

محل حقوقی

دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران

۱۳۷۵

شماره بیستم

شماره استاندارد بین المللی ۰۷۹۹ - ۰۲۴ - ۱۰۲۴

صفحه ۸۰۰ - ۸ تومان

- شرایط مسؤولیت بین المللی دولت در برابر دارندگان تابعیت مضاعف
- تکاپو در جهت جهانی کردن حقوق؟ قانون هلمز-برتون و داماتو-کندي
- ضمانات ناسه‌های بانکی، در رویه دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده
- مسائل مربوط به مسؤولیت ناشی از بحران و جنگ خلیج [فارس] • حقوق قراردادی و تدوین قواعد عرفی در رویه دیوان بین المللی دادگستری با تأکید بر قضیه نیکاراگوئه • حقوق بین الملل خصوصی نوین در زمینه قراردادها پس از لازم الاجرا شدن کنوانسیون رم ۱۹ زوون ۱۹۸۰ • بررسی مشروعیت دخالت‌های نظامی بشردوستانه از دیدگاه حقوق بین الملل • اصلاح شورای امنیت: تطبیق منشور سلسل متحدد با واقعیات جدید پس از دوره جنگ اسرد
- اسناد بین المللی

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ



مجله حقوق

دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران

- شرایط مسؤولیت بین‌المللی دولت در برابر دارندگان تابعیت مضاعف ۵
دکتر مهرزاد افجه‌ای
- تکاپو در جهانی کردن حقوق؟ قانون هلمز، برتون و داماتو - کندي ۴۱
دکتر ابراهیم بیگ‌زاده
- ضمانت نامه‌های بانکی، در رویه دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات
دکتر محسن محجّبی
- مسائل مربوط به مسؤولیت ناشی از بحران و جنگ خلیج [فارس] ۱۹۱
دکتر حسین علی نجفی ابرندآبادی
- حقوق قراردادی و تدوین قواعد عرفی در رویه دیوان بین‌المللی دادگستری
با تأکید بر قضیه نیکاراگونه ۲۵۱
سید قاسم زمانی
- حقوق بین‌الملل خصوصی نوین در زمینه قراردادها پس از لازم الاجراشدن
کتوانسیون رم ۱۹ توتن ۱۹۸۰ ۲۹۷
دکتر محمد اشتیری
- بررسی مشروعیت دخالت‌های نظامی بشردوستانه از دیدگاه
حقوق بین‌الملل ۳۵۵
دکتر محمد شفیعی
- اصلاح شورای امنیت: تطبیق منشور ملل متحده با واقعیات جدید پس از دوره
جنگ سرد ۴۲۹
دکتر نادر ذوالعین
- استاد بین‌المللی ۴۴۵



مندرجات مقالات منحصرأ
نظرات نویسندهان آنها
است.

مجله حقوق

نشریه دفتر خدمات حقوقی بین الملل

مدیر مسئول: دکتر گودرز افتخار جهرمی
زیرنظر: هیئت تحریر به

تاریخ شر: ۱۳۷۵

تعداد: ۳۰۰۰ جلد

دکتر مهرزاد افجه‌ای



شرایط مسؤولیت بین المللی دولت

در برابر دارندگان تابعیت مضاعف



* . در خصوص مقاله حاضر تذکر دو نکته ضروری است: اولاً، نظرات ابراز شده در این تحقیق لزوماً منطبق با نظرات جمهوری اسلامی ایران در خصوص مباحث مطروح نیست. ثانیاً، فرض قابل اعمال بودن تئوری «تابعیت غالب» و خودداری از بحث انتقادی در این زمینه صرفاً ناشی از این واقعیت است که قابلیت اعمال تئوری مذکور هرچند به تحقق در آراء قبلی دیوان مورد تأیید قرار گرفته است. (مجله حقوقی)

● مقدمه

موضع کلی دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده (دیوان داوری) درمورد قابل طرح بودن دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف در رأی صادره توسط هیأت عموی آن در پرونده الف/۱۸ تشریح شده است. پیش از این تصمیم، شعبه دوم در پرونده اصفهانیان علیه بانک تجارت چنین رأی داده بود:

«این دیوان جهت رسیدگی به: الف) دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف ایران و ایالات متحده علیه ایران، در صورتی که تابعیت غالب و مؤثر خواهان تابعیت امریکایی او باشد، و ب) دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف ایران و ایالات متحده علیه امریکا، در صورتی که تابعیت غالب و مؤثر خواهان تابعیت ایرانی او باشد، صلاحیت دارد.»^۱

اما نظر هیأت عمومی دیوان داوری در پرونده الف/۱۸ چنین است:

«دیوان مقرر می دارد که صلاحیت رسیدگی به دعاوی مطروحه از جانب دارندگان تابعیت مضاعف ایران و ایالات متحده علیه ایران را در مواردی دارد که تابعیت

1. Case No. 157, Espahanian V. Bank Tejarat, 2 Iran - U. S. Claims Tribunal Reports (IRAN - U. S. C. T. R.) 157 at 166.

غالب و مؤثر خواهان طی دورهٔ ذی ربط یعنی از تاریخ ایجاد ادعا تا تاریخ ۱۹ ژانویه ۱۹۸۱ (تاریخ امضای بیانیه‌های الجزایر)، تابعیت امریکایی او بوده باشد. دیوان در تعیین تابعیت غالب و مؤثر خواهان کلیه عوامل ذیربسط، شامل اقامتگاه معمولی، مرکز علایق و منافع، پیوندهای خانوادگی، مشارکت در زندگی عمومی و سایر شواهد و استگی خواهان را ملحوظ خواهد داشت.»^۲

به عبارت دیگر، دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف عليه ایران به شرط اینکه تابعیت غالب و مؤثر خواهان در دورهٔ ذی ربط تابعیت امریکایی او باشد به طور اصولی و از حیث صلاحیت قابل طرح شناخته شده است.

اکنون این سوال مطرح می‌شود که آیا این قاعدة کلی استثنایی هم دارد یا خیر؟ به دیگر سخن، سوال این است که آیا عناصر مقید و محدودی که برای استفاده از تابعیت مضاعف وجود دارد، می‌تواند بر موارد زیرگذارد یا خیر؟ و اگر آری، چگونه؟

اول. در مورد صلاحیت دیوان داوری؛

دوم. در مورد قابلیت طرح و مسموع بودن ادعا؛

سوم. در مورد ماهیت دعوا.

همه اعضای دیوان داوری این نکته را مسلم دانسته و در آن اتفاق نظر دارند که کلیه دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف فی نفسه مشمول صلاحیت دیوان داوری و لزوماً قابل پذیرش نیست؛ حتی فراتر از این، پذیرفته اند که چه بسا دعاوی مذکور به علت سوء استفاده از تابعیت مضاعف، در ماهیت رد شود. اگر به خاطر آوریم که دیوان داوری هنگام رسیدگی به دعاوی مذکور چه مخالفتها و معارضه‌های سختی را پشت سر نهاده و می‌نهد، اهمیت این اتفاق نظر به عنوان امری تثبیت شده و مسلم بیشتر آشکار می‌گردد.

در پرونده ناصر اصفهانیان علیه بانک تجارت، شعبه دوم دیوان داوری اخطار مهمی را به قاعدة کلی مندرج در رأی خود اضافه کرد:

«به این نتیجه گیری اخطار مهمی می‌افزاییم. رویه قضایی حاکی است که در دعاوی

2. Case No. A/18, Iran. United States, 5 IRAN - U. S. C. T. R. 251 at 265.

مبتنی بر استفاده متقابلانه از تابعیت، مطابق موازین انصاف صلاحیت نفی شده است. این وضع ممکن است موقعی پیش آید که شخص با پنهان کردن تابعیت غالب یا مؤثر خود و با استفاده از تابعیت ثانوی خوبیش، امتیازاتی را به دست آورده باشد که جز به ترتیب مزبور عاید وی ننمی شد.^۳

شعبه دوم اضافه می کند که استفاده از تابعیت ایرانی برای پنهان کردن حدود واقعی پاره ای از حقوق و تعهدات سدکو «همان نوع از استفاده از تابعیت دوم [ایرانی] است که ممکن است موجب عدم پذیرش دعوی توسط دیوان گردد.»^۴ بنابراین، امکان رد ادعا چه در مرحله رسیدگی دیوان به موضوعات شکلی و صلاحیتی و چه در مرحله رسیدگی ماهوی وجود دارد.

در تصمیم هیأت عمومی دیوان در پرونده الف/۱۸ و هم در نظرهای موافق داوران در آن پرونده، موضع مشابهی اتخاذ شده است. در تصمیم پرونده الف/۱۸، دیوان پس از اعلام قاعده و ملاک کلی که در رسیدگی به دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف از آن استفاده خواهد کرد، این نکته را نیز افزود: «دیوان براین نتیجه گیری اختار مهمی می افزاید. در پرونده هایی که دیوان براساس تابعیت غالب و مؤثرخواهان به صلاحیت خود رأی می دهد، تابعیت دیگر خواهان می تواند از لحاظ ماهیت همچنان ذی ربط و معتبر باقی بماند.»^۵

قاضی ریچارد ماسک نیز در نظر موافق خود در مورد تصمیم پرونده الف/۱۸ نظر مشابهی دارد: «همان طور که دیوان تلویحاً بیان کرده ممکن است استفاده نامشروع و فریب آمیز تبعه امریکا از تابعیت ایرانی اش بر ادعای او (در ماهیت) اثر معکوس بگذارد.»^۶

قاضی ویلیام ریپهاخن (داور ثالث) در نظر موافق خود در پرونده الف/۱۸ به نحو صریح تری گفتہ است:

3. Case No. 157, op. Cit., p. 166.

4. Ibid, p. 167.

5. Case A/18, op. cit., p. 265.

6. Ibid., p. 272.

«در واقع، این حقیقت که شخصی که دعوا بی را طرح کرده طبق قوانین جمهوری اسلامی ایران یک تبعه ایرانی است و نیز طبق قوانین ایالات متحده آمریکا یک تبعه امریکایی محسوب می شود، بخوبی می تواند از جهات خاص خود ذیریط به شمار آید. بدین قرار، به عنوان مثال - حتی در چارچوب حمایت دیپلماتیک - پذیرفته شده است که اگر کشوری به یک تبعه مضاعف به عنوان یک فرد خارجی می نگرد (یعنی در مقایسه با اتباع خود آگاهانه عليه او تبعیض قائل می شود) در این صورت می توان براساس تابعیت دیگر او در یک دیوان بین المللی طرح دعوی کرد. نیز پذیرفته شده است که به هیچ تبعه مضاعفی از حیث آن دسته از حقوقی که با استفاده از تابعیت دوم خود به دست آورده - درحالی که این حقوق قانوناً به اتباع آن کشور اختصاص دارد - هیچ گونه حمایت بین المللی اعطای نمی شود.»^۷

در مقاله حاضر تأثیر تابعیت مضاعف در ماهیت ادعا، به ویژه از حیث بررسی موضوعات مربوط به مسؤولیت بین المللی دولت، مورد بررسی قرار می گیرد. ولی قبل از بحث در اطراف مسؤولیت بین المللی جمهوری اسلامی ایران در برابر دارندگان تابعیت مضاعف که تابعیت امریکایی خود را از دولت ایران مخفی نگه داشته اند دو مطلب باید مورد مذاقه قرار گیرد.

موضوع اول جایگاه تقصیر در تئوری مسؤولیت بین المللی دولت است. به عبارت روشتر، آیا برای اینکه عمل دولت تحت عنوان «عمل غیرقانونی بین المللی» طبقه بنده شود، وجود عنصر تقصیر ضروری است؟ و آیا به عنوان یک بحث فرعی، اساساً تقصیر زیان دیده تأثیری بر میزان و حدود مسؤولیت بین المللی دولت دارد؟ و اگر پاسخ مثبت است، تا چه میزان؟

موضوع دوم عبارت است از بحث درباره وجود صرف «یک عمل غیرقانونی بین المللی» قابل انتساب به دولت جمهوری اسلامی ایران، در دعاوی دو تابعیتیابی که تابعیت امریکایی خود را از ایران مخفی کردند.

7. Ibid., p. 274.

۱

جايگاه تقصیر

در تئوري مسؤوليت بين الملل دولت

بخش اول

آيا تقصیر از ارکان تشکیل دهنده مسؤلیت بین المللی دولت است؟

هنگامی که مسئله مسؤولیت بین المللی دولت مطرح می شود، اختلاف نظر بین حقوقدانانی که طرفدار نظریه تقصیر هستند و آنها بی که از نظریه «عمل غیرقانونی» جانبداری می کنند، اجتناب ناپذیر است.

الف. تقصیر به عنوان شرط لازم

برای مسؤولیت بین المللی

از دیدگاه پایه گذاران حقوق بین الملل⁸ وجود تقصیر عنصری لازم در ایجاد مسؤولیت بین المللی دولت بوده است. مفهوم تقصیر البته طیف وسیعی دارد که از قصد غیرقانونی و نامشروع (dolus) شروع و به غفلت (culpa) ختم می شود و تازه خود غفلت نیز درجات گوناگونی دارد (غفلت سنگین، غفلت سبک، خلاف). این تئوري در حقوق بین الملل پذيرفته شده است و ريشه در «تشوري تقصیر» در حقوق روم دارد. بسياری از نظامهای حقوق داخلی نیز در دوران کلاسيك خود

8. De Jure Belli ac Paci, Libri Tres, Chap. XVII, § XX, p. 1.

همین نظر را پذیرفته بودند، چنانکه مؤلفی گفته است:
«نظریه کلاسیک، به نحوی که از جانب پلانیول بیان و تلخیص شده، این است که بدون وجود تقصیری که از لحاظ روان شناختی معلوم و مسلم باشد (تقصیر مبتنی بر اراده که مکانیسمی روانی دارد)، یعنی بدون عدم اتفاقی ارادی تعهد، مسؤولیتی در کار نخواهد بود.»^۱

بسیاری از حقوقدانان همین تحلیل را قبول دارند. به نظر «لوتریاخت-آپنهایم» عمل دولت صرفاً هنگامی نقض حقوق بین الملل است که آن را عامل‌آ یا از روی غفلت انجام داده باشد.^۲ پروفسور «رددسلاپ» نیز در همین زمینه می‌گوید:

«... مسؤولیت مبتنی بر وجود تقصیر است. منطقی که همواره حاکم بر تقدیر حقوقی است نیز همین را حکم می‌کند. کافی نیست که حقوق بین الملل به نحوی عینی و موضوعی مورد تجاوز قرار گرفته باشد، بلکه این امر باید به نحوی همراه با تقصیر تحقق یافته باشد، یعنی از روی اراده یا در اثر فقدان دقت یا بی احتیاطی.»^۳

9. Leon Husson: *Les transformations de la responsabilité*, PUF, p. 140.

10. Lauterpacht/ Oppenheim: *International Law*, 8th ed., London, 1955, vol. I, p. 348.

11. Robert Redslob: *Traité du droit des gens*, Paris, Sirey, 1950, p. 230. See also: H. Accioly: "Principes généraux de la responsabilité internationale d'après la doctrine et la jurisprudence", *Recueil des cours* ..., 1959 I, Leyden, Sijthoff, 1960, t. 96, p. 353 et 364; R. Ago: "La copla nell'illecito internazionale" (Loc. cit.), p. 177 and "Le délit international" (Loc. cit.) p. 476 à 498; J. L. Brierly: *The Law of Nations*, 6e ed., rev. par Waldock; Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 289; A. Carlebach: *Le problème de la faute et sa place dans la norme du droit international*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962, p. 98 et S.; L. Cavare: *Le droit international public positif*, 3e éd., Paris, Pedone, 1969, t. II p. 447; J. F. Hostie: "The Corfu Channel Case and International Liability of States", *Liber Amicorum of Congratulations to Algot Bagge*, Stockholm, Borstedt, 1956, p. 93.

ب. نظریه مسؤولیت موضوعی ناشی از عمل غیرقانونی

مبنای نظریه «آنژیلوتی» و «کلسن» عقیده دیگری دارند. نظر ایشان اساساً مبتنی براین است که چون دولتها دارای شخصیت حقیقی نیستند، لذا فرض ارتکاب تقصیر یا غفلت ارادی از جانب آنها موضوعاً منتفی است. البته، نمایندگان دولت ممکن است مرتكب تقصیر شوند که دراین صورت دولت متبع آنها، به لحاظ وجود یک عمل مشخص و عینی که نماینده آن مرتكب شده و حسب قواعد و موازین مربوط قابل انتساب به دولت است، مسؤول شناخته می شود.^{۱۲}

پروفسور «آگو» در طرحی که برای تدوین کنوانسیون مسؤولیت بین المللی دولت تهیه و به کمیسیون حقوق بین الملل تسلیم کرده است، عنصر «قصیر» را در شمار عناصر تشکیل دهنده «عمل غیرقانونی بین المللی» ذکر نکرده بلکه تعریفی عینی از مسؤولیت بین المللی دولت به دست داده است. ماده ۱ بیش نویس کنوانسیون مسؤولیت بین المللی دولت که به طور موقّت به تصویب کمیسیون حقوق بین الملل رسیده مقرر می دارد:

«کلیه اقدامات دولت که از لحاظ بین المللی غیرقانونی باشد، مسؤولیت بین المللی آن دولت را به دنبال خواهد داشت.»^{۱۳}

12. *Theoria generale della responsabilita dello stati nel diritto internazionale*, Florence 1902, p. 193.

13. *Principles of International Law*, 2nd ed., New-York, Holt, Rinehart and Winston, 1966, p. 201 et 202.

14. See also, Guggenheim: *Traité du droit international public*, Genève 1954, t.II, p. 52; Bourguin: *Règles générales du droit de paix*, RCADI 1931. I. p. 218.

15. Yearbook 1979, vol. II, Part 2, p. 91. See also: Brownlie: *Principles of Public International Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1973, p. 426; V. Coussirat Cousetére et P. M. Eisemann: "L'enlèvement de personne privées et le droit international", *Revue générale de droit international public*, Paris, t. LXXXVI, n2 (avril - juin 1972), p. 370 et 371; L. Delbez: *Les principes*



مع ذلک، بادقت در طرح تدوین پیش نویس کنوانسیون بخوبی معلوم می شود که گرچه بظاهر عنصر تقصیر از تعریف مسؤولیت بین المللی حذف شده همچنانکه در شمار عناصر ایجاد مسؤولیت بین المللی اشاره صریحی بدان نشده اما بازهم به هیچ وجه نمی توان گفت که ضرورت وجود «قصیر» برای استقرار مسؤولیت بین المللی یکسره کنار گذاشته شده است زیرا:

اولاً، در ماده ۳۱ پیش نویس کنوانسیون یاد شده راجع به فورس مازور و حوادث اتفاقی «به طور ضمنی به عنصر تقصیر اشاره شده است و مطابق آن دولت می تواند بخوبی ثابت کند که، به لحاظ عدم توجه هیچ گونه تقصیری به دولت، هیچ عمل غیرقانونی یا مسؤولیتی نیز به آن قابل انتساب نیست.»

ثانیاً، فارغ از اینکه در مورد وجود تقصیر به عنوان یکی از عناصر مسؤولیت بین المللی دولت چه موضعی اتخاذ گردد، «به هر حال عنصر تقصیر، از حیث پی آمد های مشخص عمل غیرقانونی بین المللی، نقش و موضوعیت خود را دارد است. اینکه گفته شود وجود تقصیر برای اینکه عملی از مرز اعمال قانونی گذشته و در شمار اعمال غیرقانونی قرار گیرد لازم نیست، یک امر است و اینکه گفته



généraux de droit international public, 3nd ed., Paris, Librairie générale de droit et de urisprudence, 1964, p.366; D. Levy: "La responsabilité pour omission et la responsabilité pour risque en droit international public", Revue général de droit international public, Paris 3e série, t. XXXII, n4 (oct - dec 1961), p. 746; E. Jimenez de Arechaga: "International Responsibility", Manual of Public International Law, ed. by Sorensen, Londres, Macmillan, 1968, pp. 534 and 535; D. p. O'Connell: International Law, 2nd ed londres, stevens, 1970, vol. II, pp. 943, 944 ed 955; Th. Meron: "International Responsibility of States for Unauthorized Acts of Their Officials", The British Yearbook of International Law, 1957, Londres, Vol. 33, 1958, p. 96; N. A. Maryan Green: International Law - Law of Peace, Londres, McDonald and Evans, 1973, p. 243; G. Schwarzenberger: International Law, 3nd ed., Londres, Stevens, 1957, vol. I, 632 to 652; J. G. Starke: An Introduction to International Law, 7nd ed., Londres, Butterworth, 1972, pp. 309 & 310.

16. Second Report on State Responsibility, Arangio Ruiz, Addendum A/CN 4/ 425/ Add 1, 22 June 1989, p. 2.

شود آثار حقوقی عملی که از آن مرز گذشته - فارغ از فقدان یا وجود تقصیر به هر میزان آن - یکسان خواهد بود، امری است کاملاً جداگانه.»^{۱۷}

ثالثاً، در پاره‌ای موارد خاص، به ویژه در مواردی که موضوع مورد شکایت «ترک فعل» است، آشکارا معلوم است که وجود تقصیر در مسؤولیت بین المللی ضروری است. یکی از صاحبینظران در این زمینه گفته است:

«برای سنجش میزان دقیق مراقبتی که یک دولت آگاه از وظایفش در اوضاع و احوالی مشخص به عهده داشته است، قاضی رسیدگی کننده به موضوع برای اینکه بتواند تصویر دقیقی از ماهیت و نیز از حجم اطلاعات در دسترس آن دولت به دست آورده، باید از اوضاع و احوال زمان انجام اقداماتی که دولت می‌باشد از وقوع آن جلوگیری کرده باشد، اطمینان خاطر پیدا کند. این مرحله برای ارزیابی میزان غفلتی که آن دولت مرتکب شده، مرحله‌ای ضروری است.»^{۱۸}

مخبر ویژه فعلی کمیسیون حقوق بین الملل در مورد مسؤولیت بین المللی دولت نیز در واقع کاملاً طرفدار نظریه ضرورت «قصیر» به عنوان شرط مسؤولیت بین المللی دولت بوده است و متن تنظیم شده توسط کمیسیون را به درستی متضمن اشاره به «قصیر» دانسته و چنین اظهار داشته است:

«حسب برداشت ما، به ویژه از دیدگاه ماده ۳۱ (پیش نویس فعلی مربوط به مسؤولیت بین المللی دولت) و توضیحاتی که همراه آن ارائه شده است، به نظر می‌رسد که کمیسیون تقصیر را شرط لازم و ضروری برای تحقق عمل غیرقانونی و مسؤولیت دولت می‌داند.»^{۱۹}

مخبر کمیسیون، خصوصاً این نظر را که چون دولت شخصیت حقیقی نیست نمی‌تواند مرتکب تقصیر شود، رد می‌کند و می‌گوید:

«آنچه تحت عنوان رکن «معنوی» یا «روانی» رفتار یا عمل مصطلح شده - خواه آن رکن تقصیر باشد یا اشتباه یا سوء نیت - همان قدر به دولت قابل انتساب است که

17. Ibid., pp. 3 - 4.

18. Pierre Marie Dupuy: Droits, 5, 1987, p. 55.

19. Second Report, Add; p. 3.

سایر ارکان مادی عمل، خصوصاً که هیچ قاعده‌ای در حقوق داخلی یا حقوق بین‌الملل وجود ندارد که بتواند یافته‌های منتج از واقعیت عمل را تغییر دهد. بنابراین، نقض هریک از تعهدات بین‌المللی توسط دولت، هم با ارتکاب تقصیر و هم بدون آن متصور است؛ و هرگاه همراه با تقصیر باشد، ممکن است با قصد عمدی باشد یا مبتنی بر درجات مختلفی از غفلت (غفلت سنگین، غفلت سبک، خلاف). احراز وجود یا فقدان قصد عمدی یا حدّی از تقصیر در هر مرورد خاص، امری موضوعی است، همچنانکه وجود یا فقدان نفس رفتار دولت، خود امری موضوعی است. در اینکه می‌گوییم انتساب عنصر تقصیر به دولت اساساً امری است موضوعی، کما اینکه احراز تقصیر در اعمال یک شخص حقیقی (از حیث مسؤولیت مدنی او در چارچوب حقوق داخلی) نیز چنین است، ابداً چنین اشارتی را منظور نداریم که احراز آن در عمل به مراتب آسان‌تر است.^{۲۰}

حتی‌اگر استدلال شود که وجود تقصیر برای تحقق مسؤولیت بین‌المللی دولت ضروری نیست، باز هم عنصر تقصیر در تئوری مسؤولیت بین‌المللی دولت بر مبنای عمل غیرقانونی (تئوری مسؤولیت موضوعی) جایگاه خود را دارد.

ج. جایگاه تقصیر در هر دو نظریهٔ مربوط به مسؤولیت بین‌المللی دولت

قضیه کانال کورفو و رأیی که دیوان بین‌المللی دادگستری در آن صادر کرد، از حیث ضرورت وجود تقصیر من جمله غفلت یا بی‌احتیاطی از جانب دولت، نمونه‌ای کاملاً مرتبط است. همان طور که یکی از نویسنده‌گان حقوقی گفته است: «(با اینکه در قرارداد به «غفلت» تصریح نشده بود، دادگاه بر مبنای غفلت اتخاذ تصمیم کرده است.)^{۲۱}

در این پرونده، دیوان پس از ردّ ادعای انگلستان مبنی بر اینکه آلبانی رأساً کانال کورفو را می‌گذاری کرده یا حداقل می‌گذاری در کانال با اجازه و رضایت ضمنی دولت آلبانی صورت گرفته، در مورد آخرین ادعای انگلستان چنین گفته است:

20. ibid., p. 16.

21. Georges Perrin: La faute ..., op. cit., p. 133.

«سرانجام، دولت بریتانیا این بحث را مطرح کرده که فارغ از اینکه مین‌گذاری کanal توسط چه کسانی انجام شده باشد، به هر حال این امر نمی‌تواند بدون اطلاع دولت آلبانی صورت گرفته باشد.»²²

سپس دیوان با استناد به شواهد یا دلایل غیرمستقیم به این نتیجه رسیده است که دولت آلبانی از مین‌گذاری کanal مطلع بوده و اطلاع از این امر آن دولت را مکلف می‌ساخته است که برای رعایت امنیت و سلامت کشیرانی به طور کلی و نیز به عنوان اخطار به کشتی‌های جنگی درحال عبور انگلستان، به نحو مثبت اقدام کند و به بیان صریح تر آنها را از وجود خطر در منطقه مین‌گذاری شده مطلع سازد: «دیوان از مجموع واقعیات و ملاحظات یاد شده چنین استنتاج می‌کند که مین‌گذاری در کanal که به وقوع انفجارهایی در ۲۲ اکتبر ۱۹۴۶ منتهی شده است، نمی‌توانسته بدون اطلاع دولت آلبانی صورت گرفته باشد. تکلیفی که صرف این اطلاع برای دولت آلبانی ایجاد کرده است، بین طرفین محل اختلاف نیست. وكلای دولت آلبانی صریحاً پذیرفته اند که چنانچه آلبانی قبل از حادثه ۲۲ اکتبر از عملیات [مین‌گذاری] مطلع شده بود، که در همان موقع می‌باشد کشتی‌های انگلیس و نیز به طور کلی کشیرانی در کanal را از وجود مین‌ها در کanal مطلع می‌ساخت، تردیدی در مسؤولیت دولت آلبانی وجود نداشت.»²³

استناد به عنصر تقصیر حتی در نظرات مخالف بعضی قضات دیوان بین المللی دادگستری در قضیه کanal کورفو به طور روشن تری آمده است. مثلاً قاضی «کریلف» می‌گوید: اولاً اطلاع دولت آلبانی از منطقه مین‌گذاری ثابت نشده است، ثانیاً با در نظر گرفتن میزان مراقبت و احتیاط متعارفی که انتظار می‌رفته آلبانی برای اطلاع از آنچه در سرزمین او جریان دارد، اعمال کند، هیچ گونه تقصیری از جانب آن دولت قابل احراز نیست:

«دراینجا باید خاطر شان سازم که مسؤولیت دولت به دنبال وقوع یک تخلف بین المللی حداقل مستلزم این است که از جانب آن دولت قصوری رخ داده باشد،

22. Corfu Channel Case (merits) Reports of the ICJ, 1949, Judgment of April 19, 1949 P. 17.

23. ICJ Reports, 1949, p. 22.

و نمی‌توان به صرف وقوع عمل موضوع اتهام در قلمرو خاکی، دریابی یا هواپیمک دولت برای آن دولت مسؤولیت بین‌المللی قائل شد. تئوری ریسک یا خطر را که در نظام حقوق داخلی بعضی کشورها به عنوان یکی از مبانی مسؤولیت وجود دارد، نمی‌توان به حوزه حقوق بین‌الملل وارد کرد. به منظور قائل شدن مسؤولیت برای یک دولت، استناد به مفهوم قصور ضروری است ... به نظر من نمی‌توان در سازمان و نیز در عملکرد دولت آلبانی از حیث مراقبتهاش ساحلی - با توجه به محدودیت منابع آن دولت کوچک - آنچنان عدم مراقبتی را یافت که بتواند برای دولت آلبانی متضمن مسؤولیت باشد. اینجانب هیچ‌گونه دلیلی بر بی احتیاطی یا غفلت موجد مسؤولیت نمی‌یابم.»^{۲۴}

قاضی «بدوی پاشا» نیز براین عقیده است که اوگاً برای اطلاع دولت آلبانی از وجود مین در منطقه دلیل کافی وجود ندارد، ثانیاً هیچ‌گونه تقصیری از جانب دولت آلبانی محرز و مسلم نیست، به ویژه اینکه دولتها مکلف به اعمال مراقبت و احتیاط برای حصول اطلاع از هرآنچه در قلمروشان جریان دارد، نیستند:

«بعضی عقیده دارند که دولتها یک تعهد کلی دارند که مراقبتهاش معقولی را در سواحل خود اعمال کنند؛ نیز عقیده دارند که قصور دولت آلبانی در رعایت مراقبت لازم همراه با بی اطلاعی آن دولت از مین گذاری کانال، در واقع علت آن بوده که منطقه مین گذاری کشف نشد و در نتیجه اتفاق‌جاهایی در کانال رخ دهد.

چنین تعهد کلی نه وجود دارد و نه می‌تواند وجود داشته باشد ... برخی دیگر، ضمن قبول اینکه هیچ‌گونه تعهد کلی برای اعمال مراقبت از جانب دولت وجود ندارد و هیچ ضابطه مطلقی نیز برای آن در دست نیست، معتقدند که در هر حال تکلیف دولت برای اعمال چنین مراقبتهاشی میزان یا حد مشخصی ندارد بلکه حدود آن باید در چارچوب اوضاع و احوال حاکم بر هر مورد خاص تعیین شود.»^{۲۵}

از نظر قاضی «ایشترا» بهتر آن بود که دیوان، به جای اشاره ضمنی به مفهوم تقصیر، آن را صریحاً ذکر می‌کرد:

«به نظر من شاید بهتر بود که دیوان در رأی خود تصریح می‌کرد که مسؤولیت

24. Ibid., p. 72.

25. Ibid., p. 65.

بین المللی دولت منوط بر عمد یا غفلت از ناحیه او است.»^{۲۶}

در پایان این قسمت باید اضافه کرد که حتی همان حقوقدانان و مؤلفانی که برای ایجاد مسؤولیت بین المللی دولت عنصر تقصیر را لازم نمی دانند، وقتی به مسأله خسارت و پرداخت آن می رستند، تقصیر را مؤثر در مقام به شمار می آورند:

«صرف نظر از وجود یا فقدان مواردی که غیرقانونی بودن عمل دولت و مسؤولیت ناشی از آن بدون کوچکترین تقصیری از ناحیه دولت احراز و مسلم می گردد، در این امر تردیدی نیست که تقصیر دولت در تعیین نتایج و عواقب عمل غیرقانونی بین المللی مؤثر است.»^{۲۷}

د. آثار بحث بر دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف

از آنچه گفته شد می توان نتیجه گرفت اعم از اینکه نظریه تقصیر پذیرفته شود یا تئوری عمل غیرقانونی (تئوری مسؤولیت موضوعی)، اقدام ایرانیانی که تابعیت امریکایی خود را از ایران مخفی داشته اند، مانع از قبول ادعای ایشان در ماهیت خواهد بود.

چنانچه تقصیر به عنوان شرط مسؤولیت بین المللی دولت پذیرفته شود، بدان معنی است که ایران می بایست قصد دخالت در اموال بیگانگان را داشته و یا حداقل به این نکته آگاه بوده باشد که با مبادرت به پاره ای اقدامات و اعمال، در واقع در اموال بیگانگان دخالت می کرده است. اما با توجه به اوضاع و احوال خاص هر پرونده به راحتی می توان تشخیص داد که ایران نه قصد اقدام علیه اموال خارجیان را داشته و نه آگاه بوده که چنین اقدامی ممکن است صورت پذیرد.

بدیهی است که در این فرض، یعنی در فرضی که وجود تقصیر در اقدامات دولت برای مسؤولیت بین المللی او لازم دانسته شود، ایران نمی تواند متهم شود دربرابر دارندگان تابعیت مضاعف که تابعیت امریکایی خود را مخفی داشته اند

26. ibid., p. 127.

27. Arangio - Ruiz: State Fault and the Forms and Degrees of International Responsibility: Question of Attribution and relevance, Mélanges Virally, Paris, pedone, 1991, p. 25.

مرتکب تقصیر شده است، زیرا در احراز تقصیر، آگاهی و علم بر موقعیت نیز ضروری است، همان طور که «زان کومباکو» گفته است:

«قصیر ... همواره مستلزم توانایی برانجام عمل مبتنی بر تقصیر است تا صرف خواستن آن عمل، یعنی تشخیص و علم به خطأ بودن عمل و توانایی در احراز از آن.»^{۲۸}

اما چنانچه طبق تعری دوم صرف وجود یک عمل غیرقانونی، بدون نیاز به قصد قبلی یا علم دولت به غیرقانونی بودن آن، برای مسؤولیت بین المللی دولت کافی باشد، در این صورت کاملاً آشکار است که وقوع یک عمل غیرقانونی قابل انتساب به دولت که مسؤولیت بین المللی او را به ذمبال داشته باشد، شرط بوده وجود آن بایستی ثابت گردد.

بخش دوم

آیا تقصیر زیان دیده، در مسؤولیت بین المللی دولت و نیز در میزان آن اثری دارد؟

الف. تقصیر زیان دیده به عنوان مانع کلی در طرح ادعا

در مرحله رسیدگی ماهوی به پرونده، فقدان «دستهای پاک» اغلب مانعی در پرداخت خسارت به شمار می‌رود (در اینجا تأثیر «دستهای پاک» در مرحله صلاحیت و نیز در قابل استماع بودن ادعا از بحث ما خارج است). به عنوان نمونه، کمیسیون مشترک دعاوی بین مکزیک و امریکا که در ۱۸۶۸ تشکیل شده بود، همین موضع را اتخاذ کرده است.^{۲۹}

28. Droits, no 5, 1987, p. 5.

29. See for ex. Campbell; Arangio v. Spain, Award of December 9, 1879, Moore, Int. Arb. Vol. III, p. 277: "The owners of ship using them in an unlawful enterprise, they are, as such, estopped in their present claim to



فقدان دستهای پاک در طرح دعوی می‌تواند انگیزه و دلیل خوبی باشد که یک دیوان داوری بین‌المللی با استناد به آن از پرداخت خسارت به خواهان امتناع کند. پرونده مشهور کشتی موسوم به "I'm alone" نمونه خوبی از چنین وضعیتی است اعضای کمیسیون رسیدگی به این پرونده در رأی خود اعلام کردند که اولاً ایالات متحده به واسطه غرق ساختن کشتی، مرتکب نقض حقوق بین‌الملل شده است، ثانیاً اتباع امریکایی کنترل کننده کشتی که مرتکب قاچاق غیرقانونی کل به داخل ایالات متحده شده‌اند، مستحق دریافت هیچ خسارتنی نیستند.^{۷۰}

«یادآوری می‌کنیم که کشتی موسوم به "I'm alone" در ۲۲ مارس ۱۹۲۹ در خلیج مکزیک به وسیله کشتی Desister گمرک امریکا غرق شد ... اعضای کمیسیون رسیدگی به پرونده خاطرنشان می‌کنند که این اقدام با هیچ یک از اصول حقوق بین‌الملل قابل توجیه نیست ... کشتی مذکور در کانادا ثبت شده بود و سالها از آن برای حمل مشروبات الکلی و ورود و فروش غیرقانونی آنها در امریکا استفاده می‌گردید. برای این کمیسیون ثابت شده که از سپتامبر ۱۹۲۸ تا تاریخ غرق شدن علی‌رغم اینکه این کشتی، یک کشتی انگلیسی ثبت شده در امریکا بود، عمل‌در تملک و کنترل گروهی قراردادشته است که همگی یا اغلب آنها شهروندان امریکایی بوده‌اند. در دوره مورد نظر نیز، از حیث نقل و انتقال محموله، این کشتی برای اهداف مشخص تحت اداره و استفاده آنها بوده است. با توجه به این واقعیات، به نظر ما هیچ گونه خسارتنی بابت از بین رفتن کشتی یا محموله آن قابل پرداخت نیست.»

قاعده‌ای که در این رأی مورد استفاده قرار گرفته دریکی از گزارش‌های مربوط

→
indemnity" See also Samuel brannan v. Mexico, Award of Nov. 20, 1876, Moore, Int. Arb. vol. III, p. 2758.

"The umpire connot believe that this international commission is justitied in countenancing a claim founded upon the contempt and infrancction of the laws of one of the nations concerned."

30. Award of Jan., 5, 1935, Reports of International Arbitral Awards.

به کنوانسیون مسؤولیت بین المللی دولت که در کمیسیون حقوق بین الملل تهیه می شد نیز به بیانی کلی تر آمده است:

«مادام که تبعه خارجی بیرون از قلمرو قانونی عمل می کند یا قانون کشوری را که در آنجا اقامت دارد زیرا می گذارد، ناگزیر باید نتایج این رفتار خود را نیز پذیرد.»^{۱۱}

ب. تقصیر زیان دیده به عنوان یکی از عناصر تقویم خسارات

هرچند تقصیر اتباع خارجی و نقش آنها در وقوع خسارات ناشی از اقدامات یا اعمال دولت نمی تواند مانع از طرح دعوی و مطالبه خسارت توسط ایشان گردد، اما در مرحله تقویم و برآورد خسارت لزوماً این تقصیر باید مورد توجه قرار گیرد. این نکته در بسیاری از آراء داوری آمده است. در پرونده "Delagoa Bay Railway" (۱۹۰۰) دیوان داوری چین گفته است:

«تمام اوضاع و احوالی که می تواند به اشتغال ذمه کمپانی واسطه و برئ الدّمّه شدن دولت پرتفال نسبت داده شود، موجب کاهش مسؤولیت این دولت و تقلیل خسارت قابل پرداخت خواهد گردید.»^{۱۲}

کمیسیون دعاوی عمومی بین امریکا و مکزیک که به موجب کنوانسیون ۸ سپتامبر ۱۹۲۳ تشکیل شده بود نیز، صریحاً پذیرفته است که ترک فعل یا تقصیر خارجیان قطعاً در میزان خسارات لازم التأديه به ایشان تأثیر خواهد داشت.^{۱۳}

3.1. Garcia Amador: Third Report on State Responsibility, Yearbook of the ILC, 1958 Vol. II, P. 56.

3.2. Sibert: Traité de droit international public, paris, Dalloz, 1951. t I P. 334.

3.3. See J.G. de Beus, The Jurisprudence of the General Claims Commission, US and Mexico, under the Convention of September 8, 1923, la Haya, Martinus Nijhoff, ed. 1939, p. 311, especially cases of Gracia y Garza and Lillie S. King. See also Case of Costa pocket.

وجود عمل غیرقانونی بین المللی برای ایجاد مسؤولیت بین المللی دولت

ضابطه‌ای کلی وجود دارد که در حکم یک اصل موضوعی است و می‌تواند در این مبحث مورد استفاده قرار گیرد و آن اینکه «هیچ کس نمی‌تواند برای دو ارباب کار کند».

بدیهی است برای تصمیم‌گیری در باره اینکه آیا ایران در قبال دارندگان تابعیت مضاعف دارای مسؤولیت بین المللی هست یا نه، لزوماً ابتدا باید روابط بین این اتباع مضاعف و ایران مورد تحقیق و تفحص قرار گیرد.

اگر این گونه افراد در روابط خود با ایران تابعیت امریکایی خود را آشکارا اعلام کرده باشند و ایران نیز از آن آگاهی داشته باشد، و یا در صورت عدم اخفاى تابعیت خارجی، باید اطلاع ایران را از تابعیت دیگرانها (امریکایی) مفروض دانست، در این حالت، کلیه اقدامات ایران نسبت به ایشان که با الزامات و شرایط ناظر بر رفتار با خارجیان به نحوی که در حقوق بین الملل مقرر است، مخالف و ناسازگار باشد، مسؤولیت دولت ایران را، در صورت احراز سایر شرایط لازم، به دنبال خواهد داشت.

بر عکس، هرگاه دارندگان تابعیت مضاعف تابعیت غالب امریکایی خود را از ایران مخفی نگهداشته و در روابط و مراودات خود با مقامات و مراجع قانونی ایران منحصرأ به عنوان اتباع ایرانی عمل کرده باشند، در این صورت بدیهی و غیرقابل بحث است که از بابت کلیه اقداماتی که از حیث و به عنوان یک تبعه ایرانی با ایشان شده است، هیچ گونه مسؤولیت بین المللی به ایران قابل انتساب نیست؛ چرا که لااقل در این قبیل دعاوی اصولاً فرض وجود تبعه بیگانه مطرح نیست.

دارنده تابعیت مضاعف نمی‌تواند در آن واحد تحت پوشش تابعیت ایرانی

خود از کلیه منافع آن تابعیت، به ویژه امتیازات خاصی که به بیگانگان تعلق نمی‌گیرد، بهره مند گردد و در عین حال با ادعای امریکایی بودن از مزایای آن، به ویژه آنهایی که از جانب اتباع ایرانی قابل مطالبه و تحصیل نیست، مانند امکان دریافت خسارت از دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده، نیز منتفع شود.

به عبارت دیگر، اگر دارندگان تابعیت مضاعف براساس نقض حقوق ایشان به عنوان یک تبعه امریکایی ادعایی را مطرح کنند و ادعای آنها نیز توسط دیوان داوری احراز شود، در این صورت ایران مسؤول خسارات واردہ شناخته خواهد شد. اما هرگاه ادعا بر نقض حقوقی که خواهان به عنوان یک تبعه ایرانی داشته است استوار باشد، در این صورت فارغ از اینکه اعمال و اقدامات مورد شکایت اساساً تحقق خارجی یافته است یا خیر، ایران نمی‌تواند برای عواقب اعمال خود در این مورد مسؤول شناخته شود.

الف. دکترین

دکترین حقوقی درخصوص این موضوع کاملاً روشن است. به عنوان مثال، یکی از نویسندهای حقوقی گفته است:

«وضعیت اشخاصی (اتباع مضاعفی) که از حقوق و امتیازات خاص اتباع یک کشور استفاده می‌کنند متفاوت است. حتی اگر بگوییم این واقعیت که اعطای اجازه استفاده از این قبیل حقوق به آنها ناشی از اشتباه [دولت اجازه دهنده] در تبعه خودی دانستن ایشان بوده است، فرقی در اصل قضیه ایجاد نمی‌کند. از آنجا که این اشخاص با اعمال و رفتار خوبش تمایلشان را به استفاده از حقوق و مزایای مختص به اتباع آن کشور ابراز داشته اند، لذا مأمور برفتار خود بوده و نمی‌توانند از تعهدات خوبیش در زمینه مسؤولیتهای متقابل شانه خالی کنند.»^{۳۴}

«بورچارد» نیز در کتاب خود با عنوان «حمایت سیاسی از اتباع در خارج» در بحث از موضوع دارندگان تابعیت مضاعف امریکایی و روسی یا ترک، صریحاً به این موضوع پرداخته است. این دو تابعیتی‌ها نیز رفتاری مشابه با برخی از مدعیان دوتابعیتی که در دیوان داوری طرح دعوی کرده اند داشته اند؛ بدین معنی که آنها

34. Treatise on International Law, W. E. Hall, 1979, p. 297.

نیز هنگام بازگشت به کشور اولیه خود، تابعیت مضاعف اکتسابی خویش را از مقامات کشور متبعوشان مخفی کرده بودند. پذیرش اینکه این قبیل دارندگان تابعیت مضاعف بتوانند، به عنوان یک تبعه امریکایی، مدعی حقوق حمایت شده‌ای در سطح بین‌المللی و علیه کشور متبع اصلی خود گردند، دشوار به نظر می‌رسد. بورچارد می‌نویسد:

«وزارت خارجه امریکا در پاسخ به اقدام آن دسته از اتباع بومی روسیه و ترکیه که تابعیت امریکایی کسب کرده و در بازگشت به کشور اولیه خود از ترس مجازات مقرر برای ترک تابعیت، تابعیت امریکایی خود را مخفی می‌ساختند، اعلام کرد که از نظر وزارت خارجه کتمان تابعیت امریکایی اکتسابی توسط اتباع روسی یا ترک تبار در هنگام مراجعت به وطن اصلی به منظور گریختن از قوانین روسیه یا ترکیه، به منزله اعراض و انصراف ایشان از حقوق ناشی از تابعیت امریکایی اکتسابی خواهد بود.»^{۳۵}

بورچارد در مورد دارندگان تابعیت مضاعف امریکا و کویا نیز نظر مشابهی دارد: «چنانچه شخصی که تابعیت اکتسابی امریکایی دارد در خارج چنین وانمود کند که امریکایی نیست، این اقدام خود به مشابه مانعی در راه وصول خسارت ناشی از ادعای مطروحه نزد کمیسیون صالح برای رسیدگی به دعاوی اتباع امریکا عمل خواهد کرد.»^{۳۶}

ب. رویه قضایی

این نظر که شخص نمی‌تواند در آن واحد از مزایای دو تابعیت بهره‌مند گردد، مکرراً در شمار قابل توجهی از آراء صادره در دعاوی مربوط به دارندگان تابعیت مضاعف مورد تأکید قرار گرفته است. در بسیاری از این دعاوی، ایالات متحده و کشورهای امریکای جنوبی، عمدهاً مکزیک، خوانده واقع شده‌اند و بعضی دیگر ادعاهایی است که ایالات متحده علیه اسپانیا طرح کرده و

35. E. M. Borchard: The Diplomatic Protection of Citizens Abroad, p. 720.

36. Ibid., P. 722; See also the Case of Ynocencio Casanova V. Spain (Spain/ United States of America) 26 Dec . 1882 Mixed Commission (Agreement of February 12, 1871) Moore Vol. IV, P. 3353.

راجع به دارندگان تابعیت مضاعفی که در کوبا متولد شده و سپس تابعیت امریکا را اکتساب کرده‌اند. این نمونه‌ها با پرونده‌های تابعیت مضاعف مطروحه نزد دیوان داوری از جهاتی وجه اشتراک دارد. به عبارت دیگر، صرف اینکه دیوان داوری تابعیت غالب خواهان را تشخیص دهد، پایان کار نیست بلکه، علاوه براین، باید معلوم شود که آیا این شخص، در رفتار دولت با وی، خود را به عنوان تبعه یک دولت ثانوی معزّقی کرده است یا خیر؟

برای اثبات اینکه دیوان داوری مکلف است هنگام رسیدگی به ماهیت دعوى در این زمینه نیز تحقیق کند، نمونه‌هایی قابل ذکر است. اولین نمونه، پرونده‌ای است که در کمیسیون مختلط دعاوی بین مکزیک و امریکا مورد رأی قرار گرفته است. در پرونده «گرینز» یک تبعه امریکایی با استفاده از حمایت سیاسی ایالات متحده نزد کمیسیون مذکور طرح دعوى کرده بود. مع الوصف، کمیسیون دعوای این تبعه امریکارا به این دلیل که وی تا جایی که به واقعیات دعوى مربوط می‌شد، «تبعه عملی» مکزیک به شمار می‌رفت، غیرقابل پذیرش دانست و اعلام داشت:

«خواهان را باید عملاً در استخدام و خدمت دولت مکزیک و طی این مدت در حکم یک تبعه مکزیک محسوب کرد.»^{۳۷}

نمونه مشابه دیگر ادعای خسارت آقای «تریپلر» یکی از اتباع امریکا علیه دولت مکزیک است که طی آن نامبرده از بابت زیانهای ناشی از اخراج از کشور توسط مقامات نظامی و نیز بازداشت غیرقانونی او به وسیله مراجع اداری مکزیک طرح دعوى کرده بود. ولی سردارور رسیدگی کننده به پرونده حکم داد که چون خواهان «در عمل» به عنوان یک مکزیکی که از دولت مکزیک درخواست حمایت نموده رفتار کرده است، ادعای او محکوم به رد است:

«دلایل فراوان ارائه شده در مقام دفاع نشان می‌دهد که خواهان خود را با ساختارها و اقتضایات سیاسی مکزیک هویت بخشیده است. بنا به دلایل فوق، سردارور عقیده دارد که دولت مکزیک نمی‌تواند در قبال زیانهای واردہ به خواهان

37. Moore: International Arbitration, Vol. III, P. 2756.

مسؤول شناخته شود و کمیسیون نیز نمی‌تواند دعوای خواهان را بپذیرد.^{۳۸}

پرونده‌های «مديا» و «گودریترن» از ارتباط بیشتری با بحث حاضر برخوردارند. «جان کلارک» یک تبعه امریکایی و در استخدام اروگوئه بود و حسب شغل خود اجازه داشت که به عنوان غنیمت جنگی کشتی‌ها و اموال اتباع اسپانیا و پرتغال را - که با اروگوئه در حال جنگ بودند - ضبط و توقیف کند. ولی دولت کلمبیا کشتی‌های ضبط شده توسط او به نام «مديا» و «گودریترن» را مصادره و اقدام قبلی جان کلارک را غیرقانونی اعلام کرد. پس از تقسیم کلمبیا به بخش‌های گرانا، ونزوئلا و اکوادور، کمیسیون های متعددی برای رسیدگی به دعاوی اتباع امریکایی در مورد ضبط کشتی‌ها تشکیل گردید. سرداور یکی از این کمیسیون‌ها که برای رسیدگی به دو پرونده مذکور تشکیل شده بود، صریحاً استدلال خود را که به ردّ ادعای انجامید، به این شرح اعلام داشت:

«زیان و خسارت وارد به کاپیتان کلارک، از هر نوع که باشد، به واسطه تابعیت امریکایی او نبوده بلکه آن را به عنوان افسری که در خدمت اروگوئه و مدافعان منافع آن کشور بوده متحمل شده است. کلارک هرچند یک امریکایی الاصل است، ولی خود را برخلاف قوانین و مقررات کشور متبع خود، به عنوان تبعه یکی از کشورهای متخصص معرفی می‌کرده است. او تحت پرچم اروگوئه در حال گشتنی علیه تجارت دریائی کشورهایی بوده که کشور متبع او با آنها در حال صلح بوده است. بنابراین، وی بایستی پیامدها و عواقب اقدامات خود را نیز متحمل شود.»^{۳۹}

بر این اساس، هیأت داوری سپس چنین مقرر داشت:

«تابعیت کاپیتان کلارک تا جایی که به ادعای او مربوط می‌شود، با توجه به

38. William C. Tripler v. Mexico (no.144) (Mexico/United States of America) Mixed Commission (Convention of July 4, 1868). Moore: International Arbitration, p. 2824. See also Francis Iturria v. Mexico (No. 551); Gabriel Gonzales v. The United States, (no.111).

39. The "Good Return" & the "Medea" (Ecuador/United States of America) Mixed Commission of Guayaquil (Convention of November 25, 1862) Moore: Int. Arb. Vol. III, p. 2734.

مأموریت و نیز پرچمی که تحت آن می‌جنگیده است، مشخص می‌گردد.»⁴⁰

کمیسیون دیگری که شاید بتوان گفت به طور صریح تر و مشخص‌تر به این موضوع پرداخته، چنین گفته است:

«ماهیّت تابعیت امریکایی، که برای طرح دعوی در چارچوب صلاحیت کمیسیون استناد به آن ضروری است، خود مانع نهایی در پذیرش ادعای ایشان است.»⁴¹

آشکارا پیداست که در رویه قضایی بین مسأله صلاحیت و موضوعات ماهوی خط فاصل مشخصی ترسیم شده است. نقل قول اخیر را می‌توان در مورد دعاوی تابعیت مضاعف مطروحه نزد دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده بازنویسی و در قالب عبارات زیر عرضه کرد:

«زیان و خسارت واردہ به خواهان، از هر نوع که باشد، به واسطه تابعیت امریکایی او نبوده بلکه آن را به عنوان یک تبعه جمهوری اسلامی ایران که تابعیت آن را آشکارا به خود منتب می‌کرده، متحمل شده است. بنابراین، وی باید پیامدها و عواقب اقدامات خود را نیز متحمل شود.»

تصمیم صادره از کمیسیون حل اختلافات بین امریکا و مکزیک که به دنبال عهدنامه ۴ ژوئیه ۱۸۷۸ تشکیل شده بود، در این زمینه بسیار روشن کننده است. در تصمیم مذکور، متخذه در پرونده لاکوستا، رئیس هیأت داوری چنین گفته است:

«ظاهراً خواهان که به عنوان یک تبعه امریکا در تکراس کسب تابعیت کرده است، در دوران اقامتش در مکزیک خود را به عنوان یک تبعه فرانسه معرفی کرده و یا به گونه ای عمل نموده که چنین شناخته شود و بنابراین باید گفت خواهان عامدآ اجازه داده که تبعه فرانسه تلقی گردد. با توجه به رفتار خواهان، سرداور عقیده دارد که خواهان حق خود را دایر براینکه ادعاییش توسط این کمیسیون مورد رسیدگی

40. Moore: Int. Arb., Vol. III, p. 2735.

41. Columbia/ United States of America, Mixed Commission (Convention of February 10, 1864) Moore: Int. Arb. Vol. III, P. 2743.

قرارگیرد، از دست داده است.»

کمیسیون امریکا - اسپانیا مورخ ۱۲ فوریه ۱۸۷۱ نیز استفاده از دو تابعیت در آن واحد را نپذیرفته است. به موجب تصمیم کمیسیون مذبور دعاوی افراد با تابعیت امریکایی - کوبایی که رسیدگی به آنها به دلیل تابعیت امریکایی شان در صلاحیت آن بوده است، رد شد؛ زیرا کمیسیون به این نتیجه رسید که آنها در عمل با اختیار تابعیت امریکایی خود، به عنوان تبعه کوبایا رفتار می کردند.

دعاوی مطروحه در کمیسیون مورخ ۱۸۷۱ توسط کوبایی هایی که تابعیت امریکا را کسب کرده بودند، به مبادله یادداشت‌هایی سیاسی در مورد موقعیت طرفین دعوی انجامید. از جمله وزیر خارجه امریکا، ژنرال سیکل، طی یک یادداشت رسمی به عنوان مارتوس وزیر خارجه اسپانیا اعلام داشت:

«نظر رئیس جمهور این است که هر خواهانی باید مکلف باشد که خسارات واردہ و نیز حق خود برای دریافت غرامت را نزد کمیسیون اثبات کند. دارندگان تابعیت اکتسابی امریکا نیز، در صورت اصرار اسپانیا، موظفند زمان و مکان تحصیل تابعیت امریکایی خود را به اثبات رسانند. متفاصلًاً اسپانیا مجاز خواهد بود که این امر را انکار و یا اثبات کند که خواهان حسب مستتبیت از هریک از مبانی مذکور در بخششنامة مورخ ۱۴ اکتبر ۱۸۶۹، به نحوی از حق مکتسپ خود اعراض کرده است.»

با عنایت به عبارات بخششنامة یادشده معلوم می شود که یکی از دلایل و شواهد اعراض از حق از جانب دارندگان تابعیت مضاعف این واقعیت است که خواهان «تابعیت اکتسابی (امریکایی) خود را به مدت طولانی مخفی سازد و خود را تا وقتی که منفعت وی مداخله کشور ثانوی را در موضوع ایجاد کند، به عنوان تبعه کشور مبدأ قلمداد و معرفی نماید». همین قاعدة کلی (در مورد اعراض از تابعیت اکتسابی) نسبت به واقعیات همه دعاوی مربوط اعمال گردید. اکنون بهجا است به پرونده دیگری که با بحث ما بیشترین ارتباط را دارد، اشاره شود:

42. Thornton, Umpire, September 4, 1875, J. B. Lacoste v. Mexico, Convention of July 4, 1868. Moore: Int. Arb., vol. III, p. 2561.

شرایط مسئولیت بین‌المللی دولت ...

«زان زنیا» کوبایی الاصل که تابعیت امریکارا کسب کرده بود، بعداً به کوبا رفت و در آنجا بازداشت شد و، پس از رسیدگی دادگاه، به عنوان خیانت نظامی تیرباران گردید. بیوہ او مدعی شد که اعدام شوهرش برخلاف مقررات حمایت از بیگانگان پیش بینی شده در عهدنامه منعقده بین امریکا و اسپانیا صورت گرفته است و لذا مطالبه غرامت کرد. اما داوران با استدلال زیرحق او برای مطالبه غرامت را رد کردند:

«هیچ دلیل وجود ندارد که زنیا رأساً یا مع الواسطه تابعیت امریکایی خود را به اطلاع اسپانیا رسانده باشد. گرچه پاسپورتی که توسط به اصطلاح جمهوری کوبا صادر گردیده در لوازم شخصی او به دست آمده که در آن او به عنوان یک تبعه امریکا معرفی شده است، اما به نظر ما صرف این واقعیت با توجه به سکوت او در دوران زندانی دراز مدت‌ش نمی‌تواند به منزله آن اطلاع تلقی شود. ضرورت آگاهی دادن و اعلام تابعیت برای اثبات ادعای نقض حقوق متعلق به چنان تابعیتی در پرونده مربوط به «جي، او. ويلسون» شماره ۱۲۱ و «دلگادو» شماره ۳۱ مورد تصریح سرداور قرار گرفته است. در پرونده «بورتوندو» شماره ۶۴. که شبیه پرونده حاضر است - نیز اطلاع کافی در مورد تابعیت داده شده بود. لذا به نظر ما خواهان نمی‌تواند به لحاظ اعدام شوهرش خسارتبی دریافت کند.»^{۴۳}

دو داور امریکایی و اسپانیایی با این نظر کاملاً موافق بودند و نیازی نداشتند که همانند سایر دعاوی به سرداور رجوع کنند.

در پرونده «دلگادو» که پرونده فوق بدان اشاره کرده نیز چنین آمده که تبعه اصلی که در خارج تابعیت کشور دیگری را کسب کرده است، فقط در صورتی حق دارد دعوا ای را علیه کشور متبع اصلی خود طرح کند که آن کشور را از تابعیت اکتسابی خود مطلع کرده باشد. رئیس هیأت داوری در این پرونده چنین گفته است: «چون مقامات اسپانیایی تا قبل از ۵ مه ۱۸۶۹ از اینکه خواهان تابعیت امریکارا کسب کرده است مطلع نشده‌اند، لذا به نظر من خواهان فقط از تاریخ ۵ مه ۱۸۶۹ به بعد حق وصول بهره به ترتیب ۸ درصد برای مبلغ ۳۶۰ و ۱۱۳ دلار را دارد.»^{۴۴}

43. Case of Lousia H. de Zenea, Dec. 26, 1982. Moore: Int. Arb., Vol. III, p. 2571.

44. M. Bartholdi, Umpire; Case of Joaquin M. Delgado, Spain, Com. (1871), February 24, 1875. Moore: Int. Arb., Vol. III, p. 2592.

داور اسپانیایی نیز عملکرد دارندگان تابعیت مضاعف را در کوشش برای استفاده از هر دو تابعیت خود، بدون اینکه متناسباً پیامد ناشی از آنها را تحمل کنند، با عبارات جدی و قاطع زیر تقبیح کرده است:

«برخورداری از همه حقوق بدون اینکه تکلیفی در کنار آن باشد، و حق مطالبه غرامتهای سنگین به جزئی ترین بهانه و مستمسکی. درحالی که همه تعهدات و مخارج کشور به دوش اتباع بومی کشور است این گونه خارجیان یا به عبارت درست تر بومیانی که در خارج از کشور تابعیت جدیدی کسب کرده‌اند، از همه مزايا و امتیازات بهره می‌طلبد. از دیدگاه بین‌المللی چنین سوء استفاده‌هایی از جمله زشت‌ترین اشکال ممکن است؛ سوء استفاده‌هایی که می‌تواند آثار بسیار و خیمی را به دنبال داشته باشد.»^{۴۵}

برای ضرورت مطلع ساختن دولت از کسب تابعیت خارجی از راه برهان خلف می‌توان به رأی صادره در پرونده «خوزه پورتوندو» استناد کرد. در این پرونده پورتوندو درحالی که در کویا زندگی می‌کرد همیشه و همواره مدعی تابعیت امریکایی خود بود. رئیس هیأت داوری به همین دلیل که وی «آشکارا و مستمرأ» مدعی تابعیت امریکایی خود شده و «مقامات اسپانیایی نیز تابعیت امریکایی او را تصدیق کرده‌اند»، به پذیرش دعواه او حکم داد.^{۴۶} معنای حکم این است که اگر پورتوندو چنان نمی‌کرد، دعواه او رد می‌شد.

در سال ۱۸۸۰ که سرداور جدیدی برای کمیسیون دعاوی اسپانیا و امریکا منصوب شد، در مورد روش رسیدگی به دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف بحثهای جدیدی پیش آمد. وکیل اسپانیا طی لایحه‌ای تحت عنوان «در موضوع ادعاهای اتباع کویایی»، ضمن موضوعات دیگر، به سرداور اعلام کرد:

«در هر پرونده مدارکی را به جنابعالی ارائه خواهم کرد تا ثابت کنم مدعی، پس از کسب تابعیت امریکا، به کویا بازگشته و در آنجا اقامت گزیده و تابعیت اکتسابی خود را مخفی ساخته و خود را به عنوان یک تبعه اسپانیا معرفی کرده است. اگر تقصیر و خلافکاری خواهان در چنین اخفاء و پنهانکاری معلوم شود، بی‌تردید

45. Moore: Int. Arb., Vol. III, p. 2591.

46. Ibid., p. 2567.

انتظار دارم که رأیی به نفع اسپانیا و در ردّ ادعای خواهان صادر گردد.»^{۴۷}

بررسی آراء صادره توسط کمیسیون امریکا - اسپانیا پس از تغییر سرداور آن، نشان دهندهٔ وحدت رویهٔ متخرذه برای رسیدگی به دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف است.

دراینجا می‌توان به پروندهٔ مهم دیگری به نام «کازانوا» اشاره کرد که در آن دو داور امریکایی و اسپانیایی در این نکته اتفاق نظر داشتند که دعوی فقط هنگامی می‌تواند علیه یک دولت پذیرفته شود که آن دولت، علاوه بر تابعیت محلی و اصلی، از وجود تابعیت ثانوی و خارجی مدعی نیز مطلع بوده باشد. داور اسپانیایی این پرونده در رأی خود که مورد موافقت داور امریکایی قرار گرفت، اعلام کرد:

«به نظر من اگریک بیگانه مایل است تحت پوشش و در حمایت تابعیت خود قرار گیرد، مکلف است که تابعیت اصلی خود را اعلام دارد و حقوقی را که ممکن است به مناسب آن تابعیت داشته باشد، مطرح و مطالبه کند. مقامات اسپانیایی دلایل کافی داشتند که خواهان را یک اسپانیایی بدانند. به علت اینکه خواهان هنگام دستگیری و در طول مدت بازداشت تابعیت امریکایی خود را افشا نکرده است، به نظر من حق مطالبهٔ خسارت ندارد و دادخواست او باید رد شود.»^{۴۸}

شایان ذکر است که، با توجه به استدلال مذکور در رأی، این دعوی در مرحلهٔ رسیدگی ماهوی رد شد. داور امریکایی در ذیل رأی و در نظر موافق خود چنین نوشت:

«با نظر همکار خود در ردّ ادعای خواهان موافقم.»

گاه روشن نیست که آیا ادعا در ماهیت رد شده است یا اینکه دعوی به دلیل خارج بودن از صلاحیت دیوان داوری غیرقابل استماع اعلام گردیده است. مثلاً در پروندهٔ «لاکوستا» به نظر می‌رسد که ادعای مطروحه از جانب یکی از اتباع امریکا به این اعتبار که وی در ارتباط خود با مقامات اسپانیایی به گونه‌ای رفتار کرده که

47. Ibid., p. 2607.

48. Award of May 12, 1882, Moore: Int. Arb., vol. III, P> 2572.

گویی یک فرانسوی است غیرقابل قبول اعلام شده است. در این پرونده سرداور این نظر را اتخاذ کرده است که کسی نمی تواند در آن واحد از دو تابعیت بهره مند شود و در هر مورد مشخص، تابعیت اعلان شده به تابعیت مخفی شده ارجحیت و اولویت دارد:

«ظاهراً خواهان به عنوان تبعه امریکا در تگزاس تابعیت امریکایی کسب کرده است، اما در طول اقامت در مکزیک خود را طوری معرفی کرده یا حداقل اجازه داده که یک فرانسوی شناخته شود، و در طول مداخله فرانسه در مکزیک برای همین ادعایی که اکنون نزد این کمیسیون (مکزیک و امریکا) مطرح است عملأً خود را به عنوان یک تبعه فرانسه به کمیسیون فرانسه و مکزیک معرفی کرده است. بنابراین، خواهان باید براین قصد بوده باشد که یا تابعیت کشور ثانوی خود را ترک گوید و یا، بنایه دلایلی که به راحتی می توان آنها را درک کرد، اجازه دهد که به عنوان یک تبعه فرانسه شناخته شود. رئیس هیأت داوری عقیده دارد که خواهان، با چنین رفتاری، از حق خود برای اینکه دعوایش توسط این کمیسیون مورد رسیدگی قرار گیرد، اعراض کرده است.»

ج. دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف نزد دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده

از نظر موافقین حقوق بین الملل، دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف اصولاً رد می شود یا اینکه فقط تحت شرایطی دعوای مطروحه از جانب دولتی که خواهان تابعیت غالب آن را دارد، پذیرفته می شود، همچنانکه در دیوان داوری دعاوی ایران. ایالات متحده نیز به همین نحو عمل می گردد. اما در صورت اخیر، یعنی قبول تابعیت غالب خواهان، باز هم مسئله مهمتری هنگام رسیدگی به ماهیت دعوا مطرح می شود و آن عبارت است از بررسی و تحقیق در اینکه خواهان تحت چه عنوانی و با استفاده از کدام تابعیتش رفتار می کرده است. طبیعی است که در رسیدگی ماهوی نمی توان به خواهان دارنده تابعیت مضاعف امتیازات تبعه داخلی و نیز مزایای متعلق به تبعه خارجی را به طور همزمان اعطای کرد.

49. Thornton, Umpire, September 4, 1875, J. B. Lacoste v. Mexico 222. Convention of July 4, 1868. Moore, Int. Arb., Vol. III, p. 2561.

اینکه دارندگان تابعیت مضاعف اغلب می کوشند از هر دو تابعیت خود امتیازاتی به دست آورند، درنظر موافق قاضی «ماسک» در پرونده الف/۱۸ با تعبیر «اکراه ایشان از اعراض از اموالشان»^{۵۰} تلویحاً پذیرفته شده است.

تقریباً بیست سال قبل همین نظر در مقاله‌ای تحت عنوان «خسارت در نظریه مسؤولیت بین المللی دولت» با این عبارت بیان شده است:

«اگر کسی رویه و رفتاری را در پیش گیرد - اعم از اینکه مبتنی بر تقصیر باشد یا نباشد - که چنان القام نماید که از عنوان خارجی بودن خود صرف نظر کرده است، دیگر نمی تواند از عنوان مذکور استفاده کند ... طبیعی است که هرگاه شخصی همانند تبعه داخلی یک کشور رفتار کرده باشد دیگر امتیازات مربوط به اتباع خارجی به او داده نشود.»^{۵۱}

یادآوری می کنیم که قاضی «ولیام ریپهاخن» نیز در نظر موافق خود در پرونده الف/۱۸ به روشنی ضرورت این امر را بیان کرده است که در رسیدگی و اتخاذ تصمیم در مورد قابل استماع بودن دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف، باید مراقب دو دوزه بازیهای ایشان بود:

«لاقل در چارچوب نظام خاصی که این دیوان داوری بدان تعلق دارد، تابعیت مضاعف مسائلی را مطرح می سازد که بیشتر با جستجو و یافتن ذی ربط ترین تابعیت [خواهان] در شرایط اوضاع و احوال مشخص (از جمله سوابط مربوط به حق اقامه دعوى در این دیوان) ارتباط دارند تا اینکه به صورت جداگانه و تنها با «صلاحیت» یا تنها با انتخاب تابعیت «بهتر» (یعنی تابعیت غالب و یا مؤثر) مرتبط باشند.»^{۵۲}

به عبارت دیگر، تنها کسانی که تابعیت غالب آنها امریکایی است می توانند علیه ایران نزد دیوان داوری دعوا ایران - ایالات متحده طرح دعوى کنند، اما پس از اینکه دعوى مطرح شد، باز هم لازم است بررسی شود که آیا ایران در قالب یک

50. Case A/18, op. cit., p. 272.

51. B. Stern: "Le préjudice dans la théorie de la responsabilité internationale", Paris Pedone, 1973, pp. 306 - 308.

52. Case A/18, op. cit., p. 274.

فرد دارنده تابعیت غالب امریکایی با خواهان رفتار کرده است یا در قالب تابعیت ایرانی او؟

دارندگان تابعیت مضاعف باید برای ورود در قلمرو صلاحیت دیوان داوری، دارای تابعیت غالب امریکایی محسوب شده باشند، اما پس از عبور از این مرحله، باز هم ادعای آنها فی نفسه نمی‌تواند پذیرفته شود، بلکه خواهان دارنده تابعیت مضاعف بایستی تا جایی که به هر ادعای خاصی مربوط است، ثابت کند که با او به عنوان یک تبعه امریکا رفتار شده است نه یک ایرانی. دارنده تابعیت مضاعف، از حیث هر ادعای خاصی، ممکن است ایرانی محسوب شود و یا امریکایی. اگر ایرانی به شمار آید، فرض نقض حقوق بین الملل نسبت به او (که موجب مسؤولیت بین المللی دولت ایران باشد) موضوعاً منتفی است و در نتیجه دعوای او باید رد شود. اما اگر خواهان امریکایی محسوب شود، آنگاه چه بسا در بسیاری از موارد برخلاف قوانین ایران عمل کرده باشد، مانند تحصیل مال غیرمنقول در ایران در حین داشتن تابعیت امریکایی در صورتی که تحصیل مال غیرمنقول طبق قانون خاص ایرانیان است، یا عدم واگذاری حقوق خود نسبت به چنان مال غیرمنقولی در هنگام کسب تابعیت امریکایی یا در تاریخی که اموال به انتقال قهری از طریق ارث به تمک او درآمده است، که در همه این فروض اقدام وی مغایر با قوانین ایران بوده است.

روش دیگر اثبات اینکه خواهان دارنده تابعیت مضاعف، تابعیت کشور خوانده را دارا بوده (و از این رو نمی‌تواند علیه آن کشور طرح دعوای کند) آن است که به طبیعت غیربین المللی دعوای او توجه شود. اگرچنان شخصی برای مخفی کردن تابعیت خارجی خود به هر اقدامی متولّ شده باشد، دیگر نمی‌تواند پس از وقوع عمل بین المللی مورد شکایت، به همان تابعیت استناد جوید. این بحث یعنی «طبع غیربین المللی دعوای» دریکی از نوشهای حقوقی اخیر به شرح

زیرآمده است:

«به طور کلی، بحث بر سر این است که اگر شخص زیان دیده در موقع ورود خسارت تابعیت کشور خوانده را داشته باشد، این دولت می‌تواند در برابر دولت خواهان اعتراض کند که هیچ‌گونه مسؤولیت بین‌المللی از برای او (خوانده) بوجود نیامده است، در واقع، تعهد و تکلیفی که نقض آن مبنای مسؤولیت دولت را تشکیل می‌دهد، در قبال بیگانگان و اتباع خارجی است نه اتباع داخلی.»^{۵۳}

نویسنده مطلب فوق سپس نمونه‌ای از اعمال تصوری «طبیعت غیربین‌المللی جوی» را در پرونده مریوط به "Fôrets du Rhodope Central" نشان می‌دهد؛ به این

نمی‌بین که:

«در دعوای جنگلهای رودوب مرکزی، داور بی‌آنکه صریحاً بگوید که دعوى از حیث موقعیت احمد (خواهان) فاقد ماهیت بین‌المللی است، فرمولی را انتخاب کرد که کاملاً این استدلال را القاء می‌کند که: طبق حقوق بین‌الملل عام نمی‌توان پذیرفت که دولت یونان حق دارد ادعایی را از بابت اعمال زیان آور و به نفع اشخاص تحت حمایت خود مطرح کند، درحالی که این زیانها از جانب دولت متبعو آن اشخاص وارد شده است.»^{۵۴}

هدف از استدلال براساس ماهیت غیربین‌المللی دعوى آن است که دعوى در مرحله رسیدگی ماهوی کنار گذارده شود. همین نویسنده گفته است:

«در این استدلال، مدار بحث آن نیست که یکی از شرایط اعمال حمایت سیاسی (رابطه تابعیت بین شخص زیان دیده و دولت مدعی) وجود ندارد بلکه بیشتر اعتراض این است که اساساً مسؤولیت بین‌المللی [دولت خوانده] تحقق نیافته است. در نتیجه، این استدلال بیشتر به ماهیت دعوى مریوط می‌شود تا به قابل استماع بودن آن.»^{۵۵}

استدلال دیگری که به نتیجه مشابهی از حیث رد هرگونه خسارت در دعاوی

53. Eric Wyler: *La règle de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, publ. de IIUHEI, Genève, PUF., September 1990 pp.248-249.

54. Ibid.

55. Ibid., p. 251.

تابعیت مضاعف منتهی می شود آن است که هیچ دولتی در برابر اتباع خود ملزم به پرداخت خسارت نیست. به قول یکی از مؤلفان:
«نمی توان هیچ کشوری را ملزم ساخت که خسارات واردہ بریکی از اتباع خود را، در قالب یک دادرسی بین المللی، جبران کند.»^{۵۶}

نویسنده مذکور به عنوان نمونه ای از اعمال این قاعده، به پرونده کشته

موسوم به "I'm alone" اشاره و خاطرنشان می کند:

«هدف از ایراد عنوان شده از ناحیه ایالات متحده در دعوای مزبور آن بود که نشان دهد دعوای فاقد جنبه بین المللی است، زیرا قربانیان واقعی خسارت واردہ [در دوره های ذی ربط] اتباع امریکا بودند. به نظر ایالات متحده هیچ تعهد بین المللی آن دولت را مجبور نمی سازد که خسارات واردہ به اتباع خود را جبران کند.»^{۵۷}

طبق عقیده قاضی ریپهاخن درنظر موافق او در پرونده الف/۱۸، دیوان باید

برای یافتن مرتبطترین تابعیت خواهان دریک چارچوب مشخص، تحقیق کند.^{۵۸}

اینکه آیا رفتار دولتی که مورد شکایت واقع شده است، در عمل متوجه یک تبعه خارجی بوده یا یک تبعه داخلی، موضوعی است مؤثر در مقام که از کنار آن نمی توان بی تفاوت گذشت. این نکته در بحثهای مربوط به تشکیل کنفرانس لاهه

در مورد مسؤولیت دولتها نیز به چشم می خورد، آنجا که گفته شده است: «مسؤلیت دولت به تمام اوضاع و احوال محیط بر رفتار و عمل او بستگی دارد، از آن جمله به اینکه آیا عمل ارتکابی دولت از ناحیه یک فرد [عضو دستگاه دولتی] علیه یک بیگانه و با همین عنوان، یعنی تبعه خارجی، صورت گرفته یا اینکه شخص زیان دیده خود رفتاری تعریک کننده داشته است؟»^{۵۹}

56. Ibid., p. 251- See also p. 252.

57. Ibid., p. 251.

58. Case A/18, op. cit., p. 274.

59. See Publication de la Société des Nations, Questions Juridiques, 1929, V.3 (document C 75. M, 69, 1929, V, pp. 99 à 102).

● نتیجه

۱. در حالی که بعضی مؤفغان معتقدند که وجود تقصیر برای تحقق مسؤولیت بین المللی دولت عنصری ضروری است، برخی دیگر از نظریه «مسولیت موضوعی» طرفداری می‌کنند که طبق آن مسؤولیت دولت مبتنی بر مفهوم عمل غیرقانونی بین المللی است.
۲. درواقع، تقصیر نقش عمدۀ ای در هر دو تئوری دارد. در تعریف عمل غیرقانونی بین المللی، در موارد «ترک فعل» و نیز در بررسی حوادث غیرمترقبه و اتفاقی به عنوان مانع در مسؤولیت بین المللی دولت، مفهوم تقصیر جایگاه اساسی و مهمی دارد.
۳. اگر اشتباه موضوعی یا حکمی به حدّی باشد که به حوادث غیرمترقبه و اتفاقی منجر شود، دولت را از مسؤولیت بین المللی معاف و مبرأ می‌کند.
۴. رویه قضایی نیز حاکی از این واقعیت است که وجود حوادث اتفاقی و غیرمترقبه به معافیت دولت از مسؤولیت بین المللی منتهی می‌شود.
۵. وجود حوادث غیرمترقبه و اتفاقی به این معنی است، دولتی که به ارتکاب یک عمل غیرقانونی بین المللی دست زده است، نباید از بابت جهل و بی‌اطلاعی خود مأخذ و پاسخگو باشد و در این مورد نیز حکم تقصیر یا غفلت جاری است. به طریق اولی، وقتی عدم اطلاع دولت ناشی از تقصیر خود زیان دیده باشد، دولت باید از مسؤولیت بین المللی اش مبرأ به شمار آید.
۶. اگر حوادث غیرمترقبه و اتفاقی مانع از این شود که دولت متوجه گردد که به علت وقوع یک اشتباه موضوعی یا حکمی، رفتار و عمل او برخلاف حقوق بین الملل است، در این صورت نیز دولت از مسؤولیت بین المللی معاف است.
۷. حتی به موجب نظریه «مسولیت موضوعی» نیز تقصیر در برآورد و محاسبه خسارات نقش خود را ایفاء می‌کند. تقصیر شخص زیان دیده که تابعیت امریکایی خود را پنهان کرده است مانع از تحقق مسؤولیت بین المللی دولت، کلاً یا بعضاً، می‌شود و پرداخت خسارت به اورا متنفی خواهد ساخت.

۸. در دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف، صلاحیت دیوان داوری بر تابعیت غالب ایشان مبتنی شده است، اما هنگام رسیدگی و تصمیم گیری در ماهیت دعوی، دیوان باید در مورد مرتبط ترین تابعیت خواهان با واقعیات پرونده تحقیق و تفحص کند.

۹. در رفتار و برخورد با خارجیان، هر دولتی پاره‌ای تکالیف و تعهدات بین المللی بر عهده دارد.

۱۰. اگر دارنده تابعیت مضاعف، تابعیت غالب (امریکایی) خود را اعلام کرده و ایران از آن مطلع شده باشد، یا اگر حداقل بتوان اطلاع ایران را در صورت عدم اخفای تابعیت خارجی خواهان مفروض دانست، در این صورت هر عمل و اقدامی که ایران برخلاف مقررات حقوق بین الملل در مورد رفتار با خارجیان نسبت به ایشان انجام داده باشد، مسؤولیت بین المللی ایران را، البته با احراز سایر شرایط، به دنبال خواهد داشت.

۱۱. ازسوی دیگر، اگر دارنده تابعیت مضاعف، تابعیت غالب (امریکایی) خود را از ایران بنهان کرده باشد، و اگر در کلیه روابط خود با مراجع قانونی ایرانی منحصرأ به عنوان یک ایرانی عمل کرده باشد، بدیهی است از بابت این گونه اقدامات که به عنوان یک فرد ایرانی نسبت به وی انجام شده است، ایران نمی‌تواند هیچ گونه مسؤولیت بین المللی داشته باشد، چرا که اقدامات مذبور را علیه خارجیان انجام نداده است.

چکیده مطلب که از نتیجه گیریهای فوق به دست می‌آید، این است که: اگر برای احراز مسؤولیت بین المللی دولت وجود تقصیر از ناحیه دولت ضروری باشد، بدیهی است ایران از اینکه علیه اموال بیگانگان عمل کرده است اطلاعی نداشته و لذا نمی‌تواند تحت عنوان تقصیر در رفتار خود نسبت به بیگانگان، از نظر بین المللی مسؤول شناخته شود. معافیت ایران از مسؤولیت با توجه به این امر روشن تر خواهد شد که عدم اطلاع ایران معلول تقصیر خود ایرانیان دارنده تابعیت مضاعف است که تابعیت امریکایی شان را مخفی کرده اند. و اگر مطابق تئوری دوم

(نظریه مسؤولیت موضوعی) صرف وقوع یک عمل غیرقانونی، بدون وجود قصد یا اطلاع از غیرقانونی بودن عمل، برای مسؤولیت بین المللی دولت کافی باشد، ایران باز هم بابت اقدامات انجام شده نسبت به دارندگان تابعیت مضاعف که تابعیت امریکایی خود را مخفی کرده اند، مسؤولیت بین المللی ندارد؛ زیرا با اقدامات مذبور موضوعاً در امور خارجیان مداخله ای نکرده است، چون تا آنجا که به ایران و نیز به اعمال و اقدامات خاص آن، که مورد شکایت است مربوط می شود، ایشان اتباع ایرانی به شمار رفته اند. هیچ قاعدة بین المللی وجود ندارد، همچنانکه از اموال اتباع خارجی حمایت می کند، به همان نحو از اموال اتباع داخلی نیز در برابر اقدامات دولت متبع آنها حمایت کند.

بریت استرن

BRIGITTE STERN

مترجم: دکترا ابراهیم بیگ زاده



تکاپو در جهت جهانی کرن حقوق؟

قانون هلمز - برتون و داماتو - کندی



* . مشخصات این مقاله به قرار زیر است:

"Vers la mondialisation Juridique Les lois Helms _ Burton et D'Amato - Kennedy", Revue générale de droit international public, tome 100/1996/4.

● اشاره

روند تغییر اوضاع سیاسی و اقتصادی جهان از اوایل دهه نود که سبب نوساناتی در موازنی قدرت در جهان شده، زمینه مساعدی را برای ترکتازی برخی از کشورها، حداقل برای مدتی، فراهم کرده است. یکی از طرق این ترکتازی حقوقی است که با تصویب قوانین فرا سرزمینی حقق عینی یافته است. البته طبق حقوق بین الملل هر دولت حق دارد در مواردی در خصوص اتباع خود در خارج از سرزمینش قانون وضع کند که چنین قوانینی دارای بُعد فرا سرزمینی هستند. اما آنچه بدیع می‌نماید آن است که برخی دولتها یا تفسیر موسع از صلاحیت فرا سرزمینی به خود اجازه می‌دهند که در مورد اتباع دولتهای دیگر نیز قانون وضع نمایند. نمونه بارز این نوع کشورها ایالات متحده امریکا است که با وضع قوانین

هلمز- برتون و داماتو- کنندی اقداماتی را بروزد
دولتهای کوبا و ایران و لیبی آغاز کرده است. آنچه
که خطرناکتر می شاید و از شواهد و اوضاع و
احوال نیز برمی آید این است که عملکرد امریکا به
همین جا ختم نشده و آن کشور به خود حق
می دهد چنین قوانینی را در مورد هر کشوری در
دببا وضع شاید. در این حالت سؤال مهمی که
طرح می شود این است که آیا چنین قوانینی
می تواند مشروعیت داشته، برای سایر دولتها
الزام آور باشند؟ به عبارت دیگر آیا عمل ایالات
متده برای تحمیل قوانین خود به سایر دولتها
تلash در جهت جهانی کردن حقوق داخلی آن
کشور نیست؟ خانم بروزیت استرن استاد دانشگاه
پاریس پانتشوون- سورین سعی می کند که با
بررسی قوانین هلمز- برتون و داماتو- کنندی به
این سؤال پاسخ دهد.

مترجم

● مقدمه

ایالات متحده امریکا در سال ۱۹۹۶ دو قانون هلمز-برتون^۱ و داماتو-کنی^۲ را تصویب نمود که سبب بروز تنشهای جدی در کل جامعه بین المللی شد. انتقاد اصلی برویژگی فراسرزمینی بودن این قوانینی وارد است. البته می‌توان از ابعاد دیگری هم به این قوانین اعتراض نمود. هدف ما در این مقاله، از همان لحظه انتشار این قوانین و قبل از آنکه اطلاعات کاملتری از اجرای آنها کسب کنیم، مشخص نمودن مشکلات اصلی است که آنها به وجود می‌آورند، بدون آنکه مدعی تجزیه و تحلیل کاملی از آنها بوده، یا به کلیه مسائلی که ایجاد می‌کنند پاسخ داده باشیم. تکیه اصلی این مقاله بر مشکلات ناشی از اجرای فراسرزمینی این قوانین است، در ضمن نقض حقوق بین الملل عرفی یا قراردادی ناشی از اجرای آنها نیز بصورت گذرا مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱. Public Law 104th - 114, March 12, 1996, 110 Stat, 785.

۲. House of Representative, HR. 3 107.

بخش ۱

مفاد دو قانون مورد اعتراض (هلمز- پرتون، داماتو- گندی)^۳

«قانون آزادی کویا و همبستگی دموکراتیک» که بر ضد کویا تصویب

شده است بیشتر تحت عنوان قانون هلمز- برتون که مبتکران آن بودند شناخته می‌شود. کلینتون، این قانون را در ۱۲ مارس ۱۹۹۶ در حالی امضا کرد، که در سپتامبر ۱۹۹۵ اعلام کرده بود اگر کنگره آن را طبق نظر دولت تصویب نکند از حق وتوی خود بر ضد آن استفاده خواهد کرد. اما کنگره سرانجام آن را در میان فضایی آکنده از تأثیر و تالم در ۲۴ فوریه ۱۹۹۶ تصویب کرد. تأثیری که در اثر ساقط شدن دو فروند هوایپیمای سِسنا متعلق به سازمان «برادران منجی» که یک سازمان ضد کاسترویی در میامی است، توسط هوایپیماهای جنگنده کویایی در امریکا بوجود آمده بود.

قانون داماتو- گندی، یا قانون مجازاتهای ایران و لیبی ۱۹۹۶، با حضور

خانواده‌های قربانیان پرواز شماره ۱۰۳ پان امریکن که در ۲۱ دسامبر ۱۹۸۸ بر فراز شهر لاکریبی منفجر شده بود، بر ضد ایران و لیبی در ۱۵ اوت ۱۹۹۶ امضاء شده است. به نظر می‌رسد که امریکا با چنین نمایشی (جریان امضای قانون مجازاتهای ایران و لیبی) که در کمتر از یک ماه بعد از انفجار هوایپیمای تی-دبليو- ای (T.W.A) در ۱۸ ژوئیه ۱۹۹۶ بر فراز لانگ آیلند^۴ به صحنه

۳. اگر در این مقاله خطرات جهانی شدن (حقوق) مطرح شده، فقط منظور ابعاد منفی آن است و گرنه به کمک جهانی شدن اطلاعات از طریق اینترنت است که نویسنده این مقاله موفق شد به سهولت متن کامل هر دو قانون را به دست آورد. قانون مربوط به کویا در یک مؤسسه دانشگاهی کویا با کد (کنگره آمریکا) به کد <http://www.cuba.org/> یافت شده است. متن فرانسوی در مجموعه Documents d'actualité internationale 15 oût 1996 و پیشگفتار در همان مجله به تاریخ اول اکتبر ۱۹۹۶ چاپ شده است.

4. Long Island

می آورد قصد ارسال پیامی داشته که در آن بطور ضمنی انفجار اخیر را هم به یکی از این دو کشور (لیبی - ایران) که از سوی امریکا بعنوان «خطرناکترین حامیان تروریسم در جهان» معرفی شده ند. نسبت دهد.

فصل اول

اهداف مورد نظر (دو قانون)

هدف اعلام شده قانون هلمز - برتون ساقط کردن رژیم فیدل کاسترو و ایجاد حکومت دموکراتیک منتخب، یا حداقل یک حکومت انتقالی بسوی دموکراسی در کوبا می باشد.^۵ بخش ۲۰۵ قانون بطور دقیق آنچه را که می تواند بعنوان یک دولت انتقالی بسوی دموکراسی لحاظ شود مشخص می نماید.^۶ مناسب نیست که در اینجا به مطالعه دقیق دولت انتقالی پرداخته شود فقط کافی است اشاره شود که در هر حال حکومتی مدد نظر است که «نه فیدل کاسترو و نه رائول کاسترو در آن باشند». به علاوه در دیدگاه امریکا یا حداقل طبق بخش ۲۰۶ قانون هلمز - برتون، حکومت دموکراتیک (در کوبا) حکومتی است که تصمیم قاطع به برقراری سیستم اقتصاد بازار بگیرد و اقدامات مهمی برای بازگرداندن اموال شهروندان امریکایی که توسط حکومت کوبا در اوّل زانویه ۱۹۵۹ و بعد از آن ملی شده اند انجام دهد.

۵. کنگره، در بخش ۱۱۶ قانون با اصرار از رئیس جمهور می خواهد که از دیوان بین المللی دادگستری تقاضا کند که فیدل کاسترو را به اتهام عمل تروریستی که مرتكب شده است، یعنی صدور دستور ساقط کردن دو هوایی اسناپ امریکایی، تحت پیگرد قرار دهد.

6. Andreas Lowenfeld , dans "Agora: The Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act, Congress and Cuba: The Helms _ Burton Act", AJIL, 1996, pp 422 – 423

او در این مقاله می نویسد: کنگره ایالات متحده هرگز قانونی مشابه این قانون تصویب نکرده است ... فقط نسبت به کوباست که الزامی را تعیین کرده و نلاش می کند کلیه راههایی که ممکن است منجر به بازگشت کوبا به جامعه بین المللی بدون تغییر رئیس حکومت آن شوند، مسدود نماید.

هدف قانون داماتو- کندی، که شرکتهای اروپایی دارنده روابط تجاری زیاد با ایران و لیبی را مذکور نظر دارد، محروم کردن این دو دولت از منابع مالی است؛ برای اینکه آنها را از ادامه سیاست فعلی شان باز دارد. البته مبانی توجیهی قانون داماتو- کندی کاملاً در مورد هر دو کشور یکسان نیست. اتهامات وارده به ایران خرد تسلیحات با قدرت تخریب وسیع و حمایت از تروریسم بین المللی است که «امنیت ملی و منافع سیاسی خارجی ایالات متحده را به خطر می‌اندازد»، در حالی که همین اتهامات با آثار معکوس به لیبی وارد شده‌اند؛ به این ترتیب که اعمال لیبی قبل از هر چیز «صلح و امنیت بین المللی را تهدید می‌کنند» که آن خود «امنیت ملی و منافع سیاسی خارجی ایالات متحده را با خطر مواجه می‌نماید». بنابراین ایالات متحده تفسیر موسوعی از قطعنامه‌های ۷۳۱، ۷۴۸ و ۸۸۳ شورای امنیت می‌کند، قطعنامه‌هایی که بی‌شک گستره شان آنقدر وسیع نیست که قانون هلمز- برتون لحاظ نموده است.

بنابراین هدف اعلام شده در هر دو قانون جنبه سیاسی دارد؛ که یکی منزوی کردن کوبا جهت تسهیل ایجاد یک رژیم دموکراتیک است و دیگری محروم کردن ایران و لیبی از کسب درآمد لازم برای کمک به تروریسم بین المللی و توسعه صنایع نظامی شان می‌باشد. اما در پس این اهداف اعلام شده معلوم نیست در جنگ تجاری بی‌رحمانه‌ای که در سطح جهانی بین ایالات متحده، اروپا و ژاپن وجود دارد، مسائل اقتصادی هم پنهان نباشند. به عنوان دلیل می‌توان به اظهارات صریح سخنگوی وزارت امور خارجه امریکا در مورد حضور شرکت توتال در ایران اشاره کرد. او می‌گوید: «شرکت توتال بطور کامل جای شرکت کونوکو^{*} (شرکت امریکایی) را گرفت و قراردادی را که می‌توانست برای کونوکو بسیار سود آور باشد از دستش خارج کرد، ما می‌خواهیم شرکتهایی را که در آینده چنین رفتاری داشته باشند تنبیه کنیم».

7. Conoco

فصل دوم

مقررات مصوب برای نیل به اهداف موردنظر

الف. ممنوعیتهای مقرر شده

قانون هلمز-برتون برای هرکسی در جهان داد و ستد با اموالی را که حتی ارتباط بسیار دور با اموال امریکاییان، که قبلاً توسط فیدل کاسترو ملی شده‌اند، داشته باشد منوع کرده است.

به نظر می‌رسد که شرح ممنوعیتهای مندرج در متن بخش (۱۳) ۴ قانون بسیار کامل باشد. «هرکسی» که آگاهانه و عامدانه داد و ستد می‌کند، شامل هر شخصی می‌شود که:

۱- اموال خبیط شده را بفروشد، منتقل کند، توزیع کند، تقسیم کند، عملیات مالی در موردشان انجام دهد، اداره کند، یا به هر شکل دیگری در اختیار داشته باشد و یا منافع اموال خبیط شده را بخرد، اجاره یا هر یافت کند، در اختیار بگیرد، کنترل نماید، اداره کند، استفاده کند یا به هر شکل دیگری کسب یا نگهداری نماید.

۲- با کاربرد یا استفاده به هر شکل از اموال خبیط شده فعالیت تجاری انجام دهد؛

۳- ترغیب کند، هدایت نماید، مشارکت کند یا از داد و ستدی (باشکلی که در بندهای فوق آمده است) که توسط شخص دیگری انجام شده است منتفع شود و یا در داد و ستد (باشکلی که در بندهای فوق آمده است) از طریق شخص دیگری متعهد شود بدون آنکه موافقت تبعه امریکایی مدعی این اموال را کسب نموده باشد.

ما، بدون آنکه بتوانیم در کلیه جزئیات وارد شویم، خاطر نشان می‌کنیم که این تعریف، اشخاصی را که مشمول عنوان سوم (Titre III) قانون می‌شوند مشخص می‌نماید، یعنی اشخاصی که تحت پیگرد احتمالی در ایالات متحده قرار می‌گیرند. قلمرو این تعریف در مورد اشخاصی که ممکن است طبق عنوان چهارم

(Titre IV) از خاک امریکا اخراج شوند کمی محدود می‌باشد. زیرا، برای مثال شامل اشخاصی که اموالشان را به کوبایی فروشنده نمی‌شود. این قانون هدفش راکد نمودن وضعیت نیست، بلکه برعکس پذیرا و ترغیب کننده هر نوع ترتیبات یا فعالیتهای بعد از این قانون است که منجر به فروپاشی اقتصاد کوبا گردد.

قانون داماتو-کندی به ملی کردنهای گذشته اشاره‌ای ندارد. ملی کردن نفت لیبی منجر به یک رأی داوری خاص شد که خیلی شناخته شده است.* رسیدگی به اختلافات ناشی از مصادر حقوق و اموال امریکاییان در پی سقوط شاه در ایران نیز به دیوان دعاوی ایران-امریکا سپرده شده است. قانون داماتو-کندی «به ممنوع کردن هرگونه سرمایه‌گذاری آتی بیش از ۴۰ میلیون دلار در سال برای توسعه بخش نفت و گاز در ایران و در لیبی، توسط هر شرکتی در دنیا، بسنده می‌کند. این ممنوعیت تشديد خواهد شد و در صورتی که وضعیت تغییر و تحولی نکند خودبخود به سرمایه‌گذاریهای بیش از ۲۰ میلیون دلار در پایان یکسال نیز گسترش می‌یابد. امکان ندارد که بتوان با تقییک سرمایه‌گذاریها از یکدیگر این قانون را به شکل دیگری تفسیر و تعبیر کرد زیرا این مورد نیز پیش بینی شده است.

البته بوضوح مشخص نشده که تا کجا تفسیر قانون می‌تواند قلمرو ممنوعیتها را گسترش دهد. سؤالی که بخصوص مطرح می‌شود این است که آیا لوازم حفاری و سایر تجهیزات مورد نیاز در استخراج نفت هم شامل مجازاتهای این قانون می‌شوند؟ قانون داماتو-کندی، برعکس قانون هلمز-برتون، فقط در مورد سرمایه‌گذاریهای جدید قابل اعمال است و بنابراین عطف به مسابق نمی‌شود. همچنین می‌توان در نظر داشت که قانون داماتو-کندی در مورد واردات نفت از این دو کشور (لیبی- ایران) اعمال نمی‌شود. علاوه بر ممنوعیت سرمایه‌گذاریهای جدید و مهم در بخش گاز یا نفت که شامل هر دو دولت می‌شود، برخی ممنوعیتها فقط در مورد لیبی در نظر گرفته شده است: چونکه ایالات متحده در این قانون ممنوعیتهایی را که سازمان ملل متعدد در مورد صادرات کالا، خدمات یا تکنولوژی در

*. منظور رأی دیوان داوری در اختلاف لیبی و شرکت نکراکو گالا زیاتیک است که نوسط رهه زان دوپویی، یعنوان داور واحد، صادر شده است. (متترجم):

چارچوب قضیه لاکربری به لیبی تحمیل نموده اضافه کرده است؛ و آن درخصوص صادراتی است که بتوانند اثر مهمی در توسعه بخش گاز یا نفت، صنایع نظامی یا ظرفیت هوایی لیبی داشته باشند.

البته، قطعنامه های شورای امنیت (در مورد لیبی) کاملاً رعایت شده اند. اما مقررات ممنوعیت صادرات مندرج در آنها دلیلی برای لحاظ شدن نداشته اند یا دست کم موردی برای اجرا نیافتد: بدین ترتیب ایالات متحده خود را نگهبان مقررات بین المللی قلمداد کرده، می خواهد جای دولتها بیان قرار گیرد که احتمالاً از تنبیه شرکتهای متبع خود، که ناقض قطعنامه های سازمان ملل متحد هستند، اجتناب می کنند.

ب . مجازاتهای پیش بینی شده

اگر ابتدا قانون هلمز- برتون بررسی گردد معلوم می شود که ایالات متحده، برای نیل به اهداف خود که همانا واژگون نمودن فیدل کاسترو می باشد، مقرراتی تصویب کرده است که در آن میان دو قاعده بیش از سایر قواعد مورد اعتراض قرار گرفته و قابل اعتراض هم هستند.

اوّلین قاعده در مورد امکانی است که عنوان سوم قانون به اتباع فعلی امریکا اعطای کرده است که این شامل کوپاییهای مهاجری که تابعیت امریکایی کسب نموده اند و اموالشان در سالهای (۱۹۵۹- ۱۹۶۱) ملی شده نیز می شود که می توانند هر کسی را در دنیا که در داد و ستد این اموال دست داشته در مقابل محاکم امریکا تحت پیگرد قرار دهند.^۸

پر واضح است که کاربرد این عبارت، که تا به حال فقط درخصوص قاچاق مواد مخدر مورد استفاده قرار می گرفت، بی اهمیت نیست بلکه می خواهد نوعی پیام را برساند. عبارت «دست داشتن در داد و ستد» در مورد اموال ملی شده در پایان سالهای پنجاه گویای چیست؟ قبل اشاره شد که تعریف این فعالیت فوق العاده گسترده و وسیع است و می تواند در برگیرنده کلیه خریدهای نیشکر کویا شود که در ۸. در بخش ۳۰۲ (الف) (۶) قانون آمده است که دکترین عمل دولت (Act of State) در مورد اعمال تحت پیگرد بر اساس این عنوان قابل اجرا نیست.

زمینهای ملی شده روییده اند. در هر حال، برای کمیسیون اروپا تکذیب چنین مسائلی از سوی امریکاییان محرز نشده است. باید دانست که ۵۹۰۰ دادخواست علیه کوبا فقط توسط اتباع امریکایی در کمیسیون حل اختلافات خارجی ثبت شده اند، و حال دو سال بعد از اجرای این قانون، که کوباییهایی هم که تابعیت امریکا را کسب نموده اند نیز می‌توانند چنین دادخواستهایی بدهنند. در چنین حالتی است که می‌توان گستره اجرایی عنوان سوم قانون را درک نمود. مع هذا، رئیس جمهور بر طبق بخش ۳۰۶ حق دارد اجرای عنوان سوم را برای مدت شش ماه معلق کند، در صورتی که منافع ملی چنین اقتضا نماید.

دومین قاعده در عنوان چهارم قانون پیش بینی شده است که طبق آن کلیه اشخاص، از جمله مدیران و سهامداران شرکتها و همچنین همسران و فرزندان صغیرشان که دست به چنین داد وستدهایی بزنند، از ورودشان به خاک ایالات متحده جلوگیری خواهد شد. زمانی که بدانیم عملاً کلیه شرکتها اعم از کوبایی، امریکایی یا سایر شرکتهای خارجی، پس از به قدرت رسیدن فیدل کاسترو مصادره شده اند، آن وقت می‌توان گستره صلاحیتهایی را که ایالات متحده بناحق مدعی است درک کرد به عبارتی کلیه اشخاص یا شرکتهای دارنده رابطه اقتصادی با کوبا بالقوه مشمول مجازاتهای مندرج در قانون هلمز - برتون هستند. پروفسور لون فلد با روشی پر استعاره صحبت از «سرزمین تحت سلطه می‌کند».^۱

در قانون داماتو - کندی مجازات ممنوعیت ورود مدیران و سهامداران شرکتهای مورد نظر به خاک ایالات متحده پیش بینی نشده است، اگرچه در پیش نویس آن چنین مجازاتی در نظر گرفته شده بود. اما خود قانون در شش بخش، شش نوع مجازات پیش بینی نموده است:

- ۱- ممنوعیت هرگونه کمک مالی به صادرات - واردات و بانک؛
- ۲- ممنوعیت صدور هرگونه مجوز صادرات تکنولوژی به نفع شخص مجازات شده؛
- ۳- ممنوعیت اعطای اعتیار بیش از ۱۰ میلیون دلار توسط یک نهاد بانکی

9. op. cit., note 5, p. 429.

امريکايی به شخص مجازات شده؛

۴ - ممنوعيت مشاركت شركتهای مالی مجازات شده در سیستم بانکی امريکا
يا استفاده از منابع دولتي؛

۵ - ممنوعيت خريد هر نوع کالا يا خدمات از شخص مجازات شده توسط
دولت فدرال؛

۶ - ممنوعيت کامل واردات تولیدات شخص مجازات شده.
با توجه به اين مجازاتهامی توان احراز کرد که ممنوعيت کلی برای صادر
کردن کالا به اشخاص مجازات شده وجود ندارد، چون که چنین قاعده‌اي برای
منافع اقتصادي امريکاييان نيز زيان آور می باشد، طيف اشخاصی که ممکن است
مجازات شوند نشانگر بی توجهی عميق نسبت به قواعد مربوط به اصل فرا
سرزمينی است، چون که در برگيرنده «هر شخص»، يا هر نهاد جانشين او يا هر
شرکت مادر متشکل از اشخاص و يا هر شعبه آن می شود. البته برخی از اين
مجازاتهها فقط محرومیت از يك امتیاز است، اماً مجازاتهای پیش بینی شده تا آخر
این چنین نیست.

قانون از رئیس جمهور می خواهد که حداقل دو مجازات را در صورت نقض
ممنوعیتهای پیش بینی شده در آن انتخاب کند. رئیس جمهور امکان انجام برخی
اعمال محدود را دارد، و آن مواردی است که تعیین می کند اجرای مجازاتهای بر ضد
منافع امريکا باشد. برخی مجازاتهای هم، در پایان یکسال، تشديد خواهد شد، مگر
آنکه رئیس جمهور به کنگره اعلام کند دولتی که اتباعش باید مجازات شوند متعدد
شده است که خود قواعدی وضع نماید که حاوی مجازاتهای اقتصادي علیه ايران
باشد. در این حال رئیس جمهور می تواند اعمال کلیه مجازاتهای را در مورد آن دولت
متوقف نماید. همچنین در قانون پیش بینی شده است که رئیس جمهور می تواند
احتمالاً اجرای مجازاتهای را برای سه ماه به تأخیر اندازد، مشروط بر اینکه دولت
متبع شخص مجازات شده «در حال اتخاذ تصمیماتی» بر ضد ايران باشد. این
چيزی است که قانون داماتو-کندی آن را «تلash دیپلماتیک برای برقراری يك
نظام چندجانبه مجازاتهای می خواند (بخش ۴ «الف»). زمانی که مجازاتی اعلام

شد باید حداقل برای مدت دو سال اجرا شود؛ اگر شخص مجازات شده برای تبعیت از قانون امریکا تغییر رفتار دهد، این مدت می‌تواند کوتاه‌گردد، اما نمی‌تواند هرگز کمتر از یکسال شود.

این وضعیت با برخی تفاوتها در مورد لبیی اجرا می‌شود؛ زیرا ایالات متحده به قطعنامه‌های سازمان ملل متحده، هم استناد می‌کند. قطعنامه‌هایی که نمی‌توانند یکجانبه از سوی ایالات متحده خاتمه یافته و اجرا نشوند.

فصل سوم واکنش‌های بین‌المللی

الف. واکنش دولتها

هر دو قانون سبب بروز اعتراض‌های زیادی شده‌اند.^{۱۰} این اعتراضها بطور عمده مبتنی بر ویژگی فراسرزمیانی بودن و تضاد این قوانین با حقوق بین‌الملل است. همان‌طور که لوران زکینی در لوموند می‌نویسد: «از اروپا تا ژاپن، از روسیه تا چین، محکومیت رفتار امپریالیستی و مغایر حقوق بین‌الملل ایالات متحده تقریباً جنبه جهانی یافته است».^{۱۱}

فریدهلم^{۱۲} است، رئیس کمیته اقتصادی مجلس آلمان بوضوح احساس عمومی را با گفتن این جملات اعلام کرده است «این واقعاً غیرعادی است که یک ابرقدرت قوانینی تصویب و اعلام کند که کل جهان باید خود را با آنها تطبیق دهد». در واقع می‌توان گفت علی‌رغم وجود اعتراض موجه به این قوانین چنین

۱۰. برای دفاع از قانون هلمز - برتون توسط یکی از نویسندهای امریکایی رجوع شود به: Brice Clagett "Title III of the Helms - Burton Act is Consistent with international law", AJIL, 1996. p,434.

۱۱. Laurent Zecchini "L'Europe refuse que washington sanctionne des firmes étrangères", 25 - 26 Août 1996.

۱۲. Friedhelm Ost Cité in Asia Times , 8 Août 1996.

رفتاری بیش از پیش برای ایالات متحده عادی می‌نماید. تعداد زیادی از کشورها و در رأس آنها مکزیک و کانادا اعلام کردند که در حال تهیه مقرراتی برای مقابله با مجازاتهای امریکا هستند؛ به همان‌گونه که مکزیک و کانادا ده سال پیش نیز چنین کاری کرده بودند و آن تصویب قوانینی برای مقابله با ادعاهای فراسرزمینی امریکا در مورد جمع آوری اطلاعات در چارچوب اقدامهای ضد تراست در خصوص شرکتهایی که در سرزمین آنها قرار نداشتند، بود. برای مثال، کانادا پیش نویس قانونی را برای مخالفت با قانون هلمز-برتون در ۱۶ سپتامبر ۱۹۹۶ تقدیم پارلمان نموده است. ایران در ۱۳ اوت ۱۹۹۶ شکایتی را بر ضد قانون داماتو-کنندی در دیوان دعاوی ایران - ایالات متحده ثبت کرده است. و این امکان هم کاملاً وجود دارد که یک دولت از یکی از شرکتهای مجازات شده خود در مقابل آمریکا حمایت سیاسی کرده، به دیوان بین‌المللی دادگستری شکایت نماید. کانادا و مکزیک در حال حاضر شاهد مجازات برخی از اتباع خود هستند که از جمله شامل متنوعیت اقامت مدیران شرکتها و خانواده‌های آنها در خاک ایالات متحده است. این مجازات در مورد شرکتهای کانادایی شریت انترنشنال^{۱۳} که به استخراج یک معدن نیکل ۶۵ در کوبا مشغول است که قبل از ۱۹۵۹ متعلق به یک شرکت امریکایی بوده است، و شرکت مکزیکی گروبو دوموس^{۱۴} که سی و هفت درصد سرمایه شرکت ملی مخابرات کوبا را در آخ.^{۱۵} دارد، و جای شرکت امریکایی آئی‌تی^{۱۶}، ملی شده در ۱۹۵۹، را گرفته است، اعمال می‌شود. همچنین ایتالیا، برای مثال، می‌داند که از همین حالا شرکت ایتالیایی است^{۱۷} که همراه با شرکت مکزیکی گروبو دوموس در سرمایه شرکت ملی مخابرات کوبا^{۱۸} سهیم است در لیست سیاه وزارت امور خارجه امریکا قرار دارد و ممکن است از ورود مدیران و سهامداران آن به خاک امریکا جلوگیری شود و نیز

13. Sherrit International.

14. Grupo Domos.

15. ITT.

16. STET.

17. ETECSA.

با خطر پیگرد در مقابل محاکم امریکا توسط شرکت امریکایی آئی‌تی‌تی، که از شرکت مخابرات در کوبا قبل از مصادره آن توسط فیدل کاسترو بهره برداری می‌کرد، مواجه است. منافع فرانسه نیز ممکن است، بخصوص با قانون داماتو- کندی، به خطر افتند؛ اگرچه این قانون فقط سرمایه‌گذاریهای آینده را مدنظر دارد و عطف به مسابق نمی‌شود؛ شرکت توtal در ۱۹۹۵ مبلغ ۶۰۰ میلیون دلار در ایران سرمایه‌گذاری کرده است، و سی درصد کنسرسیوم اروپایی را در اختیار دارد که همراه با نوک^{۱۸}، شرکت ملی نفت لیبی، از حوضه نفتی مورزوک^{۱۹} بهره برداری می‌کند، همچنین هفتاد و پنج درصد یک سرمایه‌گذاری مشترک را همراه با نوک برای استخراج از حوضه نفتی مبروک^{۲۰} در اختیار دارد. شرکت الف "در حال مذاکره با ایران است و در لیبی نیز مشغول فعالیت می‌باشد. الف از ۱۹۶۸ در لیبی مشغول اجرای یک قرارداد استخراج نفت از دریا است. البته موارد فوق فهرست کاملی نیست، بلکه قصد فقط نشان دادن این است که قوانین امریکایی می‌توانند آثار و خیمی بر روی برخی از شرکتهای اروپایی داشته باشند.

ب. واکنش سازمانهای بین‌المللی

برخی واکنشهای نهادینه از سوی سازمانهای بین‌المللی اقتصادی نیز دیده می‌شوند. سرلیون بریتان،^{۲۱} کمیسر سیاست جامعه اروپا در مورد قانون هلمز- برتون اعلام کرده است: «ما نمی‌توانیم دست روی دست بگذاریم و کاری نکنیم، در حالی که شرکتها و اتباع اروپایی در معرض تهدید فوری قرار دارند». وی در مورد قانون داماتو- کندی می‌گوید: «این قانون یک اصل بی‌اساسی را بنا می‌نهد که طبق آن یک کشور بتواند سیاست خارجی خود را به دیگران تحمیل کند». واکنش در سطح جامعه اروپا از شدت و ساختار خاصی برخوردار بوده است. پارلمان اروپا

18. NOC.

19. Mourzouk.

20. Mabrouk.

21. ELF.

22. Sir Leon Brittan.

در ۲۵ اکتبر ۱۹۹۶ قطعنامه فوق العاده انتقاد آمیزی تصویب نموده است.^{۲۳} شورای اروپا، از ۱۵ زوئیه ۱۹۹۶، ضمن ابراز امیدواری برای مشاهده یک تحول دموکراتیک در کویا، موضع بسیار سرسختانه و محکمی اتخاذ، و «نگرانی عمیق» خود را در مورد آثار فراسرزمینی قانون هلمز-برتون، و پیش نویس قانونی بر ضد ایران و لیبی (در آن زمان هنوز قانون داماتو-کندی تصویب نشده بود) اعلام می کند. به علاوه، شورای اروپا، مصرانه از کلینتون می خواهد که از اجرای عنوان سوم قانون جلوگیری کند. اما درخواست شورای اروپا بصورت کامل مورد توجه قرار نگرفت و عنوان سوم فقط برای مدت شش ماه به حالت تعليق درآمد. وانگهی، کمیسیون تصمیم گرفت که فهرست نام شرکتهای امریکایی که می توانند طبق قانون هلمز-برتون بر ضد شرکتهای متعلق به کشورهای عضو جامعه اروپا شکایت کنند را در روزنامه رسمی جوامع اروپایی منتشر نماید. به همین منظور، اطلاعیه ای در روزنامه رسمی جوامع اروپایی گردیده و از کلیه کسانی که اطلاعات مهمی دارند خواسته شده است که آن اطلاعات را در اختیار کمیسیون قرار دهند، بشکلی که کمیسیون بتواند «فهرست نام» شرکت های امریکایی که بر ضدشان هر نوع عمل متقابلی می توانند انجام شود، تهیه نماید: از جمله اعمال متقابل که می توانند اجرا شوند ابطال پروانه های کار صادره برای امریکاییان مستخدم در شرکتهای موجود در فهرست جامعه اروپا و ممنوعیت ورود مدیران این شرکتها به خاک کشورهای عضو جامعه اروپا می باشد. بنابراین اقدامات مزبور، که چیزی جز «پاسخ» به اقدامات مشابه امریکاییان نیست، باید عنوان «اقدامات متقابل»، قانونی لحاظ شوند، اگرچه اتخاذ و اجرای موردنی آنها مخالف حقوق بین الملل باشد. در هر حال، هدف از این واکنش ایجاد فضای نامن برای عاملین اقتصادی امریکایی است به همان شکلی که قوانین امریکا وجود یک «لیست سیاه» از شرکتهای قابل مجازات در وزارت خارجه امریکا برای سایرین به وجود آورده است. اتحادیه اروپا نیز یک آیین نامه ضد تحریم در سطح جامعه اروپا تدوین

۲۳ Juillet 1996, COM, (96) 420 Final. این سند و اغلب اطلاعات در مورد عکس العملهای جامعه اروپا توسط دو تیره Milvia van - BRIZI به اینجانب داده شده است که بدینوسیله از ایشان مجددآ تشکر می کنم.

نموده است. کمیسیون، در واقع خود را محدود به انجام عکس العمل های موردنی نگرده بود، آن رکن متعدد شده بود که کنکاش بیشتری در این مسأله کرده، پیشنهاد و اقدام مؤثر و دراز مدتی را ارائه دهد. سرانجام حاصل کار طرحی بود که به شورا ارائه گردید و منجر به تصویب آئین نامه ای در سطح جامعه اروپا برای بی اثر کردن قوانین فراسرزمینی مخالف حقوق بین الملل شد. کمیسیون در توضیح مواد پیش نویس بر این مسأله تأکید دارد که چنین واکنشی از سوی جامعه اروپا، «پیام روشنی است (از سوی کشورهای عضو) که یک صدا به ایالات متحده داده می شود» و اثر آن به مراتب بیشتر از مقرراتی است که هر دولت در سطح داخلی و ملّی تصویب کند.

آئین نامه پیشنهادی کمیسیون پاسخی کلی و عمومی به هرگونه تلاش در جهت تحلیل قوانین فراسرزمینی مخالف حقوق بین الملل است: در این راستا، قواعدی پیشنهاد شده اند که در وضعیت های پیش بینی شده در ضمیمه اجرا خواهند شد. تعیین فهرست در صلاحیت شوراست که بر اساس پیشنهاد کمیسیون عمل می کند (ماده ۱). در پیش نویس زوئیه ۱۹۹۶، فقط مقرراتی برای مقابله با قوانین ضد کوبا- قوانین ۱۹۹۲ و ۱۹۹۶ وجود داشت. «بی شک اگر این آئین نامه تصویب شود برای مقابله با قانون ضد ایران و لیبی نیز مقرراتی در نظر گرفته خواهد شد.

صلاحیت شورا برای تصویب چنین آئین نامه ای مبتنی بر مواد ۱۳ و ۲۳۵ معاهده رُم است که اوّلی به آن صلاحیت هدایت و رهبری سیاست تجاری مشترک (تصمیمات متخذه با اکثریت کیفی) را می دهد و دومی به آن اختیارات اضافی اعطای می کند که می توانند فراتر از اختیارات مصرحه باشند و آن در صورتی است که «انجام عملی از سوی جامعه اروپا، در چارچوب اشتغالات جامعه مشترک، برای تحقق بخشیدن به یکی از اهداف جامعه ضروری باشد (تصمیمات متخذه به اتفاق آرا). مع هذا دانمارک در ۲۲ اکتبر ۱۹۹۶ اعلام کرده است که «به نظر آن کشور، اگر این امر مغایرتی با تصویب مقرراتی بر ضد امریکاییان از سوی اتحادیه اروپا

24. Voir plus loin.

ندارد، شروط لازم برای استفاده از ماده ۲۳۵ تحقیق نیافته‌اند».^{۵۰} وزرای امور خارجه اتحادیه اروپا، با تصویب پیش نویس آین نامه پیشنهادی در گردهمایی لوکزامبورگ در ۲۸ اکتبر ۱۹۹۶ براین مخالفت فایق آمدند.

اصلی ترین مقرراتی که کمیسیون در سطح جامعه اروپا پیشنهاد نموده است بشرح زیراند:

۱ - عدم شناخت احکام خارجی صادره بر اساس قوانین فرا سرزمینی مورد اعتراض در خاک دولتهای عضو جامعه اروپا (ماده ۴):

۲ - ایجاد ممنوعیت برای اتباع دولتهای عضو جامعه در تبعیت از قوانین فرا سرزمینی (ماده ۵). کلیه دولتها مکلف به پیش بینی مجازاتهایی برای تخطی از آن هستند (ماده ۹):

۳ - وجود امکان برای شرکتهای اروپایی در باز پس گیری مبالغی که در اثر اجرای قوانین فرا سرزمینی، یعنی عنوان سوم قانون هلمز- برتون، از دست داده‌اند، و آن از طریق اقامه دعوا در مقابل محاکم اروپایی و اجرای احکام صادره از سوی آنها در مورد اموال شرکتهای امریکایی یا شعب تحت کنترالیشن در خاک دولتهای عضو جامعه اروپا می‌باشد (ماده ۶). این اقدام که به «از پشت چنگ زدن» شهرت یافته است می‌تواند ترجمان نوعی «مقابله به مثل» باشد.

به علاوه، کمیسیون اروپا از ۳۰ آوریل ۱۹۹۶، درخواست کرده است که مشورتی در مورد قانون هلمز- برتون با ایالات متحده در چارچوب سازمان تجارت جهانی بشود، این اوّلین قدم در راه اجرای آین حل اختلاف سازمان تجارت جهانی است: دو جلسه مشورت در اوایل زوئن و اوایل زوئیه بدون اینکه نتیجه‌ای به دست آید، برگذار شده‌اند. به نظر می‌رسد که امریکاییان روش دفع الوقت کردن را در مقابل خواست اروپاییان مبنی بر روشن نمودن مسئله پیشه کرده باشند. جامعه اروپا برخی از مشکلات را در مقابل سازمان تجارت جهانی طرح

۲۵. رجوع شود به:

"Le Danemark s'oppose à l'UE sur le Commerce avec CUBA" Le monde, 24 octobre 1996.

کرده است. البته این کمیسیون است که در مورد مسائل واقع در حیطه اقتدارات گات صالح می باشد، اما در مورد مقررات مصوب در چارچوب گات از صلاحیت تقسیم شده با دولتهاي عضو برخوردار است.

در اوایل سپتامبر اعلام شد که اروپا قبل از درخواست تشکیل گردهمایی سازمان تجارت جهانی منتظر نتایج انتخابات ریاست جمهوری ایالات متحده خواهد شد. این اعلامیه امریکاییان را خوشحال نمود. اما اتحادیه اروپا در اول اکتبر ۱۹۹۶ از واشنگتن به سازمان تجارت جهانی شکایت کرد. بی شک علت این عمل آن بود که ایالات متحده در ۲۰ سپتامبر ۱۹۹۶ اقدام به ایجاد «نهاد ویژه ای» نمود که مسؤول شناسایی اموال ضبط شده توسط دولت کوبا می باشد. ایالات متحده بر ضد این شکایت اعتراض کرد. و اعلام نمود که مسائل ناشی از قانون هلمز- برتون در قلمرو روابط تجاری بین المللی نیست، بلکه اساساً مشکلات سیاسی است که باید در جایی غیر از سازمان تجارت جهانی حل شوند.

همچنین مذکورات در چارچوب موافقتنامه امریکای شمالی در مورد آزادی مبادلات (نفتا یا آتلنا) برای اجرای سیستم حل اختلافات آن نیز در جریان است.^{۲۶} کانادا، در همان روز امضای قانون هلمز- برتون توسط رئیس جمهور ایالات متحده، طبق فصل بیستم موافقتنامه امریکای شمالی در مورد آزادی مبادلات از آن کشور درخواست مشورت رسمی نمود. دو جلسه مشاوره خیلی سریع بین کانادا، مکزیک و ایالات متحده در ۲۶ آوریل و ۲۰ مه ۱۹۹۶ برگزار شدند. تبادل نظرات همچنان ادامه دارد.

کمیته حقوقی سازمان دولتهاي امریکایی در ۲۳ اوت ۱۹۹۶ به اتفاق آرا نظری را تصویب و اعلام نمود که طبق آن قانون هلمز- برتون مخالف حقوق بین الملل است. همچنین بحث در مورد ویژگی فرا سرزمینی بودن این قانون یکی از موضوعهای مهم دهمین گردهمایی سران دولتهاي امریکای- لاتین (گروه ریو) ۲۶. برای به دست آوردن یک دید کلی از مجموعه مقررات مربوط به حل اختلاف در چارچوب نفتا و سازمان تجارت جهانی رجوع شود به: Genevieve BURDEAU "Nouvelles Perspectives Pour l'arbitrage dans le Contentieux économique intéressant les Etats" Revue de l'arbitrage, 1995, p. 30.

بود که در ۵ و ۶ سپتامبر ۱۹۹۶ برگزار شد.^۷

اتحادیه اروپا نیز تصمیم گرفته است که از سازمان تجارت جهانی درخواست رسیدگی نماید.

در همین راستا، چهارمین گردش مایی ایپرتو - امریکن که سران دولتها و حکومتها امریکای لاتین، اسپانیا و پرتغال را در ۹ و ۱۰ نوامبر ۱۹۹۶ در سانتیاگوی شیلی گردآورده بود، در اعلامیه بینادل مار، که در پایان این نشست صادر گردیده است، بشدت قانون هلمز - برتون را محکوم کرده و در مقابل توسعه دموکراسی را در کلیه کشورهای عضو درخواست نموده است.^۸

سازمان ملل متحده نیز به مشکلات ناشی از قوانین فراسرزمینی توجه کرده است: مجمع عمومی قبلاً در مقابل رفتار امریکا در قبال کوبا موضع گرفته است. قانون هلمز - برتون، در واقع، در راستای مجازاتهایی است که امریکا از مدت‌ها قبل بر ضد کوبا اعمال کرده است. کندی اوّلین آمبارگو عمومی بر ضد کوبا را در ۱۹۶۲، در کمتر از یک سال بعد از حادثه خلیج خوکها، تعحیل نمود، معهذا پهپرات مصوب در چارچوب این آمبارگو فقط شامل شرکتهای امریکایی می‌شدند. این مقررات شاهد تغییرات زیادی با توجه به تحول نسبی روابط میان ایالات متحده و کوبا بوده‌اند. اوّلین گام در جهت فراسرزمینی کردن با قانون ۱۹۹۲ تحت عنوان «قانون دموکراسی برای کوبا» برداشته شد. این قانون مجازاتهایی را برای شعب خارجی شرکتهای امریکایی پیش‌بینی می‌کرد. ایالات متحده، با این قانون، در واقع مدعی استفاده از مفهوم موسع معیار وابستگی مبتنی بر تابعیت بود که در حقوق بین‌الملل مورد قبول و شناسایی قرار نگرفته است. مجمع عمومی سازمان ملل متحده در قطعنامه‌های ۴۷/۱۹ ۲۴ نوامبر ۱۹۹۲، ۴۸/۱۶ مورخ ۳ نوامبر ۱۹۹۳، ۴۹/۹ مورخ ۲۶ اکتبر ۱۹۹۴ و ۵۰/۱۰ مورخ ۲ نوامبر ۱۹۹۵ از بُعد فراسرزمینی بودن مجازاتهای نسبت به کوبا ابراز تأسف کرده است. مجمع عمومی،

27. Le Monde, 4 Septembre 1996, Nicole Bonnet "La loi Helms - Burton au menu du Sommet des chefs d'Etat latino - américains".

28. EL Diario , 11 NovembrE 1996, p. 25, "Déclaration de Vina del Mar Condenaria Ley Helms _ Burton.

برای مثال در قطعنامه آخر (قطعنامه ۱۰/۵۰ نوامبر ۱۹۹۵) نگرانی خود را از «عمل برخی دولتها که با وضع واجرای قوانین و آیین نامه هایی با آثار فراسرزمینی به حاکمیت سایر دولتها و منافع مشروع نهادها یا اشخاص تحت صلاحیت آنها، و همچنین به آزادی تجارت و کشتیرانی لطمہ می زند» اعلام می کند. بی شک قانون هلمز- برتون یک گام جدید و بلندی در قلمرو فراسرزمینی بودن قوانین برداشته است؛ بنابراین شگفت آور نیست که مجمع عمومی با تصویب قطعنامه ای در ۱۱ نوامبر ۱۹۹۶ این قانون را محکوم کرده است.

۲ بخش

ارزیابی قوانین هلمز- پرتون و داما تو- گندی در پرتو حقوق بین الملل

فصل اول

مجازاتهای پیش بینی شده ناقض قواعد مربوط به اجرای فراسرزمینی حقوق هستند.

این دو قانون مسأله مشروعیت بین المللی فراسرزمینی بودن «مجازاتهای اقتصادی» را مطرح می کند. قوانین مزبور متوجه مجازات غیرمستقیم دولتهای «دشمن» است، با این هدف که آنها را وادر به دست کشیدن از سیاست خود نماید؛ برای این کار باید آنها را منزوی کرد، و برای به ازدواج کشاندن آنها کافی است همه آنها ای را که در سراسر عالم با این دولتها روابط اقتصادی دارند «مجازات» نمود؛ بطوری که به روابط خود با دولتهایی که توسط امریکاییان کنار

گذاشته شده‌اند، پایان دهند. به عبارت دیگر این چیزی است که تحت عنوان تحریم درجه دو شناخته شده است. تحریم درجه دو مجازات عاملان اقتصادی است که با دولتی که خود مورد تحریم درجه یک قرار دارد، تجارت کرده یا در آن سرمایه‌گذاری کنند.

اوّلین نکته قابل ذکر آن است که ایالات متحده از تبعیت از تحریمی که از سوی دولت دیگر در مورد شرکتهاش برقرار گردیده است، امتناع می‌کند. قانون اداره صادرات ایالات متحده در واقع حاوی مقرراتی است که اتباع و شرکتها امریکایی را از تبعیت از تحریم مقرر شده از سوی دولت دیگر منوع می‌کند، مگر آنکه آن دولت همان سیاستی را دنبال کند که امریکا دارد.

برای مشخص کردن مشروعيت یا عدم مشروعيت مقررات امریکا در پرتو حقوق بین الملل، مناسب است اجمالاً به برخی از اصول حاکم بر اجرای فراسرزمینی حقوق اشاره شود.^{۲۹}

هر دولتی می‌تواند در مورد اموال یا وضعیت‌هایی که رابطه سرزمینی یا مشخص معقولانه و مناسبی با آن دارند قانون وضع کند: به عبارت دیگر، هر دولتی می‌تواند در مورد آنچه در سرزمینش می‌گذرد قانون وضع نماید. همچنین هر دولت می‌تواند در مورد اتباع خود قانون وضع کند. حال اگر تبعه در خارج باشد این قانون الزاماً یک بعد فراسرزمینی می‌یابد و کاملاً هم منطبق با حقوق بین الملل است. سؤال مشکل‌تر این است که آیا یک دولت می‌تواند در مورد فعالیتهايی که خارج از سرزمینش انجام می‌شوند قانون وضع نماید به اين دليل که اين فعالیتها آثاری بر سرزمین آن دولت دارند؟ مواضع امریکاییان در پاسخ به اين سؤال بطور محسوسی با مواضع سایر دولتها فرق دارد. برای آنان، به محض اينکه هرگونه عملی در هر کجا که انجام شود، «آثار مهمی» در سرزمین امریکا داشته، یا حداقل هدفش

۲۹. برای بدست آوردن یک دید کلی پیچیده‌تر از مسائل مربوط به اجرای فراسرزمینی حقوق رجوع شود به

Birigitte STERN "Quelques observations sur les régles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit, AFDI, 1986, p.7 et "l'extra-territorialité revisitée. où il est question des affaires Alvarez - Machain, pâtre de bois et de quelques autres ..." AFDI, 1992, p.239.

ایجاد چنین آثاری باشد، ایالات متحده می‌تواند بطور مشروع از اختیار قانونگذاری خود در مورد چنین عملی استفاده کند. این تفسیر موسع از صلاحیت سرزمینی امریکا در فصل ۴۰۲ قانون شماره سه اعلام شده است.^{۳۰} با توجه به دخالت بیش از پیش اقتصاد در مورد بلوک بندهیهای در حال شکل‌گیری، مشاهده می‌شود که با چنین تفسیری، دیگر بالقوه مانع وحدتی برای توسعه قوانین امریکا در سراسر عالم وجود ندارد. ایالات متحده، در تئوری، لزوم مهار کردن توسعه چنین تفسیری را می‌پذیرد، زیرا اعلام می‌دارد فصل ۴۰۲ باید با توجه به فصل ۴۰۳ لحاظ شود که در آن محدودیتهای مورد قبول امریکاییان در مورد صلاحیت قانونگذاری فراسرزمینی شان پیش‌بینی شده‌اند. بطور دقیق‌تر در ماده ۴۰۳ آمده است «حتی زمانی که یکی از مبانی صلاحیت مندرج در ماده ۴۰۲ وجود دارد، یک دولت نمی‌تواند از صلاحیتهایش برای وضع قوانین در مورد شخص یا فعالیتی که مرتبط با دولت دیگر است استفاده کند، مشروط بر اینکه اجرای چنین صلاحیتی منطقی نباشد». ^{۳۱} اماً ایالات متحده، در عمل، هرگز از چنین رفتار خود محدود کننده‌ای پیروی نمی‌کند؛ در حالی که آنرا بعنوان قاعده حقوقی الزام آور می‌شناسد.

دولتها، همچنین اتحادیه اروپا، موضع منطقی‌تری دارند. آنان منکر این نیستند که در برخی موارد می‌توان مقررات فراسرزمینی وضع نمود؛ بخصوص برای مبارزه با عملکردهای ضد رقابتی که کاملاً در خارج از سرزمین یک دولت یا جامعه اروپا سازماندهی شده‌اند، اماً آثار محدود کننده بر رقابت در داخل آن سرزمین یا جامعه اروپا دارند.

مع هذا تفاوت موضع آنها با موضع امریکا بسیار زیاد است. برای مثال در همین مورد آخر (رقابت) اثری که عملکرد ضد رقابتی در سرزمین یک دولت ایجاد می‌کند یکی از عوامل جرم لطمہ به رقابت است؛^{۳۲} بنابراین می‌توان پذیرفت

3.0. The Foreign Relations Law of the United States, Third St Paul, American Law Institute, 1987, Vol. 1, p. 238.

3.1. *Idem*, p. 244.

۳۲. حتی دیوان دادگستری جوامع اروپایی نسبت به تئوری آثار، به هر شکلش به دیده تردید می‌نگرد و اصول مخالفی را برای امتناع از اجرای آن وضع می‌کند. رجوع شود به:



که آن دولت می‌تواند از صلاحیتهای سرزمینی خود برای جلوگیری از جرمی که بخشی از آن در سرزمینش ارتکاب می‌یابد استفاده نماید. این مورد متفاوت است با فرضی که یک جرم بطور کامل در خارج ارتکاب می‌یابد و دولتی مدعی اعمال صلاحیتش در مورد آن می‌شود فقط به این دلیل که آثار یا نتایج کم و بیش دوری در سرزمینش دارد. می‌توان موضع بسیار روش و صریح جامعه اروپا را در قضیه خط لوله گاز (منظور قضیه خط لوله گازسییری است) یادآوری نمود که در آن جامعه اروپا به ایالات متحده فهماند که تئوری آثار «دور از پذیرش عمومی است».^{۳۰}

مغایرت مجازاتهای اقتصادی فراسرزمینی پیش‌بینی شده در این دو قانون با حقوق بین‌الملل چیست، که امریکاییان منکر آن می‌باشند؟ قانون هلمز- برتون حاوی قواعدی است که «هرکسی» را که با اموال ملی شده قبلی «داد و ستدی» کند شامل می‌شود. البته ایالات متحده سعی کرده است که نامیدانه اجرای صلاحیت فراسرزمینی خود را با بخش ۳۰۱ این قانون توجیه کند. ایالات متحده دلایل خود را در سه قسمت عرضه می‌کند:

اوّلین قسمت مربوط به اعلام ضبط غیرقانونی اموال امریکاییان در کوبا و استفاده بعدی از این اموال بر ضد منافع مالک قانونی آنهاست که به آسایش عمومی، آزادی تجارت و توسعه اقتصادی لطمه می‌زند. دومین قسمت اشاره به سیستم بین‌المللی در وضعیت فعلی دارد که حاوی راه حلی کاملاً مؤثر در مقابل چنین اعمالی نیست. سومین قسمت که به نظر می‌رسد به عنوان نتیجهٔ دو قسمت قبلی باشد، اعلام می‌دارد که ایالات متحده در مقابل این نقض حقوق بین‌الملل ازسوی کوبا، که به نظر نمی‌رسد مکانیسم‌های بین‌المللی موجود دولت آن را رفع و جبران بکنند، تصمیم گرفته است عدالت را در مورد خودش اجرا کند. امریکاییان، برای اینکه از پیش انتقاداتی را که پیش‌بینی می‌کردند بر قوانینشان وارد شوند، رد



Nos commentaire sur l'affaire pâte de bois, "L'extraterritorialité revisité ..." op. Cit. , note 17, p. 288 et svts.

۳۳. رجوع شود به تفسیر جامعه اروپا در مورد اصلاحات ۲۲ژوئن ۱۹۸۲ در خصوص مقررات مربوط به نظارت بر صادرات، بند ۱۲.

کرده باشند، تلاش می‌کنند سایر دولتها را مقاعد نمایند که عملشان منطبق با حقوق بین الملل است. آنها اعلام می‌دارند که «حقوق بین الملل برای هر دولتی این اهلیت را قائل است که در مورد اعمال خارج از سرزمینش، که می‌توانند یا فرض براین است که می‌توانند آثار مهمی در آن سرزمین داشته باشند قواعد حقوقی وضع نماید».

حتی‌اگر فرض شود که تئوری امریکایی «آثار» که عموماً آن را منطبق با حقوق بین الملل نمی‌دانند، قابل قبول باشد بهره برداری یک شرکت کانادایی یا مکزیکی از منابع طبیعی که چند سال قبل (بیش از سی و شش سال قبل) توسط دولت کوبا ملی شده اند چه اثری در سرزمین امریکا دارد؟ مطلقاً هیچ اثری ندارد. تنها آثاری که امریکاییان می‌توانند از آن شاکی باشند آثار ناشی از عمل ملی کردن است که دولت کوبا در چارچوب حاکمیت اقتصادیش تصویب کرده است. به عبارت دیگر، صلاحیتهایی که ایالات متحده طبق حقوق بین الملل دارد به آن اجازه نمی‌دهد که فعالیتهای اقتصادی مورد نظر این قانون را مجازات نماید.

قاعده دیگر فراسرزمینی موجود در قانون هلمز- برتون نیز قابل انتقاد است؛ اگرچه کلینتون اجرای آن را برای مدت شش ماه معلق کرده است. اتباع امریکایی، طبق عنوان سوم این قانون،^{۳۴} می‌توانند از محاکم امریکا بخاطر مصادره اموال از سوی کوبا، از هر شخص یا شرکت خارجی که در «دادوست» این اموال دست داشته است تقاضای جبران خسارت کنند. این قاعده قابل انتقاد است، اگرچه هدفش بیشتر جنبه بازدارندگی دارد تا قضایی؛ همانگونه که پروفسور لون فلد اعلام می‌کند: «من فکرمی کنم که هدف اصلی قانون هلمز- برتون افزایش دعاوی نیست، بلکه بازداشت اتباع دولتهای خارجی از تجارت کردن و سرمایه‌گذاری نمودن در کوباست». ^{۳۵} خطر چنین قاعده ای برای شرکتهای کشورهای سوسیالیستی سابق بیشتر است، چون که هم گرایش طبیعی به استمرار روابط با کوبا دارند و هم نیازمند کمک امریکا می‌باشند.

۳۴. در صورت عدم تمدید تعليق، اين متن از اول فوريه ۱۹۹۷ لازم الاجرا مي شود.

35. op. cit., note 5. p. 426.

این قاعده در ظاهر می تواند در پیوند با صلاحیت شخصی دولت باشد. این قاعده آن چیزی را به اجرا می گذارد که حقوق دانان بین المللی اصل شخصیت منفصل.^۷ می خوانند، که دست کم به دولت متبع قریبانی صلاحیت قضایی اعطای می کند. این اصل، بطور عام، در حقوق بین الملل پذیرفته نشده است، اما مانع از آن نیست که برخی دولتها به آن متول شوند. می توان در این مورد، ماده ۱۴ قانون مدنی فرانسه را ذکر نمود. طبق این ماده «تبعه خارجی حتی اگر در فرانسه ساکن نباشد ممکن است در مقابل محاکم فرانسه به لحاظ تهداتی که در کشور خارجی در برابر فرانسویان پذیرفته است محاکمه شود». این قاعده منطبق با حقوق بین الملل نیست و به علاوه ایالات متحده از اوّلین کشورهایی بود که از پذیرش هرگونه اثر ناشی از احکام فرانسوی صادره بر اساس ماده ۱۴ در سرمیش امتناع نمود؛ به این دلیل که مبتنی بر ادعاهای فراسرزمینی غیرقانونی است! مع هذا همین عمل را خود می خواهد با بخش ۳۰۲ قانون هلمز- برتون انجام دهد که پذیرش آن بمراتب سخت تر است، چون که پیش بینی می کند که هر کسی اموالی را بخرد که رابطه مبهم و نا مشخصی با مال مصادره شده در چهل سال پیش داشته باشد، با این عمل تعهدی در مقابل شخصی که اموالش مصادره شده است پذیرفته است و این هم نه هرگونه تعهد؛ زیرا بیگانه متهم به «داد و ستد» (غیرقانونی) شده و می توان او را به پرداخت مبلغی تا سه برابر ارزش مال مصادره شده محکوم کرد.

جالب است به این نکته نیز توجه شود که بخش ۱۰۸ قانون هلمز- برتون که اعطای هرگونه وام، اعتبار یا کمک مالی از سوی اتباع امریکایی و بنگاههای دولتی امریکایی و یا خارجیان ساکن دائم در ایالات متحده به شخصی که در یک معامله ممنوعه دست داشته است ممنوع کرده است، در پیش نویس اوّلیه بعد فراسرزمینی داشت. زیرا ممنوعیت اعطای وام به شخص مجازات شده، در واقع، شامل مؤسسات مالی خارجی هم که سرمایه شان متعلق به امریکاییان است می شود. اما مجلس نمایندگان این قاعده را در جریان بررسی پیش نویس توسط دو مجلس نمایندگان و کنگره در سپتامبر ۱۹۹۵ حذف نمود.

3.6. Personnalité passive

بخشی از انتقادات وارد شده به قانون هلمز - برتون در مورد قانون داماتو - کندی نیز صدق می کند. در این قانون هم کنگره امریکا مدعی قانونگذاری برای کل جهان است: در این مورد هم، حتی با پذیرش دیدگاه امریکا راجع به تئوری «آثار» مشکل می توان از این ادعا پشتیبانی کرد که سرمایه گذاری نفتی توسط یک شرکت غیر امریکایی در ایران یا لیبی اثری در ایالات متحده دارد!

