دو سال آینده وامهای مذکور است، در یک بانک آمریکائی افتتاح گردد و موجودی حساب ایران در این بانک هیچگاه از این مبلغ کمتر نباشد و بانک مرکزی ایران، مصونیت خود را که ناظربه معافیت از توقیف اموال قبل از

رسیدگی در دادگاه است و در کشورهای جهان قانوناً به رسمیت شناخته شده است، از خود سلب نماید و بانک مرکزی به رأی محاکم انگلیس تمکین کند. دولت نیز می‌بایست چنین تضمین و تعهدی را بدهد.

واضح است که این پیشنهاد آمریکا که چیزی شبیه به قراردادهای استعماری زمان قاجاریه بود، نمی‌توانست مورد قبول قرار گیرد ولذا رد شد.

پیشنهاد دومی نیز وجود داشت و آن اینکه ایران دارائیهای خود در بانکهای آمریکائی مقیم اروپا را بیرون نکشیده و فقط شرایط را به حالت قبل از گروگانگری بازگرداند و روابط مالی و پولی عادی خود را ادامه دهد.

بدین ترتیب آمریکا دیگر تضمین نخواسته و موجودی پول ما در آنجا خود، تضمین برای آمریکا خواهد بود. این پیشنهاد نیز دارای چندین اشکال بود.

اولاً نگهداری دارائیها در بانکهای آمریکا یعنی ادامه روابط پولی و مالی گذشته با آن.

ثانیاً تجربه به ما آموخته است که آمریکا بهیچ وجه تابع قوانین بین الملل نبوده و همان طور که قبلًا دارائیهای ما را ضبط نمود، در آینده هم خیلی ساده می‌تواند براساس شکایت یک کمپانی و حکم توقيف دادگاه، به ضبط اموال ما بپردازد. لذا این پیشنهاد نیز رد گردید.

پیشنهاد سومی که مورد توجه قرار گرفت و دارای مزایای متعددی نیز هست بدین ترتیب بود که با استرداد اصل وامها و باز پرداخت کلیه آنها به بانکها و مؤسسات آمریکائی که طلبکار هستند، با آنها تصفیه حساب نمائیم.

اولین نتیجه مثبت این اقدام این است که ایران خود را از زیر

فشار وامهای سنگینی که بر آن تحمیل گشته بود، خلاص می نماید. این وامها که توسط آمریکائیها پرداخت شده معمولاً براین اساس است که در مقابل پرداخت وام بخاطر پروژه توسط کمپانیهای آمریکائی و خرید کالا از آنها این وامها پرداخت می گردید. در واقع پرداخت وام بخاطر گشایش بازار جدید در ایران جهت کالاهای آمریکائی بوده است.

دومین نتیجه مثبت، آنکه ایران دیگر مجبور نیست بهره سنگین این گونه وامها را که تا ۲۲/۵ درصد می رسید پرداخت نماید. این نکته قابل ذکر است که از کل وامها تنها مبلغی حدود ۹۲ میلیون دلار با نرخ بهره کم (حدود ۳ الی ۷ درصد) می باشد و بقیه نرخ بهره بالا دارند. و بالاخره سومین نتیجه آنکه این عمل خود، آغازگر قطع ارتباط مالی و بانکی با امپریالیسم آمریکا خواهد بود.

با توجه به این نکات مثبته بود که دولت جمهوری اسلامی ایران ترجیح داد که بجای سپردن و دادن هر گونه تضمینی برای وامهایی که [ایران] از آمریکا اخذ نموده است، اصل وامها را پرداخت و بکلی قطع ارتباط مالی و بانکی با آمریکا بنماید.^{۶۶}

خوب، یک مقدار هم انتقادات شده است که با اجازه نمایندگان محترم بطور خلاصه به این انتقادات جواب می دهیم.

بررسی انتقادات

پس از تحلیل ثمرات اشغال جاسوسخانه و تشریع عملکرد دولت در زمینه اجرای مصوبه مجلس، در خاتمه، بررسی نظریات منتقدین ضروری به نظر می رسد.

منتقدین بر دو دسته اند: یک دسته آنها که نتایج حاصله از اقدامات دولت را مورد انتقاد قرار می دهند و دسته دوم آنها که اشغال جاسوسخانه و پیامدهای آن را محکوم کرده و طبعاً راه حلها را نیز محکوم

می کنند.

در پاسخ دسته اول عمدتاً باید به سه انتقاد پاسخ داد:

اول اینکه از دارائیهای شاه چیزی به دست ما نرسیده است. در این زمینه دولت بارها اعلام کرده است که صورتی از اموال و دارائیهای شاه معدوم و بستگانش در اختیار ندارد و تلاشهای یک ساله بانک مرکزی نیز در این زمینه کوچکترین نتیجه‌ای نداشته است؛ بنابراین ما خواهان چیزی هستیم که نمی‌دانیم چیست و چقدر است. ضمناً تا یک ماه پیش تنها یک شکایت علیه اموال شاه و فرح و اشرف در دادگاه نیویورک داشتیم و دیگر هیچ اقدامی در زمینه سایر بستگان نشده بود و لذا دارائیهای این عده می‌توانست آزادانه نقل و انتقال یابد. آیا منتقدین راهی جزآنکه دولت رفته، برای بازگرداندن چنین اموالی سراغ داشته‌اند و اگر داشته‌اند چرا با دولت در عرض مدت یک سال گذشته مطرح نکرده‌اند؟

دوم اینکه تعهد عدم مداخله در امور داخلی ما اولاً ناظر به اعتراف به دخالت در گذشته نبوده و ثانیاً ضمانت اجرائی ندارد. در این زمینه دولت مجری مصوبه مجلس بوده که در آن از آمریکا تعهد عدم مداخله در امور داخلی ایران خواسته شده است. توضیح این مسئله ضرورت دارد که آمریکا و هیچ کشور دیگر، ولو به قیمت جان ۵۲ نفری که کوچکترین ارزشی هم برای آنها قائل نیست، هرگز حاضر به اعتراف به جرم نبوده و نخواهد بود. آنها در گفتگوهای پنهانی از آمریکائیان و یا واسطه‌های آنها چنین تعهداتی شنیده بودند. اگر می‌خواستند آنها را بروی کاغذ و با امضای رئیس جمهور آمریکا بدست آورند، حتماً ناکام می‌شدند. و اما در زمینه تضمین تعهد عدم مداخله، آیا چیزی جز ایمان و همبستگی امت مسلمان و ایستادگی آنها در قبال مداخلات آمریکا و ابرقدرتها دیگر می‌تواند وجود داشته

باشد؟

به اعتقاد دولت جمهوری اسلامی دو بند فوق الذکر از مصوبه مجلس شورای اسلامی، بیش و پیش از آنکه ارزش اقتصادی و عملی داشته باشد، ارزش سیاسی دارد؛ والا کیست که نداند دسترسی به اموال شاه و بستگانش، پس از اینهمه سروصداتها و هشیاری آنها کار ساده‌ای نیست و یا تضمین عدم مداخله آمریکا در ایران امری نشدنی است؟

سومین انتقاد به عملکرد دولت این است که داراییهای ایران در آمریکا بالغ بر ۱۴ میلیارد دلار بوده و دولت تنها موفق به بازگرداندن ۲/۷ میلیارد آن گردیده است.

