

# مجله حقوقی

دفتر خبرنگاری حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران

۱۳۷۶

شماره بیست و یکم

۲۴۴ صفحه - ۶۰۰ تومان

شماره استانداره بین المللی ۱۰۲۰ - ۷۹۹

- تنوع قواعد حل تعارض • داوری تجارت بین المللی • به دنبال اصول راهبردی مشترک آیین‌های دادرسی کیفری مختلف اروپایی • آثار قوه قاهره و انتقامی قرارداد • نگرشی بر ساختار مرجع حل اختلاف در سازمانهای تجارت بین المللی • به دنبال حقوق جزای مشترک اروپایی • تأملی بر پیسونیت بین المللی سازمانهای بین المللی • گزارشی از آرای دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده (لاهه) • فهرست مقالات • اسناد بین المللی .

بسم الله الرحمن الرحيم





# مجله حقوق

دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی جمهوری اسلامی ایران

۵	• تنوع قواعد حل تعارض	دکتر فرهاد خمامی زاده
۴۵	• داوری محاری بین‌المللی	مترجم: دکتر محسن محبی
۷۳	• به دنبال اصول راهبردی مشترک آیین‌های دادرسی کیفری مختلف اروپایی	مترجم: دکتر منوچهر خزانی
۹۷	• آثار قوه قاهره و انتقامی قرارداد	دکتر حمیدرضا نیکبخت
۱۲۷	• نگرشی بر ساختار مرجع حل اختلاف در سازمانهای محارت بین‌المللی	دکتر عباس کدخدایی
۱۸۱	• به دنبال حقوق جزای مشترک اروپایی	مترجم: دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی
۲۱۳	• تأملی بر مسؤولیت بین‌المللی سازمانهای بین‌المللی	سید قاسم زمانی
۲۴۷	• گزارشی از آرای دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده (لاهه)	
۲۵۷	• فهرست مندرجات مجله حقوقی به ترتیب شماره	
۲۷۳	• استناد بین‌المللی	



---

مندرجات مقالات منحصرأ  
نظارات نویسندهان آنها  
است.

---

## مجله حقوق

---

نشریه دفتر خدمات حقوقی بین المللی

---

مدیر مسؤول: دکتر گودرز انتخار جهرمی

زیرنظر: هیأت تحریریه

تاریخ نشر: ۱۳۷۶

تعداد: ۳۰۰۰ جلد

دکتر فرهاد خمامی زاده



## تنوع قواعد حل تعارض





## فهرست مطالب

۹	.....مقدمه
۱۱	.....مبحث اول. تنوع قواعد حل تعارض از حیث دامنه عملکرد
۱۲	.....الف. تئوری یکجانبه
۱۲	۱ - مبنای تئوری یکجانبه
۱۶	۲ - انواع تئوری یکجانبه
۱۶	۲.۱ تئوری یکجانبه مطلق (تئوری کلاسیک)
۱۷	۲.۲ تئوری یکجانبه جدید
۱۷	۳ - تفسیر دوچانبه قاعده حل تعارض یکجانبه
۲۱	۴ - اجرای قانون خارجی که صلاحیتش را می پذیرد
۲۰	۵ - یکجانبه گرایی در قوانین مربوط به امنیت و انتظامات
۳۰	ب. تئوری دوچانبه
۳۳	.....مبحث دوم . تنوع قواعد حل تعارض از حیث نوع عوامل ارتباط
۳۵	.....الف. قواعد حل تعارض با عوامل ارتباط اصلی و فرعی
۳۷	.....ب. قواعد حل تعارض تعددی
۳۸	.....ج. قواعد حل تعارض آلترناتیو
۴۱	.....د . قواعد حل تعارض انفصالی
۴۱	.....ه. قواعد حل تعارض شرطی
۴۲	.....نتیجه



## ● مقدمه

امروزه گسترش روابط بین المللی موجب شده تا افراد در چارچوب مرزهای یک کشور محصور نبوده و به انحصار مختلف (مسافرت، تجارت، ...) با ممالک دیگر، ارتباط داشته باشند. در نتیجه یک زندگی خصوصی بین المللی در کنار زندگی داخلی افراد ایجاد شده و مجموعه مقررات خاصی تحت عنوان حقوق بین الملل خصوصی در هر کشور برای تنظیم روابط بین المللی افراد وضع شده است.

تعارض قوانین به عنوان یکی از موضوعات اصلی حقوق بین الملل خصوصی زمانی ایجاد می شود که مسأله تعیین قانون حاکم بر یک رابطه حقوقی که مرتبط با قانون دو یا چند کشور است مطرح شود.<sup>۱</sup> وقتی قاضی در مقام رسیدگی به

۱. موضوعات حقوق بین الملل خصوصی عبارتند از: تابعیت، اقامتگاه، وضع اتباع بیگانه، تعارض قوانین و دادگاهها؛ به موجب دکترینی که عمدتاً در آلمان مطرح و دفاع شده تعارض قوانین موضوع انحصاری حقوق بین الملل خصوصی است.

M.M. Batiffol H., Lagarde P., "Droit international privé", 7 éd, L.G.D.J. 1981. T.I. , n<sup>o</sup> 3, p.3.

۲. رک . تعریف تعارض قوانین در ENCY. Dr. Int., II, "Conflit de lois" p.l. تعارض



یک رابطه حقوقی صرفاً داخلی است مستقیماً با مراجعه به قواعد مادی قانون ملی خود به موضوع رسیدگی می نماید مثل درخواست طلاق زوجین ایرانی از دادگاه ایرانی. ولی ممکن است رابطه حقوقی مطروحه حائز عنصر یا عناصری خارجی بوده و نتیجتاً قاضی با احتمال عدم صلاحیت قانون مقردادگاه مواجه باشد مثل درخواست طلاق زوجین انگلیسی از دادگاه ایرانی؛ در چنین مواردی قواعد حل تعارض<sup>۳</sup> در سیستم حقوق بین الملل خصوصی هر کشور راهنمای قاضی در تعیین قانون صلاحیتدار و اتخاذ تصمیم بوده و در واقع به طور غیر مستقیم راه حل قضیه متنازع فیه را ارائه می نمایند، مع ذلک این قواعد همیشه به یک شکل تنظیم نمی شوند و از حیث دامنه عملکرد و نوع عامل (یا عوامل) ارتباط<sup>۴</sup> با هم متفاوتند.

از یک سو قاعده حل تعارض ممکن است تنها تعیین کننده صلاحیت یا عدم صلاحیت قانون مقردادگاه (Lex fori) باشد بدون مشخص نمودن قانون قابل اجرا در صورت عدم صلاحیت قانون مقردادگاه «قاعده تعارض یکجانبه». از

قوانين به مفهوم وسیع آن وقتی ایجاد می شود که یک رابطه حقوقی تنها به یک قانون مرتبط نبوده بلکه با دو یا چند قانون در ارتباط باشد که هریک ممکن است راه حلهای متفاوتی برای آن رابطه حقوقی ارائه نمایند.

۳. دکتر جعفری لنگرودی قواعد حل تعارض را چنین تعریف کرده است: «قواعدی که در قلمرو تنازع قوانین (در روابط اشخاص حقیقی یا حقوقی حقوق خصوصی) قانون قابل اجرا را (در واقعه خارجی) از میان قوانین متنازع معین می نمایند. قواعد مذکور ممکن است به صورت اصول حقوقی حقوق بین الملل خصوصی (اصول مسلم) بوده و یا به صورت قانونی از قوانین موضوعه کشور معینی باشد که واقعه خارجی مزبور در آن کشور روی داده است». ترمینولوژی حقوق، انتشارات گنج دانش، ۱۳۷۲، شماره ۱۲۹۷.

اصطلاح قواعد حل تعارض règles de rattachement یا règles de conflit در فرانسه بوسیله Arminjon با ترجمه اصطلاح آلمانی Onknöpfungsnorm وارد شده است و به آن قواعد صلاحیت قانونگذاری législative règles de compétence در برابر قواعد صلاحیت قضایی règles de compétence judiciaire یا قواعد حقوق بین الملل خصوصی règles de Droit international privé ۱۹۳۱ نیز می گویند (مثلاً در ماده ۱۵ قانون ۲۴ زوئیه ENCY. Dr. Int., II, Conflit de lois, p.155. فرانسه) به نقل از:

#### 4. Concepts de rattachement, éléments de rattachement.

سوی دیگر بررسی قواعد حل تعارض نشان می‌دهد که اتخاذ عامل (یا عوامل) ارتباط همیشه به یک شکل صورت نمی‌پذیرد و براین اساس انواع مختلفی از قواعد حل تعارض قابل تشخیص هستند. بررسی تنوع قواعد حل تعارض از جهات ذکر شده موجب شناخت بهتر این قواعد و نتیجتاً سایر موضوعات مطروحه در بحث تعارض قوانین می‌گردد. لذا موضوع را در مقاله حاضر به ترتیب ذیل مورد مطالعه قرار خواهیم داد:

بحث اول - تنوع قواعد حل تعارض از حیث دامنه عملکرد.

بحث دوم - تنوع قواعد حل تعارض از حیث نوع عوامل ارتباط.

## بحث

### تنوع قواعد حل تعارض از حیث دامنه عملکرد

قاضی در مقام رسیدگی به یک رابطه حقوقی بین المللی با مراجعه به قاعدة حل تعارض مقردادگاه، قانون حاکم بر قضیه را می‌یابد، آنگاه مبادرت به صدور حکم می‌نماید. مع ذلك عملکرد قواعد حل تعارض همیشه یکسان نیست. گاهی این قواعد تنها به تعیین حدود صلاحیت قانون مقردادگاه اکتفا می‌نمایند بدون اعلام اینکه، در صورت احراز عدم صلاحیت قانون مذکور احیاناً کدام قانون خارجی باید اجرا شود. اینگونه قواعد را اصطلاحاً قواعد یکجانبه می‌نامند.<sup>۳</sup> در مقابل قواعد حل تعارضی وجود دارند که ضمن مشخص نمودن میزان صلاحیت قانون مقردادگاه، قانون خارجی قبل اجرا را نیز در صورت عدم صلاحیت قانون مذکور تعیین می‌کنند که به قواعد دوچانبه<sup>۴</sup> موسومند.

5. Règles de conflit unilatérale.

6. Règles de conflit bilatérale.

اکثر نویسنده‌گان حقوقی طرفدار دوچاره بودن قواعد حل تعارض هستند «تئوری دوچاره»، مع ذلک جمیع بر لزوم تنظیم این قواعد به صورت یکچاره تأکید می‌نمایند «تئوری یکچاره». هر گروه دلائلی را در توجیه نظریات خود ابراز نموده‌اند که مقتضی است به طور جداگانه بررسی شوند.

### الف. تئوری یکچاره<sup>۷</sup>

در جریان مطالعه تئوری یکچاره ابتدا لازم است بررسی شود طرفداران این نظریه چگونه محدودیت صلاحیت قانونگذاری مقردادگاه را توجیه می‌نمایند و به عبارت دیگر مبنای این تئوری چیست؟ سپس باید دید پیروان عقیده مذکور در صورت عدم صلاحیت قانون مقردادگاه چه راه حل‌هایی پیشنهاد نموده‌اند (تئوری یکچاره کلاسیک و تئوری یکچاره جدید) و در خاتمه جایگاه قواعد یکچاره در قوانین مربوط به امنیت و انتظامات را مورد بحث قرار خواهیم داد.

#### ۱. مبنای تئوری یکچاره

در اواخر قرن ۱۹ عده‌ای از نویسنده‌گان حقوقی و به طور خاص Schenelle و Niedner در آلمان با اعلام اینکه نقش حقوق بین الملل خصوصی صرفاً تعیین قلمرو اجرای قانون در مکان است مدعی شدند هیچ قانونگذاری حق ندارد در مورد یک رابطه حقوقی که حائز عنصر یا عناصری خارجی است، با قائل شدن بر عدم صلاحیت قانون مقردادگاه، صلاحیت قانون خارجی را نیز مقرر دارد، زیرا چنین تعیین صلاحیتی مخالف اصول حقوق بین الملل است.<sup>۸</sup>

به موجب این تئوری که منبع از اصل تساوی حاکمیت دولتهاست هر دولت محدوده عمل قوانین خود را مشخص می‌نماید و حق ندارد با تعیین تکلیف

#### 7. UNILATERALISME.

. ۸. به نقل از دکتر شمس الدین عالمی «اجرامی قانون خارجی در ایران»، تهران، ۱۳۴۵، ص ۳۶.

در مورد صلاحیت قوانین دیگر کشورها در حاکمیت آنها دخالت نماید.<sup>۱</sup> این امر هم بنای حقوقی و هم اساس عقلی دارد.<sup>۲</sup> به عبارت دیگر قواعد حل تعارض باید به صورت یکجانبه وضع شوند مثل مقررات جزایی یک کشور که صرفاً مقرر می‌دارند چه اعمالی با چه شرایطی جرم محسوب شده و قابل مجازات هستند<sup>۳</sup> و یا قوانین مالیاتی یک کشور که مشخص می‌نمایند چه اشخاص و اموالی مشمول پرداخت مالیات هستند و اصولاً هیچ سازمان مالی در اجرای یک قانون خارجی مالیات نمی‌گیرد.

در فرانسه نی بوایه از این تصوری دفاع نموده است. وی که مسأله تعارض قوانین را جزء حقوق عمومی و به منزله تعارض حاکمیتها مدّ نظر قرار داده، معتقد است گرچه موضوع قواعد حل تعارض در ارتباط با حقوق خصوصی است اما هدف از وضع این قواعد تشخیص حاکمیت قوانین و تعیین قلمرو قدرت دولتهاست. حقوق بین الملل خصوصی در این قسمت شبیه به حقوق اساسی است زیرا همانطور که حقوق اساسی از قوایین مختلف مملکت و صلاحیت و روابط آنها بحث می‌نماید، در تعارض قوانین نیز صلاحیت و قلمرو حاکمیت دولتها مطرح است. وقتی در موردی قانون خارجی در فرانسه اجرا می‌شود علتش این است که قدرت حاکمه فرانسه آن را صالح شناخته و شناسایی این صلاحیت در مورد مذبور به منزله آن است که دولت فرانسه برای دولت خارجی صلاحیت قانونگذاری شناخته است. پس مسأله تعارض قوانین در واقع تشخیص صلاحیت قدرتهای حاکمه و تعیین

۹. در این مورد von bar می‌نویسد: «تحميل صلاحیت به دولتی که آن را نمی‌خواهد با اصل تساوی دولتها مغایر بوده، به معنای ادعای یک برتری مقام با قائل شدن یک حقوق فوق ملی برای خود است. این امر به منزله دستور یک محکمه عالی است به یک دادگاه نالی که عدم صلاحیتش را اعلام نموده، به اینکه در ماهیت امر رسیدگی کند. در حالی که چون دولتها به علت تساوی باید به یکدیگر احترام بگذارند هیچ صلاحیت تحمیلی در این بین نمی‌تواند وجود داشته باشد».

Ann, Inst,éd abrégée, IV. p. 541.

10. Mayer P., "Droit international privé", paris, 1994, n° 116, p. 85.

۱۱. مثلاً به موجب ماده ۶۹۳ قانون آین دادرسی کیفری فرانسه جرایمی که یکی از عناصر آنها در این کشور تحقیق یافته باشد، واقع شده در سرزمین فرانسه محسوب است.

قلمرو حاکمیتهاست.<sup>۱۱</sup>

در همین راستاست که نی بوایه قواعد مربوط به تابعیت و قواعد حل تعارض را یکسان پنداشته و معتقد است همان‌گونه که نقش قانون فرانسه در مورد مسأله تابعیت محدود به تعیین این امر است که چه کسانی با چه شرایطی تبعه فرانسه محسوب می‌شوند به همین ترتیب در خصوص روابط حقوقی افراد در زندگی بین المللی نقش آن محدود است به اعلام صلاحیت بین المللی قانون فرانسه یا نفی آن و به هیچ وجه در مورد صلاحیت یا عدم صلاحیت قوانین بیگانه دخالت نمی‌کند.<sup>۱۲</sup>

مع ذلک طرح تئوری یکجانبه بر مبنای نظریه حاکمیت دولتها مورد اعتراض واقع شده است. امروزه پذیرفته شده که تعارض قوانین، تعارض حاکمیتها نیست و قاضی در مقام رسیدگی به یک رابطه حقوقی بین المللی باید موضوع را با توصل به بهترین و مناسبترین قانون حل نماید. در واقع هدف، حفظ منافع و رعایت مصالح تجارت بین الملل به طور کل است و مصلحت دولتها در درجه دوم اهمیت قرار دارد مثل آنچه در حقوق خصوصی معمول است.<sup>۱۳</sup> بنا به عقیده پروفسور ریگو وقتی

۱۲. برای مطالعه نظریه نی بوایه، رک.

Niboyet J. P., "Traité de droit International privé français", III, Paris, 1946. p. 240 et s.

۱۳. به عقیده وی قاعده حل تعارض فرانسه فقط باید دفاع از منافع ملی فرانسه را در نظر گیرد و منافع مذکور را تمیسک به اصل محلی بودن قوانین به مراتب بهتر تأمین می‌شود تا با رجوع به اصل شخصی بودن قوانین، شخصیه اقامتگاه ذی نفع مدنظر واقع می‌شود و نه قانون ملی وی. رک. دکتر نجاد علی‌الماضی، «تعارض قوانین»، تهران، ۱۳۶۸، مرکز نشر دانشگاهی ص ۳۴.

۱۴. در امریکا نویسنده‌گان بسیاری از جمله le Flar, currie, cavers به تئوری یکجانبه پیوسته‌اند:

D. Cavers, "The choice of law process", 1965; Currie B., "Selected essays on the conflicts of laws" Durham, 1963; le Flar R., "American conflicts law", New York, Robbs -Mervill, 1968.

۱۵. رک. دکتر سید حسین صفائی «مباحثی از حقوق بین الملل خصوصی»، نشر میزان، تهران، ۱۳۷۴، ص ۸۵.

قاعده حل تعارض مقر دادگاه در موردی با نفی صلاحیت قانون ملی، قانون یک کشور خارجی را برای حل موضوع متناظر فیه معرفی می نماید، این امر تجاوز به حاکمیت دولت خارجی مذکور نیست بلکه صرفاً پذیرش یک سیستم حقوقی رسمی در نظام حقوقی رسمی دیگر است. قاعده حل تعارض مثل سایر قوانین ملی مخاطبانش در وله اول کارگزاران دولتی مجری قانون هستند و به ایشان اختیار داده شده تا تحت شرایط معینی برای یک منبع حقوقی خارجی اعتبار قائل شوند. چیزی که به غلط تعیین محدوده مادی اعتبار قاعده حقوقی خارجی نامیده شده در واقع عبارتست از قابل اجرا اعلام نمودن قانون خارجی در سیستم رسمی مقر دادگاه. این موضوع تفاوت چندانی با مسأله شناسایی احکام یا اسناد قراردادهای اداری خارجی ندارد. وقتی دولتی به موجب قاعده حل تعارض قانونی خارجی را برای حل و فصل موردی صلاحیتدار اعلام می کند فقط کارگزاران تحت امرش را مخاطب قرار می دهد. بر عکس هیچ دولتی حق ندارد حتی به طور غیرمستقیم به قوه مقننه خارجی فرمان دهد و قاعده حل تعارض نیز چنین هدفی ندارد.

در مواجهه با انتقاداتی از این قبیل حقوقدانان طرفدار یکجانبه بودن قواعد حل تعارض سعی نموده اند مبنایی غیر از حاکمیت دولتها برای آن بیابند. از جمله کادری Quadri نویسنده ایتالیایی در توجیه لزوم یکجانبه بودن قواعد حل تعارض می گوید: قانون همیشه به صورت فرمان است لذا برای اینکه موجودیت داشته باشد باید مخاطبانش را مشخص نماید. هر دولت حاکم آزادانه دامنه عملکرد قوانینش را معین می کند «چون قاعده حقوقی محصول تجارب خاصی است دست کم باید در چارچوب عمل خود محصور باشد» لذا بیهوده است اگر قانونی را در مواردی که مورد نظرش نبوده اعمال نماییم.<sup>۱۶</sup> مع ذلك این نظر نیز معرف بخشی از واقعیت بوده و به نحوی با تئوری حاکمیت در ارتباط است.<sup>۱۷</sup>

آنچه گفته شد مبنای تئوری یکجانبه از نظر طرفداران آن بود. حال باید دید با قبول این تئوری، در فرض عدم صلاحیت قانون مقر دادگاه، تکلیف قاضی

16. Mayer P., op. cit., n. 118, p. 86.

17. Loussouarn Y., Bourel P., "Droit International privé", Précis, Dalloz , 1993, n<sup>o</sup>. 108, p.90.

رسیدگی کننده چیست و چه تصمیمی باید اتخاذ نماید؟

## ۲. انواع تئوری یکجانبه

در مورد تکلیف قاضی رسیدگی کننده به رابطه حقوقی حائز خصیصه بین المللی، در صورتی که موضوع حسب قاعده حل تعارض مقر دادگاه خارج از صلاحیت قانون محلی باشد<sup>۱۸</sup> اختلاف نظر وجود دارد و به طور کلی نظریات ابرازی را می‌توان در دو گروه ذیل قرار داد

### ۲-۱. تئوری یکجانبه مطلق (تئوری کلاسیک)<sup>۱۹</sup>

برخی از طرفداران تئوری یکجانبه معتقدند در موارد عدم صلاحیت قانون مقر دادگاه، قاضی باید از رسیدگی به پرونده خودداری و اعلام عدم صلاحیت نماید. در واقع عدم صلاحیت قانون مقر دادگاه در چنین مواردی عدم صلاحیت دادگاه مربوطه را در پی خواهد داشت.

وابستگی عمیق این شکل از تئوری یکجانبه با نظریه حاکمیت دولتها مشهود است. هر کشور محدوده عمل قوانین خود را تعیین می‌کند و عدم قابلیت اجرای قوانین مقر دادگاه بر یک رابطه حقوقی بین المللی موجب می‌شود تا قاضی با اعلام عدم صلاحیت دادگاه به سادگی از کنار موضوع بگذرد، آن را بی‌پاسخ رها نماید. در چنین حالتی ذی نفع باید کاملاً از پیگیری مسئله صرفنظر و یا موضوع را در کشور دیگری که به هر حال راه حلی درخصوص مورد پیش بینی نموده است مطرح نماید. بی تردید گسترش اتخاذ چنین رویه‌ای در وضع قواعد حل تعارض موجب تضعیف روابط بین المللی اشخاص می‌شود و حقوق بین الملل خصوصی نمی‌تواند نقش خود را آنچنان که باید ایفا نماید.

۱۸. به نظر Schenelle دادرسانی که مکلف به رسیدگی به موضوعی خارج از شمول قانون ملی هستند باید هر قانون خارجی را که مناسب می‌دانند اعمال نمایند بشرط اینکه نظام عمومی ملی صلاحیت این قاضی را برای اعمال قانون خارجی در مسائل مورد بحث شناخته باشد. دکتر شمس الدین عالی، همان منبع، ص ۳۶.

## ۱۹. Universalisme absolue.

به هر حال نارساپیهای ناشی از اجرای تئوری یکجانبه مطلق، یکجانبه گرایان را به یافتن راه حلهای مناسبتری هدایت نمود.

## ۲- تئوری یکجانبه جدید

عده‌ای از یکجانبه گرایان در موارد عدم صلاحیت قانون مقر دادگاه، قاضی را از رسیدگی به پرونده معاف نمی‌دانند و راه حلهای زیر را برای پرکردن خلاه ناشی از این امر پیشنهاد نموده‌اند:

**تفسیر دوچانبه قاعدة حل تعارض یکجانبه:** " گاهی قواعد حل تعارض گرچه به شکل یکجانبه تنظیم شده‌اند ولی با تفسیر دوچانبه آنها می‌توان قانون حاکم را در صورت عدم صلاحیت قانون مقر دادگاه تعیین نمود." ، ماده ۳ قانون مدنی فرانسه نمونه بارزی از این نوع قواعد است که به موجب آن قوانین ناظر بر وضعیت و اهلیت اشخاص در مورد اتباع فرانسه حتی اگر ساکن در خارج از فرانسه باشند جاری است. ملاحظه می‌شود که این ماده قانونی تنها مسأله وضعیت و اهلیت اتباع فرانسه را حل نموده و قانون حاکم بر وضعیت و اهلیت خارجیان مقیم فرانسه را مشخص نمی‌نماید. مع ذلک حقوق دانان فرانسوی پذیرفته‌اند که چون وضعیت و اهلیت فرانسویان حتی در خارج از فرانسه تابع قانون متبع ایشان است، اصول عدالت و انصاف حکم می‌کند خارجیان مقیم فرانسه نیز از حیث وضعیت و اهلیت تابع قانون متبع خود باشند. "

### 20. Bilatéralisation de la règle de conflit unilatérale.

۲۱. برای مثال رک. (Petros. G.) Vallindas, "La structure de la règle de conflit". Recueil 1960 III, p. 353 به نظر وی در صورتی که قاعدة‌ای بصورت یکجانبه وضع شده باشد بدون اینکه واقعاً متنظر از آن، توسعه دامنه اجرای قانون مقر دادگاه یا حذف قانون خارجی باشد در این صورت می‌توان آنرا به صورت دوچانبه از طریق آنانلوژی تفسیر نمود. این امر در رویه قضایی همه کشورها پذیرفته شده است.

### 22. Déby Gérard - F., "Le rôle de la règle de conflit dans le règlementation



مثال دیگر در این مورد ماده ۳ قانون مورخ ۲۴ ژوئیه ۱۹۶۶ فرانسه در مورد شرکتهای تجاری است که به موجب آن شرکتهای تجاری که مقر تجارت‌شان در فرانسه است، تابع قانون فرانسه می‌باشند. این ماده ظاهراً تکلیف شرکتهای تجاری را که مقر تجارت‌شان خارج از فرانسه است، مشخص ننموده ولی با تفسیر دوچانبه این ماده پذیرفته شده است که اصولاً شرکتهای تجاری تابع قانون مقر تجارت‌شان هستند (چه در خارج و چه در فرانسه).<sup>۲۴</sup>

علی‌رغم فایده عملی اتخاذ این رویه، در تمام موارد توسل به آن ممکن نیست. به عبارت دیگر همه قواعد یکچنانه قابل تفسیر دوچانبه را ندارند.<sup>۲۵</sup> چنین وضعی در دو حالت ذیل متصور است:

اول - وقتی که قاعده حل تعارض به رزرو محدود کننده مندرج در یک قاعده حل تعارض چندچانبه متول شده باشد. بهترین نمونه این مورد در قواعد وضع شده به وسیله دولتها یابی است که با استفاده از شرط مندرج در برخی کنوانسیونهای بین‌المللی (در زمینه تعارض قوانین) عدول از یک قاعده چندچانبه مندرج در این کنوانسیونها را اجازه می‌دهند.

مثلاً به موجب ماده ۳ قرارداد دوم کنوانسیون ژنو ۱۹ مارس ۱۹۳۱ راجع به حل بعضی موارد تعارض قوانین در خصوص چک: «اهلیت شخص برای قبول تعهد



des rapports internationaux", Paris, 1973, n° 97.

همچنین بند ۲ ماده ۳ قانون مدنی فرانسه که مقرر می‌دارد اموال غیرمنقول حتی آن بخش که به ملکیت خارجیان در می‌آیند تابع قانون فرانسه هستند، بدین نحو تفسیر شده که «اموال غیرمنقول تابع محل استقرارشان هستند».

۲۳. همین وضع در ماده ۲۴ قانون مدنی آلمان مشهود است که به موجب آن قانون اirth آلمان حاکم است بر اirth تمام اتباع آلمان صرفنظر از محل سکونت آنها. این ماده نیز توسط محاکم آلمان بدین صورت تفسیر شده که بر اirth خارجیان قانون متبع‌شان حاکم خواهد بود. همچنین Rev. esp. de Dér Int. 1963, 611 note Pecourt.

Batiffol H., op. cit., p. 288 note 6.

به نقل از:

۲۴. اینگونه قواعد را پروفسور ریگو La règle de Conflit de lois exclusivement Unilatérale، نامیده است.

Rigaux F., "Droit international privé français", III, Paris, 1946, p. 248.

به موجب چک طبق قانون کشور متبع او معین خواهد شد و اگر قانون کشور متبع او قانون کشور دیگری را در موضوع صالح بداند، قانون اخیر اجرا خواهد گردید. با وجود این اگر شخصی که مطابق قانون مذکور در بند قبل فاقد اهلیت است چک را در سرزمین کشوری امضا نموده که برابر مقررات آن واجد اهلیت شناخته می شود تعهد او معتبر خواهد بود. هریک از طرفهای معظم متعاهد می تواند از شناسایی و تصدیق اعتبار قرارداد تنظیمی بر مبنای چک صادره توسط یکی از اتباع آن که در کشور طرف قرارداد از طریق اعمال بند قبلی این ماده معتبر نیست، خودداری کند.<sup>۲۵</sup>

بلژیک با استفاده از اختیار اعطای شده به موجب بند ۳ ماده ۲ کنوانسیون مذکور طی ماده ۶۳ قانون مورخ اول مارس ۱۹۶۱ خود مقرر کرده است: «قبول تعهد بر مبنای چک بوسیله یک بلژیکی در خارج، در بلژیک به رسمیت شناخته نمی شود مگر اینکه حسب قانون بلژیک شخص مذکور اهلیت متعهد شدن بدین طریق را داشته باشد».

بنابراین یک بلژیکی نمی تواند در خارج خود را به موجب چک متعهد نماید مگر مطابق مقررات قانون متبعش، ماده ۶۳ مذکور «یک قاعده حل تعارض یکجانبه غیر قابل تفسیر دو جانبه» است و چک امضا شده در بلژیک یا در خارج به وسیله یک خارجی فاقد اهلیت حسب قانون متبعش ولی حائز اهلیت طبق قانون بلژیک (یا قانون خارجی محل امضا چک) معتبر تلقی می شود.

دوم - وقتی که قاعده به صورت آلتراتیو باشد یعنی دو یا چند عامل ارتباط را در کنار هم قرار داده تا هریک در نبود دیگری مدد نظر واقع شود. مثلاً به موجب ماده ۳۱۰ قانون مدنی فرانسه مورخ ۱۱ ژوئیه ۱۹۷۵ طلاق و تفرقی تابع قانون فرانسه است در صورتی که زوجین تبعه فرانسه باشند (بند ۱) یا در سرزمین فرانسه اقامت داشته باشند (بند ۲) و سرانجام در موردی که هیچ قانون خارجی خود را صالح برای حل قضیه طلاق یا تفرقی نداند وقتی که محاکم فرانسه صلاحیت رسیدگی به طلاق یا تفرقی را داشته باشند (بند ۳).

۲۵. برای مطالعه کنوانسیونهای ۱۹ مارس ۱۹۳۱ ژنو در مورد چک رک. مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی جمهوری اسلامی ایران، شماره سیزدهم، پاییز و زمستان ۱۳۶۹ ص ۳۶۱.

این ماده مشکلات تفسیری بسیاری را در فرانسه ایجاد نمود.<sup>۲۶</sup> به نظر بعضی<sup>۲۷</sup> موضع متاخره در آن ملهم از رویه قضایی پذیرفته شده بعد از صدور رأی Riviére<sup>۲۸</sup> است. در این پرونده دیوان عالی کشور فرانسه طی رأی مورخ ۱۷ آوریل ۱۹۵۳ در مورد طلاق زوج تبعه آکوادور و زوجه تبعه فرانسه که هر دو ساکن آکوادور بودند مقرر نمود که با توجه به تابعیت متفاوت زوجین – و در نتیجه عدم امکان اجرای قانون ملی مشترک ایشان –، قانون اقامتگاه مشترک قابل اجرا است. در واقع دیوان کشور در وهله اول اصل صلاحیت قانون ملی مشترک زوجین را پذیرفت (مثل بند ۱ ماده ۳۱۰ ق.م.) و به عنوان عامل ارتباط فرعی، قانون اقامتگاه مشترک (بند ۲ ماده ۳۱۰ ق.م.) را صلاحیتدار اعلام نمود و سرانجام رجوع به قانون فرانسه را با توجه به اصل صلاحیت عمومی و یا جانشینی قانون مقردادگاه<sup>۲۹</sup> با اجتناب از دور بیهوده ناشی از احالة بین دو قاعدة حل تعارض خارجی، پذیرفت (بند ۳ ماده ۳۱۰ ق.م.). برخی نویسندهای نتیجه می‌گیرند که با تفسیر بندهای اول و دوم ماده ۳۱۰ ق.م. می‌توان گفت که در راستای موضع متاخره توسط رویه قضایی طلاق زوجین دارای یک تابعیت، تابع قانون ملی مشترکشان (عامل ارتباط اصلی) و در صورت تابعیت متفاوت ایشان، تابع قانون اقامتگاه

**26.** Batiffol H., "Droit international privé" op. cit., n° 442 et s; Carbonneau "The new article 310 of the french code for international divorce actions ", A.J.C.L., 1978, 446; Francescakis ph., "Le suprenant article 310 nouveau du code civil sur le dirovcce international, R.C. 1975.553; Malaurie, "La législation de droit international privé en matière de statut personnel, "T.C.F.D.I.P 1975-1977; Simon - depitre, "Le nouvel article 310 du code civil, J.D.I. 1976,823.

**27.** Rapport de M.Geoffray J.O., 16 Juin 1975 Déb sénat.p. 1607.

**28.** C. Cass. civ., 17 avril 1953 R.C. 1953, p. 412, note Bishoff J.M., J.D.I. 1953, p. 860 note Plaisant J.C.P. 1954, II, 7843; note Bouchet, Dalloz 1955, p. 540. note chavrier, J.C.P. 1955, II, p. 771, note Ponsard. A.

**29.** La compétence ou La vocation (générale) subsidiaire de la lex fori.

برای مطالعه رک. مثلاً Louis - Lucas P., "Existe - t - il une compétencè général du droit français pour le règlement des conflits de Lois? " R.C. 1959. p. 405

مشترک آنهاست (عامل ارتباط فرعی).<sup>۳۰</sup>

مع ذلک به نظر اکثر نویسندگان حقوقی چنین تفسیری از ماده ۳۱۰ قانون مدنی فرانسه موجہ نیست. اصولاً با توجه به متن بند ۲ این ماده و تمایل قانونگذار؛ می‌توان گفت منظور این بوده که من بعد طلاق زوجین خارجی مقیم فرانسه صرفنظر از تابعیتشان (مشترک یا متفاوت) تابع قانون فرانسه است. در نتیجه نه تنها طلاق زوجین خارجی مقیم فرانسه حتی دارای تابعیت مشترک تابع قانون فرانسه است بلکه تفسیر دوجانبه بند ۱ ماده ۳۱۰ (ارجاع مسأله طلاق زوجین خارجی مقیم فرانسه دارای تابعیت مشترک به قانون خارجی) غیرممکن می‌گردد. بدین ترتیب ارجاع موضوع طلاق زوجین خارجی مقیم فرانسه (و دارای تابعیت مشترک خارجی) به قانون فرانسه (بند ۲ ماده ۳۱۰ ق.م.) اجرای قانون ملی مشترک ایشان را منتفی می‌سازد.

عدم قابلیت تفسیر دوجانبه ماده ۳۱۰ ق.م. از بررسی بند ۳ آن نیز قابل استنباط است که به موجب آن اگر هیچ قانون خارجی خود را برابر حل موضوع صلاحیتدار نداند اجرای قانون فرانسه موجه است و تصمیم درمورد اجرای احتمالی یک قانون خارجی به قاعدة حل تعارض خارجی واگذار شده است.<sup>۳۱</sup>

اجرای قانون خارجی که صلاحیتش را می‌پذیرد؛ عده‌ای دیگر از طرفداران تئوری یکجانبه پیشنهاد می‌نمایند که در صورت احراز عدم صلاحیت قانون مقر دادگاه قانون خارجی که صلاحیت خود را در موضوع مطروحه می‌پذیرد اجرا گردد. تمایل قانون خارجی با بررسی قاعدة حل تعارض آن مشخص می‌شود.<sup>۳۲</sup> به بیان

30. Loussouarn Y., Bourel P., "Droit international privé" op. cit., n° 321, pp. 338-339

31. Loussouarn Y., Bourel P., Ibid.

۳۲. در مورد احالة اصولاً احراز صلاحیت یا عدم صلاحیت قانون خارجی با مراجعه به قاعدة حل تعارض آن صورت می‌گیرد. (در اجرای اصل رجوع به کل قانون خارجی اصلی که مبنای پذیرش احالة در حقوق بین الملل خصوصی واقع شده است). پیروان احالة معتقدند که وقتی قاعدة تعارض مقر دادگاه حل موضوعی را تابع قانون خارجی می‌داند این قانون را باید با توجه به قلمرو اجرای آن



آقای Gothot، قاضی آلمانی در مورد زوجین غیر آلمانی مقیم انگلستان، قانون انگلستان را اجرا می نماید زیرا این قانون حسب پیش بینی قانونگذار انگلیس حاکم بر روابط شخصی زوجین مقیم انگلستان است. گاهی مسأله توجه به تمایل قانون خارجی به وسیله خود مقتن نیز مطرح و تحمل می شود. مانند مورد ماده ۳۱۰ قانون مدنی فرانسه که بند ۳ آن، اجرای قانون فرانسه را در صورت عدم تمایل قوانین خارجی مقرر می دارد. مع ذلک این راه حل از دوجهت ذیل قابل انتقاد است:

ایجاد خلا<sup>۱</sup>: اجرای قانون خارجی که خود را صلاحیت دارد ممکن است در ابتدا راه حل معقول و موجہی به نظر برسد ولی عمل<sup>۲</sup>اً در موارد بسیاری گره گشا نیست. در واقع محتمل است هیچ قانون خارجی صلاحیت خود را برای حل موضوع متنازع فيه نپذیرد. در این صورت بازهم به جای اول باز می گردیم زیرا از طرفی قانون مقرر دادگاه قابلیت حل مسأله را از خود سلب نموده و از سوی دیگر قانون دیگری نیست که بخواهد بر مورد اجرا شود. در نتیجه با یک خلا<sup>۳</sup> مواجه هستیم<sup>۴</sup> و قاضی راهنمایی برای حل قضیه ندارد. البته در چنین مواردی اصولاً با



که به وسیله قاعده حل تعارض مربوطه مشخص شده، اعمال نماییم. در صورت عدم تمایل قانون خارجی قاضی نباید آن را اجرانماید. مخالفین احالة بالعکس، معتقدند در صورت تعیین یک قانون خارجی به وسیله قاعده حل تعارض مقرر دادگاه فقط قانون مادی آن قابل اعمال است و قاعده حل تعارض خارجی نباید مد نظر قرار گیرد زیرا با اجرای قاعده حل تعارض مقرر دادگاه مسأله تعارض قبل حل شده و دیگر تعارضی وجود ندارد تا قاعده خارجی حل تعارض را برای حل آن بکار بندیم. برای مطالعه مبنا و جایگاه احالة در حقوق بین الملل خصوصی، رک. دکتر نجادعلی‌الاسی همان منبع، ص ۸۸ به بعد؛ دکتر محمد نصیری «حقوق بین الملل خصوصی» تهران، ۱۳۷۲، ص ۱۸۱ به بعد.

Francescakis Ph., "La théorie du renvoi et les conflits des systèmes en droit international privé", Paris 1958; Maury et Derruppé "le renvoi" J.C.L, fase 532 - A; J.Derruppé "plaidoyer pour le renvoi", T.C.F.D.I.P., 1964-1960 P. 181.

\*. Lacune.

3.3. Vallindas (Petros G.); "La structure de la règle de conflit" op. cit., p. 371.

توسل به صلاحیت عمومی قانون مقر دادگاه می توان خلاً را پر و موضوع را حل نمود.<sup>۳۴</sup> مع ذلک به نظر می رسد اجرای قانون مقر دادگاه وقتی که این قانون بر خلاف قوانین خارجی در صحنه، هیچ ارتباطی با قضیه مطروحه ندارد، راه حل مناسبی نیست.<sup>۳۵</sup>

**تعدد قوانین صلاحیتدار:** برخلاف مورد قبل محتمل است قاضی دادگاه با احراز عدم صلاحیت قانون مقر دادگاه با دو یا چند قانون خارجی مرتبط با موضوع مواجه باشد که همگی خود را برای حل مسأله متنازع فيه صلاحیتدار بدانند. مثلاً در دادگاه کشور «الف» موضوعی در ارتباط با احوال شخصیه فردی تبعه کشور «ب» و مقیم کشور «ج» مطرح می شود. قانون کشور «الف» خود را واحد صلاحیت برای اجرا در مورد مطروحه نمی داند و اعلام هم نمی کند که موضوع باید با توجه به قانون کدام کشور حل شود. در چنین شرایطی ممکن است قانون کشور متبع و قانون اقامتگاه ذی نفع هر دو خود را برای حل و فصل موضوع مطروحه صالح بدانند. اینجاست که قاضی باز هم با نوعی بن بست مواجه می شود بدون اینکه راهنمایی در انتخاب یکی از این دو قانون داشته باشد.

مع ذلک بعضی نویسنده‌گان حقوقی راه حل متخده در مورد تعدد تابعیت

۳۴. در فرض عدم قبول صلاحیت توسط قانون خارجی تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مقر دادگاه نیز نی بوایه ایجاد خلاً را مطرح می نماید و معتقد است اصول نظم عمومی مانع از این است که رابطه حقوقی مطروحه بدون راه حل بماند ولذا باید با اجرای قانون مقر دادگاه که به هر حال ارتباط یا ارتباطاتی با موضوع دارد مسأله حل شود.

Niboyet (J.P.) *Cours de droit international privé*, Paris 1946, n<sup>o</sup> 498, p. 502  
Niboyet (J.P.) *Traité de droit International privé français*. T.III. n<sup>o</sup> 1015  
Niboyet (J.P.) ,S 1942 I.P. 73.

۳۵. رک. Mayer P. "Droit International privé", op. cit., n<sup>o</sup> 117, p.86 همانطور که در زیرنویس قبلی ذکر شد به نظر نی بوایه قانون مقر دادگاه همیشه با مورد مطروحه به نحوی ارتباط دارد.

\*. Cumul.

یعنی رجوع به تابعیت واقعی و عملی را به این مورد تسری می دهند.<sup>۳۵</sup> به نظر ایشان قاضی در هر مورد باید بررسی نماید که وابستگی پرونده به کدامیک از قوانین بیشتر و مؤثرتر است.<sup>۳۶</sup> این راه حل علی رغم ادعای تسهیل در جریان امر، موجب پیچیده تر شدن مشکل می شود زیرا قاضی باید در شرایطی بسیار نامشخص تراز مورد تابعیت در مورد درجه وابستگی موضوع به قوانین اظهار نظر نماید.<sup>۳۷</sup> بعلاوه چنین روشی اقتضا دارد تا قاضی با توجه به معیارهای پذیرفته شده در سیستم مقر دادگاه یک قانون را انتخاب نماید که این خود نوعی تفسیر دوجانبه است.<sup>۳۸</sup>

به نظر نی بوایه در چنین مواردی باید حدس زد اگر قرار بود قاعده حل تعارض مربوطه، به صورت دوجانبه وضع شود صلاحیت کدام قانون خارجی اعلام می شد و همین قانون باید موضوع را حل کند که این هم در واقع یک نوع، دوجانبه کردن قاعده حل تعارض یکجانبه مقر دادگاه است.<sup>۳۹</sup> مثلاً در مورد درخواست طلاق زن فرانسوی که با مردی بلژیکی ازدواج کرده و زوجین در انگلستان اقامت دارند دادگاههای فرانسوی اصولاً به استناد ماده ۱۴ قانون مدنی فرانسه<sup>۴۰</sup> صلاحیت رسیدگی دارند. مع ذلك قانون فرانسه قابل اعمال نیست؛ نه

۳۶. به موجب تئوری تابعیت مؤثر، در موردی که شخص دارای دو یا چند تابعیت است (تعارض مثبت قوانین در زمینه تابعیت) و فرضًا احوال شخصیه او باید با توجه به قانون متبعش حل شود قاضی باید تابعیتی را ملاک عمل قرار دهد که واقعی و مؤثر باشد. تشخیص این تابعیت با ارزیابی درجه وابستگی های شخص به یک کشور صورت می گیرد. در واقع تعیین تابعیت مؤثر امری موضوعی است نه حکمی یعنی قاضی در هر مورد بنا به دلایل ابرازی تصمیم می گیرد که چه تابعیتی مؤثر است. رک. دکتر سید جلال الدین مدنی، «حقوق بین الملل خصوصی»، تهران، ۱۳۶۹، صص ۶۱ - ۶۲.

37. Vischer F., "General Course on Private International Law" - Recueil 1992. I. p. 38.

38. Batiffol H., "Droit International Privé", op.cit., p. 298.

39. Loussouarn Y., Bourel P., "Droit international privé", op. cit., n° 102 p.92.

40. Mayer P., "Droit international privé", op. cit., n° 117 p.86.

۴۱. به موجب ماده ۱۴ قانون مدنی فرانسه: «تبغه بیگانه حتی اگر در فرانسه اقامت نداشته باشد مسکن است برای اجرای تعهدات قراردادی که در فرانسه در قبال یک فرانسوی منعقد شده است به



شرایط بند ۱ ماده ۳۱۰ (تابعیت مشترک فرانسوی) و نه شرایط بند ۲ این ماده (زوجین ساکن فرانسه نیستند) وجود ندارند. در این صورت قاضی فرانسوی باید به بند ۳ ماده ۳۱۰ رجوع کند و معین نماید کدامیک از قوانین خارجی در صحنه تمایل به اجرا دارند. نتیجه بررسی نشان می‌دهد که قانون انگلستان به عنوان قانون اقامتگاه زوجین و قانون بلژیک به عنوان قانون ملی زن، هر دو خود را صالح می‌دانند. در چنین موردی احتمال زیادی وجود دارد که قاضی قانون انگلیس (قانون اقامتگاه زوجین) را اجرا کند؛ قانونی که قبل از قانون ۱۱ ژوئیه ۱۹۷۵ و به موجب رأی *Rivière* در مورد زوجین دارای تابعیت متفاوت اجرا می‌شد.<sup>۴۰</sup> این روش در واقع توسل غیرمستقیم به سیستم دوچانبه نمودن قواعد حل تعارض است.

### ۳. یکجانبه گرایی در قوانین مربوط به امنیت و انتظامات<sup>۴۱</sup>

اتخاذ روش یکجانبه در تنظیم قوانین مربوط به امنیت و انتظامات به لحاظ ماهیت خاص آنها، اصولاً پذیرفته شده و یکجانبه گرایی جزئی یا محدود<sup>۴۲</sup> نام گرفته است. در فرانسه بند ۱ ماده ۳ قانون مدنی از این قوانین نامبرده و مقرر می‌دارد: «قوانين مربوط به امنیت و انتظامات نسبت به تمام کسانی که در فرانسه

دادگاه فرانسه خوانده شود، همچنین تبعه خارجی را می‌توان برای اجرای تعهدات قراردادی معقده در خارجه در قبال تبعه فرانسه به دادگاه فرانسه احضار کرد».

۴۲. در مورد این رأی، رک. ص ۱۸.

۴۳. به نظر *Bourel, Loussouarn* در اجرای ماده ۳۱۰ قانون مدنی فرانسه اصولاً در موارد زیادی احتمال ایجاد تعدد وجود دارد. در چنین مواردی رویه قضایی قطعاً قاعدة حل تعارض کشوری را اعمال می‌نماید که به قانون فرانسه تزدیکتر است. همان منیع، شماره ۱۶۵، ص ۲۱۳.

همچنین اجرای قانونی که بهتر با انتظارات طرفین هماهنگ است و یا ایجاد یک قاعدة حل تعارض جانشین، پیشههاد شده است.

Rodolfo de Nava, "Historical and comparative introduction to conflict of law" Recueil 118. (1966-II) 435 et 586; Gothot P., "Le renouveau de la tendance unilateraliste en droit international privé", op. cit., p. 30 et s.

44. Lois de Police et de Sûreté.

45. Universalisme limité. Universalisme partiel.

سکونت دارند لازم الاجرا است». «مع ذلك محتواي اين<sup>۱</sup> بونه قوانين دقیقاً مشخص نیست» و تعاریف گوناگونی در این مورد توسط نویسنده‌گان حقوقی ارائه شده است. مثلاً به نظر فرانسیس کاکیس قوانین مربوط به امنیت و انتظامات قوانینی هستند که رعایت آنها برای صیانت از سازمانهای سیاسی، اجتماعی و اقتصادی کشور ضروری است. وجه مشخصه آنها در ایده Organization نهفته است. به نظر وی یکجانبه گرایی تنها به صورت جزئی وجود دارد یعنی در قوانین مربوط به امنیت و انتظامات که وی آنها را قواعدی که فوراً<sup>۲</sup> قابل اجرا هستند نامیده است (Les règles d'application immediate) تنها محدوده اینگونه قوانین را می‌توان به صورت یکجانبه تعیین نمود و سایر موارد خارج از این گروه در قلمرو قواعد حل تعارض به شکل مطروحه به وسیله ساوینی<sup>۳</sup> یعنی به صورت دوچانبه است. در واقع این عقیده قبل از هرچیز به عنوان واکنشی علیه اهمیت بیش از حد نقش اعطا شده به قاعده حل تعارض مطرح شده است.<sup>۴</sup> به عبارت دیگر در مواردی حفظ منافع عمومی اقتضا دارد که اعمال قوانین داخلی بر اجرای قاعده حل تعارض و اجرای قانون خارجی ترجیح داده شود. می‌توان گفت قاعده حل تعارض در چنین صورتی جنبه فرعی و تبعی پیدا می‌کند و اجرا یا عدم اجرای آن بستگی به تمایل یا عدم تمایل یک قاعده یکجانبه داخلی برای دخالت در موضوع معین

. ۴۶. در مورد سایر بندهای این ماده رک. صص ۱۵ و ۱۶.

. ۴۷. این امر موجب شده تا قاضی اختیار ارزیابی وسیعی در تعیین این گونه مقررات داشته باشد که خود ممکن است مسأله استبداد قاضی را مطرح کند. قاضی ممکن است در همه جا قانون مربوط به امنیت و انتظامات را ببیند و یا اینکه اصلاً مصدق آن را نیابد که احتمال مورد اول با توجه به تمایل کلی قضات به اجرای قوانین داخلی خود بیشتر است، رک.

Loussouarn Y., Bourel P., "Droit international privé" op. cit, n° 131.

48. Francescakis Ph., "Ya-t-il du nouveau en matière d'ordre public" , T.C.F.D.I.P 1971, 149; R.C. 1966, P. 1-18; J.CL fasc 547 no 57.

. ۴۹. ساوینی بنیانگذار مکتب تاریخی معتقد است در صورت بروز تعارض بین قانون دو کشور، باید قاضی با بررسی دقیق نوع مسأله حقوقی مطروحه تشخیص دهد اجرای کدام قانون مناسب تر است و سپس قانون مناسب را اجرا نماید و لو قانون کشور خارجی باشد. رک. دکتر محمد نصیری همان منیع، ص ۱۵۶.

50. Deby Gerard F., " Le rôle de la règle de conflit", op. cit., p. 39.

دارد. نمونه بارز قوانین مربوط به امنیت و انتظامات، قوانین مربوط به اقدامات تأمینی و حفاظتی فوری<sup>۵۱</sup> است یعنی اقدامات لازم تأمینی برای حفظ اشخاص و اموال قبل از رسیدگی به ماهیت دعوا مثل قوانین مربوط به اقدامات سابق برطلاق برای حمایت از همسر و اطفال که معمولاً بر حسب مقررات قانون مقر دادگاه صورت می‌گیرد و یا اقدامات لازم برای حفاظت از اموال متوفی بیگانه.<sup>۵۲</sup>

در دعوای طلاق زنی ایرانی در دادگاه سن (فرانسه) علیه شوهر ایرانیش موضوع حفاظت موقت طفل صغیر شان مطرح شد. شوهر به استناد ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی ایران تقاضا نمود که طفل به او سپرده شود ولی دادگاه طی رأی مورخ

۵۱. Mesures Conservatoires Urgents بعضی حقوقدانان اقدامات تأمینی را جزء قوانین مربوط به امنیت و انتظامات دانسته‌اند.

Francescakis Ph., J.C.L, Dr Int, Fasc, 547 "Niboyet Traité T.5 n<sup>o</sup> 6513; R.C. 1969. p.1-78. بالعکس به عقیده برخی دیگر در این موارد قانون مقر دادگاه به عنوان جانشین با حفظ امکان اجرای قانون انتخاب شده به طریق سنتی مداخله می‌نماید. قانون مقر دادگاه به این دلیل اجرا می‌شود که قانون تعیین شده به وسیله قاعده حل تعارض مقر دادگاه به طور موقت قبل اجرا نیست.

M. Kara quillo J.P. "Etude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé". A.Bontemps, 1977, n<sup>o</sup>, 59 et s.

۵۲. مثلاً به موجب ماده ۳۳۷ قانون امور حسبي ایران تحریر و مهر و موم و رفع مهر و موم و اداره ترکه اتباع خارجه به همان ترتیبی به عمل می‌آید که برای ترکه اتباع ایران مقرر است و حسب مواد ۳۳۸ به بعد هرگاه تبعه خارجه در ایران یا در خارجه فوت نماید که در ایران دارای مالی باشد دادگاه بخش محلی که مال متوفی در آنجا واقع است به درخواست ذینفع یا کنسول دولت متبع متوفی به حفظ و تصفیه امر ترکه اقدام می‌کند و دادگاه بدون درخواست هم پس از اطلاع در صورت فقدان وراث یا قائم مقام برای متوفی اقدام به حفظ ترکه در ایران می‌نماید. دادگاه پس از وصول درخواست و به محض اطلاع از فوت وقتی را که متجاوز از ۴۸ ساعت از تاریخ وصول درخواست نباشد برای انجام اقدامات تأمینی و حفظ ترکه معین می‌کند و به کنسول اطلاع می‌دهد که در موقع اقدام به تأمین حضور یابد. عدم حضور کنسول مانع اقدام نخواهد بود. دادگاه ظرف یک هفته از تاریخ وصول درخواست یا اطلاع یک نفر را برای اداره ترکه معین و معرفی می‌نماید. دادگاه می‌تواند با در نظر گرفتن مصلحت و منافع ورثه و اشخاص ذی نفع شخص مورد اعتماد خود را به سمت مدیر ترکه معین کند.

۴ آوریل ۱۹۵۲ اعلام نمود علی رغم صلاحیت قانون ایران<sup>۳۳</sup> در ماهیت دعوا چون محتوای قانون مربوطه مشخص نیست و اثبات آن محتاج به زمان است، در اجرای قانون فرانسه طفل به مادر سپرده می شود.<sup>۳۴ و ۳۵</sup>

در مورد دیگری طفلی یونانی والدینش را در سانحه راه آهن از دست داده بود و قیم وی باید علیه راه آهن ادعای خسارت می نمود (در فرانسه). به موجب قواعد حل تعارض فرانسه تعیین قیم باید حسب قانون متبع ذی نفع بعمل آید (قانون یونان) و از طرفی طبق ماده ۱۵ کتوانسیون دیپلماتیک فرانسه - یونان مورخ ۷ زانویه ۱۸۷۶ کنسول یونان می باید در مورد تعیین قیم اقدام می کرد، مع ذلک با توجه به امتناع مقام مذکور از این امر، دادگاه به موجب قانون فرانسه موقعتاً مبادرت به نصب قیم نمود؛ استدلال چنین بود که نمی توان صغیر را بدون حمایت و دفاع در چنین وضعیتی رها نمود و این رأی در دیوان کشور فرانسه تأیید شد.<sup>۳۶ و ۳۷</sup>

بنابراین قوانین مربوط به حضانت موقت طفل در طلاق (مورد اول) و یا مقررات مربوط به تعیین قیم برای صغیر (مورد دوم) جزء قوانین مربوط به امنیت و<sup>۳۸</sup> به موجب ماده ۱۱۶۹ قانون مدنی ایران، «برای نگاهداری طفل مادر تا دو سال از تاریخ ولادت او اولویت خواهد داشت. پس از انقضای این مدت حضانت با پدر است مگر نسبت به اطفال انان که تا سال هفتم حضانت آنها به مادر خواهد بود».

۵۴. Paris, 4 avril 1952, R.C. 1952-739. note G.H است که روش دادرسی در دادگاههای فرانسه را در طول جریان رسیدگی تعیین می نماید تنها قانون فرانسه است که اختیارات قضیی برای صدور دستور اقدامات موقتی را مشخص می نماید. لذا قانون فرانسه فوری اجرا می شود صرفنظر از مقررات قانون خارجی در مورد ماهیت دعوا».

۵۵. مع ذلک به نظر Cyrille در مورد مطروحه محتوای قانون ایران کاملاً روش بود ولذا قضی می توانست آن را به همان سرعت قانون مقر دادگاه اجرا نماید. رک. Cyrille D., "La loi étrangère devant le juge du fund", Paris, 1965, n° 175 p.134.

56. Chemin - de fer de L'Est. c Godfroy. C.cass Req. 10 nov. 1896, p. 327; D.P. 1897, p. 313 J.D.I, 1897, p. 823.

۵۷. به موجب ماده ۷ کتوانسیون لاهه ۱۹۰۲ تا زمان تعیین قیم برای صغیر همچنین در تمام موارد فوری، اقدامات لازم برای حمایت از صغیر خارجی و منافع او می تواند بوسیله مقامات محلی صورت پذیرد.

انتظامات محسوب شده و بدون توجه به عنصر خارجی پرونده برای حفظ و حمایت از اطفال مورد نظر تازمانی که اجرای قانون خارجی صلاحیتدار در عمل ممکن گردد و تکلیف صغیر به طور قطعی مشخص شود اجرا می شوند.

باید در نظر داشت که قوانین مربوط به امنیت و انتظامات با نظم عمومی متفاوت است. در مورد اول اصولاً مسئله اجرای قانون خارجی تعیین شده به وسیله قاعدة حل تعارض مطرح نمی شود. در حالی که در مورد دوم با مراجعت به قاعدة حل تعارض، قانون خارجی صلاحیتدار مشخص می شود مع ذکر قانون مذکور گرچه اصولاً قابلیت اجرایی دارد، ولی به لحاظ مغایرت با معیارهای نظم عمومی یعنی تعارض با واجبات اساسی تمدن، نظم اجتماعی و امنیت داخلی قابل اعمال نیست.<sup>۵۸</sup>

در واقع به علت اختلاط این دو مفهوم بوده که در فرانسه اصطلاح قانون دارای قابلیت اجرایی فوری (*La loi d'application immediate*) بعضی همانگونه که دیدیم بجای قوانین مربوط به امنیت و انتظامات بکار رفته است. یعنی این قوانین از نظر دولت فرانسه آنچنان مهم هستند که قانون خارجی به هیچ وجه قادر به رقابت با این قوانین و احیاناً حذف آنها نیست.<sup>۵۹</sup> لفظ *immediate* نشان دهنده این است که قوانین مذکور بدون واسطه و دخالت

۵۸. مثلاً هرگاه قانون یک کشور خارجی ازدواج با محارم را محظوظ بداند و اتباع این کشور بخواهند با استناد به قاعدة حل تعارض ایرانی که ازدواج بیگانگان را تابع قانون متبع عشان می داند، در ایران با هم ازدواج نماید، این ازدواج در ایران رسمیت ندارد و قوانین ایران از چنین رابطه ای حمایت نمی نماید. در مورد نظم عمومی رک. دکتر محمد نصیری، همان منبع، ص ۱۸۶ به بعد، دکتر سید جلال الدین مدنی، همان منبع، ص ۲۲۰ - ۲۲۱.

۵۹. مع ذکر استعمال این اصطلاح بجای قوانین مربوط به امنیت و انتظامات بعضی مورد انتقاد Deby - Gerard F., "Le rôle le de la règle de conflit" op.cit., p.9.

۶۰. در مواردی دو نویسین قوانین مربوط به امنیت و انتظامات و نظم عمومی بجای هم استعمال شده اند. مثلاً به موجب رأی مسروخ ۳ زوئیه ۱۹۳۸ صادره از دادگاه مدنی (Rec Gaz, pal 1938. Seine 2. 137) در مقام رسیدگی به درخواست اعلام بطلان ازدواج به استناد Bigamie مقرر شد که این درخواست «به موجب یک قاعدة فرانسوی نظم عمومی» موجہ است مع ذکر در ادامه اشاره شده به اینکه، پذیرش درخواست مذکور در اجرای یک قاعدة مندرج در قوانین مربوط به امنیت و انتظامات است.

## ب . تئوری دوجانبه<sup>۶۳</sup>

با توجه به ایرادات و نفایص عمدهٔ تئوری یکجانبه خصوصاً به شکل ابتدایی آن، امروزه اصل دوجانبه بودن قواعد حل تعارض مورد پذیرش عمومی قرار گرفته است و بررسی تطبیقی نشان می‌دهد که سیستمهای حقوقی مختلف با قبول اصل تساوی نظامهای حقوقی و عدم برتری قانون مقر دادگاه به قوانین خارجی، در صددند با وضع قواعد حل تعارض به صورت دوجانبه درمورد هر رابطهٔ حقوقی مربوط به زندگی بین المللی اشخاص قانونی را که بیشتر با موضوع مرتبط بوده و ارائه کنندهٔ بهترین و مناسبترین راه حل است، اعمال نمایند، اعم از اینکه قانون مقر دادگاه باشد یا یک قانون خارجی. مثلاً مادهٔ ۹۶۵ قانون مدنی ایران مقرر

۶۱. به نظر لوسوآرن تفاوتی بین قوانین مربوط به امنیت و انتظامات و دیگر قوانین نیست، در دولتهای پیشرفته می‌توان گفت که تمام قوانین عمل‌آور بی تضمین منافع اقتصادی یا اجتماعی هستند.... در واقع اختلاف بین قوانین مربوط به امنیت و انتظامات و دیگر قوانین یک اختلاف ساده درجه است. Loussuarn Recueil, 1973. II, p 328-329

۶۲. بعضی از مویسندگان حقوقی یکجانبه گرایی ترکیبی را پیشنهاد می‌نمایند و معتقدند اگر ما برای تمام قواعد حل تعارض خصیصه دوجانبه قائل شویم می‌توانیم در قاعدةٔ حل تعارضی که اصولاً به شکل دوجانبه تنظیم شده عامل ارتباط یکجانبه‌ای را در جهت گسترش قلمرو اجرای قانون مقر دادگاه به لحاظ نظمی عمومی بگنجانیم. مثلاً درمورد وضعیت و اهلیت خارجیان می‌توان طی قاعدةٔ حل تعارض موضوع را تابع قانون ملی قرارداد (روش دوجانبه) و مع ذلک اضافه نمود در تمام موارد وضعیت و اهلیت اشخاص مقیم فرانسه تابع قانون فرانسه است (خصوصیه یکجانبه اقامتگاه).

این مطلب در واقع یکجانبه گرایی به معنی واقعی نیست زیرا نه تنها دوجانبه گرایی را رد نمی‌کند بلکه مکمل آن بوده و بیشتر متمایل به ناسیونالیسم است تا یکجانبه گرایی مورد نظر نی‌بواه و کادری که عمدتاً احترام به حاکمیت خارجی را مبنای نظریه خود دانسته نتیجتاً بیشتر انترناسیونالیست بودند. به هرحال چنین روشی در فرانسه در مواردی اتخاذ شده است مثلاً در تنظیم مادهٔ ۳۱۰ قانون مدنی فرانسه ترکیبی از یکجانبه گرایی ناسیونالیست و یک جانبه گرایی انترناسیونالیست ملاحظه می‌شود. رک.

Mayer P., "Droit international privé" op. cit., n° 119.p. 88.

### ۶۳. Bilateralisme.

می دارد: «ولایت قانونی و نصب قیم بر طبق قوانین دولت متبوع مولی علیه خواهد بود». همان‌گونه که ملاحظه می شود قانون حاکم بر موضوع حسب این ماده با توجه به عامل ارتباط تعیین شده یعنی تابعیت مولی علیه مشخص خواهد شد و با احراز تابعیت خارجی مولی علیه قانون خارجی مربوطه در مورد وی اجرا خواهد گردید.

به عقیده طرفداران تئوری دوجانبه نقش حقوق بین الملل خصوصی زمانی کامل می شود که بنحو مناسبی سیستم قانونی قابل اجرا را تعیین نموده باشد. این روش با اصول عدالت و مساوات منطبق است.<sup>۶۴</sup> همچنین دامنه اجرای قانون ملی نسبت به قانون خارجی باید مشخص باشد. اگر دامنه اجرای قانون خارجی مشخص نشود تعیین دامنه اجرای قانون ملی نیز بدرستی مقدور نیست. از طرفی رجوع به قواعد حل تعارض کشورهای خارجی مرتبط با پرونده برای احراز صلاحیتشان همان‌گونه که ملاحظه شد، موجب بروز خلاطه یا تعدد می گردد. بعلاوه یکجانبه گرایی مسئله تأمین قضایی را به خطر می اندازد زیرا وقتی قاعدة حل تعارض یکجانبه صلاحیت قانون ملی را نفی می نماید بدون اینکه تکلیف قضیه را روشن کند، حسب تئوری یکجانبه می باید بدنبال قانون مناسب یا قانونی که خود را صالح می داند بود. در نتیجه طرفهای رابطه ای حقوقی نمی توانند قانون قابل اجرا به وسیله قاضی را پیش بینی نمایند و اجرای قانونی خارجی به وسیله قاضی همیشه می توانند برای آنها حالت غیرمنتظره داشته باشد.<sup>۶۵</sup>

قاعدة دیگری که در حمایت از دوجانبه بودن قواعد حل تعارض مورد استناد واقع شده اصل لزوم قابلیت بین المللی نمودن قواعد حل تعارض است<sup>۶۶</sup> که در راستای هدف حقوق بین الملل خصوصی یعنی تنظیم روابط بین المللی اشخاص می باشد و به موجب آن در تنظیم قواعد حل تعارض باید مسئله متحدد الشکل شدن

.۶۴. برای مطالعه بیشتر رک.

Vallindas (Petros G.), "la Structure de la règle de conflit" op. cit., p. 343 et s.

.۶۵. همان منبع ص ۳۷۱

6. Le Principe de la possibilité d'internationalisation des règles de conflit.

مقررات تجارت بین الملل مدنظر واقع شود و این قواعد باید طوری طراحی شوند که بتوانند احیاناً در کنوانسیونی بین المللی مورد تصویب دو یا چند دولت قرار گیرند. برای این امر لازم است قاعدةٔ حل تعارض به صورت دوجانبه باشد و بعلاوه عوامل ارتباطی را برگزیند که قابلیت بین المللی شدن را داشته باشند یعنی خصایص و معیارها به طور یکسان ارزیابی شوند.<sup>۶۷</sup> به عبارت دیگر هدف حمایت از معاملات و زندگی بین المللی افراد باشد. البته ممکن است قاعدةٔ حل تعارضی به صورت دوجانبه تنظیم شود ولی قابلیت بین المللی شدن را نداشته باشد مثل مادهٔ ۹ قانون مدنی ۱۹۴۱ ایتالیا در مورد دریانوردی که حاوی مقررات حاکم بر قرارداد کار دریایی است. این ماده در مواردی اجرای قانون ایتالیا و بعض‌اً موارد اجرای قانون خارجی را پیش‌بینی می‌نماید ولی قابل بین المللی شدن نیست چون از عوامل ارتباط همگون و مساوی استفاده ننموده است. وقتی موضوع مربوط به قرارداد کار در کشتی‌ها یا هواپیماهای ایتالیایی باشد، اجرای قانون ایتالیا مقرر شده است (قانون پرچم کشتی یا هواپیما) در حالی که در مورد کشتی‌ها و هواپیماهای خارجی آزادی ارادهٔ دو طرف مورد قبول واقع شده است.<sup>۶۸</sup> بر عکس مادهٔ ۳ قانون ۱۸ ژوئن ۱۹۶۶ فرانسه که قانون پرچم را لازم‌الاجرا می‌داند می‌تواند به طور یکسان منجر به اجرای قانون فرانسه و یا قانون خارجی شود حسب اینکه کشتی حامل پرچم چه کشوری باشد.

به هر حال اکثر قواعد حل تعارض در کشورهای مختلف به صورت دوجانبه تنظیم شده‌اند و در پاره‌ای از موارد نیز اجتناب از افراط در انترناسیونالیزم<sup>۶۹</sup> و حفاظت از منافع اقتصادی، سیاسی، اجتماعی ... یک کشور موجب شده قاعدةٔ حل تعارض به طور استثنایی، به صورت یکجانبه تنظیم شود<sup>۷۰</sup> یعنی تنها تعیین کننده

۶۷. قطعنامه انتیتو حقوق بین الملل نیز رعایت اصل مساوات را تنها از طریق وضع قواعد دوجانبه قابل تحقق دانسته است.

۶۸. رک. Vallindas, همان منبع، ص ۳۷۲.

۶۹. Kegel, G., "The Crisis of Conflict of Law", Recueil 1964, II.p. 95. et s.

۷۰. برای مثال رک. مادهٔ ۵۱۷d قانون تجارت هلند که به موجب آن مقررات مواد ۴۶۸ - ۴۸۰ در



موارد اجرای قانون مقر دادگاه باشد.<sup>۷۰</sup>

## ۲ مبحث

### تشوع قواعد حل تعارض از حیث نوع عوامل ارتباط

قواعد حل تعارض در سیستم حقوق بین الملل خصوصی هر کشور راهنمای قاضی در تعیین قانون قابل اجرا بر رابطه حقوقی اشخاص در زندگی بین المللی

موردنکالیف فرمتنده مال التجاره در حمل و نقل دریایی بر تمام موارد حمل و نقلهای دریایی که مبدأ یا مقصدشان بندری هلندی است، حاکم است.

۷۱. ونگلر انواع ذیل را برای قواعد حل تعارض چند جانبه برشمرده است:  
الف- قواعد حل تعارض چند جانبه کامل، یعنی قوانینی که در مقام رفع تعارض، به قوانین هریک از دول مستقل و حاکم ارجاع می دهند.

(Complete multilateral conflict rules of private international law)

ب- قواعد حل تعارض چند جانبه محلی کامل، در مقام رفع تعارض بین قوانین حاکم بر مناطق مختلف یک مملکت مشخص می نماید، قوانین کدام ناحیه قابل اجراءست.

(Complete multilateral conflict rules of private interregional law)

ج- قواعد حل تعارض چند جانبه ناقص،<sup>۷۲</sup> اکثر این نوع قواعد به تمام قواعد خارجی به استثنای قانون مقر دادگاه، ارجاع می دهند (مثل ماده ۲۵ قانون مقدمه قانون مدنی آلمان که مقرر می دارد: «ارثیه غیر آلمانی ها تابع قانون ملی متوفی خواهد بود») و بعضی از این قواعد تنها به قانون برخی کشورهای معین ارجاع می دهند و ارجاع به قوانین سایر دول را به قاعدة چند جانبه ناقص دیگری واگذار می نمایند. مثل قواعد حل تعارض مندرج در کنوانسیونهای مدنی لاهه یا کنوانسیونهای مونته ویدئو).

گاهی نیز یک قاعدة حل تعارض یک جانبه مشخص کشیده صلاحیت قانون مقر دادگاه و یک قاعدة حل تعارض چند جانبه ناقص (مربوط به دیگر قوانین خارجی) در یک قاعدة چند جانبه کامل تلفیق شود ولی این امر تنها در صورتی میسر است که قواعد وضع شده معیار یکسانی را برای تمام قوانین ملی در نظر گرفته باشند.

wengler W., "The general principles of private international law", Recueil 1961, III, p. 329(57).

آنها است و به طور غیرمستقیم راه حل موضوع را ارائه می کند. در واقع قاضی ابتدا رابطه حقوقی مطروحه را توصیف<sup>۷۲</sup> می نماید سپس با اتخاذ قاعده حل تعارض مربوطه و با در نظر گرفتن عامل ارتباط تعیین شده<sup>۷۳</sup> در این قاعده (مثل تابعیت، اقامتگاه، محل وقوع مال و ...) قانون صلاحیتدار را شناسایی و به موجب آن رأی خواهد داد. اکثر قواعد حل تعارض با اتخاذ عامل ارتباطی واحد به صورت ساده ای قانون حاکم بر یک رابطه حقوقی بین المللی را مشخص می نمایند و قاضی معمولاً در تعیین عامل ارتباط و یافتن راه حل قضیه مطروحه دچار اشکال نمی شود، مثل قاعده حل تعارض مندرج در ماده ۷ قانون مدنی ایران که احوال شخصیه بیگانگان را تابع قانون متبع‌شان دانسته است و نتیجتاً با تشخیص تابعیت ذی نفع قانون حاکم آن مشخص خواهد شد. مع ذلك وضع قواعد حل تعارض بدین شکل همیشه کارساز نیست زیرا ممکن است در مورد مذکور ذی نفع تابعیت کشور خاصی را نداشته باشد و یا اینکه اصولاً در مواردی ماهیت خاص رابطه حقوقی و یا نظر خاصی که قانونگذار در موضوعی دارد، اتخاذ عامل ارتباط به اشکال دیگری را ایجاب نماید که ذیلاً به ذکر مهمترین آنها می پردازیم.

۷۲. توصیف شرط اساسی اعمال قاعده حل تعارض- و عبارت است از تعیین نوع امر حقوقی که قاعده بین الملل خصوصی باید نسبت به آن اجرا شود، مثلاً اعمال قاعده مندرج در ماده ۷ قانون مدنی ایران که مقرر می دارد: «احوال شخصیه بیگانگان در حدود معاهدات تابع قانون متبع ایشان است» ممکن نیست مگر پس از ارائه تعریف مفاهیم وضعیت و اهلیت بعنوان عناصر تشکیل دهنده احوال شخصیه. رک. دکتر محمد نصیری، همان منبع، ص ۱۷۷ به بعد.

۷۳. تقسیم بندیهای مختلفی از عوامل ارتباط ارائه شده است مثلاً تقسیم بندی عوامل ارتباط به شخصی، سرزمهینی و مرکب عوامل ارتباط شخصی یا غیر سرزمهینی مثل تابعیت ذینفع و سرزمهینی مثل اقامتگاه. بعلاوه در روابط بین المللی پذیرفته شده که طرفهای قرارداد می توانند قانون حاکم بر آن را تعیین کنند این عامل ارتباط خاصی است که Lewald attachment individuel را نامیده زیرا اراده های خصوصی هستند که قانون حاکم را تعیین می نمایند. رک. Rigaux F., "Droit international privé" op.cit., p. 226 et s.

## الف. قاعدة حل تعارض با عوامل ارتباط اصلی و فرعی

چون به واسطه عامل ارتباط است که قاعدة حل تعارض قانون صلاحیتدار را تعیین می نماید و در مواردی عامل ارتباط معرفی شده ممکن است قابل استفاده نباشد، لذا بعضاً در تنظیم یک قاعدة حل تعارض در کنار عامل ارتباط اصلی یک یا چند عامل ارتباط فرعی<sup>۶۷</sup> را نیز ذکر می نمایند تا قاضی حداکثر امکانات را برای تعیین قانون حاکم بر قضیه داشته باشد. مثلاً در صورتی که قاعدة حل تعارض مقرر دادگاه احوال شخصیه بیگانگان را تابع کشور متبعشان بداند و در پرونده ای ذی نفع بدون تابعیت یا آپاترید<sup>۶۸</sup> باشد بعضی قوانین در کنار تابعیت به عنوان عامل ارتباط اصلی، اقامتگاه را به عنوان یک عامل ارتباط فرعی مورد توجه قرار داده اند<sup>۶۹</sup> تا قاضی از بلا تکلیفی خارجی شود. مع ذلک گاهی حتی تعیین یک عامل ارتباط فرعی نیز گره گشانیست مثلاً در مورد آثار ازدواج که اصولاً حسب قانون فرانسه تابع قانونی ملی زوجین است (بند ۳ ماده ۳ قانون مدنی فرانسه) در صورت اختلاف تابعیت زوجین، موضوع تابع قانون اقامتگاه مشترکشان قرار داده با این حال احتمال دارد که در موردی زوجین نه تابعیت و نه اقامتگاه مشترک داشته باشند.

B.Alexandre Beinolou نمونه جالبی در این مورد است. خانم V.Eugenie تبعه یونان و آقای

### 7.4. Concepts de rattachement subsidiaires.

۷۵. مثلاً ممکن است دولتی به عنوان مجازات تابعیت شخصی را سلب نماید و شخص مذکور نتواند تابعیت کشور دیگری را تحصیل نماید.

۷۶. گاهی ممکن است یک نفر دارای چند تابعیت باشد و یا دو یا چند اقامتگاه داشته باشد.

۷۷. کنوانسیون نیویورک مورخ ۲۸ دسامبر ۱۹۵۴ در ماده ۱۲ خود مقرر می دارد: «احوال شخصیه تنام بی تابعیتیان تابع کشور محل اقامتشان است و در نبود اقامتگاه تابع قانون کشور رزیدانس آنها خواهد بود» در مورد متون قانونی رک. مثلاً ماده ۳ قانون ترکیه مورخ ۱۲ نوامبر ۱۹۶۵ و ماده ۴ قانون ۲۶ می ۱۹۸۲ می ۱۹۸۲ لهستان.

ثمره این ازدواج دختری بود که در ۱۹ اوت ۱۹۵۹ در آتن بدنسی آمد. در سوم آوریل ۱۹۶۰ این خانم همراه دخترش به پاریس و منزل پدر آمد و درخواست طلاقی به محاکم فرانسه تقدیم نمود. حسب قاعده حل تعارض فرانسه موضوع تابع قانون متبع زوجین و در مرحله دوم تابع قانون اقامتگاه مشترکشان است. دادگاه سن با استناد به این که قانون یونان به عنوان قانون اقامتگاه مشترک قابل اجراست دعوا را غیرقابل پذیرش اعلام نمود. بدنبال اعتراض زوجه، دادگاه استیناف پاریس اعلام نمود که در زمان طرح دادخواست طلاق، زوجین اقامتگاه مشترکی نداشته اند و لذا به علت اقامت جداگانه زوجین در دوکشور مختلف قانون فرانسه باید اجرا شود.<sup>۷۶ و ۷۷</sup>

همانطور که ملاحظه می شود در چنین مواردی حتی معرفی عامل ارتباط فرعی کمکی به شناسایی قانون صلاحیتدار نمی نماید و نتیجتاً قانون مقر دادگاه برای پرکردن خلاً ناشی از عدم قابلیت اجرای قاعده حل تعارض فرست دخالت می یابد. عوامل ارتباط فرعی معمولاً به یکی از دو شکل زیر تنظیم می شوند:

۱. عوامل ارتباط فرعی خاص: در قاعده حل تعارض این چنین، یک عامل ارتباط فرعی خاص (با توجه به موضوع خاص رابطه حقوقی) به عنوان جانشین عامل ارتباط اصلی در نظر گرفته شده است مثل ماده ۱۴ قانون مدنی یونان و ماده ۱۸ قانون مدنی ایتالیا که درمورد روابط شخصی زوجین، موضوع را تابع قانون آخرین اقامتگاه مشترک زوجین و در نبود آن تابع قانون متبع شوهر در زمان ازدواج قرار می دهد.

۷۸. در صورت نبود عامل فرعی اقامتگاه اکثر نویسنده‌گان صلاحیت قانون مقر دادگاه را می پذیرند. به نظر Maury در نبود اقامتگاه اصلی باید اقامتگاه والدین یا در صورت اقتضاء، اقامتگاه پدر بزرگ یا مادر بزرگ و در مواردی که این اقامتگاه نیز قبل تشخیص نیست قانون Maury J., "Règles générales" op. cit., n<sup>o</sup> 205, p. 554 .

Civ. 15 mai 1961 Paris 26 janv, 1965 R.C. 1965, P. 359 .<sup>۷۹</sup>  
Tarwid, R.C. 1961, p. 547, note Holleaux D. در این پرونده پذیرفته شده که اگر زوجین در دو کشور مختلف اقامت داشته باشند طلاق ایشان تابع قانون مقر دادگاه است. برای مورد مشابه در بلژیک، رک. Bruxelles, 6 juillet 1957, R.C. 1957.P. 662

۲. عوامل ارتباط فرعی کلی: ممکن است قاعدة حل تعارضی معرف عوامل ارتباط فرعی باشد که در صورت قابل استفاده نبودن عوامل ارتباط مندرج در سایر قواعد حل تعارض قابل اعمال باشند. مثل ماده ۳۰ قانون مدنی یونان که مقرر می‌دارد: «اگر ذی نفع بدون تابعیت باشد قانون اقامتگاهش و در صورت نداشتن اقامتگاه، قانون رزیدانس وی قابل اجرا است». در واقع این مقرره مکمل دیگر قواعد حل تعارض بوده و تعیین کننده عوامل ارتباط فرعی برای تمام دیگر قواعد حل تعارضی است که تابعیت را به عنوان عامل ارتباط اصلی معرفی نموده اند. باید توجه داشت که در بحث عوامل ارتباط فرعی، صرفاً جانشینی عوامل ارتباط مطرح است<sup>۸۷</sup> نه رقابت عوامل ارتباط.

## ب . قواعد حل تعارض تعددی

گاهی قاعدة حل تعارض دو یا چند عامل ارتباط را تعیین می‌نماید که همگی آنها باید با هم به وسیله قاضی رسیدگی کننده برای حل و فصل موضوع مطروحه مورد استفاده قرار گیرند. هیچ یک از عوامل ارتباط بر دیگری برتری ندارد و اجرای یکی از آنها نیز کفایت نمی‌کند بلکه همه با هم باید اجرا شوند.

مثلاً بند ۱۰ ماده ۱۰ قانون مورخ ۵ دسامبر ۱۹۲۳ فنلاند در مورد حل اختلافات خانوادگی بین المللی مقرر می‌دارد: «طلاق زوجین تبعه یک دولت خارجی یا زوجینی که یکی از آنها خارجی است در فنلاند پذیرفته نمی‌شود مگر اینکه علت طلاق هم در قانون ملی یکی از زوجین و هم در قانون فنلاند پذیرفته شده باشد». این ماده همزمان سه عامل ارتباط را معرفی می‌نماید: تابعیت شوهر، تابعیت زوجه، و قانون فنلاند به عنوان قانون مقردادگاه.

به همین ترتیب بند ۱۴ همین قانون مقرر می‌دارد: «حقوق و تکالیف زوجین در روابط شخصی آنها تابع قانون متبع آنها است. اگر تابعیت

۸۰. برای مثالهای دیگر در مورد اتخاذ عامل ارتباط فرعی رک. ماده ۲ کنوانسیون لاهه مورخ ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ در مورد بیع؛ ماده ۶ کنوانسیون لاهه مورخ ۴ می ۱۹۷۱ در مورد قانون حاکم بر تصادفات اتومبیل؛ ماده ۴ کنوانسیون لاهه در مورد قانون حاکم بر آثار ازدواج.

واحد نداشته باشند هیچ یک از ایشان نباید در مقابل دیگری از حقوقی بیش از آنچه در قانون ملی هریک مقرر شده متمتع شود». اینجا هم تابعیت دو طرف باید مجتمعاً مورد توجه واقع شود.

اجرای همزمان دو یا چند قانون در یک موضوع معین موجود مشکلات خاصی است و به همین لحاظ مورد اعتراض بعضی از نویسندها واقع شده است<sup>۸۱</sup> و برخی قوانین از جمله قانون یونان بکلی از اتخاذ این روش اجتناب نموده اند.<sup>۸۲</sup>

## ج . قواعد حل تعارض آلتنتاتیو

تنظيم قواعد حل تعارض بدین شکل معمولاً وقتی صورت می‌گیرد که قانونگذار مایل است تا جای ممکن به عمل حقوقی معینی اعتبار بخشد. بدین ترتیب که پا معرفی چند عامل ارتباط مقرر می‌دارد که عمل حقوقی معینی در صورت تطابق با هریک از وضعیتها پیش بینی شده معتبر تلقی خواهد شد. مثلاً به موجب ماده ۱ کنوانسیون لاهه ۱۹۶۱<sup>۸۳</sup> در مورد شکل ترتیبات وصیتی یک وصیتناهه از نظر شکلی در صورت تطابق با هریک از قوانین ذیل معتبر است:

یک. قانون داخلی محل تنظیم وصیتناهه دو. قانون داخلی متبع موصی چه در زمان تحریر وصیتناهه و چه در زمان فوتش. سه. قانون داخلی محل اقاماتگاه موصی چه در زمان تحریر وصیتناهه و چه در زمان فوتش. چهار. قانون داخلی محلی که رزیدانس موصی در آنجا بوده چه در زمان تحریر وصیت نامه و چه در زمان

۸۱. مثلاً در خصوص بند ۳ ماده ۳ قانون مدنی بلژیک که در مورد طلاق زوجین با تابعیت متفاوت مقرر می‌دارد: طلاق ایشان مجاز نیست مگر در صورت پذیرش هر دو قانون ملی مربوطه که اتخاذ عامل ارتباط محدود کننده تر پیشنهاد شده است.

Rigaux F., "Droit international privé", op. cit., p.292 . رک.

۸۲. Vallindas P. G., "Le structure de la réglé de conflit", op. cit., p.370

۸۳. این کنوانسیون فعلاً در ۳۴ کشور اجرا می‌شود. برای مطالعه بیشتر، رک. Vischer F., "General Course", op. cit., p. 116 note 235.

فوتش. پنج. در مورد غیرمنقول، محل وقوع مال.

همان‌گونه که ملاحظه می‌شود در این مقرره به منظور اعتبار دادن به وصیتname‌ها از نظر فرم تنظیم چند عامل ارتباط در کنار هم قرار گرفته است و سلسله مراتبی در کار نیست. کافی است احراز شود که وصیتname‌های طبق مقررات یکی از قوانین درج شده تنظیم شده تا موجد آثار حقوقی باشد.

اتخاذ چنین روشی مورد انتقاد واقع شده زیرا نقش اصلی حقوق یعنی تعیین قانونی که بیشترین ارتباط را با موضوع دارد نادیده گرفته می‌شود. تحديد دامنه اجرای قوانین مختلف با استفاده از روش آلترناتیو میان این است که عوامل ارتباط تعیین شده فاقد ارتباط کافی با موضوع مطروحة هستند، وانگهی این‌گونه قواعد هیچ کمکی در جهت نیل به هدف نهایی حقوق بین‌الملل خصوصی یعنی ایجاد نظم و هماهنگی بین سیستمهای مختلف حقوقی نمی‌نماید و دامنه ایجاد

"Forum shopping" را گسترش می‌دهد.