به نظر می رسد مجازاتهای مقرر شده بر ضد لیبی بتواند مشکلات حقوقی ویژه ای را مطرح کند. ایالات متحده ممکن است مدعی شود که قطعنامه ۷۴۸ شورای امنیت برای کلیه دولتها لازم الاتبع است، و طبق حقوق بین الملل مجازاتهای تعیین شده از سوی سازمان ملل متحده را در حقوق داخلی خود وارد کرده و به اجرا گذاشته است. مع هذا چنین نظری خیلی سطحی است و نمی تواند مورد قبول قرار گیرد. در واقع خواندن دقیق قطعنامه ۷۴۸ آشکار می سازد که شورای امنیت در رعایت قواعد بین المللی مربوط به توزیع صلاحیتها میان دولتها بسیار دقیق بوده است؛ بدین بیان که فقط مواردی را به آنها تحمیل کرده است که منطبق با صلاحیتشان می باشد: در این قطعنامه، در واقع از دولتها خواسته شده است که اجرای یک دسته اعمالی را، که ذکر دقیقشان در اینجا ضروری نیست، «برای اتباع خود یا از طریق سرزمینشان ممنوع کنند». بنابراین هیچ چیز به ایالات متحده اجازه نمی دهد که اعمال خارجیان در خارج از سرزمینش را ممنوع یا مجازات نماید.

اگر ایالات متحده نمی تواند به نفع خود مدعی اجرای مجازاتهای ملل متحد درمورد کویا شود، در عوض کنگره آن کشور چنین مجازاتهایی را طبق نظر و میل خود اعلام می کند: کنگره در بخش ۱۰۷ قانون هلمز - برتون، از رئیس جمهور می خواهد که با استناد به نقض وسیع حقوق بشر در کویا که تهدیدی بر ضد صلح و امنیت بین المللی است، و اینکه چنین وضعیتی با وضعیت هائیتی که سازمان ملل در موردش آمبارگو برقرار نمود تفاوت چندانی ندارد، برای تصویب قطعنامه ای توسط شورای امنیت بر اساس فصل هفتم منشور ملل تلاش کند.

فصل دوم

مجازاتهای پیش بینی شده ناقض بسیاری از قواعد عام یا قراردادی حقوق بین الملل هستند

این دو قانون، علاوه بر نقض قاعده توزیع بین المللی صلاحیت بین دولتها، تعرضهای دیگری هم بخصوص در مورد مجازاتهای انتخابی در بر دارد. این تعرضها خیلی گذرا مورد مطالعه قرار می‌گیرد.

الف. نقض قواعد ورود به سرزمین

ممنوعیت ورود به خاک امریکا در قانون هلمز- برتون مغایر حقوق بین الملل است.

البته هر دولت صلاحیت تبعیضی برای تعیین شرایط ورود خارجیان به سرزمینش دارد.^{۳۷} اماً این اصل باید به دو جهت تعدیل گردد. از یک سو وجود صلاحیت تبعیض به این معنا نیست که دولت بتواند خودسرانه و مستبدانه عمل کند. از سوی دیگر، صلاحیتهای تبعیضی دولتها می‌توانند با اراده خودشان در چارچوب تعهدات بین المللی محدود شوند. به نظر می‌رسد که ایالات متحده در قانون هلمز- برتون به وضوح از اختیار قانونگذاری برای ورود به سرزمین خود سوء استفاده کرده باشد. البته دولت می‌تواند به دلیل امنیت ملی یا بهداشت و سلامت عمومی ورود به سرزمینش را ممنوع کند. آیا این ادعا قابل تصور است که ورود اطفال صغیر، یا والدینشان، که مدیر شرکتهای مرتبط با کویا هستند، بتواند به امنیت امریکا لطمہ بزند؟ به نظر می‌رسد که این غیرقابل تصور باشد، مگر برای آقای میکی کانتور^{۳۸} وزیر تجارت امریکا، که در مصاحبه‌ای با نیویورک تایمز در ۱۴ مه

۳۷. برای به دست آوردن یک دید کلی در مورد این مسئله رجوع شود به: Charles Leben "La circulation international des personnes et droit international", Annales de la faculté de droit et de Science Politique de l'Université de Clermont _ Ferrand, Paris, LGDJ, 1978, P. 627.

۳۸. Mickey Kantor

۱۹۹۶ اعلام کرده است، با تصویب قانون هلمز- برتون «ایالات متحده حقوق خود را در حمایت از منافع امنیتی حفظ کرده، و ورود اشخاصی را که طبق قانون امریکا مرتكب جنایات فضاحت بار اخلاقی شده اند به خاک خود ممنوع نموده است.»

ب. نقض قواعد مسؤولیت بین المللی

اگر ایالات متحده معتقد است که کویا با ملی کردن اموال امریکاییان حقوق بین الملل را نقض کرده است، کاری که باید انجام دهد اجرای آیین های موجود بین المللی یا داخلی بر ضد دولت کویاست. ایالات متحده با مجازات کردن اشخاصی که از لحاظ حقوقی نمی توان اعمال کویا را به آنها نسبت داد، در واقع، قواعد انتساب را که بنیادی ترین قواعد مسؤولیت بین المللی هستند نادیده می گیرد؛ باید گفت که در کنار این عمل مسئله عطف به مسابق شدن قانون امریکا نیز مطرح است که می خواهد نتایج ملی کردنها یابی را که تقریباً دو نسل قبل اتفاق افتاده اند مجازات کند.

به علاوه، در مورد ادعاهای کویاییهایی که تابعیت امریکایی کسب نموده اند، معلوم نیست که دولت کویا مرتكب چه عمل خلاف حقوق بین الملل شده است؛ زیرا کویا در واقع اموال اتباع خود را ملی کرده است. اینکه افراد مذبور بعداً امریکایی شده اند نمی توانند عطف به مسابق شده، باعث گردد که عمل کویا در مورد آنها «ملی کردن» محسوب شود.^{۳۶} زمانی که «ملی کردن» متوجه (اموال) یک تبعه خارجی نباشد، نمی توان آنرا یک عمل نامشروع بین المللی تلقی کرد.^{۳۷} دیدگاهی که امریکاییان در اینجا مطرح می کنند بطور ضمنی به هر فردی در دنیا اجازه می دهد که اگر دولت متبوعش لطمه ای به اموال او وارد کرد به

۳۶. ذکر شده توسط:

Andreas Lowenfeld "Agora..." op.cit., note 5, p. 419.

۴۰. این اندیشه مبنای قاعده استمرار تابعیت در اختلاف مربوط به مسؤولیت بین المللی می باشد.

۴۱. دیوان اروپایی حقوق بشر در قضیه لایت گو - (Lightgow et autres v. Royaume Uni) در ۸ ژوئیه ۱۹۸۶ معتقد است که اصول حقوق بین الملل در مورد ملی کردن اموال اشخاص از سوی دولت متبوعشان اجرا نمی شوند.

امريكا مهاجرت و تابعیت امريکایی کسب نماید، سپس منتظر شود تا ایالات متحده يک قانون فراسرزمینی از نوع قانون هلمز- برتون برضد دولت متبع سابق او به اجرا گذارد!

ج. نقض اصول حاکمیت و عدم مداخله

اين که در قانون هلمز- برتون، تنها دولت «ممکن» برای کویا با دقت تعريف و مشخص شده است، يعني دولتی که در واقع مورد قبول ایالات متحده باشد، نقض آشکار اصل عدم مداخله در امور داخلی است. ديوان بين المللی دادگستری در قضیه فعالیتهای نظامی و شبه نظامی امریکا در نیکاراگوئه و عليه آن کشور [اصل فوق] را در قالب عبارات زیر یادآوری نموده است.

«... اصل (عدم مداخله) مطابق اصول عام پذیرفته شده، مداخله مستقیم یا غير مستقیم هر دولت یا هر گروه از دولتها در امور داخلی یا خارجی دولت دیگر را منع می کند. بنابراین مداخله غير مستقیم باید در اموری باشد که در آن امور اصل حاکمیت دولتها به هر دولتی اجازه می دهد که آزادانه برای خود تصمیم بگیرد. از این نوع امور حق انتخاب سیستم سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی و تنظیم روابط خارجی می باشد. در مورد این انتخابها که باید آزاد باشند، دخالت زمانی غیرقانونی است که از طرق اجباری استفاده شود.».

به علاوه، ایالات متحده زمانی که شرکتهای امریکایی طرف معامله با اسرائیل در ۱۹۷۷ با تحریم درجه دو از سوی دولتهای عربی مواجه شوند نیز چنین دلایلی را مطرح می کرد. در آن زمان سنای امریکا قطعنامه ای تصویب نمود و در آن اعلام کرد که «دولت ایالا متحده چنین دخالتی را در حاکمیتش را تحمل نخواهد کرد».

د. نقض قواعد سازمان تجارت جهانی

مدیر کل گات، حتی قبل از تصویب قوانین هلمز- برتون و داماتو- کندي بارها نسبت به تمایل ایالات متحده به انجام اعمال یکجانبه که مخالف سیستم

چندجانبه‌ای است که گات و بعد سازمان تجارت جهانی در تلاش برای تشویق و تحرک بخشیدن به آن هستند، اخطار داده بود. این اخطارها بر ضد اقدامات مقابله به مثل یکجانبه و تعییض آمیزی بود که ایالات متحده، مطابق بخش ۳۰۱ قانون تجارت (۱۹۷۴)، یا ماده ۱۳۰۲ قانون جدید امریکا در مورد تجارت (۲۳ اوت ۱۹۸۸) تصویب کرده بود که گاهی آن را «آبر ۳۰۱» لقب داده‌اند.

می‌دانیم که قواعد تجارت بین‌المللی در جهت ایجاد یک سیستم لیبرال و باز در سطح جهانی گام بر می‌دارند؛ سیستمی که مبتنی بر اصول آزادی مبادلات، عدم تعییض و عمل متقابل می‌باشد و بنابراین هرگونه محدودیت بر آزادی مبادلات را محکوم می‌نماید. قانون هلمز- برتون بطور قطع در تضاد با این اصول است؛ چون که ایالات متحده کلیه مبادلات تجاری با کوبا را ممنوع می‌کند.

البته براین اصول کلی استثنایی وجود دارد، از جمله ماده ۲۱ گات که

اشعار می‌دارد:

«هیچ یک از مقررات این موافقتنامه به گونه‌ای تقسیر نخواهد شد...»

(ب) ... که مانع دولتها متعاهد از تصویب مقرراتی شود که وجود آنها را برای

حفظ منافع اساسی امنیت خود ضروری می‌داند».

همانطور که قبلًا اشاره شد، از همان ابتدا به نظر می‌رسد که دلیل مطروحه از سوی ایالات متحده مبنی بر اینکه مقامات رسیدگی کننده به اختلاف، وجود چنین تهدیدی را احراز و مشخص می‌کنند از اعتبار چندانی برخوردار نباشد.

همچنین احتمالی قوی وجود دارد که قانون داماتو- کنڈی «موافقتنامه جدید در مورد مقررات مربوط به سرمایه‌گذاری در قلمرو تجارت» (MIC در فرانسه یا TRIM در انگلیس) را که در ۱۹۹۴ به گات منضم شده است نقض نماید. این موافقتنامه، در واقع، حاوی مقرراتی در خصوص سرمایه‌گذاریهای مربوط به تجارت کالا است. این مقررات در تضاد با اصول بنیادین گات، بخصوص ماده ۴ - ۳ در مورد الزام به انجام رفتار یکسان و ماده ۱ - ۱۱ در مورد حذف محدودیتهای کمی مبادلات، می‌باشند. قانون داماتو- کنڈی مجازاتهایی برای ممنوع کردن واردات از

شرکتهای مشمول این قانون پیش بینی کرده است، و آن به دلیل سیاست سرمایه‌گذاری آن شرکتها می‌باشد. به نظر می‌رسد که چنین مجازات‌هایی مخالف اصل آزادسازی مبادلات بین‌المللی بر مبنای گات باشند. البته، ماده ۳ «موافقتنامه جدید در مورد مقررات مربوط به سرمایه‌گذاری در قلمرو تجارت» اجرای همان استثنایات مندرج در گات، و بخصوص ماده ۲۱ مذکور در قبل، را پیش بینی کرده است. بنابراین همان مشکلات تفسیر در اینجا هم مطرح می‌شوند. واضح است که کلیه این مسائل بسیار پیچیده نیاز به تحقیقات وسیعتری دارند.^{۴۳}

هـ. نقض قواعد موافقتنامه امریکای شمالی در مورد تجارت آزاد (نفتا یا آتنا)

قانون هلمز- برتون ناقض اصل آزادی گردش تجار است؛ اصلی که ایالات متحده در ماده ۱۶۰۳ نفتا حداقل در مقابل کانادایها و مکزیکها پذیرفته است. می‌توان گفت که ماده (۳) ۳۰۹ نفتا این حق را برای ایالات متحده شناخته است که بتواند از آمبارگو بر ضد کوبا استفاده کند، اما این استثنای فقط در روابط اقتصادی بین امریکاییان و کوبا جاری است. این ماده، بطور دقیق‌تر، پیش بینی نموده است که ایالات متحده امریکا می‌تواند برای ممانعت از ورود تولیدات کوبا به خاک خود از طریق کاتادا یا مکزیک مقرراتی وضع نماید. به نظر نمی‌رسد که این ماده امکان تصویب مقررات تبعیض آمیز نسبت به تجارت مکزیکی یا کانادایی و خانواده‌هایشان را بدهد.

و. نقض منشور سازمانهای بین‌المللی

همچنین احتمال قوی وجود دارد که بخش ۱۰۴ قانون هلمز- برتون، که تا بحال به آن اشاره نشده است، منشور مؤسس برخی از سازمانهای بین‌المللی را نقض نماید. این ماده پیش بینی می‌کند که، اگر وام یا هر نوع کمک مالی دیگری

۴۳. در مورد این مسائل رجوع شود به:

Patrick Juillard, Chronique de droit international économique, AFDI, 1993, p. 784.

توسط یک مؤسسه بین المللی - یعنی صندوق بین المللی پول، بانک بین المللی ترمیم و توسعه، انجمن بین المللی توسعه، شرکت مالی بین المللی، آژانس تضمین سرمایه‌گذاری‌های چند جانبه یا بانک امریکایی توسعه، علی‌رغم مخالفت ایالات متحده به کوپا داده شود، خزانه دار امریکا، در صورت افزایش سرمایه، از پرداخت مبلغ معادل آن (وام یا کمک) به مؤسسه‌ای که در مقابل امریکا ایستادگی و با آن مخالفت کرده است ممانعت خواهد نمود. بهتر است که ایالات متحده در این مورد بیشتر جانب احتیاط را حفظ کند.

ز. نقض قواعد سازمان همکاری و توسعه اقتصادی

سازمان همکاری و توسعه اقتصادی از تصویب دو قانون امریکایی که تبلور عملکرد «یکجانبه» ایالات متحده هستند، بشدت ابراز نگرانی کرده است؛ نگرانی که اغلب در این سازمان اعلام شده است. سازمان همکاری و توسعه اقتصادی، بویژه تلاش می‌کند که با تعهدات متضادی که ممکن است از تصویب قوانین فراسرزمینی برای عاملان اقتصادی ایجاد شوند.

اعلامیه نهایی آخرین کفرانس وزرای سازمان همکاری و توسعه اقتصادی که ۲۱ و ۲۲ مه ۱۹۹۶ در پاریس برگزار شد، فقط از دولتها می‌خواهد که از «توسل به مقررات متضاد با قواعد سازمان تجارت جهانی در قلمرو مبادلات و سرمایه‌گذاریها» امتناع نمایند. به نظر می‌رسد، علی‌رغم این اعلامیه موجز و مختصر، بحثهای جنجال برانگیزی در اجلاس پاریس در مورد «مقرراتی که ایالات متحده بیش از پیش تصویب می‌کند و باعث می‌شود که سایر کشورها وارد زورآزمایی با ملت‌های شوند که به زعم واشنگتن مرتکب جنایت شده‌اند و در صف اول کوپا، ایران یا لیبی قرار دارند» "انجام شده باشد.

به علاوه احتمال دارد که در پرتو قواعد سازمان همکاری و توسعه اقتصادی برخی معجازاتهای مصوب غیرقانونی باشند. برای مثال به نظر می‌رسد که امتناع از

۴۴. رجوع شود به:

Le Monde, 24 mai 1996, Alain Vernholes "les Pratiques Commerciales américaines critiquées au Sein de l'OCDE .

اعطایی برخی وامهای پیش بینی شده در قانون داماتو- کنندی مخالف قواعد آزادسازی (گردنش سرمایه) سازمان همکاری و توسعه اقتصادی باشد؛ قواعدی که برقراری برخی محدودیتها در گردنش سرمایه میان دولتهای متعاهد را غیر قانونی می‌دانند. در هر حال سازمان همکاری و توسعه اقتصادی تأمل و بررسی عمیق را در مورد این مسائل آغاز کرده است.

همچنین مجموعه قواعد سازمان همکاری و توسعه اقتصادی در مورد تعهدات متضاد، رهنمودهای خوبی برای تعديل استفاده فراسرزمینی از صلاحیت قانونگذاری توسط دولتها دارد. البته، این مجموعه قواعد که در سال ۱۹۸۴ تصویب و در ۱۹۹۱ به اعلامیه اصول راهبرد سرمایه‌گذاریهای بین‌المللی و شرکتهای چند ملیتی ضمیمه شده است از لحاظ حقوقی الزام آور نیست؛ اماً بطور قطع اصولی را مطرح می‌کند که بخشی از اصول حاکم بر نزاکت و روابط دوستانه بین ملت‌هاست. (این اصول مبتنی بر احترام به حقوق و منافع یکدیگر است) که از سوی امریکاییان مطرح شده است.

به علاوه، بحثها در چارچوب سازمان همکاری و توسعه اقتصادی برای تصویب یک سند حقوقی الزام آور تحت عنوان «موافقتنامه چندجانبه در مورد سرمایه‌گذاری» ادامه دارد. در صورت تصویب این موافقتنامه، قواعد آن توسل و استفاده از مقرراتی همچون مقررات مندرج در دو قانون امریکایی را ممنوع می‌کنند. چونکه این مقررات مانع از تحقق هدف این موافقتنامه که تلاش برای تشویق و تحرک بخشیدن به گردنش آزاد سرمایه است، می‌باشند.

● نتیجه

قانون هلمز- برتون «بخشی اغراق‌آمیز و نامعمول از قوانین ایالات متحده امریکا» توصیف شده است.^{۴۵} اگرچه قانون داماتو- کنندی بر ضد ایران و لیبی

۴۵. رجوع شود به:

Andreas Lowenfeld, "Agora" op. cit note 5, p. 433.

برخی از همان انتقادهای وارد بر قانون هلمز- برتون را برانگیخته است، مع ذلک قانون اخیر از شدت بیشتری برخوردار است. این دو قانون بطور قطع در پرتو حقوق بین الملل از سه جهت نامشروع هستند: آنها قواعد فراسرزمینی در تعارض با حقوق بین الملل عام ایجاد کرده، مقررات مربوط به مسؤولیت بین المللی را خدشه دار نموده و مجازاتهایی را پیش بینی کرده اند که توسط قواعد عرفی یا قراردادی مورد قبول ایالات متحده منوع شده اند.

علی‌رغم مغایرت بارز قوانین امریکا (هلمز- برتون، داماتو- کندی) با حقوق بین الملل، باید گفت که آنها کارایی بسیار زیادی، نه فقط الزاماً برای دستیابی به هدف سیاسی بلکه برای بازداشت برخی از شرکتها دارند؛ شرکتهایی که به لحاظ ترس از تعقیب و مجازات در ایالات متحده ترجیح خواهند داد از اجرای پروژه‌های اقتصادی خود در کوبا، در ایران یا در لیبی دست بردارند. اخبار موجود حاکی از چنین واکنشهایی از سوی این شرکتها است: گفته می‌شود که شرکتهای زاپنی ممکن است از اجرای برخی پروژه‌های خود در ایران دست بکشند؛ همین وضعیت در مورد شرکت (فرانسوی) إلف- آکیتن نیز صدق می‌کند؛ "شرکت مکزیکی سمکس" نیز خود را از فعالیت در کوبا کفار کشیده است، زیرا سرمایه گذاریهای کلانی در ایالات متحده دارد؛ انصراف شرکت استرالیایی بی‌اچ‌پی^{۴۶} از ساخت لوله گاز به طول هزار و پانصد کیلومتر میان ایران و پاکستان نیز به عنوان یکی از آثار مقررات جدید امریکا ارزیابی شده است.^{۴۷} همانطور که گفته شد تصویب این

۴۶. اما اخبار جدید عکس مسأله را نشان می‌دهد. آقای محمود واعظی، معاون وزیر امور خارجه ایران، در هنگام بازدید از پاریس، اعلام کرد که مذاکرات با شرکت الف «برای اجرای پروژه‌ای به ارزش بیش از یک میلیارد دلار» جریان دارد. رجوع شود به:

Le Monde 10-11 novembre 1996, "Téhéran Projette d'acheter dix Airbus et des Satellites de télécommunications.

47. Cemex.

48. Broken Hill Proprietary.

۴۹. نگاه کنید به:

Asia Times, 7 août 1996, US sanctions law begins to take toll.

قوانین نتیجه «امتزاج گستاخی و نادانی» ایالات متحده است.^{۵۰} در هر حال، این تصویر جدیدی از عملکرد یکجانبه‌ای است که ایالات متحده با آن مأнос می‌باشد.

فقط می‌توان آرزو کرد که سایر دولتها، با ایجاد یک جبهه واحد، بخصوص در چارچوب اروپا، امریکا را وادار به عقب نشینی کنند. این چیزی است که دست کم بعد از انتخاب ریاست جمهوری (در زمان تدوین این مقاله هنوز انتخابات ریاست جمهوری امریکا برگزار نشده بود)، کاملاً غیرقابل تصور نمی‌نماید.

آیا قرن ییست و یکم، که در انتخابات ریاست جمهوری امریکا بارها به آن استناد شده است، شاهد ظهور یک نظام حقوقی بین‌المللی خواهد بود که فقط تحت سلطه یک قدرت است؟ یا اینکه شاهد تعمیق و استقرار جامعه‌ای بین‌المللی خواهد بود که مبتنی بر برابری کلیه دولتها می‌باشد؟



دکتر محسن محبی



ضمانتنامه های بانکی
در رویه دیوان داوری دعاوی
ایران - ایالات متحده





● مقدمه:

۱- دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده که در اردیبهشت ماه ۱۳۶۱ آغاز به کار نموده، براساس بیانیه های الجزایر مورخ ۱۳۵۹/۱۰/۲۹ تشکیل گردید و اکنون قریب ۱۶ سال از عمر آن می گذرد. بیانیه های الجزایر که توسط «دولت مردمی و دموکراتیک الجزایر» صادر و منتشر گردیده، متنضم توافق های دولتین جمهوری اسلامی ایران و ایالات متحده است که از طریق مذکوره غیر مستقیم به میانجیگری دولت الجزایر به آن دست یافتند و هدف آن پایان دادن به بحران ۴۴۴ روزه ناشی از تصرف سفارت سابق امریکا در تهران توسط دانشجویان پیرو خط امام بوده است. بیانیه های الجزایر مشتمل بر سه سند اصلی است موسوم به «بیانیه عمومی» یا «بیانیه های کلی»، «بیانیه حل و فصل دعاوی» و «سند تعهدات».^۱ بیانیه عمومی حاوی تعهدات پایه و اصولی دولتین است برای آزادی و عزیمت ۵۲

۱- برای ملاحظه متن بیانیه های الجزایر و ترجمه فارسی آنها، رک: مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۱، اسناد بین المللی. - معمولاً وقتی بیانیه های الجزایر گفته می شود، مراد همین سه سند است منتهی علاوه بر اینها، تمدادی موافقنامه های امانی و فتی نیز متعاقباً تنظیم و اعضا شده که موضوع آنها تدوین و تعیین نحوه اجرای بیانیه ها بویژه از حیث نگهداری حساب امانی (حساب تضمینی) دیوان داوری برای پرداخت احکام صادره عليه ایران و نیز مسائل بانکی و



نفر اتباع امریکا که در تهران گروگان بودند از یکبیو، ورفع انسداد و آزاد سازی اموال و داراییهای ایران و انتقال آن به ایران (بانک مرکزی) از سوی دیگر. علاوه بر این، چون تعداد زیادی از خواهانهای امریکایی با طرح دعوی در محاکم امریکا، اموال و داراییهای ایران را در ازای مطالبات و ادعاهای خود بازداشت کرده بودند ولی با آزاد سازی و انتقال این اموال به ایران دعاوی آنها بلا تأمین می‌ماند، لذا طی ترتیباتی که در بیانیه‌های الجزایر و برای حل و فصل بحران اتخاذ شد، دولتین توافق کردند که یک دیوان داوری بین‌المللی و مستقل هم تشکیل دهنده و این قبیل خواهانها هدایت شوند که دعاوی خود را نزد آن دیوان طرح نمایند و مضافاً ایران نیز بتواند دعاوی خود را مطرح کند. در پرتو همین توافق اصولی است که امریکا در بیانیه عمومی (اصل کلی ب) تعهد کرده نسبت به ختم کلیه دعاوی مطروحه از جانب اتباع امریکا علیه دستگاههای دولتی ایرانی اقدام و حل و فصل آنها را به داوری الزام آور ارجاع کند. «بیانیه حل و فصل دعاوی» در واقع شرح جزئیات و نحوه انجام این داوری است و مشتمل است بر مقرراتی برای نحوه تشکیل دیوان داوری، قلمرو صلاحیت آن، قواعد داوری و سایر مطالب مربوط به دیوان. و اما موضوع «سند تعهدات» عبارت است از تخصیص مبالغی برای (۱) پرداخت بدھی‌های ایران ناشی از وامهای سندیکایی امریکایی؛ (۲) بدھی‌های بانکی غیر سندیکایی ایران به بانکهای امریکایی و تسوبه آنها؛ و بالاخره (۳) تسوبه «مبالغ مورد اختلاف» بین طرفین که منشأ آن معاملات بانکی بوده است. نکته‌ای که ذیل بند ۲ (ب) سند تعهدات آمده و از نظر مقاصد این مقاله مهم است عبارت است از اینکه هرگاه طرفین ظرف ۳۰ روز در مورد تسوبه «مبالغ مورد اختلاف» به توافق نرسند، می‌توانند به داوری مراجعه کنند و هرگاه نتوانند ظرف ۳۰ روز درباره نحوه



تکنیکی مربوط به آزاد سازی و انتقال سپرده‌ها و داراییهای ایران است. طرفهای موافقتنامه‌های فنی و امانی حسب مورد عبارتند از: بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران، فدرال رزرو امریکا، بانک اف انگلند، بانک مرکزی الجزایر، بانک مرکزی هلند و نیز بانک تسوبه هلند که حساب تضمینی دیوان نزد آن افتتاح شده است. برای اطلاع بیشتر، رک: احمدی و استانی، شرح مختصر بیانیه‌های الجزایر، مجله حقوقی، شماره ۱، ص ۹؛ نیز برای ملاحظه متن دو موافقتنامه امانی و فنی، رک: مجله حقوقی، شماره ۲، اسناد بین‌المللی.

چنین داوری به توافق دست یابند، می‌توانند به همان دیوان داوری دعاوی ایران-ایالات متحده رجوع نمایند. چنانکه بعداً خواهیم دید، همین قید صلاحیتی در سند تعهدات، از جمله مسائل مورد اختلاف در دعاوی مربوط به ضمانتنامه‌های بانکی بوده است.

۲. از جمله دعاوی که در دیوان داوری مطرح گردیده، دعاوی ناشی از ضمانتنامه‌های بانکی است که هم از جهت تعداد و هم از جهت مبالغ خواسته، قابل توجه و معتنابه بوده است. رویه دیوان داوری در دعاوی مذکور از نظر حقوقی قابل بررسی و مطالعه است زیرا بعنوان رویه مرجع داوری بزرگی که گاه از آن به بزرگترین داوری در تاریخ حقوق بین الملل معاصر نیز تعبیر شده است^۱، در بردارنده نکات مهمی در زمینه «حقوق ضمانتنامه‌های بانکی» است. در این نوشتة مروری خواهیم کرد بر رویه دیوان در زمینه دعاوی ضمانتنامه‌ها، با این هدف که ببینیم دیوان داوری چه کمک و مشارکتی در توسعه این رشته نسبتاً پیچیده و جوان حقوق تجارت بین الملل و رفع ابهامات آن نموده، و آیا توانسته با استفاده از اقتدار قضایی و امکانات خاصی که به لحاظ ساختار و صلاحیت در حوزه‌های مختلف حقوق خصوصی و حقوق عمومی داشته قواعد و احکام متقن و جامعی برای قانونمند کردن رژیم حقوقی ضمانتنامه‌های بانکی تبیه و وضع کند یا دست کم قواعد عرفی یا قراردادی موجود را که مبهم و گاه محافظه کارانه است، تکامل بخشید و شفاف تر سازد یا خیر؟ جستجوی پاسخ برای پرسش‌هایی از این گونه، انگیزه‌هایی است که این مقاله به ساقه آنها به رشتہ تحریر درآمده است. نتیجه تفصیلی این نوشتار به دنبال مرور تحلیلی که از رویه دیوان به دست خواهیم داد، در پایان مقال معلوم خواهد شد؛ اما در آغاز سخن به اشارت بگوییم و بگذریم که عملکرد دیوان در این باب ناهماننگ و ناپیوسته است و از فرصت یگانه‌ای که برای توسعه و تبیین بیشتر این حوزه حقوقی داشته، چنانکه شایسته است استفاده نکرده، سهل است گاه

2. R. Lillich (ed.), *The Iran-U.S. Claims Tribunal 1981-1983, (Forward)* p. 7.

آشتفتگی بیشتری را سبب شده است.

۳- دعاوی ضمانتنامه های بانکی در دیوان داوری، مشتمل بر سه گروه است.

این تقسیم بندی هم به اعتبار سبب و منشأ دعوى (علت دعوى: cause of action) است و هم به اعتبار خواسته دعوى اینکه محل نزاع (point at issue) چه بوده است. با این تذکار که موضوع دعوى (subject matter) در همه موارد «ضمانتنامه بانکی» بوده است. ممکن است گفته شود گوناگونی سبب در دعاوی ضمانتنامه هایا یا تنوع خواسته در آنها، از نظر روش طبقه بندی علمی مانع از آن است که مجموعه حقوقی نظامواره و معنا داری از آنها بسازیم که زیرمجموعه های داخل این نظام (سیستم) که از احکام و قواعد حقوقی واحدی تبعیت نمایند.^۲ اما چنانکه در مطابقی بحث خواهیم دید، نقطه اتصال و ارتباط در مجموعه دعاوی ضمانتنامه های بانکی، ویژگیهای موضوعی خود ضمانتنامه است و نه سبب دعوى یا خواسته مربوط به آن. نیز خواهیم دید که به لحاظ غفلت از همین نقطه اتصال و اشتراک است که رویه دیوان داوری در این دعاوی پراکنده و ناهمانگ است.

و اما سه گروه دعاوی ضمانتنامه های بانکی در دیوان داوری که در

قسمت های جداگانه این نوشتار مطالعه و بررسی می کنیم:

- دعاوی قراردادی (بخش اول):

- دعاوی صلاحیتی (بخش دوم):

- دعاوی عهدنامه ای (بخش سوم):

گرچه در هر سه گروه، حق دعوى معطوف به خود ضمانتنامه و یا حداقل متاثر از آن است، اما هر کدام حول محور خاصی مطرح شده است: در گروه اول قرارداد موضوع ضمانتنامه اولویت دارد، گروه دوم ضمانتنامه ها در پرتو مسائل صلاحیتی دیوان مطرح شده، اما وجه شاخص و ملاک در گروه سوم ارتباط

۲. برای ملاحظه نحوه کاربرد نظریه مجموعه ها و بطور کلی انفورماتیک در مطالعه موضوعات و مسائل حقوقی، رک: دکتر حسن حبیبی، انفورماتیک حقوقی، انتشارات کیهان، ۱۳۷۳ تهران (بویژه فصل های ۵ و ۶).

ضمانتنامه با تعهدات عهداً نامه‌ای امریکا در بیانیه الجزایر است. نقش مشترکات دعاوی ضمانتنامه‌ها بویژه مسأله استقلال ضمانتنامه بانکی از قرارداد اصلی و اهمیتی که در دعاوی مذکور داشته و نیز درک بهتر ابعاد و مشخصات دعاوی ضمانتنامه‌ای در دیوان اقتضا می‌کند که ابتدا چند موضوع مقدماتی را که در واقع مدخل ورود به بحث و بررسی رویه‌های دیوان است، توضیح دهیم. بنابراین قسمت اول این مقاله را به همین مباحث تمهیدی و مقدماتی اختصاص می‌دهیم و سپس در قسمت‌های دوم و سوم و چهارم، سه گروه دعاوی گوناگون ضمانتنامه‌ها را به ترتیب فوق مطالعه و تحقیق می‌کنیم.

قسمت ۱ در تمهید موضوعات

ضمانتنامه‌هایی که نزد دیوان داوری مطرح شده‌اند از نوع ضمانتنامه‌های بین‌المللی و متقابل است که به صورت بدون قید و شرط و عنده‌المطالبه صادر شده‌اند و همین وصف نه تنها آنها را از حوزه حقوق داخلی بیرون می‌برد، بلکه احکام خاصی را بر آنها مترتب می‌سازد که استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی یا پایه، مهم‌ترین آنها است. بنابراین، نخست جایگاه حقوقی آنها را ب نحو اجمالی و اختصار معلوم می‌کنیم (الف)؛ سپس مکانیسم صدور ضمانتنامه متقابل را توضیح می‌دهیم (ب)؛ آنگاه اصل استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی (ج)؛ و بالاخره استثنایات این اصل را بررسی می‌کنیم (د).

الف. جایگاه حقوقی ضمانتنامه‌های بین‌المللی

۴. ضمانتنامه‌های بین‌المللی طبعاً در قراردادهای بین‌المللی صادر می‌شوند و مورد استفاده قرار می‌گیرند. ضمانتنامه‌هایی که در قراردادهای داخلی و

در چارچوب حقوق داخلی صادر می شوند، چه از حیث ماهیت حقوقی و چه از حیث مرجع صالح برای رسیدگی به دعاوی ناشی از آنها، مشمول مقررات و قوانین داخلی کشور محل صدور است. تا جایی که به حقوق ایران مربوط می شود، ضمانتنامه بانکی غیر از ضمان عقدی است که موضوع قانون مدنی است بلکه ضمانتنامه ها از نوع قراردادهای خصوصی مشمول ماده ۱۰ قانون مدنی می باشد؛ هرچند عده ای آن را از نوع تعهد به نفع شخص ثالث دانسته اند، زیرا هیچ رابطه حقوقی بین بانک و ذی نفع (مضمون له) وجود ندارد، بلکه به اعتبار رابطه قراردادی بین مضمون عنه (ضمانتخواه) و بانک است که بانک (ضمانت) به نفع شخص ثالث (ذی نفع یا مضمون له) تعهد می کند ضمانتنامه ای صادر و پرداخت کند. افزون بر این، چون ضمانتنامه را بانکها صادر می کنند و جزء عملیات بانکی است و بانکداری هم از جمله اعمال تجاری است، بنابراین ضمانتنامه های بانکی را باید بیشتر مشمول احکام اعمال تجاری دانست تا مدنی.^۴ به هر حال، اگر تعابیری از قبیل ضامن، مضمون عنه و مضمون له در مورد ضمانتنامه های بانکی در این مقاله به کار می رود، بیشتر از باب سهولت در تعبیر و بیان است و نباید موجب شود که این سند بانکی مشمول مقررات قانونی مدنی تلقی گردد.

۵. ضمانتنامه های بین المللی، مباحثی از حقوق بین الملل خصوصی را پیش می آورد، زیرا درست است که ضمانتنامه بین الملل در زمان صدور (اعقاد عقد یا ایجاد حق) خواه ناخواه در حوزه حقوق داخلی کشور متبع صادر کننده پدید آید اما در مرحله استفاده و کاربرد عملی (اجرای عقد یا استیفای حق) با قوانین

۴. در مورد ماهیت حقوقی ضمانتنامه های بانکی در حقوق داخلی رک: دکتر ناصر کاتوزیان، «حقوق مدنی (عقود اذنی، ویثه های دین)»، چاپ اول (۱۳۶۴) شماره ۱۶۰ به بعد؛ دکتر بهروز اخلاقی، «بعضی پیرامون ضمانتنامه های بانکی»، مجله کانون وکلا شماره ۱۴۸۱۴۹، ص ۱۵۳؛ دکتر سید محمود کاشانی، «ضمانتنامه بانکی»، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق شهید بهشتی، شماره ۱۷، ۱۶، ص ۱۳۹؛ دکتر علی فتحی پور، «ضمانت در معاملات بین المللی»، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۱۳، ص ۱۳۱. در مورد مسائل حقوقی ضمانتنامه های بانکی در حقوق امریکا، رک: مأخذ مندرج در پاورقی های ۶ و ۷ ذیل.

کشور ذینفع یا بانک او در کشور ثالث ارتباط می‌یابد و در صورت بروز اختلاف و دعوی نیز چه بسا در معرض صلاحیت محاکم کشورهای مختلفی قرار گیرد. بحث و تفصیل این مقولات ما را از اهداف اصلی خود دور می‌کند، مع ذلك همین قدر اشاره می‌کنیم که ضمانتنامه بانکی بین المللی از حیث توصیف در شمار تعهدات قراردادی است و قانون حاکم بر آن بایستی مطابق قواعد حل تعارض ناظر به قراردادها تعیین شود. عموماً، در غیاب هرگونه توافق دیگر، قانون کشور بانک ضامن حاکم بر ضمانتنامه است و مرجع صالح برای رسیدگی به دعاوی ناشی از آن نیز محاکم همان کشور می‌باشد.

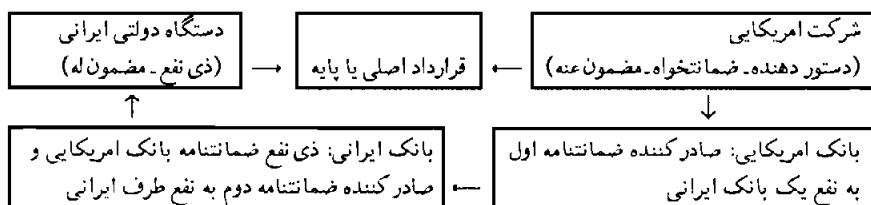
۶. در واقع به علت تعدد طرفها در ضمانتنامه بین المللی و نیز به علت ارتباط آن با قرارداد اصلی - که خود از نوع قراردادهای بین المللی است - دعاوی ناشی از ضمانتنامه‌ها اغلب با حقوق داخلی کشورهای مختلف ضامن، مضمون له یا مضمون عنده ارتباط می‌یابد و مشکلات تعارض قوانین یا تعارض صلاحیت را مطرح می‌کند. حتی اگر همه طرفها توافق کنند که ضمانتنامه مشمول مقررات متحده‌الشكل ضمانتنامه‌ها مصوب اتفاق باز رگانی باشد که احکامی در باب قانون حاکم و مرجع صالح دارد، باز هم احتمال بروز این مشکلات وجود دارد؛ زیرا این مقررات چیزی بیش از یک شرط قراردادی نیست که نفوذ و اعتبار آن تا جائی است که با قوانین داخلی کشور ذی ربط مخالف و مباین نباشد.^۰

۵. ماده ۲۷ «مقررات متحده‌الشكل ضمانتنامه‌های عند المطالبه» که اتفاق باز رگانی بین المللی (ICC) تدوین کرده مقرر نموده «قانون حاکم بر ضمانتنامه یا ضمانتنامه مقابله، قانون کشور مرکز فعالیت بانک ضامن یا بانک مستوردهنده در ضمانتنامه مقابله است، و اگر بیش از یک این که در متن ضمانتنامه یا ضمانتنامه مقابله طور دیگری مقرر شده باشد.» در مورد مرجع صالح دعاوی ضمانتنامه‌ها، ماده ۲۸ مقررات مذکور محاکم همان کشوری را صالح به رسیدگی می‌داند که قانون او طبق ماده ۲۷ حاکم بر ضمانتنامه است. رک:

The ICC Uniform Rules for Demand Guarantee (URDG) (1992), ICC Publication, No. 458 (1992), Paris.

ب. مکانیسم ضمانتنامه های متقابل

۷. گفتیم ضمانتنامه هایی که در دیوان داوری مطرح شده اند از نوع ضمانتنامه های بین المللی متقابل است بطور کلی ضمانتنامه هایی که در قراردادهای بین المللی صادر می شوند، یا به صورت مستقیم است یا متقابل. در ضمانتنامه مستقیم، مضمون عنه به بانک طرف معامله خود دستور می دهد ضمانتنامه ای با مشخصات و مبلغ و سررسیدی که قبلاً در قرارداد اصلی مشخص شده، به نفع طرف قرارداد او (مضمون له) صادر کند که اگر بانک مذکور مورد شناسایی و اعتماد ذی نفع باشد، مستقیماً ضمانتنامه ای به سود او صادر می کند. اما گاه پیش می آید که ذی نفع شناسایی و اعتمادی نسبت به بانک طرف معامله مضمون عنه ندارد و ترجیح می دهد بانک مورد قبول خود او ضمانتنامه را صادر کند، در این صورت ضمانتنامه به صورت متقابل صادر می شود؛ به این معنی که مضمون عنه به بانک خود دستور می دهد ضمانتنامه ای با مشخصات مورد نظر به نفع بانک مورد قبول مضمون له صادر کند و آن بانک را مجاز دارد که متقابلاً ضمانتنامه دومی به نفع مضمون له طرف قرارداد او صادر نماید. ضمانتنامه های تنظیم شده توسط شرکتهای امریکایی که با دستگاههای دولتی ایرانی قراردادهایی داشتند، به همین روش متقابل صادر شده است.



علت به کارگیری این مکانیسم در قراردادهایی که شرکتهای امریکایی با دستگاههای دولتی ایرانی داشتند، آن بود که طرف ایرانی قرارداد شناختی به بانکهای امریکایی نداشت و مضارفاً چون دستگاه دولتی بودند ضمانتنامه قراردادهای اورا باید یک بانک ایرانی (بانک مرکزی که بانکدار دولت است)

صادر کند. از طرفی شرکت امریکایی هیچگونه رابطه بانکی و معاملاتی با بانکهای ایرانی نداشت تا از آنها درخواست صدور ضمانتنامه کند مگر اینکه معادل تمام وجه ضمانتنامه را نزد بانک ایرانی وثیقه بسپرد که این امر برای او نه اقتصادی و نه مقدور بود. اما چون در کشور خود روابط اعتباری و بانکی خوبی با بانکهای امریکایی داشت، می‌توانست از آن طریق ضمانتنامه مورد نیاز را تهیه کند. بنابراین راه حل مشکل آن بود که دو بانک امریکایی و ایرانی که با یکدیگر روابط و معاملات جاری داشتند، وارد عمل شوند و هر کدام از جانب مشتری خود انجام کار را به عهده گیرند. این بود که شرکت امریکایی به بانک امریکایی طرف معامله خود دستور می‌داد ضمانتنامه‌ای به نفع یک بانک ایرانی صادر کند و به او دستور دهد و او را مجاز دارد که ضمانتنامه‌ای به نفع دستگاه دولتی طرف قرارداد او صادر نماید. در واقع ضمانتنامه بانک امریکایی، در حکم وثیقه‌ای بود که بانک ایرانی برای صدور ضمانتنامه به نفع طرف ایرانی لازم داشت. این قبیل ضمانتنامه‌ها را اصطلاحاً ضمانتنامه مقابل (counter-guarantee) گویند.

۸. ضمانتنامه‌هایی که در قراردادهای شرکتهای امریکایی با دستگاههای دولتی ایرانی صادر می‌شد از نوع بدون قید و شرط یا عندالمطالبه بود و روش مطالبه و دریافت آن بسیار ساده بود. به این معنی که در ضمانتنامه بانک امریکایی به نفع بانک ایرانی قید می‌شد که به محض اولین مطالبه بانک ایرانی با اعلام اینکه ذی نفع ایرانی ضمانتنامه خود را مطالبه کرده، بانک امریکایی مکلف است وجه ضمانتنامه را پرداخت کند. گاه قید می‌شد که هنگام مطالبه باید اعلام شود که شرکت امریکایی از تعهدات قراردادی خود قصور و تخلف کرده است، اما این به معنای مشروط کردن ضمانتنامه نبود تا تعهد پرداخت بانک را موكول به احراز قصور و تخلف مضمون عنه کند. متن ضمانتنامه بانک ایرانی نیز مضمون مشابهی داشت و در ازای اولین مطالبه ذی نفع قابل وصول بود. مضمون این ضمانتنامه‌ها اغلب این گونه بود که «این بانک تعهد می‌کند تا مبلغ — به محض اولین مطالبه کتبی شما، بدون اینکه نیازی به هیچ گونه تشریفات یا اقدامات اداری یا

قضایی باشد، پرداخت کند. این ضمانتنامه تا تاریخ — معتبر است و با اولین درخواست ذی نفع قابل تمدید می باشد و اگر بانک نخواهد یا نتواند آن را تمدید کند وجه آن را پرداخت می کند.» به این ترتیب، ضمانتنامه های بدون قید و شرط در واقع در حکم «چک سفید» و بدون «بابت» بود که استفاده از آن تماماً در اختیار ذی نفع قرار داشت و به ضمانتنامه های «خودکشی» شهرت یافته بود، زیرا بانک با چنین تعهد مطلق و منجزی هیچ عذر و بهانه ای برای امتناع از پرداخت نداشت و به محض مطالبه ذی نفع باید آن را می پرداخت، یا اگر ذی نفع درخواست تمدید سرسید ضمانتنامه را می کرد ولی بانک نمی توانست یا نمی خواست تمدید کند، مکلف بود وجه آن را بپردازد.

ج. استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی

۹. هر چند ضمانتنامه بانکی به درخواست مضمون عنه و در چارچوب روابط قراردادی طرفین صادر می شود، اما ویژگی بدون قید و شرط بودن ضمانتنامه، از نظر حقوقی آن را یکسره از قرارداد اصلی مستقل و منفک می سازد. به علاوه، درست است که هدف ضمانتنامه تضمین و تأمین تعهداتی است که مضمون عنه در قرارداد اصلی به عهده گرفته است و همین واقعیت منطقاً آن را به قرارداد پیوند می زند و به همین جهت اگر معلوم شود مضمون عنه تعهدات قراردادی خود را به درستی انجام داده، ضمانتنامه هم به حکم قضیه سالبه به انتفاء موضوع، متفقی موضوع خواهد شد؛ اما خصلت بدون قید و شرط بودن ضمانتنامه این پیوند را قطع می کند. به عبارت دیگر، تعهد ناشی از ضمانت در وضع اولیه خود و علی الاصل یک تعهد ثانوی و وابسته است، بدین معنی که اگر مضمون عنه تعهد اولیه مندرج در قرارداد را انجام ندهد، تعهد ضامن لازم الاداء می شود و می توان به ارجوع کرد. اما هیچ اشکالی ندارد که طرفین با قید «شرط بلاشرط» ضمانت را به تعهد اولیه و مستقل مبدل کنند، بنحوی که قبل از احراز تخلف و قصور

۶. دکتر محسن محبی، «تقلب در معامله، منع پرداخت ضمانتنامه های ایران»، مجله حقوقی، شماره ۲، ص ۸۷.

مضمون عنه نیز لازم الاجرا باشد. در حقوق ایران چنین شرطی نافذ و معتبر است، زیرا با اینکه خلاف اصل است اما خلاف مقتضای ذات ضمانت نیست، همچنانکه مسؤولیت تضامنی بانک ضامن با متعدد اصلی (مضمون عنه) نیز معتبر و نافذ است. قصد غایی از ضمانتنامه غیرمشروط آن است که ذی نفع بتواند فارغ از الزامات یا اختلافات ناشی از قرارداد، ادعای خود علیه مضمون عنه را براحتی به اجرا گذارد و دریافت نماید. بنابراین، اصل استقلال ضمانتنامه به نفع مضمون له جاری می شود و ریسک آن به عهده بانک ضامن و از آنجا با مضمون عنه است. بطور کلی مضمون له برای وصول ادعاهای خسارتمانی خود در رابطه با قراردادی که با مضمون عنه دارد، با دو مخاطره یا ریسک مواجه است؛ ابتدا باید ادعاهای خود را که ریشه قراردادی دارد نزد مرجع صالح اثبات نماید و سپس برای وصول آن به مضمون عنه مراجعت نماید و آن را به اجرا گذارد. ضمانتنامه غیرمشروط در واقع برای معکوس کردن این معادله صادر می شود و برای تأمین و تضمین همین مخاطره است و به همین لحاظ تعهدات بانک ضامن مشروط به اثبات و احراز ادعای خسارتمانی ذی نفع نیست. در واقع صرف وجود ضمانتنامه بدون قید و شرط در دست ذی نفع به او حق می دهد علی رغم اختلاف با مضمون عنه و حتی انکار او نسبت به ادعاهای ابتدائی^۷ وجه ضمانتنامه را وصول کند و هرگاه مضمون عنه مدعی باشد که وی استحقاق دریافت نداشته، باید ادعای خود را اثبات کند که اگر اثبات کند، می تواند وجه ضمانتنامه ای که ذی نفع قبلاً وصول کرده، از او مسترد نماید. بنابراین، ضمانتنامه بدون قید و شرط از نظر اقتصادی به معنای تأمین ریسک ذی نفع در ادعای خسارتمانی و اجرای آن است^۸ و از نظر حقوقی به معنای انتقال بار دلیل از عهده ذی نفع (مدعی خسارتمانی) به مضمون عنه می باشد.^۹

۷. ریچارد دریس کول، «نقش اعتبارنامه های تضمینی در تجارت بین المللی»، ترجمه دکتر محسن-محبی، مجله حقوقی، شماره ۱، ص ۱۳۹.

۸. دکتر محسن-محبی، «اهداف ذی نفع در ضمانتنامه»، هفته نامه اتاق بازرگانی و صنایع و معدن، شماره ۱ (۱۳۶۹)، ص ۸، (سخنرانی در سمینار ضمانتنامه های بدون قید و شرط اتاق بازرگانی بین المللی- پاریس).

۱۰- استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی و سهل الوصول بودن آ با اولین

مطالبه محور اصلی و هدف غائی از بکارگیری این ابزار بانکی در قراردادهای بین المللی است بطوری که سلب این ویژگی، موضوعیت و کارکرد (Function) آن را منتفی و ساقط می‌کند. اما برای اینکه این «کارکرد» به درستی در راستای هدف خود عمل کند و مورد سوء استفاده قرار نگیرد، باید در جایگاه حقوقی مناسبی قرار گیرد و از حیث دکترین حقوقی، نیز توجیه و تحلیل کافی داشته باشد. بسط مقال در این باب خارج از موضوع و هدف این نوشته است، اما چون دعاوی ضمانتنامه‌ها در دیوان داوری اغلب معطوف به همین اصل مهم و بنیادی استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی و به ویژه استثنای آن بوده، توضیح مختصری می‌دهیم.

۱۱- بطور کلی این بحث، ذیل ماهیت حقوقی ضمانتنامه‌های بانکی به ویژه

تحلیل «علت تعهد» ضامن مطرح می‌شود. هرگاه علت تعهد بانک را که مستقل از قرارداد اصلی لازم الاجراء باشد وثیقه‌ای بدانیم که ضمانتخواه (مضمون عنہ) در اختیار او قرارداده و آن را «عوض» تعهد بانک بدانیم، مادام که این عوض مستقر و جاری است تعهد بانک هم لازم الاجرا است. اما هرگاه بانک در دسترسی و استفاده از عوض با مشکل مواجه شود (مانند اینکه مضمون عنہ که این عوض یا وثیقه را در اختیار بانک قرارداده، ورشکست شود یا مرتهن مقدم که نسبت به آن حق عینی دارد، مبادرت به استیفای طلب از آن محل کند و ارزش وثیقه کاهش یابد، یا وثیقه مذکور مستحق للفیر باشد) دیگر علت و توجیهی برای قبول تعهد در برابر ذی نفع نخواهد داشت، خواه مستقل از قرارداد اصلی باشد یا وابسته به آن. در یک تحلیل دیگر، چنانکه «علت تعهد» بانک را ناشی از خود سند ضمانتنامه بدانیم که مستقل از ترتیبات بین مضمون عنہ و بانک لازم الاجرا است، آنگاه بانک به اعتبار همین «سند مجرّد» در برابر مضمون له تعهد به پرداخت نموده که مستقل از هر عامل یا شرط بیرونی لازم الاجرا است، و ترتیبات قراردادی بین بانک و مشتری او (مضمون عنہ) یا «عوضی» که او در اختیار بانک قرارداده، مؤثر در تعهد بانک نخواهد بود و در پرتو همین تصوری، استقلال ضمانتنامه از قرارداد هم

توجیه پذیر است.^۹ اما این تئوری با این اشکال مواجه است تا قبل از مراجعه و درخواست مضمون عنده، بانک ضامن، رابطه‌ای با مضمون له ندارد و اساساً بدھی در برابر ذی نفع ندارد تا ضمانتنامه‌ای به نفع او صادر کند و در برابر او تعهدی را به عهده بگیرد. انتساب قصد تبرع به بانک هم صحیح نیست زیرا خلاف اصل است و مضافاً اقتضای بانکداری از جمله اعمال تجاری قصد اتفاق نمی‌باشد.

۱۲- اما در جستجوی علت تعهد مستقل بانک به نفع مضمون له، لازم نیست خود را محدود به رابطه بانک ضامن با مضمون له سازیم، بلکه می‌توان آن را در روابط قراردادی طرفین اصلی هم جستجو کرد. در واقع، طی قراردادی که بین طرفین منعقد می‌شود، طرف معهده (مثلاً پیمانکار یا فروشنده) موافقت می‌کند برای حسن انجام تعهدات خود مطابق اوصاف و شرایطی که در قرارداد آمده یا برای مصرف کردن پیش‌پرداختی که دریافت نموده در موضوع قرارداد، ضمانتنامه‌ای به صورت بدون قید و شرط تهیه و تسلیم کند که در ازای اولین مطالبه معهده له (کارفرما یا خریدار) و بدون نیاز به هیچ‌گونه اقدام یا پیش‌شرط قابل استفاده و وصول باشد. بانک ضامن هم با قبول درخواست ضمانتخواه (مضمون عنده) می‌پذیرد چنان تعهدی را در برابر ذی نفع بکند، با این شرط که بدون هیچ‌گونه ارتباط یا پیوندی با قرارداد اصلی در قبال اولین مطالبه آن را بپردازد. ضمانتنامه‌ای که بدین‌گونه صادر می‌شود فی الواقع ریشه در ترتیبات قراردادی اولیه بین طرفین دارد، منتهی به موجب توافقی که بین ایشان صورت گرفته و شخص ثالث (بانک ضامن) هم آن را پذیرفته به موجب یک توافق سه‌طرفه مستقل، اجرای آن را از قرارداد اصلی متزع و منقطع می‌کنند (شرط بلاشرط بودن مطالبه و ادائی ضمانت).

به عبارت دیگر، ضمانتنامه در مرحله انعقاد یا ثبوت و نفس الامری متصل و برخاسته از قرارداد است و در این امر تردیدی نیست، اما طرفین توافق می‌کنند که استفاده و استیفای حقوق ناشی از آن برای ذی نفع یعنی در مرحله اجرای حق، متزع و منفك از قرارداد اصلی باشد. نتیجتاً، بنظر ما اصل استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی،

.۹. دکتر سید محمود کاشانی، پیشین، ص ۱۶۵

محصول یک توافق قراردادی است که بصورت شرط نتیجه و غیرقابل فسخ به نفع مضمون له و علیه مضمون عنه و بانک او، مستقر و جاری می شود. این تحلیل با آنچه پیش از این در مورد اصل استقلال ضمانتنامه گفتیم (بند ۹) هماهنگ است. زیرا اثر آن اولاً، معاف کردن ذی نفع از بار اثبات ادعا است که آن را بر عهده مضمون عنه منتقل می کند نه معافیت از استحقاق. استحقاق ذی نفع هم در پرتو قرارداد اصلی معلوم می شود. ثانیاً، بانک نمی تواند در مقام ایفای تعهد خود در پرداخت، به روابط قراردادی طرفین اصلی متول و متعذر شود، زیرا منشا تعهد بانک توافق، مستقل و جداگانه ای است. مع ذلك مضمون عنه می تواند با به عهده گرفتن بار اثبات، عدم استحقاق ذی نفع را ثابت کند. به عبارت دیگر انقاد ضمانتنامه و تعهد بانک «بلاشرط» نیست، بلکه مطالبه و ادای آن است که به موجب توافق به شرط نتیجه، «بلاشرط» (مستقل از قرارداد اصلی) است.

۱۳- اصل بنیادی استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی از چنان اهمیت و اعتباری برخوردار است که در مقررات و رویه های عرفی که در تجارت بین الملل مورد عمل می باشد، بالصراحه مورد تأیید و شناسایی قرار گرفته و افزون بر این، در اغلب کشورها نیز مورد حمایت قانونی و قضایی است و استثنایات محدود و مختصراً برای آن قائل شده اند که بعداً توضیح می دهیم. مثلاً در ماده ۲ (ب) جدیدترین متن اصلاحی «مقررات متحداً الشکل ضمانتنامه های عندالمطالبه» (سال ۱۹۹۲) که اتاق بازرگانی بین المللی تدوین و منتشر نموده و ساقه ای طولانی دارد، چنین آمده است:

«ضمانتنامه ها، فی نفسه، معاملاتی مستقل از قرارداد اصلی یا شرایط مناقصه هایی است که مبنای صدور ضمانتنامه می باشند و بانک ضامن به هیچ وجه ارتباطی با چنین قراردادها و مناقصه هایی ندارد و مأخذ به آنها نیست، ولو اینکه در متن ضمانتنامه به آنها اشاره شده باشد. وظیفه بانک ضامن عبارت است از پرداخت مبلغ یا مبالغی که در ضمانتنامه ذکر شده در ازای مطالبه یا ارائه مدارکی که در آن قید گردیده و علی الظاهر با مفاد ضمانتنامه منطبق باشند.»

در ماده ۲ (ج) همان مقررات عبارت مشابهی در مورد «ضمان‌تنامه مستقل» قید شده و آن را نیز فی نفسه جدای از قرارداد اصلی دانسته است. مسأله استقلال ضمان‌تنامه در تازه‌ترین سند بین‌المللی و مهمی که در مورد ضمان‌تنامه‌ها در دست تدوین است، نیز پیش‌بینی و تأیید شده است. و گروه کاری کمیسیون حقوق تجارت بین‌الملل سازمان ملل (آنسیترال) که عهده‌دار تهیه و تدوین متن «کوانسیون ضمان‌تنامه‌ها» است، با اقتباس و تأیید آنچه در مقررات متحده‌الشكل ضمان‌تنامه‌ها (اتفاق بازرگانی بین‌المللی) آمده، اصل استقلال ضمان‌تنامه از قرارداد اصلی را پذیرفته و در مواد کوانسیون قید نموده است و ضمان‌تنامه‌هایی را که مطالبه آنها موقول به هیچ سند و مدرکی نباشد، «مستقل» محسوب کرده است.^{۱۰}

۱۴. در امریکا، بانکهای امریکایی مطابق مقررات فدرال رزرو اصولاً از صدور ضمان‌تنامه منوع هستند و این کار را معمولاً مؤسسات خاصی که حرف آنها قبول ریسک است، انجام می‌دهند. از نظر مقررات بانکی امریکا، ضمان‌تنامه سنتی را اصطلاحاً *surety* (وثيقه) می‌گویند که حسب تعریف، صادرکننده هنگامی ملزم به پرداخت آن است که وقوع تخلف و قصور را از جانب متعهد (مضمون عنہ) احراز نماید؛ یعنی تعهد صادرکننده جنبه ثانوی دارد. برای حل مشکل، بانکهای امریکایی اجازه دارند از مکانیسم «اعتبار اسنادی» استفاده کنند و بجای صدور ضمان‌تنامه (letter of guarantee)، «اعتبار اسنادی تضمینی» یا (اتکایی) (standby letter of credit) صادر می‌کنند. «اعتبار اسنادی تجاری ابزاری، سنتی است که در معاملات خرید و فروش بین‌المللی به کار می‌رود و در واقع مکانیسم پرداخت ثمن در این نوع معاملات است. استفاده از اعتبار اسنادی تجاری توسط

10. Eric E. Bergsten, "A New Regime for International Independent Guarantees and Standby Letters of Credit: The UNCITRAL Draft Convention on Guaranty Letters", *The International Lawyer*, vol. 27, No. 4 (1993), p. 867.

11. Comptillor of Currency Interpretive Rulings, 12 C.F.R. 7, 7016 (1984).

ذی نفع (فروشنده) موكول به ارائه استنادی است که در متن اعتبار قید می شود و حاکی از انجام تعهد فروشنده در تحويل کالا و حمل آن است. استفاده از این ابزار بجای ضمانتنامه، نحوه وصول آن را نیز تغییر می دهد؛ زیرا برعکس اعتبار استنادی تجاری، اعتبار استنادی تضمینی هنگامی قابل وصول است که مضمون عنه (دستور دهنده) از تعهدات خود تخلف و قصور کرده باشد. مع ذلك استفاده از اعتبار استنادی بجای ضمانتنامه مانع نمی شود که همان احکام اعتبارات استنادی تجاری بر آن نیز جاری گردد، به همین لحاظ اعتبار استنادی تضمینی (ضمانتنامه) نیز فی نفسه از قرارداد اصلی جدا است یا با انکها فقط اسناد تحت ضمانتنامه را معامله می کنند نه قرارداد موضوع آنها را. بهر حال، اینکه صدور ضمانتنامه به شکل اعتبار استنادی تضمینی منافاتی با استقلال آن از قرارداد اصلی ندارد در مقررات پذیرفته شده است، کما اینکه، مطابق مقررات متحده الشکل اعتبار استنادی که اتفاق بازرگانی بین المللی تهیه کرده و مورد قبول و اجرای اکثریت قریب به اتفاق با انکهای سراسر جهان (من جمله ایران) می باشد، «اعتبار استنادی فی نفسه از قرارداد اصلی مستقل و جدا است» و چون مقررات مذکور در مورد اعتبارات استنادی تضمینی نیز قابل اجرا است. ضمانتنامه ای که به صورت اعتبار استنادی تضمینی صادر شده نیز فی نفسه از قرارداد اصلی جدا است.^{۱۲}، قانون تجارت متحده الشکل امریکا نیز استقلال اعتبار استنادی (اعم از اینکه تجاری باشد یا تضمینی) از قرارداد اصلی را بالصراغه پذیرفته است. ماده (۱۱۴-۵) قانون مذکور مقرر می دارد:

«صادر کننده اعتبار مکلف است مطالبه ذی نفع با برات او را که منطبق با شرایط اعتبار باشد، صرفنظر از مفاد قرارداد از این حیث که کالای مورد معامله یا مدارک مربوط با آن منطبق هست یا نه، پرداخت نماید.»^{۱۳}

۱۲. «رویه ها و عرف های متحده الشکل اعتبارات استنادی» (UPC) نشریه ۵۰۰ (۱۹۹۳)، انتشارات اتفاق بازرگانی بین المللی. گرچه مقررات مذکور که دارای سابقه ای ۵۰ ساله است، برای اعتبارات استنادی تجاری که در معاملات خرید و فروش به کار می رود نوشته شده، اما در اصلاحات سال ۱۹۸۳ مقرر شد اعتبارات استنادی تضمینی یا ضمانتی نیز مشمول همین مقررات می باشند (مواد ۱ و ۲ مقررات مذکور).

13. Uniform Commercial Code (UCC) 1979, Section 5-114 (1), see also Section 5-109, Official Text, West Publication Co., 9th ed. (1979).

و بالآخره یادآوری می کنیم که در «کنوانسیون ضمانتنامه ها» که آنسیترال مشغول تهیّه آن است مسأله استقلال ضمانتنامه که به صورت اعتبار استادی تضمین صادر شود. نیز مورد قبول واقع شده است.

۱۵- استقلال ضمانتنامه از قرارداد، اصل بنیادی ضمانتنامه های بین المللی است و چنانکه توضیح دادیم از نظر حقوقی نیز توجیه پذیر است و لازم الاداء می باشد. اما مانند همه اصول و قواعد حقوقی، استثنائاتی هم دارد منتهی با توجه به اهمیت این اصل و نقش مهمی که در حفظ اعتبار و کارایی ضمانتنامه های بین المللی دارد، استثنایات آن بسیار محدود و حتی انحصاری است. پیش از این گفتیم اثر واقعی اصل استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی آن است که ذی نفع را از اثبات ادعا معاف می سازد و به او حق می دهد به تشخیص خود و در چارچوب ضمانتنامه ادعایی را مطرح و وصول نماید (بند ۹). اما در این مورد نباید زیاده روی و مبالغه کرد. همانطور که قبل اشاره کردیم، اصولاً اطلاق حق ذی نفع مانع از امکان اثبات خلاف آن نیست؛ زیرا اثر اصل استقلال ضمانتنامه، معافیت ذی نفع از استحقاق واقعی در آنچه مطالبه می کند نیست، چه، در این صورت لازم می آید که گاه ضمانتنامه بدون علت و جهت یعنی تبرعی و مجانی باشد، در حالی که حتی در استناد تجاری که بابت و مابه ازاء ندارد (مانند چک) به هر حال علت و جهتی برای دین موضوع آن وجود دارد، هرچند در متن سند قید نمی شود. بخش عمده ای از مباحث حقوقی و سوم برداشت هایی که پیرامون اصل استقلال ضمانتنامه به وجود آمده ناشی از همین نکته طریف است. درست است که ضمانتنامه بدون قید و شرط، به محض مطالبه ذی نفع قابل اجرا و وصول است، اما همه می دانیم که هدف چنین ضمانتنامه ای تأمین ریسک ها، ادعاهای خساراتی است که ریشه در قرارداد اصلی دارد و بنابراین، همین که معلوم شد ریسک موضوع ضمانتنامه متغیر شده، دیگر قابل وصول نیست کما اینکه اگر وصول شده باشد، قابل استرداد است؛ زیرا وصول ضمانتنامه من غیر استحقاق به معنای سوم استفاده از حق یا دارا شدن غیر عادلانه ذی نفع است که هر دو ممنوع است. لکن چون اثبات عدم استحقاق ذی نفع

فقط در پرتو روابط و مناسبات قراردادی است که امکان پذیر می شود، عده ای گمان کرده اند با اصل استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی برخورد پیدا می کند و نقض غرض خواهد بود. اما به نظر ما این طور نیست، منتهی باید دید چگونه می توان بین این دو مطلب - اصل استقلال ضمانتنامه و شرط استحقاق در وصول - جمع کرد، بطوری که اصل مذکور از تمامیت و اعتبار خود ساقط نشود و شرط استحقاق هم مانع از مستقل بودن ضمانتنامه نگردد. برای پاسخ صحیح به این پرسش باید آن را تجزیه کرد: اولاً، چه کسی - مضمون عنه یا بانک - می تواند به استناد دفاعات قراردادی مدعی عدم استحقاق ذی نفع شود؟ ثانياً، چنین دعوا بی در چه مقطوعی قابل طرح و مسموع است که با اصل استقلال ضمانتنامه قابل جمع باشد؟ ثالثاً، موارد عدول از این اصل یا استثنای آن کدام است؟ این سه مطلب را ذیل عنوان استثنایات اصل استقلال ضمانتنامه مطالعه می کنیم.

د. استثنایات اصل استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی

۱۶- نکته اول، یعنی اینکه چه کسی می تواند مدعی عدم استحقاق ذی نفع یا سوء استفاده او از ضمانتنامه شود، مطلب پیچیده ای نیست و به اندازه کافی روشن است. بطور کلی دفاعات ناشی از قرارداد اصلی به بانک ضامن منتقل نمی شود؛ زیرا بانک، طرف رابطه قراردادی با ذی نفع نیست و قرارداد اصلی بین مضمون عنه و مضمون له معقد شده است. بعلاوه منشأ و علت مستقیم تعهد غیرمشروط بانک در پرداخت، توافق مؤخر و جداگانه ای است که ربطی به قرارداد اصلی ندارد. بنابراین، بانک ضامن نمی تواند در مقابل مطالبه ذی نفع به دفاعات یا شروط قرارداد اصلی استناد جوید و از پرداخت امتناع ورزد.

در این خصوص ماده ۳ (الف) مقررات اعتبارات استنادی اتفاق بازگانی بین المللی قابل توجه است، ماده مذکور مقرر نموده:

«تعهد بانک به پرداخت وجه اعتبار یا قبول بروات یا پرداخت آنها، یا معامله اعتبار یا هرگونه تعهد دیگر تحت اعتبار، موکول به ادعاهای دفاعات متقاضی

[مضمون عنه] که ناشی از روابط او با بانک یا با ذی نفع می باشد، نیست. »^{۱۶}

حتی اگر مضمون عنه به بانک اخطار کرده باشد که ذی نفع استحقاق دریافت ضمانتنامه را ندارد و خواسته باشد که بانک از پرداخت ضمانتنامه خودداری کند، باز هم بانک مکلف به پرداخت است و حق ندارد به استناد روابط خود با مضمون عنه از پرداخت امتناع ورزد. این مطلب در ماده (ب) (۲) ۱۱۴-۵ قانون تجارت متحده‌الشکل امریکا به این شکل آمده است:

«... بانک صادر کننده که با حسن نیت عمل می کند، می تواند علی رغم اخطار مشتری خود [ضمانتخواه-مضمون عنه] مبنی بر وقوع تقلب یا جعل یا هرگونه تقض و ایراد در اسناد [مطلوبه] البته مشروط به اینکه موارد مذکور در ظاهر اسناد مشهود نباشد، نسبت به پرداخت برات صادره یا مطالبه اعتبار اقدام کند، اما دادگاه صالح می تواند دستور منع پرداخت صادر کند. »^{۱۷}

۱۷. اما در خصوص نکته دوم، یعنی مقطع طرح دعوی عدم استحقاق، باید قائل به تفکیک شد: قبل از مطالبه ضمانتنامه یا پس از مطالبه و پرداخت. گفتیم «شرط بلاشرط» بودن تعهد ناشی از ضمانتنامه، آن را از قرارداد اصلی منزع می کند و در نتیجه بالاستقلال و فارغ از شروط قرارداد اصلی، بعنوان یک تعهد ابتدایی لازم الاداء می شود که اثر عملی مهم آن معافیت ذی نفع از اثبات صحت مطالبه واستحقاق است. طبیعت حقوقی ضمانتنامه غیرمشروط و استقلال آن اقتضا می کند که قبل از مطالبه آن از جانب ذی نفع، دعوای عدم استحقاق علیه او مسموع نباشد؛ زیرا در این صورت ذی نفع عملاً ناگزیر خواهد شد در مقام دفاع در برابر

۱۸. چنانکه گفتیم مقررات اعتبار اسنادی (UCP-500) نسبت به اعتبارات اسنادی تضمینی یعنی ضمانتنامه هایی که به صورت اعتبار اسنادی صادر می شوند نیز لازم الاجرا است و شمول دارد (بند ۱۰ متن پاورقی ۱۲ بالا).

15. "... an issuer acting in good faith may honor the draft or demand for payment despite notification from the customer of fraud, forgery rother defect not apparent on the face of the documents, but a court of appropriate jurisdiction may enjoin such honor." , (Ibid).

دعوای مضمون عنه، ادعای خود تحت قرارداد را ثابت کند، در حالی که ضمانتنامه برای تأمین همین ریسک‌ها صادر شده تا ذی نفع را از بار اثبات ادعا معاف سازد. مع ذلک همین مطالب استثنائاتی در این خصوص دارد که در واقع تنها استثنای وارد بر اصل استقلال ضمانتنامه است و ذیل مطلب سوم توضیح خواهیم داد. اما طرح دعوی عدم استحقاق پس از اینکه تعهد ناشی از ضمانتنامه بدرستی اجرا شده و ذی نفع آن را وصول کرده، مبایشی با مفاد و شرایط ضمانتنامه ندارد و مانند هر دعوای دیگری در مورد عدم استحقاق داین یا مدیون نبودن به هکار مسموع و قابل رسیدگی است. شک نیست که اگر مضمون عنه بتواند عدم استحقاق ذی نفع را ثابت کند، می‌تواند وجه ضمانتنامه را از او مسترد کند، "اما اینکه حق دریافت خسارات هم باشد تردید است؛ زیرا مضمون عنه و حتی بانک ضامن با قبول صدور چنین ضمانتنامه‌ای در واقع ریسک مطالبه نابجا یا اشتباه را نیز پذیرفته‌اند. بعلاوه، ذی نفع که با حسن نیت عمل کرده و در مقام استیفای حق خود ناشی از ضمانتنامه آن را وصول کرده است، مرتكب عمل خلافی نشده تا مسؤولیتی داشته باشد. اگر معلوم شود در استحقاق یا بستانکار دانستن خود اشتباه کرده، بدون اینکه قصد اضرار یا سوء نیتی داشته باشد، علی القاعده نباید محکوم به پرداخت خسارت گردد.

(مقایسه کنید: بند ۴۸ به بعد)

۱۸. درباره مطلب سوم - یعنی استثنایات اصل استقلال ضمانتنامه. بحث و گفتگوی فراوانی بین صاحبنظران و حقوقدانان به عمل آمده است. محور بحث آن است که آیا مضمون عنه می‌تواند علی رغم تعهدات ناشی از ضمانتنامه (و حتی قرارداد اصلی که طی آن تعهد نموده ضمانتنامه غیر مشروط و عند المطالبه تهیه و به ذی نفع تسلیم نماید) قبل از اینکه ذی نفع آن را مطالبه کند، جلوی پرداخت آن را بگیرد و به دفاعات قراردادی متول شود؟ عده‌ای گفته اند ماهیت تعهد ناشی از ۱۹. ماده ۳۰۱ ق. م. ایران در این خصوص قابل توجه است: «کسی که عمدآً یا اشتباهآً چیزی را که مستحق نبوده دریافت کند، ملزم است آن را به مالک تسلیم کند...» و ماده ۳۰۲ می‌گوید: «اگر کسی اشتباهآً خود را مدیون می‌دانست آن دین را تأییه کند حق دارد از کسی که آن را بدون حق اخذ کرده است، استرداد نماید.»

ضمانتنامه غیرمشروط، آن را بنحو مطلق لازم الاجرا می‌سازد و تا قبل از اینکه ضمانتنامه به اجرا درآید و پرداخت شود، به هیچ وجه نمی‌توان مانع از پرداخت آن شد و حتی احکام دادگاهها در این مورد را قابل انتقاد دانسته‌اند.^{۱۷} اما واقع مطلب این است که اگر بتوان پس از پرداخت وجه ضمانتنامه به ذی نفع با استناد و توسل به دفاعات قراردادی آن را از او مسترد نمود، معلوم نیست چرا نمی‌توان قبل از آن چنین کرد؟ و اگر ادله‌ای که استرداد وجه ضمانتنامه پس از وصول آن را موجہ می‌سازد، قبل از دریافت آن هم وجود داشته باشد، همچنان از اثرا ثباتی برخوردارند، و معلوم نیست چرا نباید یا نتواند مستند دادگاه قرارگیرد که جلوی پرداخت ضمانتنامه را پیشاپیش بگیرد؟ پاسخی که به این پرسش‌ها داده شده آن است که جلوگیری از پرداخت ضمانتنامه قبل از مطالبه آن خلاف اصل استقلال و تقض تعهد غیرمشروط ناشی از آن است. اما نباید فراموش کرد که شرط استقلال ضمانتنامه و لازم الاداء بودن آن به محض مطالبه، مانع از تأثیر ادله و مدارک خلاف آن نیست و آنها را از اثرا ثباتی ساقط و زائل نمی‌کند، بلکه ادله خاصی را می‌طلبد که از آن به «ادله برون قراردادی» تعبیر می‌کنیم. به عبارت دیگر، «شرط بلا شرط» بودن تعهد ناشی از ضمانتنامه که به استقلال آن از قرارداد منتهری می‌شود، همه طرفها (بویژه مضمون‌unge) را ممنوع می‌کند که قبل از ایفای تعهد و پرداخت ضمانتنامه، صرفاً به ادله یا شروط و دفاعات قراردادی متول شوند و جلوی اجرا و انجام تعهد (ضمانت) را بگیرند یا آن را تغییر دهند. اما هرگاه ادله‌ای در کار باشد که دلالت و تأثیر آنها به حکم قانون برقرار شده. مانند جعل و تقلب و امثال آن. ولو اینکه موضوع و بستر آنها روابط قراردادی طرفین باشد، توسل و استناد به آنها خلاف شرط استقلال ضمانتنامه نیست. بنابراین، هرگاه ادله و مدارک موجود وصول ضمانتنامه از تاحیه ذی نفع را معادل سوه استفاده او از حق سازد یا حاکی اضرار غیر (مضمون‌unge) باشد، علی القاعده برای ممانعت از پرداخت ضمانتنامه قبل از مطالبه کافی خواهد بود، منتهی چون احراز چنین ادله‌ای محتاج تشخیص قضایی است، مضمون‌unge باید طرح دعوی کند و از دادگاه دستور موقت

۱۷. دکتر سید محمود کاشانی، پیشین، ص ۱۸۰ به بعد.

مبنی بر منع پرداخت ضمانتنامه را درخواست نماید و سپس دعوی ماهوی برای ابطال ضمانتنامه را طرح نماید. مسموع ندانستن چنین دعوایی به علت اصل استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی، به معنای روا داشتن سوء استفاده ذی نفع از آن یا به معنای اجازه دارا شدن غیر عادلانه او به ضرر مضمون عنه خواهد بود.

۱۹- با این همه نمی توان در جواز دعوای عدم پرداخت قبل از مطالبه ضمانتنامه گشاده دستی کرد، و این امر فقط در موارد استثنائی جاری می شود. اصل استقلال ضمانتنامه استاندارد دلیل برای توجیه منع پرداخت آن قبل از مطالبه را، بسیار بالا می برد و همین امر استثنایات اصل استقلال ضمانتنامه را محدود و انحصاری می سازد، بطوری که معمولاً دو استثنای مشخص برای آن ذکر می کنند: یکی وقوع تقلب و حیله یا تدلیس در معامله، و دوم جعل در اسناد مربوط به آن یا در اسناد لازم برای مطالبه ضمانتنامه. چنانکه ملاحظه می شود، هر دو این استثنایات در شمار اصول کلی حقوقی اند و تأثیر آنها در موقوف یا باطل کردن هر عمل یا معامله یا قراردادی که آغشته با تقلب و حیله یا جعل و تزویر باشد ناشی از قانون است. ادله و مدارک لازم برای اثبات چنین ادعاهای سنگینی باید بسیار قاطع و محکم و خالی از هر شبہ و خدشه باشد و همین است که گفتیم ضابطه دلیل و بیانه برای جلوگیری از پرداخت ضمانتنامه قبل از وصول آن، قاطعیت و خلاف ناپذیر بودن آن است: تقلب باید چنان روشی باشد که چشم را خیره سازد.

ممکن است گفته شود اقتضای تعهد بدون قید و شرط ناشی از ضمانتنامه و استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی و نیز اقتضای ریسک هایی که بانک ضامن و مضمون عنه با تهیه و صدور چنین سندی پذیرفته اند، آن است که حتی در چنین حالتی (تقلب در معامله یا جعل) ذی نفع بتواند ضمانتنامه را وصول و به اجرا درآورد و مضمون عنه می تواند بعداً دعوای استرداد وجه ضمانتنامه را طرح نماید. اما این نظر با چند اشکال مواجه است: اولاً، وجود فساد و تقلب در قرارداد یا جعل در اسناد مربوط، اساس استحقاق را فاسد می کند و دیگر محلی برای جاری کردن اصل استقلال ضمانتنامه یا اجرای ضمانتنامه غیر مشروط باقی نمی ماند، زیرا تقلب

همه قواعد حقوقی را موقوف الاجرا می کند. ثانیاً، ممکن است خساراتی که از وصول من غیر حق ضمانتنامه به مضمون عنه وارد می شود، به آسانی قابل جبران و استرداد نباشد (مثلاً به علت ورشکستگی ذی نفع یا حتی عدم ملائحت او). ثالثاً، غیرمشروط بودن تعهد پرداخت ضمانتنامه و به تبع آن، استقلال ضمانتنامه محصول توافق طرفین است، اما مرز نفوذ آن تا جایی است که خلاف قانون و نظم عمومی نباشد. سلامت و صحت و امنیت معاملات و قراردادهای مالی معطوف به نظم عمومی اقتصادی جامعه است و تقلب و جعل آشکارا مباین آن است. بنابراین ممنوع الاداء شدن ضمانتنامه قبل از مطالبه و وصول آن، به علت تقلب یا جعل که «ادله برون قراردادی» محسوب می شوند ارتباطی به مسأله استقلال ضمانتنامه ندارد تا گفته شود خلاف مقتضای آن است. اینها دو مقوله جداگانه اند.

۲۰. در حقوق امریکا قانون تجارت متحدها شکل وقوع تقلب و جعل را دو استثنای دانسته که منحصراً به استناد آن می توان جلوی پرداخت اعتبار استنادی (و ضمانتنامه) را گرفت، متنه احراز و اجرای آن محتاج تسجيل قضایی و دستور دادگاه است که به صورت دستور منع پرداخت موقت (injunction) صادر می شود.^{۱۸} اما مدعی (مضمون عنه) مکلف است ظرف مهلت معینی دعوای ماهوی رک. متن ماده (ب) (۲) (۱۱۲-۵) قانون تجارت متحدها شکل امریکا، پاورقی ۱۵ بالا. رویه قضایی سنتی امریکا درخصوص استثنایات اصل استقلال اعتبار استنادی و ضمانتنامه ها به سال ۱۹۴۱ و در دعوای زیر باز می گردد که بعدها در ماده مذکور قانون تجارت متحدها شکل امریکا معنکش شده است:

Szteign v. Henry Scholar Banking Corp., 177 Misc. 719, 31, N.Y.S. 2nd 631 (Sup. C.T. 1941).

در این دعوای فروشنده به جای تحويل ینچاه صندوق پشم، چیزهای بی ارزش ارسال کرده بود. خریدار (خواهان) دعوایی به خواسته عدم پرداخت وجه اعتبار استنادی که به صورت برات بود علیه فروشنده طرح نمود، و درخواست نمود که دادگاه بانک را از پرداخت آتی برواتی که فروشنده بر اساس اعتبار استنادی صادر کرده، ممنوع سازد. دادگاه عالی نیویورک رأی داد: «قلمرو قاعده استقلال تعهد ناشی از اعتبار استنادی از قرارداد اصلی نباید آنقدر توسعه یابد که از فروشنده (ذی نفع) بدون مسؤولیت و خاطی هم حمایت کند... هنگامی که بانک صادر کننده مطلع شود که استناد تحت اعتبار، ولو از حیث ظاهر و شکل درست باشند، واقعاً تقلیلی هستند، نمی توان اورا مکلف دانست که چنین استنادی را به عنوان استناد منطبق با شرایط اعتبار پذیرد و بپردازد.»

خود را برای منع پرداخت دائمی (ابطال) ضمانتنامه نیز طرح کند. حقوق کشورهای اروپایی نیز کمایش اصل استقلال ضمانتنامه را تأیید نموده اند و همین دو مبنای استثنایی را در مورد اصل مذکور پذیرفته اند که از موارد جلوگیری از پرداخت ضمانتنامه قبل از مطالبه آن از جانب ذی نفع می باشد.^{۱۹}

۲۱. اینکه «مطالبه» ضمانتنامه باید صحیحاً و درست انجام شود در ماده ۲۰ (الف) «مقررات متحده‌شکل ضمانتنامه‌ها» که اتاق بازرگانی تدوین نموده، نیز آمده است. ماده مذکور می‌گوید:

«مطالبه پرداخت ضمانتنامه باید کتبی باشد، و باستی علاوه بر هر مدرک دیگری

۱۹. به طور کلی رک: Eric E. Bergsten پیشین، ص ۸۶۵، ضمانتنامه در مورد رویه سایر کشورها درخصوص مطالبه ضمانتنامه‌های (ایران) به طور ناروا یا من غیرحق (متقلبانه) و منوع الاداء کرد آن، نمونه‌های زیر (بوزیر پرونده آفالاوال علیه بانک ملی ایران و شرکت صنایع شیر ایران) قابل توجه است:

In France: Collins Systems International, Inc. v. Chase Manhattan Bank and Bank Mellat, Commercial Court of Paris (Feb. 12, 1982), 1982 D.S. Jur. 507; Pipe Line Service S.A., Commercial Court of Paris (September 29, 1981).

In Belgium: Alfa-Laval AB v. Bank of America and Bank Melli and Iranian Dairy Industries, Case No. 2920, Commercial Court of Brussels (April 6, 1982), 1982 D.S. Jur. 504.

(در پرونده آفالاوال، بخشنامه شماره رک ۳۱۱۱/۱۳۶۰/۸/۳۰ مورخ ۱۳۶۰/۸/۳۰ دفتر هماهنگی و اجرای بیانیه الجزایر (بانک مرکزی ایران) به عنوان دلیل قاطعی در نادرست بودن مطالبه ضمانتنامه‌ها از جانب ذی نفع‌های ایرانی در طول نیمه دوم سال ۱۳۶۰ و اوائل سال ۱۳۶۱، مطرح و مورد استناد قرار گرفته است. (برای توضیح بیشتر، رک: بند ۳۴ به بعد این مقاله)

In Germany: X v. Y-Bank, Dist. Ct. Frankfurt, W.M. Nr. 11, p. 284 p. 280 (July 9, 1980).

In Canada: B.G. Checo International v. B.N.P. Canada, Inc., Superior Court of the Province of Quebec (September 15, 1981) (pre-1979 call).

In Holland: Fortres-Icas Continental Associates v. Algemene Bank Nederland, N. V., Case No. KG80/1065, Dist. Ct. Amsterdam (Dec. 18, 1980); aff'd, Ct. App. Amsterdam, (Jan. 13, 1983).

که به موجب ضمانتنامه شرط شده، متکی و همراه باشد با اظهار و اعلام کنی-خواه در متن مطالبه باشد و خواه طی نوشته جداگانه منضم به آن و با عطف به مطالبه- مبنی بر اینکه:

- (۱) مضمون عنه تعهدات خود در قرارداد اصلی را، یا در ضمانتنامه‌های شرکت در منافعه شرایط مناقصه را، نقض کرده است، و
(۲) ذکر موردی که مضمون عنه نقض کرده است.»

البته مقررات مذکور مجموعه عرف‌ها و رویه‌های مورد عمل به بانکها در طول سالیان است که مدون شده و بانکها به آن ملحق می‌شوند و خود را متعهد و ملزم به اجرای آن می‌کنند. منتهی چون به صورت قانون به تصویب مراجع قانونگذاری کشورها نمی‌رسد، طبعاً نمی‌تواند به موضوعاتی از قبیل تقلب و جعل در مطالبه بپردازد و ضمانت اجراهایی برای آنها وضع کند، بلکه این موضوع را موکول به حقوق داخلی هر کشور کرده است. اما اینکه شرط مطالبه صحیح را «اعلام نقض قرارداد» می‌داند، دارای آثار حقوقی است؛ زیرا ذینفع با چنین اعلام و اظهاری مأخذ به نتایج آن است و هرگاه خلاف آن معلوم شود، مطالبه او را به یک مطالبه «نادرست» یا «متقلبانه» یا «ناروا» مبدل می‌سازد.

علاوه بر مقررات اتاق بازرگانی بین‌المللی، در طرح «کنوانسیون ضمانتنامه‌ها» که کمیسیون آنسیترال مأمور تهیه آن است نیز مسأله «مطالبه ناروا» (improper demand) پیش‌بینی شده و حتی ضوابط و موازینی هم برای احراز آن مورد بحث و بررسی قرار گرفته که عمدتاً آن است که اگر مطالبه ذی نفع طوری باشد «على الظاهر ناروا» به نظر رسید (Prima Facia improper) کافی است که دادگاه محلی می‌تواند دستور منع پرداخت ضمانتنامه را قبل از وصول آن صادر کند.^{۲۰}

۲۲. آنچه در پایان این قسمت تمھیدی اجمالاً باید بگوییم اینکه مسأله استقلال ضمانتنامه‌های بین‌المللی از قرارداد اصلی محصول غیرمشروط کردن تعهد

20. Eric E. Bergsten, op. cit. p. 871-872.

ناشی از ضمانت و تبدیل آن به یک تعهد ابتدایی است که از نظر حقوقی معتبر و لازم اجرا است. منتهی چون تعهد بانک ضامن ولو بصورت ابتدائی ناظر و معطوف به تأمین و تضمین تعهدات ناشی از قرارداد اصلی است، خواه ناخواه سایه‌ای از ارتباط بین آن دو وجود دارد که در بعضی موارد استثنایی شفاف تر می‌شود و حتی قابلیت استناد دارد و آن هنگامی است که اساس استحقاق ذی نفع به استناد ادله محکمی مانند تقلب در معامله یا جعل، محل تردید جدی قرار می‌گیرد. رویه قضایی و قانون در اغلب کشورها همین دو مورد را بعنوان دو استثنای خاص بر اصل استقلال ضمانتنامه پذیرفته‌اند، بطوری که در صورت اثبات، از پرداخت وجه ضمانتنامه حتی قبل از مطالبه آن، مانع می‌شود. اما در مورد استرداد وجه ضمانتنامه پس از پرداخت آن به ذی نفع، مراجعته به قرارداد اصلی و استناد به شروط آن بلامانع است، زیرا اصل استقلال ضمانتنامه مربوط به دوران حیات ضمانتنامه تا قبل از وصول است.

۲۳ قسمت دعاوی قراردادی ضمانتنامه‌های بانکی

۲۳. پیش از این گفتیم که مقصود از دعاوی قراردادی ضمانتنامه‌های بانکی در دیوان، دعاوی است که علت و منشأ آن قرارداد اصلی بین طرفین است و خواسته آن ابطال ضمانتنامه یا اگر قبلاً وصول شده، استرداد وجه آن و یا تهاتر با سایر مطالبات احتمالی ذی نفع می‌باشد. متداولترین نوع این دعاوی آن است که خواهانهای امریکایی (مضمون عنده) مدعی شده‌اند تعهدات قراردادی خود را بدرستی انجام داده یا اگر نتوانسته اند انجام دهند به علت وضع انقلابی در ایران و فورس مازور یا فسخ قرارداد از جانب ایران (مضمون له) بوده است و بنابراین ذی نفع ایرانی حق مطالبه و دریافت آن را ندارد و ضمانتنامه باید منوع الاداء و

ابطال گردد. خواهانها در اثبات ادعای خود اغلب مباحثی از «تقلب» در مطالبه را مطرح نموده‌اند و استدلال کرده‌اند که چون ذی نفع ایرانی مستحق ضمانتنامه نبوده، مطالبه او «متقلبانه» (fraudulent) و نادرست بوده و باید مردود اعلام شود. اما این دعاوی اغلب دارای سابقه طرح در محاکم امریکا بودند. زیرا در آستانه پیروزی انقلاب اسلامی و پس از آن بدنبال اختلافات و توقیفی که در قراردادهای آنها با دستگاههای دولتی ایرانی رخ داده بود، نیز بدنبال قطع روابط دو کشور در فروردین ۱۳۵۹، شرکتهای امریکایی موفق شده بودند با طرح دعوا براساس «مطالبه متقلبانه»، از محاکم امریکا قرار منع پرداخت موقعت ضمانتنامه‌های ایران را دریافت نمایند. در اثنای همین دعاوی بود که بیانیه‌های الجزایر امضا شد و دیوان داوری تشکیل گردید و دعاوی مذکور به دیوان داوری آورده شد.

نوع استدلالات و مباحثی که خواهانهای امریکایی در دعاوی قراردادی ضمانتنامه‌های بانکی در دیوان داوری مطرح کرده‌اند، اغلب همان است که در دعاوی مطروح در محاکم امریکا عنوان شده بود. بنابراین و برای اینکه سابقه این دعاوی بهتر روشش شود، لازم است ابتدا مختصراً از سابقه آنها در محاکم امریکا آورده شود تا بر رویه دادگاههای امریکا در این زمینه بیشتر آشنا شویم (الف). سپس درباره مقررات خزانه داری امریکا در زمینه ضمانتنامه‌های ایران که در دوره مسدودی داراییهای ایران به اجرا گذاشته شده توضیحاتی خواهیم داد (ب). آنگاه بیانیه‌های الجزایر و مقدمات انتقال دعاوی ضمانتنامه‌ها به دیوان داوری را مختصراً بررسی می‌کنیم (ج). پس از این مباحثت، با صلاحیت دیوان داوری در این دعاوی آشنا می‌شویم (د) و مشخصات و مشکلاتی که طرح دعاوی ضمانتنامه‌ها بصورت مقاین در دیوان پیش آورده بود مورد بررسی قرار می‌گیرد (ه) تا راه برای مطالعه و تحقیق در رویه دیوان در دعاوی مذکور هموار شود (و).

الف- سابقه دعاوی ضمانتنامه‌های بانکی در محاکم امریکا

۲۴- پیروزی انقلاب اسلامی در ایران شرکتهای امریکایی را که با حمایت بی‌دریغ رژیم پهلوی توانسته بودند قراردادهای کلان با دستگاههای دولتی ایرانی

(بیوژه وزارت جنگ سابق) منعقد کنند، مطمئن ساخت ادامه وضع قبلی امکان پذیر نیست. قضیه گروگانگیری در ۱۳ آبان ۱۳۵۸ و سپس قطع روابط دو کشور مهر تأییدی بود براین واقعیت. آنچه بیش از همه شرکتهای امریکایی را نگران می کرد آن بود که دستگاههای دولتی ایرانی ضمانتنامه های آنها را که بالغ بر چند صد میلیون دلار می شد، مطالبه کنند. این بود که در اوین عکس العمل در برابر وضع جدید شرکتهای امریکایی دعاوی نزد محاکم امریکا مطرح تمدن و خواستار منع پرداخت ضمانتنامه های مذکور شدند. اجمال استدلال شرکتهای امریکایی در این دعاوی آن بود که آنها به تعهدات خود تحت قراردادهای اصلی عمل کرده اند و مرتکب قصور و تخلفی نشده اند بلکه این طرف ایرانی بوده که قرارداد را فسخ یا تقض نموده یا وقوع انقلاب و شرایط فورس ماژور در ایران عملأ مانع از ادامه کار آنها گردیده است. بنابراین هرگونه مطالبه آتی ضمانتنامه های آنها از جانب ذی نفع ایرانی من غیرحق و ناروا خواهد بود و از مصاديق «مطالبه تقلب آمیز» است و باید ممنوع الاداء گردد. منتهی چون این دعاوی هنگامی طرح می شد که هنوز ضمانتنامه مطالبه نشده بود، محاکم امریکا در احراز تقلب و ناروا بودن مطالبه احتمالی آتی با مشکل مواجه بودند. البته در بعضی پروندها خواسته خواهان این بود که بجای دستور منع پرداخت، دادگاه بانک امریکایی مربوط را ملزم سازد که در صورت مطالبه ذی نفع ایرانی، اخطار چند روزه ای صادر و شرکت مربوط (ضممون عنہ) را آگاه سازد تا اگر مقتضی بداند برای قرار منع پرداخت اقدام به طرح دعوی نماید. به هر حال، چنانکه پیدا است، شرکتهای امریکایی با طرح دعوای «منع پرداخت ضمانتنامه» و طرح مباحث قراردادی از دادگاه می خواستند اصل استقلال ضمانتنامه را نادیده گیرد و آن را از مصاديق استثنایات اصل مذکور (مطالبه مقلبانه) محسوب کند.

۲۰. روش برخورد و رویه محاکم امریکا با دعاوی مذکور در فاصله پیروزی انقلاب اسلامی تا زمان گروگانگیری و از تاریخ گروگانگیری به بعد، متفاوت بوده است و از نظر حقوقی قابل مطالمه و توجه است. فی الواقع محاکم امریکا با

آزمایش بزرگی از حیث اجرای قاعده استقلال ضمانتنامه و استثنای آن مواجه بودند و چون اعمال آن استثنای محتاج ادله قاطع و محکمی بود که به آسانی قابل دسترسی و احراز نبود، ابتدا در پذیرفتن این دعاوی با احتیاط فراوان عمل می کردند، خصوصاً که صدور دستور منع پرداخت ضمانتنامه های غیرمشروط و عندالمطالبه به صرف اینکه ممکن است مطالبه آنها در آینده متقلبانه باشد، عملاً به اعتبر شدن این ابزار مهم بانکی بین المللی منتظر می شد و این به سود هیچ کس نبود و بویژه بانکهای امریکایی را بیش از همه نگران می ساخت. اما این از قضیه گروگانگیری و التهاب بیشتر در روابط دو کشور و احتمال جدی تر اینکه ذی نفع های ایرانی از ضمانتنامه هایی که در دست دارند به عنوان اهرم فشار و براساس انگیزه های سیاسی استفاده کنند، روش محاکم امریکا در صدور قرار منع پرداخت منعطف تر شد، هر چند در این مقطع نیز استاندارد دلیل برای قبول دعوا و صدور دستور منع پرداخت همچنان بالا بود.

۲۶- در فاصله پیروزی انقلاب تا زمان گروگانگیری دهها فقره دعوا به خواسته منع پرداخت مطالبه آتی ضمانتنامه های ایران در محاکم امریکا مطرح شد، اما فقط در دو پرونده قرار منع پرداخت موقت صادر گردید که آن هم در مرحله استینافی فک شد. "همین امر از موضع احتیاطآمیز و محافظه کارانه دادگاهها در قضیه ضمانتنامه های بدون قید و شرط حکایت می کند که تا چه حد به مسئله استقلال ضمانتنامه از قرارداد پای بند بودند و در پذیرش ادعای «تقلب در مطالبه» اکراه داشتند. در این دوره حتی دعاوی که خواسته آنها صدور اخطاریه ای به

۲۱. مشخصات این دو پرونده چنین گزارش شده:

John Carl Warnecke Assoc. v. Bank of America Nat'l Trust of Saving Ass'n, No. 744 626 (N.D. Cal., Apr. 17, 1979); KMW Int'l v. Chase Manhattan Bank, N.A. No. 79 Civ. 1079 (MP) (S.D.N.Y. Mar. 29, 1979).

به قلم از مقاله زیر:

Mark p. Zimmet, "Standby Letters of Credit in the Iran Litigation: Two Hundred Problems in Search of a Solution", Law and Policy in Int'l Bus. vol. 16: 927, 1984, p. 937.

مضمون عنه پس از مطالبه ذی نفع بود (ونه منع پرداخت) نیز چندان مورد قبول محاکم امریکا قرار نمی گرفت و ردی شد. از میان دعاوی که در این دوره زمانی در امریکا مطرح شده بود دعوای شرکت امریکن بل از آن حیث که جامع امہاتمباحث مربوط به دعوای منع پرداخت ضمانتنامه است، قابل توجه و تأمل است.^{۲۳} شرکت امریکن بل اینترنشنال قراردادی با وزارت جنگ سابق داشت که موضوع آن توسعه سیستم های مخابراتی نظامی بود و از طریق بانک خود بنام منیوفکجرز هانور تراست ضمانتنامه هایی به نفع بانک ایرانشهر صادر کرده بود و بانک ایرانشهر هم مقابلاً ضمانتنامه هایی به نفع وزارت جنگ صادر نموده بود. پس از پیروزی انقلاب شرکت امریکن بل، قبل از اینکه وزارت دفاع ضمانتنامه ها را مطالبه کند به دادگاه نیویورک مراجعه و خواستار منع پرداخت آنها شد، اما دادگاه دعوای او را رد کرد. شرکت مذکور از این رأی استیناف خواست ولی محکمه استینافی تصمیم دادگاه نخستین را تأیید نمود. استدلال خواهان در این دعوا آن بود که با توجه به اوضاع احوال انقلابی ایران و بی ثباتی سیاسی آن و با توجه به اینکه خواهان به تعهدات خود بدرستی عمل نموده، بنابراین هرگونه مطالبه احتمالی ذی نفع من غیرحق و مبتنی بر انگیزه های سیاسی خواهد بود و متضمن خسارات جبران نایذر خواهان می باشد، خصوصاً که در اوضاع و احوال فعلی ایران، خواهان هیچ امکان عملی برای مراجعت به محاکم ایران (که مرجع صالح قراردادی بود) برای جبران خسارت در صورت پرداخت ضمانتنامه، نخواهد داشت. اما دادگاه دعوای بل را رد کرد و استدلال نمود اینکه هرگونه مطالبه ذی نفع در آینده ناروا و «متقبلانه» خواهد بود، یک ادعای فرضی و احتمالی است نه واقعی و عینی، مضافاً وقوع خسارت جبران نایذر در صورت پرداخت ضمانتنامه هم صحیح نیست، زیرا به هر حال شرکت بل می تواند به دادگاههای ایران مراجعت نماید و خواهان نتوانسته محرومیت از دادخواهی نزد محاکم ایران را ثابت کند.^{۲۴} اساسی ترین بخش استدلال دادگاه که با ۲۴. برای ملاحظه بعث تفصیلی پرونده بل و مسائل حقوقی مختلفی که در آن مطرح بوده، رک: ریچارد ریس کول، ترجمه دکتر محسن-محبی، پیشین.

23. American Bell Int'l Inc. v. Manufacturers Hanover Trust Co., No. 3157/79 N. Y. S. 2d 551 (N. Y. App. Div. 1979).

بحث ما ارتباط بیشتری دارد آنچا است که می‌گوید ادعاهای اختلافات مطروحه که مبنای درخواست خواهان را تشکیل می‌دهد، ناشی از قرارداد اصلی است در حالی که ضمانتنامه مستقل از قرارداد است و ادله خواهان برای عدول از این اصل بنیادی کافی نیست:

«صادر کننده اعتبار اسنادی تضمینی [ضمانتنامه] مکلف است مطالبه ذینفع ایرانی را ادا و پرداخت کند و مدافعت خواهان در مورد تقض قرارداد اصلی از ناحیه ذی نفع ضمانتنامه، محکوم به رد است. استدللات خواهان در باب تقض قرارداد اصلی از جانب ذی نفع هیچ تأثیر و موضوعیتی در ادعای خواهان ندارد، به این دلیل اساسی که قرارداد اصلی مستقل از اعتبار اسنادی [ضمانتنامه] است.»^{۲۷}

۲۷- اماً چند ماه بعد که ذی نفع (وزارت دفاع ایران) ضمانتنامه‌های خود را مطالبه کرد، شرکت امریکن بل مجدداً به دادگاه مراجعه و دعوایی به خواسته منع پرداخت ضمانتنامه‌ها مطرح نموده و این بار دولت جمهوری اسلامی ایران را نیز خوانده قرارداد و استدللات قبلی خود را به شکل مفصل تر و مستندتری ارائه کرد و بر سیاسی بودن انگیزه مطالبه ضمانتنامه برای اثبات «متقلبانه» بودن آن تأکید بیشتری نهاد. در حقوق امریکا اصولاً در دعوای دستور منع پرداخت موقت، خواهان باید سه شرط را برآورده:

- موقع خسارات جبران نایذیر به خواهان در صورت وصول ضمانتنامه:
- امکان توفیق در دعوای ماهی برای منع پرداخت دائمی
(ابطال ضمانتنامه)

- به هم خوردن معادله مشکلات طرفین در صورت عدم صدور دستور منع

۲۲- رأی دادگاه نیویورک در دعوای امریکن بل، مورخ ۲۶ مارس ۱۹۷۹، ص ۱۱، همانجا. جالب توجه است که در پرونده مشابهی که بعداً شرکت تاش راس (که با وزارت دفاع ایران قراردادی داشت) علیه منیوفکجرز هانور تراست طرح کرد، دادگاه استیناف نیویورک به نتیجه گیری دیگری رسید و قرار منع پرداخت ضمانتنامه را تأیید نمود. رک: Touch Ross Co. v. Manufacturers Honover Trust Co., N. Y. L. J., Feb. 8, 1982, p. 5. (Supp. Ct. N. Y. 1982).

خواهان استدلال می کرد، اگر ضمانتنامه های او ممنوع الاداء نشود او با خسارات زیادی مواجه می شود که هیچ طریق معقول و ممکنی برای جبران آن وجود ندارد، زیرا محاکم ایران موضع خصمانه دارند. مضارفاً با توجه به اینکه خواهان به تعهدات خود عمل کرده و بدھی به وزارت دفاع ندارد و اوضاع انقلابی ایران از مصاديق فورس مازور است، لذا دعوای ماھوی او برای ابطال ضمانتنامه نیز با مانعی مواجه نیست و دعوای مستدل و مسموعی است. و بالاخره اگر دادگاه دعوای او را رد کند، بل در موضع سخت تر قرار می گیرد و معادله عسر و حرج و مشکلات به ضرر او تغییر می کند. اما دادگاه هیچکدام از این استدلال ها را نپذیرفت و دعوای بل را در این نوبت نیز رد کرد، زیرا نتوانسته بود شرایط سه گانه فوق را اثبات کند. استدلال دادگاه کمایش همان بود که در دعوای قبلی ارائه کرده بود.^{۲۱} اما نکته قابل توجه آن است که حتی پس از اینکه ذی نفع (وزارت دفاع) ضمانتنامه را مطالبه نمود نیز دادگاه حاضر نشد اصل استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی را کنار نهاد و مورد را از مطاديق «تقلب در معامله» ندانست.

۲۸- پس از قضیه گروگان گیری در سفارت سابق امریکا در تهران، شرکتهای امریکایی ادله و بهانه های جدیدی برای اثبات موضع خود که مطالبه ذی نفع های ایرانی ضمانتنامه ها مبتنی بر انگلیزه های سیاسی است و ناروا و همراه با تقلب می باشد، به دست آوردند و دعاوی منع پرداخت ضمانتنامه همچنان ادامه یافت و بار دیگر مسأله استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی و استثنایات آن در ابعاد جدیدی نزد محاکم امریکا مطرح گردید. منتهی در این دوره، دادگاه های امریکایی این دعوا را با انعطاف بیشتر و سمع قبول استماع می کردند، بطوری که از ۱۴

۲۵. برای ملاحظه تفصیل این بحث در حقوق امریکا، مراجعه کنید به:
Herbert A. Getz, "Enjoining the International Standby Letter of Credit: The Iranian Letter of Credit Cases", Harvard International Law Journal, vol. 21, No. 1 (1980), p. 189, at 210 et seq.

26. American Bell Int'l v. Islamic Republic of Iran, 474 F. Supp. 426 (S. D. N. Y. 1979).

پرونده‌ای که مطرح شده بود در ۱۲ پرونده قرار منع پرداخت ضمانتنامه صادر شد.^{۷۷} استدلالات خواهانهای امریکایی در این دعاوی همان‌ها بود که پیش از این مطرح می‌کردند و در توضیح دعوای بل به آن اشاره نمودیم، اما دادگاهها با توجه به اوضاع و احوال جدید ناشی از گروگان‌گیری آنها را اغلب مسموع دانستند و با ارجاع به ماده (ب) (۲) ۱۴۴-۵ مقررات قانون تجارت متحده‌الشكل امریکا یعنی مطالبه تقلب آمیز و بیژه احراز وقوع خسارات جبران ناپذیر به خواهان در صورت عدم صدور دستور منع پرداخت به علت در دسترس نبودن محاکم ایران، نیز به لحاظ دولتی بودن بانک ایرانی و ذی نفع ایرانی که بانک را از عنوان «دارنده باحسن نیت» خارج می‌کرد، قرار منع پرداخت ضمانتنامه‌ها را صادر می‌کردند. حتی دفاع «مصطفونیت دولت خارجی» (Foreign Sovereign Immunity) یا دفاع «عمل دولت» (Act of State) را که تحت قوانین امریکا در اختیار خواندگان ایرانی (دستگاههای دولتی ایرانی) بود، به بهانه‌های گوناگون نادیده گرفتند و «تقلب در مطالبه» ضمانتنامه را به «تقلب در معامله» تفسیر نمودند. توضیح اینکه مطالبه ضمانتنامه‌ها منطبق با شرایط و مفاد آنها بود و صحیحاً صورت می‌گرفت، اما دادگاههای امریکا به اعتبار اینکه مطالبه ذی نفع به معنای حیله و استفاده ناروا از قرارداد اصلی است و متضمن «تقلب در معامله» است، این مفهوم را توسعه بخشیدند و بهمین لحاظ ضمانتنامه‌ها را منع‌الادا کردند.^{۷۸} این در حالی بود که رویه قضایی سنتی امریکا تا قبل از دعاوی ایران سختگیری قابل توجهی در پذیرفتن ادعای تقلب در مطالبه ضمانتنامه‌ها و اعتبارات اسنادی می‌نمود و به ندرت آن را

.۷۷ M. Zimmett, پیشین، ص ۹۴۳ که مشخصات این دعاوی را در پاورقی‌های شماره ۷۸ و ۷۹ داده است. نیز رک: H.A. Getz پیشین و جدولی که در پایان مقاله از دعاوی ضمانتنامه‌های ایران در محاکم امریکا و نتیجه آنها ارائه کرده است.

.۷۸ برای ملاحظه نحوه اعمال تئوری تقلب در معامله به عنوان مبنای دستور منع پرداخت ضمانتنامه در محاکم امریکا، مراجعه کنید به: دکتر محسن-محبی، «تقلب در معامله...» پیشین. نیز برای ملاحظه نمونه‌هایی از دعاوی مربوط، مراجعه کنید به:

G. Kimbell of B. A. Sanders, "Preventing Wrongful Payment of Guaranty Letter of Credit, Lessons from Iran", The Bus. Lawyers vol. 39, (1984), p. 430 et Seq.

می پذیرفتند.^{۲۹}

۲۹. انعطاف و سهل‌گیری محاکم امریکا در قبول دعاوی منع پرداخت و عدول مسامحه آمیز آنها از اصل استقلال ضمانتنامه از قرارداد و روایه‌ای که در دعاوی خاص ضمانتنامه‌های ایران (بویژه دعاوی که پس از گروگان‌گیری مطرح شده بود) به وجود آوردند، اصل بنیادی استقلال ضمانتنامه از قرارداد را تضعیف کرده و ارزش و اهمیت این ابزار مؤثر بانکی در معاملات بین المللی را با تردید مواجه نموده است و به همین لحاظ مورد انتقادات فراوانی بویژه از سوی بانکها و مؤسسات مالی و اقتصادی واقع شده است. همانطور که پیش از این گفتیم (بند ۱۶ به بعد)، استثنایات اصل استقلال ضمانتنامه بسیار محدود است و احراز آنها جزء با ادله قاطع و مسلم امکان پذیر نیست. ادعای «وقوع تقلب یا جعل در مطالبه ضمانتنامه یک ادعای ساده نیست و جزء پرتو مدارک و دلایل قطعی که «چشم را خیره کند» مسموع نیست.^{۳۰} با اینهمه، محاکم امریکا در یک موضع کلی که از اوضاع و احوال سیاسی و جو‌ضد امریکایی در ایران نیز متأثر بود، اغلب بنا را برای گذاشتند که مطالبه ضمانتنامه از جانب ذی نفع ایرانی و توأم با سوءاستفاده از حق می‌باشد و براحتی قرار منع پرداخت صادر می‌کردند. فقط در یک مورد دادگاه مضمون عنه امریکایی را ملزم کرد که در ازای دستور منع پرداخت، بانک امریکایی مربوط را که مخاطب چنین دستوری بود، در برابر هرگونه دعوی یا خسارات احتمالی که در اثر منع پرداخت به او وارد شود، تضمین و تأمین کند، البته مشروط براینکه بانک هم در صورت طرح دعوی علیه او، دقت لازم را در دفاع و اثبات ضرورت منع

۲۹. رویه سنتی محاکم امریکا درخصوص منع پرداخت اعتبارات استادی (و ضمانتنامه‌ها) به لحاظ تقلب مأمور از دعوای معروف «اشتبین» می‌باشد (یاورقی ۱۸).

۳۰. برای ملاحظه نموده‌هایی از انتقاداتی که از رویه محاکم امریکا درخصوص منع پرداخت ضمانتنامه‌های ایران شده است، مراجعه کنید به: Weisz of Blackman, *Standby Letters of Credit After Iran: Remedies of the Account Party*, Un v. of Illinois how Review (1982) p. 335 at 346; M. Zimmett, op. cit., p. 962.

پرداخت معمول دارد.^{۳۰}

ب- مقررات خزانه داری امریکا در مورد ضمانتنامه های بانکی ایران

۳۰- قضیه گروگان گیری اتباع امریکا در سفارت سابق امریکا در تهران، در ۱۳ آبان ۱۳۵۸ (۴ نوامبر ۱۹۷۹) رخ داد. اما ده روز بعد در ۱۳۵۸/۸/۲۳ (۱۴ نوامبر ۱۹۷۹) رئیس جمهور وقت امریکا جیمز کارترا، به استناد قانون اختیارات اقتصادی اضطراری دستور انسداد و توقيف کلیه اموال و دارایی های ایران را صادر نمود و خزانه داری را مکلف کرد مقررات و آیین نامه اجرایی آن را تهیه و اجرا کند.^{۳۱} خزانه داری هم مقرراتی به اسم «مقررات کنترل دارایی های ایران» تدوین کرد که از جمله شامل منع پرداخت ضمانتنامه های ایران می شد.^{۳۲} به موجب مقررات کنترل دارایی های ایران، در صورت مطالبه ضمانتنامه توسط ذی نفع ایرانی بانک امریکایی موظف بود آن را در حساب مسدودی بنام ذی نفع نزد بانک واریز و دعوای راکول اینترنشنال و دعوای کانیز سیستمز، هردو علیه سیتی بانک امریکا در دادگاه ناحیه جنوب نیویورک:

Case No. 80 Civ. 2494 (S. D. N. Y.) Oct. 12, 1982; Case No. 82 Civ. 0613 (S. D. N. Y.) Feb. 26, 1982.

32. Executive Order No. 12170 (14 Nov. 1979) 44 Feb. Reg. 65,729 (1979).
توضیح این مطلب مفید است که بهانه و توجیه امریکا برای دستور انسداد و توقيف اموال و دارایی های ایران سخنرانی بود که بنی صدر وزیر دارایی وقت کرده بود و ضمن آن از احتمال (نه قصد) بیرون بردن دارایی های ایران از امریکا صحبت کرده بود و امریکا همین را به عنوان قصد و موضع رسمی دولت ایران، بهانه کرد و مدعی شد که چون امنیت اقتصادی و بین المللی امریکا در معرض خطر قرار دارد، بنابراین به عنوان یک اقدام عکس العملی متقابل و تلافی جویانه در برابر چنین تهدیدی مباررت به انسداد دارایی های ایران می کند و چون این اقدام در پاسخ به تهدید ایران صورت می گیرد بنابراین، مسؤولیتی متوجه امریکا نیست. اما این مطلب درست نیست زیرا دولت ایران هیچ گاه چنین تهدیدی را رسماً اعلام نکرد. اتفاقاً مدارکی وجود دارد که نشان می دهد امریکا به ابتکار و اقدام خود و برای حفظ منافع خویش بویژه برای تأمین و تضمین مطالبات مؤسسات و شرکتهای امریکایی از ایران، دارایی های ایران را مسدود کرده است (اظهارات وزیر خزانه داری امریکا (میلز) نیویورک تایمز ۱۹۷۹/۱۱/۲۵).

۳۳. برای ملاحظه مقررات خزانه داری امریکا در مورد کنترل دارایی های ایران، رک:
Iranian Assets Control Regulations, 31 C. F. R. Part 535 (1979).

نگهداری کند. اما دو هفته بعد این مقررات اصلاح شد؛ به این نحو که در صورت مطالبه، بانک امریکایی مکلف بود مراتب را فوری به شرکت امریکایی مربوط (ضمون عنہ) اطلاع دهد و به مدت هشت روز پرداخت را متوقف کند. شرکت امریکایی هم می توانست ظرف پنج روز از تاریخ اطلاع به خزانه داری امریکا مراجعت نماید و درخواست پروانه (مجوز) مخصوصی کند برای اینکه حساب مسدودی به نام ذی نفع ایرانی ضمانتنامه در دفاتر شرکت باز کند و وجه ضمانتنامه را به آن حساب واریز نماید. به این ترتیب، دیگر لازم نبود بانک امریکایی پرداختی انجام دهد (ولو در حساب مسدودی نزد خود) نیز، لازم نبود شرکت امریکای (ضمون عنہ) منابع یا وجوده لازم برای پوشاندن تعهد بانک در پرداخت ضمانتنامه را تودیع و فراهم کند، بلکه کافی بود شرکت امریکایی از خزانه داری امریکا «پروانه» ای دریافت کند و در دفاتر خود حساب مسدودی به نام ذی نفع ایرانی افتتاح کند و او را از نظر حسابداری بستانکار نشان دهد، مگر اینکه خزانه داری امریکا هنگام صدور «پروانه» طور دیگری مقرر می کرد یا به دلایلی پروانه صادر نمی کرد.

۳۱- هدف این مقررات آن بود که ضمن حفظ اعتبار و ارزش اقتصادی و تجاری ضمانتنامه های بدون قید و شرط به عنوان یک ابزار مؤثر بانکی در تجارت بین المللی، در برابر وضع خاص ناشی از انقلاب اسلامی ایران و مطالبه من غیرحق ضمانتنامه ها نیز تدبیری اندیشه ایده باشد و وضع موجود را تا تعیین تکلیف مطالبات و ضمانتنامه ها حفظ نماید. به همین لحاظ بود که اگر بعداً به هر دلیلی این پروانه ها لغو و حساب مسدود آزاد می شد، تعهد بانک امریکایی ضامن همچنان مستقر و لازم الاجرا بود و مانند موارد عادی باید ضمانتنامه را می پرداخت و اگر شرکت امریکایی ایراد و اعتراض می داشت، می توانست به دادگاه مراجعت کند. در واقع مقررات خزانه داری امریکا در مورد ضمانتنامه های ایران، خصلت «اداری» داشت و بر حقوق و تعهدات ماهوی طرفین اثری نداشت، کما اینکه بخش «د» آن مقرر می کرد:

«ترتیبات حاضر، دستور دهنده (ضمون عنہ) یا هر شخص دیگری را از طرح اعتراض به موجه و قانونی بودن مطالبه ضمانتنامه یا هرگونه دفاع دیگری در برابر

پرداخت آن محروم و ممنوع نمی‌کند.»

به حال، تیجه این وضع آن بود که شرکتهای امریکایی (مضمون عنہ) برای نپرداختن ضمانتنامه‌های ایران عملأً دو امکان و راه حل موازی در اختیار داشتند: اول، استفاده از مقررات خزانه داری و درخواست «پروانه» افتتاح حساب مسدود در دفاتر خود تا زمان تعیین تکلیف نهایی ضمانتنامه، و دوم، مراجعته به دادگاه و درخواست قرار منع پرداخت موقت ضمانتنامه و سپس طرح دعوای ماهوی برای ابطال آن به علت «تقلب آمیز» بودن مطالبه و عدم استحقاق ذی نفع بر مبنای قرارداد اصلی. به همین لحاظ بود که شرکتهای امریکایی علاوه بر استفاده از مقررات خزانه داری و اخذ پروانه افتتاح حساب مسدود در دفاتر خود، بعضاً به محکم امریکا نیز مراجعته و منع پرداخت ضمانتنامه را درخواست می‌کردند و مدام که دعوای مطرح بود، پروانه خزانه داری را تمدید می‌نمودند.

۳۲- مقررات خزانه داری امریکا درخصوص ضمانتنامه‌ها آشکارا خلاف اصل استقلال ضمانتنامه و لازم الاجرا بودن تعهدات غیرمشروط ناشی از آن بود، منتهی چون دولت امریکا به اعتبار حاکمیت خود آن را صادر کرده بود، شرکتها و بانکهای امریکایی ملزم به رعایت آن بودند. به هر حال، این وضع بیش از یک سال از تاریخ گروگان‌گیری ادامه داشت، تا اینکه دولتین ایران و امریکا توانستند با میانجیگری دولت الجزایر به توافقی برای حل بحران دست یابند و بیانیه‌های الجزایر امضا و منتشر گردید. در بیانیه‌ها ترتیباتی برای حل و فصل دعاوی موجود، از جمله دعاوی ضمانتنامه‌ها، بیش بینی شده بود که توضیح آنها موضوع بخش بعدی از این قسمت است.

ج- بیانیه‌های الجزایر و انتقال دعاوی ضمانتنامه‌ها به دیوان داوری

۳۳- قضیه گروگان‌گیری و انسداد دارایی‌ها و اموال ایران سرانجام به موجب بیانیه‌های الجزایر در ۱۹ زانویه ۱۹۸۱ (۲۹ دی ۱۳۵۹) حل شد. تا آن

زمان محاکم امریکا در دهها پرونده قرار منع پرداخت ضمانتنامه های ایران را صادر کرده بودند که طبق مفاد بیانیه های الجزایر کلیه این قرارها بایستی لغو می شد. پس از امضای بیانیه های الجزایر و اعزام گروگانهای امریکایی از تهران، رئیس جمهور امریکا که آخرین روز ریاست جمهوری خود را می گذراند (۱۹ زانویه ۱۹۸۱) دستورات اجرایی جدیدی در چارچوب تعهدات امریکا برای آزادسازی اموال و دارایی های ایران و ختم دعاوی مطروحه در محاکم امریکا صادر نمود. اما مدتی بعد رئیس جمهور جدید امریکا (رونالدریگان) دستور اجرایی جدیدی در مورد ختم دعاوی که هنوز در محاکم امریکا مطرح بود و در عین حال به دیوان ارجاع شده بودند، صادر کرد که با تعهدات آن کشور در بیانیه ها منطبق نبود؛ زیرا اجازه می داد دعاوی ضمانتنامه ها در محاکم امریکا همچنان ادامه یابد و معلق بماند تا تکلیف دعوای اصلی در دیوان داوری معلوم شود، در حالی که مطابق بیانیه ها می بایست کلیه دعاوی در امریکا ختم شوند و قرارها یا دستورات توقيف صادره نیز فک و لغو گردند. بنده ۵ دستور اجرایی شماره ۱۲۲۹۴ مورخ ۲۴ فوریه ۱۹۸۱ (۱۳۵۹/۱۲/۵) ریگان در مورد اجازه تعلیق (بجای ختم) دعاوی ضمانتنامه ها

چنین بود:

«هیچ قسمت از این دستور اجرایی [از حیث تعلیق دعاوی] شامل دعاوی مربوط به اعتبار یا پرداخت ضمانتنامه ها، ضمانت های حسن انجام یا پیش پرداخت یا سایر اسناد مشابه نخواهد شد.»^{۲۲}

علاوه بر این، دولت جدید امریکا مقررات خزانه داری در مورد ضمانتنامه های بانکی را اصلاح نکرد و همچنان ابنا نمود و بدینسان مانع از انتقال وجه ضمانتنامه های ایران که مطالبه شده بود، به بانک مرکزی ایران گردید که خود تخلف دیگری از تعهدات آن کشور در بیانیه ها محسوب می شد و در قسمت های سوم و چهارم این مقاله مورد مطالعه و بررسی قرار خواهیم داد.

از جمله توافق های دولتین در بیانیه های الجزایر آن بود که کلیه دعاوی اتباع

۲۲. دستور اجرایی شماره ۱۲۲۹۴ رونالدریگان مورخ ۲۴ فوریه ۱۹۸۱ (۵ اسفند ۱۳۵۹) منتشره در مجموعه ۱۹۸۱، ۳۱ C. F. R., نیز ۱۴۱۱۱ F. R. ۴۶.

امریکا در محاکم امریکا یا سایر مراجع قضایی ختم و به دیوان داوری ارجاع گردد تا مورد رسیدگی و حل و فصل قرار گیرد. این حکم طبعاً شامل دعاوی ضمانتنامه های بانکی نیز می شد و لذا تعداد زیادی از دعاوی مذکور نیز به دیوان داوری انتقال یافت که در این مقاله از آن به «دعاوی قراردادی ضمانتنامه ها» تعبیر کرده ایم.^{۳۴}

۳۴. بیانیه های الجزایر مشتمل بر سه سند است و بیانیه عمومی در بر دارنده تعهدات اساسی و متقابل دولتین در برابر یکدیگر است. بند ب اصول کلی بیانیه مذکور در مورد ختم دعاوی و ارجاع آنها به دیوان داوری چنین می گوید:

«قصد هر دو طرف در چارچوب و پیرو شرایط دو بیانیه دولت الجزایر این است که کلیه دعاوی بین هر دولت با اتباع دولت دیگر را لغو و موجبات حل و فصل و ابطال [ختم] کلیه دعاوی را از طریق یک داوری لازم الاجرا فراهم نمایند...»^{۳۵}

بر اساس همین «قصد مشترک» دولتین است که امریکا تعهدی به این مضمون کرده که تصمیمات و اقدامات حقوقی محاکم امریکا در دعاوی اتباع امریکا علیه دستگاههای دولتی ایرانی را مختومه سازد و قرار توقیف ها و احکام قضایی را لغو کند و از ادامه چنین دعاوی یا تجدید آنها در محاکم امریکا یا سایر کشورها جلوگیری نماید. منتهی لازم بود این دعاوی به نحوی حل و فصل شود و نمی توانست بلا تکلیف بماند. این بود که دولتین در بیانیه های الجزایر موافقت و تعهد کردند که یک دیوان داوری بین المللی تأسیس کنند و موجبات حل و فصل دعاوی فيما بین را از آن طریق فراهم نمایند. دعاوی مربوط به ضمانتنامه های بانکی ایران که در محاکم امریکا مطرح بودند از جمله همین دعاوی بود که باید به دیوان داوری ارجاع می شد. منتهی شرکتهای امریکایی (خواهانها) در دیوان داوری، این نوع دعاوی را در قالب اختلافات و دعاوی کلی تری که در رابطه با خود قرارداد اصلی علیه دستگاههای دولتی ایرانی داشتند، مطرح کردند: به نحوی که ابطال ضمانتنامه ها قسمتی از خواسته دعواه اصلی آنها را تشکیل می داد. اما از سوی دیگر، بانکهای ایرانی هم دعاوی اصلی علیه بانکهای امریکایی صادر کننده

۳۵. بیانیه های الجزایر (بیانیه عمومی)، بند ب، مجله حقوقی، شماره ۱، استاد بین المللی.

ضمانتنامه متقابل مطرح نمودند و هم خواستار اجرا و پرداخت همان
ضمانتنامه هایی شدند که شرکتهای امریکایی در دعاوی قراردادی خود خواستار لغو
و ابطال آنها بودند. در زیر توضیح بیشتری پیرامون این دعاوی می دهیم (بند ه).

د- صلاحیت دیوان داوری در مورد دعاوی قراردادی ضمانتنامه های بانکی

۳۵- صلاحیت دیوان عمدتاً در «بیانیه الجزایر در مورد حل و فصل دعاوی»
تعریف و تعیین شده است. بند ۱ ماده ۲ بیانیه حل و فصل دعاوی درخصوص
صلاحیت دیوان در مورد دعاوی اتباع یک دولت علیه دولت دیگر مقرر نموده:
«بدین وسیله یک دیوان داوری («دیوان داوری دعاوی ایران- ایالات متحده»)
تأسیس می شود، به منظور اتخاذ تصمیم درباره ادعاهای اتباع ایالات متحده علیه
ایران و ادعاهای اتباع ایران علیه ایالات متحده و نیز هرگونه ادعای متقابل که
ناشی باشد از قرارداد، معامله یا پیشامدی که موضوع اصلی ادعای اتباع را تشکیل
می دهد، مشروط بر اینکه اینگونه ادعاهای ادعاهای متقابل در تاریخ این موقفتنامه
[بیانیه] پا برجا بوده باشد، اعم از اینکه قبل از دادگاهی مطرح شده یا نشده باشد،
و ناشی از دیون، قراردادها (منجمله معاملاتی که موضوع اعتبارات اسنای یا
ضمانت های بانکی باشند)، مصادره یا سایر اقدامات مؤثر در حقوق مالکیت
باشد، ...» (تأکید افزوده شده).

چنانکه پیداست صلاحیت دیوان داوری در دعاوی اتباع خصوصی عبارت
است از رسیدگی به دعاوی اتباع هریک از دو دولت علیه دولت دیگر که ناشی از
دیون، قراردادها، مصادره یا سایر اقدامات مؤثر در مالکیت باشد. شرکتهای
امریکایی دعاوی خود در مورد ضمانتنامه ها را ضمن دعواه اصلی و قراردادی علیه
دستگاه دولتی ایرانی طرف قرارداد مطرح نمودند و از حیث صلاحیت دیوان
مشکلی در بین نبود، خصوصاً که پرانتر مندرج در ماده فوق الذکر (منجمله
معاملاتی که موضوع اعتبارات اسنادی یا ضمانت های بانکی باشد) نیز راهگشای
صلاحیت دیوان در این دعاوی بود. مشکلی که این دعاوی داشتند، صلاحیتی نبود،
بلکه بیشتر ماهوی بود؛ زیرا خلاف اصل استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی بود

که هنگام بررسی رویه دیوان داوری در این دعاوی (بغش «و زیر) به آن خواهیم پرداخت. اما قبل از آن لازم است مشکل خاصی را که دیوان در رسیدگی به این دعاوی با آن مواجه شده بود به اختصار توضیح دهیم، خصوصاً که این توضیح از حیث مقاصد و مباحث قسمت‌های بعدی این مقاله نیز مفید و لازم است.

ه. مشکلات دعاوی متقارن در مورد ضمانتنامه‌ها

۳۶. گروهی از «دعاوی ضمانتنامه‌های بانکی» در دیوان، دعاوی بود که از جانب بانکهای ایرانی علیه بانکهای امریکایی و گاه علیه دولت امریکا و نیز شرکت امریکایی (مضمون عنه) مطرح شده بود و خواسته آن بسادگی الزام و محکومیت بانک امریکایی خوانده به پرداخت ضمانتنامه متقابل بود، یعنی پرداخت همان ضمانتنامه‌ای که شرکت امریکایی مربوط (مضمون عنه) در دعوای قراردادی خود خواستار ابطال آن شده بود. این دعاوی از جانب یک مؤسسه دولتی ایرانی (بانک ایرانی) علیه یک تبعه خصوصی امریکا (بانک امریکایی) مطرح می‌شد که ظاهراً در بیانیه حل و فصل دعاوی جایگاهی نداشت، زیرا بند ۱ ماده ۲ بیانیه حل و فصل صحبت از دعاوی «اتباع هر یک از دولتين علیه دولت دیگر» می‌کند و دعوای دولت علیه اتباع دولت دیگر را پیش‌بینی نکرده بود. از این‌رو، این دعاوی متقارن، آن‌هم با خواسته‌های متعارض و متباین، دیوان را از حیث رسیدگی در وضع مشکل و دشواری قرار می‌داد. در یک نگاه تحلیلی، می‌توان گفت که این وضعیت در دعاوی ضمانتنامه‌های بانکی، سه مطلب را پیش دیوان می‌نهاد که گرچه از نظر حقوقی طبع شکلی داشت و باید در پرتو ملاحظات آیین دادرسی حل می‌شد، اما در واقع معطوف به «حقوق ضمانتنامه‌های بانکی» و احکام آن بویژه اصل ماهی مربوط به استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی بود. این سه مطلب یا سه مشکل چنین بود: طرح دعاوی متقارن نزد مرجع واحد. احتمال احکام معارض. مسئله استقلال ضمانتنامه. با بررسی این سه موضوع، ابعاد دعاوی قراردادی ضمانتنامه‌های بانکی در دیوان روشن‌تر خواهد شد و از این رهگذر زمینه مباحث

۳۶. برای اطلاع بیشتر از مشکلات این دعاوی متقارن، رک: Zimmett پیشین، ص ۹۵۵ به بعد.

بعدی- بویژه مباحث موضوع قسمت سوم این مقاله- فراهم خواهد شد.

دعاوی متقارن

۳۷- چنانکه اشاره شد، در مورد ضمانتنامه های بانکی دو دعوای متقارن و

متباين بود. در دعوای قراردادی شرکت امریکایی (ضمون عه) ابطال ضمانتنامه تقاضا شده بود، در حالی که در دعوای بانک ایرانی علیه بانک امریکایی، اجرا و پرداخت همان ضمانتنامه درخواست می شد. از طرفی چون اصحاب دعوی در این دو پرونده مشترک نبودند، طبعاً امکان ادغام آنها نیز وجود نداشت. مضافاً به علت وحدت مرجع رسیدگی که هر دو دعوا نزد دیوان داوری مطرح بود، محلی برای اجرای قاعده «تقدیم رسیدگی به دعوای مقدم» (Lis pendens) نیز پیدا نمی شد، خصوصاً که طبق اولین دستور رئیس دیوان، ترتیب رسیدگی پرونده ها از تقدیم و تأخیر تاریخ ثبت دعوا تبعیت نمی کرد.

احکام معارض

۳۸- اشتراک موضوع دو پرونده با دو خواسته متباين نزد مرجع واحد، دیوان

را با وضع دشواری مواجه می کرد و می بایست ترتیبی داده شود که از صدور احکام معارض جلوگیری شود. چه بسا در دعواه قرارداد اصلی دیوان قانع می شد که ضمانتنامه باید آزاد و باطل شود و حکم به ابطال آن می داد. اما در دعواه بانک ایرانی علیه بانک امریکایی چنین امکانی کمتر وجود داشت؛ زیرا دعواه بانک ساده و صریح بود و ضمانتنامه متقابل بانک امریکایی (خوانده) که بصورت غیر مشروط صادر شده بود آشکارا حکایت از تعهد او به پرداخت می نمود و دفاع محکمه پسندی برای امتناع از پرداخت وجود نداشت و دیوان ناگزیر اورا محکوم به ایفای تعهد و پرداخت ضمانتنامه می کرد. به عبارت دیگر، اگر دعاوه بانکهای ایرانی با مشکل صلاحیتی- هم صلاحیت شخصی و هم صلاحیت موضوعی موجود بود (رک: قسمت سوم) اما اشکال ماهوی نداشت. بهر حال، اصول و قواعد

دادرسی صحیح اقتضا می‌کند که از صدور احکام معارض آن هم از مرجع رسیدگی واحد جلوگیری شود، بدون اینکه به حقوق ماهوی اصحاب دعوی لطمه وارد گردد.

مسئله استقلال ضمانتنامه

۳۹. در خصوص اهمیت و جایگاه اصل بنیادی استقلال ضمانتنامه غیرمشروط از قرارداد اصلی پیش از این توضیح کافی دادیم (بندهای ۱۶-۹) و نیازی به تکرار نیست. دعاوی ابطال ضمانتنامه‌ها که شرکتهای امریکایی مطرح نمودند، مستقیماً با مسئله استقلال ضمانتنامه ارتباط داشت و آشکارا مضمون عدوف از این اصل بود، زیرا برای اثبات و توجیه ادعای خود به مباحث و موضوعات قرارداد اصلی خود با ذی نفع ایرانی استناد می‌جستند. چون دعاوی خواهانها خلاف اصل استقلال ضمانتنامه به شمار می‌رفت، طبیعاً بار اثبات آن هم به عهده ایشان قرار می‌گرفت که نشان دهند دعواه آنها از مصاديق استثنایات این اصل می‌باشد. از طرفی، چنانکه قبل‌اگفتیم (بندهای ۲۱-۱۶)، موارد کنارگذاردن اصل استقلال ضمانتنامه بسیار محدود و تقریباً انحصری است (تقلب- جعل) و ضابطه دلیل اقناعی برای اثبات آن نیز، سنگین می‌باشد و کارآسانی نیست. شرکتهای امریکایی در دادخواستها و لوایح خود مسئله «متقلبانه» بودن مطالبه ضمانتنامه را مطرح و مدعی بودند که دعواه آنها از مصاديق استثنای اصل استقلال ضمانتنامه است. اما ادله‌ای که برای اثبات این ادعا ارائه می‌کردند، کمتر قانع کننده بود؛ زیرا نمی‌توانستند سوه نیت یا قصد اضرار ذی نفع ایرانی در مطالبه ضمانتنامه را نشان دهند، خصوصاً که برای اثبات تقلب نزد مراجع بین‌المللی مانند دیوان داوری، ضابطه دلیل، بالاتر از آن است که در حقوق داخلی وجود دارد.^{۳۷} از این رو،

۴۰. بطور کلی نوع و ضابط دلیل برای اثبات تقلب در دعواه که نزد مراجع بین‌المللی مطرح می‌شوند، آن است که تقلب و خلافکاری طوری باشد که دیوان را گمراه کند و برخلاف موازین نظم عمومی بین‌المللی باشد و دیوان‌های بین‌المللی، مأخوذه به موازین حقوق داخلی در مورد تخلفات و تقلب یا حتی جرائم نیستند، پروفسور «بین چنگ» می‌گوید: «تقلب طرفین دعوی و شهود در صورتی موجب بطلان است که در تصمیم داوران مؤثر باشد. به عبارت دیگر عمل متقلبانه



خواهانهای مذکور خیلی اصرار نداشتند که ادعای خود در مورد ابطال ضمانتنامه را در چارچوب تقلب در مطالبه یا معامله اصلی اثبات نمایند، بلکه سعی می‌کردند خواسته خود را در پرتو واقعیات قراردادی موجه و پذیرفتگی سازند و با ارائه مدارکی حاکی از قبول یا اقرار خوانده ایرانی (صريح یا ضمنی) به انجام تعهدات یا رضایت او از نوعه اجرای قرارداد (مثلاً صور تجلیسه تحويل و تحول کار یا کالا) یا مدارکی که حاکی از فسخ و نقض قرارداد از جانب خوانده باشد، یا استادی که مطالبات آنها را نشان دهد دیوان را قانع کنند که انصافاً واقعاً موردي برای مطالبه ضمانتنامه و پرداخت آن باقی نماند و ضمانتنامه موضوعیت خود را از دست داده است.^۸ به هر حال شرکتهای امریکایی از دیوان می‌خواستند به مسأله ضمانتنامه در ضمن رسیدگی به دعوای قرارداد اصلی آنها علیه خوانده ایرانی رسیدگی و اتخاذ تصمیم کند در حالی که این وضع خلاف اصل استقلال ضمانتنامه‌ها از قرارداد بود.



از ناحیه یکی یا هردو طرفین باید طوری باشد که موجبات انحراف دیوان را فراهم کرده باشد.»
(رک:

Bin Cheng, "General Principles of International Law", 1953, p. 360)
پروفسور ساندیفر نیز می‌گوید: «در صورتی که ثابت شود رأی دیوان مبتنی بر ادله واهی یا مقلبانه بوده که در تصمیم دیوان بطور عمد مؤثر بوده طرفی که رأی علیه او صادر شده، الزامی به رعایت رأی نخواهد داشت.» رک:

Sandifer, "Evidence before International Tribunals", 1975 (revised), p. 426.

۳۸. مع ذلك در بیاری از پرونده‌ها، خواهانهای امریکایی مدعی می‌شدند که مطالبه ضمانتنامه‌ها از جانب دستگاه‌های دولتی از مصادیق «تقلب» است و مبتنی بر انگیزه‌های سیاسی بوده که به دنبال یک دستورالعمل کلی دولت بصورت یکجا مطالبه شده بود و برای اثبات آن به بخشانمه شماره دک. ۳۱۱۱ مورخ ۳۰ آبان ۱۳۶۰ دفتر هماهنگی و اجرای بیانیه الجزایر در بانک مرکزی استناد می‌کردند که طی آن از بانکهای ایرانی خواسته شده بود در مورد مطالبه ضمانتنامه‌هایی که در دست دارند «با ذیفعه‌های ایرانی تعاس بگیرند و اقدام لازم به عمل آورند». البته این مطلب که مطالبه ضمانتنامه‌ها در اجرای سیاست کلی دولت و با انگیزه‌های سیاسی بوده مورد انکار دولت و خواندگان ایرانی بود (رک: لایحه دولت جمهوری اسلامی ایران در پرونده الف ۱۶ مورخ ۱۳۶۲/۸/۱۲ (ص ۲۶)، اما به هر حال تأثیر روانی و منفی خود را در ذهن دیوان باقی می‌گذاشت. (نیز رک: دعوای آلفالاوال در محکم بلژیک، پاورقی ۱۹ فوق).

و- رویه دیوان در دعاوی قراردادی ضمانتنامه‌های بانکی

۴۰- مشکلات و دشواری‌هایی که دعاوی قراردادی ضمانتنامه‌های بانکی از حیث نحوه رسیدگی برای دیوان به وجود آورده بود، راه حلی می‌طلبید. از یکسو دیوان داوری موظف بود ترتیبی دهد که از صدور احکام معارض در دعاوی مذکور جلوگیری شود از سوی دیگر اختلاف ماهوی و قراردادی اصحاب دعوی در این پرونده‌ها و بویژه مسأله استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی مانع از آن بود که دیوان بتواند به آسانی و قبل از رسیدگی‌های کافی، دعاوی بانکهای ایرانی را در دعوای قرارداد اصلی ادغام کند. و همین امر موجب می‌شد که عملاً مباحثت قراردادی و ضمانتنامه یک‌جا مورد تبادل لوایح و رسیدگی قرار گیرد. مشکل دیگر آن بود که دعاوی بانکهای ایرانی، به نظر خوانندگان امریکایی و نیز دولت امریکا، اساساً در صلاحیت دیوان نبود و می‌باشد رد می‌شد، که این مسأله در پرونده الف/۱۶ مطرح گردید و در قسمت سوم به آن خواهیم پرداخت. یه‌حال، چنانکه ذیلاً خواهیم دید، جز در یکی دومورد از رویه‌های اویله خود، دیوان طرح مسأله ضمانتنامه در ذیل دعاوی قراردادی را بلامانع دانسته و به مسأله استقلال ضمانتنامه از قرارداد توجه نکرده است.