در پاسخ به این انتقاد باید بگوئیم که اولاً مبلغ ۱۴ میلیارد دلار، یک رقم تخمینی است. بانک مرکزی رقم سپرده‌های موجود در بانکهای آمریکائی را چیزی نزدیک به یازده میلیارد دلار می‌داند و حال آنکه طرف مقابل رقمی نزدیک به ۹/۵ میلیارد دلار را می‌پذیرد، و بین بانکها بیش از ۱/۵ میلیارد اختلاف حساب وجود دارد. در مورد داراییهای دیگر، بانک مرکزی رقمی حدود چهار میلیارد دلار را با تأکید بر اینکه آمار دقیق ندارد، ارائه می‌دهد و طرف مقابل چیزی بیش از یک میلیارد دلار را شناسائی کرده است که باز رقم دقیق نیست. ثانیاً مبلغ دریافت شده فوری دولت جمهوری اسلامی نزدیک به ۸ میلیارد دلار بوده که طبیعتاً از آن مبلغ، وامهای معوقه و آتی حال شده باید پرداخت شود. ثالثاً آنچه که از این مبلغ، فوراً به حساب بانک مرکزی ایران واریز شده مبلغ ۲/۸۸ میلیارد دلار است، و ۱/۴۱۸ میلیارد دلار مورد اختلاف نیز در حساب دولت الجزایر است که اگر بانک مرکزی اسناد آن را ارائه دهد، می‌تواند مالک تمام آن گردد. از کل سپرده‌ها مبلغ ۲/۲ میلیارد هم حداکثر تا دهم تیرماه ۱۳۶۰ در

اختیار بانک مرکزی قرار خواهد گرفت.

و اما در مورد دارائیهای که میزان آنها نامعلوم و همگی در توقیف دادگاههای آمریکا است، چنانچه قرار بود پس از بازگشت تمام آنها – بفرض موافقت آمریکا – گروگانها آزاد می شدند، اصولاً نقض غرض شده بود؛ زیرا که انتقال برخی از اقلام کالاهای مزبور ممکن است چندین سال به درازابکشد و چه بسا اگر گروگانها محاکمه می شدند، محکومیت بسیاری از آنها کمتر از این مدت می شد.

در خاتمه بحث، دولت جمهوری اسلامی دو تذکر را ضروری می داند: اول اینکه در هیچ شرایطی تعهداتی بیش از آنچه که این دولت از آمریکا گرفته قابل وصول نبوده و نخواهد بود مگر براساس عملکردهای سازشکارانه و یا در گفتگوهای خصوصی غیررسمی. آنچه که بدست آمده بالاترین تعهداتی است که می توان از آمریکا با توجه به قوانین آن کشور گرفت. تذکر دوم اینکه هیچ تعهد اضافی از آمریکا بخاطر وجود ۵۲ نفری که کوچکترین ارزشی حتی برای جانشان قائل نبود، نمی توان گرفت و اینکه تصور شود ما دیگر وسیله ای برای اعمال فشار به آمریکا نداریم، بی اساس است. و ذکر این نکته نیز ضروری است که حتی اگر جاسوسخانه اشغال نمی شد، ما هرگز موفق به گرفتن این مقدار از حقوق و دارائیها و تعهد مابقی آن از آمریکا نمی شدیم.

حال انتقاد دسته دوم که مخالف اصل اشغال جاسوسخانه و هستند را مطرح کرده و با وجود اینکه دفاع از اشغال جاسوسخانه و پاسخگوئی به انتقادات مزبور قانوناً بر عهده دولت جمهوری اسلامی ایران نیست، ولی شرعاً خود را مکلف می دانیم پاسخهای مقتضی به این دسته بدھیم.

مخالفین سرسخت و قدیمی اشغال جاسوسخانه می گویند که این عمل «احساسات ضد اسلامی و ضد ایرانی را در مقیاس جهانی»

تهییج کرده، ما را دچار «تحریم اقتصادی، از دست رفتن باقیمانده ذخایر ارزی آزاد، و رکود و انحطاط رشد اقتصاد ملی» کرده و «زمینه‌های جنگ ایران و عراق» را فراهم کرده است. آنها با شاره به افشاگریهای دانشجویان می‌گویند «فرهنگ دروغ و تزویر» در جامعه پس از اشغال جاسوسخانه اشاعه یافته است. در اثر اشغال جاسوسخانه در جهان منزوی شده و دریک جمله، با گروگانگری خود، گروگان آمریکا شده‌ایم.

این دسته در حقیقت ماهیت انقلاب اسلامی ما و حتی هر انقلاب دیگری را بدرستی درک نکرده‌اند. اینها تمام تضییقاتی را که به امت ما وارد می‌شود معلوم گروگانگری می‌دانند و حال آنکه با بررسی اجمالی حتی انقلابات غیر اسلامی که سیاستهای سازشکارانه رانیز تعقیب کرده‌اند، می‌توان بی‌برد که پیامد تمام آنها حصر اقتصادی و انزواج سیاسی و حتی حمله‌های مستقیم و غیرمستقیم نظامی است. حالا تمام این قبیل نابسامانیها را در رابطه با اشغال جاسوسخانه دانستن اگر ناشی از غرض نباشد از ناآگاهی سرچشم می‌گیرد.

ممکن است سؤال شود که اگر استدلال فوق درست است، پس چرا تمام این نوع تضییقات پس از اشغال جاسوسخانه صورت می‌گیرد؟ پاسخ بسیار روشن است: تا اشغال جاسوسخانه هنوز آمریکا به بروی کار آمدن حکومتی باصطلاح «آزادمنش» و «میانه رو» در ایران دل بسته بود ولذا چهره منافقانه خود را حفظ می‌کرد تا بتواند با چنان حکومتی، بهترین روابط را برقرار سازد. ولی پس از اشغال جاسوسخانه و شکست سلیقه‌های غیرانقلابی در جامعه ما این امید مبدل به یأس شده و هر چه جامعه‌ما به حاکمیت خط اصیل امام که نفی هر نوع سازشکاری و گرایش به غرب و شرق است نزدیکتر شد،

تضییقات و توطئه‌ها نیز شدیدتر شد و بالاخره با شکل گرفتن سه قوه و اثبات آنها تهاجم نظامی صدام آغاز گردید.

بهر حال چنانچه این آقایان از بابت تضییقات مزبور و از دست رفتن «اقتصاد ملی» که همان صنایع مونتاژ وابسته است ناراحتند، باید به اصل انقلاب اسلامی انتقاد کنند، که اشغال جاسوسخانه تنها مرحله جدیدی در انقلاب مزبور بوده که به گفته اماممان، انقلابی بزرگتر از انقلاب اول است. والسلام.

نمایندگان: احسنت، احسنت. الله اکبر، الله اکبر، الله اکبر.

خمینی رهبر. مرگ بر منافقین و صدام.

موافقتنامه امانتی

این موافقتنامه امانتی بین دولت ایالات متحده آمریکا، بانک فدرال رزرو نیویورک بعنوان نمایندهٔ مالی ایالات متحدهٔ آمریکا و بانک مرکزی ایران بعنوان طرف ذینفع و بانک مرکزی الجزایر بعنوان نمایندهٔ امانتی می‌باشد.

این موافقتنامه به منظور اجرای مفاد مربوط به بیانیه ۲۹ دی ماه ۱۳۵۹ مطابق با ۱۹ ژانویه ۱۹۸۱ دولت الجزایر (موسوم به «بیانیه») صورت می‌گیرد. مفاد مذبور مربوط است به تنظیم قراردادهای امانتی برای دارائیهای ایران که به آزادی اتباع آمریکا در ایران بستگی می‌یابد.

۱. برطبق تعهدات مندرج در بند ۴ بیانیه و از تاریخ لازم الاجرا بودن این موافقتنامه، دولت آمریکا دستور انجام موارد ذیل را به بانک فدرال رزرو صادر خواهد نمود:

الف. فروش کلیه اوراق بهادر دولت آمریکا که از تاریخ فروش تحت حفاظت و یا کنترل فدرال رزرو بوده و متعلق به دولت ایران و سازمانها و مؤسسات و واحدهای تحت کنترل یا اختیارش می‌باشد، به بهائی

که نرخ متوسط بازار در نیمه روز بوده و به نرخهای رایج در سه روزداد و سند پیش از روز فروش.