سرانجام تعیین عوامل ارتباط آلترناتیو برای شخص، موقعیت بهتری نسبت به موقعیتش مورد مشابه داخلی اعطای می‌نماید زیرا در یک پرونده داخلی وی به مقررات خاص مربوطه مقید است در حالی که در پرونده بین‌المللی به او اجازه داده می‌شود تا مناسبترین و بهترین وضعیت را اتخاذ نماید. ایراد روش آلترناتیو وقتی بیشتر آشکار می‌شود که قانون داخلی موضع سخت‌تری در همان موضوع اتخاذ نموده باشد. چرا شخص باید از امتیازات بیشتری برخوردار باشد وقتی که رابطه حقوقی مطروحة در ارتباط با چند قانون داخلی است؟

البته این ایرادات بدون پاسخ نمانده‌اند. می‌توان گفت اگرچه تنظیم قواعد بدین نحو در راستای هدف ایجاد هماهنگی بین سیستمهای حقوقی مختلف نیست، ولی در مسیر خلاف آن هم نمی‌باشد. این‌گونه قواعد در حال حاضر احترام به

. ۸۴. همان منبع ص ۱۱۹

حقوق مکتبه به طور قانونی در کشورهای خارجی را تضمین می نماید، امری که همواره یکی از اهداف تعارض قوانین بوده، علی رغم اعتراضاتی که از جنبه عقلی و منطقی بدان وارد شده است.<sup>۸۵</sup>

در مورد انتقاد Forum Shopping نیز گفته شده، وقتی استفاده از یک راه حل تعارض قوانین، متقلبانه محسوب می شود که نتیجه حاصله برای طرف مقابل غیرمنتظره باشد این امر بسختی در مورد چنین حالتی قابل پذیرش است.<sup>۸۶</sup> لذا به نظر می رسد اجرای یکی از قوانین آلترناتیومان تعیین شده برای حل زندگی بین المللی افراد کافی است.<sup>۸۷</sup>

به نظر پروفسور Kisch اختلاف بین قواعد حل تعارض آلترناتیو و تعددی یک اختلاف ظاهری و تفاوت در دید است نه اختلافی واقعی. وقتی به موجب قاعده حل تعارضی، پذیرش درخواست طلاق زوجین با تابعیت متفاوت منوط به آن است که به موجب هر دو قانون ملی مربوطه این امر ممکن باشد در واقع در مورد درخواست طلاق از یکسو زوجه یا زوج درخواست کننده باید تأکید نماید بر همگرایی و همسویی دو قانون ملی بر پذیرش طلاق (دید تعددی) و از سوی دیگر طرف مقابل درخواست طلاق کافی است ثابت نماید که به موجب یکی از دو قانون ملی طلاق غیرقابل انجام است تا دعوا را بنفع خود خاتمه دهد (دید آلترناتیو). بنابراین قاعدة حل تعارض مربوطه از دید متقاضی طلاق تعددی و از دید طرف مقابل آلترناتیو است.<sup>۸۸</sup>

85. Francescakis Ph., : "La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, op. cit., n° 199 et s.

86. Vicher F., "Général Course" op. cit., p. 120-121.

87. La loi la plus favorable, Mélanges Gutswiller, p. 353; Rigaux F. "Droit international privé op. cit. n° 293).

۸۸. برای مثالهای دیگری درمورد اتخاذ روش آلترناتیو، رک. مثلاً به ماده ۱۱ قانون مقدمه کد مدنی آلمان که مقرر می دارد شکل یک عمل حقوقی باید مطابقت داشته باشد با Lex Causae یا Lex loci actuS همچنین رک. بند ۱ ماده ۲۰ همین قانون .

## د . قواعد حل تعارض انفصلی

در این نوع قاعده حل تعارض، دو عامل ارتباط بر حسب نوع موضوع مطروحه تعیین گردیده اند و در واقع قاعده به دوشاخه تقسیم شده است. نمونه های زیادی در این مورد در قوانین مربوط به تقسیم ترکه در بلژیک، فرانسه و پیشتر کشورهای کامن لا مشاهده می شود که در آنها حکم بر حسب منقول یا غیرمنقول بودن ترکه متوفی متفاوت است: اولی تابع قانون آخرین اقامتگاه متوفی و دومی تابع قانون محل وقوع اموال است. بدیهی است اجرای چنین قاعده ای مقدمتاً نیاز به انعام نوعی توصیف رابطه حقوقی دارد. به عبارت دیگر قاضی باید مشخص نماید اموال متوفی منقول یا غیرمنقول هستند تا بر اساس آن با اتخاذ عامل ارتباط مربوط قانون حاکم بر قضیه را مشخص نماید.

## ه. قواعد تعارض شرطی

گاهی اعمال عامل ارتباط متخذه در قاعدة حل تعارض مشروط بر تحقق امر خاصی است که حالتهای گوناگونی از این حیث متصور است. ممکن است در قاعدة حل تعارض اجرای عامل ارتباط و نتیجتاً اجرای قانون خارجی مربوطه موکول شود به این که قاعدة حل تعارض کشور خارجی صلاحیت اعطا شده را بپذیرد. مثلًا قانون مقر دادگاه احوال شخصیه فرد خارجی را تابع قانون کشور متبع وی می داند مشروط بر اینکه قاعدة حل تعارض کشور اخیر صلاحیت قانون داخلی خود را بر اتباع مقیم خارجش بپذیرد.<sup>۸۹</sup> همچنین اخیراً کشورهایی از جمله هلند که احوال شخصیه بیگانگان را

۸۹. البته اصل رجوع به کل سیستم حقوقی کشور خارجی (تعیین شده به وسیله قاعدة حل تعارض مقر دادگاه) مورد اکثریت دکترین و اغلب قوانین کشورهای مختلف قرار گرفته است مع ذلك در برخی کشورها مثل ایتالیا، (ماده ۳۰ قانون مدنی) قاضی مکلف است مستقیماً قانون داخلی مقرر شده به وسیله قاعدة حل تعارض ایتالیا را بدون توجه به امتناع احتمالی قاعده حل تعارض خارجی اعمال نماید.

اصولاً تابع قانون متبع ذی نفع می‌دانند در مواردی اجرای قانون خارجی ملّی را نپذیرفته‌اند. بدین جهت که رابطهٔ تابعیت ظاهری بوده و ذی نفع به نحو مؤثری با کشور مربوطه ارتباط نداشته است، در واقع اجرای قانون متبع به صورت مشروط مورد نظر این کشورها قرار گرفته است. مثلاً دادگاههای هلند در موارد بسیاری از اجرای قوانین ارث دولت متبع خارجی امتناع نموده‌اند با استناد به اینکه متوفی هیچ رابطهٔ مؤثری با کشور مذکور نداشته است.<sup>۱۰</sup>

همچنین اتخاذ عامل ارتباط مندرج در یک قاعدةٔ حل تعارض ممکن است مشروط به معاملهٔ متقابل کشور خارجی باشد.<sup>۱۱</sup> مثلاً به موجب قاعدةٔ حل تعارض کشور مقر دادگاه، قوانین ارث کشور خارجی «الف» در مورد اتباع کشور مذکور اجرا می‌شود در صورتی که حسب قواعد حل تعارض کشور «الف» مسئلهٔ ارث اتباع کشور مقر دادگاه نیز تابع قانون همین کشور به عنوان قانون متبعشان باشد.

## نتیجه ●

مطلوب عنوان شده را می‌توان به شرح ذیل خلاصه نمود:

۱. اعمال تئوزی یکجانبه صرفیطر از غیرقابل قبول بودن مبنای آن، در بسیاری از موارد قاضی را با بن بست مواجه می‌نماید. اصولاً گسترش روابط بین المللی اقتضا دارد در سیستم حقوقی هر کشور قواعد مناسبی برای حل مسائل ناشی از زندگی بین المللی اشخاص وضع شود تا بتوان در این گونه موارد در اسرع وقت با تعیین و اجرای قانون صلاحیتدار اعم از قانون مقر دادگاه یا قانون خارجی حکم قضیه را صادر نمود. اصولاً نباید قاضی را با عدم تعیین قانون صلاحیتدار در صورت عدم صلاحیت قانون مقر دادگاه در بلاتکلیفی قرار داد و چنانکه

۹۰ ff. (1955) Ned. T. int. R. Z Maridakis پروفسور یونانی در گزارش خود به انتستیتو حقوقی بین الملل پیشنهاد نموده تا تابعیت به عنوان یک عامل ارتباط، جایش را به اقامتگاه یارزیدانس بدهد چنانچه در موردی تابعیت (گرچه طبق قوانین کشور مربوطه وجود دارد) با واقعیات اجتماعی منطبق نیست. Ann. inst. 47 II (1957) 52 برای مطالعه بیشتر، Recueil. 1961 (III), p. (70) 342.

### ۹.1. Condition of Reciprocity.

ملاحظه شد راه حل پیشنهادی یکجانبه گرایان مبنی بر اجرای قانون خارجی که خود را صلاحیت‌دار می‌داند در بسیاری موارد ما را با خلاً و یا تعدد مواجه می‌نماید و کارساز نیست. به همین جهت امروزه لزوم دو جانبه بودن قواعد حل تعارض به عنوان یکی از اصول مهم حقوق بین الملل خصوصی و در راستای تحقق وحدت بین المللی قواعد حل تعارض مورد پذیرش قرار گرفته و غالباً این قواعد در کشورهای مختلف به شکل دو جانبه وضع شده‌اند. حتی در موارد محدودی که روش یکجانبه اتخاذ شده است، در صورت عدم قابلیت اجرای قانون مقر دادگاه در موضوعی معین، دادگاهها تا جای ممکن با تفسیر دو جانبه این قواعد در مورد رفع خلاً حاصله و تعیین قانون خارجی صلاحیت‌دار اقدام نموده‌اند. مع ذلک تئوری یکجانبه به صورت بسیار محدود، جایگاه خود را در حقوق بین الملل خصوصی حفظ نموده و قانونگذار هر کشور بنا به صلاح‌الدید خود در مواردی تنها به تعیین محدوده صلاحیت قانون ملی خود اکتفا می‌نماید.

۲. قواعد حل تعارض از حیث نحوه تعیین عامل (عوامل) ارتباط نیز با هم متفاوت‌اند. از طرفی در یک سیستم حقوقی روش واحدی در تنظیم قواعد حل تعارض مربوط به موضوعات مختلف از این حیث اعمال نمی‌شود. از طرف دیگر بین کشورهای مختلف نیز در مورد روش اتخاذ عوامل ارتباط برای یک رابطه حقوقی خاص اتفاق نظر وجود ندارد.

در شرایطی که کشورها در بسیاری موارد حتی در انتخاب یک عامل ارتباط ساده در موضوعی معین اختلاف نظر دارند اتخاذ روش‌های ناهمگون در نحوه اتخاذ عوامل ارتباط تعجب‌آور نیست و اصولاً دستیابی به وحدت نظر در این مورد دست کم در آینده نزدیک امری نامحتمل به نظر می‌رسد.

## علام اختصاری (به کار رفته در زیرنویسها)

**A.J.C.L.** Americain journal of comparative Law.

**Ann.Inst.** Annuaire de L'Institut de Droit International.

**C.Cass.** Cour de Cassation.

**Ency. Dr. Int.** Encyclopédie de Droit International.

**J.C.P.** Juris -Classeur periodique (Seman juridique).

**J.CL. Dr. Int.** Juris Classeur de Droit International.

**J.D.I.** Journal de Droit International . Clunet.

**J.O.** Journal officiel.

**R.C.** Revue Critique de Droit International privé.

**REC. Gaz. Pal.** Recueil Gazette Palais.

**Ricueil**. Recueil des Cours de l'Academie de Droit Internatioanal de La Haye.

**S. Sirey**, Recueil Général des Lois et Arréts.

**T.C.F.D.I.P.** Travaux de Comité français de Droit International privé.

**D.P.** Dalloz privé.

هنری دووریز

Henry p. de Vries

---

مترجم: دکتر محسن معجّن

۱



## داوری تجاری بین المللی



مقاله حاضر ترجمه‌ای است از:

Journal of International Arbitration , Vol . 1, No.1.  
April. 1984.

داوری از نظر تاریخی سابقه‌ای بس طولانی دارد. حل و فصل اختلافات از طریق توافق به قبول و تبعیت از تصمیم شخص ثالثی که مورد اعتماد اصحاب دعوا باشد یعنی داوری، حتی قبل از اینکه در جوامع بشری قانونی وضع شود یا دادگاهی تشکیل گردد یا قضات اصول حقوقی را طراحی و پایه‌ریزی کنند، وجود داشته است.<sup>۱</sup> معذلک، از جنگ جهانی دوم به این سواست که داوری تجاری بین المللی به یک «صنعت قضایی» (اسلوب رفع منازعه) تبدیل شده است.<sup>۲</sup>

### داوری در دعاوی بازرگانی داخلی

رونده داوری تجاری ابتدا در حوزه اختلافات و دعاوی ناشی از تخلف از وصف و مشخصات قراردادی کالا مطرح شده و توسعه یافته است. انجمن‌های بازرگانی و بورس‌های مبادله کالا برای حل و فصل اختلافات قراردادی مربوط به واقعیات و اوصاف معاملات خود اسلوب خاصی را تعییه و سازماندهی کردند و اعضارا تشویق می‌کردند برای حل این نوع اختلافات به هیئت‌هایی مراجعه کنند

1. Kellor F., *American Arbitration, Its History, Functions and Achievements* 1 (1948).
2. Kerr, "International Arbitration v. Litigation", *J. Bus L.* 164 (1980).

که اعضای آن با لسان و عرف صنعت یا تجارت مربوط آشنایی کافی دارند.<sup>۴</sup> حل و فصل اختلافات تجاری از طریق داوری رفته رفته، آئین‌های رسیدگی خاصی را به وجود آورد که حداقل تأخیر در رسیدگی، حداقل هزینه‌ها و غیرعلتی ماندن موضوع دعوا را تأمین می‌کرد.

## داوری سازمانی

سازمانها و مؤسسات داوری نقش مهمی در توسعه روند داوری در ایالات متحده و خارج آن ایفا کرده‌اند.<sup>۵</sup> در امریکا «انجمن امریکایی داوری» (AAA=American Arbitration Association) که مؤسسه‌ای غیرانتفاعی و خصوصی است و دفتر مرکزی آن در نیویورک است، در سال ۱۹۲۶ تأسیس شده و فعال بوده است. در حل و فصل پاره‌ای دعاوی بین المللی غیرتخصصی نیز «دیوان بین المللی داوری» وابسته به اتاق بازرگانی بین المللی (ICC) یکی از نهادهای اصلی داوری به شمار می‌رود که از ۱۹۲۲ شروع به کار نموده است. البته همانند سایر مؤسسات داوری برجسته و علیرغم نام آن که «دیوان بین المللی داوری» است، این دیوان رأساً به امر داوری و حل و فصل دعاوی نمی‌پردازد، بلکه در واقع بر هیأت‌های داوری که حسب مورد در هر پرونده خاص تشکیل می‌شود و متشكل از داوران منتخب خود اصحاب دعوا یا احیاناً اتاق بازرگانی بین المللی است، نظارت می‌کند. « مؤسسه داوری اتاق بازرگانی استکهلم» نیز از سال ۱۹۷۶ به عنوان یک نهاد داوری بین المللی تأسیس شده و به ویژه در حل و فصل دعاوی مربوط به قراردادهای بازرگانی شرق-غرب، داوری کرده است.<sup>۶</sup> لندن هم در زمینه دعاوی

3. Carlston, Psychological and Sociological Aspects of the Judicial and Arbitration Processes 44, 48 (1965).

۴. برای ملاحظه فهرست انجمنهای داوری بزرگ، رک.

R. Coulson, "Business Arbitration-What you Need to Know", 111-12 (1980); E. Cohn, M. Domke & F. Eisemann, "Handbook of Institutional Arbitration in International Trade"(ed. 1977).

5. See Stockholm Chamber of Commerce, Arbitration in Sweden 8-9 (1977).

دریایی، بیمه و معاملات انواع کالا و مال التّجارت مرکز داوریهای بین المللی بوده است. «دادگاه داوری بین المللی لندن» قواعد داوری خاصی دارد که بارها اصلاح شده و آخرین آن از اول سال ۱۹۸۱ لازم الاجرا شده است. این دادگاه تحت نظارت و هدایت مشترک شهرداری، اتاق بازرگانی و مؤسسه داوران قسم خورده لندن (Chartered Institute of Arbitrators) می‌باشد.<sup>۶</sup>

مؤسّسات داوری با تنظیم و تدوین مقرراتی برای برگزاری داوریهای خصوصی یا پیشنهاد شرط داوری برای درج در قراردادها و نیز تدارک تسهیلات اداری و تدوین آیین دادرسی سهم مهمی در برآنگیختن اعتماد بیشتر به داوری به عنوان اسلوب جایگزین محاکم دادگستری و رسیدگی قضایی داشته‌اند.

**قراردادهای تجارت بین المللی و سرمایه‌گذاری بین المللی**  
داوری تجاری که از حمایت مؤسّسات انجمنهای داوری و نیز اقبال روز افزون بازرگانی داخلی نسبت به نهاد داوری به عنوان اسلوب مؤثر حل و فصل اختلاف در تجارت داخلی برخوردار بوده است، هماهنگ با رشد انبوه تجارت جهانی و توسعه سرمایه‌گذاریهای بعد از جنگ جهانی دوم توسعه یافته و به پیش آمده است.<sup>۷</sup> حتی پیدایش کشورهای سوسیالیستی و کشورهای تازه به استقلال رسیده و رواج بازرگانی دولتی در آنها و نیز افزایش نقش دولتها در موافقنامه‌های

6. See Steyn, "England" in 8 Yearbook Commercial Arbitration, p.3, (1983).  
7. آمار وزارت بازرگانی امریکا حاکی از آن است که سرمایه‌گذاری خارجی امریکا شامل سرمایه‌گذاری به صورت نقدی یا وام به خارجیان، در سال ۱۹۸۰ بالغ بر حدود ۲۱۴ میلیارد دلار می‌شود که باید با رقم ۱۸۷ میلیارد دلار در سال ۱۹۷۹ و حدود ۹۵ میلیارد دلار در سال ۱۹۷۵ و ۱۲ میلیارد دلار در سال ۱۹۵۰ مقایسه شود. توزیع سرمایه‌گذاری امریکا در سال ۱۹۸۰ چنین است: در کانادا ۲۱٪، امریکای لاتین ۱۸٪، اروپا ۴۵٪؛ در کشورهای توسعه یافته و توسعه نیافته به ترتیب ۷۵٪ و ۲۵٪ بوده است. رک.

Whichard, "U.S. Direct Investment Abroad in 1980", 61 Survey Current Bus., 20, 21 (Aug. 1981); Whichard, "Trends in the U.S. Direct Investment Abroad, 1950-79", 61 Survey Current Bus. 39-41 (Feb. 1981); 1981 Bus. Int'l, 326-27 (Oct. 9, 1981).

توسعه اقتصادی، خودبخود معاملات بین المللی پیچیده‌ای را به دنبال آورده که نسبت به قراردادهای داخلی سنتی به مراتب متفاوت است,<sup>۸</sup> و حل و فصل اختلافات ناشی از آنها نیز محتاج اسلوب متفاوتی است که همانا داوری است.

## داوری بین المللی یک روند مستقل است

بر عکس مکانیسم‌های داخلی حل و فصل اختلافات که آیین دادرسی ثابت و قواعد شناخته شده‌ای دارند، داوری بین المللی مانند خود دعاوی بین المللی مستلزم وقوف به سیستم حقوقی بیش از یک کشور، اطلاع از مبانی گوناگون صلاحیت مراجع رسیدگی و نیز محتاج آگاهی از انواع آیین دادرسی و مقررات آنها در مورد ادله اثبات دعوا (مبانی و واقعیات)، قانون حاکم بر دعوا، اثبات قانون خارجی و بالاخره اجرای حکم می‌باشد. بنابراین دست‌اندرکاران داوری‌های داخلی که می‌خواهند به حوزه داوری بین المللی گام نهند، باید آمادگی لازم را برای عبور از نظام رسیدگی داخلی - که تک بعدی است - به ساختارهای حل و فصل چند بعدی یعنی داوری بین المللی داشته باشند.<sup>۹</sup> امتیازات داوری در دعاوی داخلی یعنی سرعت تصمیم‌گیری، کم هزینه بودن و غیررسمی بودن جریان رسیدگی، در داوری تجاری بین المللی نیز وجود دارد. دعاوی بین المللی به دلیل موانعی از قبیل گوناگونی زبان طرفین، بعد مسافت و مشکلات ارتباطات و مکاتبه بیشتر با خطر تأخیر و اطاله رسیدگی مواجه می‌باشند و اغلب هزینه بیشتری در بر دارند مانند هزینه اداره جریان داوری، حق الزحمه داوران، استخدام وکلای محلی، مترجم و بالاخره هزینه‌های

8. See de Vries, "Arbitration of Disputes in International Projects", in International Project Finance (Fordham Corp. L. Inst. 1975).

9. صرف اتکا و توجه به قوانین گوناگون داوری بدون آگاهی نسبت به جنبه‌های وسیع تر و مفصل تر مقررات آیین دادرسی آنها، به قول «وتر» به معنای «تک بعدی دیدن نظامهای چند بعدی حل و فصل است». رک.

IV Wetter, "The International Arbitral Process: Public and Private", (1979) at 285., See also Mentschikoff, "Commercial Arbitration", 61 Col. L. Rev. 846 (1961).

مسافرت. در داوری بین‌المللی، جو غیررسمی و ساده‌ای که در داوریهای داخلی وجود دارد به محیطی آمیخته به قواعد رسیدگی و آیین دادرسی پیچیده تر تبدیل می‌شود. با این که داوری داخلی و داوری بین‌المللی هردو توسط داورانی اداره می‌شود که خود اصحاب دعوا منصوب کرده‌اند و داوران صلاحیت و اختیار خود را از توافق اویله طرفین در مراجعته به داوری به دست می‌آورند، اما مسیرهای متفاوتی را طی کرده و در جهات گوناگون تحول یافته‌اند.

به علت جنبه‌های فرامی‌نفته در داوریهای بین‌المللی، خواه ناخواه مسائل صلاحیتی در داوری بین‌المللی بیشتر پیش می‌آید. به همین لحاظ ضرورت درج شرط داوری در قرارداد اویله به منظور رفع هرگونه ابهام و بلا تکلیف از حیث مسائل صلاحیتی، امروزه تقریباً تبدیل به رویه‌ای بین‌المللی شده است.<sup>10</sup> در کشورهایی که مراکز بزرگ داوری در آنجا واقع است، قوانینی تصویب شده که احکام جداگانه‌ای برای داوری بین‌المللی و داخلی پیش بینی نموده و آن دورا از هم جدا می‌سازد.<sup>11</sup> در قواعد داوری مؤسسات داوری بین‌المللی نیز طبقه بندی داوریها و تفکیک آنها در رابطه با معاملات مختلف بین‌المللی مورد توجه و تأکید قرار

#### 10. See Kerr, footnote 2, supra at p. 164.

11. «در دعاوی بین‌المللی، قوانین داخلی و احکام دادگاهها کنترل قضایی محدودی بر احکام صادره در سطح بین‌المللی دارند. در انگلستان که دارای نظام حقوق عرفی است، هدف از حذف قاعدة حجیت رویه قضایی (لازم الاتّباع بودن رویه محکم در دعاوی مشابه) در داوریهای بین‌المللی که در انگلستان برگزار می‌شود آن بود که اعتبار و جایگاه انگلیس به عنوان مرکز داوریهای بین‌المللی بیشتر حفظ و ابقاء شود. در مقایسه اجمالی ماهیت کنترل قضایی احکام داوری در سایر کشورهای اروپایی را که با انگلیس از حیث مرکز داوریها رقابت دارند، معلوم می‌شود که در معنای وسیع، طبق مقررات انگلیس، صرف تفاق طرفین برای استثنای کردن صلاحیت محکم داخلی (و مراجعته به داوری) متزلف است با آنچه در فرانسه و سوئیس موافقت‌نامه داوری محسوب می‌شود. ولی در حقوق سویس هریک از طرفین داوری که ایراد و اعتراضی داشته باشد، می‌تواند به دادگاه مراجعته و نسبت به هر امر ماهوی درخواست رسیدگی نماید...» رک.

Shenton & Toland, "London As A Venue for International Arbitration: The Arbitration Act 1979", 12 Law & Policy Int'l Bus., 643, 972 (1980).

گرفته است.<sup>۱۲</sup>

## نقش دادگاههای داخلی در داوری بین المللی

داوری تجاری بین المللی نمی‌تواند بدون مساعدت و همکاری محاکم داخلی، به طور مؤثر و کارا عمل کند. دادگاههای کشور محل داوری را نمی‌توان به کلی از صحنه بیرون گذاشت و با داوری غیرمرتبط دانست مگر این که طرفین در قرارداد اولیه ارجاع به داوری، به طور خاص در این زمینه توافق کرده باشند.<sup>۱۳</sup>

مؤثر بودن داوری از حیث صدور رأی قطعی و لازم الاجرا برای حل و فصل منازعه‌ای که به آن ارجاع شده، موکول است به آن که اگر یکی از طرفین از اجرای رأی داوری تخلف نمود دادگاهی در کار باشد که رأی را به اجرا درآورد. داوری در مفهوم بین المللی آن متضمن صدور حکم الزام آور است با همان آثار حقوقی و قدرت اجرایی که حکم قطعی دادگاه دارد.

اغلب کشورهایی که در امر تجارت فعال هستند، قوانین خاصی در مورد داوری دارند اما در زمینه‌های حساس و مهم هنوز قضات هستند که با آرای خود عملاً قانونگذاری می‌کنند. «فرانسه و سویس به طور سنتی بیش از انگلستان و امریکا قانون مدار هستند و حجم بیشتری از قوانین موضوعه را در باب داوری

۱۲. مجمع عمومی سازمان ملل متحد در سال ۱۹۷۶ «قواعد داوری» را تصویب نمود که به «قواعد داوری آنسیترال» موسوم است و توصیه کرد که در دعاوی تجاری که به داوری ارجاع می‌شود، از آن استفاده شود. رک.

Dietz, "Introduction: Development of the UNCITRAL Arbitration Rules" 27 Am. J. Comp. L. 449 (1979).

علاوه بر این، کنوانسیون ۱۹۶۵ واشینگتن برای «حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر» یک مرکز داوری تشکیل داده (ایکسید ICSID) و مقررات خاصی برای طرح دعوا و حل و فصل آن از طریق سازش یا داوری وضع نموده است. (برای ملاحظه متن قواعد داوری آنسیترال و نیز کنوانسیون ایکسید همراه با ترجمه فارسی آنها، مراجعه کنید به: مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، به ترتیب شماره ۴ و شماره ۶، استاد بین المللی -م).

13. Holtzmann; "Arbitration and the Courts: Partners in a System of International Jurisdiction", 1978 Rev. de l'Arbitrage 253.

دارند، مع ذلك در موضوعات اساسی که در جریان داوری پیش می آید مجموعه ای از رویه ها و آرای محاکم است که منبع اصلی مقررات داوری است». <sup>۱۴</sup>

## مفهوم قرارداد بین المللی

محاکم امریکا و فرانسه در مقام تفکیک و تمایز بین داوریهای کاملاً داخلی و داوریهای بین المللی از مفهوم قرارداد بین المللی استفاده کرده اند، به این معنا که مراجعه به داوری بین المللی به مثابه یک قرارداد بین المللی، طریقه ای است که طرفین با انتخاب داوری به عنوان مرجع حل و فصل اختلاف، آزادی اراده خود را اعمال و اعلام می کنند.<sup>۱۵</sup> دیوان عالی کشور امریکا در پرونده «شرک»<sup>۱۶</sup> گفته است: «گرچه موضوع دعوا که تقلب در خرید و فروش اوراق قرضه است در مفهوم حقوق داخلی آن اساساً قابل ارجاع به داوری نیست، اما چون تقلب در یک قرارداد بین المللی رخ داده، قابل داوری است و بنابراین شرط داوری قرارداد که داوری اتفاق باز رگانی بین المللی در پاریس را پیش بینی نموده، لازم الاجرا و معتبر است». به موازات کاهش کنترلهای قضایی محاکم نسبت به داوریها، آزادی عمل طرفین در ارجاع اختلافات به تصمیم لازم الاجرا داوران، افزایش یافته است.

### 14. IV Wetter, *supra* fn. 9 at p. 7.

(در ایران برای داوریهای داخلی مقررات باب هشتم قانون آیین دادرسی مدنی را داریم و در زمینه داوریهای بین المللی نیز لایحه قانون داوری تجاری بین المللی که اخیراً به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است. لکن رویه قضایی در زمینه داوری هیچ توسعه نیافته و از این حیث دچار کمبود جدی هستیم -م).

### 15. See Delaume, "What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma", 28 Int'l & Comp. L. Q. 258.

### 16. 417 U.S. 506 (1974).

قوانين داخلی کشورها<sup>۱۷</sup> و عهدهنامه های بین المللی<sup>۱۸</sup> نیز اختیارات مراجعت قضایی داخلی را در تجدیدنظر نسبت به تصمیمات دیوانهای داوری محدود کرده است. احکام داوری خارجی آسان تر از احکام قضایی محاکم به اجرا در می آیند و امروزه روند داوری تجاری بین المللی در بالاترین مرحله از اهمیت و تأثیر حقوقی خود در سطح داخلی و بین المللی می باشد و داوری بین المللی به درستی «جایگزین محاکم داخلی شده است».<sup>۱۹</sup>

## داوری بین المللی، جایگزین رسیدگی قضایی

تفییر واستحاله «تواافق اخلاقی» اوّلیه برای حل اختلافات که توافقی غیررسمی، سریع، ارزان و کم هزینه بود به یکی از رشته های «حقوق رسیدگی بین المللی» - یعنی داوری- پیامدهای گوناگونی را به دنبال داشته است. اقتدار

۱۷. به دنبال توسعه تجارت بین المللی پس از جنگ جهانی اول و نیز پس از انعقاد اوّلین موافقنامه بین المللی داوری در سال ۱۹۲۳، کشورهای غربی بطور روز افزون قوانین و مقرراتی در زمینه داوری وضع کردند که چند مطلب کلی در همه آنها مشترک است: (۱) الزام آور بودن موافقنامه ارجاع دعاوی به داوری، (۲) اختیار دادگاه در نصب داور در صورتی که طرفین به توافق نرسند یا یکی از آنها از معرفی داور خود امتناع ورزد و همکاری لازم نکند، (۳) توقف و توقیف رسیدگی دادگاه به دعواهی که طبق توافق قبلی طرفین باید به داوری ارجاع شود ولی با نقض این توافق، در دادگاه مطرح شده است، (۴) آزادی طرفین در اداره جریان داوری و آین دادرسی در داوری و بالاخره (۵) محدودیت اختیارات دادگاه در کنترل و تجدید نظر قضایی در رأی داوری. برای ملاحظه و بررسی قوانین داوری در امریکا، انگلیس، سوئیس، رک.

II Wetter, Supra note 9, at 41I-98.

۱۸. علی رغم رشد و توسعه داوری تجاری بین المللی، امریکا تا سال ۱۹۷۰ عضو هیچ عهدهنامه بین المللی در مورد داوری نشده بود. عهدهنامه های ۱۹۲۳ و ۱۹۲۷ زنود مورد داوری بین المللی را بسیاری از کشورها تصویب و به آنها ملحوظ شده اند. اما بعد از کتوانسیون ۱۹۵۸ نیوبورک در مورد اجرای احکام بر این عهدهنامه تفوق یافت و در واقع جانشین آنها شد. با این همه، کتوانسیون اروپایی ۱۹۶۱ در مورد داوری که هدف اصلی آن توسعه داوری در روابط بین کشورهای اروپای غربی و شرقی بود، همچنان به عنوان یک منبع مهم حقوق داوری بین المللی باقی مانده است. رک. de Vries, International Commercial Arbitration 57 Tul. L. Rev. 42, 55 (1982).

۱۹. Van den Berg, The New York Convention of 1958, (1981) p. 14.

تصمیم‌گیری در داوری بین‌المللی امروزه تقریباً به طور کامل در دست داورانی است که آموزش‌های حقوقی لازم را دیده‌اند و از مسائل حقوقی مطلع‌اند. طرفین با وکلا و مشاوران حقوقی خود حتی ممکن است عضو کانون وکلای کشور محل داوری هم نباشند. عده‌ای متخصص در دعاوی بین‌المللی بوجود آمده که می‌توانند در داوریهای بین‌المللی به صورت فرا مرزی تبادل رواج کنند و جریان رسیدگی داوری را شبیه آنچه در محاکم می‌گذرد، اداره نمایند.

دیوانهای داوری به صورت نمونه‌ای نوعی از مرجع رسیدگی به مرافعات حقوقی در آمده‌اند. آینه‌های رسیدگی و قواعد داوری هرچه بیشتر صبغه و کیفیت مقرراتی را به خود گرفته‌اند که حقوق‌دانان حرفه‌ای تنظیم و تدوین می‌کنند و هرچه بیشتر سخت و استوار شدنده و بر مسأله مشکل انتخاب محل داوری و زبان داوری و نیز سوابق حقوقی و حرفه‌ای داوران تأکید ورزیده، و راه حل‌هایی ارائه می‌کنند. مراکز و مؤسسات داوری نیز در مورد حوزه «صلاحیت» خود به رقابت پرداخته‌اند. پیر لالیو به «تنوع فوق العاده داوریها و نیز ماهیت چندگونه و چند بعدی آنها» اشاره می‌کند.<sup>۲۰</sup> رنه دیوید هم با شگفتی و تعجب از «تعداد زیاد و تنوع قواعد داوری که مؤسسات داوری گوناگون تدوین کرده‌اند» سخن می‌گوید.<sup>۲۱</sup> تنوع قوانین داخلی کشورها در سراسر جهان، قواعد و مقررات مؤسسات داوری، مشکل زبان و بالاخره سوابق و تخصص‌های حقوقی داوران مانع از این می‌شود که با مسأله داوری تجاری بین‌المللی به عنوان روندی یکنواخت، برخوردي یکسان نمود. اما مسلماً داوری تجاری بین‌المللی از داوری داخلی یکسره جدا است و شکلهای مختلفی دارد.<sup>۲۲</sup>

20. Lalive, "Le droit applicable au fond du litige en matière d'arbitrage", Rassegna dell' Arbitrato 3, 4 (1977).

21. David, L'Arbitrage dans le Commerce International, p. 68 (1982).

۲۲. مرکز بین‌المللی حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری (ایکسید) نشانه رواج اقتدار و مرجعيت داوری بین‌المللی است. این مرکز بر اساس کنوانسیون واشنگتن (۱۹۶۵) و به منظور تشویق



## اثر بیطرفى در انتخاب محل داوری و داوران

گوناگونی شکلهای داوری بین المللی ناشی از آزادی عمل وسیع طرفین در انتخاب محل داوری و نیز انتخاب داوران از ملیت‌های گوناگون با زبانهای متفاوت و سوابق حقوقی و تخصصی مختلف است. به علاوه، مشخصه ذاتی داوری بین المللی - یعنی بیطرفى در مفهوم گسترده آن - لازم می‌آورد که محل داوری و زبان داوری و نیز قانون حاکم بر آن گوناگون باشد. ویژگی بیطرفى اقتضا می‌کند که خود طرفین (یا مقام ناصب) محل داوری را درجایی غیر از کشور متبع طرفین قرار دهد، و نیز داور ثالث از کشوری غیر از کشور متبع هریک از طرفین انتخاب و نصب گردد.<sup>۱۶۲</sup> بهای این «بیطرفى حقوقی» البته هرجه پیچیده‌تر شدن و تطویل جریان

سرمایه‌گذاری خصوصی خارجی در حوزه کشورهای تازه به استقلال رسیده تأسیس شده و بانک جهانی (مؤسس آن) توانسته اقبال و پذیرش بیش از ۸۰ کشور جهان در افریقا، آسیا و اروپای غربی و نیز امریکارا برای الحق به کتوانسیون مذکور جلب نماید. در این کتوانسیون داوری به عنوان تنها اسلوب حل و فصل اختلافات مورد استفاده و اجراست و کشورهای عضو کتوانسیون پذیرفته‌اند که احکام داوری مرکز را همانند حکم نهایی صادره از دادگاههای داخلی خود اجرا نمایند (ماده ۲۶، ۳۸، ۴۵ کتوانسیون). [برای اطلاع بیشتر ک. آرن بروشه، «قانون حاکم و اجرای احکام در داوریهای موضوع کتوانسیون حل و فصل اختلافات سرمایه‌گذاری»، ترجمه دکتر محسن محبی، مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین المللی، شماره ۱۰، ص ۱۶۳ - م. ۲۰۱۶].

۲۳. ویژگی «بیطرفى» را درین (Derain) این گونه توصیف می‌کند: «بیطرفى» (neutrality) که نخستین مشخصه داوری است، نباید با مفهوم استقلال (impartiality) اشتباہ شود. استقلال یک مفهوم عینی و شخصی (ساپریکتیو) است در حالی که بیطرفى «ذهنی» و (ابزرکتیو) است. کسی که متصدی حل و فصل دعوا است یعنی قاضی دادگاه یا داور، و با یکی از اصحاب دعوا تابعیت مشترک و واحدی دارد ممکن است شخصاً مستقل باشد اما نمی‌تواند بیطرف و بدون نظر باشد. وی با زبان طرف دعوا که هموطن اوست و هردو تابعیت کشور واحدی را دارند حرف می‌زنند، با همان مفاهیم حقوقی که او آشنا است، آشنایی دارد و نسبت به مسائل حقوقی همان برخورد و برداشتی را دارد که طرف دعوا و هموطن او دارد. هنگام انعقاد قرارداد هردو طرف اکراه دارند صلاحیت محاکم کشور یکدیگر را بپذیرند، حتی اگر بیطرفى و بی نظری محاکم آن کشور خالی از هرگونه شک و شبهه بوده و مسلم باشد. در چنین پس زمینه‌ای است که داوری بین المللی تنها راه حل قابل قبولی است که طرفین می‌توانند بپذیرند، خواه به صورت داوری موردي (ad hoc) باشد یا غیرمستقیم (داوری سازمانی) یعنی ارجاع دعوا به مؤسسات داوری، که داور منفرد یا داور



رسیدگی و افزایش هزینه‌های داوری است. مقام منصوب کننده چه بسا محلی را برای داوری برگزیند که بسی دور از اداره یا دفتر مرکزی طرفین یا حتی دور از محل اجرای قرارداد باشد، آیین رسیدگی و زبان آن نیز برای طرفین و وكلای آنها بیگانه باشد. هیأت داوری، متشکل از داورانی با اقامتگاهها و تابعیت‌های مختلف که هر کدام از زمینه‌ها و سوابق حقوقی خاصی نیز برخوردارند، می‌تواند باعث تأخیرهای طولانی و پرهزینه در جریان رسیدگی شود. از سویی، باید پذیرفت که در دعاوی مربوط به تجارت شرق-غرب یا قراردادهای بین کشورهای صنعتی و کشورهای توسعه نیافته، وجود محل داوری در کشور هر یک از دو طرف دعوا ممکن است منتهی شود به انتخاب «محلی» که نسبت به منافع یکی از طرفین موضع غیردوستانه دارد یا نسبت به مسائل مطروحه در پرونده بیگانه است.<sup>۲۴</sup> مع ذلك، هیچ راه حل سریع‌تر و مطمئن‌تری نمی‌توان ارائه داد. بهای بیطری حقوقی در داوریها چنان گزارف است که گاه امتیازات داوری را منتفی می‌کند تا جایی که بعضًا مراجعت به «دادگاههای کشوری را که مورد اعتماد هر دو طرف دعوا است و با آن آشنایی کافی هم دارند» مرجع می‌سازد.<sup>۲۵</sup>

## انتخاب محل داوری و داوران

به طور کلی «انتخاب محل داوری پاسخ چند پرسش را معلوم می‌کند: چه قانونی جریان داوری را کنترل می‌کند، چه موضوعاتی می‌تواند مورد داوری قرار گیرد، داوران چه کسانی هستند، و جریان داوری چگونه باید انجام شود

→  
سوم از کشور ثالثی انتخاب می‌شود و داوری هم معمولاً در کشور همین داور سوم برگزار می‌گردد.  
رک.

Derains, "New Trends in the Practical Application of the ICC Rules of Arbitration", 3, N.W.J. Int'l Law of Bus. (1981) at p. 40.

24. Supreme Court of the United States in Scherk v. Alberto Culver Co, 417 U.S. 506, 515-16 (1974).

25. Kerr, supra footnote 2, p. 177.

(آین دادرسی)». «انتخاب محل داوری معمولاً به گزینش یک مؤسسه داوری به منظور اداره جریان داوری برمی‌گردد. مؤسسات بزرگ داوری بین‌المللی مانند دیوان داوری اتاق بازرگانی بین‌المللی که مقر آن در پاریس است، دادگاه داوری لندن، انجمن داوری امریکایی در نیویورک، مؤسسه داوری اتاق بازرگانی استکهلم هر کدام قواعد داوری خاصی را در چارچوب مقررات آین دادرسی کشوری که مقر آنها در آن واقع است، تهیه و تدوین کرده‌اند.<sup>۷۷</sup>

اما انتخاب قانون ماهوی و نیز آین دادرسی در داوری به ترکیب هیأت داوری مربوط می‌شود. قصاصات حرفه‌ای که دارای تجارت مستمر در امر قضا هستند برای احراز واقعیات مربوط به پرونده و تصمیم‌گیری درباره موضوع اصلی محل نزاع و رسیدگی به انواع دعاوی معمولاً روشها و مهارتهای قضایی یکسانی را بکار می‌گیرند. به عبارت دیگر، اگر قصاصات به عنوان داور انتخاب شوند، اعم از آنهایی که متعلق به نظام حقوق عرفی (کامن لا) هستند یا غیر آنها در اداره جریان داوری نیز شیوه‌های یکسانی دارند که قابل پیش‌بینی است و اصول راهنمای ایشان در تصمیم‌گیری و صدور رأی در واقع تبدیل به ملکه و عادت شده است. به این ترتیب، ترکیب هیأت داوری در هر پرونده، زمینه اعمال سلیقه‌ها و سوابق حقوقی داوران را فراهم می‌کند.<sup>۷۸</sup>

26. Holtzmann, "The Importance of Choosing the Right Place to Arbitrate an International Case", in *Private Investors Abroad-Problems and Solutions in International Business in 1977*, 183.

۲۷. مثلاً طبق مقررات داوری ICC این که داوران باید قرارنامه داوری (Terms of Reference) تهیه کنند (ماده ۱۵ قواعد داوری) که به امضای طرفین دعوا و خود داوران می‌رسد، مأخذ از یک رویه فرانسوی است. زیرا گرچه در حقوق فرانسه موافقنامه داوری برای خارج کردن دعوا از صلاحیت دادگاه کافی است، اما علاوه بر این تنظیم یک قرارنامه جداگانه (compromis) نیز لازم است که هم متضمن تعریف نکات و موضوعات مورد اختلاف، تعیین محل داوری و مقررات دادرسی و (آین داوری) است و در واقع «پیمان داوری» است، و هم حاوی قرارداد بین طرفین و داوران است.

28. David, footnote 21, supra, "La procédure de l'arbitrage est dans un large mesure réglée par les arbitres" (p. 408). "Les arbitres, tout naturellement, sont



## داور منصوب طرفین

در دعاوی مهم، رویه متداول این است که دیوان داوری از سه داور تشکیل می شود و هر کدام از طرفین یک داور را نصب و معرفی می کند و سپس خود طرفین یا دو داور منتخب ایشان، داور سومی را انتخاب می نمایند و گاه مرجع یا شخصی را به نام «مقام منصوب کننده» در نظر می گیرند که در صورت لزوم، عضو غایب از هیأت داوری را تعیین و منصوب کند.

جایگاه داور منصوب طرفین شایان توجه است. به نظر انجمان داوری امریکا که مبتنی بر تصمیمات محاکم نیویورک و رویه داوری در امریکا است، استقلال و نیز بیطرفی کامل فقط نسبت به داور ثالث شرط است.<sup>29</sup> اما در رویه اروپایی شرط بی طرفی در مورد همه داوران لازم الرعایه است بطوریکه فقدان بیطرفی نسبت به هریک از داوران، حتی داور منصوب طرفین، یک ایراد اساسی به شمار می رود و نقص شکلی است که در نهایت اعتبار حکم داوری را مخدوش می سازد.<sup>30</sup>

## داوری به مثابه عامل وحدت سیستم های حقوقی

در کنار تأکیدی که بر علل و عوامل تنوع شکلهاي داوری بین المللی می شود، داوری بین المللی عامل بزرگ یکنواختی و وحدت حقوقی نیز هست. اغلب مرکز داوری، حتی دو مرکز جدید التأسیس داوری در کوالالمبور و قاهره که هردو متعلق به «کمیته مشورتی حقوقی آسیایی - افریقایی» می باشند، در چارچوب یکی از دو سیستم حقوقی یعنی سیستم حقوق عرفی یا سیستم حقوق نوشته، تشکیل شده اند.



enclins a suivre la pratique établie dans leur pays pour les jugements"  
p. 443.

29. The 1977 Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, prepared by a Joint Committee of the AAA and the American Bar Association states that a party appointed arbitrator "may be predisposed toward the party who appointed him". (Canon VII.)

30. II Wetter, supra note 14 at p. 364.

در کشورهای دارای سیستم حقوقی نوشته، سویس (ژنو و زوریخ)، پاریس و هلند مراکز اصلی داوری بین المللی می باشند، و در کشورهای دارای حقوق عرفی نیز لندن و نیویورک پایگاه داوریها است. اتاق بازرگانی بین المللی و انجمن امریکایی داوری به ترتیب نمایانگر سازمان داوری در کشورهای حقوق نوشته و کشورهای حقوق عرفی می باشند. البته قواعد داوری آن دو به اندازه کافی انعطاف دارد که مبادله و تطبیق موازین حقوق نوشته و حقوق عرفی را برتابد و امکان پذیر سازد، به طوری که دیوان داوری که مقرر آن در نیویورک است و رئیس آن کسی است که در امریکا (نیویورک) آموخت دیده، می تواند جریان داوری را طبق قواعد اتاق بازرگانی بین المللی (پاریس) هدایت و اداره نماید و در عین حال مقررات شکلی مربوط به حقوق عرفی امریکا را که محل داوری است نیز رعایت کند. به طور کلی، داوری اتاق بازرگانی بین المللی پاریس برای سیستمهای حقوق نوشته طراحی شده و دادگاه داوری لندن برای داوریهایی که در انگلستان یا کشورهای مشترک المنافع برگزار می شود تشکیل گردیده و بالاخره داوریهای موضوع انجمن امریکایی داوری برای داوری در امریکا تدوین و فراهم شده است.<sup>۲۰</sup>

به هر حال، آگاهی از تلقی سیستم حقوق نوشته یا سیستم حقوق عرفی از مسائل شکلی و آین دادرسی در داوری، برای تنظیم و درج شرط داوری در قراردادها یا تهیه موافقنامه ارجاع به داوری و بالاخره برای صدور رأی داوری لازم است.

### 31. Stein and Wotman, "International Commercial Arbitration in the 1980's: A comparison of the Major Arbitral Systems and Rules", The Business Lawyer, Vol. 38, August 1983, p. 1715:

«در عمل، داوریهای موضوع قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی پاریس که از نوع داوری سازمانی است و نیز داوریهای موضوع قواعد داوری آنسیترال که از نوع داوریهای موردی است، بیشتر مطابق با مقررات سیستم حقوقی کشور متبع رئیس هیأت داوری یا مقررات کشور محل داوری انجام می شود. اما قواعد داوری انجمن امریکایی داوری و نیز قواعد دادگاه داوری لندن بیشتر بر مقررات حقوق عرفی تاکید دارد». برای اطلاع از چند و چون داوریهای موضوع دادگاه داوری لندن مراجعه کنید به: II Wetter, supra note 9 at pp. 506-508.

## شیوه‌های قضائی در داوری

نخستین نکته‌ای که باید مورد توجه واقع شود آن است که اصولاً در سیستم انگلیسی-امریکایی (حقوق عرفی) جریان دادرسی بیشتر در کنترل و اختیار اصحاب دعواست و به صورت مرافعه است یعنی متداعین مستقیماً در مقابل یکدیگر قرار می‌گیرند و در محض دادگاه به گفتگو و دفاع می‌پردازند. اما در مقام مقایسه، در کشورهای دارای سیستم حقوق نوشته این دادگاه است که جریان رسیدگی را کنترل می‌کند و مداخله و مسؤولیت بیشتری برای تحقیق و تفحص در مورد حقایق و واقعیات مربوط به دعوا دارد. سیستم حقوق عرفی میراث دار آینین دادرسی است که متداعین در حضور هیأت منصفه به اظهار مطالب و مدافعت می‌پردازند. یعنی تشکیل جلسه استماع شفاهی و استماع شهود در جلسه علنی.<sup>۳۲</sup> اما دادرسی در سیستم حقوق نوشته در اروپای قاره‌ای (کشورهای اروپایی به جز انگلستان) شهادت شفاهی در محض دادگاه چنین اثر اثباتی و مستقیمی ندارد زیرا آن را بیشتر متأثر از منافع طرف مربوط و مصلحتی تلقی می‌کند و ترجیح می‌دهند واقعیات و موضوعات مختلف دعوا به وسیله اسناد و مدارک و ادله مثبته که در جریان دادرسی ارائه و

۳۲. «در امریکا، شفاهی بودن دادرسی به معنای رسیدگی و استماع شفاهی دعوا در جلسه علنی دادگاه، یک اصل مسلم و تخلف ناپذیر است که در همه دعاوی حقوقی از ابتدای تاریخ حقوق امریکا رعایت شده و می‌شود. ضرورت برگزاری جلسه استماع شفاهی، ناشی از اصول بنیانی آینین دادرسی است که از انگلستان به امریکا آمده، مانند اصل محاکمه در حضور هیأت منصفه و نیز حق سؤال و استنطاق از شهودی که شهادت آنها مبنای تصمیم دادگاه قرار می‌گیرد. ادای شهادت به صورت شفاهی و در جلسه علنی دادگاه از شیوه‌های سنتی دادرسی است که هدف از آن استنباط و استخراج ادله از اظهارات شهود در محاکمات با هیأت منصفه می‌باشد. در واقع بنیان روانشناسی روبه استنطاق و سؤال و جواب از شهود در جلسه دادگاه و نیز مؤثر بودن عملی این روبه به عنوان ابزاری برای کشف حقیقت، ناشی است از اثر همزمان و ذاتی پاسخهای شفاهی و فی البداهه شاهد به سؤالات که در جلسه عمومی فی المجلس می‌دهد یعنی در محض قضاتی که ارزیابی حقایق و واقعیات مربوط به دعوا نهایتاً با او است. مقررات قانونی که دلیل بودن شهادت برآساس شنیده را (شهادت غیرمستقیم) ممنوع می‌کند، در واقع اجرای صحیح حق استنطاق و سؤال و جواب شفاهی از شهود را تضمین و تأمین می‌نماید زیرا دادگاه باید مستقیماً و بدون واسطه با منبع اطلاعات و حقایق مربوط به دعوا (شاهد) تماس داشته باشد...» رک.

Homburger, "Functions of Orality in Austrian and American Civil Procedure", 20 Buffalo L. Rev. 9, 39 (1970).

مورد بررسی دادگاه قرار می‌گیرد، اثبات شود.<sup>۳۳</sup>

## محتويات پرونده و صورت مجلس ها

در نظام آینین دادرسی امریکا، سوالات وکلا و پاسخهای طرف یا شهود چه در نخستین دور یا دورهای بعدی سوال و جواب در جلسه دادگاه، عیناً صورتجلسه می‌شود و در پرونده ثبت و ضبط می‌گردد. اما در نظام حقوق نوشه، پرونده از یک سلسله اسناد و مدارک، خلاصه اظهارات و پاسخها که به امضای طرفین دعوا می‌رسد یا گزارش کتبی کارشناس منتخب دادگاه، تشکیل می‌شود، مضافاً با توجه به توالي و مرحله به مرحله بودن رسیدگی دادگاه به واقعیات پرونده و سپس مسائل حقوقی آن (مسائل موضوعی و حکمی)، در کشورهای دارای حقوق نوشه برخلاف روش رسیدگی در سیستم حقوق عرفی، صدور قرارهای اعدادی یا تصمیمات مقدماتی در مراحل مختلف رسیدگی، متداول و جاری است.

## نظر کارشناس

در دعاوی تجاری بین المللی بزرگ و مهم موضوعات مطروح در دعوا (مسائل موضوعی) اغلب مستلزم کسب نظر کارشناس است، مانند: ارزیابی ارزش خالص مؤسسه تجاری، رعایت و یا عدم رعایت مشخصات فنی مربوط، بررسی و تعیین قانون خارجی یا عرف تجاری ذی ربط و از این قبیل. در سیستم حقوق عرفی، هریک از طرفین کارشناس مورد نظر خود را انتخاب و او را به عنوان «شاهد کارشناس» آماده و به دادگاه معرفی می‌کند. البته هم قصاص و هم وکلای طرف مقابل می‌توانند کارشناس را در مورد نظریه ای که ارائه نموده مورد سوال و تحقیق قرار دهند. اما به موجب قواعد داوری «آنسیترال» در ماده ۲۷ و نیز ماده ۱۴ (بند C-2) قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی به تبعیت از رویه سیستم حقوق نوشه، کارشناس را دیوان داوری نصب می‌کند و کارشناس فقط درباره

33. Robert, "Administration of Evidence in International Commercial Arbitration", 1 Y.B. Com. Arb. at 221.

موضوعاتی که خود دیوان مشخص می‌کند، اظهار نظر می‌نماید. گرچه نظریه کارشناس به منزله یافته‌هایی در احراز موضوعات ارجاع شده به او معتبر است، متنهای هریک از طرفین حق دارند با تسلیم لایحه کتبی و نیز طرح مباحث شفاهی در جلسه رسیدگی نسبت به آن اعتراض نمایند.

## افشای مدارک

وکلای امریکایی به خوبی با رویه افشای مدارک (discovery) آشنایی دارند و از این توان برخوردارند که شهود طرف مقابل را قبل از شروع رسیدگی مورد استماع و سؤال قرار دهند و طرف دعوا را مجبور سازند اطلاعات و ادله‌ای که در اختیار او یا شخص ثالث است ارائه و افشا کند. حتی اگر «اطلاعاتی که مورد تقاضا است مستقیماً در جریان رسیدگی مرتبط نباشد، اما هدف از افشار آنها به نحو معقول و متعارفی نهایتاً به منظور دسترسی و اطلاع از مدارک و ادله قابل قبول باشد، درخواست افشاری مدارک مانع ندارد». <sup>۳۴</sup> تشریفات مربوط به افشاری مدارک که خاص سیستم حقوقی امریکا است و اختیاری است که به هریک از طرفین داده شده تا به «شکار دلیل» بپردازند، اغلب سبب تأخیرهای ناروا و هزینه‌های نامناسب در جریان رسیدگی دادگاه می‌شود. اما در آیین داوری، حتی داوریهای انجمان داوری امریکا، این مرحله تمهدی و مقدماتی وجود ندارد، مگر این که خود طرفین صریحاً موافقت کرده باشند. گرچه دیوان داوری که تحت مقررات انجمان داوری امریکا تشکیل شده حق دارد شهود را احضار کند یا مدارکی را مطالبه نماید، اما مسلمًا درخواست افشاری مدارک در داوریهای امریکا خیلی کمتر متدائل است تا دادگاهها، که البته در دادگاهها هم «معمولًاً محاکم فدرال و ایالتی آن را رد می‌کنند».<sup>۳۵</sup>

طبق قواعد داوری اتاق بازارگانی بین المللی و نیز قواعد داوری آنسیترال، دیوان داوری می‌تواند به اصحاب دعوا و شهود آنها دستور نزد دیوان حضور

34. Federal Rules of Civil Procedure, Rule 26b(1).

35. See Stein and Wotman, *supra*, fn. 31 at 1706.

یابند یا مدارکی را تسلیم نمایند، اماً از نظر حقوقی تکلیف طرف به رعایت این دستورات در مرحله اول ناشی از قاعدة بار دلیل است که به عهده او است، و سپس ناشی از اینکه عدم رعایت دستور هیأت داوری برعلیه او تفسیر خواهد شد و یا بالاخره ناشی از مفاد قرار کارشناسی است که این مورد بیش از همه شایع است، به این معنا که هنگام ارجاع امر به کارشناس مقرر می شود که: «طرفین مکلفند کلیه اطلاعات لازم یا روش کار را در اختیار کارشناس قرار دهند و نیز هرگونه مدرک و کالای مرتبط را برای بازرگانی به وی ارائه کنند». <sup>۳۶</sup> بنا بر این اگر هر کدام از طرفین استاد و مدارک مورد درخواست را به کارشناس ارائه نکنند «دیوان داوری بر اساس ادله موجود نزد خود مبادرت به صدور رأی و تصمیم گیری می نماید».<sup>۳۷</sup>

## قانون شکلی حاکم

به طور کلی مقررات و قوانین شکلی (آیین دادرسی) کشور محل داوری، قواعد داوری مؤسسه داوری مربوط که جریان داوری در چارچوب آن قواعد انجام می شود را تکمیل می کند، و گاه حاوی مقررات آمره‌ای است که صلاحیت محاکم محلی را در نظارت بر داوری تعیین می کند و مضافاً راه حلها و طرق قضایی که برای کمک به دیوان داوری یا کنترل آن وجود دارد، مشخص می سازد.

در فرانسه آنچه «قانون داوری» (lex arbitri) نامیده می شود نسبت به امریکا و انگلیس به مراتب منعطف تر است. در داوری بین‌المللی، طرفین یا داوران آزادند مقررات داوری یک کشور خاص یا مقررات داوری بین‌المللی (مانند قواعد داوری مؤسسات بین‌المللی داوری) را برگزینند یا این که مقررات خاصی برای انجام داوری تدوین و تهیه نمایند.<sup>۳۸</sup> به هر حال انتخاب فرانسه به عنوان محل داوری لزوماً به معنای اعمال و اجرای مقررات شکلی و آیین دادرسی آن کشور نیست.

36. UNCITRAL Rules, Art. 27.

37. UNCITRAL Rules, Art. 28(3).

38. ICC Rules, Art. 11, French Code Civ. Proc. Art. 1494.

## قانون ماهوی حاکم

مسئله انتخاب قانون ماهوی در داوریهای تجاری بین‌المللی موازن‌نه‌ای مبتنی بر تئوری و عمل است. تا جایی که اسلوب داوری با رسیدگی قضایی در دادگاه مقایسه شود، انتخاب قانون کشور محل داوری یا همان «قانون داوری» (*lex arbitri*)، نقطه شروع انتخاب قانون ماهوی است. معدلک واقع بینانه تر آن است که بگوییم انتخاب قانون ماهوی و نیز اثبات چنین قانونی، تا حد زیادی موكول است به سلیقه حقوقی و روش کار خود داوران و نیز نظارتی که محاکم محلی مقر داوری بر جریان داوری اعمال می‌کنند.

## انتخاب صریح قانون حاکم

اصل آزادی قرارداد یا حاکمیت اراده در داوری تجاری بین‌المللی قلمرو وسیع‌تری دارد. در اغلب موارد قصد طرفین در گزینش قانون ماهوی حاکم بر دعوا معتبر و محترم شمرده می‌شود.

## «قانون قرارداد» به عنوان قانون حاکم

از آنجا که در داوری تجاری بین‌المللی تقریباً همیشه مسئله تفسیر و اجرای قراردادها مطرح می‌شود، طرفین می‌توانند هنگام تنظیم قرارداد به صورت انتخاب «منفی» عمل کنند، یعنی توافق کنند که «قانون داخلی حاکم بر موضوع، جز در موارد فوق العاده مهم و غیرقابل اجتناب، ارتباط و موضوعیتی نسبت به دعوا نخواهد داشت»<sup>۳۹</sup> و بدین سان از شمول قانون داخلی کشور خاصی جلوگیری کنند. در چنین حالتی، قانون حاکم بر روابط طرفین همان «قانون قرارداد» است، یعنی مفاد و شرایط قرارداد اصلی فیما بین.

۳۹. «وتر» می‌گوید که اصل «قانون قرارداد» (*lex consensualis*) در مفهوم تازه و معاصر آن، به ویژه در امریکا، شروط و مفاد قرارداد را، قانون منحصر به فرد حاکم بر روابط طرفین می‌داند. رک.

Wetter, The Case for International Law School and an International Legal Profession. 29, Int'l & Comp. L.Q. 206, 212 (1980).

## قراردادهای دولتی خارجی

قراردادهای بین المللی که بین اشخاص خصوصی و دولتها منعقد می شود، شایان توجه خاص است. در قراردادهای سرمایه‌گذاری و سایر ترتیبات قراردادی بلند مدت با دولتها یا سازمانها و مؤسسات فرعی دولتی، انتخاب مجموعه قواعد حقوقی که حاکم بر حقوق و تکالیف طرفین باشد، از اهمیت اساسی برخوردار است.<sup>40</sup> معمولاً، این گونه قراردادها در کشور دولت طرف قرارداد تهیه و تنظیم می شود و اجرای آن نیز در سرزمین آن دولت صورت می‌گیرد و از این رو طبق اصول کلی تعارض قوانین، علی القاعده قانون همان کشور به عنوان «قانون مناسب قرارداد» حاکم بر آن خواهد بود. اداره امور عادی مشارکت‌های تجاری بین المللی و نیز مسؤولیت‌های قراردادی و غیر قراردادی آنها در قبال بستانکاران محلی به آسانی مشمول قانون کشور میزبان است. اما اختلافات مربوط به قرارداد سرمایه‌گذاری باید در مراجعی خارج از کشور میزبان و طبق مقررات و قواعد حقوقی استوار و ثبیت شده حل و فصل گردد. در کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولت و اتباع خارجی (موسوم به ایکسید ICSID) داوری به عنوان مرجع انحصاری حل و فصل اختلافات پیش‌بینی شده و ماده ۴۲ آن مربوط است به مسأله قانون حاکم که مقرر نموده دیوان داوری باید «مطابق مقررات قانونی که طرفین با توافق انتخاب کرده‌اند تصمیم‌گیری نماید و در صورتی که چنین توافقی وجود نداشته باشد، دیوان قانون کشور میزبان (سرمایه‌پذیر)، منجمله قواعد حل تعارض قوانین آن کشور را و نیز چنان قواعد حقوق بین الملل را که احیاناً حاکم بر موضوع دعوا باشد، اعمال خواهد نمود». <sup>41</sup> اصولاً در همه قراردادها، اعم از اینکه طرف آن دولت خارجی باشد یا نه، لازم است ماده‌ای در مورد انتخاب قانون حاکم در قرارداد اصلی درج شود. حتی اگر

40. Weil, "Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier", 128 Recueil des Cours III 95, 231 (1969).

41. Kahn, "The Law Applicable to Foreign Investments: The Contribution of the World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes", 44 Ind L.J. 1 (1968).

طبق مقررات داوری کشور محل داوری (*lex arbitri*) لازم نباشد ادله حکم در رأی ذکر شود و رأی به طور محدودی قابل تجدیدنظر باشد، باز هم داوران به نقشی که به عنوان قاضی دارند توجه دارند و به همین لحاظ بر حسب زمینه و سوابق حقوقی خود و با هدایت جویی و مراجعت به اصول حقوقی ذی ربط رأی می دهند. خصوصاً اگر قرار باشد رأی در سطح بین المللی مورد شناسایی و اجرا قرار گیرد، باید ادله حکم با ذکر مبانی حقوقی آن قید شود و داوران باید در رأی صادره بیان کنند که از کدام طریق و به چه نحو به این مبانی حقوقی یعنی قانون حاکم بر دعوا دست یافتند و آن را برگزینده اند.

## داوری سازشی

در بسیاری از کشورهای اروپای غربی و امریکای لاتین، ماهیت اعتماد و روح اطمینانی که طرفین نسبت به داوران خود دارند، به ویژه در مواردی که حل و فصل اختلاف موجود (نه اختلافات احتمالی و آتی) به ایشان سپرده می شود، چنان عمیق است که اختیار حل اختلاف به صورت سازشی را نیز به داوران اعطا می کنند و به عبارت دقیق‌تر داوران نقش سازش دهنده‌گان دوستانه سازشی یا کدخدا منشی پیدا می کنند.<sup>42</sup> "گرچه شرط داوری (*amicable compromiser*) یا کدخدا منشی پیدا می کنند.

آن تفکیک بین داوری مبتنی بر انصاف از داوری مبتنی بر قانون و مقررات حقوقی است. به قول یکی از نویسنده‌گان «داوری سازشی مفهومی است که عموماً پذیرفته شده و در بسیاری از جاها ناشناخته است». "ای. جی. کان نیز در مطلبی که درباره قواعد داوری اتاق بازرگانی بین المللی نوشته، می گوید: «داوری سازشی ویژگی

42. David, fn. 21 supra at p. 463 (1982). The term involves waiver of strict application of non-mandatory rules of procedural or substantive law.

43. Louquin, L'Amiable Composition en Droit Comparé et International (1980), p. 25.

است که خوشبختانه در انگلستان و سایر کشورها شناخته شده نمی باشد».<sup>۴۴</sup> اعطای اختیار تصمیم‌گیری و حل و فصل دعوا براساس انصاف به جای قانون، باعث می شود جریان داوری اساساً به نوعی سازش اجباری تبدیل شود. هنگامی که برای حل و فصل دعوا موجود و مشخص، خود طرفین شخصی را براساس آشنایی و روابط دوستانه ای که با او دارند و نه به خاطر علم و اطلاع او از مسائل حقوقی و قانونی، به عنوان داور بر می گزینند و به او اجازه می دهند دعوا را «براساس حسن نظر» تصمیم‌گیری نماید، با این کار در واقع تمایل خود را به اینکه دعوا با کمترین درگیری و معارضه حقوقی و به نحو دوستانه حل و فصل شود، نشان می هند. امروزه درج شرط داوری با حق سازش یا داوری کدخدامشی برای حل و فصل اختلافات آتی به معنای قصد واقعی طرفین است به اینکه مایلند علیرغم اختلافات حاد، روابط دوستانه خود را همچنان حفظ نمایند.<sup>۴۵</sup>

همان طور که یک نویسنده امریکایی می گوید: «داوری سازشی به معنایی که در فرانسه دارد با آنچه عموماً در امریکا متداول است، تفاوت ماهوی چندانی ندارد». در حقوق امریکا «داوران مأخوذ به مقررات قانونی نیستند و رأی آنها اصولاً قطعی است. مسلماً نمی توان رأی داوری را به صرف اعمال نادرست قانون ابطال کرد... و مهمتر اینکه داوران مکلف نیستند ادله حکم خود را در رأی بیان

44. Cohn, "Rules of Arbitration of ICC", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 14 (1965), p. 156.

۴۵. «دیوید» با شرط داوری کدخدامشی در قراردادهای بیع بین المللی موافق نیست، و به نظر او این نوع داوری اغلب در قراردادهای دراز مدت و مشارکتها و قراردادهای انتقال تکنولوژی می آید زیرا در قراردادهایی از این گونه نمی توان نوع و کیفیت روابط طرفین و توافقهای ایشان را در ابتدای کار و هنگام انعقاد قرارداد با اطمینان و قاطعیت تعریف و توصیف کرد و مضارفاً در این نوع قراردادها طرفین در ابتدای کار بیشتر شرکای هستند که نفع مشترکی در یک واحد تجاری (مشارکت) دارند تا این که مقابل یکدیگر باشند یا تعارض منافع داشته باشند. البته، در مواردی که طرفین بخواهند از تعارض قوانین و انتخاب قانون حاکم انتخاب ورزند نیز، دیوید توصیه می کند از داوری کدخدامشی استفاده کنند. رک. David, supra Note 21, at 465.

46. See Fales, "International Arbitration of Private Disputes-The Draftsman's Dilemma", in Private Investors Abroad-Problems and Solutions in International Business in 1971, 313.

کنند. بنابراین می‌توان از محاکم امریکا درخواست اجرای احکام داوری را نمود که یکسره با مقررات قانون و تصمیمات قضایی که در مقام تفسیر آن قانون صادر شده‌اند، متفاوت هستند».<sup>۴۷</sup>

## رأی داوری

رأی داوری حاوی تصمیم و حکم دیوان داوری است. برای این‌که تصمیم داوران ارزش و اعتبار بیشتری یابد مقررات داوری اتفاق بازرگانی بین‌المللی مقرر کرده داوران باید پیش نویس حکم را - اعم از اینکه به صورت حکم نهایی باشد یا حکم جزئی - جهت بررسی و تصویب به دیوان داوری اتفاق تسلیم کنند. این دیوان حق دارد حکم را از نظر شکلی اصلاح کند اما از نظر ماهوی فقط می‌تواند «توجه داوران صادر کننده حکم را به پاره‌ای مطالب ماهوی جلب نماید». <sup>۴۸</sup> ویژگی خصوصی و محترمانه بودن از جمله امتیازات داوری است و از این رو ماده ۲۳ (بند ۲) قواعد داوری اتفاق بازرگانی بین‌المللی اجازه تسلیم نسخه‌ای از حکم را فقط به طرفین - و نه هیچ شخص ثالثی - داده است.

## استدلال در رأی داوری

یکی از مهم‌ترین وجوه شاخص و ویژگیهای داوری بین‌المللی ناشی از الزام و ضرورتی است که برای ذکر ادله و استدلال در رأی داوری وجود دارد، هرچند رویه عملی در این مورد طور دیگری است. «اگرچه قواعد داوری اتفاق بازرگانی بین‌المللی ارائه استدلال در متن حکم را نه الزامی می‌داند و نه ممنوع، اما آرای داوری معمولاً همراه با استدلال و اظهار عقیده در مورد ادله‌ای است که حکم

47. In re Aimceec Wholesale Corp. v. Tomar Prods., 21 N.Y.2d 621, 626-27, 237 N.E.2d 223, 225, 289 N.Y.S.2d 968, 971 (1968).

48. ICC Rules Art. 21.

49. See Domke, Arbitral Awards Without Written Opinions: Comparative Aspects of International Commercial Arbitration in XX Century Comparative and Conflicts Law, at p. 249 (1951).

براساس آنها صادر شده است.<sup>۵۰</sup> رویه ذکر استدلال در رأی داوری، یک سنت حقوقی فرانسوی است که طبق آن حکم دادگاه بدون ذکر استدلال، باطل است.<sup>۵۱</sup> مطابق ماده ۳۲ (بند ۳) قواعد آنسیترال نیز دیوان داوری مکلف است در رأی صادره ادله خود را بیان کند، مگر اینکه طرفین طور دیگری توافق کرده باشند.

اما در کشورهای دارای سیستم حقوقی عرفی (کامن لا) که دادگاهها مکلف نیستند ادله حکم را بیان کنند، رأی داوری بدون ذکر دلیل نیز معتبر و صحیح است.<sup>۵۲</sup> انجمن امریکایی داوری، داوران را از درج استدلال در حکم بر حذف می‌دارد، معذلک بند ۷ «مقررات اصلاحی داوری تجاری بین المللی» انجمن مذکور مقرر می‌دارد: «طرفین دعاوی بین المللی اغلب از داوران انتظار دارند استدلالات خود را در شرح و تبیین دلایلی که برای تصمیم خود داشته‌اند، در حکم قید نمایند. انجمن امریکایی داوری می‌تواند، ضمن تبادل نظر و مشورت با طرفین دعوا و داوران ترتیبات لازم را به منظور نیل به این هدف فراهم و ارائه کند».

## ● نتیجه

روند داوری تجاری بین المللی به سوی تشکیل یک پیکره حقوقی پیچیده، مختلف الابعاد و خودگردان تحول یافته و رشد کرده است، امروزه اسلوب داوری به عنوان رویه جایگزین رسیدگی قضایی دادگاههای غاییت قصوای مؤثر بودن خود از نظر حقوقی دست یافته و مؤید به تأیید محاکم، قوانین داخلی کشورها و

50. Stevenson, "An Introduction to ICC Arbitration", 14 J. Int'l & Econ. 381 (1980).

۵۱. کربونیه می‌گوید: «در فرانسه می‌توان به احکام داوری که قادر بیان ادله حکم باشند، اعتراض نمود». رک.

Carbonneau, The Recognition and Enforcement of International Arbitration Award in French Law, 11 Int'l Law 603, 612 (1977).

52. Bernhardt v. Polygraphic Co. of America Inc., 350 U.S. 198 (1956); Wall, "United Kingdom: The London Court of Arbitration" in Handbook supra fn. 4.

عهدنامه‌های بین‌المللی است.

البته استقرار و مؤثر بودن داوری بین‌المللی در درجه نخست موكول است به شناسایی و معتبر دانستن توافق طرفین در ارجاع اختلافات بازارگانی خود به داوری و سپس اجرای احکام داوری خارجی. احکام داوری به عنوان شیوه‌ای از حل و فصل دعاوی تجاری عموماً بهتر و آسان‌تر معدّاً اجرا است تا احکام دادگاههای خارجی و کمتر موضوع کنترل قضایی کشور محل صدور است. چه به صورت استیناف خواهی یا سایر اشکال تجدیدنظر در احکام.

چالشی که روند داوری بین‌المللی امروزه با آن مواجه است عبارت است از برآوردن انتظارات و ایفای رسالتی که بر عهده گرفته، یعنی ایجاد یکنواختی مؤثر در حقوق ماهوی و حقوق شکلی داوری بین‌المللی. امروزه داوری در طیفی قرار می‌گیرد که یک سوی آن رسیدگی قضایی توسط محاکم است و سوی دیگر آن سازش یا میانجیگری است. این است که کمیسیون حقوق تجارت سازمان ملل موسوم به آنسیترال که سالها قبل (۱۹۶۱) قواعد داوری را برای کاربردی جهانی تهیه و تدوین کرده بود، اینک مقرراتی را برای سازش (conciliation) نیز تهیه کرده تا کسانی که مایلند اختلافات خود را به صورت دوستانه حل کنند بتوانند از آن استفاده نمایند. اقدام خوب دیگر آنسیترال عبارت است از تهیه قانون نمونه داوری تجاری بین‌المللی (۱۹۸۵) که در واقع به منزله تکمیل عناصر لازم برای استقرار بیشتر نهاد داوری و استواری تأثیر آن است.<sup>۵۳</sup>

۵۳. برای ملاحظه متن قانون نمونه داوری آنسیترال (۱۹۸۵) و ترجمه فارسی آن، رک. مجله حقوقی دفتر خدمات حقوقی بین‌المللی، شماره ۵، استناد بین‌المللی. ضمناً قانون داوری تجاری بین‌المللی که در مهرماه ۱۳۷۶ به تصویب مجلس شورای اسلامی رسیده است مقتبس از همین قانون نمونه داوری آنسیترال، البته با پاره‌ای اصلاحات و تغییرات می‌باشد.م.



ژان پرادل  
Jean Pradel

---

مترجم: دکتر منوچهر خزانی



به دنبال اصول راهبردی مشترک  
آیین‌های دادرسی کیفری مختلف اروپایی



Pradel (Jean) , "Vers des Principes directeurs communs aux diverses Procédures Pénales européennes", in *Mélanges offerts à Georges Levasseur*, Droit Pénal, Droit européen, Éd. Litec, Paris, 1992, pp. 459-472.

آقای ژان پرادل استاد و مدیر مؤسسه جرم‌شناسی دانشگاه پوآتیه در فرانسه است.

## ● مقدمه

وقتی از نظر تاریخی به این موضوع بیندیشیم که حقوق ، از جمله حقوق جزا که به طور یقین جزء آن محسوب می شود، مشمول اصل تنوع است، آیا چنین عنوانی، یعنی عنوان مقاله حاضر، اندکی تحریک آمیز نمی نماید؟ یکی از پیشگامان حقوق کیفری تطبیقی، به نام سرژان فورتسکو (۱۳۹۵ - ۱۴۷۹) <sup>۱</sup> تفاوت اساسی بین حقوق کیفری انگلستان و حقوق کیفری فرانسه را در تأثیف خود مذکور شده است.<sup>۲</sup> امروزه نیز دانشمندان حقوق، به ویژه متخصصین آینین دادرسی کیفری، دو خانواده حقوقی متفاوت را خصوصاً در اروپای غربی، یعنی خانواده: رومی-زرمنی (آلمان، بلژیک، اسپانیا، فرانسه، هلند، پرتغال ، سویس) و خانواده کامن لا (انگلستان، ایرلند و از سال ۱۹۸۹ ایتالیا)، در مقابل هم قرار می دهند.<sup>۳</sup>

### 1. Sir John Fortescue

۲. (De Laudibus Legum Angliae) از این تأثیف، ترجمه کاملی به زبان انگلیسی توسط Chrimes. B.S. در انتشارات دانشگاه کمبریج، ۱۹۴۲ وجود دارد.

۳. بدون در نظر گرفتن خانواده اسکاندیناو که گروه بنده آن سخت است و نیز خانواده کشورهایی که سابقاً یا کماکان سوسیالیست هستند و در حال حاضر شناخت جهت دهی آن برایمان مشکل است.

هر چند این اختلاف کماکان باقی و پابرجاست، مع هذا، امروزه گرایش شدیدی به یکی کردن نظامهای حقوقی، یعنی ایجاد وحدت بین آنها، وجود دارد.<sup>۴</sup> این جنبش به ویژه در حقوق کیفری ماهوی داخلی دولتهايی که ساختار اساسی آنها به شکل فدرال است، متجلی می شود. کشور کانادا در سال ۱۸۹۲ دارای قانون جزاگی بود که قلمرو اجرای آن شامل محدوده‌ای از استانهای دریایی شرق تا نقطه دور یعنی کلمبیای بریتانیا که اقیانوس آرام احاطه کرده است، می‌شد. کشور سویس نیز در سال ۱۹۴۲ قوانین (گذهای) جزاگی کانتونی خود را با وضع قانون جزاگی فدرال، کنار گذاشت. این گرایشهای وحدت‌گرا کاملاً مفید و مطلوب است.

در عوض، جریان وحدت بخش، بین دولتهای مختلف، به ویژه در زمینه آین دادرسی کیفری به سختی پیش می‌رود. مشاهدات در سطح جهانی این موضوع را به آسانی نشان می‌دهد. با توجه به مهم و اساسی بودن مسئله از حیث عملی- زیرا آین دادرسی کیفری رابطه نزدیکی با آزادیهای فردی دارد- و از آنجا که «اروپا» به عنوان یک ساختار نوین در شرف تولد و ایجاد است، بنابراین ابتدا لازم است که آین دادرسی کیفری متدالو در بیست و شش کشور عضو شورای اروپا را مورد مطالعه قرار دهیم. در مقابل عدم امکان توصیف یک آین دادرسی کیفری اروپایی که موضوعاً منتفی است، جا دارد که اصول راهبردی آن را مطرح کنیم و ببینیم چگونه این اصول ابتدا در مقیاس اروپا در چارچوب مراجع ذی صلاح شورای اروپا تعیین شده‌اند و سپس چگونه اصول مزبور در سطح ملی پذیرفته و تصویب شده‌اند. بنابراین در گفتار اول تنظیم و تدوین اصول راهبردی مشترک در سطح اروپا و در گفتار دوم، اعمال این اصول در هریک از دولتها مورد بررسی قرار می‌گیرند.

۴. در گذشته، در عهد فرانسه ناپلئونی، قانونگذاری عامل قدرتمندی در ایجاد وحدت بوده است مثلاً قانون مدنی ۱۸۰۴، بین فرانسه تابع حقوق عرف و عادت (شمالی) و فرانسه تابع حقوق نوشته (جنوبی) ایجاد وحدت کرده بود.

## ۱ گفتار

### تنظیم و تدوین اصول راهبردی در مراجع اروپایی

وقتی از خود سوال می‌کنیم که آیا دولتهای عضو شورای اروپا دارای اصول راهبردی مشترک در قلمرو آیین دادرسی کیفری هستند یا خیر، باید ابتدا یادآور شویم که این قواعد تنها ممکن است از طریق مشورت و اتفاق نظر بین آنها به وجود آیند. در واقع، معاهدات عدیده‌ای تحت حمایت شورای اروپا تهیه و تصویب شده است. بعضی از آنها مخصوص مسئله‌ای مثل مقررات راهنمایی و رانندگی یا همکاری کیفری می‌باشد که مستقیماً مورد نظر ما نیستند، زیرا متنضم اصول عمومی نمی‌باشند. اما در عوض یک معاهده‌ای دیگر، یعنی معاهده اروپایی حقوق بشر، یک متن مهم محسوب می‌شود. این معاهده که در چهارم نوامبر ۱۹۵۰ امضا شده، در سوم سپتامبر ۱۹۵۳ قدرت اجرایی پیدا کرده است و مورد تأیید تمامی کشورهای عضو شورای اروپا قرار گرفته و با هشت پروتکل تکمیل گردیده که سومین و پنجمین پروتکل بعضی مواد معاهده را تغییر داده‌اند. این معاهده توسط مراجع قضایی، کمیسیون و بخصوص دیوان اروپایی حقوق بشر تفسیر شده است. به این ترتیب یک مجموعه اصول راهبردی را در اختیار داریم که در متن معاهده بیان گردیده و با رویه قضایی روشن شده است. اینک ابتدا این مجموعه قواعد و مقررات را از لحاظ ماهیت بررسی می‌کنیم و سپس اصول آن را احصاء نموده و مورد بررسی قرار می‌دهیم.

#### الف. ماهیت مقررات معاهده اروپایی حقوق بشر

اصول راهبردی حاکم بر آیین دادرسی کیفری، بی‌نهایت مهم و در عین حال از صراحت نسبی برخوردارند.

## ۱. صفت بنیادی اصول در مقدمهٔ معاهده به چشم می‌خورد: نویسنده‌گان

این مقررات قصد داشته‌اند اتحاد نزدیکتری را بین اعضا به وجود آورند و در عین حال گسترش حقوق بشر و آزادیهای اساسی را که تشکیل دهنده پایه‌های عدالت و صلح در دنیاست و پاسداری از آن بستگی به رژیم سیاسی واقعاً آزادمنش دارد، مورد تأیید و حمایت قرار دهند.

روی هم رفته، حمایت از حقوق بشر اولین وسیله تحقق بخشیدن به اتحاد بین دولتهای اروپاست.<sup>۵</sup> بدین ترتیب، یک مفهوم و پیش خاص از انسان و ایجاد یک اروپایی خاص مطرح می‌باشد. باید متذکر شد که نویسنده‌گان معاهده پس از جنگ جهانی دوم که در طول آن، شخص انسان تحقیر و به نحو بی‌سابقه‌ای نفی شده بود، دست به نگارش متن آن زدند. تمامی این مسائل و وقایع نشانگر اهمیت آین دادرسی کیفری است که یکی از بهترین وسایل برای شناخت ماهیت یک رژیم سیاسی نیز می‌باشد و به علاوه به منزله یک میزان سنج است که درجه آزادمنشی یک سیستم سیاسی و حقوقی را مشخص می‌نماید. همان‌طور که حقوقدان ایتالیایی ماریو پاگانو در قرن هیجدهم نوشته است: «اگر در کشور ناشناخته‌ای وارد شدید و خواستید بدانید آیا در این کشور آزادیهای مدنی حمایت می‌شود یا خیر، آین دادرسی کیفری آن کشور را مطالعه کنید».<sup>۶</sup>

رویه قضایی «دیوان اروپایی» حقوق بشر (واقع در استراسبورگ فرانسه)

این خصیصه بنیادی اصول معاهده را به مناسبت تفسیر اصطلاح «قلمر و کیفری» موضوع بند ۱ ماده ۶ تقویت نموده و بعضی حقوق شکلی قابل اجرا نسبت به پرونده‌هایی که مربوط به این قلمرو می‌شود را بر شمرده است. ضرورت ایجاد می‌کرد که دیوان اروپایی حقوق بشر تعریفی از این اصطلاح به دست می‌داد که بالاخره این تعریف را به مناسبت رسیدگی به پرونده مشهوری که متعاقب صدور یک حکم محکومیت صادره در آلمان علیه یک تبعه خارجی بوده است،

۵. Pierre - Henri Bolle ، سیاست جنایی اروپا: اختلاط یا ابهام. اثر شناخته نشده اما اساسی از شورای اروپا. دفتر دفاع اجتماعی ۱۹۹۱-۱۹۹۰، ص ۱۹۵.

۶. نقل قول توسط G.D.Pisapia، قانون جدید آین دادرسی کیفری ایتالیا، نشریه آرشیوهای سیاست جنایی، شماره سیزدهم، ۱۹۹۱، ص ۱۱۵۰.

به عمل آورد. این فرد خارجی مرتکب یک جرم خلافی اداری علیه مقررات راهنمایی و رانندگی شده بود (پرونده اوزتورک).<sup>۷</sup> دادگاه آلمان او را محکوم به پرداخت هزینه‌های مربوط به حق الزرحمه مترجم می‌نماید. محکوم علیه به کمیسیون اروپایی حقوق بشر شکایت نموده و مدعی می‌شود که این محکومیت مغایر با بند ۳ ماده ۶ معاهده می‌باشد که به موجب آن، رایگان بودن خدمات یک مترجم تضمین شده است و باید با بند ۱ ماده ۶ ترکیب شود؛ زیرا تخلفات اداری دارای خصیصه کیفری، در معنای وسیع کلمه هستند. پس از طرح موضوع در دیوان اروپایی، دیوان متذکر می‌شود که بین حقوق جزا و حقوق تخلفات اداری تفکیکی غیرقابل نفوذ وجود ندارد و این که خصوصیت عمومی معیار و هدف همزمان پیشگیرانه و سرکوبگر (کیفری) ضمانت اجرا، حسب ماده ۶ معاهده، کافی برای تعیین ماهیت کیفری جرم متنابع فيه می‌باشد و بالاخره آنچه که واجد اهمیت فوق العاده است این است که اجازه دادن به دولت در عدم تسری حکومت این متن به یک گروه از جرایم به این دلیل که آن دولت آنها را سبک تلقی کرده است، مغایر با موضوع و هدف ماده ۶ خواهد بود.<sup>۸</sup>

روی هم رفته می‌توان گفت که دیوان اروپایی با صدور این تصمیم خواسته است هر نوع تقلیل نسبت به قانون را از سوی دولت غیرممکن کند، زیرا دولتها ممکن است متمایل باشند به این که وصف یک جرم کیفری را زدوده و آن را تبدیل به یک تخلف اداری نمایند تا این طریق بتوانند مشمول اصول راهبردی و در نتیجه مشمول آثار تمام قسمتهای مفید معاهده واقع نشوند.

این تفسیر دیوان از «قلمرو کیفری»، امروزه از سوی همه پذیرفته شده است. به علاوه دیوان به مناسبت رسیدگی به پرونده Engel (ژوئن ۱۹۷۶)، جرایم انصباطی را نیز مشمول «قلمرو کیفری» نموده است.

بنابراین مفهوم «قلمرو کیفری» از نظر دیوان یک مفهوم مستقل است که

۷. پرونده Ozturk مهم است زیرا هرچند مسأله در امر راهنمایی و رانندگی مطرح شده است، اما راه حل آن برای تمامی تخلفات اداری اعتبار پیدا کرده است.

۸. پرونده اوزتورک، ۲۱ فوریه ۱۹۸۴: خانم دلماس مارتی، قانون جزای دیروز، حقوق جزای امروز، قلمرو کیفری فردا، دالوز، ۱۹۸۶.