۴۱- بطور کلی، موضوع و خواسته دعاوی قراردادی شرکتهای امریکایی، مطالبه خسارت فسخ یا نقض قرارداد از جانب خواننده ایرانی یا مطالبه صورتحساب‌های پرداخت نشده آنها بوده است، که البته اغلب با دعاوی متقابل خواننده ایرانی مواجه شده است. اما در پاره‌ای از این دعاوی، خواهان امریکایی ابطال ضمانتنامه‌های مربوط به قرارداد را نیز جزء خواسته خود ذکر نموده و برای این منظور گاه بانک ایرانی صادر کننده ضمانتنامه را نیز خواننده قرار داده است. استدلال خواهانها در مورد ابطال ضمانتنامه معمولاً آن است که خواننده ایرانی (مضون له) استحقاق وصول ضمانتنامه را ندارد؛ زیرا خواهان به تعهدات قراردادی خود عمل نموده و بدھی ندارد و در اجرای قرارداد خسارتی هم به خواننده ایرانی وارد نکرده تا او حق در استیفای آن از محل ضمانتنامه باشد. بنابراین، هرگونه

مطالبه و وصول ضمانتنامه به معنای «مطالبه ناروا» و متقلبانه است و باید ممنوع و ابطال شود و حتی خسارات ناشی از مطالبه ناروا نیز باید پرداخت گردد. دعاوی قراردادی شرکتهای امریکایی که ضمناً متضمن درخواست ابطال ضمانتنامه هم هست، در واقع همان دعاوی است که قبل از تشکیل دیوان داوری به شکلی محدودتر یعنی بصورت درخواست دستور منع پرداخت ضمانتنامه، در محاکم امریکا مطرح بود و در بعضی از آنها حتی قرار منع پرداخت ضمانتنامه هم صادر شده بود (بند ۳۰-۳۳).

امتیازی که طرح دعوای مربوط به ابطال ضمانتنامه نزد دیوان داوری برای شرکتهای امریکایی داشت آن بود که بدون اینکه با محدودیت‌های قانونی در محاکم امریکا مواجه باشد (بند ۲۷-۲۸) می‌توانستند موضوع را در پرتو استدللات و ادعاهای ناشی از قرارداد اصلی علیه خوانده ایرانی (مضمون له) مطرح سازند. دفاع خواندگان ایرانی در برابر آن قسمت از دعوای که مربوط به ضمانتنامه بود، ضمن انکار و رد ادعاهای خواهان در مورد عدم استحقاق در مطالبه، این بود که ضمانتنامه علی الاصول مستقل از قرارداد است و نمی‌توان به استناد دفاعات قراردادی مانع از وصول و استفاده از آن شد؛ زیرا تعهد بانک به پرداخت مطلق و فارغ از هرگونه شرطی می‌باشد. به حال، چنانکه در نمونه‌های زیر از آراء دیوان خواهیم دید، هم خواهانها و هم دیوان کمتر خود را با مسأله «تقلب» بعنوان استثنای اصل استقلال ضمانتنامه آشنا کرده‌اند، بلکه سعی نمودند مسأله ضمانتنامه را در چارچوب مطالبات و محاسبات قراردادی یا فسخ قرارداد و غیره، حل و فصل نمایند (بند ۳۹).

۴۲- اولین پرونده‌ای که مسأله ضمانتنامه‌های بانکی در آن مطرح و مورد تصمیم دیوان واقع شد، دعوای شرکت هارزا علیه ایران بود که رأی آن به تاریخ ۳۰ دسامبر ۱۹۸۲ صادر شده است. در این پرونده خواهان مانده حساب‌های خود نزد بانک ملی ایران و بانک تجارت را مطالبه می‌کرد و مدعی بود که چون

بانکهای خوانده دولتی هستند و از پرداخت چکهای صادره عهده حساب‌های مربوط امتناع کرده‌اند، پس دولت ایران حساب‌های بانکی او را مصادره کرده و باید غرامت بپردازد. بانک تجارت ضمن رد ادعای خواهان، دعوای متقابلی مطرح کرد که موضوع آن مطالبه ضمانتنامه‌هایی بود که بانک مذکور براساس ضمانتنامه‌های متقابل و به دستور هارزا (مضمون عنده) به نفع سازمان آب و برق خوزستان (ذی نفع) صادر کرده بود و مورد مطالبه قرار گرفته بود. دعوای اصلی خواهان رد شد ولی در مورد دعوای متقابل مربوط به ضمانتنامه، شعبه دوم دیوان داوری چنین نظر داد: «ضمانتنامه بانکی یک سند مالی است و متضمن تعهداتی است که از معامله [قرارداد] اصلی که ضمانتنامه از شروط آن بوده، مستقل و متمایز می‌باشد».^{۴۳}

بدینسان، دیوان دعوای ضمانتنامه را به علت عدم صلاحیت رد کرده و در استدلال خود به اصل بنیادی استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی استناد جسته است. در واقع، دعوای بانک تجارت اوصاف لازم برای دعوای متقابل را نداشت؛ زیرا ادعای او در مورد ضمانتنامه‌ها ناشی از مبانی دعوای اصلی- یعنی قرارداد حساب جاری- نبود، مضافاً که چنین دعوا بی‌علی القاعده باید علیه بانک امریکایی صادر کننده ضمانتنامه متقابل طرح می‌شد، نه علیه مضمون عنده (شرکت هارزا).

۴۳- در پرونده دیگری که شبیه پرونده هارزا بود بانک تجارت طی دعوای متقابل علیه شرکت امریکایی خواهان خواستار وجه ضمانتنامه‌ها شده بود، دیوان همین نکات را با تفصیل بیشتری بیان کرده و دعوای متقابل را به لحاظ استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی و نیز فقدان طرفیت بانک در قرارداد اصلی، رد کرده

۴۴- هارزا اینجنترینگ کمپانی علیه جمهوری اسلامی ایران، رأی شماره ۱۹-۹۸-۲ مورخ ۳۰ دسامبر ۱۹۸۲ منتشره در گزاره آراء دیوان داوری، ج ۱، انتشارات گروسویوس، لندن (۱۹۸۳) ص ۵۰۷، همانطور که ملاحظه می‌شود، نحوه طرح مسأله ضمانتنامه در این پرونده با نمونه‌های دیگر متفاوت است. زیرا در سایر پرونده‌ها معمولاً یک شرکت امریکایی ضمن دعوای قرارداد اصلی علیه دستگاه دولتی ایرانی، ابطال ضمانتنامه‌های مربوط به قرارداد را نیز درخواست می‌کند اما در اینجا خوانده ایرانی (بانک تجارت) بصورت دعوای متقابل خواستار اجرا و انجام ضمانتنامه شده است که چون موضوعاً متضمن مسأله ضمانتنامه است مورد بحث قرار گرفته است.

است. این پرونده دعوای اینترنشنال تکنیکال پروداکتس علیه ایران بود که شعبه سوم دیوان داوری با اشاره به رأی پرونده هارزا، چنین رأی داده است:

«اعتبارات استادی و ضمانتنامه های بانکی، تعهداتی مستقل از تعهدات ناشی از قرارداد اصلی می باشند و نسبت به آن تبعی اند (رك: رأی پرونده هارزا). بنابراین تعهدات بانکها در برابر یکدیگر متمايز و مستقل از تعهدات طرفین قرارداد اصلی نسبت به یکدیگر می باشد.

در مواردی از قبیل پرونده حاضر که ادعای خواهان منحصرآ مربوط به تعهدات طرفین براساس قرارداد اصلی است، دعوای تقابل مربوط به اعتبارات استادی و تعهدات بانکهای طرفین آن ناشی از همان قرارداد، معامله یا پیش آمدی که مبنای ادعای اصلی است، بنحوی که در بند ۱ ماده ۲ بیانیه حل و فصل مقرر شده، نمی باشد. ادعای تقابلی که در اینجا مطرح است، خود دلیل صحت این نظر است. خواهان متقابل [بانک تجارت] مدعی تخلف از جانب بانک امریکایی [خوانده متقابل و صادر کننده ضمانتنامه متقابل] است و نه شرکت امریکایی خواهان. از آنجا که بانک امریکایی مذکور (فرست نشان بانک اف بوستون) طرف دعوای حاضر نیست، دیوان داوری صلاحیت رسیدگی به تعهدات آن بانک دربرابر بانک تجارت را ندارد. حداکثر، دیوان می تواند حقوق اصحاب دعوای را درخصوص اعتبارات استادی و ضمانتنامه های بانکی مربوط به قرارداد اصلی درمورد کارهای ساختمنی، رسیدگی نماید. بنابراین، دعوای تقابل بانک تجارت درباره اعتبارات استادی [ضمانتنامه] به عمل قدر صلاحیت ردمی شود.»

۴۴. اما این رویه صحیح دیوان چندان نپایید. زیرا برخلاف دو رویه قبلی،

در دعوای اولترا سیستمز علیه وزارت دفاع، دیوان داوری دعوای تقابل مربوط به ضمانتنامه را در صلاحیت خود دانست و نسبت به آن در ماهیت رأی داد. در این پرونده، خوانده ایرانی ضمن ادعاهای متقابل خود مسأله پیش پرداخت هایی را که به خواهان داده بود و برای آن ضمانتنامه هایی گرفته بود، مطرح نمود و آن را به عنوان بدھی خواهان مطالبه کرد. با اینکه در این پرونده بانکهای صادر کننده ضمانتنامه خوانده قرار نگرفته بودند و طرفیتی نداشتند، مع ذلك دیوان ضمن رد

۲۰. اینترنشنال تکنیکال پروداکتس علیه جمهوری اسلامی ایران، رأی شماره ۳۰۲-۳-۱۸۶ مورخ ۱۹ اوت ۱۹۸۵، گزاره آراء دیوان داوری، ج ۹، ص ۳۶.

دعوای تقابل، ضمانتنامه های مربوط به پیش پرداخت را نیز ابطال نمود. به نظر دیوان، چون وزارت دفاع در طول اجرای قرارداد مبالغ پیش پرداخت را از محل صورتحسابهای خواهان کسر می کرده، بنابراین طلبی از خواهان ندارد و دعوای متقابل او در این مورد محکوم به رد است. اما دیوان فراتر از این نیز رفته و در قسمت آمره حکم مقرر نموده:

«دیوان داوری کلیه حقوق و تعهدات تحت ضمانتنامه بانک ملی ایران به مبلغ ۱۰۰,۰۰۰ دلار به شرح مذکور در بند ۲ بالا، نیز تحت اعتبار استنادی تضمینی متقابل بانک اف امریکا به شماره SBLA-۷۷۵۰۶ اعلام می نماید.»^{۴۰}

چنانکه اشاره شد، این رأی از این حیث که متضمن تصمیم نسبت به بانکهایی است که طرفیتی در دعوی نداشتند، غیر موجه و قابل انتقاد است.

۴۰- در سه پرونده فوق، مسأله ضمانتنامه به صورت دعوای متقابل از جانب خوانده ایرانی مطرح و مطالبه شده بود که در دو مورد دیوان در پرتو اصل استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی، دعوای تقابل بانکهای ایرانی را به علت فقد صلاحیت رد کرده است. اما در سایر پرونده ها که مسأله ضمانتنامه به نوعی از جانب خواهان مطرح گردیده و آزاد شدن و ابطال آن درخواست شده، دیوان آن را در پیوند با مسائل قراردادی مورد رسیدگی قرار داده و از این رهگذر، وارد استحقاق یا عدم استحقاق ذی نفع ایرانی (خوانده دعوی) نسبت به ضمانتنامه شده و تصمیم ماهوی اتخاذ نموده است. تصمیمات ماهوی دیوان، همواره به صورت الزام طرف ایرانی (ذی نفع ضمانتنامه) و گاه بانک ایرانی به آزاد کردن ضمانتنامه و ممنوع کردن آنها از مطالبه بعدی بوده است و بدینسان، دیوان مسأله استقلال ضمانتنامه از قرارداد را یکسره کثار نهاده است، که از این حیث رویه آن قابل انتقاد می باشد. که بعداً

۱۱. اولتراسیستمز علیه جمهوری اسلامی ایران، رأی شماره ۳-۸۴-۲۷، ۴ مارس ۱۹۸۳، گزاره آراء دیوان داوری، ج ۲، ص ۱۱۴. در مورد این قبیل دعاوی رک: G.Aldrich, "The Jurisprudence of The Iran-United States Claims Tribunal" Clarendon Press, Oxford (1996) p. 322.

مورد نقد و بررسی قرار خواهد گرفت، و در اینجا نمونه‌هایی از این رویه دیوان را نیز مرور می‌کنیم.

۴۶- شرکت اف. ام. سی. دعوایی علیه وزارت دفاع مطرح کرده بود که ناشی از قرارداد تجهیزات نظامی بود. وزارت دفاع پیش‌پرداخت‌هایی در ازای ضمانتنامه‌هایی که بانک ملی ایران به استناد تضمین متقابل یک بانک امریکایی (بانک اف امریکا) صادر کرده بود، به خواهان انجام داده بود. خواهان مدعی بود که به تعهدات خود بدرستی عمل کرده اما وزارت دفاع قرارداد را نقض و فسخ نموده و موجب خسارت او شده است. در کنار این خواسته قراردادی، خواهان ادعا می‌کرد که خوانده دو فقره ضمانتنامه‌های او را نیز من غیرحق مطالبه کرده است و تقاضا داشت که دیوان دستور دهد ضمانتنامه‌های مذکور (ضمانتنامه بانک ملی ایران و تبعاً ضمانتنامه متقابل بانک اف امریکا) ابطال و آزاد شود. خواهان برای این قسمت از خواسته خود بانک ملی ایران را نیز خوانده قرار داده بود، اما نمی‌توانست بانک اف امریکا را هم در شمار خواندگان ذکر کند؛ زیرا دیوان برای ادعاهای اتباع امریکا علیه یکدیگر صلاحیت ندارد. وزارت دفاع ضمن مدافعت ماهوی و رد ادعاهای خواهان، بر استحقاق خود نسبت به وصول ضمانتنامه‌ها تأکید می‌ورزید. بانک ملی ایران نیز دفاع می‌کرد که ضمانتنامه مستقل از قرارداد اصلی است و مورد مطالبه ذی نفع قرار گرفته و لازم الاجرا است دیوان داوری سرانجام در مورد اختلافات و ادعاهای ماهوی مربوط به قرارداد اصلی، به افساخ قرارداد نظر داد و خواهان را مستحق خسارت فسخ دانست و در پرتو این یافته، درخصوص ضمانتنامه‌های پیش‌پرداخت نیز چنین تصمیم گرفت که با وجود فسخ قرارداد ضمانتنامه‌ها هم موضوعیت خود را از دست داده و باید آزاد شود. از سوی دیگر، با توجه به فسخ قرارداد موجبی برای نگاه داشتن آن قسمت از پیش‌پرداخت‌ها که مصرف نشده توسط خواهان، وجود نداشت و بنابراین باید بهره آن در طول این مدت را به خوانده بپردازد. به این ترتیب، چون دیوان مجموعه معاملات و روابط قراردادی طرفین را حل و فصل می‌کرد و در محاسبات خود پیش‌پرداخت‌های وزارت

دفاع را منظور کرده بود، خصماننامه‌ها را نیز به عنوان بخشی از این معامله ملحوظ نمود و با احتساب بهره پیش‌پرداخت مصرف نشده به نفع خوانده، حکم به آزاد شدن خصماننامه‌هایی که برای تضمین همین پیش‌پرداخت صادر شده بود را، صادر کرد. خلاصه استدلال دیوان این است که بطور کلی قرارداد اصلی بین طرفین در خصوص نحوه استرداد و تسویه خصماننامه‌ها در صورت فسخ قرارداد ساکت است ولی مسلم است که دفاع وزارت دفاع نتوانسته این خصماننامه‌ها را وصول کند؛ زیرا شرکت اف. ام. سی. قبل ادعایی در محاکم امریکا مطرح و دادگاه هم قرار منع پرداخت وقت خصماننامه‌ها را صادر کرده بود. بنابراین و در چین اوضاع احوالی، دیوان باید هنگام تصمیم‌گیری در ماهیت دعوا، و در مجموعه روابط مالی و قراردادی طرفین، مسأله خصماننامه‌ها را نیز ملحوظ و مورد توجه قرار دهد. رأی دیوان چنین است:

«در این مورد، دیوان متذکر می‌شود که معمولاً پس از فسخ قرارداد، خوانده مستحق استرداد و دریافت آن مقدار از پیش‌پرداخت‌ها است که دیگر برای انجام تهدبات او در قبال فروشنده [خواهان] مورد نیاز نیست. دیوان داوری اوضاع و احوال پرونده حاضر را متفاوت از این قاعده کلی نمی‌داند و بنابراین، مابه التفاوت پیش‌پرداخت‌های وزارت دفاع و خسارات فسخ را در حق آن وزارت رأی می‌دهد. دیوان خاطرنشان می‌سازد که خواهان نیز خود همین را تقاضا نموده است، منتهی مدعی است که بهره‌ای به پیش‌پرداخت‌های وزارت دفاع که در سال ۱۹۸۰ در دفاتر خود مسدود کرده، تعلق نمی‌گیرد. دیوان توجه دارد که در قرارداد اصلی بهره برای پیش‌پرداخت‌ها پیش‌بینی نشده، و این یعنی خواهان می‌تواند در طول مدت قرارداد پیش‌پرداخت‌ها را بدون تعلق بهره نزد خود نگه دارد؛ اما نظر دیوان این است که همین که قرارداد فسخ شد و خصماننامه‌ها مورد مطالبه واقع شد، دیگر نگهداری پیش‌پرداخت‌ها بدون بهره توجیهی نخواهد داشت. بنابراین، دیوان داوری، حکم به تعلق بهره نسبت به مانده پیش‌پرداخت‌ها از تاریخ مطالبه خصماننامه‌ها، به نفع وزارت دفاع صادر می‌کند.

به عنوان نتیجه تصمیمات فوق، دیوان مقرر می‌کند که با پرداخت خالص مابه التفاوت مبالغ مورد حکم به وزارت دفاع، خصماننامه‌هایی که برای تضمین پیش‌پرداخت‌ها صادر شده بود، دیگر موضوعیتی نخواهد داشت و وزارت دفاع

مکلف است هیچ اقدام دیگری در جهت مطالبه یا وصول آنها به عمل نیاورد.»^{۴۷}

۴۷- در پرونده دیگری که خواهان ضمن ادعاهای قراردادی آزاد شدن ضمانتنامه‌ها را نیز درخواست کرده بود، دیوان داوری علی‌رغم دفاعات خواندگان مبنی بر استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی، تقاضای خواهان را پذیرفت و ضمن اتخاذ تصمیم درخصوص اختلافات ماهوی طرفین، چنین حکم داد که چون با این رأی کلیه ادعاهای قراردادی حل و فصل و تسویه می‌شود، بنابراین ضمانتنامه هم بلا اثر است و موضوعیت خود را از دست می‌دهد و «خوانده موظف است مطالبه خود برای وصول این ضمانتنامه را مسترد کند و از هرگونه مطالبه آتی نسبت به آن نیز خودداری ورزد.»^{۴۸}

۴۸- آراء دیوان در رسیدگی به دعوای ضمانتنامه که در کنار دعاوی مربوط به قرارداد اصلی مطرح شده، همواره به نتیجه مشابهی رسیده و آن اینکه با توجه به حل و فصل دعاوی قراردادی و تسویه آن، ضمانتنامه آن هم منتفی است و حکم به آزادشدن ضمانتنامه بانک ایرانی و نیز ضمانتنامه متقابل بانک امریکایی صادر کرده است. مخاطب یا محکوم علیه این آراء طبعاً خوانده اصلی ایرانی یعنی ذنی نفع ضمانتنامه (مضمون له) و گاه خوانده دیگر یعنی بانک ایرانی بوده است، که البته در بعضی پرونده‌ها از حیث مطالبه ضمانتنامه، خواهان متقابل نیز بوده‌اند.^{۴۹}

۴۹. اف. ام. سی. علیه وزارت دفاع، رأی شماره ۲-۳۵۳-۲۹۲ مورخ ۱۲ فوریه ۱۹۸۷، گزاره آراء دیوان داوری، ج ۱۳، ص ۱۲۵.

۵۰. سیسموگراف علیه شرکت ملی نفت ایران، رأی شماره ۳-۴۲۰-۴۲۳ مورخ ۳۱ مارس ۱۹۸۹، گزاره آراء دیوان داوری، ج ۲۲، ص ۶۰.

۵۱. برای ملاحظه نمونه‌های دیگر این قبیل آراء، رک: پرونده استیمن کداک، رأی شماره ۳-۳۲۷/۱۲۳۸۴-۳ مورخ ۱۱ نوامبر ۱۹۸۷، گزاره آراء دیوان داوری، ج ۱۷، ص ۱۷۲؛ پرونده ویلیام لویت رأی شماره ۳-۲۱۰-۵۲۰ مورخ ۲۶ اوست ۱۹۹۱، گزاره آراء دیوان داوری، ج ۲۷، ص ۱۸۶؛ پرونده گولد مارکتینگ، رأی شماره ۲-۱۳۶-۴۹/۵۰-۲ مورخ ۲۹ ژوئن ۱۹۸۴، گزاره آراء



هرچند ممکن است برای اشکالات و انتقاداتی که از حیث نادیده گرفتن اصل استقلال ضمانتنامه، به این قبیل آراء دیوان وارد است، پاسخی داده شود (مثلاً احتراز از آراء معارض یا ضرورت رسیدگی جامع و حل و فصل کلی همه اختلافات)، اما آن قسمت از رویه دیوان که علاوه بر آزادسازی ضمانتنامه، خوانده ایرانی (ذی نفع ضمانتنامه) را به پرداخت خسارت ناشی از مطالبه ناروای ضمانتنامه یا هزینه های بانکی تمدید آن محکوم نموده، فاقد هرگونه توجیهی است زیرا این نوع خسارات از نوع خسارت تنبیهی است و موقول به احراز سوء نیت و قصد اضرار خوانده ایرانی در مطالبه ضمانتنامه است که هیچگاه اثبات نشده است. مهم تر اینکه با توجه به دولتی بودن خواندگان ایرانی در این دعاوی، اساساً محکوم کردن دولت به خسارت تنبیهی خلاف موازین حقوق بین الملل است. چند نمونه از این قبیل آراء را مرور می کنیم.

۴۹- در پرونده هاریس علیه وزارت دفاع، خواهان مدعی بود که به علت شرایط فورس مازور و انقلابی در ایران قرارداد او فسخ شده و مبالغی خسارت از خوانده مطالبه می کرد و ضمناً با خوانده قراردادن بانک ملی ایران، آزاد شدن ضمانتنامه های قراردادی را نیز جزء خواسته دعوی خود آورده بود. شرکت هاریس قبله دعوایی در محاکم امریکا مطرح و قرار منع پرداخت موقت ضمانتنامه ها را دریافت کرده بود و اکنون از دیوان منع پرداخت دائمی و منتفی شدن آنها را درخواست می کرد. دیوان داوری ضمن صدور حکم در ماهیت که اتفاقاً مبالغی هم



دیوان داوری، ج ۶، ص ۲۸۸؛ پرونده آتیل، رأی شماره ۴۷۹-۴۷۶-۲، مورخ ۲۳ مه ۱۹۹۰،^۱ گزاره آراء دیوان داوری، ج ۲۲، ص ۲۸۸؛ پرونده سیلوانیا، رأی شماره ۱۸۰-۶۴-۱، مورخ ۲۷ ژوئن ۱۹۸۵، گزاره آراء دیوان داوری، ج ۸، ص ۳۲۲ (ضمناً در این پرونده اخیر (سیلوانیا) دیوان تصمیم بی سابقه ای گرفت مبنی بر اینکه «صلاحیت خود را محفوظ نگه می دارد تا چنانچه دستور حاضر [مبنی بر آزاد کردن ضمانتنامه ها] ظرف ۹۰ روز پس از تاریخ صدور این حکم، رعایت نشود دیوان هرگونه اقدام دیگری را که لازم بداند به عمل آورد.» (همانجا). اما به دنبال اعتراض شدید دولت ایران به دیوان داوری برای حفظ صلاحیت و مخالفت آشکار آن با قاعده امر مختصه و سایر موازین قضایی، علی رغم درخواست سایر خواهانها برای تصمیم مشابه، دیوان از ادامه این رویه خودداری نمود).

برای وزارت دفاع در نظر گرفته بود، به مسأله ضمانتنامه نیز پرداخت و با استدلالی که ریشه در مفاد و شرایط قرارداد اصلی داشت مقرر نمود که چون طبق قرارداد در صورت وقوع فورس مازور ضمانتنامه‌ها باید آزاد شوند، بنابراین وزارت دفاع ملزم و مکلف است مطالبه خود نسبت به آنها را مسترد نماید و ترتیب اطمینان بخشی اتخاذ کند که بانک ضمانتنامه‌ها را آزاد سازد. از طرفی چون وزارت دفاع به تعهدات قراردادی خود برای آزاد کردن ضمانتنامه‌ها در شرایط فورس مازور عمل نکرده بلکه به عکس من غیرحق آنها را مطالبه کرده، آن را به خسارت ناشی از این مطالبه ناروا نیز محکوم نمود.^{۵۰}

۵۰. پرونده دیگری که متضمن حکم انتقاد پذیر دیوان در محکومیت خوانده ایرانی به خسارت ناشی از مطالبه ضمانتنامه است، دعوای شرکت راکول علیه وزارت دفاع است. در این پرونده خواهان ضمن طرح ادعاهای قراردادی برای مطالبه صورتحساب‌ها و خسارات عدم النفع ناشی از فسخ به علت اوضاع اقلابی و تغییر اوضاع و احوال در ایران، از دیوان می‌خواست که دهها ضمانتنامه حسن انجام کار و پیش‌پرداخت را که بانکهای ایرانی (بانک سپه- بانک تجارت) براساس ضمانتنامه‌های متقابل ملون بانک و سیتی بانک صادر کرده بودند، آزاد سازد و وزارت دفاع را ملزم نماید که مطالبه خود را مسترد کند و در آینده نیز آنها را مطالبه نکند و حتی به بانکهای ایرانی سپه و تجارت دستور دهد نسخه اصل ضمانتنامه‌های متقابل را به ملون بانک و سیتی بانک تحويل دهند. البته راکول از محاکم امریکا (نیویورک) دستور منع پرداخت همین ضمانتنامه‌ها را دریافت کرده بود. علاوه براین، راکول تقاضا داشت که وزارت دفاع به انواع خسارات ناشی از مطالبه ناروای ضمانتنامه‌ها نیز محکوم شود.

۵۱. وزارت دفاع ضمن دفاع ماهوی، توضیح می‌داد که راکول تعهدات خود

۵۰. هاریس تله کامیونیکیشن علیه وزارت دفاع، رأی شماره ۳۲۲-۴۰۹-۱ مورخ ۲ نوامبر ۱۹۸۷، گزاره آراء دیوان داوری، ج ۱۷، ص ۷۹.

را بدرستی انجام نداده، مثلاً قسمتی از تجهیزات نظامی که تحويل داده ناقص و معیوب است و مرتکب تقض قراردادها شده و از این رهگذر خساراتی به آن وزارت وارد نموده است و ضمانتنامه های او لازم الاجرا است و بایستی پرداخت شوند. مضافة، وزارت دفاع و بانک تجارت طی دعوای متقابلى که عليه راکول و سیتی بانک مطرح نمودند، همان ضمانتنامه هایی را که خواهان ابطال آنها را تقاضا داشت، همراه با خسارات ناشی از عدم پرداخت آنها مطالبه می کردند. دیوان داوری، دعوای ماهوی خواهان را پذیرفت و اعلام کرد با توجه به اوضاع و احوال انقلابی در ایران و فورس مازور ناشی از آن، قراردادها منفسخ شده اند. در مورد ضمانتنامه های نیز در پرتو رسیدگی ماهوی به ادعاهای و مدافعت طرفین و در مقام حل و فصل آنها تصمیم گرفت:

«[چون] قراردادهای اصلی شماره ۱۱۹ و ۱۲۰ رسمیاً در ۱۳۵۸/۶/۹ فسخ گردیدند، بنابراین، تضمین اجرای آنها پس از آن دیگر لزومی نداشت. مانده پیش پرداخت وزارت دفاع که دیگر لزومی به تضمین ندارد، به بستانکاری وی منظور شده است. در نتیجه ضمانتنامه های حسن انجام کار و پیش پرداخت هردو، اکنون سالبه به انتفاء موضوع می باشند. از این رو، دیوان مقرر می دارد که وزارت دفاع ملزم است تقاضای پرداخت این ضمانتنامه هارا پس بگیرد و از مطالبه بعدی آنها نیز خودداری کند. وزارت دفاع مضافاً ملزم است ضمانتنامه های یاد شده را باطل و آزاد نموده و کلیه اقدامات لازم را جهت آزاد شدن ضمانتنامه های متقابل آنها انجام دهد.»

۵۲. واما درخصوص دعوای متقابله وزارت دفاع و بانک تجارت درباره مطالبه همین ضمانتنامه ها، دیوان داوری مقرر نمود:

«بر مبنای یافته های پرونده حاضر، ادعاهای متقابله مزبور باید رد شوند. قراردادهای شماره ۱۱۹ و ۱۲۰ به این دلیل خاتمه یافتند که وزارت دفاع آنها را به صلاحیت خود فسخ کرده، نه بر اثر نقض قرارداد توسط راکول ... بنابراین، وزارت دفاع مستحق دریافت خسارت از راکول نیست و نیز استحقاق دریافت وجهه

۴۶. راکول اینترنشنال سیستمز علیه وزارت دفاع رأی شماره ۱-۴۳۰-۴۳۸ مورخ ۵ سپتامبر ۱۹۸۹، گزاره آراء دیوان داوری، ج ۲۲، ص ۲۰۳ به بعد.

ضمانتنامه‌های حسن انجام کار را ندارد.»^{۴۷}

به این ترتیب دیوان نه تنها ضمانتنامه‌های بانک سپه و تجارت را ابطال نموده و نتیجتاً دعوای مقابل خواندگان در همین خصوص را رد کرده است بلکه به وزارت دفاع دستور داده ترتیب آزادسازی ضمانتنامه‌های مقابل ملوان بانک و سیتی، اینک امریکا را نیز بدهد؛ در حالی که این دو بانک امریکایی هیچ سمت و طرفیتی در دعوی نداشته‌اند و معلوم نیست چگونه می‌توانند بعنوان ثالثی که نه خواهان و نه خوانده بوده‌اند، مانند یک محکوم له تمام عیار از حکم دیوان منتفع شوند.

۵۳. اما رأی دیوان به همین جا ختم نشد، بلکه راجع به خواسته دیگر راکول در مورد انواع خسارت ناشی از مطالبه ضمانتنامه‌ها نیز وارد رسیدگی شد و به نفع خواهان تصمیم گرفت. راکول خسارات خود را چنین تعیین و طبقه‌بندی کرده بود: اول، هزینه‌های حقوقی و حق الوکاله‌ای که برای اخذ قرار منع پرداخت ضمانتنامه‌ها از محاکم امریکا متحمل شده است. دوم، هزینه‌های تهییه و ارائه تصمین و تودیع خسارات احتمالی که سیتی بانک در ازای قرار منع پرداخت درخواست کرده بود و دادگاه هم راکول را مکلف به تهییه و تودیع آن کرده بود. (بند ۲۹). سوم، کارمزد و هزینه‌های بانکی نگهداری ضمانتنامه‌های مقابل سیتی بانک و تمدید سرسید آنها به درخواست وزارت دفاع و بانک او (بانک تجارت). دیوان داوری در یک تصمیم غیرقابل توجیه، شبیه پرونده هاریس (بند ۴۹) - کلیه این خسارات را، با مختصر تعدلی در مبالغ آنها، قبول کرد و وزارت دفاع را ملزم و محکوم به پرداخت آن نمود. استدلال دیوان این بود که «بر اساس نتیجه گیری‌های خود در پرونده حاضر، بر این نظر است که وزارت دفاع حق نداشت که وجوده ضمانتنامه‌های مربوط به حسن انجام کار و پیش‌پرداخت را مطالبه کند، لذا این

۴۷. همانجا (بند ۲۴۳ رأی).

مطالبه‌ها غیرقانونی [wrongful] بوده است.»^{۲۸}

۵۴- اشکال عمدۀ ای که بر این قسمت از رأی دیوان وارد است اینکه توجه نکرده که هرچند در تاریخ مطالبه‌ضماننامه‌ها مسأله فسخ یا تقض قراردادها بین طرفین مورد اختلاف بوده است، اما ذی نفع (وزارت دفاع) تکلیفی نداشته مطالبه‌ضماننامه‌ها را موکول به حل اختلاف کند. بر عکس فلسفه وجودی و هدف غایی ضماننامه‌ها غیرمشروط و نیز طبیعت حقوقی آن چنین است که ذی نفع را از بار اثبات ادعا و مطالبه ائم معاف کند و بانک را نیز از احراز تخلف یا قصور مورد تضمین مبربّی می‌سازد و به ذی نفع حق می‌دهد که ابتدا ضماننامه را وصول کند و سپس اگر مضمون عنه ادعایی دارد، می‌تواند مطرح سازد و اگر معلوم شد ذی نفع مستحق دریافت آن نبوده، ملزم به استرداد ضماننامه می‌شود و نه بیشتر. در روابط بین بانک ضامن و مشتری او یعنی مضمون عنه نیز، بانک مجاز است به محض مطالبه ذی نفع وجه ضماننامه را بپردازد بدون اینکه مکلف باشد صحت و سقم مطالبه را احراز کند، بنابراین بانک هم مسؤول خسارات مطالبه ناروا نیست. به این ترتیب، با صدور ضماننامه غیرمشروط هرگونه رسیک مطالبه ناروا، به عهده مضمون عنه قرار می‌گیرد که طی ترتیبات قراردادی فیما بین تقبل و تعهد نموده چنین ضماننامه‌ای را تهیه و ارائه کند و خود را در معرض مطالبه ناروا قرار دهد (قاعدۀ اقدام)؛ و نه ذی نفع که حق خود را استیفا کرده است. اینکه قرارداد فسخ شده و دیگر نیازی به تضمین‌ها نیست، نتیجه گیری است که دیوان داوری بعداً یعنی در تاریخ صدور رأی به آن رسیده است، و در تاریخ مطالبه‌ضماننامه، از نظر ذی نفع قرارداد معتبر بوده و اوحن بدون قید و شرط خود تحت ضماننامه را مطالبه و اعمال نموده است و فقط در صورتی که علی رغم علم به بی‌اعتباری قرارداد یا ضماننامه و با سوء نیت و قصد اضرار مبادرت به وصول ضماننامه‌ها کرده باشد، می‌توان او را مسؤول دانست؛ واقعیتی که هیچ دلیلی بر آن وجود ندارد و دیوان هم

۲۸- برای ملاحظه نمونه دیگر از این رأی، مراجعه کنید: فورد آثرو اسپیس علیه وزارت دفاع، رأی شماره ۳-۱۵۹-۲۳۶ مورخ ۱۷ زوئن ۱۹۸۶، گزاره آراء دیوان داوری، ج ۱۱، ص ۲۰۹.

متعرض آن نشده است. (بند ۱۷) خسارات ناشی از مطالبه من غيرحق ضمانتنامه به فرض که همراه با سوء نیت و قصد اضرار باشد ربطی به خود ضمانتنامه ندارد، بلکه مسؤولیت ناشی از آن معطوف به قواعد عمومی مسؤولیت مدنی است ولذا منشأ چنین خسارتی اساساً ضمانتنامه نیست تا ذلیل دعاوى مربوط به آن قبل طرح باشد. با توجه به طبیعت حقوقی ضمانتنامه غیرمشروط، معمولاً ارتکاب «تفصیر عمدۀ» (gross negligence) از جانب ذی نفع است که او را مسؤول قرار می‌دهد، و همانطور که در مقوله استثنایات بر اصل استقلال ضمانتنامه دیدیم فقط در صورت «تقلب یا جعل» در مطالبه که هردو از مصاديق تفصیر عمدۀ است، می‌توان آن را ممنوع الاداء نمود. به هر حال، ایراد قابل توجهی که به رأی دیوان داوری وارد است این است که ذی نفع را به خسارتی محکوم کرده که ناشی از استیفای حق او بوده است، آن هم بدون اینکه سوء نیت یا قصد اضرار او را در اعمال حقی که داشته، احراز کرده باشد؛ مضافاً با توجه به طبع این خسارات که معمولاً خسارت تنبیه‌ی است، محکوم کردن دستگاههای دولتی به چنین خسارتی خلاف موازین حقوق بین الملل است؛ وبالاخره، دوگانگی در رویه دیوان که در بعضی دعاوى این نوع خسارات را رد کرده و در بعضی دیگر پذیرفته، ایراد مهم دیگری بر عملکرد دیوان بشمار می‌رود و ناهمانگی و ناپیوستگی آن را نشان می‌دهد.

۵۰. وجود این قبیل آراء سست و فاقد استدلال در رویه دیوان داوری، بدون شک ارزش قضایی و قابلیت پیروی از آنها در سایر مراجع قضایی و بین المللی را تضعیف و گاه منتفی می‌سازد و دلیلی بر صحت مدعای کسانی است که عقیده دارند صادر کنندگان این نوع آراء ضعیف و غیر موجہ، فقط به برکت نظام سهل و آسان و البته منحصر بفرد. اجرای احکام دیوان از حساب تضمینی است که توانسته اند بدون هیچ نگرانی از اینکه تصمیمات آنها مورد نقد و بررسی قضایی و علمی در سایر مراجع قرار گیرد، چنین شتابزده مبادرت به صدور رأی نمایند⁴⁹

49. Stephen Toope, *Mixed International Arbitration*, Grotins Publications Limited, London (1990), P. 388, et seq. R. Khan, *The Iran-U.S. Claims Tribunal*, Nijhoff Publication (1990) P. X.

۳۳ قسمت

دعاوی صلاحیتی ضمانتنامه‌های بانکی

۵۶. دعواوی ضمانتنامه‌های بانکی در دیوان داوری که به اعتبار ملاحظات صلاحیتی مطرح و مورد تصمیم دیوان قرار گرفته‌اند، همان دعواوی بانکهای ایرانی علیه بانکهای امریکایی است که خواسته آن مطالبه ضمانتنامه‌های متقابل بانکهای امریکایی (خوانده) می‌باشد. طرح همزمان این دعواوی با دعواوی قراردادی شرکتهای امریکایی مشکلات و موانعی ایجاد کرده بود (بند ۳۶) که سرانجام به هیئت عمومی دیوان ارجاع گردید که تحت یک دعواوی تفسیر در مورد صلاحیت دیوان به آن رسیدگی نمود (پرونده الف/۱۶) و در این قسمت آن را با تفصیل بیشتر مطالعه می‌کنیم.

۵۷. در نگاه اول ممکن است به نظر رسد که مسائل صلاحیتی دیوان داوری در دعواوی بانکهای ایرانی علیه بانکهای امریکایی و نیز تصمیم دیوان در این زمینه، ماهیتاً معطوف به مقوله صلاحیت دیوان داوری است و کمتر ارتباط منطقی با دعواوی ضمانتنامه‌های بانکی و مسائل حقوقی آنها دارد و بنابراین، باید ذیل مسائل حقوقی مربوط به صلاحیت دیوان و آراء تفسیری دیوان داوری بحث شود و نه ضمانتنامه‌ها. اما، چنانکه در مطابق بحث‌های آتش خواهیم دید، درست است که اختلافات دولتين طرف بیانیه‌ها درباره دعواوی بانکهای ایرانی ناظر به صلاحیت دیوان و تفسیر بیانیه‌ها است اما اساس اختلافات و استدلات طرفین در این باب مستقیماً ناشی از ماهیت ضمانتنامه‌های بانکی است، بطوری که برحسب تعریفی که از ضمانتنامه به عمل آید و آن را «دارایی» بدانیم پا نه، نتیجه آن مؤثر در صلاحیت دیوان است. افزون بر این، عنصر دیگری که در این دعواوی مشترک است و از جانب شرکتهای امریکایی (بوقت شرکت جی. تی. ای) مطرح شده است مستقیماً مربوط به مسأله استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی است؛ زیرا به نظر

شرکتهای مذکور دیوان باید دعاوی بانکهای ایرانی در مورد ضمانتنامه‌ها را توان با دعوای قرارداد اصلی و به صورت دعوای تقابل رسیدگی نماید و اگر دعوایی در مورد قرارداد اصلی نزد دیوان مطرح نباشد، دیوان صلاحیت رسیدگی به دعوای بانک ایرانی را علیه بانک امریکایی بصورت یک امر مستقل تخواهد داشت. بطور خلاصه، مسأله صلاحیت در دعاوی بانکهای ایرانی در مورد ضمانتنامه‌ها منحصرأ به اعتبار ویژگی‌های حقوقی ضمانتنامه‌ها و احکام آنها است که مطرح شده است، بطوری که اگر این ویژگی‌ها را از آن سلب کنیم و کنار نهیم، دیگر نه بحث و اختلافی در باب صلاحیت دیوان می‌ماند و نه، طبعاً، ادعا و خواسته‌ای مطرح خواهد بود.

در این قسمت، ابتدا مقدمات طرح مسأله صلاحیت دیوان در دعاوی بانکهای ایرانی در مورد ضمانتنامه‌ها را بررسی می‌کنیم تا مبانی اختلاف بهتر روشن شود (الف)، سپس مواضع طرفین یعنی دولت امریکا و شرکتهای امریکایی از یک سو و دولت ایران و بانک مرکزی از سوی دیگر را مطالعه می‌کنیم (ب) و سرانجام تصمیم هیأت عمومی دیوان داوری در پرونده الف ۱۶ را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم (ج) و در پایان به نقد اجمالی این تصمیم می‌پردازیم (د).

الف. مقدمات طرح مسأله صلاحیت دیوان در دعاوی بانکهای ایرانی

۵۸. بانکهای ایرانی قریب ۲۳۰ فقره دعوای برای مطالبه ضمانتنامه‌های متقابلی که از بانکهای امریکایی در دست داشتند، نزد دیوان مطرح نمودند. در بعضی از این پرونده‌ها علاوه بر خوانده اصلی - یعنی بانک امریکایی - شرکت امریکایی ذی‌ربط (مضمون عنده) و گاه دولت امریکا نیز خوانده قرار گرفتند. خواسته این دعاوی عموماً الزام به اجرا و پرداخت مبلغ ضمانتنامه موضوع دعوای بود. علت ذکر نام شرکت امریکایی (مضمون عنده) در ستون خواندگان آن بود که در بعضی موارد بانک امریکایی ضامن (خوانده دعوای) در پاسخ مطالبه بانک ایرانی، اظهار می‌داشت که چون شرکت مذکور به استناد مقررات خزانه داری مبادرت به

افتتاح حساب مسدودی معادل ضمانتنامه در دفاتر خود نموده است، از پرداخت معدور و منوع می‌باشد. خواننده قراردادن دولت امریکا نیز به اعتبار مقررات خزانه داری و دستورات و ممانعت آن دولت از پرداخت ضمانتنامه‌ها بود. اما ذکر نام شرکت امریکایی و دولت امریکا در ستون خوانندگان این اشکال اصلی را داشت که خلاف موضع عمومی بانکهای ایرانی در باب استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی بود، علاوه بر این دولت امریکا اساساً طرف رابطه بانک ایرانی (خواهان) در ضمانتنامه نبود. به همین لحاظ مدتی بعد، بانکهای ایرانی درخواست حذف نام آن دوراً از فهرست خوانندگان نمودند و دعوی خود را مستقلأً علیه بانک امریکایی ادامه دادند.

۵۹. دادخواست‌های بانکهای ایرانی صورت یکسانی نداشت و مبانی استدلالی آنها بویژه در مورد صلاحیت دیوان هماهنگ نبود. بطور کلی این دعاوی با مشکل صلاحیت مواجه بود؛ زیرا دعوای بانک ایرانی عنوان یک دستگاه دولتی ایرانی علیه بانک امریکایی که یک تبعه خصوصی امریکایی محسوب می‌شد، در واقع دعوای دولت علیه تبعه بود که در ماده ۲ (۱) بیانیه حل و فصل پیش‌بینی نشده بود. البته دولت ایران عقیده داشت این قبیل دعوای (دولت علیه تبعه) هم در صلاحیت دیوان است لکن این موضوع که به یک اختلاف تفسیری بین دولتین منتهی شد (پرونده ۲/الف) به هیأت عمومی دیوان ارجاع گردید و دیوان که متأسفانه موضع و تفسیر ایران را پذیرفت و اعلام کرد دعوای دولت علیه تبعه در صلاحیت او نیست. از این‌رو، بانک مرکزی جمهوری اسلامی ایران به تاریخ ۱۹۸۲/۱/۱۸ (۱۳۶۰/۲۸) نامه متحداشکلی را در کلیه دعاوی ضمانتنامه‌ها و نیز در گروه دیگری از دعاوی بانکی ایران در مورد اقلام باز بانکی که بعداً موضوع پرونده الف ۱۷ شد، ثبت کرد و تقاضا نمود به عنوان تکمیل دادخواست‌های مذکور به همه آنها اضافه و الحاق شود. بانک مرکزی این نامه را با استفاده و استناد به وظیفه و اختیاری که به موجب «سند تعهدات» داشت، به دیوان ارائه نمود و سعی کرد هم جایگاه دعاوی ضمانتنامه‌ها در بیانیه‌ها (منجمله

در سند تعهدات) را توضیح دهد و از این رهگذر، مسؤولیت دولت امریکا را مدلل و روشن سازد؛ و هم مبانی صلاحیت دیوان داوری در رسیدگی به این دعاوی را توجیه و تبیین کند. در توضیح جایگاه دعاوی ضمانتنامه‌ها در بیانیه‌های الجزایر و مسؤولیت ایالات متحده در پرداخت وجوه آنها چنین استدلال شده است:

«الف. دولت امریکا طی اصل کلی «الف» بیانیه الجزایر (بیانیه عمومی) متعهد شده وضع مالی ایران را به قبل از تاریخ انسداد داراییهای (۱۴ نوامبر ۱۹۷۹) بازگرداند و نیز طی مواد ۴ تا ۹ همان بیانیه تعهد کرده از کلیه اموال و داراییها و وجوه ایران در امریکا رفع انسداد کند و به ایران مسترد نماید که وجوه ضمانتنامه‌های بانکی هم از جمله آنها است. اما تا جایی که به ضمانتنامه‌های بانکی مربوط می‌شود، امریکا به هیچ یک از این تعهدات عمل نکرده است.

ب. دستور اجرایی شماره ۱۲۲۹۴ مورخ ۲۴ فوریه ۱۹۸۱ ریگان رئیس جمهور امریکا در مورد دعاوی ضمانتنامه‌های بانکی و اجازه ادامه دعاوی در محاکم امریکا و نیز مقررات خزانه داری امریکا درباره واریز وجه ضمانتنامه‌های مطالبه شده ایران به حساب مسدود نزد خود مضمون عنه امریکایی، عملآمیخت از پرداخت و استرداد آنها شده و این نیز نقض دیگر تعهدات امریکا در مورد بازگرداندن وضع مالی ایران به قبل از انسداد داراییها محسوب می‌شود.»

آنگاه در توجیه صلاحیت دیوان برای رسیدگی به این دعاوی و خصوصاً تخلفات امریکا، استدلال شده که:

«ج. طبق ماده ۱۷ بیانیه عمومی، دیوان صلاحیت رسیدگی به نقض و تخلف دولتین از تعهدات مندرج در بیانیه‌های الجزایر را دارد بنابراین، ادعای بانک مرکزی در مورد عدم پرداخت ضمانتنامه‌های ایران، نیز مختصومه نکردن دعاوی مربوط به آنها در محاکم امریکا در صلاحیت دیوان قرار دارد.

د. علاوه براین، ضمانتنامه‌های مورد مطالبه بانکهای ایرانی از جمله مصاديق «مبالغ مورد اختلاف در مورد سپرده‌ها و داراییهای ایران و بهره متعلقه» نزد بانکهای امریکایی به شرح مذکور در بند ب ماده ۲ سند تعهدات می‌باشد که اگر اختلافات مربوط به آنها ظرف ۳۰ روز حل و فصل نشود، تصمیم‌گیری نسبت به آنها در صلاحیت دیوان داوری است. در واقع بند ۲ (ب) سند تعهدات یک مبنای صلاحیت اضافی به دیوان اعطاء کرده است.

ه. طبق همان بند ب ماده ۲ سند تعهدات، بانک مرکزی نماینده بانکها و نیز

مؤسسات و سازمانهای ایرانی از حیث اجرای مفاد سند مذکور می‌باشد و از این‌رو می‌تواند در دعاوی ضمانتنامه‌های بانکهای ایرانی وارد شود و خواهان قرار گیرد.»

با ذکر این مقدمات در ماهیت و صلاحیت، بانک مرکزی خواسته خود در

دعاوی ضمانتنامه‌های بانکهای ایرانی را تعیین نموده که خلاصه آن چنین است:

«۱- اجبار دولت امریکا به اجرای مفاد اصل کلی الف و ب از بیانیه عمومی و نیز ماده ۸ آن نیز محکوم کردن او به آزاد نمودن ضمانتنامه‌های ایران و استرداد آنها به عنوان دارایی ایران.

۲- دولت امریکا و بانک امریکایی ذی ربط متضامناً و منفرداً وجه ضمانتنامه‌ها را به ذی نفع‌های ایرانی مربوطه پرداخت کنند.

۳- چون حساب موضوع بند ب ماده ۲ سند تعهدات (مشهور به حساب دلاری شماره ۲) از محل دارایی‌های ایران تأمین شده، لذا خوانده امریکایی باید وجه ضمانتنامه‌های محکوم به را از محل اموال خود پرداخت کند، والا باید از محل آن قسمت از وجود حساب شماره ۲ که طلب مسلم بانک یا مؤسسه امریکایی (خوانده) باشد، پرداخت گردد.»

۶- این نامه بانک مرکزی که در مقام تکمیل دادخواست‌های بانکهای ایرانی به دیوان ارائه شده بود، دو اثر حقوقی مهم در پی داشت: اولاً، از نظر ماهوی دعاوی بانکهای ایرانی را از یک دعوای قراردادی مربوط به ضمانتنامه، به دعوای بین دولت تبدیل نمود؛ زیرا در توجیه دعاوی مذکور به تخلفات دولت امریکا از تعهداتش در بیانیه‌ها و نیز سند تعهدات استناد می‌کرد. ثانیاً، از حیث صلاحیتی دعاوی مذکور را مشمول بند ب ماده ۲ سند تعهدات نیز می‌دانست و آنها را از مصادیق «مبالغ مورد اختلاف» تلقی نمود که اختلافات مربوط به آن، طبق همان بند صریحاً در صلاحیت دیوان قرار داشت. ظاهراً یکی از علل تهیه و ثبت این نامه در دعاوی بانکهای ایرانی- علاوه بر ایجاد هماهنگی در دعاوی بانکی، تصمیمی بود که دیوان داوری یک‌ماه قبل از آن یعنی در ۱۹ دسامبر ۱۹۸۱ در پرونده الف/۲ اتخاذ کرده بود و مقرر می‌کرد که دیوان صلاحیت رسیدگی به دعاوی هریک از

دولتین علیه اتباع دولت دیگر ندارد، مگر اینکه به صورت دعوای متقابل طرح شود.^{۵۰} به هر حال، بانک مرکزی با این نامه متحده‌شکل می‌خواست دعاوی بانکهای ایرانی را از شمول تصمیم صلاحیتی دیوان در پرونده الف/۲ خارج کند و مبانی و قالب حقوقی مناسی طبق ماده ۲(ب) سند تعهدات برای آنها تعییه نماید.

۱۶. دولت امریکا همه دعاوی بانکهای ایرانی در مورد ضمانتنامه‌های بانکی را خارج از صلاحیت دیوان می‌دانست و از این‌رو مدتی بعد، طی درخواست مورخ ۱ دسامبر ۱۹۸۲ خود، با اشاره به مشکلات و ضرورتهای ناشی از دعاوی متقارن در مورد ضمانتنامه‌های از دیوان داوری تقاضای تفسیر بیانیه‌ها و سند تعهدات را نمود و از هیأت عمومی درخواست کرد به عنوان یک موضوع مشترک در این دعاوی، رسیدگی و اتخاذ تصمیم کند که آیا طبق بیانیه کلی و بیانیه حل و فصل و نیز سند تعهدات صلاحیت رسیدگی به ادعاهای مستقل بانکهای ایرانی در مورد ضمانتنامه‌های متقابل بانکهای امریکایی را دارد یا خیر، که همین درخواست موضوع پرونده تفسیری الف/۱۶ را تشکیل داد.

۱۷. از سوی دیگر، در حالی که این مسأله نزد هیأت عمومی مطرح بود، خوانندگان بعضی از دعاوی ضمانتنامه‌های نیز ایراد عدم صلاحیت نمودند و از جمله به رأی الف/۲ دیوان استناد کردند و سند تعهدات را نیز برای صلاحیت دیوان مرتبط نمی‌دانستند. شعبه دوم دیوان داوری دو پرونده را که در آنها ایراد عدم صلاحیت شده بود، به عنوان نمونه (پرونده آزمایشی یا test case) برگزید و به جریان انداخت. در پرونده ۵۹۱ بانک ملت دعوایی علیه کراکر نشنال بانک و نیز شرکت ویلیام ال. پیررا (مضمون عنه) طرح و مبلغ ضمانتنامه‌ها را مطالبه داشت. در پرونده شماره ۵۸۲ نیز بانک ملت دعوایی علیه منیوفکچرز هانور تراست و نیز شرکت جی. تی. ای. (مضمون عنه) مطرح کرده بود. وجه افتراق این دو پرونده در

۱۸. ایالت متحده امریکا علیه جمهوری اسلامی ایران تصمیم هیأت عمومی دیوان به شماره FT - الف/۲ - ۱ مورخ ۱۹ دسامبر ۱۹۸۱، گزاره آراء دیوان داوری، ج ۱، ص ۱۰۱.

این بود که در پرونده ۵۹۱ مطالبه ضمانتنامه پس از امضای بیانیه‌ها به عمل آمده بود و در پرونده ۵۸۲ قبل از آن، شعبه دوم طی دستور مورخ ۱۰ فوریه ۱۹۸۳ تصمیم گرفت که ایرادات صلاحیتی را که خواندگان این دو پرونده مطرح کرده بودند، به عنوان یک موضوع مقدماتی مورد رسیدگی قرار دهد^{۱۰} و از طرفین پرونده‌ها و نیز از دولتین خواست در این موضوع اظهار نظر کنند که: «آیا دعاوی علیه خواندگان نامبرده بالا، به موجب بند ۲ (ب) سند تعهدات یا به هر عنوان دیگر در قلمرو صلاحیت دیوان داوری قرار دارد؟»

۶۳. با اینکه خواندگان دو پرونده نمونه فوق لواح خود را ثبت کرده بودند و شعبه دوم آماده رسیدگی واستماع بود، اما چون قبلًا ایالات متحده مسأله صلاحیت در کلیه دعاوی ضمانتنامه‌ها را به صورت یک درخواست تفسیری نزد هیأت عمومی دیوان مطرح کرده بود (پرونده الف/۱۶) لذا، ایران به رسیدگی شعبه دوم اعتراض نموده و تقاضا کرد به منظور اجتناب از آراء احتمالاً معارض، آن دو پرونده نیز به هیأت عمومی دیوان ارجاع شود که شعبه دوم موافقت کرد و در نتیجه پرونده‌ها و لواح متبادله در آنها را به هیأت عمومی ارسال و احواله نمود تا همراه با پرونده الف/۱۶ یکجا رسیدگی شود. البته در فاصله رسیدگی دیوان، شرکت جی. تی. ای. که اتفاقاً لواح مفصلی هم در مورد عدم صلاحیت به شعبه دوم تسلیم کرده بود، اختلافات خود در پرونده قرارداد اصلی را با خواننده ایرانی (شرکت مخابرات) حل و فصل نمود و در نتیجه نیازی پیش نیامد که در رسیدگی‌های هیأت عمومی شرکت کند.

ب. موضع طرفین

۶۴. اجمال موضع طرفین در مسأله صلاحیت در دعاوی ضمانتنامه‌های بانکهای ایرانی، آن است که به نظر ایران، دیوان داوری طبق بیانیه عمومی

۶۵. ماده ۲۱ (۴) قواعد دیوان مقرر نموده: «بطور کلی دیوان داوری باید به عنوان موضوع مقدماتی، در باب اعتراض به صلاحیت خود تصمیم گیرد. در عین حال دیوان می‌تواند امر داوری را ادامه دهد و در حکم نهایی خود راجع به چنین اعتراضی تصمیم گیرد.»

(بند الف و بند ۸) و نیز طبق سند تعهدات (بند ب ماده ۲) صلاحیت رسیدگی به دعاوی مذکور را دارد، اما به نظر طرف امریکایی (دولت امریکا، بانکهای امریکایی و شرکتهای امریکایی مضمون عنه) دعاوی مذکور خارج از صلاحیت دیوان است و فقط به صورت دعوی متقابل در دعواه اصلی شرکت امریکایی مربوط به قرارداد اصلی هر ضمانتنامه، قابل رسیدگی است. ذیلاً اهم استدلالات و مواضع طرفین در پرونده الف/۱۶ را بررسی می کنیم.

۱. موضع امریکا

۶۵. خواهان پرونده تفسیری الف/۱۶ دولت ایالات متحده بوده است، اما با توجه به دستور دیوان در دو پرونده منتخب شعبه دوم به عنوان «پرونده های آزمایشی» (بند ۶۲) شرکت جی. تی. ای. و کراکرنشنال بانک هم اجازه یافتند لواحی ثبت کنند که در واقع مواضع و نقطه نظرهای شرکتها و بانکهای امریکایی را بیان می کردند. استدلالات و نظرات طرفهای امریکایی (دولت امریکا، شرکتها و بانکهای امریکایی) کمایش یکسان است و تفاوت آنها در تأکیدهایی است که بر حسب نقش و منافع خود، بر پاره ای از استدلالها ورزیده اند. اجمال ادعاهای استدلالات آنها چنین است:

الف. دعاوی بانکهای ایرانی در مورد ضمانتنامه ها به ترتیبی که مطرح شده اند یعنی به صورت دعواه مستقیم^{۵۷} در صلاحیت دیوان داوری نیست، زیرا بیانیه های الجزایر اجازه طرح دعواه مستقیم از جانب مؤسسات و بانکهای دولتی ایران علیه اتباع امریکا را نمی دهد، کما اینکه در رأی صادره در پرونده الف/۲ نیز همین مطلب تأیید شده است. این دعاوی فقط به صورت دعواه متقابل در دعواه

۵۷. شرکت جی. تی. ای. استدلال می کرد که بانکهای ایرانی اساساً سمت و «نفع حقوقی» در دعواه ضمانتنامه ندارند، زیرا وجه ضمانتنامه ای که مطالبه می کنند، به ذی نفع ایرانی نپرداخته اند تا حق قانونی برای ادعاهای مستقیم علیه بانک امریکایی پیدا کنند و صرف «حق مطالبه» کافی نیست که آنها را «صاحب ادعا» سازد، بلکه این شرکت امریکایی و مضمون له ایرانی هستند که طرفین صحیح و صاحب سمت در دعواه مربوط به ضمانتنامه می باشند.

قرارداد اصلی قابل رسیدگی است و هرگاه در مورد قرارداد اصلی دعوایی نزد دیوان مطرح نشده باشد، دعوای بانک ایرانی در مورد ضمانتنامه‌ها محل و محملی برای طرح بصورت متقابل پیدا نمی‌کند و لذا باید به علت عدم صلاحیت، مردود اعلام شود.

ب- موازین دادرسی منصفانه، صرفه‌جویی قضایی و اجتناب از رسیدگی‌های مضاعف در دعاوی متقارن و نیز اجتناب از آراء معارض اقتضا می‌کند گه دعاوی بانکهای ایرانی در ضمانتنامه‌ها همراه با دعوای قرارداد اصلی و یکجا رسیدگی شود.^{۵۲} پس از انقلاب اسلامی در ایران و آشوبهای ناشی از آنها و فسخ اغلب قراردادها، مطالبه ذی نفع‌های ایرانی نسبت به ضمانتنامه‌ها اغلب ناروا و من غیر استحقاق (مطالبه تقلب‌آمیز) بوده و با انگیزه‌های سیاسی صورت گرفته است. در چنین حالتی، دیگر جایی برای استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی باقی نمی‌ماند؛ زیرا اصل مذکور مربوط به شرایط عادی اجرای قرارداد است.^{۵۳} احراز صحت و سقم این مطلب واستحقاق یا عدم استحقاق ذی نفع ایرانی نسبت به

۵۳. اینکه دعوای بانک ایرانی به صورت دعوای متقابل در پرونده قرارداد اصلی رسیدگی شود، مستلزم این است که نام بانک هم جزء خواندنگان دعوای اصلی ذکر شده باشد تا بتواند به عنوان خواهان متقابل وارد آن شود. اما در بعضی پروندهای قرارداد اصلی با اینکه شرکت امریکایی خواهان دعوای مسئله ضمانتنامه را مطرح کرده بود، نام بانک ایرانی را به عنوان خوانده قید نکرده بود. امریکا پیشنهاد می‌کرد که در این قبیل موارد از بانکهای مربوط دعوت شود که در صورت تمایل، به عنوان یاور دادگاه (amicus curia) وارد دعوای قرارداد اصلی شوند و دیوان را در رسیدگی صحیح و جامع الاطراف به کلیه مسائل قراردادی، از جمله ضمانتنامه، یاری رساند (ص ۲۳ لایحه امریکا در پرونده الف/۱۶). امریکا در توجیه این پیشنهاد به ماده ۱۵ (بند ۵) قواعد رسیدگی دیوان استناد می‌نمود که مقرر می‌کند:

«دیوان داوری پس از حصول اطمینان از اینکه هریک از دو دولت، یا تحت شرایط خاصی هر شخص دیگری که طرف داوری در پرونده خاصی نباشد، احتمالاً می‌تواند به انجام وظایف دیوان یاری دهد، می‌تواند به چنین دولت یا شخصی اجازه دهد با ارائه لایحه کتبی یا اظهارات شناهی به دیوان کمک کند.»

۵۴. طرفهای امریکایی برای اثبات این ادعا به بخشنامه شماره دک: ۳۱۱۱/۸/۳۰ مورخ ۱۳۶۰/۸/۳۰ دفتر هماهنگی و اجرای بیانیه الجزاير (مستقر در بانک مرکزی) استناد می‌کردند (یاورقی ۳۸ فوق). ایران ضمن انکار این ادعا توضیح داده که امریکا تفسیر نادرستی از مفاد این بخشنامه می‌کند (لایحه ایران در پرونده الف/۱۶، ص ۲۶).

ضمانتنامه فقط در پرتو رسیدگی به مسائل و اختلافات مربوط به قرارداد اصلی امکان پذیر است و لذا باید دعوای ضمانتنامه در آن ادغام و یکجا رسیدگی شود.

ج- در بیانیه های الجزایر فقط یکجا به مسأله ضمانتنامه های بانکی اشاره شده و آن پرانتزی است که در بند ۱ ماده ۲ بیانیه حل و فصل آمده و همین امر در تأیید موضع امریکا است که قصد طرفین از ابتدا همین بوده که دعاوی ضمانتنامه ها همراه با قرارداد اصلی و یکجا رسیدگی شود. خلاصه مفاد این ماده در مورد صلاحیت دیوان این است که دیوان داوری صلاحیت دارد به ادعاهای اتباع هریک از دولتين علیه دولت دیگر که ناشی از قرارداد (شامل اعتبارات اسنادی و ضمانت های بانکی) باشد، رسیدگی کند. این پرانتز بلا فاصله پس از کلمه «قرارداد» آمده و معطوف به آن است. اگر قرار بود دعاوی ضمانتنامه ها به طور مستقل هم قابل رسیدگی باشد، نیازی به این پرانتز نبود و کلمه «قرارداد» کافی بود؛ زیرا دعوای ضمانتنامه به عنوان یک دعوای قراردادی مسلمان در صلاحیت دیوان قرار می گرفت.^{۵۵}

د- تفسیر بانک مرکزی از بند ۲ (ب) سند تعهدات برای اثبات صلاحیت دیوان و شمول آن به دعاوی ضمانتنامه ها صحیح نیست، به سه دلیل:

اولاً، سند تعهدات نمی تواند قلمرو صلاحیت دیوان را که در بیانیه حل و فصل تعیین شده، تغییر دهد. بنابراین، حتی در دعاوی مشمول سند تعهدات که به دیوان ارجاع شود، صلاحیت دیوان همان است که در بند ۱ ماده ۲ بیانیه حل و فصل آمده و اجازه طرح دعوای از جانب دولت علیه تبعه امریکا را نمی دهد و رأی الف / ۲ هم مؤید آن است.

ثانیاً، ضمانتنامه بانکی اساساً از مصادیق عبارت «مبالغ مورد اختلاف در مورد سپرده ها و داراییهای ایران نیست؛ زیرا مصدق و مقصود حقیقی از درج این در سند تعهدات عبارت اشاره به مبلغ ۱۳۰ میلیون دلار بهره سپرده های ایران در

۵۵. امریکا توضیح می داد که حین مذاکرات و تنظیم بیانیه های الجزایر، ایران درخواست کرد عبارتی در ماده ۷ (بند ۲) بیانیه حل و فصل گنجانده شود که شامل ادعاهای مربوط به ضمانتنامه های بانکی گردد. امریکا پیشنهاد کرد جای مناسب این عبارت در بند ۱ ماده ۲ است و ایران هم آن را پذیرفت (لایحه امریکا در پرونده الف/۱۶، ص ۱۵).

خارج از خاک امریکا بوده که به منظور تسریع در آزادی گروگانها، بانکهای امریکایی قبول کردند آن را علی الحساب به ایران پردازند تا بعداً بررسی و تسویه شود. مضافاً از نظر حسابداری بانکی ضمانتنامه جزء «اقلام دارایی» محسوب نمی‌شود تا در شمول عبارت مذکور بگنجد، بلکه «تعهد بالقوه» است.^{۱۶} مضافاً بعضی از ضمانتنامه‌ها در تاریخ امضای بیانیه‌ها منقضی شده بود، یا به موجب دستور دادگاه ممنوع الاداء شده بود و یا طبق مقررات خزانه داری امریکا مسدود بود و به این ترتیب واجد وصف «دارایی» نبودند تا مشمول سند تعهدات باشند.

ثالثاً، به موجب سند تعهدات یک حساب دلاری افتتاح شده (حساب شماره ۲) که موجودی آن از محل پولهای ایران (داراییهای خارج از خاک امریکا) تأمین شده و به منظور پرداخت ادعاهای و مطالبات بانکهای امریکایی بوده است. اگر دعاوی ضمانتنامه‌ها مشمول بند ۲(ب) سند تعهدات باشد و دیوان داوری حکمی به نفع بانک مرکزی ایران صادر کند، علی القاعده باید از این حساب پرداخت شود، و این یعنی محکوم به را از پول ایران به او پرداختن. اینکه حساب شماره ۲ برای تسویه دعاوی بانکهای امریکایی است، مورد قبول بانک مرکزی نیز هست،

۵۶. عبارت بند ۲ (ب) سند تعهدات بصورت پیچیده و مقلعی تنظیم شده است که بررسی و توضیح آن خارج از مباحث این مقاله است. اما اینکه مقصود از عبارت «مبالغ مورد اختلاف در مورد داراییها و سپرده‌ها و بهره آنها» چه بوده، امریکا مدعی است در آخرین ساعت تنظیم بیانیه‌های الجزایر که قرار بود با امضای آن گروگانهای امریکایی آزاد شوند، در مورد میزان بهره متعلقه به داراییهای ایران در شعب بانکهای امریکایی در خارج از خاک امریکا، که باید آزاد و به ایران پرداخت می‌شد، اختلاف نظر بروز نمود. بانکهای امریکایی مبلغ این بهره را ۶۷۰ میلیون دلار تعیین می‌کردند ولی ایران مدعی بود ۸۰۰ میلیون دلار است یعنی ۱۳۰ میلیون دلار بیشتر مطالبه داشت. چون امریکا عجله داشت که مسأله زودتر حل شود و تا قبل از شروع به کار رئیس جمهور جدید امریکا گروگانها در زمان کارتر آزاد شوند، چند بانک امریکایی حاضر شدند این مابه التفاوت را به ایران پردازند، مشروط به اینکه بعداً با فرصت بیشتر موضوع بررسی شود و مبلغ واقعی این بهره معلوم گردد. به همین لحاظ عبارت مذکور در سند تعهدات درج شد و در واقع منظور از «مبالغ مورد اختلاف» فقط همین ۱۳۰ میلیون دلار است. ایران نسبت به اصل این ماجرا ایرادی نداشت اما در عین حال با تقسیر امریکا از عبارت مذکور موافق نبود و برای آن معنای وسیع و کلی قائل بود که از جمله شامل ضمانتنامه‌های بانکی نیز می‌شود (رك: لوایح دولتی در پرونده الف ۱۶ و نیز پرونده الف ۱۷).

کما اینکه در نامه متحداشکل او به این مطلب اشاره شده است (بند ۵۹).
بنابراین سند تعهدات هیچ مکانیسمی برای پرداخت و اجرای احکامی که به نفع
بانک مرکزی صادر شود، ندارد ولذا، شامل دعاوی آن بانک نمی شود.^{۶۰}

ه- اینکه اگر مقررات خزانه داری امریکا اجازه می دهد شرکت امریکایی
مضمون عنه مبلغ ضمانتنامه را به حساب مسدودی بنام ذی نفع ایرانی واریز کند،
صرفأً به خاطر حفظ «وضع موجود» (status quo) بوده است تا تکلیف اختلافات
و دعاوی طرفین معلوم شود و لذا حقوق ذی نفع ایرانی را نادیده نگرفته بلکه در
صورت احراز صحت مطالبه، آن را لازم الاداء می داند (بند ۳۱).

۲. مواضع ایران (دولت و بانک مرکزی)

۶۱. موضع اصلی ایران در پرونده الف/۱۶، عمدتاً همان است که در نامه
متحداشکل بانک مرکزی آمده و پیش از این توضیح دادیم (بند ۵۹). اما در لوایح
بعدی که ایران در تکمیل و تشریح مواضع خود به دیوان داوری تسلیم نمود و بویژه
پاسخهایی که به ادعاهای استدلالات امریکا داده است، مطالب دیگری را نیز مطرح
نموده که ذیلاً به اختصار بیان می کنیم. به نظر ایران:

الف- سند تعهدات یک مبنای اضافی و متفاوت برای صلاحیت دیوان
به دست می دهد، و این صلاحیت خاص دعاوی بانکی است؛ زیرا دیوان داوری
جانشین داوری هایی شده که طبق سند تعهدات باید طرف ۳۰ روز نسبت به آن
توافق می شد، و چون طرفین نتوانستند به چنین توافقی دست یابند، طبق بند
۲ (ب) سند تعهدات به همین دیوان داوری مراجعه کرده اند. اگر آن داوری مورد
توافق قرار می گرفت مسلمان صلاحیت آن ربطی به بیانیه حل و فصل و طبعاً رأی

۶۲. امریکا در پایان استدلالات خود اشاره کرده که دعاوی ضمانتنامه ها که بانک مرکزی از طرف
بانکهای ایرانی طرح نموده، بادعوای دیگری که دولت ایران علیه دولت امریکا مطرح کرده مشابه
و نکراری است. زیرا در پرونده الف/۱۵ (قسمت بک-ج) دولت ایران وجه همین ضمانتنامه ها
را تحت عنوان تخلف دولت امریکا از انتقال دارایه های ایران، منجمله ضمانتنامه های بانکی- از
امریکا مطالبه کرده است. بنابراین، دعاوی ضمانتنامه ها که بانکهای ایرانی از طریق بانک
مرکزی علیه دولت امریکا مطرح کردهند، نکراری است و باید مردود اعلام شود.

الف/۲ نداشت. دیوان نباید محدودیت‌های صلاحیت شخصی ناشی از بیانیه حل و فصل را (از حیث منع دعوای دولت علیه تبعه) به دعاوی مشمول سند تعهدات تحمیل نماید، زیرا صلاحیت شخصی و موضوعی دیوان در دعاوی مشمول سند مذکور در خود آن سند آمده و هیچ گونه محدودیتی ندارد.

ب- سند تعهدات مکانیسم خاصی برای حل و فصل دعاوی بانکی مقرر نموده است. در واقع دعاوی قراردادی در بیانیه حل و فصل پیش‌بینی شده و دعاوی مستقل بانکها در مورد ضمانتنامه در سند تعهدات آمده است. تاجایی که به ضمانتنامه‌های بانکی مربوط می‌شود، این امر طبیعی است؛ زیرا دعاوی ضمانتنامه‌ها مستقل از قرارداد اصلی است و لازم بوده در سند جداگانه‌ای که خاص مسائل بانکی است یعنی سند تعهدات پیش‌بینی شود.

ج- در مورد پرانتز مندرج در بند ۱ ماده ۲ بیانیه حل و فصل، درست است که مفاد آن معطوف به دعاوی قراردادی است، اما صرف وجود این پرانتز مانع از صلاحیت دیوان تحت سند تعهدات نیست. به عبارت دیگر، هم بیانیه حل و فصل و هم سند تعهدات، البته هر کدام از دیدگاه خاصی، ناظر به صلاحیت دیوان در دعاوی ضمانتنامه‌ها است و با یکدیگر مانعه‌الجمع نیست. بنابراین، دعاوی ضمانتنامه‌ها از دو مدخل می‌توانند وارد دیوان شود؛ یکی در پیوند با دعاوی قرارداد اصلی که شرکتهای امریکایی می‌توانند مطرح سازند، دوم در چارچوب سند تعهدات که بانکها می‌توانند طرح کنند. اصل استقلال ضمانتنامه‌ها توجیه کننده این ترتیبات است. استفاده از این دو امکان در اختیار طرفین ذی‌ربط است. بنابراین فقط در صورتی که خود مضمون‌له یا بانک ایرانی مایل باشد، می‌تواند دعوای ضمانتنامه را به صورت تقابل در دعوای اصلی طرح نماید؛ یعنی از اصل استقلال ضمانتنامه که به نفع آنها جاری می‌شود، صرفنظر کنند. مشکل دعاوی مقارن، ذاتی ضمانتنامه‌های غیرمشروط و اصل استقلال ضمانتنامه است و ریسکی است که مضمون‌عنه و بانک او با صدور چنین ضمانتنامه‌ای پذیرفته‌اند.

د- اینکه سند تعهدات فاقد مکانیسم اجرا و پرداخت احکامی است که احیاناً به نفع ایران صادر شود، مانع از صلاحیت دیوان نمی‌شود. زیرا صلاحیت

مرجع رسیدگی تابع مکانیسم اجرای حکم آن نیست، کما اینکه احکام دیگری هم وجود دارند که بیانیه‌های الجزایر مکانیسم اجرا برای آنها پیش‌بینی نکرده است، مانند احکام صادره در دعاوی اتباع ایران یا دولت ایران علیه دولت امریکا.^۸

هـ- اینکه مقصود از عبارت «مبالغ مورد اختلاف» مندرج در بند ۲ (ب) سند تعهدات، فقط مبلغ ۱۳۰ میلیون دلار بهره مورد اختلاف طرفین بوده، مانع از صلاحیت دیوان نیست؛ زیرا اگر مقصود طرفین فقط همین بود که امریکا ادعا می‌کند، لازم نبود چنین عبارت عام و کلی قید شود و این جمله زاید است، بلکه کافی بود مشخصاً به همین مسأله ۱۳۰ میلیون دلار بهره اشاره می‌شد، در حالی که عهدهنامه‌ها را باید طوری تفسیر نمود که عبارات و جملات آن معنی دار و مؤثر باشند، نه زاید و حشو.

و- اینکه ضمانتنامه‌های بانکی ایران مسدود بوده و «دارایی» محسوب نمی‌شوند تا مشمول سند تعهدات «مبالغ مورد اختلاف در مورد داراییهای ایران و بهره آن» گردد، ربطی به صلاحیت دیوان داوری ندارد. بعلاوه، اینکه دولت امریکا طی مقررات خزانه داری ضمانتنامه‌ها را مسدود نموده یا دادگاههای امریکا آنها را ممنوع الادام کرده‌اند، این واقعیت اساسی را که حقوق مالی ناشی از آنها نوعی دارایی متعلق به ایران بوده و هستند، تغییر نمی‌دهد. کما اینکه سایر اموال، سپرده‌ها و داراییهای ایران هم قبل از امضای بیانیه‌ها توسط امریکا «مسدود» شده بود، اما امریکا متعهد شد آنها را به ایران انتقال دهد و قسمت اعظم آن را هم انتقال داد و بهانه نیاورد که چون «مسدود» بوده وصف دارایی را از دست داده باشند. بعلاوه امریکا نمی‌تواند برای توجیه موضع خود به عمل خویش در

۵۵. ایران در اثبات اینکه سند تعهدات شامل پرداخت دعاوی بانکی ایران هم می‌شود، منجمله به رویه عملی طرفین استناد می‌کرد که در مورد تسویه بعضی ادعاهای بانکی اتخاذ شده بود و مورد تایید امریکا (قدرتل رززو) هم قرار گرفته بود. مثلاً هنگام مذاکره و حل و فصل دعاوی بانکی بین بانک مرکزی و بانکهای امریکایی که در پرتو سند تعهدات انجام می‌شد گاهی تسویه نامه نهایی شامل پرداخت‌هایی به ایران نیز بوده است که بانک امریکایی مربوطه از محل منابع خود پرداخته یا به صورت نهادتر با مطالبات او تسویه می‌شده است؛ و فقط اگر این تسویه متضمن پرداخت مبلغی به بانک امریکایی بوده، از حساب شماره ۲ پرداخت گردیده است (لایحه ایران در پرونده الف/۱۶، ص ۱۷-۱۶).

مسدود کردن ضمانتنامه‌ها استناد کند

ز- در مورد روش رسیدگی مورد نظر امریکا که دعوای ضمانتنامه در دعوای قرارداد اصلی ادغام شود و اگر در مورد قرارداد اصلی دعوای وجود نداشته باشد، دعوای ضمانتنامه محلی برای ادغام ندارد و باید رد شود؛ آشکارا خلاف اصل استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی است. بانکهای امریکایی طی این ضمانتنامه‌ها تعهد کرده‌اند به محض مطالبه، بی‌درنگ آنها را بپردازند. بانکها وظیفه ندارند در مورد اختلافات فیما بین طرفین قرارداد اصلی تحقیق و تفحص نمایند یا منتظر حل آن بمانند. لذا مخلوط کردن ضمانتنامه با قرارداد اصلی یا موکول کردن تعهد پرداخت آنها به حل و فصل اختلافات ماهوی، خلاف قصد اولیه طرفین می‌باشد. مسئله مطالبه‌های ناروا و تقلب آمیز هم که امریکا در توجیه این روش رسیدگی مطرح کرده، صحیح و کافی نیست؛ زیرا ادعایی است که ثابت نشده و حتی قرار منع پرداختهایی که محاکم امریکا به اعتبار «ناروا بودن مطالبه» بعضی ضمانتنامه‌ها صادر کرده‌اند، همگی «موقت»- نه دائمی- است و گاه در برابر اخذ تأمین و خسارت احتمالی از خواهان (شرکت امریکایی مضمون‌unge) صادر شده است (بند ۲۹). اتفاقاً موارد زیادی وجود دارد که خواهانهای امریکایی مرتكب تقلب در معامله شده‌اند، زیرا با وجود تخلف از قرارداد و عدم تحويل کالای مربوط یا رها کردن کارها در ایران، جلوی پرداخت ضمانتنامه را هم گرفته‌اند.^{۵۱}

ح- در مورد روش رسیدگی پیشنهادی امریکا (ادغام ضمانتنامه در دعوای اصلی) ایران می‌گوید که این روش باعث می‌شود که بعضی دعاوی بانکهای ایرانی بدون رسیدگی بماند، زیرا ممکن است در مورد قرارداد اصلی مربوط به ضمانتنامه مورد ادعای بانک ایرانی، دعوایی در دیوان طرح نشده باشد. مضافاً،

۵۱. در لایحه ایران به عنوان نمونه‌ای از این موارد به دعوای شرکت هاریس و نیز دعوای شرکت آتیک اشاره شده است (لایحه ایران در پرونده الف/۱۶، ۲۶-۲۷ ص). ضمناً اینکه چون ایران طی بخششناهه کلی دستور مطالبه کلیه ضمانتنامه‌ها را داده، بنابراین مطالبه‌های ایران ناروا و متقبلانه بوده (پاورقی‌های ۳۸ و نیز ۵۴ فوق و متن مربوط به آنها)، مورد اعتراض و انکار ایران قرار گرفته است (لایحه ایران ص ۲۶).

حتی در مواردی که دعوای قرارداد اصلی در دیوان مطرح شده چه بسا نام بانک ایرانی به عنوان خواننده ذکر نشده باشد تا بتواند بصورت خواهان متقابل، دعوای ضمانتنامه را مطرح سازد.^{۶۰}

۶۷- چنانکه ملاحظه می شود، با اینکه منشأ و مبنای اصلی پرونده الف/۱۶

یک مسأله صلاحیتی است، اما قسمت اعظم مباحث و استدلالات طرفین متاثر و در پیوند مستقیم با ماهیت ضمانتنامه های بانکی یعنی مسأله استقلال آن یا دارایی محسوب شدن آنها است. مهم ترین نکته ای که در استدلالات امریکا به چشم می خورد، نحوه تفسیر او از بند ۲ (ب) سند تعهدات است که می گوید هدف و مقصد واقعی از عبارت «مبالغ مورد اختلاف» مندرج در بند ۲ (ب) مذکور، فقط مبلغ ۱۳۰ میلیون دلار بهره سپرده های خارج از خاک ایران بوده است. در مواضع و استدلالات ایران مهم ترین نکته آن بود که دیوان داوری جانشین داوری است که طرفین نتوانسته اند ظرف ۳۰ روز مقرر در بند ۲ (ب) سند تعهدات نسبت به آن توافق کنند و بنابراین مشمول محدودیت های صلاحیتی ناشی از بیانیه حل و فصل نیست. اینک ببینیم دیوان داوری چگونه این موضوع را حل کرده است.^{۶۱}

۶۸- امریکا پیشنهاد می کرد در پرونده هایی که بانک ایرانی نمی تواند به صورت خواهان متقابل وارد دعوای اصلی شود (زیرا نام او جزو خواننده ذکر نشده) به بانکها اجازه داده شود به صورت داوطلبانه وارد دعوی شوند، ایران اعتراض می کرد و عقیده داشت این امر اولًا خلاف اصل استقلال ضمانتنامه است و ثانیاً موجب شوغ شدن پرونده و احیاناً تأخیر در رسیدگی به ضرر اصحاب دعوی خواهد شد.

۶۹- ایران در استدلالات و لواجع بعدی خود در پرونده الف/۱۶ مسأله تخلف امریکا از بندهای ۴ تا ۹ بیانیه عمومی را که در نامه متحدد الشکل بانک مرکزی به آن اشاره شده بود، چندان بی نگرفت و همانطور که دیدیم دعاوی ضمانتنامه های بانکهای ایرانی را بیشتر حول مقررات سند تعهدات متصرک نمود تا بیانیه عمومی. به نظر می رسد علت آن بود که ایران مسأله تخلف امریکا از بیانیه ها و عدم انتقال و پرداخت مبلغ ضمانتنامه ها را در پرونده دیگری مشهور به پرونده تخلفات امریکا (پرونده الف ۱۵ - بخش یک- ج) مطرح و مطالعه کرده و لازم بود. از دعاوی نکراری و مشابه اجتناب گردد (رک: پاورقی ۵۷ بالا).

ج. تصمیم دیوان داوری در پرونده الف / ۱۶

۶۸. متأسفانه دیوان داوری درخواست امریکا در مورد عدم صلاحیت را پذیرفت و مدافعت ایران را رد کرد و مقرر نمود دعاوی بانکهای ایرانی در مورد ضمانتنامه‌ها فقط توأم با دعوای قرارداد اصلی یعنی به صورت دعوای متقابل قابل رسیدگی است. استدلالات دیوان دو قسمت اصلی دارد؛ یکی اینکه بیانیه حل و فصل صلاحیت رسیدگی به دعوای مستقیم بانکهای ایرانی را به دیوان نمی‌دهد و دوم اینکه سند تعهدات هم فاقد شرط صلاحیت دیوان در این نوع دعواوی است. اهم دلایل و مبانی حقوقی تصمیم دیوان را ذیلاً مرور می‌کنیم.

۶۹. تا جایی که دعواوی ضمانتنامه‌های بانکی ایران علیه بانکهای امریکایی (اتباع امریکا) می‌شوند بربند ۱ ماده ۲ بیانیه حل و فصل طرح شده، دیوان صلاحیت رسیدگی ندارد؛ کما اینکه در رأی الف / ۲ نیز این واقعیت بیان شده که دعواوی دولت علیه تبعه خارج از صلاحیت دیوان است. اینکه ایران (بانک مرکزی) نام دولت امریکارا در کنار بانک امریکایی مربوطه به عنوان خوانده مشترک و دارای مسؤولیت تضامنی ذکر نموده، موجب نمی‌شود که دعواوی مذکور به دعواوی دولت علیه دولت تبدیل شود و دیوان صلاحیت رسیدگی پیدا کند. در بیانیه‌ها هیچ شرطی وجود ندارد که صلاحیت دیوان را نسبت به دعواوی دولت علیه تبعه (بانک خصوصی)، به صرف اینکه مسؤولیت مشترکی با دولت متبع خود دارد، تسری و توسعه دهد.

۷۰. اما تا جایی که دعواوی مذکور تحت سند تعهدات طرح شده‌اند، نظر دیوان داوری این است که به دلایل زیر، سند تعهدات صلاحیت رسیدگی به این قبیل دعواوی را به دیوان نداده است.

الف. طبق سند تعهدات (بند ۲ ب) یک حساب دلاری به مبلغ ۱/۴۱۸ میلیارد دلار از محل منابع و پولهای ایران در خارج از خاک امریکا، افتتاح شده (مشهور به حساب دلاری شماره ۲) که غرض از آن پرداخت و تسویه سه دسته از

دعاوی بانکی است: اول، ادعاهای بانکهای امریکایی ناشی از معاملات و بدھی‌های غیر سندیکایی ایران؛ دوم، ادعاهای بانکهای امریکایی برای باقیمانده وامهای سندیکایی که احیاناً مبلغ ۳/۶۷۷ موضوع بند الف ۲ همان سند برای پرداخت آنها کافی نبوده باشد، و سوم، «مبلغ مورد اختلاف سپرده‌ها، داراییها و هرگونه بهره متعلقه به سپرده‌های ایران در مؤسسات بانکی امریکا». طبق بند ۲ ب سند تعهدات قرار بود بانک مرکزی و بانکهای امریکایی برای تعیین و توافق در خصوص «مبلغ مورد بدھی» مذاکره کنند که اگر به توافق دست یابند از محل حساب شماره ۲ پرداخت می‌شد و اگر نتوانستند توافق کنند، اختلاف خود را به داوری ارجاع نمایند و چنانچه نتوانند در مورد این داوری هم توافق کنند به همین دیوان داوری مراجعه نمایند. بنابراین، سند تعهدات فقط صلاحیت رسیدگی به همین نوع اختلافات خاص در مورد «مبلغ مورد بدھی» را به دیوان اعطای کرده است. بعلاوه، این «مبلغ مورد بدھی» ناظر به نوع خاصی از دعاوی بانکی است که از حساب شماره ۲ قابل پرداخت باشد. به عبارت دیگر، این حساب برای تسویه کلی و متقابل کلیه دعاوی بانکی بین طرفین- از هر نوع که باشد- نیست، بلکه فقط ناظر به ادعاهای بانکهای امریکایی است. این مطلب به خوبی از جمله آغازین بند ۲ ب سند تعهدات بر می‌آید که می‌گوید «با تأیید ایران مبنی بر تمایلش به پرداخت کلیه بدھی‌هایش ... بانک مرکزی الجزایر دستورات زیر را صادر خواهد کرد ...». نحوه پرداخت از این حساب هم مؤید آن است که فقط برای تسویه ادعاهای بانکهای امریکایی «مبلغ مورد بدھی» است.

۶۲. روش پرداخت تحت بند ۲ ب سند تعهدات چنین است: ۱- وقتی طرفین در مورد «مبلغ مورد بدھی» به توافق برسند، مراتب را به بانک مرکزی الجزایر که حساب شماره ۲ به نام او باز شده، اعلام می‌کنند. ۲- بانک مرکزی الجزایر متعاقباً به بانک انگلیسی که حساب نزد او نگهداری می‌شود، دستور پرداخت می‌دهد. ۳- بانک انگلیسی هم آن مبلغ را از حساب شماره ۲ به فدرال رزرو می‌پردازد. اما چنانچه توافق حاصل نشود و طرفین به دیوان داوری رجوع کنند و حکمی به نفع بانک امریکایی صادر شود، رئیس دیوان مبلغ بدھی (محکوم به) را به بانک مرکزی الجزایر اعلام می‌کند و بقیه کار به شرح فوق انجام می‌شود. علاوه بر این، بند ۷ (د) ترتیبات فنی مورخ ۱۹۸۱/۱/۲۰ (مجله حقوقی شماره ۱، اسناد بین المللی) هم مقرر نموده وجهه حساب دلاری شماره ۲ تازمان تسویه کلیه ادعاهای فقط به فدرال رزرو قابل پرداخت است و در پایان کار مانده آن به بانک مرکزی ایران منتقل می‌شود (رک: بند ج سند تعهدات).

ب- ایران منکر آن نیست که اگر در یکی از دعاوی ضمانتنامه ها به نفع او حکم صادر شود، این حکم از حساب شماره ۲ قابل پرداخت نیست، زیرا وجود این حساب متعلق به خود ایران است و بانک امریکایی محکوم علیه باید آن را از محل منابع خود بپردازد (بند ۵۹). در صورتیکه، ادعاهای موضوع سند تعهدات فقط آنهایی است که نهایتاً بتوان از حساب شماره ۲ پرداخت نمود.

ج- بانک مرکزی عقیده دارد ضمانتنامه های بانکی از مصاديق مفهوم «دارایها» مندرج در عبارت «مبلغ مورد اختلاف سپرده ها و دارایها و بهره باابت سپرده های ایران» در بنده ۲ ب سند تعهدات می باشد. مسلماً ضمانتنامه ها سپرده یا بهره نیستند، اما اینکه «دارایی» هستند یا نه، باید این کلمه مطابق با معنای مصطلح آن در سیاق عبارت و مضمونی که به کار رفته و در پرتو هدف و منظور عبارات، تفسیر گردد.^{۶۳} به نظر دیوان، استفاده از عبارات «سپرده ها» و «بهره باابت سپرده های ایران»، علاوه بر کلمه «دارایها» در بنده ۲ ب ظاهراً حاکی از آن است که برای کلمه اخیر معنای خاص و دقیق تری در نظر گرفته شده، والا کلمه «دارایها»، سپرده و بهره را نیز شامل می شد. حتی اگر قبول کنیم که اعتبار اسنادی تجاری «دارایی» باشد، از فحوای کاربرد کلمه «دارایها» در سند تعهدات و سایر قسمت های بیانیه ها (عنوان بنده ۶ بیانیه عمومی)، روشن است که ضمانتنامه ها جزو «مبلغ مورد اختلاف ... دارایها» نمی باشد و چیزی نیست که بتوان آن را جزو موجودی یک مؤسسه بانکی محسوب کرد.

د- به نظر دیوان تنها اشاره صریحی که در بیانیه های الجزاير به دعاوی مبتنی بر ضمانتنامه ها شده، مطلبی است که در بنده ۱ ماده ۲ بیانیه حل و فصل (پراتر مندرج در این ماده) قید گردیده که به موجب آن اینگونه دعاوی در صورتی قابل طرح می باشد که سایر شروط صلاحیت دیوان را نیز دارا باشند. با اینکه ممکن است دیوان، هم به موجب بیانیه حل و فصل و هم طبق بنده ۲ ب سند تعهدات

۶۳. دیوان داوری در این بیان، نظر به ماده ۳۱ (۱) کتوانسیون ۱۹۶۹ وین در مورد معاهدات دارد که در مورد تفسیر معاهدات مقرر نموده: «معاهده باید با حسن نیت و منطبق با معنای معمولی که باید به اصطلاحات آن در سیاق عبارت و در پرتو موضوع و هدف معاهده داده شده تفسیر گردد» (ر.ک: مجله حقوقی شماره ۸، استناد بین المللی)

صلاحیت‌هایی داشته باشد، اما این اشاره خاص به ضمانتنامه‌ها در بیانیه حل و فصل حاکی از این است که نظر طرفین آن بوده که دعاوی ضمانتنامه‌ها طبق بیانیه حل و فصل رسیدگی شود و نه سند تعهدات.

هـ- هیچ‌گونه دلیلی در دست نیست که طرفین تشریفات بند ۲ ب سند تعهدات را در مورد دعاوی ضمانتنامه‌ها رعایت نموده و سپس به علت عدم توافق به این دیوان مراجعه کرده باشند. در دادخواستهای اولیه بانکهای ایرانی نیز اشاره‌ای نشده که بند ب ۲ مبنای احراز صلاحیت دیوان بوده است. در واقع، بعد از تصمیم دیوان در پرونده الف/۲ (عدم صلاحیت دیوان در دعواه دولت علیه تبعه) بود که بانک مرکزی نامه‌ای تهیه کرد و به هریک از دعاوی ضمانتنامه‌ها الصاق نمود و ضمن آن مدعی شد که دیوان طبق بند ۲ ب سند تعهدات واجد صلاحیت می‌باشد. این بدان معنی است که بدؤاً منظور بانکهای ایرانی این بوده که بند ۲ ب مذکور مبنای صلاحیت دیوان باشد.

و- ایران استدلال کرده که رویه عملی که در تسویه و مذاکرات ادعاهای بانکی اتخاذ شده نشان می‌دهد که بند ۲ ب سند تعهدات شامل اختلافات مربوط به ضمانتنامه‌ها نیز می‌شود. البته توجه به رویه اجرای عهdenamه بین المللی همراه با مضمون آن، یک اصل پذیرفته شده در تفسیر عهdenamه‌ها است (ماده ۳۱(۳) کوانسیون وین) لیکن رویه‌ای که مستقیماً خود طرفین عهdenamه اتخاذ و ایجاد کرده باشند. در مذاکرات دعاوی بانکی، بانک مرکزی که یک واحد دولتی ایران است مشارکت داشته و رویه‌ای که اتخاذ کرده قابل انتساب به ایران است، اما سایر شرکت‌کنندگان در این مذاکرات، بانکهای امریکایی بودند و نه دولت امریکا، و دولت امریکا مأمور به رویه احتمالی که بانکهای خصوصی امریکایی اتخاذ کرده‌اند، نمی‌باشد.

۷۱- دیوان داوری با ذکر استدلالات بالا به این تیجه رسیده است که برای

رسیدگی به دعاوی ضمانتنامه‌های بانکهای ایرانی نه صلاحیت شخصی دارد؛ زیرا دعاوی مذکور از نوع دعواه دولت علیه تبعه است، و نه صلاحیت موضوعی؛ زیرا

این دعاوی موضوعاً با آنچه در سند تعهدات آمده، متفاوت است. دیوان می‌گوید:

«بنا به دلایل پیش گفته، دیوان داوری بر این نظر است که بند ۲ ب سند تعهدات قابل شمول به دعاوی مبتنی بر ضمانتنامه‌ها نبوده و در نتیجه صلاحیت رسیدگی به این قبیل دعاوی بانکهای ایرانی علیه بانکهای امریکایی یا سایر اتباع امریکا را به دیوان نمی‌دهد.»

اما برای اینکه راهی جهت طرح این دعاوی در دیوان باقی بگذارد. ولو بطور محدود. پذیرفته است که دعاوی مذکور به صورت ادعای متقابل در پرونده قرارداد اصلی مورد رسیدگی قرار گیرد، منتهی تصمیم گیری در هر مورد خاص را به شعبه ذی ربط محول نموده است:

«این نکته که ادعای یک بانک ایرانی در مورد ضمانتنامه قابل انضمام به عنوان دعاوی متقابل علیه پیمانکار امریکایی مربوط هست یا نه، مطلبی است که هر یک از شعب باید طبق قواعد دیوان ناظر به صلاحیت رسیدگی به دعاوی متقابل، مورد بررسی قرار دهند. این وظیفه هر شعبه است که طبق قواعد دیوان داوری و براساس این تصمیم، در هر مورد اقدامات لازم را معمول دارد.»

به حال، دیوان در نتیجه گیری کلی خود، به عدم صلاحیت نظر داده و گفته است:

«نظر دیوان داوری در پرونده الف/۱۶ این است که دیوان جهت رسیدگی به دعاوی مستقیمی که توسط بانکهای ایرانی علیه بانکهای امریکایی به ثبت رسیده و ناشی از ضمانتنامه‌های صادره توسط بانکهای امریکایی است، صلاحیت ندارد.»^{۱۰۸}

۱۰۸. ایالات متحده امریکا علیه جمهوری اسلامی ایران، تصمیم هیأت عمومی به شماره FT/الف/۱۶-۱۰۸ مورخ ۱۳/۲/۱۹۸۴، گزاره آراء دیوان، ج. ۵، ص. ۵۷. ضمناً در مورد پرونده ۵۹۱ بانک ملت هم که از حیث صلاحیتی به عنوان پرونده نمونه از شعبه دوم به هیأت عمومی ارجاع شده بود، دیوان داوری اعلام کرد: «تصمیم دیوان این است که جهت رسیدگی به دعاوی مطروح در پرونده ۵۹۱ علیه کراکرنشنال بانک صلاحیت ندارد و پرونده ۵۹۱ جهت ادامه رسیدگی طبق تصمیم حاضر به شعبه دوم مرجع می‌گردد». ^{۱۰۹}

د. نقد تصمیم دیوان در پرونده الف/۱۶

۷۲- تصمیم دیوان در پرونده الف/۱۶ موجب شد که قریب ۲۰۰ فقره دعاوی بانکهای ایرانی در مورد ضمانتنامه‌های بانکی که در آن تاریخ هنوز نزد دیوان مطرح بود. از صلاحیت دیوان خارج شود و فقط به صورت ادعای مقابله در دعواهی قرارداد اصلی قابل ادامه باشد. چنانکه ملاحظه می‌شود، دیوان تصمیم خود را بر تفسیر بیانیه‌ها و سند تعهدات متتمرکز نموده و مستقیماً به مسائل حقوقی ضمانتنامه‌ها بوجه ادعای مطالبه ناروا نپرداخته است، هرچند ممکن است گفته شود با توجه به مفاد بیانیه‌های الجزاير و محدودیت‌های ناشی از آن و نیز با توجه به مشکل دعاوی متقاضیان در مورد ضمانتنامه‌ها (بند ۳۶) دیوان راه دیگری جز این تفسیر نداشت و نظر او موجه به نظر رسد، اما واقع مطلب این است که این تصمیم اقتضیای حقوقی ضمانتنامه‌های غیرمشروط-بوجه استقلال آنها را - نادیده انگاشته است و برخلاف رویه و عرف بین المللی مستقری که وجود دارد، آنها را به قرارداد اصلی الحق نموده است و این حیث قابل انتقاد به نظر می‌رسد. گرچه نباید فراموش کرد که شروط و مفاد بیانیه‌های الجزاير و ضعف‌ها و اشکالاتی که در نحوه تنظیم آنها وجود داشته از یکسو، و وضع دعاوی ایران بوجه نحوه طرح آن که در شرایط شتابزده انجام شده بود، از سوی دیگر در تصمیم دیوان مؤثر بوده است، اما حتی در پرتو مفاد بیانیه‌ها و سند تعهدات هم تصمیم دیوان قابل انتقاد است و از حیث موازین حقوقی و قضایی دچار ضعف‌هایی است که ذیلاً به بعضی از آنها اشاره می‌کنیم.

۷۳- از جمله استدللات ایران در پرونده الف/۱۶ این بود که صلاحیت دیوان تحت سند تعهدات لزوماً همان نیست که تحت بیانیه حل و فصل دعاوی (بند ۱ ماده ۲) مقرر شده، زیرا در رسیدگی به ادعاهای بانکی موضوع سند تعهدات دیوان داوری در واقع جانشین مرجع داوری است که طرفین نتوانسته اند نسبت به آن توافق کنند و بنابراین، در این مقام دیوان در چهره دیگری سوای آنکه در چارچوب بیانیه حل و فصل دارد، ظاهر می‌شود و عمل می‌کند. طبق سند

تعهدات اجازه طرح دعوی دولت ایران (بانکهای ایرانی از طریق بانک مرکزی ایران) علیه اتباع امریکا (بانکهای امریکایی) داده شده است و این مطلب حتی مورد تأیید خود امریکا هم قرار گرفته است. امریکا در لایحه‌ای که در پرونده الف/۲ به دیوان تسلیم نموده، اذعان کرده:

«بند ۲ (ب) سند تعهدات ... به سازمانهای تابعه دولت ایران اجازه می‌دهد که برخی اختلافات با اتباع امریکایی را نزد دیوان مطرح سازند، لیکن این اجازه فقط محدود به پاره‌ای از اختلافات است ... وجود این شرط نشان می‌دهد که در یک مورد که صلاحیت رسیدگی دیوان به اقدامات مستقیم یک دولت علیه تبعه طرف دیگر در نظر بوده، طرفین لازم دیدند که صریحاً آن را پیش‌بینی نمایند.»^{۵۰}

با توجه به اینکه یکی از طرفین بیانیه‌ها یعنی امریکا صریحاً صلاحیت ویژه‌ای را تحت سند تعهدات برای دعاوی مستقیم دولت و بانک مرکزی ایران علیه اتباع و بانکهای امریکایی پذیرفته و مأخذ دارد آن است، دیگر انکار بعدی او مسموع نیست و تصمیم دیوان در نفع چنین صلاحیتی در حالی که هر دو طرف بیانیه‌ها آن را پذیرفته‌اند، صحیح به نظر نمی‌رسد.

۷۴. ضعف دیگر تصمیم دیوان در پرونده الف/۱۶ آن است که می‌گوید
چون سند تعهدات فاقد مکانیسم اجرای احکامی است که اجیاناً به نفع ایران صادر می‌شود، بنابراین صلاحیت رسیدگی به دعاوی ایران تحت بند ۲ ب سند تعهدات را ندارد و در تأیید این سخن اضافه می‌کند که حساب شماره ۲ فقط قابل پرداخت برای ادعاهای بانکهای امریکایی است و بی معنی است که از پول ایران به خود او پرداخت شود. اما دیوان توجه نکرده که اولاً، صلاحیت یک مرجع رسیدگی بر حسب مکانیسم و نحوه اجرای احکام او تعیین نمی‌شود، کما اینکه دعاوی دیگری در صلاحیت همان دیوان داوری قرار دارد که احکام آن از محل حساب تضمینی قابل پرداخت نیست، مانند دعاوی ایران علیه اتباع یا دولت امریکا. ثانیاً،

۷۵. لایحه دولت امریکا مورخ ۱۳۶۰/۹/۱۷ در پرونده الف/۲ (آرشیو دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی).

بانک مرکزی در نامه متحدها شکل خود تصریح کرده بود که احکام صادره در دعاوی ضمانتنامه های ایران از محل حساب شماره ۲ قابل پرداخت نخواهد بود (بند ۵۹) و لذا باید مانند سایر احکام صادره له ایران، طبق مفاد بیانیه حل و فصل دعاوی " و سایر موازین و اصول مربوط به اجرای احکام بین المللی، اجرا شود. ثالثاً، حتی در صورتی که استدلال دیوان که بنا به ادعای امریکا مقصود از «مبالغ مورد اختلاف» فقط ۱۳۰ میلیون دلار بهره بوده، صحیح باشد اشکال به جای خود هست؛ زیرا اگر ایران ادعایی را در همین مورد که بدون شک در صلاحیت دیوان قرار می گیرد، مطرح کند و دیوان هم به نفع او حکم دهد، باز هم طبق استدلال دیوان باید از محل حساب شماره ۲ پرداخت شود، در حالی که این حساب متعلق به ایران است و به قول دیوان نمی توان از محل پولهای ایران حکم له اورا اجرا نمود! مگر اینکه گفته شود معادل ۱۳۰ میلیون دلار از این حساب متعلق به ایران نیست و موقتاً در حساب سپرده شده است، اما چنین ادعایی هیچ مبنایی در سند تعهدات و سایر موافقتنامه های مربوط به بیانیه های الجزایر ندارد و حتی امریکا هم آن را مطرح نکرده است.

۷۰ اینکه ضمانتنامه های بانکی «دارایی» در مفهوم عرف حسابداری یا بانکی محسوب نمی شوند تا مشمول عبارت «مبالغ مورد اختلاف ... داراییها» در سند تعهدات باشد، یا چون مسدود شده بودند دیگر دارایی نبوده اند از ایرادات

۶۶ بند ۳ ماده ۴ بیانیه حل و فصل مقرر نموده: «هر حکمی که دیوان داوری علیه هریک از دولتين صادر نماید، علیه آن دولت در دادگاههای هر کشوری برطبق قوانین آن کشور قابل اجرا خواهد بود» (نیز رک: بند ۱۶ و ۱۷ بیانیه عمومی) تا جاییکه به دولت امریکا مربوط می شود، تا به حال هر حکمی که علیه آن دولت و به نفع ایران صادر شده، طوعاً اجرا نموده است. لکن در مورد اجرای احکام صادره علیه اتباع امریکا و له دولت ایران، پرونده ای در هیأت عمومی دیوان داوری مطرح گردیده که منتهی به صدور حکم الزام دولت امریکا برای فراهم نمودن مکانیسم و تضمین کافی جهت اجرای آنها شده است (رأی شماره FT ۲۱.الف/۶۲/۴ مه ۱۹۸۷ گزاره آراء دیوان داوری، ج ۱۴، ص ۳۲۸) اما به علت تخلف مجدد امریکا از این تصسیم دیوان داوری، موضوع دوباره نزد دیوان مطرح شده و تحت رسیدگی است که هنوز منتهی به صدور حکم نشده است (پرونده الف/۲۷).

دیگری است که بر تصمیم دیوان وارد است. ماهیت واقعی ضمانتنامه‌های غیرمشروط و تعهدات مالی ناشی از آنها نمی‌تواند تابع عرف حسابداری باشد. بعلاوه، تا جایی که به ذی نفع‌های ایرانی مربوط می‌شود، آنها این ضمانتنامه‌ها را در ردیف و معادل «سپرده نقدی» می‌دانسته‌اند، کما اینکه مقررات آیین نامه معاملات دولتی ایران درخصوص اخذ ضمانتنامه از پیمانکارانی که با دولت قرارداد منعقد می‌کنند، بصراحة از آنها در کنار «سپرده نقدی» نام می‌برد و جایگزین آن می‌داند که بصورت عندالمطالبه و با اولین درخواست قابل استفاده باشد.^{۶۷} به علاوه، طبق استدلال امریکا لاقل ضمانتنامه‌هایی که بدرستی و درسررسید مطالبه شده بودند مصدق بارز «دارایی» بودند. خصلت مالی و حقوقی چنین اسنادی در خود آنها نهفته و با وضع مقررات خزانه‌داری و مسدود کردن آنها یا قرار موقعت دادگاه مبنی بر عدم پرداخت، تغییر نمی‌کند.

۷۶. درخصوص ادغام و انضمام دعاوی ضمانتنامه‌های بانکی به دعاوی قرارداد اصلی، دیوان داوری استدلال موجهی ارائه نکرده است. این تصمیم در واقع متضمن عدول آشکار از اصل بنیادی استقلال ضمانتنامه از قرارداد است که برهم زدن یا نقض آن به عنوان تحلف از اصل، محتاج دلیل است. چنانکه در مباحثت پیشین (بند ۱۶-۲۲) گفتیم، عدول از این اصل، تنها در دو مورد آن هم به عنوان استثنای مجاز دانسته شده است: تقلب یا جعل، که هر کدام آنها محتاج واقعیات متقن و ادله قاطع و محکم است. البته دیوان داوری که در مقام رسیدگی به یک مسئله تقسیری بوده، نمی‌توانسته تک تک ضمانتنامه‌های موضوع دعوا را از این حیث که آیا مطالبه آنها من غیرحق و ناروا بوده یا نه، مورد رسیدگی قرار دهد. اما تصمیمی که در مورد انتقال و انضمام این دعاوی به پرونده قرارداد اصلی اتخاذ نموده، عملأً بدین معنی است که استحقاق ذی نفع ایرانی در مطالبه ضمانتنامه باید در پرتو واقعیات قراردادی اثبات و محرز شود. با اینهمه، نباید فراموش کرد که چون تصمیم دیوان داوری در چارچوب اقتضایات و شروط خاص مندرج در

.۶۷. آیین نامه معاملات دولتی، مصوب اسفند ۱۳۴۹ ماده ۴۱ (بند ۳ و ۵).

۷۷. در عمل، همانطور که در بررسی رویه دیوان در دعاوی قراردادی
ضمانتنامه‌ها دیدیم (بند ۴۰ به بعد) جز در یکی دو پرونده، شعب مختلف دیوان
به تعیت از همین تصمیم متخذه در پرونده الف/۱۶ مسأله ضمانتنامه را همراه با
دعوای اصلی مورد رسیدگی و حکم قرار داده است. در مواردی هم که دعواه اصلی
وجود نداشته، بانک ایرانی پس از هماهنگی های لازم با ذی نفع ضمانتنامه، ناگزیر
مسأله را در سایر مراجع صالح ییگیری نموده است و یا اینکه اگر مشمول مقررات
خزانه داری امریکا شده و حساب مسدود داشته از طریق پرونده تخلفات امریکا از
دولت امریکا وصول شده که چگونگی آن را در قسمت بعدی توضیح می دهیم.

۳ قسمت

اختلاف عهدنامه‌ای دولتی و ضمانتنامه‌های بانکی

۷۸. گروه سوم از دعاوی ضمانتنامه‌های بانکی که نزد دیوان داوری مطرح
شده، موضوع دعواهی است که دولت جمهوری اسلامی ایران علیه دولت امریکا
اقامه نموده است. در این دعوی ایران مدعی است ضمانتنامه‌های دستگاههای
دولتی ایرانی در واقع داراییهای آنها است که امریکا بدنبال قضیه گروگانگیری
مسدود کرد و طبق بیانیه‌های الجزایر قرار بود همراه با سایر داراییها و اموال ایران
آزاد شود و به ایران پرداخت گردد، ولی دولت امریکا آنها را همچنان مسدود
نگه داشته و آزاد نکرده است و لذا از تعهدات عهدنامه‌ای خود تحت بیانیه‌ها
تخلف نموده و باید از این بابت خسارت پردازد. طرح این دعوی که در اولين سال
تأسیس دیوان (۱۹۸۲) انجام شد، در واقع بُعد سومی به مسأله ضمانتنامه‌های
بانکی نزد دیوان می بخشید: یکبار شرکتهای امریکایی در دعاوی قراردادی خود
خواستار ابطال آنها بودند، بار دیگر بانکهای ایرانی و بانک مرکزی به استناد سند

تعهدات دعاوی مستقلی مطرح نمودند مبلغ آنها را مطالبه می‌کردند؛ و اکنون دولت ایران مجموع آنها را به عنوان بخشی از دارایی ایران مطرح کرده بود و بعضی از خسارات تخلف عهده‌نامه‌ای از امریکا مطالبه می‌کرد. آنچه می‌توانست ادامه همزمان این دعاوی را نزد دیوان توجیه نماید از یک طرف اصل استقلال ضمانتنامه بود، از طرف دیگر، وجود تفاوت در منشاء ادعا (تخلف عهده‌نامه‌ای امریکا) در دعواهی دولت ایران علیه امریکا بود که می‌توانست ادامه متقاضن آن با دیگر دعاوی ضمانتنامه‌ای را موجه سازد، اما چون خواسته مالی این دعوهی (خسارات مالی) مبلغ اسمی ضمانتنامه‌ها به اضافه بهره بود^{۷۹}، آن را تا حدودی شبیه دعاوی بانکهای ایرانی می‌ساخت.

با این همه، دیوان داوری دعوهی عهده‌نامه‌ای دولت ایران علیه دولت امریکا در مورد ضمانتنامه‌ها را به علت تکراری یا مشابه بودن با دیگر دعاوی، رد نکرد، بلکه به لحاظ مبانی و منشاء موجه و مستدلی که این دعوهی داشت و نیز به لحاظ تفاوت در خواسته آن با سایر دعاوی ضمانتنامه‌ای که هم مالی بود و هم غیرمالی (اعلام تخلف امریکا)، آن را قابل رسیدگی دانست و چنانکه خواهیم دید، به نفع ایران حکم داد و امریکا را متخلص شناخت.

۷۹. تفاوت اصلی این دعوهی با پرونده الف/۱۶ (که قبلًا مطالعه کردیم (قسمت سوم) در آن است که در این پرونده مسأله صلاحیت دیوان مورد اختلاف نبود، بلکه « محل نزاع » این بود که آیا عملکرد امریکا در عدم انتقال وجوده ضمانتنامه‌ها همراه با سایر داراییهای ایران، و ادله مقررات خزانه داری و مسدود

۸۰. در حقوق بین الملل، مطالبه خسارت تخلف از تعهد علیه دولتها محدودیت‌هایی دارد، به عنوان مثال مطالبه بعضی خسارات عدم النفع یا خسارات تنبیه‌ی ممنوع است. مضافاً الزام دولتها به انجام عین تهدید (specific performance) یا اعاده وضع به حالت سابق (restitution integrum) در حقوق بین الملل مجاز شناخته نشده، زیرا خلاف حاکمیت دولتها است. حتی در داراییهای تجاری بین المللی نیز، بعضی مطالبه خسارت تنبیه‌ی را بطور کلی مجاز نمی‌دانند. رک:

John Y. Gotanda, "Awarding Punitive Damages in International Commercial Arbitrations in the Wake of Mastrobouno Case", Harvard Int'l law Journal, vol. 38, No1 (1997) P. 59;

نگه داشتن آنها حتی پس از بیانیه های الجزایر موجه بوده یا تخلف و نقض تعهدات عهدنامه ای آن دولت به شمار می رود. منتهی، چنانکه خواهیم دید، در این دعوی نیز با اینکه علت و منشاء دعوی به تعهدات ماهوی و عهدنامه ای دولتها باز می گردد، اما مباحث و استدلالاتی که طرفین مطرح کرده اند بازهم معطوف و متاثر از ویژگیهای حقوقی ضمانتنامه ها است، کما اینکه در این پرونده نیز مسأله استقلال ضمانتنامه ها، ولو بطور غیرمستقیم، و همچنین طبیعت آنها که آیا دارایی محسوب می شود و یا نوعی «حق مشروط» ذی نفع است، مطرح شده است.

در این قسمت، ابتدا با مروری بر مواد و شرایط ذی ربط در بیانیه های الجزایر، به طرح مطلب می پردازیم (الف)، سپس مواضع و استدلالات طرفین را مطالعه می کنیم (ب)، آنگاه رأی و تصمیم دیوان را توضیح می دهیم (ج) و در پایان نکاتی را در نقد اجمالی تصمیم دیوان بیان خواهیم کرد (د).

الف. طرح مطلب

۸۰. تحولات حقوقی که ضمانتنامه های ایران پس از پیروزی انقلاب

اسلامی از سرگذرانند را در قسمت دوم این مقاله توضیح دادیم و از تکرار اجتناب می کنیم. اما برای ورود به بحث، ناگریزیم بر سبیل اشارت یادآوری کنیم که به دنبال بحران گروگان گیری در سفارت سابق امریکا در تهران در ۴ نوامبر ۱۹۷۹ رئیس جمهور وقت امریکا ده روز بعد داراییها و اموال ایران را مسدود نمود و وزارت خزانه داری آن کشور را مأمور کرد مقرراتی را برای نحوه اجرای دستور انسداد داراییها تدوین و تصویب کند. تا جایی که به ضمانتنامه های ایران مربوط می شد، بخش ۵۳۵/۵۶۸ مقررات مذکور که در زانویه ۱۹۸۰ اصلاح و تدوین شده بود، مقرر می کرد در صورت مطالبه ضمانتنامه، بانک امریکایی باید مراتب را به مضمون عنہ (شرکت امریکایی) اطلاع دهد تا اگر با پرداخت موافق نیست و اعتراضی دارد، ظرف ۵ روز از وزارت خزانه داری امریکا درخواست مجوز یا پروانه خاصی نماید که به وی اجازه می داد مبلغ ضمانتنامه را در دفاتر تجاری خود به حساب مسدودی به نام ذی نفع ایرانی واریز نماید و به بانک اطلاع دهد. به

این ترتیب تعداد زیادی از ضمانتنامه‌های ایران که مورد مطالبه قرار گرفتند، به این حسابهای مسدود تزد خود مضمون عنه امریکایی واریز شدند. علاوه بر این، پاره‌ای از شرکتهای امریکایی به محاکم امریکا مراجعه و قرار منع پرداخت ضمانتنامه‌ها را تحصیل نمودند، بطوری که بعضی ضمانتنامه‌ها هم دارای حساب مسدود بود و هم دارای دستور منع پرداخت دادگاه، اما بعضی دیگر فقط یکی از این دو مانع را داشت و به هر حال پرداخت نشدن. این وضع از زمان انسداد داراییهای ایران تا تاریخ امضای بیانیه‌های الجزایر در ۱۹ ژانویه ۱۹۸۱ ادامه داشت.

۸۱- شرایط و خواسته‌های اصلی ایران برای آزاد کردن گروگانهای امریکایی در قطعنامه‌ای که کمیسیون ویژه بررسی مسأله گروگانهای امریکایی در مجلس شورای اسلامی تصویب و منتشر کرده (آبان ۱۳۵۹) آمده است "که به «چهار شرط» مشهور شده است. خلاصه این چهار شرط چنین است:

- ۱- عدم مداخله امریکا در امور ایران؛
- ۲- رفع انسداد و آزادشدن داراییهای ایران و بازگشت به وضع مالی قبل از انسداد (۱۴ نوامبر ۱۹۷۹)؛
- ۳- لغو کلیه احکام و قرار توقيف‌های محاکم و ختم دعاوی علیه ایران؛
- ۴- استرداد اموال شاه.

بیانیه عمومی الجزایر به تبعیت از این چهار شرط، در چهار قسمت یا ماده کلی تنظیم شده و جزئیات هر کدام طی بندهای مختلف آن قید شده است. منتهی،

۸۲. امام خمینی (ره) در اسفند ۱۳۵۸ حل مسأله گروگانهای را به مجلس شورای اسلامی محول کرد. مجلس هم کمیسیون ویژه‌ای برای این منظور تشکیل داد و این کمیسیون پس از نشستهای متعدد سرانجام شرایط چهارگانه آزادی گروگانها را که در حقیقت ملهم از اعلامیه امام بود، به صورت قطعنامه‌ای تصویب و در اختیار دولت شهید رجایی گذاشت. این مصوبه مجلس هیجگاه به شورای نگهبان ارجاع نشد و بنا بر این تشریفات مقرر برای تصویب قانون را طی نکرد، مع ذلك دولت شهید رجایی همین مصوبه را راهنمای خود در حل مسأله گروگانها قرار داد. برای ملاحظه متن چهار شرط مجلس، مراجعه کنید به: مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۱، استاد بین‌المللی.

دو مطلب اساسی یعنی رفع انسداد از داراییهای ایران و ختم دعاوی علیه ایران، در دو بند مستقل الف و ب در شروع بیانیه عمومی آمده است که در واقع چارچوب و «اصول کلی» تعهدات امریکا را تشکیل می‌دهد و تکالیف مستقلی به شمار می‌روند. جالب اینکه بعضی عبارات به کار رفته در این دو بند نیز از متن چهار شرط مجلس شورای اسلامی اقتباس شده است. بند الف بیانیه عمومی در مورد رفع انسداد و انتقال داراییهای ایران، مقرر نموده:

«الف... ایالات متحده، حتی الامکان وضعیت مالی ایران را بصورت موجود قبل از ۱۴ نوامبر ۱۹۷۹ باز خواهد گرداند. در این چارچوب، ایالات متحده خود را متعهد می‌سازد که تحرک و انتقال آزاد کلیه داراییهای ایران در قلمرو خود را به شرحی که در بندۀای ۴ تا ۹ خواهد آمد، تأمین نماید.»

این تعهد امریکا به اندازه کافی روشن است: بازگرداندن وضع مالی ایران به قبل از تاریخ انسداد داراییها، و تأمین تحرک و نقل و انتقال آزاد آنها در قلمرو قضایی امریکا. بند ۴ تا ۹ بیانیه عمومی نیز ناظر به انتقال انواع مختلف داراییها و اموال ایران است، از قبیل طلاها، سپرده‌ها، اوراق بهادرار یا اموال عینی که ایران، حسب مورد، نزد فدرال رزرو امریکا یا بانکهای امریکایی در خارج یا داخل خاک امریکا یا نزد مؤسسات غیربانکی امریکایی داشته است و دولت امریکا متعهد به آزادسازی و انتقال همه آنها به ایران شده است. ضمانتنامه‌های بانکی، به نظر ایران، در شمار همین داراییها قرار می‌گیرد.

بند ب بیانیه عمومی نیز درخصوص ختم دعاوی و لغو احکام دادگاهها و قرارهای توقيف مقرر می‌دارد:

«ب-... ایالات متحده موافقت می‌نماید به تمام اقدامات حقوقی در دادگاههای ایالات متحده که متناسب دعاوی اتباع و مؤسسات امریکایی علیه ایران و مؤسسات دولتی آن است خاتمه داده، کلیه احکام توقيف و احکام قضایی صادره را لغو، سایر دعاوی براساس چنین ادعاهایی را منع و موجبات خاتمه دادن به چنین ادعاهایی را از طریق داوری لازم الاجرا فراهم نماید.»

تعهد امریکا به ختم دعاوی موجود و ممانعت از دعاوی آتی نیز روشن و صریح است و طبعاً شامل دعاوی مربوط به ضمانتنامه‌ها در محاکم امریکا و لغو قرارهای منع پرداخت صادره در آنها، نیز می‌شود.

۸۲- همزمان با امضای بیانیه‌های الجزایر که در آخرین ساعات تصدی کارتر در پست ریاست جمهوری امریکا صورت می‌گرفت، در حالی که گروگانها از تهران عزیمت می‌کردند رئیس جمهور امریکا تعدادی دستورات اجرایی جدید صادر کرد که مضمون آن انجام تعهدات آن دولت در بیانیه‌ها بود. از جمله این دستورات، دستور اجرایی شماره ۱۲۲۷۹ بود که به همه شعب و دفاتر مؤسسات بانکی در خاک امریکا دستور می‌داد کلیه وجوده یا اوراق بهادر یا سپرده‌هایی که قانوناً (بطور اسمی) یا بصورت انتفاعی متعلق به ایران است، به فدرال رزرو منتقل کنند تا حسب ترتیبات مقرر در بیانیه‌ها، به ایران مسترد شود. علاوه بر این، طبق همین دستور اجرایی کلیه مجوزهای صادره برای تحصیل یا اعمال هرگونه حق، اختیار یا امتیاز مکتبه به موجب احکام و قرارهای توقيف محاکم یا نظایر آن، نسبت به اموال و داراییهای ایران که در دوره انسداد داده شده بود نیز، لغو و منتفی گردید. این دستور اجرایی با تعهدات دولت امریکا در بیانیه‌ها سازگار به نظر می‌رسید. اما این وضع چندان به طول نیانجامید.

۸۳- اما دولت رئیس جمهور جدید امریکا- رونالد ریگان- برداشت و تفسیر دیگری از بیانیه‌های الجزایر می‌نمود و حتی به تشویق و ترغیب پاره‌ای شرکتها و مؤسسات بزرگ امریکایی که طبق بیانیه‌های الجزایر ناگزیر بودند دعاوی خود را از محاکم امریکا به دیوان داوری جدید التأسیس منتقل کنند، در اعتبار و لازم الاجرا بودن بیانیه‌ها در نظر حقوق آمریکا تشکیک کردند.^{۷۰} با اینکه قسمت اعظم داراییها

۷۰- از جمله این شرکتها، شرکت دیمز اند مور بود که دعواهی علیه دولت امریکا مطرح کرد و مدعی شد دولت حق نداشته ادعاهای اتباع خصوصی امریکارا مورد مذاکره قرار دهد و آنها را ادار کند از قرار توقيف هایی که از محاکم گرفتند، صرف نظر نمایند و دعواهی خود را به داوری ←

و سپرده‌های ایران همزمان با امضای بیانیه‌های الجزایر در ۱۳۵۹/۱۰/۲۹ به بانک مرکزی ایران منتقل شده بود، اما رئیس جمهور جدید امریکا (ریگان) پنج هفته بعد از آن مبادرت به صدور دستورات اجرایی جدیدی کرد و خزانه داری امریکا هم مقررات کنترل داراییهای ایران را ظاهراً با هدف رفع ابهام و تعریف بعضی واژه‌های کلیدی اصلاح نمود، که همه اینها آشکارا مخالف تعهدات دولت پیشین امریکا در بیانیه‌های الجزایر بود. بهر حال رئیس جمهور جدید امریکا در ۲۴ فوریه ۱۹۸۱ به تاریخ (۱۳۵۹/۱۲/۵) طی دستور اجرایی شماره ۱۲۲۹۴ دستور تعلیق دعاوی را که در صلاحیت دیوان داوری قرار داشت، صادر کرد؛ اما در بند ۵ آن

مقرر نمود که این تعلیق شامل دعاوی مربوط به ضمانتنامه‌ها نخواهد شد:

«هیچ قسمت از این دستور اجرایی [از حیث تعلیق دعاوی] شامل دعاوی مربوط به اعتبار یا پرداخت ضمانتنامه‌های حسن انجام کار یا پیش‌پرداخت یا سایر اسناد مشابه نخواهد شد.»

۸۴. مقررات خزانه داری بخش ۵۳۵-۲۲۲ هم که در اجرای این دستور اجرایی و به همان تاریخ منتشر شد، در بند "g" با عبارات مشابهی همین مطلب را بیان می‌کرد. تخلفات امریکا از بیانیه‌ها به همین جا ختم نشد، بلکه مقررات خزانه داری جدید به شماره ۵۳۵-۴۳۸ که پس از بیانیه وضع شد، آیین و رویه سابق در مورد گشایش حساب مسدود بجای پرداخت ضمانتنامه را همچنان احیا و ابقا نمود و مقرر کرد که هیچ یک از مقررات حاضر بر رویه سابق اخذ پروانه که در مقررات ۵۳۵-۵۶۸ آمده بود و به مضمون عنہ امریکایی اجازه می‌داد با افتتاح حساب مسدود بابت ضمانتنامه مطالبه شده در دفاتر خود مانع پرداخت آن گردد، تأثیری نخواهد داشت. این مقررات جدید تأکید می‌نمود که دستور آزادی و انتقال



بین المللی ببرند. این دعوى تا دیوان کشور امریکا رفت ولی سرانجام دیوان کشور رأى داد که دولت حق دارد در سطح بین المللی و بنا به مصالح عمومی کشور، نسبت به دعاوی اتباع خصوصی خود به هر نحو که مصلحت اقتضا کند، عمل کند. رک:

Dames and Moor V. R. Regan, 453, U.S. 654 (1981).

وجوه و اوراق بهادر و سپرده‌های ایران، شامل ضمانتنامه‌ها که برای آنها حساب مسدود باز شده یا دادگاه قرار منع برداخت آنها را صادر کرده، نمی‌شود.

۸۵. دولت امریکا برای این اقدامات خود دلایل و توجیهاتی داشت که در بخش بعدی و هنگام بررسی مواضع طرفین توضیح خواهیم داد، اما به علت همین اقدامات امریکا بود که عملاً انتقال و پرداخت ضمانتنامه‌های ایران با موانعی مواجه شد. باری، اقدامات و تخلفات متعدد امریکا از بیانیه‌های الجزایر زمینه طرح یک دعوای جامع از جانب ایران علیه آن دولت را فراهم کرد که به پرونده تخلفات امریکا مشهور شده است (پرونده الف/۱۵). در این پرونده موارد گوناگون تخلف و نقض بیانیه‌های الجزایر توسط امریکا قید گردیده که یکی از آنها «عدم انتقال ضمانتنامه‌های بانکی ایران» است و قسمت «یک-ج» (I - C) آن دادخواست را تشکیل می‌دهد.

ب. مواضع طرفین

۸۶. دیوان داوری بیش از یکسال پس از امضای بیانیه‌ها شروع به کار کرد و تخلفات امریکا هم در همین فاصله رخ داد. دولت ایران دعوای خود در مورد تخلفات امریکا را در سال ۱۹۸۲ یعنی در اولین سال‌های تأسیس دیوان مطرح نمود. در این بخش مواضع دولتی را در قسمت مریوط به ضمانتنامه‌های بانکی در پرونده تخلفات به شرحی که در لواح آنها آمده است، مرور می‌کنیم.

۱. موضع ایران (خواهان)

۸۷. دولت ایران در قسمت «یک-ج» این دادخواست در مورد ضمانتنامه‌های بانکی ادعا کرده ایالات متحده با دستور اجرایی ۱۲۲۹۴ و نیز مقررات خزانه داری ۴۳۸-۵۳۵ و سایر مقررات ذی‌ربط از تعهدات خود در بیانیه‌های الجزایر سرباز زده و مانع از انتقال قسمتی از دارایی‌های ایران یعنی وجوده ضمانتنامه‌های بانکی شده، زیرا امریکا رویه افتتاح حسابهای مسدود را ادامه

داده و بعلاوه دعاوی ضمانتنامه ها را در محاکم امریکا ختم نکرده، بلکه اجازه داده همچنان معلق و مطرح باقی بمانند. استدلالات ایران به شرح زیر می باشد:

الف- مبالغ ضمانتنامه های ایران جزء دارایی های ایران در امریکا بوده است که طبق بیانیه ها می بایست آزاد می شد و به ایران پرداخت می گردید. کما اینکه در موقع دستور انسداد داراییها و اموال ایران، امریکا ضمانتنامه ها را نیز مشمول عنوان دارایی و مال می دانسته و عملأً مسدود کرده بود. اما برخلاف تعهد خود در بند های ۶ و ۸ و ۹ بیانیه عمومی که کلیه وجود و سپرده ها و اموال دیگر ایران در امریکا و خارج از امریکا را آزاد و منتقل سازد، مبلغ ضمانتنامه های ایران را پرداخت نکرده است.

ب- چهار شرط مجلس شورای اسلامی که اساس آزادی گروگانها از یکسو و آزادی اموال ایران ازسوی دیگر و نیز مبنای اصلی تنظیم بیانیه ها به شمار می رود صریحأً خواستار رفع انسداد و توقیف از کلیه داراییها و اموال ایران شده و هیچ موردی را استثناء نکرده است. دو بند الف و ب از بیانیه عمومی در واقع انعکاس همین شرط مجلس است. کما اینکه بند الف از اصول کلی بیانیه صراحت دارد که امریکا متعهد است وضعیت مالی ایران را به قبل از انسداد داراییها (یعنی قبل از ۱۴ نوامبر ۱۹۷۹) برگرداند و تحرک و انتقال آزاد آنها را تأمین کند. در شرایط عادی قبل از انسداد داراییها، اگر یک ضمانتنامه غیرمشروط مطالبه می شد، بانک امریکایی مربوط آن را می پرداخت و رویه افتتاح حساب مسدود یا موانعی از این قبیل وجود نداشت.

ج- اتفاقاً دستور اجرایی ۱۲۲۹۷ که رئیس جمهور وقت امریکا (کارترا) همزمان با امضای بیانیه ها صادر کرده، جامع و سازگار با تعهدات آن دولت در بیانیه است، اما دستور اجرایی ۱۲۲۹۴ که رئیس جمهور بعدی (ریگان) صادر نموده در مقام تحدید تعهدات امریکا است و آشکارا تخلف از بیانیه ها به شمار می رود.

د- مقررات جدید خزانه داری (بخش ۵۳۵-۴۳۸)^۱ که رویه افتتاح حساب مسدود بجائی پرداخت ضمانتنامه را احیا و ابقا نموده نیز خلاف تعهد امریکا در بند الف بیانیه عمومی است، زیرا مانع از تحرک و انتقال دارایی ایران می شود. اگر

این مقررات وضع نشده بود، مسأله انطباق یا عدم انطباق مطالبه ذی نفع ایرانی مطرح نمی شد و چون ضمانتنامه مستقل از قرارداد اصلی است بمحض اولین مطالبه ذی نفع ایرانی، پرداخت می شد و ادعای «مطالبه متقلبانه» ماهیت دارایی بودن ضمانتنامه را تغییر نمی داد. اما همین مقررات خزانه داری بود که بهانه ای در اختیار شرکت‌های امریکایی قرارداده که با تردید در صحت و انطباق مطالبه ذی نفع ایرانی با شروط ضمانتنامه و طرح ادعای متقلبانه یا ناروا بودن آن، بتوانند مانع پرداخت شوند.

هـ- اینکه مقررات خزانه داری و افتتاح حساب مسدودی خلاف تعهدات امریکا در بیانیه ها است، مورد توجه خود آن دولت هم بوده، زیرا آن دولت مدت‌ها بعد (در ۵ ژانویه ۱۹۸۲) اعلامیه ای صادر کرد و به شرکت‌های امریکایی اخطار نمود در صورتی که سیاستهای مذکور در مقررات خزانه داری در مورد افتتاح حساب مسدود ادامه یابد و از این رهگذر دیوان داوری دولت امریکا را مسؤول بشناسد، حق خود را محفوظ می دارد که از شرکت‌های امریکایی بخواهد برای خسارات ناشی از چنین مسؤولیتی تضمین های کافی بدهند.

و- هم دستور اجرایی ۱۲۲۹۴ و هم مقررات خزانه داری امریکا که اجازه می دهد دعاوی ضمانتنامه ها در محاکم امریکا معلق و مطرح بمانند تا تکلیف آنها در دیوان معلوم شود، تخلف از بنده ب بیانیه عمومی نیز هست که طبق آن امریکا تعهد نموده کلیه دعاوی را مختومه سازد و آنها را به دیوان داوری ارجاع کند.

۸۸- دولت ایران با ذکر این استدلالات، خواسته خود را در دادخواست اولیه

بر مطالبه وجوده ضمانتنامه ها متمرکز کرده بود، که خلاصه آن چنین است:

- حکم اعلامی مبنی بر تخلف امریکا از بیانیه های الجزایر از حیث قصور در انتقال

وجوه ضمانتنامه های بانکی؛

- الزام امریکا به فراهم کردن تحرک و انتقال آزاد اموال ایران و انتقال وجوده

ضمانتنامه ها؛ و یا

- حکم در مورد خسارت به مبلغ مذکور در ضمانتنامه های بانکی ایران.

اما در جریان رسیدگی و روش ترشدن ابعاد مختلف موضوع و بنا به دستور دیوان طی لایحه‌ای که ایران پس از استماع ارائه نموده، خواسته خود را به نحو مشخص تری مطالبه و اصلاح کرده است. چون قسمت‌هایی از خواسته اصلاح شده ایران متأثر از مدافعت امریکا است، ذکر آن تا قبل از بررسی و توضیح موضع امریکا مبهم جلوه خواهد کرد. بنابراین خواسته جدید ایران را بعداً توضیح می‌دهیم.
(بند ۹۰).

۲. موضع امریکا (خوانده)

۸۹- دولت امریکا در پاسخ به دعوای ایران، دفاع می‌کرد که اولاً با توجه به وضعیت ضمانتنامه‌های ایران که مطالبه آنها مورد اعتراض مضمون عنه یا بانک امریکایی بود، چون محل اختلاف و منازعه بوده، اساساً دارایی و ملک مطلق به شمار نمی‌رفته تا قابل انتقال باشد. ثانياً، هیچ‌یک از اقدامات امریکا پس از بیانیه‌ها - دستور اجرایی ریگان و مقررات جدید خزانه داری - تخلف از بیانیه‌های الجزایر محسوب نمی‌شود. استدلالات امریکا در تأیید این موضع، بنحو اجمال، چنین است:

الف- اگر منظور ایران از مطالبه ضمانتنامه‌ها «عایدی» (Proceeds) آنها است یعنی مواردی که مضمون عنه به مطالبه ضمانتنامه تسلیم شده و بانک امریکایی مبلغ آن را پرداخته باشد، در این صورت این قبیل عایدی‌ها به حسابهایی رفته که مسدود بود و بعداً با امضای بیانیه‌ها مانند سایر پولهای ایران، به او پرداخت شده است اما اگر مقصود ایران مطالبه کلیه ضمانتنامه‌ها- حتی آنها که مورد اعتراض قرار گرفته و پرداخت نشده است، باشد در این صورت امریکا هیچ‌گاه چنین تعهدی را در بیانیه‌ها نپذیرفته است که اموال و داراییهای مورد اختلاف و منازعه به ایران را نیز منتقل کند. این ادعای ایران به تنازع پوج و بی معنایی منتهی می‌شود، زیرا در تاریخ امضای بیانیه‌ها، وضع ضمانتنامه‌های ایران چنین بوده است: (۱) بعضی از آنها اساساً تازمان بیانیه‌ها هیچ‌گاه مطالبه نشده بود. (۲) بعضی دیگر سررسیده‌اشان منقضی شده و باطل شده بودند؛ (۳) در پاره‌ای

موارد مطالبه بانک ایرانی منطبق با شرایط ضمانتنامه نبوده است؛ و بالاخره (۴) در بسیاری موارد مطالبه ذی نفع ایرانی ناروا و بدون استحقاق یا متقلبانه بوده است. در چنین شرایطی، معقول نبود امریکا تعهد کرده باشد وجه کلیه ضمانتنامه ها را، علی رغم چنین ایرادات و نواقصی، به عنوان دارایی مسلم ایران به او پردازد.

ب- در مورد اینکه امریکا در انجام وظیفه خود به انتقال «داراییهای» ایران (ضمانتنامه ها) تخلف کرده، به نظر امریکا همین که مضمون عنه به مطالبه ضمانتنامه متعرض بوده و طبق مقررات خزانه داری حساب مسدود افتتاح کرده یا با مراجعته به دادگاه قرار منع پرداخت دریافت نموده، حق ذی نفع نسبت به ضمانتنامه به یک «حق مشروط» و تعهد بانک امریکایی ضامن هم به یک «تعهد مشروط» (contingent obligation) تبدیل شده است. براین چنین ضمانتنامه هایی دیگر دارایی ایران یا ملک طلق و بلا منازع او نبوده تا امریکا بتواند آنها را به ایران منتقل نماید.

ج- در مورد دستور اجرایی ۱۲۲۹۴ ریگان و مقررات خزانه داری ۵۳۸-۴۳۸ موضع امریکا آن است که وضع این مقررات یک تدبیر اداری، منطقی و مناسب بوده تا حل و فصل اختلافات ماهوی و قراردادی طرفین اصلی را در دیوان داوری تسهیل کند. اگر مقررات افتتاح حساب مسدود لغو می شد یا دعاوی منع پرداخت در محکم امریکا مختومه می گردید، سیل جدیدی از دعاوی علیه ایران در دادگاههای امریکا شروع می شد تا جلوی پرداخت ضمانتنامه ها را بگیرد؛ زیرا اغلب شرکتهای مضمون عنه امریکایی مطالبه های ضمانتنامه های ایران را ناروا و متقلبانه می دانستند. این وضع قبل از انسداد داراییهای ایران هم وجود داشت، زیرا مطابق ضوابط حقوقی مربوط به ضمانتنامه های بدون قید و شرط اگر مضمون عنه یا بانک ضامن مطالبه را ناروا یا غیر منطبق با شرایط ضمانتنامه بدانند، می توانند از طریق دادگاه مانع پرداخت آن شوند تا تکلیف اختلافات قراردادی و ماهوی طرفین اصلی معلوم شود.