ب. انتقال به بانک انگلیس بعنوان سپرده‌پذیر به منظور بستانکار کردن در دفاتر بانک مزبور به نام بانک مرکزی الجزایر بعنوان نماینده امانی مندرج در این موافقتنامه، کلیه اوراق بهادر (غیر از آنچه که در مورد اوراق بهادر دولت آمریکا در فوق ذکر گردیده) و نیز وجوده (شامل وجوده دریافتی از فروش اوراق بهادر فوق الذکر آمریکا) و شمش طلا که خالصیت آن کمتر از خالصیت و مرغوبیتی نباشد که در ابتدا بوسیله دولت ایران و سازمانها و مؤسسات و واحدهای تحت اختیارش به ودیعه گذارد و شده و تحت حفاظت و کنترل فدرال رزرو بوده و در تاریخ انتقال فوق متعلق به دولت ایران و سازمانها و مؤسسات و واحدهای تحت اختیارش می‌باشد.

هنگامی که فدرال رزرو دارایهای فوق الذکر ایران را به بانک انگلیس منتقل می‌سازد، فدرال رزرو بفوریت، سندی به بانک مرکزی الجزایر ارسال خواهد نمود که حاوی کلیه اطلاعات لازم جهت شناسائی دارایهای ایران (نوع و منبع و مشخصات آن از نظر اصل و بهره) باشد.

جزئیات ویژه مربوط به اوراق بهادر و وجوده و شمش طلا متذکر در این بند ۱ که موضوع انتقال توسط فدرال رزرو است، در ضمیمه الف پیوست می‌باشد.

۲. برطبق تعهدات مندرجه در بندهای ۵ و ۶ و ۸ بیانیه، دولت ایالات متحده آمریکا دستور انتقال سپرده‌ها و اوراق بهادر متعلق به ایران را که در شعبات و ادارات خارجی بانکهای آمریکا است و نیز سپرده‌ها و اوراق بهادر متعلق به ایران را که در شعبات و ادارات داخلی بانکهای آمریکا می‌باشد و همچنین کلیه موجودیهای ایران (وجوده و اوراق بهادر) را که در اختیار افراد و مؤسسات تابع مقررات و قوانین آمریکا باشد، صادر خواهد نمود تا به فدرال رزرو بعنوان نماینده مالی آمریکا منتقل و سپس توسط فدرال رزرو به بانک انگلیس انتقال یابد تا وجوده مزبور جهت

بستانکاری به حسابی که در دفاتر بانک مزبور به نام بانک مرکزی الجزایر
بعنوان نماینده امانی برطبق این موافقتنامه بازمی شود، منظور گردد. (کلیه
اوراق بهادر و وجهه نقد و شمش طلا متعلق به ایران مندرج در بند ۱ بالا و
نیز سپرده‌ها و اوراق بهادر و سایر وجهه متذکره در این بند ۲ کلاً و جمعاً به
نام «دارائیهای ایران» خوانده می‌شود).

۳. تا زمانی که برطبق این موافقتنامه دارائیهای ایران توسط بانک
انگلیس از فدرال رزرو دریافت می‌گردد، دارائیهای ایران بوسیله بانک
انگلیس به نام و عنوان بانک مرکزی الجزایر بعنوان نماینده امانی بشرح زیر
نگاهداری خواهد شد:

— اوراق بهادر دریک یا چند حساب حفاظتی اوراق بهادر در
بانک انگلیس به نام و عنوان بانک مرکزی الجزایر بعنوان نماینده امانی
برطبق این موافقتنامه نگاهداری خواهد شد.

— سپرده‌ها و سایر وجهه دریک یا چند حساب دلاری که در بانک
انگلیس به نام بانک مرکزی الجزایر بعنوان نماینده امانی برطبق این
موافقتنامه باز می‌گردد، نگاهداری خواهد شد. بهره متعلقه به این سپرده‌ها و
وجهه عبارت خواهد بود از نرخ رایج در بازارهای خارج از آمریکا.

— شمش طلا در بانک انگلیس دریک حساب حفاظتی شمش
طلا به نام بانک مرکزی الجزایر بعنوان نماینده امانی برطبق این موافقتنامه
نگاهداری خواهد شد.

— موضوع تفاهم اینکه بانک مرکزی الجزایر هیچ گونه مسئولیتی در
مورد هر نوع کاهشی در ارزش اوراق بهادر و شمش طلا و یا وجهه که در
بانک انگلیس به نام آن بانک بعنوان نماینده امانی برطبق مفاد این
موافقتنامه نگاهداری می‌شود، نخواهد داشت.

۴. (الف) به مجرد اینکه دولت الجزایر کجا به بانک مرکزی
الجزایر اطلاع دهد که کلیه ۵۲ نفر اتباع آمریکائی مندرج در لیستی که در
ماه نوامبر ۱۹۸۰ از طرف دولت آمریکا به دولت الجزایر تسلیم گردیده و در
حال حاضر در ایران نگاهداری می‌شوند بطور سالم از ایران عزیمت

نموده‌اند، بانک مرکزی الجزایر بفوریت دستوراتی را که مخصوصاً در مفاد بیانیه و در تعهدات دولت ایالات متحده آمریکا و دولت جمهوری اسلامی ایران در مورد بیانیه دولت جمهوری دموکراتیک مردم الجزایر قید گردیده و قسمتی از مفاد این موافقنامه را تشکیل می‌دهد، به بانک انگلیس صادر خواهد نمود. متعهدین مصمم هستند که به منظور برطرف ساختن هر نوع مشکلی که ممکن است در طول مدت اجرای مفاد این موافقنامه پیش بیاید با حسن نیت عمل نمایند.

(ب) چنانچه:

(۱) دولت ایران و یا دولت ایالات متحده آمریکا کتبأ به دولت الجزایر اطلاع دهد که یادداشت لازم را به منظور پایان دادن به تعهدات مندرج در بیانیه فوق صادر نموده است، و

(۲) بعد از انقضای ۷۲ ساعت پس از دریافت چنین یادداشتی از طرف دولت الجزایر، بانک مرکزی الجزایر دستورات مندرج در بنده فرعی (الف) فوق الذکر را به بانک انگلیس صادر نکرده باشد،

بانک مرکزی الجزایر دستوراتی را که بویژه در مفاد بیانیه مشخص شده و همچنین تعهدات دولت ایالات متحده آمریکا و دولت جمهوری اسلامی ایران را در مورد بیانیه دولت جمهوری دموکراتیک مردم الجزایر بفوریت به بانک انگلیس صادر خواهد نمود.

(ج) در صورتیکه گواهی دولت الجزایر که در بنده فرعی (الف) به آن اشاره گردیده پیش از آنکه دولت آمریکا بطور مؤثر تعهدات خود را انجام داده باشد صادر شود، داراییهای متعلق به ایران بر طبق مفاد بنده فرعی (الف) منتقل خواهد گردید.

(د) به وجوده و سپرده‌هایی که بر طبق این موافقنامه در بانک انگلیس نگاهداری شود، پس از انتقال آن به بانک مرکزی الجزایر بعنوان نماینده امانی، بهره‌ای معادل نرخ رایج در بازارهای پول خارج از ایالات متحده تعلق خواهد گرفت. و اینچنین بهره جزو داراییهای ایران مندرج در بندهای فرعی (الف) و (ب) این بنده ۴ محسوب خواهد شد.

۵. در تاریخ امضای این موافقتنامه بوسیله چهار طرف موافقتنامه،
بانک مرکزی الجزایر و فدرال رزرو به منظور اجرای مفاد این موافقتنامه
قرارداد فنی را با بانک انگلیس تهیه خواهند نمود.

برطبق همین قرارداد فنی بین فدرال رزرو و بانک انگلیس و
بانک مرکزی الجزایر، بانک فدرال رزرو نیویورک زیانها و مخارج وارد
بر بانک انگلیس را بشرحی که در بنده ۱۰ آن پیش‌بینی گردیده است به
بانک مزبور خواهد پرداخت. فدرال رزرو هیچ گونه مبلغی از بانک مرکزی
الجزایر بعنوان مخارج و هزینه از بابت اجرای این موافقتنامه دریافت نخواهد
داشت.