لزوماً به حقوق جزا ربطی پیدا نمی‌کند. همان‌طور که نوشته شده است، دیوان برای تعیین محدوده قلمرو کیفری سه معیار به کار می‌برد:

الف- توصیف جرم بنابر مقررات حقوق داخلی (متون، قانون و رویه‌های عملی):

ب- ماهیت درونی ذاتی جرم (ویژگی هنجار یا قاعدةٰ تقض شده، آنچه که خود به ارزش حمایت شده، طرف خطاب (مقصد) جرم تقسیم می‌شود):

ج- شدت ضمانت اجرای پیش‌بینی شده در قانون (هدف، ماهیت، میزان، چگونگیِ اعمال ضمانت اجرا).<sup>۱</sup>

۲. در عوض اصول راهبردی اروپایی صراحةً زیادی ندارد، لیکن نسبت به اصولی که در اعلامیه حقوق بشر ۱۷۸۹ پیش‌بینی شده است روشن تر می‌باشد. - تلاشهایی هم به منظور برآورد و احصاء اصول حقوق بشر به عمل آمده است که می‌توان از این طریق پیشرفت‌هایی را که از ۱۷۸۹ به دست آمده است سنجید. لیکن سیاههٰ آنها اندکی مبهم است و یقیناً نمی‌توانسته غیر از این هم باشد، زیرا نویسنده‌گان معاہده ابتدا به یک برنامه کلی نظر داشته‌اند و سپس متنی تهیه کرده‌اند که قابل اعمال در سیستمهای قانون‌گذاری باشد که بسیار متفاوت می‌باشند. با احصاء و بررسی اصول راهبردی، این موضوع بیشتر روشن می‌شود و بهتر می‌توانیم به آن پی ببریم.

## ب. فهرست اصول راهبردی

اصول معاہده به تشکیلات قضایی، دلیل و نیز آیین دادرسی کیفری به معنای اخص مریوط می‌شود. بدین توضیح که این اصول شامل تمامی آیین رسیدگی در معنای وسیع آن می‌گردد که عبارت است از: قاضی، مأمور کشف و تعقیب و بزهکار که هر کدام از این موارد تابع یک یا چند اصل از اصول معاہده می‌باشند.

۹. G. Casaroli، مفهوم اروپایی دادگاه بیطرف و مستقل و سیستم ایتالیایی، مجله علوم جنایی و حقوق کیفری تطبیقی، ۱۹۹۰، ص ۷۰۷ به بعد و یادداشت ص ۷۶.

اولی مشمول یک اصل، دومی مشمول دو اصل و سومی (بزهکار) مشمول سه اصل قرار می‌گیرد. این موضوع اهمیت بزهکار را در محاکمه کیفری آشکار می‌سازد.

## ۱. قاضی

قاضی مشمول اصل استقلال و بی‌طرفی است (بند ۱ ماده ۶) که رویه قضایی آن را بسیار دقیق تفسیر کرده است. در پرونده (پیرساک) در اول اکتبر ۱۹۸۲، حسب رویه قضایی، وقتی که قاضی قبلًا در سمت قاضی کشف و تعقیب جرم اظهار نظر قضایی نموده، سپس به عنوان رئیس دادگاه جنایی منصوب شده، فرض این است که در آن پرونده نمی‌تواند کاملاً بی‌طرف باشد، بنابراین حق رسیدگی ندارد. دیوان در این خصوص، بین روش ذهنی و شخصی (قضاؤت و نظر باطنی قاضی) و روش عینی (که به موجب آن باید دید آیا قاضی کلیه تصمیمات کافی را اعمال نموده است یا خیر) تفکیک ایجاد کرده است و با پذیرفتن بیانش عینی، دیوان در واقع طرفداری خود را از سادگی و دقت نشان می‌دهد.<sup>۱۰</sup>

## ۲. مقام تعقیب کننده

این مقام، در عمل همان دادرس است. دادرسرا تحت حاکمیت دو اصل است که هر دو مربوط به دلیل می‌باشد.

۱-۲. در اجرای اصل برائت، اصل اول مقرر می‌دارد که: «دلیل باید توسط تعقیب کننده ارائه شود». بنابر (بند ۲ ماده ۶) «اصل بربرائت (بی‌گناهی) متهم است تا مجرمیت او قانوناً اثبات شود».

این اصل به طور متفاوت اعمال گردیده که مبین واقع بینی قضات دیوان اروپایی حقوق بشر می‌باشد.

دیوان بعضی تصمیمات مراجع قضایی آلمان را در این که تعقیب کیفری متهم را به علت مرور زمان و یا فوت او موقوف کرده‌اند، اما تقاضای ذی نفع را در

۱۰. همچنین نگاه کنید به: پرونده‌های De Cubber، ۱۹۸۴ اکتبر ۱۲۶، قاضی تحقیق که سپس قاضی نشسته شده و Hauschilot، ۱۹۸۹ مه ۲۴، قاضی بازداشت موقت که سپس قاضی ماهوی شده است.

پرداخت هزینه و جبران خسارت بازداشت موقت با فرض این که اگر جرم مشمول مرور زمان نمی شد و یا متهم فوت نکرده بود محکومیت او مسلم و حتمی می بود، رد نموده اند، مورد تأیید قرار داده است. «همچنین در رأی مشهور (سالابیاکو) در ۷ اکتبر ۱۹۸۸<sup>۱۰</sup>، دیوان اروپایی، حسب فرض بر مجرمیت که در ماده ۳۹۲ قانون گمرکات فرانسه پیش بینی شده و به موجب آن، فرض بر مسؤولیت دارنده کالای قاچاق می باشد، چنین نظر داده که: «هر سیستم حقوقی در خود امارات موضوعی یا حکمی را پذیرفته است و معاهدہ اصولاً مانع برای آن ایجاد نمی کند، لیکن در «قلمر و کیفری» دولتها طرف قرارداد را ملزم می نماید که از محدوده های عقلانی که اهمیت دعوا و حفظ حقوق دفاعی را در نظر می گیرد، فراتر نرود».

۲-۲. طبق اصل دوم، دلیل ارائه شده توسط مقام تعقیب کننده باید کمکی به بعضی اصول اخلاقی باشد که موضوع آن مضاعف است. ابتدا «بدن» فرد تعقیب شده مورد نظر است. چنان که ماده ۳ معاهدہ مقرر می دارد: «هیچ کس نباید تحت شکنجه و یا رفتارهای غیرانسانی یا تحقیر کننده قرار گیرد». <sup>۱۱</sup> سپس زندگی «خصوصی فرد»، زیرا ماده ۸ معاهدہ پس از این که احترام به زندگی خصوصی اشخاص را مورد تأکید قرار داده است، شرایط دقیقی برای دخالت مقامات در زندگی خصوصی آنها پیش بینی کرده است که آن شرایط به اختصار عبارت است از: لزوم وجود یک «قانون» که تدبیری لازم برای بخصوص تضمین پیشگیری از جرایم کیفری است. دیوان اروپایی حقوق بشر طی آرای متعدد، به ویژه به هنگام رسیدگی به پرونده های (کردنسلن) و (هدوینگ) در ۲۴ آوریل ۱۹۹۰<sup>۱۲</sup>، توضیحات مفیدی

۱۱. پرونده های Nolkenbockhoff و Lutz، Englert ۲۵، آوت ۱۹۸۷.

۱۲. B. Bouloc، یادداشت های راجع به تصمیمات جدید دیوان اروپایی حقوق بشر، مجله کیفری سویس، ۱۹۹۰، ص ۳۱-۲۹.

۱۳. پرونده ایرلند - انگلستان، ۱۸ ژانویه ۱۹۷۸ بکار بردن بعضی روش های بازجویی همان طور که در مورد زندانیان با به سرگذاشتن کلاه مخصوص، انجام می شد و محروم کردن آنان از خواب و یا در معرض سوت و سر و صدای مداوم شدید قرار دادن، که استفاده از وسایل و روش های غیرانسانی و تحقیر آمیز محسوب می شود.

۱۴. دیوان اروپایی ۲۴ آوریل ۱۹۹۰، D، ۱۹۹۰، ۳۵۷ و یادداشت.

درباره این ماده، به طور موجز و مختصر ارائه کرده است: ابتدا کلمه «قانون» باید در معنای ماهوی قاعده حقوق استنباط شود و نه در معنای شکلی عمل قوه مقننه.<sup>۱۵</sup> سپس «قانون» باید قابل پیش بینی یعنی صریح و روشن باشد و حمایتها باید در مقابل سوء استفاده های احتمالی پیش بینی نماید (مثل اشخاصی که ممکن است موضوع اقدام استراق سمع تلفنی قضایی قرار گیرند و ماهیت جرایمی که ممکن است منجر به این اقدام شود یا مدت استراق های سمع...).

### ۳. بزهکار از آثار سه اصل مهم برخوردار است:

۱-۳. اولین اصل: اصل آزادی است (ماده ۵) که این خود به چندین شاخه تقسیم می شود: بازداشت موقت امکان ندارد مگر در موارد سوء ظن و خطر سقوط مجدد در بزهکاری و یا فرار (۵-۱-۵)؛ هر فرد بازداشت شده باید فوراً از علت بازداشت و اتهام انتسابی به او مطلع شود (بند ۲ ماده ۵)؛ هر فرد بازداشت شده حق دارد که او را فوراً نزد بازپرس یا قاضی که قانوناً برای کار قضایی گمارده شده است حاضر کنند و حق دارد که در یک مهلت معقول، محاکمه شده یا در طول رسیدگی، تحت بعضی شرایط، آزاد باشد (بند ۳ ماده ۵)؛ هر فردی که بازداشت یا زندانی شده حق دارد اعتراض خود را به دادگاه تسلیم نماید تا در مهلت کوتاهی رسیدگی و حکم مقتضی صادر شود (بند ۴ ماده ۵)؛ هر فردی که بازداشت شده یا زندانی شده حق دارد، اگر سلب آزادی او در شرایطی مغایر با مقررات مذکور در فوق انجام پذیرفته، جبران خسارت شود (ماده ۵-۵) و رویه قضایی دیوان در مورد دو اصل از این اصول مداخله و اظهار نظر نموده است.

ابتدا در خصوص ماده (بند ۳ ماده ۵) که حاضر کردن سریع متهم نزد قاضی تحقیق یا قاضی دادگاه را ایجاد می نماید و سپس در مواردی که قاضی باید مستقل از هر مقامی بوده و اختیار در تصمیم گیری داشته باشد.<sup>۱۶</sup> قانون داخلی نمی تواند مدت «تحت نظر» را در انقضای چهل و هشت ساعت به وسیله وزیر قابل تمدید

۱۵. قاعده ای که در پرونده Sunday times در ۲۶ آوریل ۱۹۷۹ پذیرفته شده است.

۱۶. پرونده Schiesser ، ۴ دسامبر ۱۹۷۹.

بداند، زیرا شخص مظنون بعد از بازداشت باید فوراً همانطور که در پرونده معروف «بروگان» رسیدگی و اظهار نظر شده است،<sup>۱۷</sup> به قاضی معرفی شود. مدت بازداشت موقت نیز تابع ضوابطی است که تنها منوط به اهمیت عمل ارتکابی نمی باشد، بلکه خصوصیت فرد و اخلاق و شغل و وضعیت اقاماتگاه و رابطه خانوادگی او نیز برای مباردت به چنین تصمیمی ملاک خواهد بود. مدت بازداشت باید در کاهش خطر فرار متهم به تدریج مؤثر باشد. دیوان در مورد حق اعتراض متهمی که از او سلب آزادی شده، چنین اتخاذ تصمیم نموده است که استفاده از این حق منوط است به این که متهم همانند تعقیب کننده (مثل دادستان)، در اجرای اندیشه «برابری امکانات»، بتواند به پرونده تحقیقات دسترسی داشته باشد.<sup>۱۸</sup>

**۲-۳. اصل دوم:** اصل استفاده متهم از حق دفاع مناسب است، که این خود جنبه های متعدد دارد. متهم حق دارد که در کوتاهترین زمان از نوع و علت اتهام انتسابی علیه خود کاملاً مطلع شود (ماده ۶-۲a)؛ و فرست کافی و لازم برای دفاع داشته باشد (ماده ۶-۲b)؛ متهم حق دارد که از وکیل مجانی برخوردار شود ماده (۶-۲c)؛ از شهودی که علیه او شهادت داده اند سؤال کند و یا توسط محکمه آنها را مورد پرسش قرار دهد و پاسخهای شهود را تحصیل نماید (ماده ۶-۳c)؛ و بالاخره در صورت لزوم از حضور مترجم به هنگام تحقیقات به طور رایگان بهره مند شود (۶-۳d)؛ که در این مورد نیز رویه قضایی مهمی گسترش یافته است. راجع به حضور وکیل، دیوان حضور او را قطعاً و مؤکداً به هنگام «تحت نظر» لازم نمی داند.<sup>۱۹</sup> اما حضور وکیل را در سایر مراحل رسیدگی امری ضروری

۱۷. دیوان اروپایی ۲۹ نوامبر ۱۹۸۸.

۱۸. پرونده Lamy، ۳۰ مارس ۱۹۸۹، مجله علوم جنایی و حقوق کیفری تطبیقی، ۱۹۸۹، صص ۵۶-۵۵.

۱۹. پرونده Barbera Messegue، Jabordo، ۶ دسامبر ۱۹۸۸ که در آن پرونده اسپانیا محکوم شده است زیرا اقرارهای «أخذ شده به وسیله پلیس به هنگام یک تحت نظر طولانی و در شرایط سری و بدون حضور وکیل، موجب مسؤولیت دادگاه است. به علاوه اشخاص ذی نفع از حضور وکیل در موقع اولین اعلام به قاضی شهر بارسلون استفاده نکرده است».

اعلام می کند.<sup>۲۰</sup> در خصوص حق سؤال متهم از گواهان، دیوان، دولتی را محکوم کرده است که قضاط آن، علی رغم تقاضای متهم به لزوم و اهمیت استماع شهادت شهودی را که معرفی نموده، تقاضای او را "پذیرفته اند، دیوان معتقد است که حکم محکومیت بر اساس شهادت اشخاص بی نام که با متهم مواجهه داده نشده اند صحیح نیست"<sup>۲۱</sup> و حضور مترجم نه تنها در جلسه محاکمه، بلکه در طول رسیدگی ضروری است. به علاوه، این خدمت مطلقاً باید رایگان باشد.<sup>۲۲</sup>

**۳-۳. اصل سوم:** اصل سرعت در رسیدگی است که حقوق اروپا آن را پیش بینی کرده است، چنان که مقرر می دارد: «هر شخص حق دارد که به دعوای او «در یک مهلت معقول» رسیدگی شود» (بند ۱ ماده ۶)؛ در این خصوص، رسیدگی به پرونده ای که مدت هفده سال طول کشیده است، دیوان را به طرح ضوابطی دائمی، زمانی که مدت رسیدگی از مهلت معقول گذشته است، سوق داده که آن ضوابط عبارتند از: مشکلات در امر تحقیقات به ویژه در امور اقتصادی، رفتار شخص تعقیب شده و خصوصاً عمل مقامات قضایی.<sup>۲۳</sup>

مواردی که بیان شد «اصول راهبردی» است که معاهدہ اروپایی حقوق بشر و دیوان اروپایی آنها را پذیرفته اند. اینک باید دید آیا این اصول در کشورهای مختلف عضو شورای اروپا اجرا شده اند یا خیر؟

۲۰. پرونده Pakelli، استکاف دیوان فدرال آلمان از تعیین یک وکیل تسخیری برای حضور همراه با متهم در جلسه دیوان کشور.

۲۱. پرونده Unterpertinger، Teitgen Pettiti در مجله علوم جنایی و حقوق کیفری تطبیقی، ۱۹۸۷، ص ۴۹۲، پرونده Delta، ۱۹۹۰ دسامبر.

۲۲. پرونده Kostovski، Tavernier و Rollano، Roc، Clunet سالیانه اروپا ۱۹۹۰، ۷۳۸.

۲۳. پرونده های Luedicke و Belkacem و Roc، ۲۸ نوامبر ۱۹۷۸.

۲۴. پرونده ECKLE، ۱۵ ژوئیه ۱۹۸۲، که با وجود تخفیف مجازات برای بعضی اعمال و دستور تعقیب برای بعضی دیگر، نظر به نقض بند ۱ ماده ۶ داده است.

## اعمال اصول راهبردی در هریک از کشورهای اروپایی

بررسی مختصر نظامهای حقوقی داخلی نشان می‌دهد که بعضی کشورها، اصول اروپایی را در قوانین داخلی خود گنجانیده‌اند. لیکن این امر با محدودیتهایی روبرو بوده است.

### الف. تجلی اصول راهبردی در حقوق داخلی

در اینجا لزومی ندارد، مقررات بی‌شماری را که در حقوق موضوعه همواره موجود بوده‌یا، تصویب شده و منطبق با اصول حقوق بشر است، متذکر شویم.<sup>۲۵</sup> اما آنچه باید به آن توجه نماییم مقرراتی هستند که متعاقب شناسایی قواعد مربوط به معاهده اروپایی حقوق بشر و رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر، در حقوق داخلی مورد تصویب قرار گرفته‌اند و با آنچه قبل از این حقوق وجود داشته تفاوت دارند. بنابراین در این شرایط است که تغییراتی بر اثر پذیرش معاهده حقوق بشر یا آرای دیوان اروپایی حقوق بشر، در نظامهای حقوقی داخلی به وجود آمده است. گاهی این تغییرات در قالب تقینی به عمل می‌آید، چنانکه ایتالیا در ۱۹۸۹ یک قانون جدید آیین دادرسی کیفری براساس قانون مشهور به «نمایندگی»، مصوب ۱۶ فوریه ۱۹۸۷، تصویب نموده و بخصوص به موجب آن تصمیم گرفته شده که این قانون باید «به اصول قانون اساسی و معاهدات بین‌المللی که مربوط به حقوق

۲۵. به عنوان مثال، نگاه کنید به: رأی شعبه جنایی دیوان کشور، ۲۲ مه ۱۹۹۰ در دالوز، ۱۹۹۰، ۴۵۶ یادداشت Renuncci، بازداشت موقت صغار از ۱۳ تا ۱۶ سال، حداکثر یکسال با معاهده اروپایی مغایر نمی‌باشد.

شخص است و در ایتالیا به تصویب قوه مقننه رسیده احترام بگذارد».<sup>۴۳</sup> تغییرات ، در حقوق داخلی دولتها، غالباً مقطوعی است. از این نوع در خصوص این تغییرات پنج نمونه ارائه می گردد.

۱ . ابتدا مسأله «تحت نظر» را در قانون آین دادرسی کیفری هلنند بررسی می کنیم. در این کشور حسب معمول طبق قانون آین دادرسی کیفری، بعد از یک دوره ۶ ساعته (ساعت ۰ تا ۹ به حساب نمی آید) افسران پلیس می توانسته اند متهم را چهل و هشت ساعت و سپس یک مأمور دادگستری (دادستان یا قائم مقام او) چهل و هشت ساعت دیگر تحت نظر نگه دارند که پس از آن باید وی را به قاضی تحقیق معرفی نمایند. مدت تحت نظر روی هم رفته ممکن است به ۱۱۱ ساعت برسد.

متعاقب رأی «بروگان» که در ۱۹۸۸ صادر شده است، دادستان های کل هلنند تا تصویب قانون جدید ، بخشنامه ای صادر کردند که هدف آن ، منتفی کردن تحت نظر به مدت ۴ روز و ۱۵ ساعت بوده است و نیز تکلیف افسران پلیس به معرفی متهم حداکثر در پایان روز سوم به قاضی محکمه. اما بالاخره در سال ۱۹۸۹ لایحه قانونی ارائه گردید که به موجب آن صراحتاً مقرر شد: «متهم باید حداکثر تا ۴۸ ساعت از بد و تحت نظر قرار گرفتن وی به قاضی معرفی شود». <sup>۴۴</sup> در این لایحه قانونی صریحاً قید شده که حقوق هلنند باید از رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر در پرونده «بروگان» الهام بگیرد. این لایحه علی القاعده باید در طول سال ۱۹۹۲ صورت قانونی به خود بگیرد.

۲ . نمونه دیگری از بازداشت موقت را می توان در حقوق ایتالیا مورد ملاحظه قرار داد. مدت‌ها حقوق ایتالیا فاقد مقرراتی بود که اجازه رسیدگی مجدد به تدابیری که لطمه به آزادی فرد وارد می سازد را بدهد. لیکن معاهده اروپایی حقوق بشر راه تجدیدنظر خواهی برای چنین فردی را در قانون فراهم نمود. به این ترتیب

۴۶. در پرونده Bro Gan ، مدت تحت نظر بودن متهم ۴ روز و ۶ ساعت در رسیدگی به جرم تروریستی طول کشیده است.

۴۷. G.Corstens ، موضوع رویه قضایی دیوان اروپایی راجع به عدالت کیفری هلنند، جلسه ای که در پوآتیه در مه ۱۹۹۱ تشکیل گردیده و تحت چاپ است.

که قانون ۱۲ اوت ۱۹۸۲ ایتالیا یک «دادگاه آزادی» تأسیس نمود که به متهم حق مراجعته به آن را داد.<sup>۲۷</sup> سیستم جدید توسط بعضی قوانین بعدی تغییر پیدا کرد تا بالاخره در قانون ۱۹۸۹ مجددًا مورد تصویب قرار گرفت. امروزه متهم علیه قرار بازداشت، حسب انتخاب دو راه پیش رو دارد: یکی رسیدگی مجدد توسط دادگاه استانی که قاضی در حوزه قضایی آن، قرار بازداشت متهم را صادر کرده است، دیگری تجدیدنظر خواهی مستقیم نزد دیوان عالی کشور (ماده ۳۰۹ و ادامه آن در قانون آیین دادرسی کیفری).

۳. سومین نمونه، مقررات مربوط به حضور وکیل در جریان تحقیقات مقدماتی در کشور بلژیک است. رویه معمول این بوده که تحقیقات در این مرحله سری بوده و وکیل حق حضور نداشته است مگر در دو مورد: ۱- وقتی متهم زندانی باشد، مشاور او حق مراجعته به پرونده را چهل و هشت ساعت قبل از هر حضور ماهیانه در شعبه مشورتی دارد. این شعبه موظف به تأیید و یا رد قرار بازداشت صادره می باشد. ۲- وقتی متهم زندانی یا به عکس آزاد می باشد، حق دارد شخصاً یا توسط وکیل خود چهل و هشت ساعت قبل از جلسه شعبه مشورتی که موظف به رسیدگی در مورد مقررات آیین رسیدگی است (قانون ۲۰ آوریل ۱۸۷۴) از محتویات پرونده مطلع شود. این سیستم توسط دکترین که معتقد است وکیل باید بتواند حداقل متناوباً پرونده را ملاحظه نماید، بسیار مورد انتقاد قرار گرفته است، و بخصوص در پرونده «لامی» ۱۹۸۹، دیوان اروپایی حقوق بشر آن را محکوم نموده است، زیرا قضايان دیوان اروپایی چنین نظر داده اند که به هنگام تقاضای آزادی، متهم شخصاً باید حق مراجعته و دسترسی به پرونده را در مواعده ماهیانه تمدید بازداشت داشته باشد.

به این جهت قانونگذار بلژیک، بعد از رأی ۱۰ مه ۱۹۸۹ دیوان کشور، با تصویب قانون مهم ژوئیه ۱۹۹۰ در این مورد دخالت نمود. قانون مذکور به وکیل و همچنین به خود متهم، که این مورد اخیر تازگی دارد، اجازه می دهد که از محتویات پرونده تحقیقات مطلع شوند. این تغییر را که مورد استقبال قرار گرفته، مرهون ۲۸. G. Barletta Calderara، شرح و تفسیر حقوق جزای ایتالیا، مجله حقوق جزا و جرم شناسی (بروکسل)، ۱۹۸۴، ص ۷۶۷.

صدر رأی پرونده «لامی» توسط دیوان اروپایی حقوق بشر می‌دانند.<sup>۲۰</sup>

۴. از جمله نمونه‌های دیگر، می‌توان مسأله مشهور جمع وظایف بین وظیفه قاضی تحقیق (قاضی شکلی) با وظیفه قاضی صادر کننده رأی (قاضی ماهوی) در کشور سویس یادآور شد. هرچند در اصل، کانتونهای سویس، تفکیک بین وظایف را انتخاب کرده و معتقدند که هر کدام از این وظایف باید توسط قاضی مستقلی انجام شود، لیکن به عکس، در بعضی کانتونها مثل کانتون «برن» و «فریبورگ» و «زوا» و «واله»، سیستم وحدت قاضی معتبر بوده و از جمله مزایای آن سیستم را صرفه جویی در هزینه‌ها و به علاوه منافع عملی در انجام وظیفه می‌پنداشتند تا بالاخره با رأی دیوان اروپایی در پرونده «کوبر» در ۱۹۸۴ که مربوط به کشور بلژیک بوده است و نه سویس، حقوق سویس نیز با الهام از آن، بلافاصله سیستم تفکیک قاضی تحقیق از قاضی صدور حکم را با تصمیم دادگاه فدرال ۱۹۸۶ پذیرفت. این رأی از آن جهت جالب است که دادگاه فدرال قبلًا در قالب چند رأی جمع دو وظیفه را در یک قاضی پذیرفته بود، زیرا علاقمند به رعایت اصول قانون اساسی کانتونها بود. در واقع، قانون اساسی سویس در ماده ۶۴ مکرر چنین مقرر داشته است: «تشکیلات و سازمان قضایی و آیین دادرسی و اداره دستگاه عدالت در صلاحیت کانتونها باقی خواهد ماند».

نظیر مسأله‌ای که در بالا بیان شد، در مورد کشور اسپانیا مطرح شده است. در حالی که بند ۱۲ ماده ۵۴ آیین دادرسی کیفری این کشور، وقتی که قاضی مبادرت به انجام تحقیقات می‌نماید، حق انکار و شک و تردید برای متهم شناخته است، قانون ۱۱ نوامبر ۱۹۸۰ این حق را در مورد جرائم مشهود که مجازات آن بیش از ۶ ماده نباشد حذف نمود. بنابراین دادگاه قانون اساسی در حکم ۱۲ زوئیه ۱۹۸۸ اعلام نمود که قانون ۱۹۸۰ مغایر قانون اساسی می‌باشد و در این مورد به آرای «پیرساک» و «کوبر» دیوان که راجع به بی طرفی قاضی بود استناد کرد. اما قانونگذار با تصویب قانون ۲۸ دسامبر ۱۹۸۸ که آیین دادرسی کیفری اسپانیایی را

۲۰. D. Vandermeersch و H. D. Bosly، قانون جدید بلژیک راجع به بازداشت احتیاطی زوئیه ۱۹۹۰، مجله حقوق جزا و جرم‌شناسی، ۱۹۹۱ (بروکسل)، ص ۱۶۳ و یادداشت ۱۶۵ و ۲۰۶.

با رویه قضایی دیوان تطبیق می داد، در این امر مداخله نمود.

۵. بالاخره باید به مسأله مشهور استراق سمع تلفنی در فرانسه اشاره کرد.

مدتها بود که قضات تحقیق فرانسوی بدون وجود نص قانونی، دستور به استراق سمع داده بودند. لیکن لازم بود که رویه قضایی تکلیف این مسأله را روشن کند. اگرچه آرای شعبه جنایی دیوان کشور، در مورد استراق سمع، گامی در جهت تدوین مقرراتی برای آن محسوب می شد،<sup>۳۰</sup> لیکن ظاهراً برای دیوان اروپایی کافی نبود، زیرا دیوان اروپایی کشور فرانسه را در آرای صادره ۱۴ آوریل ۱۹۹۰ در پرونده «کروسین و هوینگ» محکوم نمود.

بارتاب این آرا در فرانسه فوراً ظاهر شد، چون متعاقب آن بخشنامه ای توسط وزیر دادگستری در ۲۷ آوریل ۱۹۹۰ صادر گردید که قضات را از رویه جدید دیوان اروپایی حقوق بشر مطلع ساخت و قضات دادسرا را مجبور کرد که آن را در نظر بگیرند (صدور رأیی از دیوان جنایی در ۱۵ مه ۱۹۹۰ و بالاخره تصویب قانون ۱۰ رویه ۱۹۹۱).<sup>۳۱</sup>

این مثالها بسیار مهم و قوی به نظر می رستند. مع هذا نباید وجود محدودیتها و موانع عمیق موجود در سر راه نفوذ حقوق اروپایی در حقوق داخلی را نادیده گرفت.

## ب. محدودیتها و موانع

از جمله این محدودیتها و موانع می توان چند نمونه را بیان نمود که وجود

هر کدام محتاج به توضیح می باشد:

۱. ارائه مصادیق ملی گرایی در آین دادرسی کیفری، امری آسان است. لازم

به ذکر است که هنوز هم روش دوگانه آیین رسیدگی که سابقه تاریخی دیرینه دارد

۳۰. J. Pradel استراق سمع قضایی تلفن، مقررات در شرف تکوین، مجله فرانسوی حقوق اداری، ۱۹۹۱، ص ۸۳ و بعد.

۳۱. J. Pradel، نمونه ای از احیاء اصل قانونی بودن: رژیم استراق مکالمات تلفنی، دالوز، ۱۹۹۴، شرح و تفصیل، ص ۴۰.

حفظ شده است. حقوق «رومی-ژرمنی» با داشتن قاضی تحقیق با حقوقی که از «کامن لا» نشأت گرفته و در آن قاضی تحقیق پیش بینی نشده مغایرت دارد. درست است که کشور آلمان از سال ۱۹۷۵ قاضی تحقیق را از سیستم خود حذف کرده است، ولی نتیجه آن نزدیک شدن واقعی به سیستم انگلیسی نمی باشد. زیرا در آلمان یک مرحله مقدماتی بسیار سازمان یافته وجود دارد.<sup>۳۲</sup> همچنین درست است که کشور ایتالیا در ۱۹۸۹ یک قانون جدید آیین دادرسی کیفری را تصویب نموده است که هرچند به روش اتهامی بسیار نزدیک است، لیکن باز هم سیستم دوگانه را تحدودی حفظ کرده است. تنها نتیجه تغییرات جدید، حذف تعدادی قاضی از قلمرو سیستم رومی-ژرمنی و قراردادن آنها در سیستم اتهامی بوده است و اگر معاهده اروپایی از قاضی تحقیق صحبت نمی کند، اما حقوق آن دولت با معاهده سازگار نمی باشد. همچنین، اگرچه حقوق بعضی کشورها نپذیرفته اند که وکیل به هنگام تحت نظر بودن متهم در کنار او باشد، لیکن در این حد مغایر با حقوق اروپایی نیست، زیرا حقوق مذکور این موضوع را پیش بینی نکرده است.

بنابراین یک آیین دادرسی کیفری اروپایی وجود ندارد، بلکه آیین های دادرسی کیفری در اروپا با انطباق کامل و یا مخالف با اصول پیش بینی شده در معاهده و آرای دیوان اروپایی استراسبورگ.

یک جلوه دیگر واضح تر از «ملی گرایی» در قلمرو آیین رسیدگی، در این است که بعضی قانونگذاران در مقابل مراجعت به دیوان اروپایی مقاومت می کنند. با وجود رأی صادره در پرونده «بروگان»، کشور پادشاهی متحده بریتانیا هنوز قانون خود را در مورد «تحت نظر» تغییر نداده است.

علت وجود چنین وضعیتی چیست؟

## ۲. دلایل متعددی در توجیه مقاومت قانونگذاریهای داخلی ممکن است

وجود داشته باشد:

- ۱- اولین دلیل به خود معاهده و تفسیر آن توسط دیوان اروپایی حقوق بشر در استراسبورگ مربوط می شود. در وهله اول، معاهده موارد لطمه به تعهداتی را که P. Hunerfeld، مرحله مقدماتی دعوای کیفری در حقوق جزای تطبیقی، حقوق آلمان، سمینار برگزار شده در مؤسسه عالی بین المللی علوم جنایی سیراکیز (ایتالیا) در اکتبر ۱۹۸۵.

خود بر شمرده است، پیش بینی می کند. این صدمات شامل استثنائات یا محدودیتها می شود. از یک سو، معاهده اروپایی استثنائاتی نسبت به تعهداتی که خود به آن اشاره می کند پذیرفته است چنان که به موجب ماده ۱۵ مقرر می دارد: «در صورت بروز جنگ و سایر مواردی که خطرات عمومی حیات ملت را تهدید می کند، هر دولتی می تواند تدابیری خلاف تعهدات پیش بینی شده توسط معاهده حاضر، که وضعیت، آن را ایجاد نماید، به شرط این که تدابیر مغایر با سایر تعهدات ناشی از حقوق بین الملل نباشد، اتخاذ کند». در پرونده «لاوس»، اول ژوئیه ۱۹۶۱، دیوان اروپایی اعلام نظر کرده که توقيف احتیاطی یک ایرلندی «بدون هدایت او نزد قاضی» توسط مقامات ایرلند شمالی از زمانی که تهدید تروریستی مهمی در کشور ایجاد شده است امکان دارد، به شرط این که این اقدام ضروری تشخیص داده شود. زیرا کارکرد و عملکرد مراجع قضایی کیفری عادی، و حتی دیوان جنایی اختصاصی، قادر به استقرار صلح و نظم عمومی نمی باشد.<sup>۳۲</sup> درست است که معاهده و دیوان اروپایی حقوق بشر با تخلف نسبت به معاهده به طور مضيق موافق می باشد، لیکن بند ۲ ماده ۱۵ مقرر می دارد که: «خلاف تعهدات در بعضی موارد مثل شیوه های بازجویی نمی شود». از سوی دیگر، معاهده محدودیتها را پذیرفته است که به عکس تخلفها، دائمی می باشند و حاکمیت دولتها را در بخش های خصوصی تنظیم و برقرار می نماید. «اولویت معیار اروپایی با در نظر گرفتن مصالح ملتها انعطاف پذیر است و گاهی نیز مصالح ملتها تقدم دارد». این شناختی از ویژگی های ملی است که به قانونگذاران اجازه می دهد در مورد فی المثل استراق سمع تلفنی، روشی اتخاذ نمایند که با مقررات کشور دیگر متفاوت باشد. در وهله دوم، آرای دیوان اروپایی حقوق بشر هیچ گونه قدرت اجرایی ندارد.

.۳۳ M.Delmas- Marty و دیگران، توجیه دلیل دولت، سابقاً ذکر شده ، سپتمبر: L.LEIGH راجع به حقوق انگلستان، ص ۳۳۰ به بعد.

.۳۴ ماده ۳ معاهده منع شکنجه، «رفتارهای غیرانسانی یا تحقیر آمیز» را منوع نموده، این متن ممکن است نسبت به بازجویی «جاد و تند» اعمال گردد، به پرونده ایرلند C، انگلستان، ۲۸ زانویه ۱۹۷۸ نگاه کنید که در آنجا گفته شده که اختیار ارزیابی یا کنترل اروپایی به دولتها واگذار شده است.

«دیوان عمل دولت متخلف را حداقل وقتی متضمن محکومیت مالی نبوده لغو نمی نماید. آرای دیوان، دولت محکوم علیه را در اتخاذ هرگونه رفتاری به هدف تحصیل نتایج ضمنی تجاوز مسلم آزاد می گذارد و تدابیری در این مورد اتخاذ نمی نماید». <sup>۵</sup> هرچند تأثیر دیوان اروپایی حقوق بشر بسیار قوی می باشد، اما فعلاً جنبه اخلاقی دارد. این مسأله به طور نزدیک و مشابهی برای دیوان عالی امریکا نیز مطرح می شود که «اقتداری جز قدرت مقاعد کردن ندارد»، حتی اگر در عمل دیوان عالی امریکا دارای اقتدار بیشتری از دیوان اروپایی باشد.

۲-۲. مقاومت دولتها (ملی گرایی): ایستادگی های ملی در مقابل اصول راهبردی آیین دادرسی کیفری اروپایی، بنابر دلایلی که ناشی از خود دولتهاست نیز توجیه و تبیین می شود.

بدوآ باید متذکر شد که معاهده اروپایی همیشه به طور کامل در نظام حقوقی داخلی وارد نمی شود. جایگاه مقررات اروپایی در سلسله مراتب قواعد و معیارهای داخلی، بر حسب کشورها متفاوت است. گاهی معاهده دارای اعتباری فراتر از قانون اساسی می باشد، (مثل هلند) و یا دارای اعتباری معادل با اصول قانون اساسی (مثل اتریش، سویس) و گاهی دارای اعتبار فرا تقنیتی یا فرآقانونی است (مثل بلژیک، اسپانیا، فرانسه، یونان، پرتغال) و گاه اعتبار آن معادل با قوانین عادی است (مثل ایتالیا، جمهوری فدرال آلمان ، ترکیه).

لیکن بهتر- یا اگر ترجیح دهیم بگوییم بدتر از این وضعیتها - در انگلستان، ایرلند و کشورهای اسکاندیناوی وجود دارد. زیرا معاهده در نظام حقوقی داخلی وارد نشده است و جزیک اعتبار اخلاقی، ارزش دیگری ندارد. کشور انگلستان، معتقد است که درج مقررات معاهده در حقوق داخلی، مقررات [داخلی] را که به خوبی پذیرفته و مستقر شده است و رضایت بخش نیز می باشد، از تعادل خارج کرده و متزلزل می کند.

باید اضافه کرد که گاهی قضات در عمل تردید دارند که آیا معاهده اروپایی

۳۵. Berger V.، رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر، سومین انتشار، ۱۹۹۱، شماره ۸۴۵

را دقیقاً اجرا نمایند یا خیر؟ رویه قضایی هم که از معاهده نشأت می‌گیرد همین وضعیت را دارد. علی‌رغم این که بند ۱ ماده ۶ معاهده مقرر می‌دارد که: «هر کس حق دارد به این که دعوایش در یک مهلت معقول مورد رسیدگی قرار گیرد»، مع‌هذا قضات فرانسه از ابطال یک رسیدگی طولانی کیفری امتناع ورزیده‌اند. به موجب رأی ۷ مارس ۱۹۸۹ دیوان کشور فرانسه: «تنها عدم رعایت مهلت معقول در رسیدگی موجب بطلان دادرسی نخواهد شد». همان دیوان، قبل‌اً در مورد قرار بازداشت موقت اظهار نظر نموده است که نقض لزوم بازداشت موقت در یک مدت زمان معقول بند ۳ ماده ۵ نمی‌تواند برای اولین بار در آن دیوان مورد شکایت قرار گیرد. زیرا ایراد موضوعی و حکمی است و بنابراین غیرقابل استماع تلقی شده است.<sup>۳۶</sup>

## نتیجه

حقوق‌دانان زیادی علاقمند هستند که قانونگذاران عضو شورای اروپا اصول راهبردی مشترک در قلمرو‌آیین دادرسی کیفری را وارد حقوق خود نمایند و به آنها ملحق شوند. در این جهت، ترازنامه‌ای نیز وجود دارد. این خود موجب خوشحالی است، خصوصاً در قلمرو‌آیین دادرسی کیفری که قلمرو‌آزادیها و نظم عمومی است. لیکن هرگونه نزدیکی و هماهنگ‌سازی باید محدود به اصول عمومی باشد. بنابراین تنها هماهنگ‌سازی مطرح است معاهده اروپایی و رویه قضایی دیوان اروپایی حقوق بشر یک نوع منشور قانون اساسی محسوب می‌شود و نه ایجاد وحدت که خیلی «تمرکز گرا است و فقط اذهان و ایدئوژی را احتمالاً ارضا خواهد کرد، لیکن با تنوع ملت‌ها مواجه خواهد شد». به فرض این که روزی یک حقوق اروپایی امور بازارگانی وجود داشته باشد، اما امکان وجود یک قانون آیین دادرسی کیفری اروپایی که تمام دولتهای شورای اروپا را در خود جمع کند، هرگز ممکن نیست تحقق پیدا کند. زیرا اروپای استراسبورگ (شورای اروپا) که گسترده‌تر از اروپای جامعه مشترک ناشی از معاهده رُم است، از لحاظ حقوقی نیز از

. ۳۶. شعبه جنایی دیوان کشور، ۷ مارس ۱۹۸۹، بولتن جنایی، شماره ۱۰۹.

عمق کمتری برخوردار می باشد. اگر در زمینه کیفری یک فضای آیین دادرسی اروپایی وجود داشته باشد فقط در حد اصول امکان پذیر است، یعنی در واقع در سطح سیاست جنایی و نه در حد تکنیک و فن [حقوقی].<sup>۳۷</sup> اروپا، خصوصاً در زمینه آیین دادرسی کیفری، نسبت به ایالتهای تشکیل دهنده ایالات متحده امریکا که به جهت نداشتن تاریخ و سنت خاص (به جز ایالتهای جنوبی) در یکی کردن آیین های دادرسی خود مشکل دارند، از یکپارچگی کمتری برخوردار است و برخوردار خواهد ماند. واقعیت، علی رغم سرسختی قابل توجه قضات دیوان اروپایی حقوق بشر، انعطاف ناپذیر است.

.۳۷. J. Pradel ، سیاست جنایی و آیین دادرسی کیفری، «مزاربکاریا و سیاست جنایی نوین»، مرکز ملی پیشگیری و دفاع اجتماعی، میلان، ۱۹۹۰، ص ۲۷۸.

11

11

دکتر حبیدرضا نیکبخت



## آثار قوهٔ قاهره و انتفای قرارداد





## ● مقدمه

در سالهای اخیر «قوهٔ قاهره و انتفای قرارداد» به صورت کلی مورد بحث و بررسیهای نسبتاً گسترده مقاله‌های حقوقی<sup>۱</sup> و تحقیقات دانشگاهی<sup>۲</sup> قرار گرفته‌اند. بخصوص پس از پیروزی انقلاب اسلامی در ایران دعاوی بسیاری در ارتباط با قراردادها مطرح شده‌اند که اگر نه در همه بلکه در غالب آنها بحث قوهٔ قاهره یا انتفای قرارداد، به لحاظ وجود مصاديقی از موضوع که در رأس آنها انقلاب و اعتصابها و جنگ می‌باشد، مطرح بوده است.<sup>۳</sup> لذا ضرورتی دیده نمی‌شود که به بررسی مفصل و مجدد آنچه تاکنون انجام شده و نیز به مسائلی که روشن و واضح گردیده پرداخته شود. در مقاله حاضر سعی می‌شود بخشی از موضوع قوهٔ قاهره و

۱. به عنوان نمونه مراجعه شود به: صفایی، دکتر سید حسین، «قوهٔ قاهره یا فورس مازور»، مجلهٔ حقوقی، ۱۳۶۴، شماره ۳، ص. ۱۱۳؛ مؤمنی، دکتر فرامرز، «عقیم شدن قراردادهای تجاری با تأکید بر حقوق انگلیس»، مجلهٔ حقوقی، ۱۳۶۸، شماره ۱۰.

۲. به عنوان نمونه رجوع شود به: پایان نامه‌های کارشناسی ارشد، کتابخانهٔ دانشکدهٔ حقوق دانشگاه شهید بهشتی و دانشگاه تهران.

۳. برای دیدن نمونه مراجعه شود به: فهرست راهنمای (Index) مجموعهٔ گزارش‌های دیوان دعاوی ایران و امریکا از سال ۱۹۸۱ تاکنون، به زبان انگلیسی: "Iran - United States Claims Tribunal Reports", Grotius Publication Limited 1981 - 1996.

انتفای قرارداد که بیشتر در عمل مطرح می‌باشد و تاکنون هم چندان مورد بررسی قرار نگرفته، مورد تحلیل قرار گیرد، و آن عمدتاً به آثار قوّه قاهره و انتفای قرارداد مربوط می‌شود.

بنابراین، در این مقاله به بررسی آثار قوّه قاهره و انتفای قرارداد با توجه خاص به قراردادهای خصوصی، پرداخته خواهد شد. برای این منظور لازم است که در قسمت اول مروری داشته باشیم بر کلیاتی در ارتباط با تعریف قوّه قاهره و انتفای قرارداد و مصاديقی از این دو دکترین و سپس در قسمت دوم به تأثیر قوّه قاهره و انتفای قرارداد بر قرارداد یا تعهدات طرفین پرداخته شود. در قسمت سوم مقاله نیز اثر این دو نهاد حقوقی بر خسارت واردہ به طرف قرارداد (مسئولیت متعدد) مورد تحقیق قرار خواهد گرفت. در این قسمت مشخصاً تأثیر اطلاع دادن یا ندادن وقوع یا وجود حالت قوّه قاهره و انتفای قرارداد به طرف دیگر قرارداد بر مسئولیت متخلف از قرارداد تحت بررسی خواهد بود و در پایان به نتیجه‌گیری می‌پردازیم.

## ۱) قسمت

### تعریف و مصاديق قوّه قاهره و انتفای قرارداد

در زبان فارسی قوّه قاهره یا قوّه قهریه را معادل «فورس مازور»<sup>۱</sup> که یک اصطلاح فرانسوی است استعمال می‌نماییم. عبارت فورس مازور در زبان فرانسه از دو کلمه «فورس» به معنای نیرو یا قوه و «مازور» به معنای بزرگتر یا عمدۀ تشکیل شده است و ترکیب این دو کلمه در معنای نیروی بزرگ غیر قابل مقاومت یا حادثه‌ای که شخص نمی‌تواند از آن جلوگیری کند و مسؤول آن هم نیست

#### 4. Force Majeure.

بکار می‌رود.<sup>۵</sup> قوهٔ قاهره در قانون مدنی فرانسه بکار رفته اماً تعریفی از آن به عمل نیامده است.<sup>۶</sup> آقای دکتر صفائی ضمن بیان اینکه در حقوق فرانسه فورس ماژور دارای معنای عام و معنای خاص است به نقل از فرهنگ اصطلاحات حقوقی فرانسوی Lexique de Terms Juridiques می‌نویسد: «در تعریف «فورس ماژور» چنین آمده است: حقوق مدنی- به معنای عام، هر حادثه غیرقابل پیش‌بینی و غیرقابل اجتناب است که متعهد را از اجرای تعهد باز دارد. فورس ماژور موجب برائت است. فورس ماژور به معنی خاص، در مقابل حادثه غیر متربقه قرار می‌گیرد و عبارت از حادثه بروندی است؛ بدین معنی که حادثه باید کاملاً بیگانه با شخص متعهد باشد (نیروی طبیعی، عمل دولت، عمل شخص ثالث)».<sup>۷</sup> بنابراین از نظر حقوقی حادثه‌ای قوهٔ قاهره محسوب خواهد شد که اولاً، غیرقابل اجتناب باشد، ثانیاً، غیرقابل پیش‌بینی باشد و ثالثاً، خارجی باشد. در فرهنگ فارسی قوهٔ به معنای قوت، زور، قدرت، نیرو و قاهره به معنای غالب، مقهور کننده و چیره می‌باشد.<sup>۸</sup> در قانون مدنی ایران نیز نه تنها تعریف جامعی از عبارت قوهٔ قاهره وجود ندارد بلکه این عبارت بکار هم نرفته است.<sup>۹</sup> اما

۵. به عنوان مثال، در فرهنگ لغات فرانسوی R<sup>é</sup>rit «فورس ماژور» چنین معنا شده است. "evenement qui n'a pu *être prévu* ni empêché, ni surmonté et qui libère le débiteur de son obligation", La Robert Dictionnaire Alphabetique et analogique la langue française, Edition, SNL, Le Robert, Paris, 1988.

۶. ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی فراتسه با در برداشتن عبارات Cas fortuit و force majeure قوهٔ قاهره و حوادث غیر متربقه را در حقوق مدنی فرانسه پیش‌بینی می‌کند.

۷. صفائی، دکتر سید حسین؛ «قوهٔ قاهره یا فورس ماژور»، مجله حقوقی، ۱۳۶۴، شماره ۳، ص ۱۱۳.

۸. فرهنگ فارسی، دکتر محمد معین.

۹. مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی ایران به عنوان قواعد مربوط به قوهٔ قاهره محسوب می‌شوند و علی‌رغم این که گفته شده است که ماده ۲۲۷ قانون مدنی ایران از ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی فرانسه اقتباس شده است (جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر حقوق تعهدات، ص ۲۸۲) فقد تعریف و تصریح قوهٔ قاهره می‌باشد، امامی، دکتر سید حسن؛ «حقوق مدنی»، جلد ۱، ص ۲۴۱. بند ۴ ماده ۱۳۱۲ قانون مدنی اشاره به حوادث غیر متربقه دارد. امادر ماده ۷۵۴ قانون آئین دادرسی مدنی و مواد ۱۳۱ و ۱۵۰ قانون دریابی از قوهٔ قاهره و قوهٔ قهریه نام برده می‌شود.

حقوق دانان ایرانی از قوهٔ قاهره تعریفی تقریباً مشابه تعریف حقوقی فرانسوی ارائه می‌دهند. مثلاً در تعریفی چنین آمده: «آنچه قابل پیش بینی نبوده و قابل اجتناب نیز نباشد و متعهد را در حالت عدم قدرت بر اجرای تعهد خویش قرار دهد و یا موجب معافیت کسی که به علت عدم توانایی خسارتی به متعهد، خود یا متضرر دیگری وارد کرده است گردد، مانند حریقی که بدون عمد و تخطی صاحب کارخانه در کارخانه اتفاق افتاد و در نتیجه او نتواند سفارشاتی را که قبول کرده به انجام برساند...».<sup>۱۰</sup>

در خصوص مصادیق قوهٔ قاهره، سیستمهای حقوقی مختلف ساخت هستند. از این رو تعیین مصدق اولاً، بستگی به توافق طرفین دارد و ثانیاً در صورت فقدان توافق بستگی به نظر دادگاه خواهد داشت که هر علت یا حادثه‌ای را که دارای خصوصیات مذکور در تعاریف بالا ببیند قوهٔ قاهره محسوب نماید. اما روش قضایی و آرای بین‌المللی و نظر علمای حقوق موارد بسیاری را از قبیل وقوع جنگ، انقلاب، اعتصاب، شورش، سیل، زلزله، آتش سوزی به عنوان مصادیق قوهٔ قاهره بر شمرده‌اند. لذا در غالب قراردادها بخصوص قراردادهای بین‌المللی، طرفین با توافق و نظر خود قوهٔ قاهره را تعریف و مصادیق آن را بصورت شرط قرارداد ذکر می‌نمایند.<sup>۱۱</sup> در خصوص توافق طرفین در مورد قوهٔ قاهره باید در نظر داشت که قاعده‌تاً قواعد قانونی مربوط به قوهٔ قاهره در سیستمهای حقوقی از قواعد تغییری یا

۱۰. جعفری لنگرودی، دکتر محمد جعفر؛ «ترمینولوژی حقوق»، ص ۵۵۳.

۱۱. به عنوان نمونه در یک قرارداد پیمانکاری ممکن است چنین شرط شود: قوهٔ قاهره حادثه‌ای است که خارج از کنترل آن طرفی است که ادعا می‌کند تحت تأثیر آن قرار گرفته و بر اجرای تعهد و اثر نامطلوب گذاشته از جمله، جنگ، تجاوز خارجی، عمل دشمنان، انقلاب، طیان و شورش، اعتصاب، تعطیل کار از طرف اشخاص ثالث، آشوب داخلی، اعمال اشخاص بدخواه از طرف یا در ارتباط با گروهها یا سازمانهای خاص... در صورتی که اجرای قرارداد به لحاظ حوادث ذکر شده در بالا به مدت [مثلاً ۴ ماه] یا هر مدتی که طرفین توافق کنند، متوقف شود، هر یک از طرفین می‌تواند با یک اختصار [مثلاً یک ماهه] به دیگری قرارداد را خاتمه دهد یا منحل نماید یا ممکن است به طور خلاصه در قرارداد چنین شرط شود که هر یک از طرفین برای قصور و تأخیر در اجرای تعهدات قراردادی که به لحاظ جنگ، جنگ داخلی، اعتصاب، شورش و هر واقعه‌ای که خارج از کنترل عرفی و بدون تغییر آن طرف می‌باشد، مسؤول نخواهد بود.

تفسیری محسوب می شوند و لذا توافق طرفین بر خلاف آن قواعد معتبر می باشد. بنابراین در چنین قراردادی قوهٔ قاهره در همان حدّ قاعدةٔ قراردادی توافق شده (قصد طرفین) تفسیر خواهد شد.<sup>۱۲</sup>

انتفای قرارداد یا عقیم شدن قرارداد را معادل فارسی واژه انگلیسی فراسترشن<sup>۱۳</sup> بکار می بریم. دکترین فراسترشن قرارداد از نهادهای نظام حقوقی کامن لا و مشخصاً سیستم حقوقی انگلستان می باشد و کاربرد آن با تفاوتهاي خاصی مشابه قوهٔ قاهره در نظام حقوقی نوشته می باشد. فرهنگ اصطلاحات حقوقی انگلیسی انتفای قرارداد را چنین تعریف کرده است: «هنگامی که واقعه یا تغییر اوضاع و احوال آن چنان اساسی است که بر بنیان قرارداد به طور کلی (یکجا) تأثیر می گذارد و فراتر از حد انتظار چیزی است که مورد نظر طرفین بوده است، قرارداد منتفی (عقیم) شده محسوب می شود». <sup>۱۴</sup> در تعریف مفهوم حقوقی منتفی شدن قرارداد، علمای حقوق انگلستان می گویند منتفی شدن قرارداد تنها زمانی واقع می شود که متعاقب انعقاد قرارداد، وضعیت اساساً متفاوتی به طور غیرمنتظره رخ دهد و در واقع اجرای قرارداد به صورتی که مورد نظر طرفین بوده است غیرممکن شود.<sup>۱۵</sup> در سیستم حقوقی انگلستان، بیان کلاسیک دکترین انتفای قرارداد توسط لرد رادکلیف در پرونده "Davis Contractors Ltd., v. Farehom Urban, District Council

ارائه گردیده است. وی می گوید:

۱۲. در سیستم حقوقی انگلستان مواردی وجود دارد که دادگاه خلاف توافق طرفین درخصوص مواردی که جزء قوهٔ قاهره محسوب می شوند تصمیم گرفته است. عنوان نمونه مراجعه شود به: Jackson v. Union Marine Insurance Co., Ltd., (1847), L.R. 10 CP 125; Pacific Phosphate Co., Ltd., v. Empire Transport Co., Ltd., (1920), 36 TLR. 750.

13. Frustration.

14. A.L.B. Curzon: "A Dictionary of Law", 2nd e.d.

15. C.M. Schmitthoff: "The Law & Practice of International Trade", 9th ed., Stevens & Sons, 1990, p. 147.

16. [1956] A.C. 696, 729.

«... انتفای قرارداد واقع می شود هرگاه قانون تصدیق نماید که اجرای تعهد قراردادی بدون کوتاهی یا فسحه هر کدام از طرفین غیر مقدور شده ، زیرا اوضاع و احوالی که اجرای قرارداد در آن قرار می گیرد، آن را از بینان با آنچه که به موجب قرارداد تعهد شده بود متفاوت می سازد. این آن امری نبود که من انجامش را تعهد کرم " "(Non haec in foedera veni)" .

بنابراین معیار اینکه آیا واقعه ای منتفی کننده قرارداد محسوب می شود این است که آن واقعه اجرای نهایی تعهدات قراردادی مربوطه را در مقایسه با آنچه که بموجب قرارداد تعهد شده بود «از بینان متفاوت» نماید.<sup>۱۷</sup> در این صورت تفاوتی بین واقعه موقتی و دائم نمی باشد و کافی است که تأخیر در اجرا، آنچنان اجرای قرارداد را عمیقاً دگرگون کند که منتهی به اجرای تعهدی کاملاً متفاوت با آنچه در ابتدا مورد نظر طرفین قرارداد بوده است بشود. در این صورت طرفین برای همیشه از تعهداتشان معاف خواهند شد.<sup>۱۸</sup>

در سیستم حقوقی انگلستان، ارائه فهرست کاملی از وقایع منتفی کننده قرارداد امکان پذیر نیست. اما موارد ذیل نمونه هایی هستند که به موجب رویه قضایی انگلستان غالباً منتفی کننده قرارداد محسوب شده اند:

۱. از بین رفتن موضوع قرارداد. چنانچه اجرای قرارداد بستگی به وجود یک شخص یا شیئی خاص داشته باشد و پس از انعقاد قرارداد آن شخص یا شیء به طور فیزیکی از بین برود؛<sup>۱۹</sup>

۲. غیرقانونی شدن غیر مترقبه (ناگهانی). چنانچه بعد از انعقاد قرارداد معتبری، جنگی واقع شود یا قانونی عوض شود یا مثلاً ممتوعيتهای صادرات و

17. Pioneer Shipping Ltd., v. BTP Tioxide Ltd., The Nema [1982] A.C. 724, 752.

18. Barry Nicholas: "Force Majeure and Frustration", American Journal of Comparative Law, 27 (1979), p. 234.

19. Taylor v. Caldwell, (1863) 3 B. & S. 826,839.

واردات برقرار شود، یا دولت دخالت کند (مثل مصادره اموال)، انجام قرارداد غیرقانونی و در نتیجه منتفی خواهد شد؛”

۳. هنگامی که یکی از طرفین فوت کند یا اهلیت خود را از دست بدهد. در قراردادهایی که خدمات شخصی مطرح است، فوت یا بیماری حادّ شخصی که قرار است آن خدمت را ارائه دهد موجب منتفی شدن قرارداد خواهد شد؛”

۴. هنگامی که قرارداد بستگی به رویداد خاصی دارد و آن رویداد واقع نشود، قرارداد منتفی شده محسوب خواهد شد؛”

۵. تغییر اساسی اوضاع و احوال. چنانچه بعد از انعقاد قرارداد آنچنان تغییرات اساسی در اوضاع و احوال واقع شود به طوریکه بنیان قرارداد از بین برود یا قرارداد منتهی به قرارداد جدیدی متفاوت با قرارداد اولیه که توسط طرفین توافق شده بشود، قرارداد منتفی خواهد شد.

باید توجه داشت که قراردادی که موجب منتفی شدن آن خود شخص“ یا اشخاصی که وی مسؤول عمل آنهاست، بوده است، مانع مسؤولیت او نخواهد بود. ماهیت دکترین منتفی شدن قرارداد این است که نباید به واسطه عمل یا انتخاب خود طرف (متعهد) باشد.<sup>۱۰</sup>

20. Joseph Constantine Steamship Line Ltd. v. Imperial Smelting Corporation, [1942] A.C. 154.

21. Condor v. The Barran knights Ltd., [1966]1 W.L.R. 87.

22. Krell v. Henry, [1903]2 K.B. 740.

23. Joseph Constantine Steamship Line Ltd. , v. Imperial Smelting Corporation, [1942] A.C. 154. Davis Contractors Ltd., v. Farehom U.D.C. [1956] A.C. 696, 729.

24. Self-induced frustration.

25. Bank Line Ltd. , v. Arthur Capel & Co., [1919] A.C. 345; Maritime National Fish Ltd. , v. Ocean Travelers Ltd., [1935] A.C. 524.

## ۲ قسمت

# تأثیر قوهٔ قاهره و انتفاعی قرارداد بر قرارداد یا تعهدات طرفین

### الف. آثار قوهٔ قاهره

قوهٔ قاهره اصولاً یک دفاع است. لذا قاعده‌ای زمانی مطرح می‌شود که یک طرف (متعهد‌له) ندعای نقض قرارداد را توسط طرف دیگر (متعهد) مطرح می‌کند و مطالبه خسارت می‌نماید.<sup>۲۶</sup> این دعوا دو حالت دارد، یکی اینکه متعهد تعهد خود را ایفا ننموده و قصد ایفای آن را هم ندارد یا کلاً دیگر نمی‌تواند ایفا نماید و متعهد‌له به این نتیجه رسیده است که از طریق اقامه دعوا، خسارت مطالبه کند و یا اجبار متعهد را به انجام تعهد درخواست نماید. دیگر اینکه به علت وقوع قوهٔ قاهره در حین انجام قرارداد، اجرای آن برای مدتی متوقف و سپس کار (اجرا) از سر گرفته شده و به لحاظ این توقف خساراتی به متعهد‌له وارد آمده است و اکنون وی آن خسارت را مطالبه می‌نماید. پرسش دیگری که در این زمینه مطرح است آن است که چنانچه یک طرف قرارداد به علت قوهٔ قاهره تعهد خود را ایفا ننماید تکلیف طرف دیگر چیست؟ آیا طرف دیگر باید تعهد مربوط به خود را انجام دهد؟

بنابراین گرچه مطلب اساسی در قوهٔ قاهره تصمیم‌گیری درخصوص خسارت توسط دادگاه می‌باشد، اما برای این منظور ممکن است مسئله تعهد طرف مقابل (متعهد‌له) در حالت قوهٔ قاهره (برای متعهد) نیز مطرح شود. بدین معنی که چون ۲۶. باید توجه داشت که همان‌گونه که قبلًا اشاره شد و بعد از این مفصل بیان خواهد گردید، مواردی وجود دارد که قوهٔ قاهره در قانون تصریح شده و آثار آن بر قرارداد مشخص گردیده است. در این موارد ممکن است بحث نقض قرارداد و پرداخت خسارت مطرح نباشد بلکه یک طرف بخواهد از آثار قانونی تصریح شده مثل فسخ، ابطال و امثال آنها استفاده نماید. در چنین مواردی دیگر قوهٔ قاهره دفاع محسوب نمی‌شود بلکه در قالب ادعا توسط خواهان مطرح و باید اثبات شود.

فقط متعهد در حالت قوهٔ قاهره بوده بنابراین متعهدله باید تعهد خود را انجام می‌داد و چون او تعهد خود را انجام نداده (در برابر متعهد) ناقض قرارداد است. پس قبل از بررسی خسارت، دادگاه نیازمند مشخص نمودن وضعیت خود قرارداد در حالت قوهٔ قاهره خواهد بود.

قوهٔ قاهره به یکی از دو صورت زیر بر قرارداد یا تعهدات طرفین اثر خواهد کرد:

۱. ممکن است در اثر قوهٔ قاهره اجرای تعهدات قراردادی توسط هر دو طرف غیرممکن گردد، مثل وقوع انقلاب که باعث شود پیمانکار نتواند کار احداث پروژه ساختمانی را ادامه دهد و کارفرما هم نتواند وجه مقرر در قرارداد را در زمان خود بپردازد.

۲. ممکن است در اثر قوهٔ قاهره اجرای تعهد یکی از طرفین غیرممکن شود مثل اینکه ریزش برف سنگین جاده‌ها را مسدود کرده و مانع شود شرکت حمل کننده کالا که کرایه حمل را قبل از دریافت داشته است محموله را در زمان مقرر به مقصد برساند و باعث ضرر و زیان به صاحب محموله شود.

در هر دو صورت اثر قوهٔ قاهره بر تعهدات یا قرارداد طرفین ممکن است کوتاه مدت و موقتی یا دراز مدت و دائمی باشد و در هر دو حالت مسأله نقض تعهد یا قرارداد (به علت قوهٔ قاهره) مطرح خواهد بود. این بدان جهت است که در همهٔ سیستمهای حقوقی مختلف اصل لزوم قراردادها یا وفای به عهد<sup>۲۷</sup> پذیرفته شده است و قراردادی که صحیحاً بین طرفین منعقد شده است در هر شرایطی برای آنها الزام آور می‌باشد. در نتیجه چنانچه یکی از طرفین به هر دلیلی از جمله قوهٔ قاهره به تعهد خود عمل نکند خلاف اصل عمل کرده و ناقض قرارداد می‌باشد.

مادهٔ ۲۱۹ قانون مدنی ایران، در بیان اصل لزوم قراردادها مقرر می‌دارد که: «قراردادی که بین طرفین منعقد شده بین آنها و قائم مقامشان لازم الاتباع است» و

۲۸. pacta sunt servanda یا اوفوا بالعقود یا المؤمنون عند شروطهم. البته جای بحث است که این قواعد هم در سطح بین‌المللی و هم در شرع مقدس اسلام ممکن است با قواعدی مثل rebus sic stantibus و نفی عسر و حرج، استیمان، حدیث رفع، احسان، اقدام، لا ضرر محدود شوند.

بر اساس ماده ۲۲۱ قانون مدنی در صورت تخلف یکی از طرفین، متخلص مسؤول خسارات طرف مقابل خواهد بود. به این ترتیب، حتی در مواردی که علت تخلف از اجرای قرارداد قوهٔ قاهره باشد، اصل وجود تخلف از قرارداد و نقض آن منتفی نخواهد شد. به عبارت دیگر، به علت قوهٔ قاهره هیچ تعهد قراردادی از طرفین ساقط نخواهد شد مگر پرداخت خسارت که آن هم بر حسب قانون ساقط می‌شود. این است که در ماده ۲۶۴ قانون مدنی که موجبات سقوط تعهدات را مشخص نموده قوهٔ قاهره از موارد سقوط تعهدات ذکر نکرده است.<sup>۱۸</sup> مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی نیز مقرر می‌دارند که متخلص از انجام تعهد در صورت اثبات وجود قوهٔ قاهره از پرداخت خسارت (که در غیر موارد قوهٔ قاهره الزامی است) معاف خواهد بود. بنابراین در قانون مدنی ایران اصل بر آن است که قرارداد در هر وضعیتی باید اجرا شود و حتی با عدم اجرای تعهد توسط یکی از طرفین، طرف دیگر نمی‌تواند از اجرای تعهد خود امتناع نماید یا به عبارتی قرارداد را منحل یا فسخ نماید، مگر در مواردی خاص.<sup>۱۹</sup>

#### قواعد کلی مربوط به قوهٔ قاهره در قانون مدنی (مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ ق.م.)

۲۸. ماده ۲۶۴ ق.م. شش مورد (وفای به عهد، اقامه، ابراء، تبدیل تعهد، نهاتر، مالکیت فی الذمه) را به عنوان مسقط تعهد نام می‌برد. مؤلف سقوط تعهدات معتقدند که ماده ۲۶۴ ق.م. از ماده ۱۲۳۴ ق. مدنی فرانسه اقتباس گردیده که از نه سببی که آن ماده برای سقوط تعهدات بر می‌شمارد چهار سبب (تلف مورد تعهد، بطلان یا فسخ تعهد، تحقق شرط انحلال عقد، مرور زمان) در ماده ۲۶۴ وارد نشده است. ایشان متذکر می‌شوند که با توجه به مجموع مقررات قانون مدنی ایران می‌توان سه سبب از اسباب ذکرنشده در ماده ۲۶۴ (فسخ، تلف مورد تعهد و مرور زمان) را به اسباب ذکر شده در این ماده افروز. در این تأثیف، در مبحث «تلف مال مورد تعهد و نامسکن شدن عمل مورد تعهد»، ناممکن شدن عمل مورد تعهد به همیشگی و موقت تقسیم می‌شود و بیان می‌گردد که مورد اول (ناممکن شدن همیشگی) از اسباب سقوط تعهد و آزاد شدن ذمهٔ تعهد است، اماً در مورد دوم تعهد پایرجا و معهد باید پس از ممکن شدن انجام عمل، تعهد خود را ایفانماید. شهیدی، دکتر مهدی، «سقوط تعهدات»، کانون وکلای دادگستری، چاپ سوم، ۱۳۷۳، صص ۲۳ و ۲۰۶.

۲۹. به عنوان مثال، در خصوص قرارداد بیع ماده ۳۹۵ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «اگر مشتری ثمن را در موعد مقرر تأدیه نکند بایع حق خواهد داشت که بر طبق مقررات راجع به خیار تأخیر ثمن معامله را فسخ یا از حاکم اجبار مشتری را به تأدیه ثمن بخواهد». به موارد خاص مربوط به قوهٔ قاهره بعداً اشاره خواهد شد.

در خصوص وضعیت قرارداد در حالت قوّهٔ قاهره ساکت می‌باشد. پس این دادگاه است که با در نظر گرفتن شرایط، اوضاع و احوال و زمان و مکان تصمیم می‌گیرد که آیا قراردادی که در حالت قوّهٔ قاهره قرار گرفته متعلق می‌شود یا متصل، و یا قابل ابطال است و یا قابل فسخ. قطعاً دادگاه در این تصمیم‌گیری به ارادهٔ طرفین توجه خاص خواهد نمود و در خصوص اینکه آیا قرارداد پس از برطرف شدن قوّهٔ قاهره به اجرا درآید مسائلی از قبیل اینکه آیا اجرای مجدد قرارداد همان فایدهٔ اوّلیه را برای طرفین دارد یا مطابق ارادهٔ آنها می‌باشد، و آیا ماهیت قرارداد بعد از تعليق و اجرای مجدد همان ماهیت اوّلیه است، در نظر خواهد گرفت. بدیهی است چنانچه قوّهٔ قاهره موقتی باشد و پس از مدت کوتاهی از بین برود اثر آن بیشتر تعليق اجرای تعهد خواهد بود و بعد از آن اجرای تعهد یک طرف یا طرفین از سر گرفته خواهد شد. اما چنانچه قوّهٔ قاهره در مدت طولانی ادامه داشته باشد و باعث عدم امکان دائمی اجرای تعهد شود، اثر آن بیشتر انحلال قرارداد خواهد بود.<sup>۳۰</sup>

در قانون مدنی حالات خاصی که ممکن است بعضاً آنها را به قوّهٔ قاهره تقسیر نمود، نسبت به پاره‌ای از عقود معین پیش بینی شده که قانونگذار حکم صریح و مشخص در این حالات در خصوص وضعیت قرارداد مربوطه مقرر کرده است.<sup>۳۱</sup> همچنین در قانون دریایی ایران در موارد خاصی تاثیر قوّهٔ قاهره بر قراردادهای مربوطه را به صورت فسخ قرارداد،<sup>۳۲</sup> انحلال یا کان لم یکن تلقی شدن

۳۰. در خصوص نظریه علمی حقوق به عنوان نمونه مراجعت شود به: صفایی، دکتر سید حسین، «قوّهٔ قاهره»، مجله حقوقی، شماره ۳، ص ۱۲۰.

۳۱. به عنوان مثال، ماده ۳۸۷ ق.م، «اگر مبیع قبل از تسیلم بدون تقسیر و اهمال از طرف بایع تلف شود بیع منفسخ می‌شود»؛ ماده ۴۹۳ ق.م.: «اگر عین مستأجره بدون تغیریت یا تعدی [مستأجر] کلاً یا بعضًا تلف شود مسؤول خواهد بود»؛ ماده ۵۲۷ ق.م. «هرگاه زمین به واسطهٔ فقدان آب یا علل دیگر از این قبیل از قابلیت انتفاع خارج شود و رفع مانع ممکن نباشد عقد مزارعه منفسخ می‌شود»؛ ماده ۲۴۰ ق.م: «اگر بعد از عقد انجام شرط ممتنع شود کسی که شرط به نفع او شده است اختیار فسخ معامله را خواهد داشت ...».

۳۲. ماده ۱۰۴ قانون دریایی: «اگر قبل از حرکت کشتی تجاری، تجارت با کشوری که کالا به مقصد آن بارگیری شده ممنوع شود، قراردادهای مربوطه بدون پرداخت خسارت فسخ می‌گردد و فرستندهٔ محموله مسؤول مخارج مربوطه خواهد بود».

قرارداد<sup>۳۳</sup> و تعلیق قرارداد<sup>۳۴</sup> پیش بینی نموده است.

بنابراین قاعدة مربوط به تأثیر قوّه قاهره بر تعهدات طرفین یا قرارداد این است که با وجود قوّه قاهره قرارداد به قوت خود باقی است و طرفی که نمی تواند تعهد مربوط به خود را انجام دهد به هر حال مختلف محسوب می شود اماً معاف از پرداخت خسارت به طرف دیگر خواهد بود، مگر در مواردی که حکم قانونی خاصی وجود دارد.

در قانون مدنی فرانسه بیان صریحی از نتیجه غیرممکن شدن کامل اجرای قرارداد وجود ندارد. اما مدلول موادی نظیر مواد ۱۷۲۲، ۱۷۴۱، ۱۷۸۸، ۱۷۹۰، ۱۸۶۷<sup>۳۵</sup> این قانون حاکی است که متعهد از تعهدش خلاص می شود.

در این صورت مسأله خطر تلف (تشویی ریسک) بخصوص در قراردادها (عقود) دو طرفه و دراز مدت مطرح می شود. پرسش این است که چه کسی مسؤول خسارت‌های وارده بر اثر عدم انجام قرارداد بموجب قوّه قاهره بر طرفی است که در حالت قوّه قاهره قرار گرفته است؟ به عبارت دیگر گرچه متعهد مسؤول عدم اجرای تعهد خود نیست اما آیا می تواند اجرای متقابل را از طرف دیگر طلب کند؟ پاسخ این سؤال با توسّل به دکترین علت (cause) که حاکی از اصل وابستگی تعهدات طرفین به یکدیگر می باشد، منفی است. زیرا تعهد هریک از طرفین علت تعهد طرف دیگر می باشد و منتفی شدن یکی انتقامی دیگری را دریی دارد و چنانچه یک طرف بعلت قوّه قاهره از تعهد خودش رها شود طرف دیگر هم از تعهد مربوط به خود خلاص می شود. بنابراین نه تنها نمی توان از طرف مقابل خواست که به

۳۳. ماده ۱۳۱ ق. دریایی: «هرگاه کشتی نتواند به علت ممنوع بودن تجارت با بندر مقصد و یا محاصره اقتصادی بندر مقصد یا به علت قوّه قاهره حرکت کند، قرارداد مسافت کان لم یکن تلقی می گردد و هیچ یک از طرفین حق مطالبه خسارت از طرف دیگر را نخواهد داشت».

۳۴. ماده ۱۵۰ ق. دریایی: «(الف) در صورتی که کشتی نتواند به علت قوّه قهره از بندر خارج شود قرارداد اجاره برای مدت متعارف به قوت خود باقی می ماند و خسارت ناشی از تأخیر در حرکت کشتی قابل مطالبه نخواهد بود».

35. Barry Nicholas: "The French Law of Contract", 2nd ed., Clarendon Press Oxford, 1992, p. 205.

تعهدات خود عمل کند بلکه خطر و خسارت واردہ بر طرفی که تعهدش بوسیلهٔ قوّهٔ قاهره متفی شده است بر عهدهٔ خود او می باشد و چنانچه اجرای متقابلی هم از جانب طرف مقابل صورت گرفته باشد وی مسؤول جبران آن قسمت اجرا شده خواهد بود.<sup>۳۶</sup> بدیهی است که این نتیجه با فرض متخلّف دانستن متعهد در عدم انجام تعهد خود به واسطهٔ قوّهٔ قاهره نیز توجیه پذیر است.

در سیستم حقوقی فرانسه چنانچه منحل شدن قرارداد به موجب قانون یا توافق طرفین در قرارداد نباشد، به موجب مادهٔ ۱۱۸۴ ق.م. فرانسه، لازم است که انحلال قرارداد با اثر عطف به ماسبق شونده یا تنها با اثر فوری و نسبت به آینده، از دادگاه درخواست شود. دادگاه پس از احراز وجود قوّهٔ قاهره تصمیم خواهد گرفت که نتیجهٔ آن آیا تعلیق قرارداد و یا انحلال و ابطال آن است.<sup>۳۷</sup> بر اساس تئوری خطر و دکترین علت که بدان اشاره شد نتیجهٔ غیر ممکن شدن قرارداد، بطلان تعهدات هر دو طرف قرارداد می باشد بدون نیاز رجوع به دادگاه برای فسخ قرارداد و در هر کجا که لازم باشد جبران عمل طرف مقابل را هم در بی خواهد داشت. این قاعده مطابق اصل است و روشنی است که توسط دکترین پذیرفته شده است.<sup>۳۸</sup> به هر حال رویهٔ قضایی تثبیت شده مادهٔ ۱۱۸۴ قانون مدنی را اعمال می نماید که فسخ قرارداد در صورت عدم اجرای قرارداد، توسط دادگاه را پیش بینی می کند. دادگاهها با اعمال این ماده، اختیار دارند که قرارداد را فسخ نمایند یا در صورتی که عدم اجرای نسبی (مربوط به قسمتی از قرارداد است) یا موقتی است آن را قابل ادامه تلقی کنند و فسخ ننماید.<sup>۳۹</sup>

36. Ibid.

37. Henry Lesguillons: "Frustration, Force majeure, Imprévision, Welgfall der Geschäftsgrund Läge", D.P.C.I., December. 1979, No. 4, p. 507.

38. Barry Nicholas: "The French Law of Contract", 2nd ed., Clarendon press Oxford, 1992, p. 206.

39. Paris 13.11.1943. Gaz. Pal. 1943.2.260.

## ب. آثار دکترین انتفای قرارداد

تا قرن هفدهم میلادی قاعده در سیستم حقوقی انگلستان غیرقابل انعطاف و مطلق بودن قراردادها بوده است. براساس این قاعده طرف قرارداد باید تعهد قراردادیش را انجام می داد حتی اگرچه اجرای قرارداد بعداً غیرممکن می شد.<sup>۱</sup> بنابراین تا آن زمان هیچ حادثه ای حتی حادثه منتفی کننده قرارداد نمی توانست بر قرارداد یا تعهدات طرفین اثری داشته باشد. اما به تدریج این قاعده بدین صورت تغییر کرد که «چنانچه طرفی به موجب قرارداد وظیفه یا تعهدی مطلق و غیرمشروط برای خود ایجاد کند، ملزم می شود که آن را عمل کند، علی رغم هر ضرورت غیرقابل اجتناب». لذا طرفین می توانستند با تصریح موارد معافیت از مسؤولیت در قرارداد خود از این حالت سخت رهایی یابند. اما بالاخره در سال ۱۸۶۳ با پذیرفته شدن دکترین منتفی شدن قرارداد به عنوان استثناء بر قاعدة سابق<sup>۲</sup> اثر آن بدین گونه در حقوق انگلستان تثبیت شد که وقوع حادثه منتفی کننده قرارداد را فوراً و بدون نیاز به هیچ چیز دیگری به طور خود به خود خاتمه می دهد.<sup>۳</sup>

قاضی انگلیسی، لرد رایت، در خصوص اثر حادثه منتفی کننده قرارداد می گوید: از زمان وقوع حادثه «به نظر من قرارداد به طور خود بخود (اتوماتیک) نسبت به آینده خاتمه می یابد، زیرا در آن تاریخ، اجرای بعدی و بیشتر قرارداد در شرایطی که هیچ مسؤولیتی برای خسارت به لحاظ قصور، بر عهده هیچ یک از طرفین وجود ندارد، غیرممکن می شود». لرد سایمون نیز در این زمینه می گوید: «اثر حقوقی دکترین [انتفای قرارداد] این نیست که به عنوان دفاع یک طرف

40. Bottoms v. York Corporation, (1892).

41. Paradine v. Jane, (1947), Aleyn, 26.

۴۲. برای اوّلین بار دکترین انتفای قرارداد در پرونده & Taylor v. Caldwell, (1863), 3B. S 826 با از بین رفتن فیزیکی موضوع قرارداد (مورد تعهد) قبل از موعد اجرا، بکار گرفته شد.

43. Hirji Mulji v. Cheong yue Steamship Co., [1926] A.C. 497.

44. Fibrosa Spolka Akcyjna v. Fairbaern Lawson Comb Barbour Ltd., [1983] A.C.32 at , p. 270.

در مقابل ادعای طرف دیگر اقامه شود. این دکترین خود قرارداد را می‌کشد و از بین می‌برد و دو طرف قرارداد را خود به خود از مسؤولیت [اجرا] معاف می‌کند. بنابراین قرارداد از تاریخ وقوع حادثه منتفی کننده باطل می‌شود و طرفین از مسؤولیت اجرای بعدی [بیشتر] قرارداد معاف می‌گردند و تنها آنچه باقی می‌ماند تعیین تکلیف تعدیل حقوق و تکالیف طرفین است، به موجب قرارداد، در ارتباط با زمان قبل از وقوع حادثه منتفی کننده».<sup>۵</sup>

## ۳ قسمت

### تأثیر قوهٔ قاهره و انتقامی قرارداد پر خسارت (مسئولیت متعهد)

#### الف. تأثیر قوهٔ قاهره

بدیهی است چنانچه پس از انعقاد عقد و بخصوص در حین انجام آن، قوهٔ قاهره واقع شود و انجام تعهد یکی از طرفین یا هر دو طرف قرارداد غیر مقدور شود خساراتی برای طرف دیگر یا هر دو طرف خواهد داشت. گرچه همانگونه که در بالا ذکر گردید، چنانچه یکی از طرفین قرارداد در انجام تعهدش قصور نماید، اصولاً مسؤول خسارت طرف مقابل نیز خواهد بود، اما در صورتی که طرف مختلف اثبات نماید که عدم انجام تعهد به واسطهٔ قوهٔ قاهره بوده است سیستم حقوقی فرانسه و همچنین سیستم حقوقی ایران پذیرفته‌اند که مختلف از پرداخت خسارت معاف

45. Joseph Constantin Steamship Line Ltd., v. Imperial Smelting Corporation Ltd., [1942] A.C. 154, 163.

خواهد بود. ماده ۱۱۴۷ قانون مدنی فرانسه مقرر می‌دارد:

«متعهد به پرداخت خسارت محکوم می‌شود، در صورت اقصاء، خواه به لحاظ عدم اجرای تعهد خواه به لحاظ تأخیر در اجرای آن، هرگاه نتواند ثابت کند که عدم اجرا به واسطه علت خارجی بوده است که نمی‌شود به وی استناد نمود، هرچند که سوء نیت هم از طرف وی وجود نداشته باشد».

ماده ۱۱۴۸ قانون مدنی فرانسه نیز بیان می‌دارد که:

«مناسبتی برای پرداخت خسارت وجود ندارد، هنگامی که در نتیجه قوه قاهره [Cas fortuit] یا حادثه غیر متربقه [Force majeure] متعهد متغیر شده باشد از انتقال یا انجام آنچه که متعهد بوده، یا انجام داده باشد آنچه را ممنوع از انجام آن بوده».

مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی ایران به ترتیب معادل دو ماده ۱۱۴۷ و ۱۱۴۸ از قانون مدنی فرانسه می‌باشند. بنابراین قوه قاهره در سیستم حقوقی

**4.6. 1147:** Le débiteur est condamné, s'il y a lieu , au payment de dommages et interêt, soit à raison de l' in exécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'in exécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part .

1148: Il n'y a lieu à aucun dommages et intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.

ترجمه انگلیسی مواد ۱۱۴۷ و ۱۱۴۸ قانون مدنی فرانسه عبارت است از:

1147: "The debtor is condemned, where appropriate, to the payment of damages, either on account of the non - performance of the obligation or on account of delay in its performance when ever he does not show that the non - performance is due to an external cause which can not be imputed to him , even if there is no bad faith on his part".

1148:"There is no occasion for damages where, in consequence of force majeure or (doing unexpected) accident the debtor has been prevented form conveying or what to which he was obliged or has done what he was debarred from doing.

فرانسه و ایران جز در مواردی که نص قانونی خلاف وجود داشته باشد، به طور خود به خود تأثیر حقوقی بر قرارداد ندارد بلکه اثر آن در مرحله نتایج نقض قرارداد است و طرف متخلف از اجرای تعهد باید وجود آن را به عنوان مانع اجرا و در دفاع در مقابل دعوای خواهان اثبات نماید که در این صورت تخلف وی در اجرای قرارداد و پرداخت خسارت مربوطه بخشیده خواهد شد و مسؤولیتی به دنبال نخواهد داشت.

سؤالی که در اینجا مطرح است این است که خسارت چیست؟ همانگونه که قبل اذکر گردید ماده ۲۲۱ قانون مدنی مقرر می‌دارد: «در صورت تخلف متعهد در انجام تعهد، وی (متخلف) مسؤول «خسارت» طرف مقابل خواهد بود». همچنین در ماده ۲۲۶ قانون مدنی آمده است: «در مورد عدم ایفای تعهد از طرف یکی از متعاملین طرف دیگر نمی‌تواند ادعای «خسارت» کند...». از طرفی نیز ماده ۷۲۸ قانون آیین دادرس مدنی مقرر می‌دارد: «در صورتی دادگاه حکم «خسارت» می‌دهد که مدعی ثابت کند که ضرر به او وارد شده... ضرر ممکن است به واسطه از بین رفتن مالی باشد یا به واسطه فوت شدن منفعتی که از انجام تعهد حاصل می‌شده است». گفته شده است خسارت در ماده ۲۲۱ به معنای ضرر می‌باشد و در ماده ۲۲۶ به معنی چیزی که برای جبران ضرر داده می‌شود.<sup>۴۷</sup> بنا بر این از مجموع مواد فوق الذکر مواد ۲۲۷ و ۲۲۹ قانون مدنی چنین نتیجه می‌شود که متخلف از انجام تعهد چنانچه وقوع قوّه قاهره را اثبات نماید محکوم به پرداخت ضررهای وارده به طرف دیگر (اعم از بین رفتن مالی یا فوت شدن منفعتی از وی) نخواهد شد.

در بعضی موارد خاص که قانون مدنی یا سایر قوانین ایران به نوعی قوّه قاهره را پیش بینی نموده اند و ضعیت مسؤولیت متعهد را نیز روشن کرده اند. مثلاً ماده ۳۸۷ ق.م. مقرر می‌دارد: «چنانچه مبیع قبل از تسلیم بدون تقصیر و اهمال بایع تلف شود، ثمن باید به مشتری مسترد گردد»؛ یا ماده ۳۸۶ قانون تجارت مقرر می‌دارد: «چنانچه مال التجاره در اثر حوادثی که هیچ متصدی مواظبی نمی‌تواند از

. ۴۷. امامی، دکتر سید حسن؛ حقوق مدنی، جلد اول، صفحه ۲۳۶.

آن جلوگیری نماید تلف یا گم شود، متصدی حمل و نقل مسؤول قیمت آن نخواهد بود»؛ یا ماده ۱۰۴ قانون دریایی برای وجود نوعی قوّه قاهره برای حمل کننده کالا مقرر می‌دارد: «قرارداد بدون پرداخت خسارت فسخ خواهد شد و فرستنده محموله مسؤول مخارج مربوطه خواهد بود» و همچنین در ماده ۱۵۰ در بند (الف) برای وجود نوعی دیگر از قوّه قاهره که قرارداد را برای مدت متعارف معلق می‌نماید خسارت ناشی از تأخیر در حرکت کشته را قابل مطالبه نمی‌داند و در بند (ب) مقرر می‌دارد: «مال الاجارة اضافی نسبت به مدت اضافی که کشته اجاره شده به علت قوّه قهریه متوقف شده تعلق نمی‌گیرد و در ایام توقف غذا و مسکن کارکنان کشته جزء خسارت وارد حساب می‌شود».