د- در مورد اصل کلی الف، بیانیه عمومی تعهد مندرج در این بند مطلق و مستقل نیست بلکه نحوه اجرا و مصاديق آن در بند های مختلف بیانیه عمومی آمده است و

بندهای ۹ تا ۴ بیانیه عمومی که به دقت تنظیم شده در واقع مصادیق آن می باشد. کما اینکه هر نوع خاص از داراییهای ایران مانند طلاها، سپرده‌ها، اوراق بهادرار، اموال عینی در یک بند جداگانه ذکر شده است، اما در هیچ بندهی به ضمانتنامه‌ها اشاره‌ای نشده است. تنها جایی که از ضمانتنامه صحبت شده، بند ۱ ماده ۲ بیانیه حل و فصل دعاوی است که طبق آن دعواهای ضمانتنامه باید ضمن دعواهی قرارداد اصلی رسیدگی شود.

ه- در مورد اجازه ادامه دعاوی و تخلف از اصل کلی ب بیانیه عمومی، امریکا استدلال می کند که تعلیق دعاوی ضمانتنامه‌ها برای حفظ وضع موجود بوده تا تکلیف دعواهی مطروحه در مورد قرارداد اصلی نزد دیوان معلوم شود و اگر دیوان احیاناً نظر به عدم صلاحیت دهد، حقوق مضمون عنه در دعواهی که در محاکم امریکا دارد محفوظ مانده باشد.

و- در مورد نحوه رسیدگی به ضمانتنامه‌های ایران، امریکا عقیده داشت که با توجه به تصمیم متخذه در پرونده الف ۱۶ هر ضمانتنامه‌ای باید همراه با دعواهی قرارداد اصلی خود یکجا رسیدگی و تصمیم گیری شود و اگر در مورد قرارداد اصلی دعواهی نزد دیوان طرح نشده باشد، ذی نفع ایرانی (بانک یا مضمون‌له) می‌تواند در هر مرجع صالح دیگر نسبت به پیگیری ادعاهای خود در مطالبه ضمانتنامه اقدام نماید.

۹۰- تعدادی از ضمانتنامه‌هایی که در دادخواست اولیه ایران قید شده بود، در زمان تبادل لوایح دولتیں در این پرونده، بنحوی حل و فصل و مختومه شدند و تعداد دیگری هنوز در پرونده مربوط به قرارداد اصلی مطرح بودند و در عین حال در شمار خواسته این پرونده نیز قید شده بودند. بعلاوه مسأله منقضی شدن سررسید بعضی از ضمانتنامه‌ها یا ایراد در مطالبه آنها منشاء ابهاماتی شده بود. این بود که دیوان داوری پس از اولین جلسه استماع که در ۱۵/۱۱/۱۳۶۵ برگزار کرد برای روشن تر شدن آخرین وضعیت ضمانتنامه‌های موضوع تخلف امریکا، از ایران خواست توضیحات بیشتری در مورد مبانی ادعاهای خود بدهد و مضافاً فهرست کاملی از ضمانتنامه‌های خود ارائه نماید و آنها را طبقه‌بندي نماید. ایران هم طی

لایحه پس از استماع، ضمانتنامه های مورد ادعا را به شرح زیر طبقه بندی کرد:

الف- مواردی که مطالبه ایران منطبق با شرایط ضمانتنامه بوده است؛

ب- مواردی که مطالبه آنها با شرایط ضمانتنامه منطبق نبوده است؛

ج- مواردی که در مورد قرارداد اصلی آنها دعواهی نزد دیوان مطرح است؛

د- مواردی که سرسید آنها در فاصله انسداد داراییها تا تاریخ بیانیه ها منقضی شده است.

البته هریک از طبقه های الف و ب، دو تقسیم بندی داخلی هم داشت:
مواردی که طبق مقررات خزانه داری امریکا برای آنها پروانه افتتاح حساب مسدود
أخذ شده و وجه ضمانتنامه به حساب مسدود واریز شده، و مواردی که پروانه اخذ
نشده است.

۹۱- بدنبال تبادل لوایح و برگزاری جلسه استماع مذکور و بویژه طبقه بندی
ضمانتنامه ها، ایران خواسته خود را اصلاح کرد و با توضیع و تشریح بیشتری به
دیوان اعلام نمود (بند ۸۷) که خلاصه آن چنین است:

اول- اعلام تخلف امریکا از اصل کلی الف و ب بیانیه عمومی،

دوم- الزام امریکا به لغو کلیه دستورات و مقررات خزانه داری در مورد اجازه افتتاح
حساب مسدود برای ضمانتنامه هایی که مطالبه شده اند؛

سوم- الزام امریکا به لغو کلیه قرارهای منع پرداخت مقدماتی محاکم امریکا و نیز
منوع کردن تعقیب و ادامه دعواهی ضمانتنامه ها، به استثنای مواردی که قبل از طی
مصالحه طرفین اصلی حل و فصل شده یا هم اکنون در یکی از پرونده های مربوط به
قرارداد اصلی نزد دیوان مطرح است؛

چهارم- الزام امریکا به فراهم کردن موجبات پرداخت فوری کلیه ضمانتنامه های
ایران، البته به استثنای آنهایی که قبل از طریق مصالحه بین طرفین اصلی حل و
فصل شده یا پرداخت شده اند، یا در دعواهی مربوط به قرارداد اصلی نزد دیوان
مطرح است؛

پنجم- الزام امریکا به اعطای یک مهلت ۳۰ روزه برای احیای ضمانتنامه هایی که
سررسید آنها در دوره انسداد یعنی فاصله ۱۳۵۹/۸/۲۲ تا ۱۳۵۹/۱۰/۲۹ (انسداد داراییهای
ایران) تا ۱۳۵۹/۱۰/۲۹ (امضای بیانیه های الجزایر) منقضی شده است؛

ششم- بهره ضمانتنامه ها از تاریخ مطالبه تا تاریخ پرداخت یا لغو آنها، البته به

استثنای ضمانتنامه هایی که قبل احل و فصل شده اند یا در یکی از پرونده های مربوط به قرارداد اصلی نزد دیوان مطرح باشد؛ هفتم. هزینه و خسارات دادرسی.

۹۲- باری مهم ترین نکته در بین استدلالات ایران آن است که ادامه و ابقاء مقررات خزانه داری پس از بیانیه ها خلاف اصل کلی ب بیانیه عمومی است و اینکه امریکا این مقررات را برای حفظ وضع موجود تا تعیین تکلیف اختلافات ماهوی به اجرا گذاشته استدلال موجهی نیست، زیرا قبل از انسداد دارایها چنین مقرراتی وجود نداشت و برگرداندن وضع مالی ایران به قبل از آن تاریخ که در بند الف بیانیه کلی آمده، امریکارا مکلف می سازد این مقررات را لغو نماید. اما اشکالی که وجود داشت و امریکا هم نهایت بهره برداری را از آن نموده این است که ایران حتی ضمانتنامه هایی که بدرستی مطالبه نشده بودند یا سرسید آنها منقضی شده بود نیز مطالبه می کرد. بعلاوه، رأی دیوان در پرونده الف/۱۶ که قبل اصل صادر شده بود، مقرر می کرد که دعوای ضمانتنامه و قرارداد باید یکجا رسیدگی شود و همین امر گروه دیگری از ضمانتنامه های ایران را که ذیل این اختلاف عهدنامه ای با امریکا مطالبه شده بود، در حالی که پرونده مربوط به قرارداد اصلی آنها نزد دیوان بود، مستثنی می کرد. در هر حال دیوان داوری جلسه استماع دومی به تاریخ ۱۳۶۸/۴/۱۵ برگزار نمود و سرانجام طی تصمیمی که به تاریخ ۱۳۶۹/۸/۲۱ اتخاذ کرد نظر خود در مورد اختلافات فیما بین دولتین را اعلام داشت و نسبت به گروه خاصی از ضمانتنامه ها، امریکارا مختلف شناخت.

ج- تصمیم دیوان داوری

۹۳- خلاصه تصمیم دیوان آن است که دعوای تخلف امریکا در انتقال وجوده ضمانتنامه های ایران، از پرونده های تفسیری به شمار می رود که رسیدگی و اتخاذ تصمیم در مورد آن احتیاج به بررسی و تفسیر شرایط و مفاد بیانیه ها دارد. دیوان داوری با تفسیر بیانیه ها بویژه اصل کلی الف و ب بیانیه عمومی، نظر داد که امریکا با ابقاء رویه افتتاح حساب مسدود بجای پرداخت ضمانتنامه هایی که بدرستی مطالبه

شده اند، از تعهدات خود تخلف کرده است. منتهی تصمیم نهایی در این پرونده اتخاذ نکرد بلکه با احراز تخلف امریکا به طور کلی، طرفین را دعوت کرد برای دو مطلب، یکی تعیین ضمانتنامه های مصدق این تخلف و دیگری، تعیین خسارت ناشی از تخلف امریکا با یکدیگر مذاکره نمایند و اگر به نتیجه ای نرسیدند، مجدداً به دیوان مراجعه کنند. (بند ۹۷).^{۱۰} تصمیم دیوان به صورت «قرار اعدادی» اتخاذ شد که در واقع پرونده را برای رسیدگی های بعدی معدّ و مهیّا می ساخت. استدلالات دیوان در این تصمیم را بنحو اختصار بررسی می کنیم.

بیانیه های الجزایر اتخاذ شده، نمی تواند جنبه عمومی و کلی داشته باشد و قادر ارزش رویه قضایی بین المللی است.

۹۴. در مورد اصل کلی الف بیانیه عمومی، ایران اظهار می دارد که طبق این اصل امریکا مکلف بوده کلیه ضمانتنامه هایی که مطالبه شده بودند و دارایی ایران محسوب می شدند، به ایران انتقال دهد و بالغو مقررات خزانه داری وضع مالی ایران را به صورت قبل از ۱۴ نوامبر ۱۹۷۹ (انسداد داراییها) باز گرداند. دولت امریکا پاسخ می دهد که حقوق ایران نسبت به این ضمانتنامه ها در تاریخ ۱۴ نوامبر ۱۹۷۹ که باید به حساب های مسدود واریز می شدند یا دادگاهها قرار منع پرداخت در مورد آنها صادر کرده بودند، صرفاً «حق مشروط» بوده و نه دارایی، و در حال حاضر هم تاروشن شدن رأی دیوان نسبت به این ضمانتنامه ها، قابل انتقال و پرداخت نیستند. اما به نظر دیوان این استدلال امریکا صحیح نیست، زیرا همانطور که قبلاً در تصمیمی که در پرونده الف/۱۵ (بخش یک-ز) اتخاذ شده در مورد اصل کلی الف آمده است:^{۱۱} به عقیده دیوان، اصل مذکور حاوی تعهدی

۷۱. جمهوری اسلامی ایران علیه ایالات متحده، قرار اعدادی شماره هیأت عمومی-الف/۱۵ (بخش یک-ج) - ۷۸. ITL ۷۸ مورخ ۱۲ نوامبر ۱۹۹۰ گزاره آراء دیوان داوری، ج ۲۵، ص ۲۵۰.

۷۲. جمهوری اسلامی ایران علیه ایالات متحده، قرار اعدادی شماره هیأت عمومی-الف/۱۵ (بخش یک-ز) - ۶۳ مورخ ۲۰ اوت ۱۹۸۶، گزاره آراء دیوان داوری، ج ۱۲، ص ۴۰، ضمناً در این پرونده دیوان داوری امریکا را مختلف شناخت و اورا ملزم به استرداد و پرداخت بیش از ۵۰۰ میلیون دلار به نفع ایران نمود.

وسيع برای ایالات متحده است که وضعیت مالی ایران را حتی الامکان به صورت موجود قبل از ۱۴ نوامبر ۱۹۷۹ بازگرداند و تحرک و آزادی انتقال آنها را فراهم نماید. هیچ نکته‌ای در این جمله دوم وجود ندارد که این تعهد به اعاده وضعیت مالی را به کمتر و محدودتر از تأمین تحرک داراییهای ایران تقلیل دهد.^{۲۳} به این ترتیب، برخلاف نظر امریکا، تعهد مندرج در اصل کلی الف یک تعهد مستقل است که معنا و مصدق خود را دارد.

۹۰- دیوان سپس می‌گوید: اکنون باید دید آیا مقررات خزانه داری امریکا و رویه صدور پروانه افتتاح حساب مسدود برای ضمانتنامه‌ها، اصل کلی الف را قض کرده است یا خیر. برای پاسخ به این سؤال، دیوان باید تعیین کند وظایف امریکا طبق این اصل چه بوده است. تا جایی که به ضمانتنامه‌های ایران مربوط می‌شود، وضعیت مالی ایران قبل از ۱۴ نوامبر ۱۹۷۹ به شرح زیر بود: اگر بانک ایرانی وجه ضمانتنامه را از بانک امریکایی مربوطه مطالبه می‌کرد و بانک هم مطالبه را منطبق با شرایط ضمانتنامه می‌دانست، وجه مورد مطالبه را می‌پرداخت، و چنانکه بانک امریکایی به علت بی موقع بودن مطالبه یا عدم انطباق آن با شرایط ضمانتنامه از پرداخت وجه خودداری می‌کرد، بانک ایرانی می‌توانست اقدام به رفع این تقیصه کند. به علاوه چنانچه شرکت امریکایی مضمون عنه مدعی بود که مطالبه از نظر قانونی غیروجه است، می‌توانست برای جلوگیری از پرداخت، از دادگاه تقاضای صدور قرار منع پرداخت نماید. اما مقرراتی وجود نداشت که شرکت مضمون عنه بتواند به استناد آن بجای پرداخت وجه ضمانتنامه، حساب مسدود در دفاتر خود باز کند. به این ترتیب روشن است که پس از بیانیه‌های الجزایر این جنبه از وضعیت مالی ایران در مورد ضمانتنامه‌های بانکی به وضع سابق اعاده نشد، زیرا مقررات جدید خزانه داری امریکا (بخش ۴۳۸-۵۳۵) مورخ ۲۴ فوریه ۱۹۸۱ (۱۳۵۹/۱۲/۵) رویه صدور مجوز افتتاح حساب مسدود را کماکان حفظ کرد (بند ۲۷-۲۸ قرار اعدادی دیوان). بنابراین، «نظر دیوان این است که ایالات

.۷۳. تصمیم دیوان در پرونده الف/۱۵ (بخش یک-ج) پاورقی ۷۱ بالا (بندهای ۲۳-۲۷ قرار).

متحده از این لحاظ که به صدور پروانه افتتاح حساب مسدود در مورد آن دسته از ضمانتنامه ها که موضوعاً منتفی نشده اند، ادامه داده به تعهدات خود در اصل کلی الف عمل نکرده (و مختلف) است» (بند ۳۵ قرار).

۹۶. و اما در مورد اینکه وظایف امریکا تحت اصل کلی الف چه بوده، دیوان داوری ابتدا می گوید پس از امضای بیانیه های الجزایر حداقل مدت ۹ ماه برای تدارک و حل و فصل دعاوی وجود داشته (ماده ۱ بیانیه حل و فصل) و عملاً مهلت یکساله ای یعنی تا ۱۳۶۰/۱۰/۲۹ برای تسلیم و ثبت دعوی در دیوان مقرر شده بود (بند ۴ ماده ۳ بیانیه حل و فصل). به علاوه، به نظر امریکا در اولين سال پس از انعقاد بیانیه ها هیچکس نمی توانست بداند که کدام یک از دعاوی در این فاصله حل و فصل می شود و کدام یک در دیوان مطرح خواهد شد، و حتی در مورد دعاوی هم که دیوان ثبت می شد کسی نمی دانست که آیا در صلاحیت رد خواهد شد یا در ماهیت رسیدگی می شود؛ و بنابراین تحت چنین اوضاع و احوالی، اقدام دولت امریکا در ابقاء مقررات خزانه داری برای افتتاح حساب مسدود- حداقل تا زمانی که دیوان عملاً می توانست کار خود را شروع کند. اقدامی منطقی و منطبق با تعهدات امریکا در اصل کلی الف بوده است. زیرا اگر امریکا مقررات خزانه داری را بلا فاصله پس از انعقاد بیانیه ها لغو می کرد، ایران در فاصله یکساله انعقاد بیانیه تا تشکیل دیوان، در معرض دعاوی متعدد منع پرداخت در محاکم امریکا قرار می گرفت و این با یکی از هدف های اساسی بیانیه ها - یعنی لغو و ابطال دعاوی در محاکم امریکا - سازگار نبود. دیوان با نقل این استدلالات از زبان امریکا چنین نتیجه می گیرد که «ابقای مقررات خزانه داری تا مدتی پس از ۱۳۵۹/۱۰/۲۹ (یعنی تاریخ انعقاد بیانیه ها) احتمالاً با تعهدات آن دولت در اصل کلی الف سازگاری داشته است» (بند ۳۰-۳۱ قرار) و در تکمیل این نظر به تصمیم قبلی خود در پرونده الف/ ۱۵ (بخش یک-ز) استناد می کند که گفته بود «اعاده وضع مالی ایران فرایند پیچیده ای است و شامل اقدامات متوالی متعددی است و اصل کلی الف به این معنی نیست که کلیه وجوه ایران باید بلا فاصله بعد از انعقاد بیانیه ها به ایران مسترد می گردید.» اما اینکه این مدت مجاز چقدر بوده است.

دیوان می‌گوید اکنون نیازی نمی‌بیند آن را تعیین کند؛ زیرا این امر در قرار اعدادی حاضر مؤثر در مقام نیست و لذا آن را به رسیدگی‌های آتی موكول می‌کند (بند ۳۱ قرار).

۹۷- دیوان داوری، تخلف امریکا را محدود به آن دسته از ضمانتنامه‌هایی دانست که طبق مقررات خزانه‌داری برای آنها حساب مسدود افتتاح شده بود، مع ذلک با توجه به طبقه بندی ایران (بند ۸۹)، آن دسته از ضمانتنامه‌ها را که قبل از نوعی در یکی از دعاوی مطرح بوده و حل و فصل شده‌اند، یا آنها که هنوز در دعاوی مربوط به قرارداد اصلی نزد دیوان مطرح می‌باشند از شمول این حکم خارج دانست و چنین مقرر کرد:

«دیوان نیازی به اتخاذ تصمیم راجع به این مسأله ندارد که آیا اقدام امریکا در ادامه صدور مجوز برای افتتاح حساب مسدود در مورد سه دسته از ضمانتنامه‌های

زیر تخلف از اصل کلی الف محسوب می‌شود یا خیر:

یک- آن دسته از ضمانتنامه‌ها که در یکی از دعاوی مطرح نزد دیوان در حال حاضر متنازع فيه است یا قبلًا بوده، مادام که چنین دعوا بی در حال حاضر در دیوان در دست رسیدگی است یا قبلًا بوده است؛

دو- آن دسته از ضمانتنامه‌ها که در یکی از دعاوی که دیوان در ماهیت فیصله داده یا بعداً فیصله دهد، متنازع فيه بوده اند؛

سه- آن دسته از ضمانتنامه‌ها که بین طرفین حل و فصل و مصالحه شده است. ایران هیچ یک از ادعاهای مربوط به اینگونه ضمانتنامه‌ها را دیگر تعقیب نمی‌کند و در نتیجه این مسأله موضوعاً منتفی شده است» (بند ۳۲ قرار).

در مورد دسته دیگری از ضمانتنامه‌های مورد مطالبه ایران که سرسیدشان در فاصله انسداد دارایی‌های ایران تا انعقاد بیانیه (یعنی دورانی که مقررات خزانه‌داری اجرا می‌شد) منقضی شده بود و ایران مهلت ۳۰ روزه برای احیای آنها درخواست کرده بود، نیز دیوان می‌گوید چون ایران دلیلی ارائه نکرده که واقعاً به علت مقررات خزانه‌داری امریکا از مطالبه آنها انصراف حاصل کرده باشد و مضافاً مدارکی هست که نشان می‌دهد در همین فاصله زمانی بعضی ذی نفع‌های ایرانی ضمانتنامه‌های

خود را مطالبه کرده اند، لذا این درخواست رد می شود. در توجیه رد این درخواست ایران، دیوان اضافه کرده که از جمله شرایط طرح دعوی در دیوان آن است که ادعا در تاریخ انعقاد بیانیه «پابرجا» بوده باشد، یعنی ضمانتنامه باید قبل از آن تاریخ مطالبه شده باشد (بند ۳۴ - ۳۳ قرار).

۹۸. و اما در مورد خسارات ناشی از تخلف امریکا، دیوان داوری می گوید گرچه طبق ماده ۱۷ بیانیه عمومی در مواردی که یکی از دولتین به تعهدات خود در بیانیه عمومی عمل نمی کند، دیوان اختیار دارد حکم به غرامت به نفع دولت دیگر صادر کند، اما «در این مرحله از رسیدگی، به نظر دیوان، بررسی مسائل پیچیده و معضل چنین زیان احتمالی در رابطه با یکایک ضمانتنامه ها عملی نیست. بجای این کار، به نظر دیوان ارجح آن است که طرفین برای نیل به توافق برسر مسائل زیر وارد مذاکره شوند و با حسن نیت مذاکره کنند:

یکی- مشخص کردن آن دسته از حسابهای مسدود که در حال حاضر معتبر هستند و ارتباطی با دعاوی فیصله یافته یا در دست رسیدگی دیوان ندارند؛

دوم- تعیین پیامدهای رأی دیوان دایر براینکه امریکا با ادامه نگهداری این حسابهای مسدود به تعهدات خود در اصل کلی الف عمل نکرده است» (بند ۳۸ قرار).

دیوان داوری سپس با ذکر مجدد استثنایات از رأی خود (بند ۹۶) تأکید می کند که در ارزیابی زیان وارده به ایران دو نکته باید در مذاکرات طرفین مورد توجه قرار گیرد: یکی اینکه ضمانتنامه هایی که بین طرفین اصلی مصالحه شده و لواینکه موضوع حساب مسدود هم بوده باشند، مصالحه آنها مطالبه خسارت بیشتر را در آتیه منوع می سازد. دوم، اگر ضمانتنامه ای که حساب مسدود دارد در یکی از دعاوی قراردادی نزد دیوان مطرح باشد ولی دعوای قراردادی مسترد شود یا به علت فقد صلاحیت رد شود، امریکا مکلف است طبق اصل کلی الف حساب مسدود آنها را لغو کند.

۹۹- در مورد تخلف امریکا از اصل کلی ب به علت عدم لغو قرارهای منع پرداخت و نیز اجازه ادامه دعاوی ضمانتنامه ها در محاکم امریکا که به صورت تعلیق دعوا تا زمان تعیین تکلیف در دیوان بوده، دیوان داوری متذکر می شود که چون این ادعا عیناً در بخش دیگری از یک دعوا ایران (پرونده الف/۱۵ تخلفات امریکا) آمده و تکراری است، لذا دیوان عجالتاً این مسأله را مورد رسیدگی قرار نمی دهد و راجع به آن تصمیم نمی گیرد و آن را همراه با همان پرونده دیگر یکجا بررسی خواهد نمود.

۱۰۰- باری، دیوان داوری طی تئیجه گیری کلی در قسمت آمره حکم چنین

گفته است:

الف- امریکا با ابقاء مقررات خزانه داری دایر بر اجازه افتتاح حسابهای مسدود در دفاتر طرفهای حساب امریکایی (ضمون عنہ) به نفع بانکهای ایران بابت ضمانتنامه ها، به استثنای ضمانتنامه های مورد اشاره در بند ب زیر، به تعهد خود در اصل کلی الف بیانیه عمومی مبنی بر اعاده وضع مالی ایران حتی الامکان به وضعیت موجود قبل از ۱۴ نوامبر ۱۹۷۹، عمل نکرده است.

ب- اینکه آیا امریکا با ابقاء مقررات خزانه داری ... بابت سه دسته ضمانتنامه های زیر به تعهدات خود در اصل کلی الف عمل کرده یا نه، موضوعاً منتفی است: (یک) ضمانتنامه هایی که در یکی از دعاوی مطروح نزد دیوان، در حال حاضر متنازع^{*} فیه است یا قبل[†] بوده، مادام که چنین دعوا بی نزد دیوان در دست رسیدگی است یا قبل[†] بوده؛ (دو) ضمانتنامه هایی که در یکی از دعاوی که دیوان در ماهیت فیصله داده باشد، یا بعداً فیصله دهد در حال حاضر یا در گذشته متنازع^{*} فیه بوده اند؛ (سه) ضمانتنامه هایی که بین طرفین اصلی حل و فصل (تسویه) شده اند.

ج- لازم است طرفین جهت نیل به توافق در مورد پیامدهای رأی دیوان ... بلا فاصله وارد مذکره شده، با حسن نیت مذکره کنند.

د- در صورتیکه طرفین نتوانند ظرف چهار ماه بعد از صدور قرار حاضر به چنین توافقی نایل شوند، می توانند منفرداً یا مشترکاً جهت حل مسائل باقیمانده به دیوان رجوع کنند» (بند ۳۹ قرار).

۱۰۱- لازم به توضیح است که پس از صدور رأی مذکور، دولت امریکا در فوریه ۱۹۹۰ مقررات خزانه داری در مورد افتتاح حساب مسدود برای ضمانتنامه ها را لغو نمود تا جلوی خسارت بیشتر را گرفته باشند. بدنبال لغو این مقررات دولت امریکا سعی می کرد ایران را با بانکهای امریکایی موافق کند و موضع او این بود که بانکهای ایرانی آنکه می توانند نسبت به مطالبه و دریافت این ضمانتنامه ها از بانک امریکایی ذی ربط اقدام کنند اما با توجه به اینکه منشاء این دعوای تخلفات عهدنامه ای امریکا بود و رأی دیوان هم دولت امریکا را متخلص شناخته بود طبعاً موضع ایران آن بود که با دولت امریکا طرف است و او را پاسخگوی خسارات ناشی از این تخلف می داند.

۱۰۲- بهر حال، براساس دعوت دیوان از طرفین برای حل و فصل موضوع در خارج از دیوان و دستور کار دو قسمتی که برای این مذاکرات بانکی مقرر کرده بود، کارشناسان بانکی و نماینده‌گان رابط دولتین در دیوان داوری بررسی هایی را آغاز نمودند منتهی علاوه بر این پرونده چند پرونده بانکی دیگر را هم به دستور کار خود اضافه کردند، که مهمترین آن دعوای بانک مرکزی ایران در مورد کسری بهره پرداختی بابت سپرده های ایران در دوره مسدودی بود. طرفین ابتدا فهرستی از ضمانتنامه های مشمول رأی دیوان یعنی آنها که حساب مسدود داشتند، فراهم نمودند و سپس در مورد میزان خسارات بحث کردند. مبلغی که در این تسويه حسابها بصورت جامع از امریکا دریافت شده، بین پرونده های مختلف که موضوع تسويه حساب بودند تقسیم شده و بیش از ۱۰ میلیون دلار از آن بابت ضمانتنامه ها اختصاص یافته است. که این مبلغ به مراتب بیش از ارزش اسمی ضمانتنامه های مشمول حکم دیوان داوری می باشد.

د- نقد تصمیم دیوان داوری

۱۰۳- چنانکه دیدیم حکم دیوان داوری دولت ایالات متحده را آشکارا متخلص از تعهدات آن دولت در بند الف بیانیه عمومی الجزایر شناخت و از این

حيث برای جمهوری اسلامی ایران موفقیت قابل توجهی به شمار می آید خصوصاً
که نهایتاً دولت موفق شد خساراتی را از امریکا وصول کند. با این همه تصمیم
دیوان از بعضی جهات قابل انتقاد به نظر می رسد.

الف. استشنا کردن بعضی ضمانتنامه های بانکی از تخلف امریکا هیچ گونه
توجیهی ندارد و دلیلی که دیوان برای این قسمت از تصمیم خود اقامه نمود قابل
قبول نیست. دیوان می گوید چون ضمانتنامه هایی که قبلابه نوعی بین طرفین
قرارداد اصلی تسویه و مصالحه شده یا دیوان داوری طی حکمی که در چنین دعواهایی
صادر کرده آنها را فیصله داده، دیگر موضوعی ندارند تا مشمول تخلف امریکا
به شمار آیند ولو اینکه قبلابه برای آنها حساب مسدود افتتاح شده باشد. این
استدلال معیوب است و متضمن تناقض با قسمت دیگری از رأی دیوان است.
دیوان داوری نظر داده. که ابقاء مقررات خزانه داری و ادامه رویه افتتاح حساب
مسدود پس از انعقاد بیانیه های الجزایر تخلف از اصل کلی الف بیانیه عمومی
است. بنابراین نفس اینکه ضمانتنامه ای مشمول این مقررات شده باشد و به لحاظ
حساب مسدود منع الاداء مانده باشد، مصدق تخلف امریکا است و اقدامات
بعدی طرفین ذی ربط برای حل و فصل یا حکم دیوان در فیصله آن، فی الواقع در
چارچوب روابط معاملاتی و قراردادی آنها انجام شده و بطبعی به تعهدات
عهدهنامه ای امریکا ندارد و آن دولت را معاف از انجام تعهد نمی کند و در نتیجه از
تلخ امریکا سلب اثر نخواهد کرد.

ب- هرچند در حکم دیوان داوری تصریح نشده، اما با دقت در استدلالی که
برای استشنا کردن بعضی ضمانتنامه ها از تخلف امریکا ارائه نموده می توان دریافت
که دیوان داوری این مستثنیات را در پیوند با موضوعات قرارداد اصلی دیده است،
زیرا صرفاً به این لحاظ که مضمون عنه امریکایی با استناد به واقعیات قراردادی
مطلوبه ذی نفع را ناروا می دانسته و بجای پرداخت آن، در دفاتر خود حساب مسدود
افتتاح نموده و بعداً موضوع را ضمن دعوای قرارداد اصلی در دیوان مطرح کرده
ولی احیاناً به موجب حکم دیوان فیصله یافته، آنها را موضوعاً منتفی دانسته است،
در حالی که این ترتیبات خلاف اصل استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی است.

مضافاً، این قسمت از حکم دیوان با سایر یافته‌های آن هماهنگ نیست، چرا که بند ۳۶ قرار اعدادی مقرر نموده اگر دعاوی قراردادی متضمن ضمانتنامه بعداً مسترد شود یا به علت فقد صلاحیت مردود شناخته شود، امریکا طبق اصل کلی الف مکلف است پروانه حساب مسدود مربوط به چنین ضمانتنامه‌ای را لغو کند. (بند ۹۷) به قول دیوان مسلمان نفس اجازه افتتاح حساب مسدود، تخلف امریکا است. چنین تخلفی نمی‌تواند به اعتبار طرح ضمانتنامه در یک دعوای دیگر، منتفی شود، کما اینکه دیوان خود تأیید نموده که هرگاه چنان دعوایی مسترد یا مردود اعلام شود، حساب مسدود باید لغو گردد.

ج- نکته دیگری که می‌توان در انتقاد از تصمیم دیوان مطرح کرد دعوت طرفین به مذاکره بانکی است بجای صدور حکم به خسارت. البته دلیلی که دیوان برای این تدبیرآورده عملی نبودن بررسی «مسائلی پیچیده و معضل زیان احتمالی در مورد یکایک ضمانتنامه‌ها» است. این سخن می‌تواند تا حدودی درست باشد، زیرا دهها ضمانتنامه مورد ادعای ایران هر کدام واقعیات وضعیت خاص خود را داشته‌اند، اما بهتر بود که دیوان لااقل مبانی احتساب زیان را در حکم خود قید می‌کرد. البته با توجه به نوع استدلالات دیوان به نظر می‌رسد که از نظر دیوان زیان مالی ایران بیش از مبلغ اسمی ضمانتنامه‌ها به اضافه بهره متعلقه نبوده است، معذلک اینکه دیوان بخش دیگری از خواسته ایران را که جنبه غیرمالی داشته، یعنی احراز و اعلام تخلف امریکا اجابت نموده و طی حکم اعلامی آن دولت را ناقض بیانیه‌ها دانسته، نقطه مثبتی به شمار می‌آید.

● نتیجه

۱۰۴- درآغاز بحث گفتیم هدف ما در این نوشته آن است که با مرور و بررسی رویه دیوان داوری در دعاوی ضمانتنامه‌های بانکی بینیم دیوان چه کمک و مشارکتی در توسعه این رشته نسبتاً جوان از حقوق تجارت بین‌الملل نموده و آیا توانسته در رفع ابهامات قواعد عرفی یا قراردادی آن گامی بردارد و قواعد و احکام متقن و روشنی برای قانونمند کردن رژیم حقوقی ضمانتنامه‌های بانکی تعییه نماید

یا نه؟ با توجه به بررسی‌ها و مطالعه‌ای که در مورد آراء مختلف دیوان در دعاوی مذکور نمودیم، باید با تأسف بگوییم که با ساخت این سوالات منفی است، زیرا رویه دیوان داوری در مورد ضمانتنامه بانکی ناهماهنگ، نایپوسته و گاه مفسوش است و بر منطق حقوقی واحدی استوار نیست و بیشتر حسب مورد عمل کرده است. هرچند ممکن است گفته شود علت این پراکندگی و ناهماهنگی حقوقی، علاوه بر متأثر بودن دیوان از ملاحظات غیرحقوقی، گوناگونی و تنوع دعاوی ضمانتنامه‌های بانکی بوده است، اما مشکل اینجا است که گاه دیوان در دعاوی که شباختهای قابل توجهی با یکدیگر داشته‌اند- مانند گروه دعاوی ضمانتنامه‌های بانکی (قسمت دوم، بخش «و»)- آراء متفاوتی صادر کرده است و باعث اختشاش در نظام حقوقی موجود ضمانتنامه‌ها شده است. البته تأثیر پذیری دیوان از ملاحظات غیرحقوقی و نقصانی که به این لحاظ در رویه عمومی دیوان داوری به وجود آمده، منحصر به دعاوی ضمانتنامه‌ها نیست. اما بحث و تفصیل در این مقال را به فرصت دیگری و امی گذاریم و به شیوه‌ای گذرا اشاره می‌کنم که تحقیق در این مهم باید ذیل بحث از «پدیده شناسی حقوقی» دیوان و جایگاه آن در نظام حل و فصل مسالمت آمیز اختلافات بین المللی در حقوق بین الملل انجام پذیرد.

۱۰۵- دیوان داوری بطور کلی قاعده استقلال ضمانتنامه را که بنیادی ترین قاعده در رژیم حقوقی ضمانتنامه‌های بانکی است در همه دعاوی نادیده گرفته، بدون اینکه استدلال کافی برای عدول از این اصل ارائه کند و آن را در پرتو استثنایات این قاعده (تقلب و جعل) توجیه نماید. واقع امر این است که مطالبه ذی نفع‌های ایرانی مصدق هیچکدام از دو استثنای معروف اصل استقلال ضمانتنامه نبوده است و در هیچیک از آراء دیوان داوری اشاره‌ای نشده که چون مطالبه ذی نفع متقلبانه یا مجعول بوده، بنابراین محلی برای اعمال اصل استقلال باقی نمی‌ماند. بلکه، دیوان عمدتاً به استناد اصول دادرسی صحیح و هماهنگ و منصفانه و نیز بمنظور اجتناب از آراء معارض، متقاعد شده که دعوای ضمانتنامه را همراه با دعوای قرارداد اصلی و یکجا رسیدگی نماید. البته این مبنای در جای خود

درست و معتبر است و شاید بتوان اعمال آن را در دعاوی قراردادی ضمانتنامه‌ها تاحدودی توجیه نمود، زیرا هیچکس با صدور آراء متهافت از یک مرجع رسیدگی موافق نیست. اما نادیده گرفتن اصل استقلال ضمانتنامه در سایر دعاوی ضمانتنامه‌های بانکی که نزد دیوان مطرح بوده، بویژه در دعاوی عهدهنامه‌ای که منشأ ادعا و خواسته آن کاملاً متفاوت است، هیچ توجیهی نداشته است.

۱۰۶- در دعاوی صلاحیتی ضمانتنامه‌ها (قسمت سوم) تفسیر دیوان از سند تعهدات و پیوند زدن آن به احکام و شرایط صلاحیت دیوان تحت بیانیه حل و فصل دعاوی (منع دعوای دولت علیه تبعه) واستدلالاتی که برای آن اقامه نموده، قابل قبول به نظر نمی‌رسد. مهم‌ترین نقطه ضعف تصمیم دیوان در این زمینه که در پرونده الف ۱۶/ اتخاذ شده آن است که مسأله صلاحیت را با مکانیسم اجرای حکم مخلوط و مرتبط نموده و توجه نکرده که صلاحیت او تحت سند تعهدات، در مقام مرجحی است که جانشین داوری شده که طرفین نتوانستند نسبت به آن توافق کنند و نه همان صلاحیت ناشی از بند ۱ ماده ۲ بیانیه حل و فصل دعاوی. اشکال دیگر این تصمیم نیز آن است که با ادغام و احاله دعاوی بانکهای ایرانی به دعوای قرارداد اصلی پاره‌ای از دعاوی را از صلاحیت دیوان خارج نموده است. این اشکال نیز ناشی از ایراد اصلی واردۀ بر رویه دیوان است یعنی نادیده گرفتن اصل استقلال ضمانتنامه از قرارداد اصلی.

۱۰۷- بالاخره، در دعاوی ایران که تحت عنوان تخلف امریکا از بیانیه‌ها مطرح نموده، هرچند دیوان داوری امریکا را متخلف و ناقض بیانیه‌ها (بند الف بیانیه عمومی) دانسته و از این حیث نقطه مشتبی به شمار می‌رود، اما استشنا کردن بعضی ضمانتنامه‌ها که فی نفسه مشمول تصمیم دیوان بوده‌اند (چون برای آنها حساب مسدود افتتاح شده بود) به این اعتبار که دعوای مربوط به قرارداد اصلی آنها بنحوی توسط دیوان فیصله یافته یا خود طرفین تسویه حساب کرده‌اند، توجیه پذیر نیست و از تخلف امریکا رفع اثر نمی‌کند. در این مورد نیز تصمیم دیوان به استشنا

کردن این گروه از دعاوی متأثر از نادیده گرفتن اصل استقلال ضمانتنامه است، بدون اینکه به هیچ وجه ربطی به روا بودن یا ناروا بودن مطالبه ضمانتنامه داشته باشد و در شمار مستثنیات اصل مذکور (تقلب و جعل) بگنجد. دیوان داوری توجه نکرده که منشأ این دعوى مسؤولیت بین المللی امریکا در نقض تعهدات عهdename‌ای او است و نوع خواسته ایران نیز مطالبه خسارت ناشی از این تخلف امریکا از یک عهdename بین المللی است و ربطی به مسائل قراردادی طرفین ندارد. مع ذلك با توجه به اینکه دیوان امریکا را صریحاً متخلص شناخته و مضافاً بانک مرکزی ایران سرانجام موفق شد از نظر خسارت مالی مبلغ قابل توجیهی بابت ضمانتنامه‌ها از دولت امریکا وصول کند، باید گفت تصمیم دیوان در دعاوی عهdename‌ای ضمانتنامه‌ها مورد بهره برداری لازم از جانب ایران قرار گرفته، ولو اینکه از نظر حقوقی نقطه ضعف‌هایی داشته است.

بریتی استرن

BRIGITTE STERN

مترجم: دکتر علی حسین نجفی ابرند آبادی



مسائل هر بوط به مسؤولیت
ناشی از بحران و جنگ خلیج [فارس]



* . خانم استرن استاد دانشگاه پاریس ۱ (پانشون - سوربن) در فرانسه است. مشخصات مقاله از این قرار است:

STERN "Les problèmes de Responsabilité posés par la crise et la "guerre" du golfe", in Brigitte STERN [Sous la direction de], Les aspects juridiques de la crise et de la guerre du golfe, éd. Montchretien, paris, 1991, PP. 329-373.

لازم به ذکر است که:

- ۱ - مبحث نخست این مقاله قبلاً به قلم آقای یوسف ذکایی آشیانی ترجمه شده است. ترجمه ایشان، هنوز ریکتواخت کردن کل متن برگردان، مورد بانجیخته و ویرایش کامل قرار گرفت؛
- ۲ - نویسنده در این مقاله از خلیج فارس تحت عنوان خلیج یاد کرده است لیکن ما، با توجه به حقایق موجود تاریخی، «فارس» را در داخل قلاب (کروشه) به آن افزودیم؛
- ۳ - مقاله حاضر در واقع مکتب سخنرانی خانم استرن در مرکز تحقیقات حقوق بین الملل دانشگاه ناتر (پاریس ۱۰) است.م.

طرح نوشتار

۱۹۵	اشاره
۱۹۸	مقدمه
۱۹۹	مبحث نخست. مسؤولیت کیفری
۲۰۰	گفتار نخست. تاریخچه مسؤولیت کیفری بین المللی
۲۰۰	الف. دوره بعد از جنگ اول جهانی
۲۰۱	ب. دوره بین دو جنگ جهانی
۲۰۱	ج. دوره بعد از جنگ دوم جهانی
۲۰۱	۱ - سیستم دادگاه نورمبرگ
۲۰۲	۱ - جرایم (جنایات) علیه صلح
۲۰۳	۲ - جرایم (جنایات) جنگی و جرایم (جنایات) علیه بشریت
۲۰۵	۲ - تحولات بعدی
۲۰۵	۱ - تدوین و تنظیم قانون (کد)
۲۰۷	۲ - دادگاه کیفری بین المللی
۲۰۹	گفتار دوم. حقوق بین الملل موضوعه در باب مسؤولیت کیفری بین الملل
۲۰۹	الف. وضعیت کونی حقوق موضوعه
۲۰۹	۱ - اصول حقوق بین الملل پذیرفته شده در اساسنامه دادگاه بین المللی نورمبرگ و دادنامه صادره از آن دادگاه، ۱۹۵۰
۲۰۹	۲ - کنوانسیون های ۱۲ آوت ۱۹۴۹ و پروتکل های الحاقی آن
۲۱۱	۳ - کنوانسیون پیشگیری و مجازات جرم کشتار جمعی (ثنویه)، ۱۹۵۱
۲۱۳	۴ - جرایم در حقوق بین الملل و جرایم بین المللی
۲۱۴	ب. حقوق موضوعه و وقایع خلیج [فارس]
۲۱۴	۱ - توصیف جرایم
۲۱۸	۲ - راههای ممکن شکایات
۲۲۱	مبحث دوم. ترمیم خسارات
۲۲۲	گفتار نخست: اندازه مسؤولیت ناشی از ایجاد خطر [مسؤولیت عینی]، خاستگاه اقدام بعضی دولتها در جبران خسارات است

الف. مداخله شورای امنیت و کمیته ضمانت‌های اجرا ۲۲۲	
ب. اقدام دولتها و سازمانهای بین‌المللی ۲۲۴	
گفتار دوم. ترمیم خسارات، مبتنی است بر اندیشه مسؤولیت ناشی از ارتکاب عمل نامشروع ۲۲۶	
الف. سوابق ۲۲۸	
۱ - «ترمیم» به معنای واقعی ۲۲۸	
۲ - ترمیم خسارات ۲۲۹	
۱ - مرجع (آرگان) داوری خاص دولتها ۲۳۰	
۲ - مرجع داوری خاص دولتها و افراد ۲۳۱	
ب. ترمیم خسارات در قطعنامه ۶۸۷ ۲۳۲	
۱ - دامنه و نحوه ترمیم خسارات ۲۳۳	
۱ - استرداد [اموال] و جبران خسارت ۲۳۳	
۲ - قلمرو ترمیم ۲۳۴	
۱ - خسارات مسلم و عدم الفع ۲۳۴	
۲ - خسارات مستقیم ۲۳۴	
۱ - مکانیسم عملی ساختن مسؤولیت عراق ۲۳۵	
۲ - صندوق جبران و ترمیم خسارات [برداخت غرامت] ۲۳۵	
۱ - کمیسیون ۲۳۸	
۲ - آئینهای عملی ساختن مسؤولیت عراق ۲۳۹	
۳ - مسائل حل نشده ۲۴۲	
۲۴۴ هیئت سوم. مسؤولیت‌های تاریخی	
گفتار نخست: زمان گذشته: مسؤولیتها در ایجاد بحران ۲۴۴	
الف. مسؤولیتها دور ۲۴۴	
ب. مسؤولیتها نزدیک‌تر ۲۴۵	
گفتار دوم. زمان حاضر: مسؤولیتها در به اجرا گذاشتن واکنشهای بین‌المللی ۲۴۶	
الف. مسؤولیتها در به اجرا گذاشتن تحریم و محاصره ۲۴۶	
ب. مسؤولیتها در اعمال ضمانت اجراهای نظامی ۲۴۷	
گفتار سوم. زمان آینده: مسؤولیتها در تدارک و ایجاد جهانی صلح جویانه‌تر و عادلانه‌تر ۲۴۸	

● اشاره

با توجه به تاریخ چاپ مقاله حاضر (۱۹۹۱)، لازم است که به تحولات اخیر تصمیمها و اتفاقات سازمان ملل متحده در عملی ساختن مسئولیت عراق به لحاظ ابیجاد بحران خلیج فارس از طریق اشغال کویت اشاره شود. کمیسیون جبران خسارات سازمان ملل متحده که پناه قطعنامه ۶۸۷ شورای امنیت، وظیفه عملی ساختن مسئولیت دولت عراق و مدیریت ترمیم خسارات واردہ به دولتها و اشخاص را به عهده دارد اخیراً تشکیل شده است.

شورای امنیت در قطعنامه ۷۰۵ خود، سهم کمک عراق به صندوق (حساب) مربوط به غرامت را ۳۰٪ بهای صادرات نفتی این کشور تعیین کرده بود. لیکن عراق، به علت نظارت‌های دقیقی که سازمان ملل متحده باید در این مورد اعمال

من کرد، از فروش نفت خود امتناع نداشت. ابتدا در یک اقدام غیرمنتظره و عجیب، کویت، به عنوان قرض، مبلغ دومیلیون دلار و ایالات متحده آمریکا، از محل دارایی‌های توقيفی عراق، مبلغ هفده میلیون دلار به این حساب واریز کردند. اما امروزه با توجه به اجرای قطعنامه ۷۰۶ شورای امنیت مشهور به معامله «نفت در مقابل غذا»^۱، عراق قاعده‌تاً باید مبالغی را برای این حساب پرداخت کند.

با توجه به تعداد بسیار دعاوی، هیأت مدیره کمپیون جبران خسارات سازمان ملل متحد اقدام به دسته بندی آنها از طریق تنظیم فرمهای ویژه برای دولتها با اشخاص مدعی دریافت خسارت کرده است:

فرم‌الف؛ دعاوی افراد دائر براین که بدون مقدمه ناچار به ترک کویت یا عراق شده‌اند؛

فرم‌ب؛ دعاوی افراد به لحاظ تحمل صدمات شدید جسمانی یا فوت؛

فرم‌ج؛ دعاوی افراد به لحاظ تحمل خسارات مادی کثیر از صدهزار دلار؛

فرم‌ه؛ دعاوی افراد به لحاظ تحمل خسارات مادی بیش از صدهزار دلار،

فرم‌ه؛ دعاوی شرکتها؛

فرم‌و؛ دعاوی دولتها یا سازمانهای بین‌المللی. رسیدگی به دعاوی افراد که موضوع

۲،۸۰۰،۰۰۰ پرونده را تشکیل می‌دهد در اولویت قرار داده شده است و همان طور که در مقررات مربوط پیش‌بینی شده است، تعدادی کارگزار (کمیسر) برای انجام این مهم در هیأت

1. Oil- for - food deal/ Pétrole contre nourriture.

مدیره تعیین و منصوب شده‌اند. شاید ارزیابی
فعالیتهای این تهداد بی‌سابقه هنوز زود باشد.
مسلماً در آن زمان که این کمیسیون به کلیه
دعاوی رسیدگی کند، نتیجه کار خود معلوم
خواهد بود.

متترجم

● مقدمه

مسائل مربوط به مسؤولیت ناشی از بحران و جنگ خلیج [فارس] دارای اشکال مختلف است، بنحوی که طرح، معرفی و تحلیل کامل آنها در اینجا ادعایی بیش نخواهد بود. با این حال سعی خواهیم کرد که کلیه مسائل مطرح شده و مسائلی را که ممکن است مطرح شود - تا آنجا که ضبط و ربط عملی آنها امکان داشته باشد - احصا و مورد بررسی قرار دهیم.

در حقوق بین الملل نیز مانند حقوق داخلی مسؤولیت را می توان به کیفری و مدنی یعنی تنبیه‌یا جبرانی تقسیم کرد بنا بر این باید موضوع را از این دو جنبه اصلی تحت بررسی قرار داد: یعنی از یک سو، وجود و عملی ساختن احتمالی مسؤولیت کیفری بین المللی و از سوی دیگر، مسئله جبران خسارات مختلف ناشی از حوادث خلیج [فارس] که پس از دوم اوت ۱۹۹۰ به وقوع پیوسته است.

اما این بدان معنی نخواهد بود که خواسته باشیم مطالعه خود را در چنین مسئله مهم و دشواری که مسؤولیت در بحران و «جنگ» خلیج [فارس] است صرفاً به مسائل فنی حقوقی محدود کنیم، و به همین علت در نتیجه گیری، موضوعی را که می توان «مسئولیتهای تاریخی» نامید، نیز به اختصار مطالعه خواهیم کرد.

مبحث ۱ مسئولیت کیفری

اندیشه طرح مسئولیت عراق یا زمامداران عراقی در محافل مختلف عنوان گردیده است: به عنوان مثال دوازده کشور عضو بازار مشترک اروپا در اعلامیه مورخ ۱۵ آوریل ۱۹۹۱، یا بوسیله گروهی از روشنفکران، همچون آقای ای ویزل^۲، یا بوسیله کمیسیون امور خارجہ سنای امریکا که در ۱۸ آوریل ۱۹۹۱ لایحه قانونی را از تصویب گذراند و به موجب آن از رئیس جمهور امریکا خواست تا از سازمان ملل متحد تقاضا نماید صدام حسین را برای محاکمه به یک دادگاه کیفری بین المللی فرا بخواند. البته این راه حل در قطعنامه ۶۸۷ مورد استفاده قرار نگرفته است، زیرا در یک سیاست واقع بینانه معلوم نبود چگونه می‌توان صدام حسین را وادار کرد، در همان حالی که روند حوادث به وی اجازه می‌داد در کشور خود بر سر قدرت باقی بماند، خود را به چنین دادگاهی معرفی کند. اصولاً مسئولیت کیفری مفهومی است که به علت معلوم حاکمیت دولتی به سختی در قلمرو حقوق بین الملل راه می‌یابد. بمنظور مقابله با این ایراد که بنابر آن یک دولت، به عنوان یک واحد موجود، نمی‌تواند دارای قصد مجرمانه باشد، ابتدا مفهوم مسئولیت کیفری به اعتبار افرادی که می‌توان آنها را مسؤول شناخت، اعم از مأمور دولت یا غیر آن، توسعه یافته است. با این حال امروزه دیگر نمی‌توان اندیشه مسئولیت ناشی از ارتکاب جرم بوسیله دولت را خارج از مسائل حقوق بین الملل دانست.

۲. رک. مقاله «یک دادگاه بین المللی برای صدام»، روزنامه لیبراسیون ۲۹ آوریل ۱۹۹۱.

گفتار نخست

تاریخچه مسؤولیت کیفری بین الملل

مسؤلیت کیفری بین المللی افراد، هنگام پیدایش آن در سده بیستم، عمدتاً در قلمرو حقوق مریوط به مخاصمات مسلحانه مطرح بوده، ولی امروزه مسأله در قلمروهای دیگر مریوط به حقوق بشر، همچون کشور دسته جمعی، تبعیض نژادی یا صدمات به محیط زیست، مورد توجه قرار گرفته است.

الف. دوره بعد از جنگ اول جهانی

معاهده ورسای، در ماده ۲۷۷ خود یکی از موارد اولیه مسؤولیت کیفری شخصی یک رئیس دولت را که باید از نظر بین المللی به اجرا گذاشته می شد، پایه گذاری می نماید. براین اساس، علاوه بر مسؤولیت دولت آلمان و متadden آن در قبال خسارات واردہ به دول متفق بر اثر جنگ (موضوع ماده ۲۳۱)، در ماده ۲۲۷ این معاهده پیش بینی شده است که گیوم دوم، قیصر آلمان، می بایست به اتهام تجاوز آشکار به حریم اخلاق بین المللی و زائل نمودن اعتبار معنوی معاهدات محاکمه گردد.^۴

اگرچه این ماده بعلت مخالفت کشور هلند با استرداد گیوم دوم به مرحله

3. Kaiser Guillaume II de Hohenzollern.

۴. درینجا به جاست که متن کامل ماده ۲۲۷ را منعکس نماییم:
«دولتهاي متعدد و متفق تصميم دارند گيروم دوم، اميرانور سابق آلمان، را به اتهام تجاوز آشکار به اصول اخلاق بین المللی و اعتبار معنوی معاهدات موردن محاکمه عمومی قرار دهند. یک دادگاه ویژه، با تضمین حقوق مریوط به دفاع، برای محاکمه متهم و قضاوت در باره وی تشکیل خواهد شد. این دادگاه از ترکیب چهار دادرس به وجود می آید که بوسیله هریک از چهار دولت زیر برگزیده خواهد شد: ایالات متحده امریکا، بریتانیای کبیر، فرانسه و ایتالیا.

دادگاه براساس جهانی که از مهمترین اصول سیاسی رایج بین ملتهاي جهان سرجشمه یافته اند، با اعتقاد به لزوم رعایت تشریفات رسمی و احترام به تکالیف و تمهیدات و اصول اخلاق بین المللی قضاوت خواهد نمود. تشخیص نوع مجازاتی که باید در باره متهم اعمال گردد با دادگاه مذبور خواهد بود. دولتهاي متعدد و متفق از دولت هلند خواهند خواست که امیرانور سابق را در اختیار آنان قرار دهد تا موردن محاکمه قرار گیرد.

اجرا در نیامد لیکن سابقه‌ای که از این طریق بوجود آمد از یک طرف، زمینه‌ای برای از سرگیری قضیه بعد از جنگ جهانی دوم به وجود آورد و از طرف دیگر، مشکلی را که در جهت طرح مسؤولیت کیفری فردی در حقوق بین الملل وجود داشت، آشکار ساخت، بویژه در آن هنگام که فرد مذبور مستقیماً در توقیف دولت یا دولتها بی که می خواهد این مسؤولیت را محقق سازند نباشد.

ب. دوره بین دو جنگ جهانی

در فاصله بین جنگ‌های اول و دوم جهانی فعالیت علمی وسیعی درجهت پیشبرد مسأله مربوط به مسؤولیت کیفری بین المللی صورت گرفته است. بدین ترتیب، طرحهای مختلف، مبنی بر پیش‌بینی تأسیس یک شعبه کیفری در دیوان دائمی دادگستری بین المللی^۱ و نیز پیشنهاد ایجاد صلاحیت دیوان در رسیدگی به جرایم ارتکابی دولتها، و صلاحیت یک شعبه از آن به جرایم بین المللی افراد، و حتی تدوین و تنظیم یک قانون (کد) جزای جهانی^۲ ارائه گردیده است. این کوشش‌ها سرانجام به تنظیم کنوانسیون ۱۶ نوامبر ۱۹۳۷ جهت ایجاد یک دادگاه کیفری بین المللی انجامید.^۳ لیکن این کنوانسیون (اساسنامه دیوان) هرگز به تصویب نرسید.

ج: دوره بعد از جنگ دوم جهانی

۱- سیستم دادگاه نورمبرگ

نص اساسی در مورد مسؤولیت کیفری بین المللی، موافقتنامه ۸ اوت ۱۹۴۵

۵. رک. پیش نویس ۱۹۲۶ انجمن حقوق بین الملل و پیش نویس ۱۹۲۸ انجمن بین المللی حقوق جزا.

۶. رک. قطعنامه اتحادیه بین المجالس، ۱۹۲۵.

۷. متن این گدرا و سیاسین پلا در سال ۱۹۳۵ تنظیم و انشاء گرده است. رک: مجله بین ، المللی حقوقی جزا، ۱۹۲۵، ص ۳۴۸

8. Historique ... ,op. cit., p. 94, annexe 8.

است که در لندن بین نمایندگان ایالات متحده، انگلستان، اتحاد جماهیر شوروی و فرانسه آزاد به امضارسید. این موافقتنامه مربوط می‌شد به تعقیب و مجازات مجرمین بزرگ جنگی، که تبعه قدرتهای اروپایی محور، یعنی آلمان و ایتالیا، بودند. متن مزبور با اعلامیه یک جانبه زناخ مک‌آرتور^۱ تکمیل گردید که شامل همان مقررات موافقتنامه در مورد مجرمین بزرگ جنگی تبعه ژاپن بود.

این دو متن، مبنای تشکیل دادگاههای نورمبرگ و توکیو به شمار می‌روند که صلاحیت قضاوت در مورد جنایتکاران عمدۀ جنگ را دارا بودند. علاوه بر این محاکم، دادگاههای بین‌المللی دیگری بر مبنای موافقتنامه لندن و بموجب قانون شمارۀ ۱۰ شورای نظارت متحده‌نی تأسیس گردید که مأموریت آنها رسیدگی به اتهامات بزهکاران رده پایین‌تر بود.

اما تعریف جرایمی که باید در این محاکم مورد تعقیب قرار گیرد چیست؟ در ماده ۶ اساسنامه دادگاه نورمبرگ و ماده ۵ اساسنامه دادگاه توکیو سه نوع عنوان مجرمانه (جرائم) مشخص پیش‌بینی شده است: جرائم (جنایات) علیه صلح، جرائم (جنایات) جنگی و جرائم (جنایات) علیه بشریت.

۱۰۱- جرائم (جنایات) علیه صلح

جنایات علیه صلح با: «(...) هدایت، طرح ریزی، افروختن شعله جنگ، یا ادامه هر جنگ تجاوز‌کارانه یا جنگ ناشی از نقض معاهدات، تضمینات یا موافقتنامه‌های بین‌المللی، یا شرکت در تبانی یا توطئه برای انجام یکی از این اعمال تحقیق خواهد یافت».

این نوع برداشت از مفهوم «جنایت علیه صلح» از همان آغاز پیدایش این مفهوم در حقوق موضوعه بحث دامنه داری را موجب شد: از نظر هیأت نمایندگی فرانسه در جریان مذاکرات مربوط به «موافقتنامه لندن»، این موافقتنامه مقوله حقوقی جدیدی از جرائم را پیش‌بینی نموده که در صورت انتظام آن نسبت به اعمال ارتکابی واقع شده در حین جنگ دوم جهانی مسائل مربوط به

9. Mac Arthur.

«عطف به مسابق شدن» مقررات جدید را به میان می آورد. درست است که معاهده بربان. کلوگ قبل‌جنگ را غیرقانونی اعلام کرده بود و لیکن آن را مجرمانه تلقی نکرد. به نظر دادگاه نورمبرگ پیدایش مفهوم جنایت بر ضد صلح تیجه اعمال خودسرانه قدرت بوسیله ملل فاتح جنگ نیست...، بلکه ترجمان حقوق بین الملل موجود در زمان ایجاد آن است و در این معنی حتی اهتمام در جهت تعالی حقوق بین الملل است (دادنامه دادگاه نظامی بین المللی نورمبرگ صفحه ۳۸). بنابراین انطباق این مفهوم بر جنایتکاران جنگی نازی به هیچ وجه به مسأله «عطف به مسابق شدن» مربوط نمی شود و به نظر دادگاه، اصل قانونمند بودن جرایم را نقض نمی کند.

۱۰۲. جرایم (جنایات) جنگی و جرایم (جنایات) علیه بشریت

-جنایات جنگی عبارتند از: «نقض قوانین و مقررات عرفی جنگ نظیر قتل و خونریزی، بدرفتاری با افراد غیرنظامی مناطق اشغالی یا تبعید آنان بمنظور انجام کارهای اجباری یا برای هر منشور دیگر، قتل زندانیان جنگی یا اشخاص در دریا یا سوه رفتار با آنان، کشتن اسرا، غارت اموال عمومی یا دارایی افراد، تخریب شهرها یا دهکده‌ها و هر نوع ویرانگری خارج از ضرورتهای نظامی».

این تعریف با وجود کلیت و وسعت عبارات به کار رفته نمی توانست تمام فروض را در برگیرد؛ زیرا تعریف مزبور فقط ناظر بر جنایات ارتکابی بین دشمنان بود. در واقع برخی جرایم، هرقدر هم که مفهوم جنایت جنگی را بتوان وسیع فرض نمود، نمی توانستند در این طبقه قرار گیرند؛ مانند جنایاتی که مرتكبین و قربانیان آنها دارای ملیت واحد بودند یا آنکه قربانیان جرم دارای تابعیت یکی از کشورهای متفق با کشور متبع مرتكب جرم بودند. در این مورد می توان پاره‌ای از جنایات نازیها را در نظر گرفت که علیه اتباع آلمانی، اطربی، اشخاص فاقد تابعیت و با علیه اشخاص دیگر بر اساس ملاحظات نژادی، مذهبی، سیاسی و غیره ارتکاب یافته است.^{۱۰} به همین علت وصف مجرمانه جدیدی، یعنی جنایت علیه بشریت، به

10. Doudou Thiam, 7 ème rapport A/CN4/ 419, p. 11 - 12.

این جنایات افزوده شد.

— جنایت علیه بشریت را به این صورت تعریف نموده اند: «قتل، نابودی، انقیاد به برگی، تبعید یا هر عمل غیرانسانی دیگر علیه افراد غیرنظامی و اذیت و آزار آنان به علل سیاسی- نژادی یا مذهبی، هنگامی که این اعمال یا آزارها در پی یک جنایت جنگی یا جنایت علیه صلح و یا در رابطه با این جرایم، واقع شده باشد». باید تأکید کرد که در نظام نورمبرگ، جنایات علیه بشریت خارج از ارتباطشان با جنایات جنگی وجود نداشته است؛ یعنی این که «خصوصت (جنگ) و بزهکاری بطور سخت با هم مرتبط بوده و ملازمت داشته اند».

این اعمال یعنی جنایات علیه صلح، جنایات جنگی و جنایات علیه بشریت، در هر حال مسؤولیت مرتكب را به همراه دارد؛ چنانچه عمل از مأمور دولت سرزده باشد دستور واصله اصولاً مرتكب را از مسؤولیت معاف نمی سازد؛ همچنین اگر مربوط به رئیس دولت باشد وی نمی تواند از هیچ گونه مصوّنیتی برخوردار گردد و این مقام او را از مسؤولیت کیفری بین المللی مبری نخواهد ساخت. چنانکه در ماده ۷ منشور دادگاه نورمبرگ تصریح گردیده است: «وضعیت ناشی از مقام رسمی متهم اعم از آنکه عنوان رئیس دولت را داشته یا از صاحب منصبان عالی رتبه باشد موجب معافیت یا تخفیف مجازات نخواهد شد». به دلیلی که چندان روش نیست، ماده ۶ اساسنامه دادگاه بین المللی توکیو در این باره دارای قابلیت انعطاف بیشتری است و اختیار وسیعی را از لحاظ ارزیابی مسؤولیت مرتكب به دادگاه و آگذار می نماید. بر مبنای مقررات پیش بینی شده در این ماده «نه موقعیت و مقام رسمی متهم، در هر زمان که باشد، و نه این وضعیت که متهم برطبق دستور حکومت کشور متبع خود یا دستور یک مقام مأ فوق عمل نموده است بخودی خود در قبال هر جنایتی که بدان متهم باشد، برای رفع مسؤولیت وی کافی نخواهد بود. لیکن این اوضاع و احوال در صورتی که عدالت اقتضا نماید می تواند همچون کیفیات مخففه در حکم دادگاه مورد توجه قرار گیرد».

۲- تحولات بعدی

انتقادات اصلی که برآراء دادگاه نورمبرگ وارد گردیده براین محور قرار دارد که آراء مزبور از یک سو، قاعده و اصل قانونی بودن جرایم را نقض نموده و از سوی دیگر، این آرا توسط یک دادگاه اختصاصی^۱ صادر شده است. برای آنکه بتوان در آینده از این انتقاد مضاعف پرهیز نمود، دو جنبش، بطور موازی، تلاشها و فعالیتهای خود را آغاز نمود؛ یکی درجهت اعلام اصول حاکم بر توصیف جرایم (جرائم انگاری) و دیگری بمنظور ایجاد یک دستگاه قضائی با ثبات.

۲-۱- تدوین و تنظیم قانون (کد)

از ۱۱ دسامبر ۱۹۴۶ مجمع عمومی سازمان ملل متعدد با تصویب قطعنامه شماره (I) ۹۵ به اتفاق آرا، «أصول حقوق بین الملل مندرج در اساسنامه و حکم دادگاه نورمبرگ را مورد تأیید و تصدیق قرار داد» و به دنبال آن، با قطعنامه شماره (I) ۱۷۷، ۲۱ نوامبر ۱۹۴۷ (دقیقاً همان روز تأسیس کمیسیون حقوق بین الملل با قطعنامه شماره (I) ۱۷۴) خواهان آن شد که اصول شناخته شده بوسیله دادگاه نورمبرگ صراحتاً تنظیم و یک قانون (کد) جنایات علیه صلح و امنیت بشری تهیی و تنظیم گردد.^۲

از اصطلاح «جنایات علیه صلح و امنیت بشری» چنین تعبیر به عمل آمده است که نظر مجمع عمومی اصولاً متنضم سه مقوله از جرایم یعنی جرایم علیه صلح، جرایم جنگی و جرایم علیه بشریت، بوده است.

با آنکه کمیسیون حقوق بین الملل در دو میان اجلاس خود موفق گردید «اصول حقوق بین الملل را که در اساسنامه دادگاه نورمبرگ و در حکم این دادگاه

۱۲ . *Jurisdiction ad hoc* ، منظور دادگاهی است که برای رسیدگی به مسئله‌ای خاص تشکیل گردیده و حالت موقت دارد.^۳

13. Codification.

۱۴ . اصطلاح «جنایت علیه صلح و امنیت بشری» برای اولین بار در گزارش آقای فرانسیس بیدل (قاضی) به نزومن، رئیس جمهور وقت آمریکا، (۹ نوامبر ۱۹۴۶) به کار برده شده و ضمن آن تھاضا گردیده است که با تدوین حقوق جزا (در قالب یک کد. قانون) اصول نورمبرگ مورد تأیید قرار گیرد.

به رسمیت شناخته شده بود انشا و تنظیم نماید»^{۱۵} همچنان به کوشش خود جهت تهیه و تنظیم کُد مورد پیش بینی ادامه می‌دهد.

در اینجا چند مرحله می‌توان یاد کرد: کمیسیون حقوق بین‌الملل از ۱۹۵۴ طرح مربوط به قانون مورد نظر خود را به مجمع عمومی سازمان ملل متحد عرضه نمود، ولی این مجمع بررسی طرح مزبور را تاروشن شدن تعریف «تجاوز» که یکی از جرایم اصلی حقوق بین‌الملل، و مورد توجه در قانون است به تأخیر انداخت. می‌توان متذکر شد که در پیش‌نویس ۱۹۵۴ قانون (کُد) اصطلاح «جنایت علیه بشریت» به کار نرفته است، لیکن مفهوم این جرم در پیش‌نویس وارد شده، چنانکه می‌توان آن را بطور ضمنی در اصطلاح کشتار جمعی و بطور صریح در اعمال غیرانسانی بازیافت.^{۱۶} بعلاوه در پیش‌نویس ۱۹۵۴، مفهوم «جنایت علیه بشریت» از جرایم جنگی تفکیک گردیده است و در نتیجه این جرم می‌تواند در زمان صلح نیز تحقق یابد.

پس از آنکه «تجاوز» در قطعنامه (XXIX) ۳۳۱۴ مجمع عمومی سازمان ملل متحد در ۱۹۷۴ تعریف گردید، کمیسیون حقوق بین‌الملل در ۱۹۷۷ ضمن اعلام آمادگی خود برای از سرگیری بررسی از مجمع عمومی تقاضا نمود تا بازبینی پیش‌نویس ۱۹۵۴ را از سر بگیرد. در ۱۹۸۱ مجمع عمومی با این درخواست موافقت نمود و در ۱۹۸۲ آقای دودو تیام^{۱۷} را بعنوان گزارشگر ویژه در نظر گرفت.

آقای دودو تیام از همان آغاز مأموریت خویش اعلام نمود که مطالعات کمیسیون به جرایم ارتکابی توسط افراد محدود خواهد بود. از آن تاریخ به بعد، یک گزارش در هر سال تهیه شده است. اولین گزارش در ۱۹۸۳ و آخرین آن یعنی نهمین گزارش در ۸ فوریه ۱۹۹۱ تهیه شده است.^{۱۸}

15. Doc. Off. de l'AG., 5 ème session, suppl. n° 12 (A/13/6, p. 12).

۱۶. رک: ماده ۲ پاراگراف های ۱۰ و ۱۱.

17. Doudou Thiam.

۱۸. برای اطلاعات بیشتر راجع به پیش‌نویس جرایم علیه صلح و امنیت بشری رک: نجفی



مفهوم مسؤولیت کیفری بین المللی حتی اگر، فقط به افراد محدود گردد با وسعتی که پیدا کرده به هر صورت بطور غیرمستقیم به دولت نیز مربوط می شود، زیرا در جرایم مورد بحث منظور از افراد غالباً کسانی هستند که دولت را اداره و رهبری می کنند.

بطور یقین نظریه مسؤولیت کیفری بین المللی پاسخگوی یکی از اهداف اساسی حقوق بین الملل است، چنانکه در گزارش گزارشگر ویژه کمیسیون حقوق بین الملل در رابطه با پیش نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری این معنی را بخوبی می توان دریافت:

«باید در نظر گرفت که هدف، بخصوص جلوگیری از دیوانگی ها و اختلالات و بی نظمی هایی است که اعمال قدرت می تواند باعث آن گردد و آنچه باید از آن پیشگیری شود، جنایات و اعمال خودکامه کسانی است که برای تخریب و نابودی، که بشریت امروز را تهدید می نماید، امکانات فوق العاده ای در اختیار دارند. با آنکه در مسأله جنایت علیه صلح و امنیت بشری تابع حقوق فرد انسانی است، لیکن هرگز نباید از نظر دور نمود که منظور از فرد در اینجا اساساً مقام دولتشی است». ^{۱۱}

۲۰۲. دادگاه کیفری بین المللی

پیشرفت در این زمینه نسبت به مسأله تهیه و تنظیم قانون (کد) باز هم با گندی بیشتر صورت گرفته است. مجمع عمومی سازمان ملل متعدد با تصویب قطعنامه شماره (V) ۴۸۹ مورخ ۱۲ دسامبر ۱۹۵۰ کمیته ای را مأمور نمود تا پیش نویس مربوط به دادگاه کیفری بین المللی را تهیه و پیشنهاد نماید. در ۱۹۵۴ مجمع عمومی، همانطوری که در مورد قانون (کد) عمل نموده بود، آغاز فعالیت مربوط به تهیه این پیش نویس را نیز موکول به تعریف «تجاوز» کرد. اما این

→ ابرندآبادی (ع) و خزانی (م)، «درآمدی بر پیش نویس قانون بین الملل جزا»، مجله حقوقی، شماره ۱۹، ۱۸-۷۲، ۱۳۷۳، ص ۲۲۹ و بعد.

Doc. A/CN4/425 avec un additif du 15 mars 1991, doc. A/CN4/435/Add. 1, et un rectificatif du 6 mai 1991. Doc. A/CN4/435 et Add. 1, Corr. 1;

19. 3 ème Rapport de Doudou Thiam, A/CN4/387, P. 7.

فعالیت حتی پس از روشن شدن تعریف «تجاوز» دیگر بطور مستقل جریان نیافت. ظاهراً مسأله به تازگی همزمان با هشتمین گزارش آقای دودو تیبام ۱۹۹۰ در برنامه کار کمیسیون قرار گرفته است.

این نکته روشن است که بدون پیشرفت در زمینه حاضر، کوششهای معمول در جهت تدوین قانون (کد) یهوده خواهد ماند. رُرُسل^{۲۰} در دومین اجلاس کمیسیون حقوق بین الملل در ۱۹۵۰، ضمن بحث درباره اصول نورمبرگ، ضرورت این امر را یادآور شده بود:

«اگر نتوان چنین مرجعی را به وجود آورد، از تعریف اصول نورمبرگ چه نتیجه‌ای حاصل خواهد شد (...)? (... در بادی امرای جادیک تشکیلات بین المللی فرصت آن را به دست خواهد داد که روزی یک دیوان واقعی دادگستری بین المللی استقرار یابد که شایستگی رسیدگی به جرایم کلیه مجرمان جنگی را، به هر طرف که وابسته باشد داشته باشد».^{۲۱}

پلا^{۲۲}، حقوقدان معروف، که در زمینه حقوق جزای بین الملل بسیار فعال بوده است نیز در همین جهت فکری حرکت کرده است:

«از یک ربع قرن به این طرف، ما همواره اعلام کردیم که تهیه و تنظیم یک قانون جزای بین المللی و خودداری از ایجاد یک دادگاه صالح برای اعمال آن، به منزله وضع قواعد حقوق بین الملل با این اندیشه است که اعمال آنها تابعی از منابع متغیر سلاحها است و نه تابعی از ارگان و عناصر ثابتی که عبارت است از وجود قبلی و دائم یک مرجع دادگستری بین المللی.»^{۲۳}

20. Georges Scelle.

21. A/CN/SR 43, P. 13.

22. Pella.

۲۳. برای اطلاعات بیشتر راجع به دادگاه کیفری بین المللی و تحولات اخیر آن رک. بیگزاده. (دکترا ابراهیم)، «سازمان ملل متحد و محاکم کیفری بین المللی: تئوری و عمل» مجله تحقیقات حقوقی، شماره ۱۸ (شماره ویژه).م.

Pella, "La codification du droit pénal international". Revue générale de droit international public, paris, t. LVI, 1952, P. 415;

گفتار دوم
حقوق بین الملل موضوعه
در باب مسؤولیت کیفری بین المللی

الف. وضعیت کنونی حقوق موضوعه

۱- اصول حقوق بین الملل پذیرفته شده

در اسناده دادگاه بین المللی نورمبرگ و دادنامه صادره از آن دادگاه ۱۹۵۰

با در نظر گرفتن این امر که قانونی (کُدی) در باره جرایم علیه صلح و امنیت بشری وجود ندارد، چنین به نظر می رسد که محدوده حقوق بین الملل موضوعه عام بر اساس برداشتی شکل می گیرد که توسط کمیسیون حقوق بین الملل در ۱۹۵۰ از اصول نوربرگ به عمل آمده است. این اصول عبارتند از:

اصل اول: هر کس مرتكب عملی گردد که در حقوق بین الملل جرم محسوب می شود از این جهت مسؤول و مستحق مجازات خواهد بود؛

اصل دوم: عدم مجازات هر عملی که در حقوق داخلی جرم نیست اما از نظر حقوق بین الملل جرم محسوب می گردد موجب رفع مسؤولیت، در حقوق بین الملل، از کسی که مرتكب آن عمل شده است نخواهد گردید؛

اصل سوم: این که مبادر عملی که در حقوق بین الملل جرم شناخته شده است، در مقام رئیس کشور یا دولت اقدام کرده باشد، موجب رفع مسؤولیت از وی در حقوق بین الملل نخواهد گردید؛

اصل چهارم: این که مرتكب به دستور دولت متبع خود و یا به امر مقام مافوق اقدام نموده است، چنانچه از لحاظ روانی اختیار انتخاب از وی سلب نشده باشد، موجب رفع مسؤولیت از او در حقوق بین الملل نخواهد گردید.

اصل پنجم: هر کس متهم به ارتکاب جرمی از حقوق بین الملل گردد، حق برخورداری از محکمه منصفانه را خواهد داشت، چه در ارتباط با عمل انتسابی و

چه در رابطه با مقررات حاکم:

اصل ششم: جرایم ذیل بعنوان جرایم حقوق بین الملل قابل مجازات

خواهند بود:

الف) جنایات علیه صلح

- طرح ریزی، تهیه مقدمات، شروع و ادامه یک جنگ تهاجمی یا جنگی که در مقام نقض تعهدات، موافقنامه ها و تضمینات بین المللی آغاز گردد؛
- شرکت در یک طرح هماهنگ شده یا در یک توطئه برای اجرای هریک از آعمال مذکور در بند فوق.

ب) جنایات جنگی

نقض قوانین و عرف جنگ نظیر قتل و خونریزی، بدرفتاری با افراد غیرنظمی مناطق اشغالی یا تبعید آنان برای انجام کارهای اجباری یا برای هر هدف دیگر، قتل زندانیان جنگی یا اشخاص در روی دریا یا سوم رفتار با آنان، کشتن اسرا، غارت اموال عمومی یا دارایی افراد، تخریب تبهکارانه شهرها یا دهکده ها و به طور کلی هرگونه ویرانگری که ضرورتهای آن را توجیه نمی کند.

ج) جنایات علیه بشریت

قتل، نابودی، انقیاد به بردگی، تبعید یا هر عمل غیرانسانی دیگر افراد غیرنظمی و یا شکنجه و آزار آنان تحت انگیزه های سیاسی، نژادی یا مذهبی هنگامی که این اعمال یا آزارها متعاقب یک جنایت جنگی یا جنایت علیه صلح و یا در رابطه با این جرایم واقع شده باشند.

اصل هفتم: معاونت در هریک از جرایم برضد صلح یا جنایات جنگی و یا جرایم علیه بشریت، بشرطی که در اصل ششم از آنها تعریف به عمل آمده است، در حقوق بین الملل جرم محسوب می شود.

به علاوه، به موازات کوششهای مختلف که درجهت تهیه قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری، و تأسیس یک دادگاه کیفری بین المللی بمنظور اعمال آن قانون به عمل آمده است، تعدادی کتوانسیون تصویب شده است که به پاره ای جرایم خاص حقوق بین الملل می پردازد و نحوه و کیفیت ضمانت اجراءها را نیز

پیش بینی می کند. اگرچه ذکر کلیه کنوانسیون های مزبور در اینجا مشکل است، لیکن اهم متنوی را که در قلمرو موضوع مورد بحث از معنای بیشتری برخوردار ند
نقل می کنیم.

۲- کنوانسیون های زنو ۱۲ اوت ۱۹۴۹

و پروتکل های الحاقی ۸ زوون ۱۹۷۷ آن.

یادآور شویم که چهار کنوانسیون زنو، هم زمان، یک مسؤولیت کیفری برای افراد و یک مسؤولیت مدنی برای دولتها پیش بینی می نمایند.

در آنچه مربوط به مسؤولیت کیفری است، صلاحیت جهانی نسبت به تعقیب و مجازات جرایم مهم علیه مقررات آن مورد تأیید قرار گرفته است.^{۱۰} توضیح اینکه هر تجاوزی نسبت به متنوی این کنوانسیون ها «جاییت» محسوب نمی شود، بلکه فقط برخی نقض های شدید مقررات مزبور به عنوان جنایت توصیف گردیده اند. وقتی که جرمی از این قبیل ارتکاب یابد، قاعده «مجازات یا استرداد» اعمال

۲۴. ماده مشترک در چهار کنوانسیون (ماده ۴۹ کنوانسیون اول؛ ماده ۵۰ کنوانسیون ۲؛ ماده ۱۲۹ کنوانسیون ۳ و ماده ۱۴۶ کنوانسیون) مقرر می دارد: «طرفهای کنوانسیون تعهد می نمایند که هرگونه تمییز قانونی لازم را جهت تعیین مجازاتهای مناسب علیه اشخاصی که مرتکب یکی از جرایم مورد بحث در ماده بعدی گردیده یا دستور ارتکاب آن را صادر نموده باشند، به عمل آورند.

هریک از طرفهای کنوانسیون ملزم خواهد بود اشخاصی را که متهم به ارتکاب یکی از این جرایم بوده یا دستور ارتکاب آن را صادر نموده باشند، بدون توجه به ملیت آنان، مورد جستجو قرار داده در دادگاههای کشور خود تحت پیگیری قرار دهد. کشور جستجو کننده همچنین خواهد توانست بنا به شرایط پیش بینی شده در قوانین کشور خود، آنان را به یکی دیگر از اطراف کنوانسیون که مابین به تعقیب متهم باشد جهت محاكمه تحويل دهد، به شرط آنکه این طرف امکانات کافی را برای محاكمه اشخاص مورد بحث دارا باشد.

جرائم شدید در چهار کنوانسیون مورد بحث، در قالب یک ماده مشترک و مشابه از نظر محتوا (ماده ۵۰ کنوانسیون ۱، ماده ۵۱ کنوانسیون ۲، ماده ۱۳۰ کنوانسیون ۳ و ماده ۱۴۷ کنوانسیون^{۱۱}) بدین شرح تعریف شده است: «جرائم شدید مورد اشاره در ماده قبل جرایمی هستند که در نتیجه ارتکاب یکی از اعمال زیر، علیه اشخاص یا اموال مورد حمایت در کنوانسیون، تحقیق یافته باشند: قتل عمدی، شکنجه یا رفتار غیرانسانی از قبیل آزمایشها زیست شناختی، ایجاد عمدی آسیبهای شدید یا خدمات مهمن به تمامیت جسمانی و سلامتی اشخاص، تخریب و تملک اموال، خارج از نیازهای نظامی، در سطح وسیع و بطور نامشروع و خودکامانه».

خواهد شد. در پروتکل های الحاقی نیز همین ترتیب پذیرفته شده است.

۳. کنوانسیون پیشگیری و مجازات جرائم کشتار جمعی (ژنو سید)، ۱۹۵۱

این کنوانسیون در ۱۲ زانویه ۱۹۵۱ لازم الاجرا گردیده است.^{۲۴} در حقیقت مجمع عمومی سازمان ملل متحد از ۱۱ دسامبر ۱۹۴۶ ژنو سید را «جرائم حقوق ملل»^{۲۵} توصیف نموده است (قطعنامه شماره ۱-۹۶). کنوانسیون ۱۹۵۱ نیز همین اندیشه را برگزیده در ماده اول خود اعلام می دارد: «طرفهای کنوانسیون تأیید می نمایند که ژنو سید، اعم از آنکه در زمان صلح یا در زمان جنگ واقع شود، «جرائم حقوق ملل» محسوب می گردد، لذا پیشگیری و مجازات آن را تعهد می نمایند».

در این رابطه می توان به ماده ۲ رجوع نمود که مقرر می دارد: «ژنو سید عبارت است از ارتکاب هریک از اعمال زیر با قصد نابودی مطلق یا نسبی هر گروه ملی، قومی، نژادی یا مذهبی بدین شرح:

(الف) قتل اعضای گروه؛

(ب) صدمه عمدی علیه تمامت جسمانی یا روانی اعضای گروه؛

(ج) انقیاد عمدی ادامه حیات یک گروه به شرایطی که منجر به نابودی جسمانی مطلق یا نسبی آن گروه شود؛

(د) اتخاذ تدابیر خاص بمنظور جلوگیری از توالد در گروه؛

(ه) جایه جا نمودن قهری کودکان یک گروه به گروه دیگر.

۲۵. این کنوانسیون را تعداد زیادی از کشورها پذیرفته و تصویب کرده اند: برای مثال، کشور فرانسه در تاریخ ۱۴ اکتبر ۱۹۵۴ آن را تصویب نموده و کشور عراق در ۲۰ زانویه ۱۹۵۹ به آن ملحق است. بالاخره دولت انگلیس در ۳۰ زانویه ۱۹۷۰ بدان پیوسته و کویت کنوانسیون مورد بحث را تصویب نموده است.

۲۶. امروزه «حقوق بین الملل» جای اصطلاح «حقوق ملل» را گرفته است. البته هرگاه این اصطلاح را به کار برده اند مراد یادآوری مقام بشر در جامعه بین الملل بوده است. بشر در حال حاضر تابع بالواسطه یا منفصل حقوق بین الملل است. م.

بطور خلاصه می‌توان گفت امروزه، در حقوق موضوعه، جرایم حقوق بین‌الملل عبارتند از نقض اصول نورمبرگ، نقض عمدۀ مقررات کنوانسیون ۱۹۴۹ زنو و پروتکل های الحاقی ۱۹۷۷ آن، همچنین نقض مقررات برخی از کنوانسیون‌های بین‌المللی از قبیل کنوانسیون پیشگیری و مجازات جرم کشتار جمعی.^{۲۶}

۴. جرایم در حقوق بین‌الملل و جرایم بین‌الملل

به یک مشکل در اینجا باید اشاره کرد و آن اینکه به موازات تلاش انجام شده برای تعریف یک تعداد جرایم در حقوق بین‌الملل، یعنی جرایمی که مبتنی هستند بر مسؤولیت کیفری بین‌المللی مرتكب (اعم از آنکه به تشکیلات دولتی یا شخص اول و رئیس دولت و یا به تبعه ساده یک دولت نسبت داده شوند)، کوشش‌های دیگری بمنظور تعریف جرایم بین‌المللی قابل انتساب به دولتها به عمل آمده است. این جرایم، با توجه به میزان کنونی پیشرفت کارهای کمیسیون حقوق بین‌الملل، ممکن است نتایجی را در سطح بین‌المللی به وجود آورند که از محدوده الزام به جبران خسارات حاصله، فراتر برود: ماده ۱۹ مشهور پیش‌نویس کنوانسیون مربوط به مسؤولیت دولتها، از جمله جرایم اخیرالذکر، تجاوز،^{۲۷} تعییض نژادی، ژنوسید و صدمه عمدۀ به محیط‌زیست را نام می‌برد. بنابراین مسئله مربوط خواهد شد به تجاوز مهم و جدی علیه صلح، علیه حق ملتها در تعیین سرنوشت خود، علیه حقوق بشر و بالآخره بر ضد محیط‌زیست که میراث مشترک بشریت محسوب می‌شود. مشکل اینجاست که عنوان این دو دسته جرم اغلب مشابه یکدیگر است:^{۲۸} در حالی که دارای نتایج متفاوتی هستند. جرایم بین‌المللی به هر دولتی اجازه می‌دهد مسؤولیت دولتی را که این جرایم به آن نسبت داده می‌شود مطرح کند

27. cf., Nguyen Quoc Dinh et al., *Droit international public*, 1987, p. 573: «علی‌رغم شباهت لفظی موجود، طبیعت جرایم متلب به افراد کاملاً متفاوت از رفتار دولتها است که قابل انطباق با برخی از جرایم بین‌المللی و موجب مسؤولیت دولت ذی‌ربط خواهد شد».

28. می‌توان در اینجا متذکر شد که پروتکل ژنو راجع به حل مسالمت آمیز اختلافات بین‌المللی مورخ ۲ اکتبر ۱۹۲۲، برای اولین بار «تجاوز» را به عنوان یک جرم بین‌المللی توصیف کرده است، ولی این پروتکل مورد تصویب قرار نگرفته است.

و به جریان اندازد. به نظر ما، علی‌رغم عدم صراحت کافی مباحثات و مذاکرات کمیسیون حقوق بین‌الملل در این باره، بایستی مسأله را بیشتر مربوط به مسؤولیت بین‌المللی در قبال همه (*erga omnes*) دانست تا به مسؤولیت کیفری؛^{۱۰} زیرا مسؤولیت از نوع اخیر در حقوق موضوعه کنونی محدود به افراد می‌گردد.

ب. حقوق موضوعه و وقایع خلیج [فارس]

از آنجا که جامعه بین‌المللی سازمان یافته مکانیسمی مشابه با آنچه دادگاههای نورمبرگ و توکیو بعد از جنگ دوم جهانی ملاک کار خود قرار دادند، ابداع و مستقر نکرده است، این سؤال برای ما مطرح است که جرایمی که توسط یک دادگاه بین‌المللی احتمالی قابل مجازات باشند کدامند و آیا علاوه بر وجود یک دادگاه کیفری بین‌المللی، مراجعی دیگر جهت رسیدگی به این نوع جرائم وجود دارند؟

۱- توصیف جرایم

اصول نورمبرگ که در سال ۱۹۵۰ مورد تأیید قرار گرفت سه مقوله بزرگ جرایم علیه صلح، جرایم جنگی و جرایم علیه بشریت را مورد توجه قرار داده است. حال باید دید [در جریان حوادث و وقایع خلیج فارس] چنین جرایمی به وقوع پیوسته اند؟ آیا جنایت علیه صلح اتفاق افتاده است؟ طرح این سؤال یعنی ارائه پاسخ به آن: در این نکته تردید نیست که با تجاوز به کویت، عراق در ارتکاب جرم علیه صلح مقصراست. آیا در خلال این حوادث جنایت جنگی به وقوع پیوسته است؟ این امر محرز است که درگیری (مخاصله) مسلحانه زمینه ارتکاب

۲۹ در این مورد رک:

B. Stern, *Conclusions générales, La responsabilité dans le système international*, Colloque S.F.D.I. 1990, p. 319, et en particulier, p332. pour un avis contraire, voir Pierre - Marie Dupuy, *Action publique et crim international de l'Etat*, A. F. D. I., 1979, p. 539:

« جرم موجب ایجاد مسؤولیت کیفری در حقوق بین‌الملل عمومی می‌شود ».

جنایات جنگی را احتمالاً از ناحیه هر دو طرف فراهم نموده است: چنانکه می‌دانیم غارت اموال عمومی و خصوصی از جمله جنایات جنگی به شمار می‌رود و چنین اعمالی در کویت اتفاق افتاده است. «تخرب و انهدام که ضرورت عملیات نظامی آن را توجیه نمی‌کند» نیز در همین ردیف قرار داده شده است و از این نظر نمی‌توان بمباران سنگین جاده کویت به عراق را بوسیله نیروهای متفق در زمان عقب نشینی ارتض عراق، نادیده گرفت. این سؤال مطرح می‌شود که آیا واقعاً اقدامات نظامی چنین بمباران‌هایی را اقتضا می‌نموده است؟

برای آنکه بتوان جنایات جنگی را که در خلال حوادث خلیج فارس به وقوع پیوسته است به تفصیل برشمرد، باید به بررسی رفتار کلیه عاملین این وقایع پرداخت.

بادآوری کنیم که جرایم جنگی مورد پیش بینی در اصول نورمبرگ در کنوانسیون ژنو نیز تصریح شده است، مخصوصاً کنوانسیون سوم راجع به رفتار با زندانیان جنگی و کنوانسیون چهارم درباره حمایت از غیرنظامیان در زمان جنگ. گذشته از این، اگرچه پروتکل های الحاقی فی نفسه به موضوعات جنگی مربوط نمی‌شوند، مع ذلك برخی از مقررات آنها متضمن قواعدی هستند که در حدّ قواعد عُرفی قابل اجرا شناخته شده اند.

اقدامهای ارتض عراق در کویت از تاریخ دوم اوت ۱۹۹۰ را بطور قطع باشیستی در ردیف جنایات جنگی توصیف نمود (بند ب از ماده ۶ اصول نورمبرگ - ماده ۱۴۰ چهارمین کنوانسیون ژنو - ماده ۷۵ پروتکل اول). آنچه در این میان بخصوص مورد نظر است، کشتار غیرنظامیان یا رفتارهای غیرانسانی با آنان در لحظه حمله به کویت توسط ارتض عراق و نیز عملیات غارت یا تخریب اموال آنان و مسئله گروگانگیری اتباع کشورهای غربی و استفاده از آنان به عنوان سپر محافظت از خود بوسیله این ارتض است.

بدین سان، مسؤولیت عراق به لحاظ ارتکاب جرایم شدید علیه مقررات چهارمین کنوانسیون ژنو مربوط به حمایت از غیرنظامیان و نیز مسؤولیت افرادی که مرتکب این جرایم گردیده یا فرمان ارتکاب آنها را صادر نموده اند در بند ۱۳

قطعنامه ۶۷۰ و قطعنامه ۶۷۴ تصریح گردیده است:

همچنین نحوه رفتار صدام حسین با زندانیان جنگی را می‌توان جنایت جنگی به شمار آورد (بند ب از ماده ۶ اصول نورمبرگ، ماده ۱۳۰ کنوانسیون سوم ژنو، ماده ۷۵ پروتکل اول). از آن جمله است رفتار غیرانسانی با زندانیان جنگی کشورهای متفق، خصوصاً هنگام نمایش تحقیرآمیز آنان در تلویزیون.^{۳۰}

سرانجام وارد نمودن صدمه به محیط‌زیست بویژه آلوده کردن نفتی دریا و مهمتر از آن به آتش کشیدن چاههای نفت بدون تردید جرم بین‌المللی محسوب خواهد شد. سؤالی که در اینجا مطرح می‌گردد این است که عمل اخیر را براساس کدام مبنای حقوقی باید جرم تلقی کرد؟ ماده ۳۵ پروتکل اول که در ماده ۵۵ تکرار گردیده مقرر می‌دارد: «به کار بستن طرق یا وسایل جنگی که معمولاً سبب ایجاد خسارات وسیع، دائمی و شدید نسبت به محیط‌زیست طبیعی می‌گردند منوع است». اما از آنجا که این ماده از جمله اولین گامهایی است که اطمئن وارد آوردن به محیط‌زیست را به عنوان یک جرم در حقوق بین‌الملل مورد توجه قرارداده است، نمی‌توان به آن به عنوان یک قاعده عرفی قابلِ اعمال درباره بحران مورد بحث نگریست. با این حال چنین به نظر می‌رسد که بتوان وارد ساختن صدمه به محیط‌زیست را در این مورد به عنوان یک جرم بین‌المللی توصیف نمود؛ زیرا بدون شک چنین عملی را نمی‌توان از ضروریات و لوازمات جنگ دانست.^{۳۱}

۳۰. اگرچه عراق، طرف پرونکل مورد بحث نیست، لیکن پاره‌ای از مقررات آن را می‌توان در ردیف قواعد عرفی به شمار آورد. در این مورد رک.

Les développements de L. Condorelli dans cet ouvrage, pour un avis contraire voir Eric David, La guerre du Golfe au regard du droit des conflits armés et du droit pénal international, in La guerre du Golfe et le droit international, centre de Droit international, U.I.B 1991, P. 102; ou encore Alain Daems et Olivier paye, La guerre sale, les règles du droit international applicables à la protection de l'environnement, id. p. 115 et not. p. 119. Mais ces auteurs nuancent quelque peu leurs propos en ce qui concerne des dispositions du protocole 1, en particulier les articles 35 et 55.

۳۱. در این مورد رک نوشتار آقای پل فوتو در همین کتاب [که مقاله خانم استرن نیز در آن چاپ شده است].

خدمات واردہ به محیط زیست که در چارچوب جنگ خلیج [فارس] ایجاد گردید، شاید اولین جنایت علیه محیط زیست به شمار آید. بدین مناسبت است که وزرای محیط زیست کشورهای عضو سازمان همکاری و توسعه اقتصادی^{۳۰} و یوگسلاوی رها کردن عدمی مقدار زیادی نفت خام را بوسیله عراق در خلیج [فارس]^{۳۱} که سبب ایجاد سفره سیاه بسیار وسیعی شده بود چنین توصیف نموده اند: «این جنایت علیه محیط زیست، تمام اکوسیستم خلیج [فارس] و نیز تهیه آب آشامیدنی میلیونها سکنه منطقه را تهدید می نماید»^{۳۲}

به همین ترتیب، کلیه اعمال ارتكابی توسط هریک از دو طرف متخاصل را که نمی توانست در حد ضرورت عملیات نظامی قابل توجیه باشد (پرتاب موشک به طرف اسرائیل و یا بمباران عراق پس از بیان خصومت) باید جنایت جنگی توصیف نمود.

اما آخرین نکته قابل ذکر در این مبحث آن است که وقتی حملات آگاهانه و عامدأ بسوی ابیه، آثار و مراکز فرهنگی و هنری که سرمایه معنوی و فرهنگی بشریت را تشکیل می دهد، هدایت شوند این عمل نیز برطبق بند ۴ ماده ۸۶ پروتکل اول ۱۹۷۷ از جمله جرایم شدید به شمار خواهد آمد، مشروط برآنکه این مراکز در فاصله نزدیکی از هدفهای نظامی قرار نگرفته باشند. با فرض آنکه در اینجا مسأله را بتوان به یک قاعده عرفی مربوط دانست، نکته ای که جای بحث در آن باقی خواهد ماند این است که آیا اساساً نقض مفاد این ماده مصدق یافته است؟ علی رغم وجود چنین مکانهایی در عراق نظیر اور و بابل به نظر نمی رسد جرایمی از این نوع به وقوع پیوسته باشد.

بالاخره آیا در جریان حوادث خلیج فارس جنایت علیه بشریت به وقوع پیوسته است؟ با توجه به تعریفی که از جنایت علیه بشریت به عمل آمده است، بطور قطع می توان رفتار صدام حسین را در قبال کردها و شیعیان جنوب عراق با این

3.2. Organisation de Coopération et de Développement Economiques (L' O. C. D. E.)

۳۳. اعلامیه وزیران محیط زیست درباره وضعیت زیست محیطی در خلیج [فارس]^{۳۳}، ۳۰ ژانویه ۱۹۹۱

دسته از جرایم منطبق دانست. این رفتار مجرمانه که موجب صدمات عظیم بر تمامت جسمی و روحی افراد دو گروه قومی و مذهبی یعنی کردها و شیعیان گردیده است یقیناً از مصاديق کنوانسیون پیشگیری و مجازات کشتار جمعی است.

اما آیا مصدقاق چنین جرمی را نمی توان در خود کوتی یافت آنجا که اذیت و آزار فلسطینی ها به عنوان یک گروه که به قصد نابودی مطلق یا نسبی آنان صورت می گرفت، محقق دانست؟

سرانجام باید مسأله معاونت را در تمام این جرایم مورد بررسی قرار داد؛ زیرا اصل هفتم از اصول نورمبرگ اعلام می دارد که معاونت در جرم علیه صلح، در جنایت جنگی و یا در جنایت علیه بشریت خود جرم حقوق بین الملل به شمار خواهد آمد.

در میان اعمالی که معاونت در جرم محسوب می گردد، کلیه عملیات مادی کمک رسانی، همکاری و تهیه وسایل را باید نام برد. "چگونه می توان، از این نظر، ارسال نامعقول ادوات نظامی بیچیده و انبوه به عراق را در طی سالهای متعدد جنگ، توسط کشورهای غربی، بویژه فرانسه، و کشورهای بلوک شرق تحلیل نمود؟

۲. راههای ممکن شکایت

این نکته روشن است که همزمان با اعلام اصول نورمبرگ بوسیله کمیسیون حقوق بین الملل، مسأله تأسیس یک دادگاه کیفری بین المللی برای رسیدگی به موارد نقض این قواعد پیشنهاد شده بود. آیا در فقدان این دادگاه، موارد نقض مقرراتی که مبنای ایجاد جرایم حقوق بین الملل است، محکوم به این خواهند بود که فاقد ضمانت اجرا باقی بمانند؟

چنانچه به گنوانسیونهای زنو و بروتکل های مربوطه که همراه با اصول نورمبرگ منبع اصلی قواعد عمومی را در این موضوع تشکیل می دهند مراجعه نماییم، خواهیم دید که نقض شدید مقررات مزبور، همزمان، مسؤولیت کیفری

34. Voir 8 ème rapport de Doudou Thiam, A/CN4/435.

شخصی زمامداران عراقی و کلیه کسانی را که مرتکب جرایم مورد بحث شده اند (بویژه نیروهای مسلح)، و مسؤولیت مدنی دولت عراق را موجب خواهد شد.

ضمانت اجرای مسؤولیت کیفری این افراد برطبق متن مورد بحث به دولتهای ملی محول شده است، بنحوی که هریک از آنها ملزم است شخصی را که مرتکب یکی از این جنایات گردیده و در دسترس حوزه قضایی آن دولت باشد مجازات یا مسترد نماید. مع ذلک به نظر می‌رسد که این صلاحیت بین المللی در زمینه جنایات جنگی که بوسیله کنوانسیون‌های ژنو و پروتکل‌های الحاقی پیش‌بینی گردیده است، بیشتر یک راه حل نظری باشد، مگر اینکه صدام حسین تصمیم به مسافرت بگیرد!

اما اگر به کنوانسیون ژنو درباره منع کشتار جمعی مراجعه نماییم جنبه کیفری آن به اعتباری قویتر اما به اعتبار دیگر نامساعدتر به نظر می‌رسد. در حقیقت چگونه بزه ژنو سید مجازات می‌شود؟ کنوانسیون در این زمینه راه چندانی را طی نموده است. البته، مسؤولیت مرتکبین این عمل در ماده ۴ پیش‌بینی شده است. چنانکه این ماده تصریح می‌دارد: «مرتكبین ژنو سید اعم از آنکه دولتها یا صاحب منصبان آنها و یا افراد عادی باشند مجازات خواهند گردید». اما در مقام بررسی طرق اجرایی این ماده با محدودیت بسیار مواجه خواهیم بود و غالباً در مسأله مسؤولیت بین المللی مشکل همان ضمانت اجرای قضیه است. ماده ۶ صلاحیت متغیر مراجع قضایی ملی یا دادگاه کیفری بین المللی را پیش‌بینی می‌نماید:

«أشخاص متهم به ارتکاب ژنو سید یا هریک از اعمال پیش‌بینی شده در ماده ۳ به دادگاههای ذیصلاح کشوری که عمل انتسابی در قلمرو آن واقع گردیده، و یا به دادگاه کیفری بین المللی تسليم خواهند گردید. صلاحیت دادگاه اخیر نسبت به طرفهای امضاء کننده کنوانسیون که مرجع قضایی پیش‌بینی شده را نیز به رسمیت بشناسد معتبر خواهد بود.».

بطوری که ملاحظه می‌کنیم این ماده حتی قائل به وجود یک صلاحیت

قضایی بین المللی برای تعقیب و مجازات ژنوسید نبوده، بلکه به همان اصل کلاسیک صلاحیت سرزمینی دادگاههای کیفری، به معنای اخص آن، مراجعت کرده است.

در وضعیت کونی حقوق بین الملل، ارتکاب جرم ژنوسید موجب مسؤولیت مستقیم مرتكب در مقابل دادگاههای کشوری که عمل مجرمانه در قلمرو آن ارتکاب یافته است خواهد شد. چنانچه عمل در حوزه صلاحیت قضایی کشور متبع مرتكب واقع شده باشد، مثلًاً وقتی که ژنوسید تحت نفوذ مستقیم رئیس یک دولت تحقیق یابد نامبرده باستی اصولاً نسبت به جرم ارتکابی در مقابل دادگاههای کشور خود پاسخگو باشد.

مع ذلک با دقت نظر در مندرجات ماده ۹ می‌توان دریافت که نوعی مسؤولیت دولت (کیفری یا غیر آن) در مقابل دیوان بین المللی دادگستری در مورد ژنوسید، بخصوص نسبت به عدم اجرای تکلیف محوله بموجب ماده ۶ مبنی بر مجازات این جرم، قابل تصور است. زیرا ماده ۹ مقرر می‌دارد:

«اختلافات حاصله بین طرفهای امضا کننده در موارد تفسیر، اعمال یا اجرای کتوانسیون حاضر از جمله اختلافات مربوط به مسؤولیت یک دولت در موضوع ژنوسید یا هریک از سایر اعمال مذکور در ماده ۳، بنا به درخواست یکی از طرفین اختلاف در دیوان بین المللی دادگستری مورد رسیدگی قرار خواهد گرفت.»

به عبارت دیگر، در مسأله ژنوسید ممکن است بتوان مسؤولیت دولتی را که از مجازات مرتكب ژنوسید خودداری می‌نماید در مقابل دیوان بین المللی دادگستری مطرح نمود.^{۳۵}

با توجه به اینکه دولت عراق کتوانسیون مورد بحث را تصویب نموده است، از لحاظ نظری مسؤولیت آن دولت به لحاظ خودداری از محاکمه صدام حسین، بوسیله هریک از اعضای امضا کننده کتوانسیون که به این طریق از حقوق خود مبنی بر لزوم احترام به قواعد حقوق بین الملل دفاع خواهد نمود، قابل مطرح است. به

۳۵. پارلمان اروپا در تاریخ ۱۸ آوریل ۱۹۹۱ از دوازده کشور عضو خواسته است که به تعهد خود در مورد لزوم تعقیب کشور عراق در مقابل دیوان بین المللی دادگستری عمل نمایند.

Le Monde 20 avril 1991,

عبارت صحیح تر، حق هریک از اعضای تصویب کننده کنوانسیون خواهد بود که از اصل احترام به اصولی که خود در پیدایش و تصویب آن شرکت داشته است، محافظت نماید.

بالاخره شاید بتوان قائل به وجود یک دادگاه افکار عمومی گردید، نقشی را که دادگاه راسل در موضوع جنگ ویتنام و یا دادگاه دائمی ملتها در موضوع جنگ و اشغال افغانستان بر عهده گرفتند: رسیدگی، در مقابل افکار عمومی جهانی، به جنایاتی که برخی کشورها با استفاده از قواعد حقوق بین الملل مرتکب شده اند.^{۳۶}

۲ مبحث ترهیم خسارات

مسئولیت بین المللی بطور سنتی به عنوان تکلیف جبران خسارات ناشی از عمل نامشروع تحلیل می شده است. ازسوی دیگر، می دانیم که با توسعه همبستگی بین المللی، تکالیفی مبنی بر جبران خسارات به وجود آمده اند که اساسی حقوقی غیر از عمل نامشروع دارند و بدین ترتیب مواردی وجود دارد که در آن ترمیم خسارت‌های ناشی از ارتکاب اعمال مشروع زیانبار مورد قبول واقع شده است؛ لیکن امروزه اصل مسئولیت ناشی از ایجاد خطر [مسئولیت عینی] تعمیم نیافته است؛ این اصل بجز یک دسته قواعد قراردادی که ایجاد کرده است، فقط در حد اصل ترغیب به پرداخت خسارات با حسن نیت نقش ایفا می کند.

۳۶. ناگفته نماند که در ماه اکتبر ۱۹۹۰ گروهی از حقوقدانان عرب پیشنهاد کرده بودند که آقای ژرژ بوش در مقابل چنین دادگاهی به اتهام ارتکاب جنایت علیه بشریت محکمه گردد. رک. روزنامه لیبراسیون ۱۸ اکتبر ۱۹۹۰.

گفتار نخست

**اندیشهٔ مسؤولیت ناشی از
ایجاد خطر [مسئولیت عینی] خاستگاه اقدام بعضی
دولتها در جبران خسارات است.**

الف. مداخلهٔ شورای امنیت و کمیتهٔ ضمانتهای اجرا

تحریری که شورای امنیت در قالب قطعنامه‌های مختلف^{۳۷} برقرار کرده است، بر اوضاع و احوال دولتها دیگر، به تناسب قوت یا ضعف آنها یا فاصله جغرافیایی و یا گستردگی روابط اقتصادی آنها، بصورتهای مختلفی اثر گذاشته است. این وضعیت غیرمنتظره یا خاص وضعیت خلیج [فارس] بوده است؛ زیرا نویسنده‌گان منشور سازمان ملل متحد آن را پیش بینی کرده و به این لحاظ ماده ۵۰ را که مفاد آن به شرح زیر است در فصل هفتم آن درج نموده اند:

«هرگاه شورای امنیت اقداماتی احتیاطی یا قهری بر ضد کشوری معمول دارد، هرکشور دیگر که خود را مواجه با مشکلات اقتصادی خاص ناشی از اجرای آن اقدامات بیابد، اعم از این که عضو ملل متحد باشد یا نه، حق خواهد داشت در مورد حل آن مشکلات با شورای امنیت مشورت نماید».

با توجه به این که تعدادی از دولتها اعلام کردند که مایلند به این ماده استناد کنند، شورای امنیت در قطعنامه ۶۶۹ مورخ ۲۴ سپتامبر ۱۹۹۰ خود کمیتهٔ ضمانتهای اجرا را که در همان آغاز بحران، به موجب قطعنامه ۶۶۱ مورخ ۶ اوت ۱۹۹۰ بمنظور نظارت بر اجرای تحریر، ایجاد شده بود مأمور بررسی تقاضاهای کمک کرد که در چارچوب ماده ۵۰ انشا و مطرح شده بودند.

در بیان سال ۱۹۹۰ بیست و یک دولت، اجرای ماده ۵۰ منشور را تقاضا

۳۷. قطعنامه ۶۶۱ مورخ ۶ اوت ۱۹۹۰ که تحریر را برقرار کرده است، قطعنامه ۶۶۵ مورخ ۲۵ اوت ۱۹۹۰ که تحریر را به معاصره تبدیل کرده است، قطعنامه ۶۷۰ مورخ ۲۵ سپتامبر ۱۹۹۰ که تحریر هوابی را نیز برقرار کرده است.

کرده بودند. سه گروه از کشورها به کمیته ضمانتهای اجرا متول شدند: بعضی کشورهای درحال توسعه، بعضی کشورهای اروپای خاوری و بعضی از کشورهای منطقه خلیج [فارس]. همه این کشورها، علاوه بر مشکلات ناشی از اجرای تحریم، مسائل مهمی که این مشکلات را حل ناشدند می نماید، مطرح کردند.

کشورهای بلوک شرق سابق مسئله فرایندگذار به دموکراسی و اقتصاد بازار را در مورد خود مطرح نمودند.^{۳۸} آن دسته از کشورهای درحال توسعه که به ماده ۵۰ استناد کردند، مشکلات اقتصادی خاص خود را از قبیل برنامه تجدید ساختار اقتصادی (تونس، ۲۱. ۲۲. S)، تلاش‌های معمول برای توسعه که ممکن است متوقف شود (هند، همان، ص ۳۵)، زمین لرزه و قحطی (فیلیپین، همان، صص ۶۱ و ۶۲) را مطرح نمودند.

بالاخره پیامدهای منفی برای کشورهای خلیج [فارس] بطور خاصی محسوس بوده است؛ در ردیف اول، اردن یقیناً بیش از هر کشور دیگری از وقایع آسیب و زیان دیده است؛ به همین جهت کمیته ابتدا مورد این کشور را تحت بررسی قرار داد (سند 21620/S). لبنان نیز با استناد به «شرایط بسیار بی ثبات ناشی از پانزده سال اغتشاش در کشور» به کمیته رجوع کرد (سند ۲۰۲۱. S، ص ۵۵).

ماده ۵۰ در مورد دامنه اختیارات شورای امنیت، زمانی که مورد مشورت دولتهاي عضو قرار می گيرد، روشن نیست. می توان چنین پنداشت، از آنجا که ماده ۵۰ در فصل هفتم واقع شده است، شورای امنیت می تواند در چارچوب اقدام خود برای حفظ صلح، پرداخت (جبران) خسارت به سایر دولتها را به لحاظ خسارات ناشی از یک تحریم یا هر اقدام دیگری که بموجب فصل هفتم اتخاذ شده است، بر دولتها تحمیل کند. همچنین شورای امنیت می تواند تصمیم بگیرد که تأمین هزینه های مربوط به «جبران» خسارت ناشی از اقدام آن شورا به عهده سازمان باشد. این موضوع از یک بند از رأیی که دیوان بین المللی دادگستری در پرونده «بعضی هزینه های ملل متحد» صادر کرده است مستفاد می شود. در این بند آمده است که

۳۸. در این مورد به عنوان مثال رک: به نامه مورخ ۱۹ دسامبر ۱۹۹۰ رئیس کمیته شورای امنیت - که به موجب قطعنامه ۶۶۱ (۱۹۹۰) ایجاد شده است. خطاب به رئیس شورای امنیت در مورد وضعیت عراق و کویت سند ۲۰۲۱. S، ب لغارستان ص ۶، رومانی ص ۳۰، یوگسلاوی، ص ۴۷.

«مشکل یا ناممکن بودن پیش بینی کلیه آثار مالی اقدامهای قهرآمیز برای دولتهاي عضو... در ماده ۵۰ معین شده است ... بنابراین به نظر می رسد که در چنین موردی، شورای امنیت بتواند تصمیم بگیرد دولتی که باید متحمل هزینه های بسیار سنگین شود حق برخورداری از کمکی مالی دارد؛ اگر این کمک مالی را آن طور که پیش بینی می شود، سازمان تأمین کند به وضوح بخشی از «هزینه های سازمان» محسوب خواهد شد». این راه حل در پرونده حاضر انتخاب نشده است. کمیته ضمانتهای اجرا در قالب عبارات زیر که در همه توصیه ها مرتبأ تکرار می شود، فقط از دولتها و نهادهای مالی - به ویژه نهادهای مالی ملل متحد - خواسته است تا به کشورهایی که از بحران بیشتر لطمه دیده اند کمک کنند:

«کمیته شورای امنیت که با قطعنامه ۶۶۱ (۱۹۹۰) برای وضعیت میان عراق و کویت ایجاد شده است، از همه دولتها به فوریت می خواهد تا بالافاصله کمکهای فتی، مالی و مادی خود را به کشور ... ارائه بکنند، تا آثار زیانباری که به علت اعمال ضمانتهای اجرا - بموجب قطعنامه ۶۶۱ (۱۹۹۰) - علیه عراق، بر اقتصاد آن کشور وارد شده است، تخفیف یابد، از مراجع و نهادهای تخصصی صالح ملل متحد، بویژه نهادهای مالی و بانک های منطقه ای توسعه دعوت می کند تا در برنامه کمک های خود به کشور ... به منظور تقلیل مشکلات اقتصادی این کشور که به سبب اعمال ضمانت اجراهای متدرج در قطعنامه ۶۶۱ (۱۹۹۰) شورای امنیت علیه عراق با آن روپرداز است، تجدیدنظر کنند».

ب. اقدام دولتها و سازمانهای بین المللی

دولتها و سازمانهای بین المللی، برای اشتغال به این وضعیت، منتظر صدور این توصیه ها نشده بودند. برای مثال کشورهای عضو شورای اتحادیه اروپایی باختり، با بررسی اقدام شورای امنیت، دریک بیانیه اعلام کردند: «کشورهایی که از آثار اقتصادی این اقدام متضرر می شوند مستحق برخورداری از همیستگی آنها هستند».

در اعلامیه ای که اعضای اتحادیه در ۷ سپتامبر ۱۹۹۰ در رم صادر کردند. تأکید شده است که به کشورهای عرب و کشورهای قربانی این تحریم کمک نیز خواهند کرد.

صندوق بین المللی پول و بانک جهانی سریعاً به تزدیکترین کشورها به عراق - بویژه به اردن، مصر و ترکیه - اطمینان و تضمین دادند.

بالاخره، وزیران اقتصاد و دارایی کشورهای گروه هفت [کشورهای بزرگ صنعتی جهان] که در ۲۲ سپتامبر ۱۹۹۰ در واشینگتن گرد هم آمدند، بر همبستگی خود با آن دسته از کشورهای درحال توسعه که بیشتر از بقیه از بحران لطمه دیده اند، تأکید کردند؛ و سه روز بعد، یعنی ۲۵ سپتامبر، رئیس جمهور امریکا، ایجاد گروه مالی هماهنگی برای بحران خلیج [فارس] را بمنظور امداد رسانی به کشورهایی که بیشتر از سایرین از تحریم صدمه دیده اند، اعلام کرد. این کمیته کمتر از دو ماه پس از تأسیس آن، به ریاست نیکلا برادی "در رُم تشکیل جلسه داد و تصمیم گرفت یک کمک سیزده میلیارد دلاری به کشورهایی که مستقیماً بیشتر از بقیه از تحریم خسارت دیده اند، یعنی عمدتاً اردن، مصر و ترکیه، اعطای کند. باید متذکر شد که ایالات متحده آمریکا در این کمک شرکت نکرد؛ بی تردید به این جهت که معتقد بود عملیات پشتیبانی آن کشور در چارچوب اقدامات نظامی « توفان صحرا » کافی است. کشورهای خلیج [فارس] مراتب حداکثر همبستگی خود را با اعطای مبلغ $\frac{4}{8}$ میلیارد دلار نشان دادند؛ بازار مشترک اروپا مبلغ $\frac{2}{2}$ میلیارد، ژاپن ۲ میلیارد دلار و یک گروه از سایر کشورها (استرالیا، اتریش، کانادا، گُره، فنلاند، ایسلند، نروژ، سوئیس) بیش از سیصد میلیون دلار پرداخت کردند."

تقلیل بدھیهای مصر به دولتهای طلبکار عضو کلوب پاریس به نصف، ایالات متحده آمریکا (به میزان هفت میلیارد دلار) و به کشورهای عضو شورای خلیج [فارس] (به میزان هفت میلیارد دلار) را نیز می توان به جنبش همبستگی در مقابل تحریم مربوط دانست. همچنین این تقلیل بدھی را می توان ناشی از واقع یینی سیاسی" و به عنوان هدیه ای به دولت مصر برای قدردانی از مواضعش در بحران خلیج [فارس] قلمداد نمود.

39. Nicholas Brady.

۴۰. روزنامه لوموند، پاریس، ۷ نوامبر ۱۹۹۰.

41. Real Politik

اساس آنچه را که می‌توان «مسئولیت-همبستگی» نامید، در درخواستی مشورتی که رومانی در اجرای ماده ۵۰ مطرح کرد، صریحاً بیان شده است: «از آنجاکه رومانی از خود، همبستگی نشان داده است و از آثار اقتصادی و مالی مستقیم ناشی از اعمال ضمانتهای اجرا خسارت دیده و هنوز خسارت می‌بیند، مشروعاً محق است که از جامعه بین‌المللی تقاضای جبران عادلانه زیانهای متحمله را بنماید» (سند S/ 22021).

بدین ترتیب، امر محقق کردن امنیت جمعی منجر به ایجاد احساس مسئولیت جمعی، احساس قبل «بهای» این امر و نوعی همبستگی بین‌المللی می‌شود که مستلزم سرشکن کردن مساوی هزینه‌هایی است که، به لحاظ شرکت در اقدامهای شورای امنیت، به دولتهای مختلف تحمیل می‌گردد.

باید متذکر شد که این همبستگی مبتنی بر اندیشه مسئولیت ناشی از ایجاد خطر (مسئولیت عینی) که در سطح بین‌المللی به اجرا گذاشته شده است، در سطح داخلی نیز در نظامهای مختلف حقوقی ملی متجلى شده است. بدون اینکه در اینجا به بررسی تفصیلی تدابیری که اتخاذ شده است پردازیم، متذکر می‌شویم که برای مثال در فرانسه آن دسته از مؤسساتی که ادامه حیات آنها، به لحاظ قطع روابط تجاریشان با عراق به دنبال تحریم، به مخاطره افتاده بود، از مهلتی برای پرداخت مالیات و سهم خود برای هزینه‌های اجتماعی (بیمه اجتماعی، بیکاری، بازنشستگی، ...) و نیز از تدابیر ارفاقی منطبق با هر مورد خاص بهره‌مند شدند.

گفتار دوم

ترمیم خسارات، مبتنی است بر اندیشه مسئولیت ناشی از ارتکاب عمل نامشروع

مسئولیت بین‌المللی مبتنی بر وجود آعمال نامشروع، تکلیف به جبران خسارات ناشی از این اعمال را ایجاد می‌کند؛ این یک قاعده عرفی اساسی در

حقوق بین الملل است که معاهدات متعددی آن را تأیید کرده است؛ فقط متذکر شویم که هم حقوق لاهه و هم حقوق ژنو، "تکلیف مبنی بر ترمیم خسارات ناشی از نقض مقررات خود را پیش بینی کرده اند. حقوق لاهه تنها تکلیف جبران خسارت را پیش بینی می کند، حال آنکه حقوق ژنو توأمًا برای دولت مسؤولیت کیفری فردی و تکلیف ترمیم ایجاد می نماید؛ اندیشه اصلی این است که حتی اگر بعضی افراد، عاملان یا شهروندان یک کشور به اتهام ارتکاب یک جرم شدید علیه معاهدات ژنو از نظر کیفری تحت تعقیب باشند، مسؤولیت دولت متبع آنان، در ارتباط با خسارات ایجاد شده، زایل نمی شود و احتمالاً مکلف به پرداخت غرامت است.

بنابراین مسؤولیت بین المللی، در این تعبیر، مستلزم آن است که کلیه خساراتی که مستقیماً از آعمالِ کشور مغلوب و احتمالاً از کشورهای فاتح ناشی می شود و از نظر بین المللی نامشروع است، جبران شود. این برداشت در چارچوب حقوق بین الملل پذیرفته شده است، لیکن در قالب روابط محض مبتنی بر قدرت و زور قبل تصور نیست. باید متذکر شد که چون نمی توان عملیات نیروهای متفق را به عنوان یک اقدام سازمان ملل متحد تحلیل کرد، بنابراین مسؤولیت این سازمان در هیچ حالتی مطرح نمی شود، بلکه جبران خسارات ناشی از عملیات به عهده

۴۲. مسؤولیت مدنی دولتها به لحاظ نقض کتوانسیون^۴ لاهه در ماده ۳ این کتوانسیون پیش بینی شده است: «طرف متخاصلی که مقررات مربوط کتوانسیون را نقض کند، در صورت ورود خسارت، مکلف به پرداخت غرامت است. طرف متخاصل، مسؤول اعمال ارتکابی اشخاصی که جزء نیروهای مسلح آن می باشدند نیز خواهد بود».

مسؤولیت مدنی دولتها در چهار کتوانسیون ژنو، در ماده مربوط به مسؤولیت طرفهای قرارداد پیش بینی شده است: این ماده مقرر می دارد که: هیچ طرف قراردادی (متعاهدی) نمی تواند خود یا یک طرف دیگر قرارداد را از مسؤولیت های ناشی از ارتکاب جرایم پیش بینی شده در ماده قبل معاف کند». (ماده مشترک در چهار کتوانسیون؛ ماده ۵۱ در کتوانسیون^۱؛ ماده ۵۲ در کتوانسیون^۲؛ ماده ۱۳۱ در کتوانسیون^۳؛ ماده ۱۴۸ در کتوانسیون^۴).

پرتوکل های ۱۹۷۷، دوباره مسؤولیت هر دولت را به لحاظ نقض مقررات کتوانسیون ها یا پرونکل ها تأیید می کند: پرونکل ۱، ماده ۹۱ - مسؤولیت طرف متخاصلی که مقررات کتوانسیون ها یا مقررات این پرونکل را نقض کند، در صورت ورود خسارت، مکلف به پرداخت غرامت خواهد بود. این طرف، مسؤول هر عمل ارتکابی اشخاصی است که جزء نیروهای مسلح آن هستند».

کشورهای مختلفی است که این خسارات قابل انتساب به آنها باشد.”

الف. سوابق

در واقع دو مسأله باید از هم تفکیک شود: یکی ترمیم کلی خسارات بوسیله کشور متجاوز است که ممنوعیت اصل بین المللی عدم توسل به زور را زیر پا گذاشته است، و دیگری ترمیمهای پذیرفته شده برای خسارت‌های مشخص ناشی از اعمال ارتکابی در زمان جنگ یا غیر آن است که از نظر بین المللی نامشروع می‌باشد، و بوسیله مکانیسمهای مختلف تعیین شده است. به نظر می‌رسد مکانیسمی که اکنون در چارچوب سازمان ملل متعدد به جریان اندخته شده است، ترکیبی از این دو جنبه باشد.

۱- «ترمیم، به معنای واقعی

اندیشه ترمیم کلی که یک کشور متجاوز (و مغلوب) باید متقبل شود نسبتاً جدید است. البته، در طول تاریخ کشورهای فاتح مقداری غنیمت جنگی از کشورهای مغلوب به دست می‌آوردن، و از سده هیجدهم اغلب معاهدات صلح حاوی شرطی بوده‌اند که بنابر آنها آن پرداخت غرامت جنگی بوسیله کشور مغلوب به کشور فاتح پیش‌بینی می‌شده است؛ لیکن همان طور که استاد شارل روسو متذکر می‌شود، «این شرط مبتنی بر اندیشه مسؤولیت ناشی از آغاز یک جنگ ناعادلانه نیست، بلکه صرفاً توان شکست محسوب می‌شود». ^{۴۳} اندیشه ترمیم آن‌طور که امروزه به آن عمل می‌شود متفاوت است و بربایه اعمال مسؤولیت بین المللی استوار است، حتی اگر این مسؤولیت در عمل بطور یکسانی بر مغلوب و فاتح

۴۳ در این مورد رک:

Klein (Pierre), *Statut et responsabilité des forces coalisées*, in *La guerre du golfe et le droit international*, centre de droit international, U.L.B., P. 79 et P. 86.

44. *Le droit des conflits armés*, Paris, pédone, 1983, p. 205.

سنگینی نکند.^{۴۰} پیدایش این اندیشه در واقع مصادف است با غیرقانونی اعلام شدن جنگ و بنا بر این در مدة بیست محقق شده است.

سابقه‌ای که عموماً به آن استناد می‌شود، «ترمیمهایی» است که پس از جنگ اول جهانی به آلمان تحمیل شد: بدین سان بود که کنفرانس صلح پاریس در ۱۹۲۱ مبلغ خسارت‌های را که آلمان می‌بایست جبران کند ۲۶۹ میلیارد مارک طلا تعیین کرد. اما می‌دانیم که در مقابل مشکلاتی که آلمان با آن مواجه بود، این مبلغ چندین بار تقلیل داده شد و بالاخره به ده تا بیست درصد مبلغی که ابتدائاً به عنوان «ترمیم» خسارات تعیین شده بود رسید.

مع ذلک، از نظر حقوقی محض، این «ترمیمهایی» بیشتر حق قدیمی فاتح را منعکس می‌کند تا اعمال قواعد و مقررات بین‌المللی مربوط به حق توسل به جنگ را؛ زیرا جنگ تنها بوسیله معاهده بریان-کلوگ در ۱۹۲۸ از نظر بین‌المللی غیرقانونی اعلام شد. در این مفهوم، جبران و ترمیم خسارات عملاً یک ضمانت اجرای حقیقی است. این سابقه در ۱۹۴۵، به لحاظ عدم امضای یک عهدنامه صلح، در قبال آلمان تکرار نشد.

۲- ترمیم خسارات

جنگ و سایر وضعیت‌های خصوصت آمیز نیز، مانند انقلابها، ملی کردن‌های وسیع، تنشهای میان ایران-امریکا ناشی از گروگانگیری در سفارت امریکا در تهران، ممکن است خسارت‌هایی ایجاد کنند که اشخاص-حقیقی یا حقوقی- یا دولتها آثار آن را متحمل بشوند.

انواع مکانیسمهای ممکن برای حل اختلاف مربوط به ترمیم این نوع خسارت‌ها پیش‌بینی شده است. به نظر ما می‌توان این مکانیسمها را در دو دسته

۴۵. همان طور که آقای پل تاورنیه در یکی از در سهای خود در دوره آموزشی تابستان ۱۹۸۹ در مؤسسه حقوق بین‌الملل تسلوینیک [بونان] در باره «مسئل مربوط به مسؤولیت بین‌المللی و جنگ خلیج [فارس]» - مراد جنگ ایران و عراق است - متذکر می‌گردد: «تجربه مخاصمات قبلی، از جمله جنگ دوم جهانی، تشان می‌دهد که مسؤولیت طرف مغلوب، که غالباً متجاوز توصیف می‌شود، به طور قاطع مطرح می‌شود حال آن که طرف فاتح برای مسؤولیت خود همواره عنزهایی را مطرح می‌کند».

عمده طبقه بندی کرد:

مکانیسم اول، براساس توافق میان دولتها، بمنظور حل و فصل اختلافاتشان ایجاد می شود؛ خواه بدین جهت که دارای حقوق خاصی هستند و می خواهند در این قالب مطرح کنند، خواه بدین لحاظ که ادعاهای اتباع خود را به عهده گرفته و می خواهند در چارچوب این مکانیسم به آنها رسیدگی کنند.

مکانیسم دوم، برایه توافق میان دولتها ایجاد می شود تا در چارچوب آن از یک سو، اختلافات موجود بین آنها مربوط به حقوق خاصشان و از سوی دیگر، اختلافهای بین یکی از آنها و اتباع دولت دیگر، که دسترسی مستقیم به این مکانیسم دارند، حل و فصل گردد.

۲۰- مرجع (ارگان) داوری خاص دولتها

کمیسیون های مختلطی که بین مکزیک از یک سو، و فرانسه، انگلستان، ایالات متحده امریکا و آلمان از سوی دیگر، ایجاد شد، با هدف جبران خساراتی که مکزیک مسؤولیت آن را بعد از انقلابهای ۱۹۱۰ و ۱۹۲۰ متحمل شد، در این دسته قرار می گیرد.

بعد از جنگ اول جهانی، موافقتنامه هایی از این نوع بین ایالات متحده امریکا و آلمان از یک سو، و ایالات متحده امریکا و اتریش و مجارستان از سوی دیگر (موافقتنامه ۲۶ نوامبر ۱۹۲۴) بمنظور تشکیل کمیسیون هایی به امضا رسید که مأموریت آنها رسیدگی به ادعاهای و شکایاتی بود که

۴۶. گروه (دسته) سوم که جنبه فرعی دارد، از مکانیسمی تشکیل شده است که در قالب توافق بین دولتها، بمنظور حل و فصل اختلافات بین یکی از کشورها و اتباع کشور دیگر پیش یافته است، لیکن برای به اجرا گذاشتن آن از مشارکت افراد استفاده می شود. به عنوان مثال: معاهده سن ژرمن و تری آتون برای حل و فصل اختلافات ناشی از بهره برداری از راه آهن؛ موافقتنامه فرانسه - الجزایر (۱۹۶۵) برای حل و فصل اختلافات بین دولت الجزایر و شرکت های نفتی فرانسوی؛ موافقتنامه فرانسه، انگلستان، ایتالیا و یونان (۲۴ فوریه ۱۹۲۳) راجع به خسارات قابل انتساب به نیروهای مسلح و ادارات دولتی یونان، غیر از خسارت های ناشی از خود جنگ و اقدام های مربوط به آن دادگاه های داوری مختلط فرانسه - یونان، انگلستان - یونان و ایتالیا - یونان در چارچوب و به موجب همین موافقتنامه ایجاد شدند.

دولت امریکا به نام آن گروه از شهروندان خود که در جریان جنگ متحمل خسارات قابل انتساب به آلمان، اتریش یا مجارستان شده بودند، اقامه می کرد.

پس از جنگ دوم جهانی، این الگو (نمونه- مدل) مورد استفاده کمیسیونهای سازش و مصالحه ای که عهدنامه صلح ۱۹۴۷ با ایتالیا ایجاد کرده بود - که علی رغم عنوانشان مراجعت داوری بودند - قرار گرفت. بنابراین صلاحیت کمیسیونهای مصالحه بین ایالات متحده امریکا و ایتالیا یا بین فرانسه و ایتالیا محدود به دولتهایی می شد که مسؤولیت دعاوی شهروندان خود را به عهده می گرفتند. همین الگو، به عنوان مثال، برای کمیسیون مختلطی که بموجب عهدنامه ۲۱ نوامبر ۱۹۵۶ بین ایالات متحده امریکا و اتریش ایجاد گردید، به کار گرفته شد.

۲۰۲- مرجع داوری خاص دولتها و افراد

«این دادگاهها بمنظور دستیابی به حل و فصل دعاوی متعددی از نوع معین تشکیل شد که در آنها مسؤولیت یکی از دولتهای متعاهد مطرح بود؛ می توان گفت به نوعی سایر قدرتهای متعاهد، کلیه دعاوی را که جزء دسته های، از نظر قراردادی، معین قرار گرفته بودند، کلاً به عهده گرفتند؛ زیرا سهولت و سادگی تشریفات رسیدگی ایجاب می کرد که به اشخاص خصوصی اجازه داده شود تا دعاویشان را خود مطرح و تعقیب کنند».^{۴۷}

بدین سان، تقبل کلی ادعاهای به وسیله دولتهای متعاهد، بعد از جنگ اول جهانی، به قربانیان خسارات ناشی از عملیات جنگی و تصفیه حسابهایی که دولتهای نوبای پس از جنگ تصویب کرده بودند و بالاخره به قربانیان خسارات ناشی از قطع قراردادهای موجود میان اتباع کشورهای مختصرا، اجازه داد تا در مقابل دادگاههای داوری مختلط متعددی که در چارچوب عهدنامه ورسای (مواد ۳۰۴-۳۰۵)، سن زِمن (ماده ۲۵۶)، نوبی (ماده ۱۸۸)، لوزان (ماده ۹۲) ایجاد شده بود، به غرامت خود دست یابند. همین سیستم - اگرچه پیچیده تر - در موافقنامه های

47. Dehaussy(I), Repertoire Dalloz, Droit international, rubrique "Arbitrage", Droit international public, n 123.

متعقده در ۱۹۵۳ با آلمان در باره بدھیهای خارجی نیز پیش بینی شده بود که موجب آن، طلبکاران به کمیسیونهای مختلف دسترسی داشتند.

کمیسیون داوری در باره اموال، حقوق و منافع که به موجب کتوانسیون حل و فصل مسائل مربوط به جنگ و اشغال^{۴۸} ایجاد شد نیز برای دریافت مستقیم و رسیدگی به ادعاهای اشخاص حقیقی یا حقوقی قربانی خسارات مفتوح بود. و بالاخره همین الگو برای دادگاه اختلافات ایران و امریکا نیز مورد استفاده قرار گرفت.

ب. ترمیم خسارات در قطعنامه ۶۸۷

قطعنامه ۶۸۷، در کل، موضوع ترمیم خسارات و ضمانت اجرا را مطرح می کند، لیکن بندهای ۱۵ تا ۱۹ آن، تکلیف مسأله «ترمیم» به معنای فنی کلمه را روشن می کند.

ذکر متن آن قسمت از مفاد قطعنامه ۶۸۷ که مربوط به ترمیم خسارات ناشی از بحران و «جنگ» خلیج [فارس] است، در اینجا بی فایده به نظر نمی رسد:

«شورای امنیت

۱۰. از دبیرکل می خواهد تا گزارشی در باره تدبیر اتخاذی، بمنظور تسهیل اعاده کلیه اموال کویتی ها که عراق آنها را خبیط کرده است، همراه با سیاهه ای از کلیه اموالی که هنوز به کویت اعاده نشده است یا به حالت اولیه به این کشور تحويل نشده است به شورای امنیت ارائه دهد؛

۱۶. دوباره تأیید می کند که عراق، بدون چشم پوشی از مسأله بدھیها و تعهدات این کشور، قبل از ۱۲ اوت ۱۹۹۰ که از طرق عادی حل و فصل خواهد شد، بموجب حقوق بین الملل مسؤول کلیه زیانها، خسارات (از جمله صدمات به محیط زیست و استفاده عمدی بی رویه منابع طبیعی) و نیز ضررها یی است که دولتهای دیگر و اشخاص حقیقی و شرکتهای خارجی متحمل شده اند و مستقیماً قابل انتساب به هجوم و اشغال نامشروع کویت بوسیله عراق است؛

۴۸. این کتوانسیون در ۲۶ مه ۱۹۵۲ در بن به امضاء رسید و بوسیله پروتکل ۲۳ اکتبر ۱۹۵۴ اصلاح شد (ماده ۷ فصل ۵ و ماده ۱۲ فصل ۱۰).

۱۷. تصمیم می‌گیرد که اعلامیه‌های عراق از ۲ اوت ۱۹۹۰ در باره بدھی خارجیش باطل و هیچ اثری بر آنها مترتب نیست و از دولت عراق می‌خواهد تا به دقت کلیه تعهدات خود را بابت خدمات و بازپرداخت بدھی خارجیش انجام دهد؛

۱۸. همچنین تصمیم می‌گیرد یک صندوق جبران خسارات، موضوع بند ۱۶، ایجاد کند و کمیسیونی را که مأمور اداره این صندوق باشد نیز تشکیل دهد؛

۱۹. دبیرکل را مأمور می‌کند که سی روز پس از تصویب قطعنامه حاضر، توصیه‌هایی در باره طرز کار صندوق جبران خسارت تهیه، تنظیم و برای تصمیم‌گیری به آن (شورای امنیت) تسلیم کند.

۱. دامنه و نحوه ترمیم خسارات

۱.۱. استرداد [اموال] و جبران خسارت

به نظر می‌رسد که شورای امنیت استرداد کامل اموال را تنها در مورد اموال کویتی‌ها پیش‌بینی می‌کند. برای آن دسته از زیانها و خساراتی که مشمول استرداد کامل نمی‌شوند و نیز برای کلیه ضررها که کشورها و اشخاص حقیقی و شرکتهای خارجی متحمل شده‌اند، اصل تکلیف جبران آنها بوسیله عراق است، مشروط براین که این خسارات مختلف مستقیماً قابل انتساب به حمله و اشغال غیرقانونی کویت بوسیله عراق باشد (بند ۱۶ قطعنامه ۶۸۷).

۱.۲. قلمرو ترمیم

تکلیف ترمیم برای عراق بسیار گسترده است؛ زیرا بندھای مربوط در قطعنامه ۶۸۷ به شیوه ای کاملاً جامع انشاء و بیان شده است: کلیه ضررها، کلیه خسارات، کلیه زیانها...؛ علاوه براین بیان عام، دو نوع خسارت صراحتاً قید شده است: یکی صدمه به محیط‌زیست و دیگری هدر دادن منابع طبیعی. شورای امنیت بی‌تر دید، از آن جهت که این دو نوع خسارت معمولاً در نظر گرفته نمی‌شود، آنها را با عنوان نام برد و پیش‌بینی کرده است. رعایت مقررات مربوط به محیط‌زیست، حتی اگر در سلسله مراتب قواعد بین‌المللی در سطح بالایی قرار گرفته باشد، قاعده و هنجار بین‌المللی نسبتاً جدیدی است: از سوی دیگر، تکلیف احترام به منابع طبیعی،

اگرچه بی تردید بر اصل حاکمیت دائمی براین منابع استوار است، به ندرت، و حتّی هرگز، منجر به جبران خسارت نشده است.

دو مسأله در مورد دامنه موارد جبران خسارت در اینجا مطرح می شود: یکی جبران احتمالی عدم النفع و دیگری مستثنی کردن خسارت غیرمستقیم است.

۱۰۲۱. خسارات مسلم و عدم النفع

نخستین مسأله این است که آیا فقط خسارات مسلم و قطعی در نظر گرفته خواهد شد یا اینکه عراق بابت عدم النفع نیز مسؤول تلقی خواهد گردید. این موضوع صرفاً یک موضوع نظری نیست، کاربرد همزمان دو اصطلاح «کلیه زیانها» و «کلیه خسارات» در قطعنامه ۶۸۷ این موضوع را مطرح کرده است. همچنین متذکر شویم که بلغارستان در یادداشتی که به کمیته ضمانتهای اجرا تسلیم کرده است، به زیانهای مربوط به قراردادها و بازارهایی که جامه عمل به خود نپوشانده و به سودهای محقق نشده اشاره نموده است (سنده ۲۲۰۲۱، ص ۱۱). در این موارد، خساراتی وجود دارد که دولتها بی تردید در مقام جبران آنها بوسیله عراق خواهند بود.

۱۰۲۲. خسارات مستقیم

مسأله دوم که در عین حال پیچیده ترین مسأله نیز هست، تعیین میزان خساراتی است که مستقیماً قابل انتساب به عراق است. نخستین پُرسشی که می توان در اینجا مطرح کرد این است: درجه و میزان اهمیت اصطلاح به کار برده شده در قطعنامه ۶۸۷ که ظاهراً دامنه بسیار وسیعی را برای مسؤولیت عراق پیش بینی می کند چیست؟، زیرا در این قطعنامه خساراتی که مستقیماً به لحاظ حمله به کویت و اشغال آن قابل انتساب به عراق باشد، مطرح نیست، بلکه زیانهای مستقیماً قابل انتساب به این تهاجم و اشغال مدنظر است. حال مسأله این است که دامنه و گستره احتمالی سیاق این عبارت چیست؟
بخشی از خساراتی که باید جبران شود، از خصوصیت مسلحانه ناشی

شده است، لیکن سایر خسارات در زمان قبل از آغاز جنگ به وجود آمده است. امکان دارد که خرابیهای جنگ سبب فراموشی مرحله قبل از ۱۵ ژانویه ۱۹۹۱ شده باشد، لیکن شایسته است که حقوقدانان آن را به یاد آورند.

کمیته رؤسای اتحادیه اروپای غربی در ۲۰ سپتامبر ۱۹۹۰ از شورا تقاضا کرد تا برای تحقیق امر «ترمیم زیانهای واردہ به شهروندان خارجی که برخلاف میل خود در عراق نگاه داشته شده بودند و نیز جبران زیانهای واردہ به نمایندگیهای دیپلماتیک در کویت» از هیچ تلاشی فروگذاری نکند (قطعنامه ۴۸۹).

مسلمان خسارات ناشی از واکنشهای سایر کشورها مستقیماً قابل انتساب به عراق نیست: اول واکنشی که مستلزم کاربرد زور نیست، و سپس واکنش نظامی متفقین. به عبارت دیگر، خساراتی که قبل از جنگ، عراق به گروگانها و نمایندگیهای دیپلماتیک و نیز، به دنبال حمله به کویت، به اشخاص و اموال وارد کرده است باید جبران شود؛ همچنین خسارت‌هایی که در طول «جنگ»، نیروهای نظامی صدام حسین، موسکهای پرتاپ شده به عربستان سعودی و اسرائیل و آتش زدن چاههای نفت و آلودگی محیط‌زیست بوجود آورده اند باید ترمیم شود. خسارت‌هایی که از تحریم یا بمبارانهای متفقین ناشی شده باشد، جزء این نوع خسارات محسوب نمی‌شود.