۶. این موافقتنامه بلاfacسله پس از امضای آن بوسیله هر چهار طرف
و بعد از آنکه بانک مرکزی الجزایر و فدرال رزرو قرارداد فنی را که در
بنده ۵ این موافقتنامه ذکر گردیده است با بانک انگلیس فراهم آورده باشند،
قابل اجرا خواهد بود.

۷. این موافقتنامه در تمام مدت اعتبارش فقط با موافقت کتبی هر
چهار طرف امضا کننده آن قابل اصلاح و تجدیدنظر و یا قابل لغو و فسخ
خواهد بود.

۸. هیچ قسمی از این موافقتنامه، کلاً یا جزوً نمی‌تواند باعث
ابطال هر نوع مصوبیتی باشد که بانک مرکزی الجزایر محق برآن است.

۹. یک نسخه از این موافقتنامه، به محض عملی بودن، به زبان
فرانسوی تهیه خواهد شد. هر دو نسخه انگلیسی و فرانسوی بالسویه قابل
ارزش و اعتبار خواهند بود.

۱۰. این موافقتنامه می‌تواند در نسخ متقابل امضا گردد و هریک از
نسخ مزبور بعنوان نسخه اصلی شناخته می‌شود.
امضا کنندگان زیر به منظور گواهی، این موافقتنامه را در تاریخ ۳۰
دی ماه ۱۳۵۹ (۲۰ ژانویه ۱۹۸۱) امضا نموده‌اند:

دولت ایالات متحده آمریکا (امضا)

بانک مرکزی ایران (امضا)

بانک فدرال رزرو نیویورک بعنوان نماینده مالی ایالات متحده (امضا)

بانک مرکزی الجزایر (امضا)

پیوست الف

اوراق بهادران، شمش طلا و جوهری که به بانک فدرال رزرو نیویورک انتقال داده خواهد شد:

اوراق بهادرانک بین المللی عمران و توسعه: ۳۵ میلیون دلار (ارزش اسمی)
شمش طلا: ۱,۶۳۲,۱۹۷/۷۴۶ اونس طلای خالص، تحویل خوب، از نوع شمش
طلای لندن به خالصیت ۹۹۵ در هزار و با بهتر
جوهر نقد: در حدود ۱/۳۸ میلیارد دلار

تهران—به تاریخ ۳۰ دی ماه ۱۳۵۹ (۱۹۸۱ زانویه ۳۰)

اینجانب موافقت خود را با تغییرات زیر در متن موافقنامه امنی بین دولت ایالات متحده آمریکا، بانک فدرال رزرو نیویورک بعنوان نماینده مالی ایالات متحده، بانک مرکزی ایران بعنوان طرف ذینفع و بانک مرکزی الجزایر بعنوان نماینده امنی بدین وسیله تأیید می نمایم:

۱. در پایان بند ۴ قسمت الف بعد از عبارت «ضمیمه بیانیه» عبارت «واجرای توضیحات فنی و راهنماییهای ناشی از آن، هرسه» حذف می شود و جمله زیر که آخرین جمله در بند مذکور است اضافه می گردد: «متعهدین مصمم هستند که به منظور برطرف ساختن هرنوع مشکلی که ممکن است در طول مدت اجرای این موافقنامه پیش بیاید با حسن نیت عمل نمایند».
۲. در پایان بند ۴ قسمت (ب) (۲) کلمات «واجرای توضیحات فنی و راهنماییهای ناشی از آن» حذف می شود.

بانک مرکزی ایران (امضا)

ترتيبات فنی

بین بانک مرکزی الجزایر بعنوان نماینده امانی
ورئیس و شرکت بانک انگلیس و بانک فدرال رزرو نیویورک
بعنوان نماینده مالی ایالات متحده

۱۹۸۱ ژانویه ۲۰

این ترتیبات فنی بین بانک مرکزی الجزایر (که از این بعد بعنوان «نماینده امانی» خوانده خواهد شد) بعنوان نماینده امانی و بانک مرکزی انگلیس (که از این بعد بعنوان «بانک» خوانده خواهد شد) و بانک فدرال رزرو نیویورک که بعنوان نماینده مالی ایالات متحده (که از این بعد بعنوان «فدرال رزرو» خوانده خواهد شد) منعقد شده است.

۱. بدین وسیله «بانک» منصوب می شود تا وجهه و سایر دارائیهایی (که از طرف فدرال رزرو با مسئولیت انحصاری خودش در موقع انتقال) شناسائی شده و ممکن است بواسطه وی به «بانک» منتقل گردد و همچنین سایر وجهه و دارائیهایی که معرف چنین وجهه می باشد و دارائیهای دیگری را که ممکن است هر چند گاه بوسیله بانک در چنین حسابهایی نگاهداری و یا برطبق بند ۴ این ترتیبات، سرمایه گذاری شود (و تمام این وجهه و دارائیها بطور دسته جمعی بعنوان «وجه امانی» خوانده می شود) نگهداری، سرمایه گذاری و توزیع نماید. تا موقعی که وجهه امانی برطبق مفاد بند ۷ زیر توزیع گردد، بانک بعنوان امانت دار عمل نموده و

وجوه امانی را بر طبق ترتیبات مشروح در این سند سرمایه‌گذاری خواهد نمود.

۲. «بانک» حسابهای زیر را به نام نماینده امانی باز خواهد نمود:
(الف) دو حساب مسدود اوراق بها دار عبارت از حساب مسدود اوراق بها دار شماره ۱ و حساب مسدود اوراق بها دار شماره ۲ («حسابهای مسدود اوراق بها دار»).

(ب) سه فقره حساب به دلار آمریکا، «حساب دلار آمریکائی شماره ۱»، «حساب دلار آمریکائی شماره ۲» و «حساب دلار آمریکائی شماره ۳».

(ج) یک حساب مسدود شمش طلا («حساب شمش»)؛ و وقتیکه از طرف فدرال رزرو جهت واریز به چنین حسابها انتقال داده شود، اوراق بها دار را به حساب مسدود اوراق بها دار شماره ۱، سپرده‌های دلاری را به حساب دلاری شماره ۱ و شمش طلا را به حساب شمش واریز خواهد نمود و مشخصات عمومی وجهه وسایر دارائیها را که بدین ترتیب منتقل می‌شود در دسترس نماینده امانی خواهد گذاشت.

۳. بانک امور زیر را انجام خواهد داد:

(الف) اوراق بها دار را بر طبق مفاد این قرارنامه فعلًا در حسابهای مسدود اوراق بها دار نگاهداری خواهد نمود.

(ب) شمش طلا را بر طبق مفاد این قرارنامه فعلًا در حساب شمش نگاهداری خواهد نمود؛ و

(ج) وجهه را بر طبق مفاد این قرارنامه و به منظور اطمینان از تبدیل آن به پول فعلًا در حسابهای دلاری نگاهداری خواهد نمود.

۴. (الف) بانک با در نظر گرفتن شرایط، کوشش صادقانه بخرج خواهد داد تا وجهه حسابهای دلاری را به نرخ بازار در بانکهایی به تشخیص خود بانک و بطرز و نحوه تشخیص خود بانک، سرمایه‌گذاری تکراری نماید

و بعنوان بهره متعلقه به وجود این حسابهای دلاری مبلغی معادل بهره‌های دریافت شده پرداخت خواهد نمود. معهذا از حساب دلاری شماره ۲ مبالغی معادل مبالغ هزینه‌ها و مخارج معقول از بابت نگاهداری و عملکرد حساب دلاری شماره ۲ قابل برداشت خواهد بود.

(ب) هر مقدار بهره عایدی از بابت اوراق بها دار موجود در حساب مسدود اوراق بها دار شماره ۱ به حساب دلاری شماره ۱ واریز خواهد شد. و هر مقدار بهره عایدی از بابت حساب مسدود اوراق بها دار شماره ۲ به حساب دلاری شماره ۳ واریز خواهد گردید.