همان‌گونه که قبلًا بیان گردید، در سیستم حقوقی فرانسه که دادگاهها براساس ماده ۱۱۸۴ ق.م. درخصوص فسخ یا عدم فسخ قرارداد تصمیم می‌گیرند در جایی که قسمتی از قرارداد قبل از وقوع قوّه قاهره انجام شده است یا جایی که قوّه قاهره موقتی و جزئی است و تماماً یا دائمًا انجام قرارداد را منع ننموده، دادگاه ممکن است قرارداد را فسخ و دستور جبران دهد یا از این کار امتناع نماید. البته دادگاه نمی‌تواند حکم به پرداخت خسارت دهد، اما می‌تواند اجرای تقلیل یافته یا ناقص بدھکار (متعهد) را به حساب آورد و تعهد متعهدله را تقلیل یا تغییر دهد.<sup>۴۸</sup> نتیجه دیگری که از اقدام بموجب ماده ۱۱۸۴ گرفته می‌شود این است که چنانچه دادگاه دستور بر فسخ قرارداد صادر کند، اثر آن عطف به ماسبق شده و به ابتدای قرارداد بر می‌گردد و نتیجهٔ فرعی آن این است که جبران عین تعهد یا جبران پولی آن برای منافعی که هریک از طرفین (از اجرای قرارداد) حاصل نموده‌اند، باید به عمل آید.<sup>۴۹</sup>

48. Paris 13.11.1943. Gaz. Pal. 1943.2.260.

49. Civ. 4.5.1898, S. 1898.1.281, D. 1898.1.457.

## ب. تأثیر دکترین انتفای قرارداد

قاعدة غالب در حقوق انگلستان تا قبل از سال ۱۹۴۳ این بود: «هریک از طرفین باید تعهدات قراردادی خود را تا آن مقدار که قبل از وقوع حادثه منتفی کننده باید انجام شوند، انجام دهند، اما آنها نسبت به مقداری که بعد از واقعه باید انجام شوند معاف می‌گردند». <sup>۵</sup> بنابراین طبق این قاعدة قرارداد از ابتدا باطل نبوده و تا قبل از حادثه منتفی کننده به اعتبار کامل و تمام خود باقی می‌ماند و دکترین «از بین رفتن کامل عوض»<sup>۶</sup> در اینجا جاری نمی‌شد مگر اینکه قرارداد از ابتدا باطل می‌بود. اثر این قاعدة این بود که چنانچه مثلاً در ارتباط با قرارداد پولی قبل از وقوع حادثه منتفی کننده سرسیید می‌شد، متعهد باید آن را می‌پرداخت (گرچه قرارداد بعداً منتفی شده و متعهد نمی‌توانست از آن استفاده‌ای ببرد)، اما چنانچه سرسیید پول بعد از وقوع حادثه می‌بود، دیگر متعهد مسؤول پرداخت آن نبوده و ضرر بر عهده متعهدله قرار می‌گرفت.<sup>۷</sup>

قاعدة فوق برای یک طرف قرارداد ایجاد سختی می‌کرد و عدم رضایت عمومی را در پی داشت، تا اینکه در سال ۱۹۴۲ در پرونده Fibrosa دادگاه عالی انگلستان (مجلس اعیان) تلاش کرد آثار سخت و ناروای این قاعدة را از بین ببرد. دادگاه موفق شد نتایج این قاعدة را که قرارداد تا لحظه وقوع حادثه منتفی کننده به لحاظ عدم از بین رفتن کامل عوض به قوت کامل خود باقی می‌ماند، نادیده بگیرد. در این پرونده تصمیم گرفته شد که امکان بازپس گیری پول پرداخت شده قبل از وقوع حادثه منتفی کننده (مثل پیش‌پرداختهایی که در قراردادها صورت می‌گیرد)

### ۵۰. Fibrosa Case, supra, p. 58.

۵۱. بمحض این دکترین، چون در سیستم حقوقی انگلستان عوض یکی از عناصر اصلی تحقق (صحبت) قراردادهای ساده می‌باشد، چنانچه بعد از انقاد قرارداد عوض از بین برود یا مشخص شود که عوض در هنگام انقاد قرارداد وجود نداشته است، قرارداد از همان ابتدا باطل محسوب خواهد شد.

### ۵۲. Candler v. Webster, [1904] 1 K.B. 493; Krell v. Henry [1903] 2 K.B. 740.

وجود دارد. در سال ۱۹۴۳، نظریات کمیته تجدیدنظر قانون انگلستان درخصوص اصلاح قانون مربوط به منتفی شدن قرارداد، منتهی به وضع «قانون ۱۹۴۳ قانون اصلاحی (قراردادهای منتفی شده)» شد.<sup>۵</sup>

اکنون به موجب ماده (۱)، این قانون جایی که «قراردادی تحت حاکمیت قانون انگلستان است و از لحاظ اجرا غیرممکن یا به طریق دیگری منتفی شده است و طرفین آن بدان جهت از اجرای بیشتر (بعدی) قرارداد معاف شده‌اند» اعمال خواهد شد. این قانون به طور کلی دو تغییر اساسی در قواعد قبلی مربوط به منتفی شدن قرارداد ایجاد می‌کند. یکی اینکه تصمیم متخده در پرونده Fibrosa را بسط داده و اجازه استرداد پیش‌پرداخت را می‌دهد. حتی اگرچه در زمان منتفی شدن قرارداد، دکترین «از بین رفتن کامل عوض» مطرح نباشد و عوض تماماً از بین نرفته باشد. دیگر اینکه این قانون می‌بذرید که طرفی که در اجرای قرارداد قبل از حادثه منتفی کننده، مقداری از کار یا قرارداد را انجام داده است می‌تواند درخواست جبران برای نفعی که از بابت آن کار عاید طرف دیگر شده است بنماید. بنا بر این ماده (۲) «قانون ۱۹۴۳ قانون اصلاحی (قراردادهای منتفی شده)»،

درخصوص استرداد پول پرداخت شده اینگونه مقرر می‌نماید:

«همه مبالغی که به هریک از طرفین به موجب قرارداد، قبل از زمانی که طرفین [از اجرای قرارداد] معاف بشوند...، پرداخت شده یا قابل پرداخت باشند، چنانچه پرداخت شده باشند، از او به عنوان پولی که وی برای استفاده طرفی که پول را پرداخته دریافت داشته است، قابل استرداد خواهند بود و در صورتی که آن مبالغ در آینده قابل پرداخت باشند (سررسید نشده باشد)، پرداخت آنها متوقف خواهد شد... چنانچه طرفی که پول به وی پرداخت شده یا قابل پرداخت است قبل از زمان معاف شدن [از اجرای قرارداد]، به منظور اجرای قرارداد هزینه‌هایی متحمل شده باشد، دادگاه ممکن است، در صورتی که با در نظر گرفتن کلیه اوضاع و احوال پرونده عادلانه بییند، به وی اجازه دهد تمام یا قسمی از مبلغ پرداخت شده به خود را نگه دارد، یا در صورت قابل پرداخت بودن مبلغی به وی، آنرا وصول نماید، البته نباید آن مقدار بیش از هزینه‌های متحمل شده باشد».

### ۵.3. Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943.

ماده (۳) نیز حق جبران (وصول غرامت) برای اجرای قسمتی از قرارداد (اجرای نسبی) را بدین گونه پیش بینی می نماید:

«در موادی که یک طرف قرارداد به واسطه هر مقدار عملی که طرف دیگر قرارداد در اجرا یا درجهٔ اجرای قرارداد انجام داده، نفع با ارزشی قبل از زمان معاف شدن [از اجرای قرارداد] عایدش شده باشد (به غیر از پرداخت پول...)، آن طرف دیگر، چنانچه دادگاه منصفانه بداند، حق وصول مبلغی (هر مقدار که باشد) که متجاوز از ارزش نفع مذکور برای طرفی که منتفع شده نخواهد بود، خواهد داشت».

باید در نظر داشت که در سیستم حقوقی انگلستان در ارتباط با منتفی شدن بعضی از انواع قراردادها قواعد خاصی وجود دارد که «قانون اصلاح قانون (قراردادهای منتفی شده) ۱۹۴۳»، متعرض آنها نمی شود. لذا این قانون تصریح دارد که بر قراردادهای حمل و نقل دریایی، قراردادهای اجاره کشتی دربستی، قراردادهای بیمه و قرارداد بیع کالا (عین) معین تحت ماده ۷ قانون بیع کالای ۱۹۷۹، اعمال نخواهد گردید. همچنین توافقات طرفین قراردادها درخصوص منتفی شدن قرارداد، قلمرو اعمال این قانون را محدود خواهد کرد. بنابراین در قراردادهایی که مقررات خاصی برای وضعیت منتفی شدن قرارداد پیش بینی شده و یا اینکه طرفین قصد داشته اند که علی رغم وضعیت منتفی کننده، قراردادشان به عنوان قرارداد یا توافق الزام آور باقی بماند» قانون ۱۹۴۳ کاربردی ندارد. پس آنچه که امروزه بخصوص در قراردادهای بین المللی متدائل است و طرفین قواعدی را درخصوص نوع حوادث قوهٔ قاهره یا منتفی کننده قرارداد و آثار آن در قراردادشان پیش بینی می کنند به فرض که قرارداد مربوطه تابع قانون انگلستان هم باشد، به عنوان توافق ارادی طرفین معتبر و قانون ۱۹۴۳ بر آن بی تأثیر است.

۵۴. چنین توافقی را قرارداد یا توافق مطلق یا غیرمشروط unconditional or absolute obligation می نامند.

## - آیا اعلان حالت قوّه قاهره یا وجود حادثه منتفی کننده ضروری است؟

سؤال این است که آیا برای اینکه یک طرف قرارداد بتواند به دکترین قوّه قاهره یا منتفی شدن قرارداد استناد نماید یا کلّاً برای بکار آمدن این دو دکترین، باید قبلًاً وقوع حادثه یا علت را به طرف دیگر اعلام کرده (اطلاع داده) باشد؟ به نظر می‌رسد این سؤال در دکترین منتفی شدن قرارداد به طور کلی بی‌مورد باشد. زیرا همان‌گونه که قبلًاً اشاره شد وقوع حادثه منتفی کننده، قرارداد را به طور اتوماتیک و بدون نیاز به هیچ‌چیز دیگری خاتمه می‌دهد و اثر حقوقی آن بستگی به نظر و اطلاع طرفین از واقعه ندارد.<sup>۵۵</sup> بنابراین صرف اثبات وقوع حادثه کافی است که قرارداد منتفی شده محسوب شود.

در حالت قوّه قاهره نیز به نظر نمی‌رسد که اعلان آن حالت، تکلیف طرفی باشد که بعداً می‌خواهد بدان استناد نماید. اینکه بار اثبات وجود حالت قوّه قاهره بر عهده خوانده (کسی که در صدد اتکا بر قوّه قاهره است) می‌باشد، می‌تواند بدین دلیل باشد که غالباً خواهان، اطلاعی از وقایعی که مانع انجام قرارداد شده‌اند نداشته و همچنین وسایلی برای کشف وضعیت امور در اختیار ندارد، و چنین اطلاع و وسایلی اختصاصاً در اختیار خوانده می‌باشد. و به این دلیل است که بار اثبات قوّه قاهره بر عهده خوانده توجیه عادلانه می‌باید و آن‌چنانچه خوانده را موظف بدانیم که قبلًاً وجود قوّه قاهره را به طرف دیگر اعلام نماید در این حالت ناعادلانه می‌نمود که بار اثبات وجود قوّه قاهره بر عهده خوانده باشد، بلکه باید بار اثبات عدم آن به همراه اثبات دعوا بر عهده خواهان باشد.

به هر حال، باید در نظر داشت که ممکن است مسأله اعلان قوّه قاهره در قراردادهای داخلی چندان مطرح نباشد، اما در قراردادهای بین‌المللی می‌تواند دارای اهمیت خاصی باشد زیرا ممکن است یک طرف قرارداد از اینکه طرف دیگر که در کشور دیگری است و در عدم اجرای قرارداد مواجه با قوّه قاهره می‌باشد بی‌اطلاع بوده و اقداماتی را به عمل آورد که در صورت آگاه بودن از وقوع قوّه قاهره یا حادثه منتفی کننده به عمل نمی‌آورد و خسارت کمتری متحمل شود. لذا

۵۵. Treitel, Contract, 7th ed., (1987, London, Butter worths), p. 702.

ممکن است استدلال شود که اصول حسن نیت در اجرای قراردادها و اجرای منصفانه آنها "ایجاب می کند که طرفی که در حالت قوّه قاهره قرار می گیرد وضعیت را به طرف دیگر اعلام نماید. در اینجا باید مذکور شد که این اصول نمی توانند مبنای عدم کاربرد دکترین قوّه قاهره قرار گیرند.<sup>۵۷</sup> نمی توان به صرف عدم آگاه نمودن طرف مقابل از قوّه قاهره، مخالف را دارای سوء نیت دانسته و از دفاع قوّه قاهره محروم و وی را مسؤول خسارت‌های ناشی از نقض قرارداد دانست زیرا نه نصّ قانونی در این خصوص وجود دارد و نه توافق طرفین.

ممکن است به کمک قواعد مربوط به تسبیب گفت که عدم اطلاع وقوع قوّه قاهره توسط طرفی که موضوع آن قرار گرفته موجب خسارت به طرف دیگر شده و لذا وی مسؤول این خسارت (خسارت ناشی از عدم دادن آگهی) است. اما نکته آن است که در تسبیب عنصر تقصیر وجود دارد و پرداخت خسارت بر مبنای تقصیر موکول به اثبات سه امر است: وجود ضرر، ارتکاب فعل زیانبار و وجود

## ۵۶. good faith and equitable performance of contract.

۵۷. در سیستمهای حقوقی کشورهایی که اصول حسن نیت و اجرای منصفانه در قراردادها پذیرفته شده‌اند مانند آلمان، سویس و فرانسه، این اصول مبنای اعمال دکترین دیگری به عنوان دکترین سختیهای غیرمنتظره (*L'imprevision*) به شمار می‌روند که اصولاً در قراردادهای اداری (عمومی) کاربرد دارد. مثلاً در سیستم حقوقی فرانسه با اشاره به ذیل ماده ۱۱۲۴ قانون مدنی فرانسه که مقرر می‌دارد: «قراردادها باید با حسن نیت انجام شوند *Elles doivent être exécutées de bonne foi*» گفته می‌شود که به ویژه در قراردادهای عمومی وقتی در تیجه اوضاع و احوال بحرانهای اقتصادی، اجرای تعهدی چندین برابر آنچه در هنگام انعقاد قرارداد پیش‌بینی شده هزینه بر می‌دارد، این مخالف اصل حسن نیت است که تعهد ملزم به اجرای چنین تعهدی باشد که در هنگام انعقاد قرارداد اصلاً در نظر طرفین نبوده است. لذا چنین قراردادی یا باید تعدیل شود یا منحل در دکترین سختیهای غیرمنتظره، اصول حسن نیت و اجرای منصفانه قراردادها غالب بر اصل الزام آور بودن قراردادها می‌شوند و لذا نمی‌توان در جاییکه اوضاع و احوال به گونه‌ای تغییر می‌کند که عوضی را که طرفین در ابتدای قرارداد در نظر داشته‌اند مطلقاً بی معنی می‌سازد، یک طرف را ملزم دانست که قرارداد را اجرا نماید. چنانچه طرف دیگر موافق با حل و فصل منصفانه نباشد، قرارداد باید منحل شود. بنابراین چنانچه اوضاع و احوال به گونه‌ای شود که لازم شود یک طرف در اجرای قرارداد فداکاری و تلاشهایی نماید که اصلًا در ابتدای قرارداد پیش‌بینی نشده بودند با اصل حسن نیت و اجرای منصفانه قرارداد مخالفت دارد.

رابطه سبیت بین فعل زیانبار و ضرری که وارد شده است.<sup>۵۸</sup> یعنی ضرر واردہ باید ناشی از فعل زیانبار باشد و برای اینکه شخص در برابر دیگری متعهد به جبران خسارت گردد باید رابطه سبیت بین فعل زیانبار و آن ضرر وجود داشته باشد. اما عدم دادن آگهی نسبت به وجود قوّه قاهره در واقع یک فعل منفی یا به طریقی ترک فعل است که به خودی خود نمی تواند موجب مسؤولیت مدنی باشد و نیاز به مجوز قانونی یا تعهد قراردادی (توافق) دارد.<sup>۵۹</sup>

بنابراین برای اینکه بتوان متخلّف از اجرای قرارداد را مسؤول خسارت‌های واردہ ناشی از عدم گزارش وقوع قوّه قاهره به طرف دیگر قلمداد نمود یا باید لزوم آن در قانون مقرر شده باشد یا طرفین الزام آن را در قرارداد خود پیش بینی نموده باشند. بدین جهت است که طرفین قراردادها بخصوص قراردادهای بین‌المللی معمولاً گزارش وقوع قوّه قاهره را در قرارداد خود شرط می‌کنند. این نکته در عهدنامه‌های بین‌المللی نیز مورد توجه بوده کما اینکه به عنوان نمونه عهدنامه بیع بین‌المللی ۱۹۸۰ وین<sup>۶۰</sup> در ماده ۷۹ پس از مقرر نمودن قواعد مربوط به قوّه قاهره در بندهای ۱، ۲ و ۳، در بند ۴ لزوم دادن آگاهی را بدین صورت پیش بینی می‌کند: «طرفی که در اجرا قصور می‌کند باید طرف دیگر را از مانع و تأثیر آن بر قدرت انجام خود آگاه نماید. چنانچه اعلان توسط طرف دیگر در یک مدت زمان معقولی پس از آن مدت که طرفی در انجام قصور نموده از مانع آگاه شده یا باید آگاه می‌شد، دریافت نگردد، مسؤول خسارت ناشی از چنین عدم دریافتی خواهد بود».<sup>۶۱</sup> جالب توجه است که در عهدنامه سلف عهدنامه بیع بین‌الملل وین یعنی

.۵۸. امامی، دکتر سید حسن، «حقوق مدنی»، جلد اول، - صص ۴۱۱ - ۳۹۰.

.۵۹. همان منبع، ص ۴۰۱.

60. United Nations Convention on Contracts for International Sale of Goods, 1980.

61. Article 79: (4): "The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the



عهده‌نامه در خصوص «قانون متحداً‌الشكل مربوط به بيع بين المللی کالا (ULIS)، ۱۹۶۴»، علی‌رغم پیش‌بینی قوهٔ قاهره در ماده ۷۴، مطلبی در خصوص دادن آگاهی در ارتباط با وقوع قوهٔ قاهره به طرف مقابل وجود ندارد. تدوین کنندگان این عهده‌نامه در خصوص درج مقرره‌ای مربوط به گزارش قوهٔ قاهره به طرف مقابل معتقد بودند: «گرچه این ایده ظاهراً جذاب است، اماً ممکن است مسائل مشکلی را در خصوص اعلان موانع قریب‌الواقع یا ممانعت‌کننده اجرا ایجاد کند، مثلاً چنانچه بیم قطع اجرای قرارداد وجود داشته باشد، آیا طرف قرارداد مکلف به آگاه نمودن طرف دیگر از این بیم می‌باشد؟»<sup>۲</sup>

## ● نتیجه

۱. درباره آثار قوهٔ قاهره و انتفای قرارداد باید به این نکته اساسی و عمده توجه داشت که در نظامهای حقوقی نوشته و فرانسه قوهٔ قاهره در سیستم اصل مسؤولیت مقصو (fault liability) مطرح است در حالی که انتفای قرارداد قاعده‌ای در نظامهای حقوقی کامن‌لاؤ انگلستان می‌باشد که تفکر و ایده مسؤولیت مطلق (absolute liability) حکم فرماست. در سیستم حقوقی فرانسه باراثبات عدم تقدیر بر عهده کسی گذاشته شده است که متخلف از اجرای تعهدات است و اوست که می‌تواند به قوهٔ قاهره استناد نماید، ولی در سیستم حقوقی انگلستان دکترین انتفای قرارداد به عنوان یک عامل تعدیل‌کننده و استثنای بر تئوری مسؤولیت مطلق پذیرفته شده است و به عنوان خاتمه‌دهنده قرارداد هر دو طرف می‌توانند بدان استناد نمایند.

۲. در قوهٔ قاهره مسأله این است که آیا حادثه منتهی به قوهٔ قاهره، اجرای



party who fails to perform knew or ought to have Known of impediment, he is liable for damages resulting from such non - receipt".

6.2. Evan McKendrick, (ed): "Force Majeure and Frustration of Contract", Lloyd's of London Press Ltd., 1991, p. 189.

قرارداد یا تعهد را متعدد و ممتنع نموده است یا نه. اما در منتفی شدن قرارداد باید فرض شود که حادثه مطلقاً قصد مشترک طرفین را نفی می‌کند.

۳. در قوهٔ قاهره مسأله عدم امکان اجرای یک یا چند تعهد یک طرف قرارداد مطرح است، در حالی که در منتفی شدن قرارداد، عدم امکان اجرای تمامی قرارداد. گرچه این دو در مواردی با هم منطبق می‌شوند و عدم اجرای تعهد در واقع عدم اجرای قرارداد خواهد بود، اما همیشه اینگونه نیست. قوهٔ قاهره ممکن است باعث تأخیر در اجرای قرارداد یا اجرای تعهدی از قرارداد (اجرای قسمتی از قرارداد partial impossibility) یا به عبارت دیگر باعث تعلیق اجرای قرارداد شود. عدم امکان اجرای موقت یا قسمتی از قرارداد در حقوق انگلستان شناخته شده نیست و عدم امکان اجرایی که در این دکترین مطرح است تمامی قرارداد را منتفی می‌نماید که منتهی به خاتمه قرارداد می‌شود. بنابراین در قوهٔ قاهره موقت یا مؤثر بر قسمتی از قرارداد، تعهد (مديون) معاف از مسؤولیت پرداخت خسارت ناشی از تأخیر در اجرا خواهد بود، در حالی که در حقوق انگلستان امکان بحث و بررسی اثر موانع موقت یا موانع مؤثر بر قسمتی از قرارداد که بر تمامی قرارداد اثر نمی‌کنند و آن را خاتمه نمی‌دهند، وجود ندارد.

۴. در سیستم حقوقی انگلستان موارد بسیاری مطرح می‌شود که اجرا توسط یک طرف قرارداد غیرممکن می‌گردد و تعهد طرف دیگر باقی می‌ماند. در چنین حالتی در این سیستم حقوقی طرفی که نمی‌تواند تعهد خود را انجام دهد به قاعدة غیرممکن شدن قرارداد استناد می‌کند و طرف دیگر به دکترین از بین رفتن کامل عوض (Total failure of Consideration) در این صورت دکترین منتفی شدن قرارداد مشابه دکترین قوهٔ قاهره می‌شود که در کشورهای حقوق نوشته به عنوان دفاع مطرح می‌گردد.

۵. در قوهٔ قاهره معافیت از مسؤولیت برای پرداخت خسارت مطرح است که این مغایر دکترین منتفی شدن قرارداد است که قرارداد را خاتمه یافته می‌داند. در سیستم حقوقی فرانسه چنانچه یک طرف قرارداد را اجرا نکند، دادگاه بر حسب ماده ۱۱۸۴ قانون مدنی فرانسه، قرارداد را منحل یا فسخ خواهد نمود و در

صورتی که قوهٔ قاهره دائماً یا تماماً اجرای قرارداد را غیرممکن نسازد، می‌تواند تعهد متعهد را تقلیل یا تغییر دهد؛ در حالی که در سیستم حقوقی انگلستان با وقوع حادثهٔ منتفی کننده، قرارداد به طور اتوماتیک در زمان وقوع حادثهٔ خاتمه می‌یابد و مشروط به منحل کردن توسط یک یا دو طرف قرارداد نیست و قاعده‌ای آثار منتفی شدن قرارداد مربوط به بعد از وقوع حادثه است و تعهدات آیندهٔ قرارداد را خاتمه می‌دهد و اثری بر تعهداتی که باید قبل از حادثه انجام شوند ندارد (به شرط اعمال قانون ۱۹۴۳). به عبارت دیگر قوهٔ قاهره به خودی خود موجب سقوط تعهد نیست، اما دکترین منتفی شدن قرارداد، خاتمه و پیش‌هنگام قرارداد را مقرر می‌کند و از موجبات سقوط تعهدات (*dis charge of contract*) محسوب می‌شود.

۶. به طور کلی مشکلات مربوط به خسارت تاحدی در «قانون اصلاح (قانون قراردادهای منتفی شده)» ۱۹۴۳ انگلستان پیش‌بینی شده‌اند، اما در سیستم حقوقی فرانسه و ایران بحث چندانی از آنها نیست. البته دامنهٔ محدود قوهٔ قاهره نسبت به دکترین منتفی شدن قراردادها اهمیت عملی این موضوع را تاحدی تقلیل می‌دهد.

۷. در سیستم حقوقی انگلستان، متخلّف از انجام تعهد باید ثابت کند که اجرای قرارداد غیرممکن است یا اجرای آن به گونه‌ای عمیقاً تغییر کرده است که منتهی به اجرای تعهدی غیر از آنچه در قرارداد مقرر شده و در نظر طرفین بوده است می‌شود. در حالی که در سیستم حقوقی فرانسه، طرف متخلّف از تعهد باید تقصیر را نفی کند (اثبات اینکه عدم اجرا به واسطهٔ عاملی غیرقابل پیش‌بینی یا خارج از کنترل بوده است).

نتیجهٔ نهایی و کلی قوهٔ قاهره این است که خطرات (زیانهای) آیندهٔ عدم اجرای قرارداد را بر عهدهٔ متعهدله می‌گذارد و این حالتی است تحمیلی و موضوعی است که در دکترین منتفی شدن قرارداد، به لحاظ مشخص شدن وضعیت خسارت طرفین توسط قانون تاحدی حل شده است. بعلاوه، اینکه طرف متاثر از قوهٔ قاهره تکلیفی برای اعلان آن به طرف دیگر ندارد، در پاره‌ای موارد بخصوص در قراردادهای بین‌المللی می‌تواند آثار ناروایی برای طرف دیگر داشته باشد. طرفین

می توانند با درج شرطی مناسب و مقتضی درخصوص قوّه قاهره در قرارداد، (Force Majeure Clause) با تخصیص این خطرات و آثار با یکدیگر توافق نموده و آن نتیجه تحمیلی را تعديل نمایند در شرط قوّه قاهره می توان مقرر نمود که طرفی که می خواهد به قوّه قاهره استناد نماید، باید وقوع آن را در مدت زمان خاصی به طرف دیگر اعلام کرده باشد. بدیهی است چنین مقرره ای توأم با ضمانت اجرا، تقویت کننده جو سالم و تفاهم آمیز و با حسن نیت طرفین که لازمه همکاریها و مبادلات تجاری بین اشخاص در سطح داخلی و بین المللی است، بوده و نیز می تواند برای هر دو طرف قرارداد سودمند باشد؛ به طرف دیگر (متعهدله) این فرصت را می دهد که آسانتر بتواند درخصوص ایجاد و وسعت قوّه قاهره بررسی کند و مانع از این خواهد شد که طرف متأثرزمتعهد، سالها بعد از وقوع قوّه قاهره ناگهان در دعواهی بدان متمسک شود.

دکتر عباس کددایی



نگرشی بر ساختار مرجع حل اختلاف  
در سازمان تجارت جهانی





## ● مقدمه

در سالهای اخیر در معاهفل مختلف حقوقی، تجاری و سیاسی کشورمان بحثهایی پیرامون عضویت جمهوری اسلامی ایران در سازمان تجارت جهانی "WTO" به عمل آمده و نظرات مختلفی از سوی موافقان و مخالفان ابراز شده، که محتاج بررسی و ارزیابی می باشد. مع ذلک آثار مکتوب در خصوص سازمان تجارت جهانی و نهادهای وابسته به آن و ساختار و عملکرد آن کمتر به چشم می خورد. بدیهی است ارزیابی و کنکاش پیرامون یک موضوع، بدون شناسایی دقیق و آشنا بودن با جزئیات آن، به نتیجه مطمئن و مطلوبی راه نمی برد. در این مقاله، سعی شده صرف نظر از نظرات مخالف یا موافق جهت پیوستن جمهوری اسلامی ایران به سازمان تجارت جهانی، نگرشی نسبتاً همه جانبی به یکی از مراجع اساسی و تعیین کننده آن، یعنی مرجع حل اختلاف که عهده دار وظیفه حل و فصل اختلافات تجاری در بین اعضاء می باشد، داشته باشیم و آن را به جامعه حقوقی - تجاری کشورمان بهتر بشناسانیم. امید آن که این مختصر برای محققین و پژوهشگران کشور در سطوح مختلف دانشگاهی و اجرایی مفید واقع گردد.

# بخش ۱

## تاریخچه تحویلات نظام رسیدگی به اختلافات اعضا گات "GATT"

همانگونه که می‌دانیم، موافقنامه عمومی تعرفه و تجارت موسوم به گات<sup>۱</sup> که از این پس از آن به عنوان «موافقنامه» نام برده خواهد شد، ابتدا در سال ۱۹۴۷ به امضار رسید و پس از اجرا چندین بار مورد تجدید نظر و اصلاح واقع شد. آخرین اصلاحات پس از مذاکرات طولانی موسوم به «مذاکرات دور اروگوئه» بود که در سال ۱۹۹۳ میلادی با صدور یک مصوبه نهایی<sup>۲</sup> ضمن اعلام تغییرات اساسی در مقررات گات، سازمان جدیدی را به نام سازمان تجارت جهانی<sup>۳</sup> معرفی نمود. این مصوبه، نه تنها ساختار اداری گات را تغییر داد، بلکه طی ضمایم چندی سعی نمود از طریق ایجاد نهادهای جدید، توانمندی و کارایی سازمان تازه تأسیس تجارت جهانی را بیش از پیش بهبود بخشیده و انتقادات واردہ به نظام قبلی را تا حدود زیادی مرتفع سازد، اگرچه هنوز هم انتقاداتی برآن وارد است.

از جمله موارد بحث انگیز و مورد اختلاف در نظام سابق گات، چگونگی رسیدگی و حل اختلافات حاصله بین اعضاء بود که فقدان یک نهاد یا سازمان مستقل برای رسیدگی به این گونه اختلافات، سرآمد این مباحث و انتقادات بود.

به طور کلی، در موافقنامه قبلی گات (۱۹۴۷)، موضوع حل و فصل اختلافات به طور گستردگی و جامعی مد نظر قرار نگرفته و اصولاً تعریف خاصی نیز از «اختلاف» به عمل نیامده بود.

1. General Agreement on Tariffs and Trade.
2. The Uruguay Round Negotiations.
3. The Final Act of the Uruguay Round.
4. The World Trade Organisation.

قواعد و مقررات راجع به رسیدگی به اختلافات تجاری در بین اعضای گات به طور مشخص تنها در دو ماده ۲۲ و ۲۳ از موافقنامه قبلی (۱۹۴۷) ذکر شده بود. علاوه بر آن به صورت پراکنده و ناهمگون موارد دیگری در ضمن مقررات مختلف و حسب مورد بیان گردیده بود که از آن جمله می‌توان به ماد (۷)، (۶)، (۴)، (۱۲)، (۵)، (۷)، (۲)، (۳)، (۱۹)، (۱۲)، (۲۸)، (۱)، (۲۳)، (۱۹۵۸) و (۴)، (۲۸) موافقنامه گات اشاره نمود.

البته مقررات حاکم بر حل و فصل اختلافات در بین اعضای تنها به موارد فوق محدود نشده، بلکه در طی سالهای پس از تشکیل گات (۱۹۴۷)، تفاهم نامه‌ها، تصمیمات و موافقنامه‌های فرعی دیگری نیز به امضارسیده که هر کدام از دریچه‌ای خاص، ناظر بر نظام حل و فصل اختلافات گات بوده و نقش خود را ایفا می‌کرده است. از مهمترین این تغییرات و اصلاحات می‌توان به تغییرات سالهای ۱۹۵۵، ۱۹۵۸، ۱۹۶۶، ۱۹۷۹، ۱۹۸۲ و ۱۹۸۴ اشاره نمود. مضافاً آنکه اصلاحات چندی نیز در طی ادوار مذاکرات اصلاحی گات مانند مذاکرات مشهور به دور کنی (۱۹۶۷ - ۱۹۶۴) و دور توکیو (۱۹۷۹ - ۱۹۷۳) انجام پذیرفته که هر کدام تغییرات و اصلاحاتی را بر نظام حل و فصل اختلاف داشته‌اند. مثلاً در دور توکیو تفاهم نامه‌ای در تاریخ ۲۸ نوامبر ۱۹۷۹ به همراه ضمایم چندی به تصویب و تأیید اعضارسید که شامل موارد ذیل بود:

تذکر (Notification)، مشورت (Consultation)، حل و فصل اختلاف (Dispute Settlement) و نظارت (Surveillance)

از دیگر موارد اصلاحی ناظر به نظام حل و فصل اختلافات گات، می‌توان به مصوبه‌های شورای وزیران کشورهای عضو گات به شرح ذیل اشاره نمود:

۱. تصمیم سال ۱۹۶۶، ناظر بر روبه حل و فصل اختلافات، قابل اجرا بین یک کشور در حال توسعه عضو گات و یک کشور توسعه یافته عضو گات که براساس ماده ۲۳ تنظیم و به تصویب رسید؛

۲. مصوبه جلسه سی و هشتم شورای وزیران در سال (۱۹۸۲) ناظر بر روبه حل و فصل اختلافات؛

۳. تصمیم مورخ ۱۹۸۴، ناظر بر رویه حل و فصل اختلاف، مصوبه جلسه

چهلم و در نهایت:

۴. تصمیم مورخ ۱۹۸۹ ناظر بر بهبود و بسط مقررات حل و فصل که توسط کمیته مذاکرات تجارت دور اروگونه در ۱۲ آوریل ۱۹۸۹ به تصویب رسید. شایان ذکر است که آخرین و کامل ترین این اصلاحات، در پی تشکیل سازمان تجارت جهانی و در نتیجه مذاکرات دور اروگونه طی یک تفاهم نامه مستقل وضع گردیده که سیر و چگونگی تصویب به همراه ارزیابی حقوقی آن در بخش‌های بعدی بحث خواهد شد.

### چگونگی رسیدگی به اختلافات تجاری بین اعضای گات بر اساس مقررات سابق

اگرچه در ابتدا ممکن است تصور گردد که نظام حل و فصل اختلافات جدید، مشابه نظام قبلی می‌باشد لیکن در اساس و در بسیاری از موارد این مقررات تغییر کرده، مخصوصاً آن که سعی شده با حذف مقررات دست و پاگیر و تصویب مقررات جدید، سرعت و کارایی بیشتری به نظام نوین داده شود.

بر اساس مقررات گات سابق، چنانچه اختلافی در بین دو عضو گات حادث می‌گردد، عضو خسارت دیده باید مطابق مواد ۲۲ و ۲۳ موضوع را با طرف خاطی در میان گذاشته و حتی المقدور آن را بین خودشان به نحوی حل و فصل نمایند و در صورت عدم رفع اختلاف موضوع به سایر اعضاء گزارش می‌گردد.<sup>۵</sup> چنانچه در این مرحله نیز نتیجه‌ای حاصل نمی‌شدو اختلاف حل نمی‌گردد، عضو زیان دیده می‌توانست درخواست تشکیل یک هیأت رسیدگی (Panel) را که شامل ۳ تا ۵ نفر بود، بنماید و در حقیقت این مرحله، آخرین مرحله حل اختلاف قلمداد می‌گردد، پس از آن، گزارش هیأت رسیدگی به شورا (Council) ارجاع می‌شد، که شورا نظرات و گزارش هیأت رسیدگی را یا به طور کامل و یکجا قبول و یا آن را رد

۵. ماده ۲۳ از گات.

می نمود. به عبارت دیگر پذیرش جزئی گزارش هیأت رسیدگی از سوی شورا امکان پذیر نبود. و تصمیم شورا می باشد ب صورت اجماعی و اتفاق آراء باشد. اگرچه در صورتی که استدلالات هیأت رسیدگی ضعیف به نظر می رسید، موضوع می توانست مجدداً مورد رسیدگی قرار گیرد،<sup>۶</sup> لیکن به طور کلی تجدید نظر از آراء هیأت رسیدگی امکان پذیر نبود و این امر خود به عنوان یکی از اصلی ترین و مهم ترین ایرادات واردہ به نظام سابق تلقی می شد.

چنانچه گزارش و نظرات هیأت رسیدگی در شورا به تصویب می رسید، باید در ظرف مدت معقولی به اجرا گذاشته شود و شورا موظف بود بر اجرای آن نظارت داشته باشد.<sup>۷</sup> در صورت عدم اجرا، عضو خسارت دیده می توانست اقدام به تلافی و مقابله به مثل نماید، مشروط بر آنکه شرایط مندرج در بند ۲ از ماده ۲۳ گات سابق را رعایت کند.

## امتیازات و ایرادات نظام حل و فصل اختلافات سابق

### ۱. امتیازات

نظام حل و فصل اختلافات سابق، با وجود خیل ایراداتی که بر آن وارد بود و مرتباً مورد اصلاح واقع می شد، از سوی برخی نویسنده‌گان به عنوان یک نظام منحصر به فرد بین المللی برای رسیدگی به اختلافات بین دول قلمداد شده است.<sup>۸</sup> این گروه در مقایسه با سایر سازمانهای اقتصادی بین المللی مانند صندوق

**6.** Norio Komuro: "The WTO Dispute Settlement Mechanism: Coverage and Procedures of the WTO," Journal of World Trade, Vol. 29. No.4, (1995) pp 5-96, at Page 22, Footnote No. 57.

.۷. ماده ۲۳، بند ۲

**8.** E.U. Petersmann: "The GATT Dispute Settlement System and the Uruguay Negotiations on its Reform", Legal Issues in International Trade, Petar Sarcevic and Hans Van Houtte, 1990, pp. 53 - 99, at Page 60 and 61.

بین المللی پول<sup>۱</sup> و بانک جهانی<sup>۲</sup>، نظام گات را دقیق، جامع و دارای قواعد اساسی در تمام امور مربوط به تجارت دانسته و در نهایت الزام قانونی تصمیمات راجع به حل و فصل اختلاف از سوی اعضاء را از ویژگیهای خاص آن می‌خوانند.<sup>۳</sup>

از دیگر دلایل ارائه شده برای منحصر به فرد بودن نظام گات در مقایسه با سایر توافقنامه‌های بین المللی، تکیه بر استفاده از تمام روش‌های دیپلماتیک و حقوقی موجود و نیز تأکید بر استفاده و بکارگیری مقررات خود گات به جای استفاده از سایر مقررات بین المللی بوده است.<sup>۴</sup>

از جمله دیگر ویژگیهای گات سابق، تفکیک راههای ورود ضرر و زیان و تقسیم بندی تخلفات انجام شده توسط دول عضو می‌باشد، بند ۱ از ماده ۲۳ گات سابق، دو نوع تخلف و نقض مقررات را در نظر گرفته است، «تلخ همراه نقض» (Violation) و «تلخ بدون نقض» (Non - Violation). در نوع اول، ورود خسارت یا خسارات احتمالی به یک عضو، ناشی از تخلف عضو یا اعضای دیگر که از مقررات گات و نقض آن است، مثلاً عدم انجام تعهدات مبنی بر آزاد سازی نوعی کالا که طبق تصمیمات متعدد در گات صادرات و یا واردات آن آزاد شده است. اما در نوع دوم، خسارت یا خسارات ممکن است بر اثر تخلف از مقررات گات نباشد، بلکه به علت بکارگیری اقدام یا اقدامات دیگری است که عملًا انجام و اجرای مقررات گات را ناممکن ساخته و به طور غیر مستقیم باعث ورود ضرر و زیان به دولت و یا دول عضو گردد. تمییز این دو نوع خلاف در نظام گات از جمله ویژگیهای آن قلمداد شده است به نحوی که دول عضو را ملزم می‌نماید نهایت تلاش خود را جهت اجرای مقررات گات بکار گیرند.

از دیگر امتیازات برشهرده شده برای تمییز بین نظام گات و سایر نظامهای حل و فصل اختلافات بین المللی آن است که معمولاً و مخصوصاً در نظامها و

## 9. International Monetary Fund.

## 10. The World Bank.

۱۱. رجوع نمایید به پاورقی شماره ۸-، ص ۶۰.

۱۲. همان مدرک.

قراردادهای تجاری بین دول در سطوح بین‌المللی، نقض مقررات یک توافقنامه زمانی به مراجع حل اختلاف ارجاع می‌گردد که متضمن ورود ضرر و زیانی به دولت، دول و یا جامعه بین‌المللی باشد به عبارت دیگر مادام که نقض تعهدات بین‌المللی منجر به خسارت نشده مسؤولیتی بدنیال نمی‌آورد. لیکن بر اساس مقررات گات صرف عدم اجرای مقررات گات تخلف محسوب شده و عضو یا اعضای مختلف، موظفند اقدامات جدی و عملی را در بکارگیری مقررات آن و اصلاح روش‌های خود به عمل آورند.<sup>۱۳</sup>

در نهایت دو امتیاز دیگر برای بی‌مانندی نظام حل و فصل اختلاف در گات را چنین بر شمرده‌اند: که اولاً، هدف عمده و اساسی ماده ۲۳ آن است که به هر وسیله ممکن در اسرع وقت، اقدامات خلاف مقررات گات متوقف شود که برای این منظور می‌توان متولّ به هرگونه داوری، قضاؤت و یا رجوع به سایر مراجع اداری شد.<sup>۱۴</sup> ثانیاً، بکارگیری، مراجعه و استفاده از مقررات حل و فصل اختلافات در گات بیشتر از سایر مقررات مشابه در زمینه‌های بین‌المللی بوده و این امر خود نشانگر کارایی بهتر این نظام می‌باشد.<sup>۱۵</sup>

لکن علی‌رغم ذکر امتیازات و ویژگیهای فوق الذکر، ایرادات شکلی و ماهوی مهمی به نظام سابق گات وارد شده بود که طی مذاکرات دور اروگونه سعی شد نسبت به رفع آن اقدام گردد. ابتدا این ایرادات بررسی و سپس سیر تهیه، تصویب و ویژگیهای نظام جدید بررسی خواهد شد.

## ۲. ایرادات

اگرچه نظام رسیدگی به اختلافات به خاطر امتیازاتی چند از سایر نظامهای مشابه متمایز شناخته شده اما این بدان معنی نیست که عیوب آن پنهان بماند. ایراداتی که بر نظام سابق وارد شده بود برخی به ماهیت آن نظام مربوط می‌شد و

۱۳. همان مدرک.

۱۴. ماده ۳، بند ط.

۱۵. رجوع نمایید به پاورقی شماره ۸ و ص ۶۱.

برخی دیگر به شکل رسیدگی به اختلافات که به طور خلاصه به مواردی چند اشاره خواهیم کرد:

اولین ایراد اساسی به نظام حل و فصل اختلافات سابق پراکنده‌گی مقررات مربوط به حل اختلافات در جای جای پیمان‌گات و یا تصمیمات متعدد شورای وزیران می‌باشد، به عبارت دیگر نظام قبلی، تشکیلات ثابت، منسجم و منظمی را برای رسیدگی به اختلافات در نظر نگرفته بود، بلکه در طی تفاهم نامه‌ها و تصمیمات مختلف سعی شده بود که در هر مورد قدمی در جهت بهبود نظام رسیدگی به اختلافات برداشته شود.

دومین ایراد واردہ به نظام قبلی حل و فصل اختلافات، فقدان راههای مناسب بود که بتواند مؤثرتر عمل کرده و حاکمیت قانون را به نحو مستحکم تری جامه عمل بپوشاند.

سومین ایراد که البته در طول سالهای قبل از مذاکرات دور اروگوئه تا حدودی حل شده بود، فقدان رویه خاص برای رسیدگی به اختلافات موجود بین کشورهای در حال توسعه عضو‌گات و کشورهای توسعه یافته بود. همیشه این نظر وجود داشت که به علت آنکه کشورهای توسعه یافته قدرت و توان بهتر و بیشتری در زمینه‌های اقتصادی-تجاری دارند، کشورهای در حال توسعه نمی‌توانند حتی با وجود مقررات موجود‌گات به نتایج مطلوبی در روابط تجاری دست یابند. بنابراین لازم بود هنگام رسیدگی به این گونه اختلافات، موقعیت کشور مورد نظر از جهات اقتصادی-تجاری در نظر گرفته شود.

چهارمین ایراد به نظام قبلی که اگرچه ظاهراً شکلی به نظر می‌رسد ولی در ماهیت رسیدگی به اختلافات تأثیر به سزاگی داشت، عدم کارایی و ابهام در مواعید و زمان‌بندی مراحل مختلف در مقررات راجع به حل و فصل اختلافات بود به نحوی که اجرای مقررات کلی گات را با تأخیر مواجه می‌ساخت و در برخی موارد عمل آن

را اختیار می کرد.

پنجمین ایراد که از جمله مهمترین آنها می باشد، وجود نوعی حق و تو برای اعضا و بلوکه کردن تصمیمات هیأت رسیدگی توسط دولت و عضو ذی نفع بود، بدین معنا که اگر دولتی تصمیمات و گزارش هیأت رسیدگی (panel) را مخالف منافع خود می دید، با رأی منفی از اجرای آن جلوگیری می کرد مانند آنچه امریکا و یا کشورهای توسعه یافته دیگر به کرات مرتکب شده بودند.<sup>۱۶</sup> در صفحات بعد درباره این نکته مفصلًاً بحث خواهد شد.

ششمین و آخرین ایراد فقدان مرجع تجدید نظر و نیز فقدان سیستم نظارت قوی بر اجرای تصمیمات هیأتهای رسیدگی بود بنحوی که طرفین را ملزم به اجرای مفاد تصمیمات متخذه نماید. مضارفاً در صورت درخواست تجدید نظر نسبت به تصمیم هیأت رسیدگی مرجعی وجود نداشت که موضوع به آن ارجاع گردد. البته ایرادات دیگری نیز به نظام رسیدگی به اختلافات در گات سابق وارد شده که به علت جزئی بودن ضمن مقاله به آن اشاره خواهد شد.

## نظام حل و فصل اختلافات در مقررات جدید سازمان تجارت جهانی

### تاریخچه

از جمله موارد مطروحه در طول مذاکرات دور اروگونه که در شهر Punta Del Este در تاریخ ۲۰ سپتامبر ۱۹۸۶ آغاز شد، موضوع چگونگی رسیدگی به اختلافات حاصله در بین اعضای گات بود. در ژانویه همان سال طرفهای

۱۶. در این خصوص می توان برای مثال به سه مورد اشاره نمود: الف: وتو کردن گزارش هیأت رسیدگی توسط دولت امریکا در سال ۱۹۸۶ در خصوص تعریف صنعت. ب: وتو کردن گزارش هیأت رسیدگی توسط جامعه اروپادر سال ۱۹۹۳ در خصوص رژیم واردات مواد. ج: وتو کردن گزارش هیأت رسیدگی توسط کانادا در خصوص اقداماتی که مؤثر بر فروش سکه های طلا بود.

مذاکره کننده، توافق نمودند که مذاکرات در قالب ۱۴ گروه و تحت ناظر گروه مذاکرات کالا<sup>۱۳</sup> انجام شود. این گروه موظف شد گزارش نهایی خود را به کمیته مرکزی مذاکرات تجاری<sup>۱۴</sup> ارائه کند. گروه مذاکرات کالا، ۱۴۰ طرح را بررسی و انتخاب کرد که از آن جمله طرح گروه مذاکرات تدوین مقررات حل و فصل اختلافات بود.<sup>۱۵</sup>

در طرح بدوي مذاکرات راجع به مقررات ناظر بر حل و فصل اختلافات تأکید شده بود که هدف از آن توسعه و تقویت اصول و رویه های مربوط به حل و فصل اختلاف می باشد.<sup>۱۶</sup> گروه فوق موظف بود با اخذ و بررسی نظرات اعضای شرکت کننده، مقررات و رویه های گذشته را مرور و نسبت به ارائه طرحهای مقدماتی پیرامون موضوعات مذاکره شده، اقدام نماید، سرانجام نتایج مذاکرات مربوطه در طول هفت سال به عنوان مصوبه نهایی<sup>۱۷</sup> در ۱۵ دسامبر ۱۹۹۳ پذیرفته و منتشر گردید که از آن جمله ضمایم مربوط به حل و فصل اختلافات بود. طرفهای مذاکره کننده در یک تفاهم نامه " جداگانه که ضمیمه مصوبه نهایی است این مقررات را پذیرفته اند که از اول زانویه ۱۹۹۵ به اجرا درآمده است.<sup>۱۸</sup>

این تفاهم نامه، برخلاف نظام قبلی گات که تنها مواردی محدود را شامل می شد، موضوعات متعددی را بررسی و با تشکیل ارگان و نهادهای لازم و تقویض اختیارات کافی به آن مسیر رسیدگی به اختلافات را از ابتدا تا مراحل صدور حکم توسط مراجع ذی صلاح و اجرای آن و نیز حتی مجازات دولت و یا دول امتناع کننده از این تصمیمات را بر شمرده است که ما به شرح آن خواهیم پرداخت.

**17 . The Group of Negotiation on Goods.**

**18. Central Trade Negotiating Group.**

**19. Negotiating Group on Dispute Settlement.**

**20. Basic Instruments and selected Documents (BISD), 33 S, at Page 44.**

**21. The Final Act.**

**22. Understanding.**

**23. The Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes.**

## نظام جدید حل و فصل اختلافات در سازمان تجارت جهانی

### شمول مقررات جدید حل و فصل اختلافات

در ابتدای بحث، یادآوری این نکته ضروری به نظر می‌رسد که مقررات تقاضه نامه جدید ناظر بر کلیه اختلافات تجاری بین اعضای فعلی و یا آتی سازمان تجارت جهانی بوده و با توجه به حاکمیت آن، طرفهای مورد اختلاف ملزم به تعیین و اجرای آن می‌باشد. مع ذلك دو استثنای مهم بر این اصل وجود دارد که در خور توجه و دقت می‌باشد: اولاً این مقررات حاکم بر اختلافاتی است که پس از لازم‌الاجرا شدن تقاضه نامه (اول ژانویه ۱۹۹۵) حادث شود، لذا اختلافات حاصله قبل از این تاریخ، تابع مقررات قبلی می‌باشند.<sup>۲۴</sup>

ثانیاً به لحاظ تفاوت فاحش بین کشورهای در حال توسعه و کشورهای توسعه یافته از جهات اقتصادی و تجاری، این حق و امتیاز برای گروه اول در نظر گرفته شده که در صورت منسخ نشدن مقررات قبلی امکان اجرای آن مقررات سابق نیز می‌توانند حاکم بر اختلافاتی که یک طرف آن یک یا چند کشور در حال توسعه هستند،<sup>۲۵</sup> باشد.

### استفاده از مقررات و رویه‌های قبلی گات

ذکر این نکته لازم است که علی‌رغم وجود مقررات و قوانین جدید، اصول و قواعد اساسی اولیه ناظر به حل اختلافات بین اعضا، عمدتاً از دو موافقتنامه اصلی گات سابق یعنی ماده ۲۲ و ۲۳ سرچشمه گرفته است.<sup>۲۶</sup> مضافاً آنکه در صورت قابل اجرا بودن مقررات قبلی، این قبیل متررات می‌توانند در مواقعي خاص مورد استفاده قرار گرفته و به مرحله اجرا در آیند. موافقتنامه اصلی سازمان تجارت جهانی در ماده ۱۵ بند یک به این نکته به طور کلی اشاره نموده است.

۲۴. ماده ۳، بند ۱۱، مقررات حل و فصل جدید.

۲۵. ماده ۳، بند ۱۲، مقررات حل و فصل جدید.

۲۶. ماده ۳، بند ۱، مقررات حل و فصل جدید.

## اهداف و اصول کلی نظام جدید

اهداف نظام حل و فصل اختلافات در پیمان جدید به طور کلی در دو ماده

از «تفاهم نامه حل و فصل اختلافات» ذکر شده است بند ۷ از ماده ۳ می‌گوید: «... هدف نظام حل و فصل اختلاف، تضمین یک راه حل مشتبث برای رفع اختلاف می‌باشد ...».

بنابراین تدبیر و ارائه راه حل مشتبث و نه منفى از طریق اجرای این تفاهم نامه

به دست می‌آید. نکته جالب در این ماده، تأکید بر جنبه مشتبث «راه حل» شده، که

خود یکی از اصول مهم و پایه تفاهم نامه است. بدین معنا که صرف طرح اختلاف

و برنده یا بازنده شدن یک یا چند عضو، هدف اصلی و غایبی نمی‌باشد، بلکه باید

راهی یافت شود که در جهت تحکیم مقررات و رویه‌های عملی نظام جدید قدم

بردارد. به این مهم نه تنها در این ماده اشاره شده، بلکه در موارد دیگری در خود

این تفاهم نامه نیز تذکر داده شده، مثلًاً هنگامی که بحث از مقابله به مثل و یا اخذ

خسارت از دولت یا دول خاطی به میان می‌آید، اشاره می‌گردد که این دو عمل یک

راه حل موقت بوده و نه هدف غایبی از طرح اختلاف در مراجع ذی صلاح.<sup>۲۷</sup> علاوه

بر بند ۷ این ماده ۳، در بند ۲ آن، نیز به نحوی دیگر به وظیفه و هدف کلی مرجع

حل و فصل اشاره شد، و آن را ایجاد تضمین و آینده نگری همه جانبه برای نظام

تجاری موجود می‌داند، ضمن آنکه حقوق و تعهدات اعضاء براساس موافقنامه‌های

موجود، حمایت شده و تضمین می‌گردد.<sup>۲۸</sup>

نکته دیگر آن که علی رغم وسعت و گستردگی مقررات جدید، مقررات و

قواعد عرفی حقوق بین الملل نیز باید هنگام حل و فصل اختلافات و جستجوی

طریقه رفع آن مد نظر قرار گرفته و نباید خلاف موازین و اصول حقوق بین الملل

عرفی باشد. لذا یکی از وظایف مرجع حل اختلاف تعیین مرز بین مقررات سازمان

تجارت جهانی از یک طرف و قواعد و اصول حقوق بین الملل عرفی از طرف دیگر

. ۲۷. ماده ۳، بندهای ۷ و ۱۰.

. ۲۸. ماده ۳، بند ۲.

می باشد.<sup>۱۱</sup> در این زمینه برخی نظر داده اند که نظام جدید حل اختلاف در سازمان تجارت جهانی حرکت تند و سریعی به سوی قبول نظرات اجباری و الزام آور مرجع حل اختلاف بوده و از آنچه مقررات سنتی و قدیمی گات در نظر داشته، (مشورت و تبادل نظر برای حل اختلاف) فاصله گرفته است، چرا که طبق مقررات قبلی نظرات طرفهای درگیر باید رعایت شود و نهایتاً تلاش می شد تا از طریق سازش نسبت به حل اختلاف اقدام شود.

اگرچه مقررات جدید تا حدودی اجباری تلقی شده، لیکن بند ۲ از ماده ۳ تصریح می کند که مرجع حل اختلاف نمی تواند حق را باطل یا حق جدیدی را برای طرفهای عضو ایجاد نماید. اگرچه به نظر می رسد که این قسمت از ماده با قسمت قبلی که حاکی از اجباری و قطعی بودن مقررات جدید است، تفاوت داشته و متعارض است لیکن می توان آن را این گونه تفسیر کرد که مرجع حل اختلاف می تواند در جهت تبیین مقررات کلی سازمان تجارت جهانی و مخصوصاً مقررات مندرج در تقاهم نامه با قواعد عرفی حقوق بین الملل قدم بردارد. اگرچه نمی تواند رویه ای تازه ابداع کرده و بکار گیرد.

## مراحل رسیدگی به اختلاف بر اساس نظام جدید مرجع حل اختلاف

### تشکیلات

برخلاف نظام قبلی گات که در آن مرجع ثابت و مشخصی برای رسیدگی به اختلافات بین اعضاء پیش بینی نشده بود، در این تقاهم نامه مرجعی براساس بند ۳ از ماده ۴ از پیمان تجارت جهانی درنظر گرفته شده که عهده دار رسیدگی به اختلافات حاصله می باشد. مطابق ماده ۴ از پیمان سازمان تجارت جهانی دو مرجع و یا شورای عالی مسؤول اداره آن می باشند. اول کنفرانس وزرا (Ministerial Conference)، که متشكل از نمایندگان تمام اعضاء بوده و حداقل هر دو سال یک بار تشکیل می گردد و وظیفه آن اتخاذ تدابیر و تصمیمهای لازم برای اداره سازمان

. ۲۹. همان مدرک.

تجارت جهانی می باشد.<sup>۳۰</sup> دومین مرجع، شورای عمومی (General Council) است که باز متشكل از نمایندگان تمام دول عضو بوده و در موقع ضروری تشکیل جلسه می دهد.<sup>۳۱</sup> این شورا علاوه بر انجام وظایف مقرر در موافقنامه اصلی، به جای کنفرانس وزرا نیز انجام وظیفه می نماید. علاوه بر آن سه شورای دیگر تحت اداره این شورای عمومی می باشند.<sup>۳۲</sup> از جمله وظایف در نظر گرفته شده برای شورای عمومی، انجام وظیفه و عمل به عنوان مرجع حل اختلاف می باشد منتهی در مواردی که شورا در مقام مرجع حل اختلاف عمل می کند می تواند ریاستی متفاوت از ریاست شورای عمومی داشته باشد.<sup>۳۳</sup> لازم به ذکر است که وظایف شورای عمومی که به عنوان مرجع حل و فصل اختلاف عمل می کند در تفاهم نامه با جزئیات بیشتری ذکر شده است مثلاً بند ۱ ماده ۲ این تفاهم نامه به عنوان اولین وظیفه مرجع حل و فصل اختلاف مقرر می دارد که: «اداره قواعد و رویه ها و نیز مشاوره در زمینه های مقررات راجع به حل و فصل اختلافات بر عهده این مرجع می باشد».<sup>۳۴</sup> علاوه بر آن این شورا اجازه دارد نسبت به تشکیل هیأت رسیدگی (Panel)، قبول یا رد گزارش آن و نیز قبول یا رد گزارش مرجع تجدید نظر (Appellate Body)، نظارت بر اجرای نظرات و تصمیمات منتخبه و نیز تعلیق امتیازات یا سایر تعهدات مندرج در موافقنامه اصلی، اقدام لازم را به عمل آورد.<sup>۳۵</sup>

مرجع حل اختلاف بر حسب ضرورت می تواند طبق زمان بندی موجود بر اساس مقررات مندرج در تفاهم نامه، تشکیل جلسه دهد.<sup>۳۶</sup> یادآور می گردد که چون مقررات راجع به هیأت رسیدگی و مرجع تجدید نظر برای هر اختلاف متفاوت

۳۰. ماده ۴، بند ۱، از مقررات جدید.

۳۱. ماده ۴، بند ۲، از مقررات جدید.

۳۲. ماده ۴، بند ۲، از مقررات جدید.

۳۳. ماده ۴، بند ۳، از مقررات جدید.

۳۴. ماده ۲، بند ۱.

۳۵. همان مدرک.

۳۶. ماده ۲، بند ۳.

می باشد، لذا چگونگی تشکیل و اداره آن، ضمن بررسی سیر رسیدگی به اختلافات مورد بررسی قرار می گیرد.

قبل از ورود به بحث اصلی لازم است توضیح داده شود که بند ۴ از ماده ۲ از تفاهمنامه حل و فصل اختلافات مقرر می دارد: «در موردي که طبق مفاد اين تفاهمنامه رکن حل اختلاف باید اتحاد تصميم کند، كليه تصميمات و نظريات بر اساس اتفاق آرا(Consensues) می باشد». اين نكته در ماده ۹ از مقررات موافقتنامه اصلی نيز درج شده است. با توجه به سوابق امر، درج اين شرط به عنوان يك اقدام مهم و اساسی در جهت اجرای آرا و نظريات رکن حل اختلاف و جبران نقطه ضعفي است که نظام قبلی حل و فصل اختلافات از آن رنج می برد و دول توانمند تجاری تقریباً نوعی حق و تو برای خود قائل بودند. توضیحاً يادآوری می گردد که در طول مذاکرات دور اروگوئه و نیز پس از آن بین نویسندها و صاحب نظران حقوق تجارت بین الملل در مورد مفهوم اتفاق آرا دو تفسیر یا رویه مورد بحث بوده و گفته شده دو نوع اتفاق آرا وجود دارد: اتفاق آرا مثبت و اتفاق آرای منفی (Negative Consensus). در نوع اول چنانچه انجام دادن فعلی به رأی گذاشته شود، لازم است به اتفاق آرا نسبت به آن تصميم گيری شود. لذا براساس اين نظر مرجع حل اختلاف باید برای انجام دادن و به عبارتی برای به اجرا در آمدن نظرات هیأت رسیدگی یا مرجع تجدید نظر به اتفاق آرا و به نحو مثبت به آن رأی دهد.

اما براساس تفسیر دوم از مفهوم اتفاق آرا، چنانچه انجام ندادن امری و قبول نکردن نظری مطرح باشد، لازم است به اتفاق آرا در مورد نفی و رد آن تصميم گيری شود که اين شیوه را اتفاق آرای منفی گویند. بنابراین تفسیر، چنانچه مثلاً يك نفر از اعضای رکن حل اختلاف با اجرای تصميم مخالفت کند، رأی او به تنها يي تواند مؤثر باشد، بلکه باید به اتفاق آرا به آن رأی منفی داده باشند تا مانع از اجرای تصميم شود.<sup>۳۷</sup> در اين ارتباط اکثر نویسندها معتقد هستند که هر کجا در موافقتنامه اصلی و یا در تفاهمنامه حل و فصل اختلاف ذکری از اتفاق آرا شده،

.۳۷. رجوع نمایید به: پاورقی ۶، صفحات ۳۹ و ۴۰.

منظور اتفاق آرای منفی است، یعنی برای عدم انجام و عدم اجرای نظرات و تصمیمات رکن حل اختلاف لازم است اتفاق آرا وجود داشته باشد. بنابراین نظر، بند ۴ از ماده ۲ تفاهم نامه و ماده ۶ از قانون تشکیل هیأت رسیدگی و نیز مواد ۱۶، ۱۷، ۲۱ و ۲۲ همگی ناظر و حاکی از لزوم اتفاق آرای منفی است، بدین معنا که تصمیمات و نظرات رکن حل اختلاف یا استیضاف یا شورای عمومی سازمان تجارت جهانی به خودی خود تصویب شده محسوب می‌شوند، مگر آنکه به اتفاق آرا به آن رأی منفی داده شود.<sup>۳۸</sup> شایان ذکر است که در طول مذاکرات دور اروگونه، امریکا از اصل اتفاق آرای منفی حمایت کرد، در حالی که اتحادیه اروپا (EU) و ژاپن موافق اصل اتفاق آرای منفی مثبت بودند. گنجانیدن اصل اتفاق آرای منفی، به عنوان یکی از ابداعات موافقتنامه جدید تلقی شده و از آن به عنوان ابزاری که در پیشرفت و سرعت کار مرجع حل اختلاف مؤثر می‌باشد، نام برده شده است. در نظام قبلی گات یک عضو (معمولًاً عضو مختلف و ناقض مقررات) می‌توانست حتی با یک رأی مخالف خود، تصمیم هیأت رسیدگی را عملًا محدود و از اجرای آن جلوگیری کند، اکنون این مانع بر طرف شده و و توکردن نظرات و تصمیمات مراجع تصمیم‌گیری در درون سازمان تجارت جهانی به وسیله یک یا چند عضو محدود اثری نخواهد داشت.

## مراحل رسیدگی به اختلاف

### اول: مشورت Consultation

در صورت بروز اختلاف بر سر اجرای یکی از مواد موافقتنامه و یا اتخاذ تدابیری به وسیله یک یا چند عضو که باعث ورود ضرر و زیان به عضو یا اعضای دیگر می‌شوند، دول ذی نفع در اولین قدم باید سعی نمایند که از طریق مشورت با عضو یا اعضای مربوطه نسبت به رفع آن اقدام نمایند. مقررات سابق نیز از اعضا می‌خواست که تمام تلاشهای خود را جهت مشورت به عنوان اولین قدم در جهت

. ۳۸. رجوع نمایید به: پاورقی شماره ۶، صفحه ۴۰.

حل مشکل به وجود آمده، بکار بندند.<sup>۳۹</sup>

در صورتی که مشورت دو طرفه به نتایج قابل قبولی نرسد، این امر از سوی مرجع حل اختلاف و یا «شورای تجارت خدمات» انجام خواهد پذیرفت (Council For Trade In Services) یعنی طرف زیان دیده در صورت عدم موفقیت در مشورت مستقیم با دولت طرف مقابل، می تواند از یکی از دو مرجع فوق درخواست کند تا نسبت به موضوع مورد اختلاف با عضو مربوطه مشورت نموده و نتیجه را به دولت ذی نفع ابلاغ نماید. قسمت دوم این مرحله از حل اختلاف در مقررات جدید اصلاح شده است.<sup>۴۰</sup> زیرا در مقررات قبلی انجام این امر به عهده طرفهای قرارداد (Contracting Parties) گذاشته شده بود.<sup>۴۱</sup>

اصل مشورت به عنوان اولین اقدام در جهت رفع اختلافات موجود در تفاهم نامه جدید مجدداً یادآوری شده و اعضا را متعهد بر اجرای آن دانسته است.<sup>۴۲</sup> علاوه بر این یک برنامه زمان بندی شده برای درخواست مشورت و پاسخ به آن و نیز وظایف مرجع حل اختلاف در صورت غیر قابل قبول بودن نتایج مشورت تعیین گردیده است. بنا بر بند ۳ از ماده ۴ تفاهم نامه چنانچه از سوی یک عضو درخواست مشورت شود، عضو مقابل باید ظرف ده روز از تاریخ دریافت درخواست مشورت پاسخ داده و ظرف ۳۰ روز از تاریخ درخواست وارد مرحله مشورت گردد، مگر آنکه طرفین اختلاف، در مورد زمان بندی دیگری به توافق رسیده باشند. نکته ای که تذکر آن لازم است، این است که از طرف مقابل خواسته شده با حسن نیت "Good Faith" وارد مرحله مشورت گردد، بدان معنا که با هرگونه اختلاف باید با حسن نیت برخورد شده و با توجه به مقررات کلی مندرج در موافقتنامه حل و فصل گردد. صرف طرح اختلاف به خودی خود نباید منظور نظر طرفین باشد، کما اینکه در بعضی موارد تنها مقصود اقامه کننده دعوا چین است.

.۳۹. ماده ۲۲، بند ۱.

.۴۰. ماده ۲۲، بند ۲، از مقررات جدید.

.۴۱. همان مدرک.

.۴۲. ماده ۴، بندهای ۱ و ۲، از تفاهم نامه.

تمام درخواستهای مشورت باید به مرجع حل اختلاف و یا شوراهای کمیته‌های ذی ربط به صورت کتبی اطلاع داده شود، و در این درخواستها باید دلایل درخواست مشورت و اقدامات مورد نظر و نیز مستندات قانونی دولت ذی ربط (خواهان) ذکر شده باشد.<sup>۳۲</sup>

اعضای سازمان تجارت جهانی باید تمام تلاش‌های خود را برای رسیدن به یک نتیجه قابل قبول و منطبق با شرایط اختلاف انجام دهند. در صورت عدم حصول چنین نتیجه‌ای، در مرحله بعدی عضو شاکی می‌تواند درخواست تشکیل هیأت رسیدگی Panel را بنماید.<sup>۳۳</sup> این امر در صورتی قابل اجرا می‌باشد که ۶۰ روز از درخواست مشورت گذشته باشد. البته اگر طرفین موافق باشند ممکن است درخواست تشکیل هیأت رسیدگی در ظرف ۶۰ روز مذکور نیز انجام پذیرد.<sup>۳۴</sup> چنین درخواستی علاوه بر مورد فوق نیز، ممکن است تحقق یابد و آن در صورتی است که طرف مقابل (خوانده) ظرف ده روز مذکور در بند ۳ پاسخی نداده و یا ظرف ۳۰ روز وارد مشورت نشده باشد. لازم به تذکر است که مدت‌های مذکور، در صورت وجود هرگونه اضطرار مثلاً در خصوص کالاهای فاسد شدنی تقلیل می‌یابند. بنابر بندهای ۸ و ۹ از ماده ۴ تقاضه نامه حل اختلاف، در این گونه موارد طرف مقابل باید ظرف ده روز وارد مذاکره شود و عضو شاکی در صورت عدم موفقیت مشورت در ظرف ۲۰ روز می‌تواند درخواست تشکیل هیأت را بنماید؛ هیأتهای رسیدگی و یا تجدید نظر نیز باید در اسرع وقت نسبت به رسیدگی اختلاف مورد بحث اقدام نمایند.

قبل از ورود به بحث پیرامون سایر مراحل رسیدگی به اختلاف، لازم است نکته‌ای در اینجا روشن گردد. به طور کلی این سؤال مطرح شده که آیا برای توسل به سایر مراحل رسیدگی پس از مرحله مشورت، مانند مصالحه و یا تشکیل هیأت، لازم است که حتماً مرحله مشورت انجام پذیرد و در صورت عدم موفقیت به مراحل

۳۲. ماده ۴، بند ۴، از تقاضه نامه.

۳۳. ماده ۴ بند ۳، از تقاضه نامه.

۳۴. ماده ۴، بند ۷، از تقاضه نامه.

بعدی توسل جست؟ و یا اینکه این مرحله لزوماً نباید پیگیری شده باشد و بدون آن نیز ورود به مراحل بعدی نیز امکان پذیر است؟ به عبارت دیگر آیا گذر از مرحله مشورت، شرط لازم برای توسل به مراحل بعدی است یا خیر؟ در این خصوص مقررات سابق و حتی مقررات جدید ساخت است. برخی نویسنده‌گان با استناد به بندۀ ۳ و ۷ از ماده ۴ تفاهم نامه که در آن تشکیل هیأت رسیدگی در صورت عدم پاسخ و یا عدم اقدام از سوی عضو خوانده پیش بینی شده، اظهار داشته‌اند که این امر امکان پذیر می‌باشد، یعنی بدون توسل به مرحله اول می‌توان وارد سایر مراحل گردید.<sup>۴۶</sup> این تفسیر به دو دلیل صحیح به نظر نمی‌رسد: اول آنکه آنچه در مقررات تفاهم نامه به عنوان استدلال برای عدم نیاز به مشورت در صورت درخواست تشکیل هیأت آمده است، بدون مقدمه و ابتداء به ساکن نبوده است. مواد مذکور توسل به تشکیل هیأت را تنها زمانی میسر دانسته که یا عضو خوانده در ظرف مدت مقرر و یا توافق شده پاسخ ندهد و یا از شرکت در مشورت امتناع ورزد و یا آنکه مرحله مشورت به نتایج قابل قبولی نرسد. با این توصیف چنین به نظر می‌رسد که طی مرحله مشورت به عنوان اولین مرحله از روند حل اختلاف ضروری بوده و ابتداء به ساکن نمی‌تواند نادیده انگاشته شود مگر در موارد مذکور در مقررات مربوطه.

دومین دلیل بر زرد تفسیر فوق آن است که عموم مقررات سابق و نیز مقررات لاحق در تفاهم نامه جدید تأکید بر حل اختلاف با حسن نیت دارند، مضافاً آنکه توسل به مراحل حل اختلاف را به عنوان هدف غایی طرفین رد کرده، بلکه بر اجرای مقررات و تأمین مفاد موافقتنامه تأکید ورزیده است. در این صورت مشکل به نظر می‌رسد که عضوی بدون توسل به مرحله اول یعنی مشورت، تشکیل هیأت را درخواست کند و همچنان عضو دارای حسن نیت محسوب شود. نتیجه بحث آن که به نظر می‌رسد ورود به مراحل رسیدگی پس از مشورت، بدون توسل به مرحله اول نه تنها از نظر مقررات ایراد داشته، بلکه با روح مقررات و مفاد و مفهوم آن نیز در تضاد می‌باشد. بدین خاطر با بررسی بند ۳ ماده ۵ تفاهم نامه نیز که راجع به مصالحه و داوری بوده و توسل به آن را در هر زمانی میسر می‌داند، روشن می‌گردد

.۴۶. رجوع نمایید به: پاورقی شماره ۶، ص ۴۴.

که برای تقاضای تشکیل هیأت محدودیت قائل شده و توسل به این دو مرحله را منوط به عدم موفقیت دو مرحله قبل می داند یا آنکه طرفین به این عدم موفقیت تصریح کرده باشند.<sup>۷۷</sup>

آخرین نکته مربوط به این مرحله، شرکت عضو ثالث در مراحل مشورت می باشد. آیا عضو ثالث که در اختلاف اصلی شرکت نداشته می تواند در مراحل مشورت شرکت کند؟ بند ۱۱ از ماده ۴ چنین مقرر می دارد که:

«در صورتی که عضو ثالثی احساس کند نفعی در اختلافات بین دو عضو دیگر دارد، می تواند در مشورت شرکت کند، مشروط برآنکه اولاً، ظرف ده روز از تاریخ گردش درخواست مشورت اصلی در بین اعضاء، قصد خود را به طرفین و نیز به مرجع حل اختلاف اعلام دارد و ثانیاً، طرفین اصلی اختلاف قبول نمایند که واقعاً یک منفعت اساسی از عضو ثالث در میان می باشد. در صورت عدم توافق طرفهای اصلی اختلاف مبنی بر ورود دولت ثالث، دولت مزبور می تواند بر اساس مراحل رسیدگی به اختلاف و به عنوان موضوعی جدید درخواست مشورت نماید». <sup>۷۸</sup>

#### ۵۰ مساعی جميله Good Offices سازش<sup>۴۹</sup>

#### ۵۱ میانجیگری رسمی Mediation

سه راه حل فوق که هنوز در مرحله بدوي حل و فصل اختلافات قرار دارند

.۴۷. ماده ۵، بندهای ۳ و ۴.

.۴۸. ماده ۴، بند ۱۱.

۴۹. «مساعی جميله» Good Offices این واژه زمانی بکار می رود که یک یا چند دولت عضو یک سازمان بین المللی تعیین می گردند تا طرفهای درگیر اختلاف را تشویق به مذاکره نموده و یا راههای دیگری را جهت حل و فصل اختلاف، پیدا نمایند. مساعی جميله ممکن است از سوی یک دولت و یا سازمان بین المللی پیشنهاد گردد و یا اینکه یک یا هر دو طرف درگیر تقاضای انجام آن را بنمایند.

۵۰. سازش Conciliation این نوع راه حل، بیشتر جنبه رسمی داشته و معمولاً بر اساس تشکیل یک نهاد قانونی و رسمی مانند کمیسیون سازش استوار می باشد، اعضای مرجع سازش به عنوان افرادی مستقل از دولت خود نظر می دهند و باید سعی کنند که تمام مدارک، شواهد و قرایین موجود را جمع آوری کنند، قرائثی که منجر به صدور و اعلام نظریه حقوقی ولی غیر الزامی آور می گردد.

← ۵۱

به عنوان اقداماتی دیپلماتیک و بیشتر در جهت حل و فصل اختلاف بر مبنای پایه‌های سیاسی است تا مبانی و اصول حقوقی. این سه روش معمولاً در سایر اختلافات بین دول نیز در جامعه بین‌المللی بکار گرفته می‌شود.

به هر حال، این سه روش اگرچه در مقررات اصلی گات سابق مورد اشاره قرار

نگرفته بود، لیکن در تفاهم نامه سال ۱۹۷۹ و نیز در تصمیم وزرای سال ۱۹۸۹، به عنوان اولین راههای حل اختلافات موجود، به اعضای گات ارائه و توصیه شده بود.<sup>۵۰</sup>

در مقررات جدید، این روشها به عنوان راههای داوطلبانه حل اختلافات که

با موافقت طرفهای درگیر قابل استفاده می‌باشد، درج شده است.<sup>۵۱</sup> برخلاف مشورت که به عنوان یک اقدام بدروی دول عضو ملزم به انجام آن می‌باشند، این سه روش در صورتی قابل اجرا خواهد بود که طرفین اختلاف بر آن توافق کرده باشند.

به عبارت دیگر نمی‌توان این مراحل را به عنوان مراحل الزامی حل اختلاف تلقی کرد، هرچند که مقررات جدید آن را توصیه کرده و حتی نحوه اجرای آن را نیز تعیین کرده‌اند. شاید به دلیل اختیاری بودن بکار گیری این روشها است که مقررات تفاهم

نامه، اجرا و یا توقف اجرای آنها را تقریباً در هر زمان ممکن دانسته است.<sup>۵۲</sup>

نکته دیگری که در اینجا باید به آن اشاره گردد، تفاوت مفاهیم این واژه‌ها

در حقوق بین‌الملل عمومی با مقررات سازمان تجارت جهانی می‌باشد.

در حالی که در حقوق بین‌الملل عمومی این ابزارها به عنوان روش‌های غیر رسمی در



میانجیگری "Mediation" در این نوع راه حل دیپلماتیک، اگرچه اصول کلی همانند مساعی جمیله است لیکن دولت ثالث که به عنوان میانجی عمل می‌کند، وظيفة انتقال و نیز تغییر پیشنهادات طرفین را نیز دارد و همچنین می‌تواند نظرات و پیشنهادات خود را که براساس اطلاعات داده شده از سوی طرفین درگیر استوار می‌باشد، ارائه دهد. میانجیگری باید با رضایت طرفین انجام پذیرد و پیشنهادات آن جنبه الزام قانونی برای طرفین ندارد. مع ذلك اساس نظرات، پیشنهادات و تصمیمات صادره، نه تنها می‌تواند مقررات قانونی موجود باشد، بلکه ممکن است مبتنی بر نظرات کخدامنشانه نیز باشد.

.۵۴. بند ۸، از تفاهم نامه در سال ۱۹۷۹، بند D از تصمیم ۱۹۸۹

.۵۵. ماده ۵

.۵۶. ماده ۵، بندۀای ۳ و ۴

جهت حل و فصل اختلافات بین دول بکار گرفته می شود، در سازمان تجارت جهانی، می تواند در صورت بکارگیری آن از سوی طرفهای درگیر، زیر بنای تصمیمات متخذه از سوی مرجع حل اختلاف نیز باشد، که برآن اساس هیأت رسیدگی می تواند اختلافات را بررسی و اعلام نظر نماید. این نظرات، همان گونه که بعداً توضیح داده می شود، در صورت دارا بودن شرایط لازم و قبول از سوی مرجع حل اختلاف قابل اجرا خواهد بود.<sup>۵۵</sup>

در مقررات سابق توسل به هیأت رسیدگی بدون بکارگیری این سه روش امکان پذیر نبود، لیکن در مقررات جدید، قانونگذار اهمیت بیشتری به حل اختلاف یا جلب نظر طرفین ذی ربط داده تا رسیدگی از سوی مراجع رسیدگی کننده به اختلافات. بدین دلیل، زمان خاصی برای بکارگیری این روش‌ها در نظر گرفته نشده است. بنا بر بند ۳ از ماده ۵، طرفین اختلاف می توانند در هر زمان، بکارگیری این سه روش را تقاضا کرده و یا درخواست توقف کار آنها را بنمایند. مع ذلک این تقاضاهای باید ظرف ۶۰ روز از تاریخ تقاضای مشورت انجام پذیرد و هرگونه تقاضای تشکیل هیأت رسیدگی باید پس از اتفاقی ۶۰ روز از تاریخ تقاضای مشورت باشد. با این حال اگر طرفین ذی ربط تشخیص دهنده که بکارگیری روشهای فوق در مدت ۶۰ روز تعیین شده کارگر نیفتاده و موفق نبوده است، مشترکاً می توانند تقاضای تشکیل هیأت را بنمایند.<sup>۵۶</sup>

نکته جالب توجه دیگر در این رابطه آن است که بکارگیری مصالحه، مسامعی جمیله و میانجیگری نه تنها قبل از تشکیل هیأت رسیدگی امکان پذیر می باشد، بلکه در طول کار هیأت نیز انجام آن میسر بوده و این نشان دهنده تمایل قانونگذار به حل و فصل اختلافات بر اساس توافق طرفین و از طریق داوری می باشد تا بر اساس نظرات و تصمیمات یک مرجع حقوقی و رسمی.<sup>۵۷</sup>

معمولأ در بکارگیری روشهای فوق در حقوق بین الملل عمومی داور یا حکم

.۵۵. رجوع نمایید به: پاورقی شماره ۶: ص ۴۷.

.۵۶. ماده ۵، بند آخر.

.۵۷. ماده ۵، بند ۵.

با توافق طرفین اختلاف تعیین می‌گردد. تعیین داور در مقررات جدید گات بدین صورت پیش بینی شده که بر اساس بند ۶ ماده ۵، مدیر کل مرجع حل اختلاف به اعتبار سمت خود و نه به اعتبار شخص خود، می‌تواند پیشنهاد مساعی جمیله، سازش و یا میانجیگری رسمی بدهد.

### هیأت رسیدگی Panel

در صورت عدم موفقیت راههای قبلی (مشورت و ...) و یا در صورت عدم ارائه پاسخ لازم از سوی عضو خوانده در ظرف مدت‌های مقرر در تفاهم نامه، دولت خواهان می‌تواند تقاضای تشکیل هیأت رسیدگی را بنماید و مرجع حل اختلاف در اولین جلسه خود تشکیل یا عدم تشکیل هیأت را تصویب می‌کند.<sup>۵۷</sup> لازم به تذکر است که عدم تشکیل هیأت در صورتی تصویب می‌شود که اعضای مرجع حل اختلاف به اتفاق آراء عدم تشکیل آن را تصویب کنند و این از موارد اتفاق آرای منفی می‌باشد که ما قبل‌ادر مورد آن بحث کردیم.

### اعضاي هيات رسيدگي و نحوه انتصاب آنان

اعضاي هيات رسيدگي پس از نامزد شدن از سوی دبيرخانه به طرفين اختلاف معرفی می‌گرددند که البته نباید بدون دليل روشن مورد اعتراض واقع شوند. "این اعضا که معمولاً سه نفر هستند،" از بین افراد دولتی و یا خصوصی دول عضو انتخاب می‌گرددند،<sup>۵۸</sup> و باید دارای تجربه و تخصص در حقوق تجارت بین الملل بوده و یا فعالیت در امور تجاری بین المللی داشته باشند. مثلاً نمایندگان قبلی دول عضو گات و یا اساتید و نویسندها حقوق تجارت بین الملل از جمله افرادی هستند

.۵۸. ماده ۶، بند ۱.

.۵۹. ماده ۸، بند ۶.

.۶۰. ماده ۸، بند ۵. تذکر این نکته لازم است که طبق مقررات سابق، تعداد این اعضا ۵ نفر بود، ولی در مقررات جدید به سه نفر تقلیل یافته تا سرعت بیشتری در تصمیم گیریها وجود داشته باشد.

.۶۱. ماده ۸، بند ۱.

که می‌توانند انتخاب گرددند.<sup>۶۲</sup> مع ذلک این افراد نباید تابعیت دولتهای طرف اختلاف را داشته باشند.<sup>۶۳</sup> در اینجا این سؤال ممکن است به ذهن برسد که مثلاً در اختلافی که بین یک اتحادیه گمرکی (Customs Union) و یا بازار مشترک (Common Market) و دول دیگر روی داده، عضو هیأت رسیدگی چگونه انتخاب می‌گردد؟ آیا میزان در بیطرفی، عدم تابعیت دولت درگیر اختلاف است؟ نظر به اینکه این گونه اتحادیه‌ها و یا جوامع اقتصادی به عنوان یک عضو واحد شناخته می‌شوند، قانونگذار اعلام داشته است که در صورت ذی نفع بودن اتحادیه مزبور، داور و یا اعضای هیأت رسیدگی نمی‌توانند از ملیتهای آن اتحادیه انتخاب گردد. بند ۳ از ماده ۸، تفاهم نامه حل اختلاف صراحتاً انتصاف چنین افرادی را منوع نموده است. لکن در مورد این سؤال که آیا انتخاب اعضا از افراد یک منطقه تجاری آزاد "Free Trade Area" امکان پذیر می‌باشد یا خیر برخی نویسنده‌گان ظاهراً به علت آنکه منطقه تجاری آزاد به مثابه یک واحد مستقل شناخته نمی‌شود، آن را بلاشکال دانسته‌اند<sup>۶۴</sup> و قانونگذار نیز صراحتاً آن را منع نکرده است. ولی به نظر می‌رسد که بیطرفی داور و یا اعضای هیأت رسیدگی در صورت ذی نفع بودن دول عضو پیمان مزبور خالی از اشکال نباشد. بطور کلی اگرچه منطقه تجاری آزاد، استقلال و همبستگی موجود در اتحادیه گمرکی (Customs Union) را ندارد، لیکن به عنوان مجموعه‌ای واحد با اهداف تجاری واحد عمل می‌کند و لذا عضویت افراد از ملیتهای چنین مناطقی در صورت دخیل بودن در اختلاف، به بیطرفی آنان لطمه می‌زند. و در این قبیل موارد نیز عضو رسیدگی علی القاعده نباید تابعیت کشورهای عضو منطقه آزاد تجاری را داشته باشد.

تعداد اعضای هیأت اگرچه سه نفر تعیین شده، لیکن در صورت نیاز، طرفین اختلاف می‌توانند بر یک هیأت ۵ نفری توافق نمایند که البته باید ظرف ده روز از

.۶۲. همان مدرک.

.۶۳. ماده ۸، بند ۳.

.۶۴. رجوع نمایید به: پاورقی شماره ۶، ص ۵۰.

تشکیل هیأت این توافق حاصل گردد.<sup>۶۵</sup> عضویت اعضای هیأت رسیدگی نیز پس از گذشت ده روز از انتصاب و فقدان هرگونه اعتراضی از سوی طرفین اختلاف قطعی می‌گردد. در صورت عدم توافق، باید اعضای جدید ظرف ۲۰ روز معرفی گرددند. در غیر این صورت، مدیر کل مربوطه و یا رئیس مرجع حل اختلاف ضمن مشورت با دول ذی ربط، اعضای صلاحیت دار را منصوب و نتیجه را به طرفین ابلاغ می‌کند.<sup>۶۶</sup> نکته آخر در نصب اعضای هیأت رسیدگی که به نظر امری جدید می‌رسد، این است که در صورت درگیر بودن یکی از کشورهای در حال توسعه در اختلاف، لازم است که در صورت درخواست دولت مزبور، یکی از اعضای این هیأت از کشورهای در حال توسعه انتخاب گردد.<sup>۶۷</sup>

چنانچه اختلاف یا اختلافاتی بین چندین عضو به طور مشابه وجود داشته باشد، تفاه نامه پیش بینی کرده که تمام آن اختلافات به وسیله یک هیأت رسیدگی بررسی شود، به شرط آنکه حقوق و منافع تمام دول درگیر مدنظر قرار گیرد.<sup>۶۸</sup> مع ذکر تشکیل هیأت واحد در موضوع فوق الذکر الزامی نبوده و تشکیل دول یا چند هیأت امکان پذیر می‌باشد، اگرچه اعضای آن حتی المقدور اعضای واحدی خواهند بود.<sup>۶۹</sup>

### ورود دول ثالث

همانند مرحله مشورت که دولت یا دول ثالث حق شرکت در مراحل رسیدگی را داشتند، در مرحله تشکیل هیأت رسیدگی نیز چنانچه دولتی احساس کند که منافعش در میان است می‌تواند در مراحل رسیدگی هیأت مزبور شرکت نماید.<sup>۷۰</sup>

.۶۵. ماده ۸، بند ۵.

.۶۶. ماده ۸، بند ۷.

.۶۷. ماده ۸، بند .

.۶۸. ماده ۹، بند ۱۱.

.۶۹. ماده ۹، بند ۳.

.۷۰. ماده ۱۰.

## وظایف و اختیارات هیأت رسیدگی

وظایف و اختیارات اصلی هیأت رسیدگی، توسط تفاهم نامه به تفصیل بیان شده تا هرگونه ابهام در این رابطه برطرف گردد. به طور خلاصه می‌توان این وظائف را به شرح زیر طبقه‌بندی کرد:

- ارزیابی موضوعی (ماهیتی) اختلاف مطرح شده، که شامل بررسی وقایع و نیز بررسی حاکمیت مقررات مربوط در موافقنامه اصلی گات می‌شود.
- مشورت دائمی با طرفین اختلاف و کمک به بهبود راه حل‌های مورد قبول طرفین.