۲. مکانیسم عملی ساختن مسؤولیت عراق

۲-۱. صندوق جبران و ترمیم خسارات [پرداخت غرامت]

قطعنامه ۶۸۷ ایجاد یک صندوق رفع خسارت و یک کمیسیون مسؤول اداره این صندوق را، بمنظور تضمین پرداخت غرامتهای لازم برای جبران خسارت‌های قابل انتساب به عراق، پیش‌بینی کرده است. شورای امنیت، همچنین از دیرکل سازمان

۴۹. برای اطلاعات بیشتر در مورد این صندوق رک: کزاری (دکتر مجتبی)، کمیسیون غرامت سازمان ملل متحد، مجله حقوقی، شماره ۱۷-۱۶-۷۲-۱۳۷۱، ص ۱۰۵ و بعد. و همچنین رک به:

The united Nations Compensation Commission, Richard B,Lillich, Transnational Publishers, Inc, 1995,New York .م

ممل متحدد خواست تا ظرف مدت سی روز پس از تصویب قطعنامه، توصیه هایی در مورد طرز کار این کمیسیون به آن شورا تسلیم کند.

این توصیه ها طی گزارش ۲ مه ۱۹۹۱ دبیرکل که ظاهراً شامل خطوط بی نهایت مبتکرانه ای برای حل و فصل مسأله جبران خسارات بوسیله عراق است، به شورای امنیت تسلیم شد (سند S/۲۲۵۵۹).

ابتدا یک صندوق پرداخت غرامت، در قالب یک حساب ویژه سازمان ممل متحدد تحت عنوان «صندوق جبران خسارات ممل متحدد» که از آن برای پرداخت غرامتها و خسارات استفاده خواهد شد، ایجاد گردید.^۰ بدیهی است که عراق، به عنوان مسؤول خسارات، باید بودجه این صندوق را تأمین کند، لیکن همان طور که گزارش دبیرکل تأکید می کند «ترتبیاتی که باید برای تضمین پرداخت سهمیه ها به صندوق اتخاذ شود، یکی از دشوارترین و فنی ترین تکالیف است» (سند قبلی، بند ۱۴، ص ۵). این تکلیف به کمیسیون مسؤول اداره این صندوق که در صفحات بعد راجع به آن بحث خواهیم کرد، محول شده است. گزارش دبیرکل صرفاً یک چارچوب کلی که در قالب آن، کمیسیون باید انتخابهای خود را به عمل آورد و اقداماتی اتخاذ کند، به دست می دهد.

ابتدا راه حل معمول برای تأمین بودجه صندوق تضمین پرداخت آن میزان از خساراتی که دادگاه اختلافات ایران و امریکا به نفع شهروندان امریکایی تعیین می کند، کنار گذاشته شد.^۱ دبیرکل در گزارش خود تأکید می کند که «شورای

۵۰. کاربرد ترجیحی واژه جبران خسارت (Compensation) بجای واژه پرداخت غرامت (Indemnisation) چنین القا می کند که ممکن است ترمیم جبران خسارات نام و کامل نباشد. دبیرکل از این موضوع آگاه بوده است، زیرا در گزارش خود چنین می نویسد «هیئت مدیره باید رهنمودهای دیگری در مورد پرداخت مبالغ مربوط به ادعاهای تنظیم و تدوین کند؛ برای مثال باید تعیین کند که آیا مبالغ ادعاهای این مورد اتفاقاً پرداخت شود یا بتا بر درصد معینی در مورد حالت اخیر، آن بخش از این مبالغ پرداخت نشده، به عنوان تعهدات باقی خواهد ماند» (سند S/۲۲۵۵۹، ص ۱۰، فصل ۲۸).

۵۱. نصف دارایی های توقيفي که بدنبال موافقتنامه ۱۹ زانویه ۱۹۹۱ در حساب امامت واریز شده است باید در یک حساب تضمینی که بهره به آن تعلق می گیرد واریز شود تا آن میزان که موجودی این حساب به یک میلیارد دلار برسد. پس از تأمین این موجودی، دارایی های توقيفي باقیمانده در



امنیت» داراییهای مسدود شده «عراق را که در اختیار کشورهای ثالث است برای تأمین موجودی صندوق در نظر نگرفته است» (سند قبلی، بند ۱۶، ص ۵). اندیشه‌ای که شورای امنیت در قطعنامه ۶۸۷ برگزیده است، تأمین بودجه این صندوق به کمک عراق و شامل «درصدی از ارزش صادرات نفت و تولیدات نفتی این کشور است» (بند ۱۹). مع ذلک، اعضای شورای امنیت در مورد میزان این درصد توافق ندارند: بنابر نظر ایالات متحده امریکا این درصد باید بین ۴۰٪ تا ۵۰٪ باشد، حال آنکه فرانسه و انگلستان با ۲۰٪ تا ۳۰٪ و کشورهای غیرمتعدد با رقمی که از ۱۰٪ تجاوز نکند موافق هستند. دیرکل سقف ۳۰٪ را پیشنهاد کرده است، لیکن سؤالی که مطرح می‌شود آن است که خصیصه الزام آور این پیشنهاد، از نظر حقوقی، چیست؟

در واقع کمیسیون اداره صندوق باید با در نظر گرفتن عوامل متعددی از جمله، ضرورت حل و فصل مسأله ترمیم خسارات ظرف یک مدت معقول از یک سو، و مسأله نیازهای عراق برای بازسازی و توسعه خود از سوی دیگر، این درصد را تعیین کند. به علاوه، دولت عراق در پاسخ به شرایط مندرج در قطعنامه ۶۸۷، طی نامه‌ای به شورای امنیت به این نکته جلب توجه نموده و محدودیتها را نسبت به قطعنامه مزبور - قبل از قبول بدون قيد و شرط آن در قالب رأی ۶ آوریل ۱۹۹۱ مجلس عراق - مطرح کرده است. در این نامه تأکید شده بود که برداخت خسارات بوسیله عراق، خرابیها و زیانهای واردہ به این کشور را به حساب نمی‌آورد و هدفش محروم کردن ملت عراق از منابع خود و از حق برخورداری از یک زندگی شایسته و در خور و نیز محروم کردن از ابتدایی ترین نیازهای خود است.

بدیهی است که ایجاد موازنۀ کاری بس دشوار است، بویژه اگر به این موضوع فکر کنیم که این منابع از ملت عراق گرفته خواهد شد که گردها و شیعیان جنوب که در ردیف اول قربانیان رژیم قرار دارند، بخشی از آن را تشکیل می‌دهند. متذکر شویم که مسأله درصدی از درآمدهای نفتی عراق که این کشور باید بپردازد،

→
حساب امانت باید به ایران بازگردانده شود. متعاقب آن، ایران می‌باشد همواره موجودی حساب تضمینی را حداقل در سقف ۵۰۰ میلیون دلار نگه دارد.

فعلاً تنها موضوعی است که به اجماع هیأت مدیره نیاز دارد، لیکن در صورت عدم حصول اجماع، موضوع ممکن است به شورای امنیت احاله شود.

پس از حل و فصل مسأله درصد - که پیش بینی می شود موجب مذاکرات و بحثهای طولانی و سختی در کمیسیون بشود. باید اطمینان حاصل کرد که مبالغ منطبق با این درصد به صندوق جبران خسارات واریز شود. در گزارش دیرکل، چندین راه حل قابل تصور و در نظر گرفته شده است:

- عراق درصد پیش بینی شده از ارزش تجاری صادرات را که در روز صدور محاسبه می شود، طی سی روز پس از صدور پرداخت کند.

- عراق یک مبلغ مقطوع که معادل سهم برآورد شده اش در طول شش ماه یا سه ماه می گردد، به یک حساب مسدود شده واریز کند.

- صندوق کلیه پرداختهای مربوط به صادرات نفتی عراق را دریافت کند و پس از کسر درصد خود، مابقی وجهه را به عراق بازپرداخت نماید.

- یک حساب تضمینی مسدود شده کلیه پرداختهای مربوط به صادرات نفتی عراق را دریافت کند، و سپس مبالغ دریافتی را بین صندوق جبران خسارات و دولت عراق، با توجه به درصد پیش بینی شده، تقسیم و توزیع نماید.

بدیهی است که هریک از این راه حلها مزایا و معایب خود را دارد: راه حلها بی که به حاکمیت عراق احترام گذارده، متناسب حسن نیت دولت عراق است؛ راه حل هایی که تأمین موجودی صندوق را در هر حال تضمین کرده، به حاکمیت این کشور کمتر احترام گذارده است. به هر تقدیر، کمیسیون اداره صندوق در واقع باید راه حل موردنظر را انتخاب کند. این صندوق از همین حالا بوسیله قطعنامه ۶۹۲ که در ۲۰ مه ۱۹۹۱ با چهارده رأی (کویا ممتنع) پذیرفته شد، ایجاد گردیده است.

۲-۲- کمیسیون

قطعنامه ۶۸۷ پیش بینی می کند که این صندوق بوسیله کمیسیونی که ارگان فرعی شورای امنیت خواهد بود و «کمیسیون جبران خسارات ملل متحده» نامیده

خواهد شد، اداره می‌گردد. کمیسیون مأمور اداره کلی مسأله جبران و ترمیم خسارات و زیانهایی است که به عهده دولت عراق گذارده شده است، و به همین جهت باید «به یک سلسله مسائل پیچیده اداری، مالی، حقوقی و مسائل مربوط به سیاست عمومی پردازد» (سند ۲۲۵۵۹، بند ۴، ص ۲). در میان این وظایف، کمیسیون باید، همان طور که قبلًاً گفته شد، تصمیماتی را در بارهٔ صندوق جبران خسارات اتخاذ کند. کمیسیون باید همچنین درخصوص موضوعاتی اساسی، چون نحوهٔ احصای مطالبات و ادعاهای برآوردهای زیانها تصمیم بگیرد، و بالاخرهٔ شیوهٔ حل و فصل اختلافات را نیز تعیین کند.

این کمیسیون دارای یک ارگان اصلی، یعنی هیأت مدیره، مرکب از پانزده عضو نماینده اعضا شاغل شورای امنیت و در نتیجهٔ منعکس کنندهٔ موازنۀ درون این ارگان است.^{۵۲} کمیسیون، علاوه بر هیأت مدیره، یک دبیرخانه، مرکب از یک دبیر اجرایی و کارکنان مورد نیاز، نیز خواهد داشت. با توجه به پیچیدگی مسائلی که ترمیم خسارات بوسیله عراق مطرح کرده است، کمیسیون از همکاری تعدادی کمیسر برخوردار خواهد بود که بصورت شخصی و بعنوان کارشناس در مورد این یا آن مسأله حساس و ظرفی که کمیسیون باید لزوماً حل و فصل نماید، اقدام می‌کنند. بدین‌سان، کارشناسان مالی، حقوقی، حسابداری، بیمه و متخصص در برآوردهای خسارات واردۀ به محیط زیست وغیره در کنار کمیسیون وجود خواهند داشت. دفتر این کمیسیون که قطعنامه ۶۹۲ آن را ایجاد کرده است در ژنو تعیین شده است.

۳. آینهای عملی ساختن مسؤولیت عراق

بنابراین، کمیسیون در مرکز تشکیلاتی که مسؤول به اجرا درآوردن مسؤولیت عراق به لحاظ خسارات جنگی است، قرار دارد. در واقع، کمیسیون است که باید در مورد نحوهٔ تسلیم ادعاهای خسارت دیدگان تصمیم بگیرد. لیکن دبیرکل پیشنهاد می‌کند که کمیسیون، «بنابر یک قاعده کلی، فقط ادعاهای دسته بندی شده ای را

۵۲. مع ذلك باید مذکور شویم که در هیأت مدیره حق و نو وجود ندارد و به استثنای مسأله درصدی که عراق باید به صندوق (حساب) واریز نماید، سایر مسائل، بنابر گزارش دبیرکل، باید با رأی ۹ عضو به تصویب برسد.

مورد بررسی قرار دهد که یک دولت به نام خود و به نام اشخاص حقیقی یا حقوقی که تابعیت آن را دارند، تسلیم می‌کند» (سند ۸/۲۲۵۵۹، بند ۲۱، ص ۷). با این استثنای احتمالی که اشخاص یا شرکتها مجاز باشند تا در پرونده‌های بسیار مهم یا خلی بیچیده مستقیماً به کمیسیون مراجعه کنند.

بنابراین، این مسأله که آیا تنها دولتها خواهند توانست ادعا و شکایت را به کمیسیون تسلیم کنند یا اینکه چند نفر یا چند شرکت نیز می‌توانند این کار را بکنند، هنوز حل نشده است. در هر حال، روش حاکم این خواهد بود که دولت، طرح ادعاهای شهر و ندان خود را در کمیسیون به عهده خواهد گرفت. اما، هر دولت آینه‌های داخلی راجع به مراحل قبل و بعد از طرح ادعا را خود آزادانه تعیین می‌کند، به عبارت دیگر، هر دولت باید «در مورد آین لازم داخلی، برای دسته بندی شکایات تصمیم بگیرد» (سند ۸/۲۲۵۵۹، بند ۲۲، ص ۷)؛ همچنین، هر دولت در باره نحوه تقسیم و توزیع غرامت کلی که به آن دولت تخصیص داده شده است، تصمیم خواهد گرفت (بند ۲۸، ص ۱۰ همان سند). قرایین زیادی وجود دارد مبنی بر اینکه اغلب دولتها به ایجاد کمیسیونهایی ملی که دارای صلاحیت شبی قضایی باشند،^۵ مبادرت کنند.

پس از اینکه دولتها ادعاهای خود را در کمیسیون مطرح کردند، چه اقدامهایی اتخاذ می‌شود؟ به عبارت دیگر، مراحل بعدی چگونه در کمیسیون طی می‌شود؟ دیگر کل در گزارش خود با اشاره به این موضوع که «کمیسیون یک دادگاه یا یک دیوان داوری نیست که اطراف دعوا در مقابل آن حاضر شوند، بلکه یک ارگان سیاسی است» تکلیف وضع را روشن می‌کند (سند قبلی، بند ۲۰، صفحات ۶ و ۷).

به عبارت دیگر، سیستمی که در نظر گرفته شده است با همه سیستمهای گذشته که نقش یک مرجع داوری را ایفا می‌کرده است و ما در بالا به آنها اشاره کردیم، تفاوت دارد. در واقع، در اینجا یک ارگان سیاسی است که مأمور عملی

. ۵۳. رک.

Vienet (Gilles), Nationalisations étrangères et intérêts français, office juridique français et international, 1953.

ساختن مسؤولیت عراق به لحاظ خسارات جنگی است. این بدان معنی نیست که برای رعایت عینیت و بی طرفی رسیدگی مطلوب به ادعاهای شکایات تضمینی وجود نخواهد داشت. شایسته است که ارگانهای مدیریت، یعنی هیأت مدیره و مدیرخانه را از ارگانهای فنی یعنی کمیسرهای مختلفی که معمولاً در قالب گروههای سه نفری شبکه رسیدگی را تشکیل می‌دهند، تفکیک کرد.

وظایف ارگانهای مدیریت، بویژه مدیرخانه، سازمانی و اداری است، یعنی دریافت شکایات و بررسی مقدماتی اعتبار آنها؛ به عبارت دیگر، مدیرخانه نقش یک صافی (فیلتر) را ایفا می‌کند؛ یعنی عمدتاً به بررسی این موضوع می‌پردازد که ادعاهای شکایات، از نظر شکلی مطابق با شرایط پیش‌بینی شده هیأت مدیره باشد. وظایف ارگانهای فنی، یعنی شبکه کمیسرها، فنی است؛ یعنی برآورده خسارات، تعیین مبلغ پرداختها و حل و فصل اختلافات احتمالی. مع ذلك، کمیسرها در سطح وسیعی تابع هیأت مدیره خواهد بود؛ زیرا در آغاز، هیأت است که رهنماودهای مربوط به آین بررسی رسیدگی و قواعد لازم الاجرا درباره ادعاهای شکایات را تنظیم می‌کند، و در پایان نیز هیأت است که در آخرین مرحله تصمیم خواهد گرفت.

اگر تصمیم اتخاذی در شعبه از نظر حقوقی، شکلی یا عملی مورد اعتراض واقع شود، اختلاف به هیأت کمیسرها ارجاع خواهد شد که باید براساس مقررات کمیسیون ملل متحد برای حقوق تجارت بین الملل (آنستیوال) رسیدگی کند. در اینجا نیز تصمیم نهایی را هیأت مدیره اتخاذ خواهد نمود.

بنابراین می‌توان گفت که یک «سیستم مختلط» تنظیم شده است که جنبه‌های حل و فصل سیاسی و جنبه‌های حل و فصل داوری براساس حقوق بین الملل را با هم مخلوط کرده است. پاراگراف ۱۶ قطعنامه ۶۸۷ مسؤولیت عراق را بموجب حقوق بین الملل صرenha تأیید کرده است، لیکن ممکن است شگفت‌انگیز باشد که به حل و فصل مسئله ترمیم خسارات که براساس همین قواعد حقوق بین الملل پذیرفته شده است، رنگی تا این اندازه سیاسی داده شده است. به نظر می‌رسد که بدین ترتیب سیستم پذیرفته شده، بین سیستم «جبران خسارت‌ها» که

بعد از جنگ اول جهانی به عهده آلمان محو شده بود و سیستم «جبران خسارات» که در چارچوب آینهای مختلف حل و فصل اختلافات ناشی از یک تخاصم یا یک وضعیت مخاصمه آمیز انجام می شود، قرار بگیرد. شاید این یک وسیله باشد که شورای امنیت برای اعمال نظارت دقیق بر دوره بعد از جنگ به آن دست یازیده باشد؛ امری که این شورا توانسته بود به اندازه کافی در جریان جنگ انجام دهد.

۴- مسائل حل نشده

بعضی از این مسائل لایتحل، مشخص شده و هیأت مدیره باید آنها را حل و فصل نماید. این مسائل عبارتند از انتخاب نحوه مشارکت مالی عراق، انتخاب درصد این مشارکت و آورده و تصمیم راجع به این که آیا مجمع کمیسیون را باید درگیر انجام تحقیقات موردی مهم نماید یا خیر؟ اما مسائل دیگری نیز مطرح می شوند:

بويژه، مسئله ظریف ارتباط و تلفیق بین این آینین بین المللی که هدف آن جبران و اعطای خسارات بموجب قواعد مسؤولیت بین المللی است و آینهای مختلف داخلی که مطرح می گردد. دیگر کل در گزارش خود بدرستی متذکرمی شود که «کمیسیون نمی تواند صلاحیت انحصاری رسیدگی به شکایات و ادعاهای ناشی از تهاجم و اشغال نامشروع کویت را بوسیله عراق داشته باشد. به عبارت دیگر، امکان این موضوع کاملاً وجود دارد، و حتی محتمل است که بعضی از اصحاب دعوا شکایات خود علیه عراق را منفرداً در چارچوب سیستمهای حقوقی ملی خود مطرح کنند. امکان طرح دعاوی موازی در سطح بین المللی- در مقابل کمیسیون- و در سطح داخلی- در مقابل دادگاههای ملی- را نمی توان دست کم گرفت» (سد ۲۲۵۵۹، ۸ و ۷، پاراگراف ۲۲).

بنابراین باید در تکاپو برای یافتن سیستمی بود که از چندبار جبران خسارات پرهیز شود.

مسئله ای که ممکن است در اینجا مطرح شود این است که آیا یک خسارت دیده که در کشور خود موفق به اخذ رأی علیه عراق شده است می تواند، بمنظور اجتناب از مانع مربوط به مسائل مصونیت اجرایی دولتها، پرداخت جبران خسارات

را از صندوق مطالبه کند. به نظر می‌رسد که این امکان در گزارش دیرکل الفا شده باشد، زیرا اعلام می‌دارد: «بهتر است (...) در جستجوی یافتن شیوه‌هایی برای تأمین بودجه صندوق بود که اجازه دهد تا از لزوم طرح دعاوی حقوقی در چند دادگاه و چند کشور ثالث اجتناب شود» (سند ۵/۲۲۵۵۹ ص ۵، پاراگراف ۱۵). مسائل دیگری نیز لایحل باقی مانده است: مسأله سلسله مراتب احتمالی بین ادعاهای و شکایات، بر حسب خسارت دیده - دیرکل پیشنهاد کرده است که به ادعاهای افراد نسبت به ادعاهای دولتها یا شرکتها اولویت داده شود؛ مسأله سلسله مراتب ادعاهای بر حسب کشورها - دیرکل پیشنهاد کرده است که جبران و پرداخت خسارات کویت قبل از جبران خسارات سایر کشورها انجام شود؛ مسأله مهلتی که ظرف آن دولتها باید ادعاهای دسته بندی شده خود را به کمیسیون تسلیم کنند - دیرکل یک مهلت دو ساله را از تاریخی که هیأت مدیره رهنماهی مربوط به طرز کار سیستم را تنظیم کرده باشد، پیشنهاد نموده است - بالاخره، یکی از اساسی‌ترین مسائلی که به نظر می‌رسد، تعیین آنچه کمیسیون آن را «خسارت مستقیم» توصیف ترمیم شود؛ به عبارت دیگر، تعیین آنچه کمیسیون آن را «خسارت مستقیم» توصیف خواهد کرد. دیرکل پیشنهاد می‌کند که این وظیفه به هیأت مدیره محول شود که «رهنمودهای تفصیلی در مورد آنچه خسارت مستقیم محسوب می‌شود» از آن سؤال خواهد شد (سند ۵/۲۲۵۵۹، ص ۹، پاراگراف ۲۵). محتوای این رهنماه برای کار مؤثر و سریع سیستم از اهمیت بالایی برخوردار است و باید بر تحلیل دقیق سوابق رویه داوری بین‌المللی مبتنی باشد.

یک مسأله دشوار دیگر که جنبه مادی بیشتری دارد و در عین حال با اهمیت است و باید حل شود، مربوط به تأمین بودجه مالی کل این سیستم یعنی کمیسیون مرکب از هیأت مدیره، دیرخانه و کمیسرهای مختلف است. پیش‌بینی شده که صندوق جبران خسارت بودجه این سیستم را تأمین خواهد کرد، لیکن بدیهی است که این صندوق - و دیرکل هم بدرستی آن را یادآوری کرده است - از نظر مالی فوراً تغذیه و تأمین نخواهد شد، زیرا ممکن است که «به احتمال زیاد عراق نتواند صدور نفت خود را به این زودی از سر گیرد». بنابراین یک مسأله مالی برای سازمان

ملل متحده مطرح می‌شود، و آن به جریان در آوردن سیستم سیاسی- حقوقی پرداخت غرامتهای است که عراق، بدنبال وقایع خلیج [فارس] از ۲ اوت ۱۹۹۰، بدهکار است.

۳ مبحث

مسئولیت‌های تاریخی

ما بیل هستم در نتیجه گیری از مطالبی که در باره مسئولیت بین المللی در بحران و «جنگ» خلیج [فارس] مطرح شد، بحث را اندکی گسترش داده و لاقل پرسش‌هایی را طرح کنم؛ و از آنجا که تاریخ، زمان است که سپری می‌شود، پاره‌ای از این پرسش‌ها مربوط است به گذشته، بعضی مربوط به حال، بالاخره بعضی دیگر مربوط به آینده.

گفتارنخست

زمان گذشته: مسئولیت‌ها در ایجاد بحران

الف. مسئولیت‌های دور

مسائل کنونی نباید مسئولیت‌های فرمانروایان انگلیسی یا دیگران را که در آغاز سده بیستم خطوط [مرزی] را تعیین و بر روی نقشه‌ها ترسیم کرده اند به فراموشی سپارد... من وارد این بحث نخواهم شد و فقط به اشاره این موضوع اکتفا می‌کنم که تحديد خودسرانه محدوده دسترسی عراق به دریا بی تردید در آغاز بحران و جنگ خلیج [فارس] مؤثر بوده است.

ب. مسؤولیت‌های نزدیک‌تر

نخستین مسؤولیتی که بردوش بعضی از کشورها سنگینی می‌کند، این است که با تأمین و تحويل اسلحه و مهمات به عراق، به این کشور اجازه دادند تا به چنین عملی دست زند. اتحادیه اروپای باختり بمسؤولیت سنگین مشترک غرب و کشورهایی که در آن زمان شرق محسوب می‌شد، در قالب این جمله تأکید کرده است: «مسئولیت تدارک و ایجاد یک زرادخانه نظامی قوی و خطرناک برای عراق، در جریان و بعد از جنگ با ایران، متوجه کشورهای زیادی در شرق و غرب است» (توصیه نامه شماره ۴۸۹ مورخ ۲۰ سپتامبر ۱۹۹۰). و این مسؤولیت از زمانی که شورای امنیت، با توجه به نگرانی آش از تحولات جنگ ایران- عراق، از سایر دولت‌ها می‌خواهد، تا «از انجام هر عملی که بتواند خصوصیت مسلحانه را تشدید بکند خودداری نمایند» باز هم بیشتر می‌شود. (برای مثال، قطعنامه ۴۷۹ مورخ ۲۸ سپتامبر ۱۹۸۰ بند سوم؛ یا قطعنامه ۵۸۲ مورخ ۲۴ فوریه ۱۹۸۶، بند پنجم، ...).

دومین مسؤولیت جامعه بین‌المللی در این است که نسبت به موارد نقض حقوق بشر بوسیله صدام‌حسین و بویژه نسبت به موارد استفاده از گازهای شیمیایی علیه ایران یا علیه کُردهای حلبچه (۱۹۸۸) زودتر واکنش نشان نداده است. همان‌طور که کمیسیون سیاسی اتحادیه اروپای باختり نیز تأکید کرده است، «جامعه بین‌المللی باید، برای این که حقوق بشر در سطح وسیعتری رعایت شود، موضع سخت‌تری در آینده اتخاذ کند... اگر سرکوبی کردها و کاربرد گازهای شیمیایی علیه آنان، واکنش‌های شایسته را برانگیخته بود، صدام‌حسین نمی‌توانست این بحران [یعنی اشغال کویت] را بوجود آورد.^{۵۴}

بالاخره باید، در عین آرامش، سعی در بررسی مسؤولیت‌های مربوط به ریشه فاجعه کردها و مسؤولیت‌های جامعه بین‌المللی نمود که در ابراز واکنش تردید به خود راه داده است، حال آن که دخالت این جامعه، با توجه به وجود انعطاف در

۵۴. رک. گزارشی که آقای پی‌ارآلی به نام کمیسیون سیاسی اتحادیه اروپای باختり ارائه کرده است.

تفسیری که در تمام طول بحران، از منشور به عمل آمده، نه فقط مشروع بلکه از نظر حقوقی نیز موجه بوده است. زیرا، با توجه به نحوه تفسیر متون در آن وقت، به آسانی می‌شد اظهار داشت که فاجعه کردها تهدیدی علیه صلح بوده [و بنابراین] به نوبه خود، مداخله بشردوستانه را ایجاب می‌کرده است؛ و حال که سخن از «رفتار و موضع دوگانه» [در مورد وقایع مشابه] شد، آیا نباید بحق از خود سوال کرد که چرا وقتی یک سرمیں سرشار از نفت مورد حمله قرار گرفت، واکنش این چنین سریع و «مؤثر» بود، و وقتی یک ملت [یعنی کردها] سرکوب شد، واکنشی تا این اندازه ملایم و کند به دنبال داشت؟

گفتار دوم

زمان حاضر: مسؤولیت‌ها در به اجرا گذاشتن واکنش‌های بین‌المللی

الف. مسؤولیت‌ها در به اجرا گذاشتن تحریم و محاصره

در اینجا فقط چند محور برای تأمل و پژوهش مطرح خواهد شد. اگر دولت‌ها، با توجه به تحریمی که سازمان ملل متحده در چارچوب فصل هفتم مقرر نموده و محاصره‌ای که قطعنامه ۶۶۵ به آن افزوده است، کم یا بیش فراتر از آنچه که این سازمان اجازه داده اقدام کنند، مسائل مربوط به مسؤولیت چگونه مطرح می‌شود؟

به نظر می‌رسد که نخستین فرض، یعنی حالتی که طی آن دولتها بیشتر از تحریم و محاصره مجاز اقدام کرده باشند، پیش نیامده است. به عنوان مثال، ایالات متحده امریکا، ظاهراً، قبل از این که بازرسی کشتی‌های عازم خلیج [فارس] یا کشتی‌هایی را که مبداء حرکت آنها خلیج [فارس] بوده است آغاز کند، منتظر «چراغ سبز» (صدور مجوز) سازمان ملل متحده بوده است و بنابراین - حتی اگر برای تسريع در پذیرش قطعنامه اقداماتی کرده باشد - لاقل ظاهراً، مراقب بوده که از

قطعنامه ۶۶۵ پیشی نگیرد.

فرض دوم، یعنی زمانی که دولتها^{۶۰} تحریم را رعایت نکرده باشند، شایسته توجه بیشتری است. بدین سان، مسؤولیت دولتها ممکن است به دو جهت (یا به لحاظ اعمال خودشان، زمانی که مستقیماً یا از طریق به عنوان مثال مؤسسات عمومی، در نقض تحریم شرکت کرده اند، یا به لحاظ اعمال شهروندانشان- اشخاص حقیقی یا حقوقی) و در دو حالت مطرح شود:

۱ - وقتی که دولتها موارد نقض تحریم را نادیده گرفته اند و در این صورت تکلیف آنها مبنی بر جلوگیری انجام نشده است:

۲ - یا زمانی که دولتها اتباع متخلّف خود (در نقض تحریم) را مجازات نکرده اند و در آن صورت وظیفه آنها در سرکوبی (مجازات) نقض شده است. حال مسأله این است که چنین مسؤولیتی چگونه باید به اجرا گذاشته شود؟ نسبت به چه شخصی؟ در مقابل کدام مرجع؟ این فرضها که در اینجا سریعاً و مختصراً به آنها پرداخته شد، مسائل دشوار مربوط به چگونگی اعمال مادی و عینی مسؤولیت بین المللی را یک بار دیگر آشکار و ثابت می کند.

ب. مسؤولیت‌ها در اعمال ضمانت اجراهای نظامی

اگر دولتها، با توجه به مجوز شورای امنیت مبنی بر استفاده صرف از نیروی مسلح، از این مجوز استفاده نمی کردند، هیچ مسأله ای در رابطه با مسؤولیت آنان مطرح نمی شد.

بر عکس، هرگونه تجاوز احتمالی دولتها از آنچه به اشتباہ «مأموریت» و

۵۵. مسأله مسؤولیت افرادی که تحریم را نقض کرده اند به بحث ما در اینجا مربوط نمی شود، زیرا این موضوع مربوط به نظامهای حقوقی داخلی و در آنچا مطرح می گردد. همه دولتها مقرراتی را در این مورد به تصویب رسانده اند، که می بایست کمیته ضمانت اجراهای را نیز از محتوای آنها مطلع کنند. همراه با این مقررات، ضمانت اجراهایی نیز برای موارد نقض و عدم رعایت تحریم پیش بینی شده است.

۵۵. رک. اظهارات آقای فرانسا میتران در تاریخ ۱۱ زوئیه ۱۹۹۱ در تونس: «توجیه کامل این جنگ [جنگ خلیج فارس] این تواهد بود که همین روش و همین آیین را بتوان برای حل و فصل اختلافات اسرائیل- اعراب و لبنان نیز به کار برد».

نمایندگی محوله از طرف سازمان ملل متحد نامیده شده است، مسأله مسؤولیت دولتهای مباشر [تجاوز از محدوده وظیفه و مأموریت] را مطرح می کند. از این دیدگاه، در صفحات قبل به بعضی بمباران ها در مرحله پایانی جنگ اشاره کردیم که به نظر می رسد ضرورت نظامی نداشته است. مسأله دیگری که در زمینه مسؤولیت مطرح می شود، استفاده - مجاز یا غیرمجاز از نظر حقوق بین الملل - از بمبهای دارای اثر ورزشی است.^۶

گفتار سوم زمان آینده: مسؤولیت‌ها در تدارک و ایجاد جهانی صلاح‌جویانه‌تر و عادلانه‌تر

مسؤلیت جامعه جهانی و بویژه مسؤولیت شورای امنیت که بنا بر فرض باید نماد این جامعه باشد، بسیار بزرگ است. ابتدا باید به مسؤولیت مربوط به اجرای قطعنامه ۴۸۷ اشاره کرد؛ شایسته است که قبل از هر چیز تحریم علیه عراق لغو شود؛ زیرا امروزه دیگر هیچ اساس حقوقی ندارد و به قول آقای ژان-پی ارکوت [دولتمرد فرانسوی]، به مسؤولیت جمعی ملت عراق شباhtت پیدا کرده است. جای نگرانی است که آقای جرج بوش [رئیس جمهور وقت آمریکا] اعلام می دارد (۱۰ ژوئیه ۱۹۹۰) که تحریم، تا زمانی که صدام حسین بر سر قدرت باقی است، لغو نخواهد شد؛ در این صورت، حق مطلق و غیرقابل انتقال هر دولت و کشور در انتخاب سیستم اقتصادی و اجتماعی خود چه می شود؟ همچنین شایسته است که مقررات راجع به ترمیم خسارات و زیانها، آن طور که بعضی ها علاوه‌نمودند، بطور افراطی اعمال نشود؛ در این مورد نباید درسهای تاریخ را، بویژه پس از جنگ اول جهانی، فراموش کرد؛ ترمیم خسارات و پرداخت غرامتهای سنگینی که به آلمان تحمیل شد، مطمئناً یکی از عوامل رشد نازیسم [و به قدرت رسیدن هیتلر] در این کشور بوده است.

۵ 6. bombes à souffle.

بالاخره مسؤولیت در ایجاد و برقراری نظم نوین بین المللی - که نمی توانم آن را چنین بنام زیرا به نظر من شامل هیچ گونه تازگی مشتبی نیست - مطرح می شود. در هر حال باید از بحران خلیج [فارس] که یک واقعه فاجعه آمیز است و صرف نظر از شیوه حقوقی که برای تحلیل آن به کار برده می شود، در سهایی گرفته شود. سه اندیشه در این خصوص مهم می نماید: بموجب اندیشه و نظر اول، شایسته است که در آینده، توسل به زور برای حفظ و استقرار حقوق با احتیاط [ومطالعه] زیاد صورت گیرد. تحولات اخیر (زوئیه ۱۹۹۱) این نگرانی را تقویت می کند: از جمله وقتی می بینیم که برای مجبور کردن عراق به رعایت تکالیف و تعهدات بین المللی که به عهده دولت آن کشور گذاشته شده است (مثلاً افشاءی محلهای مرآکز هسته ای)، مسأله تهدید مداخله مسلحانه به میان کشیده می شود. جنگ نباید به یک وسیله ممتاز - و اگر بتوانم بگویم به یک وسیله عادی و جاری - برای وادار کردن [دولتها] به رعایت حقوق تبدیل شود. این خود یک نوع پس روی شدید برای حقوق بین الملل محسوب می شود.

بنابر نظر دوم، باید به پیشبرد مفهوم «تکلیف مداخله بشردوستانه» ادامه داد و به چارچوبی حقوقی نیز اندیشید که اجرای آن را در شرایط مطلوب در آینده میسر کند.

بنابر اندیشه سوم، اگر حفظ حقوق واقعاً یک اشتغال ذهن و جداً اساسی است، در آن صورت مسؤولیت سنگین اعمال آن در سرتاسر جهان و، بویژه، تلاش برای حل و فصل مسأله اسرائیل و فلسطین به عهده جامعه بین المللی خواهد بود.^{۲۸} در این صورت است که خواهیم توانست از «نظم جدید بین المللی» سخن بگوییم.

سید قاسم زمانی



حقوق قراردادی و تدوین قواعد عرفی

در رویه دیوان بین المللی دادگستری

با تأکید بر قضیه نیکاراگوئه



فهرست مطالب

۲۵۵	مقدمه
۲۵۶	بحث اول: تدوین و رابطه آن با توسعه
۲۵۹	بحث دوم: تأثیر تدوین بر قاعده عرفی مدون شده
۲۶۰	بند اول: تداوم حیات قاعده عرفی بعد از تدوین
۲۶۱	الف. تفاوت مضامین
۲۶۳	ب، وحدت مضامین
۲۶۷	بند دوم: تبدیل ارزش قاعده
۲۶۸	بند سوم: تغییر تکنیکهای احراز قاعده
۲۷۰	بحث سوم: چگونگی متمایز ساختن تدوین و توسعه از یکدیگر
۲۷۲	بند اول: مراجعه به متون مقدماتی
۲۷۳	بند دوم: ارزیابی نحوه اعلام رضایت به معاهده
۲۷۴	الف. آیا مجاز بودن اعمال رزرو نسبت به یک مقررة قراردادی دلالت بر عرفی نبود آن دارد؟
۲۷۶	ب. روند تصویب، الحق و امکان تجدید نظر
۲۷۸	بند سوم: تجزیه و تحلیل معاهده
۲۸۰	بند چهارم: مقایسه متن معاهده با قواعد عرفی
۲۸۳	بحث چهارم: آثار و فواید تمیز
۲۸۳	بند اول: قابلیت جایگزینی
۲۸۳	الف. اعتبار قاعده عرفی مستقل از الزام به قاعده قراردادی است
۲۸۶	ب. عدم تسری آثار رزرو ایالات متحده در مورد معاهدات چندجانبه به قواعد عرفی مشابه یا یکسان
۲۹۱	بند دوم: مکانیسمهای اجرای قواعد
۲۹۲	بند سوم: اعتراض مستمر به قاعده عرفی و رضایت به معاهده مدون
۲۹۳	بند چهارم: نحوه ورود قاعده در نظام حقوق داخلی کشورها
۲۹۵	نتیجه

● مقدمه

جامعه بین المللی به دلیل فقدان یک قدرت برتر از دولتها و اجد حاکمیت، جامعه‌ای غیر نهادین است. بدین لحاظ حقوق بین الملل مشتمل بر قواعد و مقرراتی است که تابعان نظام بین المللی خود آن را ایجاد کرده و یا برآن گردن نهاده‌اند. در این عرصه عرف و معاهده، فنون ساخت قواعد حقوقی هستند که با نظام بندی حقوق و تعهدات اعضای جامعه بین المللی، روابط میان آنان را رقم می‌زنند. منتهای مراتب این نکته را نباید از نظر دور داشت که قواعد عرفی به علت فارغ بودن از قالبهایی که از رهگذر نظام حقوقی صورت پردازی شده باشند، در بعد زمانی مقدم بر قواعد قراردادی بوده‌اند. با وجود این گسترش روابط بین المللی در سایه پیشرفت علم و تکنولوژی، عدم اقتران زمانی میان ضرورتهای اجتماعی و روند تکوین قواعد عرفی را به تصویر کشید و ضعف ناشی از کندی تثبیت این قواعد و صراحت نداشتن آن را میرهن ساخت.

این امر تلاش دولتها را بمنظور عقد معاهدات بین المللی وسعت بخشید. پویش اخیر با ظهور سازمانهای بین المللی و بویژه مأموریت یافتن کمیسیون حقوق بین الملل در چارچوب سازمان ملل متحد برای تدوین و توسعه قواعد حقوقی جانی تازه یافت.

بعد از جنگ جهانی دوم، معاهدات دو جانبه و چند جانبه بسیاری که عمدتاً حقوق عرفی را تدوین کرده بودند پایی به عرصه وجود نهادند. آیا در این اوضاع و احوال سرنوشت حقوق عرفی جهان را پایانی جز غربی جاودانه در انتظار نیست؟ قواعد عرفی که تدوین گشته اند چه خواهد شد؟ آیا عرف عام دیگر موجودیتی مستقل نداشته و با بر تن کردن جامه حقوق نوشته - به یمن کوششهای سازمانهای بین المللی از یکسو، و اثرات جهانی سایر گونه های حقوق موضوعه چون قواعد آمره و اصول کلی حقوق از سوی دیگر - بسوی اضمحلال گام برنمی دارد؟

معرفت به پاسخ این مسائل مستلزم تعمق در واقعیات مختلف و از جمله رویه قضایی بین المللی، بویژه رویه قضایی دیوان بین المللی دادگستری است. دیوان در ۲۷ زوئن ۱۹۸۶ به صدور حکم در قضیه نیکاراگوئه مباردت ورزید. چون ایالات متحده در زمان صدور اعلامیه پذیرش صلاحیت دیوان (۱۹۴۶) قائل به رزرو شده بود، دیوان ناچار گشت بعد از احراز صلاحیت، حکم خود را بر قواعد حقوق بین الملل عرفی و اصول کلی حقوق بنا نهاد و نه بر اساس معاهدات چند جانبه که ایالات متحده با رزرو خود اختلافات ناشی از آنها را از حیطه صلاحیت دیوان خارج ساخته بود. بدین خاطر در قضیه مذکور دیوان فرست یافت تا به این مسئله پیردازد که چگونه قواعد حقوق قراردادی و حقوق عرفی که مضامین یکسانی دارند می توانند به موازات هم به موجودیت خود ادامه دهند و چه آثاری بر این استقلال موجودیت مترتب است.

۱) مبحث تدوین و رابطه آن با توسعه

منظور از تدوین حقوق بین الملل، تنظیم دقیق و علمی آن دسته از قواعدی است که قبل از عملکرد گسترده کشورها، رویه قضایی و دکترین شکل گرفته اند و

1. Article 15, Statute of ILC.

یا به مفهوم عام، تدوین عبارت است از احصای منظم قواعد حقوقی معتبر در یک زمان مشخص.^۱

حقوق بین الملل عرفی هر چند محسنات واقعی بسیاری دارد. از جمله اینکه انعطاف پذیر است و خود را با واقعیات بین المللی جدید تطبیق می دهد. ولی با این حال غیرمشخص بودن و دشواری اثبات قواعد عرفی، دولتها را برآن داشته است که قواعد مذکور را در چارچوب معاهدات بین المللی مضبوط و مدون نمایند و از این راه علاوه بر صراحت بخشیدن بدان، امکان احراز آن را از لحاظ فنی ساده تر گردانند. تدوین چنین معاهداتی به کشورها فرصت می دهد تا قواعد عرفی را معین ساخته و یا در مورد نحوه گسترش و تکمیل یا اصلاح قواعد حقوقی موجود به توافق دست یابند.^۲

با گسترش و توسعه نقش سازمانهای بین المللی، تدوین حقوق بین الملل براساس ماده ۱۳ منشور ملل متحد، در عداد یکی از اختیارات مهم مجمع عمومی قرار گرفت که مجمع هم برای این مهم، از ارگانهای خاص خود و بویژه کمیسیون حقوق بین الملل استفاده کرده است. البته شایان ذکر است که «علاوه بر کمیسیون حقوق بین الملل، مجمع عمومی از ارکان تخصصی فرعی خود چون کمیته خلع سلاح، کمیسیون حقوق بشر، کمیته استفاده صلح آمیز از فضای ماورای جو، کمیسیون ملل متحد راجع به حقوق تجارت بین الملل و ... نیز بهره جسته است». اما مسئله اساسی و قابل توجه این است که آیا معاهدات بین المللی می توانند صرفاً به اعلام حقوق عرفی موجود بسته کنند، و در عمل آیا چنین امری ممکن است؟

جواب این سؤال مسلماً منفی است؛ زیرا «هر چند تدوین و توسعه در اصل متفاوت از یکدیگرند، ولی با وجود این، وابستگی نزدیکی به هم دارند؛ زیرا از

2. Barberis. J.A., "Réflexions sur la coutume Internationale", A.F.D.I., 1990, p. 41.

3. Cassese. Antonio., "International Law in a Divided World", Oxford, 1986, p. 183.

4. Condorelli., In cassese. A/ and weiler. J. H., (eds.), "Change and Stability in International Law- Making", European University, 1988, p. 195.

یک طرف هیچ تدوینی محدود به اعلام صرف مجدد حقوق موجود نمی شود و از طرف دیگر هیچ وضع قاعده‌ای کاملاً بدیع نیست^۵ و اصولاً «هر کوششی برای تدوین یک قاعده عرفی، بصورتی اجتناب ناپذیر متضمن تلاش برای پیشبرد، تکمیل و تنظیم مجدد آن قاعده در چارچوب شرایط معاصر است».^۶ حتی برخی تا آنجا پیش رفته‌اند که به علت مشکل بودن تمايز دقیق تدوین و توسعه، امکان ملاحظه جداگانه هر یک را دور از انتظار دانسته‌اند.^۷

اما اگر فرض شود معاهده‌ای صرفاً به تدوین حقوق عرفی مبادرت ورزیده است، آیا بر تدوین چنین قواعدی اثری مترتب می‌باشد؟ عده‌ای با اتكای محض بر قدرت الزامی ناشی از یک قاعده، بر این باورند که «اگر منظور، تدوین محض و ساده قواعد عرفی موجود باشد، متن تدوین کننده فاقد هر گونه ارزش حقوقی است؛ زیرا احصا و تنظیم قواعد، تغییری در مقررات آنها نمی‌دهد».^۸ سخن اینان تا آنجا که به قدرت الزامی قواعد باز می‌گردد راست می‌نماید؛ ولی آیا واقعاً باید ارزش حقوقی یک متن را بسته به میزان الزامی دانست که از آن متن ناشی می‌شود؟ بدیهی است همان‌گونه که به تفصیل بحث خواهد شد بر این امر آثار متفاوتی مترتب می‌باشد و از جمله اینکه «تغییر در منبع شکلی حقوق از عرف به معاهده، فنونی که از رهگذر آنها موجودیت و مضمون یک قاعده احراز می‌شود را نیز دگرگون می‌کند و حتی به جرأت می‌توان گفت صرف تغییر قالب و صورت قاعده، جهت توسعه آینده آن را نیز دگرگون می‌کند»؛^۹ مضافاً بر اینکه متن مدون

5. Wolfke. Karol., "Can Codification of International Law be Harmful?", In Makarczyk. J (ed.), "Essays in International Law in Honour of Judge Manfred Lachs", Martinus Nijhoff, 1984, p. 314.

6. Virally. M., "The Sources of International Law", In sorensen. Max (ed), "Manual of Public International Law", Martin's Press, 1968, p. 142.

7. Sinclair. Sir. Ian., "The Vienna Convention on The Law of Treaties", Manchester University, 1984, pp. II, 21.

8. Barberis., loc. cit.

9. Jennings. R. Y., "The Progressive Development of International Law and Its Codification", B. Y. I. L., 1947, p. 305.

شده معمولاً صریح و قطعی بوده و از ابهام حقوق عرفی بری می باشد. منشور سازمان ملل، تدوین حقوق بین الملل را در زمرة اهداف ملل متعدد قرار داده است. بی تردید «در صورت استفاده از فنون مؤثر و مناسب برای تدوین حقوق، این امر بمنزله یکی از اقدامات جمعی مؤثر بوده، و می تواند در جلوگیری و از میان برداشت تهدیدات علیه صلح و امنیت بین المللی، و حل اختلافات بر اساس عدالت و حقوق بین الملل واجد اهمیت باشد». ^{۱۰} همچنین با توجه به استقلال قاعدة عرفی از قاعدة قراردادی، و البته پویایی حقوق عرفی، می توان بر آن بود که «تدوین به هیچ وجه باعث جمود و توقف حقوق عرفی نمی شود. مصدق بارز ما تدوین گسترده حقوق دریاها در سال ۱۹۵۸ می باشد که مانع انقلاب و دگرگونی واقعی حقوق عرفی نگردید. انقلابی که در کنوانسیون ۱۹۸۲ مونته گوبی متجلى گشته است».^{۱۱}

۲ مبحث

تأثیر تدوین بر قاعدة عرفی مدون شده

کشورها به اعتبار برخورداری از شخصیت حقوقی ذاتی، تابعان درجه اول نظام بین المللی بوده و برای اینکه بر نیازهای خود که ناشی از تحولات اجتماعی می باشد فائیق آیند، بطور مداوم حقوق موجود را مورد مذاکره قرار می دهند و در صورت لزوم به تغییر قالب آن مبادرت می ورزند.

تدوین میتنی بر پیش فرض وجود قواعد عرفی استقرار یافته در موضوعی

10. Condorelli., op. cit., p. 305.

11. Caminos. H/ Moliter. M. R., "Progressive Development of International Law and the Package Deal", A. J. I. L., 1985, vol. 79, p. 827.

معین است که تحت قلمرو یک معاهده قرار می‌گیرد^{۱۲}، ولی در اینجا سخن بر سر تأثیر شکلی و ماهوی تدوین بر قاعده عرفی مدون شده می‌باشد. آیا صرفاً ظرف قاعده تغییر می‌کند و قاعده (ماده) خود به حیاتش ادامه می‌دهد؟ یا اینکه قاعده قبلی از عرصه خارج شده و قاعده‌ای دیگر وارد میدان گشته است؟

بنداؤل تمامیت قاعده عرفی بعد از تدوین

از لحاظ اصولی هر دادگاهی برای رسیدگی به دعوی باید دارای صلاحیت باشد. در نظام بین‌المللی صلاحیت محاکم قضایی و داوری مبتنی بر رضایت تابعان نظام است و دیوان نیز در عداد همین محاکم است. از این رو کشورها باید صلاحیت دیوان را پذیرفته باشند تا دیوان بتواند به دعاوی آنها رسیدگی نماید. در سال ۱۹۴۶ ایالات متحده امریکا بر اساس بند ۲ ماده ۳۶ اساسنامه دیوان، اعلامیه پذیرش صلاحیت را صادر کرد و اعلام داشت که ایالات متحده صلاحیت اجباری دیوان بین‌المللی دادگستری را نسبت به تمام اختلافاتی که جنبه قضایی داشته و از این تاریخ به بعد رخ دهد، در مقابل هر دولت دیگری که این تعهد را متقابل گردد «بخودی خود»^{۱۳} و بدون قرارداد خاصی قبول می‌نماید، مگر در موارد زیر: ...، اختلافات ناشی از معاهدات چند جانبه داخل در صلاحیت دیوان نخواهد بود.

بعد از طرح دعوای نیکاراگوئه علیه ایالات متحده، این کشور با توصل به اعلامیه خود ادعا کرد که تنها حقوق بین‌الملل عام و عرفی که نیکاراگوئه می‌تواند ادعاهایش را مبتنی بر آن نماید، منتشر ملل متحده است و دیوان نمی‌تواند غیرقانونی بودن استفاده ادعایی از نیروی نظامی را بدون توصل به منبع اصلی، یعنی

12. Thirlway. H.W.A., "International Customary Law and Codification", Leiden, 1972, p. 80.

13. *Ipso Facto*.

بند ۴ ماده ۲ منشور مورد ملاحظه و بررسی قرار دهد.^{۱۳} در واقع ایالات متحده برآن بود که مقررات مربوطه منشور در اینجا حقوق بین الملل عرفی را متوقف کرده و از حرکت بازداشته است. اگر قائل بدین شویم که وجود رابطه قراردادی ناشی از معاهدات چند جانبه این اثر را داشته که قواعد حقوق عرفی را در همان زمینه متوقف نموده باشد، در آن صورت دیوان نمی توانست ایالات متحده را با وجود تجاوز مکررش به معاهدات چند جانبه، در موضع تقض تعهدات عرفی اش بیابد و به علت رزرو نسبت به معاهدات چند جانبه دیگر جایی برای صلاحیت و رسیدگی دیوان باقی نمی ماند، خصوصاً اینکه دیوان رزرو ایالات متحده نسبت به معاهدات چند جانبه را نیز معتبر تلقی نموده بود.^{۱۴}

الف. تفاوت مضامین

گفتیم که تدوین هر قاعده ای متضمن توسعه آن نیز می باشد. در قضیه نیکاراگوئه دیوان بر این نظر نیست که «در عرصه حقوق ناظر بر اختلاف فعلی، کلیه قواعد عرفی که می توانند مورد استفاده قرار گیرند، مضمونی دقیقاً یکسان با قواعد مندرج در معاهداتی دارا هستند که بواسطه رزرو ایالات متحده قبل اعمال نیستند. عرصه هایی که از مجرای دو منبع حقوقی فوق به نظم کشیده شده اند در مواردی دقیقاً در هم نیامیخته اند و قواعد اساسی که چارچوب کار را تشکیل می دهند در محتوا یکسان نیستند».^{۱۵}

سپس دیوان در مقام اثبات نظر خود برآمده اظهار می دارد که «منشور خود بعضاً مشیت این امر می باشد که حقوق عرفی را کاملاً در خود جای نداده است. منشور با اینکه در ماده ۵۱ دفاع مشروع را حقی ذاتی می داند و برآن است که هیچ یک از مقررات خدشه ای بدان وارد نمی سازد، با وجود این مستقیماً کلیه جوانب ماهوی آن را به نظم نکشیده است. برای مثال منشور شامل قاعده ای که بر اساس آن دفاع مشروع بایست واجد شرط تناسب در قبال حمله مسلحانه و ضرورت پاسخ

14. I. C. J. Reports., 1986, para. 173.

15. Ibid., 1984, p. 442.

16. Ibid., 1986, para. 175.

بدان باشد، نیست و این قاعده در حقوق بین الملل عرفی استقرار یافته است. به علاوه تعریفی از تجاوز در منشور به عمل نیامده است و این امر قسمتی از حقوق قراردادی نیست. بر این اساس نمی توان قائل به این شد که ماده ۵۱ منشور مقررهای است که حقوق بین الملل عرفی را کاملاً تدوین کرده است. این استدلال در مورد سایر اصول از جمله اصل عدم مداخله نیز صادق می باشد.^{۱۷} و بدین نحو دیوان اثبات می کند که حتی اگر ادعای ایالات متحده را در توقف حقوق عرفی به علت قرار گرفتن در چارچوب منشور بپذیرد، از آنجا که چنین امری بطور کامل صورت نپذیرفته است، ادعای این کشور خالی از وجه می باشد. دیوان آنگاه با عرفی تلقی نمودن تعریف تجاوز موضوع ماده ۳ قطعنامه تعریف تجاوز^{۱۸} در تأیید ادعای خود نشان می دهد که چگونه حقوق عرفی مکمل حقوق قراردادی است.

شاید بتوان گفت دیوان با دست یازیدن به این شیوه استدلال می توانست نتیجه منطقی دیگری نیز از آن استنباط نماید و آن اینکه «اگر رزو و ایالات متحده محدود به اختلافات ناشی از معاہدات چند جانبه می شود، موارد بر شمرده شده عرفی بوده و در قبال رزو ایالات متحده مصون از تأثیر مانده است»^{۱۹}، بویژه آنکه نیکاراگوئه دعوای خود را فقط مبتنی بر نقض معاہدات چند جانبه نکرده و به اصول عرفی و حقوق بین الملل عام نیز استناد جسته بود.^{۲۰} نتیجه آنکه در اینجا به علت استقلال مضمون و قالب دو قاعدة عرفی و قراردادی، می توان قائل بدین شد که هر دو قاعده به موجودیت مستقل خود ادامه داده اند. مضافاً بر اینکه توسل به یک قاعده برای رفع ابهام یا پر نمودن خلام ناشی از نقص قاعدة دیگر، حتی با وجود رزو نسبت به قاعده قراردادی، امری بلاشکال و منطقی به نظر می رسد. دیوان تلویحاً در همین قضیه این اصل را که «اذن در شیء متضمن اذن در لوازم

17. Ibid., para. 176.

18. Ibid., para. 195.

19. Thirlway. H., "The law and Procedure of ICJ 1960- 1989", B. Y. I. L., 1989, p. 155.

20. I. C. J. Reports., 1984, para. 73.

شیء نیز می‌باشد» مورد شناسایی قرار داده است.^{۲۱} ما در واقع با اعتقاد بر این امر که «بریک اصل حقوقی نمی‌توان فرض محدودیت نمود مگر اینکه بوضوح اثبات شده باشد»^{۲۲} با یک قیاس اصولی به این نتیجه منطقی دست می‌یابیم که چون استفاده از حقوق عرفی در مورد تعریف تجاوز، شرایط دفاع مشروع و اصل عدم مداخله مستلزم توجه به منشور ملل متحده برای روشن نمودن دیگر ابعاد این حقوق می‌باشد، از این رونمی‌توان در اینجا قائل به نقش بازدارندگی رزرو ایالات متحده در شد. همان‌گونه که دیوان خود اظهار می‌دارد: «صرف نظر از رزرو ایالات متحده در مورد معاهدات چند جانبه، دیوان نمی‌تواند و نباید در تعیین محتوای حقوق بین‌الملل عرفی از منشور ملل متحده و منشور سازمان کشورهای امریکایی چشم پوشد».^{۲۳}

ب. وحدت مضامین

فرض کنیم معاهده به تدوین کامل عرف موجود می‌پردازد و به عبارتی مضمون هر دو قاعده یکسان می‌گردد. در این صورت آیا می‌توان ادعا نمود که قاعدة قراردادی لاحق به حیات قاعدة عرفی سابق میان اعضای معاهده پایان داده است.

بدیهی است که «قاعدة عرفی مذکور در روابط میان کشورهای ثالث و روابط میان آنها با اعضای معاهده اخیر به حیات خود ادامه می‌دهد»، اما سخن بر سر این است که قاعدة عرفی میان اعضای معاهده‌ای که به تدوین قاعدة مذکور مبادرت ورزیده است چه می‌شود؟ آیا می‌توان در روابط میان کشورهای فوق قائل

۲۱. دیوان در پارا ۱۴۲ رأی ماهیتی خود ابراز می‌دارد که ماده ۱۸ کنوانسیون ۱۹۸۲ مونته گوبی، حقوق بین‌الملل عرفی را تدوین نموده است و بدین لحاظ آزادی کشتیرانی در منطقه انحصاری اقتصادی تضمین شده است. این آزادی متناسب آن است که هر کشوری که از حق دسترسی به بنادرش برخوردار است، لزوماً از تمام آزادیهای لازم برای کشتیرانی برخوردار باشد.

22. Fitzmaurice, G., "The Law and Procedure of the ICJ: General Principles and Substantive Law", B. Y. I. L., 1950, p. 11.

23. I. C. J. Reports, 1986, para. 183.

24. Thirlway., op. cit., Supra No. 12, p. 109.

به این شد که قواعد عرفی تدوین شده هم به موازات معاہده مذکور به حیات خود ادامه می دهند؟

مسئله همزیستی حقوق عرفی و قراردادی قبل^۱ در قضیه مربوط به حقوق اتباع ایالات متحده در مراکش در سال ۱۹۵۲ مطرح شده بود. در آن قضیه ایالات متحده ادعا می کرد: «حقوق کنسولی که آن کشور از رهگذر معاہده و نیز اعمال شرط ملت کاملة الوداد، از آن برخوردار شده است در حقوق عرفی نیز مبنای مستقلی داشته و بعد از پایان حیات قاعدة قراردادی، قواعد عرفی که به حیات خود ادامه داده اند جایگزین آن می شوند». ^۲ دیوان با وجود آنکه ابراز داشت حقوق ایالات متحده در مراکش صرفاً مبتنی بر معاہده است و نه بر عرف، این امر را انکار نکرد که جدای از یک معاہده، حقی مستقل می تواند بر مبنای عرف وجود داشته باشد.^۳

در قضیه نیکاراگوئه دیوان بعد از خاطر نشان ساختن این امر که کلیه قواعد عرفی و قراردادی استنادی دقیقاً محتوای واحدی ندارند، اظهار داشت که حتی در صورت وحدت کامل مضامین یک قاعدة قراردادی و یک قاعدة عرفی مربوط به اختلاف حاضر، این امر دلیل آن نمی شود که گنجانیدن قاعدة عرفی در معاہده، ضرورتاً قاعدة عرفی را از اعمال جداگانه اش محروم نماید^۴ و به بیان کلی هیچ دلیلی وجود ندارد، که هرگاه حقوق بین الملل عرفی قواعد یکسانی با معاہده داشته باشد، قاعدة قراردادی، قاعدة عرفی را ملغی کند، بنحوی که هرگاه حقوق بین الملل عرفی هیچ موجودیتی برای خود نداشته باشد.^۵

نظر دیوان در اینجا مبتنی بر استقلال و برابری عرف و معاہده می باشد. نتیجه این برابری آن است که «معاهده لاحق در صورتی می تواند عرف سابق را نسخ کند که میان مضمون دو قاعدة مغایرت و تعارض وجود داشته باشد»؛^۶ یعنی

25. I. C. J. Reports., 1952, pp. 199- 200.

26. Fitzmaurice. G., "The Law and Procedure of the ICJ. 1951- 54: General Principles and Sources of Law", B. Y. I. L., 1953, p. 65.

27. I. C. J. Reports, 1986, para. 175.

28. Ibid., para. 177.

29. Akehurst. M., "The Hierarchy of the Sources of International Law", B. Y. I. L., 1974- 75, p. 274.

یک قاعده نافی دیگری بوده و نتوان در یک زمان عمل به مدلول هر دو قاعده را از تابعان واحد انتظار داشت. در صورت عدم تعارض، اصولاً دلیلی وجود ندارد تا لاحق بودن معاهده باعث حاکم گردانیدن آن بر قاعده عرفی مربوطه گردد.

بقای قواعد عرفی بعد از تدوین آنها، پیشتر در رأی دیوان در قضیه کارمندان دیپلماتیک و کنسولی ایالات متحده در تهران مورد تأیید قرار گرفته بود. در این راستا دیوان اظهار داشت: «تعهدات دولت ایران در قضیه مطروحه صرفاً تعهدات قراردادی ایجاد شده بوسیله کنوانسیونهای ۱۹۶۱ و ۱۹۶۳ وین نیست، بلکه این تعهدات تحت حقوق بین الملل عرفی نیز موجود است». ^{۳۰}

اکثر نویسنده‌گان نیز با دیوان هم عقیده بوده و برآند که «قاعده عرفی تدوین شده به حیات خود ادامه می‌دهد و به صرف گنجاندن در یک متن مكتوب پایان نمی‌پذیرد». ^{۳۱} در واقع، «امکان اعتبار همزمان قواعد قراردادی و عرفی امری منطقی می‌باشد. چرا که به عبارتی دقیق، هدف تدوین نه ملغی ساختن قواعد عرفی استقرار یافته و نه تغییر آنهاست، بلکه هدف، تنظیم قواعد عرفی مربوطه در یک معاهده و به عبارتی مدرنیزه کردن آنها می‌باشد».

کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات در ارتباط با این امر که قاعده قراردادی مدون، عرفهای تدوین شده را نسخ نمی‌کند در ماده ۴۳ مقرر می‌دارد: «بی اعتباری، فسخ یا رد یک معاهده و نیز خروج یکی از طرفهای معاهده، یا تعلیق اجرای آن...، به هیچ وجه تأثیری در وظیفه یک کشور در انجام تعهدات مندرج در معاهده که طبق حقوق بین الملل و مستقل از معاهده مجبور ملزم به رعایت آنهاست نخواهد داشت». به بیان دیگر استقلال دو قاعده، ضامن بقای آنها بعد از درهم آمیختنشان است.

برخی از حقوقدانان معتقدند که هر چند حقوق عرفی با انعقاد یک معاهده

30. I. C. J. Reports, 1980, p. 31, para. 62.

31. Reuter. Paul., "Introduction to the Law of Treaties", Trans. by Mico. J/ Haggenmacher., Printer Publishers, 1989, p. 108., Virally., op. cit., p. 142.

32. Wolfske.Karol., "Custom in Present International Law" ,Martinus Nijhoff, 1993, p.115.

مدون از جانب چند دولت ملغی نمی شود، ولی دیوان در قضیه نیکاراگوئه بعد دیگر مسأله را مبهم رها کرده است؛ چرا که اظهار داشته است: «حتی اگر دو قاعده عرفی و قراردادی مضامین واحدی داشته و کشورهای درگیر در قضیه بوسیله هر دو قاعده عرفی و قراردادی مذکور نیز ملزم باشند، این قواعد به موجودیت جداگانه خود ادامه می دهند و از این حیث «قابل اعمال» هستند». ^{۳۳} از طرفی متعاهدین با تدوین قاعده عرفی موافقت کرده اند که اگر اختلافی میان آنها بروز کند تنها حقوق قراردادی قابل اعمال باشد و اگر معلوم شود که حقوق قراردادی به دلایل حقوقی خاصی، قابل اعمال نیست حقوق عرفی به جای آن اعمال می گردد. به عبارت دیگر، همیشه تنها یک قاعده در یک موضوع و مورد مشخص اعمال می گردد. ^{۳۴} ایراد اینان تا آنجا که به ابهام، در عدم تصریح به اعمال یک قاعده در مورد موضوعی خاص در زمانی معین باز می گردد، منطقی بوده و به نظر می رسد بر دیوان وارد باشد. اما نمی توان باور نمود که دیوان نسبت به این مسأله کاملاً بی توجه بوده است؛ زیرا از یک طرف دیوان در پاراگراف مذکور به «قابلیت اعمال»^{۳۵} دو قاعده اشاره می کند و نه اعمال فعلی و همزمان آنها، و روشن است که این دو لفظ متفاوت از یکدیگرند. از طرف دیگر اگر کل رؤیة قضایی دیوان و بویژه قضیه نیکاراگوئه را مورد بررسی قرار دهیم، این نکته روشن می گردد که عملاً دیوان هنگامی قاعده عرفی تدوین شده را اعمال نموده است که در راه اجرای قاعده قراردادی مدون مانع به وجود آمده باشد.

خلاصه کلام اینکه قاعده عرفی مدون شده بر اثر تدوین فقط در روابط اعضای معاهدہ متعلق می شود، لیکن میان دولتها و یا سازمانهای بین المللی ثالث و نیز میان آنها و اعضای معاهدہ مربوطه، قاعده عرفی مزبور اعمال می گردد. علاوه بر این «هنگام تفسیر قاعده قراردادی مذکور میان کشورهای عضو معاهدہ نیز

33. I. C. J. Reports, 1986, para. 178.

34. Czaplinski. Wladyslaw., : "Sources of International Law in Nicaragua Case", I.C.L.Q., 1989 vol. 38, p. 166, Barberis., op. cit., p. 46.

35. Applicability.

می توان از قواعد مشابه عرفی مدد جست»^{۳۶} و قطع نظر از تعلیق اجرای آنها، به عنوان ابزاری کمکی بدانها دست یازید.

بند دوم تبديل ارزش قاعده

گفتیم که گنجاندن قاعده عرفی در یک معاهده به موجودیت آن قاعده پایان نمی دهد و این قاعده به قابلیت اعمال خود ادامه می دهد. منتها باید توجه داشت که «در میان کشورهای عضو معاهده ارزش عرفی قاعده به ارزش قراردادی تبدل می شود». ^{۳۷} در این راستا دولتهای عضورا اعتقاد بر این بوده است که معاهده مذکور بلحاظ صراحة و نظام بندی که از حقوق عرفی به دست می دهد، در تنظیم و تنیق نظام حقوقی حاکم بر روابط شان از حقوق عرفی کارآمدتر خواهد بود و بهمین خاطر معمولاً این گونه معاهدات زودتر تصویب شده و به اجرا در می آیند.

تبديل ارزش قاعده عرفی به قاعده قراردادی واجد آثار بسیاری در مورد تفسیر و اجرای قاعده خواهد بود که مفصلأً بدان خواهیم پرداخت. برای مثال «در ارتباط با کشورهای عضو آن معاهده، از زمانی که آنها عضو معاهده مذکور می شوند و تا زمانی که عضو آن معاهده باقی می مانند، قواعد مقرر شده در آن معاهده به عنوان قواعد خاص، مقدم بر قواعد عرفی تدوین شده می باشند». ^{۳۸} در واقع بخشی از قواعد عرفی که در معاهدات گنجانده می شوند اعتبار حقوقی دوگانه ای به دست می آورند. بدین معنی که هم بمنزلة تعهدی قراردادی می باشند که محدود به کشورهای عضو معاهده می شوند، و هم در مقام حقوق عرفی دایره ای وسیعتر از اعضای معاهده را در بر می گیرند.^{۳۹}

36. Barberis., Ibid., p. 35.

37. Carreau. Dominque., "Droit International", Paris. Pedon, 1988, p. 259.

38. Thirlway., op. cit., Supra. No. 12, p. 100.

39. Cassese., op. cit., p. 183.

بندسوم تغییر تکنیکهای احراز قاعده

مقدمه اجرا، تفسیر و حتی تدوین هر قاعده‌ای احراز موجودیت و اعتبار آن قاعده است. این امر بویژه به علت پیچیدگی و دگرگونی روند شکل‌گیری قواعد عرفی از اهمیت وظرافت خاصی برخوردار می‌باشد. بدین لحاظ، چون احراز یک قاعده، از الزام تابعان آن قاعده بدان کاشف به عمل می‌آورد، بایست با توجه به نوع هر قاعده از فن ویژه و خاص خود آن قاعده بهره جست؛ فی که قادر باشد علاوه بر مؤثر بودن در پر کردن خلاء حقوقی، از واقعیت نیز دور نیفتداده، قاعده‌ای موهوم یا تکامل نیافه را ابداع ننماید.

روند شکل‌گیری عرف بوسیله حقوق به نظم کشیده نشده است و حقوق بین الملل موضوعه فقط به صورتی مبهم در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان شرایطی را که باید به منظور تشخیص یک قاعده عرفی اعمال گردد مورد توجه قرارداده است.^{۴۰} علت این امر را شاید بتوان تحول و دگرگونی مستمر روند شکل‌گیری و در نتیجه احراز قواعد عرفی دانست. با وجود اینکه می‌توان در قضیه نیکاراگوئه از شیوه‌های احراز قواعد عرفی یعنی توافق طرفین بعنوان اولین گواه قاعده عرفی، بررسی رویه و اعتقاد حقوقی کشورها و استنباط قواعد عرفی از اصول کلی بحث نمود، اذعان می‌داریم که در هر حال، کلام آخر را ارگان احراز کننده موجودیت قاعده عرفی می‌زند و در بادی امر همین استنباط مقام صالح است که خودنمایی می‌کند. در واقع «تشخیص قواعد عرفی در صلاحیت شخصی ارگانهای ذی صلاح است»^{۴۱} و بهمین لحاظ «در این عرصه قاضی نقشی اساسی ایفا می‌کند».^{۴۲}

در حقوق قراردادی این وضع قدری متفاوت است. قاعده قراردادی مکتب بوده و معمولاً از وضوح و صراحة خاصی در مقایسه با قواعد عرفی برخوردار است. با بررسی مقررات یک معاهده در مورد چگونگی ابراز رضایت در ملزم شدن

40. Wolfke., op. cit., p. 52.

41. Barberis., op. cit., p. 37.

42. Carreau., op. cit., p. 262.

به معاهده فوق و یا رویه بعدی کشورهای عضو، می‌توان بسهولت دریافت که کدام کشورها به معاهده مذکور پیوسته و به مقررات آن گردن نهاده‌اند. بهمین خاطر بیشتر اختلافاتی که در مورد معاهدات پیش می‌آید، به اجرا و یا تفسیر آن معاهدات بازمی‌گردد، زیرا در خلق یک قاعدة قراردادی کشورها اراده‌ای فعال داشته و معمولاً آن را بطور صریح ابراز می‌دارند، در حالی که در عرصه حقوق عرفی این اراده منفعل و بیشتر تحت تأثیر واقعیات اجتماعی است.^{۴۴}

همان‌گونه که دیوان در قضیه نیکاراگوئه بیان داشت: «زمانی که دو کشور با درج قاعده‌ای خاص در یک معاهده موافقند، توافق آنها، برای اینکه آن را قاعده‌ای الزام آور سازد کافی است، لیکن در زمینه حقوق بین‌الملل عرفی نظرات مشترک طرفها در مورد مضمون آنچه که آنها به عنوان قاعده تلقی می‌کنند کافی نبوده و دیوان می‌بایست خود را اقناع کند که وجود آن قاعده در اعتقاد حقوقی آنها به الزام آور بودن رویه تأیید شده است».^{۴۵}

در واقع، در حالی که احراز توافق دو طرف در مورد یک قاعدة قراردادی، امری است قاطع و سرنوشت‌ساز، در حقوق عرفی چنین امری فقط بمنزله یک نشانه و قرینه می‌باشد و «نقش اصلی را حتی در عرف دو جانبه، رویه کشورهای مربوط ایفا می‌کند».^{۴۶}

در مورد تداوم و امکان تغییر قواعد حقوقی باید گفت که تکامل مستمر حقوق بین‌الملل عرفی، دیوان را ناچار می‌گردد که کراراً احراز کند کدام قواعد عرفی وجود دارند؟ یا حداقل کنترل کند که آیا آنها هنوز منطبق با واقعیات عینی بین‌المللی هستند؟ حتی اگر طرفهای اختلاف به چنین امری استناد نکرده باشند. این امر بدین خاطر است که «چنین حقوقی در عرصه معرفت قضایی دیوان قرار

۴۳. هر چند ما نقش و تأثیر واقعیات اجتماعی را در ایجاد قواعد قراردادی انکار نمی‌کنیم، منتهای مراتب در حالی که خلق یک قاعدة قراردادی در کل به عرصه‌ای از واقعیات که هنوز بر اسلام نیازها و آمال اعضا به نظم کشیده نشده‌اند اشاره دارد، شکل‌گیری یک قاعدة عرفی مربوط به واقعیتی می‌شود که حداقل قسمتی از آن در قالب رویه معین انسجام یافته است. (Wolfke., Ibid., p. 97)

44. I. C. J. Reports, 1986, para. 184.

45. I. C. J. Reports, 1960, p. 44.

دارد و دیوان هم به عنوان یک ارگان قضایی می بایست حقوق بین الملل را مورد توجه قرار دهد». ”ولی در مقابل، حقوق قراردادی نسبتاً از قطعیت و آمریت بیشتری برخوردار است و به همین لحاظ علاوه بر لزوم استناد به پایان حیات قاعدة قراردادی و اثبات آن از طرف کشور ذی نفع،“ فرض برآن است که قاعدة مزبور بدان خاطر که کشورها معمولاً بطور صریح بدان ملتزم می گردند هم مضمونی همگام با واقعیات اجتماعی دارد و هم صورتی مناسب با محتوای خود، و از این رو از ثبات بیشتری برخوردار است.

نتیجه بحث اینکه چون در میان کشورهای عضو یک معاهده مدوّن، این قاعدة قراردادی است که حکومت می کند، بدین لحاظ به اعتبار تغییر قالب، فنون احراز قاعدة نیز متتحول می گردد.

۳ مبحث

چگونگی متمایز ساختن تدوین و توسعه از یگدیگر

متمایز ساختن قاعده ای که صرفاً قراردادی است از قاعده ای که حقوق عرفی را تدوین نموده است، امری مهم و در خور توجه می باشد. گرچه مجموع این

۴۶. I. C. J. Reports, 1974, p. 9.

۴۷. حتی در صورت تعارض قاعده قراردادی با یک قاعده آمره، مستنبت از مواد ۶۶ و ۶۹ کنوانسیون وین حقوق معاہدات، حق ادعای بطلان به طرفهای قاعده قراردادی مذکور محدود شده است. دیوان هم در سال ۱۹۶۶ در قضیه آفریقای جنوب غربی از شناسایی اقدام عمومی (Actio Popularis) و اگذاری این حق به هر یک از اعضای جامعه بین المللی که در دفاع از یک منفعت عمومی طرح دعوی کنند، امتناع ورزید. (I. C. J. Reports, 1966, p. 47) با وجود این به نظر می رسد پیش بینی اقدام عمومی در این موارد با فلسفه و هدف قواعد آمره در حمایت از منافع و ارزش‌های اساسی جامعه بین المللی کاملاً منطبق و ضروری است.

قواعد هنگامی که در چارچوب معاہده جای می‌گیرند، بصورت یک کل جلوه‌گر شده و بنابر اصل تفکیک ناپذیری مقررات معاہده، بعنوان مجموعه‌ای واحد اعضا را ملزم می‌نمایند. با وجود این خاطر نشان کردیم که جامعه بین المللی بعلت فقدان قدرتی برتر از کشورهای دارای حاکمیت، جامعه‌ای غیر نهادین است. بدین خاطر در نهایت حقوق بین الملل فقط مشتمل بر قواعد و مقرراتی است که کشورها برای تنظیم روابط میان خود ایجاد کرده‌اند (اصل تساوی حقوقی کشورها). از طرفی اثبات نمودیم که در مقابل اعتبار نسبی قواعد قراردادی، قواعد عرفی بعد از تدوین به حیات مستقل خود ادامه می‌دهند و بدین لحاظ در روابط میان کشورهای عضو معاہده مذکور از یک طرف و کشورهای تابع قاعده عرفی مذبور از طرف دیگر، در زمینه مربوط خلاصی پیش نمی‌آید. از این رو ضروری است در مورد یک معاہده، با توجه به اهرمهایی که در زیر مورد بحث قرار می‌گیرند، قواعد صرفاً قراردادی از قواعد عرفی تدوین شده تشخیص داده شوند.

با وجود این چون «قواعد حقوق بین الملل از رهگذر روندی سیاسی- حقوقی خلق می‌شوند و علی رغم تفاوت‌های اساسی در شکل و صورت، این قواعد و بویژه عرف و معاہده از مبنایی مشترک یعنی هماهنگی اراده کشورها یا دیگر تابعان حقوق بین الملل نشأت می‌گیرند»^{۴۸}، "بدین لحاظ با وحدت مبنای قواعد عرفی و قراردادی" ناگزیریم تا مکانیسم ایجاد و اجرای دو قاعده را مطمع نظر قرار دهیم. بدون اینکه بخواهیم آشکال ایجاد قواعد عرفی و قراردادی را مستقلًا مورد بررسی قرار دهیم، معاہده‌ای را مورد توجه قرار می‌دهیم که آمیزه‌ای از قواعد عرفی و قراردادی باشد.

۴۸.Tunkin G., "Politics, Law and Force in the Interstate System", R. C. A. D. I., 1989, vol. 219, p. 260.

۴۹ این امر منافاتی با تدبیل مبنای ارادی عرف به لحاظ واقعیات اجتماعی نخواهد داشت؛ زیرا نقش اراده کاملاً انکار نشده است، بلکه سهم و اهمیت اراده در مورد عرف و معاہده متفاوت است.

بنداؤل مراجعه به متون مقدماتی

برای اینکه اراده تابعان حقوق بین الملل در عقد یک معاهده همساز و هماهنگ گردد، ضروری است تا از مجرای مذاکره میان منافع آنها تعامل و سپس بین اراده شان توافق ایجاد شود. در این بین مراجعته و توصل به کارهای مقدماتی که زمینه انعقاد معاهده را فراهم آورده اند، ارزشی انکار ناپذیر در تعیین روند و نحوه شکل گیری قاعده دارا می باشد. در واقع «متون مقدماتی در احراز اینکه مقرره ای خاص بعنوان قاعده ای از پیش موجود تلقی شده یا قاعده مورد بحث در حال پیدایش بوده و بوسیله این روند تکمیل شده است و یا بصورت قاعده ای جدید مطرح شده است، نقشی کمکی دارند». ^{۵۰}

دیوان در قضایای فلات قاره دریای شمال برای مبرهن ساختن این امر که آیا خط میانه بعنوان قاعده ای عرفی تدوین یافته است یا خیر، به مباحثاتی که در کمیسیون حقوق بین الملل در مورد این ماده جریان داشته توجه می کند و اظهار می دارد: «مباحثات کمیسیون حاکی از آن است که اصل مذکور بصورتی که در ماده ۶ کنوانسیون فلات قاره ۱۹۵۸ جای گرفته است با تردید قابل ملاحظه ای بوسیله کمیسیون پیشنهاد شده است، بنحوی که به بیان دقیق، یک اصل آرمانی و نه یک قاعده موجود یا قاعده در حال تکوین حقوق بین الملل عرفی می باشد». ^{۵۱} بدین لحاظ دیوان با احراز این امر که قاعده مذکور در عرصه توسعه حقوق بین الملل می گنجد و صرفاً قراردادی است، دولت ثالث یعنی آلمان فدرال را برای از تعهدات وضع شده بوسیله آن قاعده دانست.

دیوان همچنین در رأی مشورتی خود در قضیه نامیبیا با توجه به شواهد مندرج در متون مقدماتی کنوانسیون وین ۱۹۶۹ راجع به حقوق معاهدات، ماده ۶۰ آن کنوانسیون را در مورد فسخ یک معاهده یا تعليق اجرای آن در نتیجه نقض

۵۰. Aréchaga E. J., "International Law in the Past Third of a Century", R. C. A. D. I., 1978, vol. 159, p. 27.

۵۱. I. C. J. Reports, 1969, p. 38., para. 62.

اساسی، مبین حقوق عرفی تلقی کرد.^{۵۲}

در قضیه نیکاراگوئه دیوان برای اثبات مدوّن بودن بند ۴ ماده ۲ منشور ملل متحده به کارهای کمیسیون حقوق بین الملل در زمینه حقوق معاہدات توجه نمود و اظهار داشت: «کمیسیون حقوق بین الملل مواد منشور راجع به ممنوعیت استفاده از زور را به ذات خود بعنوان یک نمونه باز قاعده‌ای بین المللی که ویژگی آمره دارد تلقی نموده است». ^{۵۳} نکته اساسی که در این مورد باید بدان توجهی خاص مبذول داشت، آن است که «هر مقررة قراردادی در این چهارچوب بصورتی جداگانه و دقیق مورد بررسی قرار گیرد»^{۵۴} و بعلاوه از متون مقدماتی فقط بعنوان شاهد و قرینه‌ای معتبر و نه دلیلی قاطع، در احراز عرفی بودن یک قاعده قراردادی با توجه به کل چارچوب معاہده استفاده گردد.

بند دوم ارزیابی نحوه اعلام رضایت به معاہده

الف. آیا مجاز بودن اعمال رزرو نسبت به یک مقررة قراردادی بر عرفی نبودن آن دلالت دارد؟

براساس بند «د» از ماده ۲ کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاہدات، رزرو عبارت از اعلامیه یکجانبه‌ای است که یک کشور تحت هر نام یا به هر عبارت حین امضا، تنفیذ، قبول، تصویب یا الحاق به یک معاہده صادر می‌کند و بوسیله آن قصد خود را دائز بر عدم شمول یا تعديل آثار حقوقی بعضی از مقررات معاہده نسبت به خود بیان می‌دارد. از این رهگذر کشورها هنگام اعلام اراده قطعی خود نسبت به پذیرش یک معاہده چندجانبه می‌توانند تحت شرایط خاص، با

۵۲. I. C. J. Reports, 1971, p. 47.

۵۳. I. C. J. Reports, 1986, para. 190.

۵۴. Bernhardt Rudolf., "Custom and Treaty in The Law of The Sea", R. C. A. D. I., 1987, vol. 205. p. 272.

استفاده از این حق، حاکمیت ملی خود را در مقابل مقرره مورد بحث محفوظ داردند. دیوان در قضایای فلات قاره دریای شمال با این ادعای دانمارک و هلند مواجه بود که ماده ۶ کنوانسیون فلات قاره راجع به اصل خط میانه به تدوین حقوق عرفی موجود در زمان خود پرداخته است و بدین لحاظ قاعده‌ای صرفاً قراردادی به شمار نمی‌رود تا آلمان فدرال با استناد به عدم عضویت در کنوانسیون، نسبت به آن ملزم تلقی نشود.

دیوان با ابتدای استدلال خود بر این امر که قواعد عام حقوق عرفی، باید ماهیتاً از اعتبار و قدرتی یکسان برای کلیه اعضای جامعه بین المللی برخوردار باشند اظهار داشت: «چون در ماده ۱۲ همان کنوانسیون راه اعمال رزرو نسبت به ماده ۶ بازگذارده شده است از این رو این ماده ارزشی صرفاً قراردادی دارد». ^{۵۵} آیا واقعاً می‌توان قائل به این شد که عمومیت یک قاعده مانع از اعمال رزرو نسبت به آن می‌گردد؟ کنوانسیون وین راجع به حقوق معاهدات در بحث رزروهای متنوعه با وجود اینکه در مقام بیان بوده است ذکری از این مورد نکرده است.^{۵۶}

ضمیر بخشی که قبلًا در مورد تأثیر تدوین بر قاعده عرفی مذکون شده داشتیم، خاطر نشان ساختیم که با تدوین، قاعده عرفی در میان کشورهای عضو معاهده به قاعده‌ای قراردادی تغییر شکل می‌دهد و بدین خاطر با تغییر قالب، می‌توان با آن بعنوان قاعده‌ای قراردادی برخورد نمود و به همین جهت «صرف عمومیت قاعده عرفی نقشی بازدارنده در مقابل امکان این امر که کشورها از رهگذر معاهده از آن تخطی ورزند، یا قاعده متفاوتی را اعمال کنند، ندارد». ^{۵۷} از طرفی به علت فقدان سلسله مراتب میان عرف و معاهده، هر کدام که لاحق باشند می‌توانند دیگری را نسخ نمایند. پس اگر کشورها بتوانند در روابط قراردادی خود قاعده‌ای عرفی را

55. I. C. J. Reports, 1969, pp. 38- 9, para. 63.

۶۵. اگر هدف معاهده تضمین وحدت و یکپارچگی در اعمال کشورها در موضوعی که تحت سلطه معاهده قرار گرفته است. باشد، در این صورت شاید بتوان گفت که اعمال رزرو نسبت به معاهده، برخلاف هدف معاهده بوده و منوع است.

57. Thirlway., op. cit., Supra, No. 19, p. 147.

نسخ کنند، «بطريق اولی»^{۵۸} اعمال حق رزرو که قاعده‌ای عرفی را در روابط خاص معلق می‌کند، بلا اشکال به نظر می‌رسد.

قاضی سورنسن در قضایای فلات قاره دریای شمال در اعتراض به این نگرش دیوان اظهار داشت: «اختیار اعمال رزرو نسبت به یک معاهده ضرورتاً ارتباطی با این مسأله که آیا مقرره مورد بحث مبین حقوق عام می‌باشد، ندارد. پذیرش رزرو خواه بصورت صریح یا ضمنی از طرف یک کشور متعاهد، اثر محروم نمودن کل کنوانسیون یا ماده خاصی از آن را، از ویژگی و ماهیت اعلامیش ندارد، بلکه فقط موحد این اثر است که یک رابطه قراردادی خاص میان طرفهای مربوط در چارچوب حقوق عام مندرج در آن معاهده ایجاد می‌شود، مشروط به آنکه قاعده عرفی مذکور از جمله قواعد آمره نباشد. نتیجتاً هیچ مغایرتی میان اعمال رزرو نسبت به مواد خاص کنوانسیون راجع به فلات قاره، و شناسایی آن کنوانسیون یا مواد خاص آن به عنوان بیان قواعد عموماً پذیرفته شده حقوق بین الملل وجود ندارد».^{۵۹}

در واقع «امکان رزرو نسبت به مواد یک معاهده برای طرفین، لزوماً به معنای انکار ویژگی اعلامی آن مواد نیست»،^{۶۰} زیرا «قواعد عرفی جهانی اساساً ماهیتی موضوعه داشته و در نتیجه می‌توانند بوسیله اعمال رزرو در روابط متقابل تعديل گردند».^{۶۱}

از این رو نمی‌توان از مجاز بودن اعمال رزرو نسبت به یک مقرر و استفاده از آن حق، مدون نبودن قاعده قراردادی را استنباط کرد. «برای ملاحظه این امر که آیا رزرو می‌تواند نسبت به مقررات یک معاهده مدون اعمال گردد یا خیر، ضروری است قواعد آمره را تشخیص دهیم».^{۶۲} این قواعد به علت ارتباطی که با

۵.8. Afortiori

59. I. C. J. Reports, 1969, Diss. Op. Judge Sorensen, pp. 248, 249.

60. Baxter. R. R., "Treaty and Custom", R. C. A. D. I., 1970, vol.129, p. 56.

61. Czaplinski. wladysLaw., "Sources of International Law in Nicaragua Case", I. C. L. Q. 1989, Vol. 38, p. 153.

62. Thirlway., op. cit., Supra, No. 12, p. 123.

نظم عمومی بین المللی پیدا می‌کنند، نمی‌توانند موضوع رزرو واقع شوند، و الا در سایر موارد، قواعد قراردادی قابل رزرو هستند، اعم از اینکه صرفاً قراردادی باشند یا اینکه عرفی را اعلام کرده باشند.^{۶۴}

ب. روند تصویب، الحق و امکان تجدیدنظر

گنجاندن مقرراتی دال بر امکان تجدیدنظر در معاهده مغایر با اسناد ویژگی عرفی به برخی از مقررات یا کل آن معاهده نیست.^{۶۵} زیرا قاعدة عرفی ایستا و واجد ثبات همیشگی نبوده و تحول و پویایی از مهمترین خصایص آن به شمار می‌رود. از طرف دیگر صرف تجدید نظر در یک معاهده مدون، پیام بخش اعتبار قاعدة عرفی که در عرصه‌ای دیگر به حیات مستقل خود ادامه داده است، نیست مگر اینکه «شرایط تغییر یا اختتام قاعدة عرفی - که ضرورتاً همان شرایط شکل‌گیری آن قاعدة و حتی بسی دغیقتر و مشکلتر از آن می‌باشد - جمع گردند».^{۶۶}

البته باید افزود که بررسی نحوه اعلام رضایت به متن معاهده مدون، محدود به بررسی رزروهای اعمال شده و یا امکان تجدید نظر نسبت به معاهده مذکور نیست و در این زمینه از اهرمهای دیگری نیز می‌توان سود جست. هر قاعدة حقوقی

۶۳. با اتخاذ این نگرش ممکن است این مسأله به ذهن خطور کند که آیا مجاز بودن اعمال رزرو نسبت به قواعد قراردادی مدون، ترفندی در دست دولتها برای گزین از تعهدات عرفی نیست؟ دولتها باید که به علت عدم اعتراض صریح و مستمر از همان زمان شروع شکل‌گیری قاعدة عرفی بدان، درین قاعدة مذکور گرفتار آمده و مترصد فرصتی برای رهایی از این تعهد می‌باشند. بی تردید چنین ایرادی زاییده تگریش سطحی و عدم تعمق کافی در مورد حق شرط می‌باشد. علاوه بر نامحدود نبودن حق اعمال رزرو، بر اساس مواد ۲۰ و ۲۱ کوانسیون وین، حقوق محفوظ زمانی در قبال کشور دیگر قابل استناد است که آن کشور این محدودیت را پذیرفته باشد. در واقع گرچه اعمال شرط در ابتداء اعلامیه ای یکجا به می‌باشد، ولی این پذیرش کشور دیگر است که رابطه ای قراردادی میان آنها برقرار می‌سازد. پس آثار آن محدود است. از طرفی رابطه میان کشورهای ثالث و کشور اعمال کشته رزرو، و از طرفی دیگر رابطه کشور اخیر با کشورهای مخالف شرط در عرصه حقوقی باقی می‌ماند، چرا که قاعدة عرفی مذکور بعد از تدوین کماکان به حیات خود ادامه داده است.

64. Baxter., op. cit., pp. 52- 53.

65. Wolfke., op. cit., p. 65.

بلحاظ نظم عینی که ایجاد می‌کند، زمینه‌های متفاوتی برای اجرا می‌طلبد. از طرف دیگر کشورها معمولاً هنگامی به پذیرش یک قاعده گردن می‌نهند که مضمون آن را برای تنظیم روابط میان خود و کشورهای دیگر مناسب یافته باشند. از این‌رو به قاعده‌ای قراردادی که حقوق از قبل موجود را تدوین نموده است. بلحاظ تناسب قاعده با ساختار حقوقی و متفاق ملی شان. معمولاً آسانتر اعلام رضایت می‌کنند، تا نسبت به یک قاعده قراردادی که بدیع بوده و در عرصه توسعه حقوق بین‌الملل جای می‌گیرد. بهمین لحاظ است که «کنوانسیونهای راجع به جانشینی دولتها در معاهدات (۱۹۷۸) و جانشینی دولتها در اموال، اسناد و قروض (۱۹۸۳)، رضایت قطعی اندکی را به خود اختصاص داده‌اند و بعید است که در دوران اخیر لازم‌الاجرا گردد».⁶⁷

نتیجه آنکه «اتخاذ متن کنوانسیون با وفاق عام، یا از رهگذر اکثریت وسیع و گسترده، و میزان تصویب پیاپی کشورها در مدتی اندک از زمان امضا و تعداد رزروهایی که نسبت بدان اعمال شده است،⁶⁸ از شاخصهایی هستند که برای احراز عرفی بودن قواعد کنوانسیون به کار می‌آیند». همچنین الحق سرع کشورها می‌تواند به عنوان قرینه‌ای مناسب در این عرصه مورد توجه واقع شود.

با وجود این، گاهی تصویب و الحق سرع گسترده به یک کنوانسیون می‌تواند دلایل دیگری داشته و از جمله ناشی از فقدان قاعده‌ای موضوعه برای تنظیم روابط میان تابعان حقوق بین‌الملل در عرصه‌ای خاص باشد. بهمین لحاظ در

6.6. Mullerson, Rein., "The Continuity and Succession of States by Reference to the Former USSR and Yugoslavia ", I. C. L. Q., 1993, vol. 42, p. 473.

۶۷. شاید به نظر برسد ما با توصل به میزان رزروهای اعمال شده برای احراز عرفی بودن یا نبودن یک مقرره معاهده، با توجه به بحث چند سطر پیش چار تناقص گویی شده‌ایم. برای رفع این شبهه اظهار می‌داریم مغایرتی میان این دو امر وجود ندارد، چرا که دیوان از ماده ۱۲ کنوانسیون مذکور که راه رزرو را نسبت به اصل خط میانه باز گذاشته، جنبه صرفاً قراردادی آن را استنباط کرده، ولی بحث ما در اینجا به میزان رزروهایی بر می‌گردد که کشورها اعمال کرده‌اند و جنبه عینی گرفته است. از طرف دیگر مورد اخیر بدون اینکه اثری قطعی داشته باشد فقط به عنوان یک نشانه و قرینه مورد توجه قرار گرفته است.

6.8. Condorelli., op. cit., p. 198./ Baxter., op. cit., p. 42.

این قلمرو باید با احتیاط کامل عمل نمود و با احتراز از اتخاذ موضعی عام و کلی بدین نکته توجه داشت که «حکم به مدون بودن معاهده بستگی به شرایط و اوضاع و احوال هر قضیه دارد و هر مقررة قراردادی باید بصورتی جداگانه و دقیق مورد بررسی قرار گیرد»⁶⁹ و از توسل به قرینه‌ای خاص و واحد برای استنباط نظر قطعی اجتناب به عمل آید، همان‌گونه که دیوان در احکام خود به دلایل و قرایین متفاوتی در اثبات یا ردّ یک موضوع توسل می‌جوید.

همچنین در این زمینه نباید راجع به اهمیت و ارزش تصویبها و الحالات کشورها مبالغه نمود. یک شعبه دیوان، بحق در سال ۱۹۸۴ در قضیه راجع به خلیج ماین میان کانادا و ایالات متحده امریکا، فقدان تصویب‌های مورد نیاز را برای لازم الاجرا شدن کنوانسیون ۱۹۸۲ مونته گوبی، به عنوان مانع غیر قابل عبور در راه احراز این امر که این کنوانسیون عرفهای موجود راجع به منطقه فلات قاره و منطقه انحصاری اقتصادی را تدوین کرده است تلقی ننمود.⁷⁰ در واقع دیوان برای تشخیص این امر که مقرره‌ای خاص در برخی جوابت به عنوان تدوین حقوق عرفی موجود تلقی می‌گردد، انتظار برای لازم الاجرا شدن مقررة مذکور را ضروری ندانسته است.

بندسوم تجزیه و تحلیل معاهده

در نظام بین‌المللی، قواعد حقوقی گاه از نظم روابط میان تابعان آن تحت قیود و شرایط خاصی استنباط می‌گردند و زمانی در معاهداتی که مظہر اراده صریح اعضا در نظم بخشیدن به اعمال میان خود یا تحقق هدفی مشترک می‌باشند متجلی می‌گردند، ولی در هر حال بدان خاطر خلق شده‌اند که اجرا گردند و اجرای قواعد

69. Bernhardt., loc. cit.

70. I. C. J. Reports., 1984, p. 294, para. 94.

طبعاً مستلزم دریافت مضمون وحد قلمرو هر قاعده می باشد^{۷۱} و در مورد اخیر است که در تمییز قواعد عرفی تدوین شده از قواعدی که بمنزلة توسعه حقوق بین الملل می باشند، معاهده به خدمت گرفته می شود.

بعضی مواقع معاهدات کلاً^{۷۲} یا در ارتباط با مقرره ای خاص، خود بطور صریح حکایت از این دارند که عرف موجود را تدوین کرده اند. برای مثال کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات در مقدمه خود بصورت کلی اشعار داشته است که در کنوانسیون مذکور تدوین و توسعه محقق گشته است و یا مواد ۳ و ۷ کنوانسیون وین راجع به جانشینی دولتها در معاهدات صراحتاً براین نکته مهر تأیید نهاده اند.

مع ذلک، هر چند این عبارات گشاینده دریجه ای بسوی بررسی بیشتر و تبیین رویه دولتهای عضو برای احراز جنبه اعلامی یک مقرره یا کل آن می باشد، اما «چنین اعلامی اثری قطعی نداشته و ما را از تحقیق و جستجوی بیشتر بی نیاز نمی کند». ^{۷۳} به اعتقاد دیوان در زمینه حقوق بین الملل عرفی هماهنگی و اتفاق نظر طرفها در مورد مضمون چیزی که آن را به عنوان قاعده تلقی می کنند کافی نیست و چنین امری باید در اعتقاد حقوقی کشورها بوسیله رویه تأیید شده باشد.^{۷۴}

گاهی از مضمون یک معاهده بر می آید که در موضوعی معین، معاهده به تدوین حقوق بین الملل عرفی مبادرت ورزیده است، بدون اینکه مقرره مذکور صراحتاً به چنین امری اشاره کرده باشد. دیوان در رسیدگی به اختلاف نیکارآگوئه و امریکا برای اثبات کند ماده ۵۱ منشور ملل متعدد به تدوین حق عرفی دفاع مشروع پرداخته است و بدین خاطر مقرره ای صرفاً قراردادی نیست تا رزو ایالات متعدد نسبت به معاهدات چند جانبه در اعلامیه پذیرش صلاحیت دیوان، آن را از حرکت بازداشتند، اظهار می دارد که خود منشور به حقوق بین الملل عرفی از قبل موجود اشاره کرده است؛ زیرا ماده ۵۱ از دفاع مشروع به عنوان حقی ذاتی یاد

۷۱. برای مطالعه بیشتر در این مورد رک. به دکتر هدایت الله فلسفی، تفسیر و اجرای مقررات حقوق بین الملل، مجله تحقیقات حقوقی دانشکده حقوق دانشگاه شهید بهشتی، ۱۳۷۱/۷۲، شماره ۱۱-۱۲.

۷۲. Baxter., op. cit., p. 55.

۷۳. I. C. J. Reports, 1986, para. 184.

می‌کند و مشتمل بر این عبارت است که هیچ چیز در منشور حاضر خدشه‌ای به این حق که در صورت وقوع یک حمله مسلحانه اعمال می‌شود، وارد نمی‌کند.^{۷۴} همچنین در مورد عرفی بودن برخی از قواعد حاکم بر مخاصمات مسلحانه، دیوان توجه خود را به کتوانسیونهای چهارگانه ۱۹۴۹ معطوف می‌دارد. هر چهار کتوانسیون چنین مقرره‌ای را در خود جای داده اند که فسخ فقط درباره دولت فسخ کننده معتبر است و نسبت به تعهداتی که دولتهای متخاصم مکلفند بموجب اصول حقوق بشر ناشی از رسوم مقرر بین ملل متمدن و قوانین انسانیت و مقتضیات وجود ان عمومی اجرا نمایند، بلا اثر است. و از این‌رو دیوان آن اصول را در قضیه نیکاراگوئه قطع نظر از اینکه در چارچوب کتوانسیونهای چندجانبه گنجانده شده‌اند، قابل اعمال دانست.^{۷۵} در واقع دیوان از مدلول مقررات مندرج در یک معاهده، عرفی بودن آنها را احراز نموده است. شایان ذکر است که چنین استنباطی باید با احتیاط و با رعایت سایر جوانب امر صورت گیرد؛ زیرا گاهی موقع اعضاي معاهده برای اینکه کشورهای ثالث را هم در بنده مقررات معاهده خود درآورند در متن معاهده عباراتی را بنحوی صوری درج می‌کنند تا حاکی از مدون بودن معاهده آنها باشد.

بند چهارم مقایسه متن معاهده با قواعد عرفی

به جرأت می‌توان گفت قطعی‌ترین و مطمئن‌ترین راه تفکیک قالب قواعد مشابه و یا یکسان از یکدیگر، احراز مستقل موجودیت و قلمرو هر قاعده است. چنین شیوه‌ای خود فی نفسه ارزش اثباتی داشته و بی نیاز از عوامل کمکی دیگر می‌باشد. بی‌آنکه بخواهیم به تکرار مطالب قبل بپردازیم، خاطر نشان می‌سازیم که «در این رابطه بار اثبات قواعد عرفی از رهگذر کنترل قاعدة عرفی مربوط، آن گونه

74. Ibid., para. 176.

75. Ibid., para. 218.

که قبل از انعقاد کنوانسیون مدوّن ادعایی چربان داشته است، صورت می‌پذیرد».^{۷۶} زیرا در اینجا فرض برآن است که معاهده یا مقررة خاصی از آن به تدوین حقوقی از پیش موجود مبادرت ورزیده است و بدیهی است که «هیچ چیز مانع از آن نیست که کشورها ضمن وضع یک قاعدة کنوانسیونی، یک قاعدة عرفی مشابه راهنم حفظ کنند». ^{۷۷} در واقع «هیچ دلیلی وجود ندارد که هرگاه حقوق بین الملل عرفی قواعد یکسانی با معاهده داشته باشد، معاهده، عرف را ملغی کرده باشد بنحوی که حقوق بین الملل عرفی موجودیتی برای خود نداشته باشد». ^{۷۸}

دیوان سپس برای احراز قواعد عرفی توجه خود را به رویه و اعتقاد حقوقی کشورها جلب می‌کند و اظهار می‌دارد: «ماهیت حقوق بین الملل عرفی را اصولاً باید در رویه واقعی و اعتقاد حقوقی دولتها جستجو گردد، حتی اگر معاهدات چندجانبه بتوانند نقش مهمی را در درج و تعریف قواعد ناشی از عرف بازی کنند یا واقعاً در توسعه آنها سهم داشته باشند». ^{۷۹} دیوان سپس در راه اثبات قواعد عرفی استنادی بر می‌آید.

در این شیوه علاوه بر احراز مشابهت دو قاعده عرفی و قراردادی، از توسعه بعدی قواعد نیز نبایست غافل شد؛ زیرا تدوین، قاعدة عرفی را از حرکت و تحول باز نداشته است. دیوان هم با توجه به این مطلب خاطرنشان می‌سازد: «منشور در مورد مساله توسل به زور به اصولی که قبلاً در حقوق بین الملل عرفی وجود داشته، صراحة بخشیده است و این حقوق طی چهارده، تحت تأثیر منشور بحدی گسترش یافته که برخی از قواعد آن، وضعیتی مستقل از منشور به دست آورده اند». ^{۸۰} برای احراز مشابهت میان این قواعد، حد مشترک معقولی را باید مورد توجه قرار داد. یعنی علاوه بر وحدت موضوع دو قاعده، گسترش قلمرو

76. Condorelli., loc. cit.

77. Reuter., op. cit., p. 108.

78. I. C. J. Reports, 1986, para. 177.

79. Ibid., para. 183.

80. Ibid.,para. 181.

یکی از آنها نباید با مبنای قاعدة دیگر مغایرت داشته باشد. برای مثال حق عرفی دفاع مشروع بعد از گنجاندن در منشور به توسعه مستقل خود ادامه داده است و با توجه به این قاعدة توسعه یافته است که می‌توان حدود این حق و شرایط آن مانند تناسب، ضرورت و یا لزوم درخواست کشور مورد تجاوز از کشورهای دیگر برای مساعدت را دریافت. تعمق در این حق و قیود آن، آشکارا مبین هماهنگی آن با اصل منع توسل به زور و حفظ صلح و امنیت بین المللی است. به نظر دیوان «در مورد اصل منع توسل به زور تفاوتها بی که می‌تواند میان حقوق قراردادی و عرفی از لحاظ محتوا وجود داشته باشد، آنچنان نیست که صدور یک حکم را بر اساس حقوق بین الملل عرفی فاقد اثر، نامناسب یا غیر قابل پیروی و اجرا جلوه دهد».^{۸۱}

قبل از ورود به مبحث بعدی، ضمن ایقان به ترتیب آثار و نتایجی چند بر متمایز ساختن قواعد صرفاً قراردادی از قواعد عرفی مدون شده، خاطر نشان می‌شود: «در درجه اول، این امر واجد اهمیت است که باید مضمون و قلمرو اعتبار قاعده ای که برای حل یک معضل حقوقی خاص یا یک اختلاف، به کار گرفته می‌شود تعیین گردد و نه اینکه چنین قاعده ای به کدام مقوله تعلق دارد». ^{۸۲} در واقع آنچه در بادی امر خودنمایی می‌کند و ذهن قاضی را در حل یک اختلاف به خود معطوف می‌دارد، احراز موجودیت، مضمون و حد اعتبار قاعده حقوقی مناسب است و اینکه این قاعده از لحاظ شکلی در کدام قالب جای گرفته است، امری است که در مواردی خاص چون قضایای فلات قاره دریای شمال و قضیه نیکاراگوئه پیش می‌آید. به همین خاطر کمیسیون حقوق بین الملل بر آن است که «انفکاک و متمایز ساختن حقوق قراردادی و عرفی از یکدیگر نباید بصورتی انعطاف ناپذیر مورد تأکید قرار گیرد».^{۸۳}

81. Ibidem.

82. Wolfke., Ibid., p. 104.

83. Y. B. I. L. C., 1950, vol. II, p. 368.

۲۳ مبحث آثار و فواید تغییر

گفتیم که احراز موجودیت و محتوای یک قاعده بسی مهمتر از تعیین مقوله‌ای است که این قاعده در آن جای می‌گیرد؛ زیرا در بادی امر به علت فقدان سلسله مراتب میان منابع حقوق بین الملل این قواعد اعتباری یکسان داشته و در صورت لزوم، مکمل هم می‌باشند. لیکن با وجود این مسائل، قواعد مزبور از لحاظ شکلی- بنحوی که در بحث قبل اشعار داشتیم - تا حدی قابل تمییز بوده و علاوه بر اینکه از لحاظ نظری تفکیک آنها آثار و نتایج غیر قابل اغماضی عرضه می‌کند، در صحنه عمل نیز مفید آثاری چند می‌باشد.

بنداول قابلیت جایگزینی

در ماده ۳۸ اساسنامه دیوان، معاهده و عرف بصورت مستقل مورد توجه قرار گرفته‌اند، هر چند می‌توانند مضمونی واحد داشته باشند و یا حتی قاعده‌ای عرفی جامه‌ای قراردادی بر تن کرده باشد. از این رو هنگامی که قواعد عرفی در چارچوب یک معاهده تدوین شده باشند و با این حال معاهده مزبور یا قدرت اجرایی نیافته باشد یا بر سر اجرای آن مانع به وجود آمده باشد قاعده عرفی مدون شده که به حیات خود ادامه داده است، مستقل از قالب قراردادی خود روابط میان اعضای معاهده مزبور را سازمان می‌دهد و مانع از به وجود آمدن خلاصه حقوقی خواهد شد.

الف. اعتبار قاعده عرفی مستقل از الزام به قاعده قراردادی است.
التزام قطعی کشورها به یک معاهده معمولاً هنگامی مسجل می‌شود که

مقامات صلاحیتدار داخلی کشورها از مجرای تصویب،^{۸۴} اراده خود را مبنی بر پایبندی به مضمون آن معاهده آشکار سازند.^{۸۵} از این رو هنگامی که قاعده‌ای عرفی در متن یک معاهده گنجانده می‌شود تفکیک مقررات مدون از مقرراتی که نه مبین و نه متببور کننده قواعد عرفی باشند، این امکان را فراهم می‌آورد که کشورهای امضا کننده را حتی قبل از تصویب و لازم الاجرا شدن معاهده مذکور، از جهت جنبه عرفی آنها ملزم به مواد مورد بحث بدانیم. زیرا تبدیل ارزش قواعد عرفی به قواعد قراردادی هنگامی محقق می‌شود که قاعده قراردادی مدون در عرصه حقوق قراردادی لازم الاجرا گردد.

دیوان با توجه به این امر در قضایای مختلفی به اعمال برخی از مقررات کنوانسیونهایی پرداخته است که هنوز لازم الاجرا نشده بودند. برای مثال دیوان در رأی مشورتی خود در قضیه نامیبیا در سال ۱۹۷۱ با توجه به شواهد مندرج در متنون مقدماتی کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات، ماده ۶۰ آن کنوانسیون در مورد فسخ یک معاهده یا تعليق اجرای آن در نتیجه نقض اساسی معاهده را مبین حقوق عرفی تلقی کرد. همچنین شعبه دیوان در سال ۱۹۸۴ در قضیه راجع به خلیج ماین میان کانادا و ایالات متحده اعلام داشت که کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها در مورد مناطق فلات قاره و انحصاری اقتصادی، حقوق بین الملل عرفی را تدوین کرده است.^{۸۶} این اظهار نظرات دیوان از آن جهت مهم جلوه می‌کند که کنوانسیون ۱۹۶۹ وین راجع به حقوق معاهدات در ۲۷ زانویه ۱۹۸۰ و کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها در ۱۶ نوامبر ۱۹۹۴ لازم الاجرا شده‌اند. بی‌تردید چنین امری استمرار و پیوستگی نظام حقوقی حاکم بر روابط اعضای جامعه بین المللی را تأمین و روابط آنها را بصورتی قانونمند حفظ خواهد نمود، روابطی که به علت فقدان مقننی بین المللی چون نظامهای داخلی، و عدم اقتضان زمانی میان واقعیات اجتماعی

۸۴. تذکر این نکته در اینجا ضروری به نظر می‌رسد که موافقتنامه‌های ساده و استناد بین المللی دیگری که از نظر شکلی معاهده به معنای خاص کلمه هستند، و نیز قواعد شکلی معاهده چون الحق، حق شرط و امثال اینها به صرف امضا لازم الاجرا می‌گردند.

۸۵. Mc Nair., "The Law of Treaties", Oxford, 1961, pp. 132- 136.

۸۶. I. C. J. Reports, 1971, p. 47, Ibid., 1984, p. 294, para. 94.

بین المللی و قواعد حقوقی منسجم، در معرض مواجهه با خلأه حقوقی قرار می‌گیرند.

از زمانی که معاہده مذکور لازم الاجرا می‌گردد کاملاً واضح است که قواعد عرفی مدون شده با وصف دوگانه‌ای واجد احترام می‌گردند. از یک طرف بعنوان قواعد قراردادی، انحصاراً میان اعضای آن معاہده لازم الاتباع می‌گردد و از طرف دیگر بعنوان قواعد عرفی، هم روابط کشورهای ثالث را با یکدیگر تنظیم می‌کنند و هم روابط میان کشورهای ثالث را با کشورهای عضو معاہده، سازمان می‌دهند.^{۸۷} با وجود این، یک عضو معاہده می‌تواند خود را از قید قواعد آن معاہده برهاشد. در این صورت قاعده‌ای عرفی که بعد از تدوین و لازم الاجرا شدن معاہده مذکور در میان کشورهای عضو معلق گشته است، مجدداً کشور مذکور را در قید خود قرار خواهد داد. در این زمینه می‌توان به ماده ۴۳ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ راجع به حقوق معاہدات استناد جست که مقرر می‌دارد: «بی‌اعتباری، فسخ، یا رد یک معاہده و نیز خروج یکی از طرفهای معاہده یا تعليق اجرای آن، به هیچ وجه تأثیری در وظینه یک کشور در انجام تعهدات مندرج در معاہده که طبق حقوق بین الملل و مستقل از معاہده مذکور موظف به رعایت آنهاست، نخواهد داشت».

در قضیه نیکاراگوئه دیوان با توجه به این مطلب اعلام می‌دارد: «دلایلی بر ملاحظه این امر وجود دارد که حتی اگر دو قاعدة برگرفته شده از دو منبع حقوق بین الملل، طرفهای واحد و مضمون یکسانی داشته باشند، این قواعد به موجودیت جداگانه خود ادامه می‌دهند و از این نظر قابل اعمال هستند. برای مثال می‌توان نتایج فسخ معاہده بوسیله یک کشور به علت نقض اساسی آن معاہده توسط کشور دیگر را مورد توجه قرار داد. ضمن اینکه این امر کشور قربانی نقض را از ادامه رعایت یک تعهد قراردادی معاف می‌دارد، مع ذلک این کشورها هنوز تابع قواعد عرفی ابراز شده بوسیله آن معاہده هستند». ^{۸۸} در واقع نقض اساسی یک معاہدة بین المللی اغلب بر کل منافع طرفهای متعاهد تأثیر می‌گذارد و تعادل میان حقوق و تکالیف متقابل را بر هم می‌زند، از این رو فسخ یا تعليق معاہده از طرف کشور

۸۷. Condorelli., op. cit., p. 197.

۸۸. I. C. J. Reports, 1986, para. 178.

متضرر این امکان را برای آن کشور فراهم می‌آورد که در قبال کشور خاطی به یک توازن جدید در حقوق و تکالیف دست یابد». ^{۸۹} نکته جالب توجه آن است که اگر معاهده عرفی را تدوین کرده باشد، بعد از فسخ یا تعليق معاهده مذکور، قواعد تدوین شده به علت فقدان سلسله مراتب میان عرف و معاهده بعنوان حقوق عرفی ادامه می‌یابند^{۹۰} و روابط آن کشورها تابع این قواعد قرار می‌گیرند.^{۹۱}

اثر اعتبار مستقل قاعده عرفی از قاعدة قراردادی فقط محدود به الزام مستقیم ناشی از آن قواعد نبوده بلکه «همان گونه که در مورد کنوانسیون ۱۹۸۲ حقوق دریاها مشاهده شد، آثار متفاوتی را بر قانونگذاری داخلی و انعقاد معاهدات به جای گذاشته است. بیش از هفتاد کشور به موازات ماده ۵۶ آن کنوانسیون به تقاضین ملی در مورد منطقه انحصاری اقتصادی دست یازیده اند و معاهدات متعددی با تبعیت از مقررات کنوانسیون ۱۹۸۲ در عرصه تحدید حدود مناطق دریایی، اکتشاف و بهره برداری از منابع طبیعی و حمایت محیط زیست دریایی پایی به عرصه وجود نهاده اند».

ب. عدم تسری آثار رزروایالات متحده در مورد معاهدات چندجانبه به قواعد عرفی مشابه یا یکسان

صلاحیت دیوان مبنی بر رضایت کشورهای است که قبل یا بعد از بروز اختلاف ابراز شده و صدور اعلامیه مبنی بر بذیرش صلاحیت دیوان یکی از شیوه‌های معمول ۸۹. Sicilianos. Linos. Alexander., "The Relationship Between Reprisals and Denunciation or Suspension of a Treaty", E. J. I. L., 1993, vol. 4, No. 3, pp. 344- 345.

۹۰. Ibid., p. 357.

۹۱. باید گفت حق فسخ معاهده یا تعليق اجرای آن در نتیجه نقض، بر اساس بند ۵ ماده ۶۰ کنوانسیون وین حقوق معاهدات به معاهداتی که جنبه بشردوستانه دارند، تسری نمی‌یابد و بدین خاطر که قواعد آمره و تهدیات عام الشمول (*Erga Omnes*) تمهدات مطلق ایجاد می‌کنند، در مورد آنها هم اعمال فسخ یا تعليق به عنوان اقدامات مقابل مورد ندارد.

۹۲. Yankov. A., In Zemanek.K/ Mendelson. M. H. (eds.),, "Formation of Rules of Customary International Law," I. L. A., Conference Warsaw, 1988, p. 970.

اعطای رضایت به شمار می‌رود. در صدور این اعلامیه‌های یکجانبه و تعیین مضمون و قلمرو آنها، دولتها از آزادی برخوردارند، هرچند در مورد اخیر آزادی دولتها نامحدود نمی‌باشد. همان‌گونه که قبل اشاره شد، ایالات متحده هنگام صدور اعلامیه مبنی بر پذیرش صلاحیت دیوان خاطر نشان ساخت که اختلافات ناشی از معاهدات چند جانبه داخل در صلاحیت دیوان نخواهد بود، مگر اینکه یا تمام اعضای معاهده که متأثر از حکم دیوان می‌شوند در قضیه مطروحه نزد دیوان حاضر باشند و یا اینکه ایالات متحده بصورت خاصی با صلاحیت دیوان موافقت کند (رزرو واندنبرگ).

هرچند سعی ما بر محدود نمودن این تحلیل به مصون ماندن حقوق عرفی از آثار رزرو واندنبرگ می‌باشد، لیکن شایان ذکر است که «تلاش ظاهری امریکا برای حفظ حقوق کشورهای عضو معاهدات چند جانبه به نظر زاید و غیر ضروری می‌آید. ماده ۶۳ اساسنامه دیوان به کشورهای عضو یک معاهده چند جانبه اختیار داده است که در تفسیر یک کتوانسیون بوسیله دیوان، رأساً به عنوان وارد ثالث نزد دیوان حضور پیدا کنند». ⁹³ ماده ۶۲ هم تضمینی برای حفظ حقوق کشورهای ثالث به شمار می‌رود. مضارفاً بر اینکه ماده ۵۹ اساسنامه، آثار حکم دیوان را محدود به طرفهای دعوا و فقط مختص همان موضوع دانسته است. اینها همگی اهمهایی هستند که برای حفظ حقوق کشورهای ثالث کافی به نظر می‌رسند.

امریکا با تسلی به رزرو واندنبرگ استدلال نموده بود: «نتیجه رزرو ایالات متحده نسبت به معاهدات چند جانبه آن است که دعوای نیکاراگوئه بر مبنای حقوق بین الملل عرفی و حقوق عام نیز نمی‌تواند مسموع باشد؛ زیرا حقوق عرفی و عام نمی‌توانند بدون تسلی به منشور ملل متحد بعنوان منبع اصلی آن حقوق احراز و تعیین گردند... و چون رزرو واندنبرگ مانع از رسیدگی قضایی به دعوای مبتنی بر این معاهدات می‌گردد، از این رو چنین رزروی دیوان را از اعمال هر قاعدة حقوق عرفی، که مضمون آنها با مقررات معاهدات چند جانبه یکسان باشد باز می‌دارد».⁹⁴

93. Hohmann, H/ DE waart, P. S. I. M., "Compulsory Jurisdiction and the Use of Force as a Legal Issue: The Epoch-Making Judgment of the ICJ in Nicaragua v. United States of America", N. I. L. R., 1987, p. 178.

94. I. C. J. Reports, 1986, para. 173.

علاوه بر این «وجود اصول استنادی از طرف نیکاراگوئه در منشور ملل متحد، این امکان که قواعد مشابه بتوانند مستقلأ در حقوق بین الملل عرفی به موجودیت خود ادامه دهند را مانع شده است. خواه به علت اینکه قواعد عرفی موجود در منشور درج شده اند، یا بدان علت که منشور اتخاذ بعدی قواعد عرفی را با مضمون یکسان تحت تأثیر قرار داده است». ^{۹۵} در واقع ایالات متحده، مدعی بود که با توجه به یکسانی مضماین عرف و منشور، دیوان نمی‌تواند بدون متاثر ساختن حقوق قراردادی ایالات متحده حقوق عرفی را اعمال بنماید.

دیوان سنگ بنای استدلال خود را این گونه نهاد که «رزرو ایالات متحده محدود به معاهدات چندجانبه بوده و تأثیر بیشتری را بر دیگر منابع حقوق بین الملل، که ماده ۳۸ اساسنامه دیوان را ملزم به اعمال آنها کرده است، ندارد»^{۹۶} و نیکاراگوئه هم برای اثبات ادعای خود علاوه بر توسل به معاهدات چند جانبه، به معاهدات دوچانبه، حقوق بین الملل عرفی و حقوق بین الملل عام نیز استناد کرده است.^{۹۷}

برای پاسخ به ادعای ایالات متحده امریکا دیوان در وهله اول این نکته را خاطر نشان ساخت که «در عرصه اختلاف حاضر، نمی‌توان برآن بود که کلیه قواعد عرفی استنادی دقیقاً مضمون واحدی با قواعد قراردادی رزرو شده داشته باشند»^{۹۸} و برای اثبات ادعای خود نمونه‌هایی ذکر کرد که شرح آن گذشت.

سپس دیوان ادامه می‌دهد که حتی اگر یک قاعدة قراردادی و یک قاعدة عرفی مربوط به اختلاف حاضر، محتوای کاملاً یکسانی داشته باشند، این امر باعث نمی‌شود که اجرای معاهده ضرورتاً قاعدة عرفی را از اعمال جداگانه اش بازداشته باشد. نمی‌توان رزرو نسبت به معاهدات چند جانبه را بدین نحو تعبیر کرد که به محض قابل اعمال بودن آن در مورد یک اختلاف، این امر بتواند اعمال هر قاعدة عرفی که همان مضمون را واجد باشد، استثنای کند.^{۹۹} در واقع دیوان قادر به تداوم

۹۵. Ibid., para. 174.

۹۶. Ibid., para. 56.

۹۷. I. C. J. Reports., 1984, para. 73.

۹۸. I. C. J., Reports., 1986, para. 175.

۹۹. Ibid., para. 175.

قاعده عرفی، بعد از تدوین، شده است و کاملاً واضح است که عرف مستقل از معاہده، به علت مکانیسم اساساً متفاوتی که از رهگذر آن تکوین می‌باید، همانند معاہده در معنای ماده ۲ کنوانسیون وین ۱۹۶۹ قابل رزرو نیست.^{۱۰۰} بهمین خاطر دیوان اشعار می‌دارد که حتی در ارتباط با کشورهای عضو کنوانسیونهای چندجانبه، اصولی مثل اصل منع توسل به زور، عدم مداخله، احترام به استقلال و تمامت ارضی کشورها و آزادی دریانوردی، علی‌رغم اعمال مقررات کنوانسیونهایی که این اصول در آنها درج شده‌اند، به عنوان قسمتی از حقوق بین الملل عرفی، الزام آور باقی مانده‌اند.^{۱۰۱}

دیوان با توسل به این شیوه استدلال در حکم نهایی خود، با وجود معتبر تلقی کردن رزرو ایالات متحده نسبت به معاہدات چندجانبه، آن کشور را به خاطر نقض قواعد حقوق بین الملل عرفی در برابر نیکاراگوئه محکوم می‌نماید و بدین وسیله با اذعان بر این امر که مسؤولیت شورای امنیت در حفظ صلح و امنیت بین المللی بر اساس ماده ۲۴ منشور اصلی است و نه انحصاری،^{۱۰۲} علاوه بر این‌فای نقش خود در این عرصه، برای تضمین این هدف تا آنجا که از مجرای حقوق قابل حصول است گام بر می‌دارد.^{۱۰۳}

برخی با دست یازیدن به نقش و اهمیت اساسی منشور ملل متحد در نهادین کردن نظام جامعه بین المللی، برآند که رزرو ایالات متحده در ارتباط با منشور معتبر نبوده و هیچ یک از طرفهای دعوای مطروحه نزد یک محکمة بین المللی نمی‌توانند به این حریه متولّ شوند که به علت اعمال رزرو و وحدت مضمون، دو قاعده از عرصه حقوق قراردادی و عرفی خارج شده‌اند. در واقع در فیصله یک اختلاف فرار از حقوق را نمی‌توان به عنوان یک وسیله دفاعی پذیرفت.^{۱۰۴}

100. Wolfke., op. cit., p. 100.

101. I. C. J. Reports., 1984, loc. cit.

102. Ibid., para. 95.

103. Chimni. B. S. "The International Court and the Maintenance of Peace and Security; The Nicaragua Decision and the United States Response", I. C. L. Q. 1986, vol. 35, p. 960.

104. I. C. J. Reports., 1986, Sep.Op. Judge Singh, pp. 153- 154.

این ادعاهای بی سابقه نبوده و قاضی لاتریاخت هم در قضیه قروض نروز (فرانسه علیه نروز) در نظر جداگانه اش بیان داشت: هر تلاشی که برای محدود نمودن اختیار دیوان در توسل به منابع حقوق بین الملل به عمل آید، معارض با اساسنامه دیوان بوده، باطل و غیر معتبر است.^{۱۰۵} با وجود این دیوان به اعتبار اینکه منشور ملل متحد هم در هر حال معاهدۀ ای چند جانبه است، و اهمیت آن در عرصۀ جهانی سالب این ویژگی نیست، مانعی در خصوص معتبر تلقی نمودن رزرو امریکا نسبت به معاهدات چند جانبه نیافت.

به نظر قاضی جنینگز این امر ناشی از تمایزی است که می‌توان میان صلاحیت دیوان در مورد یک اختلاف و منابع حقوقی مربوط قائل شد. در واقع گرچه رزرو نسبت به معاهدات چند جانبه صلاحیت دیوان را مشروط ساخته است، با این حال حقوق ماهوی حاکم بر رفتار طرفهای دعوی را در موقع ضروری و لازم محدود نمی‌کند.^{۱۰۶} این امر منطبق با واقعیت است، چه در غیر این صورت برای مثال لازم می‌آید با استثنای شدن منشور، رسیدگی دیوان امری عبث و بیهوده جلوه کند؛ زیرا مکانیزم اجرای احکام دیوان را - در صورتی که محکوم علیه با طوع و رضا بر اجرای حکم گردن ننهد - بند ۲ مادۀ ۹۴ منشور ملل متحد تیین نموده است. اما نظر به این که چنین اموری از قواعد ماهوی و اساسی حاکم بر رسیدگی دیوان می‌باشد، رزرو به آنها تسری نمی‌یابد و تفکیک میان مسائل صلاحیتی و ماهوی است که چنین ملازمۀ ضروری را به دست می‌دهد.

ولی، آیا واقعاً هیچ محدودیتی بر اعمال رزرو در مورد پذیرش صلاحیت دیوان وجود ندارد؟ هر چند بحث تفصیلی در این خصوص خارج از موضوع بررسی ما است، خاطر نشان می‌گردد که اگرچه مادۀ ۳۶ اساسنامه دیوان بصورتی عام و کلی تنظیم شده و هیچ اشاره‌ای به محدودیت حق رزرو در اعلامیه‌های پذیرش صلاحیت دیوان ندارد، ولی «رویۀ دیوان حاکمی از آن است که رزروها نباید مغایر با اساسنامه دیوان باشند. با وجود این قابل قبول بودن یا اعتبار یک رزرو

105. I. C. J. Reports, 1957, pp. 45- 46.

106. I. C. J. Reports., 1986, Diss. Op. Judge Jennings, p. 533.

مسئله‌ای است که در هر مورد خاصی باید مورد بررسی قرار گیرد».^{۱۰۷}

بند دوم مکانیسم‌های اجرای قواعد

نظر به این که کشورها از رهگذاری معاہدات اراده صریح و قطعی خود را مبنی بر پایبندی به حقوق و تکالیف ناشی از معاہده ابراز می‌دارند، برای تضمین اجرای مقررات معاہده عموماً اهرمها و نهادهای اجرایی پیش‌بینی می‌کنند. در این صورت قاعدة قراردادی مذکور که ممکن است مضمونی واحد با قاعده‌ای عرفی داشته باشد، تابع مکانیسم اجرایی خاصی قرار می‌گیرد.

در قضیه مورد بررسی ما دیوان برای اینکه دلیل دیگری بر امکان تداوم موجودیت قاعده عرفی تدوین شده بر شمارد، اظهار می‌دارد که هر کشوری می‌تواند یک قاعده مندرج در معاہده را پیذیرد، لیکن نه تنها به علت رغبت به اعمال خود قاعده، بلکه بدین خاطر که معاہده مذکور چیزی را که آن کشور نهاد یا مکانیسم مطلوب تضمین اجرای قاعده تلقی کرده، ایجاد می‌نماید^{۱۰۸} و در واقع، این شرایط متناظر اجرای قواعد یکسان می‌باشد که کشور مزبور را تشویق به عضویت در آن معاہده کرده است. برای مثال اگر تجاوز نظامی را مدد نظر فرار دهیم که منشور ملل متحد برای مقابله با آن تمهداتی را در ماده ۵۱ پیش‌بینی نموده است و فرض کنیم کشوری مانند سویس که عضو ملل متحد نیست مورد تجاوز واقع شود، این کشور می‌تواند در چارچوب حقوق بین‌الملل عرفی به دفاع مشروع متولّ شود بدون اینکه مانند کشورهای عضو ملل متحد ملزم باشد اقداماتی را که در راه اعمال حق دفاع مشروع انجام می‌دهد فوراً به شورای امنیت گزارش دهد، زیرا «در حقوق

107. Briggs. Herbert. W., "Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the I. C. J", R. C. A. D. I, 1958, vol. 98, p. 233.

108. I. C. J. Reports, 1986, para. 178.

بین الملل عرفی چنین تعهدی وجود ندارد».^{۱۰۹} نتیجه آنکه دو قاعده‌ای که مضمون یکسانی دارند، بسته به اینکه عرفی باشند یا قراردادی، تابع عملکرد جداگانه‌ای بوسیله نهادهای تضمین اجرای آن قواعد قرار می‌گیرند.

بندسوم اعتراض مستمر به قاعده عرفی ورضایت به معاهده مدون

هر چند احراز رضایت فردی و صریح کشورها برای اثبات الزام آنها به رعایت قاعده‌ای عرفی ضروری نیست، ولی اگر «کشوری از همان ابتدای روند شکل‌گیری قاعده‌عرفی بطور مستمر و صریح با آن مخالفت کرده باشد، ملزم به آن قاعده نخواهد بود». ^{۱۱۰} اما زمانی ممکن است کشورهای معارض، قاعده مذکور را تأمین کننده حقوق و منافع خود بیابند و از اعتراض خود دست بردارند و یا بدون اینکه چنین قصدی داشته باشند خود را ملزم به قاعده مذکور بیابند. اگر معاهده‌ای به تدوین قاعده‌ای عرفی مبادرت کرد و کشور معارض به قاعده مذکور، اراده قطعی خود را در پذیرش آن معاهده ابراز داشت، می‌توان استنباط نمود که کشور فوق با عضویت در معاهده مورد بحث در اصل از اعتراض خود دست کشیده است؛ زیرا چنین اعلام اراده‌ای صریح بوده و ابراز یکباره آن کافی می‌باشد. از این رو خروج کشور مذکور از آن معاهده، یا به پایان رسیدن حیات معاهده، آن کشور را از تعهد به رعایت قاعده عرفی فوق معاف نخواهد کرد.

بدین لحاظ متمایز ساختن قاعده صرفاً قراردادی از قواعدی که حقوق عرفی را تدوین کرده‌اند، این امکان را فراهم می‌آورد که با اعلام رضایت کشور معارض به قاعده‌ای عرفی از رهگذر عضویت در یک معاهده مدون، بنا به اصل تفکیک ناپذیری مقررات معاهده در این مورد، آن کشور را در عرصه حقوق عرفی هم ملزم به قاعده مذکور تلقی کنیم و کاملاً واضح است که کشورهای ثالث حتی در زمان

109. Ibid., para. 200.

110. I. C. J. Reports, 1951, p. 131.

عضویت کشور فوق در معاهده ادعایی، می‌توانند با اثبات وحدت قاعدة عرفی معتبرض عنه و قاعدة قراردادی مدون، قاعدة عرفی مذکور را حاکم بر روابط میان خود و کشور فوق الذکر تلقی کنند.

بندهزارم نحوه ورود قاعده در نظام حقوق داخلی کشورها

بر اساس نظر مشورتی دیوان در قضیه بستن دفتر سازمان آزادی بخش فلسطین در نیویورک، در عرصه بین المللی، تقدم و اولویت حقوق بین الملل بر حقوق داخلی، اصلی اساسی و بنیادین است.^{۱۱۱} بدون شک این اصل راه کشورها را برای طفره رفتن از انجام تعهدات بین المللی با توصل به حقوقی داخلیشان سد می‌کند، ولی این امر هنگامی امکان پذیر است که کشورها قاعدة موضوع حقوق بین الملل را پذیرفته باشند.

در عرصه نظام داخلی، کشورها نگرشهای متفاوتی نسبت به رابطه حقوق بین الملل با حقوق داخلی اتخاذ کرده‌اند. برخی دولتها حقوق داخلی و حقوق بین الملل را به علت اختلاف در مبانی، منابع، تابعان و اعتبار قواعد و مقررات، دو نظام حقوقی برابر، مستقل و مجزای از یکدیگر دانسته^{۱۱۲} و برخی دیگر این دو نظام را جزئی لاینفک از یک سیستم می‌دانند.^{۱۱۳} در میان گروه اخیر نیز اکثرآ برتری را به حقوق بین الملل داده‌اند و لذا این دسته از یکتاگرایان حقوق بین الملل را خود به خود جزئی از حقوق داخلی می‌دانند و تقینی را برای ورود قاعده بین المللی در نظام داخلی ضروری نمی‌دانند.^{۱۱۴}

بدین لحاظ روشن است که یکی از نتایج تمییز قواعد صرفاً قراردادی از

111. I. C. J. Reports., 1988, p. 34., para. 57.

112. Dualism.

113. Monism.

114. Wallace. Rebecca. M. M., "International law", London. Maxwell, 1986, pp. 32- 33.

قواعد عرفی مدون شده به نقش و جایگاه این قواعد نزد دادگاههای داخلی کشورها بر می‌گردد. «بر اساس حقوق داخلی برخی کشورها، حقوق عرفی حقوقی سرزمینی است، در حالی که حقوق قراردادی فقط بر اساس تصمیم جداگانه مفنن وارد حقوق داخلی می‌شود. در نتیجه در این قبیل کشورها که تئین مورد لزوم برای یک معاهده صورت نمی‌گیرد، قواعد حقوق عرفی بوسیله دادگاههای داخلی مورد استناد واقع می‌شود». ^{۱۱۵} این امر در مورد کشوری چون آلمان که قواعد عرفی و قراردادی در طبقات مختلفی قرار می‌گیرند، مصدق پیدا می‌کند. ماده ۲۵ قانون اساسی آلمان فدرال مورخ ۱۹۴۹ صراحتاً به برتری حقوق بین الملل بر حقوق داخلی اشاره کرده و قواعد عام حقوق بین الملل را مستقیماً موحد حق و تکلیف برای ملت آلمان می‌داند.^{۱۱۶} شاهد مثال اینکه در قضیه‌ای مربوط به توقيف حساب بانکی متعلق به یک سفارت، دادگاه قانون اساسی آلمان، حقوق بین الملل عرفی و اصول کلی حقوق را مورد ملاحظه و توجه قرار داده است.^{۱۱۷} در واقع دادگاههای داخلی کشورهایی چون آلمان می‌توانند به قواعد حقوق بین الملل عرفی استناد کنند، حتی اگر قانونگذار، قانونی در این مورد وضع نکرده باشد. بدین لحاظ اگر با بررسی مقررات معاهده‌ای که هنوز در مورد کشورهای فوق لازم الاتباع نشده باشد به این نکته دست یابیم که برخی از مقررات آن به تدوین عرفی مبادرت کرده‌اند که کشورهای فوق بدان ملزم بوده‌اند، در این صورت آن قواعد عرفی حتی قبل از تصویب داخلی معاهده‌ فوق بوسیله دادگاهها و اشخاص خصوصی قابل استناد خواهد بود. همچنین اگر کشورهای فوق مستمرة به قاعده‌ای عرفی اعتراض کرده باشند، لیکن معاهده‌ای را که در بردارنده قاعده مذبور است به تصویب رسانده باشند دادگاههای این کشورها، جدای از معاهده مصوب نیز می‌توانند به قاعده

115. Schachter. Oscar., "Entangled Treaty and Custom", In Dinstein. Y(ed.), "International Law at a Time of Perplexity", Kluwer Academic, 1989, pp. 727- 728.

116. این نگرش قانون اساسی آلمان فدرال بعد از وحدت دو آلمان همچنان ثابت مانده است.

117. Fastenrath. Ulrich., "Relative Normativity in International Law", E. J. I. L., 1993, vol. 4, No. 3., p. 317.

عرفی فوق متولّ شوند، حتی اگر تعهد قراردادی کشورشان پایان پذیرفته باشد.

● نتیجه

حقوق عرفی در برابر تحولات فنی، اقتصادی و سیاسی انعطاف پذیر و پویا بوده و به علت فارغ بودن از رعایت شرایط شکلی حقوق قراردادی، نقشی اساسی در تنظیم روابط تابعان نظام بین المللی و حل اختلاف میان آنها ایفا می کند. در پرتو تحولات جامعه بین المللی، روند تکوین احراز قواعد عرفی تا حدی از جمود کلاسیک خود بیرون آمده و قاعدة عرفی، چون قاعده ای حقیقی عرض اندام نموده است.

رویه قضایی دیوان بین المللی دادگستری حاکی از آن است که به علت سکوت اساسنامه و در پرتو برخورداری آزادانه دیوان در انتخاب و ارزیابی ادله موجودیت و تداوم اعتبار قواعد عرفی، هیچ مبنایی برای قائل شدن به وجود سلسله مراتب شکلی میان این دلایل وجود ندارد. نقش دولتها در تشخیص تشبیت قواعد عرفی نسبت به گذشته تعديل شده است و همان‌گونه که قضیه نیکاراگوئه آنرا به اثبات رساند، تمایل اخیر بیشتر به تأکید بر عنصر روانی عرف معطوف شده است. به همین خاطر هرچند «بکی از صفات مشخصه حقوق بین الملل آن است که نقض حقوق می‌تواند به تکوین و شکل‌گیری حقوق جدید بینجامد»^{۱۱۸} لیکن دیوان در دعوای نیکاراگوئه علیه آمریکا برای اثبات موجودیت و تداوم حیات قواعد عرفی منع توسل به زور و عدم مداخله، بر این باور است که دولتها رفتارشان را بطور کلی با آن قواعد تطبیق داده اند و این امر که آنها اعمال خود را نقض قاعده تلقی نکرده اند مهم و اساسی می‌باشد. در واقع دیوان تداوم قاعدة عرفی را از جنبه سلبی و نه ایجابی - محکوم کردن، توجیه نمودن و گفتار بجای افعال - مورد توجه قرار داده است. حکم دیوان در قضیه نیکاراگوئه نقطه عطفی در رویه قضایی بین المللی به شمار می‌رود. دیوان عرف و معاہده را چونان قالبهایی تلقی نمود که

118. Higgins R. "Problems and Process: International Law and How we use it" Oxford, 1995, p. 19.

می توانند مضمون واحدی را در خود جای داده باشند و از این رو وحدت مضمون دو قاعده را دلیل تسری اثر رزرو ایالات متحده، در مورد معاہدات چند جانبه، به قواعد عرفی مربوط ندانست. دیوان با در نظر گرفتن قابلیت جایگزینی و مکانیسمهای متفاوت اجرایی دو قاعده، نپذیرفت که تدوین قواعد عرفی در قالب معاہدات، زوال حیات آنها را نتیجه دهد. چنان قاعده‌ای پس از تدوین فقط در روابط میان کشورهای عضو معاہدة مدون، متعلق می‌گردد. به زعم دیوان اصولی چون اصل منع توسل به زور، عدم مداخله، احترام به تمامت ارضی کشورها و آزادی دریانوری، علی‌رغم اعمال معاہداتی که این اصول را در خود جای داده‌اند، به عنوان قسمتی از حقوق بین الملل عرفی هم به حیات خود ادامه داده‌اند.

دیوان با وقوف به رسالت خطیر خود در مقام رکن قضایی ملل متحد و با مغتنم شمردن فرصت، در قضیه نیکاراگوئه در صدد برآمده است تا منابع حقوق بین الملل را در چارچوب اصول بنیادین و بویژه اصل ممنوعیت توسل به زور در روابط بین المللی مورد ملاحظه قرار دهد.

کاملاً واضح است تلاشهایی که برای تکمیل و توسعه منابع شکلی حقوق بین الملل و اعتلالی شیوه‌های ایجاد و اجرای قواعد صورت می‌گیرد، به معنای واقعی کلمه محقق نخواهد شد، مگر اینکه توافقی اساسی در مورد ارزش‌های اصولی و بنیادین حاصل شود و احکام دیوان گامی مهم درپرورش و متبلور ساختن این ارزشها قلمداد می‌شود.

قطع نظر از عدم اجرای حکم دیوان در قضیه نیکاراگوئه، این حکم بمنزله احتجاجی منطقی و اظهار نظری معتبر درباره مداخله نظامی و سایر مسائل حقوق بین الملل و بویژه رابطه حقوق عرفی و قراردادی می‌باشد. بدیهی است که در وضعیت فعلی نه حقوق بین الملل و نه محاکم بین المللی به تنها یعنی نمی‌توانند مانع از نقض قواعد حقوقی بوسیله تابعان نظام بین المللی گردند. با وجود این متعjasران به حریم این اصول و قواعد، دیگر نمی‌توانند برای توجیه برخی از اعمال خلاف خود محمولی حقوقی ارائه نمایند.