۵. بانک کلیه مبالغ عایدی بعنوان بهره از بابت هر قسمت وجود امانی را فعلاً بهمنان ترتیب مربوط به وجود سپرده در حسابهای دلاری سرمایه‌گذاری خواهد نمود.

۶. بانک هیچ گونه مسؤولیتی بعلت هر نوع کاهش در ارزش اوراق بها دار و یا شمش طلا که فعلاً بوسیله بانک به نام نماینده امانی به ترتیب در حسابهای مسدود اوراق بها دار و در حساب شمش نگاهداری می‌شود، نخواهد داشت.

همچنین نماینده امانی هیچ گونه مسؤولیتی بعلت هر نوع کاهش در ارزش اوراق بها دار و یا شمش طلا که فعلاً به نام آن بوسیله بانک به ترتیب در حسابهای مسدود بها دار و در حساب شمش نگاهداری می‌شود، نخواهد داشت. بعلاوه نماینده امانی از بابت خسارت و زیان ناشی از سرمایه‌گذاری وجود نگاهداری شده در حسابهای دلاری جهت نماینده امانی هیچ گونه مسؤولیتی نداشته و نخواهد پذیرفت.

بعلاوه نماینده امانی مسؤول پرداخت هیچ نوع مخارج و هزینه‌ها و کارمزدی که از طرف بانک و یا فدرال رزرو در انجام وظایف مربوطه تحت این قرارنامه پیش‌باید نبوده و مسؤول شناخته نخواهد شد.

۷. بانک در انجام وظایفش تحت مفاد این قرارنامه، هیچ نوع حزم

و احتیاطی به منظور طرفداری از یکی از طرفین این قرارنامه بکار نخواهد برد و فقط مطابق دستورات نماینده امنی رفتار خواهد کرد.

(الف) بشرط آنکه هیچ گونه دستور قبلی تحت مفاد بند فرعی (ب) در زیر دریافت نشده باشد، به محض دریافت دستورات لازم از نماینده امنی در این مورد که بصورت دستور مندرج در بند ۸ در زیر خواهد بود، بانک بلافاصله وجودی را که در آن موقع در حساب دلاری شماره ۱ نگاهداری می شود، بطريق ذیل انتقال خواهد داد:

(۱) ۳,۶۷,۰۰۰,۰۰۰ دلار آمریکا به فدرال رزرو که منحصراً تابع دستور فدرال رزرو خواهد بود.

(۲) ۱,۴۱۸,۰۰۰,۰۰۰ دلار آمریکا به حساب دلاری شماره ۲؛ و

(۳) بقیه به یک حساب بانک مرکزی ایران که در بانک باز شده و منحصراً تابع دستور بانک مرکزی ایران خواهد بود.

و نیز انتقال اوراق بها دار و شمش که در آن موقع به ترتیب در حساب مسدود اوراق بها دار شماره ۱ و در حساب شمش نگاهداری می شود، به حساب بانک مرکزی ایران در بانک و منحصراً تابع دستور بانک مرکزی ایران خواهد بود.

(ب) بشرط آنکه هیچ گونه دستور قبلی تحت مفاد بند فرعی (الف) در فوق دریافت نشده باشد، به محض دریافت دستورات از نماینده امنی در این مورد که بصورت دستور مندرج در بند ۸ در زیر خواهد بود، بانک بلافاصله وجود امنی را به حساب فدرال رزرو در بانک انتقال خواهد داد که منحصراً تابع دستور بانک فدرال رزرو خواهد بود، و کلیه حسابهای را که در بند ۲ این قرارنامه قید گردیده است خواهد بست.

(ج) پس از دریافت و اجرای دستور مندرجہ در بند فرعی (الف) بالا بوسیله بانک، هر گونه وجود و اوراق بها دار که بانک از فدرال رزرو جهت واریز کردن بهر یک از حسابهای قید شده در بند ۲ این قرارنامه دریافت نماید، با استثنای حساب دلاری شماره ۲، برطبق دستورات نماینده امنی بصورت دستور مندرج در بند ۸ در زیر، به حساب بانک مرکزی ایران

در بانک واریز خواهد شد که منحصرآ تابع دستور بانک مرکزی ایران خواهد بود، و به حساب دلاری شماره ۳ و به حساب مسدود اوراق بها دار شماره ۲ در بانک به نام نماینده امانی واریز خواهد گردید.

حداکثر ۳۰ روز پس از این تاریخ، نماینده امانی دستور لازم را به بانک صادر خواهد نمود تا وجهه اوراق بها دار در این حسابها را به بانک مورد نظر نماینده امانی به حساب بانک مرکزی الجزایر انتقال دهد.

(د) بانک به محض دریافت دستورات لازم از نماینده امانی در این مورد بصورت دستور مندرج در بند زیر، امور زیر را به محض عملی بودن انجام خواهد داد:

(۱) انتقال از حساب دلاری شماره ۲ به فدرال رزرو مبلغ تعیین شده برطبق دستورات قید شده که منحصرآ تابع دستور فدرال رزرو خواهد بود، پشرط آنکه در زمان مبلغ کافی در حساب دلاری شماره ۲ جهت چنین انتقالی باقی باشد؛ و یا

(۲) انتقال باقیمانده وجهه در حساب دلاری شماره ۲ به حساب بانک مرکزی ایران در بانک که منحصرآ تابع دستورات بانک مرکزی ایران خواهد بود و بستن حساب دلاری شماره ۲.

(۵) نماینده امانی حق صدور هیچ گونه دستوری به بانک را نخواهد داشت بجز آنچه که در بند ۷ قید شده است، و بانک بدون هیچ نوع استفسار اضافی ملزم به اتکای بهرگونه دستوری که در چهار چوب این بند می باشد، خواهد بود، و هر نوع انتقال از طرف بانک برطبق هرگونه دستورات صادره به بانک تحت مفاد بند ۷، عبارت از انجام وظيفة خوب از جانب بانک خواهد بود.

۸. (الف) به منظور ارزشیابی و اطمینان از صحت یادداشتها و دستورات پرداختها و انتقالات، بانک و نماینده امانی رمز تلگرافی را بین همدیگر مبادله خواهند نمود؛ معهذا دستورات قید شده در بند های ۷ (الف) و ۷ (ب) بصورت کتبی صورت گرفته و شخصاً به یکی از دو مقصد زیر ارسال خواهد گردید:

(۱) یا به بانک و یا

(۲) به معاون رئیس بانک به نام و عنوان بانک در سفارت

انگلیس در الجزایر

و بشرح مندرج در بند فرعی (ب) زیر، صحت آن گواهی خواهد شد. چنانچه صحت یک امتحان تلگرافی مورد سؤال و تردید باشد، بانک و نماینده امانی موافقت می کنند که به منظور تأیید صحت موضوع ارسال شده، بوسیله تلکس و یا هر وسیله مناسبی هرچه زودتر با یکدیگر تماس برقرار کنند.

(ب) بانک و نماینده امانی لیستی از اسامی اشخاصی که مجاز به امضای یا مبادله هر نوع یادداشت و دستور کتبی باشند که تحت مفاد این قرارنامه لازم و اجازه داده شده است، در دسترس همدیگر قرارداده و امضای این گونه اشخاص تعیین شده را معرفی و تأیید خواهند نمود و این گونه لیستها در موارد لزوم تجدید نظر خواهند شد. کلیه این گونه یادداشتها و دستورات صادره به بانک به محض وصول بوسیله بانک قابل اجرا خواهند بود. بانک اجباری به اقدام درباره چنین یادداشت و یا دستوری نخواهد داشت مگر آنکه بطرز صحیح امضای اصل بودن آن تأیید گردیده و بصورت مندرج در این بند ارسال شده باشد.