بر این اساس هیأت رسیدگی با ارائه گزارش و نظریات خود به مرجع حل اختلاف، نقش همکار و معاون آن را داشته که در رسیدن به یک راه حل قابل قبول و منطبق با مقررات موافقنامه آن را یاری می‌کند.<sup>۶</sup>

پس از تشکیل هیأت و برای بررسی اختلاف در جهت رسیدن به راه حل قابل قبول، این مرجع می‌تواند هرگونه اطلاعاتی را از دول در گیر اختلاف و یا اعضای ذی ربط گات درخواست کند و یا مشورتهای لازم را با آنان و یا با افراد خصوصی (غیردولتی) به عمل آورد. اعضای گات نیز ملزم هستند همه گونه همکاری لازم را مبذول دارند.<sup>۷</sup> البته در صورت محرومانه بودن اطلاعات ارائه شده، نشر آن ممنوع است مگر با اجازه دول ذی ربط، مع ذلک هیأت خود می‌تواند در صورت نیاز از کارشناسان دول عضو و یا غیر عضو استفاده نماید و در صورت عدم عضویت دولت مربوطه، گروه کارشناسی باید تابع شرایط مندرج در ضمیمه شماره ۴ تفاهم نامه نیز باشند. شرایط مذکور که با اصرار دولت امریکا در تفاهم نامه گنجانیده شده، به طور کلی عبارت است از:

- گروه کارشناسی باید تحت نظارت و سپریستی هیأت کار نماید.
- گزارش نهایی آن به هیأت تنها جنبه مشورتی داشته و لازم الاجرا نبوده و نظر نهایی را هیأت ارائه می‌کند.

۷۱. مواد ۷ و ۱۱ تفاهم نامه.

۷۲. ماده ۱۳.

- اعضا باید حتماً کارشناس در موضوع مورد اختلاف بوده و نباید از اعضای دول دیگر و یا شهروندان آن باشند.

## "Working Procedures" روند رسیدگی در هیأت

### زمان

از جمله ویژگیهای تفاهم نامه و مقررات جدیدگات آن است که تمام سیر رسیدگی به اختلافات دارای برنامه زمان بندی شده می باشد. بدین ترتیب مراجع رسیدگی و یا دول ذی ربط حق دارند تا پس از سپری شدن مدتی معین، در صورت عدم اخذ نتایج قابل قبول ، به مراحل بعدی متول گردند. این امر در مقررات گات سابق وجود نداشت ولذا بسیاری از اختلافات مطرح شده پس از گذشت زمان نسبتاً طولانی، به دست فراموشی سپرده می شد و یا به لحاظ انتفاعی موضوع، قابلیت بررسی خود را از دست می داد.

براساس مقررات جدید، هیأت رسیدگی موظف است نسبت به انجام وظایف خود در موعد مقرر در تفاهم نامه اقدام نماید. مثلًاً باید در اولین قدم، ظرف یک هفته پس از تشکیل، برنامه رسیدگی را تعیین کند که پس از بررسی، این مدت نباید از تاریخ تشکیل هیأت تا صدور گزارش و نظریهنهایی در حالت عادی بیش از ۶ ماه و در حالت فوق العاده بیش از سه ماه طول بکشد. در صورت عدم امکان اجرای بند مذکور باید مراتب کتابخانه و مستدلًا به مرجع حل اختلاف گزارش شود، که البته حداقل زمان در نظر گرفته شده در این صورت نیز ۹ ماه از تاریخ تشکیل هیأت می باشد.<sup>۳۰</sup> چنانچه هیأت رسیدگی با درخواست طرفین اختلاف به حالت تعليق در آيد مدت رسیدگی می تواند به (۱۲ ماه) نيز برسد ولی بيش از آن امکان پذير نبوده و باید پس از يك سال هیأت جدیدی تشکیل گردد. لازم به ذكر است که اگر دولت در حال توسعه طرف اختلاف باشد، برنامه زمان بندی شده فوق می تواند اجرا نشده و فرصت کافی به کشور مزبور جهت ارائه نظریات

. ۷۳. ماده ۱۲.

### **بررسی مقدماتی (موقت) : Interim Review Stage :**

پس از بررسی اظهارات و بحثهای طرفین اختلاف، پیش نویس گزارش هیأت که شامل تشریح وقایع و بحثهای طرفین می باشد، توسط هیأت به طرفین اختلاف ارائه می گردد و آنان موظف هستند ظرف مدت معینی چنانچه نظری نسبت به آن دارند، کتاباً به هیأت ارسال دارند؛ مدت مذکور توسط هیأت تعیین می گردد.<sup>۷۴</sup> پس از انقضای مدت فوق الذکر، هیأت گزارش موقت خود را که شامل تشریح وقایع، یافته ها و نتیجه گیری آن از موضوع مطروحه می باشد، صادر می نماید. مجدداً زمانی توسط هیأت تعیین می گردد تا چنانچه طرفین اظهار نظری دارند و یا نسبت به بخش خاصی از گزارش اعتراضی دارند، آن را مطرح و یا تقاضای تشکیل یک جلسه هیأت را بنمایند.<sup>۷۵</sup> در صورت وصول نظرات طرفین در ظرف مدت مقرر، هیأت باید ظرف دو هفته اقدام به تشکیل جلسه دیگری کند و پس از تجدید نظر در گزارش موقت و اظهارات وارد، گزارش نهایی خود را ظرف دو هفته به طرفین و ظرف سه هفته برای سایر اعضای گات ارسال دارد. این گزارش در صورت عدم اعتراض به خودی خود گزارش نهایی تلقی می گردد.

لازم به تذکر است که جلسات هیأت محترمانه بوده و اسناد و مدارک آن نیز محترمانه تلقی می شود، ولی می توانند در شرایط خاصی در اختیار عموم قرار گیرند.<sup>۷۶</sup> اطلاعات ارائه شده از سوی طرفین اختلاف، می تواند از طرف خود آن در اختیار عموم قرار گیرند. همچنین نشر خلاصه گزارش کار هیأت نیز برای عموم بلا اشکال می باشد.

پس از سپری شدن مهلت های فوق، گزارش نهایی هیأت در مرجع حل

. ۷۴. ماده ۱۲، بند ۱۰.

. ۷۵. ماده ۱۵، بند ۱.

. ۷۶. ماده ۱۵، بند ۲.

. ۷۷. ماده ۱۴، از تفاهم نامه و بند های ۲ و ۳، از ضمیمه شماره ۳.

اختلاف بررسی و نسبت به آن رأی گیری می شود. مع ذلك فاصله زمان ارسال گزارش به طرفین در زمان بررسی آن در مرجع حل اختلاف نباید کمتر از ۲۰ روز باشد. این مدت قبل از ۳۰ روز بود که جهت تسریع در کار به ۲۰ روز تقلیل یافت. در این مرحله نیز چنانچه طرفین نسبت به گزارش اعتراضی داشته باشند باید ده روز قبل از تشکیل جلسه مرجع حل اختلاف، آن را اعلام نمایند.<sup>۷۸</sup>

برخلاف هیأت رسیدگی که گزارش نهایی آن بدون حضور طرفین صادر می شود،<sup>۷۹</sup> در جلسه مرجع حل اختلاف، طرفین می توانند شرکت کرده و نظرات خود را ابراز دارند که این نظرات در گزارش مرجع نیز ثبت می گردد. مرجع حل اختلاف باید ظرف ۶۰ روز پس از گردش گزارش نهایی بین اعضاء، اقدام به تشکیل جلسه نماید و نظر خود را نسبت به پذیرش و یا عدم پذیرش آن اعلام دارد.<sup>۸۰</sup> در صورت درخواست تجدید نظر از سوی طرفین نسبت به گزارش، هیأت مرجع حل اختلاف نباید آن را پذیرد، چون این امر تنها پس از اعلام نظر مرجع تجدید نظر امکان پذیر خواهد بود.

### نظرات هیأتهای رسیدگی و تجدیدنظر

اگرچه گفته شده که گات تعريف خاصی از اختلاف به عمل نیاورده و به طور کلی تخلف را تعريف نکرده، لیکن در تقسیم بندی علل اختلاف مقررات سابق و لاحق اتفاق نظر دارند و به طور کلی تخلفاتی را که موجب بروز اختلافات بین دول عضو می گردند، به دو بخش کلی تقسیم کرده اند. تفکیک در انواع تخلف که منجر به بروز اختلاف می شود، در مواد ۲۲ و ۲۳ گات سابق نیز آمده بود و در مقررات جدید ابقاء شده عبارت است از:

«تخلف همراه نقض» (تمردی) (Violation Infringement)، زمانی صورت می پذیرد که به علت عدم رعایت و تخلف از مقررات اصلی گات خسارت و یا ضرری

.۷۸. ماده ۱۶

.۷۹. ماده ۱۴، بند ۳

.۸۰. ماده ۲۰

به دولت و یا دول دیگر وارد آید، مثلاً عدم اجرای مقررات مربوط به معافیت گمرکی یک کالای خاص توسط یک یا چند دولت عضو.

#### - «تخلف بدون نقض» (غیرتمردی) (Non-Violation Infirngement)

این نوع تخلف و اختلاف ناشی از آن مستقیماً به علت عدم اجرای مقررات گات نمی باشد، لیکن به علت اتخاذ تدابیر دیگری بوده است که علی رغم عدم مغایرت مستقیم با مقررات گات، به طور غیر مستقیم حق و یا منافع دول دیگر را در معرض خطر قرار می دهد. به این نوع تخلف یا نقض غیر تمردی نیز اطلاق می گردد. با توجه به تقسیم بندی فوق در مقررات گات، تفاهم نامه مربوطه نیز نسبت به نظرات هیأت‌های رسیدگی و تجدید نظر تفکیک قائل شده است، بنابر ماده ۱۹ چنانچه هیأت در مدت رسیدگی به اختلاف با موردی برخورد نماید که نقض مستقیم مقررات گات باشد، باید از عضو مختلف بخواهد نسبت به اجرای مقررات مزبور اقدام لازم را مبذول دارد و در صورت وجود مشکلی از سوی دولت مزبور، هیأت می تواند راه حل اجرای آن را نیز ارائه کند.<sup>۸۱</sup>

اما، برخورد قانونگذار با تخلفات نوع دوم، یعنی تخلفات بدون نقض مقررات، تا حدودی سبک‌تر و خفیف‌تر می باشد. هیأت‌های رسیدگی و تجدید نظر در صورت برخورد با این گونه تخلفات که ناشی از نقض و یا عدم اجرای مستقیم مقررات گات نمی باشند، تنها می توانند راه حل مورد قبول طرفین را پیشنهاد کنند،<sup>۸۲</sup> که البته آن هم پس از بررسی همه جانبه شرایط دول مزبور می باشد.

شرایط بررسی «تخلفات بدون نقض مقررات» به طور کلی به شرح زیر می باشد.

#### - عضو شاکی باید دلایل قانع کننده خود را دال بر ورود ضرر و یا خسارت

توسط عضو دیگر ارائه نماید.

#### - در صورت ورود خسارت و یا ضرر به اعضای دیگر، باید یک راه حل

قابل قبول برای طرفین ارائه گردد.<sup>۸۳</sup>

.۸۱. ماده ۱۹، بند ۱.

.۸۲. ماده ۲۶.

.۸۳. ماده ۲۶، بند ۱، بخش‌های (الف) و (ب).

نکتهٔ بسیار مهم و ظریفی که درباره نظرات و پیشنهادات هیأتهای رسیدگی و تجدید نظر ذکر شده، آن است که این نظرات و آرا تحت هیچ شرایطی نمی‌توانند حق یا تعهدی را برای دول عضو بیش از آنچه که در مقررات اصلی گات ذکر شده ایجاد و یا آن را از بین ببرند.<sup>۸۴</sup> اهمیت این نکته در این جاست که معمولاً اساس آراء دیوانها و دادگاههای بین المللی بر حقوق عرفی (Common Law) و نیز رویه قضایی (Case Law) می‌باشد. بدین معنا که آراء و تصمیمات می‌توانند در پرونده‌های دیگر بنا بر تفسیر و برداشت مرجع قضایی مربوطه تغییر یابد، این شیوه در نظام حل و فصل اختلافات گات مورد قبول واقع نشده، بلکه مراجع رسیدگی گات ملزم هستند براساس مقررات گات اقدام به صدور نظریه نمایند، هرچند که نظام اصلی گات خود مبتنی بر قواعد عرفی حقوق بین الملل عمومی است.<sup>۸۵</sup>

### **مرجع تجدید نظر Appellate Body**

یکی از ابداعات نظام جدید گات در رسیدگی به اختلافات بین دول، قبول تجدید نظرخواهی نسبت به نظرات هیأت رسیدگی بدوى می‌باشد. در نظام قبلی گات، این امر از طریق رسمی امکان پذیر نبود، لیکن به موجب بند ۴ از ماده ۱۶ تفاهم نامه جدید، چنانچه یکی از طرفین درخواست تجدید نظر نماید، رکن حل اختلاف نباید آرای هیأت رسیدگی را تازمانی که مرجع تجدید نظر، نظرنهايی خود را اعلام نکرده است بررسی کند. مرجع تجدید نظر به وسیله مرجع حل اختلاف تشکیل شده و دارای ۷ عضو می‌باشد که در هنگام رسیدگی هر سه نفر یک موضوع منصوب می‌گردند و نصب مجدد آنان فقط برای یک دوره دیگر بلاشكال می‌باشد. اعضای مرجع تجدید نظر باید از مقامات شناخته شده و با تجربه لازم در حقوق تجارت بین الملل بوده و نباید به هیچ کدام از دول طرف اختلاف وابسته

.۸۴. ماده ۱۹، بند ۲؛ ماده ۳، بند ۲.

.۸۵. ماده ۳، بند ۲.

.۸۶. ماده ۱۷، بند ۱.

باشند.<sup>۸۷</sup> همان‌گونه که سیر کار هیأت رسیدگی دارای زمان معینی می‌باشد، مرجع تجدید نظر نیز باید ظرف ۶۰ روز از تاریخ درخواست تجدید نظرخواهی به وسیله عضو مربوطه، نظر نهایی خود را اعلام کند و یا در صورتی که چنین کاری امکان پذیر نباشد، مراتب را به رکن حل اختلاف اطلاع دهد. مع ذلک این مدت نباید از ۹۰ روز بیشتر گردد.<sup>۸۸</sup> برخلاف مرحله رسیدگی در هیأت‌های بدوي که دولت ثالث تحت شرایط خاصی حق ورود به دعوا را داشتند، در این مرحله، دولت ثالث نمی‌تواند وارد اختلاف شود و یا تقاضای تجدید نظر کند، ولی می‌تواند نظرات خود را کتاباً به مرجع اعلام نمایند.<sup>۸۹</sup>

نکته مهم دیگر درخصوص مراجع تجدید نظر آن است که همانند سایر مراجع تجدید نظر، رسیدگی آن منحصر به موضوعات و تقاسیر حقوقی و قانونی است که توسط هیأت بدوي انجام پذیرفته، و به عبارت دیگر رسیدگی شکلی است نه ماهوی<sup>۹۰</sup> مع ذلک مرجع تجدید نظر می‌تواند تصمیمات هیأت رسیدگی بدوي را اجرا کند، یا اصلاح نماید و یا نقض کند و تصمیم جدیدی را اتخاذ کند.

**قبول گزارش و آرای مرجع تجدیدنظر و اجرای آن**  
گزارش و نظرات مرجع تجدیدنظر به مرجع حل اختلاف و نیز به طرفین اختلاف ابلاغ می‌گردد. پس از ۳۰ روز از گردش آن در بین اعضاء، یانظرات مزبور از سوی مرجع حل اختلاف پذیرفته می‌شود و یا در صورت اعتراض به آن، نسبت به گزارش رأی گیری به عمل می‌آید. چنانچه به اتفاق آرا این گزارش و نظرات رد گردد، قابل اجرا نخواهد بود<sup>۹۱</sup> و این همان اصل اتفاق آرای منفی می‌باشد که قبل از آن سخن گفته ایم. (ص ۴۵) مدت رسیدگی از زمان تشکیل هیأت رسیدگی تا

.۸۷. ماده ۱۷، بند ۲.

.۸۸. ماده ۱۷، بند ۵.

.۸۹. ماده ۱۷، بند ۴.

.۹۰. ماده ۱۷، بند ۶.

.۹۱. ماده ۲۱، بند ۳.

پذیرش یا رد نظرات آن از سوی مرجع حل اختلاف باید بیشتر از ۹ ماه (در صورت عدم درخواست تجدید نظر) یا ۱۲ ماه در صورت تشکیل مرجع تجدید نظر باشد. البته چنانچه با تواافق طرفین اختلاف، این مدت تمدید شده باشد، آن زمان اضافی نیز لحاظ می‌گردد.

چنانچه نظرات و گزارش هیأت رسیدگی یا تجدید نظر از سوی مرجع حل اختلاف قبول گردد، این نظرات باید سریعاً و در ظرف مدت معین شده از سوی طرف خوانده به اجرا درآید. قبل از آن نیز دولت متخلف باید قصد خود را دایر بر اجرای بدون قید و شرط نظرات به مرجع حل اختلاف اعلام دارد. چنانچه مشکلی بر سر راه اجرای نظرات مزبور وجود داشته باشد و دولت مربوطه نتواند نسبت به اجرای آنها در اسرع وقت اقدام نماید، لازم است زمان معینی برای آن در نظر گرفته شود که این امر به سه طریق امکان پذیر می‌باشد:

- پیشنهاد دولت مخالف دایر بر مقرر داشتن زمان خاصی  
جهت اجرای نظرات؛

- تواافق دو طرف دعوا؛
- نظر داور. ”

لازم به تذکر است که چون اصل اختلاف و حدوث آن معمولاً به علت عدم تواافق طرفین می‌باشد، لذا در عمل مشکل می‌توان زمانی معین را برای اجرای نظرات و آرای اعلام شده از طریق روش اول اعلام نمود. به این دلیل در عمل، زمان اجرای نظرات در بیشتر پرونده‌ها از طریق ارجاع امر به داور تعیین می‌گردد. برای انتخاب داور جهت تعیین زمان اجرا، طرفین باید ظرف ده روز از ارجاع امر به داوری، داور مورد تواافق خود را معرفی نماید. در غیر این صورت مدیر کل مرجع حل اختلاف، پس از مشورت با طرفین نسبت به انتخاب داور اقدام می‌کند. در هر حالت، زمان فوق به علاوه زمان رسیدگی، از زمان پذیرش پرونده باید در مجموع بیش از ۱۵ ماه به طول بیانجامد.

در طول زمان اجرا چنانچه ملاحظه شود که اجرای نظرات، توصیه‌ها و آرای

۹۲. همان مدرک.

ارائه شده از سوی هیأت، مخالف مقررات کلی و عمومی گات است، پرونده دوباره به هیأت ارجاع، و هیأت مزبور باید حداکثر ظرف ۹۰ روز نظر جدید خود را اعلام دارد. چنانچه صدور نظریه جدید در ظرف مدت فوق امکان پذیر نباشد، موضوع باید کتاباً و با ذکر دلایل کافی به مرجع حل اختلاف اعلام گردد.<sup>۳۲</sup>

### ناظارت بر اجرای نظرات و آرا متخذه

در مقررات قبلی گات مرجع خاصی برای ناظارت بر اجرای نظرات و تصمیمات مراجع رسیدگی تعیین نشده بود. ولی در تفاهم نامه جدید خود مرجع حل اختلاف مسؤول ناظارت بر اجرای این نظرات و آرا شناخته شده است. امر ناظارت بر اجرای نظرات به خودی خود در دستور کار مرجع حل اختلاف قرار می‌گیرد و باید این ناظارت تا پایان اجرا و حل موضوع ادامه پیدا کند. دولت خوانده نیز موظف است گزارش اجرا و پیشرفت کار را ده روز قبل از تشکیل جلسه مرجع حل اختلاف به این مرجع ارسال دارد.<sup>۳۳</sup>

### کشورهای در حال توسعه

نکته مهمی که در مرحله اجرا مجددأ برآن تأکید شده، شرایط و اوضاع کشورهای در حال توسعه می‌باشد، بنا بر ماده ۲۱، بند ۲ تفاهم نامه جدید چنانچه یکی از طرفین اختلاف از بین کشورهای در حال توسعه باشد، باید در حین اجرای ناظارت توجه خاص و لازم به منافع آن کشور، به عمل آید. این نکته مجددأ در بند ۷ از همین ماده تأکید شده و اضافه بر آن در بند ۸ تأکید شده که نه تنها اثر اقدامات اجرایی بر تجارت این کشورها، بلکه تأثیر آن بر اقتصاد کشور در حال توسعه مزبور نیز باید مد نظر قرار گرفته شود.

.۹۳. ماده ۲۱، بند ۵.

.۹۴. ماده ۲۱، بند ۶.

## غرامت و تعلیق امتیازات: Compensation and The Suspension of Concessions

قبل از ورود به بحث توضیح این نکته لازم است که اگرچه در متن مقررات گات و نیز تفاهمنامه ذکری از مقابله به مثل "Retaliation" نشده است، لیکن اکثر نویسندگان، تعلیق امتیاز را از جمله عملیات تلافی جویانه و مقابله به مثل می دانند. به نظر می رسد، اگرچه این مطلب از مجموع مقررات استنباط می شود لیکن قانونگذار (تهیه کنندگان اسناد دور اروگونه) عامدآ از بکارگیری لفظ تلافی و مقابله به مثل خودداری کرده تا از گسترش روحیه اختلاف در میان دول عضو جلوگیری نماید. علاوه بر آنکه بکارگیری غرامت و یا تعلیق امتیازات به عنوان دو عامل موقت تلقی شده و نه یک امر دائم و یا هدف غایبی اجرای مقررات گات. بهر حال، در صورت عدم اجرای نظرات و آرای اعلام شده از سوی مرجع حل اختلاف در ظرف زمان معقول و یا در مدت زمان توافق شده بین طرفین، دولت خواهان می تواند درخواست غرامت و یا تعلیق امتیازات را نماید که با رعایت شرایطی امکان پذیر خواهد بود.<sup>۹۵</sup> در صورت درخواست غرامت، طرفین برای تعیین غرامت قابل قبول وارد مذاکره می شوند و چنانچه ظرف ۲۰ روز نتوانند به نتیجه قابل قبولی برسند، خواهان می توانند از مرجع حل اختلاف تقاضای تعلیق امتیاز نسبت به دولت خوانده را نماید و مرجع حل اختلاف نیز باید ظرف ۳۰ روز نظر خود را اعلام دارد.<sup>۹۶</sup>

مجددآ ذکر این نکته لازم است که اگرچه تعلیق امتیاز به عنوان آخرین حربه برای رسیدن به نتیجه تلقی می گردد لیکن قانونگذار در موارد متعددی به طرفین هشدار داده در بکارگیری این روش دقت و وسوس به خرج دهند، لذا ضمن موقت خواندن آن، از طرف اقدام کننده خواسته است تا اثرات احتمالی این تعلیق امتیاز را بر تجارت کالای مورد بحث و نیز تأثیر آن را بر کل اقتصاد و تجارت دول یا

.۹۵. ماده ۲۲، بند ۳، قسمت ۳، بندهای ۱ و ۲.

.۹۶. ماده ۲۱ بند ۶.

دولت طرف اختلاف در نظر داشته باشد.<sup>۱۷</sup>

### أنواع مقابلة به مثل (اقدامات تلافی جویانه)

نویسنده‌گان حقوق تجارت بین الملل با توجه به بندهای مذکور در ماده ۲۲ بند ۳، سه نوع اقدام تلافی جویانه و یا تعليق ترتیبات تعرفه‌های تجاری و گمرکی و امتیاز را به شرح زیر بیان کرده‌اند:

#### - اقدام متقابل هم عرض: "Paralell Retaliation"

در این قسم، دولت خواهان باید در درجه اول دقیقاً امتیازی را تعليق نماید که از سوی دولت خوانده نقض گردیده است. مثلاً چنانچه موضوع نقض مقررات در خصوص کالا بوده، باید اقدام تلافی جویانه نیز در خصوص کالا به عمل آید و نه خدمات وغیره.

#### - اقدام متقابل مشابه: Cross – Sector Retaliation

در این نوع، دولت خواهان باید چنانچه شق اول قابل اجرا نمی باشد، (اقدام متقابل هم عرض) حتی المقدور سعی نماید تا آن را در خصوص اقلام یا بخشی متفاوت ولی مشابه در همان قرارداد اجرا کند. مثلاً نقض مقررات در خصوص کالا ولی در قراردادی متفاوت با آنچه که نقض شده است.

#### - اقدام متقابل متفاوت: Cross – Agreement Retaliation

چنانچه دو قسم فوق امکان پذیر نباشد، اقدام تلافی جویانه می‌تواند در خصوص موضوعی متفاوت مثلاً خدمات و از قراردادی متفاوت با آنچه که نقض گردیده به عمل آید.<sup>۱۸</sup>

شایان ذکر است که تقسیم بندی اخیر، اگرچه با مخالفت تعدادی از دولت کننده در مذاکرات اروگونه روبرو شد، لیکن بنا بر اصرار ایالات متحده امریکا در متن تفاهم نامه وارد شد.

.۹۷. ماده ۲۲، بند ۳، قسمت ۱، بندهای ۱ و ۲.

.۹۸. رجوع نمایید به: پاورقی شماره ۶ ص ۶۰.

همانند مراحل دیگر اجرا، مرجع حل اختلاف وظیفه دارد بر اجرای صحیح این اقدامات نظارت کند هرگونه اقدام دوجانبه و یا بدون رعایت شرایط رسیدگی مذکور در تفاهم نامه منع شده است، بنابراین نه تنها دول شاکی نمی‌توانند بدون نظر مرجع حل اختلاف دست به اقدامات مقابله به مثل و یا تلافی جویانه بزنند، بلکه باید ابتدا مراحل اولیه رسیدگی به اختلاف، شامل مشورت، ارجاع به هیأت و غیره را پشت سر بگذارند و نیز مواعد مذکور در مقررات، سپری شده باشد و در صورت عدم حصول نتایج قابل قبول و با رعایت شرایط متدرج در تفاهم نامه، دولت یا دول مربوطه می‌توانند اقدامات نهایی خود را مانند اخذ غرامت، تعلیق امتیاز و غیره بکار بندند. شرایط و اصول کلی این الزام قانونی در بندهای ۱ و ۲ از ماده ۲۳ درج شده است.

### ارجاع امر به داوری *Arbitration*

در ترتیبات گات ارجاع امر به داوری، آنگونه که در سایر موارد و اختلافات حقوق بین الملل مطرح می‌باشد، نیست. با توجه به اینکه مقررات گات خود نظام خاصی را برای رسیدگی به اختلافات بیان داشته است بنابراین نیازی به سایر طرق سنتی حل اختلاف از قبیل داوری و غیره وجود ندارد. به همین لحاظ در مقررات جدید گات ارجاع امر به داوری، یک مرحله تجدید نظر در خصوص اقدامات تلافی جویانه و تعلیق امتیازات می‌باشد. واقعیت این است که قانونگذار به لحاظ اهمیت زیاد تعلیق امتیازات و اثرات آن بر تجارت بین دول عضو و اقتصاد آنان، یک مرحله اضافه (داوری) برای نظارت بر حسن اجرای اقدامات مقابله به مثل در نظر گرفته است.

امر داوری که هم می‌تواند با رجوع به گروه داوران انجام شود و هم با ارجاع امر داور منفرد صورت پذیرد، زمانی امکان پذیر است که دولت خوانده نسبت به اقدام مزبور اعتراض داشته و آن را مطابق با مفاد مقررات گات نداند. درخواست داوری، باید ظرف ۶۰ روز از زمان مذکور در ماده ۲۲ بند ۶ صورت پذیرد و اعضای هیأت داوران و یا داور می‌توانند از بین اعضای هیأت رسیدگی

انتخاب شوند و یا در صورت عدم توافق دول ذی ربط، از سوی مدیر کل مرجع حل اختلاف منصوب گرددند.

مع ذلک وظیفه داور و یا هیأت داوران مانند آنچه که در سایر موارد می باشد، گسترده نیست و نمی تواند ماهیت امتیازات و یا سایر تعهدات تعیق شده را بررسی کند، بلکه وظایف داور و یا هیأت داوران در سه مورد خلاصه می گردد:

- بررسی و انطباق امتیازات تعیق شده بر اثر نقض مقررات اولیه از سوی دولت یا دول خوانده؛

- انطباق امتیازات تعیق شده با مقررات عمومی گات؛
- بررسی اجرای اصول و قواعد مقرر در بند ۳ از ماده ۲۲ تفاهم نامه.<sup>۱۱</sup> نظرات و تصمیم داور و یا هیأت داوران قطعی بوده و طرفین ملزم به اجرای آن می باشند. این نظرات به طرفین و مرجع حل اختلاف اعلام می گردد.

### شرابط خاص رسیدگی به تخلفات بدون نقض Non – Violation

آنچه که تاکنون بیان شد، مربوط به رسیدگی به «تخلف همراه نقض» دول عضو، یعنی تخلفاتی که ناقض مقررات کلی عمومی گات می باشند، بود. که قانونگذار به لحاظ اهمیت موضوع، مراحل رسیدگی خاصی را در نظر گرفته است. اما در نوع دوم تخلفات، به دلیل آنکه معمولاً این قبیل موارد به خودی خود ناقض مقررات گات نیستند، ولی مستلزم ایراد خسارت به دول دیگر می باشند، شرایط رسیدگی خاصی در نظر گرفته شده که به شرح آن می پردازیم.

قبل از ورود به بحث، ذکر این نکته خالی از فایده نیست که بدانیم بیشتر تخلفات ثبت شده از سوی دول عضو گات از نوع دوم یعنی «تخلف بدون نقض» هستند. علت این امر شاید آن باشد که دول عضو معمولاً سعی دارند مقررات عمومی گات را اجرا کرده و از نقض آشکار و صریح آن خودداری ورزند. بر عکس در مواردی که ابهام وجود داشته و یا موضوع آشکارا بیان نشده، دول عضو به اختلاف گراییده و هر کدام بر حسب منافع ملی خود اقداماتی را که منجر به برخورد

.۹۹. ماده ۲۲، بند ۷.

با منافع ملی سایر دول می گردد، انجام داده اند.  
بعضًا اظهار شده که مقررات گات تلویحًا طرح اختلاف در مراجع رسیدگی را در این گونه موارد تجویز می کند. مثلاً ماده ۱۹ از توافقنامه مربوط به کشاورزی، ماده ۸ از توافقنامه مربوط به موضوعات تجاری سرمایه‌گذاری TRIMS؛ ماده ۸ از موافقنامه مربوط به قاعدة کشور مبدأ (Country of origin) وغیره.<sup>۱۰۰</sup>

حل و فصل اختلافات مربوط به «تخلفات بدون نقض» و در نظر گرفتن شرایط کلی مندرج در بند ۳ از ماده ۲۳ از موافقنامه عمومی خدمات GATS و نیز ماده ۶۴ از موافقنامه مربوط به موضوعات تجاری مالکیت معنوی TRIPS و با توجه به موارد زیر انجام می پذیرد:

الف. بار اثبات دعوا بر عهده دولت خواهان است. یعنی، اصل البینه علی المدعى.

قسمت (الف) از بند ۱ ماده ۲۶ تفاهم نامه، برخلاف «تخلفات همراه نقض» که در آنها نیازی به اثبات ضرر و زیان وجود ندارد، در اختلافات ناشی از «خلف بدون نقض» از دولت شاکی خواسته است دلایل کافی و مستندات لازم را دال بر ورود خسارت ناشی از اقدامات دولت خوانده ارائه کند.

ب. عدم الزام دولت خوانده به توقف اقدامات مربوطه.

در «تخلفات همراه نقض» که در آن یکی از مقررات موافقنامه گات نقض شده و یا اجرا نشده، هیأت رسیدگی و یا مرجع تجدید نظر می تواند از دولت مربوطه بخواهد تا نسبت به اجرای مفاد آن مقررات، اقدام لازم و سریع را به عمل آورد. اما در نوع دوم از تخلفات، چنین الزامی وجود ندارد و تا رسیدگی نهایی و صدور نظر پایانی، الزامی برپایان دادن به اقدامات مورد بحث نیست، اگرچه می توان از دولت مذبور درخواست کرد که راه حل مورد قبول دیگری را به اجرا در آورد. بدیهی است در صورت عدم حصول راه حلی مناسب، طرف مقابل می تواند با رعایت شرایط مذکور در تفاهم نامه، نسبت به غرامت و تعلیق امتیازات یا اقدام

۱۰۰. رجوع نمایید به: پاورقی شماره ۶، ص ۶۴، پاورقی شماره ۱۸۴.

تلافی‌جویانه اقدام نماید.<sup>۱۰۱</sup>

تذکرآ اشاره می‌کنیم که این اصل از ابداعات مقررات جدید نبوده، بلکه در مقررات و رویه‌های گذشته نیز وجود داشته است.

ج. غیرالزامی بودن نظرات داور یا هیأت داوران.

در تخلفات «همراه نقض»، نظرات داور و یا هیأت داوران الزام آور است و طرفین باید از آن تبعیت کنند. علاوه بر این، مهلتهای خاصی برای ارجاع امر به داوری و اجرای آن نظرات تعیین شده است.<sup>۱۰۲</sup>

برخلاف آن، در «تخلفات بدون نقض» اولاً نظرات داور و یا هیأت داوران الزامی نبوده و زمان بندی مذکور در بند فوق لازم الاجرا نمی‌باشد. مع ذلك داور یا هیأت داوران می‌توانند میزان ورود ضرر و زیان را به دولت خواهان تعیین نمایند و همچین می‌توانند راههای رسیدن به نتیجه مورد قبول طرفین را پیشنهاد دهند. البته این پیشنهاد برای طرفین الزام آور نیست.<sup>۱۰۳</sup>

د. اخذ غرامت به عنوان بخشی از راه حل مسالمت‌آمیز.

در تخلفات «همراه نقض»، قبل‌گفتیم که غرامت راه حل موقتی است که در صورت عدم اجرای مراحل رسیدگی از سوی عضو خاطی، به وسیله دولت خواهان و بنابر شرایط خاصی موقتاً قابل اجرا خواهد بود.

بر عکس در «تخلفات بدون نقض»، غرامت بخشی از راه حل مورد قبول طرفین است که به عنوان یک راه حل پایانی، اختلاف را پایان می‌دهد.<sup>۱۰۴</sup> به عبارت دیگر غرامت در «تخلفات بدون نقض» کمتر با توافق طرفین و به عنوان پایان اختلافات تعیین می‌شود، در حالی که در تخلفات همراه نقض موقتاً اجرا می‌شود و بنا بر درخواست خواهان، مرجع حل اختلاف مجوز انجام آن را صادر کرده و توافق طرفین شرط نمی‌باشد.

. ۱۰۱. ماده ۲۶، بند ۱، قسمت b.

. ۱۰۲. ماده ۲۱، بند ۳، قسمت c.

. ۱۰۳. ماده ۲۶، بند ۱، قسمت c.

. ۱۰۴. ماده ۲۶، بند ۱، قسمت d.

## راههای دیگر رسیدگی به اختلافات بر اساس سایر مقررات

اگرچه مقررات مربوط به رکن حل اختلاف در تفاهم نامه جدید، بسیاری از مشکلات قبلی را حل کرده و توان ونظم خاصی به روند رسیدگی به اختلافات در بین اعضای گات بخشیده است، لیکن هنوز این نظام جدید به تهایی نمی تواند عهده دار حل و فصل اقسام گوناگون اختلافات درون گات باشد، مضافاً آنکه بنابر توافق طرفین اختلاف و یا بنابر ماهیت موضوع راه حلهای دیگری نیز می توان در نظر گرفت.

این مهم تحت عنوان قواعد و رویه های اضافی و یا خاص در ضمیمه شماره ۲ از تفاهم نامه حل اختلاف درج شده است. به عنوان مثال می توان به اختلافات ناشی از فروش کالا به قصد خارج کردن رقبای تجاری به قیمت ارزانتر از معمول (Dumping) و مقررات رسیدگی به آن، یا اختلافات راجع به یارانه کالا و یا تجارت منسوجات اشاره نمود که در مقررات اصلی گات به لحاظ اهمیت موضوع راه کارهای چندی، برای حل اختلافات در این گونه موضوعات وضع گردیده است.

علاوه بر موارد فوق موارد دیگری نیز وجود دارد که طی موافقتنامه های قبلی به آنها اشاره شده بود ولی در مذاکرات دور اروگوئه مورد بحث واقع نگردید. در این گونه موارد چنانچه اختلافی بروز کند، اگرچه طرفین مخیر هستند که به مقررات تفاهم نامه جدید استناد جویند، لیکن می توانند به مقررات سابق نیز رجوع کرده و بر آن اساس نسبت به رفع اختلاف اقدام نمایند. این موافقتنامه ها که در سال ۱۹۷۶ به تصویب رسیده عبارتند از:

- موافقتنامه مربوط به تجارت هوایپماهای تجاری.
- موافقتنامه مربوط به کارپردازی دولتی.
- موافقتنامه مربوط به گوشت.

## تجارت خدمات

بند ۳ از ماده ۲۲ موافقتنامه عمومی راجع به تجارت خدمات "Gats" مقرر می دارد که:

« در صورت عضویت یک دولت در قراردادهای بین المللی مربوط به ترتیبات

جلوگیری از مالیات مضاعف "Double Taxation" دول دیگر نمی توانند به مواد آن جهت توقف آن استناد جویند. چنانچه اختلافی در این مورد ایجاد گردد، آن اختلاف می تواند نزد شورای تجارت خدمات مطرح شود و شورای مذبور اختیار ارجاع امر را به داوری دارد و تصمیم داور، نهایی خواهد بود<sup>۱۰۵</sup>.

علاوه بر این، بند ۳ از ماده ۲۳ موافقنامه مربوط به تجارت خدمات، مقرر می دارد که:

«در خصوص «تخلفات بدون نقض»، دولت مستضرر می تواند از دولت دیگر درخواست مذاکره کرده و قبل از اقدام به تعليق امتياز با آن به توافق برسد».

#### همچنين بند ۴ از الحاقیه خدمات حمل و نقل هوايی Annex On Air Transport Services مقرر داشته:

«چنانچه اختلافی حاصل گردد، توصل به مقررات حل و فصل در صورتی امکان پذير است که تمام راه حلهاي دوجانبه بكار گرفته شده و موفقیت لازم را كسب نکرده باشند».

در اين راستا می توان به تصمیم خاص وزرای گات نیز اشاره نمود که مراحل رسیدگی به اختلاف راجع به خدمات را تا حدود زیادی تسریع کرده اند.<sup>۱۰۶</sup>

از جمله موارد دیگر که در آن ترتیبات خاص و ویژه ای برای حل و فصل اختلافات در نظر گرفته شده می توان به موارد زیر اشاره نمود:

- مواد ۱۷۰۴ تا ۱۷۰۷ از مقررات فروش به قیمت کمتریه منظور خروج رقیب از بازار (Dumping).
- مواد ۱۴۰۲ تا ۱۴۰۴ از الحاقیه ۲ راجع به موانع فنی در تجارت.
- مواد ۴۰۲ تا ۴۱۲، ۶۰۶، ۷۰۲ تا ۷۱۰، ۸۰۵، ۲۵۰۴، ۲۸۰۶ و الحاقیه ۷ از اقدامات راجع به سوبسید و جبران آن.

.GATS ۱۰۵. ماده ۲۲، بند ۳، از

**106. Ministerial Decision on Certain Dispute Settlement Procedures on Trade and Services.**

– مواد ۲۱، ۳، ۹، ۰۵، ۱۹۰۳، الحاقیه دوم بند ۲، قسمت F، مواد ۳، ۹ و ۲۱ از ارزیابی تعریفهای.

– ماده ۳۶ از مقررات بهداشتی و بهداشت گیاهی.  
علاوه بر موارد فوق، باید به توصیه های خاص راجع به طرفيت کشورهای در حال توسعه در اختلافات و لحاظ شرایط ویژه آنان نیز اشاره کرد که به نوبه خود می تواند استثنایی بر مقررات عمومی حل و فصل اختلافات در گات تلقی گردد.

### استثنا در اجرای مقررات گات

از جمله سؤالاتی که ممکن است به ذهن خطور کند، مخصوصاً پس از مطالعه نظام حل و فصل اختلافات و نیز تأکید بر لزوم پایبندی به مقررات موافقتنامه های عمومی گات، این است که آیا دولت یا دولتها باید می توانند نسبت به قبول و یا اجرای ماده ای از مواد گات و یا بخشی از موافقتنامه ها حق خود را محفوظ نگه داشته و یا در زمان خاصی از رعایت آن عدول نمایند؟ در پاسخ باید گفت بطور کلی این امکان صراحتاً در مقررات عمومی موافقتنامه گات رد شده و تنها شرایطی استثنایی است که مقررات مزبور چنین حقی را به دول مربوطه داده است.<sup>۱۰۷</sup>

همچنین ممکن است سؤال شود که در صورت بروز اختلافی دیگر، غیرتجاری یا غیرمربوط به گات بین اعضاء و یا بروز جنگ و تشنجهای سیاسی، آیا امکان عدم اجرای مقررات گات وجود دارد یا خیر؟ در مقررات تفاهم نامه ذکری از این موضوع نشده و باید پاسخ این سؤال را با رجوع به مقررات کلی گات یافت. ماده ۲۱ مقررات عمومی گات تحت عنوان استثنایات امنیتی، سه مورد عام را بر شمرده که دول عضو می توانند بر آن اساس از اجرای مقررات گات خودداری نمایند:

الف - در صورتی که انجام تعهدات مستلزم ارائه اطلاعات و اخباری باشد که افشاءی آن مخالف منافع اساسی و امنیتی کشور مربوطه باشد.

۱۰۷. ماده ۱۶، بند ۵ از گات.

ب- اقدامات مغایر با مقررات عمومی گات، که برای حفظ منافع اساسی و امنیتی آن کشور انجام شده، مثلاً جلوگیری از حمل و نقل وسایل و ادوات نظامی به کشور در گیر جنگ.

### ج- اقدامات مغایر با مقررات عمومی گات، که مانع از اجرای تعهدات آن

کشور نسبت به سازمان ملل در جهت تحکیم صلح و امنیت بین المللی بوده باشد. با توجه به بندهای فوق می‌توان چنین نتیجه گرفت که هر دولت عضو گات در صورتی می‌تواند از اجرای مقررات آن خودداری ورزیده و یا اقدامی مغایر با آن مقررات انجام دهد، که منافع امنیتی آن کشور در میان بوده و یا برای جهت تحکیم صلح و امنیت بین المللی باشد. اگرچه ظاهراً این موارد غالی از ابهام به نظر می‌رسند، لیکن باید توجه شود که همیشه موضوع به این سادگی نبوده و در مواردی مشکوک و مبهم، دولت یا دولتهای می‌توانند با استناد به موارد فوق از اجرای مقررات مزبور خودداری ورزند. به عبارت دیگر تشخیص امنیت ملی و صلح بین المللی و تطبیق شرایط موجود می‌تواند آن را با تفسیرهای متفاوت و مبهم رو برو نماید.

به نظر می‌رسد با توجه به تفسیرهای متفاوت و برداشتهای گوناگون از امنیت ملی و صلح بین المللی، چنانچه دولت یا دولی با استناد به موارد فوق اقداماتی را به اجرا در آورد، دولت یا دولتهای ذی نفع می‌توانند موضوع را به هیأت رسیدگی ارجاع و در نهایت، نظر مرجع حل اختلاف را درخواست نمایند. بنابراین می‌توان چنین نتیجه گیری کرد که علی‌رغم امکان عدم اجرای مقررات عمومی گات تحت عنوانی فوق، دولت یا دول مربوطه، مصون از پیگیری امر توسط مراجع حل اختلاف نمی‌باشند و طرح قضیه به عنوان یک اختلاف محتمل است.

## ۲ بخش

### پیروزی ماهوی مرجع حل اختلاف و مقررات آن

همان‌گونه که ملاحظه شد، در بخش اول این مقاله، عمدتاً نظام حل و فصل اختلافات در گات سابق و نیز در سازمان تجارت جهانی به صورت شکلی بررسی شد که شامل تاریخچه، نحوه کار و چگونگی شکل‌گیری مرجع حل اختلاف و نیز اجرای نظرات و آرای آن است.

در این بخش به بحث پیرامون چند موضوع کلی و ماهوی در خصوص مرجع حل اختلاف و مقررات آن می‌پردازیم که شامل حاکمیت دول، الزامی بودن مقررات مرجع حل اختلاف، قانون حاکم و در نهایت محدوده اجرای مقررات است.

#### اصل حاکمیت دول و الزامی بودن مقررات مرجع حل اختلاف

از جمله بحثهای مهم و اختلاف برانگیز که در طول عمر گات همیشه مطرح بوده، ماهیت مقررات آن و سواله تحدید حاکمیت دول عضوی باشد. سؤال که آیا مقررات حاصله از امضای معاهده‌گات و بخصوص مقررات حاکم بر حل و فصل اختلاف ماهیت حقوقی داشته و یا اینکه صرفاً جنبه سیاسی دارند و می‌توانند از طریق مذاکرات سیاسی جرج و تعديل گردند.

براساس نظریه اول، یعنی قائل بودن به ماهیت حقوقی مقررات گات و قواعد مرجع حل اختلاف، دول عضو ملزم به اجرای مطلق آن بوده و تصمیمات مراجع حل اختلاف، راجع به موضوعات مطروحه لازم الاجرا می‌باشند. لذا مذاکرات سیاسی نقش چندانی در اجرا یا جرج و تعديل این مقررات ندارد. علاوه بر آن، مطابق این نظریه لازم است که تشکیلات مستقلی از دول و نظرات سیاسی آنان، عهده‌دار رسیدگی به اختلافات حاصله میان دول عضو گردد مانند دادگاه یا دیوانهای بین‌المللی که متشکل از قضات و یا داوران مستقل می‌باشند. طرفداران

این نظریه که به حقوق گراها "Legalists" معروف است، معتقدند که در صورت ارتکاب هرگونه تخلف در معاملات تجاری بین دول عضو، مرجع حقوقی ذی ربط باید دولت یا دول مختلف را بر اساس مستندات قانونی شناسایی و در صورت احراز تخلف نسبت به اتخاذ تصمیم قانونی و اجرای مجازات لازم اقدام نماید.

برخلاف گروه اول، گروه دیگری که موسوم به عمل گراها "Pragmatists" می باشد، معتقدند که ماهیت گات و حتی سازمان تجارت جهانی، ماهیتی اقتصادی - سیاسی است تا حقوقی ولذا مقررات آن برای دول عضو الزام آور نمی باشد. بر اساس نظرات این گروه، الزامی بودن هرگونه مقررات در روابط تجاری منجر به محدودیت حاکمیت دول عضو شده و نه تنها مشکلی را مرتفع نمی سازد، بلکه منجر به از هم پاشیدن هرگونه پیمان تجارتی از جمله گات خواهد شد، چرا که دول عضو حاضر نیستند حاکمیت سیاسی خود را فدای روابط تجاری نمایند. و تحديد حاکمیت دولت برای منافع تجارتی امری است که دولتها به آن تن در نمی دهند. بر اساس نظرات عمل گراها، چنانچه اختلافی در روابط تجاری بین دول عضو یک پیمان حادث گردد، باید از طرق سیاسی نسبت به حل و فصل آن اقدام نمود، چرا که نتیجه بهتر و روشن تری خواهد داشت.<sup>۱۰۸</sup>

اختلاف بر سر ماهیت مقررات تجارتی، موضوع جدید و مربوط به سالهای اخیر نبوده، بلکه از همان ابتدای تشکیل گات مطرح بوده است. در این خصوص لازم است مختصرأً توضیحی پیرامون سوابق امرارائه گردد. در پس تشکیل کنفرانس معروف به کنفرانس برتون وود Bretton Wood Conference که در سال ۱۹۴۴ برگزار شد، سه سازمان معروف جهانی تشکیل گردید:

- سازمان تجارت بین المللی (ITO) International Trade Organization

- صندوق بین المللی پول International Monetary Fund

- بانک جهانی The World Bank

۱۰۸. برای مطالعه بیشتر در این زمینه به مقاله زیر رجوع شود:

G. Richard Sheil: "Trade Legalism and International Relation Theory: An Analysis of The WTO" Duke Law Journal, Vol.44, No. 5 (1995), pp. 829 - 927.

از این سه، سازمان اول یعنی ITO به منصه ظهور نرسید ولی دو سازمان بعدی تشکیل شدند که هنوز به حیات خود ادامه می دهند و تشکیلات و مقررات آنها نیز بارها اصلاح شده است در مقررات مربوط به ITO که زیر بنای مقررات گات به شمار می روند، تصمیمات داوری در رسیدگی به اختلافات احتمالی بین دول الزام آور نبوده و طرفین ملزم به اجرای قطعی آن نبودند.<sup>۱۱</sup> مع ذلک، نظریه حقوق گراها Legalists در طول اجرای مقررات گات قوت بیشتری گرفت و سیر رسیدگی به اختلافات مخصوصاً از سال ۱۹۵۵ بیشتر جنبه قانونی و حقوقی پیدا کرد تا سیاسی، مع ذلک چنانکه شایسته بود هنوز تصمیمات متخده الزام آور نبوده و دول عضو در گیر اختلاف، مجبور به اجرای آن نبودند که یکی از نقاط ضعف مهم گات سابق به شمار می رفت.

هنوز هم با وجود مقررات سازمان تجارت جهانی و مرجع حل اختلاف آن که ضمانت اجرایی نیز دارند، این عده نسبت به ماهیت حقوقی مرجع حل اختلاف تردید دارند و معتقدند که ماده ۲، بند ۲ از موافقتنامه اصلی سازمان تجارت جهانی، از سند تشکیل دهنده مرجع حل اختلاف و مقررات آن به عنوان یک تفاهم نامه (Understanding) نام برده که شدت درجه الزامی بودن آن به مراتب ضعیف تر از معاهده "Treaty" می باشد. به این ایراد چنین پاسخ داده شده که چون موافقتنامه اصلی سازمان تجارت جهانی و ضمایم آن یکجا به عنوان معاهده تلقی شده، می توان گفت که ماهیت تفاهم نامه راجع به حل اختلاف با ماهیت موافقتنامه اصلی یکی است.<sup>۱۲</sup>

لازم به تذکر است که وجود نظریات متفاوت نسبت به ماهیت تفاهم نامه، در طول مذاکرات دور اروگوئه باعث شد طرحهای مختلفی از سوی دول شرکت کننده ارائه و سرانجام طرح ارائه شده از سوی دولت نیوزیلند پس از جرح و تعدیل در ماده (۱) تفاهم نامه مورد قبول واقع شد.

در پایان می توان گفت اگرچه بحث بین حقوق گراها و عمل گراها بر سر

۱۰۹. ماده ۲۳، بند ۲، از چارت ITO.

۱۱۰. Kohonu, P.T.B.: "Dispute Resolution Under the WTO an Overview" (1994) 28 Journal of World Trade, pp. 23 - 47, at Page 46.

ماهیت این مقررات پایان نیافته، ولی معاهده جدیدگات و تفاهم نامه حل و فصل اختلافات، به عنوان یک معاهده الزام آور جایگاه خود را بین دول عضو یافته و این دولتها با امضای آن حاکمیت خود را محدود ساخته اند. امری که معمولاً با امضای سایر قراردادهای بین المللی مطرح و عموماً این دول با اطلاع کافی از منافع چنین قراردادهایی نسبت به تحديد حاکمیت خود اقدام می کنند، اگرچه در بعضی موارد مخالفتهاي را نيز باعث شده اند.

### قانون حاکم

از جمله دیگر مباحث ماهوی در خصوص مقررات تفاهم نامه حل اختلاف، بحث مربوط به قانون حاکم بر اختلافات می باشد. معمولاً در پیمانهای بین دول، مقررات داخلی دول عضو، مقررات بین المللی و یا حتی مقررات کشور ثالثی به عنوان قانون حاکم در متن معاهده ذکر می گردد. راه حل دیگر برای آن دسته از معاهدات که ذکری از قانون حاکم در آن نشده، عبارت است از بهترین قانون لازم الاجرا که در ابتدای اختلاف در تعیین داوری معین می گردد و شروع آن بر عهده داور یا داوران گذاشته می شود.

در گات سابق ذکری از قانون حاکم بر اختلاف به عمل نیامده بود، لذا این تردید وجود داشت که کدام قانون می تواند حاکم باشد: قانون هریک از کشورهای طرف اختلاف، مقررات بین المللی و یا قانون کشوری ثالث؟

در معاهده NAFTA که بین سه کشور امریکا، کانادا، و مکزیک منعقد شده، قانون حاکم، قانون کشور خوانده می باشد یعنی کشوری که متخلف قلمداد شده است این امر در واقع پایانی است بر مشکلات و موانع عدیده ای که در گذشته سد راه اجرای دقیق و سریع تصمیمات مزبور می شد.

در نظام گات، بند ۲ از ماده ۳ تفاهم نامه حل اختلاف مشکل را این گونه پایان داده که قواعد عرفی تفسیر در حقوق بین الملل عمومی حاکم بر اختلاف خواهد بود. بدین ترتیب مقررات موجود سازمان تجارت جهانی حاکم بر اختلافات بوده و در صورت نیاز به تفسیر باید بر اساس مقررات و قواعد عرفی تفسیر در حقوق

بین الملل عمومی اقدام گردد.

## محدوده و شمول مقررات جدید

اگرچه در ابتدای این مقاله مختصرأ راجع به شمول مقررات جدید بحث کردیم اما به نظر می‌رسد توضیح بیشتری لازم باشد. یکی از سوالات مطروحة با توجه به مقررات جدید مرجع حل اختلاف، آن است که محدوده شمول این مقررات چیست؟ برای پاسخ این سوال باید توجه کرد که معمولاً سه قسم اختلاف در روابط تجاری وجود دارد.

قسم اول: دعاوی موجود که قبل از به رسمیت شناختن مقررات جدید حادث شده‌اند، یعنی اختلافات ناشی از عدم اجرای مقررات سابق گات.

قسم دوم: اختلافات حاصله از عدم اجرای مقررات تكمیلی گات سابق مانند قواعد مونترال.

قسم سوم: دعاوی اختلافات حاصله از عدم اجرای مقررات سازمان تجارت جهانی.

مقررات جدید مرجع حل اختلاف، براساس بند ۱ از ماده ۳، تفاهم نامه اختلاف تنها ناظر به اختلافات جدیدی است که پس از به اجرا در آمدن مقررات سازمان تجارت جهانی حادث می‌گردد و لذا شامل بر اختلافات سابق نمی‌باشند.

اما این سوال همچنان مطرح است که تکلیف اختلافات سابق چه خواهد شد؟ در پاسخ باید گفت که در طول روند مذاکرات دور اروگونه، مقررات

موقت دیگری به نام قواعد مونترال *Montral Rules* در ۱۲ آوریل ۱۹۸۹ برای سرعت بخشیدن به سیر رسیدگی به اختلافات در گات به تصویب رسید. اما این مجموعه پس از تصویب و به اجرا درآمدن مقررات معاهدۀ جدید گات به عنوان معضل دیگری همچنان وجود دارد. یعنی هم‌اکنون سه نوع مقررات وجود دارد که قلمرو و محدوده اجرایی آنان به درستی روشن نمی‌باشد.

یک راه حل ساده آن بود که مقررات جدید با الحاق تبصره یا ماده‌ای، شمول خود را بر دعاوی و اختلافات سابق گسترش دهد و موضوع را خاتمه دهد.

لیکن چون چنین بیان شده که گات ۱۹۹۷ با گات ۱۹۹۴ دو معاہده متفاوت هستند و هر دو تلویحاً به رسمیت شناخته شده اند، نمی توان به سادگی از ترتیبات قبلی عدول کرد. بدین لحاظ در کنفرانس مربوط به تشریفات اجرایی انتقال گات ۱۹۹۷ به سازمان تجارت جهانی در ۸ دسامبر ۱۹۹۴ تصمیم گرفته شد که به ترتیب ذیل عمل گردد:

- پرونده ها و اختلافات موجود که در حال بررسی و رسیدگی هستند باید بر اساس مقررات و قواعد مونترال رسیدگی گردند.
- پرونده ها و اختلافات حاصل از معاہده ۱۹۹۷ گات باید بر اساس مقررات همان معاہده رسیدگی شوند.
- پرونده ها و اختلافات جدید پس از به امضا رسیدن تفاهم نامه، باید بر اساس مقررات جدید بررسی و رسیدگی شوند.

## ● نتیجه :

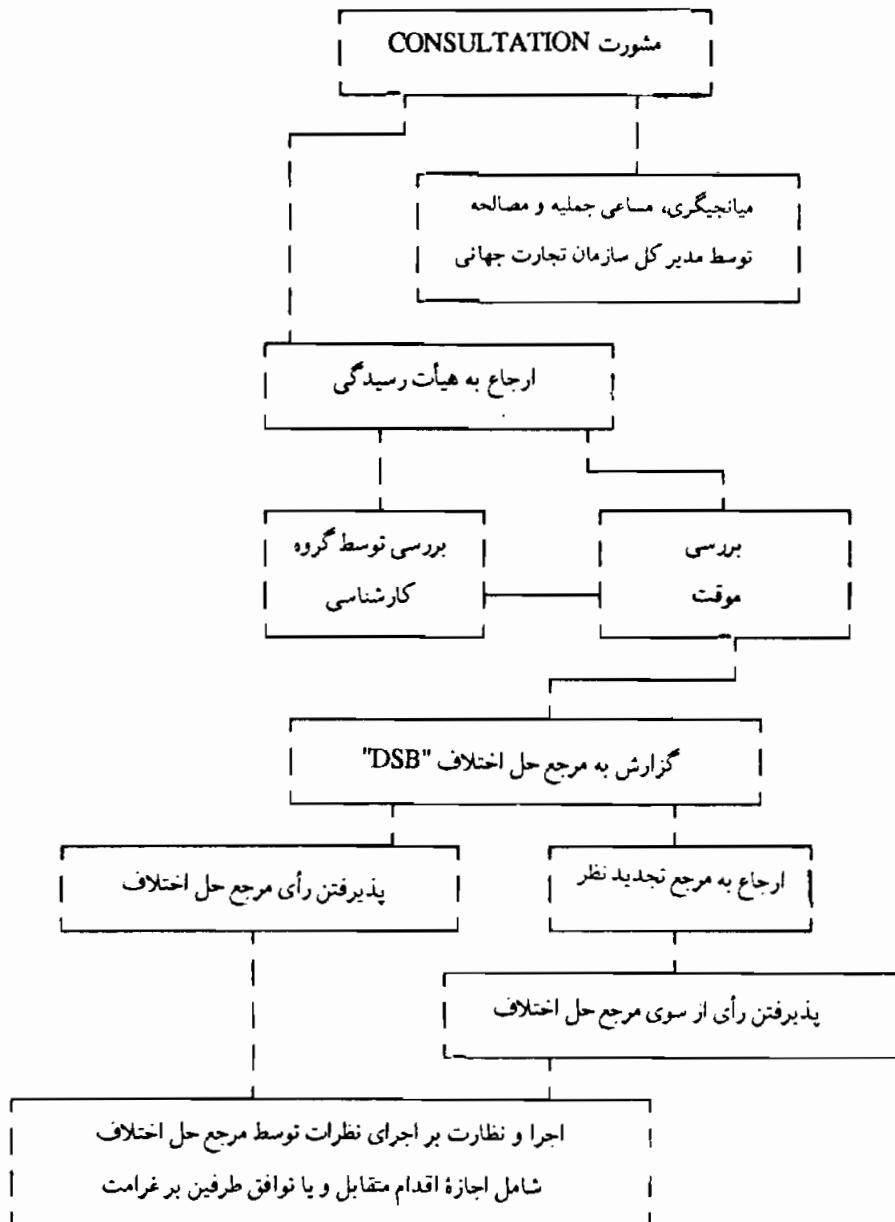
از مباحث گذشته دو نتیجه کلی می توان استنباط نمود: اول آنکه نظام حل و فصل اختلاف در سازمان تجارت جهانی "WTO" استحکام و نظم بیشتری از آنچه که سابقاً در گات وجود داشت، دارد این امتیاز می تواند تا حدود زیادی به چگونگی حل اختلاف دول عضو کمک کرده و سیر رسیدگی به اختلافات تجاری را سرعت بخشد. این امر را می توان نتیجه مقررات جدید پیرامون تشکیلات اداری مراجع حل اختلافات و نیز مقررات مربوط به زمان بندی رسیدگی به اختلافات دانست. مثلاً برنامه های زمان بندی شده در مقررات جدید عامل مهم و اساسی برای جلوگیری از هرگونه کارشکنی دول خاطی در مسیر اجرای مقررات کلی گات جدید می باشد. البته همان گونه که توضیح داده شد، وجود یک مرحله جدید یعنی تجدید نظر این فرصت را به طرفین خواهد داد تا چنانچه حقی از آنان مورد تهدید واقع شود بتوانند از طریق مناسب از آن جلوگیری نمایند.

همچنین می توان به درج اصل اتفاق آرای منفی نیز اشاره داشت که به

وسیله آن دیگر، دولت و یا دول خلاف کار نمی توانند از اجرای نظرات هیأت رسیدگی جلوگیری نمایند - موضوعی که حاکمیت مقررات حل و فصل اختلافات در گات سابق را تحت الشعاع خود قرار داده، و عملأً کارایی و بازدهی مطلوبی نداشت.

نتیجه دوم، ماهیت حقوقی مقررات گات جدید و مخصوصاً مقررات مرجع حل اختلاف "DSB" می باشد. همان‌گونه که مشروحاً بیان گردید، اگرچه در سالهای قبل از به اجرا در آمدن مقررات مرجع حل اختلاف در سازمان تجارت جهانی، جدالی بین حقوق گراها و عمل گراها وجود داشت، که البته هنوز نیز به نحوی ادامه دارد، لیکن برداشت از مقررات جدید آن است که نظام حل و فصل اختلافات جدید بیشتر به سوی یک نظام حقوقی و لازم‌الاجرا می رود تا یک نظام سیاسی. این نکته نیز از تأکید قانونگذاران گات بر اجرای بیشتر مقررات گات و استفاده از مقررات حقوق بین الملل عرفی در موارد ابهام و تردید عیان می‌گردد. مع ذلک، هنوز هم نمی توان به طور قطع و یقین اظهار نمود که مقررات جدید صرفاً و مطلقاً حقوقی محض می باشند چرا که با سابقه ترین مراجع قضایی و حقوقی بین المللی نیز پس از سالیان متمادی تحت تأثیر سیاستهای مختلف دول گوناگون قرار دارند.

# مراحل مختلف سیر رسیدگی به اختلافات در سازمان تجارت جهانی "WTO"



می‌ری دلماس . مارتی  
Mireille Delmas - Marty

---

مترجم: دکتر علی‌حسین نجفی‌اهرند ابادی



## به دنبال حقوق جزای مشترک اروپائی



"Vers un Droit pénal européen commun?" in Archives de  
politique Criminelle, Paris, n° 19, 1997, pp. 9-23.

## فهرست مطالب

۱۸۰	.....	مقدمه
۱۹۰	.....	گفتار نخست: راههای رسیدن به حقوق جزای مشترک اروپایی
۱۹۱	.....	الف. تلفیق (همانند سازی)
۱۹۳	.....	ب. هماهنگ سازی (همسازی)
۱۹۸	.....	ج. یکسان سازی (ایجاد وحدت)
۲۰۲	.....	گفتار دوم: وسائل دستیابی به حقوق جزای مشترک اروپایی
۲۰۳	.....	الف. حقوق تطبیقی
۲۰۷	.....	ب. منطقه‌ای استدلال
۲۰۹	.....	ج. ضرورت ایجاد فضا و مکان عمومی برای بحث و تبادل نظر
۲۱۱	.....	نتیجه



## ● مقدمه

در نگاه نخست، حقوق جزا و اروپا بسیار متناقض می‌نمایند. زیرا حق مجازات کردن که حق انحصاری دولت محسوب می‌شود، بی‌تردید بارزترین نشانه و دلیل حاکمیت ملی می‌باشد؛ در حالی که اروپا، به جهت فعالیت روزافروزن دو دیوان اروپایی – یعنی دیوان دادگستری جوامع اروپایی [وابسته به جامعه اقتصادی اروپا] در لوکزامبورگ<sup>۱</sup> و دیوان اروپایی حقوق بشر [وابسته به شورای اروپا]<sup>۲</sup> در استراسبورگ<sup>۳</sup> – به سمت ساختار حقوقی بین‌المللی و گاهی فرامملی که ممکن است تهدیدی برای حاکمیت ملی به نظر آید گام برمی‌دارد. در واقع، این دوگانگی نماد دو قطبی بودن اروپایی است که بین بازار (اقتصاد) و حقوق بشر در نوسان است و فی نفسه متضمن صلاحیت کیفری به نفع نهادهای اروپایی نیست.

- در مورد قطب اول، یعنی قطب بازار (اقتصاد)، اسناد مؤسسه جامعه اروپا و سپس اتحادیه اروپا – یعنی معاہده ۱۹۵۷ رم (جامعه اقتصادی اروپا) – و معاہده ۱۹۹۲ ماستریخت (اتحادیه اروپا) – و معاہده ۱۹۹۷ آمستردام [مکمل و اصلاح کننده دو معاہده اخیر] یک نظام حقوقی در جامعه مشترک اروپا به وجود آوردند،
۱. برای کسب اطلاعات در این خصوص رک. کلیمار (کلود آلبر)، سازمانهای بین‌المللی، ترجمه و تحقیق از دکتر هدایت الله فلسفی، نشر فاخته، تهران، ۱۳۷۱، صص ۴۳۸ و بعد - م.
  ۲. برای کسب اطلاعات در این خصوص رک. کلیمار (کلود آلبر)، همان، صص ۳۳۵ و بعد - م.

لیکن این نظم اصولاً حقوق جزا را مستثنی می‌کند. به علاوه، کمیسیون جوامع اروپایی در هشتمین گزارش فعالیتهای خود در سال ۱۹۷۴ خاطرنشان ساخته است که حقوق جزا «موضوعی است که تمام و کمال وارد قلمرو صلاحیت جامعه [جامعه اقتصادی اروپا] نمی‌گردد، بلکه در حوزه صلاحیت هر دولت عضو باقی می‌ماند». دیوان دادگستری جوامع اروپایی نیز در ۱۹۷۷ چنین اعلام نظر کرد که به علت عدم پیش‌بینی ضمانت اجراهایی در مقررات جامعه [اقتصادی اروپا] که در صورت عدم رعایت مقررات آن نظام توسط افراد عادی، قابل اعمال باشد، دولتهای عضو در انتخاب ضمانت اجراهایی که به نظر آنها مناسب می‌آید، دارای صلاحیت هستند. همچنین دیوان به دفعات متعدد این اصل را یادآوری کرد و در ۱۹۸۹ به مناسب رسیدگی و صدور حکم در پرونده مشهور به پرونده «ذرت یوگسلاویایی» تصریح نمود: دولتها باید رسیدگی به موارد تقض مقررات حقوق جامعه [مشترک اروپا] به آنها ارجاع شده است باید ضمانت اجراهایی با خصیصه «واقعی، متناسب و بازدارنده» که لزوماً نباید کیفری باشد پیش‌بینی کنند.<sup>۳</sup> البته معاهده ماستریخت بسان معاهده آمستردام ۱۹۹۷، [اصطلاح] «قلمرو یا مبحث کیفری»<sup>۴</sup> را مطرح نموده است. اما آن را در عنوان ششم (VI)<sup>۵</sup> مشهور به «ستون سوم»، که خارج از ستون مربوط به جامعه اروپا، [مشهور به «ستون اول»]<sup>۶</sup> قرار دارد و شامل تنظیم،

3. CJCE 2 fév. 1977, affaire Amesterdam Bulb. aff. 50/76.

4. CJCE 21 sep. 1989, affaire 68/88.

5. La Matière Pénale، اصطلاح «قلمرو یا مبحث کیفری» را دیوان اروپایی حقوق بشر نسبت به نظامهای ضمانت اجرا داری که، در حقوق داخلی، مشمول حقوق جزا به معنای دقیق کلمه، نمی‌شوند به کار می‌برد (برای مثال نسبت به ضمانت اجراهای انضباطی، نظامی یا اداری...)، یعنی در واقع، نظامهایی که دارای ضمانت اجراهای «تبیهی» هستند اما جنبه «کیفری» یا جزایی ندارند و در پاسخ به جرم یا تخلف، در کنار حقوق جزا، اعمال می‌شوند و بنابراین کلیه تضمینات ماهوی و شکلی معمول در نظام کیفری باید شامل این نظامها و این نوع ضمانت اجراهای نیز بشود. برای اطلاعات بیشتر رک. برگردان نوشته آقای پرادرل به قلم آقای دکتر خزانی در همین شماره مجله حقوقی - م.

6. عنوان ششم معاهده، راجع به همکاری در قلمرو عدالت و امور داخلی است - م.

7. ستون اول در عنوان دو معاهده که راجع به جامعه اروپا است، درج گردیده است - م.

تدوین و ایجاد «نظم حقوقی جامعه مشترک اروپا» نمی‌گردد، آورده است. ستون سوم اصولاً به نوعی همکاری از نوع بین الدول (قضایی و پلیسی) که بر حاکمیت ملی بی تأثیر است محدود می‌شود. مع ذلک، همان‌گونه که در جای دیگر تأکید کرده ایم، این همکاری از نوع «تحلیل معمول»<sup>۸</sup> و عادی نبوده و چه به دلایل شکلی (مشارکت نهادهای اروپایی در فرایند همکاری) و چه به دلایل ماهوی (ضرورت هماهنگ سازی یا حتی یکسان سازی بعضی تعاریف برای این که همکاری ممکن و مؤثر شود) مشتمل بر عناصر ادغام در یک نظام حقوقی فرامملی است. به علاوه هدف جامعه [اقتصادی اروپا]<sup>۹</sup> در ایجاد وحدت بازار و برابری عاملین اقتصادی از حدود پانزده سال پیش به این سو، آثاری را به دنبال داشته که به عنوان «تأثیر حقوق جامعه مشترک اقتصادی اروپا بر حقوق جزای دولتهای عضو» تحلیل شده است.<sup>۱</sup>

قطب دوم، یعنی قطب حقوق بشر، در چارچوب شورای اروپا، که برخلاف نهادهای جامعه مشترک اقتصادی اروپا فاقد هرگونه صلاحیت تقنیستی مستقیم است، قرار می‌گیرد. حتی معاهدۀ اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادیهای اساسی را نمی‌توان به عنوان یک معاہدۀ واضح نظام حقوقی اروپایی، قرینه و مکمل نظام حقوقی جامعه اروپا، تلقی کرد. اگرچه این یک حقیقت است که به موجب ماده ۴۵ معاہدۀ اروپایی حقوق بشر، صلاحیت دیوان اروپایی حقوق بشر، در مواردی که تقاضای رسیدگی از آن می‌شود، نسبت به «کلیه اموری است که به تفسیر و اجرای معاہده مربوط می‌شود»، لیکن در عوض، این دیوان اختیار تفسیر حقوق داخلی دولتهای [عضو]<sup>۲</sup> را ندارد. بدین ترتیب است که، اطلاعات مربوط به حقوق داخلی دولت طرف قضیه یا، در صورت لزوم اطلاعات ناشی از حقوق تطبیقی دولتهای عضو، در آن در قسمت از آرای دیوان که تحت «عنوان علل و اسباب موضوعی» (en fait) است، در کنار «اوپا و احوال موضوعی» قضیه (les circonstances) قید می‌شود.

8. M. Delmas - Marty, *Une Coopération peu ordinaire, Remarque en conclusion du troisième panel*, in, *A propos du titre VI. du Traité de Maastricht*, Institut européen de Florence, Séminaire, Mars. 1996.

9. Biancarelli et D. Maidani, *Rev. sc. crim*, 1984. p. 225.

مع ذلک در اینجا باید تحلیل را باز هم دقیق‌تر کرد زیرا دیوان، به منظور مراقبت در «اجرای» معاهده (در مفهوم ماده ۴۵)، قانوناً ابتدا قابل استماع بودن و سپس ماهیت شکایت را مورد رسیدگی قرار می‌دهد. ممکن است اتفاق بیفتد که در دعاوی ای که مستقیماً از اجرای یک قانون ناشی می‌شود دیوان ناگزیر شود تا بدین لحاظ آن قانون را نیز مورد رسیدگی قرار دهد.<sup>۱۰</sup> و خود دیوان بعضی اوقات «با کمی شیطنت»<sup>۱۱</sup> تصدیق می‌کند که تصمیم آن «حتماً آثاری را ایجاد می‌کند... که از محدوده مورد مطرح شده فراتر می‌رود، بخصوص که منبع مستقیم موارد نقض احراز شده در متون [اسناد] قرار دارد و نه در اقدامهای فردی مربوط به اجرا». « حتی موردهایی وجود دارد که صرف وجود یا عدم وجود یک قانون، موجب نقض معاهده می‌شود. این موضوع بیانگر گستره و میزان تأثیر بالقوه دیوان بر قواعد و مقررات داخلی کشورهاست. سرانجام، همان گونه که دیوان در رأی خود مشهور به رأی لوآریدو<sup>۱۲</sup> با قدرت تأیید می‌کند، معاهده به «ابزار اساسی نظم اروپائی» تبدیل شده است، امری که به دیوان آن جایگاه و اعتباری را می‌بخشد که اندکی با جایگاه یک دادگاه عالی قانون اساسی فراممی قابل مقایسه است.

بدین ترتیب، در چندین ماده معاهده صراحتاً حقوق جزا مدد نظر بوده است: ماده ۲-۱ راجع به کیفر مرگ است؛ ماده ۳ به «کیفرها» یا رفتارهای غیرانسانی و «ترذیلی» اشاره می‌کند؛ ماده ۴-۳<sup>۱۳</sup> در مورد کار اجباری کسی است که در بازداشت به سر می‌برد یا از آزادی مشروط استفاده می‌کند؛ ماده ۵-۱<sup>۱۴</sup> درباره حبس قانونی بعد از محکومیت و ماده ۵-۱ در خصوص توقيف (دستگیری) یا بازداشت قبل از محاکمه<sup>۱۵</sup> کیفری است؛ ماده ۶-۱ تا ۶-۳ مربوط به هر شخص متهم در «قلمرو یا میحث کیفری» است؛ و ماده ۷ عطف به ماسبق نشدن قانون جزای

**10.** J. Collewaert, commentaire de l'art. 5, in Convention européenne des droits de l'homme , Commentaire article par article , direction L.E Pettiti, E. Decaux, P-H. Imbert, Ed. Economica, 1995, p. 767 et s.

**11.** J. Collewaert.

**12.** J. Collewaert.

**13.** CEDH 23 Mars. 1995, Série A, n° 310, arrêt Loizidou c/ Turquie.

شدیدتر را مطرح می‌کند، و حتی خارج از این متون، رویه قضایی دیوان، حقوق جزا را، مثلاً به عنوان اقدامهای محدود کننده «ضروری در یک جامعه دموکراتیک» که در مواد ۸ تا ۱۱ معاهده مدنظر است، متجلی می‌کند. نتیجه می‌گیریم که حقوق جزا نخستین آماجگاه مستقیم یا غیرمستقیم معاهده اروپایی حقوق بشر است: پرونده‌های کیفری حدود دوسم پرونده‌های را تشکیل می‌دهد که در استراسبورگ [دیوان] مورد رسیدگی قرار می‌گیرد. علتِ این امر ممکن است ابهام حقوق جزا باشد که فی نفسه هم متضمن حمایت حقوق بشر (از طریق ارزش‌هایی که مبنای آن هستند) است و هم تهدیدی [برای متخلفان] (از طریق کیفرها و اقدامهای قهرآمیز پیش‌بینی شده در آن).

بدین سان است که در اروپا، تحت تأثیر همزمان بازار (اقتصاد) و حقوق بشر، حقوق جزای مشترکی طرح ریزی می‌شود و شکل می‌گیرد که نتیجهٔ نزدیکی (تقارب) مقوله‌های کیفری داخلی موجود و ظهور قلمروهای جدید خاص اروپا است. برخلاف حقوق مشترکی (jus commune) که از قرون وسطی تا دوران نوین، با استفاده از حقوق روم و حقوق کلیسا گاهی آمیخته با حقوق بازارگنان (lex mercatoria)<sup>\*</sup> در اروپا اعمال می‌شده است، حقوق جزای مشترک، آن حقوق عالمانه با خاستگاهی دانشگاهی که نوعی «گرامر (دستور زبان) مشترک»، مرکب از اصول و روشی استدلالی را در دسترس حقوق‌دانان اهل عمل قرار دهد، نیست، بلکه بیشتر، پاره‌هایی از حقوق موضوعه است که از متون و رویه‌های عملی، بدون انسجام کلی، به وجود آمده است.<sup>۱۴</sup> احراز و تصدیق چنین موضوعی، تعمق و تأمل درباره راهها و وسایلی را ضروری می‌نماید که ورای احصای موارد وضع مقرراتی که با فرایند تأسیس اروپا همراه است، این امکان را فراهم می‌آورد

\*. مراد عرف، رسوم و قواعد معمول و مرسوم بین بازارگنان در قرون وسطی است - م.

14. Cf. M. Delmas- Marty, Le rôle du juge européen dans la renaissance du Jus commune , in Mélanges Ryssdal, 1997.

تا «تفکری کشتن گرا» داشته باشیم<sup>۱۵</sup> ، یعنی به تکثر نظامهای حقوقی داخلی، آمیخته با دو قطبی بودن خود قواعد و مقررات اروپایی، فکر کنیم . به همین جهت سعی خواهیم کرد تا در مورد ایجاد این حقوق مشترک اروپا به دو پرسش پاسخ دهیم: از چه راههایی؟ و با چه وسایل و امکاناتی؟

## ۱ گفتار راههای رسیدن به حقوق جزای مشترک اروپایی

در ساخت و بنای این حقوق جزای مشترک، بی تردید راه سنتی همکاری بین الدول (به عنوان مثال استرداد یا معارضت کیفری) را باید کنار گذاشت. وقتی همکاری، حتی همکاری چند جانبه، به تنظیم و هماهنگ کردن، یعنی در ارتباط با هم قراردادن نظامهای حقوقی که متفاوت و مستقل اند، محدود می شود، تنها هدف آن تضمین کارایی بهتر این نظامهای ملی (داخلی) و نه تأثیرگذاری بر تحول آنها است. در عوض، تأثیر ممکن است از طرق دیگر متجلی شود: یا از طریق تلفیق و تشبیه (assimilation) منافع اروپایی با منافع ملی، یا از طریق هماهنگ سازی (همسازی) (harmonisation) یعنی نزدیک کردن نظامهای مختلف، یا از طریق «یکی و متحد کردن» (unification) که مستلزم تعریف و وضع قواعد و مقرراتی است که نه فقط نزدیک به هم، بلکه واقعاً مشابه و با هم یکی باشند.

ذکر چند مثال برای تشریح و بیان این سه راه و پیشرفت تدریجی که از راه اول به راه سوم منتهی می شود ضروری است.

15. Cf. Delmas- Marty, Pour un droit commun, Seuil, 1994; M. Delmas-marty, Pour une politique criminelle à Stratégie diversifiée, in Le Trimèstre du Monde, Paris, 1995, p. 83 et s.

## الف. تلفیق (همانندسازی)

فايدة «تلفیق»، توسعه صلاحیت حقوق داخلی از طریق تلفیق منافع فراممی یا منافع مربوط به سایر دولتها با منافع ملی است. بعضی اوقات دولتها خود، تصمیم به همگون‌سازی می‌گیرند. به عنوان مثال در مورد تقلب نسبت به کمکهای مالی جامعه اروپا، حقوق آلمان اصل تلفیق منافع جامعه اروپا با منافع ملی خود را وضع کرده است. همین اصل در حقوق پرتعال و حقوق ایتالیا نیز وجود دارد. بر عکس، حقوق فرانسه مقررات خاصی را در این مورد پیش بینی نکرده است. بنابراین، تلفیق واضح و روشن نیست. بدیهی است این موضوع، زمانی که تقلب ارتکابی را می‌توان تحت عنوان کلاهبرداری تعقیب کرد، مسئله‌ای ایجاد نمی‌کند. لیکن سایر وصفهای مجرمانه (جرائم) پیش بینی شده در حقوق فرانسه محدود به حمایت از بودجه ملی است. به همین جهت است که گاهی امر تلفیق [به دولتها] تحمیل می‌شود. چنان تکلیفی در قلمرو تقلب علیه جامعه اروپا را ابتدا روبه قضایی [دیوان دادگستری جوامع اروپایی] در ۱۹۸۹ بیان و معمول داشته است. این تکلیف امروزه در ماده A-۲۰۹ معاهده ماستریخت ۱۹۹۲ که معاهده آمستردام ۱۹۹۷ آن را تقویت نموده، قید شده است: «دولتهای عضو همان تدابیری را برای مبارزه علیه تقلب نسبت به منافع مالی جامعه اروپا اتخاذ می‌کنند که علیه تقلب نسبت به منافع مالی خود پیش بینی نموده‌اند».

مع ذلك، کمیسیون جامعه اروپا (بروکسل) در گزارشی که در نوامبر ۱۹۹۵ درباره اجرای این متن تهیه و تدوین نمود به همان نتیجه‌ای رسید که یک گروه از کارشناسان مأمور مطالعه تطبیقی حمایت از منافع مالی جامعه اروپا در ۱۹۹۳<sup>۱۶</sup> به آن دست یافته بودند و نشان داد که «اکنون در سطح جامعه اروپا فقط اطلاعات ناقصی در اختیار است، حال آن که تنها شناخت کلیه حلقه‌های زنجیره [استراتژی] مبارزه با تقلب است که اجازه می‌دهد تا کارایی تدابیر اتخاذی و اجرا و انطباق آنها در زمان ارزیابی شود». با ملاحظه نتیجه‌گیری این گزارش، حد مشکل آشکار می‌شود:

16. Cf. M. Delmas - Marty (Sous la direction de), *Quelle politique pénale pour l'Europe?*, Ed. Economica, 1992.

«دولتهای عضو یک بار برای همیشه تأیید می‌کنند که کار تلفیق محقق شده است، لیکن در عمل این تلفیق از یک قلمرو به قلمرو دیگر هرگز انجام نشده است و در میان نتایج مطالعات تطبیقی نیز چنین دستاوردی به چشم نمی‌خورد».

مثال دیگری که در کنگره جامعه بین المللی دفاع اجتماعی در لچه (ایتالیا، نوامبر ۱۹۹۶) مطرح شد، ارتشا بود، به ویژه زمانی که مرتبط با ایراد لطمات علیه منافع مالی اتحادیه اروپا است. پروتکل ۱۹۹۶ الحاقی به کنوانسیون ۱۹۹۵ حمایت از منافع مالی اتحادیه اروپا، تلفیق و تشبیه کارمندان جامعه اروپا و سایر دولتهای عضو اتحادیه را با کارمندان داخلی پیش بینی می‌کند. در این جهت، تهییه و تنظیم طرحهای اصلاحی در آلمان و ایتالیا مورد توجه قرار گرفته است، به ویژه این که طرح معاهدہ ۱۹۹۵ جامعه اروپا در مورد ارتشا، اصل تلفیق را به انواع ارتشا، مستقل از هرگونه رابطه با حمایت از بودجه اتحادیه، تسری داده است.

با این اوصاف، اگرچه اصل تلفیق، مزیت سادگی در انشا و بیان و اجرا را دارد، لیکن به دلایلی که در بالا مذکور شدیم، موارد اعمال آن محدود باقی خواهد ماند و حتی در این قلمرو محدود، یعنی ارتشا، کارایی و تأثیر مجازات را همواره تضمین نمی‌کند.

ورای همکاری بین الدول، موضوع ماده A ۲۰۹ معاهده اتحادیه اروپا ۱۹۹۲، در گزارش مربوط به اجزای این متن که در بالا به آن اشاره شد، چنین نتیجه گیری شده است که: «در بعضی قلمروها، ورای تلفیق و ادغام، فقط با نزدیک کردن رویه های عملی و عملکرد های ملی در سطح جامعه اروپا است که می توان به اصلاحات و بهبودهایی دست یافت». این گزارش، به ویژه به ذکر چگونگی کنترل لازم برای دستیابی به سطحی از نظارت برابر در سرتاسر سرزمین جامعه اروپا، مقررات مربوط به وصول (از جمله مقررات مرور زمان و امتیازات قابل اعمال نسبت به مطالبات جامعه اروپا) و، به طور وسیع تر، ضمانت اجراهای اداری و شرایط اعمال آنها می پردازد. بدین ترتیب است که ورای همکاری، تلفیق و تشبیه، راه هماهنگ سازی و نزدیک کردن رویه های عملی و عملکرد های ملی نیز شایان تعمق است.

## ب. هماهنگ سازی (همسازی)

ابتدا باید واژه «هماهنگ سازی» توضیح داده شود. هماهنگ سازی و یکی کردن غالباً به طور مترادف و بدون تفاوت بکار برده می‌شوند. از نظر من، مراد از هماهنگ سازی این است که مقررات ملی (داخلی) دولت‌ها نسبت به یکدیگر متفاوت باقی می‌مانند، لیکن تلاش می‌شود که این مقررات آن گونه به هم نزدیک شوند که با هم سازگار (جور) (Compatible) شوند. تفاوت از چه درجه‌ای سبب تحقق ناسازگاری و مغایرت (incompatibilité) می‌شود؟ این سؤال مسلمان بسیار دقیق و ظرف است و بنابراین مورد به مورد باید ارزیابی شود. البته هماهنگ سازی، همچون تلفیق، که گاهی هماهنگ سازی از آن ناشی می‌شود، ممکن است خود به خود باشد. در آن صورت، هماهنگ سازی از طریق تغییر جهت و دگرگونی طبیعی و خودجوش مقررات حقوق داخلی صورت می‌گیرد، و حقوق تطبیقی نشان می‌دهد که غالباً اصلاحات از یکدیگر الهام می‌گیرند. این موضوع در مورد کشورهایی که مقررات خاصی را علیه تقلب نسبت به کمکهای مالی جامعه اروپا وضع کرده‌اند (و در بالا به آنها اشاره شد) روشن است. ابتدا آلمان و سپس پرتغال و ایتالیا در این خصوص اقدام کرده‌اند. لیکن این ابتکارها و نواوری‌های طبیعی و خودجوش دارای حد و مرز و محدودیت‌هایی هستند و بنابراین هماهنگ سازی باید در مواردی تحمیل شود. هدف کنوانسیون حمایت از منافع مالی اتحادیه اروپا که پیشتر به آن اشاره شد نیز همین است.

اما قبل از این که هدف، هماهنگ سازی با چنین صراحتی در اتحادیه اروپا مطرح بشود، تقریب (نزدیکی) بعضی از قلمروهای حقوق جزای داخلی، به طور موردي، با تکوین تدریجی رویه قضایی دو دیوان اروپایی (دیوان دادگستری جوامع اروپایی و دیوان اروپایی حقوق بشر)، چه در مورد انتخاب مجازاتها و چه در مورد انتخاب جرایم،<sup>۱۷</sup> محقق شده است.

۱۷. در مورد نقش اصول عمومی حقوق جزا در دورنمای «نزدیک شدن»، در مقیاس اروپا رک.