پل لاگارد

PAUL LAGARDE

مترجم: دکتر محمد اشتری



حقوق بین الملل خصوصی نوین

در زمینه قراردادها پس از لازم الاجرا شدن

کنوانسیون رم ۱۹۸۰ ژوئن



* . پل لاگارد استاد دانشکده حقوق پاریس است. مقاله حاضر از نامبرده در مجله زیر به چاپ رسیده است:
Revue critique de droit international privé, 80(2) avr . 1991,
pp. 287 - 340.

فهرست مطالب

۳۰۱	اشاره
۳۰۳	مقدمه
۳۰۶	یک. قلمرو اجرا
۳۰۷	الف. تعریف مثبت
۳۰۸	ب. موضوعاتی که استثنای شده‌اند
۳۱۳	دو. تعیین قانون حاکم
۳۱۴	الف. قواعد کلی
۳۱۴	۱- حاکمیت اراده
۳۱۵	۲- قانون قابل اجرا در صورت فقدان انتخاب
۳۲۶	ب. قواعد اختصاصی برخی قراردادها
۳۲۶	۱- تغییر عامل ارتباط فرعی (اموال غیر منقول - حمل و نقل)
۳۲۷	۲- نقد حاکمیت اراده
۳۲۷	الف. قراردادهای منعقد شده بوسیله مصرف کنندگان
۳۳۲	ب. قرارداد فردی کار
۳۳۵	ج- تداخل قوانین انتظامی
۳۳۶	۱- قوانین انتظامی خارجی
۳۳۹	۲- قوانین انتظامی مقردادگاه
۳۴۰	سه. قلمرو قانون حاکم بر قرارداد
۳۴۰	الف. شرایط انعقاد قرارداد
۳۴۰	۱- قواعد ماهوی
۳۴۴	۲- قواعد شکلی
۳۴۶	۳- قواعد مربوط به ادله
۳۴۷	ب. آثار قرارداد
۳۴۸	ج. سقوط تعهدات
۳۴۹	د. انتقال تعهدات
۳۴۹	۱- انتقال طلب
۳۵۰	۲- جانشینی (قائم مقامی)
۳۵۱	چهار. مقررات کلی و تفسیر
۳۵۱	الف. روابط با سایر متون
۳۵۲	ب. تفسیر
۳۵۳	نتیجه



● اشاره

موضوع مقاله حاضر بررسی و تجزیه و تحلیل مسود کنوانسیون رم مورخ ۱۹ ژوئن ۱۹۸۰، برویه از نظر آثاری است که اجرای کنوانسیون در حقوق، موضوع فرانسه بر جای گذاشته است.

موضوع کنوانسیون رم تعارض قوانین در زمینه تعهدات قراردادی است که در آن راجع به هر مورد راه حل مناسب و مطلوب و قابل قبول برای کشورهای مختلف عضو ارائه شده است. همانطور که مؤلف اشاره کرده است، کنوانسیون رم وحدت انعطاف پذیر حقوق بین الملل خصوصی قراردادها را در کشورهای عضو جامعه اقتصادی اروپا تأمین نموده است.

خوانندگان محترم به خوبی واقفند که تعارض قوانین یکی از مباحث پیچیده حقوق بین الملل خصوصی است که درک برخی از مسائل

آن حتی برای اهل فن نیز چندان آسان نیست؛
بهویژه اگر نویسنده مقاله استادی عالی مقام باشد
که سعی غایید مطالب و اندیشه‌های مهم را
 بصورت فشرده عرضه کند، اشکال دو چندان
 خواهد بود.

با در نظر داشتن مطالب فوق، گرچه مترجم
 کوشش فراوان نموده است که در عین حفظ امانت و
 صحت ترجمه حتی المقدور مطالب را به صورت
 روان و قابل درک عرضه غایید و بدین منظور برای
 پیداکردن معادل برخی واژه‌های مشکل از
 رهنمودهای سودمند استادان و صاحبنظران سود
 جسته است، با این همه معترف است که مقاله تا
 حدی سنگین است، درک بعضی جملات و عبارات
 به سادگی امکان پذیر نیست و نیاز به دقت و
 آگاهیهای قبلى از مفاهیم تعارض قوانین دارد. به
 هر حال علت اصلی دشواری و سنگینی برخی از
 عبارات را باید در فنی و بفرنج بودن مسائل مورد
 بحث در مقاله جستجو کرد.

مترجم

● مقدمه

۱. کنوانسیون رم مورخ ۱۹ زوئن ۱۹۸۰ راجع به قانون حاکم^۱ بر تعهدات قراردادی از آوریل ۱۹۹۱ قدرت اجرایی پیدا نموده است.^۲ برای تهییه و آماده ساختن این سند ده سال وقت لازم بود^۳ و یازده سال طولانی دیگر نیز باید سپری می شد تا کنوانسیون به تصویب هفت کشور عضو

۱. قانون حاکم یا قانون قابل اجرا، ترجمه واژه **loi applicable** است که در این مقاله بر حسب مورد از هر دو واژه استفاده شده است. (متوجه)

2. Décr. 28 févr. 1991, Jo 3 mars 1991, infra, p.415.

طبق ماده ۱۷ تصویب نامه، این کنوانسیون نسبت به قراردادهای اجرا خواهد شد که از اول آوریل ۱۹۹۱ به بعد منعقد می شوند.

۳. تدوین کنوانسیون در دوزمان انجام گرفت. شش دولت بنیانگذار جامعه اقتصادی اروپا در بین سالهای ۱۹۷۰ و ۱۹۷۲ پیش طرحی را تدوین کرده بودند، متن این پیش طرح در همین مجله (مجله انتقادی حقوق بین الملل خصوصی)، سال ۱۹۷۳، صفحه ۲۹، منتشر یافته است. این طرح مبنای مباحثاتی قرار گرفت که برای مذاکرات جدیدی با دانمارک، ایرلند و انگلستان به کار برده شده که به توبه خود به عضویت جامعه اقتصادی اروپا در آمدۀ اند. جلسات کار از آغاز تا پایان به ریاست نماینده بلژیک، آقای پل ژنار M. Paul Jenard اداره می شد که توانسته بود در هریک از مقررات کنوانسیون موافقت کلیه هیأت‌های نماینده‌گی را به دست آورد.

بررسد که طبق ماده ۲۹ کنوانسیون برای لازم الاجرا شدن آن کاملاً ضرورت داشت.^۱
از چهار سال پیش اعلام شده بود که تصویب کشور هلنند قریب الوقوع
است.^۲ ولی انگلیسیها که باید از آنان سیاسگزار بود، با تصویب کنوانسیون در ۲۹
زانویه ۱۹۹۱، مشکل لازم الاجرا شدن کنوانسیون را حل کردند.^۳

چهار کشور امضا کننده کنوانسیون، بی آنکه لازم الاجرا شدن رسمی آن را
انتظار کشند، به طور یکجانبه مقررات کنوانسیون را قبلًا در قوانین ملی خود
گنجانیده بودند: ابتدا دانمارک، سپس لوکزامبورگ، متعاقب آن جمهوری فدرال
آلمان و بالاخره بلژیک.

کنوانسیون رم از طریق برخی تصمیمات قضایی به عنوان عقل مکتوب^۴ قبلًا
در کشور هلنند و نیز در فرانسه به مورد اجرا گذاشته شده بود. بدین ترتیب وقتی
کنوانسیون رسمًا لازم الاجرا گردید، قبلًا موارد اجرایی قابل توجهی در رویه های
قضایی یافته بود.

۲. این کنوانسیون وحدت انعطاف پذیر حقوق بین الملل خصوصی
قراردادها را در جامعه اقتصادی اروپا تحقق بخشد. کنوانسیون رم همچنین از
«تبور»^۵ قواعد تعارض قوانین در کشورهای عضو از طریق تدوین قوانین ملی یا

۴. این هفت دولت عبارتند از آلمان، بلژیک، دانمارک، فرانسه، ایتالیا، لوکزامبورگ و
انگلستان. به این هفت دولت باید یونان را نیز افزود که در آین تدوین کنوانسیون شرکت نداشته
ولی بعد بموجب کنوانسیون لوکزامبورگ مورخ ۱۰ آوریل ۱۹۸۴ به آن ملحق شده است. در فرانسه
بموجب تصویب نامه ۲۰ مارس ۱۹۹۱ J.O.27 mars ۱۹۹۱ انتشار یافته) این کنوانسیون
همچون کنوانسیون رم، در تاریخ اول آوریل ۱۹۹۱ لازم الاجرا شده است.

۵. کشور هلنند ابتدا تصویب کنوانسیون رم را موكول به پذیرش پروتکلی نموده بود که صلاحیت
تفسیر کنوانسیون را به دیوان دادگستری جامعه اروپا CJCE تفویض می کرد. پس از امضای
پروتکلهای ۱۹ دسامبر ۱۹۸۸ (رجوع شود به صفحات بعد، شماره ۶۲) به نظر می رسد که تأخیر
هلنند در تصویب کنوانسیون به جهت الزام آن کشور در کسب موافقت قبلی مقامات جزاير آنتیل هلنند
بوده است که کنوانسیون رم در مورد آنان اجرا می شود (ماده ۲۷، پاراگراف ۲ ج).

۶. انگلستان تصویب کنوانسیون را به وضع قانون قراردادهای سال ۱۹۹۰ (قانون قابل اجرا) توسط
مجلس، موكول نموده بود.

7. Ratio scripta

8. Cristallisation

کنوانسیون منطقه‌ای جلوگیری می‌کند.

بعلاوه کنوانسیون در رفع خطر انتخاب دادگاه مناسب^۱ که از کنوانسیون ۲۷ سپتامبر ۱۹۶۸ بروکسل ناشی می‌شود تا حدی چاره‌اندیشی می‌کند. در نظر گرفتن صلاحیتهای متعدد قضایی در این کنوانسیون، در نبود وحدت قواعد تعارض، تعدد صلاحیتهای قانونی را موجب شده است. با توجه به این دلایل، امید است که کنوانسیون رم از سوی کلیه دولتهاي جامعه اروپا به سرعت پذیرفته شود^{۱۰} و حتی در دولتهاي اتحاديه اروپايی مبادله آزاد^{۱۱} که به عضويت کنوانسیون لوگانو درآمده اند، پرتو افکند.^{۱۲}

۳. اهمیت تغییراتی که بوسیله کنوانسیون ایجاد شده، در کشورهای مختلف جامعه اروپا یکسان نیست. به یقین این تغییرات در ایتالیا به شدت محسوس خواهد بود؛ زیرا ماده ۲۵ مقررات مقدماتی قانون مدنی سال ۱۹۴۲ هنوز هم تعهدات قراردادی را جز در مواردی که اراده طرفین ابراز شده باشد، تابع عوامل ارتباطی ثابتی می‌داند که عبارتند از: تابعیت مشترک طرفین و در صورت فقدان تابعیت مشترک، محل انعقاد قرارداد.

در آلمان ورود مقررات کنوانسیون بوسیله قانون ۲۵ ژوئیه ۱۹۸۶ [در نظام حقوقی آن کشور] این قاعده سنتی را که از ساوینی به ارت رسیده و بموجب آن هر تعهد قراردادی در صورت نبودن اراده صریح، ضمنی یا فرضی طرفین

۹. Forum shopping: دادگاهی که یکی از اصحاب دعواي گمان می‌کند برای طرح دعواي او مناسب تراست. (متترجم)

۱۰. اسپانيا و پرتغال در تهیه کنوانسیون شرکت نداشتند، ولی آنها نیز همانند یونان که به آن ملحق شده، می‌توانند به کنوانسیون پیوندند. مع ذلك نا آنجا که به خاطر داریم هیچ گونه مذاکره‌ای در جهت انقاد کنوانسیون الحاقی انجام نشده است. به نظر می‌رسد این کجراء لازم است؛ زیرا کنوانسیون رم شامل مقدراتی نیست که الحال کشورهای ثالث را پیش بینی کند.

۱۱. Association européenne de libre échange.

۱۲. فنلاند قانونی راجع به حقوق حاکم بر قراردادهای بین المللی تصویب کرده است که جز در مورد قرارداد کار تقریباً کلمه به کلمه از کنوانسیون رم اقتباس شده است. قوانین اتریش مصوب ۱۵ ژوئن ۱۹۷۸ و سویس مصوب ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷ هرجند که مختلف‌اند، الهامی که گرفته اند نزدیک به کنوانسیون رم به نظر می‌رسد.

تابع قانون محل اجرا است، متروک نموده است.

در سایر کشورها بالاخص در انگلستان و فرانسه که دادگاهها از قبل در این زمینه از قواعد بالنسبة انعطاف پذیری پیروی می کردند، دگرگونیها کمتر خواهد بود. کنوانسیون کنار گذاردن بعضی راه حلها مثلاً در مورد قرارداد کار و شکل استاد و روشن کردن بسیاری دیگر از قراردادها را به دنبال خواهد آورد.

۴. اهمیت نظم و ترتیبی که بین دین سان در حقوق بین الملل خصوصی قراردادها به عمل می آید، بر اثر مشخصه جهان شمول کنوانسیون افزونتر شده است. ماده ۲ کنوانسیون رم با قبول راه حل قراردادهای لاهه درباره تعارض قوانین، مقرر می دارد: «قانونی که این کنوانسیون معین می کند، حتی اگر این قانون، همان قانون دولت متعاهد کنوانسیون باشد، اجرا می شود». اثر این حکم آن است که در قلمرو کنوانسیون راه حلهای ملی قبلی را کاملاً از اعتبار می اندازد، راه حل هایی که فقط برای رفع پاره ای از نقايس قانون یا شاید برای تفسیر پاره ای مقررات کشدار می توانست دوباره ظاهر شود.

۵. برای اطلاع از تغییراتی که بموجب کنوانسیون، به حقوق بین الملل خصوصی فرانسه راجع به قراردادها به عمل آمده است با شرح متوالی:
۱- قلمرو کنوانسیون ۲- تعیین قانون قابل اجرا ۳- قلمرو قانون قابل اجرا ۴- بالاخره بعضی مقررات کلی بویژه مقررات مربوط به تفسیر کنوانسیون، ترتیب مقرر در کنوانسیون را دنبال خواهیم کرد.

۱

قلمرو اجرا

قلمرو اجرای کنوانسیون اثباتاً در اولین پاراگراف ماده اول آن و نفیاً در پاراگرافهای ۲ تا ۴ تعریف شده که متناسب استثنائاتی نیز می باشد.

الف-تعريف مثبت

۶. «مقررات این کنوانسیون در وضعیتهای مربوط به تعارض قوانین در تعهدات قراردادی قابل اجرا است».

برخلاف پیش طرح تهیه شده در سال ۱۹۷۲ که متضمن قواعدی جالب در مورد حل تعارض در زمینه تعهدات خارج از قرارداد بود،^{۱۳} کنوانسیونی که به طور نهایی مورد موافقت قرار گرفت به تعهدات قراردادی محدود می‌گردد،^{۱۴} ولی مشخص نمی‌کند که منظور از تعهدات قراردادی چیست. بنابراین اختلاف نظر در توصیف، بین کشورهای امضاء کننده کنوانسیون مورد انتظار می‌باشد. به عنوان مثال: آیا دعوای مشتری دست دوم علیه فروشنده اول در مورد عیب مبیع، دعوای قراردادی است که داخل در قلمرو کنوانسیون می‌باشد همانطور که رویه قضایی کنونی شعبه اول مدنی دیوان کشور فرانسه این فکر را القا می‌کند- یا دعوایی خارج از قرارداد است؟

این مسأله به تازگی در دیوان دادگستری جوامع اروپایی^{۱۵} در اجرای بند اول ماده ۵ کنوانسیون بروکسل مطرح شد و مطلوب است که دادگاهها تعاریف آزاد مربوط به جوامع اروپا را که دیوان دادگستری در مورد تفسیر کنوانسیون بروکسل به دست آورده، به کنوانسیون رم نیز گسترش دهند.

کنوانسیون رم مسأله موسوم به جمع میان دو مسؤولیت قراردادی و ناشی از جرم^{۱۶} را مورد حکم قرار نداده است. بنابراین جا دارد تصور شود، قاعده اصلی حقوق مدنی فرانسه حاکم از این که در صورت وجود قرارداد خواهان از انتخاب میان دو مسؤولیت ممنوع، و مجبور است دعوی خود را تنها مبنی بر قرارداد سازد، در حقوق بین الملل خصوصی وارد می‌شود؛ بدین معنی که قانون حاکم بر دعوی بر

۱۳. مواد ۱۰ تا ۱۲ که مبنی بر صلاحیت اصولی قانون کشوری بود که در سرزمین آن کشور، فعل زیانبار به وجود می‌آمد، باستانی مواردی که پیوندهای نزدیکتری با یک کشور دیگر احراز شود.

۱۴. به درخواست انگلستان که آماده پذیرش فلسفه پیش طرح در زمینه تعهدات خارج از قرارداد نبود.

15. Communautés européennes

16. Cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle.

اساس قاعدهٔ حل تعارض قراردادها و بدین ترتیب همان کنوانسیون رم تعیین می‌شود و قانونی که بدین ترتیب تعیین می‌گردد، معلوم می‌سازد که آیا انتخاب میان دو نوع مسؤولیت قابل قبول است یا نه؟

۷. برای اینکه کنوانسیون رم نسبت به وضعیت قراردادی قابل اجرا باشد، لازم است که آن وضعیت متضمن تعارض قوانین نیز باشد. این قاعده بر اصطلاح «قرارداد بین المللی» و یا «وضعیتی دارای خصیصه بین المللی» مندرج در پیش طرح، ترجیح داده شده است. بدین ترتیب کنوانسیون می‌تواند در مورد قرارداد صرفاً داخلی یک کشور که اتفاقاً بر اثر قواعد صلاحیت قضایی - مثلاً به دنبال تغییر اقامتگاه یک طرف قرارداد - در صلاحیت دادگاههای کشور دیگری قرار گرفته است، به مورد اجرا گذاشته شود و نیز کنوانسیون می‌تواند در مورد قراردادی صرفاً داخلی اجرا گردد که متضمن انتخاب قانون خارجی است. در کلیه این وضعیتها دادگاه مرجع رسیدگی باید از خود سؤال کند که آیا قانون خود یا قانون دیگری را اجرا می‌کند؟ بدین ترتیب، این وضعیت، متضمن تعارض قوانین بوده و در قلمرو کنوانسیون قرار می‌گیرد.^{۱۷}

ب - موضوعاتی که استثنایشده‌اند.

۱- احوال شخصیه و اهلیت اشخاص حقیقی

۸. این استثنای که در پارagraf دوم ماده یک پیش بینی شده، به این معنی است که وقتی قابلیت شخص برای انعقاد قرارداد به احوال شخصیه او بستگی دارد، کنوانسیون راه حل تعارض قوانین را به قواعد حل تعارض معتبر در کشور مرجع رسیدگی محول می‌نماید.

۱۷. کشور انگلیس پا از حد شمول الزامات مندرج در کنوانسیون فراتر نهاده (پارagraf دوم از ماده ۱۹) و کنوانسیون را در مورد تعارض بین قوانین بخشهای مختلف انگلستان به مورد اجرا می‌گذارد (پارagraf سوم از ماده ۲ قانون قراردادها سال ۱۹۰۰). بنابراین در انگلستان کنوانسیون نسبت به قرارداد معنده انگلیسی - اسکاتلندی اجرا خواهد شد. چنین وضعیتی تعارض قوانین در بر دارد، بی‌آنکه با این حال مشخصه‌ای بین المللی داشته باشد.

مثلاً قانون حاکم بر این مسأله که آیا شخص متأهل می‌تواند به تنها یعنی مالکیت محل سکونت خانوادگی را واگذار کند (رجوع شود به بند ۳ از ماده ۲۱۵ قانون مدنی فرانسه)، در کنوانسیون پیش‌بینی نشده است.^{۱۰} و اهلیت اشخاص حقیقی نیز از قلمرو کنوانسیون خارج است.^{۱۱} در اکثر کشورهای امضاء کننده کنوانسیون، این مسأله به احوال شخصیه مرتبط بوده و برگروه کارشناسان معلوم شده است که مسأله اصولی عامل ارتباط مربوط به اهلیت شخص را نمی‌توان با شتاب در کنوانسیون راجع به قانون حاکم بر قراردادها حل نمود. بنابراین در حقوق بین‌الملل خصوصی فرانسه، اهلیت انعقاد قرارداد کماکان بوسیله قانون ملی تعیین می‌گردد. تنها فرضی که در نظر گرفته نشده اهلیت ظاهری است که موضوع قاعده اختصاصی ماده ۱۱ قرار گرفته است.

۲- تعهدات قراردادی مربوط به روابط خانوادگی در مفهوم وسیع کلمه

۹. طبق بند b پارagraf دوم ماده ۲ کنوانسیون «تعهدات قراردادی مربوط به وصیت و ارت، رژیمهای مالی ازدواج، حقوق و تکالیف ناشی از روابط خانوادگی، قرابت نسبی،^{۱۲} ازدواج یا قرابت سببی» از جمله تکلیف انفاق نسبت به اطفال غیر قانونی از شمول کنوانسیون خارج است. این استثنای تا حدی روشن است و نیاز به تفسیر ندارد. فقط می‌بینیم که این استثنای به صراحت بیان گردیده

۱۳. بدین ترتیب به قواعد عام حقوقی باز می‌گردیم. شعبه اول مدنی دیوان کشور فرانسه قواعد مقرر در مواد ۲۱۲ و بعد قانون مدنی فرانسه را دارای «حد شمول ارضی» اعلام کرده است.

۱۴. از آنجا که مقوله احوال شخصیه در کنوانسیون تعریف نشده است قابل اجرا بودن کنوانسیون مثلاً نسبت به اهلیت کسی که با دیگری رابطه آزاد دارد در مورد واگذاری مسکن مشترک نامعلوم باقی می‌ماند. اگر توصیفی که فعلاً در فرانسه مرجع است و بمحض آن رابطه آزاد را خارج از احوال شخصیه طبقه بندی می‌کنند باقی بماند، مسأله ای که به آن اشاره شد، مشمول کنوانسیون خواهد بود. اهلیت دارنده رابطه آزاد در انعقاد قرارداد به عنوان شرط صحبت قرارداد ملحوظ و بنابراین به قانون قرارداد مربوط خواهد بود.

20. Parenté

21. Alliance

است. استثنای مستقیم روابط خانوادگی بمعنی وسیع کلمه "در کنوانسیونی که موضوع آن تعهدات قراردادی است، شاید بی فایده بوده است. همچنین استثنای مزبور فقط ناظر به تعهدات ناشی از این قبیل روابط است و می تواند قراردادی توصیف شود؛ مثلاً قرارداد مربوط به تکلیف اتفاق در محدوده خانواده."^{۱۰} بنابراین هبه ها از شمول کنوانسیون خارج نیستند، مگر تا حدودی که در حقوق و تکالیف ناشی از روابط خانوادگی در مفهوم وسیع کلمه تأثیر داشته و با قواعد حاکم براین روابط در تعارض باشند.

۲. تعهدات ناشی از استناد قابل معامله

۱۰. طبق بند ۶ پارagraf دوم ماده ۱ کنوانسیون «تعهدات ناشی از برات، چک، سفته و همچنین تعهدات ناشی از سایر استناد قابل معامله تا حدی که تعهدات مذکور ناشی از خصیصه قابل معامله بودن آنها باشد» از شمول کنوانسیون خارج است. بدین ترتیب سه فقره استناد قابل معامله مذکور - با توجه به کنوانسیونهای مورخ ۷ زوئن ۱۹۳۰ و ۱۹ مارس ۱۹۳۱ ژنو- از جمیع جهات از شمول کنوانسیون رم خارج می مانند. سایر استناد قابل معامله مانند بارنامه در حمل و نقل دریابی از شمول کنوانسیون خارج نیستند، مگر تا حدودی که به خصیصه قابل معامله بودن سند مربوط شود. همچنین است اگر مسأله مطروح این باشد که آیا متصدی حمل و نقل می تواند علیه دارنده فعلی بارنامه به ایراداتی که می توانست در مقابل دارنده قبلی آن استناد کند متول شود یا خیر؟

۴. قرارداد داوری و انتخاب دادگاه

۱۱. خروج قراردادهای داوری از شمول کنوانسیون به دلیل وجود کنوانسیونهای ۱۹۲۷ و ۱۹۵۱ ژنو و کنوانسیون ۱۹۵۸ نیویورک توجیه می شود.

2.2. Lato sensu

۱۲. کنوانسیون واژه های مذکور در بند ۶ پارagraf دوم ماده ۱ را تعریف نکرده است. در موقع اجرای این ماده نیز مشکل مذکور در زیر نویس شماره ۲۷ راجع به روابط آزاد که قبلاً به آن اشاره شد، مسکن است ظاهر شود.

هرچند که این کنوانسیونها کلیه مسائل مربوط را حل نکرده و به تصویب کلیه کشورهای عضو نرسیده‌اند. خروج شرط انتخاب دادگاه از کنوانسیون رم نیز با توجه به ماده ۱۷ کنوانسیون ۱۹۶۸ بروکسل - که در جامعه اقتصادی اروپا مسأله را با قواعد ماهوی خاص حل می‌کند - توجیه کافی پیدا می‌نماید.

۵. حقوق شرکتها

۱۲. مطابق بند ۵ پارagraf دوم ماده ۱ «مسائل مربوط به حقوق شرکتها، انجمنها و اشخاص حقوقی از قبیل تشکیل، اهلیت حقوقی، عملکرد داخلی، انحلال و همچنین مسؤولیت شخصی قانونی اعضا و ارگانها در قبال دیون شرکت، انجمن و شخص حقوقی» از شمول کنوانسیون خارج هستند.

خروج از شمول کنوانسیون شامل کلیه اشخاص حقوقی حتی آنهایی است که شرکت یا انجمن تلقی نمی‌شوند و نیز شرکتها و انجمنهایی که اشخاص حقوقی محسوب نمی‌شوند. هرآنچه از قرارداد شرکت در مفهوم خاص آن ناشی می‌شود وهمچنین قراردادهای معقد شده بین شرکتها و اشخاص ثالث تا حدودی که اعتبار و رژیم حقوقی آنها متأثر از قواعد مربوط به حقوق شرکتها باشد، از شمول کنوانسیون خارج است.

۶. اختیار ناشی از نمایندگی

۱۳. طبق بند ۶ پارagraf دوم ماده ۱: «این مسأله که آیا واسطه می‌تواند شخصی را که بر حسب ادعا به حساب او عمل می‌کند، در قبال اشخاص ثالث متعهد سازد یا خیر؟» از شمول کنوانسیون خارج است. خروج از شمول کنوانسیون فقط ناظر به اختیار نمایندگی است و نه قرارداد فی ما بین منوب عنه و واسطه و یا قرارداد فی ما بین واسطه و شخص ثالث. «همین بند از کنوانسیون رم اختیار ارگان یک شرکت، انجمن یا شخص حقوقی را نسبت به متعهد نمودن شخص حقوقی در

۲۴. رجوع کنید به کنوانسیون لاهه مورخ ۱۳ مارس ۱۹۷۸ در مورد قانون حاکم بر قراردادهای واسطه‌ها و نمایندگی.

قبال اشخاص ثالث جزء استثنای قرار می دهد.

۷- تراست ها

۱۴. طبق بند g از پاراگراف دوم ماده ۱ تأسیس تراست ها و نیز روابطی که بین مؤسیین، تراستی ها^۰ و اشخاص ذی نفع ایجاد می کنند از شمول کنوانسیون خارج است.

بدین ترتیب از وسوسه برخی دادگاهها که تراست را در گروه قراردادها طبقه بندی می کنند، اجتناب خواهد شد.

۸- دلیل اثبات دعوی و آیین دادرسی

۱۵. این عدم شمول که در بند h از پاراگراف دوم ماده ۱ پیش بینی شده، دامنه شمول مقررات ماده ۱۴ را محدود می کند.
این محدودیت موجب می شود که مقررات مذکور به نحو مضيق تفسیر شده و راه حل های آن به مسائل کلی ناشی از حقوق مریوط به ادله اثبات دعوی یا آیین دادرسی تعیین داده نشود.

۹- قراردادهای بیمه

۱۶. عدم شمول، فقط قراردادهای بیمه مستقیم را در بر می گیرد که ریسکهای احتمالی واقع در سرمایه دولتهای عضو جامعه اقتصادی اروپا را می پوشاند و شامل قراردادهای بیمه غیرمستقیم یا اتکایی تمی گردد (پاراگراف چهارم ماده ۱ کنوانسیون). در مورد این قبیل ریسکها، قبل از رفع موانع موجود برای عرضه آزادانه خدمات در زمینه بیمه، مشکل تعارض قوانین قابل حل نیست.
راجع به بیمه های مستقیم بجز بیمه عمر- دستور العمل شماره ۳۵۷/۸۸ مورخ ۲۲ زوئن ۱۹۸۸ که قانون شماره ۱۰۱۴ - ۸۹ مورخ ۳۱ دسامبر ۱۹۸۸ فرانسه
۲۵. اشخاصی که مال مورد تراست به آنان منتقل می شود و متعهد به اداره آن به نفع شخص یا اشخاص ثالث هستند. (متترجم)

26. Preuve et procédure

به طور ناشیانه از آن پیروی کرده است.^{۷۷} با وضع قواعد تعارض قوانین برای قراردادهای منعقد شده توسط مؤسسه‌ی کنوانسیون که مرکز آنها در یک دولت عضو بوده و ریسکهای واقعه در یک دولت عضوراً بیمه می‌کنند، خلاصه موجود در کنوانسیون رم بطور جزئی پرشده است. حقوق ملی هر دولت عضو نسبت به ریسکهای واقع در یک دولت عضو و بیمه شده توسط بیمه‌گری که مرکز آن خارج از جامعه اروپا است، قابل اجرا باقی خواهد ماند.

تعريف ریسک که کنوانسیون آن را به قانون داخلی قاضی رسیدگی کننده واگذار نموده، بوسیله دستورالعمل (بند د ماده ۲) و قانون ۳۱ دسامبر ۱۹۸۹ (ماده ۳ - ۳۵۱ قانون جدید بیمه) انجام گردیده است. در مورد بیمه عمر رهنمود شماره ۹۱۶ - ۹۰ مورخ ۸ نوامبر ۱۹۹۰ قواعد تعارض ویژه‌ای را مطرح کرده است.^{۷۸}



تعیین قانون حاکم

۱۷. کنوانسیون، چند قاعدة کلی را وضع کرده که اصولاً در مورد کلیه قراردادها قابل اجراست (الف)، اگرچه قراردادهای نامعین یا در مفهوم بسیار جدید باشد. این قواعد کلی دو جانبه، خصیصه دوگانه دارند. قواعد مذکور بر اصل حاکمیت اراده مبتنی است و نیز قانون قابل اجرا را. وقتی که طرفین آن را انتخاب

۲۷. این رهنمود قواعدی پیچیده ولی دو جانبه وضع می‌کند، ناشیگری قانونگذار فرانسوی در این است که برای انتقال آن رهنمود خود را محدود کرده که قلمرو اجرای قانون فرانسه را بوسیله قواعد یک جانبه مشخص سازد و از آنجا خلاصه‌های اجتناب ناپذیری به وجود می‌آید.

۲۸. قاعده اصلی، صلاحیت قانون دولتی است که محل سکونت معمولی ذی نفع (گیرنده خسارت) در آنجا واقع است.

نکرده باشد - تعیین می‌نماید. مع ذلك در برخی از انواع قراردادها، کنوانسیون نتوانسته است از ضرورت تطبیق قواعد کلی مذکور، یا حتی نادیده گرفتن آنها به نفع قواعد حل تعارض ویژه - که آنها نیز دو جانبه‌اند، خودداری نماید(ب).

بالاخره کنوانسیون پیش بینی کرده است که می‌توان قوانین انتظامی دولت دیگری را به جز دولتی که قانون آن دولت مطابق قواعد حل تعارض دو جانبه تعیین شده، از شمول اجرای قواعد کلی یا قواعد اختصاصی مستثنی نمود(ج). به منظور جلوگیری از تکرار، به خاطر داشته باشیم که کنوانسیون احالة را رد می‌کند(ماده ۱۵) و ایراد مربوط به نظم عمومی را می‌پذیرد(ماده ۱۶).

الف. قواعد کلی

۱. حاکمیت اراده

۱۸. با طرح این اصل که «قرارداد مشمول قانون منتخب طرفین است»، (جمله اول پاراگراف اول ماده ۳)، کنوانسیون بر اصل حاکمیت اراده - که در دولتهای مختلف عضو پذیرفته شده است. صحه می‌گذارد و به ایرادات و اشکالات نظری که می‌توان بر این اصل وارد کرد، اعتنایی نمی‌کند، و نیز کنوانسیون از عرضه موضوعی "نقش اراده طرفین که هانری باتیفول از سال ۱۹۳۸ مطرح و از زمان صدور رأی MERCATOR PRESS در سال ۱۹۸۰، دیوان کشور [فرانسه] از آن طرفداری کرده، خود را دور ساخته است. طبق کنوانسیون رم، هدف و موضوع اراده نه فقط تعیین جایگاه اصلی قرارداد" بلکه انتخاب قانون قابل اجرا نیز هست. این انتخاب انتخابی مربوط به حقوق بین الملل خصوصی است، بدین معنی که قانون منتخب - حتی اگر بعد از اعضای قرارداد تغییر کرده باشد - نسبت به قرارداد اجرا می‌گردد. غرض آن نیست که قانون منتخب در متن قرارداد وارد شود، چه

29. Présentation objectiviste

۳۰. رأى مورخ ۲۵ مارس ۱۹۸۰ شعبة اول مدنی (ديوان کشور فرانسه).
۳۱. Localisation، این واژه را به « محلی کردن قرارداد » نیز ترجمه کرده‌اند. (متترجم)

قرارداد تابع نظامی حقوقی است که باید معین کرد. کنوانسیون در این باره لاقل به فرضیه تعیین جایگاه اصلی قرارداد می پیوندد.

اصل حاکمیت اراده رشته مسائل کاملاً شناخته شده ای را به دنبال دارد که هم شامل قانونی است که می توان انتخاب کرد و هم انتخاب قانون به معنی خاص آن. کنوانسیون نسبت به اغلب مسائل یاد شده بطور مستقیم و یا غیرمستقیم موضع گیری نموده و لازم الاجرا شدن آن تردیدهایی را که در حقوق موضوعه فرانسه وجود دارد، برطرف می سازد.

الف. قانونی که می توان انتخاب کرد.

- قانون دولتی یا قواعد غیر دولتی؟

۱۹. آنچه مورد نظر کنوانسیون قرار گرفته این است که طرفین قانونی انتخاب کنند که قانون دولتی " باشد. کنوانسیون انتخاب احتمالی نظام حقوقی غیر دولتی را مثلاً اصول کلی حقوق و یا آنچه را که گاهی حقوق حاکم بر روابط بازرگانان^{۳۲} می نامند، مورد توجه قرار نداده است. این بدان معنی نیست که چنین انتخابی طبق کنوانسیون محکوم شده باشد. فقط چنین انتخابی، انتخاب قانون به معنی مورد نظر کنوانسیون نیست. به نظر می رسد که از دیدگاه کنوانسیون، قرارداد متنضم چنین انتخابی، مشمول قانونی خواهد بود که در فقدان انتخاب (قانون حاکم) قابل اجرا است" و همین قانون می تواند جایی را که برای قواعد غیردولتی منتخب طرفین قائل است، مشخص نماید.

مور迪 که انتخاب [قانون قابل اجرا] به صورت منفی است به همین نظام فکری مربوط می شود. شرطی که به موجب آن اجرای هرگونه مقررات دولتی کنار

۳۲. منظور از قانون دولتی یا قانون ملی در مقابل نظام حقوقی غیردولتی، مجموعه مقررات لازم الاجرا بویژه قوانین موضوعه است که در اکثر دولتهای عضو کنوانسیون منبع درجه اول حقوق محسوب می شود و برای حل و فصل اختلافات بین افراد مورد استناد قرار می گیرد. (متترجم)

۳۳. LEX MERCATORIA ، این واژه در برخی از نوشته های حقوقی به: «حقوق بازرگانی فرانلی» نیز ترجمه شده است. (متترجم).

۳۴. ماده ۴، رجوع شود به شماره ۲۶ و بعد.

گذاشته شده باشد. از نظر کنوانسیون، انتخاب قانون محسوب نمی‌شود و در برخورد با چنین شرطی قاضی باید حقوق قابل اجرا را مثل موردي که انتخابی در بین نباشد، بباید. در موردي هم که انتخاب منفي جزئی بوده و (اجرای) يك يا چند قانون کنار گذاشته شده باشد، باید به همین نحو عمل شود. انتخاب منفي جزئی مانع آن است که يك قانون منتخب [قابل اجرا] معلوم گردد و بنابراین به معنای فقدان انتخاب خواهد بود.

- فقدان ارتباط بین قانون منتخب و قرارداد

۲۰. کنوانسیون هیچ ارتباطی بین قانون منتخب و قرارداد برقرار نمی‌سازد. بنابراین طرفین می‌توانند هر قانونی را که مایل باشند مثلاً يك قانون «بی طرف»^۳ را انتخاب کنند، بی‌آنکه مجبور باشند دلایل انتخاب خوبش را توجیه نمایند.

تنها، در مواردی که قرارداد کاملاً داخلی است یعنی وقتی که کلیه عناصر آن به هنگام انتخاب در کشور واحدی قرار دارد، انتخاب يك قانون خارجی از سوی طرفین اعم از اینکه همراه با انتخاب يك دادگاه خارجی باشد یا نه، نمی‌تواند به مقررات آمره آن کشور لطمه وارد نماید (پاراگراف سوم ماده ۳).

- تجزیه^۴

۲۱. این مطلب که آیا طرفین می‌توانند قراردادشان را به اجزای مختلفی تجزیه نمایند که تابع قوانین مختلف باشند، یکی از مسائل سنتی حقوق بین الملل خصوصی قراردادها است.

کنوانسیون با اعلام اینکه «طرفین قرارداد با انتخاب خود می‌توانند قانون قابل اجرا نسبت به کل قرارداد یا فقط نسبت به بخشی از آن را تعیین نمایند»، به این مسئله پاسخ می‌دهد (جمله دوم از پاراگراف اول ماده ۳). چنانچه طرفین قانون حاکم بر جزئی از قرارداد را تعیین نموده باشند، مثلاً اگر گفته باشند که ضمان

35. Neutre

36. Dépecage

فروشنده^{۷۷} مشمول قانون فرانسه خواهد بود، قاضی مکلف است با کمک معیارهای عینی ماده ۴ قانون قابل اجرا نسبت به سایر بخش‌های قرارداد را - که ممکن است قانون فرانسه نباشد - معین نماید و بدین ترتیب تجزیه تحقیق می‌یابد.

کتوانسیون بصراحت به طرفین اجازه نمی‌دهد که شخصاً به تجزیه (قرارداد) مبادرت کند یعنی بخشی از قرارداد را مشمول قانون الف و بخش دیگر را مشمول قانون ب نمایند. بنابراین برای رسیدن به این نتیجه می‌بایست از کتوانسیون یک تفسیر بالتسه قابل قبول به عمل آورد. در هر صورت این تجزیه باید منسجم باشد، مثلاً اگر فروشنده به دلیل عدم پرداخت ثمن تقاضای فسخ معامله را نماید و در مقابل، خریدار نیز از جهت ضمان راجع به عیوب مبیع عليه فروشنده طرح دعوای کند و تعهدات هریک از متعاملین مشمول قوانین مختلف و متعارض باشد، تجزیه‌ای که توسط آنان انجام شده باید بلا اثر تلقی شود و قاضی مکلف است قانونی را که بطور عینی قابل اجرا است، کشف نماید.

- تغییر قانون منتخب

۲۲. از آنجا که انتخاب قانون (قابل اجرا) انتخاب حقوق بین الملل خصوصی است و نه انتخاب حقوق مادی،^{۷۸} قرارداد تابع قانون منتخب است. چنانچه قانون مذکور بعد از امضای قرارداد تغییر نماید و مقررات جدید در مورد قراردادهای جاری قابل اجرا باشند، نسبت به قرارداد نیز اجرا خواهد شد.

شرط ثبات^{۷۹} "که بموجب آن متعاملین قراردادشان را تابع مدلول قانونی قرار دهند که در روز امضای قرارداد حاکم است، بمنزله انتخاب حقوق مادی است و این تعیین انتخاب قانون به معنای مندرج در ماده ۳ کتوانسیون نخواهد بود. بنابراین به جا است قانونی را که طبق معیارهای مندرج در ماده ۴، بطور عینی در مورد

۷۷. منظور ضمان درک است که در حقوق ایران مختص عقد بیع است. (متترجم)

۷۸. یعنی اینکه قانون مورد انتخاب متعاملین منحصر به قوانین داخلی یا مادی نیست، بلکه قواعد حل تعارض را نیز شامل خواهد بود. (متترجم)

39. Clause de stabilisation

قرارداد قابل اجرا است، تعیین و سپس سرنوشتی را که قانون مذکور برای شرط ثبات قائل است، بررسی کنیم.^{۲۳}

ب. مشکلات مربوط به انتخاب قانون

- شکل انتخاب

۲۳. بموجب جمله دوم از پارagraf اول ماده ۳، انتخاب قانون قابل اجرا: «باید صریح بوده و یا بنحو مطمئن از مقررات یا اوضاع و احوال قضیه ناشی شده باشد». متنهای انگلیسی و آلمانی کنوانسیون که در آنها بجای عبارت «بنحو اطمینان بخش به ترتیب، عبارتهای

Mit Hinreichender Sicherheit و With Reasonable Certainty

(به اندازه کافی اطمینان بخش) "درج شده، کمی انعطاف پذیرترند.

علی‌رغم این تفاوت‌ها، معنای قاعده، قبول انتخاب ضمنی ولی اطمینان بخش و حذف انتخاب ضمنی محض است، مانند آنچه از شرط مربوط به اعطای صلاحیت به دادگاههای کشور معین ناشی می‌شود، بدون اینکه قرینه‌ای تکمیلی وجود داشته باشد که ثابت کند اراده طرفین این بوده که قانون کشور مزبور را (به عنوان قانون قابل اجرا) انتخاب نمایند.

گزارش، چند نمونه از مواردی را ارائه می‌دهد که بیان این اراده ممکن است اطمینان بخش ولی غیر صریح باشد. قرارداد نمونه تابع نظام حقوقی معین مانند بیمه نامه لویدز، ارجاع به مواد قانون مدنی کشور معین در قرارداد، ارتباط با

۴۰. مقایسه کنید با ریگو، مقاله یاد شده، صفحات قبل، زیرنویس ۴۰، شماره ۱۷، و انگلیسی هیچ چیز مانع از آن نیست تا قانونی که بطور عینی حاکم بر قرارداد است همان قانونی باشد که در شرط ثبات مشخص شده است.

۴۱. عبارت مذکور شبیه عباراتی است که در کنوانسیونهای لاهه به کار رفته است مانند: «یقیناً از مقررات قرارداد ناشی شده باشد» (کنوانسیون ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ در مورد بیع)، «با اطمینانی مقول» (کنوانسیون ۱۴ مارس ۱۹۷۸ در مورد قراردادهای مربوط به واسطه‌ها)، «به طور روشن از مجموع القاط قرارداد و رفتار متعاملین حاصل شده باشد» (کنوانسیون راجع به بیع مورخ ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶).

قراردادی که قبل از همان اشخاص منعقد شده و متنضم انتخاب قانون حاکم باشد.

بی شک اینگونه اشارات برای جلوگیری از بروز اختلاف در تفسیر، نمی تواند کافی باشد. بدین ترتیب به نظر می رسد که مؤلفین آلمانی طبق رویه قضایی قبل از قانون ۲۵ زوئیه ۱۹۸۶، انتخابهای ضمنی ساده را بتوحونسبتاً گسترده‌ای پذیرفته‌اند.

- انتخاب [قانون قابل اجرا] پس از انعقاد قرارداد

۲۴. معمولاً قانون قابل اجرا، در قرارداد انتخاب می‌شود. با این حال کم نیست مواردی که متعاملین پس از انعقاد قرارداد بخواهند با انتخابی مؤخر خلاصه قرارداد را در این خصوص یرنموده و یا حتی انتخابی را که قبل انجام داده‌اند، تغییر دهند. در اینجا، کنوانسیون با پیروی از رهنمودهای غالب رویه قضایی کشورهای عضو به متعاملین این اختیار را می‌دهد که هر وقت بخواهند قرارداد را تابع قانون دیگری - بجز قانونی که قبل احکم بوده است - قرار دهند (جمله اول از پارagraf دوم ماده ۳).

در این صورت قانونی که با تأخیر انتخاب شده است، از همان زمان امضای قرارداد عطف به مسابق می‌گردد. مع ذلک کنوانسیون دو نوع محدودیت برقرار می‌کند. در وهله اول، چنانچه قرارداد طبق یکی از قوانین معین شده در ماده ۹ از نظر شکلی معتبر باشد، انتخاب مؤخر قانون قابل اجرا نمی‌تواند اعتبار آن را از نظر شکلی خدشه دار سازد. در وهله دوم، انتخاب مؤخر [قانون قابل اجرا] نمی‌تواند به حقوق اشخاص ثالث لطمه وارد نماید. بدین ترتیب شخص ثالثی که ضمانت یکی از متعاملین را بر عهده گرفته است، تغییر قانون حاکم بر قرارداد نمی‌تواند تعهد وی را تشدید کند. حتی اگر قانون جدید حاکم بر قرارداد موجب افزایش تعهد بدھکار شده باشد یا به عکس طلبکار یکی از متعاملین که مبادرت به توقيف طلب وی از طرف دیگر قرارداد کرده، امتیاز استفاده از این توقيف را حفظ می‌کند، حتی اگر متعاقباً قانونی که با تأخیر انتخاب شده و حاکم بر قرارداد است

طلب توقیف شده را منتفی سازد یا آن را کاهش دهد.

یکی از موارد انتخاب مؤخر حالتی است که در جریان دادرسی اصحاب دعوی توافق می‌کنند همان دادگاهی که دعوی در آن طرح شده است، طبق قانون خود به دعوی رسیدگی کند. اشکالی که آقای ریگوبدان اشاره کرده این است که این انتخاب مؤخر در جریان دادرسی ممکن است به قاعدةٔ تعارض قوانین در مورد قرارداد یا به اصل تخلف پذیر اختیاری "مریبوط شود (بند ۳ ماده ۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی جدید). در مورد اول انتخاب الزاماً صریح نیست و ناظر برآینده می‌باشد ولی در مورد دوم انتخاب باید صریح باشد (بند ۳ ماده ۱۲ قانون آیین دادرسی مدنی جدید) که در این صورت حد شمول این انتخاب فقط محدود به همان دعواه مطرح در دادگاه است، مگر در مواردی که طرفین بخواهند به آن حد شمولی گسترده‌تر بدهند.^{۲۲}

- قرارداد انتخاب

۲۵. طبق پاراگراف چهارم ماده ۳، وجود و اعتبار رضا، شکل و اهلیت در قرارداد انتخاب قانون قابل اجرا تابع همان قانون حاکم برخود قرارداد می‌باشد. امتیاز این راه حل در ساده بودن آن است، هرچند که تنها راه حل ممکن نیست.^{۲۳} نکتهٔ مهم این است که قوانینی که بدین طریق تعیین می‌شوند، فقط درباره مسائل محدودی اجرا می‌شوند که به آنها اختصاص داده شده است. این قوانین نمی‌توانند حتی اصل اعتبار قرارداد انتخاب را که از خود قرارداد ناشی می‌شود، زیر سوال برنند. مقایسه مواد ۸ و بند ۴ ماده ۳ در اینجا روشنگر است. اگر ماده ۸ حاکم بر «وجود و اعتبار قرارداد» اصلی است، بند ۴ ماده ۳ تنها در مورد وجود و اعتبار رضای طرفین قرارداد انتخاب به آن ماده ارجاع داده شده است.

4.2. Principe dispositif

۲۴. فایده مسأله در رأی شعبه اول مدنی دیوان کشور (فرانسه) مورخ ۴ اکتبر ۱۹۸۹ ظاهر گردید.
۲۵. در این باره مراجعت شود به کورتی گیالدینو: «اراده متعاملین در حقوق بین الملل خصوصی» مجله Cours La Haye، جلد ۱۳۷، سال ۱۹۷۲، ص ۷۴۳ و بعد، spéci ۸۵۹ و بعد.

۲- قانون قابل اجراء در صورت فقدان انتخاب

۲۶. ماده ۴ کنوانسیون قاعده‌ای کلی وضع می‌کند که متشکل از سه عنصر است: ۱- در صورت فقدان انتخاب، قرارداد تابع قانون کشوری است که با آن کشور نزدیک‌ترین پیونددها را دارد. ۲- فرض براین است که این کشور همان کشور محل سکونت معمولی طرفی است که اجرای تعهد شاخص^{*} قرارداد بر عهده اوست، بشرطی که تعهد مزبور قابل تشخیص باشد. ۳- چنانچه از مجموع اوضاع و احوال معلوم شود که قرارداد با کشور دیگری نزدیک‌ترین پیونددها را دارد، امارة مذکور نادیده گرفته می‌شود.

الف. اصل: قانون کشوری که قرارداد با آن کشور نزدیک‌ترین پیونددها را دارد.

۲۷. این عبارت کمی مبهم، که در جمله اول پارagraf ۱ ماده ۴ ملاحظه می‌گردد به راه حل‌هایی مربوط می‌شود که قبلًاً توسط رویه قضایی چندین کشور امضا کننده کنوانسیون از جمله انگلستان و فرانسه داده شده است. طبق اصطلاح رایج در فرانسه قاضی باید «جاگاه عینی» قرارداد را با توجه به شاخصهای مختلفی که ارائه می‌نماید، تعیین کند.

از آنجا که قرارداد مجموعه واحدی را تشکیل می‌دهد، معمولاً تنها با یک کشور نزدیک‌ترین پیونددها را دارد. کنوانسیون راه حل قدیمی آلمانی را که بموجب آن: در موردی که اراده فرضی متعاملین - یعنی در عمل مرکز تقلیل قرارداد - معلوم نبود، قرارداد را تجزیه نموده و هریک از تعهدات ناشی از آن را تابع قانون کشوری می‌دانستند که تعهد می‌باشد در آنجا اجرا شود، به کنار گذاشته است.

*. تعهد شاخص که ترجمه واژه *Prestation caractéristique* می‌باشد، به تعهدی اطلاق می‌شود که مخصوص همان قرارداد است، بدیگر سخن، تعهد ویژه‌ای که به قرارداد شاخصیت می‌دهد که موجب تسایز آن از سایر قراردادها می‌گردد. مثلاً در عقد بیع تحويل مبیع به مشتری تعهدی ویژه است. همان‌طور که در عقد اجاره تحويل عین مستأجره به مستأجر در شرایطی که قابلیت انتفاع داشته باشند، تعهد ویژه محسوب می‌شود. اما پرداخت ثمن معامله با پرداخت اجاره بها تعهد ویژه نیست؛ زیرا در اغلب قراردادها تعهد پرداخت پول وجود دارد و ویژه قرارداد معینی نیست. (متترجم)

مع ذلک کنوانسیون اعلام کرده است که: «اگر قسمتی از قرارداد از بقیه قسمتهای آن قابل تفکیک بوده و ارتباط نزدیک تری را با کشوری دیگر نشان دهد، ممکن است بطور استثنایی در مورد این بخش از قرارداد قانون آن کشور دیگر را اجرا نمود». (جمله دوم از پاراگراف اول ماده ۴).

اگر بخواهیم اصل وحدت قرارداد از بین نرود، باید مفهوم «قابل تجزیه بودن»^{۶۰} (قرارداد) را به نحو مضيق تفسیر نماییم. این طور نیست که چون تعهدی در کشور الف و تعهدی دیگر در کشور ب اجرا می شود، دو تعهد قابل تجزیه اند. برای اینکه بخشی از قرارداد از بقیه آن قابل تفکیک تلقی شود، لازم است که آن بخش از قرارداد موضوع راه حلی جدا از راه حلی دیگر قرار گیرد که برای سایر عناصر قرارداد ارائه شده است. این وضع در قراردادهای صنعتی مرکب که شامل تعهدات ساختمانی، فروش، نگهداری، انتقال تکنولوژی، آموزش کارکنان وغیره است، دیده می شود.

ب. اماره به نفع قانون محل سکونت معمولی متعدد اجرای تعهد شاخص

۲۸. کنوانسیون در پی آن است که مقوله بسیار مبهم «نزدیک ترین پیوندها» را عینی تر سازد، و این کار را با ایجاد اماره ای انجام داده است، بدین بیان که: «قرارداد با کشوری نزدیکترین پیوندها را دارد که در موقع امضا محل سکونت معمولی طرفی است که تعهد شاخص را باید انجام دهد و یا اگر متعدد مزبور، شرکت، انجمن یا شخص حقوقی است اداره مرکزیش در آن کشور واقع است» (جمله اول پاراگراف ۲ ماده ۴).

مفهوم تعهد شاخص که در رویه قضایی سویس بخوبی شناخته شده، بوسیله کنوانسیون تعریف نگردیده است. گزارش دقیقاً اعلام می دارد که: «منظور از تعهد شاخص تعهدی است که پرداخت در ازای آن انجام می شود». در حقیقت در اغلب قراردادهای معمول، پولی باید پرداخت شود؛ بعنوان مثال: ثمن معامله در بیع، اجاره

4.5. Separabilité

بها در عقد اجاره، حق بيشه در قرارداد بيشه، بليط در قرارداد حمل و نقل، حق الامتياز در قرارداد امتياز و غيره. بنابراین تعهد پرداخت بها و پرها يك نوع از قرارداد نیست، بر عکس تعهد فروشنده به تسلیم مبيع (به مشتری)، تعهد مجرم دائر بر فراهم آوردن امکان انتفاع مستأجر از مورد اجاره، تعهد بيشه گر در جبران خطر احتمالي [خسارت]، تعهد متصلی حمل و نقل نسبت به انجام حمل و غيره، تعهد شاخص محسوب می شود. در حقیقت این گونه تعهدات موجب تمایز قراردادها از یکدیگر می شوند.

۲۹. تعیین جایگاه "تعهد شاخص و در نتیجه ارتباط دادن قرارداد با کشور محل سکونت معمولی متعهد چنین تعهدی، تنها بلحاظ سهولت عملی نیست، یعنی به این دلیل که تشخیص این کشور آسان است و مثلاً آسانتر از کشور محل اجرای تعهد شاخص؛ تعیین جایگاه تعهد شاخص [قرارداد] پاسخگوی انتظارات مشروع طرفین نیز می باشد. متعهد تعهد شاخص اغلب شخص حرفه ای است و به نفع او است که اصولاً کلیه عملیاتش تحت حکومت قانون واحدی باشد که به او تعلق دارد. راجع به متعهده تعهد شاخص [باید گفت] وی با مراجعه به یک شخص حرفه ای مستقر در خارج از کشور، در واقع خطر تجارت بین المللی را پذیرفته و باید انتظار داشته باشد که این شخص امور مربوط به خود را به موجب قانون مخصوص خودش انجام دهد.

در واقع کتوانیون بصراحت حالتی را مورد توجه قرار می دهد که قرارداد، در اجرای فعالیت حرفه ای طرفی که تعهد شاخص را ایفا می کند، منعقد می گردد. بدین ترتیب کتوانیون «کشوری را که مرکز اصلی مؤسسه در آنجاست و یا آگر بموجب قرارداد، تعهد شاخص می باشد توسط مؤسسه دیگری غیر از مؤسسه اصلی اجرا شود، کشوری را که مؤسسه دیگر در آنجا استقرار دارد»، در نظر گرفته است (جمله دوم از پارagraf ۲ ماده ۴). این تصریح عملاً مهم است؛ زیرا مشتمل بر آن است که اگر قرارداد مستقیماً با مؤسسه اصلی یک شرکت منعقد شده باشد و در قرارداد پیش بینی شده باشد که تحويل کالا یا اجرای تعهد توسط

4.6. La localisation

مؤسسه‌ای فرعی واقع در کشور دیگر انجام خواهد شد، قانون آن مؤسسه جز در موردی که مطابق ماده ۳ انتخاب شده باشد، قابل اجرا نخواهد بود. بنابراین در اجرای قواعد مذکور، مقتضی است بگوییم در صورتی که انتخابی به عمل نیامده باشد، قانون قابل اجرا اصولاً عبارت است از: قانون فروشنده در بیع، شرط رعایت کنوانسیون لاهه مورخ ۱۵ زوئن ۱۹۵۵ در کشورهایی که آن را تصویب تmodه اند از جمله فرانسه؛ قانون موخر در قرارداد اجاره، یا قانون موخر اعتباری^۷ در قرارداد اجاره اعتباری،^۸ قانون متصلی حمل و نقل به شرط رعایت پاراگراف چهارم ماده^۹؛ قوانین بیمه‌گر، واهب، مقرض، مقاطعه کار، مشاور، معلم، بانکدار، (ضمان عقدی)^{۱۰} یا ضامن تضمینی.^{۱۱} همچنین در قراردادهای توزیع بازارگانی، قانون مؤسسه توزیع کننده قابل اجرا است، خواه نماینده تجاری دلایل، حق العمل کار، اداره کننده مال غیر^{۱۲} و یا حتی یک صاحب امتیاز باشد.

۳۰. بدیهی است اماره‌ای که به نفع قانون معهود به انجام تعهد شانحص در نظر گرفته شده، بر این فرض استوار است که تعهد مزبور قابل تعیین باشد، در غیراین صورت لازم است که مورد به مورد، کشوری که قرارداد با آن کشور نزدیکترین پیوندها را دارد، تعیین شود. مثال روش در این مورد معاوضه است که در آن تعهد نسبت به هریک از طرفین می‌تواند شانحص تلقی شود و این بدان معنی است که هیچ یک از دو تعهد قابل ترجیح بر دیگری نیست. همچنین برخی عملیات میان بانکها یا حتی قرارداد امتیاز^{۱۳} که در آن تعهد امتیاز دهنده در بعضی موارد استثنایی شانحص تلقی نمی‌شود، به عنوان نمونه قابل ذکر است.

47. Crédit - bailleur

48. Crédit - bail

49. La caution

50. Garant

51. Sponsar

۵۲. *Contrat de franchisage*: قراردادی که طی آن سازنده به ازای دریافت مبلغی، امتیاز بهره برداری از مارک یا حق اختراع(Brevet) را به بازارگانی منتقل می‌کند. (مترجم)

ج. شرط استثنایی

۳۱. وقتی از مجموع اوضاع و احوال استنباط شود که نزدیک ترین پیوندهای قرارداد با کشور دیگری است انتساب قانون معهود به انجام تعهد شاخص نادیده گرفته می‌شود (پاراگراف پنجم از ماده ۴). در مواردی نسبت به این شرط چنین انتفاد شده که توسل به اماره را بی فایده می‌سازد و راحت‌تر آن است که کشوری را که قرارداد با او نزدیک ترین پیوندها را دارد؛ مستقیماً پیدا کرد. در واقع، این اماره فایده اش را کاملاً حفظ می‌کند؛ زیرا دقیقاً موجب آن می‌شود که در موارد بسیار زیادی که شاخصهای تعیین جایگاه اصلی قرارداد تقریباً بطور مساوی بین دو یا چند کشور پراکنده‌اند، راه حل واحدی عرضه گردد.

تجربه نشان خواهد داد که شرط استثنای در چه مواردی اجرا می‌گردد. مثلاً اگر یک پاریسی به شرکتی که قرارگاهش در پاریس واقع است مراجعه نموده و از او بخواهد که (کلایر را) در شهر Metz تحويل دهدو در قرارداد پیش بینی شود که تحويل توسط شعبه شرکت که مقرش در لوکزامبورگ واقع است انجام شود، با توجه به اینکه قیمت کالا باید در پاریس به فرانک پرداخته شود، می‌توان یقین حاصل کرد که در صورت بروز اختلاف، قاضی فرانسوی چنین رأی خواهد داد که قرارداد نزدیکترین پیوندها را با فرانسه دارد تا لوکزامبورگ، که اماره مندرج در آخر پاراگراف دوم ماده ۴ تعیین می‌نماید.

پاراگراف پنجم ماده ۴ روش نمی‌سازد نزدیکترین پیوندها که زمینه اجرای شرط استثنای را فراهم می‌باید قبل از انعقاد قرارداد وجود داشته باشد یا می‌تواند بعداً نیز ظاهر شود؛ مثلاً به علت تغییر محل سکونت یکی از متعاملین. در مقایسه با پاراگراف دوم ماده ۴، مطلقی به نظر می‌رسد که اصولاً به عوامل موجود در زمان انعقاد قرارداد تقید داشته باشیم، جز در موردی که بموجب اصلاحیه قرارداد، جایگاه اصلی عواملی همچون محل تحويل یا محل پرداخت و پول پرداختی، تغییر کرده باشد.

ب- قواعد اختصاصی بعضی از قراردادها

۳۲. در مورد بعضی از قراردادها، کنوانسیون قواعدی را که در فوق بیان شده، جز اماره مقرر به نفع قانون متعهد به این‌ایدی تعهد شاخص را همچنان حفظ کرده است. قراردادهای مربوط به مال غیرمنقول و قرارداد حمل کالا از این قبیل می‌باشند. در خصوص قراردادهای دیگر که عبارتند از قراردادهای منعقد شده توسط مصرف کنندگان و قراردادهای کار، خود اصل حاکمیت اراده است که مورد تردید واقع شده است.

۱- تغییر عامل ارتباط فرعی ”

الف. قراردادی که موضوع آن مالی غیرمنقول است

۳۳. بمحض پارagraf ۳ ماده ۴ « در جایی که موضوع قرارداد یک حق عینی مربوط به مال غیرمنقول یا حق استفاده از مال غیرمنقول باشد، فرض آن است که قرارداد با کشوری نزدیکترین پیوندها را دارد که مال غیرمنقول در آنجا واقع است. در اینجا دیگر تعهد شاخص تعیین کننده جایگاه قرارداد نیست، بلکه محل وقوع مال غیرمنقول است که چنین جایگاهی را تعیین می‌کند.

این قاعده از یک سو در مورد قراردادهای فروش مال غیرمنقول، ایجاد حق انتفاع یا حق ارتفاق (و نه در مورد انتقال سهام شرکت مدنی ساختمانی) و از سوی دیگر در مورد قرارداد اجره اعمال می‌گردد. قرارداد احداث یا تعمیر ساختمان مشمول اماره مقرر در پارagraf ۲ ماده ۴ باقی می‌ماند، لیکن ممکن است بر اثر اجرای شرط استثنای پارagraf ۴، تحت شمول قانون محل وقوع مال (غیرمنقول) قرار گیرد.

انتساب به «قانون محل وقوع مال غیرمنقول» تنها به عنوان اماره مقرر گردیده است. بنابراین چنانچه شرایط مربوط به شرط استثنای پیش بینی شده در پارagraf ۵ ماده ۴ تحقق یابند، اماره باید نادیده گرفته شود. گزارش، مثال از ۵۳. ترجمه *Rattachement* می‌باشد که در این مقاله گاهی عامل انتساب نیز ترجمه شده است. (متترجم)

اجاره محلی برای گذراندن تعطیلات می‌آورد که در ایتالیا واقع است و در بلژیک بین اتباع بلژیک منعقد گردیده است. در واقع این راه حل در کشورهای بلژیک و آلمان ارائه شده است.

ب- حمل کالا

۳۴. اجرای قاعده کلی در مورد قرارداد حمل کالا، چنانچه طرفین قانون قابل اجرا را انتخاب نکرده باشند، به اجرای قانون مرکز اصلی متصدی حمل و نقل خواهد انجامید. این شاخص به تنهایی نشان دهنده تعیین جایگاه اصلی قرارداد به شکل ناقص است و کتوانسیون فقط به عنوان اماره و در صورتی که مرکز اصلی متصدی حمل و نقل با محل بارگیری و یا تخلیه کالا و یا مرکز اصلی فرستنده کالا منطبق باشد، آن را در نظر می‌گیرد (جمله دوم پاراگراف ۱ و ۴ ماده ۴).^{۵۰}

آخرین جمله پاراگراف ۴ ماده ۴ «قراردادهای اجاره کشتی برای یک بار مسافرت و سایر قراردادها را در صورتی که موضوع اصلی آنها حمل کالا باشد»، قراردادهای حمل کالا در مفهوم متن مذکور می‌داند. گرچه این تعریف موسع است اما مفسران، قراردادهای اجاره کشتی [بدون وسایل و ملوانان] و اجاره موقت کشتی را داخل در تعریف مذبور نمی‌دانند.^{۵۱}

۲- نقد حاکمیت اراده

الف- قراردادهای منعقد شده بوسیله مصرف کنندگان

- اتخاذ قاعده حل تعارض حمایت کننده

۳۵. قواعد حمایت از مصرف کنندگان همچون بطلان شروط تجاوز آمیز یا

۵۲. راجع به اعمال این قانون بر حمل و نقل دریایی به خصوص راجع به مسائل مربوط به تعیین متصدی حمل و نقل در مواردی که بارنامه را مالک یا اجاره دهنده کشتی صادر نکرده باشند و نیز راجع به تعیین جایگاه استقرار اصلی متصدی حمل و نقل در حالت وجود پریم مصلحتی رجوع شود به: Schults, op.cit. (note 30), p. 185 et s.

۵۵. پروتکل ضمیمه کتوانسیون به کشور دانمارک اجازه می‌دهد ماده ۱۶۹ قانون دانمارک راجع به حقوق دریایی را که یک قانون متحده الشکل مشترک بین کشورهای اسکاندیناوی بوده و در زمینه حمل و نقل دریایی متضمن قواعد حل تعارض مختلفی است، اجرا نماید.

اختیار فسخ یکجانبه قرارداد ظرف مدت معین، که در بسیاری از کشورها پذیرفته شده است، چنانچه با انتخاب قانون خارجی یا حتی در صورت فقدان انتخاب قانون خارجی با اعمال اماره مقرر در پارagraf ۲ ماده ۴ که به شمول قانون کشور مقرر فروشنده یا عرضه کننده خدمات می‌انجامد، بتواند ساقط گردد، در تجارت بین الملل قادر ارزش عملی خواهد بود.

بدین سبب ماده ۵ کنوانسیون رم دو قاعده وضع می‌کند، که از یک سو «انتخاب قانون حاکم توسط متعاملین نمی‌تواند این اثر را داشته باشد که مصرف کننده را از حمایتی محروم نماید که قواعد امری قانون کشور محل سکونت عادی مصرف کننده تضمین نموده است» (پارagraf ۲ ماده ۵)، از سوی دیگر در صورت فقدان انتخاب [قانون قابل اجرا]، قرارداد تابع قانون کشوری است که محل سکونت عادی مصرف کننده در آنجا است (پارagraf ۳ ماده ۵)؛ بدون اینکه بتوان قابلیت شمول قانون مذکور را بر اثر شرط استثنای مشابهی با شرط استثنای مذکور در پارagraf ۵ ماده ۴، نفي کرد.

محدودیت وارد شده به حاکمیت اراده باید مشخص گردد. کنوانسیون می‌توانست مانند قانون سویس ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷ (ماده ۱۲۰)، هرگونه امکان انتخاب قانون قابل اجرا را متغیر و در هر شرایط و اوضاع و احوالی قانون محل سکونت عادی مصرف کننده را تحمیل نماید، اما این کار را نکرده و فقط اعلام نموده است که انتخاب قانون دیگر، نمی‌تواند مصرف کننده را از حمایتی که قواعد آمره قانون محل سکونت معمولی وی نسبت به او مبذول داشته، محروم نماید. بیان مذکور بدان معنی نیست که در این صورت قانون حاکم بر قرارداد، قانون محل سکونت معمولی خواهد بود و انتخاب قانون دیگر تا حد انتخاب قانونی مادی تنزل خواهد کرد، زیرا قواعد حاکم بر قرارداد را باید در قانون منتخب [طرفین] و عند الاقتضاء در مقررات قانون مؤخر بر انعقاد قرارداد جستجو کرد؛ مگراینکه اجرای قواعد امری قانون محل سکونت معمولی مصرف کننده به حال او مساعدتر بوده و پس از یک مقایسه عینی به دست آمده باشد.

۳۶. قلمرو شمول این قاعده

۳۶. قلمرو اجرای این قاعده دوگانه حل تعارض که در عین حال مغایر با ماده ۳ و ماده ۴ است، به بعضی قراردادهای منعقد شده بوسیله مصرف کنندگان و در شرایط کاملاً مشخص، محدود می باشد.

اولاً - موضوع قراردادهایی که ماده ۵ [کنوانسیون] در مورد آنها اجرا می شود، فراهم آوری اموال منتقل مادی و عرضه خدمات، همچنین قراردادهای مربوط به هزینه تهیه و عرضه آنها است (پاراگراف ۱ ماده ۵). تهیه اموال منتقل مادی شامل بيع کالا بصورت قسطی یا نقد و اجاره اعتباری می گردد، لیکن شامل اجاره عادی نمی باشد. تهیه و عرضه خدمات باید در مفهومی گسترده تفسیر شود: تجهیزات هتل، قرارداد تعلیم و حتی به عقیده مارتینی، معاملات مدت دار در بورس خارجی.

مع ذلك، قرارداد حمل و نقل (و نه قراردادی که با یک قیمت کلی اجرای تعهداتی مرکب- که موضوع آنها غالباً حمل کالا و تهیه مسکن است و آن را اصطلاحاً «معامله کلی» می نامند- عرضه می دارد، پاراگراف ۵ ماده ۵ را نگاه کنید) و قرارداد عرضه خدمات، وقتی که این خدمات منحصراً باید در کشور دیگری غیر از کشور محل سکونت معمولی مصرف کننده عرضه شوند(پاراگراف ۴ ماده ۵)، مثلاً قرارداد تهیه هتل بمنظور اقامت در خارج، صریحاً استثنای شده اند.

۳۷. ثانیاً- تنها، قراردادهای منعقد شده بوسیله مصرف کنندگان، موضوع قاعده خاص مذکور در ماده ۵ می باشند. تدارک وسایل و خدمات برای یک شخص «جهت مصرفی که خارج از فعالیت حرفه ای وی محسوب می شود»، از این نوع تلقی می گردند. (پاراگراف اول ماده ۵). تعریف منفی همان تعریف ماده ۱۳ کنوانسیون بروکسل در عبارت تجدید نظر شده آن در سال ۱۹۷۸ است. متن این تعریف لازم نمی داند که تهیه کننده کالا یا عرضه کننده خدمات، در زمینه حرفه و شغل خود کار کرده باشد یا اینکه بداند که خریدار به چه منظوری کالا را می خرد.

۵.6. Package tour

قاضی است که باید با توجه به کیفیات دعوی تعیین کند، آیا مصرفی که کالا برای آن خریده شده است، «می‌تواند خارج از فعالیت حرف ای خریدار» تلقی شود؟ با اینکه ماده ۵ تصریح نمی‌کند، مصرف کننده‌ای که به او اشاره می‌کند باید شخص حقیقی باشد. به عنوان مثال به نظر نمی‌رسد که یک اتحادیه بتواند به آن استناد جوید.

۳۸. ثالثاً قواعد حل تعارض حمایت از مصرف کننده‌گان فقط در مورد وضعیت‌های سه گانه مندرج در پارagraf ۲ ماده ۵ به مورد اجرا گذاشته می‌شوند. مورد اول وقتی است که انعقاد قرارداد در کشور محل سکونت معمولی مصرف کننده، مسبوق به پیشنهادی خاص (مثلًا ارسال کاتالوگ یا پیشنهاد قرارداد) یا اعلان تبلیغاتی (خواه از طریق رادیو و تلویزیون، مطبوعات، آگهی) باشد؛ در صورتی که مصرف کننده اقدامات لازم را برای انعقاد قرارداد در این کشور انجام داده باشد. چنان‌مهم نیست که قرارداد از نظر حقوقی در کجا منعقد شده باشد، کافی است که مصرف کننده در کشور محل سکونت معمولی خود مدارکی را که به او تسلیم شده، امضا کرده و یا سفارش خود را برای فروشنده ارسال نموده باشد.

مورد دوم که عیناً از پارagraf ۲ ماده ۳ کتوانسیون لاهه مورخ ۱۵ زوئن راجع به قانون قابل اجرا بر بیع رونویسی شده، موردی است که طرف قرارداد با مصرف کننده یا نماینده‌ی وی، سفارش را در کشور محل سکونت معمولی مصرف کننده دریافت کرده است. نسبت به راه حل مورد قبل، این راه حل موجه‌تر به نظر می‌رسد. این بار فروشنده به کشور مصرف کننده رفت و در همان‌جا سفارش وی را دریافت داشته است.

مورد سوم کمتر روشن است، و آن موردی است که قرارداد عبارت از بیع کالا است و مصرف کننده از کشور محل سکونت معمولی خود به کشوری خارجی رفته و در آنجا سفارش داده است، مشروط بر اینکه فروشنده سفر را با این هدف ترتیب داده باشد که مصرف کننده را به انعقاد بیع برانگیزد. هدف از این مقررات، حمایت از مصرف کننده‌ای است که مبادرت به «سیر و سیاحتی بین مرزی» می‌کند

که توسط بازارگان گشور مجاور ترتیب داده شده تا بدین وسیله مشتریان خود را زیاد کند.

در خارج از این سه مورد، قواعد حل تعارض عمومی مندرج در مواد ۳ و ۴ به مورد اجرا گذارده می‌شوند و نه قواعد حمایت کننده مندرج در ماده ۵.

توریستی که در مدت اقامت ایام تعطیلات در خارج، خریدهایی انجام می‌دهد و یا پس از مراجعت به کشور خود سفارشی را برای فروشندۀ ای که در محل گذراندن تعطیلات با او برخورد نموده می‌فرستد، نمی‌تواند به قواعد حمایت از مصرف کننده مقرر در کشور محل سکونت معمولی خود استناد نماید. به نظر می‌رسد که حتی بر مبنای قوانین انتظامی نیز مطلب چنین باشد.^{۵۷}

اینجا شاید در حمایت از مصرف کننده نارسایی وجود دارد. به عنوان مثال اگر شخص مقیم آلمان در مدت اقامت خود در پاریس اجنبایی بخرد، نمی‌تواند به مقررات آلمان در زمینه حمایت از مصرف کننده استناد نماید. ولی آیا او نباید در هر حال از مقررات فرانسه استفاده کند؟ چون در این مورد نه ماده ۵ بلکه ماده ۳ قابل اجرا است. امکان دارد که فروشنده فرانسوی صلاحیت قانون خارجی - مثلاً قانون باهاما - را که از مصرف کننده‌گان حمایت نمی‌کند، در قرارداد بگنجاند.

۵۷. در اینجا یک مشکل جدی وجود دارد. پاراگراف ۲ ماده ۷ لفظاً دارای برد وحد شمول کلی است (رجوع شود به شماره ۴۷ صفحات بعد): ولی ماده ۵ علی‌رغم دوجانبه بودنش کاملاً شبیه است به آنچه که شاید بتوان آن را شرط خاص اجرای قوانین انتظامی نامید. بر اثر محدود کردن مواردی که مصرف کننده را مجاز می‌دارد به قواعد امری حمایت گرانه کشور محل سکونت معمولی خود استناد نماید، به نظر می‌رسد که ماده ۵ در خارج از موارد مذکور، مانع اجرای قواعد امری حمایت گرانه محل سکونت معمولی مصرف کننده به استناد بند ۲ ماده ۷ گردیده است. تلقیق مواد ۵ و ۷ به این نتیجه خواهد انجامید که ماده ۷ فقط به نفع قوانین انتظامی کشور دیگری بجز کشور محل سکونت معمولی مصرف کننده اجرا شود. بدین ترتیب دادگاه استان Hamm از اجرای قواعد حمایت گرانه قانون آلمان نسبت به یک تبعه آلمان که در موقع اقامت خود در جزایر قناری خریدهایی انجام داده بود، خودداری نموده است. حتی با اینکه کشور اسپانیا قواعد حمایت گرانه پیش‌بینی شده در دستورالعمل CEE مورخ ۲۰ دسامبر ۱۹۸۵ را در قوانین خود وارد نکرده بود، ملزم به رعایت آن بود.

ب-قرارداد فردی کار

. وجود قاعده‌ای خاص در حل تعارض

۳۹. اندیشهٔ حمایت از کارگر سبب شده است که تنظیم کنندگان کنوانسیون، در اینجا نیز از قواعد عمومی مواد ۳ و ۴ منحرف شوند. پاراگراف اول ماده بر مبنای همان نمونه بند اول پاراگراف ۲ ماده ۵ ساخته شده است. برخلاف آنچه که در یک طرح راجع به مقررات مربوط به بازار مشترک پیش‌بینی شده بود و به نتیجه نرسید، حاکمیت اراده لغو نشده، بلکه محدود گردیده است بدین معنی که انتخاب قانون دیگری غیر از قانونی که در فقدان انتخاب بطور عینی قابل اجرا است، نمی‌تواند دارای این اثر باشد که کارگر را از حمایتی محروم سازد که مقررات امری قانونی که بطور عینی قابل اجرا است، تضمین کرده‌اند.^{۵۸}

۴۰. تعیین قانونی که [در مورد قرارداد کار] بطور عینی قابل اجرا است، پیچیده‌تر از تعیین آن در زمینهٔ قراردادهای مصرف می‌باشد و این ناشی از روح متفاوت حاکم بر آنها است. در حالی که در مورد قرارداد مصرف، عامل انتساب عینی، عامل انتسابی ارفاقی و مساعد به حال مصرف کننده است، یعنی قانون قابل اجرا قانونی است که مصرف کننده آن را می‌شناسد و بدان اعتماد دارد، عامل انتسابی که در مورد قرارداد کار در نظر گرفته شده است، عامل مجاورت^{۵۹} است؛ یعنی کنوانسیون سعی می‌کند کشوری را تعیین کند که قرارداد کار با آن کشور نزدیک ترین پیوندهارا دارد. کنوانسیون بر حسب اینکه کارگر در اجرای قرارداد کار را معمولاً در یک کشور انجام می‌دهد یا خیر، قائل به تفکیک می‌شود. (پاراگراف ۲ ماده ۶).

در حالت اول، قانون کشوری که کارگر معمولاً کارش را در آن کشور انجام می‌دهد، قابل اجرا است. کنوانسیون تصریح می‌کند که «حتی اگر کارگر بطور موقت محل کارش را به کشور دیگری انتقال داده باشد» این قانون قابل اجرا است. مفهوم عبارت این است که انتقال موقت و کوتاه مدت محل کار، راه حل

۵۸. در مورد معنای حاکمیت اراده مقید به مقتضیات قانون «حداقل حمایت» رجوع شود به: Vincent . Heuzé, op. cit (note 37), p. 268 et s.

۵۹. Proximité

تعارض قوانین را تغییر نمی‌دهد، در حالی که انتقال بلند مدت محل کار سبب می‌شود قانون کشوری که از این به بعد کارگر معمولاً کار خود را در آنجا انجام می‌دهد، به مورد اجرا گذاشته شود.

کنوانسیون تشخیص اینکه از چه زمانی انتقال محل کار، موقعیت نیست را به قاضی واگذار می‌کند.

در حالت دوم، وقتی که کارگر معمولاً کارش را در کشور واحد انجام نمی‌دهد، قانون قابل اجرا قانون کشوری است که « مؤسسه استخدام کننده کارگر در آن کشور واقع است ». این متن اصولاً در مورد کارگری اجرا می‌شود که کار خود را در چند کشور انجام می‌دهد، مانند نماینده مزد بگیر که حوزه فعالیت وی چند کشور است.

کنوانسیون تصریح نمی‌کند که منظور از مؤسسه استخدام کننده چیست. مؤسسهٔ فرعی و دائمی مطمئناً مشمول این مفهوم قرار می‌گیرد. به عکس، نماینده کارفرما که بمنظور تماس با کارگر و برای اینکه قرارداد کار را به امضای وی برساند به خارج می‌رود، نمی‌تواند به عنوان « مؤسسه » تلقی شود. در غیراین صورت، قانون مؤسسه استخدام کننده، با قانون محل استخدام مشتبه خواهد شد.

ولی اگر همین نماینده کارفرما به کشوری که کارفرما در آنجا مؤسسه‌ای فرعی بمنظور استخدام کارگر دارد برود، می‌توان گفت که این مؤسسه همان مؤسسه استخدام است.

تمایز میان این دو حالت موجب می‌شود راه حلها حساس‌تر گردد که فی نفسه نوعی پیشرفت محسوب می‌شود. با این حال، همه مشکلات بدین وسیله حل نمی‌شود. به عنوان مثال، قرارداد خلبان هواپیما از این حیث چگونه است؟ اگر به مورد اول مربوط شود، باید محل اجرای آن تعیین گردد و این خود بدون توسل به فرضیات یا حتی کار خودسرانه - همان‌گونه که دعوی قضیه Air Afrique نشان داده است - ممکن نیست. بی‌شک به واقعیت نزدیک تر خواهد بود که بگوییم خلبان معمولاً کارش را در کشور واحدی انجام نمی‌دهد و در نتیجه قرارداد را تابع قانون مؤسسه‌ای قرار دهیم که خلبان را استخدام کرده است. همین راه حل در مورد

۴۵

کارگری مصدق دارد که در محلی خارج از هرگونه حاکمیت دولتی - مانند سکو در دریای آزاد - استخدام شده است. ولی این راه حل قابل بحث است؛ زیرا وضعیت مورد نظر دقیقاً همان نیست که در پاراگراف ۲ ب ماده ۶ پیش بینی شده است. بالاخره، قرارداد کارگری که کار خود را در کشتی انجام می دهد، جزء کدام حالت است؟ در این مورد پیشنهاد شده است که قانون پرچم [دولت متبوع کشتی] به عنوان محل اجرای قرارداد اجرا شود. چنین راه حلی برای کارگر - به علت وجود پرچمهای مصلحتی - خالی از خطر نخواهد بود. به نظر می رسد قانون موسسه استخدام کننده که توسط دیگران پیشنهاد شده است، مناسب تر باشد.

۴۱. چنانچه از مجموع اوضاع و احوال معلوم شود که قرارداد با کشور دیگری پیوندهای نزدیکتر دارد، اعم از اینکه کارگر کار خود را معمولاً در یک کشور انجام دهد یا نه، عامل انتساب عینی مقرر در کنوانسیون ممکن است کنار گذاشته شود (آخر پاراگراف ۲ ماده ۶).

این شرط استشا که عملأً مشابه با شرط مذکور در پاراگراف ۵ ماده ۴ می باشد، مناسب به نظر می رسد. چنین قیدی موجب خواهد شد که از نتایج زیانبار به حال کارگر، که در رویه قضایی سالهای اخیر فرانسه منعکس شده و ناشی از ارتباط انعطاف ناپذیر قرارداد و قانون محل اجرای آن است، اجتناب شود. بدین ترتیب می توان گفت مثلاً قرارداد منعقد شده، بین کارفرمای فرانسوی و کارگر فرانسوی به منظور کار در یک کشور آفریقایی به مدت دو سال با وعده احتمالی تجدید استخدام در فرانسه، پس از انقضای مدت قرارداد تابع قانون کشور آفریقایی محل اجرای قرارداد نبوده، بلکه مشمول قانون فرانسه خواهد بود که با قرارداد نزدیکترین پیوند را دارد.

• قلصرو قاعده حل تعارض

۴۲. ماده ۶ (کنوانسیون) همان طور که عنوان آن نشان می دهد، نسبت به قرارداد فردی کار و نه قرارداد جمعی کار اعمال می شود. البته وقتی ماده ۶ قرارداد

کار را تابع قانون کشور معین می‌داند، قراردادهای جمیعی کار معتبر در آن کشور را نیز تا حدی که قرارداد مورد نظر در قلمرو شمول آنها قرار می‌گیرد، مشمول آن قرار می‌دهد و نفی نمی‌کند که این قرارداد در قلمرو اجرای شخصی قرارداد جمیعی کار معتبر در کشور دیگری وارد شود، ولی به مسأله قانون قابل اجرا برخود قرارداد جمیعی کار نمی‌پردازد.

ماده ۶ (کنوانسیون) باید شامل روابط کاری نیز شود، خواه ناشی از قراردادهای باطل باشند، خواه روابط عملی محض، گزارش و نیز متن آلمانی کنوانسیون در این جهت می‌باشند.

ج- تداخل قوانین انتظامی

۴۳. کنوانسیون بمحض یکی از مقرراتش که بیش از همه مورد تفسیر قرار گرفته است، در بعضی شرایط پیش‌بینی می‌کند که به قواعد انتظامی قانون دیگر تا حدی که این قواعد خود را قابل اجرا بدانند، توأم با قانونی که قابل اجرا اعلام شده است، ترتیب اثر داده شود. دخالت روش یک جانبه "در نظامی که در آن قواعد دو جانبه غلبه دارد،" بحسب تعلق این قواعد انتظامی به قانون خارجی یا قانون داخلی مقردادگاه "به اشکال مختلف صورت می‌گیرد."

61. Méthode unilatérale

۶۲. Règles bilatérales: یعنی نظامی که اعمال قانون داخلی و خارجی را جایز می‌داند (متوجه).

63. Loi de force

۶۴. در اینجا نمی‌توان همه آنچه را که راجع به قوانین انتظامی قلم فرمایی شده است، خاطرنشان ساخت. برای آنکه به منتخب نوشه‌های صاحب نظرانی در زبان فرانسه اکتفا کنیم، خاطرنشان می‌شون که بس از مقاله آغازگر:

Ph. Francescakis "Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois", cette revue, 1966.1 که روش قوانین انتظامی را مشخص می‌کرد:



۱. قوانین انتظامی خارجی

۴۴. سرآغاز قاعده‌ای که در پاراگراف اول ماده ۷ کنوانسیون دیده می‌شود و می‌توان سابقه آن را در رویه قضایی کشورهای عضو پیدا کرد، احراز این مطلب است که هرچند یک قرارداد بین‌المللی منطقاً منسوب به کشوری است که با آن نزدیکترین پیوندھارا دارد، اما با کشورهای دیگر نیز دارای روابط کمتری است. مسلماً کمتر ولی واقعی - و این کشورها ممکن است نفع مشروعی داشته باشند که قرارداد مزبور به قواعدی که از نظر آنها اساسی تلقی می‌شوند، لطمه‌ای وارد نسازد.

جمله اول پاراگراف اول ماده ۷ این اشتغال خاطر را چنین بیان می‌کند:

«بموجب کنوانسیون حاضر، در حین اجرای قانون کشوری معین، ممکن است که به قواعد آمرة قانون کشور دیگری ترتیب اثر داده شود که مورد مطروحه» با آن کشور رابطه‌ای نزدیک نشان می‌دهد، مشروط براینکه بموجب حقوق کشور اخیر، قواعد مزبور صرف نظر از اینکه قانون حاکم بر قرارداد کدام است، قابل اجرا باشند». در فرض مذکور در پاراگراف اول تحقق دو شرط لازم است:

اولاً - صرف نظر از اینکه قانون حاکم بر قرارداد کدام است، مقررات "قانون

→

Pierre Gothon طی دومین بررسی که درباره گرایش در جهت یکجانبگی به عمل آورد، تحت عنوان:

"Le renouveau de la tendance unilatéralisme en droit international privé", cette revue 1971.272 et s.

آینده ماده ۷ را که در آن زمان هنوز عنوان هم نمی‌شد از قبل پیش بینی کرد، و نشان داد که اجرای قوانین انتظامی مسائل مختلفی را در رابطه با روش به وجود می‌آورند بر حسب اینکه قوانین دولت مقرر قاضی با قوانین یک دولت خارجی باشند؛

از آن پس Pierre Mayer در مقالات و بررسی‌های تحت عنوان "Les lois de police étrangères" Clunet, 1981.276 et s. ; travaux comité fr. DIP, Journée de cinquantenaire, p. 105 et s.

به اثبات رسانید که اجرای قوانین انتظامی خارجی به شرط این که در حدود پاراگراف اول ماده ۷ کنوانسیون رم اعمال شود، به معنای کنار زدن قاعده حل تعارض قانون مقر دادگاه نیست.

6.5. Situation

۶۶. ترجمه واژه Disposition می‌باشد که گاهی به قاعده نیز ترجمه شده است.

خارجی باید بموجب همین قانون خارجی حاکم بر قرارداد باشد.

ثانیاً. بین مورد مطروحه و کشوری که قانون آن متنضم چنین مقرراتی است، باید رابطه نزدیک وجود داشته باشد. به عنوان مثال اگر قانون کشوری صدور اموال فرهنگی واقع در آن کشور را - که بطلان قراردادها ضمانت اجرای آن است - ممنوع اعلام نماید، این مقررات صرف نظر از اینکه قانون حاکم بر قرارداد کدام است، به یقین قابل اجراست و ارتباط بین دولت مزبور و این وضعیت آشکار است. چنانچه این قانون هرگونه معاملات مربوط به اموال فرهنگی اصیل این کشور را حتی اگر در کشورهای دیگر باشند ممنوع اعلام کند، شرط اول تحقق می یابد، ولی می توان استدلال کرد وقتی مال در خارج است، ارتباط بین وضعیت و کشوری که قاعده آمره را مقرر داشته است، چندان نزدیک نیست.

۴۵. برای اینکه قانون کشور خارجی اجرا شود، کافی نیست که در فرض مذکور در پارagraf اول ماده ۷ قرار بگیریم. جمله دوم از پارagraf اول ماده ۷ تصریح دارد که: «بمنظور اخذ تصمیم در مورد ترتیب اثر دادن به این مقررات آمره، طبیعت و موضوع و نیز نتایج اجرا و یا عدم اجرای آنها مورد توجه قرار خواهد گرفت». ضرورت ندارد که این عوامل مختلف بطور جداگانه مورد تحلیل قرار گیرند. قاضی که از وی خواسته شده است به قانون انتظامی خارجی ترتیب اثر دهد، قبل از اخذ تصمیم می بایست وضعیت را در مجموع بررسی کند و جمله ای که قبل اذکر شد، او را در تشخیص نکات موضوع بررسی کمک می نماید. بدین ترتیب وقتی که دادگاه حوزه لاهه از اجرای مقررات آمریکا مبنی بر منع تحويل مصالح مربوط به احداث لوله گازکش سیبری Gazoduc Sibérien بوسیله شرکتهای اروپایی وابسته به شرکتهای امریکایی امتناع کرد، دادگاه مذکور توانست امتناع خود را بر فقدان ارتباط کافی بین ایالات متحده و وضعیت و نیز ماهیت خیلی سیاسی تحریم و یا خطرات بیکاری ناشی از اجرای این مقررات در اروپا استوار نماید.

بر اساس فکری کمی متفاوت، اگریک تاجر اروپایی در ملاقات با واسطه ای در لوس آنجلس به تصور اینکه با پرداخت حق الزحمة معقولی که طبق

قراردادی مشمول قانون فرانسه تعیین می شود، واسطه مزبور می تواند خریداری برای هتل لوکسی که وی [در منطقه] کوت دازور^{۶۷} دارد پیدا کند و واسطه مورد بحث در عبور از نیویورک برای تماس با مشتری بالقوه و انجام معامله از این قرارداد استفاده نماید، تقریباً حتمی است دادگاه فرانسه که سفارش دهنده را برای پرداخت کمیسیون مورد توافق احضار کرده، بدون در نظر گرفتن مقررات انتظامی مورد اجرا در ایالت نیویورک که مقرر می دارد هرگونه عملیات دلالی انجام شده در این ایالت باید توسط دلالی که دارای پروانه است انجام شود و الاً باطل است، مدعی را در ادعای خود حق خواهد شناخت. در این موارد نفع ایالت نیویورک در اجرای قانون آن ایالت هرچه باشد، نتیجه اجرای قانون نیویورک این خواهد بود که یک طرف قرارداد را که هیچ نیازی به حمایت ندارد به عدم پرداخت دینی حرفه ای که بطور قانونی بر عهده گرفته، ترغیب نماید.

بر عکس، امتناع دیوان فدرال آلمان در محق دانستن درخواست جبران خسارات وارد کننده مجسمه های کوچک ساخت نیجریه علیه بیمه گرش - به علت اتلاف یا سرقت آنها در جریان حمل - مستند به مقررات مربوط به منع صدور مقرر در قانون نیجریه بود که جامعه بین المللی به خصوص کنوانسیون یونسکو مورخ ۱۴ نوامبر ۱۹۷۰ به انگیزه حفظ اموال فرهنگی نیجریه به رسمیت شناخته است.

۴۶. ماده ۲۲ کنوانسیون پیش بینی کرده است که دولتها عضو می توانند حق عدم اجرای پاراگراف اول ماده ۷ را برای خود محفوظ دارند.^{۶۸} تازمانی که قاضی هنوز رأی صادر نکرده، بعضی دولتها از عدم اطمینانی بیم دارند که آن پاراگراف بر حل تعارض می گستراند، و همین طور بدان علت که قاضی اغلب وابسته به سیاست بین المللی است، از قدرتی که پاراگراف مذکور به او واگذار

67. Côte D'azur

۶۸. کشورهای لوکزامبورگ، آلمان فدرال و انگلستان این حق را برای خود محفوظ داشته اند.

می‌کند، بیمناک هستند. این نظر صحیح است، ولی در کشورهایی که حق عدم اجرای پاراگراف اول ماده ۷ را بپذیرند، عدم اطمینان بیشتر خواهد بود؛ زیرا در این کشورها قاضی فقط به معلومات و ابتکار خود متکی است، حتی بی‌آنکه از مساعدت رهنمودهای کلی برخوردار باشد.

۲- قوانین انتظامی مقر دادگاه

۴۷. کنوانسیون برای قوانین انتظامی مقر دادگاه جایگاه ممتازی قائل است. پاراگراف ۲ ماده ۷، با اعلام اینکه «مقررات این کنوانسیون نمی‌تواند لطمہ‌ای به قواعد قانون دولت متبوع قاضی عهده دار رسیدگی وارد سازند که الزاماً بر وضعیت حاکم‌نده، صرف نظر از اینکه قانون قابل اجرا چه باشد»، هرگونه اختیار قاضی را در ارزیابی مناسب بودن اجرای قوانین انتظامی مقر دادگاه از بین می‌برد. همین که قرارداد-حتی اگر مشمول قانون دیگری باشد - وارد در قلمرو اجرایی شود که آن قواعد برای خود قائل‌نده، قانون انتظامی مقر دادگاه همواره نسبت به قانونی که طبق کنوانسیون حاکم بر قرارداد شناخته می‌شود، برتری خواهد داشت.

این حکم اگر دولتهای متعاقد را برآن دارد که برای همه قواعد امری خود عوامل ارتباطی خاص بطور یکجانبه وضع کنند، بسیار خطرناک خواهد بود.^{۶۸} با این همه دادگاه استینیاف پاریس در مورد قرارداد کار نظر داده است که قانون فرانسه در مورد اخراج کارگری که از حمایتی بهره مند نیست، در زمرة قوانین انتظامی نیست که اجرای فوری آن لازم باشد،^{۶۹} و حال آنکه این قانون کاملاً از جمله قواعد نظم عمومی داخلی است.

۶۹. در فرانسه ماده ۱۰ قانون شماره ۱۰۰۹ - ۸۹ مورخ ۳۱ دسامبر ۱۹۸۹ اعلام می‌دارد که برخی از مقرراتش، مقررات مربوط به نظم عمومی است و قطع نظر از قانون حاکم بر قرارداد اجرا می‌شوند.

70. Lois de police d'application immédiate

به عبارت دیگر اگر قانون ماهوی قرارداد قانون فرانسه باشد، بموجب ماده ۶ کنوانسیون قانون فرانسه اعمال می‌شود و نه بموجب پاراگراف ۲ ماده ۷ که در حالت مخالف قابل اجرا است.



قلمرو قانون حاکم بر قرارداد

۴۸. ماده ۱۰ کنوانسیون یک متن کلی است که بصورت فهرست وار تعدادی مسأله را که داخل در قلمرو قانون قرارداد می‌باشد، بر می‌شمارد. مواد ۸، ۹ و ۱۱ تا ۱۴ متضمن قواعد اختصاصی نسبت به مواردی است که هم به انعقاد و آثار قرارداد و هم به سقوط یا انتقال تعهد مربوط می‌گردد. کنوانسیون در مورد قانون حاکم بر شرایط ماهوی بویژه آنچه به رضا مربوط می‌شود، توضیحات مفیدی عرضه می‌کند. کنوانسیون راه حلهای کنونی فرانسه در باب شکل استناد را بطور محسوس اصلاح می‌کند، اما نسبت به سایر مسائل، در مجموع راه حلهای به دست آمده را تثبیت می‌کند، لیکن متضمن خلاصهایی هم هست.

الف. شرایط انعقاد قرارداد

۱. قواعد ماهوی

الف. اعتبار از حیث ماهیت و اراده

۴۹. طبق پاراگراف اول ماده ۸، «وجود و صحت قرارداد یا یکی از مواد مقرر آن [...] تابع قانونی است که بموجب این کنوانسیون بشرط صحت قرارداد یا آن مقرره قابل اجراست». بنابراین برای شرایط مربوط به صحت قرارداد عامل ارتباط مخصوص وجود ندارد. همان قانون قرارداد که بوسیله مواد ۳ تا ۶ تعیین

می شود قابل اجرا است و در صورت اقتضا قرارداد را باطل اعلام می دارد.^{۷۰}
ماده ۸ از دو جهت دارای برد و حد شمول کلی است. از یک سو، نه تنها شامل قرارداد اصلی می شود، بلکه شامل هریک از بندها و شرایط قرارداد نیز هست، بخصوص شرایط عمومی مربوط به یکی از طرفهای قرارداد، خواه مسئله این باشد که این شرایط در قرارداد گنجانیده شده اند و یا تصمیم نسبت به مجاز بودن بندها. براساس همین فکر ماده ۸ تنها در مورد آنچه به وجود و اعتبار رضا مربوط می شود، نسبت به قرارداد انتخاب قانون حاکم نیز اجرا می گردد.

از سوی دیگر ماده ۸ شامل کلیه شرایط صحت می شود، بجز شرایطی که موضوع قاعده خاصی قرار گرفته باشد. بنابراین ماده مذکور در مورد رضا و عیوب آن، غبن، موضوع و جهت (بر حسب مقوله های حقوق فرانسه) اجرا می شود، ولی در مورد اهلیت اجرا نمی گردد.

۵۰. مع ذلک در مورد مسئله خاص مربوط به رضا، پاراگراف ۲ ماده ۸، قاعده حل تعارض خاصی را مقرر می دارد. این ماده به یک طرف قرارداد برای اثبات اینکه راضی به انعقاد قرارداد نبوده است، اجازه می دهد که به قانون محل سکونت معمولی خود استناد نماید، مشروط بر اینکه اوضاع و احوال نشان دهد. غیر منطقی است اثر رفتار^{۷۱} وی طبق قانونی تعیین گردد که بموجب پاراگراف قبل - یعنی به موجب قانون مفروض مربوط به قرارداد - پیش یینی شده است.

این قاعده اصولاً وقتی اجرا می گردد که اثر سکوت یک طرف نسبت به ایجاب قرارداد یا یک یا چند شرط آن بررسی می شود؛ مثلاً در مورد شرایط کلی منضم به نامه تأییدیه یک طرف قرارداد.

پاراگراف ۲ ماده ۸، دلالت دارد بر اینکه قاضی باید مثلاً اثر سکوت را ابتدا براساس قانون مفروض مربوط به قرارداد بررسی نماید (پاراگراف اول ماده ۸). چنانچه بموجب قانون مزبور، قرارداد منعقد نشده باشد (یا شرط مورد

۷۱. بنابراین کنوانسیون این احتمال را می پذیرد که قرارداد در اجرای قانون منتخب طرفین باطل اعلام شود، بدون توجه به انتقاد خلاف منطق بودن که از سوی برخی مؤلفین مطرح شده است. رجوع شود به V. Heuzé، زیرنویس ۳۷ ص ۱۳۹ و بعد.

7.2. Comportement

قبول واقع نشده باشد)، قاضی نیاز به رسیدگی بیشتر نخواهد داشت. اگر بر عکس بموجب این قانون، قرارداد منعقد شده باشد (یا شرط قبول شده باشد)، قاضی با توجه به اوضاع و احوال و مخصوصاً فقدان یا وجود روابط تجاری قبلی فیما بین، به طرف دیگر قرارداد اجازه خواهد داد تا ثابت نماید که بموجب قانون محل سکونت معمولی خود یعنی بموجب قانون محیط حقوقی خویش، رفتار وی به معنای قبول قرارداد یا شرط نمی‌توانسته باشد.

این راه حل متعادل که از رویه قضایی جدید آلمان اقتباس شده است بویژه در روابط فرانسویها و آلمانیها اجرا می‌شود؛ چه قانون مدنی آلمان سکوت یک طرف قرارداد را مخصوصاً پس از دریافت نامه تأییدیه همراه با شرایط عمومی یا چند توضیح، قبولی تلقی می‌نماید.

ب. اهلیت

۵۱. اصولاً اهلیت اشخاص حقیقی از قلمرو شمول کنوانسیون خارج است، ولی ماده ۱۱ بدون اتخاذ تصمیم در مورد قانون حاکم، قاعدة خاصی را مقرر داشته که هدف آن حمایت از طرف قراردادی است که طرف دیگر را محجور می‌باشد. چنانچه قرارداد بین اشخاص حاضر در کشوری منعقد شود، علی الاصول یکی از آنها نمی‌تواند در مقابل طرف قرارداد به عدم اهلیت خود ناشی از قانونی که بموجب قاعدة حل تعارض مقردادگاه در مورد اهلیت قابل اجراست، استناد نماید؛ البته مشروط براینکه بموجب قانون محل انعقاد قرارداد، اهل محسوب شود. طرف قرارداد نمی‌تواند به عدم اهلیت خود استناد کند، مگر اینکه ثابت نماید در موقع انعقاد قرارداد، طرف دیگر از عدم اهلیت او آگاه بوده و یا بی‌اطلاعی طرف دیگر قرارداد از عدم اهلیت، به علت بی‌احتیاطی خود وی بوده است.

این قاعدة که راه حل ناشی از رأی معروف Lizardi را دو جانبی می‌کند، با

مقوله حکم به ظاهر^۷ قابل توجیه است؛ زیرا طرف قرارداد شخص محجور بطور مشروع می‌توانسته به اجرای قانون محل انعقاد اعتماد نماید.

ج-نتایج بطلان

۵۲. همان قانونی که معلوم می‌دارد شرط نقض شده از چه قرار است، برای تعیین ضمانت اجرای مورد نظر و عند الاقتضاء بطلان ناشی از این نقض نیز صلاحیت دارد، خواه شرط ماهوی باشد (قانون حاکم بر قرارداد، قانون انتظامی دولت مقر دادگاه یا دولت ثالث، قانون شخصی برای اهلیت) یا شکلی. مع هذا اگر علت بطلان، به قانون شرط نقض شده مربوط شود، قانون قرارداد بموجب پاراگراف اول ۵ ماده ۱۰، در مورد نتایج بطلان قرارداد اجرا می‌گردد.^۸

تنظيم کنندگان کنوانسیون دراینجا مخصوصاً به مسئله اعاده وضع سابق که متعدد احراز بطلان قرارداد بین طرفین باید انجام شود، اندیشیده‌اند، بجای اینکه این اعاده وضع سابق را تابع قانون حاکم بر دارا شدن بدون جهت^۹ یا ایقای ناروا^{۱۰} بدانند. به نظر رسیده است که اگر این مسئله را مشمول قانون قرارداد تلقی کنند راحتتر است. به همین دلایل می‌توان حتی مسؤولیت خارج از قرارداد ناشی از بطلان را مشمول قانون حاکم بر قرارداد دانست.

در مقابل، به نظر نمی‌رسد که پاراگراف اول ۵ ماده ۱ در مورد دامنه بطلان اجرا شود. اینکه مثلاً یک شرط غیرمشروع فقط بمنزله آن است که نوشته نشده باشد یا [اینکه وجود چنین شرطی در قرارداد] موجب بطلان کل قرارداد است،^{۱۱} به

7.3. La notion d'apparence

۷۷. ماده ۲۲ به دولتهای امضا کننده کنوانسیون اجازه می‌دهد که پاراگراف اول ۵ ماده ۱ را اجرا نکند و انگلستان این حق را برای خود محفوظ داشته است.

7.5. Enrichissement sans cause.

7.6. Paiement de l'indû

۷۸. منظور این است که آیا درج یک شرط نامشروع در قرارداد، تنها موجب بطلان خود شرط است یا اینکه قرارداد را هم باطل می‌کند؟ (متترجم)

قانونی که شرط نقض شده را مقرر داشته، مربوط می‌شود و این قانون ممکن است که با قانون قرارداد فرق داشته باشد. همین‌طور، قانونی که صحت و اعتبار قرارداد را به موافقت اداری قبلی موکول می‌نماید، چنانچه موافقت اداره بعد از انعقاد قرارداد اعلام شود همین قانون است که باید قرارداد را نسبت به گذشته معتبر اعلام نماید، نه قانون قرارداد.

۲- قواعد شکلی

الف. قواعد شکلی

۵۳. در باب شکل اسناد^{۷۷} کنوانسیون به رویه قضایی بسیار سخت‌گیر دیوان کشور [فرانسه] پایان داده است. رویه قضایی، شکل اسناد را تابع قانون محل تنظیم قرارداد می‌دانست، مگر اینکه اراده طرفین حاکم از آن می‌بود که شکل قرارداد را تابع قانون حاکم بر ماهیت آن یا قانون ملی شان قرار داده‌اند.

ماده ۹ کنوانسیون فقط دو قانون را در نظر می‌گیرد: قانون محل تنظیم [سنده] و قانون حاکم بر ماهیت قرارداد؛ اما هرگونه سلسله مراتب بین این دو قانون را کنار می‌گذارد و قاعدة حل تعارض کاملاً تغییری مقرر می‌دارد.

ماده ۹ بدوأً با در نظر گرفتن موردی که قرارداد بین اشخاص حاضر در کشور واحد منعقد می‌شود (پاراگراف اول) - خواه این اشخاص خود طرفین قرارداد باشند یا نمایندگانشان (پاراگراف ۳) - اعلام می‌دارد برای اینکه قرارداد از نظر شکلی معتبر باشد، کافی است شرایط شکلی قانونی که بر ماهیت [قرارداد] حاکم است یا قانون کشور محل انعقاد قرارداد، رعایت شده باشد. سپس با بررسی موردي که قرارداد بین اشخاص مقیم در کشورهای مختلف منعقد شده (پاراگراف ۲)، همان قاعدة راتکرار می‌کند؛ با این تفاوت که بجای اینکه بطور مصنوعی در جستجوی محل انعقاد قرارداد باشد، دو محل را در نظر می‌گیرد و مقرر می‌دارد که شکل

۷۸. کنوانسیون مفهوم شکل با صورت ظاهر را تعریف نکرده است. ونسان دلپورت شکل را تعریف می‌کند: «هر فتار خارجی که بر عامل ابراز اراده حقوقی تحمیل شود و بدون آن رفتار، این ابراز اراده از جمیع جهات نمی‌تواند مؤثر واقع شود».

قرارداد، چنانچه منطبق با شرایط مورد نظر قانون ماهوی یا قانون یکی از کشورهایی باشد که متعاملین در آنجا حضور دارند، معتبر است.

راه حل تغییری در مورد اعمال حقوقی یک جانبه مربوط به یک قرارداد منعقد شده یا در حال انعقاد مانند ایجاد، قبول، وعده فروش، فسخ، ابرا، اعلام فسخ و غیره نیز پذیرفته شده است. این قبیل اعمال حقوقی در صورتی از نظر شکلی معتبرند که با شرایط شکلی قانون حاکم بر ماهیت قرارداد یا قانون کشور محل وقوع آنها منطبق باشد (پاراگراف ۴).

باید به خاطر داشت، قوانین انتظامی که ماده ۷ اجرای آن را به شرایط یاد شده موکول کرده است ممکن است، از قواعد شکلی باشد. گزارش، موردی از قوانین را ذکر می کند که وجود شکل مكتوب را در مورد شرط عدم رقابت لازم می دارد. به این مورد می توان کشورهای دارای اقتصاد برنامه ریزی شده را اضافه کرد که لازم می دانند قراردادهای فروش کتاباً منعقد گردیده یا وجودشان محرز شود.^۶

ب. قواعد اختصاصی

۵۴. شکل قراردادهای مصرف که داخل در قلمرو اجرای ماده ۵ می باشد، تابع قانون محل سکونت معمولی مصرف کننده است (پاراگراف ۵ ماده ۹) و طرفین قرارداد نمی توانند مانع اجرای قواعد حمایت کننده آن [قانون] باشند. توجیه راه حل آن است که قواعد شکلی قانون مزبور جنبه حمایتی دارد. مثلاً شرطی که بمحض آن نسخه قراردادی که به مصرف کننده تسلیم می شود، شامل برگه ای جدا شدنی است با فرمول فسخ.

شکل قراردادهایی که موضوع آن حق عینی غیرمنقول یا حق استفاده از یک مال غیرمنقول می باشد، مشمول قواعد امری قانون کشوری است که مال غیرمنقول در آنجا واقع است، مشروط برآنکه قواعد مذکور قطع نظر از محل انعقاد قرارداد و

۷۶. درباره این نکته مشخص مراجعه کنید به قید و شرط پیش بینی شده در پاراگراف اول - ج ماده ۲۱ کنوانسیون لاهه ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶ راجع به قانون حاکم بر قراردادهای بین المللی کالا.

قانون حاکم بر ماهیت، قابل اجرا باشند (پاراگراف ۶ ماده ۹). در این صورت منظور قوانین انتظامی است که در اینجا کنوانسیون بجای آنکه به قاضی و اگذار کند، آنگونه که در ماده ۷ آمده است، اجرای آن را تحمیل می نماید.

۳. قواعد مربوط به ادله

۵۰. اصولاً مسائل مربوط به دلیل از قلمرو کنوانسیون خارج است، مع هذا کنوانسیون بوسیله دو قاعده که به راه حل‌های سابق لطمه نمی زنند، از یک سو اینکه موضوع دلیل از چه قرار است و اثبات آن به عهده کیست و از سوی دیگر قابل قبول بودن انواع دلایل را حل نموده است.

در مورد نکته اول، قانون قرارداد «در حدی که در زمینه تعهدات قراردادی، امارات قانونی را برقرار می کند یا مقرر می دارد که اقامه دلیل بر عهده کیست» اجرا می شود (پاراگراف اول ماده ۱۴). چنین قواعدی در حقیقت قواعد ماهوی اند نه قواعد مربوط به آینین دادرسی. لیکن پاراگراف اول ماده ۱۴ مثلاً نسبت به قاعده ای که فرض می کند ادعاهای خواهان با عدم حضور خوانده موجه تلقی می شوند، اجرا نمی گردد؛ زیرا چنین قاعده ای مخصوصاً در زمینه تعهدات قراردادی مدلل نشده است.

راجح به نکته دوم، پاراگراف ۲ ماده ۱۴ اشعار می دارد: «اعمال حقوقی را با هرگونه دلیل مورد قبول قانون مقر دادگاه یا یکی از قوانین منظور در ماده ۹ که بموجب آن عمل حقوقی از نظر شکلی معتبر باشد، می توان ثابت کرد. با این همه کنوانسیون محدودیتی قائل شده که بموجب آن نحوه دلیل^{۸۰} پیش بینی شده در قانون مربوط به شکل پذیرفته نخواهد شد، مگر «در حدی که بتوان دلیل را طبق همان روش در محضر دادگاه مرجع رسیدگی اقامه کرد». این قاعده می تواند حسب مورد مثلاً مانع اثبات [دعوى] بوسیله سوگند یا شهادت بر مبنای شایعات باشد^{۸۱} یا

۸۰. به عنوان مثال: ماده ۱۷۳۱ قانون مدنی (فرانسه) در مورد اماره قانونی - ماده ۱۱۴۷ (قانون مدنی فرانسه) در مورد بار اقامه دلیل.

8.1. Mode de preuve

8.2. Commune renommée

حتی مانع اثبات دعوی بوسیله شهادت در موردی شود که طبق قانون خارجی یکی از طرفین بتواند به عنوان شاهد ادای شهادت نماید.

ب. آثار قرارداد

۵۶. ماده ۱۰ [کنوانسیون] مسائلی را بر می‌شمارد که در قلمرو قانون حاکم بر قرارداد جای داده شده‌اند، همان‌طور که مثلاً در حقوق فرانسه هم پذیرفته گردیده‌اند.

چنین است در وهله اول تفسیر قرارداد (پاراگراف ۱ - الف ماده ۱۰)^{۷۳} و اجرای تعهدات ناشی از قرارداد.^{۷۴} قاعده‌ای خاص تصريح می‌کند که: در مورد «نحوه اجرا و تدبیری که باید از سوی متعهدله در صورت عدم اجرا اتخاذ گردد، به قانون کشور محل اجرای تعهد توجه خواهد شد» (پاراگراف ۲ ماده ۱۰). مفهوم «نحوه اجرا» در کنوانسیون تعریف نشده است. عموماً می‌گویند که [منتظر از این مفهوم] جزئیات تفصیلی اجرا در مقابل مسائل مربوط به اساس تعهد است. گزارش، مقررات مربوط به روزهای تعطیل را بیان می‌کند و گاهی امکان اخذ مهلت ارفاقی به نفع متعهد و نیز مقررات مربوط به پول پرداختنی را به آن اضافه می‌کند.

«تدابیر متخذه توسط متعهدله در صورت عدم اجرای قرارداد» عبارتند از: بررسی کالا و تسلیم اعتراض ظرف مدتی پس از تحويل. بعيد است که عبارت مذکور مطالبه رسمی^{۷۵} را نیز شامل گردد.

۵۷. همچنین، بموجب پاراگراف ۱ - ج ماده ۱۰ [کنوانسیون] نتایج عدم اجرای تعهدات، یعنی مسؤولیت قراردادی، مشمول قانون حاکم بر قرارداد است.

عبارت [این ماده] اسباب معافیت متعهد مانند قوه قاهره، عقیم شدن

۷۳. اثر واقعی راه حل وقتی ظاهر می‌شود که موضوع تفسیر قواعد حقوقی در کشوری باشد که قانون آن کشور حاکم بر قرارداد است (به عنوان مثال: مراجعة کنید به: مواد ۱۱۵۶ و بعد قانون مدنی فرانسه).

۷۴. چنین است که تعیین محل اجرای تعهدات و تاریخی که از آن به بعد متعهد تعهدش را اجرا کرده، طرفی که خطرات قرارداد بر عهده او است، امکان اجرای قرارداد توسط شخص ثالث، مسؤولیت ناشی از عمل زیرستان در اجرای قرارداد و غیره مشمول قانون قرارداد می‌شوند.

85. Mise en demeure

قرارداد^۷، وجه التزام و شروط محدود کننده مسؤولیت بدهکار را شامل می‌شود. با وجود این، کنوانسیون در مورد اجرای قانون قرارداد دو محدودیت قائل می‌شود: اجرای قانون حاکم بر قرارداد عملی نمی‌شود مگر «در محدوده اختیاراتی که قانون آیین دادرسی برای دادگاه قائل گردیده است». بنابراین حتی اگر قانون قرارداد اجرای قهری [قرارداد] را پیش بینی کند، قاضی مأمور رسیدگی به دعوی در صورتی که قانون آیین دادرسی وی را از اتخاذ چنین تصمیمی منع کرده باشد، آن را مردود اعلام خواهد کرد. بخصوص در مورد ارزیابی خسارات، کنوانسیون اعلام می‌دارد که قانون قرارداد «در حدی که قواعد حقوقی برآن حکومت می‌کند» اجرا می‌شود. بدیهی است که تعیین خسارات قابل جبران به قانون قرارداد مربوط است، ولی ارزیابی خسارات در بعضی کشورها به خصوص در کشورهای سیستم کامن لو به عنوان یک مسئله مربوط به آیین دادرسی تلقی می‌شود. تصریح کنوانسیون مفید است؛ زیرا اجرای قواعد ماهوی قانون قرارداد را مثلًا در مورد محدودیت قانونی جبران خسارت، چنانکه در زمینه حمل و نقل وجود دارد، یا الزام به تعیین مبلغ کلی - و نه پرداخت اقساطی - بمنظور جبران خسارت و یا نظام بهره‌ها حفظ می‌کند.

ج- سقوط تعهدات

۵۸. پاراگراف اول - د ماده ۱۰ [کنوانسیون] اسباب مختلف سقوط تعهدات همچنین مرور زمانها و موارد سقوط حق^۸ را که مبتنی بر اتفاقی مدتی است، تابع قانون قرارداد می‌داند. این راه حل منطبق با راه حلی است که به هر حال در فرانسه، راجع به مرور زمان مرجع شناخته شده است.^۹

کنوانسیون در مورد تهاتر^{۱۰} نیز، چنانچه دو طلب مورد تهاتر ناشی از یک

86. Frustration

87. Déchéances

۸۸. رجوع شود به هانری باتیفول و پل لاگارد، حقوق بین الملل خصوصی، ج ۲، ش ۶۱۵ و رفرانس‌ها.

89. Compensation

قانون باشد، اجرا می شود. ولی در مورد دو طلبی که مشمول قوانین مختلفی باشند، راه حلی ارائه نمی دهد. قاعدة حقوق فرانسه که قوانین حاکم بر طلبهای متقابل را توانماً اجرا می کند، در فرانسه کماکان اجرا خواهد شد و حال اینکه دادگاهای آلمان تهاوت را مشمول قانون طلبی قرار خواهند داد که در مقابل آن به تهاتر استناد شده است؛ زیرا که این راه حل مساعد به حال طلبکاری است که بدون دریافت وجهی طلب خود را از دست می دهد.

د. انتقال تعهدات

۱. انتقال طلب^{۹۰}

۵۹. ماده ۱۲ کنوانسیون راه حلهایی را که در فرانسه پذیرفته شده، اتخاذ کرده است. "تعهدات فی مابین انتقال دهنده و انتقال گیرنده طبق کنوانسیون، تابع قانون حاکم بر قرارداد آنها بایکدیگر است (پارagraf اول ماده ۱۲). در صورتی که طرفین قانون حاکم را انتخاب نکرده باشند، علی الاصول قانون محل سکونت معمولی انتقال دهنده اجرا می شود؛ زیرا معمولاً اینکی تعهد شاخص بر عهده او است.

قابل انتقال بودن طلب، روابط بین انتقال گیرنده و بدهکار، شرایط قابل استناد بودن انتقال نسبت به بدهکار و خصیصه ابرا کننده پرداختی که بدهکار انجام داده است، طبق قانون طلب انتقال داده شده تعیین می شود (پارagraf ۲ ماده ۱۲). در حقیقت، راجع به سه مورد اخیر به جا است بدهکار- که در رابطه با انتقال، شخص ثالث تلقی شده و فقط از قانون طلب انتقال داده شده اطلاع دارد- بر اثر اوضاع و احوال ناشی از شمول قانون دیگر متضرر نشود.

برخلاف متن پیش طرح، ماده ۱۲ مسئله قابل استناد بودن انتقال را نسبت به اشخاص ثالث حل نمی کند؛ یعنی بطور مشخص نسبت به سایر انتقال گیرندگان

۹.0. Cession de créance

۹۱. رجوع شود به هانری باتیفول و پل لاگارد، ج ۲، ش ۶۱۱

طلب یا در اکثر حالات نسبت به طلبکاران انتقال دهنده‌ای که طلب بدھکارشان را توقیف کرده‌اند. بنابراین راه حل رویه قضایی فرانسه که در این خصوص گرایش به آن دارد که قانون اقامتگاه بدھکار طلب مورد انتقال را مقدم شمارد، قابل اجرا باقی می‌ماند. این راه حل استفاده از فهرست مطالبات حرفه‌ای را (قانون Dailly ۲۲ ژانویه ۱۹۸۱)، وقتی که بدھکار طلب مورد انتقال در خارج مقیم است، مشکل می‌سازد.

۲- جانشینی (قائم مقامی)“

۶. برای تعیین قانون حاکم بر جانشینی در باب قراردادها، ماده ۳ [کنوانسیون] عبارت بالتبه پیچیده‌ای را به کار برده است، زیرا مقوله جانشینی در حقوق همه کشورهای امضا کننده شناخته شده نیست. راه حل باز همان راه حل دیوان کشور فرانسه و همگام با راه حلی است که ماده ۱۲ در مورد انتقال طلب پذیرفته است.

در روابط فی‌ما بین طلبکار اصلی و قائم مقام^{۱۲} (قابل مقایسه با روابط بین انتقال دهنده و منتقل‌الیه)، جانشینی مشمول قانون خاص خود می‌باشد. این قانون عبارت از قانون حاکم بر تعهدی است که در اجرای آن قائم مقام، طلب طلبکار اصلی را پرداخته و همان قانون تعیین خواهد کرد که شخص نخست جانشین حقوق شخص اخیر نسبت به بدھکار شده است.

لیکن قانون حاکم بر طلب یعنی قانونی که روابط بین طلبکار و بدھکار تابع آن است، نسبت به حقوق قائم مقام علیه بدھکار حاکم خواهد بود، همان‌گونه که قانون طلب انتقال داده شده نسبت به حقوق منتقل‌الیه در مقابل بدھکار واگذار شده (انتقال داده شده) اجرا می‌شود.

موردی که ماده ۱۳ آن را حل نکرده، موردی است که شخص ثالث بی‌آنکه

برای استفاده از تمهد یا حقی، یا اجرای تعهد یا پرداخت دین به جای دیگری رجوع شود به دکتر حسینقلی کاتبی، فرهنگ حقوق فرانسه - فارسی، صفحه ۳۲۳. (متترجم)

تعهد پرداخت کرده باشد، بدھی مديون را می پردازد. اين شخص ممکن است مثلاً طلبکار دیگر همان بدھکار باشد که بيم دارد از اينکه طلبکار اول با توفيق مال بدھکار شناس او را در وصول طلب از بين بيرد." به دليل فقدان هرگونه رابطه حقوقی بين قائم مقام و طلبکار، پيشنهاد شده است که در اين مورد قائم مقامي قانوني، مشمول قانون طلبي باشد که شخص ثالث پرداخته است.

۲۳

مقررات گلی و تفسیر

الف. روابط با سایر متون

۶۱. کنوانسیون رم کوشیده است که از بروز تعارضات احتمالي با سایر متون که در قلمرو آن قرار می گيرد، جلوگیری کند.
کنوانسیون در وهله اول اولويت حقوق جوامع اروپا^{۱۰} را حفظ می کند (ماده ۲)؛ بدین معنی که هرگونه قاعده حل تعارض در زمينه قراردادي مندرج در يك آئين نامه يا يك رهنماود يا يك قانون ملي که در اجرای اين تصميمات هماهنگی شده است، نسبت به کنوانسیون تقدم خواهد داشت.

در وهله دوم، کنوانسیون «نمی تواند به اجرای کنوانسونهای بين المللی که يك دولت امضا کننده عضو آن بوده و يا خواهد بود، لطمه وارد سازد» (ماده ۲۱). در نتيجه و برخلاف آنچه نوشته شده است، لازم الاجرا شدن کنوانسیون رم آثاری را که کنوانسیون لاهه ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ راجع به بيع درکشور فرانسه جاري می سازد،

۶۲. با ماده ۲۶۸ قانون مدنی آلمان مقاييسه گنيد. در صورت توفيق مال بدھکار توسط يكى از طلبکارانش اين ماده هر شخصى را که تهديد شود بر اثر اين توفيق حق نسبت به مال را از دست بدھد، مجاز می دارد منافع طلبکار را تأمين و ايقا کند و در مقام قائم مقام قانوني حقوق اين طلبکار قرار گيرد.

9.5. Droit Communautaire

نفی نمی‌کند. چنانچه کنوانسیونهای لاهه مورخ ۱۴ مارس ۱۹۷۸ در مورد قانون حاکم بر قراردادهای راجع به واسطه‌ها و نمایندگی و مورخ ۲۲ دسامبر ۱۹۸۶ راجع به بیع، لازم الاجرا شوند، با اولویت نسبت به کنوانسیون رم اجرا خواهد شد.

مع ذلک، بمنظور جلوگیری از اینکه هماهنگی ایجاد شده بوسیله کنوانسیون بر اثر انعقاد کنوانسیونهای جدید یا وضع یک جانبه قواعد حل تعارض خاص در زمینه قراردادها توسط یک دولت عضو مورد تهدید واقع شود، کنوانسیون آیین مشورتی مقدماتی بین دولتهای امضاکننده را پیش بینی کرده که برای اطلاع از جزئیات آن کافی است به متن کنوانسیون و گزارش (ماده ۲۳ تا ۲۵ و اولین اعلامیه مشترک) رجوع شود.

ب-تفسیر

۶۲. طی مذاکره درباره کنوانسیون، مسلم نبود که دولتهای امضاکننده در مورد اعطای صلاحیت تفسیر (کنوانسیون) به دیوان دادگستری جوامع اروپا به توافق برسند.

بدین سان بدون تصور افراطآمیز، به هر حال شرط مندرج در بعضی کنوانسیونهای سازمان ملل^{۱۰} را پذیرفتند که بموجب آن در تفسیر و اجرای قواعد متعدد الشکل فوق به جنبه بین المللی قواعد مزبور و اقتضای دستیابی به وحدت [حقوقی] در شیوه تفسیر و اجرا توجه خواهد شد (ماده ۱۸).

تاکنون دو پروتکل راجع به تفسیر کنوانسیون توسط دیوان دادگستری جوامع اروپا در تاریخ ۱۹ دسامبر ۱۹۸۸ امضا گردیده، ولی هنوز لازم الاجرا نشده‌اند. لازم به یادآوری است که پروتکل اول درخواست تفسیر پیش از دادرسی را که برای همه دادگاهها جنبه اختیاری دارد، پیش بینی می‌کند. این پروتکل وقتی لازم الاجرا خواهد شد که به تصویب هفت دولتی رسیده باشد که کنوانسیون رم در آن کشورها

۹۶. رجوع شود به دومین اعلامیه مشترک مصوب ۱۹ زوئن ۱۹۸۰ و منضم به کنوانسیون.

۹۷. که اصل آن را در کنوانسیونهای ۲۸ مه ۱۹۸۸ راجع به «سیستم حذف خطرات احتمالی بین المللی» (پاراگراف اول ماده ۴) و اجاره اعتباری بین المللی (پاراگراف اول ماده ۶) امضا شده در اتاوا مبنی بینیم.

لازم الاجرا شده است؛ وقتی که پروتکل دوم - که به اعطای صلاحیت تفسیر به دیوان دادگستری [جوامع اروپا] تحت شرایط مندرج در پروتکل اول بسته می‌کند - به نوبه خود توسط دوازده کشور عضو جامعه اقتصادی اروپا به تصویب رسیده باشد.

• نتیجه

۶۳. کنوانسیون رم که در جامعه اقتصادی اروپا معمولاً حسن استقبال یافته، گاهی مورد قضاوتهاي محتاطانه بدینانه و حتی گزنه هم قرار گرفته است. کنوانسیون رم که در نظر بعضی «به سختی قابل اجراست» و در نظر بعضی دیگر «تلاشی بی فایده» است، همچون «انبان فاسد تشوریهای هرکس» مورد قضاؤت قرار گرفته که بخصوص «نیاز آشکار به جلب رضایت دسته های متخصصین تعارض قوانین در اروپا» بیانگر آن است.^{۱۰} کنوانسیون حتی در معرض این اتهام قرار گرفته که در حقوق معاصر انگلیس اختلال ایجاد کرده است. گاهی نارضایتی نسبت به کنوانسیون از این حیث بود که کشورهای اروپایی خود به تنها بی دست اندر کار وحدت و یکنواخت سازی قواعد تعارض قوانین خویش در زمینه قراردادها شده و کشورهای دیگر را در کنار راه رها کرده اند.

حال که کار به انجام رسیده است، دعاوی عقیدتی و قضاوتها نسبت به کنوانسیون با خلوص نیت بیشتری به عمل خواهند آمد. تصمیماتی را که دولتهای مختلف طرف کنوانسیون اتخاذ خواهند کرد که حتی قبل از لازم الاجرا شدن پروتکل های ۱۹ دسامبر ۱۹۸۸ کوششی به عمل آمده باشد تا اختلاف نظرهایی را که بصورت اجتناب ناپذیری در تفسیر بروز خواهند کرد، کاهش دهند، باید بدقت مورد بررسی قرار داد. و شاید در زمانی نه چندان دور، کنوانسیون رم به صورت کانون وحدت بین المللی گسترشده تری راجع به حل تعارض قوانین در زمینه قراردادها عرض اندام کند.

۹۸. منظور آن است که در تدوین کنوانسیون رم نظرات مختلف متخصصان تعارض قوانین کشورهای مختلف اروپایی در مسائل حقوقی مورد توجه قرار گرفته و بدین سان کنوانسیون رم به صورت مخلوطی از نظرات گوناگون است. (متترجم)



دکتر محمد شفیعی



بررسی مشروعیت
دخلتهای نظامی بشردوستانه
از دیدگاه حقوق بین الملل





● مقدمه

دخالت نظامی اخیر سه کشور غربی- ایالات متحده امریکا، فرانسه و انگلستان- در شمال کشور عراق علی‌رغم اصول مندرج در منشور سازمان ملل متحد^۱ پدیده جدیدی در روابط بین‌المللی نیست. این دخالت‌های نظامی با انگلیزه یا بهانه حمایت از «حقوق بشردوستانه» انجام می‌شوند. در قرن نوزدهم کشورهای نیرومند غربی بارها برای پشتیبانی از گروههای مسیحی در امپراطوری عثمانی یا در توابع آن مانند سوریه و یونان، علیه دولت عثمانی اعمال زور کرده‌اند. این دخالت‌ها بعد از تصویب منشور سازمان ملل متحد و تعهد آشکار دولتها در احترام به حاکمیت ارضی و استقلال سیاسی دولتهای دیگر و منع کاربرد زور و نیروی نظامی در روابط‌شان با یکدیگر، که شمار این دخالت‌ها فراوانند. همچنان ادامه یافته است. در تمام این موارد یک یا چند کشور خارجی برای حمایت بشردوستانه از اتباع خودشان- که مقیم خارج هستند- به تمامت ارضی و استقلال سیاسی کشوری دیگر، تجاوز نظامی می‌نمایند و یا تهدید نظامی

۱. رک. به بند چهارم ماده ۲ منشور ملل متحد.

به کار می برند. تاریخ حقوق بین الملل آکنده از این گونه تجاوز هاست. بعنوان نمونه ایالات متحده امریکا بین سالهای ۱۸۹۳ تا ۱۸۹۹ برای حمایت از اتباعش، چهل و شش بار در کشورهای امریکای لاتین یا کشورهای دیگر، نیروی نظامی پیاده نمود؛ همچنان در سال ۱۹۸۰ نیز برای حمایت از اتباعش در ایران به خاک ایران تجاوز نظامی گسترده ای نمود و مدعی بود که این عمل، مطابق ماده ۵۱ منشور ملل متحد^۲ و براساس «حق دفاع مشروع» انجام گرفته و از نظر حقوق بین الملل اقدامی قانونی بوده است.

یورشهای نظامی فوق، «دخالت نظامی بشردوستانه» توصیف و توجیه شده اند. این موضوع در دو دهه اخیر و بویژه پس از یورش نظامی ارتش هند به پاکستان شرقی در سال ۱۹۷۱، از موضوعات بحث انگیزی بوده که موجب پیدایش ادبیات گسترده ای در زمینه حقوقی و فلسفی گردیده است.^۳ گروهی از دولتها و نویسندهان حقوق بین الملل این تجاوزها را از دیدگاه فلسفی، اخلاقی و حقوقی قابل دفاع و مشروع دانسته اند ولی گروهی دیگر، بر عکس، اصالت فلسفی و حقوقی این دخالتها را رد نموده اند و آن را تجاوز به تمامت ارضی و استقلال سیاسی کشور مورد تجاوز دانسته اند.

2. C.H.M.Waldock, The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law, R.C.A.D.I., Vol. 81, 1952, p. 467.

۴. ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد مقرر می دارد: «در موردی که حمله ای نظامی علیه یکی از اعضای سازمان ملل متحد انجام گرفته است و تازمانی که شورای امنیت اقدام لازم را برای برقراری صلح و امنیت بین المللی به عمل نیاورده است، هیچ چیزی در این منشور نافی حق ذاتی دفاع مشروع به صورت فردی و یا دسته جمعی نیست.»

۵. در سال ۱۹۷۱ ارتش هند برای کمک به حمایت از نیروهای ملی و استقلال طلب به خاک پاکستان شرقی (بنگلادش) تجاوز نمود و در کنار نیروهای ملی به جنگ با ارتش پاکستان پرداخت. نتیجه این دخالت تعزیه بنگلادش از پاکستان و اعلام استقلال آن بود.

۱

دخالت نظامی برای حمایت از اتباع کشور متجاوز

بند اول

ارزیابی وصف قانونی یورش نظامی برای حمایت از اتباع

۱. پیشینه تاریخی کاربرد زور در روابط بین المللی و ممنوعیت آن
در منشور سازمان ملل متحد

بطور کلی جنگ و سرگذشت انسان چه در جامعه داخلی و چه در روابط بین المللی، یک واقعیت و پدیده رایجی بوده است. در بین قرون شانزدهم تا نوزدهم میلادی گروسیوس^۵ و برخی دیگر از نویسنده‌گان حقوق بین الملل کوشش نمودند تا جنگ را به جنگ مشروع و جنگ ناممشروع تقسیم کرده و سپس جنگ مشروع را تعریف و حدود آن را مشخص نمایند. در این زمینه واتل^۶ اعلام کرد هر کشوری برای دفاع از خودش و حقوقش تا آن حد که منحصرآ و ضرورتاً برای این دو امر لازم است دارای حق طبیعی برای جنگ می‌باشد.^۷ اما در واقع تفکیک بین

5. Grotius.

6. See C. H. M. Waldock, *The Regulation of the use of Force by Individual States in International Law*, RCADI, Vol. 81 (1952), pp. 456-486; H. Lauterpacht, *The Grotius Traditions*, *British Yearbook of International Law*, Vol. 23, 1946, pp. 1-53.

7. Vattel.

8. E. Vattel, *Le droit des gens*, 1863, Livre. 3, Chap. 3.

جنگ مشروع و جنگ نامشروع یهوده بوده و کوشش حقوقدانان بین المللی برای تعیین جنگ مشروع نیز بی نتیجه ماند. زیرا در نهایت تشخیص این که آیا موردی برای جنگ مشروع وجود دارد یا خیر و یا پس از شروع تا چه زمانی جنگ مشروع است، همه در اختیار خود دولتهای نیرومند بود. در هر صورت کاربرد زور و نیروی نظامی وسیله یک کشور علیه کشور دیگر، به منظور حمایت از اتباعش پیوسته جنگی مشروع تلقی می شد. برای مثال، دولتهای انگلستان و فرانسه برای همین منظور در کشورهای دیگر نیروی نظامی پیاده نمودند.^۹ به طور کلی در صورت وجود ضرورت، این گونه تجاوزهای نظامی در عرف بین المللی از نظر حقوقی مجاز و مشروع تلقی می شدند.^{۱۰}

در روند تاریخی حقوق جنگ کنوانسیونهای لاهه (۱۹۰۷) دارای اهمیت بسیاری می باشند. در این کنوانسیونها دولتهای نیرومند متعهد شدند که از کاربرد زور و نیروی نظامی به منظور بازخواست و پیگیری حقوق مادی و قراردادی اتباعشان علیه کشوری دیگر خودداری نمایند. اما این محدودیت در مواردی که دولت بدھکار از قبول و تسلیم به داوری خودداری می ورزید و یا بعد از صدور رأی داوری از اجرای رأی امتناع می نمود، قابل اجرا نبود. مطالعه کنوانسیونهای لاهه بیانگر این واقعیت اند که دولتهای بزرگ به هیچ وجه مایل نبودند از حق خوبش برای کاربرد زور در روابط بین المللی صرفنظر نمایند. بنابراین، حقی که در عرف بین المللی برای دولتها درخصوص کاربرد زور و نیروی نظامی به منظور حمایت از اتباعشان وجود داشته، پیوسته محفوظ مانده است.

در میثاق جامعه ملل (۱۹۱۹) بموجب مواد ۱۲ و ۱۵ دولتها بطور مشروط و تا حدودی متعهد شدند که از کاربرد زور و جنگ در روابط بین المللی خودداری نمایند، ولی این تعهد مطلق نبود. در این بررسی مناسب است اشاره کوتاهی به پیمان پاریس "شود.

9. Ibid.

10. Ibid.

11. Kellogg-Briand Pact of Paris (1928), 94 L.N.T.S., 57.

در این پیمان، دولتها متعهد شده‌اند که از کاربرد جنگ و زور برای حل اختلافات بین المللی و اجرای سیاستهای داخلی خویش، در روابط با کشورهای دیگر خودداری نموده و تمام اختلافاتشان را از طریق مسالمت آمیز حل و فصل نمایند. در میان جامعه ملل و پیمان پاریس هیچ اشاره‌ای به حق دفاع مشروع نشده است. با این وصف «دفاع مشروع» بدون تعریف و بدون تعیین حد و مرزی برای آن پیوسته باقی مانده و کاربرد زور و نیروی نظامی برای دفاع از اتباع که از نظر دولتها زورمند نوعی دفاع مشروع بود. در رویه بین المللی پیوسته وجود داشته است. سرانجام درباره جنگ و کاربرد زور مقررات منشور سازمان ملل متعدد (۱۹۴۵) بسیار پرمument و بنیادی است. سرآغاز منشور بیانگر قصد و نیت استوار همه دولتها و تعهد حقوقی شان برای ترک جنگ و کاربرد زور در روابط بین المللی است. ماده دوم منشور حاوی اصول بنیادینی در روابط جدید بین دولتهاست.

۱- سازمان ملل متعدد بر اساس اصل برابری همه دولتها عضو در حاکمیت استوار است.

۲- همه دولتها عضو سازمان ملل متعدد، اختلاف‌های بین المللی خویش را از طریق مسالمت آمیز بدانگونه که صلح و امنیت بین المللی و عدالت در معرض خطر قرار نگیرد حل و فصل خواهند کرد.

۳- تمامی دولتها عضو در روابط بین المللی خویش از تهدید یا کاربرد زور علیه تمامت ارضی، استقلال سیاسی کشورهای دیگر و یا به هرگونه دیگری که مغایر با هدف‌های سازمان ملل متعدد باشد خودداری خواهند کرد.

۷- هیچ چیزی در این منشور سازمان ملل متعدد را برای دخالت در اموری که آن امور اساساً در قلمرو صلاحیت داخلی دولتها هستند مجاز نمی‌کند ...».

ملحوظه می‌شود که به موجب منشور کاربرد زور و یا حتی تهدید به کاربرد زور در روابط بین المللی ممنوع شده است. فقط یک استثنای وجود دارد و آن «دفاع مشروع» است که در ماده ۵۱ منشور سازمان ملل تعریف و پیش بینی شده است.

۲. بررسی کاربرد زور برای حمایت از اتباع خودی با توجه به مقررات بند چهارم ماده ۲ و ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد

درباره تفسیر بند چهارم از ماده دوم منشور سازمان ملل متحد، دو گرایش فکری مختلف در حقوق بین الملل وجود دارد. گرایش نخست تفسیر مشروط و محدودی را از این ماده پیشنهاد می نماید. نتیجه این تفسیر آن است که مطابق ماده (۴) کاربرد زور بوسیله دولتها در روابط بین المللی بطور مطلق و عام ممنوع نشده و فقط کاربرد زور را در موارد محدود و مشروطی ممنوع ساخته است. گرایش دوم، بر عکس، تفسیری عام و گسترده را پیشنهاد می نماید که به موجب آن، کاربرد زور در روابط بین المللی بطور مطلق در همه موارد، ممنوع است. در ذیل به بررسی هر دو گرایش می پردازیم.