۹. بغير از آنچه که در این بند ۸ (الف) در فوق آمده است، هر گونه مشاوره و یادداشت‌های کتبی و یا دستوراتی که از طریق این قرارنامه مجاز و لازم باشد به طرفهای مندرج در زیر در نشانیهای مربوطه آنها داده خواهد شد:

(۱) به بانک به نشانی:

کوچه ثردنیدل

لندن ای سی ۲ آر آج

به: د. ه. ف. سامرست

ج. گ. دریک

و. ب. مول

(۲) به فدرال رزرو به نشانی:

۳۳ کوچه لیبرتی

نیویورک، نیویورک ۱۰۰۴۵

به: ه. دیوید ویلی

جورج راین

(۳) به نماینده امانی به نشانی:

۸ بلوار زیغوت یوسف

الجزیره، الجزایر

به: آقای محمد باسخواه

آقای بشیر سائل

آقای موهاند کیرات

آقای لاخضر بنو طاف

۱۰. فدرال رزرو از بابت هرگونه خسارت و هزینه‌ای که ممکن است بعلت امور انجام شده و یا انجام نشده برطبق و در رابطه با این قرارنامه از طرف بانک پیش بیاید، غرامت پرداخته و بانک را از هرگونه مسئولیتی مصون خواهد داشت، باستثنای:

(الف) هر نوع خسارت و هزینه‌ای که نتیجه سهل‌انگاری و سوء رفتار عمدی خود بانک باشد، و

(ب) هرگونه خسارتی که ناشی از سرمایه‌گذاری وجوهی باشد که در حسابهای دلاری شماره ۱، شماره ۲ و شماره ۳ برای نماینده امانی نگاهداری می‌شود.

۱۱. بانک می‌تواند در عملکرد خود نسبت به هر سند و دستور و یادداشت و راهنمائی که بوسیله نماینده امانی برطبق بند ۷ صادر شده و بطريق معقولانه‌ای معتقد به اصل بودن و صحت آنها بوده و این مدارک بوسیله شخص و یا اشخاص مناسب مسئول امضا و ارسال شده باشد، اعتماد

نموده و محافظت شود.

۱۲. بانک از بابت هیچ عمل انجام شده و یا انجام نشده مسئول نخواهد بود مگر آنکه انجام چنین عمل و یا عدم انجام آن در نتیجه سهل انگاری و یا سوء رفتار عمدى از طرف خود بانک باشد.
مفاد این بند هیچ گونه خسارتی که ناشی از سرمایه گذاری وجود نگاهداری شده برای نماینده امانی در حسابهای دلاری باشد، نمی گردد.

۱۳. (الف) بانک به محض اینکه عملی باشد، بلا فاصله پس از هر نوع تغییری در تتمه حسابها و سپرده‌ها و بهره متعلقه و یا برداشت‌های حسابهای ششگانه که بوسیله بانک برای نماینده امانی برطبق مفاد بند ۲ این قرارنامه باز شده، نماینده امانی را بوسیله تلکس مطلع خواهد نمود.
(ب) بانک بوسیله تلکس، لیستی از کلیه وجوده برداشتی و واریزی حسابهای ششگانه را که در بند فرعی (الف) به آن اشاره شده است، به فدرال رزرو ارسال خواهد نمود.

۱۴. بانک و فدرال رزرو بدين وسیله قبول می کنند که نماینده امانی، یک بانک مرکزی می باشد که دارائیهای آن معمولاً محق به مصونیت کامل یک بانک مرکزی تحت مفad قانون مصونیت دولتی مورخ ۱۹۷۸ انگلستان است. هیچ مطلبی در این قرارنامه کلاً و یا جزوأً عنوان ابطال هیچ نوع مصونیتی که محق برآن باشد، نخواهد بود.

۱۵. هیچ مطلبی در این قرارنامه بانک را ملزم به تخلف از قوانین انگلستان و یا هر تصمیم دادگاه تحت کنترل آن نخواهد نمود. بانک بدين وسیله تأیید می نماید که هیچ یک از مفاد این قرارنامه برخلاف قوانین انگلستان نمی باشد.

۱۶. مفاد این قرارنامه قابل تعديل و تغییر نمی باشد جز از طریق سند رسمی که عندالزوم بوسیله و یا از طرف نماینده امانی و بانک فدرال

رزرو تنظیم و امضا گردد.

۱۷. این قرارنامه در متن انگلیسی و فرانسوی نوشته شده است؛ اما در صورت وجود هرگونه تضاد و اختلاف بین دو متن، متن انگلیسی آن ارجحیت خواهد داشت.

۱۸. قرارهای قید شده در اینجا تحت قوانین انگلیس کنترل شده و برطبق همان قوانین قابل تعبیر و تفسیر خواهد بود.

به تاریخ ۳۰ دی ماه ۱۳۵۹ (۲۰ ژانویه ۱۹۸۱)

بانک مرکزی الجزایر (امضا)

رئیس و شرکت بانک انگلیس (امضا)

بانک فدرال رزرو نیویورک به نوان نماینده مالی ایالات متحده (امضا)



ESCROW AGREEMENT, 20 January 1981

This Escrow Agreement is among the Government of the United States of America, the Federal Reserve Bank of New York (the "FED") acting as fiscal agent of the United States, Bank Markazi Iran, as an interested party, and the Banque Centrale d'Algérie acting as Escrow Agent.

This Agreement is made to implement the relevant provisions of the Declaration of the Government of Algeria of January 19, 1981 (the "Declaration"). These provisions concern the establishment of escrow arrangements for Iranian property tied to the release of United States nationals being held in Iran.

1. In accordance with the obligations set forth in Paragraph 4 of the Declaration, and commencing upon the entry into force of this Agreement, the Government of the United States will cause the FED to:

(A) Sell, at a price which is the average for the middle of the market, bid and ask prices for the three business days prior to the sale, all U.S. Government securities in its custody or control as of the date of sale, which are owned by the Government of Iran, or its agencies, instrumentalities or controlled entities; and

(B) Transfer to the Bank of England as depositary for credit to accounts on its books in the name of the Banque Centrale d'Algérie, as Escrow Agent under this Agreement, all securities (other than the aforementioned U.S. Government securities), funds (including the proceeds from the sale of the aforementioned U.S. Government securities), and gold bullion of not less than the same fineness and

quality as that originally deposited by the Government of Iran, or its agencies, instrumentalities or controlled entities, which are in the custody or control of the FED and owned by the Government of Iran, or its agencies, instrumentalities or controlled entities as of the date of such transfer.

When the FED transfers the above Iranian property to the Bank of England, the FED will promptly send to the Banque Centrale d'Algérie a document containing all information necessary to identify that Iranian property (type, source, character as principal or interest).

Specific details relating to securities, funds and gold bullion to be transferred by the FED under this Paragraph 1 are attached as Appendix A.

2. Pursuant to the obligations set forth in Paragraphs 5, 6 and 8 of the Declaration, the Government of the United States will cause Iranian deposits and securities in foreign branches and offices of United States banks, Iranian deposits and securities in domestic branches and offices of United States banks, and other Iranian assets (meaning funds or securities) held by persons or institutions subject to the jurisdiction of the United States, to be transferred to the FED, as fiscal agent of the United States, and then by the FED to the Bank of England for credit to the account on its books opened in the name of the Banque Centrale d'Algérie as Escrow Agent under this Agreement (the Iranian securities, funds and gold bullion mentioned in Paragraph 1 above and deposits, securities and funds mentioned in this Paragraph 2 are referred to collectively as "Iranian property").

3. Insofar as Iranian property is received by the Bank of England from the FED in accordance with this Agreement, the Iranian property will be held by the Bank of England in the name of the Banque Centrale d'Algérie as Escrow Agent as follows:

— The securities will be held in one or more securities custody accounts at the Bank of England in the name of the Banque Centrale d'Algérie as Escrow Agent under this Agreement,

— The deposits and funds will be held in one or more dollar accounts opened at the Bank of England in the name of Banque Centrale d'Algérie as Escrow Agent under this Agreement. These deposits and funds will bear interest at rates prevailing in money markets outside the United States.

— The gold bullion will be held in a gold bullion custody account at the Bank of England, in the name of the Banque Centrale d'Algérie as Escrow Agent under this Agreement.