«انتخاب کیفرها» در حقوق جامعه اروپا تحت حاکمیت اصل تاسب [میان جرم و مجازات] صورت می‌گیرد. دیواندادگستری جوامع اروپایی هر بار که یک ضمانت اجرای کیفری ممکن است بر تجارت کشورهای عضو جامعه اروپا اثر بگذارد، این اصل را متذکر می‌شود. الزامات مختلفی که از حقوق اساسی تضمین شده در کوانسیون اروپایی حمایت از حقوق بشر (و پروتکل‌های الحاقی آن، از جمله پروتکل شماره ۶ در مورد لغو کیفر اعدام) ناشی می‌گردد نیز به مورد فوق اضافه می‌شود. اگرچه تنها مقررات خاص مربوط به مجازاتهای ماده ۷ کوانسیون است که اصل عطف به مسابق نشدن قانون جزای شدیدتر را پیش‌بینی می‌کند، اصلی که در اغلب کشورهای ما شناخته شده است،<sup>۸</sup> لیکن مجموعه مقررات دیگر کوانسیون مستعد تأثیرگذاری بر ماهیت مجازاتهای<sup>۹</sup> و نیز بر رژیم ناظر به اجرای آنها<sup>۱۰</sup> می‌باشد. این موضوع به همان اندازه محدوده ابتکار عمل قانونگذار داخلی را محدود می‌کند.

به همین ترتیب مشاهده می‌شود که «انتخاب جرایم»، چه در مورد خشی کردن هنجار کیفری داخلی (کیفرزدایی / جرم زدایی) و چه در مورد وضع هنجار کیفری داخلی (جرائم‌نگاری)، دیگر تنها در صلاحیت قانونگذار ملی نیست. از یک



- A. Bernardi, *Les Principes du droit national et leur développement au sein des systèmes pénaux français et italien*, in *Rev. sc. crim.*, 1994, p. 11; همچنین رک. برنارדי (Bernardi)، اصول حقوق بین‌الملل و سهم آنها در هماهنگ‌سازی نظامهای تبیهی (تبیه کننده) داخلی، در *Rev. sc. crim.*، ۱۹۹۴، ص ۲۵۶ و بعد.
۱۸. در خصوص موارد اعمال این متن رک. رأی صادره در پرونده Kokkinakis علیه یونان، دیوان اروپایی حقوق بشر، ۲۵ مه ۱۹۹۳.

۱۹. در مورد کیفر مرگ که ممکن است به عنوان رفتار غیرانسانی یا ترذیلی تلقی شود رک. رأی صادره در پرونده Soering علیه انگلستان، دیوان اروپایی حقوق بشر، ۷ زوئیه ۱۹۸۹؛ در خصوص تبیهات بدنه رک. رأی صادره در پرونده Tyrer علیه انگلستان، دیوان اروپایی حقوق بشر، ۲۵ آوریل ۱۹۷۸؛ در خصوص حبس ابد که به عنوان حکم (مجازات) نامعین استفاده شده است رک. رأی Weeks در پرونده علیه انگلستان، دیوان اروپایی حقوق بشر، ۲ مارس ۱۹۸۷.
۲۰. در مورد رژیم اجرای مجازاتهای سالب آزادی، رک.

*Les droits de l'homme dans les prisons*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1986.

سو، ممکن است هنجار کیفری داخلی، به لحاظ ناسازگاری (متغیرت) آن با یک اصل اروپایی به دو جهت خنثی شود: به جهت متغیرت آن با یک حق تضمین شده در کنوانسیون اروپایی حقوق بشر، مانند حق احترام به زندگی خصوصی افراد که به موجب آن جرم زدایی از همجننس گرایی<sup>۲۱</sup> به دولتهای عضو تحمیل می‌شود و یا حق آزادی بیان که موجب وضع جرایم مطبوعاتی می‌شود؛<sup>۲۲</sup> به جهت متغیرت با یک اصل مربوط به جامعه اقتصادی اروپا مانند ماده ۳۰ معاہدة جامعه اروپا که ایجاد محدودیتهای کمی نسبت به واردات بین دولتهای عضو و نیز اتخاذ کلیه تدابیری را که دارای اثری مشابه و معادل است، منع می‌کند. این امر سبب شده است که دیوان دادگستری جوامع اروپایی بعضی جرایم کیفری را که مستعد «ایجاد مانع در سر راه تجارت بین کشورهای جامعه اروپا» هستند، به عنوان تدابیری با اثر معادل و مشابه یک محدودیت کمی<sup>۲۳</sup> تلقی کند.

از سوی دیگر، و بر عکس، قانونگذار ملی (داخلی) ممکن است، به منظور تضمین حمایت از منافع اروپایی، تشویق به وضع یک جرم کیفری (جرائم انگاری) بشود. در حقیقت، تشویق به جرم انگاری لزوماً دارای آثار ناقصی است، زیرا مستلزم مداخله قانونگذار ملی برای تصویب یک متن جدید است، در صورتی که خنثی سازی (کیفرزدایی) – با توجه به قابلیت اعمال مستقیم هنجار اروپایی – ممکن است، بدون مداخله قانونگذار ملی، مستقیماً ایجاد شود. همان طور که پروفسور پالازو [از ایتالیا] نشان داده است اروپا بدین ترتیب به منبع تورم کیفری تبدیل می‌شود.<sup>۲۴</sup>

به مناسبت بحث راجع به راه تلقیق، مثال تقلبات علیه منافع مالی جامعه

۲۱. رک. رأی صادره در پرونده Dudgeon عليه انگلستان، دیوان اروپایی حقوق بشر، ۲۲ اکتبر ۱۹۸۱.

۲۲. رک. رأی صادره در پرونده Sunday Times عليه انگلستان، دیوان اروپایی حقوق بشر، ۲۶ آوریل ۱۹۷۹.

۲۳. به عنوان مثال در خصوص جرم «قیمت‌های نامشروع»، رک. به رأی صادره توسط دیوان دادگستری جوامع اروپایی در پرونده Dassonville در تاریخ ۱۱ ژوئیه ۱۹۷۴.

۲۴. Pallazo, Riserva di legge e diritto penale moderno, in Studium Juris, 1996, cedam, Pavoda, p. 281 et s.

اروپا را در بالا ذکر کردیم. در خصوص آنها دیوان دادگستری اروپایی از ماده ۵ معاهده رم مربوط به جامعه اروپا نه تنها تکلیف دولتهای عضو مبنی بر تشییه موارد نقض حقوق جامعه اروپا - از نظر جرایم، ضمانت اجراهای و اعمال آنها - به موارد نقض حقوق داخلی «با ماهیت و اهمیت مشابه»، بلکه تکلیف پیش بینی ضمانت اجراهایی با خصیصه «واقعی، مناسب و بازدارنده» را نیز استنباط می کند.<sup>۲۵</sup> انشا و بیان استنباط دیوان، برای این که یکی کردن نظامهای کیفری ملی را در این مرحله به دولتها تحمیل نکند، به اندازه کافی انعطاف پذیر است. در واقع، این سه ویژگی ممکن است نه فقط نسبت به ضمانت اجراهای کیفری، بلکه نسبت به ضمانت اجراهای اداری با خصیصه کیفری نیز اعمال شود. به هر حال، در اینجا نزدیک کردن (تقریب) - و بنابراین هماهنگ سازی به معنایی که در بالا تعریف کردیم - به منظور حمایت از منافعی که مشروعیت آنها در سطح اروپا شناخته شده، مطرح است.

اگر از حقوق اقتصادی بگذریم و به حقوق اشخاص بپردازیم، باید به نقش دیوان اروپایی حقوق بشر پرداخته شود. این دیوان در خصوص احترام به زندگی خصوصی افراد<sup>۲۶</sup> به استدلالی مشابه با استدلالی دیوان دادگستری جوامع اروپایی متولّ شده است: به دنبال ارتکاب تجاوز به عنف به یک دختر هفده ساله ناقص العقل، شکایت اقامه شده توسط پدر دختر، به لحاظ سن بزرگ دیده (بیشتر از شانزده سال)، و شکایت اقامه شده به وسیله خود بزرگ دیده، به لحاظ وضعیت روانی او، غیر قابل طرح اعلام شد. دادسرا تصمیم به عدم تعقیب گرفت و دادگاه استیناف که پدر بزرگ دیده، نزد آن شکایت (پژوهشی) خود را مطرح کرده بود، از صدور دستور تعقیب نیز خودداری نمود. مع ذلک، این مورد استثنایی به دیوان اروپایی حقوق بشر این فرصت را می داد تا یک اصل بسیار کلی را مطرح کند. دیوان در پاسخ به دولت هلند که استدلال می کرد شیوه های مختلفی برای تضمین احترام به زندگی خصوصی وجود دارد و بنابراین توسل به قانون جزا نزوماً تنها

۲۵. رک. پرونده «ذرت یوگسلاویایی».

۲۶. رک. رأی صادره در پرونده X و Y علیه هلند، دیوان اروپایی حقوق بشر، ۲۵ مارس ۱۹۸۵.

راه حل در این مورد نیست، اعلام کرد که معتقد است: «حمایت حقوق مدنی در مورد نوع خسارتنی که (دختر بزه دیده) متهم شده است کافی نیست». در این مورد خاص «ارزش‌های اساسی و جنبه‌های عمدۀ زندگی خصوصی مطرح است. تنها قانون جزای است که می‌تواند پیشگیری مؤثر و ضروری را در این قلمرو تضمین کند؛ در عمل، و به همین لحاظ، چنین قانونی است که معمولاً شامل مسئله مذبور [جرائم ارتکابی تجاوز به عنف] می‌گردد».

بر عکس، رویه قضایی اروپایی در مورد رابطه بین احترام به زندگی خصوصی و ضرورت جرم انگاری سقط جنین (در مقایسه با رویه بعضی دادگاه‌های قانون اساسی) نسبتاً بی طرف باقی مانده است. اما واقعیت این است که تنها کمیسیون حقوق بشر باید در این خصوص نظر خود را اعلام کند. کمیسیون این کار را با اختیاط زیاد انجام داد. به علاوه، در دعوای بروگمن و شوتون علیه دولت جمهوری فدرال آلمان، این سؤال، البته در جهت عکس، مطرح شده بود که آیا منع قطع عمدی بارداری از طریق جرم انگاری کیفری سقط جنین می‌توانسته لطمہ‌ای علیه زندگی خصوصی محسوب شود؟ که پاسخ منفی بوده است.

کمیسیون حقوق بشر در تصمیم مورخ ۱۳ مه ۱۹۸۰ در پرونده X علیه انگلستان موضع خود را درباره حق حیات حمل تبیین کرده است: در واقع مادر، براساس حقوق بریتانیا، به منظور حمایت از سلامتی خود مرتكب سقط جنین شده بود، و پدر ابتدا در دادگاه‌های داخلی، به این دلیل که برای هر مورد سقط جنین رضایت پدر شرط مقدماتی است، و سپس در کمیسیون حقوق بشر، به این جهت که جنین، براساس ماده ۲ معاهده اروپایی حقوق بشر، حق حیات دارد به قطع عمدی بارداری (سقط جنین به وسیله مادر) اعتراض کرده بود. کمیسیون معتقد است که مجوز قطع بارداری صادره به وسیله مقامهای بریتانیایی که در این پرونده مورد اعتراض واقع شده است، با ماده ۲ معاهده، به لحاظ تعارض منافع زندگی کودک و زندگی مادر، مغایرت ندارد. به نظر کمیسیون، بدیهی است که معاهده، سقط جنین درمانی را در ماههای نخستین بارداری منع نمی‌کند، اما غیرممکن است که بتوانیم از این نظر، موضع کمیسیون یا موضع دیوان را در مورد سقط جنین غیردرمانی یا

سقط جنینی که بعد از پایان سه ماهه اول حاملگی صورت می‌گیرد استنباط نماییم. بنابراین در این قلمرو که هنوز تعارض آمیز است و بیانگر اختلافهای فرهنگی و مذهبی شدید بین کشورهای مختلف اروپایی است، با «هماهنگ سازی» فاصله بسیار داریم.

اگر امر تلفیق و تشبیه، همان‌گونه که دیدیم، در گستره تأثیر و کارایی خود هنوز محدود باقی مانده است، هماهنگ سازی فقط در قلمروهایی، آن هم به طور جزئی، محقق می‌شود که نه تنها بین دولتها، بلکه بین ملت‌های با سنن متفاوت، توافق ممکن باشد. در این صورت، در مورد «یکی کردن» و ایجاد وحدت هر اندازه که محدود هم باشد، می‌توان تردید به خود راه داد و در خصوص ویژگی سراب‌گونه و تخیلی چنین راهی از خود سوال نمود. لیکن با وجود این باید گفت که خیال واهی و سراب شکل گرفته است.

### ج. یکسان‌سازی (ایجاد وحدت)

«یکی کردن» راهی است که اخیراً پیشنهاد شده است. بنابه تقاضای پارلمان اروپا، مطالعه‌ای در مورد «فضای قضایی اروپا» در نوامبر ۱۹۹۵ به پیشنهاد آقای دوانجلیس (مدیر اداره کل کنترل مالی کمیسیون اروپا) آغاز شد و در اکتبر ۱۹۹۶ به انتشار گزارشی، حاوی پیشنهاد تدوین یک مجموع مقررات حقوقی (Corpus juris) مشتمل بر مقررات کیفری برای «حمایت از منافع مالی اتحادیه اروپا» انجامید.<sup>۷۷</sup>

گزارش با طرح این سوال شروع می‌شود که آیا می‌توان هنوز هم سالها تن به انتظار داد تا شاهد بهبودهای اندکی در نظام کیفری بود؟ در واقع، بنابر نظر

۷۷. خانم دلماس - مارتی پیشنهادهای گروه کارشناسان مرکب از هشت استاد اروپایی در این قلمرو را تألیف و ترکیب کرده است. رک.

M. Delmas - Marty [Edotor]. Corpus Juris, introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union, Ed. Economica, Paris, 1997 - م.

کارشناسان: «خطر مضاعف است: از یک سو، در جازدن سیاسی یک فرایند که به لحاظ پروتکل‌های الحاقی به معاهدات امضا شده اما تصویب نشده مستلزم برپا داشتن دیواری از کاغذ در مقابل بزهکاری واقعی روبه رشد است که خسارات آن بالغ بر میلیاردها اکو [واحد پول اروپا که حالا به ارو تبدیل شده است] می‌شود؛ و از سوی دیگر، دور ریختن مجموعه پیچیده‌ای از قواعد و مقررات روبه رشد به وسیله خود حقوقدانان که ناشی از تداخل مقررات داخلی، که اگرچه کم یا بیش هماهنگ شده اما هرگز مشابه هم نبوده‌اند، با شیوه‌ها و روش‌های عملی همکاری در محدوده جغرافیایی و با محتوایی متغیر می‌باشد». دفاتر وکلا ممکن است در این خصوص با افزایش فعالیت و کار روبرو شوند، لیکن اطمینانی وجود ندارد که کیفیت حقوق بهبود یابد.

در خصوص حمایت از منافع حیاتی که همان منافع مالی اتحادیه اروپا باشد، بازتاب بیان راههای مختلفی که قبل امطالعه شده بود، نامید کننده است، زیرا «تلقیق و همانند سازی کارایی و عدالت را که مستلزم مجازات قانونی برای کلیه عاملین اقتصادی است تضمین نمی‌کند؛ و همکاری که به منظور افزایش کارایی در نظر گرفته شده است، ناگزیر بر پیچیدگی می‌افزاید؛ و بالاخره هماهنگ سازی که هدف آن تقویت عدالت و کارایی است، به پیچیدگی کل و مجموعه کمک می‌کند».

بنابراین در قلمرو حمایت از منافع مالی اتحادیه اروپا که توافقی قوى در مورد ضرورت مجازات وجود دارد، این اندیشه مطرح شده است که «تنهای راهی که ممکن است هر سه خاصیت یعنی عدالت، سادگی و کارایی را در خود جمع کند، راه یکسان و یکی کردن است».

البته هدف، تدوین یک قانون جزا و یک قانون آینین دادرسی کیفری اروپایی تمام‌آیکی شده (واحد) و مستقیماً قابل اعمال در کلیه قلمروها به وسیله دادگاههای اروپایی که بدین منظور ایجاد می‌شوند نیست، بلکه گزارش تنظیم یک مجموعه قواعد کیفری را پیشنهاد می‌نماید که نوعی مجموعه مقررات حقوقی (Corpus juris) به شمار می‌آید و به حمایت کیفری از منافع مالی اتحادیه اروپا

در یک فضای قضایی اروپایی وسیع‌تر یکی شده محدود شده است. این مجموعه بدون این که مدعی حل هر مسأله در تمام جزئیات آن باشد، به سی و پنج قاعده که حول هفت اصل گروه بندی شده و فلسفه کلی را نیز بیان می‌کند، محدود می‌شود. بعد از انشای هر قاعده، تفسیر مختصری برای آن قاعده آورده شده است که در واقع دلیل انتخابهای گروه کارشناسان را بیان می‌کند.

چنین طرحی بحث راجع به فلسفه قانونی این مجموعه را مطرح می‌کند. زیرا مسأله کنونی اتحادیه اروپا که نویسنده‌گان متعددی به آن اشاره کرده‌اند، مسأله تقصی «دموکراتیک» است.<sup>۲۸</sup> در واقع، متون [ابزارهای اروپایی] حتی آنهایی که تأثیری بر حقوق جزای داخلی دارند، یا از معاهدات (بنابراین از قوه مجریه دولتها) یا از حقوق فرعی مشتق شده از معاهدات ناشی می‌شوند.

بنابراین لازم است که صلاحیت قانونگذاری به پارلمان اروپا اعطای شود و صلاحیت تفسیر برای دیوان دادگستری جوامع اروپایی شناخته شود. در اینجا فقط به ارائه و تبیین مقررات حقوق جزای ماهوی<sup>۲۹</sup> که به سه اصل راهبردی شامل اصل قانونمندی جرایم و مجازاتها، اصل تقصیر یا مجرمیت به عنوان اساس مسؤولیت کیفری و اصل تناسب بین شدت و نوع مجازاتها و خطرناکی (شدت) جرم مربوط می‌گردد، اکتفا می‌شود. این مجموعه شامل سه دسته مقررات است. از یک سو، در اجرای اصل قانونی بودن، تعریف و تعیین جرایم واحدی را پیشنهاد می‌کند. ماده ۱ تا ماده ۸ شامل تقلب نسبت به بودجه جامعه اروپا، تقلب در زمینه مناقصه، ارتشا، سوء استفاده از مقام و شغل، حیف و میل، افشاء اسرار شغلی، تطهیر و پاکسازی درآمدهای نامشروع و اختفا و خرید و فروش اموال ناشی از جرم و مشارکت جنایی و مجازاتهای قابل اعمال به عنوان اصلی (سلب آزادی حداقل پنج سال برای

۲۸. مراد این است که پارلمان اروپا بیشتر محل بحث و تبادل نظر بین نماینده‌گان است و در زمینه قانونگذاری اقدامی نمی‌کند. تصویب مقررات (قانونگذاری) بیشتر به وسیله هیأت وزیران دولتهای عضو اتحادیه اروپا (در بروکسل) که قوه مجریه جامعه محسوب می‌شود. صورت می‌گیرد و بدین ترتیب تفکیک قوا به معنای واقعی کلمه در سطح جامعه یا اتحادیه اروپا هنوز وجود ندارد.  
۲۹. -۳-

۲۹. در زمینه آینین دادرسی، عمدۀ بحث عبارت است از: تصویب اصل سرمیمی بودن اروپایی، همراه با ایجاد یک دادسرای اروپایی و تعیین و تعریف قواعد مشترک در مورد رسیدگی و دلایل.

اشخاص حقیقی و تحت نظارت و کنترل قضایی قراردادن تا حد اکثر پنج سال برای اشخاص حقوقی، جریمه، ضبط، انتشار تصمیم محاکومیت) و به عنوان تکمیلی برای بعضی جرایم (خارج کردن مجرم از شمول کمکهای مالی یا از بازار، ممنوعیت از شغل عمومی در جامعه اروپا یا در داخل کشور) را مشخص می‌نماید. از سوی دیگر، این مجموعه از اصل تقسیر یا مجرمیت که اساس مسؤولیت کیفری است، چندین قاعده راجع به عنصر معنوی (ماده ۱۰)، خطأ (ماده ۱۱) مسؤولیت کیفری فردی (ماده ۱۲) مسؤولیت کیفری مدیر مؤسسه (ماده ۱۳) و مسؤولیت کیفری دولتها (ماده ۱۴) استخراج می‌کند.

و سرانجام در اجرای اصل تناسب بین مجازاتها و جرایم، قواعد راجع به میزان مجازات (ماده ۱۵)، کیفیات مشدّه (ماده ۱۶) و نیز مجازاتهای مربوط در صورت تعدد جرم (ماده ۱۷) را مشخص و تعریف می‌کند.

بدون این که بخواهیم در اینجا بحث در خصوص محتوای این قواعد را (که به ویژه قرار است در چارچوب نشست های مطالعاتی پانزده انجمن تحقیقات کیفری اروپایی که در درون اتحادیه اروپا ایجاد شده است، مطرح گردد) باز کنم، مایل فقط به روشنی که برای تعریف آنها بکار برده شده است، اشاره نمایم. البته این قواعد از اصول راهبردی تبعیت می‌کند که قبلًا در سنت حقوقی اروپایی مشترک، آن طور که در طول تاریخ تکوین یافته و اصول اساسی حقوق جامعه اروپا آن را از این پس به رسمیت می‌شناسد، منعکس بوده است و دیوان دادگستری جوامع اروپایی و معاهده اروپایی حمایت از حقوق بشر و آزادیهای اساسی آنها را تقدیک و استخراج کرده است. مع ذلک در خصوص تنظیم و تدوین قواعد فنی دقیق، تنواعهای ملی (کشورهای اروپایی) که مطالعات مختلف تطبیقی انجام شده تحت نظر و حمایت کمیسیون اروپا و پارلمان اروپا آنها را آشکار و برحسب مورد، همگرایی ها (وجوه اشتراک)، ناهمگرایی ها (وجوه افتراق) یا کمبودها را نیز مشخص کرده بودند باید مورد توجه قرار می‌گرفت. گزارش، در مورد این نکته صریح است: «اگر گاهی همگرایی هایی از یک سیستم ملی نسبت به سیستم ملی دیگری وجود دارد که اجازه می‌دهد تا یک حقوق مشترک ناشی از «تلاقي» آنها را

مشخص و تعریف کنیم، در عوض در موارد زیادی، ناهمگرایی‌هایی وجود دارد که تنها یک حقوق مشترک «تألیفی» (سترنز) اجازه می‌دهد تا از آنها عبور نماییم. بالاخره کمبودها (نواقص) که در این قلمرو نسبتاً جدید در آن بخش که مربوط به حمایت از منافع فرامملی است، زیاد و جاری می‌باشد، ما را ناگزیر از تهیه و تنظیم آن حیزی می‌کند که می‌توانیم آن را حقوق مشترک تکمیلی بنامیم».

طرح این موضوع، ما را به مسأله ابزارها و وسائلی هدایت می‌کند که، صرف نظر از نوع راهی که برگزیده خواهد شد، تهیه و تنظیم حقوق جزای مشترک اروپایی را تحت الشعاع خود قرار می‌دهد.

## ۲۷ گفتار

### وسایل دستیابی په حقوق جزای مشترک اروپایی

در اینجا هدف فقط ابزارها و وسائل مادی نیست. البته مسائل به هم مرتبط‌ند و در مورد دو دیوان اروپایی، نصب قضات تمام وقت یا امکان برخورداری این قضات از کمک دستیاران تحقیق، آن طور که فعلاً مقررات دیوان دادگستری جوامع اروپایی و برای آینده، پروتکل الحاقی شماره ۱۱ به کنوانسیون اروپایی حقوق بشر پیش‌بینی کرده‌اند، باید بی‌تردید وضع و تدوین نظری رویه قضایی بیش از پیش مطلوبی را جداً سامان داده که این موضوع بیش از پیش مورد تقاضا است.

لیکن قاضی برای ایجاد رویه قضایی، به مانند «قانونگذار» (در معنای اروپایی کلمه) به منظور تعریف اصول و قواعد فنی، به آموزه‌ای نیاز دارد که بسان زمان حکومت حقوق مشترک (Jus commune) در قرون وسطی، این «گرامر (دستور زبان) مشترک» را که در بالا به آن اشاره شد، فراهم و در دسترس آنها قرار دهد. با توجه به ویژگیهای ملی، بدون معادل در عصری که حقوق موضوعه

بیشتر محلی بوده تا ملّی؛ نخستین وسیله، حقوق تطبیقی است که دیدیم، تا چه حد در انتخابهادر اروپا صرف نظر از نوع راه (طریق انتخاب شده) نقش تعیین کننده ایفا می کند. اما باید به مبانی منطقی استدلال نیز توجه کنیم، زیرا در مقابل پیچیدگی داده ها و اطلاعاتی که دو دیوان اروپایی قاعده ای باید به آنها توجه کنند، دقت تصمیم و بنابراین قابل پیش بینی بودن آن را که تضمینی اساسی در مقابل خطر خودسری محسوب می شود، حکم می کند. بالاخره تهیه و تنظیم یک حقوق جزای مشترک ممکن است با سنتهای فرهنگی آنچنان نامتجانسی روبرو شود که آن منطق و نه حقوق تطبیقی، کافی برای پیدا کردن واستنباط یک راه حل مشترک نخواهد بود (مثلاً در مورد سقط جنین آن طور که در بالا گفته شد) و بی تردید همین امر، سست ترین (شکننده ترین) نکته در ساخت و بنای اروپا است: توسعه ناکافی مکان هایی که در آنجا بتوان درباره ارزشهای اساسی بحث و گفتگو کرد. «فقدان فضای عمومی»، در معنایی که دومینیک ولتن تعریف کرده است: «یعنی فضای نمادین که در درون آن سخنان و نظرات و عقاید – اغلب متضاد – بازیگران (مسئولان) مختلف اجتماعی، مذهبی، فرهنگی و علمی که یک جامعه را تشکیل می دهند مبادله شود».

## الف. حقوق تطبیقی

البته «حقوق تطبیقی» غالباً به وسیله قاضی اروپایی مطرح می شود، لیکن در قالب اشاره و نه به صورت نظام یافته و اصولی. باری، نظام بخشی حقوق تطبیقی ممکن است به استفاده و کاربرد افتراقی آن منجر شود و بدین ترتیب گاه تحلیل و گاه تأثیف (سترن) را در اولویت قرار دهد.

«حقوق تطبیقی، به عنوان ابزار تحلیل»، در واقع یا تهیه و تنظیم حقوق مشترک ناشی از تلاقی را که از همگرایی رویه ها و عملکردهای داخلی به وجود می آید یا تهیه و تنظیم حقوق مشترک تصحیح کننده را که در مقام اصلاح نقاوص و کمبودهای مشترک است، حکم و توصیه می کند. در حقیقت همگرایی ها به اندازه

کافی نادر هستند، لیکن در این مورد می توان به پروتکل العاقی شماره ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر اشاره کرد که کیفر مرگ را لغو نمود، و متذکر شد که در مقیاس پانزده دولت عضو اتحادیه اروپا، کیفر مرگ دیگر اعمال نمی شود. مثال دیگر ماده ۳ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر است که شکنجه و کیفرها یا رفتارهای غیرانسانی یا ترذیلی را در کلیه کشورهای عضو منع می کند، و امروزه، اگر نه در عمل، لااقل در خصوص خود اصل ممنوعیت و آثار آن، به ویژه در مورد ممنوعیت تنبیهات بدنی فوق، همگرایی در سطح اروپا وجود دارد.

خلافهای مشترک که ممکن است به سمت تکوین حقوق مشترک تصحیح کننده منتهی شود، خیلی بیشتر است. علاوه بر نمونه لطمات وارد شده بر منافع مالی اتحادیه اروپا، که صرفاً چند کشور آنها را جرم تلقی کرده اند، و در بالا به آنها اشاره شد، می توان خلافهای دیگری را که حقوق تطبیقی آشکار ساخته است مطرح کرد. چنانکه «قلمرو یا مبحث کیفری»، در معنای ماده ۶ کنوانسیون اروپایی حقوق بشر که علاوه بر حقوق جزا شامل ضمانت اجراهای تنبیه‌ی متنوعی نیز می شود، نمونه‌ی از آنهاست: نخستین معیار «مبحث یا قلمرو کیفری» بر توصیف حقوقی داخلی مبتنی است و دیوان اروپایی حقوق بشر به ویژه در شکایت اوزتورک علیه آلمان، این موضوع را در رأی ۲۱ فوریه ۱۹۸۴ خود متذکر شده است که جرایم مربوط به رانندگی که در آلمان موضوع کیفرزدایی واقع شده اند، در اکثریت وسیع دولتهای عضو کماکان «کیفری» باقی مانده است. لیکن عمدتاً استدلال این دیوان مبتنی بر خلافهای موجود است. دیوان در رأی صادره در پرونده «کمپیل آند فل» با تأکید بر این موضوع که: «دادگستری نباید در آستانه زندانها متوقف شود»، اراده و خواست خود را مبنی بر اصلاح نقايس و خلافهای مشترک بين کشورهای اروپایی در قلمرو زندانها، از طریق قضایی کردن اجرا و اعمال مجازاتها به وضوح بیان و اعلام کرده است. همچنین، قلمرو انضباط نظامی یا قلمرو وسیع ضمانت اجراهای اداری با خصیصه تنبیه‌ی، از قبیل جریمه‌های مالیاتی یا ضمانت اجراهای مربوط به حقوق رقابت، در چارچوب «قلمرو یا مبحث کیفری» قرار می گیرد. مع ذلك، وقتی قاضی اروپایی، سایر معیارهای «قلمرو یا مبحث کیفری» را

تفکیک و استخراج می‌کند – چه در مورد ماهیت جرم مربوط، چه در مورد شدت ضمانت اجرای (قانونی تعیین و اعلام شده در حکم صادره یا اجرا شده) – وی این کار را براساس نوعی بینش کیفری مشترک، که ترکیب (سترن) بینش‌های ملی را بیان می‌کند، انجام می‌دهد؛ این خود نوعی شیوه لغزش نامحسوس از «تحلیل» به ترکیب و تأثیف (سترن) است.

«حقوق تطبیقی»، به عنوان ابزار ترکیب» و تأثیف کار دقیق‌تر و با تدارک بیشتری را ایجاد می‌کند. به ویژه هنگامی که هدف نه فقط الهام از بینش‌های ملی در وسیع‌ترین معنای کلمه، به منظور در گذشتן از آنها است (مثلاً در مورد مفاهیم اروپایی مستقل)، بلکه محقق کردن ترکیب (سترن) ناهمگرایی‌هایی (تفاوتهايی) نیز هست که حقوق تطبیقی آشکار ساخته است، امری که از نظر فنی بسیار دشوار‌تر است. در اروپایی که از نظر حقوقی به خانواده رومی-ژرمنی و خانواده کامن لا تقسیم می‌شود، نمونه‌های ناهمگرایی زیاد است.

یادآوری می‌شود که در حقوق جزای ماهوی، اصل قانونمندی جرایم و مجازاتها در اروپای قاره‌ای جداً مورد تأکید قرار گرفته و حتی غالباً اعتبار اصول قانون اساسی به آن داده شده است، در صورتی که سنت کامن لا مدت‌ها صلاحیت و اختیار وضع جرایم جدید را برای قاضی کیفری به رسمیت می‌شناخته است (در اسکاتلند این اختیار کماکان وجود دارد)، تا بدان جا که هنوز هم جرایم متعددی ریشه در رویه قضایی دارد. بی‌تردید وجود چنین تضادی است که اختیاط تدوین کنندگان معاهدۀ اروپایی حقوق بشر را مبنی بر صرف نظر کردن از تحملیل اصل قانونی بودن، مگر در شکل بسیار خفیف عطف به مسابق نشدن حقوق جزا (ماده ۷)، تبیین و توجیه می‌کند. با وجود این، تفسیر تدریجی متون اروپایی متمایل به تعریف نوعی قانونمندی ترکیبی و تألفی، یعنی اصل قانونمندی ناشی از سترن است که رویه قضایی (کامن لا) و حقوق نوشته (رومی-ژرمنی) را با هم ترکیب می‌کند. لیکن از هر دو خانواده حقوقی می‌خواهد که «کیفیت قانون»، در معنایی که معاهدۀ اروپایی حقوق بشر تعریف کرده است، (یعنی قابلیت دسترسی، صراحة و قابل پیش‌بینی بودن قاعدة وضع شده) را رعایت کنند. البته کماکان

مشکلاتی در خصوص عملی ساختن این شرایط ، که به نظر بعضی نویسنده‌گان به اندازه کافی سخت نیست، و بر عکس ، در خصوص تسری قلمرو قانونمندی به تدبیری که در حقوق داخلی از شمول «مفهوم کیفری» خارج است، وجود دارد.<sup>۳۰</sup> لیکن، روی هم رفته شاهد ترسیم حدود و ثغور اصل قانونمندی اروپایی هستیم که مرکب از بینش‌های مختلف ملی است. به همین جهت است که این اصل در مقیاس پانزده کشور اتحادیه اروپا، در مجموعه مقررات حقوقی (Corpus juris) مورد تأکید مجدد قرار گرفته است.<sup>۳۱</sup>

اما تقسیم خانواده‌های حقوقی به کامن لا و رومی - ژرمنی تنها شاخص انشقاق در اروپا نیست، بلکه شکافهایی دیگر نیز وجود دارد، مثلًاً شکاف بین کشورهایی که خطای مادی را در حقوق خود می‌پذیرند و کشورهایی که هرگونه خطای مادی را مستثنی می‌کنند؛ یا بین کشورهایی که مسؤولیت کیفری اشخاص حقوقی (مانند انگلستان، هلند یا اخیراً فرانسه) را پذیرفته‌اند و کشورهایی که آن را در حقوق خود پیش‌بینی نکرده‌اند (به ویژه ایتالیا یا آلمان). در مقابل چنین فراق و شکافهایی، نخستین گامها، به سوی هماهنگ‌سازی برداشته می‌شود که هدف آن صرفاً پیشنهاد اصول راهبر مشترک، بدون تحمیل وحدت قواعد اجرا است. این امر، با هدف یکی کردن - که مبتنی بر تعریف قواعد و مقررات یکسان، مانند قواعدی که در چارچوب مجموعه مقررات حقوقی تنظیم شده است - در آن بخشهایی که بیشتر مستعد وفاق هستند، مانند حمایت از بودجه اتحادیه اروپا، منافاتی ندارد.

اما در این صورت، اگر حقوق تطبیقی منتهی به تنظیم حقوق مشترکی بشود که گاه از قواعد و مقررات مشترک، گاه از اصول راهبر و گاه از ترکیب قواعد و اصول تشکیل شده است، مشکل عمده‌ای که مطرح می‌شود در خصوص نحوه استدلال است که بین منطق وحدت گرای حقوق و منطق کثرت گرای حقوق در

۳۰. به ویژه در مورد مصادره و اجبار جسمی (جس بدله از بدھی مالی).

۳۱. همچنین مجموعه مقررات حقوقی (Corpus juris) در زمینه آیین دادرسی سعی می‌کند تألیف و ترکیبی از سنت اتهامی و سنت نقیضی بدد که منجر به ایجاد یک آیین رسیدگی از نوع «ترافعی» گردد.

نوسان خواهد بود.

## ب. منطقه‌های استدلال

«منطقه‌های استدلال»، برحسب این که هدف تعیین شده، حقوق واحد است یا حقوق کثرت‌گرا، یکی نیست.

«منطق وحدت‌گرا» که برای حقوقدانان (به ویژه در سنت اروپایی قاره‌ای) آشنا است، سهل‌الاجرا می‌باشد. این منطق مبتنی بر قواعد روشن و دقیق است که در دورنمای حقوق اروپایی یکی شده (واحد)، در یک کشور مشابه کشور دیگر است. چنین هدفی ممکن است با حقوق مشترک ناشی از تلاقی محقق شود (توجه شود به؛ مثالهایی که در بالا در مورد لغو کیفر مرگ یا ممنوعیت شکنجه و کیفرها یا رفتارهای غیرانسانی یا تردیلی ذکر شد). در این صورت، استدلال حقوقی برحسب زوج تشابه / همنوایی (*identité/conformité*) شکل می‌گیرد. قواعد و رویه‌های عملی داخلی باید مشابه با قاعده اروپایی باشند، در غیر این صورت حتی با وجود یک تفاوت بسیار ضعیف، آن قواعد، ناسازگار و مغایر تلقی خواهد شد.

این فرایند یکی کردن، از نظر حقوقی، مطلوب و رضایت بخش است، لیکن تعمیم آن از نظر سیاسی دشوار است و این خطر را دارد که منتهی به سلطه یک نظام بر سایر نظامها شود و حتی وقتی در حقوق جزای اختصاصی، حقوق مشترک کیفری که قبل از هرجیز برای پرکردن خلاهای مشترک [رک. مجموعه مقررات حقوقی برای حمایت کیفری از منافع مالی اتحادیه اروپا که پیش از این به آن اشاره شده است] قاعده اروپایی نمی‌تواند از سیاق ملی (داخلی)، که اغلب از یک کشور نسبت به کشور دیگر متفاوت است، کاملاً تفکیک و جدا شود، و ضرورت ترکیب (سنتر) سنتهای ملی را در حقوق جزای عمومی تحمیل می‌کند.

باری، به نظر می‌رسد که خود اصطلاح حقوق مشترک ناشی از ترکیب و تألف (سنتر)، که از ناهمگرایی‌های بین نظامها به وجود می‌آید، منطق وحدت گرا را لاقل در مرحله اول، نفی می‌کند و به منطق کثرت‌گرا روی می‌آورد.

«منطق کثرت‌گرا» ذهن حقوقدانان را که همواره برای صراحت و سلسه

مراتب قواعد - که هر دو در جهت ایجاد وحدت است - تلاش می‌کنند، مشوش می‌نماید. برای این که کثرت‌گرایی نظامها را، بدون این که از هماهنگ‌سازی بین آنها صرف نظر شود، پذیریم، باید بر اصولی تکیه کنیم که نسبت به قواعد، از صراحة و دقیق‌تری برخوردار باشد و همزمان حق (اختیار) تفسیر را برای دولتها پیش‌بینی نماییم تا موجب رهاشدن از سلسله مراتب محض (قواعد و مقررات) شود. به جای زوج مشابهت/همتوابی که وجه مشخصه راه ایجاد وحدت است، در دورنمای هماهنگ‌سازی، زوج «نزدیکی (تقرب) - سازگاری» (*proximité/compatibilité*) قرار می‌گیرد. این خود شیوه‌ای است برای تغییر کل استدلال، با اجبار مفسر به قراردادن رویه و عملکرد ملی مربوطه در یک مقیاس مدرج، که کم یا بیش به قاعدة اروپایی مرجع، نزدیک ظاهر خواهد شد.

از این روی، ضرورت تعیین آستانه سازگاری (عدم مغایرت) مشخص می‌شود که ورای آن، عملکرد و رویه ملی ممنوع خواهد شد (در اینجا ناسازگار (مغایر) بیشتر مطرح است تا ناهمتواب). بدین سیان است که می‌توان تفاوتها را پذیرفت - این همان «محدوده یا اختیار ملی برای ارزیابی» است - اما نه ورای یک مرز و آستانه معین. نفع چنین منطق تدریجی نه فقط این است که اجازه کثرت‌گرایی را می‌دهد (زیرا هر دولت حق متفاوت بودن را برای خود محفوظ می‌دارد)، بلکه انعطاف‌پذیری زیادی به کل می‌دهد، زیرا مرز و آستانه سازگاری (عدم مغایرت) می‌تواند بر حسب بخش‌های مختلف مربوطه فرق کند. اگر مسائل و موضوعات خیلی تعارض آمیز بین دولتها وجود داشته باشد، می‌توان آستانه را پایین‌تر از آستانه قلمروهایی که پیرامون آنها وفاق کلی وجود دارد، تعیین کرد.

اما بدیهی است که این انعطاف‌پذیری بدون خطر نیست، همان‌گونه که مطالعات عملی انجام شده در سایر رشته‌های مطالعاتی (دیسیپلینها) نشان می‌دهد، منطقه‌ای تقریبی، مبهم یا نوسانی که همان منطقه‌های کثرت‌گرا هستند، به این شرط «منطقی» باقی می‌مانند که معیارهای حاکم بر ارزیابی نزدیک بودن و تقریب و معیارهای تعیین آستانه سازگاری را به دقیق‌ترین و تصریح‌کنند. اگر فهرست معیارها

یا اهمیت آنها، بنابر میل قصاصات و راه حلی که می خواهد کسب و اعمال کنند از یک پرونده به پرونده دیگر تغییر کند، تصمیم صادره به جای آنچه که از انعطاف پذیری کسب کرده است، در عوض صراحت، دقت، و بنابراین قابل پیش بینی بودن مفاد خود را از دست می دهد؛ به این امر، «خودسری» اطلاق می شود. برای اجتناب از خودسری باید شفافیتِ تصمیم از طریق تعریف معیارهای صریح، و نیز دقیق بودن آن از طریق اعمال معیارهای یکسان در همه پروندها بیشتر شود و حتی وقتی کلیه شرایط شفافیت و دقت رعایت شده است، مسأله ای که تصمیم‌گیری راجع به آن دشوار می نماید، یعنی فرضی که قاعدة وحدت بخش (یکسان کننده) یا اصل هماهنگ کننده باید بر آن مبتنی شود، کما کان به قوت خود باقی می ماند.

در اینجا نیاز رجوع به «بینش مشترک» و «میراث مشترک» که مقدمه معاہده اروپایی حقوق بشر آن را به ما نوید داده است احساس می شود؛ لیکن به لحاظ فقدان فضا و مکان عمومی برای بحث و گفتگو، کشف آنها گاهی دشوار است.

## ج. ضرورت ایجاد فضا و مکان عمومی برای بحث و تبادل نظر

با این وجود، «ایجاد و گسترش فضای عمومی برای بحث و گفتگو درباره ارزشها» در قلمروهای این چنین نامتجانس در اروپا (به عنوان نمونه، سقط چنین یا توهین به مقدسات که هر دو شدیداً رنگ اخلاقی و مذهبی دارند) یاد رقلمرو زندگی خصوصی وزندگی خانوادگی که معاہده اروپایی حقوق بشر آنها را در ماده ۸ جمع کرده است، حال آنکه در عمل این دو اغلب متضاد یکدیگرند، ضروری است.

بنابراین مشکلاتی را که رویه قضایی اروپایی در مواجهه با تنوع سنتهای ملی با آنها برخورد می کند، می توان تصور و درک کرد. مفهوم محدوده و اختیار (حق)

ملی برای ارزیابی یا مفهوم «جایگزینی»<sup>۳۲</sup> علی الاصول اجازه می دهد تا حساسیتهای ملی کشورها ، بدون کنار گذاشتن نوعی کنترل و نظارت، رعایت گردد. اما فضای حقوقی نمی تواند جانشین فضای عمومی که اجازه تدارک و تنظیم ارزش‌های مشترک را می دهد، بشود. بنابراین جای تعجب نیست که به رویه قضایی این ایراد گرفته می شود که هم از طریق کنترل بسیار مضيق که منجر به تقسیم و تجزیه فضای اروپایی می گردد، روند یکپارچه شدن را متوقف می کند، و هم از طریق کنترل بسیار دقیق به روند یکپارچگی کمک می نماید.

انتخاب ارزش‌های را که مبنای حقوق جزای اروپایی هستند، نمی توان فقط به حقوق‌دانان سپرد، بنابراین ضروری است که شهروند اروپایی زمانها و مکانهای مناسبی را برای شرکت در بحث و گفتگوی تا این اندازه اساسی بیاورد. اما اراده در اینجا حد و مرزی دارد. ایجاد فضای عمومی، در معنایی که ولتون تعریف کرده است، صرفاً در قالب تصمیم و توصیه ایجاد نمی شود، بلکه زمانی این فضا به وجود خواهد آمد که «بین مرزهای تاریخی و فرهنگی اروپا تلاقی وجود داشته باشد»، و حول احساس وابستگی مشترک و اراده همزیستی بنا گردد. اگرچه حقوق‌دانان و مسؤولان سیاسی وظیفه ایجاد یک فضای عمومی تمام عیار را ندارند، لیکن می توانند خلق آن را میسر و ممکن نمایند. ایجاد یک میانجی اروپایی به وسیله معاهده ماستریخت، ایجاد آینهای دادرسی مشهور به «یاور دادگاه»<sup>۳۳</sup> در دیوان اروپایی حقوق بشر یا بحث‌هایی که در پارلمان اروپا<sup>۳۴</sup> [وابسته به جامعه و

عنوان جایگزین، از قواعد و مقررات حقوق داخلی مؤثر نیست، به La notion de subsidiarité.<sup>۳۵</sup>

۳۲. هر گاه در دعواهی منافع مقام ثالثی نیز مطرح باشد (مانند کانون وکلا در دعواهی بین وکیل و موکل)، دادگاه به نماینده آن مقام ثالث اجازه می دهد (که به عنوان یاور دادگاه) در دادرسی حضور یافته دیدگاه آن مقام را در دادگاه بیان نماید.-م.

۳۳. برای کسب اطلاعات در این دو مورد رک. کلیمار (کلود آلب)، همان، ۴۹۰ و بعد، ص ۳۴۱ و بعد -م.

اتحادیه اروپا] و مجمع (مجلس) پارلمانی [وابسته شورای اروپا]<sup>۳۵</sup> سازمان داده می شود، شاید نخستین گامهایی باشد که به بینشها ملی پراکنده، متفاوت و حتی متضاد، اجازه نزدیک شدن به یکدیگر را می دهد.

## ● نتیجه

با توجه به چنین راهها و وسایلی است که می توانیم به سوی شکل‌گیری و تکوین حقوق جزای اروپا گام برداریم که خود، راز آنچه من آن را «کثرت گرایی حقوقی منظم شده» می نامم، آشکار نموده است.<sup>۳۶</sup>

۳۵. ضرورت و گسترش یک آگاهی (و جدان) مدنی اروپایی، در اعلامیه (بیانیه) نهایی نشست شورای اروپا که در اکتبر ۱۹۹۷ در استراسبورگ، برگزار شد قویاً مورد توجه قرار گرفته است. از یک سو، اقدامات مربوط به استقرار دیوان جدید اروپایی حقوق بشر مشخص و راجع به آنها تصحیم گیری شده است. از سال آینده، شهروندان اروپایی می توانند، بدون رجوع به کمیسیون حقوق بشر که تاکنون نقش صافی (فیلتر) را برای پرونده های ارجاعی به دیوان ایفا می کرده است، شکایات خود را علیه دولتها متبوع خود در زمینه نقض حقوق بشر مستقیماً در دیوان اقامه کنند. از سوی دیگر، به توسعه دموکراسی محلی، به عنوان یکی از اهداف اولویت دار، صراحةً اشاره شده است - م.

۳۶. برای اطلاعات بیشتر در خصوص جنبه های مختلف حقوق جزای اروپایی در شرف تکوین رک.

M. Delmas- Marty [Edited by], what kind of criminal policy for Europe? , Kluwer law international, The Hague, 1996 - م.

گفتنی است که قرار است تعداد اعضاء اتحادیه اروپا که پانزده کشور می باشد، در سال ۱۹۹۸ به حدود بیست و پنج عضو برسد. تعداد اعضاء شورای اروپا، حدود چهل کشور است - م.



سید قاسم زمانی



تأمّلی بر

مسؤولیت بین المللی سازمانهای بین المللی





## ● مقدمه

ماهیت حقوق و تکالیف جامعه حقوقی بین المللی متأثر از مسائل جهانی متعددی است که در زمان حاضر حاصل موقیتها و پیشرفت‌های علمی و فنی به شمار می‌رود.<sup>۱</sup> بروز انقلاب صنعتی و توسعه سریع روابط، رشد نیازهای مشترک جمعی را در سطح بین المللی به دنبال داشت. این تحولات به تدریج حصار یکه تازی کشورها را به لرزه درآورد و «جولانگری انحصاری دولتها در حقوق بین الملل را آماج هجوم نهادهایی قرار داد که [هر چند منبع از اراده دولتها تلقی می‌شند لیکن] نه می‌شد آنها را در زمرة کشورها جای داد نه در مقوله افراد انسانی گنجاند».<sup>۲</sup>

چنین روندی به آرامی در اواسط قرن هفدهم با تشکیل کنفرانس‌های بین المللی آغاز گردید و با ایجاد کمیسیونهای فنی و اداری، و پیدایش اتحادیه‌های بین المللی در نیمه دوم قرن نوزدهم تکامل یافت. بدین ترتیب در قرن بیست سازمانهای بین المللی گوناگون با صلاحیتهای مختلف در کنار دولتها قد برافراشته و با گذشت زمان بیش از پیش در صحنه روابط بین المللی نفوذ گردند، تا جایی که دیوان بین المللی دادگستری که خود در بستر همین تحولات سربرآورده

1. Feldman D., "International Personality", RCADI, 1985, vol. 191, p. 357.
2. Sir John fischer williams, "The Legal character of the bank for international settlements", AJIL., 1930, vol. 24., pp. 665, 666.

بود، در نظر مشورتی خویش در سال ۱۹۴۹ در قضیه جبران خسارات واردہ به سازمان ملل متحد، سنگ بنای استدلال خود را این گونه نهاد که نوع و ماهیت تابعان هر نظام حقوقی، متغیری از نیازهای آن جامعه می باشد<sup>۴</sup>. دیوان با این رأی خود تا حد زیادی تردیدهای مربوط به شخصیت حقوقی بین المللی سازمانهای بین المللی دولتی و لزوم جبران خسارات واردہ به آنان را برطرف کرد و به سازمان اجازه داد در صورت لزوم از کارمندان و مستخدمان خود در قبال دولتها حمایت شغلی بنماید و علیه دولت عامل خسارت طرح دعوا کند.<sup>۵</sup> اما واضح است که سازمانهای بین المللی به لحاظ اشتغالات<sup>۶</sup> خود و به خاطر وسائل و امکاناتی که از آنها در راه نیل به اهداف خویش سود می جویند، دارای این قابلیت هستند که مرتكب اعمال خلاف بین المللی شده و به دیگران خسارت وارد کنند. برای مثال با توجه به افزایش موارد اعزام نیروهای حافظ صلح سازمان ملل متحد، گستره عملیات و نوع وظایف محوله بدانها این احتمال بیش از پیش افزون گشته است. همچنین اقدامات آزادانس بین المللی اتریزی هسته ای و سازمان مربوط به بازرگانی از تأسیسات و کارخانه های تولید مواد شیمیایی که در چارچوب کنوانسیون ۱۹۹۳ پاریس در مرور خلع سلاح شیمیایی پیش بینی شده است بالقوه امکان ورود خسارت به دیگران را

### 3. ICJ reports, 1949, p.178.

۴. بدینهی است اگر سازمانی بتواند در سطح بین المللی خواهان و مدعی دعوا قرار گیرد اقامه دعوا علیه وی نیز بلا مانع است. قاضی کریلف در نظر مخالف خود در قضیه مذکور در این مورد ابراز داشت که اکثریت قضاط دیوان، حمایت شغلی از کارمند سازمان ملل متحد را، حتی در برابر دولت متبوع وی مدنظر داشته اند لیکن برای مثال وضعیت مقابل این امر که در آن دولت مذکور ممکن است حمایت از مأمور سازمان را علیه اقدامات غیرقانونی خود سازمان مطلوب و ضروری بیابد را Ibid., diss opinion Judge krylof, p. 219. مورد توجه قرار نداده اند: رک.

۵. گرچه در برخی توصیمات قضایی اشتغالات سازمانها (Functions) با اختیارات آنها (Powers) مترادف قلمداد شده اند اما منطقاً اشتغالات به موضوع فعالیت سازمان مربوط می شود لیکن اختیارات بیشتر به اقداماتی دلالت دارد که سازمان می تواند یا باید، اتخاذ کند. با وجود این هنگامی که اختیاری خاص برای اینکار کارکرد و اشتغالی معین ضروری می گردد پیوند میان اشتغالات و اختیارات سازمان اجتناب ناپذیر می گردد. رک.

Skubiszewskik., "Implied Powers of International Organizations", In Dinstein, Y (ed.), "International Law at a Time of Perplexity", Martinus Nijhoff, 1989, p. 858.

در خوددارند.

بی تردید اگر سازمانهای بین المللی از حقوق و تعهدات بین المللی برخوردار شده و امکان اعمال آن را یافته اند (اهلیت تمتن و استیفا) باید این نکته اساسی را مورد توجه قرار داد که به زعم پروفسور ماکس هوبر، در قضیه اتباع بریتانیایی منطقه اسپانیایی مراکش، نتیجه ضروری و لازمه یک حق مسؤولیت است و کلیه حقوق دارای خصیصه بین المللی متنضم مسؤولیت بین المللی هستند.<sup>6</sup>

اصول و قواعد ناظر بر مسؤولیت بین المللی آثار حقوقی نقض دیگر قواعد حقوق بین الملل اعم از قواعد قراردادی، عرفی و اصول کلی حقوقی را معین می کنند;<sup>7</sup> با وجود این همان گونه که گارسیا آمادور مخبر ویژه کمیسیون حقوق بین الملل در ۱۹۵۸ بدرستی خاطرنشان ساخت: بدشواری بتوان در حقوق بین الملل موضوعی را یافت که از بیچیدگی و تشتبه مسؤولیت بین المللی دولتها برخوردار باشد.<sup>8</sup> خوشبختانه کمیسیون حقوق بین الملل با مطالعه و بررسی دقیق و ممتد، در چهل و هشتمنی اجلاس خود که از ششم تا ۲۶ جولای ۱۹۹۶ در ژنو برگزار شد طرح پیش نویس راجع به مسؤولیت بین المللی دولتها را تکمیل کرد و تا حدی [به عنوان تدوین و تبلور اصول و قواعد پذیرفته شده عرف بین المللی یا، دست کم دلیلی بر نظریه علمی حقوق] از این سردرگمی کاست.

با وجود این هنوز در مورد مسؤولیت بین المللی سازمانهای بین المللی مطالعات چندانی صورت نگرفته است. با توجه به افزایش نقش سازمانهای بین المللی و اهمیت اساسی مسؤولیت بین المللی برای نظام بین المللی، در این تحقیق سعی برآن داریم تا از خلال رویه دولتها و سازمانهای بین المللی، اسناد بین المللی، دکترین، رویه قضایی و داوری این سوال را دنبال کنیم که آیا سازمانهای بین المللی در قبال اعمال خلاف ارتکابی مأموران و ارگانهای خود از مسؤولیت

6. RIAA., II, United Nations, 615, at p. 641.

7. Schwarzenberger G., "A Manual of International Law", London Stevens & sons, 1967, p. 173.

8. Garcia-Amador. F. V, "State Responsibility, Some New Problems", RCADI., 1958, vol. 94, p. 21.

بین المللی برخوردارند یا اینکه مسؤولیت بین المللی از محدوده روابط دولتها فراتر نمی‌رود؟ آنگاه در پی آن خواهیم بود که استقلال و پیوستگی نظام حقوقی مسؤولیت بین المللی سازمانهای بین المللی نسبت به مسؤولیت بین المللی دولتها تا چه میزان است و تا چه حد می‌توان از اصول و قواعد ناظر بر مسؤولیت بین المللی دولتها در این عرصه نسبتاً جدید استفاده کرد؟

## ۱

شخصیت حقوقی در هر سیستم حقوقی متغیری از ملاحظات مختلف سیاسی، اقتصادی، اجتماعی و سیستماتیک مربوط به آن نظام حقوقی بوده است<sup>۹</sup> و مبین قابلیت برخورداری، پذیرش و اجرای حقوق و تعهدات می‌باشد. در نظامهای داخلی که از تمرکز، انسجام و رشد نسبتاً کاملی برخوردارند قانونگذار با توجه به نیازهای زیست اجتماعی، شرایط تلقی یک نهاد را به عنوان شخص حقوقی معین می‌سازد، نهادی که گاه برای دیگران امری ناماؤوس جلوه می‌کند (مثل شرکت یک نفره در حقوق انگلیس<sup>۱۰</sup>). بی تردید در این عرصه دولت به اعتبار حاکمیت خود، شناسایی چنین شخصیت حقوقی را به افراد و نهادهای تحت حاکمیت و صلاحیت خویش تحمیل می‌کند.<sup>۱۱</sup>

در حقوق بین الملل اصولاً یک نهاد و تأسیس حقوقی در صورتی می‌تواند دارای حقوق و تکالیف بین المللی شود و آنها را به اجرا گذارد که شخصیت حقوقی بین المللی داشته باشد. در قضیه جبران خسارات واردہ به ملل متحد،

9. Institute of International Law, "The legal Consequences for Member States of the Nonfulfilment by International Organizations of Their Obligations toward Third Parties", Yearbook (YIIL.) 1995. Vol. 66, Zemanek, p. 326.

10. Pennington R.R., "Company Law", Sixth ed., Butterworths, 1990, pp. 39-40.

11. Cheng Bin, "Introduction to Subjects of International Law", In Bedjaoui M., "International Law: Achievements and prospects," Unesco., 1991, pp. 34-35.

دیوان بین‌المللی دادگستری چهار شرط برای مسجّل شدن شخصیت حقوقی بین‌المللی سازمان تعیین نمود. دیوان دریافت که منشور (۱) فراتر از صرف ایجاد مرکزی برای هماهنگی اقدامات ملل در نیل به اهداف مشترک گام برداشته است (ماده یک بند چهار) و (۲) آن مرکز را با ارگانهای خاصی تجهیز کرده و (۳) وظایفی خاص بدان اعطا کرده است. دیوان احراز نمود که (۴) سازمان در برخی جوانب وضعیتی مستقل از اعضای خود به دست آورده است.<sup>۱۲</sup>

شخصیت حقوقی دولت به علت بنا شدن بر حقوق بین‌الملل عام فارغ از قید و بند است،<sup>۱۳</sup> ولی شخصیت حقوقی سازمانها فقط در محدوده اهداف و اشتغالاتشان، یعنی براساس معاهده مؤسس سازمان موجودیت می‌یابد.<sup>۱۴</sup> استقرار شخصیت حقوقی هر سازمان بر مبنای حقوق بین‌الملل خاص، به دلیل پوزیتیویسم حقوقی تأثیری اساسی در ممانعت از تجلی عینی آن شخصیت حقوقی در عرصه بین‌الملل داشته است. براین اساس جز در مورد سازمان ملل متعدد<sup>۱۵</sup> که به علت عضویت قریب به اتفاق کشورها در سازمان، و ماهیت اهداف و اشتغالات،

12. Rama-Montaldo M., "International Legal Personality and Implied Powers of International Organizations", BYIL., 1970, p. 125.

۱۳. شاید به همین خاطر است که ماده ۲ طرح پیش نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به مسؤولیت بین‌المللی دولتها هردولتی را به علت ارتکاب عمل خلاف بین‌المللی دارای مسؤولیت بین‌المللی تقی کرده است: رک.

Ginther K, "International Organizations, Responsibility", Encyclopedia of Public International Law (EPIL.), 1983, vol. 5., p. 162.

14. Bindschedler R. L, "International Organizations, General Aspects", EPIL., 1983, vol. 5., p. 130.

۱۵. شایان ذکر است که گرچه به هنگام تأسیس سازمان ملل متعدد تاحد زیادی بر سر این نکته اتفاق نظر بود که سازمانهای بین‌المللی می‌توانند شخصیت بین‌المللی مستقل از دول عضو داشته باشند اما در مورد اعطای صریح اهلیت بین‌المللی کامل به سازمانها تردید وجود داشت. برخورد محافظه کارانه ماده ۱۰<sup>۱۶</sup> منشور ملل متعدد علت این تردید بارز می‌باشد. این ماده عمدتاً از اشاره صریح به شخصیت حقوقی بین‌المللی ملل متعدد امتناع ورزیده است. رک.

Lauterpacht H., "The Subjects of the Law of Nations", The Law Quarterly Review, 1947, vol. 63., p. 447.

شخصیت حقوقی عینی آن<sup>۱۶</sup> توسط دیوان بین المللی دادگستری مورد شناسایی قرار گرفت،<sup>۱۷</sup> چنین امری درمورد سایر سازمانهای بین المللی مصدق ندارد<sup>۱۸</sup> و دول غیر عضو الزامی به پذیرش شخصیت حقوقی بین المللی آن سازمانها نداشته و شناسایی چنین شخصیتی توسط آنها عنصری لازم نلقی می شود.<sup>۱۹</sup>

برخی معتقدند سازمانهای بین المللی زمانی موجودیت می یابند که ما با ارگانهای بین المللی مواجه باشیم که تابع صلاحیت هیچ کشوری نباشند و نه از طرف دولتها بلکه مستقلًا تعهداتی را بپذیرند. این عوامل مبنای موجودیت عینی سازمان را تشکیل می دهند؛ و از این رو این واقعیت که معاهده مؤسس سازمان اثربار نسبت به ثالث ندارد مسأله ای بی ربط می باشد. به همین خاطر دیوان عالی ایالت نیویورک در دعوای شورای بین المللی قلع علیه Inc Amalgamet بدون ملاحظه این امر که ایالات متحده عضو شانزدهمین موافقنامه بین المللی قلع نبود و قانونی داخلی برای شناسایی موجودیت و وضعیت آن شورا در امریکا به تصویب نرسانده بود شورای بین المللی قلع را از نظر قانون امریکا یک نهاد حقوقی تلقی

۱۶. پروفسور بین چنگ ضمن اذعان به احترام زیادی که برای رأی دیوان در قضیه جبران خسارات قائل است ادعای دیوان را در مورد شخصیت عینی ملل متحده عاری از حقیقت قلمداد می کند. به اعتقاد وی دیوان خود، حق سازمان را برای طرح دعوا بر نقض عهد دولت غیر عضو در قبال سازمان مبتنی ساخته است. بی تردید در وارد شدن به چنان تعهدی دولت غیر عضو قبل از شخصیت حقوقی بین المللی سازمان و اهلیت آن را برای تضمین رعایت حقوق خود مورد شناسایی قرارداده است (op.cit., p.37). به نظر می رسد این استدلال پروفسور چنگ تا آنجا که به نقض تعهدات قراردادی میان سازمان و دولت غیر عضو مربوط شود راست بنماید زیرا در تکوین چنین تعهداتی طرفهای آن دست کم به طور ضمنی شخصیت حقوقی یکدیگر را شناسایی کرده اند. لیکن در مورد تعهدات غیر قراردادی به علت فقدان رابطه صریح قبلی، بعيد است بتوان قائل به چنین شناسایی شد. جدای از این نکته در تحکیم شخصیت عینی ملل متحده می توان به بند ۶ ماده ۲ منشور استناد کرد که مقرر می دارد: «سازمان مراقبت خواهد کرد کشورهایی که عضو ملل متحده نیستند، تا آنجا که برای حفظ صلح و امنیت بین المللی ضرورت دارد برطبق این اصول عمل نمایند».

17. ICJ Reports, 1949, p. 185.

18. Kindred H. M., "The Protection of Peacekeepers", Canadian Yearbook of International Law (CYIL), 1995., p. 278.

19. Bindschedler, loc. cit.

کرد. "پر واضح است که دادگاه عالی نیویورک کارکرد و عملکرد شورای بین المللی قلع را در سطح بین المللی مطعم نظر قرار داده است و بر این ضرورت توسل جسته است که «وقتی هیچ سیستم نهادینی برای شناسایی و ثبت تجمعات، به عنوان اشخاص حقوقی وجود نداشته باشد ملاک اساسی در این مورد معیار شغلی و کارکردی است».<sup>20</sup>

برخی حتی گام را از این حد نیز فراتر نهاده، معتقدند که سازمانهای بین المللی همانند دولتها دارای اهلیت حقوق ذاتی برای اجرای هرگونه عمل حاکمه یا بین المللی هستند به شرط آنکه عملاً قادر به اجرای آن باشند.<sup>21</sup> با وجود این به خوبی پیداست که حقوق و تکالیف یک سازمان بین المللی به اهداف و اشتغالات صریح یا ضمنی آن که در سند مؤسس ذکر شده است یا از رهگذر رویه سازمان توسعه یافته، محدود می شود؛ در حالی که دولت دارای اهلیت کامل می باشد.<sup>22</sup> چنین تلاشی برای آنکه دولتها و سازمانهای بین المللی را به عنوان تابعان حقوق بین الملل در یک سطح قرار دهد منجر به انتقال خودسرانه و تصنیع مفاهیم از یک عرصه به قلمروی دیگر می شود. نویسنده مذکور این واقعیت غیرقابل انکار را نادیده گرفته است که اساسنامه های سازمانهای بین المللی نه فقط اهداف سازمان را به دست می دهند بلکه اشتغالات آن را نیز معین می کنند.<sup>23</sup> در این مورد می توان به نظر مشورتی دیوان دائمی دادگستری بین المللی در قضیه کمیسیون اروپایی دانوب استناد کرد که اعلام شد از آنجا که کمیسیون اروپایی نه یک دولت، بلکه یک شخص بین المللی است، فقط دارای کارکردهایی است که از

20. perkerr LJ 3 A.E.R., 1980 at 297, In YIIL., op. cit., p. 276.

21. Brownlie. I " Principles of Public International Law", Oxford. 1990, p. 680.

22. Finn Seyersted, "Objective Personality of Intergovernmental Organizations", 1963, pp. 28-29.

23. Menon p. k., "International Organizations as Subjects of International Law", Revue de Droit International de Sciences Diplomatiques et Politiques (RDISDP.), 1992, vol. 70, No. I, p. 64.

24. Rama - Montaldo, op. cit., pp. 120, 121.

رهگذر اساسنامه کمیسیون جهت تحقیق هدفی خاص برای آن پیش بینی شده باشد.<sup>۲۵</sup>



شخصیت حقوقی به معنای اهلیت برخورداری از حقوق و تابع تکالیف قانونی واقع شدن، انجام اعمال حقوقی، اقامه دعوا و تحت تعقیب قرار گرفتن است.<sup>۲۶</sup> آثار شخصیت بین المللی سازمان شامل اشتغالات، وظایف، حقوق، امتیازات و مسؤولیتها می شود.<sup>۲۷</sup> به همین لحاظ در پاراگراف مقدماتی کنوانسیون ۱۹۸۶ وین راجع به معاهدات میان دولتها و سازمانهای بین المللی و بین خود سازمانهای بین المللی جنبه کارکردی شخصیت حقوقی سازمانهای بین المللی مبنای صلاحیت آنها در عقد معاهده قرار گرفته است، زیرا اهلیت انعقاد معاهده برای اعمال وظیفه و اجرای اهداف سازمانها ضروری قلمداد شده است.<sup>۲۸</sup>

بی تردید یکی از تجلیات شخصیت حقوقی، مسؤولیت در اثر نقض حقوق بین الملل است<sup>۲۹</sup>؛ منتهای مراتب اگر سازمانی بین المللی واجد شخصیت حقوقی جداگانه و مستقلی از دول عضو خود باشد منطقاً مسؤول اعمال خود تلقی

25. PCIJ., 1927, ser B, No. 14, p. 64.

26. Kelsen. H., "The Law of the United Nations", London Stevens, 1957, p. 329.

27. Bowett D. W., "The Law of International Institutions", London, Stevens, 1982, p. 339.

28. Morgenstern. F., "The Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations", In Dinstein, op. cit., p. 441.

29. Brownlie I., "International Law at the Fiftieth Anniversary of the United Nations", RCADI., 1995, vol. 255, p. 52.

می شود.<sup>۳۰</sup> دیوان بین المللی دادگستری در قضیه جبران خسارات واردہ به سازمان ملل متعدد در این مورد ابراز داشت که برخورداری سازمان ملل متعدد از شخصیت بین المللی به معنای آن است که سازمان قادر به دارابودن حقوق و تعهدات بین المللی می باشد.<sup>۳۱</sup> برای مثال سازمان می تواند مستقلأً به عقد معاهدات بین المللی با دیگر دولتها یا سازمانهای بین المللی مبادرت ورزد (ماده ۶ کنوانسیون ۱۹۸۶ وین).

اما آیا استقلال سازمان و انفكاك شخصیت حقوقی آن از دول عضو به معنای نفی کامل مسؤولیت بین المللی دولتهای عضو در قبال اعمال خلاف بین المللی سازمان ذی ربط می باشد؟ برخی براین باورند که براساس نظامهای حقوقی ملی می توان شرکتهای با مسؤولیت محدود ایجاد کرد. این امر اشخاص طبیعی را تحت شرایط خاصی قادر به ایجاد شخصیت حقوقی می کند که دیگر آنها خود شخصاً مسؤول اعمال آن نهاد جدید نیستند؛ اما در حقوق بین الملل چنین مقرراتی به چشم نمی خورد. براین اساس حتی اگر سازمانهای بین المللی به عنوان اشخاص بین المللی طبق حقوق بین الملل مسؤول اعمالی باشند که انجام می دهند این امر نمی تواند نافی مسؤولیت فرعی دول عضو باشد.<sup>۳۲</sup>

در همین راستا حتی برخی پای را فراتر نهاده اند. در مذاکراتی که منجر به اتخاذ کنوانسیون راجع به مسؤولیت بین المللی برای خسارت ناشی از اجسام فضایی (۲۹ مارس ۱۹۷۲) گردید، کشورهای بلوک شرق منکر این امر بودند که سازمانهای بین المللی، موجودیتی مجزا از اعضای خود داشته باشند، و معتقد بودند که صرف عضویت در سازمانی بین المللی تغییری در تعهدات ناشی از فعالیتهای فضایی دول عضو ایجاد نمی کند.<sup>۳۳</sup> این نظر در آرای قضایی و داوری نیز تا حدی

30. YILC., 1975, vol. I, p. 46, Para. 35.

31. ICJ Reports, 1949, pp. 174 - 179.

32. Schermers H., "International Institutional Law", Sijthoff, 1980, p. 780.

33. E. g. Romania, A/AC. 105 c. 2/SR. 121, p. 2/ Bulgaria, Ibid, SR, 122, p.5., In Foster. W. F., "The Convention of International Liability Caused by Space Objects", CYIL., 1972, pp. 179-183.

مورد پیروی واقع شده است. در قضیه

**Westland Helicopters Ltd. v Arab Organization for Industrialisation**

که در سال ۱۹۸۴ در اطاق بازرگانی بین المللی (ICC) مورد رسیدگی قرار گرفت مسأله شخصیت حقوقی سازمان خوانده و مسؤولیت غیر مستقیم چهار دولت عضو آن مطرح گردید. محکمه داوری در رأی نهایی خود خاطرنشان ساخت که انتساب صریح شخصیت حقوقی به سازمان مذکور، به معنای استثنای مسؤولیت چهار دولت عضو نمی باشد. به اعتقاد دادگاه در فقدان مقرراتی صریح یا ضمنی جهت رفع مسؤولیت دول عضو، این مسؤولیت باقی است، زیرا به عنوان قاعده‌ای کلی کسانی که در معاملات دارای ماهیت اقتصادی شرکت دارند مسؤول ایفای تعهدات ناشی از آن معاملات می باشند. این قاعده از اصول کلی حقوقی و حسن نیت نشأت می گیرد.<sup>۳۴</sup>

همچنین در دعوای مربوط به شورای بین المللی قلع که در سال ۱۹۸۸ به دادگاه استیناف انگلستان رسید، قاضی Nourse در مخالفت با اکثریت ابراز داشت که انتساب شخصیت حقوقی به سازمانی بین المللی ضرورتاً اعضای سازمان را از مسؤولیت ایفای تعهدات آن سازمان معاف نمی سازد، زیرا زمانی که دولتها مشارکت و کنترل گسترشده‌ای را در امور سازمانی اعمال می کنند فرض بر پذیرش مسؤولیتهای ناشی از التزامات و تعهدات آن سازمان می باشد. به نظر وی حمایت از طرفهای ثالث، مسؤولیت فرعی و ثانویه دول عضو سازمان را مطلوب و ضروری می سازد.<sup>۳۵</sup>

بعضی معتقدند که مسؤولیت یک دولت عضو به خاطر تصمیمات سازمان، باید به این واقعیت بستگی داشته باشد که آیا عضو مذکور می توانست با اقدام خود از اتخاذ تصمیم مربوطه جلوگیری کند یا نه.<sup>۳۶</sup> پراوضح است که اگر یک

34. ILM (23), 1984, p. 1084.

35. A.E.R., 1988, 3, pp. 332-333. In YIL., op. cit., p. 260.

36. Hohenfeldern. I.S., "Responsibility of Member States of an International Organization for Acts of that Organization", In Milano-dott.A. Giuffrè (ed.), "International Law at the Time of Its Codification", Essays in Honour of Roberto Ago, vol. III, 1987, p. 420.

سازمان دارای اراده‌ای جداگانه و مستقل باشد تداوم نقش دول عضو از طریق ارگانهای سازمان، در حیطه مسؤولیت اعضا به خاطر اعمال آن سازمان باید خنثی تلقی شود. مضافاً بر اینکه اگر تداوم مشارکت و کنترل، معیار و محک مسؤولیت دول عضو قرار گیرد این امر توالي فاسد زیادی به دنبال خواهد داشت؛ از جمله اینکه دولتهای عضو باید فقط مسؤول تصمیمات اتخاذی در ارگانهایی باشند که در آن نماینده دارند و یا فقط دولتهایی مسؤول تصمیم منشأ خسارت قلمداد شوند که نماینده‌شان بدان تصمیم رأی مشتبث داده است. هر چند اغلب سازمانهای بین‌المللی بسیط نبوده و موجودیتی مختلط دارند لیکن یک کل جدا ناپذیرند و از موجودیت واقعی برخوردارند.<sup>۳۷</sup> به همین خاطر در قضیه مربوط به سورای بین‌المللی قلع حکم داده شد که خود سازمان - و نه اعضای آن - مسؤول ایفای تعهدات می‌باشد.

علاوه بر این به لحاظ نوع اقدامات سورای بین‌المللی قلع در مقابل دادگاه استدلال شده بود که جبران خسارات و سایر اختیارات مربوط به شخصیت حقوقی بین‌المللی فقط در مورد سازمان ملل متحده مصدق دارد و سازمانهایی که اعمال تصدی انجام می‌دهند، نمی‌توانند پشت حجاب شخصیت حقوقی، مسؤولیت دول عضو را لوث نمایند. دادگاه در حکم خود بیان داشت که البته اهداف اساسی ملل متحده کلاً متفاوت از اهداف سازمانهایی چون سورای بین‌المللی قلع می‌باشد. اما این واقعیت که شورا عمدتاً برای انجام فعالیتهای تجاری ایجاد شده در حالی که ملل متحده برای اهداف اداری و مشابه آن وارد قرارداد می‌شود، دلیل تمایز قائل شدن میان آنها به عنوان نهادهای حقوقی نمی‌شود.<sup>۳۸</sup> البته نباید فراموش کرد که تفاوت میان اعمال تصدی و حاکمیت در قلمرو برخورداری سازمان از مصونیت در مقابل دادگاههای داخلی کاملاً موجه و بجا می‌باشد، اما این تفکیک موجب تجزیه شخصیت حقوقی سازمان در قبال وقایع و اعمال حقوقی مختلف نمی‌شود. حکم دادگاه داوری در قضیه وستلند هلی کویترز از قیاس سازمانهای

37. Higgins R., In YIIL., Ibid., p. 261.

38. E. R., 1988, 3, 257, at 297, In YIIL., Ibid., p. 256.

بین المللی با شرکتهای تجاری در حقوق داخلی نشأت گرفته است، که در صورت سکوت اساسنامه درمورد نوع شرکت، جهت حمایت از اشخاص ثالث، فرض شده که شرکت مذکور تضامنی است (ماده ۲۲۰ قانون تجارت ایران) و اگر دارایی شرکت برای تأدیه تمام دیون آن کافی نباشد هر یک از شرکا مسؤول پرداخت تمام قروض شرکت می‌باشد (ماده ۱۱۶). اما نباید از یاد برد که سازمانهای بین المللی باید در چارچوب خود بررسی و تحلیل شوند و قیاس آنها با شرکتهای تجاری به لحاظ تفاوت در ساختار و ماهیت و هدف، قیاسی مع الفارق می‌باشد. به همین خاطر انتیتوی حقوق بین الملل در قطعنامه سال ۱۹۹۵ خود، در مورد آثار حقوقی عدم اجرای تعهدات بین المللی سازمان در قبال طرفهای ثالث برای دول عضو سازمان، در ماده ۶ بیان می‌دارد: «هیچ قاعده عمومی در حقوق بین الملل وجود ندارد که بر آن اساس دول عضو به صرف عضویت، به صورت متقارن یا فرعی مسؤول تعهدات آن سازمان بین المللی باشند که عضو آن هستند». <sup>۳۹</sup> در تأیید این نکته می‌توان به گزارش‌های کمیسیون حقوق بین الملل در مورد معاهدات منعقده توسط سازمانهای بین المللی و اثر آنها نسبت به طرفهای ثالث استناد کرد. مخبر ویژه کمیسیون در اولین گزارش خود در مورد حقوق معاهدات سازمانهای بین المللی نظری را ابراز داشت که بعداً مورد تأیید شرکت کنندگان در کنفرانس وین قرار گرفت. به اعتقاد وی دولتهای عضو یک سازمان باید در مورد معاهدات منعقده سازمان، کم و بیش دول ثالث محسوب شوند.<sup>۴۰</sup>

بر این اساس به لحاظ برخورداری سازمانهای بین المللی دولتی از شخصیت حقوقی جداگانه و مستقل از دول عضو، خود سازمان مسؤول ایفای تعهدات خویش می‌باشد<sup>۴۱</sup> مگر اینکه اعضاء صراحتاً چنین مسؤولیتی را پذیرفته باشند. در واقع بر

39. YIIL., 1995, p. 466.

40. YILC., 1972, vol. II., p. 197.

۴۱. حتی زمانی که سازمانی بین المللی منحل شود به اعتقاد شیهاتا و امراسینگ مطالبات طلبکاران سازمان از طریق اموال سازمان تسویه می‌شود بدون اینکه اعضای سازمان مذکور مسؤولیتی در تأدیه دیون مازاد بر دارایی سازمان داشته باشند. رک. YIIL., 1995, pp. 313, 359.

طبق ماده ۵ قطعنامه انتیتیو حقوق بین الملل، راجع به آثار حقوقی عدم اجرای تعهدات سازمانهای بین المللی در قبال طرفهای ثالث برای دول عضو، چنین آثار و نتایجی با مراجعه به قواعد و مقررات سازمان یعنی سند مؤسس، اصلاحیه های آن، مقررات اتخاذی برطبق سند مؤسس، تصمیمات و قطعنامه های لازم الاتباع اتخاذی بر اساس آن استناد و رویه مستقر سازمان معین می شود.<sup>۴۲</sup> برای مثال طبق بند ۲ ماده ۲۲ کنوانسیون راجع به مسؤولیت بین المللی برای خسارت ناشی از اجسام فضایی اگر یک سازمان بین المللی دولتی از رهگذار فعالیتهای فضایی باعث خسارت شود سازمان مذکور و اعضای آن که عضو این کنوانسیون هستند متفقاً و جداگانه مسؤول خواهد بود، مشروط بر آنکه اولاً هر درخواست غرامت، اول به خود سازمان تسلیم شود، فقط در صورتی که سازمان این خسارت را در ظرف شش ماه جبران نکرد مدعی می تواند برای دریافت غرامت به مسؤولیت آن اعضای سازمان که طرف این کنوانسیون هستند استناد کند. با وجود این همان گونه که در این مورد مشاهده می شود خواهان حتی پس از معین شدن میزان غرامت نمی تواند به انتخاب خود پرداخت کننده آن را برگزیند، بلکه اول باید در پی دریافت غرامت از سازمان برآید، منتها در صورت کوتاهی و قصور (و به طریق اولی ناتوانی) سازمان از پرداخت غرامت می تواند به سراغ اعضای آن سازمان ببرود.<sup>۴۳</sup>

## ۳

نقطه شروع مسؤولیت زمانی است که قابلیت انتساب پایان می یابد.<sup>۴۴</sup>

بدین لحاظ قابلیت انتساب در حقوق مسؤولیت بین المللی از مسائل بسیار حساس و مهم می باشد. این مفهوم در حقوق بین الملل تا حدی در پرتو اصلی قرار می گیرد

**۴۲.** Ibid., 1996, p. 301.

**۴۳.** Foster, op. cit., p. 182.

**۴۴.** Starke J. G., "Imputability in International Delinquencies", BYIL., 1938, p. 106.

که می توانیم آن را نمایندگی واقعی و عملی (Factual Agency) در نظامهای حقوقی داخلی بنامیم.<sup>۴۵</sup>

مع هذا سازمانهای بین المللی مثل دولتها، فی حد ذاته شخصیت‌های فعالی نیستند، بلکه در عالم واقع ارگانها و کارمندان سازمان از طرف آن انجام وظیفه می‌کنند." از طرف دیگر اصولاً مسؤولیت بین المللی متوقف بر ارتکاب عمل خلاف بین المللی توسط یکی از تابعان حقوق بین الملل می‌باشد. از این رو برای آنکه مسؤولیت بین المللی یک سازمان محقق شود، عمل خلاف ارتکابی باید به سازمان مذکور منتبش شود. کمیسیون حقوق بین الملل در طرح پیش‌نویس مواد خود راجع به مسؤولیت بین المللی دولتها، انتساب رفتار ارگان عمل کننده در اهلیت و ظرفیت خود (مواد ۵ و ۱۰) و اشخاص یا گروههایی که عملاً از طرف آن دولت اقدام می‌کنند (ماده ۸) را به آن دولت، منوط به قانون داخلی ندانسته است. به نظر می‌رسد چنین امری قابل قیاس با یک سازمان بین المللی می‌باشد.<sup>۴۶</sup>

مسؤولیت بین المللی و قابلیت انتساب عمل به سازمان براساس اصل کنترل مؤثر، تقویم و ارزیابی می‌شود و اهلیت حقوقی محدود هر سازمان در این مورد باید

45. Higgins, op.cit., p. 283.

۴۶. در تعریف واژه کارمند یا مستخدم سازمان بین المللی می‌توان به نظر مشورتی دیوان دائمی دادگستری بین المللی راجع به صلاحیت سازمان بین المللی کار استناد کرد. به نظر دیوان مأمور یا کارمند سازمان عبارت است از هر شخصی که - چه رسمیاً از سازمان حقوق دریافت نماید یا خیر و به طور دائم برای سازمان کار کند یا به صورت موقت به وسیله ارگان سازمان عهده دار انجام یا کمک به اجرای وظایف آن ارگان شده باشد؛ و به طور خلاصه هر شخصی که سازمان از رهگذر آن عمل نماید. [PCIJ., 1926, ser. B, No. 13, p. 18] در مورد توصیف یک ارگان یا مأمور دولتی براساس ماده ۵ طرح پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین الملل معيار حاکم نظام حقوقی داخلی دولت مربوطه می‌باشد. منتهای مراتب باید توجه داشت که در این مورد به شکل و ظاهر نظام حقوقی آن دولت اکتفا نمی‌شود زیرا در موقع ضروری این وضعیت بویژه در مورد افراد غیررسمی مصدق می‌باشد. به همین خاطر در بیانی از موارد آنچه یک ارگان یا مأمور دولتی قلمداد می‌شود موضوعی عینی و واقعی است. رک.

Brownlie I., "System of the Law of Nations, State Responsibility", part I, oxford., 1983, p. 136.

47. Gaja. G., "some Reflections on the European Community's International Responsibility", In schermers H.G., Heukels T and Mead. ph. (eds.), "Non-contractual Liability of the European Communities", Martinus Nijhoff, 1988, p. 170.

مطمح نظر واقع شود.<sup>۴۸</sup> در مورد مسؤولیت بین المللی دولت، دیوان بین المللی دادگستری در قضیه نیکاراگوئه خاطرنشان ساخت: برای آنکه کمکهای امریکا به شورشیان کنtra، باعث شود که ایالات متحده مسؤولیت اعمال آنها را به دوش کشد باید ثابت گردد که آن دولت بر عملیات نظامی و شبہ نظامی ای که در جریان آنها تقضهای ادعا شده صورت گرفته، کنترل مؤثر داشته است.<sup>۴۹</sup> آشکار است کنترلی که یک دولت در قلمرو خود اعمال می کند انحصاری و وسیع می باشد؛ و به همین خاطر حقوق بین الملل مسؤولیت گسترده ای بر آن دولت در مورد وقایع محقق شده در داخل سرزمین خود تحمیل می کند. لیکن به علت محدود بودن دامنه و قلمرو کنترل سازمانهای بین المللی، مسؤولیت احتمالی آنها نسبتاً کمتر از مسؤولیت یک دولت است.<sup>۵۰</sup>

بر اساس نظر کمیسیون حقوق بین الملل در تفسیر ماده ۱۳ طرح پیش نویس راجع به مسؤولیت دولتها، اعمال ارگانهای یک سازمان بین المللی که متنضم نقض تعهد بین المللی آن سازمان باشد منشأ مسؤولیت آن سازمان به شمار می رود و برای اینکه نتیجه عمل ارگان یا مأمور، دامنگیر خود سازمان شود، آنها باید در آن مورد خاص در حیطه صلاحیت و در قالب اهلیت خود عمل کرده باشند، یعنی به نام و از طرف سازمان در اعمال اشتغالات و تحت کنترل انحصاری سازمان اقدام کرده باشند<sup>۵۱</sup>. به همین خاطر معاهدات مؤسس جوامع اروپایی صریحاً مقرر داشته اند که جوامع مسؤول خساراتی می باشند که توسط کارمندان آنها در اجرای وظایفشان ایجاد شده است (بند ۳ ماده ۳۱۵ معاهده جامعه اقتصادی اروپا، بند ۳ ماده ۱۸۸ اوراتوم و ماده ۴۰ بند ۲ جامعه زغال سنگ و فولاد). با وجود این فقط اعمال

**48.** Eagleton C., "International Organizations and the Law of Responsibility", RCADI., 1950, vol. 76, pp. 399- 403.

**49.** ICJ Reports, 1986, pp. 64-65.

**50.** Eagleton., Ibid., p. 386.

**51.** YILC., 1975., vol. II, p. 90.

رسمی کارمندان می تواند منجر به مسؤولیت جوامع شود<sup>۳۰</sup> و نه اقداماتی که آنها در مقام افراد خصوصی و در آن سمت انجام داده اند. در مورد مفهوم و قلمرو «اعمال انجام شده در حیطه وظایف کارمندان جوامع اروپایی» آرای متعددی از طرف محکم داخلی کشورهای عضو و دیوان دادگستری جوامع اروپایی، با توجه به نوع مأموریتهای محوله و زمان انجام آنها به ویژه در مورد تصادفات رانندگی صادر شده است. نکته جالب توجه آن است که دیوان دادگستری جوامع با توجه به لزوم جبران خسارت زیاندیدگان، و این واقعیت که اعمال اجرا شده در حیطه وظایف کارمندان، تحت سیطره اصل مصونیت قرار می گیرد همواره سعی کرده است که عمل رسمی را به صورتی مضيق تفسیر نماید. دیوان با مقرر داشتن این امر که عمل در سمت رسمی فقط در مواردی استثنایی می تواند صورت پذیرد که عمل مذکور نتواند به طرقی دیگر تحت اختیار جامعه و توسط کارمندان خود آن انجام شود؛ شدیداً مفهوم عمل رسمی را به خاطر مانع مصونیت محدود کرده است<sup>۳۱</sup>. این سیاست قضایی دیوان متأثر از ملاحظات منصفانه و لزوم جبران خسارت از زیاندیدگان بوده است.