۲۰. نخستین روش در تفسیر محدود از بند چهارم ماده دوم، روشن صرفاً لفظی است که کاربرد زور در روابط بین المللی فقط در موارد مذکور و مندرج در این ماده یعنی کاربرد زور علیه تمامت ارضی، استقلال سیاسی، و یا به هرگونه دیگری که مقایر با اهداف سازمان ملل متحد، باشد، ممنوع شده است. کاربرد زور در سایر موارد، بطور کلی ممنوع نشده است و معنا و دستور این ماده آن نیست که بطور کلی و مطلق خاک یک کشور غیر قابل تجاوز است. "بنابراین کاربرد زور و تجاوز نظامی برای حمایت از اتباع، با توجه به این که حمله متوجه تمامت ارضی و یا استقلال سیاسی کشور دیگر نیست، ممنوع نمی باشد و کاربرد زور بدینگونه به منظور حمایت از حقوق اساسی افراد، مقایرتی با اهداف سازمان ملل متحد ندارد. اما این استدلال از نظر حقوقی چندان استوار به نظر نمی رسد. در تاریخچه مذاکرات کنفرانس سانفرانسیسکو هیچ نشانه ای یافت نمی شود که منظور و هدف دولتهای شرکت کننده در کنفرانس از نگارش این ماده فقط اعلام ممنوعیتی محدود

12. D.W. Bowett, The Use of Force in the Protection of Nationals, 43 Trans. Grotius So. IL 1957, pp. 113-114.

و مشروط است. آنچه که در کنفرانس دمبارتون اوکس^{۱۳} راجع به سازمان ملل متحد، اصول و اهداف و اعضا و مأموریت آن برای حفظ صلح و امنیت بین المللی پیشنهاد شده بود، ممنوعیت کاربرد زور و یا حتی تهدید به آن در روابط بین المللی بود. بموجب این پیشنهاد، کاربرد زور و یا حتی تهدید به آن در روابط بین المللی به هر گونه‌ای که مغایر با اهداف منشور سازمان ملل متحد باشد، ممنوع شده بود. واژه‌های «تمامت ارضی» و «استقلال سیاسی» در این پیشنهاد دیده نمی‌شوند. بعدها در کنفرانس سانفرانسیسکو کشورهای کوچک در اندیشه جستجوی تأمین و تضمین بیشتری برای تمامت ارضی و استقلال سیاسی خوش برآمدند و واژه‌های «تمامت ارضی» و «استقلال سیاسی» را پیشنهاد نمودند. این دو عبارت موجب تصریح و قوت بیشتر این ماده نگردیده و درست بر عکس به اطلاق و بنیاد آن آسیب رسانندند. در دعواهی که نزد دیوان بین المللی دادگستری بین دولت انگلستان و دولت آلبانی درباره تجاوز نظامی دولت انگلستان به آهای ساحلی دولت آلبانی مطرح شد، دولت انگلستان نخستین دولتی بود که در مقام تفسیر و گفتگو و بحث درباره مقررات مورد بحث برآمد و استدلال کرد که این مقررات حاوی دستوری مطلق و عام برای ممنوعیت کاربرد زور در روابط بین المللی نیستند^{۱۴} و کاربرد زور را فقط در موارد محدود، یعنی زور و حمله نظامی علیه تمامت ارضی و استقلال سیاسی و یا در موارد دیگری که این حمله مغایر با اهداف سازمان ملل متحد باشد، ممنوع نموده اند و کاربرد زور و نیروی نظامی در سایر موارد جائز می‌باشد.

اما واقعیت این است که عدم کاربرد زور علیه تمامت ارضی کشوری دیگر به معنای غیرقابل تجاوز بودن تمامی سرزمین کشور است.^{۱۵} قطعنامه‌های مختلفی که در این باره به تصویب مجمع عمومی سازمان ملل متحد رسیده اند، بسیار پرمument هستند. از این میان می‌توان به موارد ذیل اشاره نمود: قطعنامه شماره ۲۶۲۵ مورخ بیست و چهارم اکتبر ۱۹۷۰ درباره اعلام اصول حقوق بین الملل راجع به روابط

13. Dumbarton Oaks Conference.

14. Corfu Channel Case, ICJ Report, 1950 Pleadings, Vol. 3, p. 296.

15. See Jean Pierre Cot et Alain Pellet, La Charte des Nations Unies, 1985, p. 114; C.I.H.M. Waldock, op. cit., No. 1, p. 493.

دوستانه و همکاری بین دولتها طبق اصول منشور سازمان ملل متحد؛ قطعنامه شماره ۲۱۶۰ مورخ ۳۰ نوامبر ۱۹۶۶ درباره رعایت دقیق منع کاربرد زور و یا تهدید به کاربرد زور در روابط بین المللی و حق ملتها برای تعیین سرنوشت سیاسی خود؛ قطعنامه شماره ۲۷۳۴ مورخ ۱۰ دسامبر ۱۹۷۰ درباره اعلام اصول لازم برای ثبیت امنیت بین المللی و قطعنامه شماره ۳۳۱۴ مورخ ۱۹۷۴ درباره تعریف تجاوز. قطعنامه های فوق همه بیانگر این واقعیت هستند که اصل مندرج در بند چهارم ماده دوم منشور سازمان ملل متحد درباره عدم کاربرد زور و یا تهدید به آن در روابط بین المللی، اصلی بنیادی و مهم در روابط بین دولتها است و با توجه به این مراتب، تفسیر مشروط و بسیار محدود از چنین اصلی به دشواری قابل توجیه است. برای مثال، ماده ۱ قطعنامه ۳۳۱۴ مجمع عمومی درباره تعریف تجاوز مقرر می دارد:

«تجاوز عبارت است از کاربرد نیروی نظامی بوسیله دولتی علیه حاکمیت، تمامت ارضی و یا استقلال سیاسی کشوری دیگر و یا به هرگونه دیگری که با اصول منشور سازمان ملل متحد بشرح مندرج در این تعریف مغایر باشد.»

این تعریف با به کار بردن واژه «حاکمیت» در کنار «تمامت ارضی» و «استقلال سیاسی»، هرگونه ابهامی را درباره معنای این واژه ها از بین برده و ثابت می نماید که واژه های «حاکمیت»، «استقلال سیاسی» و «تمامت ارضی»، همه دارای معنا و اهمیت حقوقی یکسانی می باشند. هرگونه تجاوز به سرزمین کشوری، به هر عنوانی تجاوز به حاکمیت آن کشور بوده و مشمول تعریف «تجاوز» و در نتیجه غیرقانونی است.

۲۵۴. استدلال دیگری در جهت تفسیر محدود و مشروط از منع کاربرد زور در روابط بین المللی عنوان می شود که بر پایه نارسایی سازمان ملل متحد در انجام وظایف و مأموریتش استوار است. دشواریهایی که در سازمان ملل متحد و به ویژه در شورای امنیت این سازمان به علت وجود و کاربرد پیاپی حق و تو از سوی اعضای دائمی شورا به وجود آمد، موجب شد که سازمان تواند وظایفش را در حفظ صلح و امنیت بین المللی و برقراری عدالت و رفاه اقتصادی در جهان انجام دهد و سیستم

دفاعی مؤثر بین المللی بدانگونه که در ماده ۴۳ منشور پیش بینی شده بود، تشکیل نگردید. بسیاری از نویسنده‌گان حقوق بین الملل چنین استدلال می‌نمایند که تعهد دولتها در بند چهارم ماده ۲ منشور سازمان ملل متعدد برای به کار نگرفتن زور در روابط بین المللی و رضایتشان در این زمینه بر پایه تعهد سازمان برای تشکیل نیروی دفاعی مؤثر بین المللی قرار داشته است و با توجه به این آرزوها و تعهدات بوده که دولتها از حق خوبی درباره کاربرد زور برای دفاع از اتباعشان در کشورهای دیگر صرفنظر نموده‌اند. سیستم دفاعی مؤثر بین المللی، بدانگونه که پیش بینی و تعهد شده بود، تشکیل نشده است. بنابراین تعهد دولتها برای خودداری از کاربرد زور در روابط بین المللی باید بسیار محدود و با احتیاط تفسیر گردد.^{۱۶} این گرایش تفسیری این واقعیت را که بند چهارم از ماده ۲ منشور متنضم یک ممنوعیت مطلق درباره خودداری از کاربرد زور است، رد نمی‌نماید؛ خمیرمایه این استدلال چنین است که با توجه به دگرگونی‌های اساسی و بنیادینی که بعد از تصویب منشور سازمان ملل متعدد در روابط بین المللی پدیدار گشته و با توجه به این که این دگرگونی‌ها در اساس تعهدات دولتها در منشور سازمان ملل متعدد تأثیر داشته است، تعهد دولت‌ها در بند دوم ماده چهارم به نحو اطلاق قابل اجرا نیست. این استدلال در حقیقت بر پایه همان قاعده رومی تغییر بنیادین در شرایط و اوضاع و احوال و تأثیر این تغییرات بنیادین در تعهدات طرفین قرارداد، استوار است. براساس این قاعده، قرارداد تابع شرطی ضمیمی است که نیازی هم به تصریح ندارد. معنای شرط این است که چنانچه در آینده تغییر و دگرگونی بنیادین و بسیار مهمی در اوضاع و احوال رخ دهد و این دگرگونی ناگهانی در اساس قرارداد و تعهدات مندرج در آن مؤثر باشد، یک و یا هر دو طرف قرارداد می‌توانند از اجرایی تمامی و یا بخشی از تعهدات خوبی، سرباززده و یا آن را متوقف نمایند. تقریباً تمام نویسنده‌گان حقوق بین الملل براین باورند که این قاعده در حقوق بین الملل هم قابل اجرا است.^{۱۷}

16. See P.C. Jessup, *A Modern Law of Nation* (1948), p. 172; M. Reisman, *Nullity and Revision. The Review and Enforcement of International Judgments and Awards* (1971), p. 850.

17. Westkade, *International Law, Part I, Peace* (1910), p. 295.

اما باید به چند نکته توجه نمود؛ نخست آن که این قاعده فقط درباره روابط قراردادی و تعهدات ناشی از قرارداد قبل اجرا است و کاربردی درباره قواعد آمرة عرفی ندارد. نظر به این که تعهد «خودداری از کاربرد و تهدید به زور» امروزه به صورت قاعده عرفی بین المللی درآمده است،¹⁸ این قاعده الزام عرفی، مشمول قاعده تغییر بنیادین اوضاع و احوال نخواهد بود. حتی در فرضی که تعهد به «خودداری از کاربرد زور در روابط بین المللی» تعهدی که از قراردادی بین المللی- منشور سازمان ملل متحد- ناشی شود، به حساب آید باز هم شرایط لازم برای اجرای این قاعده وجود ندارد. شرایط و اوضاع و احوال در زندگی و جامعه بین المللی بسیار متغیر هستند. بنابراین اجرای این قاعده در روابط بین المللی بایستی با احتیاط و دقت بسیاری همراه باشد. دیوان بین المللی دادگستری راجع به اجرای این قاعده چنین اظهار نظر نمود که استناد به تغییر اوضاع و احوال برای پایان دادن به قراردادی بین المللی در صورتی ممکن است که این تغییر اوضاع و احوال موجب دگرگونی اساسی و بسیار مهمی در حدود و میزان تعهداتی که هنوز انجام نشده‌اند گردیده، موجب افزایش بار تعهد قراردادی شده و آن را به شکلی کاملاً مخالف با صورت و شکل اولیه درآورند.¹⁹ ماده ۶۲ قرارداد وین نیز درباره شرایط استناد به این قاعده مقرر می‌دارد: «استناد به تغییر بنیادین شرایط و اوضاع و احوال برای پایان دادن و یا متوقف نمودن قرارداد در صورتی ممکن است که (الف) وجود شرایط و اوضاع و احوال موجود در زمان عقد قرارداد یکی از دلایل عدمه رضایت طرفین به انعقاد قرارداد و انجام تعهد بوده و (ب) تغییر شرایط و اوضاع و احوال در زمان انعقاد قرارداد قبل پیش بینی نبوده و (ج) تغییری که رخداده موجب تغییر اساسی ماهیت و میزان تعهد یکی از طرفین قرارداد شده باشد.»²⁰ با توجه به

18. O. Schachter, The Legality of Pro-Democratic Invasion, 78 AJIL; p. 848 (1984).

19. Fisheries Jurisdiction Case, ICJ Report, 1973, p. 21.

20. For the Doctrine of "rebus sic stantibus" see Cattend. G, La clause "rebus sic stantibus" du droit privéen droit international, These, Univ. de Paris, 1929; Hill, Chesney, The Doctrine of "Rebus sic stantibus" in International



این مراتب، استناد به قاعدةٔ مورد بحث برای فرار از تعهد مندرج در منشور سازمان ملل متحد بر پایهٔ حقوقی درستی استوار نیست. تغییراتی که بعد از تصویب منشور در روابط بین‌المللی به وجود آمدند، تغییراتی بنیادین و ناگهانی نیستند. این دگرگونی‌ها پیوسته وجود داشته‌اند و مسلمًاً در آینده هم وجود خواهد داشت. درست است که چگونگی و چند و چون این تغییرات قابل پیش‌بینی نیستند، اما انجام این تغییرات قابل پیش‌بینی‌اند. دربارهٔ اطمینان به تشکیل سیستم دفاعی مؤثر بین‌المللی بشرح مندرج در مادهٔ ۴۳ منشور، از همان آغاز معلوم بود که انجام چنین چیزی در زندگی بین‌المللی اساساً قابل تحقق نبوده و یا در فرض تحقق قابل دوام نخواهد بود. لذا این ادعا که پذیرش تعهد مربوط به خودداری از کاربرد زور و رضایت به این تعهد وابسته و مشروط به آن اطمینان بوده است، ادعایی استوار و منطقی به نظر نمی‌رسد.

در دعواهایی که بین دولت انگلستان و دولت آلبانی نزد دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح بود، دولت انگلستان برای توجیه حقوقی تجاوز نظامی خویش به آبهای ساحلی کشور آلبانی به منظور جمع کردن مینهای دریایی و تحصیل دلیل برای اقامهٔ دعوی، به نارسایی سازمانهای بین‌المللی و ناتوانی آنها برای انجام مأموریت بین‌المللی شان استناد می‌کرد. دیوان این دفاع را نپذیرفته و اعلام نمود که این تجاوز در هر صورت و صرف نظر از نارساییهای موجود سازمانهای بین‌المللی قابل پذیرش نیست.^{۱۰}

۲۰۳. گروهی دیگر از نویسندهای حقوق بین‌الملل و حقوق بشر دوستانه استدلالهای دیگری نیز عنوان نموده‌اند. اساس اندیشه براین پایه استوار است که بند چهارم از مادهٔ دوم منشور سازمان ملل متحد حاوی دستور منع مطلق کاربرد زور



Law, 1934; McNair, *The Law of Treaties* (1961), Chap. 42; Elias, *The Modern Law of Treaties* (1974), 119-28; Lissitzyr, *Treaties and Changed Circumstances*, *AJIL*, Vol. 61 (1967), p. 895.

21. Corfu Channel Case, Judgment of April 9th, 1949, *ICJ Report*. 1949, p. 895.

در روابط بین المللی است، اما پاره‌ای شرایط مانند دفاع مشروع، حالت ضرورت و یا اصل خودیاری وجود دارند که وصف غیرقانونی رفتاری را که علی‌الاصول بایستی از نظر حقوق بین الملل غیرقانونی تلقی شود، برطرف می‌نمایند.

۲۰۱. دفاع مشروع

برخی از نویسندگان حقوق بین الملل حمایت از اتباع و افرادی را که در خارج قرار دارند و حتی کاربرد زور برای انجام این حمایت را نمودی از «حق دفاع مشروع» دولت به شرح مذکور در ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد می‌دانند.²² ماده ۵۱ منشور مقرر می‌دارد:

«در موردی که یک حمله نظامی علیه یکی از اعضای سازمان ملل انجام گرفته است و تازمانی که شورای امنیت اقدام لازم را برای برقراری صلح و امنیت بین المللی به عمل نیاورده است، هیچ چیزی در این منشور نافی حق ذاتی دفاع مشروع به صورت فردی و یا دسته جمعی نیست.»

دو «اصطلاح» در این ماده موجب تفسیر گسترده از این ماده شده است. نخست آن که این ماده دفاع مشروع را در موردی جایز دانسته است که حمله‌ای نظامی علیه یکی از «اعضای سازمان» انجام گرفته باشد. تفسیری محدود و صرف‌آلفظی از این ماده موجب این نتیجه خواهد شد که اگر دولتی عضو سازمان نباشد، آن دولت دارای حق ذاتی دفاع مشروع نخواهد بود. چنین نتیجه و تفسیری مسلماً معقول نیست. دفاع مشروع همان‌گونه که در خود ماده وصف شده است، یک حق ذاتی است و براساس حقوق طبیعی استوار است. بنابراین باید ماده ۵۱ را به گونه گسترده تفسیر نمود. مطلب دیگر این که ماده ۵۱ از حق ذاتی «سخن می‌گوید. اگر پایگاه حقوقی و فلسفی دفاع مشروع «حق طبیعی» و یا «حق ذاتی» است، بنابراین چنین حقی طبعاً قابل یک برداشت و تفسیر کشدار و گسترده است. اما عضو

22. D. W. Bowett, Self-Defence in International Law, 1958, Chap. V. Ibid, p. 92.

."le droit naturel" و متن فرانسه منشور از حق طبیعی "inherent right" *

سازمان یا دولت که دارای حق دفاع است، کیست؟ و حمله به کدام بخشی از دولت موجب ایجاد حق دفاع مشروع می‌شود؟ درباره معنای دولت ابهام بسیار وجود دارد و همین ابهام موجب تفسیرهای کشدار از این ماده شده است. همانگونه که می‌دانیم در تعریف دولت و در میان عناصر تشکیل دهنده دولت «جمعیت انسانی» عنصری اساسی است. در واقع «جمعیت انسانی» است که به دولت واقعیت می‌دهد و اساساً هدف از تشکیل دولت و فلسفه وجودی آن حمایت از فرد انسانی است. پروفسور باوت و چند حقوقدان دیگر بر این باورند که دفاع از جمعیت انسانی دولت- یعنی دفاع از افراد و اتباع، درست مانند دفاع از استقلال سیاسی و یا دفاع از سرزمین دولت - دفاع از دولت تلقی می‌شود. بنابراین تجاوز به حقوق افراد دولت، برابر و مساوی با تجاوز به حقوق دولت متبع آن افراد است.^{۲۳} ولی خود پروفسور باوت می‌پذیرد که این نظر مبالغه‌آمیز است. چگونه می‌توان قبول نمود که تهدید علیه امنیت افراد دولتی در خارج، تهدید علیه امنیت ملی آن دولت و آن کشور است؟ پروفسور باوت همچنین می‌پذیرد که تعداد افراد هم چندان تأثیری در اساس استدلال ندارد. اما پاره‌ای اوقات ممکن است نفس تهدید و خطر علیه یک گروه قابل توجه از افراد یک کشور مقیم در خارج و با توجه به همه شرایط و اوضاع و احوال چنان باشد که بتوان آن تهدید و خطر را در واقع تهدید و حمله به دولت متبع آن افراد تلقی نمود.^{۲۴}

گروهی دیگر از حقوقدانان بین‌المللی این نظریه را بشدت مورد انتقاد قرار داده‌اند. مرادف دانستن فرد و یا حتی گروه بسیاری از افراد دولتی مقیم خارج با آن دولت متبع، تفسیری بسیار گسترده از ماده ۵۱ منشور بوده و با نیت واقعی منشور مغایرت دارد. دفاع مشروع به عنوان حقی طبیعی و ذاتی، پیوسته در حقوق بین‌الملل وجود داشته است. در میشاق جامعه ملل و قرارداد پاریس ۱۹۲۸ بدون هیچ گونه اشاره صریحی، حق دفاع مشروع به عنوان استثنای بر قاعدة منع کاربرد زور و نیروی نظامی پذیرفته شده بود. اما دفاع مشروع مفهومی بسیار کشدار است و به سادگی

23. Ibid, p. 92.

24. Ibid, p. 93.

می تواند مورد سوء استفاده قرار گرفته و بهانه مناسبی برای توجیه هرگونه تهاجم و حمله نظامی غیر مشروع قرار گیرد. بنابراین پیش بینی حق دفاع مشروع در منشور سازمان ملل متحد و تعریف و تعیین شرایط و حدود آن همه بیانگر نیت واقعی دولتها برای محدود نمودن دامنه اعمال این حق طبیعی است و هرگونه تفسیر گسترده‌ای از این تعریف و شرایط و حدودش مغایر با نیت واقعی این ماده است.^{۲۵} به نظر بسیاری از حقوق‌دانان بین المللی دفاع مشروع هنگامی مصدق دارد که حمله‌ای مسلح‌انه علیه دولت یعنی علیه یکی از نمودهای حاکمیت‌ش انجام گرفته باشد.^{۲۶} مثلاً کشتی جنگی دولتی در دریای آزاد یا هوایماهی نظامی، و یا نیروهای نظامی یک کشور که بطور قانونی در درون کشور دیگر استقرار یافته اند همگی از نمودهای حاکمیت ملی آن کشور تلقی می‌شوند و حمله نظامی به آنها موجبی برای واکنش نظامی مناسب و استناد به دفاع مشروع می‌باشد. اما عبارت «حاکمیت دولت» ما را در برابر پرسش دیگری قرار می‌دهد. آیا می‌توان حمله‌ای نظامی را که در داخل دولتی به نمودهای سیاسی کشوری دیگر- مانند سفارتخانه و کارمندان سیاسی سفارتخانه- انجام شده، حمله نظامی به «حاکمیت» کشور اخیر تلقی نمود؟ آیا این حمله از مصاديق کاربرد زور مندرج در بند چهارم ماده دوم منشور است؟ پاسخ این پرسش از نظر آقای روئیز^{۲۷} مثبت است و دفاع در برابر آن، دفاع مشروع و طبق ماده ۵۱ منشور مجاز خواهد بود.

نظری هرچند ساده و کوتاه به منشور روشنگر این واقعیت است که بین مقررات بند چهارم ماده^{۲۸} و ماده ۵۱ هیچ ارتباط و ملازمه‌ای وجود ندارد. به موجب بند چهارم ماده دوم «کاربرد زور و یا حتی تهدید به کاربرد زور» در روابط بین المللی ممنوع است و به موجب ماده ۵۱ منشور استناد به دفاع مشروع فقط در

25. See Delivanis, *La defense legitime en droit international modern* (1971), p. 127; H. F. Van Panhuys, *The Role of Nationality in International Law* (1959), p. 114; R. Bindschelder, *de delimitation des competences des Nations Unies*, RCADI, Vol. 108 (1963-1) p. 401.

26. Verdross, *Völkerrecht*, 5th ed. (1964), p. 428.

27. Arangio Ruiz, *Recueil des Cours* (RCADI), Vol. 137 (1972-III), p. 535.

برابر حمله ای مسلحانه جایز است. بنابراین اگر رفتاری از سوی دولتی علیه دولت دیگر «کاربرد زور و یا تهدید به کاربرد زور» تلقی شود در هر صورت این رفتار الزاماً موجبی برای دفاع مشروع نخواهد بود. زیرا دفاع مشروع طبق ماده ۵۱ منشور فقط، در برابریک «حمله مسلحانه» جایز و قابل استناد است. هر نوع تجاوز و کاربرد زور و یا تهدید به کاربرد زور الزاماً حمله مسلحانه نبوده و بنابراین واکنش در برابر آن «دفاع مشروع» تلقی نخواهد شد. «حمله مسلحانه» در معنای عادی و معمولی هنگامی مصدق دارد که نیروهای نظامی کشور یورش برندۀ از مرز این کشور گذشته و به مرزهای کشوری دیگر حمله و تجاوز نظامی نمایند.^{۲۸} بنابراین اگر در درون کشوری تجاوزی به سفارتخانه کشور دیگر انجام پذیرد، صرفظیر از این بحث که آیا تجاوز به آن درجه از شدت بوده که بتوان آن را حمله مسلحانه نامید یا خیر و آیا اساساً تجاوز قابل استناد به دولتی که در درونش تجاوزی به سفارتخانه خارجی انجام گرفته است باشد یا خیر، در هر صورت این تجاوز «حمله مسلحانه» به عنوان شرط مقدماتی و اساسی برای استناد به «دفاع مشروع» نخواهد بود.

در دعوى مربوط به رویدادهای سفارت امریکا در تهران که در دیوان بین المللی دادگستری مطرح بود، دولت ایالات متحده امریکا ادعا می کرد که دولت ایران مقررات بند چهارم از ماده دوم منشور سازمان ملل متحد را نقض نموده و از این جهت در برابر دولت امریکا دارای مسؤولیت بین المللی است.^{۲۹} اگر دادگاه مسؤولیت دولت ایران را در این زمینه بدانگوئه که دولت امریکا ادعا کرده بود می پذیرفت، معنای آن این بود که کاربرد زور در درون کشوری علیه سفارتخانه کشور دیگر، در واقع «کاربرد زور» در روابط بین المللی تلقی می شود. اما دیوان این مسؤولیت را نپذیرفته و مسؤولیت دولت ایران را فقط به علت نقض قراردادهای وین مورخ ۱۹۶۳ و ۱۹۶۱ درباره روابط سیاسی و کنسولی و همچنین قرارداد

28. See Tschweisfurth, Operation to Rescue Nationals in Third States Involving the Use of Force in Relation to the Protection of Human Rights, German Yearbook of International Law, Vol. 23, 1980, p. 162.

29. Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ Report, 1980, p. 7.

دوستی و موّدّت ایران و ایالات متحده امریکا مورخ ۱۹۵۵ اعلام نموده است.^{۳۰} همچنین به استناد ماده ۳ قطعنامه «تعريف تجاوز» که فهرست کاملی از مصاديق «تجاوز» را ترسیم و تصریح نموده است، «حمله به اتباع یا سفارتخانه‌یک کشور» تجاوز قلمداد نمی‌شود.

۲۰۳۰۲. خودیاری*

در پی گفتگو درباره توجیه تجاوز نظامی به سرزمین کشوری دیگر به منظور حمایت از اتباع کشور متباوز، اشاره به «خودیاری» در حقوق بین الملل مناسب است دارد. «حق خودیاری» کاربرد زور برای احقيق حق خویش است که نباید با «دفاع مشروع» اشتباه شود.^{۳۱} معنا و کاربرد این دو اصل با یکدیگر متفاوتند. «دفاع مشروع» برای حمایت از حقوقی مهم و اساسی در شرایطی قابل اعمال است که وسیله مناسب دیگری برای نگهبانی از این حقوق اساسی وجود نداشته باشد. به ویژه آنچه که در تعریف «دفاع مشروع» و اختلاف آن با اصل خودیاری پراهمیت است، این است که نقش دفاع مشروع نقشی صرفاً دفاعی و در واقع دفاع از وضعیت حقوقی موجود در برابر حمله و خطری بسیار جدی است. اما اصل خودیاری برای اجرای حقی، مثلاً به دست آوردن طلب و یا اجرای حکمی اعمال می‌شود و برخی اوقات نیز خودیاری دارای وصف انتقامی است. در جامعه داخلی، افراد خصوصی در روابط اجتماعی خویش با دیگران حق کاربرد زور برای اجرای حقوقشان و یا دادگستری و انتقام را ندارند و تنها استثناء مورد دفاع مشروع در برابر خطر و حمله جدی و آن هم مسلماً در شرایطی است که راه حل دیگری برای دفع حمله وجود نداشته باشد. در جامعه بین المللی قبل از تصویب منشور سازمان ملل متحد اصل خودیاری در روابط بین دولتها معمول بوده و دولتها، به ویژه دولتهای زورمند در موارد مختلف و بسیاری مانند دفاع از طلب و حقوق مالی و قراردادی اتباع خویش از دولتی خارجی، ملزم نمودن دولت مقابله به قبول داوری برای حل آن اختلافات و

۳۰. Ibid, p. 41, para. 90.

* Self-help

31. See D. W. Bowett, Self-Defence in International Law, 1958, pp. 11-25.

یا پس از قبول داوری الزام آن دولت به قبول اجرای رأی داوری، اصل خودبیاری را عنوان نموده و به جنگ و یا کاربرد زور علیه دولت دیگری می پرداختند. اما آکنون این پرسش مطرح است که آیا اصل خودبیاری پس از تصویب منشور سازمان ملل متعدد، هنوز به عنوان اصلی حقوقی در حقوق بین الملل وجود دارد یا خیر؟ منشور سازمان ملل متعدد در فصل هفتم خود مأموریت حفظ و پاسداری از صلح و امنیت بین المللی، استقلال سیاسی و تمامت ارضی کشورها را با اختیارات لازم برای کاربرد زور به شورای امنیت و گذار نموده است. در بند سوم از ماده ۲ منشور، دولتها متعهد شده‌اند که تمام اختلافاتشان را از طریق مسالمت آمیز حل و فصل نمایند. در مواردی که یکی از دولتها طرف اختلاف از قبول راه حل مسالمت آمیز - مانند ارجاع اختلاف به داوری و یا به دیوان بین المللی دادگستری - خودداری نماید، مسلماً شورای امنیت می‌تواند این خودداری را طبق ماده ۳۹ منشور خطر و یا تهدیدی برای صلح بین المللی تلقی نموده و اقدامهای لازم از جمله توسل به زور را طبق فصل هفتم منشور برای حفظ صلح و امنیت بین المللی به عمل آورد؛ اما در هر صورت دولتها حق کاربرد زور را ندارند. با تمام احوال یکی از حقوق‌دانان استدلال نموده است که حق خودبیاری، که در حقوق بین الملل عرفی بسیار پابرجا و استوار بوده است، هنوز هم در حقوق بین الملل وجود داشته و در شرایط خاصی، البته در موارد بسیار استثنایی، قابل اعمال است.^۱ موردی که ایشان یاد کرده عبارت از تهدید نظامی انگلستان علیه ایران برای حمایت از اتباع انگلیسی مقیم در جنوب ایران، در سال ۱۹۵۱ می‌باشد. به گمان ایشان در موارد هرج و مرج و آشوب، هنگامی که دولت محلی آمادگی لازم را برای حفظ نظم و امنیت ندارد، دولت خارجی می‌تواند برای احراق حق خویش و حفظ جان اتباعش اقدام به تهدید و مداخله نظامی نماید و این اقدام با توجه به این شرایط بر اساس اصل خودبیاری قابل توجیه است. اما رویه دیوان بین المللی دادگستری، مجمع عمومی سازمان ملل متعدد و نظر بسیاری از نویسنده‌گان حقوق بین الملل عقیده بالا را تأیید نمی‌نمایند.

مسئله خودبیاری در قضیه تنگه کورفو نزد دیوان بین المللی دادگستری مطرح

32. C. H. M. Waldock, op. cit, No. 1, p. 503.

گردید. دولت انگلستان برای «مین روی» و امنیت کشتیهای جنگی خویش و همچنین به منظور تحصیل دلیل درباره وجود «مین» و «مین گذاری» به آبهای ساحلی دولت آلبانی تجاوز کرده بود. دولت انگلستان در مقام توجیه اقدام خویش در دیوان چنین استدلال می کرد که با توجه به نارسایی شورای امنیت و ناتوانی این شورا به انجام وظایف خویش برای حفظ صلح و امنیت بین المللی و نارسایی سازمانهای قضایی بین المللی، هر دولتی بایستی بطور بسیار محدود و در شرایطی معین دارای حق خودیاری برای احقيق حق خویش باشد. اما دیوان دفاع دولت انگلستان را بدین گونه رد نموده است:

«دیوان نمی تواند این دفاع را پذیرد. این حق «مداخله» از نظر دیوان فقط نمودی از سیاست زور است. سیاستی که در زمانهای گذشته موجب سوء استفاده های بسیاری شده است و این سیاست به این گونه، صرفنظر از هرگونه نارسایی در سازمانهای بین المللی - نمی تواند جایگاهی در حقوق بین الملل داشته باشد. این «مداخله» مخصوصاً به شکلی که در این دادرسی عنوان شده است، ممکن است قابلیت پذیرش کمتری داشته باشد. زیرا به مقتضای طبیعت اشیاء این حق فقط امتیاز انحصاری دولتهای بسیار پر زور است و ممکن است بسادگی موجب فساد خود دادگستری بین المللی شود». ^{۳۳}

جمعیت عمومی سازمان ملل متحد نیز دخالت نظامی دولت انگلستان و فرانسه را در سال ۱۹۵۶ در مصر و دخالت نظامی اتحاد جماهیر شوروی [سابق] را در نوامبر ۱۹۵۶ در مصر و مجارستان محکوم نمود.^{۳۴} با توجه به اینکه مداخله های مذکور تا حدودی بر اساس حق خودیاری استوار بودند، بنابراین اقدام مجمع عمومی سازمان ملل متحد دلیل استواری بر نفی این حق در حقوق بین الملل جدید است.

33. ICJ Report, 1949, p. 35.

34. Resolution of November, 1956, calling on all governments to halt the movements of military forces: The Times, November 3rd; and see the relations of this condemnation on November 8th and 24th; U.N. News, London Release, Nos. SCS/17, SCS/36; Resolution of November 6th, 12th, 1956; U. N. News Release, No. 54/56.

نویسنده‌گان حقوق بین‌الملل نیز بطور کلی وجود این حق را در حقوق بین‌الملل مورد انکار قرار داده‌اند.

در حقوق بین‌الملل جدید جز در مورد دفاع مشروع و سایر موارد مذکور در منشور سازمان ملل متحده به هیچ عنوان حقی برای کاربرد زور وجود ندارد.^{۳۵} حتی بر اساس ماده ۹۴ منشور در موردی که رأیی از سوی دیوان بین‌المللی دادگستری مبنی بر تأیید وجود حقی برای دولتی صادر شده باشد، دولت داد برده حق ندارد برای اجرای رأی دیوان، زور و نیروی نظامی علیه کشور داد باخته به کار گیرد. تنها وسیله ممکن طبق ماده ۹۴ مراجعت به شورای امنیت است. مسلماً شورای امنیت می‌تواند خودداری دولت داد باخته را از اجرای حکم دیوان به موجب اختیاراتش طبق ماده ۳۹ منشور «خطر و تهدیدی برای صلح بین‌المللی» تلقی نموده و اقدام‌های لازم از جمله کاربرد زور و نیروی نظامی را طبق مواد فصل هفتم منشور برای اجرای دادنامه دیوان انجام دهد. اما در هر صورت، خود دولت داد برده نمی‌تواند برای اجرای حکم دیوان و با «خودبیاری»، نیروی نظامی به کار گیرد. اکنون که دولتها در روابطشان حق کاربرد زور حتی به منظور اجرای احکام بین‌المللی را ندارند، پس به دشواری می‌توان وجود حقی به نام «حق خودبیاری» را برای کاربرد زور بطور کاملاً خودسرانه قبول و توجیه کرد.

۲۰۳. حالات ضرورت

یکی از نویسنده‌گان بسیار برجسته و مشهور حقوق بین‌الملل فیتزموریس^{*} به «حالات ضرورت» برای توجیه تجاوز نظامی به منظور حمایت از اتباع اشاره نموده است. به نظر ایشان جان آدمی و برخی صدمه‌های بدنه بسیار مهم، قابل جبران با پول و پرداخت خسارت و یا وسایل دیگر نیستند. در این موارد و در برابر خطری که جان و سلامتی جسمی افراد را تهدید می‌نماید، بهترین اقدام پیشگیری است.

35. J. Zourek, la de legitime defense en droit international, Annuaire de l'institut de droit international, Vol. 56 (1975), p. 58.

* G. Fitzmourice.

توجیه معقول «دخالت» در این موارد در حالت ضرورت نهفته است.^{۳۶}

به موجب ماده ۳ از طرح مسؤولیت بین المللی دولتها، در روابط دولتها در صورتی رفتاری غیرقانونی تلقی می شود که اولاً آن رفتار قابل استناد به دولت باشد (عنصر شخصی) و ثانیاً تعهدی بین المللی را نقض نماید (عنصر عینی). اما برخی اوقات با وجود آن که درباره رفتاری بین المللی همه شرایط لازم به هم پیوسته اند و طبق قاعده بایستی آن رفتار را از نظر حقوق بین الملل رفتاری غیرقانونی وصف نمود، برخی شرایط مانع تشکیل این وصف می شوند. یکی از این شرایط «حالت ضرورت» می باشد. حالت ضرورت در تمام سیستمهای حقوقی داخلی مانع تشکیل وصف غیرقانونی و یا وصف مجرمانه است. در سلسله مراتب اشیاء، پاره ای ارزش های اخلاقی دارای تقدم و برتری بر برخی دیگر می باشند و اگر بین این ارزشها دوگانگی پیش آید، ناگزیر ارزشهایی که دارای اهمیت و اعتبار کمتری هستند بایستی برای حفظ ارزشهایی که عزیز و گرامی تر هستند فدا شوند. اما برخی اوقات، گروهی از ارزشها اخلاقی و فلسفی از نظر اهمیت در یک خط افقی قرار دارند و در نظام سلسله مراتب اشیاء قابل مفاضله نیستند. بنابراین هیچ دلیل اخلاقی و توجیه فلسفی برای فدا کردن برخی از آنها بخاطر حفظ برخی دیگر وجود ندارد. در این صورت «حالت ضرورت» وجود ندارد و آنچه انجام یافته است رفتاری غیرقانونی و مجرمانه است.

آیا در روابط دولتها و در جامعه بین المللی هم چیزی به نام «حالت ضرورت» وجود دارد؟ بروفسور روبرتو آگو^{*} در گزارشی که در این زمینه به کمیسیون حقوق بین الملل سازمان ملل متحد تسلیم نمود، پس از بررسی رؤیه دادگاههای بین المللی و نظریه علمای حقوق بین الملل و رؤیه دولتها، وجود «حالت ضرورت» را در حقوق بین الملل تأیید کرد.^{۳۷} بنابراین در مواردی که حالت ضرورت وجود دارد، رفتاری که علی الاصول بایستی از نظر حقوق بین الملل رفتاری غیرقانونی تلقی

36. G. Fitzmourice, The General Principles of International Law, Recueil des Cours, Vol. 92 (1957-II), pp. 172-173.

* R. Ago.

37. Ago. Doc. A/CN. 4/CN. 4/318/Add 5-7, pp. 15-48.

شود، دارای وصفی این چنین نبوده و موجب مسؤولیت بین المللی نخواهد شد. اما گزارش بسیار مفصل ایشان بیانگر این واقعیت است که حالت ضرورت در روابط دولتها بیشتر در مورد تعهدات مالی و برای توجیه انجام ندادن تعهدی بین المللی عنوان گردیده است. دادگاههای بین المللی نیز وجود حالت ضرورت را در حقوق بین الملل تأیید نموده لیکن اعلام کرده‌اند که حالت ضرورت در موارد بسیار استثنای قابل استناد است. اگر در برخی شرایط انجام تعهدی بین المللی موجب نابودی دولت متعهد شود، در این صورت استناد به حالت ضرورت برای مثلاً رهایی از تعهدی بین المللی جایز است. بطور مثال هنگامی که دولت ترکیه در مقام توجیه نپرداختن بدھی‌هایش به دولت روسیه، نزد دیوان بین المللی دائمی داوری به حالت ضرورت استناد کرد، دیوان استدلال نمود که استناد به حالت ضرورت برای انجام ندادن تعهد بین المللی به شرطی ممکن است که واقعاً انجام آن تعهد موجب ویرانی و صدمه به هستی دولت متعهد شود و در همین مورد دیوان ضمن اعتراف به مشکل مادی و وجود بحران سیاسی و اجتماعی بسیار شدید در ترکیه، از قبول «حالت ضرورت» برای توجیه رفتار دولت ترکیه خودداری نمود.^۷ شاید با توجه به همین رویه محاکم بین المللی بوده که پیش‌بینی حالت ضرورت در ماده ۳۳ طرح مسؤولیت بین المللی دولتها خیلی بااحتیاط انجام گرفته است. به موجب این ماده، حالت ضرورت فقط در شرایط زیر قابل پذیرش است:

۱. آن رفتار (رفتار غیرقانونی) تنها وسیله ممکن برای حفظ حقوق اساسی دولت در برابر خطری جدی و قریب الوقوع باشد؛
۲. این رفتار نباید بطور جدی به حقوق اساسی دولت دیگر آسیب رساند.

اما با تمام احوال بمحض بند سوم از ماده ۳۳ طرح مورد بحث، در صورتی که تعهد بین المللی نقض شده ناشی از قاعده آمره حقوق بین الملل باشد، نمی‌توان به حالت ضرورت برای نقض این تعهد استناد نمود. با توجه به این

38. United Nations, **Report of International Arbitral Awards**; Vol. XI, p. 443.

مراتب چنین به نظر می‌رسد که استناد به حالت ضرورت برای تجاوز به خاک کشوری دیگر به منظور حمایت از اتباع، مبنای قانونی ندارد. زیرا این تجاوز به تمامت ارضی و استقلال سیاسی و حاکمیت کشور دیگر آسیب می‌رساند و به علاوه تعهد دولتها برای منع کاربرد زور علیه کشورهای دیگر یک قاعده‌آمره حقوق بین‌الملل است و استناد به حالت ضرورت برای نقض این چنین تعهدی جایز نیست.

بند دوم

پیشینهٔ کاربرد زور و نیروی نظامی برای نجات اتباع در روابط بین‌الملل

بیان تمام پیشنهاهای موجود در این زمینه از حوصله و چارچوب مقالهٔ حاضر خارج است و فقط به بیان چند پیشنهاد مهم بسته می‌نماییم.

۱. تهدید نظامی دولت انگلستان علیه ایران

این تهدید درست یکسال بعد از تصویب منشور سازمان ملل متحد و در پی پاره‌ای شورشهای داخلی در استانهای جنوبی ایران توسط دولت انگلستان و در ظاهر برای حفظ امنیت اتباع انگلیسی که در جنوب ایران در شرکت نفت ایران و انگلیس کار می‌کردند، انجام گرفت. انگلستان، ایران را در تابستان ۱۹۴۶ مورد احتقار و تهدید نظامی قرار داد^{۳۹} و سپس در پی این تهدید کشتهای جنگی خویش را در آبهای ساحلی کشور ایران مستقر کرده و بعلاوه یک واحد نظامی به بصره اعزام نمود. در توجیه این اقدام نظامی دولت انگلستان اعلام نمود که بمنظور حمایت از جان اتباع انگلیسی و حفظ منافع دولت انگلستان و در اختیار داشتن نیروی نظامی

۳۹. Kessing's Contemporary Archives, Vol. 6, (1946-1948), p. 8084.

مورد نیاز، نیروی نظامی به بصره اعزام داشته است.⁴⁰ دولت ایران بشدت نسبت به این اعزام اعتراض نموده و این عمل را نقض حاکمیت دولت ایران و نقض اصول مندرج در منشور سازمان ملل متحده تلقی نمود. دولت انگلستان ضمناً رد این اعتراض اعلام نمود که قصد تجاوز به خاک دولت ایران را ندارد، و تنها در صورتی که دولت ایران توانایی حمایت از جان اتباع انگلیسی را نداشته باشد نیروهای انگلیسی مداخله خواهد کرد.⁴¹

یک بار دیگر در جریان نهضت ملی شدن نفت در ایران و پس از رویدادهای سال ۱۹۵۱، آشوب تازه‌ای در روابط سیاسی دولتهای ایران و انگلستان پدید آمد و دوباره دولت انگلستان به منظور حفظ امنیت اتباعش در جنوب ایران کشتیهای جنگی و نیروهای نظامی اش را در مرازهای جنوبی ایران تجهیز نمود. وزیر امور خارجه انگلستان موضع حقوقی دولت متبع خود را در مجلس عوام این کشور چنین اعلام نمود: همان‌گونه که بارها به آگاهی آن مجلس رسانده‌ام، در موردی که جان اتباع انگلیسی در معرض خطر قرار گیرد، حکومت سلطنتی بریتانیای کبیر نمی‌تواند دست روی دست نهاده و در کنار بایستد. دولت ایران مسؤول است که نظم و قانون را برقرار نموده و توجه نماید که همه افراد در درون مرازهای کشور در برابر تجاوز مورد حمایت و نگهبانی قرار گیرند. اما در هر صورت اگر دولت ایران مسؤولیت خویش را در این زمینه انجام ندهد، دولت انگلستان محق و موظف به حمایت از اتباعش می‌باشد.⁴²

وزارت امور خارجه ایران اعتراض خویش را نسبت به این تهدید نظامی به دولت انگلستان اعلام نمود و همچنین در نامه‌ای که نخست وزیر ایران شخصاً برای رئیس جمهوری امریکا فرستاد، اعلام نمود که جان اتباع انگلیسی در معرض خطر نبوده و تهدیدی نسبت به دارایی آنان انجام نگرفته و دولت ایران بر اوضاع سیاسی

40. Ibid.

41. Ibid.

42. Parliamentary Debate (Hansard), Fifth Series, Vol. 489, House of Commons Official Reports, Col. 522-523, 20 June, 1951.

مملکت مسلط است.”^{۴۳}

نامه‌ها و اعتراض وزارت امور خارجه ایران حاوی استدلال حقوقی روشنی درباره موضع حقوقی ایران نیست. اما موضوع تهدید نظامی دولت انگلستان و قصد این دولت برای تجاوز به ایران به منظور حمایت از اتباع انگلیسی بعدها در ششمین جلسه کمیته ششم مجمع عمومی سازمان ملل متعدد به هنگام بحث درباره تعریف «تجاوز» مطرح شد. در آن جلسه هیأت نمایندگی دولت ایران موضع حقوقی استواری اتخاذ نمود و اعلام داشت:

دخلالت نظامی در کشوری خارجی به منظور حمایت از اتباعی که مورد بدرفتاری قرار گرفته‌اند به هیچ وجه و منطقاً از نظر حقوقی نمی‌تواند بخشی از اعمال حق دفاع مشروع تقی شود.”

۲. تجاوز نظامی دولتهای فرانسه و انگلستان به مصر

قبل‌آن نیز دولت انگلستان یکبار در ۱۹۵۲ خودش را برای حمله نظامی به مصر به بهانه حمایت از جان اتباع انگلیسی در برابر شورش‌های داخلی آن ایام مصر آماده ساخته بود^{۴۴}، اما با اقدام ارتضی مصر در سرکوبی شورش‌های داخلی موردهی برای دخالت عملی انگلستان پیش نیامد. با این حال آمادگی انگلستان برای یورش نظامی و به ویژه یادداشت مورخ بیست و هفتم زانویه ۱۹۵۲ انگلستان به دولت مصر که در آن انگلستان حق خویش و آمادگی اش را در صورت لزوم برای هرگونه اقدامی به منظور حفظ جان اتباعش اعلام داشت، بیانگر این واقعیت است که دولت انگلستان خود را متوجهد به بندهای چهارم از ماده دوم منشور ملل ندانسته و یا تفسیر و برداشت ویژه‌ای از این مقررات داشته و در هر صورت قائل به حق مداخله نظامی برای حمایت از اتباعش در کشوری خارجی است.

43. Keesing's Contemporary Archives, Vol. 8 (1950-52), p. 11603.

44. See 6 U. N. GAOR Sixth Committee, 293rd Meeting, 21 January 1952, p. 245, paras. 19-25, also 7 U. N. GAOR, Sixth Committee, 330th Meeting, 20 November 1952, p. 150, para. 50.

45. Keesing's Contemporary Archives, Vol. 8 (1950-1952), pp. 12002-12003.

در تاریخ سی و یکم ماه اکتبر ۱۹۵۶ نیروی هوایی انگلستان و فرانسه فرودگاههای نظامی مصر را در نزدیکی کanal سوئز بمباران نمودند و اندکی بعد مواضع حساس اطراف کanal را اشغال کردند.^{۴۶}

موضوع یورش نظامی فرانسه و انگلستان به مصر در شورای امنیت سازمان ملل متحد مطرح گردید و مورد بحث قرار گرفت. یکی از دلایلی که نماینده دولت انگلستان برای این یورش نظامی ذکر نمود، حمایت از امنیت اتباع کشور انگلستان و فرانسه در مصر بود. دولت انگلستان اعلام نمود که در پی رفتارهای خصم‌مانه بین مصر و اسرائیل وضعیت نابسامانی در مصر پدید آمده و در این شرایط انگلستان و فرانسه ناگزیر بودند که برای حمایت از اتباعشان اقدام نمایند.^{۴۷} نخست وزیر انگلستان در مورد یورش نظامی این دولت به خاک مصر و مغایرت این اقدام با مقررات منشور صریحاً اعلام کرد: «هیچ چیزی در منشور وجود ندارد که با حق دولتی برای انجام عملیات لازم به منظور حمایت از جان اتباع و منافع اساسی اش مغایرت داشته باشد. او تصریح می‌نماید که یک سیستم نظم و قانون بین‌المللی برقرار کرده‌ایم، اما اکنون با این واقعیت مواجه هستیم که شورای امنیت قادر به انجام وظیفه خویش نیست و بنابراین، حق خودمان را برای دفاع از اتباع و حقوق خود حفظ می‌نماییم».^{۴۸} مدتی بعد وزیر امور خارجه انگلستان اظهار داشت که دخالت نظامی در شرایطی استثنایی به منظور حمایت از جان اتباع بخشی از حق ذاتی دفاع مشروع است که در ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد پیش‌بینی شده است.^{۴۹}

46. See S. Bastide, *L'action militaire franco-britannique en Egypt et le droit des Nations unies*, *Mélange en honneur de Gibert Gidel*, (1961), p. 49; Q. Wright, *Intervention 1956*, *AJIL*, Vol. 51 (1957), p. 257.

47. See 11 U. N. SCOR 749th meeting, para. 141.

48. E. Lauterpacht, *The Contemporary Practice of the U. K. in the Field of International Law*, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 6 (1957), 326.

49. Ibid, p. 327.

۳. یورش نظامی دولت اسرائیل به فرودگاه اوگاندا

در تاریخ بیست و هفتم زوئن ۱۹۷۶، گروهی از چریکهای فلسطینی یک هواپیمای شرکت ار فرانس را بعد از آنکه از فرودگاه آتن به هوا برخاست، ربودند. هواپیما از تل آویور هسپار پاریس بود و غیر از ۱۲ نفر خدمه هواپیما، ۲۴۷ سرنشین داشت. چریکها پس از توقف کوتاهی در لیبی هواپیما را به اوگاندا بردنده. در آنجا مسافران از درون هواپیما به ساختمان قدیمی فرودگاه برده شدند. چریکها ابتدا کودکان، زنان، بیماران و سپس مسافران غیر اسرائیلی را آزاد نموده و اعلام داشتند که آزادی مسافران اسرائیلی مشروط به آزادی ۵۳ نفر از آزادی خواهان مبارز فلسطینی بوسیله دولت اسرائیل، سویس و آلمان غربی است. ابتدا دولت اسرائیل از انجام هرگونه سازش با چریکهای فلسطینی امتناع می نمود، اما در تاریخ اول زوئیه دولت اسرائیل ناگهان اعلام نمود، آمادگی دارد برای آزادی مسافران اسرائیلی در برابر آزادی زندانیان فلسطینی مذاکره نماید و سپس این تصمیم دولت اسرائیل به دولت اوگاندا و چریکهای فلسطینی اعلام گردید.

اما در شب سوم زوئیه، سه هواپیمای نظامی اسرائیلی به چریکها شبیخون زده همه آنان و گروهی از سربازان اوگاندایی را که همگی غافلگیر شده بودند کشتنده، ساختمان قدیمی فرودگاه را منفجر نموده، تعدادی از هواپیماهای میگ اوگاندا را نابود نموده و مسافران اسرائیلی را با خود به کنیا بردنده و از آنجا با یک هواپیمای بوئینگ ۷۰۷ اسرائیلی که در انتظار به سر می برد، همه را به اسرائیل بازگرداندند.^{۵۰}

شورای امنیت در تاریخ نهم، دوازدهم و سیزدهم زوئیه برای مذاکره پیرامون این موضوع تشکیل جلسه داد. دولت اوگاندا عمل اسرائیل را به عنوان «تجاوزی» به تمامت ارضی و حاکمیت سیاسی خویش توصیف کرده و آن را محکوم نمود. موضع اسرائیل این بود که این اقدام حق طبیعی و قانونی اسرائیل بوده و صرفاً در مقام دفاع مشروع اقدام نموده است.^{۵۱} اسرائیل درباره وجود چنین حقی در حقوق

۵۰. 1979 Keesing's Contemporary Archives, p. 27888.

۵۱. U. N. Doc. S/PV. 1939, 9 July 1979, pp. 51-57.

بین الملل به نظر تنی چند از حقوقدانان بین المللی و به علاوه سوابقی در این زمینه در روابط بین المللی استناد کرد. کشورهای غربی نیز در جمع به گونه‌ای کم و بیش روشن این عمل دولت اسرائیل را مورد تأیید قرار دادند و از محکوم کردن آن خودداری کردند. موضع دولت امریکا این بود که اقدام نظامی دولت اسرائیل اعمال حق دفاع مشروع بوده است.^{۵۲} دولت فرانسه نیز در شورای امنیت اعلام نمود که حمله نظامی اسرائیل تجاوز به تمامیت ارضی و حاکمیت سیاسی اوگاندا نبوده است.^{۵۳} اما موضع کشورهای جهان سوم و اتحاد جماهیر شوروی در شورای امنیت در جهت محکومیت دولت اسرائیل بود.^{۵۴} دولت پاناما نیز درباره حق ادعایی دولت اسرائیل در این خصوص اعلام داشت:

«حقی به نام حق دخالت نظامی در کشوری دیگر به منظور نجات اتباع کشور دخالت کننده که به گروگان گرفته شده‌اند، وجود ندارد. دولت پاناما مسلماً می‌پذیرد که دولت حق دارد از اتباعش حمایت کند اما این حمایت می‌باشد از طریق مسالمت آمیز انجام پذیرد. دخالت نظامی بدانگونه که در گذشته در جامعه بین المللی، دولتهای زورمند علیه کشورهای ضعیف انجام می‌داده اند جائز نیست».^{۵۵}

۴. موارد دیگر

یکی دیگر از پیشینه‌های مهم، ماجراهای کشتی بازرگانی امریکایی به نام مایاگوئز^{*} است. در تاریخ ۱۲ ماه مه ۱۹۷۵ نیروی نظامی دولت کامبوج یک کشتی بازرگانی امریکایی را همراه با تمام سرنشیان کشتی توقيف نمود. موضع دولت کامبوج این بود که این کشتی ماهیگیری دارای بار نظامی بوده، مأموریت جاسوسی داشته و به آبهای ساحلی آن کشور نیز تجاوز کرده است. موضع رسمی دولت امریکا این بود که کشتی صرفاً ماهیگیری بوده و در آبهای آزاد بین المللی مورد تجاوز

52. U. N. Doc. S/PV, 1941, 12 July 1976, pp. 31-32.

53. U. N. Doc. S/PV, 1943, 14 July, 1976, pp. 28-31.

54. U. N. Chronicle, Vol. 13, No. 8, 1976, p. 22.

55. U. N. Doc. S/PV 1942, 13 July 1976, p. 14.

*. MAYAGUEZ

مقامات نظامی کامبوج قرار گرفته است و سپس دولت امریکا این عمل را راهزنی دریایی نامید.^{۵۶} به ویژه در نامه‌ای که دولت امریکا برای دبیر کل سازمان ملل متحد فرستاده، اعلام نمود که عمل دولت کامبوج بدون وجود هیچ گونه تحریک قبلی از سوی دولت امریکا انجام گرفته و این امر «خطری برای صلح و امنیت بین المللی تلقی می‌شود»؛ ضمناً اعلام نمود در صورتی که کوششها و میانجیگرهای دبیر کل سازمان برای رفع بحران به جایی نرسد، ایالات متحده امریکا خود برای حمایت از جان اتباعش و در اعمال حق دفاع مشروع خوبیش طبق ماده ۵۱ منشور هرگونه اقدام لازم را به عمل خواهد آورد.^{۵۷} سرانجام دولت امریکا به عنوان حمایت از جان اتباعش و با پوشش حق دفاع مشروع عملیات نظامی بسیار گسترده‌ای انجام داد و کشتی و سرنشینان امریکایی آن را آزاد ساخت و سپس گزارش عملیات نظامی اش را طبق دستور ماده ۵۱ منشور به اطلاع شورای امنیت رسانید.

آنچه که درباره این رویداد جالب می‌باشد این است که در سال ۱۹۷۷ گروهی از کارمندان کشتی مورد بحث دعوا برای در دادگاه‌های امریکا علیه دولت امریکا و علیه مالک کشتی طرح کردند. موضوع دعوا مطالبه خسارت بابت صدمه‌های روانی و جسمی از دولت امریکا در این رویداد بود. در این دعوا خواهانها یعنی سرنشینان کشتی اعلام نمودند که کشتی بار نظامی داشته، مأموریت آن جاسوسی بوده، هیچ پرچمی بر فراز آن افراسته نبوده و به آبهای ساحلی کامبوج تجاوز نموده بود.^{۵۸}

مورد دیگر مربوط به دخالت نظامی بلژیک در کشور افریقایی کنگو به منظور حمایت از اتباع دولت بلژیک در آن کشور بود. این دخالت نظامی در تاریخ ۱۰ زوئیه ۱۹۶۰ یعنی درست اندک زمانی بعد از اعلام استقلال این کشور انجام

56. Keesing's 1975, p. 28239; White House Press Release, May 12, 1975; The Department of State Bulletin, Vol. 72, (1975), p. 719.

57. Ibid, pp. 230-231.

58. See J. J. Paust, More Revelations About Mayaguez, Boston College International and Comparative Law Review, Vol. 4 (1981), pp. 63 ff.

گرفت.^{۵۹} در توجیه این اقدام نظامی نخست وزیر بلژیک اظهار داشت که بلژیک در اجرای حق مسلم خویش که در حقوق بین الملل شناخته شده به منظور حمایت از جان اتباعش اقدام نموده است. بلژیک به ویژه این اقدام نظامی را مأموریتی بشردوستانه توصیف کرد. در شورای امنیت نیز نماینده بلژیک استدلالات مشابهی ارائه نمود.^{۶۰} در شورای امنیت، دولتهای فرانسه و انگلستان از اقدام دولت بلژیک به عنوان مأموریتی بشردوستانه، قانونی و مشروع دفاع کردند.^{۶۱} در مقابل دولت تونس و دولت اتحاد جماهیر شوروی اعلام نمودند که اقدام دولت بلژیک تجاوز به استقلال سیاسی و تمامت ارضی بوده است.^{۶۲} سرانجام در قطعنامه‌ای که به تصویب رسید، شورای امنیت بدون اینکه دولت بلژیک را به عنوان متجاوز به تمامت ارضی و استقلال سیاسی دولت کنگو محکوم نماید، فقط از دولت بلژیک درخواست نمود که نیروهای نظامی اش را از کنگو فراخواند و همچنین از دبیر کل سازمان ملل متعدد درخواست نمود که به دولت کنگو برای برقراری نظم کمک نماید.^{۶۳}

مورد دیگر به دخالت نظامی دولت امریکا در سال ۱۹۶۵ در جمهوری دومینیکن مربوط می‌باشد. در پی برخی ناآرامی‌های سیاسی در این کشور و مبارزات سیاسی در درون این کشور برای کسب قدرت و درگیری برخی گروههای سیاسی، ناگهان نیروهای نظامی امریکا در تاریخ بیست و ششم آوریل ۱۹۶۵ وارد خاک جمهوری دومینیکن شدند.^{۶۴} دولت امریکا در شورای امنیت اعلام نمود که منظور از دخالت نظامی اش برقراری نظم و حمایت از جان هزاران اتباع امریکایی بوده است.^{۶۵} به علاوه در شورای امنیت دولتهای انگلستان، چین ملی، هلند و

59. See D. McNair, *The Post Independence War in the Congo*, in the International Law of Civil War (R. Falk ed) 1971, pp. 272 ff.

60. 15 U. N. SCOR, 873rd meeting, 13 July 1960, paras 177 ff.

61. Ibid, paras. 144-121.

62. Ibid, para. 87 (Tunisia); para. 99 (U. S. S. R.).

63. Resolution adopted on July 14, 1960 (S/4387).

64. R. T. Bohan, *The Dominican Case: Unilateral Intervention*, A. J. I. L., Vol. 60 (1966), pp. 809 ff.

65. 20 U. N. SCOR; 1196th Meetings, 3 May 1965, para. 67.

فرانسه از اقدام دولت امریکا براساس حق^{۶۶} هر دولتی برای مداخله نظامی در کشوری دیگر جهت حمایت از اتباع خویش حمایت کردند.^{۶۷}

دولت کوبا در این خصوص موضعی مخالف اتخاذ کرده و به نظر حقوقی پروفسور آرشاگ اشاره و استناد نموده است و همچنین اعلام داشت که طبق مقررات منشور کاربرد زور فقط در یک مورد جایز است و آن عبارت است از دفاع مشروع در برابر حمله ای مسلحانه.^{۶۸} دولت اتحاد جماهیر شوروی [سابق]^{۶۹} نیز اعلام نمود که دخالت نظامی امریکا در کشوری مستقل و حاکم، نقض آشکار بند چهارم ماده دوم منشور می باشد.^{۷۰} همچنین دولت شوروی پیش نویس قطعنامه ای را برای اعلام محکومیت دولت امریکا به شورای امنیت پیشنهاد نمود، ولی این پیشنهاد مورد تصویب قرار نگرفت.^{۷۱}

بند سوم برداشت‌ها و نتیجه‌گیری

پس از بررسی موارد فوق، باید پرسید که آیا واقعه حق و قاعده‌ای در حقوق بین الملل وجود دارد که به موجب آن دولتی بتواند به منظور حمایت از جان و حقوق اتباعش که در کشوری خارجی اقامت دارند به خاک آن کشور تجاوز نظامی نماید و بدینگونه در مقام دفاع از اتباع خویش برآید؟ آیا عرف و روابط بین المللی بیانگر وجود چنین «قاعده‌ای» هستند؟ بین حقوق‌دانان بین المللی در این زمینه هماهنگی وجود ندارد. حقوق‌دانان کشورهای جهان سوم و همچنین برخی از

۶۶. See 20 U. N. SCOR, 1198th Meeting, 4 May 1965, para. 37; Ibid, 1202th meeting, 6 May 1965, para. 19; Ibid 1203th meeting, 7 May 1965, para. 4; Ibid, 1198th meeting, 4 May 1965, paras. 111-112.

۶۷. 20 U. N. SCOR, 1200th meeting, 5 May 1965, para. 81.

۶۸. 20 U. N. SCOR; 1196 meeting, 3 May, para. 10.

۶۹. 20 U. N. SCOR; 1214 meeting, 4 May 1965, paras. 123-126.

حقوق دانان کشورهای غربی با این دخالتها مخالف بوده و آن را نمایشی از سیاست زور و تجاوز می‌دانند. اما برخی دیگر از نویسنده‌گان غربی در مقام توجیه و دفاع از این اندیشه هستند. با توجه به این ناهماهنگی پاسخ این پرسش را باید در رویه دولتها جستجو نمود.

موقع کشورها در این زمینه بیشتر در هنگام طرح مسأله در شورای امنیت و برخی اوقات در خارج از شورا به صورت اعلامیه از سوی دولتها و وزارت خارجه آنان اعلام شده است. به بسیاری از این واکنشها قبلًا اشاره کردیم. در اینجا به اشاره و برداشتی کلی بسنده می‌کنیم. دولت ایالات متحده امریکا حق ادعایی خویش را برای تجاوز نظامی به کشور دیگر براساس «حق دفاع مشروع» در ماده ۵۱ منشور توجیه می‌نماید. در این باره می‌توان به موقع این دولت درباره تهاجم نظامی به خاک ایران در تاریخ ۲۴ آوریل ۱۹۸۰ و توجیه این تهاجم در پی رویدادهای سفارت امریکا در تهران در سال ۱۹۷۹ استناد نمود. این تهاجم نظامی در پی تصادف یک چرخ بال با یک هواپیمای نظامی مهاجم و از بین رفنگرهی از این سربازان امریکایی به پایان نرسید و با شکست مواجه شد. دو مطلب در موقع مقامات دولت امریکا درباره این تهاجم نظامی جالب توجه است. نخست آنکه مقامات سیاسی امریکا از کاربرد واژه تجاوز و یا حتی عملیات نظامی پرهیز نموده و عملیات را صرفاً یک مأموریت انسانی^{*} و یا عملیات نجات^{**} نامیده‌اند. مخصوصاً وزیر دفاع دولت امریکا تصريح می‌نماید که این اقدام، عملیات نظامی نبوده بلکه عملیات نجات بوده است. درست در همان ایام دعوای دولت امریکا علیه ایران درباره رویدادهای سفارت در دیوان بین المللی دادگستری مطرح و دیوان در مقام رسیدگی نهایی و صدور حکم بود. کاملاً پیدا است که کوشش مقامات سیاسی امریکا برای پرهیز از واژه «تجاوز و یا عملیات نظامی» کوششی آگاهانه بوده است. مطلب دیگر اینکه مقامات امریکایی اعلام می‌نمایند که در انجام این عملیات، دولت امریکا در مقام اعمال حق قانونی خویش طبق ماده ۵۱ منشور

* Humanitarian Mission.

** Rescue Operation.

بوده^{۷۰} و این موضوع در گزارش دولت امریکا به شورای امنیت و دیوان مورد تأکید قرار گرفته است.^{۷۱} از اظهارات نخست وزیر و وزیر امور خارجه انگلستان در مجلس عوام این کشور به هنگام تهدید نظامی علیه ایران در سالهای ۱۹۴۶ و ۱۹۵۱ و تهاجم نظامی به خاک کشور مصر در ۱۹۵۶ چنین برداشت می شود که این کشور ضمن اعتقاد به شمول حق دفاع مشروع بر مورد «حمایت و دفاع از اتباع مقیم در خارج در موارد ضروری» در عین حال اعتقاد دارد که حق خودبیاری یعنی حق کاربرد زور برای اجرای حقوق و منافعش که قبل از تصویب منشور در حقوق بین الملل وجود داشته است، پس از تصویب منشور هم پیوسته وجود دارد و مقررات منشور نافی این حق نیستند. دولت اسرائیل نیز در مقام توجیه یورش نظامی اش به فروندگاه اوگاندا به ضرورت حق دفاع مشروع استناد نموده و به نظر برخی از علمای حقوق بین الملل و همچنین پیشینه های موجود در روابط بین المللی در این زمینه اشاره کرده است. برخی دولتهای دیگر به وجود چنین حقی در حقوق بین الملل استناد نموده و کوشش کردند که آنرا براساس ضرورتهای اخلاقی و معنوی توجیه نمایند.

در جمع، توجیه دولتهای متجاوز در این زمینه براساس «دفاع مشروع»، «حال ضرورت»، «حق خودبیاری» و «حق مداخله انسانی براساس الهام های اخلاقی و انسانی بین المللی» استوار بوده است.

از سوی دیگر کشورهایی که قربانی یورش نظامی بوده اند، این اقدامات را محکوم نموده اند. به نظر این دولتها تجاوزهای مزبور دارای هیچ جایگاهی در منشور سازمان ملل متحد و عرف بین المللی نیست. نماینده دولت ایران در کمیته ششم مجمع عمومی سازمان ملل متحد هنگام گفتگو پیرامون تهدید نظامی دولت انگلستان تصریح نموده است که از نظر دولت ایران حقی در حقوق بین الملل برای تهدید و دخالت نظامی وجود ندارد. موضع دولت اوگاندا و کامبوج نیز همین گونه

70. See the Department of State Bulletin, Vol. 80 (1980), No. 2039, pp. 38-41.

71. Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, ICJ Report, 1980, pp. 18-19, para. 32.

بوده است. کشورهای غربی و اسرائیل از وجود چنین حقی در حقوق بین الملل دفاع نموده اند، اما کشورهای جهان سوم وجود چنین حقی را رد کرده اند. دولت انگلستان نخستین دولتی بود که پس از تهاجم نظامی امریکا به خاک ایران آن را قانونی و در چارچوب «دفاع مشروع» تلقی نمود و در مقام دفاع کامل و اظهار پشتیبانی از این اقدام برآمد.⁷² دولت آلمان غربی و بطور کلی تمامی کشورهای اروپایی عضو شورای اروپا همبستگی خویش را با دولت امریکا اعلام داشتند.⁷³ دولت استرالیا از ناکامی مأموریت نظامی امریکا اظهار تأسف کرد.⁷⁴ دولت اسرائیل عملیات نظامی امریکا را ستایش نمود.⁷⁵ دولت کانادا نیز یورش نظامی امریکا را رفتاری بی باکانه تلقی نموده و آنرا تأیید کرد.⁷⁶ به نظر ما رسواترین موضع، از سوی رئیس جمهور مصر اعلام گردید که اعلام نمود شکست مأموریت یک بدشانسی بزرگ بوده و دولت ایالات متحده امریکا می باشند یک بار دیگر برای انجام این مأموریت کوشش نماید و دولت مصر نیز برای کمک و تقدیم هرگونه تسهیلات لازم آمادگی دارد.⁷⁷ از سوی دیگر، دولت شوروی [سابق] یورش نظامی امریکا به خاک ایران را محکوم نمود و اعلام داشت که ایالات متحده امریکا حقوق بین الملل را نقض کرده است.⁷⁸ دولت چین نیز اعلام نمود که کوشش برای آزادی گروگانها، تجاوز به تمامت ارضی دولت ایران بوده است.⁷⁹ دولتهای کوبا⁸⁰، هند⁸¹ و پاکستان نیز یورش نظامی امریکا را کم و بیش بشدت مورد انتقاد قرار داده

72. See W. K Parliamentary Debates (Hansard), Fifth Series, Vol. 983, House of Commons Official Reports, Session 1979-80, pp. 881-879.

73. See Le Monde, 29 April 1980, p. 3 and 30 April, p. 4.

74. Keesing's 1980, p. 30534.

75. Ibid.

76. The New York Times, April 26, 1980, A 10.

77. The Times, April 26, 1980, p. 5.

78. Ibid.

79. The Times, April 28, 1980, p. 6.

80. The New York Times, April 26, 1980, A 10.

81. Ibid.

و آن را نقض حاکمیت دولت ایران تلقی نمودند. دولت پاکستان نیز هرگونه معاونت خویش را در انجام عملیات با دولت امریکا انکار نمود.^{۸۲} درباره واکنش دولت شوروی [سابق] در برابر این گونه تجاوزهای نظامی اشاره به این مطلب ضرورت دارد که این دولت تاکنون در کنار کشورهای جهان سوم و کشورهای امریکای لاتین واکنشی بسیار شایسته و استوار داشته است. در سال ۱۹۶۰ در هنگام تجاوز دولت بلژیک به کنگو، وزارت امور خارجه شوروی یادداشتی به زبان فرانسه به سفارت بلژیک در مسکو تسلیم نمود که در آن اعلام گردیده بود:

«تأکید بر این مطلب لازم است که اشاره و استناد به حمایت از جان اتباع مقیم در کشوری دیگر به منظور ضرورت برقراری نظم در آن کشور، ترفند بسیار کهنه ای است که با توصل به آن قدرتهای استعماری بارها در جریان قرن نوزدهم و آغاز قرن بیستم در کشورهای آسیایی، افریقایی و امریکای لاتین به دخالت مسلحانه پرداختند. اما این امر که امروز هم یکباره دیگر به این ترفندهای جنایت‌آمیز دست‌زده می‌شود، آشکارا بیانگر وصف درنده خوبی نظام استعماری جدید دولت ایالات متحده امریکا و سایر قدرتهای امپریالیستی است.»^{۸۳}

اما با توجه به تحولات اخیر در نهادهای سیاسی و اجتماعی کشور شوروی، درباره موضع آینده این کشور در برابر ترفندهای کشورهای امپریالیستی تردید بسیاری وجود دارد.

اشارة کوتاهی هم به رویه دیوان بین المللی دادگستری درباره وصف قانونی تجاوز نظامی به خاک کشوری دیگر ضرورت دارد. تهاجم نظامی امریکا به خاک ایران به هنگام رسیدگی دیوان بین المللی دادگستری به دعوای ایالات متحده امریکا علیه ایران درباره رویدادهای سفارت رخ داد. دیوان به این رویداد توجه نموده و آن را مورد اظهار نظر قرار داده است. اما این اظهار نظر روش نیست و به موضوع قانونی بودن یا نبودن این گونه تجاوزهای نظامی پاسخ نمی‌دهد. در هر صورت در اظهار نظر دیوان درباره این رویداد دو نکته قابل توجه است. ابتدا دیوان با زبانی

82. Le Monde, 27-28 Avril, 1980, p. 4.

83. Quoted by N. Ronzitti, op. cit, No. 68, p. 60.

کم و بیش ملایم نگرانی خویش را از تجاوز دولت امریکا به خاک ایران ابراز داشته است: «دیوان نمی‌تواند از ابراز احساس نگرانی خویش درباره تجاوز دولت امریکا به خاک ایران خودداری نماید».^{۸۴} سپس با توجه به اینکه تهاجم نظامی امریکا درست هنگامی رخ داد که دعوی اختلاف درباره رویدادهای سفارت در دیوان مطرح و دیوان در مقام صدور حکم بود، دیوان در پی ابراز نگرانی خویش بشرح فوق چنین اضافه می‌کند:

«بنابراین دیوان ناگزیر به بیان این مطلب است که چنین عملیات نظامی در این اوضاع و شرایط موجب صدمه و زیان به حرمت دادرسی قضایی در روابط بین المللی است».^{۸۵}

همانگونه که ملاحظه می‌شود، اظهار نظر دیوان چندان روشن نیست. دیوان فقط به ابراز نگرانی بسته نموده و از محکومیت صریح دولت امریکا خودداری کرده است. تأکید دیوان بر این است که عملیات در هنگامی رخ داده که یک دادرسی قضایی در جریان بوده و این عملیات به حرمت دادرسی قضایی صدمه زده است. بنابراین باید چنین برداشت نمود که از نظر دیوان این گونه تجاوزهای نظامی فی نفسه غیرقانونی نیست. اما از سوی دیگر باید توجه داشت که طبق ادعای دولت ایالات متحده امریکا، دولت ایران تعهد بین المللی خویش را به شرح بند چهارم از ماده ۲ منشور سازمان ملل متحد درباره عدم کاربرد زور علیه تمامت ارضی و استقلال سیاسی کشورهای دیگر در روابط بین المللی نقض کرده و از این نظر مسؤولیت بین المللی دارد، اما دیوان مسؤولیت دولت ایران را در این زمینه نپذیرفته است. همچنین باید توجه نمود که دیوان در مقام اظهار نظر قضایی در مورد تهاجم نظامی امریکا به خاک ایران نبوده است و هیچ یک از دو دولت طرف دعوی از دیوان درخواست اظهار نظر در این باره ننموده بودند. با توجه به این مراتب و با توجه به ابراز نگرانی دیوان، چنین به نظر می‌رسد که از نظر دیوان تجاوز نظامی دولت امریکا غیرقانونی بوده است. از سوی نویسنده‌گان غربی نیز مقاله‌ها و

84. ICJ Report, 1980, p. 43, para. 93.

85. Ibid.

تفسیرهای بسیار زیادی بر رأی دیوان و به ویژه اظهار نظر دیوان درباره تجاوز نظامی امریکا به ایران اختصاص یافته است. به نظر برخی از نویسندهای دیوان تجاوز نظامی امریکا را محاکوم نموده و به نظر برخی دیگر تأیید کرده است.^{۸۶} در میان چند تن از قضات دیوان که عقیده خویش را جداگانه نوشته و در بی حکم دیوان ثبت کرده‌اند، موضع آقای مزوف^{*} قاضی شوروی [سابق] بسیار روشن و آگاهانه است. ایشان اظهار نظر کرده‌اند: «بر این باور هستم که دیوان در دیدی صرفاً حقوقی، می‌توانست به این واقعیت مسلم حقوقی توجه نماید که ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متعدد که حق دفاع مشروع را تأسیس نموده است، فقط در موردی می‌تواند مورد استناد قرار گیرد که حمله مسلحانه‌ای علیه یکی از اعضای سازمان ملل متعدد انجام گرفته باشد و در مدارکی که درباره رویدادهای شب ۲۴ و ۲۵ آوریل بوسیله دولت امریکا به دیوان ارائه شده است، دلیلی بر وجود هیچ گونه حمله‌ای علیه دولت امریکا وجود ندارد».^{۸۷}

آیا در عرف بین المللی قاعده‌ای وجود دارد که تجاوز نظامی دولتی به دولت دیگر را به منظور حمایت از اتباعش مجاز بداند؟ می‌توان چنین اظهار نظر نمود که هنوز رویه و پیشینه‌های کافی در روابط بین المللی برای تشکیل و تأیید چنین قاعده‌ای وجود ندارد؛ اما در کنار این واقعیت، واقعیت دیگری هم وجود دارد و آن اینکه هر چند هنوز قاعده و حق وجود ندارد ولی در روابط بین المللی، گرایشی در این زمینه به چشم می‌خورد. در اثبات این گرایش، صرفنظر از همه مراتب بالا، اشاره‌ای به تاریخچه مذاکرات تهیه قرارداد بین المللی علیه گروگانگیری (۱۹۷۹) مناسب است. به موجب ماده سوم این قرارداد بین المللی دولتی که گروگانها در خاک وی هستند، موظف است که تمام اقدامات لازم و مناسب را برای رهایی گروگانها انجام دهد. البته دولت متبوع گروگانها دارای چنین اختیاراتی نیست. در جریان مذاکرات مقدماتی قرارداد، دولت الجرییر با توجه به پیشنهاد حمله نظامی دولت اسرائیل به خاک کشور اوگاندا به منظور رهایی گروگانهای اسرائیلی،

86. See N. Ronzitti, op. cit., No. 68, p. 60.

*. P. MOROZOV

87. ICJ Report, 1980, pp. 56-7.

پیشنهادی مبنی بر ممنوعیت کاربرد زور و یا تهدید به کاربرد زور علیه حاکمیت، تمامت ارضی و استقلال سیاسی کشورهای دیگر به منظور رهایی گروگانها ارائه نمود. اما این پیشنهاد به تصویب نرسید. البته این قرارداد حاوی هیچ مجوزی برای کاربرد زور و تهدید به کاربرد زور از سوی دولت متبع گروگانها برای آزادی گروگانها نیست. رد پیشنهاد دولت الجزایر بیانگر وجود گرایشی، هرچند ضمنی، در روابط بین المللی برای تجویز و قانونی دانستن کاربرد زور برای رهایی اتباع می باشد.

۲

دخالت نظامی برای حمایت از اتباع کشور مورد تجاوز

در این بخش به بررسی نوعی دیگر از تجاوزهای نظامی که با انگیزه و یا بهانه حقوق بشر دوستانه و دفاع از دمکراسی انجام می شوند، می پردازیم. در این موارد کشوری به خاک کشور دیگر، نه برای حمایت از اتباع خویش، بلکه برای حمایت از اتباع کشوری که مورد تجاوز قرار گرفته است، تجاوز و دخالت نظامی می نماید. توجیه این دخالت‌های نظامی نیز بر پایه تفسیری محدود و مشروط از مقررات بند چهارم ماده ۲ منشور سازمان ملل متحد و به ویژه با توجه به نارساییهای این سازمان در انجام وظایف خویش و بر پایه اصول اخلاقی و اصول حقوقی مندرج در منشور سازمان ملل متحد درباره حقوق بشر استوار است.

بند اول

ارزیابی وصف قانونی دخالت‌های نظامی بشردوستانه در پرتو اصول مندرج در منشور سازمان ملل متحد

آیا تجاوز نظامی به خاک کشوری دیگر برای دفاع از حقوق بشر با تعهدات بین‌المللی دولتها درباره منع کاربرد زور و یا تهدید به کاربرد زور در روابط بین‌المللی و همچنین با اصل عدم مداخله در امور داخلی کشورها، سازگاری دارد؟ بخشی از استدلالهای حقوقی که در این باره عنوان می‌شوند، همان استدلالهایی هستند که در بخش پیش بررسی شدند و نیازی به تکرارشان نیست. آنچه که تازگی دارد توجیه و استدلالهایی هستند که درباره تفسیر مقررات مربوط به منع کاربرد زور با توجه به هدفهای سازمان ملل متحد و در پرتو اصول اخلاقی مانند مشروعيت دولت، حقوق بشر و دمکراسی عنوان می‌شوند.

۱. تفسیر مقررات مربوط به ممنوعیت کاربرد زور در پرتو هدفهای سازمان ملل متحد

چنین استدلال می‌شود که دخالت نظامی برای دفاع از حقوق افراد ستمدیده و مظلوم متضمن کشورگشایی و یا تجاوز به حاکمیت و استقلال سیاسی کشور دیگر نیست^{۸۸} و به علاوه این دخالت و انگیزه آن با هدفهای سازمان ملل متحد نیز انتظامی و هماهنگی کامل دارد. توضیح اینکه مقام و منزلت هر فرد انسانی در جامعه و احترام به حقوق طبیعی و عزت انسانی وی و پاسداری از جان و مال و حقوق مدنی و سیاسی وی همگی رسمیاً در منشور سازمان ملل متحد اعلام شده‌اند؛ به علاوه گسترش و پاسداری از حقوق بشر به این شرح یکی از وظایف اساسی سازمان ملل متحد می‌باشد. در این زمینه بندهای دوم و سوم از ماده اول منشور درباره اعلام آزادیهای اساسی، حقوق بشر، حقوق برابر همه افراد، حق ملتها برای

۸۸. Reisman, M., A Humanitarian Intervention (in Humanitarian Intervention and the United Nations, R. B. Lillich ed., 1973), p. 177.

تعیین سرنوشت سیاسی خود به عنوان وظایف و هدفهای سازمان ملل متحد، گویای این مطلب می‌باشد. بعلاوه، تمام دولتها در مواد ۵۵ و ۵۶ منشور سازمان ملل متحد معهد شده‌اند که اقدامهای عملی لازم را برای دستیابی و انجام هدفهای سازمان ملل متحد درباره اصول مربوط به حقوق بشر به عمل آورند. بنابراین، اقدام نظامی برای حمایت از جان و حقوق افراد در کشوری دیگر با هدفهای سازمان ملل و با تعهد دولتها در مواد ۵۵ و ۵۶ منشور هماهنگی کامل دارد. در این استدلال به ویژه تأکید می‌شود که در چارچوب هدفها و اصول سازمان ملل متحد همان‌گونه که در سرآغاز و در ماده اول منشور اعلام شده، حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و حفظ و احترام به ارزش‌های اخلاقی و متعالی انسان، همه از نظر اهمیت در یک درجه قرار دارند. این ارزش یعنی ارزش‌های مربوط به حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و ارزش‌های اول را بر ارزش‌های گروه دوم پرتر دانسته و با این احساس از اقدام و دخالت نظامی برای نگهبانی و دفاع از ارزش‌های گروه دوم خودداری نمود. بنابراین اگر مقررات بند چهارم ماده ۲ منشور درباره ممنوعیت کاربرد زور در روابط بین‌المللی در پرتو اهداف و مقاصد منشور سازمان ملل متحد که این مقررات در چارچوب آنها قرار گرفته‌اند، تفسیر شود، نتیجه این خواهد شد که کاربرد زور برای سرنگون ساختن حکومتی دیکتاتوری مشمول ممنوعیت کاربرد زور نخواهد بود و نه تنها هیچ مغایرتی با اصول و هدفهای منشور ندارد بلکه در خدمت این اهداف است. بنابراین، اظهار نظر مبنی بر اینکه دخالت‌های نظامی بدینگونه مغایر با بند چهارم ماده ۲ می‌باشد، واگون نمودن واقعیت است.⁸⁹ هماهنگ با این استدلال یکی از نویسنده‌گان روش تفسیری ویژه‌ای پیشنهاد می‌نماید. این روش تفسیر بر اساس مقایسه و ارزیابی ارزشها استوار است. بدین توضیح که دولتها بموجب بند چهارم از ماده ۲ منشور معهد شده‌اند که در روابط بین‌المللی از کاربرد زور و یا حتی تهدید به کاربرد زور خودداری نمایند. این تعهد از ارزش‌هایی مربوط به تمامت

⁸⁹ Ibid., at 171-173; R. B. Lillich, Humanitarian Intervention, at pp. 237-244.

ارضی و استقلال سیاسی کشورها پشتیبانی می‌کند. اما از سوی دیگر دولتها تعهد دیگری نیز دارند که موضوع این تعهد نگهبانی از ارزش‌هایی درباره حفظ جان و عزت افراد بشر است. در مقام مقایسه، تقدم و برتری با ارزش‌های انسانی است. تعهد دولتها برای نگهبانی از حقوق اساسی افراد، مهمتر از تعهدشان برای احترام به حاکمیت سیاسی و تمامت ارضی کشورها است. بنابراین کاربرد زور برای دفاع از حقوق بشر هرچند که برخلاف تعهد دولت درباره احترام به تمامت ارضی و حاکمیت سیاسی دولتها دیگر است، اما نظر به اینکه این اقدام برای حفظ تعهد مهمتر و اساسی‌تری درباره حقوق بشر انجام می‌گیرد، اقدامی غیرقانونی نیست.

هرچند که این استدلال بر اصول اخلاقی و حقوق فطری و طبیعی انسان استوار است، اما بر آن انقاد شده است که هدفها و اصولی که سازمان ملل متعدد به منظور انجام و تحقق آنها تشکیل شده، همه از نظر اهمیت یکسان و برابر هستند. بنابراین نبایستی تأمین صلح و امنیت بین المللی و خودداری از کاربرد زور در روابط بین المللی را مقدم و برتر از سایر هدفهای منشور درباره حقوق بشر تلقی نمود. بایستی توجه نمود که هدفهای اقتصادی و فرهنگی و اجتماعی چه در سرآغاز منشور و چه در بند سوم از ماده ۱ به عنوان اهداف و مقاصد اساسی سازمان ذکر و اعلام شده‌اند. اکنون با توجه به استدلال‌هایی که بیان شدند، این پرسش پیش می‌آید که آیا جنگ و تهدید به جنگ برای انجام این هدفهای اقتصادی جایز است؟ به عبارت دیگر، آیا می‌توان از حفظ صلح و امنیت بین المللی چشم پوشید و صرفاً به خاطر انجام برنامه اقتصادی به جنگ پرداخت؟ مسلمان خیر. واقعیت این است که نخستین و برترین وظیفه سازمان ملل متعدد حفظ صلح و امنیت در روابط بین المللی است. مقدمه منشور سازمان ملل متعدد درباره تصمیم دولتها عضو جامعه بین المللی برای تشکیل این سازمان جهانی و شرح مأموریت این سازمان جهانی با این واژه آغاز می‌شود:

«ما مردم ملل متعدد، تصمیم گرفته‌ایم که نسلهای آینده را از درد و بدبختیهای جنگ که دوبار در دوره زندگی خود ما، رنجها و مصائب ناگفتی بی‌شماری برای جامعه انسان به وجود آورده، نجات دهیم ...»

درست است که در بی اعلام این مأموریت و منظور، مأموریتهای انسانی، اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی دیگری برای سازمان ملل متحد اعلام شده‌اند، اما کاملاً پیداست که حفظ صلح و امنیت بین‌المللی و پیشگیری از کاربرد زور و حتی تهدید به آن نخستین و مهم‌ترین مأموریت سازمان ملل متحد است و بر سایر مأموریتهای سازمان تقدیم اساسی دارد. مواد ۵۵ و ۵۶ منشور، از دولتهای عضو سازمان درخواست ننموده است که به منظور انجام هدفهایی مانند افزایش سطح زندگی افراد، تهیه کار، تأمین زندگی شایسته و مناسب و یا تأمین آزادیهای اساسی برای همه افراد، کشورهای دیگر را مورد تجاوز نظامی قرار دهند.^{۹۰} در ماده ۵۶ منشور، دولتها متعهد شده‌اند که اقدامات لازم را به تنها و با بهمکاری خود سازمان برای انجام این هدفهای انسانی، اقتصادی و فرهنگی در درون جامعه سیاسی خویش انجام دهند و در هر صورت هیچ دولتی خود سرانه دارای هیچ مسؤولیت و حقی برای نظارت و اجرای این وظایف در درون جامعه سیاسی دیگر نیست. حتی اگر فرض نماییم که هر دولتی برای گسترش و نگهبانی از حقوق اساسی انسانی چه در درون جامعه خویش و چه حتی نسبت به افراد انسانی در جامعه‌های سیاسی دیگر دارای تعهد بین‌المللی است، در هر صورت باید توجه داشت که تنها وظیفه دولتها در انجام این تعهد، همکاری انسانی، سیاسی و اقتصادی در سطح بین‌المللی با دولتهای دیگر است و مسلماً این همکاری و شرکت و همدردی انسانی مرادف و یکسان با تعهد و الزامی بین‌المللی که مستلزم و مجوز کاربرد زور و دخالت نظامی باشد، نیست. در هر صورت، این تعهدات انسانی و اخلاقی دارای اهمیتی یکسان و برابر با تعهد و الزام دولتها برای خودداری از کاربرد زور در روابط بین‌المللی و حفظ صلح و امنیت بین‌المللی نیستند. درباره سلسه مراتب ارزشها و هدفهای مندرج در منشور سازمان ملل متحد می‌توان به اظهار نظر پروفسور باوت استناد کرد:

«ابتدا و مهمتر از همه این ارزشها عبارتند از: نیاز به حفظ صلح بین‌المللی و تا آنجا که ممکن است، کاهش کاربرد زور بدون اجازه سازمانهای صلاحیتدار

90. T. M. Franck and N. S. Rodley, After Bangladesh; The Law of Humanitarian Intervention by Military Force, 67 AJIL (1973), p. 300.

جامعه بین‌المللی، دوم نیاز به حمایت از امنیت و استقلال سیاسی دولتها، سوم توجه و نیاز به شناسایی این واقعیت که دولتها فی نفسه واقعیتی ندارند و وجود و تأسیس آنها به منظور تأمین حقوق بشر، از جمله حق خود مختاری ملت‌ها است».^{۱۱}

از سوی دیگر، در مقام پاسخ به استدلالهایی که کاربرد زور را براساس تفسیری کشدار از بند چهارم ماده ۲ منتشر در پرتو حقوق بشر دوستانه و هدفهای متعالی اخلاقی سازمان ملل متحده جایز می‌دانند، استناد و اشاره به قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل نیز کاملاً مناسب به نظر می‌رسد. سازمان ملل از آغاز تشکیل خود تاکنون در انجام مأموریت خوبیش به منظور حفظ حقوق بشر، قطعنامه‌ها و قراردادهای بین‌المللی فراوانی در موارد مختلف تدوین نموده است. شاید تاکنون بیش از ۷۰ قرارداد بین‌المللی در این زمینه از سوی سازمان تهیه شده باشند. مهمترین آنها که جایگاه پر اهمیتی در حقوق بین‌المللی دارند، عبارتند از: اعلامیه جهانی حقوق بشر، میثاق‌های بین‌المللی درباره حقوق اقتصادی، اجتماعی و فرهنگی، میثاق بین‌المللی درباره حقوق مدنی و سیاسی، اعلامیه تهران، قرارداد بین‌المللی درباره از بین بردن تبعیض نژادی به هرگونه و به هر شکل که باشد، قرارداد پیشگیری و مجازات کشتار دسته جمعی (قتل عام)، قرارداد درباره حقوق سیاسی زن، اعلامیه اعطای استقلال به کشورهای مستعمره و مردم آن و بسیاری قراردادهای دیگر. تمام این قراردادها متضمن اعلام حقوق بشر و تعهد دولتها برای اجرای حقوق می‌باشند، اما با تمام احوال و با تمام اهمیتی که حقوق بشر و احترام به جان و عزت آدمی دارد، هیچ کدام از این قراردادها متضمن حقی برای هیچ دولتی در کاربرد زور جهت اجرای حقوق بشر به شرح مندرج در این قراردادها و اسناد نیست. به علاوه در بسیاری از قطعنامه‌های سازمان ملل متحده کاربرد زور و دخالت در امور داخلی دولتهای دیگر به طور کلی قدغن شده است. قطعنامه شماره ۳۳۱۴ مورخ دسامبر ۱۹۷۴ مجمع عمومی سازمان ملل متحده درباره تعریف تجاوز، در ماد

91. D. W. Bowett, Intervention and Self-Defence, in Law and Civil War in the Modern World (J. N. Moore ed.), p. 39.

۱ تا ۴ خویش در مقام تعریف تجاوز و موارد آن برآمده و سپس در ماده ۵ اعلام می‌دارد که:

«هیچ گونه انگلیزه سیاسی، اقتصادی، نظامی و یا هیچ انگلیزه و ملاحظه دیگر نمی‌تواند موجب توجیه تجاوز باشد».

قطعنامه شماره ۲۶۲۵ مورخ بیست و چهارم اکتبر ۱۹۷۰ مجمع عمومی سازمان ملل متعدد درباره اعلام اصول حقوق بین الملل درباره روابط دوستانه و همکاری بین دولتها طبق منشور سازمان ملل متعدد نیز در این زمینه بسیار پرمعنی و پراهمیت است. در این قطعنامه درباره تعهد دولتها به خودداری از دخالت در امور داخلی کشورهای دیگر اعلام شده است که هیچ دولتی به تنها یاب و یا با چند دولت دیگر حق ندارد:

«در امور داخلی و خارجی کشوری دیگر دخالت نماید. بنابراین دخالت نظامی و یا هرگونه دخالت دیگر به هر شکل که باشد و یا تهدید علیه شخصیت دولت و یا سازمانهای سیاسی، اقتصادی و فرهنگی اش تجاوز به حقوق بین الملل تلقی می‌شود».

با توجه به این مراتب چنین به نظر می‌رسد که کوشش برای تفسیری محدود و مشروط از ممنوعیت کاربرد زور مندرج در بند چهارم ماده ۲ منشور برای توجیه دخالت نظامی با انگلیزه و یا با بهانه دفاع از حقوق بشر درست نبوده و از نظر حقوقی براساس استواری نمی‌باشد.

۲. توجیه دخالت‌های نظامی براساس ارزش‌های اخلاقی و مشروعیت دولت

در مقاله‌ای که یکی از حقوقدانان امریکایی در انتقاد از نظام سیاسی دولت انقلابی پیشین نیکاراگوئه و برخورد این نظام با ارزش‌های مربوط به حقوق بشر و سپس در مقام توجیه دخالت نظامی دولت امریکا برای واژگون نمودن آن نظام سیاسی نوشت، اظهار داشته است گروههای مارکسیستی در نیکاراگوئه از آغاز با

کمک و پشتیبانی نظامی و مالی و چریکی خارجی (کوبا) به قدرت رسیده و با زور و ادامه فشار، قدرت را در این کشور غصب نمودند. این نظام سیاسی از برگزاری انتخابات آزاد خودداری و آزادیهای مدنی و سیاسی مردم را پایمال نموده و اندک اندک به سوی دیکتاتوری سیاسی مانند سیستم کوبا پیش رفته است. این نویسنده همچنین برخورد نظام فوق را با حقوق بشر و ارزش‌های دمکراتیک بشدت مورد انتقاد قرار داده است. نتیجه گیری این نویسنده از اوصاف مذبور قبل توجه است. به نظر ایشان، اختیارات سیاسی دولت نیکاراگوئه براساس غصب قدرت، زور و نفی انتخابات آزاد قرار داشته و با توجه به این مراتب دولت مذکور دارای اوصاف اخلاقی و به عبارت حقوقی دارای مشروعيت از نظر بین‌المللی نبوده است.^{۲۴}

درباره رژیم نوریه گا^{*} در پاناما و دخالت نظامی دولت امریکا در این کشور برای وازگون نمودن این رژیم و برقراری سیستم دمکراتیک در این کشور براساس انتخابات آزاد و همچنین برقراری حقوق بشر، نیز به مطالب یکسانی به قلم نویسنده امریکایی دیگری برخورد کرده‌ایم. به نظر ایشان تفسیر و اجرای بند چهارم از ماده ۲ منشور سازمان ملل متحده باید به گونه‌ای انجام پذیرد که موجب افزایش شانس ملتها برای انتخابات آزاد درباره تعیین حکومت و سازمانهای سیاسی جامعه باشد و در کشورهایی که حکومتی استبدادی و ظالم مردم را از حق انتخاب آزادشان محروم نموده است، دولتی خارجی باید قانوناً مجاز باشد تا به زور آن حکومت را سرنگون نموده و موجبات برقراری حکومتی مردمی را فراهم سازد.^{۲۵} این مطلب ما را در برابر پرسش‌های جدیدی درباره مشروعيت بین‌المللی دولت با نظام سیاسی داخلی وی و حقوق بشر و به علاوه تعیین این مشروعيت به عنوان شرط شناسایی دولت در جامعه بین‌المللی و سرانجام دخالت نظامی برای وازگون نمودن حکومتی

92. Moore, The Second War in Central American and the Future of World Order, 80 AJIL (1986), pp. 45-115-116-124.

* NORIEGA

93. A. D'Amato, The Invasion of Panama Was a Lawful Response to Tyranny, 84 AJIL (1990), p. 516.

غیر مشروع و غير دمکراتیک قرار می دهد.

مشروعیت دولت بر اساس روابط دولت و گروه سیاسی حاکم با افراد جامعه ارزیابی و توصیف می شود. دولتی که به زور و قدرت نظامی به حکومت رسیده و پیوسته نیز برای حفظ پایگاه سیاسی و قدرت خویش در جامعه و در روابط خویش با مردم زور و قدرت نظامی به کار می برد، غیر مشروع است. همچنین در سنجدش و ارزیابی وصف مشروعیت دولت، چگونگی حقوق افراد و آزادیهای اساسی آنان و احترام و پاسداری از این حقوق بوسیله دولت نیز پایه ای اساسی و پر اهمیت است. پرسشی که در مقام پاسخ بدان هستیم این است که آیا دولتهای خارجی می توانند با ضوابط فلسفی، اخلاقی و صرفاً در چارچوب اندیشه های سیاسی خویش در مقام سنجدش و توصیف مشروعیت دولتی دیگر برآمده و آن را مشروع و یا غیر مشروع توصیف نمایند و از شناسایی اش خودداری کرده و حتی با دخالت نظامی در مقام واژگون نمودنش برآیند؟ آیا در حقوق و در روابط بین المللی، وصف و یا عنوانی به نام دولت مشروع و یا دولت غیر مشروع وجود دارد؟ ماده اول قرارداد مونته ویدئو درباره حقوق و وظایف دولت که در تاریخ بیست و ششم دسامبر ۱۹۳۳ به امضای بسیاری از دولتها رسیده، ضوابط و اوصاف دولت را به عنوان «شخص حقوقی بین المللی» بدین گونه تعیین نموده است که دولت باید دارای شرایط و اوصاف زیر باشد:

۱) قلمرو جغرافیایی؛

۲) قلمرو انسانی یعنی گروه و جمعیت انسانی که در آن قلمرو جغرافیایی سکونت همیشگی دارند؛

۳) حکومت یعنی قدرت سیاسی موفق که بر آن جامعه و تمام روابط سیاسی و اجتماعی آن جامعه حکومت نموده و بیانگر ثبات سیاسی آن جامعه است؛

۴) استقلال سیاسی یعنی اختیار و اهلیت این دولت برای برقراری روابط سیاسی با سایر دولتها در جامعه بین المللی.

همانگونه که ملاحظه می شود، تعریف و شناسایی دولت بر اساس پایه های

*. Montevideo.

صرفًا موضوعی و عینی قرار دارد و هیچ گونه وصف اخلاقی و فلسفی درباره روابط دولت با مردم در درون جامعه سیاسی خویش و چگونگی قدرت یابی و ادامه قدرت از سوی هیأت حاکم سیاسی در تعریف دولت و شناسایی آن در جامعه بین المللی وارد نشده است.^{۹۴} با توجه به مراتب فوق، همین که تمام این شرایط به هم پیوستند، دولت از نظر حقوق بین الملل و روابط دولتها دارای شخصیت سیاسی و حقوقی است و اینکه آیا منشأ قدرت سیاسی دولت مشروع بوده یا خیر دیگر تأثیری در وصف دولت و شناسایی آن به این عنوان در جامعه بین المللی از سوی سایر دولتها ندارد. با این وجود در اوایل قرن نوزدهم موضوع مشروعیت قدرت سیاسی در ارتباط با رویدادهایی که در فرانسه در پی انقلاب این کشور به وجود آمدند، مطرح گردید. اما در هر صورت وصف مشروعیت قدرت سیاسی دولت به عنوان یک شرط لازم در تعریف دولت و شناسایی آن در جامعه بین المللی رد شد.^{۹۵} به نظر یکی از حقوقدانان در صد سال گذشته در روابط بین المللی هیچ پیشنهادی درباره خودداری دولتها از شناسایی دولتی به استناد آنکه منشأ قدرت آن از انقلاب ناشی شده است، وجود ندارد. دادگاههای داوری بین المللی هم اعلام داشته اند که مشروعیت هیچ جایگاهی در حقوق بین الملل ندارد. در این زمینه به ویژه یک رأی داوری بین دولت انگلستان و یکی از کشورهای امریکای لاتین صادر شده که بسیار مشهور است. یکی از مسائلی که در این داوری مطرح شده بود، موضوع عدم شناسایی دولتی انقلابی از سوی برخی دولتها و من جمله خود دولت انگلستان بود. این عدم شناسایی ارتباطی به کمبود شرایط لازم در تعریف دولت نداشته، بلکه صرفاً بر پایه وصف انقلابی و منشأ قدرت و اختیارات سیاسی آن دولت قرار داشت. در این زمینه سر داور چنین اظهار نظر کرده است:

«هنگامی که دولتها از شناسایی دولتی که مدعی شخصیت سیاسی است، خودداری می نمایند، این عدم شناسایی معمولاً دلیل بر این امر است که آن دولت دارای

94. See for example Ian Brownlie, Principle of Public International Law (1979), p. 74; Higgins, The Development of International Law Through the Political Organ of the United Nations; G. Fitzmaurice, RCADI, Vol. 92 (1957), p. 13.

95. H. Lauterpacht, Recognition in International Law, 1947, pp. 102-103.

استقلال و قدرت سیاسی لازم بدانگونه که بتوان آن را در جامعه بین المللی به عنوان دولت وصف نمود، نیست. اما هنگامی که عدم شناسایی براساس حاکمیت و قدرت سیاسی آن دولت استوار نبوده، بلکه براساس غیرمشروع بودن و یا غیرقانونی بودن منشأ قدرت آن است، از نظر حقوق بین الملل دارای معنا و اهمیتی نیست».^{۹۶}

این رأی بخوبی بیانگر وضع حقوق بین الملل است. آنچه از نظر حقوق بین الملل به عنوان تعریف دولت لازم و اساسی است، وجود یک قدرت سیاسی، ثابت و مستقل در درون یک گروه انسانی و در یک محدوده جغرافیایی است. تحقیق و بررسی درباره وصف مشروعيت قدرت سیاسی حاکم در حقوق بین الملل جایگاهی ندارد. در این زمینه، یکی دیگر از نویسنده‌گان وضعیت حقوق بین الملل را چنین وصف نموده است: «حقوق بین الملل تاکنون خود را با این یرسش که آیا یک دولت دیکتاتور خود کامه که با زور و ستمگری به قدرت رسیده و خودش را با زور و ستم و از بین بردن حقوق اساسی مردم در قدرت نگه داشته است، دارای مشروعيت لازم به عنوان شرط شناسایی آن دولت هست یا خیر، آشنا و در گیر نکرده است». ^{۹۷} میخائيل ویزن^{۹۸} به دفاع از شخصیت و مشروعيت دولت براساس رابطه تناسب و دفاع از اصل برابری همه دولتها در روابط بین المللی با یکدیگر پرداخته است. به عقیده این نویسنده جامعه سیاسی یا دولت از وابستگی مجموع ملت و دولت تشکیل یافته است. این سازمان سیاسی براساس قراردادی اجتماعی استوار است. این قرارداد بین دولت و همه افراد موجود، درگذشتگان و تمام کسانی است که در آینده تولد خواهد یافت. نیازی به اشاره و توصیف و تعیین تاریخ دقیق مجلس مؤسسانی که در آن این قرارداد اجتماعی مورد شور و امضاء و سرانجام

96. Quoted by H. Lauterpacht, *Recognition in International Law*, 1947, p. 105.

97. C. Fenwick, *International Law* (1965), p. 180.

98. M. Waizen, *Just War and Unjust War, Moral Argument with Historic Illustrations*, New York, 1977; *The Moral Standing of States, 9 Philosophical and Public Affairs*, V. 3, 1978, p. 79.

تصویب مردم و دولت قرار گرفته است، نیست. واژه قرارداد در حقیقت و نفس امر یک عاریه و کنایه است. آنچه مهم است، کاربرد مفهوم قرارداد به عنوان یک پایگاه فلسفی و استدلال حقوقی به منظور توجیه روابط اجتماعی است. این جامعه سیاسی بیان‌گر تمامی ارزش‌های فرهنگی، مذهب، زبان، عادات و رسوم، ادبیات و تاریخ آن جامعه است. دولت در درون این جامعه و واحد سیاسی، صرفنظر از پاسداری و دفاع از حقوق و آزادیهای افراد، از خود این جامعه و ارزش‌های فرهنگی و انسانی و تاریخی آن دفاع می‌نماید. دولتها خارجی که هیچ‌گونه آگاهی از سنت ارزش‌های تاریخی و اجتماعی و سازمانهای سیاسی و عواملی که جامعه و دولت را با هم پیوند می‌دهند ندارند، نمی‌توانند وصف و چگونگی ارتباط دولت و جامعه را مورد قضاؤت و یا تردید و گفتگو قرار دهند. در جامعه بین‌المللی پیوسته فرض بر این است که یک رابطه تناسب و سازگاری بین دولت از یکسو و مردم سرمیں و سازمانهای فرهنگی و تاریخی آن از سوی دیگر وجود دارد. فرض بر این است که دولت معرف و پاسدار این ارزش‌های فرهنگی و تاریخی بوده و نماینده جامعه داخلی خویش در روابط بین‌المللی است. در صورتی که سازمانهای سیاسی و فرهنگی جامعه به فساد بگراید و حقوق افراد مورد تجاوز قرار گیرد، خود مردم با توجه به شرایط و اوضاع می‌توانند واکنش مناسبی انجام دهند. دولتها بیگانه در هیچ شرایطی مجاز نیستند که خودشان را جایگزین جامعه نموده و در مقام دفاع از حقوق افراد و رویارویی با دولت برآیند. در جامعه بین‌المللی پیوسته فرض بر این است که دولت مشروع بوده و نماینده جامعه و سازمانهای سیاسی و فرهنگی آن است. البته استدلال و تکیه او بر مشروعيت بین‌المللی دولت بدون در نظر گرفتن مشروعيت داخلی دولت مورد انتقاد بسیار شدید قرار گرفته است. این انتقادها براساس مأموریت و وظیفه اساسی و نخستین دولت در پاسداری از حقوق افراد از یکسو و همبستگی و شرکت همه افراد در سرنوشت سیاسی و انسانی خویش قرار دارد. او خود نیز به اهمیت این انتقادها توجه دارد، اما اظهار می‌دارد که ممکن است وظیفه هر انسانی پاسداری از عدالت و حق و برابری اجتماعی در تمام جامعه‌های انسانی باشد، ولی در هر صورت یورش و دخالت نظامی وسیله مناسب و

شیسه‌ای برای انجام این کار نیست. این وظیفه را بایستی با استدلال و کوشش اخلاقی انجام دهیم که آیا این حکومت بر اساس رضایت و خشنودی همگانی و یک پیمان سیاسی آزاد استوار است یا خیر و به ویژه این که چگونه دولت قدرت سیاسی اش را در نگهبانی و احترام به حقوق و آزادیهای اساسی مردم اعمال و اجرا می‌نماید؟ همه بررسی این اوصاف و شرایط متعالی را ستوده اند اما بیم آن می‌رود که این ملاکهای مجرد و اخلاقی از سوی ابرقدرتها سیاسی و نظامی موجب ارزیابیهای خودسرانه و صرف‌سیاسی شده و بهانه‌ای برای دخالت نظامی این ابرقدرتها در کشورهای ضعیف فراهم آورد. به عنوان مثال ملاحظه می‌کنیم برخی از کشورهایی که وصف اخلاقی و مشروعیت آنها مورد تردید جدی است، از حمایت سیاسی و اخلاقی کامل کشورهای بزرگ در جامعه بین‌المللی برخوردار هستند. می‌توان به کشور افریقای جنوبی، که در آنجا گروه بسیار اندکی سفید پوست مهاجر اروپایی بر تمامی مردم سیاه پوست این کشور حکومت می‌کرد و یا به کشور اسرائیل اشاره نمود که از مرزهای جغرافیایی که در قطعنامه مورخ بیست و نهم نوامبر ۱۹۴۷ مجمع عمومی سازمان ملل متحد^{*} تعیین شده بود، بسیار فراتر رفت و بخش‌های گسترده‌ای از خاک کشورهای عرب را با زور و غصب در بر گرفته است. اگر کشور اسرائیل و کشور افریقای جنوبی مشروع هستند، پس چرا باید کشور اقلابی نیکاراگوئه غیرمشروع تلقی شود؟ کاملاً پیدا است که مشروع و یا ناممشروع بدین گونه دارای وصف اخلاقی و فلسفی نبوده، بلکه معنا و محتوای سیاسی دارد. تفسیر بند چهارم ماده ۲ منشور به گونه‌ای که دخالت نظامی کشوری در کشور دیگر را به منظور برقراری حقوق بشر و نظام دمکراتیک توجیه نماید، از نظر تدبیر و مصلحت بسیار خطروناک خواهد بود. زیرا چنین تفسیری موجب پیدایش حقی نامحدود برای ایجاد جنگ تهاجمی و دخالت نظامی ابرقدرتها خواهد شد. این حق به آنها فرصت خواهد داد که هر دولتی را که با سیاست خارجی و اقتصادی آنها همگام نیست، غیرdemکراتیک و غیرمشروع توصیف نمایند و با جنگی تهاجمی

* به موجب این قطعنامه، کشور فلسطین به دو بخش تقسیم شد و دولت اسرائیل در بخشی از آن تشکیل گردید.

در مقام سرنگون کردن حکومتش برآیند. از سوی دیگر حتی اگر برقراری نظام دمکراتیک و حقوق بشر یکی از ارزش‌های اساسی نظام جدید حقوق بین الملل تلقی شود، باز هم در هر صورت تجاوز نظامی وسیله مناسبی برای ایجاد و برقراری این ارزش‌های متعالی اخلاقی و سیاسی نخواهد بود. به علاوه تجربه دخالت‌های نظامی که تاکنون تحت عنوان «بشردوستانه» انجام گرفته‌اند، نشان می‌دهد که این دخالت‌ها صمیمی و با حسن نیت انجام نگرفته و هیچ کارایی در جهت حقوق بشر نداشته‌اند.

بند دوم

پیشینه‌های مربوط به دخالت‌های نظامی بشردوستانه در روابط بین المللی

در تاریخ روابط بین المللی پیشینه‌های بسیاری از یورش و تجاوز نظامی یک یا چند کشور خارجی نیرومند به مرزها و حاکمیت کشور دیگر زیر پوشش «حمایت بشردوستانه» وجود دارد. در برخی از این موارد نشانه‌هایی از عدالت و خیرخواهی وجود دارد، اما بررسی دقیق‌تر و آگاهانه‌تر، انگیزه‌های سیاسی را که در پشت این نام فربیای «دخالت نظامی بشردوستانه» نهفته است، آشکار می‌سازد. در برابر مواردی که در آنها کشورهای قدرتمند به منظور و یا به بهانه دفاع از «حقوق بشر» زور و نیروی نظامی علیه کشورهای ضعیف به کار گرفته‌اند، موارد بسیار دیگری هم وجود داشته و یا دارند که در آنها عدالت و خیرخواهی و حقوق بشر «ایجاب می‌نموده و یا می‌نماید که اقدامی برای» برقراری عدالت انجام شود، اما ابرقدرتها آگاهانه بر این موارد چشم بسته و از هرگونه دخالت خودداری کرده‌اند.

۱. پیشینه‌های تاریخی دخالت نظامی بشردوستانه قبل از منشور یکی از حقوق‌دانان امریکایی طرفدار این دخالت‌های نظامی بشردوستانه چهار

مورد زیر را به عنوان پیشینه های تاریخی دوره قبل از منشور سازمان ملل متحد ذکر کرده است. این موارد که تقریباً مهمترین موارد دخالت های نظامی در این دوره ها هستند، به قرار ذیل می باشند:

الف) دخالت دولتهای فرانسه، بریتانیای کبیر و روسیه علیه امپراطوری عثمانی برای جلوگیری از قتل عام و نابودی مردم یونان. این دخالت سرانجام موجب استقلال و آزادی کشور یونان از امپراطوری عثمانی در سال ۱۸۳۰ گردید.

ب) الزام و فشار کشورهای اتریش، فرانسه، ایتالیا، آلمان و روسیه در سالهای ۱۸۶۶-۶۸ بر امپراطوری عثمانی برای اقدام مؤثر و جدی جهت بهبود سرنوشت اهالی مسیحی منطقه کرواسی.

ج) دخالت دولت روسیه علیه امپراطوری عثمانی در سالهای ۱۸۷۷-۷۸ در مورد بدرفتاری و خشونت و بی رحمیهای امپراطوری عثمانی نسبت به گروههای مسیحی بلغارستان و چند منطقه دیگر.

د) مداخله کشورهای اتریش، روسیه، بریتانیای کبیر، ایتالیا و فرانسه در امپراطوری عثمانی درباره جنبش مردم "بلغارستان و مقدونیه (۱۹۰۳-۸).

درباره حسن نیت این دخالتها، تردید و گفتگوهای چندی وجود دارد. گزارش تاریخی یکنفر از تویسندگان حقوق بین الملل چنین حکایت دارد: «قبل از مداخله کشورهای اروپایی در یونان، جنبش و شورشهایی از سوی مردم این کشور علیه دولت عثمانی (در آن زمان یونان جزء قلمرو دولت عثمانی بود) شروع شده بود. این جنبشها بوسیله امپراطوری عثمانی سرکوب شده و در حال شکست بودند. درست در همین ایام قدرتهای مسیحی اروپایی برای نجات این جنبشها وارد میدان شدند. این دخالتها در واقع بخشی از سیاست مخالفت آمیز و دشمنی این کشورهای اروپایی علیه امپراطوری عثمانی بود. کشورهای اروپایی مسیحی می خواستند مانع از

99. Richard B. Lillich, Humanitarian Intervention: A Reply to Ian Brownlie and a Plan for Constructive Alternative in Law and Civil War (J. N. Moor ed., 1974) p. 232. The Precedents have been quoted from M. Gangi, International Protection of Human Rights, 1962, pp. 22-24.

آن شوند که کشوری مسیحی تحت نفوذ و قدرت سیاسی یک کشور مسلمان قرار گیرد. این نویسنده ضمن بیان وصف سیاسی و نیت آنده این مداخله‌ها، آنها را فقط به پاس احترام به نظر گروهی از حقوق‌دانان با عنوان «مداخله بشردوستانه» وصف کرده است.^{۱۰۰} سایر مداخله‌ها نیز همانگونه که ملاحظه می‌شود، مداخله قدرتهای مسیحی اروپایی علیه یک کشور مسلمان و به منظور حمایت از گروههای مسیحی در برابر یک کشور مسلمان است و با این وصف در ارزش و توصیف آنها به عنوان «مداخله نظامی بشردوستانه» شک و تردید بسیار وجود دارد.

۲. پیشینه‌های دخالت‌های نظامی بشردوستانه در روابط بین المللی بعد از تصویب منشور سازمان ملل متحد

در این مورد دخالت نظامی دولت هند در بنگلادش و دخالت نظامی گستردۀ امریکا در نیکاراگوئه دارای اهمیت ویژه‌ای است.

۲.۱. دخالت نظامی دولت هند در بنگلادش

رویدادهای بنگلادش به عنوان پیشینه بسیار برجسته و شایان توجه برای توجیه حق دخالت و تجاوز نظامی یک دولت به خاک و قلمرو حاکمیت کشور دیگر عنوان شده است. در پی مبارزات استقلال طلبانه و آزادی خواهانه مردم شبه قاره هند، سرانجام استقلال و آزادی شبه قاره هند از استعمار بریتانیای کبیر در سال ۱۹۴۷ انجام پذیرفت. اما درست همزمان با اعلام استقلال، شبه قاره هند به دو کشور مستقل و جداگانه یعنی هند و پاکستان تقسیم گردید. کشور پاکستان نیز از دو بخش تشکیل می‌یافت. پاکستان غربی که مرکز آن کراچی- که بعداً اسلام‌آباد شد- و پاکستان شرقی (بنگلادش) که مرکز آن داکا است. این دو بخش که بر روی هم کشور پاکستان را تشکیل می‌دادند از یکدیگر جدا بودند و در حدود ۱۰۰۰ مایل با

100. B. Stowell, Intervention in International Law, 1921, pp. 126-127; L. Oppenheim, 2 International Law, A. Treatise, 2nd ed., 1912, p. 194.

هم فاصله داشتند. بین این دو بخش از نظر سیاسی، اجتماعی و فرهنگی نیز نابرابریهای بسیاری وجود داشت. نهضت‌های ملی و استقلالگرا در پاکستان شرقی اندک اندک از آغاز دهه هفتم قرن جاری آغاز و گسترش یافتند. این جنبش ملی بوسیله جمعیت عوام^{*} به رهبری شیخ مجیب الرحمن هدایت می‌شدند.^{۱۰۱} برجسته‌ترین رویدادها در این میان برگزاری انتخابات آزاد در تمامی پاکستان و پیروزی چشم‌گیر جمعیت عوام (پاکستان شرقی) در این انتخابات بود. آنان موفق شدند که از جمیع ۱۶۹ کرسی که در پارلمان پاکستان به پاکستان شرقی اختصاص یافته بود ۱۶۷ کرسی به دست آوردند. مارشال ایوب خان رئیس جمهوری پاکستان نتیجه این انتخابات را تهدیدی برای تمامی اراضی و استقلال پاکستان تلقی نمود. به علاوه برنامه شش ماده‌ای که قبل از حزب عوام پاکستان شرقی اعلام نموده بود، متنضم خطری برای وحدت و یکپارچگی و قانون اساسی پاکستان بود. این برنامه متنضم تجدیدنظر بنیادی در سیستم حکومت و مبانی دولت پاکستان، تشکیل دولت پاکستان به صورت فدرال، خودمختاری کامل پاکستان شرقی و حق تنظیم و اداره سیاست اقتصادی، اجتماعی و پولی و حتی داشتن نیروی نظامی مستقل بود.^{۱۰۲} با توجه به این مراتب، مارشال ایوب خان از تشکیل مجلس عوام (پارلمان پاکستان) خودداری نمود و این خود نیز بر وحامت اوضاع افزود. شیخ مجیب الرحمن در تاریخ ۲۳ ماه مارس رسمیاً اعلامیه استقلال پاکستان شرقی را صادر نمود.^{۱۰۳} مارشال ایوب خان نیز شیخ مجیب را خائن و دشمن پاکستان معرفی نموده و حزب عوام پاکستان شرقی را غیرقانونی اعلام کرد. در پی این رویدادها در تاریخ ۲۵ ماه مارس ۱۹۷۱ ارتش پاکستان شبانگاه برای سرکوبی مردم و نهضتهای آزادی خواهانه و استقلال طلبانه بنگلادش وارد این منطقه گردید. سرکوبی و عملیات نظامی بسیار بی رحمانه

* Awami League.

101. See International Commission of Jurist Report, The Events in the East Pakistan, 1971-72 (hereinafter cited as Int'l Comm. Jur. Report).

102. See Rashiduzzaman, "The Awami League in the Political Development of Pakistan, 10 Asian Survey, 574-583, (1970).

103. Int'l Comm Jur. Report, No. 103, pp. 20-21.

ارتش موجب قتل عام گروه بسیاری از مردم، تخریب و آتش سوزی منازل و بالاتر از همه فرار و مهاجرت جمعیتهای بسیاری از مردم به عنوان پناهنده به هند گردید. ارتش هند در تاریخ ششم دسامبر ۱۹۷۱ وارد خاک پاکستان گردید. دولت هند دولت موقت بنگلادش را به رسمیت شناخت و بنگلادش را به عنوان کشوری مستقل اعلام نمود و سرانجام دری یک جنگ ۱۲ روزه، ارتش پاکستان غربی تسليم گردید و تجزیه پاکستان شرقی (بنگلادش) از پاکستان غربی و استقلال آن صورت یذیرفت.

در وصف انسانی دخالت ارتش هند در بنگلادش واقعیتها بی نهفته است که نفی این واقعیتها خلاف انصاف است. اما در این باره، مبالغه بسیاری شده و لازم است که تجزیه و تحلیل دقیقی از وضعیت خاص بنگلادش به عمل آورد. نخستین و مهمترین واقعیت این است که پیوند بنگلادش به پاکستان از همان آغاز پیوندی نامناسب، ناگیر و ناجوش بود. بدون شک بخشی از مسؤولیت درباره این پیوند با پیوند دهندگان استعماری است. نابرابری اقتصادی، سیاسی، فرهنگی و جغرافیایی نیز بین پاکستان و بنگلادش بسیار زیاد بود. در سازمانهای اداری و خدمات عمومی و به ویژه در ارتش پاکستان هم بنگلادش سهم بسیار ناچیزی داشت. این دو گانگی های جغرافیایی، فرهنگی و نابرابریهای سیاسی و اقتصادی در واقع عوامل اصلی انقلاب مردم بنگلادش محسوب می شدند. ارتش پاکستان هم در رویارویی با این واقعیات بسیار بی رحمانه و غیر انسانی عمل نمود. در این شرایط انکار وصف بشردوستانه اقدام دولت و ارتش هند برای نجات مردم بنگلادش و یافتن استقلال و خود مختاری مردم خلاف انصاف است. اما دولت هند، خود، حق طبیعی و انسانی مردم کشمیر- استانی دیگر از شبه قاره هند- را برای استقلال و خود مختاری نفی می کند و هرگونه جنبشی را در این زمینه با خشونت نظامی بی رحمانه سرکوب می کند، بنابراین راجع به حسن نیت دولت هند در مورد بنگلادش نباید چندان هم مبالغه نمود. پیوسته باید توجه داشت که از همان آغاز درست همزمان با اعلام تقسیم شبه قاره هند به دو کشور هند و پاکستان، اعضای حزب کنگره هند این تقسیم را رد نمودند و بشدت با آن مخالفت

کردند.^{۱۰۴} بنابراین دخالت ارتش هند به منظور استقلال بنگلادش بخشی از سیاست خصم‌مانه دولت هند نسبت به پاکستان بود.

رویدادهای بنگلادش و تجاوز ارتش هند به خاک پاکستان در دستور کار مجمع عمومی سازمان ملل متعدد و شورای امنیت قرار گرفت. مطالعه گزارش و صور تجلیسه‌های مجمع عمومی و شورای امنیت بیانگر موضع دولتهای بزرگ و ماهیت سیاسی این موضع‌گیریها در برابر چیزی است که آن را «دخالت بشردوستانه» وصف می‌نمایند. دولت هند به تجاوز به مرزهای پاکستان و اقدام نظامی علیه این کشور اعتراف نمود، ولی آنرا اقدامی اخلاقی و انسانی توصیف کرد. دولت اتحاد جماهیر شوروی و سایر کشورهای بلوک شرق که همه دارای روابط سیاسی مناسبی با دولت هند بودند، از موضع کشور هند طرفداری نمودند. اما دولت چین و آلبانی، هند را بخاطر تجاوز به کشور پاکستان محکوم کردند. برخی از کشورهای دیگر از محکومیت صریح خودداری نموده ولی با این وجود اعلام کردند که دولت هند باید تمامت و حاکمیت ارضی دولت پاکستان را محترم بشمارد. دولت اردن اعلام داشت که هیچ گونه توجیهی برای مداخله و یورش نظامی دولتی در خاک دولت دیگر وجود ندارد. دولت سوئیس نیز ضمن اشاره به وحامت اوضاع و این که میلیونها انسان به علت وجود شرایط غیر انسانی از کشور خویش گریخته و به کشور دیگر پناهنده شده‌اند، از اقدام و دخالت نظامی دولت هند اظهار تأسف نمود. اما از همه موضع سیاسی مهمتر و پرمعناتر، موضع دولت ایالات متحده امریکا است که اعلام نمود: «منظور و آن چیزی که همه ما را به اینجا کشیده عبارت است از برقراری دنیایی براساس صلح و امنیت، اما اگر قرار باشد که دولتی در اطراف مرزهای خویش در امور داخلی کشور دیگر، برخلاف منشور سازمان ملل متعدد دخالت نظامی نماید، این امر با آن منظور مغایرت دارد». ^{۱۰۵} بنابراین از نظر دولت امریکا اقدام

104. M. D. Dowelan and M. J. Grieve, *International Disputes, Case Histories, 1945-1970*, 1973, p. 68.

105. See *Yearbook of the United Nations*, Vol. 25 (1971), pp. 146 ff, and 150ff; 26 UNSCOR, 1606th meeting, 4 Dec. 1971, paras. 158-163, and para. 172.

ارتش هند در خاک پاکستان غیرقانونی و برخلاف اصول مندرج در منشور سازمان ملل بوده است، اما بعدها خود دولت امریکا برای خویش، به دلایل سیاسی، حق مداخله نظامی در کشورهای دیگر را قائل گردید.

۲۰۲. دخالت‌های گسترده و پی‌گیر نظامی دولت امریکا در نیکاراگوئه

آنچه که به این مورد، اهمیت می‌دهد این است که تمام این مسائل در دیوان بین‌المللی دادگستری مطرح شد و دیوان به اظهار نظر پرداخت. در کشور نیکاراگوئه، بدنبال جنگ و در گیریهای خونین بین جبهه آزادی ملی به رهبری ساندینیستها^{*} از یکسو و نیروهای دولتی از سوی دیگر، سرانجام رئیس جمهور این کشور به نام سوموزا^{**} از مقام ریاست جمهوری استغفا داد و کشور نیکاراگوئه را به قصد ایالات متحده امریکا ترک کرد^{۱۰۶} و بدین گونه انقلاب مردم نیکاراگوئه به پیروزی رسید و یک حکومت ملی مرکب از ۱۸ عضو به رهبری جبهه آزادی ملی ساندینیستها تشکیل گردید. پس از پیروزی انقلاب و تشکیل دولت جدید، گروهی از طرفداران رژیم سابق سوموزا و به ویژه اعضای گارد ملی سابق، جبهه نظامی واحدی برای مبارزه مسلحانه و وازگون نمودن رژیم جدید سیاسی آن کشور تشکیل دادند و با کمک مالی و نظامی بسیار گسترده و پی‌گیر دولت ایالات متحده امریکا، جنگی را در مناطق مرزی علیه دولت جدید آغاز کردند. این در گیریها موجب خسارتهای جانی و مالی فراوان به کشور نیکاراگوئه گردید و حتی دولت نیکاراگوئه ادعا نمود که گروههای شورشی که عملأ تحت کنترل دولت امریکا هستند، به کشتار مردم بی‌گناه و غیرنظمی، شکنجه، آدم‌ربایی و حتی تجاوزهای به عنف پرداخته‌اند.^{۱۰۷} دولت نیکاراگوئه در تاریخ نهم آوریل ۱۹۸۴ به منظور اثبات و اعلام

* Sundinistas

** Somoza

106. 1979 Keesing's, 29805.

107. Case of Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua, v. United States of America, Judgment of June 27, 1986, ICJ Report, p. 21, (cited hereinafter as Judgment).

مسئولیت بین المللی دولت ایالات متحده امریکا نسبت به عملیات نظامی که با دخالت مستقیم دولت امریکا علیه حاکمیت ارضی و سیاسی دولت نیکاراگوئه انجام می گرفت، دعوایی در دیوان بین المللی دادگستری علیه دولت امریکا طرح نمود. دولت نیکاراگوئه ادعا نمود که دولت امریکا تعهدات بین المللی خویش را در موارد مختلف از جمله موارد مذکور در بندهای چهارم و هفتم از ماده دوم منشور سازمان ملل متحد درباره منع کاربرد زور علیه کشور دیگر و عدم مداخله در امور داخلی کشور دیگر نقض نموده و از این جهت مسئولیت بین المللی دارد. اعمالی که دولت نیکاراگوئه به دولت امریکا نسبت می داد، و در دیوان نیز اثبات گردید عبارت بودند از مین گذاری و انفجار لوله های نفتی کشور نیکاراگوئه، حمله به تأسیسات و تانکرهای نفتی، حمله نظامی به خاک و مرزهای کشور نیکاراگوئه، تعلیم نظامی، دادن اسلحه و سایر کمکهای نظامی مالی به نیروهای شورشی علیه دولت نیکاراگوئه، پروازهای غیرقانونی بر فراز خاک نیکاراگوئه برای جاسوسی و ترسانیدن مردم.^{۱۰۸} دیوان ابتدا در تاریخ بیست و ششم نوامبر ۱۹۸۴ صلاحیت خویش را نسبت به موضوع اختلاف دو دولت طرف دعوا اعلام و سپس در تاریخ بیست و ششم ژوئن ۱۹۸۶ رأی نهایی خویش را مبنی بر حقانیت دولت نیکاراگوئه و اعلام مسئولیت بین المللی دولت امریکا صادر نمود. در رأی دیوان دو مطلب در رابطه با موضوع این بحث حائز کمال اهمیت است. مطلب اول مربوط است به رسیدگی و اظهار نظر این دیوان درباره دخالت دولت امریکا در امور داخلی نیکاراگوئه برخلاف بند هفتم ماده ۲ منشور و مطلب دیگر راجع به کاربرد زور و تجاوز نیروی نظامی از سوی دولت امریکا علیه دولت نیکاراگوئه به منظور واژگون نمودن دولت و برقراری اصول دمکراسی و حفظ حقوق بشر در کشور نیکاراگوئه.

الف. دخالت در امور داخلی نیکاراگوئه

اصل عدم مداخله در امور داخلی دولتها یکی از اصول بنیادی است که نظام جدید روابط بین المللی بر اساس آن قرار دارد. همه دولتها در نظام حقوق بین الملل

108. Ibid, pp. 48 to 50 and 146-146.

از استقلال بهره مندند و نسبت به تعیین سرنوشت سیاسی جامعه خویش و انتخاب سیاست داخلی و خارجی خود دارای حاکمیت و آزادی مطلق می باشند. اصل عدم مداخله که در بند هفتم از ماده ۲ منشور اعلام شده است، در واقع ضامن این حاکمیت سیاسی است. اما «عدم مداخله» چیست؟ چگونه می توان مرزهای مشخص و معلومی برای آن تعیین کرد؟ تعریف «عدم مداخله» و تعیین مرزهای آن برای تفسیر بند هفتم ماده ۲ منشور لازم و ضروری است. برای این منظور بایستی «مداخله» یعنی وصف اثباتی آن را تعریف نمود و مشخص کرد که مداخله یعنی آنچه دولتها از انجام آن در روابط بین المللی ممنوع می باشد چیست؟ اینها یعنی دخالت را این گونه تعریف نموده است: «دخالت عبارت است از اقدام و دخالت متتجاوز (با زور و قدری) از سوی دولتی در امور دولت دیگر به منظور حفظ و یا برهم زدن شرایط و نظام اشیاء در آن کشور». ^{۱۰۹} ملاحظه می شود که در تعریف «دخالت غیرقانونی» در امور داخلی کشورهای دیگر دو عنصر وجود دارد. نخست دخالت مجرمانه به معنای انجام عملی به منظور اعمال فشار بر کشوری دیگر و دخالت در سرنوشت داخلی و سیاست خارجی آن کشور، مسلماً این دخالت بایستی متضمن فشار و زورگویی و تجاوز باشد، در غیر این صورت وصف دخالت مجرمانه و غیرقانونی به دشواری قابل تصور است؛ بعنوان مثال یک یادداشت ساده سیاسی که متضمن هیچ گونه تهدیدی نیست، دخالت غیرقانونی تلقی نمی شود. عنصر دوم موضوع دخالت است. از نظر اینها یعنی مداخله عبارت است از دخالت متتجاوز در امور داخلی کشوری دیگر به منظور حفظ و یا برهم زدن شرایط و نظام فعلی اشیاء. بنابراین موضوع مورد دخالت بسیار کشدار و گسترده است. در قطعنامه شماره ۲۶۲۵ مورخ بیست و چهارم اکتبر ۱۹۷۰ مجمع عمومی سازمان ملل متحد درباره اصول حقوق بین الملل حاکم بر روابط دوستانه و همکاری بین دولتها و همچنین در خود بند هفتم ماده ۲ منشور، دخالت در اموری که طبق منشور سازمان ملل متحد اساساً در قلمرو صلاحیت داخلی کشورها هستند غیرقانونی و قدغن اعلام شده است. درباره اینکه چه اموری اساساً در قلمرو صلاحیت داخلی کشورها هستند

109. Oppenheim, International Law, 305, H. Lauterpacht ed., 1955.

ابهام بسیاری وجود دارد و تفسیرها گوناگون هستند. گروهی از نویسندهای معاصر حقوق بین الملل بر این باورند که سیاست حقوق بشر دولتها و رفتاری که آنها در این زمینه در کشورشان با اتباع خودشان دارند، جزء امور داخلی کشورها و در صلاحیت انحصاری آنها تلقی نمی شوند.¹¹⁰

در دعواهای بین دولت نیکاراگوئه و دولت امریکا دیوان بین المللی دادگستری از تعریف عنصر مادی دخالت خودداری نمود، اما مواردی از دخالت غیرقانونی را تعیین نموده است. از نظر دیوان موضوع مداخله باید اموری باشد که اراده و تصمیم گیری در آن امور، طبق اصل حاکمیت دولتها در صلاحیت انحصاری و انتخاب آزاد دولتها می باشد. اما آنچه مهم است، پاسخ به این پرسش است که آیا از نظر دیوان تعیین نظام سیاسی و برقراری دمکراسی و سیاست حقوق بشر در قلمرو انتخاب آزاد دولتها می باشد یا خیر؟ ادعای دولت ایالات متحده امریکا و یا به عبارت ساده تر اتهام این دولت علیه دولت نیکاراگوئه این بود که دولت نیکاراگوئه با شیوه و سیستم سیاسی اش و ترکیب دولت، تعهدات رسمی اش را در برابر ملت نیکاراگوئه و همچنین در برابر سازمان کشورهای امریکای لاتین نقض کرده بود و بسوی حکومتی دیکتاتوری و تک حزبی پیش می رفت و حقوق بشر و آزادیهای اساسی را در آن کشور نقض می نمود.¹¹¹ اما از نظر دیوان هر دولتی حق دارد که سیستم سیاسی، اقتصادی و اجتماعی خویش را آن گونه که شایسته می داند انتخاب نماید. همه این مسائل از مسائل و امور داخلی و در صلاحیت انحصاری دولتها بوده و دولت نسبت به آنها دارای انتخاب آزاد می باشد. با توجه به این استدلال، دیوان دیگر اساساً وارد رسیدگی به درستی یا نادرستی اتهام دولت امریکا نشد و اعلام داشت که رسیدگی و اظهار نظر درباره این که دولت نیکاراگوئه چگونه حق خویش را درباره انتخاب سیستم سیاسی، اقتصادی و اجتماعی جامعه خود اعمال نموده است، همه از صلاحیت دیوان خارج هستند.¹¹² دیوان تأکید می کند که

110. F. R. Teson, Humanitarian Intervention: An Inquiry Into Law and Morality, 1988, pp. 201-244.

111. Judgement No. 11, p. 130.

112. Ibid.

انتخاب یک ایدئولوژی سیاسی در قلمرو انحصاری دولتها، به دولتهای دیگر حق مداخله و اعمال فشار برای تغییر این ایدئولوژی سیاسی را نمی‌دهد.

ب- ایراد امریکا به سیاست حقوق بشر نیکاراگوئه

یکی دیگر از اتهامهای دولت امریکا نسبت به دولت نیکاراگوئه مربوط به سیاست حقوق بشر دولت اخیر بوده است. از نظر دیوان سیاست حقوق بشر دولتها و این امور همه در قلمرو انتخاب آزاد دولتها می‌باشدند. البته باید توجه داشت که نیکاراگوئه عضو سازمان کشورهای امریکای لاتین بوده و با پیوستن به قرارداد حقوق بشر کشورهای امریکای لاتین، تعهدات بین‌المللی ویژه‌ای در زمینه رعایت حقوق بشر بر عهده گرفته است، بنابراین با توجه به این قرارداد و تعهدات دولت نیکاراگوئه درباره رعایت حقوق بشر، رسیدگی به ادعای دولت امریکا در مورد تجاوز به حقوق بشر از سوی دولت نیکاراگوئه ضرورت و اهمیت داشته است. پاسخ دیوان درباره این اتهام دولت امریکا و کاربرد زور از سوی این کشور علیه دولت نیکاراگوئه به منظور حمایت از حقوق بشر، پاسخی بسیار روشن، ساده و پرمument است:

«هرچند که دولت ایالات متحده امریکا احتمالاً می‌تواند در دیدگاه و نظر خویش چگونگی رعایت و احترام حقوق بشر در نیکاراگوئه را مورد قضاوت و سنجش قرار دهد، اما در هر صورت کاربرد زور روش مناسبی برای بازرسی و پاسداری از حقوق بشر نیست. نسبت به اقدامهایی که تاکنون انجام گرفته، حمایت از حقوق بشر، به عنوان هدف واقعی انسان، با مین‌گذاری در بنادر، ویران نمودن تأسیسات نفتی، تعلیم نظامی، دادن ساز و برگ جنگی و مجهز نمودن گروههای شورشی قابل جمع نیست. دیوان اعلام می‌نماید که استدلال دولت امریکا مبنی بر حمایت از حقوق بشر در نیکاراگوئه نمی‌تواند قانوناً رفتار آن دولت را توجیه نماید. این امر در هر صورت با موضع حقوقی دولت امریکا درباره حق دفاع دسته جمعی سازگار نیست». ^{۱۱۳}.

سرانجام دیوان اعلام نمود که دولت امریکا با آموزش نظامی، دادن ساز و

113. Ibid, pp. 134-35.

برگ نظامی، تجهیز نمودن، اعطای کمک‌های مالی به نیروهای سورشی مخالف دولت نیکاراگوئه و یا با تشویق، طرفداری، کمک به فعالیتهای نظامی و یا چریکی علیه دولت نیکاراگوئه تعهدات بین‌المللی خویش را درباره منع مداخله در امور داخلی کشورهای دیگر و منع کاربرد زور در روابط بین‌المللی علیه کشورهای دیگر نقض نموده است.^{۱۱۴} با توجه به آنچه گذشت، از نظر دیوان تعیین نظام سیاسی و حقوق بشر همه از امور داخلی و در قلمرو انحصاری دولتها بوده و دخالت دولتها دیگر در این زمینه‌ها از نظر حقوق بین‌الملل غیرقانونی است.

۲۰۳. تجاوز نظامی دولت تانزانیا به کشور اوگاندا

در پی جنگ داخلی در کشور اوگاندا و تجاوز، مداخله و پشتیبانی نظامی گسترده و آشکار کشور تانزانیا، سرانجام نیروهای سورشی در کشور اوگاندا پایتخت این کشور را در تاریخ یازدهم آوریل ۱۹۷۹ به تصرف درآورده و دولت مرکزی عیدی امین را سرنگون ساخته و خود دولت موقتی تشکیل دادند.^{۱۱۵} روابط سیاسی اوگاندا و تانزانیا بسیار تیره بود و به علت همین تیرگی روابط سیاسی، تانزانیا از مخالفان رژیم عیدی امین جانبداری می‌کرد. ارتش تانزانیا رسماً وارد خاک اوگاندا شده و در کنار نیروهای سورشی این کشور به جنگ با نیروهای دولتی پرداخت. پس از آنکه کوشش‌های میانجیگری دولت لیبی به علت مخالفت دولت تانزانیا به شکست منجر گردید، نیروهای نظامی لیبی و حتی گروهی از چریکهای فلسطینی با این استدلال که رژیم عیدی امین رژیمی ضدغرب و ضداستعماری است، در کنار نیروهای عیدی امین قرار گرفته و به جنگ با نیروهای سورشی داخلی و نیروهای نظامی تانزانیا پرداختند. اما در نهایت نیروهای سورشی و تانزانیایی در جنگ پیروز شدند.

دخالت نظامی تانزانیا از سوی برخی نویسنده‌گان حقوق بشر دوستانه به عنوان

114. Ibid, p. 146.

115. 1979 Keesing's, 29669.