— It will be understood that the Banque Centrale d'Algérie shall have no liability for any reduction in the value of the securities, bullion, and monies held in its name as Escrow Agent at the Bank of England under the provisions of this Agreement.

4. (a) As soon as the Algerian Government certifies in writing to the Banque Centrale d'Algérie that all 52 United States nationals identified in the list given by the United States Government to the Algerian Government in November, 1980, now being held in Iran, have safely departed from Iran, the Banque Centrale d'Algérie will immediately give the instructions to the Bank of England specifically contemplated by the provisions of the Declaration and the Undertakings of the Government of the United States of America and the Government of the Islamic Republic of Iran with respect to the Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria, which are made part of this Agreement. The contracting parties resolve to work in good faith to resolve any difficulty that could arise in the course of implementing this Agreement.

(b) In the event that

- (i) either the Government of Iran or the Government of the United States notifies the Government of Algeria in writing that it has given notice to terminate its commitments under the Declaration referred to above, and
- (ii) a period of 72 hours elapses after the receipt by the Government of Algeria of such notice, during which period the Banque Centrale d'Algérie has not given the Bank of England the instruction described in subparagraph (a) above,

the Banque Centrale d'Algérie will immediately give the instructions to the Bank of England specifically contemplated by the provisions of the Declaration, and the Undertakings of the Government of the Islamic Republic of Iran with respect to the Declaration of the Government of the Democratic and Popular Republic of Algeria.

(c) If the certificate by the Government of Algeria referred to in subparagraph (a) has been given before the United States Government has effectively terminated its commitment under the Declaration, the Iranian property shall be transferred as provided in subparagraph (a) of this Paragraph 4.

(d) The funds and deposits held by the Bank of England under this Agreement will earn interest at rates prevailing in money markets outside the United States after their transfer to the account of the Banque Centrale d'Algérie, as Escrow Agent, with the Bank of England, and such interest will be included as part of the Iranian property for the purposes of subparagraphs (a) and (b) of this Paragraph 4.

5. On the date of the signing of this Agreement by the four parties hereto, the Banque Centrale d'Algérie and the FED will enter into a Technical Arrangement with the Bank of England to implement the provisions of this Agreement.

Pursuant to that Technical Arrangement between the FED, the Bank

of England and the Banque Centrale d'Algérie, the FED shall reimburse the Bank of England for losses and expenses as provided in Paragraph 10 thereof. The FED will not charge the Banque Centrale d'Algérie for any expenses or disbursements related to the implementation of this Agreement.

6. This Agreement will become effective as soon as it has been signed by the four parties to it and the Banque Centrale d'Algérie and the FED have entered into the Technical Arrangement with the Bank of England referred to in Paragraph 5 of this Agreement.

7. Throughout its duration, this Agreement may be amended, cancelled, or revoked only with the written concurrence of all four of the signatory parties.

8. Nothing in this Agreement shall be considered as constituting, in whole or in part, a waiver of any immunity to which the Banque Centrale d'Algérie is entitled.

9. A French language version of this Agreement will be prepared as soon as practicable. The English and French versions will be equally authentic and of equal value.

10. This Agreement may be executed in counterparts, each of which constitutes an original.

In Witness whereof, the parties hereto have signed this Agreement on January 20, 1981.

For the Government of the United States of America

(Sgd.) Warren M. Christopher

For the Federal Reserve Bank of New York as fiscal agent of the United States

(Sgd.) Ernest T. Patrikis

For the Bank Markazi Iran

For the Banque Centrale d'Algérie

(Sgd.) Mohamed Bessekhouad

(Sgd.) Lakhoar Benouataf

APPENDIX A

Securities, Gold Bullion, and Funds to be transferred to the Federal Reserve Bank of New York.

International Bank for Reconstruction and Development Securities	\$35 million (face value)
---	---------------------------

Gold Bullion	1,632,917.746 fine ounces of gold, good delivery, London bars of a fineness of 995 parts per 1,000 or better
--------------	--

Funds	Approximately \$1.38 billion
-------	------------------------------

Tehran, January 20th, 1981

I hereby, confirm that I agree with the following changes to the text of the Escrow Agreement among the Government of the United States of America, the Federal Reserve Bank of New York acting as fiscal agent of the United States, Bank Markazi Iran as interested party and the Banque Centrale d'Algérie acting as Escrow agent.

1—At the end of Paragraph 4 (a), after “attached to the declaration” the words ‘and the implementing technical clarifications and directions arising therefrom, all three of’ are deleted, and the following sentence which is the last sentence of the said paragraph is added “The contracting parties resolve to work in good faith to resolve any difficulty that could arise in the course of implementing this agreement”.

2— At the end of Paragraph 4 (b) (ii) the words “and the implementing technical clarifications and directions therefrom” are deleted.

Signed,
Esfandiar Pachidzadeh
on behalf of the Bank Markazi Iran

TECHNICAL ARRANGEMENT BETWEEN BANQUE
CENTRALE D'ALGÉRIE AND THE GOVERNOR AND
COMPANY OF THE BANK OF ENGLAND AND THE
FEDERAL RESERVE BANK OF NEW YORK, 20 January 1981

This Technical Arrangement is made between the Banque Centrale d'Algérie (hereinafter referred to as the “Escrow Agent”) as Escrow Agent, the Governor and Company of the Bank of England (hereinafter referred to as the “Bank”), and the Federal Reserve Bank of New York as fiscal agent of the United States (hereinafter referred to as the “FED”).

1. The Bank are hereby appointed to hold, invest and distribute, in accordance with the terms of this Technical Arrangement, such of the funds and other property (as identified by the FED on its sole responsibility at the time of transfer) as may be transferred to them by the FED and such other funds or property representing such funds and other property as may from time to time be held by the Bank on such accounts or invested by the Bank pursuant to Paragraph 4 hereof (all of which funds and property are collectively referred to as the “Escrow Fund”). The Bank shall act as a depositary and shall hold and invest the Escrow Fund in accordance with the arrangements described herein until such time as the Escrow Fund shall have been distributed as provided in Paragraph 7 below.

2. The Bank will open in the name of the Escrow Agent the following accounts:

(A) Two securities custody accounts, Securities Custody Account No. 1 and Securities Custody Account No. 2 (the “Securities Custody Accounts”)

(B) Three accounts denominated in US dollars, "Dollar Account No. 1", "Dollar Account No. 2" and "Dollar Account No. 3" (the "Dollar Accounts")

(C) A gold bullion custody account (the "Bullion Account") and shall credit the securities to Securities Custody Account No. 1, the dollar deposits to Dollar Account No. 1 and the gold bullion to the Bullion Account when transferred to the Bank by the FED for deposit on such accounts, and shall provide the Escrow Agent with a general description of the funds and other property so transferred.

3. The Bank shall

(A) Hold the securities for the time being in the Securities Custody Accounts in accordance with the provisions of this Arrangement;

(B) Hold the gold bullion for the time being in the Bullion Account in accordance with the provisions of this Arrangement; and

(C) Hold the funds for the time being in the Dollar Accounts on a call basis, so as to ensure the liquidity of those funds, and in accordance with the provisions of this Arrangement.

4. (a) The Bank shall make a good faith effort under the circumstances to invest and reinvest outside the United States the funds on the Dollar Accounts at market rates with such banks and in such manner as the Bank may determine and will pay by way of interest on the funds on those Dollar Accounts sums equivalent to those received by them, subject nevertheless to the deduction from Dollar Account No. 2 of sums equivalent to the amounts of their reasonable costs, charges and expenses in respect of the maintenance and operation of Dollar Account No. 2.

(b) Any interest received on the securities in the Securities Custody Account No. 1 shall be credited to Dollar Account No. 1 and any interest received on the Securities Custody Account No. 2 shall be credited to Dollar Account No. 3.

5. The Bank shall invest all moneys representing interest paid in respect of any part of the Escrow Fund in the same manner as any funds for the time being on deposit on the Dollar Accounts.