نباید فراموش کرد که عمل اجرایی مأمور در تجاوز از حیطه صلاحیت خویش یا در عدم تبعیت از فرامین دولتی نیز به دولت وی منتب می شود، در غیر این صورت مسؤولیت بین المللی دولت به سرایی بیش نمی ماند؛ زیرا به مأمور دولت بندرت دستور یا اجازه داده می شود که مرتکب عمل خلاف شود. آنچه مهم است آن است که مأمور در ظاهر در سمت ارگان آن دولت عمل کرده باشد، خواه به لحاظ آنکه چنان امری در حین اعمال وظایفشان صورت گرفته، یا تحت پوشش ماهیت رسمی عمل وی محقق گردیده است.<sup>۳۲</sup> چنین نکته ای منطقاً در مورد مأمورین و کارمندان سازمانهای بین المللی نیز مصدق می یابد؛ زیرا استواری

52. Schermers H. G, "Official Acts of Civil Servants", In schermers, Heukels and Mead, op. cit., p. 75.

53. Second Sayag case. 9/69, 1969, E.C.R., In Ibid., p. 79.

54. Aréchaga E. J. and Tanzi A., "International State Responsibility", In Bedjaoui., op. cit., p. 358.

پیوند میان کارمند بین‌المللی با سازمان خود کمتر از رابطه بین یک مأمور و دولت وی نیست. در تأیید این امر می‌توان به ماده ۱۰۰ منشور سازمان ملل متحده استناد کرد که نه فقط لازم می‌دارد کارمند سازمان دستورات دولت متبع خود را رد کند و فقط در انجام وظایف از سازمان کسب تکلیف کند؛ بلکه مقرر داشته است که کشورهای عضو سازمان هیچ کنترلی را بر اتباعشان در ایفا وظیفه خود به عنوان کارمندان ملل متحده روا نمی‌دارند.

انتساب اعمال خلاف مأمورین سازمان بین‌المللی به سازمان مربوط در اقدامات نیروهای حافظ صلح ملل متحده و پذیرش مسؤولیت کارهای آنها توسط سازمان ملل کاملاً مشهود است. اما باید توجه داشت «تا آنجا که به مسؤولیت ملل متحده در این مورد مربوط می‌شود باید میان اعمال مجرمانه براساس قانون داخلی کشور متوقف فیه؛ که از وظایف رسمی اعضای نیرو نشأت نمی‌گیرد (مثل تجاوز به عنف و سرقت)؛ و اعمالی که در قالب وظایف رسمی انجام شده است قائل به تمایز گردیم. در مورد اول اصولاً تنها تعهد ملل متحده آن بوده که تمام قدرت و توان خود را برای تحقیق در مورد جرم ادعا شده بکار گیرد و اصرار ورزد که کشور ذی‌ربط شرکت کننده در عملیات، تعهد خود را در مجازات مجرم عملی سازد. مواد ۱۳ و ۲۹ راجع به مقررات ناظر بر نیروهای ملل متحده در کنگو حاکی از آن هستند که مسؤولیت نهایی برای عمل انضباطی و تنبیه کیفری هر دو به عهده مقامات دولت شرکت کننده می‌باشد، در مورد دوم که اعمال مجرمان اقدامات رسمی هستند روشن است که ملل متحده باید پذیرای مسؤولیت ناشی از این اعمال باشد.»<sup>۵۵</sup> برای مثال در این مورد می‌توان به موافقتنامه‌های منعقده توسط ملل متحده در ۱۹۶۵، ۱۹۶۶ و ۱۹۶۷ با بلژیک، یونان، ایتالیا، لوکزامبورگ و سویس در مورد پرداخت غرامت به خاطر خسارات واردہ به اشخاص و اموال اتباع آن کشورها، در اثر عملیات نیروهای ملل متحده در کنگو اشاره کرد. درواقع از این رهگذار سازمان ملل متحده با اثبات این امر که مأمورین سازمان واقعاً باعث خسارت غیر موجه به دیگران شده‌اند مسؤولیت اعمال آنها را پذیرفت. مع‌هذا در این مورد ملل متحده فقط

۵۵. Bowett D. W., "United Nations Forces, A Legal Study of United Nations Practice", London, Stevens & sons, 1964, p. 246.

مسؤولیت ناشی از اعمال تحت اختیار خود را عهده دار گردید. «سازمان هیچ گونه مسؤولیتی را در مورد خدمه هواپیماهای دولتها بیان کرد، برای حمل ملزمات ملی مورد نیاز واحدهای خود در کنگو بکار گرفته شده بودند را نپذیرفت.»<sup>۵۶</sup> خلاصه کلام آنکه در این مورد دو فرض را می‌توان مطرح ساخت. یکی آنکه اعمال موجود خسارات اقداماتی غیرقانونی یعنی خارج از حیطه اختیارات و مأموریتهای نیرو بوده اند. دوم آنکه آن اعمال ناقض اصول و روح حاکم بر کوانسیونهای عام بین المللی باشند که در مورد رفتار پرسنل نظامی قابل اعمال هستند. چنین اعمالی مبنای دعوایی صحیح برای مطالبه غرامت از ملل متحد را تشکیل می‌دهند، مشروط بر آنکه به ملل متحد قابل انتساب باشند خواه به دلیل آنکه در اجرای وظایف رسمی صورت گرفته اند، تحت اختیاری ویژه محقق شده اند یا با تأیید بعدی ملل متحد که از رهگذر دبرکل یا احتمالاً افسر یا فرمانده مسؤول عمل می‌کرده اند مواجه شده باشند.<sup>۵۷</sup>

همچنین آژانس بین المللی انرژی اتمی بر اساس اصول کلی حقوقی، همواره مسؤولیت خسارات ناشی از قصور آژانس یا کارمندان خود را در حین انجام وظایف خویش پذیرفته است. شایان ذکر است که در دو وضعیت ممکن است دعوایی راجع به مسؤولیت آژانس طرح شود. اول آنکه فعالیتهای آژانس در داخل سرزمین یک دولت باعث ایجاد سانحه منجر به خسارت به اشخاص یا اموال شود. چنین امری ممکن است ناشی از اعمال بازرسان آژانس یا تجهیزات تعییه شده آنها در تأسیسات هسته ای باشد. دوم خساراتی که به خاطر افشای اسرار تجاری، صنعتی یا دیگر اطلاعات محترمانه تحصیل شده توسط آژانس ایجاد می‌گردد. کلیه موافقنامه های منعقده آژانس با دولتها، متضمن تعهدات آژانس در مورد رفتار و عملکرد بازرسان و حمایت از اطلاعات تحصیل شده می‌باشد. آژانس ملزم شده

56. Seyersted Finn, "United Nations Forces, Some Legal Problems", BYIL., 1961, p. 421.

57. Bowett, Ibid., pp. 246-247.

است که در صورت نقض این تعهدات به دولت زیاندیده غرامت پردازد.<sup>۵۸</sup>

برخی مواقع یک دولت از رهگذر توافق با سازمان، مسؤولیت ناشی از اعمال کارمندان و مأموران آن را عهده دار می‌گردد، مثل موافقتنامه ۲۱ می ۱۹۶۸ میان سازمان ملل متحده و برخی آژانس‌های تخصصی آن با دولت استرالیا. بخوبی پیداست که این گونه موارد منصرف از مسئله انتساب عمل خلاف سازمان به دولت دیگر بوده، بلکه موضوع صرفاً پذیرش آثار و نتایج عمل سازمان توسط آن دولت از رهگذر معاهده‌ای خاص می‌باشد. چنین امری در چارچوب مسؤولیت غیرمستقیم یا مسؤولیت ناشی از عمل دیگری جای می‌گیرد.<sup>۵۹</sup>

میان اعمال انتسابی به یک سازمان و خسارات ادعایی باید رابطه سببیت وجود داشته باشد.<sup>۶۰</sup> لیکن گاه ممکن است اسباب متعددی به انحصار گوناگون باعث بروز ضرر شده باشند. از این‌رو باید معلوم شود که کدامیک از آنها علت حقیقی ورود خسارت بوده است. رویه قضایی دیوان دادگستری جوامع اروپایی مبین آن است که رابطه سببیت میان فعل یا ترک فعل خلاف و خسارات واردہ باید مستقیم، فوری و انحصاری باشد.<sup>۶۱</sup>

بی تردید در صورتی که عمل خلاف کارمند و مأمور یک سازمان بین‌المللی به آن سازمان منتبه نشود وی شخصاً باید از عهده جبران خسارات واردہ برآید.

58. Rockwood. L, "Responsibility of the International Organization and of Its Civil Servants", In Daniel Bardonnet (ed.), "The Convention on the Prohibition and Elimination of Chemical Weapons: A Breakthrough in Multilateral Disarmament", RCADI., workshop, Martinus Nijhoff, 1995, pp. 376-379.

59. YILC., 1975, vol. II., p. 89.

60. CASE 59/83, Biovila v. European Economic Community, 1984, E.C.R., 4057, at 4075.

61. CASE 153/73, Holtz and Willemsen v. Council, 1974, E.C.R, 675, at 693.

علی‌رغم این امر که کمیسیون حقوق بین‌الملل با مطالعات خود سال‌هاست که باب بحث راجع به مسؤولیت بین‌المللی ناشی از اعمال منع نشده توسط حقوق بین‌الملل را گشوده است، اما هنوز اساس مسؤولیت بین‌المللی، نقض یک قاعده حقوق بین‌الملل می‌باشد (پاراگراف (ب) ماده ۳ طرح پیش‌نویس کمیسیون حقوق بین‌الملل راجع به مسؤولیت بین‌المللی دولتها).

مبناً یک التزام بین‌المللی، تعهد یک یا چند تابع حقوق بین‌الملل در قبال یک یا چند تابع دیگر می‌باشد<sup>۶۲</sup> و نقض قاعده حقوق بین‌الملل نیز هنگامی محقق می‌شود که فعل یا ترک فعل ارتکابی، مطابق با آنچه تعهد ذی‌ربط لازم شمرده است نباشد (ماده ۱۶ طرح پیش‌نویس کمیسیون).

هر سازمان بین‌المللی به تبع تعهدات بین‌المللی‌ای که عهده دار شده است در صورت نقض آن تعهدات دارای مسؤولیت بین‌المللی خواهد شد.<sup>۶۳</sup> به دیگر سخن «مسؤولیت در قبال خسارت بر پیش فرض عدم مشروعتی یا غیرقانونی بودن اعمال ادعایی مبتنی می‌باشد. فقدان مشروعتی نیز خود متنضم یک سلسله مراتب میان قواعد و به بیان دقیق‌تر مجموعه برتر از قواعدی است که درستی اعمال براساس آنها سنجیده می‌شود.»<sup>۶۴</sup> این قاعده برتر در سازمانهای بین‌المللی، سند مؤسس سازمان می‌باشد که در حکم قانون اساسی سازمان بوده و معیار سنجش اعتبار اقدامات و تصمیمات سازمان، ارگانها و مأموران آن می‌باشد. برای مثال دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه هزینه‌های خاص ملل متحده، به صراحة اهداف و اشتغالات سازمان را برای احراز مشروعيت بکارگیری نیروهای ملل متحده؛ حق سازمان برای ایجاد آنها را مورد توجه قرارداد. از آنجا که دیوان دریافت چنان عملی

**۶۲.** Thirlway H., "The Law and Procedure of the International Court of Justice 1960-1989 (Part seven)", BYIL., 1995, p. 49.

**۶۳.** YILC., 1975., vol. II, p. 88.

**۶۴.** Grabitz E., "Liability for Legislative Acts", In schermers and others., op. cit., p. 4.

در قلمرو استغلالات سازمان جای می‌گیرد آن عمل را قانونی فلمنداد کرد.<sup>۶۵</sup> بنابراین روشن است که اثبات انتساب عمل ادعایی به سازمان، وجود رابطه سببیت میان آن عمل و خسارات وارد مسؤولیت بین المللی سازمان مربوط را محقق نمی‌سازد، مگر آنکه عمل مذکور به منزله نقض تعهدات و التزامات قراردادی و غیرقراردادی آن سازمان باشد. این مسأله به وضعیت حقوقی هر سازمان در قبال دول عضو و غیر عضو بستگی دارد و از سازمانی به سازمان دیگر متفاوت می‌باشد.<sup>۶۶</sup>

همانطور که خاطرنشان شد، سازمانهای بین المللی هویتی ذاتی نداشته و اسناد مؤسس سازمانها، علاوه بر اینکه بدانها موجودیت می‌بخشند، حیطه اختیارات و صلاحیتهای آنها را نیز معین می‌سازند. به همین خاطر «برآورد سازمانهای بین المللی این فرصت فراهم آمده است تا قاعده تجاوز از حدود اختیارات (Ultra vires)<sup>۶۷</sup> در حقوق بین الملل همانند نظامهای داخلی اهمیت یابد». <sup>۶۸</sup> هر چند دیوان بین المللی دادگستری بنا به ملاحظات حقوقی و عملی در قضایای هزینه‌های خاص ملل متحد (۱۹۶۲) و نامیبیا (۱۹۷۱) اختیارات سازمان

**65.** ICJ Reports, 1962, p. 167.

**66.** Ginther, op. cit., p. 162.

**67.** شایان ذکر است که میان قاعده تجاوز از حدود اختیارات و اصل سوء استفاده از قدرت [Détournement de Pouvoir] تفاوتی طریف وجود دارد، اصل اخیر هنگامی اعمال می‌شود که شخصی که از عمل به تشخیص و صلاحیت خود برخوردار شده است، در جریان کار از این اختیار خود نه برای نقض یک مقرره قانونی، بلکه در راستای هدفی جز آنچه که مقصود بوده است استفاده کند. در واقع تمایز منطقی میان دو اصل فوق آن است که تجاوز از حدود اختیارات به عنوان عملی است خارج از حدود اختیارات اعطا شده؛ ولی دومی عملی است که در چارچوب آن قالبها، اما برای نیل به هدفی نامناسب و نادرست صورت می‌گیرد. سوء استفاده از قدرت در صورتی در مورد یک سازمان بین المللی مصدق پیدا می‌کند که آن سازمان در اعمال قدرت تشخیص خود (۱) شرایطی بر اعضا یش تحمیل کند که برای نیل به هدفی که بدان خاطر اعطای اختیار شده، ضروری یا مناسب نیاشد یا (۲) عملی اداری باشد که گرچه سند مؤسس سازمان آن را منع نکرده است اما با قلمرو و موضوعات گاری آن سازمان ناسازگار، یا خارج از آن حیطه‌ها می‌باشد: رک.

Fawcett J.E.S, "Détournement de pouvoir by international organizations", BYIL., 1957, pp. 311-317.

**68.** Osieke E., "Ultra vires Acts in International Organizations, The Experience of the International Labour Organization", BYIL., 1976-1977, p. 260.

را با اهداف آن پیوند زد و ابراز داشت اگر سازمان عملی اتخاذ کند که برای اجرای یکی از اهداف آن مناسب باشد فرض بر آن است که چنان عملی تجاوز از حدود اختیارات سازمان نیست.<sup>69</sup> با وجود این، منظور از تقض تعهد بین المللی، تعهد به معنای عام آن می باشد که محدود به تقض سند مؤسس توسط سازمان نمی شود. واضح است که قاعده تجاوز از حدود اختیارات اصولاً توسط دول عضو سازمان و در اوضاع و احوال خاصی قابل استناد می باشد، در حالی که دول غیر عضو سازمان، اگر به خاطر اقدامات سازمان متهم خسارت شوند باید تقض حقوق بین الملل عام یا تخطی از قراردادهای خاص منعقده با سازمان را اثبات نمایند. نقش اصلی دکترین اختیارات در مورد یک سازمان بین المللی تضمین آن است که سازمان مزبور در روابط خود با دول عضو به نحو توافق شده عمل کند. این دکترین محوری اصلی برای انتساب خسارت، میان سازمان و طرفهای ثالث نمی باشد.<sup>70</sup>

روشن است که یک سازمان بین المللی نمی تواند به منشور و اساسنامه خود به عنوان توجیهی برای قصور از اجرای یک تکلیف حقوقی استناد جوید.<sup>71</sup> این اصل خود یکی از مستقرترین اصول موجود در عرصه مسؤولیت بین المللی دولتها می باشد،<sup>72</sup> که به لحاظ ضرورت منطقی در مورد سازمانهای بین المللی نیز قابل اعمال است. البته عده ای معتقدند نقش عملی اختیارات در وضعیتی نمایان می شود که یک سازمان کاملاً و به صورت آشکار، خارج از قلمرو وظایف و اشتغالات اساسنامه ای خود عمل کند. در آن صورت این استدلال که دول عضو از آن سازمان به عنوان حربه یا ابزاری برای اعمال خود استفاده کرده اند قویتر خواهد بود؛<sup>73</sup> و در نتیجه مسؤولیت عمل مذکور نه بر عهده سازمان، بلکه متوجه آن دسته از دولتهای عضوی است که از آن تصمیم حمایت کرده اند. بی تردید این امر فقط

69. ICJ Reports, 1962, p. 168. and 1971, p. 22.

70. Crawford, In YIIL., 1995, p. 335.

71. Shihata, Ibid., p. 314.

72. Thirlway, op. cit., p. 59.

73. Crawford, Loc. cit.

در صورتی مصدق عینی می‌یابد که نوعی مسؤولیت متقارن یا فرعی برای دول عضو هر سازمان بین‌المللی قائل شویم.<sup>74</sup> مع‌هذا حتی‌علی‌رغم عبور از این مانع، تجزیه اعمال دولتها در قالب یک شخصیت حقوقی واحد، خود نتایج و آثار نامطلوبی به بار می‌آورد که قبل‌بدانها اشاره داشتیم. برخی حتی گام را فراتر نهاده و معتقدند که عمل خارج از حدود اختیارات منضم مسؤولیت سازمان نخواهد بود، بلکه مستقیماً موجب مسؤولیت مشترک و انفرادی دول عضو سازمان می‌شود.<sup>75</sup> به خوبی پیداست که چنین ادعایی با اصل استقلال شخصیت حقوقی سازمان مغایر بوده و معتبر نیست.

## ۵

هنگامی که دولتی مدعی است خسارت مالی یا جانی وارد به یکی از اتباع وی، ناشی از نقض یک قاعده حقوقی بین‌المللی بوده است، بر اقدامات او در زمینه حمایت سیاسی و یا قضایی اثری مترب نیست مگر آنکه شخص خسارت دیده قبل‌برای احراق حق خود به دادگاههای کشوری که در آنجا به او خسارت وارد شده است مراجعه و کلیه مراحل دادرسی را پیموده باشد.<sup>76</sup> براساس رأی دیوان بین‌المللی دادگستری در قضیه اینترهاندل اگر دولتی بخواهد به ادعای نقض حقوق تبعه خود در کشور دیگر، از باب حمایت دیپلماتیک دعوای وی را علیه آن دولت طرح نماید دولت اخیر باید فرصت جبران نقض حقوق مذکور را پیشتر در چارچوب نظام حقوقی داخلی خود داشته باشد.<sup>77</sup> مبنای این قاعده احترام به حاکمیت و صلاحیت داخلی دولت ذی‌ربط در رسیدگی به آن مسئله از طریق ارجگاهای قضایی یا دیگر نهادهایش می‌باشد. در غیر این صورت بیگانه فردی ممتاز تلقی شده و در

74. Amerasinghe, In YIIL., op.cit., p. 360.

75. Hohenveldern, In YIIL., Ibid., p. 371.

76. YIIL., 1956., p. 358.

77. ICJ Reports, 1959, p. 27.

صورت پدید آمدن کوچکترین مشکلی با دولت محلی می تواند فوراً پای دولت متبع خود را به میان کشد و از نفوذ سیاسی اش استفاده کند. چنین مداخله دیپلماتیک زودرس و نابهنه‌گامی به منزله توهینی به استقلال حکومت محلی و اقتدار قوانین و محاکم آن تلقی می شود که تمام اشخاص (تحت حاکمیت و صلاحیت دولت) تابع آن هستند.<sup>۷۸</sup> قاعده طی مقدماتی مراجع داخلی در ماده ۲۲ طرح پیش نویس کمیسیون حقوق بین الملل راجع به مسؤولیت بین المللی دولتها نیز گنجانده شده است.

حال این سؤال مطرح می گردد همانند حمایت سیاسی ای که دولتها از اتباع خود در قبال دیگر دول می نمایند آیا قاعده مراجعته مقدماتی به مراجع داخلی در مورد سازمانهای بین المللی هم اعمال می شود؟ به دیگر سخن آیا سازمانهای بین المللی حق دارند که آیینهای جبرانی برای زیاندیده قرار دهند و آیا وی ملزم است قبیل از درخواست حمایت سیاسی از دولت متبع خود، این مراحل را طی کند؟

پاسخ به این سؤال به لحاظ فلسفه ایجاد چنین قاعده ای مثبت است. زیرا به لحاظ تقلیل موارد اصطکاک و برخورد میان دولتها و سازمانهای بین المللی، ثبات روابط بین المللی بهتر تأمین می شود. در این مورد می توان مجدداً به رأی دیوان در قضیه اینترهاندل استناد جست آنجا که اعلام داشت: «هرگونه تمایز میان دعاوی مختلف یا محاکم گوناگون تا آنجا که به قاعده طی مقدماتی مراجع داخلی مربوط می شود بی پایه و اساس است».<sup>۷۹</sup> بدین لحاظ دعاوی مطروحه علیه سازمانهای بین المللی فقط زمانی می تواند به عنوان دعاوی بین المللی طرح شود که مرحله جبرانهای داخلی طی شده باشد. پیمودن جبرانهای داخلی یک سازمان معمولاً به معنای آن است که یک دعوا باید نزد ارگان صالح آن سازمان طرح شده باشد.<sup>۸۰</sup> برخی سازمانهای بین المللی خود محکمه ای دارند که می توانند مسؤولیت آن

78. Aréchaga and Tanzi, op. cit., p. 373.

79. Ibid., p. 29.

80. Schermers, op. cit., supra note 32, pp. 937 - 938.

سازمان را احراز کرده و خسارات احتمالی را تعیین کند؛ مثل دادگاه اداری سازمان بین‌المللی کار و دیوان دادگستری جوامع اروپایی. علاوه بر این در مورد مسؤولیت بین‌المللی جامعه اروپا، جبرانهایی می‌تواند در داخل سیستم قضایی و اجرایی دول عضو وجود داشته باشد به ویژه زمانی که مسؤولیت مبنای خود را در اعمال یا ترک فعلهای مقامات ملی بیابد.<sup>۸۱</sup>

با وجود این نباید فراموش کرد که اغلب سازمانهای بین‌المللی دارای یک سیستم قضایی یا وسائل جبران محلی مثل دولتها نیستند تا شرط لزوم گذراندن مقدماتی مراجعت داخلی در مورد آنها مصدق عینی بیابد. در چارچوب سازمان ملل متعدد شخص خسارت دیده باید دادخواست خود را تسلیم دیرکل سازمان ملل کند و بخش حقوقی دیپرخانه دعوای وی را تعقیب می‌کند. حال اگر بخش حقوقی دیپرخانه دعوا را رد کند براساس موافقتنامه مقر، این دعوا باید به محاکم ایالات متعدد ارجاع شود (قسمت هفتم معاهده مقر).

بدیهی است که اگر یک سازمان با استناد به قاعده جبرانهای داخلی به یک دعوا ایراد نماید باید خود وجود آینهای را ثابت کند که مورد استفاده خواهان قرار نگرفته است. در این صورت اثبات بیهودگی یا عدم کفایت آن جبرانها به عهده خواهان می‌باشد.

مع‌هذا شایان ذکر است اگر تبعه خارجی را ملزم به مراجعت به محاکم داخلی دولت عامل خسارت می‌نماییم این امر بدان خاطر است که آن بیگانه دارای ارتباط و پیوند ارادی خاص با دولتی است که اعمالش را مورد اعتراض قرار داده است مثل اقامت در سرزمین آن دولت، مالکیت اموال مستقر در آنجا، فعالیتهای تجاری و ...<sup>۸۲</sup> اما پر واضح است که چنین رابطه‌ای ارادی و داوطلبانه میان یک سازمان بین‌المللی و اتباع دولتها (حداقل درمورد دولت غیر مقر) به لحاظ سکونت، اقامتگاه و محل استقرار اموال بسی دور از ذهن می‌نماید، زیرا سازمان بین‌المللی برخلاف دولت دارای سرزمین و قلمروی مخصوص به خود

81. Gaja, op. cit., p. 173.

82. Aréchaga and Tanzi, op. cit., p. 375.

نیست<sup>۸۳</sup> تا چنان پیوندهایی پدید آید. علاوه بر این جستجوی چنین رابطه ارادی در خود آن عمل غیرقانونی، دور از عقل و منطق حقوقی می نماید. از این رو الزام فرد زیاندیده به حضور در کشور محل استقرار سازمان و توسل به مراجع مربوطه تکلیفی شاق و دور از انصاف است.<sup>۸۴</sup> در مورد دولتها در وضعیتهای مشابه راه حل اتخاذی آن است که استفاده از قاعده جبرانهای محلی اختیاری باشد نه الزامی، و به صلاح‌دید شخص زیاندیده واگذار شود. این راه حل در ماده ۱۱ کنوانسیون راجع به مسؤولیت بین المللی برای خسارت ناشی از اجسام فضایی اتخاذ شده است. همچنین این فرمول برای موارد خسارت زیست محیطی فرا مرزی توصیه شده است.<sup>۸۵</sup> به نظر می رسد تجویز چاره اخیر در مورد سازمانهای بین المللی ضرورت بیشتری داشته باشد. به خوبی پیداست که هر چند قاعده طی مقدماتی مراجع داخلی در مورد سازمانهای بین المللی مستثنی نشده است اما در این عرصه، حقوق باید در جهات مختلف توسعه یابد.<sup>۸۶</sup>

۸۳. البته گاه ممکن است سازمانی بین المللی عهده دار اداره سرزمینی خاص برای مدتی معین شود. برای مثال در جریان وظایف محوله به ملل متحده توسط هلند و اندونزی که مورد تأیید مجمع عمومی هم قرار گرفت، سازمان اقدامات اجرایی موقتی را از ۲۱ سپتامبر ۱۹۶۲ تا ۳۱ مارس ۱۹۶۳ در سرزمین گینه نو غربی (ایران غربی) از طریق مقام اجرایی موقتی ملل متحده تحت نظر مدیر انتصابی دبیر کل سازمان ملل متحده اعمال نمود. همچنین متعاقب قطعنامه های مجمع عمومی، شورای ملل متحده برای نامیبیا عهده دار انجام وظایف و مسؤولیتهای معین در داخل آن سرزمین گردید. با وجود این نباید فراموش کرد که در این موارد اداره سرزمینی خاص به سازمانی بین المللی واگذار شده است و این امر یقیناً به معنای آن نیست که سرزمینها مورد بحث قلمرو سازمان شده باشند: رک. YILC., 1975, vol. II, p. 87.

۸۴. تردیدی نیست که چنین محظوری فقط در مورد خسارات ایجاد شده در خارج از قلمرو کشور مقر سازمان وجود خواهد داشت.

85. Aréchaga and Tanzi, Loc. cit.

86. Trindade. C., "Exhaustion of Local Remedies and the Law of International Organizations", RDISDP., 1979, p. 108.

سازمانهای بین‌المللی ماهیتاً ناچار هستند در قلمرو دولتها مستقر گردند و یا تشکیل جلسه دهند؛ و در نتیجه اعمال ارگانها و کارمندان آنها در سرزمین تحت صلاحیت یا کنترل یک دولت محقق می‌شود. به عنوان قاعدة‌ای کلی دولتها از رهگذر انعقاد موافقنامه‌های خاص با سازمانهای بین‌المللی بدانها اجازه می‌دهند تا در سرزمین آنها مستقر گردند و به انجام فعالیتهای معین مبادرت ورزند.

اما برای آنکه سازمانهای بین‌المللی از مداخله دولت مقر یا میزبان برکنار بمانند و بتوانند مستقل‌باشد اهداف خود جامه عمل بپوشانند، از مصونیت بین‌المللی برخوردار شده‌اند. براین اساس شخصیت حقوقی سازمانهای بین‌المللی توسط مقررات راجع به مصونیتها و مزایای سازمانها تقویت شده است.<sup>۸۷</sup> در واقع برای آنکه سازمانهای بین‌المللی به طور مؤثر عمل کنند آنها نیازمند حداقل آزادی و امنیت حقوقی برای اموال، ساختمان مقر، تأسیسات، پرسنل و نمایندگان مدعو دول عضو هستند.<sup>۸۸</sup> باوجود این «در حالی که مبنای مصونیت دولتها اصل برابر حاکمیتها می‌باشد؛ علت برخورداری سازمانهای بین‌المللی از مزايا و مصونیتهاي بین‌المللی در ضرورتی کارکردي نهفته است».<sup>۸۹</sup> به همین خاطر است که ماده ۱۰۵ منشور سازمان ملل متعدد مقرر می‌دارد: سازمان و کارمندان آن از مزايا و مصونیتهاي که برای نيل به اهداف سازمان و اجرای مستقل وظایف آن لازم است برخوردار می‌باشنند.

در راستاي ماده ۱۰۵ و در قالب ماده ۱۳ منشور، مجتمع عمومي مأموريت يافت، معاهداتي را در اين مورد به اعضای ملل متعدد پيشنهاد کند. از اين رهگذر

87. Friedmann W., "The Changing Structure of International Law", Columbia University Press, 1964., p. 288.

88. Brownlie, op. cit., supra note 21, p. 684.

89. Alhuwalia, "The Legal status, Privileges and Immunities of the Specialized Agencies of the United Nations and Certain other International Organizations," 1964, p. 199.

کنوانسیون راجع به مزايا و مصونیتهای ملل متعدد مورخ ۱۳ فوریه ۱۹۴۶ کنوانسیون مربوط به مزايا و مصونیتهای آزانهای تخصصی در ۲۱ نوامبر ۱۹۴۷ به امضا رسیدند. کنوانسیون وین ۱۹۷۳ نیز در مورد نمایندگی دولتها در روابطشان با سازمانهای بین المللی واجد ماهیت جهانی، مقرراتی را در مورد مصونیت سازمانها و اموال آنها پیش بینی نمود. همچنین آزانس بین المللی انرژی اتمی و سازمان راجع به ممنوعیت سلاحهای شیمیایی، در سرزمین دول عضو از مزايا و مصونیتهایی که برای اجرای وظایفشان ضروری است برخوردار شده اند (بند A ماده ۱۵ اساسنامه آزانس، کنوانسیون ۱۹۹۳ پاریس راجع به خلع سلاح شیمیایی، ماده ۸ بند E پارagraf ۴۸).

واضح است هر عملی که صدور آن از جانب دولت بتواند مسؤولیت زا باشد اگر از جانب یک سازمان بین المللی انجام پذیرد نیز، مسؤولیت آن سازمان را دامن می زند؛<sup>۹۰</sup> منتها برخورداری سازمانهای بین المللی از مصونیت باعث می شود که نتوان آنها را به علت ارتکاب عمل خلاف نزد محاکم داخلی تعقیب کرد یا حکم صادره را علیه آنها به اجرا گذاشت (مصطفیت صلاحیتی و مصونیت اجرایی). با وجود این کشورهای عضو سازمانها، از آنها انتظار دارند که شهروندان بین المللی خوبی باشند؛ و به همین خاطر آنها را از پنهان شدن در پشت حجاب مصونیتهای شغلی خود، برای گریز از ایفای مسؤولیتهای قراردادی یا غیرقراردادی شان منع کرده اند. از این رو سازمانها فقط می توانند از مصونیت خود برای جلوگیری از تعقیب در یک دادگاه ملی یا مراجع نامناسب دیگر استفاده کنند.<sup>۹۱</sup> در واقع مصونیت، سازمان را از صلاحیت اینم می سازد نه اینکه سدی نفوذ ناپذیر در برابر مسؤولیت ماهوی باشد، و مصونیت از صلاحیت هیچگاه به معنای استنکاف از اجرای عدالت نبوده است. "البته باید به این نکته ظرفی توجه داشت که مسؤولیت بین المللی سازمانها معمولاً در سطح مراجع قضایی و داوری بین المللی مطرح

۹۰. Brownlie, op.cit., p. 688.

۹۱. Szasz P. C., "The United Nations Legislates to Limit its Liability", AJIL., 1987, vol. 81, No. 3, p. 739.

۹۲. Rockwood, op. cit., pp. 376- 387.

می شود؛ مراجعی که استناد به مصونیت در قبال مسؤولیت اعمال ارتکابی در نزد آنها قانوناً منتفی می باشد.

برخی از حقوقدانان با تمایز قابل شدن میان اعمال تصدی و اعمال حاکمیت سازمانهای بین المللی بر این باورند که یک سازمان بین المللی فقط تابع حقوق بین الملل محسوب می شود که حقوق وی واجد کیفیت اعمال حاکمیت باشد. اینها تا بدانجا پیش رفته اند که با طبقه بندهی نهادهای بین المللی دخیل در اعمال تصدی، به عنوان مؤسسات بین الدول و نه سازمانهای بین المللی، آنها را فاقد شخصیت بین المللی قلمداد کرده اند.<sup>۹۳</sup> واضح است که تفاوت میان اعمال حاکمیت و تصدی طبیعتاً در چارچوب موضوع مصونیت مطرح می شود نه در قالب شخصیت حقوقی یا مسؤولیت سازمان؛ و این ادعا که شخصیت حقوقی یک سازمان بین المللی محدود به اعمال حاکمیت می شود هیچ حمایتی را در رویه بین المللی به خود اختصاص نداده است.<sup>۹۴</sup> علاوه بر این سازمانهای بین المللی ضمن برخورداری از مصونیت، با دست یازیدن به بیمه و ایجاد صندوقهای جبران خسارت تا حد زیادی اعتماد دولتها را در این عرصه جلب کرده اند. همچنین «اگر سازمان در مواردی معین مایل به اعراض از مصونیت خود نبوده<sup>۹۵</sup> و نیز فاقد ارگان قضایی صالح باشد آن سازمان باید بر حل و فصل دوستانه اختلاف یا داوری گردن نهد».<sup>۹۶</sup>

93. Hohenveldern I. S., "Corporations in and under International Law", 1988, pp. 72-121., In YIIL., 1995, op.cit., pp. 254-255.

94. Shihata, Ibid., p. 311.

95. برخی موقع از لحاظ حقوقی، اختیار اعراض از مصونیت از سازمان سلب شده است. برای مثال براساس قسمت سوم معااهده مزایا و مصونیتهای ملل متحده، انصراف از مصونیت اجرایی توسط سازمان ملل متحد منوع شده است.

96. Schermers, op.cit., supra note 32, p. 780.

## ● نتیجه

در چارچوب هر نظام حقوقی، همه تابعان یکسان نبوده و از خصایص واحدی برخوردار نیستند. ولی آنچه مسلم است برای تابع حقوق بودن در زمرة عناصر اساسی، پذیرش مسؤولیت فعل یا ترک فعلی است که به منزله نقض قواعد آن نظام حقوقی به شمار می‌آید.<sup>97</sup> اصل مسؤولیت از اصل اجرای با حسن نیت تعهدات حقوقی بین المللی نشأت می‌گیرد، و یکی از شیوه‌های اساسی تقویت نظام حقوقی بین المللی مسدود ساختن راه گریز از مسؤولیت است.<sup>98</sup>

اینک عموماً پذیرفته شده است که کلیه سازمانهای بین المللی عام از شخصیت حقوقی بین المللی برخوردارند.<sup>99</sup> علاوه بر این اقدامات اجرایی و عملی سازمانهای بین المللی بیش از پیش فزونی یافته است. به همین خاطر مسؤولیت بین المللی سازمانهای بین المللی به عنوان تابعان حقوق بین الملل و نقش بسیار مهم آنها در عرصه روابط بین المللی از اهمیتی ویژه برخوردار است.

با وجود این حقوق ناظر بر مسؤولیت بین المللی سازمانهای بین المللی مراحل اولیه تکوین و توسعه خود را طی می‌کند و پاسخی جامع و قانع کننده برای بسیاری از مسائل مطروحة در این عرصه ارائه نمی‌نماید. اینکه تا چه حد کمبودها و ابهامات حقوقی موجود در این عرصه را می‌توان با استناد به اصول کلی حقوقی، یا قیاس با حقوق مسؤولیت بین المللی دولتها برطرف نمود مسئله‌ای است که نیاز به تأمل بیشتری دارد. کمیسیون حقوق بین الملل با وجود اینکه خاطرنشان ساخته که مسؤولیت سازمانهای بین المللی ضرورتاً تابع همان قواعد حاکم بر مسؤولیت دولتها نیست<sup>100</sup>، لیکن یکسره منکر قابل استفاده بودن اصول مسؤولیت بین المللی دولتها

97. Menon, op. cit., p. 75.

98. Lukashuk I.I, "Introduction to Competence and Responsibility of States", In Bedjaoui., op. cit., p. 305.

99. Schermers H. G., "The International Organizations", In Bedjaoui, Ibid., p. 74.

100. YILC., 1975, vol. II, p. 90.

در پنهان حقوق سازمانهای بین‌المللی نشده است. از این‌رو می‌توان با توجه به ساختار و ویژگیهای سازمانهای بین‌المللی، تا حدی از رویه‌ها، اسناد و اصول و قواعد مسؤولیت بین‌المللی دولتها بهره جوییم. هرچند نباید از استقلال برخی جوانب حقوق حاکم بر مسؤولیت بین‌المللی سازمانهای بین‌المللی غافل شد؛ با وجود این به دلیل افزایش تعداد و اشتغالات روزافرون سازمانهای بین‌المللی، تنظیم کنوانسیونی جامع در مورد حقوق مسؤولیت بین‌المللی سازمانهای بین‌المللی ضروری می‌باشد.





گزارشی از آرای دیوان داوری دعاوی  
ایران - ایالات متحده (لاهه)





۱. دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده براساس بیانیه های الجزایر که در ۱۹ ژانویه ۱۹۸۱ برابر با ۱۳۵۹/۱۰/۲۹ امضا و منتشر گردیده، تأسیس شده و همچنان به کار خود ادامه می دهد. طرح دعوا نزد دیوان دارای مهلت یک ساله محدودی تا ۱۹ ژانویه ۱۹۸۲ بوده، به جز دعاوی دولتین علیه یکدیگر که ناشی از تفسیر و اجرای بیانیه های الجزایر باشد، هر زمان قابل طرح است.

۲. دعاوی که نزد دیوان طرح شده بر حسب موضوع دعوا، اصحاب دعوا و خواسته طبقه بندی شده است:

**دعاوی الف:** دعاوی دولتین علیه یکدیگر ناشی از تفسیر و اجرای بیانیه های الجزایر (دعاوی تفسیری)؛

**دعاوی ب:** دعاوی دولتین یعنی دستگاههای دولتی ایران یا امریکا علیه یکدیگر در مورد خرید کالا یا خدمات (دعاوی تجاری دولتین)؛

**دعاوی بزرگ:** دعاوی اتباع هر یک از دولتین علیه دستگاههای دولتی طرف مقابل؛

**دعاوی کوچک:** دعاوی اتباع هر یک از دولتین علیه دستگاههای دولتی طرف مقابل که خواسته آن کمتر از ۲۵۰,۰۰۰ دلار باشد.

۳. صلاحیت موضوعی دیوان داوری برای رسیدگی به دعاوی اتباع (دعاوی بزرگ - دعاوی کوچک) در بند ۱ ماده ۲ بیانیه حل و فصل دعاوی مشخص شده و عمدتاً عبارت است از دعاوی ناشی از دین، قرارداد، مصادره یا سایر اقدامات مؤثر بر حقوق مالکانه. علاوه بر این، دعوا باید شرایط دیگری نیز داشته باشد تا در صلاحیت دیوان قرار گیرد، مانند اینکه در تاریخ امضای بیانیه‌ها به وجود آمده و پابرجا باشد، و نیز باید از تاریخ پیدایش دعوا تا تاریخ امضای بیانیه‌ها مستمراً در اختیار اتباع دولت مربوط (ایران یا امریکا) باشد که اصطلاحاً شرط استمرار تابعیت ادعا گفته می‌شود. در مورد دعواهای متقابل نیز دیوان هنگامی صلاحیت رسیدگی دارد که با دعواهای اصلی متحدد المنشأ باشد. در طول ۱۷ سالی که از عمر دیوان داوری می‌گذرد دعاوی زیادی مطرح و مورد رسیدگی واقع شده که ذیلاً گزارش آماری آنها تا شهریور ماه سال ۱۳۷۶ ارائه می‌شود.

تعداد کل دعاوی مطروحه:	۳۹۵۲	قره
دعاوی مختومه:	۳۹۱۸	قره
دعاوی باقیمانده	۳۴	قره

منظور از دعاوی مختومه، دعاوی است که به نحوی موضوع تصمیم دیوان قرار گرفته اعم از اینکه در صلاحیت روش یا مورد رسیدگی ماهوی و حکم ترافعی واقع شده، یا دعاوی که به دنبال توافق اصحاب دعوا مختومه شده، و بالاخره دعاوی که خواهان مسترد گرده است.

#### توزيع آماری دعاوی بین گروههای مختلف دعاوی:

وضعیت	دعاوی الف	دعاوی ب	دعاوی بزرگ	دعاوی کوچک	جمع
دعاوی ثبت شده	۳۰	۷۷	۹۶۱	۳۸۸۴	۳۹۵۲
دعاوی مختومه	۱۶	۷۲	۹۴۶	۲۸۸۴	۳۹۱۸
دعاوی باقیمانده	۱۴	۳	۱۷	—	۳۴

۴. تعیین خواسته دعاوی یا دعاوی متقابل به آسانی ممکن نیست و به نتیجه مطمئنی نمی‌رسد زیرا اولاً خواهان یا خواهان متقابل در جریان دعواخواسته خود را تغییر می‌دهند، ثانیاً بعضی دعاوی هنوز بعد تعیین خواسته نیست، زیرا مدام که مسائل حکمی آن حل نشود نمی‌توان خواسته را تقدیم کرد، مانند دعاوی تفسیری دولتین علیه یکدیگر. اما رقمی که دیوان داوری مورد حکم قرار داده، مشخص است و می‌توان تصویر روشنی از مبالغ محکوم به یعنی دریافت بها و پرداختهای طرفین ارائه نمود. به طور کلی در دعاوی که تابحال مختومه شده، گاه (الف) مبالغی به خواهانهای امریکایی پرداخت شده، گاه (ب) مبالغی نیز به نفع ایران حکم صادر شده و دریافت گردیده، و بالآخره (ج) به موجب بعضی احکام صادره به نفع ایران، اموال عینی (غیر نظامی) مانند سهام شرکتها، کارخانه‌های صنعتی، انواع ماشین آلات و تجهیزات از طرفهای امریکایی دریافت شده است که توضیح مختصر این سه مقوله چنین است:

#### الف. مبالغ پرداختی به خواهانهای امریکایی

۵. مبالغی که به خواهانهای امریکایی پرداخت شده براساس احکامی است که دیوان صادر کرده و از محل حساب تضمینی دیوان داوری پرداخت گردیده است. احکام صادره به نفع خواهانهای امریکایی دو نوع است: احکام ترافعی، احکام سازشی. در احکام ترافعی گاه دیوان بهره را نیز مورد حکم قرار داده که در موقع پرداخت از حساب تضمینی محاسبه و پرداخت شده است، لکن در احکام سازشی که مبتنی بر توافق طرفین و تسویه حساب است بهره‌ای پرداخت نشده است.

مبلغ احکام ترافیقی و سازشی به تفکیک چنین است:

مبلغ احکام ترافیقی (بدون احتساب بهره) ۶۷/۷۷۵، ۱۴، ۴۹۴ دلار  
معادل دلاری ۹۷، ۱۲۲، ۵۹۸ ریال ایران

مبلغ احکام سازشی ۷۶/۷۴۵، ۷۹۸، ۷۴۵ دلار  
معادل دلاری ۱۹۶/۰۰ ۳۰۳ پوند انگلیس  
معادل دلاری ۰۵۱/۰۰ ۲۹۷ مارک آلمان

(احکام ترافیقی - احکام سازشی)  
معادل دلاری ۱۹۶/۰۰ ۳۰۳ پوند انگلیس  
معادل دلاری ۰۵۱/۰۰ ۲۹۷ مارک آلمان  
معادل دلاری ۹۷، ۱۲۲، ۵۹۸ ریال ایران

---

جمع کل ۴۳/۵۲۱، ۸۱۳، ۱۳۹ دلار

**ب . مبالغ دریافتی از امریکا  
(از دولت امریکا یا اتباع خصوصی امریکا)**

۶ . آنچه از دولت امریکا یا اتباع خصوصی امریکایی دریافت شده مشتمل است بر: وجوده نقدی و نیز اموال عینی (غیرنظمی). در مورد اموال عینی در بند ج زیر جداگانه توضیح داده شده، اما وجوده نقدی که از امریکا دریافت گردیده ناشی است از (الف) احکام ترافیقی مبنی بر محکومیت امریکا یا اتباع خصوصی امریکا به نفع ایران، یا (ب) احکام سازشی که براساس توافق و تسویه حساب بین طرفین صادر شده، و یا (ج) ترتیبات دیگر مانند تسویه افلام باز بانکی، استرداد وجوده

مازاد در حسابها و یا بابت فروش نفت خام قبل از پیروزی انقلاب. توضیح این مقولات چنین است:

۵۳۳/۲۴، ۸۱۳، ۸۸۴، ۸۱۳ دلار،

احکام ترافعی صادره به نفع ایران

معادل دلاری ۳۴۳، ۹۷۷، ۷ ریال ایران

۴۷۷، ۱۰۱، ۹۷۰/۲۷ دلار

احکام سازشی مبتنی بر توافق

معادل دلاری ۹۱۱، ۴۲۳ ریال ایران

طرفین به نفع ایران

۸۱۰، ۰۰۰، ۰۰۰ دلار

دریافتی بابت تسویه اقلام باز بانکی

مانده حساب شماره ۲ در لندن

۲۰۰، ۰۰۰، ۰۰۰ دلار

دریافتی بابت قسمتی از  
صندوق امانی مربوط به پروژه اف.ام.اس.

۱۲۵، ۰۰۰، ۰۰۰ دلار

دریافتی بابت فروش نفت خام  
قبل از پیروزی انقلاب (حدوداً)

۷۸۳/۵۱، ۱۴۵، ۹۸۶ دلار،

جمع کل مبالغ دریافتی ایران از دولت امریکا  
(از بانکهای امریکایی یا اتباع امریکایی)

معادل دلاری ۲۵۴، ۴۰۱ ریال ایران

## ج. اموال عینی دریافتی از خواهانهای امریکایی

۷. همانطور که اشاره شد، علاوه بر وجود نقدی، پاره‌ای اموال عینی (غیرنظمی) نیز از شرکتهای امریکایی که قبل از پیروزی انقلاب در ایران مشغول

فعالیت بودند نیز دریافت شده است. به عبارت دیگر این اموال در ازای قسمتی از پرداختهایی است که به خواهانهای امریکایی انجام شده (اعم از آنچه طی احکام ترافعی بوده یا احکام سازشی) و در نتیجه اموال موضوع ادعا به تملک طرف ایرانی در آمده است.

پاره‌ای از اقلام عمدۀ اموال عینی دریافتی از خواهانهای امریکایی به شرح زیر است:

- کارخانه‌های پلی‌اکریل اصفهان از شرکت دوین

- دو فروند هواپیمای بوئینگ ۷۰۷ از شرکت ای سیستمز

- تعداد ۷۲۰۰ دستگاه خودرو سواری از شرکت جنرال موتورز

- تعداد ۱۵۰۰ دستگاه کولر گازی از شرکت فدرز

- دکلهای نفتی و تجهیزات اکتشافی یا حفاری باقیمانده در ایران از شرکتهای امریکایی ذی ربط

- نیمی از سهام شرکت سهامی خارک (خمکو) که دارای کارخانه عظیم پتروشیمی در جزیره خارک بوده است

- مقادیر زیادی انواع ماشین‌آلات، تجهیزات و وسایل مختلف صنعتی از شرکتهای گوناگون امریکایی

- مقادیر زیادی سهام شرکتها، حسابهای بانکی و سایر علائق مالکانه شرکتهای امریکایی در ایران

۸. با توجه به آمار و توضیحات فوق، خلاصه پرداختها و دریافت‌های انجام شده در دعاوی مطروحه در دیوان داوری تا شهریور ماه ۱۳۷۶ به شرح زیر است:

پرداختهای به خواهانهای امریکایی	دریافت‌های از خواندگان و خواهانهای امریکایی (اباع خصوصی یا دولت یا بانکهای امریکایی)
۲,۱۳۹,۸۱۳,۵۲۱/۴۳ دلار	۲,۱۴۵,۹۸۶,۷۸۳/۵۱ دلار
۳۰۳/۱۹۶ پوند	معادل دلاری ۲۵۴,۴۰۱,۸ ریال ایران
۲۹۷,۰۵۱ مارک	معادل دلاری ۰۵۱,۰۵۱
۹۷,۱۲۲,۵۹۸ ریال ایران	معادل دلاری ۹۷,۱۲۲,۵۹۸ ریال ایران

در مورد اموال نظامی ایران و امریکا هنوز مقادیری از این اموال در ایالات متحده وجود دارد که آن دولت به استناد مقررات داخلی خود از تحويل آنها امتناع می‌ورزد و در این خصوص وزارت دفاع جمهوری اسلامی ایران دعوایی علیه دولت امریکا نزد دیوان مطرح نموده که تحت رسیدگی دیوان است و هنوز منتهی به حکم نشده است.



---



---

فهرست مندرجات مجله حقوقی  
به ترتیب شماره

---





## شماره اول ، زمستان ۱۳۶۳

- پیشگفتار

دکتر افتخار جهرمی

- شرح مختصر بیانیه های الجزایر

دکتر عبدالغنی احمدی و استانی

- گزارشی از آرای دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده

- استرداد دعوی

محمود صوصامی مهاجر

- سیستم دوپایه وکالت در حقوق انگلستان

حسین میر محمد صادقی

- نقش اعتبارنامه های تضمینی در تجارت بین المللی «تأملاتی پس از انقلاب ایران»

ترجمه محسن محبّی

- بررسی اجمالی سازمان و صلاحیت دیوان بین المللی دادگستری لاهه

دکتر سید باقر میر عباسی

- مسؤولیت ایران در قبال قراردادهای قبل از انقلاب

ترجمه نصرت الله حلمی

- اسناد بیانیه های الجزایر

• پیشگفتار

مدیر مسؤول

• استناد به استفاده بلاجهت با وجود رابطه قراردادی

دکرسیدحسین صفائی

• تدوین تدریجی حقوق تجارت بین المللی

ترجمه دکتر ناصر صبح خیز

• تقلب در معاملات موضوع اعتبارات اسنادی و ضمانتنامه های بین المللی

«دستور منع پرداخت آنها در جویان مغلبات ایالات ایالات»<sup>۱</sup>

ترجمه محسن محبی

• نقد اجمالی رأی شماره ۲۱۹.۰۳۵ دیوان داوری دعاوی ایران و امریکا،

تئوری دارا شدن غیر عادلانه و صلاحیت

دکتر اکبر شیرازی

• دیون منفور

ترجمه دکتر رضا فیوضی

• قاعدة استمرار تابعیت در دعاوی بین المللی

حسن غلامی

• اجرای احکام دادگاههای خارجی بوسیله دادگاههای ایالتی و فدرال امریکا

ترجمه محمد جواد میر قهرایی<sup>۲</sup>

• نظریه اصیل واقعی alter ego

دکتر مرتضی تصریبی<sup>۳</sup>

• اسناد بیانیه های الجزایر

ترجمه احمد امیری<sup>۴</sup>

پیشگفتار

## شماره سوام، مقابساتن و پاییز ۱۴۰۲ شصت و میله

- تأثیر تغییر اوضاع و احوال در اعتبار مطالعه داده و قراولدهای بین المللی مذکور، نسباً
  - مؤلف و مترجم دکتر محمد علی حکمت
  - گزارشی از آخرین تحولات در مورد دعاوی بین المللی ایران
  - تفکری بر تنوری حقوق فرالتالی <sup>۱</sup> لیهی، همچنین فیلم
  - ترجمه دکتر ناصر صبح خیز
- قوه قاهره یا فورس ماژور « بررسی احتمالی در حقوقی تطبیقی و حقوقی بین المللی و قرائدهای بازرگانی بین المللی »
  - دیکشنری سید علی حسنه خوشایی <sup>۲</sup> به زبان فارسی، جمهوری اسلامی ایران
  - نقیب بر یکی از آرای دیوان داوری ایران - ایالات متحده امریکا <sup>۳</sup> به زبان فارسی
  - محمود صوصامی مهاجر <sup>۴</sup> به زبان فارسی
- استناد بیانیه‌های الجزایر (مقررات [داوری] آنسیترال)
  - مذکور در <sup>۵</sup> مقاله ای از ایوان رئیس دادگستری اسلامی ایران
- مذکوره پچه‌نامه <sup>۶</sup> از مسکان، ۱۴۰۲ شصت و میله، نسباً
- تأثیر تغییر اوضاع و احوال در اعتبار معاهدات و قرائدهای بین المللی (قیمتی دویمه)
  - مؤلف و مترجم دکتر محمد علی حکمت
  - بررسی مواضع و نقطه نظرهای جمهوری افغانستانی ایرانی دولتی امنیتی کل مذکور، نسباً
  - در پرونده الف / ۱۸ دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده در مورد تابعیت مضاعف دکتر محسن آقا حسینی
  - حقوق بین الملل غرگی <sup>۷</sup> در مذاکره میان این دویمه مذکور، نسباً
  - ترجمه نصرت الله حلمی
  - متن تصمیم دیوان داوری هولند وندز اتفاق <sup>۸</sup> تابعیت مخالف مذکور، نسباً

• مفهوم تقصیر سنگین در ارتباط با شرط عدم مسؤولیت

دکتر سیدحسین صفائی

• استناد بین المللی (قانون غونه درباره داوری تجارت بین المللی)

## شماره پنجم، بهار ۱۳۶۵

• حقوق بازرگانی فراممی در داوری تجارت بین المللی

ترجمه محسن محیی

• تحویلات جدید حقوق بین الملل عمومی در مورد قانونی بودن آزمایش‌های اقی در دریای آزاد  
ترجمه دکتر رضا فیوضی

• نگرشی به عهدنامه ۱۹۷۵ ایران و عراق

دکتر اصغر جعفری ولدانی

• مروری اجمالی بر تنوری دارا شدن غیرعادلانه در حقوق ایران، امریکا و بین الملل  
دکتر اکبر شیرازی

• اجرای احکام مدنی خارجی در انگلستان از نقطه نظر کامن لو  
محمد حسن بردار

• نظری اجمالی بر حقوق معاهدات  
ترجمه احمد قطیبه

• استناد بین المللی (مقررات سازش و داوری اتاق تجارت بین المللی)

## شماره ششم، تابستان و پاییز ۱۳۶۵

• صور گوناگون سلطه بین المللی (تأسیسات حقوقی بین المللی نابرابر)

عبدالرحیم ذاکرحسین

- نگرشی اجمالی به حقوق جنگ  
دکتر محمد رضا ضیائی بیگدلی
- تنظیم معاہدات بین المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین الملل معاصر  
دکتر سید حسین عنایت
- نظر حقوقی داوران ایرانی در مخالفت با تصمیم اکثریت در پرونده الف/ ۱۸ دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده در رابطه با دعاوی دارندگان تابعیت مضاعف
- نکاتی از آینین دادرسی بین المللی  
ترجمه و تلخیص دکتر رضا فیوضی
- قاعدة استاپل یا منع تناقض گوبی به ضرر دیگری  
ترجمه و تلخیص دکتر ناصر صبح خبز
- اسناد بین المللی (کنوانسیون حل و فصل اختلافات مربوط به سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دولتها دیگر)

## شماره هفتم ، زمستان ۱۳۶۵

- منابع حقوقی بیع تجاری بین المللی  
دکتر ریعا اسکینی
- دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده: حقوق خصوصی اشخاص و مسؤولیت دولت  
ترجمه محسن محبی
- تنظیم معاہدات بین المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلامی و حقوق بین الملل معاصر (۲)  
دکتر سید حسین عنایت
- مسأله لاشه کشتیهای غرق شده در دریای آزاد از نظر حقوق بین الملل  
ترجمه و تلخیص دکتر رضا فیوضی

- جنایات جنگ و جنایات علیه بشریت  
ترجمه و تلخیص دکتر محمدعلی اردبیلی
- استاد بین‌المللی آموزیات و نویسنده مسجدالشکل انتقدرات اسلام‌دیگریات اسلام‌لئه میلت  
پژوهش اسلام‌بین‌المللی
- شماره هشتم، پهلوی و تابستان ۱۳۶۱ از اندیشه مفهومی  
سید احمد سعید سیفیانی (از روزانه، نوشتار، ملعته، کاریزمه، ایجاد، ایجاد، ایجاد)
- مفهوم تجاوز در حقوق بین‌الملل  
نوشته مسعود طارم سری، دکتر عبدالرحمن عالم، بهرام مستقیمی، ناصرین فضیلی، سید  
زیر نظر دکتر جمشید ممتاز
- مسأله شمول مفاد کنوانسیون جدید حقوق دریاها به کشوری‌های ثالث غیر عضو  
و اینکه کنوانسیون این قدر کاظمی نباشد (از اینکه ایجاد، ایجاد، ایجاد، ایجاد) اسلام‌بین‌الملل،  
جهان سوم و حقوق بین‌الملل
- ترجمه محسن محبی
- گزارشی از آرای دیوان داوری دعاوی ایران و ایالات متحده امریکا
- بررسی اجمالی اختلافات ایالات متحده امریکا با هنگفتار ایجاد دیوان بین‌المللی دادگستری  
دکتر رضا فیوضی
- حقوق جنگ و رفتار با اسیران جنگی  
دکتر محمد رضا ضیائی بیگدلی
- رئیم حقوقی دیپلماتیک مدنیان روحانیت  
دکتر بهمن آفانی
- استقلاله ملی «حق انسانی طبقه فقر معاملات بین‌المللی» (از اینکه ایجاد، ایجاد، ایجاد)  
دکتر محمد کاظم عmadزاده
- اسناد بین‌المللی (عهدنامه ۱۹۶۹ وین در خصوص حقوق معاہدات) (از اینکه ایجاد، ایجاد)
- اینکه ایجاد، ایجاد، ایجاد، ایجاد، ایجاد، ایجاد، ایجاد، ایجاد

۱۳۶۷ شماره دهم اسناد اینستیتوی حقوقی فارس و ترکستان به نهضت پژوهشگاه اسلامی

• مداخله در امور کشورهای دیگر از دیدگاه حقوق بین الملل

دکتر سید حسین صفائی

• وجه التزام در قراردادهای تجارتی بین المللی

دکتر ریاض الحکیمی

• مروری بر اعتبارات استادی و آخوندی اعترافات متعهدان اسلامی

دکتر اسدالله کربیمی

• گزارشی از آرای دیوان داوری ایران و ایالات متحده آمریکا فاب طیار سال ۱۳۶۶

• دادگاه نظامی تورمبرگ پس از چهل سال

دکتر ناصر قیوی

• نظم عمومی و حقوق قابل اجرا در ماهیت دعوا در داوری بین المللی

ترجمه دکتر محمد اشتري

• کلیاتی در مورد دریای سرزمینی و عبوری ضرر از آن

دکتر مصطفی رنجبران

• استاد بین المللی (کنوانسیون سازمان ملل متحد راجع به قراردادهای بیع

بین المللی کالا، ۱۹۸۰)

دکتر سید حسین صفائی

شماره دهم ، بهار و تابستان ۱۳۶۸

دانشگاه اسلامی

• مسؤولیت مدنی خسارات آسودگی نفتی در دریای آزاد

دکتر سید حسین صفائی

• تنظیم معاهدات بین المللی در حقوق کنونی ایران و مطالعه تطبیقی آن با فقه اسلامی و

حقوق بین الملل معاصر (۲۴) توجه

دکتر سید حسین عنایت

- قانون حاکم و اجرای احکام در داوریهای موضوع کنوانسیون حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه‌گذاری بین دولتها و اتباع دول دیگر
- ترجمه محسن محبی
- داوری تجاري و اصول حاکم بر آن در حقوق انگلیس
- ترجمه و تلخیص دکتر حسین میرمحمد صادقی
- گزارش آرای دیوان داوری ایران و ایالات متّحده امریکا در لاهه تا پایان شهریور ۱۳۶۷
- عقیم شدن قراردادهای تجاري با تأکید بر حقوق انگلیس
- دکتر فرامرز مؤمنی
- قراردادهای تهاوتی و نحوه تنظیم آنها
- دکتر مرتضی نصیری
- استاد بین‌المللی (کنوانسیون راجع به مرور زمان در بيع بین‌المللی کالا، ۱۹۷۴ و پروتکل اصلاحی آن، ۱۹۸۰)

## شماره یازدهم، پاییز و زمستان ۱۳۶۸

- حمایت و توسعه محیط زیست دریایی خلیج فارس و دریای عمان
- دکتر جمشید ممتاز
- کشتار جمعی
- دکتر محمدعلی اردبیلی
- محدودیتهای مربوط به حقوق مالی بیگانگان در قوانین ایران
- دکتر سید حسین صفائی
- یاد استاد میشل ویرالی حقوقدان بین‌المللی، فیلسوف حقوق
- دکتر ناصر علی منصوریان
- مفهوم آتش بس، ترک مخاصمه و متارکه جنگ از دیدگاه حقوق بین‌الملل
- دکتر علی اصغر کاظمی

- تعارض قوانین در داوری تجارت بین المللی  
دکتر ریعا اسکینی
- خلاصه اقدامات دیوان داوری ایران و ایالات متحده امریکا در لاهه تا پایان شهریور ماه ۱۳۶۸
- حاکمیت در منابع طبیعی  
ترجمه علی حیرانی نوبری
- حمله امریکا به گرانادا: پیامدها و وجاهت قانونی آن  
ترجمه اسدالله کریمی
- فهرست موضوعی مقالات «مجله حقوقی» از شماره ۱ تا شماره ۱۰
- استناد بین المللی (کنوانسیون راجع به قانون قابل اعمال بر قراردادهای بيع بین المللی کالا،  
(۱۹۸۶)

## شماره دوازدهم ، بهار و تابستان ۱۳۶۹

- تعیین تابعیت و اقامتگاه از دیدگاه تعارض قوانین  
دکتر نجاد علی الماسی
- اندیشه هایی در خصوص عهدنامه حل و فصل اختلافات ناشی از سرمایه گذاریهای  
بین دولتها و اتباع دول دیگر  
ترجمه دکتر ناصر علی منصوریان
- سخنی درباره مراکز داوری منطقه ای کمیته حقوقی مشورتی آسیایی و افریقایی  
دکتر مصطفی رنجبران
- استناد تجارتی در قلمرو حقوق تجارت بین الملل دیدگاههای پیمان ژنو ۱۹۳۰  
دکتر بهروز اخلاقی
- ارزیابی کلی پیش نویس ضمیمه اول کنوانسیون برات و سفتة بین المللی  
دکتر محمد صقری
- جرح و سلب صلاحیت از داوران در داوری تجارت بین المللی

ترجمه محمد جواد میرفخرانی

- روش عملی دیوان دعاوی ایران - ایالات متحده آمریکا در پذیرفتن ادله از طرفین و از کارشناسان

ترجمه و تلخیص احمد قطینه

- طرح تغییر مسیر اروند رو و حقوق بین الملل

نیلوفر حق شناس کاشانی - دکتر اصغر جعفری ولدانی

- گزارش آرای دیوان داوری ایران و ایالات متحده آمریکا در لاهه تا پایان شهریور ۱۳۶۹

- اسناد بین المللی (کنوانسیون های زنو، ۷ زوئن ۱۹۳۰ در مورد سیقت و برات)

## شماره سیزدهم ، پاییز و زمستان ۱۳۶۹

- چک در قلمرو حقوق تجارت بین الملل

دکتر بهروز اخلاقی

- بررسی اجمالی مفهوم حقوقی .J.L در حقوق امریکا و حقوق بین الملل

دکتر حسین خزاعی - دستیار تحقیق رسول بدرب اهری

- ضمانت در معاملات بین المللی

دکتر علی فتحی پور

- مسؤولیت بین المللی دولت در نتیجه اعمال افراد

واحد تحقیق دفتر خدمات حقوقی بین المللی

- تشریفات شناسایی و اجرای احکام خارجی و آرای داوری در حقوق بین الملل خصوصی فرانسه

ترجمه دکتر ریبعا اسکینی

- ملاحظاتی پیرامون جرم بین المللی دولت

ترجمه و تلخیص دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی

- جنگ عراق علیه ایران از دیدگاه حقوق بین الملل

واحد ترجمه دفتر خدمات حقوقی بین المللی

- استناد بین‌المللی (کنوانسیون‌های ۱۹ مارس ۱۹۳۱ ژنو در مورد چله)

## شماره چهاردهم و پانزدهم ، بهار و زمستان ۱۳۷۰

- حقوق تعهدات و قراردادهای بین‌المللی در فقه و حقوق اسلام  
حجّة الاسلام عمید زنجانی
- معیارهای سنجش ارزش اموال مصادره شده بیگانگان در آرای دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده  
احمد حجازی
- انصراف از استرداد دعوی در دعاوی بین‌المللی  
دکتر ناصر علی منصوریان
- شورای دولتی فرانسه و استرداد در امور سیاسی  
ترجمه دکتر مصطفی رحیمی
- گامی در راه یک حقوق اجتماعی بین‌المللی  
ترجمه دکتر ابراهیم بیگزاده
- مسؤولیت مدنی داوران، مطالعه‌ای تطبیقی همراه با پیشنهادهای اصلاحی  
ترجمه محمد جواد میر فخرانی
- حقوق جدید متحدد الشکل بیع بین‌المللی: کنوانسیون سازمان ملل متحد، ۱۹۸۰  
ترجمه دکتر ایرج صدیقی
- نگرشی اجمالی بر پارلمان اروپا  
کرملی کمایستانی
- استناد بین‌المللی (کنوانسیون شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی، نیویورک، ۱۹۸۵)

## شماره شانزدهم و هفدهم، ۱۳۷۱-۷۲

- دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده و عملکرد آن در قلمرو حقوق بین‌الملل  
دکتر گودرز افتخار جهرمی
- صبرا و شتیلا  
ترجمه دکتر مرتضی کلانتریان
- معرفی و بررسی مقدماتی کمیسیون غرامت سازمان ملل متحد  
دکتر مجتبی کرمازی
- بین‌پنک و سندان؛ ایالات متحده، دیوان بین‌المللی دادگستری و دعوای نیکاراگوئه  
ترجمه دکتر ابوسعید رهبری
- بررسی «قرارداد حمایت از اموال فرهنگی بهنگام نزاع مسلحانه» و اعمال آن  
در جنگ عراق علیه ایران  
دکتر رضا توربها
- شرط داوری به وسیله ارجاع  
ترجمه دکتر اسماعیل بنی صدر
- بشریت و حقوق بین‌الملل  
ترجمه دکتر ابراهیم بیگ‌زاده
- اجرای احکام داوری بین‌الملل  
ترجمه سوسن خطاطان
- قراردادهای دولت با بیگانگان؛ تحولات معاصر در مسأله غرامت ناشی از فسخ یا نقض این نوع قراردادها  
ترجمه علی قاسمی
- استاد بین‌المللی (کنوانسیون راجع به جلوگیری از اعمال غیرقانونی علیه امنیت هوایی‌مایی کشوری، مونترال ۱۹۷۱ - پروتکل جلوگیری از اعمال غیرقانونی خشونت آمیز در فرودگاههای بین‌المللی هوایی‌مایی کشوری)

## شماره هجدهم و نوزدهم، ۱۳۷۳ - ۷۴

- نابرابری دولتها در قبول و اجرای معاهده عدم گسترش سلاحهای هسته‌ای:  
تصورات و واقعیات  
دکتر هدایت‌الله فسفی
- نظام حقوقی منابع آب آبراههای بین‌المللی خاورمیانه  
دکتر جمشید ممتاز
- ماهیت حقوقی دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده از دیدگاه حقوق بین‌الملل  
دکتر محسن محجّی
- ابراهیم - آنتیگون و تعارض میان ضرورتها  
ترجمه دکتر مرتضی کلانتریان
- دادگاه بین‌المللی کفری برای یوگسلاوی سابق  
ترجمه دکتر مصطفی رحیمی
- درآمدی بر پیش‌نویس قانون بین‌الملل جزا  
دکتر علی حسین نجفی ابرندآبادی - دکتر منوچهر خزانی
- یادی از آرشاگا حقوقدان و سیاستمدار بزرگ جهان سوم  
دکتر ناصر علی منصوریان
- ساخت و پرداخت احکام در دیوان بین‌المللی دادگستری  
ترجمه محمد جواد میرفخرایی
- آیا حقوق بین‌الملل عام، تنها حقوق عرفی است؟  
ترجمه دکتر سید فضل الله موسوی
- دیوان بین‌المللی برای یوگسلاوی سابق  
ترجمه دکتر مهرداد سیدی
- مصادر غیر مستقیم در حقوق بین‌الملل و روئیه دیوان داوری دعاوی ایران - ایالات متحده  
دکتر حسین پیران
- اسناد بین‌المللی (پیش‌نویس قانون جرایم علیه صلح و امنیت بشری ۱۹ ژوئیه ۱۹۹۱)





## اسناد بين الملل





**قانون فدرال سویس**

**درباره حقوق بین المللی خصوص**

**مصوب ۱۸ دسامبر ۱۹۸۷**

(قسمت دوم)

شایان ذکر است که از ماده ۹۶ تا ۹۶ «قانون فدرال سویس ...» در بخش اسناد بین‌المللی مجله حقوقی شماره بیستم، ۱۳۷۵ ص ۴۴۷ به بعد، چاپ شده و در اینجا از ماده ۹۷ تا آخر این قانون به چاپ رسیده است.

مجله حقوقی

## **فصل هفتم: حقوق عینی**

**۹۷۵ ماده**

**یک. صلاحیت**

### **۱. اموال غیرمنقول**

رسیدگی به دعاوی مربوط به حقوق عینی در اموال غیرمنقول واقع در سویس، انحصاراً در صلاحیت دادگاههای محل وقوع مال غیرمنقول قرار دارد.

**۹۸۵ ماده**

### **۲. اموال منقول**

۱- رسیدگی به دعاوی مربوط به حقوق عینی در اموال منقول در صلاحیت دادگاههای سویسی محل اقامت خوانده و درصورتی که خوانده اقامتگاه نداشته باشد، در صلاحیت دادگاههای محل سکونت معمولی وی خواهد بود.

۲- چنانچه خوانده نه اقامتگاه و نه محل سکونت معمولی در سویس نداشته باشد، دادگاه صالح دادگاه محل وقوع مال خواهد بود.

## ٩٩ هاده

### دو. قانون حاکم

#### ۱. اموال غیرمنقول

- ۱- حقوق عینی مربوط به مال غیرمنقول، تابع قانون محل وقوع مال است.
- ۲- دعاوی مربوط به مزاحمتها و خسارات ناشی از اموال غیرمنقول، تابع مقررات مربوط به اعمال غیرقانونی در این قانون می باشد(ماده ۱۳۸).

## ١٠٠ هاده

#### ۲. اموال منقول

##### الف. قاعدة کلی

- ۱- تحصیل و یا از دستدادن حقوق عینی در مال منقول، تابع قانون کشور محل وقوع مال مزبور در زمان تحصیل یا از دستدادن آن می باشد.
- ۲- حدود و نحوه اجرای حقوق عینی در اموال منقول تابع قانون محل وقوع مال می باشد.

## ١٠١ هاده

#### ب. اموال در حال ترازنیت

تحصیل و از دستدادن حقوق عینی نسبت به اموال در حال ترازنیت از طریق اعمال حقوقی، تابع قانون کشور مقصد می باشد.

## ١٠٢ هاده

#### ج. اموال واردہ به سویس

- ۱- چنانچه نسبت به مال منقول واردہ به سویس هنوز حقوق عینی در خارج حاصل نگردیده یا از دستداده نشده است، اعمال واقع شده در خارج، اتفاق افتاده در سویس تلقی می گردد.

۲- چنانچه مال منقول واردہ به سویس در خارج صحیحًا موضوع حق غیر قرارگرفته ولی شرایط قانون سویس در آن مورد رعایت نشده باشد، حق مزبور برای سه ماه اعتبار خود را در سویس حفظ می نماید.

۳- وجود چنین حقی که در خارج ایجاد شده است، علیه شخص ثالث با حسن نیت قابل استناد نخواهد بود.

#### ۱۰۳ هاده

##### د. حفظ حق مالکیت نسبت به کالای صادره

حفظ حق مالکیت در مال منقول صادر شده به خارج، تابع قانون کشور مقصد کالا می باشد.

#### ۱۰۴ هاده

##### ه. انتخاب قانون حاکم

۱- طرفین می توانند تحصیل یا از دست دادن حقوق عینی در مال منقول را تابع قانون کشور مبدأ یا مقصد کالا و یا قانون حاکم بر عمل حقوقی نمایند.  
۲- انتخاب قانون نمی تواند علیه اشخاص ثالث مورد استناد قرار گیرد.

#### ۱۰۵ هاده

##### ۳. قواعد ویژه

الف. رهن مطالبات، اوراق بهادر و سایر حقوق

۱- به رهن دادن مطالبات، اوراق بهادر یا سایر حقوق تابع قانون منتخب طرفین است. انتخاب قانون علیه اشخاص ثالث قابل استناد نیست.  
۲- در صورت عدم انتخاب قانون، رهن مطالبات یا اوراق بهادر طبق قانون کشور محل سکونت مرتهن و توثیق سایر حقوق تابع قانون حاکم بر حقوق مزبور خواهد بود.

۳- تنها قانون قابل استناد عليه مدیون، قانون حاکم بر حق موضوع رهن می باشد.

#### ۱۰۶ ماده

##### ب. سند مالکیت کالا

۱- قانون تعیین شده در یک سند مالکیت کالا مشخص می کند که این سند معرف کالا می باشد یا خیر. در صورت سکونت این سند درباره قانون، مقررات کشور مرکز فعالیت صادر کننده سند حاکم است.

#### ۱۰۷ ماده

##### ج. وسائل حمل و نقل

مقررات قوانین دیگر فدرال در مورد حقوق عینی در کشتیها، هواپیماها و سایر وسائل حمل و نقل کما کان معتبر و نافذ می باشند.

#### ۱۰۸ ماده

##### سه. احکام خارجی

۱- احکام خارجی در مورد حقوق عینی مربوط به اموال غیر منتقول که در کشور محل وقوع مال صادر و یا توسط آن کشور به رسمیت شناخته شده باشند، در سویس معتبر تلقی می گردند.

۲- احکام خارجی در مورد حقوق عینی مربوط به اموال منتقول در حالات زیر در سویس معتبر شناخته می شوند:

الف- در کشور محل اقامت خوانده صادر شده باشند؛

ب- در کشور محل وقوع مال صادر شده باشند به شرطی که محل سکونت معمولی خوانده نیز در آنجا باشد، و یا

ج- در کشور محل وقوع دادگاه مورد توافق صادر شده باشند.

## فصل هشتم: مالکیت معنوی

۱۰۹ ماده

### یک. صلاحیت

- ۱- دادگاههای سویسی اقامتگاه خوانده، و در صورت فقدان اقامتگاه، دادگاههای محلی که مورد مراجعته قرار گرفته است، صلاحیت رسیدگی به دعاوی مربوط به حقوق مالکیت معنوی را دارند. دعاوی مربوط به اعتبار یا ثبت حقوق مالکیت معنوی در خارج، از این قاعده مستثنی می باشند.
- ۲- در صورت تعدد خواندگان مشمول صلاحیت محاکم سویسی و وحدت مبانی موضوعی و حکمی دعاوی مطروحه، هریک از قضات نسبت به کلیه خواندگان صلاحیت دارد، و محکمه ای که سبق رسیدگی دارد، از صلاحیت انحصاری برخوردار است.
- ۳- چنانچه خوانده مقیم سویس نباشد دعاوی مربوط به اعتبار یا ثبت حقوق مالکیت معنوی در سویس، در صلاحیت دادگاههای سویسی محل نمایندگی ثبت شده و در صورت فقدان نماینده، در صلاحیت دادگاههای محل اداره ثبت سویسی قرار دارد.

۱۱۰ ماده

### دو. قانون حاکم

- ۱- حقوق مالکیت معنوی تابع قانون کشوری است که برای حمایت از حقوق مزبور مورد تقاضا قرار گرفته است.
- ۲- در مورد ادعاهای مربوط به تجاوز به حقوق مالکیت معنوی، طرفین در هر زمان پس از وقوع خسارت می توانند توافق نمایند که قانون متبع دادگاه در مورد آنها قابل اجرا باشد.

۳- قراردادهای مربوط به حقوق مالکیت معنوی، تابع مقررات حاکم بر قراردادها در قانون حاضر می باشند (ماده ۱۲۲).

## ۱۱۱ ماده

### سه. احکام خارجی

- ۱- احکام خارجی صادره در مورد حقوق مالکیت معنوی در شرایط زیر در سویس به رسمیت شناخته می شوند:
- الف- در کشور اقامتگاه خوانده صادر شده باشند;
  - ب- در کشوری صادر شده باشد که حمایت آن از مالکیت معنوی مورد تقاضا قرار گرفته به شرط آنکه خوانده مقیم سویس نباشد.
- ۲- احکام خارجی مربوط به اعتبار، یا ثبت حقوق مالکیت معنوی به شرطی [در سویس] به رسمیت شناخته می شوند که در کشوری صادر شده باشند که حمایت آن از مالکیت معنوی مورد تقاضا بوده و یا در آن کشور به رسمیت شناخته شده باشند.

## فصل نهم: حقوق تعهدات

### بخش اول

#### قراردادها

## ۱۱۲ ماده

### یک. صلاحیت

#### ۱. قاعدة کلی

- ۱- دادگاههای سویسی اقامتگاه خوانده و در صورت نداشتن اقامتگاه در سویس، دادگاههای محل سکونت معمولی وی، صلاحیت رسیدگی به دعاوی ناشی

از قرارداد را دارند.

۲- همچنین دادگاههای سویسی محل وقوع مؤسسه خوانده جهت رسیدگی به دعاوى ناشی از فعالیت مؤسسه مذکور صالح می باشند.

#### ۱۱۳۵ ماده

#### ۲. محل اجرا

چنانچه خوانده اقامتگاه یا محل سکونت معمولی یا مؤسسه ای در سویس نداشته، لکن محل اجرای قرارداد در سویس باشد، دعوا را می توان در دادگاه سویسی محل اجرای قرارداد طرح کرد.

#### ۱۱۴۵ ماده

#### ۳. قرارداد با مصرف کنندگان

۱- در قراردادهای منعقده طبق شرایط اعلام شده در بند اول ماده ۱۲۰ مصرف کننده می تواند دعوای خود را در یکی از دادگاههای سویسی زیر به انتخاب خود اقامه کند:

الف- در اقامتگاه و یا محل سکونت معمولی خود، یا

ب- در اقامتگاه فروشنه و در صورت نداشتن اقامتگاه در محل سکونت معمولی وی.

۲- مصرف کننده نمی تواند پیشایش از حق رجوع به دادگاه محل اقامت یا سکونت معمولی خود، اعراض نماید.

#### ۱۱۵۵ ماده

#### ۴. قراردادهای کار

۱- دادگاههای سویسی اقامتگاه خوانده یا محلی که وی عادتاً کار خود را در آنجا انجام می دهد. صلاحیت رسیدگی به دعاوى مربوط به قرارداد کار را دارند.

۲- همچنین برای رسیدگی به دعاوى مستخدمین، دادگاههای سویسی

اقامتگاه و یا محل سکونت معمولی آنها صلاحیت دارند.

## ۱۱۶ ماده

### دو. قانون حاکم

#### ۱. قاعدة کلی

##### الف. انتخاب قانون

- ۱- قراردادها تابع قانون منتخب طرفین هستند.
- ۲- انتخاب قانون باید صریح باشد یا به طور روشن از مفاد قرارداد یا اوضاع و احوال استنباط گردد. علاوه بر این، انتخاب قانون خود تابع قانون منتخب می باشد.
- ۳- انتخاب قانون یا تغییر آن در هر زمان امکان پذیر است و چنانچه پس از انعقاد قرارداد صورت پذیرفته باشد اثر آن عطف به مسابق شده و از زمان انعقاد، نافذ می گردد؛ حقوق اشخاص ثالث کماکان معتر و محفوظ است.

## ۱۱۷ ماده

### ب. عدم انتخاب قانون حاکم

- ۱- در صورت عدم انتخاب قانون، قرارداد تابع قانون کشوری است که با آن بیشترین ارتباط را دارد.
- ۲- وجود نزدیکترین ارتباط با کشور محل سکونت طرفی که انجام عین تعهد به عهده او است و یا چنانچه موضوع قرارداد فعالیت تجاری باشد، با کشور محل وقوع مؤسسه تجاری، مفروض تلقی می شود.
- ۳- اجرای عین تعهد بخصوص موارد زیر را در بر می گیرد:
  - الف- در قراردادهای ناقل مالکیت، انجام تعهد توسط انتقال دهنده؛
  - ب- در قراردادهای ناقل حق استفاده و یا انتفاع از عین، اجرای تعهد توسط واگذارنده حق؛
  - ج- در قراردادهای وکالت، مقاطعه و نظایر آنها، ارائه خدمت؛

- د- در قراردادهای وديعه، انجام تعهد توسط امين؛  
ه- در قراردادهای ضمانت و کفالت، انجام تعهد توسط ضامن.

#### ۱۱۸ ماده

##### ۲. به طور خاص

###### الف. فروش اموال منقول

- ۱- قراردادهای فروش اموال منقول تابع کنوانسیون ۱۵ ژوئن ۱۹۵۵ درباره قانون لازم الاجرا در مورد بيع بين المللي کالا می باشند.  
۲- ماده ۱۲۰ از اين قاعده مستثنی است.

#### ۱۱۹ ماده

##### ب. اموال غيرمنقول

- ۱- قراردادهای مربوط به اموال غيرمنقول یا استفاده از آنها، تابع قانون محل وقوع آن اموال است.  
۲- انتخاب قانون مجاز است.

۳- مع هذا شکل قرارداد تابع قانون کشور محل وقوع مال غيرمنقول است، مگر اينکه اين قانون خود قانون قابل اجرای ديگري را تجويز کرده باشد. قرارداد مربوط به مال غيرمنقول واقع در سويس از لحاظ شکلي تابع قانون سويس می باشد.

#### ۱۲۰ ماده

##### ج. قراردادهای منعقده با مصرف کنندگان

- ۱- قراردادهای منعقده در مورد کالاهای و خدمات به منظور مصارف شخصی یا خانوادگی مصرف کننده که ارتباطی با فعالیت حرفه ای یا تجاري وی ندارند، تابع قانون کشور محل سکونت معمولی مصرف کننده است، مشروط بر اينکه:

- الف- تأمین کننده سفارش را در آن کشور دریافت نموده باشد؛  
ب- عقد قرارداد مسبوق به پیشنهاد یا تبلیغات در آن کشور بوده و

صرف کننده اقدامات قانونی لازم را برای انعقاد قرارداد در آنجا انجام داده باشد  
و یا

ج- صرف کننده به تشویق تأمین کننده کالا و یا خدمات برای دادن سفارش  
به کشور خارج رفته باشد.

۲- انتخاب قانون ممنوع است.

#### ۱۴۱ ماده

##### د. قراردادهای کار

۱- قرارداد کار تابع قانون کشوری است که کارگر معمولاً کار خود را در آن جا انجام می دهد.

۲- چنانچه کارگر معمولاً کار خود را در چند کشور انجام دهد، قرارداد کار تابع قانون کشوری است که کار فرما در آن جا مستقر است.  
و در صورت نداشتن مقر مشخصی، قانون محل اقامت یا سکونت معمولی کار فرما حاکم بر قرارداد کار خواهد بود.

۳- طرفین می توانند قرارداد کار را تابع قانون کشوری قرار دهند که محل سکونت معمولی کارگر یا مقر یا اقامتگاه یا محل سکونت معمولی کار فرما در آن جا قرار دارد.

#### ۱۴۲ ماده

##### ه. قراردادهای مربوط به مالکیت معنوی

۱- قراردادهای مربوط به حقوق مالکیت معنوی تابع قانون کشوری است که انتقال دهنده یا صادر کننده پروانه استفاده از حق مالکیت معنوی، در آنجا سکونت دارد.

۲- انتخاب قانون مجاز است.

۳- قرارداد بین مستخدمان و کارفرمایان در مورد حقوق مالکیت معنوی که مستخدم در چارچوب کار خود به آن دست می یابد، تابع قانون حاکم بر قرارداد

کار می باشند.

#### ۱۲۳ هاده

### ۳. مقررات مشترک

#### الف. سکوت در پاسخ به یک پیشنهاد

طرفی که به پیشنهاد برای انعقاد یک قرارداد پاسخ نداده است، می تواند در مورد آثار مترتب بر سکوت خود به قانون کشوری که محل سکونت معمولی وی در آنجا است، استناد کند.

#### ۱۲۴ هاده

#### ب. شکل قرارداد

- ۱- قرارداد از لحاظ شکلی، زمانی معتبر است که مطابق با قانون حاکم بر قرارداد یا قانون محل انعقاد آن، تنظیم شده باشد.
- ۲- چنانچه در زمان انعقاد قرارداد، طرفهای آن در کشورهای مختلف باشند، کافی است که قرارداد طبق قانون یکی از این کشورها تنظیم گردد.
- ۳- هرگاه قانون حاکم بر قرارداد، به منظور حمایت از یکی از طرفین، شکلی خاصی را پیش بینی نموده باشد شکل قرارداد تابع همان قانون است، مگر اینکه قانون مزبور اجرای قانون دیگری را اجازه داده باشد.

#### ۱۲۵ هاده

#### ج. روشهای اجرا و بازررسی

روشهای اجرا و بازررسی قرارداد تابع قانون کشور محل انجام آنها می باشند.

#### ۱۲۶ هاده

#### د. نمایندگی

- ۱- در صورتی که نمایندگی مبتنی بر یک عمل حقوقی باشد، روابط نماینده

و اصیل تابع قانون حاکم بر قرارداد است.

۲- شرایطی که به موجب آنها اعمال نماینده، اصیل را در برابر شخص ثالث معهود می‌سازد، تابع قانون کشوری است که مرکز امور نماینده در آنجا واقع است و اگر چنین مرکزی وجود نداشته و یا برای شخص ثالث طرف معامله غیرقابل شناسایی باشد، شرایط فوق تابع قانون کشوری است که نماینده عمدۀ فعالیت خود را در این مورد در آنجا انجام داده است.

۳- چنانچه نماینده دارای رابطه استخدامی با اصیل بوده و فاقد مرکز امور تجاری شخصی باشد، مرکز امور نماینده همان مقر اصیل خواهد بود.

۴- قانون حاکم بر اساس بند ۲ فوق همچنین در خصوص رابطه بین نماینده غیرمجاز و شخص ثالث، مجری می‌باشد.

## بخش دوم

### دارا شدن بلاجهت

۱۳۷۵ ماده

یک. صلاحیت

رسیدگی به دعاوی مربوط به دارا شدن بلاجهت در صلاحیت دادگاههای سویسی محل اقامات خوانده و در صورت فقدان آن، محل سکونت معمولی یا مؤسسه وی قرار دارد.

۱۳۷۶ ماده

دو. قانون حاکم

۱- ادعاهای مبتنی بر دارا شدن بلاجهت تابع قانون حاکم بر رابطه حقوقی موجود یا مفروض است که منشأ دارا شدن می‌باشد.