دخلالت نظامی با انگیزه انسانی معرفی و توجیه شده است.^{۱۶} اما واقعیت این است که دولت تانزانیا خود در آغاز حمله نظامی خویش، هیچ اشاره‌ای به وصف و انگیزه انسانی برای توجیه این تجاوز نظامی ننمود، بلکه در مقام توجیه آن به عنوان دفاع مشروع در برابر حمله دولت اوگاندا به خاک کشور تانزانیا برآمد. با این حال بعدها که پایتخت کشور اوگاندا به تصرف نیروهای نظامی تانزانیا درآمد، کشور اخیر به دشواری می‌توانست تجاوز نظامی خود به کشور اوگاندا را انکار نموده و یا به توجیه آن براساس دفاع مشروع بپردازد و به این علت وزیر امور خارجه تانزانیا می‌کوشید که تجاوز نظامی دولتش را براساس اصول انسانی و عدالت استوار نموده و آن را پیروزی بزرگی برای مردم اوگاندا و همچنین برای آزادی، عدالت و شرافت انسانی معرفی نماید.^{۱۷} تجاوز نظامی دولت تانزانیا، در شورای امنیت و یا در مجمع عمومی سازمان ملل متحده مطرح نگردید. موضع کشورهای افریقایی در این زمینه متفاوت است. برخی از کشورهای افریقایی فوراً در مقام شناسایی و استقبال از دولت موقت جدید برآمدند،^{۱۸} اما برخی دیگر از کشورهای افریقایی مانند سودان و نیجریه ضمن اعلام اینکه حمایتی از سیاست و رژیم عیدی امین نداشته و حتی سیاست این حکومت را محکوم کرده‌اند، اما اعلام داشتند که تجاوز نظامی دولت تانزانیا رویه خطرناکی در قاره افریقا پدید آورده و تجاوز به اصول همبستگی کشورهای افریقایی محسوب می‌شود.^{۱۹}

۴.۲. دخلالت نظامی دولت ایالات متحده امریکا در گرانادا

در سال ۱۹۷۵ یک حکومت انقلابی مارکسیستی در این کشور - که جزیره کوچکی در دریای کارائیب است - روی کار آمد و سرنوشت سیاسی آن را با کشور

116. F. R. Teson, op. cit, No. 224, pp. 159-75.

117. African Research Bulletin, Political, Social and Cultural Series, Vol. 16, 1979, p. 5223.

118. See for example the Position Taken by the Zambia, The New York Times, April 13, 1979, A3.

119. Le Monde, 21 juillet 1979; Keesing's, 1979, p. 29841.

کمونیستی کوبا پیوند داد. از سوی دیگر این کشور با کشور اتحاد جماهیر شوروی و کشورهای بلوک شرق آن زمان و همچنین با کشور لیبی روابط سیاسی نزدیکی برقرار کرد. در ۱۹۸۳ اکتبر در پی اختلاف نظرهای شدید در درون خود گروه انقلابی سیاسی حاکم، سرانجام گروه تندرو قدرت سیاسی را در دست گرفت و این امر پاره‌ای اختلافها و تظاهرات سیاسی و برخورد و ناآرامی در درون جامعه را در پی داشت. در این اوضاع و احوال بود که دولت امریکا عملیات نظامی بسیار گسترده‌ای را در درون این کشور به منظور برکنار ساختن حکومت انقلابی و گروه دست چپی بسیار تندرو آغاز کرد. در گیریهای بسیار سختی بین نیروهای نظامی طرفین در گرفت، اما سرانجام نیروهای امریکایی این مقاومتها را در هم شکستند و موجبات روی کار آمدن حکومت جدیدی را فراهم آوردند. در توجیه این دخالت نظامی، ریس جمهور و وزیر امور خارجه امریکا این اقدام را دفاع از حقوق بشر و استقرار دمکراسی در کشور وصف نمودند.^{۱۲۰}

برخی از نویسندهای این یورش نظامی را رفتاری غیرقانونی و غیرمشروع و خلاف اصول منشور سازمان ملل متحده و به ویژه اصول و قراردادهای سازمان کشورهای امریکایی توصیف نموده^{۱۲۱} و اظهار داشتند که دولت امریکا در تمام قرن نوزدهم بارها حمایت از جان اتباعش را بهانه قرارداده و به خاک کشورهای همسایه در دریای کارائیب تجاوز نظامی نموده است. اما برخی دیگر کوشش نموده اند که تجاوز نظامی دولت امریکا را بر اساس حمایت از حقوق بشر و استقرار حکومت دمکراسی توجیه نمایند.^{۱۲۲} لازم به ذکر است که حکومت دمکراتیک حکومتی خودجوش، خودساخته و مردمی است. حکومتی است که از درون جامعه و از درون طبقات مردم ریشه گرفته، رشد کرده و با انتخاب و رضایت آزاد همه طبقات اجتماعی بوسیله مردم به حکومت می‌رسد و حکومتی که بوسیله مداخله نظامی نیروهای بیگانه به جامعه تحمیل می‌شود، نمی‌تواند دارای وصف و ماهیت

120. 1984 Keesing's, 32614.

121. See Boyle et al, International Lawlessness is Grenada, 78 AJIL, 1984, p. 172.

122. F. R. Teson, No. 114, pp. 188-200.

«حکومت دمکراتیک و مردمی» باشد. بعبارت دیگر حکومت دمکراتیک و مردمی با رضایت و انتخاب آزادانه مردم و بوسیله مردم به حکومت می‌رسد و حکومتی که بوسیله نیروهای بیگانه بر جامعه‌ای تحمیل می‌شود، هرگز دارای وصف دمکراتیک نخواهد بود.

۲۰. دخالت نظامی دولت امریکا در پاناما

در دسامبر ۱۹۸۹ دولت ایالات متحده امریکا به کشور پاناما یورش نظامی برد و عملیات نظامی گسترده‌ای را در درون این کشور آغاز و پی‌گیری نمود. رئیس جمهور امریکا علت یورش نظامی به خاک کشور پاناما را بدین شرح اعلام نمود:

۱) استقرار دمکراسی و رژیم مبتنی بر انتخابات آزاد و مردمی در پاناما؛

۲) حمایت از کانال پاناما؛

۳) حمایت از جان اتباع امریکایی مقیم پاناما؛

۴) تسلیم نوریه گا* رئیس جمهوری پاناما به دادگاه برای رسیدگی به اتهام او درباره قاجاق مواد مخدّر.

موضوع تجاوز دولت امریکا به پاناما در دستور کار شورای امنیت مجمع عمومی سازمان ملل متحد قرار گرفت و مجمع عمومی در قطعنامه مورخ ۲۹ دسامبر خویش با ۷۵ رأی موافق در برابر ۲۰ رأی مخالف و ۴۰ رأی ممتنع از عمل دولت امریکا به عنوان تجاوزی آشکار به حقوق بین الملل اظهار تأسف کرد. دولت شوروی نیز عملیات نظامی امریکا را در پاناما به عنوان تجاوز آشکار به اصول منشور سازمان ملل متحد و قواعد حاکم بر روابط دولتها در جامعه بین المللی محکوم نمود. دولت انگلستان آشکارا از تجاوز و سیاست دولت امریکا در پاناما پشتیبانی کرد و نخست وزیر این کشور عمل دولت امریکا را یک اقدام پرجرأت به منظور پایان دادن به حکومت ترور و وحشت در پاناما وصف نمود.^{۱۲۳}

* Noriega.

123. 1989 Keesing's, 32614.

بند سوم ارزیابی و نتیجه گیری

دحالت نظامی بشردوستانه که می‌توان آن را یورش نظامی از سوی کشوری به کشور دیگر و به منظور پشتیبانی از افراد و اتباع کشور یورش برنده نامید، در روابط بین المللی پیشیه‌ای بسیار قدیمی دارد. گروسیوس^{۱۲۴} و واتل^{۱۲۵} ضمن اعتقاد به شخصیت معنوی و اخلاقی دولت، حاکمیت دولت نسبت به سرزمین، امور داخلی و به ویژه اتباعش، در عین حال مداخله کشوری را در کشور دیگر در موارد بسیار استثنایی برای حمایت از اتباع این کشور که مورد ظلم و ستم حاکم خویش قرار گرفته اند نیز پذیرفته اند. هرچند که این پیشنهاد از نظر عاطفی و انسانی بسیار خوش آهنگ به نظر می‌رسد، اما برخی دیگر از نویسنده‌گان حقوق بین الملل، حتی قبل از تصویب منشور سازمان ملل متحده، با آن مخالفت کرده بودند. استدلال مخالف از یکسو بر اصل حاکمیت و استقلال سیاسی دولت در امور داخلی خویش و از سوی دیگر بر کارایی بسیار ناچیز و حتی پاره‌ای اوقات نتیجه کاملاً معکوس این مداخله‌ها از نظر اخلاقی استوار بود. استدلال خردمندانه یکی از حقوق‌دانان بین المللی در رد دخالت‌های نظامی بشردوستانه، بسیار جالب است:

«کشورهای دیگر از بُوی جنازه‌هایی که از کشور همسایه بلند شده و به مشامشان رسیده، آزرده اند. اما اگر بُوی‌ای آنها این گونه حساس است، پس چرا کوشش نمی‌کنند تا این بُوی ناپسند را با عطرخوش رفتار نیک خود برطرف سازند؟ آنها می‌گویند بوهای ناپسند فضای آلوده کرده است، اما برای پیشگیری از این امر راه حلی ساده وجود دارد و آن عبارت است از برقراری قرنطینه و قطع هرگونه رابطه با دولتی که قوانین انسانی را نقض کرده است. بجای انتخاب این راه حل‌های مساملت‌آمیز آن کشورها به کاربرد زور، تیر و گلوله می‌پردازند. اما مسلمانًا گلوله تعداد جنازه‌هارا کمتر نمی‌کند و نمی‌تواند فضایی را که از بُوی آن جنازه‌ها آلوده

124. H. Grotius, *De Jure Belli Et Pacis*, Ch. XXV, at 438, Whewell Transl. 1953.

125. E. D. Vattel, *Le droit des gens*, Ch. IV, 1963.

شده است، پاک سازد». ^{۱۷۶}

برای انسان هیچ سرنوشتی ناگوارتر از آن نیست که سرانجام آنچه که موجب ناموری وی شده است، جنگی بوده که بخاطر تأمین حقوق بشر انجام گرفته است.^{۱۷۷} حتی اگر فرض کنیم که حکومت پیشین پاناما حکومتی غیر دمکراتیک بوده و قوانین انسانی را تقض می کرده است، باز هم معلوم نیست آیا مردم پاناما - بعد از پرداخت خسارتی آن همه سنگین - اکنون به حقوق بشر و دمکراسی دست یافته اند یا خیر؟

نیازی به بررسی و تأمل بیشتر درباره وجود و یا در صورت وجود اعتبار حقوقی و قاعده دخالت‌های نظامی بشردوستانه در حقوق بین الملل عرفی نیست. این قاعده در هر صورت در نظام حقوقی منشور سازمان ملل متحده جایگاهی ندارد. با این وجود گروهی از حقوق‌دانان غربی اظهار داشته‌اند که کاربرد زور برای انگیزه‌های انسانی در شرایط خاصی از نظر قانونی، اخلاقی و معنوی مجاز است، اما همانگونه که پرسور بروتلى اظهار می‌دارد:

«بار دلیل برای اثبات این نظر بسیار سنگین است و تنها گروه اندکی از حقوق‌دانانی که با رویه جدید روابط بین المللی و عقاید حقوقی درباره کاربرد زور آشنایی دارند، از این نظر مربوط به دخالت نظامی پشتیبانی کرده‌اند».^{۱۷۸}

کوتاه آنکه درباره وصف قانونی دخالت‌های نظامی بشردوستانه بعد از تصویب منشور سازمان ملل متحده، استدلالهای گوناگونی از سوی موافقان و مخالفان مطرح شده است. در مقام سنجش استدلالهای موافق و مخالف سرانجام به این نتیجه می‌رسیم که استدلالهای مخالف کاربرد زور دارای بار و معنای حقوقی بیشتری

126. Tanoviceance, *Droit International de l'Intervention*, 1884, pp. 12-13.

127. T. M. Franck and N. S. Rodley, op. cit., No. 92, p. 300.

128. Ian Brownlie, *Humanitarian Intervention*, in *Law and Civil Law in the Modern World*, J. N. Moore ed. 1974, p. 218.

بوده و قانع کننده می باشد.^{۱۲۹} این اشاره لازم است که بجز چند نفر از حقوقدانان کشورهای امریکای لاتین، حقوقدانهای کشورهای جهان سوم بطور کلی این دخالتها انسانی را که نمودی از سیاست امپریالیستی است، رد نموده اند.^{۱۳۰}

از سوی دیگر بررسی تاریخی دخالتها نظامی بشروع دوستانه، نشان می دهد که در این دخالتها صمیمیت انسانی و انگیزه های متعالی اخلاقی بطور کلی ناپیدا هستند. انگیزه های واقعی و پشت پرده، منافع سیاسی و اقتصادی خود دولتهای توانگر می باشند. در سال ۱۹۶۵ دولت امریکا کشور کوچک جمهوری دومینیکن را مورد تجاوز نظامی قرار داد. در پشت انگیزه های ظاهرآ انسانی، دلایل جدی سیاسی و اقتصادی وجود داشتند که عبارت بودند: حمایت از سرمایه گذاری خصوصی امریکایی در این کشور کوچک و همچنین پیشگیری از پیدایش یک «کوبای» دیگر در منطقه امریکای لاتین و کشورهای کارائیب. بعلاوه دولت امریکا با این اقدام خوش می خواست ثابت نماید که در تمام شرایط حتی با زور و تجاوز نظامی از منافع خود و اتباعش دفاع خواهد کرد.^{۱۳۱} بهمین گونه دخالتها و یورشهای نظامی امریکا به کشورهای گرانادا، پاناما و نیکاراگوئه همگی با وجود ظاهري بشروع دوستانه، آلوهه به نیتیهای ناعادلانه سیاسی و اقتصادی می باشند. در حقیقت هنگامی که دولتهای نیرومند برای دفاع از حقوق بشر و آزادی کشورهای دیگر اقدام می نمایند و یا به تجاوز نظامی می پردازند، حقوق و آزادی افراد و اتباع این کشورها چندان مورد نظرشان نیست. انگیزه واقعی و نهایی دولتهای بزرگ، دفاع از حقوق و منافع سیاسی و اقتصادی اتباع خودشان است. ارزشهای دمکراتیک و حقوق بشر در هر جامعه ای بایستی با توجه به همه واقعیات اجتماعی و اقتصادی آن جامعه انجام گیرند. همانگونه که یکی از نویسندهای حقوق بین الملل اظهار

129. W. D. Verwey, Humanitarian Intervention Under International Law, 32 Netherlands International Law Review, 1985, p. 406.

130. See B. S. Chemini, Towards A Third World Approach to Non-Intervention, Indiana Journal of International Law, 1980, p. 256.

131. See Gurton, Melvin, The United States Against the Third World: Anti Nationalism and Intervention, New York, 1974, pp. 111-26.

می دارد، کوشش کشورهای بزرگ برای تفسیر دمکراسی و حقوق بشر در درون کشورهای جهان سوم، یک کوشش پنهانی جدید برای گسترش ارزش‌های فرهنگ استعماری در درون کشورهای جهان سوم می باشد.^{۱۳۲}

توجه به این مطلب ضرورت دارد که در صورتیکه پیشنهاد دخالت نظامی بشردوستانه به صورت یک قاعده و یا حق درآید و اعتبار قانونی یابد، این حق فقط از سوی کشورهای ابرقدرت و علیه کشورهای ضعیف و ناتوان قابل اعمال است. در این زمینه یکی از حقوقدانان امریکایی چنین هشدار می دهد: «مطالعه مواردی که در آنها حق مداخله به انگیزه‌های بشردوستانه اعمال شده و بررسی مواردی که در آنها حق مداخله اعمال نشده است، بیانگر این واقعیت هستند که اگر این حق از سوی حقوق بین الملل و از سوی حقوقدانان بین المللی استوار و تأیید گردد، مطیعتاً اجرای این حق درآینده، مانند آنچه در گذشته رخ داد، فقط امتیاز چند دولت پرقدرت خواهد بود. این حق بوسیله این چند کشور پرقدرت علیه کشورهای ضعیف که تمدن‌شان از نظر این چند کشور پرقدرت دارای ارزش و بهایی نیست و در شرایط و اوضاع احوالی که منافع کشورهای پرقدرت آزاد کننده بیشتر از منافع کشورهای آزاد شونده مورد نظر خواهد بود، اعمال خواهد شد».^{۱۳۳}.

همین معنا را یکی دیگر از استادان حقوق بین الملل با زبانی دیگر بیان کرده است:

«این پیشینه‌های ادعایی «دخال‌تهای بشردوستانه» مربوط به دوره‌هایی هستند که دولتهای غربی بر ملتهای غیرمتمدن تسلط و رهبری داشته و فکر می کردند که این کشورهای غیرمتمدن دارای حقوق و حاکمیت برابر با کشورهای غربی نیستند. بنابراین پیشینه‌های گذشته نمی تواند پرتو درخشانی برای هدایت ما در دوره‌های بعد از استعمار باشند».^{۱۳۴}

132. Batailler-Demichel, *Droit de l'homme et droits des peuples dans l' order international*, in *Le droit des peuples a disposer deux-mêmes. Melanges Offerts a Charles Chaumont* 23, 1984, pp. 30-31.

133. T. M. Franck and N. S. Rodley, op. cit, No. 92, p. 290.

134. Ibid, p. 279.

اکنون که همه ملت‌ها به حقوق، شخصیت سیاسی، استقلال و تمامیت ارضی خویش آگاهی دارند و حقاً هم بایستی در جامعه بین‌المللی از حقوق و آزادی برابر بهره مند باشند، دیگر این دخالت‌های به اصطلاح انسانی در کشورهای دیگر، هیچ گونه پایگاه حقوقی و منطقی ندارد.

با توجه به تمام مطالبی که بیان شد «دخالت‌های نظامی بشردوستانه» قانونی نیستند و به علاوه خلاف مصلحت و تدبیراند. اما در زندگی و در روابط بین‌المللی ممکن است شرایط و اوضاع و احوال ویژه‌ای پیش آید که انجام اقدامی فوری را ایجاب نماید. در مورد رویدادهای اخیر در کردستان عراق شرایط و اوضاع و احوال ویژه‌ای از نظر انسانی پدید آمده که نمی‌توان و نباید ضرورت ورود کشوری خارجی و اقدام انسانی صمیمی و بی‌ریارا انکار نمود، اما چه دولتی باید اقدام نماید و این اقدام چه پایگاه حقوقی می‌تواند داشته باشد؟ به نظر یکی از حقوق‌دانان بین‌المللی شاید مصلحت این باشد که مقررات منشور درباره منع کاربرد زور اصلاح شوند و استثنای جدیدی برای موارد دخالت انسانی پیش‌بینی شوند و اگر حدود این استثنای بطور دقیق تعريف و تعیین شوند، امکان سوءاستفاده به مراتب کمتر از وضع فعلی است.^{۱۳۵} اما این استدلال منطبق بر مصلحت به نظر نمی‌رسد. تجربه‌های گذشته نشان دادند که عنوان «دخالت بشردوستانه» چگونه و تا چه اندازه قابل سوءاستفاده است. با توجه به این مطلب اگر این بهانه بصورت اجازه‌ای قانونی درآید، امکان سوءاستفاده بیشتر خواهد بود. تاریخ نشان می‌دهد که دولتهای بزرگ پیوسته علاقه و اصرار داشته‌اند که حق و امتیاز اتحاصاریشان را برای کاربرد زور و جنگ در روابط بین‌المللی محفوظ بدارند. پس مصلحت ایجاد می‌نماید که این مقررات به همین نحو باقی بمانند. هرگونه تفسیر و یا به اصطلاح رساتر «دست کاری» در این مواد نه تنها مسئله‌ای را حل نمی‌کند، بلکه بر مسائل و مشکلات خواهد افزود. جنگ اخیر در خلیج فارس هم براساس ماده ۵۱ منشور سازمان ملل متحد توجیه شده بود. دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل دارای تفسیر و

135. J. P. L. Fonteyne, *The Customary International Law Doctrine of Humanitarian Intervention: Its Current Validity Under the UN Charter*, Cal. WILJ (1974), pp. 249-50.

چارچوبی بسیار محدود است. دفاع تا آنجا که برای دفع حمله ضرورت دارد، جایز است و هرگز نباید از آنچه برای دفع حمله ضروری، لازم و ناگزیر است تجاوز نماید. اما بدون توجه به واقعیتهای حقوقی و اخلاقی که دفاع مشروع بر آنها استوار است، تفسیر و اجرای ماده ۵۱ منشور امکان پذیر نیست. با توجه به این مراتب هرگونه تفسیر، اصلاح و تجدید نظر در مقررات فعلی منشور درباره عدم کاربرد زور، مصلحت نیست. نظر به این واقعیات، یکی از حقوقدانان هلندی کوشیده است که دخالت نظامی را در موارد صدرصد استثنایی و گریز ناپذیر براساس «حال ضرورت» توجیه نماید.^{۱۳} حالت ضرورت در سیستمهای حقوق داخلی وجود داشته و در حقوق و روابط بین دولتها نیز بارها مورد استناد و کاربرد قرار گرفته است. و هم اکنون نیز در ماده ۳۳ طرح مسؤولیت بین المللی دولتها پیش بینی شده است، اما استناد به حالت ضرورت برای توجیه این دخالت‌های نظامی نیز از نظر قانونی دشوار به نظر می‌رسد، در هر صورت ممکن است این توجیه هم مورد سوء استفاده قرار گرفته، بصورت مبنایی برای حمله‌هایی مانند حمله دولت اسرائیل به فروندگاه اوگاندا قرار گیرد.

در مواردی که واقعاً دخالت نظامی فوری برای نجات جان‌گروههای انسانی ضرورت دارد، شاید مناسب ترین راه حل، همانگونه که حقوقدان هلندی با کمال بی‌طرفی پیشنهاد نموده است، تصویب قطعنامه‌ای از سوی مجمع عمومی سازمان ملل متحده برای تعیین شرایط قانونی این دخالت‌ها در موارد ضروری باشد. هرچند که در اعتبار قانونی قطعنامه‌های مجمع عمومی سازمان ملل متحده از نظر حقوق بین الملل تردید و گفتگوی بسیار وجود دارد و هرچند که اساساً با قطعنامه نمی‌توان مقررات منشور و یا مقررات عرفی حقوق بین الملل را تغییر داد، اما اگر چنین قطعنامه‌ای نمودی از رضایت و هماهنگی و توافق آرای همه دولتهای عضو جامعه بین المللی باشد، با توجه به سایر اوضاع و احوال و به ویژه حالت ضرورت، این قطعنامه راه حل مناسبی برای مشکل خواهد بود. این قطعنامه می‌تواند از جمله بدین صورت تنظیم شود:

136. W. D. Verwey, op. cit, No. 135, pp. 414-18.

دولت و یا دولتهايی که در مقام انجام دخالت نظامي هستند، بایستی با ارائه مدارک معتبر و استوار به سازمان ملل متعدد ثابت نمایند که:

۱- آن دولت نفع و یا انگيزه سياسی، نظامی و یا اقتصادی ویژه و مهمی در انجام دخالت نداشته و انگيزه واقعی امنیت انسان و حیات انسانی در آن شرایط است.

۲- شرایط و اوضاع و احوال استثنایی وجود دارند که در آن جان، هستی و یا حقوق بینیادی (حقوق غیرسیاسی) گروههای انسانی در سطح بسیار گسترده مورد تجاوز قرار گرفته و یا در معرض خطر می باشند.

۳- کوششهاي مساملت آمیز برای حل مسأله و پیشگیری از فاجعه انسانی به جایی نرسیده و هیچ امیدی در این زمینه باقی نمانده و امکان اقدام فوری از سوی سازمان ملل متعدد وجود ندارد و فقط آخرین علاج انجام دخالتی نظامی برای پیشگیری از فاجعه انسانی است.

۴- اثر این اقدام نظامی در درون کشوری که این دخالت در آن انجام می پذیرد و آسیب آن به استقلال سیاسی آن کشور بایستی به حداقل ممکن کاهش یابد و همچنین حجم عملیات نظامی بایستی کاملاً متناسب با حالت ضرورت و آنچه که واقعاً برای پیشگیری از فاجعه لازم است، باشد.

۵- عملیات نظامی بایستی متضمن هیچ خطربهای برای صلح و امنیت منطقه و صلح جهانی نباشد و دارای آثار و عواقب ناگواری - ناگوارتر از آنچه که در مقام پیشگیری و جلوگیری از آن است - نباشد.

۶- دخالتهاي نظامی بایستی تا آنجا که ممکن است بوسیله یک یا چند دولت در همان منطقه مورد نظر انجام پذیرد و تا آنجا که ممکن است از دخالت ابرقدرتها جلوگیری شود.



تاپیو کانینن ، ارکی کورو لا
Erkki Kourula, Tapio Kanninen

مترجم: دکتر نادر ذوالعین



اصلاح شورای امنیت
تطبیق منشور ملل متحد با واقعیات جدید
پس از دوره جنگ سرد





● اشاره

مسئله بازنگری منشور سازمان ملل متحد
بطور کلی، و اصلاح مقررات راجع به شورای
امنیت بطور خاص جهان را در مقابل مرحله پر
اهمیتی قرار داده است.

دگرگونی های سیاسی اخیر که تأثیر قابل
ملاحظه ای در روابط بین المللی گذاشته اند،
تحسولاتی را در نظام حقوقی بین المللی ایجاد
می کند. معیارهایی که عمدتاً پس از پایان
جنگ جهانی دوم برای تنظیم روابط بین المللی در
نظر گرفته شده دیگر امروزه با واقعیات تطبیق
چندانی نداشته و جوابگوی نیازهای جامعه
بین المللی نیست.

منشور ملل متحد، یکی از مهمترین اسناد
حقوقی بین المللی است، و از آنجا که تقریباً تمامی
دولتها عضو آن می باشند، می توان آن را نوعی
خاص از یک قانون اساسی جامعه بین المللی

تلقی نمود. با این وصف، طبیعی است که انتظارات
نخست متوجه آن گردد.

این مسأله که بحث زیادی را در محافل
بین المللی برانگیخته منجر به آغاز روند مذاکراتی
گردیده که گرچه هنوز نتایج ملموسی پدست
نیامده ولیکن دست کم مواضع دولتها را تا حدودی
در این باره روشن ساخته است.

مقاله ذیل، سعی دارد جریان و نحوه مذاکرات
را از آغاز تا کنون شرح داده و مسائل مهمی که
در این زمینه مطرح شده یا باید مدنظر قرار گیرد را
مورده بحث قرار می دهد. تویسندگان مقاله در این
جریانات به نحوی سهیم بوده و سعی می دارند در
پرتو تجربه شخصی خود، گذشته و همچنین
چشم اندازهای این مذاکرات را منعکس نمایند.

تویسندگان این مقاله هر دو فنلاندی هستند.
دکتر ارکی کوروولا Erkki Kourula، سفیر اسبق
و معاون مدیر کل امور حقوقی وزارت خارجه
فنلاند است و در مقام رئیس «کمبیته ویژه در باره
منشور ملل متحد و تحکیم نقش سازمان» خدمت
گرده است.

دکتر تاپیو کانینن Tapio Kanninen، در
بخش امور سیاسی دبیرخانه سازمان ملل در
نيویورک اشتغال دارد و به عنوان دبیر گروه کار
نامحدود درباره مسأله نایتدگی عادلات و افزایش
اعضای شورای امنیت از زمان تأسیس آن خدمت
گرده است.

لازم به تذکر است که نظرات ابراز شده از سوی
نامبرده گان در این مقاله نظر شخصی آنها می باشد و
لزوماً موضع دولت فنلاند و یا سازمان ملل را
منعکس نمی نماید.

مترجم

۱

مقدمه

افزایش اعضای شورای امنیت در حال حاضر بطور جدی موضوع بحث جامعه بین المللی می باشد. در صورتی که در مذاکراتی که اکنون در جریان است توافقی حاصل گردد، منشور ملل متحده به احتمال زیاد اصلاح می شود. همزمان، تعدادی از اصلاحات اساسی ممکن، که آنها نیز مستلزم اصلاحاتی در منشور می باشند، در محافل متعدد مورد بحث قرار گرفته است. سوالی که مطرح می شود این است که آیا منشور می تواند یا می باید فقط یکبار طی نسل ما، یا چندین بار ظرف دوره چند ساله اصلاح گردد؟

این مقاله در ابتدا روبه و ساختار مذاکرات جاری در خصوص اصلاح شورای امنیت را به عنوان مثالی روشن از یک روند اصلاح، توصیف می کند. این مسأله در زمان حال دارای با ثبات ترین دستگاه مذاکراتی در میان اصلاحات متعددی است که در ملل متحده مدنظر می باشد. ثانیاً، سناریوهایی که چگونه منشور ملل متحده می تواند، در نتیجه این روند یا سایر روندهای مذاکره که بطور فعال توسط جامعه بین الملل دنبال می شود، اصلاح گردد را مطرح می سازد. ملاحظاتی که ارائه می گردد، از بحثهای غیررسمی نویسندها با تمایندگان متعدد و دیگر کارشناسان در

طول مدت شرکت آنها در کار اصلاح سازمان ملل متعدد ناشی می‌شود. باید تأکید کرد که تنها تشریفات صوری نیست که مانع اصلاح منشور می‌شود. میزان قابل ملاحظه‌ای از کارها را باید به عقاید استراتژیکی و همچنین تاکتیکی لازم در روند اصلاح اختصاص داد.

اگرچه نویسنده‌گان توجه خاصی به یک جنبه از روند اصلاح منشور ملل متعدد نشان داده‌اند. یعنی روند مذاکره مربوط به اصلاح شورای امنیت. روندها و عوامل دیگری نیز وجود دارند که باید به حساب آیند. این مقاله بر ماهیت قابل فهم تمامی روند اصلاح منشور تأکید می‌نماید. این امر باید بخوبی درک گردد که آرزوی صادقانه و اراده سیاسی از سوی جامعه بین المللی وجود دارد که با موقفيت منشور ملل متعدد را، که قانون اساسی چارچوب حقوق و روابط بین الملل است، تغییر دهد و آن را با واقعیات دوره پس از جنگ سرد منطبق سازد.



سابقه اصلاح شورای امنیت

مسئله نمایندگی عادلانه در شورای امنیت و افزایش اعضای آن، نخست به عنوان موضوع بحث در مجمع عمومی در سال ۱۹۷۹^۱ مطرح گردید. مبتکران اصلی پیشنهاد آغاز روند مذاکره در مجمع (نمایندگان الجزاير، آرژانتین، بنگلادش، یونان، گویانا، هند، مالدیو، نیال، نیجریه و سریلانکا)، ابتکار عمل مشترک خود را این گونه توجیه کردند که تعداد نمایندگان کشورهای غیرمتعهد و توسعه نیافته دریکی از ارکان عمدۀ سازمان ملل بطور واضح کافی نمی‌باشد. از دیدگاه آنان، نظر به اینکه تعداد اعضای جدید سازمان ملل از سال ۱۹۶۵، سالی که

۱. رجوع شود به: UN Doc. A/34/246 (1979)

2. Id.

اعضای شورا از بیازده به پانزده افزایش یافت، بطور چشمگیری افزایش یافته،
شورای امنیت آشکارا نماینده همه اعضاء نیست.

مع ذلک، این موضوع هنوز برای مذاکرات و اقدام جدی آماده نبود. فقط در
اجلاس ۱۹۷۹، مجمع عمومی تصمیم گرفت مسئله را در دستور جلسه موقت
اجلاس بعدی خود بگنجاند و طرح قطعنامه پیشنهادی و سایر مذاکرات توضیحی را
به آن اجلاس ارسال داشت. رویه مشابهی هرساله تا سال ۱۹۹۲ دنبال شد.

پایان جنگ سرد، تمایل ژاپن و آلمان برای عهده دار شدن مسؤولیت بیشتر
در صحنه بین المللی، و رضایت پنج عضو دائم شورای امنیت برای مدنظر قرار دادن
مجدد مسئله گسترش، این امکان را فراهم ساخت که در سال ۱۹۹۲ حرکتی بسوی
مرحله پیش مذاکره انجام شود. آغاز روند مذاکره هنوز آهسته بود.

مجمع عمومی در چهل و هفتمین اجلاس از دولتهای عضو دعوت کرد که
نظرات کتبی خود را درباره تجدیدنظر احتمالی عضویت در شورا ارسال نمایند.
براساس آن، دیرکل در چهل و هشتمین اجلاس مجمع گزارشی شامل تأییف نظرات
ابراز شده دولتهای عضو در این موضوع را ارائه داد.^۳

حجم مسائل مربوط به مذاکره در این مرحله بوضوح نمایان گردید.
در حالی که اصلاح منشور در سال ۱۹۶۵ فقط کرسی های غیر دائمی را افزایش داده
بود، این دفعه جریان اصلاح، افزایش تعداد اعضای دائمی شورای امنیت و مسئله
حق و تو را نیز فرامی خواند. بنابراین، دولتهای عضو سازمان ملل منافع ملی کاملاً
متفاوتی را منظور داشته و هنوز هم دارند. این وضع امور در اسناد فوق الذکر که
مواضع اعضای ملل متحد درباره اصلاح شورا را فهرست بندی می کرد، کاملاً
مشخص بود. تعدادی از کشورها، بویژه مدعیان اولیه برای کرسی دائمی جدید
احتمالی و آن کشورهایی که شدیداً هم به افزایش در گروه دائمی بطور کلی، و هم
به انتخاب کشورهای بخصوصی برای این کرسی ها بطور خاص، معارض بودند،
دارای منافع ملی اساسی بودند که در گروه نتایج نهایی این روند بود. حرکت بسوی
مذاکرات جدی اقدام آسانی نخواهد بود، و در مجموع برقراری روند مباحثه و

.۳. رجوع شود به: UN Doc. A/ 48/ 264 (1994)

مذاکره در این زمینه یکی از دشوارترین چالش‌های دیپلماسی چند جانبه می‌باشد.

۳

آغاز مذاکرات

در ماه دسامبر ۱۹۹۳، مجمع عمومی طی چهل و هشتمین اجلاس خود تصمیم گرفت یک «گروه کار آزاد»^۴ را برقرار نماید تا تمام جوانب مسأله افزایش اعضای شورای امنیت و سایر موضوعات مربوط به شورا را مورد ملاحظه قرار دهد. همچنین از گروه کار آزاد درخواست نمود، گزارشی در مورد پیشرفت کارهایش به مجمع عمومی، تا قبل از پایان اجلاس چهل و هشتم ارائه دهد و تصمیم گرفت که این موضوع در دستور جلسه موقت اجلاس چهل و نهم^۵ گنجانیده شود.
«گروه کار آزاد» (که پس از این، گروه کار خوانده خواهد شد)، در باره مسأله نمایندگی عادلانه و افزایش اعضای شورای امنیت از ماه زانویه تا سپتامبر ۱۹۹۴ بیست و دو نشست تشکیل داد. رئیس مجمع عمومی، آقای ساموئل آر. اینسانالی،^۶ ریاست گروه کار را بر عهده داشت. این امر که گروه کار تحت ریاست شخصی رئیس مجمع عمومی بود نمایانگر اهمیتی است که مجمع برای این موضوع قائل بود. سفیران ویلهلم بریتسن^۷ (فنلاند) و چیوتای سو^۸ (سنگاپور) به عنوان نایب رئیس منصوب شدند.

گروه کار در نخستین گزارش خود به مجمع عمومی، مورخ ۲

4. Open - ended Working Group.

5. رجوع شود به: UN Doc. A/ 48/26 (1993).

6. Samuel R. Insanally.

—

7. W. Breitenstein.

8. Cheue Tai Soo.

سپتامبر ۱۹۹۴^۱، در مورد گفتگوها راجع به تعداد و ترکیب افزایش احتمالی اعضای شورا، اعلام داشت که گرچه مباحثه زنده و سازنده بود و مواضع دولتهای عضورا روش ساخت، لیکن هیچ نتیجه‌گیری به عمل نیامد. با آنکه دیدگاههای نزدیکی بر سر افزایش عضویت موجود بود، در این خصوص نیز توافق وجود داشت که چشم انداز و ماهیت چنین توسعه‌ای نیاز به مباحثه بیشتری دارد. در باره سایر موضوعات مربوط به شورای امنیت، اشاره گردید که شورا قدمهایی درجهت بهبود شیوه‌ها و آیین کاری خود برداشته است. همچنین درباره تدابیر بیشتری که شورا ممکن است بدین منظور اتخاذ نماید نظراتی ابراز گردید.

در اوایل ماه سپتامبر ۱۹۹۴، گروه کار به مباحثات خود برای چهل و هشتادین اجلاس مجمع عمومی خاتمه داد و توصیه نمود که مباحثه در باره این موضوع طی چهل و نهمین اجلاس مجمع عمومی ادامه یابد. مجمع عمومی، در ۱۴ سپتامبر ۱۹۹۴، تصمیمی را تصویب کرد مبنی بر اینکه گروه کار می‌باید:

۱- به کار خود ادامه دهد و نظرات ابراز شده طی اجلاس چهل و نهم را به حساب آورد؛ و

۲- تا قبل از پایان آن اجلاس، گزارشی را به مجمع ارائه دهد.^۲

۲

مذاکرات در سال ۱۹۹۵

مذاکراتی که طی سال ۱۹۹۵ صورت گرفت از سال ۱۹۹۴ عمیق‌تر بود و پیوسته توجه زیاد رؤسای نمایندگیهای نزد سازمان ملل را جلب می‌کرد. مجدداً

۱. رجوع شود به: UN Doc. A/ 48/ 47 (1994).

۲. رجوع شود به: UN Doc. A/ 48/ 438 (1993).

رئیس مجمع عمومی در اجلاس چهل و نهم - آقای آمارا ایسی - ریاست گروه کار را عهده دار شد و گروه کار آقایان ویلهلم بریتنشتاین (فنلاند) و نیتیا پیبولستگرام (تایلند) را به عنوان نواب رئیس گروه کار منصوب کرد.

گروه کار درباره تنظیم کارهایش بحث کرد و موافقت شد که موضوعات به دو دسته تقسیم شود: نمایندگی دولتها بطور عادلانه و افزایش اعضای شورای امنیت (دسته اول) و سایر موضوعات مربوط به شورای امنیت (دسته دوم). دو نایب رئیس یادداشت‌های متعددی درباره دسته های اول و دوم برای استفاده داخلی گروه آماده کردند.

یادداشت‌ها درباره دسته های اول و دوم به عنوان اسناد گروه کار، بمنظور تسهیل تبادل نظر کامل درباره مطالب مندرج در فهرست سوالاتی که قبلًا بوسیله دو نایب رئیس تهیه شده بود، مورد استفاده قرار گرفت. مباحثات گروه کار درباره یادداشت‌ها طی اجلاس چهل و نهم ناتمام ماند؛ لیکن تبادل نظر باعث گردید چشم انداز و محتوای موضوعات مطرحه روشن شود.

عمق مباحثات در طول اجلاس چهل و نهم بطور مسلم اساس مؤثری را برای کار آینده گروه کار فراهم خواهد ساخت و موجب تحرک بیشتر در مباحثات بعدی خواهد شد.

موضوعات مورد بحث در دسته اول عبارتند از: اصول راهنمای برای توسعه عضویت در شورای امنیت؛ تعداد و ترکیب اعضای دائم؛ تعداد و ترکیب اعضای غیردائم؛ دسته های جدید اعضا؛ عناوین اختصاص داده شده به هریک از دسته بندی ها؛ نحوه انتخاب اعضای هریک از دسته ها؛ تعداد کلی اعضای شورای امنیت پس از توسعه؛ شیوه رأی گیری در شورای امنیت به انضمام مسأله حق و تو؛ و مسأله تجدیدنظر دوره ای.

موضوعات مورد بحث در دسته دوم عبارتند از: تدابیر اتخاذ شده و اعمال مرسوم از سوی شورا بمنظور از دیاد جنبه علني فعالیتها و شیوه های کار خود و جهت بخشیدن و توسعه یا تشکیلات دادن به آنها؛ ابقاء، اصلاح یا قطعی ساختن آین کار موقت شورا؛ دستورالعملهای صادره از سوی ریاست شورا؛ از دیاد مکانیسم های

جمع آوری و تجزیه و تحلیل اطلاعات؛ مشورت گسترده‌تر با طرفهای مربوطه یا ذی نفع؛ مشورت بیشتر میان شورا و دولتهايی که در تشکیل نیروی نظامی [تحت نظرسازمان] سهیم هستند؛ و روابط شورای امنیت با سایر ارکان سازمان ملل به انضمام گزارشهاي شوراي امنيت به مجمع عمومي.

مباحثات درباره دسته‌های اول و دوم نشان داد که توافقی در گروه کاربر سر لزوم افزایش اعضای شورای امنیت وجود دارد. چشم انداز و ماهیت این افزایش و دیگر مسائل مربوط به شورای امنیت همانطور که در سال ۱۹۹۴ اتفاق افتاد، به مباحثات و مذاکرات بعدی موکول گردید که به احتمال قوی با قاطعیت بیشتری در پنجاهمین اجلاس مجمع عمومی پی‌گیری خواهد شد.

۵

مذاکرات از نظر کلی درباره اصلاح منشور

سازمان ملل متحد، از آغاز تأسیس در سال ۱۹۴۵ بطور قابل ملاحظه‌ای تغییر شکل یافته، اما هنوز عملًا در منشور تغییر مهمی داده نشده است. در حقیقت فقط سه اصلاح از زمان تصویب آن در طی پنجاه سال صورت گرفته است.^{۱۱} در این مدت تعدادی پیشنهاد، بویژه طی سالهای اول سازمان ملل، برای

۱۱. سه اصلاح به قرار زیر است: اعضای شورای اقتصادی و اجتماعی (ماده ۶۱) و شورای امنیت (ماده ۲۳) در سال ۱۹۶۳ افزایش یافتند (که در سال ۱۹۶۵ به اجرا درآمد) و یک اصلاحیه مترادف برای ماده ۲۷ که نه رأی مثبت را برای تصویب تصمیمات شورای امنیت مقرر داشت. وقتی که مواد ۲۳ و ۲۷، در سال ۱۹۶۳ اصلاح گردید، لزوم هفت رأی مذکور در ماده ۱۰۹ تغییر نیافت. ولی ماده ۱۰۹ در سال ۱۹۶۵ اصلاح گردید (و در سال ۱۹۶۸ به اجرا درآمد) تا با مفاد جدید ماده ۲۷ مطابقت داشته باشد. اعضای شورای اقتصادی و اجتماعی مجددًا در سال ۱۹۷۱ افزایش یافت (که در سال ۱۹۷۳ به اجرا درآمد).

اصلاح طرح گردید. اما خیلی زود پی برده شد، از آنجا که اصلاحیه ها بدون رضایت تمامی اعضای دائم شورای امنیت قابل اجرا نیست، بنابراین ارائه توصیه هایی که موافقت آنها را جلب ننماید بی تأثیر می باشد. پیشنهاداتی که در «کمیته ویژه منشور ملل متحد و تحکیم نقش سازمان» - مشهور به کمیته منشور ملل متحد - مطرح گردید مثال خوبی از تلاشهای اصلاحی می باشد. طی سالهای نخستین حیات این کمیته هیچ موضوعی جنبه قدس نداشت و بنابراین پیشنهادات مطرح شده می توانست موجب تغییرات عمیقی در منشور گردد. بتدریج، در برنامه کاری کمیته ویژه تجدیدنظر شد، بطوری که موضوعاتی که مستلزم اصلاح منشور نبود بطور جدی مورد بحث واقع شد و اقدامات جدیدی مانند حفاظت از صلح صورت گرفت؛ اما منشور همچنان بدون تغییر باقی ماند.

حتی پایان جنگ سرد تغییری در این زمینه ایجاد نکرد. این وضع ادامه داشت تا اجلاس سال ۱۹۹۵ کمیته منشور، که پس از مشورتهای دشوار، حذف «مواد مربوط به دولتهای دشمن» را از منشور ملل متحد (مواد ۵۳، ۷۷ و ۱۰۷)، در اولین اجلاس مناسب، توصیه نمود. بنابراین پیشنهاد، مجمع عمومی می باید قصد خود را جهت اعمال آینین مذکور در ماده ۱۰۸ منشور برای اصلاح منشور بمنظور حذف «مواد مورد نظر» اعلام نماید. این توصیه ممکن است مشکلاتی به بار آورد؛ چرا که اگر تمایل کمیته منشور به کرسی نشینند، اصلاح صوری منشور دیگر لازم خواهد بود.

موضوع جدید دیگری که با اصلاح منشور ارتباط دارد سرنوشت شورای قیمومت می باشد. این شورا کار خود را در سال ۱۹۹۴ با پذیرش «پالاو»، آخرین سرمیں تحت قیمومت، به عنوان عضو جدید ملل متحد، به پایان رساند.^{۱۲} حال مسأله این است که آیا مواد منشور مربوط به شورای قیمومت باید در منشور باقی بماند، حذف گردد یا اینکه استفاده های دیگری از شورای قیمومت در نظر

۱۲. رجوع شود به: UN Doc. A/ 50/ 33 (1995)

13. Palau

۱۳. رجوع شود به: UN Doc. S/1994/1234 و S/RES/956 (1994)

گرفته شود. علاوه بر اینها، پیشنهاداتی برای اصلاح منشور در گزارش‌های متعدد اخیر که از سوی سازمانهای غیردولتی، جوامع آکادمیک و همچنین شخصیت‌های معتبر، بویژه بمناسبت پنجاه‌مین سالگرد سازمان ملل متحد، تهیه گردیده و درج شده است. برای نمونه، گزارش‌ها در کمیسیون برای نظارت کلی^{۱۰} و «گروه کار مستقل در باره آینده سازمان ملل متحد»^{۱۱} شامل پیشنهادات جامعی است برای تعدادی ارگانها و فعالیت‌های جدید ملل متحد که تحقق آن مستلزم اصلاح منشور می‌باشد. هر دو گزارش شامل پیشنهاداتی در جهت اصلاح شورای امنیت است.

۶ دیدگاه‌های عملی جهت اصلاح منشور ملل متحد

منشور ملل متحد دو شیوه متفاوت را برای اصلاح خود عرضه می‌دارد: از طریق مجمع عمومی (ماده ۱۰۸) یا از طریق کنفرانسی بمنظور تجدیدنظر (ماده ۱۰۹). هر دو شیوه مستلزم تصویب آن از سوی دو سوم کل دولتهاي عضو، از جمله کل اعضای دائم شورای امنیت می‌باشد. از نظر حقوقی، هر دو مورد، علی‌رغم تفاوت جزئی لغوی (اصلاح یا تغییر) دارای شرایط ماهوی یکسان می‌باشند. تفاوت آنها در پشت پرده سیاسی مفاد مذکور پنهان شده است. تصمیم به گنجانیدن ماده ۱۰۹ که مستلزم برگزاری کنفرانسی بمنظور تجدیدنظر در منشور است، برای راضی کردن دولتهاي بود که در کنفرانس سان فرانسیسکو از جایگاه خاص قدرت‌های بزرگ ناراضی بودند. بسیاری از کشورها تنها با این تصور که ظرف سالهای اندکی

15. Our Global Neighbourhood, the Report of the Commission on Global Governance (1992).

16. The UN in its Second half - Century, the Report of the Independent Working Group on the Future of the UN (1995).

در جهت رفع عناصر مورد انتقادشان، منشور بازنگری خواهد شد، منشور را پذیرفتند. در واقع، امتیازات مندرج در ماده ۱۰۹ حائز اهمیت نمی باشند؛ زیرا اعضای دائم شورای امنیت حق خود را برای پیشگیری از به اجرا در آمدن اصلاحات منشور حفظ کرده اند. لیکن، به نظر می آید اعضای دائم شدیداً با عقیده تجدیدنظر کل منشور مخالف اند. بدین جهت، با عقیده برگزاری کنفرانسی بمنظور تجدیدنظر منشور مخالفت می کنند و تغایل پیشتر به آیین مقرر در ماده ۱۰۸ دارند؛ زیرا چنانکه معلوم است، این ماده بر اصلاحات محدود بخصوصی متغیر کر می گردد.

درواه حل اساسی موجود است تا منشور بتواند در عمل به بهترین نحو بازنگری شود. یک راه ممکن که اعضای ملل متحده می توانند انتخاب نمایند، ادامه اصلاحات به همان روندی است که اکنون به نظر می رسد در حال پیشرفت باشد؛ یعنی شیوه مورد به مورد که هریک از اصلاحات را بطور جداگانه موضوع بحث قرار دهند.

شرح فوق در خصوص مذاکرات اصلاح شورای امنیت، نحوه روند مذاکرات را بطور نمونه نشان داد. راه حل دیگر آن است که نتایج پیشنهادات برای اصلاح را بطور جامع جمع آوری کرده و فقط وقتی چندین موضوع آماده گردید، اقدام به اصلاح منشور نمود. این لزوماً بدان معنی نیست که تنها یک بازنگری از منشور در طول نسل فعلی به عمل خواهد آمد. اگر اصلاح شورای امنیت را به عنوان نمونه در نظر بگیریم، سناریو برای راه حل نخست می تواند به شرح ذیل باشد. گروه کاری در باره اصلاح شورای امنیت می تواند احتمالاً قطعنامه ای را به مجمع عمومی ارائه دهد که اصلاح منشور را درخواست کند. همین شیوه عمل مثلاً در مورد گروه کاری راجع به برنامه کار برای توسعه، که به شورای اقتصادی و اجتماعی مربوط می شود، قابل اجرا می باشد. گروه کاری جدید راجع به نظام ملل متحده، که توافق اصولی در خصوص آن در تابستان ۱۹۹۵ به عمل آمد، نیز می تواند نهایتاً اصلاحاتی را برای منشور پیشنهاد نماید. همانطور که قبل از بدان اشاره گردید، کمیته منشور ملل متحده قبلاً توصیه کرده است که «مواد مربوط به دولتهای دشمن» در اولین اجلاس مناسب مجمع عمومی از منشور حذف گرددند.

یکی از موضوعات کلیدی آن است که آیا دولتهای عضو، که احتمالاً ظرف مدت چند سال با چندین اصلاحیه منشور مواجه خواهند بود، حاضرند تعدادی بازنگری جداگانه را در منشور پیذیرند، و در نتیجه از قوای مقننه خود بخواهند آنها را یکی یکی تصویب نمایند؟ از لحاظ عملی و سیاسی می‌توان انتظار داشت که در یک مقطع از زمان دولتهای عضوی خواهند برد که نمی‌توانند، یا نمی‌خواهند، چندین مرتبه ظرف سالهای اندکی به پارلمان خود رجوع نمایند و تغییراتی را در منشور ملل متحده، که ابزار اساسی حقوق بین الملل می‌باشد از آنها بخواهند. این سناریو به نفع راه حل ثانوی یعنی جمع آوری پیشنهادات بصورت جامع است. این نیز باید درک شود که تصمیم به اصلاح شورای امنیت که شامل جنبه افزایش اعضای دائمی آن باشد، بر سایر موضوعاتی که اکنون مورد بحث می‌باشد مانند مذاکرات در باره مسائل مالی ملل متحده و میزان ارزیابی‌ها و تغییرات پیشنهادی در اعضا و ترکیب ارکان کلیدی ملل متحده، تأثیر خواهد گذاشت. بدین جهت، شاید بهتر باشد، از نظر نیل به نتیجه دلخواه، تمامی اقدامات در جهت اصلاح جمع آوری شوند.

با تکیه بر جمع آوری جامع اصلاحیه‌های منشور، اعضای ملل متحده هم با موقعیت‌ها و هم با خطراتی مواجه خواهند شد. از قرار معلوم، قانونگذاران ملی ترجیح خواهند داد بحث پیرامون این مسائل تنها یکبار در برنامه کاری شان قرار گیرد. ولی در عین حال، لزوم توافق اکثریت دوسرم دولتهای عضو، از جمله توافق همه اعضای دائمی شورای امنیت، برای تصویب نهایی و همچنین برای تصویب جمع پیشنهادات ضروری است.

وضعیت جهان پس از جنگ سرد که بسرعت تغییر می‌یابد نیز سؤالاتی اصولی نظریه مناسبت چارچوب قانونی که پس از جنگ جهانی دوم برای حقوق و روابط بین الملل تصویب گردید را بطور روشن مطرح می‌سازد. این چارچوب، یعنی منشور ملل متحده، ماهیتاً از انعطاف کمی برخوردار است و طوری مورد مذاکره قرار گرفت که به سختی قابل اصلاح باشد و این اصلاح نیازمند رضایت اکثریت مشخصی از دولتهای عضو اعم از کوچک و بزرگ است. ضمناً اصلاحات منشور

مستلزم تصویب آنها در سطح ملی است و قوه مقننه دولتها ععمولاً در تصمیمات خود از قوه مجریه محافظه کارتراند.

علاوه، اعطای حق وتو به اعضای دائم شورای امنیت بر سر اصلاحات منشور نیز تاحدی بی سابقه است. درست است که قوانین اساسی ملی نیز شامل مفادی است که اصلاح آنها را بسیار دشوار می سازد، لیکن، آنها به ندرت حق وتویی را به عضوی یا حزبی به تنها یابه درباره بازنگری قانون اساسی اعطا می کنند؛ درحالی که این مورد خاص منشور ملل متحده است.

ضمون مباحثه و مذاکره در باره اصلاح منشور ملل متحده، می باید توجه خاصی برای کل صفات آرایی عناصر سیاسی و عملی مطروحه قائل گشت، که بعضی از آنها در این مقاله مورد بحث واقع گردید. روندی که در جریان است فرصت خوبی را مهیا می سازد تا شایستگی و توانایی منشور ملل متحده، که مهمترین سند اساسی بین المللی است، برای پاسخگویی به هر تحول شدید و سریع ممکن در روابط بین الملل را مورد آزمایش قرار دهد.



اسناد بين الملل





قانون فدرال سویس

درباره حقوق بین الملل خصوصی

مصوب ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷

مجلس فدرال کنفراسیون سویس
با استناد به صلاحیت فدرال در باب روابط خارجی،
با استناد به اصل ۶۴ قانون اساسی
با استناد به گزارش مورخ ۱۰ نوامبر ۱۹۸۲ شورای فدرال؛
مقرر می‌دارد:

فصل اول: مقررات عمومی

بخش اول قلمرو و اجرا

۱ هاده

۱. در موضوعات بین‌المللی موارد زیر تابع قانون حاضر می‌باشد:
 - الف - صلاحیت مقامات قضایی یا اداری سویس؛
 - ب - قانون حاکم؛
 - ج - شرایط شناسایی و اجرای احکام خارجی؛

د - ورشکستگی و قرارداد تصفیه:

ه - داوری

۲. قراردادهای بین المللی از شمول مقررات این قانون مستثنی می باشند.

بخش دوم صلاحیت

۲۵ هاده

یک. صلاحیت عام

جز در مواردی که در این قانون بنحوی دیگر پیش بینی شده است، مراجع قضایی یا اداری محل اقامات خوانده در سویس، صالح برای رسیدگی می باشند.

۲۶ هاده

دو. صلاحیت خاص

چنانچه در قانون حاضر صلاحیت مراجع سویس پیش بینی نشده و دادرسی در خارج نیز غیرممکن و یا بسیار غیرعملی باشد، مراجع قضایی یا اداری سویسی محلی که با موضوع دعوی به اندازه کافی مرتبط می باشند، صلاحیت رسیدگی دارند.

۴۵ هاده

سه. تنفیذ توقیف مال

چنانچه قانون حاضر هیچ دادگاه دیگری را در سویس پیش بینی نکرده باشد، دعوای تنفیذ توقیف مال متنازع فيه را می توان در دادگاه محل توقیف اموال در سویس اقامه کرد.

ماده ۵

چهار. انتخاب دادگاه

۱. در اختلافات مالی موجود یا آتی ناشی از یک رابطه حقوقی معین، طرفین می‌توانند نسبت به دادگاه صالح توافق کنند. این توافق ممکن است بواسیله نوشته، تلگرام، تلکس، تله فاکس یا هر وسیله ارتباطی دیگری به عمل آید که بتواند به عنوان دلیل مورد استناد قرار گیرد. انتخاب دادگاه صلاحیت‌دار، انحصاری است، مگر آنکه خلاف آن شرط شود.

۲. در صورتی که انتخاب دادگاه سبب گردد که یکی از طرفین دعوی بنحو غیرمنصفانه‌ای از حمایت پیش‌بینی شده در قوانین سویس محروم شود، چنان انتخابی نافذ نیست.

۳. در موارد ذیل دادگاه منتخب نمی‌تواند اعلام عدم صلاحیت نماید:

الف - چنانچه اقامتگاه یا محل سکونت یا محل کار یکی از طرفین در کانتون محل استقرار دادگاه واقع باشد، یا

ب - هنگامی که قانون حاضر، قانون سویس را حاکم بر دعوی دانسته باشد.

ماده ۶

پنج. حضور غیرمشروط

در دعاوی مالی، حضور بدون قید و شرط خوانده در دادگاه به محکمه سویسی صلاحیت رسیدگی تفویض می‌کند، مگر اینکه دادگاه مذکور طبق بند ۳ از ماده ۵ اعلام عدم صلاحیت کرده باشد.

ماده ۷

شش. قرارداد داوری

در صورتی که در یک اختلاف قابل ارجاع به داوری، طرفین یک قرارداد داوری منعقد کرده باشند، دادگاه‌های سویسی باید اعلام عدم صلاحیت کنند مگر اینکه:

- الف - خوانده بدون قید و شرط در جلسه رسیدگی حاضر شده باشد؛
- ب - دادگاه بطلان، عدم نفوذ یا غیرقابل اجرا بودن قرارداد داوری را احراز کند؛ یا اینکه
- ج - دیوان داوری به جهاتی که آشکارا قابل انتساب به خوانده است، قابل تشکیل نباشد.

ماده ۸

هفت. دعوای متقابل

دادگاه رسیدگی کننده به دعوای اصلی، صلاحیت دارد دعوای متقابل را در صورتی که با دعوای اصلی موضوعاً مرتبط باشد، مورد رسیدگی قرار دهد.

ماده ۹

هشت. دعوای مطروح در دادگاه

- ۱- چنانچه بین همان اصحاب دعوی، دعوای دیگری راجع به همان موضوع در خارج از کشور مطرح باشد، دادگاه سویسی باید رسیدگی به آن را به حال تعلیق درآورد، مشروط بر اینکه پیش بینی شود که محکمه خارجی در مدت معقول حکمی قابل شناسایی در سویس صادر می کند.
- ۲- زمانی دعوی در سویس مطرح تلقی می شود که اولین اقدام لازم برای به جربان انداختن دعوی انجام شده باشد، و برای این منظور طرح رسیدگی سازشی نیز کفایت می نماید.
- ۳- به محض دریافت حکم خارجی قابل شناسایی در سویس، دادگاه سویسی باید دعوی را رد کند.

ماده ۱۰

نه. اقدامات مؤقت

مراجع قضایی یا اداری سویس می توانند دستورهای مؤقت صادر

نمایند، حتی اگر صالح به رسیدگی ماهوی نباشند.

۱۱۵ ماده

۵۵. معارضت قضایی

۱. معارضت قضایی در سویس، به موجب مقررات کانون محل اجرای آن، به مورد اجرا گذاشته می شود.
۲. چنانچه به اجرا گذاشتن یک ادعای قانونی در خارج چنین اقتضا کند و طرف ذی ربط نیز دلیل مهمی در مخالفت ارائه ندهد، به درخواست مراجع تقاضا کننده، اعمال و رعایت آینین دادرسی کشور خارجی نیز امکان پذیر است.
۳. در صورت عدم شناسایی تشریفات پیش بینی شده در قانون سویس در خارج از کشور و در نتیجه غیرقابل اجرا بودن یک ادعای مشروع در خارج، مراجع قضایی یا اداری سویس می توانند مدارک را طبق تشریفات قانون خارجی تنظیم کنند یا اظهارات خواهان را با قید قسم پذیرند.

۱۲۵ ماده

یازده. مهلت

برای مهلتهای قانونی در قبال مقامات قضایی یا اداری سویس توسط شخص در خارج از کشور، کافی است که اظهاریه او در آخرین روز مهلت به یک نمایندگی دیپلماتیک یا کنسولی سویس واصل شود.

بخش سوم قانون حاکم

۱۳۵ ماده

یک. دامنه قاعده حل تعارض

هرگاه این قانون به یک قانون خارجی ارجاع دهد، این ارجاع تمام مقررات

قابل اجرا به موجب قانون مزبور نسبت به قضیه مطروحه را شامل می‌گردد؛ صرف اینکه قانون خارجی در عداد قواعد حقوق عمومی توصیف شده است، آن را غیرقابل اجرا نمی‌سازد.

۱۴ ماده

دو. احواله

- ۱- چنانچه قانون حاکم به قانون سویس یا یک قانون خارجی دیگر احالة دهد، این احالة در صورتی نافذ است که در قانون حاضر پیش بینی شده باشد.
- ۲- در مسائل مربوط به احوال شخصیه، احالة قانون خارجی به قانون سویس جایز است.

۱۵ ماده

سه. شرط استثناء

- ۱- چنانچه با عنایت به جمیع جهات آشکار گردد که قضیه مطروحه ارتباط سنتی با مقررات تعیین شده توسط این قانون داشته و بالعکس از رابطه محکمتری با قانون دیگر برخوردار است، قانون تعیین شده استثناءً اجرا نمی‌گردد.
- ۲- چنانچه طرفین قبلًا در مورد قانون حاکم توافق کرده باشند، این مقررات قابل اجرا نیست.

۱۶ ماده

چهار. احراز قانون خارجی

- ۱- محتوای قانون خارجی حاکم باید توسط مرجع رسیدگی کننده احراز شود. بدین منظور همکاری طرفین نیز قابل تقاضا می‌باشد. در دعاوی مالی امکان دارد اثبات این امر به عهده طرفین دعوی گذاشته شود.
- ۲- در صورتی که محتوای قانون خارجی قابل احراز نباشد، قانون سویس اجرا می‌شود.

۱۷۵ ماده

پنج. استثنای نظم عمومی سویس

اجرای مقررات قانون خارجی چنانچه به نتیجه‌ای مغایر با نظم عمومی سویس منتهی گردد، جایز نیست.

۱۸۵ ماده

شش. اجرای قوانین آمره سویس

آن بخش از قوانین آمره سویس که به لحاظ طبع خاص خود باید بدون توجه به قانون پیش بینی شده در این قانون اجرا گردد، کماکان معتبر و لازم الاجرا هستند.

۱۹۵ ماده

هفت. در نظر گرفتن مقررات آمره قانون خارجی

۱- در صورت اقتضای منافع مشروع و آشکارا ارجح یکی از طرفین طبق قوانین سویس، ممکن است مقررات آمره دیگری غیر از آنچه که توسط قانون حاضر تعیین شده، مورد توجه قرار گیرد، مشروط بر اینکه قضیه مورد نظر با آن قانون ارتباط نزدیکی داشته باشد.

۲- اینکه آیا چنین مقرراتی باید مورد توجه قرار گیرد، بستگی دارد به هدف مقررات مزبور و تتابع حاصل از آن برای رسیدن به یک تصمیم مناسب از نظر حقوق سویس.

بخش چهارم اقامتگاه، مقر و تابعیت

۲۰ ماده

یک. اقامتگاه، محل سکونت معمولی و محل داد و ستد شخص حقیقی

۱. بمحض این قانون:

الف. اقامتگاه شخص حقیقی در کشوری است که در آنجا به قصد اقامات

دایم سکونت دارد.

ب- محل سکونت معمولی شخص حقیقی در کشوری است که در آنجا برای

مدت معلوم زندگی می نماید، حتی اگر این مدت از همان ابتدا محدود باشد.

ج- محل داد و ستد شخص حقیقی در کشوری است که در آنجا فعالیت‌های

تجاری وی متمرکر است.

۲. هیچ کس نمی تواند در یک زمان چند اقامتگاه داشته باشد. اگر کسی

اقامتگاه نداشته باشد، محل سکونت معمولی وی به منزله اقامتگاه او شناخته

می شود. مقررات قانون مدتی در مورد اقامتگاه و محل سکونت در این مورد قابل

اجرا نیست.

۲۱ ماده

دو. مقر و مرکز فعالیت شرکتها

۱. مقر شرکتها، در حکم اقامتگاه آنها است.

۲. مقر یک شرکت در محلی است که در اساسنامه و یا شرکت‌نامه آن تعیین

شده است. در صورتی که مقر شرکت تعیین نشده باشد، مقر آن همان محلی است

که شرکت عملاً در آنجا اداره می شود.

۳. مرکز یک شرکت در کشوری است که در آنجا مقر و یا شعبه دارد.

۴۲ ماده

سه. تابعیت

تابعیت شخص حقیقی بر حسب قانون کشوری تعیین می شود که تابعیتش مطرح است.

۴۳ ماده

چهار. تعدد تابعیت

۱. اگر شخصی علاوه بر تابعیت سویسی تابعیت کشور دیگری را نیز دارا باشد، برای تعیین صلاحیت دادگاه تنها تابعیت سویسی وی مناطق اعتبار است.
۲. اگر شخصی دارای چند تابعیت باشد، قانون لازم الاجرا بر اساس تابعیت کشوری که آن شخص روابط محکمتری با آن دارد تعیین می شود، مگر اینکه قانون حاضر به نحو دیگری مقرر داشته باشد.
۳. اگر شناسایی یک حکم خارجی در سویس به تابعیت شخص خاصی منوط باشد، در نظر گرفتن یکی از تابعیتهای آن شخص کفایت می کند.

۴۴ ماده

پنج. اشخاص بدون تابعیت و پناهندگان

۱. شخص وقتی بدون تابعیت محسوب می گردد که این عنوان طبق کنوانسیون ۲۸ سپتامبر ۱۹۵۴ نیویورک مربوط به وضع اشخاص بدون تابعیت در مورد او صادق بوده و یا وقتی که روابط او با دولت متبعوش به اندازه ای سست باشد که به منزله فقدان تابعیت باشد.
۲. شخص وقتی پناهندگ محسوب می شود که قانون پناهندگی مورخ ۵ اکتبر ۱۹۷۹ این عنوان را برای او بشناسد.
۳. در مواردی که قانون حاضر نسبت به اشخاص بی تابعیت و پناهندگان اجرا می شود، اقامتگاه آنان در حکم تابعیت خواهد بود.

بخش پنجم

شناسایی و اجرای احکام خارجی

۲۵۵ ماده

یک. شناسایی

۱. قاعدة کلی

حکم خارجی در موارد زیر در سویس به رسمیت شناخته می‌شود:

الف- در صورتی که صلاحیت مراجع قضایی یا اداری کشور محل صدور

حکم، محرز باشد؛

ب- در صورتی که حکم غیرقابل اعتراض و یا نهایی باشد؛ و

ج- در صورتی که هیچ یک از موجبات عدم شناسایی به شرح پیش بینی شده

در ماده ۲۷ موجود نباشد.

۲۶۵ ماده

۲. صلاحیت مراجع خارجی

صلاحیت قضایی مرجع خارجی در موارد زیر محرز تلقی می‌گردد.

الف- چنانچه صلاحیت مذکور در قانون حاضر پیش بینی شده و یا در

صورت سکوت این قانون، خوانده در کشور محل صدور حکم مقیم باشد؛

ب- چنانچه در اختلافات مالی، طرفین به موجب توافق معتبری طبق این

قانون، صلاحیت مرجع صدور حکم را پذیرفته باشند.

ج- چنانچه در اختلافات مالی، خوانده بنحو غیر مشروطی در دادرسی

شرکت نموده باشد؛

د- چنانچه در مورد دادخواست متقابل، مرجع صادر کننده رأی صلاحیت

رسیدگی به دعوای اصلی را داشته و هر دو ادعا موضوعاً با یکدیگر مرتبط باشند.

۲۷ ماده

۳. موجبات عدم شناسایی

- ۱- حکم خارجی در صورت مخالفت آشکار با نظم عمومی سویس، مورد شناسایی قرار نمی گیرد.
- ۲- حکم خارجی همچنین قابل شناسایی نیست، چنانچه یک طرف ثابت نماید که:
 - الف- در ابلاغ اوراق دعوی به او، مقررات قانون اقامتگاه یا محل سکونت رعایت نشده است، مگر اینکه طرف مذکور ب نحو غیر مشروطی در دادرسی شرکت نموده باشد؛
 - ب- حکم برخلاف اصول اساسی آیین دادرسی سویس صادر گردیده و بخصوص وی از حق دفاع محروم بوده است؛
 - ج- دعواهی بین همان اشخاص و درباره همان موضوع قبلًا در سویس مطرح بوده و یا مورد رسیدگی قرار گرفته و یا در کشور ثالثی مورد حکم واقع شده باشد، مشروط بر اینکه این حکم واجد شرایط شناسایی بوده باشد.
- ۳- حکم خارجی از هیچ جهت دیگری قابل رسیدگی ماهوی مجدد نیست.

۲۸ ماده

دو. قابلیت اجرا

- حکم شناسایی بموجب مواد ۲۵ تا ۲۷ با درخواست ذی نفع قابل اجرا اعلام می گردد.

۲۹ ماده

سه. آیین دادرسی

- ۱- درخواست شناسایی یا اجرای حکم خارجی باید به مرجع صلاحیتدار کانتونی تسلیم گردد که در آنجا به حکم مزبور استناد شده است. این درخواست باید منضم به مدارک زیر باشد:

- الف. نسخه کامل و مصدق اصل حکم؛
- ب. تأییدیه‌ای مبنی بر اینکه آن حکم از طرق عادی دیگر قابل اعتراض نبوده و یا قطعی است؛
- ج. در صورتی که رأی صادره غیابی باشد، مدرکی در اثبات این که ابلاغها به محکوم علیه طبق مقررات و به موقع انجام گرفته و از فرصت منطقی برای دفاع از خود برخوردار بوده است.

۲. اظهارت طرف معتبر خواست باید استماع گردد و او می‌تواند اسناد و مدارک خود را ارائه دهد.

۳. چنانچه به حکم خارجی ابتدا به ساکن استناد گردد، مرجع رسیدگی کننده خود می‌تواند در مورد شناسایی تصمیم بگیرد.

۴۰ ماده

چهار. سازش در دادگاه

مواد ۲۵ تا ۲۹ در مورد سازشهای انجام شده در دادگاه نیز اعمال می‌گردد، به شرط اینکه در کشور محل مصالحه، سازش به منزله حکم دادگاه شناخته شود.

۴۱ ماده

پنج. صلاحیت غیر تراکتعی

مواد ۲۵ تا ۲۹، از باب قیاس نسبت به شناسایی و اجرای احکام و یا اسناد صادره از مراجع صالح در امور حسبي قابل اجرا می‌باشند.

۴۲ ماده

شش. ثبت در دفتر ثبت احوال

۱. حکم و یا سند خارجی مربوط به احوال شخصیه به موجب دستور مرجع

محلی ذی ربط، در دفاتر سجلی ثبت می‌گردد.

۲. ثبت مذکور منوط است به تحقیق شرایط مقرر در مواد ۲۵ تا ۲۷ این قانون.

۳. اگر مشخص نباشد که آیا حقوق شکلی طرفین در کشور خارجی صادر گشته حکم به نحو کافی رعایت گردیده است، اظهارات شخص ذی نفع باید قبل از ثبت استماع گردد.

فصل دوم: اشخاص حقیقی

۴۴۵ ماده

یک. قاعده کلی

۱. به استثنای مواردی که در قانون حاضر بگونه‌ای دیگر پیش بینی شده است، در مسائل مربوط به احوال شخصیه، مراجع قضایی یا اداری سویسی محل اقامات شخص، صالح به رسیدگی خواهند بود. این مراجع قانون اقاماتگاه را اجرا خواهند کرد.

۲. دعاوى مربوط به تجاوز به حقوق شخصیه، تابع مقررات ناظر بر اعمال غیر قانونی در قانون حاضر می‌باشند. (ماده ۱۲۹ به بعد)

۴۴۶ ماده

دو. اهلیت تمتع

۱. اهلیت تمتع از حقوق مدنی تابع مقررات قانون سویس می‌باشد.
۲. آغاز و زوال موجودیت حقوقی به موجب قانون حاکم بر رابطه حقوقی است که اهلیت تمتع براساس آن تعیین می‌گردد.

۴۵۵ ماده

سه. اهلیت استیفا

۱. قاعدة کلی

اهلیت استیفای حقوقی مدنی تابع قانون اقامتگاه است. تغییر اقامتگاه خلیل در اهلیت استیفای مکتبه وارد نمی‌نماید.

۴۶۵ ماده

۲. امنیت اعمال حقوقی

۱. شخصی که با عدم اهلیت استیفا طبق قانون اقامتگاه خود، به انجام عملی حقوقی مبادرت ورزیده است، چنانچه در کشور محل اجرای عمل حقوقی دارای اهلیت استیفا شناخته شود، نمی‌تواند به عدم اهلیت خود استناد کند، مشروط بر اینکه طرف دیگر از عدم اهلیت او اطلاعی نداشته و یا نباید داشته باشد.
۲. این قاعده نسبت به اعمال حقوقی مربوط به حقوق خانواده و ارث و یا حقوق عینی در اموال غیرمنقول تسری ندارد.

۴۷۵ ماده

چهار. نام

۱. قاعدة کلی

۱. نام شخص مقیم سویس تابع قانون سویس و نام شخص مقیم خارج تابع مقررات حقوق بین الملل خصوصی کشور محل اقامت آن شخص می‌باشد.
۲. مع هذا شخص می‌تواند تقاضا کند که مقررات کشور متبعش حاکم بر نام وی باشد.

۴۸۵ ماده

۲. تغییر نام

۱. مقامات سویسی محل اقامت متقاضی، صلاحیت رسیدگی به تقاضای

تغییر نام را دارند.

- ۲- سویسی‌های غیر مقیم در سویس، می‌توانند از مرجع صالح در کانتون متبوع خود تقاضای تغییر نام نمایند.
- ۳- شرایط و آثار تغییر نام مشمول قانون سویس است.

۳۹ ماده

۳. تغییر نام در خارج

تغییر نام در خارج به شرطی در سویس معتبر خواهد بود که در کشور محل اقامت و یا کشور متبوع متقاضی، به رسمیت شناخته شده باشد.

۴۰ ماده

۴. ثبت در دفتر احوال شخصیه

ثبت نام خانوادگی در دفتر احوال شخصیه طبق اصول سویسی حاکم بر اسناد انجام می‌پذیرد (ماده ۳۷)

۴۱ ماده

پنج. اعلام ناپذید شدن

۱. صلاحیت و قانون حاکم

۱- برای اعلام ناپذید شدن یک شخص، دادگاههای سویسی آخرین اقامتگاه شناخته شده مفقود الاتر صالح می‌باشد.

۲- همچنین در موردی که مصالح قانونی ایجاد نماید، دادگاههای سویسی صلاحیت اعلام ناپذید شدن را دارند.

۳- شرایط و آثار مفقود الاتر شدن شخص تابع قانون سویس است.

۴۲۵ ماده

۲. گواهی غیبت و فوت صادره از خارج

گواهی غیبت یا فوتی که بوسیله مراجع کشور آخرين اقامتگاه شناخته شده یا دولت متبع شخص مفقود الاثر در خارج صادر شده باشد، در سویس به رسمیت شناخته می شود.

فصل سوم: ازدواج

بخش اول عقد ازدواج

۴۲۶ ماده

یک. صلاحیت

۱. چنانچه عروس یا داماد تابع یا مقیم سویس باشند، صلاحیت انجام ازدواج با مراجع سویسی است.
۲. خارجیان غیرمقیم در سویس می توانند با اجازه مراجع صلاحیتدار در سویس ازدواج کنند، به شرط آنکه ازدواج آنها در کشورهای محل اقامت یا متبع زوجین معتبر شناخته شود.
۳. تنها به دلیل اینکه طلاق صادره یا رسمیت یافته در سویس در کشور خارجی معتبر شناخته نمی شود، نباید از صدور مجوز ازدواج خودداری شود.

۴۴۵ ماده

دو. قانون حاکم

۱. شرایط لازم ماهوی برای انجام ازدواج در سویس، توسط قانون سویس

تعیین می‌گردد.

۲. در صورت عدم ایفای شرایط پیش بینی شده در قانون سویس، انجام ازدواج بین خارجیان در صورتی امکان دارد که شرایط مقرر در قانون کشور متبع یکی از نامزدها تحقق یافته باشد.

۳. تشریفات ازدواج در سویس تابع قانون سویس است.

ماده ۴۵

سه. ازدواج انجام شده در خارج

۱. ازدواجی که صحیحاً در یک کشور خارجی انجام شده باشد، در سویس به رسمیت شناخته می‌شود.

۲. در صورتی که عروس و یا داماد سویسی و یا مقیم سویس باشند، ازدواج آنها در خارج از کشور به شرط آنکه با قصد آشکار برای فرار از جهات بطلاً پیش بینی شده در قانون سویس انجام نشده باشد، در سویس معتبر شناخته می‌شود.

بخش دوم

آثار کلی ازدواج

ماده ۴۶

یک. صلاحیت

۱. قاعده کلی

رسیدگی به دعاوی یا قرارهای مربوط به حقوق و وظایف زناشویی در صلاحیت مراجع قضایی و یا اداری سویسی محل اقامت یکی از زوجین و در صورت نداشتن اقامتگاه، محل سکونت معمولی یکی از آنها است.

۴۷۵ ماده

۲. صلاحیت مراجع کشور متبع

چنانچه هیچ یک از زوجین، اقامتگاه یا محل سکونت معمولی در سویس نداشته ولی یکی از آنان سویسی باشد، رسیدگی به دعاوی و یا قرارهای مربوط به حقوق و تکالیف زناشویی در صلاحیت مراجع قضایی یا اداری کشور متبع او است، مشروط بر اینکه اقامه دعوی نزد مرجع محل اقامت یا سکونت معمولی یکی از زوجین غیرممکن و یا بسیار غیرعملی باشد.

۴۸۵ ماده

دو. قانون حاکم

۱. قاعدة کلی

- ۱- حقوق و وظایف زناشویی تابع قانون کشور اقامتگاه زوجین است.
- ۲- اگر زوجین مقیم کشور واحدی نباشند، حقوق و وظایف زناشویی تابع مقررات کشور اقامتگاهی است که بیشترین ارتباط را با موضوع دارد.
- ۳- در مواردی که طبق ماده ۴۷ مراجع قضایی یا اداری سویسی متبع زوجین صلاحیت رسیدگی داشته باشند، این مراجع قانون سویس را اعمال خواهند نمود.

۴۹۵ ماده

۲. تأمین معاش و نفقه

تعهدات بین زوجین در مورد تأمین معاش تابع مقررات کنوانسیون دوم اکتبر ۱۹۷۳ لاهه درباره قانون حاکم بر تعهدات نفقه می باشد.

۵۰ ماده

سه. احکام و یا قرارهای خارجی

احکام و یا قرارهای مربوط به حقوق و وظایف زناشویی که در کشور اقامتگاه یا محل سکونت معمولی یکی از زوجین صادر شده باشند، در سویس به

رسمیت شناخته می شود.

بخش سوم نظام اموال زناشویی

ماده ۵۱

یک. صلاحیت

رسیدگی به دعاوی یا اقدامات قانونی مربوط به اموال زناشویی در صلاحیت مراجع زیر است:

- الف. برای تقسیم اموال زناشویی در صورت مرگ یکی از زوجین، مراجع قضایی یا اداری سویس که صلاحیت تقسیم ترکه را دارند (مواد ۸۶ تا ۸۹):
- ب. برای تقسیم اموال زناشویی متعاقب انحلال قضایی علقة زوجیت یا جدایی زن و شوهر، دادگاههای سویسی ذی صلاح در این موارد (مواد ۶۳، ۶۴، ۶۰، ۵۹).
- ج. در سایر موارد، مراجع قضایی یا اداری سویس که صلاحیت تصمیم‌گیری درباره دعاوی و یا قرارهای مربوط به آثار ازدواج را دارند (مواد ۴۷ و ۴۶).

ماده ۵۲

دو. قانون حاکم

۱. انتخاب قانون

الف. قاعدة کلی

- ۱. اموال زناشویی تابع قانون منتخب زوجین است.
- ۲. زوجین می توانند از بین قانون کشوری که هر دو در آن مقیم هستند و یا بعد از ازدواج در آنجا مقیم خواهند شد و یا قانون تنها یکی از کشورهای متبع خود، قانون حاکم را انتخاب نمایند. بنده دوم ماده ۲۳ در این مورد

لازم الاجرا نیست.

۵۳ ماده

ب. روش

۱. انتخاب قانون، باید کتبًاً انجام پذیرد و یا اینکه از شرایط قرارداد اموال زناشوی آشکارا مستفاد گردد. علاوه بر این انتخاب مزبور تابع قانون منتخب است.

۲. انتخاب قانون در هر زمان امکان پذیر و قابل تغییر است. این انتخاب اگر بعد از عقد ازدواج صورت پذیرد، عطف به مسابق شده و از زمان ازدواج مؤثر می‌گردد، مگر اینکه به گونه‌ای دیگر توافق شده باشد.

۳. قانون منتخب مدام که زوجین آن را تغییر نداده یا از انتخاب خود عدول ننموده‌اند، لازم الاجرا می‌باشد.

۵۴ ماده

۲. عدم انتخاب قانون

الف. قاعدة کلی

۱. در صورت سکوت زوجین در مورد انتخاب قانون، اموال زناشوی تابع مقررات زیر است.

الف. قانون کشوری که زوجین همزمان در آنجا مقیم بوده‌اند، و در صورت فقدان اقامتگاه مشترک:

ب. قانون کشور آخرین اقامتگاه زوجین بطور همزمان.

۲. چنانچه زوجین هیچگاه همزمان در کشوری مقیم نبوده باشند، قانون کشور متبع مشترک آنها لازم الاجرا خواهد بود.

۳. در صورتی که زوجین هیچگاه همزمان مقیم یک کشور نبوده و تابعیت مشترک نیز نداشته باشند، مقررات سویس راجع به تفکیک اموال، حاکم خواهد بود.

۵۵ ماده

ب. تغییر پذیر بودن و عطف به مسابق شدن قانون هنگام تغییر اقامتگاه

۱. در صورت انتقال اقامتگاه زوجین از کشوری به کشور دیگر، قانون اقامتگاه جدید با عطف به مسابق شدن، از زمان ازدواج مجری خواهد بود. البته زوجین می‌توانند کتاباً درباره عطف بمسابق نشدن این قانون توافق کنند.
۲. در صورتی که زوجین کتاباً بر اجرای قانون قبلی توافق نمایند و یا یک قرارداد اموال زناشویی با یکدیگر تنظیم کرده باشند، تغییر اقامتگاه تأثیری بر قانون حاکم نخواهد داشت.

۵۶ ماده

۳. شکل قرارداد مربوط به اموال زناشویی

- قرارداد اموال زناشویی از لحاظ صوری معتبر است به شرط آنکه در تنظیم آن، قانون حاکم بر این قرارداد یا قانون محل انعقاد آن رعایت شده باشد.

۵۷ ماده

۴. رابطه حقوقی با اشخاص ثالث

۱. آثار نظام اموال زناشویی بر رابطه حقوقی بین یکی از زوجین و شخص ثالث، تابع قانون کشور اقامتگاه همسر هنگام ایجاد رابطه حقوقی است.
۲. مع هذا اگر شخص ثالث در زمان ایجاد رابطه حقوقی از قانون حاکم بر نظام اموال زناشویی مطلع بوده و یا باید مطلع باشد، در این صورت قانون مزبور حاکم خواهد بود.

۵۸ ماده

سه. احکام خارجی

۱. احکام خارجی مربوط به حقوق اموال زناشویی، در موارد زیر در سویس به رسمیت شناخته می‌شوند:

- الف - اگر در کشور محل اقامت همسری که خوانده است صادر گردیده یا به رسمیت شناخته شده باشد؛
- ب - هنگامی که آن تصمیمات در کشور محل اقامت خواهان اتخاذ گردیده یا به رسمیت شناخته شده باشد و همسری که خوانده است مقیم سویس نباشد؛
- ج - اگر در کشوری صادر گردیده یا به رسمیت شناخته شده که مقرر اتش به موجب قانون حاضر، حاکم بر زیم زناشویی است؛
- د - اگر موضوع آنها اموال غیرمنقول بوده و در کشور محل وقوع آن اموال صادر گردیده یا به رسمیت شناخته شده باشد.
۲. شناسایی احکام خارجی مربوط به اموال زناشویی که در خصوص اقدامات حمایتی از پیوند زناشویی یا به دنبال فوت، اعلان بطلان ازدواج، طلاق یا جدایی موقت صادر می گرددند، تابع مقررات این قانون راجع به ازدواج، طلاق یا ارت خواهد بود (مواد ۹۶، ۶۵، ۵۰).

بخش چهارم طلاق و جدایی

۵۹ ماده

یک. صلاحیت

۱. قاعدة کلی

رسیدگی به دادخواست طلاق یا جدایی زن و شوهر در صلاحیت مراجع زیر است:

- الف - دادگاههای سویسی محل اقامت همسری که خوانده است.
- ب - دادگاههای سویسی محل اقامت همسری که خواهان است، به شرط آنکه وی سویسی و یا از یک سال پیش در سویس ساکن باشد.

۶۰ ماده

۲. صلاحیت دادگاه کشور متبع

چنانچه زوجین مقیم سویس نبوده ولی یکی از آنها سویسی باشد، صلاحیت رسیدگی به دادخواست طلاق یا جدایی موقت، به شرط آنکه طرح دعوی در اقامتگاه یکی از زوجین غیرممکن و یا فوق العاده غیرعملی باشد، با دادگاه کشور متبع خواهد بود.

۶۱ ماده

دو. قانون حاکم

۱. طلاق و جدایی تابع مقررات قانون سویس است.

۲. اگر زوجین دارای تابعیت خارجی واحدی بوده و فقط یکی از آنها مقیم سویس باشد، قانون ملی متبع آنها لازم الاجرا خواهد بود.

۳. چنانچه قانون ملی متبع زوجین به هیچ وجه اجازه طلاق ندهد و یا برای آن شرایط بسیار سختی مقرر کرده باشد، در صورتی که یکی از زوجین هم سویسی باشد و یا از دو سال پیش ساکن سویس شده باشد، قانون سویس لازم الاجرا خواهد بود.

۴. دادگاههای سویسی متبع طرفین که به موجب ماده ۶۰ صلاحیت رسیدگی دارند، قانون سویس را اجرا خواهند کرد.

۶۲ ماده

سه. اقدامات موقت

۱. دادگاه سویسی رسیدگی کننده به دادخواست طلاق یا جدایی موقت می‌تواند دستور به اقدامات موقت صادر کند، مگر اینکه عدم صلاحیت دادگاه در رسیدگی به دعوای مطروحه آشکارا محرز بوده و یا قطعی شده باشد.

۲. اقدامات موقت تابع مقررات قانون سویس خواهد بود.

۳. مقررات قانون حاضر در موارد تأمین زندگی و نفقة زوجین (ماده ۴۹)،

آثار نسب (مواد ۸۲ و ۸۳) و حمایت از صغار (ماده ۸۵) کماکان معتبر و نافذ خواهد بود.

ماده ۶۴

چهار. آثار تبعی

۱. دادگاههای سویسی صالح برای رسیدگی به دعاوی طلاق و جدایی برای اتخاذ تصمیم درباره آثار تبعی دعاوی مذکور نیز صلاحیت دارند.
۲. آثار تبعی طلاق یا جدایی، تابع مقررات حاکم بر طلاق می باشد. مقررات قانون حاضر در موارد نام (مواد ۳۷ الی ۴۰) تعهدات نفقة زوجین (ماده ۴۹)، اموال زناشویی (مواد ۵۲ الی ۵۷) آثار نسب (مواد ۸۲ و ۸۳) و حمایت از صغار (ماده ۸۵) کماکان نافذ خواهد بود.

ماده ۶۵

پنج. تکمیل یا اصلاح احکام

۱. دادگاههای سویسی برای رسیدگی به دادخواستهای تکمیل یا اصلاح حکم طلاق یا جدایی که خود صادر نموده اند، صلاحیت دارند. این صلاحیت در موارد پیش بینی شده در دو ماده ۵۹ و ۶۰ نیز قابل اعمال می باشد. مقررات قانون حاضر در مورد حمایت از صغار (ماده ۸۵) کماکان معتبر و نافذ است.
۲. دادخواست تکمیل یا اصلاح حکم طلاق یا جدایی موقت، تابع مقررات حاکم بر طلاق یا جدایی می باشد. مقررات قانون حاضر در موارد نام (مواد ۳۷ الی ۴۰)، تأمین معاش و نفقة زوجین (ماده ۴۹)، اموال زناشویی (مواد ۵۲ الی ۵۷) آثار نسب (مواد ۸۲ و ۸۳) و حمایت از صغار (ماده ۸۵) کماکان معتبر و نافذ خواهد بود.

ماده ۶۶

شش. احکام خارجی

۱. احکام خارجی طلاق یا جدایی موقت، در صورتی که در کشور محل اقامت یا سکونت دائمی یا کشور متبع یکی از زوجین صادر گردیده یا به رسمیت

شناخته شده باشد، در سویس معتبر خواهد بود.

۲. مع هذا چنانچه حکم درکشوری صادر گردد که هیچ یک از زوجین تابعیت آن را نداشته و یا فقط همسری که خواهان است تابعیت آن را داشته باشد، در سویس به رسمیت شناخته نخواهد شد، مگر اینکه:

الف- هنگام تسلیم دادخواست، حداقل یکی از زوجین مقیم یا ساکن آن کشور باشد و همسری که خوانده است، مقیم سویس نباشد؛

ب- همسری که خوانده است، بدون هیچ قید و شرطی در جلسه دادگاه خارجی شرکت نموده باشد؛

ج- همسری که خوانده است صریحاً به شناسایی رأی در سویس رضایت داده باشد.

فصل چهارم: نسب

بخش اول فرزنده نسبی

۶۶ ماده

یک، صلاحیت

۱. قاعدة کلی

دادگاههای سویسی محل سکونت طفل یا اقامت یکی از والدین، صلاحیت رسیدگی به دادخواست مربوط به اثبات یا انکار نسب را دارند.

۶۷ ماده

۲. صلاحیت دادگاه کشور متبع

چنانچه هیچ یک از والدین مقیم سویس و طفل نیز ساکن آن کشور نباشد،

دادگاههای سویسی متبع هریک از والدین، صلاحیت رسیدگی به دادخواست اثبات یا انکار نسب را دارند، مشروط بر اینکه طرح دعوی در اقامتگاه یکی از والدین یا محل سکونت طفل غیرممکن و یا فوق العاده غیر عملی باشد.

۶۸ ماده

دو. قانون قابل اجرا

۱. قاعدة کلی

۱- ایجاد، اثبات و انکار نسب تابع قانون محل سکونت معمولی طفل می باشد.

۲- مع هذا، اگر هیچ یک از والدین، مقیم کشوری که طفل در آنجا سکونت دارد، نباشد ولی والدین و طفل تابعیت کشور واحدی را داشته باشند، قانون متبع مشترک آنها اجرا خواهد شد.

۶۹ ماده

۲. زمان تعیین گننده

۱- برای تشخیص قانون حاکم بر ایجاد، اثبات و انکار نسب، زمان ولادت طفل ملاک اعتبار است.

۲- مع هذا در موارد اثبات یا انکار نسب از طریق قضایی و البته به شرط آنکه مصلحت برتر طفل اقتضا نماید، تاریخ دادخواست ملاک اعتبار قرار می گیرد.

۷۰ ماده

سه. احکام خارجی

احکام خارجی مربوط به اعلام یا انکار نسب، چنانچه در کشور محل سکونت معمولی یا کشور متبع طفل و یا در کشور محل اقامت یا متبع والدین صادر شده باشند، در سویس به رسمیت شناخته می شوند.

بخش دوم اقرار به نسب

۷۱ ماده

یک. صلاحیت

۱. مراجع سویسی محل تولد یا سکونت معمولی طفل، و نیز مراجع اقامتگاه یا متبع والدین، برای ثبت اظهاریه حاوی اقرار به نسب صلاحیت دارند.
۲. چنانچه اقرار به نسب در جریان یک دادرسی قضایی مطرح شود، که در آن موضوع نسب واجد ارزش حقوقی است، قاضی رسیدگی کننده به دعوی می‌تواند اظهاریه نسب را نیز ثبت کند.
۳. دادگاههای صالح برای رسیدگی به دادخواست اثبات یا انکار نسب صلاحیت رسیدگی به اعتراض علیه اقرار به نسب را نیز دارند. (مواد ۶۶ و ۶۷).

۷۲ ماده

دو. قانون حاکم

۱. اقرار به نسب زمانی در سویس معتبر است که طبق قانون کشور محل سکونت یا کشور متبع طفل یا قانون اقامتگاه یا متبع والدین، انجام شده باشد. در این مورد تاریخ اقرار تعیین کننده است.
۲. اقرار به نسب از لحاظ شکلی تابع مقررات قانون سویس است.
۳. اعتراض به اقرار به نسب تابع مقررات قانون سویس است.

۷۳ ماده

سه. اقرار به نسب و اعتراض به آن در خارج

۱. چنانچه اقرار به نسب یک طفل در کشور محل سکونت یا متبع طفل یا در کشور محل اقامت یا متبع والدین معتبر باشد، در سویس به رسمیت شناخته می‌شود.

۲. احکام صادره در یکی از کشورهای مذکور در بند اول ناظر به اعتراض به اقرار به نسب، در سویس به رسمیت شناخته می‌شوند.

۷۴ ماده

چهار. مشروعيت بخشیدن به طفل

ماده ۷۳ از باب قیاس در مورد مشروعيت بخشیدن به طفل در خارج از کشور، اجرا می‌شود.

بخش سوم فرزندهای خواندنگی

۷۵ ماده

یک. صلاحیت

۱. قاعدة کلی

۱. صلاحیت اعطای فرزندخواندنگی با مراجع قضایی یا اداری سویسی محل اقامت شخص یا زوجین فرزندخواه است.
۲. دادگاههای صالح برای رسیدگی به دادخواست اثبات یا انکار نسب صلاحیت رسیدگی به اعتراض به فرزندخواندنگی را نیز دارند. (مواد ۶۶ و ۶۷).

۷۶ ماده

۲. صلاحیت دادگاه کشور متبع

در صورتی که شخص یا زوجین فرزندخواه، مقیم سویس نباشند ولی یکی از آنها سویسی باشد، مراجع قضایی یا اداری کشور اصلی، صالح جهت اعطای فرزندخواندنگی خواهند بود، البته بشرط آنکه این امر در محل اقامت زوجین غیر ممکن و یا فوق العاده غیر عملی باشد.

۷۷ ماده

دو. قانون حاکم

۱- شرایط لازم برای فرزند خواندگی در سویس تابع قانون سویس است.

۲- هرگاه معلوم باشد که فرزندخواندگی در کشور اقامتگاه یا متبع شخص یا زوجین فرزند خواه به رسمیت شناخته نمی شود و از این ناحیه زیان جدی متوجه طفل خواهد شد، مراجع شرایط پیش بینی شده در قانون کشور مذبور را نیز در نظر خواهند گرفت. مع هذا، اگر همچنان شناسایی فرزندخواندگی در کشور مذکور تضمین نباشد، نباید فرزند خواندگی اعلام گردد.

۳- رسیدگی به اعتراض به فرزندخواندگی اعطای شده در سویس، طبق قانون سویس انجام می شود. فرزندخواندگی اعطای شده در خارج فقط در صورتی در سویس قابل اعتراض است که مبنای و وجهت اعتراض در قوانین سویس نیز پیش بینی شده باشد.

۷۸ ماده

سه. فرزندخواندگی و نهادهای مشابه در خارج

۱- در صورتی که فرزندخواندگی در کشور محل اقامت و یا متبع شخص یا زوجین فرزند خواه اعطای شده باشد، در سویس به رسمیت شناخته می شود.

۲- فرزندخواندگی یا نهادهای مشابه با آن در خارج که آثاری کاملاً متفاوت با رابطه نسبی براساس حقوق سویس دارند، فقط در حدود آثاری که در کشور محل اعطای برای آنها شناخته شده است، در سویس به رسمیت شناخته می شوند.

بخش چهارم آثار نسب

۷۹ ماده

یک. صلاحیت

۱. قاعدة کلی

- ۱- دادگاههای سویسی محل سکونت معمولی طفل یا اقامتگاه و در صورت فقدان اقامتگاه، دادگاههای محل سکونت معمولی پدر و یا مادری که خوانده است، صلاحیت رسیدگی به دعاوی مربوط به رابطه نسبی طفل و والدین، بخصوص حضانت طفل را دارا هستند.
- ۲- مقررات قانون حاضر در مورد نام (مواد ۳۳ و ۳۷ الی ۴۰) حمایت از صغار (ماده ۸۵) و ارث (مواد ۸۶ الی ۸۹) کماکان معتبر و نافذ می باشند.

۸۰ ماده

۲. صلاحیت دادگاه کشور

- چنانچه نه طفل و نه والدینی که خوانده هستند، اقامتگاه یا محل سکونت معمولی در سویس نداشته ولی یکی از آنها سویسی باشد، دادگاههای کشور متبع (سویس) صالح به رسیدگی می باشند.

۸۱ ماده

۳. ادعاهای شخص ثالث

- دادگاههای سویسی صالح به شرح پیش بینی شده در مواد ۷۹ و ۸۰، در موارد زیر نیز صلاحیت رسیدگی دارند:
- الف- مطالبات مراجع پرداخت کننده مساعد برای نگهداری طفل.
 - ب- مطالبات مادر جهت برقراری حق حضانت طفل و بازپرداخت هزینه های زایمان.

۸۲ ماده

دو. قانون حاکم

۱. قاعده کلی

- ۱- قانون حاکم بر روابط والدین و طفل، قانون محل سکونت معمولی طفل است.
- ۲- مع هذا اگر هیچیک از والدین، مقیم کشور محل سکونت طفل نبوده ولی طفل و والدین او دارای تابعیت واحدی باشند، قانون دولت متبع آنها لازم الاجرا خواهد بود.
- ۳- مقررات قانون حاضر در مورد نام (مواد ۳۳ و ۳۷ الی ۴۰)، حمایت از صغار (ماده ۸۵) و ارث (مواد ۹۰ الی ۹۵) کماکان معتبر و نافذ هستند.

۸۳ ماده

۲. تکلیف نفقة

- ۱- تکلیف انفاق بین والدین و طفل تابع مقررات کنوانسیون دوم اکتبر ۱۹۷۳ لاهه راجع به قانون حاکم در مورد نفقة است.
- ۲- در مواردی که حقوق مادر برای دریافت نفقة و جبران هزینه های زایمان، در کنوانسیون یاد شده تصریح نشده باشد، مقررات کنوانسیون مزبور از طریق قیاس قابل اجرا خواهد بود.

۸۴ ماده

سه. احکام خارجی

- ۱- احکام خارجی راجع به روابط طفل و والدین چنانچه در کشور محل سکونت معمولی طفل یا در کشور محل اقامت یا محل سکونت معمولی پدر یا مادری که خوانده است، صادر شده باشند، در سویس به رسمیت شناخته می شوند.
- ۲- مقررات قانون حاضر در مورد نام (ماده ۳۹)، حمایت از صغار (ماده ۸۵) و ارث (ماده ۹۶) کماکان معتبر و نافذ می باشند.

فصل پنجم: قیمومت و سایر تدابیر حمایتی

۸۵ ماده

۱- موارد حمایت از صغار، صلاحیت مراجع قضایی و اداری سویس، قانون حاکم و شناسایی احکام و قرارهای خارجی، تابع مقررات کنوانسیون پنجم اکتبر ۱۹۶۱ لاهه راجع به قانون حاکم در مورد حمایت از صغار می باشد.

۲- مقررات کنوانسیون مذکور از طریق قیاس در مورد اشخاص بالغ، صغار به مفهوم خاص قانون سویس و نیز در مورد کسانی که در یکی از کشورهای عضو کنوانسیون محل سکونتی ندارند، قابل اجرا می باشند.

۳- چنانچه حمایت از یک شخص یا اموال وی ایجاب نماید، مراجع قضایی یا اداری سویس صلاحیت رسیدگی دارند.

فصل ششم: حقوق ارثیه

۸۶ ماده

یک. صلاحیت

۱. قاعدة کلی

۱- مراجع قضایی یا اداری سویس آخرین اقامتگاه متوفی، برای رسیدگی به امور ماترک و دعاوی مربوط به ارث صلاحیت دارند.

۲- صلاحیت قضایی کشوری که مدعی صلاحیت انحصری نسبت به مال غیرمنقول واقع در خاک خود می باشد، از این قاعده مستثنی است.

۸۷۵ ماده

۲. صلاحیت دادگاه کشور متبع

۱. صلاحیت تصفیه ترکه یک سویسی که به هنگام فوت، مقیم خارج بوده است، در حدی که مراجع خارجی به آن رسیدگی نمی نمایند، با مقامات قضایی یا اداری کشور اصلی وی (سویس) می باشد.

۲. چنانچه متوفی سویسی که آخرین اقامتگاهش در خارج از سویس بوده، ضمن وصیت نامه یا قرارداد مربوط به ارث، ماترک خود در سویس یا همه ترکه خود را تابع صلاحیت سویس قرار داده باشد، مراجع سویس همیشه صالح به رسیدگی خواهد بود. مقررات بند دوم ماده ۸۶ از این قاعده مستثنی می باشد.

۸۸۵ ماده

۳. دادگاه محل وقوع مال

۱. چنانچه از متوفی خارجی که هنگام فوت مقیم خارج بوده مالی در سویس به جای مانده باشد، مراجع قضایی یا اداری سویس محل وقوع مال صلاحیت دارند به ماترک واقع در سویس که مقامات خارجی نسبت به آن اقدامی ننموده اند، رسیدگی کنند.

۲. چنانچه اموال متوفی در مکانهای مختلف واقع باشد، اولین مرجع قضایی یا اداری سویس که مشغول رسیدگی شده است، صلاحیت رسیدگی به موارد دیگر را خواهد داشت.

۸۹۵ ماده

۴. اقدامات حفاظتی

اگر آخرین اقامتگاه متوفی در خارج بوده و اموالی در سویس از خود به جای گذاشته باشد، مقامات سویس محل وقوع مال اقدامات لازم را جهت تأمین و حفاظت از آنها به عمل می آورند.

۹۰ ماده

دو. قانون حاکم

۱. آخرین اقامتگاه در سویس

۱- ماترک شخصی که آخرین اقامتگاه وی در سویس بوده است، تابع قانون سویس می باشد.

۲- مع هذا يك خارجي مي تواند طبق وصيت نامه يا قرارداد مربوط به ارث ماترک خود را مشمول مقررات يكى از كشورهای متبع خود نماید. چنانچه به هنگام فوت، ديگر تابعیت آن كشور را نداشته و يا به تابعیت دولت سویس درآمده باشد، اين انتخاب کان لم يكن خواهد بود.

۹۱ ماده

۲. آخرین اقامتگاه در خارج

۱- ماترک شخصی که آخرین اقامتگاه وی در خارج بوده است، تابع قانونی خواهد بود که طبق قواعد حقوق بین الملل خصوصی کشور محل اقامت متوفی تعیین می شود.

۲- در مواردی که به موجب ماده ۸۷، مراجع قضایی یا اداری سویس صلاحیت رسیدگی دارند، ارثیه متوفی سویسی که آخرین اقامتگاه وی در خارج از سویس بوده است، تابع قانون سویس می باشد، مگر اینکه شخص طبق وصيت نامه و یا قرارداد مربوط به ارث، صریحاً قانون آخرین اقامتگاه خود را حاکم قرار داده باشد.

۹۲ ماده

۳. قلمرو قانون مربوط به ارث و تقسیم ترکه

۱- قانون حاکم بر ارث معین می کند که چه اموالی جزء ترکه هستند، چه کس یا کسانی نسبت به آن ذی حق می باشند و تا چه حدی، چه کس یا کسانی و به چه میزان پاسخگوی دیون مربوط به ترکه هستند، طرق و وسائل استيفاه حقوق ارثیه

کدامند و شرایط آن چیست.

۲. اقدامات و تدابیر مذکور تابع محل وقوع مرجع صلاحیتدار می باشد.
قانون مزبور، بالاخص حاکم است بر اقدامات حفاظتی و تصفیه ترکه و از جمله
اجرای وصیت نامه.

۹۳ هاده

۴. شکل

۱. وصیت نامه ها از لحاظ شکلی تابع کنوانسیون پنجم اکتبر ۱۹۶۱ لاهه
راجع به قانون حاکم بر شکل وصیت نامه می باشند.
۲. این کنوانسیون از طریق قیاس در مورد شکل سایر اسناد انتقال اموال
بواسطه فوت نیز قابل اجرا می باشد.

۹۴ هاده

۵. اهلیت برای انتقال از طریق وصیت

یک شخص وقتی می تواند نسبت به انتقال اموال خود از طریق وصیت،
اقدام نماید، که بموجب قانون کشور محل اقامت یا محل سکونت معمولی یا طبق
قانون یکی از کشورهای متبع خود، اهلیت آن را داشته باشد.

۹۵ هاده

۶. قراردادهای مربوط به ارث و انتقالات متقابل ناشی از فوت

۱. قرارداد مربوط به ارث تابع قانون کشور اقامتگاه متوفی در زمان انعقاد
آن است.

۲. هرگاه متوفی در این قرارداد، تمام ترکه خود را تابع قانون کشور متبع
خود نموده باشد، این قانون به جای قانون اقامتگاه متوفی اجرا خواهد شد.

۳. وصیت به نفع یکدیگر باید منطبق باشد با قانون اقامتگاه هر یک از
انتقال دهنده‌گان یا با قانون کشوری که تابعیت آن را مشترکاً برگزیده‌اند.

۴. مقررات قانون حاضر در مورد شکل و اهلیت انتقال، کماکان معتبر و نافذ می باشند. (مواد ۹۳ و ۹۴)

ماده ۹۶

سه. احکام، تدابیر، اسناد و حقوق خارجی

۱. احکام، تدابیر و اسناد مربوط به ترکه و نیز حقوق ناشی از رسیدگی قضایی به اعتبار وصیتنامه در خارج در موارد زیر در سویس به رسمیت شناخته می شوند:

الف. چنانچه در کشور آخرین اقاماتگاه متوفی و یا کشوری که قانون آن را انتخاب کرده است، صادر، اتخاذ و یا تسجيل و ثبیت شوند و یا در یکی از این کشورها به رسمیت شناخته شده باشند؛

ب. چنانچه موضوع آنها اموال غیرمنقول بوده و در کشور محل وقوع آن اموال صادر، اتخاذ و یا تسجيل و ثبیت شده و یا به رسمیت شناخته شده باشند.

۲. چنانچه کشوری مدعی صلاحیت انحصاری نسبت به اموال غیرمنقول متوفی واقع در سرزمین خود گردد، فقط احکام، اقدامات و یا اسناد صادره در آن کشور به رسمیت شناخته می شوند.

۳. تدابیر حفاظتی متخذه در کشور محل وقوع اموال متوفی، در سویس معتبر شناخته می شوند.

Art. 92

3. Scope of the law applicable to the estate and its devolution

¹ The law applicable to the estate shall determine what belongs to the estate, who is entitled thereto and to what extent, who shall meet the debts of the estate, the legal remedies and measures that may be invoked and under what conditions.

² The procedures for execution shall be governed by the law of the State of the authority having jurisdiction. In particular, that law shall govern protective measures and the devolution of the estate, including the execution of the will.

Art. 93

4. Form

¹ The form of the will shall be governed by The Hague Convention of October 5, 1961¹⁰ on the Conflicts of Laws Relating to the Form of Testamentary Dispositions.

² The Convention shall apply by analogy to the form of other dispositions by reason of death.

Art. 94

5. Testamentary capacity

A person may make a testamentary disposition if, at the time of execution of the will, he had testamentary capacity under the law of the State of his domicile or habitual residence or under the law of one of the States of which he was a citizen.

Art. 95

6. Testamentary contracts and mutual dispositions by reason of death

¹ A testamentary contract shall be governed by the law of the State in which the disposing party was domiciled when the contract was executed.

² If, in a testamentary contract, the disposing party subjects his entire estate to the law of the State of his citizenship, that law shall apply in place of the law of his domicile.

³ Mutual dispositions by reason of death are valid if they conform to the law of the State of domicile of each of the disposing parties or the law of the State of their common citizenship if that law was chosen.

⁴ The provisions of this Code concerning form and testamentary capacity (Art. 93 and 94) take precedence.

Art. 96

III. Foreign decisions, measures, documents, and rights

¹ Foreign decisions, measures, and documents concerning an estate, as well as rights which are derived from an estate probated abroad, shall be recognized in Switzerland:

- a. If they were rendered, taken, drawn up, or established in the State of the last domicile of the decedent or pursuant to the law chosen by the decedent or if they are recognized in one of those States; or
- b. In the case of decisions concerning real property, when they were rendered, taken, drawn up, or established in the State in which the property is located or if they are recognized in that State.

² If a State claims exclusive jurisdiction over real property of a decedent located in its territory, only its decisions, measures, or documents shall be recognized.

³ Protective measures issued in the State in which property of the decedent is located shall be recognized in Switzerland.

Art. 87

2. Jurisdiction
for Swiss
citizens

¹ The Swiss judicial or administrative authorities at the place of Swiss citizenship of the decedent shall have jurisdiction over the estate of a Swiss citizen domiciled abroad at death to the extent not dealt with by the foreign authorities.

² The Swiss authorities at the place of Swiss citizenship shall always have jurisdiction if, by will or by testamentary contract, a Swiss citizen having had his last domicile abroad has submitted his entire estate or the part located in Switzerland to Swiss jurisdiction or Swiss law. Article 86, paragraph 2, takes precedence.

Art. 88

3. Jurisdiction
for property in
Switzerland

¹ If a foreigner domiciled abroad at death leaves property located in Switzerland, the Swiss judicial or administrative authorities at the place where the property is located shall have jurisdiction to regulate that part of the estate located in Switzerland to the extent not dealt with by the foreign authorities.

² If there is property at more than one place in Switzerland, the Swiss judicial or administrative authorities first called upon shall have jurisdiction.

Art. 89

4. Protective
measures

If the decedent had his last domicile abroad and left property located in Switzerland, the Swiss authorities at the place where such property is located shall order provisional measures necessary to protect the property.

Art. 90

II. Applicable
law
I. Last domicile
in Switzerland

¹ The estate of a person last domiciled in Switzerland shall be governed by Swiss law.

² A foreigner may, however, submit his estate by will or by testamentary contract to the law of one of the States of which he is a citizen. The choice shall be void if the decedent was no longer a citizen of the chosen State at his death or if he had acquired Swiss citizenship.

Art. 91

2. Last domicile
abroad

¹ The estate of a person who had his last domicile abroad shall be governed by the law designated by the private international law rules of the State in which the decedent was domiciled.

² To the extent that Swiss judicial or administrative authorities have jurisdiction under Article 87, the estate of a Swiss decedent who had his last domicile abroad shall be governed by Swiss law unless the decedent had expressly reserved the law of his last domicile by will or testamentary contract.

Art. 83

2. Maintenance

¹ The maintenance obligations between parent and child shall be governed by The Hague Convention of October 2, 1973¹⁰ on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

² To the extent that the mother's claims for maintenance and reimbursement of the expenses occasioned by the birth are not covered by the Convention, the provisions of the Convention shall apply by analogy.

Art. 84

III. Foreign decisions

¹ Foreign decisions regarding the relations between parent and child shall be recognized in Switzerland if they were rendered in the State of habitual residence of the child or in the State of domicile or habitual residence of the defendant parent.

² The provisions of this Code concerning names (Art. 39), the protection of minors (Art. 85), and the law of inheritance (Art. 96) take precedence.

Chapter 5: Guardianship and Other Protective Measures

Art. 85

¹ In matters affecting the protection of minors, The Hague Convention of October 5, 1961¹¹ on Jurisdiction and Law Applicable to Protection of Minors shall govern the jurisdiction of the Swiss judicial or administrative authorities, the applicable law, and the recognition of foreign decisions or measures.

² The Convention shall apply by analogy to persons who have reached majority, to persons who are minors only under Swiss law, or to persons who do not have their place of habitual residence in one of the contracting States.

³ In addition, the Swiss judicial or administrative authorities shall have jurisdiction, if required, to protect a person or his property.

Chapter 6: Inheritance

Art. 86

1. Jurisdiction

1. General rule

¹ The Swiss judicial or administrative authorities at the last domicile of the decedent shall have jurisdiction in probate proceedings and inheritance disputes.

² Exclusive jurisdiction claimed by a State with respect to real property located therein takes precedence.

³ An action to annul an adoption pronounced in Switzerland shall be governed by Swiss law. An adoption pronounced abroad may only be annulled in Switzerland if there are grounds for doing so under Swiss law.

Art. 78

III. Foreign adoptions and similar acts

¹ Adoptions pronounced abroad shall be recognized in Switzerland if they were pronounced in the State of domicile or citizenship of the adopting person or the adopting spouses.

² Adoptions or similar acts under foreign law which have effects essentially different from a Swiss paternal relationship shall only be recognized in Switzerland with the effects that attach to them in the State in which such acts were pronounced.

Section 4: Effects of Paternity

Art. 79

I. Jurisdiction 1. General rule

¹ The Swiss courts at the place of habitual residence or domicile of the child or, in the absence of such domicile, those at the place of habitual residence of the defendant parent shall have jurisdiction over actions regarding the relations between parent and child, in particular, maintenance of the child.

² The provisions of this Code concerning names (Art. 33, 37 to 40), the protection of minors (Art. 85), and the law of inheritance (Art. 86 to 89) take precedence.

Art. 80

2. Jurisdiction for Swiss citizens

If neither the child nor the defendant parent is domiciled or habitually resident in Switzerland and if one of them is a Swiss citizen, the courts at the place of Swiss citizenship shall have jurisdiction.

Art. 81

3. Claims of third parties

The Swiss courts designated under Articles 79 and 80 shall also have jurisdiction to decide:

- a. Claims of authorities who have made advances for the child's maintenance;
- b. Claims of the mother for maintenance and reimbursement of expenses occasioned by the birth.

Art. 82

II. Applicable law 1. General rule

¹ The relations between parent and child shall be governed by the law of the State of the habitual residence of the child.

² However, if neither spouse is domiciled in the State of habitual residence of the child and if the parents and the child are citizens of the same State, the law of that State shall be applicable.

³ The provisions of this Code concerning names (Art. 33, 37 to 40), the protection of minors (Art. 85), and the law of inheritance (Art. 90 to 95) take precedence.

Art. 72

II. Applicable law

¹ Acknowledgment in Switzerland may be effected in accordance with the law of the State of habitual residence or citizenship of the child or the law of the State of domicile or citizenship of the mother or the father. The date of acknowledgment is determinative.

² The form of acknowledgment in Switzerland shall be governed by Swiss law.

³ The contest of an acknowledgment shall be governed by Swiss law.

Art. 73

III. Foreign acknowledgment and contest of acknowledgment

¹ An act of acknowledgment of a child made abroad shall be recognized in Switzerland if it is valid in the State of habitual residence or citizenship of the child or in the State of domicile or citizenship of the mother or the father.

² Foreign decisions concerning the contest of acknowledgment shall be recognized in Switzerland when they are rendered in one of the States set forth in paragraph 1.

Art. 74

IV. Legitimation

Article 73 shall apply by analogy to a foreign legitimation.

Section 3: Adoption

Art. 75

I. Jurisdiction

1. General rule

¹ The Swiss judicial or administrative authorities at the domicile of the adopting person or the adopting spouses shall have jurisdiction to pronounce the adoption.

² The same courts that have jurisdiction over the ascertainment or contest of paternity (Art. 66 and 67) shall have jurisdiction over the contest of adoption.

Art. 76

2. Jurisdiction for Swiss citizens

If the adopting person or the adopting spouses are not domiciled in Switzerland and if one of them is a Swiss citizen, the judicial or administrative authorities at the place of Swiss citizenship shall have jurisdiction to pronounce the adoption if it is impossible or unreasonable to require that the adoption procedure be conducted at their foreign domicile.

Art. 77

II. Applicable law

¹ The conditions for adoption in Switzerland shall be governed by Swiss law.

² If it becomes apparent that an adoption would not be recognized in the State of domicile or citizenship of the adopting person or the adopting spouses and the child would be severely prejudiced, the authorities shall also take into account the requirements of the law of the State in question. If the recognition of the adoption remains uncertain, the adoption shall not be pronounced.

Chapter 4: Parent and Child

Section 1: Paternity

Art. 66

I. Jurisdiction 1. General rule

The Swiss courts at the place of habitual residence of the child or at the domicile of the mother or the father shall have jurisdiction over actions to ascertain or contest paternity.

Art. 67

2. Jurisdiction for Swiss citizens

If the parents are not domiciled in Switzerland and the child is not habitually resident in Switzerland, the courts at the place of Swiss citizenship of the mother or the father shall have jurisdiction over actions to ascertain or contest paternity if the action cannot be brought at the domicile of one of the parents or at the place of habitual residence of the child or if it is unreasonable to so require.

Art. 68

II. Applicable law 1. General rule

¹ The creation, ascertainment, and contest of paternity shall be governed by the law of the State of the habitual residence of the child.

² If, however, neither the father nor the mother is domiciled in the State of habitual residence of the child and if the child and the parents are citizens of the same State, the law of that State shall be applicable.

Art. 69

2. Time of determination

¹ The law applicable to the creation, ascertainment, or contest of paternity shall be determined as of the date of birth.

² However, in the case of judicial ascertainment or judicial contest of paternity, the date of the commencement of an action shall be determinative if a preponderant interest of the child so requires.

Art. 70

III. Foreign decisions

Foreign decisions concerning the ascertainment or the contest of paternity shall be recognized in Switzerland if they were rendered in the State of habitual residence or citizenship of the child or in the State of domicile or citizenship of the mother or the father.

Section 2: Acknowledgment

Art. 71

I. Jurisdiction

¹ The Swiss authorities at the place of birth or habitual residence of the child as well as the authorities at the place of domicile or citizenship of the mother or the father shall have jurisdiction to receive an act of acknowledgment of paternity.

² In the case of a judicial proceeding in which paternity is relevant, the judge hearing the action may receive an act of acknowledgment.

³ The same courts that have jurisdiction over the ascertainment or contest of paternity (Art. 66 and 67) shall have jurisdiction over the contest of an acknowledgment.

³ The provisions of this Code concerning maintenance obligations between spouses (Art. 49), the effects of paternity (Art. 82 and §3), and the protection of minors (Art. 85) take precedence.

Art. 63

IV. Ancillary effects

¹ The Swiss courts with jurisdiction over an action of divorce or separation shall also have jurisdiction over all matters ancillary to the divorce or separation.

² The law applicable to the divorce or separation shall govern the ancillary effects of divorce and separation. The provisions of this Code concerning names (Art. 37 to 40), maintenance obligations between spouses (Art. 49), the matrimonial property regime (Art. 52 to 57), the effects of paternity (Art. 82 and 83), and the protection of minors (Art. 85) take precedence.

Art. 64

V. Amendments or modifications of a decision

¹ Swiss courts shall have jurisdiction over an action to amend or modify a decision of divorce or separation if they entered the decision or have jurisdiction under Art. 59 or 60. The provisions of this Code concerning the protection of minors (Art. 85) take precedence.

² An action to amend or modify a decision of divorce or separation shall be governed by the law applicable to the divorce or separation. The provisions of this Code concerning names (Art. 37 to 40), maintenance obligations between spouses (Art. 49), the matrimonial property regime (Art. 52 to 57), the effects of paternity (Art. 82 and 83), and the protection of minors (Art. 85) take precedence.

Art. 65

VI. Foreign decisions

¹ Foreign decisions of divorce or separation shall be recognized in Switzerland if they were rendered in the State of domicile or habitual residence or in the State of citizenship of one spouse or if they are recognized in one of those States.

² However, a decision rendered in a State of which neither spouse, or only the plaintiff spouse, is a citizen shall be recognized in Switzerland only:

- a. If, at the time the petition was filed, at least one spouse was domiciled or had his place of habitual residence in that State and the defendant spouse was not domiciled in Switzerland;
- b. If the defendant spouse has submitted to the jurisdiction of the foreign court without reservation; or
- c. If the defendant spouse has expressly consented to the recognition of the decision in Switzerland.

union or following the death of one of the spouses, a declaration of nullity of the marriage, a divorce, or a separation shall be governed by the provisions of this Code relating to the effects of marriage, divorce, or inheritance (Art. 50, 65 and 96).

Section 4: Divorce and Separation

Art. 59

I. Jurisdiction I. General rule

The following authorities shall have jurisdiction over actions of divorce or separation:

- a. The Swiss courts at the defendant's domicile;
- b. The Swiss courts at the plaintiff's domicile if he has resided in Switzerland for one year or is a Swiss citizen.

Art. 60

2. Jurisdiction for Swiss citizens

If the spouses are not domiciled in Switzerland and if one of them is a Swiss citizen, the courts at the place of Swiss citizenship shall have jurisdiction over an action of divorce or separation if the action cannot be brought at the domicile of one of the spouses or if it is unreasonable to so require.

Art. 61

II. Applicable law

¹ Divorce and separation shall be governed by Swiss law.

² If, however, both spouses have the same foreign citizenship and only one is domiciled in Switzerland, the law of the State of their common citizenship shall be applicable.

³ If the law of the State of common citizenship does not permit the dissolution of the marriage or imposes extraordinarily severe conditions, Swiss law shall be applicable if one of the spouses is also a Swiss citizen or one of the spouses has resided in Switzerland for the two years immediately preceding.

⁴ If the courts at the place of Swiss citizenship have jurisdiction pursuant to Article 60, they shall apply Swiss law.

Art. 62

III. Provisional orders

¹ The Swiss court in which an action for divorce or separation is pending shall have jurisdiction to enter provisional orders unless its lack of jurisdiction on the merits is manifest or has been decided in a final judgment.

² Provisional orders shall be governed by Swiss law.

⁴ If the spouses were never domiciled in the same State simultaneously, the law of their common State of citizenship shall be applicable.

⁵ Spouses who were never domiciled in the same State simultaneously and who do not have a common citizenship shall be subject to the Swiss regime of separate property.

Art. 55

b. Alteration
and retroactive
effect in case of
change of
domicile

¹ If the spouses transfer their domicile from one State to another, the law of the new domicile shall be applicable with retroactive effect from the date of the marriage. The spouses may preclude the retroactive effect by written agreement.

² The change of domicile shall have no effect on the applicable law if the parties have agreed in writing to maintain the former law or if they are subject to a marriage contract.

Art. 56

3. Form of
marriage
contract

The marriage contract shall be valid as to form if it conforms to the law applicable to the marriage contract or to the law at the place of its conclusion.

Art. 57

4. Effects on
third parties

¹ The effects of the matrimonial property regime on the legal relationship between a spouse and a third party shall be governed by the law of the State in which the spouse was domiciled when the legal relationship commenced.

² If, however, the third party knew or should have known the law that governed the matrimonial property regime when the legal relationship commenced, that law shall be applicable.

Art. 58

III. Foreign
decisions

¹ Foreign decisions concerning the matrimonial property regime shall be recognized in Switzerland:

- a. If they were rendered or are recognized in the State of domicile of the defendant spouse;
- b. If they were rendered or are recognized in the State of domicile of the plaintiff spouse, provided that the defendant spouse was not domiciled in Switzerland;
- c. If they were rendered or are recognized in the State whose law is applicable to the matrimonial property regime under this Code; or
- d. In matters related to real property if they were rendered or are recognized in the State in which the real property is located.

² The recognition of decisions concerning the matrimonial property regime rendered in connection with measures protecting the marital

Art. 50

III. Foreign decisions or measures

Foreign decisions or measures concerning the effects of marriage shall be recognized in Switzerland if they were rendered in the State of domicile or habitual residence of one of the spouses.

Section 3: Matrimonial Property Regimes

Art. 51

I. Jurisdiction

The following authorities shall have jurisdiction over actions or to order measures concerning the matrimonial property regimes:

- a. In the event of the dissolution of the matrimonial property regime because of the death of one of the spouses, the Swiss judicial or administrative authorities having jurisdiction over the estate (Art. 86 to 89);
- b. In the event of the dissolution of the matrimonial property regime because of judicial dissolution or separation of the marriage, the Swiss courts having jurisdiction thereover (Art. 59, 60, 63 and 64);
- c. In all other cases, the Swiss judicial or administrative authorities with jurisdiction over actions or measures concerning the effects of marriage (Art. 46 and 47).

Art. 52

II. Applicable law

1. Choice of law by the spouses

a. General rule

¹ The matrimonial property regime shall be governed by the law chosen by the spouses.

² The spouses may choose the law of the State in which they are both domiciled or will be domiciled following the marriage ceremony or the law of the State of which one of the spouses is a citizen. Article 23, paragraph 2, shall not be applicable.

Art. 53

b. Form and effects

¹ The choice of law must be agreed in writing or be clearly evident from the marriage contract. Aside from that requirement, it shall be governed by the chosen law.

² The choice of law may be made or changed at any time. If the choice is made following the marriage ceremony, it shall take effect retroactive to the date of the marriage unless the parties agree otherwise.

³ The chosen law shall remain applicable until the spouses choose another law or revoke their choice.

Art. 54

2. Absence of a choice of law

a. General rule

¹ In the absence of a choice of law, the matrimonial property regime shall be governed by:

- a. The law of the State in which both spouses are domiciled simultaneously or, if this is not the case,
- b. The law of the State in which both spouses were last domiciled simultaneously.

³ The form of the marriage ceremony in Switzerland shall be governed by Swiss law.

Art. 45

III. Marriage concluded abroad

¹ A marriage validly performed abroad shall be recognized in Switzerland.

² If the bride or the bridegroom is a Swiss citizen or if both are domiciled in Switzerland, the marriage performed abroad shall be recognized unless the marriage ceremony was performed abroad with the manifest purpose of evading grounds for nullity under Swiss law.

Section 2: Effects of Marriage in General

Art. 46

I. Jurisdiction 1. General rule

The Swiss judicial or administrative authorities at the domicile or, in the absence of domicile, those at the place of habitual residence of one of the spouses shall have jurisdiction over actions or to order measures concerning the effects of marriage.

Art. 47

2. Jurisdiction for Swiss citizens

If the spouses are neither domiciled nor habitually resident in Switzerland and if one of them is a Swiss citizen, the judicial or administrative authorities at the place of Swiss citizenship shall have jurisdiction over actions or to order measures regarding the effects of marriage if the action or request cannot be brought at the domicile or place of habitual residence of one of the spouses or if it is unreasonable to so require.

Art. 48

II. Applicable law 1. General rule

¹ The effects of marriage shall be governed by the law of the State in which the spouses are domiciled.

² If the spouses are not domiciled in the same State, the effects of marriage shall be governed by the law of the State of the domicile with which the facts of the case are more closely connected.

³ If the Swiss judicial or administrative authorities at the place of citizenship have jurisdiction under Article 47, they shall apply Swiss law.

Art. 49

2. Maintenance obligations

Maintenance obligations between spouses shall be governed by The Hague Convention of October 2, 1973¹¹ on the Law Applicable to Maintenance Obligations.

Art. 39

3. Change of name entered abroad

A change of name entered abroad shall be recognized in Switzerland if it is valid in the State of domicile or in the State of citizenship of the applicant.

Art. 40

4. Entry in the register of births, deaths, and marriages

The name shall be entered in the register of births, deaths, and marriages in accordance with Swiss registration principles.

Art. 41

V. Declaration of disappearance
1. Jurisdiction and applicable law

¹ The Swiss courts at the last known domicile of a missing person shall have jurisdiction to enter a declaration of disappearance.

² The Swiss courts shall also have jurisdiction to enter a declaration of disappearance if a legitimate interest justifies it.

³ The conditions and effects of the declaration of disappearance shall be governed by Swiss law.

Art. 42

2. Declaration of disappearance and death issued abroad

A declaration of disappearance or death issued abroad shall be recognized in Switzerland if it was entered in the State of the last known domicile or the State of citizenship of the person who has disappeared.

Chapter 3: Marriage

Section 1: Marriage Ceremony

Art. 43

I. Jurisdiction

¹ Swiss authorities shall have jurisdiction to perform the marriage ceremony if either the bride or the bridegroom is domiciled in Switzerland or is a Swiss citizen.

² Foreign couples without Swiss domicile may also be permitted to marry in Switzerland by the authority with jurisdiction if the marriage is recognized in the State of domicile or citizenship of both the bride and bridegroom.

³ Permission may not be refused solely because a divorce granted or recognized in Switzerland is not recognized abroad.

Art. 44

II. Applicable law

¹ The substantive conditions for marriage in Switzerland shall be governed by Swiss law.

² If the conditions under Swiss law are not satisfied, a marriage between foreigners may nevertheless be performed if the conditions of the law of the State of citizenship of either the bride or the bridegroom are satisfied.

Chapter 2: Natural Persons

Art. 33

I. General rule

- ¹ Unless this Code provides otherwise, the Swiss judicial or administrative authorities at the domicile shall have jurisdiction in matters of personal law; they shall apply the law in force at the domicile.
- ² Claims arising from infringement of personal rights shall be determined according to the provisions of this Code concerning torts (Art. 129 et seq.).

Art. 34

II. Legal capacity

- ¹ Legal capacity shall be governed by Swiss law.
- ² The beginning and termination of legal personality shall be governed by the law applicable to the legal relationship which presupposes legal capacity.

Art. 35

III. Capacity to act

I. General rule

- The capacity to act shall be governed by the law of the domicile. A change of domicile shall not affect the capacity to act once that capacity has been acquired.

Art. 36

2. Estoppel

- ¹ A party to a legal transaction who lacks capacity under the law of the State of his domicile may not invoke that incapacity if he had capacity under the law of the State in which the transaction was accomplished unless the other party knew or should have known of that incapacity.
- ² This rule is inapplicable to legal transactions concerning family law, the law of inheritance, or real property rights.

Art. 37

IV. Name

I. General rule

- ¹ The name of a person domiciled in Switzerland shall be governed by Swiss law. The name of a person domiciled abroad shall be governed by the law designated by the private international law rules of the State of his domicile.
- ² A person may request, however, that his name be governed by the law of the State of his citizenship.

Art. 38

2. Change of name

- ¹ The Swiss authorities at the domicile of the applicant shall have jurisdiction over a petition to change his name.
- ² A Swiss citizen without a Swiss domicile may file a petition for a change of name with the authorities of the canton of his citizenship.
- ³ The conditions and effects of a change of name shall be governed by Swiss law.

c. That a law suit between the same parties and concerning the same matter had already been brought or decided in Switzerland or that the law suit had proceeded to judgment in a third State and that judgment can be recognized in Switzerland.

³ Except as herein provided, the foreign decision is not subject to review on the merits.

Art. 28

II. Enforcement A decision recognized under Articles 25 to 27 shall be declared enforceable upon application by the interested party.

Art. 29

III Procedure ¹ The application for recognition or enforcement must be submitted to the authority having jurisdiction in the canton in which the foreign decision is to be invoked. It must be accompanied by:

- a. A complete and authenticated copy of the decision;
- b. A confirmation that no further suspensive appeal can be lodged against the decision or that it is final; and
- c. In the case of a default judgment, an official document establishing that the defaulting party was duly summoned and that he had the opportunity to enter a defense.

² The party opposing recognition and enforcement shall have the right to a hearing; he may introduce evidence.

³ If a foreign decision is invoked in a proceeding as a preliminary question, the authority to which the application is submitted may itself rule on the recognition.

Art. 30

IV. Settlement before the court Articles 25 to 29 shall apply to a settlement before the court which has the same status as a court decision in the State in which it was entered.

Art. 31

V. Non-contentious jurisdiction Articles 25 to 29 shall apply by analogy to the recognition and enforcement of a decision or a certified document resulting from non-contentious jurisdiction.

Art. 32

VI. Entry in the register of births, deaths, and marriages ¹ A foreign decision or a foreign act regarding civil status shall be entered in the register of births, deaths, and marriages pursuant to an order of the cantonal supervisory authority.

² The entry shall be authorized when the requirements of Articles 25 to 27 are satisfied.

³ The persons affected shall have the right to a hearing before the entry is made if it is not established that in the foreign State where the decision was rendered, the procedural rights of the parties were adequately safeguarded.

V. Stateless persons and refugees

Art. 24

¹ A person shall be regarded as stateless if he is recognized as such under the New York Convention of September 28, 1954¹⁾ on the Legal Status of Stateless Persons or if his relationship with the State of his citizenship has become so attenuated as to be equivalent to statelessness.

² A person shall be regarded as a refugee if he is recognized as such under the Law of Asylum of October 5, 1979²⁾

³ If this Code is applied to stateless persons or refugees, domicile shall replace citizenship.

**Section 5:
Recognition and Enforcement of Foreign Decisions**

Art. 25

1. Recognition
1. General rule

A foreign decision shall be recognized in Switzerland:

- a. If the judicial or administrative authorities of the State in which the decision was rendered had jurisdiction;
- b. If no further suspensive appeal can be lodged against the decision or the decision is final; and
- c. If there are no grounds for refusal under Article 27.

Art. 26

2. Jurisdiction of foreign authorities

The foreign authorities have jurisdiction:

- a. If a provision of this Code so provides or, in the absence of such a provision, the defendant was domiciled in the State in which the decision was rendered;
- b. If, in the case of pecuniary claims, the parties have submitted by an agreement valid under this Code to the jurisdiction of the authority that rendered the decision;
- c. If, in the case of pecuniary claims, the defendant proceeded to the merits without objecting to jurisdiction; or
- d. If, in the case of a counterclaim, the authority which rendered the decision had jurisdiction over the principal claim and there is a factual connection between the principal claim and the counterclaim.

Art. 27

3. Grounds for refusal

¹ A foreign decision shall not be recognized in Switzerland if such recognition would be manifestly incompatible with Swiss public policy.

² A foreign decision shall likewise not be recognized if a party establishes:

- a. That he was not duly summoned, either according to the law of his domicile or according to the law of his place of habitual residence unless he had proceeded to the merits without objecting to jurisdiction;
- b. That the decision was rendered in violation of fundamental principles of Swiss procedural law, in particular that he was denied due process of law;

Section 4: Domicile, Residence, and Citizenship

Art. 20

I. Domicile,
habitual
residence,
and place of
business of
a
natural person

- ¹ For the purposes of this Code, a natural person:
- Has his domicile in the State in which he resides with the intention to remain permanently;
 - Has his place of habitual residence in the State in which he lives for an extended period of time, even if this time period is limited from the outset;
 - Has his place of business in the State in which his professional or business activities are centered.
- ² No person can have more than one domicile at the same time. If a person has no domicile, the place of his habitual residence shall be determinative. The provisions of the Civil Code regarding domicile and residence shall not be applicable.

Art. 21

II. Corporate
domicile and
place of
business

- ¹ In the case of companies, the registered office shall be deemed to be the domicile.
- ² The registered office of a company is the place specified in the certificate of incorporation or the deed of partnership. In the absence of such designation, the registered office of the company shall be the place where it has its headquarters.
- ³ The place of business of a company shall be in the State in which it has its registered office or a branch.

Art. 22

III. Citizenship

The citizenship of a natural person shall be determined by the law of the State of the citizenship in question.

Art. 23

IV. Multiple
citizenship

- ¹ If a person is a citizen of one or more States in addition to Switzerland, Swiss citizenship shall be determinative for purposes of jurisdiction based on citizenship.
- ² If a person is a citizen of several States, the citizenship of the State with which the person is most closely connected shall be determinative for purposes of the applicable law unless this Code provides otherwise.
- ³ If the recognition of a foreign decision in Switzerland depends upon the citizenship of a person, it is sufficient to consider one of his citizenships.

Art. 14

II. Renvoi

- ¹ If the applicable law refers back to Swiss law or to another foreign law, that reference shall be observed only if this Code so provides.
- ² In matters of civil status, reference to Swiss law by a foreign law must be observed.

Art. 15

III. Exception

- ¹ The law designated by this Code shall not be applied in those exceptional situations where, in light of all the circumstances, it is manifest that the case has only a very limited connection with that law and has a much closer connection with another law.

² This article is not applicable in the case of a choice of law by the parties.

Art. 16

IV. Proof of foreign law

- ¹ The content of the applicable foreign law shall be established ex officio. The assistance of the parties may be requested. In the case of pecuniary claims, the burden of proof on the content of the foreign law may be imposed on the parties.

² Swiss law shall apply if the content of the foreign law cannot be established.

Art. 17

V. Public policy

The application of provisions of foreign law shall be precluded if it would produce a result which is incompatible with Swiss public policy.

Art. 18

VI. Mandatory application of Swiss law

This Code is subject to those mandatory provisions of Swiss law which, by reason of their particular purpose, are applicable regardless of the law designated by this Code.

Art. 19

VII. Taking into account of mandatory provisions of foreign law

- ¹ If, pursuant to Swiss legal concepts, the legitimate and manifestly preponderant interests of a party so require, a mandatory provision of a law other than that designated by this Code may be taken into account if the circumstances of the case are closely connected with that law.

² In deciding whether such a provision must be taken into account, its purpose is to be considered as well as whether its application would result in an adequate decision under Swiss concepts of law.

Art. 9

VIII. Pending

- ¹ If an action concerning the same object is already pending abroad between the same parties, the Swiss court shall stay the proceeding if it may be expected that the foreign court will, within a reasonable time, render a decision that will be recognizable in Switzerland.
- ² To determine when an action has been filed in Switzerland, the date of the first act necessary to institute the action shall be decisive. The initiation of conciliation proceedings shall suffice.
- ³ The Swiss court shall dismiss the action as soon as a foreign decision is submitted to it which can be recognized in Switzerland.

Art. 10

IX. Provisional orders

- The Swiss judicial or administrative authorities may enter provisional orders even if they do not have jurisdiction on the merits.

Art. 11

X. Judicial assistance

- ¹ Acts of judicial assistance shall be implemented in Switzerland according to the law of the canton in which they are executed.
- ² Upon petition of the requesting authority, foreign legal procedure may also be observed or taken into account, if necessary, for the enforcement of a claim abroad unless there are important reasons pertaining to the affected party not to do so.
- ³ The Swiss judicial or administrative authorities may issue documents or take an affidavit from an applicant in accordance with a form of foreign law if the Swiss form is not recognized abroad and if a claim meriting protection could not be asserted there.

Art. 12

XI. Time limits

- If a person abroad is required to meet a time limit before Swiss judicial or administrative authorities, it is sufficient that the filing is made with a diplomatic or consular representative of Switzerland by the last day of the allotted time period.

Section 3: Applicable Law

Art. 13

I. Scope of reference

- The reference in this Code to a foreign law includes all provisions applicable to the facts of the case under that law. The application of a provision of foreign law is not precluded solely because the provision is attributed the character of public law.

II. Emergency jurisdiction

Art. 3

If this Code does not provide for jurisdiction in Switzerland and if proceedings abroad are impossible or cannot reasonably be required to be brought, the Swiss judicial or administrative authorities at the place with which the facts of the case are sufficiently connected shall have jurisdiction.

III. Validation of attachment

Art. 4

If this Code does not provide for any other jurisdiction in Switzerland, an action to validate an attachment may be brought at the place in Switzerland where the attachment was obtained.

IV. Agreed venue

Art. 5

¹ The parties may agree on a venue for an existing or a future dispute concerning pecuniary claims arising from a specified legal relationship. The agreement may be made in writing, by telegram, telex, telecopier, or by any other means of communication which evidences the terms of the agreement by a text. Unless stipulated otherwise, the court agreed upon shall have exclusive jurisdiction.

² The agreement on venue shall be void if one party is denied in an improper manner a venue to which that party is entitled under Swiss law.

³ The court agreed upon may not decline its jurisdiction:

- a. If one party has his domicile, place of habitual residence, or place of business in the canton of the Swiss court agreed upon; or
- b. If, pursuant to this Code, Swiss law is applicable to the dispute.

V. Waiver

Art. 6

In the case of pecuniary claims, the court before which the action is brought shall have jurisdiction if the defendant proceeds to the merits without objecting to the court's jurisdiction unless the court may decline jurisdiction pursuant to Article 5, paragraph 3.

VI. Arbitration agreement

Art. 7

If the parties have concluded an arbitration agreement with respect to an arbitrable dispute, the Swiss court before which the action is brought shall decline its jurisdiction unless:

- a. The defendant proceeded to the merits without objecting to jurisdiction;
- b. The court finds that the arbitration agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed; or
- c. The arbitral tribunal cannot be constituted for reasons for which the defendant in the arbitration proceeding is manifestly responsible.

VII. Counter-claim

Art. 8

The court in which the principal claim is pending shall also decide a counterclaim if there is a factual connection between the claim and the counterclaim.

*The Federal Assembly of the Swiss Confederation,
based on the authority of the Confederation in matters of foreign relations and
on Article 64 of the Federal Constitution;
and in consideration of the message of the Federal Council, dated November 10, 1982
enacts:*

Chapter 1: Provisions in Common

Section 1: Scope of Application

Art. 1

¹ This Code governs, in an international context:

- a. The jurisdiction of the Swiss judicial and administrative authorities;
- b. The applicable law;
- c. The conditions for the recognition and enforcement of foreign decisions;
- d. Bankruptcy and composition agreements;
- e. Arbitration.

² International treaties take precedence.

Section 2: Jurisdiction

Art. 2

1. In general Unless this Code provides otherwise, the Swiss judicial or administrative authorities at the domicile of the defendant shall have jurisdiction.



**Federal Code
on private
International Law**
(CPIL)





LAW REVIEW

Bureau for International Legal Services

Vol. 20

1996

President and Director _ in _ charge:

_ Dr. G. Eftekhar Djahromi

Editor- in- charge:

_ Editorial Board.

LAW REVIEW

Bureau for International Legal Services

Vol. 20

1996

ISSN 1024-0799

Publication

Bureau for International Legal Services

No. 150, Forst St. Taleghani Ave. Tehran - Iran
Tel. (21) 8825071 - 5, 8824176

نشریه
دفتر خدمات حقوق بین المللی جمهوری اسلامی ایران
تهران خیابان طالقانی، بیش شمالی فرست، شماره ۱۴۰، تلفن ۰۲۱۸۸۲۵۰۷۱