6. The Bank shall not have or incur any liability by reason of any diminution in value of the securities or gold bullion for the time being held by them in the name of the Escrow Agent on the Securities Custody Accounts and the Bullion Account respectively.

Similarly, the Escrow Agent shall not have or incur any liability by reason of any diminution in value of the securities or gold bullion for the time being held in its name by the Bank on the Securities Custody Accounts and the Bullion Account respectively. Moreover, the Escrow Agent shall not have or incur any liability for any loss arising from investment of the funds held for the Escrow Agent on the Dollar Accounts.

In addition, the Escrow Agent shall not bear nor be liable for any expenses, charges, costs or fees of any kind incurred by the Bank or the FED in performance of their duties under this Arrangement.

7. In the performance of their duties under this Arrangement, the Bank shall not exercise any discretion designed to favour one of the parties to this Arrangement and shall act only on the instructions of the Escrow Agent.

(a) Provided that no previous instruction has been received under subparagraph (b) below, upon receipt of instructions from the Escrow Agent to do so, in the form provided in Paragraph 8 below, the Bank shall immediately transfer the funds then held on Dollar Account No. 1 as follows:

(i) U.S. Dollars 3,667,000,000 to the FED, subject to the FED's sole direction;

(ii) U.S. Dollars 1,418,000,000 to Dollar Account No. 2; and

(iii) the balance to an account of Bank Markazi Iran opened at the Bank, subject to Bank Markazi Iran's sole direction and transfer the securities and bullion then held in the Securities Custody Account No. 1 and the Bullion Account respectively to the account of Bank Markazi Iran at the Bank, subject to Bank Markazi Iran's sole direction.

(b) Provided that no previous instruction has been received under subparagraph (a) above, upon receipt of instructions from the Escrow Agent to do so, in the form provided in Paragraph 8 below, the Bank shall immediately transfer the Escrow Fund to the account of the FED at the Bank, subject to the FED's sole direction, and close all the Accounts opened under Paragraph 2 of this Arrangement.

(c) Any funds or securities received by the Bank from the FED for deposit on any of the accounts described in Paragraph 2 of this Arrangement, other than Dollar Account No. 2, after receipt and execution by the Bank of the instructions referred to in subparagraph (a) above, shall be credited in accordance with the instructions of the Escrow Agent in the form provided in Paragraph 8 below, to the account of Bank Markazi Iran at the Bank, subject to Bank Markazi Iran's sole direction, and to Dollar Account No. 3 and Securities Custody Account No. 2 at the Bank in the name of the Escrow Agent.

Not later than 30 days after the date hereof the Escrow Agent shall instruct the Bank to transfer the funds and securities in these accounts to such bank as the Escrow Agent shall direct, for the account of the Banque Centrale d'Algérie.

(d) Upon receipt by the Bank of instructions from the Escrow Agent to do so in the form provided in Paragraph 8 below, the Bank shall, as soon as practicable thereafter

(i) transfer such amount as may be specified in the instructions from Dollar Account No. 2 to the FED, subject to the FED's sole direction, if sufficient funds then remain on Dollar Account No. 2 to make such

transfer; and/or

(ii) transfer the remaining funds on Dollar Account No. 2 to the account of Bank Markazi Iran at the Bank, subject to Bank Markazi Iran's sole direction, and close Dollar Account No. 2.

(e) The Escrow Agent shall not be entitled to give the Bank any instruction other than described in this Paragraph 7, and the Bank shall be entitled and bound to rely on any instruction falling within this Paragraph 7 without further inquiry, and any transfer by the Bank in accordance with any instructions given to them under this Paragraph 7 shall constitute a good discharge to the Bank.

8. (a) The Bank and the Escrow Agent will exchange telegraphic keys which will permit the reciprocal validation of messages and payment and transfer orders; however, the instructions set forth in Paragraphs 7 (a) and 7 (b) shall be in writing, shall be transmitted by hand either

(i) to the Bank or

(ii) to the Deputy Governor of the Bank for and on behalf of the Bank at the British Embassy at Algiers

and shall be authenticated as provided in subparagraph (b) below. In the event that a telegraphic test is challenged, the Bank and the Escrow Agent agree to contact each other by telex or other appropriate means as rapidly as possible, in order to obtain confirmation of the authenticity of the transmission.

(b) The Bank and the Escrow Agent shall provide each other with a list, which will be revised whenever necessary, of the names of the persons authorised to execute any written notice or instruction required or permitted under this Arrangement and identify the signatures of such designated persons; all such notices or instructions to the Bank shall be effective on receipt by the Bank; the Bank shall not be obliged to act on any such notice or instruction unless properly so authorised, authenticated and delivered in the manner required by this paragraph.

9. Except as provided in Paragraph 8 (a) above, any advices, written notices, or instructions permitted or required by this Arrangement shall be given to the parties hereto at the respective addresses shown below:

(i) To the Bank at:

Threadneedle Street,
London EC2R 8AH

Attention: D.H.F. Somerset
J.G. Drake
W.B. Moule

(ii) To the FED at:

33 Liberty Street

New-York, New-York 10045
Attention: H. David Willey
George Ryan

- (iii) To the Escrow Agent at:
8 Boulevard Zirout Youcef
Algiers, Algeria
Attention: Mr. Mohamed Bessekhouad
Mr. Bachir Sail
Mr. Mohand Kirat
Mr. Lakhdar Benouataf

10. The FED shall indemnify and hold the Bank harmless against and shall reimburse the Bank for any loss or expense that they may incur by reason of their acts or omissions under or in connection with this Arrangement, except for

- (A) Any loss or expense resulting from their own negligence or wilful misconduct and
(B) Any loss arising from investment of the funds held for the Escrow Agent on Dollar Accounts No. 1, No. 2 and No. 3.

11. The Bank may rely and shall be protected in acting on any instrument, instruction, notice or direction given by the Escrow Agent in accordance with Paragraph 7 reasonably believed by them to be genuine and to have been signed or dispatched by the appropriate person or persons.

12. The Bank shall not be liable for any act or omission unless such act or omission involves negligence or wilful misconduct on the part of the Bank.

This Paragraph 12 does not apply to any loss arising from investment of the funds held for the Escrow Agent on the Dollar Accounts.

13. (a) The Bank shall advise the Escrow Agent by telex as soon as reasonably practicable thereafter of all changes in balances, deposits, interest earned and withdrawals on the six accounts opened and maintained by the Bank for the Escrow Agent as provided in Paragraph 2 of this Arrangement.

(b) The Bank shall provide the FED by telex with a list of all debits and credits to the six accounts referred to in subparagraph (a) above.

14. The Bank and the FED accept that the Escrow Agent is a central bank, whose property is normally entitled to the full immunities of a central bank under the State Immunity Act of 1978 of the United Kingdom. Nothing in this Arrangement shall be considered as constituting, in whole or in part, a waiver of any immunity to which they are entitled.

15. Nothing herein shall require the Bank to violate the laws of England or any court order thereunder; the Bank confirms that none of the provisions of this Arrangement is in violation of the laws of England.

16. The provisions hereof may not be modified or changed except by an instrument in writing duly executed by or on behalf of the Escrow Agent, the Bank and the FED.

17. This Arrangement is written in English and French texts but, in the event of any conflict between the two texts, the English text shall prevail.

18. The arrangements described herein shall be governed by and construed in accordance with the laws of England.

Dated 20th January 1981

Banque Centrale d'Algérie
By Mohamed Bessekhouad
Lakhoar Benouataf

The Governor and Company of the Bank of England
By C.W. McMahon
D.H.F. Somerset

Federal Reserve Bank of New York as fiscal agent of the United States
By Ernest T. Patrikis

نشریه

دفتر خدمات حقوق دین‌الملک جمهوری اسلامی ایران

تهران، خیابان طالقانی، نبش شمالي فرست، شماره ۱۴۰، تاون ۸۲۵۰۷۱

۵

برای عموم ۳۰۰ ریال
برای دانشجویان ۲۵۰ ریال