۲- در صورت فقدان چنین رابطه‌ای، ادعاهای مبتنی بر دارا شدن بلاجهت تابع قانون کشور محل تحصیل دارایی است. طرفین نیز می‌توانند در مورد اجرای قانون متبوع دادگاه، توافق نمایند.

## بخش سوم

### اعمال غیرقانونی

#### ماده ۱۲۹

##### یک. صلاحیت

###### ۱. قاعدة کلی

۱- رسیدگی به دعاوی مبتنی بر اعمال غیرقانونی در صلاحیت دادگاههای سویسی اقامتگاه خوانده و در صورت فقدان آن، دادگاههای سویسی محل سکونت معمولی یا مقر تجاری خوانده قرار دارد.

۲- چنانچه خوانده در سویس فاقد اقامتگاه یا محل سکونت معمولی و یا مقر تجاری باشد، صلاحیت رسیدگی با دادگاه سویسی محل وقوع یا حصول نتیجه آن عمل می‌باشد.

۳- در صورت تعدد خواندگان مشمول صلاحیت محاکم سویسی، و وحدت مبانی موضوعی و قانونی دعاوی مطروحه، هریک از قضات صلاحیت رسیدگی به کلیه دعاوی را دارد. در این میان صلاحیت انحصاری با آن قاضی است که سبق رسیدگی دارد.

#### ماده ۱۳۰

###### ۲. به طور خاص

۱- دادگاههای سویسی محل وقوع حادثه زیانبار صلاحیت رسیدگی به دعاوی مربوط به خسارات ناشی از تأسیسات اتمی یا انتقال مواد هسته‌ای را دارند.

۲- چنانچه محل وقوع حادثه قابل تعیین نباشد، دعوا در مرجع یا در مراجع

زیر قابل طرح است:

الف. اگر متصدی تأسیسات اتمی مسؤول باشد، نزد دادگاههای سویسی  
محل وقوع تأسیسات:

ب- اگر مسؤولیت بر عهده متصدی مجاز حمل و نقل باشد، نزد دادگاههای  
سویسی محل اقامت دارنده جواز و یا اقامتگاه انتخابی او.

#### ۱۴۱ ماده

### ۳. دعوای مستقیم علیه بیمه گر

رسیدگی به دعاوی مبتنی بر حق مطالبه مستقیم از بیمه گر مسؤولیت مدنی،  
در صلاحیت دادگاههای سویسی مرکز عملیات بیمه گر و یا دادگاههای محل وقوع یا  
حصول نتیجه آن عمل می باشد.

#### ۱۴۲ ماده

### دو. قانون حاکم

#### ۱. قاعدة کلی

##### الف. انتخاب قانون

طرفین می توانند هر زمان پس از حادثه زیانبار، در مورد اجرای قانون متبع  
دادگاه توافق نمایند.

#### ۱۴۳ ماده

### ب. در صورت عدم انتخاب قانون

۱- چنانچه محل سکونت عامل فعل زیانبار و طرف زیان دیده در یک کشور  
باشد، ادعاهای مبتنی بر اعمال غیرقانونی تابع قانون همان کشور خواهد بود.

۲- چنانچه عامل زیانبار و طرف زیان دیده ساکن یک کشور نباشند، قانون  
کشور محل وقوع عمل غیرقانونی حاکم خواهد بود، و اگر نتیجه عمل در کشور  
دیگری ظاهر گردد و بروز این نتیجه در آن کشور از جانب فاعل فعل زیانبار قابل

پیش بینی بوده باشد، قانون کشور اخیر به مورد اجرا گذاشته می شود.

۳- علی رغم بندهای فوق، ادعاهای مبتنی بر عمل غیرقانونی که رابطه حقوقی موجود بین عامل ضرر و طرف زیان دیده را نقض نماید، تابع قانون حاکم بر رابطه حقوقی قبلی خواهد بود.

۱۳۴۵ ماده

## ۲. به طور خاص

### الف. حوادث رانندگی

ادعاهاي ناشي از حوادث رانندگي تابع مقررات کنوانسيون لاهه مورخ چهارم مه ۱۹۷۱ مربوط به قانون حاکم بر تصادفات رانندگي است.

۱۳۵۵ ماده

### ب. مسؤوليت توليد كتنه

۱- ادعاهای مبتنی بر نقص کالا یا توصیف غیرواقعی از آن، تابع یکی از قوانین زیر به انتخاب طرف زیان دیده می باشند:

الف. قانون کشوری که مرکز امور عامل زیان در آن واقع است و در صورت نبود آن، محل سکونت معمولی وی، یا

ب- قانون کشوری که کالا در آنجا خربداری شده است، مگراینکه عامل زیان ثابت نماید که کالا بدون رضایت او به بازار آن کشور راه یافته است.

۲- هرگاه ادعاهای مبتنی بر نقص کالا یا توصیف غیرواقعی از آن، تابع قانون خارجی باشند، محاکم سویسی به خسارتم بیشتر از آنچه که در قانون سویس به این منظور پیش بینی گردیده است، حکم نخواهد داد.

۱۳۶۵ ماده

### ج. رقابت ناسالم

۱- ادعاهای مبتنی بر رقابت ناسالم تجاری، تابع قانون کشوری است که

نتیجه آن در بازار آن کشور آشکار شده است.

۲- اگر این عمل منحصرآ به قصد اضرار به منافع بنگاه زیان دیده انجام

گرفته باشد، قانون کشور محل وقوع مؤسسه زیان دیده، حاکم خواهد بود.

۳- بند سوم ماده ۱۳۳ به قوت خود باقی است.

#### ۱۳۷۵ ماده

##### د. ممانعت از رقابت

۱- ادعاهای مبتنی بر ممانعت از رقابت، تابع قانون کشوری است که به واسطه ممانعت مزبور در بازار آن کشور مستقیماً به طرف متضرر زیان وارد شده است.

۲- هرگاه ادعاهای مبتنی بر ممانعت از رقابت، تابع قانون خارجی باشند، مراجع سویسی نمی توانند به خسارتبی بیشتر از آنچه که در این خصوص در قانون سویس پیش بینی شده است، حکم دهند.

#### ۱۳۸۵ ماده

##### ه. مزاحمت

ادعاها مبتنی بر مزاحمت زیانبار ناشی از اموال غیرمنقول، به انتخاب طرف متضرر، تابع قانون محل وقوع ملک یا قانون کشوری است که نتیجه زیانبار در آنجا نمایان شده است.

#### ۱۳۹۵ ماده

##### و. هتك حرمت

۱- ادعاهای مربوط به هتك حرمت اشخاص توسط رسانه های گروهی به ویژه از طریق مطبوعات، رادیو و تلویزیون یا دیگر وسائل ارتباط جمعی، به انتخاب شخص متضرر، تابع قوانین زیر می باشند:

الف- قانون کشور محل سکونت معمولی شخص متضرر، مشروط بر اینکه

زیان رساننده انتظار بروز نتیجه اقدام خود را در آن کشور داشته باشد؛

ب - قانون کشور مرکز امور عامل زیان یا محل سکونت عادی وی، و یا

ج - قانون کشوری که نتیجه اقدام زیانبار در آنجا بروز می کند، مشروط بر اینکه زیان رساننده انتظار بروز چنین نتیجه ای را در آن کشور داشته باشد.

۲ - حق پاسخگویی علیه رسانه هایی که به طور مسلسل منتشر یا پخش می شوند انحصاراً تابع قانون کشوری است که نشریه و یا برنامه رادیو - تلویزیونی در آنجا چاپ و یا پخش گردیده است.

#### ۱۴۰ ماده

### ۳. قواعد خاص

#### الف . تعدد مرتكبين

اگر بیش از یک شخص در ارتکاب عمل غیرقانونی شرکت نموده باشند، قانون لازم الاجرا به طور جداگانه و بدون توجه به چگونگی مشارکت تعیین می شود.

#### ۱۴۱ ماده

#### ب . دعوای مستقیم

در صورت تجویز قانون حاکم بر عمل غیرقانونی و یا قانون ناظر بر قرارداد بیمه، شخص متضرر می تواند دعوای خود را مستقیماً علیه بیمه گر مسؤولیت مدنی مطرح نماید.

#### ۱۴۲ ماده

### ۴. قلمرو اجرا

۱- قانون حاکم بر عمل غیرمشروع به ویژه توانایی برای ارتکاب اعمال غیرقانونی، شرایط و حدود مسؤولیت و همچنین شخص مسؤول را معین می کند.  
۲- مقررات مربوط به اینمی و رفتار متعارف در محل عمل غیرقانونی، باید ملاحظه شوند.

## **بخش چهارم**

### **مقررات مشترک**

**۱۴۳ ماده**

#### **یک. تعدد بدھکاران**

##### **۱. ادعا علیه چند بدھکار**

چنانچه طلبکار ادعایی علیه چند بدھکار داشته باشد، نتایج حقوقی ناشی از این وضع، تابع قانون حاکم بر رابطه حقوقی بین طلبکار و بدھکار تعقیب شده، خواهد بود.

**۱۴۴ ماده**

##### **۲. حق مراجعت بدھکاران به یکدیگر**

۱- یک بدھکار حق دارد مستقیم یا به قائم مقامی از طرف طلبکار به بدھکار دیگر البته فقط در حدی که قوانین حاکم بر دو دین اجازه دهند، مراجعت نماید.

۲- دعوای وصول طلب بین بدھگاران تابع قانون حاکم بر دین بدھکار خوانده می باشد. مسائل مربوط به روابط بین طلبکار اصلی و بدھکاری که اقدام به شکایت کرده، انحصاراً تابع قانون حاکم بر دین بدھکار اخیر است.

۳- حق طرح دعوای طلب از جانب مؤسسات عهده دار وظایف عمومی، تابع مقررات حاکم بر آن مؤسسات است؛ قایلیت پذیرش شکایت و وصول طلب، تابع مقررات دو بند فوق می باشد.

**۱۴۵ ماده**

#### **دو. انتقال طلب**

##### **۱. انتقال به موجب قرارداد**

۱- انتقال قراردادی طلب، تابع قانون منتخب طرفین و در صورت عدم انتخاب قانون، تابع قانون حاکم بر دین است. انتخاب قانون بدون رضایت مديون،

قابل استناد عليه وی نیست.

- ۲- انتخاب قانون برای انتقال طلب یک مستخدم، فقط تاحدی معتبر است که بند سوم ماده ۱۲۱ این قانون اجازه داده باشد.
- ۳- انتقال از لحاظ صوری منحصرآ تابع قانون حاکم بر عقد حواله است.
- ۴- مسائل منحصرآ مربوط به روابط بین محیل و محل علیه، تابع قانون حاکم بر رابطه حقوقی ای است که انتقال مبتنی بر آن می باشد.

#### ۱۴۶ ماده

### ۲. انتقال به حکم قانون

- ۱- انتقال طلب حسب الزام قانون تابع قانون حاکم بر رابطه اصلی میان طلبکار پیشین و جدید، و در صورت فقدان چنین قانونی، تابع قانون حاکم بر دین می باشد.
- ۲- مقررات قانون حاکم بر دین که به منظور حمایت از بدھکار پیش بینی شده اند، به قوت خود باقی هستند.

#### ۱۴۷ ماده

### سه. پول (وجه رایج)

- ۱- پول (وجه رایج) طبق قانون دولت ناشر آن، تعریف می شود.
- ۲- آثار وجه رایج بر میزان دین، توسط قانون حاکم بر دین تعیین می شوند.
- ۳- قانون کشور محل پرداخت دین، نوع پولی را که پرداخت باید با آن انجام گردد، تعیین می کند.

#### ۱۴۸ ماده

### چهار. مرور زمان و سقوط تعهدات

- ۱- مرور زمان و سقوط تعهد، تابع قانون حاکم بر طلب است.
- ۲- در صورت سقوط تعهد به وسیله تهاتر، قانون لازم الاجرا، قانون حاکم بر دینی است که تهاتر آن مورد نظر بوده است.

۳- ترتیبات تبدیل تعهد ابراء و تهاتر، تابع مقررات حاضر درباره قانون حاکم بر قراردادها می باشند (مواد ۱۱۶ به بعد).

## بخش پنجم

### احکام خارجی

#### ۱۴۹ ماده

۱- احکام خارجی مربوط به طلب براساس حقوق تعهدات، در موارد زیر در

سویس به رسمیت شناخته می شوند:

الف- اگر در کشور محل اقامت خوانده صادر شده باشند؛

ب- اگر در کشور محل سکونت معمولی خوانده صادر شده باشند، بشرط آنکه طلب با فعالیتی در آن کشور مرتبط باشد.

۲- حکم خارجی در موارد ذیل نیز به رسمیت شناخته می شود:

الف- اگر موضوع آن یک تعهد قراردادی بوده، در کشور محل اجرای تعهد صادر شده و خوانده مقیم سویس نباشد؛

ب- اگر موضوع آن مطالبات ناشی از قرارداد با مصرف کننده بوده، در کشور محل اقامت یا سکونت معمولی مصرف کننده صادر شده و شرایط پیش بینی شده در بند اول ماده ۱۲۰ در آن رعایت گردیده باشد؛

ج- اگر موضوع آن یک قرارداد استخدامی بوده، در مرکز عملیات کارفرما یا در محل کار صادر شده و مستخدم مقیم سویس نباشد؛

د- اگر موضوع آن ادعاهای ناشی از فعالیت یک مؤسسه بوده و در مقر مؤسسه صادر شده باشد؛

ه- اگر موضوع آن دارا شدن بلاجهت بوده، در محل وقوع عمل یا بروز نتیجه آن صادر گردیده و خوانده مقیم سویس نباشد، یا

و- اگر حکم صادر ناظر به ادعاهای ناشی از اقدامات غیرقانونی بوده، در محل وقوع عمل یا بروز نتیجه آن صادر گردیده و خوانده مقیم سویس نباشد.

## فصل دهم: شرکتها

۱۵۰ ماده

### یک. تعاریف

۱- در قانون حاضر، منظور از شرکت، هرگونه تشکل سازمان یافته اشخاص و دارایی‌ها است.

۲- مشارکت‌های مدنی فاقد تشکیلات، تابع قانون حاکم بر قراردادها (مواد ۱۱۶ به بعد) می‌باشند،

۱۵۱ ماده

### دو. صلاحیت

#### ۱. قاعدة کلی

۱- رسیدگی به اختلافات مربوط به حقوق شرکتها، دعاوی علیه شرکت، شرکا یا اشخاصی که طبق حقوق شرکتها مسؤول هستند، در صلاحیت دادگاههای سویسی مقر شرکت می‌باشد.

۲- رسیدگی به دعاوی علیه یک شریک یا یک شخص مسؤول طبق حقوق شرکتها نیز در صلاحیت دادگاههای سویسی محل اقامات و در صورت فقدان اقامتگاه، در صلاحیت دادگاههای محل سکونت عموی خوانده قرار دارد.

۳- دعاوی مربوط به مسؤولیت ناشی از انتشار عمومی سهام و اوراق قرضه نیز در صلاحیت دادگاههای سویسی محل انتشار می‌باشد و توافق طرفین درمورد مرجع دیگر، نمی‌تواند این صلاحیت را سلب نماید.

۱۵۲ ماده

#### ۲. مسؤولیت شرکتها خارجی

رسیدگی به شکایات علیه اشخاص مسؤول طبق ماده ۱۵۹ و یا علیه شرکتها خارجی که این اشخاص به نمایندگی از آنها فعالیت می‌نمایند، در

صلاحیت مراجع زیر است:

الف - دادگاههای سویسی اقامتگاه خوانده و در صورت فقدان اقامتگاه،

دادگاههای محل سکونت معمولی وی، یا

ب - دادگاههای سویسی محل اداره شرکت.

#### ۱۵۳ ماده

### ۳. اقدامات حمایتی

اقدامات حمایتی در مورد اموال واقع در سویس، متعلق به شرکتها یی که

مرکزشان در خارج از سویس قرار دارد، در صلاحیت مقامات قضایی یا اداری

سویسی وقوع مال مورد حمایت می باشند.

#### ۱۵۴ ماده

### سه. قانون حاکم

#### ۱. قاعدة کلی

۱ - شرکتها تابع قانون کشوری هستند که مطابق آن تشکیل شده اند، مشروط

بر اینکه مقررات این قانون را در مورد انتشار و یا ثبت سهام رعایت کرده و یا در

صورت فقدان چنین مقرراتی در هنگام تشکیل شرکت، طبق قانون آن کشور عمل نموده باشند.

۲ - شرکتی که این شرایط را رعایت نکرده باشد، تابع قانون کشوری است که

عملآ در آنجا اداره می شود.

#### ۱۵۵ ماده

### ۲. قلمرو قانون حاکم

با حفظ مقررات مواد ۵۶ تا ۱۶۱، قانون حاکم بر شرکت بخصوص

ناظر است به:

الف - ماهیت حقوقی شرکت;

ب - تشکیل و انحلال شرکت؛  
ج - اهلیت تمتع و استیفای حقوق شرکت؛  
د - نام یا عنوان تجاری شرکت،  
ه - تشکیلات شرکت؛  
و - روابط داخلی، بخصوص روابط شرکت با اعضای خود؛  
ز - مسؤولیت شرکت به جهت تقضی مقررات حقوق شرکتها؛  
ح - مسؤولیت شرکت بابت دیون خود؛  
ط - اختیار نمایندگی اشخاصی که مطابق تشکیلات شرکت به نام شرکت عمل می کنند.

#### ۱۵۶ ماده

#### چهار. قواعد خاص

##### ۱. ادعاهای ناشی از انتشار عمومی سهام و اوراق قرضه

ادعاهای ناشی از انتشار عمومی سهام و اوراق قرضه به وسیله آگهی های عرضه سهم، بخشنامه ها یا سایر آگهی های مشابه، تابع قانون حاکم بر شرکت یا قانون کشور محل نشر می باشند.

#### ۱۵۷ ماده

##### ۲. حمایت از نام عنوان تجاری

۱- حمایت از نام و عنوان بازارگانی شرکتهای به ثبت رسیده در اداره ثبت شرکتهای سویس در مقابل صدماتی که در سویس به آنها وارد می شود، تابع قانون سویس می باشد.

۲- چنانچه شرکت نزد اداره ثبت شرکتهای سویس ثبت نشده باشد، حمایت از نام و عنوان تجاری آن تابع قانون حاکم بر رقابت ناسالم (ماده ۱۳۶) یا صدمات به اشخاص (مواد ۱۳۲، ۱۳۳ و ۱۳۹) می باشد.

## ۱۵۸ ماده

### ۳. محدودیت اختیارات نمایندگی

شرکت نمی تواند به محدودیت های اختیارات نمایندگی مأمور یا نماینده که در قانون کشور مرکز امور یا محل سکونت معمولی طرف دیگر به رسمیت شناخته شده اند، استناد نماید، مگر اینکه طرف مذبور از آن محدودیت ها آگاه بوده یا بتوان آگاهی او را مفروض دانست.

## ۱۵۹ ماده

### ۴. مسؤولیت شرکتهای خارجی

اگر اداره امور شرکت تشکیل شده طبق قانون خارجی، در سویس و یا از سویس انجام گیرد، مسؤولیت اشخاصی که به نام این شرکت عمل می کنند تابع قانون سویس است.

## ۱۶۰ ماده

### پنج. شب شرکتهای خارجی در سویس

۱- شرکتی که مرکز آن در خارج سویس است، می تواند شعبه ای در سویس داشته باشد، این شعبه تابع قانون سویس است.

۲- نمایندگی چنین شب شعبه ای تابع قانون سویس خواهد بود. حداقل یکی از کسانی که مجاز به نمایندگی این شب شعبه ها هستند باید مقیم سویس و مشخصاتش در اداره ثبت شرکتها به ثبت رسیده باشد.

۳- شورای فدرال، شرایط تفصیلی ثبت اجباری در اداره ثبت شرکتها را منتشر می کند.

## ۱۶۱ ماده

### شش. انتقال شرکت از خارج به سویس

#### ۱. قاعدة کلی

۱- در صورت اجازه قانون خارجی، شرکت خارجی می تواند بدون اقدام به

تصفیه یا تأسیس مجدد، خود را تابع قانون سویس نماید، مشروط بر اینکه شرایط پیش بینی شده در قانون خارجی را رعایت کرده و نیز بتواند خود را با یکی از اشکال پذیرفته شده در قانون سویس منطبق سازد.

۲-شورای فدرال سویس به ویژه در صورت اقتضای منافع عالیه این کشور، می تواند اجازه دهد که یک شرکت بدون رعایت شرایط پیش بینی شده در قانون خارجی خود را تابع قوانین سویس نماید.

## ۱۶۲ ماده

### ۲. زمان تعیین کننده

۱- شرکتی که ملزم است به موجب قانون سویس خود را به ثبت رساند، از زمانی که انتقال مرکز فعالیتهای خود را به سویس و انطباق خود با قوانین این کشور را ثابت نماید، تابع قانون سویس خواهد بود.

۲-شرکتی که مکلف به ثبت خود، به موجب قانون سویس نیست از زمانی که قصد روشن خود را مبنی بر تبعیت از قانون مزبور آشکار نموده، ارتباط کافی با سویس داشته و خود را با قوانین این کشور منطبق نماید، مشمول قانون سویس خواهد بود.

۳-یک شرکت سرمایه ای، قبل از ثبت باید با ارائه گزارش حسابرسی مؤسسه مورد تأیید شورای فدرال ثابت نماید که سرمایه اش طبق قانون سویس تضمین شده می باشد.

## ۱۶۳ ماده

### هفت. انتقال شرکت از سویس به خارج

#### ۱. قاعدة کلی

۱-یک شرکت سویسی می تواند بدون نیاز به تصفیه یا تأسیس مجدد با اثبات مراتب زیر، خود را تابع قانون خارجی قرار دهد:

الف - اینکه شرایط پیش بینی شده در قانون سویس رعایت شده اند؛

- ب- اینکه برابر با قانون خارجی به موجودیت خود ادامه می دهد؛ و
- ج- اینکه از طریق آگهی عمومی طلبکاران را از تغییر قریب الوقوع قانون حاکم مطلع نموده و از آنها دعوت کرده مطالبات خود را اعلام دارند.
- ۲- مقررات مربوط به اقدامات موقت حفاظتی در موارد اختلافات بین المللی به مفهوم ماده ۶۱ قانون فدرال مورخ ۸ اکتبر ۱۹۸۲ ناظر به تأمین نیازهای اقتصادی کشور، به قوت خود باقی هستند.

#### ۱۶۴ ماده

### ۲. بدھیهای شرکت

- ۱- ابطال ثبت یک شرکت خارجی ثبت شده نزد اداره ثبت شرکتهای سویس فقط در صورتی امکان پذیر است که متقاضی ثابت نماید که طلب بستانکاران پرداخت یا تضمین گردیده یا اینکه آنها به ابطال ثبت شرکت رضایت داده اند.
- ۲- مادام که مطالبات بستانکاران پرداخت یا تضمین گردیده است، عملیات اجرایی علیه شرکت در سویس امکان پذیر می باشدند.

#### ۱۶۵ ماده

### هشت. احکام خارجی

- ۱- احکام خارجی ناظر به ادعاهای مربوط به حقوق شرکتها، در سویس به رسمیت شناخته می شوند اگر در کشوری صادر شده باشند که:
- الف- مقر شرکت در آنجا و یا احکام مزبور در آن کشور به رسمیت شناخته شده و خوانده مقیم سویس نباشد؛
- ب- اقامتگاه و یا محل سکونت معمولی خوانده در آنجا باشد.
- ۲- احکام خارجی راجع به ادعاهای ناشی از انتشار عمومی سهام و اوراق قرضه از طریق آگهی های عرضه سهم، بخشنامه ها یا سایر اعلانات مشابه در سویس به رسمیت شناخته می شوند، مشروط بر اینکه در همان کشور محل انتشار صادر گردیده و خوانده مقیم سویس نباشد.

## **فصل یازدهم: ورشکستگی و قرارداد ارفاقی**

**ماده ۱۶۶**

**یک. شناسایی**

۱- حکم خارجی ورشکستگی صادره در کشور محل اقامت بدهکار، با تقاضای مدیر تصفیه خارجی یا یکی از طلبکاران، در سویس به رسمیت شناخته می‌شود  
شرط براینکه:

الف- حکم در کشور محل صدور خود، قابل اجرا باشد؛

ب- هیچ یک از موارد رد پیش بینی شده در ماده ۲۷ موجود نباشد؛

ج- کشور محل صدور حکم نیز رفتار مقابله نماید.

۲- چنانچه بدهکار شعبه‌ای در سویس داشته باشد، آینین دادرسی پیش بینی شده در بند اول ماده ۵۰ قانون فدرال راجع به اجرای دیون و ورشکستگی، تا قطعی شدن طبقه بندی طلبکاران به مفهوم ماده ۱۷۲ این قانون، تعقیب می‌شود.

**ماده ۱۶۷**

**دو. آینین دادرسی**

### **۱. صلاحیت**

۱- تقاضای شناسایی حکم ورشکستگی باید به دادگاه صالح محل وقوع داراییها در سویس تقدیم گردد. ماده ۲۹ این قانون از باب قیاس قابل اجرا می‌باشد.

۲- اگر محل وقوع اموال متعدد باشد، اولین دادگاه مرجوع الیه صالح به رسیدگی خواهد بود.

۳- فرض براین است که محل وقوع دیون بدهکار ورشکسته،

## ۱۶۸۵ ماده

### ۲. اقدامات تأمینی

به محض تقاضای شناسایی حکم خارجی ورشکستگی، دادگاه می‌تواند به درخواست متقاضی، دستور اقدامات تأمینی پیش‌بینی شده در مواد ۱۶۲ تا ۱۷۰ قانون فدرال راجع به اجرای دیون و ورشکستگی را صادر نماید.

## ۱۶۹ ماده

### ۳. انتشار

- ۱- تصمیم مربوط به شناسایی حکم خارجی ورشکستگی، منتشر می‌شود.
- ۲- تصمیم مذکور به اداره اجرای بدهیها، اداره ورشکستگیها، دفتر ثبت مستغلات، مسؤول دفتر ثبت تجاری محل وقوع اموال و در صورت ضرورت، به اداره فدرال مالکیت معنوی ابلاغ می‌گردد. همین قاعده درمورد مختصه شدن، تعلیق و نیز ابطال ورشکستگی جایز است.

## ۱۷۰ ماده

### سه. آثار حقوقی

#### ۱. قاعده کلی

- ۱- شناسایی حکم خارجی ورشکستگی سبب می‌گردد که داراییهای واقع در سویس بدهکار به جز مواردی که قانون حاضر خلاف آن را مقرر داشته مشمول قانون سویس گردد.
- ۲- مهلت‌های مقرر در قانون سویس، از زمان اعلام تصمیم شناسایی شروع می‌شوند.
- ۳- مجمع و یا هیأت طلبکاران تشکیل نمی‌گردد.

## ۱۷۱ ماده

### ۲. تقدم ناروا

دعوای ابطال اولویت و تقدم ناروا برای یکی از بستانکاران تابع مواد ۲۸۵ قانون فدرال راجع به اجرای دیون و ورشکستگی است. دعوای مزبور همچنین ممکن است توسط اداره تصفیه خارجی یا یکی از طلبکاران مجاز برای این اقدام طرح شود.

## ۱۷۲ ماده

### ۳. صورت مطالبات

۱- در صورت مطالبات فقط موارد زیر درج می‌گردد:

الف. مطالبات تضمین شده با وثیقه طبق ماده ۲۱۹ قانون فدرال راجع به اجرای دیون و ورشکستگی و

ب. مطالبات بدون حق وثیقه طبق بند چهار ماده ۲۱۹ قانون فدرال راجع به اجرای دیون و ورشکستگی به شرطی که بستانکاران مقیم سویس باشند.

۲- فقط طلبکاران مذکور در بند (الف) می‌توانند نسبت به صورت مطالبات طبق ماده ۲۵۰ قانون فدرال راجع به اجرای دیون و ورشکستگی، طرح دعوا نمایند.

۳- چنانچه قسمتی از مطالبات بستانکار در یک دعوای خارجی مربوط به ورشکستگی، پرداخت شده باشد، مبلغ دریافتی پس از وضع هزینه‌های انجام شده، از حصه‌ای که طبق رسیدگیهای معمول در سویس به وی تعلق می‌گیرد، کسر خواهد شد.

## ۱۷۳ ماده

### ۴. تقسیم

الف. تصدیق صورت مطالبات (غرمای خارجی)

۱- پس از تقسیم وجوده بین بستانکاران طبق مفاد بند اول ماده ۱۷۲ باقیمانده احتمالی در اختیار مدیر تصفیه خارجی و یا طلبکاران ذی حق نسبت به آن

اموال گذاشته می شود.

۲- باقیمانده مزبور فقط بعد از تصدیق صورت مطالبات غرمای خارجی در اختیار آنان قرار می گیرد،

۳- دادگاه سویسی که حکم خارجی ورشکستگی را شناسایی کرده، صلاحیت تصدیق صورت مطالبات غرمای خارجی را نیز دارد. دادگاه مزبور بخصوص قرار گرفتن منصفانه طلبکاران مقیم سویس در طبقه بندی طلبکاران خارجی را مورد بررسی قرار می دهد؛ دعاوی طلبکاران مزبور باید استماع گردد.

#### ۱۷۴ هاده

ب . عدم تصدیق صورت مطالبات (غرمای خارجی)

۱- چنانچه صورت مطالبات غرمای خارجی مورد تصدیق قرار نگیرد، باقیمانده بین طلبکاران طبقه پنجم، در صورتی که مقیم سویس باشند، طبق بند چهارم ماده ۲۱۹ قانون فدرال راجع به اجرای دیون ورشکستگی تقسیم می گردد.  
۲- همین حکم جاری است، چنانچه صورت مطالبات مزبور در مهلت تعیین شده از سوی قاضی به منظور شناسایی تسلیم نگردیده باشد.

#### ۱۷۵ هاده

چهار. شناسایی قرارداد ارافقی خارجی و  
اقدامات مشابه

حکم صادره بر مبنای قرارداد ارافقی بین ورشکسته و طلبکاران یا هرگونه اقدام مشابه که به تأیید مرجع قضایی خارجی رسیده باشد، در سویس به رسمیت شناخته می شود.

مواد ۱۶۶ تا ۱۷۰ از باب قیاس در این مورد قابل اجرا می باشند. دعاوی طلبکاران مقیم سویس باید استماع گردد.

## فصل دوازدهم: داوری بین المللی

۱۷۶ ماده

### یک. دامنه اجرای مقرّ داوری

- ۱- چنانچه مقرّ داوری در سویس بوده و حداقل، اقامتگاه یا محل سکونت معمولی یکی از طرفین در زمان انعقاد قرارداد در سویس نباشد، مقررات این فصل حاکم بر داوری خواهد بود.
- ۲- چنانچه طرفین کتبآ اجرای مواد این فصل را نفی نموده و انحصارآ در مورد اجرای مقررات ایالتی در خصوص داوری توافق کرده باشند، مقررات حاضر اجرا نمی گردد.
- ۳- مقرّ داوری توسط طرفین و یا نهاد داوری تشکیل شده توسط آنان و در صورت ناتوانی آنها، توسط داوران تعیین خواهد گردید.

۱۷۷ ماده

### دو. قابلیت ارجاع به داوری

- ۱- کلیه اختلافاتی که جنبه مالی دارند، قابل ارجاع به داوری می باشند.
- ۲- هرگاه یکی از طرفین قرارداد داوری دولت یا مؤسسه دولتی یا سازمان تحت کنترل آن باشد، آن طرف نمی تواند برای رد صلاحیت مرجع داوری و یا قابل داوری بودن اختلاف مشمول قرارداد داوری، به قوانین متبع خود استناد کند.

۱۷۸ ماده

### سه. قرارداد داوری

- ۱- قرارداد داوری باید به صورت کتبی اعم از تلگرام، تلکس، پیام تصویری یا هر وسیله دیگر ارتباطی که قابل استناد باشد، تنظیم گردد.
- ۲- از لحاظ ماهوی قرارداد داوری در صورتی معتبر است که با قانون منتخب

طرفین یا قانون حاکم بر موضوع اختلاف و بخصوص قانون حاکم بر قرارداد اصلی،  
یا با قانون سویس تطبیق نماید.

۳- اعتبار قرارداد داوری به دلیل عدم اعتبار قرارداد اصلی یا ارتباط آن با  
اختلافی که هنوز بروز نکرده است، قابل اعتراض نیست.

#### ۱۷۹ ماده

##### چهار. داوران

###### ۱. تشکیل دیوان داوری

۱- تعیین، عزل یا جایگزین کردن داوران تابع توافق طرفین است.

۲- در صورت فقدان چنین قراردادی رسیدگی به اختلاف می‌تواند به قاضی  
مقرر دیوان داوری ارجاع گردد. قاضی مذبور مقررات قانون ایالتی راجع به تعیین،  
عزل یا جایگزینی داوران را قیاساً اعمال می‌نماید.

۳- چنانچه یک قاضی به عنوان مرجع نصب داور تعیین شده باشد، مشارالیه  
این انتصاب را انجام می‌دهد، مگر با بررسی اجمالی معلوم شود که هیچ قرارداد  
داوری بین طرفین وجود نداشته است.

#### ۱۸۰ ماده

###### ۲. جرح داور

۱- داور ممکن است در موارد زیر جرح شود:

الف- نداشتن شرایط مورد توافق طرفین؛

ب- وجود اوضاع و احوالی که استقلال داور را به طور مشروع در معرض  
تردید قرار دهد.

۲- هیچ یک از طرفین نمی‌تواند داور منصوب خود و یا داوری که در تعیین  
آن ذی مدخل بوده، جرح کند، مگر به دلیلی که پس از انتصاب از آن آگاه  
شده باشد. دیوان داوری و طرف دیگر باید بلافاصله از علت جرح مطلع گرددند.

۳- نسبت به مواردی که طرفین، تشریفات جرح داور را پیش بینی نموده

باشند. قاضی صلاحیتدار مقرر دیوان داوری، تصمیم قطعی را اتخاذ می نماید.

#### ۱۸۱ ماده

##### پنج. دعوای تحت رسیدگی

از زمانی که با مراجعه یکی از طرفین، داور یا داوران تعیین شده در قرارداد داوری مأمور به رسیدگی می گردند، و یا، در صورت فقدان چنین قراردادی، از هنگامی که یکی از طرفین تشریفات تشکیل هیأت داوری را آغاز می کند، دعوا تحت رسیدگی تلقی می شود.

#### ۱۸۲ ماده

##### شش. آیین رسیدگی

- ۱- طرفین می توانند مستقیماً یا با ارجاع به قواعد داوری، آیین رسیدگی را تعیین نمایند. آنها همچنین می توانند تشریفات مزبور را تابع آیین رسیدگی قانون منتخب خود قرار دهند.
- ۲- در صورتی که طرفین، آیین رسیدگی را تعیین ننموده باشند، دیوان داوری این قواعد را در حد لازم یا رأساً و یا با ارجاع به یک قانون یا مجموعه مقررات داوری تعیین می کند.
- ۳- آیین رسیدگی منتخب طرفین هرچه باشد، دیوان داوری رفتار برابر با طرفین و حق دفاع حضوری در جریان رسیدگی ترافعی را برای آنها تضمین می کند.

#### ۱۸۳ ماده

##### ۲. دستورات موقت و تأمینی

- ۱- به جز مواردی که طرفین به گونه ای دیگر توافق کرده اند، دیوان داوری می تواند به درخواست یکی از طرفین، دستورهای موقت یا تأمینی صادر کند.
- ۲- اگر طرف مورد نظر طوعاً از این دستورات تبعیت ننماید، داوری می تواند از قاضی صلاحیتدار ایالتی معاوضت بخواهد. این قاضی قانون متبع

خود را اعمال می کند.

- ۳- دیوان داوری یا قاضی ایالتی می توانند دستور اقدامات مؤقت یا تأمینی مورد درخواست را به سپردن تضمینهای مناسب موکول کنند.

#### ۱۸۴ ماده

### ۳. تهیه و تأمین دلیل

- ۱- دیوان داوری رأساً برای تهیه و تأمین دلیل اقدام می کند.  
۲- هرگاه جهت تأمین دلیل، مساعدت مراجع قضایی دولتی لازم باشد، دیوان داوری یا هریک از طرفین با موافقت دادگاه می توانند معاضدت قاضی مقرر داوری را خواستار گردند. این قاضی قانون متبع خود را اعمال می کند.

#### ۱۸۵ ماده

### ۴. موارد دیگر معاضدت قضایی

- اگر مساعدت مراجع قضایی در موارد دیگر لازم باشد، قاضی مقرر دیوان داوری صلاحیت [بر معاضدت] خواهد داشت.

#### ۱۸۶ ماده

### هفت. صلاحیت

- ۱- دیوان داوری در مورد صلاحیت خود تصمیم می گیرد.  
۲- ایراد عدم صلاحیت باید قبل از دفاع در ماهیت مطرح شود.  
۳- معمولاً دیوان داوری صلاحیت خود را طی قرار اعدادی اعلام می کند.

#### ۱۸۷ ماده

### هشت. تصمیم در ماهیت

#### ۱. قانون حاکم

- ۱- دیوان داوری طبق قواعد حقوقی منتخب طرفین و در صورت فقدان

چنین انتخابی، طبق قواعد حقوقی که با اختلاف ارتباط نزدیکتری دارد، اتخاذ تصمیم می‌کند.

۲- طرفین می‌توانند به دیوان داوری اجازه دهنده تا بر اساس انصاف حکم دهد.

#### ۱۸۸ ماده

### ۲. حکم جزئی

دیوان داوری می‌تواند احکام جزئی صادر کند، مگر اینکه طرفین خلاف آن شرط کرده باشند.

#### ۱۸۹ ماده

### ۳. حکم داوری

۱- حکم داوری طبق قواعد دادرسی و شکل مورد توافق صادر می‌شود.  
۲- در صورت فقدان چنین توافقی، حکم به اکثریت و در صورت فقدان اکثریت فقط توسط رئیس دادگاه صادر می‌شود. حکم، مكتوب، مدلل، دارای تاریخ و امضا می‌باشد. برای این منظور امضای رئیس دیوان کافی است.

#### ۱۹۰ ماده

### نه. قطعیت، اعتراض به رأی

#### ۱. قاعدة کلی

۱- حکم از زمان ابلاغ قطعی است.  
۲- حکم تنها در موارد زیر قابل اعتراض است:  
الف- اگر در نصب داور واحد و یا تشکیل دیوان مقررات به طور دقیق رعایت نشده باشد:  
ب- اگر دیوان در قبول یا رد صلاحیت خود اشتباه کرده باشد؛  
ج- چنانچه تصمیم دیوان از موارد متروقه فراتر رفته و یا تعیین تکلیف در

مورد یکی از فقرات ادعا را مسکوت گذارده باشد؛

د- چنانچه اصل برابری طرفین یا حق آنها برای دفاع حضوری در دیوان

رعایت نشده باشد.

۳- در صورتی که دیوان با یک قرار اعدادی در مورد تشکیل و یا صلاحیت

خود تصمیم گیرد، اعتراض به این تصمیم، فقط به دلایل پیش بینی شده در بندهای

۲ (الف) و ۲ (ب) امکان پذیر می باشد. مهلت اعتراض از هنگام ابلاغ قرار

اعدادی، شروع می گردد.

## ۱۹۱ هاده

### ۲. مرجع صلاحیتدار

۱- اعتراض به حکم داوری فقط در دادگاه فدرال قابل طرح است. آیین

رسیدگی تابع مقررات قانون فدرال راجع به سازمان قضایی مربوط به حقوق عمومی  
می باشد.

۲- مع هذا طرفین می توانند توافق نمایند که بجای دادگاه فدرال، قاضی

مقرر دیوان داوری رسیدگی کند. حکم این قاضی قطعی است. برای این منظور  
ایالتها یک مرجع انحصاری تعیین می کنند.

## ۱۹۲ هاده

### ۵. اسقاط حق اعتراض

۱- چنانچه طرفین فاقد اقامتگاه یا محل سکونت معمولی یا مرکز تجاری در

سویس باشند، می توانند با تصریح در قرارداد داوری و یا از طریق توافق مکتوب

بعدی خود، امکان هرگونه اعتراض علیه حکم داوری را ساقط و یا آن را به یک یا

چند مورد از جهات احصا شده در بند ۲ ماده ۱۹۰ محدود نمایند.

۲- چنانچه طرفین حق هرگونه اعتراض علیه رأی داوری را از خود ساقط

نموده و رأی صادره نیز باید در سویس به مورد اجرا گذاشته شود، کتوانسیون

نیویورک در مورد شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی مورخ ۱۰ تزوئن ۱۹۵۸

قیاساً اعمال می‌گردد.

#### ۱۹۳ ماده

##### یازده. تودیع و گواهی قابلیت اجرا

- ۱- هریک از طرفین می‌تواند به هزینه خود یک نسخه از رأی داوری را نزد دادگاه سویسی مقرّ دیوان داوری تودیع کند.
- ۲- به تقاضای یکی از طرفین، دادگاه سویسی قابل اجرا بودن رأی داوری را گواهی می‌نماید.
- ۳- به تقاضای یکی از طرفین، دیوان داوری انطباق رأی را با مقررات قانون حاضر گواهی می‌کند. این گواهی به منزله تودیع رأی است.

#### ۱۹۴ ماده

##### دوازده. آرای داوری خارجی

شناسایی و اجرای آرای داوری خارجی تابع کنوانسیون نیویورک در مورد شناسایی و اجرای احکام داوری خارجی مورخ ۱۰ ژوئن ۱۹۵۸ می‌باشد.

## فصل سیزدهم: مقررات نهایی

### بخش اول

#### نسخ و اصلاح قانون فدرال در حال اجرا

#### ۱۹۵ ماده

موارد نسخ و اصلاح قانون فدرال در حال اجرا در متن پیوست که جزو لاینفک قانون حاضر می‌باشد، ذکر شده است.

## **بخش دوم**

### **مقررات موقت**

**۱۹۶ ماده**

#### **یک. عدم عطف به ماسبق**

- ۱- آثار حقوقی آن دسته از وقایع یا اعمال حقوقی که قبل از لازم الاجرا شدن قانون حاضر به جریان افتاده و تکمیل شده اند، تابع قانون قبلی می باشند.
- ۲- وقایع یا اعمال حقوقی که قبل از لازم الاجرا شدن قانون فعلی به جریان افتاده و کماکان ادامه دارند، برای دوره قبل از این تاریخ تابع قانون قبلی است. آثار مزبور پس از لازم الاجرا شدن این قانون، تابع قانون جدید می باشند.

**۱۹۷ ماده**

#### **دو. قانون موقت**

##### **۱. صلاحیت**

- ۱- مراجع قضایی و اداری سویسی که در زمان مجری شدن این قانون مشغول رسیدگی به دعاوى و شکایات بوده اند، کماکان برای رسیدگی به این دعاوى صالح می باشند اگرچه صلاحیت آنها به موجب مقررات قانون حاضر منتفی گردیده باشد.

**۱۹۸ ماده**

##### **۲. قانون حاکم**

- قانون حاکم بر دعاوى و شکایاتی که در زمان لازم الاجرا شدن قانون حاضر تحت رسیدگی ماهوی قرار دارند، به وسیله همین قانون تعیین می شود.

**۱۹۹ ماده**

##### **۳. شناسایی و اجرای احکام خارجی**

- تفاضای شناسایی یا اجرای احکام خارجی که در زمان به اجرا درآمدن قانون

## بخش سوم

### همه پرسی و تصویب

#### ۲۰۰ ماده

- ۱- قانون حاضر تابع همه پرسی اختیاری است.
- ۲- شورای فدرال تاریخ لازم الاجرا شدن این قانون را تعیین می کند.

**Art. 198**

2. Applicable law

This Code shall determine the law applicable to actions or petitions which are pending before the judicial or administrative authorities of the first instance on the effective date of this Code.

**Art. 199**

3. Recognition and enforcement of foreign decisions

Petitions for the recognition or enforcement of foreign decisions which are pending on the effective date of this Code shall be governed by the provisions of this Code concerning the conditions for the recognition and enforcement of foreign decisions.

**Section 3: Referendum and Effective Date****Art. 200**

<sup>1</sup> This Code is subject to an optional referendum.

<sup>2</sup> The Federal Council shall fix the effective date of this Code.

### **Art. 193**

XI. Deposit and certificate of enforceability

- <sup>1</sup> Each party may deposit at its own expense a copy of the award with the Swiss court at the seat of the arbitral tribunal.
- <sup>2</sup> The Swiss court shall certify at the request of a party that the award is enforceable.
- <sup>3</sup> At the request of a party, the arbitral tribunal shall certify that the award was rendered in conformity with the provisions of this Code; such a certificate is equivalent to a deposit with the Court.

### **Art. 194**

XII. Foreign arbitral awards

The recognition and enforcement of foreign arbitral awards shall be governed by the New York Convention of June 10, 1958<sup>11</sup> on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

## **Chapter 13: Concluding Provisions**

### **Section 1: Repeal and Amendment of Federal Law Currently in Force**

#### **Art. 195**

The repeal and amendment of federal law currently in force are set forth in the annex; the annex forms an integral part of this Code.

### **Section 2: Transitional Provisions**

#### **Art. 196**

I. Non-retroactive

- <sup>1</sup> Facts or legal transactions that occurred and produced all their effects before the effective date of this Code shall be governed by the former law.
- <sup>2</sup> Facts or legal transactions that occurred before the effective date of this Code, but which continue to produce legal effects, shall be subject to the former law for the period prior to the effective date. Upon the effective date of this Code, their effects for the subsequent period shall be governed by the new law.

#### **Art. 197**

II. Transitory law  
I. Jurisdiction

- <sup>1</sup> The Swiss judicial or administrative authorities before which actions or petitions were brought prior to the effective date of this Code shall continue to have jurisdiction even if their jurisdiction is no longer established under this Code.
- <sup>2</sup> Actions or petitions dismissed by Swiss judicial or administrative authorities for lack of jurisdiction prior to the effective date of this Code may be resoled after the effective date if jurisdiction of a Swiss authority is established by this Code and the legal claim can still be brought.

<sup>11</sup> SR 0.277.12

### **Art. 190**

IX. Finality,  
appeal  
I. General rule

- <sup>1</sup> The award shall be final when communicated.
- <sup>2</sup> It can be attacked only:
  - a. If a sole arbitrator was designated irregularly or the arbitral tribunal was constituted irregularly;
  - b. If the arbitral tribunal erroneously held that it had or did not have jurisdiction;
  - c. If the arbitral tribunal ruled on matters beyond the claims submitted to it or if it failed to rule on one of the claims;
  - d. If the equality of the parties or their right to be heard in an adversarial proceeding was not respected;
  - e. If the award is incompatible with Swiss public policy.
- <sup>3</sup> An interlocutory award may only be appealed on the grounds stated in paragraph 2, letters a and b; the time limit for lodging an appeal shall commence when the interlocutory award is communicated.

### **Art. 191**

2. Court of  
appeal

- <sup>1</sup> An appeal may be taken only to the Swiss Federal Supreme Court. The procedure shall be subject to the provisions of the Federal Statute on the Organization of the Judiciary<sup>10</sup> regarding appeals in constitutional matters.
- <sup>2</sup> The parties may agree, however, that instead of the Swiss Federal Supreme Court, the court at the seat of the arbitral tribunal shall issue a final ruling. The cantons shall designate a sole court for this purpose.

### **Art. 192**

X. Waiver of  
appeal

- <sup>1</sup> If neither party has a domicile, a place of habitual residence, or a place of business in Switzerland, they may, by an express declaration in the arbitration agreement or in a subsequent written agreement, exclude all appeals against the award of the arbitral tribunal. They may also exclude an appeal only on one or several of the grounds enumerated in Article 190, paragraph 2.
- <sup>2</sup> If the parties have excluded all appeals against the award and enforcement of the award is sought in Switzerland, the New York Convention of June 10, 1958<sup>11</sup> on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards shall apply by analogy.

### **Art. 184**

#### **3. Taking of evidence**

- 1 The arbitral tribunal itself shall take evidence.**
- 2 If the assistance of the judicial authorities of the State is needed to take evidence, the arbitral tribunal or, with the consent of the arbitral tribunal, a party may request the assistance of the judge at the seat of the arbitral tribunal who shall apply his own law.**

### **Art. 185**

#### **4. Further assistance by the judge**

**If further assistance of the judicial authorities is required, the judge at the seat of the arbitral tribunal shall have jurisdiction.**

### **Art. 186**

#### **VII. Jurisdiction**

- 1 The arbitral tribunal shall rule on its own jurisdiction.**
- 2 The objection of lack of jurisdiction must be raised prior to any defense on the merits.**
- 3 In general, the arbitral tribunal shall rule on its jurisdiction by means of an interlocutory decision.**

### **Art. 187**

#### **VIII. Decision on the merits**

##### **1. Applicable law**

- 1 The arbitral tribunal shall rule according to the law chosen by the parties or, in the absence of such choice, according to the law with which the action is most closely connected.**
- 2 The parties may authorize the arbitral tribunal to rule according to equity.**

### **Art. 188**

#### **2. Partial award**

**Unless the parties have agreed otherwise, the arbitral tribunal may render partial awards.**

### **Art. 189**

#### **3. Arbitral award**

- 1 The arbitral award shall be rendered according to the procedure and in the form agreed upon by the parties.**
- 2 In the absence of such agreement, the award shall be rendered by a majority or, in the absence of such majority, by the chairman alone. The award must be in writing, set forth the reasons on which it is based, and be dated and signed. The signature of the chairman is sufficient.**

### **Art. 180**

2. Challenge of arbitrators

- <sup>1</sup> An arbitrator may be challenged:
  - a. If he does not possess the qualifications agreed upon by the parties;
  - b. If there exist grounds for challenge in the rules of arbitration adopted by the parties; or
  - c. If the circumstances permit legitimate doubt about his independence.
- <sup>2</sup> A party may challenge an arbitrator whom he nominated or in whose appointment he participated only on information discovered after the appointment. The arbitral tribunal and the other party must be informed immediately of the grounds for the challenge.
- <sup>3</sup> In the event of a dispute and if the parties have not agreed upon the procedures for challenge, the judge at the seat of the arbitral tribunal shall make the final decision.

### **Art. 181**

V. Pendingy

The arbitration proceeding shall be pending from the moment one of the parties files a claim before the sole arbitrator or the arbitrators designated in the arbitration agreement or, in the absence of such designation, if one of the parties institutes the procedure for the appointment of the arbitral tribunal.

### **Art. 182**

VI. Procedure  
1. General rule

- <sup>1</sup> The parties may directly or by reference to rules of arbitration regulate the arbitral procedure; they may also subject the procedure to the procedural law of their choice.
- <sup>2</sup> If the parties have not regulated the procedure, it shall be fixed, as necessary, by the arbitral tribunal either directly or by reference to a law or rules of arbitration.
- <sup>3</sup> Irrespective of the procedure chosen, the arbitral tribunal shall accord equal treatment to the parties and their right to be heard in an adversarial proceeding.

### **Art. 183**

2. Provisional and conservatory orders

- <sup>1</sup> Unless the parties have agreed otherwise, the arbitral tribunal may enter provisional or conservatory orders at the request of one party.
- <sup>2</sup> If the party concerned does not comply voluntarily, the arbitral tribunal may request the assistance of the judge with jurisdiction who shall apply his own law.
- <sup>3</sup> The arbitral tribunal or the judge may make the entry of provisional or conservatory orders subject to the receipt of appropriate security.

## **Chapter 12: International Arbitration**

### **Art. 176**

#### **I. Scope of application; seat of the arbitral tribunal**

- <sup>1</sup> The provisions of this chapter shall apply to arbitrations if the seat of the arbitral tribunal is in Switzerland and if at least one of the parties at the time the arbitration agreement was concluded was neither domiciled nor habitually resident in Switzerland.
- <sup>2</sup> The provisions of this chapter shall not apply if the parties have excluded its application in writing and agreed to the exclusive application of the cantonal rules of procedures concerning arbitration.
- <sup>3</sup> The arbitrators shall determine the seat of the arbitral tribunal if the parties or the arbitration institution designated by them fail to do so.

### **Art. 177**

#### **II. Arbitrability**

- <sup>1</sup> All pecuniary claims may be submitted to arbitration.
- <sup>2</sup> If one party to an arbitration agreement is a State or an enterprise dominated by or an organization controlled by a State, it may not invoke its own law to contest the arbitrability of a dispute or its capacity to be subject to an arbitration.

### **Art. 178**

#### **III. Arbitration agreement**

- <sup>1</sup> As to form, the arbitration agreement shall be valid if it is made in writing, by telegram, telex, telecopier, or any other means of communication that establishes the terms of the agreement by a text.
- <sup>2</sup> As to substance, the arbitration agreement shall be valid if it complies with the requirements of the law chosen by the parties or the law governing the object of the dispute and, in particular, the law applicable to the principal contract, or with Swiss law.
- <sup>3</sup> The validity of an arbitration agreement may not be contested on the grounds that the principal contract is invalid or that the arbitration agreement concerns a dispute which has not yet arisen.

### **Art. 179**

#### **IV. Arbitral tribunal**

##### **I. Appointment**

- <sup>1</sup> The arbitrators shall be appointed, removed, or replaced in accordance with the agreement of the parties.
- <sup>2</sup> In the absence of such agreement, the judge at the seat of the arbitral tribunal may be called upon; he shall apply the provisions of cantonal law concerning the appointment, removal, or replacement of arbitrators by analogy.
- <sup>3</sup> If a judge is called upon to appoint an arbitrator, he must comply with this request unless a summary examination demonstrates that no arbitration agreement exists between the parties.

### **Art. 172**

#### **3. Schedule of creditors**

- <sup>1</sup> Only the following shall be included in the schedule of creditors:
  - a. The secured creditors as set forth under Article 219 of the Federal Statute on the Prosecution for Debts and Bankruptcy<sup>1)</sup>; and
  - b. The first four classes of Swiss-domiciled unsecured creditors as set forth in Article 219, paragraph 4, of the Federal Statute on the Prosecution for Debts and Bankruptcy.
- <sup>2</sup> Only those creditors set forth in paragraph 1 may bring an action to contest the schedule of creditors provided for under Article 250 of the Federal Statute on the Prosecution for Debts and Bankruptcy<sup>1).</sup>
- <sup>3</sup> If a creditor has been partially paid in a foreign proceeding associated with the bankruptcy, the amount that he received shall be imputed, after deduction of the costs incurred, as a payment received in the Swiss proceeding.

### **Art. 173**

#### **4. Distribution a. Recognition of the foreign schedule of creditors**

- <sup>1</sup> After distribution to all creditors as set forth under Article 172, paragraph 1, the remaining balance shall be remitted to the foreign trustee in bankruptcy or to those creditors who are entitled thereto under the foreign law.
- <sup>2</sup> The surplus may not be made available until the foreign schedule of creditors has been recognized.
- <sup>3</sup> The Swiss court with jurisdiction to recognize the foreign bankruptcy decree shall also have jurisdiction to recognize the foreign schedule of creditors. In particular, it shall examine whether the creditors domiciled in Switzerland have been equitably included in the foreign schedule of creditors. The creditors concerned shall be granted a hearing.

### **Art. 174**

#### **b. Non- recognition of the foreign schedule of creditors**

- <sup>1</sup> If the foreign schedule of creditors cannot be recognized, any surplus shall be distributed among the Swiss-domiciled creditors of the fifth class as set forth in Article 219, paragraph 4, of the Federal Statute on the Prosecution for Debts and Bankruptcy<sup>1).</sup>
- <sup>2</sup> The same shall apply if the schedule of creditors is not filed for recognition within the time period fixed by the judge.

### **Art. 175**

#### **IV. Recognition of foreign composition and similar proceedings**

A composition or a similar proceeding in a foreign jurisdiction shall be recognized in Switzerland. Articles 166 to 170 shall be applicable by analogy. The creditors domiciled in Switzerland shall be granted a hearing.

<sup>1)</sup> SR 281.1

<sup>2</sup> If there are assets in several places, the court in which an application was first filed shall have exclusive jurisdiction.

<sup>3</sup> Claims of the bankrupt shall be deemed to be located at the domicile of the debtor of the bankrupt.

#### **Art. 168**

##### **2. Protective measures**

Upon filing of an application for the recognition of a bankruptcy decree entered abroad, the court may, at the request of the applicant, order protective measures under Articles 162 to 165 and 170 of the Federal Statute on the Prosecution for Debts and Bankruptcy<sup>1</sup>.

#### **Art. 169**

##### **Publication**

<sup>1</sup> The decision recognizing the foreign bankruptcy decree shall be published.

<sup>2</sup> The decision shall be communicated to the Office for the Prosecution for Debts, the Bankruptcy Office, the Registry of Real Estate, and the Registry of Commerce at the place where the assets are located and, if necessary, to the Federal Office of Intellectual Property. The same applies to the conclusion and the suspension of a bankruptcy proceeding and to the revocation of a bankruptcy decree.

#### **Art. 170**

##### **III. Legal consequences** **1. In general**

<sup>1</sup> With respect to the assets of the debtor located in Switzerland, the recognition of a foreign bankruptcy decree shall have the effects of bankruptcy as set forth under Swiss law unless otherwise provided in this Code.

<sup>2</sup> The time limits fixed by Swiss law shall commence to run with the publication of the decision of recognition.

<sup>3</sup> A creditors meeting shall not be held nor shall a creditors' committee be formed.

#### **Art. 171**

##### **2. Action in rescission**

An action in rescission shall be governed by Articles 285 to 292 of the Federal Statute on the Prosecution for Debts and Bankruptcy. It may be also brought by the foreign trustee in bankruptcy or by one of the creditors who has the right to do so.

<sup>9</sup>SR 281.1

#### **Art. 164**

2. Company debts

<sup>1</sup> A company registered in the Swiss Register of Commerce may be deleted only if the petitioner credibly establishes that its creditors have been paid or that their claims are secured or that the creditors consent to the deletion..

<sup>2</sup> Claims against the company may be prosecuted in Switzerland as long as its creditors have not been paid or secured.

#### **Art. 165**

VIII. Foreign decisions

<sup>1</sup> Foreign decisions concerning claims under company law shall be recognized in Switzerland:

- a. If they were rendered or are recognized in the State in which the company has its registered office and the defendant was not domiciled in Switzerland; or
- b. If they were rendered in the State of domicile or at the place of habitual residence of the defendant.

<sup>2</sup> Foreign decisions concerning claims relating to the public issuance of equity and debt instruments by means of a prospectus, circular, or similar publications shall be recognized in Switzerland if they were rendered in the State in which the issuance of the equity or debt instruments was made and the defendant was not domiciled in Switzerland.

### **Chapter 11: Bankruptcy and Composition Agreements**

#### **Art. 166**

I. Recognition

<sup>1</sup> A foreign bankruptcy decree entered in the State of domicile of the debtor shall be recognized in Switzerland upon application of the foreign trustee in bankruptcy or one of the creditors:

- a. If the decree is enforceable in the State where it was entered;
- b. If there are no grounds for refusal under Article 27 of this Code; and
- c. If reciprocity is accorded in the State where the decree was entered.

<sup>2</sup> If the debtor has a branch in Switzerland, the procedure provided for under Article 50, paragraph 1, of the Federal Statute on the Prosecution for Debts and Bankruptcy<sup>11</sup> is permissible until the schedule of creditors under Article 172 of this Code becomes final.

#### **Art. 167**

II. Procedure  
I. Jurisdiction

<sup>1</sup> An application for recognition of a foreign bankruptcy decree must be filed with the court at the place where the assets are located in Switzerland. Article 29 is applicable by analogy.

<sup>11</sup> SR 281.1

### **Art. 160**

#### **V. Swiss branch of foreign companies**

- <sup>1</sup> A company which has its registered office abroad may have a branch in Switzerland. The branch shall be governed by Swiss law.**
- <sup>2</sup> Swiss law shall govern the power to represent such branch. At least one person authorized to represent the branch must be domiciled in Switzerland and be registered in the Register of Commerce.**
- <sup>3</sup> The Federal Council shall fix the requirements of the mandatory registration in the Register of Commerce.**

### **Art. 161**

#### **VI. Transfer of a company from a foreign country to Switzerland**

##### **I. General rule**

- <sup>1</sup> A foreign company may, without liquidating and reincorporating, submit itself to Swiss law if the governing foreign law so permits. The company must satisfy the requirements fixed by the foreign law and must be able to adopt one of the forms of organization of Swiss law.**
- <sup>2</sup> The Federal Council may authorize the submission to Swiss law even if the requirements fixed by the foreign law are not met, particularly if important Swiss interests are involved.**

### **Art. 162**

#### **2. Determin- ative point in time**

- <sup>1</sup> A company which, pursuant to Swiss law, is required to be registered in the Register of Commerce shall be governed by Swiss law as soon as it proves that its center of business activities has been transferred to Switzerland and that it has adopted one of the forms of organization under Swiss law.**
- <sup>2</sup> A company which, pursuant to Swiss law, is not required to be registered in the Register of Commerce shall be governed by Swiss law as soon as it has clearly chosen to be governed by Swiss law, has a sufficient relationship with Switzerland, and adopts one of the forms of organization under Swiss law.**
- <sup>3</sup> Before it may be registered, a joint stock company must prove by means of an auditor's report from a firm of auditors duly authorized by the Federal Council that its share capital is unimpaired according to Swiss law.**

### **Art. 163**

#### **VII. Transfer of a company from Switzerland to a foreign country**

##### **I. General rule**

- <sup>1</sup> A Swiss company may, without liquidating and reincorporating, submit itself to a foreign law if it proves:**
  - a. That it has satisfied the conditions fixed by Swiss law;**
  - b. That it continues to exist under foreign law; and**
  - c. That, in a public notice announcing the proposed change in its State of incorporation, it has requested its creditors to submit their claims.**
- <sup>2</sup> The provisions concerning protective measures in the event of international conflicts within the meaning of Article 61 of the Federal Statute of October 8, 1982,<sup>1)</sup> on National Economic Supply take precedence.**

- a. The legal nature of the company;
- b. The formation and dissolution;
- c. The legal capacity and the capacity to act;
- d. The name or the style;
- e. The organization;
- f. The internal relationships, in particular the relationship between the company and its members;
- g. The liability arising from the violation of company law;
- h. The liability for the debts of the company;
- i. The power to represent the company by the persons acting for it pursuant to its organization.

#### **Art. 156**

IV. Special rules  
1. Claims  
arising from the  
public issuance  
of equity and  
debt  
instruments

Claims arising from the public issuance of equity and debt instruments by means of a prospectus, circular, or similar publications shall be governed by the law applicable to the company or that of the State in which the issuance is made.

#### **Art. 157**

2. Protection of  
the name and  
the style

<sup>1</sup> The protection against infringement in Switzerland of the name or the style of a company registered in the Swiss Register of Commerce shall be governed by Swiss law.

<sup>2</sup> In the absence of registration in the Swiss Register of Commerce, the protection of the name or the style shall be governed by the law applicable to unfair competition (Art. 136) or to infringement of personal rights (Art. 132, 133 and 139).

#### **Art. 158**

3. Restriction  
on the power to  
represent a  
company

A company may not invoke restrictions on the representative power of a director, officer, or agent which is unknown under the law of the place of business or habitual residence of the other party unless the other party knew or should have known of the restrictions.

#### **Art. 159**

4. Liability for  
foreign  
companies

If the business of a company formed under foreign law is conducted in or from Switzerland, the liability of the persons acting on behalf of the company shall be governed by Swiss law.

#### Art. 151

<sup>1</sup> In disputes concerning company law, the Swiss courts at the registered office of the company shall have jurisdiction over actions against the company, the stockholders or partners, or the persons liable under company law.

<sup>2</sup> The Swiss courts at the domicile or, in the absence of domicile, at the place of habitual residence of the defendant shall also have jurisdiction over actions against a stockholder or a partner or a person liable under company law.

<sup>3</sup> In addition, the Swiss courts at the place of public issuance of equity and debt instruments shall have jurisdiction over an action in responsibility related to the issuance. This jurisdiction cannot be precluded by an agreement on venue.

#### Art. 152

The following courts shall have jurisdiction over actions brought against a person liable under Article 159 or against the foreign company for which that person acts:

- a. The Swiss courts at the domicile or, in the absence of domicile, the place of habitual residence of the defendant; or
- b. The Swiss courts at the place where the company is managed in fact.

#### Art. 153

Measures intended to protect property located in Switzerland of companies which have their registered office abroad shall be under the jurisdiction of the Swiss judicial or administrative authorities at the place where the property to be protected is located.

#### Art. 154

<sup>1</sup> Companies shall be governed by the law of the State in which they are organized if they satisfy the publication or registration requirements of that law or, if there are no such requirements, if they are organized according to the law of that State.

<sup>2</sup> A company which fails to meet these conditions shall be governed by the law of the State in which it is managed in fact.

#### Art. 155

Except as set forth in Articles 156 to 161, the law applicable to the company shall govern in particular:

**Art. 148**

- <sup>1</sup> The law applicable to a claim shall govern the statute of limitations applicable to it and its extinction.
- <sup>2</sup> In the case of extinction by set-off, the law applicable is that which governs the claim to which the set-off is made.
- <sup>3</sup> Novation, release, and contracts of set-off shall be governed by the provisions of this Code concerning the law applicable to contracts (Art. 116 et seq.).

**Section 5: Foreign Decisions**

**Art. 149**

- <sup>1</sup> Foreign decisions relating to claims concerning the law of obligations shall be recognized in Switzerland:
  - a. If they were rendered in the State of domicile of the defendant; or
  - b. If they were rendered in the State of habitual residence of the defendant and the claims relate to an activity conducted there.
- <sup>2</sup> A foreign decision shall also be recognized:
  - a. If a decision relating to a contractual obligation was rendered in the State of performance and the defendant was not domiciled in Switzerland;
  - b. If a decision relating to a claim concerning a consumer contract was rendered at the domicile or place of habitual residence of the consumer and the conditions set forth in Article 120, paragraph 1, are satisfied;
  - c. If a decision relating to a claim concerning an employment contract was rendered at the place where the employee worked or at the place where the business was conducted and the employee was not domiciled in Switzerland;
  - d. If a decision relating to a claim resulting from the operation of a business was rendered at the registered office of that business;
  - e. If a decision relating to unjust enrichment was rendered at the place of the act or the resultant injury and the defendant was not domiciled in Switzerland; or
  - f. If a decision relating to a tort was rendered at the place of the act or the resultant injury and the defendant was not domiciled in Switzerland.

**Chapter 10: Company Law**

**Art. 150**

- I. Notions
  - <sup>1</sup> For purposes of this Code, the term company shall include all organized associations of persons and all organized associations of property.
  - <sup>2</sup> Simple partnerships which have not been organized shall be governed by the provisions of this Code concerning contracts (Art. 116 et seq.).

### **Art. 144**

#### **2. Recourse between debtors**

- <sup>1</sup> A debtor has a right of recourse against a co-debtor, directly or by subrogation, only to the extent permitted under the laws governing their debts to the creditor.
- <sup>2</sup> The exercise of the right of recourse against a co-debtor shall be governed by the law applicable to the debt between that debtor and the creditor. Questions exclusively concerning the relationship between the creditor and the claimant debtor shall be governed by the law applicable to the debt between them.
- <sup>3</sup> The right of an institution performing public duties to seek recourse shall be determined by the law applicable to that institution. For the admissibility and exercise of the right of recourse, paragraphs 1 and 2 are applicable.

### **Art. 145**

#### **II. Transfer of a claim**

##### **1. Assignment by contract**

- <sup>1</sup> The contractual assignment of a claim shall be governed by the law chosen by the parties or, in the absence of such choice, by the law applicable to the claim. The choice of law made by the assignor and assignee shall not be applied against the debtor without his consent.
- <sup>2</sup> The choice of law concerning the assignment of a claim of an employee shall only be valid to the extent permitted under Article 121, paragraph 3, concerning an employment contract.
- <sup>3</sup> The form of assignment shall be governed exclusively by the law applicable to the contract of assignment.
- <sup>4</sup> Questions exclusively concerning the relationship between the assignor and assignee shall be governed by the law applicable to the legal relationship on which the assignment is based.

### **Art. 146**

#### **2. Transfer by operation of law**

- <sup>1</sup> The transfer of a claim by operation of law shall be governed by the law which governs the underlying legal relationship between the former and the new creditor or, in the absence of such a relationship, by the law which governs the claim.
- <sup>2</sup> The provisions of the law governing the claim which are intended to protect the debtor take precedence.

### **Art. 147**

#### **III. Currency**

- <sup>1</sup> Currency is defined by the law of the State issuing the currency.
- <sup>2</sup> The effects that currency exerts on the amount of a debt shall be governed by the law applicable to the debt.
- <sup>3</sup> The law of the State in which payment must be made shall determine in which currency the payment is to be made.

### **Art. 139**

**f. Infringement of personal rights**

<sup>1</sup> Claims founded on an infringement of personal rights by the media, especially by the press, radio, television, or other means of public information, shall be governed at the option of the injured party by:

- a. The law of the State in which the injured party has his place of habitual residence if the tortfeasor should have foreseen that the effects would occur in that State;
- b. The law of the State in which the tortfeasor has his place of business or place of habitual residence; or
- c. The law of the State in which the effects of the infringement have occurred if the tortfeasor should have foreseen that the effects would occur in that State.

<sup>2</sup> The right to reply against the media shall be governed exclusively by the law of the State in which the publication appeared or from which the radio or television program was broadcasted.

### **Art. 140**

**3. Special provisions  
a. Several tortfeasors**

If several parties participated in a tort, the applicable law shall be determined separately for each of them, whatever their role.

### **Art. 141**

**b. Direct action against insurer**

The injured party may bring his claim directly against the insurer of the liable party if the law applicable to the tort or the insurance contract so provides.

### **Art. 142**

**4. Scope of application**

<sup>1</sup> The law applicable to the tort shall determine in particular tortious capacity, the conditions and extent of liability, as well as the party liable.

<sup>2</sup> Regulations governing safety and conduct in force at the place of the act shall be taken into consideration.

## **Section 4: Provisions in Common**

### **Art. 143**

**I. Multiple debtors  
1. Claims against several debtors**

If the creditor has a claim against several debtors, the legal consequences thereof shall be determined under the law which governs the legal relationship between the creditor and the debtor sued.

### **Art. 134**

2. In particular  
a. Traffic accidents

Claims resulting from traffic accidents shall be governed by The Hague Convention of May 4, 1971<sup>1)</sup> on the Law Applicable to Traffic Accidents.

### **Art. 135**

b. Product liability

<sup>1</sup> Claims founded on a product defect or a faulty description of a product shall be governed at the option of the injured party by.

- a. The law of the State in which the tortfeasor has his place of business or, in the absence of a place of business, his place of habitual residence; or
- b. The law of the State in which the product was purchased unless the tortfeasor proves that the product was marketed in that State without his consent.

<sup>2</sup> If claims founded on a product defect or a faulty description of a product are governed by foreign law, no awards may be made in Switzerland in excess of those which would have been awarded for such damage under Swiss law.

### **Art. 136**

c. Unfair competition

<sup>1</sup> Claims founded on an act of unfair competition shall be governed by the law of the State in whose market the effects occur.

<sup>2</sup> If the act affects exclusively the business interests of a particular competitor, the applicable law shall be that of the State where the place of business of the injured party is located.

<sup>3</sup> Article 133, paragraph 3, takes precedence.

### **Art. 137**

d. Restraint of competition

<sup>1</sup> Claims founded on restraint of competition shall be governed by the law of the State in whose market the direct effects of the restraint on the injured party occur.

<sup>2</sup> If claims founded on restraint of competition are governed by foreign law, no awards may be made in Switzerland in excess of those which would have been awarded for a restraint of competition under Swiss law.

### **Art. 138**

e. Nuisances

Claims arising from nuisances emanating from real property shall be governed at the option of the injured party by the law of the State in which the real property is located or by the law of the State in which the effects of the nuisances occur.

<sup>2</sup> If the defendant is neither domiciled nor habitually resident in Switzerland and does not have a place of business in Switzerland, an action may be brought before the Swiss court at the place of the act or the resultant injury.

<sup>3</sup> If several defendants can be sued in Switzerland and if the claims are based essentially on the same facts and grounds, an action may be brought against all of them before any judge having jurisdiction; the judge before whom suit is first brought shall have exclusive jurisdiction.

#### Art. 130

##### 2. In particular

<sup>1</sup> The Swiss courts at the place where the event causing damage occurred shall have jurisdiction over actions concerning damage caused by a nuclear installation or the transportation of nuclear substances.

<sup>2</sup> If that place cannot be determined, the action may be brought:

- a. If the operator of a nuclear installation is liable, before the Swiss courts at the place where the nuclear installation is located;
- b. If the holder of a transportation license is liable, before the Swiss courts at the place where the holder is domiciled or has elected domicile.

#### Art. 131

##### 3. Direct action against insurer

A direct action against the insurer may be brought before the Swiss courts at the place where the insurer has his place of business or at the place of the act or the resultant injury.

#### Art. 132

##### II. Applicable law

###### 1. In general

###### a. Choice of law by the parties

#### Art. 133

###### b. Absence of a choice of law

<sup>1</sup> If the tortfeasor and injured party have their place of habitual residence in the same State, claims founded in tort shall be governed by the law of that State.

<sup>2</sup> If the tortfeasor and the injured party do not have their place of habitual residence in the same State, the claims shall be governed by the law of the State in which the tort was committed. If the injury occurs in another State, the law of that State shall be applicable if the tortfeasor should have foreseen that the injury would occur there.

<sup>3</sup> Notwithstanding the preceding paragraphs, if a tort violates an existing legal relationship between the tortfeasor and the injured party, claims founded in tort shall be governed by the law applicable to that legal relationship.

c. Performance and inspection procedures  
Performance and inspection procedures shall be governed by the law of the State in which they actually occur.

d. Agency

#### **Art. 126**

- <sup>1</sup> If agency is based on contract, the relationship between the principal and the agent shall be governed by the law applicable to their contract.
- <sup>2</sup> The conditions under which acts of the agent bind the principal in relation to third parties shall be governed by the law of the State in which the agent has his place of business or, in the absence thereof or if that place is not evident to the third party, the law of the State in which the agent primarily acts in the particular case.
- <sup>3</sup> If the agent has an employment contract with the principal and if he has no place of business of his own, his place of business shall be deemed to be the registered office of the principal.
- <sup>4</sup> The law designated in paragraph 2 shall also apply to the relationship between an unauthorized agent and a third party.

I. Jurisdiction

### **Section 2: Unjust Enrichment**

#### **Art. 127**

The Swiss courts at the domicile of the defendant or, in the absence of domicile, those at his place of habitual residence or at his place of business shall have jurisdiction over actions with respect to unjust enrichment.

II. Applicable law

#### **Art. 128**

- <sup>1</sup> Claims of unjust enrichment shall be governed by the law which governs the existing or alleged legal relationship from which the enrichment results.
- <sup>2</sup> If there is no such legal relationship, claims of unjust enrichment shall be governed by the law of the State in which the enrichment occurred; the parties may agree that the law of the forum shall apply.

I. Jurisdiction  
I. In general

### **Section 3: Torts**

#### **Art. 129**

<sup>1</sup> The Swiss courts at the domicile of the defendant or, in the absence of domicile, those at his place of habitual residence or at his place of business shall have jurisdiction over actions in tort.

c. If the consumer was induced by the supplier to go abroad to place his order there.

<sup>2</sup> A choice of law by the parties is precluded.

#### **Art. 121**

d. Employment contracts

<sup>1</sup> An employment contract shall be governed by the law of the State in which the employee habitually performs his work.

<sup>2</sup> If the employee habitually performs his work in several States, the employment contract shall be governed by the law of the State of the place of business or, in the absence of a place of business, at the domicile or place of habitual residence of the employer.

<sup>3</sup> The parties may subject the employment contract to the law of the State in which the employee is habitually resident or in which the employer has his place of business, his domicile, or his place of habitual residence.

#### **Art. 122**

e. Contracts concerning intellectual property rights

<sup>1</sup> Contracts concerning intellectual property rights shall be governed by the law of the State in which the party transferring the intellectual property right or granting the use thereof has his place of habitual residence.

<sup>2</sup> A choice of law by the parties is permitted.

<sup>3</sup> Contracts between an employer and an employee regarding rights to intellectual property which the employee has created in the course of his employment shall be governed by the law applicable to the employment contract.

#### **Art. 123**

3. Provisions in common  
a. Failure to respond to an offer

The party who fails to respond to an offer to conclude a contract may request that the effects of his silence be governed by the law of the State in which he has his place of habitual residence.

#### **Art. 124**

b. Form

<sup>1</sup> A contract is valid as to form if it conforms with the law applicable to the contract or to the law of the place where it is concluded.

<sup>2</sup> The form of a contract concluded between persons in different States is valid if it conforms with the law of one of those States.

<sup>3</sup> The form of the contract shall be governed exclusively by the law applicable to the contract if, to protect a party, that law prescribes compliance with a specific form unless that law permits the application of another law.

### **Art. 117**

b. Absence of a choice of law

- <sup>1</sup> In the absence of a choice of law, the contract shall be governed by the law of the State with which it is most closely connected.
- <sup>2</sup> It is presumed that the closest connection exists with the State in which the party who must perform the characteristic obligation is habitually resident or, if the contract was concluded in the exercise of a professional or commercial activity, where such party has his place of business.
- <sup>3</sup> In particular, the following shall be considered the characteristic obligation:
  - a. The obligation of the alienator, in contracts of alienation;
  - b. The obligation of the party transferring the use of a thing or a right, in the case of contracts concerning the use of a thing or a right;
  - c. The service performed, in the case of mandates, work and labor contracts, and similar service contracts;
  - d. The obligation of the custodian, in custodial contracts;
  - e. The obligation of the guarantor or the surety, in guaranty or surety contracts.

### **Art. 118**

2. In particular  
a. Sale of  
movable  
property

- <sup>1</sup> The sale of movable property shall be governed by The Hague Convention of June 15, 1955<sup>1)</sup> on the Law Applicable to International Sales of Movable Property.

<sup>2</sup> Article 120 takes precedence.

### **Art. 119**

b. Real  
property

- <sup>1</sup> Contracts concerning real property or its use shall be governed by the law of the State in which it is located.
- <sup>2</sup> A choice of law by the parties is permitted.
- <sup>3</sup> The form of the contract shall be governed by the law of the State in which the real property is located unless that law permits the application of another law. In the case of real property located in Switzerland, the form shall be governed by Swiss law.

### **Art. 120**

c Consumer  
contracts

- <sup>1</sup> Contracts relating to the provision of ordinary goods and services intended for the personal or family use of the consumer and which are not associated with the professional or commercial activities of the consumer shall be governed by the law of the State in which the consumer is habitually resident:
  - a. If the supplier received the order in that State;
  - b. If the conclusion of the contract was preceded in that State by an offer or an advertisement and the consumer performed there the necessary acts to conclude the contract; or

<sup>1)</sup> SR 0.221.211.4

<sup>2</sup> In addition, the Swiss courts at the place where the defendant has his place of business shall also have jurisdiction over actions arising out of the activities of that place of business.

#### **Art. 113**

##### **2. Place of performance**

If an obligation must be performed in Switzerland and if the defendant does not have his domicile, habitual residence, or place of business in Switzerland, the action may be brought before the Swiss court at the place of performance.

#### **Art. 114**

##### **3. Consumer contracts**

<sup>1</sup> An action brought by a consumer to enforce a contract that complies with Article 120, paragraph 1, may be filed, at the election of the consumer, before the Swiss court:

- a. At the domicile or the place of habitual residence of the consumer;  
or
- b. At the domicile or, in the absence of domicile, at the place of habitual residence of the supplier.

<sup>2</sup> The consumer may not waive in advance the venue at his domicile or place of habitual residence.

#### **Art. 115**

##### **4. Employment contracts**

<sup>1</sup> The Swiss courts at the domicile of the defendant or at the place where the employee habitually performs his work shall have jurisdiction over actions concerning an employment contract.

<sup>2</sup> In addition, in the case of actions brought by an employee, the Swiss courts at his domicile or the place of his habitual residence shall have jurisdiction.

#### **Art. 116**

##### **II. Applicable law**

###### **I. In general a. Choice of law by the parties**

<sup>1</sup> The contract shall be governed by the law chosen by the parties.

<sup>2</sup> The choice of law must be express or clearly evident from the terms of the contract or the circumstances. In all other respects it shall be governed by the chosen law.

<sup>3</sup> The choice of law may be made or modified at any time. If made or modified following the conclusion of the contract, it shall be retroactive to the time the contract was concluded. The rights of third parties shall take precedence.

absence of such domicile, the Swiss courts at the place where protection is invoked shall have jurisdiction. This provision is inapplicable to actions concerning the validity or the registration of intellectual property rights abroad.

<sup>2</sup> If several defendants can be sued in Switzerland and if the claims are based essentially on the same facts and the same grounds, an action may be brought against all of them before any judge having jurisdiction: the judge before whom suit is first brought shall have exclusive jurisdiction.

<sup>3</sup> If the defendant is not domiciled in Switzerland, actions concerning the validity or the registration of intellectual property rights in Switzerland shall be brought before the Swiss courts at the place of business of the representative of record or, in the absence of such representative, before the courts at the place where the Swiss registry has its office.

#### **Art. 110**

##### **II. Applicable law**

<sup>1</sup> Intellectual property rights shall be governed by the law of the State in which the protection of the intellectual property is sought.

claims arising out of infringement of intellectual property rights may always agree, after the act causing damage has been committed, the law of the forum shall be applicable.

<sup>2</sup> Actions concerning intellectual property rights shall be governed by the laws of this Code concerning the law applicable to contracts

#### **A 1**

##### **III. Foreign decisions**

<sup>1</sup> Foreign decisions concerning intellectual property rights shall be recognized in Switzerland:

- a. If the decision was rendered in the State of domicile of the defendant; or
- b. If the decision was rendered in the State under the laws of which protection of the intellectual property is claimed, provided that the defendant was not domiciled in Switzerland.

<sup>2</sup> Foreign decisions concerning the validity or the registration of intellectual property rights shall only be recognized if they were rendered in the State under the law of which protection of the intellectual property is claimed or if they are recognized there.

### **Chapter 9: Law of Obligations**

#### **Section 1: Contracts**

#### **Art. 112**

##### **I. Jurisdiction**

###### **1. General rule**

<sup>1</sup> The Swiss courts at the defendant's domicile or, in the absence of domicile, those at the place of habitual residence of the defendant shall have jurisdiction over actions arising from contracts.

### **Art. 105**

3. Special rules  
a. Pledge of  
claims,  
securities, and  
other rights

- <sup>1</sup> The pledge of claims, securities, and other rights shall be governed by the law chosen by the parties. The choice of law shall not be applied against a third party.
- <sup>2</sup> In the absence of a choice of law, the pledge of claims and securities shall be governed by the law of the State of the habitual residence of the secured creditor; the pledge of other rights shall be governed by the law applicable to such other rights.
- <sup>3</sup> Only the law applicable to the pledged right may be applied against the debtor.

### **Art. 106**

b. Title  
documents

- <sup>1</sup> The law designated in a document of title shall determine whether such document represents title to the merchandise. In the absence of such designation, the law of the State of the place of business of the issuer shall govern.
- <sup>2</sup> If the document represents title to the merchandise, title to the certificate and to the merchandise shall be governed by the law applicable to the title document as an item of movable property.
- <sup>3</sup> If several parties assert an interest in the merchandise, one directly, the others by virtue of a title document, the law applicable to the merchandise itself shall determine whose right prevails.

### **Art. 107**

c. Means of  
transportation

The provisions of other statutes concerning interests in ships, aircraft, and other means of transportation shall take precedence.

### **Art. 108**

III. Foreign  
decisions

- <sup>1</sup> Foreign decisions concerning interests in real property shall be recognized in Switzerland if they were rendered in the State in which the real property is located or if they are recognized in that State.
- <sup>2</sup> Foreign decisions concerning interests in movable property shall be recognized in Switzerland:
  - a. If they were rendered in the State of domicile of the defendant;
  - b. If they were rendered in the State in which the property was located, provided that the defendant had his place of habitual residence there; or
  - c. If they were rendered in the State of the venue agreed upon.

## **Chapter 8: Intellectual Property Rights**

### **Art. 109**

I. Jurisdiction

- <sup>1</sup> The Swiss courts at the domicile of the defendant shall have jurisdiction over actions concerning intellectual property rights. In the

### **Art. 99**

**II. Applicable law**  
**1. Real property**

- <sup>1</sup> Interests in real property shall be subject to the law of the place where the property is located.
- <sup>2</sup> Claims arising from nuisances emanating from real property shall be governed by the provisions of this Code concerning torts (Art. 138).

### **Art. 100**

**2. Movable property**  
**a. General rule**

- <sup>1</sup> The acquisition and loss of an interest in movable property shall be governed by the law of the place where the property was located at the time when the facts occurred from which the acquisition or the loss derive.
- <sup>2</sup> The extent and the exercise of interests in movable property shall be governed by the law of the place where the property is located.

### **Art. 101**

**b. Property in transit**

The acquisition and the loss of interests in movable property in transit based on a legal transaction shall be governed by the law of the State of destination.

### **Art. 102**

**c. Property arriving in Switzerland**

- <sup>1</sup> If an item of movable property is transported to Switzerland from abroad and if an interest in such property had not already been acquired or lost abroad, the facts occurring abroad shall be deemed to have occurred in Switzerland.
- <sup>2</sup> If an item of movable property arrives in Switzerland over which a retention of title was validly established abroad which does not satisfy the requirements of Swiss law, that retention shall nevertheless remain valid for three months.
- <sup>3</sup> Such retention of title shall not be applied against a bona fide third party.

### **Art. 103**

**d. Retention of title to property being exported**

Retention of title to an item of movable property intended for export shall be governed by the law of the State of destination.

### **Art. 104**

**c. Choice of law by the parties**

- <sup>1</sup> The parties may submit the acquisition and loss of an interest in movable property to the law of the State of shipment or the State of destination or to the law applicable to the underlying legal transaction.
- <sup>2</sup> The choice of law shall not be applied against a third party.

*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 7: Property**

### **Art. 97**

#### **I. Jurisdiction 1. Real property**

The courts at the place in Switzerland where the real property is located shall have exclusive jurisdiction over actions concerning interests in that real property.

### **Art. 98**

#### **2. Movable property**

<sup>1</sup> The Swiss courts at the domicile or, in the absence of domicile, the Swiss courts at the place of habitual residence of the defendant shall have jurisdiction over actions concerning interests in movable property.

<sup>2</sup> If the defendant is neither domiciled nor habitually resident in Switzerland, the Swiss courts at the place where the property is located shall have jurisdiction.





---



# **Federal Code on Private International Law**

**(CPL)**

---





# LAW REVIEW

---

Bureau for International Legal Services

Vol. 21

1997

---

*President and Director - in - charge:*

— Dr. G. Eftekhar Djahromi

*Editor- in- charge:*

— Editorial Board.

# LAW REVIEW

Bureau for International Legal Services

Vol. 21

1997

ISSN 1024-0799

Publication:

**Bureau for International Legal Services**

No. 140, Forsat St. Taleghani Ave. Tehran - Iran  
Tel. (21) 8825071 - 5, 8824176

نشریه  
**دفتر خدمات حقوق بین الملل جمهوری اسلامی ایران**

تهران. خیابان طالقانی. بیکش شمالی فرسنگ. شماره ۱۲۰. تلفن ۸۸۲۵۰۷۱